

اتصال البطلان الإجرائي بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (دراسة مقارنة)

The Connection Between Procedural Invalidity and the Public order in the Code of Civil and Administrative Procedure (A Comparative Study)

مراد تيرس

جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر

tirsemourad@live.fr

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

أحسن رافع دباح*

مخبر المرافق العمومية والتنمية، جامعة جيلالي ليابس

سيدي بلعباس، الجزائر

rafahcene@gmail.com

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

- تاريخ الإرسال: 2024/05/14 - تاريخ القبول: 2024/07/14 - تاريخ النشر: 2024/07/28

الملخص: يعتبر البطلان الإجرائي من بين أحد الجزاءات القانونية المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي القانون المقارن، فالقانون يضع نماذج لكي يترتب آثاره على العمل القانوني الذي يتطلب مقتضيات شكلية وأخرى موضوعية. والأصل أن ينطبق العمل القانوني على نموذج القانوني حتى يترتب آثاره، فإذا لم يحدث هذا التطابق فإن العمل القانوني يكون عرضة للبطلان الإجرائي، هذا الأخير منه ما يتصل بالنظام العام وبالمسائل الجوهرية ومنه ما لا يتصل بهما.

أما بشأن طبيعة التعداد الوارد على البطلان الإجرائي الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي القانون المقارن، فقد تباينت مواقف الفقه منها.

الكلمات المفتاحية: البطلان الإجرائي - العمل القانوني - الطبيعة القانونية.

Abstract: Procedural invalidity is considered one of the legal penalties stipulated in the Code of Civil and Administrative Procedures and in comparative law, the law sets models, which requires formal and substantive requirements.

The basic principle is that the legal work applies to its legal model in order to have its effects. If this conformity does not occur, the legal work will be subject to procedural invalidity, the latter which is related to public order and fundamental issues.

As for the nature of the enumeration of procedural, the positions of jurisprudence on it differed.

Keywords: procedural invalidity-legal work- legal nature.

* المؤلف المرسل: أحسن رافع دباح .

مقدمة

يعتبر البطلان الإجرائي من بين أحد الجزاءات القانونية المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي القانون المقارن، فالقانون يضع نماذج لكي يرتب آثاره على العمل القانوني، و يتطلب في كل نموذج مقتضيات شكلية وأخرى موضوعية لكي يكون صحيحا، فهو يرتب آثارا محددة على كل عمل قانوني إذا توافرت فيه مقتضيات معينة يحددها مسبقا.

والأصل أن تنطبق الواقعة التاريخية (العمل القانوني) على الواقعة النموذجية (نموذجه القانوني) حتى تترتب الآثار التي يربطها القانون بهذه الواقعة، فإذا لم يحدث هذا التطابق فإن الواقعة التاريخية تعتبر غير صحيحة أو معيبة. فيوجد عيب في الواقعة التاريخية إذا تمت غير مطابقة للواقعة النموذجية¹. وإذا كانت الواقعة التاريخية معيبة، فالأصل أنها لا تنتج آثار الواقعة الصحيحة، فإذا كان هناك عيب أدى إلى عدم ترتب الآثار القانونية فإنه يقال أن العمل القانوني باطل.

بيد أن البطلان الإجرائي كجزء قانوني منه ما يتصل بالنظام العام وبالمسائل الجوهرية ومنه ما لا يتصل بهما، وإن كان حَصُرَ المشرع لجميع حالات البطلان صعبا ومرهقا إن لم يكن مستحيلا، فإن القاضي يجد نفسه في بعض الحالات مجبرا على البحث في الإجراء المتخذ في كل عمل قانوني، ومن ثم يقدّر مدى اتصال البطلان الإجرائي الذي يقرره بالنظام العام و بالمسائل الجوهرية ؟

تكمن أهمية الدراسة في التعرض لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وللقانون المقارن خاصة في النصوص التي تناولت البطلان الإجرائي من ناحيته الشكلية والموضوعية. وعليه سنطرح الإشكالية التالية:

ما هو مفهوم البطلان الإجرائي؟ وما هو مفهوم العمل القانوني؟ وهل يتصل البطلان الإجرائي في جميع حالاته بالنظام العام وبالمسائل الجوهرية؟ وما هي الطبيعة القانونية للتعداد الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي القانون المقارن على هذا البطلان؟

ومن خلال هذه الورقة البحثية سيتم الإجابة عن هذه الإشكالية متبعين أساسا المنهج التحليلي لمختلف نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونصوص القانون المقارن (قانون الإجراءات المدنية الفرنسي) المتعلقة بالبطلان الإجرائي والمنهج الوصفي في مواضع معينة تحتاج للتعريف والتعمق وذلك بإتباع عناصر الخطة التالية:

¹ - ".....و الواقعة القانونية كما يحددها القانون بصفة مجردة يمكن أن نطلق عليها إسم الواقعة النموذجية ، أما الواقعة كما تحدث فإنه يمكن تسميتها بالواقعة التاريخية " ، فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1998، تهميش ص9.

سنقسم موضوع الدراسة إلى مبحثين، سنتناول في (مبحث أول) مفهوم البطلان الإجرائي، و(مبحث ثان) سنخصصه لعيوب البطلان الإجرائي من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية، ومن ثمة نعرض على الطبيعة القانونية لهذا البطلان.

المبحث الأول . مفهوم البطلان الإجرائي:

ظهرت مذاهب مختلفة حاول من خلالها أصحابها إعطاء مفهوم البطلان الإجرائي المتصل بالنظام العام، ولا نغوص في موقف هذه المذاهب لهذا النوع من البطلان إلا إشارة إليها وبالقدر اللازم الذي يخدم دراستنا هذه . وقبل هذا سنعرض على فكرة البطلان الإجرائي على النحو التالي:

المطلب الأول . تعريف البطلان الإجرائي:

