

إنعدام التصرفات القانونية في القانون العام والخاص

محمد عبد الكريم شريف

قسم القانون، كلية القانون، جامعة تيشك الدولية، كوردستان، العراق

المستخلص

بعث فكرة إنعدام التصرفات القانونية في إطار القانون الخاص، فالتصرف المنعدم تصرف لا وجود له، ولا تترتب عليه أية آثار قانونية، بل ولا ضرورة للجوء الى القضاء للحكم بانعدامه، وفكرة الانعدام لا يجعل من التصرف القانوني باطلاً فقط، بل يسوقه الى مصاف الشيء غير الموجود، ومن ثم فإن البطلان قد يترتب عليه آثاراً قانونية بينما قد لا يترتب على الانعدام أية آثار قانونية تؤخذ بعين الاعتبار. وانتقلت الفكرة الى القسم العام من القانون، كالقانون الدستوري والقانون الاداري وحتى في إطار القوانين الإجرائية. إلا أنه سرعان ما تلاشت الفكرة في إطار القانون المدني واكتفى غالبية الفقه بالاعتماد على التقسيم الثنائي للبطلان وهي البطلان النسبي والمطلق. أما البطلان المطلق فهو "الذي يشوب تصرفاً صدر مخالفاً للشروط التي يضعها القانون لهذه الأركان"، وأما البطلان النسبي فيعد: "جزءاً يلحق بالتصرف الذي تعتوره بعض العيوب الخاصة مثل عيوب الرضا والأهلية". ولقاة مؤيدي فكرة الإنعدام فلم يبقى للفكرة وجود في إطار القانون الدستوري، وحتى القانون المدني. إلا أن القانون الاداري أخذ على عاتقه تطوير فكرة الانعدام، من حيث الطعن والمدد القانونية، وظلت هذه الفكرة راسخة في إطار القانون الاداري حتى مع عدم وجود نصوص قانونية ينظم ذلك، والذي أخذ على القضاء الاداري على عاتقه تطوير ذلك. وفي مجال المرافعات الادارية فإن القضاء قد نظم فكرة إنعدام الاحكام القضائية بكونها فكرة قائمة بحد ذاتها ولها خصائصها وحالاتها.

الكلمات المفتاحية: الانعدام، البطلان، القرار الاداري المعدوم، الحكم المعدوم، العقد المعدوم.

1. المقدمة

فكان لزاماً طرح فكرة الإنعدام بجانب فكرة البطلان وذلك لتمييزها عن الأخيرة بكونها لا يترتب عليها أية آثار قانونية وغير قابلة للتعديل والتصحيح.

ويغلب على الظن ان فكرة الانعدام نشأت في كنف القانون الخاص، ومنه انتقلت الى الفروع الأخرى من القانون، كلقانون الإداري والقانون الدستوري، لتصل الى انعدام إجراءات المحكمة وأحكامها..

أسئلة البحث:

1. ماهي فكرة الإنعدام في القوانين؟
 2. ماهو الأثر المترتب على فكرة الانعدام؟
 3. مدى إهتمام القوانين بفكرة إنعدام التصرفات القانونية؟
- أهمية الدراسة: لعدم وجود دراسة تتناول هذه الفكرة بشئ من التعمق ولكون الدراسات

يكاد يتخلل فكرة الانعدام كافة القوانين ضمن قسيمي القانون العام منها والخاص، ويرجع ذلك إلى أهمية دراسة هذه الفكرة، ومع ذلك فقد نأى نصوص القوانين بنفسها عن طرح هذه الفكرة، وأخذ القضاء على عاتقه مهمة ما يعتبر ضمن الانعدام من عدمه. والهدف من طرح فكرة إنعدام التصرفات القانونية بجانب فكرة البطلان في القوانين لإختلافها عن الأخيرة، فالتصرف الباطل قد يؤدي في بعض الأحيان إلى جعلها صحيحاً أو قد يكون جزءاً منه صحيحاً، أو قد يكون قابلاً للتصحيح في بعض الأحيان، وفي إطار القانون الإداري فإن التصرف الباطل بعد مرور مدة معينة يعتبر نافذاً وفي حكم القرار الإداري المشروع ويترتب ذات الآثار المترتبة على القرار الإداري المشروع. لذا

بطلاقاً مطلقاً، والذي يكون قابلاً لترتيب بعض الآثار: كتحول العقد، ويحتاج في مناسبتها الى اللجوء الى القضاء للحكم بطلانه. (الفنلاوي، 1997، ص 38) وبالمقابل، لقيت فكرة الانعدام معارضةً من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين منهم (كايبتان وبلاينول وجوليو وأسان) الذين أنكروا التقسيم الثلاثي السابق للعقد وأقروا بتقسيم ثنائي؛ أي البطلان المطلق والبطلان النسبي، وذلك بالقول بأن آثار البطلان المطلق هي ذات آثار الانعدام. (السنهوري، ص 607) وعلى هذا فقد وحجت سهام النقد الى فكرة التصرف المنعدم من ثلاثة جوانب (ابو العينين، 2007، ص 112):-

1. في صحيح القول: إن كان على صاحب الشأن اللجوء الى القضاء للطعن في حالتي البطلان المطلق والانعدام، فلا داعي للتمييز بين نوعي البطلان (دسوقي، 2012، ص 68)
2. يمتاز الانعدام بصعوبة تمييزه عن التصرف الباطل بطلاقاً مطلقاً، إضافة الى أنه "اجتهاد فقهي" لا أساس له في القانون الروماني أو القانون المدني الفرنسي. وإن الحالات التي طرحت للإحتجاج بفكرة الانعدام يمكن التعرض لها بالبطلان. (نفس المصدر، ص 67)
3. بالرغم من أن الفقه قد ميز بين التصرف المنعدم والتصرف الباطل بطلاقاً مطلقاً، إلا أن التوسع في الأخذ بفكرة الانعدام أدى الى أن يشمل بتطبيقه حالات التصرف الباطل بطلاقاً مطلقاً، إذ امتد الى غير مسائل الزواج، بحيث شمل حالات البطلان المطلق، مما أدى الى اندثاره وزواله (الشاعر، 1988، ص 28).

وعلى أية حال، فإن نظرية انعدام التصرفات القانونية في القانون الخاص - قد تلاشت في كل من مصر وفرنسا، ولم يعد لها أثر في أحكام القضاء. مع أنه لا ينكر القول بوجود فكرة العقد المنعدم في القانون الخاص، إلا أنها ذابت مع العقد الباطل بطلاقاً مطلقاً، بحيث بات أمر التمييز بينهما مستحيلًا. هذا وان الأعمال التحضيرية للمادة 138 من القانون المدني المصري تؤيد ذلك حيث ذهبت الى أن: "المستقر أن العقد إما أن يكون باطلاً بطلاقاً مطلقاً - و يدخل فيه العقد المنعدم أو العقد الباطل بطلاقاً نسبياً فالعقد الباطل ليس عملاً قانونياً إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادي أو واقعة قانونية لها آثارها في حدود كونها واقعة قانونية"، وأسباب تلاشي الفكرة راجعة الى أن البطلان المطلق لديه ذات آثار فكرة الإنعدام فيمكن الإستعاضة بالبطلان المطلق بدلاً عنه (فرج، 2008، ص 321). وعليه فإن المشرع المصري يعتمد على التقسيم الثنائي للبطلان: البطلان المطلق والبطلان النسبي (فرج، 2008، ص 337). ومع ذلك، فلا يخفى على الباحث فضل فقهاء القانون الخاص في بعث نظرية الانعدام.

