

Bait Al-Mashura Journal

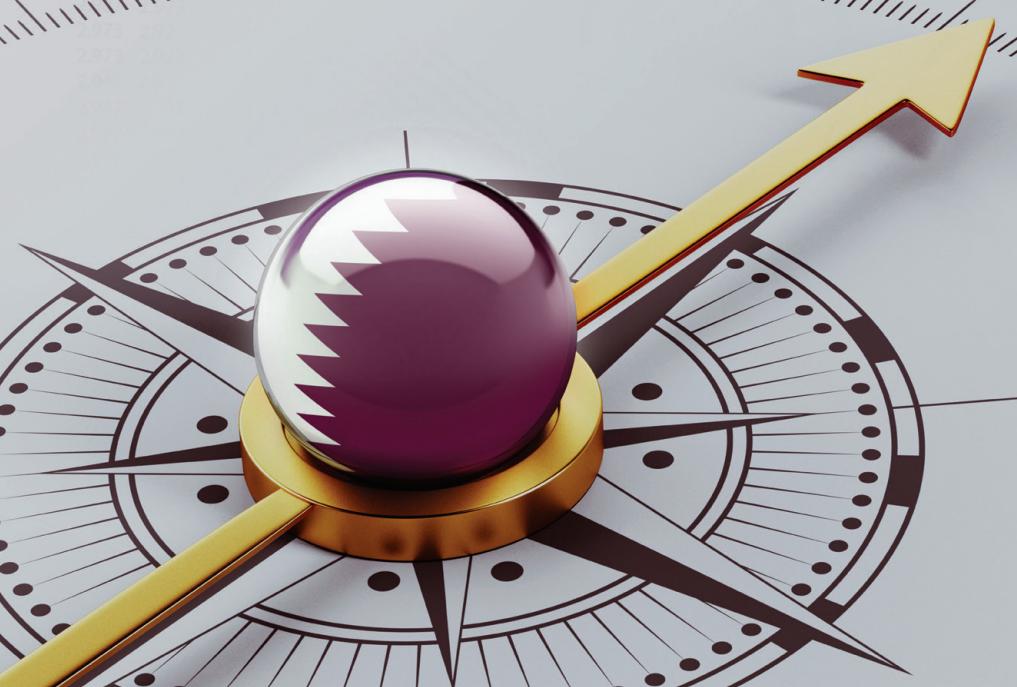
مجلة بيت المشورة

مجلة دولية محكمة في الاقتصاد والصيغة الإسلامية

المجلد (1) العدد (2) دولة قطر - 2015 م



ISLAMIC FINANCE



الكتروني : 2409-0867
ورقى : 2410-6836

mashurajournal.com

برعاية

بنك باروا
BARWA BANK

تصدر عن



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

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مجلة بيت المشورة

مجلة محكمة دولية تعنى بالاقتصاد والصيغة الإسلامية

الجهة المصدرة



شركة بيت المشورة للاستشارات المالية
دولة قطر

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

الجهة المصدرة
شركة بيت المشورة للاستشارات المالية
الدوحة قطر ص.ب: 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 وسائل 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

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

العناوين للتواصل:

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

فريق التحرير

محمد مصلح الدين مصعب ماجستير
محمد نفيل محبوب ماجستير

مبرمج
خلدون الحبك

رئيس التحرير

د. أسامة قيس الدريري

مدير التحرير

د. فؤاد حميد الدليمي

الهيئة الاستشارية

- د. السيد عبد اللطيف الصيفي أستاذ مشارك كلية الدراسات الإسلامية جامعة حمد بن خليفة قطر.
- د. مراد بوضاية الجزائر مدرس منتدب بجامعة الكويت بكلية الشريعة والحقوق.
- د. أسامة قيس الدريري 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 الوهود السعودي بروناي أستاذ مشارك في قسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة والقانون جامعة السلطان الشريف علي الإسلامية بروناي.
- د. فؤاد حميد الدليمي العراق رئيس مجموعة الرقابة والتدقيق لدى بيت المشورة للاستشارات المالية.
- د. أحمد بن عبد العزيز الشريعي السعودية أستاذ مساعد في قسم الدراسات الإسلامية إدارة الأعمال جامعة سلمان بن عبد العزيز السعودية.
- د. وائل مصطفى حسن مصر محاضر جامعي.
- د. إبراهيم حسن محمد جمال اليمن محاضر في الجامعة الوطنية.
- د. بشر محمد موفق لطفي البحرين كلية إدارة الأعمال جامعة المملكة

- د. خالد إبراهيم السليطي قطر المدير العام الحي الثقافي (كتارا)
- أ.د. عائشة يوسف المناعي عميد كلية الدراسات الإسلامية 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 الأردن عضو هيئة الفتوى والرقابة الشرعية ببنك الأردن دبي الإسلامي.
- أ.د. نظام محمد هندي عميد كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة قطر.
- د. خالد شمس عبد القادر 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.



