نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد

(دراسة قضائية مقارنة)

الدكتور/ محمد زهرة
مدرس القانون المدني
جامعتي الكويت وعين شمس

مقدمة

١ ـ يعتبر موضوع دعوى «صحة ونفاذ العقد» من أكثر الموضوعات التي تشغل المحاكم المصرية والكويتية على السواء . ولا نجاوز الحقيقة إذا قلنا أن أكثر المنازعات التي يثيرها عقد البيع ـ وهو العقد الذي نشأت في أحضانه هذه الدعوى[1] ـ تثور بصدد دعوى صحة ونفاد هذا العقد[2] .

(١) انظر ما يلي ص ١٨٩ .

(٢) راجع على سبيل المثال : استئناف الكويت ، طعن رقم ١٩٨٣/٧٠ ، مدنى جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٨٣ م ـ تمييز كويتى ، طعن رقم ١٩٨٢/٤٣ م ، تجارى جلسة ١٩٨٢/١٢/١ م ـ تمييز كويتى ، طعن رقم ١٩٨٢/٣٣ م ، تجارى جلسة ١٩٨٢/١٢/١ م ـ تمييز كويتى ، طعن رقم ٨٢/١٥٠ ، تجارى جلسة ١٩٨٣/٤/٢٧ م ـ تمييز كويتى ، طعن رقم ٨٢/١٣٣ ، تجارى جلسة ١٩٨٣/٣/٢ م ـ تمييز كويتى ، طعن رقم ٨١/٧ ، مدنى جلسة ١٩٨١/٦/١ م ـ نقض مصرى ، ٢٥ فبراير ١٩٧٥ م ، المجموعة السابقة ، السنة ٢٦ ، ٩٧ ، ص ٤٧٨ ـ نقض مصرى ، ١٥ نوفمبر ١٩٧٩ ، المجموعة السابقة ، السنة ٣٠ ، ٣٤٤ ، ص ٣٧ .

وبالرغم من هذه الأهمية العملية الكبيرة ، لم تحظى هذه الدعوى بالاهتمام الكافى من جنب الدارسين ، ولم تلفت ـ رغم ذلك ـ نظر المهتمين بالدراسات القانونية . وباستثناء بعض الدراسات القليلة[٣] ، التي حاولت ـ جادة ـ أن تلقى الضوء على النظام القانوني لدعوى صحة ونفاد العقد ، لا نكاد نجد سوى ما تتناوله المراجع العامة في عقد البيع[٤] ، وهو بالتأكيد لا يكفي لإشباع رغبة الباحثين ، فضلاً عن أنه قاصر عن تبيان ماهية هذه الدعوى ودورها في النظام القانوني بوجه عام ، ونطاق حجية الحكم الصادر فيها وغير ذلك من الموضوعات الهامة التي تثار بصدد دراسة هذه الدعوى .

والبحث الذي نقدمه الآن في صورة دراسة لموقف كل من القضاء المصرى والقضاء الكويتي ، محاولة ـ متواضعة ـ من جانبنا لألقاء مزيد من الضوء على جانب هام من جوانب هذه الدعوى وهو نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ العقد .

٢ ـ الغاية من البحث :

نستطيع أن نقرر ـ منذ **البداية** ـ أن هذا البحث يهدف ، ببساطة شديدة ـ إلى الإجابة على التساؤل الآتى : هل يمنع الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد ما من رفع دعوى جديدة من أحد الخصوم بالمطالبة ببطلان أو إبطال هذا العقد ؟ بعبارة أخرى ، إذا فات أحد الخصوم ـ لسبب أو لآخر ـ أن يطعن في العقد المطلوب الحكم بصحة ونفاذه لسبب من أسباب البطلان أثناء نظر دعوى

---

(٣) راجع : برهام عطا الله ، «دعوى صحة التعاقد على البيع» ١٩٨٣ ، الأسكندرية ـ محمد المنجى ، «عقد البيع الابتدائى وجريمة البيع لأكثر من واحد في مجال الإسكان» ١٩٨٣ ، الأسكندرية ، ص ٣٥١ وما بعدها .

(٤) راجع على سبيل المثال : السهنورى ، الوسيط ، جزء ٤ ، المجلد الأول ، «البيع والمقايضة» ١٩٦٠ ، ص ٤٨٨ وما بعدها ـ سليمان مرقس، شرح القانون المدنى ، جزء ٣ ، العقود المسماه ، المجلد الأول «عقد البيع» ١٩٨٠ ، ص ٣١٧ وما بعدها ـ حسام الأهوانى : «عقد البيع في القانون المدنى الكويتى» ، ١٩٨٤ ، ص ١٤٩ وما بعدها ـ عباس الصراف «شرح عقد البيع في القانون المدنى الكويتي» دراسة مقارنة ، ١٩٧٥ ، ص ٤١٦ وما بعدها .

صحة ونفاذ العقد ، فهل يستطيع هذا الخصم ـ الذى فاته إبداء سبب البطلان ـ أن يرفع دعوى جديدة بعد صدور الحكم بصحة العقد ونفاذه مطالباً ببطلان أو إبطال هذا العقد لنفس السبب الذي فاته ابداؤه ؟ بعبارة ثالثة ، هل حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ العقد «مطلقة» أم «مقيدة» ؟

٣ ـ موقف القضاء :

لم يتردد القضاء المصرى طويلاً حينما تصدى للإجابة على هذا التساؤل الهام ، وقرر ـ منذ البداية ـ أن الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ العقد يمنع ـ بمجرد صدوره ـ من مرفع دعوى جديدة للطعن في العقد الذي حكم بصحته ونفاذه لأى سبب من أسباب البطلان(٥) . وقد قررت محكمة النقض المصرية في عبارات لا يعوزها الوضوح أن «الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى أذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ، وعلى ذلك فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته ابداؤه في تلك الدعوى ، ثم حكم بصحة العقد وبنفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب . . . إذ المحكمة (في دعوى صحة ونفاذ العقد) لا تقف عند رفض أسباب البطلان الموجهة إلى العقد ، بل إنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذي يتناوله العقد صحيح ونافذ(٦) .

٤ ـ وقد سار القضاء الكويتى على الطريق نفسه الذي مهده القضاء

---

(٥) نقض مصرى (الدائرة المدنية) ٣ فبراير ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢١ ، ٢٢١ ، ٣٥ .

(٦) ٢١ ابريل ١٩٦٦ م مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٧ ، ٨٩٩ ، ١٢٣ .

المصرى واعتنق المبدأ ذاته الذي قررته محكمة النقض المصرية ، وقرر بدوره هو الآخر ، مستخدماً تقريباً العبارات والألفاظ ذاتها ، أنه « . . من المقرر فقهاً وقضاء أن دعوى صحة ونفاذ التعاقد تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد . . . إذ المحكمة (في دعوى صحة ونفاذ العقد) لا تقف عند رفض أسباب البطلان التي توجه إلى العقد ، بل أنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة اليها أن التصرف الذي تناوله العقد صحيح ونافذ . وإذا كانت الدعوى تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان التي توجه إلى التصرف ، فإنه إذا فات الخصم ابداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته ابداؤه في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب . . وإنما عليه أن يطعن على الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد بطرق الطعن المقررة قانوناً . . فإن هو (أي الخصم) فوت مواعيد الطعن وجاز الحكم الصادر بصحة ونفاذ التصرف قوة الأمر المقضى التى تسمو على قواعد النظام العام ، فلا يحق له رفع دعوى جديدة ببطلان التصرف لأي سبب ولو كان هذا السبب متعلقاً بالنظام العام لأن حجية الحكم الصادر بصحة ونفاذ التصرف تمنع ذلك[٧] .

٥ ـ يمكن لنا إذاً ـ بعد قراءة هذه المقتطفات التي اقتطفناها كمثال من القضائين المصرى والكويتى ـ أن نستنتج بسهولة أن القضاء ، في مصر والكويت ، قد أرسى مبدأ عاماً مقتضاه أن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد يمنع ـ لما له من حجية ـ من رفع دعوى جديدة للطعن بالبطلان في التصرف الذي يتناوله العقد لأي سبب من الأسباب حتى ولو لم تطرح أمام المحكمة صراحة .

والحقيقة أن هذا المبدأ الذي أرست قواعده محكمة النقض المصرية ،

---

(٧) استئناف الكويت ، طعن رقم ١٩٨٣/٧٠ م ، مدنى ، جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٨٣ م ـ تمييز الكويتى ، طعن رقم ١٩٨٢/١٨٣ ، تجارى ، جلسة ٧ ديسمبر ١٩٨٣ .

واعتنقه بعد ذلك القضاء الكويتى ليس حديثاً ، وأن القضاء المصرى قد توصل إلى هذه النتيجة منذ أن «خلق» دعوى صحة ونفاذ العقد[٨] لمواجهة النقض التشريعي الموجود حينئذ ، وقد أيده في ذلك الفقه بالاجماع[٩] .

ونعقد ، بادىء ذى بدء ، أن هذا المبدأ يحتاج ـ من حيث نطاقه ـ إلى إعادة نظر لأن هذه الحجية «المطلقة» التى أسبقها القضاء في كل من مصر ومن الكويت على الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ العقد تتعارض ، عند تحليل عناصرها ، مع النشأة التاريخية لدعوى صحة ونفاذ العقد ومع الدور المسند اليها والهدف منها ، كما أنها تتعارض ـ كما سنرى ـ مع بعض المبادىء والنصوص القانونية .

٦ ـ خطة البحث : ـ

ولكى نستطيع ـ في اعتقادنا ـ أن نحدد بدقة حدود هذه «الحجية» ، يتعين علينا أن تعرض أولا وبإيجاز لتعريف دعوى صحة ونفاذ العقد في المبحث الأول ، ثم لدورها في ظل النظام القانوني بوجه عام في المبحث الثاني ، وأخيراً تخصص المبحث الثالث لنحدد بالتفصيل نطاق حجية الحكم الصادر فيها .

المبحث الأول
(تعريف دعوى صحة ونفاذ التعاقد)

٧ ـ يكاد يُجمع فقه القانون المدنى[١٠] على تعريف دعوى صحة ونفاذ العقد بأنها

---

(٨) نقض مصرى ، ٢٢ ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، جزء ١ ، ص ١٥٤ ـ نقض مصرى ، ٥ يناير ١٩٣٣ ، المجموعة السابقة ، جزء ١ ، ص ١٦٣ ـ نقض مصرى ، ٢٣ نوفمبر ١٩٣٩ ، المجموعة السابقة ، ص ٨٦ .

(٩) السنهورى ، الإشارة السابقة ـ .مرقس، الإشارة السابقة ـ برهام عطاالله ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ وما بعدها .

(١٠) انظر السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ـ مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ وما بعدها ـ الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ ، ١٥٣ ـ الصراف ، المرجع السابق ، ص ٤١١ .