رغم ما سبق؛ فإن المشرع اللبناني أقر بكل صراحة بانعدام العقد في القانون الخاص كنظرية قائمة بذاتها مستقلة عن البطلان. فنصت المادة 188 من قانون الموجبات والعقود على أن: "عدم وجود الموضوع يستلزم انتفاء وجود العقد". وأكدت على ذلك المادة 203 بأنه: "إذا وقع الغلط على ماهية العقد، أو على حقيقة موضوع الموجب، فهذا يحول دون إنشاء العقد نفسه فيعد العقد كأن لم يكن". وعبارة كأن لم يكن يوحي بمعنى الأندام. فأسباب البطلان إما يرجع إلى خلل في ركن من أركان العقد أي مقوماته، كأن لا يكون المتعاقد متمتعاً بالأهلية عند صدور الإيجاب أو القبول، أو ألا يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، أو أن يكون العقد بناء على سبب مشروع أو خالياً من الأسباب، أو أن يكون المحل مخالفاً للنظام والآداب العامة، فكل ذلك يمس جوهر العقد ومقوماته. والحالة الثانية

قد تناولتها بصورة عابرة، دون الإشارة الى القيمة القانونية لفكرة الانعدام ولعدم وجود دراسة تتناول هذه الفكرة في كافة القوانين.

نظراً لأهمية فكرة الانعدام وخطورة آثاره، احتدم النقاش حوله على مستوى الفقه والقضاء الإداري، فتعددت الآراء الفقهية والإتجاهات القضائية بشأنه، ولما كان فكرة الانعدام لم يلق نصيباً كافياً من البحث في العراق ولبنان -على الرغم من أهميته الكبرى- فقد وجدنا هذا الموضوع من الأهمية بمكان، بحيث يستحق البحث والدراسة، معتمدين في ذلك - ما أمكن- على اجتهادات الفقه وأحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر ولبنان والعراق.

نطاق البحث: يتناول البحث فكرة الانعدام في قسيمي القانون العام والخاص بحيث تتناول مدى إدراج الدول في قوانينها كالتقوانين الفرنسية والمصرية والعراقية.

منهجية البحث :

تتناول في البحث المنهج التحليلي للقانون وأحكام القضاء وآراء الفقهاء حول فكرة الانعدام في كافة القوانين .

وبناء على ما سبق، تجري هذه الدراسة- وفق تسلسل منطقي- في مبحثين متتاليين

2. فكرة الانعدام في القانون الخاص

ظهرت فكرة انعدام التصرفات القانونية، بدءاً في القانون المدني، ليمتد تطبيقها بعد ذلك الى قانون المرافعات. وفيما يلي نفضل ما سبق قوله في فرعين: الأول: ويتناول نشأة فكرة الانعدام في القانون المدني، والثاني: نستعرض فيه نشأة فكرة الانعدام في قانون المرافعات.

2.1 فكرة الانعدام في القانون المدني

لجأ فقهاء القانون المدني الى اعتبار التصرفات الباطلة والتي لا يوجد لها نص في القانون على بطلانها من قبيل التصرفات المنعدمة، لكون القاعدة التي تحكم البطلان في القانون المدني تتجلى في مبدأ (لا بطلان بدون نص)، والمسألة التي أثرت في هذا الصدد هي زواج المثليات، أو مباشرة شخص لعقود الزواج وهو غير مخول رسمياً لها، واستندوا في ذلك على أن البطلان تحكمه نصوص القانون (كجزء لتخلف ركن من أركان التصرف القانوني)، أما بصدد الانعدام - وبالأخص في الحالات المذكورة- فإن العقل والمنطق يحكمان بتحقيقه دون حاجة الى نص في القانون يحكم بذلك (أبو العينين، 2007، ص 109) ويلاحظ أن أول من نادى بفكرة الانعدام هو الفقيه الألماني Zachariae الذي نوه بأن الانعدام: "واقع بقوة القانون" دون حاجة الى نص (الحرف، 1961، ص 70).

فقد ذهب جانب من الفقه الى تقسيم البطلان الى ثلاث درجات: البطلان النسبي، والبطلان المطلق، والانعدام. معتبراً أن الانعدام هو "جزء تخلف ركن من أركان التصرف القانوني الذي لا يتصور له وجود بدونه"، أما البطلان المطلق فهو "الذي يشوب تصرفاً صدر مخالفاً للشروط التي يضعها القانون لهذه الأركان"، وأما البطلان النسبي فيعد: "جزءاً يلحق بالتصرف الذي تعتوره بعض العيوب الخاصة مثل عيوب الرضا والأهلية". (السنهوري، 1998، ص 604)

وأخيراً فقد وصف الفقه العقد المنعدم بأنه عقد لا وجود له، ولا تترتب عليه أية آثار قانونية، بل ولا ضرورة للجوء الى القضاء للحكم بانعدامه، وبذلك يميز عن العقد الباطل

التقاعد أو عزله أو إستقالته(صعب، 2007، ص50) أو صدور قرار من محكمة البداية في النفقة الزوجية، أو أن تصدر محكمة الأحوال الشخصية قرار في دعوى جزائية أو بدائية(الشرفاني، 2010، ص264)

ومن تطبيقات ذلك في القضاء العراقي: اعتبار الأحكام الصادرة من "محكمة غير مختصة" في مصاف الأحكام المنعدمة، حيث ذهبت الهيئة الموسعة الجزائية في العراق إلى أن: "القرار الصادر من الهيئة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية بشأن طلب التدخل التمييزي في قرار صادر من محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية يعد قراراً معدوماً، لصدوره من جهة قضائية غير مختصة للنظر فيه تمييزاً"(قرار الهيئة الموسعة الجزائية بمحكمة التمييز الاتحادية العراقي رقم: 431/الهيئة الموسعة الجزائية/2011 بتاريخ 20/2/2012)

وذهبت الهيئة الموسعة بمحكمة التمييز العراقية للقول بأنه "تختص محكمة التمييز في نظر الطعن تمييزاً في الحكم الصادر بمنع المعارضة في منفعة العقار، فإذا نظرت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالطعن المذكور، فيكون قرارها معدوماً لا يرتب أثراً قانونياً"(رقم القرار 108/موسعة أولى/84-85، بتاريخ 29/5/1985)

ويلحق بانعدام الأحكام، انعدام الإجراءات القضائية والذي هو "وصف أو تكييف للعمل الإجرائي الذي فقد أحد العناصر الأساسية اللازمة لوجوده، وهذه العناصر تمثل الحد الأدنى لوجود ذلك العمل" (الشرييني، ص76) وكذلك فإن انعدام الإجراءات يؤدي الى انعدام الحكم الصادر بناءً عليها (شقيقة، ص91)

الفرع الثاني: الطعن في الأحكام المنعدمة :

من صفات انعدام الأحكام أنها لا تحتاج إلى تقرير من القضاء، وإنما لكل ذي مصلحة إنكار الحكم المنعدم، (فودة، ص53) بحيث يجوز الدفع بالانعدام وإثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز. وهو لا يرتب أية آثار قانونية، وغير قابل للتصحيح، وإن فوات مدة الطعن لا يخصنه من الطعن فيه؛ لكونه من النظام العام؛ فللقاضي إثارته من تلقاء نفسه، حتى وإن لم يثره الخصوم (ابو الوفا، 1989، ص331؛ الشرفاني، ص246؛ صعب، ص48) هذا وإن الطعن في الحكم المنعدم يقدم الى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، وذلك بالطلب منها بإعادة النظر في موضوع النزاع، وبالتالي فالمحكمة التي أصدرت الحكم لا تستنفذ ولايتها على موضوع النزاع، كأن يكون الحكم صادراً في خصومة معدومة (ابو الوفا، ص336؛ طلبة، 2010، ص305)

أما إذا كان سبب الانعدام راجعاً الى عدم اختصاص المحكمة؛ فيطعن في هذا الحكم لدى المحكمة الأعلى درجة. وفي كل الأحوال: فالحكم المنعدم يخضع للقواعد العامة المقررة للطعن (طلبة، 2010، ص306)

وفي هذا الخصوص ذهبت الهيئة العامة بمحكمة التمييز العراقية، في قرار لها، الى أن "الحكم المعدوم لا تلحقه حصانة، ولا يغلُق أي سبيل للتمسك بانعدامه، وبالتالي فإن القرار المعدوم لا يحول دون النظر في الدعوى ثانية" (قرار الهيئة العامة بمحكمة التمييز العراقية، رقم 59/هيئة عامة/86، بتاريخ 15/12/1986).