البحوث
والدراسات

البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة

د. إسراء جاسم العمران

مدرس الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك

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

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص

تناول البحث باب المعاملات من حيث العقود وفاعليتها وأثرها، ونهج الباحث منهج المقارنة في دراسة مبدأ البطلان في الشريعة موضحاً 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 متوصلاً 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 المนาفع فوضعت له قواعد لتحقيق المصلحة العامة سواءً أكانت فردية أم جماعية فإن توافرت في العقد الشروط والأركان جميعها فإن 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 جزء 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 باطلًا وهذا الأخير لا يلحق العقد بعد أن يقوم صحيحاً.

وهذا يشبه ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة أعني ما عدا الحنفية حيث رأوا أن الباطل هو كل ما يقابل الصحيح^(١). والحنفية فرقوا بين الباطل وال fasid حيث قالوا إن الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه بينما fasid هو ما شرع بأصله دون وصفه^(٢).

فالبطلان هو جزء 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 ي عدم اثر العقد فان المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج فلا تفاوت في العدم^(٣) ولكن من خلال نظرية تاريخية 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 ثلاثة 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 بدراسته للتمييز بين انواع البطلان وذلك في فصلين وعلى النحو الآتي:

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

الفصل الثاني: التمييز بين البطلان والانعدام واثرة على فاعلية العقد

١) الإحکام في أصول الأحكام سيف الدين لأمدي،الجزء الأول ،الطبعة الأولى، دار الصمیعی، السعودية، الرياض، ١٤٢٤ هـ الصفحة ١٧٦

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

٣) عبد الرزاق احمد السنہوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الاول، الطبعة الثالثة، دار النہضة العربیة، القاهرة، ١٩٨١.. ص ٦٤٦.

٤) فريد فنيان، مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، مطبعة العائلي،بغداد ١٩٥٦، ١٩٥٧، ص ١٣٨، ١٣٩. ينظر مذكرة الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة) الجزء الاول مصادر الالتزام، الطبعة الأولى. مكتبة الرواد للطباعة، بغداد - ١٩٩١. ص ٢٠٠.

الفصل الأول

التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي وأثره على فاعلية العقد

تقديم ان البطلان هو جزء 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 الموضوعية 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 مباحثين وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

اتجاه الفقه التقليدي

يتحدد نوع البطلان وفق ماذهب إليه 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 أيّاً من هذه الشروط سواء شروط الإنعقاد أو شروط الصحة يؤدي إلى بطلان العقد وان الاختلاف 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 الارادة المنفردة، باعتماد د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ١١٥

^(٦) عبد الرزاق احمد السنوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، السبب ونظرية البطلان، منشورات محمد الداية، بيروت بدون سنة طبع، ص ٨٥.

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

هذا الوجود القانوني حتى يتمسك بالبطلان من له الحق في ذلك إلا أن يقضي القاضي ببطلاله بناءً على طلب الشخص الذي لم يكون رضاه بالعقد تماماً كمن ليس عليه في البيع مثلاً وهذا العقد كما انه قابل للابطال من أحد الطرفين الذي وقع عليه الضرر قابل للإجازة منه أيضاً فإذا إجازه ولو كانت الإجازة ضمنية سقط حقه في الإبطال. وليس للقاضي أن يبطله من تلقاء نفسه من غير طلب صاحبه ومن هنا يتبيّن ان تسميته بالباطل تسمية متساهلة فيها على الأقل ان لم تكن صحيحة. والبطلان النسبي في بعض صوره من قبيل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي^(٨) فإذا قضي بالبطلان زال بأثر رجعي كل أثر له وذلك بسبب تخلف مسألة جوهرية لازمة لقيامه وهي الخل 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 إنشاء العقد معناه انه لم يكن له أي وجود قانوني ومادام الحكم ببطلانه يكشف عن عييه منذ وقت نشوئه وزوال آثاره من ذلك الوقت^(٩) فهو في الواقع يمر بمرحلةتين:

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

والمرحلة الثانية: يواجه فيها العقد أحد المصيرين:

١. **المصير الأول:** أما ان تلحقه الإجازة منن له حق الإجازة 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 آثاره القانونية بأثر رجعي فلا يصبح هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً^(١٠) فتختلف 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. فنوعاً 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 احتلال مسألة أو أكثر من مسائله الجوهرية الازمة 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) المجل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، المصدر السابق، ص ٥٣٦.