الدعوى التى يرفعها المشتري بعقد بيع ابتدائى ، ليواجه بها امتناع البائع أو تأخره عن القيام بالأعمال الواجبة لتيسير عملية التسجيل ، يطالب فيها الحكم بثبوت البيع ونفاذه ليكون سنداً يغنيه عن عقد البيع ، وتمكينه من مباشرة إجراءات نقل الملكية دون حاجة إلى تدخل البائع .

والحقيقة أن هذا التعريف قد تأثر تأثراً تاماً بنشأة دعوى صحة ونفاذ العقد ، وبالظروف والملابسات التي ساعدت على نشأتها . ذلك أن هذه الدعوى قد نشأت ـ أساساً ـ للتغلب على عناد البائع الذي يرفض أو يماطل في تنفيذ التزامه بنقل الملكية وبعمل كل ما من شأنه أن يساعد على نقلها ، كأن يرفض مثلاً الذهاب مع المشترى إلى مصلحة الشهر العقاري للتوقيع على عقد البيع المعد للشهر أمام الموظف المختص بالتصديق على الامضاءات . ولتخطى هذه العقبة التى تحول دون استمرار المشترى في اجراءات التسجيل اللازمة لنقل الملكية ، اعترف القضاء ـ دون نص ـ لهذا الأخير بالحق في رفع دعوى ، أطلق عليها دعوى صحة ونفاذ العقد ، للحصول على حكم بثبوت عقد البيع ليقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه .

ولهذا السبب ، كان من الطبيعي أن يتصور الفقه بوجه عام دعوى صحة التعاقد على أنها دعوى ترفع من المشترى على البائع الذي يرفض أو يتأخر في تنفيذ التزامه . وهى بهذا المعنى ليست في حقيقتها ـ على حد تعبير البعض[١١] ـ إلا مطالبة المشترى للبائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً .

٨ ـ وإذا كان يذكر لهذا التعريف أنه أبرز الدور الرئيسى لدعوى صحة ونفاذ العقد ، بل والسبب المباشر لنشأتها ، وهو كون هذه الدعوى وسيلة تمنح للمشترى لإجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً طالما كان ذلك ممكناً ، إلا أنه يؤخذ عليه ـ في رأينا ـ أنه لم يساير التطور الذي طرأ على هذه الدعوى فيما بعد .

---

(١١) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٩ ، هامش رقم (٢) .

وإذا كان صحيحاً أن دعوى صحة ونفاذ العقد قد ارتبطت بعقد البيع ونشأت في أحضانه ، وأن القضاء المصرى قد «خلق» إذا جاز التعبير ـ هذه الدعوى كوسيلة في يد المشترى للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد الابتدائى ، إلا أنه يجب ، في أعتقادنا ، ملاحظة أن نظام دعوى صحة التعاقد ، كما حدده القضاء ، يتجاوز ـ بحق ـ نطاق عقد البيع ، وأنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من رفع هذه الدعوى بصدد عمليات تعاقدية أخرى .

فمناط قبول الدعوى ـ أيا كانت ـ هو المصلحة القائمة والمشروعة[١٢] ولما كان الهدف من وراء دعوى صحة التعاقد هو الحصول على حكم بثبوت ونفاذ العقد ، فليس هناك ما يمنع في اعتقادنا ـ من أن ترفع هذه الدعوى بالنسبة لسائر العقود بوجه عام طالما كان لصاحبها مصلحة حالة وقائمة .

ولهذا تطور القضاء ، في مصر والكويت ، وبعد أن كان يحصر دعوى صحة ونفاذ العقد في نطاق عقد البيع فقط، أجاز قبولها بصدد عقد البدل[١٣]، وعقد الرهن الحيازي[١٤]، وعقد الهبة[١٥] وتصور البعض قبولها بالنسبة

(١٢) وقد تكفى المصلحة المحتملة في بعض الحالات لقبول الدعوى إذا كان الهدف منها الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثان لحق يُخشى دليله عند النزاع فيه ، راجع المواد ٣ مرافعات مصرى ، ٢ مرافعات كويتى .

(١٣) نقض مصرى (الدائرة المدنية) ، ٢٩ مارس ١٩٧٩ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٠ ، ص ٩٧٦ .

(١٤) نقض مصرى (الدائرة المدنية) ، ١٠ مايو ١٩٧٩ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٣٠ ، ص ٣١٣ .

(١٥) تمييز كويتى ، طعن رقم ١٩٨٢/١٦٧ ، تجارى ، جلسة ٢٢ يونيه ١٩٨٣ م . ويلاحظ أن محكمة التمييز الكويتية قد أيدت ـ في هذا الحكم ـ حكم محكمة الاستئناف العليا الذي قضى بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد الهبة ، ولكن ليس بسبب أن دعوى صحة ونفاذ العقد غير متصورة إلا بالنسة لعقد البيع ، ولكن لأن الواهب لم يستطع إثبات ملكيته للشيء الموهوب . وإيضاحاً لذلك قررت المحكمة العليا « . . ولما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد الهبة هو تنفيذ التزامات الواهب التي من شأنها نقل الملكية إلى الموهوب تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ، فإن الموهوب له لايجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى ممكنين . . » .

لعقد القسمة وعقد الايجار[١٦] .

٩ ـ ومن ناحية أخرى ، فإن تصور دعوى صحة ونفاذ التعاقد على أنها حق للمشترى وحده فقط هو تصور غير صحيح . حقاً أن هذه الدعوى قد نشأت أساساً كوسيلة يستطيع بها المشترى إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً ، إلا أن ذلك لا يمنع البائع طالما أن له مصلحة قائمة ومشروعة من رفع دعوى صحة ونفاذ التعاقد على المشترى إذا امتنع هذا الأخير عن اتخاذ الاجراءات اللازمة لتسجيل عقد البيع . وقد قررت ذلك ـ بحق ـ محكمة النقض المصرية بقولها « . . وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه ، وتمسكا بقيام مصحلة لهما في الحصول على حكم لأن البيع تم وفقاً لأحكام قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وأنهما لن يتمكنا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعه ، وأن تكليف الأطيان لا ننتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد تمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان . وكان يبين من الحكم الابتدائى أنه قضى رفض دعوى الطاعتين استناداً إلى أن البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع ، دون أن ينفي الحكم وجود مصلحة للطاعنين في إقامة دعواهما ، فإنه يكون قد أخطأ في القانون بما يوجب نفضه»[١٧] .

---

(١٦) المنجى ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ .

(١٧) ٢٦ فبراير ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض ، النسة ٢٧ ، ص ١٠٥ . وتجدر الملاحظة بأن المقصود هو أن البائع يستطيع ـ ما دام أن له مصلحة قائمة يقرها القانون ـ أن يرفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع وذلك للإسراع بعملية التسجيل وتأكيد ملكية المشترى . لكن البائع لا يستطيع ـ على العكس ـ أن يطالب المشترى بتثبيت ملكيته هو على العقار المبيع بدعوى أنه لا يزال مالكاً لأن عقد البيع لم يُسجل ، وذلك لأنه (أي البائع) ملتزم بمقتضى العقد بنقل الملكية إلى المشترى ، ومن كان ملتزماً بنقل الملكية لا يستطيع قانوناً أن يدعيها لنفسه ، وما يسرى ـ في هذا الخصوص ـ على البائع يسرى أيضاً على ورثته ـ نقض مصرى (الدائرة المدنية) ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، الجزء الأول ، ص ١٤٣ .

١٠ ـ وإذا أخذنا في الاعتبار هذه الملاحظات الصحيحة ، وسايرنا هذا التطور القضائى الملموس ، فإن إخراج دعوى صحة ونفاذ التعاقد من الدائرة الضيقة التى نشأت فيها وهي دائرة عقد البيع ، ذلك العقد الذي ترعرت في إحضانه ، إلى مجال التعاقد بوجه عام يصبح ـ في اعتقادنا ـ ليس فقط صحيحاً وإنما أيضاً ضرورة عملية يفرضها الواقع .

ومن هذا المنطلق ، وبهذا المفهوم ، فإن تعريف دعوى صحة ونفاذ التعاقد يجب ـ في رأينا ـ أن يُصاغ على الوجه التالي : هى الدعوى التى يرفعها أحد المتعاقدين بشرط أن يكون له مصلحة قائمة يقرها القانون ، لمواجهة إنكار المتعاقد الآخر للتعاقد الصادر منه أو رفضه تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه ، وذلك للحصول على حكم بثبوت الحكم ونفاذه ، وأن هذا التعاقد قد صدر صحيحاً ونافذاً ، وأنه لا يزال كذلك حتى صدور الحكم .

المبحث الثاني
(دور دعوى صحة ونفاذ التعاقد)

١١ ـ تُعتبر نظام التسجيل حديث نسبياً في الكويت . فقد كانت ملكية العقار تنتقل إلى المشترى بمجرد إبرام عقد البيع دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر[١٨] . إلا أنه بصدور المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ م[١٩] والذى أدخل نظام التسجيل في الكويت ، لم يعد انتقال الملكية نتيجة لازمة ومباشرة لانعقاد العقد ، وإنما تراخي انتقال الملكية إلى حين القيام بإجراءات تسجيل عقد البيع . وبالتالى فإنه يجب ، لكى تنقل ملكية العقار إلى المشترى ، أن يبادر الطرفان بتسجيل العقد . وقد أوضحت المادة السابعة من المرسوم المذكور هذا المبدأ بقولها «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية

(١٨) ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون ـ من حيث انتقال الملكية ـ بين المنقول والعقار ، فكلاهما تنتقل ملكيته إلى المشترى بمجرد إبرام عقد البيع ، راجع ، الصراف ، المرجع السابق ، ص ٤٠٥ هامش رقم (٢) .

(١٩) وقد تعرض هذا المرسوم للتعديل حديثاً بالمرسوم ـ بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٩ .

العقارية الأصلية أو نقله أو تغيره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها بطريق التسجيل بما في ذلك الموقف الوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الآثار سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن[٢٠] .

١٢ ـ وقد حاولت المذكرة التفسيرية للمرسوم المشار إليه أن تبرر إدخال نظام التسجيل العقارى في الكويت بقولها أن جميع الدول المتحضرة تهتم بوضع التشريعات المنظمة لأعمال التسجيل العقارى وسن القوانين التى تنظم المعاملات العقارية بين جمهور المتعاملين حفظاً وتدعيماً للأئتمان العقارى ، ومنعاً للمنازعات التي تنشأ عن هذه المعاملات . ولم تكن الكويت سابقاً في حاجة لمثل هذه القوانين . إلا أنه بعد ظهور النفط في البلاد ، وإثرائها ثراءاً سريعاً ، وازدهار العمران في جميع نواحيها ، وبالتالى ارتفاع اسعار العقارات ارتفاعاً خيالياً نتيجة لكثرة المعاملات لمواجهة أوجه العمران المختلفة ، كل هذا جعل من الضروري التفكير في وضع نظام للتسجيل العقاري الفرض فيه ضبط عملية التسجيل طبقاً لأحدث النظم المعمول بها في البلدان الأخرى والقضاء على كثير من أسباب الشكوى التى تنجم عن مثل هذه المعاملات .