يعتبر البطلان في مفهومه جزاء يترتب عن عدم مراعاة قاعدة موضوعية أو إجرائية للنموذج المنصوص عليه قانوناً، فتشل هذه المخالفة قدرة العمل القانوني فتجعله غير قادر على إنتاج وترتيب الآثار القانونية التي كان ينتجها فيما لو كان صحيحاً. فالقانون يضع نماذج لكي يرتب العمل القانوني آثاره، ويتطلب في كل نموذج مقتضيات معينة، فالقانون يرتب آثاره على الأعمال القانونية إذا توافرت في كل منها مقتضيات معينة يحددها مسبقاً. والأصل أن تنطبق الواقعة التاريخية على الواقعة النموذجية حتى تترتب الآثار التي يربطها القانون بهذه الواقعة، فإذا لم يحدث هذا التطابق فإن الواقعة التاريخية تعتبر غير كاملة أو معيبة. فيوجد عيب في الواقعة التاريخية إذا تمت غير مطابقة للواقعة النموذجية. وإذا كانت الواقعة التاريخية معيبة ، فالأصل أنها لا تنتج آثار الواقعة الصحيحة، فإذا كان هناك عيب أدى إلى عدم ترتيب الآثار القانونية فإنه يقال أن العمل القانوني باطل. فيشترط إذن لوجود البطلان الإجرائي شروطاً معينة تتمثل في:

- أن يكون هناك عيب أي عدم تطابق بين العمل و نموذج القانوني على النحو الذي حدده. - أن يرتب القانون على هذا العيب عدم إنتاج العمل القانوني لآثاره.

فبناءً على هذه الشروط التي يتطلبها البطلان تعريفه بأنه هو: " تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يربتها عليه القانون إذا كان كاملاً"². ولكن هل تعيب العمل يعني بطلانه؟ و هل العمل الذي لا ينتج آثاره يعد عمل باطل؟ وللإجابة عن هذين السؤالين يجب التفرقة بين العيب و البطلان من جهة وبين عدم إنتاج الآثار والبطلان من جهة أخرى؟ فيوجد تعيب إذا لم تكن هناك مطابقة بين النموذج القانوني وبين العمل كواقعة قانونية، بيد أن الواقع يبين غير

²- فتحي والي، مرجع سابق، ص 8.

ذلك فهناك من الأعمال المعيبة أي غير مطابقة لنموذجها القانوني ومع ذلك فإنها تنتج سائر آثارها القانونية كما لو كانت صحيحة، ومثال ذلك محضر تبليغ عريضة دعوى غير موقع من محضر قضائي، ولكن إذا حضر المدعى عليه الجلسة في موعدها فالغاية من تبليغها قد تحققت و هو إعلان الخصم بتاريخ الجلسة، فحضور المدعى عليه للجلسة يُعني عن تكليفه، ومنه لا يمكن أن نوصفها بالبطلان. ونفسر في تقديرنا هذا التوجه، بأنه إذا كان من المنطقي أن يترتب على عدم مطابقة العمل لنموذجه القانوني عدم صلاحيته لإنتاج آثاره القانونية، إلا أن المشرع ولا اعتبارات عملية مختلفة جعل العمل صحيحا رغم عدم صحته.

لقد تعددت التعريفات الفقهية للبطلان، ونجد أغلبها قد حرصت على الجمع بين عنصرين هما: عنصر وجود عيب، وعنصر عدم إنتاج الآثار القانونية، فيُعرّف البطلان الإجرائي بأنه: "وصف يلحق بالعمل الإجرائي، ويؤدي إلى عدم ترتيبه للآثار القانونية التي تترتب عليه أصلا فيما لو كان صحيحا"³. ويجب أن يشوب العمل الإجرائي عيب يؤدي إلى عدم تطابقه مع نموذج القانوني⁴. وقد ذهب البعض إلى تعريفه بأنه العيب الذي يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار القانونية بالقول بأنه: "العيب الذي يصيب التصرف فيحرمه من آثاره التي كان يجب إنتاجها وفقا لطبيعته وموضوعه"⁵.

يرى الأستاذ فتحي والي - وبحق - : "أن البطلان ليس هو العيب وليس هو عدم إنتاج الآثار القانونية، إنما هو وصف أو تكييف للعمل ناشئ عن وجود عيب يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار القانونية التي ينتجها العمل عادة"، وعليه يمكن تعريف البطلان الإجرائي بأنه هو: "تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يترتبها عليه القانون إذا كان كاملا"⁶.

يرجع البطلان في الفقه الإجرائي وفي قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008⁷ وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى عيوب شكلية و أخرى موضوعية، والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري، قد تبنى نظام مخضرم للبطلان في نص المادة (60) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث أخذ بقاعدة "لا بطلان بدون نص" التي استوحاها من المشرع الفرنسي في المجموعة القديمة التي هجرها التشريع والقضاء بسبب النقد الموجه من الفقه الفرنسي، وقاعدة "لا بطلان بغير ضرر" الذي جاء بها في المجموعة الجديدة لسنة 1975، فيعوز البطلان في الفقه الإجرائي

³ - فتحي والي، مرجع سابق، ص 6.

⁴ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 471.

⁵ - Dalloz : rép. Pratique - v. Nullité- n.1, et Bioche, dictionnaire- 5 - 157 ; chauveau et carré, lois de la procédure, t.1 Introduction, n.117.

⁶ - فتحي والي، مرجع سابق، ص 8.

⁷ - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية، عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

الذي أخذ به المشرع الجزائري إلى عيوب شكلية وأخرى موضوعية وهذا ما سنتطرق إليه في هذا العنصر الموالي:

المطلب الثاني - العيوب الشكلية و الموضوعية للبطلان الإجرائي:

وستتناول في هذا العنصر البطلان الإجرائي من حيث شكله (فرع أول)، والبطلان الإجرائي من حيث موضوعه (فرع ثان) وعلى النحو التالي:

الفرع الأول - البطلان الإجرائي من حيث شكله:

وستتناوله فيه العناصر التالية و على النحو التالي:

أولا - تعريف الشكل الإجرائي:

يعتبر العمل الإجرائي حركة تغيير في العالم الخارجي، فإذا تخلف هذا التغيير في العالم الخارجي فلا حديث عندئذ عن العمل القانوني، وفي معنى واسع للشكل يمكن أن نقصد به الحركة أو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي، فالأعمال القانونية ليست إلا أشكالا قانونية، وقبل أن يوجد الشكل لا يكون هناك إلا مجرد تفكير ممن يريد القيام بالعمل، وهو تفكير لا يعتد به القانون، فكل عمل قانوني يتكون من عنصرين هما نشاط وحدث كنتيجة لهذا العمل، فكل حدث يؤدي إلى وجود نشاط أو حركة أدت إليه، والملاحظ أن الحدث الواحد يمكن أن يكون بسبب أكثر من نشاط، فالإخطار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة، و لكن الإخطار عن طريق التبليغ الرسمي الذي يعتد به لا يكون إلا من الشخص الذي له صفة الضابط العمومي أي المحضر القضائي لكي يرتب العمل القانوني آثاره، بل يضيف المشرع أن يكون هذا النشاط بالشكل الذي حدده القانون، كتوقيع محضر التبليغ من المحضر القضائي، فعلة التوقيع هي إضفاء طابع الرسمية على المحرر وإلا كان محضر التبليغ باطلا، وإذا كان التبليغ في غير ميعاده كأن يكون في أيام العطل الرسمية فعلة الحظر هنا عدم إزعاج المبلغ له في أيام راحته وهو الضرر الذي يصيبه جراء هذا التبليغ⁸ وإلا ترتب البطلان، ففي مثل هذه الظروف و لو حظر الخصم - عادة المدعى عليه- الجلسة فله أن يتمسك بالبطلان كون محضر التبليغ قد خالجه عيب شكلي لو أن الحدث أي إعلان الخصم قد وقع وتحققت الغاية منه تمثلت في الحضور، غير أنه دأب القضاء أن حضور الشخص المبلغ له يُعني عن لتكليفه بالحضور للجلسة، ولذلك يقابل الفقه بصفة عامة بين عنصرَي العمل القانوني

⁸ - " و لا ينبغي حسب تقديرنا اعتبار كل ما يحتوي عليه عقد التبليغ مشروط تحت طائلة البطلان ذلك لأنه يتعين.... على القاضي تفحص الضرر الذي يكون قد لحق من يثير البطلان"، عبد السلام ذيب ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص132.

أي بين النشاط والحدث ويطلق على الأول اصطلاح الشكل والثاني اصطلاح المضمون، فالشكل هو الوسيلة التي يتحقق بها الحدث، أي الوسيلة التي يظهر بها أمام الغير.

ثانيا - العمل الإجرائي هو عمل شكلي:

يفرغ العمل القانوني في قالب أو نموذج معين، حتى ينتج آثاره القانونية. ومثال ذلك بيع العقار يفرض المشرع أن يفرغ العقد في شكلية رسمية أمام ضابط عمومي - الموثق - والقيام بإجراءات الشهر أمام المحافظ العقاري. وإذا كانت الدعوى هي مكنة أو وسيلة يمارس بها الشخص حقه لاللتجاء للقضاء فقد اشترط المشرع الجزائري أن يمارس هذا الحق بعريضة افتتاح الدعوى محررة كتابية ومتضمنة لبيانات معينة، منها ما هو جوهري ومنها ما هو غير جوهري، وفي حالة تخلف البيانات الجوهرية فإن عدم القبول شكلا يكون جزاء لها، كما نجده قد نص في المادة الثامنة 8 فقرة 3 من ق.إ.م.إ.ج على أن يكون الحكم باللغة العربية تحت طائلة البطلان. ففي مثل هذه الحالات يعتبر العمل القانوني عمل شكلي، وقد نتساءل عن الوسيلة التي يحددها المشرع فهل يحددها دائما بشكل جامد أم بشكل مرن؟ أم نجده يبحث عن إيجاد نقطة توازن بين ذلك؟ يرى الفقيه "الألماني إهرنج" أنه توجد شكلية قانونية إذا حدد المشرع وسيلة العمل تحديدا جامدا لا يترك أي خيار للشخص، فهو يرى أنه لا توجد شكلية قانونية إذا كان للشخص حرية الاختيار وإن كانت مقيدة، لكن نرى من جانب آخر أن المبالغة في التقيد بالشكلية بشكل جامد قد يطغى الجانب الشكلي على الجانب الموضوعي، مما يحتم على المشرع البحث عن نقطة توازن بين أوامر القانون ونواهيه أي لا إفراط في التقيد بالشكلية في شكلها الجامد ولا تقييد في أعمال البطلان كجزاء قانوني لتعيب الشكل، غير أنه نجد أن الفقه - الحديث - خفف من وطأة أعمال البطلان، فحاول أن يجد حولا فرضه الواقع عليه، فظهرت بعد ذلك نظريات مختلفة لترتيب البطلان منها نظام البطلان الذي جاءت به المجموعة الفرنسية القديمة لسنة 1806 في المادة 1030 و التي نصت على قاعدة " لا بطلان بدون نص"، ثم على قاعدة " لا بطلان بدون ضرر" في المجموعة الجديدة لسنة 1975. أما المشرع الجزائري فقد تبني نظام مخضرم للبطلان في نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث أخذ بقاعدة "لا بطلان بدون نص" التي أخذ بها المشرع الفرنسي في المجموعة القديمة التي هجرها التشريع و القضاء بسبب النقد الموجه من الفقه الفرنسي، وقاعدة " لا بطلان بغير ضرر" التي جاء بها في المجموعة الجديدة لسنة 1975. يتطلب لترتيب البطلان الإجرائي إلى جانب العيب الشكلي عيب آخر موضوعي، وسنتعرض لهذا العيب الأخير على النحو التالي:

الفرع الثاني - مفهوم البطلان الإجرائي الموضوعي:

لم يدأب لا التشريع و لا القضاء ولا الفقه على معالجة فكرة البطلان الموضوعي الإجرائي، وبالمقابل نجدها - فكرة البطلان الموضوعي - قد توسعت في التنظير للبطلان لعيوب الشكلية، فقد لاقى - البطلان - اهتماما بارزا في المجموعة الفرنسية الجديدة لسنة 1975 في المادة (114)⁹ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي - الجديد - التي نصت على أنه: " لا يمكن إعمال البطلان الشكلي إلا إذا نص القانون صراحة عليه" واستثنى منه ما تعلق بالأشكال الجوهرية أو ما اتصل بالنظام العام، وكذلك نص المادة (117) التي حددت العيوب الموضوعية التي بسببها يترتب البطلان الإجرائي، أما المشرع الجزائري فقد تأثر بالمشرع الفرنسي الذي قسم البطلان الإجرائي إلى عيوب شكلية و أخرى موضوعية. فأورد في المادة (60)¹⁰ ق.إ.م.إ.ج البطلان لعيوب شكلية والمادة (64)¹¹ البطلان الإجرائي لعيوب موضوعية، ونرى من جانب آخر بأنه ما جاء في نص المادة (1030) من مجموعة الإجراءات الفرنسية القديمة الذي تبنى فيها المشرع قاعدة " لا بطلان بدون نص" فنطاقها البطلان الشكلي، ولا يمتد أثرها إلى البطلان الموضوعي. كما أن المادة (173) التي تنظم الدفع بالبطلان والتي أضافت بعد تعديلها سنة 1935 الضرر كشرط ثانٍ للبطلان الشكلي حيث نصت على قاعدة " لا بطلان بدون ضرر " وهذان الشرطان لا يمتا بأية صلة للبطلان الموضوعي:

أولا . المقتضيات الموضوعية للبطلان الإجرائي و شروطه:

وسنتناول فيما يلي مقتضيات البطلان لعيوب موضوعي (أ) ثم شروطه (ب).

