

Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human
and Social Sciences



مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية
والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

البطلان الشكلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

The Formal nullity in the civil and adminstative procedures law

Bendaimi imen بن دايمي إيمان

دكتوراه في القانون القضائي

جامعة الجزائر 01. بن يوسف بن خدة. كلية الحقوق سعيد حمدين .

الايمل: bendaimi9180@gmail.com

تاريخ القبول: 2022-06-

تاريخ الإرسال: 2022-04-06

01

ملخص :

إن المشرع الجزائري عند تنظيمه للبطلان الشكلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حاول أن يوازن بين نقطتين أساسيتين وهما فعالية البطلان كجزء إجرائي لضمان احترام الشكليات الواجب إتباعها وبين ضمان حسن سير هذه الخصومة بما لا يغلب الجانب الشكلي إلى درجة إهدار الحق الموضوعي ، غير أنه في الواقع ضيق من حالات البطلان إلى درجة قد تؤثر على حقوق الدفاع المكفولة قانونا عندما لم يستثن الأشكال الجوهرية والمتعلقة بالنظام العام من قواعد البطلان الشكلي الأخرى المتعلقة بالمصلحة الإجرائية الخاصة بالأفراد .

Abstract :

The Algerian legislator when regulating the formal nullity in the civil and administrative procedures law tried to balance two main points namely the effectiveness of nullity as procedural penalty to ensure respect for the formalities to be followed and the guarantee of proper conduct of this litigation so that the formal aspect does not prevail to the point of wasting the objective right reality is narrow of wasting the objective right reality is narrow of cases of invalidity to a degree that may affect the rights of defense guaranteed by law when it does not exclude essential forms and related to public order form other rules of formal invalidity related to the procedural interest of individuals .

الكلمات المفتاحية: البطلان الشكلي ، التمسك بالبطلان ، تصحيح البطلان ، الآثار المتعلقة على الحكم بالبطلان.

Key words:

Formal nullity, striking to nullity, correction of nullity , effects related to the nullity judgment .

المقدمة :

الأعمال هي وجوب احترام الشكلية القانونية المحددة ، بمعنى أنها يجب تتم تبعا للوسيلة التي يحددها القانون ، وتختلف الشكلية جمودا و مرونة من عمل إجرائي إلى آخر، ومن مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي اشتراط وسلية معينة يتم بها العمل كالكتابة أو أن يقوم بالعمل شخص

عندما يختار القانون عملا قانونيا يترتب عليه أثرا إجرائيا فإنه يحدد النموذج القانوني الذي يجب أن يصدر وفقه و إلا فإنه يصدر باطلا ، و البطلان يعد أحد أهم الجزاءات التي تمس الأعمال الإجرائية والقاعدة العامة بالنسبة لهذه

مراعاة الإجراءات الجوهرية و المتعلقة بالنظام العام والتي تؤثر على حقوق الأطراف في الدعوى ، ومن هنا ظهر البطلان كجزء عن العمل الإجرائي الباطل ، غير أن الحكم به يتطلب مراعاة عدة أحكام جاء بها المشرع تتمثل في حالات البطلان و ضرورة التفريق بين البطلان النسبي و المطلق وكذا قابلية البطلان للتصحيح و إثبات الضرر و من له حق التمسك به .

اهداف البحث: يسعى البحث إلى دراسة نظام البطلان الشكلي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بهدف الوصول إلى :

.تحديد حالات البطلان الشكلي وشروطه.

. فعاليتها في ضمان حسن سير الخصومة القضائية و أثره في

المحافظة على حقوق الأطراف في الدعوى.

منهج البحث: تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي و المقارن الذي يقوم على الانطلاق من دراسة المادة القانونية وتحليلها استنادا إلى آراء الفقه وأحكام القضاء ، مع مقارنتها بما هو سائد في النظم القانونية المقارنة لإعطاء صورة أوضح عن الموضوع والآراء المختلفة فيه.

محاور البحث: سوف نتناول محاور هذا البحث في مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: ماهية البطلان الشكلي .

المبحث الثاني : إجراءات التمسك بالبطلان وأثارها على إجراءات التقاضي

المبحث الأول: ماهية البطلان الشكلي .

مما لا شك فيه أن البطلان قبل أن يكون جزءا إجرائيا تتبناه التشريعات، كان مجرد فكرة ساهم في تحديد مفهومها الفقه ، ولهذا سنحدد مفهوم البطلان في الفقه والقانون .

المطلب الأول : مفهوم البطلان الشكلي .

يعد البطلان الجزاء القانوني المترتب لعدم توفر مقتضيات العمل الإجرائي الذي يجب أن يتم وفقا لنماذج معينة، والأصل أن العمل المعيب لا ينتج الآثار التي يرتبها القانون على العمل الكامل، ولهذا فإن المبدأ أن العمل الإجرائي المعيب هو عمل باطل لا يرتب أي أثر .

الفرع الأول : تعريف البطلان الشكلي

محدد كالمحضر القضائي أو أن يتم الإجراء في وقت معين كالتبليغ على سبيل المثال أو أن يتم في مكان معين كأداء اليمين أو أن يتم في ترتيب محدد بين عدة أعمال إجرائية في نطاق الخصومة ، فإذا تمت مخالفة لذلك النموذج أو تلك الشكليات يصبح العمل الإجرائي غير فعال ويفقد آثاره القانونية ، ويتم التعبير على هذا الوضع بأن يصبح العمل الإجرائي باطلا ، وقد تبني المشرع الجزائري نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و نظم أسسه سعيا منه لضمان احترام الأشكال القانونية التي تساهم في حماية الحق الموضوعي وكذا توفير كل الضمانات اللازمة لصحة العمل الإجرائي.

مشكلة البحث: في ضوء ما سبق نطرح الإشكالية التالية: ما مدى فعالية البطلان الشكلي كجزء و أثره على سير الخصومة القضائية وفقا لما نظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؟

فرضيات البحث: تفترض هذه الدراسة أن البطلان الشكلي جاء كنظام لحسن سير الخصومة و يجب أن يضمن حقوق الأطراف في الدعوى دون التعقيد في الشكليات لدرجة إهدار الحقوق ودون التضيق منه لدرجة عدم مراعاة الشكليات التي يبني عليها الحكم في الدعوى و تؤثر على الحق الموضوعي، وتنطلق من هذه الفرضية لدراسة مدى مراعاة المشرع عند تنظيمه للبطلان الشكلي لهذه التوازنات المختلفة .

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في خطورة نظام البطلان كجزء إجرائي وتأثيره على سير الدعوى والحكم الصادر فيها ، فالإجراءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليست مجرد شكليات فارغة، بل هي تنظم مسائل أساسية في الدعوى و تؤثر على الخصومة و الحكم القضائي الذي سوف يصدر فيها، مثل كيفية التبليغ بالدعوى وبالإجراءات المختلفة ، و كيفية الحصول على الدليل مثل إجراءات الخبرة و سماع الشهود ، كما تنظم فضلا عن ذلك حقوق الدفاع بما يضمن استفادة أطراف الدعوى من وسائل متكافئة لتأسيس طلباتهم و عرض دفوعهم ، وهذه المسائل تحتاج كلها إلى تنظيم من المشرع ، الذي عليه مراعاة التوازن بين حسن سير الخصومة وعدم تعقيدها بشكليات مرهقة و بين ضرورة

بإجراءات التقاضي ولهذا تعد هذه الإجراءات شكلا قانونيا لعمله.

الفرع الثاني: أركان البطلان الشكلي.

يقوم البطلان الشكلي على ركنين أساسيان وهما وجود عيب في العمل القانوني نتيجة عدم تطابقه مع النموذج الشكلي وكذا عدم ترتيب العمل الإجرائي لأثره القانوني. أولا: وجود عيب بالعمل القانوني نتيجة عدم تطابقه ونموذجه الشكلي :

الأصل أن يتطابق الإجراء والشكلية القانونية التي يحددها القانون والتي يجب أن يفرغ فيها لهذا فإذا لم يحدث هذا التطابق فإن العمل القانوني يصبح معيبا، غير أن مخالفة العمل القانوني لبعض الشكليات البسيطة لا ينتج عنه بالضرورة عدم ترتيب آثار قانونية فيصبح باطلا، ففي بعض الأحيان قد يكون العمل الإجرائي مشوبا بعيب ولكن رغم ذلك يرتب كل أثاره القانونية بصفة عادية، ومثال ذلك عريضة دعوى تخلف فيها ذكر مهنة المدعى عليه مثلا ثم حضر هذا الأخير بعد تبليغه من طرف خصمه فبالرغم من أن التبليغ جاء معيبا إلا أن الغاية منه قد تحققت وهي حضور الخصم ولا محل للنطق بالبطلان، ويدخل هذا المفهوم ضمن النظرية الحديثة للبطلان التي تعمل على التضييق منه باعتباره وسيلة فقط لتحقيق غاية معينة فإذا تحققت الغاية فلا معنى للحكم بالبطلان.

