وسائل المعالجة الذاتية لبطلان حكم الإلغاء (دراسة تحليلية مقارنة)

Self-treatment methods for invalidating a judgment of annulment (a comparative analytical study)

ا.م.د ثامر محمد رخيص العيساوي

جامعة الكوفة – كلية القانون

thamerm.rukhis@uokufa.edu.iq

الباحث ابو الحسن كفاح مجهول الحسني

Boxel25@gmail.com

الكلمات الافتتاحية:

وسائل المعالجة الذاتية ، حكم الالغاء، الدعوى الادارية، التمسك بالبطلان ، قوة الشيء المقضي فيه .

Keywords:

Self-mediation methods, Annulment ruling, Administrative lawsuit, Claim of invalidity, Res judicata.

Abstract

In view of the seriousness of the impact of the invalidity of the annulment ruling by preventing it from generating its legal effects, and that the legislator made many attempts to reduce and limit cases of invalidity, and to preserve the correct procedures from including them also with invalidity, the legislator put many means that lead to Reducing the cases of nullity and restricting its effects, making the void procedure valid and productive of its legal effects until the judiciary decides the invalidity of that procedure. The parties to the case to deal with the invalid judgment, or this treatment may be external and is achieved by one of the parties to the case pleading for the nullity of the judgment to be voided and requesting the removal of the invalidity case from the judgment,

نظراً لخطورة الأثر المترتب على بطلان حكم الإلغاء و ذلك عن طريق منعه من توليد آثاره القانونية، قام المشرع بكثير من المحاولات لتقليل حالات البطلان و الحد منها ، و الحفاظ على الاجراءات الصحيحة من شمولها أيضاً بالبطلان ، فوضع المشرع كثير من الوسائل التي تؤدي الى تقليص حالات البطلان و تقييد آثاره فجعل الاجراء الباطل صحيحاً و منتجاً لآثاره القانونية لحين تقرير القضاء ببطلان ذلك الاجراء ، و لتنجب حالات البطلان و معالجتها بصورة قانونية فقد وضعت التشريعات وسيلتين لمعالجة بطلان حكم الالغاء و هذه الوسائل ، أما تكون تلقائية أي لا تحتاج الى تدخل احد اطراف الدعوى لمعالجة الحكم الباطل أو قد تكون هذه المعالجة خارجية و تتحقق عن طريق قيام أحد اطراف الدعوى بالدفع ببطلان حكم الالغاء و المطالبة برفع حالة البطلان عن الحكم .

المقدمة

أولاً / التعريف بموضوع البحث: ان الوظيفية الاساسية للدول الديمقراطية هو إقامة العدل و المساواة بين الناس و هذا الامر لا يتم إلا عن طريق وجود منظومة قضائية مستقلة تتمتع بالحياد و الاستقلال التام عن كافة اجهزة الدولة الاخرى لتمارس اختصاصاتها بحرية و دون وجود أي ضغوطات تؤثر على عمل القضاء فيها ، و يباشر القضاء وظيفته و ذلك بالفصل في النزاع المعروض أمامه عن طريق الافراد بإصدار حكمه للفصل في موضوع الدعوى ، و لكن قد يعتري حكم الإلغاء الصادر عن المحاكم الادارية عيوب تؤدي الى بطلان هذا الحكم من ثم لا يتحقق الهدف الاساس من رفع الدعوى و ذلك لبطلان الحكم الصادر فيها . و إن بطلان حكم الالغاء يؤثر بشكل سلبي على تحقيق العدالة و حماية حقوق الافراد من تعسف الادارة ، و قد بينت التطبيقات القضائية لموضوع بطلان حكم الالغاء وجود مشاكل متعددة في معالجة موضوع البطلان ففي بعض الحالات يمكن معالجة البطلان بسهولة و يسر و ذلك من خلال

تصحيح الحكم أو الاجراء الباطل ، ولكن تكمن المشكلة عندما يقع البطلان في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا و ذلك بسبب رفض مجلس الدولة تطبيق القواعد العامة لانهاء حالة البطلان، أما بالنسبة لأثار بطلان حكم الالغاء فأن الحكم الباطل لا ينتج أي أثر قانوني و يعد كأن لم يكن ، و من أجل التخلص من مشكلة بطلان الاحكام القضائية فأن السبب الاساس في ذلك هو عدم وجود نظام قانوني متكامل يعالج المشاكل الناتجة عن بطلان حكم الالغاء ، فعدم وجود قانون اجراءات إدارية يعد السبب الرئيس و الاساس لزيادة حالات بطلان الاحكام الصادرة عن المحاكم الادارية، و لمعالجة حالات البطلان فأنه لابد من وجود نظام قانوني متكامل يعالج حالات البطلان و يؤدي الى إنهاء آثاره و الحد من حالات تحققه ، و سوف نبين كل هذا الامور في بحثنا .

