

مدى شمول الإدارة كمشتري بأحكام ضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني/دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة

الدكتور رائد لطفى صبح

رئيس قسم القانون الخاص - أستاذ مساعد - كلية الحقوق - جامعة الاسراء

الدكتور خالد رضوان السمامه

قاضي- محكمة التمييز - محاضر في المعهد القضائي الأردني

الملخص

تتناول هذه الدراسة الجزئية المتعلقة بـ "مدى شمول الإدارة كمشتري بأحكام ضمان الاستحقاق"، في الحالة التي يتم بها استحقاق المبيع كلياً من بين يديها، حيث بيننا أن هناك أكثر من صفة تتعاقد بها الإدارة، فإما أن تتعاقد وتظهر كجهة صاحبة سلطان وسيادة وإما أن تظهر في العقد بمظهر الفرد العادي. وقد رأينا أن بإمكان الإدارة الرجوع بدعوى ضمان الإشتقاق في حال أن تعاقدت كفرد عادي، في حين أنها تباشر صلاحياتها كجهة صاحبة سيادة إزاء البائع إن كان تعاقدتها بصفتها جهة عامة تحقق نفعاً عاماً وتم استحقاق المبيع من بين يديها. وقد انتهت هذه الدراسة إلى تكريس الفرق الواضح بين أحكام الرجوع على البائع بموجب أي من هذين الفرضين، والآثار المترتبة على ذلك، كما تضمنت أيضاً ما اقترحنه من تعديل على النصوص في نهاية هذا البحث. الكلمات الدالة: بيع، استحقاق، إدارة، قانون مدني.

The Extent to Which the Administration, as a Purchaser, Is Subject to the Provisions of the Warranty of Eviction under the Jordanian Civil Code: An Analytical / Applied, and Comparative Study

Asst. Prof. Dr. Raed Lutfi Soboh

Head, Dept. of Private Law

Faculty of Law – Isra University

Dr. Khalid Radwan Al-Samamah

Judge – Court of Cassation

Lecturer at the Jordanian Judicial Institute

Abstract

This study addresses the issue of "the extent to which the administration, as a purchaser, is subject to the rules of warranty against eviction" in cases where the sold property is entirely evicted from its possession. It has been demonstrated that the administration may contract under more than one legal capacity: either as a sovereign authority vested with public powers, or as an ordinary individual party.

The study concludes that the administration is entitled to bring an action based on the warranty against eviction where it has contracted in the capacity of an ordinary party. Conversely, where it has contracted in its capacity as a public authority pursuing the public interest, and the sold property is evicted from its possession, it exercises its sovereign powers vis-à-vis the seller.

Accordingly, this study establishes a clear distinction between the rules governing recourse against the seller under each of these two scenarios and the legal consequences arising therefrom. It also sets out the legislative amendments proposed at the conclusion of this research.

Keywords: Contract of Sale, Eviction (Warranty against Eviction), Public Administration, Civil Law.

المقدمة

يعتبر عقد البيع من أهم وأقدم العقود المسماة وأوسعها انتشاراً، ويعتبر التزام البائع بأن ينقل الحق المبيع إلى المشتري، وامتناعه عن أي عمل يحول دون انتفاعه بالمبيع انتفاعاً هادئاً سليماً من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع، فإن أخلّ به فهو ضامن. وهذا هو الإلتزام بالضمان (بشقيه التعرض والإستحقاق). ولئن بقي هذا الإلتزام محتفظاً بمكانته كأهم الإلتزامات التي يفرضها عقد البيع على البائع إلا أن هذه المكانة تزايدت يوماً بعد يوم لأسباب كثيرة، منها التطور السريع الذي نعيشه، إذ لم يعد عقد البيع بسيطاً كما كان، يتم بين شخصين طبيعيين، فالبيع اليوم قد يتم بين شخصين اعتباريين أيضاً. كما أنه وعلى ضوء هذا التطور وثورة المعلومات وإمكانية التعاقد بالإنترنت، فقد تراجعت فكرة مجلس العقد بصورتها التقليدية.

ولما كانت القوانين عموماً قد وجدت من أجل حكم وتنظيم العلاقات بين الأفراد، فإن القانون المدني خصوصاً هو الأساس في تنظيم تعاملات الأفراد الخاصة، من هنا فقد حرص المشرع الأردني على متابعة تعديل النصوص القانونية كلما دعت الحاجة، سعياً منه للتوافق مع حاجات الأفراد، وتحديد نطاق المسؤولية المدنية لكلٍ منهم تجاه الآخر بغرض الوصول لتحقيق التوازن بين التزاماتهم سيما إذا تعلق الأمر بأهم عقود المعاوضة (عقد البيع).

وحيث أن تحقيق غاية المشرع وتداول الثروة يوجب إضفاء حكم العقد لا فسخه، وحيث أن القواعد العامة لإنهاء العقد كانت لتكفي لتحقيق التوازن المنشود بين مسؤوليّة أطراف العلاقة التعاقدية، غير أن المشرع آثر إفراد نص خاص لتنظيم هذه المسؤولية⁽²⁰⁵⁵⁾. فكرّس لها المادتين (505 و506) من القانون المدني الأردني وجاء بأحكام ضمان الإستحقاق. إذ وجد أن ما يحقق صالح المجتمع هو الإبقاء على العلاقات العقدية قائمة، ما يؤدي للحفاظ على الحركة الإنتاجية فينتفع من ذلك الفرد والدولة. من هنا يبقى ضمان التعرض والإستحقاق محافظاً على مكانته كوسيلة تؤدي لإبقاء عقد البيع في حال استحقاق المبيع، وذلك بإيجاد الحل في تنفيذ العقد بمقابل طالما أن التنفيذ العيني أصبح مستحيلًا.

ولكن ماذا بخصوص البيوع الإدارية التي يستحق المبيع فيها من بين يدَي الإدارة، فهل يسري بمواجهة البائع لغايات التعويض أحكام ضمان الإستحقاق؟ أم أن هذه البيوع تخضع لنوع آخر مختلف من الضمان؟ هذا التساؤل الذي يطرحه موضوع هذه الدراسة، يمثل إشكاليته التي سنحاول الإجابة عليها.

أهمية الدراسة: حيث يعتبر ضمان الإستحقاق التزام أساسي في سلسلة الإلتزامات العقدية التي يقوم عليها عقد البيع، بالتالي فإن أهمية هذه الدراسة تأتي من أهمية ضمان الإستحقاق ذاته، ومن جهة أخرى وحيث خص المشرع الأردني البيوع الإدارية بأحكام خاصة، فقد جاءت أهمية هذه الدراسة أيضاً لإلقاء الضوء على هذه الأحكام وبيان فيما إذا كان ضمان الإستحقاق ينسحب على البيوع الإدارية، أم أن للإدارة ضمان آخر يصار إليه عند استحقاق المبيع من عندها؟

منهجية الدراسة: سوف نعتمد في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية الناظمة ل ضمان الإستحقاق وللبيوع الإدارية في القانون المدني الأردني ومثيله المصري، مسترشدين بأحكام القضاء وعلى وجه الخصوص أحكام محكمة التمييز الأردنية.

خطة البحث: سوف نتناول موضوع الدراسة من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية وسمات ضمان الإستحقاق.

المبحث الثاني: مفهوم البيوع الإدارية وخيارات الإدارة في الرجوع عند الإستحقاق الكلي للمبيع.

(1) جاك الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، عقد البيع، بدون دار نشر، 1988، ص 306.

المبحث الأول: ماهية وسمات ضمان الاستحقاق

يُعرف عقد البيع قانوناً بأنه "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض" (2056). والحق المالي بأنواعه - سواء كان حقاً عينياً أم شخصياً أم كان من الحقوق الذهنية - يصح أن يكون محلاً لعقد البيع (2057). وحيث أن عقد البيع يفترض إنتقال شيء من شخص لآخر، فالبايع يتسلم الثمن ويسلم المبيع، والمشتري يتسلم المبيع ويسلم الثمن فإن مبدأ حسن النية يوجب على البائع تسليم الشيء محل العقد خالياً من أسباب النزاع والعيوب، في المكان والزمان المتفق عليهما.

ويتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وفقاً لطبيعة الشيء محل التعاقد بحيث يتمكن المشتري من حيازته حيازة كاملة والإنتفاع به انتفاعاً هادئاً دون حائل. وهذا يقتضي وجود التزام آخر مرتبط بالتسليم، هو التزام البائع بعدم التعرض الشخصي فضلاً عن التزامه بعدم تعرض الغير، فيضمن البائع تعرضه الشخصي، مادياً كان أم قانونياً (2058).

كما يضمن تعرض الغير القانوني دون المادي، وهذا الخصوص قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها "يستفاد من المادة (1/503) من القانون المدني أنه في حالة ظهور مستحق للمبيع فإن من حق المشتري استرداد الثمن الذي دفعه من البائع بمعنى أن المادة (1/503) من القانون المدني ألزمت البائع بأن يضمن سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري وبخلاف ذلك فإن البائع ملزم بالضمان إذ من حق المشتري حيازة المبيع حيازة كاملة لأن الإلتزام مصدره عقد البيع وبما إن عقد البيع الرسمي المنظم بين طرفي الدعوى لدى دائرة التسجيل المختصة بقيمته هو عقد بيع صحيح ومنتهج لأثاره القانونية إلا أنه قد تم التعرض للمشتري بالمبيع تعرضاً قانونياً حيث صدر حكم قضائي أدى إلى حرمان المدعي من حق الملكية بعد أن كان قد دفع الثمن للبائع فإن من حق المشتري أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق الذي هو تنفيذ للعقد وأن الإلتزامات تكون بقيمة المبيع وفق الإستحقاق والفوائد القانونية من ذلك التاريخ وما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب" (2059).

وقد حرص المشرع الأردني على أن يضع من القواعد ما يكفل به تسليم المبيع للمشتري تسليماً هادئاً (2060).

إذ نص على قواعد الضمان العام، وخصص لها من الدعاوى ما يكفل للدائن استيفاء حقه كاملاً من المدين.

وقد نص المشرع الأردني أولاً على ما يكفل تنفيذ الإلتزامات الواقعة على عاتق المدين نحو الدائن بصفة عامة إذ جاء في نص المادة (365) من القانون المدني الأردني (2061) بشأن حدود الضمان العام لحقوق الدائنين "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان". ومن ثم قام بعرض وسائل حماية الدائن لحقه قبل المدين سواء كانت وسائل تنفيذ أم وسائل ضمان.

