

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -  
كلية الحقوق



مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية

# التعاقد بالعربون

## دراسة مقارنة

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة:

بوترفاس حفيظة  
بوعزة ديدن

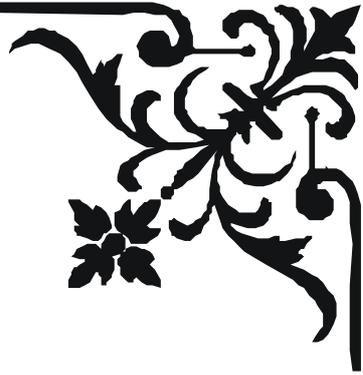
أ.د.

أعضاء اللجنة:

- أ.د. دنوني هجيرة أستاذة التعليم العالي جامعة تلمسان رئيسة
- أ.د. بوعزة ديدن أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مشرفا ومقررا
- د. تشوار حميدو زكية أستاذة محاضرة جامعة تلمسان مناقشة

السنة الجامعية

2009 / 2008



# III

{ رَبَّنَا آتِنَا  
مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً  
وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ  
أَمْرِنَا رَشَدًا }

سورة الكهف : الآية

.10

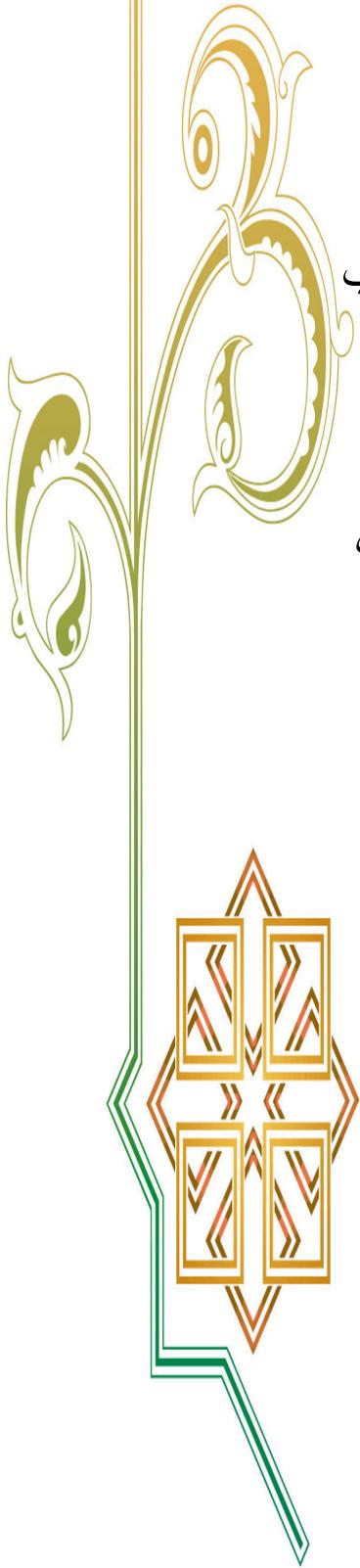


# إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع الذي وفقنا الله فيه إلى والديّ  
الكريمين أطال الله في عمرهما وأبقاهما سندا وعونا لي في  
الحياة ، وأسأله أن يحفظهما بحفظه الجميل ، وأن يتقبل ثواب  
هذا العمل صدقة جارية لي ولهما.

إلى جميع إخوتي وأخواتي وأزواجهنّ وأولادهن كل واحد  
باسمه أدامهم الله لي ذخرا في الدنيا والآخرة ، وإلى خطيبي  
الذي أسأل الله أن يجعله صالحا ومصلحا إن شاء الله.  
إلى كل زملائي وصديقاتي جميعا حيثما وجدوا.  
إلى كل طلبة وأساتذة كلية الحقوق بجامعة تلمسان.

حفيظة بوترفاس



# شكر وتقدير

قال الله تعالى : { وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ }  
صدق الله العظيم.

مصداقا لقوله تعالى لا يسعني إلا أن أشكر الله عز وجل على  
جزيل نعمه علينا وأن وفقني لإتمام هذا العمل "فاللهم لك  
الحمد ولك الشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك".  
كما أتوجه بأسمى عبارات الشكر والتقدير والاحترام إلى  
الأستاذ الفاضل الدكتور "بوعزة ديدن" الذي تفضل بالإشراف  
على هذا البحث والذي لم يبخل عليّ بنصائحه وتوجيهاته.  
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة  
المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.  
كما لا يفوتني أن أشكر كل أولئك الذين أناروا لي الطريق  
وأمدوا لي يد العون من قريب أو بعيد خصوصا ابن عمي  
رابح طالب في جامعة قسنطينة وموظفي مكتبة كلية الحقوق ،  
وكذا موظفي مجلس قضاء تلمسان ، محكمة الرمشي ، مكتب  
الصفقات ببلدية الرمشي ، ودار الشباب بالرمشي.  
إلى كل هؤلاء الشكر الجزيل وفائق الاحترام والتقدير.



المختصرات1- باللغة العربية :

- ج : جزء.
- د.س : دون سنة.
- د.ط : دون طبعة.
- ص : صفحة.
- ط : طبعة.
- ف : فقرة.
- ق.م : القانون المدني.
- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.
- ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي.
- ق.م.م : القانون المدني المصري.

2- باللغة الفرنسية :

- Art : Article
- Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la cour de cassation : chambres civiles.
- C.C.F : Code Civil Français.
- C.Cons : Code de Consommation.
- Cass. Civ : Cassation Civile.
- Cass.Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation.
- D. : Recueil Dalloz.
- D.P. : Recueil périodique Dalloz.
- Éd. : Édition.
- Gaz. Pal : Gazette du Palais.
- Gaz.Trib : Gazette des tribunaux.
- Ibid. : Ibidem.
- J.C.P. : Juris-classeur périodique.
- L : Loi.
- L.G.D.J : Librairie Général de Droit et de Jurisprudence.
- N : Numéro.
- Op.cit., : Ouvrage précité.
- P : Page.
- Par : Paragraphe.
- Req. : Requête.
- S : Recueil Sirey.
- Somm. : Sommaire.
- T. Tome.
- Trib.Civ. : Tribunal Civil.

## المقدمة

ترجع الجذور التاريخية للنظم القانونية الحالية إلى ما كان سائدا في العالم القديم ، ولكنها تطورت مع تطور ظروف المجتمع الإنساني من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وفيما يتعلق بموضوع دراستنا نجد أنّ التعاقد بالعربون كأحد النظم القانونية كان نظاما معروفا في نظم المجتمعات القديمة الشرقية منها والغربية.

إن لفظ العربون هو من أصل سامي واستخدامه قديم جدا ، وكان يراد به مبلغا من المال أو شيئا من الأشياء يدفع لضمان تنفيذ عقد أو وعد<sup>1</sup> ، وهذا الاستخدام ابتكرته الشعوب السامية الآشورية<sup>2</sup> ، الفينيقية<sup>3</sup> ، القرطاجية ، والآرامية<sup>4</sup>. وقد تجلت فكرة الضمان في أقدم صورها بالكلمة التي تعبر عن الوعد أو اليمين وكان لها معنى مقدسا في نفس الواعد أو الخالف ، فلا يحث بما وعد به أو حلف عليه خوفا من انتقام الآلهة. كذلك تجلت فكرة الضمان بشيء من أشياء المدين الخاصة به يدفعه لدائته كعصاه أو خاتمه<sup>5</sup>. وحين ظهر النقد وشاع استعماله اتخذ ضمانا لتنفيذ العقد المؤجل.

<sup>1</sup> - انظر ، عبد السلام الترماني ، أحكام العربون في الشريعة والقانون ، مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، يناير 1977 ، السنة الأولى ، العدد الأول ، ص. 49.

<sup>2</sup> - نجد لفظ "Erubatu" مستخدما عند الآشوريين منذ بداية الألفية الثانية قبل الميلاد ، وكان هذا العربون في أحد النصوص يمثل ضمانا عينيا منقولا ، وفي نص ثان كَوّن رهنا حيازيا هدفه إضفاء ميزة الدائن على حامله ؛ انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، العربون ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ط. 1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2007 ، ص. 2.

<sup>3</sup> - أما الفينيقيون والذين كانت التجارة حرفتهم الرئيسية ، فنجد أنّ كلمة "Arabanu" الموجودة في إحدى برديات القرن الرابع عشر قبل الميلاد تشير إلى الضمان ، حيث أنّ الضامن في هذا النص يعد أن يدفع لصاحب العمل خمسة أضعاف مبلغ الأجرة إذا ما ترك الأجير العمل والذي قبض الأجر مقدما ، بردية أخرى تشير إلى استخدام لفظ آخر "Erub" وهو من نفس الأصل والذي يعتبر ضمانا حقيقيا ؛ انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 3.

<sup>4</sup> - كذلك نجد عند الآراميين أنّ برديات الألفية الأولى قبل الميلاد أشارت أكثر من مرة إلى كلمة "Erabon" ، والذي كان ضمانا منقولا يمسك به الدائن في حال عدم دفع المدين ما هو مستحق عليه ؛ انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 49.

<sup>5</sup> - وقد ورد في التوراة شاهد على ذلك في قضية يهوذا مع كنهه تمارا التي أقنعتة بكونها عاهرة ، فافترشها ووعدتها بأن يعطيها جديا كئمن لمتعته ، فطلبت منه رهنا حتى يفني بوعده ، فأعطاه يهوذا خاتمه وعصاه كضمان "Erabon" لوعده ، وهذه الأشياء الشخصية البحتة كانت تعتبر بمثابة امتداد للحسد. ونجد في الشريعة العبرية ألفاظ "Erabon - Erubba" وألفاظ أخرى من نفس الأصل ، تأتي جميعها تحت الفكرة العامة للضمان مثلا : ضمان وكفالة الديون الخاصة ، فكرة الرهن الحقيقي ، ضمان الارتباط بالكلمة واحترامها ؛ انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع نفسه ، ص. 49.

استخدم العربون أيضا في تشريعات بلاد ما بين النهرين كأداة لضمان تنفيذ العقود والالتزامات منها عقد العمل ، عقد الزواج. فعلى سبيل المثال في عقود الزواج كان الخاطب يلتزم بأن يدفع مبلغا من المال كان يسمى باللغة السومرية تيرحاتو "Tirhatu" وباللغة البابلية موهار "Mohar" أي المهر<sup>6</sup>. وقد كان هذا الزواج يعدّ بمثابة صفقة ، حيث أنه كان يأخذ شكل الشراء. وقد كان يحق لأطراف هذه الخطة العدول عنها ، فقد نصّت شريعة حمورابي<sup>7</sup> ، على أنّ الخاطب إذا عدل عن الزواج يفقد ما كان دفعه إلى والد مخطوبته<sup>8</sup>. أمّا إذا كان العادل هو والد المخطوبة فعليه أن يرد إلى الخاطب ضعف ما قبض منه<sup>9</sup>.

كذلك نصّت شريعة اشنونا<sup>10</sup> "Eshnunna" بخصوص عقد العمل أنّ الأجير الذي يقبض من صاحب الأرض جانبا من أجرته ليقوم بحصد محصوله ثمّ ينكل عن العمل ، يلتزم بأن يردّ إلى مستأجره عشرة أمثال ما قبضه وأن يعيد إليه ما كان أعطاه من شعير وزيت وملابس ، وهذا ما تقرّر بمقتضى نص المادة 9 من تقنين بلالاما<sup>11</sup>.

وكان المبلغ المدفوع لضمان تنفيذ العقد يسمى أرابون "Arabon" ، وهو مشتق من كلمة "Ereb" ومعناها "أدخل" وكانت تعني الشيء المرهون "Pignus" الذي كان يستلمه الدائن ويدخله إلى بيته ضمانا لاستيفاء دينه ، وغالبا ما يكون من الماشية والرقيق<sup>12</sup>.

ويلاحظ أنّ العربون في العقدين المتقدمين استعمل أداة للضمان وللعدول ، وفيه صفة الجزاء والعقوبة "Caractère pénitentiaire" يتحملها العادل عن التعاقد.

<sup>6</sup> - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 49 - 50.

<sup>7</sup> - هذا التقنين وضعه الملك حمورابي ، وكان حكمه نحو عام 1700 قبل الميلاد.

<sup>8</sup> - وقد تقرّر هذا بمقتضى المادة 159 من تقنين حمورابي والتي تنصّ : "إذا جاء الخطيب بمهدية إلى بيت حميه وأعطى صداقا ثم أحب امرأة أخرى وقال لحميه لن آخذ ابنتك زوجة، فسوف يحتفظ والد الفتاة بكل ما جيء له به" ؛ انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 6.

<sup>9</sup> - وهذا ما تقرّر بموجب المادة 160 من تقنين حمورابي : "إذا أحضر رجل إلى بيت حميه هدية ، وأعطى صداقا ثم قال والد الفتاة له سوف لن أزوجه ابنتي ، فعليه أن يرد ضعف ما أحضر إليه" ؛ انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 6.

<sup>10</sup> - مدينة بابلية من مدن ما بين النهرين.

<sup>11</sup> - هذا التقنين صدر عن الملك بلالاما ملك مدينة اشنونا نحو عام (1936-1927 قبل الميلاد).

<sup>12</sup> - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 49.

أما فيما يتعلق بعقد البيع فإنّ الشريعة البابلية لم تجعل العربون وسيلة للعدول عن العقد وإثما اعتبرته جزءا من الثمن يدفع لتوكيد العقد ، لأنّ البيع كان فوري الأثر تنتقل فيه ملكية المبيع والثمن فور التعاقد ، ولم يكن بذلك يترك مجالا لنشوء أي التزام ما دام أنّه يستنفذ أثره حال انعقاده. كما أنّ هذه الشريعة كانت حريصة على سلامة التعامل واستقراره ، فلم تكن تجيز نقض البيوع بعد إبرامها. وقد كانت عقود البيع تتضمن شرطا أساسيا وهو عدم جواز العدول عنها والتزام المتبايعين باتفاقهما ومن أجل ذلك لم يرد نصّ للعربون في عقد البيع<sup>13</sup>.

انتقلت فكرة التعامل بالعربون أيضا إلى اليونان عن طريق الأراميين والفينيقيين الذين أقاموا معهم علاقات تجارية ، وقد اتسع تطبيقها عند اليونانيين فشملت جميع الاتفاقات وأخصها البيع والإيجار ، ويوجد في كتاب السياسة لأرسطو أقدم قصة تتعلق باستعمال العربون في عقد الإيجار كجزء من ثمن الأجرة<sup>14</sup>. واستعمل العربون أيضا كأداة للعدول ، فإذا عدل المشتري خسر ما دفع من عربون ، وإذا عدل البائع دفع ضعف ما قبض<sup>15</sup>.

أما فيما يتعلق بالشريعة الرومانية فيجمع الشراح على أنّ نظام العربون "Arrha" في عقد البيع وغيره من العقود قد دخل القانون الروماني في العصر العلمي<sup>16</sup> تحت تأثير الشرائع الشرقية<sup>17</sup>.

وفي رأي البعض أنّ استخدام العربون دخل من اليونان إلى روما من بين العادات والأعراف التي انتقلت عبر التجارة ويستندون في ذلك إلى وحدة الاشتقاق اللغوي ، حيث أنّ

<sup>13</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 436.

<sup>14</sup> - هذه القصة ترجع إلى القرن 16 قبل الميلاد ؛ ويحكي أرسطو أنّ الفيلسوف طاليس الذي كان فقيرا معدما ، استطاع بفضل براعته في علم التنجيم أن يقدر منذ الشتاء أنّ المحصول القادم من الزيتون سيكون وفيرا حتّى الخريف التالي. فاستأجر طاليس كل معاصر الزيت الموجودة في شيور وملطية بأسعار بخسة نظرا لعدم وجود منافسين له ، ودفع عربونا زهيدا إلى مؤجره نظرا لفقره. وكما توقع طاليس كان المحصول وفيرا ، وجاءه ملاك الزيتون من كل مكان متنافسين فيما بينهم لاستخدام الأدوات التي استأجرها فربح من وراء هذه العملية ربحا وفيرا. وهذه القصة لا تعكس فقط خبرة اقتصادية عظيمة ، وإثما توضح أيضا أنّ ممارسة العربون كانت موجودة في هذا القرن ؛ انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 12-13.

<sup>15</sup> - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 51.

<sup>16</sup> - يبدأ هذا العصر حوالي سنة 130 قبل الميلاد بصدور قانون إيبوتيا وينتهي بحكم الإمبراطور دقلديانوس عام 284 م ، وسمي بالعلمي لآزدهار القانون فيه ؛ انظر ، جمال خليل النشار ، أحكام العربون بين الشريعة والقانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2001، ص. 13.

<sup>17</sup> - انظر ، جمال خليل النشار ، المرجع نفسه ، ص. 13-14.

كلمة "Arrabo" مقتبسة من اليونان ، وهذا ما أكده علماء اللغويات ، إلا أنّ هناك من يرى أنّ استخدام العربون في القانون الروماني انتقل عن طريق قرطاجة التي كانت تربطها بروما علاقات تجارية قبل الحروب البونية<sup>18</sup> . ودخلت كلمة "Arrabon" في لغة التعامل الشعبية ودرج استعمال تصغيرها "Arra" للدلالة عليها ، وقد اختلفت دلالة العربون ووظيفته بتغير العصور<sup>19</sup> . ولقد كان للعربون في القانون الروماني تطبيقات عديدة في مختلف العقود أهمّها عقدي الزواج والبيع.

فيما يخص عقد الزواج ، دخل نظام العربون في مجال الزواج عن طريق شعوب البحر المتوسط تحت تأثير شرقي مسيحي ، وكان يسمى عربون الوعد "Arra sponsaliacia" . وكان يدفعه الخاطب إلى والد المخطوبة أو ولي أمرها أو المخطوبة نفسها. وكان هذا العربون وسيلة للعدول ، وحكمه أنّه إذا رجع الخاطب عن وعده بالزواج فإنّه يخسره ما لم يكن عدوله بسبب حقيقي يستوجب هذا العدول. أمّا إذا عدل والد المخطوبة أو من قبض العربون فكان يلتزم برد أربعة أضعاف العربون الذي قبضه ، ثمّ أصبح فيما بعد واجبا عليه ردّ الضعف فقط<sup>20</sup> . وهنا يلتقي هذا النص مع قانون حمورابي الذي سبقت الإشارة إليه ، وهو الأصل التاريخي لنظام العربون.

استعمل العربون أيضا في عقد البيع في العصر العلمي أو الكلاسيكي ، وهو عصر ازدهار الفقه الروماني. وكان دوره إثبات البيع ، أي أنّ وجوده يدلّ على أنّ العقد انتقل من مرحلة التفاوض إلى مرحلة التنفيذ وأنّه أصبح بالعربون باتا ومؤكدا. وكان العربون في الغالب يقتصر على شيء منقول قليل القيمة كالسوار أو مبلغ صغير من المال ، وهذا الجزء الصغير يسمى "Arra au Arraba" ، حيث يخضم من الثمن إذا كان مبلغا ماليا ويصبح العقد باتا وتاما وليس باستطاعة أحد المتعاقدين فسخ العقد حتّى ولو تنازل دافع العربون عنه<sup>21</sup> .

<sup>18</sup> - هي الحروب التي نشبت بين روما و قرطاجة الفينيقية (264- 146 قبل الميلاد)، وانتهت بانتصار روما و ابادة قرطاجة ؛ انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 51.

<sup>19</sup> - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع نفسه ، ص. 51.

<sup>20</sup> - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع نفسه ، ص. 51 ؛ ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 20 - 21.

<sup>21</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، ط. 2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص. 225.

وفي عصر الإمبراطورية السفلى<sup>22</sup> (العصر البيزنطي) تحوّل دور العربون وأضحى وسيلة للعدول عن البيع متأثراً في دوره بالتعامل الذي استقرّ في الشرق واليونان القديمة<sup>23</sup>.

وقد أخذ جستنيان "Justinien" ، الإمبراطور البيزنطي الذي وضع مجموعته القانونية المسماة بالديجست "Digest" بفكرة العدول حيث جعل المشتري يحتفظ بحق العدول عن العقد متخلياً للبائع عن العربون الذي دفعه له ، ويحتفظ البائع أيضاً بنفس الحق برده للمشتري العربون الذي دفعه له ومضيفاً إليه مبلغاً مساوياً<sup>24</sup>.

وبذلك تأكدت وظيفة العدول في نهاية عصر الإمبراطورية السفلى ، حتى أنّ القانون البيزنطي قد اعتبر أنّ دفع العربون هو اتفاق على الخيار في جميع الأحوال.

لقد عرف العرب أيضاً التعاقد بالعربون وذلك من خلال تعاملاتهم مع الروم في بلاد الشام ، وكانوا يسمونه العربان والعربون<sup>25</sup>. حيث كان يصاحب الاتفاق على التعاقد قيام أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من المال إلى الطرف الآخر على سبيل العربون وذلك من أجل إعطاء الحق في العدول. وكان العربون يقتزن بعقود الإيجار وعقود البيع ، إلاّ أنّه كان كثير الاستعمال في هذه الأخيرة ، وذلك لأنّها كانت أهمّ العقود عند العرب ، وأكثرها انتشاراً بسبب أنّ التجارة كانت الحرفة الرئيسية لهم<sup>26</sup>. أمّا حكمه فهو احتفاظ البائع به عند نكول المشتري ، واحتسابه من ثمن البيع إذا نفذ البيع.

وحين ظهر الإسلام أثبت من الأعراف المألوفة في التعامل ما لا يتنافى مع مقاصده وإبطال ما يتنافى معها ومنها الغرر والاستغلال. أمّا التعاقد بالعربون فقد وجد بشأنه رأيان متعارضان ، أحدهما يحرم البيع بالعربون والآخر يجيزه<sup>27</sup>.

22 - يبدأ عصر الإمبراطورية السفلى بتولي الإمبراطور دقلديانوس حكم الإمبراطورية الرومانية عام 284م ، وينتهي بوفاة إمبراطور الشرق

جستنيان عام 565م ؛ انظر ، جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص. 14.

23 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 51.

24 - انظر ، حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 225.

25 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 51.

26 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 10 - 11.

27 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 52.

الملاحظ أنّ فكرة التعاقد بالعربون كانت معروفة في المجتمعات القديمة كلّها الشرقية منها والغربية ، إلا أنّ محتوى نظام العربون لم يكن محدّدا. فتارة يستعمل كوسيلة لتأكيد العملية العقدية ، وتارة يستعمل كوسيلة لضمان تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم ، وتارة يستعمل كوسيلة لإثبات التعاقد والالتزامات الناشئة عنها ، وتارة أخرى يستعمل كوسيلة للعدول عن التعاقد. أمّا بالنسبة للقوانين الحديثة ، فنجد أنّ المشرع الفرنسي قد استسقى المبدأ الأخير - وظيفة العدول- ونظم على أساسه حكم التعاقد بالعربون ، وقد نصّ عليه بمناسبة الوعد بالبيع في المادة 1590 من القانون المدني.

أمّا التقنين المدني المصري القديم والملغى فلم يرد فيه ما يقابل نص المادة 1590 ق.م.ف ، حتى 15 أكتوبر 1949 تاريخ بدء العمل بالتقنين المدني الحالي ، أين أدرج نص المادة 103 ق.م.م المتعلقة بالعربون<sup>28</sup>.

