

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 02

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

البطلان كجزء إجرائي في قانون

الإجراءات المدنية

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

تخصص: القانون العام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

بن رقيه بن يوسف

من إعداد الطالب

رزوق حكيم

السنة الجامعية 2016-2017

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 02

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

البطلان كجزاء إجرائي في قانون

الإجراءات المدنية

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

تخصص: القانون العام

من إعداد الطالب

رزوق حكيم

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة البليدة 02	أستاذ	بن شويخ الرشيد
مشرفا ومقررا	جامعة البليدة 02	أستاذ	بن رقيه بن يوسف
عضوا مناقشا	جامعة البليدة 02	أستاذ محاضر "أ"	محمودي عبد العزيز
عضوا مناقشا	جامعة الجزائر 01	أستاذ	بن عيشة عبد الحميد
عضوا مناقشا	جامعة المدية	أستاذ محاضر "أ"	بوشنافة جمال
عضوا مناقشا	جامعة خميس مليانة	أستاذ محاضر "أ"	نوي عبد النور

السنة الجامعية 2016-2017

الإهداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما
إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصى فضائلهما
إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي
إلى من ساندتني في السراء والضراء
إلى من كانت لي درع أتقوى به
إلى زوجتي العزيزة.
إلى من أناروا حياتي
إلى من هما هدفي في الدنيا
إلى أولادي محمد مليك وأحمد أنيس
إلى إخوتي الأعزاء
إلى كل الأصدقاء
أهدي هذا العمل

الشكر

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وفي
تذليل ما واجهته من صعوبات، وأخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور بن رقيه بن يوسف الذي لم
يبخل عليا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذا البحث

ولا يفوتني أن أشكر كل طاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية من أساتذة وموظفين

كما أتقدم بالشكر إلى من قام بمساعدتي على تحرير وطباعة هذا العمل

ملخص

نتعرض من خلال هذه الدراسة إلى التفرقة بين البطلان بوصفه جزءا لمخالفة الإجراءات الشكلية أو الموضوعية المنصوص عليها وبين بعض الجزاءات الأخرى التي وضعها المشرع في مواجهة الإخلال بالأشكال والشروط القانونية، والتي يمكن أن تختلط مع البطلان، ونخص بالدراسة الفرق بين البطلان وعدم القبول والفرق بين البطلان والسقوط وأخيرا الفرق بين البطلان والانعدام الإجرائي.

وفي ذلك سوف نرى مختلف النظريات الفقهية التي تطرقت إلى موضوع العيوب الشكلية وبالخصوص ما يتعلق بالبطلان، وأسقطنا في داستنا نظريات البطلان على الواقع العملي وكيف تتأثر الخصومة القضائية بهذا الجراء.

كما تطرقنا إلى التفرقة بين أنواع البطلان وكيف تعاملت مختلف التشريعات معه، وفي المقابل ونظرا للآثار السلبية للبطلان رأينا إمكانية تصحيح الإجراءات التي يشوبها البطلان ومن له أن يمتلك به وما هي الحدود الموضوعية للتمسك به من طرف الأطراف وما مدى إمكانية إثارته من طرف القاضي.

وختمنا دراستنا ببعض الملاحظات التي رأيناها هامة يتعين أخذها بعين الاعتبار في التشريع الجزائري وبعض التوصيات في ذات السياق؟.

قائمة المحتويات

	الإهداء
	الشكر
	ملخص
	قائمة المحتويات
14	مقدمة
	الباب الأول: تأصيل نظرية البطلان
22	1. تأصيل نظرية البطلان
	الفصل الأول: ماهية البطلان
24	1.1. ماهية البطلان
24	1.1.1. تعريف البطلان
26	1.1.1.1. البطلان في القانون المدني
28	2.1.1.1. البطلان في قانون الإجراءات المدنية
30	3.1.1.1. البطلان جزاء إجرائي
31	2.1.1.2. المدارس الفقهية التي تطرقت للبطلان
32	1.2.1.1. النظريات الفقهية
33	1.1.2.1.1. نظريات البطلان القانوني
33	1.1.1.2.1.1. نظرية البطلان الآلي
34	2.1.1.2.1.1. نظرية لا بطلان بغير نص
35	3.1.1.2.1.1. نظرية البطلان الإجباري
36	4.1.1.2.1.1. نظرية البطلان الاختياري
37	2.1.2.1.1. نظريات البطلان المنطقي
37	1.2.1.2.1.1. مبدأ البطلان بغير ضرر
40	2.2.1.2.1.1. نظرية الشك القانوني
41	3.2.1.2.1.1. نظرية الغش

42	4.2.1.2.1.1. نظرية الخطأ
42	2.2.1.1. الحلول المعتمدة في القانون الوضعي من خلال التشريعين الفرنسي والمصري
42	1.2.2.1.1. في التشريع الفرنسي
43	1.1.2.2.1.1. نظام البطلان قبل تعديل 1972
49	2.1.2.2.1.1. نظام البطلان في ظل التشريع الحالي
53	2.2.2.1.1. في التشريع المصري
54	1.2.2.2.1.1. في حالة النص على البطلان
55	2.2.2.2.1.1. حالة عدم النص الصريح على البطلان
60	3.1.1. خصوصيات البطلان كجزاء إجرائي
61	1.3.1.1. البطلان وعدم القبول
62	1.1.3.1.1. تعريف عدم القبول
63	2.1.3.1.1. حالات عدم القبول
67	2.3.1.1. البطلان والسقوط
68	1.2.3.1.1. تعريف السقوط
68	2.2.3.1.1. أسباب السقوط
69	3.3.1.1. البطلان والانعدام الإجرائي
70	1.3.3.1.1. مفهوم الانعدام الإجرائي
70	1.1.3.3.1.1. تعريف الانعدام الإجرائي
71	2.1.3.3.1.1. أساس الانعدام الإجرائي
72	2.3.3.1.1. أنواع الانعدام الإجرائي
73	1.2.3.3.1.1. نظرية الانعدام القانوني
74	2.2.3.3.1.1. نظرية الانعدام الفعلي أو المنطقي
76	3.3.3.1.1. العلاقة بين الانعدام الإجرائي و البطلان
	الفصل الثاني: محل البطلان
80	2.1. محل البطلان
80	1.2.1. الخصومة القضائية

80	1.1.2.1. تعريف الخصومة
81	1.1.1.2.1. الخصومة رابطة قانونية
82	1.1.1.1.2.1. صفات الرابطة القانونية
82	2.1.1.1.2.1. أساس اعتبار الخصومة رابطة قانونية
83	3.1.1.1.2.1. أطراف الرابطة الإجرائية
86	2.1.1.2.1. الخصومة مركز قانوني
88	3.1.1.2.1. الخصومة عمل قانوني
91	2.1.2.1. شروط صحة الخصومة
91	1.2.1.2.1. البطلان يرد على الخصومة (مفترضات الخصومة)
94	2.2.1.2.1. البطلان يرد على الأعمال الإجرائية
96	2.2.1. العمل الإجرائي
97	1.2.2.1. مكونات العمل الإجرائي
98	1.1.2.2.1. أن يكون العمل قانونيا
98	2.1.2.2.1. أن يرتب عليه القانون أثرا اجرائيا
99	3.1.2.2.1. أن يكون العمل جزءا من الخصومة
100	2.2.2.1. الوقائع القانونية (الأعمال القانونية)
101	1.2.2.2.1. النظرية التقليدية
103	2.2.2.2.1. النظرية الحديثة
103	1.2.2.2.2.1. نظرية العمل القاعدي
104	2.2.2.2.2.1. الحل التوفيق (رأي الدكتور فتحي والي)
107	3.2.2.1. طبيعة العمل الإجرائي
107	1.3.2.2.1. مختلف الآراء الفقهية في طبيعة العمل الإجرائي
108	1.1.3.2.2.1. الفقه الفرنسي
109	2.1.3.2.2.1. الفقه الايطالي
110	2.3.2.2.1. مقتضيات العمل الإجرائي
110	1.2.3.2.2.1. المقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي

111	2.2.3.2.2.1. شكل العمل الإجرائي
112	3.3.2.2.1. مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي
112	1.3.3.2.2.1. الشكل كعنصر من عناصر العمل
113	2.3.3.2.2.1. الشكل كظرف يتم فيه العمل
	الفصل الثالث: أسباب البطلان
118	3.1. أسباب البطلان
118	1.3.1. البطلان لعيب في الشكل
119	1.1.3.1. الشكل في قانون المرافعات
120	1.1.1.3.1. دور الشكلية في العمل الإجرائي
121	2.1.1.3.1. أنواع الشكلية الإجرائية
121	1.2.1.1.3.1. الشكل كمظهر للعمل الإجرائي
123	2.2.1.1.3.1. الشكل كظرف للعمل الإجرائي
123	2.1.3.1. مخالفة الشكل (تعيب الشكل)
124	1.2.1.3.1. مخالفة الشكلية
124	2.2.1.3.1. البطلان لمخالفة الشكلية
127	3.2.1.3.1. التفرقة بين الشكل الجوهرى و الشكل غير الجوهرى
131	2.3.1. البطلان لعيب في الموضوع
132	1.2.3.1. التنظيم القانوني للبطلان لأسباب موضوعية
134	1.1.2.3.1. قيام سبب موجب للبطلان
135	2.1.2.3.1. تخلف تصحيح العمل بإزالة السبب الموجب للبطلان
135	2.2.3.1. شخصية القائم بالعمل الإجرائي
135	1.2.2.3.1. صلاحية القاضي للعمل الإجرائي
137	2.2.2.3.1. صلاحية الخصوم
137	1.2.2.2.3.1. الصلاحية العامة
138	2.2.2.2.3.1. الصلاحية الخاصة (الصفة الإجرائية)
140	3.2.2.3.1. صلاحية الغير للعمل الإجرائي

140	1.3.2.2.3.1. صلاحية الخبير
141	2.3.2.2.3.1. صلاحية الشهود
141	3.2.3.1. الإرادة في العمل الإجرائي
142	4.2.3.1. محل العمل الإجرائي
142	1.4.2.3.1. المحل كشكل مفترض لصحة العمل الإجرائي
143	2.4.2.3.1. المحل كمضمون للعمل الإجرائي
	الباب الثاني: التطبيقات العملية للبطلان
146	2. التطبيقات العملية للبطلان
	الفصل الرابع: أحكام البطلان
148	4.2. أحكام البطلان
148	1.4.2. أنواع البطلان
149	1.1.4.2. البطلان المتعلق بالنظام العام (البطلان المطلق)
150	1.1.1.4.2. دور القاي بالنسبة لتحديد مفهوم النظام العام
151	2.1.1.4.2. حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام
152	1.2.1.1.4.2. قواعد التنظيم القضائي
155	2.2.1.1.4.2. قوعد الاختصاص القضائي
157	3.2.1.1.4.2. قواعد الأهلية والتمثيل القانوني
192	4.2.1.1.4.2. العيوب الشكلية المتعلقة بحسن سير القضاء
165	2.1.4.2. البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة (بطلان نسبي)
165	1.2.1.4.2. معيار البطلان النسبي
167	2.2.1.4.2. حالات البطلان المتعلقة بالمصلحة الخاصة
168	2.4.2. آليات أعمال البطلان كجزاء إجرائي
169	1.2.4.2. القواعد المنظمة لسلطة الخصوم في التمسك بالبطلان
169	1.1.2.4.2. من له التمسك بالبطلان
171	2.1.2.4.2. من لا يجوز له التمسك بالبطلان
172	2.2.4.2. سلطة القاضي في إثارة البطلان والحدود الموضوعية له
174	1.2.2.4.2. بطلان الحكم لعيب في الإجراءات

175	2.2.2.4.2. بطلان الحكم لعيب ذاتي
	الفصل الخامس: تصحيح البطلان كوسيلة للحد من الآثار السلبية لجزائه
178	5.2. تصحيح البطلان كوسيلة للحد من الآثار السلبية لجزائه
179	1.5.2. تصحيح البطلان مع زوال العيب
179	1.1.5.2. تكملة العمل الإجرائي الباطل
180	2.1.5.2. التصحيح بالحضور
181	1.2.1.5.2. في القانون الفرنسي
181	2.2.1.5.2. في القانون الجزائري
182	2.5.2. التصحيح رغم بقاء العيب
183	1.2.5.2. النزول عن التمسك بالبطلان
183	1.1.2.5.2. أنواع النزول
184	2.1.2.5.2. شروط النزول
184	3.1.2.5.2. نطاق النزول
186	4.1.2.5.2. أثر النزول
187	2.2.5.2. الوقائع القانونية المصححة
188	1.2.2.5.2. وجوب إبداء الدفع بالبطلان قبل التطرق للموضوع
193	2.2.2.5.2. وجوب إبداء جميع وجوه البطلان في ان واحد
194	3.2.2.5.2. وجوب إبداء الدفع بالبطلان مع سائر الدفوع الشكلية
195	4.2.2.5.2. وجوب إبداء الدفع بالبطلان في عريضة الطعن
197	3.5.2. حجية الشيء المحكوم فيه كواقعة مصححة للبطلان
197	1.3.5.2. قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن
198	1.1.3.5.2. شرح القاعدة
201	2.1.3.5.2. طرق الطعن في الحكم كوسائل إبطال
202	1.2.1.3.5.2. طرق الطعن العادية
205	2.2.1.3.5.2. طرق الطعن غير العادية
208	2.3.5.2. نطاق قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن

209	1.2.3.5.2. نطاق القاعدة من حيث الأعمال
209	1.1.2.3.5.2. تسري القاعدة على الأعمال التي تحوز الحجية
211	2.1.2.3.5.2. لا تسري القاعدة على الأعمال التي لا تحوز الحجية
212	2.2.3.5.2. نطاق القاعدة من حيث العيوب
212	1.2.2.3.5.2. لا تسري القاعدة على كل عيوب الحكم
213	2.2.2.3.5.2. المعيار العام
213	3.2.2.3.5.2. بعض التطبيقات عن أحكام معيبة لا يجب أن تكون لها الحجية
214	3.3.5.2. تقرير البطلان الذي لا يقبل التصحيح
214	1.3.3.5.2. وسيلة التمسك بالبطلان الذي لا يقبل التصحيح
216	2.3.3.5.2. المحكمة المختصة بدعوى البطلان
217	3.3.3.5.2. واجب المحكمة بعد القضاء ببطلان الحكم
	الفصل السادس: اثار البطلان
221	6.2. اثار البطلان
221	1.6.2. اثار البطلان على العمل الاجرائي في ذاته
222	1.1.6.2. تحول العمل الاجرائي الباطل
222	1.1.1.6.2. التحول في القانون المدني
223	2.1.1.6.2. التحول في القانون الاجرائي
227	2.1.6.2. انتقاص العمل الاجرائي
227	1.2.1.6.2. ماهية الانتقاص
230	2.2.1.6.2. شروط الانتقاص
231	3.2.1.6.2. تطبيقات الانتقاص
231	1.3.2.3.5.2. من حيث الآثار
231	2.3.2.3.5.2. من حيث الأجزاء
235	2.6.2. أثر البطلان على الاعمال الاجرائية الاخرى
236	1.2.6.2. اثر بطلان العمل الاجرائي على الاعمال السابقة
237	1.1.2.6.2. قاعدة عدم تأثير بطلان العمل على الاعمال السابقة
237	2.1.2.6.2. الاستثناء عن القاعدة

241	2.2.6.2. أثر بطلان العمل الاجرائي على الاعمال اللاحقة
241	1.2.2.6.2. القاعدة
242	2.2.2.6.2. تطبيقات القاعدة
245	3.6.2. تجديد العمل الباطل
245	1.3.6.2. تعريف التجديد
246	2.3.6.2. شروط التجديد
247	3.3.6.2. آثار التجديد
248	4.6.2. الأثر المتبادل لبطلان أصل وصورة التبليغ
249	1.4.6.2. تكييف العلاقة بين الأصل والصورة (النظريات الاساسية)
249	1.1.4.6.2. النظرية الاولى الصورة تعتبر أصل
249	2.1.4.6.2. النظرية الثانية الصورة تعتبر صورة وليس أصل
250	3.1.4.6.2. معنى الأصل والصورة في اللغة القانونية
251	4.1.4.6.2. التكييف الصحيح لأصل وصورة التبليغ (نظرية الوحدة)
252	2.4.6.2. أثر عيوب الاصل والصورة في صحة العمل
252	1.2.4.6.2. وجود عيب في الاصل دون الصورة
253	2.2.4.6.2. وجود عيب في الصورة دون الاصل
253	3.2.4.6.2. الخلاف بين الاصل والصورة
255	خاتمة
260	قائمة المراجع
266	résumé

مقدمة

عمدت جميع التشريعات الحديثة على إعطاء أهمية بالغة في مختلف الميادين للإجراءات الشكلية التي في حالة عدم احترامها ترتب جزاء يصل في الكثير من الحالات إلى البطلان.

ولعل الدارس لمادة المرافعات يتفطن للأهمية البالغة للإجراءات الشكلية وحتى الموضوعية التي ترتب بطلان العقود القضائية والشبه القضائية يصل في الكثير من الأحيان إلى رفض الدعاوى القضائية المرفوعة أو سقوط الخصومة التي لم يتم احترام فيها آجال محددة مسبقا بموجب القانون،

كما يمكن أن يكون ذلك بسبب إجراءات أولية تسبق رفع الدعوى ومباشرة الخصومة أو حتى الشروط الشكلية التي يشترطها المشرع بعد رفع الدعوى وأثناء سير الخصومة التي تؤدي إلى رفضها بداعي بطلان الإجراءات.

والبطلان بصفة عامة قد تعرض له الكثير من الفقهاء وذلك بغية تحديد مفهومه وضبط الآثار المترتبة عليه وللتفرقة بينه وبين بعض الأنظمة الأخرى القريبة منه ولكنها تختلف عنه من حيث الأسباب ومن حيث الآثار.

فمن الناحية الإجرائية يختلط الأمر في بعض الأحيان بين البطلان والسقوط وكذا بين البطلان وعدم النفاذ أو عدم القبول، فيختلف شرط من شروط رفع الدعوى يمكن أن تؤدي إلى بطلان إجراءات التقاضي، كما يمكن أن تؤدي إلى عدم القبول، وشتان بين الأول والثاني.

فبطلان إجراءات التقاضي يمكن أن ينتج عنه شطب الدعوى (كحالة انعدام التكليف بالحضور) كما يمكن أن ينتج عنه رفض تلك الدعوى شكلا (كحالة انعدام أهلية التقاضي).

أما عن حالة عدم القبول، فهذا الأمر يتعلق بعدم قابلية سماع الدعوى، رغم احترام الشروط الشكلية لها، كانهدام الصفة في التقاضي أو سبق الفصل في النزاع.

ومنه تظهر أهمية التفرقة بين البطلان وما يشابهه من أنظمة يمكن أن تحدث خطأ في مادة المرافعات.

والبطلان بمفهومه الواسع يمكن أن يتعلق بالشكل كما يمكن أن يتعلق بالموضوع، وفي كلتا الحالتين فإن الجزاء المترتب عليه قد تكون له آثار إجرائية سلبية تصل إلى سقوط الحق في المطالبة القضائية.

و لقد انتهج المشرع الجزائري في آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نظرية لا بطلان إلا بنص ولا بطلان إلا بوجود ضرر، و بالتالي فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد غلق الباب في وجه الشكليين اللذين يعتمدون إلى الدفع بالبطلان دون أن يكون هنالك ضرر يذكر.

و بذلك يكون المشرع قد اعتمد الفكرة السائدة التي مفادها لا يجوز التمسك بالبطلان إلا ممن تقرر البطلان لفائدته (ما لم يكن من النظام العام) و بالنتيجة فإن من يدفع بالبطلان عليه أن يثبت الضرر الذي أصابه من الإجراء المراد إبطاله و إلا فإن دفعه لن يقبل.

وفي هذا السياق قد منح القانون إمكانية تصحيح الإجراء المعرض للبطلان و لو بصفة ضمنية عن طريق إجراء لاحق أثناء سير الخصومة.

وبالنتيجة فإن الأهمية التي يكتسبها هذا الموضوع تظهر من خلال النقاط الجوهرية التي يتطرق لها و هي محاولة لإضافة ما قد كتب عن نظرية البطلان في القانون المدني و إسقاطها على بطلان الأعمال الإجرائية و تبيان للجزاء المترتبة عن ذلك البطلان.

لان القانون الإجرائي إنما يرمي إلى تطبيق و نفاذ القانون الموضوعي و لذلك فهو يعتبر قانونا للوسائل لا يشغل أساسا بتنظيم الغايات أي المصالح الخاصة أو العامة التي ترمي إلى حمايتها هذه الوسائل و إنما ينشغل بكفاية هذه الوسائل و صلاحياتها لتحقيق غايتها¹.

و لكي يحقق النجاعة المرجوة منه ، فإن المشرع وضع جزاءات متعددة مترتبة عن مخالفة هذه القواعد الإجرائية.

1- د.وجدي راغب - الموجز في مبادئ القضاء المدني، الطبعة 1971، دار الفكر العربي، الصفحة 11.

و فكرة الجزاء الإجرائي فكرة ذات نطاق واسع ، اذ تجد مجالا لأعمالها داخل كافة الهياكل او المنظومات الإجرائية التي يتكون منها قانون المرافعات¹.

فكرة الجزاء تلعب دورا مهما داخل جميع الوسائل التي تستخدم بها الدعوى و تتعقد بها الخصومة و تسير من خلالها إلى غاية صدور الحكم القضائي.

و الغاية من ذلك ان يكون الحكم القضائي صادر بناء على إجراءات صحيحة أي مطابقة للقواعد الإجرائية المفروضة قانونا والتي لا يمكن ان تكون كذلك دون فكرة الجزاء الإجرائي الذي يرمي إلى منع المخالفة الإجرائية قبل حدوثها أو العقاب عليها بعد حدوثها.

فالجزاء الإجرائي هو الضمان لعدم مخالفة الأوضاع والمواعيد الإجرائية، إذ يجب أن تحترم تلك الأوضاع والمواعيد الإجرائية، اذ يجب ان تحترم تلك الأوضاع والمواعيد احتراماً كاملاً حتى ينتظم أداء العدالة على النحو الذي قدره المشرع.

غير أن هذه الفكرة تطرح أشكالاً تطرق إليه العديد من الفقهاء واختلفوا في وجود رأي موحد حوله وهو التوفيق بين الاحترام الصارم للقوانين الإجرائية وتطبيق الجزاءات في حالة المخالفة لها وبين الحقوق الموضوعية محل المطالبة التي يمكن أن تهدر بسبب فاعلية الجزاء الإجرائي.

وفي هذا المجال اعتبر غالب الفقه ضرورة اعتبار أمرين متعارضين ومحاولة التوفيق بينهما، الأول أن أوامر القانون ونواحيه في النواحي الإجرائية لا تكون مكفولة الاحترام إلا إذا اقترنت بجزاء مناسب، وأن البطلان هو الجزاء المناسب لمعظم المخالفات الإجرائية،

والثاني إن ترتيب البطلان على كل مخالفة إجرائية مهما قلت، يؤدي إلى كثرت إضاعة الحقوق، تلك الحقوق التي يراد بالإجراءات صيانتها فكأن موت

1- أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، مساهمة تحليلية وتطبيقية في بناء فكرة الجزاء الإجرائي وآليات أعمالها وكيفية الوقاية منها ووسائل علاجها والحد من أثارها، رسالة الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، المكتبة القانونية، 2003، ص 09.

الحق كامن في وسيلة إحيائه، ويجب ألا ننسى أن الإجراءات مجرد وسائل لحماية الحقوق فلا ينبغي أن تؤدي إلى إهدارها¹.

وبالنظر إلى كل ما سلف ذكره، فإن البطلان يعد أهم الجزاءات الإجرائية على الإطلاق وأكثرها شيوعاً للمخالفات التي يمكن أن تعيب العمل الإجرائي. من ذلك فإن الكثير من الفقه يعتبر البطلان أكثر الجزاءات الإجرائية خطورة لما يمكن أن يترتب عليه من انهيار و عدم صحة الدعوى بسبب مهاجمة العناصر التي تستند إليها، فالبطلان لا يمس فقط الإجراء المعيب و لكنه يؤدي في الكثير من الأحوال إلى انهيار الخصومة بأكملها و ضرورة إعادة رفع الدعوى من جديد.

فهنا لا يتعلق الأمر بإهدار إجراء باطل ولكن يتعداه إلى إهدار الخصومة كلها أو حتى في بعض الحالات يصل إلى ضياع الحق الموضوعي (كحالة تقادم الحق بين سقوط الخصومة وإعادة السير فيها من جديد).

غير أن كل هذا لا يعني إلغاء جزاء البطلان، كي تبقى الدعوى في منأى عن إهدار الإجراءات السالفة الذكر، بل إن الإجراءات الشكلية أو كما يسميها البعض القانون الإجرائي وضع لكي يتم احترامهم لم يوضع عبثاً، بل مراعاته تعني احترام حقوق الخصوم والحفاظ على حرياتهم، كما يقال إن الشكل هو توأم الحرية² (Laforme est la sœur jumelle de la liberté).

فالشكل إنما وضعه المشرع لضمان حسن الفصل في النزاع ونظراً لأن بعض القضايا والدعوى المرفوعة أمام العدالة أو أغليبتها يقتضي احترام إجراءات شكلية معينة قبل رفع الدعوى (مثل التنبيه بالإخلاء في المواد الإلزامية)، أو أثناء سير الدعوى (كالتكليف بالحضور) وحتى بعد الفصل في النزاع (أجل التبليغ و طرق الطعن الموالية له).

و بالنتيجة فإن الإشكال الواجب احترامها و التي وضعها المشرع في القانون الإجراءات المدنية ليست مجرد قيود على حرية الخصوم في التقاضي، و

1- د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي 1962، ص 452.

2- الدكتور احمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، صفحة 09.

إنما هي بالأصل أمور تنظيمية أولاها المشرع عنايته حرصا على مصالح وحقوق الخصوم أنفسهم بالمقام الأول.

و من المعروف إن الضمانات الإجرائية التي يقررها القانون تصبح غير ذي قيمة مالم يتقرر الجزاء على مخالفتها و لذلك يحرص المشرع دائما على تأكيد وجود جزاءات مختلفة تحيط بالضمانات المقررة تضمن لها الفاعلية و الجدية، إيماننا منه بان هذه الضمانات لا تحمي حريات الأفراد فحسب و إنما هي ضرورية كذلك لتحقيق العدالة الحقيقة التي لا يقوم المجتمع بغيرها¹.

و كما سلف القول فان الجزاء الإجرائي الذي يترتب القانون قد يكون جزاء ايجابي أو قد يحدث و أن يكون جزاء سلبي و ما سوف نتطرق له في بحثنا هذا و الذي يهتم دراستنا بالدرجة الأولى هو الجزاء الإجرائي الذي يترتب عليه بطلان العمل المخالف للقانون.

فالبطلان هو جزاء إجرائي يترتب على عدم توافر العناصر اللازمة لصحة العمل القانوني أو بعبارة أخرى هو الجزاء الذي يقع على إجراء معين فيبطله كلياً أو جزئياً، إما عيب إغفال عنصر يتطلب القانون توافره في الإجراء، وإما لان الإجراء قد بوشر بطريقة غير سليمة.

و مما سبق ذكره، فإن الإشكالية التي يمكن ان تطرح أثناء دراسة موضوع البطلان، هي هل أن البطلان كجزاء يكفي للدفع باحترام الأشكال و الإجراءات التي وضعها القانون،

ومن هذه الإشكالية تتفرع تساؤلات فرعية يمكن طرحها ومحاولة الرد عليها أثناء التحليل والدراسة لموضوع بحثنا ومن بينها، ما مدى نجاعة هذا الجزاء أي جزاء البطلان في الحد من العيوب الشكلية والموضوعية التي تصيب العقود الغير قضائية والأعمال الإجرائية بصفة عامة،

وهل يمكن تدارك الآثار السلبية الناتجة عن نظام البطلان كجزاء إجرائي التي يمكن أن تصل إلى حد فقدان أو تضييع الحق الموضوعي بسبب العيوب المؤدية للبطلان،

1- د احمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002، ص 101.

كما يمكن التساؤل عن مدى نجاعة إجراءات تصحيح البطلان التي يسمح بها القانون دون أن يكون ذلك مهددا لحقوق الخصم في المطالبة والدفع به.

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا إلى تقسيم بحثنا إلى بابين، نرى في الباب الأول تأصيل لنظرية البطلان من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فصول،

نتناول في الفصل الأول ماهية البطلان بالتطرق إلى تعريفه والفرقة بين البطلان في القانون المدني والبطلان في قانون الإجراءات المدنية، ثم نعرض إلى مختلف النظريات الفقهية التي تطرقت للبطلان.

و نرى أيضا الحلول المعتمدة في القانون الوضعي من خلال اختيارنا للتشريعين الفرنسي و المصري، و في المبحث الثالث ندرس الفرق بين البطلان كجزاء إجرائي وبين غيره من الأنظمة المشابهة له،

أين حللنا الفرق بينه و بين عدم القبول و كذا الفرق بين البطلان و بين السقوط و أخيرا الفرق بينه و بين الانعدام الإجرائي.

أما في الفصل الثاني فسوف نتطرق لمحل البطلان و ذلك بدراسة الخصومة القضائية في المبحث الأول من خلال التعاريف الواردة فيها و شروط صحتها،

وفي المبحث الثاني نتطرق إلى العمل الإجرائي كمحل للبطلان من خلال مكوناته وطبيعته كما نرى في هذا المظاهر الشكلية للعمل الإجرائي.

وفي الفصل الثالث ننتقل لتحليل أسباب البطلان ونقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، الأول نتناول فيه البطلان لعيب في الشكل من خلال تحليل الشكل الواجب في قانون الإجراءات المدنية، كي نصل إلى تحليل المخالفة التي تعيب الشكل والتي ترتب البطلان.

أما في المبحث الثاني فنرى فيه البطلان لعيب في الموضوع، وندرس فيه التنظيم القانوني الخاص بالبطلان لسبب موضوعي وشخصية القائم بالعمل الإجرائي كسبب من أسباب هذا البطلان، لننتهي بدراسة دخل الإرادة في العمل الإجرائي.

و في الباب الثاني سوف نتطرق إلى التطبيقات العملية للبطلان و نقسمه هو الآخر إلى ثلاثة فصول،

نرى في الفصل الأول أحكام البطلان و في ذلك نستطلع في المبحث الأول أنواع البطلان و التفرقة بين ما هو متعلق بالنظام العام وما هو متعلق بالمصلحة الخاصة،

ثم نرى في المبحث الثاني آليات أعمال البطلان كجزاء إجرائي من خلال القواعد المنظمة لسلطة الخصوم في التمسك بالبطلان وكذا سلطة القاضي في إثارته والحدود الموضوعة له،

وفي الفصل الثاني نتطرق إلى تصحيح البطلان كوسيلة للحد من الآثار السلبية لجزائه و فيه تقسم الدراسة على أربعة مباحث نرى فيها التصحيح مع زوال العيب و التصحيح رغم بقاء العيب الذي أدى إلى البطلان،

ثم في مرحلة ثانية نتطرق إلى حجية الشيء المقضي فيه كواقعة مصححة للبطلان ونرى في ذلك القواعد المنظمة لعملية التمسك بالبطلان عن طريق طرق الطعن وكيفية التعامل مع البطلان الذي لا يقبل التصحيح.

وفي الفصل الثالث والأخير، نرى أثار البطلان على العمل الإجرائي المعيب وعلى الأعمال الإجرائية المتصلة كما نستطلع أثر البطلان على الأعمال الإجرائية السابقة للعمل المعيب وعلى الأعمال الإجرائية اللاحقة له،

وننهي دراستنا بخاتمة للموضوع.

الباب الأول

تأصيل نظرية البطلان

1. تأصيل نظرية البطلان

ارتأينا إلى تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول، الفصل الأول سوف نتطرق فيه إلى مفهوم البطلان وفي الفصل الثاني نتطرق إلى محل البطلان وفي الفصل الثالث والأخير نرى أسباب البطلان،

ولقد اعتمدنا هذا التقسيم على أساس أنه من أجل تحليل الموضوع كان لزاماً علينا فهم البطلان في جميع حالاته ومعرفة الفرق بينه وبين ما يشبهه من أنظمة، للانتقال بعد ذلك إلى ما يمكن أن يكون محلاً للبطلان عن طريق تحليل للخصومة القضائية والعمل الإجرائي.

وفي ذلك تمهيد لنظر أسباب البطلان على اعتبار أن هذه الأخيرة قد تكون متعلقة بالشكل كما يمكن أن تكون متعلقة بالموضوع.

الفصل الأول

ماهية البطلان

1.1.1. ماهية البطلان

قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتناول في مبحثه الأول البطلان بشكل عام من حيث التعاريف المختلفة التي وردت فيه في القانون المدني وفي قانون الإجراءات المدنية وعن كون البطلان جزاء يرتبه القانون على مخالفة الشكل أو الموضوع حسب الحالة،

كما نرى في المبحث الثاني مختلف النظريات الفقهية التي تطرقت إليه وكيف كان تطور فكرة البطلان من خلال اخذ بعض التشريعات الوضعية بتلك النظريات.

أما في المبحث الثالث سوف نتطرق إلى خصوصيات البطلان بتحليل للفرق بينه وبين بعض الأنظمة المشابهة له من خلال التفرقة بينه وبين عدم القبول وبين البطلان والسقوط وفي الأخير بين البطلان والانعدام الإجرائي.

1.1.1.1. تعريف البطلان

لقد تعددت التعريفات الفقهية للبطلان وأتى كل اتجاه فقهي بتعريفه وفقاً لنظريته وتصوره، غير أن غالب التعريفات الواردة فيما يخص البطلان جمعت بين عنصرين أساسيين للبطلان وهما وجود عيب وعدم إنتاج الآثار القانونية¹. فيقصد بالبطلان لغة الفساد وسقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة².

والمقصود بالبطلان في اللغة القانونية هو نفس المعنى، وبصفة عامة فهو جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذا افتقد العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانوناً، ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فاعلية الأعمال القانونية، وافتقاده لقيمتها القانونية المفترضة له في حالة

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 10.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعة 1991، ص 25.

صحته، ويمكن القول أن الإجراء الباطل إجراء عديم القيمة يجب عدم التعويل عليه حتى يصحح أو يعدل على النحو الصحيح¹.

كما ورد تعريف آخر للبطلان على أنه: «تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً»².

واعتمد صاحب التعريف السالف الذكر على أن تعيب العمل لا يعني بالضرورة بطلانه كما اعتبر أنه لا يعني عدم إنتاج العمل لآثاره أنه باطل، فقد عمد على التفرقة بين التعيب من ناحية والبطلان من ناحية أخرى، والتفرقة بين عدم إنتاج الآثار وبين البطلان تكمن فيما يلي:

- فيوجد تعيب إذا لم تكن هناك مطابقة بين النموذج القانوني وبين العمل كواقعة، فقد يحدث أن تكون أعمال معيبة ومع ذلك فإنها تنتج آثارها كما لو كانت صحيحة.

ومنه فلا يمكن وصف هذه الأعمال بالبطلان، فالكثير من أعمال الخصومة القضائية قد ينقصها مقتضى شكلي ومع ذلك لا تكون باطلة، كانهدام الإمضاء على عريضة الافتتاح الدعوى أو عدم وضع ختم المحامي، وتفسير ذلك أنه إذا كان من المنطقي أن يترتب على عدم مطابقة العمل للنموذج القانوني، عدم صلاحية لإنتاج الآثار القانونية، فقد يرى المشرع لاعتبارات مختلفة أن يكون العمل صحيحاً رغم عدم كماله³.

- وإذا كان عدم الكمال لا يعني دائماً البطلان فلا يعني هذا أن البطلان هو عدم إنتاج الآثار القانونية، فالعمل قد يكون صحيحاً ومع هذا لا ينتج آثاره القانونية، ويحدث هذا إذا كان إنتاج الآثار القانونية متوقفاً على وقائع لاحقة للعمل، وهذه الظاهرة تحدث عادة في الخصومة القضائية كون هذه

1- د/ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الموضوعي والإجرائي، المكتب الجامعي الحديث، 2010، ص 11.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار الطباعة الحديثة، 1997، ص 08.

3- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 10.

الأخيرة تتكون من أعمال إجرائية متتابعة قد يتم عمل صحيح ولكنه لا ينتج آثاره القانونية كلها لعدم القيام بأعمال لاحقة.

1.1.1.1. البطلان في القانون المدني

تنص المادة 102 من القانون المدني على ما يلي: «إذا كان العقد بطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد».

ونصت المادة 99 من القانون المدني على أنه: «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق».

ونصت المادة 100 على أنه: «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير».

والمادة 101 قانون مدني: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد».

كما نصت المادة 104 قانون مدني على أنه: «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله».

ونصت المادة 105 قانون مدني على أنه: «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

وبالنتيجة فإن القانون المدني يتفق مع قانون المرافعات في أن التمسك بالبطلان مقتصر على صاحب المصلحة في ذلك، فليس للغير التمسك به (المادة 99 قانون مدني) و(المادة 63 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

غير أن الفرق يكمن في كون التمسك بالبطلان في القانون المدني يتم عن طريق طلب عارض يبيده الخصم، بينما التمسك بالبطلان في الإجراءات يكون عن طريق دفع شكلي يثيره صاحب المصلحة قبل الخوص في الموضوع (المادة 61 قانون إجراءات مدنية وإدارية).

وخلافاً لذلك، فإن سقوط الحق في التمسك بالبطلان لديه أوجه تشابه بين القانون المدني وقانون الإجراءات فيتفقان في أن حق التمسك بالإبطال يسقط بالإجازة الصريحة أو الضمنية¹.

ومن جهة أخرى فإن البطلان في القانون المدني يمكن التمسك به أو إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى أو الإجراءات، بينما في قانون المرافعات يسقط الحق في التمسك بالبطلان عند التطرق لموضوع الدعوى².

وآخر نقطة تتطابق بين البطلان في القانون المدني والبطلان في قانون المرافعات هي البطلان المتعلق بالنظام العام أو كما يسميه البعض البطلان المطلق³ الذي يجوز لأي طرف التمسك به ويجوز أيضاً للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

ولكن في هذا الشأن يختلف الأمر بين الإثنتين في كون البطلان المطلق في القانون المدني لا يجوز تصحيحه ولا إجازته.

أما في قانون الإجراءات المدنية فيمكن تصحيح الإجراء الباطل خلال الميعاد المحدد قانوناً (المادة 62 قانون إجراءات مدنية وإدارية) واشترط المشرع في ذلك عدم بقاء الضرر بعد التصحيح.

1 - وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني والجنائي والإداري، أحمد حيدر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص 89.

2 - د/ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، مرجع سابق، ص 447.

3 - د/ عبد الحميد فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 67.

2.1.1.1. البطلان في قانون الإجراءات المدنية

البطلان في لغة الإجراءات هو جزء مقرر على مخالفة الخصم لأي من المقتضيات الموضوعية أو الشكلية للإجراء القضائي¹.

ولعل ما يميز البطلان عن باقي الأنظمة في قانون المرافعات هو الخطورة التي ينطوي عليها جراء ما يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى، كما أنه يعرض الطرف الذي تنسب إليه المخالفة إلى خطر الخسارة على نحو غير قابل للإصلاح، إذا لم يكن بالإمكان تجديد العمل الباطل لانقضاء الميعاد أو تقادم الحق².

وترجع أسباب البطلان إلى مخالفة مقتضيات الإجراء الموضوعية أو الشكلية كما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في تعديله الأخيرة (المواد من 60 إلى 66).

ولقد نصت المادة 64 من قانون إجراءات مدنية وإدارية الجزائري على أنه: «حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي».

وهذا يعني أن المشرع الجزائري قد حصر بطلان العقود من حيث موضوعها في عنصر الأهلية، متبعاً في ذلك المشرع الفرنسي الذي حدد في المادة 117 من قانون المرافعات العيوب الموضوعية وأرجعها إلى عدم صلاحية الخصم³.

في حين أن الفقه الحديث لم يتوقف عند هذه العيوب بل اتجه إلى القول بأن العيوب الموضوعية لا تنحصر في ذلك بل البطلان الموضوعي يمكن أن ينشأ من عدم مراعاة قواعد التنظيم القضائي، كالتبليغ الذي يتم بواسطة شخص

1- د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011، ص 234.

2- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية 2007، ص 153.

3- أنظر: H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, édition Sirey, année 1991, P 363.

آخر غير المحضر القضائي، أو إذا تم بواسطة المحضر خارج نطاق اختصاصه الإقليمي.

وكذلك في حالة عدم مراعاة القواعد الخاصة بسقوط الحق كالطعن خارج المواعيد وعند مخالفة المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي خاصة مبدأ الوجاهية¹.

فهذا النوع من البطلان لا يخضع للقواعد التي تنظم البطلان الناشئ من عيب الشكل فلا يحتاج إلى إثبات الضرر (المادة 60 قانون إجراءات مدنية وإدارية) كما يمكن إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى، ويجب على القاضي أن يثير هذا النوع من البطلان من تلقاء نفسه.

ومهما يكن من الأمر، وعلى الرغم من اختلاف التعاريف وتعددتها فإن القانون فرض على أطراف الدعوى القضائية واجب احترام المقتضيات المطلوبة لاتخاذ الإجراء سواء أكانت مقتضيات موضوعية أو مقتضيات شكلية،

وإن كانت المقتضيات الشكلية قد حظيت أكثر من غيرها باهتمام المشرع، ولذلك فقد تناولها القانون بالتنظيم نظراً لأهميتها كضمان ضد أهواء الخصوم وضد القرارات التحكيمية².

وقد رتب القانون على مخالفة هذه المقتضيات جزاءات تتمثل في البطلان كجزاء إجرائي يلحق بالإجراء ويؤدي إلى عدم تحقيقه للآثار التي تترتب عليه قانوناً.

والبطلان يلحق بالإجراء سواء أكان من إجراءات الخصومة كالإجراء الافتتاحي لها (العريضة) وقد يلحق أيضاً بإجراءات الختامي (الحكم).

1 - د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011، ص 235.

2 - د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 160.

3.1.1.1. البطلان جزاء إجرائي

لقد سبق وأن ذكرنا أن القانون أوجب على أطراف الدعوى ضرورة اتباع الإجراءات في شكل معين، فقد قرر لها البطلان كجزاء إجرائي عن المخالفة المرتكبة، مهما كان مرتكب المخالفة¹.

وبغض النظر عن نوع المخالفة المرتكبة سواء من حيث شكل الإجراء أو موضوعه، فقد رتب لها المشرع جزاء البطلان، بشرط أن يكون ذلك منصوص عليه بصراحة وأن يتسبب الإجراء المعيب في ضرر وأن يثيره لمن تقرر البطلان لصالحه قبل الخوض في موضوع الدعوى.

وفي هذا السياق جعل المشرع التبليغ الرسمي باطلا إذا لم يتضمن البيانات التي اشترطها القانون في المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص في فقرتها الأخيرة: «...وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه، يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع».

فهذه حالة من حالات البطلان المقرر قانون كجزاء لمخالفة إحدى الإجراءات الشكالية لمحضر التبليغ، وتجدر الإشارة في هذه النقطة أن المشرع أكد ما ورد في المادة 61 من نفس القانون كون الدفع ببطلان المحضر يكون قبل إبداء أي دفاع في الموضوع.

وبالتالي فإذا قدم من تقرر البطلان لصالحه دفاعا في الموضوع فلا يسوغ له الرجوع للدفع ببطلان العقد غير القضائي الذي يشوبه العيب، على الرغم أن الخطأ أو العيب الذي جزاءه الإجرائي البطلان، لم يرتكبه الخصم بل ارتكبه المحضر القضائي عند تحريره لمحضر التبليغ².

1 - د/ نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، منشأة المعارف، ص 167.

2 - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، ترجمة لمحاكمة عادلة، طبعة ثانية منقحة، موفم للنشر، 2011، ص 77.

ومن هنا تكمن خطورة الجزاء الإجرائي الذي وضعه المشرع والذي قد يؤدي إلى إهدار حقوق الخصم بسبب عيب إجرائي لم يرتكبه أو لم يتسبب فيه، غير أن الجزاء يقع عليه مباشرة.

وبناء على ذلك، فإن البطلان كجزاء إجرائي لا يتحمله الخصم ما لم ينسب إليه عمل من الأعمال التي تشكل إخلالا بالشكلية الإجرائية، على أن يكون البطلان هو الجزاء المقرر على مخالفتها.

ذلك أن الإجراءات القضائية ليست من عمل الخصم وحده ولا يجوز أن يتحمل هذا الجزاء إذا وقعت المخالفة من شخص آخر كالقاضي مثلاً، بالإضافة إلى ذلك فإن وقوع المخالفة للشكلية الإجرائية حتى في حالات النص على البطلان يعني الحكم بالبطلان ما لم يترتب على هذه المخالفة تفويت المصلحة التي يهدف القانون إلى حمايتها عن طريق الشكل¹.

ذلك أن الجزاء الإجرائي عبارة عن أثر إجرائي يرتبه قانون المرافعات في مواجهة الخصم المسؤول عن مخالفة قواعده، وهو إما أن يتعلق بالخصومة أي بالإجراءات القضائية كوحدة، وإما أن يتعلق بالإجراءات القضائية، ومن الجزاءات الإجرائية التي تتعلق بالخصومة كوحدة، شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن، ووقف الخصومة وسقوط الخصومة.

أما الجزاءات الإجرائية التي تتعلق بالإجراءات القضائية فهي بطلان الإجراء وانعدامه وسقوط الحق في اتخاذ².

2.1.1. المدارس الفقهية التي تطرقت للبطلان

للحديث عن المدارس الفقهية التي تطرقت للبطلان أو عن النظريات الفقهية في تنظيم البطلان، فإنه تجدر الإشارة إلى أن التفسير الكلاسيكي المعروف فيما يخص البطلان، وهو كونه ينقسم إلى بطلان مطلق من النظام

1- د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 260.

2- د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة 1، دار الفكر العربي، 1986، ص 535.

العام يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا وأن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.

والبطلان النسبي الذي ليس من النظام العام والذي يتعين على الأطراف إثارته وإلا فليس للقاضي أن يحكم به.

فإن هذا التقسيم لا يعتد به في المدارس الفقهية لأن ذات المدارس أو النظريات اعتمد على مبدأ أوسع وأشمل من المبدأ السالف الذكر في تحديد نطاق البطلان وتقسيمه وفقا لكل حالة.

ومنه فهناك من يرتب البطلان على أنه مخالفة إجرائية ولو كانت تافهة وذلك احتراماً للشكل، ومنه من لا يرتب البطلان على المخالفة بل يعتبر البطلان وسيلة تهديدية لحمل الخصم على احترام الشكل، ويترك للقاضي حرية التقدير أو السلطة التقديرية فيما إذا كان الأمر يتطلب الحكم بالبطلان من عدمه¹.

وفي المقابل يرى البعض الآخر من الفقه أن المشرع يضع ويضبط قواعد البطلان مسبقاً ويحجب عن القاضي الاجتهاد والتوسع، فما على هذا الأخير إلا توقيع البطلان إذا نص عليه القانون وفي المقابل الامتناع إذا ما أغفل النص عن الجزاء، وهو المبدأ المعروف "بلا بطلان بغير نص"².

وتكملة للمذهب السالف، أتى مذهب البطلان بغير ضرر، وهو المذهب الذي يربطه مباشرة البطلان بالضرر، فإذا رأى القاضي أن الإجراء المتخذ يرتب ضرراً لأحد الأطراف فإنه يقضي ببطلانه، وإن رأى على النقيض من ذلك أن الإجراء رغم أنه غير قانوني أو معيب لكنه لم يرتب ضرراً فإنه لا يقضي ببطلانه.

1.2.1.1. النظريات الفقهية

إن دراستنا لمختلف المذاهب الفقهية التي تطرقت للبطلان وفقاً للنظريات السالف الذكر، سوف يكون باستقراء كل نظرية متبوعة بتقديرها، ثم نتطرق إلى

1 - إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 261.

2 - أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 211.

نموذجين من تشريعين أخذوا بمختلف النظريات بصفة تدريجية وتطورية إلى غاية الاستقرار على النظرية الحديثة، أولاهما التشريع الفرنسي والثاني التشريع المصري.

1.1.2.1.1. نظريات البطلان القانوني

تعتمد هذه النظريات على أساس قانوني لترتيب البطلان أي أنها وباختلاف مبادئها لا تقر بدور القاضي أو بالمنطق أو بمبادئ العدالة في تقرير البطلان، بل أنها ترجع الحكم بالبطلان وتقريره إلا للقانون.

1.1.1.2.1.1. نظرية البطلان الآلي

مفاد هذه النظرية أن أي مخالفة للشكل الذي وضعه القانون تؤدي حتما إلى البطلان وهي مستوحاة من العبارة اللاتينية: « Quia fit contra legem, nullum est »¹ فكل مخالفة للشكل تؤدي إلى بطلان الإجراء، بغض النظر عن التفرقة بين الشكل الجوهرى والشكل الثانوي، ودون النظر أن ترتب ضرر للخصم نتيجة للمخالفة الإجرائية، ويرتب البطلان دون الحاجة إلى أي نص تشريعي².
وأساس هذه النظرية، أن كل شيء يفرضه القانون هو ضروري ولم يوضع عبثاً، وأن الجزاء الطبيعي لعدم احترام ما وضعه القانون من شكل فهو البطلان³.

تقدير النظرية

يفترض الأخذ بهذه النظرية أن يقوم المشرع بتحديد حصري وجامد لأشكال الأعمال الإجرائية التي يجب اتباعها وإلا كانت باطلة، وهذا الجمود في تحديد الشكل لا وجود له في القانون الحديث⁴.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 214.

2- المقصود بدون حاجة إلى نص تشريعي، أي عدم اشتراط نص صريح يرتب البطلان، فيكفي أن يكون النص الذي يضع ترتيب أو شرط نص معين للإجراء، كي يترتب على مخالفته البطلان.

3- H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, op cit, P 130.

4- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 215.

وفضلا عن هذا، فليس للأشكال كلها نفس الأهمية والأخذ بهذا المبدأ يؤدي إلى إيقاع البطلان في حالات لا تدعو الحاجة أو المصلحة إليه، مما قد يؤدي إلى التضحية بالحق الموضوعي في سبيل احترام الشكل.

2.1.1.2.1.1. نظرية لا بطلان بغير نص

وفقا لهذه النظرية فلا يجوز الحكم بالبطلان إلا إذا وجد نص يقضي به، فلا يعتبر البطلان جزاء لكل مخالفة، كما أن هذا التوجه سوف لا يترك للقاضي حرية تقدير حالات البطلان، وتقوم هذه النظرية على الحجج التالية:

1- أن توقيع البطلان جزاء عن كل مخالفة هو شدة لا حاجة لنا بها في القانون الحديث، نظرا لوجود ضمانات أخرى إلى جانب الشكل تؤكد حسن سير العدالة.

2- أن البطلان تترتب عليه أضرار كثيرة فيجب أن يكون للمشرع وحده تقدير الحالات التي يحكم فيها به، فلا يترك لمحض تقدير القاضي أو تعسفه، وعلى اعتبار أن المشرع هو الذي يضع الشكل القانوني فهو أقدر من غيره على تحديد الأشكال التي تعتبر جوهرية ويجب تقرير البطلان جزاء لها.

3- إن أحسن وسيلة لمعرفة إرادة المشرع هو أن يقول المشرع صراحة هل يريد البطلان أولا يريده، وبذلك يوفر الكثير من العناء في البحث عن إرادته.

4- إذا نص القانون على البطلان في بعض الحالات ولم ينص عنه في حالات أخرى، فلا يجوز للمحاكم أن تقضي به في الحالات الغير مشمولة به، لأن مهمة المحكمة هي تطبيق القانون والقضاء بالبطلان بغير نص هو منه للقانون وليس تطبيقا له¹.

تقدير النظرية

ما يعاب على هذه النظرية هو استحالة تنبؤ المشرع سلفا بجميع الحالات التي تقتضي فيها العدالة، الحكم بالبطلان، فإن اقتصر المشرع على الحالات

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 215.

الضرورة سوف تقلت منه الحالات الأخرى رغم كونها جوهرية، ويضطر القاضي إلى عدم الحكم بالبطلان احتراماً للنظرية.

وإذا أكثر المشرع من النص على حالات البطلان لتجنب هذا النقد، قد يصل به الحد إلى تقرير أن كل مخالفة تؤدي إلى البطلان، ويصبح من الناحية الفعلية نظرية البطلان القانوني¹.

3.1.1.2.1.1. نظرية البطلان الإجباري

مفاد هذه النظرية أنه إذا نص القانون على البطلان فعلى القاضي أن يحكم به دون أن يكون له أي سلطة تقديرية. فليس له أن يمتنع عن توقيع البطلان، ولو ظهر له أن الجزء خطير في الحالة المعروضة عليه، أو أنه رأى أن لا فائدة منه.

أي أن القاضي دوره سلبي فليس له أن يبحث عن الباعث للمشرع عن النص عن البطلان في هذه الحالة فيمتنع عن توقيعه بدعوى عدم تحقق الباعث، وحجة هذه النظرية أن مهمة القاضي هي تطبيق القانون لا غير، فإذا نص القانون عن البطلان فإنه يجب عليه أن يطبق النص².

تقدير النظرية

تجدر الإشارة إلى أن هذه النظرية تؤدي إلى عدم ترك الحرية للقاضي وعدم إعطائه فرصة للتعسف، غير أن التزام القاضي بالحكم بالبطلان في جميع الحالات التي نص عليها القانون قد يؤدي إلى الإضرار بالعدالة أكثر من الضرر الذي يقع من تعسف القاضي، وأن القانون قاعدة عامة وعندما ينص القانون على البطلان في حالة معينة فإنه يراعي ما يحدث في الظروف العادية،

ولكن من الناحية العملية قد يبدو الحكم بالبطلان لا ضرورة منه فتؤدي هذه النظرية إلى أن يصبح البطلان سلاحاً في يد سيء النية الذي يتسمك به دون

1- د/فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 217.

2- أنظر: Vincent Bricard, la nullité des actes de procédures, edition Sirey, p 222

أن يكون قد أصابه أي ضرر من العيب أو الإجراء المعيب، وهو ما يؤدي إلى غلبة الشكل على الموضوع.

4.1.1.2.1.1. نظرية البطلان الاختياري

مضمون هذه النظرية أنها تعطي للقاضي السلطة الواسعة في إبطال العمل أو الإجراء الذي لا تحترم فيه الأشكال القانونية أو عدم إبطاله وذلك حسب ما يراه مناسب، ولا يحده في ذلك أي قيد سوى استلزام ما تقتضي به قواعد العدالة الطبيعية¹.

وتعتمد النظرية على أن القاضي أقرب للحياة العملية من المشرع، فهو أقدر منه على جعل الجزاء مناسباً في كل حالة، فالأخذ بها يؤدي إلى عدم تحقق حالات يبطل فيها العمل دون أن تستدعي هذا مصلحة جدية.

وإن كانت النظرية تعطي للقاضي سلطة كبيرة قد يشيء استعمالها، فإنه يمكن مواجهة هذا الاحتمال بتوخي الحرص في اختيار القضاة، وبهذا يصبح القضاة قوانين حية أكثر مطابقة لمقتضيات كل خصوصية من القوانين المكتوبة الجامدة².

وهذا المبدأ الذي تقول به النظرية يمكن تطبيقه إما وحده، فلا ينص القانون على البطلان إطلاقاً ويعطي القاضي سلطة تقدير الحكم بالبطلان من عدمه، وهي الصورة المتطرفة للنظرية.

كما يمكن أن يطبق مع مبدأ آخر، فيؤخذ به مع مبدأ لا بطلان بغير نص، فلا يكون للقاضي أن يحكم بالبطلان عندما لا ينص القانون عليه، فإذا نص القانون على البطلان فللقاضي سلطة في تقدير الحكم به أم لا.

فيكون جزاء البطلان المنصوص عليه مجرد تهديد للخصم الذي خالف الشكل

القانوني ويقال عندئذ إن "البطلان تهديدي". "Nullités purement comminatoires"³

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 217.

2- أنظر H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, op cit page 535

3- أنظر H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, op cit page 539

ويمكن الأخذ به أيضا كمبدأ البطلان الإجباري بمعنى أنه عندما ينص القانون على البطلان يلتزم القاضي بالحكم به، أما إذا لم ينص القانون على البطلان فإن للقاضي الحرية التامة و الكاملة في تقرير الحكم به أم لا¹.

تقدير النظرية

ما أخذَه الفقهاء على هذه النظرية، أنه إذا كان يمكن القول من الناحية الفلسفية، بأن من الأحسن ترك الأمر لتقدير القاضي فإن تحقيق هذا المبدأ من الناحية العملية تؤدي إلى أكبر ضرر بالعدالة.

فالقاضي إنسان وكل إنسان له ميل طبيعي لتوسيع سلطته وإساءة استعمالها، ومن ناحية أخرى إن ترك القاضي بغير معيار والقول بأنه يتوفر ما توحى به العدالة يؤدي إلى صعوبات كبيرة.

فمن الصعوبة يمكن معرفة العدالة الحقيقية بالنسبة لقواعد وضعية كقواعد الإجراءات، كما أن ترك الأمر لسلطة القاضي يؤدي إلى أن يفقد الشكل القانوني قيمته، وما يترتب عن ذلك من عدم طمأنينة الخصوم إلى ضماناتهم².

2.1.2.1.1. نظريات البطلان المنطقي

وتعتمد هذه النظريات على اعتبار أن البطلان يجب أن يستند على المنطق قبل أن يستند على النص القانوني، بل أن هذا الأخير يكون نتيجة لمنطق تشريعي وما على القاضي إلا التحقق مما يحيط بالبطلان من لآثار قبل النطق به.

1.2.1.2.1.1. مبدأ البطلان بغير ضرر

تعتبر هذه النظرية تخفيفا لنظرية إعطاء القاضي السلطة الكاملة في الحكم بالبطلان، ومفادها أن القاضي لا يكون ملزما بالحكم بالبطلان لمجرد أن القانون ينص عليه، كما أنه ليس له سلطة تقديرية كاملة في الحكم به من عدمه، وإنما يكون معيار الحكم بالبطلان هو تحقيق الضرر من المخالفة المرتكبة.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 218.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 219.

ويمكن تصور الأخذ بالنظرية مع نظرية لا بطلان بغير نص، فلا يكون للقاضي أن يحكم بالبطلان عند عدم النص عليه، فإذا نص القانون على البطلان فعليه أن يتحقق من وجود الضرر قبل الحكم به، أو يكون على القاضي أن يحكم بالبطلان عند النص عليه، فإذا لم ينص القانون عليه فيجب التحقق من شرط الضرر، كما يمكن الأخذ بالنظرية وحدها فيكون للقاضي أن يقدر في كل حالة الحكم بالبطلان على أساس تحقق الضرر من عدمه¹.

وما تتميز به هذه النظرية أنها قد اتقت عيوب نظرية البطلان الإجباري، فلا تؤدي غلبة الشكل على الموضوع وضياح الحق بمجرد خطأ مادي، وإنها أيضا لا تشجع الأشخاص سيء النية.

وهذه النظرية تتخلص أيضا من عيوب البطلان الاختياري، ذلك أن القاضي فيها ليس له السلطة المطلقة وإنما يقيدده وجوب تحقق الضرر كي يتم الحكم بالبطلان.

ويدعم أصحاب هذه النظرية رأيهم بالنقاط التالية:

1- إن البطلان هو تعويضا قانونيا "Remedium juris" والتعويض لا يجب تقديره إلا لمن أصابه الضرر².

2- أن الهدف الأساسي من بين القوانين هو حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من الضرر، فنصوص القانون يجب احترامها لأنه يترتب على مخالفتها حدوث الضرر، فإذا كانت المخالفة لا تؤدي إلى ضرر فالحكم بإبطال العمل أو الإجراء يعتبر معارضة لإرادة المشرع³.

1- اعتمد المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب القانون رقم 08-03 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، نظرية لا بطلان بدون نص ويجب إثبات الضرر، هذا بعدما كانت القاعدة السائدة في القانون القديم هو "لا بطلان بدون نص".

2- Docteur M. Solon:

- Traite des nullités des conventions et des actes en matières civiles imprimerie weissenbruch père, imprimeur de Roi, p 292.

3- Docteur M. Solon:

- Traite des nullités des conventions et des actes en matières civiles op cit p 293.

3- إن كل شكل يفرضه القانون له وظيفة فإذا كانت وظيفة الشكل قد تحققت فلا محل للحكم بالبطلان ولا شك أن وظيفة الشكل وهي حماية مصالح الخصم تتحقق إذا لم يصبه أي ضرر من المخالفة¹.

تقدير النظرية

عارض بعض الفقهاء المبادئ التي تقم على تقوم عليها هذه النظرية، ووجهوا لها انتقادات يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- إن مجرد مخالفة القانون يترتب عليه ضرر، إذ تزول بتحقيق المخالفة إحدى الضمانات، ولهذا فالنظرية خاطئة في أساسها، إذ تتصور إمكانية المخالفة دون تحقق الضرر.

2- إن الأشكال القانونية مقررة للمصلحة العامة ومصلحة الخصوم، وهي تقوم بوظيفة هامة في الخصومة من حيث بعث الطمأنينة بين الخصوم، والأخذ بمبدأ لا بطلان بغير ضرر يؤدي إلى فقدان الشكل أهميته.

3- إن الخصم لن يعدم الوسيلة للقول بأن عمله المعيب لم يترتب عليه ضرر للخصم الآخر، وهو ما يؤدي إلى بقاء النصوص التشريعية دون تطبيق.

4- تقرر النظرية أن عبئ إثبات الضرر يقع على من يتمسك بالبطلان، وهو إثبات صعب إن لم يكن مستحيلا، مما يؤدي إلى بقاء الأعمال الإجرائية صحيحة رغم تعيبها.

5- يؤدي الأخذ بالنظرية إلى إطالة أمد الخصومة بما يثيره من مسائل فرعية حول إثبات الضرر، كما تؤدي إلى زيادة عبء القاضي في الخصومة.

