Bait Al-Mashura Journal

مجلة بيت المشورة

مجلة دولية محكمة في الاقتصاد والصيرفة الإسلامية

المجلد (1) العدد (2) دولة قطر ـ 2015م

تصدر عن

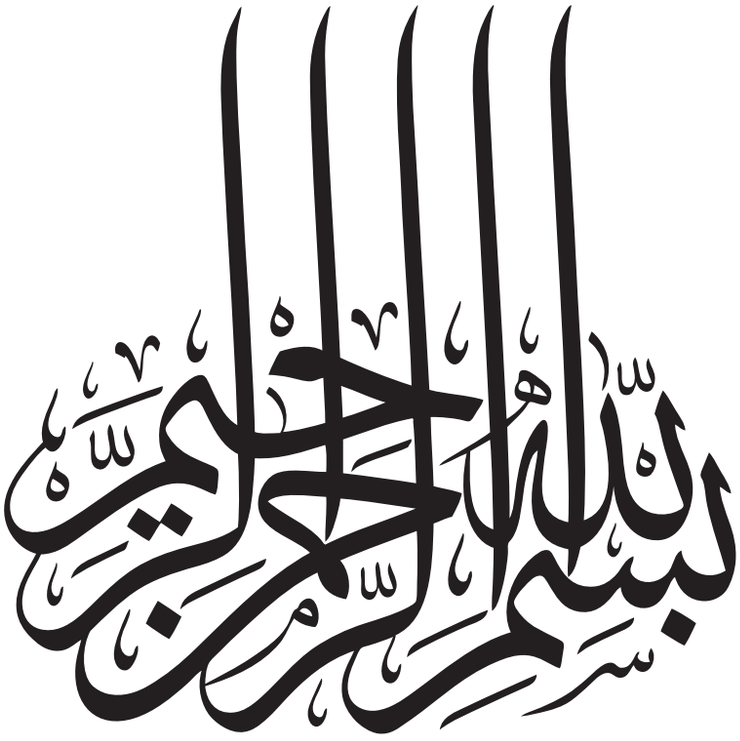
شركة بيت المشورة للاستشارات المالية
Bait Al-Mashura Finance Consultations Company

برعاية

بنك بروة
BARWA BANK

الكتروني ISSN : 2409-0867
ورقي ISSN : 2410-6836

mashurajournal.com


بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة بيت المشورة

مجلة محكمة دولية تعنى بالاقتصاد والصيرفة الإسلامية

الجهة المصدرة

شركة بيت المشورة للاستشارات المالية

دولة قطر

الجهة المصدرة
شركة بيت المشورة للاستشارات المالية
الدوحة قطر ص.ب:23471
www.b-mashura.com

Published by:
Bait Al-Mashura Finance Consultations
Doha-Qatar P.O Box 23471
www.b-mashura.com

عن المجلة

مجلة علمية دولية محكمة تعنى بنشر البحوث في مجالات الاقتصاد والصيرفة الإسلامية، وتصدر هذه المجلة مرتين في السنة.
تهدف المجلة إلى إتاحة الفرصة للباحثين والمتخصصين لتحكيم ونشر نتاجهم العلمي (عربي انجليزي) من بحوث ودراسات في مجال الاقتصاد والصيرفة الإسلامية،كما تهدف إلى نشر الوعي المعرفي من خلال إتاحة هذه البحوث والدراسات للمستفيدين من وسائط النشر الورقية والالكترونية.

الرؤية

أن تكون مجلة علمية دولية رائدة في مجال الصناعة المالية الإسلامية.

الرسالة

نشر البحوث العلمية المحكمة في مجال الصناعة المالية الإسلامية، وفق المعايير العالمية المعتمدة.

الاهداف

ـ إتاحة الفرصة للباحثين محلياً وعالمياً للتحكيم والنشر في مجال الصناعة المالية الإسلامية.
ـ الإسهام في دعم وتطوير الصناعة المالية الإسلامية من خلال البحوث العلمية المتسمة بالأصالة والتجديد وفق المعايير العلمية المعتبرة.
ـ تحقيق عالمية الصيرفة الإسلامية وفق الرؤية العصرية بضوابطها الشرعية و أخلاقياتها المهنية.
ـ تأسيس مكانز للمعلومات تحقق المرجعية العلمية للمجلة بحيث تكون سجلاً وثائقياً للبحوث والدراسات في مجال الصناعة الماليةالإسلامية.

العناوين للتواصل:

info@mashurajournal.com
http://www.mashurajournal.com

هيئة التحرير

رئيس التحرير
د. أسامة قيس الدريعي

مدير التحرير
د. فؤاد حميد الدليمي

فريق التحرير
محمد مصلح الدين مصعب ماجستير
محمد نفيل محبوب ماجستير

مبرمج
خلدون الكجك

الهيئة الاستشارية

- د. خالد إبراهيم السليطي قطر المدير العام الحي الثقافي (كتارا)
- أ.د. عائشة يوسف المناعي عميد كلية الدراسات الاسلامية في جامعة حمد بن خليفة.
- أ.د. عياض بن نامي السلمي السعودية مدير مركز التميز البحثي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- د. العياشي الصادق فداد الجزائر باحث بقسم الاقتصاد الإسلامي والتنمية والتعاون الاقتصادي بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية جدة.
- أ.د. علي محمد الصوا الاردن عضو هيئة الفتوى والرقابة الشرعية ببنك الأردن دبي الإسلامي.
- أ.د. نظام محمد هندي عميد كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة قطر.
- د. خالد شمس عبدالقادر أستاذ في قسم المالية والاقتصاد بجامعة قطر حاليا
- أ.د. صالح قادر كريم الزنكي رئيس قسم الدراسات الإسلامية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة قطر.
- د. عصام خلف العنزي الكويت عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت.
- د. السيد عبد اللطيف الصيفي أستاذ مشارك كلية الدراسات الاسلامية جامعة حمد بن خليفة قطر.
- د. مراد بوضاية الجزائر مدرس منتدب بجامعة الكويت بكليتي الشريعة والحقوق.
- د. أسامة قيس الدريعي قطر العضو المنتدب الرئيس التنفيذي شركة بيت المشورة.
- أ.د. محمد نصران بن محمد ماليزيا عميد كلية الدراسات الإسلامية الجامعة الوطنية الماليزية.
- أ.د. عبد الودود السعودي بروناي استاذ مشارك في قسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة والقانون جامعة السلطان الشريف علي الإسلامية بـرونـاي.
- د. فؤاد حميد الدليمي العراق رئيس مجموعة الرقابة والتدقيق لدى بيت المشورة للا ستشارات المالية.
- د. أحمد بن عبد العزيز الشثري السعودية استاذ مساعد في قسم الدراسات الإسلامية إدارة الأعمال جامعة سلمان بن عبد العزيز السعودية.
- د. وائل مصطفى حسن مصر محاضر جامعي.
- د. إبراهيم حسن محمد جمّال اليمن محاضر في الجامعة الوطنية.
- د. بشر محمد موفق لطفي البحرين كلية إدارة الأعمال جامعة المملكة

