

January 2016

Legal qualification of non-isolated Agency

Badr Hamid Al-Malla

Saad Al-Abdullah Academy for Security Sciences - Kuwait, baderalmulla@hotmail.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

Al-Malla, Badr Hamid (2016) "Legal qualification of non-isolated Agency," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2016 : No. 65 , Article 1.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2016/iss65/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Legal qualification of non-isolated Agency

Cover Page Footnote

Dr. Badr Hamid Al-Malla Assistant Professor of Civil Law – Saad Al-Abdullah Academy for Security Sciences - Kuwait baderalmulla@hotmail.com

التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل*

د. بدر حامد الملا*

ملخص البحث:

زادت في السنوات الأخيرة في دولة الكويت عقود بيع العقارات بموجب عقد الوكالة غير القابلة للعزل، ويأتي ذلك بسبب سهولة التعامل المرتبط بها الأمر الذي أدى إلى شيوع التعامل بها بين المتعاملين لما تتضمنه من اختصار للوقت الذي تستغرقه إجراءات إبرام عقد البيع لدى إدارة التسجيل العقاري، فضلاً عما يوفره هذا النوع من العقود من سهولة في التعامل تجعل المشتري راغباً فيها، فهو لا يحتاج إلى وجود البائع بعد ذلك لاستكمال إجراءاته، فالمشتري بموجب هذه الوكالة غير القابلة للعزل يستطيع القيام بكافة إجراءات البيع الموثق منفرداً استناداً إلى هذا التوكيل.

إلا أنه لاحت لنا في الأفق مشكلات متعلقة بشكل عام بالوكالة غير القابلة للعزل، بيد أن المشكلة الرئيسية في هذا الإطار تكمن في بيان الطبيعة القانونية لعقد الوكالة غير القابلة للعزل، وذلك لأن تحديد الطبيعة القانونية من شأنه تحديد مدى صحة عقد الوكالة غير القابلة للعزل من خلال بسط المحكمة لسلطتها في التكييف لتتأكد من توافر أو عدم توافر أركان هذا التصرف، كما أن تحديد هذه الطبيعة القانونية من شأنه أيضاً تحديد التزامات طرفي العقد على نحو محدد، وتحديد الآثار الناشئة عن اعتبار هذا العقد بيعاً أم عقداً آخر، فضلاً عن بيان صحة التصرف الذي من أجله صدرت هذه الوكالة.

* أجزى للنشر بتاريخ ١٣/٣/٢٠١٤.

* أستاذ القانون المدني المساعد - أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية - الكويت.

لذلك تضمن هذا البحث الاتجاهات الفقهية التي تناولت تحديد الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل، كما تضمن أيضاً اتجاهات محكمة التمييز الكويتية في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، ثم بينت مدى توافر الأركان القانونية للتصرفات التي تتستر خلف عقد الوكالة غير القابلة للعزل، لنتهي أخيراً إلى تحديد وجهة نظرنا في شأن الطبيعة القانونية لهذا العقد.

مقدمة:

نظراً لسهولة التعامل المرتبط بالوكالة غير القابلة للعزل واختصاراً للوقت الذي تستغرقه إجراءات إبرام عقد البيع الذي يتم توثيقه في إدارة التسجيل العقاري والتوثيق لجأ المتعاملون إلى إبرام هذا النوع من العقود، فضلاً عما يوفره هذا النوع من العقود من سهولة يرمي إليها المشتري فلا يحتاج لوجود البائع بعد ذلك، فالمشتري بموجب هذه الوكالة غير القابلة للعزل يستطيع القيام بكافة إجراءات البيع الموثق منفرداً استناداً إلى هذا التوكيل.

ولسنا هنا في معرض بحث الاستخدام السيئ للوكالة غير القابلة للعزل، فالمشروع من ناحية والجهة الإدارية من ناحية أخرى استطاعا تلافياً بعض حالات الاستخدام السيئ للوكالة من خلال تدخلها بالقيام بعملية ضبط إصدار هذا النوع من البيوع، كرفع قيمة رسم الإصدار لتفادي موضوع التهرب من الرسوم، وتحديد عدد مرات صدور الوكالة لذات العقار بحيث لا يجوز إصدار أكثر من ثلاث وكالات غير قابلة للعزل، فضلاً عن تقرير البطلان عن طريق الأحكام القضائية لبعض التصرفات.

وأسفر إبرام هذا النوع من العقود عن ظهور مسألة هامة في هذا الإطار تكمن في بيان الطبيعة القانونية لعقد الوكالة غير القابلة للعزل، وذلك لأن تحديد

الطبيعة القانونية من شأنه تحديد مدى صحة عقد الوكالة غير القابلة للعزل من خلال بسط المحكمة سلطتها في بيان توافر أو عدم توافر أركان هذا التصرف، كما أن تحديد هذه الطبيعة القانونية من شأنه أيضاً تحديد ما يقع من التزامات على طرفي العقد، وتحديد الآثار الناشئة عن اعتبار هذا العقد بيعاً أم عبارة عن عقد آخر، وصحة التصرف الذي من أجله صدرت هذه الوكالة.

هدف البحث وأهميته:

يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل من خلال استعراض الاختلاف الفقهي بين الفقهاء في تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل وبيان الانتقادات الموجهة إلى هذه التكييفات القانونية، ثم بيان الموقف الحقيقي لمحكمة التمييز الكويتية بالنسبة لتكييف هذا العقد وتفنيد ما نسب لمحكمة التمييز الكويتية بأنها كيفت عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع ابتدائي، ثم يتم بعد ذلك إسباغ التكييف القانوني السليم على عقد الوكالة غير القابلة للعزل، الأمر الذي تتجلى أهميته بعد ذلك في وجوب التأكد من توافر أركان التصرف المستتر.

خطة البحث: سوف يقسم البحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل بوجه عام.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل في مجال البيوع العقارية.

منهج البحث: يعتمد هذا البحث على منهج الدراسة التحليلية والنقدية للتكييفات القانونية.

التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل

يعد عقد الوكالة بشكل عام من العقود المسماة التي نظمها المشرع الكويتي في القانون المدني الكويتي، إذ نظمتها المواد ٦٨٩-٧١٩ من القانون المدني^(١)، إلا أن المشرع الكويتي عندما نص على عقد الوكالة باعتباره عقداً مسمى كان يرمي إلى ذلك العقد الذي ينيب فيه شخص شخصاً آخر في إبرام التصرفات القانونية.

إلا أن طبيعة التعامل العقاري أنشأت أداة قانونية تتمثل في قيام البائع بإبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل للمشتري وهي تحمل في طياتها أركان عقد البيع، هذه الأداة في حقيقتها تخالف أحكام عقد الوكالة، خاصة فيما يتعلق بانتهاء عقد الوكالة وسلطة الموكل في عزل الوكيل.

فضلاً عما يتضمنه عقد الوكالة غير القابلة للعزل في غالب إبرامه من إرادة مشتركة بين البائع والمشتري في أن هذه الوكالة غير القابلة للعزل هي في حقيقتها عقد بيع مبرم بينهما، واتجاه جهة الإدارة ممثلة بإدارة التسجيل العقاري والتوثيق إلى اعتبار عقد الوكالة غير القابلة للعزل عبارة عن عقد بيع ابتدائي مبرم بين البائع والمشتري، وما انتهت إليه محكمة التمييز الكويتية في هذا الصدد إلى تكييفه في كثير من الأحكام على أنه عقد بيع ابتدائي.

هذا الاستقرار - الذي نرى خلافه - في تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل لم يصادف قبولاً لدى الفقه، إذ إن الاختلاف مازال قائماً بين رجال الفقه، وهذا الاختلاف لا بد من التطرق إليه، لسبب نراه وجيهاً، ذلك أن هناك من الالتزامات التي يلتزم بها طرفا عقد الوكالة غير القابلة للعزل، فضلاً عن الآثار الناشئة عنه.

(١) نشر المرسوم بقانون رقم ٦٧/١٩٨٠ في جريدة الكويت اليوم بتاريخ ٥/١/١٩٨١، السنة ٢٧، العدد ١٣٣٥ (١).

لذلك رأينا تقسيم هذا البحث إلى مطلبين على النحو التالي:
المطلب الأول: التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل بوجه عام.
المطلب الثاني: التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل في مجال البيوع العقارية.

المطلب الأول

التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل بوجه عام

اختلف الفقه في تكييف الوكالة غير القابلة للعزل بشكل عام، إذ انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات، فرأى الاتجاه الأول أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل عبارة عن عقد من شأنه خروج الشيء محل الوكالة من الذمة المالية للموكل، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى تكييفه بأنه عقد يتضمن رهناً حيازياً، وأخيراً ذهب الاتجاه الثالث بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل يدخل في دائرة الضمانات بشكل موسع من دون أن يتضمن تأميناً عينياً أو شخصياً^(٢).

لذلك رأينا أن نتناول كل اتجاه في فرع مستقل مبينين أسانيد كل اتجاه منها والانتقادات الموجهة إلى كل اتجاه وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الاتجاه القائل بأنه عقد من شأنه خروج المال محل الوكالة من الذمة المالية للموكل.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن عقد الوكالة يتضمن رهناً حيازياً.

الفرع الثالث: الاتجاه القائل بدخول عقد الوكالة في دائرة الضمانات.

(٢) لم نشأ أن نتعرض لتكييف الاتجاه القائل باعتبار أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل هو عقد يمنع المالك من التصرف في ملكه، باعتبار أن هذا التكييف لا يذهب إلى تكييف التصرف الحقيقي الذي من أجله صدرت الوكالة غير القابلة للعزل.

للمزيد من الاطلاع على هذا التكييف والنقد الذي وجه له راجع: د. سامي الدريعي، الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق، السنة ٢٥، العدد الرابع، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، ص ٢٠٥ وما بعدها (ديسمبر ٢٠٠١).

الفرع الأول الاتجاه القائل بأنه عقد من شأنه خروج الشيء محل الوكالة من الذمة المالية للموكل

ذهب جانب من الفقه إلى تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد يتضمن حرماناً للموكل من التصرف في الشيء محل الوكالة وذلك لخروج هذا الشيء من الذمة المالية للموكل، ومن ثم لا يكون نافذاً تصرف الموكل في الشيء محل الوكالة إلا إذا أجاز الوكيل أو الغير هذا التصرف^(٣).