6- تعطي النظرية سلطة كبيرة وموسعة للقاضي في تقدير تحقق الضرر من عدمه، وهي بهذا تستحق ما وجه لنظرية البطلان الاختياري من نقد².

1 -H. Solus et R. Perrot، Droit judiciaire Privé، op cit ,page 512.

2 - د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 225.

2.2.1.2.1.1. نظرية الشك القانوني

مفاد هذه النظرية أن مخالفة قاعدة قانونية إجرائية لا تؤدي إلى البطلان إلا إذا كانت قد تمت بسوء نية، أي عندما يخالف أحد الأطراف القاعدة القانونية قاصدا المخالفة أو عالما بذلك¹.

أما إذا وقعت المخالفة دون قصد أو علم من الفاعل فإن العمل يبقى صحيحا، فالبطلان جزاء لسوء نية من قام بالعمل، لكن من يقع عليه عبء إثبات سوء النية؟

هنا تعتبر النظرية أن سوء النية مفترض، فإذا تم العمل مخالفا للقانون، فإن المخالفة دليل على سوء النية لمن قام بالعمل أي أن مجرد المخالفة تعتبر قرينة قانونية على سوء النية، ومن هنا جاء اسم نظرية الشك القانوني،

على أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، فيجوز لمن قام بالعمل أن يتجنب الحكم بالبطلان بإثباته حسن نيته، أي بإثبات أنه لم يقصد أو لم يكن يعلم بالمخالفة².

تقدير النظرية

يعتبر أغلب الفقهاء المهتمين بالميدان الإجرائي أن هذه النظرية خاطئة وذلك من عدة نواحي:

1- إنها تبعد البطلان عن طبيعته لأن البطلان هو جزاء العمل الذي يتم مخالفا لنموذجه القانوني، وهو جزاء يرمي إلى حماية مصالح معينة، فلا يفهم تعليق الحكم بالبطلان على سوء نية من قام به، ذلك أن العمل إذا تم مخالفا للنموذج القانوني بحيث يكون عاجزا عن إنتاج آثاره القانونية التي يتبعها عند توافر مقتضياته، فإن حسن نية من قام به لا يمكن أن يكمل العيب الذي لحقه، ويؤدي إلى إنتاج العمل آثاره القانونية.

2- إن نظرية الشك القانوني تضع قرينة تخالف القواعد العامة المعروفة في الإثبات، فالقاعدة هي أن حسن النية مفترض وعلى من يدعي العكس

1 - د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 159.

2 - د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 221.

الإثبات، أما النظرية فإنها تفترض سوء النية، وهو الغرض الذي ليس له أي سند قانوني.

3- إن حسن النية مسألة شخصية محضة وإثباتها من الصعوبة، ولهذا فإن النظرية تنتهي من الناحية العملية إلى جعل كل مخالفة للشكل مؤدية للبطلان، أي تؤدي عمليا إلى الأخذ بنظرية البطلان القانوني.

4- إن محاولة إثبات حسن النية وما يتطلبه من وقت وجهد وأدلة الإثبات يؤدي إلى تعقيد الخصومة وعرقلة الإجراءات.

3.2.1.2.1.1 نظرية الغش¹

يجمع الأستاذ بوردو Bordeaux بين نظرية لا بطلان بغير ضرر ونظرية الشك القانوني، فهو يرى أنه كي يتم الحكم بالبطلان يتعين ما يلي:

أ- أن يكون العيب نتيجة غش ممن قام بالعمل وليس مجرد خطأ بسيطاً.

ب- أن يكون الخصم قد أصابه ضرر.

ويعتبر أنه بالنسبة للشرط الأول أن الأصل هو سوء النية وعلى من قام بالعمل أن يثبت حسن نيته، ويضف بأن إلقاء عبء إثبات حسن النية على من قام بالعمل سيلزمه بالحرص على احترام الشكل القانوني.

أما شرط الضرر فإنه يؤدي إلى عدم السماح لسوء النية بالتمسك بالبطلان².

تقدير النظرية

باعتبار أن صاحب هذه النظرية يركز في وضعها على الجمع بين نظرية الشك القانوني ونظرية لا بطلان بغير ضرر فإنها تتعرض لما وجه إلى كل منهما من نقد.

1- جاك إيبوليت ريمون بوردو Jacques- Hippolite Raymond Bordeaux

ولد في 1821/6/5 في فرنسا وتوفي في 1877/04/10 وهو رجل قانون وكاتب فرنسي لديه عدة بحوث في مجال القانون وأشهر كتبه فلسفة الإجراءات المدنية الذي دونه بمناسبة المذكرة التي أعدها من أجل إصلاح العدالة:

- Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la reformation de la justice, 1857.

2- Raymond Bordeaux, Philosophie de la procédure civile, opcit, page 112.

4.2.1.2.1.1. نظرية الخطأ

لصاحب هذه النظرية الأستاذ بسكاتور¹ Pescatore موقف أو تفكير في التخفيف من أثر بطلان العمل الإجرائي في سقوط الحق، وهو يرى وجوب التفرقة بين الخطأ المغتفر والخطأ غير المغتفر، فإذا أدى الخطأ المغتفر إلى بطلان العمل فإنه يجب إلا يؤدي إلى سقوط الحق ويعلل رأيه باعتبارات العدالة.

تقدير النظرية

يعاب على هذه النظرية أن فكرة الخطأ المغتفر تعتبر فكرة غير واضحة، فإذا كان المقصود هو الخطأ غير العمدي، فإن النظرية تؤدي إلى مشاكل متعددة خاصة بالإثبات، أما إذا كان المطلوب هو إعطاء السلطة للقاضي لاغتفار الخطأ أو عدم اغتفاره، فإن هذا يؤدي إلى توسع سلطة القاضي في مسألة لا تقتصر على البطلان بل تتعداه إلى سقوط الحق.

2.2.1.1. الحلول المعتمدة في القانون الوضعي من خلال التشريعين الفرنسي

والمصري

إن نظام البطلان عرف تطور بشكل تدريجي في العديد من التشريعات وكان في كل مرة يأخذ توجه معين وفقا لمعطيات وظروف سياسية واجتماعية وحتى قانونية ولقد أخذنا نموذجين لتطور نظام البطلان وهما النظامين الفرنسي والمصري الذين ساهما كثيرا في إرساء نظام البطلان الحالي.

1.2.2.1.1. في التشريع الفرنسي

تطور النظام الإجرائي الفرنسي بصفة عامة وفقا للتغيرات السياسية، وبصفة خاصة فيما تعلق بنظرية البطلان المعتمدة في قانون المرافعات، وفي هذا قسمنا دراستنا إلى ما كان سائد قبل تعديل 1972، ثم إلى ما هو عليه حاليا.

1- كابرياليسكاتور: Gabriele Pescatore: هو رجل قانون إيطالي شغل منصب رئيس مجلس الدولة وهو عضو في المجلس الدستوري الإيطالي.

1.1.2.2.1.1. نظام البطلان قبل تعديل 1972

لقد عرف نظام البطلان في فرنسا تطورا كبيرا وهذا التطور لم يكن وليد الصدفة وإنما كان نتاجا للانتقادات العديدة والمتكررة التي وجهها الفقه للنظرية المعتمدة في قانون المرافعات، مما أدى بالمشعر الفرنسي إلى التدخل لإجراء التعديلات اللازمة.

ولقد كان في القديم قانون المرافعات الفرنسي مبني على نظام للبطلان يقوم على مبدئين:

- أنه لا بطلان بغير نص والذي نصت عليه المادة 1030 فقرة واحد على النحو التالي: «لا يمكن إبطال أي صحيفة أو عمل إجرائي إذا لم يكن هذا البطلان منصوصا عليه صراحة في القانون»¹.
 - وأن البطلان ليس تهديدا، أي أنه حيث بنص القانون على البطلان فإنه على القاضي الحكم به عند تحقق المخالفة التي جعلها القانون سببا له وكرس هذا المبدأ بموجب أحكام المادة 1029 مرافعات: «أي بطلان أو غرامة أو سقوط تنص عليه هذه المجموعة ليس تهديدا»².
- ويتضح مما سبق أنه ما على القاضي إلا أن يبحث عن نص البطلان إذا ما لاحظ مخالفة شكل من الأشكال القانونية فإذا وجد النص الذي يقرر الجزاء لهذه المخالفة يقضي بالبطلان، أما إذا لم يجد النص امتنع عن ذلك.
- وإذا نص القانون عن البطلان يتعين على القاضي أن يحكم به مهما كانت المخالفة تافهة، وذلك سواء كان الخصم الذي سبب المخالفة مخطئا أم لا، وسواء كان من يتمسك ويثير البطلان قد أصابه ضرر من المخالفة أم لم يصبه أي ضرر.

1- Art 1030- 1: "aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par le loi".

2- Art 1029: "aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent code, n'est comminatoire".

أما إذا لم ينص القانون على البطلان فليس للقاضي أن ينشئ حالة بطلان مهما كانت أهمية المخالفة أو أهمية الشكل الذي تخلف، وليس للقاضي أن يحكم بالبطلان بدعوى الالتجاء إلى القياس أو الاستناد إلى قواعد العدالة¹.

وبالنتيجة فإن المشرع قد اختار الأشكال التي يراها مهمة ونص على البطلان في حالة خرقها أو مخالفتها، وقد ترك الأشكال غير المهمة دون جزاء، وفي هذه الحالة على القاضي أن يخضع لإرادة المشرع فيقضي بالبطلان في الحالة الأولى ويرفض القضاء به في الحالة الثانية².

ولقد تلقى هذا النظام انتقادات كثيرة سواء تعلق الأمر بقاعدة لا بطلان بغير نص أو بالنسبة لقاعدة أن البطلان ليس تهديدا.

أ- قاعدة لا بطلان بغير نص تقتضى للأخذ بها أن يتقصى المشرع جميع الأشكال المهمة وينص على البطلان جزاء لها، ففي الكثير من الحالات لم ينص القانون على البطلان رغم أهمية الشكل.

ب- كما أدى لأخذ بقاعدة أن البطلان ليس تهديدا إلى أن البطلان أصبح يحكم به في حالات ليس للشكل فيها أهمية تبرر هذا الجزاء، فالبطلان يحكم به لمجرد النص عليه دون تقدير لما إذا كانت المخالفة في الحالة المعروضة تبرر الحكم به أم لا.

ونتيجة لذلك، أصبح نظام البطلان نظاما أعمى لا يحقق مقتضيات العدالة، وزاد الأمر سوءا ما عمد إليه الخصوم من التمسك بالبطلان سوء نية للإضرار بمصالح الخصم الآخر، مما أدى إلى إطالة أمد الخصومات بإثارة مسائل فرعية دون فائدة³.

وأمام هذه الاعتبارات لم يحترم الفقه والقضاء النصوص القانونية و لجأ في سبيل الخروج عليها إلى عدة وسائل،

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 227.

2- Docteur M. Solon, Traite des nullités, op citp 301

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، 228.

وقد ذهب القضاء الفرنسي في سبيل الخروج من قاعدة لا بطلان إلا
بنص إلى مايلي:

- أن هذا المبدأ لا ينطبق على كل الأعمال الإجرائية.
 - أن المقصود بالنص نص صريح أو نص يأتي بعبرة ناهية.
 - أن المبدأ ينطبق فقط على الأشكال غير المهمة
- و للخروج عن القاعدة الثانية، قاعدة أن البطلان ليس تهديدا، ظهرت محاولات في القضاء للأخذ بمبدأ لا بطلان بغير ضرر.
- وفي ذات السياق اعتبر الفقه والقضاء الفرنسي أن قاعدة لا بطلان إلى بنص لا تنطبق على كل الأشكال الإجرائية، وأنه توجد بعض الأشكال العامة التي لا تخضع لهذه القاعدة فيجب القضاء ببطلانها رغم عدم النص.
- ويعمل ذلك أن الأشكال الجوهرية من البديهي أن يقضى ببطلانها في حالة المخالفة والتالي فالمشرع تدخل بهذه القاعدة من أجل تنظيم بعض الأشكال غير الجوهرية.

وننتج عن هذا التوجه جدل جديد حول متى يعتبر الشكل مهم بحيث يعتبر باطلا دون حاجة إلى نص؟

فقد ذهب غالبية الفقه والقضاء إلى القول بأن الشكل يكون جزاءه البطلان إذا كان جوهريا وأضاف البعض إلى معيار الجوهرية معيار النظام العام¹.

1- الشكل المتعلق بالنظام العام

اعتبر الفقه الفرنسي أنه يجب استثناء من المادة 1030 مرافعات الأشكال المتعلقة بالنظام العام وهذا الاستثناء يبرره ضرورة حماية النظام على أنه مما لا شك فيه أن أغلبية الأشكال في الخصومة مقررة للمصلحة الخاصة، وإن كان هذا لا ينفي وجود بعض الأشكال التي تمس النظام العام مباشرة وأهم الأمثلة مواعيد الطعن في الأحكام وميعاد انقضاء الخصومة بالتقادم.

1- H. Solus et R. perrot, Droit judiciaire privé, op cit, P 591.

ذلك أنه من مصلحة المجتمع ألا تدوم المنازعات إلى الأبد وألا يطول أمد الخصومة، كذلك يعتبر شكلا متعلقا بالنظام العام تحديد وقت التبليغ إلا بإذن القاضي.

كما يرى القضاء أن الإعلان المحضر القضائي خارج اختصاصه يعتبر باطلا وإن لم ينص القانون على ذلك وهذا لأن الأمر يتعلق بقاعدة من قواعد التنظيم القضائي.

2- الأشكال الجوهرية

وإن كان الفقهاء يذهبون في غالبيتهم إلى استثناء الأشكال الجوهرية من مبدأ لا بطلان بغير نص، فقد اختلفت تعريفاتهم للمقصود بالشكل الجوهرى ومعيار التفرقة بينه وبين الشكل غير الجوهرى.

- يعتبر البعض أن الشكل الجوهرى هو الشكل اللازم لوجود العمل أي الشكل الذي يترتب على تخلفه عدم الوجود، أما الشكل غير الجوهرى فهو الذي لا يؤدي تخلفه إلى عدم الوجود وإنما إلى البطلان إذا نص القانون عليه.
- ويذهب البعض الآخر إلى الفصل بين العناصر اللازمة للوجود والعناصر اللازمة لتحقيق الغاية من العمل.
- وعند البعض الآخر الشكل الجوهرى هو الذي يميز العمل عن غيره من الأعمال، إذ يعرفون الأشكال الجوهرية بأنها: «تلك الأعمال التي تعطي للعمل صفته المميزة وطبيعته الخاصة، ويترتب على نقصها تخلف هذه الطبيعة وتلك الصفة».
- أما الأشكال الثانوية فهي: «تلك التي لو لم تخل من فائدة لا تعطى للعمل طبيعته الخاصة وصفته المميزة»¹.
- ويجمع بعض الفقهاء بين هذه الفكرة وفكرة عدم الوجود فيرون أن الشكل يكون جوهريا إذا كان: «هو الذي يعطي العمل وجوده أو هو الذي يميزه عن غيره»².

1-H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, op cit, p 598.

2- H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, op cit, p 598.

- ويجمع بعض الفقهاء في تعريفهم للشكل الجوهرى الأفكار الثلاثة وهي فكرة الوجود - فكرة تحقيق الغاية - فكرة الصفة المميزة، إذ يرون أن الأشكال الجوهرية هي: «الأشكال التي بغيرها لا يمكن أن يوجد العمل أو لا تكون له الصفة التي أراد القانون إعطاءها له أو لا يمكنه تحقيق الغاية التي يقصدها المشرع».

ويعرفوا الشكل الثانوي بأنه: «شكل وإن كان مما لا شك فيه له بعض الفائدة إلا أنه لا يعطي للعمل صفته».

ويخلص من التعريفات السابقة أن الأفكار التي تدور في أذهان الفقهاء عن الشكل الجوهرى هي أنه¹:

- شكل لازم لوجود العمل.
- شكلا لازم لتمييز العمل عن غيره.
- شكل لازم لتحقيق الغاية من العمل.
- شكل من النظام العام.
- شكل ضروري لصحة العمل.

ومما سبق ذكره:

فإن أساس الخروج ع قاعدة لا بطلان إلا بنص بالنسبة للأشكال الجوهرية يراه بعض الفقهاء فيمايلي:

- إن استثناء الأشكال الجوهرية ليس فيه خروج عن القاعدة لأن القاعدة تنظم بطلان الأعمال الإجرائية ولا يمكن أن يثور الشك حول بطلان عمل غير موجود، فعدم الوجود لا يحتاج إلى تدخل المشرع لتقريره.

- فيحين يرى البعض أن أساس الخروج هو أن الشكل الجوهرى يتعلق بالنظام العام وهو لهذا لا يحتاج إلى نص لبطلانه، ويأخذ بهذا الرأي من يعرف الشكل الجوهرى على أنه: «يتصل بالنظام العام».

1 - د/ إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، دكتوراه في قانون المرافعات، جامعة عين شمس، 2007، ص 138.

- وذهب البعض إلى أن أساس البطلان هو أن العمل المعيب في جوهره لا يستطيع أن يحقق محله أو وظيفته¹، ولهذا لا يمكن أن يبقى صحيحا. ونظرا لكل هذه الانتقادات والاختلافات حول قاعدة لا بطلان بغير نص وخاصة حول قاعدة البطلان ليس تهديدا، بدأ الأخذ بقاعدة لا بطلان بغير ضرر².

ونتج عن ذلك أنه لم يعد الحكم بالبطلان عند النص عليه إلزاميا على القاضي، بل له سلطة تقديرية، إذ لا يلتزم بالحكم بالبطلان إلا إذا وقع ضرر للخصم، وقد وصف البعض هذا التعديل بأنه: «ثورة حقيقة» في مشكلة البطلان³. وعلى الرغم من ذلك فإن هذا المبدأ لم يأتي عاما بالنسبة لجميع الأعمال الإجرائية وإنما اقتصر على بعض الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر، وبذلك أصبح نظام البطلان في التشريع الفرنسي مزدوج، فيطبق المبدأ إذا ما تم الإضرار بحقوق الدفاع.

أما بالنسبة للحالات الأخرى فتبقى خاضعة للنظام القديم الذي ورغم التعديل أبقى على سريان المادة 1029 مرافعات مع استثناء الحالات المنصوص عليها صراحة.

وقد أخذ الفقهاء على التعديل الجديد عيبين:

1- الأول يتعلق بصياغة النص، فالمادة تتناول بطلان يؤدي إلى الأضرار بمصالح الدفاع، والحقيقة أن مقصود المشرع هو اشتراط أن تؤدي المخالفة (ليس البطلان)، إلى الإضرار بمصالح الدفاع.

2- الثاني يتعلق بتحديد الضرر فقد عبر عنه المشرع بالأضرار (مصالح الدفاع) وكان الواجب النص على ضرر أيا كان دون تقييده بأن يكون أضرار بمصالح الدفاع⁴.

1- Docteur M. Solon, Traite des nullités, op cit, 328.

2- قانون 12 جانفي 1933، الذي عدل جزئيا المادة 1029.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 236.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 238.

2.1.2.2.1.1. نظام البطلان في ظل التشريع الحالي

تقوم نظرية البطلان في ظل التشريع الحالي على فكرة أساسية وهي التمييز بين العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية، فلقد عمد المشرع الفرنسي على استحداث نظام جديد للبطلان يقوم على أسس متجانسة تكون أكثر توافقاً مع الضرورات العملية.

وفي استحداثه للنظام الجديد لقد أخذ المشرع الفرنسي بعين الاعتبار جهود الفقه وتطبيقات القضاء وتفاعل معها بالإيجاب والسلب¹.

فأخذ من ناحية أولى بالعديد من الحلول الفقهية والقضائية، ومن ناحية أخرى فإنه قد ذهب إلى اعتماد مجموعة أخرى من الحلول تخالف ما استقر عليه القضاء في ظل النصوص الملغاة².

ولقد ظهر النظام الجديد للبطلان في المواد 51-59 من المرسوم الصادر بتاريخ 1972/07/20 الذي وضع التنظيم الجديد للدفع الإجرائية، وقد بني التنظيم الجديد لبطلان الأعمال الإجرائية على التمييز في العيوب بين عيوب الشكل: Les vices de formes و عيوب الموضوع Vices de fond فنظام البطلان وفقاً للنظام الجديد يختلف حسبما إذا كان العيب المقترن بالعمل الإجرائي يتعلق بالشكل أو بالموضوع.

فشروط البطلان لعيب في شكل العمل هي ثلاثة نذكرها على النحو

التالي:

الشرط الأول: توفر حالة من حالات البطلان (سبب البطلان)

وهو أساس البطلان أي وجود مخالفة للشكل الذي يفرضه القانون، فعيب الشكل شرط ضروري للتقرير ببطلان العمل، فلا يمكن تصور أن يقع البطلان في حالة انعدام المخالفة.

1 - خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام م الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 60.
2-J.Vincent et S.Guinhard, Procédure civile, 24ème édition, 1996, Dalloz, Page 514.

ولا يكفي وجود المخالفة لتقرير البطلان، وإنما يجب أن تكون هذه المخالفة مما تصلح لأن تكون سببا قانونيا للبطلان، فلا يمكن تقرير البطلان إذا كانت المخالفة لا تصلح لأن تكون سببا له¹.

وتصلح المخالفة لأن تكون سببا قانونيا للبطلان في حالتين ورد النص عليهما في المادة 114 من قانون المرافعات الفرنسي²:

أ- أن يكون القانون قد رتب البطلان صراحة جزاء لهذه المخالفة، ويعتبر هذا النص تطبيقا لقاعدة تقليدية قديمة واضب القانون الفرنسي على اعتمادها في مراحل تطوره المختلفة وهي قاعدة "لا بطلان بغير نص". " Pas de nullité sans texte".

ب- أن تكون المخالفة تتعلق بشكل من الأشكال الجوهرية أو تلك التي تتعلق بالنظام العام، ويقع البطلان في هذه الحالة ولو لم ينص عليه القانون، وفي تقريره بطلان العمل فإن القانون يكون قد اعتمد قضاء سابقا مستقرا على الحكم بالبطلان لمخالفة الأشكال الجوهرية ولو لم تنص النصوص على ذلك.

ويقصد بالأشكال المتعلقة بالنظام العام تلك التي تنقرر ليس بغرض حماية مصلحة فردية، وإنما ترمي إلى حماية مصلحة عامة ولحسن سير العدالة، أما المقصود بالأشكال الجوهرية فهي الأشكال التي يرتبط بها سبب وجود العمل الإجرائي وتكون لازمة في تحقيق وظيفته والقيام بدوره³. وسلطة تقدير وتحديد ما هو الشكل الذي يعد من الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام، تبقى للقاضي يمارسها تحت رقابة محكمة النقض.

1- J.Vincent et S.Guinchard, procédure civile, op cit , page 516.

2- Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

3- تعريف ورد في قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكم في 1955/03/03 أنظر: Semaine Juridique 1955, II. 8654, Dalloz 1968.

وبالنتيجة ومن خلال ما رأيناه في الشرط الأول من شروط البطلان لغيب في الشكل تتمحور في حالتين:

أولها: أنه تتعلق المخالفة بشكل ثانوي في هذه الحالة فإنها لا تقوم سببا للبطلان إلا إذا نص القانون على تلك مخالفة الأشكال الثانوية لا ترتب البطلان إن لم تقرر النصوص صراحة بذلك.

ثانيها: إن المخالفة ترتب البطلان ولو لم ينص القانون على ذلك إذا كانت مخالفة لشكل جوهري أو يتعلق بالنظام العام، فقاعدة لا بطلان إلا بنص لا تطبق في هذه الحالة.

الشرط الثاني: أن تؤدي المخالفة إلى وقوع ضرر (قاعدة لا بطلان بدون ضرر)

اعتمد المشرع الفرنسي في تنظيمه الجديد لنظرية البطلان على قاعدة "لا بطلان بغير ضرر" "Pas de nullité sans grief"، وترتبط هذه القاعدة بمبدأ قديم في القانون الفرنسي مقتضاه أن البطلان لا يقوم بدون وقوع ضرر "Nullité sans grief n'opère point".

ولقد ظهرت النصوص الجديدة أكثر تشددا في التمسك بإعمال هذه القاعدة فاتجهت إلى التوسع في تطبيقها لكي تشمل جميع المخالفات الشكلية سواء كانت مخالفة لشكل جوهري أو لغير ذلك من الأشكال¹.

وهي في ذلك تخالف القواعد المستقرة والحلول المعتمدة في تطبيقات القضاء في ظل النصوص القديمة، أين كان تطبيق القاعدة ينحصر في مخالفة الأشكال الثانوية دون مخالفة الأشكال الجوهرية أو تلك المتعلقة بالنظام العام.

فمخالفة هذه الأشكال السالفة الذكر ترتب البطلان دون اشتراط ثبوت وقوع ضرر تكون المخالفة هي سببه المنشأ، ويختلف الحكم في ظل النصوص الحديثة،

1 -Dr. M. solon, Traité des nullité, op cit, P 580..

فسواء كانت المخالفة ترتبط بشكل جوهري أو متعلق بالنظام العام أو غير ذلك من الأشكال، وسواء كان البطلان منصوحاً أو غير منصوح عليه، فإن شرط القضاء بالبطلان أن يثبت من يتمسك به أنه قد لحقه ضرر ناجم مباشرة عنها¹.

ويتضح ذلك من نص الفقرة الثانية من المادة 114 مرافعات الذي ورد في الصيغة التالية: «لا يحكم بالبطلان إلا إذا أثبت الخصم الذي يتمسك به أن المخالفة قد ألحقت به ضرراً حتى ولو كانت مخالفة لشكل جوهري أو يتعلق بالنظام العام».

ومنه فلا يكون لمجرد قيام سبب للبطلان وفي ذاته أثراً في تقرير بطلان العمل، وإنما يلزم للحكم بالبطلان أن يكون من شأن المخالفة إلحاق ضرر بمن يتمسك به، فمع تخلف الضرر لا يقوم البطلان².

وضوابط الضرر الذي يمكن اعتباره كشرط للقضاء بالبطلان من أجله

هو:

- يأخذ الضرر مفهوماً شاملاً، فيوجد الضرر إذا كان من شأن المخالفة إهدار حق الخصم أو تقويت مصلحة له.
- يجب على من يتمسك بالبطلان لمخالفة شكلية أن يبين وجه الضرر الذي لحقه نتيجة المخالفة، فيقع عليه عبء إثبات الضرر.
- يجب أن تقوم علاقة سببية مباشرة بين العمل المعيب والضرر الناجم، فلا يقع بطلان إذا كان الضرر ناجماً عن عمل آخر، وعلى القاضي أن يبين قيام هذه الرابطة فلا يحكم بالبطلان إلا إذا ثبت لديه قيامها.
- لا يترتب الضرر أثره في بطلان العمل المعيب إذا كان العمل قد تم بمشاركة المضرور أو بالتواطؤ معه.
- لا يترتب الضرر أثره في بطلان العمل والمعيب إلا إذا لم يكن في إمكان المضرور تبين العيب وتوخي ما يمكن أن يترتب من أضرار، فإذا كان العيب ظاهراً فيمكن تبينه.

1- J.Vincent et S.Guinchard, procédure civile, op cit , page 525.

2- J.Vincent et S.Guinchard, procédure civile, op cit , page 526.

فلا محل للاعتداد به لأن الخصم كان يمكنه لتحاويه وتلافي ما يمكن أن
ينجم عنه من أضرار، فلا محل للبطلان إذا كان الخصم قد تقاعس عن دفع
الأضرار الناجمة عن المخالفة، فلا يمكن للخصم أن يستفيد من تقاعسه وإهماله¹:

"Nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes"

ويعود إلى القاضي سلطة تقدير ما إذا كان العيب ظاهراً في إمكان
الخصم التنبيه إليه أم لا.

الشرط الثالث: عدم تصحيح العمل

طبقاً للمادة 115 من مجموعة المرافعات الجديدة لا يقضي بالبطلان إلا إذا لم يتم تصحيح
العمل: "La régularisation de l'acte" و يكون للتصحيح في هذه الحالة أثراً رجعياً "la
validation rétroactive" فيعد العمل صحيحاً منذ اتخاذه ويزول العيب المقترن به ويعتبر كما أن
لم يوجد منذ الأصل، ومن ثم تنتفي مكنة التسمك ببطلانه، وتسري هذه القاعدة ولو تمثل العيب في
مخالفة لشكل جوهري أو متعلق بالنظام العام².

2.2.2.1.1. في التشريع المصري

تم اعتماد نظام بطلان جديد من خلال القانون رقم 13 لسنة 1968 وذلك
في المادة 20 من مجموعة تقنين المرافعات والتي تنص على أن: «يكون الإجراء
باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه
الغاية من الإجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من
الإجراء».

ومن خلال استقراء نص المادة السالف الذكر يتضح لنا أن ما استحدثه
المشرع هو أن بطلان الإجراء لعيب شكلي لا يقوم إلا بتوافر شرطين أساسيين³.

1 - H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire Privé, op cit, p 142..

2 - د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 241.

3 - د/ عبد الحميد فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 322.

الشرط الأول: وجود عيب شكلي

فالمفترض الأساسي من خلال المادة 20 هو أن يكون العمل الإجرائي قد جاء معيبا بعيب شكلي أي ينقصه مقتضى شكلي نص عليه القانون، فإذا تم العمل بالشكل الذي يتطلبه القانون فإنه يكون صحيحا مرتبا لآثاره ولا يمكن التمسك ببطلانه ولو لم يحقق الشكل ما أراده المشرع منه أو كان من شأنه إحداث أضرار بمصالح الخصوم أو مصالح الغير.

الشرط الثاني: أن يؤدي العيب إلى عدم تحقق الغاية من الشكل

إذ لا يكفي مجرد وجود العيب في حد ذاته لتقرير بطلان العمل الإجرائي، وإنما يجب لأجل ذلك أن يكون من أثر العيب عدم تحقيق الغاية المقصودة من الشكل أي الحيلولة دون أداء الوظيفة المقررة للشكل، ذلك أن المبدأ الذي حرصت المادة 20 على اعتماده هو الربط بين البطلان وعدم تحقق الغاية من الشكل.

فلا بطلان إذا تحققت الغاية رغم وجود العيب، ويقع البطلان كجزاء لتعيب الشكل إذا كان من شأنه تفويت الغاية المقصودة من الشكل.

فيرتبط البطلان بعدم تحقق الغاية من الشكل وجودا وعدما سواء كان البطلان منصوفا أو غير منصوص عليه، فالبطلان يقع في جميع الحالات إذا لم تتحقق الغاية من الشكل، إلا أنه هناك فرق بين حالة النص على البطلان وحالة عدم النص عليه¹.

1.1.2.2.1. في حالة النص على البطلان

إن العمل الإجرائي يكون باطلا لمخالفته للشكل المنصوص عليه دون حاجة لإثبات عدم تحقق الغاية المقصودة من الشكل، ذلك أن القانون بنصه على البطلان إنما يكون قد وضع قرينة بسيطة مفادها أن مخالفة الشكل تؤدي إلى عدم تحقق الغاية منه.

لذلك فإنه يكفي لمن يتمسك بالبطلان أن يثبت وجود عيب شكلي في الإجراء فتقوم القرينة على أن الغاية من الشكل لم تتحقق نتيجة مباشرة لهذا

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 242.

العيب، ومن ثم يقوم موجب الحكم بالبطلان، إلا أن هذه القرينة مما تقبل إثبات العكس¹.

فيكون للخصم الآخر الذي من مصلحته عدم الحكم به أن يثبت أن الغاية من الشكل قد تحققت رغم العيب الذي شاب الإجراء، فإذا نجح في الإثبات فإنه يتلافى القضاء ببطلان الإجراء فيعتبر الإجراء صحيحاً ويمتنع الحكم ببطلانه². ويمكن استنتاج قاعدتين مما سبق:

- أن المقصود بالنص على البطلان أن يأتي نص صريح عليه بلفظه، فلا يكفي النص الضمني بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية مثل "لا يجوز".

- مجرد النص الصريح لا يكفي في ذاته لتقرير بطلان العمل الإجرائي وإنما يجب حتماً لذلك أن يؤدي العيب الذي ورد النص في شأنه إلى عدم تحقيق الغاية من الشكل ويكشف ذلك عن أن المشرع قد جحد تماماً نظام البطلان الإجباري³ الذي يلزم فيه القاضي بالحكم بالبطلان إذا ورد نص عليه.

2.2.2.2.1.1. حالة عدم النص الصريح على البطلان

إن عدم النص على البطلان لا يمنع من التمسك به والحكم به إذا كان من شأن العيب تفويت الغاية المقصودة من الشكل، والحكم بالبطلان مشروط في هذه الحالة بأن يثبت من يتسمك به أمرين.

العيب الشكلي الذي شاب العمل الإجرائي وأن الغاية لم تتحقق بسبب هذا العيب الشكلي وهذا يقتضي أن يثبت تخلف الغاية وقيام علاقة سببية مباشرة بين فوات الغاية والعيب الشكلي.

ومنه فإن أساس تقرير بطلان العمل الإجرائي لعيب شكلي هو الأثر الذي يربته هذا العيب، فإذا كان من شأنه أن يؤدي إلى فوات الغاية من الشكل فإنه

1 - د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 69.

2 - د/ عبد الحميد الشورابي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، مرجع سابق، ص 81.

3 - سبق تعريف النظرية والتطرق إلى نقدها.

يحكم بالبطلان ولو لم يكن منصوص عليه ويصرف النظر عن خطأ من قام به، أو عدم إمكان نسبة خطأ شخصي إليه، ودون اعتبار لحسن أو سوء نية، فلا يجديه في دفع البطلان التمسك بحسن نيته¹،

وعلى العكس من ذلك فإنه إذا لم يرتب العيب هذا الأثر وتحققت الغاية من الشكل رغم وقوع المخالفة، فإنه لا يحكم بالبطلان ولو كان منصوصا عليه.

وتطبيق هذه القواعد سواء كان البطلان خاصا أي مقررا لمصلحة خاصة أو متعلق بالنظام العام، فلا وجه لتقرير البطلان إذا تحققت الغاية المنشودة سواء كانت هذه الغاية ترمي إلى رعاية مصلحة خاصة للخصم أو مصلحة عامة فبتحقق المصلحة يزول المبرر من البطلان.

ما المقصود من الغاية في نظام البطلان؟

إذا كانت فكرة الغاية تشكل المحور والمعيار الذي يقوم به نظام البطلان في القانون المصري²، فما المقصود بالغاية في هذا الخصوص؟ هل هي الغاية من الشكل في خصومه أم هي الغاية من الإجراء في مجموعته؟ وهل هي الغاية الموضوعية التي يقرها القانون أم الغاية الشخصية لمن يقوم بالإجراء؟

1- يقصد بالغاية الوظيفة التي رسمها القانون للعمل بين مجموعة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة³ وهو الاتجاه الذي أخذته أغلب التشريعات الحديثة، غير أن المشرع المصري لم يأخذ به، وأخذ بالنظرية التي يعول على الغاية التي قصدها المشرع من الشكل كمقتضى من مقتضيات هذا العمل.

وقد كان هذا التوجه واضحا في نص المادة 20 بتقريرها أنه: «لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب».

أي أن تحقق الغاية من الإجراء يقتضي تحقق الغاية من الشكل أو البيان على ما استقر عليه الفقه في تفسير النص المقابل في القانون الإيطالي الذي أخذ

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 243.

2 - د/ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني والإجرائي والموضوعي، مرجع سابق، ص 419.

3 - H. Solus , R. Perrot, Droit judiciaire privé, op cit, p 567.

المشرع عنه هذا النص¹، غير أن الشرع المصري قد غير صيغة المادة 20 بتعديله لها على النحو التالي: «ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء».

2- لا يقصد بالغاية من الشكل الغاية الشخصية لمن تقوم بالإجراء، وإنما الغاية الموضوعية التي يتوخاها المشرع في الشكل أو البيان، وهذا هو ما أكدته أغلب الفقهاء الذين اعتبروا أنه يجب على القاضي أن ينظر "إلى الغاية الموضوعية من الإجراء".

ولذلك فتقدير الغاية يعد من هذه الزاوية مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض².

3- ينظر القاضي إلى الغاية الموضوعية للشكل من خلال الواقعة المعروضة عليه بمعنى أنه يجب عليه أن يبحث في كل حالة على حده عما إذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت أم لا، فهو يحكم بالبطلان استنادا إلى أهمية الشكل في ذاته بصفة عامة ومجردة، وإنما استنادا إلى أن تخلف الشكل قد أدى في الحالة الواقعية الخاصة المعروضة عليه إلى تفويت الغاية المقصودة منه بما يهدد الضمانات المقررة للخصوم فيها.

وبذلك تكون الغاية المقصودة من نظام البطلان هي الغاية الملموسة في كل حالة على حدة، وليست الغاية المجردة التي يتم تقديرها بصورة مجردة ومعزل عن الواقعة المعروضة بظروفها الخاصة وملابساتها الذاتية³.

وهو ما يعني أن البطلان قد يترتب جزاء تخلف شكل معين في حالة ولا يترتب في حالة أخرى رغم تخلف نفس الشكل في عمل من نفس النوع، فالمهم تحقق الغاية من عدمها في كل حالة وليس كون الشكل المخالف مهما في ذاته.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 106.

2- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 397.

3- د/ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1969، ص 265.

- تقدير توفر الغاية (رقابة القضاء)

1- يرتبط تحقق أو عدم تحقق الغاية من الشكل بظروف كل حالة على حدة ومنه فذلك يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا¹ وهي تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يلزم بتسبيب حكمه تسبيبا يبرر به لماذا يرى أنه لم تتحقق الغاية أو أنها قد تحققت، وعلى هذا الأساس فإن قاضي الموضوع لا يقتصر على اعتبار الغاية قد تحققت أم لا دون أن يوضح الأسانيد والأسس التي اعتمد عليها، فإن لم يفعل ذلك فإن حكمه يكون معيبا بالقصور في التسبيب ويعرضه للطعن.

2- غير أن تقدير ماهية الغاية من الشكل القانوني يعتبر مسألة قانونية تخضع بطبيعتها لرقابة محكمة النقض، فلا يستطيع القاضي أن يذهب إلى أن الغاية من الشكل غاية معينة غير التي أرادها المشرع، ورقابة محكمة النقض في هذا الشأن تؤدي إلى تقييد سلطة قاضي الموضوع وتجنب ما يخشى من تعسفه بالنسبة للبطلان².

نطاق تطبيق معيار الغاية

يتوقف الحكم ببطلان العمل الإجرائي لعيب شكلي على عدم تحقق الغاية من الشكل أيا كان العمل الإجرائي المطلوب تقرير بطلانه ولو كان حكما قضائيا³ وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام.

ويندرج معيار الغاية في نظام البطلان ويرتبط تطبيقه بالعيوب التي تقترب بالأعمال الإجرائية في أشكالها التي يقررها المشرع كضمانات لرعاية المصالح التي يعتد بها، غير أنه يتم استبعاد تطبيق هذا المعيار عند تخلف مفترضات أعماله، فلا يطبق معيار الغاية في الحالات الآتية:

1- د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 540.
2 - وجدي راغب فهمي، المرجع نفسه، ص 543.
3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 295.

1- إذا لم يوجد عمل إجرائي، فإذا انعدم العمل الإجرائي أصلاً، ففي هذه الحالة لا يجدي إثبات تحقق الغاية، ذلك أن المشرع ينظم بطلان العمل، والبطلان يفترض الوجود المادي للعمل، فإن لم يتم العمل فلا يمكن الكلام عن البطلان أو الصحة.

2- إذا لم يوجد عيب، فإذا تم الإجراء كامل بالشكل المطلوب قانوناً فإنه يقوم صحيحاً مرتباً لآثاره بغض النظر عن عدم تحقق الغاية المنشودة منه، ذلك أن معيار الغاية يفترض وجود عيب في الإجراء، فينتقي وجه تطبيق هذا المعيار حال تخلف مفترضه.

3- إذا وجد عيب غير شكلي، إذ نطاق تطبيق معيار الغاية ينحصر في العيوب الشكلية دون غيرها من العيوب، فإذا كان العيب الذي يقترن بالإجراء يتعلق بمقتضياته الموضوعية أو يعود إلى تخلف صلاحية القائم به أو نحو ذلك من العيوب الموضوعية فإنه يؤدي إلى البطلان دون نظر إلى تحقق أو عدم تحقق الغاية.

4- إذا أقر القانون جزاء إجرائي آخر للعيب الشكلي، فلا محل لإعمال معيار الغاية في الحالات التي لا يطبق فيها البطلان، وتطبيقاً لذلك لا يجري تطبيق معيار الغاية في الحالات التي يقرر فيها المشرع جزاء آخر للمخالفة كعدم القبول أو السقوط.

5- إذا كان الشكل الناقص هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصود منه، فهناك أشكال لازمة دائماً لتحقيق الغاية منها، بمعنى أن الغاية لا تتحقق إذا تخلف الشكل، وتفسير ذلك أن الشكل القانوني قد يرمي إلى ضمان تحقق واقعة مادية تتوافر بتحققها حماية قانونية معينة،

فيكفي تحقق الواقعة المادية ولو عن غير طريق الشكل القانوني لكي تتحقق الحماية التي يرمي إليها هذا الشكل، ومثال ذلك تاريخ الجلسة للمدعي عليه، يرمي إلى تحقق واقعة مادية معينة، وهي حضور المدعي عليه يوم الجلسة.

فإذا تحققت هذه الواقعة رغم تخلف الشكل فإن ذلك كاف، أيضا بالنسبة لتوقيع المحضر على ورقة الإعلان، فهذا التوقيع يرمي إلى إعطاء الإعلان صفة الورقة الرسمية، فهنا يكون الشكل المقرر هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، لذلك فإن تخلف هذا الشكل يؤدي حتما إلى تخلف الغاية المقصودة، ومنه يتعين الحكم بالبطلان دون حاجة البحث حول تحقق الغاية أو عدم تحققها¹.

6- إذا تعلقت المخالفة بشكل من الأشكال التنظيمية، ففي الأشكال التي يقررها القانون للأعمال الإجرائية، فإنه يجب التمييز بين الأشكال بالمعنى الفني الدقيق، وهي تلك التي ترمي إلى تحقيق ضمانات معينة تستهدف مباشرة رعاية مصلحة يعتد بها القانون،

خلافًا لما يسمى بالأشكال التنظيمية التي لا ترمي إلى رعاية مصلحة معينة ولا ترتب للخصوم حقوقا أو مراكز قانونية، وإنما تتعلق بتنظيم العمل، ومثال ذلك تحديد أيام معينة لانعقاد الجلسات أو إرفاق الوثائق بعريضة افتتاح الدعوى، فلا يترتب عن مخالفة الأشكال التنظيمية بطلان².

ومنه فلا يوجد محل لبحث حول تحقق أو عدم تحقق الغاية ذلك أنها مجرد قواعد تنظيمية لا ترتب للخصوم حقوقا أو مراكز قانونية حتى يمكن التمسك بها عن طريق البطلان.

3.1.1. خصوصيات البطلان كجزء إجرائي

إن القاعدة القانونية الإجرائية التي تنظم الأعمال الإجرائية، هي قاعدة قانونية تتصف بأنها قاعدة عامة مجردة وملزمة ومقتزنة بجزاء، والجزاء الإجرائي عنصر من عناصر القاعدة القانونية الإجرائية، والعمل الإجرائي يكون صحيحا منتجا لآثاره القانونية إذا ستوفى جميع أركانه وشرطه.

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2009، ص 351.

2- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 353.

أما إذا تخلف فيه ركن من أركان وجوده أو شرط من شروط صحته فإنه يعد مخالفا للقانون، ويخرج بذلك من دائرة الأعمال الإجرائية الصحيحة ليندرج تحت الأعمال الإجرائية المنعدمة أو الباطلة مما يقتضي فرض أحد الجزاءات الإجرائية بحيث يمنعها من إنتاج آثارها¹.

وتختلف الجزاءات الإجرائية باختلاف العيوب التي تصيب العمل الإجرائي وتحدد الاستقرار القانوني، فهذه العيوب ليست على درجة واحدة، بل تتوقف على نوع مخالفة العمل الإجرائي لنموذجه القانوني المحدد في القاعدة الإجرائية، وجميعها يؤدي بشكل عام إلى هدر آثار العمل الإجرائي.

وتعتبر الجزاءات الإجرائية ضمانة لتنفيذ إرادة المشرع في الالتزام بالقواعد الإجرائية المنظمة للأعمال الإجرائية، ولذا يجب على أطراف الدعوى الالتزام بقواعد مباشرة العمل الإجرائي بما يجعل العمل الإجرائي صحيحا منتجا لآثاره القانونية التي ابتغاها المشرع.

وفي غير ذلك فإن مخالفة العمل الإجرائي لنموذجه القانوني تؤدي إلى وصمة بالعيوب مما يستوجب فرض جزاء إجرائي عليه، لأن الجزاء هو مصدر الإلزام الذي تتميز به القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي².

ويعرف قانون الإجراءات المدنية العديد من الجزاءات التي ترتبط أو تختلط مع جزاء البطلان، لذلك كان لزاما علينا أن نتطرق للتفرقة بين البطلان، وبين ما يمكن أن يختلط به من تكييفات.

1.3.1.1. البطلان وعدم القبول Des fins de non-recevoir

تنص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: «الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق

1- د/ خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، الطبعة 02، دار النهضة العربية، 2012، ص 04.

2- د/ أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة 2006، ص 48.

في التقاضي، كالانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع».

إن المشرع الجزائري لم يعرف عدم القبول وإنما اكتفى في المادة السالفة الذكر بتحديد حالات عدم القبول وأدرج ذلك ضمن الدفع بها، ونظرا للاختلاف الوارد في استعمال فكرة عدم القبول، فأحيانا نرى عدم قبول الطلبات وأحيانا أخرى نواجه عدم قبول الدعوى، وعدم قبول الدعوى تارة يكون شكلا وتارة أخرى يكون عدم القبول موضوعا،

وكي نتمكن من الوصول إلى التفرقة بين البطلان وعدم القبول نتطرق إلى تعريف عدم القبول ثم نخرج إلى حالاته، وكذا علاقته مع البطلان.

1.1.3.1.1. تعريف عدم القبول

عدم القبول تكييف قانوني لطلب مقدم إلى المحكمة يؤدي إلى امتناعها عن النظر في الادعاء الذي يتضمنه الطلب¹.

كما يعرف عدم القبول على أنه:

«Moyen de défense qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable pour défaut de droit à agir (défaut d'intérêt ou de qualité, forclusion, prescription, délai préfix, chose jugée) sans engager le débat sur le fond»².

ومن خلال هاذين التعريفين يمكن القول بأن عدم القبول تكييف قانوني متعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء والحق في استعمال الدعوى بالنسبة للخصوم وسلطة نظر الدعوى أمام المحكمة، وأن هذا الدفع لا يوجه إلى موضوع الدعوى.

وإن عدم القبول تكييف للطلبات المقدمة للمحكمة دون غيرها من الأعمال القانونية في الخصومة سواء كانت من أعمال القاضي أو من أعمال الخصوم، فمن الخطأ وصف هذه الأعمال بعدم القبول³.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 10.

2- Le dictionnaire juridique du droit français édition JURIMODEL 2009.

3- د/ فتحي والي، المرجع السابق، ص 11.

إن عدم القبول يجعل المحكمة تمتنع عن النظر في موضوع المطالبة القضائية، لأن المحكمة قبل النظر في وجود الحق من عدمه يجب أن تتأكد من توافر شروط معينة يؤدي تخلفها إلى عدم قبول الطلب.

ومنه فالدفع بالتقادم أو بسقوط الحق منذ نشأته يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى لكون الدعوى المرفوعة من المدعي ليس له الحق في رفعها، ودون تعداد الحالات التي يمكن للخصم إثارتها من جراء تخلف شرط قبول الدعوى، ولكن يمكن الرجوع لقانون الإجراءات المدنية وكل شرط فرضه المشرع على الخصم لقبول دعواه، يعد سببا لإبداء الدفع بعدم القبول¹.

ونتيجة لذلك فإن الدفع بعدم القبول يوجه ضد الشروط الواجب توافرها لرفع الدعوى من صفة ومصلحة وليس ضد موضوع المطالبة القضائية، وبالتالي فهو وسيلة دفاعية ترمي إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وذلك وفقا لتوافر الشروط المتطلبة لقبول الدعوى².

2.1.3.1.1. حالات عدم القبول

يعتبر الطلب القضائي غير مقبول إذا كان باطلا، كما يكون الطلب غير مقبول إذا تخلف أحد شروط وجود الحق في الدعوى، ونقصد بالدعوى هنا سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته³، وهذا دون اللجوء أو الخوض في مختلف التعاريف للدعوى القضائية والاختلاف الوارد بين المدارس التي تعتبر الدعوى هي الحق الموضوعي والمدارس التي تفرق بين الدعوى والحق⁴.

1- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، clic édition، 2011، ص 117.

2- د/ كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية في القضاء المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 2012، ص 91.

3- د/ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 113.

4- يعتبر بعض الفقهاء أن الدعوى هي الحق متحركاً، إذ أن الحق يكون مستقراً وإذا اعتدى عليه ينتقل من حالة سكون إلى حالة حركة ويصبح حينئذ دعوى ويعتبر هذا الفريق أن موضوع الدعوى هو نفسه موضوع الحق وأن الدعوى تنصف بنفس الوصف المخصص للحق حيث تكون مثلاً دعوى عينية إذا كان الحق عيني.

أما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الحديث يرى عكس الأول فسبب الدعوى يختلف عن سبب الحق فالحق قد يكون سببه عقد أو واقعة معينة، أما الدعوى فسببها لا يمكن أن يكون إلا المنازعة القائمة بين أطرافها، كما أن موضوع =الدعوى

1- عدم القبول لانعدام الصفة

لا ينظر القاضي عند طرح النزاع عليه في وجود الحق من عدمه ولا في تحقق الواقعة المنشأة لهذا الحق، وإنما ينظر القاضي أولاً في وجود للمدعي صفة في الدعوى للمطالبة في مواجهة المدعي عليه بحق ما وكذا وجود أيضاً الصفة في المدعى عليه¹، فإذا وجد عكس ذلك يقضي بعدم قبول الطلب، وعدم القبول هنا، ليس عدم قبول موضوع النزاع أو عدم قبول منح الحق لصاحبه وإنما عدم قبول النظر في الدعوى لانعدام الحق في التقاضي.

مثال ذلك: رفع دعوى بطلان عقد من العقود من طرف من ليس طرف في ذلك العقد، فالمحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة، دون الخوض فيما إذا كان العقد حقيقة باطل.

2- عدم قبول لسبق الفصل في النزاع

وهو ما يسمى بتعبير آخر، حجية الشيء المقضي فيه، أي أن المدعي أو صاحب الحق ليس له أن يرفع دعوى قضائية من أجل المطالبة بنفس الحق وفي مواجهة نفس الخصم إلا مرة واحدة، فإذا قضى فيها بحكم فنشأ عن ذلك حجية الشيء المقضي فيه، لأن الحق في الدعوى ينقضي بمجرد الحكم فيها ويمنع مباشرة الدعوى مرتين لذات الموضوع تطبيقاً للمبدأ اللاتيني القائل: "Bis de lademrene sitactio" ومن ذلك فإذا لجأ صاحب الحق إلى القضاء مرة أخرى بعدما رفضت منه دعواه موضوعاً (وحدة الموضوع الخصوم المحل والسبب) فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها (المادة 67 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

= هو إلزام المدعي عليه باحترام المدعي أو أداءه إليه، في حين أن الحق موضوعه يختلف بحسب طبيعته فقد يكون عينياً أو شخصياً، وعليه فالدعوى بالنسبة لهذا الاتجاه تزود الحق بقوة لم تكن له من قبل، فأثر الحق قبل رفع الدعوى أضعف من أثره بعدها.

والرأي الراجح بين الإثنتين هو أن فكرة الحق متصلة بالدعوى اتصالاً وثيقاً لا سبيل لإنكاره ولكنها منفصلة في نفس الوقت انفصالاً لا يمكن تجاهله، فالحق فكرة موضوعية والدعوى إجرائية يرتبطا ارتباطاً وثيقاً ويؤثر كل منهما على الآخر.

1- المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3-عدم القبول لانقضاء الأجل المسقط أو بسبب التقادم

إن القانون يحدد مواعيد معينة من أجل ممارسة الحق في رفع الدعوى القضائية الرامية إلى المطالبة بحماية حق أو استرداده، وفي ذلك فقد حدد المشرع في القانون المدني أن دعوى الدين تتقدم بمرور 15 سنة، كما وضع المشرع أجل في دعوى استرداد الحياة وذلك بالإلزامية رفعها في خلال سنة من تاريخ فقدان الحياة (المادة 524 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ومنه فإذا رفعت الدعوى بعد انقضاء الأجل أو الميعاد الذي وضعه المشرع فإنه يتعين على القاضي أن يصرح بعدم قبول الدعوى لانقضاء الأجل أو التقادم الحق حسب الحالة المعروضة عليه.

أي أن القاضي في هذه الحالة لا يتطرق لتوافر شروط الدعوى لأنه ولو افترضنا أن وجود الحق للمدعى عليه غير أنه قد انقضى أي لم يعد له وجود.

وإن كان عدم قبول الدعوى لسقوط الحق في رفعها عندما يتعلق بالأجل لا يطرح أي إشكال، فإن التصريح بعدم قبول الدعوى بسبب التقادم قد طرح العديد من الإشكالات والاختلافات بين الفقهاء¹.

فيعتبر البعض أن الدفع بعدم القبول بسبب التقادم هو من قبيل الدفع الموضوعي وليس الدفع بعدم القبول لأنه يمس أصل الحق وهو طريقة من طرق انقضاءه في حين يرى فريق آخر من الفقهاء أنه دفع بعدم القبول كونه منصب على الحق في ممارسة الدعوى وإن تقدم هذا الحق الإجرائي، ويرمي بالتالي إلى إنكار حق المدعي في اللجوء إلى القضاء لحماية حقه وهو انتفاء للمصلحة لأن المصلحة من زاوية بعيدة لكي تتوفر لا بد أن تمارس الدعوى خلال ميعاد قانوني محدد².

1 - د/ علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 79.

2- د/ نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ص 99.

وما تجدر الإشارة إليه أنه يتعين أن نفرق بين نوعين من عدم القبول، أولهما عدم قبول إجرائي والذي ينشأ عند تخلف أحد الشروط الإجرائية اللازمة لإمكان نظر المحكمة للادعاء (حالة بطلان الطلب) والنوع الثاني عدم القبول الموضوعي ويقع عند تخلف أحد شروط الحق في الدعوى إذا كان هذا التخلف ظاهراً.

ومع ذلك فإن في الحالة الثانية أي عند الحكم بعدم القبول الموضوعي فإن المحكمة وهي تقضي به تكون قد بدأت النظر في الادعاء من حيث هو، فعدم القبول هنا لا يعني الامتناع عن النظر في الادعاء وإنما يعني عدم الاستمرار فيه¹.

وبالنتيجة فإن فكرة عدم القبول متعددة المصادر فهي أثر لبطلان الطلب القضائي أو هي أثر لعدم توافر أحد شروط الدعوى.

ولذلك فإن القواعد المنظمة لعدم القبول لا يمكن أن تكون واحدة، ففي حالة عدم القبول بسبب بطلان الطلب يخضع الأمر لقواعد البطلان، وفي حالة عدم القبول لعدم توافر أحد شروط الدعوى يخضع الأمر لنظرية الدعوى².

كما أن عدم القبول لعدم توافر شروط الدعوى هو في الواقع عدم تأسيس الدعوى، ذلك أن المحكمة عندما تقرر عدم القبول في هذه الحالة فهي تقرر في الواقع عدم وجود الحق في الدعوى للمدعي في مواجهة المدعى عليه.

وأخيراً ومن خلال استطلاع أحكام وطبيعة عدم القبول نتوصل إلى التفرقة بينه وبين البطلان.

فالبطلان تكييف قانوني للعمل الإجرائي في الخصومة الذي يخالف نموذجاً في حين أن عدم القبول فهو تكييف قانوني يقتصر على الطلبات.

وقد تتداخل الفكرتان بالنسبة للطلبات، فالطلب الباطل يعتبر غير مقبول، ولكن قد يكون الطلب غير مقبول رغم صحته وذلك إذا كان عدم القبول راجعاً لعدم توافر الحق في الدعوى.

1 - د/ علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ص 85.

2 - د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 732.

ويخضع عدم القبول لأحكام مختلفة باختلاف سببه، فإذا كان سبب عدم القبول هو بطلان الطلب، اتحدت أحكام عدم القبول مع أحكام البطلان ولكن هذا الاتحاد لا يوجد في الحالات الأخرى.

2.3.1.1. البطلان والسقوط Déchéance

قد يحدد المشرع فترة معينة لوجود الحق، أو يحدد مدة معينة لممارسة الحق فإذا انقضت الفترة لم يعد للحق وجود أثر لم يعد لممارسة الحق مجالا في الإجراءات، وبالتالي يقال قد سقط¹.

وقد يحدد المشرع هذه الفترة بمدة زمنية معينة كأجل الاستئناف بشهر، كما قد يحدد المشرع الفترة بواقعة معينة دون تحديد زمني معين كتقديم طلب ما قبل قفل باب المرافعة أو إثارة الدفع الشكلي وجوبا قبل التطرق للموضوع، كل هذا يجعلنا ندرس بصفة وجيزة السقوط وأسبابه والفرق بينه وبين البطلان.

1.2.3.1.1. تعريف السقوط

يعرف السقوط بأنه سحب أو انقضاء سلطة أو حق القيام بالعمل الإجرائي لتجاوز الحدود القانونية لمباشرته، بمعنى أن السقوط جزاء إجرائي من شأنه حرمان أو فقد أو انقضاء الحق أو السلطة في مباشرة إجراء معين، وبمعنى أنه سحب مكنة القيام بالعمل الإجرائي لعدم احترام المواعيد الإجرائية أو الترتيب القانوني للإجراء أو المناسبة المحددة من قبل القانون².

والسقوط لا يرد إلا على الحقوق الإجرائية دون الواجبات والأعباء الإجرائية وسقوط حق الطرف في مباشرة العمل الإجرائي يترتب عليه حرمان هذا الخصم قانونا من القيام بهذا العمل، وبالتالي عدم إنتاج العمل لآثاره القانونية التي كان بإمكانه أن ينتجها، لأن السقوط يعدم الحق في القيام بالعمل الإجرائي.

1 د/ رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 271.

2- د/ خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 61.

2.2.3.1.1. أسباب السقوط

السقوط كجزء إجرائي يهدف إلى حماية الصالح العام والصالح الخاص، حيث يهدف إلى عدم قبول الأعمال الإجرائية المعيبة أمام القضاء والمخالفة للشروط القانونية للممارسة أو لاستعمال الحق الإجرائي حرصاً على حسن سير مرفق القضاء.

وبذلك قسم المشرع أسباب السقوط أي سقوط الحق وليس سقوط الخصومة¹ إلى ثلاثة أسباب.

السبب الأول: أول أسباب سقوط الحق هو مخالفة الخصم للترتيب الذي وضعه المشرع لإجراء معين، فإذا ألزم المشرع إثارة الدفع الشكلية بداية قبل التطرق إلى الموضوع (المادة 50 قانون الإجراءات المدنية والإدارية) معناه أنه إذا خالف الخصم هذا الترتيب وخاض في موضوع المطالبة القضائية فقد سقط حقه في إثارة الدفع الشكلي كعمل إجرائي وهذا نظراً لمخالفة الترتيب الذي وضعه المشرع.

السبب الثاني: إذا حدد المشرع مناسبة معينة يجب مباشرة الإجراء فيها فإن إغفال تلك المناسبة يسقط حق الخصم في الإجراء، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 242 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة برد القضاة.

فقد وضع المشرع في ما يتعلق بإجراءات الدر شرطاً يجب مراعاته وإلا سقط الحق في مباشرة الإجراء، وهو أن يتم تقديم طلب الرد في شكل عريضة إلى رئيس الجهة القضائية قبل أقفال باب المرافعة، فمعنى ذلك أن إقفال باب المرافعة يعني سقوط حق الخصم من تقديم العريضة المتضمن طلب الرد.

السبب الثالث: والسبب الثالث لسقوط الحق هو أن يحدد المشرع مدة معينة لمباشرة الإجراء خلالها، أو عدم مباشرة الإجراء قبل مدة معينة، فإن مخالفة الميعاد على النحو المنصوص عليه وفقاً للحالة، يعني سقوط حق الخصم في الإجراء، ومثال ذلك أحكام المادة 336 قانون إجراءات مدنية وإدارية، التي تلزم

1- سقوط الخصومة، معناه زوال وإلغاء إجراءاتها بسبب عدم السير فيها نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة (المادة 222 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

أن يكون الاستئناف خلال شهر إذا كان التبليغ إلى الشخص ذلك، وشهرين إذا كان التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار.

فإذا لم يراع المستأنف الميعاد المحدد أو أنه قام بالاستئناف بعد الميعاد، فذلك يعني سقوط حقه في الاستئناف.

وعليه وبعد استعراضنا لمفهوم السقوط وأسبابه يمكننا التطرق إلى التفرقة بينه وبين البطلان.

فيختلف السقوط عن البطلان أساسا في كون السقوط تكييف يرد على الحق، أما البطلان فهو تكييف يرد على العمل القانوني ولا يوصف به الحق، ومنه يمكن القول بسقوط الحق في الاستئناف ولا يمكن وصف هذا الحق بالبطلان، وعكس ذلك صحيح يمكن القول أن عريضة الاستئناف باطلة ولكن لا يمكن وصفها بالسقوط¹.

كما أنه يمكن تصور البطلان كتكييف قانوني بالنسبة لكل الأعمال الإجرائية، في حين أن السقوط غير متصور بالنسبة لبعض هذه الأعمال.

فلا يمكن تصور السقوط بالنسبة لأعمال القاضي لأن السقوط يعني انقضاء الحق أي مصلحة قانونية والقاضي ليست له مصلحة ولذلك فإذا حدد القانون ميعاد لقيام القاضي بعمله، فإن الغرض من هذا الميعاد يكون تنظيميا لضمان حسن سير العدالة، ولا يجوز لأحد الخصوم أن يزعم سقوط حق القاضي في القيام بالعمل بعد انقضاء الميعاد².