ثم إن المشرع الأردني لم يكتف بالضمان العام فيما يتعلق بعقود المعاوضة، فنص بشأن عقد البيع على نوعين آخرين من الضمانات، هما ضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية، إلا أنه لم يجعل الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق التزاماً مستقلاً كبقية التزامات البائع، إذ أورد معالجته كجزء من أحكام الإلتزام بالتسليم. ويؤكد ذلك ما ورد في المادة (488) من القانون المدني التي جاء فيها "يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حقٍ آخر...". وهذا يعني أن البائع يلتزم بتسليم المبيع بحالة

(1) أنظر المادة (465) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1. وقد عرف المشرع المصري عقد البيع في المادة (418) من القانون المدني بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"، كما عرفه المشرع المغربي بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه أن ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له" انظر القسم الأول من الكتاب الثاني من قانون الإلتزامات والعقود المغربي الصادر في (9) رمضان 1331، الفصل (487).

(2) فرج، توفيق حسن، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979، ص 32.

(3) تمييز حقوق رقم 2004/344 (هيئة عامة) تاريخ 2004/9/26، منشورات مركز عدالة غير متاح إلا بالإشتراك.

(4) تمييز حقوق رقم 2013/3074 (هيئة عادية) تاريخ 2013/12/12، منشورات مركز عدالة.

(5) أنظر المادة (488) وما بعدها من القانون المدني الأردني.

(1) هذه المادة تقابل المادة (234) من القانون المدني المصري وتعديلاته رقم 131 لسنة 1948، منشورات مركز عدالة، غير متاح إلا بالإشتراك.

تمنعه هو وتمنع غيره من أي تعرض قانوني للمشتري، وإن كان الإلتزام بضمان التعرض أوسع من ذلك لأنه يشمل أيضاً وكما سبق القول ضمان التعرض المادي الصادر من البائع⁽²⁰⁶²⁾.

وللتفريق بين التعرض والإستحقاق فقد ذهب رأي⁽²⁰⁶³⁾ – وبحق – أن التعرض هو قيام البائع أو الغير بأعمال تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعاً هادئاً سليماً، أو الإدعاء بملكيّة المبيع ملكية تامة أو ناقصة، ويكون التعرض في الفرض الأول مادياً، وفي الثاني قانونياً. ويضمن البائع تعرضه الشخصي المادي والقانوني، وتعرض الغير القانوني دون المادي. أما الإستحقاق فهو أن ينتهي التعرض القانوني سواء أكان صادراً من البائع أم من الغير بثبوت حق (مدعي الإستحقاق) على المبيع ولو كان ثبوته قضاءً بالإقرار أو النكول عن حلف اليمين أو التصالح.

وحيث أن نطاق دراستنا محدود بضمان الإستحقاق، فسنقتصر عليه. وحيث أن بيان ماهية ضمان الإستحقاق يتطلب تعريف ضمان الإستحقاق وبيان سماته، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منه تعريف ضمان الإستحقاق ونتناول في المطلب الثاني سمات ضمان الإستحقاق.

المطلب الأول: تعريف ضمان الاستحقاق

إن استيفاء هذا المطلب بتعريف ضمان الإستحقاق يتطلب منا التعرض لمفهومي الضمان والاستحقاق، لغةً واصطلاحاً.

أولاً: الضمان لغةً واصطلاحاً:

الضمان لغةً:

لـ "الضمان" معانٍ متعددة في اللغة العربية وبالرجوع إلى مادة الفعل الثلاثي "ضَمِنَ" يتضح اشتماله على المعاني الآتية:

الضَمِينُ: الكفيل. ضَمِنَ الشيءَ وبه ضَمْنًا وضَمَانًا: كَفَلَ به.

وكَفِيلٌ، يقال: ضَمِنْتُ الشيءَ أَضْمَنُتهُ ضَمَانًا، فأنا ضامنٌ، وهو مَضْمُون.

وضَمَّنْتَه الشيءَ تَضْمِينًا فَتَضَمَّنْتَه عني: مثل غَرَمْتَهُ⁽²⁰⁶⁴⁾.

وما يعيننا هنا هو الضمان بمعنى الإلتزام، أي تحمل المدين بواجب لمصلحة الدائن، مضمونه الوفاء بالدين محل العلاقة

العقدية وفاءً كاملاً يتمكن به من ممارسة حقوقه عليه، والاستئثار به دون منازعة من أي نوع قد تؤدي إلى تكبير صفو هذا

الوفاء⁽²⁰⁶⁵⁾.

الضمان اصطلاحاً:

يفترض الضمان في مفهوم القانون أنه عند عدم تنفيذ المدين لإلتزامه بإرادته، فإن للدائن – من أجل إجباره على التنفيذ - أن

يحجز على أمواله باعتبارها جميعاً ضامنة للوفاء بديونه، وذلك هو حاصل المادة (365) من القانون المدني الأردني التي نصت على

أنه "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان".

وقد ذهب رأي⁽²⁰⁶⁶⁾ من الفقه بخصوص تعريف الضمان إلى القول: إن تعريفه بأنه جبر الضرر الذي لحق بالمضروب أو التخفيف

من وطأة ذلك الضرر على المصاب، يوضح بأن المقصود بالضمان هو المسؤولية المدنية وهو يعطي له معنى واسع.

(2) علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة 2011، ص109 و110، منذر الفضل وصاحب الفتاوي، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1993، ص118.

(3) محمد الزعيبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى 1993، بدون دار نشر، ص333.

(1) جبران مسعود، معجم الرائد، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، كانون الثاني 1978، باب الضاد، ص953، وكذلك ابن منظور، لسان العرب، نقلاً عن المكتبة الشاملة، كتاب لسان العرب - المكتبة الشاملة، تم الدخول بتاريخ 2026/1/10.

(2) هشام طه سليم، رسالة دكتوراة بعنوان: ضمان الإستحقاق في البيوع، جامعة عين شمس، ص25.

(3) الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الإلتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2011، ص617.

في حين ذهب رأي آخر إلى القول بأن البائع يلتزم وبمقتضى عقد البيع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة، ويتمثل هذا الضمان في وجوب امتناعه عن التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع ودفع تعرض الغير، وتعيوض المشتري إذا انتهى التعرض بإستحقاق المبيع⁽²⁰⁶⁷⁾.

بالتالي، يمكن القول بأن الضمان اصطلاحاً هو: التزام بتعويض الضرر الناشئ عن خطأ المدين والذي ترتب عليه إخلال بالمسئولية العقدية، تمثل في امتناع المدين أو تأخره في تنفيذ بنود العقد، أو في قيامه بتنفيذها تنفيذاً جزئياً.
ثانياً: الإستحقاق لغةً واصطلاحاً:
الإستحقاق لغةً:

الحقُّ: نقيض الباطل، وجمعه حقوقٌ وحِقاقٌ، وليس له بناءً أدنى عدد.
الإستحقاق هي مصدر استحق، واستحق الشيء أي استوجبه، استأهله، والإستحقاق يأتي بمعنى الأهلية للمكافأة أو الإحترام⁽²⁰⁶⁸⁾.
وإذا اشترى رجل داراً من رجل فادّعاها رجل آخر وأقام بينةً عادلةً على دعواه وحكم له الحاكمُ بينةً فقد استحقها على المشتري الذي اشتراها أي ملكها عليه، وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها، ورجع المشتري على البائع بالثمن الذي أدّاه إليه، والإستحقاق والاستيجاب قريبان من السواء⁽²⁰⁶⁹⁾.
الإستحقاق اصطلاحاً:

لتقريب مفهوم الإستحقاق فقد ذهب رأي آخر إلى القول⁽²⁰⁷⁰⁾، بأن التعرض قد ينتهي بإستحقاق المبيع، والإستحقاق بحسب الأصل هو نزاع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، ولكن معنى الإستحقاق لا يقف عند هذا الأصل اللغوي، بل يتناول جميع الحالات التي يُحرم فيها المشتري من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه.
في حين ذهب آخر بخصوص علاقة التعرض بالإستحقاق إلى القول⁽²⁰⁷¹⁾، إن المقصود بالتعرض ما يعكر على المشتري حيازته سواء كان يهدده بنزع الملكية منه أو لا يهدده بذلك، فإذا أدى هذا التعرض إلى سلب المشتري ملكية المبيع كله أو بعضه أو أحد عناصر الملكية أو الحقوق المتفرعة منها كالإستعمال والسكنى والإنتفاع والإرتفاق اعتبر المبيع مستحقاً كله أو بعضه للغير، وكان البائع مسؤولاً عن هذا الإستحقاق.

وذهب رأي ثالث إلى القول أن الإستحقاق عموماً هو تاريخ يصبح فيه الإلتزام واجب التنفيذ، أما الإستحقاق الكلي فهو ثبوت حق الغير في كل ما التزم به شخص من حقوق لشخص آخر⁽²⁰⁷²⁾.

في حين ذهب رأي رابع إلى القول بأن الإستحقاق الكلي يعني ظهور أن المبيع لم يكن مملوكاً للبائع بثبوت ملكيته كله للغير الذي ينتزع المبيع من يد المشتري فيؤدي ذلك إلى حرمان هذا الأخير من جميع الحقوق المقررة له على المبيع فيكون في هذه الحالة للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق⁽²⁰⁷³⁾.

وعلى ضوء الآراء المتقدمة فإننا نتفق مع من رأى أن مفهوم الإستحقاق هو حرمان المشتري من بعض أو كل حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري وكسبه على المبيع أي حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو المعنوية⁽²⁰⁷⁴⁾.

(4) علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، مرجع سابق، ص110 و111.

(1) جبران مسعود، الرائد، المجلد الأول، مرجع سابق، باب الألف، ص103.

(2) إبن منظور، لسان العرب، نقلاً عن المكتبة الشاملة، كتاب لسان العرب - المكتبة الشاملة، تم الدخول بتاريخ 2026/1/10.

(3) منذر الفضل وصاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص119، محمد الزعي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص350 و351.

(4) سليمان مرقس، شرح القانون المدني، 3 العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، عالم الكتب، دار الهنا للطباعة، الطبعة الرابعة 1980، ص365.

(5) عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1998، ص37.

(6) غني حسون طه، الوسيط، العقود المسماة، عقد البيع الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد 1970، فقرة 492، ص284، مشار إليه لدى محمد عبد الله أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، دار الفيحاء، الطبعة الأولى، سنة 1986م، ص104.

(7) محمد الزعي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص350.

أما عن ضمان الإستحقاق بالمعنى القانوني:

لما كان البائع ملزماً بضمان تعرّضه الشخصي وتعرض الغير القانوني فيجب عليه أن ينفذ هذا الإلتزام تنفيذاً عينياً، فإن نجح في ذلك عن طريق التدخل لحماية المشتري يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض، وإذا امتنع البائع عن مؤازرة المشتري أو عجز عن دفع تعرض الغير، وثبت حق هذا الغير على المبيع أُعتبر البائع عندئذٍ مقصراً عن تنفيذ التزامه، ووجب عليه تعويض المشتري بموجب التزامه بضمان الإستحقاق.