البحوث والدراسات

البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة

د.إسراء جاسم العمران

مدرس الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك

(سلّم البحث للنشر في ٢٠ / ٢/ ٢٠١٥م، واعتمد للنشر في ٢٥/ ٣ / ٢٠١٥م)

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص

تناول البحث باب المعاملات من حيث العقود وفاعليتها وأثرها، ونهج الباحث منهج المقارنة في دراسة مبدأ البطلان في الشريعة موضحا لتقسيم العقود عند الجمهور والأحناف من جهة ومبدأ البطلان في الشريعة والقانون المدني من جهة أخرى. وقد فصل الباحث في هذا البحث عن مبدأ البطلان ومدى تأثيره على العقود متوصلا إلى أنواع البطلان في القانون المدني وفاعلية كل من تلك الأنواع. وكذلك كشف البحث في الختام عن الفرق والتمييز بين البطلان والانعدام من حيث الشروط ومكونات العقد وتأثيرها في حفظ الحقوق من عدم حفظها.

Abstract

The research addresses the unit of transactions from the aspect of contracts and their effect and impact. The researcher has adopted the comparative approach in studying the concept of void in Islamic Law, while she explained the classification of contracts as per the mass of the scholars and Hanafi sect, similarly the classification of contracts as per the Islamic law and the civil law. The researcher detailed about the concept of void and its impact on the contracts reaching out to the types of void in the civil law and the effectiveness of each of them. The research has finally revealed the difference between the void and non-existence stemming from the terms and components of the contract as well as their impact on protecting the rights.

مقدمة

ان العقد يمثل وسيلة من وسائل التعامل بين الأفراد في المجتمع وقد وجد ليكون أداة لتبادل المنافع فوضعت له قواعد لتحقيق المصلحة العامة سواء أكانت فردية ام جماعية فإن توافرت في العقد الشروط والأركان جميعها فأن القانون يرتب عليه اثاراً لما فيه من التزامات فإن خلا العقد من الشروط والأركان أو تخلف بعضها فإن العقد لا يعد قائماً بل يكون حكمه البطلان

والبطلان هو جزاء مخالفة شروط تكوين العقد وهذا يفترض أن يكون الخلل الذي يؤدي إلى بطلان العقد قد حدث وقت إبرام العقد فالعقد إما أن يقوم صحيحاً وإما أن يقوم باطلاً وهذا الأخير لا يلحق العقد بعد أن يقوم صحيحاً.

وهذا يشبه ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة أعني ما عدا الحنفية حيث رؤوا أن الباطل هو كل ما يقابل الصحيح[١]. والحنفية فرقوا بين الباطل والفاسد حيث قالوا إن الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه بينما الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه[٢].

فالبطلان هو جزاء ينصب على العقد والمقصود منه تعطيل فاعلية العقد على انتاج أي اثر قانوني فالبطلان هو رقابة القانون على أستكمال العقد للمسائل الجوهرية التي يفرضها القانون لوجوده ولما كان البطلان يعدم اثر العقد فان المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج فلا تفاوت في العدم[٣] ولكن من خلال نظرة تأريخية نجد انه قد تم تجاوز هذا المنطق فالفقه المدني يذكر نوعين من أنواع البطلان وفقاً للنظريات التي طرحت في هذا الميدان. وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

ووفقاً للنظرية الأولى يقسم البطلان إلى ثلاث مراتب هي (مرتبة الانعدام ومرتبة البطلان المطلق ومرتبة البطلان النسبي) [٤] وأساس هذا التقسيم هو وجود مسائل جوهرية تمثل أركاناً للعقد لا بد من وجودها حتى يقوم العقد وبقدر أهمية هذه المسائل الجوهرية وبقدر الإخلال الذي حدث بشأنها تتحدد درجة الجزاء وهذا ما سنقوم بدراسة للتمييز بين انواع البطلان وذلك في فصلين وعلى النحو الاتي:

الفصل الاول: التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي واثرة على فاعلية العقد

الفصل الثاني: التمييز بين البطلان والانعدام واثرة على فاعلية العقد

---

١) الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين لأمدي، الجزء الأول،، الطبعة الأولى، دار الصميعي، السعودية، الرياض، ١٤٢٤ هـ الصفحة ١٧٦

٢) أصول السرخسي لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الطتب العلمية، لبنان، بيروت، الصفحة ٩٠

٣) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.، ص٦٤٦.

٤) فريد فتيان، مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العاني،بغداد ١٩٥٧،١٩٥٦، ص١٣٨،ص١٣٩. ينظرمنذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة) الجزء الاول مصادر الالتزام، الطبعة الأولى. مكتبة الرواد للطباعة، بغداد –١٩٩١. ص٢٠٠.

الفصل الأول

التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي وأثره على فاعلية العقد

تقدم ان البطلان هو جزاء يفرضه القانون نتيجة عدم استكمال العقد لشروط تكوينه والتي تمثل أركان العقد اللازم وجودها لوجود العقد وهذه الشروط مصدرها القانون وليس اتفاق الأطراف المتعاقدة وتنقسم هذه الشروط إلى شروط انعقاد وشروط صحة وعلى ذلك فكل من شروط الإنعقاد وشروط الصحة تمثل عناصر موضوعية أو أركاناً للعقد يؤدي تخلف أي منها إلى بطلان العقد ولكن هل يصلح التمييز بين تلك العناصر الموضوعة أو أركان العقد أي بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة معياراً للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ؟

ظهر في هذا الشأن اتجاهان الأول تقليدي والثاني حديث وكل منهما يعتمد في التمييز بين أنواع البطلان على هذه العناصر الموضوعية التي تمثل شروطاً أو أركاناً للعقد وهذا ما سنبحثه في مبحثين وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول

اتجاه الفقه التقليدي

يتحدد نوع البطلان وفق ماذهب اليه الفقه التقليدي[٥] وحسب درجة خطورة تلك العناصر الموضوعية اذ يكون **البطلان مطلقاً** في حالة تخلف شرط من شروط الانعقاد التي يفرضها القانون كما في حالة تخلف التطابق بين الإيجاب والقبول أو كون محل العقد غير معين أو غير قابل للتعيين أو غير مشروع أو ان السبب غير موجود أو كان موجوداً ولكنه غير مشروع [٦] أو تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون لإنعقاد العقد، اما **البطلان النسبي** فيتحقق عندما يصيب الخلل العناصر الموضوعية الأقل خطورة والتي تمثلها شروط صحة العقد كوجود عيب من عيوب الإرادة[٧] أو نقص في أهلية الأداء، ويفهم من ذلك ان الفقه التقليدي يميز بين نوعي البطلان استناداً إلى أهمية شروط انعقاد العقد فيقول بوجود شروط مهمة وهي شروط انعقاد العقد وشروط أقل أهمية هي شروط صحة العقد يرتب على تخلف الأولى البطلان المطلق وعلى تخلف الثانية البطلان النسبي في حين ان كليهما يمثل عناصر موضوعية أو مسائل جوهرية لازمة لوجود العقد.