ثانياً / مشكلة البحث: ان المشرع العراقي لم يذكر مسألة بطلان الأحكام القضائية في القوانين الادارية , و بالرجوع الى قانون مجلس الدولة العراقي فأننا نجده يخلو من أي تنظيم قانوني لبطلان الاحكام القضائية في الدعوى الادارية على الرغم من أهمية الموضوع ، و عند الرجوع الى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية و قانون اصول المحاكمات الجزائية فأننا نجد كلا القانونين يخلو من تنظيم قانوني للبطلان و انما نجد مجموعة من المواد المتفرقة التي لا تكفي لمعالجة مشكلة البحث ، و ذلك بحد ذاته يعد مشكلة و إن اختلاف الطبيعة القانونية للدعوى الادارية عن كل من الدعوى المدنية و الجزائية قد يكون سبباً لعدم امكانية تطبيق القواعد العامة و عدم وجود قانون اجراءات إدارية فأنه يعطي للقضاء سلطة جداً واسعة في اصدار الحكم .

ثالثاً / نطاق البحث: إن حدود هذه الدراسة تكمن في بيان القوانين المتعلقة بموضوع البحث في كل من الجزائر و مصر و العراق ، و ما توصلت اليه التطبيقات القضائية

بصدد موضوع البحث ، والتطورات التي طرأت على القوانين المقارنة ، و أثر الوسائل القانونية الموجودة في التشريع العراقي للحد من حالات البطلان المرتبطة بحكم الالغاء ، أي إن حدود الدراسة تتعلق ببيان مفهوم بطلان حكم الالغاء و اثار بطلان حكم الالغاء و الوسائل اللازمة لمعالجته.

رابعاً / منهج البحث: اتبعنا في هذه الدراسة كل من المنهج التحليلي و المنهج المقارن و ذلك بتحليل الموضوع و بيان كل ما يتعلق به ، و مقارنته مع الانظمة القانونية لكل من الجزائر و ذلك لوجود قانون اجراءات ادارية لديها ، و مصر لوجود مشكلة مشتركة بينها و بين التشريع العراقي ، و الاعتماد في ذلك على التشريعات الادارية و القواعد العامة و ذلك لغرض تشخيص النقص التشريعي الموجود في القانون الاداري ، و أن سبب اختيار كل من مصر و الجزائر دول مقارنة هو عدم وجود قانون اجراءات إدارية في مصر مما يجعل هذا الأمر مشكلة مشتركة بين التشريع العراقي و المصري ، أما في التشريع الجزائري فيوجد قانون إجراءات إدارية .

خامساً / أهمية البحث: تكمن أهمية هذا البحث من الناحية العملية حيث أنه يمثل اهتمام فئة كبيرة من المجتمع تضم جميع المهتمين بالشؤون القانونية من الأكاديميين والباحثين في مجال القانون و المحامين و القضاة و لا تقتصر الاهمية العلمية على ذلك بل على عرض جميع المشاكل الواقعية التي تزيد من حدة مشكلة البحث و ذلك من خلال النقص التشريعي أو التوجه القضائي غير السليم ، أما بالنسبة الى الاهمية النظرية لموضوع البحث فأنها تتمثل بعرض كلي لمشكلة البحث مع تسليط الضوء على النقص التشريعي و وضع الحلول و الاسس المنطقية لمعالجة مشكلة البحث و الحد من حالات بطلان حكم الالغاء و إزالة آثاره القانونية المحتملة .

سادساً: خطة البحث: قسمنا بحثنا هذا على مبحثين:

المبحث الأول / اكتساب الحكم لقوة الشيء المقضي فيه

المبحث الثاني / التنازل عن التمسك ببطلان حكم الإلغاء: المبحث الأول: اكتساب الحكم لقوة الشيء المقضي فيه: وفق القاعدة العامة فأنه عند حيازة حكم الإلغاء لقوة الأمر المقضي به اصبح عنواناً للحقيقة و الصحة و لا يجوز تصحيحه أو ابطاله بأي طريق من طرق الطعن [١]، و قد نظم القانون طرق الطعن بالأحكام الباطلة فعند استنفاذ هذه الطرق من الطعن يزول البطلان و يعد العمل صحيحاً ، سواء كان البطلان لعيب في الحكم أو في اجراءات اصداره ، و سواء كان البطلان متعلق بمصلحة الخصوم أو بالمصلحة العامة [٢]، و أن غالبية التشريعات قد اقرت بقوة الشيء المقضي به ، و ذلك لوضع حد للنزاع المعروض أمام القضاء و حتى لا يتكرر هذا النزاع مرة اخرى وفق رغبات الخصوم . و على الرغم من قاعدة قوة الشيء المقضي فيه[٣] إلا أنه يوجد استثناء عليه و هو اعادة المحاكمة و الذي بموجبه تزول الصفة القطعية للحكم القضائي ، أن حيازة حكم الالغاء لقوة الشيء المقضي به يعني إنهاء الدعوى الادارية فلا يجوز للخصوم عرض النزاع مرة أخرى أمام القضاء لأنه حاز درجة البتات [٤]، فحيازة حكم الالغاء لهذه القوة يعتبر عقبة قانونية اتجاه كل شخص يود إعادة عرض النزاع مرة أخرى أمام المحاكم الادارية ، فحيازة حكم الإلغاء لقوة الشيء المقضي به تجعل الحكم غير قابل للتعديل أو الطعن بإلغائه بل يتعين تنفيذ ما قضى به حكم الالغاء أياً كانت الانتقادات الموجهة اليه سواء اصابت المحكمة الادارية العليا في حكمها أم اخطأت به [٥]، و ذلك لان القانون لم يضع طريقاً لإصلاح عيوب حكم الالغاء بعد استنفاذ طرق الطعن مهما كانت هذه العيوب خطيرة حتى لو كان البطلان يتعلق بالنظام العام ، و ذلك لان تمتع حكم الالغاء بقوة الشيء المقضي به يعلو على القواعد المتعلقة بالنظام العام و من ثم لا يجوز طلب تصحيح الحكم او الرجوع عنه [٦]، إن اكتساب حكم الالغاء لهذه القوة يعد قرينة قانونية غير قابلة لأثبات العكس و بذلك فهو يعد حجة على القاضي الذي اصدره و على اطراف الدعوى بل يعتبر حجة على الكافة ، فإذا شاب