وعليه فقد ذهب رأيي إلى تعريف ضمان الإستحقاق بأنه ضمان البائع بتعويض المشتري عن فقدان الحقوق التي نقلها إليه بالبائع كلاً أو جزءاً⁽²⁰⁷⁵⁾.

وذهب رأيي آخر إلى تعريف ضمان الإستحقاق بأنه ضمان البائع أي فعل يصدر منه نفسه أو من غيره، ويكون من شأنه أن يحرم المشتري من كل أو بعض ملكية أو استعمال الشيء المبيع⁽²⁰⁷⁶⁾. فهو تنفيذ بمقابل لإلتزام البائع الأصلي بضمان التعرض سواء أكان صادراً منه أو من غيره، فليس البائع ملتزماً بالتزامين، التزم بضمان التعرض وآخر بضمان الإستحقاق، بل هو التزم واحد وهو ضمان التعرض، فإما أ ينفذه عيناً أو ينفذه بطريق التعويض⁽²⁰⁷⁷⁾.

في حين ذهب رأي ثالث وبحق - وهو بصدد توضيح أهمية ضمان الإستحقاق كعامل رئيسي يتوقف عليه مدى انتفاع الدائن بما هدف إليه من وراء العقد - إلى القول أن الضمان يشمل ضمان التعرض وضمان الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية، وذلك لأن الدائن في العقد لا يستطيع أن ينتفع من الشيء محل العقد إلا بضمان المدين لتعرضه الشخصي، والتعرض الصادر من الغير بادعائه حقا على الشيء محل العقد يترتب عليه حرمان الدائن من كل أو بعض مزايا الشيء محل العقد⁽²⁰⁷⁸⁾.

وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها "تعتبر أحكام التعرض في الإجاره هي أحكام التعرض في البيع كما تقضى به أحكام المادتين (503 و860) من القانون المدني، وقد ذهب الفقه والقضاء إلى أن المؤجر يضمن للمستأجر التعرض الصادر منه شخصياً سواء أكان تعرضاً مادياً أو مبنياً على سبب قانوني وكذلك يضمن التعرض الصادر عن الغير إذا كان مبنياً على سبب قانوني ولا يضمن تعرض الغير المادي، وحيث أن من صور التعرض المادي القائم على تصرفات قانونية من المؤجر أن يعطي المؤجر للغير أي حق على العين المؤجره كما إذا أجر العين نفسها لمستأجر ثانٍ اثناء سريان مدة الإجاره الأولى سواء خلال السنه العقدية أو بقوة الاستمرار القانوني فيقوم للمستأجر الثاني حق شخصي يزاوم به حق المستأجر الأول كما هو الحال في هذه الدعوى"⁽²⁰⁷⁹⁾.

وهكذا يمكن القول بأن الإلتزام الأساسي الواقع على عاتق البائع هو الإلتزام بضمان التعرض، فيضمن بموجبه تعرضه الشخصي وتعرض الغير القانوني، ويغدو المعنى القانوني لضمان الإستحقاق:

أنه التزم البائع بضمان تعرض الغير مصدره قواعد المسؤولية العقدية⁽²⁰⁸⁰⁾، ومضمونه وجوب وقف هذا التعرض بالطريقة المناسبة المشروعة كالدخول في الدعوى المرفوعة ضد المشتري، أو رفع دعوى ضد المتعرض. وحيث أن الإلتزام بضمان التعرض يجب تنفيذه عيناً وذلك بمنع التعرض، فإذا أخفق البائع وأصبح تنفيذ التزامه هذا مستحيلاً، وتمكن الغير من استحقاق المبيع كلياً أو جزئياً، أي أثبت حق للغير على المبيع فيحال التزامه إلى التزم آخر احتياطي، يتمثل في التنفيذ بطريق التعويض⁽²⁰⁸¹⁾، وهذا هو مفاد نص المادتين (505 و443) من القانون المدني، الأردني والمصري.

(1) عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص269.

(2) محمد أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، مرجع سابق، ص44.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، هامش ص660.

(4) هشام طه سليم، ضمان الإستحقاق في البيوع، مرجع سابق، ص38.

(5) تمييز حقوق رقم 2004/344 (هيئة عامة) تاريخ 2004/9/26، منشورات مركز عدالة.

(1) علي هادي العبيدي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص115.

(2) جاك الحكيم، العقود الشائعة والمسماة، مرجع سابق، ص307 وهامش ص308.

المطلب الثاني : سمات الالتزام بضمان الاستحقاق

إن الإلتزام بضمان الإستحقاق هو التزم قانوني أملاه عقد البيع، وهو التزم مدني يشتمل على عنصري المديونية والمسئولية، كما أنه التزم بتحقيق نتيجة تتمثل في تعويض المشتري عند استحقاق المبيع بما يجبر ضرره بإعطائه مبلغاً مالياً محدد العناصر كتعويض عن استحالة التنفيذ العيني للإلتزام. وعليه فإن هذا الإلتزام يمتاز بالسمات التالية:

أولاً: ضمان الإستحقاق التزم قابل للإنقسام:

تقسم الإلتزامات من حيث القابلية للإنقسام - أي إمكان تجزئتها- وتأثير ذلك على العقد إلى قسمين:

أ - التزمات لا تقبل الإنقسام:

تناول المشرع الأردني هذا القسم من الإلتزامات بالمواد رقم (443,442,441) من القانون المدني⁽²⁰⁸²⁾، ويمكن القول بأن الإلتزام يكون غير قابل للإنقسام إذا لم يكن من الممكن تنفيذه تنفيذاً جزئياً، إما لطبيعة محله أو لانصراف نية طرفيه إلى ذلك، ففي هذا النوع من الإلتزامات لا يتصور تنفيذ جزء من الإلتزام دون الجزء الأخر⁽²⁰⁸³⁾.

ب - التزمات تقبل الإنقسام:

يقصد بها تلك التي يقبل موضوعها التجزئة دون أن يؤثر ذلك على العقد⁽²⁰⁸⁴⁾.

وبالنسبة لموقع ضمان الإستحقاق من التقسيم السابق فإنه يعدُّ التزم قابلاً للتجزئة⁽²⁰⁸⁵⁾، لأن محله دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض أي أنه التزم بتعويض المشتري محله أداء مالي.

ثانياً: ضمان الإستحقاق التزم شامل:

يدخل الإلتزام بضمان الإستحقاق في طبيعة قاعدة عريضة من العقود، فلا يتصور قيامها دونه. بالتالي

فإنه يعد التزم شامل لا يخص عقد البيع دون غيره، وإنما يمتد إلى جميع العقود التبادلية⁽²⁰⁸⁶⁾. بمعنى آخر، الإلتزام بضمان الإستحقاق "يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع"⁽²⁰⁸⁷⁾. ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه، فقد وردت أحكام ضمان الإستحقاق ضمن المواد المنظمة لأحكام عقد البيع، إلا أن الضمان لا يقتصر على عقد البيع وحده، بل دليل قيام المشرع الأردني بالإحالة بشأن عقود المعاوضة إلى المواد المنظمة لأحكام ضمان الإستحقاق في عقد البيع، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (556) من القانون المدني بشأن عقد المقايضة⁽²⁰⁸⁸⁾.

ثالثاً: ضمان الإستحقاق التزم فوري:

(3) تنص المادة (441) على أنه "لا يقبل التصرف التجزئة إذا ورد على محل تابه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها".

وتنص المادة (442) على أنه "1. إذا تعدد الدائنون في تصرف لا يقبل التجزئة أو تعدد ورثة الدائن في هذا التصرف جاز لكل دائن أو وارث ان يطالب بآداء الحق كاملاً. 2. فإذا اعترض احدهم كان على المدين ان يؤديه المهم مجتمعين أو يودعه الجهة المختصة وفقاً لما يقتضيه القانون. 3. ويرجع كل من الدائنين بقدر حصته على الدائن الذي اقتضى الحق". وتنص المادة (443) على أنه "1. إذا تعدد المدينون في تصرف لا يقبل التجزئة كان كل منهم ملزماً بالدين كاملاً. 2. ولمن قضى الدين أن يرجع على كل من الباقيين بقدر حصته "وهذه المواد تقابل المواد (300-302) من القانون المدني المصري.

(4) على سبيل المثال بشأن عدم قابلية الإلتزام للإنقسام لطبيعة محله، كالإتفاق على إنشاء حق ارتفاق أو رهن. فإنشاء هذين الحقين لا يقبل الإنقسام بأي شكل، لأنهما لا يقبلان الإنقسام بطبيعهما القانونية. أما بشأن عدم قابلية الإلتزام للإنقسام للإتفاق، كما إذا اشترى شخص مائة طن من القمح واشترط أن يكون تسليم هذه الكمية غير قابل للإنقسام.

(5) مثال ذلك: إذا اشترى شخص من خمسة مزارعين وفي إطار صفقة واحدة مائة طن من القمح بواقع 20 طن من كل واحد، فهنا ممكن أن يقوم كل منهم بتسليم حصته من القمح، باعتبار أن هذا الإلتزام يقبل الإنقسام والتنفيذ الجزئي.

(1) مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص 378.

(2) حول ذلك أنظر: تمييز حقوق رقم 2006/209 تاريخ 2006/6/29، منشورات مركز عدالة، والذي جاء به "يعتبر الإيجار وفق منطوق المادة (658) من القانون المدني هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعه مقصوده من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم كما يستفاد من المادتين (661 و662) من القانون المدني أن المعقود عليه في الإجار هو المنفعة. ولصاحب حق الانتفاع بالمأجور أن يطلب من الغير عدم التعرض له بالانتفاع بالمأجور الذي يضع يده عليه بصوره مشروع وبالتالي أن يطلب من المحاكم إلزام الغير بعدم التعرض له".

(3) مندر الفضل وصاحب الفتاوي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 118، محمد الزعي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 334. والسنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، ص 622.

(4) تنص المادة (556) على أنه "تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها"، يوازها نص المادة (485) مدني مصري.

الإلتزام بضمان الإستحقاق التزم فوري الأداء لعدم ارتباط طبيعة تنفيذه بالزمن⁽²⁰⁸⁹⁾. وحيث أن ضمان الإستحقاق أداء مالي يلتزم به البائع قبل المشتري حال إستحقاق المبيع واستحالة تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينيا، بالتالي، فهو التزم فوري واجب الأداء بالكامل بمجرد مطالبة المشتري للبائع به.