ثانيا: عدم ترتيب العمل القانوني المعيب لأثره قانوني :

إذا لم يكن العمل الإجرائي موافقا للشكليات التي أقرها القانون فإنه لا يرتب من حيث المبدأ الآثار القانونية التي يقرها القانون على القيام بهذا الإجراء، فإذا لم تتضمن عريضة افتتاح الدعوى على سبيل المثال اسم المدعي ولقبه وموطنه مثلما هو مقرر في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية كأن يذكر فيها على سبيل المثال أن المدعي رافع الدعوى هم ورثة فلان بدون تحديد، فإن مخالفة هذا الشكل يترتب عليه البطلان بلا شك نظرا لمخالفته نص القانون ويترتب عليه عدم ترتيب هذا العمل لأثره القانوني وهو رفع الدعوى من المدعي بطريقة صحيحة وبالتالي يقضى بالبطلان ولا يترتب على العريضة أي أثر إلى غاية تصحيحها.

يمكن أن نعرف البطلان بصفة عامة أنه " جزء إجرائي يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة إذا افتقد العمل القانوني أحد الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة لصحته قانونا ويؤدي إلى عدم فعاليته"، فالبطلان هو تكييف أو وصف العمل القانوني عندما يكون مخالفاً لنموذجه الشكلي أو الموضوعي المطلوب مما يؤدي بالضرورة إلى عدم إنتاج الأثر القانوني اللازم.

وينقسم البطلان إلى نوعين بطلان شكلي و بطلان موضوعي، يمس البطلان الموضوعي الأعمال الإجرائية من حيث موضوعها، ونظمه المشرع بموجب المادتين 64 و 65 من قانون الإجراءات المدنية وحدده في حالتين على سبيل الحصر وهما: انعدام أهلية الخصوم، انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي وهذا النوع من البطلان خلافا للبطلان الشكلي يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهو من النظام العام ويثبته القاضي تلقائيا.

أما البطلان الشكلي يمكن تعريفه بأنه " تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يترتب عليها القانون إذا كان كاملا"، فالبطلان إذن هو جزء إجرائي لمخالفته الشروط الشكلية المقررة قانونا وهو ما نتج عنه عمل لا ينتج الأثر القانوني المطلوب، وتجدر الإشارة أن البطلان وصف يلحق بإجراءات الدعوى أي أنه وصف لإجراء معيب وليس وصفا للحق في الدعوى باعتبار أن الحقوق لا توصف بالبطلان وإنما الإجراءات هي التي ينطبق عليها هذا الوصف.

ويعتبر الشكل حصيلة النظر للعمل القضائي وهو في حالة حركة أو نشاط، فالقانون من الناحية المبدئية لا يقيد الأفراد بشكل معين للتعبير عن إرادتهم وهنا نكون أمام حرية الشكل، أما في الحالات التي يشترط فيها القانون شكلا معيناً فإن الشكل يعتبر ركنا قانونيا يؤثر في وجود الإرادة وصحتها، ومن جهة أخرى فإن العمل القضائي يعتبر عملا شكليا لا تقتصر فيه الشكلية على وسيلة التعبير عن الإرادة القضائية في ورقة رسمية هي الحكم بل تمتد الشكلية إلى وسيلة تكوين الإرادة القضائية المجسدة في الحكم حيث يتقيد القاضي

إغفال ذكر العنوان المهني للمحامي في القرار الصادر من المجلس القضائي".

في حين أن المشرع الفرنسي تبنى نفس المبدأ طبقاً للمادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي تنص على أنه لا يمكن إقرار البطلان إلا إذا كان هناك نص صريح يقضي به، إلا أنه استثنى الأشكال الجوهرية والمتعلقة بالنظام العام، عكس المشرع الجزائري الذي اشترط النص على البطلان في جميع الحالات، كما خالف أيضاً المشرع المصري الذي اعتمد مبدأ لا بطلان إلا بنص في المادة 20 من قانون المرافعات، غير أنه لم يشترط اثبات وقوع الضرر في هذه الحالة (أي حالة البطلان المنصوص عليه في القانون) خلافاً للمشرع الجزائري الذي يشترط اثبات الضرر أيضاً، وقد فرق الفقه في مصر بين حالة البطلان الذي يقرره القانون بعبارة صريحة وفي هذه الحالة ليس على من تقرر البطلان لصالحه سوى أن يثبت تحقق العيب فقط دون اشتراط اثبات الضرر بينما في حال عدم النص على البطلان بصفة صريحة فعلى المتمسك به فضلاً على إثبات المخالفة للأشكال المقررة إثبات عدم تحقق الغاية من الشكل وهو ما يجعل المشرع الجزائري من التشريعات التي ضيققت من نطاق البطلان لأقصى حد خصوصاً من ناحية عدم تبيينه لمفهوم البطلان الجوهري الذي تبنته الأنظمة المقارنة وهو ما يطرح إشكالا جدياً في حالة ما إذا كان البطلان جوهرياً أو متعلقاً بالنظام العام ولم يتمسك به أحد الخصوم أو أنه تمسك به ولم يثبت الضرر الذي أصابه.

وقد استئننت المحكمة العليا في قرارات لها في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان ينص على الأشكال الجوهرية كسبب للبطلان، استئننتها من قاعدة لا بطلان إلا بنص ومن هذه القرارات القرار الذي جاء فيه: "أن الاكتفاء بذكر فريق فلان وآخرون دون الإشارة إلى أسمائهم في القرار لا يكفي وكان من الضروري التقيد بأحكام القانون وذكر جميع أسماء الأطراف مهما كثر عددهم" كما جاء في قرار آخر: "أن التبليغ لا يكون صحيحاً ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا وقع بواسطة سند يحرره المبلغ ويشير فيه إلى أن المبلغ له تسلم نسخة من الحكم أو الأمر أو نسخة مطابقة للأصل"،

ومن جهة أخرى فالعمل فإن العمل الإجرائي قد يكون صحيحاً ومع هذا لا ينتج آثاراً قانونية، إذا كان إنتاج هذه الآثار القانونية متوقفاً على وقائع لاحقة عليه، مثال ذلك أن رفع دعوى بعريضة مستوفية للبيانات المقررة قانوناً لا يؤدي بالضرورة إلى انعقاد الخصومة إذا لم يتم المدعي بتبليغها إلى خصمه، ذلك أن الخصومة القضائية تنشأ بإيداع عريضة افتتاح الدعوى ولا تنعقد إلا بالتبليغ فالعريضة جاءت من الناحية القانونية صحيحة أي جاءت مستوفية لنموذجها الشكلي المطلوب، لكن تعتبر مجرد ورقة قضائية عديمة الأثر إذا لم تبلغ إلى الخصم تبليغاً وفقاً لما حدده القانون، وعليه نستخلص أن العمل المييب هو الذي لا يحقق أي أثر قانوني ولو قمنا بإجراءات لاحقة عليه.

المطلب الثاني: مبادئ البطلان الشكلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نظم المشرع أسس البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفقاً لمبدأين اثنين: الأول مبدأ لا بطلان إلا بنص والثاني مبدأ لا بطلان إلا بضرر، وهما الشرطان الواجب توفرهما للمتمسك بالبطلان الإجرائي الشكلي.