إلا أن المشكلة تتور حال كون انعدام قرار المحكمة في الدرجات الأخيرة في التقاضي، كمحكمة التمييز: لكون قراراتها باتة، ولا مجال للطعن في أحكامها أمام أية جهة قضائية، وعلى هذا فقد أوجد قانون المرافعات المدنية المصري حلاً لذلك، وأقر بالطعن في الأحكام المنعدمة الصادرة من محاكم الدرجات الأخيرة عن طريق دعوى البطلان الأصلية، والتي تعرف بأنها: "دعوى ترفع في حالات انعدام الحكم، عندما يبلغ العيب المنسوب للحكم درجة الانعدام". فدعوى البطلان الأصلية تكون ضد الأحكام التي حازت درجة

أن يصيب خلل في أوصافه الخارجية ذاته ومقوماته، كجهالة المقود عليه جملة فاحشة، أو عدم إستيفاء الشروط التي فرضها القانون (د. اياد عبد الجبار ملوكي، 1988، ص185-186)

إن المشرع المدني العراقي، لم أخذ بنظرية البطلان من نظرية الفقه الاسلامي فيه، فالبطلان على وفق قانون المدني العراقي ليست له مراتب متدرجة وإنما على درجة واحدة (غني حسون طه، 1971، ص271).

فالعقد الباطل وفق القانون العراقي لا يعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ولا يترتب عليه أي أثر ويجب إعادة المتعاقدين إلى مكانا عليه قبل التعاقد (انظر: المادة (138/فقرة 1 و2)، من القانون المدني العراقي). ويتضح بأن المشرع قد قصد من العقد الباطل التخفيف بعض آثارها بالتقليل من حالات البطلان عن طريق الأبقاء على العقد بدلاً من إنعدامه، حيث قصدت المادة 139 من القانون المدني الإبقاء على العقد الباطل بطلاناً جزئياً، مرتباً لآثاره بوصفه عقداً صحيحاً بعد إستبعاد ما بطل منه، ففي حينه تكون أمام إنتقاص العقد الباطل، فيمكن حينئذٍ تصحيح هذا العقد ولكن بعد بتر الجزء الباطل، فعقد الهبة غير المشروع والمقترن غير مشروع ولم يكن هذا الشرط هو الدافع اليها، فأن عقد الهبة يبقى صحيحاً ولكن بعد إستبعاد جزئه الباطل(د.غني حسون طه، 1970، ص297). ومن ثم فإن القانون العراقي لا يعرف العقد المنعدم وفقاً لما طرحناه آنفاً، وذلك ولو أخذ بالعقد المنعدم لما كان بالإمكان تصحيح العقد.

2.2 فكرة الانعدام في قانون المرافعات

نتناول هذا الفرع في فقرتين، نبحث في الأولى مفهوم الحكم المنعدم في قانون المرافعات، ونتناول في الفقرة الثانية: الطعن في الحكم المنعدم.

الفرع الاول: مفهوم الحكم المنعدم في إجراءات المحاكم

يعرف الحكم المنعدم: بأنه "عدم توافر الحكم سواءً من الناحية القانونية أو من ناحية صحته فهو حكم كأنه لم يكن" (ذنون ويحيى، 2011، ص365) أو هو: "الحكم الذي يشوبه عيب جسيم يصيب كيانه مما يفقده صفته كحكم، وذلك إذا فقد أحد أركانه الأساسية، وهي: صدوره من محكمة تتبع جهة قضائية، بما لها من سلطة قضائية، أي في خصومة، وأن يكون مكتوباً" (البيهي، 2007، ص280).

ويكون انعدام الأحكام على نوعين: انعدام مادي وانعدام قانوني (الشرييني، 2006، ص413؛ فودة، 1997، ص55) فالانعدام المادي يكون في حال: عدم مباشرة أي عمل إجرائي أو حال عدم الكتابة". أما الانعدام القانوني فيكون في حال "عدم انعقاد الخصومة، أو تخلف الإرادة، أو إغفال التوقيع، أو مباشرتها من فرد عادي، أو الاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات من قبل السلطة القضائية" (فودة، ص55)

ومن صور الحكم المنعدم: الحكم الصادر من شخص ليست له صفة قاضٍ، أو صدوره عن قاضٍ فاقده لأهلية التعبير لإصابته بجنون، وكذلك فإن تطبيق قاعدة دينية أو أخلاقية غير معترف بها في القانون عند إصدار الحكم يجعل الحكم مشوباً بالانعدام(فودة، 1997، ص53) وينعدم الحكم أيضاً إذا توفي القاضي بعد المداولة وقبل النطق بالحكم، أو الحكم الصادر من قاضيين بدلاً من ثلاثة، سواء كانت المحكمة إدارياً أو جنائياً أم مدنياً (أبو العينين، 2000، ص1156ب) أو صدور الحكم من قاضٍ لم يحلف اليمين بعد، أو في حالة القاضي الذي توفي قبل التوقيع على مسودة الحكم، وفي حالة الحكم الصادر من قاضٍ تبلغ بقرار رده (شقيقة، 2004، ص79) أو صدوره من قاضٍ بعد إحالته على

الاداري أيضاً وتتناول ما سبق في فقرات ثلاث تناول في الأول إنعدام القرار الاداري وفي الثاني إنعدام العقد الاداري وفي الثالث إنعدام أحكام القضاء الاداري.

الفرع الأول: إنعدام القرارات الادارية

يعرف القرار الاداري بأنه: "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكن وجائز قانوناً حالاً ومباشراً ابتغاء لتحقيق المصلحة العامة" (الطعن رقم 3413 لسنة 33 ق، جلسة 1988/11/26)

أما القرار الإداري المنعدم فقد الدكتور حسين عثمان بأنه "ذلك القرار الذي لحقت به مخالفة جسيمة أفقدته صفة القرار، وهبط به إلى مجرد العمل المادي الذي لا يتمتع بشئ من الحصانة المقررة للقرارات الإدارية" (عثمان، 2010، ص 677)

فالقرار المنعدم هو ذلك القرار الذي يصيبه عيب جسيم من عدم المشروعية ينحدر به إلى مستوى الأعمال المادية. إذا فما الفرق بين الأعمال المادية والأعمال القانونية، سواء من حيث نشأتها وآثارها، وهل الأعمال المادية تتولد دائماً من عمل مشوب بعبع جسيم من عدم المشروعية؟

للإجابة عن ذلك، تنص على تعريف العمل المادي وما يميزه عن العمل القانوني. فأعمال الإدارة بصورة عامة تنقسم إلى أعمال مادية وأعمال قانونية:

وتعرف الأعمال القانونية للإدارة: بأنها "تلك التي تأتينا الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة عليها، ومن ثم فهي أعمال تؤثر في المراكز القانونية للأفراد إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً". وتنقسم الأعمال المذكورة إلى قسمين: العقود الإدارية، والقرارات الإدارية (عثمان، ص 458؛ جمال الدين، ص 53).