أ. مقتضيات البطلان الإجرائي لعيوب موضوعي:

من المسائل التي تثير خلافا أيضا معرفة المقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي، فالبطلان جزاء يترتب على تخلف أو تعيب مقتضى من مقتضيات العمل القانوني. ومعرفة مقتضيات العمل ضروري لمعرفة عيوبه، وبالتالي لمعرفة أسباب بطلانه، وقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار وجوب توافر صفة ومصلحة وحق مدعى به من مقتضيات العمل الإجرائي، وذهب البعض الآخر على العكس تماما إلى أن العمل الإجرائي هو عمل شكلي ولا أهمية له إلا للشكل وأن مشكلة البطلان تنحصر فقط للشكل، أما بالنسبة للمقتضيات الأخرى فإن الجزاء ليس البطلان، غير أن الواقع يبين أن العمل الإجرائي هو عمل قانوني، له كغيره من الأعمال القانونية مقتضيات صحة موضوعية فليس من الصواب القول بأن المقتضى الوحيد له

⁹ - voir l'art . 114 du nouveau code de procédure civile français (concernant la nullité pour vice de forme).

¹⁰ - راجع المادة 60 من ق.إ.م.إ.ج.

¹¹ - راجع المادة 64 من ق.إ.م.إ.ج.

هو الشكل، وإن كان هذا لا ينفي أهمية الشكل بالنسبة له، وتأثيره في المقتضيات الأخرى على أنه إذا كان للعمل الإجرائي مقتضيات موضوعية فإنه يجب عدم الخلط بين مقتضيات العمل الإجرائي وبين شروط الدعوى. فالعمل الإجرائي هو جزء من الخصومة ويعتبر صحيحا ولو لم يتوافر الحق في الدعوى للمدعي أو للمدعى عليه، ويصدق هذا أيضا على الأعمال التي يقوم بها غير الخصوم، كأعمال القاضي ومعاونيه وأعمال الغير¹² وسنتناول الشروط الموضوعية للبطلان الإجرائي على النحو التالي:

ب - الشروط الموضوعية للبطلان الإجرائي:

تناول المشرع الفرنسي الشروط اللازمة لترتيب البطلان الإجرائي الموضوعي في المواد (117)، (119)، (121)¹³ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد. ونحى المشرع الجزائري منحاه في نص المادة (64)، (65)، (66) من ق.إ.م.إ.ج حيث تناولا شرطين اثنين: فأما عن الشرط الأول فيتمثل في وقوع مخالفة موضوعية، أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم إزالة السبب الموجب للبطلان بالتصحيح قبل أن يفصل القاضي فيه:

ب-1- الشرط الأول . قيام سبب موجب للبطلان:

نص المشرع الفرنسي في المادة (117) من ق.إ.م.ف. الجديد على مايلي: " يعد مخالفة موضوعية تؤثر في صحة العمل":

- تخلف أهلية الاختصاص.

- تخلف سلطة الخصم أو سلطة شخص يظهر في القضية كممثل لشخص معنوي أو لشخص طبيعي ناقص الأهلية.

- تخلف أهلية أو سلطة شخص يكفل التمثيل القانوني للخصم أمام القضاء.¹⁴ عدّد المشرع في هذا النص الحالات التي يترتب عليها البطلان الإجرائي الموضوعي لعيوب موضوعية.

¹². فتحي والي: مرجع سابق، ص 412، 413.

¹³. راجع: المواد 117، 119، 121 من ق.إ.م.ف.ج.

¹⁴ - Art.117 de nouveau code de procédure civile :

« Constituant des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte :

- le défaut de capacité d'ester en justice ; personne morale, représentant soit personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;

- le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une

- le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice ».

ب-1-1- تخلف أهلية الاختصاص:

يعوز البطلان في الفقه الإجرائي الذي أخذ به المشرع الجزائري إلى عيوب شكلية وأخرى موضوعية تتوفر في كل عمل إجرائي أهلية الاختصاص، هذه الأهلية التي تثبت لكل شخص يولد حيا، وهي تقابل ما يعبر عنها بأهلية الوجوب في القانون المدني، غير أنه يجب أن تتوافر في الشخص المعنوي الذي يعطي له القانون الشخصية المعنوية¹⁵، فهذا الأخير لا يمكن له ممارسة حق التقاضي إلا بتمثيل من شخص طبيعي، ويرتب القانون البطلان الموضوعي كجزء لها في حالة تخلفها.

ب-1-2- تخلف سلطة الخصم أو سلطة شخص كممثل لشخص (طبيعي أو معنوي):

ويمكن تفكيك هذا العنوان إلى العناصر التالية:

ب-1-2-1- تخلف سلطة الخصم:

رصد بعض الفقه كملاحظة شكلية حول صياغة هذا العنصر بالقول: " وقد افترق النص في خصوص هذه الحالة إلى دقة الصياغة فالمقصود هو تخلف الأهلية الإجرائية للخصم " ففي تقديرهم كان القصد منها الأهلية الإجرائية للخصم. فالأهلية الإجرائية يقصد بها صلاحية الشخص للقيام بالأعمال الإجرائية وتلقيها، وهي تقابل أهلية الأداء، ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الفقه، ذلك بأنه ليس كل شخص تثبت له أهلية الاختصاص تتوافر فيه أهلية الأداء والأمثلة في ذلك كثيرة. كالقاصر والمحجور عليه، فإذا قاما بعمل إجرائي فإن البطلان الموضوعي يكون جزءا له لتخلف الأهلية الإجرائية في القائم به.