والخلل الذي يلحق أياً من هذه الشروط سواء شروط الإنعقاد أو شروط الصحة يؤدي إلى بطلان العقد وان الأختلاف بين البطلان المطلق والبطلان النسبي هو في وقت تحقق البطلان. بمعنى ان البطلان المطلق لا يسمح بقيام العقد من البداية أما البطلان النسبي فهو يسمح بوجود قانوني مؤقت للعقد ويظل

---

٥) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام،، وفقاً للقانون الكويتي،الجزء الأول،العقد الأرادة المنفردة، باعتناء د. محمد الألفي. مطبوعات جامعه الكويت،١٩٨٢ص ١١٥

٦) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، السبب ونظرية البطلان، منشورات محمد الداية، بيروت بدون سنة طبع، ص٨٥.

٧) عيوب الارادة (الاكراه، الغلط،الاستغلال، الغبن مع التغرير في القانون المدني العراقي، تنظر المواد ١١٢-١٢٥ من القانون المدني العراقي) .

هذا الوجود القانوني حتى يتمسك بالبطلان من لهُ الحق في ذلك إلا أن يقضي القاضي بابطاله بناءً على طلب الشخص الذي لم يكون رضاه بالعقد تاماً كمن دلس عليه في البيع مثلاً وهذا العقد كما انه قابل للابطال من أحد الطرفين الذي وقع عليه الضرر قابل للإجازة منه أيضاً فاذا إجازه ولو كانت الاجازة ضمنية سقط حقه في الإبطال. وليس للقاضي أن يبطله من تلقاء نفسه من غير طلب صاحبه ومن هنا يتبين ان تسميته بالباطل تسمية متساهل فيها على الأقل ان لم تكن صحيحة.والبطلان النسبي في بعض صوره من قبيل العقد الموقوف في الفقه الاسلامي [٨] فإذا قضي بالبطلان زال بأثر رجعي كل أثر له وذلك بسبب تخلف مسألة جوهرية لازمة لقيامه وهي الخلل الذي أصاب شروط صحته.

ويوجه لهذا الاتجاه عدة انتقادات منها أنه لم يضع معياراً حاسماً للتمييز بين نوعي البطلان فأرجاع اثر البطلان النسبي إلى وقت أنشاء العقد معناه انه لم يكن له أي وجود قانوني ومادام الحكم ببطلانه يكشف عن عيبه منذ وقت نشوئه وزوال آثاره من ذلك الوقت[٩] فهو في الواقع يمر بمرحلتين:

المرحلةالأولى: تتحدد قبل ان يتعين مصيره بالاجازة أو بالإبطال وهنا يكون له وجود قانوني كامل منتج لكل الأثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً.

والمرحلة الثانية: يواجه فيها العقد أحد المصيرين:

١. المصير الاول: أما ان تلحقه الاجازة ممن له حق الاجازة واما ان يسري في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً فلا يكون هناك أي فرق بينه وبين أي عقد صحيح.
٢. المصير الثاني: ان يتقرر بطلانه فيزول وجوده ثم تزول أثاره القانونية بأثر رجعي فلا يصبح هناك فرق بينهُ وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً[١٠] فتخلف عنصر موضوعي يفرضه القانون يؤدي إلى عدم قيام العقد سواء أكان بطلاناً مطلقاً أم بطلاناً نسبياً وينحصر دور الإرادة في طلب التمسك بالبطلان من عدمه في حالة البطلان النسبي. فنوعا البطلان لا يعني أكثر من اختصاص كل نوع بطائفة من أحوال البطلان دون مساس بجوهر البطلان أو تغيير من طبيعته وهي كونه وصفاً يلحق بالعقد[١١] بسبب اختلال مسألة أو أكثر من مسائله الجوهرية اللازمة لإنعقاده وبهذا نلاحظ ان جوهرية عناصر العقد أو مسائله حالت دون فاعلية معيار الفقه التقليدي في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي وظهر بهذا الشأن معيار الاتجاه الحديث المتمثل بالفقه الحديث.

---

٨) المحل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه،المصدر السابق،ص٥٣٦.

٩) جميل الشرقاوي،نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة – ١٩٥٦، ص ٣٤٤.

١٠) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، المرجع السابق. ص ٨٧. ينظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق. ص ٦٤٩.

١١) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف،المرجع السابق، ص٣٥٠.

المبحث الثاني

اتجاه الفقه الحديث

لا يستند هذا الاتجاه في تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي على أساس التفرقة بين شروط الانعقاد وشروط الصحة فشروط الانعقاد هي التي يلزم مراعاتها في أركان العقد أوهي الأسس التي تقوم عليها هذه الأركان بحيث لو تخلف شي منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم فاذا فقد شرط من هذه الشروط سواء منها مايرجع إلى الأركان أو يرجع إلى الاسس التي قامت عليها كان العقد باطلاً، اما شروط الصحة فهي التي اذا وجدت في العقد اصبح العقد صالحاً صلاحية تامة لترتب اثاره الشرعية عليه.فاذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف بعضها بعد استيفاء شروط الانعقاد اصبح العقد فاسداً. وانما يستند في معيار التمييز بينهما إلى طبيعة المصلحة محل الحماية فيكون البطلان مطلقاً اذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها تستهدف حماية المصلحة العامة اما اذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها تستهدف المصلحة الخاصة فيكون جزاء المخالفة هو البطلان النسبي[١٢] بمعنى ان الفقه الحديث يستند في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي إلى التفرقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وعلى ذلك يكون الاتجاه الحديث قد ربط بين فكرة النظام العام والبطلان المطلق فما يتعلق بالنظام العام يكون جوهرياً بمعنى ان وجوده مرتبط بالمصلحة العامة ومخالفة ذلك يؤدي إلى البطلان المطلق،وفي مقابل ذلك توجد الشروط الخاصة لتكوين العقد ولكن توافرها يحقق مصلحة خاصة، ومن ثم لايكون وجودها جوهرياً لوجود العقد وانما يكون وجودها رهيناً بمصلحة من تقرر البطلان لمصلحته ويترتب على الأخذ بهذا المعيار أتساع نطاق البطلان النسبي فالقواعد التي تستهدف حماية المصلحة الخاصة تتجاوز تلك المتعلقة بالأهلية وعيوب الرضا ولعل ذلك يفسر قيام المشرع بجعل العقد قابلاً للإبطال في بيع ملك الغير على الرغم من تمام الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب في القانون المصري في المادة (٤٤٦) منه اذ يجعل هذا العقد قابلاً للأبطال لمصلحة المشتري[١٣].