ويبرر هذا الاتجاه من الفقه ذلك على سند من أن الموكل لم يعد بعد إصداره لهذا النوع من التوكيلات صاحباً للحق، فالحق محل التوكيل بعد إصدار الوكالة غير القابلة للعزل يكون داخلاً في الذمة المالية للوكيل أو للغير الذي أصدرت الوكالة لمصلحته، ومن ثم يكون التصرف الصادر من الموكل في حقيقته صادراً من غير مالك، وبقياس ذلك على أحكام بيع ملك الغير يكون التصرف الصادر من الموكل غير نافذ في مواجهة الوكيل أو الغير إلا بإجازته ممن صدرت الوكالة لمصلحته^(٤).

ويفرق هذا الاتجاه بين ما إذا كان المتصرف فيه منقولاً أو عقاراً، فالمتصرف إليه يملك أن يحتج في مواجهة الوكيل بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز إذا كانت شروط هذه القاعدة متوافرة، في حين أنه في مجال تصرف الموكل بالعقار ليس للوكيل أن يحتج في مواجهة المتصرف إليه إلا إذا كان تاريخ تسجيل وكالته سابقاً

(٣) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المفردة، دون ناشر، القاهرة، ص ٣٩، (١٩٨١). وانظر أيضاً في الفقه الفرنسي :

Planiol & Ripert, Traite pratique de droit civil francais, T, 6, Par, L.G.D.j, p.938(1952).

فوفقاً لهذا الاتجاه من الفقه تبقى الوكالة غير قابلة للعزل قائمة منتجة لأثرها على الرغم من عزل الموكل للوكيل.

(٤) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٩.

على تاريخ تسجيل التصرف للغير استناداً إلى قاعدة الأسبقية بالتسجيل^(٥).

وتعرض هذا الاتجاه للنقد من قبل الفقه، إذ يرى الجانب المعارض لهذا التكييف أن هذا التكييف يسبغ على عقد الوكالة عقداً آخر مجهول الهوية بعيداً كل البعد عن أحكام عقد الوكالة بمعناه الدقيق، فضلاً عن أن القبول بهذا الرأي يرتب نتائج تتسم بالخطورة، فالقول بهذا الرأي من شأنه أن يرتب آثاراً قانونية بالغة خاصة في مسألة تقدم الوكيل على دائني الموكل إذا ما تم الحجز على أموال الموكل، فوفقاً لمفهوم هذا الاتجاه الفقهي فإن المال الذي تم توكيل الموكل عنه وكالة غير قابلة للعزل يترتب عليه إخراج المال من ذمة الموكل المالية ومن ثم يؤدي إلى الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين الذي تفرضه قاعدة الضمان العام للدائنين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالقبول بهذا الرأي معناه أيضاً أن هذا المال يدخل في الضمان العام لدائني الوكيل وهو ما لا يمكن التسليم به^(٦).

فضلاً عن ذلك يرى الفقه أن خروج المال محل الوكالة من ذمة الموكل المالية ونقله إلى ذمة الوكيل يدخل عقد الوكالة في طائفة العقود الناقلة للملكية ويعد بذلك سائراً لعقد آخر من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني. فضلاً عن أنه لا يتوافق مع ما ساد من مبادئ في مجال أحكام بيع ملك الغير، فحتى يجيز الوكيل أو الغير التصرف الصادر من الموكل بشأن العقار محل الوكالة يشترط أن يكون هذا الوكيل أو الغير مالكاً وهو ما لم يتم لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهذا ما اعترف به أنصار الاتجاه القائل بهذا الرأي صراحة عندما فضل الغير المتصرف إليه على الوكيل إذا سبقه بالتسجيل^(٧).

لذلك يؤكد هذا الاتجاه أن قيام الموكل بالتصرف بالمال محل الوكالة لا يتمثل في

(٥) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٦) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٧) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٨٨ وما بعدها، (٢٠٠٥).

عدم نفاذ هذا التصرف في مواجهة الوكيل أو الغير صاحب المصلحة في الوكالة، بل في بطلان هذا التصرف أصلاً كونه يتضمن عزلاً ضمناً للوكيل في وكالة لا يجوز عزل الوكيل فيها باتفاق الطرفين حيث تبقى الوكالة غير القابلة للعزل قائمة لا أثر لعزل الوكيل ضمناً فيها^(٨).

ونحن نؤيد ما انتهى إليه الفقه من انتقاد لهذا الاتجاه بل ونزيد عليه، بأن ما قرره الاتجاه القائل من خلط عند حديثه عن عدم قدرة الوكيل الاحتجاج على التصرف الصادر في العقار على سند من قاعدة أسبقية التسجيل في العقارات لا محل له في الواقع، فالقضاء الكويتي بكل درجاته قرر أن قيام الموكل بإصدار الوكالة لا يعد توثيقاً بل إن دور الموثق في إصدار عقد الوكالة غير القابلة للعزل في حقيقته عبارة عن محضر تصديق على التوقيع لا أكثر ولا يعد توثيقاً.

ففي دعوى نظرتها المحاكم الكويتية تتعلق بواقعة إصدار مورثة قبل وفاتها لبعض ورثتها وكالة غير قابلة للعزل، استند الوكلاء الصادر لمصلحتهم وكالة غير قابلة للعزل في دفاعهم أن الوكالة ساترة لهبة منجزة حال حياة الواهبة تحققت بالتوثيق، على سند من أن الهبة في القانون الكويتي عقد ناقل للملكية، وتتحقق الهبة بالقبض أو التوثيق، وأن قيام إدارة التسجيل العقاري والتوثيق بإصدار هذه الوكالة عبارة عن توثيق لهبة منجزة تدرست خلف عقد الوكالة.

محكمة أول درجة رفضت هذا الدفع وقررت بوضوح أن الهبة في القانون الكويتي خلافاً للقانون المصري لا تقبل أن تدرس خلف عقد آخر ومن ثم فإن القول بأن ما قام به كاتب العدل من إصدار للوكالة غير القابلة للعزل لا يعد بذلك توثيقاً لتلك الهبة بل هي في حقيقته عبارة عن محضر تصديق على توقيع^(٩).

ولم يرتض الوكلاء هذا الحكم فطعنوا عليه أمام محكمة الاستئناف وعند

(٨) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٩) الدعوى رقم ١٥٢/١٩٩٧، جلسة ٤/٥/١٩٩٨، غير منشور.

عرض الأمر على محكمة الاستئناف شاطرت محكمة أول درجة الرأي في أن ما قامت به إدارة التسجيل العقاري عبارة عن تصديق على توقيع ولا يعد ذلك من قبيل التوثيق الذي تصح الهبة بحدوثه⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بأنه عقد يتضمن رهناً حيازياً

ذهب اتجاه آخر من الفقه في مجال تحديد الطبيعة القانونية لعقد الوكالة غير القابلة للعزل إلى تكييفه بأنه عقد يتضمن رهناً حيازياً أبرم لمصلحة الوكيل أو الغير صاحب المصلحة، فيكون الوكيل أو الغير صاحب المصلحة بذلك دائماً مرتهناً ويكون الموكل مديناً راهناً، فهو ليس عقد وكالة بل هو عقد يتضمن في طياته رهناً حيازياً⁽¹²⁾.

ويستند صاحب هذا الرأي إلى أن الثمن المدفوع الذي قبضه الوكيل استناداً إلى تحويل الموكل له عبارة عن دين في ذمة الموكل يستوفيه الوكيل، ومن ثم فهذه الوكالة يجب تفسيرها على إنها رهن حيازي يخرج فيها المال من حيازة الموكل إلى حيازة الوكيل، فثمن المبيع عبارة عن أداة ضمان لتنفيذ الموكل التزامه بسداد الدين يكون فيها المال في حيازة الوكيل⁽¹³⁾.

ويستند أنصار هذا الرأي في رأيهم إلى تطبيق قواعد تنازع الحقوق الواردة على شيء واحد في حالة قيام الموكل بالتصرف في المال محل الوكالة للغير، بما يستتبع معه تعارض مصلحة الوكيل مع الغير المتصرف إليه، ويشترط هؤلاء تطبيق قواعد تنازع الحقوق الواردة على شيء واحد مع مراعاة حسن نية المتصرف إليه⁽¹⁴⁾.

(10) الطعن بالاستئناف رقم ٧٣١/١٩٩٨، جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨، غير منشور. ويشار إلى أن هذا الحكم طعن عليه أمام محكمة التمييز ورفضته المحكمة في غرفة مشورة.

(11) Sallé de la Marnière, Le mandat irrévocable, RTD Civ, p. 272 (1937).

(12) Sallé de la Marnière, opt cit, p. 272.

(13) Sallé de la Marnière, opt cit, p. 278 ; Claude Giverdon, L'evolution du contrat de mandat, thèse, Paris, p. 278 (1947).

ويتنقد جانب آخر من الفقه هذا الرأي إذ يرى هذا الجانب المعارض لهذا الرأي أن قاعدة تنازع الحقوق الواردة على مال واحد لا يوجد لها محل للتطبيق في مجال عقد الوكالة غير القابلة للعزل، إذ إن تصرف الموكل في حقيقته يكون صادراً من غير صاحب حق^(١٤).

ويرى الاتجاه المعارض لهذا الرأي أيضاً أن السبب الحقيقي لتكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد رهن حيازي "يرجع إلى تقرير عدم نفاذ تصرفات الموكل في المال محل الوكالة فضلاً عن حق الدائن المرتهن في حبس الشيء إلى أن يستوفي حقه، إضافة إلى التزام المدين الراهن بسلامة الرهن والامتناع عن أي عمل من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء"^(١٥)، ومن ثم فإن تكييف الوكالة غير القابلة للعزل بأنها عقد رهن حيازي تحتاج في حقيقتها إلى تقرير وجود الإرادة المشتركة للمتعاقدین باستهداف إبرام الرهن الحيازي وهو ما لا يتحقق في حالات كثيرة^(١٦)، ذلك أن عقد الرهن الحيازي يجب أن يتزامن فيه وقت نشأة الدين مع وقت نشأة الرهن، وهذا الأمر لا يحدث في مجال إبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل، وهذا ما يؤكد عدم تلاقي إرادة طرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل على إبرام عقد الرهن الحيازي^(١٧).

فضلاً عن ذلك فالوكيل في عقد الوكالة غير القابلة للعزل يستطيع بيع المال محل الوكالة من دون الحاجة إلى اتباع إجراءات معينة نص عليها القانون المدني، في حين لا يملك الدائن المرتهن أن يبيع المال محل الرهن إلا من خلال اتباع إجراءات معينة نص عليها المشرع في مجال البيوع الجبرية تبدأ بالإنذار وتنتهي

وراجع أيضاً ما قرره الأستاذة جيفردو في حل هذا التنازع.

(١٤) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٨.

(١٥) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(١٦) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٦.

(١٧) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

[د. بدر حامد الملا]

بالمزاد العلني، وهي أمور تتعلق بموقف المشرع من مسألة غلق الرهن وهي تلك الواردة في المواد ١٠١٣، ١٠٤١، ١٠٥٣ مدني كويتي، فضلاً عن تقرير البطلان الوارد في المادة ٩٩٢ من القانون المدني الكويتي^(١٨).