أمّا المشرع الجزائري فلم يتناول مسألة التعاقد بالعربون بالتنظيم رغم أهميتها العملية إلى حين تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم (05-10)<sup>29</sup>. وعليه في ظل هذا الفراغ القانوني الذي كان سائدا قبل التعديل بشأن مسألة التعاقد بالعربون ماذا كان موقف القاضي في غياب النص التشريعي ، هل كان يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأوّل؟ أم ما كان متعارفا عليه؟ وما كان المقصود من العربون عند دفعه في العقد؟ أي ما هي دلالاته قبل التعديل؟ لكن قبل الخوض في الإجابة عن ذلك ، يجب أولا تحديد مفهوم العربون والوقوف عند الطبيعة القانونية للتعاقد به.

ما هي الأحكام القانونية التي تحكمه خاصة إذا ما اقترن التعاقد بعربون العدول والذي يمنح لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه بعد إبرامه خلال مدّة معينة؟ أيضا ما مصير التعاقد بالعربون سواء في حالة ممارسة العدول أو عدم ممارسته؟

لقد أصبح التعاقد بالعربون كأحد صور التعاملات وبخاصة البيع بالعربون في عصرنا الحالي أحد أكثر صور البيوع شيوعا ، حيث نجده منتشرًا في أمور التجارة ، وبخاصة بين تجار

<sup>28</sup> - انظر ، زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، ط.2 ، دار الأهل للطباعة والنشر والتوزيع ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2000 ، ص. 215.

<sup>29</sup> - المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005 ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م ، العدد 44.

التجزئة والجملة ، وفي مجال التجارة الفندقية ، وفي مجال البنوك ، وفي التعامل داخل البورصات. كما أنّ التعامل بالعربون ينتشر بين الأفراد في كل معاملاتهم سواء أكانت بيعاً أو إيجاراً أو وعداً بالتعاقد.

وعليه لا يمكن القول بأن موضوع هذه المذكرة أصبح قديماً ، إذ أنه لا يفقد عصريته. فالتعاقد بالعربون إذا كان موجوداً في النظم القانونية والاجتماعية القديمة إلا أنّ الناس أحوج للتعامل به في عصرنا الحالي ؛ وذلك لأنّ التعاملات فيما مضى كانت تتمّ وفق أعراف وقوانين خاصة تتميزّ بالسهولة واليسر وكان الناس يتبادلون السلع دون أيّة مشاكل. أمّا في عصرنا الحالي فالمعاملات أصبحت معقدة وخطيرة ، كما أنّ الثقة أصبحت معدومة بين الناس، لذلك أصبحت الحاجة ماسة إلى مزيد من الاستيثاق والضمان حتّى يضمن كل طرف من أطراف التعاقد وفاء المتعاقد الآخر بالتزاماته.

والتعاقد بالعربون هو أحد صور الاستيثاق والضمان ، وقد كثرت أسباب الحاجة إليه، مثلاً في عقد الاستصناع قد يكون الصانع في حاجة إلى الاستيثاق من أنّ مشتري السلعة جاد في طلبه السلعة التي تصنع له ، أو قد يكون الصانع في حاجة إلى بعض المواد اللازمة لصنع هذه السلعة ، فيدفع المشتري للصانع مبلغ العربون كجزء من الثمن<sup>30</sup>.

قد تكون المعاملة معقدة وتتطلب إجراءات طويلة ، وربما يحتاج نقل ملكية المبيع إلى دفع رسوم لا يمتلكها البائع مثل رسوم نقل الملكية التي تدفع لمصلحة الشهر العقاري ، فيدفع المشتري مبلغاً من الثمن كتسبيق يقوم البائع في صرفه في الأمور التي يتوقف التسليم عليها<sup>31</sup>.

وبالمثل في حالة التعامل في البورصة فالمتعاملون يلجؤون إلى التعامل بالعربون في الصفقات ، وذلك حتّى يستطيع المتعامل أن يحدّد مقدار خسارته في حال عدوله عن الصفقة<sup>32</sup>.

أيضاً المشتري في الغالب يكون متردداً في شراء الشيء المبيع ، إلاّ أنّه يخشى من ندم يصيبه فيما بعد لو لم يقيم بشرائه ، فيقوم في هذه الحالة بدفع عربون للبائع ويتفق معه على مدّة

<sup>30</sup> - انظر ، عبد الرحمن عدنان بن علي الأحمدي ، بحث في بيع العريان ، ملتقى أهل الحديث ، الموقع:

[www.ahlalhadeeth.com / vb / archive / index.php].

<sup>31</sup> - انظر ، الملحق رقم 01 ، المتعلق بتسليم مبلغ كتسبيق في عقد البيع ، ص. 158-159.

<sup>32</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 449.

معينة للتزوي والخيار ، وذلك حتى يستطيع أن يتخذ خلال هذه المدّة قراره السديد دون أن يلتزم ببيع بات قد يكون في غير صالحه إذا أبرمه.

وعليه نظرا للأهمية القصوى للتعاقد بالعربون باعتباره يدخل في المعاملات اليومية ، ورغم حداثة النص عليه وعدم تناوله من الفقهاء الجزائريين بالبحث والتحليل وقلة قرارات المحكمة العليا بخصوصه وعدم نشرها ، كل هذه الأسباب دفعتنا لتناول هذا الموضوع بالدراسة.

وتعميما للفائدة ارتأينا أن تكون هذه الدراسة مقارنة ما بين القانون الجزائري والقوانين الأخرى خاصة منها القانون الفرنسي والمصري ، مع ذكر موقف القضاء عند الاقتضاء ؛ رغم كل ما اعترضنا من صعوبات في إيجاد مراجع متخصصة تناولت التعاقد بالعربون بالتفصيل ، وكذلك قلة القرارات القضائية التي تعتبر شحيحة في بلادنا.

ومن أجل الإجابة عن التساؤلات السالفة الذكر ، قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين:

الفصل الأوّل : ماهية العربون.

الفصل الثاني : أحكام التعاقد بالعربون.

## الفصل الأول

### ماهية العيوب

الأصل في التعاقد أنه بات ، لأنّ العقد شريعة المتعاقدين<sup>33</sup> ، بمعنى أنّه إذا انعقد العقد صحيحا فلا يجوز للمتعاقدين بعد تمامه الرجوع فيه بدون التراضي على ذلك ، فمن حيث المبدأ لا يجوز الرجوع في العقود بالإرادة المنفردة<sup>34</sup> . ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتمّ التعاقد على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته. ومن أبرز هذه الحالات التعاقد بالعربون ، فيحدث أن يدفع أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد مبلغا من المال في الغالب نقودا يسمّى العربون ، وهذا الأخير كان يعرف عدّة دلالات فلا يتعلّق الأمر بدلالة معيّنة ، بل كان يعني أحيانا وسيلة ضمان ، حيث يعتبر بمثابة ضمان يقدم إلى قابض العربون حتّى يتأكد أنّه لن يفقد الثمن كله . وأحيانا وسيلة للتأكيد على إتمام وقيام العقد ، حيث يعتبر جزءا من الثمن الواجب على المشتري دفعه . وأحيانا أخرى وسيلة عدول ممّا يخوّل لكل من المتعاقدين الحق في الرجوع أو العدول عن العقد<sup>35</sup> .

ولقد كان لنظام العربون ولازال دور هام حيث أن استخدامه شائع و بخاصة في الحياة التجارية ، وباعتباره أحد النظم القانونية فإن ذلك يتطلب تحديد ماهيته ؛ والتي تتحدد من خلال تبيان مفهومه (المبحث الأول). ولا بد أيضا لكل نظام من أساس ، لذلك كان لزاما علينا أن نتعرض إلى الأساس القانوني للتعاقد بالعربون إضافة إلى عرض مختلف النظريات التي قيلت بخصوص طبيعته القانونية (المبحث الثاني).

33 - انظر ، محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط. 2 ، ج.1، دار الهدى، الجزائر، 2004 ، ص. 140.

34 - تنصّ المادة 106 ق.م.ج: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".  
35 - Cf. Philippe Van De Wiele, La vente d'immeubles, 2<sup>ème</sup> éd, De Boeck Université, 2001, p. 132.

## المبحث الأول : مفهوم العربون.

لقد نصّت جل التشريعات ، ومنها التشريع الجزائري على العربون ضمن أحكام القانون المدني ، إلا أنّها لم تهتمّ بتحديد مفهومه تاركة ذلك للفقه ، في حين ركزت على تحديد دلالاته أي وظيفته ، وأحكامه.

لذا فإنّ تحديد مفهوم العربون يقتضي عرض مختلف الآراء الفقهية التي أعطت تعريفا للعربون (المطلب الأول) ، كما يتطلب الأمر تحديد دلالاته (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : تعريف العربون.

لم يعرف المشرع الجزائري العربون شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات المقارنة الأخرى حتى بعد تعديله للقانون المدني وإدراجه للمادة 72 مكرر والتي قننت التعاقد بالعربون ، حيث اكتفت هذه المادة الأخيرة بتحديد دلالة العربون وأحكامه ، ولهذا سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعريف العربون لغة (فرع أول) ، ثمّ التصدي للتعريف الاصطلاحي للعربون (فرع ثاني). إضافة إلى بيان خصائصه (فرع ثاني).

### الفرع الأول : التعريف اللغوي.

جاء في لسان العرب : « العُرْبَانُ والعُرْبُونُ والعَرْبُونُ : كلّ ما عُقِدَ به البيعة من الثمن. قال الفراء: أَعْرَبْتُ إعراباً ، وَعَرَّبْتُ تعريباً إذا أعطيت العُرْبَانَ. وقال شمر : الإعرابُ في البيع أن يقول الرجل للرجل : إن لم آخذ هذا البيع بكذا ، فلك كذا وكذا من مالي.

ويقال : أَعْرَبَ في كذا ، وَعَرَّبَ وَعَرَّبَنَ ، وهو عُرْبَانٌ ، وَعَرْبُونٌ ، وَعَرْبُونٌ ، وقيل : سمي بذلك لأنّ فيه إعراباً لعقد البيع أي إصلاحاً وإزالة فساد لثلاث يملكه غيره باشتراطه»<sup>36</sup>.

وجاء في الصحاح : « العُرْبُونُ والعُرْبُونُ والعُرْبَانُ : الذي تسميه العامّة الرُبُونُ ، يقال منه : عَرَبْتُهُ إذا أعطيته ذلك.

<sup>36</sup> - انظر ، أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، ط.1 ، ج.9 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1996 ، ص.119.

وأثّه عند العامة بلفظ أربون ، وهو عند العامّة في بلاد الشام رعبون بتقديم الراء على العين دون حذفها ، يقال أعرب عن بيعه ، وعَرَّب ، وعَرَّبَن إذا أعطى العربون»<sup>37</sup> .

وفي القاموس المحيط : « والعُرْبَانُ والعُرْبُونُ بضمهما ، والعَرَبُونُ محرّكة وتبدّل عينهنّ همزة ما عقّد به المبايعَةُ من الثمن وعَرَبِيَانُ محرّكة »<sup>38</sup> .

أمّا في تاج العروس فقد جاء : « إنّ للعربون ثمان لغات هي الإعراب ، والعُرْبَانُ كعُثْمَان ، وعَرَبِيَانُ محرّكة ، والعُرْبُونُ بضمها ، والعَرَبُونُ محرّكة العين ، والأرْبُونُ بإبدال العين ، والرْبُونُ بحذف العين ، والعُرْبُونُ بفتح فسكون فضم ، وذكر لغة تاسعة حكاها ابن عديس قال : أهل الحجاز يقولون أخذ مّي عُرْبَانُ بضمّتين وتشديد الباء »<sup>39</sup> .

وفي النهاية لابن الأثير : « سمي بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع أي إصلاحا و إزالة فساد لئلا يشتري غيره ما اشتراه هو »<sup>40</sup> .

في حين جاء في المصباح المنير : « العَرَبُونُ بفتح العين والراء ، قال بعضهم ، هو أن يشتري الرجل شيئا أو يستأجره ، ويعطي بعض الثمن أو الأجرة ثمّ يقول إن تمّ العقد احتسبناه وإلاّ فهو لك ولا آخذه منك ، والعُرْبُونُ وزن عصفور لغة فيه والعُرْبَانُ بالضم لغة ثالثة ونونه أصلية ، وأعرب في بيعه بالألف أعطى العربون وعربنه مثله »<sup>41</sup> .

و جاء في الموسوعة الفقهية : « العَرَبُونُ بفتحيتين كحلزون ، والعُرْبُونُ وزن عُصْفُور ، لغة فيه ، والعُرْبَانُ بالضم لغة ثالثة بوزن الثُرْبَان ، وأمّا الفتح مع الإسكان فلحن لم تتكلّم به العرب . وهو معرب ، وفسّروه لغة : بما عقد به البيع »<sup>42</sup> .

37 - انظر ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح ، ط.1 ، ج.6 ، دار العلم ، بيروت ، 1984 ، ص. 2164.

38 - انظر ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ط.1 ، ج.1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1991 ، ص. 102.

39 - انظر ، محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، ط.1 ، المجلد الأول ، منشورات دار مكتبة الحياة ، مصر ، 1306هـ ، ص. 372.

40 - انظر ، رمضان علي السيد الشرنباصي ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004 ، ص. 169.

41 - انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1992 ، ص.

144.

42 - انظر ، الموسوعة الفقهية ، الجزء التاسع ، ص. 75 ، الموقع :

وقال الأصمعي : « العربون كلمة أعجمية معربة ، تقول العربون والعربان ، وعربنته بمعنى أعطيته ، ومعناه أن يشتري شيئاً أو يستأجره ، ويعطي بعض الثمن أو الأجرة ، إن تم العقد احتسبناه ، وإلا فهو لك ولا آخذه منك »<sup>43</sup>.

وما نستنتجه من كل هذه التعاريف :

- أن العربون يطلق على ما يعجل من الثمن في البيع أو الأجرة في الإجارة.
- أن العربون ليس لفظاً عربي الأصل ، وإنما هو لفظ أعجمي تم تعريبه .
- أنه لا يوجد لغة واحدة للعربون ، وكلها صحيحة ودارج استعمالها في البلدان العربية. أما في الجزائر ، فإننا نستعمل لغتان هما : العربون بضم العين ، والعربون بفتح العين<sup>44</sup>.

### الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي.

إنّ العربون مصطلح درج على استعماله كل من فقهاء الشريعة الإسلامية (أولاً) ، وفقهاء القانون الوضعي (ثانياً) ، ولكلٍ منهما تعريفه الخاص به ، وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

#### أولاً: العربون في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية.

يطلق العربون عرفاً ويراد به أحد معان ثلاثة<sup>45</sup> :

- مبلغ يدفعه المشتري عند العقد إلى البائع ليتمتع بحق العدول عن العقد ، فإن اختار اللّزوم كان العربون من الثمن ، وإلاّ فهو للبائع.
- مبلغ يدفعه شخص ليحجز سلعة ما كي لا يبيعها مالکها لآخر ، فإن اشتراها كان العربون من الثمن وإلاّ فالعربون لمالك السلعة.
- مبلغ يدفعه المشتري بعد العقد تأكيدا له وليبدأ البائع بتنفيذ مقتضى العقد. ويلاحظ أنّ العربون هنا إنّما هو دفعة من الثمن لا أكثر ولا أقلّ.

ولكن أيّاً من هذه المعاني عناه فقهاء الشريعة بالعربون ؟

<sup>43</sup> - انظر ، نصر سلمان و سعاد سطحي ، فقه المعاملات المالية و أدلته عند المالكية ، ط.1 ، المطبعة العربية ، غرداية ، 2002 ، ص. 65.

<sup>44</sup> - انظر ، رزوق نوال ، العربون ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، الدفعة 14 ،

2003-2006 ، ص. 7.

<sup>45</sup> - انظر ، عبد العظيم أبو زيد ، بيع المراجعة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية ، ط.1 ، بدون دار نشر ، 2004 ، ص.229.

## 1- تعريفه عند الحنفية :

جاء في فتاوى السغدي : « بيع العريان ويقال الأريان هو أن يشتري الرجل السلعة فيدفع إلى البائع دراهم على أنه إن أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن ، وإن لم يأخذها فيسترد الدراهم »<sup>46</sup> .

## 2- تعريفه عند المالكية :

قال الإمام مالك في الموطأ : « والعريان أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة ، أو يتكاري الدابة ، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه : أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أيّ إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وإن تركت ابتياع السلعة ، أو كراء الدابة فما أعطيتك لك »<sup>47</sup> .

وجاء في الشرح الكبير : « وكبيع العريان اسم مفرد. ويقال أريان بضم أول كل ، وعربون ، وأربون بضم أولهما وفتحهما ، وهو أن يشتري أو يكتري السلعة ، ويعطيه ، أي يعطي المشتري للبائع شيئا من الثمن ؛ على أنه أي المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه ، وإن أحبه حاسبه به من الثمن أو تركه مجانا »<sup>48</sup> .

وجاء في الخرشبي : « وهو أن يشتري سلعة بثمن على أن المشتري يعطي البائع أو غيره شيئا من الثمن ؛ على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه ، وإن أحب البيع حاسبه به من الثمن »<sup>49</sup> .

وجاء في المغنى والشرح الكبير : « العربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما وغيره ؛ على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فذلك للبائع »<sup>50</sup> .

46 - انظر ، السيد سابق ، فقه السنة ، ط. 2 ، المجلد 4 ، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة ، 1999 ، ص. 58.

47 - انظر ، الإمام محمد بن عبد الباقي يوسف الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، ج.3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.س. ، ص. 324.

48 - انظر ، عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج.3 ، مطبعة عيسى الباي الحلبي ، سوريا ، 1373هـ ، ص.

63.

49 - انظر ، رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص. 169.

## 3- تعريفه عند الشافعية :

جاء في نهاية المحتاج : « إن العربون هو أن يشتري سلعة ويعطيه دراهم مثلا ، وقد وقع الشرط في صلب العقد على أنه إنما أعطاها لتكون من الثمن إن رضي السلعة و إلا فهبة »<sup>51</sup> .  
وجاء في روضة الطالبين : « ويقال العربون ، وهو أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم ، على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن ، و إلا فهي للمدفع إليه مجانا ... ويفسر أيضا بأن يدفع إلى صانع ليعمل له خفا أو خاتما أو ينتج له ثوبا على أنه إن رضيه فالمدفع من الثمن و إلا فهو للمدفع إليه »<sup>52</sup> .

## 4- تعريفه عند الحنابلة :

قال ابن قدامة المقدسي : « والعربون في البيع وهو أن يشتري السلعة ، فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فذلك للبائع... »<sup>53</sup> .  
وجاء في الإنصاف : « وهو أن يشتري شيئا ويعطي للبائع درهما ، ويقول إن أخذته وإلا فالدرهم لك . وقيل العربون أن يقول إن أخذت المبيع وجئت بالباقي وقت كذا وإلا فهو لك »<sup>54</sup> .

ونخلص من التعريفات السابقة :

- أن العربون الذي قصده الفقهاء ينطبق على المعنى الأول من المعاني العرفية الآتفة الذكر. وعموما العربون في الاصطلاح الفقهي: « هو أن يشتري الرجل السلعة ، ويدفع إلى صاحبها

50 - انظر ، الإمامين موفق الدين وشمس الدين بن قدامة، المغنى والشرح الكبير ، ج.4 ، دار الفكر ، لبنان، 1994 ، ص. 312.

51 - انظر ، وهبة الزحيلي ، الوجيز في شرح الفقه الإسلامي ، ط.1 ، ج.2 ، دار الفكر ، بيروت ، 2006 ، ص. 69 .

52 - انظر ، جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص. 12 .

53 - انظر ، إحسان بن محمد بن عايش العتيبي أبو طارق ، بيع العربون الموقع :

[http://www.Saaid.net.Doat/ehsan/24.hym]

54 - انظر ، السيد سابق ، المرجع السابق ، ص. 59.

شيئا ، على أنه إن أمضى البيع حسب من الثمن ، وإن لم يمض البيع كان لصاحب السلعة ، ولم يرتجعه المشتري .»

وهذا التعريف معناه موحد عند عامة الفقهاء وإن اختلفت عباراتهم<sup>55</sup> .

- إن دفع العربون يستوجب الحق في العدول من جانب من دفعه مع خسارته ، وهذه الخسارة للعربون أبطلها جمهور الفقه الإسلامي ، ولم يجزها كما سنرى إلا الإمام أحمد بن حنبل<sup>56</sup> .

- بعض الفقهاء قرّر بأنّ العربون يكون هبة للبائع في حال عدول المشتري ، لكن بطلان التعاقد بالعربون عندهم لا يستوجب احتسابه هبة لأنّ الهبة جائزة<sup>57</sup> .

### ثانيا : العربون في اصطلاح فقهاء القانون.

عرّف العربون من طرف الأستاذ السنهوري بأنّه: « عبارة عن مبلغ من المال - يكون عادة من النقد - يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد. وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءا من الثمن أو من الأجرة. ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر. وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون »<sup>58</sup> .

وقد عرّفه الأستاذ محمد شريف أحمد بأنّه : « مبلغ من المال ، أو أي شيء مثلي آخر يدفعه أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد ، إما للتأكيد على أنّ لكل من الطرفين الحق في العدول عن العقد في مقابل تركه ممن دفعه أو رده مضاعفا ممن قبضه. وإما للتأكيد على أن العقد الذي أبرماه أصبح باتا لا يجوز الرجوع فيه »<sup>59</sup> .

55 - انظر ، أبو حسام الدين الطرفاوي ، بيع العربون في ضوء الشريعة الإسلامية ، بدون دار نشر ، د. س ، ص. 5.

56 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 55.

57 - انظر ، عبد المؤمن بلباقي ، أصول المعاملات المالية على مذهب المالكية ، عقد البيع والسلم والمرابحة ، دار الهدى ، الجزائر ، د.س ، ص. 57.

58 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج.1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، ص. 215.

59 - انظر ، محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لبنان ، 1999 ، ص. 66.

أما الأستاذ رمضان أبو السعود فقد عرّفه بأنّه : « مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ، ويحدث ذلك غالبا في عقود البيع والإيجار. وليس هناك ما يمنع أن يقوم كل طرف من أطراف العقد بدفع مبلغ عربون للمتعاقد الآخر»<sup>60</sup>.

في حين أنّ الأستاذ خليل أحمد حسن قدادّة ، عرّفه بأنّه : « هو المبلغ الذي يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد ، يكون الغرض منه إمّا جعل العقد المبرم بينهما عقدا نهائيا. وإمّا إعطاء الحق لكل واحد منهما في إمضاء العقد أو نقضه »<sup>61</sup>.

و حسب الدكتور نبيل إبراهيم سعد فإنّ العيوب هو : « مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد. ويحدث ذلك كثيرا في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع جزءا من الثمن ، أو يدفع المستأجر للمؤجر جزءا من الأجرة. وقد يكون الغرض من دفعه إمّا حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العيوب أو أكثر بحسب الظروف . وإمّا أن يكون القصد من دفع العيوب هو تأكيد انعقاد العقد باعتبار أنّ دفع العيوب دليل على النية الجدية في تنفيذ العقد ، وبعبارة أخرى يعتبر دفع العيوب بمثابة بدء في تنفيذ العقد »<sup>62</sup>.

وعرفه الفقيهان الفرنسيان بودري وسينا : « يعطى اسم عربون "arrhes" لمبلغ من المال (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد »<sup>63</sup>.