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

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

(١١) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

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 أو هي الأسس التي تقوم عليها هذه الأركان بحيث لو تخلف شيء منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم فإذا فقد شرط من هذه الشروط سواء منها ما يرجع إلى الأركان أو يرجع إلى الأسس التي قامت عليها كان العقد باطلًا، أما شروط الصحة فهي التي إذا وجدت في العقد أصبح العقد صالحًا صلاحية تامة لترتب اثاره الشرعية عليه. فإذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف بعضها بعد استيفاء شروط الانعقاد أصبح العقد فاسداً. وإنما يستند في معيار التمييز بينهما إلى طبيعة المصلحة محل الحماية فيكون البطلان مطلقاً إذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها تستهدف حماية المصلحة العامة أما إذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها تستهدف المصلحة الخاصة فيكون جزاء المخالفة هو البطلان النسبي^(١٢) بمعنى أن 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 فيما يتعلق بالنظام العام يكون جوهرياً بمعنى أن وجوده مرتبط بالمصلحة العامة ومخالفته ذلك يؤدي إلى البطلان المطلق، وفي مقابل ذلك توجد الشروط الخاصة لتكوين العقد ولكن توافرها يحقق مصلحة خاصة، ومن ثم لا يكون وجودها جوهرياً لوجود العقد وإنما يكون وجودها رهيناً بمصلحة من تقرر البطلان لمصلحته ويترتب على الأخذ بهذا المعيار اتساع 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 إذ 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 أمراً يسيرًا ذلك أن 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 أساساً 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 تجريف البطلان بسبب ما تشكله هذه المصلحة من مسألة جوهيرية 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 مخالفًا لها بترتيب اثاره

(١٢) بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني، المطبعة الأولى، ١٩٨١، ص ٢٧٢.

(١٣) في القانون المدني العراقي، يكون العقد موقعاً وتتحقق الإجازة من له حق الإجازة، المادة (١٣٥) مدني عراقي .

(١٤) حسام الدين الأهوازي، النظرية العامة، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٩٧.

وان كان يعطي من تقرر البطلان لمصلحته الحق في ابطاله اذا رأى ان ذلك في مصلحته بما يفهم منه ان هذا العقد على الرغم من نشوئه مخالفًا للمصلحة الخاصة فإنه ربما لا يكون ضاراً بها من وجهة نظر صاحب تلك المصلحة بدليل إن له ان يمتنع عن التمسك بالإبطال ومن ثم يبقى على العقد اذا وجد ذلك في مصلحته فيستمر العقد في ترتيب اثاره بوصفه عقداً صحيحاً وهذا الأمر لا يمكن تفسيره الا بأن الشرط الذي خول في حالة البطلان النسبي لا يمثل مسألة جوهرية يلزم توافرها لوجود العقد فالخل الذي يمس المصلحة العامة يمثل مسألة جوهرية في تكوين العقد بخلاف الخل الذي يمس المصلحة الخاصة فهو لا يمثل مسألة جوهرية فليس هناك جوهرية عامة وجوهرية خاصة وإنما 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 للأبطال وكذلك القانون المدني السوري اما القانون المدني العراقي فقد كان أكثر تأثراً بالفقه الإسلامي وان لم يتتوسع 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 وواسفه صحيحة سالمة من الخل) ويضاف إلى ذلك ان العقد يقصد منفعة مشروعة وسبباً مشرعاً والقبض في بعض العقود (العينية) والشكل في بعضها الآخر. والعقد الصحيح اما ان يكون عقداً نافذاً أو عقداً موقوفاً والعقد الصحيح النافذ اما ان يكون لازماً وهو العقد الصحيح الذي تترتب عليه جميع اثاره ولا يستطيع احد المتعاقدين ان يستقل بفسخه كالبيع والایجار والصلاح. ذلك ان القوة الملزمة للعقد تبلغ هنا اقصى ذرورتها^(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 اما ان يعود إلى طبيعة العقد أو إلى خيار من الخيارات مثل طبيعة العقد (عقد الوكالة والوديعة والعارية) ومثال الثاني الذي يلحقه خيار الرؤية أو خيار التعين أو خيار العيب^(١٧).