الفرع الأول: مبدأ لا بطلان إلا بنص:

نصت الفقرة الأولى من المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك.."، و يتضح من هذه المادة تبني المشرع الجزائري قاعدة "لا بطلان إلا بنص" والتي تعني أنه لا يجوز لأي خصم أن يثير أو يتمسك بالبطلان وكذا لا يجوز للقاضي أن يحكم به إلا عند وجود نص صريح يقضي به، بمعنى آخر أن يتضمن النص القانوني عبارة صريحة تؤكد البطلان كجزء إجرائي، وفيما يخص هذا المبدأ أيضاً نجد أن المشرع الجزائري لم يستثن صراحة الأشكال الجوهرية من قاعدة أو مبدأ لا بطلان إلا بنص، وقد سار الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه إذ نجد أن المحكمة العليا في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 09/18/2014 تحت رقم 0944733: "لا بطلان للأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة عليه وتم إثبات الضرر من المتمسك به، لم يرتب المشرع جزاء البطلان على

الضرر، ويرى البعض أن الضرر المقصود هو الذي يمس بحقوق الدفاع المقررة لفائدة الخصم في الدعوى وهو ما يعني اشتراط أن يكون العيب جسيما و ليس مجرد مساس بمصالح الخصم .

كما أن هناك تعريف آخر أكثر شمولية لمفهوم الضرر إذ عرف بأنه : إهدار الضمانة القانونية التي يحققها الشكل للخصم ، فيؤدي إلى تفويت المصلحة التي يهدف إليها القانون من الإجراء، لذا يجب على المتمسك بالبطلان في مثل هذه الحالة أن يثبت الضرر الذي أصابه بسبب المخالفة ، لكن هذا التعريف لم يحدد المقصود بالمصلحة التي يقصدها القانون هل هي حقوق الدفاع أو عدم تحقق الغاية من الإجراء؟ ، ونحن من جهتنا نرى أن الضرر الذي قصده المشرع الجزائري هو الضرر الذي لا يؤدي إلى تحقيق الغاية من الإجراء ويعتبر حق الدفاع احدي هاته الغايات التي يهدف إليها القانون من وراء اشتراط شكل قانوني أو إجراء معين ذلك أن الإجراءات ليست مقررة من أجل التعقيد بل من أجل غايات معينة، فإذا تحققت الغاية فلا مجال للحكم بالبطلان ، ومثال ذلك إذا لم تتحقق الغاية من التكليف بالحضور (الذي وجد أصلا لإعلام الخصم أن هناك دعوى رفعت ضده لتحضير دفاعه والرد على خصمه في أجل محدد وهو تاريخ الجلسة)، ألا وهي تبليغ الخصم ، فإن هذا الأخير لا يستطيع تحضير دفاعه ذلك أن الغاية من التكليف بالحضور لم تتحقق، مما يؤثر سلبا على حق الدفاع، فالضرر يتحقق اذن عندما تتم مخالفة إجراء يترتب عنه عدم تحقق الغاية المرجوة منه.

أما بالنسبة لأحكام القضاء فنجد أن المحكمة العليا قد اعتمدت في بعض الأحيان على الضرر الذي يمس بحق الدفاع وفي هذا الإطار قضت بعدم الحكم بالبطلان في حال خلو عريضة الطعن بالنقض من توقيع المحامي إذا وجد ختمه عليها كون أن عدم التوقيع يعد بمثابة سهو ولا يمس بحقوق الدفاع ، كما قضت أن تعيين خبير بموجب أمر على ذيل عريضة ليس فيه مساس بحقوق الدفاع لأن الأمر على ذيل عريضة لا يكتسي طابع الحضور والمواجهة ، أما في قرارات اخرى فقد اعتمدت على مبدأ عدم تحقق الغاية من الإجراء للحكم بالبطلان من عدمه فقضت بعدم وجود بطلان لعدم

إلا أننا لم نجد بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أي قرارات في هذا الاتجاه وهو ما يعني أن جميع أشكال البطلان ومنها المتعلقة بالأشكال الجوهرية و المتعلقة بالنظام العام يجب أن تخضع للقواعد العامة للبطلان ومنها قاعدة لا بطلان إلا بنص.

ويلاحظ من جهة أخرى أن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أوجه الطعن بالنقض قد ذكرت حالتان هما: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ، و إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات ، وهو ما يطرح تساؤلا حول هذه القواعد الجوهرية للإجراءات طالما أن القانون لم ينص عليها بل جعل جميع أشكال البطلان نسبية وعلى من يدعي بوجودها أن يتمسك بها ويثبته أمام القاضي.

الفرع الثاني: مبدأ لا بطلان إلا بضرر :

بالإضافة إلى مبدأ لا بطلان إلا بنص ، أضاف المشرع شرطا آخر وهو "لا بطلان بدون ضرر" الذي نجد أساسه حاضرا في الفقرة الثانية من المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، التي تنص: « وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه « أي على من يتمسك بالبطلان أن يثبت الضرر الذي لحقه من جراء العمل الإجرائي المعيب ، وقد تبنى القضاء الجزائري هذا الشرط في عدة قرارات نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة التجارية و البحرية بتاريخ 2014/09/04 تحت رقم 0972214 والذي جاء فيه : "لم يرتب القانون أي جزاء على عدم إبلاغ النيابة العامة بالقضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها ، يجب على المتمسك بعدم الإبلاغ إثبات الضرر الذي لحق به عملا بقاعدة لا بطلان للإجراءات إلا بنص".

لكن من جهة أخرى لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم الضرر الذي يعدد شرطا للقضاء بالبطلان ، وبالرجوع إلى الفقه يتبين أن هناك آراء متعددة تناولت مفهوم الضرر الذي يعد أساسا للدفع بالبطلان ، فنجد أن هناك من يرى أن المقصود بالضرر كأساس لإقرار البطلان هو الضرر الذي يتمثل في مجرد المساس بالخصم وهذا الرأي مستبعد نظرا لما يحمله من آثار وخيمة، بحيث يصبح البطلان مقرا مهما كان

وبناء على ذلك يقوم القاضي بالبحث في كل حالة تعرض عليه على حدى بحيث لا يحكم بالبطلان إلا إذا كانت الغاية من الإجراء لم تتحقق لتقدير تحقق الغاية من عدمها مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يبحث في مدى جدية الضرر.

وقد تبني المشرع الفرنسي نفس المبدأ بحيث اشترط على من يتمسك بالبطلان اثبات الضرر، ولو تعلق الأمر بإجراء جوهري أو من النظام العام، و رغم هذا نجد أن الاجتهاد القضائي في فرنسا ظل يفرق بين الإجراء الجوهري والإجراء الثانوي مطبقا شرط الضرر بالنسبة للإجراء الثانوي فقط، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يفرق بين الإجراء الجوهري وغيره، غير أنه يشترك كل من التشريع الفرنسي والجزائري بترك مسألة تقدير الضرر إلى السلطة التقديرية للقاضي.

وعلى عكس التشريع الجزائري والفرنسي نجد أن التشريع المصري لا يولي اهتماما كبيرا لهذا المبدأ ذلك لأنه يأخذ بمعيار الغاية، فإذا كان البطلان منصوصا عليه فلا يكون على المتمسك به إلا إثبات المخالفة فقط، أما في حالة عدم وجود النص الصريح فعلى من يتمسك بالبطلان أن يثبت المخالفة وأن يثبت عدم تحقيق الغاية من الإجراء، هذا ونجد أن موقف المشرع الجزائري جاء وسطا بالنسبة إلى المشرع الفرنسي الذي أولى مفهوم الضرر اهتماما كبيرا بحيث لم يستثنى من إثباته الأشكال الجوهرية والمتعلقة بالنظام العام وبين موقف المشرع المصري الذي لم يأخذ هذا المبدأ بنفس الأهمية التي أخذها بها المشرع الفرنسي.

المبحث الثاني: التمسك بالبطلان وأثاره على إجراءات التقاضي:

بناء على ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن نصوص البطلان الشكلي كلها متعلقة بمصلحة خاصة وبالتالي يجب أن يتمسك بها صاحب المصلحة وحده، فليس لغيره أن يتمسك به سواء كان هذا الغير من الخصوم أو النيابة العامة أو القاضي نفسه.

المطلب الأول: التمسك بالبطلان الشكلي

توجيه الطعن بالنقض للممثل القانوني اعتبارا لصفقتها كشركة ذات مسؤولية محدودة على أساس أن الطاعنة لم تثبت الضرر الذي يكون لحقها من جراء عدم استدعائها في شخص ممثلها القانوني، وبناء عليه يمكن القول أيضا أن القضاء اعتمد معيار الغاية من الإجراء كأساس للحكم بالبطلان والتي يعد حق الدفاع احدى أوجهها.