ب-1-2-2- تخلف سلطة شخص يظهر في الإجراءات باعتباره ممثلا قانونيا للخصم:

نكون بهذا الصدد في حالة النيابة القانونية التي تقتضي وجود شخص لا يتمتع بالأهلية الإجرائية، فيقوم نيابة عنه ممثله القانوني (كالولي - القيم - الوصي)، أو حالة الشخص المعنوي الذي يتمتع بالشخصية المعنوية لكنه لا يتمتع بالأهلية الإجرائية فيمثله نائبه القانوني. فإذا قام شخص بتمثيل غيره في الإجراءات دون سند يتيح له ممارسة هذه السلطة أو بالتجاوز لما يتيح له سنده من سلطات، فإن الأعمال الإجرائية التي يباشر هذا الشخص أو تباشر في مواجهته بهذه الصفة تكون باطلة¹⁶.

¹⁵ - قضت المحكمة الكبرى لباريس في حكم لها بأن: "أن ثبوت تخلف الشخصية القانونية لعضو أجنبي لا يتمتع بالشخصية المعنوية و هو ما يكشف عن عدم أهليته للاختصاص، أنظر:

- Trib.gr.inst.Paris ,15 déc.1992, G.P.21-22 mais 1993, P.21.

¹⁶ -G.SOUSI, Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure, G. p. 1984.2. Doct. 427.

ب-1-3- تخلف أهلية أو سلطة شخص يكفل التمثيل القانوني للخصم أمام القضاء :

ونميز بين حالتين هنا:

ب-1-3-1- حالة تخلف الأهلية: وتعد هذه الحالة حالة خاصة من الحالة التي تناولناها أعلاه، ففي التشريع الفرنسي مثلا كان لا يجوز تمثيل شخص أمام محاكم الاستئناف إلا من وكلاء الدعاوى¹⁷ دون المحامين (قبل إلغاء التمثيل بوكلاء الدعاوى).

ب-1-3-2- حالة تخلف السلطة: ونكون أمام هذه الحالة، في الحالة التي يكون فيها التمثيل القانوني إجباري بقوة القانون وإذا تخلف التمثيل في العمل القانوني فإن مآل هذا الأخير هو البطلان الموضوعي. وسنتناول فيما يلي شروط البطلان الموضوعي في التشريع الفرنسي ثم في التشريع الجزائري، ولقد تعمّدنا هنا هذا الترتيب باعتبار أن المشرع الجزائري تبنى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي نسبيا.

- الشرط الثاني: تخلف تصحيح العمل بإزالة السبب الموجب للبطلان: وسنتناول هذا الشرط على هذا النحو:

في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد: إلى جانب شرط وجود سبب موضوعي للحكم بالبطلان، يتطلب وجود شرط آخر يتعلق باستمرار هذا السبب قائما إلى النطق بالحكم من طرف القاضي، فإذا زال هذا السبب بالتصحيح قبل النطق بالحكم فلا مجال لإعمال البطلان الموضوعي في هذه الحالة. وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادة (121) من ق.إ.م.ف.ج : "في الحالة التي تكون فيها المخالفة قابلة للتغطية، فلا يحكم بالبطلان إذا زال سببه قبل أن يحكم فيه القاضي"¹⁸.

Civ. 2^e, 18 nov. 1981, G.P. 1982.1.209 Note VIATTE, et civ. 3^e, 11 janvier 1984, J.C.P. 1984. IV.86 ; 10 oct. 1990, Bull.CIV.1990. III. N° 182.

¹⁷ - يصطلح على وكلاء الدعاوى في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي اسم " Les avoués ". قيل أن يتم إلغاؤه.

¹⁸ - Art. 121 du nouveau code de procédure civile :

« Dans le cas ou elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment ou le juge statue ».

المبحث الثاني . طبيعة التعداد الوارد للبطلان الإجرائي:

وسنتناول من خلاله طبيعة التعداد الوارد في قانون الإجراءات المدنية (الفرنسي الجديد) في (مطلب أول)، ثم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 (مطلب ثان) على النحو التالي:

المطلب الأول - طبيعة التعداد الوارد في قانون الإجراءات المدنية (الفرنسي الجديد) وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08:

وسنتناول فيه طبيعة التعداد الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (فرع أول) وفي قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (الجزائري) (فرع ثان)، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول . التعداد الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد:

نتساءل هنا عن التعداد الوارد في نص المادة (117) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لأسباب الموضوعية التي يترتب عنها البطلان الموضوعي. فهل هو ورد على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

تضاربت أحكام الجهات القضائية الفرنسية بشأن التعداد الوارد في المادة (117) من ق.إ.م.ف.ج، فهناك حالات اعتبرته وارداً على سبيل الحصر وفي حالات أخرى اعتبرته وارداً على سبيل المثال.

أولاً. طبيعة التعداد حصري:

لإزالة الاضطراب الذي عرفته الجهات الفرنسية على أراضي الجمهورية، نتيجة لتضارب أحكامها، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعداد الوارد في نص المادة (117) جاء على سبيل الحصر، فلا يعد سبباً موضوعياً يترتب البطلان إلا في الحالات التي عينتها وتحديداً هذه المادة. ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها: " وحدها فقط تؤثر في صحة العمل الإجرائي، ودون اعتداد بما ينجم عنها من أضرار المخالفات الموضوعية على سبيل الحصر في المادة 117".¹⁹

لقد وضع هذا الحكم حداً للاضطراب الذي كان موجوداً من حيث التمييز بين العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية. وأكد أن التعداد الوارد في المادة 117 هو على سبيل الحصر.

¹⁹ - « seuls affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont peut causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées par l'article 117 ». Civ.2°, 24 fév.1983 .J.C.1983.I.V. 145 ; mars 1989, D. 1989.