اما العقد الموقوف ما يأخذ به المشرع العراقي تأثراً بفقهاء الشريعة الإسلامية وهو في الفقه الإسلامي يحتل المكان الذي يحتله العقد القابل للأبطال في الفقه الغربي^(١٨) ولكنه صورة عكسية منه فالعقد القابل للأبطال منتج لأنثاره حتى يبطل أما العقد الموقوف فلا ينتج اثاره حتى تتحقق الإجازة^(١٩) فهو عقد في حالة سبات وينتظر احد مصيرين اما ان تتحقق الإجازة فينفذ واما ان لا تتحقق الإجازة فيبطل فالعقد

(١٥) مقتبسة من المادة (٢١١) مرشد الحيران.

(١٦) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٦، ص ١٢٨.

(١٧) حسن علي الذنون، النظرية العامة ،المصدر السابق، ص ١٣٧ - ١٣٨ .

(١٨) فريد فتيان، المرجع السابق، ص ١٣٩ .

(١٩) والاجازة يجب ان تتحقق خلال ثلاثة أشهر فاذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في تقضي 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 ولية انشائه و العقد الذي يمس حقاً من حقوق الغير^(٢٠) فالعقد الموقوف في القانون المدني العراقي يشمل عقد ناقص الأهلية والعقد المشوب بعيوب 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 أو صافه 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 اختلفت بعض أو صافه كأن يكون المعقود عليه مجهاً 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 بطلاً مطلقاً في الفقه الغربي. اما ان القانون المدني العراقي لم يتسع بنظرية البطلان في الفقه الاسلامي ذلك انه لم يأخذ بفكرة المذهب الحنفي عن العقد الفاسد فقد ساوي 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 تعبينه تعيناً كافياً ونافيأً للجهالة بالعقد الباطل^(٢٤). اذا نخلص من ذلك ان احوال العقد الباطل في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي و القانون المدني العراقي تتحقق في الحالات الآتية:

« اذا كان السبب أو المحل يخالف النظام العام المتعلقة بالمصلحة العامة.

وهذا ما تقضي به المادتان (١٣٥، ١٣٦) مدني مصرى والمادتان (١٧٢، ١٧٦) مدنى كويتى والمادة (٢/١٣٧) فالبطلان يستهدف حماية المصلحة العامة للمجتمع في مواجهة التصرفات القانونية التي تهدى 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 - ١٣٧.

٢١) عبد الرزاق احمد السنووري، مصادر الحق الجزء الرابع، ص ٢٨٧.

٢٢) المادة (١٤٤/مدني عراقي تنص على) «- اذا انعقد العقد موقفاً للحجر أو اكراء أو غلط أو تغير جاز للعقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراء أو تبين القلط أو انكشاف التقرير كما له ان يجيئه فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وان يستردتها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي. فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها،- وللعقد المكره أو المغدور الخيار ان شاء ضمن العقد الآخر وان شاء ضمن المجرأ أو الغار فإن ضمن المجرأ أو الغار فلهمما الرجوع بما ضمناه على العقد الآخر. ولا ضمنان على العقد المكره أو المغدور ان قبض البدل مكرهاً أو مغوراً في يده بلا تعد منه».

المادة (١٣٥/مدني عراقي نصت على) «- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقفاً على اجازة المالك.٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العقد الآخر.٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العقد الآخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فإن هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العقد الآخر قد اداه عملاً انه فضولي فلا رجوع له عليه يشيء منه.٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختر تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر».

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

٢٤) حسن علي الذنون، النظرية العامة، المرجع السابق، ص ١٣٨ - ١٣٩.

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 (بيع المركبات من العقود الشكلية التي لا تتعقد بإرادة الطرفين البائع والمشتري مالم يحضر امام ضابط التسجيل ويسجل عقدهما لديه وما ذلك ان عقود البيع اذا وقعت على مركبة من دون ان تستوفي هذا الشكل الذي قرره القانون فأنها لا تتعقد ولا تفید الحكم اصلاً لذا يلزم اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد عملاً بأحكام المادتين ٩٠ ، ١٣٨ من القانون المدني.... الخ) ^(٢٦).