إلا أنه ومن جهة أخرى تجدر الإشارة إلى أن معيار الغاية ليس مطلقا إذا تخلف في الإجراء مقتضى موضوعي كالأهلية مثلا فإذا رفعت الدعوى ضد شخص قاصر فلا يصح الإجراء حضور ممثله القانوني وتقديمه جوابا في الدعوى، كما أنه في بعض الأحيان يكون الشكل الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية من الإجراء كالتكليف بالحضور أو تبليغ السند التنفيذي فإنه يجب أن يكون موقعا وعليه ختم المحضر القضائي فإذا كان خاليا من الختم والتوقيع فلا يصح القول أن الغاية من الإجراء قد تحققت إذا أخذ الخصم علما بالدعوى وحضر الجلسة، لأن المحضر القضائي كضابط عمومي مكلف بتبليغ العرائض والأحكام هو الذي يعطي للإجراء طبيعته ووجوده القانوني فإذا خلا من توقيعه وختمه اعتبر ورقة عادية لا يصح ترتيب أي أثر قانوني عليها.

وفضلا عن وجود ضرر لحق الخصم، اشترط المشرع إثبات هذا الضرر مما يفيد أنه ليس كل ضرر يستوجب الحكم بالبطلان إذا لم يرقم الطرف المتضرر بإثباته، فيجب مبدئيا على كل من تضرر من جراء تخلف الغاية المقررة من الإجراء الذي أهدر مصلحة قانونية أقرها القانون لصالحه أن يثبت الضرر الذي لحقه من تخلف الشكل الإجرائي، وموضوع إثبات الضرر لا يقتصر على إقامة الدليل على وجود الضرر بل يتعداه إلى تبيان مصدر هذا الضرر وأن هذا المصدر هو العيب الشكلي بحد ذاته أي أن يبين العلاقة السببية بين تخلف الإجراء الشكلي والضرر، ومن أمثلة ذلك: إثبات أن الضرر الناتج عن عدم تبليغ الخصم تبليغا سليما فوت عليه فرصة الاستئناف. وبذلك فإن عبء الإثبات يقع على من تمسك بالبطلان، وللإشارة فإن المشرع لم يحدد الطريقة التي يتم بها الإثبات وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في مدى صحة الإثبات المقدم وكذا مدى تحقق الضرر،

مقتضى معين في العمل الإجرائي ، وبما أن نص المادة السالفة الذكر جاءت بصيغة النفي و الحصر ما يفيد أن صاحب المصلحة وحده من له حق التمسك ببطلان الإجراء المعيب ، فلا القاضي له أن يحكم به إذا لم يطلبه الخصم ولو تحقق من وجود عيب شكلي وكان الخصم غائبا إذ لا يستطيع الحكم بما لم يطلب منه ، ولا للنياحة حق التمسك به إذا لم يتمسك به الخصم الذي تقرر البطلان لصالحه.

ويثير تطبيق المبدأ السالف الذكر عدة إشكالات إذا كان الأمر يتعلق ببطلان التكليف بالحضور للجلسة ، وترتب عنه غياب الخصم وعدم تقديم أوجه دفاعه ، فالمادة 412 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية أوجبت على المحضر القضائي اتباع عدة إجراءات بترتيب معين في التكليف بالحضور وهي تبليغ المدعى عليه شخصيا في مقر سكناه ، وإذا لم يكن هناك يمكن تبليغ أحد أفراد عائلته المقيمين معه ، أما إذا رفض التبليغ بعد تصريحه بهويته فينوه على ذلك في المحضر ويبلغ برسالة مضمنة ، أما إذا تأكد المحضر القضائي من عدم تواجده بالعنوان فإنه يقوم بتبليغه عن طريق التعليق ، إلا أنه في بعض الأحيان قد لا يضمن المحضر القضائي ما يفيد قيامه بالإجراءات السالفة الذكر ويبلغ المدعى عليه مباشرة عن طريق التعليق أو برسالة مضمنة و التي لا تؤدي الغرض المرجو منها في أغلب الأحيان مما قد ينتج عنها صدور حكم في غير صالح المدعى عليه وقد نصل إلى مرحلة التنفيذ اذا كان التبليغ أيضا بالأشكال السالفة الذكر ، لذلك فإننا نرى أنه كان على المشرع استثناء اجراءات التكليف بالحضور من قاعدة لا بطلان إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة لأن صاحب المصلحة على الأقل في هذه الحالة لا يمكنه الحضور وتقديم الدفع، وبناء عليه نرى أنه كان على المشرع استثناء البطلان المتعلق بالنظام العام أو بالأشكال الجوهرية من القاعدة السالفة الذكر وهو ما كان ينص عليه قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان ساريا قبل سنة 2009.

الفرع الثاني: خضوع البطلان للقواعد العامة التي تحكم الدفوع الشكلية:

لا يقع البطلان الشكلي بقوة القانون ولا يثيره قاضي تلقائيا بل يجب التمسك به من طرف أحد الخصوم في الدعوى ويجب أن يكون صاحب مصلحة في هذا الدفع.

الفرع الأول : صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان الشكلي:

تنص المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه" ، فالتمسك بالبطلان ليس حقا مغولا لجميع الخصوم بل فقط لمن تقرر البطلان لصالحه ، وهو ما يؤكد أن المشرع عندما نص على إجراء معين قصد من وراءه تحقيق غاية لمصلحة شخص محدد من أطراف الدعوى مثال ذلك التكليف بالحضور للجلسة بالبيانات المنصوص عليها في القانون هو مقرر لمصلحة المدعى عليه من أجل إعلامه برفع الدعوى ضده ومنحه آجال الدفاع فإذا خلا التكليف بالحضور من إحدى هاتاه البيانات المقررة قانونا و كان هذا الاخلال قد سبب له ضررا فإن المدعى عليه وحده هو من يجوز له التمسك بالبطلان و لا يجوز لأي طرف آخر أن يتمسك به بدلا عنه.

أما بالنسبة لمفهوم المصلحة التي تعتبر أساس حق التمسك بالبطلان فنجد أن نص المادة أعلاه لم تحدد المقصود بها أو الأساس الذي تقوم عليه ، فهناك من يرى أن المصلحة تتمثل في الضرر الإجرائي الذي لحق بالتمسك بالبطلان من جراء مخالفة العمل الإجرائي للشكل المقرر لمصلحته، بينما يرى البعض أن شرط المصلحة في الدفع يقصد به المصلحة القانونية التي تكون مضمون الحق في الدفع فهي شرط وجوده وليست شرطا لاستعماله ، ومن الواضح أن هذه المصلحة لا علاقة لها بشرط الضرر للتمسك بالبطلان. إلا أن هناك تعريف آخر أكثر تحديدا للمصلحة يعرفها بأنها: الفائدة العملية المرجوة من الإجراء والتي تعتبر أساس كل دفع ، وهذا لأن الدفوع على اختلاف أنواعها تعد حقوقا إجرائية يملك صاحب المصلحة استعمالها أو عدم استعمالها في مقابل حق المدعي في استعماله حقه في الدعوى أو عدم استعماله .

و من جهة أخرى يترك تقدير المصلحة للقاضي الذي يجب عليه البحث في كل حالة عن إرادة المشرع وقصده من اشتراط

بأنه "الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه" وذلك دون النظر في موضوع النزاع"، فالبطلان الشكلي يجب إثارته قبل الدفع بعدم القبول، وفي رأينا كان على المشرع أن ينص على خلاف ذلك لكون الدفع بعدم القبول ينهي الخصومة بحكم حائز للحجية ويمنع نظر المحكمة في نفس النزاع من جديد، بالعكس من الدفع الشكلي الذي يمكن معه رفع دعوى جديدة وفقا لإجراءات صحيحة.

ج: إبداء الدفع الشكلي قبل التطرق للموضوع.