وفي هذا السياق تنص المادة ٩٩٢ من القانون المدني الكويتي على أن " لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

فوفقاً لهذه المادة إذا سلمنا بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل عبارة عن عقد رهن حيازي، فإن على الوكيل اتباع تلك الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٩٩٢ مدني كويتي، وهذا ما لم يأخذ به المشرع والقضاء بشأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل^(١٩).

ويؤكد هذا الاتجاه رأيه في ما نصت عليه المادة ١٠٤٨ مدني كويتي من اشتراط قيد الرهن الحيازي متى ما انصب الرهن على عقار، فحتى يكون الرهن الحيازي على العقار نافذاً في مواجهة الغير يجب أن يتبع الدائن المرتهن والمدين الراهن ذات الإجراءات التي يتطلبها الرهن الرسمي من قيد الرهن وهذا ما لم يشترطه عقد الوكالة غير القابلة للعزل^(٢٠).

إذ تنص المادة ١٠٤٨ مدني كويتي على أنه " يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".

(١٨) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٣٦. د: مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٧٥. د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٠٤ وما بعدها.
(١٩) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٦٧.
(٢٠) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

ويضيف الفقه رأياً آخر في معرض انتقاده لهذا التكييف، إذ إن تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد رهن حيازي، يفترض فيه أن حيازة المال محل الوكالة قد انتقلت إلى الوكيل، وهو ما لم يتحقق في حالات معينة إذ قد يبقى العقار في حيازة الموكل رغم إصدار التوكيل غير القابل للعزل^(٢١).

كما انتقد الفقه هذا التكييف على أساس أن تكييف الوكالة غير القابلة للعزل بأنها رهن حيازي يخرجها من طائفة العقود المنطوية على عمل قانوني ليدخلها بعد ذلك في دائرة التأمينات العينية، في حين أن ذلك يتنافى مع سلطة الوكيل في التصرف في الشيء محل الوكالة^(٢٢).

ونحن إذ نؤيد ما انتهى إليه الفقه من أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل لا يعد رهنًا حيازيًا، بل ونزيد عليه ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٩ مدني كويتي إذ نصت على " فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد. أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً".

ومن ثم يتبين من هذه المادة أن (الإيجار قبل أو بعد قيام المدين الراهن) يشترط أن يكون الأمر مرتبطاً بقيد الرهن فإذا كان الإيجار قبل إبرام عقد الرهن فإنه يجب ذكر ذلك في القيد، أما إذا كان بعد إبرام عقد الرهن فالإجراء المطلوب يتمثل في التأشير في هامش القيد وهذا ما لم يتطلبه عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

ويزيد رأينا وضوحاً في مسألة رفض هذا التكييف ما جاء في المادة ١٠٢٨ مدني كويتي إذ نصت على أن " لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول أو عقار". فمؤدى هذه المادة يتضح من خلال

(٢١) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(٢٢) د. عامر محمد قاسم عمر، الوكالة غير القابلة للعزل، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص ١٩٧ (٢٠١١).

ربطها بالمادة ٢١٦ / ج من قانون المرافعات الكويتي.

إذ تنص المادة ٢١٦/ ج على أنه لا يجوز الحجز على "... السكن الخاص اللازم لإقامة المدين الكويتي وأسرته بشرط أن يكون شاغلاً له قبل نشأة الدين، ولا يسري هذا الحكم إلا على سكن واحد له، كل ذلك ما لم يكن الحجز لاقتضاء دين مقرر لبنك التسليف والادخار أو دين مقرر له امتياز على هذه العين طبقاً للمواد ١٠٨٠ و ١٠٨١ و ١٠٨٢ من القانون المدني أو نفقة محكوم بها".

وبارتباط تلك المادتين ببعض فإنه يقع باطلاً الرهن الوارد على عقار يعد هو السكن الوحيد للمواطن الكويتي، وهو ما لم تنصرف إليه إرادة المشرع من جهة، وجهة الإدارة المتمثلة بإدارة التسجيل العقاري والتوثيق من جهة أخرى في حظر إبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل على المسكن الوحيد للمواطن الكويتي.

وأخيراً نرى أنه لا مجال لإسباغ الرهن الحيازي على عقد الوكالة غير القابلة للعزل إذا كان وارداً على عقار، باعتبار أن الرهن يشترط لصحته أن يصدر من مالك الشيء أو بإقرار رسمي لدى كاتب العدل من المالك الحقيقي للمال المرهون^(٢٣)، في حين أن الوكيل في عقد الوكالة غير القابلة للعزل ليس مالكاً حصّة في التوكيل الثاني الذي يصدره لوكيل آخر، كما لم يتضمن سند الوكالة أي إشارة أو حتى ذكر للرهن حتى يمكننا القول بإقراره من المالك الحقيقي، فضلاً عن أن كاتب العدل الذي أصدر عقد الوكالة يقوم بعمله باعتباره محضر تصديق على توقيع وليس باعتباره توثيقاً^(٢٤).

(٢٣) تنص المادة ١٠٢٩ على سريان المادة ٩٧٤ من القانون المدني على الرهن الحيازي، وتنص المادة ٩٧٤ على أن "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفق القانون، وإذا لم يصدر هذا الإقرار، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن".

(٢٤) ويرى الفقه أن الرهن الحيازي يشترط أن يكون صادراً من مالك، فإذا صدر من غير مالك فلا ينشأ الرهن إلا بإقراره من المالك الحقيقي أو بانتقال ملكية الشيء المرهون إلى الراهن. للمزيد من ذلك راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية، ص ٢٣٥ (٢٠٠٨).

الفرع الثالث

الاتجاه القائل بأنه أداة ضمان ولكن لا تشكل تأميناً

ذهب اتجاه آخر إلى وضع تكليف آخر خلافاً للتكليفات السابقة، إذ لم يعتد أنصار هذا الاتجاه عند قيامهم بهذا التكليف باعتبار عقد الوكالة عقداً من ضمن العقود، بل اتجه إلى اعتبار عقد الوكالة بمثابة أداة ضمان غير مباشرة لأن عدم قابلية عزل الوكيل تكون مطلقة، فهي تضمن للوكيل أو للغير صاحب المصلحة تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق الموكل⁽²⁵⁾، ويضرب هذا الاتجاه مثلاً على هذا التكليف عندما يقوم مالك العقار بإصدار عقد الوكالة غير القابلة للعزل من أجل تأجيل القيام بإجراءات التسجيل.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أن لجوء الأفراد إلى إبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل كأداة ضمان بدلاً من اللجوء إلى وسائل الضمان المباشرة كالكفالة، إنما يعود ذلك لسهولة إصدارها وعدم اشتراط الشكلية فيه، فضلاً عما تضمنه العقد من سرية في التعامل⁽²⁶⁾.

ويشير هذا الاتجاه إلى أن اعتبار عقد الوكالة غير القابلة للعزل أداة للضمان، إلا أن فائدة هذا الضمان محدودة، فعدم قابلية عزل الوكيل تضمن استمرار عقد الوكالة غير القابلة للعزل، إلا أنها لا تضمن للوكيل أو للغير صاحب المصلحة المال محل الوكالة⁽²⁷⁾.

ويستدرك أنصار هذا الاتجاه عند قيامهم بتكليف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنها أداة ضمان بأن هذه الأداة قد تتشابه مع التأمينات العينية والشخصية، فهو قد يتوافق مع التأمين العيني إذا كان عقد الوكالة غير القابلة للعزل صادراً

(25) Jean Stiofflet , Le mandat irrevocable Instrument de garantie., Mélanges André Colomer., Paris, P. 477 (1993).

(26) Jean Stiofflet , opt cit, P. 478.

(27) Jean Stiofflet, opt cit, P. 484.

[د. بدر حامد الملا]

لمصلحة الوكيل وقد يتوافق مع التأمين الشخصي إذا كان عقد الوكالة صادراً لمصلحة الغير، إلا أنها في الحقيقة ليست تأميناً على الإطلاق^(٢٨).

ويجد هذا الرأي قبولاً لدى جانب من الفقه، إذ يؤكد هذا الجانب سلامة هذا التكييف خاصة في مجال الوكالات المدنية غير القابلة للعزل، وسلامة الأخذ بهذا التكييف أيضاً في البيوع العقارية التي تتم بموجب عقد الوكالة غير القابلة للعزل^(٢٩).

ومع تقديرنا لهذا الاتجاه إلا أننا نرى أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل لا يعد ضماناً، بل قد لا يحصل إلا على النزر اليسير من الشيء الذي صدر بشأنه عقد الوكالة غير القابلة للعزل متى ما دخل الوكيل مع الغير في قسمة غرماء، فالمال الذي صدر بشأنه وكالة غير قابلة للعزل ما زال في إطار الضمان العام لدائني الموكل وهو ما يؤدي إلى إهدار فكرة كونها أداة ضمان.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للوكالة غير القابلة للعزل في مجال البيوع العقارية في دولة الكويت

اختلف الفقهاء بشأن تكييف الوكالة غير القابلة للعزل في مجال البيوع العقارية، إذ انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات، فرأى الاتجاه الأول أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل عبارة عن عقد بيع ابتدائي، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى تكييفه بأنه بيع لملك الغير، وأخيراً ذهب الاتجاه الثالث بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل عبارة عن عقد بيع نهائي مستتر في صورة وكالة غير قابلة للعزل.

لذلك رأينا أن نتناول كل اتجاه في فرع مستقل مبينين أسانيد كل اتجاه والانتقادات الموجهة إليه وذلك على النحو التالي:

(28) Jean Stiofflet, opt cit, P. 484.

(٢٩) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

الفرع الأول: الاتجاه القائل بأنه عقد بيع ابتدائي.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأنه بيع لملك الغير.

الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأنه عقد بيع نهائي مستتر خلف عقد الوكالة.

الفرع الرابع: رأينا الخاص في تكييفه بأنه عقد صوري يستر تصرفاً يتم تكييفه بحسب ما انصرفت إليه إرادة طرفي عقد الوكالة.

الفرع الأول

الاتجاه القائل بأنه عقد بيع ابتدائي

ذهب اتجاه في الفقه إلى تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع ابتدائي، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أن تفسير القاضي لإرادة طرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل يدل على اتجاهها نحو إبرام عقد بيع ابتدائي، ذلك أن أحكام عقد الوكالة لا تتوافق مع ما انصرفت إليه إرادتا طرفي عقد الوكالة، فضلاً عن أن تفسير القضاء يتفق مع ما استقر من تعامل على هذا النوع من الوكالات^(٣٠).