ويؤخذ على معيار الفقه الحديث صعوبة التفرقة بين النصوص التي تحمي المصلحة العامة وتلك التي تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة فهذه التفرقة ليست امراً يسيراً ذلك ان كل نص يستهدف حماية المصلحة العامة والمصالح الخاصة، وحماية المصلحة الخاصة لا تعني بالضرورة حماية أحد المتعاقدين فقط بل ان كثيراً من القواعد تستهدف حماية أطراف العقد أو مجموعة أوسع من الأفراد دون ان تتعلق القاعدة بالمصلحة العامة بشكل مباشر[١٤]. وذلك على الرغم من هذه الصعوبة فإن هذا المعيار يظل اساساً سليماً في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي مادام قد أمكن التعرف على نوع المصلحة التي جرت مخالفتها عند تكوين العقد فهي اما ان تكون على درجة من الخطورة يرى معها المشرع ان مخالفتها تستوجب تقرير البطلان بسبب ما تشكله هذه المصلحة من مسألة جوهرية في نظره بما تمثله من حماية للمصلحة العامة، واما ان تكون خطورتها ضئيلة لا تشكل امراً جوهرياً في نظره بسبب عدم تعلقها بالمصلحة العامة لذلك يسمح المشرع في بعض البلاد العربية للعقد الذي ينشأ مخالفاً لها بترتيب اثاره

---

١٢) بدر جاسم اليعقوب، اصول الالتزام في القانون المدني، المطبعة الأولى،١٩٨١. ص٢٧٢.

١٣) في القانون المدني العراقي، يكون العقد موقوفاً وتلحقه الاجازة ممن له حق الاجازة، المادة (١/١٣٥ مدني عراقي) .

١٤) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة، الجزء الأول،المجلد الأول، الطبعة الثالثة القاهرة،٢٠٠٠ص٢٩٧.

وان كان يعطي لمن تقرر البطلان لمصلحته الحق في ابطاله اذا رأى ان ذلك في مصلحته بما يفهم منه ان هذا العقد على الرغم من نشوئه مخالفاً للمصلحة الخاصة فإنه ربما لا يكون ضاراً بها من وجهة نظر صاحب تلك المصلحة بدليل إنَّ له ان يمتنع عن التمسك بالإبطال ومن ثم يبقي على العقد اذا وجد ذلك في مصلحته فيستمر العقد في ترتيب اثاره بوصفه عقداً صحيحاً وهذا الأمر لايمكن تفسيره الا بأن الشرط الذي خولف في حالة البطلان النسبي لا يمثل مسألة جوهرية يلزم توافرها لوجود العقد فالخلل الذي يمس المصلحة العامة يمثل مسألة جوهرية في تكوين العقد بخلاف الخلل الذي يمس المصلحة الخاصة فهو لا يمثل مسألة جوهرية فليس هناك جوهرية عامة وجوهرية خاصة وانما جوهرية واحدة هي تلك المتعلقة بالمصلحة العامة مما يدل على ان المعيار الحديث يصلح أساساً سليماً للكشف عن حالات البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وقد أخذ القانون المدني المصري بهذا التقسيم للبطلان تأثراً بالفقه الغربي وان كان يطلق على البطلان المطلق تسمية الباطل وعلى البطلان النسبي تسمية القابل للأبطال كما اتجه القانون المدني الكويتي بهذا الاتجاه للقانون المدني المصري في تسمية البطلان المطلق بالباطل والبطلان النسبي بالقابل للإبطال وكذلك القانون المدني السوري اما القانون المدني العراقي فقد كان أكثر تأثراً بالفقه الأسلامي وان لم يتوسع في نظرية البطلان في الفقه الإسلامي فالعقد في القانون المدني العراقي اما عقد صحيح أو عقد باطل والعقد الصحيح هو العقد الذي تتوافر فيه الأركان الثلاثة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب وهذا ما نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (١٣٣) [١٥] بقولها (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من اهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل) ويضاف إلى ذلك ان العقد يقصد منفعة مشروعة وسبباً مشروعاً والقبض في بعض العقود (العينية) والشكل في بعضها الأخر. والعقد الصحيح اما ان يكون عقداً نافذاً أوعقداً موقوفاً والعقد الصحيح النافذ اما ان يكون لازماً وهو العقد الصحيح الذي تترتب عليه جميع أثاره ولا يستطيع احد المتعاقدين ان يستقل بفسخه كالبيع والايجار والصلح. ذلك ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا اقصى ذروتها[١٦] اما العقد الصحيح النافذ غير اللازم الذي يعبر عنه فقهاء المذهب الحنفي بالعقد الجائز هو العقد الصحيح الذي يمكن لأحد طرفيه ان يستقل بفسخه أو كلاهما. وهذا الحق في الفسخ أما ان يعود إلى طبيعة العقد أو إلى خيار من الخيارات مثال طبيعة العقد (عقد الوكالة والوديعة والعارية) ومثال الثاني الذي يلحقه خيار الرؤية أو خيار التعيين أو خيار العيب[١٧].

واما العقد الموقوف ما يأخذ به المشرع العراقي تأثراً بفقهاء الشريعة الأسلامية وهو في الفقه الأسلامي يحتل المكان الذي يحتله العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي[١٨] ولكنه صورة عكسية منه فالعقد القابل للإبطال منتج لأثاره حتى يبطل أما العقد الموقوف فلا ينتج اثاره حتى تلحقه الاجازة[١٩] فهو عقد في حالة سبات وينتظر احد مصيرين أما ان تلحقه الاجازة فينفذ واما ان لا تلحقه الاجازة فيبطل فالعقد

---

١٥) مقتبسة من المادة(٣١١) مرشد الحيران.

١٦) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام،دار الحرية للطباعة،بغداد ١٩٨٦، ص١٣٨

١٧) حسن علي الذنون ،النظرية العامة ،المصدر السابق، ص١٣٧– ص١٣٨.

١٨) فريد فتيان،المرجع السابق،ص١٣٩.

١٩) والاجازة يجب ان تلحقه خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر خلال هذه المدة مايدل على الرغبة في نقض العقد عد العقد نافذاً،ينظر، ضياء شيت خطاب، ابراهيم المشاهدي، عبد المجيد الجنابي، عبد العزيز الحساني، غازي ابراهيم الجنابي، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، الجزء الاول، بغداد، ١٩٩٨،ص ١٦٢.

الموقوف هو عقد صادر من شخص لا يملك ولاية انشائه والعقد الذي يمس حقاً من حقوق الغير[٢٠] فالعقد الموقوف في القانون المدني العراقي يشمل عقد ناقص الأهلية والعقد المشوب بعيب من عيوب الإرادة ، والعقد الصادر من غير المالك[٢١]. وقد خصص القانون المدني العراقي للعقد الموقوف عدة مواد[٢٢].

أما العقد الباطل في القانون المدني العراقي فعرفته الفقرة الأولى من المادة (١٣٧/مدني عراقي) [٢٣] بقولها:

١- العقد الباطل هو مالا يصح اصلاً بأعتبار ذاته أو وصفاً بأعتبار بعض أوصافه الخارجه.

٢- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كان يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع.

٣- ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون) .