وعرفت المحكمة الإدارية العليا بمصر القرار الإداري والذي هو نوع من أنواع الأعمال القانونية- بأنه: "إفصاح الإدارة بالشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها، وسلطانها الإدارية الانفرادية الملزمة بما لها من اختصاص بمقتضى القوانين واللوائح- وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، ابتغاء تحقيق مصلحة عامة" (الطعن رقم 34/3927 ق- جلسة 1993/3/7).

أما الأعمال المادية للإدارة: فقبل بأنها: "الأعمال التي لا ترتب آثاراً قانونية، كإنشاء أو تعديل للمراكز القانونية" (خليفة، 2011، ص 20؛ شيجا، 2006، ص 324؛ فهدى، 2005، ص 267) وقد تكون مرتباً لآثار قانونية، إلا أنها تكون وليدة إرادة المشرع لا إرادة الإدارة، فهي غير قابلة لترتيب آثار قانونية بذاتها، (خليفة، 2012، ص 164؛ جمال الدين، ص 54) وبالتالي فهي لا تعتبر من القرارات الإدارية، وتنقسم الأعمال المادية إلى: أعمال مادية "إرادية" إرادتها الإدارة، ومنها الإجراءات التنفيذية التي تقوم بها الإدارة: كهدم منزل آيل للسقوط، وأعمال مادية "غير إرادية": تقع من الإدارة دون أن تتجه إرادتها إليها عن طريق الخطأ والإهمال، كحوادث السير التي يتسببها موظفو الإدارة (الحلو، 2010، ص 273؛ راضي، 2010، ص 15)

وفي هذا فرقت المحكمة الإدارية العليا بمصر بين العمل المادي والقرار الإداري، فذهبت إلى أن: "القرار الإداري تتوافر مقوماته وخصائصه، إذا ما اتجهت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها- إلى الإفصاح عن إرادتها الذاتية الملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، في الشكل الذي يتطلبه القانون: بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة. ويفترق القرار الإداري بذلك عن العمل المادي، الذي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية، وإن

البنات، والتي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن القضائية (عكاشة، 2010، ص 1535). وقد ينثار التساؤل حول مدى إمكانية اعتبار النظر تمييزاً في قرارات محكمة القضاء الاداري من قبل المحكمة الاتحادية بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا العري رقم (30) لسنة 2005 والذي نص في الفقرة ثالثاً من المادة الرابعة على إختصاص المحكمة الاتحادية العليا في النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري. وللإجابة على ذلك فيمكن القول بأنه مادام أن منح الإختصاص قد جاء بموجب نص في القانون فذلك يعدد إمكانية إعتبار ممارسته لتمييز الأحكام الإدارية معدوماً بل وحتى باطلاً، وذلك لأن الإندماج هو خروج صريح على أحكام المشروعية المقررة بموجب نصوص القوانين. إلا أن المشرع أدرك ذلك في التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة العراقي لعام 2013 حيث منح إختصاص النظر في احكام القضاء الإداري إلى المحكمة الإدارية العليا.

وقد ورد ذلك في قانون المرافعات المدنية المصري -في المادة 147 منه- بأن دعوى البطلان الأصلية هي: "دعوى لها طبيعة خاصة توجه الى الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية وطريق طعن استثنائي". وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فيمكن الطعن فيه عن طريق تصحيح القرار التمييزي حيث نصت المادة 2/19 من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه "أ-لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز إلا عن طريق طلب تصحيح القرار ولا يقبل هذا الطعن الا بالنسبة للقرارات التمييزية المصدقة للحكم والقرارات الصادرة بنقضه اذا فصلت في الدعوى موضوع الطعن...." وذكر الفقرة 2/1 من نفس المادة على أن من اسباب الطعن "إذا كان القرار التمييزي قد خالف نصاً صريحاً في القانون."

وقد ورد ذلك في قانون المرافعات المدنية المصري -في المادة 147 منه- بأن دعوى البطلان الأصلية هي: "دعوى لها طبيعة خاصة توجه الى الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية وطريق طعن استثنائي". وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فيمكن الطعن فيه عن طريق تصحيح القرار التمييزي حيث نصت المادة 2/19 من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه "أ-لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز إلا عن طريق طلب تصحيح القرار ولا يقبل هذا الطعن الا بالنسبة للقرارات التمييزية المصدقة للحكم والقرارات الصادرة بنقضه اذا فصلت في الدعوى موضوع الطعن...." وذكر الفقرة 2/1 من نفس المادة على أن من اسباب الطعن "إذا كان القرار التمييزي قد خالف نصاً صريحاً في القانون."

أن الملاحظ ان الفقرة (ب) من نفس المادة قد ذكرت بأنه "لا يجوز النظر أو الخوض في غير الأسباب القانونية التي أوردتها طالب التصحيح في عريضته"، وإن كان النص قد جاء عاماً ويطبع على جميع حالات الطعن في الاحكام، إلا أن هذا النص لا يتلائم مع ما إذا كان الحكم التمييزي منعماً، فطبيعة الحكم المنعدم ينبغي أن تثبته المحكمة من تلقاء نفسها حتى دون طلب من الأطراف لكونه لا يترتب عليه آثار قانونية. وبالتالي فإننا نقتح إضافة العبارة التالية للفقرة (ب) من المادة 219 "إلا إذا كان الحكم منعماً".

3. الانعدام في القانون العام

بعد أن ظهرت فكرة الانعدام في القانون الخاص انعكست على القانون العام، سواء في القانون الإداري (المطلب الأول)، أو في القانون الدستوري (المطلب الثاني).

3.1 الانعدام في القانون الإداري

بعد ظهور فكرة الانعدام في القانون الخاص، إنتقلت هذه الفكرة الى القانون الإداري، متمثلةً بانعدام العقد الإداري وانعدام القرار الإداري. وبل أنتقل الى انعدام الأحكام القضاء

إلا أن إمتداد مدة الطعن في القرارات المنعقدة لم ينص عليه المشرع العراقي وإقليم كردستان، لذا نقترح على المشرع في العراق وإقليم كردستان إضافة نص في قانون مجلس الدولة العراقي وقانون مجلس الشورى في إقليم كردستان حول جواز الطعن بالقرارات المنعقدة دون التقييد بميعاد الطعن، لتكون مدد الطعن قد حددتها القوانين وإن رفعها يجب أن يكون بموجب القانون. أسوةً بالمشرع الأردني في قانون محكمة العدل العليا والتي ذكرت في المادة 12 الفقرة (ج) على جواز الطعن بالقرارات المنعقدة دون التقييد بمواعيد الطعن.

الفرع الثاني: انعدام العقد الإداري

إن فكرة الانعدام إمتدت وأصرها لتصل إلى العقد الإداري، فذهب رأي في الفقه إلى أن العقد الإداري يكون منعقداً متى أبرم هذا العقد من قبل موظف غير مختص، أو عند مخالفة العقد للقواعد المتعلقة بشكل العقد، أو عند انعدام قرار التصديق على العقد متى كان العقد خاضعاً لنظام التصديق. (زريق، 2002، ص 141)

في حين حصر جانب آخر حالات انعدام العقد الإداري بحالة إبرام العقد من موظف غير مختص، أو إن كان العقد قد أبرم من موظف فوض تفويضاً باطلاً، أو في حال تجاوز الموظف لحدود التفويض، وأخيراً في حالة تصديق العقد من سلطة غير مختصة. (النجار، 1981، ص 247)

وذهب شراح العقود الإدارية إلى اعتبار العقد منعقداً حال انعدام إرادة الجهة الإدارية. (وصفي، 1961، ص 739) واعتبر رأي آخر العقد منعقداً عند صدوره من موظف غير مختص (زريق، ص 141).