ثانيا - التعداد وارد على سبيل المثال:

لقي هذا الحكم نقدا شرسا من الفقه²⁰، ذلك أن التعداد ألحصري الوارد بنص المادة 117 لا يتوافق مع القواعد العامة، كما أنه يناقض إرادة تشريعية تعبر عنها النصوص صراحة، ولا مع العبارة التي استهلكت بها المادة 117 وحتى مع ما جاء في نص المادة 119 من ق.إ.م.ف.ج. ولقد قدم الفقه دليلا على ذلك، بأن ما جاء في نص المادة (117) لا تكشف عن إرادة المشرع في حصر المخالفات الموضوعية التي ترتب البطلان في الحالات الواردة في النص، فهذه العبارة تقرر أن الحالات المذكورة فيه تعد من المخالفات الموضوعية التي ترتب البطلان، فهي تؤكد فقط على الطبيعة الموضوعية لهذه المخالفات دون أن تنفيها عن المخالفات الأخرى غير المذكورة في النص والتي تتعلق بالقواعد الموضوعية. ويؤكد هذا الرأي ما ذهب إليه المادة (119) من نفس القانون التي قررت قبول الدفوع بالبطلان التي تقوم على مخالفة القواعد الموضوعية التي تتعلق بالقواعد الإجرائية حتى ولو لم يرد نص بشأنها يقرر البطلان الموضوعي. مفاد هذا النص أن البطلان لأسباب موضوعية يحكم به حتى ولو لم ينص القانون على ذلك، وهو ما يكشف بما لا يدع مجالا لشك عن أن الحالات المنصوص عليها في المادة (117) لا تستغرق حالات البطلان لأسباب موضوعية²¹، نرى بدورنا أن نص المادة (117) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد - بدراسته على حدة- بأن التعداد الوارد فيه جاء على سبيل الحصر، حيث عدّ الحالات التي يترتب عليها البطلان الموضوعي، لكن بمقابلته مع نص المادة (119) من نفس القانون نجدها جاءت مطلقة، إذ ينحصر دورها في ضمان عمومية تطبيق البطلان المقرر في هذه الحالات على جميع الأعمال حتى ولو لم يرد نص عليها، إذا كانت هذه هي طبيعة تعداد البطلان في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فما هو شأنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؟

المطلب الثاني - طبيعة التعداد الوارد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08:

فطبقا لأحكام القانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري تبنى موقفا هجينا للبطلان الإجرائي بمفهوم نص المادة (60) بنصها: " لا يُقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحق به"، وباستقراءنا لنص هذه المادة نجد أن القاعدة الأولى أخذها المشرع الجزائري من المجموعة الفرنسية القديمة لسنة 1806 الذي تبنى فيها "مبدأ لا بطلان بدون نص" وعليه جعل مناط البطلان التنصيص عليه صراحة، أما القاعدة الثانية فقد أخذها -المشرع الجزائري - عن المشرع الفرنسي من المجموعة الجديدة لسنة 1975 حيث نصت المادة (60) أعلاه: «... وعلى من

يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه". ومن ثم فإن البطلان في التشريع الجزائري يقوم على قاعدتين، قاعدة لا بطلان بدون نص التي هجرها المشرع الفرنسي في المجموعة الجديدة لسنة 1975، وقاعدة لا بطلان بدون ضرر التي أخذها المشرع من المجموعة الجديدة من قانون الإجراءات الفرنسي، وبترجنا في مواد البطلان وبالتحديد في المادتين (61) و (64) 22 ق.إ.م.إ.ج التي جاءت في "القسم الرابع" تحت عنوان "في الدفوع الشكلية" من الفصل الثاني تحت عنوان "الدفوع الشكلية" من الباب الثالث تحت عنوان "وسائل الدفاع" من الكتاب الأول تحت عنوان "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية"، نجد أن المشرع الجزائري قد قسم الدفع بالبطلان إلى قسمين: شكلي و موضوعي، هذا ما سنتناول فيما يلي:

الفرع الأول - البطلان الإجرائي الشكلي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08:

جمع المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و لإدارية قاعدتين، القاعدة الأولى التي تنص على أنه لا بطلان بدون نص التي كان المشرع الفرنسي يعمل بها في المجموعة القديمة لسنة 1806، والتي تخلص منها في المجموعة الجديدة لسنة 1975، وقاعدة لا بطلان إلا بضرر وعلى المضرور أن يتمسك به التي أخذ بها في المجموعة الجديدة لسنة 1975 وسنتناول هاتين القاعدتين عن النحر التالي فيما يلي:

أولاً - قاعدة لا بطلان بدون نص:

استوحى المشرع الجزائري قاعدة "لا بطلان بدون نص" من المادة (1030) من المجموعة الفرنسية القديمة لسنة 1806، التي نص عليها في المادة (60) من ق.إ.م.إ.ج على: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك"، وملاحظة أولى علق بعض شراح القانون²³: "إن عبارة لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً غير دقيقة لأن البطلان يتقرر نتيجة العيب الشكلي ولا يترتب على الشكل، بل أن وجود الشكل هو مقتضى ضروريا لصحة العمل الإجرائي، ولا ينشأ البطلان إلا نتيجة لعيب شكلي وكان الأصح أن تحرر هذه الفقرة على النحو التالي: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية لعيب شكلي". وبالرجوع إلى نص المادة (1030)²⁴ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم فإنها جاءت بالصيغة التالية: "لا يمكن إبطال أية صحيفة أو عمل إجرائي، إن لم يكن منصوصاً عليه في القانون". وهو النص الذي يقابل نص المادة (60) من ق.إ.م.إ.ج، فالمشرع الفرنسي من خلال هذا نص يكون قد رتب البطلان إذا نص القانون صراحة عليه، ومن ثم ليس للقاضي أن يحكم بالبطلان على عمل إجرائي لم يرتب المشرع بطلاناً عليه، ولم يستثن المشرع الفرنسي في المجموعة

²² - راجع المادتين 61، 64 من ق.إ.م.إ.ج.

²³ - تناول هذه الفكرة عمر زودة: مرجع سابق، (تهميش)، ص 482.

²⁴ - راجع المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، والمادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

القديمة في نص المادة (1030) الإجراءات الجوهرية و غير الجوهرية، والإجراءات المتصلة بالنظام العام وغير المتصلة بالنظام العام. فمن خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي حصر أعمال البطلان الشكلي بالنص عليه، فإذا لم يرتب المشرع البطلان صراحة فليس للقاضي إعماله. فالتعبيرات النافية والناهية غير مجدية لكي ترتب البطلان، أمام الانتقادات التي تعرض لها هذا المذهب الذي يقوم على قاعدة "لا بطلان بدون نص" وصعوبة إعماله، ذلك قد يحكم القاضي بالبطلان لعبب شكلي ولو كان تافها، وقد لا يحكم به ولو كان العيب جسيما، مما اضطر بالمشرع الفرنسي في المجموعة الجيدة لسنة 1975 لهجرها ، فنص على البطلان في المادة (114) على النحو التالي : " إن العمل الإجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لعبب شكلي، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، باستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام ".