اذن يمكن القول ان العقد الباطل في القانون المدني العراقي يحتل المكان الذي يحتله العقد الباطل بطلاناً مطلقاً في الفقه الغربي. اما ان القانون المدني العراقي لم يتوسع بنظرية البطلان في الفقه الاسلامي ذلك انه لم يأخذ بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد ساوى بين فاسد العقد وباطله. وهذا واضح من نص المادة (١٣٧) من تعريفها للعقد الباطل. فقد الحق العقد الفاسد بسبب الضرر الذي يصيب المحل والعقد الفاسد لجهالة المحل وعدم تعيينه تعييناً كافياً ونافياً للجهالة بالعقد الباطل[٢٤]. اذاً نخلص من ذلك ان احوال العقد الباطل في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي و القانون المدني العراقي تتحقق في الحالات الاتية:

» اذا كان السبب أو المحل يخالف النظام العام المتعلق بالمصلحة العامة.

وهذا ما تقضي به المادتان (١٣٥، ١٣٦) مدني مصري والمادتان (١٧٢، ١٧٦) مدني كويتي والمادة (٢/١٣٧) فالبطلان يستهدف حماية المصلحة العامة للمجتمع في مواجهة التصرفات القانونية التي تهدد المصلحة العامة. كما يدخل في دائرة العقد الباطل تخلف اهلية الوجوب اذا كان ذلك بقصد تحقيق المصلحة العامة. كما هو الحال عند حرمان الأجنبي من تملك العقارات.

كما يتحقق البطلان في حالة تخلف الشكل[٢٥] الذي يتطلبه القانون وعلى هذا ذهبت محكمة التمييز

٢٠) حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ١٣٦- ص.١٣٧

٢١) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق الجزء الرابع،ص٢٨٧.

٢٢) المادة ١٣٤/مدني عراقي تنص على»١-اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما له ان يجيزه فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي.فإن هلكت العين في يد من أنتقلت إليه ضمن قيمتها،٢- وللعاقد المكره أو المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الاخر وان شاء ضمن المجبر أو الغار فإن ضمن المجبر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الاخر.ولاضمان على العاقد المكره أو المغرور ان قبض البدل مكرهاً أو مغروراً في يده بلا تعد منه «.

المادة ١٣٥/مدني عراقي نصت على «١- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على أجازة المالك. ٢- فإ ذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر. ٣- واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به.فإن هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.٤- واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء.فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر».

٢٣) تقابلها المادة (٣١٣ مرشد الحيران) ،والمادة (١١٠ مجلة الأحكام العدلية) .

٢٤) حسن علي الذنون، النظرية العامة، المرجع السابق، ص١٣٨، ص١٣٩.

٢٥) المادة (٥٠٨) /مدني عراقي اذ نصت على ان "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون" والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري بقولها (لا ينعقد العقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) .

العراقية في حكم لها ان (بيوع المركبات من العقود الشكلية التي لا تنعقد بإرداة الطرفين البائع والمشتري مالم يحضرا امام ضابط التسجيل ويسجلا عقدهما لديه وما ذلك ان عقود البيع اذا وقعت على مركبة من دون ان تستوفي هذا الشكل الذي قرره القانون فأنها لا تنعقد ولا تفيد الحكم اصلاً لذا يلزم اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملاً بأحكام المادتين ٩٠ ، ١٣٨ من القانون المدني.... الخ) [٢٦].

نخلص من ذلك إلى ان اختلال مسألة جوهرية لازمة لقيام العقد يؤدي إلى بطلانه واعتباره كأن لم يكن اصلاً يستوي في ذلك ان يكون البطلان مطلقاً أو نسبياً (قابلاً للإبطال في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي و القانون المدني السوري وموقوفاً في القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني) فالبطلان على درجة واحدة ولا تفاوت[٢٧] فيها وتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي هو تقسيم له من حيث الوقت الذي يلحق فيه بالعقد[٢٨] دون ان يغير من ماهيته وان معيار التمييز بينهما يتعلق بالمصلحة محل الحماية. وذلك فيما اذا كانت مصلحة عامة فيترتب على مخالفتها ان يكون العقد باطلاً في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي واما اذا كانت مصلحة خاصة فان العقد يكون قابلاً للإبطال ممن له حق الإبطال لأن ذلك تقرر لمصلحته في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي ويكون موقوفاً في القانون المدني العراقيً[٢٩]لمصلحة من تقرر الوقف لمصلحته [٣٠].

٢٦) قرار محكمة التمييز، رقم القرار ٣٨٩/منقول/ ٨٤/ ٨٥/ تاريخ القرار ١/٥/ ١٩٨٥، مجموعة الاحكام العدلية ، وزارة العدل ، العدد الاول والثاني لسنة ١٩٨٥، ص ٢٠. وكذلك قضت محكمة التمييز العراقية "لما كانت الهبة المدعى بها لم تسجل في دائرة التسجيل العقاري فانها لا تنعقد طبقاً لنص المادة (٦٠٢) /مدني عراقي) وان ما يرد على حق الشكلية يرد على حق التصرف طبقاً للمادة (١١٧٠ / مدني عراقي) قرار رقم ٢٤٩/م ٢/ في ٢/٢٠/ ١٩٩٩(غير منشور) ، كذلك قرار محكمة التمييز القاضي بحق المدعي برد ما دفعه للمدعى عليه على حساب بدل شرائه منه عقاراً (المدعى به) بالعقد الخارجي والذي لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري فيقع باطلاً وحكمه ان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، قرار رقم ٧٦٦/م٢/ ٩٨ في ١٩٩٨/٩/٥ (غير منشور)

٢٧) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٦٤٩.

٢٨) عبد الفتاح عبد الباقي، مصارد الالتزام في القانون المدني الكويتي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الكويت، ١٩٨٣، ص ٤٥٣.

٢٩) حدد المشرع العراقي مدة نقض العقد الموقوف بثلاثة اشهر ذلك لأن العقد الموقوف هو عقد صحيح غير نافذ بخلاف العقد القابل للأبطال فاراد المشرع ان يبقي التعامل موقوفاً.

٣٠) هذا وقد ذهب المشرع العراقي إلى ماذهب اليه الفقه اللاتيني في البطلان بصورة عامة فجعل حق ابطال العقد للطرف الذي شرع لمصلحته البطلان وكذلك عبء الاثبات يكون لمن شرع البطلان لمصلحته، ينظر فريد فتيان، المرجع السابق، ص ١٣٩.

الفصل الثاني

التمييز بين البطلان والانعدام واثره على فاعلية العقد

بالنسبة للانعدام كنوع من انواع البطلان، فهو حديث نسبياً. ذلك انه لم يظهر الا بعد صدور قانون نابليون في فرنسا في منتصف القرن التاسع عشر اذ كان البطلان يقسم قبل ذلك إلى نوعين فقط هما: البطلان المطلق والبطلان النسبي، هو تقسيم يرجع إلى القانون الروماني[٣١].