١٣ ـ وبذلك أصبح التسجيل ضرورياً في الكويت كما هو في مصر، ليس فقط للاحتجاج بعقد البيع في مواجهة الغير وإنما أيضاً لنقل الملكية فيما

---

(٢٠) وهذه المادة منقولة نقلاً يكاد يكون حرفياً من المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى المصرى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الصادر في ١١ أغسطس سنة ١٩٤٦ ليكون معمولاً به من أول يناير ١٩٤٧ . وقد تعرض هذا القانون للتعديل جزئياً حينما أدخل المشرع المصرى نظام التسجيل العينى بصورة تدريجية بالقانون رقم ١٤٢/١٩٦٤ في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ م ويلاحظ أن التسجيل ليس ضرورياً لنقل ملكية العقار بين الطرفين في القانون الفرنسي وكذلك القانون البلجيكي ، فالملكية تنقل بين الطرفين بمجرد العقد ، ولا تبدو أهمية التسجيل إلا بالنسة لانتقال الملكية في مواجهة الغير . ولهذا السبب فإن دعوى صحة ونفاذ التعاقد ليست لها أهمية كبرى من القانون الفرنسي .

بين الطرفين أنفسهم. لكن ليس معنى ذلك أن التسجيل أصبح ـ في كل من مصر والكويت ـ ركناً في العقد وأن البيع تحول بذلك إلى عقد شكلي[٢١]. فعقد البيع ما زال ـ في الكويت كما هو في مصر ـ عقداً رضائياً ينعقد صحيحاً بمجرد توافق إرادة الطرفين. بعبارة أخرى، لم يغير قانون التسجيل من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تبرم وترتب كافة آثارها بمجرد اتفاق الطرفين، وإنما عدل فقط في آثاره بالنسبة للمتعاقدين والغير، فجعل نقل ملكية العقار محل البيع غير مترتب على مجرد ابرام العقد، بل أرجأه الى حين إتمام اجراءات التسجيل. وبالتالي، فإن نقل الملكية بعد أن كانت نتيجة لازمة لعقد البيع، أصبح متراخياً إلى ما بعد تسجيله[٢٢].

وإذا كان صحيحاً أن عقد البيع غير المسجل، لا ينقل بذاته ملكية العقار المبيع إلى المشتري، إلا أن دور البائع لا ينتهي ـ كما كان من قبل ـ بمجرد ابرام العقد، وإنما يبقى ملزماً ـ بمقتضى العقد ـ بنقل الملكية إلى المشتري وعمل كل ما من شأنه أن يساعد على إتمام اجراءات التسجيل.

---

(٢١) راجع على العكس من ذلك المادة ٥٠٨ من القانون المدنى العراقى الذي جعلت من عقد البيع عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل، وبالتالى أصبح التسجيل ركناً من أركان العقد لا ينعقد صحيحاً بدونه وليس فقط ـ كما هو الحال في مصر والكويت ـ إجراء ضرورى لنقل الملكية. وعلى ذلك فإنه لا حاجة للأخذ بدعوى صحة التعاقد في القانون العراقى.

(٢٢) وقد أوضحت ذلك المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون التسجيل العقارى بقولها أنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب تسجيله يكون لمن عقد التصرف لصالحه جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ما عدا انتقال الحق العينى فيتأخر هذا الانتقال حتى حصول التسجيل.

راجع في الرضائية بوجه عام: السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ١٤١ وما بعدها ـ البدراوى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧١؛ ص ٨٩ وما بعدها ـ وفي الفقه الفرنسى.

J. Ghestin, traite de droit avil, les oblegations, 11, le contral, L.G.D.J., 1980, p. 18 et.s. - B. stark, Droit civil, obligatins, 1972, p. 3 10 et s. - H.L.et J. Mazeaud, lecens de Droit civil, T. 2, vol. 1, obligations, 1973, "Ihearie generale", p. 90 et s. - F lour et Aufent, Droit civil, les obligations, vol. 1, l'acte juridique, 1975, p. 69 et S. - J. limpens,

لكن هذا الالتزام بنقل الملكية في جانب البائع لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع، ولا ينقضي إلا بالانتهاء من إجراءات التسجيل، ومن ثم وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لإتمام عملية التسجيل والامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل هذا التسجيل عسيراً أو مستحيلاً[٢٣] كأن يقر مثلاً بصدور البيع منه وأن يذهب مع المشتري إلى مصلحة الشهر العقاري للتوقيع على العقد المعد للشهر. فإذا قام البائع بما هو مطلوب منه باختياره برئت ذمته وانقضى التزامه بنقل الملكية الناشيء عن العقد وانتقلت الملكية بالفعل الى المشتري بمجرد الانتهاء من عملية التسجيل.

١٤ ـ لكن الأمور لا تسير في الواقع العملي بهذه الصورة من السهولة واليسر. فقد يرفض البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية والقيام بالاجراءات اللازمة لعملية التسجيل أو يتأخر في القيام بها، فيثور التساؤل عن كيفية انتقال الملكية إلى المشتري في هذه الحالة، وهل سيبقى انتقال الملكية إلى المشتري مرهوناً على موافقة البائع على القيام باجراءات التسجيل.

تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدني الكويتي على أنه «يُجيز الدين ـ بعد اعذاره ـ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً[٢٤]. ولا شك أن للمشتري أن يطلب، بمقتضى هذه المادة، أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام البائع تنفيذاً جبرياً طالما كان ذلك ممكناً وإلا لم يكن أمامه إلا التنفيذ بمقابل (التعويض النقدي). وليس معنى ذلك بطبيعة الحال أن يطلب المشتري من

---

examen de Jurispludence 1960 a 1963, Rev. crit. jris. belge, 1964, p. 467 et s.- De page, traite elementance de droit civil belge, T. 3, les obligations, 1967, p. 25 - G. Ripert, "la reyle marale dans les obligatinos civils", paris 1949, p. 37, no 22.

(٢٣) راجع نص المادة ٤٦٦ مدنى كويتى التى تقرر أنه «إذا لم يكن مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها وأن يمنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال عسيراً» ، راجع أيضاً في نفس المعنى المادة ٤٢٨ من القانون المدنى المصرى

(٢٤) راجع في نفس المعنى المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري.

المحكمة اجبار البائع على التوقيع على العقد المعد للشهر أو الذهاب معه إلى مصلحة الشهر العقاري قسراً وإلا كان في ذلك حجراً على الحرية لم يعد جائزاً في القوانين الحديثة، وإنما يستطيع المشتري أن يصل، إلى نفس النتيجة بالحصول على حكم من القضاء بثبوت ونفاذ عقد البيع يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع عليه، يمكن تسجيله بدلاً من العقد الابتدائي، فتنتقل بذلك ملكية العقار محل التعاقد إلى المشتري. وهذا ما قررته المادة ٢٨٩ من التقنين المدني الكويتي بقولها «يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام»[٢٥]. ومن هنا نشأت دعوى جري العمل على تسميتها «بدعوى صحة ونفاذ العقد» أو دعوى «صحة التعاقد»، وهما مسميان لدعوى واحدة كما تقول محكمة النقض المصرية[٢٦].

١٥ ـ وقد أراد المشرع في كل من مصر والكويت أن يقنن ما توصل إليه القضاء بالفعل بالنسبة لدعوى صحة التعاقد حيث قررت المادة ١٥ من قانون التسجيل العقاري في مصر وجوب تسجيل دعاوي صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية[٢٧]. كما أن المذكرة التفسيرية للمرسوم المنظم للتسجيل العقاري في الكويت قد قررت صراحة أن المشتري له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً، فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل

---

(٢٥) راجع كذلك المادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري حيث تقرر نفس المبدأ.

(٢٦) ٢٧ ديسمبر ١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٣، ص ١٩١.

(٢٧) راجع أيضاً المواد ١٦، ١٧ من نفس القانون. وقد أقرت المادة ١١ مكرر (١) من المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل لبعض أحكام قانون التسجيل العقاري نفس المعنى بقولها «... كما تسجل دعاوي صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية».

(٢٨) وقد صدر هذا التقنين بالمرسم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ وعُمل به ابتدا من ٢٥ فبراير ١٩٨١م.

(٢٩) ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري.

وقد توج التقنين المدني الكويتي هذا التطور التشريعي ونص صراحة في المادة ٧١ على أنه «١ ـ إذا أخل طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بابرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، إذا لم يكن مخلاً بالتزاماته، أن يطلب الحكم في مواجهته بصحة العقد الابتدائي ونفاذه. ٢ ـ يقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي، وذلك دون إخلال بما قد يتطلبه القانون لشهر العقد إذا كان لشهره مقتض».

١٦ ـ من هذا العرض الموجز لكيفية نشأة دعوى صحة ونفاذ العقد، يتضح لنا، بطريقة لا تدع مجالاً للشك، أن هذه الدعوى لم يبتكرها العمل ولم «يخلقها القضاء ـ إذا جاز التعبير ـ إلا للتغلب على عناد البائع الذي يرفض تنفيذ التزامه الناشيء عن عقد البيع بنقل الملكية، ولتكون وسيلة في يد المشتري يستطيع بها إجبار البائع على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً طالما كان ذلك ممكناً. ذلك أن رفض البائع القيام بتنفيذ التزامه واتخاذ ما يلزم لإنهاء إجراءات التسجيل قد وضع القضاء أمام مأزق يتعين الخروج منه : فالملكية لن تنتقل إلى المشتري إلا بالتسجيل، والتسجيل لا يمكن إنهاء إجراءاته كاملة إلا بتدخل البائع وقيامه لكل ما هو ضروري من جانبه لانتقال الملكية، والبائع يرفض أو يماطل في تنفيذ التزامه على الوجه الأكمل. ولم يجد القضاء، أمام مثل هذا الوضع، سوى أن يبحث للمشتري عن وسيلة يستطيع بها تخطي ضرورة تدخل البائع في عملية التسجيل. وقد وجد القضاء ضالته في دعوى صحة ونفاذ العقد، وهي في حقيقتها ليست إلا وسيلة في يد المشتري للوصول إلى تنفيذ التزام البائع رغماً عنه وذلك بالحصول على حكم يقوم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه، ليستطيع بذلك أن يباشر اجراءات التسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع .

من هذا التحليل نستطيع أن نستنتج ـ دون عناء ـ أن المشتري لا يهدف من وراء دعوى صحة ونفاذ العقد إلى الحصول على «شهادة» قضائية بأن عقد البيع محل الدعوى موجود وصحيح، وإنما يريد ـ ببساطة ـ مطالبة البائع بتنفيذ

التزامه بنقل الملكية اختياراً وإلا أجبرته المحكمة على ذلك بإعطاء المشتري سنداً يستطيع أن يقوم بتسجيلة دون تدخل من جانب البائع لتنتقل إليه ملكية العقار المبيع .

وفي ضوء هذا الهدف الذي يبغيه المشتري من وراء دعوى صحة التعاقد، فإنه يبدو ـ للوهلة الأولى ـ أن أمر عقد البيع محل الدعوى من حيث الوجود أو الانعدام، ومن حيث الصحة أو البطلان ليس مطروحاً على محكمة الدعوى بصورة مباشرة لكي تفصل فيه على ضوء الأوراق المقدمة إليها. فالمشتري لا يريد ـ كما ذكرنا ـ أن تقول المحكمة كلمتها بخصوص صحة العقد أو بطلانه، ولا يريد إلا إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً اللهم إلا إذا دفع البائع دعوى صحة التعاقد بأن العقد محل الدعوى باطل أو صوري. أما إذا لم تطرح هذه الأمور صراحة على قاضي الدعوى، فإن القول من جانب القضاء[٣٠] بأن المحكمة لا تقضي بصحة ونفاذ عقد البيع إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذي تناوله العقد صحيح ونافذ يحتاج إلى تفسير؛ إذ كيف تفصل المحكمة في أمور لم تطرح أمامها صراحة؟[٣١] .

المبحث الثالث

(نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد)

١٧ ـ بعد أن استعرضنا بإيجاز تعريف دعوى صحة ونفاذ العقد ودورها الفعلي والهدف الحقيقي الذي يبغيه المشتري من ورائها، نعرض الآن بشيء من التفصيل لحجية الحكم الصادر في هذه الدعوى .

---

(٣٠) راجع الأحكام المشار إليها في ص١٨١ هامش رقم ٢، وكذلك نقض مصري (الدائرة المدنية) ١٧ مايو ١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٤، ص ٧٧٢ ـ تمييز كويتي، ١ يونية ١٩٨١، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٠، العدد الثاني، ص ٢٣٣.

(٣١) انظر ما يلي ص ١٩٨. وما بعدها.

ولا شك في أن الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد له حجيته وقوته في الإلزام شأنه في ذلك شأن كل الأحكام القضائية [٣٢]. لكن ما هو نطاق وحدود هذه الحجية؟ فلو افترضنا مثلاً أن الخصم قد فاته ـ لسبب أو لآخر ـ أن يطعن في العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه بالبطلان، ثم حكم بصحة هذا العقد ونفاذه، فهل يستطيع أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة ببطلان أو ابطال هذا العقد إستناداً إلى هذا السبب الذي فاته؟

أجاب القضاء، في مصر والكويت، على هذا التساؤل بالنفي على أساس أن حجية الحكم الصادر بصحة ونفاذ التصرف تمنع ذلك .

وقد أقام القضاء المصري والكويتي هذه الحجية على عدة عناصر نرى وجوب تحليلها بالتفصيل حتى نستطيع الوقوف بدقة على نطاق هذه الحجية .

أولاً : دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية

١٨ ـ إستقر القضاءين المصري والكويتي على أن دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه، ذلك أن من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ـ والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن القضاء قد وفق ـ في هذا النطاق ـ توفيقاً لا مزيد عليه. فدعوى صحة التعاقد، وهي دعوى موضوعية، تسمح بالفعل لأن يثار بمناسبتها كل ما يتعلق بالعقد محل الدعوى سواء من حيث الوجود أو الانعدام أو من حيث الصحة أو البطلان أو من حيث صوريته أو جديته. فالبائع، وكل من له مصلحة، يستطيع ـ دون شك ـ أن يدفع مطالبة المشتري له بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بأن العقد موضوع الدعوى مثلاً باطل أو

(٣٢) V. en general: R. Guillien, «l'acte juridictionnel et l'autorité dela chose jugée» thèse Brdeaux, 1931, p. 243 ets_J.P. Chevalier, «La relativite deL'autorite de chose jugée le contentieux fiscal», 1975, -. 13 ets.

صوري. وهو إن فعل، فإن المحكمة تلتزم بتحقيق كافة الطلبات والدفوع والفصل فيها.

١٩ ـ ومع ذلك، فإن هذا القول ـ رغم دقته ـ مقدمة لا تؤدي إلى النتائج التي توصل، إليها القضاء كما سنرى، وهو ـ فضلاً عن ذلك ـ قول لا يخدم القضاء فيما ذهب إليه. فالتفسير الدقيق لقول القضاء يقتضي أن نقرر بأن ما يثار أمام قاضي دعوى صحة التعاقد من دفوع أو طلبات تتعلق بالعقد موضوع الدعوى من حيث الوجود والانعدام أو من حيث الصحة والبطلان تلتزم المحكمة بأن تبحثه وتحققه ثم تفصل فيه. وفي هذا النطاق، فإن قول القضاء هو الحق وأن كلمته هي العليا، ولا يجوز بالتالي رفع دعوى جديدة بالبطلان تتعلق بهذا السبب أو ذاك مما حققته المحكمة وفصلت فيه لأن حجية الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد تمنع بحق ـ كما ذهب القضاء ـ من ذلك.

أما بالنسبة لأوجه البطلان التي لم تثار أمام قاضي دعوى صحة التعاقد وبالتالي لم يفصل فيها ولم يقل كلمته بخصوصها، فإن نفس المنطق يقتضي أن نقول بأن الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد لا يمنع من رفع دعوى جديدة ببطلان أو إبطال العقد المحكوم بصحته ونفاذه، لأن الفرض أن القضاء لم يقل كلمته بعد بخصوص أوجه البطلان هذه، وبالتالي فليس للحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد أي حجية تمنع ذلك.

إلا أنه على العكس من ذلك، وبالرغم من هذه التفرقة المنطقية التي تتفق مع ما قرره القضاء، فضلاً عن اتفاقها مع قواعد قانون المرافعات، فإن القضاء قد قرر في عبارات عامة ودون تفرقة بين حالة [illegible] أنه إذا فات الخصم ابداء سبب من أسباب البطلان، ثم صدر [illegible] بصحة العقد ونفاذه، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع [illegible] جديدة ببطلان العقد محل الدعوى إستناداً إلى هذا السبب. أي أن الحكم الصادر في دعوى

صحة التعاقد يتمتع ـ في نظر القضاء ـ بحجية مطلقة ليس فقط بالنسبة لما أثير أمامها من أسباب البطلان وحققتها المحكمة وفصلت فيها، وإنما أيضاً بالنسبة للأسباب التي فات الخصم إبداؤها وبالتالي لم تحققها المحكمة ولم تفصل فيها .

ثانياً : ضرورة فصل قاضي الدعوى في أمر صحة العقد

٢٠ ـ وقد حاول القضاء في كل من مصر والكويت تبرير عدم التفرقة بين الأسباب التي طُرحت صراحة أمام قاضي دعوى صحة التعاقد وتلك التي لم تُطرح، بالقول بأن محكمة الدعوى لا تقف عند رفض أسباب البطلان التي توجه إلى العقد، ولا تكتفي ببحث ما يثار أمامها، وإنما تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد محل الدعوى ولا تقضي بصحته ونفاذه. إلا أذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن العقد «صحيح ونافذ». بعبارة أخرى، تقتضي دعوى صحة التعاقد وبالضرورة أن يفصل القاضي ـ قبل إصدار الحكم ـ في أمر صحة «أو بطلان» العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه، وأن يتحقق من استيفائه لشروط انعقاده .

٢١ ـ وهنا يحق لنا أن نتساءل كيف يتطلب القضاء من قاضي دعوى صحة التعاقد أن يفصل وبالضرورة في أمر صحة «أو بطلان» العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه مع أنه «أمر» قد لا يطرح صراحة على المحكمة .

قد يبدو هذا المطلب ـ للوهلة الأولى ـ متعارضاً مع الدور الرئيسي لدعوى صحة التعاقد والهدف الذي تبتغيه المشتري من ورائها. فقد سبق أن أوضحنا أن المشتري لا يهدف من وراء دعواه بصحة العقد ونفاذه إلى الحصول على «شهادة» قضائية بأن العقد موضوع الدعوى موجود وصحيح. بعبارة أخرى، لم يطلب المشتري من محكمة الدعوى أن تقول كلمتها في «أمر» صحة العقد أو بطلانه، وإنما يريد منها ـ فقط ـ أن تُجبر البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً جبرياً بعد أن رفض القيام بتنفيذه اختيارياً وذلك بالحصول على

حكم بثبوت عقد البيع ليقوم تسجيله مقام تسجيل عقد البيع الابتدائي دون حاجة إلى موافقة أو تدخل البائع .

ومن هذا المنطلق وفي ضوء الدور الذي تقوم به ـ أساساً ـ دعوى صحة ونفاذ العقد، فإن أمر صحة أو بطلان العقد محل الدعوى يبدو ـ للوهلة الأولى ـ غير مطروح على قاضي الدعوى، وهو ـ أي قاضي الدعوى ـ إن فصل في هذا الأمر نزولاً على رغبة القضاء يكون وقع في المحظور وفصل فيما لم يطلبه الخصوم[٣٣] .

٢٢ ـ لكن هذا التحليل، الذي قد يبدو صحيحاً، في اعتقادنا غير دقيق عند التعمق في النظر. حقاً أن الدور الرئيسي لدعوى صحة التعاقد، والذي من أجله نشأت، كان ـ وما زال ـ هو إجبار البائع على القيام بتنفيذ التزامه بنقل الملكية وعمل كل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها والامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل هذا الانتقال عسيراً أو مستحيلاً. لكن هل تستطيع المحكمة أن تُجبر المتعاقد، أي متعاقد، على تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد المطلوب الحكم بثبوته ونفاذه دون أن تتحقق من وجود هذا العقد وصحته؟ يبدو أن الإجابة بالنفي تفرض نفسها في هذا المجال. فالمحكمة لا تستطيع، قانوناً، أن تقضي بتنفيذ عقد باطل، أو صوري. وهو ما يعني ـ في التحليل النهائي ـ أن المحكمة لا تستطيع في دعوى صحة التعاقد أن تجيب المشتري إلى طلبه وتأمر البائع بتنفيذ التزامه عن طريق الحكم بصحة العقد ونفاذه قبل أن تتحقق من «أمر» صحة هذا العقد أو بطلانه. ولعل هذا هو السبب الصحيح ـ في رأينا ـ الذي حدا بالقضاء ـ في مصر والكويت ـ إلى أن يقرر صراحة أن دعوى صحة التعاقد دعوى موضوعية تبحث فيها المحكمة كل ما يثار من أسباب تتعلق ببطلان العقد، ولا تقف عند رفض هذه الأسباب وإنما تجاوز ذلك إلى التحقق من «أمر» صحة العقد أو بطلانه .