فالمستقر في التعامل أن يقوم الموكل بإصدار التوكيل غير القابل للعزل في الوقت الذي يقوم فيه الوكيل بدفع ثمن العقار للموكل، ثم يقوم الوكيل بعد ذلك بالتصرف في العقار محل الوكالة بإعادة بيعه مرة أخرى لحسابه هو وليس لحساب الموكل^(٣١).

ويبرر أنصار هذا الاتجاه هذا التكييف استناداً إلى أن عقد الوكالة لا يلزم الوكيل بدفع مقابل مالي للموكل، بل على العكس من ذلك فالموكل هو من يدفع المقابل المالي للوكيل خاصة إذا كانت الوكالة بأجر، ومن ثم إذا قام الوكيل بدفع

(٣٠) د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص ٣٨ (١٩٨٩). وانظر أيضاً: أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص ٣٥ وما بعدها، دون تاريخ.
(٣١) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

المقابل المالي للموكل وكان هذا المقابل يتناسب في القيمة مع ما يشكله العقار من قيمة نقدية في السوق، وبالتالي فإن ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين في حقيقته يعد إبراماً لعقد البيع^(٣٢).

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أن الأمر يتعلق بعقد بيع ابتدائي وليس بوعده بالبيع، فالوعد بالبيع يشترط أن يتم في صورته النهائية في غضون مدة معينة وهو ما لم يأخذ به عقد الوكالة غير القابلة للعزل، فضلاً عن أن الموكل تنتهي علاقته بالمال محل الوكالة عند إبرامه لهذا العقد^(٣٣).

ولعل تكييف هذا الاتجاه لعقد الوكالة غير القابلة للعزل يرجع إلى شيوع استعمال هذا النوع من العقود في البيوع العقارية، فضلاً عما يحتويه هذا العقد من أدوات تتيح للمتعاملين في البيوع العقارية الاستفادة منها للتهرب مما تقتضيه نصوص قانونية ملزمة للكافة بوجوب اتباعها، كالتهرب من دفع الرسوم التي يلتزم المشتري بدفعها إلى إدارة التسجيل العقاري، والتوثيق عند تمام إبرام عقد البيع النهائي، وكذلك عند التهرب من الضمان العام للدائنين، والتهرب من أحكام الميراث^(٣٤).

ويشير الفقه إلى أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل في التعاملات العقارية إذا تضمن العناصر الأساسية لعقد البيع كتحديد الثمن والإقرار بقبضه وتحديد العقار المبيع تحديداً كافياً والتراضي على بيعه، فإن تسمية الطرفين له بأنه عقد وكالة ينحسر ليحل محله عقد آخر مسمى هو عقد البيع؛ لأن العبرة في تكييف العقود ليست بالألفاظ التي يطلقها الأفراد على تعاملاتهم بل بما قصدوه من هذا

(٣٢) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٣٣) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣٤) للمزيد من الاطلاع على حالات الاستخدام السييء لعقد الوكالة غير القابلة للعزل وأسباب لجوء المتعاملين لهذا العقد بدلاً من اللجوء إلى عقد البيع مباشرة. راجع: د. مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٢٨٢ وما بعدها. د. عامر محمد قاسم عمر، المرجع السابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

التصرف وانصرفت إرادتهم من أجله، ومن ثم يجب إلزام طرفي العقد بما ينتج عن البيع من آثار وليس بما ينتج عن الوكالة من آثار، فيلتزم البائع -الموكل - بضمان الاستحقاق وضمان التعرض وضمان العيب الخفي، في حين يلتزم المشتري - الوكيل - بدفع الثمن^(٣٥).

ويشير الفقه^(٣٦) إلى أن محكمة التمييز الكويتية أيدت هذا التكييف من خلال الأحكام التي أصدرتها، إذ قررت أن العبرة في تكييف التصرفات هي بحقيقة ما رمت إليه مقاصدها وليست بما جاء في ألفاظها، ثم تطرقت المحكمة إلى أن ما احتوته الوكالة من سلطات للوكيل تنطوي في حقيقتها - بما تملكه المحكمة من سلطة التكييف - عبارة عن إفراغ البيع في صورة عقد وكالة غير قابلة للعزل^(٣٧).

وينتقد الفقه هذا التكييف، إذ يرى الاتجاه المعارض لهذا التكييف أن الرأي القائل بأنه عقد بيع ابتدائي لم يعتد بالبائع الذي دفع طرفيه إلى إبرام عقد الوكالة، بل فسر إرادة طرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل تفسيراً جزئياً ناقصاً، فهذا الاتجاه المعارض يرى أن التفسير الجزئي لإرادة طرفي العقد يتمثل في انصراف إرادة طرفي الوكالة إلى إبرام عقد البيع، في حين أن الباعث الدافع على التعاقد يتمثل في التهرب من الرسوم^(٣٨).

ومع تقديرنا لوجهة هذا الرأي إلا أننا نراه تفسيراً لإرادة باطنة غير ظاهرة لا دليل عليها ولا تتفق مع ما قررته القواعد العامة من أن الأصل هو حسن النية، وفي الموضوع المائل فالأصل العام يتمثل في حسن النية من خلال إصدار هذه الوكالة لغرض مشروع متسق مع مشروعية التعاملات المالية.

(٣٥) د. مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٣٦) د. مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٣٧) سنيين لاحقاً اختلافنا في تفسير الفقه لحكم محكمة التمييز الكويتية في شأن تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

(٣٨) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.

ويتنقد الفقه أيضاً هذا التكييف على سند من أن المادة ١/٧٠ من مدني كويتي^(٣٩) ألزمت إعادة صياغة العقد مرة أخرى في صورته النهائية - عقد بيع نهائي - وذلك في الميعاد الذي يحدده عقد البيع الابتدائي أو خلال مدة معقولة، ويتضح من خلال بيان إرادة طرفي العقد أن إرادتهما لا تتجه إلى إعادة صياغة العقد بشكله النهائي نظراً لرغبتهما في إخفاء وعدم تسجيله للتهرب من دفع رسوم التسجيل^(٤٠).

والحقيقة نحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الاتجاه في نقده لهذا التكييف في شقه الأول من عدم توافر الإرادة في صياغة العقد في صورته النهائية، إلا أننا نرى في المقابل أنه من غير المقبول إهدار مسألة سهولة التعامل العقاري الذي يحققه عقد الوكالة غير القابلة للعزل. ذلك أن هناك من المتعاملين من يلجأ إلى إبرام هذا النوع العقود ليتفادى تخلف حضور البائع بعد ذلك لإكمال إجراءات عقد البيع بشكله النهائي، لذلك يلجأ المتعاملون دائماً إلى إبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل ليتفادوا رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع عند تخلف البائع عن استكمال الإجراءات.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ومع تقديرنا لوجاهة الرأي السابق نرى أن التسليم بالبائع الذي يرمي إليه طرفاً عقد الوكالة غير القابلة للعزل عند إبرامها هذا العقد بغرض التهرب من رسوم التسجيل هو أمر يتناقض البتة مع مقتضيات حسن النية، فضلاً عن أن الواقع العملي يشير إلى تفادي هذه المعضلة عبر قرارات صدرت من إدارة التسجيل العقاري والتوثيق تتمثل في عدم تجاوز عدد الوكالات غير القابلة للعزل على ثلاث وكالات للعقار الواحد، وما فرضته

(٣٩) تنص المادة ١/٧٠ من القانون المدني الكويتي على أن "١ - إذا كان من مقتضى العقد أن يبرم مرة ثانية أو في صورة أخرى، وجب على كل من طرفيه إبرامه في وضعه النهائي، وذلك في الميعاد الذي يحدده العقد النهائي، وإلا ففي مدة معقولة".
(٤٠) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٢٧ وما بعدها.

بعد ذلك من رفع قيمة الرسم ليصبح ٥٠٠ خمسمائة دينار كويتي على الوكالة الواحدة على أن تخصم من رسم البيع النهائي عند إصداره في شكل عقد بيع نهائي.

ويتقد هذا الاتجاه الفقهي أيضاً هذا التكليف من وجهة أخرى، إذ يرى هذا الاتجاه أن "تكليف الوكالات المتتالية غير القابلة للعزل بأنها عقود بيع ابتدائية لا ينسجم مع المنطق القانوني السليم"، ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، ومن ثم فإن عقد البيع الابتدائي للعقارات يعد عقد بيع تراخي فيه نقل الملكية إلى تمام إجراءات التسجيل^(٤١).

ولا يعني ردنا على اعتراضات الاتجاه المعارض لتكليف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنها عقد بيع ابتدائي أننا نسلم بهذا التكليف، بل أن لنا وجهة نظر أخرى سنبينها لاحقاً بعد الانتهاء من عرض هذه الاتجاهات، وما ردنا هنا إلا لبيان رأينا بشأن هذه الاعتراضات مع تقديرنا لوجهة من أبقاها.

ويتقد جانب آخر من الفقه هذا التكليف، إذ يرى هذا الاتجاه أن مصطلح العقد الابتدائي في مجال البيع العقاري محل نظر، لأنه في حقيقته عقد نهائي تراخي فيه نقل الملكية إلى تمام التسجيل، فعقد البيع العقاري الذي لم يتم تسجيله ينتج كافة آثاره فيما بين المتعاقدين ما عدا نقل الملكية، ذلك أن نقل الملكية أثر من آثار العقد وليس ركناً فيه^(٤٢).

ونحن إذ نؤيد هذا الاتجاه فيما انتهى إليه من أن نقل الملكية ليس ركناً في عقد البيع العقاري، ذلك أن تخلفه لا يؤدي إلى بطلان العقد، فالتسجيل لا يعد ركناً في

(٤١) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.

(٤٢) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٩٧ وما بعدها.

عقد البيع إلا في مجال بيع المحل التجاري^(٤٣) وفي مجال بيع السفينة^(٤٤) وهو ما نص القانون على وجوبه ليصح معه إبرام العقد وإلا وقع باطلاً، ومن ثم فإن البيوع العقارية لا تقع باطلة لعدم نقل ملكية العقار وإلا لكننا أمام تقرير لبطان جميع البيوع العقارية التي تمت عبر الوكالة غير القابلة للعزل.

الفرع الثاني الاتجاه القائل بأنه بيع لملك الغير

يفرق الاتجاه القائل بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل يتم تكييفه بأنه بيع لملك الغير بين البيع الأول الصادر من مالك العقار إلى المشتري وبين توالي التوكيلات التي تتم على نفس العقار المباع عند قيام الوكيل الأول باعتباره موكلاً ثانياً بإعادة بيع ذات العقار إلى وكيل ثان، وهكذا دواليك.