3.3.1.1. البطلان والانعدام الإجرائي

كثيرا ما يقع خلط بين النتائج المترتبة عن تخلف إجراء من الإجراءات المنصوص عليها قانونا والتي من أجلها يمكن أن يتعيب الشكل المطلوب وهو ما يؤدي إلى تقرير ذلك العيب، غير أن الأمر قد يتداخل عندما يتعلق الأمر بإجراء باطل أو إجراء منعدم، هذا الأخير ينادي به الكثير من القانونيين

1 - د/ محمد محمود عليوه، الدفوع المدنية، معلقا عليه بأحكام النقض وأهم المبادئ الدستورية بشأن حق التقاضي، لجنة الفكر القانوني، ط 2، 2011، ص 581.

2- د/ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص 75.

الذين يعتبرون أن في بعض الحالات تخلف الشكل المحدد قانونا يجعل من العمل منعدم والمنعدم لا يحتاج إلى إبطال.

1.3.3.1.1. مفهوم الانعدام الإجرائي

على اعتبار أن الانعدام الإجرائي قد اختلف الكثير في تعريفه وتحديد حالاته حتى هنالك من يعتبر أن الانعدام الإجرائي لا وجود له في القانون فإنه كان لزاما علينا التطرق لتعريفه ثم تحديد الأساس الذي يقوم عليه.

1.1.3.3.1.1. تعريف الانعدام الإجرائي

يعرف بعض الفقهاء الانعدام الإجرائي على أنه: «جزء لكل إجراء معيب تصل فيه المخالفة حدا جسيما بحيث ينتقي معها أحد أركان وجوده فيصبح بدون وجود قانوني، وينظم تحت معنى عدم الوجود حالة عدم مباشرة الإجراء أصلا»¹.

وقد عرفه فريق آخر من الفقهاء على أنه: «عدم نشأة الرابطة الإجرائية نظرا لكون الإجراء مشوبا يفقد كل المقومات القانونية الأساسية اللازمة لوجوده أو بعضها»².

ومن ذلك فيمكن القول أن العمل المنعدم ليس عملا على الإطلاق ولا تتوافر فيه مقومات وجوده الأساسية، فهو عمل أو إجراء لا وجود بله في الحقيقة القانونية، بل هو مجرد واقعة لم تستوف أركان وجودها الأساسية.

وفكرة الانعدام إذا ما تعلقت بالحكم فهي لا تفيد طريق من طرق الطعن، بل تفيد أن الحكم لا وجود له، كالحكم الذي يصدر من غير قاضي أو الحكم الذي يصدر ضد شخص متوفي قبل رفع الدعوى عليه، فهذه الأحكام أحكام منعدمة لأنها فقدت ركنا من أركانها ومنه فلا تعتبر من الناحية القانونية أحكاما، وبالتالي لا تخضع لقواعد الطعن المقررة أساسا للأحكام³.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 223.

2- د/ خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص 13.

3- قضت المحكمة العليا بانعدام الخصومة بسبب رفعها ضد شخص متوفي بموجب القرار المؤرخ في 15/03/1989 رقم 66.64، م ق 1993، عدد 04، ص 15: "...لكن حيث أن الدعوى الراهنة رفعت منذ بدايتها، ضد شخصين متوفيين، وأن الجزء في هذه الحالة هو الانعدام الذي لا يقبل التصحيح".

غير أنه يمكن التصدي لمثل هذه الأحكام برفع دعوى مفادها المطالبة ببطلان الحكم المنعدم، كما يجوز التسمك بالانعدام عن طريق الدفع ببطلانه في أي دعوى يجري التسمك فيها بالحكم أو عن طريق المنازعة في تنفيذه.

ومنه فالإجراء المنعدم ليس له وجود قانوني، خلافا للإجراء الباطل الذي له وجود غير أنه معيب، ذلك أن الإجراء المنعدم يفقد ركنا من أركان وجوده، أما الإجراء الباطل يفقد شرطا منشروط صحته، وهو ما يجعل الفقهاء يميزون بين مقومات وجود الحكم ومقتضيات صحته¹.

ومما سلف يمكن ذكر بعض الأمثلة عن الانعدام، كانهاء العقد إذا لم يتوافر ركن من أركانه الأساسية كالتراضي أو المحل أو السبب وانعدام الحكم المزور، وانعدام الحكم الصادر دون منطوق، وانعدام المطالبة القضائية الموجه باسم شخص اعتباري لا وجود له أو شخص عديم الأهلية.

2.1.3.3.1.1. أساس الانعدام الإجرائي

تجد نظرية الانعدام الإجرائي أساسها في فكرة مبادئ وقواعد العدالة والانصاف التي هي حد ذاتها أحد مصادر القانون، والانعدام حالة بديهية تفرضها طبيعة الأشياء دون حاجة لنصوص تشريعية تقرها، بل وجدت من أجل حل التناقض الظاهري بين القيود التشريعية على البطلان وما تقتضيه البداهة وطبيعة الأشياء².

وهي فكرة مفيدة وتحول دون حجية الأمر المقضي فيه، وتجرد الأحكام القضائية من قاعدة عدم جواز المساس بها في حالة فقدانها أحد أركان وجودها. كما أن فكرة الانعدام فقرة منطقية، إذ أن المنطق القانوني يقتضي تنويع الاصطلاح مع اختلاف النظم القانونية لعيوب العمل الإجرائي، لذلك فإن الانعدام يعتبر تقريرا للواقع³.

1- د/ أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002، ص 964.

2- د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، دار الفكر العربي، القاهرة 1986، ص 535.

3- د/ خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 30.

وتقوم نظرية الانعدام الإجرائي على أساس أن العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو البطلان يجب أن يوجد، فإذا لم يوجد فلا يمكن منطقياً أن نطلق عليه أحد التكييفين، والعمل القانوني مثله مثل الكائن الحي فالشخص الطبيعي لا يمكن أن يوصف بالصحة أو المرض إلا إذا كان حياً، وبغير وجود الحياة لا يمكن أن يقتال أنه صحيح أو مريض.

فهذه الفكرة تقوم على أن العمل القانوني متى تخلف ركن من أركانه التي تمس كيانه ووجوده، فإنه يعتبر لا وجود له ولا ينتج عنه أي أثر قانوني، ومن ثم فالانعدام يكون جزاء على تخلف ركن من أركان الحكم الأساسية¹.

فقد يتجرد الحكم من أحد أركانه الأساسية مما يفقده عنصر جوهرياً من مقومات وجوده القانوني والتي لا يقوم بدونها ويجعله معدوماً، وبالتالي لا يترتب أي أثر قانوني، ويكون من حق الخصم أن يرفع دعوى أصلية يطلب انعدامه حتى بعد فوات ميعاد الطعن².

2.3.3.1.1. أنواع الانعدام الإجرائي

الانعدام الإجرائي قد يكون كلياً كما يكون جزئياً ينصرف فقط إلى ذلك الجزء من العمل الإجرائي الذي توافر بالنسبة له سبب الانعدام، وفي هذه الحالة يقتصر فقط على ذلك الجزء ويحدث هذا بالنسبة للأحكام الصادرة في الدعاوى المرتبطة أو في الدعاوى التي يتعدد فيها الخصوم فيكون الحكم صحيحاً في جزء منه يتعلق بأحد الأطراف ومنعماً بالنسبة لجزءه المتعلق بالدعوى الأخرى أو باقي

1- د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القانوني، مرجع سابق، ص 402.

2- قضت المحكمة العليا بموجب القرار المؤرخ في 1987/12/07، تحت رقم 46. 757، م ق 1991، عدد 02، ص 52، بما يلي: "الأصلي في الخصومة القضائية، ألا تتعقد إلا بوجود طرفين وانعدام أحدهما يعتبر انعداماً لركن من أركانها، والقرار الذي يصدر بدون وجود (استدعاء) الطرف الآخر، لا يعتبر قراراً باطلاً فحسب، بل يعد قراراً منعماً...والقرار المعدوم لا تلحقه أي حصانة، وبالتالي فإن السبيل للتمسك بانعدامه يبقى مفتوحاً والطعن فيه يبقى قائماً، ومنه لا يمكن اعتباره لا حضورياً ولا غيابياً.

الأطراف، كما قد يقع أيضا بالنسبة للدعاوى التي يدعي فيها المتضرر مدنيا، فيكون صحيحا بالنسبة للدعوى الجنائية ومنعدما بالنسبة للدعوى المدنية¹.

كما يتنوع الانعدام الإجرائي إلى انعدام قانوني عندما يفقد العمل الإجرائي مقومات وجوده وانعدام منطقي عند عدم وجود مادي للعمل الإجرائي.

1.2.3.3.1.1. نظرية الانعدام القانوني

هذه النظرية تربط الانعدام بتخلف وجود العمل الإجرائي من الناحية القانونية، أي المقومات المكونة لهيكل العمل الإجرائي كما نص عليها القانون، أي أن أساس هذه النظرية يقوم على أن النصوص القانونية هي التي تحدد أركان الوجود وعناصر الصحة، فإذا تخلف أحدها تعتبر العمل منعدما².

فالحكم لا يصدر إلا في خصومه قائمة، وبدونها لا يتصور وجود حكم أي كون هذا الحكم منعدما قانونا، غير أن تحديد الفارق بين أركان الوجود وعناصر الصحة للعمل الإجرائي غير واضح وغير محدد لكل عمل إجرائي على حدة،

فالانعدام القانوني يفترض الوجود المادي للإجراء فيتحقق كلما كان للعمل وجود حقيقي من الناحية الواقعية ولو لم يكن له هذا الوجود من الناحية القانونية كحالة عدم انعقاد الخصومة القضائية بسبب انعدام التكليف أو انعدام الخصومة أو تخلف إرادة القائم بالإجراء لما أصابه من مرض عقلي أو إكراه³.

وعلى ذلك فإن العمل المنعدم قانونا يكون كذلك إذا انطوى على عيب يمس وجوده القانوني أو الإجرائي، وذلك كما إذا لم يكن مصدر الإجراء هو القانون أو إذا بوشر الإجراء أو العمل دون أن تنشأ الخصومة القضائية فيفقد العمل بذلك جوهره الإجرائي أي عدم انعقاد الخصومة⁴.

1- د/ مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية 2005، ص 114.

2- د/ أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 331.

3- د/ أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1959، ص 296.

4- د/ عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 307.

والانعدام القانوني يعني أن العمل الإجرائي ذاته موجود ولكن ذلك العمل لا يعترف به القانون لما لحق به من عيوب جسيمة نتحدر به إلى درجة الانعدام، وهذا الانعدام القانوني هو الذي يكون محل الجزاء لأن الانعدام كجزاء ينبغي أن يكون لعمل موجود من الناحية المادية فهو وصف لمخالفات قانونية جسيمة طرأت على العمل الإجرائي¹.

والانعدام القانوني لا يمكن الاحتجاج به على الغير لأن القانون لا يعترف بذلك العمل، فإذا ما تم رفع الدعوى بعريضة منعدمة فلا يترتب عليها نشأة الخصومة، كما أنها لا تترتب أي التزامات على المدعى عليه، كما أن الحكم المنعدم لا يحتج به الخصوم ولا يسري في مواجهتهم.

2.2.3.3.1.1. نظرية الانعدام المنطقي أو الفعلي

تذهب هذه النظرية إلى أن العمل القانوني يعتبر منعدماً إذا تخلف أحد عناصره، والتي من دونها لا يتصور وجوده من الناحية المنطقية، أي أن عناصر الوجود ترجع إلى المنطق وليس للقانون، ومن أمثلة هذا التوجه، عدم توقيع القاضي الذي فصل في النزاع على الحكم الصادر أو صدور حكم من شخص ليست له صفة القاضي.

ففي هذه الحالات لا يمكن للإجراء من وجود في العالم الواقعي كعدم مباشرة الإجراء وحالة مباشرة إجراء تحت تهديد الإكراه لحمل مباشر الإجراء على الظهور على غير الحقيقة².

وبالنتيجة فالإجراء المنعدم لا وجود له على الإطلاق فهو محض امتناع أو إغفال، فالانعدام المادي مثلاً يتجسد في عدم إصدار الحكم، فالانعدام هنا ينصرف إلى الإجراء الذي كان يجب مباشرته لا الإجراء المترتب عليه.

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 69.

2- د/ مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القاضي الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 117.

ويعني الانعدام تخلف الأركان اللازمة لوجود العمل حيث أن أي عمل من الناحية المادية لا بد له من مظهر خارجي نستطيع معه القول بأن عمل ما موجود، فتخلف هذا المظهر يعني أنه لا عمل موجود، أي عدم وجود العمل أصلاً بل هو مجرد فكرة في خيال الشخص القائم بالعمل دون بلورة هذه الفكرة إلى حيز الوجود، فالحكم الذي لم يصدر بعد فهو يعتبر منعماً لأنه لم يأخذ مظهر خارجي، فالانعدام المادي لا يكون إلا عندما لا يوجد العمل مطلقاً بل هو مجرد فكرة لم تخرج إلى حيز الواقع¹.

وعلى ذلك فالانعدام المادي يعني عدم الوجود المادي للعمل الإجرائي ويتحقق إما بعدم مباشرة العمل الإجرائي إطلاقاً (كاستظهار أحد الأشخاص لحكم مزور، فهنا نكون أمام انعدام فعلي لأن الحكم لم يصدر عن القاضي أو عن المحكمة).

كما يتحقق الانعدام المادي بمباشرة العمل الإجرائي لكن دون كتابته أو تدوينه رسمياً، على اعتبار أن الكتابة ركناً شكلياً في العمل الإجرائي (كصدور الحكم دون منطوقه يجعله منعماً فعلياً، لأن الدعوى تبقى عالقة لم يفصل فيها).

ولقد لقيت هذه النظرية عدة انتقادات مؤداها أن الانعدام كجزء إجرائي سببه مخالفة المنطق لا القانون، أمراً غير وارد وغير مستساغ، لأن النموذج القانوني للعمل الإجرائي يتطلبه القانون بنص صريح، فالأمر يتعلق بمشكلة قانونية وليس بمشكلة منطقية.

وأن العمل الإجرائي يترتب أولاً آثاره وفق نص القانون لا وفق المنطق، والقول بالمنطق يؤدي حتماً إلى حلول شخصية لا قانونية لأن المنطق يختلف من شخص لآخر، كما أنه لا يمكن ربط إجراء غير موجود بجزء إجرائي معين².

1 - محمد محمود عليوة، الدفع المدنية، معلقاً عليه بأحكام النقض وأهم المبادئ الدستورية بشأن حق التقاضي، لجنة الفكر القانوني، الطبعة الثانية، 2011، ص 222.

2- د/ عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 309.

3.3.3.1.1. العلاقة بين الانعدام الإجرائي والبطلان

أولاً: لقد سبق وأن تطرقنا إلى أن البطلان هو وصف يلحق العمل القانوني نتيجة مخالفته لنموذجه القانوني يؤدي إلى عدم إنتاج الأثر الذي يرتبه القانون لو كان صحيحاً، فالبطلان وصف قانوني محله عمل إجرائي. فالقانون يحدد نموذج العمل الإجرائي ويضع شروط صحته ومخالفة هذه الشروط تؤدي إلى بطلانه.

ويتمثل سبب البطلان في عدم توافر العناصر اللازمة لصحة العمل الإجرائي سواء أكانت موضوعية أو شكلية، ويهدف البطلان إلى كفالة احترام القواعد القانونية، والبطلان لا يقع بقوة القانون وإنما يجب لحصوله أن يصدر به حكماً قضائياً سواء أكان البطلان متعلق بالنظام العام أو كان مقررًا لمصلحة الأطراف، فالعمل الباطل يظل صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إلى غاية تقرير بطلانه بحكم القضاء¹.

وعلى عكس من ذلك فإن الانعدام يترتب بقوة القانون فلا حاجة لإعدام المعلوم، وأن الانعدام لا يقبل التصحيح فهو شيء غير موجود لا يقبل الافتراض، على خلاف البطلان فإن مقتضيات الاستقرار القانوني قد تسمح بالتغاضي عنه وافترض صحة العمل الإجرائي².

كما أن الانعدام لا يحتاج إلى تنظيم المشرع لأنه تقرير للواقع، ونتيجة منطقية لتخلف جوهر العمل الإجرائي أو مصدره القانوني، خلافاً للبطلان الذي يتوقف على تنظيم المشرع للإجراءات، لذلك فلا مجال لتطبيق قاعدة «لا بطلان بغير نص» على الإجراءات المنعدمة.

وإذا لحق الانعدام الحكم فيفتقد هذا الأخير حجية الشيء المقضي فيه بينما هذه الحجية تكون للحكم إذا كان باطلاً ويتحصن الحكم الباطل بفوات الميعاد للطعن فيه، على

1- د/ سيد أحمد محمود، أصول النقاضي، مرجع سابق، ص 467.

2- د/ عبد التواب عبد السلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2001، ص 35.

خلاف الحكم المنعدم فلا يتحصن بفوات ميعاد الطعن فيه والحكم الباطل يستنفذ ولاية القاضي الذي أصدره على عكس الحكم المنعدم فإنه لا يستنفذ ولاية القاضي الذي أصدره¹.

والحكم الباطل يرتب كل آثاره حتى يقضي ببطلانه على عكس الحكم المنعدم فإنه لا ينتج أي أثر قانوني، والحكم المنعدم غير قابل للتصحيح بخلاف الحكم الباطل.

ومن جهة أخرى فإن العمل الإجرائي الباطل يحتج به وينتج لآثاره إلى غاية صدور الحكم بطلانه، أما العمل الإجرائي المعدوم أو المنعدم فلا يحتج به ويمكن إهماله وتجاهله، لأن جزاء البطلان يصيب شروط صحة العمل، بينما جزاء الانعدام يصيب أركان وجود العمل².

والانعدام يكون على درجة واحدة، في حين البطلان يكون مطلقاً أو نسبياً، والعمل المنعدم مجرد من الوجود بداية ونهاية، على خلاف العمل الباطل موجود بداية ويكون مهدد بالزوال إذا ما تقرر بطلانه.

ثانياً: وبالنتيجة فكل من الجزائيين له كيان مستقل به تماماً عما عداه من الجزاءات الأخرى، وكل منهما يصيب عيوب تختلف عن تلك العيوب التي يصيبها الجزاء الآخر، فجزاء الانعدام لا يصلح إعماله على العيوب التي يمكن أن يصيبها جزاء البطلان، وبالعكس فكل منهما مجال يعمل فيه بعيداً عن الآخر، ومعنى ذلك أن الانعدام هو نقص المفترضات القانونية الإجرائية التي تعطي للعلاقة الإجرائية وجوداً قانونياً، بينما البطلان هو عدم صحة الإجراء الذي بوشر في إطار هذه العلاقة، ولذلك فإن الانعدام لا ينصرف إلى إجراء بعينه، وإنما ينصرف إلى العلاقة الإجرائية برمتها.

هذا فضلاً عن أن البطلان أياً كان نوعه يصح بالحكم البات على خلاف الانعدام لا يصح على الإطلاق ويظل قائماً³، ويلاحظ وجود تشابه بين البطلان المطلق والانعدام من حيث أن كليهما يتقرر بقوة القانون وأن الحكم بأيهما

1- د/ عبد التواب عبد السلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 36.

2- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 173.

3- د/ خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 150.

يعتبر كاشفا وليس منشأ، وأن كلا منهما مقرر للمصلحة العامة وليس للمصلحة الخاصة،

وأن كليهما لا يحتاج لمطابقة الخصوم به بل تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز إثارته ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا وألا تلحقهما الإجازة ولا يرد عليهما التقادم¹.

وبالرغم من الفرق الجوهرى الموجود بين كل من جزاء البطلان وجزاء الانعدام إلا أنه قد يحدث خلط بينهما في التطبيق العملي، فتعامل بعض حالات الانعدام على أنها حالات بطلان، أو إنزال جزاء البطلان على حالات الانعدام باعتبار التشابه في آثار كل منهما.

فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية حالات انعدام الإعلان القضائي ضمن العيوب الشكلية المؤدية إلى بطلانه²، فعدم توقيع المحضر القضائي على ورقة الإعلان أو محضر التكليف بالحضور يؤدي إلى انعدام الإعلان باعتبارها تصبح ورقة بدون توقيع.

غير أن القضاء الفرنسي والقضاء المصري اعتبرا ذلك عيباً مؤدياً إلى البطلان، فتوقيع المحضر هو الذي يسبغ على ورقة الإعلان صفة الرسمية، ويؤكد أن من قام بالإعلان يتمتع بصفة المحضر³.

1 - د/ علي عضو حسن، الدفع بعدم القبول في الواد المدنية والجناية، مرجع سابق، ص 90.

2-J.Vincent et S.Guinhard, Procédure civile, op.cit. Page 514.

3- Daniel Tomasin, Nullité des actes de procédures, Juris class 1990, P 138.

الفصل الثاني

محل البطلان

2.1. محل البطلان

في هذا الفصل سوف نتطرق إلى محل البطلان بجانييه، الجانب المتعلق بالخصومة القضائية وفي ذلك نرى تعريف الخصومة ومختلف النظريات التي تناولت أساسها وشروط صحتها، وكيف يرد البطلان على الخصومة القضائية. وفي الشطر الثاني من الدراسة نتناول العمل الإجرائي كمحل أيضا للبطلان ونحلل في ذلك مكونات العمل الإجرائي والنظريات التي تطرقت لتحليله وعلى طبيعته وفقا للمقتضيات الشكلية والمقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي.

1.2.1. الخصومة القضائية

من اهم الأعمال التي يمكن ان تكون عرضة للبطلان هي الخصومة القضائية، فالخصومة القضائية منذ نشأتها تخضع لإجراءات وأشكال ينص عليها القانون وتختلف عنها لآثار مختلفة ومتعددة،

فقد يحدث ان يتخلف مقتضى من مقتضيات المفروضة لصحة الخصومة القضائية دون ان يكون له أثر عليها أو انه يمكن التجاوز عليه وتصحيحه بإجراء لاحق، وفي المقابل قد يحدث وان يتخلف شرط من شروط الخصومة الذي ينتج عليه البطلان الذي لا يقبل أي تصحيح، لذلك سوف نتناول الخصومة بعناصرها كمحل للبطلان.

1.1.2.1. تعريف الخصومة القضائية

الخصومة لغة هي النزاع أو الخلاف بين شخصين أو أكثر، أيًا كان محل النزاع.

أما الخصومة في الاصطلاح القانوني فتعني النزاع عندما يتم عرضه على القضاء، وتطلق كلمة خصومة على النزاع في حد ذاته فتعرف بأنها الحالة القانونية التي تنشأ منذ عرض النزاع على القضاء¹.

1- أنظر: محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، ص 458.

كما تطلق كلمة خصومة على النزاع في مظهره، فالخصومة تظهر في صورة سلسلة من الأعمال المختلفة يجوب القانون القيام بها لنصل الخصومة إلى نهايتها¹.

وتعرف الخصومة على أنها الحالة القانونية الناشئة من مباشرة الدعوى وتتكون من عدة إجراءات تبدأ بإيداع صحيفة الدعوى وتنتهي بصدر الحكم².

وبالنظر إلى ذلك تعرف الخصومة بأنها: «مجموعة أعمال» وهذا ما أخذ به غالب الفقه في تعريف الخصومة على أنها (مجموعة الأعمال المرتبطة بغرض تطبيق إرادة القانون في حالة معينة بواسطة أعضاء من القضاء)³.

وتكون الخصومة وحدة قانونية تبدأ من تقديم طلب قضائي إلى المحكمة وتنتهي بالوصول إلى الغاية منها وهو صدور حكم يفصل في النزاع، وقد ينتهي قبل هذا بسبب من أسباب انقضاء الخصومة بغير حكم في موضوعها.

وإن كان هناك اتفاق على تكييف الخصومة كوحدة قانونية، فقد اختلف الفقه على الأساس القانوني الذي تبنى عليه هذه الوحدة، ويوجد في هذا الصدد ثلاث نظريات أساسية، الأولى التقليدية ترى أن الخصومة رابطة قانونية والثانية نظرية Goldschmidt جولد شميت تعتبر الخصومة كمركز قانوني واحد، وأخيرا نظرية العمل القانوني التي تعتبر الخصومة عمل قانوني واحد.

1.1.1.2.1. الخصومة رابطة قانونية

يعتبر فقهاء هذه النظرية أن الخصومة رابطة قانونية ذات طبيعة إجرائية ويعتبرونها وحدة وهذه الوحدة ليس أساسها مجرد وحدة الغاية بين الأعمال الإجرائية وإنما تعتبر الخصومة وحدة قانونية أساسها وجود الأعمال الإجرائية التي تكونها متحدة في رابطة قانونية⁴.

1- د/ محمد محمود علويه، الدفوع المدنية، مرجع سابق، ص 240.

2- د/ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 524.

3- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 38.

4- د/ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 528.

فالمطالبة القضائية تنشئ قبل الفصل فيها موضوعيا ولا يعرف أثناءها هل المدعي صاحب حق أم لا، ويكون غرض النشاط الإجرائي كله الوصول إلى معرفة هذا الأمر، وللوصول إلى معرفة صاحب الحق، يجب وضع الخصوم في مركز يمكنهم من إبداء حججهم فتنشأ لكل منهم، حقوق وعلى كل منهم واجبات وهو ما يظهر الخصومة كرابط قانونية مركبة.

1.1.1.1.2.1. صفات الرابطة القانونية

هذه الرابطة القانونية الإجرائية تعتبر رابطة مستقلة ومركبة ومن القانون العام.

فهي مستقلة لكونها تستقل من ناحية عن الدعوى ومن ناحية أخرى عن الحق الموضوعي، فالرابطة الإجرائية لها شروط خاصة تختلف عن شروط الدعوى.

والرابطة الإجرائية غير الرابطة الموضوعية محل النزاع فتخضع الرابطة الإجرائية للقانون الإجرائي بينما تخضع الرابطة الموضوعية للقانون الموضوعي.

كما أن الرابطة القانونية هي رابطة من القانون العام إذ ترمي إلى غرض عام هو تطبيق القانون على الحالة المعروضة ومصدرها قواعد تنظم مرفق عام هو مرفق القضاء.

و تعرف من جهة أخرى على أنها رابطة مركبة فهي لا تحتوي على حفا واحدا والتزاما واحدا، وإنما تتضمن حقوقا والتزامات متعددة، فمن لحظة تقديم الطلب إلى حين انتهاء الخصومة تتوالى الروابط القانونية في الخصومة.

2.1.1.1.2.1. أساس اعتبار الخصومة رابطة قانونية¹

يقول أنصار النظرية أن وحدة الروابط الإجرائية في رابطة قانونية واحدة هو أن هذه الروابط المتعددة تعبير عن رابطة واحدة، عن علاقة حق والتزام تكون العمود الفقري الذي تتبع منه وتلتف حوله هذه الروابط الإجرائية المتعددة.

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 425.

وقد اختلف أنصار النظرية حول تحديد ما يعتبرونه العمود الفقري لهذه الروابط الإجرائية:

1- يرى أغلب أنصار النظرية أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو واجب القاضي في الفصل في طلبات الخصوم ويتصل به وجوب اتخاذ كل ما يلزم لأدائه، وهذا الواجب يقع على القاضي في مواجهة الدولة، وجزاءه مسؤولية القاضي الجنائية والمدنية، وأنه ليس مفيدا البحث في هل القاضي ملزم أيضا قبل الخصوم وهل التزامه ذلك يقوم باعتباره شخص أو باعتباره ممثلا للدولة.

2- ويرى البعض أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو سلطة القاضي باعتباره ممثلا للدولة في تطبيق القانون على الحالة المعروضة، وهي سلطة للقاضي في مواجهة الخصوم، ويقابل هذه السلطة واجب الخصوم في الخضوع للحكم الذي سنطبق به القاضي.

3.1.1.1.2.1. أطراف الرابطة الإجرائية

أطراف الرابطة الإجرائية ثلاثة، الدولة (الجهاز القضائي ممثلا في القاضي)، المدعي والمدعى عليه.

رغم أن أصحاب النظرية يتفقون حول من هم أطراف الرابطة الإجرائية إلا أنهم يختلفون في تحديد كيفية قيام الرابطة الإجرائية بينهم.

فترى الأغلبية أن الرابطة الإجرائية تقوم بين السلطة القضائية من جانب والخصمين (المدعي والمدعى عليه) من جانب أخرى.

ويرى البعض الآخر أنه فصلا عن قيام الرابطة الإجرائية بين السلطة القضائية والخصمين فإنها توجد أيضا بين الخصمين (المدعي من جانب والمدعى عليه من جانب آخر).

وأخيرا يرى البعض الآخر أن الرابطة الإجرائية تقوم كرابطة بين القاضي والمدعي، ورابطة أخرى بين القاضي والمدعى عليه¹.

تقدير النظرية

تعرضت النظرية إلى الكثير من النقد من طرف الفقهاء الذين اعتبروا أنها تريد أن تطلق على الخصومة تكييفاً قانونياً معيناً دون أن تحتفظ لهذا التكييف بمدلوله المعروف به في القانون²، فالرابطة القانونية هي علاقة ينشئها القانون بين شخصين بمنحه أحدهما سلطة وفرضه على الآخر واجبا يقابل هذه السلطة.

غير أنه في الواقع التزام أحد الأطراف في الخصومة أو أن الواجب المفروض عليه في القيام ببعض الأعمال (واجب الحضور، واجب تقديم الدفوع) يقع عليه في مواجهة السلطة القضائية وليس في مواجهة الخصم الآخر.

فليس هناك علاقة تقابل أو رابطة بين الالتزام وبين الحق وإنما توجد بينهما علاقة سبب ونتيجة انعدام القيام بالواجب ينشأ مركزاً إجرائياً في مصلحة الخصم الآخر.

وعدم قيام روابط قانونية بين الخصوم منشأ وجود القاضي بينهم مهيمناً على كل نشاط في الخصومة، لهذا فهم يتصلون به ولكن لا يرتبطون ببعضهم ارتباط مباشر.

ومن جهة أخرى يرى البعض أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو حق الخصوم في الحصول على حكم وما يتصل به من الحق في القيام بجميع الأعمال الإجرائية اللازمة لهذا.

ولا شك أن القاضي يلتزم بالنظر في الطلبات المقدمة إليه وهو يلتزم بهذا التزاماً شخصياً قبل الدولة، ولكن هل يلتزم بهذا قبل الخصوم وهل للخصوم حق في مواجهته؟

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 426.

2- د/ محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 460.

يرى الدكتور أحمد ماهر زغلول أنه يجب عدم التسليم بوجود مثل هذا الالتزام وما يقابله من حق، ذلك أنه لا شك أن الخصومة لا تبدأ إلا بالمطالبة القضائية، وبغير هذه المطالبة لا يستطيع القاضي أن يفصل في النزاع، ويتقديم الطلب يجد القاضي نفسه ملزماً بالفصل فيه واتخاذ ما يلزم لذلك من إجراءات، غير أنه ليس معنى هذا أن المطالبة القضائية هي مصدر التزام القاضي، فالقاضي ينظر للطلب لأن هذه هي وظيفته¹.

وإذا كان القاضي ليس ملزماً قبل الخصوم وإنما قبل الدولة، والخصوم ليس لهم حق قبل الدولة أو القاضي، فلا يمكن القول بوجود رابطة قانونية مضمونها الأساسي حق الخصوم في الحصول على حكم والالتزام القاضي بالفصل في الطلب.

على أنه حتى إذا سلمنا بانطباق نظرية الحق والالتزام على العلاقة بين الفرد والدولة، بأن للفرد الحق في الحصول على حكم وإن الدولة تلتزم اتجاه الفرد بالفصل في النزاع، فإن هذا الحق الذي للفرد يوجد قبل الخصومة، وهذا الالتزام هو التزام عام يوجد في مواجهة الجميع.

وهذه الرابطة العامة إن أمكن القول بأن الخصومة توجد لوضعها موضوع التنفيذ فإنه لا يمكن القول أنها تكون الخصومة أو أن الخصومة تتكون منها، فالخصومة ليست هذه الرابطة القانونية.

والنتيجة أن الخصومة ليست هذه الرابطة القانونية التي تتكون من سلطة المحكمة وما يقابلها من التزام الخصوم باحترام الحكم.

مع هذا لا يمكن إنكار وجود في الخصومة روابط قانونية بين الخصوم والقاضي، فالمطالبة القضائية يترتب عليها بدء الخصومة وبيدتها يوجد الأطراف والقاضي في مركز قانوني يؤدي إلى إعطاء الخصوم بعض السلطات ويفرض عليهم بعض التكاليف وذلك كله في علاقتهم بالقاضي، وهذه السلطات والتكاليفات

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 430.

تتشأ عنها ورابط قانونية إن لم تكن روابط حق والتزام فهي على الأقل روابط سلطة وخضوع¹.

على أن تعدد هذه الروابط وتنوعها واختلاف أطرافها يمنع من تصورها كرابط واحدة تتكون منها الخصومة.

2.1.1.2.1. الخصومة مركز قانوني

يرى الفقيه جولد شميدت أن الخصومة لا تمثل رابطة قانونية وإنما هي مركز قانوني وبالنسبة له الخصومة ليست سوى مجموعة من الآمال التي تكون لدى الخصوم في الحكم المستقبل وما يتصل بهذه الآمال من إمكانية توضيح الحقيقة بواسطة أعمال إجرائية وخاصة بتقديم أدلة إثبات.

إذا كانت توجد لكل من الخصمين حقوق وتتقرر عليهما تكاليف إجرائية، فإن هذه الحقوق والتكاليف إنما تمثل ما يوجد فيه كل من الخصمين من مركز حسن أو شيء بالنسبة لأمل الحصول على حكم لصالحه².

وعند جولد شميدت أن آمال الخصوم في الحكم المستقبل ليست سوى صورة أخرى لنفس الرابطة القانونية الموضوعية محل النزاع، فالرابطة القانونية الموضوعية تتكون من حق والتزام بوضعها تحت نظر القضاء تتحول إلى مجرد آمال في الحكم المستقبل، وإذا كان الأمر كذلك فإن الحقوق وتكاليف الخصوم الإجرائية لا تكون رابطة قانونية وإنما مجرد مركز قانوني.

ففكرة المركز القانوني في تصور المركز الذي يوجد فيه الخصوم بالنظر إلى الحق الموضوعي نتيجة لوضعه تحت نظر القضاء³، وبعبارة أخرى المركز القانوني هو مركز الحق الموضوعي الذي يكون موضوع الخصومة كما يرى أن هذا التصوير للخصومة فضلا عن أنه يصور الحقيقة فإنه يحفظ عليها وحدتها،

1 - د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 439.

2 - د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 51.

3 - محمد محمود عليوه، الدفوع المدنية، مرجع سابق، ص 315.

فوحدة الخصومة نضمنها وحدة الرابطة القانونية الموضوعية محل النزاع، لأنه إذا كان المركز القانوني ليس إلا هذه الرابطة القانونية الموضوعية عندما توضع تحت نظر القضاء، فمن الطبيعي ألا تتغير معالمها ولو حدث أثناء الخصومة تغيير في آمال الخصوم¹.

ومن هذا العرض يبدو الفرق بين فكرة جولد شमित وبين الفقه السائد، فهذا الأخير يفرق بين الخصومة وبين موضوعها.

وتقبل نظرية الرابطة القانونية الإجرائية هذه التفرقة وتضع لها أساس نظرياً بتكييفها الخصومة كرابطة قانونية قائمة بذاتها، أما جولد شमित فهو يهدم هذه التفرقة ويحولها من رابطة قانونية إلى مركز قانوني يصورها هي والخصومة كشيء واحد.

تقدير النظرية

لم تلقى هذه النظرية نجاحاً في الفقه بل وأكثر من ذلك ظهرت نظرية مضادة لنظرية جولد شमित² والواقع أن المركز القانوني كما تم تصويره ليس هو الخصومة، فالآمال في النصر أو انتظار الهزيمة تصوير حقيقي لمركز الأطراف في الخصومة، ولكنه ليس هو الخصومة.

والدليل على ذلك أن هذا المركز كما تصوره النظرية قد يوجد قبل الخصومة، كما أنه قد توجد الخصومة دون أن يوجد ذلك المركز القانوني.

فمن ناحية قد يوجد المركز القانوني قبل الخصومة إذ يكفي أن يعتبر الأطراف إمكانية تقديم الطلب وما يتصل به من إثبات فيبين كل منهما أمله في الحكم المستقبلي وبالتالي يوجد المركز القانوني.

ومن ناحية أخرى قد توجد الخصومة بغير أن يوجد المركز القانوني كما تصوره النظرية، وذلك مثلاً في حالة ما إذا تصالح الخصوم خارج مجلس القضاء ولو لم يكونوا قد اتخذوا بعد الإجراءات لإنهاء الخصومة، فتوجد عندئذ خصومة دون وجود آمال في الحكم المستقبلي.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 53.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 55.

وأخيرا فإنه غير صحيح أن الخصومة وموضوعها شيء واحد كما تراه النظرية، فموضوع الخصومة أي محل النزاع يكون بين الخصوم والقاضي بالضرورة بعيد عنه في حين أنه لا يمكن أن نتصور خصومة بغير وجود قاضي. وقد أدى هذا الخلط بين الخصومة وموضوعها إلى أن أعطت النظرية للخصومة تصويرا لا تجد فيه علاقة القاضي بالخصوم أي مكان، كما لا يوجد فيه أي بيان لوظيفة القاضي ومركزه في الخصومة¹.

3.1.1.2.1. الخصومة عمل قانوني

الخصومة تتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية يقوم بها أشخاص مختلفون، القاضي وأعدائه والخصوم وأعدائهم والغير، وتتولى هذه الأعمال المختلفة بشكل منظم متجهة كلها إلى غاية واحدة هي صدور حكم يطبق القانون. وتتميز هذه الأعمال المكونة للخصومة بميزتين:

- 1- وحدة الغاية أي جميع الأعمال القانونية التي تتكون منها الخصومة تتجه جميعا إلى غاية نهائية واحدة وهي إظهار الحقيقة بشأن نزاع معين.
- 2- تسلسل هذه الأعمال وارتباطها فيما بينها ارتباطا وثيقا بحيث تجمعها وحدة زمنية منطقية تجعل كلا من هذه الأعمال يبدو كنتيجة لسابقة ومقدمة لما يليه.

وهذه الوحدة التي تجمع الأعمال الإجرائية تؤدي إلى إمكان اعتبارها جميعا عملا قانونيا واحدا مركبا، من الناحية الشخصية إذ يقوم به عدة أشخاص، ومن الناحية الموضوعية إذ يتكون من عدة أعمال، ولفهم هذا التكييف القانوني للخصومة يتعين البدء ببيان ما يسمى بالعمل المركب لمعرفة ما إذا كانت الخصومة يمكن اعتبارها كذلك².

يعتبر العمل القانوني المركب إذا كانت هناك نتيجة قانونية لا يمكن لعمل قانوني منفرد أن يصل إليها وحده، بل يجب أن يتضافر في سبيلها أكثر من

1- د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 601.

2- د/ عبد الحميد فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 274.

عمل، في هذه الحالة تسمى هذه الأعمال المنفردة الضرورية لإنتاج أثر قانوني واحد بالأعمال المتكاملة.

ويميز الفقه أنواع مختلفة من الأعمال المركبة، وما ينطبق على الخصومة من تلك الأعمال هي الأعمال التتابعية، فالعمل التتابعي نوع من الأعمال المركبة، ففيه تتضافر عدة أعمال بسيطة للوصول إلى أثر قانوني معين لا يستطيع واحد منها أن ينتجه لوحده¹.

ولكن يتميز العمل التتابعي بأنه يتكون من عدة أعمال تتابع زمنيا ومنطقيا بحيث يعتبر العمل السابق مفترضا قانونيا أو منطقيا للقيام بالعمل الذي يليه وتؤدي جميعها إلى إنتاج أثر قانوني واحد يعتبر أثرا مباشرا للعمل النهائي، ولكن هذا العمل النهائي لا يستطيع وحده أن ينتجه بل تشترك الأعمال السابقة في ذلك بطريق غير مباشر².

وبالنتيجة فإن العمل التتابعي يتميز بمايلي:

- تتابع الأعمال التي يتكون منها، وهذا التتابع يكون من الناحية الزمنية ومن الناحية المنطقية، فالأعمال البسيطة التي تكون العمل التتابعي تكون سلسلة فيما بينها، ويعتبر القيام بكل منها مفترضا للعمل الذي يليه.
- اتجاه هذه الأعمال إلى غاية واحدة، أي تنتج كلها آثار قانونيا لا يستطيع الواحد منها منفردا أن ينتجه وحده ولكن يلاحظ أن هذا لا يمنع من أن ينتج كل عمل منها أثارا قانونية خاصة به، على أن هذه الآثار القانونية تبقى غالبا وقتية معلقة على النتيجة النهائية التي يؤدي إليها مجموع الأعمال.
- ومن ناحية أخرى فإن بعض هذه الأعمال قد لا ينتج بمفرده أي أثر قانوني، فيعتبر عملا ماديا، ولا يكون له كيان قانوني إلا باعتباره جزءا من العمل التتابعي، ومن هذا يتضح أن الأعمال التي تكون العمل التتابعي قد تكون أعمالا قانونية كما قد تكون أعمالا مادية.

1 - د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 208.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 56.

ويمكن إعطاء أمثلة لفكرة العمل التتابعي، ففي القانون المدني يعتبر العقد عملاً تتابعياً لأنه يتكون من عملين هما الإيجاب والقبول لا يستطيع أي منهما أن ينتج الأثر النهائي لوحده.

وفي القانون الدستوري يعتبر التشريع عملاً تتابعياً إذ يتكون من عدة أعمال (اقتراح، المناقشة في البرلمان، إقرار المشروع والإصدار).

الخصومة عمل تتابعي واحد

وقد نادى بهذا الرأي ووجه أنظار فقه القانون الإجرائي إليه الأستاذ فورنو Furno في المؤتمر الدولي لقانون المرافعات الذي عقد في مدينة فلورنسا من 09/30 إلى 10/03 سنة 1950.

وهذا الرأي أخذ به الكثير من الفقهاء¹ واعتبروه الأساس الصحيح لوحدة الخصومة وهو يصور الخصومة تصويراً تاماً.

فالخصومة عمل تتابعي واحد يتكون من عدة أعمال يقوم ببعض منها الخصوم وأعاونهم ويقوم ببيعها الآخر القاضي وأعاونيه وهذه الأعمال تتابع فيما بينها تتابعا زمنياً ومنطقياً.

بحيث يبدو كل عمل منها مفترضاً للعمل اللاحق، وهذه الأعمال إن أنتج بعضها أو غالبيتها آثاراً خاصة بها فإنها كلها تجتمع لإنتاج أثر نهائي، هذا الأثر النهائي هو ما يترتب على الحكم من آثار، وهذه تعتبر آثاراً مباشرة للحكم، ولكنها آثار غير مباشرة لما سبق الحكم من أعمال، فالحكم وحده لا يستطيع أن ينتجها.

ويلاحظ أنه إذا كانت الخصومة عملاً تتابعياً واحداً فإننا نقابل داخل الخصومة أعمالاً تتابعية، وذلك كلما اجتمع عدة أعمال داخل الخصومة لتكوين غرض إجرائي واحد، مثال ذلك التحقيق، وهو يتكون من عدة أعمال متتابعة بقصد الوصول إلى غرض واحد.

1- من بينهم الأستاذ، فتحي والي، الذي أخذنا هذه الأفكار من رأيه الخاص.

والخلاصة أنه يمكن اعتبار أن أساس وحدة الخصومة هو أنها تعتبر عملاً قانونياً واحداً وهي تعتبر عملاً تنافياً¹.

2.1.2.1. شروط صحة الخصومة

كما سبق بيانه فإن الخصومة تتكون من عدة أعمال غير أنها تكون وحدة واحدة ومنه فإن التساؤل المطروح هو إذا كان للخصومة باعتبارها وحدة واحدة شروط صحة يجب توافرها، بحيث إذا تخلف أحدها يمكن الكلام عن بطلان الخصومة، وبحيث أنه يجب توفر هذه الشروط حتى يمكن القول بوجود خصومة صحيحة.

ففي هذا الصدد يذهب أنصار نظرية الخصومة رابطة قانونية واحدة إلى القول بوجود شروط لصحة الخصومة يترتب على تخلف أحدها البطلان، وعرفت هذه الشروط في الفقه باسم "مفترضات الخصومة"².

1.2.1.2.1. البطلان يرد على الخصومة (مفترضات الخصومة)

جوهر هذه النظرية هو أنه توجد شروط معينة لازمة لتكوين الخصومة كرابطة قانونية، وهذه الشروط هي شروط صحة الخصومة وهي ضرورية للحصول على حكم في الموضوع سواء في صالح المدعي أو في غير صالحه. وتسمى النظرية هذه الشروط بمفترضات الخصومة، فإذا توافرت هذه الشروط في وقت تقديم الطلب كانت الخصومة صحيحة، والتزم القاضي بالفصل في الموضوع، أما إذا لم تتوافر فإن الخصومة لا تكون صحيحة لا ينشأ التزام القاضي بنظر النزاع.

ويرى أصحاب هذه النظرية في تحديد هذه المفترضات أو هذه الشروط أنها³:

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 259.

2- د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 609.

3- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 524.

- وجود أشخاص الخصومة بما فيهم القاضي يقوم بالوظيفة القضائية وخصمان يعترق لها القانون بصفة الخصوم.
 - اختصاص المحكمة وأهلية الخصمين الإجرائية لمباشرة النشاط الإجرائي.
 - تقديم طلب قضائي ووجوب اتباع الشكل القانوني.
- ومفترضات الخصومة التي تذكرها النظرية هي مفترضات خصومة صحيحة تؤدي إلى إصدار حكم في الموضوع والبحث في هذه المفترضات يقوم به القاضي في المرحلة الأولى، فهو يبحث أولاً في توافرها فإذا لم تتوافر فإنه لا يفصل في الموضوع¹.

على أنه يجب عليه أن يصدر حكماً يبين فيه لماذا يرفض الفصل وهذا الحكم الذي يصدره لا يلتزم بإصداره إلا إذا توافرت شروط معينة:

1- تقديم طلب قضائي ولو كان معيباً بعيوب شكلية أو موضوعية على أن هذا الطلب يجب أن يقدم في الشكل المعتاد.

2- أن يقدم الطلب أمام جهة قضائية ولو كانت غير مختصة.

3- أن يقدم الطلب من شخص يدعي أنه صاحب الحق، ولو كان غير أهل لذلك.

وبتوافر هذه الشروط تنشأ رابطة قانونية على الأقل بين الجهة القضائية والطالب الظاهر، ويلتزم القاضي بأن يصدر حكماً يبين فيه لماذا لا يستطيع الفصل في الموضوع.

وإذا لم تتوافر الشروط فلا تنشأ أي رابطة قانونية ولا يمكن أن يصدر أي حكم.

تقدير النظرية

يأخذ على هذه النظرية مايلي:

1- إذا كانت الخصومة هي الرابطة القانونية الإجرائية فإن هذه الرابطة توجد ولو لم تتوافر هذه المفترضات التي يقال أنها شروط صحة الخصومة، فلقد

1 - د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 270.

رأينا أنه بمجرد تقديم طلب قضائي، توجد رابطة إجرائية يلتزم بمقتضاها القاضي بالفصل في وجود ما يطلق عليه مفترضات الخصومة؟ وإذا كان الأمر كذلك فإن هذه المفترضات تكون في الواقع موضوع الخصومة شأنها شأن النزاع، وإن وجب الفصل فيها قبل الفصل في موضوع النزاع، ولا تعتبر مفترضات الخصومة بالمعنى الصحيح سوى تلك الشروط البسيطة التي سبق ذكرها والتي تلزم لصدور حكم أي كان. ولقد أقر بعض أنصار النظرية أن ما يسمونه "مفترضات الخصومة" ليست في الواقع كذلك، إنما هي مفترضات الحكم في الموضوع أو شروط الحكم في الموضوع¹.

2- أن الكلام عن مفترضات الخصومة مع تصوير الخصومة كرابطة قانونية أدى إلى نتيجة غير مقبولة هي الكلام بطلان الرابطة القانونية إذا تخلفت أحد مفترضات الخصومة².

والواقع أن تقديري الصحة والبطلان يمكن أن يردها على الوقائع القانونية، ولكنهما لا يردان على الآثار القانونية التي تنتجها هذه الوقائع.

وإذا قلنا باعتبار الخصومة رابطة قانونية، فإن الرابطة القانونية ليست واقعة وإنما هي أثر قانوني لواقعة (أثر للمطالبة القضائية)، فالباطل يمكن أن يكون صحيفة الدعوى التي ينشأ الرابطة القانونية، كما يمكن أن يكون باطلاً أي عمل قانوني أي كان.

أما الرابطة القانونية التي ينشأها العمل فإنها، مثل الالتزام الذي ينشأه العقد، لا يمكن أن تكون إلا موجودة أو غير موجودة³.

3- إن كلمة مفترض تعني في اللغة القانونية حدث سابق على العمل القانوني يعتمد عليه العمل بصفة كلية أو جزئية في إنتاجه لآثاره القانونية، ولهذا

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 65.

2 - د/ فتحي والي، نفس المرجع، ص 66.

3- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 130.

فمن الخطأ القول بأن تقديم الطلب القضائي يعتبر مفترضا للخصومة، ذلك أن تقديم الطلب هو واقعة منشأ للخصومة وبالتالي ليس مفترضا لها.

2.2.1.2.1. البطلان يرد على الأعمال الإجرائية

بالنظر إلى ما سلف تحليله فيما يخص الخصومة القضائية والطبيعة القانونية التي توصف بها، توصلنا إلى القول بأن الخصومة عملا قانونيا تتابعيا. والخصومة باعتبارها عملا قانونيا يمكن أن تكون صحيحة إذا وافقت النموذج القانوني أو أن تكون باطلة إذا خالفته¹.

غير أن الخصومة على خلاف أي عمل قانوني مركب، هي عمل يتم ويعرض تدريجيا على القضاء، وهي تخضع لقواعد ترمي إلى استبعاد عيوبها بنفسها بمجرد ظهورها ودون انتظار القيام بكل الأعمال التي تتكون منها.

فصحة الخصومة أو بطلانها تعرض على القضاء أول بأول بمناسبة كل عمل من الأعمال التي تتكون منها ويعتبر البحث في صحتها جزءا من التنظيم القانوني لهيكل الخصومة².

ومن هذا المنطلق فإن تكييف الصحة والبطلان يردان على جزئيات الخصومة المختلفة عن الأعمال التي تتكون منها، وفي هذا تختلف الخصومة عن غيرها من الأعمال التتابعية مثل العقد أو العمل التشريعي أو العلم الإداري التي لا يعرض أمر صحتها أو بطلانها إلا بعد تمامها.

ولا تعرض مسألة الفصل في صحة الخصومة كعمل مركب واحد إلا عند انتهاء الخصومة، فإذا انتهت الخصومة بحكم في الموضوع عرض على القضاء بالحث في صحة الخصومة أي في صحة العمل الذي يتكون من جميع الأعمال التي تمت من وقت بدء الخصومة إلى حين انتهاءها بالحكم³.

1 - د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 241.

2 - د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 139.

3 - د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 242.

أما إذا انتهت بغير الحكم في الموضوع فإنه لا يبحث عادة في صحة الخصومة، وإنما قد يعرض البحث في صحة العمل الذي أنهى الخصومة، وهل ينتج هذا الأثر أم لا، على أنه في الحالات التي تنتهي فيها الخصومة بحكم في الموضوع، فإن البحث في صحة الخصومة يعرض على القضاء في صورة بحث في صحة الحكم¹.

ذلك أن هذا الحكم يعتبر غاية جميع الأعمال السابقة عليه، والآثار التي تنتجها الخصومة تعتبر آثارا مباشرة لهذا الحكم وليست سوى آثار غير مباشرة للأعمال السابقة عليه.

ومن هذا يظهر أن تكييف البطلان في قانون المرافعات يرد عادة على الأعمال التي تتكون منها الخصومة كل منها على حدة، وأنه في الحالات التي يرد فيها البطلان على الأعمال الإجرائية كوحدة فإنه يعرض كبطلان للعمل الأخير منها.

لهذا السبب نجد أن أغلب التشريعات تنظم بطلان العمل الإجرائي ولا تنظم بطلان الخصومة، وإنما نجد التشريع ينص على وقف الخصومة، انقطاعها، سقوطها وتركها.

وإذا كان الأمر كذلك فإن نظرية البطلان في المرافعات لا يجب أن يكون أساسها البحث عن مقتضيات صحة الخصومة، باعتبارها وحدة بل البحث عن مقتضيات كل عمل فيها.

وذلك لا يعني عزل العمل الإجرائي عن غيره من الأعمال الإجرائية في الخصومة، ذلك أن مقتضيات العمل الإجرائي تتحدد بمركز هذا العمل بين غيره من الأعمال، فمقتضيات العمل ليس فقط عناصره الداخلية، بل يدخل فيها أيضا مفترضاؤه، ومن هذه المفترضات صحة الأعمال السابقة التي يعتمد عليها².

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 142.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 171.

2.2.1. العمل الإجرائي

لقد اهتم الفقه الإجرائي الحديث اهتماما كبيرا بوضع نظرية عامة تحكم الأعمال الإجرائية، فإذا كان فقه القانون الموضوعي بتأصيله لنظرية التصرف القانوني قد حظا خطوة كبيرة، فإن فقه قانون القضاء هو الآخر بحاجة إلى تأهيل العمل الإجرائي وتمييز عن غيره ووضع القواعد العامة التي تحكمه¹.

ذلك أن قواعد قانون القضاء التي تحكم أعمال الخصومة تنطبق على هذه الأعمال دون غيرها، على أن دراسة العمل الإجرائي تقابله صعوبات لم يقابلها فقه القانون الموضوعي عند تأصيله للتصرف القانوني، ويرجع ذلك لأمرين²:

الأول: تنوع الأعمال الإجرائية

فالأعمال الإجرائية متنوعة يقوم بها أشخاص مختلفون، فبعضها يقوم بها موظف عام وبعضها يقوم بها الخصم والبعض الآخر يقوم بها الغير، فالخصومة تبدأ بطلب تتضمنه عريضة افتتاح الدعوى يقوم به المدعى أو وكيله، وبعد ذلك تتابع الأعمال من قيد العريضة إلى التكاليف المدعى عليه بالحضور بواسطة المحضر القضائي، ومن ثم إبداء الدفوع الرد على الدفوع، صدور الحكم، الطعن في الحكم... الخ.

وبالتالي فإن هذه الأعمال الإجرائية ذات طبيعة متنوعة فبعضها يمثل تنفيذا لوظيفة قضائية، وبعضها الآخر يمثل استعمالا لحق أو لسلطة أو قياما بالتزام أو واجب.

الثاني: عدم استقلال العمل الإجرائي

فالأعمال الإجرائية تكون أجزاء من خصومة واحدة فهي ليست لها استقلال ذاتي مثلما هو الحال في الأعمال القانونية الموضوعية وبالنتيجة فإن ذلك يؤدي إلى تأثر العمل الإجرائي بالأعمال الأخرى في الخصومة.

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 349.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان، المرجع نفسه، ص 77.

1.2.2.1. تعريف العمل الإجرائي

إن الشكلية من السمات المميزة لقانون المرافعات، بل أنه اسمه كقانون إجرائي يحمل على أن المقصود منه تنظيم الإجراءات، لأن الشكل إذا ما اتخذ في الغالب الصحيح فإنه يحقق العدالة، وإذا كانت الشكلية هي السمة المميزة لقانون المرافعات عن باقي فروع القانون الموضوعي فإن هذه الشكلية تكون واضحة بالنسبة للأعمال الإجرائية¹، ويثير تحديد المراد بالعمل الإجرائي صعوبات كبيرة، وكان ذلك محل خلاف بين فقهاء القانون.

وليس للتعريف بالعمل الإجرائي فائدته العلمية فقط من حيث تمييز الأعمال التي تكون مظهر النشاط الإجرائي ويحكمها العلم الإجرائي، بل لها فائدة عملية كبيرة، فكثير من النصوص القانونية تضع قواعد تنطبق على هذه الأعمال دون غيرها فقد تستعمل كلمة "إجراء" للدلالة أيضا عن العمل الإجرائي².

فمثلا في المادة 2/223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص: «...تتمثل المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقديمها...»، رغم أن المادة تقصد الأعمال الإجرائية.

وفي تنظيم نظرية البطلان في المرافعات من الضروري معرفة المراد بالأعمال الإجرائية لأنها محل ذلك البطلان الذي تختلف قواعده في مواضع كثيرة عن البطلان الذي يحكم غيرها من الأعمال القانونية.

ومن ذلك فإن التعريف التقليدي للعمل الإجرائي هو: «الأعمال التي يرتب عليها القانون مباشرة إنشاء أو تطور أو تعديل أو إنهاء الخصومة كرابطة قانونية»³.

وما يميز هذا التعريف هو النظر إلى أثر العمل، فالعمل يعتبر إجرائيا إذا كان يؤثر في الخصومة، ويعاب على هذا التعريف أن هناك بعض الأعمال تؤثر

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 90.

2 - د/ عبد الحكيم فودة، المرجع نفسه، ص 91.

3- د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 185.

في الخصومة دون أن تكون لها طبيعة العمل الإجرائي، ومثال ذلك الاتفاق على الاختصاص الإقليمي إذا تم قبل الخصومة ذلك أن هذه الأعمال لا تكون جزءا من الخصومة، والعمل الإجرائي إنما يستمد طبيعته وأحكامه من اعتباره جزءا من الخصومة¹.

ولقد اتخذ الدكتور فتحي والي تعريفا جامعاً اعتبره أكمل التعريفات لتصوير العمل الإجرائي ونحن أخذنا بهذا التعريف في دراستنا وهو: «العمل الإجرائي هو العمل الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الخصومة».

ومن ذلك فإنه يشترط لاعتبار عمل ما عملاً إجرائياً مايلي:

1.1.2.2.1. أن يكون عملاً قانونياً

أي عملاً تترتب عليه آثار قانونية فلا تعتبر أعمال إجرائية عملية دراسة أوراق القضية من طرف القاضي لأن هذه الأعمال لا تترتب عليها آثار قانونية كذلك لا تعتبر أعمال إجرائية الأعمال التي إن تمت داخل الخصومة لا تعتبر سوى مقدمة ضرورية للقيام بأعمال قانونية، و مثال ذلك الحضور أمام القضاء، إعلان توكيل إلى كاتب الضبط، إيداع وثيقة في المحكمة، فكل هذه الأعمال لا تعتبر أعمال إجرائية ولا تسري عليها القواعد العامة المتعلقة بها.

2.1.2.2.1. أن يرتب القانون عليه أثراً إجرائياً مباشراً

فيشترط في العمل لكي يعتبر عملاً إجرائياً أن تترتب عليه مباشرة آثار إجرائية، والآخر الإجرائي هو الأثر الذي يؤثر في الخصومة بذاتها أو المشاركة في سيرها أو انتهائها، على أنه يشترط أن يكون الأثر الإجرائي هو الأثر المباشر للعمل.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 180.

ولذلك لا تعتبر الأعمال التي ترتب أثرا إجرائيا غير مباشر أعمالا إجرائية، ومثالها التنازل عن الخصومة¹، فهذه الأعمال ولو أنها قد تتخذ شكل عمل إجرائي ويقوم بها الخصم أثناء الخصومة إلا أنها لا تعتبر أعمالا إجرائية لأن الأثر الإجرائي الذي يترتب عليها وهو انتهاء الخصومة ليس أثرا مباشرا لها، أي ليس هو الغاية المباشرة التي يهدف إليها من يقوم بالعمل.

والواقع أن مثل هذه الأعمال تختلف عن الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصم في أن الأعمال الإجرائية يقوم بها الشخص بصفته خصم، أي بموجب السلطة التي يعطيها القانون الإجرائي للشخص، بينما الأعمال الأولى يقوم بها الشخص بصفته الخاصة أي مستندا على سلطته كشخص قانوني له القيام بأعمال قانونية².

3.1.2.2.1. أن يكون العمل جزءا من الخصومة

فلا يكفي لاعتبار العمل إجرائيا أن يترتب آثار إجرائية، بل يجب أن يكون جزءا من الخصومة التي يراد أن يعتبر عملا إجرائيا بالنسبة إليها، وعليه لا تعتبر أعمال إجرائية تلك الأعمال التي تكون خارج الخصومة سواء تمت هذه الأعمال قبل بدء الخصومة لتقديمها أو للاحتجاج بها في خصومة مستقبلية، أو تمت أثناء خصومة قائمة للتمسك بها بعد ذلك في هذه الخصومة.

ولهذا فلا يعتبر عملا إجرائيا طلب إحدى الوثائق من إحدى الهيئات الإدارية لتقديمه في الخصومة، الإذن الذي يحصل عليه القاصر بالتقاضي، الإقرار غير القضائي³.

على أنه يعتبر عملا إجرائيا التمسك أمام القضاء بأحد هذه الأعمال، إذ يتم التمسك بها في شكل طلب أو دفع وهذه أعمال إجرائية.

1- المادة 231 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، 181.

3- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 140.

وبالنتيجة وبالرجوع إلى ما تقدم من شروط العمل الإجرائي يتبين أنه يدخل في طائفة الأعمال الإجرائية مايلي:

1- الأعمال القانونية التي يقوم بها القاضي في الخصومة، ويستوي في هذا القرارات والأحكام والأوامر سواء صدرت قبل الفصل في الموضوع أو فصلت فيه.

2- الأعمال القانونية التي يقوم بها الخصوم ووكلائهم ومساعدوهم وكذا أعمال مساعدي القضاة كالكاتب وأعمال النيابة العامة إذا كانت طرفا في الخصومة، وذلك إذا أنتجت أثرا إجرائيا مباشرا وكانت قد تمت كجزء من الخصومة.

3- الشهادة وعمل الخبير، فالشاهد الذي يؤدي شهادته يقوم بعمل قانوني يعتبر جزءا من الخصومة، وتترتب عليه مباشرة آثار إجرائية، كذلك الخبير إذا قام بعمله بتكليف من القاضي في خصومة قائمة فلا يشترط في العمل الإجرائي أن يقوم به أحد أشخاص الخصومة¹.