ونجد الفقيه "Capitant" يعرف العيوب بأنّه : « مبلغ من النقود أو أي شيء منقول، يدفعه أحد أطراف التعاقد إلى الآخر وقت انعقاد العقد والغرض من دفعه :

60 - انظر ، رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، ط.1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2007 ، ص. 100 .

61 - انظر ، خليل أحمد حسن قدادّة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، عقد البيع ، ط. 4 ، ج. 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005 ، ص. 50 .

62 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج.1 ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، الإسكندرية، 2000 ، ص. 144 .

63 - « On donne le nom d'arrhes à une somme d'argent (ou autre chose mobilière) que l'une des parties remet à l'autre au moment ou l'accord se fait » .

انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعيوب..... ، المرجع السابق ، ص. 144 .

- إعطاء كل واحد من المتعاقدين الحق في العدول عن تنفيذ العقد (وسيلة عدول) ، ومثال ذلك في مادة البيع كل طرف يستطيع العدول عن التزامه خاسرا قيمة العربون - كما نصّت على ذلك المادة 1590 ق.م.ف.-.

- لتوضيح الإبرام البات للعقد (وسيلة إثبات) باستثناء المادة 1715 ق.م.ف التي قرّرت أنّ العربون لا يستطيع إثبات عقد الإيجار الشفهي.

- كقسط "جزء من الثمن" (وسيلة دفع) على سبيل المثال مكاتب الصرافة تقبل دفع العربون لتؤكد ارتباط البائع أو المشتري بالثمن المتفق عليه<sup>64</sup>.

ونلاحظ من خلال التعريف الذي وضعه هذا الفقيه أنّه قد أعطى رؤية واضحة وكاملة لهذا النظام باستخلاصه كل الوظائف التي يقوم بها العربون.

وعلى عكس المشرع الجزائري والمصري نجد أنّ بعض التشريعات العربية قد وضعت تعريفا دقيقا للعربون منها المشرع التونسي في المادة 303 من قانون الالتزامات : "العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدوا عليه".

وعرفه المشرع المغربي في المادة 288 من قانون الالتزامات والعقود بأنّه : "ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ العقد".

ويرجع السبب في دقة هذين التعريفين إلى تغليب المشرعين التونسي والمغربي إحدى وظائف العربون على وظائفه الأخرى. فالعربون في هذه الدول لا يتصور في العرف والتطبيق إلاّ كدفعة واحدة تؤخذ من أحد المتعاقدين كوسيلة لجبره على إتمام العقد.

أمّا مواد العربون في بعض التشريعات الأخرى<sup>65</sup> فإنّها لم تغلب وظيفة على أخرى ، وإتّما جعلت مادة العربون من المواد المفسرة لإرادة المتعاقدين ، والتي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها.

وبناء على كل التعاريف السابقة يمكن إيجاد تعريف موحد بينها :

64 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 36.

65 - منها المادة 72 مكرر ق.م.ج ، المادة 1590 ق.م.ف ، المادة 103 ق.م.م .

« العربون مبلغ من المال ، أو أي منقول معيّن تحدّد قيمته في العقد ، يسلمه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد ، إمّا للدلالة على أحقية كل منهما في العدول عن العقد. أو للدلالة على نهائيته والبث فيه وتأكيدده بالبدء في تنفيذه ودفع جزء من الثمن»<sup>66</sup>.

ولقد أثار تعريف العربون التساؤل لدى بعض الفقه عما إذا كان يصح أن يكون عقارا أو لا؟

وقد أجاب الأستاذ الدكتور عباس الصراف على ذلك بالقول: "لا يمكن ان تثور هذه القضية عندنا نظرا للوضع الذي يحيط بنقل ملكية العقار وضرورة القيام بتسجيل التصرف من هذا النوع في دائرة -الطابو- كشرط لانعقاده. أما في البلاد التي ينعقد فيها مثل هذا التصرف بمجرد التراضي دون حاجة إلى التسجيل حتى كشرط لنقل الملكية كما في فرنسا مثلا ، فمن الجائز أن توضع المسألة في بساط البحث. ولا نعتقد أن هناك مانعا قانونيا يحول دون القول بجواز الإتفاق على أن يكون عقارا معينا ضمانا لتنفيذ عقد ، كما إذا تعاقد مقاول مع إحدى الشركات على أن يقوم ببناء مصنع لها ووضع لديها عقارا يملكه ضمانا يضمن به تنفيذ التزامه. وذلك من غير طريق اللجوء إلى اجراءات الرهن التأميني المعقدة . أما إذا وضع العقار كعربون عدول ففي المسألة نظر، اللهم إلا إذا نظم الطرفان موقف الطرف الذي تسلم العقار، ويريد الرجوع عن الصفقة و نقض العقد"<sup>67</sup>.

### الفرع الثالث : خصائص العربون.

للعربون مجموعة من الخصائص والتي يميّز بها عن كل النظم القانونية التي قد تتشابه معه ، وأهمّ هذه الخصائص هي :

**أوّلا :** العربون مبلغ نقدي أو أي شيء منقول مدفوع لحظة إبرام العقد ، ولا يتصور غير ذلك ، فالعربون لا يدفع إلاّ في هذا الوقت الذي يحدّد فيه الأطراف دلالة هذا الدفع. كما يظهر فيها

<sup>66</sup> - انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد و العربون..... ، المرجع السابق ، ص. 144.

<sup>67</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، العربون ، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، سبتمبر 2004 ، السنة 28 ، العدد 3 ، ص. 432.

أطراف التعاقد نيتهم ، سواء في الارتباط بعقد تام واعتبار العربون جزءا من الثمن، أو يظهرون أن نيتهم في الارتباط بالعقد نهائيا ما زالت مزعومة ، فيعطون العربون المدفوع دلالة العدول<sup>68</sup> .  
ثانيا : إنّ العربون يدفعه أحد أطراف العقد إلى الآخر ، وهو بذلك يتميز عن الأداءات الأخرى مثل Denier adieu أو Pot-De-Vin أو Épingles ، فهذه الأداءات تدفع لأشخاص ليسوا أطرافا في الرابطة التعاقدية ، حيث أنّ هذه الأداءات المالية كانت موجودة في تعاملات الشعب الفرنسي وتدفع في بداية التعاقد أو قبله .

1- فيما يتعلّق بمصطلح Denier adieu أو عملة الإله ، كان شائع استخدامها في مسألة الإيجار على وجه الخصوص تأجير الشقق في باريس ، حيث يدفعه المستأجر للمالك أو البواب في الإيجار الشفوي للشقق ، لكن في الغالب يدفع للبواب أو وكيل المالك. وقد اتخذ كوسيلة للعدول عن الإيجار سواء بتركه المبلغ الذي دفعه ، أو باسترداد هذا المبلغ في الميعاد المنصوص عليه عرفا وهو 24 ساعة من الدفع. وحالة العدول هذه تشبه عربون العدول ، إلا أنّ هذا الأخير يخسر من يعدل عن التعاقد<sup>69</sup> .

لكن هناك اختلافات بين العربون و عملة الإله<sup>70</sup> :

أ) عملة الإله ليست سوى عمولة زهيدة يدفعها المستأجر إلى البواب ، وهي بذلك لا تعدّ جزءا من الأجرة وإنما هي علامة على بدء الارتباط من قبل المستأجر. فهذا المبلغ لا يخصم من القيمة الإيجارية التي ستدفع للمالك وإنما يعدّ زيادة على الثمن. أمّا العربون فإنه يخصم كجزء من القيمة الإيجارية في حالة إتمام العقد.

ب) العدول في عقد الإيجار يجعل البواب يعيد عملة الإله إلى المستأجر التي دفعها فقط. أمّا في حال العدول عن عقد مقترن بعربون ، فإنّ من يقبض العربون يردّه مضاعفا.

ج) يكون دفع عملة الإله قبل التعاقد ولا تنتج أثرها إلا بعد إتمام العقد. وذلك عكس العربون الذي يدفع لحظة إبرام العقد ، كما أنّه ينتج أثره في الحال ويصبح أطرافه مرتبطين فيما بينهم باتفاق مقترن بعربون.

68 - انظر ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص. 91 .

69 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 270 .

70 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 276 - 277 .

(د) يكون مبلغ العربون مدفوعا بين طرفي العقد من أحدهم إلى الآخر. أمّا عملة الإله فلا تكون مدفوعة بين أطراف العقد إلاّ في حالات نادرة (بين المستأجر إلى المؤجر أو المالك) ، بل هي مدفوعة من أحد أطراف الرابطة العقدية المستقبلية ؛ وهو المستأجر إلى طرف يعد من الغير (البواب). كما أنّ هذا المبلغ المدفوع ليس دليلا على الارتباط بين المالك والمستأجر ، لأنّه لا وجود لعقد فيما بينهم ورّما لا يوجد أبدا. فإذا ما تكون العقد فمن المفروض أن يكون بين طرفين آخرين و هما المستأجر و البواب الذي قبض المبلغ مع أنه ليس مالكا ، فهذا المبلغ لا يدل على وجود عقد الإيجار.

2- أمّا مصطلح Pot-De-Vin فمعناه ما يدفع هدية لوسيط ، أو ما يدفع زيادة على الثمن ، وهذان المعنيان كانا مستخدمين في معاملات الشعب الفرنسي. فبالنسبة للمعنى الأوّل كان في السابق مبلغا كبيرا من المال يدفعه أحد الأفراد إلى رجال السلطة العامة ليستخدم هذا الأخير سلطته في تحقيق غرض لهذا الفرد (وهو يمثّل في هذه الحال الرشوة التي تدفع إلى الموظف العام). أمّا المعنى الثاني يشمل في الواقع مبلغا يدفع زيادة على الثمن من المستأجر إلى المؤجر. وكان الهدف من هذا الدفع هو تأكيد إبرام العقد حيث ينظر إليه كبداية لتنفيذ العقد ، وبذلك فهو يمنع الأطراف من العدول. و لقد كان من العرف في بعض المناطق في فرنسا ضرورة دفع قطعة نقدية لعامل المزرعة عند شراء أحد الحيوانات من أسواق الماشية ، وهذه القطعة النقدية Pot-De-Vin تماثل "البقشيش".

وبذلك فإنّ دفع "هدية الوسيط أو الزيادة على الثمن" لا يعدّ دفعا للعربون. ففي الحالة التي يدفع فيها لوسيط للحصول على حق مشروع ، فلا يسترد أبدا حتّى ولو لم يتحقق الشيء المدفوع من أجله وذلك لعدم إمكان المطالبة به. كما أنّه لا يعطي لأطرافه إمكانية العدول لأنّه لا توجد رابطة عقدية بينهم. إلاّ أنّ الحالة التي كان يدفع فيها من المستأجر إلى المؤجر أصبحت بفعل العرف تتشابه مع دفع العربون كجزء من الثمن<sup>71</sup>.

3- في حين أنّ مصطلح Épingles هو أحد الأداءات المالية الضئيلة جدا ، وما كان متعارفا عليه أن يدفعها المشتري إلى تابعي البائع -زوجته أو أولاده- زيادة على ثمن التعاقد. أو يدفعها

71 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 279 - 280.

المستأجر طبقاً للأعراف إلى وكيل المؤجر - أو إلى المؤجر وإن كان نادراً - كزيادة على ثمن الأجرة<sup>72</sup>.

نستخلص مما سبق أنّ هذا الأداء المالي كمبلغ ضئيل كان يدفع إلى أشخاص غير المتعاقدين الأصليين ، ولذلك لا يمكن اعتباره عربوناً لأنّ هذا الأخير يدفع من أحد أطراف العقد إلى الآخر ، وهدفه إمّا تأكيد إبرام العقد و يعتبر دفعة من الثمن الأصلي ؛ و إمّا حفظ الحق في العدول<sup>73</sup>. أمّا Épingles فهو لا يعدّ جزءاً من الثمن حتّى ولو اتفق المشتري على اعتبار أنّ الثمن يشمل الثمن الأصلي إضافة إلى مبلغ Épingles لأنّ هذا الأخير كان غير قابل للاسترداد.

و عليه ، فالعربون يمثل جزءاً هاماً من الاتفاق الأساسي ، لأنّه يؤثر في وجود العقد بين أطرافه ، كما يؤثر على تنفيذه. لذلك لا يمكن التسليم أنّ مبلغاً قد تمّ دفعه من الغير أو إلى الغير ويعطى لأحد المتعاقدين الحق في العدول عن العقد.

ثالثاً : يمكن أن يصاحب العربون أي عقد إذ أنّ أحكامه عامة تصدق على سائر العقود اللازمة. لكن شاع استعماله في عقد البيع والإيجار<sup>74</sup>.

رابعاً : لا يعدّ العربون أحد شروط تكوين العقد ، وإنّما هو مضاف إلى العقد. ولكن هناك بعض الأداءات المالية قد تكون أحد شروط تكوين العقد ، مثل القسط الأول للتأمين، فهذا القسط لا يعدّ عربوناً و إنّما هو أحد شروط تكوين وثيقة التأمين. الغالب في العمل ، أنّ شركات التأمين تعلق انعقاد العقد ليس فقط على توقيع الوثيقة ، ولكن أيضاً على دفع المؤمن له القسط الأوّل ، وبمقتضى ذلك فإنّ القسط الأوّل من التأمين يكون شرطاً من الشروط الفنية وركناً من الأركان القانونية للعقد<sup>75</sup> ، وبذلك فهو يختلف تماماً عن العربون الذي يبرم العقد به أو بدونه.

<sup>72</sup> - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، عقد البيع ، ج.8 ، بدون دار نشر ، بيروت ، 1995 ، ص. 157.

<sup>73</sup> - انظر ، فتحي عبد الرحيم عبد الله ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، عقد البيع ، ط. 3 ، الكتاب الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.س. ، ص. 79.

<sup>74</sup> - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود ..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 160 - 161.

<sup>75</sup> - انظر ، محمد حسنين منصور ، أحكام قانون التأمين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص. 93.

**خامسا :** العربون لا يقترن إلا بعقد صحيح<sup>76</sup> ، أي عقد محتو على كل شروط تكوينه ، فالعربون له وظيفتان أساسيتان ، الأولى وهي اعتباره جزءا من الثمن ويكون العربون محتويا على بدء تنفيذ العقد<sup>77</sup> ، فإذا لم يوجد عقد فعلي فماذا سيعتبر العربون ؟ فالعربون كجزء من الثمن يتطلب عقدا كامل الأركان محدد القيمة والالتزامات، ودفع هذا العربون من أحد المتعاقدين يعدّ تأكيدا على الارتباط بالعقد. أمّا بخصوص وظيفة العدول فالعربون يفترض اقترانه بعقد مكتمل الأركان لكن أطرافه أرادوا الاحتفاظ بالحق في العدول بدفعهم هذا العربون ، فإذا لم يكن هناك أي عقد فعلي عن ماذا سيعدل الأطراف؟ إنهم لم يتفقوا على شيء وبالتالي يصبح العربون الموجود في يد أحدهم بلا سبب ويكون واجب الرد.

**سادسا :** لا يكون العربون إلا في العقود الملزمة للجانبين باعتباره وسيلة لنقض العقد<sup>78</sup> ، فإذا كان في عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع<sup>79</sup> فلا يفيد خيار العدول ، لأنّ أحد المتعاقدين وهو الموعود له ليس ملزما ابتداء بتنفيذ الوعد. ومع ذلك يجوز للواعد دفع العربون واشتراط خيار العدول لنفسه إلا أنّ الموعود له لا يلزم في حالة استيعاد الوعد بردّ ضعفيه.

**سابعا :** يرى بعض الفقه في فرنسا أنّ العربون يكون في الغالب مبلغا صغيرا ، وهذا ما يؤدي إلى صعوبة التمييز بينه وبين الأداءات الأخرى قليلة القيمة مثل Pot-De- و Denier adieu و Vin و Épingles<sup>80</sup> . والبعض الآخر<sup>81</sup> يرى أنّ ضعف قيمة العربون يدل في الغالب على أنّه عربون لإثبات إبرام العقد وأنّ العقد بينهما عقدا نهائيا وباتا وليس عربونا للعدول ، لأنّ العربون كوسيلة عدول يجب أن يكون مبلغا يتناسب مع ما يصيب المتعاقدين من ضرر جزاء العدول.

76 - انظر ، محمد يوسف الزغي ، شرح عقد البيع في القانون الأردني، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006 ، ص. 142.

77 - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود ..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 157.

78 - انظر ، رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة ، ط.2 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص. 185 ؛ أنور سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط.1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص. 66.

79 - المادة 1590 ق.م.ف نصت على العربون المقترن بالوعد بالبيع و أعطت له دلالة عدول. ويرى الفقيهان بودري وسينا أنه لا يوجد إلا بالنسبة لعقد الوعد الملزم للجانبين ؛ انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد و التمهيد للتعاقد و العربون..... ، المرجع السابق ، ص. 144 .

80 - انظر معنى هذه الأداءات في هذا البحث ، ص. 19-21.

81 - انظر ، خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص. 51.

الواقع أنّ كل حالة من حالات التعاقد بالعربون لها ظروفها التي تتمّ فيها ، وإرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا فيها ، فلا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق على مبلغ صغير كعربون عدول ، كما لا يوجد ما يمنعهم من تحديد مبلغ كبير جدا للعدول ، لأنّ الأطراف أحرار في تحديد ما يرونه مناسباً لهم ، وذلك طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. وبذلك فإنّ صغر قيمة العربون أو ضخامته لا تعدّ إحدى خصائص العربون. أي أنّ قيمة العربون ليس لها علاقة بخصائص العربون ، وذلك لأنّه من المستحيل القيام بعمل تحديد لقيمة المبلغ المدفوع كعربون.

**ثامنا :** قد تكون للعربون دلالة تمام العقد والبدء في التنفيذ ، وقد تكون له دلالة عدول عن تمام التعاقد. فإذا كانت هذه الأخيرة هي دلالة العربون فليس هناك داع للحكم بفسخ التعاقد بناء على تخلف أحد المتعاقدين عن تمام العقد ، فليس البائع مثلاً بحاجة إلى استصدار هذا الحكم إذا أراد أن يقضي له بالاحتفاظ بالعربون ، ولا المشتري بحاجة إليه أيضاً إذا أراد أن يقضي له برّد العربون ومثله<sup>82</sup>.

### المطلب الثاني : تحديد دلالة العربون.

شاع استعمال العربون في عصر الإمبراطورية الرومانية السفلى ، وفي العصر العلمي ، إذ كان يعد وسيلة من وسائل إثبات البيع عند قيام خلاف حوله بغض النظر عما إذا كان المتعاقدان سيقومان بتنفيذ العقد أو العدول عنه. على أنّ هذا الدور قد ضاعت أهميته مع ظهور الكتابة والتي أصبحت بدورها وسيلة للإثبات<sup>83</sup>.

فضلاً على ذلك ، فإنّ أوراق البردي قد كشفت أنّ العربون كان يؤدي إلى جانب وظيفة الإثبات ووظيفة الضمان ، فهو بمثابة ضمان يقدّم إلى البائع حتّى يتأكد أنّه لن يفقد الثمن كله ، فكان يعتبر جزءاً من الثمن الواجب على المشتري دفعه. وفي عصر الإمبراطورية السفلى ظهرت الوظيفة الثالثة للعربون باعتباره وسيلة للعدول عن الصفقة<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> - انظر ، عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية ، الكتاب الثاني ، الناشر عالم الكتاب ، القاهرة ، 1979 ، ص. 195 - 196.

<sup>83</sup> - انظر ، جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص. 15.

<sup>84</sup> - انظر ، جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص. 16.

أما العربون في الفقه المعاصر فله دالتان ، إمّا دلالة التأكيد وإمّا دلالة العدول (الفرع الأول)، وتختلف التشريعات في الأخذ بهاتين الدالتين فاتحة المجال إلى اتفاق المتعاقدين في تحديد هاته الدلالة. لكن غالبا مايدفع أطراف التعاقد العربون دون تحديد واختيار للوظيفة التي يريدونها ، وهذه هي الحالة العامة والشائعة ، وهنا تثار مشكلة التفسير القضائي لدلالة العربون (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : الدلالة القانونية للعربون.

تختلف القوانين فيما بينها في الأخذ بدلالة دون أخرى من دلالات دفع العربون ، فمن القوانين ما يعتبر دفع العربون بمثابة تأكيد للعقد وبدء تنفيذه أي جزء من الثمن (ثانيا) ، ومنها من يعتبره انه قد دفع بمقصد تمكين المتعاقد الذي دفعه من العدول عن العقد (ثالثا) ، ولكن لا بدّ من الإشارة قبل ذلك إلى أنّ العربون كوسيلة إثبات كانت له أهمية كبيرة ووجود في القانون الروماني (أولا).

### أولا : العربون كوسيلة إثبات.

أهمية العربون كوسيلة للإثبات كانت موجودة في القانون الروماني ، وذلك بغض النظر عما إذا كان المتعاقدان سيقومان بتنفيذ العقد أو العدول عنه<sup>85</sup> .  
ونجد أنّ القانون الفرنسي الحالي تخلص من كل الصيغ والشكليات وجعل المبدأ العام لإبرام التصرفات هو إرادة المتعاقدين ، وقد تبعه في ذلك كل القوانين الحديثة. فإتمام العقود أصبح يتمّ بمجرد تبادل أطراف التعاقد للإيجاب والقبول دون أي تدخل خارجي، باستثناء عدد قليل من العقود وذلك بسبب طبيعتها الخاصة ، فعلى سبيل المثال البيع الشفهي أصبح يعادل البيع المسجل في الآثار ، فبمجرد اتفاق الأطراف على الثمن وعلى الشيء المبيع تنتقل ملكية هذا الأخير وذلك حسب المادة 1583 ق.م.ف<sup>86</sup> .

<sup>85</sup> -Cf. R.Decottigies, Arrhes, Encyclopédie-Dalloz, Répertoire de droit civil, Civil. I, T.1, 1999, art. 1<sup>er</sup>, par.1, p.1.

<sup>86</sup> - حيث تقضي المادة 1583 ق.م.ف : "إنّ المشتري يكسب من البائع بحكم القانون ملكية المبيع بمجرد اتفاقهم على المبيع وعلى الثمن ، ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع "

وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أنّ العقود تكون معظمها مكتوبة ، وذلك لأنّ الكتابة هي أكبر دليل في الإثبات ، وبذلك فإنّ دور العربون كوسيلة للإثبات قد ضاعت أهميته مع ظهور الكتابة ، حيث حصرت نطاقه وأصبح قاصرا على التصرفات الغير المكتوبة<sup>87</sup> .

والعربون كوسيلة إثبات يكون خاضعا إلى المبادئ العامة المقررة في إثبات كافة التصرفات القانونية ، فنجد المادة 333 من ق.م.ج<sup>88</sup> تقضي : "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدّد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

ونخلص من هذه المادة أنّ التصرفات التي تزيد قيمتها على 100.000 دج لا يجوز إثباتها إلاّ بالكتابة ، ومن ثم يجب أن يكون دفع العربون مثبتا في محرّر مكتوب حتى نستطيع استعماله كوسيلة إثبات ، وهذا المحرر يعدّ إقرارا مّن قبض العربون بوجود العقد والبدء في تنفيذه ، ويجب أن يكون دليلا كتابيا كاملا<sup>89</sup> .

أمّا بالنسبة للعقود التجارية فإنّ الإثبات يكون حرا وبكافة طرق الإثبات ، وبالتالي تكون الحياة التجارية هي المجال الرحب والفسيح لكي يستطيع أن يقوم العربون فيها بدوره كوسيلة إثبات.