رابعا: ضمان الإستحقاق يعد التزما شرطياً:

يقصد بالشرط كوصف في الإلتزام، الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع، الذي يترتب عليه وجود الإلتزام أو زواله، والشرط بهذا المعنى أمر خارجي تضيفه الإرادة إلى التزم استكمل عناصر تكوينه، وينقسم إلى نوعين شرط واقف وشرط فاسخ⁽²⁰⁹⁰⁾. ولتحديد طبيعة الإلتزام بضمان الإستحقاق من حيث إمكان اعتباره التزما منجزاً أو معلقاً على شرط، يمكن القول بأنه ولما كانت واقعة إستحقاق المبيع للغير والتي يتوقف الإلتزام بالضمان عليها واقعة محتملة الحدوث في المستقبل، بالتالي فإن التزم البائع بضمان الإستحقاق هو التزم معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت إستحقاق المبيع بحكم نهائي، وبمعنى آخر فإن "ضمان الإستحقاق" يعتبر التزما شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه⁽²⁰⁹¹⁾.

خامساً: ضمان الإستحقاق التزم جزائي:

يلتزم البائع في الأصل بالإمتناع عن التعرض الشخصي وبدفع كل تعرض قانوني يصدر من الغير وهذا هو التزاه الأصلي الذي ينشأ مباشرة من عقد البيع ويعتبر التزما مستمراً. فإذا أخل البائع بهذا الإلتزام الأصلي وترتب على ذلك تفويت الإنتفاع بالمبيع على المشتري بعض الوقت أو إستحقاق المبيع كله أو بعضه للغير، التزم المشتري بتعويض البائع عما أصابه من ضرر بسبب ذلك. ويعتبر التزاه بالتعويض التزما جزائياً ينشأ من الإخلال بالإلتزام الأصلي بالإمتناع عن التعرض الشخصي وبدفع تعرض الغير ولا يحق للمشتري المطالبة بهذا التعويض إلا من وقت الحكم النهائي بالإستحقاق⁽²⁰⁹²⁾. ويلتزم البائع بهذا الإلتزام الجزائي على أساس المسؤولية العقدية التي ترتبت على الإخلال بالتزاه العقدي اتجاه المشتري.

سادساً: ضمان الإستحقاق التزم قابل للتقادم:

يترتب على كون الإلتزام الأصلي (ضمان التعرض) التزما مستمراً والإلتزام الجزائي (ضمان الإستحقاق) التزما فورياً أن التقادم يرد على الثاني دون الأول، وتبدأ مدة التقادم في السريان من تاريخ الحكم نهائياً بإستحقاق المبيع⁽²⁰⁹³⁾. فيحق للمشتري الرجوع على البائع بما جاء في المادة (505) من القانون المدني الأردني⁽²⁰⁹⁴⁾ من عناصر تعويض عن إستحقاق المبيع، وهذا هو ما درجت عليه أحكام محكمة التمييز الأردنية والنقض المصرية⁽²⁰⁹⁵⁾. ومدة التقادم المعمول بها في هذا الشأن هي التقادم الطويل⁽²⁰⁹⁶⁾، أي خمس

(5) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الإلتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، الطبعة الثالثة، بغداد 1969، ص 50 و 51. وكذلك مرقس ص 378.

(6) وللمزيد أنظر: جلال علي العدوي، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بدون سنة نشر، ص 222 و 221.

(7) هشام طه سليم، ضمان الإستحقاق في البيوع، مرجع سابق، ص 53.

(1) تمييز حقوق رقم 2013/3074 (هيئة عادية) تاريخ 2013/12/12، منشورات مركز عدالة مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص 378.

(2) مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص 379.

(3) تقابلها المادتان (443، 444) من القانون المدني المصري.

(4) وقد قضت محكمة النقض "بأن القاعدة سواء في القانون المدني القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لا يسري بالنسبة إلى الإلتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط، وإذا كان ضمان الإستحقاق التزما شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسري بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الإستحقاق بصور حكم نهائي به، لا من وقت رفع دعوى بالإستحقاق" نقض مدني في 10 مارس 1966، مجموعة أحكام النقض، السنة 17 رقم 77 ص 564، وكذلك انظر السهوري، الوسيط، الجزء الرابع، البيع، مرجع سابق، ص 644.

(5) تمييز حقوق رقم 2013/857 تاريخ 2013/10/8، وكذلك تمييز حقوق رقم 1998/1705 تاريخ 1999/2/17، حيث ورد به "يستفاد من المواد (491 و 503 و 505 و 506) من القانون المدني بالإضافة لما استقر عليه الاجتهاد القضائي انه في حالة ظهور مستحق للمبيع فان من حق المشتري استرداد الثمن الذي دفعه من البائع وان مرور الزمن الذي يسري على هذه الحالة هو مرور الزمن العادي يضاف لذلك ان مرور الزمن يطبق في حال وقوع بيع صحيح لان القاعدة العامة أن الدعوى تبقى مسموعة لاسترداد المبلغ المدفوع بدون حق حتى يمر الزمن العادي ولا يمر الزمن على اقامة الدعوى بعد انقضاء سنة على تسليم المبيع لان حكم المادة (493) من القانون ينطبق على عقد البيع الصحيح وعلى المطالبة التي تتعلق بفسخ البيع وزيادة الثمن أو انقاصه فقط أما ما سوى ذلك من الدعاوى فيسري عليها التقادم العادي (قرار تمييز هيئة عامة رقم 87/631 صفة 145 لسنة 1988)". منشورات عدالة، وانظر أيضاً جاك الحكيم ص 315، والسهوري، مرجع سابق، ص 619.

عشرة سنة من تاريخ الحكم بإستحقاق المبيع، وقبل صدور هذا الحكم فإن الإلتزام بضمان الإستحقاق لا يكون قد ولد بعد، فلا يمكن القول بسريران التقادم عليه، إما إذا ولد بصدور الحكم فتقاعس المشتري عن المطالبة به حتى مضت خمس عشرة سنة، فإن الدعوى تسقط بمضي هذه المدة ولا يحق للمشتري مطالبة البائع بعد ذلك بحقه في الضمان.

سابعاً: ضمان الإستحقاق التزم تبقي:

لما كان مجال إعمال الإلتزام بضمان الإستحقاق يأتي عقب فشل البائع في تنفيذ التزامه بضمان التعرض للمشتري، فإن واجب ضمان الإستحقاق يعد التزاماً تابعاً للإلتزام أصلي، في حين أن الإلتزام بضمان التعرض يعد التزاماً أصلياً، أي أن الإلتزام بضمان الإستحقاق هو الإلتزام التابع والإلتزام بضمان التعرض هو الإلتزام الأصلي.

ثامناً: ضمان الإستحقاق التزم بدلي:

عندما يكون محل الإلتزام شيئاً واحداً ولكن المدين يستطيع الوفاء بشي آخر بدلاً منه، أي بدلاً من محل الإلتزام الأصلي، وفي نفس الوقت يستطيع إجبار الدائن على قبول هذا الشيء، يكون عندئذ الإلتزام بدلياً⁽²⁰⁹⁷⁾. ويعتبر ضمان الإستحقاق التزاماً مالياً وثيق الصلة بالمسئولية العقدية، وهو التزم بدلي للإلتزام البائع بتسليم المبيع الذي يمثل التنفيذ الأصلي العيني، وذلك عند استحالة هذا التنفيذ العيني نتيجة لإستحقاق المبيع وفشل البائع في دفع هذا الإستحقاق، فلا مفر من تنفيذ الإلتزام تنفيذاً بمقابل لجبر الضرر الواقع على المشتري. فالإلتزام بضمان الإستحقاق يعد التزاماً بدلياً فرضته طبيعة عقد البيع⁽²⁰⁹⁸⁾، وبناءً على ذلك إذا استحق المبيع للغير كلياً أو جزئياً، كان البائع ملتزماً بضمان هذا الإستحقاق، أي بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب هذا الإستحقاق. ويتضح من بيان المقصود بضمان التعرض والإستحقاق، أن ضمان الإستحقاق يعتبر ضماناً احتياطياً بالنسبة لضمان التعرض إذ لا تبدو الحاجة لإعمال ضمان الإستحقاق إلا إذا لم يوجد سبيل للإلتجاء إلى ضمان التعرض، فالبائع باعتباره المدين في عقد البيع، يتمثل التزامه الأصلي في نقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه مع ما تفرضه طبيعة هذا الإلتزام من وجود التزم آخر يلتزم به البائع هو ضمان التعرض سواء منه هو شخصياً أو من الغير، فإذا فشل البائع في تنفيذ تلك الإلتزامات، نشأ التزم بدلي آخر هو الإلتزام بضمان الإستحقاق.

تاسعاً: ضمان الإستحقاق التزم خاص مستقل:

يتميز ضمان الإستحقاق عن القواعد العامة التي وضعها المشرع لإنهاء عقود المعاوضة. فبالنظر إلى عقد البيع على سبيل المثال، فإن القواعد العامة تقضي بأنه متى استحق المبيع من يد المشتري، فمعنى ذلك أنه يستحيل على البائع نقل الملكية إلى هذا الأخير مما يستوجب- وبقوة القانون- انفساخ الرابطة العقدية، ووجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، مع تخويل المشتري الحق في الرجوع على البائع لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به⁽²⁰⁹⁹⁾. ونظراً لأن دعوى التعويض في هذه الحالة تؤصل على قواعد المسئولية التقصيرية، فالتعويض يجب أن يغطي جميع الأضرار المباشرة، بغض النظر عما إذا كانت متوقعة أم لا، رغم أن الإستحقاق يعد من الأمور التي يتوقعها الرجل العادي. من هذا المنطلق خرجت قواعد ضمان الإستحقاق عن حكم القواعد العامة في العديد من المسائل، ومن بينها القاعدة السابق ذكرها⁽²¹⁰⁰⁾.

(1) ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الإلتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان 2011، ص505.

(2) هشام طه سليم، ضمان الإستحقاق في البيوع، مرجع سابق، ص57.

(3) جاك الحكيم، عقد البيع، مرجع سابق، ص304 و305.

(4) فيصل ذكي عبد الواحد: نظرات حول ضمان الإستحقاق في البيوع التي تتم بطريق الممارسة وفقاً للقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1998/1999، ص5، السهوري، الوسيط، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص619.

ويؤكد نص المادة (505) من القانون المدني الأردني⁽²¹⁰¹⁾ استقلال دعوى ضمان الإستهقاق عن غيرها من الدعاوى، حيث تضمنت فقرته الأخيرة "ويضمن البائع أيضاً للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع"⁽²¹⁰²⁾، وذلك بعدما أورد أن المشتري وبموجب دعوى الضمان يعود على البائع بالثمن والتحسينات النافعة، وهو ما يؤكد أن دعوى ضمان الإستهقاق هي دعوى مستقلة عن دعوى الإبطال ودعوى الفسخ - باعتبار أنهما يتفرعان عن التزام البائع بنقل الملكية - ويؤكد بالتالي خصوصية ضمان الإستهقاق عن القواعد العامة لإنهاء العقد.