2.2.2.1. الوقائع القانونية (الأعمال القانونية)

الواقعة القانونية هي كل واقعة، أي كل تغيير في مركز وجود يرتب القانون عليه أثرا قانونيا، بأن يعطي للمركز الجديد وصفا قانونيا جديدا²، ومن هذا يتضح أن الواقعة القانونية ليست مصدرا للآثار القانوني، إنما هي ظرف لترتب ذلك الأثر، فمن الخطأ النظر إلى الواقعة باعتبارها مصدرا لنشوء حق أو لنقله، ذلك أن الواقعة هي واقعة مادية³، وهي تضطلع بالصبغة القانونية أي تتخذ اسم واقعة قانونية لأن القانون يرتب على وجودها أثرا قانونيا.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 145.

2- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 470.

3- Dr. M Solon, Traite de nullités, op.cit. Page 224.

ويقسم الفقهاء الوقائع القانونية إلى قسمين، وقائع طبيعية ووقائع بشرية أو اختيارية، على اعتبار أن الوقائع الطبيعية هي التي تحدث بفعل الطبيعة، وأن الوقائع البشرية هي التي يكون مصدرها فعل الإنسان أو إرادة الإنسان¹.

والمهم في دراستنا هو عما إذا كان القانون يرتب آثاره على الواقعة باعتبارها صادرة من إنسان أم يعتبرها في ذاتها، والوقائع البشرية يمكن تسميتها بالأعمال القانونية لأن القانون ينظر إلى الواقعة لا باعتبارها مجرد حدث وإنما باعتبارها نشاطا، أي عملا صادرا عن شخص.

ويغلب التقسيم الفقهي للأعمال القانونية إلى التصرف القانوني والعمل القانوني المعنى الضيق: «Acte juridique et fait juridique au sens strict».

1.2.2.2.1. النظرية التقليدية

يصور الفقه التقليدي التصرف القانوني باعتباره إظهار إرادة بنية إحداث آثار قانونية، فعند الفقيه ديجيه "Duguit" التصرف القانوني هو «كل عمل إرادي يحدث بنية إنتاج تعديل في التنظيم القانوني الموجود عند إصدار العمل أي الذي سيوجد في لحظة مستقبله».

ويعرفه الفقيه جيز "Jéze" بأنه: «إظهار الإرادة استعمالا لسلطة شرعية بقصد إحداث أثر قانوني»، وهذا الأثر إما أن يكون إنشاء مركز قانوني أو إدخال شخص في مركز قانوني سابق أو تقرير مركز قانوني موجود².

ومن هذه التعريفات يمكن تحديد عناصر تعريف التصرف القانوني في الفقه التقليدي على النحو التالي:

1- أن التصرف القانوني إظهار إرادة، وبهذا يختلف التصرف القانوني عن مجرد الحدث المادي.

1- أنظر، د/ السنهاوي، الوسيط، جزء 1، ص 130.

2 - د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 170.

2- إن الإرادة في التصرف القانوني تتجه إلى إحداث الأثر القانوني الذي يربته القانون، وهذا هو الذي يميز التصرف القانوني عن غيره من الأعمال الإرادية، التي يربط القانون أثرا عليها¹.

3- سلطة شرعية، وهي ما يعبر عنها الفقهاء باشتراط أن تكون الإرادة إرادة أشخاص ذوي مصلحة، فالبائع عندما يبيع لا يقوم بتصرف قانوني إلا إذا كانت له سلطة البيع، والموظف لا يصدر تصرفا قانونيا إلا إذا كانت له سلطة إصداره.

وخلاصة ذلك أنه أنصار النظرية يعتمدون في التفرقة بين التصرف القانوني والعمل القانوني على الإرادة باعتبار فاعل التصرف القانوني يتجه مباشرة وبعد تفكير إلى الأثر القانوني، على عكس فاعل العمل القانوني الذي يتحمل هذا الأثر دون أن يقصده.

تقدير النظرية

يعاب على النظرية أنها لا تقدم معيار موضوعي للتفرقة، فإذا كان التصرف القانوني يختلف عن العمل القانوني على أساس اتجاه الإرادة إلى الأثر القانوني، فإن الأمر يصبح مرهونا بموقف الشخص في كل حالة، هل أراد الآثار القانونية فتعتبر العمل تصرفا قانونيا أم لم يردّها فيبقى العمل عملا قانونيا².

ومن ناحية أخرى، ليس صحيحا أن يشترط في التصرف القانوني اتجاه الإرادة فعلا إلى الآثار القانونية، ففي عقد كعقد البيع وهو طبعاً تصرف قانوني هل من اللازم أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى الآثار القانونية المترتبة على العقد.

إن الواقع يكذب هذا، فالبائع والمشتري غالبا لا يعلمان هذه الآثار المختلفة، فكيف تتجه إرادتهما إلى ما لا يعلمانه؟

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 149.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 95.

ولهذا فإنه يجب التسليم بأن التصرف القانوني يوجد، وتترتب عليه آثاره القانونية، دون أن يكون للاتجاه العمل لإرادة المتصرف أو عدم اتجاهها إلى ترتيبها شأن ما¹.

2.2.2.2.1. النظرية الحديثة

اختلف الفقه الحديث في تحديد التصرف القانوني ولعل من أهم ما جاء من نظريات في تأسيس التصرف القانوني هو نظرية العمل القاعدي وما وصل إليه الأستاذ فتحي والي في الرأي التوفيقى المذكور أسفله.

1.2.2.2.2.1. نظرية العمل القاعدي

يصور بعض الفقهاء التصرف القانوني باعتبار العمل الذي يتضمن تنظيمًا قانونيًا، أي الذي ينشئ قاعدة سلوك، أو بعبارة أخرى العمل الذي ينشئ قواعد قانونية: "Normes Juridiques" أو العمل القاعدي "L'acte normateur".

وفي ذلك يقولون أنه إذا استعرضنا بعض الأعمال القانونية لا شك في أنها تصرفات قانونية مثل التشريع والعقد مثلاً، لوجدنا أن هناك عاملاً مشتركاً بين هذه الأعمال هو أن كلا منهما ينشئ قواعد سلوك.

فالتشريع موضوعه إنشاء قواعد قانونية، أي تنظيم العلاقات القانونية في المجتمع، والعقد موضوعه إنشاء التزامات وحقوق بين الأطراف تنظم العلاقات بينهم، وهذا العامل المشترك بين التصرفات القانونية هو المميز لها وهو لذلك معيار التفرقة بينها وبين الأعمال القانونية بالمعنى الضيق².

1- عرفت لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي التصرف القانوني على أنه: "إظهار إرادة يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو انقاص حق".

- L'acte juridique est une manifestation de volonté qui a pour effet de créer, modifier, ou éteindre un droit".

2- وجدي شفيق، البطلان المدني والجنائي والإداري، الموسوعة شاملة، مرجع سابق، ص 287.

تقدير النظرية

يعيب النظرية أنها إذ تعرف التصرف القانوني بأنه العمل الذي ينشئ قواعد سلوك فإنها تقصر نطاق التصرفات القانونية على عدد محدد جداً من الأعمال القانونية قد تكون هي التي ذكرها فقهاء النظرية.

على أنهم يتوسعون في معنى إنشاء قاعدة قانونية، فإنهم يقرون أن الأعمال القانونية التي ترمي إلى تطبيق قواعد قانونية سابقة وهي التي يسمها ديجيه "Duguit" بالأعمال الشرطية "Actes Conditions" تعتبر تصرفات قانونية¹.

ذلك لأنها تؤدي إلى تغيير قانوني إلى خلق شيء جديد هو أن عدد الأشخاص الذين كان يشملهم التنظيم القانوني الموجود من قبل قد زاد عددهم مما يعتبر إنشاء لقاعدة قانونية جديدة.

ومنه فإن العيب الأساسي للنظرية هو أنها تعتبر التصرف مصدر التنظيم القانوني وهذا غير صحيح، فوضع قواعد تنظيمية هو من عمل المشرع وإرادة الشخص ولو في التصرف القانوني، ليست إلا عنصراً واقعياً أو ظرف يرتب القانون عليه آثار قانونية معينة².

2.2.2.2.1. الحل التوفيقي (رأي الدكتور فتحي والي)

إذا أردنا أن نصل إلى تعريف صحيح للتصرف القانوني فإننا يجب ألا ننسى أن التصرف القانوني يعتبر نوعاً من الأعمال القانونية، وأن هناك نوعاً آخر من هذه الأعمال هي ما سميناه بالأعمال القانونية بالمعنى الضيق.

وكلا النوعين إذ يعتبر عملاً قانونياً فإنه عمل إرادي، ولهذا فإن إرادة العمل لا يمكن أن تكون معياراً للفرقة بينهما، ومن ناحية أخرى فإن كلا من العاملين يعتبر واقعة يرتب القانون عليها آثار قانونية، ولهذا فإن الإرادة في أي من العاملين ليست هي مصدر هذه الآثار.

1 - وجدي شفيق، المرجع نفسه، ص 289.

2- وجدي شفيق، نفس المرجع، ص 288.

وبالنتيجة

يرتب القانون آثار على وقائع، ولكنه لا يربتها على كل واقعة بل على وقائع معينة، وهي في اختياره لهذه الوقائع قد يحددها تحديدا جامدا في شكلها وفي مضمونها، وهذا ما يفعله دائما بالنسبة للوقائع القانونية المحضة، أما بالنسبة للأعمال القانونية (الوقائع البشرية) فقد رأى المشرع لاعتبارات اجتماعية تتعلق بحرية الفرد، ألا يحدد مضمونها ويتركه أحيانا لإرادة الفرد¹.

ولهذا فإن من الأعمال القانونية ما حدد المشرع شكلها ومضمونها كما يفعل بالنسبة للوقائع المحضة ولا يكون هناك فارق بينهما سوى اشتراطه الإرادة في الأولى دون الثانية².

ولكن الإرادة لا يكن لها أي سلطة في تحديد الشكل أو المضمون وإنما يقتصر دورها على الاتجاه إلى الواقعة أو عدم الاتجاه إليها، إن اتجهت الإرادة إلى الواقعة توافرت شروط العمل القانوني وإلا لم تتوافر.

على أن هناك من الأعمال القانونية ما أعطى القانون فيها الإرادة حرية في تحديد مضمونها، فلا يقتصر دور الإرادة فيها على الاتجاه إلى الواقعة، وإنما يكون لها حرية تغيير مضمون هذه الواقعة في الحدود التي يراها القانون، وهنا يقال إن لإرادة سلطانا، ويمكن الكلام عن مبدأ سلطان الإرادة ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة ليس معناه أن للفرد أن يرد أو لا يريد، بل يعني أن للفرد أن يريد على وجه دون آخر.

وحيث لا يكون هناك سلطان للإرادة لا نكون بصدد تصرف قانوني أما حيث يوجد هذا السلطان وتكون الإرادة حرة فإن العمل يعتبر تصرفا قانونيا³.

غير أنه يترتب على اختلاف دور الإرادة في التصرف القانوني عن دورها في العمل القانوني بالمعنى الضيق أن الآثار القانونية تترتب في هذا الأخير دون

1 - د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص 361.

2 - د/ وجدي راغب، المرجع نفسه، ص 362.

3- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 99.

النظر إلى الإرادة، إذ ينظر فقط إلى توافر عناصر الواقعة وإلى اتجاه الإرادة إلى هذه الواقعة، أما في التصرف القانوني فلأن تحديد مضمون الواقعة من شأن الإرادة، فإنها تستطيع أن تحدد هذه الواقعة على النحو الذي يؤدي إلى ترتيب الآثار التي يريدها واستبعاد الآثار التي لا تريدها.

ويترتب على هذا نتيجة عملية هامة هي أن الشخص الذي يقوم بتصرف قانوني يستطيع أن يعرف على وجه التأكيد الآثار التي يرتبها القانون على تصرفه.

أما في العمل القانوني بالمعنى الضيق، فإن الشخص يقتصر على إرادة واقعة معينة لا يملك تعديل مضمونها، وهو لهذا قد يستطيع معرفة ما يرتبه القانون على هذه الواقعة من آثار دون أن يملك تغييرها ولكنه غالباً لا يستطيع أن يعرف هذه الآثار لأن القانون يحدد الآثار دون اعتداد بإرادته¹.

والخلاصة أن معيار التفرقة بين التصرف القانوني وغيره من الأعمال القانونية يكمن في سلطان الإرادة، ففي التصرف القانوني للإرادة سلطان أعطاه المشرع لها لتتمكن من تنظيم مصالح معينة وفقاً لرغبتها وذلك في حدود التنظيم القانوني².

أما في الأعمال القانونية بالمعنى الضيق فليس للإرادة أي سلطان إنما يترتب القانون آثاره على مجرد الواقعة المادية، ولا يختلف عن الوقائع المحضة سوى أن المشرع في ترتيبه للآثار القانونية في حالة العمل القانوني يشترط أن تكون الواقعة إرادية.

ويلاحظ أن المشرع قد يعطي سلطة التنظيم لإرادة واحدة، وهنا يكون بصدد تصرف قانوني ينطوي على إرادة منفردة، وقد لا يعطيها إلا لإرادتين متوافقتين أو لأكثر من إرادتين، وفي هذه الحالة لا تكون كل إرادة تصرفاً قانونياً إذ هي وحدها ليس لها سلطة في نطاق النظام القانوني³.

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 120.

2- د/ أحمد هندي، المرجع نفسه، ص 121.

3- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 121.

3.2.2.1. طبيعة العمل الإجرائي

تتكون الخصومة من مجموعة من الأعمال الإجرائية، وإذا أردنا أن نعرف طبيعة العمل الإجرائي، فإننا لا نحتاج إلى عناء كبير لنقرر أنه عمل قانوني¹، فهو ليس مجرد واقعة محضة إنما الصعوبة تكمن في معرفة طبيعة هذا العمل القانوني وهل يصدق عليه وصف تصرف قانوني أم هو عمل قانوني بالمعنى الضيق.

وهنا يجب التفرقة بين الواقعة الإجرائية والعمل الإجرائي السلبي، فالعمل الإجرائي كما يتم عن طريق الإيجاب قد يتم عن طريق الامتناع، والعمل الإجرائي السلبي عمل قانوني وليس واقعة قانونية محضة، ومعنى هذا أن القانون يترتب أثره عليه، باعتبار وجود إرادة وراء الواقعة المادية (مثال التخلف عن رفع الاستئناف في الآجال المحددة هو عمل إجرائي سلبي يترتب آثار قانونية).

ومن هنا تشعبت النظريات ووجهات النظر الفقهية فيما يخص تحديد طبيعة العمل الإجرائي فمنهم من نادى باعتبار كطل الأعمال الإجرائية تصرفات قانونية ويرى البعض الآخر قصر وصف التصرف القانوني على بعض هذه الأعمال، ويذهب رأي أخير إلى إنكار وجود هذا النوع من الأعمال القانونية بين الأعمال الإجرائية.

1.3.2.2.1. مختلف الآراء الفقهية في طبيعة العمل الإجرائي

تطورت فكرة العمل الإجرائي من حيث الطبيعة القانونية له وتأرجحت بين من اعتبره من قبيل التصرف القانوني مثله مثل أعمال القانون المدني، وبين من اعتبر العمل الإجرائي ذا طبيعة خاصة يتعين فهمه داخل كيانه الطبيعي و هو الخصومة القضائية.

1- د/ وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص 365.

1.1.3.2.2.1. بالنسبة للفقهاء الفرنسيين

اقتصروا فقهاء فرنسا في دراستهم لطبيعة العمل الإجرائي على دراسة هذه الأعمال كأشكال، وقد ذهبوا في كتاباتهم إلى اعتبارها تصرفات قانونية. وقد كتب الأستاذ "Solus" إن كلمة عمل إجرائي لا تعني فقط العملية القانونية نفسها التي تمت والتي باعتبارها تصرفاً قانونياً يجب أن تخضع لشروط موضوعية تتطلبها صحة التصرفات القانونية بصفة عامة (رضاً، أهلية، محل وسبب)، بل تعني أيضاً الأشكال المادية¹.

ويذكر الأستاذ "Ricol" في محاضراته أن: «الأعمال الإجرائية هي تصرفات قانونية كأعمال القانوني المدني»، على أنه لا يتعمق في بحثه ويكتفي بهذه الإشارة العابرة²، والملاحظ أن هاذين الكاتبين لم يتطرقا إلى نقطة الطبيعة القانونية للعمل الإجرائي بطريقة معمقة وجدية، غير أن هناك فقيه آخر تطرق للموضوع وبصفة دقيقة وهو الأستاذ "De Bieville" في رسالته للدكتوراه من جامعة باريس سنة 1944 بعنوان: «Les nullités des actes de procédure en matière civile»، وهذا الأستاذ قام بتعريف الأعمال الإجرائية على أنها "مجموعة الأعمال، سواء كانت قضائية أم تتم خارج مجلس القضاء، والتي تتعاون في إعمال الحق"³، ويضيف أنه تبدو من هذا التعريف الصفة الإرادية للأعمال الإجرائية، فالعمل الإجرائي موضوعه إعمال الحق فهو إذاً عمل إرادي، يقصد من يقوم به الوصول إلى غرض معين، وبعد هذه النتيجة التي يصل إليها بسهولة ويسير يقرر أن الأعمال الإجرائية تخضع أساساً للنظرية العامة للتصرف القانوني، وبالتالي يشترط في العمل الإجرائي إعلان إرادة غير معيبة، سبب، محل وأهلية، ويترتب على نقص أحد هذه الشروط بطلان العمل الإجرائي كما هو الأمر بالنسبة للتصرف القانوني⁴.

1- أنظر / H. Solus. R. Perrot, Droit judiciaire privé, op.cit. Page 426

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 135.

3- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 139.

4- H. Solus. R. Perrot, Droit judiciaire privé, op.cit. Page 429.

2.1.3.2.2.1. بالنسبة للفقهاء الإيطالي

لقد اهتم الفقه الإيطالي كثيرا بالطبيعة القانونية للأعمال الإجرائية مثل اهتمامه بالفقه الإجرائي بصفة عامة، فقد تعرض الكثير من الكتاب في إيطاليا بكتابة مقالات وكتب وتحلل وتناقش موضوع الأعمال الإجرائية.

ففيه اعتبر فريق من الفقهاء الإيطاليين أن النظرية التقليدية هي الأصح والمتعلقة بالتصرف القانوني، إذ يروا أن جميع قواعد القانون الخاص التي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة تطبق على التصرفات الإجرائية (الأهلية، الرضا، المحل والسبب)، وهذا مع مراعاة ما تقتضيه القواعد المتعلقة بتنظيم الخصومة وخاصة تلك التي تنظم المواعيد أو حجية الشيء المحكوم فيه¹.

ويعتبر أنصار هذا التوجه تصرفات قانونية إجرائية الأعمال الإجرائية التي تتضمن صراحة أو ضمنا إظهار إرادة متجهة نحو إحداث أثر قانوني إجرائي، وبالتحديد نحو إنشاء أو تعديل أو انقضاء حق شخصي إجرائي.

فتعتبر تصرفات قانونية أعمال الخصوم ومساعدتهم كذلك أعمال القاضي ومساعديه، ولا يعتبرون تصرفا قانونيا أعمال الغير مثل الشهادة وعمل الخبير، ومن الواضح أن هذا الفريق بإسناده إلى النظرية التقليدية في تعريف التصرف القانوني فإنه يقع في نفس خطأ هذه النظرية ويتعرض لنفس النقد².

وعلى عكس من الفريق الأول اعتبر البعض من الفقهاء الإيطاليين أن التصرف القانوني هو « كل عمل قانوني يقوم به شخص اعمالا لحق»، وفي رأي هذا الفريق أن نظرية التصرف القانوني لا يمكن أن تبقى بعيدة عن ميدان القانون العام وبصفة خاصة القانون الإجرائي، ويعتبر استعمالا لحق وبالتالي تصرفات قانونية كعقد التحكيم والاتفاق على الاختصاص المحلي وهذه التصرفات لأنها أعمال إجرائية تعتبر تصرفات قانونية إجرائية.

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 140.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 143.

وتعتبر الطلبات الموجهة إلى القاضي في الخصومة تصرفات إجرائية، إذ هي استعمال حق للخصم قبل القاضي الذي عليه واجب الفصل في الطلبات، ويستوي في هذا أن يكون الطلب مقدما من المدعي أو من المدعى عليه. وإذا كانت هذه الأعمال ينقصها عنصر السلطان، فإن هذا لا يعير من اعتبارها تصرفات قانونية، وتدخل في نوع من التصرفات القانونية المسمى التصرفات المكملة¹.

2.3.2.2.1. مقتضيات العمل الإجرائي

يتكون العمل الإجرائي من مقتضيات موضوعية تتعلق بالعمل في حد ذاته وتتعلق أيضا بالقائم بالعمل، كما يحكم العمل الإجرائي مقتضيات شكلية تكون منصوص عليها مسبقا بموجب القانون والتي تحدد قالب الذي يجب أن يكون فيه العمل.

1.2.3.2.2.1. المقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي

يجب لصحة العمل الإجرائي أن تتوافر لدى من قام به الصلاحية اللازمة إلى الصلاحية للقيام بالعمل الإجرائي وتختلف هذه الصلاحية باختلاف الأعمال الإجرائية وباختلاف من يقوم بتلك الأعمال.

1- الأعمال الصادرة من القاضي أو غيره من الموظفين

فيجب أن يتوافر لدى القائم بالعمل كل من الصلاحية العامة والصلاحية الخاصة للقيام به، فالصلاحية العامة يقصد بها أن يكون القائم بالعمل متمتعاً بصفة موظف من الفئة التي يجب أن يصدر منها العمل، أما الصلاحية الخاصة فيقصد بها أن يكون القائم بالعمل صالحاً لأداء وظيفته بالنسبة لهذا العمل بالذات أي بتعبير آخر الاختصاص²،

فالقائم بالعمل يجب أن يكون مختصاً بالقيام به وفقاً لقواعد الاختصاص التي يضعها القانون. على أنه يلاحظ أن القاضي يكون مختصاً ببعض الأعمال

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 144.

2- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 354.

الإجرائية ولو كان غير مختص بالدعوى، فالقاضي غير مختص بالدعوى يختص بإصدار حكم بعدم الاختصاص، أو ببطان عريضة الدعوى، ويمكن أن تقرر أن اختصاص القاضي بالدعوى ليس لازماً لاختصاصه بإصدار عمل إجرائي إلا ابتداء من الأعمال التي تتصل ببحث موضوع الدعوى.

2-الأعمال الصادرة من الغير

ويقصد بها شهادة الشهود أو عمل الخبراء أو المترجمون ممن لا يعتبرون خصوماً أو ممثلين للخصوم، وهنا أيضاً يجب توافر صلاحية فيمن يقوم بهذا العمل، فالشخص لا يكون أهلاً لأداء شهادة إذا لم تتوفر فيه شروط السن والأهلية...الخ.

كما أن الخبير لا يمكن أن يقوم بالخبرة إلا إذا كان معيناً بطريقة قانونية بموجب حكم وأن يكون معتمد من قبل الهيئات الرسمية¹.

3-الأعمال الصادرة من الخصوم

فيجب أن تتوفر في القائم بالعمل صفة في القيام به وتتوافر هذه الصفة إذا كان القائم بالعمل خصماً توافرت فيه الأهلية الإجرائية وكان من سلطته القيام بالعمل دون تمثيل أو كان القائم بالعمل من يمثل الخصم تمثيلاً صحيحاً.

1.2.2.3.2.2.1. شكل العمل الإجرائي

إن القاعدة العامة بالنسبة للأعمال الإجرائية هي قانونية الشكل، بمعنى أنها يجب أن تتم لاتبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم بها، بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون²، وتختلف الشكلية جموداً ومرونة من عمل إلى آخر، فإذا لم يحدد المشرع شكل العمل فمفاد هذا أنه يترك تحديده لما يقتضيه مضمون العمل.

والشكلية في العمل الإجرائي مقررّة لصحة العمل لا لإثباته، ولهذا إذا كان العمل معيباً بعيب شكلي فلا يجوز تكملة هذا النقص عن طريق الإثبات، وتطبيقاً لهذا لا يجوز إثبات أن التكليف بالحضور الذي ينقصه تاريخ التكليف قد يتم في

1 - د/ عبد الحكيم فودة، البطان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 172.

2 - د/ عبد المنعم الشرقاوي، المرافعات، مرجع سابق، ص 68.

يوم معين، ففي هذه الحالة لا يمكن التحقيق في الأمر ولا يحل محل اتباع الشكل القانوني شهادة الشهود.

والقاعدة هي أن الشكل القانوني يعتبر قد احترم وعلى كل من يدعي وجود مخالفة لها أن يثبت ذلك¹، وهنا يجب التفرقة بين فرضين:

الأول ألا يتطلب القانون تبيان اتباع هذا الشكل في المحرر وهنا يمكن إثبات مخالفة الشكل بكافة طرق الإثبات.

الثاني أن يتطلب القانون بيان هذا الشكل في المحرر وهنا يكون مجرد عدم بيان الشكل دليل على عدم احترام ويقع عبئ إثبات عدم احترامه من يدعيه. وعلى العكس إذا أثبت المحرر أن الشكل قد احترم فالفرض أنه كذلك حتى يثبت العكس، وفي الحالتين فإن إثبات عكس ما جاء في المحرر يجب أن يتم في الغالب عن طريق الادعاء بالتزوير.

ذلك أن معظم الأعمال الإجرائية تتم إما بواسطة موظف عمومي أو أمامه وتثبت لهذا في محرر رسمي، وتحديد متا إذا كان هناك مخالفة للشكل يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه².

3.3.2.2.1. مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي

قد يكون شكل العمل الإجرائي عنصرا من عناصره، كما قد يكون شكله ظرفا يجب أن يتم فيه:

1.3.3.2.2.1. الشكل كعنصر من عناصر العمل

ويقصد به الوسيلة التي يتم بها العمل أو القانون قد يشترط كشكل للعمل أن يتم كتابة، فإن لم تشترط الكتابة يمكن أن يتم شفاهة المادة 09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 359.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 360.

وتتطلب التشريعات المختلفة أن يتم العمل الإجرائي في اللغة الرسمية للدولة، وتطبيقا لهذا تقضي المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول».

ويجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.

تتم المناقشات والمرافعات بالعربية.

تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي».

وأحيانا يتطلب القانون عند القيام بعمل إجرائي معين أداء رسم معين، وهذا الرسم لا يعتبر شكلا للعمل¹، على أنه من الناحية العملية قد يتخذ الرسم أهمية تقترب من أهمية الشكل، ذلك أن تخلف الخصم عن دفع الرسم مثلا في حالة إحالة القضية من قسم إلى قسم يجب تكملة المصاريف القضائية وفي هذه الحالة إذا لم يتم ذلك وصدر الحكم فإنه يعتبر صحيحا منتجا لآثاره فلا يجوز إبطال الحكم بسبب المخالفة².

2.1.2.3.2.1. الشكل كظرف يتم فيه العمل

والشكل هنا يقف خارج العمل الإجرائي، ولكن يجب وجوده لكي ينتج العمل آثاره القانونية، والظروف الشكلية للعمل الإجرائي قد تتصل بمكان العمل أو بزمانه³.

1 - د/ نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 139.

2 - د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 360.

3 - د/ نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 140.

1-مكان العمل الإجرائي

ينظم القانون مكان القيام بالعمل الإجرائي الذي يتعين احترامه وإلا رتب جزاء على عدم مراعاة ظرف المكان.

ومثال ذلك أن يتم تسليم التكليف بالحضور في موطن المدعى عليه، أو أن تتم عملية بيع العقار بالمزاد العلني في قاعة جلسات المحكمة ذات الاختصاص وليس في مكتب المحضر كما هو الحال بالنسبة لبيع المنقولات.

2-زمن العمل الإجرائي

ويحدد القانون زمن العمل الإجرائي في صور مختلفة:

أ- قد يحدد القانون زمن العمل الإجرائي دون علاقة بأي واقعة سابقة أو لاحقة ومن هذا ما تنص عليه المادة 416 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «لا يجوز القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساء ولا أيام العطل، إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي».

فهنا تحديد الزمن جاء مجردا، فالفعل يمكن أن يتم في أي يوم ما دام ليس يوم عطلة رسمية، كما يمكن أن يتم في أي ساعة ما دام بين الساعتين المحدتين.

ب-وقد يحدد القانون زمن بيوم معين فهنا لا يكون التحديد مجردا بل مرتبط بواقعة معينة ومثال ذلك المادة 16 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «تقيد القضية حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها...».

ج-وقد يحدده بموجب القيام بالعمل في ترتيب معين بين أعمال ووقائع الخصومة الأخرى، فالأعمال الإجرائية يجب أن تتسلسل زمنيا ومنطقيا تسلسلا يؤدي إلى تحقيق وظيفة الخصومة، من هذا مثلا المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: «يجب إثارة الدفع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول وذلك تحت طائلة عدم القبول».

د-المواعيد: الميعاد هو فترة بين لحظتين لحظة البدء ولحظة الانتهاء¹، وللمواعيد في الخصومة وظيفتان، فبعضها يرمي إلى دفع الخصم إلى القيام بعمل إجرائي معين حتى لا تبقى الخصومة مؤبدة ومثال ذلك سقوط الخصومة (المادة 222 وما يليها قانون إجراءات مدنية وإدارية).

وبعضها يرمي إلى منح الخصم فترة زمنية كافية للقيام بعمل ومثال ذلك ميعاد التكليف بالحضور في غضون 20 يوم على الأقل قبل الجلسة المادة 16 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

ويجب تفرقة بين المواعيد الإجرائية ومواعيد التقادم، فالميعاد الإجرائي هو الذي يتعلق بعمل إجرائي يتم وفقا لسلطة إجرائية أي سلطة نشأت أثناء الخصومة أو بسببها².

أما ميعاد التقادم يرمي إلى تأكيد مركز واقعي أو قانوني يتعلق بالقانون الموضوعي³.

ويحدد المشرع المواعيد الإجرائية تحديدا جامدا، وهو يراعي في هذا التحديد مايراه مناسبا في الأحوال العادية فإذا تبين أن الميعاد الذي حدده المشرع غير مناسب في خصومة معينة، فلا أثر لهذا على وجوب احترامه.

وليس للخصوم تعديل الميعاد ولو باتفاقهم إلا إذا منحهم القانون هذه السلطة.

وتقسم المواعيد إلى:

- مواعيد يجب أن تنقضي بأكملها قبل الحضور أو قبل إمكان القيام بالعمل وتسمى المواعيد الكاملة إذ يجب أن تنقضي بأكملها قبل القيام بالعمل.

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 363.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطالان في قانون لمرافعات، مرجع سابق، ص 175.

3- د/ عبد الحكيم فودة، المرجع نفسه، ص 176.

- مواعيد يجب أن يتم العمل قبل بدئها كالاعتراض على قائمة شروط البيع قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل المادة 742 قانون إجراءات مدنية وإدارية.
- مواعيد يجب أن يتم العمل خلالها ومثالها ميعاد الطعن في الحكم، وتسمى بالمواعيد الناقصة، فهي إذ يجب أن يتم العمل خلالها ولا يمكن الاستفادة منها بأكملها.

الفصل الثالث

أسباب البطالة

3.1. أسباب البطلان

يشترط لوجود بطلان وفقاً لما سبق بيانه من تعريف له أن يكون هناك شرطان، أولهما أن يوجد عيب في العمل الإجرائي أي عدم مطابقة العمل الإجرائي للنموذج المفروض قانوناً، والثاني أن يترتب على العيب عدم إنتاج الآثار القانونية.

وللكشف عن العيوب التي تصيب العمل يتعين معرفة المقتضيات التي يتطلبها القانون والتي وضع لها نموذج، والمقصود بالمقتضيات كل ما يتطلبه القانون لكي ينتج العمل آثاره القانونية.

ويقسم الفقه الحديث مقتضيات العمل القانوني إلى¹:

1- مفترضات العمل وهي مقتضيات توجد خارج العمل ولكن يفترض العمل وجودها، لكي ينتج آثاره القانونية ومنها ما يتعلق بالشخص القائم بالعمل ومنها ما يتعلق بالمحل الذي يرد عليه العمل.

2- عناصر العمل وهي التي تعتبر داخل العمل في حد ذاته، ويقصد بعناصر العمل القانوني ما يجب توافره في ذات العمل حتى ينتج آثاره.

3- ظروف العمل، ويقصد بها ما يجب أن يوجد خارج العمل غير الشخص والمحل حتى ينتج العمل آثاره القانونية وهذه هي مكان العمل وزمانه.

ومن ما سبق ذكره يمكن أن نستشف أن دراسة أسباب البطلان يمكن تلخيصها في عنصرين يسمحان لنا بدراستها على الوجه الذي يفيدنا الأكثر، وهو دراسة الأسباب الشكلية والأسباب الموضوعية للبطلان، ويكون ذلك في مبحثين.

1.3.1. البطلان لعيب في الشكل

نستطلع في هذا المبحث ما هو الشكل في قانون المرافعات والدور الذي يلعبه في الخصومة القضائية من خلال التطرق إلى أنواع الشكلية الإجرائية وعلى وجه الخصوص الشكلية في العمال الإجرائية من محاضر وعرائض وكذا مشتملات الحكم الشكلية التي يجب احترامها.

¹ - وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني، مرجع سابق، ص 217.

كما نتطرق بطبيعة الحال إلى مخالفة الشكل المذكور التي تؤدي إلى البطلان سواء تعلق ببطلان العقود أو بالبطلان الإجرائي المترتب على مخالفة مقتضيات الشكل،

وفيه نتطرق إلى التفرقة بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية ومنه المعايير المعتمدة في تحديد تلك الأشكال وتحديد من منها يترتب عليه البطلان كجزاء لمخالفاتها.

1.1.3.1. الشكل في قانون المرافعات

إن العمل القانوني أيا كان ليس إلا حركة أو تغيير في العالم الخارجي وبدون تغيير خارجي ظاهر لا يمكن الكلام عن عمل قانوني¹.

وفي معنى أوسع للشكل يقصد به الحركة أو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي فالأعمال القانونية ليست إلا أشكالا²، فمثلا مجرد التفكير في اتخاذ الشكل لا يعتبر مظهرا خارجيا، ومن ثم لا يعتبر شكلا، فتدوين القاضي لأسباب حكمه يعتبر شكلا خارجيا، أما تفكيره في كيفية حل النزاع بين الخصوم وقبول الدعوى أو رفضها و الأسباب المعتمد عليها في ذلك لا يعد شكلا.

والمقصود بالمظهر الخارجي النشاط الذي يهدف إلى تحقيق نتيجة معينة، ويتطلب المشرع في هذا النشاط أو السلوك أن يفرغ في قالب معين، فمثلا يتطلب المشرع أن تكون عريضة افتتاح الدعوى مكتوبة وأن تتضمن بيانات معينة من أجل تحقيق نتيجة أو الوصول إلى غاية معينة ابتغاها المشرع وهي أن يعلم الخصم بالوقائع المدعاة والدليل المقدم عليها والطلبات في مواجهته.

والمقصود بالأثر أو النتيجة المرجوة من الإجراء هو الغاية أو الهدف الذي يهدف إليه المشرع ومن أجله يأمر أن يفرغ في نشاط معين، فالشكل في معنى أقل اتساعا هو الوسيلة التي يتحقق بها الحدث أي الوسيلة التي يظهر بها أمام الغير.

¹ - د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 170.

² - د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 532.

أما الشكل القانوني، فيقوم إذا نص المشرع على قالب معين يتعين إفراغ النشاط القانوني فيه لتحقيق نتيجة قانونية معينة، فاشتراط أن يتم تبليغ عريضة افتتاح الدعوى عن طريق المحضر القضائي وأن يوقع المحضر على المحضر وأن يذكر من تمت مخاطبته، فذلك نوع من الشكلية القانونية.

1.1.1.3.1. دور الشكلية في العمل الإجرائي

إن الشكلية في الأعمال الإجرائية مقررّة كشرط صحة لا كشرط إثبات، فعندما يفرض المشرع شكلية معينة في العمل الإجرائي فإنه يهدف بتوافرها صحة العمل ذاته¹، بمعنى أن المشرع عندما يفرض تبليغ عقد قضائي خلال فترة معينة، فإن إغفال إثبات تمام ذلك بأصل المحضر يعني عيب شكلي، وأن الشكل مطلوب لصحة العمل ذاته ولا يعني عن ذلك إثبات توافره في الواقع.

كذلك الحال إذا فرض المشرع توقيع المحضر القضائي على أصل التبليغ مثلاً، فإن إغفال ذلك يعني البطلان ولا يكفي إثبات أن المحضر قام بالتبليغ، وما يمكن قوله في ما يخص الشكلية في العمل الإجرائي فإنها مطلوبة من أجل هدف معين فإن تحقق الهدف فلا مجال للتمسك بالشكلية المجردة، وهو ما يسميه الفقهاء بالمرونة في شكلية العمل الإجرائي²، وتقتضي المرونة البحث عن الغاية وإعمالها وترك الشكل إذا كان إغفاله سيؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي.

وعلى ضوء ما تقدم فإن أي نقص في البيانات المنصوص عليها قانوناً يمكن تكملته ببيان آخر إذا كان مرادفاً له ويمكن أن يحل محله ويوصي بالغرض منه، ولكن لا يكفي أن تكون التكملة في محرر منفصل فالمفروض أن تحمل الورقة بذاتها شروط صحتها، فمثلاً إذا سقط اسم المحضر القضائي من محضر التبليغ فذلك الإغفال لا يعني البطلان إذ إما وقع المحضر القضائي في أسفل المحضر نفسه.

1- د/ نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 211

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 178.

2.1.1.3.1. أنواع الشكلية الإجرائية

الشكل الإجرائي قد يكون مظهرا للعمل الإجرائي ذاته أي شرطا لصحته، وقد يكون ظرفا للعمل الإجرائي يتعين توافره عند مباشرة الإجراء، فلا يصح بدونه.

1.2.1.1.3.1. الشكل كمظهر للعمل الإجرائي

والمقصود بذلك أن يكون الشكل عنصر في العمل الإجرائي وجزءا متما له، كالبيانات اللازم ذكرها في عريضة افتتاح الدعوى (المادة 15 قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، وكذا توقيع القاضي على الحكم (المادة 278 من نفس القانون).

فهنا الشكل يتحد مع العمل الإجرائي ويصبح جزءا منه، فلا يصح الإجراء إلا إذا أفرغ في القالب الذي يتطلبه المشرع.

1- الشكلية في الأعمال الإجرائية المكتوبة

إذا اشترط المشرع أن يكون عمل إجرائي معين في شكل مكتوب أي اشترط الكتابة، فإنه يستلزم أن يتم ذلك على النحو المطلوب وإلا كان الإجراء باطلا¹، وعليه فإننا سنتناول أهم مواطن الشكلية المكتوبة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1-1- محاضر التبليغ: علا بأحكام المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يجب أن تشتمل المحاضر الرسمية للتبليغ على بيانات

مختلفة حددتها المادة من بينها اسم ولقب المحضر وعنوانه وتوقيعه، اسم ولقب طالب التبليغ، اسم ولقب المبلغ له وصفة مستلم التبليغ... ويقع ذلك تحت طائلة البطلان الذي يجب إثارته من طرف المطلوب.

1-2- بيانات عريضة افتتاح الدعوى: أوجب المشرع في المادة 15 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية أن تشمل عريضة افتتاح الدعوى على الجهة القضائية التي توقع أمامها، اسم ولقب المدعي، اسم ولقب وموطن المدعي

1- د/ مصطفى محمود الشربني، بطلان إجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص 79.

عليه والإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي... ويقع ذلك تحت طائلة عدم القبول.

1-3- مشتملات الحكم: يجب أن يتضمن الحكم الجهة القضائية التي أصدرته، أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية تاريخ النطق به، أسماء الخصوم وحالة الشخص المعنوي، عرض موجز لوقائع الدعوى، طلبات الخصوم وفي الأخير أسباب الحكم... (المواد 276 و 277 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

2- الشكالية في الأعمال الإجرائية الشفاهية

فالشكالية في الأعمال الإجرائية الشفهية تتمحور حول إمكانية استدعاء الأطراف لسماعهم في إطار التحقيق (المادة 75 قانون الإجراءات المدنية والإدارية) كما يمكن أن تتمحور حول سماع الشهود (المادة 150 من نفس القانون).

فسماع الأطراف وشهادة الشهود تتم شفاه غير أنها تحرر في محاضر معدة لذلك، كما أنه يحضر على الشاهد أن يستعين بنص مكتوب، المادة 158 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب».

ومن جهة أخرى فإن نص الفقرة الثالثة من المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعتبر أيضا من قبيل الشكالية في الأعمال الإجرائية والتي تنص: «تتم المناقشات والمرافعات بالعربية» وهي من أهم الأعمال الإجرائية الشفهية أي المناقشات بصفة عامة سواء تعلق الأمر بسماع الأطراف أو سماع الشهود أو من مرافعات المحامين، غير أنه يمكن للشهود أن يدلوا بشهادتهم بغير اللغة العربية إذا كانوا أجانب ويتم ذلك بحضور مترجم، غير أن هذا يعتبر استثناء.

2.2.1.1.3.1. الشكل كظرف للعمل الإجرائي¹

يمكن للشكل أن يتمثل في ظرف معين يجب أن يباشر العمل الإجرائي فيه وإلا كان ذلك العمل باطلا والظرف يمكن أن يكون ظرف زماني كما يمكن أن يكون ظرف مكاني.

1 - الظرف الزمني: يتصل الزمان بالعمل الإجرائي في عدة صور، فيمكن أن يقع الإجراء داخل الميعاد المحدد كما يمكن أن يتعلق باتخاذ الإجراء قبل حلول الميعاد ويمكن أن يتخذ الإجراء بين ميعادين.

ولقد سبق لنا وأن درسنا سالفًا بالتفصيل نقطة المواعيد.

2-الظرف المكاني: ومن مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي المكان الذي يجب أن يتم فيه، فيمكن أن يشترط اتخاذ الإجراء في مكان معين ويرتب المشرع على مخالفة هذا الشكل البطلان، وهي النقطة التي سبق وأن تطرقنا لها.

2.1.3.1. مخالفة الشكل (تعيب الشكل)

لكي يقع جزء البطلان لمخالفة الشكل، لا بد أولاً من ثبوت المخالفة أو ثبوت تعيب الشكل، فذلك هو الشرط الرئيسي المفترض لتوقيع جزء البطلان، فإذا لم يثبت ذلك فإن الشكل يكون صحيحاً وعندها لا مجال للبطلان ولو أصاب ذلك ضرراً بالنسبة للخصم من الشكل ذاته.

ويمكن تعريف تعيب الشكل بأنه مخالفة الشكل الذي يفرضه القانون أي مخالفة الشكل القانوني²، والعيب قد يكون عيباً في نشاط من يقوم بالعمل وقد يكون عيباً في العمل بعد إتمامه والمثال عن العيب الأول الخطأ في إصدار الحكم أي عدم اتباع الشكل القانوني اللازم لإصداره.

1- د/ إبراهيم النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 225.

2- د/ إبراهيم النفاوي، المرجع نفسه، ص 227.

والمثال عن الثاني الخطأ في البيانات الحكم عند تحريره وعادة بنص القانون على إثبات الخطوات التي تمت في المحرر المكتوب وبهذا تنتهي عيوب النشاط إلى عيوب لشكل المحرر¹.

1.2.1.3.1. مخالفة الشكلية

إذا كان العيب هو مخالفة الشكل القانوني، فإنه يلاحظ أن الشكل الآن لم يعد جامدا فلم تعد الشكلية في العصر الحديث مماثلة للشكلية في القانون الروماني حيث كان يجب النطق بعبارات معينة محددة مسبقا وترتيب معين².

فالقانون الآن لا يعرف العبارات المقدسة، وهو لا يشترط ذكر ألفاظ وعبارات معينة وإنما يحدد الشكل بطريقة مرنة، فلا يهتم اللفظ المستعمل ما دام لا يثير الشك في حقيقته المقصود به ولا يشترط أيضا أن تأتي البيانات بترتيب معين، بل أكثر من ذلك إذا حدث نقص في أحد البيانات التي نص عليها القانون فإن الشكل لا يعتبر معيبا ما دام هناك بيان آخر يقوم بنفس وظيفة البيان الناقص.

كما أنه لو حدث اختلال في ترتيب البيانات فهذا لا يعد من قبيل العيب الشكلي، كأن يأتي الاسم قبل اللقب في العريضة أو التاريخ إذا كتب في رأس الورقة أو في آخرها، فهذا ما سمي بمرونة الشكل في القانون الحديث³.

2.2.1.3.1. البطلان لمخالفة الشكلية

على ضوء ما تقدم بيانه، فإن مخالفة الشكلية تتمثل في مخالفة الأوضاع الإجرائية القانونية على نحو مخالف لما تطلبه المشرع، ومنه فإن الأوضاع الإجرائية في مادة المرافعات متعددة ومتشعبة ونقتصر في دراستنا في هذا الفرع على بطلان عريضة افتتاح الدعوى كمثال عن بطلان الوثائق الدعوى ومثال ثاني عن بطلان مخالفة مواعيد الإجراءات في صورة بطلان التكليف بالحضور.

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 371.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 542.

3- د/ محمد كمال العزيز، تقنين المرافعات في ظل القضاء والفقهاء، 1987، ص 106.

1- بطلان عريضة افتتاح الدعوى

ترفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويجب أن تشمل العريضة على بيانات نصت عليها وعددت المادة 15 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي نفس الوقت وضعت المادة جزاء تخلف هذه البيانات والذي هو عدم القبول شكلا.

غير أن هذا لا يمنع القضاء من الحكم ببطلان العريضة لمخالفتها الأوضاع الإجرائية المنصوص عليها قانونا، إذا أثبت المتمسك به أن تخلف البيان أدى إلى تخلف النية التشريعية التي يستهدفها المشرع من إدراج هذا البيان¹.

غير أنه لا يعتبر كل نقص في البيانات الواردة في عريضة افتتاح الدعوى سببا لبطلانها، فهناك من البيانات التي لا يقتضي التصريح ببطلانها رغم نقصها أو تخلفها.

2- بطلان التكليف بالحضور بسبب الميعاد

فقد نص المشرع على البطلان عند مخالفة مواعيد معينة فالزم بذلك احترامها رعاية لمصلحة الخصوم وتحقيقا للعدالة، كما يبطل القانون الإجراءات التي تقع في زمان معين، فالزم بذلك عدم اتخاذ خلال فترة معينة، ومثال ذلك بطلان التكليف بالحضور التي يتم أو يقوم به المحضر القضائي خارج التوقيت الزمني المحدد قانونا.

إذ تنص المادة 416 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « لا يجوز القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساء ولا أيام العطل إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي ».

1- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، طبعة ثانية، موفم للنشر، الجزائر 2011، ص 75.

ويترتب على مخالفة هذه المواعيد المنصوص عليها على سبيل الإلزام بطلان محضر التكليف بالحضور.

البطلان من حيث الشكل في القانون الجزائري

تنص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه».

وما يلاحظ على نص المادة السالفة الذكر أن تشترط لتحقيق بطلان عمل إجرائي وجود نص صريح يتضمن البطلان من جهة، ومن جهة أخرى أنه على من يتمسك بالبطلان أن يثبت وجود ضرر أصابه من العمل المعيب.

وهذا ما يعني أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ لا بطلان إلا بنص ويجب إثبات الضرر، خلافاً لما كان معمول به سابقاً¹.

أي لم يكن منصوص صراحة على القاعدة التي تحكم بطلان الأعمال الإجرائية وإنما كان يطبق خاصة قاعدة التفرقة بين الإجراء الثانوي على الرغم من أن القضاء كان يأخذ بمبدأ الضرر².

وتضيف المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: «يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً خلال القيام بها، ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعاً في الموضوع لاحقاً للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته».

ومعنى ذلك أنه يمكن إثارة الدفع بالبطلان المتعلق بالإجراءات بالتوازي مع القيام بها من طرف الخصم، أي أن البطلان المتعلق بشكل العريضة مثلاً

1- الأمر 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- قرار رقم 386354 المؤرخ في 2007/2/7: "عن الوجه المأخوذ من مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، الفرع الأول المأخوذ من مخالفة المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية، بدعوى أن العريضة الافتتاحية لا تشير إلى الطبيعة القانونية للأطراف، ولكن حيث أن الطاعة لم تبين الضرر الذي لحقها من جراء هذه المخالفة، وبالتالي فالفرع غير مؤسس".

يجب إثارته في بداية الخصومة مع الدفع الشككية الأخرى وقبل الدفاع في الموضوع.

ومن ذلك يمكن أن نستخلص أنه الدفع ببطلان العمل الإجرائي هو من الدفع الشككية المنصوص عليها في المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي يجب إثارتها قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول.

وهل معنى هذا أنه إذا اتضح لأحد الخصوم أن عريضة افتتاح الدعوى جاءت مخالفة لأحكام المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكان قد أبدى دفاع في الموضوع، فهل يجوز له الرجوع للدفع إذا كان دفع جوهري أم أنه قد فاته الأوان؟

فإذا أخذنا بنص المادة 61 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحذافيرها وبمفهومها الضيق فإنه لا يجوز إبداء الدفع بالبطلان إذا ما تم التطرق للموضوع ولعل تعامل القضاء والمحكمة العليا مع أحكام هذه المادة سوف يوضح أكثر مدى تطابقها.

3.2.1.3.1. التفرقة بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري

سادت فكرة التفرقة بين الشكل الجوهري المؤدي إلى بطلان الإجراء من حيث الشكل وبين الشكل غير الجوهري الذي لا يؤدي تخلفه إلى بطلان الإجراء، لقد سادت هذه التفرقة لمدة طويلة واعتمدت على أن البطلان يترتب على تخلف أو تعيب الشكل الجوهري ولو لم يوجد نص، أما إذا تخلف أو تعيب شكل غير جوهري فإن البطلان لا يترتب إلا إذا نص القانون¹.

ولقد وردت بعض التعريفات التي كان الهدف منها هو التفرقة بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري وتتلخص فيما يلي:

- 1- الشكل اللازم لوجود العمل والذي بتخلفه يعتبر العمل غير موجود.
- 2- الشكل اللازم لتمييز العمل عن غيره، أي الذي يعطي العمل صفته المميزة وطبيعته الخاصة.

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 538.

3- الشكل الذي تعلق بالنظام العام

4- الشكل الضروري لصحة العمل

5- الشكل اللازم لتحقيق الغاية من العمل، أي اللازم لكي يحقق العمل وظيفته.

6- الشكل الذي يترتب على تخلفه ضرر بمصالح الخصم.

ولقد لقيت هذه التعريفات انتقادات وتقييمات من طرف الفقهاء إلى غاية الوصول إلى التوجه الصحيح فيما يخص التفرقة بين الشكل الجوهرى والشكل غير الجوهرى وتأثيرها على بطلان العمل الإجرائي¹.

1- معيار عدم الوجود:

إن القضاء لم يعتبر أن العمل غير موجود في جميع الحالات التي وصف فيها الشكل المتخلف بالجوهري فتخلف بيان موطن المدعى عليه مثلاً اعتبره القضاء شكلاً جوهرياً، غير أنه لا يمكن اعتبار العمل الإجرائي غير موجود.

كما أن تسبيب عريضة الاستئناف يعتبر شكلاً جوهرياً ومع ذلك فإن تخلفه لا يعتبر عدم وجود.

ومنه فإن العمل غير الموجود لا يترتب عليه أثر قانوني وليس في حاجة إلى المطالبة ببطلانه، ولا يخضع للتقادم، ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، غير أن العمل الباطل لتخلف شكل جوهري يمكن أن يترتب آثار عرضية²، ويجب أن يقرر القاضي بطلانه وليس لكل ذي مصلحة التمسك به.

2- معيار الشكل اللازم لتمييز العمل عن غيره

يعتبر هذا المعيار غير واضح في التفرقة إذ يتكلم عن شكل لازم لتمييز العمل عن غيره، دون تحديد ما هو الغير؟ إن كان التمييز يجب أن يكون عن عمل معين أو طائفة معينة من الأعمال فإننا نصل إلى نتيجة أنه في الواقع

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 540.

2- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني، مرجع سابق، ص 219.

التمييز يتعلق بالبيانات المكتوبة فقط وبالتالي لا يمكن أن نطلق وصف الجوهرية إلا على عدد ضئيل من الأشكال¹.

3- معيار النظام العام

ليس صحيح أن الشكل الجوهري هو دائما شكل يتعلق مباشرة بالنظام العام ولا شك أن الأشكال التي تتقرر لحماية النظام العام هي أشكال مهمة، وأشكال جوهرية، ولكن من المسلم أنه يعتبر جوهريا أيضا غير هذه من الأشكال.

ففي عريضة افتتاح الدعوى يعتبر جوهريا بيان أسم المدعى واسم المدعى عليه والجهة القضائية، ومع هذا فهذه البيانات لا صلة لها بالنظام العام، والكثير أيضا من البيانات التي لا تتعلق بالنظام العام مع هذا من المتفق عليها أنها جوهرية².

4- معيار ضرورة الشكل لصحة العمل

وهنا المشكلة تكمن في معرفة متى يكون الشكل مهم بحيث أن تؤدي مخالفته إلى البطلان ولو لم يكن هناك نص، أي المطلوب معرفة متى يكون الشكل ضروريا لصحة العمل، فالقول إن الشكل يعتبر جوهريا إذا كان ضروريا لصحة العمل لا يضيف جديد³.

5- معيار الشكل اللازم لتحقيق الغاية من العمل

وهذا المعيار يمكن الفهم منه أنه يحمل معنيين الأول أنه تحقق الغاية من الناحية المجردة والثاني تحقيق الغاية من الناحية العملية.

أي يمكن معرفة الأشكال الجوهرية من الناحية المجردة من خلال تحديد الجوهرية سلفا من طرف المشرع، ومن ناحية عملية إذا تخلف الشكل وتحقق

1- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني، مرجع سابق، ص 220.

2- د/ وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 221.

3- د/ سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني والجنائي في البطلان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص

الغاية من العمل اعتبر الشكل غير جوهري أما إذا لم تتحقق الغاية من العمل بتخلف الشكل اعتبر جوهرياً¹.

لا شك أن معظم أشكال العمل الإجرائي تتفق الغاية منها مع الغاية مع العمل، بحيث يعتبر تحقيق الأخيرة محققاً للأولى، ولكن هذا لا ينفي أن هناك أشكال للعمل ترمي إلى تحقيق ضمانات معينة للخصوم ولا تتصل اتصالاً مباشراً بالغاية من نفس العمل، وإذا لم تتحقق هذه الضمانات فإنه يجب القول بالبطلان².

6- معيار الضرر

وفقاً لهذا المعيار الذي أخذ به كثير من الفقهاء وتم تطبيقه في الكثير من أحكام القضاء، يعتبر الشكل جوهرياً إذا ترتب على تخلفه ضرر ولا يعتبر جوهرياً إذا لم يترتب ضرر على تخلفه.

ويعني هذا المعيار أن الشكل الواحد قد يعتبر جوهرياً حيناً وغير جوهري حين آخر بحسب الأحوال، وهو المعيار الأصح للفرقة بين الشكل الجوهري والشكل غير الجوهري، وإذا كان الأمر لذلك فإنه يمكن أن نلاحظ أن معيار الضرر يغني عن الكلام عن جوهرية الشكل وعدم جوهريته³.

ذلك أن الشكل في ذاته لا يمكن أن يكون جوهرياً أو غير جوهري وإنما يعتبر جوهري إذا ترتب البطلان عليه وغير جوهري إذا صح العمل رغم تخلفه.

والنتيجة أن رفض تقسيم الأشكال من الناحية المجردة إلى جوهرية وغير جوهرية والاكتفاء بشرط الضرر باعتبار أن جميع الأشكال التي ينص عليها القانون تعتبر أشكالا مهمة وإنما يؤدي تخلف الشكل إلى البطلان أو لا يؤدي إليه حسب ما إذا كانت الغاية قد تحققت منه في الحالة المعنية أم لا⁴.

1- د/ سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني والجنائي في البطلان، مرجع سابق، ص 379.

2- د/ سعيد أحمد شعله المرجع نفسه، ص 387.

3- د/ مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص 152.

4- د/ مصطفى محمود الشربيني، مرجع نفسه، ص 153.

2.3.1. البطلان لعيب في الموضوع

يقصد بالبطلان لسبب أو لعيب موضوعي البطلان المتعلق بعيب غير شكلي، أي كلمة موضوع هنا لا تعني المضمون فقط بل تشمل كل ما لا يدخل في الشكل¹.

ويقتضي البحث في الأسباب الموضوعية للبطلان الوقوف على ماهية الشروط الموضوعية لصحة العمل الإجرائي فالشكل شرط ضروري في صحة العمل الإجرائي، لكنه غير كاف وحده للحكم عليه، بل يتعين أن يكون صحيحا موضوعيا.

وشروط صحة العمل الإجرائي مطلوبة حتى ولو كان الخصم غير صاحب الحق في دعواه وهذه الشروط مطلوبة سواء في عمل القاضي أو الخصوم أو الغير².

وتثير مشكلة بطلان العمل الإجرائي لعيب الموضوع كثيرا من الصعوبات التي ترجع أساسا إلى إغفال أغلب التشريعات سابقا لوضع نصوص تنظم هذه المشكلة، فالمشرع يقتصر على وضع نصوص تنظم البطلان لعيب الشكل.

ولقد كان المشرع الفرنسي أول من تطرق لموضوع البطلان لعيب موضوعي بموجب تعديل قانون المرافعات، ويحكم الأسباب الموضوعية لبطلان العمل الإجرائي في فرنسا المادة 117 مرافعات التي تنص:

«Constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte :

Le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice.

Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice»

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 154.

2- د/ سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني والجنائي في البطلان، مرجع سابق، ص 381.

هذه المادة وضعت حصرا للأسباب الموضوعية التي تؤدي للبطلان، ومع ذلك فإنه وقع جدل فقهي حول هذه المادة إن كانت ما ذكرت من أسباب أوردها على سبيل الحصر أو أنها على سبيل المثال.

وفي الجزائر فيوجد ما يقابل هذه المادة بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية وهي المادة 64 منه¹.

وعلى هذا فإن العمل الإجرائي عمل قانوني له مقتضيات صحة موضوعية، فليس من الصحيح القول بأن المقتضى الوحيد له هو الشكل، على أنه إذا كان للعمل الإجرائي مقتضيات موضوعية فإنه يجب عدم الخلط بين مقتضيات العمل الإجرائي وبين شروط الدعوى².

فالعمل الإجرائي هو جزء من الخصومة يعتبر صحيحا ولو لم يتوافر الحق في الدعوى بالنسبة للمدعي أو للمدعى عليه، ويصدق هذا أيضا على الأعمال التي يقوم بها غير الخصوم في الخصومة كأعمال القاضي ومساعديه وأعمال الغير.

والعمل الإجرائي كأى عمل قانوني يجب أن تتوفر فيه مقتضيات تتصل بالشخص القائم بالعمل، إرادية العمل ومحل العمل، وهي النقاط التي سوف نتناولها من خلال مطلب لكل واحدة.

وقبل الخوض في ذلك نستعرض في مطلب أول الخطوط الرئيسية للتنظيم القانوني للبطلان لأسباب موضوعية الذي استحدثه القانون الفرنسي.

1.2.3.1. التنظيم القانوني للبطلان لأسباب موضوعية

لقد استحدث القانون الفرنسي نظام بطلان جديد يقوم على التمييز بين البطلان لأسباب موضوعية والبطلان لأسباب شكلية، ويمكن وجه الأهمية في هذا

1- المادة 64 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: « حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 416.

التمييز في اختلاف القواعد والأحكام التي تطبق على كل منهما، فالبطلان لأسباب موضوعية يخضع لشروط أخف حدة وأقل صرامة من الشروط التي يتطلبها القانون لتقرير البطلان لأسباب شكلية¹.

فالبطلان لأسباب موضوعية لا يخضع للقواعد المطبقة على البطلان لأسباب شكلية (قاعدة لا بطلان إلا بنص) و(قاعدة لا بطلان بدون ضرر).

ومن جهة أخرى فإن البطلان لأسباب موضوعية يخضع لمجموعة من الأحكام المتميزة التي تختلف عن الأحكام المطبقة في خصوص البطلان لأسباب شكلية، ذلك أنه يمكن إثارة البطلان لأسباب موضوعية والتمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات (المادة 65 قانون الإجراءات المدنية والإدارية) خلافا للبطلان لأسباب شكلية الذي يجب إثارته بمجرد صدور العمل وقبل إبداء أي دفع أو دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه (المادة 61 من نفس القانون).

ومن ناحية أخرى فيمكن للقاضي إثارة البطلان لأسباب موضوعية من تلقاء نفسه (المادة 65 المذكورة أعلاه) ولا يمكن له ذلك عندما يتعلق الأمر بالبطلان لأسباب شكلية، لأن الحكم بالبطلان في هذه الحالة مشروط بأن يتسمك به من تقررت القاعدة المخالفة لمصلحته وهو الطرف الذي لحقه الضرر نتيجة المخالفة².

والبطلان لأسباب شكلية يتقرر كجزء لمخالفة قواعد شكلية ليست مقصودة لذاتها وإنما مقررّة لإدراك غاية محددة فهو يتعلق بالوسائل المادية التي يظهر بمقتضاها العمل في الحياة الخارجية وبعبارة أخرى هو جزء يرتبط بالوسيلة وليس بجوهر العمل ذاته³.

ولذلك عمد المشرع على أن يجد في أعماله عن طريق التشديد في شروط قيامه، فاشتراط أن يكون من أثر مخالفة الوسيلة أو الشكل المقرر عدم تحقق

1- مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص 159.

2- محمد محمود عليوة، الدفوع المدنية، مرجع سابق، ص 280.

3- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 151.

الغاية المرصود لها (شرط الضرر) فإذا تحققت الغاية رغم تعيب الوسيلة فلا بطلان.

أما البطلان لأسباب موضوعية فيتقرر كجزاء لمخالفة قواعد موضوعية تتعلق بجوهر العمل ذاته ومقتضياته الموضوعية، بحيث لا يستقيم قيامه صحيحا مرتبا لآثاره بتخلف هذا الجوهر¹ أو بتعيب مقتضياته الجوهرية.