ويقصد بهذا الشرط ابداء الدفع الشكلي قبل الدفع الموضوعية التي تعتبر الوسائل التي ينازع بها المدعى عليه الحق المدعى به من طرف المدعى والتي يترتب على قبولها رفض طلب هذا الأخير أي رفض الدعوى لعدم التأسيس وهو حكم حائز للحجية القضائية يستنفد ولاية المحكمة و يمنعها من نظر نفس النزاع من جديد، فالدفع الموضوعية إذن هي وسائل مخولة للمدعى عليه بهدف من ورائها إلى الإطاحة بالخصومة القضائية من خلال السعي إلى عدم الحكم لخصمه بطلباته المقدمة، وما يميز هذه الدفع أنها متعددة لا يمكن حصرها وإنما تثار وتستخلص من معطيات النزاع المطروح، كما أنها في حالة قبولها تحسم موضوع النزاع حسما تاما، بخلاف الدفع الشكلي الذي يهدف لوضع عائق مؤقت أمام الخصم ويمكن معه تجديد المطالبة القضائية بعد تصحيح الاجراءات.

ومن جهة أخرى كان قانون الإجراءات المدنية القديم ينص في المادة 462 منه على جواز ابداء الدفع بالبطلان بعد الدفع في الموضوع إذا طرأ هذا البطلان بعد تقديم المذكرات في الموضوع، غير أنه يجب إبداءه في أول جلسة وقبل أي مناقشة في موضوع الإجراء الذي تناوله البطلان، ولا يوجد نص مثلما هذا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي، غير أنه يمكن القول أن هذه القاعدة يمكن تطبيقها نظرا لكون الحق في الدفع بالبطلان لم ينشأ إلا بعد تقديم المذكرات في الموضوع.

ثانيا: التنازل عن حق التمسك بالبطلان الشكلي:

يعتبر التمسك بالبطلان حق إرادي يتوقف استعماله على

يخضع التمسك بالبطلان الشكلي للإجراءات إلى القواعد العامة التي تحكم الدفع الشكلي التي نظمتها المواد 49 و50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية..

أولا: الشروط العامة التي يخضع لها الدفع الشكلي:

بما أن المشرع صنف الدفع بالبطلان ضمن الدفع الشكلي طبقا لنص المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يخضع وجوبا للشروط العامة التي تنظم هذه الدفع والتي حددتها المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص أنه: "يجب اثاره الدفع الشكلي في آن واحد قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وذلك تحت طائلة عدم القبول".

أ: إبداء الدفع الشكلي في آن واحد.

و يقصد به وجوب إبداء جميع الدفع الشكلي سواء بنيت على سبب واحد أو عدة أسباب في وقت واحد قبل تقديم أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وهذا يعني أنه على الخصوم أن يفحصوا ويدققوا جيدا في الأعمال الإجرائية وأن يبدوا أسباب البطلان المختلفة التي تشوب الإجراء المعيب مرة واحدة حتى لا يتخذ البطلان وسيلة لإطالة أمد النزاع، بالإضافة إلى تفادي السير في خصومة باطلة، وما ترتبه من تضييع للوقت والنفقات دون فائدة، وكذا غلق المجال أمام الخصم السيئ النية الذي يرغب في انتظار اقتراب نهاية الخصومة حتى يبدي دفعه، وربما لا يبديها إلا أمام جهة الاستئناف، لهذا يتوجب تصفية جميع المنازعات المتعلقة بالشكل دفعة واحدة والانتفاء منها بدلا من تجزئتها فيتأخر بذلك نظر المنازعات، ويؤثر على السير الحسن للدعوى، و من جهة أخرى لا يجوز للخصم تجزئة الدفع حتى ولو لم يثر أي دفع في الموضوع أو دفعا بعدم القبول كان يدفع في العريضة الأولى بعدم الاختصاص وهو من الدفع الشكلي ثم يدفع في العريضة الثانية ببطلان العريضة الافتتاحية فإن دفعه الثاني يسقط لكونه جزأ الدفع الشكلي ولم يبديها في وقت واحد.

ب: إبداء الدفع الشكلي قبل الدفع بعدم القبول.

يجب أيضا إبداء الدفع الشكلي قبل الدفع بعدم القبول، الذي عرفته المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

سعيًا من المشرع للحد من آثار البطلان أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تصحيح الإجراء الباطل إذا كانت هناك إمكانية لذلك دون الحكم بالبطلان وقد نصت المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح أجلًا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح ، يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان.."، وتبعًا لذلك سوف نتطرق إلى إجراءات تصحيح البطلان والآثار القانونية المترتبة على ذلك.

الفرع الأول : تصحيح البطلان وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية :

بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجد أن المشرع أعطى للقاضي إمكانية منح الخصم المنتسب في البطلان فرصة لتصحيح الإجراء المعيب ، كما يرجع للقاضي سلطة تقدير عدم بقاء أي ضرر بعد تصحيح الإجراء كشرط لإعطاء أجل التصحيح ، ويهدف المشرع من وراء هذه المادة إلى توسيع سلطة القاضي في مجال التصحيح وتفادي الحكم بالبطلان، وأن يؤكد على الدور الإيجابي الذي يجب أن يلعبه في مجال الخصومة القضائية على اعتبار أنه هو يسهر على صحة إجراءات الدعوى المقامة أمامه وبالتالي العمل على حسن سيرها.

وجاء نص المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بصيغة جوازية يفهم منها أن القاضي ليس ملزما بمنح أجل لتصحيح الإجراء الباطل ، كما أن الأمر المتضمن تصحيح الإجراء أو تحديد أجله لا يعتبر حكما وإنما هو من قبيل أعمال الإدارة الحسنة التي يقوم بها القضاة ومن ثمة فلا يجوز الطعن فيها ، وبما أن تدخل القاضي في مجال التصحيح يكون جوازيا فإن الأصل أن يقوم بالتصحيح من تسبب فيه أي الطرف الذي قام بالعمل الإجرائي مخالفة لنموذجه الشكلي الذي اقتضاه القانون فيكون التصحيح إما عن طريق: تكملة العمل الإجرائي الباطل، أو تجديد العمل الإجرائي الباطل، زوال العيب من الإجراء بتحقيق الغاية منه، وأخيرا بالتنازل على البطلان.

أولا/: تكملة العمل الإجرائي الباطل.

إرادة الخصم صاحب المصلحة ، فله أن يتمسك بالدفع ببطلان الإجراءات شكلا كما له أن يتنازل عن هذا الحق ، و يعتبر التنازل عن التمسك بالبطلان من الوسائل التي تساهم في الحد من البطلان والآثار الغير محمودة التي يرتبها ، وللإشارة فقط فإن التنازل عن التمسك بالدفع بالبطلان لا نجده من الناحية الواقعية التطبيقية مكرسا كثيرا نظرا لعدم تفریط الخصم في كل وسائل الدفاع المقررة له.

أ: التنازل الصريح عن حق التمسك بالبطلان

التنازل الصريح عن حق التمسك ببطلان الإجراءات هو إعلان من له حق التمسك بالبطلان عن إرادته في التنازل عن حقه ، كما ولا يشترط في التنازل الصريح أن يتم وفق شكليات محددة ، فيمكن أن يتم شفاهة في الجلسة وفي مواجهة الخصم، أي أن يعبر عن إرادته صراحة أمام خصمه بأنه تنازل عن حقه في التمسك بالبطلان أو أن يتم هذا التنازل كتابة في مذكرته التي يقدمها إلى المحكمة، فالتنازل الصريح يعتبر اتجاه إرادة الخصم صراحة لعدم التمسك بحقه في إثارة البطلان.

ب: التنازل الضمني عن حق التمسك بالبطلان

يعرف التنازل الضمني بأنه سلوك صادر عن الخصم يدل على استعداده لتحمل آثار العمل المعيب، بحيث يجب تفسير هذا السلوك بأن إرادة صاحب المصلحة قد اتجهت إلى التنازل عن حقه في التمسك بالبطلان، ويدخل هذا التفسير ضمن عمل القاضي الذي يبحث فيما إذا سلوك الخصم المقرر بالبطلان لصالحه يعبر عن إرادة التنازل عن حقه في التمسك بالبطلان ، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن نص المادة 61 منه تنص ضمينا على التنازل الضمني عند قولها " ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع".

وهذا ما يفيد أن الخصم المقرر بالبطلان لصالحه إذا قدم دفاعا في الموضوع يعتبر متنازلا ضمينا عن حقه في التمسك بالبطلان مما يؤدي إلى سقوط هذا الحق وضياع إمكانية القيام به مرة أخرى كما يترتب عليه أيضا تحمل المتنازل عن البطلان آثار الإجراء المعيب المترتبة عليه.