بالتالي فإن الإلتزام بضمان الإستهقاق يعد التزاماً خاصاً له أسسه، وهو التزام مستقل بتلك الأسس عن القواعد العامة لإنهاء الرابطة العقدية والتي تتمثل في الإبطال والفسخ.

عاشراً: ضمان الإستهقاق التزام غير متعلق بالنظام العام:

يعتبر الإلتزام بضمان الإستهقاق أحد القواعد الخاصة التي نص عليها القانون المدني لحماية الدائن في العقد الملزم للجانبين حال إستحقاق محل العقد من تحت يده، غير أنه لما كانت الحكمة من تشريع هذا الضمان هي حماية المصلحة الخاصة للمدين، فقد منح المشرع لطرفي عقد المعاوضة إمكانية الاتفاق على مخالفة أحكامه باعتبار أن أحكام الضمان القانوني لا تتعلق بالنظام العام⁽²¹⁰³⁾، إذ يجوز لهم وضع تنظيم خاص للضمان يضمنونه اتفاقاتهم ليحكم بيوعهم. وبالتالي يجوز للأفراد باتفاق خاص تعديل أحكام الضمان القانوني سواء بالزيادة أو النقصان⁽²¹⁰⁴⁾.

إلا أنه ووفقاً للقانون المدني الأردني فلا يجوز الإتفاق على عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط ولا يصح إلا بإلغائه⁽²¹⁰⁵⁾، في حين أنه ووفقاً للتشريع المصري يجوز للمتعاقدين الإتفاق على الإعفاء كلياً من الضمان⁽²¹⁰⁶⁾. غير أن القانون المدني المصري (المادة 446) لا يجيز الإتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع اسقاطاً تاماً⁽²¹⁰⁷⁾. ويفهم مما سبق أنه يشترط لصحة الإتفاق على هذا الضمان أو على تحديده أن يكون البائع حسن النية لم يتعمد إخفاء العيوب⁽²¹⁰⁸⁾.

أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية فقد أجاز المشرع الأردني الإتفاق على استبعاده⁽²¹⁰⁹⁾. وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الموقرة في أحد أحكامها بأنه "1- يستفاد من المادة (514) من القانون المدني أنها نصت على ما يلي: لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية:

- 1- إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع. 2- إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.
- 3- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه أنه من آخر.
- 4- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الإطلاع على العيب.

(5) تقابلها المادة (5/443) من القانون المدني المصري حيث نصت "كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبني على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".

(1) وقد جعل تقدير هذا التعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية وهذا واضح من نص المادة (363) من القانون المدني الأردني، وهذا حل أفضل مما ذهب إليه القانون

المصري عندما استمد من القانون الفرنسي قواعد خاصة لحساب التعويض في هذه الحالة لم يكن لها مبرر. للمزيد أنظر، جاك الحكيم، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ملحق العدد (4) كانون الثاني، 1979، ص 75، مشار لها لدى محمد أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، مرجع سابق، ص 105.

(2) مندر الفضل وصاحب الفتاوي، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة، مرجع سابق، ص 124 و 125.

(3) جاك الحكيم، عقد البيع، مرجع سابق، ص 317.

(4) أنظر المادة (1/506) من القانون المدني الأردني. وانظر أيضاً، عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني 2005، ص 214. ومحمد أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، مرجع سابق، ص 44.

(5) راجع المادتين (445 و 446) من القانون المدني المصري وتعديلاته رقم 131 لسنة 1948، منشورات مركز عدالة.

(6) وفي هذا السياق تشير إلى أن موقف المشرع المصري في تنظيم أحكام الضمان الإتفاقي في المادتين (445 و 446) من القانون المدني جاءت أفضل من صياغة المشرع الأردني، فقد جاء فيهما صراحة أحكام الزيادة والتخفيف والإسقاط للضمان الإتفاقي وبتلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

(7) السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 639.

(8) أنظر المادة (514) من القانون المدني الأردني.

5- إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.

وبناءً على نص الفقرة (الخامسة) من هذه المادة نجد أن البيع تم عن طريق المزاد بواسطة محكمة اريد الشرعية الجنوبية. وحيث عاجت محكمة الإستئناف هذه الدعوى على نحو يخالف ما ورد بأحكام هذه المادة وخاصة الفقرة الخامسة فيها فيكون قرارها والحالة هذه مخالفاً للقانون⁽²¹¹⁰⁾.

المبحث الثاني : مفهوم البيوع الإدارية وخيارات الإدارة في الرجوع عند الإستحقاق الكلي للمبيع

كما سبق وأن ذكرنا فإن عقد البيع يُعرّف بأنه "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض" (المادة (465) من القانون المدني الأردني). وإن طبيعة البيع باعتباره عقداً ناقلاً للملك بذاته تقتضي أن يكون المبيع مملوكاً للبايع حتى يمكن أن تنتقل ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد، وعليه فإذا ما أقدمت الإدارة على إبرام عقد بيع، فما هو هذا البيع وما هي أحكامه وطبيعته القانونية؟ وما هي خيارات الإدارة في حال استحقاق المبيع من بين يديها؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تحتم علينا تناولها في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف بالبيوع الإدارية وأحكامها وطبيعتها القانونية.

المطلب الثاني: مدى خضوع البيوع الإدارية للقانون الخاص.

المطلب الأول : التعريف بالبيوع الإدارية وأحكامها وطبيعتها القانونية

المقصود بالعقد الإداري: العقد الإداري بمفهومه الفني هو "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، أي جهة من جهات الإدارة بقصد تنظيم أو تشغيل مرفق عام، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام. بأن كان يتضمن شروطاً غير مألوفة *Clauses exorbitantes* في القانون الخاص²¹¹¹.

وبخصوص معايير التمييز بين عقود الإدارة بالمعنى الفني وعقود الإدارة الخاضعة للقانون الخاص، فقد حاول كل من قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري وضع معايير منضبطة للتمييز بين العقود الإدارية وتلك التي تصدر عن الإدارة وتخضع للقانون الخاص. ويمكن إيجاز تلك المعايير في صنفين:

أ. المعيار القانوني :

أخذ بهذا المعيار المشرع الفرنسي، إذ أدرج عقوداً بعينها من عقود الإدارة في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي، سواء في اختصاص المحاكم الإدارية الإقليمية أم في اختصاص مجلس الدولة. واعتبرت تلك العقود عقوداً إدارية بتحديد القانون *Contrats administratifs par détermination de la loi*²¹¹².

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يأخذ بهذا المعيار، فلم يتضمن القانون 112 لسنة 1946 أي إشارة لعقود الإدارة، وكذلك لم يقطع بهذا الشأن في القوانين اللاحقة لذلك القانون، وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي : " فإننا ننتمي إلى استبعاد فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون من نطاق القانون المصري، وحسنا فعل المشرع لأن اختصاص القضاء الإداري يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام، أما تطبيق قواعد القانون الخاص فالمحاكم القضائية أدري به وبمقتضياته من القضاء الإداري²¹¹³.

ب. المعيار القضائي:

(1) تمييز حقوق رقم 2007/1049 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/10/30، منشورات مركز عدالة.

(1) سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مطبعة جامعة عين شمس. 1984. ص 52.

(2) لمزيد من التفصيل: د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة. دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي. مطبعة نهضة مصر. سنة 1984 م - ص 78. فقرة 36

(1) سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية. مرجع سابق. ص 55.

ذلك المعيار هو ما أخذ به الفقه في مصر، وهو يقوم على أسس ثلاثة. إذا اكتملت وجب اعتبار العقد عقداً إدارياً بطبيعته، فيختص بالمنازعات المتعلقة به القانون والقضاء الإداريين. وهي: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يبرم العقد بقصد تنظيم أو تسيير مرفق عام، وأن يتضمن العقد وسائل القانون العام بشأن تنفيذه.

والشرط الأخير هو شرط في غاية الأهمية للتمييز بين العقود الإدارية والعقود التي تخضع للقانون الخاص. ذلك أن المعيار المميز لتلك العقود ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه بما يتضمنه من شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقد الخاص تنبئ عن الصبغة الإدارية للعقد " كأن يشترط في العقد منح جهة الإدارة حقوقاً وامتيازات لا تثبت في مجال العقود المدنية، وكأن يتضمن العقد شروطاً من شأنها أن تخول المتعاقد مع جهة الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير. بمعنى أن تخوله مباشرة بعض مظاهر السلطة العامة، أو أن تشركه مع جهة الإدارة في تسيير المرفق العام " ويمكن القول بأن أساس هذا التقسيم بين العقود، هو تحديد جهة الاختصاص القضائي بالمنازعات الناشئة عن تلك العقود²¹¹⁴.

وتظهر أهمية التمييز بين أنواع العقود التي تبرمها الإدارة من جهة القانون الذي يحكمها. وما إذا كان القانون المدني هو المرجع بما يضعه من أحكام لتحديد نطاق تلك العقود، ومن ضمنها أحكام الضمان أو إذا كان القانون الإداري هو المرجع بشأن تحديد حقوق والتزامات طرفي العلاقة العقدية.

يضاف إلى ذلك الاختلاف الواضح بين طبيعة كل من العقود الإدارية، والعقود الخاضعة للقانون الخاص، وبين هذا الاختلاف في جميع مراحل العقد سواء مرحلة تكوينه أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من آثار.

وأخيراً فإن المسؤولية المدنية المترتبة على الإخلال بنود العقد تختلف بحسب خضوعه لأحكام القضاء الإداري تأسيساً على أحكام القانون العام أم القضاء العادي تأسيساً على أحكام القانون الخاص. فيتحدد مدى التعويض المستحق لمن تعامل مع المرفق العام في إطار المسؤولية المدنية للدولة بناء على هذا التمييز.