لكن هناك حالة في القانون الفرنسي يستبعد فيها العربون كوسيلة لإثبات التصرف حتى ولو كانت قيمته تقلّ عن القيمة المقررة في المادة 1341 ق.م ، وهذه الحالة هي حالة الإيجار الشفهي<sup>90</sup> . حيث تقرّر بموجب المادة 1715 ق.م<sup>91</sup> أنّه في حالة الإيجار الشفهي الذي لم ينفذ

L'art 1583 de C.C.F : "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et de prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

<sup>87</sup>- Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 1<sup>er</sup>, par. 2, p. 1.

<sup>88</sup> - المعدلة بموجب المادة 48 من القانون (10-05) المعدل والمتّم للقانون المدني الجزائري ، تقابلها المادة 60 من قانون الإثبات المصري والتي نخلص منها أنّ التصرفات التي تزيد قيمتها على 500 جنيه لا يجوز إثباتها إلاّ بالكتابة ، أيضا المادة 1341 ق.م.ف التي تقرّر أنّه لا يجوز إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على 800 يورو إلاّ بالكتابة.

<sup>89</sup> - انظر ، عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 ، ص. 241.

<sup>90</sup> - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 1<sup>er</sup>, par. 2, p. 1.

<sup>91</sup> - تنصّ المادة 1715 ق.م.ف : "إذا حصل الإيجار دون كتابة ، ولو لم يكن قد لقي بعد أي تنفيذ ، وأقدم احد الفريقين على إنكاره ، فلا يجوز الإثبات بواسطة الشهود مهما كان البديل طفيفا ، ومهما أدلي بحجة دفع عربون".

، يمنع الإثبات بالشهود طالما أنّ أحد الأطراف ينكره ، و ذلك مهما كان الثمن ومهما كان هناك ادعاء من أحد الأطراف بأنّ هناك عربونا مدفوعاً<sup>92</sup>. كما أنّ القضاء بتطبيقه لهذا النصّ يقرّر أنّه مهما تمّ دفع العربون ، فالدليل عن طريق الشهود أو القرائن غير مقبول<sup>93</sup>.

كما يمكن أن يكون العربون وسيلة من وسائل الإثبات في حال وجود مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>94</sup> ، وذلك في حالة وجود دليل كتابي يثبت دفع مبلغ العربون ، لكنه لا يصلح دليلاً كاملاً ، فيستكمل هذا الدليل بشهادة الشهود. كما يمكن أن يكون العربون وسيلة للإثبات في حال وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، وكذلك حالة فقد السند الكتابي بسبب أجنبي<sup>95</sup>.

ورغم أنّ بعض الفقه يرى أنّ العربون باعتباره وسيلة إثبات يكون محدود الفائدة بسبب أنّ نطاقه محدود بتصرفات قليلة ، بل إنّ هذا الدور يكاد يزول في الوقت الحاضر ، إلا أنّ هناك أهمية يجب وضعها في الاعتبار ، وذلك لأنّ إثبات دفع العربون ووقته قد يثبت العقد ذاته والذي عن طريقه يتمّ معرفة وقت تكوين العقد وهو الوقت الهام لمعرفة أهلية أطراف العقد ، ومعرفة القانون المطبق في هذه الحالة ، كما يوضح طبيعة الارتباط ذاته<sup>96</sup>.

لكن حتّى ولو أنّ دفع العربون كوسيلة إثبات قد انحصر دوره إلا أنّ هذه الوظيفة موجودة ولكن بالاشتراك مع الوظائف الأخرى للعربون حيث يكون لهذا الأخير في بعض الحالات وظيفة مزدوجة. وهذا ما نجد مطبقاً في القانون الفرنسي حيث أنّ العربون يلعب دوره كوسيلة لإثبات إبرام العقد مع إعطاء الحق في العدول ، و يوجد على سبيل المثال في عقد إيجار الخدمات ، وفي بيع

---

L'art 1715 de C.C.F : "Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on ellègue qu'il y'a en des arrhes données.  
Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail".

<sup>92</sup> - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، أحكام العقد ، ج.4 ، بدون دارنشر ، بيروت ، 1994 ، ص. 283.

<sup>93</sup> - Cass.Civ. 25 août 1884, D.P.85.1.172 ; Cass.Civ. 17 janv 1894, D.P.94.1.127 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 45, p. 5.

<sup>94</sup> - انظر المادة 335 ق.م.ج المعدلة بموجب المادة 48 من القانون رقم (10-05) المعدل والمتمم للقانون المدني ، تقابلها المادة 62 من قانون الإثبات المصري.

<sup>95</sup> - انظر المادة 366 ق.م.ج المعدلة بموجب المادة 48 من القانون رقم (10-05) المعدل والمتمم للقانون المدني ، تقابلها المادة 63 من قانون الإثبات المصري.

<sup>96</sup> - انظر ، رزوق نوال ، المرجع السابق ، ص. 11.

البضائع القديمة ، حيث أنّه في هذه الحالة الأخيرة كان يجب على المشتري حتّى يثبت رغبته في الشراء أن يدفع عربونا وذلك كوسيلة لإثبات الدخول في الرابطة العقدية ، ويكون كذلك إعلانا من قبل المشتري بامتلاكه البضاعة ، ولكن مع حفظ حقه في العدول مقابل خسارة العربون. أمّا في حالة إيجار الخدمات كان الواجب على السيد أن يدفع لحادمه مبلغ العربون والذي يدل على إثبات إتمام العقد ، فيكون على الخادم إذا أراد إنهاء العقد أن يعيد مبلغ العربون الذي قبضه من سيده وذلك إذا لم يبدأ في تنفيذ العقد ، وإلاّ أصبح مسيئا لاستعمال السلطة المخولة له<sup>97</sup>.

وإذا كان عربون الإثبات يقوم بوظيفة مزدوجة مع إمكانية العدول فإنّه يقوم أيضا بوظيفة مزدوجة ومكاملة لوظيفة القسط ، حيث كان سبب ظهور هذه الأخيرة لجوء قطاع كبير من المشتريين إلى العربون كوسيلة عدول ، مما نتج عنه تخوف التجار من ذلك وأرادوا الشعور بضمان تنفيذ العقود ، فاستخدم العربون كوسيلة لإثبات البدء في تنفيذ العقد وجزء من قيمة التعاقد<sup>98</sup>. الملاحظ من كل ما سبق أنّ العربون كوسيلة للإثبات أصبح قليلا جدّا في القانون الفرنسي ، وإذا وجد فيكون في صورة مزدوجة مع وظيفة العدول أو مع اعتبار العربون جزء من الثمن وبدء في تنفيذ العقد.

**ثانيا : دلالة التأكيد والبث (العربون كجزء من الثمن).**

إنّ التشريعات الألمانية<sup>99</sup>، ومعها القانون العراقي<sup>100</sup>، والتونسي<sup>101</sup>، والقانون المغربي<sup>102</sup>، كلّها تأخذ بدلالة التأكيد والبث (confirmation). وفي هذه الحالة يعتبر العربون تنفيذا جزئيا للالتزامات المتعاقد ، وتأكيدا على نية البتات لدى المتعاقدين في إبرام العقد على نحو نهائي وجازم ولازم لهما ، بما لا يجوز نقضه ولا تعديله بالإرادة المنفردة لأحدهما إلى البدء في

97 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 50 - 51.

98 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 52 - 53.

99 - مثلا : المادة 336 من القانون المدني الألماني ، المادة 158 من قانون الالتزامات السويسري ، المادة 74 من القانون المدني البولوني ؛ انظر ، محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، د.س، البند 136.

100 - تنص المادة 92 من القانون المدني العراقي : "يعتبر دفع العربون دليلا على أنّ العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه".

101 - المادة 303 من قانون الالتزامات التونسي.

102 - الفصل 288 من تقنين الالتزامات والعقود المغربي .

تنفيذه من خلال ما دفع من عربون كتعجيل من أحدهما لجزء من التزاماته<sup>103</sup>. فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكلّ منهما مطالبة الآخر بتنفيذه، ويعتبر العيوب تنفيذًا جزئيًا يجب استكمالها<sup>104</sup>.

العربون في عقد البيع مثلاً يعطي للبائع من جهة الضمان الكافي أنّ لدى المشتري النية في استكمال العقد ، ومن جهة أخرى سيكون ضماناً للمشتري الذي دفعه ، لأنّ هذا الأخير سيتأكد بهذا الدفع عدم تصرف البائع في الشيء محل التعاقد ، أو أنّه سيبحث عن عميل أفضل. و عندئذ لن يستطيع البائع التصرف في البيع إذا عرض عليه ثمن أفضل من الثمن الذي سيدفعه المشتري ، لأنّ البائع قد ارتبط مع المشتري بقبوله قبض العيوب كجزء من الثمن. وبمعنى آخر ، فإنّ تأثير دفع العيوب سيكون مترادفاً بالنسبة لطرفي العقد ، فالمتعاقد الذي دفع العيوب قد ألزم نفسه ، وبالتالي لا يمكن له أن يتهرّب من التزاماته بترك العيوب للطرف الآخر ، فهو ملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية. وفي حالة رفضه التنفيذ فإنّ قواعد المسؤولية التعاقدية تلزمه التصحيح ، والمبلغ المدفوع يقتطع من تعويض الأضرار، لكنّه لا يمنع البائع من المطالبة بزيادة التعويض في حالة ثبوت أنّ الخسائر تتعدّى قيمة العيوب المدفوع<sup>105</sup>.

ومن جهة المتعاقد الذي قبض العيوب (البائع) فإنه لا يستطيع العدول عن التزاماته برد العيوب الذي قبضه ومثله ، وإنّما أصبح ملتزماً بالتزامات لا تقبل التجزئة وهي التسليم والضمان. وإذا تقاعس في تنفيذ التزاماته ، فإنّه يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ. وفي حالة الفسخ ، فإنّه يجوز للمحكمة أن تقضي له بالتعويض الذي قد يكون مساوياً لمبلغ العيوب أو أقلّ أو أكثر ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض عن عدم التنفيذ ، مع مراعاة وجوب ردّ العيوب إلى المشتري<sup>106</sup>.

103 - انظر ، هام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام ، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة ، الإسكندرية ، 2004، ص. 121 - 122.

104 - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 162.

105 - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 32, p. 4.

106 - Trib. Civ. Lyon, 14 janv. 1998 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 33, p. 4.

نخلص من كل ما سبق أنّ العربون إذا دفع كجزء من الثمن ، فإنّه يعدّ بمثابة بدء في تنفيذ العقد وبالتالي لا يكون لأي من طرفي العقد الحق في العدول<sup>107</sup> .

واستخدام العربون كجزء من الثمن شائع الاستعمال في أمور التجارة ، حيث أنّه في مجال التجارة الفندقية ، يعدّ المبلغ المدفوع لحجز حجرة جزءا من ثمن إيجار هذه الحجرة والذي يجب استكمالها في حال التنفيذ. ولكن في حال إلغاء الحجز في ميعاد مناسب يردّ المبلغ المدفوع<sup>108</sup> . كما نجد أيضا شائعا في عقود التوريدات كتوريد الملابس.

يطرح العربون كجزء من الثمن مسألة المبالغ المدفوعة من الأمر بالشراء إلى وكيل الصرف ، أو إلى سمسار البورصة ، فما طبيعتها؟ كذلك يمكن أن يحدث بأن يدفع البائع إلى المشتري عربونا ، فهل يقوم في هذه الحالة بوظيفة القسط؟

### 1- طبيعة التغطية المدفوعة إلى وكيل الصرف :

إذا كان البيع باتا ، فإنّ تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تكون في الحال ، كما تكون آثاره مباشرة غير مؤجلة ، لذلك قد يكون مجال التطبيق اليومي للعربون كجزء من الثمن هو البورصة في صفقات البيع لأجل. فنظرا لما تتميز به المعاملات في البورصة من كثرة المخاطر وعدم ثبوت السوق ، فقد أوجب القانون على كل وكيل صرف أن يتسلم من الزبائن السندات التي يقوم ببيعها والمبالغ اللازمة ليدفع ثمن ما يشتريه ، لأجل إعطاء وكلاء الصرافة الضمان الكافي ضدّ هذه المخاطر. فعندما يستلم وكيل الصرف أمرا بالشراء من الزبائن ، فإنّه يستلم معه التغطية الضرورية سواء كانت نقودا أو أشياء قيمة. وتستعمل هذه التغطية في مواجهة كافة المخاطر التي قد تحدث مثل تقلبات أسعار السوق أو إعسار الزبون ما إلى ذلك، خاصة وأنّه ليس لوكيل الصرف الحق في رفض ما يطلبه منه زبائنه. فإذا حدثت أحد المخاطر (مثلا زيادة الأسعار) عند حلول الأجل ، فهنا يتمسك وكيل الصرف بالتغطية من اجل تغطية فرق السعر. فإذا كانت

<sup>107</sup> - نقض مدني مصري، جلسة 1994/04/20 ، مجموعة عمر 4 ، رقم 122 ، ص. 333 ؛ مقتبس عن عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ، مصادر الالتزام ، ج.1 ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، د.س، ص. 331.

<sup>108</sup> -Cass. Civ. 23 mars 1966, D.1966.397 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 33, p. 4.

مبلغاً نقدياً فإنّه يقوم بالدفع منه ، أمّا إذا كانت أشياء قيمة فإنّه يقوم ببيعها من أجل القيام بعملية التغطية<sup>109</sup>.

والتساؤل الذي يطرح هنا ، هل يمكن اعتبار هذه التغطية عربوناً خاصة إذا كانت جزءاً من الثمن؟

لقد ثار خلاف بين الفقه حول طبيعة هذه التغطية ، يذهب من الرأي<sup>110</sup> إلى رفض إعطاء وصف عربون لهذه التغطية ، ذلك أنّ هدف الأطراف من هذه التغطية ليس دفع عربون وإتمام الهدف منها هو الضمان الحقيقي والرهن الفعلي الذي يعلنه محررو العقد. فالأمر بالشراء يتمنى نجاح العملية ، لكن لا يمكن له التكهن مسبقاً بأن خسارة قد تحدث له ، فقد لا يستخدم وكيل الصرف التغطية ، فكيف تعد جزءاً من الثمن دون معرفة ان كان سيدفعها أو لا ؟

أمّا الرأي الآخر وهو الرأي الراجح في الفقه<sup>111</sup> ، فإنّه يرى في هذه التغطية صورة العربون الذي يتمّ دفعه كجزء من الثمن ، حيث أنّها تحتوي على شيء مدفوع مسبقاً سواء أكان هذا الشيء المدفوع مبلغاً نقدياً أو شيئاً قيمياً. و بالتالي فإنه يرفض الرأي الأوّل لعدّة أسباب ، من جهة أنّ المادة 2078 ق.م.ف تمنع أي شرط يعطي الحق للدائن في استخدام الرهن ، ووكيل الصرف يستخدم هذه التغطية. ومن جهة أخرى إنّ هذه التغطية إذا كانت رهناً فإنّ أحكام بيع الرهن تستوجب كما ينصّ على ذلك قانون التجارة أن ينذر الدائن المدين ، وأن يثبت تأخره قبل الشروع في البيع ، وهذا ما لا يتوافق مع طبيعة المعاملات في البورصة التي تتطلب السرعة وعدم التأخير في المعاملات. وبذلك يمكن اعتبار هذه التغطية جزءاً من ثمن الصفقة المحتملة والتي تحوي في مضمونها فكرة الضمان لوكيل الصرف ، ذلك أنّ فكرة الضمان هي الفكرة العميقة للعربون ، وبذلك تكون التغطية المدفوعة لوكيل الصرف هي تطبيق عملي يوضح وظيفة العربون كجزء من الثمن.

<sup>109</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 57 - 58.

<sup>110</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 502.

<sup>111</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 59.

## 2- العربون المدفوع من البائع :

الصورة الغالبة أن يقوم المشتري بدفع عربون كجزء من الثمن للبائع ، لكن هل يمكن أن يحدث العكس ، بان يدفع البائع إلى المشتري عربونا ويقوم في هذه الحالة بوظيفة القسط ؟ يرى الفقيه Redouin<sup>112</sup> أنه لا يوجد مبدأ عام ، حيث يوجد دائما أحد أطراف التعاقد يلتزم بإتمام العقد ويمكنه أن يقوم بذلك بدفعه العربون ، سواء كان المشتري أو البائع. إذا تعلّق الأمر مثلا ببيع منقول بثمن معين ، فهنا يستطيع المشتري أن يدفع جزءا من ثمن هذا المنقول لتأكيد تنفيذ العقد. كذلك يمكن للبائع أن يدفع المنقول محل العقد كعربون وبذلك يصبح المنقول المتعاقد عليه بمثابة عربون يقدمه البائع إلى المشتري ليلزم هذا الأخير بإتمام البيع. فإذا كان الغالب أنّ المشتري هو الذي يبحث عن البائع ، فقد يحدث العكس بأن يبحث البائع عن المشتري وذلك بسبب الظروف الاقتصادية المتحكمة في السوق.

لكن لا بدّ من الإشارة هنا أنّ إعطاء المنقول إلى المشتري هو التزام من الالتزامات الواقعة على عاتق البائع الناتجة عن تنفيذ عقد البيع النهائي ، حيث أنّ قيام البائع بنقل المنقول إلى المشتري هو أثر من آثار عقد البيع والذي يقابله التزام بدفع الثمن. وبذلك فإنّ تسليم المنقول المباع من طرف البائع إلى المشتري لا يعدّ بمثابة عربون يلزم المشتري بإتمام عقد البيع. كما أنّ طبيعة هذا التسليم تتنافى مع طبيعة عربون القسط والذي يتميز بأنّه دفع جزئيّ ومسبق ، أمّا البائع عند قيامه بتسليم المنقول يكون بذلك قد قام بالالتزام المترتب على عاتقه كاملا<sup>113</sup>.

## ثالثا : دلالة العدول.

إنّ التشريعات اللاتينية ومنها القانون المدني الفرنسي<sup>114</sup> ، ومعها القانون المدني الجزائري<sup>115</sup> ، والمصري<sup>116</sup> ، والسوري<sup>117</sup> ، والليبي<sup>118</sup> ، والأردني<sup>119</sup> ، تأخذ بدلالة العدول (Dédit).

<sup>112</sup> - J. Redouin, Les arrhes en droit français, thèse Paris, 1935.

مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 60.

<sup>113</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 61.

<sup>114</sup> - المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>115</sup> - المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري.

<sup>116</sup> - المادة 103 من القانون المدني المصري.

ففي هذه الحالة ، يعطي العيوب للمتعاقد الحق في العدول عن تنفيذ العقد في مقابل خسارة قيمة العيوب ، وهو بذلك يختلف عن الحالات السابقة والتي يعدّ فيها العيوب بدءاً في تنفيذ العقد وتأكيداً لوجوده. كما يعطي للأطراف الحق في التفكير والتروي قبل الإقدام على الارتباط النهائي بالعقد وتنفيذه. فإذا أدرك أطراف العقد أنّ الدخول النهائي في الرابطة العقدية ليس في صالحهم ، فإنّهم يستطيعون الانسحاب من هذا العقد مقابل خسارة قيمة العيوب المدفوع<sup>120</sup>.

ولابد من الإشارة إلى أن هناك بعض شراح القانون يرون أن خيار العدول في العيوب يوفر لصاحبه حقاً إرادياً يمكنه من التحلل من العقد بإرادته وحده ، حيث يتفق الطرفان مقدماً على منح هذا الحق لأحدهما ، فيكون بالخيار بين استعماله أو عدم استعماله خلال المدة المحددة ، فيعد الحق المنبثق عن عيوب العدول حقاً إرادياً يعتمد على مشيئة صاحب الحق، فيكون له مكنة القضاء على العلاقات التعاقدية في محيط الطرف الآخر بمقتضى عمل أحادي ، دون أن تنشأ إلى من يستعمل هذا الحق واجبات مقابلة للحق ، أما مركز الطرف الآخر فيتحصل في واجب تحمل سلطة من تقرر له الخيار ، بحيث تصبح إرادته غير مجدية لا يتوقف عليها حدوث الأثر القانوني ، فالحق الإرادي المتولد عن الإتفاق يبيح لصاحبه امضاء العقد فيستقر أمره ، أو نقض العقد و التحلل منه فيصبح عندئذ حقاً ترخيصياً قاضياً<sup>121</sup>.

إن عيوب العدول يعطي لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد في مقابل دفع قيمة العيوب ، فهل تعتبر هذه الخسارة تعويضاً عن الضرر وبالتالي تطبيقاً لمبدأ المسؤولية التعاقدية ؟ (1) ؛ وما هي أهم التطبيقات لاستخدام العيوب كوسيلة للعدول ؟ (2).

## 1- خسارة العيوب ومبدأ المسؤولية التعاقدية :

<sup>117</sup> - المادة 104 من القانون المدني السوري.

<sup>118</sup> - المادة 103 من القانون المدني الليبي.

<sup>119</sup> - المادة 107 من القانون المدني الأردني.

<sup>120</sup> - Cf. Daniel Mainguy, Contrats spéciaux , 3<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 2002, p. 73.

<sup>121</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 445.

يرى بعض الفقه الفرنسي<sup>122</sup> أنّ خسارة العيوب تعدّ تطبيقاً لمبدأ المسؤولية التعاقدية ، حيث أنّ العيوب يمثل قيمة التعويضات عن الأضرار التي تحدث لأحد المتعاقدين من جراء عدول المتعاقد الآخر ، فهذا التعويض قد قدره أطراف العقد عند التعاقد. وأنّ إتمام العقد قد يمرّ بعدّة مراحل يتمّ خلالها دفع مصاريف ، ضف إلى ذلك ضياع الوقت والصفقات التي قد تكون رابحة على المتعاقد الذي انتظر تنفيذ العقد. فإذا قام المتعاقد الآخر بالعدول ، فيكون من غير العدل أن لا يقابل هذا العدول عن تنفيذ العقد جزاءً. فميزة التعاقد بالعيوب أن لكل من طرفيه الحق في الاحتفاظ بحق العدول عن تنفيذ العقد دون الالتزام بتنفيذه ولكن بشرط أن يتمّ دفع التعويضات ، كما أنّه وسيلة لحفظ الوقت الزائد في التفكير بعد إتمام العقد الجدي، والذي يكون مضموناً بالتعويضات المنصوص عليها.

إذا كان هذا القول يتلاءم مع الحالة التي يحدث فيها ضرر للمتعاقد الذي لم يعدل عن العقد. فإنّ الحالة التي لا يحدث فيها ضرر لهذا المتعاقد من جراء عدول المتعاقد الآخر لا تتلاءم معه ، بل على العكس ، قد يكون العدول في بعض الحالات نافعا بالنسبة له كما إذا عقد الصفقة مع شخص آخر وبشمن أكبر ، إضافة إلى حصوله على العيوب ، لأنّ هذا الأخير يكون مستحقاً للطرف الذي لم يعدل ولو لم يحدث له أي ضرر من جراء العدول<sup>123</sup>.

الملاحظ أيضاً أنّ المشرعين في القانون الجزائري والمصري<sup>124</sup> قد ذكرا صراحة في المادتين (72 مكرر ق.م.ج ، والمادة 103 ق.م.م)<sup>125</sup> مدى استبعاد تطبيق المسؤولية التعاقدية.

بالرجوع إلى أركان المسؤولية التعاقدية و التي هي الخطأ ، الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، نجد أنّ ركن الخطأ غير منطبق على الشخص الذي يعدل عن التعاقد بالعيوب ،

122 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 64.