المطلب الثاني: تصحيح البطلان والآثار المترتبة عنه .

لا يؤثر على قدرة الشخص على إعادة تجديد عمله الإجرائي متى كان ذلك ممكنا ، ويمكن تعريف التجديد على أنه إحلال عمل إجرائي صحيح محل إجراء باطل ، وقد يتناول هذا التجديد العمل الإجرائي برمته أو جزء منه إذا كان شق منه هو من وقع باطلا ، كما أن التجديد قد يتطلب أكثر من عمل إجرائي واحد إذا أدى بطلانه إلى بطلان الأعمال الإجرائية اللاحقة، ويمكن أن نضرب مثلا على ذلك بما ورد في نص المادة 645 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي منعت أن يتقدم إلى المزداد العلي كل من المدين والقضاة الذين نظروا القضية والمحضرون القضائيون ومحافظوا البيع بالمزاد العلي وأمناء الضبط الذين شاركوا في الإجراءات وكذا المحامون الممثلون للأطراف والوكلاء الذين باشروا الإجراءات باسم المدين فإذا حضر أحد من هؤلاء المذكورين أعلاه كان البيع بالمزاد قابلا للإبطال ، ويمكن تصحيح الإجراءات بإعادة عملية البيع برمتها

ثالثا/زوال العيب من الإجراء بتحقيق الغاية منه.

قد يصحح الإجراء الباطل إذا ثبت تحقق الغاية من الشكل المعيب، ذلك أن تحقق الغاية من الشكل يسقط حق التمسك ببطلانه ، ويمكن أن نجد مثاله في حالة خلو محضر التبليغ الرسمي من إحدى البيانات المنصوص عليها كعدم الإشارة إلى طبيعة الشخص المعنوي مثلا، إلا أن الطرف الذي يحق له التمسك بالبطلان وهو الشخص المعنوي حضر في التاريخ المحدد للجلسة ليثير بطلان التبليغ الرسمي فيكون حقه في التمسك به قد سقط ، ذلك أن الغاية من الإجراء قد تحققت وهي حضوره في تاريخ الجلسة وتمكينه من تقديم دفوعه ، أو كأن يتمسك المدعى عليه أن المحضر القضائي لم يشر في محضره أنه سلمه نسخة من العريضة الافتتاحية للدعوى في حين أنها وصلت إليه فعلا وناقش مضمونها أمام المحكمة مما يدل على أنه على علم بها وتسلمها ، غير أن المحضر القضائي لم يشر إلى ذلك في محضره سهوا ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حينما اعتبرت حضور الخصم يسقط الحق في التمسك ببطلان صحيفة الدعوى لعيب في الإعلان .

يقصد بتكملة العمل الإجرائي الباطل إضافة المقتضى الذي ينقصه فبدلا من الحكم بالبطلان يمكن للطرف الذي قام بالإجراء الباطل تدارك النقص الذي طرأ على الإجراء المعيب وتكملته ، و يقصد به أيضا إزالة العيب الذي شاب الإجراء بتصحيح المقتضى المعيب ليحل محله إجراء آخر صحيح ، ونجد مثاله في إمكانية تصحيح التكليف بالوفاء إذا لم يقم الخصم باستكمال إجراءاته في حال انتقال المحضر القضائي إلى العنوان المذكور بالعريضة غير أنه عند محاولته تبليغ المدعى عليه رفض الإضاء والاستلام ففي هذه الحالة إجراءات التكليف بالحضور ناقصة ويجب استكمالها بإعادة تبليغ الخصم عن طريق رسالة مضمونة طبقا للمادة 411 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ويمكن للقاضي أن يمنح المدعي أجلا من أجل القيام بهذا الإجراء إذا تمسك المدعى عليه ببطلان التكليف بالحضور، فالعمل الإجرائي يكون باطلا إذا نقصته إحدى المقتضيات التي يتطلبها القانون لصحته أو إذا جاءت على غير الوجه التي يريده القانون فإذا أمكن تكملة العمل بحيث توافرت فيه جميع المقتضيات القانونية فإنه يعتبر عملا صحيحا .

ويشترط لصحة تكملة العمل الإجرائي الباطل أن لا يكون العمل الإجرائي معدوما ، فالعمل الإجرائي المعدوم غير قائم قانونا ولا مجال لتصحيحه أو تكملته و في هذا الاتجاه قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1987/12/07 تحت رقم 46757 جاء فيه : " وعليه فالدعوى رفعت في 1984/02/18 وصدر فيها حكم في الشهر الموالي وصرح بأن المدعى عليه لم يتمكن من الاستدعاء ومع ذلك حكم بتطبيق الزوجة ... والمجلس اذا وفق عليه بهذا العيب الذي لا يقبل التصحيح جعل قراره منعدهما مما يؤدي إلى نقضه " ، ويلاحظ أن هذا القرار يتعلق بقبول المجلس النظر في دعوى لم يكلف فيها المدعى عليه بالحضور وحكم بالطلاق في غيابه فمثل هذا العيب لا يمكن تكملته أو تصحيحه لأن الخصومة القضائية لم تنعقد أصلا.

ثانيا: تجديد العمل الإجرائي الباطل

قد يتم تفادي البطلان أيضا بتجديد العمل الإجرائي الباطل ، ذلك وإن كان العمل الإجرائي باطلا فإن هذا البطلان

رابعا: التنازل عن التمسك بالبطلان.

تدخل هذه الحالة ضمن ما يعرف بالتصحيح مع بقاء العيب ، أي أنه رغم بقاء العيب الإجرائي فإن القاضي لا يحكم به وذلك بسبب تنازل صاحب المصلحة عنه سواء كان هذا التنازل ضمنيا بسلوك من الخصم يدل على تنازله على البطلان المقرر لصالحه ، او كان التنازل صريحا ولا يشترط فيه أي شكل خاص، كما يجوز الاتفاق مقدما على النزول على البطلان اذا تعلق بسبب محدد غير أنه لا يجوز الاتفاق على التنازل العام على البطلان قبل نشوءه تطبيقا لقاعدة عدم جواز التنازل عن الحق إلا على علم به.

الفرع الثاني : شروط التصحيح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن المشرع ولدى تبنيه مفهوم تصحيح الإجراءات المشوبة بعيب البطلان أورد عليه قيوداً يجب احترامها حتى يكون التصحيح على النحو الذي أراده ، فيجب أن يتم التصحيح خلال الأجل الذي حدده القاضي كما يشترط عدم بقاء أي ضرر بعد تصحيح الإجراء المعيب وهذا ما يدخل ضمن مهام القاضي الذي يتأكد من ذلك .

أولاً: أن يتم التصحيح في الأجل المحدد

يقصد بالأجل المهلة أو الفترة الزمنية الممنوحة للخصم في الدعوى والذي أثير البطلان في مواجهته والتي يجب أن يتم التصحيح خلالها ، ولا يوجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجل محدد فإذا لم يكن هناك ميعاد فإن المحكمة تعين ميعادا للتصحيح وعليه فعلى الخصم أن يقوم بالتصحيح خلاله ، لذلك فالأجل المقصود هو الأجل الذي يمنحه القاضي ، وعادة ما يمنح حسب طبيعة الإجراء المعيب المطلوب تصحيحه ، فإذا كان يتطلب وقتا معيناً كإعادة التكاليف بالحضور من جديد فإن القاضي يمنح الأجل الكافي حسب ما ينص عليه القانون وهو في هذه الحالة عشرين يوماً ، أما إذا كان لا يتطلب وقتاً محدداً فالغالب أن يكون الأجل الممنوح هو الجلسة الموالية التي يحددها تاريخها القاضي بحيث يصحح الخصم الإجراء من جديد ويقدمه للقاضي كما إذا كانت البطلان متعلقاً بالعريضة الافتتاحية التي افتقرت لإحدى بياناتها الواجبة.

ثانياً: عدم بقاء أي ضرر بعد التصحيح.

إضافة إلى وجوب القيام بالتصحيح خلال الأجل المحدد اشترط المشرع عدم بقاء أي ضرر بعد تصحيح الإجراء والمقصود به أن يتم على أكمل وجه فلا يبقى أي عيب أو نقص يعتري العمل المصحح وذلك يتجسد في عدم بقاء أي ضرر ، فالقاضي يجب أن يبحث في كل حالة تعرض عليه على مدى عما إذا كانت الغاية من التصحيح قد تحققت.