نخلص من ذلك إلى ان اختلال مسألة جوهيرية لازمة لقيام العقد يؤدي إلى بطلانه واعتباره كأن لم يكن اصلاً يستوي في ذلك ان يكون البطلان مطلقاً أو نسبياً (قابل للإبطال في القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي والقانون المدني السوري وموقوفاً في القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني) فالبطلان على درجة واحدة ولا تفاوت ^(٢٧) فيها وتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبة 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 باطلأ 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 تقر مصلحته في القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الكويتي ويكون موقوفاً في القانون المدني العراقي ^(٢٩) لمصلحة من تقرر الوقف لمصلحته ^(٣٠).

(٢٦) قرار محكمة التمييز، رقم القرار ٢٨٩/٨٥/٨٤/١٥/١٩٨٥، تاريخ القرار ١٥/١٩٨٥، مجموعة الاحكام العدلية، وزارة العدل، العدد الاول والثاني لسنة ١٩٨٥ ص ٢٠. وكذلك قضت محكمة التمييز العراقية ^{"١"} كانت الهيئة المدعى بها لم تسجل في دائرة التسجيل العقاري فأنها لا تتعقد 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 / ٢٠١٩٩٩ (غير منشور)، كذلك قرار محكمة التمييز القاضي بحق المدعى برد ما دفعه للمدعى عليه على حساب بدل شرائه منه عقاراً (المدعى به) بالعقد الخارجي والذي لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري فيقع باطلأ وحكمه ان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، قرار رقم ٧٦٧ / م / ٩٨ في ١٩٩٨/٩ (غير منشور)

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

(٢٨) عبد الفتاح عبد الباقى، مصادر الالتزام في القانون المدنى الكويتى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الكويت، ١٩٨٣، ص ٤٥٢.

(٢٩) حدد المشرع العراقي مدة نقض العقد الموقوف ثلاثة أشهر ذلك لأن العقد الموقوف هو عقد صحيح غير نافذ بخلاف العقد القابل للأبطال فاراد المشرع ان يبقى التعامل موقوفاً.

(٣٠) هذا وقد ذهب المشرع العراقي إلى ماذهب إليه الفقه الالاتيني في البطلان بصورة عامة فجعل حق إبطال العقد للطرف الذي شرع لمصلحته البطلان وكذلك عب، الانتبا يكون لن شرع البطلان لمصلحته، ينظر فريد فتيان، المرجع السابق، ص ١٣٩.

الفصل الثاني

التمييز بين البطلان والانعدام واثرها 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 لا يمكن 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 يتبع فكرة الانعدام كنوع جديد من البطلان لايحتاج إلى نص يقرره اذ يجد سنته بما يفرضه العقل وتقتضيه طبيعة الأشياء فهو جزء لخلف مسألة جوهيرية 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 ومدتها 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 سنته 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 غایة في الجوهرية تفرضها طبيعة العقد فلا يتصور وجوده من دونها، ومسائل جوهيرية يفرضها القانون وهذا التقسيم يتعارض مع وصف العقد كائناً قانونياً يجب ان تكون جميع مسائله الجوهرية من صنع القانون فكل مسألة جوهيرية 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 أحکامها لا تختلف عن أحکام البطلان المطلق والانعدام فكلا النوعين لا ينتج كلاً منها اثراً

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

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

(٣٣) المرجع اعلاه، نفس الصفحة.

ولا تلتحقه الاجازة ولا يرد عليه التقادم^(٣٤) وللاعتبارات السابقة فقد ذهب الفقه الحديث إلى استبعاد الانعدام من انواع البطلان والبقاء على نوعين له هما: البطلان المطلق (ويدخل فيه الانعدام) والبطلان النسبي و اذا كان الفقه الحديث قد أستبعد اعتبار كون الانعدام من انواع 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 بالاهتمام 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 تاريخ الحكم وأسم المحكمة التي أصدرته وبيان أسماء الخصوم وبيان الواقعه^(٣٦) ولا شك في ان البيانات التي يترتب عليها انعدام الحكم تعد اكثر جوهريه من تلك التي يترتب على تخلفها مجرد البطلان.