كما واتجه جانب من الفقه إلى أن العقد الذي تبرمه الإدارة يكون منعقداً، متى تم ذلك دون الحصول على إذن مالي من السلطة التشريعية، وبالتالي فإن الإدارة تكون مغتصبةً لسلطة المشرع، بحجة أن الدساتير والقوانين العادية تلزم الإدارة لتوقيع عقود: التزام المرافق الحصول على إذن مالي من السلطة التشريعية. (علي، 2006، ص 500) ولقد أوردت المحكمة الإدارية العليا -في مصر- نوعاً آخر من أنواع انعدام العقد الإداري، حيث لا يشوب العيب الجانب الإداري، وإنما يشوب الطرف المتعاقد مع الإدارة، بحيث اعتبرت المحكمة العقد المبرم من الإدارة مع طرف ليس له أهلية التعاقد منعقداً، فقضت بأنه: "إذا كانت الشركة هي فرع لشركة أجنبية تتمتع بالجنسية التركية -و مقرها الرئيسي مدينة استانبول- قد أبرمت العقد مع محافظة البحر الأحمر، في وقت لم يكن لها وجود قانوني في مصر، فلا يسوغ لها مزاولة أي نشاط في مصر إلا بعد استيفاء وجودها القانوني - أساس ذلك: إن الشركة لم تكن لها أهلية التعاقد، وبالتالي يكون العقد محل النزاع معدوماً لا يترتب أي أثر لانعدام أهلية أحد طرفيه - وإن قيام الشركة بالتزام نص المادة 309 من اللائحة، بإجراء قيدها في السجل التجاري في تاريخ لاحق، لا يغير من كون الشركة كانت فاقدة الأهلية وقت التعاقد" (طعن رقم 1368 لسنة 32 ق، جلسة 5-6 1990)

تقرر هذا في حين يرد الدكتور (برهان زريق) إلى نفي فكرة انعدام العقود الإدارية. بحيث اتجه رأي إلى القول بأن الحالات التي أوردتها الفقه (حول انعدام العقد) ليست بمستوى تكوين نظرية، وبالتالي فهي حالات نادرة قد تواجه الإدارة في أعمالها (زريق، ص 145) إضافة إلى أن نتائج العقد الإداري المنعقد هي واحدة تتحد مع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، ولا وجه للتمييز بينهما، هنا حتى وإن أورد القضاء فكرة انعدام العقود الإدارية (النجار، ص 247)

رتب القانون عليها آثاراً معينة، لأن مثل هذه الآثار تعتبر وليدة الإرادة المباشرة للمشرع وليست وليدة إرادة الإدارة الذاتية" (الطعن رقم 930، لسنة 11 ق، جلسة 1968/2/24)

إلا أن العمل القانوني للإدارة يتحول إلى عمل مادي -حال اتسامه بعيب جسمي من عدم المشروعية- يصل به إلى درجة الانعدام: كالقرار الإداري المشوب بعيب جسمي من عدم المشروعية (جمال الدين، ص 55) وقيل بأن القرار الإداري المنعقد ينتهي إلى طائفة الأعمال المادية غير الإرادية، كصدور القرار من ليست له سلطة إصدار القرارات الإدارية مغتصباً بذلك سلطة مصدر القرار. وقد يتحول العمل المادي للإدارة إلى "عمل قانوني" إذا تبين أنها قصدت من ورائه إحداث آثار قانونية (سمهانة، 2012، ص 29؛ هيلات، 1996، ص 15)

هذا ولا تكون الأعمال المادية محلاً للطعن بالإلغاء (عبد الله، 2001، ص 320؛ محمد، 2009، ص 201) وإن كان مجلس الدولة ينظر في دعوى التعويض الناشئة عنها، (خليفة، ص 164) ذلك لأن الطعن بالإلغاء يكون بصدور القرار الإداري الذي يحمل صفة الأعمال القانونية، وإن الأعمال المادية لا تحمل هذا الوصف (عبد الله، ص 320) فمجلس الدولة منوطٌ بالنظر في القرارات الإدارية لتقدير مشروعيتها، دون الأعمال المادية، قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 547 تاريخ 2004/4/22

على أن القرار الإداري المنعقد يفقد صفته كعمل قانوني ويعتبر من قبيل الأعمال المادية المعدومة الأثر قانوناً كما أسلفنا، وإن الأعمال المادية -كما ذهب المحكمة الإدارية العليا- إلى أن مجلس الدولة لا يختص بالنظر في الأعمال المادية، والتي لا تقصد الإدارة بها تحقيق آثار قانونية، وإن رتب عليها القانون آثاراً معينة؛ فيكون بإرادة المشرع مباشرة لا بإرادة الإدارة، وإنما يختص بالنظر في القرارات الإدارية النهائية (طعن رقم 1890 لسنة 32 ق، جلسة 1993/11/28)

وأكدت المحكمة الإدارية العليا على ذلك في قرار آخر لها بالقول: إن "العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائماً واقعة مادية، أو إجراءً مثبتاً لها، دون أن تقصد به السلطة الإدارية تحقيق آثار قانونية محددة ملممة للغير، وإن رتب القانون عليها آثاراً قانونية معينة، لأن هذه الآثار يكون مصدرها الواقعة المادية وإرادة المشرع -مباشرة- دون إرادة الإدارة المنفردة والملزمة" (الطعن رقم 34/3927 ق، جلسة 1993/7/3)

من كل ذلك، يمكن لنا أن نتساءل: هل يمكن القول بأنه لا يجوز الطعن بالإلغاء؛ في القرارات الإدارية المعدومة أمام القضاء الإداري؛ باعتبار أن الأعمال المادية يختص بنظرها القضاء العادي للتعويض عنها، ولا يطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري؟

إن مجلس الدولة الفرنسي لم يقبل الطعن في القرار الإداري المنعقد بدءاً، بحجة أن دعوى الإلغاء تكون بصدور القرارات غير المشروعة، وليس بصدور القرارات المنعقدة، إلا أنه نبه لخطورة هذا المسلك وعدل عنه -لاعتبارات عملية- وأصبح يقبل الطعن في القرارات المنعقدة (الطاوي، 2006، ص 383)، وأسس رأيه هنا على أنه ليس من المقبول حماية الأفراد من القرارات المشوبة بعيب بسيط من عدم المشروعية، وترك حمايتهم من القرارات المشوبة بعيب "جسيم" من عدم المشروعية، إلا أنه حكم بتقرير الانعدام، لتمييزه عن القرار الباطل، والذي يحكم فيه بالإلغاء (الطاوي، 2006، ص 52)

والأمثلة على القرار الإداري المنعقد هو صدور القرار من فرد عادي أو صدور قرار من السلطة التنفيذية معتدياً على السلطة التشريعية، يجوز الطعن في القرار المعدوم دون التقييد بمواعيد الطعن (غربي، 2019، ص 128).