ففي العقد الأول الصادر من المالك يسلم هذا الاتجاه أن التكييف القانوني لعقد الوكالة غير القابلة للعزل لا يثير صعوبة وهو عبارة عن عقد بيع، في حين أن ما يتوالى بعدها من وكالات لاحقة مستندة على عقد الوكالة غير القابلة للعزل الأول عبارة عن بيع لملك الغير^(٤٥).

ويستند هذا الاتجاه في تكييفه إلى ما جاء في المادة ٨٩٠ مدني كويتي من أن " إذا كان المتصرف فيه عقاراً، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ، إلا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري ". وباستقراء المادة ٧ من القانون رقم ١٩٥٩ / ٥ بشأن التسجيل العقاري المعدل بالقانون رقم ١٩٧٩ / ٧٣ التي تنص على " أن جميع

(٤٣) إذ تنص المادة ٣٦ / ١ من قانون التجارة رقم ١٩٨٠ / ٦٨ على أن " لا يتم بيع المتجر إلا بورقة رسمية".

(٤٤) إذ تنص المادة ٩ من قانون التجارة البحرية على أن " التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية على السفينة أو غيره من الحقوق العينية الأصلية، يجب أن تتم بورقة رسمية، أو بمقتضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي".

(٤٥) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.

التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذا الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها".

وبمقتضى هاتين المادتين يكون التوكيل الثاني غير القابل للعزل وما صدر من بعده صادراً من غير مالك، إذ لم تنتقل الملكية إلى الوكيل الأول - الموكل الثاني في الوكالة الثانية - لأن التسجيل لم يتم فيظل الموكل الأول مالكاً وبالتالي لا يعد نافذاً تصرف الوكيل الأول في مواجهته إلا أنه وفقاً لهذا الاتجاه يبقى عقد البيع الثاني صحيحاً على الرغم من أنه لم يصدر من مالك، إلا أن آثاره لا تكون نافذة في مواجهة المالك الحقيقي، فالتسجيل الذي يترتب عليه نقل الملكية لم يتم ومن ثم لم تنتقل الملكية بعد إلى الوكيل الأول^(٤٦).

وينتج عن هذا التكليف أن العلاقة فيما بين المتعاقدين في مجال بيع ملك الغير تعد علاقة عقدية صحيحة منتجة لآثارها، فالبائع يضمن العيوب الخفية ويضمن أيضاً التعرض الصادر من الغير، فإذا تخلف الموكل الثاني عن نقل ملكية العقار للوكيل الثاني يعد محلاً بالتزامه بنقل الملكية، بما يحق للوكيل الثاني أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء إخلال البائع الثاني بالتزامه^(٤٧).

أما بالنسبة للمالك الحقيقي - الموكل الأول - فالبيع الثاني الصادر بموجب عقد الوكالة غير القابلة للعزل لا ينتج أثراً في مواجهته، فالمالك الحقيقي ليس طرفاً في عقد البيع الثاني، ومن ثم لا تنصرف إليه آثار البيع الثاني "إعمالاً لقاعدة الأثر النسبي للعقد المنصوص عليها في المادتين ٢٠١، ٢١٣ مدني كويتي"^(٤٨)، إذ يظل مالكاً لم تنحسر عنه ملكيته لعدم إتمام إجراءات التسجيل، فالوكيل قام بإعادة بيع العقار قبل تسجيل البيع الأول، ويشير هذا الاتجاه الفقهي إلى أن

(٤٦) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٤٧) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٣١.

(٤٨) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

[د. بدر حامد الملا]

تكيف عقد الوكالة غير القابلة للعزل في مجال توالي التوكيلات بأنه بيع ملك الغير يترتب عليه نتيجة هامة، إذ تتمثل هذه النتيجة بأن الحكم بفسخ أو بطلان البيع الأول يترتب عليه انصراف هذا الحكم على البيوع اللاحقة^(٤٩).

ويتقد هذا الاتجاه مسلك محكمة التمييز في تجاوز هذه المسألة، إذ يشير هذا الاتجاه إلى أن محكمة التمييز قررت أن البيع بموجب عقد الوكالة غير القابلة للعزل لا يتأثر ببطلان أو فسخ العقد السابق عليه لأي سبب كان استناداً إلى أن الوكيل الأخير في توالي البيوع يعد وكيلاً للموكل الأصلي^(٥٠).

ولم يسلم هذا التكيف أيضاً من الانتقاد، إذ انتقد جانب من الفقه هذا التكيف - بيع ملك الغير- إذ يرى هذا الاتجاه المعارض بأنه وإن كان صحيحاً أن الملكية لا تزال قائمة بالنسبة للموكل الأول ولا تنتقل الملكية إلى من اشترى لاحقاً إلا بعد تسجيله للبيع، إلا أن المالك الحقيقي - الموكل الأول- لا يستطيع إنكار إقراره بالبيع التالي وما يليه من بيوع لأنه سبق له أن أقر بصحة هذا البيع في صلب عقد الوكالة الأول، إذ أقر الموكل الأول في عقد الوكالة الأول صراحة بقيام الوكيل ببيع العقار لنفسه أو لمن يشاء مع قبضه للثمن فضلاً عن تفويض الوكيل بالقيام بإجراءات التسجيل، فوفقاً لهذا الرأي ليس للمالك الحقيقي أن يطعن في صحة إجراءات التسجيل لأن قيام الوكيل - المشتري - بإجراءات التسجيل بعد ذلك يعد تطبيقاً للالتزام الموكل بنقل ملكية العقار إلى المشتري، بعد حل الوكيل محل الموكل في تنفيذ الالتزام^(٥١).

(٤٩) د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٥٠) تمييز كويتي، الطعن رقم ١٩٨٤/٣٠ مدني، جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩، مجلة القضاء والقانون، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، مارس ١٩٩٠، ص ٣١٩٢. وانظر تعليق الدكتور سامي الدريعي في بحثه سالف الذكر ص ٢٣٥: حيث وصف هذا الحكم وأحكاماً أخرى في هذا المجال بأنها عبارة عن حلول قانونية تصل إلى التبرير وهي تهدف في حقيقتها إلى حماية المشتري في عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

(٥١) د. مصطفى أحمد عبدالجواد، المرجع السابق، ص ٢٩٩ وما بعدها.

ومن جهة أخرى ينتقد الاتجاه المعارض هذا التكليف على سند من أن المالك لا يستطيع إنكار صحة البيع، لأنه بهذا الإنكار يعزل وكيله بإرادته المنفردة وهو ما لا يجوز في القانون الكويتي لأن الوكالة مقررة لمصلحة الوكيل^(٥٢)، إذ تنص المادة ٢/٧١٧ من القانون المدني على أن "٢ - على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدتها دون موافقة من له المصلحة".

ونحن إذ نرى سبباً آخر يدفعنا لعدم قبول تكليف الوكالة غير القابلة للعزل بأنه بيع لملك الغير، ذلك أن هذا الاتجاه الفقهي مع تقديرنا له لم يكيف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بل كيف الاستثناء عليها، وأقام الافتراض على تحديد طبيعته القانونية الذي قد لا يحدث في كثير من الوكالات، فكم من وكالة تصدر ويتم التسجيل بعدها من دون قيام الوكيل بإعادة إصدار وكالة أخرى لشخص آخر، لذلك فتحديد الطبيعة القانونية يجب أن يكون للعقد نفسه في أصل إبرامه وليس في استثناء إبرامه لاحقاً.

كما أن القول بأن العقد الثاني لا ينتج أثراً في مواجهة المالك الحقيقي على اعتبار أنه ليس طرفاً في عقد البيع الثاني، ومن ثم لا تنصرف إليه آثار البيع الثاني إعمالاً لقاعدة الأثر النسبي للعقد، هو قول نرى خلافه، ذلك أن عدم الاحتجاج ليس مطلقاً، فالحقوق الشخصية المتصلة بالمال في العقد الأول على نحو يجعلها من توابعه، والالتزامات المتصلة به على نحو يجعلها من توابعه، تنتقل للخلف الخاص في العقد الثاني وبالتالي للوكيل الثاني أن يحتج بتلك الحقوق والالتزامات في مواجهة المالك الحقيقي^(٥٣).

(٥٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٥٣) تنص المادة ١/٢٠٢ من القانون المدني على "١ - إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعه، أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته، ثم انتقل المال إلى خلف فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه".

الفرع الثالث

الاتجاه القائل بأنه عقد بيع نهائي مستتر خلف عقد الوكالة

ذهب جانب من الفقه إلى تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع نهائي مستتر خلف عقد وكالة غير القابلة للعزل، ويعد هذا العقد منتجاً لآثاره إلا أن نقل الملكية يترأخى إلى وقت تمام تسجيل عقد البيع^(٥٤). ويؤكد هذا الجانب أن هذا العقد تم بصورته النهائية، فهو ليس عقد بيع ابتدائي بل عقد بيع نهائي تراخى فيها نقل الملكية حتى تمام التسجيل^(٥٥).

مع تقديرنا لوجهة هذا الرأي، إلا أن هذا الرأي كشأن الآراء السابقة تم تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل على سند من القول بوحدة الإرادة المشتركة للمتعاقدين على إبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل، وكأن الإرادة المشتركة بين المتعاقدين تنصرف دائماً - وفق هذا التكييف - على إبرام عقد بيع نهائي، وتنصرف وفق كل تكييف سابق على وحدة الإرادة المشتركة على انطباق التكييف المقترح من كل اتجاه من الفقه وهذا الأمر محل نظر.

وعلى الرغم من تقديرنا لكل من كتب من الفقه في مجال تحديد الطبيعة القانونية لعقد الوكالة غير القابلة للعزل فإننا لاحظنا أنه يكاد أن يكون هناك إجماع في القول بأن محكمة التمييز الكويتية كيفت عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع ابتدائي^(٥٦)، وهذا الأمر تعوزه الدقة.

فمحكمة التمييز الكويتية لم تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع ابتدائي، بل كيفت هذا العقد بأنه عقد صوري يتدسر خلفه في حالات معينة عقد بيع ابتدائي، وفي حالات أخرى يتستر خلفها عقد يتضمن رهناً حيازياً، وفي

(٥٤) د. مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٣٠١.

(٥٥) د. مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٥٦) انظر لاحقاً عند بيان رأينا الخاص في تحديد الطبيعة القانونية للوكالة غير القابلة للعزل.