حكم الالغاء البطلان و لم يدفع به صاحب الشأن و لم تحكم المحكمة بذلك البطلان من تلقاء نفسها فيما يتعلق بقواعد النظام العام فأن اكتسابه لهذه القوة يحصنه من المساس به من أي جهة [٧] . أما بالنسبة للاعتبارات التي دفعت المشرع لمنح حكم الالغاء هذه القوة فهي تتمثل بالرغبة في تحقيق الاستقرار و الثبات للمراكز القانونية و وضوحه و أن الاخطاء التي يرتكبها القضاة جعلت المشرع يضع طرق للطعن في الاحكام ، و أن هذا الأمر يجب أن ينتهي عند حد معين لذلك اعطى المشرع القوة للأحكام الادارية و ذلك لإيقاع حالة القلق من تغير الحكم و عدم حسم النزاع بشكل نهائي ، فأن اكتساب حكم الالغاء لهذه القوة يساعد على تحقيق العدالة و كفالة الحريات العامة فالعدالة تقضي بعدم جواز نظر النزاع مرة اخرى و ذلك لسبق الفصل به من قبل المحاكم الادارية[٨]، و أن تمسك أحد الخصوم بحيازة حكم الالغاء لقوة الشيء المقضي به فتقضي المحكمة بعدم قبول دعوى الإلغاء و ذلك لسبق الفصل فيها أي أن الحق فيها انقضى ، و يعد هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالنظام العام لذلك يجوز التمسك به في جميع مراحل الدعوى الادارية ، و يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به أحد الخصوم[٩].

شروط اكتساب الحكم لقوة الشيء المقضي به: يشترط لاكتساب حكم الإلغاء قوة الشيء المقضي به مجموعة من الشروط، وهذه الشروط سوف نبينها على النحو الآتي:

١. أن يكون صادراً من جهة قضائية : و إن يكون الحكم صادراً بموجب سلطة المحكمة الأصلية ، أي إن يكون الحكم الصادر بالطعن التمييزي صادراً عن المحكمة الإدارية العليا بوصفها جهة البت في هذه الطعون والتي حددها القانون ، بمعنى أن الطعن التمييزي بحكم الالغاء يجعل حكم الالغاء مكتسباً لقوة الشيء المقضي به فلا يجوز تعديله أو الطعن به [١٠].

٢. أن يكون الحكم باتاً : لكي يحوز الحكم قوة الشيء المقضي به ينبغي أن يكون حكماً قضائياً قطعياً وباتاً ، ويقصد بالحكم القضائي البات ، الحكم القضائي الذي فصل في موضوع النزاع المطروح على المحكمة بكامل أجزائه على أن يكون منهياً للخصومة ، فالمحكمة الإدارية العليا تكون الأحكام التي تصدرها نتيجة البت في الطعن التمييزي المقدم لها بأحكام محاكم القضاء الإداري باتاً ، وكذلك فأن قوة الشيء المقضي به تثبت بفوات مواعيد الطعن في الحكم أو بالمصادقة على الحكم بعد الطعن [١١] .

٣. أن يكون الحكم فاصلاً في دعوى الالغاء : يشترط أيضاً لكي تحوز الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الإدارية العليا قوة الشيء المقضي به أن تكون فصلت في الواقعة في صيغتها أو في أسبابها الأساسية ، فالوقائع تمثل عرضاً لموضوع النزاع ، وكذلك الأمر بالنسبة للأسباب ، فان الأصل ان أسباب الحكم لا تحوز قوة الشيء المقضي به ، إلا أن هناك أسباباً مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم ، بحيث تكون معه وحدة لا تتجزأ ، فيرد عليها ما يرد عليه [١٢].