123 - انظر ، عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، 1984 ، ص. 84.

124 - إلا أنّ القانون المدني الأردني (المادة 107/2) والعراقي (المادة 92/2) قد حذفوا عبارة "ولو لم يترتب على العدول أي ضرر" الموجودة في بعض القوانين العربية ، مما يدل أنّ أياً من طرفي الاتفاق إذا أراد أن يتمسك بمبلغ العيوب فعليه أن يثبت أنّ ضرراً أصابه نتيجة عدول الطرف الآخر عن تنفيذ العقد ، فإن لم يستطع إثبات ذلك فلا يستحق شيئاً من مبلغ العيوب؛ انظر ، محمد يوسف الزغبى ، المرجع السابق ، ص. 139؛ آدم وهيب النداوي ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والإيجار ، ط. 1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1999 ، ص. 41.

125 - تنص المادة 72 /3 مكرر من ق.م.ج: "وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولم يترتب على العدول أي ضرر". المادة 103/2 ق.م.م: "فإذا عدل من دفع العيوب ففقدته وإذا عدل من قبضه رد ضعه ، وهذا ولو يترتب على العدول أي ضرر".

حيث لا يمكن أن ينسب إليه أي خطأ أو إخلال بالتزام، بل هو يستعمل حقا ثابتا له ويقرره العقد ذاته. أمّا بالنسبة للركن الثاني للمسؤولية التعاقدية وهو الضرر، فنجد أنّ التعويض يقدر بقدر هذا الضرر؛ أمّا في مسألة التعاقد بالعربون فإنّ العربون يكون مستحقا ولو لم يحدث من جراء العدول أي ضرر<sup>126</sup>، وبالتالي فإنّ مسألة التعويض هنا تكون مستبعدة.

لو سلمنا بأنّ خسارة العربون تعد تطبيقا لمبدأ المسؤولية التعاقدية فإنّ المتعاقد الذي لم يعدل عن العقد لن يحصل على العربون في حال العدول الغير الضار. و إن وجد ضرر فإنّ التعويض يقدر بقدر الضرر، و هنا توجب الزيادة في قيمة التعويض في حال تجاوز الضرر قدر العربون المتفق عليه تطبيقا للقواعد العامة، لكن ذلك مستبعد في حالة التعاقد بالعربون لأنّ المشرع حدّد ثمن العدول بخسارة العربون أو ردّ ضعفه حسب الشخص الذي عدل.

وقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى أنّ الحكم الموجود بالمادة 103 ق.م.م مع عدم وجود الضرر فيه خروج عن نظرية المسؤولية<sup>127</sup>.

الواقع أنّ الرأي الذي صادف الصواب هو الذي يرى أنّ العربون يستحق كضمن لاستعمال حق العدول المتفق عليه، أي هو مقابل لحق العدول بصرف النظر عن حصول ضرر للطرف الذي لم يعدل أو عدم حصوله<sup>128</sup>.

وما يمكن أن نخلص إليه أنّ الأمر هنا لا يتعلّق بمسألة تعويض المتعاقد من جراء عدول المتعاقد الآخر عن العقد، وإمّا هو استعمال لحق -حق العدول- في مقابل مبلغ محدّد بقيمة العربون لا بأقل منه أو أكثر، وهو حق ثابت ومقرر بموجب العقد ذاته، ومن يستعمل حقه لا يكون مخطئا<sup>129</sup>، إلاّ إذا تعسف في استعماله، ومن ثمّ فإنّ فكرة التعويض غير واردة أصلا، إذ أنّ التعويض في مجال العقود لا يكون إلاّ عند الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد. وهذا كله يعود إلى طبيعة التعاقد بالعربون والتي تجعل العربون من حق الطرف الذي لم يعدل، سواء حدث له ضرر من جراء العدول أو لم يحدث له.

126 - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 218.

127 - انظر، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق، ص. 66.

128 - انظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع، ط. 5، دار الكتب القانونية، مصر، 1990، ص.

102.

129 - Cf. Philippe Van De Wiele, op.cit., p. 133.

## 2- تطبيقات لمدى استخدام العربون كوسيلة للعدول :

## أ) طلبات تفصيل الملابس :

في فرنسا كان طلب تفصيل ثوب ما من الخياط يسبقه دفع عربون ، حيث أنّ الزبون عند دخوله محلّ الخياط يجد لافتة مكتوب عليها "نرجو دفع العربون". وهذه العبارة لها عدّة معاني ، وهي أنّ زبون الخياط كان له الحق في العدول بحيث يمكنه أن لا يعود مرّة أخرى إلى الخياط في حال عدم اقتناعه بالقماش نفسه أو بسعره لأنّه مبالغ فيه. كذلك هذا العربون كان يشترطه الخياط كضمان له من الأضرار التي قد تلحق به في حال تخلف الزبون ، ومن ناحية أخرى فإنّ للخياط الحق في العدول ، وذلك في مقابل أن يردّ للزبون العربون مضاعفا<sup>130</sup>.

وهذا العربون المدفوع من زبون الخياط إلى الخياط قد أثار خلافا في الفقه الفرنسي حول طبيعته ، خاصة وأنّ هذا المبلغ يسمى عربونا.

فقد ذهب بعض الفقه<sup>131</sup> إلى أنّ المبلغ المدفوع كعربون عن الملابس المطلوب تفصيلها لا يعدّ عربونا للعدول ، وإنّما هذا المبلغ هو جزء من الثمن الأصلي. وقد أيدت إحدى المحاكم الفرنسية<sup>132</sup> ذلك ، حيث قرّرت بأن إعطاء صانع الملابس الحق في العدول لا يكون ضرورياً إلاّ في الحالة التي يقوم فيها بتفصيل ملابس ذات أقمشة خاصة ، وحيث يكون الطلب محدداً لزبون معين ، أمّا في الحالات الأخرى فإنّ طلب التفصيل يكون عقد بيع تام.

في حين ذهب رأي آخر منهم الفقيه Redouin<sup>133</sup> إلى أنّ المبلغ المدفوع من العميل يحفظ له الحق في العدول ، وما يؤكد ذلك وجود لافتات "إنّ العربون من حق المنزل في حال تراجع المشتري عن تنفيذ العقد خلال ثلاثة شهور". وهذا يعني أنّه في حال عدول المشتري عن تنفيذ العقد فإنّه يحق للبائع الاحتفاظ بالعربون. فلو كان المبلغ المدفوع يعتبر جزءاً من الثمن لكان على البائع إرجاعه وعدم الاحتفاظ به في حال عدم تنفيذ العقد. إضافة إلى ذلك أنّ

130 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 69.

131 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 58.

132 - Seine 13 Nov 1909 : Gaz.Trib 1910 . II . 176 ;

مقتبس عن عبد السلام الترماني ، المرجع نفسه ، ص. 58.

133 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 70 - 71.

الصيغ الخاصة بالعربون هي صيغ نسبية وتختلف من مكان لآخر ، ولافتات "نرجو من الزبائن دفع العربون لتأكيد طلباتهم" فإنها لا تعني أكثر من أنّ العربون يعتبر كضمان للبائع في حال عدول المشتري عن رغبته.

الملاحظ أن هذه الحالة التي نحن بصدها "طلب تفصيل الملابس" تخضع في الوقت الراهن لقانون حماية المستهلك ، حيث أنّها تربط بين مستهلك (الزبون) ومحترف (الخياط). و قد حسم المشرع الفرنسي بدوره طبيعة المبالغ المدفوعة مقدما من طرف المستهلك ، وذلك بموجب المادة 114 الفقرة الرابعة من قانون حماية المستهلك<sup>134</sup> ، والتي حذفت كل صعوبة في التفسير ، حيث اعتبرت أنّ كل المبالغ المدفوعة مسبقا من طرف المستهلك هي عربون ، ما لم يوجد شرط مخالف في العقد<sup>135</sup> ، كأن يرد في العقد أنّ المبلغ المدفوع هو قسط. وبالتالي فإنّ المبالغ المدفوعة من عميل الخياط (المستهلك) إلى الخياط (المحترف) تعدّ عربونا ، ومن تمّ إمكانية العدول مخولة لكل من طرفي الاتفاق. فإذا كان العدول من العميل فإنّه يخسر العربون، أمّا إذا عدل الخياط فإنّه يردّ العربون ومثله وجاء ذلك تطبيقا للمادة 1590 ق.م.ف.

### ب) الإيجار مع الوعد بالبيع:

يقوم المستفيد من الوعد بالبيع وهو المستأجر بأن يدفع للواعد عربونا بشرط الاحتفاظ بالخيار ، بحيث إذا لم يتحقق العقد فيحتفظ المؤجر بالعربون المدفوع ، ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه عن ماذا سيعدل المستفيد في الوعد ؟ فهذا الأخير لم يعد بشيء وبالتالي لا يلتزم بشيء ، وإنما الوعد في هذه الحالة كان من جانب المؤجر وحده. و بعبارة أخرى دفع العربون من طرف المستفيد في وعد أحادي الجانب يؤدي إلى التساؤل عن الوعد في حد ذاته ، هل يبقى كعقد أحادي الجانب لا ينتج أي أثر سوى على عاتق الواعد ؟ أم يصبح العقد تناظري أو ملزم للجانبين من حيث أنه يخلق التزامات متبادلة؟

<sup>134</sup> - Art-L.114 de C. Con (L.n° 92-60 du 18 Janvier 1992): "Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement le consommateur en perdant les arrhes ; le professionnel en les restituant au double".

<sup>135</sup>-Cf. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecques, Contrats civils et commerciaux, 3<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 1996, p. 86 ; Cf. Georges Vermelle, Droit civil, Les contrats spéciaux, 3<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 2000, p.21.

تبت محكمة النقض الفرنسية<sup>136</sup> في هذه الحالة حلا نفاذه أن الوعد بالبيع من قبل المؤجر هو وعد أحادي ولم يقتزن بوعد بالشراء ، والمستفيد بدفعه هذا المبلغ يحتفظ بحقه في التفكير ، أما حقه في العدول يكون أثناء المدة التي يحق له إبداء رأيه في قبول الوعد ، ورفضه لهذا الوعد يعتبر من ناحيته عدولا.

في حالة ما إذا عدل المستفيد عن قبول الوعد ، فإنه يخسر المبلغ الذي دفعه. لكن وفق المادة 1590 ق.م.ف فإن هذا المبلغ لا يعد عربونا للعدول ، لأنه حتى نكون أمام عدول يجب أن يوجد قبل ذلك العقد ، والذي سيمح خيار العدول بإنكاره كما في التعاقد بالعربون. ففي هذه الحالة الأخيرة يكون العقد قد انعقد بالفعل بين الطرفين ، وأن عدول أحدهما عنه هو عمل لاحق لانعقاده يتم به فك العقد وتحمل العربون مقابل العدول عنه<sup>137</sup>. ولا يكون الحال كذلك بالنسبة للمستفيد من الوعد بالبيع والذي لم يتخذ أي تعهد<sup>138</sup>. كما أن رفض الوعد هو حق للموعد له يمارسه بدون مقابل<sup>139</sup>.

أما بالنسبة للمبلغ المدفوع من المستفيد إنما هو تعويض بسيط يخصص للواعد ، وذلك بسبب منعه من التصرف في الشيء المملوك له طوال مدة الوعد. حيث يذهب الرأي الراجح في الفقه<sup>140</sup> إلى اعتبار التزام الموعد له (المستفيد) بدفع تعويض سببه حبس محل الوعد بالعقد الذي يلتزم الواعد باحترامه طيلة الوعد. والعبارة المستعملة من طرف القضاء المقارن أن التعويض مقابل الحبس هو الثمن المستحق مقابل حق الأولوية والأفضلية التي يتمتع به المستفيد بموجب الوعد. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>141</sup> بأن: "سبب إلتزام الممتلك المحتمل (المستفيد) بتسديد ثمن الرجوع يكمن في الفائدة التي يضمنها له الواعد بالإمتناع عن التنازل لشخص آخر خلال مهلة محددة".

<sup>136</sup> - Cass.Com, 24 Avril 1972: Bull. Civ. IV, No. 120; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 19, p. 3.

<sup>137</sup> - انظر، مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص.257.

<sup>138</sup> - نقض تجاري فرنسي، في 11 ماي 1970؛ مقتبس عن حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 222.

<sup>139</sup> - انظر، عبد الوهاب بموسات، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد، السنة الأولى ماجستير ، العقود والمسؤولية ، غير منشورة ، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006-2007، ص. 12.

<sup>140</sup> - انظر، عبد الوهاب بموسات، المرجع نفسه ، ص. 12.

<sup>141</sup> - Cass.Com, 23 juin 1959, D.1958.581, J.C.P. 1958.II.1087 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par.18, p. 2.

أما إذا كان الواعد هو الذي قام بدفع عربون فإنه يحتفظ لنفسه بإمكانية العدول عن وعده وفي حال عدوله يخسر مبلغ العربون الذي دفعه، إلا أن الموعد له لا يلزم في حالة عدم استيفاء الوعد برد ضعفه<sup>142</sup>.

### الفرع الثاني : التفسير القضائي لدلالة العربون.

تفسير العقد هو تحديد معنى العبارات التي تم بها إبرامه ، وهذه العبارات هي التي تصدر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فقد تكون واضحة في الدلالة على الإرادة المشتركة ، وقد تكون غامضة تحتاج إلى تفسير. وقد يثور الشك في تبين هذه الإرادة إذا أجري هذا التفسير وكانت عبارات العقد تحمل أكثر من معنى<sup>143</sup>. ففيما يتعلق بالتعاقد بالعربون ، فلا يثار مشكلة التفسير إذا أعلن الأطراف بوضوح غايتهم من دفع العربون سواء أنه عربون عدول أو جزء من الثمن.

لكن الملاحظ أن الحالة العامة والشائعة بين الأفراد أن يدفع أحد الأطراف مبلغا في بداية التعاقد دون تحديد لطبيعة هذا المبلغ ، وإذا ما ثار نزاع يجد القاضي نفسه أمام تساؤلات عدة ، هل أن هذا المبلغ عربونا أم لا؟ فقد يختلف هذا المبلغ عن وصف العربون خاصة وأن المتعاقدين كثيرا ما يدفعون مبالغ كنفقات أو مصاريف للعقد خارجة عن الثمن. فهذه المبالغ تختلف عن العربون الذي يعد جزءا من الثمن ، أو ثمنا لإمكانية العدول ، وهنا يكون للقاضي كل السلطة في تفسير طبيعة هذا المبلغ. فإذا ما كان عربونا فهناك تساؤل آخر، ما هي دلالة هذا العربون ، هل هو عربون قسط حيث يعد جزءا من الثمن؟ أم أنه عربون عدول والذي يعطي لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد؟

#### أولا: الحالة 1:

في الحالة التي تكون فيها الإرادة غير واضحة صراحة أو ضمنا ، فهنا يكون للقاضي السلطة الكاملة للبحث عن إرادة الأطراف مستهديا في ذلك بنية المتعاقدين وقصدتهم ؛ حيث

<sup>142</sup> - انظر، الياس ناصيف، موسوعة العقود .....، عقد البيع، المرجع السابق ، ص. 162.

<sup>143</sup> - انظر ، رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 101.

قضت محكمة النقض المصرية<sup>144</sup>، بأن نية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني، وللمحكمة الموضوع أن تستظهر هذه النية من بنود العقد ونصوصه وظروفه. وفي هذا الشأن قضت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها<sup>145</sup>، إن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى النص على مبلغ العربون كوسيلة لتوليد التعاقد والبت وليس لإعطاء المتعاقدين الحق في العدول عن الصفقة مستندة في ذلك إلى بنود العقد. فمن جهة أن المتعاقدين ربطا بين فقدان العربون وعدم قيام المشتري بالتزامه بدفع باقي الثمن والتوقيع على العقد النهائي (بند 2)، ومن جهة أخرى أنه إذا تأخرت البائعة في توقيع البيع النهائي فإنها ملزمة برد ضعف مبلغ العربون بصفة تعويض (بند 5).

وما تجدر الإشارة إليه أن استعمال كلمة عربون وحدها في الاتفاق لا يسمح بالقول أن المبلغ الذي تم دفعه يعبر عن النية المشتركة للأطراف بالاحتفاظ بإمكانية العدول التي قد يتم استعمالها من أحد الطرفين<sup>146</sup>، وإنما يعود الأمر للقاضي من أجل تحديد النية المشتركة للمتعاقدين فالعبرة بالنية لا بالألفاظ. فقد يتبين للمحكمة من ظروف الدعوى أن المبلغ الذي سمي عربونا في عقد البيع هو جزء من الثمن دفع دلالة على إتمام العقد وضمانة لتنفيذه، لا عربونا بالمعنى القانوني الذي يصح أن يتخذ وسيلة يتمكن بها المتعاقدان من نقض العقد والتخلص منه<sup>147</sup>.

وللمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتبين ما إذا كان العربون هو جزء من الثمن أم أنه عربون مصحوب بخيار العدول، وأن ذلك يدخل في

144 - نقض مدني مؤرخ في 30 أبريل 1970، مجموعة أحكام النقض 21-743-120؛ نقض مدني في 23 فبراير 1975، مجموعة أحكام النقض 26-457-93؛ مقتبس عن سليمان مرقس، الوافي.....، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 95.  
145 - القاهرة الابتدائية، جلسة 1962/11/08، المجموعة الرسمية، س 61، رقم 62، ص. 466؛ مقتبس عن عبد الحكم فودة، موسوعة التعليق على القانون المدني.....، المرجع السابق، ص. 340، 341.

146- Cf. Philippe Van De Wiele, op.cit., p. 133.

147 - استئناف مصر 15 ماي 1949، المحاماة 31، رقم 325، ص. 1107؛ مقتبس عن عبد الحكم فودة، موسوعة التعليق على القانون المدني.....، المرجع السابق، ص. 332.

سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة<sup>148</sup>.

كما أن استخلاص نية العاقدین فيما قصدها بدفع العربون يعتبر مسألة موضوعية<sup>149</sup>، وفي هذا تعد المنازعة في دلالة العربون على خلاف ما افترضه المشرع بقرينة نسبية دفع موضوعي يتعين إبداءه أمام محكمة الموضوع<sup>150</sup>.

لكن الملاحظ أن المواد المتعلقة بالعربون (المادة 72 مكرر ق.م.ج والمادة 103 ق.م.م والمادة 1590 ق.م.ف) قد وضعت قرينة عند سكوت الأطراف عن تحديد وظيفة العربون المدفوع حيث يعتبر عربونا للعدول، وهنا يثار التساؤل، ألم تضع هذه المواد قرينة استبعدت بها إمكانية البحث عن وظيفة العربون، طالما سكت الأطراف عن تحديدها؟ فلماذا اللجوء إلى التفسير؟

واضح من هذه المواد أننا بصدد قواعد مكتملة وليست آمرة، وبالتالي للأفراد أن يتفقوا صراحة أو ضمناً على مخالفتها. فالقاضي لا يطبقها إلا حين يستنتج أن هذه إرادة الأطراف، ومن هنا فإن الحل يتم استنتاجه من تقدير القاضي والذي يبحث عن تحديد للنية الحقيقية للأطراف وذلك من خلال بنود العقد والظروف المحيطة به، ووفقاً للعرف الجاري به المعاملات. كما أن تفسير التعاقد بالعربون لا يجب أن يتم خارج نظرية تفسير العقود وبالتالي يمكن في هذه الحالة الرجوع للمبادئ العامة.

قد حاول الفقيهان "Aubry et Rau" الاجتهاد بارساء مبادئ عامة من أجل تحديد الحالات التي يتم فيها دفع مبالغ كضمن للعدول أو كجزء من الثمن، ومن أهمها<sup>151</sup>:

1- المبلغ المدفوع من البائع إلى المشتري في وعد بالبيع أو في بيع حالي يحتوي على عربون يكون وسيلة للعدول.

<sup>148</sup> - نقض مصري 1975/02/23، مجموعة الأحكام سنة 26، ص 437؛ نقض 1979/05/24 في الطعن رقم 1110، سنة 48؛ ونقض 1947/03/31 في الطعن رقم 9637، سنة 2؛ أيضاً تمييز لبناني، قرار رقم 7، 1988/3/8، النشرة القضائية 1988، ص. 504؛ مقتبس عن محمد حسن قاسم، العقود المسماة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص. 140.

<sup>149</sup> - انظر، هام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 121.

<sup>150</sup> - محكمة النقض المصرية، 1970/02/26، طعن رقم 556 سنة 35، مجموعة الأحكام المدنية سنة 21 قاعدة 56، ص 344، مقتبس عن عبد المعين لطفي جمعة، المرجع السابق، ص. 199.

<sup>151</sup> - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 37, p. 4.

2- المبلغ المدفوع من المشتري إلى البائع بمناسبة وعد بالبيع أو بيع بشرط يعتبر عربونا للعدول.  
3- المبلغ المدفوع من المشتري إلى البائع بمناسبة البيع بلا قيد أو شرط لشيء منقول ولو لم يتم تسليمه بعد ، يكون مدفوعا كقسط من الثمن خصوصا إذا كان مشترطا في العقد تأجيل الثمن.

4- المبلغ المدفوع من المشتري إلى البائع عندما يتعلق ببيع عقار فيجب اعتباره جزءا من الثمن، ولا يمكن اعتباره عربون عدول إلا إذا اشترط في العقد تأجيل دفع الثمن أو تحرير سند كتابي بالبيع فيما بعد.

إلا أن الفقه الفرنسي يرى أن هذه المبادئ وهذا الاجتهاد غير نافع ، فهذه القواعد لا تساعد في توضيح إرادة المتعاقدين ، كما أن الحياة اليومية مليئة بالمواقف المختلفة جدا والهدف المبتغى من المتعاقدين يختلف في كل حالة ، ووضع حلول مسبقة يؤدي إلى التضيق لذلك الأجر ترك المبادرة للقاضي للبحث عن إرادة الأطراف<sup>152</sup>.

يستعين القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بمختلف القرائن والظروف المحيطة بالتعاقد ، وأهم هذه القرائن:

1- يستعين القاضي لمعرفة النية الحقيقية للعاقدين بالبنود الأخرى للعقد ، وذلك في حالة ما يكون بند العربون غير واضح ، ومن الأمثلة التي توضح الأخذ بوظيفة القسط واستبعاد إمكانية العدول:

أ- إذا كان العقد منصوص فيه على أن المبلغ المدفوع تم خصمه من أصل الثمن<sup>153</sup> .

ب- إذا اشترط العقد صراحة النقل المباشر للملكية<sup>154</sup> .

ج- إذا وجد إيصال يحمل وعدا بدفع باقي الثمن خلال مدة معينة<sup>155</sup> .

د- حالة وجود بند في العقد يؤكد أن المبلغ المدفوع مخصص لتأكيد التزامات المتعاقدين<sup>156</sup> .

<sup>152</sup> - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 37, p. 4.

<sup>153</sup> - Req. 28 nov 1942, J.C.P.1943-II-2175; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 36, p.4.

<sup>154</sup> - Cass. Civ 13 déc 1949, J.C.P.1951-II-5993 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 36, p. 4.

<sup>155</sup> - Paris 29 nov 1930, Gaz .Pal. 1931 – I – 128 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 36, p.4.

<sup>156</sup> - Lyon 9 mai 1946, Gaz .Pal. 1946 – 2 – 64 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 36, p. 4.