وقد ذهب رأيي في سبيل تحديد مناهج تلك المسؤولية إلى ضرورة عدم الاكتفاء بفكرة اتصال المنازعة مباشرة بالمرفق العام أو الإدارة للقول بمسؤولية الإدارة عن تعويض المضرور، بل يجب النظر إلى العمل المادي محل النزاع وهل يعد عملاً من أعمال الإدارة العمومية أو السلطة العامة فيخضع للنزاع للقضاء الإداري، أم أنه لا يتعدى الأعمال العادية، فيجب إذا تحكيم القانون الخاص بشأنه. إذ يقول هذا الرأي: " لا يكتفي في تعريف القرار الإداري عادة أو في مصر وفرنسا على الأقل، أو العقد الإداري بالنظر إلى الجهة التي أصدرته، وأن تكون مرفقاً عاماً مداراً بأسلوب القانون العام. وإنما يشترط بالإضافة إلى الشروط المطلوبة في جهة الصدور أن ينم العمل القانوني. القرار أو العقد. في ذاته عن تحرك الإدارة كسلطة عامة، وعن لجوئها لأساليب القانون العام في إتمامها"²¹¹⁵.

وبخصوص وسيلة التعاقد في البيوع الإدارية فقد نظم المشرع الأردني في نظام اللوازم وتعديلاته رقم 32 لسنة 1993²¹¹⁶ وكذلك المصري في القانون رقم 9 لسنة 1983 مسألة قيام الإدارة بإبرام عقودها. ومن بينها عقد البيع، وسواء كان عقد البيع عقداً إدارياً بالمفهوم الفني أم أنه عقداً إدارياً خاضعاً للقانون الخاص، فإن نظام اللوازم هو الحاكم بصدد إجراءات التعاقد.

والملاحظ أن الإدارة بصدد تلك الإجراءات مقيدة في اختيارها للطرف المتعاقد معها بضرورة تحقيق مصلحتين متعارضتين، الأولى: تتمثل في المحافظة على المالية العامة، والثانية: تتمثل في انتخاب الشيء محل التعاقد، بحيث يحقق الغرض الفني المبتغى من ورائه

(2) عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص 78. ثروت بدوي: المعيار المميز للعقد الإداري - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد. السنة 27. العدد 3، 4. ص 115 وما بعدها، سعيد سعد عبد السلام: مصادر الالتزام المدني. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى. سنة 2003/2002 م. ص 51.

(1) محمد المرغني خيري - القضاء الإداري - قضاء التعويض ومبدأ المسؤولية المدنية للدولة والسلطات العامة - دار الحقوق للطبع والنشر والتوزيع - القاهرة. 1984/1983 - ص 96، 97، ولزيد من التفصيل بشأن اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن الأعمال المادية. ص 93 وما بعدها.
(2) المنشور على الصفحة 1042 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3898 بتاريخ 1993/5/29.

مادة 10 من القانون رقم 9 لسنة 1983)، والإدارة أمام تلك المصلحتين تسعى إلى اختيار أكفأ العروض المقدمة، واضعة في اعتبارها الأولوية للجانب الفني للشيء محل التعاقد ولو كان ذلك على حساب الاعتبارات المالية. ووفقاً للمادة (15) من نظام اللوازم المذكور والتي جاء بها:

(مع مراعاة صلاحيات شراء اللوازم والجهات المختصة بممارستها تتم عمليات شراء اللوازم بطرح عطاء على أنه يجوز شراء اللوازم بإحدى الطريقتين التاليتين:

أ. استدراج عروض وذلك في أي من الحالات التالية:

1. عند وجود حاجة مستعجلة طارئة للوازم المراد شراؤها يصعب توقعها أو التنبؤ بها ولا تسمح بطرح عطاء.

2. إذا لم يوجد أكثر من ثلاثة بائعين أو منتجين أو من موردين للوازم المطلوب شراؤها.

3. إذا كانت قيمة اللوازم المراد شراؤها لا تزيد على (5000) خمسة آلاف دينار.

4. إذا لم يتقدم للعطاء المطروح عدد كاف أو مناسب من العروض واقتنعت الجهة التي طرحت العطاء أن الضرورة تقضي بشراء اللوازم عن طريق استدراج عروض.

ب. الشراء المباشر للوازم بالتفاوض مع بائعيها أو منتجيها أو مورديها في أي من الحالات التالية:

1. إذا كانت اللوازم المطلوبة محددة الأسعار من قبل السلطات الرسمية.

2. إذا كانت اللوازم مطلوبة لمواجهة حالة عامة طارئة لا تسمح بالقيام بإجراءات طرح عطاء أو استدراج عروض وذلك بناءً على طلب من الوزير المختص.

3. إذا كان من غير الممكن الحصول على اللوازم إلا من مصدر واحد فقط.

4. إذا كانت اللوازم المراد شراؤها قطعاً تبديلية أو أجزاء مكملة أو أدوات لا تتوافر لدى أكثر من مصدر واحد بنفس درجة الكفاءة بناءً على تقرير فني من ذوي الاختصاص والخبرة.

5. شراء مواد علمية كالأفلام والمخطوطات وما يماثلها.

6. إذا كان الغرض من اللوازم المراد شراؤها توحيد الصنف في الدائرة أو التقليل من التنوع فيها أو للتوفير في اقتناء القطع التبديلية وذلك بناءً على طلب الوزير المختص.

7. شراء خدمات تشتمل على أعمال صيانة أو إصلاح أو استبدال أو فحص دون أن يكون حجم العمل معوماً عند الشراء.

8. إذا طرح عطاء أو تم استدراج عروض ولم يكن بالمستطاع الحصول من خلال أي منها على عروض مناسبة أو لم تكن الأسعار معقولة أو عند عدم الحصول على كامل الكمية من اللوازم المراد شراؤها.

9. عند وجود نص قانوني أو اتفاقية دولية توجب شراء اللوازم مباشرة).

فإن نظام اللوازم الأردني والقانون رقم 9 لسنة 1983 المصري يوضحان نوعين من الوسائل للتعاقد، هما، التعاقد بالمنافسة والمزايدة، والتعاقد بالممارسة على التفصيل التالي:

أ- البيوع الإدارية عن طريق المنافسة أو المزايدة:

وتعد المنافسة والمزايدة الطريق الذي من خلاله تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية، أو من الناحية الفنية.

فعلى سبيل المثال: إذا أرادت وزارة الداخلية شراء بعض المستلزمات، "فإنها تقوم بإتفاق أموالاً لتوفير كافة الاحتياجات المختلفة من ملابس ومهمات وأسلحة وذخائر ووسائل انتقال واتصال وقطع غيار وخامات لازمة للتصنيع وخلافه لضمان كفاءة وحسن ودقة أداء العمل... القاعدة العامة لشراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل تكون بطريق المنافسة العامة"²¹¹⁷.

(1) سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 209، 210 وما بعدهما.

وإذا كانت المناقصة تستهدف التعاقد مع من يتقدم بأقل عطاء وأعلى كفاءة، فإن المزايدة على العكس تستهدف التعاقد مع من يتقدم بأعلى عطاء مالي إذا أرادت جهة الإدارة التعاقد على بيع أو تأجير شيء من أملاكها. غير أن الأحكام في الحالتين واحدة. وما يميز أسلوب المناقصة أو المزايدة في التعاقد بالبيع، هو مبدأ العلانية وحرية المنافسة والمساواة بين المتقدمين. مع مراعاة القيود والإجراءات القانونية من خلال الإعلان عنهما حتى يتقدم كل من توافرت فيه الشروط القانونية للاشتراك دون تمييز. فتقوم لجنة البت في العطاءات بترتيب العطاءات وفقاً لسعر كل منها لتتخذ القرار بإرساء المناقصة أو المزايدة على أحد المتقدمين.

ب - البيوع الإدارية عن طريق الممارسة والاتفاق المباشر:

1) البيوع الإدارية عن طريق الممارسة:

يبقى سبيل الممارسة هو الأصل للتعاقد على الرغم من تعدد الحالات التي يتعين على الإدارة فيها اللجوء إلى سبيل التعاقد بالمناقصة أو المزايدة. وعلى الرغم مما يوفره البيع بطريق الممارسة للإدارة من حرية في اختيار من تتعاقد معه، إلا أن تلك الحرية ليست مطلقة. فهي مقيدة بنظم محددة يجب عليها إتباعها. فالحرية الممنوحة للإدارة يجب ألا تستخدم إلا في حدود تحقيق الصالح العام. وقد تناول القانون رقم 9 لسنة 1983 المذكور البيع بالممارسة بالتنظيم الدقيق، فعلى سبيل المثال: تنص المادة رقم 30 من القانون المشار إليه على أنه " ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الإيجار دون مزايدة، إذا لم تزد القيمة على 1000 جنية (ألف جنية). وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية، كما يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الإيجار عن طريق الممارسة في الحالات الآتية: 1. الأصناف التي يخشى عليها من التلف بقاء تخزينها. 2. الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات، أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي. 3. حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل إجراءات المزايدة".

كما حددت المادة الخامسة من ذات القانون حالات الممارسة بنصها على أن " يكون التعاقد عن طريق الممارسة في الأحوال الآتية: 1. الأشياء المحترق صنعها أو استيرادها. 2. الأشياء التي لا توجد إلا لدى شخص بذاته. 3. الأشياء التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة. 4. الأعمال الاستشارية أو الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها إجراؤها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين. 5. الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية. 6. التوريدات ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التي تتصف بالاستعجال أو التي تقتضي طبيعتها أو الغرض المرغوب الحصول عليها من أجله أن يكون اختيارها وشراؤها من أماكن إنتاجها، أو التي تقتضي المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية، أو التي لم تقدم عنها أي عطاءات في المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد عن أسعار السوق وكانت الجهة الطالبة في حاجة عاجلة لا تسمح بإعادة طرحها في المناقصة".

2) البيوع الإدارية عن طريق الاتفاق المباشر:

يمكن غير أسلوب التعاقد بالممارسة. للإدارة أن تتعاقد على الشراء بأسلوب الاتفاق المباشر، إلا أن هذا الأسلوب يعد أسلوباً استثنائياً. إذ اشترط المشرع لقيام الجهة الإدارية بالشراء عن طريقه توافر شرطين: هما الضرورة، وعدم تجاوز العقد قيمة معينة. وهذا هو مفاد نص المادة 7 من القانون رقم 9 لسنة 1983 التي نصت على أنه " يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إجراء المناقصة، وبناء على ترخيص من السلطة المختصة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ألفي جنية بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل، وأربعة آلاف جنية بالنسبة لمقاولات الأعمال. كما يجوز التعاقد بهذا الطريق لشراء أصناف محترقة من شركات في الخارج ليس لها وكلاء في مصر فيما تزيد قيمته على ثمانية آلاف جنية"²¹¹⁸.

المطلب الثاني: مدى خضوع البيوع الإدارية للقانون الخاص

إذا قيل بإخضاع البيوع الإدارية لأحكام القانون المدني بصفة مطلقة لأصبح القول بإخضاع تلك البيوع لأحكام ضمان الاستحقاق أمراً بديهياً، غير أن واقع الحال يفرض إخضاع البيوع الإدارية لأحكام القانون المدني بشكل نسبي. إذ أن العقد إذا تضمن شروطاً غير مألوفة *Clausesexorbitantes* في القانون الخاص، ففي تلك الحالة لا بد من تطبيق أحكام القانون العام عليه، على أن ذلك

(1) سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 138، د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة. مرجع سابق. ص 78.