ويعود الفضل في ظهور نظرية الانعدام في الفقه الفرنسي إلى ما تقرره القاعدة الفقهية هي ان لا بطلان في عقد الزواج دون نص تشريعي يستند اليه هذا البطلان[٣٢] اذ عرضت حالات في عقد الزواج لم ينص القانون على بطلانها فكان من الواضح انه لايمكن ترك الزواج فيها قائماً ومثالها الزواج الذي يتم بين اثنين من جنس واحد[٣٣] ولذلك كان لزاماً على الفقه حتى يخرج من مضمون قاعدة لابطلان من دون نص ودون ان يخرقها ان يبتدع فكرة الانعدام كنوع جديد من البطلان لايحتاج إلى نص يقرره اذ يجد سنده بما يفرضه العقل وتقتضيه طبيعة الأشياء فهو جزاء لتخلف مسألة جوهرية تفرضها طبيعة العقد ولذلك ليس هناك داع لأن ينص عليها القانون حيث انها تفرض عليه، والانعدام كفكرة جديدة وجدت من يتحمس لها ويدافع عنها لذلك تم التوسع في تطبيقها ومدها إلى التصرفات الخاصة بالمعاملات المالية وانتشر نطاق الانعدام وأدى ذلك إلى وجود صعوبة في تمييز الانعدام من البطلان المطلق وكان ذلك سبباً في تهدم الأساس المنطقي الذي تقوم عليه نظرية الانعدام واصبحت غير ذات فائدة كما انها كفكرة لاتجد سندها في تقاليد القانون الروماني أو في نصوص القانون الفرنسي أو حتى في اعماله التحضيرية ويرجع تعارضها مع المنطق إلى انها تقوم على التفرقة بين المسائل الجوهرية في تكوين العقد فتقول بوجود مسائل غاية في الجوهرية تفرضها طبيعة العقد فلا يتصور وجوده من دونها، ومسائل جوهرية يفرضها القانون وهذا التقسيم يتعارض مع وصف العقد كائناً قانونياً يجب ان تكون جميع مسائله الجوهرية من صنع القانون فكل مسألة جوهرية مهما بدت طبيعتها ليست لازمة لقيام العقد الا نتيجة لوصف القانون لها كما ان العقد الباطل ليس له وجود قانوني فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم ولا يمكن ان يقال ان العقد المنعدم اشد انعداماً من العقد الباطل ذلك انه لا تفاوت في العدم اما عدم فائدة نظرية الانعدام فقد ظهرت بعد ان أختلطت بالبطلان ذلك ان أحكامها لا تختلف عن أحكام البطلان المطلق والانعدام فكلا النوعين لا ينتج كلاً منهما اثراً

---

٣١) محمد جابر الدوري، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية، مطبعة الشعب، بغداد، ص ١٥١.

٣٢) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٨٦.

٣٣) المرجع اعلاه، نفس الصفحة.

ولا تلحقه الاجازة ولا يرد عليه التقادم[٣٤] وللأعتبارات السابقة فقد ذهب الفقه الحديث إلى أستبعاد الانعدام من انواع البطلان والأبقاء على نوعين له هما: البطلان المطلق (ويدخل فيه الانعدام) والبطلان النسبي واذا كان الفقه الحديث قد أستبعد اعتبار كون الانعدام من أنواع البطلان فإن هذا الاتجاه هو مسلك القوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي إذ لم يكرسا نظاماً قانونياً مستقلاً للانعدام يختلف عن البطلان بل اقاما التسوية بين الانعدام والبطلان المطلق مقررين لهما نظاماً قانونياً واحداً، ونحن اذ نرى أهمية فكرة الانعدام فما ذلك الا لكونها فكرة جديرة بالأهتمام والبحث فهي تتعلق بجزاء أشد وطأة من مجرد البطلان يلحق بالعقد في مرحلة تكوينه ولذلك سنتلمس وجود الانعدام في فروع القانون الاخرى، ففي قانون المرافعات يشكل الانعدام أشد أنواع الجزاءات كتجرد الحكم من أركانه الأصلية كأن يصدر من محكمة غير مشكلة تشكيلاً صحيحاً أو يصدر من محكمة غير مختصة[٣٥] أو يصدر من شخص لا يعدّ قاضياً. كما ان هناك من البيانات ما يؤدي اغفالها إلى انعدام الحكم كعدم التوقيع عليه ومنها ما يؤدي اغفالها إلى بطلان الحكم فقط دون انعدامه مثل بيان تأريخ الحكم وأسم المحكمة التي أصدرته وبيان أسماء الخصوم وبيان الواقعه[٣٦] ولا شك في ان البيانات التي يترتب عليها انعدام الحكم تعد اكثر جوهرية من تلك التي يترتب على تخلفها مجرد البطلان.

وفضلاً عن وجود الانعدام في قانون المرافعات المدنية فأن له مجالاً خصباً في القانون العام ويعود ذلك إلى وضوح تطبيقه في مجال القرارت الأدارية ولعل من المناسب ان نحصر البحث في القرار المنعدم والمعيار الذي يميزه عن القرار الباطل ويرجع السبب في حصر البحث في القرار الاداري إلى اتفاقه مع العقد بأعتبار كلاً منهما تصرفاً قانونياً وان كان القرار يتم بإرادة منفردة في حين ان العقد ينشأ باتفاق ارادتين كما يرجع اهتمامنا بالقرارت الادارية إلى الدور المهم الذي يضطلع به القاضي الاداري فهو يسهم بصنع القواعد القانونية ذلك ان من خصائص القانون الاداري انه قانون غير مقنن اي انه لم يتم تجميعه في مجموعة تشريعية واحدة تضم المبادئ الأساسية والقواعد والأحكام العامة التي يتضمنها هذا القانون ولهذا فالقضاء الاداري منذ نشأته لم يكن ملزماً بتطبيق أحكام القانون الخاص ولم يجد أمامه التشريعات الادارية اللازمة لحكم المنازعات المعروضة عليه وحتى لا يكون منكراً للعدالة عمل على إيجاد القاعدة اللازمة للفصل في النزاع بما يتناسب مع طبيعة العلاقات الادارية[٣٧] وما يعزز اتجاهنا صوب القانون العام ان الفقه يؤكد على انه لا خلاف من حيث فكرة البطلان بين القانون العام والقانون الخاص[٣٨].

---

٣٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، المرجع السابق، ص٦٤٧

٣٥) «الاحكام الصادرة ضمن دعاوى منع معارضة العقار يطعن بها لدى محكمة التمييز لا لدى محكمة الاستئناف فما كان لمحكمة الاستئناف بالفصل في الطعن المقدم اليها وانها اصدرت قرارها دون الالتفات إلى ما تقدم لذا يكون قرارها معدوماً لصدوره من محكمة لا تختص بأصدارة والقرار المعدوم لا تلحقه حصانه ولا يترتب عليه ما يترتب على الحكم الصحيح من اثار فلا يحوز حجية الامر المقضي به» تمييز عراقي، قرار رقم٤/ موسعة اولى /٨٣/٨٢ بتأريخ ١٩٨٤/٧/٢٠مجلة الأحكام العدلية العدد (١،٢،٣،٤) لسنة ١٩٨٤،قسم الاعلام، ص٢١.