ولذلك كان المشرع صارما في تقرير البطلان في هذه الحالة عن طريق التحقيق من شروطه، فلا يشترط للحكم بالبطلان وقوع ضرر أو ورود نص يقرره صراحة، فثبوت وقوع المخالفة وعدم إمكان إزالتها يكفي بمجرد وفي ذاته للحكم بالبطلان، فلا يجدي في هذه الحالة نفي وقوع الضرر أو إثبات تحقق الغاية رغم قيام المخالفة.

وقد تضمنت المواد 117 و 118 من مجموعة المرافعات الجديدة الفرنسية على التنظيم القانوني للبطلان لأسباب موضوعية وفيها اشترطت شطرين أساسيين للحكم بالبطلان لأسباب موضوعية وهما قيام سبب موجب للبطلان وعدم إزالة السبب الموجب للبطلان.

1.1.2.3.1. قيام سبب موجب للبطلان Les causes de nullité

ينحصر تطبيق نظام البطلان المنصوص عليه سالفًا على الأعمال الإجرائية "Actes de procédure" فلا يطبق على غير هذه الأعمال، على أن القاعدة المستقر عليها في القانون الفرنسي هي أن الأحكام والقرارات القضائية لا تعتبر من بين الأعمال الإجرائية² ومن ثم لا تطبق عليها قواعد بطلان الأعمال الإجرائية سواء لأسباب شكلية أو لأسباب موضوعية³.

ويشترط للحكم بالبطلان قيام سبب موجب له ويتمثل في وقوع عيب موضوعي Vice de fond أي مخالفة للقواعد الموضوعية التي تحكم العمل

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 156.

2- H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, op cit, p 621.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 491.

الإجرائي، والعيب الموضوعي ذكرته المادة 117 على أنه: «عدم توافر أهلية الاختصاص Capacité d'ester en justice».

- تخلف سلطة الخصم كممثل لشخص معنوي أو لشخص طبيعي ناقص الأهلية
Défaut de capacité de représentation

- تخلف أهلية أو سلطة شخص يكفل التمثيل القانوني للخصم
Défaut de capacité ou de pouvoir d'assuré une représentation

2.1.2.3.1. تخلف تصحيح العمل بإزالة السبب الموجب للبطلان

فإنه لا يكفي مجرد وجود سبب موضوعي للبطلان للحكم به ذلك أن القانون يتطلب للحكم بالبطلان أن يستمر هذا السبب قائما إلى الوقت الذي ينطق فيه القاضي بحكمه، فإذا زال السبب قبل هذا الوقت فلا يحكم بالبطلان، فالقاعدة في بطلان العمل إلا إذا استمر قائما حتى الحكم فيه¹.

2.2.3.1. شخصية القائم بالعمل الإجرائي

القائم بالعمل الإجرائي قد يكون أحد الخصوم وقد يكون الغير، ويجب أن يكون القائم بالعمل الإجرائي لديه الصلاحية لهذا الغرض مهما كان القائم به وذلك على التفصيل التالي:

1.2.2.3.1. صلاحية القاضي للعمل الإجرائي

تنطبق هذه الصلاحية على القاضي وعلى غيره من الموظفين العموميين الذين يناط بهم القيام بالعمل الإجرائي فتشترط في القاضي أو غيره من الموظفين الذين يقومون بالأعمال في الخصومة أن تتوفر فيهم الصلاحية للقيام بالعمل، وهذه الصلاحية ذات شقين صلاحية عامة وصلاحية خاصة².

1- فالصلاحية العامة يقصد بها أن يكون القائم بالعمل متمتعاً بصفة موظف من الفئة التي ينسب إليها العمل، فإن كان العمل الإجرائي مما يصدر من القاضي، فيجب أن يكون من قام بهذا العمل قاضياً، أي شخص صدر

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 492.

2- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني، مرجع سابق، ص 311.

مرسوم بتعيينه في وظيفة قاضي¹، وإن كان العمل مما يصدر من كاتب الجلسة فيجب أن يكون مصدر العمل له هذه الصفة.

2- أما الصلاحية الخاصة فيقصد بها أن يكون مصدر العمل صالحا لاستعمال وظيفته في الحالة المعينة، وهذه الصلاحية الخاصة هي الأخرى ذات جانبين، جانب موضوعي وعندئذ تسمى الاختصاص وجانب شخصي يتعلق بشخص الموظف².

2-1- الاختصاص

يجب أن يكون القاضي مختصا بالعمل الذي يقوم به وينظم المشرع الاختصاص بالنسبة للنوع وقيمة الدعوى وأيضا بالنسبة لمحل المحكمة.

غير أنه يلاحظ أن القاضي يكون مختصا ببعض الأعمال الإجرائية، ولو كان غير مختص بالدعوى المعينة فالقاضي يختص بإصدار حكم بعدم الاختصاص وهو عمل إجرائي صحيح رغم أنه غير مختص بالدعوى.

وهنا يمكن أن نقرر أن اختصاص القاضي بالدعوى ليس لازما إلا ابتداء من الأعمال التي تتصل ببحث موضوع الدعوى³.

ومن ناحية أخرى إن اختصاص القاضي بالدعوى إذا كان يعتبر مقتضى لصحة بعض الأعمال الإجرائية صادرة منه فإنه ليس مقتضى لصحة الأعمال الإجرائية المقدمة إليه.

وعليه فعريضة افتتاح الدعوى المقدمة لقاضي غير مختص بالدعوى لا تعتبر باطلة لهذا السبب لأن الاختصاص إنما يتعلق بالدعوى وليس بالمطالبة القضائية.

1- القانون العضوي 11/04 مؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق لـ 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المادة 03 منه تنص: "يعين القضاء بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء.

2- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني، مرجع سابق، ص 313.

3- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 271.

2-2-الصلاحية الشخصية

لا يكفي أن يكون القائم بالعمل الإجرائي صالح صلاحية عامة كما سلف بيانه ومختص من الناحية الموضوعية للقيام بالعمل، بل يجب أن تتوافر لديه الصلاحية الشخصية بالنسبة للعمل المعين، فالقاضي الذي يكون فيه متوفر سبب من أسباب الرد لا يكون صالحا للفصل في النزاع مثلا.

كما أن عدد القضاة الذي حدده القانون للفصل في الاستئنافات لا يمكن أن يكون أقل من ثلاث قضاة فإذا كانوا اثنين فإنه لا يصح لهم نظر النزاع. ومن جهة أخرى أيضا فإن المشرع ألزم القضاة المشاركين في سماع القضية هم الذين يقومون بالتداول فيها فإذا كان غير ذلك أي قضاة آخرين فهم يفقدون للصلاحية الشخصية ويكون حكمهم باطل¹.

1.2.2.3.1. صلاحية الخصوم

إذا كان العمل الإجرائي منوط بالخصم فإنه يتعين أن يكون هذا الخصم صالحا للقيام بهذا العمل والصلاحية هنا أيضا ذات شقين صلاحية عامة وصلاحية خاصة، وأن افتقاد العمل الإجرائي لأي من الشقين يؤدي إلى بطلانه.

1.2.2.2.3.1. الصلاحية العامة، وتشمل

1-أهلية الاختصاص: وهي أهلية الشخص لأن يكون خصما وهذه هي الأهلية القانونية أي أهلية الوجوب أي أن الشخص بالتوفر فيه أهلية الوجوب يكون أهلا للاختصاص، يخاصم ويختصم.

والمقصود بالشخص هنا هو الشخص الطبيعي والشخص المعنوي إذا كانت له الشخصية القانونية.

2-الأهلية الإجرائية: وهذه الأهلية المقصود بها صلاحية الشخص للقيام بعمل إجرائي باسمه سواء كان الإجراء لصالحه أو لصالح الغير، وهي تقابل أهلية الأداء.

1- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني، مرجع سابق، ص 325.

وكما أن جميع الأشخاص الذين لديهم أهلية الوجوب ليس لديهم بالضرورة أهلية الأداء، كذلك فإن جميع الأشخاص الذين لديهم أهلية الاختصاص ليس لديهم بالضرورة الأهلية الإجرائية.

فإذا كان الخصم متمتعاً بأهلية الوجوب مفتقداً لأهلية الأداء فإن ممثله القانوني هو الذي يباشر الإجراء بالنيابة عنه كالولي أو الوصي أو القيم كما ينوب عن الشخص المعنوي الممثل القانوني له.

على أنه يلاحظ أن الشخص المعنوي تتوفر لديه الأهلية الإجرائية، وإذا كان من الضروري أن يمثله من ينوب عنه فإن ذلك ليس مرده أنه ناقص الأهلية وإنما مرده أنه لا يستطيع من الناحية الفعلية أن يتمتع بأهلية إلا بواسطة شخص طبيعي.

والأهلية المطلوبة ليست قاصرة على الخصم مباشر الإجراء فقط، بل إنما مطلوبة أيضاً فيمن يوجه إليه الإجراء، فإذا كان مباشر الإجراء متمتعاً بأهلية الاختصاص وأهلية المباشرة ولكن كان الخصم الموجه إليه الإجراء فاقد الأهلية فإن الإجراء يكون باطلاً¹.

مرد ذلك أن الشخص الموجه إليه الإجراء لا يستطيع أن يدافع عن نفسه لنقص أهليته أو فقدته لها، وإذا كانت العلة من البطلان هي حماية الموجه إليه الإجراء فإن هذه العلة تكون منتفية إذا كان الإجراء في صالحه تماماً، وعندئذ يكفي أن تتوفر الصلاحية العامة في مباشرة الإجراء فقط، ومثل ذلك الإقرار القضائي لصالح ناقص الأهلية².

2.2.2.2.3.1. الصلاحية الخاصة (الصفة الإجرائية)

لا تكفي الأهلية لصحة العمل الإجرائي، بل يتعين أن يكون الخصم صالحاً صلاحية خاصة لمباشرة العمل الإجرائي، ويقصد بالصلاحية الخاصة انعقاد الصفة للخصم مباشر الإجراء أي صلاحيته للقيام بعمل قانوني معين في

1- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 371.

2- عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 168.

الخصومة، ويطلق على هذه الصلاحية الخاصة عادة اصطلاح الصفة أو "الصفة الإجرائية"¹.

فإذا كانت الأهلية تكفي لبدء الخصومة بالمطالبة القضائية فإنها لا تكفي بالنسبة للأعمال الإجرائية التالية.

والصفة كمقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي ليس لها مقابل بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التي تتم خارج الخصومة، فالشخص القانوني يكون صالحا للقيام بالأعمال القانونية المختلفة إذا توافرت لديه الأهلية (أهلية الوجوب أو الأداء).

أما بالنسبة للخصومة فإن الأهلية لا تكفي إلا بالنسبة للعمل الأول الذي تبدأ به الخصومة أي المطالبة القضائية، فبالنسبة لهذا العمل الإجرائي وحده تختلط الصفة الإجرائية بالأهلية ويكون لكل شخص تتوافر فيه الأهلية أن يتقدم بطلباته إلى القضاء، ذلك أنه وهو يتقدم إلى القضاء يستعمل حقه في اللجوء إلى العدالة وهو حق عام².

ومثال ذلك إذا كانت المطالبة القضائية باطلة، فليس للمدعي عليه أن يدفع بالبطلان إلا إذا كان له هذا الحق، فإذا لم يكن البطلان مقرر لمصلحته فإن دفعه يكون باطلا لأنه ليس له صفة الدفع بالبطلان.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار هو أهمية التفرقة بين الصفة الإجرائية (وهي تعبير عن الجانب الشخصي من مصلحة إجرائية) وبين الصفة كشرط من شروط الدعوى (وهي تعبير عن الجانب الشخصي للمصلحة في الدعوى).

فالأولى تتعلق بالعمل الإجرائي أما الثانية فتتعلق بالدعوى³، فالدعوى هي سلطة قانونية لشخص في الحصول على تطبيق إرادة القانون بواسطة القضاء في

1- د/ هشام زوين، البطلان ودفعه، دار القانون للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2007، ص 98.

2- د/ هشام زوين، البطلان ودفعه، المرجع نفسه، ص 101.

3- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 275.

حالة معينة، وذلك في مواجهة شخص آخر، وبعبارة أخرى هي حق الشخص في الحصول على حكم لصالحه في حالة معينة، في مواجهة شخص معين.

والخصومة ليست سوى أداة فنية قانونية للوصول إلى هذه الغاية، وتستقل الخصومة بشروطها عن الدعوى، فالخصومة تتكون من مجموعة من أعمال قانونية تتجه جميعها إلى غرض نهائي هو تطبيق القانون، أما حق الدعوى فإنه قد يتوافر للمدعي وقد لا يتوافر لديه، فلا يحكم له بما يدعيه¹.

وعلى كل، فإن شروط وجود الدعوى مستقلة تماما عن شروط صحة الخصومة باعتبارها عملا قانونيا، وعن شروط صحة الأعمال الإجرائية المختلفة التي تتكون منها.

3.2.2.3.1. صلاحية الغير للعمل الإجرائي

ويقصد بالغير ما هو دون القاضي والموظفين العموميين من كتاب ومحضرين والخصوم في حذ ذاتهم، ومنه فإن الغير في إجراءات الخصومة هم الخبراء والشهود.

1.3.2.2.3.1. صلاحية الخبير

الخبراء في ميادين معينة والتي يستتجد بهم القضاة في مسائل فنية يجب أن يكونوا مقيدون في الجدول المعد لذلك كي يكون عملهم صالحا، فإذا كان خبير غير مقيد في الجدول فيؤدي اليمين القانونية أمام القاضي الذي عينه لأداء الخبرة (131 قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، وبالتالي فإن الخبير إذا باشر عمله دون أداءه لليمين القانونية، فإن عمله يكون باطلا.

كما أن القانون نظم حالات رد الخبير ويترتب على الحكم برد الخبير أن يمنع من القيام بأعماله في النزاع الذي عين من أجله، فإذا قام بعمله رغم رده فإن عمله يعتبر باطلا (المادة 133 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

1- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 470.

2.3.2.2.3.1. صلاحية الشهود

لا يكون صالحا للشهادة من لم يبلغ سن الرشد المقدر بتسعة عشرة سنة (19 سنة) وفقا لمادة 40 من القانون المدني، غير أنه يمكن سماع القصر بالغين سن التمييز على سبيل الاستدلال.

ويتعين على الشاهد إضافة إلى شرط السن أن يؤدي اليمين القانونية، وتمنع القرابة والمصاهرة المباشرة مع أحد الخصوم تقديم الشهادة، ويمنع الزوج من أداء شهادة في قضية تعني زوجه ولو كان مطلقا.

وفي الأحوال السالفة الذكر إذا وقعت الشهادة على خلاف الأوضاع المذكورة وكان فيها الشاهد غير صالح لتأديتها فإنها تكون باطلة قانونا.

3.2.3.1. الإرادة في العمل الإجرائي

إن الإرادة عنصر جوهري في التصرف القانوني، فإنها عنصر جوهري أيضا في العمل الإجرائي، فالعمل الذي يأتيه طفل صغير وهو معدوم الإرادة هو باطل كذلك الأمر بالنسبة للمجنون فهو معدوم الإرادة فإذا صدر منه إقرار قضائي لا يعتد به لانعدام الإرادة في هذا العمل¹.

ومن الحالات التي تنعدم فيها الإرادة حالة الغلط المانع من انعقادها، فهذا الغلط يؤدي إلى عدم تطابق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة.

وهناك أيضا حالة الإكراه المادي أو المعنوي الذي يعدم الإرادة، فإنه مما لا شك فيه أن الإكراه يبطل العمل الإجرائي، ومن هذا القبيل إكراه الشاهد على الإدلاء بأقوال معينة أو إكراه الخبير على الانتهاء إلى نتيجة معينة فكل هذه الحالات يأتي العمل فيها على خلاف ما تريده الإرادة ومن ثم تكون الإرادة مفتقدة ويبطل العمل الإجرائي.

ونتيجة لذلك يمكن القول بأن عيوب الإرادة مثل الغلط في الواقع أو القانون أو التدليس لا تبطل الإرادة وإنما تعيبها وهذه العيوب لا تؤثر في العمل

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 178.

الإجرائي، لأن معظم الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم إنما يقوم بها عنهم فنيون يعرفون أعمالهم.

كما أن ما يتميز به العمل الإجرائي من إمكانية الرجوع فيه يؤدي إلى عدم إعطاء مشكلة عيوب الرضا الأهمية كالتالي لها في القانون الخاص حيث لا يمكن للشخص كقاعدة عامة أن يرجع عن تصرف قانوني¹.

4.2.3.1. محل العمل الإجرائي

يقصد بمحل العمل الإجرائي معنيان، الأول هو الشيء الذي يرد عليه العمل الإجرائي، والثاني هو المضمون الذي يراد تحقيقه من وراء العمل. فالأول هو شرط مفترض لصحة العمل ولكي يترتب آثاره القانونية، أما الثاني فعنصر من عناصر العمل الإجرائي ذاته.

1.4.2.3.1. المحل كشكل مفترض لصحة العمل الإجرائي

إذا نظرنا للمحل من هذه الزاوية فهو ليس بعنصر من عناصر العمل الإجرائي ولكن يفترض العمل وجوده حتى يمكنه إنتاج آثاره القانونية كاملة. ومثال ذلك الدفع الذي يثيره أحد الخصوم في الجلسة، فلكي يترتب هذا الإجراء آثاره القانونية لا بد أن يبدي الدفع صراحة في الجلسة أو أن تتضمنه مذكرة مكتوبة فهو إذن شرط مفترض لترتيب الآثار القانونية، بدونها لا يقوم العمل الإجرائي².

كذلك الحال بالنسبة لتعديل الخصم طلباته، فلكي يؤدي هذا الإجراء آثاره يجب أن يتم إبداءه في مذكرة مكتوبة كي تم إعلام الخصم بذلك.

ولا يقتصر ذلك على أعمال الخصوم، بل يتعلق أيضاً بأعمال القضاة، فالأمر الذي يصدره القاضي بإلزام خصم بتقديم مستند (المادة 73 قانون الإجراءات المدنية والإدارية) يفترض مقدماً أن هناك مستند ما، له تأثير في النزاع

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 281.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 191.

ترى المحكمة ضرورة الاطلاع عليه، فاشتراط وجود المستند أمر ضروري لكي يرتب أمر القاضي آثاره القانونية.

ويشترط في المحل كشرط مفترض لصحة العمل الإجرائي أن يكون موجودا ومعينا أو قابلا للتعيين مستقبلا، فشرط الوجود أمر طبيعي، فإذا لم يكن للسند المطلوب تقديمه وجود كان الأمر بدون معنى.

أما شرط التعيين فهو أيضا أمر منطقي فأمر القاضي الموجه للخصم لتقديم سند تحت يده يتطلب تحديد هذا السند بصورة واضحة حتى يمكن الاستدلال عليه ويحدث الأمر لآثره القانوني¹.

ويضاف إلى ما تقدم ذكره اشتراط أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه، فإن كان ذلك محظورا جاء العمل أو الإجراء باطلا لبطلان المحل الوارد عليه²، وقد نصت مثلا المادة 636 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «لا يجوز الحجز على الأموال العامة المملوكة للدولة، أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك». ففي هذه الحالة إذا وقع الحجز فإنه يكون باطلا لعدم قابلية المحل للحجز.

2.4.2.3.1. المحل كمضمون للعمل الإجرائي

يقصد بالمحل هنا موضوع العمل، أي الشيء الذي يكون مضمون العمل أو بمعنى آخر ينظر إلى المحل كأنه عنصر من عناصر العمل الإجرائي³.

ففي الطلبات مثلا يعتبر محل للطلب ما يطلب، ويعتبر محلا للحكم ما يتضمنه من قرار، ويشترط في المحل كمضمون للعمل الإجرائي جملة من الشروط هي:

- أن يكون موجودا ومعينا، أي أن يكون للخصم طالبا معينا والحكم يجب أن يتضمن القضاء بشيء معين.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 162.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 106.

3- د/ رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام، مرجع سابق، ص 164.

- أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، وهو ما يتعلق بالشرعية أي شرعية الطلب.
- أن يكون المحل ممكناً، أي لا يكون المحل مستحيل التحقيق مادياً أو قانونياً، كالحكم يقسمه مال لا يقبل القسمة، ويكون عندئذ الحكم باطلاً.

الباب الثاني

التطبيقات العملية للبطلان

2. التطبيقات العملية للبطلان

ارتأينا إلى تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول مثل ما قمنا به في الباب الأول، فالفصل الأول من هذا الباب سوف يتضمن أحكام البطلان الذي يضم دراسة وصفية لأنواع البطلان من بطلان متعلق بالنظام العام أو ما يطلق عليه بالبطلان المطلق وكذا البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة أو ما يصطلح على تسميته بالبطلان النسبي.

وفي المبحث الثاني من الفصل الأول نرى آليات إعمال البطلان كجزاء إجرائي وذلك بتحليل للقواعد المنظمة لسلطة الخصوم في التمسك بالبطلان، وفي الفصل الثاني نرى تصحيح البطلان كوسيلة للحد من الآثار السلبية لجزائه، وفي ذلك نرى التصحيح مع زوال العيب والتصحيح رغم بقاء العيب عن طريق التنازل وفي الأخير نتطرق إلى حجية الشيء المقضي فيه كواقعة مصححة للبطلان.

أما في الفصل الثالث، فنعرج على آثار البطلان فنرى أثر البطلان على العمل الإجرائي في ذاته من خلال التحول والانتقاص، ثم أثر البطلان على العمال الإجرائية الأخرى أي الأعمال السابقة عليه والأعمال التي جاءت بعد تقرير البطلان، وفي المبحث الثالث نتطرق إلى تجديد العمل الباطل وأخيرا نحلل الأثر المتبادل لبطلان أصول عقود التبليغ.

الفصل الرابع

أحكام البطلان

4.2. أحكام البطلان

بعدما تطرقنا فيما سلف إلى أسباب البطلان، نتطرق في هذا الفصل لأحكام البطلان والمقصود من أحكام البطلان هو القواعد التي تبين التمسك به أمام القضاء وتصحيحه قبل الحكم به ثم الآثار التي تترتب عليه. وقبل النظر في ذلك يتعين دراسة نقطة لا تقل أهمية عما تم ذكره، وهي النقطة المتعلقة بمعرفة هل يخضع بطلان العمل الإجرائي لأحكام واحدة أم يخضع لأحكام مختلفة، أي هل هناك نوع واحد من البطلان أم أن هناك أكثر من نوع، يخضع كل واحد لأحكام خاصة به.

1.4.2. أنواع البطلان

لقد أثارَت مشكلة تحديد أنواع البطلان الكثير من الخلاف في فقه القانون المدني، فذهب البعض إلى القول بوحدة البطلان¹، وذهب فريق آخر إلى تعدد أنواع البطلان وفيهم اختلاف بين من يقول: «انعدام وبطلان» وبين من يقول: «انعدام وقابلية للإبطال» وأخيرا: «بطلان نسبي وبطلان مطلق»². ونظرا لكثرة الاختلافات في هذا الشأن فقد ارتأينا إلى الأخذ بالتقسيم الكلاسيكي والذي أخذت به أكثر التشريعات رغم أنه لم يسلم من النقد³ ألا وهو بطلان متعلق بالنظام العام (بطلان مطلق) وبطلان متعلق بالمصلحة الخاصة (بطلان نسبي).

1- د/ جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1956، ص 47.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 513.

3- يرى كثير من الفقهاء أن هذا التقسيم يتلاءم مع القانون المدني ولا يتلاءم مع قواعد بطلان القانون الإجرائي، فبطلان العمل الإجرائي لا يؤثر في قيام العمل بوظيفته في الخصومة، ويبقى كذلك حتى يقض ببطلانه، ولهذا فإنه يمكن القول أن بطلان العمل الإجرائي يعتبر بطلانا نسبيا، ولعل من الأدق القول أن التقسيم إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي ليس له من هذه الناحية أية فائدة، وإذا كان البطلان المطلق لا يقبل التصحيح، فإن بطلان العمل الإجرائي ولو تعلق بالنظام العام يقبل التصحيح بحجية الشيء المحكوم فيه، فلا يمكن إذا وصف بطلان العمل الإجرائي المتعلق بالنظام العام بالبطلان المطلق، وإذا كان الأمر كذلك فإن من الواضح أن التفرقة بين بطلان مطلق وبطلان نسبي لا تستقيم بالنسبة للبطلان للعمل الإجرائي.

ويمكن التمييز بينهما بالنظر إلى المصلحة التي يحميها المشرع، فإذا كانت مصلحة عامة فالبطلان متعلق بالنظام العام، أما إذا كانت مصلحة فردية أي لصالح الخصوم فالبطلان نسبي، ولا يقتصر البطلان المتعلق بالنظام العام على أعمال القضاة وحدهم بل ممكن أن يكون من أعمال الخصوم ما يتعلق بالنظام العام أيضا.

كما أنه لا يشترط أن يكون النص على البطلان وحده دليلا على تعلق البطلان بالنظام العام، بل أن البطلان قد يكون نسبيا رغم النص صراحة على البطلان كجزء على مخالفة النص¹، كما قد لا يكون هناك نص صريح على البطلان ورغم ذلك يتعلق بالنظام العام على القاضي أن يحدد طبيعة البطلان عندئذ.

وبالنتيجة سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول ندرس فيه البطلان المتعلق بالنظام العام وفي المطلب الثاني البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة.

1.1.4.2. البطلان المتعلق بالنظام العام (البطلان المطلق)

من البديهي أنه لا يمكن أن نحصر النظام العام في دائرة محددة لا تختلط أو تتداخل مع غيرها، ذلك أن فكرة النظام العام مرنة، تضيق وتتسع بحسب ظروف كل مجتمع، فلا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد المقصود بالنظام العام بصفة مطلقة يمكن أن تتفق مع كل زمان ومكان،

ومرد ذلك أنها فكرة مرنة وأنها مسألة نسبية، فالمصلحة العامة هي أساس فكر النظام العام، وهذا الأساس متغير بحسب مفهوم كل دولة لفكرة المصلحة العامة.

ومن هذا المنطلق فقواعد قانون الإجراءات المدنية التي تتعلق بالنظام العام هي التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت سياسية، اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام

1- عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 201.

المجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد¹، وهذه المصلحة هي التي يتعين على الأفراد احتوائها وعدم مخالفتها حتى ولو كان بمقتضى اتفاق بينهم.

وتتدخل فكرة النظام العام في الإجراءات كما تتدخل في فروع القانون الأخرى، فتؤدي إلى اكتساب بعض قواعده أهمية تفوق أهمية البعض الآخر، ويؤدي هذا إلى أن البطلان المقرر جزاء لمخالفة قاعدة من القواعد التي تتعلق بالنظام العام، يتميز بخصائص تختلف عن خصائص البطلان المقرر جزاء مخالفة قاعدة لا تتعلق بهذا النظام².

وما يمكن أن نخلص إليه هو أن فكرة النظام العام كما هي معروفة في القانون المدني وغيره من القوانين، معروفة أيضا في قانون المرافعات، فوجودها يكسب القاعدة الإجرائية أهمية بالغة، ويكون البطلان جزاء لمخالفتها، وهو بطلان لا يتوقف التمسك به على رغبة المضرور فقط، بل يتعين على القاضي أن يحكم بهذا الجزاء من تلقاء نفسه، كما أن هذا البطلان غير قابل للتصحيح أو الزوال ويمكن التمسك به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا³.

1.1.1.4.2. دور القاضي بالنسبة لتحديد مفهوم النظام العام

لقد سبق لنا وأن اعتبرنا أن معيار النظام العام معيار عام ينظر فيه إلى المجتمع ككل وما تعود عليه الناس، ولا ينظر فيه إلى فرد معين بذاته. ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يفسر النظام العام بطريقة الخاصة وعلى هواه ووفقا لمعتقده الشخصي بل يتعين عليه أن يفسر هذا المفهوم بالتفسير الملائم لروح المجتمع وظروفه الزمانية والمكانية، فهو الذي يعتبر أمر ما مخالفا للنظام العام أو متفقا معه وذلك إذا خلا النص في تكييف البطلان إن كان مطلق أو نسبي.

وخلاصة القول إن فكرة النظام العام تقوم على أساس معيار موضوعي هو المصلحة العامة لا معيار ذاتي من خلال المصلحة الخاصة أو الفردية.

1- د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، طبعة، ص 534.

2- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 67.

3- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 213.

2.1.1.4.2. حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام

إنه وعلى اعتبار أن القواعد الأساسية في مجتمع ما تتغير من وقت لآخر، فإنه من المقرر أن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام وما لا يتصل به مباشرة يخرج عن نطاق نشاط المشرع¹ الذي يجب أن تتوفر في قواعده الثبات.

بل يترك ذلك لقاضي الموضوع الذي يستدل على توافر حالة من حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام من عدمه، وهذا المبدأ لا مفر منه ليس فقط لتطور فكرة النظام العام بل أيضا لمرونتها من حيث أثرها.

فإعطاء السلطة للقاضي يمكنه من مراعاة المصلحة العامة في تطبيق القواعد القانونية المختلفة بالقدر الذي تتطلبه هذه المصلحة، ويسترشد دائما القاضي في ذلك بمعيار موضوعي مجرد هو معيار المصلحة العامة، دون اللجوء إلى المعايير الذاتية ومرد ترك ذلك لقاضي الموضوع أن فكرة النظام العام كما سلف قوله فكرة مرنة متطورة لا يمكن حسمها بقاعدة ثابتة محددة سلفا، والقاضي بهذا الصدد يقوم بدور المشرع الإجرائي².

والمشرع الإجرائي في ترتيبه لجزاء البطلان تارة لا ينص على الجزاء صراحة مثل المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بشكل وبيانات التكليف بالحضور، وتارة أخرى ينص المشرع على البطلان دون تحديد ما إذا كان يتعلق بالنظام العام من عدمه، مثل المادة 152 قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بأداء اليمين بالنسبة للشهود، وتارة أخرى المشرع الإجرائي يشير صراحة إلى أن البطلان يتعلق بالنظام العام مثل المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وسبب ذلك اعتبار قواعد التنظيم القضائي متعلقة بالنظام العام، ذلك أنها تنظم مرفق عام من مرافق الدولة هو مرفق القضاء، ولذلك فإن الحكم الذي يصدر من محكمة مشكلة تشكيل غير صحيح أو من شخص ليست لديه السلطة

1- د/ جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 240.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 214.

القضائية يكون باطلا بطلانا متعلقة بالنظام العام وبأخذ نفس الوصف الحكم الذي يخالف نظام التقاضي على درجتين في غير الحالات التي ينظمها ويحددها القانون¹.

وتتعلق قواعد الاختصاص الولائي والنوعي بالنظام العام فالحكم الصادر من جهة قضائية غير مختصة أو من محكمة غير مختصة نوعيا أو قيميا يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام.

وفيما يلي نتناول هذه الحالات المتعلقة بقواعد التنظيم القضائي ثم قواعد الاختصاص وقواعد الأهلية والتمثيل القانوني ثم العيوب الشكلية المتعلقة بحسن سير العدالة وأخيرا عدم صلاحية القضاة وردهم.

1.2.1.1.4.2. قواعد التنظيم القضائي

تهدف قواعد التنظيم القضائي إلى تنظيم مرفق القضاء وحسن سيره وتأديته للمهام المنوطة به القيام بها، سواء تعلق بالتشكيل أو الصفة القضائية أو تعدد درجات التقاضي.

1- تشكيل الجهات القضائية

يتكون الجهاز القضائي وفقا للقانون العضوي 11/05 المتعلق بالتنظيم القضائي² من المحاكم كدرجة أولى للنقاضي والمجالس القضائية كجهة استئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم وكذا المحكمة العليا، كجهة عليا للنقض، وهذا فيما يخص النظام العادي، ويشمل النظام القضائي الإداري، مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

وتشكل المحكمة من قاضي فرد وفقا للمادة 15 من القانون العضوي 11/05 والمادة 255 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتشكل المجلس القضائي في غرفه للفصل في النزاع من تشكيلة جماعية وفقا للمادة 08 من القانون العضوي 11/05 ووفقا للمادة 255 فقرة 02 من قانون

1- د/ أحمد سيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 199.

2- القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17/07/2005 والمتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 51.

الإجراءات المدنية والإدارية تصدر القرارات جهة الاستئناف بتشكيلة من ثلاث قضاة.

غير أنه حدد المشرع الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالات أين تم تشكيله بعض أقسام المحاكم بتشكيلة مغايرة أي تشكيلة جماعية ويتعلق الأمر بالقسم التجاري والقسم الاجتماعي.

فالقسم التجاري يتشكل من قاضي رئيسي ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية، ولهم رأي استشاري (المادة 533 قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، أما القسم الاجتماعي يتشكل من قاضي رئيسي ومساعدين واحد مثل عن العمل والآخر ممثلاً لأرباب العمل (المادة 502 قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ويكون للمساعدين دور تداولي خلافاً للمساعدين في القسم التجاري، ولقد جعل المشرع التشكيلة المتعلقة بالقسم الاجتماعي تحت طائلة البطلان، في حين لم يجعل ذلك بالنسبة لتشكيلة القسم التجاري.

وبالنسبة للمحكمة العليا فإن القانون 22/89 والمادة 18 منه¹ قد حدد أقل عدد من القضاة لكي تتم المداولة في كل غرفة بثلاث قضاة على الأقل برتبة مستشارين.

وبالنتيجة فإن قواعد تشكيل الجهات القضائية من القواعد المتعلقة بالنظام العام وتؤدي مخالفتها إلى بطلان الأحكام الصادرة من التشكيل المخالف وهو بطلان مطلق تقضي به المحكمة المعروض عليها الطعن من تلقاء نفسها دون انتظار التمسك به.

2-الصفة القضائية

القاضي هو من يتولى مهمة الفصل في النزاعات وهو من يتولى المنصب القضائي بجميع أنواعه سواء كان أمام المحكمة أو المجلس أو أمام المحكمة العليا المهم أن تكون له هذه الصفة.

1- قانون رقم 22/89 المؤرخ في 12/12/1989 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 53.

القاضي في الجزائر يكون بالتعيين وليس بالانتخاب كما هو الحال في بعض الدول وشروط تعيين القضاة وتنظيم مسارهم المهني ينظمه القانون العضوي 11/04 المؤرخ في 2009/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

والخلاصة أن القاضي إذا فقد صفته بالتوقيف أو العزل فإنه لا يصلح للحكم وتكون بذلك أحكامه باطلة، فإن زالت صفة القاضي بقرار من المجلس الأعلى للقضاء في هيئته التأديبية، فإن الأحكام التي يصدرها بعد تبليغه بالقرار تعتبر باطلة، وكذا الحال إذا ما تم نقله إلى جهة قضائية أخرى وقام بالفصل في نزاع كان مطروح عليه في منصبه السابق، إن حكمه يعتبر باطلاً لأن النقل من شأنه يزيل الصفة القضائية¹.

3- تعدد درجات التقاضي

التقاضي على درجتين هو مبدأ دستوري كرسه المشرع على غرار أغلب التشريعات في العالم، وهدفه وجود محاكم درجة أولى تختص بالنظر في النزاع المطروح عليها، لكي يتم مراقبة عملها من طرف جهة أعلى بمناسبة الطعن في الحكم الذي صدر في النزاع.

وفي الجزائر فإن الأصل أن التقاضي يكون على درجتين وهو ما نصت عليه المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن تكون هناك بعض الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ سواء في القانون نفسه أو في قوانين خاصة أخرى.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فهي ليست درجة من درجات التقاضي أصلاً²، بل محكمة قانون الهدف منها توحيد تفسير القانون وتطبيقه على وقائع الدعوى.

وعلى ضوء ذلك فإن النصوص التشريعية التي تتناول درجات التقاضي من النصوص التي يترتب البطلان على مخالفتها وهو بطلان متعلق بالنظام العام.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 237.

2- المادة 374 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجعل المحكمة العليا جهة ثالثة للتقاضي في حالتين حالة عدم امتثال جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا عند الطعن بالنقض الثاني وحالة طعن ثالث بالنقض.

وبالنتيجة فإن عريضة استئناف حكم صادر في أول وآخر درجة أمام المجلس القضائي تعتبر باطلة لأن الإجراء المتبع باطل، ذلك أنه يخرق مبدأ من مبادئ التنظيم القضائي والتي هي من النظام العام، ومع ذلك ورغم أن العمل الإجرائي السالف الذكر يعتبر باطلاً إلا أن ما جرى العمل عليه هو القضاء بعدم قبول الاستئناف لعدم جوازه.

2.2.1.1.4.2. قواعد الاختصاص القضائي

قواعد الاختصاص النوعي تعتبر من النظام العام لأنها تقوم على اعتبارات المصلحة العامة، أما قواعد الاختصاص الإقليمي أو المحلي ليست من النظام العام لأن الهدف منها حماية مصلحة الأفراد في المقام الأول.

1-الاختصاص النوعي: عملاً بأحكام المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن: «عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى».

ومن ذلك فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة الاختصاص النوعي لأنه من النظام العام والدفع بعدم الاختصاص النوعي يقضي به القاضي ولو من تلقاء نفسه ويمكن أن يثيره إي طرف دون تحديد كما يمكن أن يثار ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا¹.

ويقوم عدم الاختصاص النوعي بالنسبة للمحكمة عند رفع دعوى مدنية أمام القسم الاجتماعي لأن هذا الأخير لديه الاختصاص المانع فهنا القاضي يفصل بعدم الاختصاص النوعي فإذا خالف ذلك بأن فصل في النزاع فيضحي حكمه باطلاً²، مثله مثل طرح نزاع لأول مرة أمام المجلس القضائي دون المرور بالمحكمة التي هي الدرجة الأولى، فهذا يعتبر خرق لقواعد الاختصاص النوعي التي هي من النظام العام تستوجب البطلان.

1- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، ج1، الجزائر 2012، ص 70.

2- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 71.

والخلاصة أن العمل الإجرائي المخالف لهذه القواعد يكون باطلا بطلانا مطلقا.

2- الاختصاص الإقليمي

إن قواعد الاختصاص الإقليمي وطبيعته قد تغيرت شيئا ما بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فرغم أن طبيعة الاختصاص الإقليمي لم تتغير ما زالت لا تتعلق بالنظام العام، إلا أن مستجدات المواد 45، 46 و 47 تستحق الالتفاتة.

فتنص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: «يعتبر لا غيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار».

ومعنى ذلك أن قواعد الاختصاص الإقليمي لا تتعلق بالنظام العام فيمكن الاتفاق على مخالفتها، غير أن ذلك يكون بموجب قيد وضعه المشرع وهو أن يتم الاتفاق بين التجار، أي يكون أطراف الاتفاق كلهم تجار، فلا يكفي أن يتم بين تاجر وغير تاجر فهذا غير مقبول.

ومع هذا يجب التتويه أن المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تفيد منع الاتفاق بين الأشخاص على تحديد الجهة القضائية التي تكون مختصة إقليميا بنظر النزاع على إطلاقه، بل الأمر معلق الحضر فيه على أن يتم هذا الشرط أو الاتفاق قبل قيام النزاع وليس بعده، فإذا قام الشرط بعد قيام النزاع فليس معنيا بالمادة 45 ويكون جائزا وهو ما تنص عليه المادة 46 من نفس القانون¹.

وتنص المادة 46 من قانون إجراءات مدنية وإدارية أنه: «يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك».

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له، والملاحظ أن هذه المادة قد فتحت

1- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 79.

المجال لفضح التناقض الذي وقع فيه المشرع بالمقارنة مع ما جاء في المادة 40 من نص: «...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها» فلا داعي لاستعمال كلمة دون سواها إذا كان للأفراد الحرية في الاتفاق على خلافها.

وأخيرا تنص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول.

وهو ما يؤيد فكرة أن الاختصاص الإقليمي لا يتعلق بالنظام العام وأنه يجب إثارته في الترتيب المنصوص عليه وإلا فإن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه.

3.2.1.1.4.2. قواعد الأهلية والتمثيل القانوني

هنا سوف نتطرق إلى الأهلية المطلوبة للخصومة القضائية المدنية وللمثيل القانوني في حالة عدم توافر الأهلية لدى الخصم.

1- الأهلية في الخصومة القضائية

الخصم في الخصومة القضائية المدنية هو المدعي والمدعى عليه وقد يكون أصلا في الدعوى أو نائب عن الخصم الأصلي ولكي يكون الشخص صالحا لأن يكون طرف في الخصومة القضائية يجب أن تتوفر فيه أهلية الوجوب أو أهلية الاختصاص والمقصود بأهلية الوجوب هو صلاحية الإنسان لأن يكون أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات،

فالشخص الذي تتوفر فيه هذه الأهلية يكون قد تحقق فيه الجانب القانوني الذي يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية ومنه فإن الشخص الذي يتمتع بأهلية الوجوب وإن كان ناقص للأهلية قانونا، إلا أنه أهلا للاختصاص، فيصلح أن يكون مدعيا أو مدعى عليه.

ولا يكفي طبعاً توافر أهلية الاختصاص أو أهلية الوجوب لمباشرة الأعمال الإجرائية، إذ يتطلب القيام بهذه الأعمال توافر الأهلية الإجرائية أو أهلية النقاضي¹.

وتتوافر هذه الأهلية لدى من تتوفر فيه أهلية الأداء ويقصد بأهلية الأداء صلاحية الشخص لاستعمال الحق وتتميز عن أهلية الوجوب في أن هذه الأخيرة تعني أن الشخص أهل لاكتساب الحق ودخوله في ذمته، غير أنه إذا فقد أهلية الأداء لا يستطيع استعماله بنفسه، إذ يقتضي الاستعمال إبرام التصرف القانوني، ذلك يتطلب توافر أهلية الأداء أي أهلية القيام بالأعمال القانونية وترتيب آثارها، ومن كان كامل الأهلية أي يتمتع بأهليتي الوجوب والأداء فهو كامل الإرادة، ويتحقق ذلك إذا بلغ الشخص 19 سنة (المادة 40 من القانون المدني).

أما بالنسبة للتمثيل القانوني فإذا ما لم يبلغ الشخص 19 سنة فإنه رغم توافر أهلية الوجوب فهو ناقص الأهلية، ينوب عنه قانوناً الولي أو الوصي، والشخص المعنوي شخص افتراضي لا بد أن يمثله قانوناً شخص طبيعي كالشركات يمثلها قانوناً المدير العام أو ما يعادله².

وخلاصة القول إن ناقص الأهلية لا يستطيع أن يباشر عملاً إجرائياً كرفع الدعوى وإنما ترفع من الولي أو الوصي بصفته نائباً قانونياً عنه، وذلك حتى تكتمل الأهلية.

1- د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص 352.

2- أنظر القرار المؤرخ في 20 جوان 2007 رقم 370331 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، وقد انتهت المحكمة العليا إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه على أساس أنه تم رفع الدعوى على المدير الولائي = للبريد والمواصلات، وأن المديرية الولائية للبريد والمواصلات لا تتمتع بالشخصية القانونية وبالتالي فهي تفتقد إلى الوجود القانوني.

وأن الدعوى يجب أن ترفع ضد من يتمتع بالوجود القانوني وبالتالي يصح وجود الخصم من الناحية القانونية مقتضي ضروريا لصحة المطالبة القضائية، ويترتب على تخلفه بطلان إجراءات الدعوى.

قرار صادر بتاريخ 2009/10/22 رقم 208080 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، وقد انتهت المحكمة العليا إلى إبطال القرار المطعون فيه على أساس أنه تم رفع الدعوى من مدير إدارة أملاك الدولة الذي لا يتمتع بأهلية الاختصاص.

وبالنسبة للمدعي عليه أيضا ترفع الدعوى ضد ممثله القانوني إذا كان ناقص للأهلية، غير أنه يجب متابعة تطور القاصر إذا كان مدعى عليه، ففي حالة بلوغه سن الرشد يجب على رافع الدعوى أن يصحح شكل دعواه ويرفعها في مواجهة البالغ وإلا كانت مرفوعة على غير ذي صفة إذ ببلوغ سن الرشد تنتفي صفة النائب،

وبالتالي يجب على الخصم أن يراقب حالة خصمه طوال فترة التقاضي لتعديل وضع الخصومة مع التطور الذي يطرأ على أهلية الخصم من النقص أو الكمال.

2-البطلان جزاء مخالفة قواعد الأهلية والتمثيل القانوني

أحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز إعطاء شخص أهلية ليست له أو الإنقاص من كمال أهليته، وكل اتفاق يحد من أهلية كاملة أو يوسع من أهلية ناقصة يعد اتفاق باطل قانونا، عملا بأحكام المادة 45 من القانون المدني التي تنص على: «...ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها».

ومن ذلك فإذا رفعت دعوى قضائية من قاصر تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ويتعين على المحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها لتعلق البطلان هنا بالنظام العام، كذلك الحال إذا رفعت الدعوى باسم شخص متوفي فهي باطلة بطلانا مطلقا بعدم توافر أي نوع من الأهلية إذ بالوفاة تنتفي أهلية الشخص¹.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي² عندما منح القاضي إمكانية إثارة البطلان والقضاء به من تلقاء نفسه إذا ما تعلق بأحكام الأهلية وذلك بموجب المادة 65 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: «يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي».

1- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 133.

2- نص المادة 120 من قانون المرافعات الفرنسي:

- "Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice".

ونفس الشيء بالنسبة لمخالفة قواعد التمثيل القانوني فإنها تؤدي إلى البطلان المطلق غير أن المشرع الجزائي قد فرق في إثارة البطلان بالنسبة لانعدام الأهلية وبالنسبة لانعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي، مع أن الأهلية والتفويض والتمثيل القانوني هما حصريا حالات للبطلان من حيث الموضوع، فيما ألزم القاضي بإثارة مسألة الأهلية وانعدامها تلقائيا، جعل للقاضي على سبيل الجواز في حالة تعلق الأمر بالتفويض للشخص الطبيعي أو للشخص المعنوي.

بما يعني أن الدفع المؤدية للبطلان الإجرائي من حيث الموضوع تتمحور حول انعدام الأهلية في الشخص الطبيعي والمعنوي وانعدام التفويض في حق الشخص الطبيعي أو المعنوي، فالقاضي يثير الأولى من تلقاء نفسه وله إثارة الثانية لكن على سبيل الجواز وفي غياب إثارة الخصم لها لا يلتفت القاضي لتخلفها في الدعوى ويحكم في الموضوع، وتخضع هذه الدفع لنفس ما تخضع له الدفع الإجرائية¹.

وإن كان من الفقهاء من قال بحرية إبداء هذه الدفع في أي وقت ولكن هذا الأمر يجعل الدفع الإجرائية من حيث الموضوع كالدفع الموضوعية والفرق كبير، ولتحول الدفع الإجرائي إلى موضوعي في أحكامه يحتاج إلى دليل للقول بأن منها ما تعلق بالنظام العام يمكن إبدائه حتى ولو تم الخوض في الموضوع².

3- طبيعة التعداد الوارد في المادة 64 قانون إجراءات مدنية وإدارية

لقد اختلفت الروى حول طبيعة التعداد الوارد فيما يخص البطلان لأسباب موضوعية، فهل هو عن سبيل الحصر أم عن سبيل المثال، أي أن القاضي يمكنه أن يقضي بالبطلان في حالات لم ينص عليها المشرع.

1- د/ محمد محمود عليوة، الدفع المدنية، مرجع سابق، ص 227.

2- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون إجراءات مدنية وإدارية، مرجع سابق، ص 116.

وفي فرنسا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في بداية الأمر أن المادة التي عدت حالات البطلان جاءت عن سبيل الحصر، ثم توجهت عدة انتقادات لهذا الموقف ما جعل محكمة النقض الفرنسية تتراجع عن موقفها¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال المادة 64 قانون إجراءات مدنية وإدارية فقد حسم الأمر بنصه أن حالات البطلان من حيث الموضوع وردت على سبيل الحصر،

ومن هنا يمكن التساؤل عما إذا أصبحت حالات البطلان محصورة في حالتين وهما حالة انعدام الأهلية أو انعدام التفويض، أم حالات البطلان متعددة ولا يمكن حصرها في حالتين؟

وإذا كانت توجد حالات البطلان لأسباب موضوعية، لم يرد تعدادها ضمن هذه المادة، فهل تبقى مع ذلك تلك الحالات تدخل ضمن حالات البطلان لأسباب موضوعية، وبالتالي تخضع للأحكام التي تطبق على البطلان لأسباب موضوعية، أم أنها تبقى تخضع للأحكام التي تطبق على البطلان لأسباب شكلية؟

إن الإجابة على تلك التساؤلات تقودنا إلى القول إنه ومما لا شك فيه أن تلك الحالات المنصوص عليها في المادة 64 المذكورة أعلاه لا تستغرق كل الحالات المتعلقة بالمخالفات الموضوعية، وعلى سبيل المثال، فإن القانون يتطلب أن تتوفر في الشخص القائم بالعمل الإجرائي الصلاحية العامة والصلاحية الخاصة.

إن حصر حالات البطلان، لأسباب موضوعية في حالتين، لا يتفق مع القواعد العامة، ذلك أن العمل الإجرائي هو عمل قانوني متعدد مقتضياته الموضوعية، منها ما يتعلق بعنصر الإرادة ومنها ما يتعلق بصلاحية القائم بالعمل كما سلف ذكره.

إن المشرع قد اعتبر مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات إحدى حالات البطلان التي يبنى عليها الطعن بالنقض، وذلك طبقا للمادة 1/258 من قانون

1- د/ أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 428.

الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات يشمل على نوعين من القواعد، قواعد شكلية، وهي التي تحدد وسيلة العمل الإجرائي وهذه القواعد هي التي تضبط النشاط الذي يقوم به أشخاص الخصومة القضائية.

وقواعد موضوعية وهي التي تبين جوهر العمل الإجرائي، فتبين الشروط الواجب توافرها في أشخاص الخصومة من الأهلية والتمثيل القانوني والصلاحيات الخ.

وإن المشرع اعتبر كل مخالفة للقواعد الجوهرية، أي القواعد الموضوعية تؤدي إلى البطلان الذي يبنى عليها الطعن بالنقض، وبالتالي لم يلتزم المشرع بالتعداد الوارد في المادة 64 قانون إجراءات مدنية وإدارية، ومن ثم يكون كل خرق للقواعد الجوهرية في الإجراءات يشكل حالة من حالات البطلان التي لم ينص عليها¹.

فكان على المشرع وانسجاماً مع ما نص عليه في المادة 64 من نفس القانون أن ينص في المادة 1/358 على كل خرق لقواعد الأهلية أو التمثيل القانوني، في حين اعتبر كل خرق للقواعد الجوهرية سبباً من أسباب البطلان الذي يبنى عليها الطعن بالنقض، وبذلك فإن خرق القواعد الجوهرية في الإجراءات يشمل على أكثر من حالة من حالات البطلان لأسباب موضوعية²،

إذن فإن التناقض بين النصين واضح أحدهما يقضى بأن البطلان لعيب موضوعي جاء على سبيل الحصر، والآخر يقضى بأن البطلان لعيب موضوعي غير محصور في القانون، حيث نص على خرق لكل قاعدة جوهرية في الإجراءات تعد سبباً من أسباب البطلان التي يبنى عليها الطعن بالنقض.

4.2.1.1.4.2. العيوب الشكلية المتعلقة بحسن سير القضاء

إجراءات التقاضي ينص عليها القانون وينظمها، ويتعين على أطراف الخصومة احترامها، فإذا لحقت هذه الإجراءات عيوب شكلية مست حسن سير

1- عمر زودة، رئيس قسم المحكمة العليا وأستاذ المدرسة العليا للقضاء، مقال بعنوان نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشور في كجلة المحكمة العليا، العدد 12، سنة 2012، ص 17.

2- عمر زودة، رئيس قسم المحكمة العليا وأستاذ المدرسة العليا للقضاء، المرجع السابق، ص 32.

القضاء تعين القضاء بطلانها، والإجراءات التي تعلق بحسن سير القضاء تتمثل في بعض المواعيد الإجرائية ومواعيد الطعون إصدار الأحكام والأوامر، وفيما يلي نتناول البعض منها.

1-المواعيد الإجرائية:

ليست كل المواعيد الإجرائية من النظام العام وبالتالي ليست كل مخالفة لميعاد إجرائي تؤدي إلى بطلان العمل، والمواعيد الإجرائية التي يترتب على مخالفتها البطلان الوجوبي هي المواعيد الحتمية¹ التي تتعلق بحسن سير القضاء وهي المواعيد المتعلقة بالطعون.

تنص المادة 336 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه: «يحدد أجل الطعن بالاستئناف شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (02) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار...».

وتنص المادة 354 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه: «يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصياً.

ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار».

ومن هذه النصوص بين المشرع الإجرائي أن هذه المواعيد حتمية يتعين مباشرة الإجراء خلالها، فإذا خالف الخصم هذه المواعيد بطل العمل الإجرائي، وهذا البطلان وجوبي متعلق بالنظام العام.

2-مبدأ الوجاهية في الإجراءات

تنص المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «...يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم.

يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية...».

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 200.

يستشف من المادة السالفة الذكر والتي تتضمن على أحد أهم المبادئ المنظمة للقضاء وجهاز العدالة وهي في نفس الوقت أحد الضمانات الأساسية لتحقيق المحاكمة العادلة،

أنه ما يمكن أن يصيب حقوق الدفاع التي هي من النظام العام قد يؤدي إلى تعيب إجراءات المحاكمة وبالنتيجة يترتب عليه البطلان المطلق التي تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

فمثلا نص المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يلزم الخصوم إيداع الوثائق المدعمة لادعاءاتهم أمام أمانة الضبط، فهذا مرده ضمان إطلاع الأطراف على مستندات بعضهم البعض، كما تنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مبدأ علنية الجلسات، فلا تجوز سرية الجلسات إلا بنص القانوني أو بقرار المحكمة فيما لديها من سلطة مراعاة للنظام العام والآداب، ورغم أن إجراءات المرافعة قد تتم في سرية إلا أن الحكم يصدر دائما في علنية وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا (المادة 272 قانون إجراءات مدنية وإدارية).

3- إصدار الأحكام والأوامر

الحكم هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة مفرعة عنه¹ ومن ذلك فإن الحكم ورقة شكلية يتعين أن يكون مكتوبا، مشتملا بذاته على شروط صحته.

وقد نصت المادة 275 قانون إجراءات مدنية وإدارية على مشتملات الحكم التي إن تخلفت وقع البطلان جراءها.

ويمكن ذكر على سبيل المثال بعض الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الحكم من خلال مخالفة مقتضيات القانون المحدد لمشتملاته.

- النطق بالحكم في جلسة سرية

- خلو الحكم من التسبيب

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 35.

- خلو الحكم من عبارة "باسم الشعب الجزائري"
 - عدم إدراج اسم القاضي الذي فصل في النزاع
- وخلاصة القول أن الأسباب السالفة الذكر وغيرها قد تؤدي إلى بطلان الحكم، وهناك من الأسباب الأخرى التي ورغم تخلفها لا تؤدي حتما إلى بطلان الحكم وهي الأسباب التي سوف نتناولها لاحقا.

2.1.4.2. البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة (بطلان نسبي)

وسوف نتناول في هذا المطلب معيار البطلان النسبي، ثم حالات البطلان المتعلقة بالمصلحة الخاصة.

1.2.1.4.2. معيار البطلان النسبي

يرى الفقهاء التفرقة بين حالة البطلان الذي يقرره القانون صراحة وحالة عدم النص عليه، فإذا نص القانون على وجوب اتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معيناً وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه، فإن الإجراء يكون باطلاً، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم، إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك البطلان¹.

ويمكن القول أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة، فالقانون عندما يتطلب شكلاً معيناً أو بياناً معيناً فإنما يرمي إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان، فإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان، فإن التمسك بالشكليات لا يؤدي إلى القضاء بالبطلان.

ذلك إنه إذا تعلق الأمر بالبطلان النسبي فإن لآلية الحكم به أو القضاء بتقريره لا تتحقق.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 247.

ويقع على عاتق من يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات الشكل أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه، فإذا ثبت هذا فلا يحكم بالبطلان¹، وهناك حالتين لبطلان النسبي أو الخاص:

يوجد حالتين للبطلان النسبي أو البطلان للمصلحة الخاصة، الحالة الأولى أن يرد جزاء البطلان صراحة، والحالة الثانية أن يخلو النص من هذا الجزاء رغم تعيب الشكل.

الحالة الأولى: أن يرد البطلان بالنص عليه في سياق المادة ذاتها كنص الفقرة الثانية من المادة 403 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «باستثناء الإجراءات التحفظية، يكون مشوبا بالبطلان كل إجراء تم خرقا لوقف تنفيذ الأمور به».

وهنا لا يشترط أنه إذا تم النص على البطلان، أن يلزم القاضي بتطبيقه وإيقاع البطلان لتعيب العمل الإجرائي، إذ قد تكون الغاية قد تحققت رغم هذا العيب، عندئذ للقاضي أن يعدل عن توقيع الجزاء رغم النص عليه صراحة.

وقد لا يد البطلان في نفس النص وإنما في نص آخر يحيل على النص الأول، مثال ذلك المادة 724 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون دائما العبرة بالغاية كهدف للعمل الإجرائي وليس الشكل في ذاته كوسيلة للغاية.

الحالة الثانية: في هذه الحالة يكون الإجراء معيبا لوقوعه على خلاف النموذج القانوني الذي وضعه المشرع، كإغفال شكل معين أو بيان معين ويسكت النص عن توقيع جزاء البطلان ولا توجد مادة لاحقة تشير إلى هذا الجزاء، هنا يمكن للقاضي حتى توقيع جزاء البطلان رغم عدم النص عليه صراحة، طالما أثبت الخصم الذي تقرر الشكل لصالحه أن الغاية قد تخلفت من جراء عدم مراعاة الشكل².

1- أخذ القانون الفرنسي بذلك في المادة 114 منه:

" La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu' il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public".

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 248.

وهنا يجب التنويه أنه عندما نقول الإشارة إلى جزء البطلان أو إغفال الإشارة إليه، فإننا نقصد البطلان بلفظه لا مجرد العبارات الآمرة أو الناهية كلفظ "يجب" أو "يتعين" أو "لا يجوز" إذ هذه الألفاظ هي والعدم سواء بالنسبة لجزء البطلان.

2.2.1.4.2. حالات البطلان المتعلقة بالمصلحة الخاصة

البطلان الخاص أو البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة يكون بيد من تقرر الإجراء المخالف لمصلحته، فله أن يتمسك به أو يتجاوز عنه، وإذا تجاوز عنه فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به، وهو أيضا بطلان نسبي لأنه لا يقيد إلا من تقرر لمصلحته، فلا يجوز لغيره التمسك به للاستفادة منه.

والأصل في البطلان كجزء إجرائي أنه خاص أو نسبي، والاستثناء أنه عام أو مطلق¹ ومن هذا المنطلق فإن الأمثلة على ذلك عديدة، ولكن يمكن أن نتناول أهمها، كتبليغ العقود الرسمية وإجراءات التنفيذ، فهي حالات وردت فيها نصوص صريحة في البطلان، لكن لا يمنع إمكان طلب البطلان عن مخالفة العمل الإجرائي وعدم تحقق الغاية منه، إذا توفرت المصلحة يتحقق الضرر الإجرائي، ولو لم يكن هناك نص صريح بشأن بطلان العمل.

1- إجراءات عقود التبليغ الرسمي

«يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يحضره المحضر القضائي» المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب أن يتضمن محضر التبليغ الرسمي في أصله ونسخته البيانات الآتية، اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه، تاريخ التبليغ بالحروف وساعته، اسم ولقب طالب التبليغ وموطنه، اسم ولقب وموطن الشخص الذي يتلقى التبليغ... (المادة 407 قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

وهذه المادة قد حددت الشروط الشكلية الواجب توافرها في محضر التبليغ والتي يجب احترامها من قبل المحضر القضائي، فإذا تم ذلك على نحو مخالف

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 249.

لمقتضيات المادة فإن للمضرور إجرائيا أن يتمسك بالبطلان، إذا ثبت مخالفة الشكل وترتب على ذلك ضرر للخصم تحققت معه المصلحة في إبداء الدفع وهو ما سمحت به الفقرة الأخيرة من المادة 407 من نفس القانون والتي تنص: «وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه، يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع».

2- إجراءات التنفيذ

تنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي» وقد عدت نفس المادة ماهي السندات التنفيذية بمفهوم القانون.

وقد اشترطت المادة 612 من نفس القانون أنه يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي.

فإذا تخلف هذا العنصر، أي تبليغ السند التنفيذي وباشر المحضر القضائي إجراءات التنفيذ دونه فإن العمل الإجرائي الذي اتخذته المحضر القضائي يعتبر باطلا لمصلحة المنفذ عليه، الذي يتعين عليه أن يتمسك بهذا البطلان كي يتم القضاء به.

وفي مادة الحجز أيضا فإن الإجراءات المنصوص عليها وضعت لفائدة خاصة أو لمصلحة خاصة وهي مصلحة المنفذ عليه، فالمادة 643 قانون إجراءات مدنية وإدارية أعطت الإمكانية في إبطال إجراءات الحجز، وهذا بشرط أن يثيره المحجوز عليه في الآجال المنصوص عليها، و هي شهر من تاريخ الإجراء.

2.4.2. آليات أعمال البطلان كجزء إجرائي

القاعدة أنه يمكن أن يتمسك بالبطلان من تقرر البطلان لمصلحته أو لفائدته وهو ما تعلق بالبطلان للمصلحة الخاصة أو البطلان النسبي، أما ما تعلق

به بالنظام العام أو ما تقرر للمصلحة العامة فلا يسوغ لمن يريد التمسك به ذلك، فإنما يكون للقاضي أن يثيره دون تدخل الخصوم.

1.2.4.2. القواعد المنظمة لسلطة الخصوم في التمسك بالبطلان

إن التمسك بالبطلان أو حق التمسك بالبطلان لم يتركه المشرع دون قيود وشروط، بل أوجد نظام محكم يترتب عليه تحديد قواعد التمسك بالبطلان سواء كان ذلك في مواجهة من تحقق البطلان لفائدته أو من تسبب في بطلان الإجراء بعمله أو بالنسبة للغير الذي يمكن أن يكون متسببا في البطلان كما يمكن أن يكون متضرر من الإجراء الباطل رغم أنه ليس في مواجهته.