موقف المشرع الجزائري : بالرجوع الى النصوص القانونية في قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على قوة الشيء المقضي به في المادة ٢٨٦ من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على ذلك فقد جاء في المادة ما يأتي " يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ولو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به، أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه، كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه ... عندما يصبح الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء المقضي به، فلا يمكن الطعن في الحكم القاضي بالتصحيح إلا عن طريق الطعن بالنقض " [١٣]، إن المشرع الجزائري قد اعطى لأحكام الالغاء قوة الشيء المقضي به و لكن هذه القوة لا يمكن أن تعد وسيلة لمعالجة بطلان حكم الالغاء ، فقد ذهب المشرع الجزائري في رأي مغاير عن التشريع العراقي

و المصري بخصوص قوة الشيء المقضي به ، فقد اجاز تصحيح الاخطاء المادية الواردة في الحكم حتى بعد حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به و ايضاً اعطى للمحكمة المختصة بنظر الطعون ان تقوم بتصحيح الاخطاء المادية الموجودة في الحكم ، و لم يقف المشرع الجزائري عند تصحيح الاخطاء المادية و انما اضاف الى ذلك جواز الطعن تمييزاً بالأحكام التي حازت على قوة الشيء المقضي به . و نحن نرى أن ما ذهب اليه المشرع الجزائري بخصوص قوة الشيء المقضي به لا يمكن أن يعد وسيلة لمعالجة حالة بطلان حكم الالغاء و ذلك لإمكانية الطعن في هذا الحكم بعدة وسائل و هذا الامر يبقي حالة البطلان مستمرة، بمعنى أنه لا ينهي حالة البطلان بل يجعلها مستمرة لمدة أطول. موقف المشرع المصري : لقد نص المشرع المصري في قانون مجلس الدولة في المادة ٥٢ منه على قوة الشيء المقضي به فقد نصت المادة على " تسري في شأن جميع الاحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المقضي فيه على أن الاحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة " [١٤] ، و بناء على ذلك فأن أحكام الإلغاء الصادرة في الدعاوى الادارية تتمتع بقوة الشيء المقضي به و لها حجية مطلقة على الافراد كافة ، أي إن هذه الحجية تسري على جميع الاشخاص سواء كانوا اطرافاً في الدعوى أم غير اطراف فيها ، و هي بذلك عكس دعوى التعويض التي تتمتع بالحجية النسبية و تكون قاصرة على اطراف النزاع . و قد اكدت على ذلك المحكمة الادارية العليا في قرارها المرقم ٦٠٤ لسنة ٨٩ بجلسة ٩/٢/١٩٦٧ و قد ورد في القرار ما يأتي (أن حجية الاحكام مقصورة على ما فصلت به المحكمة من طلبات و لا يمتد ذلك الى الطلبات التي لم تفصل بها المحكمة صراحة او ضمناً ... و لا يمنع ذلك من أن يحوز الحكم لحجية الشيء المقضي به ...) [١٥] ، و هذا القرار قد أكد على أن اهمال المحكمة لبعض الطلبات التي يقدمها الخصوم في الدعوى لا يؤثر على حجية الشيء المقضي به ، أما بالنسبة لإعادة النظر في أحكام الإلغاء الصادرة عن

المحاكم الادارية التي تتمتع بقوة الشيء المقضي به ، فقد اجاز المشرع المصري استثناءً في قانون مجلس الدولة في المادة ٥١ منه على جواز اعادة النظر في الاحكام التي حازت على قوة الشيء المقضي به [١٦] . موقف المشرع العراقي : بالرجوع الى التشريع العراقي فأننا نجد أن المشرع العراقي قد اعطى تسمية مختلفة لقوة الشيء المقضي به فقد اطلع عليها تسمية الحكم البات أو الحكم المكتسب الدرجة القطعية ، فقد بين المشرع العراقي المقصود بالحكم البات في المادة ٨٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الامن الداخلي " يقصد بالحكم البات الحكم الذي اكتسب الدرجة القطعية بتصديقه من محكمة تمييز قوى الامن الداخلي أو بمضي المدة القانونية المحددة للطعن به تمييزاً " [١٧]، فقد اعطى المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية في المادة ٣٠٣ منه استثناء على جواز اعادة عرض النزاع مرة اخرى الذي اكتسب قوة الشيء المقضي به حيث جاء في المادة سابقة الذكر " يجوز العودة الى إجراءات التحقيق أو المحاكمة ضد المتهم الذي انقضت الدعوى الجزائية عنه اذا ظهر أو حصل بعد صدور الحكم أو القرار البات أو النهائي فعل أو نتيجة تجعل الجريمة التي حوكم المتهم عنها أو اتخذت الاجراءات ضده بشأنها مختلفة في جسامتها ... " [١٨]، فقد أكد المشرع العراقي على هذا الاستثناء في قانون المرافعات المدنية فأجاز الطعن بإعادة المحاكمة في الاحكام التي حازت على قوة الشيء المقضي به [١٩]، اما بالنسبة للدعاوى الادارية فقد اعطى المشرع العراقي للأحكام الصادرة من المحاكم الادارية قوة الشيء المقضي به و جعل الطعن التمييزي هو الطريق الوحيد للطعن في هذه الاحكام فلم يذكر اعادة المحاكمة في قانون مجلس شورى الدولة كوسيلة للطعن في الاحكام الصادرة عن المحاكم الادارية ، بمعنى ان المشرع العراقي لم يعطِ استثناء لإعادة النظر مرة اخرى في الاحكام التي حازت على قوة الشيء المقضي به أي إن الحكم الحائز على قوة الشيء