حالات أخرى أيضاً كيفت محكمة التمييز عقد البيع اللاحق على عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه بيع لملك الغير، وفي حالات أخرى ناقش القضاء مسألة تدرس الهبة والوصية خلف عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

ويترتب على هذا الأمر أن محكمة التمييز لم تستقر على اعتبار عقد الوكالة غير القابلة للعزل عقد بيع ابتدائي، بل اعتبرته عقداً صورياً يتم من خلاله تفسير التصرف المستتر بحسب ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة لطرفي الوكالة غير القابلة للعزل في إطار الشروط والضوابط القانونية، وهذا ما يقودنا بالتالي إلى رفض التكييف القانوني للاتجاهات السابقة جميعها، الأمر الذي يجعلنا نبين في الفرع القادم وجهة نظرنا في تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

الفرع الرابع

رأينا الخاص في تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل

بأنه عقد صوري يستر تصرفاً يتم تكييفه

بحسب ما انصرفت إليه إرادة طرفي عقد الوكالة

تبين لنا من خلال عرض التكييفات القانونية السابقة لعقد الوكالة غير القابلة للعزل، أن كل اتجاه من الاتجاهات الفقهية كيف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بمعزل عن حقيقة الإرادة المشتركة لطرفيها، إذ ساوت تلك الاتجاهات في إظهار الإرادة المشتركة على نحو مجرد، وعممت من خلالها الإرادة المشتركة للمتعاقدين في أحد عقود الوكالة غير القابلة للعزل على جميع التعاقدات التي صدرت بموجبها تلك العقود.

وفي هذا السياق أجمعت الاتجاهات السابقة مع تقديرنا لها على نحو مخالف للواقع بأن القضاء الكويتي كيف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع ابتدائي، في حين أنه من خلال الاطلاع على أحكام محكمة التمييز بشكل شامل

تبين لنا خلاف هذا الأمر^(٥٧).

فحقيقة الأمر أن القضاء الكويتي -وبحق- سلك طريقاً حميداً في تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد صوري يتدسر خلفه تصرف آخر، إلا أنه أرجع تكييف ذلك التصرف المستتر إلى حقيقة ما انصرفت إليه إرادة طرفي الوكالة، والتي في بعضها تخفي بيعاً، وفي بعضها الآخر تخفي رهناً حيازياً، وفي بعض منها تخفي تصرفاً مضافاً لما بعد الموت تطبق عليه أحكام الوصية، وفي بعضها الأخير أعملت فكرة التقليل الصريح أو الضمني لتجعل التصرفات اللاحقة على عقد الوكالة غير القابلة للعزل منطوية على بيع للملك الغير.

لذلك لا مفر من التسليم بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل يعد عقداً صورياً وهو ما نراه من إجماع الفقه والقضاء، إلا أن التقرير بطبيعة التصرف أو العقد المستتر يتطلب منا أن نبين حقيقة الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة في إطار المشروعية القانونية، ودور القضاء الكويتي في الوصول إلى التكييف القانوني السليم لتلك الإرادة المشتركة حتى لو جاء تكييف المحكمة مخالفاً لحقيقة ما انصرفت إليه تلك الإرادة المشتركة.

ومن نافلة القول أن نبين بأن القاضي أحياناً يقف عند حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين ويأشر سلطته في تكييف هذا العقد المستتر على نحو مخالف لما انصرفت إليه تلك الإرادة خاصة ما إذا كان هناك ما يستدعي بطلان ما انتهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة بسبب تخلف ركن من أركان التصرف أو العقد المراد إبرامه.

(٥٧) انظر على سبيل المثال : د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٤ وما بعدها. د. أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص ٣٥. د. سامي الدريعي، المرجع السابق، ص ٢٢٩. د. عامر محمد قاسم عمر، المرجع السابق، ص ٢١٤.

وفي هذا السياق ذهب الاتجاه الغالب لأحكام محكمة التمييز الكويتية إلى تكييف الإرادة المشتركة للمتعاقدين بأن عقد الوكالة غير القابلة للعزل عقد صوري يتستر خلفه عقد بيع ابتدائي، فمحكمة التمييز الكويتية كيفت عقد الوكالة على ضوء ما ورد في متن الوكالة من صلاحيات للوكيل.

في حين ذهبت محكمة التمييز في أحكام ليست بالقليلة إلى تكييف عقد الوكالة بأنه عقد قرض مضمون برهن حيازي، متى ما ارتبط الأمر بقرض وبيع وفاء، ويقصد ببيع الوفاء هو ذلك البيع الذي يحتفظ فيه البائع في الحق باسترداد المبيع، وهذا ما انتهت إليه محكمة التمييز في تطبيقها لنص المادة ٥٠٨ مدني كويتي التي تنص على " إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمصروفات، اعتبر العقد قرضاً مضموناً برهن حيازي".

إذ قررت الدائرة التجارية لمحكمة التمييز في دعوى تتعلق بوكالة غير قابلة للعزل بأنه " لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى تكييف عقد البيع المؤرخ في ٨ / ٩ / ٢٠٠١ بأنه قرض مضمون برهن حيازي بما استدل عليه من بنود ذلك العقد، وكذا بنود عقد الإيجار وملحقه المحرر بين الطاعنة والمطعون ضدها الأولى وبتاريخ واحد، فضلاً عن التعاصر الزمني بينهما، وأنها وجهان لعملة واحدة، وأن المشتري في عقد البيع هو بذاته المؤجر، وأن العقار المبيع هو بذاته العقار المؤجر، وأن الطرف البائع هو بذاته الطرف المستأجر، وأن الثمن وقدره ٧٠ ألف دينار أثبت في عقد البيع، وتضمن المرفق رقم ١ من اتفاقية المستأجر التزاماً في ذمة المستأجر وهو البائع في عقد البيع بأن تدفع للمؤجر - الطرف المشتري في عقد البيع ٧٠ ألف دينار وهو الثمن المحرر في عقد البيع الابتدائي إذا ما رغبت المستأجرة في شراء العقار المبيع - ومن ثم فإن ورقتي البيع والإيجار هما وجهان لعملة واحدة وإن بنود كل منهما بأن المستأنف عليها الأولى - الطاعنة - حين باعت العقار المملوك لها بموجب عقد البيع الابتدائي المؤرخ

٢٠٠١/٩/٨ للمستأنفة الأولى - المطعون ضدها الأولى - قد احتفظت بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن، وهنا يعتبر العقد قرضاً بمبلغ ٧٠ ألف دينار مضموناً برهن حيازي انصب على ذات المبيع، ومؤدى ذلك أن تسري عليه أحكام الرهن بما فيها البطلان إذا اشترط احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع مقابل رد الثمن" (٥٨).

ويزداد الأمر وضوحاً لدى محكمة التمييز حين قضت الدائرة المدنية بأن " ما أورده الحكم من اتفاق الطاعن والمطعون ضدها الرابعة في عقد البيع المؤرخ ١٩٩٥/٧/٩ على حق البائعة في استرداد المنزل المبيع خلال شهرين مقابل رد الثمن إضافة إلى مبلغ ٦٥ ألف دينار مؤداه أن نية الطرفين لم تنصرف إلى شراء الطاعن منزل النزاع، وأن العقد المبرم بينهما هو بيع وفائي لا يصلح سنداً لتملك الطاعن لعقار النزاع طبقاً لنص المادة ٥٠٨ من القانون المدني لأنه في حقيقته قرض مضمون برهن العقار إليه إلى أن تقوم المقترضة بسداد الدين ومصرفاته، وأن التوكيل رقم ٩٨٨ جلد ه تاريخ ١٩٩٥/٧/١٦ الذي أصدرته المطعون ضدها الرابعة بصفتها وكيلاً عن المطعون ضدهم الثلاثة الأول ونحوه الحق في بيع العقار لم يكن سوى ضماناً لسدادها قيمة القرض ومصرفاته ومن ثم فإن قيام الطاعن بنقل ملكية المنزل إليه بموجب هذا التوكيل بالعقد المسجل رقم ٢٦٦٦٩ بتاريخ ١٩٩٦/٤/١٠ رغم علمه بأن هذا التوكيل لم يكن المقصود منه بيع العقار إليه، فإن هذا البيع يكون باطلاً ويظل المطعون ضدهم الثلاثة الأول مالكين لمنزل النزاع وتكون دعوى الطاعن بطردهم منه قائمة على غير أساس متعيناً رفضها" (٥٩).

(٥٨) تمييز كويتي، الطعن رقم ٢٠٠٣/٤٤٧ تجاري، جلسة ٢٠٠٤/٥/١٢. منشور في مركز تصنيف الأحكام على الرابط:

<http://ccda.kuniv.edu.kw/IMGPDF/1016271.pdf> (visited on 10/11/2012).

(٥٩) تمييز كويتي، الطعن رقم ١٩٩٨/١٢٥ مدني، جلسة ١٩٩٨/١/١١. منشور في مركز تصنيف الأحكام على الرابط: <http://ccda.kuniv.edu.kw/IMGPDF/1009075.pdf> (visited on 10/11/2012).

وتواترت الأحكام بعد ذلك في تكليف إرادة المتعاقدين على إبرام عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد قرض مضمون برهن حيازي، إذ قضت الدائرة المدنية لمحكمة التمييز بأن " كلاً من عقدي البيع الصادرين بشأنه هما في حقيقتهما بيع وفائي لا يصلح سنداً لتملك أي من المستأنف ضدّهما العقار المشار إليه طبقاً لنص المادة ٥٠٨ من القانون المدني إذ هو في حقيقته عقد قرض مضمون برهن العقار إلى أن يقوم المقترض بسداد الدين، وأن التوكيل رقم ١٢٤٠ جلده المحرر في ١٧/٤/١٩٩٧ الذي أصدره المستأنف للمستأنف ضده الأول وخوله فيه بيع العقار لنفسه أو للغير باطل؛ لأنه حرره ضماناً لسداد دين القرض الممنوح له من المستأنف ضده الأول، وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر وخلص إلى صحة الوكالة وإنها في حقيقتها بيع، ورتب على ذلك قضاؤه برفض الدعوى فإنه يكون في غير محله مما يتعين معه إلغاؤه والقضاء للمستأنف بطلباته"^(٦٠).

وعلى ضوء تطبيق هذه المادة متى ما أثبت المدعي أن الوكالة غير القابلة للعزل صدرت من أجل ضمان قرض اقترضه من الوكيل، وتبين من خلال العقد المبرم بينهما احتفاظ البائع-الموكل - بحقه في استرداد المبيع من المشتري، فإن عقد الوكالة غير القابلة للعزل لا يصلح سبباً لتملك العقار محل الوكالة ولا ينال من ذلك قيام الوكيل بتسجيل الوكالة بعد ذلك بعقد بيع مسجل.