في الجمعية العمومية لتسهي الفتوى والتشريع- ومشاركته في إصدار فتوى بشأن ذات موضوع الدعوى، التي يجلس للفصل فيها في إحدى محاكم مجلس الدولة، يترتب عليه بطلان الحكم بطلاناً جوهرياً، ينحدر به الى درجة الانعدام الذي شارك في إصداره- أساس ذلك: ان سبق الإفتاء في موضوع الدعوى يعد سبباً من أسباب عدم الصلاحية لنظرها" (الطعن رقم 2170 لسنة 31 القضائية، جلسة 1991/4/21)

ونعيد في هذا المجال: ذات السؤال الذي طرحناه بشأن انعدام أحكام محاكم الدرجات الأخيرة التي تكون قراراتها باثة وغير قابلة للطعن أمام أية جهة قضائية أخرى . أجابت المحكمة الإدارية العليا بمصر على ذلك بأن أجازت الطعن في أحكام المحكمة الإدارية العليا -بدعوى البطلان الأصلية- متى كانت أحكامها مشوبةً بعيوب جسيمة، فجاء في قرار لها "خلو قانون مجلس الدولة من تنظيم الطعن بالبطلان في أحكام المحكمة الإدارية العليا، وأنه يتعين الرجوع في هذا الشأن إلى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية- ومن الأسباب التي تؤدي إلى البطلان صدور حكم من قاض غير صالح لنظر الدعوى لتتحقق حالة من حالات عدم الصلاحية المقررة قانوناً" (الطعن رقم 4223 لسنة 33ق- جلسة 1988/1/3)

فإن كان احترام حجية الأحكام يقضي بأنه لا يجوز الطعن بأحكام المحكمة الإدارية العليا، والتي أصبحت عنواناً للحقيقة (الادغم، 2009، ص308) إلا أن المحكمة الإدارية العليا تقبل الطعن بالأحكام الصادرة منها: كلما كان الحكم الصادر مشوباً بعيوب جسيمة يجعله في حكم العدم، ويكون الطعن فيه بدعوى البطلان الأصلية، حيث أشارت المحكمة الإدارية العليا الى أنها تختص بالفصل في طلب إلغاء الحكم الصادر عنها، وذلك بدعوى البطلان الأصلية، مع أنه لا يجوز رفع دعوى البطلان الأصلية ضد الأحكام التي حازت درجة البتات، وذلك لعدم المساس بحجية الحكم المطعون فيه، إلا أنه إذا كان العيب الذي شاب الحكم جسيماً، فيمكن إقامة دعوى البطلان الأصلية ضدها، ذلك لأن العيب الجسيم في الحكم يفقد صفته كحكم قضائي له حجتيه (عطية، 2012، ص127)

وكذلك فإن أحكام وقرارات مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة: لا تقبل الطعن فيها من أية جهة قضائية، إلا ان انعدام الأحكام -الصادرة من هذا المجلس- يجعل أحكامها قابلة للطعن أمام محكمة القضاء الإداري، بحيث مارست المحكمة اختصاصها بالنظر بالطعن في القرارات الصادرة من هذا المجلس، بعد أن انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى بطلان تشكيله، لانتهاء صلاحية بعض أعضائه، فجعلت القرارات الصادرة من هذا المجلس منعدمة (ابو العينين، ص1200)

وإن كان الحكم يعتبر منعدماً إذا صدر من قاضٍ جاء تعيينه باطلاً ومخالفاً للقانون بصورة فاضحة (ابو الوفا، ص322) فإننا نجد تطبيقاً لهذه الحالة لدى قضاء مجلس شورى الدولة اللبناني؛ حين أعلن بطلان المرسوم الاشتراعي بتعيين رئيس مجلس الشورى (القاضي د. يوسف سعدالله الخوري) بمرسوم اشتراعي آخر، يجعل قرار تعيينه منعدماً، وبالتالي: "فإن القرار الذي يحمل توقيعه يكون صادراً من رئيس هيئة حاكمة ليس له صفة قاضٍ في مجلس شورى الدولة، وإنه حال إحتواء الحكم أو القرار على مخالفات جسيمة، كالحكم الذي لا يحتوي على توقيع القضاة، المفروض قانوناً، أو صادر عن قضاة غير معينين فإن الحكم يعتبر منعدماً" (. (مجلس شورى الدولة اللبناني، القرار رقم 760 تاريخ 2004/7/13).

وبعد أن بان لنا بأن الانعدام يقع في الأحكام والإجراءات القضائية، يمكن لنا أن نتساءل: هل يقع القرار التحكيمي منعدماً؟ ذلك إن القرار التحكيمي قد يصيبه البطلان.

يرى الباحث أن الاتجاه الذي يأخذ بفكرة انعدام العقد الإداري، بسند أن الإدارة تمتاز بمرتبة أقوى تجاه الطرف المتعاقد، كونها تتمتع بإمنايات عدة تجاه المتعاقد مع الإدارة، تجعلها في مرتبة أقوى من الطرف المتعاقد معها، وذلك دون لجوئها عند استعمالها لهذه السلطات الى القضاء، علاوةً على ذلك، فإن العقد الإداري لا يتمتع بالحماية التي يتمتع بها القرار الإداري، وذلك للقواعد الصارمة التي تحكم القرار الإداري بحيث يجب أن يكون مطابقاً لمبدأ المشروعية، هذا دون العقد الإداري الذي لا يتمتع بنفس الدرجة من الحماية مقارنة مع القرار الإداري. وليس أدل على ذلك من أن فكرة انعدام العقد الإداري واضحة لدى مجلس الدولة الفرنسي: عندما ذهب الى تقرير انعدام العقد الإداري كونه صادراً عن شخص غير ذي صفة قانونية (زريق، ص142) وكذلك فلم تتردد المحكمة الإدارية العليا بمصر بالأخذ بفكرة انعدام العقد الإداري (طعن رقم 1368 لسنة 32 قضائية جلسة 5-6-1990) لنا فإن الحاجة الى فكرة الانعدام أوحج ما تكون إليه في دائرة العقد الإداري، وذلك لكي تعدد سلاحاً بيد الطرف الضعيف (المتعاقد مع الإدارة) كلما رأى أن العقد يشوبه عيب جسيم يضر بمصالحه .

وإن القول بأن الحالات التي ذكرها الفقه نادرة -لا ترقى الى مستوى تكوين نظرية- هو قول مردود، ذلك لأن قلة الحالات في نظرية ما ليست حجة لدحضها، وإنما تبقى النظرية موجودة، إلا أنها تطبق متى توافرت خصائصها. إضافةً الى أن بناء النظريات في القانون الإداري ليس من صنع القضاء فقط، وإنما قد يساهم الفقه في تأسيس بنائها

الفرع الثالث: انعدام الأحكام في القضاء الإداري

أما عن انعدام الأحكام في مجال القضاء الإداري، فيمكن التأكيد بأنه ما قيل بشأن انعدام الأحكام في القضاء العادي يصدق على انعدام الأحكام في القضاء الإداري، وذلك بالنسبة لحالات انعدام الأحكام وآثارها .

وعلى ذلك يعتبر الحكم الإداري منعدماً إذا صدر من محكمة إدارية في مسألة من اختصاص القضاء العادي (ابو الوفا، ص324) وكذلك فإن للقاضي الإداري أن يلجأ الى الانعدام أو البطلان كجزاء لمواجهته الأعمال الاجرائية المعيبة في ذاتها (الشريبي، ص417).