لا ينفى القول بأن الأصل في عقود البيع الإدارية أي التي تبرمها الإدارة *Lesventes de l'administration* أنها من عقود القانون الخاص، والآراء التي قيلت بشأن مدى خضوع البيوع الإدارية لأحكام القانون الخاص ليست كثيرة ويمكن ذكر أهمها فيما يلي:

الرأي الأول: عقد البيع الذي تبرمه الإدارة يعد عقدا إداريا بالمفهوم الفني ومن ثم يجب إخضاعه لأحكام القانون العام كما يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء الإداري:

ذهب إلى هذا الاتجاه أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا، وقد صدر هذا الحكم في 24 / 2 / 1968، السنة 13 ص 549 بشأن إحدى المنازعات التي عرضت أمامها مضمونها بيع أنقاض مبنى حكومي، وعند التنفيذ تبين اشتغال الأنقاض التي تم بيعها على بعض الأعمدة الرخامية الأثرية، مما دعا مصلحة الآثار إلى القيام بالاستيلاء عليها، فثار النزاع بشأن استنزاع قيمة تلك الأعمدة من ثمن الأنقاض، ولم يثر النزاع مطلقا بشأن طبيعة العقد ليس فقط أمام محكمة القضاء الإداري، بل ولا أمام المحكمة الإدارية العليا. وهو ما يستنتج منه اتفاق جهتي القضاء السالفتين على اعتبار هذا العقد عقدا إداريا، على الرغم من أن عقد بيع الأنقاض لم يحتو على شروط استثنائية، وليس له صلة بالمرفق العام.

وقد ذهب رأيٌ لانتقاد هذا الرأي متسائلا: " فهل نظر إلى العقد من زاوية الهدم على أساس أنه من قبيل الأشغال العامة؟ " 2119 ومن ثم يعد هذا الرأي غريبا بين ما اتفق عليه غالب الفقه والقضاء بشأن جهة الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالبيوع الإدارية.

الرأي الثاني: عقد البيع الذي تبرمه الإدارة يعد عقدا خاصاً يخضع لأحكام القانون الخاص كما يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي:

تبني هذا الاتجاه أغلب الفقه والقضاء حيث ذهب إلى اعتبار عقد البيع الذي تبرمه الإدارة من عقود القانون الخاص، وأن مجرد التجاء الإدارة إليه يعد إفساحا منها عن نيّتها في استعمال وسائل القانون الخاص، بالإضافة إلى أن المال العام لا يقبل التصرف فيه، وبالتالي فمن غير المتصور أن ينصب البيع إلا على مال من أموال الدومين الخاص، ومن ثم ينطبق على البيع الإداري أحكام القانون الخاص بصفة أصلية. وعقد البيع الإداري في ذلك مختلف عن عقد الإيجار. فالإدارة حين تقوم بإيجار عين مملوكة لها فيجب النظر أولاً فيما إذا كانت العين المؤجرة من أموال الدومين العام فيعد العقد عقداً إدارياً، أم أن تلك العين من أموال الدومين الخاص فيعد العقد في تلك الحالة عقداً خاصاً؟ 2120.

وهكذا فإن من المسلم به في الوقت الحاضر أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، وإنما هي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: عقود إدارة تخضع للقانون العام وهي التي يطلق عليها وصف "العقود الإدارية" *"Contrats administratifs"*

القسم الثاني: عقود إدارة تخضع للقانون الخاص وهي التي يطلق عليها وصف العقود الخاصة *"Contrats droit prive de l'administration"* 2121

ويبرز هذا التقسيم العلاقة الوثيقة بين القانون الإداري والقانون المدني، باعتبار أن القانون الإداري هو الحد الفاصل بين القانون العام والقانون الخاص. وان نظرية الملكية التي يختص بها القانون الخاص لا يعرفها القانون الإداري إلا فيما يتعلق بأموال الدولة الخاصة 2122.

وبخصوص ما أراه بشأن إشكالية خضوع البيوع التي تبرمها الإدارة لأحكام ضمان الاستحقاق فإنه لا بدّ من عرض وجهة نظري أولاً ومن ثم تناول الأدلة المؤيدة لها.

(2) سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 139.

(1) هذا ما قصدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 22/3/1960 السنة 14 ص 256 حيث جاء به: " تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لإقامة مصنع عليها لا يعتبر عقداً إدارياً، وبالتالي فإن عقد البيع الذي تبرمه الإدارة في خضوعه للقانون الخاص أكثر وضوحاً من عقد الإيجار. د. سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. هامش ص 141.

(2) سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 603.

(3) لمزيد من التفصيل بشأن علاقة القانون الإداري بالقانون المدني - د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقارنة - مطبعة جامعة عين شمس - القاهرة. 1982 م. ص 15 وما بعدها.

أولاً: عرض وجهة نظري بهذا الشأن:

تنقسم عقود البيع التي تبرمها الإدارة إلى قسمين:

القسم الأول: عقود بيع تبرمها الإدارة بصفتها وتظهر فيها نيتها في الأخذ بوسائل القانون العام:

تظهر تلك النية في إدراج الإدارة شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقد العادي، وتلك العقود توصف بأنها عقوداً إدارية بالمعنى الفني الدقيق، وأرى أن تلك العقود سواء تمت بالمزاد العلني أو بالممارسة أو بالإتفاق المباشر. فعلى الرغم من عدم وجود ما يمنع من الناحية الفنية من إخضاعها لأحكام ضمان الاستحقاق في حالة ثبوت استحقاق ما باعه المتعاقد للإدارة لغيره، ومن ثم عجز عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع للإدارة باعتبارها الطرف المشتري في العقد. فإن الإدارة بصدد ما ليست في حاجة إلى اللجوء لأحكام ضمان الاستحقاق في سبيل استيفاء حقها بطريق التعويض. نظراً لأن الإدارة تملك من الجزاءات ما يغنيها عن أحكام ضمان الاستحقاق، وبالتالي إذا أهمل المتعاقد معها في تنفيذه لالتزاماته العقدية بأي شكل من الأشكال، ولو بعدم احترامه للمدد المحددة لتنفيذ تلك الالتزامات، فللإدارة أن توقع عليه من الجزاءات ما يكفل لها استرداد حقها كاملاً. وتتعدد الجزاءات الممنوحة للإدارة تجاه المتعاقد المقصر بين الجزاءات المالية *Les sanctions pécuniaires*، وتتمثل في التعويضات اللازمة لجبر ما أصابها من ضرر. ووسائل الضغط والإكراه *Les sanctions coercitives*، وتهدف تلك الوسائل إلى إجبار المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته. منها على سبيل المثال: الشراء على حساب المتعاقد المقصر، وفسخ العقد (*La résiliation du contrat* ou *decheance*)، وذلك في حالة الخطأ الجسيم الصادر من المتعاقد بحيث لا تجد الإدارة فائدة من محاولة تقويمه، والجزاءات الجنائية *Les sanction pénale*، وتلك النوعية من الجزاءات تطبق في حالات نادرة، ذلك أن الأصل العام هو أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. وبالتالي فإن الإدارة حين يخولها القانون توقيع عقوبة جنائية على المتعاقد معها فإنها لا تمارس تلك السلطة بصفتها طرفاً في العقد. وإنما بصفتها سلطة عامة 2123.

وبناء على ما تقدم فلا اعتقد أن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بصفتها وتظهر فيها نيتها في الأخذ بوسائل القانون العام في حاجة للحماية التي توفرها أحكام ضمان الاستحقاق، إذ تتضاءل تلك الحماية إلى جانب ما أولاه المشرع الإداري بل والجنائي لجهة الإدارة حفاظاً على أهمية سير المرفق العام بصورة مطردة، دون أي نوع من العقوبات 2124.

القسم الثاني: عقود بيع تبرمها الإدارة باعتبارها شخصاً عادياً يتصرف في ماله الخاص:

في هذا الفرض ينبغي إعمال أحكام القانون المدني بشأنه وتنحية أحكام القانون الإداري قدر الإمكان، مثال ذلك قيام جهة الإدارة ببيع ثمار الأراضي المملوكة لها، أو بيع أنقاض احد المباني الحكومية التي تم هدمها.

تلك النوعية من العقود ما دامت لم تحتو على أي اشتراطات استثنائية غير مألوفة في عقد البيع العادي فإنها دون شك تخضع لأحكام القانون الخاص ممثلة فيما جاء بنصوص القانون المدني من أحكام منظمة لعقد البيع، سواء تم عقد البيع بطريق الممارسة أو بالاتفاق المباشر، أو تم بطريق المزايدة أو المناقصة في حالة كون جهة الإدارة هي الطرف المشتري.

وبالتالي، فإني أرى أن عقد البيع الذي تبرمه الإدارة باعتبارها شخصاً عادياً يخضع لأحكام ضمان الاستحقاق مثله في ذلك مثل عقود البيع التي يبرمها الأشخاص العاديين والتي يكون محلها مالا من الأموال الخاصة.

يؤيد ذلك أن ما سبق ذكره بشأن السلطات الممنوحة لجهة الإدارة من توقيع جزاءات على المتعاقد المقصر فيما يتعلق بالعقود الإدارية بمفهومها الفني لا يمكن تطبيقه في الفرض الراهن، خاصة وأن الإدارة قد تعتمد على الدخول في العلاقات العقدية بصفة عادية تشجيعاً للأفراد والشركات على التعاقد معها دون رهبة من نصوص القانون الإداري التي تحقق الحماية الكاملة للإدارة في مواجهة من يتعاقد معها.

(1) مثال ذلك: ما ورد بنص المادة 116 مكرر ج من قانون العقوبات، راجع بهذا الشأن: د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات - القسم الخاص - دار الفكر العربي - القاهرة.

1983/1982 م. الجزء الأول. الجرائم المضرة بالمصلحة العامة. ص 331، 332، 333، 335.

(2) لمزيد من التفصيل: سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 450 وما بعدها.

وفي تقديرنا أنه ينبغي إخضاع البيوع الإدارية التي تبرمها الإدارة باعتبارها شخصاً عادياً، ومن ثم تندرج ضمن ما يعرف بالعقود الإدارية الخاصة لأحكام ضمان الاستحقاق وذلك دون العقود الإدارية بمفهومها الفني إذ أن تلك الأخيرة تغني الإدارة بشروطها الاستثنائية التي تكفل لها الحماية عن الحاجة لأحكام ضمان الاستحقاق.