مؤدى ما سبق ومفاده أن محكمة التمييز لم تتمسك بما نسبته إليها الفقه من أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل تم تكليفه بأنه عقد بيع ابتدائي، بل باشرت سلطتها في تفسير ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة لطرفي الوكالة عند إبرامها لعقد

ويلاحظ في هذا الحكم توالي التوكيلات إذ إن المطعون ضدهم الثلاثة الأول أصدروا وكالة غير قابلة للعزل للمطعون ضدها الرابعة، ثم قامت بعد ذلك المطعون ضدها الرابعة بإصدار وكالة غير قابلة للعزل للطاعن الذي بدوره قام بتسجيله وأصدر وثيقة ملكية بناء على عقد الوكالة غير القابلة للعزل.
(٦٠) تمييز كويتي، الطعن رقم ٢٩/٢٠٠٠ مدني، جلسة ١٣/١١/٢٠٠٠. منشور في مركز تصنيف الأحكام على الرابط :

<http://ccda.kuniv.edu.kw/IMGPDF/1008798.pdf> (visited on 10/11/2012).

الوكالة غير القابلة للعزل، من أنها في حقيقتها عقد قرض مضمون برهن حيازي. ولم تقف محكمة التمييز الكويتية عند حدود تفسير إرادة المتعاقدين بأنها تستر أحيانا عقد قرض مضمون برهن حيازي، بل مارست سلطتها في تفسير ما إذا كانت تستر في حقيقتها هبة أو تصرفاً مضافاً لما بعد الموت تطبق عليه أحكام الوصية، ومن ثم تقوم محكمة التمييز في بسط سلطتها في تقرير مدى توافر الضوابط القانونية الذي يؤدي لصحة هذا التصرف.

وتطبيقاً لذلك ميّزت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف الذي قضى باعتبار الوكالة غير القابلة للعزل بأنها تستر هبة وهبتها المورثة لأحد أقاربها - ولا يعد هذا القريب من الورثة - حال حياتها، وقضت ببسط تكييف الهبة على عقد الوكالة غير القابلة للعزل ثم قضت ببطالان الهبة لانتفاء الرسمية والقبض وهما قسيان تتحقق الهبة بإحداهما.

وجاء في تسيبب حكم الدائرة المدنية بأن " حكم محكمة الاستئناف قد خرج في تفسيره للوكالة عن المعنى الظاهر لعباراتها إلى معنى آخر لم يثبت تحققه مما يعيبه بعوار الفساد في الاستدلال في هذا الصدد، فضلاً عن مخالفة القانون فيما ذهب إليه من أن الهبة قد وثقت في عقد رسمي هو عقد الوكالة الموثق برقم ٦٥ جلد ٦٢١ وفقاً للعرف الجاري بالبلاد، ومن أنه تحقق قبض الموهوب له في حياة الواهبة، ذلك أن المادة ٥٢٥ من القانون المدني إذ نصت على أن " (١) لا تتعقد الهبة إلا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي (٢) ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب ". فقد دلت على أن الرسمية في الهبة - في غير حالة اقتران الهبة بقبض الموهوب - هي ركن في العقد لا يتم إلا بتوافره بحيث إذا تخلف هذا الركن كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تنتج أثراً سواء بالنسبة لطرفيها أو الغير، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها عملاً بالمادة ١٨٤ من القانون المدني. والمحرر

الرسمي بالمعنى المقصود في الفقرة الأولى من المادة ٥٢٥ من هذا القانون هو الذي يقوم كاتب العدل بتوثيقه طبقاً للقواعد المقررة في توثيق المحررات الرسمية والمنصوص عليها في المواد من ٢ إلى ١٢ من قانون التوثيق رقم ٤ / ١٩٦١. أما المحررات العرفية التي يقوم كاتب العدل بالتصديق على توقيعات ذوي الشأن فيها طبقاً للمادة ١٣ من هذا القانون ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية، فإن مجرد إجراء التصديقات على التوقيعات فيها لا يغير من كونها محررات عرفية ولا يكسبها صفة الرسمية في مفهوم المادة ٥٢٥ من القانون سائلة الإشارة....". ثم أردفت المحكمة بعد ذلك قائلة بأنه " ليس صحيحاً ما أشار إليه الحكم عن حصول قبض للمال الموهوب، ذلك أن الثابت من شهادتي المؤسسة العامة للرعاية السكنية المقدمتين في الدعوى أن المطعون ضده الأول يتقاضى منها بدل إيجار بواقع مائة دينار شهرياً اعتباراً من ١ / ٣ / ١٩٩٠ نظير انتفاعه بالعقار محل النزاع المملوك للطاعنة، مما مفاده أنه يستند في سكنه به إلى علاقة إيجارية يتقاضى نظيرها البدل سالف الإشارة، وهو ما لا يتحقق القبض بمعناه المقصود في الفقرة الأولى من المادة ٥٢٥ من القانون المدني"^(٦١).

وحسناً فعل القاضي هنا حين فسر إرادة المتعاقدين بأنها اتجهت إلى اعتبار عقد الوكالة غير القابلة للعزل في حقيقته يستر هبة، فالمحكمة هنا لم تعند بتكليف عقد الوكالة أنه بيع ابتدائي مثلما قررت في أحكام سابقة، بل استظهرت وجود إرادة مشتركة في وهب الموهوب العقار، وبعد أن استنتجت المحكمة هذه الإرادة المشتركة بسطت سلطتها في تقرير مدى توافر الشروط والأركان القانونية التي يؤدي توافرها إلى صحة التصرف ويؤدي تخلفها إلى بطلانه، فقد انتهت محكمة التمييز إلى بطلان الهبة لانتفاء ركنيها، وهما قسيان تحقق الهبة بتحقيق أحدهما، وهما الرسمية أو القبض.

(٦١) تمييز كويتي، الطعن رقم ١٩٩٨/٩٥ مدني، جلسة ٣٠ / ١١ / ١٩٩٨. منشور في مركز تصنيف الأحكام على الرابط : <http://ccda.kuniv.edu.kw/IMGPDF/1009049.pdf> (visited on 11/11/2012).

وفي واقعة أخرى تشابه إلى حد ما بالقضية السابقة باعتبار أن عقد الوكالة غير القابلة يستر تبرعاً، إلا أن الاختلاف الذي أثير يتمثل في أن الموهوب لهن كن وريثات للمورثة وهو ما استتبع بحث المحكمة لبيان ما إذا كان عقد الوكالة غير القابلة للعزل يستر هبة منجزة وفقاً لنص المادة ٥٢٥ من القانون المدني حال حياة المورثة أم تصرفاً مضافاً لما بعد الموت لتطبق عليه أحكام الوصية طبقاً للمادة ٩٤٣ من ذات القانون.

عرض الأمر على محكمة أول درجة فقضت بأن التصرف لا اختلاف عليه من أطراف الدعوى من أنه يستر تبرعاً، إلا أن كنة الخلاف يكمن في تحديد طبيعة هذا التبرع فالمدعي يرى أن هذا التبرع عبارة عن وصية لو ارث لا يميزها في حين أن المدعي عليهن يرين أنها هبة منجزة حال حياة المورثة، وانتهت المحكمة إلى أن ما قام به كاتب العدل كان مجرد تدوين محضر تصديق على توقيع لا يغير من طبيعة المحرر العرفية، في حين أن القبض لم يتم لأن العقار لم يتم تسجيل عقده فضلاً عن اطمئنان المحكمة إلى الشاهدين اللذين قدمهما المدعي وهما مستأجرا العقار محل الوكالة من أن عقود الإيجار لم تتغير إلا بعد وفاة المورثة وأن الإيجارات كانت تورد للمورثة فضلاً عن شهادة شقيقة المورثة من أنها احتفظت بعقد الوكالة غير القابلة للعزل ولم تعطه للمدعي عليهن إلا بعد وفاة المورثة مما انطبقت معه أركان التصرف المضاف لما بعد الموت، ومن ثم تطبق على هذا التصرف أحكام الوصية طبقاً لنص المادة ٩٤٣ من القانون المدني الكويتي والتي لا يميزها المدعي لأنها كانت وصية لو ارث^(٦٢).

وعندما عرض الأمر على محكمة الاستئناف، انتهت محكمة الاستئناف إلى مشاطرة محكمة أول درجة الرأي فيما استخلصته من أدلة من توافر عناصر القرينة القانونية التي تضمنتها المادة ٩٤٣ من القانون المدني واعتبار تصرف المورثة لبناتها

(٦٢) الدعوى رقم ٧٦٩/١٩٩٦ مدني كلي، جلسة ٤/٥/١٩٩٨، غير منشور.

المستأنفات بموجب الوكالة غير القابلة للعزل بأنها وصية وليست هبة، وقررت بمضمون ما جاء في تسييب ومنطوق الحكم^(٦٣) ثم رفضت محكمة التمييز في غرفة مشورة الطعن على هذا الحكم.

ويتضح مما سبق أن محكمة التمييز الكويتية لم تقف عند حد تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل على أنه يستر بيعاً ابتدائياً، ولم تقم بتكييفه بأنه عقد قرض مضمون برهن حيازي، بل رأت أنه يستر تبرعاً مضافاً لما بعد الموت تطبق عليه أحكام الوصية.

يبقى أن هناك حالة من الممكن أن تثور معها فكرة بيع ملك الغير، وهي حالة التصرف في العقار محل الوكالة على الرغم من التقايل عليه، وإذا كان التقايل الصريح لا يثير معه أي صعوبة في اعتبار التوكيلات الصادرة بناء على الوكالة غير القابلة للعزل التي تم التقايل عليها بيعاً لملك الغير، إلا أن الصعوبة تكمن في مسألة التقايل الضمني ومدى اعتداد المحكمة باعتبار تصرفاً ما عبارة عن تقايل ضمني لعقد الوكالة غير القابلة للعزل، بما يستتبع معه اعتبار البيوع اللاحقة على هذه الوكالة بيعاً لملك الغير.

هذه المسألة كانت محلاً لدعوى نظرها القضاء الكويتي، إذ تخلص هذه الواقعة أن الزوج أصدر لزوجته توكيلاً غير قابل للعزل في ٨/٢/١٩٩٣، وبتاريخ ٢٠/٤/١٩٩٣ وبعد طلاقها منه وهب الزوج ذات العقار إلى طليقته بموجب عقد هبة رسمي مقابل رعاية أولادهما، ونظراً لإخلالها بهذا الشرط لقيامها بالزواج من غيره بمجرد انتهاء فترة العدة أقام عليها دعواه رقم ١٤٤٣/١٩٩٣ والتي قضي له نهائياً بإلغاء الهبة الصادرة منه، وقام على إثرها باسترداد العقار محل النزاع وتسجيله باسمه، إلا أن طليقته عادت وقامت ببيع ذات العقار لنفسها بموجب التوكيل غير القابل للعزل السابق وأقامت الدعوى رقم ٣٣٣٥/١٩٦٩

(٦٣) الطعن بالاستئناف رقم ١٩٩٨/٧٣١ مدني، جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨، غير منشور.