(٣٣) راجع المادة ١٤٨ فقرة من قانون المرافعات الكويتي والمادة ٢٤١/٥ من قانون المرافعات المصري .

هذا بالإضافة إلى أن قاضي دعوى صحة التعاقد لا يستطيع ـ بداهة ـ أن يأمر بتنفيذ العقد محل الدعوى إلا إذا كان البيع موضوع التعاقد من شأنه ـ إذا ما سُجل ـ أن يؤدي إلى نقل الملكية، وهو ما يعني أن العقد المطلوب الحكم بثبوته ونفاذه يجب أن يكون صحيحاً ـ فالعقد الصحيح هو وحده ـ دون غيره ـ القادر على نقل الملكية. ويترتب على ذلك أن قاضي دعوى صحة التعاقد يجب عليه ـ قبل الحكم بصحة ونفاذ العقد محل الدعوى ـ أن يتحقق من صحة هذا العقد. ولعل هذا ما تقصده محكمة النقض المصرية بقولها أن «دعوى صحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سُجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية وهذا يقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة البيع . . ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزامه»[٣٤] .

٢٣ ـ وعلى ذلك، فإن الهدف من دعوى صحة التعاقد لم يعد فقط ـ كما كان من قبل ـ مجرد إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية، وإنما أصبح الآن ـ وبعد أن اتساع نطاقها ـ الحصول على حكم بثبوت العقد موضوع الدعوى وأن التصرف الذي يتناوله العقد قد نشأ صحيحاً وأنه لا زال كذلك عند إصدار الحكم. ومن ثم فإن أمر صحة أو بطلان العقد المطلوب الحكم بثبوته ونفاذه أصبح الآن ـ وفي ضوء الثوب الجديد الذي ترتديه دعوى صحة التعاقد ـ مطروحاً صراحة على المحكمة ويجب عليها بالتالي أن تتحقق منه وتفصل فيه .

٢٤ ـ لكن ما الذي يجب على قاضي دعوى صحة التعاقد أن يتحقق منه بالفعل؟ أجابت محكمة الاستئناف العليا بالكويت على هذا التساؤل بقولها «أن المحكمة لا تقف ـ في دعوى صحة التعاقد ـ عند رفض أسباب البطلان التي توجه إلى العقد، وإنما تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد، ولا تقضي

---

(٣٤) ٢١ ابريل ١٩٦٦م، السابق الإشارة إليه.

بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذي يتناوله العقد صحيح ونافذ»[٣٥]. وفي نفس المعنى تقرر محكمة النقض المصرية أن سلطة المحكمة ـ في دعوى صحة التعاقد ـ تمتد إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وتستلزم أن يكون البيع موضوع التعاقد ناقل للملكية . . وهذا يقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة العقد[٣٦] .

فالقاضي يجب عليه إذاً ـ في نظر القضاءين المصري والكويتي ـ أن يتحقق من «أمر» صحة العقد محل الدعوى قبل أن يأمر بتنفيذه. وهو قول حق وإن كان ينطوي على كثير من التعميم يحتاج ـ في رأينا ـ إلى تحليل .

فقاضي دعوى صحة التعاقد لا يأمر ـ طبقاً لموقف القضاء في مصر والكويت ـ بتنفيذ العقد ولا يحكم بصحته إلا إذا كان العقد موجوداً وصحيحاً، أما إذا كان العقد ـ على العكس ـ باطلاً وجب عليه أن يرفض الحكم بالصحة والنفاذ .

٢٥ ـ لكن متى يكون العقد صحيحاً فيحكم قاضي الدعوى بالصحة والنفاذ، ومتى يكون باطلاً فيرفض الحكم بالصحة والنفاذ؟ بعبارة أخرى، ما المقصود بالعقد الباطل؟ ومتى يكون العقد صحيحاً؟

---

(٣٥) ١٥ نوفمبر ١٩٨٣م، السابق الإشارة إليه.

(٣٦) ١٢ ابريل ١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٤، ص ١٠٥ ـ ١٥ نوفمبر ١٩٧٩، المجموعة السابقة، السنة ٣٠، ص ٣٤٤ .

العقد الباطل، هو الذي تخلف ركن أو أكثر من أركان انعقاده، أو اختل اختلالاً يؤدي إلى عدم الاعتداد به أصلاً[٣٧]. وهو بهذا المعنى عقد ولد ميتاً، أو بالأدق لم يولد أصلاً. فالخلل هنا وقع في تكوين العقد بسبب عدم توافر ركن من أركان انعقاده، أو اختلاله اختلالاً أدى إلى انهياره. وعلى العكس من ذلك، فإن العقد الصحيح هو الذي استجمع كل أركان انعقاده وتوافرت له جميع أسس وجوده.

وبهذا المفهوم الصحيح للعقد الباطل، فإن القاضي يجب عليه - في دعوى صحة التعاقد - ان يفحص العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه من حيث وجوده أو انعدامه، ومن حيث صحته أو بطلانه، وأن يتحقق - قبل الحكم بالصحة والنفاذ - بأن العقد قد استكمل جميع شروط انعقاده، وتوافرت له جميع اركانه، وأنه - أخيراً - غير مخالف للنظام العام والآداب. وفي هذا النطاق، فإن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد يكون حجة على الخصوم، ولا يجوز بأي حال قبول دليل ينقض هذه الحجية.

٢٦ - وعلى هذا الأساس - وفي هذا النطاق - يبدو، في رأينا، صحيحاً

---

(٣٧) راجع بوجه عام: عبد الفتاح عبد الباقي «نظرية العقد والإرادة المنفردة» ١٩٨٤، ص ٤٦٣ وما بعدها - عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول، المجلد الثاني، مصاردر الالتزام (المصادر الإرادية) العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٢م، ص ١٠١٧ وما بعدها - سليمان مرقس: شرح القانون المدني، ٢، الالتزامات، ١٩٦٤، ص ١٨٦ وما بعدها - أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٥٨ الطبعة الثانية، ص ٢٥٠ وما بعدها.

وفي الفقه الفرنسي: V. Engeneral

J.Ghestin, Droit civil, les obligations: le contrat, 1980, L.G.D.J. p. 629 ets.-H.L. et J.Mazeaud, lecons de droit civil, T.2, vol. 1, les obligations, sixième éd. 1978 par F. Chabas, p. 274 ets.- Carbonnier, T.4, les obligations, 1972, p. 156 ets.- B.Stark, Droit civil, obligations, 1974, p. 496 et S P. Simler, «la nullite partielle des actes juridiques», 1969, p. 7 ets.

تماماً ما قررته كل من محكمة النقض المصرية ومحكمة الاستئناف العليا بالكويت بأنه إذا فات الخصم ، أثناء (الدعوى) ، ابداء سبب من أسباب البطلان ، من حيث توافر أركان العقد أو مخالفته للنظام العام والآداب ، كان في استطاعته ابداؤه ، ثم صدر الحكم بالصحة والنفاذ ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً ، لما له من حجية ، من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب .

ويمكننا ـ في هذا النطاق ـ تبرير موقف القضاء وتفسيره بسهولة . فالفرض أن قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد قد تحقق ـ قبل الحكم بالصحة والنفاذ ـ من توافر جميع شروط وأركان انعقاد العقد ومن عدم مخالفته للنظام العام والآداب . أي أن القضاء قد قال كلمته بهذا الخصوص ، وهو إذ يقول كلمته ، فإن كلمته هي العليا ، وهي عنواناً للحقيقة ، ويكون في عدم تنفيذها أو التشكك فيها استهانة به .

لكن القضاء سواء في مصر أو في الكويت قد عبّر عن موقفه بعبارات عامة ، بلغت في عموميتها لدرجة أنها لم تفرق بين أسباب البطلان وأسباب القابلية للبطلان ؛ فهل يجب على قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد أن يتحقق ـ قبل حكم الصحة والنفاذ ـ من خلو العقد من أسباب القابلية للبطلان ، فضلاً عن تحققه من خلو العقد محل الدعوى من أسباب البطلان ؟

لا شك أن القضاء لم يفرق بين هذه الأسباب وتلك ، وأوجب على قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد أن يتحقق ـ قبل حكم الصحة والنفاذ ـ من خلو العقد من أي سبب من أسباب البطلان أو القابلية للبطلان .

٢٧ ـ إلا أننا نعتقد أنه وإن كنا نتفق مع القضاءين المصري والكويتي في ضرورة تحقق قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد من وجود العقد وصحته ، أي خلوه من أسباب البطلان ، فإننا نرى ـ على العكس ـ أن قاضي دعوى صحة

ونفاذ التعاقد لا يجب عليه ، بل ولا يحق له ، أن يتحقق من تلقاء نفسه من خلو العقد من أسباب القابلية للبطلان ، اللهم الا اذا طرحت أمامه صراحة ، وذلك للأسباب الآتية :

١ ـ إذا كان القضاء ـ سواء المصري أو الكويتي ـ قد استقر على أن قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد لا يقف عند حد رفض أسباب البطلان التي توجه إلى العقد ، بل انه يجاوز ذلك إلى البحث في «أمر صحة العقد» ولا يقضي بصحته ونفاذه إلا اذا تحقق له من الأوراق المقدمة له أن التصرف الذي يتناوله العقد صحيح ونافذ ، فإن تفسير المقصود من «صحة العقد» الذي يجب على قاضي الدعوى أن يتحقق منه لا يشمل ـ في نظرنا ـ أسباب قابلية العقد للبطلان . فالذي يجب على القاضي ـ في رأينا ـ أن يتحقق منه ـ قبل الحكم بالصحة والنفاذ ـ هو فقط كون العقد محل الدعوى قد استجمع كافة أركانه وشروط انعقاده . وإذا استظهر قاضي الدعوى من الأوراق المقدمة إليه أن العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه قد توافرت له أسس وجوده وجب عليه أن يحكم بصحة هذا العقد ونفاذه .

بعبارة أخرى ، أن كل المطلوب من قاضي دعوى صحة التعاقد هو أن يتحقق من أن العقد محل الدعوى صحيحاً ، أي ليس باطلاً . وليس هناك أدنى شك في أن العقد القابل للبطلان عقد صحيح ، نافذ ، مُنتج لكافة آثاره ، ملزم لأطرافه إلى أن يحكم بإبطاله بناء على طلب من تقرر البطلان لمصلحته . وهو باعتباره عقداً صحيحاً ـ طالما لم يحكم بإبطاله ـ ليس هناك سبباً واحداً يمكن به أن نرفض الحكم بصحته ونفاذه ، **فالذي يمنع من ذلك هو فقط العقد الباطل** .