- وفي نص المادة (275) ق.إ.م.إ.ج المتعلق بديباجة الحكم: "يجب أن يشمل الحكم ، تحت طائلة البطلان العبارة التالية :الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري.

- ونصت المادة (643) ق.إ.م.إ.ج التي جاءت تحت عنوان " في إبطال إجراءات الحجز" من القسم الثالث من الفصل الأول تحت عنوان " أحكام خاصة مشتركة " من الفصل الخامس بعنوان " الحجز" حيث نصت على ما يلي : " إذا كان إجراء من إجراءات التنفيذ أو الحجز قابلا للإبطال، يجوز للمحجوز عليه أو لكل ذي مصلحة، أن يطلب بدعوى استعجاليه ضد الحاجز والمحضر القضائي، الحكم ببطلان الإجراءات..."، بالتمتع في نصي المادتين (8 ف 4) و (275)²⁵ من ق.إ.م.إ.ج، يتجلى لنا أن المشرع رتب فيهما البطلان الوجوبي، في حين أن البطلان الوارد في نص المادة (643) ق.إ.م.إ.ج هو مسألة جوازية وإن كان المشرع لم يستعمل لفظ "يجوز" في التمسك بالبطلان المتعلق بإجراء من إجراءات التنفيذ أو الحجز، على أن يتقيد المتمسك به خلال الأجل المحدد بمدة شهر(1)، وإلا سقط حقه في طلب البطلان واعتبر الإجراء صحيحا، إن ما يلاحظ على البطلان الإجرائي القائم على قاعدة " لا بطلان بدون نص "، جعل من فهمه وإعماله مرهقا ومرد ذلك إلى أن حصر حالات البطلان لعبب في الإجراء صعبا إن لم يكن مستحيلا، وأن عدم إيراد الاستثناءات المتعلقة بالأشكال الجوهرية وبالنظام العام يجعل إعمال البطلان مرهقا بالنسبة للقاضي.

ثانيا . قاعدة لا بطلان بدون ضرر:

رتب المشرع الجزائري " عدم القبول شكلا" في حالات كثيرة عوضا عن البطلان لعبب في شكل الإجراء يكون قد استتجد " بجزاء الدفع بعدم القبول" الذي يعتبر جزاء عن عدم توافر أحد شروط قبول

²⁵ - راجع المادتين 8 ف 4 ، 275 من ق.إ.م.إ.ج.

الدعوى. إن هذا السلوك في صياغة النصوص في تقديرنا يجعل المشرع في موقف صعب، فهو من جهة لا يرتب البطلان إلا إذا نص عليه صراحة، ومن جهة أخرى رتب الدفع بعدم القبول كجزء قانوني.

الجدير بالإشارة هنا أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية²⁶، نص أنه في حالة تخلف الإجراءات الموضوعية التي أوردتها على سبيل الحصر في المادة (67) عدم القبول و ليس البطلان، وفي المادتين (68 و 69) من نفس القانون جعل من الدفع بعدم القبول ما هو من النظام وما لا يتصل بالنظام العام وتباین آثاره القانونية في مرحلة الدفع به.

نحى المشرع الجزائري منحى المشرع الفرنسي الذي قسم البطلان الإجرائي إلى بطلان إجرائي شكلي لعيوب شكلية وإلى بطلان إجرائي موضوعي لعيوب موضوعية، وسنركز في هذا العنصر على شروط البطلان الموضوعي.

الفرع الثاني- في البطلان الموضوعي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

:09/08

بتصفحنا لنص المادة (64) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده نص على شروط البطلان لأسباب موضوعية على النحو التالي:

" حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يلي:

- انعدام الأهلية للخصوم.

- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"، اللذان سنتناولها فيما يلي:

أ- انعدام الأهلية للخصم:

فيما يخص الإجراءات التي يقوم بها الشخص الطبيعي، فإذا كانت أهلية الوجوب فإنها تثبت له بمجرد ولادته حيا ، فيمارس حقه بالتجائه إلى القضاء برفع عريضة افتتاح دعوى طبقا لنص المادة (18) من ق.إ.م.إ.ج، ففي هذه المرحلة يعد هذا الإجراء صحيحا، ولو كان هذا الشخص لا تتوفر فيه الأهلية الإجرائية، كالقاصر مثلا، إلا أن القاضي بعد نظرها يرتب البطلان الموضوعي كجزء لها طبقا لنص المادة (64) من ق.إ.م.إ.ج.

²⁶ - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ب - انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي: وسنتناوله كما يلي:

ب-1 - في العقود غير القضائية:

من بين ما تشمله العقود غير القضائية المحررات الرسمية التي يحررها الأشخاص الذين أعطى لهم المشرع الجزائري صفة الضابط العمومي ، كالمحضرين القضائيين والموثقين، فلا يجوز الطعن في محرراتهم إلا عن طريق التزوير. ومن بين العقود التي يحررها المحضر القضائي، عقود التبليغ الرسمي. فإذا حررت هذه العقود من أشخاص لا يتمتعون بالصلاحية العامة - أي يتمتع بصفة المحضر القضائي - والصلاحية الخاصة - كأن يكون غير موقف بمعنى استمراره بهذه الصفة وصلاحيات تحريرها- فإن القانون يترتب البطلان الإجرائي الموضوعي كجزء لها.

ب- 2 - في الإجراءات:

أما الإجراءات فيقصد بها مجموع الأعمال الإجرائية²⁷ التي تصدر عن الخصوم أو الشهود أو الخبراء، أو تلك الأحكام - قبل الفصل في الموضوع- التي يأمر بها القاضي وغيرها ممن الإجراءات التي تتصل بالخصومة، كالمعاينات الميدانية والاستجابات وغيرها، ونتساءل هنا عن الأحكام القضائية، فهل تعد من الإجراءات التي يشملها هذا النص؟ وهل يترتب عليها البطلان في حالة تحقق الشرطين الواردين في المادة 64 من ق.إ.م.إ.ج هذا من جهة ؟ ومن جهة أخرى نصت المادة 8 ف5 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: " يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية " أخرج المشرع الفرنسي الأحكام²⁸ من الأعمال الإجرائية، ومن ثم لا يمكن تقرير البطلان عليها، ففي حالة تعييبها فإنها تكون عرضة للنقض، فالطعن هنا يكون بسبب عدم عدالة الحكم لا بطلانه، لكن إذا كانت الخصومة تُعرّف على أنها مجموعة من الإجراءات المتسلسلة بحيث يتولد عن كل إجراء أثرا مباشرا على الإجراء الذي يليه مباشرة، إلى صدور حكم فيها كنهاية طبيعية لها ما لم يعترضها عوارض موقفة لها أو منهيّة لها قبل الفصل فيها. ألا تعد الأحكام القضائية الفاصلة في الدعوى عملا إجرائيا؟ لا شك أن حسب هذا المفهوم للخصومة فإن الأحكام القضائية بما فيها القرارات والأوامر القضائية تعد من إجراءات الخصومة، إلا أنه لا يمكن ترتيب البطلان الموضوعي كجزء لها حالة تعييبها، فالأحكام القضائية بفصلها في موضوع الدعوى يعد عنوانا للحقيقة، فإذا أخطأ القاضي في التقدير نتيجة خطأ في القانون أو في