2- على القاضي أن يجعل تفسيره متناسبا مع موضوع أو مادة العقد ، فعلى سبيل المثال في مجال التجارة نجد أن الكثير ممن يتعاملون في هذا المجال يستخدمون العربون على أنه جزء من الثمن. بالنسبة للتجارة الفندقية<sup>157</sup> ، فهنا المبلغ المدفوع لحجز الغرف هو جزء من أصل الثمن ويجب استكمال ما لم يكن إلغاء الحجز في وقت مناسب فيرد المبلغ المدفوع.

كذلك بالنسبة إلى المبالغ المدفوعة بخصوص بيع السيارات ، فمن أجل حجز هذه السيارات فإنها لا تكون إلا جزءا من ثمن السيارة<sup>158</sup> . وهذا الاستخدام أكدته العديد من الأحكام القضائية<sup>159</sup> التي أعلنت أنه في مسائل التجارة توجد قرينة على أن المبالغ المدفوعة أثناء إبرام العقد لها صفة القسط وتؤدي إلى تنفيذ العقد فيما عدا الاتفاق المخالف من الأطراف.

3- قد يستعين القاضي في تفسيره بما هو متعارف عليه في المكان الذي تم فيه إبرام العقد ، وبمعنى آخر يتم تطبيق عرف البلد الذي أجرى فيه الاتفاق وذلك وفق المادة 1159 ق.م.ف<sup>160</sup> .

فالعرف في باريس ومرسيليا يؤكد ان المبلغ المدفوع كعربون يكون عربون عدول وهو في هذا الشأن لا يختلف مع نص المادة 1590 ق.م.ف. أما في ليون فإن العرف يجري بأن العربون يكون جزءا من الثمن الأصلي ، وليس ثمنا للعدول<sup>161</sup> . أيضا يعتبر العرف في مدينة مونبيليه العربون جزءا من الثمن وتأكيدا لإبرام الصفقة، حيث واستينادا للعرف اصدرت المحكمة حكم

<sup>157</sup> - Pau.29 Féver 1960, Gaz.Pal. 1960-1.317 ; Com.3 mai 1965.D.1966 ;

Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 38, p. 4.

<sup>158</sup> - Paris 5 nov 1963 Lainec. Ste nouvelle du Mirabeu ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 39, p.4.

<sup>159</sup> -Lyon 27 avr.1900. Mon. Jud. Lyon 25 juin ; Montpellier, 26 Janv 1915, Gaz. Trib. 1916. 2. 199 ; Gaz. Trib. Seine. 27 nov. 1942, Gaz .Pal. 1942.1. 99 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 38, p. 4.

<sup>160</sup> - Art 1159 de C.C.F: "Ce qui est ambigu s'interprété par ce que est d'usage dans la pays ou le contrat est passé".

<sup>161</sup> - انظر، فؤاد صالح دراكة ، المرجع السابق ، ص. 501.

يقضي بأن العربون المدفوع يعد قرينة على تمام الصفقة عكس ما توحى به المادة 1590 ق.م.ف.<sup>162</sup>

وبذلك فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية كانت مختلفة وذلك نتيجة لاختلاف العرف من مدينة لأخرى.

أما المشرع المصري فقد خالف القاعدة الواردة بالمادة 1159 ق.م.ف. بخصوص تفسير العبارات الغامضة حيث يتم حسب عرف البلد الذي يتعين فيه تنفيذ العقد وليس حسب العرف الذي أبرم فيه. ويرى بعض الفقه<sup>163</sup> بأن المشرع المصري قد أصاب في ذلك ، لأن بلد التنفيذ هي المحك الحقيقي على أرض الواقع ، لكن هذا لا يمنع القاضي من اللجوء إلى عرف بلد الإبرام في حالة ما إذا كان أكثر تناسبا مع ظروف التعاقد ، وهي مسألة تخضع لتقديره حسبما يستشفه من النية المشتركة للمتعاقدين.

والظاهر ان العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار. ففي البيع تكون دلالة العربون في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبث<sup>164</sup> ، لأنه عند إبرام العقد النهائي ما يدفع هو بعض الثمن إذا كان معجلا أو لا يدفع منه شيئا إذا كان مؤجلا<sup>165</sup> . أما في الإيجار ، فالعربون دليل على التأكيد والبث لا على جواز العدول ، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذا للعقد<sup>166</sup> .

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 2/111 ق.م.ج التي تقضي "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

<sup>162</sup> - Montpellier 21 mars 1921, Gaz .Pal. 1921 – 1 – No 14 ;

مقتبس عن فؤاد صالح درادكة ، المرجع نفسه ، ص. 501.

<sup>163</sup> - انظر، عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون.....، المرجع السابق، ص. 228.

<sup>164</sup> - استئناف مصر، 17 ديسمبر 1919 ، مجموعة رقم 32، ص. 174 ؛ استئناف مصر، 21 فبراير 1924 ، المجموعة الرسمية 26 ،

رقم 39 ؛ مقتبس عن عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص. 216.

<sup>165</sup> - انظر، أنور سلطان، العقود المسماة ، عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1980 ، ص. 59.

<sup>166</sup> - انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، مصادر التزام، المرجع السابق ، ص. 216.

يستخلص من ذلك أن التفسير الغامض من العبارات يكون وفقا للعرف الجاري به المعاملات بين الأطراف بصفة عامة دون تحديد ، أيكون حسب عرف البلد الذي أبرم فيه العقد أم الذي يتعين فيه التنفيذ ، وبذلك يرجع الأمر لتقدير القاضي من أجل اللجوء إلى العرف الذي يكون أكثر تناسبا مع ظروف التعاقد وحسب ما يستخلصه من النية المشتركة للمتعاقدين.

4- أعطى المشرع للقاضي مبدأ يستعين به في بعض الأحيان وهو مبدأ تفسير الشك في صالح المدين<sup>167</sup> ، فلكي يحدد الهدف الذي أراده المتعاقدان عليه أن يفسر التعاقد بالعربون في صالح المدين، فإذا كانت مواد العربون في صالحه فهنا تطبق.

إلا أن المشرع الفرنسي استثنى عقد البيع من هذه القاعدة العامة ، بنصه في المادة 1602 ق.م.ف<sup>168</sup> أنه يجب على البائع أن يبين في إيضاح تام ما يلتزم به ، وكل شرط في العقد يوجد به غموض أو لبس يجب تفسيره ضد البائع<sup>169</sup> .

أما المشرع الجزائري والمصري فلم يخرجوا على القاعدة العامة الواردة في المادتين (112 ق.م.ج، 151 ق.م.م) ، وبالتالي يبقى التفسير بخصوص عقد البيع كغيره من العقود يفسر فيه الشك لصالح المدين سواء كان البائع أو المشتري.

5- قد يعتمد القاضي في حالات أخرى على قيمة المبلغ المدفوع ، ومدى أهميته بالنسبة للعقد من أجل التعرف على نية المتعاقدين ، فإذا كان المبلغ صغيرا جدا ورمزيا ، فيرى بعض الفقه<sup>170</sup> أن يفسر على أنه وسيلة إثبات وليس وسيلة عدول وذلك لأن هذا المبلغ الصغير لا يتناسب مع الضرر الذي يحدث للمتعاقدين من جراء العدول ، وفي أحيان أخرى ضخامة مبلغ العربون تفسر على أنه عربون قسط. و قد سار القضاء<sup>171</sup> على هذا النحو باشتراطه كقسط وليس كعربون

<sup>167</sup> - حسب المادة 1/112 ق.م.ج، المادة 151 ق.م.م، أيضا المادة 1162 ق.م.ف.

<sup>168</sup> - Art 1602 de C.C.F: " le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige tout pacte obscur ou ambigü s'interprète contre le vendeur".

<sup>169</sup> - انظر، سليمان مرقس، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق، ص.127.

<sup>170</sup> - انظر، خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق، ص. 53.

<sup>171</sup> - Toulouse 11 juin 1992 : Juris – Data, NO 043494; Cf. Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier, Cours de droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 14<sup>ème</sup> éd, T.VIII, Cujas, Paris 2001, p. 100.

المبلغ الذي يمثل أكثر من نصف الثمن ، والذي يجب أن يرد في حالة إلغاء العقد ، فضخامة المبلغ لها علاقة بإتمام العقد واعتباره جزءا من الثمن.

6- قد يستعين القاضي في تفسيره بشخصية أحد المتعاقدين ، وذلك دون مراعاة ما إذا كان هذا الشخص هو الذي دفع العريون أو استلمه. فعلى سبيل المثال عندما يكون العقد بين شخص عام وأحد الأفراد ، فالعريون الذي يتم دفعه من المؤكد أنه عريون قسط. وذلك أن الشخص العام حين يتعاقد يضع عقودا تامة فهو لا يقصد من عقوده سوى الصالح العام وليس المضاربة<sup>172</sup>.

وهذا ما قرره محكمة EPERBNAY<sup>173</sup> حيث قالت: "نحن لا نقول أن مدينة باريس قد أتمت عقد بيع بالعريون أو بشرط العدول ، لأنها في هذا العقد لا تبتغ هدف الربح، ولكنها تريد أن تتخلص من بضاعة أصبحت غير مفيدة بالنسبة لها".

فالمحكمة رأت أن المبلغ المدفوع له صفة القسط ، وذلك بسبب الظروف الخاصة بالعقد ، خاصة وأن أحد أطراف التعاقد شخص له صفة السلطة العامة ، والذي يستهدف في كل تعاقداته المصلحة العامة.

## ثانيا: الحالة 2:

وهي الحالة التي لا يستطيع فيها القاضي استنتاج معنى العريون المدفوع ، هل هو عريون عدول ، أم عريون قسط ؟

وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يطبق نصوص العريون باعتباره عريونا للعدول (المواد 72 مكرر ق.م.ج، 103 ق.م.م، والمادة 1590 ق.م.ف) ، فالقرينة المستقر عليها في كل من القانون الجزائري والمصري أن اتفاق العريون هو اتفاق بإمكانية العدول. وهذا الحل هو الذي كان مطبقا في القانون الفرنسي القديم ، ففي حالة غياب الاشتراط المنظم لأثر العريون فإن العريون يعد وسيلة عدول.

<sup>172</sup> - انظر، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق ، ص. 100.

<sup>173</sup> - Trib. Civ. Eperbnay. 10 févr.1922, Gaz. Pal. 1922.1.525 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 3, par. 37, p. 4.

وقد أخذ الفقيه الفرنسي دوما "Domat" بذلك قائلا: "إذا لم يوجد اتفاق صريح ينظم ماذا سيكون أثر العربون ضد الذي يخل بتنفيذ عقد البيع ، فإنه إذا كان المشتري فسيخسر العربون ، وإذا كان البائع فسيعيد العربون ومثله"<sup>174</sup>.

وهذا هو الحكم الذي قرره Portalis في الأعمال التحضيرية ، والذي يبدو أنه قد استعار عباراته من عبارات Domat والذي قرر: "إذا كان العربون مرتبطا باتفاق محدد التأثير فيجب إتباع هذا الاتفاق ، ولكن إذا لم يكن هناك اتفاق واضح ، فإذا لم يقم المشتري بتنفيذ العقد فإنه يفقد العربون الذي دفعه ، وإذا كان عدم التنفيذ من ناحية البائع فإنه يجب عليه أن يرد العربون الذي استلمه مضاعفا للمشتري"<sup>175</sup>.

وهذا الحل الذي كانت تتبناه محكمة النقض الفرنسية<sup>176</sup>.

أما في مجال حماية المستهلك فإنه إذا دفع المشتري أية مبالغ للبائع ، ولم يحدد طبيعة هذه المبالغ سواء كعربون للعدول أو كقسط من الثمن ، فإن نص المادة 114/ف 4 من قانون حماية المستهلك يعتبر أن كل المبالغ المدفوعة مقدما عربونا<sup>177</sup>.

لاشك أن هذا القانون سيساعد القضاء كثيرا في هذا المجال ، حيث أن أي مبلغ يدفع مقدما من قبل المستهلك إلى المحترف سيفسر على أنه عربون للعدول طالما أنه لا يوجد أي اتفاق مخالف لذلك. وفي حالة اتفاق الأطراف على عكس هذه القرينة ، فإنه يجب أن يكون واضحا وصريحا ، فإذا لم تكن نية الأطراف صريحة وبخاصة من ناحية المستهلك في استبعاد تطبيق القرينة الواردة بالمادة 114 من قانون حماية المستهلك ، فإن القاضي سيطبق قانون العدول. فإذا كان العادل هو المستهلك خسر ما دفعه ، وإذا كان العدول من ناحية المحترف وجب عليه أن يرد ما قبضه مضاعفا<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> - انظر، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 39.

<sup>175</sup> - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 12, p. 2.

<sup>176</sup> - Req. 26 déc 1927, D.P. 1928-1-166, Gaz. Pal : 1928-2-434 ; Lyon 9 mai 1946, Gaz. Pal : 1946-2-64 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 3, par. 36, p. 4.

<sup>177</sup> - Cf. Georges Vermelle, op.cit., p. 21;

لمزيد من التفاصيل ، انظر :

[[http://www.parvenu.fr/I\\_Acheter\\_un\\_vehicule\\_arrhes\\_ou\\_acompte](http://www.parvenu.fr/I_Acheter_un_vehicule_arrhes_ou_acompte)]

[<http://fr.wikionary.org/wiki/arrhes>].

<sup>178</sup> - Cf. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecques, op.cit., 3<sup>ème</sup> éd, p.86.

ولا يوجد في التشريع الجزائري ولا التشريع المصري نص مماثل لهذا النص الوارد في قانون حماية المستهلك الفرنسي.

## المبحث الثاني : الأساس القانوني للعربون وطبيعته.

تتنوع الغاية من العربون فقد يكون الغرض من دفعه إما حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد مقابل خسارة هذا العربون أو أكثر بحسب الظروف. وإما أن يكون القصد من دفعه هو تأكيد انعقاد العقد ، باعتبار أن دفع العربون دليل على النية الجدية في تنفيذ العقد<sup>179</sup>.

وإذا كان العقد المقترن بعربون البث والتأكيد لا يثير مشكلة في تحديد طبيعته ، حيث يعتبر العقد باتا ونهائيا والعربون جزءا من الثمن ، إلا أن العقد المقترن بعربون العدول قد اختلف الفقهاء حول تكييف أو تحديد طبيعته القانونية ، لانه يمنح للمتعاقدين إمكانية العدول عن عقد تم ابرامه (المطلب الثاني).

لكن قبل التطرق لذلك لابد من الإشارة إلى أن بعض التشريعات لم تنص على العربون إلا بعد تعديل قانونها المدني. وباعتبار العربون أحد النظم القانونية المهمة سواء في التشريع الجزائري أو في بعض التشريعات المقارنة و أن لكل نظام أساس ؛ فلا بد من تبيان الأساس القانوني المعتمد بشأنه خاصة قبل النص عليه (المطلب الأول).

### المطلب الأول : الأساس القانوني للعربون.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع نصا متعلقا بتنظيم العربون بموجب الأمر رقم -58 (75)<sup>180</sup> المتضمن القانون المدني إلى غاية تعديل هذا الأخير بموجب القانون رقم (05-10) السالف الذكر حيث نص في المادة 72 مكرر منه على أحكام العربون. والتساؤل الذي قد يطرح نفسه في ظل هذا الفراغ القانوني ، ما هو الأساس القانوني الذي كان يعتمد في حل النزاعات المتعلقة بالتعاقد بالعربون خاصة مع شيوع التعامل به في المسائل التجارية؟ وما هي الدلالة التي كانت تعطى للعربون خاصة قبل التعديل؟

<sup>179</sup> - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 144.

<sup>180</sup> - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل ومتمم.

و بعد عرض موقف المشرع الجزائري (الفرع الأول) ، من الفائدة أن نتعرض للتشريعات المقارنة كالتقنين المصري (الفرع الثاني) ، ثم نتناول الحديث عن موقف المشرع الفرنسي من مسألة العربون (الفرع الثالث).

### الفرع الأول : العربون في القانون المدني الجزائري.

إن القانون المدني الجزائري في تنظيمه للعربون مر بمرحلتين بارزتين ، فانتقل من عدم تنظيمه إلى النص عليه وتنظيم أحكامه وتحديد دلالاته بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم (10-05) السالف الذكر. ولمعرفة الأساس القانوني للعربون في القانون المدني الجزائري يقتضي التطرق لكل مرحلة على حدى سواء قبل التعديل (أولا)، أو بعد التعديل (ثانيا).

#### أولا: قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05.

نتيجة لشيوع التعامل بالعربون خاصة في عقدي البيع والإيجار ، وطرح الكثير من القضايا على القضاء بهذا الخصوص ، دفع بالقاضي من أجل فك النزاعات الى البحث في مصادر القانون لغياب نص ينظم مسألة التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري.

لقد نصت المادة الأولى الفقرة الثانية من ق.م أنه «وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية». وهذا معناه أن القاضي إذا لم يصادف نصا تشريعيا لحل موضوع النزاع طبق مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقييد بمذهب معين كالمذهب المالكي ، ثم العرف الذي يليها من حيث الترتيب.

لذلك سنحاول تبيان موقف الشريعة الإسلامية من العربون (1) باعتبارها المصدر الثاني ، ثم تبيان العرف بشأنه (2) وموقف القضاء (3).

#### 1- العربون في الشريعة الإسلامية:

إن حكم العربون في الفقه الإسلامي يختلف عن ما رأيناه سابقا وذلك أن العربون عندما تكون له دلالة تنفيذ العقد يكون أمرا جائزا في الفقه الإسلامي ، فمثلا إذا باع شخص شيئا

ودفع من ثمنه جزءا كعربون دل هذا على تمام تنفيذ العقد، واحتسب العربون من جملة الثمن، فهذه الصورة لم يقع فيها خلاف بين أهل العلم<sup>181</sup>.

أما صورة العربون التي تعارضت بشأنها المذاهب الإسلامية هي التي لا يتم فيها البيع بسبب عدول المشتري ، و يصبح فيها العربون ملكا للبائع.

وهكذا انقسم الفقه الإسلامي إلى اتجاهين ، الاتجاه الأول حرم التعاقد بالعربون وهو رأي الجمهور، والثاني أجازة وهو رأي الحنابلة ، وسأعرض إلى كل أدلة اتجاه مع مناقشتها ثم الرأي الراجح منها.

#### أ- الرأي الذي يحرمه:

هذا الاتجاه يقول بعدم جواز التعاقد بالعربون ، وهو مذهب الأحناف، الشافعية والمالكية ، الشيعة الزيدية و أبو الخطاب من الحنابلة ، وقد استدل جمهور الفقهاء بالكتاب والسنة والمعقول.

#### (1) - أدلة هذا الاتجاه:

#### - من الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ }<sup>182</sup>.

وجاء في تفسير القرطبي: "ومن أكل أموال الناس بالباطل بيع العربان ، وهو أن يأخذ منك السلعة أو يكتري منك الدابة ويعطيك درهما فما فوقه ، على أنه إن اشتراها أو ركب الدابة فهو من ثمن السلعة أو كراء الدابة. وإن ترك ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطاك فهو لك"<sup>183</sup>.

181 - قال أبو عمر بن عبد البر في التمهيد: "قال مالك في الرجل يبتاع ثوبا من رجل، فيعطيه عربانا على أن يشتريه، فإن رضيه أخذه، وإن سخطه رده، وأخذ عربانه! أنه لا بأس به ، قال أبو عمر: لا أعلم في هذا خلافا" ؛ أنظر ، أبو حسام الدين الطرفاوي ، المرجع السابق، ص. 5.

182 - الآية 29 من سورة النساء برواية حفص.

183 - انظر، أبو حسام الدين الطرفاوي، المرجع السابق، ص. 20.

فهذا لا يصلح ولا يجوز عند جماعة فقهاء الأمصار من الحجاز والعراقيين ، لأنه من باب القمار والغرر والمخاطرة وأكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة وذلك باطل بالإجماع<sup>184</sup> .

كما جاء في تفسير ابن كثير: "وقال جرير حدثني ابن المثنى حدثنا عبد الوهاب حدثنا دواد عن عكرمة عن ابن عباس في الرجل يشتري من الرجل الثوب فيقول: إن رضيتته أخذته وإلا رددت معه دهما ، قال هو الذي قال عز وجل فيه " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ..."<sup>185</sup> .

إن أخذ البائع للعربون في حال عدول المشتري عن إتمام البيع فيه أكل المال بالباطل لأنه يأخذه بدون مقابل. فالمشتري إذا كره السلعة ، فقد ما دفعه من مال على سبيل العربون، فكيف يستحله البائع إذ يكون قد أخذه بدون مقابل؟<sup>186</sup>

وبيع العربون مفسوخ إذا وقع على هذا الوجه قبل القبض وبعده ، وترد السلعة إن كانت قائمة، فإذا لم تبق قائمة ، رد قيمتها يوم قبضها<sup>187</sup> .

- من السنة:

استدلوا بما رواه أبو داود وابن ماجه ومالك في الموطأ والإمام أحمد في مسنده<sup>188</sup> : "عن إسحاق بن عيسى عن مالك عن الثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان".

هذا الحديث صريح في النهي عن التعاقد بالعربون لذلك قال مالك: "وتفسير ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة ، أو يتكاري الدابة ، ثم يقول للذي اشتري منه ، أو تكاري منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل ، على أني إن أخذت السلعة المبتاعة أو ركبت ما تكاريت منك ، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة. وإن تركت ابتياع

<sup>184</sup> - انظر، أبو عبد الله محمد أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، دار الريان للتراث، القاهرة، د.س، ص. 720 ؛ أبو عبد الرحمن بن علي الأحمدي، بحث في بيع العربان، ملتقى أهل الحديث، الموقع:

[www.ahlalhadeeth.com / vb / archive / index.php].

<sup>185</sup> - انظر، الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج.1، دار أحباء التراث، بيروت، 1969، ص. 479.

<sup>186</sup> - انظر، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 21.

<sup>187</sup> - انظر، أبو حسام الطرفاوي، المرجع السابق، ص. 11.

<sup>188</sup> - انظر، الإمام أحمد بن حنبل، المسند ، تحقيق أحمد شاكر ، ط1، ج6، مطبعة دار الحديث ، القاهرة ، 1995، رقم الحديث 6723، ص. 270.

السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك وهو باطل بغير شيء لما فيه الشرط والضرر وأكل أموال الناس بالباطل. فإذا وقع فسخ وإن فات مضي<sup>189</sup>.

### - المعقول:

استدل جمهور الفقهاء على منع التعامل بالعربون بالأدلة الآتية :

• أن بيع العربون بيع فيه غرر ، وذلك بسبب عدم معرفة مدة الخيار ، فيكون بمثابة الخيار المجهول. فالمشتري يشترط أن له رد المبيع من غير ذكره المدة التي يجوز له الرد خلالها ، فلا يصح كما لو قال: "ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما، وهذا هو القياس"<sup>190</sup>.

• ما ذكره الشوكاني عن بيع العربون ، يعتبر باطل لأن فيه شرطين فاسدين وهما<sup>191</sup>:

- شرطة الهبة ، لأنه شرط للبائع بغير عوض فلا يصح كما لو شرط لأجنبي.

- شرط رد السلعة للبائع في حال عدم رضا المشتري بالبيع. فهذا الشرط فيه مناقضة لمقتضى عقد البيع الذي يعتبر من العقود اللازمة ، وأيضا المصلحة التي شرع من أجلها وهي نقل ملكية المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع على نحو يفيد اللزوم.