الفرع الثالث : آثار تصحيح الإجراء أو بطلانه على إجراءات التقاضي :

يترتب على الحكم ببطلان الإجراء أو تصحيحه آثار مختلفة على إجراءات التقاضي ، فإذا تم تصحيح الإجراء رتب آثاره القانونية كاملة أما في حالة الحكم بالبطلان فإن ذلك يعني أن الإجراء لم يرتب الأثر الذي حدده القانون، وبالتالي وجب إعادته من جديد دون أن يؤثر ذلك على الحق الموضوعي.

أولاً: الآثار المترتبة على تصحيح الإجراء المعيب.

بعد أن يتم تصحيح الإجراء المشوب بالبطلان وفقاً للشروط التي حددها المشرع في نص المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتحول الإجراء المعيب إلى إجراء جديد يرتب آثاره التي وجد من أجلها بأثر رجعي ، وهذا ما يفهم من نص المادة 62 في فقرتها الأخيرة، التي تنص على أنه " يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان" ، فالمشرع لم ينص صراحة على أن أثر التصحيح يسري بأثر رجعي لكن هذا يستنبط من مضمون المادة، فالمقصود من أن أثر التصحيح يسري من تاريخ الإجراء المعيب هو أن العمل الجديد ينتج آثاره القانونية من تاريخ العمل القديم الباطل فيترتب على تصحيح العمل المعيب وجود عمل مماثل له ينتج نفس آثاره كما لو كان صحيحاً.

ولعل سبب أخذ المشرع بهذا المبدأ هو سعياً منه لتكريس استمرارية الخصومة دون تعطيل إجراءاتها، ففرضاً أن المشرع لم يأخذ برجعية أثر التصحيح فيترتب عن ذلك أن العمل الإجرائي ينتج آثاره من تاريخ القيام به مما يساهم في تعطيل إجراءات الخصومة ، وهذه صورة من صور فعالية البطلان كجزء إجرائي أنه يضمن حسن سير الخصومة.

ثانيا: آثار الحكم ببطلان الإجراء المعيب.

يعتبر العمل الإجرائي صحيحا منتجا لآثاره حتى يصدر حكم قضائي ببطلانه ، وبالتالي لا بطلان بدون حكم قضائي ، فالحكم بالبطلان هو حكم مؤسس على قبول دفع شكلي يتناول في طياته مسألة فرعية متعلقة بعيب إجرائي شاب الخصومة القضائية ، وقد وصفه البعض بأنه حكما فرعيا باعتبار أنه فصل في مسائل إجرائية أثرت أثناء سير الخصومة دون التطرق إلى المسائل الموضوعية ، و باعتبار الدفع بالبطلان هو دفع شكلي في غالب الأحيان يثار قبل التعرض للموضوع فإن الحكم القاضي به يؤدي إلى إنهاء الخصومة ويوفر على المحكمة عناء البحث في الموضوع هذا بالنسبة للحكم القاضي بالبطلان ، أما بالنسبة للآثار التي تترتب على العمل الإجرائي الباطل في ذاته هي انعدام الآثار القانونية المنشودة التي يفترض حدوثها لو كان صحيحا فالحكم ببطلان العمل الإجرائي يعني القضاء عليه بحيث يعتبر كأن لم يكن.

ومن جهة أخرى فإن صحة العمل الإجرائي قد يتأثر ببطلان عمل إجرائي آخر كما أن بطلانه قد يؤدي إلى التأثير في الأعمال الأخرى التي تشترك معه في تكوين الخصومة ، وهذا لأن النظرة الشاملة للعمل الإجرائي هو مجموعة من الشكليات التي تهدف إلى غاية معينة وهذه الخاصية تملها الطبيعة الخاصة للعمل الإجرائي كعمل غير مستقل، لذلك ذهب الفقه إلى تقسيم البطلان إلى بطلان ذاتي ناشئ عن عيب ذاتي في العمل و بطلان مستمد ناشئ عن بطلان عمل إجرائي آخر ، فالحكم مثلا القاضي ببطلان أمر الحجز كونه وقع على مال لا يجوز الحجز عليه يبطل إجراءات بيع المال المحجوز في المزداد العلني ذلك أن صحة محل الحجز شرط أساسي لصحة إجراءات البيع بالمزداد العلني ، أما بالنسبة للأعمال الإجرائية السابقة على العمل الإجرائي المعيب فلا تتأثر كقاعدة عامة ببطلان هذا الأخير، فبطلان التكليف بالحضور لا يبطل العريضة إذا كانت صحيحة بدليل أنه يجوز إعادة إعلان نفس العريضة بشرط أن يتم الإعلان في الميعاد المحدد .

خاتمة :

لقد سعى المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتنظيم البطلان الشكلي وفقا لأسس قانونية تحافظ على الشكلية الإجرائية وتضمن في نفس الوقت حسن سير الخصومة ، من خلال محاولة حصره لحالات البطلان، و النص على إمكانية تصحيحه دون الحكم ببطلان الدعوى ، لكنه في تنظيمه للبطلان لم يفرق بين البطلان النسبي المقرر لمصلحة الأفراد في الدعوى و البطلان الجوهري المتعلق بالنظام العام حيث نظم جميع أنواع البطلان في نظام قانوني واحد.

النتائج:

توصلنا من خلال هذا البحث أن المشرع ضيق من نطاق البطلان تضييقا شديدا من خلال حصره في حالات محددة بنص القانون، بالإضافة إلى وجوب إثارته من طرف صاحب المصلحة في كل الحالات مما قد يضع القاضي في حرج نظرا لكون بعض الأشكال الإجرائية متعلقة بالنظام العام وتعد من الأشكال الجوهري التي لا يصح العمل القضائي إلا بها كإعلام الخصوم بجلسة التحقيق من أجل إحضار شهودهم ، و كذلك تشكيلة المحكمة أو صدور الحكم في جلسة علنية وكذلك إجراءات التكليف بالحضور والمتعلقة بحق الدفاع والتي أشرنا إليها في هذه الدراسة، بالإضافة إلى أنه لا يمكن حصر جميع حالات البطلان بموجب النص فكان من الأجدر ترك الأشكال الجوهري و المتعلقة بالنظام العام إلى الاجتهاد القضائي لتكريسها ، فضلا عن أن المشرع خلط بين مفهوم البطلان الشكلي و مفهوم الدفع عدم القبول ، كما هو الحال بالنسبة للمادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى أنه جعل جميع حالات البطلان غير متعلقة بالنظام العام ، عندما نص على وجوب تمسك الخصم بها واثبات الضرر وهذا ما يطرح تساؤلا في حال ما إذا كان الإجراء الباطل متعلقا بحق من حقوق الدفاع وكان الخصم غائبا أو أن الخصم تمسك به غير أنه لم يذكر الضرر الذي لحقه وكان هذا الضرر واضحا لا لبس فيه ، وهذا يتضح لنا تناقض المشرع الذي جعل من إغفال الأشكال الجوهري في الإجراءات أو مخالفتها سببا من أسباب الطعن بالنقض في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة ، ثم استثنائها

7. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف، الإسكندرية.

8. دالي الهادي البسيط "قانون الإجراءات المدنية الجزائري" دار العدالة للنشر طبعة 2003م.

9. عبد السلام ديب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية ترجمة للمحاكم العادلة ، دار موفم للنشر، الجزء الاول، السنة 2009

10. محمد عشموي، د.عبد الوهاب عشموي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن دار الفكر العربي، الجزء الثاني،(لم تذكر الطبعة).

11. أحمد مليجي، التعلق على قانون المرافعات بأراء الفقه والصيغ القانونية، دار الكتب القومية (لم تذكر الطبعة)، الجزء الثاني.

12. دنيل إسماعيل عمر ، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر،(لم تذكر الطبعة)، سنة 2002.

ب: باللغة الفرنسية

Gérard couchez, procédure civil, dalloz, édition 15, . 1 .année 2008

Jean Deis Berdin_Marie Damue.L'ecrit

2. juridicaiere .editoin Dalloz 2000 .