وفضلاً عن وجود الانعدام في قانون المرافعات المدنية فإن له مجالاً خصباً في القانون العام ويعود ذلك إلى وضوح تطبيقه في مجال القرارات الإدارية ولعل من المناسب ان نحصر البحث في القرار المنعدم والمعيار الذي يميشه عن القرار الباطل ويرجع السبب في حصر البحث في القرار الإداري إلى اتفاقه مع العقد بأعتبار كلاً منهما تصرفًا قانونياً وان كان القرار يتم بإرادة منفردة في حين ان العقد ينشأ باتفاق ارادتين كما يرجع اهتمامنا بالقرارات الإدارية إلى الدور المهم الذي يضطلع به القاضي الإداري فهو يسهم بصنع القواعد القانونية ذلك ان من خصائص القانون الإداري 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 الإداري منذ نشأته لم يكن ملزماً بتطبيق أحكام القانون الخاص ولم يجد أمامه التشريعات الإدارية الالزمة لحكم المنازعات المعروضة عليه وحتى لا يكون منكراً للعدالة عمل على إيجاد القاعدة الالزمة للحصول في النزاع بما يتناسب مع طبيعة العلاقات الإدارية^(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، المراجع السابق، ص ٦٤٧.

(٣٥) «الاحكام الصادرة ضمن دعاوى منع معارضته العقار يطعن بها لدى محكمة التمييز لا لدى محكمة الاستئناف فما كان لمحكمة الاستئناف بالفصل في الطعن القدم اليها وانها اصدرت قراراتها دون الالتفات إلى ما تقدم لها يكون قرارها معدوماً لصدوره من محكمة لا تختص بأصداره والقرار المعدوم لا تتحقق حصانه ولا يترتب عليه ما يترتب على الحكم الصحيح من آثار فلا يحوز حجية الامر المقصى به» تبييز عراقي، قرار رقم ٤ / موسعة اولى / ٨٢ / ٨٢ / ٢٠١٩٨٤ / ٧ / ٢٠١٩٨٤ مجله الأحكام العدلية العدد (٤، ٢، ٣)، لسنة ١٩٨٤، قسم الاعلام، ص ٢١.

(٣٦) غلام محمد غنام، نظرية الانعدام في الأجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الاولى، مجلس التحرير العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص ٢١٩.

(٣٧) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الطبعة الأولى، ذات السلسلة، ص ٢٤ وما بعدها.

(٣٨) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٢٠٦.

هذا وترجع أهمية دراسة التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق في مجال القرارات الإدارية إلى كون القرار الإداري الباطل يخضع لأحكام تختلف اختلافاً جوهرياً عن تلك التي تحكم القرار المنعدم على خلاف ما تبين لنا بالنسبة للعقد الباطل والعقد المنعدم إذ أخضعهما الفقه الحديث وكذلك التشريع والقضاء إلى أحكام واحدة، أما القرار الإداري المنعدم فهو يخضع لأحكام قانونية بالغة الخطورة تختلف عن تلك التي يخضع لها القرار الإداري الباطل وتترتب على هذه الأحكام نتائج ترجع كلها إلى فكرة أساسية مردها إلى أن القرار الإداري المنعدم هو مجرد عمل مادي شبيه بالأعمال الصادرة من الأفراد، ومن ثم يجب أن ينظر إليه الأفراد والمحاكم على هذا الأساس. ذلك أن مهمة الادارة في الدولة الحديثة تقوم على مبدأ المشروعية فالادارة ليست حرة في اختيار أعمالها، وإنما 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 الإدارية وبالنتائج التي يرتقبها فإنه مختلف في تحديد معيار الانعدام وشروطه وتعددت في ذلك النظريات التي قال بها والتي يمكن استعراضها بثلاثة مباحث وعلى النحو التالي:

المبحث الأول

نظيرية اغتصاب السلطة

وهي من أقدم النظريات في القانون العام وتكون فيها معظم تطبيقات فكرة الانعدام وبمقتضى هذه النظرية لا يفقد التصرف القانوني صفتة الإدارية اذا لحقه عيب عدم المشروعية. فالادارة قد تخرج عن اختصاصها المحدد ومع ذلك لا يفقد قرارها صفتة الإدارية، فهذا العيب يؤثر فقط في صحة التصرف ويجعله باطلاً لامعديداً. أما القرار المنعدم فيكون في حالة صدور القرار من لا يملك صفة الموظف العام^(٤٠) ولكن هذه النظرية تعرضت للنقد فقد أخذ عليها أنها لا تتسع للحالات التي قد يترتب فيها الانعدام لسبب عدم الاختصاص أو غصب السلطة وإنما بسبب استحالة قيام التصرف الإداري 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 للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٣٦٨.