²⁷ - "...و الأعمال الإجرائية متنوعة في الخصومة منها ما يقوم بها القاضي مثل الحكم أو الأمر ، و منها ما يقوم به الخصوم أو وكلائهم مثل الطلبات على اختلاف أنواعها سواء أصلية أو عارضة و الدفوع و إعلان الأوراق أو إعلان واقعة معينة أو أعمال متعلقة بالإثبات كالإقرار أو حلف اليمين، ومنها ما يقوم بها الغير كشهادة الشهود أو عمل الخبير". أحمد مليجي، مرجع سابق، ص637.

²⁸ - ذهب أحمد مليجي، التنفيذ، (وفقا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليها بأراء الفقه وأحكام النقض، الجزء الأول، دون طبعة، دون دار نشر، دون بلد، دون سنة نشر، ص637، إلى عكس ذلك بالقول : "...والأعمال الإجرائية متنوعة في الخصومة منها ما يقوم بها القاضي كالأحكام و الأوامر...".

تأويله أو بسبب غش الخصوم ، فيكون هذا الحكم عرضة للطعن فيه لا بطلانه، وعليه فإن نص المادة 64 من ق.إ.م.إ.ج لا ينطبق على الأحكام القضائية باعتبارها من إجراء الخصومة، كما ذهب المشرع الفرنسي حينما أخرج الأحكام القضائية من الأعمال الإجرائية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاضي لا يعتبر خصما في الدعوى. أما عن التعداد الوارد في نص المادة (64) من ق.إ.م.إ.ج فقد كشف المشرع عن نيته إذ عبر صراحة بأن التعداد الوارد بها جاء على سبيل الحصر، ومن ثم يكون قطع كل تأويل له.

الخاتمة:

على ضوء ما تناولناه في دراستنا هذه نخلص أن البطلان الإجرائي يترتب على عيب شكلي أو موضوعي للعمل القانوني متى توافرت شروطه ومقتضياته الشكلية والموضوعية في كل عمل قانوني، وأن البطلان الإجرائي منه ما يتصل بالنظام العام وبالمسائل الجوهرية ومنه ما لا يتصل بهما. غير أنه وطبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ولأحكام قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد ولا اعتبارات عملية فإن المشرع سواء الجزائري أو الفرنسي لم يربط البطلان الإجرائي في جميع الحالات إذا تحققت الغاية من الإجراء، غير أنه نجده استثنى منه الحالات المتعلقة بالنظام العام وبالمسائل الجوهرية. كما أن حصر جميع حالات البطلان لعيب شكلي أو لعيب موضوعي يعتبر من المسائل المستعصية بالنسبة للمشرع، وعليه كان عليه ألا يقطع باب الاجتهاد على القاضي وبأن يترك له قدر من الحرية ليقدر الإجراء المتخذ في مسألة معروضة أمامه ومدى اتصاله بالنظام العام وبالمسائل الجوهرية، غير أنه والملاحظ على قاعدة البطلان الإجرائي لعيب شكلي التي تبناها المشرع الجزائري والتي هجرها المشرع الفرنسي نظرا للانتقادات الموجهة إليها وهي قاعدة " لا بطلان إلا بنص " تعتبر من قاعدة جامدة تقرض على القاضي إعمالها في كل مرة مما ينتج عنها في حالة توافر مبرراتها بأنها تعصف بكل العمل الإجرائي ولو تحققت الغاية منه.

النتائج و الاقتراحات:

أولا - النتائج:

- 1- أن ما يلاحظ على البطلان الإجرائي القائم على قاعدة " لا بطلان بدون نص "، ضيق من حالات البطلان وجعل تطبيقه متعلق بالنص عليه.
- 2- أن حصر حالات البطلان لعيب في الإجراء صعبا إن لم يكن مستحيلا، وأن عدم إيراد الاستثناءات المتعلقة بالأشكال الجوهرية وبالنظام العام يجعل إعمال البطلان مرهقا بالنسبة للقاضي. 3 - أن جعل

البطلان كجزاء إجرائي لا يترتب إلا إذا نص القانون صراحة عليه يكون قد قطع المشرع على القاضي باب الاجتهاد.

4- أن المشرع الجزائري رتب " عدم القبول شكلا" في حالات كثيرة عوضا عن البطلان لعيب في شكل الإجراء يكون قد استتجد " بجزاء الدفع بعدم القبول" الذي يعتبر جزاء عن عدم توافر أحد شروط قبول الدعوى.

ثانيا - الاقتراحات:

1- أن صيغة نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 والتي جاء فيها : " ...و لا ينشأ البطلان إلا نتيجة لعيب شكلي ، وكان الأصح أن تحرر هذه الفقرة على النحو التالي: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية لعيب شكلي"

2- أن الطبيعة القانونية للبطلان الإجرائي تجعل حصر حالاته مستعصية على المشرع ، مما يتعين ترك حرية أوسع للقاضي وتمكينه من إثارة وتحديد طبيعة الإجراء المتخذ إذا كان يتصل بالنظام العام وبالإجراءات الجوهرية.

3- أن صياغة النصوص المتعلقة بالبطلان الشكلي يجعل الأمر مبهما بعض الشيء من المشرع، فهو من جهة لا يرتب البطلان إلا إذا نص عليه صراحة، ومن جهة أخرى استعمل الدفع بعدم القبول، ومن ثم فهي تحتاج إلى إعادة صياغتها.

4- يجب على المشرع إعطاء قدر أكبر من الحرية للقاضي لفتح باب الاجتهاد أمامه.