Jean Vincent , procédure civile , précis dalloz , dix

3 . septième édition .

christophe lefort, « procédure civil » dalloz, édition

4 .n°2-2007.

ثانيا :القوانين :

1. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2. قانون الإجراءات المدنية الملغى رقم 154/66 الصادر بتاريخ 8 جوان 1966 .

ثالثا :المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية عدد 01 ، سنة 1989 ، .

2. المجلة القضائية ، عدد 04.. سنة 1990.

3. المجلة القضائية ، عدد 02. سنة 1991.

4. مجلة المحكمة العليا عدد 02 ، سنة 2014.

الهوامش:

عندما نظم أحكام البطلان الشكلي للإجراءات عندما جعل جميع أشكال البطلان كلها متعلقة بمصلحة خاصة وبالتالي يجب أن يتسمك بها صاحب المصلحة وحده ، لذلك يمكن القول أن المشرع ورغم تنظيمه للبطلان الشكلي إلا أنه ضيق منه كثيرا تضييقا قد يرقى إلى حد إنكاره.

التوصيات:

من بين أهم التوصيات التي نخرج بها من هذه الدراسة هي ضرورة استثناء البطلان الجوهري والمتعلق بالنظام العام من هذه الأحكام المتعلقة بالبطلان النسبي وهي مبدأ لا بطلان إلا بنص و كذا ضرورة التمسك به من قبل صاحب المصلحة ، ولهذا ينبغي عند مراجعة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية مستقبلا جعل البطلان جزاءا وسطيا يضمن فيه احترام الشكليات الواجب توفرها وفق ما حدده القانون و كذا فتح المجال أمام المتضرر من الإجراء المعيب التمسك به بما يضمن حسن سير الخصومة القضائية، مع فتح المجال للقاضي للحكم به تلقائيا في حالة البطلان الجوهري و المتعلق بالنظام العام .

قائمة المراجع :

أولا : الكتب:

أ. باللغة العربية:

1.الدكتور أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المعارف، الطبعة الرابعة .

2.الدكتورة أمنية النمر: الدعوى وإجرائتها، منشأة المعارف، لا توجد سنة النشر.

3.إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، (لا توجد دار النشر). 2004.

4.عبد الحكم فودة، الموسوعة العملية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، مكتب للموسوعات ، سنة 2004.

5.مخلوفي مراد، ، البطلان في قانون لإجراءات المدنية والإدارية مذكرة لنيل شهادة ماجستير، سنة 2007/ 2008 .

6.والي فتحي، احمد ماهر زغلول نظرية، البطلان في قانون المرافعات، دار الطباعة الحديثة ط 2 ، سنة 1996.

1. والي فتحي، احمد ماهر زغلول نظرية، البطلان في قانون المرافعات، دار الطباعة الحديثة ط الثانية ، سنة 1996 ص 8
2. عبد الحكم فودة، الموسوعة العملية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، مكتب للموسوعات، سنة 2004 ص 07
3. مخلوفي مراد، ، البطلان في قانون لإجراءات المدنية والإدارية مذكرة لنيل شهادة ماجستير، سنة 2007/ 2008 ، بن عكنون، ص 9 .
4. والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية طبعة 2008، ص 8 .
5. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1974 ، ص 664 .
6. مخلوفي مراد ، المرجع السابق، ص 10 .
7. المادة 60 قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فيراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية" لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".
8. أنظر، إلياس أبو عيد، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، (لا توجد دار النشر) طبعة 2004م، ص 120.
9. مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة 2014 ص رقم 178 .
10. Gérard couchez, procédure civil, dalloz, édition 15, année 2008 .
11. Jean Deis Berdin_Marie Damue.L'écrit juridique . editoin Dalloz 2008 p144.
12. المادة 20 من قانون المرفعات المدنية والتجارية المصري " يكون الاجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء .
13. أنظر، أمينة النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف (لم تذكر السنة)، ص 395.
12. أنظر: إلياس أبو عيد، نفس المرجع السابق، ص 127 .
13. Christophe lefort, « procédure civil » dalloz, édition n°2-2007 p15
14. "نص المادة لا يجوز الدفع بالبطلان او بعدم صحة الإجراءات من خصم اودع مذكرته في الموضوع وكذلك الشأن بالنسبة لعدم ايداع او عدم تقديم الكفالة المنصوص عليها في المادة 1460 " نص المادة لا يجوز الدفع بالبطلان او بعدم صحة الإجراءات من خصم اودع مذكرته في الموضوع وكذلك الشأن بالنسبة لعدم ايداع او عدم تقديم الكفالة المنصوص عليها في المادة 460.
15. قرار صادر بتاريخ 10/10/1983 تحت رقم 33517 مجلة قضائية لسنة 1989 عدد 01 ص 191 .
16. قرار صادر بتاريخ 11/06/1988 تحت رقم 2820 ، مجلة قضائية لسنة 1990 ، عدد 04 ، ص 27 .
17. مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة 2014 ص رقم 243 .
18. أنظر. دالي الهادي البسيط " قانون الإجراءات المدنية الجزائري " دار العدالة للنشر طبعة 2003م، ص 39 .
19. والسلطة التقديرية للقاضي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تقتصر في التحقق من وجود ضرر أصاب الخصم و مدى تضرره عكس القاضي في القانون الألماني و النمساوي و البناني الذي له سلطات واسعة في مجال بطلان إجراءات الدعوى .
- Jean Vincent , , dix septième édition, P505 20 procédure civile , précis dalloz
21. مخلوفي مراد ، المرجع السابق ، ص 160 ، 108 .
22. فتحي والي المرجع السابق ، ص 653 .
23. مخلوفي مراد، المرجع السابق ، ص 115
24. د. شويخة زينب، الإجراءات المدنية، في ظل قانون رقم 09/08، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزء 1، الطبعة 2009، ص 82.
25. عبد السلام ديب: قانون الاجراءات المدنية و الادارية ترجمة للمحاكم العادلة تقديم وزير العدل حافظ الاختام السيد الطيب بلعيز دار موفم للنشر الجزء الاول السنة 2009 ، ص 74 .
26. أنظر . أحمد أبو الوفا نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار المعارف، طبعة الرابعة ، ص 603 .
27. عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 346
28. د. محمد عشماوي، د. عبد الوهاب عشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري وألمقارن دار الفكر العربي، الجزء الثاني، (لم تذكر الطبعة)، ص 277 .
29. د. محمد بشير ، محاضرات ألقيت على طلبة ماستر تخصص قانون قضائي، نظرية الخصومة القضائية، سنة 2011_2012 .
30. أ. عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيقي، دار هومة للنشر ، 2005 ، 31 عمر زودة ، المرجع السابق، ص 350 .
32. محمد عشماوي، د. عبد الوهاب عشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري وألمقارن دار الفكر العربي، الجزء الثاني، (لم تذكر الطبعة)، ص 234
33. راجع: د. أحمد مليحي، التعليق على قانون المرافعات بأراء الفقه والصيغ القانونية، دار الكتب القومية (لم تذكر الطبعة)، الجزء الثاني، ص 145 .

-
34. راجع: د.نبيل إسماعيل عمر ، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، (لم تذكر الطبعة)، سنة 2002م، ص141.
35. أنظر د.والي فتحي ، نفس المرجع السابق، ص291
36. أنظر: أمينة النمر ، نفس المرجع السابق، ص178.
37. وجدي راغب فهي ، المرجع السابق ، ص 464.
- 38 فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 609.
39. المجلة القضائية لسنة 1991 عدد رقم 02 ص 50.
40. احمد والي فتحي و ماهر زغلول ، المرجع السابق ص 864
- 41 قرار نقض رقم 88 بتاريخ 13/03/1979 المرجع عبد الحميد الشواربي ، الدفع الموضوعية والإجرائية ، ص 552.
- 42 فتحي والي ، الوسيط ، المرجع السابق ص 414 ، 415.
- 43 فتحي والي و أحمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص 620 و 621
- 44 أحمد هنيدي ، حق التمسك بالبطان في قانون المرفعات المدنية و التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 1999 ، ص18
- 45 راجع مراد مخلوفي ، نفس المرجع السابق ص132.
- 46 راجع: د.والي فتحي ، نفس المرجع السابق، ص675.
- 47 راجع: د.عبد الحكيم فودة، نفس المرجع السابق، ص692.