ومن تطبيقات ذلك لدى المحكمة الإدارية العليا بمصر، أنها ذهبت الى أن: "دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا هي محكمة ذات ولاية قضائية، تختلف عن ولاية المحكمة الإدارية العليا، وتشكل على نحو يغير تشكيلها، وتصدر أحكامها على استقلال طبقاً لقواعد نص عليها قانون تنظيم مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972- اختصاص دائرة فحص الطعون على أحد أمرين: إما إحالة الطعن الى المحكمة الإدارية العليا للنظر فيه- وإما الحكم برفض الطعن بإجماع آراء أعضاء الدائرة- وإن قضاء دائرة فحص الطعون بقبول الطعن شكلاً، وأمرت بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه- وعليه يكون حكم دائرة فحص الطعون في هذه الحالة قد جاوز اختصاص هذه الدائرة فيما قضى به من وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وإلزام المطعون ضده بالمصروفات- يعتبر قضاء هذه الدائرة فيما قضى به من وقف تنفيذ القرار المطعون فيه قضاء في شأن لا يدخل في دائرة اختصاصها، ويتضمن غصباً للاختصاص الولائي للمحكمة الإدارية العليا، مما يصم الحكم المطعون فيه بعيوب جسيم، يؤدي الى انعدامه لصدوره من جهة قضائية لا ولاية لها- يترتب على بطلان الحكم الصادر من دائرة فحص الطعون، أن تعود الاوضاع الى مسارها الصحيح، وينعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية العليا للفصل في هذا الطعن وفقاً للقواعد المنظمة لنظر الطعون أمام المحكمة الإدارية العليا" (الطعن رقم 523 لسنة 39 ق جلسة 1994/1/16).

وكذلك ذهبت ذات المحكمة في قرار آخر لها الى أن: "حضور مستشار مجلس الدولة

الاستنتاجات

1. يختلف البطلان عن الانعدام في القانون المدني باعتبار ان العقد المنعدم هو عقد لا وجود له، حتى وأن بعض الفقه قد ذهب الى أنه لا يحتاج الى اللجوء الى القضاء للحكم بإنعدامه، والذي يختلف عن العقد الباطل القابل لترتيب الآثار القانونية كتحويل العقد ويحتاج الى اللجوء الى القضاء لتقرير بطلانه. ومع ذلك فقد تلاشت فكرة الانعدام في فرنسا ومصر، واستبدلت بفكرة العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. إلا أنه لا ينكر وجود هذه الفكرة في ثنايا قانون الموجبات والعقود اللبناني عندما ذكرت في المادة 188 عبارة "العقد كأن لم يكن". ولم يذكر هذه الفكرة في القانون المدني العراقي.
2. لأن هذه الفكرة استغلضت واستوى على سوقه في مجال المرافعات المدنية، وإن لم ينص عليها القوانين، حيث ذهب الفقه والأحكام القضائية بأن الحكم لا يعتبر باطلاً بل ويعتبر معدوماً في حالات معينة كصدور الحكم من محكمة غير مختصة، أو صدور الحكم من قاضٍ لم يحلف اليمين، أو صدوره من قاضٍ بعد إحالته على التقاعد.
3. وفيما يتعلق بالظعن في الأحكام المنعدمة، فهناك من ذهب الى أنه لا يحتاج الى الظعن فيه، ومع ذلك فقد قبل القضاء الظعن في الاحكام المنعدمة ودون التقييد بمواعيد الظعن ويمكن النظر في الدعوى مرة أخرى. وفيما يتعلق بالظعن القرارات المعدومة لمحاكم الدرجة الأخيرة، فيمكن ذلك أن يكون عن طريق الظعن بطريق تصحيح القرار التمييزي، وفي مصر فيمكن الظعن فيه عن طريق دعوى البطلان الأصلية. وفي مجال انعدام احكام القضاء الاداري فإن الامثلة المطروحة في هذا المجال هو صدور الحكم من قاضٍ جاء تعيينه باطلاً.
4. لا يتصور ان يقع القرار التحكيمي منعدماً، لكون المحكمين غير ملزمين بإتباع القواعد والاصول الفنية.
5. من أبرز القوانين التي ساعدت في تطوير فكرة الانعدام هو القانون الاداري، والذي برز بشكل واضح في آراء الفقهاء وأحكام القضاء ونضمت أحكامها دون وجود نص قانوني، حيث طرح في القانون الاداري نوعين من عدم مشروعية القرارات الادارية والتي تتمثل في بطلان القرار وإنعدامه. حيث إعتبر القرار المعدوم في مصاف الأعمال المادية التي لا ترتب ثمة آثاراً قانونية، ولا يتحصن بمرور مدة الظعن، ويجوز الظعن فيه دون التقييد بمواعيد الظعن أمام القضاء الاداري.
6. يعتبر تطبيقات العقد الاداري المنعدم في مجال القانون الاداري ضئيلة ومن أبرز الامثلة توقيع العقد من قبل الادارة مع جهة ليس لها اهلية التعاقد، أو ان العقد من شخص غير ذي صفة قانونية.
7. لم يلاق فكرة الانعدام اهتماماً لدى فقهاء القانون الدستوري، والامثلة التي طرحت هي صدور القانون دون مراعاة الاجراءات والاشكال المنصوصة عليها في الدستور، او دون خضوعه لاجراءات التصويت، واعتبر باطلاً في غير تلك الحالات. فيمكن القول بأن فكرة الانعدام في مجال القانون الدستوري تكاد تكون معدوماً، وقد يرجع ذلك الى عدم حاجته الى ذلك

يعرف التحكيم بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به" (مشيش، 2009، ص 38) واللجوء الى التحكيم يكون في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود المدنية والتجارية والإدارية، أو عن تفسيرها، فهو يعتبر من الأساليب الحديثة لفض هذا النوع من المنازعات، والتي تتميز بالسرعة والدقة. وينبغي أن تكون تلك النزاعات قابلة للصالح أو التفاوض بشأنها أمام هيئات التحكيم (مشيش، 2009، ص 38) والآن نعود إلى السؤال الذي طرحناه بأنه هل يقع القرار التحكيمي منعدماً؟ ذهب القضاء اللبناني الى أنه "طالما أن المحكمين معفيون أصلاً من إتباع القواعد والأصول القانونية، فإنه لا مجال للدعي على القرار التحكيمي بانعدام الوجود لعدم اشتراك أحد المحكمين في الصياغة" (محكمة إستئناف بيروت- الغرفة التاسعة، قرار 94/1019 تاريخ 1994/12/29) ونحن نؤيد قرار المحكمة بأن القرار التحكيمي لا يقع منعدماً، لأنه لا فائدة من إثارة الانعدام، فكلما كان القرار التحكيمي باطلاً؛ فإن لأطراف القضية الظعن في القرار التحكيمي أمام المحكمة المختصة، سواء أمام المحاكم المدنية أو المحاكم الإدارية، وذلك حسب أطراف المنازعة في موضوع التحكيم، دون أن يكون هناك أثر للقرار التحكيمي، ولا وجه للتمييز بين انعدام القرار التحكيمي وحالة بطلانه.

3.2 الانعدام في القانون الدستوري

إن القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية، قد يصيبه ما يصيب القرار الإداري من عيوب عدم المشروعية: الشكلية منها والموضوعية. ومن عيوب عدم الدستورية التي تصيب القانون، عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل، وعيب المحل، وعيب الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية (عبد الوهاب، 2012، ص 129) وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الشأن هو: هل يمكن أن يكون القانون مشوباً بعيوب جسيم من عدم المشروعية، بحيث ينحدر الى درجة الانعدام؟ ندر من ذكر في الفقه فكرة الانعدام في إطار القانون الدستوري، فقد ذهب الدكتور رمزي الشاعر الى أن عدم صدور القانون في حدود الإجراءات المرسومة لإصداره يؤدي الى انعدام القانون، ومن أبرز صوره: صدور القانون دون مراعات الإجراءات والأشكال المنصوص عليها في الدستور، فيما يتعلق بإصدار القوانين، أو صدور القانون دون خضوعه لإجراءات التصويت، ويعتبر باطلاً أيضاً في غير ذلك من الحالات (الشاعر، ص 49). وذكر الدكتور محمد رفعت عبدالوهاب في معرض تعليقه على قرار لمجلس شوري الدولة اللبناني (م. ش. ل، القرار رقم: 92-14/93، بتاريخ 1992/11/19) بشأن المرسوم الاشتراعي، وهو من "القرارات التي لها قوة القانون؛ أي يتخذ بناءً على تفويض من البرلمان"، وذلك في معرض الكلام الذي جاء في القرار بانعدام المرسوم الاشتراعي مخالفتة لقانون التفويض، لأن المرسوم استهدف إفادة شخص معين لمنصب بالذات، وبذلك فالمرسوم قد خرج عن طبيعته التشريعية - طبقاً للمبادئ العامة التي تحكم على أن تقرر المرسوم قواعد عامة ومجردة- وبذلك فقد "خالف الدستور نصاً وروحاً" مما يستتبع انعدامه (عبدالوهاب، ص 156). وفيما يتعلق بموقف العراق فلم نرى نصاً في القانون أو تطبيقاً ذكر فكرة الإنعدام في القانون الدستوري .