^(٤٠) طبيعة الجرف، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

^(٤١) مصطفى كمال وصفي، انعدام القرارات الإدارية، مجلة المحاماة، السنة الحادية والأربعون، العدد الخامس، يناير، ١٩٦١، ص ٧٢٧.

المبحث الثاني

نظريّة الظاهر

وتقوم هذه النظريّة على كون ان القرارت الإدارية تصدر من السلطة العامة وتطبق على من تعنيهم وذلك استناداً لما لجهة الأصدار من سلطان على الأفراد وان ما يجعل الأفراد يخضعون للقرار الإداري هو اقتناعهم بتصوره عن الجهة صاحبة السلطة، فإذا ظهر للأفراد ان شكل القرار أو مظهره يدل على صدوره من تلك السلطة لزم عليهم ان ينفذوه وليس لهم الامتناع عن ذلك اما اذا كان مظهر القرار ينفي عنه الاحترام اذ يكون من الواضح للأفراد انه لم يصدر عن السلطة المختصّة فان القرار يكون منعدماً فلا يستقر ولا يترتب عليه اي مركز قانوني، ومن تطبيقات هذه النظريّة الموظف الفعلي ومما يؤخذ على هذه النظريّة اتساعها فهي تضم فروضاً يتعدّر حصرها لأنها فروض تقديرية ليس لها أساس ثابت كما يؤخذ عليها انها غير منضبطة في المعيار فهي تعود على نظر الشخص إلى القرار وليس إلى محتواه فمن شأن هذه النظريّة ان يكون القرار منعدماً عند البعض وسلبياً عند البعض الآخر^(٤٢).

المبحث الثالث

نظريّة تخلّف اركان القرار

يذهب بعض الفقهاء^(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 تقديرًا شخصياً يتوقف على النظرة الشخصية للقاضي او إلى المحتاج بالانعدام وان يكون عينياً في مواجهة المجتمع وليس لفرد دون الآخر حسب ظروفه وحالته لذلك يجب ان يكون البحث في تكوين التصرف من خلال أركانه ففكرة الانعدام تنشأ في القانون العام من تهمم أركان القرار وبمقتضى هذه النظريّة فإن تخلّف احد أركان القرار الثلاثة وهي الإرادة، المحل، السبب يؤدي إلى ان يفقد القرار صفة الإدارية وينزل إلى حيز الاعمال المادية فيصبح منعدماً ويتجدد من أثاره كتصرف قانوني وذلك لعجزه عن أحداث تلك الآثار اما اذا توافرت أركان القرار الثلاثة ولكن اختلت شروط صحته وهي (الشكل، الاختصاص، المشروعية) اي مطابقة القانون وأستهداف الصالح العام كان القرار باطلًا وبتطبيق ما سبق على العقد نجد تمييزاً بين انعدام العقد وبطلانه وان نظريّة تخلّف أركان القرار الإداري هي أقرب النظريّات 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 وسائل 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، المراجع السابقة، ص .٧٢٠.

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 باطلأاً لتخلف ركن الرضا كما لو لم يصدر اي تعبير عن الارادة من شخص فمن غير المعقول اعتبار هذا الشخص غير ملتزم لأن العقد باطل بل الصحيح ان العقد منعدم^(٤٥) وهذا الذي نقول به هو ما تطرق اليه بعض الفقهاء 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 يتختلف فيها ركن من أركانها فيعتبر العقد منعدم الوجود، بينما البطلان المطلق يمس بالعقود التي أستجمعت أركانها الا ان عيباً أساسياً جعلها مستوجه 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 او أنها 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 لأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين احكام العقد المنعدم فكلا العقددين لا ينتج اثراً ولا تتحقق الاجازة.

^(٤٤) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٠ - جميل الشرقاوي، بطلان التصرف، المرجع السابق، ص ٣١.

^(٤٥) جميل الشرقاوي، بطلان التصرف، المراجع أعلاه، ص ٣٤١.

^(٤٦) مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الاول، العقد، مؤسسة بحسون، بيروت، من دون سنة نشر - ص ٤٤٣.

^(٤٧) CASS. CIV. Oct ٢٠. ١٩٨١. D. ١٩٨٣. ٧٣. نقلأً عن مصطفى العوجي، المراجع أعلاه، ص ٤٤٣.

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 لا تؤدي إلى البطلان المطلق وإنما البطلان النسبي أو جعل العقد موقوفاً في (القانون المدني العراقي).