### (2) - مناقشة هذه الأدلة:

- قولهم بأن العربون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل مردود عليه أن العربون ليس كذلك، فهو عوض عن حرمان صاحب السلعة من فرص عرضها للبيع ، وهو ثمن لحبس السلعة لحساب الطرف الآخر خلال الفترة المتفق عليها. فقد يحدث أن يقدم مشتر آخر مثلا سعر أفضل من الذي قدمه دافع العربون ورغم ذلك يلتزم البائع بارتباطه مع المشتري الأول ، فطالما أن هناك تفويت لفرص أفضل على البائع، فلا يكون العربون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل.

189 - انظر ، الإمام محمد بن عبد الله يوسف الزرقاني ، المرجع السابق ، ص 324.

190 - انظر ، إحسان بن محمد بن عايش العيبي أبو طارق، بيع العربون ، الموقع :

[http:// www.Saaid.net /Doat / ehsan / 24.htm].

191 - انظر ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الخيار، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ،

د.س ، ص. 23.

فالعربون لم يشترط للبائع بغير عوض ، إذ العوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتوفيت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة<sup>192</sup>.

- استدلالهم بحديث النهي عن بيع العريان مردود عليه أيضا بأن هذا الحديث ضعيف وبساطة الكلام من وجوه ضعفه ، فلا يقوم به حجة ولا استدلال<sup>193</sup>.

وقال أبو عمر: "قد تكلم الناس في الثقة عنده -اسم الراوي الذي روى عنه مالك- في هذا الموضوع وأشبه ما قيل فيه أنه أخذه عن ابن لهيعة ، أو عن ابن وهب عن ابن لهيعة لأن هذا الأخير سمعه من عمرو بن شعيب ورواه عنه، حدث به عن ابن لهيعة ابن وهب وغيره. وابن لهيعة أحد العلماء إلا أنه يقال أنه احترقت كتبه فكان إذا حدث بعد ذلك من حفظه غلط ، وما رواه عنه ابن المبارك وابن وهب فهو عند بعضهم صحيح ، ومنهم من ضعف حديثه كله<sup>194</sup>.

وقد رد جمهور الفقهاء على الطعن الموجه إلى سند الحديث، أنه وإذا كان ضعيفا لإبهام الثقة إلا أن الحديث في ذاته صحيح لمعرفة هذه الثقة، فقد قال ابن عبد البر أنه ابن لهيعة. وردوا على الطعن في رواية أنه عمرو بن شعيب عن أبيه ثابت عن جده، وأكثر المحدثين ذهبوا إلى الاحتياج بهذه الرواية وهو الصحيح المختار الذي عليه المحققين من أهل الحديث<sup>195</sup>.

- يرد على القول بأن بيع العربون فيه غرر موجب لبطلانه قول غير مقبول على إطلاقه. فإذا كان قدر العربون معروفا ومدة خيار الرجوع محددة ليختار أثناءها إمضاء العقد أو العدول عنه فهذا يجعل العقد غير متصور فيه الغرر. وقد اشترط بعض فقهاء الحنابلة لصحة التعاقد بالعربون أن تقيّد مدة الخيار ، وفي حال عدم تحديدها فلا يصح هذا الاشتراط وهذا التعامل<sup>196</sup>.

192 - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط. 2، ج. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 95.

193 - انظر، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 25.

194 - انظر، أبو عبد الله محمد أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص. 1720؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص. 153.

195 - انظر، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 26.

196 - انظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 170.

إضافة إلى ذلك فإن مدة الخيار يمكن أن تكون محددة بالعقد ، فإذا لم تكن كذلك فيمكن الرجوع إلى العرف في تحديدها ، فإن لم يوجد هذا الأخير ، فإنه لا مانع من أن يقوم القاضي بتحديددها بناء على طلب أحد من المتعاقدين وبالتالي تنتفي مجهولية الخيار.

- قولهم بأن العيوب منهي عنه لأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرط لأجنبي ، مردود عليه بما أشرنا إليه سابقاً من أن العوض موجود ألا وهو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري. فحبس السلعة عن عرضها على الجمهور فيه حرمان للبائع من فرص بيعها ، فيكون فيه ضرر للبائع ويكون العيوب عوضاً عن هذا الضرر<sup>197</sup>.

ويرد ابن قدامة على هذا القول بأن العيوب ليس عوضاً عن انتظار البائع وتأخير بيعه، فلو جاز أن يكون عوضاً عن ذلك لما جاز أن يكون جزءاً من الثمن في حال إتمام الشراء. ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة<sup>198</sup>.

- أما بخصوص قياس العيوب على شرط دفع مبلغ من المال لشخص أجنبي عن العقد فهو قياس غير صحيح. ذلك أن العيوب فيه فائدة محققة للبائع ، لأنه بهذا الشرط يؤكد تنفيذ العقد ويدفع الضرر الذي قد يترتب على عدم تنفيذه. أما البيع الذي يشترط فيه على المشتري دفع مبلغ من المال إلى الأجنبي عن العقد ، فليس فيه نفع للمشتري وهو البائع ، لأن حاصله دفع مال بدون عوض مع انتفاء الفائدة التي تعود على المشتري من هذا الاشتراط<sup>199</sup>.

- قال المانعون أن العيوب باطل لأن فيه شرط فاسد ، مردود عليه بأن الشرط الفاسد في المعاملات هو ما أحل حراماً أو حرم حلالاً. والعيوب ليس كذلك ، إنما هو شرط يقع على

197 - انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق.....، المرجع السابق ، ص. 95.

198 - انظر، أبو عبد الرحمن عدنان بن علي الأحمدي ، بحث في بيع العيوب ، الموقع :

[www.ahlalhadeeth.com / vb / archive / index.php].

199 - انظر، رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص. 171.

المشتري جزاء نكوله عن الشراء وتعريض سلعة البائع للكساد أو الخسارة وحتى لا يطمع الناس في أموال بعضهم البعض نتيجة الطمع في الربح على حساب الغير<sup>200</sup>.

### ب- الرأي الذي يجيزه:

وهو مذهب الإمام أحمد بن حنبل وبعض التابعين منهم مجاهد وابن سيرين وابن المسيب وفعله عمر بن الخطاب<sup>201</sup>.

### (1) - أدلة هذا الاتجاه:

- استدل فقهاء المذهب الحنبلي ومن وافقهم في إجازة التعامل بالعربون بالأدلة الآتية:
- ورد لابن رشد أن عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن اسلم ، أنه سئل رسول الله  $\rho$  عن العربان في البيع فأحله<sup>202</sup>.
  - ما رواه البخاري في صحيحه<sup>203</sup> في باب ما يجوز من الاشتراط عن ابن سيرين أنه قال: "قال رجل لكريمه<sup>204</sup> أرحل ركابك<sup>205</sup> فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج ، فقال شريح<sup>206</sup> من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه".
  - استدل فقهاء الحنابلة في إجازة التعامل بالعربون بالأثر المروي عن عمر بن الخطاب  $\tau$  أنه أمرنافع بن عبد الحارث وكان عامله على مكة أن يشتري له دارا للسجن بمكة. فاشترى نافع دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، دفع إليه أربعمائة درهم واشترط عليه لإنفاذ وإتمام البيع رضاء عمر بن الخطاب  $\tau$ ، وإن لم يرض عمر فلصفوان الأربعمائة درهم وقد أجاز عمر  $\tau$  هذا الشراء<sup>207</sup>.

200 - انظر، أبو حسام الطرفاوي ، المرجع السابق ، ص. 31.

201 - انظر، أبو حسام الطرفاوي ، المرجع نفسه ، ص. 11- 13.

202 - - انظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ط. 2، ج. 2 ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 1983، ص. 185.

203 - انظر، الإمام محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، صحيح البخاري في باب ما يجوز من الاشتراط ، ط. 1، ج. 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 1400 هـ ، ص. 259.

204 - الكريّ بتشديد الياء وزن غيّ ، هو المكاري الذي يؤجر الدواب للسفر.

205 - وأرحل ركابك أي شد على دوابك رحالها ، استعداد للسفر.

206 - هو شريح بن قيس الكندي، من أشهر القضاة والفقهاء في صدر الإسلام ، ولاه عمر بن الخطاب قضاء الكوفة ، واستمر فيها حتى في أيام الحجاج فأعفاه.

207 - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 24 ؛ الإمامين موفق الدين و شمس الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، ص. 313.

## (2) - مناقشة أدلة هذا الاتجاه:

- ضعف جمهور الفقهاء هذا الحديث ، بقولهم أن هذا الحديث لا يعرف عن النبي  $\rho$  من وجه يصح. وإنما ذكره عبد الرزاق عن الأسلمي عن زيد بن اسلم مرسلًا<sup>208</sup> وهذا ومثله ليس بحجة. ففي إسناد إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى وهو ضعيف لا يحتج بحديثه<sup>209</sup>.

- أما عن الأثر الوارد عن سيدنا عمر، فقد أورد الفقهاء عدة احتمالات بشأنه:

• يرى ابن قدامة أن هذا البيع الذي تم لعمر بن الخطاب يحتمل أنه قد تم على الصورة التي أجازها جمهور الفقهاء في بيع العربون ، بأن يكون العربون قد دفع قبل التعاقد وعندما تم التعاقد احتسبت الأربعمائة درهم من الثمن. فقد رجح أن الشرط وقع قبل العقد فلا يحتج به وبذلك يصح البيع في هذه الحالة لأنه خلا من الشرط المفسد<sup>210</sup>.

• أما ابن المنير فيرى أن الأربعمائة درهم هي ثمن المبيع ، وأنه يمكن من خلال هذا الأثر الاستدلال بأن العهدة في ثمن المبيع تكون على المشتري حتى وإن ذكر أنه يشتري لغيره<sup>211</sup>.

وقد رد ابن حجر على ذلك بقوله أن ابن المنير قد وقف مع ظاهر اللفظ المعلق ولم ير سياقه تماما ، فظن أن الأربعمائة درهم هي الثمن الذي اشترى به نافع والواقع ليس كذلك ، إنما الثمن كان أربعة آلاف درهم. كما رد على تأويل ابن قدامة للأثر ، أن نافعا عامل لعمر على مكة ، لذلك اشترط الخيار لعمر بعد أن أوقع العقد له ، كما صرح بذلك كل من روى هذا الأثر ووصله. ويرى أيضا أن الأربعمائة درهم التي اشترطها نافع لصفوان يحتمل أن يكون قد جعلها في مقابل انتفاعه بهذه الدار إلى أن يعود الجواب من عمر<sup>212</sup>.

## ج- الرأي الراجح:

وقد ذكر القصة الإمام البخاري في صحيحه معلقة فقال: "بَابُ الرَّئِطِ، وَالْحَبْسِ فِي الْحَرَمِ وَاشْتَرَى نَافِعُ بْنُ عَبْدِ الْحَارِثِ ذَارًا لِلسَّخَنِ بِمَكَّةَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ، عَلَى أَنَّ عُمَرَ إِنْ رَضِيَ فَالْبَيْعُ بِنِعْهُ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ فَلِصَفْوَانَ أَرْبَعُ مِائَةِ دِينَارٍ وَسُجِنَ ابْنُ الرَّبِيعِ بِمَكَّةَ" ؛ انظر، الإمام محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري ، المرجع السابق ، ص. 260.

<sup>208</sup> - حديث زيد بن اسلم المرسل هو أنه مرسل حسن إلى زيد بن اسلم والمرسل هو من كبار التابعين ؛ انظر، أبو حسام الدين الطرفاوي، المرجع السابق، ص. 22.

<sup>209</sup> - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 27-28.

<sup>210</sup> - انظر ، إحسان بن محمد بن عايش العيبي أبو طارق، بيع العربون، الموقع :

[http:// www.Saaid.net /Doat / ehsan / 24.htm].

<sup>211</sup> - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 28.

<sup>212</sup> - انظر ، أبو حسام الطرفاوي، المرجع السابق، ص. 17.

بعد استعراض أدلة الاتجاهين ومناقشتها ، فالرأي الراجح منهما هو ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني القائلين بجواز التعامل بالعربون ، فهو الأولى بالقبول<sup>213</sup> . وذلك يرجع إلى عدة أسباب منها:

(1)- أن كل من الاتجاهين اعتمد على حديث لا تقوم به الحجة لضعفه. إلا أن هناك ما يعضد ويقوي الاتجاه الثاني ألا وهو الأثر المروي<sup>214</sup> عن عمر بن الخطاب  $\tau$  وهو أثر عملي وقد أوله بعض الفقهاء بما يتناسب مع آرائهم ، إلا أن هذه التأويلات تتنافى تماما مع الأثر كما هو مفهوم منه من كل الطرق والروايات التي روي بها<sup>215</sup> .

فهذا الأثر المروي عن عمر بن الخطاب أطرافه ثلاثة من أصحاب رسول الله  $\rho$  أولهم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب الذي كان أحرص الناس على دينه وأفهمهم لمقاصد الشريعة ، ولو كان في التعامل بالعربون أية مخالفة لما ورد في أصول الشريعة ولما أجازها عمر بن الخطاب. والطرفان الآخران هما الصحابيان الجليلان نافع بن عبد الحارث وصفوان بن أمية ، الثلاثة يعيشون في مكة والمدينة ولو تبث مخالفة هذا العمل للسنة لردهم عنه صحابة الرسول  $\rho$  وكانوا كثيرين بمكة والمدينة وأحرص الناس على تطبيق دينهم<sup>216</sup> .

(2)- إن الأدلة التي استدلت بها جمهور الفقهاء من المعقول تم الرد عليها جميعها بردود عملت على تحاشي كل نقد يمكن أن يوجه للتعامل بالعربون ، سواء من حيث مدة الخيار أو المقابل لإحتفاظ البائع بالعربون في حال عدم إتمام البيع وهو توقيف السلعة ومنعه من التصرف فيها. وأن العربون مقابل لحق الفسخ وهو ما يجعل معاوضة العربون تكون مبادلة مال بحق<sup>217</sup> .

213 - انظر، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 29 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق.....، المرجع السابق، ص. 96 ؛ ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 153.

214 - مما يقوى هذا الأثر أيضا، أن قصة شراء عمر بن الخطاب دا السجن بمكة من صفوان بن أمية قد اشتهرت بين أهل العلم، وبين من كتب في تاريخ مكة، مثال: الأزرقى، والفاكهي، وابن شبة. حتى أنها كانت موجودة في عصر الفاكهي وكانت لا تزال سجن مكة ؛ انظر، عبد الرحمن عدنان بن علي الأحدي، بحث في العربون، ملتمى أهل الحديث، الموقع :

[www. ahlalhadeeth.com / vb / archive / index.php].

215 - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 29.

216 - انظر ، أبو حسام الطرفاوي، المرجع السابق، ص. 23-24.

217 - انظر ، الحامي عبد الرزاق عبد الله ، البيع بالعربون ، الموقع :

[http:// www.Gulfta.com / Forum / show thread.php? t=728].

(3)- أن هناك صورتين أخريين تقربان من بيع العربون ومع ذلك تصحان دونه في رأي من يقول ببطالانه. أحدهما البيع البات الذي يتلوه تقايل<sup>218</sup> ، دَفَع المشتري في مقابله شيئاً. و الصورة الأخرى عقدان متتاليان في الأول منهما يدفع المشتري إلى البائع قبل البيع درهما ويقول له لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم أشتريها فالدرهم لك. وفي الثاني يشتريها بعقد مبتدأ ويحسب الدرهم من الثمن ، فهذا البيع وهو العقد المبتدأ صحيح لأنه انفصل عن العربون وصار عقداً مستقلاً ، فخلا من الشرط المفسد. وأصحاب الاتجاه الثاني على حق في تصحيحهم لبيع العربون قياساً على هاتين الصورتين ، بل في الصورة الثانية أي صورة العقدين المتتاليين -عقد العربون وعقد البيع المبتدأ- يصعب فيها القول بأن المشتري إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ، فالعوض موجود وهو تفويت المشتري على البائع فرصة البيع من شخص آخر ربما يكون أفضل سعر<sup>219</sup>.

(4)- طالما أن المشتري اشترط على نفسه فإنه يلتزم بذلك انطلاقاً مما رواه الإمام البخاري عن عمر بن الخطاب  $\tau$  أنه قال: "مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرط"<sup>220</sup>. كما قال رسول الله  $\rho$ : "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً"<sup>221</sup>.

والتعامل بالعربون كشرط لم يحلل حراماً أو يحرم حلالاً وذلك لعدم تبوُّث النهي عنه أو الحل. بل هو شرط جائز في ذاته وهو واقع في العقد بتراضي المتعاقدان عليه دون إجبار أو إكراه ، فيكون الوفاء بهذا الشرط إنفاذاً للعقد الذي اتفق عليه المتعاقدان<sup>222</sup>.

(5)- يستند إجازة هذا التعامل كذلك لحاجة الناس إليه وتعارفهم عليه ، ففي إجازة العربون توسعة للعباد وإقرار لعرف لم يرد نص يجرمه. والمعروف عند الفقهاء أن العرف معتبر وأن في اعتباره رفعا للحرج، ومن الطبيعي أيضاً أن يتبدل الحكم الشرعي بتبدل العرف ، لأن القصد في

218 - تقايل الرجلان البيع: تفاسيخه بعد أن عقده ؛ محمود المسعودي ، القاموس الجديد ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص. 209 ؛ وهو من اشترى سلعة ثم ندم ، فقال لصاحبه أفلني أقال الله عثرتك يوم القيامة. واتفق على أن يدفع لصاحبه شيئاً من المال ؛ انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 440.

219 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق ،.....، المرجع السابق، ص. 96.

220 - انظر ، ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط. 1، ج. 3 ، دار الحديث ، بيروت ، 1993، ص. 312.

221 - رواه الترميذي عن عمرو بن عوف المذني عن النبي - صلى الله عليه وسلم-، قال حديث حسن صحيح ورواه أبو داود، وابن ماجه وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

222 - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق ، ص. 30.

الشريعة تحقيق المصالح، فإذا تبدل وجه المصلحة في عرف تبدل الحكم، لذا قال العلماء: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان". والأحكام المقصودة بذلك هي الأحكام الإجتهدية<sup>223</sup>.

(6)- كما نجد في شأن إجازة التعامل بالعربون قرار مجمع الفقه الإسلامي<sup>224</sup>، والذي يشترط أن تكون مدة الانتظار محددة في التعاقد بالعربون، فإذا تم العقد حسب العربون من الثمن وإذا عدل المشتري كان من حق البائع.

(7)- بيع العربون الذي يجيزه الإمام أحمد، صورته أن يدفع المشتري العربون للبائع ثم يتركه له إذا كره البيع، ويتفق مع هذه الصورة أن يكون البائع هو الذي له الخيار في أن يعدل عن البيع، فيرد العربون ومثله معه، ومن تم يجوز في بيع العربون أن يكون الخيار للمشتري أو للبائع أو لكل منهما<sup>225</sup>.

## 2- العرف:

طغى على المعاملات بين الجزائريين التعاقد بالعربون، لاسيما التجارية منها، لما فيه من حفظ للحقوق وتسهيل المعاملات وكسب الثقة. و تعود ثقافة التعامل بالعربون في الجزائر إلى العهد الإستعماري أو الممارسات التي دأب عليها المستعمر الفرنسي<sup>226</sup>.

لقد سبقت الإشارة أن المشرع الفرنسي نظم العربون بنص المادة 1590 السالفة الذكر، والتي نسشف من خلالها أخذه بدلالة العدول. وبما أن القانون رقم (62-157)<sup>227</sup> مدد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية، بقيت هذه الأحكام هي المنظمة للعربون في الجزائر بعد الاستقلال إلى غاية صدور القانون المدني الجزائري. وبعد صدور القانون

<sup>223</sup> - انظر، لطيفة جاسم العون، بيوع الأوبشن... هل هي جائزة؟، مجلة المستثمرين الكويتية الاقتصادية، الموقع:

[http:// twsyat.net / Faurm / archive / index.php / t-29739.htm].

<sup>224</sup> - المنعقد في دورته الثامنة من 1 إلى 7 محرم 1414 هـ الموافق لـ 21-27 يونيو 1993 في قراره رقم 72 (8/3) بشأن بيع العربون، (ملحق رقم 02)، ص. 160، منشور بالموقع، الإسلام اليوم:

[http:// www.islamtoday.net questions / show -articles - contrat .cfm? id].

<sup>225</sup> - انظر، عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س، ص. 324.

<sup>226</sup> - انظر، رزوق نوال، المرجع السابق، ص. 28.

<sup>227</sup> - Loi n° 62 - 157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction, Jusqu'à nouvel ordre de la l'égislation en vigueur au 31 decembre 1962, Journal officiel de la republique algérienne, de 11 janvier 1963.

المدني تبين أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم العربون ولا نعلم السبب الذي دفعه إلى ذلك ، هل كان سهوا ، أم فعل ذلك متعمدا؟

ويبدو أن عدم النص على العربون يرجع إلى عدم الإجماع على حكمه في الشريعة الإسلامية ، وبذلك يكون المشرع قد فضل عدم تنظيم هذه المسألة أو لعلمه أن تنظيمه يستمد من العرف الموروث عن القانون الفرنسي.

تختلف قواعد العرف في الجزائر من منطقة إلى أخرى ، فمثلا تضمن القانون العرفي الأمريكي لاتحاد أعراش جرجرة نصا على العربون فجاء في المادة 73 منه مايلي: "لا يثبت البيع ولا الشراء إلا عند دفع العربون"<sup>228</sup>.

ويتعلق الأمر هنا بالبيع المهمة كبيع العقارات والحيوانات المستعملة في الحرث كالثيران والأبقار والأحصنة. ولا يدفع العربون هنا مقابل حق العدول عن البيع من طرف البائع أو المشتري وإنما يدفع كتأكيد للبيع على أنه ليس باستطاعة أحد الطرفين التراجع عنه. فلا يستطيع البائع أن يتصرف في المبيع لشخص آخر لأن البيع قائم ، حيث يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ويلتزم هذا الأخير بدفع الثمن مخصوما منه مبلغ العربون ، ويعتمد العربون عادة كجزء من الثمن في أسواق بيع السيارات المستعملة<sup>229</sup>.

لكن الغالب أن العرف الساري به العمل في الجزائر خلال الفترة الممتدة من تاريخ صدور القانون المدني إلى غاية تعديله بموجب القانون رقم (05-10) ساير القانون الفرنسي فيما يخص دلالة العربون فجعلها دلالة عدول ، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار مجلس قضاء تلمسان<sup>230</sup> "حيث أنه وحسب العرف الجاري به العمل ، فإن العربون لا يرد إذا كان العدول من المشتري وعليه وبما أن المستأنف هو المشتري وقد عدل عن إتمام عقد البيع فإن طلبه رد العربون يكون غير مؤسس مما يتعين معه رفضه".

<sup>228</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص. 224.

<sup>229</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص. 224.

<sup>230</sup> - انظر ، قرار مجلس قضاء تلمسان، الغرفة المدنية، 2007/03/26، رقم القضية 06/2360، الفهرس 07/982، قرار غير منشور، (ملحق رقم 03)، ص. 161-167.