٢٨ ـ ويبدو أن هذا اللبس يرجع إلى أن القضاء بوجه عام قد تأثر بالاعتقاد السائد بأن البطلان نوعين : بطلان مطلق ، وبطلان نسبي . وعلى أساس هذا الاعتقاد يبدو موقف القضاء منطقياً وصحيحاً : فحيث أن البطلان

ينقسم إلى نوعين ، وأن على قاضي دعوى صحة ونفاذ العقد أن يتحقق من أن العقد محل الدعوى صحيحاً ، أي ليس باطلاً ، وجب على القاضي أن يتحقق من خلو العقد من أي سبب من أسباب البطلان بنوعيه ، وهو إذ يفعل فإن حكمه يكون مانعاً من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد المحكوم بصحته ونفاذه لأن حجية الحكم الصادر بالصحة والنفاذ تمنع ذلك .

لكن هذا الاعتقاد السائد بأن البطلان نوعين هو إعتقاد خاطىء ننزه القضاء عن الوقوع فيه . فالحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن البطلان لا يتنوع أو يتدرج ، ولا يوجد إلا نوع واحد فقط من البطلان ، وما سُمي بالعقد الباطل بطلاناً نسبياً إن هو في حقيقته إلا عقد صحيح ، نافذ ، ملزم لأطرافه ، منتج لكافة آثاره ، كل ما في الأمر أنه يمكن لأحد طرفيه (من تقرر البطلان لمصلحته) أن يطلب إبطاله ، لكنه قبل الحكم بالإبطال عقد صحيح تماماً من الناحية القانونية . هذا من ناحية المقصود بتحقق القاضي من «أمر صحة العقد» .

٢ ـ إن الحكمة من ضرورة تحقق قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد من أمر صحة العقد ترجح هي الأخرى ما ذهبنا إليه وتحصر التزام القاضي في التحقق من أسباب البطلان دون أسباب القابلية للبطلان .

فالحكمة من ضرورة تحقق القاضي ـ قبل الحكم بالصحة والنفاذ ـ من أن العقد محل الدعوى ليس باطلاً تكمن في أمرين : ـ الأول : أن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد يعني إلزام أحد المتعاقدين (البائع) بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ولا يتصور ـ عقلاً ـ أن تأمر المحكمة بتنفيذ عقد باطل ، ولا شك أن العقد القابل للبطلان عقد صحيح مُنتج لجميع آثاره يمكن ـ من هذه الناحية ـ الأمر بتنفيذ تنفيذاً جبرياً . الثاني : أن العقد المحكوم بصحته ونفاذه يجب أن يكون قادراً على نقل الملكية حتى إذا ما سُجل قام تسجيله مقام تسجيل العقد الابتدائي وتنتقل بذلك الملكية إلى المشتري . ولا شك أن العقد

الصحيح هو وحده ـ دون العقد الباطل ـ القادر على إحداث هذا الأثر (نقل الملكية) ، والعقد القابل للإبطال عقد صحيح قادر ـ دون أدنى شك ـ على القيام بهذا الدور إذا ما تمت إجراءات تسجيله قبل الحكم بإبطاله .

ويترتب على ذلك أنه ليس هناك ما يمنع ـ في نظرنا ـ من الحكم بصحة ونفاذ عقد قابل للبطلان طالما لم يطلب من تقرر البطلان لمصلحته إبطاله . فهو ، أي العقد القابل للبطلان ، عقد صحيح ، ملزم لطرفيه ، مُنتج لكفاة آثاره ، وهو من ناحية أخرى ، يمكن تسجيله لتنتقل بذلك الملكية إلى المشتري . وعقد كهذا صحيح ، قادر على نقل الملكية لا يملك القاضي إلا أن يأمر بصحته ونفاذه . أما العقد الباطل الذي تخلف ركن من أركانه أو إختل اختلالاً شديداً فهو وحده ـ دون غيره ـ الذي يمنع من الحكم بالصحة والنفاذ لأنه غير قادر على نقل الملكية الهدف الرئيسي من وراء دعوى صحة ونفاذ العقد . ومن ثم يجب على قاضي دعوى صحة ونفاذ العقد أن يتحقق ـ قبل إصدار الحكم ـ من أن العقد محل الدعوى ليس باطلاً .

٣ ـ صعوبة تحقق قاضي دعوى صحة التعاقد من أسباب القابلية للإبطال ـ فالمفروض هنا أن أسباب القابلية للبطلان لم تطرح على المحكمة ولم تثار أمامها صراحة ولم يدفع بها أحد الخصوم . ولا نستطيع ـ حقيقة ـ أن نتصور كيفية تحقق المحكمة من خلو العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه من هذه الأسباب ، وهي أسباب شخصية ، دون أن تطرح عليها أو يتناضل فيها الخصوم ، إذ كيف يتأتى لمحكمة الدعوى أن تقتنع بما أستقر في وجدانها من أن العقد محل الدعوى خالياً من أسباب القابلية للبطلان أو أنه قابل للبطلان نتيجة لغلط وقع فيه أحد الأطراف ، أو لإكراه وقع على أحدهم أو بسبب استغلال أحد المتعاقدين للآخر أو تدليس ارتكبه أحد الأطراف بهدف تضليل الطرف الآخر ؟[٣٨] . أما بالنسبة لأسباب البطلان ، فإن قاضي دعوى صحة

(٣٨) هذا مع استثناء نقص أهلية أحد المتعاقدين ، إذ يمكن لمحكمة الدعوى أن تتحقق من ذلك بسهولة .

التعاقد يستطيع ـ على العكس من أسباب القابلية للبطلان ـ أن يتحقق منها عملاً ؛ إذ يكفي التحقق ـ من الأوراق المقدمة إليه ـ من توافر أركان العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه من رضا ، محل ، وسبب ، وأن العقد غير مخالف للنظام العام والآداب وأنه ـ أخيراً ـ جدي وليس صوري[٣٩] .

نموذج صحيفة دعوى صحة التعاقد :

صحيفة دعوى صحة تعاقد

انه في يوم ..... الموافق / / ١٩
بناء على طلب السيد / ..... ، وموطنه الفعلي ..... شارع .....
محافظة ..... ، ومحله المختار مكتب الأستاذ .....
المحامي ..... شارع .....
قسم ..... محافظة .....
انا ..... محضر محكمة ..... انتقلت الى محل اقامة السيد / ..... ويعلن برقم .....
شارع ..... قسم ..... محافظة ..... ، مخاطبا مع .....

(٣٩) راجع النموذج المرفق لصحيفة دعوى صحة التعاقد حتى يمكن التأكد من أن المدعي في هذه الدعوى يؤسس دعواه على أن العقد الابتدائي سند الدعوى قد استوفى أركانه القانونية وأنه غير مخالف للنظام العام والآداب دون أن يشير من قريب أو من بعيد لكون العقد خالياً من أسباب القابلية للبطلان مما يعني أنها ليست مطروحة على المحكمة ، اللهم إلا إذا أثارها المدعى عليه ، وأن القاضي لا يتحقق ـ ولن يستطيع عملاً ـ من خلو العقد منها .

وأعلنته بالآتي

(١) بموجب عقد بيع ابتدائي مؤرخ / / ١٩ ، اشترى الطالب من المعلن اليه كامل أرمن وبناء العقار البالغ مساحته . . . . . مترا مربعا ، المكون من . . . . . أدورا ، رقم . . . . . بشارع . . . . . الكائن بشياخة أو بزمام قرية أو ناحية . . . . قسم أو مركز . . . . . محافظة . . . . . ، مبين الحدود والمعالم بالصحيفة[٤٠] [٤١] [٤٢] [٤٣] ، نظير ثمن اجمالي مدفوع . . . . . جنيها . وأن المعلن اليه لم يقم بما هو ضروري للتسجيل ونقل الملكية ، ويحق للطالب رفع هذه الدعوى .

(٢) ان الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الدعوى هو كون عقد البيع الابتدائي سند الدعوى هو ورقة عرفية مذيلة بتوقيع منوب صدوره الى المعلن اليه الذي لم ينكر صراحة نسبته اليه أو يطعن عليه بأي مطعن قانوني ، ويعتبر ذو حجية عليه وفي قوة السند التنفيذي (المادة ١٤ من قانون الاثبات ١٩٦٨/٢٥) .

كما تقوم هذه الدعوى على التزام البائع بنقل الملكية ، الذي يتضمن التزاما بتمكين المشتري من تسجيل عقد البيع ، فاذا امتنع عن القيام بالأعمال

---

(٤٠) أو حصة قدرها . . . قيراطا من ٢٤ قيراطا في كامل أرض وبناء العقار البالغ مساحته . ج . . مترا مربعا ، المكون من . . . . ادوار ، رقم . . بشارع . . . الكائن بشياخة أو بزمام قرية . . . قسم أو مركز . . . محافظة . . . مبين الحدود والمعالم بالصحيفة .

(٤١) أو قطعة أرض فضاء معدة للبناء مساحتها . . . . مترا مربعا . . . . . ، رقم . . . . . بشارع . . . . الكائن بشياخة أو بزمام قرية . . . قسم أو مركز . . . محافظة . . . مبينة الحدود والمعالم بالصحيفة .

(٤٢) أو قطعة أرض زراعية مساحتها س ط ف كائنة بحوض . . . بزمام قرية أو ناحية . . . . مركز . . . محافظة . . . . مبينة الحدود والمعالم بالصحيفة .

(٤٣) أو حصة في قطعة أرض زراعية مساحتها س ط ف بالمشاع في مساحة أكبر س ط ف ، كائنة بحوض . . . بزمام قرية أو ناحية . . . مركز . . . محافظة . . . مبينة الحدود والمعالم بالصحيفة .

الواجبة لتسجيل العقد ، ولو كان معترفا بصدور البيع منه ، أمكن اجباره على القيام بذلك ، مادام هذا الالتزام يمكن تنفيذه عينا ، وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني (المادتان ٢١ و٤٢٨ مدني) .

كما تقوم هذه الدعوى على كون عقد البيع الابتدائي سند الدعوى قد استوفى أركانه القانونية من رضا (ويتضمن ايجابا وقبولا متبادلين بين بائع ومشتر) ، ومحل (يتضمن بيع كامل أرض وبناء العقار البالغ مساحته ..... مترا مربعا ، المكون من ..... أدوار ، رقم ..... بشارع ..... الكائن بشياخة أو بزمام قرية أو ناحية ..... قسم أو مركز .... محافظة ..... مبين الحدود والمعالم بعقد البيع وصحيفة الدعوى ، في مقابل ثمن نقدي مسمى) ، وسبب (غير مخالف للنظام العام أو الآداب) (المواد ٧٩ و١٣٧ - ٤١٨ مدني) .