المقضي به لا توجد أي وسيلة للطعن به أو اعادة النظر في النزاع مرة اخرى ، و قد اكدت المحاكم الادارية في العراق على هذا الامر ففي قرار المحكمة الادارية العليا رقم ٤٤٨ لسنة ٢٠١٤ قد جاء فيه (... حدد قانون مجلس شورى الدولة الطعن التمييزي كطريق طعن وحيد أمام المحكمة الادارية العليا فلو أراد المشرع أن يضيف طرق أخرى للطعن لبين ذلك صراحة ، كما أن اللجوء لتطبيق القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية على المنازعات الادارية المعروضة أمام القضاء الاداري يجب أن يكون بالقدر الذي لا يتعارض مع ما استقرت عليه أحكام القضاء الاداري في العراق و هي عدم وجود طرق طعن اخرى غير الطعن التمييزي ... و عليه قررت المحكمة رفض الطعن بإعادة المحاكمة للأسباب التي ذكرت ...)[٢٠].

إن اكتساب حكم الإلغاء لقوة الشيء المقضي به تنهي حالة البطلان التي كانت موجودة فيه و تجعل من حكم الإلغاء محصناً من الطعن فيه بأي طريقة ، فلم يجعل المشرع العراقي في الدعاوى الادارية اي وسيلة يمكن من خلالها اعادة نظر النزاع مرة اخرى من قبل المحاكم الادارية ، و نحن نؤيد ما ذهب اليه كل من المشرع و القضاء الاداري العراقي بهذا المجال بخصوص عدم امكانية إعادة المحاكمة في حكم الإلغاء الذي حاز على قوة الشيء المقضي به.

المبحث الثاني: التنازل عن التمسك ببطلان حكم الإلغاء: يعرف التنازل عن التمسك بالبطلان بأنه التعبير عن الارادة الصادرة من صاحب المصلحة أو الشخص المتضرر من العمل المعيب سواء كان الخصم نفسه أو وكيله ، و الذي يهدر بموجبه حقه في التمسك بالبطلان ، و بهذا يعد العمل المعيب عملاً صحيحاً على الرغم من وجود العيب فيه [٢١]، و يعرف أيضاً بأنه اتجاه الارادة الصريحة للنزول عن حق التمسك بالبطلان سواء كان قد ابدى الدفع و اتجهت إرادته الصريحة للنزول عنه ، أو كان التنازل عن البطلان بإقرار سابق عنه يتضمن عدم تمسكه بهذا الدفع [٢٢]. لا يسري التنازل عن التمسك

بالبطلان حسب القواعد العامة على الاجراءات الباطلة المتعلقة بالنظام العام وإنما يسري فقط على الاجراءات المتعلقة بمصلحة الخصوم، ولبيان أحكام التنازل بوصفه أحد الوسائل الخارجية لمعالجة البطلان فسوف نبين شروط التنازل عن التمسك بالبطلان والجهات التي يتم التنازل أمامها والآثار المترتبة عنه. شروط التنازل عن التمسك بالبطلان: التنازل عن التمسك بالبطلان يتمثل بأبداء الرغبة من قبل صاحب الحق في عدم التمسك بالبطلان، وحتى يكون هذا التنازل منتج لأثاره القانونية فيجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١. إن يكون التنازل شخصياً: معنى ذلك أن يصدر التنازل ممن تقرر لمصلحته التمسك بالبطلان، فإذا كان التنازل مقرراً للمدعي فلا يجوز عنه إلا من قبل المدعي أو ممثله القانوني بوصفهما يمثلان مركز قانوني واحد ، فلا يحق للغير أياً كانت مصلحته أو صفته بالتنازل عن التمسك بالبطلان ، و ذلك لأن هذا الحق غير مقرر له . فإذا كان البطلان يتعلق بالنظام العام فيجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها و لو لم يتم التمسك به من قبل اطراف الدعوى ، و لا يحق لمن كان سبب في حدوث البطلان أن يتمسك به و لو كان التمسك مقرر لمصلحته [٢٣] .

٢. إن يكون صاحب الحق في التنازل ذو إرادة سليمة خالية من العيوب كافة : إضافة الى الشرط السابق فانه يتوجب على صاحب الحق في التنازل أن تكون إرادته خالية من أي عيب يؤثر على صحتها ، فإذا شاب التنازل عيب كحصوله تحت تأثير الاكراه أو التعذيب أو غيرهما من العيوب المؤثر على صحة التنازل و الا كان التنازل باطلاً .