٣٦) غنام محمد غنام، نظرية الانعدام في الأجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الاولى، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص ٣١٩.

٣٧) ماجد راغب الحلو، القانون الاداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الطبعة الاولى ١٩٨٠، ذات السلاسل، ص ٢٤ وما بعدها.

٣٨) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، دار النهضة العربية. ١٩٧٦، ص٢٠٦.

هذا وترجع اهمية دراسة التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق في مجال القرارات الادارية إلى كون القرار الاداري الباطل يخضع لأحكام تختلف اختلافاً جوهرياً عن تلك التي تحكم القرار المنعدم على خلاف ما تبين لنا بالنسبة للعقد الباطل والعقد المنعدم اذ اخضعهما الفقه الحديث وكذلك التشريع والقضاء إلى احكام واحدة، اما القرار الاداري المنعدم فهو يخضع لأحكام قانونية بالغة الخطورة تختلف عن تلك التي يخضع لها القرار الاداري الباطل وتترتب على هذه الأحكام نتائج ترجع كلها إلى فكرة أساسية مردها إلى ان القرار الاداري المنعدم هو مجرد عمل مادي شبيه بالأعمال الصادرة من الافرد، ومن ثم يجب ان ينظر اليه الافراد والمحاكم على هذا الأساس. ذلك ان مهمة الادارة في الدولة الحديثة تقوم على مبدأ المشروعية فالادارة ليست حرة في أختيار أعمالها، وانما يكون ذلك وفقاً للنظام الذي ترسمه القواعد الدستورية العامة والتي يقوم عليها نظام الحكم[٣٩] ولكن على الرغم من تسليم الفقه بفكرة الانعدام في القرارات الادارية وبالنتائج التي يرتبها فإنه اختلف في تحديد معيار الانعدام وشروطه وتعددت في ذلك النظريات التي قال بها والتي يمكن أستعراضها بثلاثة مباحث وعلى النحو التالي:

المبحث الاول

نظرية اغتصاب السلطة

وهي من أقدم النظريات في القانون العام وتكمن فيها معظم تطبيقات فكرة الانعدام وبمقتضى هذه النظرية لايفقد التصرف القانوني صفته الادارية اذا لحقه عيب عدم المشروعية.فالادارة قد تخرج عن أختصاصها المحدد ومع ذلك لايفقد قرارها صفته الادارية، فهذا العيب يؤثر فقط في صحة التصرف ويجعله باطلاً لامعدوماً. أما القرار المنعدم فيكون في حالة صدور القرار ممن لا يملك صفة الموظف العام[٤٠] ولكن هذه النظرية تعرضت للنقد فقد أخذ عليها انها لا تتسع للحالات التي قد يترتب فيها الانعدام لابسبب عدم الاختصاص أو غصب السلطة وانما بسبب أستحالة قيام التصرف الاداري قانوناً لعدم توافر أركان وجوده وعجزه عن ترتيب اثاره لذلك فهي لا تفسر الحل الملائم اذا كان محل القرار منعدماً كترقيه الموظف المتوفى[٤١].

٣٩) سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارت الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١ ص ٣٦٨.

٤٠) طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

٤١) مصطفى كمال وصفي، انعدام القرارات الادارية، مجلة المحاماة، السنة الحادية والاربعون، العدد الخامس،يناير،١٩٦١ ص٧٢٧.

المبحث الثاني

نظرية الظاهر

وتقوم هذه النظرية على كون ان القرارت الادارية تصدر من السلطة العامة وتطبق على من تعنيهم وذلك استناداً لما لجهة الأصدار من سلطان على الافراد وان ما يجعل الافراد يخضعون للقرار الاداري هو أقتناعهم بصدوره عن الجهة صاحبة السلطة، فاذا ظهر للافراد ان شكل القرار أو مظهره يدل على صدوره من تلك السلطة لزم عليهم ان ينفذوه وليس لهم الأمتناع عن ذلك اما اذا كان مظهر القرار ينفي عنه الأحترام اذ يكون من الواضح للافراد انه لم يصدر عن السلطة المختصة فان القرار يكون منعدماً فلا يستقر ولا يترتب عليه اي مركز قانوني، ومن تطبيقات هذه النظرية الموظف الفعلي ومما يؤخذ على هذه النظرية أتساعها فهي تضم فروضاً يتعذر حصرها لأنها فروض تقديرية ليس لها أساس ثابت كما يؤخذ عليها انها غير منضبطة في المعيار فهي تعول على نظرة الشخص إلى القرار وليس إلى محتواه فمن شأن هذه النظرية ان يكون القرار منعدماً عند البعض وسليماً عند البعض الاخر[٤٢].

المبحث الثالث

نظرية تخلف اركان القرار

يذهب بعض الفقه[٤٣] إلى انه يجب في العيب الذي ينتهي بالقرار إلى حالة الانعدام ان يكون مادياً عينياً يرجع إلى مادة العمل ذاته ويستشف من جوهر التصرف ويتنافى من ان يكون تقديراً شخصياً يتوقف على النظرة الشخصية للقاضي أو إلى المحتج بالانعدام وان يكون عينياً في مواجهة المجتمع وليس لفرد دون الاخر حسب ظروفه وحالته لذلك يجب ان يكون البحث في تكوين التصرف من خلال أركانه ففكرة الانعدام تنشأ في القانون العام من تهدم أركان القرار وبمقتضى هذه النظرية فأن تخلف احد أركان القرار الثلاثة وهي الإرادة، المحل، السبب يؤدي إلى ان يفقد القرار صفته الادارية وينزل إلى حيز الاعمال المادية فيصبح منعدماً ويتجرد من أثاره كتصرف قانوني وذلك لعجزه عن أحداث تلك الأثار اما اذا توافرت أركان القرار الثلاثة ولكن أختلت شروط صحته وهي (الشكل، الاختصاص، المشروعية) اي مطابقة القانون وأستهداف الصالح العام كان القرار باطلاً وبتطبيق ما سبق على العقد نجد تمييزاً بين انعدام العقد وبطلانه وان نظرية تخلف أركان القرار الاداري هي أقرب النظريات التي يمكن تطبيقها على العقد ذلك ان التفرقة بين البطلان والانعدام يكشف عن تدرج في أنواع المسائل الجوهرية.

مسائل غاية في الجوهرية يترتب على مخالفتها الانعدام ومسائل جوهرية غيابها يؤدي إلى البطلان فالانعدام كجزاء أشد من البطلان يتقرر اذا لم يوجد ركن من أركان العقد التي لا يتصور له وجود من

---

٤٢) رمزي طه الشاعر،قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية، بدون ناشر،١٩٩٢، ص ٤٠٠.

٤٣) مصطفى كمال وصفي، المرجع السابق، ص٧٢٠.