بصحة ونفاذ البيع الأخير على وزير العدل من دون أن تختصم طليقتها في الدعوى وقضي لها بصحة ونفاذ البيع وعلى إثر ذلك أصدرت وثيقة تملك العقار.

علم الطليق بعد ذلك فأقام دعواه رقم ٢٠٤٥ / ٢٠٠٠ تجاري مدني كلي حكومة بغية الحكم بعدم نفاذ البيع بالنسبة له على سند من أن التوكيل غير القابل للعزل تم التقايل عنه ضمناً بمجرد صدور إقرار الهبة الرسمي فضلاً عن أن الحكم الصادر بصحة ونفاذ البيع لا يحتج عليه به لأنه لم يكن طرفاً في الدعوى، وعند عرض ذلك على محكمة أول درجة رفضت المحكمة دعوى الطليق، ومن ثم قام الطليق باستئناف الحكم الصادر بالاستئناف رقم ٢٩٩ / ٢٠٠١، وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبعدهم نفاذ عقد البيع، وعليه طعنت الطاعنة أمام محكمة التمييز بالطعن رقم ١٦٣ / ٢٠٠١ مدني.

وعند عرض الطعن على محكمة التمييز رفضت الدائرة المدنية الطعن وقررت في حكمها بأن "الثابت في الأوراق أن الطاعنة لم تبع العقار لنفسها أو للغير بموجب تلك الوكالة إلى أن طلقها المطعون ضده الأول طليقة أولى رجعية بتاريخ ١٩٩٣ / ٣ / ٣١ واتفق معها في ٢٠ / ٤ / ١٩٩٣ على أن يهبها العقار موضوع الوكالة المذكورة تبرعاً وبدون مقابل وصدرت لها بتلك الهبة الوثيقة رقم ٦٧١٦ متضمنة موافقتها عليها، ومن ثم فإن ما ارتضاه الطاعنة والمطعون ضده وانعقدت عليه إرادتها وصدرت بناء عليه وثيقة الهبة رقم ٦٧١٦ / ١٩٩٣ يدل على أنها تقايلا على عقد الوكالة سالف الذكر برضاها في ٢٠ / ٤ / ١٩٩٣. ومتى كان ذلك وكانت ملكية عقار النزاع قد أعيدت للمستأنف واستقرت له بموجب الوثيقة رقم ٢٢٤٠٠ / ١٩٩٥ نفاذاً للحكم القاضي بتاريخ ٢٢ / ٦ / ١٩٩٤ بفسخ وإلغاء الهبة الصادرة من المطعون ضده الأول إلى الطاعنة وبإلزام المطعون ضدها بتسليم العقار للطاعن، فإن بيع الطاعنة ذلك العقار لنفسها في ١٦ / ٩ / ١٩٩٦ بموجب الوكالة الصادرة لها رغم انتهائها وفقدان صلاحيتها منذ

٢٠/٤/١٩٩٣ وعلمها بذلك يكون صادراً ممن لا صفة لها في إصداره نيابة عن المطعون ضده الأول أي بيع ملك الغير. ولا ينال من ذلك قضاء الحكم الصادر في ١٣/١/١٩٩٧ بصحة ونفاذ البيع ولا تسجيل ذلك الحكم الذي لا حجية له على المستأنف الذي عمدت الطاعنة إلى عدم اختصاصه واختصاص وزير العدل رغم أن المطعون ضده الأول هو الخصم الحقيقي الواجب اختصاصه فيها"^(٦٤).

ومن ثم يتضح لنا من خلال الاطلاع بشكل شامل على الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، أن تحديد المحكمة للتكييف القانوني - وهو مانراه سديداً- لم يقتصر على أنه عقد يستر بيعاً ابتدائياً، بل إن المحكمة تسعى لتحديد التكييف القانوني من خلال تفسير ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة لطرفي الوكالة في الحدود القانونية لهذا التصرف، ومن ثم تعمل سلطتها لتحديد مدى صحة ما انتهت إليه الإرادة المشتركة لطرفي الوكالة تمهيداً لتقرير صحة التصرف أو لتقرير بطلانه.

وحسناً فعلت محكمة التمييز الكويتية حين حددت التكييف القانوني لعقد الوكالة غير القابلة للعزل من خلال تفسيرها لما توجهت إليه الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة، وهذا ما نذهب إليه في تحديدنا للتكييف القانوني لعقد الوكالة غير القابلة للعزل من أنه عبارة عن عقد صوري يتدسر خلفه عقد أو تصرف حقيقي يتم تحديده بحسب تفسير ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل، وتبعاً لذلك تقوم المحكمة في بسط سلطتها في التحقق من توافر الأركان والشروط القانونية والتي على ضوءها تقرر صحة هذا التصرف أو تقرر بطلانه.

(٦٤) تمييز كويتي، الطعن رقم ٢٠٠١/١٦٣ مدني، جلسة ١١/٣/٢٠٠٢، منشور في مركز تصنيف الأحكام على الرابط :

<http://ccda.kuniv.edu.kw/IMGPDF/1009223.pdf> (visited on 12/11/2012).

الخاتمة:

يظل عقد الوكالة غير القابلة للعزل من العقود شائعة الاستعمال في دولة الكويت في مجال البيوع العقارية، ويأتي ذلك لسهولة التعامل بها بين الأفراد فضلاً عن أنها تغني الوكيل عن حضور الموكل لاستكمال الإجراءات أمام كاتب العدل لاستكمال إجراءات التسجيل العقاري.

وغني عن البيان في ما سلفنا ذكره في البحث أن محكمة التمييز الكويتية لم تقف عند حدود تكييف هذه الوكالة بأنها تستر بيعاً رغم أن الغالب من التعاملات ذهبت نحو هذا الاتجاه، بل بحثت محكمة التمييز - وبحق - عن الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل، ثم بحثت بعد ذلك عن الضوابط القانونية التي يؤدي توافرها إلى صحة التصرف ويؤدي تخلف أحدها إلى بطلان هذا التصرف.

لذلك انتهينا في هذا البحث إلى أن عقد الوكالة غير القابلة للعزل هو عقد صوري وهو ما استقر عليه الفقه، إلا أن كنه الخلاف حسبنا يبدو لنا كانت في العقد المستتر وهو ما وصلنا في ختام بحثنا هذا أن ما يتم ستره هو تصرف يتم تكييفه بحسبان ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة.

وانتهينا في هذا البحث إلى أن محكمة التمييز لم تبسط رقابتها في تكييف ما يتدرس خلف عقد الوكالة غير القابلة للعزل، بل إنها تعمل سلطتها أيضاً في التأكد من سلامة هذا التصرف من خلال بسط رقابتها على مدى توافر أركان هذا التصرف من ناحية، ومن ناحية أخرى تتأكد من مدى سلامة الآثار التي تنتج عن تكييف هذا التصرف على نحو معين، وهو ما نرى معه أن ما قامت به محكمة التمييز كان سليماً سديداً من الناحية القانونية.

هذا الاتجاه الذي سلكته محكمة التمييز الكويتية هو الاتجاه الصحيح حسب وجهة نظرنا في تكييف عقد الوكالة غير القابلة للعزل، فنحن أيضاً انتهينا إلى ذات النتيجة، فمن غير المقبول تعميم تكييف قانوني على جميع العقود التي تسترها

الوكالة غير القابلة للعزل بمعزل عن بيان الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة، كما أنه من غير المقبول القبول بما انصرفت إليه الإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل من دون التحقق من توافر أركان هذا التصرف المستتر.

فمتى ما كنا أمام تصرف مكتمل الأركان تدرس خلف عقد الوكالة غير القابلة للعزل فإن العدالة القانونية تتطلب منا الأخذ بهذا التكليف، ومتى ما تخلف ركن من أركان التصرف المتدرس أصبحنا أمام تصرف باطل بطلاناً مطلقاً، لا عبرة فيه في اتجاه إرادة المتعاقدين المشتركة نحو إبرام هذا التصرف.

النتائج: خلص هذا البحث إلى النتائج التالية:

(١) بين البحث أن هناك معلومة غير صحيحة متداولة بين الفقه بأن محكمة التمييز الكويتية كيفت عقد الوكالة غير القابلة للعزل بأنه عقد بيع ابتدائي وأن الحقيقة هي أن محكمة التمييز الكويتية نظرت لكل وكالة غير قابلة للعزل على نحو منفرد وكيفت التصرف المستتر خلفها بحسب ما انصرفت إليه إرادة طرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

(٢) بين البحث أن محكمة التمييز الكويتية بعد تكييفها للإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل قامت بالتأكد من سلامة توافر الأركان القانونية للتصرف المستتر فقررت صحته أو بطلانه بناء على سلطتها في تكييف العقود وتقرير بطلانها عند تخلف أحد أركانها.

(٣) بين البحث أن الفقه بمجمله لم يعتد بالإرادة المشتركة لطرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

(٤) انتهى الباحث إلى إسباغ التكليف القانوني لعقد الوكالة غير القابلة للعزل من خلال تقرير أن الوكالة غير القابلة للعزل هو عقد صوري يتدرس خلفه تصرف يتم تكييفه بحسب ما انصرفت إليه إرادة طرفي عقد الوكالة غير القابلة للعزل.

أولاً: المراجع العربية:

- ١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية، (٢٠٠٨).
- ٢) أحمد السعيد الزقرد: الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي. مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، دون تاريخ.
- ٣) د. أحمد شوقي عبد الرحمن: مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة، دون ناشر، (١٩٨١).
- ٤) د. حسام الدين الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي. مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، (١٩٨٩).
- ٥) د. سامي الدريعي: الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي. مجلة الحقوق، السنة ٢٥، العدد الرابع، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، (ديسمبر ٢٠٠١).
- ٦) د. عامر محمد قاسم عمر: الوكالة غير القابلة للعزل، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، (٢٠١١).
- ٧) د. مصطفى أحمد عبدالجواد: الوكالات غير القابلة للعزل بين النظرية والتطبيق. دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٥).

ثانياً: المراجع الأجنبية

- 1) Planiol & Ripert: Traite pratique de droit civil francais., T, 6, Par., L.G.D.j, (1952).
- 2) Sallé de la Marnière: Le mandat irrévocable., RTD Civ.(1937).
- 3) Claude Giverdon: L'evolution du contrat de mandat, thèse, Paris, (1947).
- 4) Jean Stiofflet: Le mandat irrevocable Instrument de garantie., Mélanges André Colomer., Paris., (1993).

ثالثا: مراجع الأحكام القضائية:

(١) مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، دولة الكويت.

(٢) مركز تصنيف الأحكام، جامعة الكويت، دولة الكويت.

رابعا: مراجع النصوص القانونية

(١) جريدة الكويت اليوم الرسمية، وزارة الإعلام، دولة الكويت.