٣. إن يكون التنازل صريحاً : و معنى ذلك أن يعبر صاحب الحق في التنازل عن التمسك بالبطلان عن رضاه بالإجراء أو الحكم الباطل و ذلك عن طريق تنازله الصريح عنه ، و ليقوم هذا التنازل بإنتاج آثاره القانونية فيشترط فيه أن يكون محدداً بالإجراء الباطل دون غيره من الاجراءات الاخرى ، فإذا كان التنازل غير محدد فأنه يفقد عنصر الارادة

في التنازل و التي يجب أن تشتمل على العلم بالإجراء أو العمل الباطل محل التنازل [٢٤] ، اما التنازل عن الاجراء الباطل قبل حدوثه فأن هذا التنازل يعد باطلاً و ذلك لانعدام محل الاجراء الباطل و سببه ، أما بالنسبة للتنازل الضمني عن التمسك بالبطلان فهل يعتد به أم لا ، هنالك جانب من الفقه يرى بأن التمسك بالبطلان لابد أن يكون صريحاً و لا مجال للاعتداد بالتنازل الضمني ، و يستندون في رأيهم هذا على أن الاجراءات بعضها قد يتسم بالخطورة نتيجة تأثيره على حقوق الافراد الشخصية ، و قد قررت كل التشريعات على وضع جزاء على مخالفة أحكام القانون و الاعتداء على حقوق الافراد ، في حين أن الجانب الثاني من الفقه قد اقر بعكس ما اشار اليه اصحاب الجانب السابق ، بأنه يجوز التنازل الضمني عن التمسك بالبطلان و يكون هذا التنازل صحيحاً ، و يستندون في ذلك بأن عدم تمسك صاحب الحق بالبطلان أمام المحكمة عند بداية المرافعة يعد تنازلاً ضمنياً عن التمسك بالبطلان [٢٥] ، و نحن نؤيد ما جاء به الرأي الثاني الذي اقر بأن التنازل الضمني يكون صحيح و ينتج أثاره القانونية ، مثال ذلك هو حضور المدعى عليه أمام المحكمة رغم بطلان تبليغه بالحضور ، فأن حضوره يعد تنازلاً ضمنياً منه عن التمسك ببطلان التبليغ و هذا الأمر قد اكدت عليه غالبية التشريعات . موقف المشرع الجزائري : لم ينظم المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية مسألة التنازل عن التمسك بالبطلان ، و لكنه قد نظم موضوع آخر يعالج المشكلة نفسها ، فقد أشار في المادة ٢٣٩ من القانون سابق الذكر على " القبول[٢٦] بالحكم هو تنازل الخصوم عن ممارسة حقهم في الطعن ... " [٢٧]، على الرغم من عدم نص المشرع الجزائري على التنازل عن التمسك بالبطلان إلا أنه قد اشار الى موضوع القبول بالحكم أو الاجراء و الذي يعتبر تنازل ضمني عن التمسك بالبطلان ، أي إنه قد عالج المشكلة نفسها و لكن بأسلوب و طريقة مختلفة . موقف المشرع المصري : ذهب المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية الى امكانية التنازل

عن حق التمسك بالبطلان فقد اشار الى ذلك في المادة ٢٢ من القانون سابق الذكر و التي جاء فيها " يزول البطلان اذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة او ضمناً و ذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام " [٢٨]، على الرغم من معالجة المشرع المصري لهذه الحالة إلا أن الصياغة القانونية للمادة سابقة الذكر لم تكن سليمة ، و ذلك لأن هذه المادة قد جاءت بعبارة (يزول البطلان) و ان البطلان لا يتحقق بمجرد مخالفة القانون و أنما يجب أن يقوم القاضي بتقريره ، بمعنى حتى يعتبر العمل المعيب باطلاً يجب ان يقوم القاضي بتقريره و لا يمكن للقاضي أن يقوم بتقرير البطلان من تلقاء نفسه و ذلك لأن المادة تعلقت بمصلحة الخصوم و ليس بالمصلحة العامة ، أي إنه حتى يقوم القاضي بتقرير البطلان يجب أن يدفع صاحب الحق بالعمل المعيب و يطلب تقرير بطلانه فلا يمكن بعد ذلك أن يتنازل عن العمل الباطل لأنه قد تمسك بحقه في الدفع بالبطلان فليس من المنطقي أن يتمسك بالدفع بالبطلان و تقرره المحكمة ثم بعد ذلك يتنازل عن التمسك بالبطلان . فلو وضع المشرع المصري عبارة يزول الحق في التمسك بالبطلان محل العبارة السابقة لكانت الصياغة سليمة و دقيقة من الناحية القانونية . موقف المشرع العراقي : عند مراجعة النصوص القانونية في قانون المرافعات المدنية ، نجد أن المشرع العراقي لم ينظم حالة التنازل عن التمسك بالبطلان ، فهو لم ينظم كيفية التنازل عن التمسك بالبطلان و لا شروط التنازل ، فإننا نجد قصور تشريعي واضح في هذا الجانب من قانون المرافعات المدنية ، و على الرغم من ذلك قد اشار قانون المرافعات في المادة ٨٩ منه على جواز تنازل الخصم اثناء الدعوى بشكل صريح عن اجراء أو ورقة من اوراق الدعوى و عدّ الاجراء أو الورقة كأن لم يكن [٢٩]، فنحن نرى ان المشرع العراقي لم يراعِ في هذا النص قواعد الصياغة القانونية السليمة ، و ذلك لأنه أعطى للخصم الحق في التنازل عن الاجراء فكيف للخصم أن يتنازل عن شيء لا يملكه ، و ذلك لأن