وإن البطلان يظل كافية لابطال التصرفات القانونية في مجال القانون الدستوري.

التوصيات

ضرورة الاقرار بفكرة الانعدام في قانون مجلس الدولة العراقي واقليم كردستان كفكرة قائمة، والنص على عدم التقيد بمواعيد الطعن، اسوة بالمشروع الاردني في قانون محكمة العدل العليا الاردنية.

إن الفقرة ب من المادة 219 من قانون المرافعات المدنية العراقية قد نصت على أنه لا يمكن النظر أو الخوض في غير الأسباب القانونية التي أوردتها طالب التصحيح في عريضته. ولكن المشروع العراقي لا يعترف بفكرة الإنعدام وفتح المجال أمام المحكمة إثارة الحكم المنعدم من تلقاء نفسها دون ذكر ذلك من طالب التصحيح، لذا فإننا نقترح بإضافة عبارة " إلا أنه إذا كان الحكم منعدماً" إلى الفقرة أعلاه، أي أنه لا يحتاج الى أن يورد الطاعن في عريضته و يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

المراجع

- جمال الدين، سامي، (2011) نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- جمال الدين، سامي، (2004). الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- الطاوي، سليمان، (2006). النظرية العامة للقرارات الإدارية، راجعه وفتح الدكتور محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي، القاهرة.
- البيبي، سمير يوسف، (2007). دفع وعوارض الدعوى الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة
- الفتلاوي، صاحب عبيد، (1997) تحول العقد، دار الثقافة، عان.
- صعب، عاصم شكيب، (2007). بطلان الحكم الجزائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- الشرفاني، عبد الله علي، (2010). الموجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية، ط4، منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل.
- أبو سمهدانة، عبد الناصر عبد الله، (2012). القرار الإداري في النظرية والتطبيق، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (1998). نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- عبد الله، عبد الغني بيسيوني، (2001). القضاء الإداري اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2012). الاسس العامة للقرارات الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية .
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2011). أسباب قبول دعوى إلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- فودة، عبدالحكم، (1997). البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- عبد الفتاح، علي، (2009). الوجيز في القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- الحلو، ماجد راغب، (2010). القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- راضي، مازن ليلو، (2010). النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، بدون ناشر، أربيل.
- راضي، مازن ليلو، (2010). القضاء الإداري، منشورات جامعة دهوك، دهوك.
- شقيقة، محمد فهد، (2004). إنعدام الحكم القضائي، مطبعة الداودي، دمشق
- عطية، محمد أحمد عطية، (2012). مجلس الدولة- تشكيله واختصاصه، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية.
- عبد الباسط، محمد فؤاد، (2005). القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- عبد الوهاب، محمد رفعت، (2012). القضاء الإداري- رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.
- غني حسون طه، (1970). الوجيز في العقود المسماة عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.

شبحا، إبراهيم عبد العزيز، (2006). القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية.

غنيم، إبراهيم محمد، (2006). المرشد في الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية.

بو الوفا، أحمد، (1989). نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط6، منشأة المعارف، الاسكندرية.

فرج، أمير، (2008). العقد والإرادة المنفردة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية.

طلبة، أنور، (2010). موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثالث، دار الكتب القانونية، القاهرة.

زريق، برهان، (2004). نظرية فعل الغصب- الاعتداء المادي في القانون الإداري، المكتبة القانونية، دمشق.

زريق، برهان، (2002). نظرية البطلان في العقد الاداري، المكتبة القانونية، دمشق.

مشيش، جعفر، (2009). التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت.

الادغم، جلال احمد، (2009). التأديب في ضوء قضاء محكمتي الطعن- النقض والإدارية العليا، دار الكتب القانونية، القاهرة.

عكاشة، حمدي ياسين، (2010). موسوعة المرافعات الإدارية والاثبات في قضاء مجلس الدولة، الجزء الرابع والخامس، منشأة المعارف، الاسكندرية.

عكاشة، حمدي ياسين، (2010). موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول والثاني، دار المجد، القاهرة.

عثمان، حسين عثمان محمد، (2010). أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

دسوقي، رأفت، (2012). فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.

الشاعر، رمزي طه، (1988). تدرج البطلان في القرارات الإدارية- دراسة مقارنة، ط2، مطبعة جامعة عين شمس.

قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، الموصل، المجلد 14، العدد 50.

الأحكام الكبرى للمحكمة الإدارية العليا المصرية، الدكتور عبد الفتاح مراد، ط1، بدون ناشر، بدون سنة نشر.

القرص المدمج، أحكام المحكمة الإدارية العليا، من سنة 1965 الى 2008، إعداد: طه أبو الحسن، قاضي بمجلس الدولة المصري.

مجلة القضاء الإداري في لبنان، اعداد القاضي غالب غانم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت .

المختار من قضاء محكمة التمييز العراقية- قسم المرافعات المدنية، ابراهيم المشاهدي، ج1، دار الكندي، بغداد، 1998.

موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً، الجزء الرابع، الدكتور مجدي محمود محب حافظ، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

مجلة القاضي، مجلة يصدرها اتحاد قضاة اقليم كردستان- العراق، أربيل، ال عدد4، 2012.

المختار من قضاء محكمة التمييز- قسم المرافعات المدنية، ابراهيم المشاهدي، ج1، دار الكندي، بغداد.

مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، بغداد، عدد1، السنة 54، 2000.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عاماً 1965-1980، المكتب الفني، الجزء الثالث، 1984

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل

قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932.

غني حسون طه، (1971). الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971

ابو العينين، محمد ماهر، (2000). الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، الجزء الأول والثاني، ط2، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.

ابو العينين، محمد ماهر، (2007). ضوابط مشروعية القرارات الإدارية، الكتاب الأول، دار أبو المجد، القاهرة

فهيم، مصطفى أبو زيد، (1999). القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

الشرييني، مصطفى محمود، (2006). بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

علي، مصطفى كامل محمد، (2006). الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

هيئات، رمزي محمود، (1996). شروط القرار القابل للطعن بدعوى الإبطال أمام القضاء الإداري في لبنان، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية.

النجار، زكي محمد محمد، (1981). نظرية البطلان في العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس

اياذ عبد الجبار ملوكي، (1988). تحول العقد، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع، العدد الاول والثاني

غريبي، أحسن، (2019). معايير التفرقة بين القرار المنعدم والقرار الباطل دراسة تحليلية نقدية، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 2، ال عدد2.

الجرف، طعيمة، (1961). نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول.

وصفي، مصطفى كمال، (1961). انعدام القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة المحاماة، العدد الخامس.

ذنون ويحيى، ياسر باسم، صدام خزل، (2011). الآثار القانونية للحكم الباطل في