1.1.2.4.2. من له التمسك بالبطلان

تنص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه».

وتنص المادة 63 من نفس القانون: «لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا لمن تقرر البطلان لصالحه»،

ومن ذلك فإنه يشترط فيمن يتمسك بالبطلان شرط المصلحة أي أن تكون له المصلحة الخاصة في التمسك بالبطلان وهنا المصلحة متوقفة على نقطتين أساسيتين.

أولهما أن يكون قد أصابه ضرر ويثبت ما هو الضرر الذي أصابه من جراء العمل الإجرائي المعيب، وثانيهما أن يكون البطلان قد تقرر لصالحه وباعتبار أن البطلان هنا نسبي فإنه لا يجوز لغير أصحاب المصلحة التمسك به، حتى ولو كانت النيابة العامة، كما لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه لأنه وضع لمصلحة خاصة.

إذن الأمر يتوقف على إرادة الخصم صاحب المصلحة، فقد يرى أن من المفيد له رغم ما لحق الإجراء من عيب عدم التمسك ببطلانه، وعندها ليس لغيره

أن يتمسك بالبطلان أيا كانت مصلحته في ذلك¹، وأيا كانت صفته أو صلاته بالخصم الذي له الحق في التمسك بالبطلان.

وإذا حدث أن تمسك بالبطلان غير من تقرر لمصلحته تعيين عدم قبول هذا الدفع لانتفاء المصلحة، فانتفاء المصلحة في الدعوى أو في الدفع يؤدي إلى عدم القبول².

وبالنتيجة فإن الشخص الذي يرمي القانون إلى حمايته أي ذلك الشخص الذي أصابه ضرر من جراء مخالفة الشكل فقط من يتمسك بالبطلان.

ويستوي في ذلك أن يكون الخصم هو المدعي أو المدعى عليه المستأنف أو المستأنف عليه وما على ذلك، لأن الإجراء المعيب يعتبر صحيحا بالنسبة للباقي، أي بالنسبة لمن لم يقرر البطلان لصالحه، فالإجراء المعيب إنما يعد كذلك بالنسبة للشخص الذي يحميه المشرع بهذا الإجراء، وله التمسك ببطلانه حتى يمكن للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان.

وإذا تمسك صاحب الشأن ببطلان الإجراء وقضت المحكمة ببطلانه فإن الإجراء يصبح باطلا بالنسبة للجميع، والعبرة في تحديد الشخص الذي من حقه التمسك بالبطلان هي إرادة المشرع فلا يعتد بزعم الخصم، ويجب الرجوع إلى إرادة المشرع وقصده لمعرفة ذلك الشخص المقرر البطلان لمصلحته³.

ويتبع في الكشف عن هذه الإرادة وذلك القصد القواعد العامة في التفسير⁴ ومن أهم هذه القواعد أن الحكم يبنى على الغاية منه، أي يجب البحث عن الهدف أو الغاية من تقرير الإجراء كي تقف على الخصم صاحب المصلحة في التمسك ببطلانه.

1- كما إذا تعدد المدعى عليهم وكان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة وكان تبليغ أحدهم معيبا، فإنه ليس للباقي التمسك بهذا الدفع بالبطلان رغم توافر المصلحة لديهم اعتبار بأن الحكم بالبطلان بالنسبة للأول يؤدي قانونا إلى بطلان الدعوى برمتها.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 21.

3- د/ أحمد هندي، المرجع نفسه، ص 25.

4- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 414.

2.1.2.4.2. من لا يجوز له التمسك بالبطلان

تنص المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا لمن تقرر البطلان لصالحه». فخلافاً للتشريعات الوضعية في مجال المرافعات، اكتفى المشرع الإجرائي هنا بتحديد من يجوز له التمسك بالبطلان، ويبقى أن نفهم بطريق المخالفة من لا يجوز له التمسك بالبطلان¹.

فالمشرع في ذلك أخذ بقاعدة قانونية رومانية وهي:

« Nullum Commodum capere potest de injura sua propria »

أي ليس لأحد أن يستفيد من باطل صدر عنه، وهي القاعدة التي نتج عنها مبدأ مستقر مفاده أنه لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه.

ويمكن اعتبار هذا المبدأ بمثابة إحدى وسائل الحد من البطلان، وذلك أن الإجراء يقع باطلاً ولكن لا تحكم المحكمة ببطلانه رغم إثارة أحد الخصوم لذلك، وبالتالي يعتبر هذا الإجراء وكأنه إجراء صحيح ويرتب ذات الآثار التي ينتجها الإجراء الصحيح².

فليس من كان سبباً في بطلان الإجراء أن يتمسك بهذا البطلان ولو كانت القاعدة المخالفة مقررة لمصلحته، ذلك أنه ليس لشخص أن يدعي ضد فعله، فمن سعى في رد عمله فسعيه مردود عليه³، فلا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه أي من كان عدم صحة الإجراء نابعاً من فعله، فإذا كان الذي يتمسك بالبطلان هو من أصيب بضرر نتيجة المخالفة، فإنه لا يحق له أن يتمسك بالبطلان من كان سبباً في حدوث هذا الضرر.

1- نصت الفقرة الثانية من المادة 21 قانون المرافعات المصري على أنه: "ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم

الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 16.

3- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 415.

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أن يكون الخصم قد تسبب في حدوث البطلان، أي أنه قد ساهم بفعله في حدوث البطلان بمعنى أن تقوم علاقة السببية بين فعل الخصم وبين العيب الذي شاب الإجراء¹.

كما لو تم تبليغ الحكم في عنوان خاطئ يترتب عليه بطلان التبليغ غير أنه إذا كان المبلغ له هو من قدم عنوان خاطئ فلا يجوز له التمسك بالبطلان في هذه الحالة.

وبالنتيجة فإن قاعدة "لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه" مقصورة على حالة بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام، أما إذا كان بطلان الإجراء متعلق بالنظام العام فإنه يجوز لأي من الخصوم التمسك به، بما فيهم الخصم المتسبب في البطلان².

ومفاد ذلك رعاية للمصلحة التي تعلو على أي اعتبار وتطبيقاً لذلك لا يجوز لمن تمسك بسماع شهادة شاهد أن يتمسك ببطلان شهادته لصغر سنه، إن هو الذي تمسك به، فكان بإمكانه أن يتأكد من حقيقة سنه، فإذا أهمل ذلك فلا يعفيه من المسؤولية ولا يعطيه الحق في التمسك بالبطلان.

2.2.4.2. سلطة القاضي في إثارة البطلان والحدود الموضوعة له

يفترض في العمل الإجرائي الصحة إلى غاية أن يتقرر بطلانه بحكم قضائي سواء كان البطلان خاص أم متعلق بالنظام العام، والقاعدة أنه إذا كان البطلان مقرراً كجزء لمخالفة قاعدة مقررة للمصلحة العامة فإن من المصلحة العامة أن يحكم بالبطلان، ولهذا فإن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وللنيابة ولأي ذي مصلحة، أن ينبه المحكمة إلى القضاء بالبطلان.

وفكرة النظام العام تعبر عن ضرورة حماية المصلحة العليا للمجتمع وهي فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولما كانت القواعد الأساسية في

1- د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 470.

2- أنظر أبو الوفاء، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 103.

مجتمع ما متغيره فإن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق المشرع الذي يجب أن تتوافر في قواعده الثبات ليدخل في نشاط القاضي¹.

وإن كان القانون ينص في بعض الحالات على تعلق البطلان بالنظام العام، فإذا لم يوجد نص بذلك فليس معنى هذا أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام، وإنما يعتبر الأمر متروكا لاجتهاد القاضي².

أي أن تعلق البطلان بالنظام العام يستفاد من نص المشرع على أن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها، بينما يستفاد عدم تعلق البطلان بالنظام العام من نص المشرع على أن المحكمة لا تقضي به إلا بناء على طلب.

وإذا لم يوجد نص تشريعي بهذا الصدد، فالقاضي يضع نصب عينيه نوع المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة، هل هي مصلحة عامة فيكون البطلان متعلقا بالنظام العام، أم مصلحة خاصة فيكون البطلان خاص ولا يثيره القاضي من تلقاء نفسه حينئذ.

ويمكن القول أن غالبية الأشكال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقررّة للمصلحة الخاصة، أما الأشكال المتعلقة بالنظام العام، فهي نادرة، ويعتبر متعلق بالنظام العام القواعد المتعلقة بالنظام القضائي كقواعد صلاحية القاضي والقواعد المتعلقة بصلاحية أعوان القضاء لأنها تستهدف مصلحة عامة هي حسن سير القضاء³ ويعتبر متعلق بالنظام العام أيضا قواعد الأهلية والتمثيل القانوني.

كما أن البطلان لعيب شكلي ما يتعلق بالنظام العام، فجميع الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام يتعلق بالنظام العام، ومثال ذلك وجوب أن تكون الجلسة علنية وأن يصدر الحكم علنا في الجلسة كذلك حق الدفاع وأيضا بعض المواعيد⁴.

1- د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص 463.

2- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 412.

3- د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 364.

4- إن مخالفة المواعيد الإجرائية لا تؤدي إلى البطلان ومن ثم لا يطبق عليها نظامه، فجزاء هذه المخالفة هو سقوط الحق في القيام بالإجراء Forclusion ويتم التمسك بإعمال هذا الجزاء عن طريق الدفع بعدم القبول – Fin de non recevoir وليس عن طريق الدفع بالبطلان.

ومنه فإن البطلان المتعلق بالنظام العام لا يسقط سواء بالتنازل أو بفوات الوقت فيمكن التمسك به في أي مرحلة سواء ورد البطلان في الإجراءات أوفي الحكم.

وهنا يجب على المحكمة أن تقضي بالبطلان ولا يترك لها التقدير، ذلك أنها الحصن الأمين والملجأ الأخير الذي يضمن الحماية عن المصلحة العامة، فطالما تبين لها من أوراق الملف أن ثمت بطلان مطلق من النظام العام فإن عليها أن تقضي به من تلقاء نفسها.

وحكمة ذلك أنها إذا لم تفعل هذا كان حكمها معيبا، لأنه مبني على بطلان لم يتمسك به أحد ولأنها لم تحكم به، فيطعن في هذا الحكم وسوف يتم إلغائه لوجود البطلان.

1.2.2.4.2. بطلان الحكم لعيب في الإجراءات

قد يكون الحكم صحيحا من حيث الشكل والموضوع لكنه، رغم ذلك باطل لقيامه على إجراءات باطلة، وللمحكمة التي تفصل في الطعن (معارضة استئناف أو نقض) أن تلغي الحكم المطعون فيه لبطلان إجراءاته.

ولكن يشترط لإلغاء الحكم توافر عدة شروط¹ أولها وجود إجراء باطل ثم ألا يكون قد سقط حق صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان والثالث ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء والرابع أن يستند الحكم المطعون فيه على الإجراء الباطل وأخيرا أن يكون الطاعن هو صاحب المصلحة في البطلان.

1- وجود إجراء باطل فيشترط لإلغاء حكم لبطلان إجراءاته أن يكون هنالك إجراء باطل، وقد يكون هذا الإجراء عريضة افتتاح الدعوى باطلة أو أن يكون تقرير الخبير باطل الذي اعتمد عليه الحكم، وهنا يستوي أن يكون البطلان مطلقا أو نسبيا أي نص عليه المشرع لفظا أم لم ينص.

2- ألا يكون قد سقط حق صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان ويكون ذلك إذا تطرق صاحب المصلحة مباشرة للموضوع، ذلك أن التمسك بالبطلان

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 299.

دفع شكلي يتعين إبدائه قبل الدخول في الموضوع (المادة 50 قانون إجراءات مدنية وإدارية).

3- ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء، فإذا قضت المحكمة بصحة الإجراء ثم بنت حكمها المطعون فيه على هذا الإجراء الصحيح لا يجوز العودة للتمسك بالبطلان من أجل إلغاء الحكم، فإذا كان البطلان متعلق بالنظام العام وتصدت له المحكمة ثم رفضت الادعاء بالبطلان وقضت بصحة الإجراء، أو كان بطلاناً نسبياً حدث التمسك به والفصل فيه بالصحة فإن الحكم في الموضوع يكون قد بني على إجراء صحيح حتى ولو كان الإجراء في حقيقته باطلاً.

إذ مجال الطعن في هذه الحالة هو الاستناد إلى الخطأ في تطبيق القانون لا البطلان¹.

4- استناد الحكم المطعون فيه على إجراء باطل، فإذا لم تستند المحكمة في حكمها على إجراء باطل أو أن يكون وجود إجراء باطل غير أن المحكمة لم تستند عليه للفصل في النزاع، فإن لا وجود للبطلان في هذه الحالة.

5- أن يكون الطاعن هو صاحب المصلحة في البطلان، فهنا يجب أن يكون الطاعن في الحكم الباطل هو نفسه الخصم المتضرر من الإجراء الباطل، فلا يجوز لمن تسبب في البطلان أن يستند إلى خطأه في طلب إلغاء الحكم.

2.2.2.4.2. بطلان الحكم لعيب ذاتي

الأصل هو افتراض صحة وعدالة الأحكام، ومن ثم فلا يجوز إعادة النظر فيها أمام نفس المحكمة نظراً لاستنفاد سلطة المحكمة في نظر النزاع، فإذا كان الحكم لا يقبل الطعن أو انقضت المواعيد دون اتخاذ طرق الطعن، فإن الحكم يتحصن ويكتسب قوة الشيء المقضي فيه.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 338.

غير أن المشرع استثنى من ذلك الأحكام النهائية الباطلة، أو المبينة على إجراءات باطلة ففتح الطريق للطعن فيها، المادة 283 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي النقطة التي سوف نتطرق لها لاحقاً بالتفصيل.

الفصل الخامس

تصحيح البطلان كوسيلة

للحد من الآثار السلبية

لجزاءه

5.2. تصحيح البطلان كوسيلة للحد من الآثار السلبية لجزائه

يقصد بتصحيح البطلان زواله، أي وبمعنى آخر أن العمل المعيب الذي هو قابل للإبطال يصبح غير قابل له، ولتصحيح البطلان أهمية بالغة في القانون الإجرائي إذ أن المشرع يعتمد بصفة عامة إلى الإكثار من حالاته حتى تستمر الخصومة لتحقيق غايتها بغير العقبات التي يثيرها بطلان عمل منها.

ويمكن تقسيم تصحيح البطلان إلى نوعين:

النوع الأول: التصحيح مع زوال العيب، فإذا تحقق عيب في العمل الإجرائي ثم صحح هذا العيب بعد هذا فإن العمل يعتبر صحيحاً.

وطريق التصحيح بزوال العيب كما تطرقنا له في أسباب البطلان له أهمية كبيرة، فقد رأينا أنه إذا نص القانون على البطلان، فإن العمل يكون باطلاً ولكن هذا البطلان يزول إن ثبت تحقق الغاية من الشكل المعيب، ذلك أن تحقق الغاية من الشكل يؤدي إلى زوال العيب¹.

النوع الثاني: تصحيح البطلان رغم بقاء العيب، ويختلف هذا التصحيح عن النوع الأول في أنه يتم رغم بقاء العيب الذي سبب البطلان، ويمكن تقسيم هذا التصحيح إلى قسمين:

1- التصحيح بالنزول وذلك في البطلان المقرر للمصلحة الخاصة (البطلان النسبي) لمن تقرر البطلان لمصلحته أن ينزل عن التمسك به، ويترتب عن النزول عدم قابلية العمل للإبطال فيعتبر صحيحاً².

2- التصحيح بواقعة قانونية مصححة، وفي هذه الحالة لا يرجع التصحيح إلى الإرادة بل إلى نص القانون، فالقانون الإجرائي بغية منه في التعجيل بالفصل في النزاع ينص على وقائع قانونية محددة يترتب على تحقق إحداها أن يزول البطلان.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 607.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 607.

ومن ذلك فإنه سوق يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول التصحيح بزوال العيب، وفي المبحث الثاني التصحيح رغم بقاء العيب.

1.5.2. التصحيح بزوال العيب

سوف نرى في هذا المبحث إجرائين مهمين من الإجراءات التي تجعل البطلان يتصحح، وهو التصحيح بتكملة العمل الإجرائي الباطل في البداية، والذي يتحقق بإضافة ما ينقص للعمل الإجرائي بشرط ان يتم في الميعاد القانوني المحدد للعمل.

ثم نتطرق للنقطة الثانية المتعلقة بالتصحيح مع زوال العيب وهي التصحيح بالحضور الذي هو من اهم الحالات المتعلقة بالبطلان الذي يمس انعقاد الخصومة القضائية، ونرى في ذلك موقف المشرع الفرنسي وموقف المشرع الجزائري.

1.1.5.2. تكملة العمل الإجرائي الباطل

المقصود من تكملة العمل الإجرائي الباطل إضافة المقتضى الذي ينقصه أو تصحيح المقتضى المعيب فيه¹ فالعمل الإجرائي يكون باطلا إذا نقصه أحد المقتضيات التي يتطلبها القانون لصحته أو إذا جاء أحد هذه المقتضيات على غير الوجه الذي يقتضيه القانون.

فإذا أمكن تكملة العمل بحيث توافرت فيه جميع الشروط القانونية فإنه يعتبر عملا صحيحا، ووفقا للقواعد العامة في نظرية البطلان فإنه يمكن تكملة العمل الإجرائي الباطل مما يزيل عنه ما لحقه من بطلان²، غير أن ذلك يخضع لشرطين:

- 1- أن يضاف إلى العمل ما ينقصه، وذلك بإضافة المقتضى المعيب، ويستوي أن يكون العيب أو النقص في مقتضى موضوعي كعيب الأهلية أو التمثيل القانوني أو في مقتضى شكلي.

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 608.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 480.

ومن ذلك إذا رفعت الدعوى بعريضة باطلة لرفعها ضد شركة في حالة تصفية دون ذكر المصفي الذي يمثلها قانوناً أمام القضاء، فإن تدخل الممثل القانوني للشركة أثناء المرافعة يصح البطلان. ويمكن التصحيح بالتكملة سواء كان البطلان متعلقاً بالمصلحة الخاصة أو بالمصلحة العامة.

2- أن تتم التكملة في الميعاد الذي ينص عليه القانون للقيام بالعمل كجزائي، ومن ذلك إن رفع استئناف وشاب عريضة الاستئناف عيب فإنه يشترط لتصحيحها بالتكملة أن تتم هذه التكملة خلال ميعاد الاستئناف فإذا كان الميعاد قد انقضى فإن التصحيح بالتكملة يصبح غير جائز¹. ولقد نصت المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجوز للقاضي أن يمنح أجلاً للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان، بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح. يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان».

فمن خلال نص المادة السالفة الذكر، فإن المشرع الجزائري قد وسع من دائرة شروط التصحيح بالتكملة وذلك باشتراطه عدم البقاء لأي ضرر قائم بعد التصحيح، أي أنه انتهج أو اتبع مبدأ التصحيح مع زوال الضرر، فإن كان التصحيح بالتكملة للعيب الإجرائي يبقى على الضرر، فهنا يتم القضاء بالبطلان ولا يجوز التصحيح.

2.1.5.2. التصحيح بالحضور

في هذا المطلب نتطرق إلى مسألة مهمة في المرافعات وهي متعلقة بانعقاد الخصومة القضائية عن طريق التكاليف بالحضور، فالإشكالية التي يطرحها هذا النوع من التصحيح تكمن فيما يلي:

إذا كلف شخص خصمه بالحضور، وكان محضر التكاليف بالحضور معيباً، فهل للخصم رغم حضوره أن يتمسك بالبطلان أي ببطلان التكاليف بالحضور؟

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 609.

1.2.1.5.2. في القانون الفرنسي

في هذا الصدد يفرق القانون الفرنسي بين احتمالين:

فبالنسبة للبطلان لأسباب شكلية فإن القاعدة المعتمدة في هذا الشأن هي أنه لا بطلان بغير ضرر، ويستوي في تطبيق هذه القاعدة أن يكون البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام، ولا يقوم البطلان في هذه الحالات إلا إذا أثبت الخصم الذي يتمسك به أنه قد لحقه ضرر ناجم عن مباشرة المخالفة،

ولذلك فإن نطاق البطلان لهذا السبب ينحصر في حدود ضيقة، ومن المستقر عليه في تطبيقات القضاء أن حضور المدعي عليه أو ممثله القانوني وتمكنه من إبداء دفاعه بنفي أي ضرر يكون قد لحقه نتيجة ما ورد من عيب في التكليف¹.

أما بالبطلان لأسباب موضوعية فإن قاعدة لا بطلان بغير ضرر لا تسري في شأنه، فيقع البطلان بمجرد تحقق واقعه المنشئة دون اشتراط ثبوت تحقق ضرر لحق بالخصم نتيجة للمخالفة².

وتطبيقا لذلك فإن حضور المدعي عليه لا يصح في حد ذاته البطلان، ومن ثم فإنه يجوز له أن يتمسك به بالشروط والإجراءات المحددة قانونا.

ويجدر التنويه إلى أنه من المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسي أن مخالفة المواعيد الإجرائية لا تعد سببا يؤدي إلى البطلان ومن ثم لا تخضع لنظامه، فلا يطبق بشأنها قاعدة لا بطلان بغير ضرر³.

وإنما تؤدي مخالفة المواعيد المقررة إلى سقوط الحق في اتخاذها وهو ما يمكن للخصم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول.

2.2.1.5.2. في القانون الجزائري

لقد أورد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جملة من المواد المنظمة لعقود التبليغ الرسمي وكذا خص التكليف بالحضور بمواد أخرى تحدد شكله ومضمونه (مواد 18 إلى 20).

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 643.

2- Vincent Bricard, Nullité des actes de procedure, op cit, P 801.

3- J.Vincent et S.Guinard, procédure civile, op cit, N° 505.

وهذا الحكم من الأحكام القانونية الإجرائية قد حدد مقتضيات التكليف بالحضور الصحيح الذي إذا كان كذلك انعقدت الخصومة القضائية.

ومن خلال استقراءنا للمبدأ الأساسي الذي اتبعه المشرع الجزائري فيما يخص البطلان والتمسك به وهو أنه لا بطلان إلا بنص ويجب إثبات الضرر (المادة 60 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

فبالنسبة للبطلان لأسباب شكلية فإن حضور المدعي عليه يصحح الإجراء الباطل الذي تضمنه التكليف بالحضور وذلك استنادا إلى نقطة الضرر وإثباته المنصوص عليها في المادة 60 السالفة الذكر.

فإنه بحضور المدعي عليه الجلسة فقد يكون الضرر الذي يمكن أن يصيبه من جراء عيب شكلي اكتتف التكليف بالحضور قد زال، لأن أقصى ضرر يمكن أن نتصوره عند عيب في التكليف بالحضور أنه يؤدي إلى عدم حضور المدعي عليه أو عدم علمه بالجلسة المنعقدة، وما دام حضر فإن الضرر قد زال.

وفي المقابل يمكن اعتبار عنصر آخر يتعلق بالغاية من الإجراء، فالغاية من التكليف بالحضور هي إعلان الخصم بوقوع الجلسة وتاريخها بالتحديد، وليست الرسمية في محضر التكليف بالحضور هي الهدف وإنما هي وسيلة فقط لذلك.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/04/26 تحت رقم 145873 والذي مفاده أن الهدف الذي ابتغاه المشرع من التكليف بالحضور قد تحقق وهو تمكين الخصم من العلم بالجلسة وتحضير دفاعه بغض النظر عن العيب الذي تضمنه المحضر، فضلا عن أن حقوق الدفاع لم تهدر وقد استفاد الخصم من عدة تأجيلات لتحضير دفاعه والرد على طلبات المدعي (قرار غير منشور).

2.5.2. التصحيح رغم بقاء العيب

في مقابل التصحيح مع زوال العيب الذي رأيناه في المبحث الأول، ففي هذا المبحث نتناول تصحيح البطلان مع بقاء العيب الذي كان سبب فيه، ونرى

في ذلك النزول أو التنازل عن التمسك بالبطلان كحالة من حالات التصحيح رغم بقاء العيب، وفي مرحلة ثانية نرى إضافة إلى التصحيح بالتنازل التصحيح بوجود وقائع قانونية مصححة للبطلان، أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتصحيح بقوة القانون.

1.2.5.2. النزول عن التمسك بالبطلان

التنازل أو النزول عن التمسك بالبطلان يكون للخصم الذي من حقه التمسك بالبطلان فله أن يتنازل عن حقه، ويتحقق ذلك بإعلان إرادة النزول سواء صراحة أو ضمناً، والنزول قد يرد على الحق في التمسك بالبطلان و قد يرد على طلب البطلان نفسه بعد إبدائه، وفي الحالة الثانية يكون النزول شاملاً للطلب والحق معاً، غير أنه غالباً يحدث النزول قبل التمسك بالبطلان، فيرد على الحق في إبداء البطلان¹.

1.1.2.5.2. أنواع النزول

ينقسم النزول عن التمسك بالبطلان إلى نزول صريح يعبر عنه المدعى عليه، ونزول ضمني يستشف من سلوك الخصم في الدعوى.

1- النزول الصريح

هو إعلان من له التمسك بالبطلان إرادته صريحة بالنزول عن حقه في التمسك بالبطلان، ولا يشترط في النزول الصريح أي شكل خاص فيمكن أن يتم شفاهة في الجلسة في مواجهة الخصم الآخر، كما يمكن أن يتم كتابة في مذكرة تعلن للخصم.

2- النزول الضمني

النزول الضمني هو سلوك من الخصم يدل على استعداده لتحمل آثار العمل المعيب² أي سلوك يدل ضرورة على إرادة من قام به في النزول عن

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 530.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 610.

التمسك بالبطلان، فدخول الخصم في مناقشة موضوعية مع خصمه يعني تنازله ضمنا عن التمسك بالبطلان لعيب شكلي¹.

2.1.2.5.2. شروط النزول

- 1- يجب أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالبطلان فنزول الغير لا يجدي، ويصح نزول المحامي بصفته وكيلًا عن الخصم طالما كان توكيله يبيح له ذلك على اعتبار أن المحامي له وكالة عامة في القضية².
- 2- يجب أن تتوافر فيمن يتنازل عن التمسك بالبطلان أهلية التقاضي، فالقاصر الذي ليست لديه أهلية التقاضي ليس أهل للنزول عن الحق.
- فإذا تنازل عن الحق في البطلان، كان تصرفه باطلا لنقص أهليته ولا يترتب آثاره في زوال البطلان³.
- 3- يجب أن تتوفر الإرادة ليصح التنازل، سواء كانت صريحة أو ضمنية، ولا تستشف الإرادة الضمنية إذا كان المتنازل لا يعلم بالعيب الإجرائي⁴.
- وإن حدث النزول فلا يشترط قبول الخصم الآخر له، ليرتب آثاره القانونية، إذ أن النزول ليس من قبيل التنازل عن الخصومة المنصوص عليه في المادة 231 قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعلق على قبول الخصم، إذ ليس هناك ضرر يلحقه من جراء النزول، بل العكس هو لفائدته المحضة.

3.1.2.5.2. نطاق النزول

يمكن النزول عن البطلان أيا كان سببه، سواء أكان لعيب في الشكل أم كان غير ذلك، وإنما يحدد نطاق النزول فكرة النظام العام، فإذا كان البطلان غير

1- "Le plaideur peut aussi renoncer volontairement à prévaloir de toute nullité pour vice de forme, il lui suffit d'accepter le débat sur le fond".

Emmanuel Blanc, Nouveau code de procédure civile, commenté dans l'ordre des articles, Paris 1985, P 127.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 681.

3- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 311.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 681.

متعلق بالنظام العام، فإن النزول عن الحق في التمسك به يكون جائزا وفي هذه الحالة نفرق بين وضعين:

1- أن يكون الحق في التمسك بالبطلان قد أعطاه القانون لشخص واحد، فإن نزول هذا الشخص يؤدي إلى تصحيح العمل أي إلى زوال البطلان¹.

2- أن يكون القانون قد أعطى الحق في التمسك بالبطلان لأكثر من شخص مع تعلقه بالمصلحة الخاصة، هنا يعتبر نزول أحد أصحاب الحق صحيحا، ولكنه لا يرتب أثرا إلا بالنسبة له ولا يحرم الآخرين من حقهم في التمسك بالبطلان².

أما إذا تعلق البطلان بالنظام العام، فأن نزول ذي المصلحة عن التمسك بالبطلان لا ينتج أي أثر حتى بالنسبة له، فيجوز له بعد نزوله أن يتمسك بالبطلان، ويجوز ذلك لغيره من ذوي المصلحة والمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بالبطلان.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص عن النزول عن التمسك بالبطلان، أي لم ينص على النزول الصريح، وإنما أخذ بالنزول الضمني والذي يمكن أن نستشفه من خلال أحكام المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: «يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها، ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته».

وهو ما يعني أن المشرع الجزائري اعتبر المناقشة في الموضوع مع وجود عيب شكلي يؤدي إلى البطلان، اعتبرها من قبيل التنازل عن الدفع أو عن إثارة البطلان، أي أخذ بالنزول الضمني وما يؤكد ذلك المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: «يجب إثارة الدفع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول».

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 681.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 682.

وعلى اعتبار الدفع بالبطلان من الدفع الشككية وبالرجوع إلى الترتيب الذي وضعه المشرع للدفع الشككية فإنه يتضح أن الدفع بالبطلان إذا ما تم تقديمه بعد أي دفع آخر، فإنه سوف يصطدم بعدم قبوله، أي أن من كان لديه أن يدفع بالبطلان قد تنازل ضمناً عن التمسك به في حالة إثارة دفع آخر ولو كان دفع بعدم القبول.

4.1.2.5.2. أثر النزول

إذا نزل الخصم عن التمسك بالبطلان ترتب على نزوله عدم إمكانية التمسك بالبطلان الذي نزل عنه بأية وسيلة ولا في أي درجة من درجات التقاضي¹.

على أن النزول لا يؤدي إلى إجازة ارتكاب نفس المخالفة مرة ثانية، فإذا تكرر العيب في عمل آخر من أعمال الخصومة كان لذي المصلحة أن يتمسك ببطلان العمل الجديد، ولو كان قد سبق أن نزل عن التمسك ببطلان العمل الأول الذي كان مشوباً بنفس العيب².

وإذا كان البطلان مقرراً للمتداول وحده، فإنه يترتب على النزول تصحيح العمل، أمّا إذا كان مقرراً لمصلحة أكثر من خصم فإن نزول أحدهم عن حقه في التمسك بالبطلان يترتب عليه زوال حق هذا الخصم، دون أن يؤثر هذا في حقوق الآخرين وهذه هي قاعدة الأثر النسبي للنزول³، وتسري هذه القاعدة حتى ولو كان تضامناً بين أصحاب الحق، إذ أن التضامناً يقوم فيما ينفع وليس فيما يضر.

وإذا ترتب على النزول تصحيح العمل الباطل، فإن هذا الأثر يترتب بأثر رجعي فيعتبر أن العمل كان دائماً صحيحاً⁴.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 684.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 320.

3- د/ مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص 279..

4- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 79.

2.2.5.2. الوقائع القانونية المصححة

بالإضافة إلى حالات النزول عن التمسك بالبطان والتي يرجع التصحيح فيها إلى إرادة الخصم سواء كانت ضمنية أو صريحة هناك حالات يتم فيها التصحيح نتيجة تحقق واقعة قانونية معينة¹.

وقد أدى تعدد هذه الحالات إلى طبيعة الأعمال الإجرائية وانتظامها في عمل مركب (الخصومة) يهدف إلى غاية نهائية هي تطبيق القانون بالرغبة في تحقيق هذه الغاية بسرعة كما أدت إلى التضيق من حالات البطان تؤدي إلى وجوب التخلص من هذه الحالات عند ظهورها بأسرع وقت، ولا شك أنه مما يعرقل الخصومة عن أداء وظيفتها، ويشيع الاضطراب أن يبقى للخصم الحق في التمسك ببطان عمل إجرائي تم في بدء الخصومة، إذ يؤدي هذا إلى أن يبقى مركز خصمه مهتدا مدة طويلة لا يعرف أثناءها هل سيتمسك الخصم الأول بالبطان أم لا، وبالتالي لا يستطيع الخصم الآخر أن يعرف ما إذا كانت الأعمال الإجرائية التي يقوم بها هو تعتبر صحيحة أم أنها تعتبر باطلة نتيجة اعتمادها على أعمال سيطلب بطلانها ويحكم به.

ولا شك أن السماح بهذا يؤدي إلى تشجيع الخصم سيء النية الذي يمكن أن يستغل حقه فلا يتمسك به إلا في مرحلة نهائية من الخصومة عندما يتبين له أنه سيخسر القضية.

وبهذا يضيع الوقت والمال على خصمه دون فائدة، فالسماح بالتمسك بالبطان في أي وقت تشجيع للشكليات الضارة².

وقبل أن نتطرق إلى حالات التصحيح بقوة القانون، يتعين أن نعرض على التمييز بين النزول وبين الوقائع القانونية المصححة.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 686.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطان، مرجع سابق، ص 80.

فالنزول سواء كان صريحا أو ضمنيا يتطلب إرادة من المتنازل سواء أعلن عنها صاحبها صراحة أو ضمنا، ومن دون ثبوت هذه الإرادة لا يمكن الكلام عن النزول بالمعنى الصحيح.

أما الحالات تصحيح البطلان بقوة القانون فإن زوال البطلان فيها لا يرجع إلى إرادة الخصم وإنما يرجع إلى واقعة قانونية محددة¹، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

1- إن حالات التصحيح بقوة القانون لا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها، ذلك أن هذه الحالات ترد على خلاف القواعد العامة ضد مصلحة صاحب الحق، ولا يجوز حرمان صاحب الحق من حقه إلا بنص صريح².

2- إذا كان لقاضي الموضوع سلطة في تقدير حالات النزول أي في بحث الوقائع ليستخلص منها إرادة النزول الضمني، فليس له بشأن بيان الوقائع التي يحددها القانون لتصحيح أي سلطة تقديرية³.

3- يترتب التصحيح في حالات الوقائع القانونية المصححة بمجرد تحققها وذلك بصرف النظر عن نية من تنسب إليه الواقعة، ولهذا فإن البطلان يزول بتحققها ولو أعلن الشخص صراحة نية عكسية، كما يترتب أثرها ولو كان من تنسب إليه الواقعة على غير علم بسبب البطلان أو كان غير أهل للنزول⁴.

1.2.2.5.2. وجوب إبداء الدفع بالبطلان قبل التطرق للموضوع

من القواعد المقررة في الأعمال الإجرائية أن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي، وعلى هذا الأساس يجب إثارته أو إبداءه قبل التطرق لموضوع الدعوى⁵،

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 686.

2- أنظر السنهاوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 497.

3- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 111.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 686.

5- الأصل التاريخي لهذه القاعدة، يرجع للأمر الملكي الصادر في فرنسا سنة 1367، فقبل هذا التاريخ لم تكن تلك القاعدة موجودة، وكان وكلاء الدعاوى يعملون في كتابة صحف الدعاوى التي يرفعونها وبالتالي كانت حالة البطلان

وفي هذا الصدد نصت المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجب إثارة الدفع الشككية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول وذلك تحت طائلة عدم القبول».

وهذه القاعدة ترمي إلى الحد من البطلان المقرر للمصلحة الخاصة، ذلك أنه من العدالة عدم ترك المدعي مهدها بالدفع بالبطلان وسائر الدفع الشككية الأخرى في جميع مراحل التقاضي، وليس مما يتفق مع مبدأ فعالية الإجراءات والاقتصاد فيها أن يصدر حكم يكون مهدها بالزوال لبطلان الإجراءات التي يصدر من خلالها.

فحسن سير القضاء يفرض التخلص من العيوب الشككية من البداية، وإن كان ذلك يبدو لأول وهلة أنه مساس بحقوق الخصم، إلا أن الأمر في الحقيقة ليس هو، إذ في السماح بالتمسك بالعيب الشكلي في أي وقت فيه إهدار للوقت والجهد والإطالة للإجراءات بلا جدوى،

حيث يمكن أن يفاجئ الخصم بعد وقت طويل استغرفته الدعوى بزوالها وجميع إجراءاتها نظرا لوجود عيب في الشكل، كان الأجدر بالخصم الذي يحافظ على مصالحه أن يتمسك به من البداية، فالأمر يتصل في المقام الأول بتنظيم مرفق القضاء¹ والحفاظ على حقوق الخصوم وليتمشى مع سياسة التشريعات الحديثة التي ترمي إلى الحد من البطلان.

وإن لم يتم احترام هذه القاعدة أي الترتيب في إثارة الدفع بالبطلان، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدفع بالبطلان، فالترتيب يعتبر بمثابة شرط خاص لقبول الدفع بالبطلان وسائر الدفع الشككية الأخرى، باعتبار أنه يتعلق بوقت حدده المشرع لاستعمال هذه الدفع.

ولا يترتب على عدم احترام ميعاد تقديم الدفع بالبطلان عدم قبوله من طرف المحكمة، بل يترتب عليه أيضا سقوط الحق في إبداءه بعد ذلك، لأن

=كثيرة، حيث كان من الجائز التمسك ببطلان الإجراءات من جديد بعد أن تكون الخصومة قد أوشكت على الوصول إلى نهايتها، ولمحاربة هذا الموضوع الذي لا يتفق مع مقتضيات العدالة صدر الأمر الملكي المشار إليه ملزما المحامين بعدم التكلم في الموضوع قبل تصفية جميع المسائل المتعلقة بالشكل، أنظر/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ص 79.

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 81.

السقوط هو الجزاء الحتمي كلما ربط القانون حقا إجرائيا بميعاد أو ترتيب زمني معين¹، وهذا الجزاء يتعلق بالنظام العام، فيجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم الذين لا يجوز لهم التنازل عن هذا الجزاء "سقوط الحق في البطلان، صراحة أو ضمنا"².

ذلك أن هذه القاعدة مقررة لتنظيم أداء المحاكم لوظيفتها عند نظر الدعاوى بهدف الإسراع في منح الحماية القانونية والحيلولة دون تعطيل الإجراءات، وهي اعتبارات تمس المصالح العامة، وطالما أن القاعدة متعلقة بالنظام العام فإن جزاء مخالفتها يعد من النظام العام كذلك³.

فيجب التمسك بالبطلان المقرر للمصلحة الخاصة قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، والبطلان لعيب في الشكل يجب أن يتم التمسك به باعتباره دفعا إجرائيا قبل أي دفاع في الموضوع أو بعدم القبول، ولو كان يستند لقواعد متعلقة بالنظام العام.

فالبطلان لعيب في الشكل يثار أولا بأول بمجرد حدوثه، فإذا أثير بعد إبداء دفاع في الموضوع أو بعد إبداء دفع بعدم القبول فإنه لا يعتد به ويعتبر الإجراء صحيحا، ولقد نصت المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يمكن إثارة الدفع بالبطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها، ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته».

أي من خلال استقراءنا لنص المادة السالفة الذكر فإنه بمجرد التطرق للموضوع أو إبداء وجه عدم القبول يحرم المدعى عليه من إمكانية إبداء الدفع بالبطلان الذي كان من حقه أن يتمسك به، والكلام في الموضوع هو واقعة قانونية

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 427.

2- د/ وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 427.

3- أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 88.

حددها المشرع كوسيلة فنية لأعمال جزاء سقوط الحق في التمسك بالدفع الشكلي¹.

ما الذي يعتبر تطرق للموضوع وما هو غير ذلك؟

- يعتبر إبداء الطلبات القضائية تعرضا للموضوع ويسقط الحق في الدفع بالبطلان، فمجرد إبداء المدعى عليه أي طلب متعلق بالموضوع يعتبر تعرضا للموضوع سواء كان الطلب عارض في الخصومة أو طلب بأدلة الموضوع، كطلب سماع شهود أو التحقيق.

كما يعتبر تطرق للموضوع طلب تأجيل لتقديم أدلة إثبات إبراء الذمة مثلا أو طلب تأجيل للصلح أو لإدخال الضامن مثلا².

- ولكن لا يعتبر تعرضا للموضوع طلب التأجيل للاطلاع على الملف أو لتقديم مستندات دون تحديد مضمونها، إذ يكون الغرض من التأجيل مجرد تمهيد لإبداء دفع إجرائي، ولهذا فإن طلب التأجيل للاطلاع على تقرير الخبرة لا يعتبر تعرضا للموضوع.

فيجب أن يكون الطلب حتى يعتبر تطرقا للموضوع، جازما ودالا بوضوح على أن الخصم الذي تقدم به يناقش موضوع الدعوى وذلك سواء قصد الخصم بنشاطه النزول عن الدفع بالبطلان أو لم يقصد أو لم ينتبه إلى حقه فيه³.

أما إذا صدر من الخصم مجرد عبارات عامة شائعة أو صدر الطلب غامضا في دلالاته على مناقشة الموضوع فلا يعد بمثابة تعرض للموضوع، أي إذا تمسك الخصم في البداية بالبطلان فإنه يجوز له أن يتكلم في الموضوع بعد ذلك بصفة احتياطية فهو في نفس الوقت الذي يتمسك فيه بالبطلان يبيدي طلبات في الموضوع على سبيل الاحتياط Subsidairement طالما أنه قد تمسك بالبطلان على نحو يمكن القاضي من الفصل فيه⁴.

1- أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 622.

2- د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 419.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 694.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 694.

ومن جهة أخرى فإن إبداء دفعه بعدم القبول يعتبر تعرض للموضوع يمنع من التمسك بالبطلان، لأن التمسك بها ينكر سلطة خصمه في إقامة الدعوى وسلطة المحكمة في نظرها، وبالنتيجة فإنه يعتبر تسليماً من المدعي عليه أن ما اتخذته المدعى من إجراءات صحيحة.

ويستوي في ذلك أن يتعلق عدم القبول بالموضوع (عدم قبول بسبب سبق الفصل) أو بالإجراءات (عدم قبول بسبب انقضاء الأجل).

أما الدفع الإجرائية الأخرى وما إذا كان إبدؤها يعتبر تعرضاً للموضوع أم لا، فإن ذلك تحكمه قاعدة أخرى مؤداها أن جميع الدفع الإجرائية يجب أن تبدى معاً، في بداية النزاع وبالتالي فإن إبداء بعض تلك الدفع دون أن يكون من بينهما الدفع بالبطلان، يسقط حق الخصم في التمسك بهذا الدفع¹، وهو ما يقصد به المشرع في المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنص: «...يجب إثارة الدفع الشككية في آن واحد...».

معنى ذلك أن إبداء أي طلب في الموضوع أو دفع يعتبر بمثابة تعرض للموضوع يسقط الحق في التمسك بالبطلان، وكل رد على الإجراءات الباطلة سواء في أول درجة أو في الاستئناف باعتبارها صحيحة يعتبر تعرضاً للموضوع يسقط الحق في التمسك بالبطلان.

تضمن نفس المذكرة الدفع بالبطلان والدفع الموضوعي

وإذا حدث أن قدم الخصم مذكرة واحدة وأبدى فيها الدفع بالبطلان وفي نفس الوقت أو في نفس الوثيقة تطرق للموضوع، فإن الاتجاه القضائي² يميل إلى ضرورة أن يسبق الدفع بالبطلان الكلام في الموضوع من الناحية المكانية في المذكرة، فلا يوجد أي نص يمنع تقديم الدفع الإجرائية في نفس المذكرة التي يقوم فيها الدفاع الموضوعي، طالما أنه قدم بعدها.

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 77.

2- جانب من الفقه يرى أن ذلك يفقد صاحب التمسك بالبطلان لوروده في نفس الوثيقة مع الدفع الموضوعية، أنظر/ محمد حامد فهمي.

أو أن الدفع في الموضوع أثير في المذكرة على سبيل الاحتياط بمفهوم المخالفة فإن الدفع بالبطلان يسقط إن أعرض الخصم في مذكرته أولاً أوجه الدفع في الموضوع ثم تمسك بالبطلان في نهاية المذكرة.

2.2.2.5.2. وجوب إبداء جميع وجوه البطلان في آن واحد

وحتى لا يطول أمد النزاع على صحة العمل الإجرائي، يجب على الخصوم أن يفحصوا ويدققوا جيداً في الأعمال الإجرائية وأن يبدوا أسباب البطلان المختلفة التي تشوبها مرة واحدة¹، وأن ينتهوا منها معاً بدلاً من تجزئة تصفيتها فيتأخر نظر المنازعات ومنح الحماية القانونية.

وإذا لم تراعي هذه القاعدة - التي هي من النظام العام تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول وجه الدفع الإجرائي الذي يبدي بعد إبداء الأوجه الأخرى وكذا سقوط الحق فيه.

وهذه القاعدة تتعلق بحصر وتركيز الدفع، فلا يمكن للخصم أن يقدم أوجه البطلان التي يستند إليها مجزأة أو على دفعات وإنما يجب أن يقدمها دفعة واحدة أو في آن واحد.

فأسباب البطلان المختلفة يجب أن تثار متعاضده أي تثار مقترنة، فهي لا يمكن إثارتها متتابعة، فالمشرع المصري استعمل كلمة "دفعة واحدة" والقانون الفرنسي استعمل كلمة "متعاضدة" والقانون الجزائري استعمل كلمة "في آن واحد".

ويقصد بوجود البطلان ووسائله، الأسباب المولدة للبطلان، أي الأسباب والأسس التي تدعم الدفع بالبطلان وتؤدي إلى ميلاده وجعله منتجاً في الخصومة وصالحاً لإحداث آثارها التي يبرجوها المتمسك بها².

فمثلاً إذا ما أبدى المدعى عليه دفعا ببطلان عريضة افتتاح الدعوى لرفعها من ناقص الأهلية لم يمثل تمثيلاً صحيحاً، فلا يمكنه بعد ذلك أن يدفع ببطلان نفس العريضة بسبب عيب شكلي فيها.

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 700.

2- أنظر/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص 109.

فمجرد التمسك بوجه بطلان في عمل يسقط الحق في التمسك بوجه البطلان الأخرى التي تشوب نفس العمل، وبالتالي فإنه إذا أبدى الخصم وجهها للبطلان فلا يقبل منه إبداء وجه آخر ولو كان لم يحكم في الدفع الأول.

وبالنتيجة يجب على الخصم في بداية النزاع أن يتمسك بالدفع بالبطلان وأن يضمن دفعه كافة وجوه وأسباب البطلان مرة واحدة، فإذا قدمها شفاهة يجب عليه أن يبدي كل أسباب البطلان قبل انتهاء مرافعته، وإذا تمسك بوجود البطلان كتابة فإنه يجب عليه أن يقدمها جميعاً معاً في ذات المذكرة المقدمة للمحكمة. على أنه إذا حددت المحكمة ميعاد للخصم لتقديم تلك الوجوه، فقام بتقديمها في الميعاد المحدد في مذكرتين فإنه يكون قد قدمها مرة واحدة¹.

3.2.2.5.2. وجوب إبداء الدفع بالبطلان مع سائر الدفوع الشكلية

لا يكفي الدفع بالبطلان قبل التطرق للموضوع، ولا يكفي الدفع لجميع أوجه البطلان في آن واحد، بل يجب أن يبدي قبل الدفع بعدم القبول، لأن إبداء الدفع بعدم القبول يعتبر واقعة قانونية تزيل البطلان وتؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بالبطلان².

لأنه من الأولى أن تبدي جميع الدفوع الإجرائية معاً، وذلك في بداية النزاع باستثناء ما تعلق منها بالنظام العام، باستثناء الدفع بوحدة الموضوع والارتباط الذي يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وكذا الدفع بالبطلان لعيب في الموضوع.

فمواصلة للرغبة في تصفية المشاكل المتعلقة بالإجراءات معاً، وحتى لا يتعطل الفصل في الدعوى، يجب تقديم جميع الدفوع الشكلية معاً ومرة واحدة وفي آن واحد (المادة 50 قانون إجراءات مدنية وإدارية).

وبناء على ذلك فإن البطلان يجب أن يبدي مع سائر الدفوع الشكلية الأخرى، وذلك في بداية النزاع، فإذا أبدى خصم دفوع شكلية في جلسة ولم يبد

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 728.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 89.

معها الدفع بالبطلان سقط حقه في هذا الدفع، ولكن إذا نشأ سببه بعد تقديم الدفع الأخرى فإن حق التمسك بالبطلان لا يسقط¹.

وعلى هذا فيجوز للخصم أن يبدي دفعا شكليا: «بعدم الاختصاص مثلا» في بداية المرافعة ويبدي دفع بالبطلان في آخر تلك المرافعة، كما أن له إبداء دفع شكلي في أول المذكرة ثم يبدي الدفع بالبطلان في آخرها، ولو حتى بعد التعرض للموضوع في نفس المذكرة.

وهذه القاعدة تكمل سابقتها وتهدف جميعا إلى الحد من البطلان بالتخلص من الدفع بالبطلان أو من بعض أسبابه التي لم يثرها الخصم في بداية النزاع، حتى يمكن تصفية كل ما يتعلق بالشكل من البداية مما يسمح بسرعة الفصل في النزاع، على أن هذه القواعد متعلقة بالبطلان المقرر للمصلحة الخاصة دون المتصل بالنظام العام.

4.2.2.5.2. وجوب إبداء الدفع بالبطلان في عريضة الطعن

إذا شاب إجراءات الخصومة أمام المحكمة ما يبطلها، ولم يصحح البطلان لأي سبب بحيث انتقل إلى الحكم، وقام أحد أطراف الدعوى بالطعن في الحكم فإذا أراد أن يتمسك بالبطلان أن يتمسك به في نفس العريضة الذي يطعن بها ضد الحكم.

ويتحدد مضمون هذه القاعدة في وجوب إبداء الدفع بالبطلان الذي لم يسقط في إبدائه في عريضة الطعن في الحكم وإلا سقط الحق فيه² ويسقط الحق في التمسك بالدفع ببطلان إجراءات خصومة الحكم المطعون فيه إذا توافرت في هذه الخصومة عناصر واقعة قانونية مصححة للبطلان، كأن يكون الخصم المحكوم عليه قد حضر في هذه الخصومة وياشر دفاعا موضوعيا أو تقدم بدفع بعدم القبول دون أن يتمسك بالبطلان،

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص 695.

2- د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 419.

إلا أنه إذا كانت المحكمة قد أصدرت في خصومة الحكم المطعون فيه حكماً بعدم قبول الدفع بالبطلان لسقوط الحق في التمسك فيه، فإن المحكوم عليه يستطيع أن يطعن في هذا الحكم وفقاً للقواعد التي يقررها القانون في هذا الخصوص، فإن لم يفعل وتحصن الحكم امتنعت المنازعة في قضاءه بسقوط الحق في الدفع.

كما إذا غاب المدعى عليه نتيجة تكليفه تكليفاً باطلاً أمام محكمة الدرجة الأولى وكان من شأن ذلك أن صدر عليه حكم في موضوع النزاع، فإنه يمكن له أن يتمسك ببطلان التكليف بالحضور عن طريق الطعن في الحكم.

لكن ثبوت هذا الحق له يشترط أن يمارسه في أول مناسبة تعرض له وهي الطعن في الحكم، فإذا ما طعن في الحكم فإنه يجب أن يتمسك بالبطلان في عريضة الطعن (استئناف أو معارضة) فإذا لم يفعل سقط حقه، فلا يقبل منه التمسك بالبطلان بعد ذلك.

كذلك يجب التمسك بالعيوب الشكلية المبطلّة للحكم أو التي تقترب بالتبليغ إذا كان ميعاد الطعن في الحكم يبدأ من تبليغه وكان هذا التبليغ باطلاً، وطعن المحكوم عليه دون أن يتمسك ببطلان التبليغ في عريضة الطعن، سقط حقه في الدفع به وليس له التمسك في بعد ذلك.

ويحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة على ما يلي:

1- إن هذه القاعدة مستقلة عن قاعدة وجوب إيداء الدفع بالبطلان قبل التطرق للموضوع، ولهذا فإن الحق في التمسك بالبطلان يسقط بعدم إيداءه في عريضة الطعن.

2- يستثنى من تطبيق هذه القاعدة الدفوع ببطلان الأعمال الإجرائية لمخالفة مقتضى يتعلق بالنظام العام، ذلك أنه في هذه الحالة القاضي يحكم به من تلقاء نفسه، فيكون تمسك الطاعن بمثابة تنبيه للقاضي.

3- يستثنى من تطبيق هذه القاعدة الدفع بالبطلان التي ينشأ سببها بعد تقديم عريضة الطعن، وهذا منطقي إن لم يكن في استطاعة الطاعن التمسك بها في ذلك الوقت فلم يكن له حق في إبدائها ولا يمكن لحق أن يسقط قبل نشأته¹.

3.5.2. حجية الشيء المحكوم فيه كواقعة مصححة للبطلان

بعدما رأينا كيف يمكن أن يتم تصحيح البطلان بزوال العيب المؤدي إليه، وكيف يمكن تصحيح البطلان مع بقاء العيب وذلك عن طريق الوقائع القانونية المصححة له، فإنه من باب أولى أن تكون لحجية الشيء المقضي فيه أثر في تصحيح البطلان،

ولذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى هذه الحجية من خلال استقراء قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن، مع تبيان كيف لطرق الطعن أن تكون وسيلة للتمسك بالبطلان.

ثم في مطلب ثاني نرى نطاق قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن ومدى سريان القاعدة على كل عيوب الحكم، وأخيرا نرى تقرير البطلان الذي لا يقبل التصحيح بتحديد الوسائل المتاحة للتمسك به والتطرق إلى المحكمة المختصة لنظر دعوى البطلان.

1.3.5.2. قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن²

متى كان الحكم باطلا وقد حاز لحجية الشيء المقضي فيه، يكون من الصعب الرجوع إلى نفس القاضي الذي أصدره من أجل المطالبة بتقرير بطلانه، وهذا نظرا لاصطدامنا بمبدأ أساسي في إجراءات التقاضي ألا وهو استتفاذ المحكمة سلطتها في نظر النزاع بمجرد صدور الحكم.

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 720.

2- د/ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني والإجرائي والموضوعي، مرجع سابق، ص 501.

1.1.3.5.2. شرح القاعدة

ينظم القانون الخصومة القضائية كأداة لتطبيق القانون لحل المنازعات، وهذه الغاية التي يتطلع لها المشرع في كل مجتمع منظم لا يمكن أن تتحقق إلا إذا احترمت الأحكام التي يصدرها القضاة.

من أجل ذلك يحيط المشرع الأحكام باحترام خاص، فيعترف لها بما يسمى بحجية الشيء المحكوم فيه *L'autorité de la chose jugée*.

ومضمون هذه الحجية أن الحكم متى أصدرته الجهة القضائية فإنه يعتبر:

1- عادلا، أي أنه يتضمن إرادة القانون الحقيقية في الحالة المعروضة.

2- صحيحا، أي أنه يوافق النموذج القانوني للحكم وهو نتيجة إجراءات صحيحة¹.

ولهذا إذا صدر الحكم فليس للمحكمة التي نظرت النزاع أو حتى محكمة أخرى أن تعود إلى النظر في نفس النزاع ولا أن تعدل الحكم أو تلغيه، وليس لأحد من الخصوم أن يشكك في عدالة الحكم (من الناحية الموضوعية)، أو في صحته (من الناحية الإجرائية).

على أن هذه الحجية التي تثبت للحكم بمجرد صدوره ليست دائما حجية دائمة، ذلك أنه إذا كان من مصلحة المجتمع ثبات الحقوق لأصحابها واحترام الأحكام التي يصدرها القضاة، فإنه يجب ألا ننسى إحدى الحقائق الثابتة وهي أن القاضي إنسان وأنه غير معصوم من الخطأ.

ومن أجل ذلك حرصت التشريعات المختلفة على فتح طريق الطعن أمام الأحكام، غير أن هذا لم يكن بصفة مطلقة وإنما بصفة منتظمة وفقا لمعايير وشروط وكذا قيود معينة، وبهذا التحديد يمكن المحافظة على ما يجب للأحكام من حجية مع مراعاة علاج ما قد يصدر عن القضاة من أخطاء، ولا يعني أن فتح باب الطعن ضد حكم من الأحكام أنه لا يحوز على حجية بل أنه يحوز الحكم الحجية بمجرد صدوره ولكنها أي الحجية تكون حجية قلقة غير مستقرة².

1- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 98.

2- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع نفسه، ص 754.

وخارج النطاق الذي حدده القانون فلا يجوز الطعن في الحكم بأي طريق وتسري هذه القاعدة سواء كان منازع في عدالة الحكم أو في صحته، ما عدا ما نص عليه القانون من تفسير الحكم أو تصحيح خطأ مادي اكتتفه¹.

وبالنتيجة فلا يجوز كقاعدة عامة رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم كما هو الحال بالنسبة للعقد الباطل، وإذا تمسك الخصم في خصومة قائمة بحكم سبق صدوره لصالحه فلا يجوز لخصمه أن يدفع ببطلان هذا الحكم، إن كان يجب عليه التمسك بالبطلان بطريق الطعن الذي رسمه القانون².

ولا يجوز للمدعي عليه أن يقدم طلبا عارضا مفاده الطعن في بطلان حكم صدر لمصلحة المدعي في خصومة سابقة، وإذا قام المحكوم له بالتنفيذ للحكم فليس للمحكوم عليه التمسك ببطلان الحكم أمام المحضر عند التنفيذ³.

والخلاصة أنه لا يجوز التمسك ببطلان الحكم إلا بطريق الطعن في الأحكام التي نظمها القانون، فإذا استنفذت هذه الطرق أو كان الحكم أصلا لا يقبل الطعن فيه بأي طريق، أو انقضت مواعيد الطعن، ترتب على هذا تصحيح البطلان الذي يشوب الحكم سواء كان بطلان لعيب ذاتي فيه أم لعيب مستمد من بطلان الأعمال الإجرائية السابقة له⁴.

وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية في القوانين الحديثة وهي تمثل النتيجة الإجرائية لحجية الشيء المحكوم فيه⁵.

وهذه القاعدة هي أيضا نتيجة منطقية للصفة العامة للأحكام باعتبارها أعمالا تصدر من أشخاص يمثلون الدولة، وللصفة الإجرائية البحتة لبطلان الأعمال الإجرائية، فالأحكام باعتبارها أعمالا عامة لا يمكن إخضاعها لطرق

1- المواد من 285 إلى 287 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 735.

3- من القواعد المستقرة في هذا الخصوص أنه يمنع على قاضي التنفيذ أن يبحث في صحة الحكم المطلوب تنفيذه لما في ذلك من مساس بحجيته، فقاضي التنفيذ ليس جهة طعن في الأحكام التي تؤول إليه بهذه الصفة سلطة مراقبتها ومراجعتها، أنظر أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، ص 387.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 736.

5- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 760.

الطعن المقررة ضد العقود الخاصة¹ وبطلانها باعتباره بطلاناً إجرائياً يتم في الخصومة لا يجوز التمسك به إلا داخل الخصومة وبالوسائل المقررة فيها.

ولقد أخذ المشرع المصري بهذه القاعدة بصفة ضمنية²، بنصه في المادة 221 مرافعات على فتح باب الاستئناف أمام الأحكام الصادرة بصفة انتقائية من المحاكم الجزئية أو الابتدائية إذا كانت باطلة، وبنصه في المادة 248 مرافعات على إمكان الطعن بالنقض في الأحكام الباطلة.

كما أخذ بالقاعدة أيضاً المشرع الفرنسي صراحة في المادة 420 من مجموعة المرافعات الجديدة والتي طبقاً لها: «لا يجوز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن التي يحددها القانون»³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فباستقراء بعض المواد القانونية يمكن اعتبار أن موقفه مبهم أحياناً ومتناقض أحياناً أخرى، فبالرجوع إلى المادة 338 من القانون المدني نجدها تنص على الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به⁴، التي لا يمكن نقضها ولا تعديلها.

ومن جهة أخرى تنص المادة 283 قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: «لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلاً مراعاة القواعد القانونية».

ومن خلال هذه المادة يستفاد أن المشرع الجزائري هنا قد ضيق من إمكانية اللجوء إلى الطعن في بطلان الحكم دون التطرق إلى الطريق الذي يمكن اتباعه لإثبات أو لإثارة ذلك البطلان.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 736.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 736.

3- النص بالفرنسية:

"La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi".

4- نص المادة: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب".

وفي المقابل تعتبر المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: «يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه».

فهل يعني هذا أن الحكم يأخذ نفس وصف العقد الرسمي المنصوص عليه في المادة 324 من القانون المدني؟ وبالنتيجة فإن الطعن فيه لا يكون إلا بالتزوير كما هو الحال بالنسبة للعقود الرسمية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول إن حادثة المادة 284 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجعلنا ننتظر تصرف المحكمة العليا اتجاهها وما هو الموقف الذي سوف تتخذه إذا ما عرضت عليها مسألة متعلقة ببطلان حكم قضائي.

2.1.3.5.2. طرق الطعن في الحكم كوسائل إبطال

من الناحية النظرية يمكننا تصور تقسيم الطعن ضد الحكم إلى نوعين¹:

النوع الأول: طريق الطعن بالمعنى الخاص، أي طريق يرمي إلى الطعن بمعناه اللفظي أي إلى مهاجمة حكم صدر والتشكيك في صحته أو في عدالته.

النوع الثاني: طريق الطعن لإعادة فحص النزاع وهو طريق لا يرمي إلى الطعن مباشرة في الحكم وإنما يرمي إلى طرح النزاع الذي فصل فيه الحكم أمام قاضي آخر.

والفرقة بين الطريقتين تظهر بصفة خاصة فيما يلي:

1- إن الطعن بالمعنى الخاص يرمي إلى الحصول على حكم في نزاع لم يسبق الفصل فيه وهو النزاع حول عدالة الحكم الأول أو صحته.

أما الثاني فيرمي إلى الحصول على حكم ثان في نزاع سبق الفصل فيه.

2- إن استعمال الطريق الأول يؤدي إلى تغيير حالة قانونية موجودة، إذ يؤدي إلى نشأة خصومة جديدة مختلفة عن الخصومة التي أدت إلى الحكم المطعون فيه، فمحل الأولى النزاع الذي فصل فيه الحكم أما الثانية حول صحة الحكم، والحكم الذي يصدر يختلف لهذا حتما عن الحكم الأول، إن محله مختلف، أما

1- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 270.