الخصم يملك الحق في الاجراء و ليس الاجراء نفسه و ذلك لكون الاجراء هو وسيلة تقوم بها المحكمة لغرض اصدار حكمها النهائي لأنهاء حالة النزاع المعروض أمامها ، و ايضاً أن هذا النص لا يحتمل التوسع في تفسيره فلا يمكن تطبيقه على حالة التنازل عن التمسك بالبطلان و ذلك لعدة اسباب اهمها أن التنازل عن التمسك بالبطلان هو تنازل عن دفع و هذا الدفع قد يتعلق بإجراء و قد يتعلق بحكم و في هذا النص اقتصر على الاجراء من دون الحكم ، و السبب الاخر هو أن التنازل لا يجوز في القواعد المتعلقة بالنظام العام و يشمل فقط القواعد المتعلقة بمصلحة الخصوم . و نحن نرى بضرورة وضع نصوص قانونية تتضمن معالجة التنازل عن التمسك بالبطلان و ذلك لأهميتها هذه الوسيلة في معالجة البطلان و الحد منه ، و نأمل من المشرع العراقي عند تشريع قانون مرافعات إدارية أن يراعِ في ذلك التنازل عن التمسك بالبطلان و ذلك لأن هذه الحالة تعد أحد وسائل معالجة البطلان .

الخاتمة

أولاً / الاستنتاجات:

١. أن اكتساب حكم الإلغاء لقوة الشيء المقضي به تنهي حالة البطلان التي كانت موجودة فيه و تجعل من حكم الإلغاء محصناً من الطعن فيه بأي طريقة ، فلم يجعل المشرع العراقي في الدعاوى الادارية أي وسيلة يمكن من خلالها إعادة نظر النزاع مرة أخرى من قبل المحاكم الادارية

٢. يتم تصحيح الاجراء الباطل بأحد الوسائل الاتية و هي أما يتم التصحيح بالتكملة أو يتم بتحول الاجراء الباطل أو تجديده أو يتم عن طريق الانتقاص .

٣. يتم معالجة بطلان حكم الإلغاء بعدة وسائل و هي اكتساب حكم الالغاء لقوة الشيء المقضي به أو عن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان أو عن طريق الطعن بالحكم الباطل أو عن طريق تصحيح الخطأ المادي أو عن طريق تصحيح الاجراء الباطل

ثانياً / المقترحات:

نأمل من المشرع العراقي تشريع قانون اجراءات إدارية على أن يتضمن التشريع المقترحات الآتية:

١. نقترح على المشرع العراقي إضافة شرط الى شروط التمسك ببطلان حكم الإلغاء و هو أن لا يكون من تمسك بالبطلان سيء النية، وجعل الشرط مرناً حتى يطبق فقط على سيء النية الذي يكون غرضه المماطلة و اطالة امد النزاع المعروض أمام القضاء، و يستثني من ذلك الحالات المتعلقة بالنظام العام ، على أن يكون النص بالشكل الآتي: (يشترط لمباشرة صاحب الحق في التمسك بالبطلان أن يكون حسن النية فاذا كان سيء النية فيسقط حقه في التمسك بالبطلان و يستثنى من ذلك الحالات المتعلقة بالنظام العام) .

٢. نحن نرى بضرورة قيام المشرع بالنص على وسائل تصحيح الاجراء الباطل و هي تصحيح الاجراء بالتكملة و تحول الاجراء و تجديد الاجراء و الانتقاص و ذلك للحد من حالات البطلان الاجرائي .

٣. إضافة وسيلة جديدة للطعن و هي عن طريق تصحيح القرار التمييزي كوسيلة من وسائل معالجة بطلان حكم الالغاء ، على أن تنظر الهيئة العامة لمجلس الدولة طلبات تصحيح القرار التمييزي ، على أن يكون النص بالشكل الآتي (يتم الطعن بأحكام المحكمة الادارية العليا عن طريق تصحيح القرار التمييزي خلال مدة ثلاثين يوم من صدور الحكم ، على أن تنظر الهيئة العامة لمجلس الدولة في طلبات تصحيح القرار التمييزي).

الهوامش:

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الاداري و مجلس الدولة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٤١٠

(٢) د. أحمد فتحي سرور : نظرية البطلان ، مصدر سابق ، ص ٤٢٣ و ما يليها

(٣) الفرق بين حجية الشيء المقضي به و قوة الشيء المقضي به ، فحجية الشيء المقضي به تكتسبها جميع الاحكام القضائية بمجرد صدورها ، أما قوة الشيء المقضي به فتكتسبها الأحكام بعد صدورها بصفة نهائية و حصولها على درجة البتات بمعنى تبقى الاحكام ثابتة و لا يجوز الطعن بها أمام اي جهة اخرى ، و ايضاً يجوز ان تتحول حجية الشيء المقضي به الى قوة الشيء المقضي به و ذلك عند تحول الحكم الى حكم نهائي و ذلك عن طريق الطعن به او فوات المدة القانونية من دون تقديم الطعن التمييزي ، راجع آمال معزي ، حجية الشيء المقضي به و حق المحكوم عليه في طلب اعادة النظر ، بحث منشور على مجلة العلوم الانسانية ، المجلد ب ، العدد ٤٧ ، صادرة عن جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، ٢٠١٧ ، ص ٤١٢ .