دونها[٤٤] وأركان العقد هي (الرضا، المحل، السبب) والشكل في العقود الشكلية أما العقد الباطل فهو الذي تتوافر فيه اركانه ولكنها غير مستوفاة للشروط التي يتطلبها القانون في هذه الأركان وبذلك يتضح ان تخلف مسألة جوهرية لازمة لقيام العقد والتي تمثل ركناً من الأركان التي يقوم عليها العقد يعد المعيار الذي يميز بين البطلان والانعدام ويؤدي ذلك بنا إلى القول بأن الانعدام ليس نوعاً من البطلان فهو خارج عن نطاق البطلان فهذا الأخير يعبر عن وصف يرد على عقد لم يستوف الشروط التي يتطلبها القانون في الأركان التي يقوم عليها والتي هي مسائل غاية في الجوهرية بحيث لا يوجد العقد من دون تحققها فيه فلا يصح ان يقال ان هناك عقداً باطلاً لتخلف ركن الرضا كما لو لم يصدر اي تعبير عن الارادة من شخص فمن غير المعقول اعتبار هذا الشخص غير ملتزم لان العقد باطل بل الصحيح ان العقد منعدم[٤٥] وهذا الذي نقول به هو ما تطرق اليه بعض الفقه اذ يذهب الدكتور مصطفى العوجي بعد ان قام بالتمييز بين الانعدام والبطلان المطلق اذ يقول(نستخلص مما تقدم ان لنظرية الانعدام كيانها القانوني، حيث يعمل بها في العقود التي يتخلف فيها ركن من أركانها فيعتبر العقد منعدم الوجود، بينما البطلان المطلق يمس بالعقود التي أستجمعت أركانها الا ان عيباً أساسياً جعلها مستوجبه للزوال) [٤٦] ويشير هذا الرأي إلى احكام صادرة من محكمة التمييز الفرنسية اذ ذهبت في حكم لها بأن عدم جدية الثمن في عقد البيع يجعل العقد منعدم الوجود وبذلك يتضح لنا أن البطلان اذا كان يؤدي إلى عدم قيام العقد فمن باب اولى يؤدي الانعدام إلى عدم قيامه فكلاهما يحول دون وجود التصرف القانوني فسواء تعلق الامر بمسألة جوهرية أو انها غاية في الجوهرية فلا فرق في ذلك مادامت تحول دون قيام العقد وهذا ما حدا بالفقه القانوني إلى دمج الانعدام بالبطلان واعتبارهما شيئاً واحداً فذهب بعضهم[٤٧] إلى القول بان التمييز بينهما غير ذي فائدة لان أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين احكام العقد المنعدم فكلا العقدين لا ينتج اثراً ولا تلحقه الاجازة.

٤٤) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٢،ص٣٠١ – جميل الشرقاوي، بطلان التصرف، المرجع السابق، ص٣٤١.

٤٥) جميل الشرقاوي،بطلان التصرف، المرجع اعلاه، ص٣٤١.

٤٦) مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الاول، العقد، مؤسسة بحسون، بيروت، من دون سنة نشر – ص٤٤٣.

٤٧) CASS. CIV ٢٠ Oct. ١٩٨١. D. ١٩٨٣. ٧٣. نقلاً عن مصطفى العوجي،المرجع أعلاه، ص٤٤٣.

الخاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي واثره على فاعلية العقد فالقاعدة القانونية التي تهدف إلى حماية مصلحة عامة تمثل مسألة جوهرية لازمة لقيام العقد، ومخالفتها تؤدي إلى البطلان المطلق للعقد. أما القاعدة القانونية التي تهدف إلى حماية مصلحة خاصة فلا تمثل مسألة جوهرية لازمة لقيام العقد ومخالفتها لاتؤدي إلى البطلان المطلق وانما البطلان النسبي أو جعل العقد موقوفاً في (القانون المدني العراقي) .

ويضاف إلى ذلك انه يمكن اللجوء إلى التمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في التمييز بين البطلان والانعدام إذا دعت الحاجة إلى ذلك كما هو الحال في القرار الاداري الذي يعد تصرفاً قانونياً يتم بأرادة منفردة.

فالتمييز بين البطلان والانعدام يعكس تدرجاً في جوهرية المسائل مسائل غاية في الجوهرية يترتب على مخالفتها انعدام العقد، ومسائل جوهرية يترتب البطلان نتيجة مخالفتها وان كانت التفرقة بينهما ليست ذات أثر في معظم أحكام العقد الا ان الحاجة قد تدعوإلى اعمال تلك التفرقة، كما هو الحال في مجال إنتقاص العقد فبطلان شق من العقد يمثل احد شروط اعمال نظرية الإنتقاص، في حين ان العقد المنعدم لاوجود له ومن ثم لا يمكن وجوده كلياً أو جزئياً، ذلك ان انعدام مسألة جوهرية يؤدي بالضرورة إلى انعدام العقد كلية.

وأخيراً أسأل الله ان أكون قد وفقت في عرض موضوع الدراسة وتحليله،وان كنت قد أصبت فلله الحمد والمنة،وان كانت الأخرى فحسبي صدق أجتهادي،ولله الحمد أولاً وأخيراً انه سبحانه نعم المولى ونعم النصير.

المصادر والمراجع

ـ الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين لآمدي
ـ أصول الالتزام في القانون المدني، بدر جاسم اليعقوب
ـ أصول السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي
ـ انعدام القرارات الادارية، مصطفى كمال وصفي
ـ عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية، محمد جابر الدوري
ـ القانون الاداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، ماجد راغب الحلو
ـ القانون المدني، مصطفى العوجي
ـ قرار محكمة التمييز، رقم القرار ٣٨٩/منقول/ ٨٤/ ٨٥/ تاريخ القرار ١/٥/ ١٩٨٥، مجموعة الاحكام العدلية
ـ قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية، رمزي طه الشاعر
ـ مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، طعيمة الجرف
ـ مصادر الالتزام، عبد المنعم فرج الصدة
ـ مصادر الالتزام، فريد فتيان
ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق احمد السنهوري
ـ مصارد الالتزام في القانون المدني الكويتي، عبد الفتاح عبد الباقي
ـ نظرية الانعدام في الأجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، غنام محمد غنام
ـ النظرية العامة، حسام الدين الأهواني
ـ النظرية العامة للالتزام، عبد الحي حجازي
ـ النظرية العامة للالتزام، حسن علي الذنون
ـ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، منذر الفضل
ـ النظرية العامة للقرارت الادارية، دراسة مقارنة، سليمان الطماوي
ـ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، جميل الشرقاوي
ـ الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق احمد السنهوري

جميع الحقوق محفوظة
لشركة بيت المشورة للاستشارات المالية

Bait Al-Mashura Journal

مجلة بيت المشورة

International Scientific journal On Islamic Finance and banking

Vol. (1) Issue (2) State Of Qatar - 2015

ISSN : 2409-0867 Online
ISSN : 2410-6836 Print

mashurajournal.com

Sponsored by

بنك بروة
BARWA BANK

Published by

شركة بيت المشورة للاستشارات المالية
Bait Al-Mashura Finance Consultations Company