ثانياً: الأدلة المؤيدة لما ذهب إليه من أن البيوع الإدارية الخاصة تخضع لأحكام ضمان الاستحقاق:

الدليل الأول: المواد 395 – 399 من القانون المدني الأردني والمادتان 268 ، 270 من القانون المدني المصري المتعلقة بأحكام الالتزام المعلق على شرط واقف تنطبقان على العقود الإدارية:

أفادت ذلك المعنى المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1980/2/26 م بشأن الطعن رقم 480 لسنة 21 قضائية 2125. ووجه الاستدلال أنه لما كان الالتزام بضمان الاستحقاق التزام معلق على شرط واقف هو فشل البائع في دفع استحقاق الغير، ولما كانت المادتان 268 ، 270 من القانون المدني تنطبقان على مجال العقود الإدارية طبقاً لما جاء بالحكم المشار إليه. فإن ذلك يقطع بوجود إخضاع البيوع الإدارية لأحكام ضمان الاستحقاق 2126.

الدليل الثاني: نص المادة (103) من القانون المدني الأردني و(99) مدني مصري، حيث جاء عامين بصدد اعتبار البيع بالمزاد عقداً بالمفهوم الفني:

فقد نصت المادة (103) مدني أردني على أنه: " لا يتم العقد في المزايدات الا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلا او باقفال المزايدة دون ان ترسو على احد ، ذلك مع عدم الاخلال باحكام القوانين الاخرى " ، وبالتالي يقر هذا النص الصفة العقدية للبيوع التي تتم بطريق المزاد العلني بصفة عامة، وحتى وإن قيل بأن هذا النص يختص بالعقود غير الجبرية أي التي يتم فيها البيع اختياراً، فإن النص يشمل جميع أنواع تلك البيوع، أي سواء تمت بين شخصين طبيعيين أم تمت بين شخصين اعتباريين قد يكون أحدهما جهة من جهات الإدارة. وبالتالي تخضع البيوع الإدارية الخاصة لأحكام ضمان الاستحقاق باعتبار هذا الالتزام التزام لصيق بعقد البيع.

الدليل الثالث: إذا كان الفقه الإجرائي والفقه الموضوعي قد اختلفا بصدد اعتبار البيوع القضائية التي تتم بطريق المزاد العلني عقوداً من عدمه مما ترتب عليه اختلافهم بصدد إخضاعها لأحكام ضمان الاستحقاق فإن هذا الخلاف لم يثر بصدد البيوع الإدارية، حيث أن جميع الفقهاء متفقون على أنها عقوداً دون شك، وكذلك القضاء يتفق مع الفقه حول الصفة العقدية لتلك البيوع 2127. وبالتالي يكون من المنطقي إخضاعها لما تخضع له عقود البيع من أحكام نص عليها القانون المدني.

الدليل الرابع: نص المادة (514) من القانون المدني الأردني والمادة (454) من القانون المدني المصري يؤكدان بمفهوم المخالفة خضوع البيوع الإدارية لأحكام ضمان الاستحقاق:

فقد نصت المادة (514) من القانون المدني الأردني على أنه:

(لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية:

5. اذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية او الادارية).

فمفاد هذا النص عدم خضوع البيوع الإدارية لأحكام ضمان العيب وبالتالي فإذا كان النص لم يشير إلى مدى خضوع تلك البيوع لأحكام ضمان الاستحقاق لا تصريحاً ولا تلميحاً، فلا بد وفقاً لمفهوم المخالفة من إخضاع البيوع التي تكون الإدارة طرفاً فيها بصفة عادية لأحكام ضمان الاستحقاق، فضلاً عن غيرها من الأحكام المنظمة لعقد البيع التي نص عليها القانون المدني من الإلتزام بتسليم المبيع ونقل الملكية... الخ، فلو أراد المشرع عدم إخضاع البيوع الإدارية لأحكام ضمان الاستحقاق لذكر ذلك صراحة.

(1) راجع بهذا الشأن: د. سليمان محمد الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 348.

(2) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الرابع، مرجع سابق. ص 898. فقرة 315 مكرر.

(1) لمزيد من التفصيل: إبراهيم طه فياض: العقود الإدارية. مطبوعات جامعة الكويت. 1964 م. ص 90 وما بعدها.

ويؤيد جانب من الفقه ما ذهب إليه من إخضاع البيوع الإدارية لأحكام ضمان الاستحقاق بطريق غير مباشر، حيث انتقد هذا الجانب ما ذهب إليه أنصار الفقه الإجرائي من القول بأن البيوع القضائية تعتبر عمل من أعمال السلطة القضائية وبالتالي هي ليست عقوداً، وذلك من خلال استدلاله بنص المادة (515) من القانون المدني الأردني والمادة (454) من القانون المدني المصري اللتين نفتا خضوع البيوع القضائية لأحكام ضمان العيب في سبيل إثبات الصفة العقدية لتلك البيوع من ناحية، وفي سبيل إخضاعها لأحكام ضمان الاستحقاق من ناحية أخرى بمفهوم المخالفة.

فلما كانت المادة (514) من القانون المدني الأردني والمادة (454) من القانون المدني المصري لم تقتصر على البيوع القضائية فقط، وإنما ورد بها ذكر البيوع الإدارية في عدم إخضاعها لأحكام ضمان العيب، بالتالي فإن ما أثبتته هذا الرأي بشأن البيوع القضائية يسري كذلك بشأن البيوع الإدارية 2128.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة "مدى شمول الإدارة كمشتري بأحكام ضمان الاستحقاق"، عندما تتعاقد بصفتها صاحبة سلطان وسيادة وإما أن تظهر في العقد بمظهر الفرد العادي. ففي الحالة الأولى تستطيع ان تباشر صلاحياتها باعتبارها صاحبة سيادة إزاء البائع اذا وتم استحقاق المبيع من بين يديها، واما في الحالة الثانية تستطيع الإدارة الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق.

وقد انتهت هذه الدراسة الى العديد من النتائج والتوصيات

أولاً:- النتائج .

- 1- يقصد بالضمان بانه "التزام بتعويض الضرر الناشئ عن خطأ المدين والذي ترتب عليه إخلال بالمسئولية العقدية، تمثل في امتناع المدين أو تأخره في تنفيذ بنود العقد، أو في قيامه بتنفيذها تنفيذاً جزئياً وهو بذلك يشمل ضمان التعرض و ضمان الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية، وذلك لأن الدائن في العقد لا يستطيع أن ينتفع من الشيء محل العقد إلا بضمان المدين لتعرضه الشخصي، والتعرض الصادر من الغير بادعائه حقا على الشيء محل العقد يترتب عليه حرمان الدائن من كل أو بعض مزايا الشيء محل العقد
 - 2- أن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة وتظهر فيها نيتها في الأخذ بوسائل القانون العام فهي ليست بحاجة الى الحماية القانونية التي توفرها أحكام ضمان الاستحقاق
 - 3- أن عقد البيع الذي تبرمه الإدارة باعتبارها شخصا عاديا يخضع لأحكام ضمان الاستحقاق مثله في ذلك مثل عقود البيع التي يبرمها الأشخاص العاديين والتي يكون محلها مالا من الأموال الخاصة.
- ثانياً:- التوصيات :-

نتمنى على المشرع الأردني ان يضع نصاً قانونياً تنص صراحة على عدم اخضاع البيوع الإدارية التي تبرمها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة وسيادة من احكام ضمان التعرض والاستحقاق " لا تسرى احكام التعرض والاستحقاق على البيوع التي تكون فيها الإدارة صاحبة سلطة وسيادة "

(2) راجع بشأن الاستدلال بتلك المادة لتأييد وجهة نظر الفقه الموضوعي بشأن إخضاع البيوع القضائية لأحكام ضمان الاستحقاق: فيصل ذكي عبد الواحد: البيوع القضائية وفكرة ضمان الاستحقاق وفقاً للقانونين الكويتي والمصري لجنة التأليف والتعريب والنشر. مطبوعات جامعة الكويت. سنة 1999 م. ص 49، 50.

❖ قائمة المراجع
الكتب والأبحاث:

- 1- إبراهيم طه فياض، العقود الإدارية، مطبوعات جامعة الكويت، 1964.
- 2- ابن منظور، لسان العرب، نقلاً عن موقع الباحث العربي: <http://www.baheth.info/all.jsp?term>، تاريخ الدخول: 2022/1/22.
- 3- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) – دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، 2005.
- 4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: العقود التي ترد على الملكية (البيع والمقايضة).
- 5- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، الطبعة الثالثة، بغداد، 1969.
- 6- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، 1984.
- 7- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1998.
- 8- علي هادي العبيدي، العقود المسماة: البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 2011.
- 9- جلال علي العدوي، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، دون سنة نشر.
- 10- جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، المجلد الأول والثاني، الطبعة الثالثة، كانون الثاني 1978.
- 11- جاك الحكيم، العقود الشائعة والمسماة: عقد البيع، بدون دار نشر، 1988.
- 12- سليمان مرقس، شرح القانون المدني: العقود المسماة – عقد البيع، عالم الكتب، دار الهنا للطباعة، المجلد الأول، الطبعة الرابعة، 1980.
- 13- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1984.
- 14- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1982.
- 15- سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2003/2002.
- 16- فيصل ذكي عبد الواحد، نظرات حول ضمان الاستحقاق في البيوع التي تتم بطريق الممارسة وفقاً للقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، 1999/1998.
- 17- فيصل ذكي عبد الواحد، البيوع القضائية وفكرة ضمان الاستحقاق وفقاً للقانونين الكويتي والمصري، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، 1999.
- 18- توفيق حسن فرح، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979.
- 19- غني حسون طه، الوسيط في العقود المسماة: عقد البيع، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
- 20- محمد الزعبي، العقود المسماة: شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، 1993، بدون دار نشر.
- 21- محمد عبد الله أبو هزيم، الضمان في عقد البيع، دار الفيحاء، الطبعة الأولى، 1986.
- 22- محمد المرغني خيرى، قضاء الإداري: قضاء التعويض ومبدأ المسؤولية المدنية للدولة والسلطات العامة، دار الحقوق للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1984/1983.
- 23- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات: القسم الخاص – الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983/1982.

- 24- مندر الفضل وصاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1993.
- 25- هشام طه سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.

التشريعات

1. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، الجريدة الرسمية، العدد (2645)، بتاريخ 1976/8/1.
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.
3. قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر في 9 رمضان 1331هـ.
4. قانون العقوبات .

الأنظمة المعلوماتية

- 1- مركز عدالة للمعلومات القانونية غير متاح إلا بالإشتراك.
- 2- موقع قسطاس غير متاح إلا بالإشتراك