(٤) أسامة عبدالله محمد زيد الكيلاني : مصدر سابق ، ص ٩٢

(٥) د. عادل يحيى : الرجوع في الاحكام الجنائية (موازنة بين الشكل و الحقيقة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٣

(٦) د. هادي الكعبي و د. سلام الفتلاوي : الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي ، بحث منشور على مجلة الجامعة الاسلامية ، جهة الاصدار الجامعة الاسلامية في النجف الاشرف ، العدد ٢ ، ٢٠٠٧ ، ص ٩٩ و ما يليها

(٧) د. طلعت محمود دويدار : الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٦ ، ص ٧١٢

(٨) د. عادل يحيى : مصدر سابق ، ص ٤٣ و ما يليها .

(٩) د. عبد الأمير العكيلي و د. سليم حربة : شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٨٣ .

(١٠) د. عصمت عبد المجيد بكر :اصول المرافعات المدني ، ط ١ ، بدون دار نشر ، ٢٠١٣ ، ص ٧٠٥.

(١١) د. إسماعيل إبراهيم بدوي : حجية الأحكام القضائية الادارية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٢ ، ص ٩٨ و ما يليها .

(١٢) د. أحمد السيد صاوي : الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المقضي به ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٥٠

(١٣) مادة ٢٨٦ من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم ٠٨ - ٠٩ لسنة ٢٠٠٨

(١٤) مادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢

(١٥) محمود أنيس بكر عمر : الحكم في الدعوى الادارية و تنفيذه ، ط ٢ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ١٧٧

(١٦) مادة ٥١ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢

(١٧) مادة ٨٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقوى الامن الداخلي العراقي رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٨

(١٨) مادة ٣٠٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١

(١٩) المواد ١٩٦ - ٢٠٢ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

(٢٠) قرار المحكمة الادارية العليا العراقية رقم ٤٤٨ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٤ ، بتاريخ ٣/٧/٢٠١٤

(٢١) د. أحمد هندي : التعليق على قانون المرافعات على ضوء احكام النقض و اراء الفقه ، ج ١ ، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٩١

(٢٢) د. ثامر ناصر علي دخيل : تصحيح الاجراء القضائي المعيب ، بحث منشور على مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد ٤ ، السنة السادسة ، صادرة عن كلية القانون جامعة بابل ، ص ٢٥١

(٢٣) د. فتحي والي و د. أحمد ماهر زغلول : مصدر سابق ، ص ٥٥٧

(٢٤) عز الدين الدناصوري و حامد عكاز : مصدر سابق ، ص ٣٦٦

(٢٥) د. أحمد السيد صاوي : مصدر سابق ، ص ٦٥٨

(٢٦) عرف المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية القبول في المادة ٢٣٧ منه بأنه تخلي احد الخصوم عن حقه في الاحتجاج على طلب خصمه او على حكم سبق صدوره و يكون اما جزئياً او كلياً .

(٢٧) مادة ٢٣٩ من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم ٠٨-٠٩ لسنة ٢٠٠٨

(٢٨) مادة ٢٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨

(٢٩) مادة ٨٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

المصادر والمراجع

أولاً / الكتب القانونية :

١. د. مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الاداري و مجلس الدولة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٢. د. عادل يحيى : الرجوع في الاحكام الجنائية (موازنة بين الشكل و الحقيقة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
٣. د. طلعت محمود دويدار : الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٦ .
٤. د. عبد الأمير العكيلي و د. سليم حربة : شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٣ .
٥. د. عصمت عبد المجيد بكر :اصول المرافعات المدني ، ط ١ ، بدون دار نشر ، ٢٠١٣ .
٦. د. إسماعيل إبراهيم بدوي : حجية الأحكام القضائية الادارية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٢ .
٧. د. أحمد السيد صاوي : الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المقضي به ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٨. محمود أنيس بكر عمر : الحكم في الدعوى الادارية و تنفيذه ، ط ٢ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .
٩. د. أحمد هندي : التعليق على قانون المرافعات على ضوء احكام النقض و اراء الفقه ، ج ١ ، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .

ثانياً / البحوث والدراسات

١. د. ثامر ناصر علي دخيل : تصحيح الاجراء القضائي المعيب ، بحث منشور على مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد ٤ ، السنة السادسة ، صادرة عن كلية القانون جامعة بابل .
٢. د. هادي الكعبي و د. سلام الفتلاوي : الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي ، بحث منشور على مجلة الجامعة الاسلامية ، جهة الاصدار الجامعة الاسلامية في النجف الاشرف ، العدد ٢ ، ٢٠٠٧ .
٣. آمال معزي ، حجية الشيء المقضي به و حق المحكوم عليه في طلب اعادة النظر ، بحث منشور على مجلة العلوم الانسانية ، المجلد ب ، العدد ٤٧ ، صادرة عن جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، ٢٠١٧ .

ثالثاً / القوانين و التشريعات

١. قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم ٠٨-٠٩ لسنة ٢٠٠٨
٢. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨
٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

٤. قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢

رابعاً / القرارات القضائية

١. قرار المحكمة الادارية العليا العراقية رقم ٤٤٨ / قضاء موظفين / تمييز / ٢٠١٤ ، بتاريخ ٣/٧/٢٠١٤.