استعمال طريق إعادة فحص النزاع فإنه يؤدي إلى منع تمام حالة قانونية لم تتم بعد، فيعد الخصومة التي صدر فيها الحكم المراد تعديله، والحكم الجديد قد يكون مطابقاً للحكم الأول وقد يكون مخالفاً له.

3- يرمي الطريق الأول إلى القضاء على عيوب الحكم ولهذا فإنه لا يجوز استعماله إلا إذا كان الحكم معيباً سواء في صحته أو في حقيقة ما يقضي به ويجب على من يستعمله أن يثبت تعيب الحكم، وإذا كان القانون يجيز هذا الطريق لعيوب معينة فيجب إثبات أن العيب الذي أصاب الحكم من هذه العيوب¹.

أما طريق إعادة فحص النزاع فإنه يوجد في جميع الحالات التي يرى فيها المشرع أن درجة واحدة أو فحصاً واحداً لا يكفي فيكون للمحكوم عليه أن يستعمله ولو لم يكن الحكم معيباً بأي عيب.

1.2.1.3.5.2. طرق الطعن العادية

ما سوف نتطرق إليه هنا هو ليس الدراسة التقليدية لطرق الطعن وإنما ما يهمننا هو دراسة طبيعة كل طعن وإمكانية استعماله كوسيلة إبطال.

1-الاستئناف: الاستئناف كطريق من طرق الطعن وضعته أغلب التشريعات كنظام يرمي إلى إصلاح الخطأ في التقدير الذي يقع فيه القاضي وأساس ذلك أن حكماً واحداً في النزاع لا يكفي لتقديم ضمانات كافية.

أما ما قد يصيب الحكم الأول الصادر في الخصومة من عيوب سواء اتصلت بعدالته أو بصحته فإنها تواجه في الاستئناف بطريق غير مباشر، فالمشرع يفترض أن قاضي الاستئناف لا يقع في الأخطاء التي وقع فيها قاضي أول درجة².

ولهذا فإنه حتى في الحالات التي يكون فيها حكم أول درجة باطلاً، فإن المحكوم عليه الذي يطعن فيه بالاستئناف لا يلزم ببيان أسباب بطلانه، كما أن

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 760.

2- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 120.

قاضي الاستئناف يدخل مباشرة في الموضوع دون حاجة للبحث فيما إذا كان الحكم معيباً أو لا.

فالاستئناف ينظمه المشرع باعتباره طريق إعادة فحص النزاع، إذا استعمل هذا الطريق للتمسك ببطلان حكم أول درجة، أي كطريق طعن بالمعنى الخاص، فإن صفته كطريق إعادة فحص النزاع تستغرق وظيفته كطريق طعن بالمعنى الخاص في الحالات التي يستعمل فيها كذلك¹.

وإذا كانت القاعدة هي تغليب طبيعة الاستئناف كوسيلة لإعادة فحص النزاع حتى في الحالات التي يستعمل فيها كوسيلة طعن بالمعنى الخاص، فإن القانون قد ينص على عدم الأخذ بها في بعض الحالات²:

- إذا رأت جهة الاستئناف أن قاضي أول درجة له ولاية نظر النزاع الذي أنكر اختصاصه الولائي به.

- إذا حكم بالبطلان لعدم توقيع القاضي على الحكم

- إذا كان قاضي أول درجة قد حكم خطأ بانقضاء الخصومة.

- إذا حكمت جهة الاستئناف ببطلان عريضة افتتاح الدعوى أمام أول درجة.

وفي هذه الحالات يخرج الاستئناف عن طبيعته كطريق إعادة فحص النزاع ليعتبر طريق طعن بالمعنى الخاص، ويعتبر الاستئناف خصومة جديدة تنتظر فيها جهة الاستئناف في صحة الحكم أو في عدالته ثم تعيد النزاع الأصلي إلى محكمة أول درجة التي تعتبر أنها لم تستنفذ ولايتها بعد³ ذلك أن القاعدة الأساسية في التقاضي هو مبدأ التقاضي على درجتين ويقصد بالاستئناف إعادة فحص النزاع، ولهذا فإن جهة الاستئناف لا تستطيع أن تنتظر في النزاع إلا إذا كان قد سبق نظره من محكمة أول درجة.

ولا يهم هنا ما إذا كان قاضي أول درجة قد أصدر حكماً صحيحاً أم باطلاً، عادل أم غير عادل.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 746.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 747.

3- د/ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 608.

فإذا كانت محكمة أول درجة لم تنظر النزاع، فإن جهة الاستئناف لا تستطيع أن "تعيد" نظر النزاع، ومثل ذلك إذا كان حكم أول درجة قضى ببطلان عريضة افتتاح الدعوى أو قضى بانقضاء الخصومة أو سقوطها، ففي هذه الحالات لم تنظر المحكمة في النزاع، ولذلك فإن جهة الاستئناف تلغي حكم أول درجة إذا كان معيب وتحيل القضية إلى محكمة أول درجة لتقضي فيها¹.

وفي هذه الحالات يتخذ الاستئناف صورة طريق طعن بالمعنى الخاص ويخرج عن طبيعته كوسيلة لإعادة فحص النزاع، وبالنتيجة فإن البطلان الذي يمكن التمسك به بطريق الاستئناف هو البطلان الذي يشوب الحكم المستأنف أو يشوب أحد الأعمال الإجرائية السابقة عليه، وهنا يمكن أن نفرق بين وضعيتين:

1- أن يكون المستأنف لم يتمسك بالبطلان أمام محكمة أول درجة، وفي هذه الحالة يكون له أن يتمسك به لأول مرة أمام جهة الاستئناف، ولكن بشرط أن يكون حقه في التمسك بالبطلان لم يزل لأي سبب، أي بعبارة أخرى أن يكون البطلان لم يصح بأي طريق، فإذا كان البطلان قد صحح بأحد أسباب التصحيح التي سبق ذكرها سواء كان التصحيح يرجع إلى زوال العيب أم تصحيحاً ثم رغم بقاء العيب بالنزول أو بواقعة قانونية مصححة، فإنه لا يجوز للخصم التمسك بالبطلان².

وعلة هذا أن المستأنف يحتفظ بحقه في إيداء سائر دفعه التي لم ييدها أمام أول درجة ما دام لم يسقط حقه.

2- أن يكون المستأنف قد سبق له التمسك بالبطلان أمام أول درجة، ورفض القاضي الدفع في هذه الحالة يكون المستأنف أن يتمسك بالبطلان ولو كان قد تحقق سبب من أسباب التصحيح، ما دام هذا السبب قد حدث بعد تمسك بالبطلان أمام أول درجة وكان لا يرجع إلى إرادته.

2-المعارضة: المعارضة طريق من طرق الطعن العادية، ينظمها المشرع في الأحكام الغيابية باعتبارها طريقاً لإعادة فحص النزاع من نفس القاضي الذي

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 749.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 97.

أصدر الحكم، ويمكن مع هذا للمعارض أن يتمسك في عريضة الطعن بالمعارضة ببطلان الحكم أو بطلان الأعمال الإجرائية السابقة له وخاصة محضر التكليف بالحضور.

على أن صفة المعارضة كطريقة لإعادة فحص النزاع تستغرق صفتها كوسيلة للتمسك بالبطلان في الحالات التي تستعمل للتمسك به.

ولذلك فإن كان الحكم المعارض فيه باطلا يكفي أن يثبت المعارض أن هذا الحكم قد صدر ضده غيابيا لتقبل معارضته، وإن كان قد يضطر في سبيل هذا إلى إثبات بطلان محضر التكليف بالحضور¹.

وبالتالي فإن في هذه الحالة لا يطرح الإشكال الذي طرح في الاستئناف فيما يخص الفصل في النزاع، بل ما دامك النزاع يرجع برمته أمام قاضي الدرجة الأولى الذي يبقى مختصا للفصل في الشكل والمضمون، أي في مسألة البطلان وفي النزاع من حيث هو.

2.2.1.3.5.2. طرق الطعن غير العادية

1-الطعن بالنقض: يمكن التمسك ببطلان الحكم سواء كان البطلان لعيب ذاتي أم لعيب مستمد من بطلان الأعمال الإجرائية السابقة على الحكم، وذلك بطريق الطعن بالنقض، ويشترط لهذا أن يكون الحكم نهائيا ويعتبر الطعن بالنقض طريقا للطعن بالمعنى الخاص.

ولهذا فإنه يجب على الطاعن أن يثبت العيب الذي يبرر قبول الطعن أي الذي يؤدي إلى البطلان وعلى جهة النقض أن تبدأ بالنتيبت من وجود العيب، ثم تبطل الحكم المطعون فيه.

وفي جميع الأحوال تقوم محكمة النقض بإبطال الحكم المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف على نفس الجهة مشكلة تشكيلة مغايرة أو على جهة أخرى من نفس النوع والدرجة ولا يتعدى لموضوع النزاع ما عدا في الاستثناءات الواردة في المادة 374 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- د/ أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 750.

وبالنتيجة فإن البطلان الذي يمكن التمسك به بطريق الطعن بالنقض نوعين¹:

النوع الأول: بطلان كان سببه موجود قبل صدور الحكم المطعون فيه وهذا البطلان لا يمكن أن يكون بطلاناً لعيب ذاتي في الحكم إذ مثل هذا العيب لا يتبين قبل صدور الحكم فيقصد به إذن البطلان الذي يشوب الأعمال الإجرائية التي سبقت الحكم²، إذا كان هذا البطلان قد أثر في الحكم فأدى إلى بطلانه بالارتباط³، ولمعرفة إمكانية التمسك بهذا البطلان أمام محكمة النقض نفرق بين وضعين:

1- أن يكون هذا البطلان قد سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ولكن هذه المحكمة قضت بصحة العمل في هذه الحالة يمكن التمسك بالبطلان من جديد أمام محكمة النقض إلا إذا كان الخصم الذي كان قد طلب البطلان قد قبل الحكم الذي رفض طلبه، ويكون له التمسك بالبطلان ولو تحقق سبب من أسباب التصحيح ما دام هذا السبب لا يرجع لإرادته.

2- أن يكون البطلان لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع وهذا البطلان لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط⁴.

2-1- ألا يكون البطلان قد صحح بأي سبب من أسباب التصحيح، فإذا كان البطلان قد صحح فلا يمكن التمسك به.

2-2- أن يكون البطلان متعلق بالنظام العام، فالقاعدة أنه لا يجوز تقديم أسباب أو وسائل جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض ولا يستثنى من هذا إلا الوسائل

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 760.

2- العيب الذي يشوب الإجراءات السابقة ويؤدي إلى بطلانها قد يكون عيباً موضوعياً مثل ما يتعلق بالأهلية أو التمثيل القانوني، وقد يكون عيباً شكلياً مثل عدم شمول عريضة افتتاح الدعوى البيانات التي يجب توافرها.

3- المقصود من عبارة "أثر في الحكم" هو أنه أدى إلى بطلان الحكم، ولهذا فإن بطلان الإجراءات السابقة لا يكون سبباً للطعن بالنقض إلا إذا كان قد أدى إلى بطلان الحكم، "أنظر أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 771.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 761.

المتعلقة بالنظام العام، ذلك أن قاضي الموضوع كان يجب عليه إثارتها من تلقاء نفسه، فإذا لم يكن قد فعل فقد أخطأ، والوسائل المتعلقة بالنظام العام يمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها.

ولهذا فإنه يمكن التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض، أما البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة فلا يمكن التمسك به لأول مرة أمام النقض ولو كان لم يصح بأي سبب من أسباب التصحيح¹.

2-3- ألا يكون التمسك بالبطلان مثيرا لجدل موضوعي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع، فمحكمة النقض ليس لها أن تثير مسائل موضوعية، وإنما يجب عليها أن تقتصر على رقابة محكمة الموضوع في تطبيق القانون.

2-4- أن يكون سبب البطلان مستفادا من أوراق قدمت إلى محكمة الموضوع، ذلك أن أساس التمسك بالبطلان هو تعلقه بالنظام العام ووجوب قيام محكمة الموضوع بإثارتها من تلقاء نفسها، ولم يكن لمحكمة الموضوع أن تثير بطلانا غير مستفاد من الأوراق التي قدمت لها².

النوع الثاني: بطلان لم يكن سببه موجود قبل صدور الحكم المطعون فيه:

وهذا هو البطلان الذي يشوب الحكم لعيب ذاتي وهو قد يتعلق بالحكم كنشاط كأن لم تسمع المحكمة النيابة العامة حيث يجب سماعها، أو إذا صدر الحكم من هيئة خولف القانون بشأن تكوينها، وهذا البطلان يمكن التمسك به بطريق الطعن بالنقض دون نظر لما إذا كان يتعلق بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ودون إمكان القول بأن الأمر يتعلق بسبب جديد أو وسيلة جديدة.

والشرط الوحيد لإمكان التمسك به ألا يكون المحكوم عليه قد قبل الحكم³ ويلاحظ أنه لا يجوز التمسك بالبطلان بطريق الطعن بالنقض إلا بالنسبة للبطلان الذي يشوب حكم محكمة ثاني درجة، أما البطلان الذي يشوب حكم أول درجة فإنه لا يجوز التمسك به بالطعن بالنقض، وإذا كان قد طعن أول درجة

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 113.

2- د/ أحمد هندي، مرجع نفسه، ص 113.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 764.

بالاستئناف واستتدت عليه جهة الاستئناف رغم بطلانه، فإن الحكم محل الطعن بالنقض يكون حكم محكمة جهة الاستئناف وليس حكم أول درجة¹.

2- التماس إعادة النظر: يعتبر التماس إعادة النظر طريق طعن بالمعنى الخاص أي الطعن الذي يرمي إلى معالجة الحكم والتشكيك في صحته وقد نظمته المشرع لمواجهة عيوب معينة عددها بموجب المادة 391 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتهمنا إذا كانت تؤدي إلى البطلان.

2-1- إذ بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

هنا تجدر الإشارة إلى أن الحالة البديهية للمطالبة ببطلان الحكم هي إثبات التزوير في وثائق اعتمد عليها القضاء في إصدار الحكم محل الطعن بالالتماس.

ويتعين ذلك أن يكون بموجب حكم قضائي جزائي فالحكم القضائي الجزائي الذي يثبت أن الوثيقة المزورة هو الوحيد الكفيل باعتبار أن الحكم المطعون فيه بالالتماس صدر مستندا على وثيقة مزورة وبالنتيجة فهي باطلة وتفعيل بذلك قاعدة كل ما بني على بطل فهو باطل.

2-2- إذا اكتشف بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم وفي هذا البند لا نرى ما يمكن أن ينتج عنه بطلان الحكم أو مجال للتمسك بالبطلان بمناسبة الطعن بالتماس إعادة النظر.

2.3.5.2. نطاق قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن

بعدما نظرنا إلى مفهوم قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن، ونظرنا لطرق الطعن سواء العادية أو غير العادية كيف لها ان

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 764.

تكون وسائل لترتيب أثر البطلان على الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي فيه، سوف نرى نطاق هذه القاعدة من حيث الأعمال ومن حيث العيوب.

1.2.3.5.2. نطاق القاعدة من حيث الأعمال

على اعتبار أنه ليست كل أعمال القضاء تحوز على حجية الشيء المقضي فيه، فلا تترتب الحجية إلا على طائفة محددة منها ويتحدد نطاق أعمال قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن وفقا لذلك، فما يحوز الحجية من أعمال القضاء تطبق القاعدة في شأنه، ويختلف وجه أعمال القاعدة لتخلف مفترضها بالنسبة لأعمال القضاء التي لا تحوز الحجية.

1.1.2.3.5.2. تسري القاعدة على الأعمال التي تحوز الحجية

لا تسري القاعدة إلا على أعمال القضاء التي تحوز حجية الأمر المقضي وأن الحجية هذه لا تثبت إلا لأعمال الحماية القضائية¹ أي التي تفصل في الدعاوى المقامة أمام القضاء².

ولأن حجية الأمر المقضي أثر للعمل الذي يمنح الحماية القضائية فإنها تكون أثرا على العمل القضائي دون غيره من الأعمال القانونية، ولهذا فإنه من المسلم به أن العمل التشريعي أو العمل الإداري مثلا لا يرتبان هذه الحجية³.

فتكون الحجية للعمل القضائي سواء تضمنت قضاء مدنيا أو جزائيا ومن المستقر عليه أن الحجية لا تثبت للعمل القضائي إلا إذا صدر في حدود الولاية القضائية للجهة التي أصدرته، فالعمل الصادر خارج حدود ولاية القضاء لا حجية

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 773

-H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, op.cit., P 840.

2- يجب التفرقة بين أعمال الوظيفة القضائية التي يقوم بها القضاء وأعمال الإدارة التي يباشرها لتنظيم أداء هذه الوظيفة، فهناك أعمال الوظيفة القضائية Les actes juridictionnels والأعمال الإدارية بغرض التنظيم في مرفق القضاء وترمي إلى ضمان حسن أداء خدمة العدالة،

=La bonne administration du service judiciaire avec des actes ou mesures d'administration judiciaire.

3- أحمد ماهر زغلول، الوجيز في أصول قواعد المرافعات، ج 1، التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص، الطبعة الأولى، 1991.

له، أما إذا صدر الحكم من جهة قضائية لها ولاية إصداره فإن الحكم يحوز الحجية اللازمة.

على أن الحجية لا تثبت لجميع الأعمال القضائية، فهي من ناحية لا تكون لأعمال التنفيذ الجبري رغم أنها أعمال قضائية، إذ هذه لا تحتوي على عنصر القرار¹، كذلك بالنسبة لأعمال خصومة التحقيق، ولهذا فإن ما يقرره القاضي بالنسبة لما يعرض أمامه من مشاكل إجرائية أو موضوعية، سواء تعلق الأمر بالواقع أو بالقانون ليس له حجية الأمر المقضي، ذلك أن مثل هذه القرارات ماهي سوى تحضير للعمل القضائي الفاصل في الدعوى، فهي لا تمنح أية حماية قضائية.

وهذه القرارات بعضها لا يلزم القاضي الذي أصدرها، فله أن يعدل عنها، كما له ألا ينفذها، وإن نفذها فلا يتقيد بنتيجتها عند الفصل في الدعوى، ومن أمثلة الأحكام المتعلقة بالتحقيق الحكم بنذب خبير أو بالانتقال للمعاينة، وفي هذا لا يوجد أي خلاف على أنها لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه (المادة 298/2 قانون إجراءات مدنية وإدارية).

ولكن هناك من الأحكام التي لا تفصل في الدعوى ومع هذا تلزم القاضي الذي أصدرها فلا يجوز له العدول عنها، ومن هذه الأحكام التي تفصل في مسائل إجرائية، كالحكم ببطلان إجراءات التكييف، أو الحكم برفض الدفع بالبطلان، والحكم بسقوط الخصومة إلى غير ذلك من الأحكام.

فبالنسبة للفقه التقليدي² فإنه يرى أن هذه الأحكام تحوز حجية الأمر المقضي فيه وذلك على أساس أنها تحسم النزاع في المسائل التي فصلت فيها، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة العدول عما قضت به فيها وليس للخصوم بعد ذلك إثارتها من جديد.

1- أحمد ماهر زغلول، المرجع نفسه، بند 34 وما يليه.

2- د/ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند 540.

بينما يرى البعض الآخر¹ أن النتائج في ذاتها صحيحة لكنها لا ترتبط بالضرورة بحجية الشيء المقضي فيه وإنما ترتبط بنظام قانوني آخر هو استنفاد القاضي لسلطته.

ويعتبر أن هذا النظام يختلف عن حجية الشيء المقضي، على أن حجية الشيء المقضي تتعلق بالحماية القضائية وأن مثل هذه الأحكام لا تفصل في الدعوى وبالتالي لا تمنح أية حماية قضائية، فإنه يجب القول إن نظام الحجية لا ينطبق عليها.

ويترب على ذلك نتيجة هامة، وهي أن هذه الأحكام لا يجوز المساس بها بالنسبة للخصومة التي صدرت فيها، ولكن ليس لها أي قوة خارج هذه الخصومة فالحكم الصادر ما قبل الفصل في الموضوع هو حكم لا يجوز المساس به في الخصومة التي صدر فيها أيا كانت درجة التقاضي التي صدر فيها، ولكنه لا حجية له خارج هذه الخصومة².

ومنه تثبت الحجية للحكم الفاصل في الدعوى بمجرد صدوره، ولو كان قابلاً للاستئناف (المادة 396 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

2.1.2.3.5.2. لا تسري القاعدة على الأعمال التي لا تحوز الحجية

ينحصر تطبيق قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان الحكم بغير طرق الطعن على الأعمال التي تحوز حجية الأمر المقضي فلا تطبق القاعدة على الأعمال التي لا تحوز الحجية ومن بين هذه الأعمال سوف نذكر منها من لا تحوز الحجية فلا تطبق عليها القاعدة وهي:

1- الأحكام القطعية التي لا تفصل في الموضوع: ومن بين هذه الأحكام الحكم الصادر في مسألة الاختصاص أو الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فهذه الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وإن كانت صفتها القطعية تؤدي إلى استنفاد سلطة المحكمة في خصوص ما قضت به، فليس لها

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 640.

2- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 166.

أن تقيد النظر فيها، فلا يجب أن يختلط الاستتفاذ بحجية الأمر المقضي فيه المادة 297 قانون إجراءات مدنية وإدارية تنص: «يتخلّى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم».

2-الأحكام غير القطعية: ومن بين هذه الأحكام التي تتعلق بسير الخصومة، فليس لأي من هذه الأحكام أية حجية، مثل ذلك رفض الدعوى شكلاً والحكم المتعلق بسماع أطراف الدعوى كالتحقيق فيمكن للقاضي الذي أصدر هذه الأحكام أن يعدل عنها وأن يعيد النظر في موضوع خصومتها لأنه لم يستنفذ سلطته فيها.

3-الأعمال الولائية: ولا تسري القاعدة على ما يصدره القاضي من أعمال بمقتضى سلطته الولائية، فهذه الأعمال لا تحوز على حجية الشيء المقضي فيه ولذلك فيمكن تعديلها من نفس القاضي الذي أصدرها، كما يمكن الطعن فيها.

2.2.3.5.2. نطاق القاعدة من حيث العيوب

يتحدد نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز التمسك ببطلان الحكم بغير طرق الطعن بكون القاعدة لا تسري على جميع عيوب الحكم و أن هنالك من الأحكام التي تكون معيبة لا يمكنها ان تتحصن بحجية الشيء المقضي فيه¹.

2.1.2.2.3.5.2. لا تسري القاعدة على كل عيوب الحكم

إن إعطاء حجية الشيء المقضي فيه لأحكام القضاء يرمي إلى احترام أعمال تصدر من سلطة من سلطات الدولة وإلى وضع حد للمنازعات وإلى استقرار الحقوق، وإن ترتب على هذا تصحيح جميع العيوب التي تشوب الأحكام إذا كانت لا تقبل الطعن بالطرق القانونية أو إذا نقضت مواعيد الطعن فيه، فإن من مصلحة المجتمع ألا تعطى هذه الحجية إذا كان العمل الذي يراد وصفه بالحكم يشوبه عيب من الجسامة، بحيث أن إعطاءه الحجية لا يمكن أن يؤدي إلى النتيجة المقصودة من احترام الأحكام واستقرار الحقوق².

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 169.

2- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 391.

ولهذا فمن المسلم أن هناك عيوب إذا أصابت الحكم منعه من أن يحوز حجية الشيء المقضي فيه فيمكن الطعن فيه دائما، ويستوي في هذا أن يكون الحكم قابلا للطعن فيه أصلا، أم أنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق.

وصعوبة المشكلة هي في وضع معيار للعيوب التي تؤدي إلى حرمان الحكم من الحجية ويزيد المشكلة صعوبة أن أغلب التشريعات لم تعترض لحلها¹، وذلك سببه أنه لا يمكن وضع قائمة مقدما للحالات التي قد تعرض في الحياة العملية، والتي يجب ألا يعطى فيها للحكم حجية الشيء المقضي فيه ولا يكون لانقضاء مواعيد الطعن أثر في تصحيح العيب.

غير أنه يمكن وضع معيار عام يهتدي به، ثم النظر في بعض التطبيقات التي تعرض أكثر من غيرها في الحياة العملية².

2.2.2.3.5.2. المعيار العام

ما يمكن اعتباره معيار هو تحقق وظيفة الحكم، فالحكم يرمي إلى تحقيق وظيفة معينة في تطبيق القانون في حالة معينة على نحو يحسم به النزاع وتستقر به الحقوق استقرار يحترمه الناس كما يحترم القانون، فإذا أصيب الحكم بعيب لا يمكنه من تحقيق هذه الوظيفة فيجب ألا يعطى أية حجية لأن إعطاء الحجية له في هذه الحالة يؤدي إلى نتيجة عكسية³.

3.2.2.3.5.2. بعض التطبيقات عن أحكام معيبة لا يجب أن تكون لها الحجية

1- صدور حكم من شخص ليس لديه السلطة القضائية، فالشخص الذي ليس لديه سلطة قضائية لا يمكن تحترم تطبيقه للقانون، كأن يصدر الحكم من قاضيا صدر قرار بتوقيفه، فإن صفة القاضي قد زالت عليه.

2- صدور الحكم من هيئة خولفت فيها التشكيلة العددية، إذ يعتبر باطلا ولا يقبل التصحيح الحكم الذي يصدر مخالفا للتكوين العددي الذي فرضه المشرع، فإذا

1- د/ وجدي رباب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 621.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 786.

3- د/ أحمد أو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 621.

فرض المشرع أن يصدر الحكم من (03) ثلاثة قضاة فإن مخالفة العدد تؤدي إلى بطلان الحكم وافتقاده الحجية.

3- عدم الوجود القانوني لأحد الخصمين، فإذا كان أحد الخصمين أو الخصمان معا ليس لهما وجود قانوني فإن الحكم الذي يصدر في الخصومة يعتبر باطلا ولا يقبل التصحيح ذلك أن الحكم يقرر رابطة قانونية وعدم وجود أحد الخصمين يمنع من تقرير رابطة قانونية.

4- عدم التوقيع على الحكم، يعتبر الحكم الذي لا يوقعه القاضي الذي أصدره حكما باطلا بطلانا لا يقبل التصحيح، فليس له حجية الشيء المقضي فيه وعلّة هذا أن توقيع الحكم هو الدليل الوحيد على صدوره من قاض.

5- خلو الحكم من المنطوق، إذا كان الحكم خاليا من أي منطوق فإنه لا يمكن أن يقوم بوظيفته في حل النزاع، ونفس الشيء إذا كان الحكم يتضمن منطوق متعارض بحيث لا يمكن التعرف على القرار الحقيقي، لذلك فمثل هذا الحكم لا يحوز أية حجية ويمكن الطعن فيه في أي وقت.

3.3.5.2. تقرير البطلان الذي لا يقبل التصحيح

قد يحدث أن يصدر حكم باطل بطلانا من الذي نص عليه القانون والذي هو من النظام العام لا يمكن تصحيحه ولا يمكن التجاوز عنه ولا يمكن النزول عنه، وفي نفس الوقت يتحصن ذلك الحكم الباطل بكون انقضى أجل الطعن فيه.

1.3.3.5.2. وسيلة التمسك بالبطلان الذي لا يقبل التصحيح

إذا كانت هناك صور من بطلان الحكم لا يصححها انقضاء مواعيد الطعن التي حددها القانون، ويمكن التمسك بها ولو كان الحكم أصلا لا يقبل الطعن بأي طريق، فالسؤال الذي يطرح هو ما هي وسيلة التمسك بمثل هذا البطلان؟

لقد ذهب فريق من الفقهاء الذين يرون أنه في هذه الحالات تكون بصدد حكم منعدم إلى أن وسيلة تقرير الانعدام هي رفع دعوى تقرير سلبية¹، ترمي إلى إثبات حالة سلبية هي عدم وجود الحكم، ولهذا فإن الحكم المنعدم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة ولو كانت المواعيد لم تنتقضي بعد² وحجج هذا الفريق هي:

- 1- أن الحكم المعدوم هو حكم غير موجود، والطعن لا يجوز إلا في حكم.
 - 2- إن درجة التقاضي التي صدر منها الحكم المنعدم لم تستنفد بصدوره.
 - 3- أنه ما دام لا يوجد حكم فإنه لا يوجد محكوم له أو محكوم عليه، وبالتالي فلا يوجد خصم تتوفر فيه صفة المحكوم عليه لكي يطعن في الحكم³.
- ويرى أيضا بعض أصحاب هذا الرأي أنه لا يمكن التمسك بالانعدام بطريق الطعن إلا إذا كان الانعدام جزئيا أي إذا كان الحكم منعدما في جزء منه وموجودا وقابلا للطعن فيه في جزء آخر، فينظر القاضي الطعن الجزئي ويعلن انعدام الجزء المنعدم⁴.

ولقد توجه أغلب الفقه⁵ أن الحكم الذي لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه يمكن الطعن فيه، وذلك لما سبق أن قلناه من أننا نعتبر هذا الحكم موجودا وإن كان باطلا بطلانا لا يقبل التصحيح.

ولهذا فإن المحكوم عليه إما أن يطعن في الحكم إذا كان قابلا للطعن فيه، وإما أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه، والواقع أن الطعن في الحكم هو الطريق الطبيعي للتوصل إلى بطلانه، فإذا كان في الإمكان الطعن في الحكم فلا يوجد ما يبرر حرمان المحكوم عليه من هذا الطريق، بل إن طريق الطعن له ميزة على

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 350.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 105.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 864.

4- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 351.

5- رأي الأستاذة فتحي والي، أحد ماهر زغلول، وجدي راغب فهمي.

دعوى البطلان وهو أن الذي يقدر عيوب الحكم يكون في الغالب محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم¹.

على أنه إذا اختار المحكوم عليه طريق الطعن فإنه يجب احترام قواعد هذا الطريق بما فيها المواعيد القانونية، فلا يجوز الالتجاء إلى الطعن في الحكم إلا بطريق الذي يقبله ويجب أن يرفع الطعن في الميعاد القانوني، فإذا انقضى الميعاد فلا يبقى أمام المحكوم عليه سوى رفع دعوى أصلية بالبطلان².

وما يمكن ملاحظته أن التمسك ببطلان الحكم الباطل بطلاناً أصلياً، بطريق الطعن أو برفع دعوى أصلية بالبطلان، يفترض صدور قرار من محكمة وإن كان معيباً، أما إذا تعلق الأمر بعمل لا يعتبر حكماً، فإن من الواضح أن المحكوم عليه ليس له الطعن أو رفع دعوى البطلان.

2.3.3.5.2. المحكمة المختصة بدعوى البطلان

إذا كان الحكم صدر عن محكمة درجة أولى، فهنا لا توجد أي صعوبة أن ترفع الدعوى أمام محكمة أول درجة وفقاً للقواعد العامة، ومن الممكن أن ينظر الدعوى نفس القضية الذين أصدروا الحكم الباطل كما هو الحال عندما نكون بصدد الطعن بالمعارضة.

غير أن الأمر يختلف إذا كان الحكم الباطل بطلاناً لا يقبل التصحيح قد صدر من محكمة أعلى (جهة الاستئناف أو النقض).

فإذا طبقنا القواعد العامة ومنطق دعوى البطلان لوجب القول برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة في جميع الأحوال، وذلك كما هو الحال بالنسبة لدعوى بطلان عقد من العقود، وذلك حتى لا يحرم رافع الدعوى من درجة من درجات التقاضي.

1- د/ أحمد أو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، بند 154، ص 350.

2- د/ أحمد أو الوفا، المرجع نفسه، ص 350.

غير أن غالب الفقه¹ يرى أن تطبيق هذه القواعد غير معقول ويعتبرون أن دعوى البطلان يجب أن ترفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أيا كانت المحكمة التي أصدرته، ذلك أن تطبيق القاعدة العامة قد تؤدي إلى نتيجة غير مقبولة وغير متصورة في كل التنظيم القانوني للقضاء، وهي أن تنظر محكمة في صحة أو بطلان حكم صدر من جهة قضائية أعلى منها، ويكفي لبيان خطورة هذه النتيجة أن نتصور حكما صادرا من محكمة النقض مطعوناً فيه أمام محكمة أول درجة.

وإذا كان رفع الدعوى مباشرة أمام الاستئناف أو النقض مخالفا للقواعد العامة في رفع الدعاوى، فإن هذه المخالفة يبررها نفس دعوى البطلان ضد حكم يعتبر خروجاً عن القواعد العامة.

على أنه يجب أن نبقى نصب أعيننا أن دعوى بطلان الحكم هي دعوى طعن ضد حكم فيجب عدم تشبيهها بدعوى بطلان عقد، ومن ناحية أخرى فإن القانون يتصور تماماً إمكانية الطعن في الحكم أمام نفس المحكمة التي أصدرته، مثل حالة الالتماس إعادة النظر أو المعارضة، فلا يوجد ما يمنع تصور رفع دعوى بطلان الحكم أمام نفس المحكمة التي أصدرته².

3.3.3.5.2. واجب المحكمة بعد القضاء ببطلان الحكم

هذه النقطة أثارت العديد من الخلافات بين الفقهاء ورجال القانون حول مصير الحكم الذي تم إبطاله بسبب عدم قابليته للتصحيح وما هو التصرف الذي تقوم به المحكمة عندما تقضي ببطلانه.

فقد ذهب فريق من الفقه إلى أنه عند إبطال الحكم المطعون فيه، فعلى المحكمة أن تقوم بإحالة القضية على المحكمة التي أصدرت الحكم لتفصل فيها

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 352.

2- د/ أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص 353.

من جديد، وتبريرهم في ذلك أنها حالة انعدام وأنه في حالة الانعدام لم تستنفد المحكمة التي أصدرت الحكم الباطل سلطتها لأنها في الواقع لم تصدر حكماً¹.

وفي المقابل يعتبر الرأي المخالف ذلك خطأ، أي أنه من الخطأ وضع قاعدة عامة واحدة تسري على جميع الفروض وإنما يجب التفرقة على النحو التالي²:

1- إذا كان الحكم صادراً في خصومة زيف فيها اسم شخص آخر ليصدر حكم ضده، أو في مسألة تخرج عن سلطات القضاء، ففي مثل هذه الحالات على المحكمة أن تقضي ببطالان الحكم ويقف واجبها عند هذا الحد.

2- إذا كان الحكم صادر في خصومة في مسألة تخضع لسلطة القضاء وضد شخص يخضع له، ولكنه كان معيباً بان صدر من قاضي في خصومة خاصة به أو أن الحكم جاء ضال من المنطوق إلى آخر من الحالات فهنا يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت دعوى البطلان مرفوعة إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم سواء كانت محكمة أول درجة أو غير ذلك، فإن على المحكمة أن تبطل الحكم وتعيد النظر في القضية من جديد، فلا تحليلها لمحكمة أخرى.

وهذا يكون واضحاً بالنسبة للمحكمة أول درجة ولكنه يستوي إذا كانت المحكمة التي صدر منها الحكم والتي رفعت إليها دعوى البطلان هي محكمة الاستئناف أو النقض، لأن العيب الذي يبرر رفع دعوى البطلان قد لحق الحكم في الخصومة أي أن الحكم أول درجة قد صدر صحيحاً أو على الأقل ليس هو محل دعوى البطلان.

وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أو النقض أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة أو الاستئناف فكل منهما قد استنفدت سلطاتها وولايتها في نظر النزاع.

1- أنظر أحمد ماهر زغلول، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند 179.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 808.

ومن ناحية أخرى فإن هذه المحكمة أو تلك ليست هي التي أصدرت الحكم محل دعوى البطلان حتى يقال بإحالة القضية - بعد إبطال الحكم - إليها لتقضي فيها بحكم صحيح¹.

الحالة الثانية: إذا كان البطلان قد تمسك به الخصم في صورة طعن أمام محكمة أعلى، فإنه يجب تطبيق القواعد التي سبق ذكرها فيما يتعلق باستعمال طرق الطعن كوسائل إبطال.

ويراعي بصفة خاصة اختلاف الحل بالنسبة لواجب محكمة الاستئناف عن واجب محكمة النقض فالقاعدة العامة تقضي بأن قاضي الاستئناف يبطل الحكم وينظر في الموضوع أي كان العيب الذي يشوب حكم أول درجة، ما دامت القضية قد نظرت فعلا أمام محكمة أول درجة.

وفي النظام الجزائري لا يوجد أثر لإحالة القضية من المجلس بمناسبة نظر استئناف إلى المحكمة كما كان في القانون السابق².

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 891.

2- المادة 109 قانون الإجراءات المدنية القديم: وفي حالة الإلغاء الجزئي يجوز للجهة الاستئنافية الاحتفاظ بالتنفيذ أو إحالة القضية إلى المحكمة نفسها مشكلة تشكيلا جديدا أو إلى محكمة أخرى إذا رأت لذلك ضرورة، وإذا ألغت الجهة القضائية الاستئنافية حكما غير قطعي مستأنف فإنه يجوز لها التصدي للدعوى متى كانت مهية للفصل فيها. من قضاء المحكمة العليا في هذا الصدد:

- تشكيل المحكمة في المسائل التجارية - استئناف - إبطال الحكم، وجوب التصدي للفصل في الدعوى - قضاء بإعادتها للمحكمة خرق القانون - المادة 109 ق إ م.

متى كان من المقرر قانونا أن المحاكم تعقد جلساتها في المسائل التجارية تحت رئاسة قاضي يعينه في ذلك مساعدا من التجار، وكان من المقرر كذلك أن للمجالس القضائية الاختصاص الشامل بحكم هيمنتها على المسائل المدنية والتجارية وعليها أن تفصل في الدعاوى متى كانت جاهزة للفصل فيها دون أن تعيدها إلى المحكمة التي فقدت ولايتها عنها، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن النزاع يتعلق برفض تجديد إيجار محل تجاري بدون تعويض، وكانت المحكمة قد فصلت في هذه القضية بدون حضور مساعدين تجاريين، غير أن المجلس القضائي عند استئناف هذا الحكم قضى بإبطاله لعدم اختصاص المحكمة الابتدائية في الفصل في القضية ولعدم الإشارة في ديباجته إلى حضور المساعدين التجاريين، فإن القضاء بإبطال الحكم دون التصدي للفصل في القضية مع أنها جاهزة للفصل، خرق القانون، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ.

- مجلة قضائية عدد 3-1989 م ص 113، ملف 51680 قرار بتاريخ 13/11/1988، قضية (ن ز) ضد (أرملة ح

الفصل السادس

آثار البطلان

6.2. آثار البطلان

إن العمل الإجرائي يعتبر صحيح ومنتج لأثاره القانونية التي وحد من أجلها، وذلك إلى غاية أن يتم القضاء ببطلانه.

والقاعدة السالفة الذكر هي قاعدة عامة لا استثناء لها وهي تسري أيا كان نوع البطلان، وسواء تعلق بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة، ففي جميع الأحوال يتعين صدور حكم يقرر البطلان.

وخلاصة القول إن العمل الإجرائي يبقى صحيحا حتى يقضي ببطلانه أيا كان نوع البطلان، فلا تترتب آثار البطلان إلا إذا قضى به وهذا هو ما يسميه الفقهاء بضرورة تقرير البطلان لترتيب آثاره¹.

وعلى اعتبار أن البطلان لا يؤثر فقط على العمل الإجرائي المعيب، بل أنه قد يؤدي إلى بطلان أعمال إجرائية أخرى في الخصومة.

لذلك سوف نتناول في دراستنا لآثار البطلان بداية آثاره على العمل الإجرائي نفسه. أي الأثر على العمل المعيب، وفي هذا الأثر يشترك العمل الإجرائي مع التصرف القانوني، غير أن الطبيعة الخاصة للعمل الإجرائي باعتباره عملا قانونيا بالمعنى الضيق يؤدي إلى عدم إمكان تطبيق قواعد التصرف القانوني في هذا الخصوص.

ونتناول في المبحث الثاني أثر بطلان العمل الإجرائي على غيره من الأعمال الإجرائية في الخصومة، وهي الظاهرة التي تنعدم في بطلان التصرف القانوني لأنه يأتي مستقل عن الأعمال والتصرفات الأخرى، وفي المبحث الثالث ندرس إمكانية تجديد العمل الباطل.

1.6.2. أثر البطلان على العمل الإجرائي في ذاته

إن القاعدة أنه إذا تم إعلان البطلان أو تقريره فالعمل الإجرائي لا ينتج أي أثر قانوني ويعتبر كأن لم يكن، ومن ذلك فإذا كان تبليغ الحكم أو محضر تبليغ الحكم باطل فلا

1- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 813.

يترتب عليه بدء سريان ميعاد الطعن، ويترتب أيضا أنه يمكن الطعن في الحكم حتى ولو فات الميعاد المنصوص عليه في التبليغ الباطل لأنه يفتقد لأثره الإجرائي ويصبح كالعدم.

ومثال آخر بالنسبة لبطلان عريضة افتتاح الدعوى فإن ذلك البطلان لا يترتب عليه قطع مدة التقادم وقد يؤدي حتى إلى اتمام مدة التقادم وفقد الحق تبعاً لذلك¹.

وإذا كانت هذه القاعدة العامة، فإنه يوجد هناك حالات تترتب فيها على العمل رغم بطلانه، آثار قانونية، وهذه الآثار قد تكون آثار على آخر يتحول إليه العمل الباطل، وقد تكون بعض آثار نفس العمل الباطل ينتجها العمل الباطل².

وفي الصورة الأولى يتكلم الفقه عن تحول العمل الباطل، وفي الصورة الثانية يقال إن البطلان جزئي ونكون بصدد ما يطلق عليه بالانتقاص، وسوف نتطرق لهاتين الحالتين:

1.1.6.2. تحول العمل الإجرائي الباطل³

La conversion des actes de procédures

قد يحدث وأن يتحول التصرف بصفة عامة سواء تعلق الأمر بالتصرف القانوني أو بالعمل الإجرائي فيمكن أن يتحول العمل الباطل ليرتب أثارا قانونية.

1.1.1.6.2. التحول في القانون المدني

إن فكرة تحول العمل الإجرائي الباطل تجد أصلها وجذورها في فكرة تحول التصرف القانوني، فأغلب الفقهاء والتشريعات يعتمدون على فكرة تحول التصرف القانوني الباطل المنصوص عليه في القانون المدني لاستعمالها في القانون الإجرائي وتطبيقها على العمل الإجرائي الباطل⁴.

1- على أن فقدان الحق ليس أثرا من آثار البطلان، وإنما أثر للتقادم، فصلته بالبطلان صلة غير مباشرة، أنظر في ذلك أحمد ماهر زغلول، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 220.

2- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 815.

3- Garsonnet (E) et cezarBru (ch), Traitéthéorique et pratique de procédurecivile et commercial, 3^{eme} edition, 1980, P 671.

4- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 361.

والتحول القانوني في القانون المدني الجزائري نصت عليه المادة 105 من القانون المدني: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد».

وتقابل هذه المادة في القانون المصري المادة 144 منه، ومفاد ذلك إمكانية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح إذا توافرت فيه الأركان اللازمة للعقد الجديد وكانت الإرادة المحتملة للمتعاقدین سوف تتجه إلى هذا العقد لو علم الطرفان أمر البطلان.

فشروط التحول إذن وجود عقد باطل، وأن يكون البطلان لتخلف بعض الشروط دون تخلف الشروط جميعها، بالإضافة إلى توافر النية المشتركة، وهي الإرادة الاحتمالية للطرفين¹.

وبالنتيجة فإنه إذا بطل التصرف القانوني بصفة عامة لتخلف أحد الشروط، فإن هذا التصرف الباطل يمكن اعتباره صحيحاً باعتباره تصرفاً آخر، إذا كانت باقي الشروط في التصرف الأول هي جميع ما يتطلبه القانون كشروط للتصرف الثاني.

2.1.1.6.2. نظرية التحول في القانون الإجرائي

اختلف الفقهاء حول تطبيق نظرية التحول أي تحول التصرف القانوني على الأعمال الإجرائية، وكان سبب الخلاف أن بعضهم يرى أنه من المستحيل تطبيق النظرية على العمل الإجرائي على أن يكون هناك خصوصية في التحول الإجرائي والبعض الآخر يرى إمكانية تطبيق النظرية مباشرة، ولا يهمننا هنا دراسة الآراء المختلفة بقدر ما يهمننا التطرق إلى تطبيقات التحول.

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، المرجع نفسه، ص 361.

فالتأبث أنه يشترط لصحة التحول أن يكون هناك بطلان في العمل الإجرائي، فلا مجال لتحول إجراء صحيح إلى إجراء آخر ولو كان ذلك في مصلحة الخصم صاحب الإجراء¹.

كما يشترط أن تبقى بعد البطلان بعض العناصر اللازمة لتكوين عمل إجرائي آخر، فإذا بطل العمل تماماً ولم يكن هناك ثمة عناصر لعمل إجرائي آخر، فلا محل لإعمال نظرية التحول، فالتحول يريد به انقاذ ما يمكن انقاذه من العمل الإجرائي، فإذا كان البطلان شكلاً فإن ذلك مانع من تكون عمل إجرائي آخر، فالعمل لا ينطلق من فراغ، بل يجب أن تكون هناك مقوماته التي يعتمد عليها².

ويشترط أيضاً أن تشكل العناصر الباقية أسس عمل إجرائي آخر فإذا كانت لا تكفي لتكوين العمل الإجرائي الآخر فلا محل لإعمال نظرية التحول الإجرائي.

ولا يشترط اتجاه الإرادة المحتملة إلى العمل الإجرائي الآخر، فإذا كان هذا الشرط مطلوباً بالنسبة للتصرفات القانونية فهو ليس مطلوباً بالنسبة للأعمال الإجرائية، ومن ثم يتحول العمل الإجرائي إلى عمل آخر ولو لم تتجه إليه أصلاً إرادة صاحب المصلحة، ولكن لا يستطيع القاضي من تلقاء نفسه أن يجري هذا التحول بالنسبة للبطلان النسبي، بل يجب أن يتمسك به الخصم صاحب المصلحة من العمل الإجرائي، ولكن بالنسبة للبطلان المتعلق بالنظام العام، فإنه يمكن للقاضي الأخذ بالإجراء الآخر ولو لم يتمسك به الخصم³.

ولقد أخذ المشرع المصري بنظرية التحول وقتننها في مجموعة المرافعات الجديدة في المادة 1/24 التي تنص على أن: «إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 601.

2- د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 240.

3- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 361.

فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره».

ويتحقق التحول -وفقا لعبارة النص- بمجرد قيام شرطه وهو أن يتوافر في الإجراء الباطل عناصر لإجراء آخر صحيح، فيتحول العمل إلى الإجراء الصحيح، ولا يشترط في هذا التحول ثبوت اتجاه إرادة من قام بالعمل الباطل إلى العمل المحول إليه.

والعمل الإجرائي الباطل قد يتحول إلى عمل إجرائي آخر، وقد يتحول إلى عمل غير إجرائي¹، فأما التحول إلى عمل غير إجرائي أو عمل مادي فمثاله تحول العمل الإجرائي إلى عمل غير مشروع كأن يكون الدفع باطلا، ولكنه إذا تم بسوء نية وترتب عليه ضرر للخصم، التزم من قدمه بالتعويض وفقا للقواعد العامة للقانون المدني².

كما يمكن أن يكون بموجب السلطة المخولة للمحكمة التي تنظر الدعوى للحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن الدعوى المقصود بها الكيد والتعسف³.

أما تحول العمل الإجرائي الباطل إلى عمل إجرائي آخر صحيح وهو الذي يهمننا على وجه الخصوص وتطبيقات هذه الفكرة متعددة وهي تؤدي إلى التخفيف من أثر البطلان وما يؤدي إليه من اعتبار العمل كأن لم يكن.

- إذا كان الاستئناف المقابل أو الفرعي باطلا فإنه يمكن أن يتحول إلى استئناف أصلي وصورة هذا أن يكون الاستئناف الأصلي باطلا لأي سبب فيعتبر كأن لم يكن، ولما كان الاستئناف المقابل يفترض لصحته أن يسبقه استئناف أصل فإن بطلان الاستئناف الأصلي يؤدي إلى

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 822.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 822.

3- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 602.

بطلان الاستئناف الفرعي، ولكن يتحول الاستئناف المقابل الباطل إلى استئناف أصلي صحيح إذا توافرت فيه عناصر الاستئناف الأصلي¹.

- إذا كان حلف اليمين الحاسم باطلا لعيب شكلي فإنه يمكن أن يتحول إلى إقرار قضائي صحيح².

- يتحول الصلح الذي لم يوثق في محضر من طرف القاضي بسبب رجوع أحد الطرفين فيه إلى بيان كتابي صريح يقرر فيه المدعي تركه للخصومة³.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على نظرية التحول في القانون الإجرائي، خلافا لما نص عليه في القانون المدني في المادة 105 التي سبق وأن ذكرناها، إلا أنه قد يتعامل القضاء مع أي وضعية تثار عليه باستعمال أو الاعتماد على نظرية التحول، وعلة ذلك أن المشرع الجزائري من خلال اعتماده لنظرية لا بطلان بغير نص، ويجب إثبات الضرر فلقد استقر على تشريع مغزاه التقليل من الآثار السلبية للبطلان الإجرائي، ويظهر ذلك أيضا من خلال إعطاء إمكانية للخصوم لتصحيح ما يمكن تصحيحه من إجراءات مشوبة بعيوب بشرط عدم بقاء الضرر⁴.

وكذا ما جاء به في المادة 66 قانون الإجراءات المدنية والتجارية أين نص على أنه: «لا يقضي ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة».

وهو ما يفتح الباب لتفاعل القضاء مع هذه النصوص لتطبيق نظرية التحول كوسيلة للحد من الحكم بالبطلان بصفة تلقائية.

1- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات، مرجع سابق، ص 783.

2- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 212.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 823.

4- المادة 62 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2.1.6.2. انتقاص العمل الإجرائي

Réduction des actes de procédure

إضافة إلى إمكانية تحول العمل الإجرائي الباطل ليصبح لديه أثر في الخصومة التي اتخذ فيها، يمكن أن يكون الانتقاص كوسيلة أخرى لتجنب تأثير البطلان على العمل الإجرائي المعيب¹.

1.2.1.6.2. ماهية الانتقاص

انتقاص العمل الإجرائي يعني استبعاد الجزء الباطل من العمل لينتج الجزء الباقي آثاره القانونية، فإذا ثبت أنه لا وجود للجزء الباقي بدون الجزء الباطل بطل العمل كله، فالهدف من الانتقاص انقاذ ما يمكن انقاذه من العمل الإجرائي الباطل، فالعمل الإجرائي المركب إذا بطل جزء فيه صح الجزء الآخر وانتج أثره، طالما كان مستقلا عن الأجزاء الأخرى، فإذا ارتبط معهما ارتباطا لا يقبل التجزئة بطل العمل الإجرائي كله².

ويمكن الكلام عن الانتقاص في صورتين:

صورة أن يكون العمل الإجرائي عملا مركبا يتكون من عدة أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام ويكون أحد الأجزاء معيبا، فتبقى الأجزاء الأخرى صحيحة. وصورة أن يكون العمل الإجرائي بسيط من حيث تركيبه، ولكنه متعدد الآثار فيتحقق الانتقاص من حيث آثاره، فيرتب العمل الإجرائي الباطل بعض آثاره رغم بطلانه.

وعلى غرار نظرية التحول في التصرفات القانوني، فإن انتقاص العمل الإجرائي يجد أصوله في القانون المدني وعلى وجه الخصوص في المادة 104 منه والتي تنص على أن: «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله».

1- Garsonnet (E) et CezarBru (ch), Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, op cit, P 698.

2- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 363.

وعليه فيمكن الحديث عن الانتقاص في حالة تعيب أحد الأجزاء وبقاء الأجزاء الأخرى صحيحة، وحالة بقاء بعض الآثار رغم بطلان العمل بالصورة الأولى خاصة بالعمل الإجرائي المركب والصورة الثانية تشمل أيضا العمل الإجرائي البسيط، فبالنسبة للعمل الإجرائي المركب يمكن الكلام عن الانتقاص من حيث أجزائه ويمكن الكلام عن الانتقاص من حيث آثاره، إذا كانت أجزائه كلها معيبة¹.

بل أنه حتى إذا كان الانتقاص من حيث أجزاء العمل المركب فإن هذا الانتقاص يظهر أيضا في صورة انتقاص في الآثار بحيث يمكن القول إن الكلام عن الانتقاص في الآثار يشمل صورتين معاً².

والانتقاص من حيث الأجزاء يتفق مع طبيعة العمل القانوني المركب، فالعمل الإجرائي المركب مكون من عدة أعمال بسيطة، فإذا بطل أحد هذه الأعمال فمن الطبيعي ألا يمتد هذا البطلان إلى الأعمال الأخرى إذا كانت مستقلة عنه³.

من هذا تظهر أهمية التفرقة بين تحول العمل الإجرائي وانتقاصه؟

يشترك التحول والانتقاص في أن كلاهما يفترض بطلان العمل الإجرائي، فحيث لا بطلان لا يمكن الكلام عن تحول أو انتقاص، ويؤدي كلا منهما إلى أن آثارا قانونية تنتج رغم بطلان العمل، فما الفرق بينهما؟

يمكن القول أنه في التحول تكفي مقتضيات الباقية غير المعيبة لتكوين عمل إجرائي يعرفه القانون، فيستبدل بالعمل الباطل إلا أنه يعتبر عملا جديدا بحيث أن الآثار التي ينتجها تعتبر آثارا له وليست آثارا أو بعض آثار العمل الباطل.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 364.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 825.

3- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 825.

أما في الانتقاص فإن المقتضيات غير المعيبة لا تكفي لإنتاج عمل إجرائي جديد يتحول إليه العمل الباطل، وإنما ينتج العمل الباطل بعض آثاره التي ينتجها لو كان صحيحا، فالآثار الناتجة بعد الانتقاص هي بعض آثار نفس العمل الباطل وليست آثار عمل جديد¹.

لقد نص المشرع المصري على الانتقاص صراحة وذلك في المادة 1/24 بما يلي: «وإذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل».

ويلحظ في خصوص هذا النص:

1- أنه اقتصر على إقرار الانتقاص في إحدى صورتيه (الانتقاص من حيث الأجزاء) دون الإشارة إلى الصورة الأخرى (الانتقاص من حيث الآثار)، فالانتقاص الذي يقرره النص لا يقوم إلا بالنسبة للعمل الإجرائي المركب من عدة أجزاء، ويكون أحد الأجزاء أو بعضها معيبا، فتبقى الأجزاء الأخرى صحيحة².

ومن أمثلة ذلك أن يصدر حكم في أكثر من موضوع، ويطعن المحكوم عليه بالنسبة لشق منه فقط، فتقضي المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه فهنا يكون الحكم صحيحا بالنسبة لما لم يطعن فيه، باطلا بالنسبة لما طعن فيه وقضى فيه بالبطلان³.

2- وإذا كان النص لم يشر إلى الصورة الثانية للانتقاص أي الانتقاص من حيث الآثار، الذي يقوم بالنسبة للعمل الإجرائي البسيط الذي تتعدد آثاره، فيحقق بعض من الآثار رغم بطلانه، فإنه لا يعني أن المشرع لم يأخذ بها بل أنه يمكن إعمالها وفقا للقواعد العامة ودون الحاجة للنص عليها.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 826.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 827.

3- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 128.

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص على الانتقاص صراحة غير أنه تطبيقاً للقواعد العامة للبطلان التي انتهجها واتخذ فيها طريقاً لتنظيم أحكام البطلان، يمكن للقضاء على غرار ما تطرقنا له في التحول أن يأخذ بالانتقاص.

2.2.1.6.2. شروط الانتقاص

على ضوء ما تطرقنا له من تعريف للانتقاص وتحديد لصوره فإن شروطه تكون على النحو التالي:

- 1- أن يكون العمل الإجرائي باطلاً، فحيث لا بطلان لا يمكن الكلام عن الانتقاص.
 - 2- إذا تعلق الأمر بعمل إجرائي مركب، فإن الانتقاص يتحقق دون حاجة إلى نص، وذلك إذا كان أحد الأجزاء صحيحاً.
أما إذا كان العمل الإجرائي بسيطاً، أو كان عملاً مركباً وكانت كل أجزائه معيبة فإن الأصل هو أن البطلان كلي، ولا ينتج العمل أي أثر إلا إذا نص القانون على ذلك.
 - 3- يجب توفر الإرادة لكي يتحقق الانتقاص، ذلك أن من طبيعة التصرف القانوني ارتباط الآثار القانونية بالإرادة بحيث لا ينتج التصرف القانوني آثار لا يريد لها الشخص، ولهذا فيجب حتى ينتج التصرف بعض آثاره أن تكون إرادة المتصرف قد ارتضت هذه الآثار¹.
 - 4- يشترط لتحقيق الانتقاص في حالة الانتقاص من حيث الآثار أن يكون العمل الإجرائي منتجاً لأكثر من أثر، وأن تكون هذه الآثار قابلة للانقسام وفي حالة الانتقاص من حيث الأجزاء يشترط ألا يؤدي البطلان إلى تعيب كل الأجزاء، لارتباطها بعضها ببعض².
- ومن تطبيقات الانتقاص نجد البعض منها من حيث الآثار والبعض الآخر من حيث الأجزاء.

1- د/فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 828.

2- د/ إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، مرجع سابق، ص 240.

3.2.1.6.2. تطبيقات الانتقاص

1.3.2.1.6.2. من حيث الآثار

- 1- تترتب على المطالبة القضائية الباطلة، إذا توفرت فيها بعض الشروط التي تعطيها مظهر المطالبة القضائية، التزام القاضي بإصدار حكم فيها ولو ببطانها وإلا اعتبر منكرا للعدالة.
- 2- يرى بعض الفقه أن العريضة التي ترفع أمام قاضي غير مختص تعتبر باطلة¹، ومع هذا تؤدي إلى قطع التقادم.
- 3- كذلك حالة بطلان تقرير الخبير في شق منه وصحة الشق الآخر.

2.3.2.1.6.2. من حيث الأجزاء

- 1- القاعدة أنه لا يرفع إلى المحكمة المطعون أمامها إلا ما طعن فيه، فإذا كان الحكم باطلا وكان قد فصل في أكثر من موضوع، فطعن المحكوم عليه في الحكم بالنسبة لأحدها فقط وحكمت المحكمة بالبطلان فإن الحكم المطعون فيه يعتبر صحيحا بالنسبة للموضوع الذي لم يطعن فيه، باطلا بالنسبة لما طعن فيه وقضى فيه بالبطلان، وذلك إلا إذا كان الجزء الذي لم يطعن فيه مرتبطا بالجزء الذي طعن فيه فيكون بطلان الحكم كلياً².
 - 2- إذا تعلق العمل الإجرائي بمصالح أكثر من خصم، وكان باطلا بالنسبة لأحدهم، فهل يعتبر باطلا أيضا بالنسبة للآخرين؟ أي هل يؤخذ في هذا الصدد بالبطلان الجزئي أو البطلان الكلي؟
- فالقاعدة أن بطلان العمل يقبل التجزئة فيكون باطلا بالنسبة للبعض صحيحا بالنسبة للبعض الآخر، فإذا وجهت عريضة افتتاح الدعوى إلى خصمين

1- أنظر/ السنهاوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 497.

2- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 30.

وكان التكليف معيبا في مواجهة الأول صحيحا في مواجهة الثاني، اعتبر العمل الإجرائي باطلا بالنسبة للأول صحيحا بالنسبة للثاني¹.

3- حالة التضامن والقاعدة أنه إذا كان هناك تضامن في الحق أو في الالتزام

بين خصمين أو أكثر، فإن التضامن يكون فيما ينفع وليس فيما يضر وأساس هذه القاعدة هي النيابة التبادلية بين المتضامنين².

ولهذا إذا كان بطلان العمل الإجرائي مقorra لمصلحة أحد الخصمين المتضامنين، فإن للخصم الآخر المتضامن معه أن يتمسك بهذا البطلان، أما إذا كان البطلان مقorra ضد مصلحة أحد الخصمين المتضامنين، فإنه لا يجوز للخصم أن يتمسك بالبطلان إلا في مواجهة الخصم الذي يقرر البطلان ضده³.

على أنه إذا كان للخصم أن يستفيد من البطلان المقرر لمصلحة الخصم المتضامن معه فليس معنى هذا أن البطلان في هذه الحالة يكون كليا، كل ما في الأمر أن الخصم يستطيع التمسك ببطلان العمل نيابة عن الخصم المتضامن معه، فإذا أعلن البطلان فإنه يكون بطلانا جزئيا أي أن العمل يكون باطلا بالنسبة للشخص الذي يعتبر معيبا في مواجهته ولكنه يبقى صحيحا بالنسبة للخصم التي تم صحيحها في مواجهته ولو كان متضامنا مع الأول، وإن كان هذا لا يمنع من القول بأن الخصم المتضامن يستفيد بطريق غير مباشر من البطلان الذي يعلن لمصلحة المتضامن معه⁴.

4- عدم قابلية موضوع القضية للجزئية، فهناك حالات لا يقبل فيها موضوع

القضية للجزئية ويكون ذلك إذا كان من المستحيل منطقيا أن تصدر أحكام مختلفة في نفس الموضوع، بحيث إذا صدر فيه حكمان مختلفان استحالة تنفيذهما معا.

ومثال ذلك إذا كان موضوع النزاع يتعلق بصحة عقد بيع لا يقبل محله الجزئية وإن تعددت أطرافه، فهنا من المصلحة العامة توحيد الإجراءات حتى لا تتعارض الأحكام في موضوع واحد لا يتصور فيه التعارض.

1- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 32.

2- السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ص 1047.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 831.

4- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 832.

فإذا كان أحد الأعمال الإجرائية في قضية ما باطلا بالنسبة للبعض صحيحا بالنسبة للبعض الآخر فإنه يجب توحيد الحل، إما أن نقول ببطلان العمل بالنسبة للجميع وإما بصحته بالنسبة للجميع¹.