(٣) **يقدم الطالب تأييدا للدعوى حافظة مستندات** تتضمن عقد بيع ابتدائي مؤرخ / / ١٩ ، محرر بين المعلن اليه وبينه ، يفيد بيع الطرف الأول للطرف الثاني كامل أرض وبناء العقار البالغ مساحته ..... مترا مربعا ، المكون من .... أدوار ، رقم ..... بشارع ..... الكائن بشياخة أو بزمام قرية أو ناحية ..... قسم أو مركز ..... محافظة ..... مبين الحدود والمعالم بالعقد نظير ثمن مدفوع ..... جنيها . وتضمن البند ..... من العقد أيلولة الملكية للبائع عن طريق الشراء بالعقد المسجل رقم / ١٩ شهر عقاري .... والعقد مذيل بتوقيع البائع أو الطرفين .

(٤) إن البيانات المساحية للعقار المبيع هي على النحو التالي

المسطحات					رقم العقار اسم الشارع	الشياخة والقسم	الحـــدود
بالفدان			بالمتر المربع				
س	ط	ف	ديسي	متر مربع			
						والمحافظة	البحري : الشرقي : القبلي : الغربي :

ـ اذا كان الشيء المبيع قطعة أرض زراعية ، فتكون البيانات المساحية هي على النحو التالي :

المسطحات					اسم الحوض	رقم القطعة	الحـــدود
بالفدان			بالمتر المربع				
س	ط	ف	ديسي	متر مربع			
							بالمشاع في القطة البالغ سطحها س ط ف وحدودها على النحو التالي : البحري : الشرقي : القبلي : الغربي :

لذلك

انا المحضر سالف الذكر ، قد انتقلت الى الموطن الفعلي للمعلن اليه ، وأعلنته بأصل صحيفة هذه الدعوى ، وسلمته صورة منها ، وكلفته بالحضور أمام محكمة . . . . (الدائرة . . . . مدني جزئي أو كلي) ، بالجلسة العلنية التي ستنعقد يوم . . . . الموافق / / ١٩ الساعة التاسعة صباحا ، لسماع الحكم بصحة ونفاذ البيع الابتدائي المؤرخ / / ١٩

المتضمن بيع المدعي عليه للمدعي كامل أرض وبناء العقار البالغ مساحته .... مترا مربعا ، المكون من ..... أدوار ، رقم .... بشارع ..... الكائن بشياخة أو بزمام قرية أو ناحية ... ، قسم أو مركز .... ، محافظة ..... ، مبين الحدود والمعالم بعقد البيع وصحيفة الدعوى ، نظير ثمن مدفوع ... جنيها ، والزامه بالمصروفات ، ومقابل أتعاب المحاماة ، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة .

ولأجـــل العلم .....

٤ ـ إن القول بضرورة تحقق قاضي الدعوى من أن العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه خالياً من أسباب القابلية للبطلان وبالتالي فإن الحكم الصادر بالصحة والنفاذ يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد الذي حكم بصحته ونفاذه استناداً إلى سبب من أسباب القابلية للبطلان ، يتعارض صراحة مع بعض نصوص التقنين المدني ، ويؤدي أحياناً إلى حرمان الأفراد من بعض الحقوق التر قررها لهم القانون صراحة .

فالمادة ١٦١ من التقنين المدني الكويتي تنص على أنه : «١ ـ تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العقد . ٢ ـ على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوه الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة ، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد»[٤٤] . كما أن المادة ١٨٣ مدني كويتي تقرر هي الأخرى أنه : «١ ـ يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ٣ سنوات من وقت زوال سببه ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه . ٢ ـ ويبدأ سربان مدة سقوط حق الإبطال في حالة نقص الأهلية يوم اكتمالها ، وفي حالة الغلط أو التدليس من يوم انكشافه ، وفي حالة الإكراه من

---

(٤٤) لا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري ، وإنما تسقط دعوى الاستغلال إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ إبرام العقد (م١٢٩ / ٢) .

يوم زواله . ٣ ـ وفي جميع الأحوال يسقط الحق في إبطال العقد بمرور ١٥ سنة من تاريخ إبرامه»[٤٥] .

وواضح من سياق نص المادة ١٦١ مدني كويتي أن دعوى الاستغلال تسقط بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد الذي شابه الاستغلال إلا في حالة الهوى الجامح وحالة السطوة الأدبية ، فلا تبدأ مدة سقوط الدعوى إلا من وقت زوال تأثير الهوى أو السطوة .

٢٩ ـ وهكذا لو تصورنا مثلاً زوجة شابة إستطاعت أن تستغل في زوجها الهرم هواه الجامح بها ، ودفعته بذلك إلى أن يبيع لها عقار يملكه ، ثم رفعت الزوجة بعد ذلك دعوى تطالب فيها بالحكم بصحة ونفاذ هذا العقد الصادر لها من زوجها ، وصدر حكم الصحة والنفاذ بالفعل ، فهل يُعتبر هذا الحكم مانعاً للزوج المسن ، الذي فاته أن يرفع دعوى الصحة والنفاذ بالطعن في العقد بالإبطال بسبب الاستغلال الذي وقع ضحية له ، من أن يرفع دعوى جديدة يُطالب فيها بإبطال العقد الذي حكم بصحته ونفاذه استناداً إلى السبب الذي فاته ابداؤه أثناء نظر دعوى الصحة والنفاذ ؟ منطق قضاء النقض والتمييز في كل من مصر والكويت يفرض الإجابة بالنفي وحرمان الزوج من رفع دعوى جديدة وذلك لعمومية عباراته . . . «إذا فات الخصم إبداء سبب من أسباب البطلان ، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب» ، بينما صريح نص المادة ١٦١ مدني كويتي يقتضي الإجابة بالإيجاب لأن الزوج قد فاته إبداء سبب الإبطال (الاستغلال) خلال نظر دعوى صحة ونفاذ التعاقد لأنه كان مازال واقعاً تحت تأثير الهوى الجامح . أي أن الزوج في هذا المثال لم يكتشف ولم يعلم بسبب البطلان وما كان في استطاعته أن يعلم إلا بعد صدور حكم الصحة والنفاذ .

---

(٤٥) راجع في نفس المعنى المادة ١٤٠ من التقنين المدني الكويتي .

ويبدو أن القضاء ، في مصر والكويت ، قد أحس ـ منذ البداية ـ بهذا التعارض وحاول تحاشيه فقرر أنه . . . «إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب (أسباب البطلان) ، **كان في استطاعته ابداؤه في** تلك الدعوى (دعوى صحة التعاقد) فإن هذا الحكم يكون مانعاً من رفع دعوى جديدة بالبطلان . .»[٤٦] . وبهذا القول فإن القضاء يكون قد أقام التفرقة بين نوعين من أسباب البطلان : أسباب كان في استطاعة الخصم ابداؤها أثناء نظر دعوى صحة ونفاذ التعاقد لكنه ـ لسبب أو لآخر ـ لم يفعل ، وأخرى لم يكن في استطاعته ـ لسبب أو لآخر ـ إبداؤها .

ولم يُعط القضاء للنوعين من أسباب البطلان الحكم نفسه : بينما يكون الحكم الصادر بصحة ونفاذ التعاقد مانعاً من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد الذي حكم بصحته ونفاذه استناداً إلى سبب فات الخصم ابداؤه خلال نظر الدعوى بالنسبة للنوع الأول ، نراه ـ أي الحكم ـ لا يمنع الخصم من رفع مثل هذه الدعوى بالنسبة للنوع الثاني . وبهذه التفرقة يحق للزوج ـ في المثال السابق ـ أن يرفع دعوى جديدة لإبطال عقد البيع بسبب الاستغلال الذي وقع ضحيته لأنه لم يكن في استطاعته ابداء السبب أثناء نظر دعوى صحة التعاقد حيث كان مازال واقعاً تحت تأثير الهوى الجامح .

٣٠ ـ لكن القضاء بهذه التفرقة التي حاول بها أن يوفق بين الحجية «المطلقة» التي أسبغها على الحكم الصادر بالصحة والنفاذ وبين الحقوق المقررة قانوناً لبعض الأفراد يكون قد هدم البناء الذي حاول أن يُقيم صرحه عالياً ويفتح الباب على مصراعيه أمام الخصوم للنيل من حجية الأحكام .

فما هو ـ أولاً ـ معيار التفرقة بين الأسباب التي كان في استطاعة الخصم أن يُبديها وتلك التي لم يكن في استطاعته إبداؤها ؟ وهل عدم حضور الخصم

---

(٤٦) انظر الأحكام المشار اليها سابقاً ص ١٨٣ مع هامش رقم ٥ ، ٦

في دعوى الصحة والنفاذ يُعتبر من قبيل عدم «الاستطاعة» لابداء الأسباب ؟ وإذا كان الأمر كذلك ـ وهو ما نعتقده ، فلماذا أيدت محكمة الاستئناف العليا الكويتية في حكمها الصادر في ١٥ نوفمبر ١٩٨٣[٤٧] قضاء الدرجة الأولى بعدم قبول دعوى إبطال عقد بيع للتدليس لسبق الفصل فيها لأن العقد المطلوب إبطاله كان قد حُكم بصحته ونفاذه بالرغم من أن المستأنف (المدعي) لم يكن قد حضر في الدعوى التي صدر فيها حكم الصحة والنفاذ ؟ أو ليس عدم حضور الخصم في الدعوى الصادر فيها الحكم بالصحة والنفاذ من قبيل استحالة إبداء أسباب البطلان ؟ أم أن القضاء يريد منا أن نبحث في أسباب عدم الحضور في دعوى الصحة والنفاذ والتأكد من كونها قهرية أم إرادية ؟

ثم إن هذه التفرقة ـ من جهة ثانية ـ منتقده حتى بمعيار القضاء وتتعارض تماماً مع منطقه ، فالمحكمة في دعوىَ صحة ونفاذ التعاقد يجب عليها ـ في نظر القضاء ـ أن تتحقق من أمر صحة العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه وخلوه من أي سبب من أسباب البطلان أو أسباب القابلية للبطلان ، ومقتضى ذلك ، وبصدور حكم الصحة والنفاذ ، فإن المحكمة بذلك تكون قد قالت كلمتها بخصوص صحة أو بطلان العقد . وهي إذ تقول فإن قولها هو الحق وكلمتها هي العليا ، وما تقرره عنواناً للحقيقة . ويترتب على ذلك أن الخصم لا يحق له رفع دعوى جديدة للمطالبة ببطلان عقد سبق الحكم بصحته ونفاذه سواء كان في استطاعته إبداء سبب البطلان أثناء نظر دعوى صحة ونفاذ التعاقد أو لم يكن في استطاعته ذلك ، لأن الفرض أن قاضي دعوى صحة ونفاذ التعاقد قد بحث هذه الأسباب وتحقق منها وفصل فيها ، وبالتالي فإن حجية حكم الصحة والنفاذ تمنع من التشكيك فيها مرة أخرى .

٣١ ـ والحقيقة ـ في اعتقادنا ـ أن الحل الذي يوفق بين الحجية «الواجبة» للحكم الصادر بالصحة والنفاذ وبين الحقوق التي يقررها القانون لبعض

---

(٤٧) السابق الاشارة إليه .