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

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

وأخيرًا أسأل الله ان أكون قد وفقت في عرض موضوع الدراسة وتحليله، وإن كنت قد أصبحت فللله الحمد والمنة، وإن كانت الأخرى فحسب صدق أجتهادي، ولله الحمد أولاً وأخيرًا انه سبحانه نعم المولى ونعم النصير.

المصادر والمراجع

- الإحکام في أصول الأحكام، سیف الدین لأمدي
- أصول الالتزام في القانون المدني، بدر جاسم اليعقوب
- أصول السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي
- انعدام القرارات الادارية، مصطفى كمال وصفی
- عيوب الرضا ومداولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية، محمد جابر الدوري
- القانون الاداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، ماجد راغب الحلو
- القانون المدني، مصطفى العوجی
- قرار محكمة التمييز، رقم القرار ٣٨٩/٨٤/٨٥، تاريخ القرار ١٥/١٩٨٥، مجموعة الاحکام العدلية
- قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية، رمزي طه الشاعر
- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، طعيمة الجرف
- مصادر الالتزام، عبد المنعم فرج الصدة
- مصادر الالتزام، فريد فتيان
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق احمد السنہوري
- مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، عبد الفتاح عبد الباقی
- نظرية الانعدام في الاجراءات الجزائية مقارنة بالانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، غنام محمد غنام
- النظرية العامة، حسام الدين الأهواني
- النظرية العامة لالالتزام، عبد الحي حجازي
- النظرية العامة لالالتزام، حسن علي الذنون
- النظرية العامة لاللتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، منذر الفضل
- النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، سليمان الطماوی
- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، جميل الشرقاوی
- الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق احمد السنہوري

**جميع الحقوق محفوظة
لشركة بيت المشورة للاستشارات المالية**

Bait Al-Mashura Journal

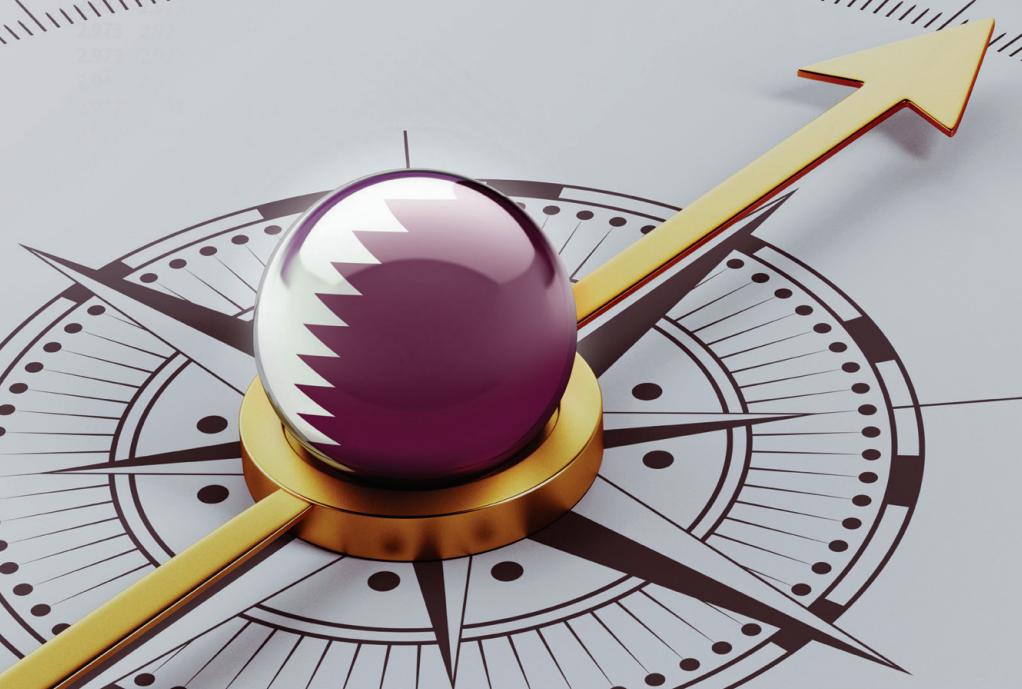
مجلة بيت المشورة

International Scientific journal On Islamic Finance and banking

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



ISLAMIC FINANCE



ISSN : 2409-0867 Online

ISSN : 2410-6836 Print

mashurajournal.com

Sponsored by



بنك باروا
BARWA BANK

Published by



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