وفي هذا الشأن يوجد رأيين:

الرأي الأول: يذهب إلى أنه إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة وكان العمل صحيحا بالنسبة للبعض باطلا بالنسبة للبعض الآخر، فإنه يجب القول بصحته بالنسبة للجميع، وهذا الرأي الذي أخذت به غالبية أحكام القضاء الفرنسي²، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأن الاستئناف الباطل، لرفعه خارج الميعاد، يصح بالاستئناف الصحيح المرفوع في الميعاد ضد خصم آخر إذا كان الحق غير قابل للتجزئة.

وقد قضى أيضا بأن طلب بطلان عقد الإيجار يعتبر غير قابل للتجزئة فإذا تعدد المدعى عليهم فإن الاستئناف المرفوع على البعض دون مراعاة مواعيد المسافة يعتبر صحيحا إذا كان الاستئناف قد رفع صحيحا ضد البعض الآخر³.

ويعلل القضاء الفرنسي هذا الرأي بأنه إذا كان الموضوع لا يقبل التجزئة فإنه لا يحتمل سوى حل واحد، ولما كان من الظلم إبطال الطعن المرفوع في الميعاد لما في ذلك من إخلال بحق رافع الطعن فإنه يجب القول بصحة الطعن بالنسبة للجميع⁴.

الرأي الثاني: يذهب إلى أنه في حالة عدم التجزئة يترتب على البطلان بالنسبة لأحد الخصوم بطلان كلي بالنسبة لجميع الخصوم، ولهذا فإذا كان موضوع القضية لا يقبل التجزئة ترتب على بطلان التحقيق بالنسبة لبعض الخصوم بطلانه بالنسبة للجميع⁵.

1- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 367.

2- د/ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 780.

3- د/ رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 620.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 834.

5- د/ رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 620.

وإذا كان طلب سقوط الخصومة في قضية لا تقبل التجزئة باطلا بالنسبة لبعض الخصوم فإنه يعتبر باطلا بالنسبة للجميع حتى في مواجهة الخصوم الذين أعلن إليهم صحيحاً¹.

وهذا الرأي هو الذي أخذ به القضاء المصري فقد حكمت محكمة استئناف في مصر في إحدى أحكامها بأنه إذا كان الحق الذي بني عليه الاستئناف واحد لا يتجزأ بالنسبة للمستأنف عليهم، فإن بطلان الاستئناف بالنسبة لأحدهم يؤدي إلى بطلانه بالنسبة للكل، وقضت محكمة النقض المصرية بأنه في حالة عدم التجزئة يترتب على بطلان الطعن بالنسبة لبعض المطعون عليهم عدم قبوله بالنسبة للآخرين لأن حق الأولين قد استقر بحكم حائز لقوة الأمر المقضي فيه أولى بالرعاية من أصل الطاعن في كسب الطعن².

والأرجح بالنسبة لأغلب الفقهاء المعاصرين³ هو الرأي الثاني وحججهم في ذلك هي الأسباب الآتية:

- أنه يتفق مع طبيعة البطلان باعتباره جزاء يصيب العمل بأكمله إلا إذا كان هذا العمل مركباً من عناصر تقبل التجزئة، ففي حالة عدم التجزئة يجب الرجوع إلى الأصل والقول بأن عيب أحد الأجزاء يؤدي إلى بطلان العمل المركب بكل أجزائه.
- الأخذ بالرأي القائل بصحة العمل المركب بالنسبة للجميع يؤدي إلى نتيجة غريبة لا يمكن التسليم بها وهي أن توجيه العمل إلى جميع الخصوم يعتبر اختيارياً للمعلن وليس إجبارياً عليه، فمثلاً إذا صدر حكم في قضية لا يقبل موضوعها التجزئة ضد أحد الخصوم لمصلحة خصمين آخرين فإنه يمكن أن يوجه الاستئناف ضد أحد الخصمين

1- د/ رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 620.

2- نقض مدني مشار إليه في نظرية البطلان، د/ فتحي والي، مرجع سابق، ص 834، هامش 03.

3- من بينهم الدكتور فتحي والي الذي أخذنا برأيه في هذا الشأن.

بالخيار دون توجيهه للخصم الآخر، ويعتبر الاستئناف قائماً بالنسبة
للإثنين معاً¹.

ولا يقال أن الفرض هو أن يعلن الاستئناف إلى الخصمين ويقع باطلا
بالنسبة لأحدهما وصحياً بالنسبة للآخر ذلك أن الاستئناف الباطل متى وقع
باطلاً فهو يعتبر كأن لم يكن، وبالنتيجة فإن الأخذ بالرأي الأول يؤدي إلى اعتبار
الطعن صحيحاً ضد شخص لم يوجه إليه.

ومن كل هذا يمكن القول أنه إذا رفع الطعن صحيحاً بالنسبة لأحد
الخصوم في الميعاد، ثم رفع باطلاً بالنسبة لخصم آخر ولو في الميعاد الأصلي
فإنه يجب القول ببطلان الطعن بالنسبة للجميع.

إلا أنه يلاحظ أنه إذا كان البطلان غير متعلق بالنظام العام فإن هذا
البطلان - رغم قابليته قضية الطعن للتجزئة - لا يجوز التمسك به إلا ممن شرع
لمصلحته، فليس لغيره ولو كان سيستفيد من تقرير بطلان الطعن التمسك بهذا
البطلان².

2.6.2. أثر البطلان على الأعمال الإجرائية الأخرى

إن العمل الإجرائي لا يكون مستقلاً لوحده بل هو جزء من مجموعة يتجه
معها إلى تحقيق غاية معينة، ووجود العضو في الجماعة يؤدي إلى التأثير بها
والتأثير فيها، وهو ما يحدث بالنسبة للعمل الإجرائي.

لهذا فإن صحة العمل الإجرائي تتأثر ببطلان عمل إجرائي آخر، كما أن
بطلانه قد يؤدي إلى التأثير في الأعمال الأخرى التي تشترك معه في تكوين
الخصومة.

1- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 170.

2- د/ أحمد هندي، المرجع نفسه، ص 176.

وهذه المشكلة ليس لها مثيل في فقه القانون المدني، فهي مشكلة تملئها الطبيعة الخاصة للعمل الإجرائي كعمل غير مستقل، ولهذا فإن فقه القانون المدني لا يعطي حلاً في هذا الموضوع¹.

وفي هذا الصدد قسم بعض الفقهاء² بطلان العمل الإجرائي إلى نوعين، بطلان ذاتي ناشئ عن عيب ذاتي في العمل، وبطلان مستمد وهو الذي لا ينشأ عن عيب ذاتي وإنما يترتب على بطلان عمل آخر.

وللحديث عن أثر بطلان العمل الإجرائي على الأعمال الإجرائية الأخرى تجدر الإشارة أن المشرع المصري قد تطرق له صراحة خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يتطرق له.

وقد كان ذلك بموجب المادة 24 من مجموعة المرافعات الجديدة والتي تنص: «ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه».

ومن ذلك فإن دراستنا لأثر البطلان تكون بالتفرقة بين أثر بطلان العمل على الأعمال السابقة وأثره على الأعمال اللاحقة.

1.2.6.2. أثر بطلان العمل الإجرائي على الأعمال السابقة

هذه المشكلة لا تثور بالنسبة لبطلان العمل الإجرائي الذي تبدأ به الخصومة، على أنه إذا سبق هذا العمل الإجرائي أعمال أو تصرفات ليست إجرائية، فإنه يجب القول بأن بطلان العمل الإجرائي لا يؤثر فيها ولو ارتبط بها أو كانت نتيجة له أو تنفيذاً لها، فقد تثور المشكلة بالنسبة للأعمال الإجرائية التي تتم أثناء الخصومة أي بعد بدئها³.

1- د/ رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 232.

2- د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 304.

3- د/ أحمد هندي، التمسك بالبطلان، مرجع سابق، ص 196.

1.1.2.6.2. قاعدة عدم تأثير البطلان في الأعمال السابقة

إن القاعدة في هذا الشأن هي أن الأعمال الإجرائية السابقة على العمل الباطل لا تتأثر بهذا البطلان متى كانت هي نفسها صحيحة¹، ذلك أن العمل الإجرائي إذا تم صحيح في ذاته فإنه يتحصن من الإلغاء حتى ولو بطل عمل إجرائي لاحق له، ومن ذلك فبطلان التكليف بالحضور لا يؤدي إلى بطلان عريضة افتتاح الدعوى ذاتها التي وقعت صحيحة، فعل الرغم من أن التكليف بالحضور هو الوسيلة الوحيدة لإعلان الخصم بالدعوى وهو الذي تتعقد به الخصومة، فإن بطلانه لا يؤدي إلى بطلان الوثيقة التي حملها للتبليغ وهي عريضة افتتاح الدعوى.

كما أن بطلان تبليغ الحكم لا يؤثر على الحكم ذاته الذي صدر صحيحا، كما لا يؤثر بطلان الحكم في حد ذاته على الأعمال الإجرائية الأخرى السابقة عن صدوره.

وقد اتجه القضاء في فرنسا ومصر وإيطاليا على هذه القاعدة، فحكم تطبيقا لها بأنه إذا ألغى الحكم الاستئناف حكما ابتدائيا كان قد حدث تحقيق قبل إصداره، فلا يترتب على هذا الإلغاء سوى محو أثر هذا الحكم نفسه بين الخصوم ولا يترتب عليه بطلان التحقيق الذي حصل أمام المحكمة الابتدائية، بل يظل محضر التحقيق قائما ويصح للقاضي أن يعتمد عليه في تكوين اعتقاده في خصومة أخرى تكون متصلة بالخصومة التي حصل فيها هذا التحقيق².

2.1.2.6.2. الاستثناءات عن القاعدة

اعتبر فريق من الفقه أن هذه القاعدة لا يمكن أن تأخذ على إطلاقها، فالعمل اللاحق قد يؤثر على العمل السابق فيؤدي إلى بطلانه، وذلك إذا كان

1- د/ وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 470.

2- حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني 1968/03/18 مشار إليه في نظرية البطلان، د/ فتحي والي، مرجع سابق، ص 843، هامش 01.

العمل اللاحق عنصرا من عناصر العمل السابق أو شرط من شروطه، ففي هذه الحالة يوجد بين العاملين رابطة تبرر تأثير بطلان العمل اللاحق في صحة العمل السابق¹.

ومن أجل ذلك يحاول هذا الفريق تحديد هذه الرابطة التي تبرر إبطال العمل السابق نتيجة لبطلان العمل اللاحق المرتبط به، فيفرق بين الرابطة العامة والرابطة الخاصة، فالرابطة العامة هي الرابطة التي توجد بين الأعمال الإجرائية جميعها لاتحادها في الاتجاه إلى الغاية النهائية من الخصومة، وهذه لا تكفي ليؤثر بطلان العمل في الأعمال السابقة عليه.

أما الرابطة الخاصة فهي صلة خاصة بين العمل الباطل وعمل أو بعض أعمال سابقة عليه تؤدي إلى أن بطلان العمل الأول يمنع من تحقيق الغاية من العمل أو الأعمال السابقة فيعتبر العمل الباطل كتكملة ضرورية أو جزء ضروري من العمل أو الأعمال السابقة² وبالتالي فإن بطلانه يؤدي إلى بطلان العمل أو الأعمال السابقة المرتبطة به.

ومن الأمثلة التي يعطيها هذا الفريق لبطلان العمل اللاحق الذي يؤثر في العمل السابق اعتبار بطلان لإعلان الصحيفة (التكاليف بالحضور) يؤدي إلى بطلان الصحيفة (عريضة افتتاح الدعوى).

ولقد لقي هذا الرأي نقد عما يعتبره عمل لاحق وعمل سابق، على أساس أننا نكون بصدد عمل واحد مركب من عدة أجزاء لا ينطبق على كل جزء منها، اصطلاح عمل، ولهذا فإنه إذا كان أحد الأجزاء معيب فإن هذا يؤدي إلى بطلان العمل كله³.

1- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 490.

2- وجدي شفيق، المرجع نفسه، ص 492.

3- وجدي شفيق، نفس المرجع، ص 491.

غير أن هذا البطلان ليس نتيجة لبطلان الجزء أي ليس بطلان مستمداً، وإنما هو بطلان ذاتي ينشأ مباشرة من العيب الذي يعتبر في نفس الوقت عيباً في الجزء وعيباً في الكل¹.

وعلى هذا لا يمكن القول أن بطلان العمل اللاحق قد أثر في العمل السابق، فنحن بصدد عمل واحد من جزأين، ويتضح ذلك في الأمثلة التي يضربها الفريق نفسه، فصحيفة الدعوى وإعلانها هما جزأين يكونان عملاً واحداً.

على أن مسألة البحث فيما إذا كنا بصدد جزأين من عمل واحد أو بصدد عمليين مسألة دقيقة قد تؤدي إلى خلاف، فقد اختلف فيما إذا كان بطلان شهادة أحد الشهود لحصولها بعد الميعاد يؤدي إلى بطلان الشهادة التي تمت قبل الميعاد، فذهب القضاء الفرنسي إلى القول بالبطلان، وذلك باعتبار أن التحقيق يعتبر عملاً إجرائياً واحداً وإن تكون من أجزاء².

واختلف أيضاً بشأن البطلان الذي يقع في كتابة الوقائع وهل يؤثر في صحة الحكم وكان أساس الخلاف أيضاً هو البحث فيما إذا كانت كتابة الوقائع تعتبر جزءاً من الحكم فيؤدي بطلانها إلى بطلان الحكم، أم يعتبر عملاً مستقلاً لاحقاً على الحكم فلا يؤدي إلى بطلان الحكم وهو عمل مستقل سابق عليه³.

وقد أخذ القضاء الفرنسي الرأي الأول واستند في ذلك على أن الوقائع تكون جزءاً لا يتجزأ من الحكم، غير أن الفقه في فرنسا اتجه إلى عكس ذلك واعتبر أن بطلان كتابة الوقائع يجب ألا يؤدي إلى بطلان الحكم وذلك لأن:

1- الحكم يتكون من المنطوق والحيثيات، أما الوقائع فتعتبر عمل مستقل عن الحكم، وإذا كانت عملاً مستقلاً لاحقاً على الحكم فإنها يجب ألا تؤثر في صحة الحكم.

1- عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 368.

2- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 835.

3- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 835.

2- يؤيد هذا الاستقلال أن الوقائع تحرر بعد كتابة الحكم والنظر فيه ويكتبها الكتاب ولا تضيف شيئاً إلى الحكم الذي يعتبر عملاً من أعمال القاضي.

3- إن كتابة الوقائع لا تلزم إلا عند طلب صورة تنفيذية للحكم، فهي شرط للتنفيذ وليست مقتضى لصحة الحكم، ولهذا فإن الوقائع قد لا تكتب أبداً دون أن يؤثر هذا في قيام الحكم وفي صحته وإذا كتبت فقد تكتب بعد مدة طويلة¹.

وفي رأينا أن الوقائع وإن أعطى لها بعض الفقهاء وصف الاستقلالية عن الحكم، إلا أن القانون والقضاء يعتبر الوقائع جزءاً لا يتجزأ عن الحكم، ذلك أن أغلب التشريعات حالياً تفرض على القضاة تحييث الحكم قبل النطق به، والقول أن الوقائع لا تكتب إلا في حالة صيغة التنفيذية هو خاطئ لأن الوقائع هي أساس الحكم فلا يمكن تصور حكم يقضي بأمر معين يتكون من منطوق دون أن يكون له وقائع.

وخلاصة القول: إن كان بطلان العمل الإجرائي لا يؤثر في صحة الأعمال السابقة عليه، فإنه قد يؤدي إلى أن تكون هذه الأعمال -وإن تمت صحيحة- غير ذي فائدة في الخصومة التي تمت فيها، فالأعمال الإجرائية إنما تكون ذات فائدة عندما توصل الخصومة إلى نهايتها الطبيعية بصدور حكم في الموضوع ينهي النزاع.

فإذا كان الحكم المنهي للخصومة باطلاً، فإنه يترتب على هذا البطلان ألا تكون الأعمال الإجرائية السابقة له قد قامت بوظيفتها كاملة، على أنه من الخطأ القول بأن هذه الأعمال السابقة باطلة، لأنه من المهم التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ، فالعمل يعتبر صحيحاً متى توافرت فيه مقتضيات النموذج الذي رسمه القانون له، ويعتبر بهذا صالحاً لإنتاج الآثار التي رتبها القانون عليه، فإذا

1- د/ وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 379.

تدخلت واقعة لاحقة وحالت دون إنتاج العمل لآثاره القانونية كلها أو بعضها، فإن هذه الواقعة وإن حالت دون نفاذ العمل إلا أنها لا تؤثر في صحته¹.

2.2.6.2. أثر بطلان العمل الإجرائي على الأعمال اللاحقة

أصلاً أن البطلان يؤثر على العمل السابق له والذي يتبعه مباشرة أو أنه وجد بسببه، أما بالنسبة للعمل للحق للعمل الباطل فالصل أنه لا يؤثر عليه إلا استثناء.

1.2.2.6.2. القاعدة

إذا كان بطلان العمل الإجرائي لا يؤثر في صحة الأعمال السابقة عليه، فإنه على العكس قد يؤدي إلى بطلان الأعمال الإجرائية اللاحقة، والقاعدة في هذا الشأن أن العمل الإجرائي يؤدي إلى بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به دون الأعمال المستقلة عنه².

ومن خلال القاعدة السالفة الذكر -والتي يسلم بها الجميع - فإنها تثير مشكلة دقيقة هي معرفة متى يكون العمل اللاحق مستقلاً عن العمل السابق ومتى يكون مرتبطاً به ارتباط يؤدي إلى أن يتأثر ببطلانه، فيبطل هو الآخر. وقد اختلف الفقهاء في هذا الشأن³.

1- فريق يرى أن العمل اللاحق يعتبر مرتبطاً بالعمل السابق إذا كان هذا الأخير "مقدمة ضرورية وشرعية"، أي مفترضاً أو شرطاً لصحة العمل اللاحق.

2- يرى فريق آخر أنه لا يشترط لوجود الارتباط أن يكون العمل السابق مقدمة ضرورية وشرعية للعمل اللاحق، بل يكفي أن تكون هناك رابطة بين

1- د/ هشام زوين، الموسوعة العملية في البطلان ودفعه، رؤية علمية وعملية مستحدثة في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء، المجلد الأول، الطبعة الأولى 2007 دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 255.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 838.

3- د/ هشام زوين، الموسوعة العملية للبطلان ودفعه، مرجع سابق، ص 270.

العملين مقتضاها أن يجد العمل اللاحق في العمل السابق أساسه المنطقي سواء فيما يتصل بصحته أو فيما يتصل بحقيقة الوقائع التي يثبتها.

3- يرى الرأي الثالث إلى أنه يوجد الارتباط الذي يبرر بطلان العمل السابق إذا كانت المخالفة قد أثرت بأي وجه ولكن جوهرها في السير اللاحق للخصومة أو في الأعمال التي تكملها.

ونظرا للانتقادات التي وجهت للرأيين الثاني والثالث فقد أخذ أغلب الفقه بالرأي الأول¹، فالارتباط الذي يبرر البطلان هو الارتباط الذي يجعل من العمل السابق مفترضا أو شرطا لصحة العمل اللاحق، مفترضا قانونيا أي أن القانون يتطلب لصحة العمل أن يسبقه عمل آخر صحيح هو الذي وقع باطلا، بحيث يصح القول إن العمل السابق يعتبر مقتضى لصحة العمل اللاحق يترتب على بطلانه بطلان العمل اللاحق.

2.2.2.6.2. تطبيقات القاعدة

تعتبر عريضة افتتاح الدعوى المفترض القانوني اللازم لغالبية الأعمال الإجرائية المنظمة للخصومة، بحيث يترتب على بطلان العريضة بطلان الأعمال الإجرائية التي تليها، ولهذا فإن سائر الطلبات والدفع تعتبر باطلة تبعا لبطلان عريضة افتتاح الدعوى، وكذا سائر أعمال التحقيق التي تجري في الخصومة، وأيضا الأحكام التي تصدر في هذا الشأن، ومن ذلك فإنه إذا قضت المحكمة ببطلان عريضة افتتاح الدعوى فإنها تقضي بعدم قبول الطلبات المقابلة.

وأنه في حالة الاستئناف إذا قضى ببطلان عريضة الاستئناف يجب أن يقضى أيضا بعدم قبول الاستئناف الفرعي.

1- فبالنسبة للرأي الثالث فالتسليم به يؤدي إلى التوسيع لنطاق البطلان، فالأعمال الإجرائية جميعها ترتبط بعضها بعض في الخصومة وبطلان أي عمل يؤدي إلى التأثير على سير الأعمال التي تليها ولكن ليس معنى أن تؤدي إلى بطلانها، وبالنسبة للرأي الثاني فعيبه أنه يعتمد على عناصر منطقية لتقدير صحة أو بطلان العمل اللاحق وهذه العناصر غير القانونية لا يمكن أن تكون أساسا سليما للفصل في مسألة قانونية بحتة، أنظر في ذلك وجدي راغب، مبادئ، مرجع سابق، ص 369.

ومن المسائل التي تثار أيضا في هذا الصدد معرفة ما إذا كان بطلان الدليل أو الوثيقة المعتمدة في الدعوى هل يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر في الموضوع والذي استند عليه، والحل هو أن الدليل إذا كان باطلا فإن الحكم الذي استند عليه لا يعتبر باطلا إلا إذا لم تكن هناك أسباب كافية غير هذا الدليل تكفي لتسبيب الحكم، على أنه إذا بطل الحكم بعدم كفاية الأسباب فهذا البطلان ليس أثرا مباشرا لبطلان الدليل، وإنما هو بطلان لعيب ذاتي في الحكم هو القصور في التسبيب¹.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تأثير بطلان العمل الإجرائي على الأعمال اللاحقة به إلا أنه يمكن نستشف أنه قد أخذ بذلك من خلال استقرائنا لبعض مواده.

فنصت المادة 662 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجب على الدائن الحاجز أن يرفع دعوى تثبت الحجز أمام قاضي الموضوع في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما من تاريخ صدور أمر الحجز، وإلا كان الحجز والإجراءات التالية له باطلين».

وفهم من خلال المادة السالفة الذكر أنه إذا لم يتم رفع دعوى تثبت الحجز أمام قاضي الموضوع فإنه أي الحجز يصبح باطلا بعد مرور المدة المذكورة، أين يصبح بقوة القانون باطلا لا يمكن تصحيحه، وبالتالي وبالتبعية المنطقية وفقا لنص المادة فإن أي إجراء يتبع الحجز باطلا، ولو كان الإجراء صحيح.

ومن ذلك فإن محضر تبليغ الحجز الذي يقوم به المحضر القضائي وفقا للمادة 674 قانون الإجراءات المدنية والتجارية يصبح باطلا بمجرد فوات الميعاد المحدد رغم أن المحضر قد يكون محترما للشروط القانونية المفترضة لقيامه.

غير أننا بمجرد استطلاع أحكام المادة 663 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية نلاحظ التناقض الذي يقع فيه المشرع عندما يعتبر الحجز باطلا لما

1- د/ هشام زوين، الموسوعة العملية في البطلان ودفعه، مرجع سابق، ص 278.

سلف بيانه في حين أنه يجعل من شروط رفع الحجز التحفظي عدم رفع دعوى تثبيت الحجز بنصه: «يتم رفع الحجز التحفظي، بدعوى استعجالية في الحالات الآتية:

1- إذا لم يسعى الدائن إلى رفع دعوى تثبيته في الأجل المنصوص عليه في المادة 662 أعلاه...».

فإذا أخذنا أو سلمنا بأن الحجز باطلا عند عدم رفع دعوى تثبيته، فلماذا نحتاج إلى رفع دعوى استعجالية لرفع الحجز بسبب عدم تثبيته؟
فما دام أصبح باطلا فإنه لا يمكن المطالبة برفعه وإنما يفترض أن تطالب ببطلانه.

غير أن الرجوع إلى المادة 662 قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجعلنا نطلب أمرا قد تحقق بقوة القانون وهو بطلان الحجز.

ذلك أن نص المادة جاء واضحا باعتبار عدم رفع الدعوى يحقق بطلان الحجز، لكن في الواقع وفي رأينا أن المشرع قد أخطأ في الصياغة عندما استعمل كلمة "باطلين" فكان عليه أن يستعمل عبارة "قابلا للإبطال" أو أنه يغير من المادة 663 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا يجعل عدم رفع دعوى التثبيت من حالات رفع الحجز إذا جزمنا أنها حالة لبطلانه.

ونفس الشيء بالنسبة للمادة 659 التي تنص: «يبلغ رسميا أمر الحجز التحفظي إلى المدين وفقا للمادة 688 أدناه، ويتبع فوراً بالحجز، وعلى المحضر القضائي تحرير محضر حجز وجرّد للأموال الموجودة تحت يد المدين وإلا كان الحجز باطلا».

فهنا عندما فرق المشرع بين أمر الحجز ومحضر الحجز جعل إذن عدم رفع دعوى تثبيت الحجز يبطل الحجز وبالتالي تبطل الإجراءات التالية له (المادة 662 قانون الإجراءات المدنية والإدارية) أي حتى محضر جرد الأموال يكون باطلا.

3.6.2. تجديد العمل الباطل

بعدما رأينا أثر البطلان على الأعمال الإجرائية سواء الأعمال السابقة له، أو الأعمال الإجرائية اللاحقة لتحقيقه، سوف نرى ما سماه الفقه بتجديد العمل الباطل وذلك بإحلال عمل إجرائي صحيح محل عمل إجرائي باطل. و في ذلك نرى على وجه الخصوص البطلان المتعلق بعقود التبليغ الرسمي بما لها من دور هام في الخصومة القضائية و بما لها من تأثير مباشر على العمل الإجرائي.

1.3.6.2. تعريف التجديد

يقصد بالتجديد هو أنه إذا قام شخص بعمل إجرائي ما، وكان هذا العمل باطلا فإن هذا البطلان إذا أثر في العمل فإنه لا يؤثر في بقاء السلطة التي استعملها الشخص بقيامه بالعمل¹، ولهذا فإن له أن يستعمل هذه السلطة مرة أخرى بالقيام بعمل جديد.

وبعبارة أخرى يمكن لمن تقدم بالعمل أن يعيد العمل الباطل أو أن يجده باطلا². أو يمكن تعريف التجديد بأنه إحلال عمل إجرائي صحيح محل عمل إجرائي باطل².

ويرد التجديد على العمل الإجرائي الباطل وهو يتناول العمل الإجرائي بأكمله إذا كان البطلان كلياً، أما إذا كان العمل باطلاً في شق منه فإنه لا يتناول إلا الجزء الباطل³، وقد يتطلب الأمر تجديد أكثر من عمل واحد، وذلك إذا أدى بطلان عمل إجرائي ما إلى بطلان الأعمال الإجرائية اللاحقة به، فإذا كانت عريضة افتتاح الدعوى باطلة، فإنها تجدد وحدها إلا إذا كانت الخصومة قد

1- د/ وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 197.

2- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 864.

3- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 365.

تقدمت في سيرها فإنه يلزم تجديد العريضة وتجديد الأعمال الإجرائية اللاحقة بطريق التبعية¹.

ويمكن تجديد العمل الباطل أيا كان سبب البطلان ما دام من الممكن تداركه في العمل الجديد، ولهذا فيمكن تصور تجديد العمل الباطل لعيب شكلي أو لعيب غير شكلي.

ومثال بالنسبة للعيب الشكلي كأن يكون التكاليف بالحضور أو محضر التكاليف بالحضور غير ممضي من طرف المحضر القضائي فإنه بذلك يكون باطلا، فقد يحدث أن يصحح المحضر وذلك بإعادة المدعي تكاليف بالحضور من جديد.

ومثال بالنسبة للعيب الموضوعي كأن تكون عريضة افتتاح الدعوى باطلة بسبب عيب في الأهلية بالنسبة للمدعى عليه كأن تكون بلغت أو رفعت الدعوى ضد قاصر، فيمكن تجديدها وتوجيهها إلى من يمثل المدعي عليه القاصر قانونا. وباعتبار أن التجديد وسيلة فعالة للسير في الخصومة وعدم انقضاءها بغير حكم في موضوعها، فيجب أن تتوفر فيه شروط معينة.

2.3.6.2. شروط التجديد

إذا كان التجديد يفترض بطلان العمل الإجرائي المراد إعادته، فإنه لا يشترط للقيام بالتجديد أن يكون قد حكم بالبطلان، فلا يوجد ما يمنع من قيام الخصم من تلقاء نفسه بتجديد العمل المعيب ولو لم يكن قد حكم ببطلانه². ويكون للشخص أيضا أن يجدد العمل الإجرائي الذي قام به وذلك بصفة احتياطية، فيشترط أن يأخذ بالعمل الجديد عند ثبوت بطلان العمل الأول، وإلا أنتج العمل الأول آثاره واعتبر الثاني كأن لم يكن³.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 865.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 868.

3- د/ وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان، مرجع سابق، ص 199.

كما أنه لا يشترط للتجديد أن يأذن به القاضي ومن جهة أخرى فإن الشرط الجوهرى والأساسي أن يكون التجديد ممكن وهو ما يحتاج إلى نص في ذلك.

والتجديد يكون ممكنا إذا لم يكن مستحيلا، واستحالة التجديد نوعين قد تكون استحالة مادية وقد تكون استحالة قانونية.

- **الاستحالة المادية:** قد يكون من المستحيل ماديا تجديد العمل الإجرائي الباطل، كأن يودع الخبير تقرير عن خبرته ويكون هذا العمل باطل ويتبين أنه تهدم العقار محل الخبرة، فهنا مستحيل ماديا إعادة العمل أو تجديده.

- **الاستحالة القانونية:** فقد لا يكون هناك مانع مادي من القيام بالتجديد، غير أنه يوجد مانع قانوني، فتكون هنا الاستحالة القانونية وتكون كذلك:

- إذا منع القانون صراحة التجديد.

- إذا نقض الميعاد الذي يجب القيام بالعمل خلاله.

3.3.6.2. آثار التجديد

يترتب على تجديد العمل الإجرائي الباطل وجود عمل مماثل له ينتج نفس آثاره فيما لو كان صحيحا، فإذا جددت عريضة افتتاح الدعوى مثلا فإن العريضة الجديدة التي كانت صحيحة تنتج الآثار القانونية التي تنتجها عادة عرائض افتتاح الدعوى.

على أن هذه الآثار التي تنتج ليست آثارا للتجديد وإنما هي آثار للعمل الجديد، فالتجديد أثره هو إعادة العمل، وما يترتب من آثار عمل الإعادة هي آثار العمل المعاد.

وينتج العمل الجديد آثاره من تاريخه هو وليس من تاريخ العمل القديم الباطل أي أنه ليس للتجديد أثر رجعي¹، إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 877.

4.6.2. الأثر المتبادل لبطلان أصل أو صورة التبليغ

تنص المادة 406 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «يقصد بالتبليغ الرسمي التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي.

يمكن أن يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي أو عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار». يجوز التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية والسندات التنفيذية بتسليم نسخة منها إلى المطلوب تبليغه أينما وجد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، ويحرر بشأنه محضرا في عدد من النسخ مساوي لعدد الأشخاص الذين يتم تبليغهم رسميا.

لا يعد التبليغ الرسمي ولو بدون تحفظ قبولا بالحكم، يكون التبليغ الرسمي صحيحا إلى الشخص الذي يقيم في الخارج، وإذا تم في الموطن الذي اختاره في الجزائر.

ومن خلال نص المادة السالفة يبين أن التبليغ في القانون الإجرائي يتم بقيام المحضر القضائي بتسليم صورة من الأصل الذي يقدمه له طالب التبليغ إلى المبلغ له أو من يمثله.

ومنه فإن المحضر القضائي بعد القيام بعملية التبليغ يقوم برد أصل محضر التبليغ إلى طالب التبليغ بعد أن يدون فيه ما قام به من إجراءات في سبيل التبليغ.

فالتبليغ إذن يتم عن طريق أصل وصورة، تسلم واحدة للمبلغ له وترد الأخرى لطالب التبليغ.

وقد تثار المشكلة في تحديد أثر بطلان الأصل في الصورة، وبالعكس أيضا أثر بطلان الصورة في الأصل.

ويتوقف الحل الواجب الأخذ به على تكييف العلاقة بين الأصل والصورة¹.

1.4.6.2. تكييف العلاقة بين الأصل والصورة (النظريات الأساسية)

إن الأهمية البالغة لمحاضر التبليغ الرسمي ومدى تأثيرها على الخصومة القضائية، تجعل الطابع الفني لها يكتسي نفس الأهمية، وإن الجدل القائم حول عملية تدوين المعلومات من طرف القائم بالتبليغ وما مدى تطابقها مع أصل المحضر والنسخة المسلمة للخصم وكذا النسخة المسلمة لطالب التبليغ، تثير مشكلة التكييف بين الأصل والصورة.

1.1.4.6.2. النظرية الأولى " الصورة تعتبر أصل "

يذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري إلى أن الصورة تعتبر أصلاً بالنسبة للمبلغ له أو المعلن إليه.

وأساس هذا الرأي أن العمل الذي يعلن إلى المعلن إليه ليس مجرد صورة وإنما هو أصل شأنه شأن الأصل الأول وأن المحضر إنما يعطي نسختين (أو أكثر في حالة تعدد الأطراف) من المحضر المعلن الأولى لمن طلب الإعلام والثانية لمن يعلن إليه، وكل أصل له ما للأصل الآخر من حجية باعتبار ما يتضمنه من بيانات وبصفته عملاً رسمياً وقعه المحضر².

ويؤيد ذلك أن المعلن إليه لا يعرف إلا ما يسلم إليه، فما يسلم إليه إذن هو أصل بالنسبة له، و يعتبر أصحاب هذه النظرية أن المعلن إليه له أن يتمسك بالعيوب التي توجد في الصورة المسلمة له ولو كان الأصل خالياً من العيوب.

2.1.4.6.2. النظرية الثانية " الصورة تعتبر صورة وليست أصلاً "

ذهب رأي ثاني لاعتبار أن الصورة التي تسلم إلى المعلن إليه هي في الواقع صورة وليست أصلاً، وإذا كانت الصورة هي صورة وليست أصلاً فإن

1- د/ فتحي والي، نظرية البطالان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 853.

2- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 413.

للمعلن إليه أن يتمسك بالعيوب التي تشوب الأصل باعتبار أن العبرة به وفقاً للقواعد العامة.

أما إمكان التمسك بالعيوب التي تشوب الصورة ولو لم تكن واردة في الأصل، فتفسيره هو أن القانون ينص على أن الإعلان يكون بواسطة استعمال صورة ويجب أن يفهم من هذا أن تكون الصورة أمينة¹.

3.1.4.6.2. معنى الأصل والصورة في اللغة القانونية

كي نتمكن من اختيار تكييف قانوني سليم يجب أن نفهم جيداً ما الذي يقصد في اللغة القانونية بالصورة، وما الفرق بين الصورة وبين الأصل الثاني أو النسخة.

تقوم الفرقة بين الصورة والأصل الثاني على أساس النظر إلى محل التمثيل السندي² *Objet de la représentation documentaire*.

فالأصول المختلفة محلها واحد هو الواقعة التي يعتبر كل أصل مستتداً لها، أما الصورة فإن محلها هو السند الأصلي، ولا تعتبر الواقعة إلا محلاً غير مباشر لها، لأن الواقعة ليست محلاً للصورة إلا خلال الأصل أي كما يمثلها الأصل، ولهذا ففي حالة تعدد الأصول تقف جميعها في صف واحد، وإن تساوت طبيعتها كان لها نفس الحجية، فإذا حدث خلاف بينها فإنه يجب الرجوع إلى الواقعة التي تمثلها هذه الأصول، أما إذا اختلفت طبيعتها فإن الأفضلية تكون للأقوى حجية³.

أما إذا كنا بصدد أصل وصورة فإنهما لا يتساويان إنما تكون بينهما علاقة تبعية.

1- د/ أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص 414.

2 - H. Solus, R. Perrot, Droit judiciaire privé, op cit.p 1080.

3- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 856.

وبالنتيجة فإن الخلاف بين الأصل والصورة لا يمكن أن يوجد لأن محل التمثيل فيهما ليس واحد، أما ما يمكن أن يكون من اختلاف فإنه ليس خلاف وإنما هو عدم أمانة من الصورة¹.

4.1.4.6.2. التكيف الصحيح لأصل وصورة التبليغ (نظرية الوحدة)

بالنسبة لنظرية الوحدة نقول إننا لسنا بصدد أصليين، لأن الكلام عن أصليين يعني بداهة أن كلا منهما يغني عن الآخر في تمثيل الواقعة، مما يؤدي إلى أنه إذا لم تكن هناك صورة للإعلان أو التبليغ ووجد الأصل وحده، فإن واقعة الإعلان يكفي في تمثيلها الأصل الأول الموجود، وهو ما لا يمكن التسليم به في الإعلان الإجرائي إذ أن عدم تسليم الصورة تؤدي إلى عدم تحقق واقعة الإعلان.

ولا يمكن القول أن الصورة في الإعلان تعتبر أصلاً بالنظر إلى واقعة غير الواقعة التي يمثلها الأصل الأول أي أن الصورة ليست أصلاً ثانياً لنفس الواقعة، وإنما أصل آخر لواقعة أخرى مماثلة للواقعة الأولى².

ولسنا بصدد أصل وصورة لأن معنى هذا أن الأصل يكفي وحده لتمثيل الواقعة محل التمثيل السندي، والواقع أنه في حالة الإعلان الإجرائي يلزم الأصل وتلزم الصورة أيضاً فبدون تسليم الصورة لا يتم الإعلان³.

ومن ذلك فإن الأمر لا يتعلق بأصليين ولا بأصل وصورة وإنما بشيء واحد.

فالعمل الذي يقوم به المحضر القضائي للتبليغ والإعلان هو عمل واحد سواء كان ذلك بورقة واحدة أو ورقتين، وفي الحالة الثانية تكون الورقتان من عناصر عمل واحد هو الإعلان، ليس أحدهما أصل كما أنهما ليس أصليين متماثلين، وإنما نكون بصدد أصليين لواقعتين مختلفتين ولكنهما متكاملتين⁴.

1- د/ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 415.

2- د/ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 438.

3- د/ رمزي سيف، المرجع نفسه، ص 438.

4- د/ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 336.

أي لسنا بصدد أصلين لواقعة واحدة ولا بصدد أصلين لواقعتين متماثلتين وإنما نحن بصدد أصلين لعنصر واقعة واحدة هي الإعلان أو التبليغ فكل أصل يمثل جزء من الواقعة أي أصل واحد لواقعة واحدة مركبة من عنصرين.

2.4.6.2. أثر عيوب الأصل والصورة في صحة العمل

إذا كان الأصل والصورة ليس أصلا وصورة بالمعنى الفني الدقيق وإنما جزآن متكاملان يكونان أصلا واحدا¹ فإن العيب الذي يصيب أيًا منهما يجب أن يواجه كما لو كان عيبا في عمل واحد وهو يؤدي إلى بطلان العمل أو لا يؤدي إلى هذا وفقا للقواعد التي سبق التطرق لها في أسباب البطلان.

فالعيب سواء ورد فيما يسمى بالأصل أو فيما يسمى بالصورة يكون أثره هو نفس الأثر الذي يترتب على عيب ورد في أول الورقة الواحدة أو في جزء آخر منها².

والعبرة بالنظر إلى الغاية من البيان الوارد في الأصل أو في الصورة مع ملاحظة أن لكل من الأصل والصورة وظيفة خاصة، وأن الغاية من البيان أو الشكل قد تختلف بحسب ما إذا كان متعلقا بالأصل أو متعلقا بالصورة.

وعليه سوف نحاول دراسة أثر وجوب عيب في الأصل دون الصورة، ثم أثر وجود عيب في الصورة دون الأصل وأخيرا أثر الخلاف بين الأصل والصورة.

1.2.4.6.2. وجود عيب في الأصل دون الصورة³

ليس للأصل وظيفة ما عدا أن يرجع إلى طالب التبليغ ليخبره بوقوع الإجراء، فإذا وقع في الأصل عيب فليس للمعلن أو طالب التبليغ التمسك به لأن السبب في هذا العيب ناشئ من فعله هو أو من فعل المحضر الذي يعمل باسمه، ولكن هل للمعلن إليه التمسك بهذا العيب؟ فهنا يوجد احتمالين:

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 858.

2- د/ فتحي والي، المرجع نفسه، ص 858.

3- د/ رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات، الطبعة الثالثة، 1985، ص 439.

1- أن يقدم المعلن إليه الصورة أمام القضاء ففي هذه الحالة إذا كانت الصورة صحيحة فليس للمعلن إليه أن يتمسك بالعيب الوارد في الأصل أيا كان هذا العيب، فالبيانات التي يتطلبها القانون في الأصل لم يتطلبها القانون لتحقيق مصلحة المبلغ له، فيكفي ورود هذه البيانات في الصورة لتحقيق الغاية التي يرمي لها المشرع.

2- ألا يقدم المعلن إليه الصورة أمام القضاء ففي هذه الحالة سيكون المعلن أو طالب التبليغ قد قدم الأصل، ولما كان من المفروض أن الصورة مطابقة للأصل فإن معنى هذا أن العيب الموجود في الأصل موجود في الصورة، ويكون للمعلن إليه التمسك بالعيب باعتباره عيبا موجودا في الصورة¹.

2.2.4.6.2. وجود عيب في الصورة دون الأصل

إذا وجد عيب في الصورة فإن المبلغ له أن يتمسك بالبطلان الناشئ عنه، وفقا للقاعدة العامة في أسباب البطلان بمعنى أن ينظر إلى تحقيق الغاية من البيان أو الشكل المعيب، فلا يحكم بالبطلان إذا كانت الغاية من البيان قد تحققت لأن الصورة تعتبر أصلا بالنسبة للمبلغ له، وإنما يتمسك هذا الأخير بالبطلان باعتبار أن العمل الإجرائي معيب في جزء منه.

أما بالنسبة لطاب التبليغ فليس له التمسك بأي عيب يشوب الصورة، لأن العيب سببه فعله هو أو من يعمل باسمه.

3.2.4.6.2. الاختلاف بين الأصل والصورة

تؤدي نظرية وحدة العمل إلى إيجاد حل لهذه المشكلة فالقانون يشترط بيانات معينة متماثلة في كل من جزأي العمل الأصل والصورة.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 859.

فإذا لم تكن هنالك بيانات متماثلة فإن معنى هذا وجود بيانات متعارضة في العمل الواحد ومن أجل معرفة أثر الخلاف بين الأصل والصورة نفرق بين حالتين¹:

1- إذا كان هذا الخلاف لا أثر له، أي إذا لم يكن هناك أي عيب في العمل أيا كان البيان الذي نأخذ به، في هذه الحالة لا أثر للخلاف على صحة العمل، فإذا كان تاريخ الاستئناف المذكور في الصورة غير التاريخ المذكور في الأصل، فإن الاستئناف يعتبر صحيحاً، رغم هذا إذا تبين أنه أيا كان التاريخ الذي نأخذ به فإن الاستئناف يعتبر مرفوعاً في الميعاد، ويطبق هذا الحكم في حالة ما إذا كان توقيع المحضر مختلفاً في كل من الأصل والصورة².

2- إذا كان الخلاف يخفي عيب، فهنا يجب السعي لمعرفة الحقيقة أي لمعرفة أين يوجد البيان الصحيح في الصورة أم في الأصل، وبالتالي يمكن معرفة أين يوجد البيان المعيب.

فإذا أمكن معرفة الحقيقة فإن المخالفة تؤدي إلى البطلان، أما إذا لم يمكن معرفة الحقيقة أي لم يمكن معرفة أي يوجد العيب فإن معنى هذا أن هناك تناقض في بيانات العمل لا يمكن رفعه³، وهذا التناقض يؤدي بذاته إلى البطلان سواء كنا بصدد تناقض بين ما يسمى بالأصل وما يسمى بالصورة أم كان التناقض داخل الأصل أو داخل الصورة⁴.

1- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 862.

2- د/ رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام، مرجع سابق، ص 440.

3- د/ رمزي سيف، المرجع نفسه، ص 440.

4- د/ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 863.

الخاتمة

إن القانون يحدد على نحو يكاد يقترب من الحصر الواجبات الإجرائية، ويحدد ما يتم توقيعه من جزاء عن مخالفة الخصم للواجب المكلف به، ودراستنا للبطلان كجزاء إجرائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت في هذا السياق.

فلقد انصببت دراستنا على نظام البطلان كعنصر من عناصر الجزاء الإجرائي وتحديد المحل الذي يضره هذا الجزاء وذلك عن طريق تأصيل نظرية البطلان من حيث ماهية البطلان والنظريات الفقهية التي ساهمت في تطوير مفهومه.

كما عرجنا على خصوصيات البطلان كجزاء إجرائي من خلال التفرقة بينه وبين باقي الأنظمة في قانون الإجراءات المدنية، إلى غاية وصولنا إلى محل البطلان والمتمثل في الخصومة القضائية والعمل الإجرائي، لننتهي تأصيل نظرية البطلان بأسبابه لعيب شكلي ولعيب موضوعي.

وواصلنا دراسة البطلان بالتعرض إلى التطبيقات العملية له، مستعرضين في ذلك أنواع البطلان بالتفرقة بين ما هو من النظام العام وبين ما هو مقرر للمصلحة الخاصة، ثم رأينا آليات أعمال البطلان كجزاء إجرائي من خلال التطرق إلى سلطة كل من الخصوم في التمسك بالبطلان وسلطة القاضي في إثارته والحدود الموضوعة له.

لنعرج بعدها إلى نقطة تصحيح البطلان كوسيلة للحد من الآثار السلبية لجزاءه على اعتبار ان نظام البطلان يسمح في الكثير من الحالات إلى التصحيح الذي يهدف إلى الحد من حالات البطلان.

وفي نهاية دراستنا رأينا آثار البطلان على الأعمال الإجرائية وفرقنا في ذلك بين الأثر على العمل الإجرائي الباطل وعن الأعمال الإجرائية السابقة له وكذا العمال اللاحقة له، وحللنا عملية التأثير المتبادل بين الأصل وصورة محاضر التبليغ الرسمي في حالة بطلان أحدها.

ومما سبق يتبين أن:

نظام البطلان يعتبر ضماناً لتطبيق الأحكام التشريعية المنظمة لقانون الإجراءات المدنية بصفة عامة والخصومة القضائية على وجه الخصوص باعتبارها المحل الأساسي للبطلان.

فالبطلان في القانون الإجرائي يحكم أعمال الخصومة، ولما كان البطلان ليس إلا تكبير للعمل القانوني، فإن قواعده تتأثر بما تتميز به الخصومة القضائية من قواعد خاصة.

فالخصومة القضائية تعتبر أداة ينظمها القانون بقصد تطبيق إرادته بواسطة السلطة القضائية، فهي أداة لتحقيق وظيفة من وظائف الدولة، لذلك فالقانون ينظم الخصومة القضائية والأعمال التي تتكون منها على نحو لا يترك لإرادة الأشخاص أي سلطان، وهو ما يفرق طبيعة الأعمال الإجرائية عن طبيعة التصرف القانوني.

ومن ذلك، فإن دور المشرع في وضع آليات أعمال البطلان دور مهم يكاد يعدم فيه دور الطراف والقاضي معاً، ذلك أنه لا وجود لسلطان الإرادة في المادة الإجرائية.

ومن ذلك فعن التطور الملحوظ الذي شهده قانون الإجراءات المدنية بصفة عامة بموجب التعديل الذي وقع سنة 2008، ومنه التطور الذي شهده نظام البطلان في ذات القانون بصفة خاصة، يجعلنا نبدي بعض الملاحظات على ضوء ما تم دراسته من خلال البحث الحالي.

إن غاية المشرع في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية تأرجحت ما بين وضع قواعد تفرض احترام شكل معين لا يجوز مخالفتها، وما بين الحد من آثار البطلان وفتح الباب أمام التصحيح تارة وأمام التنازل تارة أخرى وذلك للسماح للخصم للمضي في الإجراءات بصفة عادية دون أن يبقى الضرر يصيب من كان له أن يتمسك بالبطلان.

وما يمكن أن يأخذ على المشرع الجزائري من خلال نظام البطلان هو ما يلي:

- لم يتطرق المشرع إلى نظرية التحول الإجرائي رغم أنها من بين أهم المبادئ التي جاء بها الفقه الحديث للحد من الآثار السلبية للبطلان فنجد أغلب التشريعات قامت بتقنين نظرية التحول الإجرائي، في حين المشرع الجزائري لم يأخذ بها رغم أن روح المواد التي نصت على البطلان، توحى بأن المشرع يريد الوقوف في وجه الدفوع بالبطلان الرامية إلى تعطيل الفصل في الخصومة لا غير.
 - كما ان المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى تأثير بطلان العمل الإجرائي على باقي الأعمال الإجرائية، خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص على ذلك والذي فرق بين الإجراءات التي تكون مبنية على الإجراء الباطل والتي لا تكون مبنية عليه فلا تتأثر.
- وعلى اعتبار أن تأثير العمل الباطل على باقي العمال هي من الآثار المهمة للبطلان التي كان لزاما التطرق لها وتخصيص لها مواد تنظمها بدلا من ترك ذلك لتضارب الآراء بين القضاة وبين أطراف الخصومة.
- ومن جهة أخرى، ورغم ان المشرع نص في المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التصحيح أي تصحيح الإجراء المشوب بالبطلان، إلا انه لم يتطرق للتنازل، والتنازل يمكن ان يكون سبب من أسباب التصحيح، فهناك التنازل الصريح والتنازل الضمني ممن تقرر البطلان لمصلحته.
 - كما يعاب على المشرع ما جاء في المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتعلقة بسلطة القاضي في إثارة انعدام الأهلية تلقائيا، أما بالنسبة لانعدام التفويض للشخص الطبيعي أو للشخص المعنوي، فجعله جوازي بالرغم من ان كلتا الحالتين تتعلقان بالبطلان من حيث الموضوع وأنها من النظام العام.
 - وفي نفس السياق وعند الحديث عما هو من النظام العام فالمشرع لم يفرق في المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتصحيح، لم يفرق بين تصحيح ما هو من النظام العام وما هو ليس من النظام العام.

- ويعاب أيضا على المشرع، فيما يخص إبطال إجراءات الحجز المنصوص عليها في المادة 643 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بجعل اجل رفع دعوى إبطال الإجراء شهر واحد من تاريخ الإجراء، فلما نعلم ان هنالك من الإجراءات المهمة التي تتم دون تبليغ للمنفذ عليه (كمحضر عدم الامتثال أو عدم الدفع)، فإنه من غير المعقول أن تكون هذه الإجراءات باطلة ولكن لا يمكن الطعن فيها نظرا لسقوط الحق في المطالبة به، فذلك مس بمبدأ الوجاهية في التقاضي وخرق لحقوق الدفاع.

وفي مواجهة ما يمكن اعتباره من نقائص، ارتأينا إلى طرح بعض المقترحات للمساهمة في إثراء قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصة في جانبه المتعلق بالبطلان من خلال التوصيات التالية:

- توصية إدراج نظرية التحول الإجرائي في التشريع لما لها من فائدة عملية للتخفيف من آثار البطلان، على غرار ما ورد في القانون المدني في المادة 105 منه والتي تنص على تحول العقد الباطل، فيمكن أن يسمح بتحول العمل الإجرائي الباطل إلى عمل إجرائي آخر صحيح بشرط ألا يكون ذلك مسببا لأي ضرر بالنسبة للخصم.

- توصية إدراج مادة قانونية تشير إلى مدى تأثير العمل الإجرائي الباطل سواء كان العمل الإجرائي سابق للعمل الباطل أو لاحقا له، خاصة عندما نلاحظ تعامل القضاء مع العمال الإجرائية الباطلة، وبالتحديد المحكمة العليا في قراراتها، فمن الملاحظ أن هذه الأخيرة لا ترد على أوجه الطعن بالنقض المتعلقة بالشكل عندما يكون ثمة أوجه متعلقة بالموضوع والتي من أجلها تبطل القرار أو الحكم المطعون فيه.

- توصية إضافة فقرة للمادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مفادها أنم التصحيح الذي لا يمس بالنظام العام يمكن أن يكون بالتنازل

سواء الصريح أو الضمني ممن كان له المصلحة في التمسك بالبطلان، وذلك كي لا يبقى شبح الدفع بالبطلان يلاحق الخصومة بصورة أبدية.

- توصية تعديل المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالتركيز على كون انعدام الأهلية أو التفويض سواء لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي هما من النظام العام ويجب على القاضي أن يثيرهما من تلقاء نفسه، فلا يجوز ترك ذلك لمحض إرادة القاضي إن أراد أثارها وإن أبدى يبقى العيب قائم ويصدر الحكم معيبا.
- توصية تعديل المادة 643 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لجعل أجل رفع الدعوى الرامية إلى إبطال إجراءات التنفيذ شهر من تاريخ التبليغ بالإجراء وليس من تاريخ الإجراء نفسه.
- وأخيرا توصية إدراج مادة قانونية يتبنى فيها وسيلة الطعن في الحكم الباطل بطلان مطلق رغم انعدام طرق الطعن ورغم حصول الحكم على قوة الشيء المقضي فيه، أي أن تكون هناك دعوى أصلية ببطلان الحكم كما هو الحال بالنسبة للعقد الباطل، وهذا نظرا لما نرى من أخطاء جسيمة وفادحة ترتكب في إصدار الأحكام والتي تجعل من هذه الأخيرة - رغم انها باطلة - محصنة بحجية في مواجهة من تقرر لمصلحته البطلان.

تلك هي نتائج البحث، أمني أن أكون قد وفقت وما توفيقى إلا بالله العلي العظيم.

قائمة المراجع

- 1- إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء المدني، دكتوراه في قانون المرافعات، جامعة عين الشمس 2008.
- 2- إبراهيم أمين النفياري، الإخلال بالواجب الإجرائي دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011.
- 3- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 .
- 4- احمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، 2007 الاسكندرية.
- 5- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2005.
- 6- أحمد ماهر زغلول، الوجيز في المرافعات، دار النهضة العربية، 2006.
- 7- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي 1962.
- 8- أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2002.
- 9- أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999.
- 10- أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية و التجارية، الجزء الثاني، (الخصومة، الحكم و الطعن) دار النهضة العربية، 1995.
- 11- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
- 12- أحمد لعور ونبيل صقر، الموسوعة القضائية في المواعيد القانونية، دار الغرب للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
- 13- أيمن احمد رمضان، الجزء الإجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، 2006.
- 14- بكوش يحي، الأحكام القضائية و صياغتها ،المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
- 15- بن ملح الغوثي ، القانون القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982.
- 16- بويشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993.

- 17- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي، في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، 2001.
- 19- خيرى عبد الفتاح السيد الباتانوني، نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2012.
- 20- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 1969.
- 21- رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة، 1969.
- 22- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى الجزائر، الجزء الأول، طبعة جديدة مزيطة ومنقحة، 2011.
- 23- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى الجزائر، الجزء الثاني، طبعة جديدة مزيطة ومنقحة، 2011.
- 24- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، دار الهدى، 2006.
- 25- سليمان مرقش، شرح القانون المدني، 1974.
- 26- سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني والجنائي في البطلان، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
- 27- طاهر حسين، التنظيم القضائي الجزائري، دار هومة 2007.
- 28- عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، 1980.
- 29- عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، 2010.
- 30- عبد الحميد فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية، 1991.
- 31- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد الموسوعة كاملة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- 32- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية الجديد، ترجمة لمحاكمة عادلة الطبعة الثانية، منقحة موفم للنشر 2011.
- 33- علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة و دورها في النطاق الإجرائي، دار النهضة العربية، 1996.

- 34- علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية 1996.
- 35- عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 36- عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 37- عبد الله مسعودي، المواعيد القانونية المدنية والجزائية، الطبعة الثانية، دار هومة 2015.
- 38- فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر بن مرابط، الطبعة الأولى، 2009.
- 39- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، 2009.
- 40- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار الطباعة الحديثة، 1997.
- 41- كمال الدين احمد السيد عاطف ، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكالية والموضوعية في القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، 2012.
- 42- محمد سعيد عبد الرحمان، الحكم القضائي (أركانه وقواعد إصداره). 2002.
- 43- محمد كمال العزيز، تقنين المرافعات في ظل القضاء والفقهاء، 1987.
- 44- محمد محمود عليوه، الدفوع المدنية، شركة ناس للطباعة، الطبعة الثانية، 2011.
- 45- محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكييف القانوني في القانون الإجرائي، 1993.
- 46- محمد مومن سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2005.
- 47- مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي، دار الجامعة الجديدة 1999.
- 48- نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول و نظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة.
- 49- نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 50- وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الأولى دار الفكر العربي، 1986.
- 51- وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة 1971.
- 52- وجدي شفيق، الموسوعة الشاملة في البطلان المدني و الجنائي و الإداري، الناشر احمد حيدر الطبعة الأولى 2012.
- 53- هشام زوين، البطلان ودفعه، دار القانون للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2007.

الرسائل الجامعية:

- 1- أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه القاهرة 1959.
- 2- أيمن احمد رمضان، الجزء الإجرائي في قانون المرافعات، مساهمة تحليلية وتطبيقية في بناء فكرة الجزء الإجرائي وآليات أعمالها وكيفية الوقاية منها ووسائل علاجها والحد من أثارها، رسالة الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، المكتبة القانونية 2003.
- 3- عبد التواب عبد السلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة 2001.
- 4- عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، عين الشمس، 1981.

القوانين:

- 1- قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12/12/1989، يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، معدل و متمم، ج ر عدد 53 لسنة
- 2- قانون رقم 90-02 مؤرخ في 6 فبراير 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب، ج ر عدد 6 لسنة 1990.
- 3- قانون رقم 90-04، مؤرخ في 8 فيفري 1990، يتعلق بتسوية المنازعات الفردية في العمل، ج ر عدد 6 لسنة 1990.
- 4- قانون رقم 91-05، مؤرخ في 16 جانفي 1991 يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر عدد 03 لسنة 1991.
- 5- قانون رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر عدد 37 لسنة 1998.
- 6- قانون رقم 92-02 مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37 لسنة 1998.
- 7- قانون عضوي رقم 98-03 مؤرخ في 3 جوان 1998، يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر عدد 39 لسنة 1998.
- 8- قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57 لسنة 2004.

- 9- قانون رقم 05-11 مؤرخ في 17 جويلية 2005، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 51 لسنة 2005.
- 10- قانون رقم 06-03 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 11 لسنة 2008.
- 11- قانون رقم 08-08، يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، مرجع ج ر عدد 11 لسنة 2008.

الأوامر :

- 1- أمر رقم 71-57، مؤرخ في 5 أوت 1971، يتعلق بالمساعدة القضائية، معدل و متمم ج ر عدد 67 لسنة 1971.
- 2- أمر رقم 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم ج ر عدد 47 لسنة 1966.
- 3- أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، ج ر عدد 48 لسنة 1966.
- 4- أمر رقم 55-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، ج ر عدد 49 لسنة 1966.
- 5- أمر رقم 69-79، مؤرخ في 18/09/1969، يتعلق بالمصاريف القضائية، ج ر رقم 82 لسنة 1969.
- 6- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.
- 7- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، ج ر عدد 101 لسنة 1975.
- 8- أمر رقم 76-77، مؤرخ في 11 أوت 1976 يتضمن تحديد يوم العطلة الأسبوعية للراحة، ج ر عدد 66 لسنة 1976.
- 9- أمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 لسنة 2006.

المراسيم التنفيذية

1- مرسوم تنفيذي رقم 90-407 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990 يحدد قائمة المجالس القضائية واختصاصها الإقليمي العاملة في إطار المادة 7 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد لسنة 1990.

2- مرسوم تنفيذي رقم 98-356 مؤرخ في 14 نوفمبر 1998 يحدد كيفية تطبيق أحكام القانونية رقم 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 48 لسنة 1998.

المراجع باللغة الفرنسية

- 1-Solus H et. Perrot R, Droit judiciaire Privé, édition Sirey, année 1991.
- 2-Garsonnet (E) et CezarBru (ch), Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, 3^{ème} édition, 1980
- 3-Laborde lacaste (M) exposé méthodique de procédure civile 3^{ème} édition, Paris 1971.
- 4-Braas (A), précis de procédure civile, 1 vol lié 1979.
- 5- Vincent (J) et Guinchard (S), Procédure civile, Dalloz ,2^{ème} édition, 1991.
- 6- Chauveau (A) et carré (G), Lois de la procédure civile et administrative, 9 tome, 4^{ème} 2 édition, Paris 1961.
- 7- P. M. solon, Traite des nullités des conventions et des actes en matières civile imprimerie weissenbruch père, imprimeur de roi.
- 8- VicentBricard, La nullité des actes de procédures édition sirey.
- 9- Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la reformation de la justice, 1857

الموجوعات الفقهية

- 1- Encyclopédie Dalloz, procédure civile
- 3- Raymond Bardeaux, philosophie de la procédure civile.

Résumé

Nous allons voir à travers cette étude la différence entre la nullité étant une sanction édictée par la loi à l'encontre de toute infraction des procédures de formes ou de fonds, et entre d'autres sanctions procédurales décrétée par le législateur s'agissant de tout manquement au formes et formalismes à respecter, susceptibles d'être confondus avec celle –ci.

Pour cela nous allons axer notre étude sur les différences entre la nullité et les fins de non – recevoir, la nullité et la déchéance et au final la différence entre la nullité net l'inexistence procédurale.

Pour cela nous avons passé en revue les différentes doctrines ayant traitées du sujet, et comment l'instance judiciaire peut être susceptible de nullité tant sur la forme que sur le fond.

Ainsi nous avons axé notre étude sur l'effet négatif incommensurable de la nullité des actes de procédures, et quels sont les moyens dont dispose les parties pur apaiser de ces effets négatifs, sachant que la nullité et à déterminer les cas où le juge peut relever d'office la nullité des actes lorsque celle – ci est d'ordre public.

A la fin de notre étude nous avons jugé utile d'émettre un certain nombre d'observation s'agissant du traitement par le législateur algérien de la question des nullités des actes de procédure, et avons développé des recommandations qui selon notre estimation, sont nécessaires pour les prochains amendements du code de procédure civile et administrative.