الأفراد يكمن في التفرقة بين أسباب بطلان العقد وأسباب قابلية العقد للبطلان : فقاضي دعوى صحة ونفاذ العقد يجب عليه أن يبحث ويتحقق ويفصل في أسباب البطلان ويتأكد من خلو العقد منها ، لكنه لا يلتزم ، بل ولا يحق له ، أن يتحقق من أسباب القابلية للبطلان إلا إذا أثيرت صراحة أمامه .

ومن هذا المنطلق ، وعلى أساس هذه التفرقة ، فإن الخصم لا يحق له رفع دعوى جديدة ببطلان عقد سبق الحكم بصحته ونفاذه استناداً إلى سبب من أسباب البطلان لم يُبديه ـ لسبب أو لآخر ـ خلال نظر دعوى الصحة والنفاذ . وتبرير ذلك سهل ميسور : فمحكمة دعوى صحة ونفاذ التعاقد قد بحثت هذه الأسباب وفصلت فيها وتأكدت من خلو العقد محل الدعوى منها ، ومن ثم فإن حجية الحكم الصادر بالصحة والنفاذ تمنع من رفع دعوى جديدة بخصوص البطلان . أما بالنسبة لأسباب القابلية للبطلان ، فإن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد لا يمنع ـ على العكس ـ الخصم من رفع دعوى جديدة لإبطال العقد المحكوم بصحته ونفاذه لأن المحكمة لم تتحقق منها ولم تقل كلمتها ولم تفصل فيها ، وبالتالي فإن حجية الحكم الصادر بالصحة والنفاذ لا تمنع من رفع دوى جديدة لإبطال العقد استناداً إلى أي سبب من هذه الأسباب سواء كان الخصم في استطاعته ابداء هذا السبب خلال نظر دعوى صحة ونفاذ العقد أو لم يكن في استطاعته ذلك إلا اذا كان قد تنازل عن هذا السبب صراحة أو ضمناً .

ويصدق هذا التحليل أيضاً بالنسبة لرفع دعوى للمطالبة ببطلان العقد المحكوم بصحته ونفاذه لغلط وقع فيه أحد المتعاقدين أو إكراه وقع عليه أو تدليس كان ضحيته . فحجية الحكم الصادر بالصحة والنفاذ يمنع أيضاً ـ في نظر القضاء ـ من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد الذي حكم بصحته ونفاذه ، بينما تُعطى المادة ١٨٣ مدني كويتي (ويقابلها المادة ١٤٠ مدني مصري) لمن كان ضحية الغلط أو الإكراه أو التدليس الحق في رفع دعوى إبطال العقد

الذي شابه عيب من عيوب الرضا السابقة خلال ثلاث سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو من يوم زوال الإكراه .

٣٢ ـ وهنا يحق لنا أن نتساءل : إذا لم يستطع المتعاقد ـ خلال دعوى صحة ونفاذ العقد ـ أن يطالب ببطلان العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه لأنه لم يكن قد اكتشف بعد الغلط أو التدليس أو لأنه كان مازال واقعاً تحت تأثير الإكراه ، ثم صدر حكم الصحة والنفاذ ، أيكون هذا الحكم ـ لما له من حجية ـ مانعاً من رفع دعوى جديدة ببطلان نفس العقد المحكوم بصحته ونفاذه بعد اكتشاف سبب البطلان (غلط أو تدليس أو إكراه) ؟ .

(ثالثـــاً)
عدم إمكانية رفع دعوى جديدة ببطلان العقد

٣٤ ـ وأخيراً أقام القضاء ، في مصر والكويت ، حجية الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد على عنصر ثالث مقتضاه أن الخصم إذا فاته ، أثناء نظر دعوى صحة ونفاذ العقد ، أن يبدي سبب من أسباب بطلان العقد محل الدوى ، فلا يستطيع ـ بعد حكم الصحة والنفاذ ـ أن يرفع دعوى جديدة ببطلان العقد المحكوم بصحته ونفاذه استناداً إلى هذا السبب وإلا وجب الحكم بعدم قبولها لسبق الفصل فيها .

وهو قول يبدو ـ عند تحليله ـ نتيجة منطقية للعنصر الثاني ولما سبق وقرره القضاء من أن الحكم الصادر بالصحة والنفاذ يفترض أن قاضي الدعوى قد تحقق من أمر صحة أو بطلان العقد المحكوم بصحته ونفاذه . وطالما أن قاضي الدعوى قد تحقق وفصل في أمر صحة أو بطلان العقد ، فإن أي دعوى جديدة تطعن على العقد المحكوم بصحته ونفاذه بالبطلان تُصبح غير مقبولة لسبق الفصل فيها ، وهي نتيجة تتسم في رأينا ـ رغم اتساقها مع منطق القضاء ـ بنوع من التعميم يحتاج إلى تحديد .

فالقول بأن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد يفترض أن قاضي الدعوى قد تحقق ـ قبل صدور الحكم ـ من أمر صحة (أو بطلان) العقد هو قول صحيح لا اعتراض لنا عليه . فقط يجب تحديد ـ كما سبق[٤٨] ـ المقصود بصحة أو بطلان العقد . وقد سبق أن رأينا ـ في إجابتنا على هذا التساؤل ـ أن المقصود ـ في نظرنا ـ هو تحقق قاضي دعوى صحة ونفاذ العقد من عدم بطلان العقد محل الدعوى دون التحقق من عدم قابليته للبطلان .

وعلى ذلك نستطيع ـ كما رأينا[٤٩] ـ أن نقول أن الحكم الصادر بالصحة والنفاذ لا يمنع ـ في رأينا ـ من رفع دعوى جديدة لإبطال هذا العقد استناداً لسبب من أسباب القابلية للبطلان لأن قاضي الدعوى لم يتحقق منها ولم يفصل فيها .

---

(٤٨) انظر ما سبق ص ٢٠١ .

(٤٩) انظر ما سبق ص ٢٠٤ وما بعدها .

﴿ الخلاصـــــــة ﴾

٣٥ ـ نستطيع الآن أن نجيب على التساؤل الذي سبق وطرحناه في بداية البحث وهو : هل يمكن الطعن بالبطلان في عقد سبق الحكم بصحته ونفاذه لسبب فات الخصم إبداؤه أثناء دعوى الصحة والنفاذ ؟

نستطيع أن نقول الآن أن حجية الحكم الصادر بصحة العقد ونفاذه تمنع من رفع دعوى جديدة ببطلان هذا العقد بشرط أن نفهم البطلان هنا بمعناه الصحيح ، الدقيق ، الضيق وليس بمعناه السائد ، الواسع .

فالبطلان لا يتدرج أو يتنوع ، وإنما البطلان هو البطلان نوع واحد لا يعني أكثر من كونه جزاء على تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله اختلالاً شديداً . وبهذا المعنى الصحيح ـ في رأينا ـ للبطلان يمكننا أن نقرر ـ دون تردد ـ أن حجية الحكم الصادر بالصحة والنفاذ تمنع من رفع دعوى جديدة للطعن على عقد حُكم بصحته ونفاذه بالبطلان .

٣٦ ـ ويمكن لنا أن نبرر هذا المنع بسهولة : فقاضي دعوى صحة ونفاذ العقد قد تحقق ـ قبل الحكم ـ من أن العقد محل الدعوى صحيح ، أي خالياً من أي سبب من أسباب البطلان وبالتالي فإن أي دعوى ـ بعد الحكم ـ تتعلق بهذا الموضوع تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها . فالقضاء قد قال كلمته بخصوص صحة العقد ، وهو إذ يفعل ذلك فإن كلمته تكون عنواناً للحقيقة لا يجوز ـ بأي حال ـ النيل منها أو التشكك فيها .

أما إذا تعلق الأمر بسبب من أسباب القابلية للبطلان ، فإننا نعتقد أن

حجية الحكم الصادر بالصحة والنفاذ لا تمنع من رفع دعوى جديدة لإبطال عقد سبق الحكم بصحته ونفاذه طالما أن سبب الإبطال لم يُطرح صراحة على المحكمة ولم تفصل فيه ، بعبارة أخرى إذا فات الخصم أن يبدي ـ أثناء نظر دعوى الصحة والنفاذ ـ سبب من أسباب القابلية للبطلان ، فإن حكم الصحة والنفاذ لا يمنع ـ في رأينا ـ من رفع دعوى جديدة لإبطال العقد الذي حكم بصحته ونفاذه استناداً إلى هذا السبب الذي فاته إبداؤه . وتعليل ذلك ببساطة هو أن قاضي دعوى صحة ونفاذ العقد يجب عليه ـ قبل الحكم ـ أن يتحقق فقط من كون العقد محل الدعوى صحيحاً ، أي ليس باطلاً ، والعقد القابل للبطلان عقد صحيح ، نافذ ، مُلزم لطرفيه ، مُنتج لجميع آثاره إلى أن يحكم ببطلانه ، وبالتالي فإن حكم الصحة والنفاذ لم يقل كلمته بخصوص أسباب القابلية للبطلان ، ولم يتحقق منها ولم يفصل فيها وهو بذلك لا يجوز أية حجية بالنسبة لها تمنع بعد ذلك من طرح الموضوع من جديد أمام القضاء .

٣٧ ـ وبهذا المفهوم فإن حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية الصادر في ١٥ نوفمبر ١٩٨٣[٥٠] يكون قد جانبه التوفيق إذ قضى بعدم قبول دعوى ببطلان عقد سبق الحكم بصحته ونفاذه بالرغم من أن سبب الدعوى كان سبباً من أسباب القابلية للبطلان (التدليس) والفرض أن قاضي دعوى الصحة والنفاذ لم يتحقق منها ولم يقل كلمته بخصوصها .

[تم بحمد الله]

---

(٥٠) المشار إليه سابقاً ص ١٨٤ .

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

تصدر عن جامعة الكويت
نصف سنوية محكّمة تعنى بالبحوث والدراسات
الإسلامية

رئيس مجلس الادارة
الاستاذ الدكتور : حسن الشاذلي

رئيس التحرير : الدكتور عجيل جاسم النشمي

تشتمل على :

- بحوث في مختلف العلوم الإسلامية .
- دراسات قضايا إسلامية معاصرة .
- مراجعات كتب شرعية معاصرة .
- فتاوى شرعية .
- تقارير وتعليقات على قضايا علمية .

الاشتراكات :-

للأفراد ٢ دينارات داخل الكويت ، ٧ دولارات أمريكية خارج الكويت .

للمؤسسات والشركات ١٠ دنانير داخل الكويت .
٣٥ دولارًا امريكيا خارج الكويت .

• جميع المراسلات توجه باسم رئيس التحرير
ص . ب : ١٧٤٣٣ الخالدية
الكويت - كيفان - ت : ٨٤٧٢٦٩