أما فيما يخص أحكام العربون فقد أدخلت عليها بعض التعديلات حسب العرف السائد في الجزائر مفادها أنه إذا عدل قابض العربون يلتزم بإرجاع مبلغ العربون دون مثله ثمنا لعدوله أي دون أن يدفع شيئا مقابل عدوله ، في حين إذا عدل من دفعه خسره ، فعزز بذلك موقف البائع في مواجهة المشتري. وتجدر الإشارة إلى أن المدة الممنوحة للمتعاقدين ليعربا عن عدولهما في العرف الجزائري كانت جد قصيرة لا تتعدى في أغلبها اليوم أو اليومين، باعتبار أن المعاملات اليومية التي كان يستعمل فيها العربون تستدعي السرعة<sup>231</sup>.

### 3- موقف القضاء الجزائري:

للإجابة على السؤال الذي تم طرحه في البداية والمتعلق بالأساس القانوني الذي اعتمد عليه القضاء الجزائري لسد الفراغ القانوني في موضوع العربون قبل التعديل ، سنحاول مناقشة بعض الأحكام والقرارات والتي على ضوءها يمكن تحديد موقف القضاء الجزائري.

#### أ- مناقشة الأحكام والقرارات:

##### (1)- مرحلة ما قبل صدور القانون المدني:

كان القضاء الجزائري يلجأ إلى تطبيق أحكام المادة 1590 ق.م.ف على النزاعات المتعلقة بالعربون ضمنا دون الإشارة إلى المادة المذكورة، فقد جاء في قرار المجلس الأعلى<sup>232</sup>: "... في حين أن ذلك الحكم قد ألزم البائعين أي المطعون ضدهما بأن يرد للطاعن بالنقض الثلاثة عشر ألف وخمسمائة دينار التي كان قد دفعها لهما على سبيل العربون مع أن الاجتهاد القضائي يقرر باستمرار أن البائع الذي يمتنع من تنجيز البيع يكون ملزما بدفع مضاعف العربون".

ما يلاحظ هنا أنه رغم رفع الدعوى قبل صدور القانون المدني أي في المرحلة التي كان فيها القانون الفرنسي هو المطبق ، إلا أن قضاة المجلس الأعلى لم يشيروا صراحة إلى أحكام المادة 1590 ق.م.ف، بل استعملوا عبارة "الاجتهاد القضائي يقرر باستمرار"، وإن هذا الاجتهاد الذي اعتمد عليه هو تطبيق لهذه المادة.

<sup>231</sup> - انظر ، رزوق نوال ، المرجع السابق، ص . 29.

<sup>232</sup> - انظر ، قرار المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، 1979/01/31 ، الملف رقم 14447 ، قرار غير منشور، (ملحق رقم 04) ، ص.

## (2)- مرحلة ما بعد صدور القانون المدني وقبل تعديله بموجب القانون رقم 10-

:05

تتميز هذه المرحلة بعدم النص على العربون في القانون المدني:

- جاء في قرار المجلس الأعلى<sup>233</sup>، المؤرخ في 19/02/1986: "حيث تبين من قراءة القرار المطعون فيه أن مجلس الجزائر استند في حكمه على القاعدة التي تنص: "إذا تم الوعد بالبيع مع العربون فلكل متعاقد أن يتنصل من البيع ومن قدم العربون يخسره ومن قبضه يرد ضعفه". وهي قاعدة يأخذ بها القانون المدني الفرنسي في مادته 1590 لكن القانون المدني الجزائري لم يتبناها". وما يلاحظ هنا أن قضاة المجلس الأعلى نقضوا قرار مجلس الجزائر الذي استند على المادة 1590 ق.م.ف واعتبروه منعدم الأساس القانوني، ولكن لم يبرروا موقفهم بخصوص الأساس الذي يجب أن يبنى عليه القرار.

- كما قضى حكم من محكمة باتنة<sup>234</sup> الصادر بتاريخ 15/11/1992، بالزام المدعي عليه (البائع) برد المبلغ الذي تسلمه من المدعي (المشتري) والمقدر بـ 4000 دج وأن يدفع له 5000 دج تعويضا عن الضرر اللاحق به. وما يلاحظ أن المحكمة كيفت المبلغ المدفوع بأنه جزء من الثمن لأنها قضت برده للمشتري دون رد ضعفه، فلو كان عربون عدول لكان الحكم في هذه الحالة يقضي برد مبلغ العربون ومثله.

وبعد استئناف هذا الحكم من طرف المدعي عليه (البائع) صدر القرار المؤرخ في 09/02/1994 عن مجلس قضاء باتنة<sup>235</sup> والذي كيف المبلغ المدفوع على أنه جزء من الثمن فقد جاء في إحدى حيثياته مايلي: "حيث بعد المداولة القانونية تبين للمجلس أن موضوع الدعوى يتعلق ببيع قطعة أرض دفع المستأنف عليه جزء من ثمن هذه الأرض للمستأنف في انتظار إتمام إجراءات البيع لكي يدفع له باقي المبلغ".

<sup>233</sup> - انظر، قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الثاني، 19/02/1986، الملف رقم 43103، قرار غير منشور، (ملحق رقم 05)، ص. 171-173.

<sup>234</sup> - انظر، قرار مجلس قضاء باتنة، الغرفة المدنية، 09/02/1994، الملف رقم: 94/343، قرار غير منشور، (الملحق رقم 06)، ص. 174-176.

<sup>235</sup> - انظر، قرار مجلس قضاء باتنة، الغرفة المدنية، 09/02/1994، الملف رقم: 94/343، قرار غير منشور، (الملحق رقم 06)، ص. 174-176.

إلا أنه بعد الطعن بالنقض من طرف البائع ، أصدرت المحكمة العليا<sup>236</sup> قرارها في 1996/03/13 القاضي برفض الطعن بالنقض ، وبذلك أيدت قرار المجلس الذي اعتبر أنّ المبلغ المدفوع يعد جزءا من الثمن ، دون تأسيس ذلك.

- في قضية أخرى فصلت فيها محكمة الحراش<sup>237</sup> بموجب حكم مؤرخ بتاريخ 1994/01/31 صادر عن هذه الأخيرة ألزم المدعي عليه (البائع) برد مبلغ العربون المقدر بـ (150.000 دج) إلّ المدعية (المشتري). ولقد جاء في إحدى حيثياته : "حيث أنّ عدم قيام المدعي عليه بإتمام عملية البيع رغم قبضه لهذا المبلغ وبيعه الشقة محلّ البيع لشخص آخر ألحق بدوره أضرار بالمدعية ، ويجعله مخالفاً بالتزامه ويتعيّن بالتالي إلزام المدعي عليه بردّ مبلغ العربون الذي قبضه والمقدر بـ 150.000 دج جبرا لها الضرر وخاصة أنّه يصرّح على أنّه كان قد وضع هذا المبلغ تحت تصرّف المدعية دون أن تستلمه".

وهنا لم تبين المحكمة إذا كان هذا المبلغ جزءا من الثمن أم عربون عدول.

- بعد استئناف هذا الحكم من طرف المدعية (المشتري)، صدر قرار من مجلس قضاء الجزائر<sup>238</sup> في 1994/11/19 والذي قضى بـ: "إلغاء الحكم المعاب الصادر عن محكمة الحراش بتاريخ 94/01/31 والقضاء من جديد برفض دعوى المستأنفة لعدم التأسيس". وتأسيس ذلك لا يعود إلى أن المستأنفة (المشتري) قد تخلت عن تنفيذ التزاماتها ، ولكن لأن مبلغ العربون وضع تحت تصرفها من طرف المستأنف عليه وبإمكان المستأنفة استلامه دون اللجوء إلى القضاء.

وبذلك لم يؤسسوا سبب أحقيتها للعربون ودلالته ، هل هو جزء من الثمن أي تسبيق والذي يبقى للمشتري الحق في المطالبة بإرجاعه سواء تقرّر بطلان العقد بسبب المشتري أم بخطئ من البائع ، إضافة إلى الحق في طلب التعويض إذا تقرّر البطلان بخطئ من أحد

<sup>236</sup> - انظر ، قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، 1996/03/13، الملف رقم 133307، قرار غير منشور، (ملحق رقم 07)، ص. 177-179.

<sup>237</sup> - انظر ، حكم محكمة الحراش، 1994/01/31، الملف رقم 93/520، حكم غير منشور، (الملحق رقم 08)، ص. 180-181.

<sup>238</sup> - انظر ، قرار مجلس قضاء الجزائر، الغرفة المدنية، 1994/11/19، الملف رقم 2 436، قرار غير منشور، (الملحق رقم 09)، ص.

182-185.

المتعاقدين وترتب عنه ضرر. أم أنه عربون عدول ، حيث يفقده من عدل عن تنفيذ العقد. هذا القرار طعن فيه بالنقض ، إلا أن المحكمة العليا<sup>239</sup> ، رفضت الطعن.

لكن ماذا عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ؟

لقد كان القضاء متذبذبا في أحكامه ، فتارة يحكم بصحة دفع العربون ، وتارة أخرى يقضي بعدم شرعيته لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية ، ولعلّ هذا راجع إلى عدم ثبات فقهاء الشريعة الإسلامية على حكم موحد للعربون ، سواء بتحليله أو تحريمه ، وبالتالي فإنّ القضاء لم يجد الأرضية الثابتة ليعني عليها حكمه.

- فقد جاء في حكم صادر عن محكمة قلمة<sup>240</sup> ما يلي : "حيث أنّ التعاقد بالعربون غير منصوص على أحكامه في نصوص القانون المدني الجزائري ، وبالتالي يجب الرجوع حسب المادة الأولى منه إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. حيث أنّ حكم العربون في الفقه الإسلامي غير متفق عليه ، وما دام أنّ المذهب السائد في الجزائر - المذهب المالكي - فيتعيّن الرجوع إلى أحكام هذا المذهب للفصل في الدعوى الراهنة. حيث بالرجوع إلى موطأ الإمام مالك (الجزء الثاني ، ص 309) بشأن العربون : «حدثني يحيى بن مالك عن الثقة عنده ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربون...». حيث أنّه والحالة هذه يتعيّن إلزام البائعة بردّ مبلغ العربون المقبوض لانعدام موجهه".

نلاحظ من خلال حيثيات هذا الحكم بأنّ القاضي قد اعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية لعدم وجود نصّ في القانون المدني ينظم أحكام العربون ، وباعتبارها المصدر الإحتياطي الأول ، واعتمد أساسا على رأي الجمهور الرامي إلى تحريم التعاقد بالعربون.

- في قضية أخرى قضت محكمة الغزوات في 29/05/2006 ، رفض طلب المدعي (المشتري) المتمثل في تمكينه من مبلغ العربون المقدر بـ 500.000 دج والتعويض ، وذلك لعدم التأسيس تطبيقا للمادة 72 مكرر من ق.م.ج.

<sup>239</sup> - انظر ، قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1996/12/11، الملف رقم 139895، الفهرس رقم 2215 ، قرار غير منشور، (الملحق رقم 10)، ص. 186-188.

<sup>240</sup> - حكم صادر عن محكمة قلمة ، القسم المدني ، بتاريخ 27 مارس 2002 ، الفهرس رقم 02/176 ؛ مقتبس عن حمدي باشا عمر، القضاء المدني ، دار هومة ، الجزائر ، 2003 ، ص. 38.

- بعد استئناف هذا الحكم صدر قرار من مجلس قضاء تلمسان<sup>241</sup> في 26/03/2007 يقضي بتأييد الحكم المستأنف فيه مبدئياً وتعديلاً له القول أن رفض الدعوى يكون تطبيقاً للعرف الجاري العمل به وليس المادة 72 مكرر ق.م.ج ، وقد جاء في حيثياته:
- حيث أنه يثبت أن المستأنف هو من عدل عن إتمام عقد الشراء لكن بإقرار منه وهذا بعد أن دفع العربون.
- حيث أن وقائع دعوى الحال تعود لسنة 2000 وأن القانون المدني قبل التعديل الأخير لم يكن ينص على العربون.
- حيث أنه وطبقاً للمادة الأولى من ق.م.ج فإنه في حال عدم وجود نص تشريعي يحكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية ، وإذا لم يوجد فبمقتضى العرف وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.
- حيث أنه ورجوعاً إلى مبادئ الشريعة الغراء وبالخصوص إلى المذهب المالكي الجاري به العمل في الجزائر فإنه لم ينص على البيع بالعربون وعليه فإن العربون لا يرد إذا كان العدول من المشتري ، وعليه وبما أن المستأنف هو المشتري وقد عدل عن إتمام عقد البيع فإن طلبه رد العربون يكون غير مؤسس مما يتعين معه رفضه.

### ب- تحديد موقف القضاء الجزائري:

- قبل الخوض في مدى استقرار القضاء الجزائري بخصوص مسألة العربون من عدمه قبل تعديل القانون المدني ، يتعين تقديم الملاحظات التالية:
- (1)- في حكم واحد يكيف المبلغ على أنه عربون وفي نفس الوقت جزء من الثمن ، فكان لزاماً على القضاة أن يثبتوا في ما إذا كان المبلغ المدفوع هو في حقيقته عربوناً أو جزءاً من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين.
- قد يخطئ الطرفان في تسمية الدفعة المقدمة كجزء من الثمن للبدء في تنفيذه على أنها عربوناً ، فالعبرة بالنية لا بالألفاظ ، فقد يثبت للمحكمة من ظروف الدعوى أن المبلغ الذي سمي عربوناً في عقد البيع هو جزء من الثمن دفع دلالة على إتمام العقد ضماناً لتنفيذه ، لا

<sup>241</sup> - انظر ، قرار مجلس قضاء تلمسان، الغرفة المدنية، 26/03/2007، رقم القضية 06/2360، الفهرس: 07/982، قرار غير منشور، (ملحق رقم 03)، ص. 161-167.

عربونا بالمعنى القانوني الذي يصح أن يتخذ وسيلة يتمكن بها المتعاقدان من نقض العقد والتخلص منه<sup>242</sup>.

(2)- عدم تأسيس القواعد التي على أساسها تم الفصل في النزاع ، أي من أين استمد القضاء أحكام العربون هل من الشريعة الإسلامية أم من العرف؟

على العكس نلاحظ أن العرف استقر في مصر قبل القانون المدني الجديد على نفس دلالة العربون الحالية ، فقد ثبت بأنه إذا عدل المشتري يفقد العربون الذي دفعه ، أما إذا عدل البائع يجب أن يرد العربون ومثله<sup>243</sup>.

نستخلص مما سبق أن القضاء الجزائري كان يأخذ بمفهوم العربون ويطبق عليه العرف السائد في الجزائر ، لكن لم ينص صراحة عليه كما فعل ذلك القضاء المصري الذي طبق العرف باعتباره المصدر الثاني. وكان لزاما على القضاء الجزائري و عملا بالمادة الأولى من القانون المدني في حالة عدم وجود نص قانوني أن يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما لم يحدث بحجة عدم الإجماع بين الفقهاء حول مسألة العربون، فانتقلوا مباشرة إلى المصدر الثالث وهو العرف.

كما أن الملاحظ على ضوء كل ما تقدم أن القضاء الجزائري كان متذبذبا في تحديده دلالة العربون ، فأحيانا يعتبرها دلالة بت ، وأخرى دلالة عدول. ويمكن إرجاع ذلك إلى قلة القضايا المطروحة على القضاء باعتبار أن العربون غالبا ما يكون مبلغا ضئيلا مقارنة بالمبلغ الأصلي مما يحول دون تكبد خاسره عناء اللجوء إلى القضاء. وإذا تم اللجوء إلى القضاء ، فنادرا ما يتم سلوك طريق الطعن بالنقض ، الشيء الذي أدى إلى قلة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا وعدم إجماع قضائها على مبدأ معين وهذا ما أثر على موقف قضاة الدرجة الأولى و الاستئناف.

<sup>242</sup> - استئناف مصر، 15 ماي 1949، المخامة 31، رقم 325، ص. 1107، مقتبس عن عبد الحكم فودة، موسوعة التعليق على القانون المدني .....، المرجع السابق، ص. 332.

<sup>243</sup> - استئناف 3 ماي 1920، المجموعة 22، رقم 112، ص. 181، مرجع القضاء 2679، مقتبس عن عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون .....، المرجع نفسه ، ص. 153.

ثانيا: بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05.

نصت الإرادة التشريعية الجزائرية أخيرا على دلالة العيوب بإضافة المادة 72 مكرر بموجب القانون رقم (10-05) ، حيث أدرجت بموجب المادة 24 في الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود" ، الباب الأول "مصادر الالتزام" ، الفصل الثاني "العقد" ، القسم الثاني "شروط العقد" ، والتي تقضي:

"يمنح دفع العيوب وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها ، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العيوب فقد.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر."

وبذلك تكون أحكام العيوب الواردة في هذه المادة حكما عاما يصدق على العيوب في سائر العقود، وليس فقط عقدي البيع والإيجار الشائع فيهما التعامل بالعيوب.

و يتضح منها أن دفع العيوب وقت إبرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن إبرامه و يكون ذلك خلال المدة المتفق عليها ، فإذا انقضت المدة دون أن يظهر أي من المتعاقدين رغبته في العدول فيتأكد العقد ويعتبر العيوب تنفيذا جزئيا له. أما إذا عدل من قدم العيوب فإنه يفقده ، وإذا عدل من قبض العيوب فيرده و معه مثله.

و يلاحظ أن العيوب يمكن أن يكون دليلا على تأكيد العقد ، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يتفق الطرفان على ذلك ، وقد يكون هذا الإتفاق صريحا أو ضمنيا<sup>244</sup>. وفي ذلك تقضي المادة 72 مكرر ق.م : "...لكل من المتعاقدين الحق في العدول ...، إلا إذا قضى الإتفاق بخلاف ذلك."

وإذا لم يتم إثبات ذلك كان دفعه دليلا على أن طرفي التعاقد إنما أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن التعاقد ، ويستوي في ذلك أن يكون العقد بيعا وإيجارا أو أي تعاقد آخر.

وواضح أيضا من هذا النص أننا بصدد قاعدة مكملة وليست آمرة ، وبالتالي يجوز للأفراد أن يتفقوا صراحة أو ضمنا على مخالفتها. فقد يتفقان على حكم مخالف لما ذكره المشرع

<sup>244</sup> - انظر، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط.4، دار الهدى ، الجزائر، 2007-2008، ص. 137.

في حال العدول ، كأن يتفقا على أن يرد المتعاقد الذي قبض العربون مثلا المبلغ الذي قبضه فعلا وليس ضعفيه كما جاء في النص ، أو أن دافع العربون في حالة عدوله لا يكتفي منه بفقده للعربون الذي دفعه بل يدفع ضعفيه. كما قد يتبين أيضا من نية المتعاقدين أنهما أرادا من العربون قصد العدول عن العقد لأحدهما وليس لكليهما<sup>245</sup>.

### الفرع الثاني : العربون في القانون المدني المصري.

للإشارة أنه لم يرد في التقنين المدني المصري القديم نص يحكم مسألة العربون ، فتعارضت بذلك أحكام المحاكم ، بخلاف القانون المدني الجديد حيث ورد فيه نص المادة 103 تبين حكم العربون ، لذلك من الأهمية بمكان أن نعرض الأساس القانوني للعربون في القانون القديم للربط بين الماضي والحاضر.

### أولا : العربون في القانون المدني المصري القديم.

نظرا لشيوع التعامل بالعربون وإزاء خلو التقنين المدني المصري القديم من نص بصدد العربون عكس ما هو عليه الحال في التقنين المدني الفرنسي ، تعارضت الأحكام القضائية بين الأخذ بدلالة العدول ودلالة البت ، حيث قررت البعض منها<sup>246</sup> أنه رغم خلو القانون المدني المصري من نص يقابل المادة 1590 مدني فرنسي إلا أن العرف في مصر يتفق مع نصها ، في حين رأت بعض المحاكم أنه لا مانع من تطبيق حكم هذا النص في القانون المصري لأنه نص مفسر لإدارة المتعاقدين.<sup>247</sup>

245 - انظر ، خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 52.

246 - قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه: "ليس في التشريع المصري ما يقابل المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي التي نظمت شؤون العربون، ولما كان الغرض من هذه المادة النزول على رغبة المتعاقدين، فيجب إذن الرجوع لهذه الرغبة وفي حال الشك يمكن الرجوع إلى العادة والعرف، والعرف في مصر يتفق مع نص المادة الفرنسية، وقد جرت على ذلك المحاكم الأهلية المختلطة في كثير من الأحكام"، استئناف أهلي في 1939/10/31، مجلة المحاماة، سنة 21، رقم 26، ص. 35 ؛ مقتبس عن عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون.....، المرجع السابق، ص. 153؛ الإسكندرية الوطنية، 25 يونيو 1938، المحاماة، سنة 19، رقم 398، ص. 176 ؛ مقتبس عن سليمان مرقس، الوافي.....، عقد البيع ، المرجع السابق، ص. 93.

247 - استئناف مصر، 8 فبراير 1948 ، المحاماة ، سنة 30 ، رقم 1016 ، ص.457؛ مقتبس عن سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص.

إلا أن أكثر الأحكام في القضاء المصري كانت تعول على نية المتعاقدين<sup>248</sup> في إعطاء العربون حكمه القانوني وبيان دلالاته والتي يتم استخلاصها من نصوص العقد والظروف المحيطة به ، وفي حالة غموضها تفسر في ظل العرف الجاري.<sup>249</sup>

وظاهر العرف في مصر، التمييز بين عقد البيع والإيجار، فالعربون في الإيجار يدل على التأكيد والبث، ويعد تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذ للعقد<sup>250</sup>. أما في البيع فتكون دلالاته جواز العدول إذا كان البيع ابتدائيا، أما إذا كان البيع نهائيا فإنه يفيد التأكيد والبث. وفي هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائي يدل على جواز العدول، ودفعه عند تحرير العقد النهائي يدل على التأكيد والبث.<sup>251</sup>

وقد ورد في المشروع الأصلي للتقنين الحالي نص المادة 105 منه تقرر حكم العربون على الشكل التالي: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك". ووافق مجلس النواب على هذه المادة دون تعديل ، إلا أن لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ رأت أن تأخذ بحكم مخالف تماشيا مع أحكام القضاء المبني على العرف السائد في مصر والذي كان مستقرا في الغالب على إعطاء العربون نفس الحكم الذي نصت عليه المادة 1590 مدني فرنسي أي أن للعربون دلالة العدول<sup>252</sup>. وبعد المناقشة أصبح نص المادة 105 كالاتي: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقدده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"<sup>253</sup>.

248 - قضت محكمة النقض المصرية بأن: "نية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني." ؛ نقض مدني، 1946/3/21، مجموعة عمر 5، رقم 52، ص. 132 ؛ مقتبس عن السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط.2، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 1999، ص.82 ؛ استئناف مدني 25 ماي 1977، مجموعة عمر 59، ص. 157 ؛ مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 216.

249 - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 35.

250 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص. 216.

251 - محكمة الاستئناف، مصر 1924/2/21، المجموعة الرسمية 26، رقم 39 ، وهناك أحكام عديدة أخرى أشار إليها عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص. 216.

252 - انظر ، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 55.

253 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 217.

## ثانيا : العربون في القانون المدني المصري الجديد.

لقد حسم القانون المدني المصري الحالي هذا التردد بشأن مسألة العربون ، فجعله دليلا لحق العدول عن العقد<sup>254</sup> . حيث نصت المادة 103 ق.م.م: " 1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

2- فإذا عدل من دفع العربون فقدته. وإذا عدل من قبضه رد ضعفه<sup>255</sup> ، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

يتبين من نص المادة 103 ق.م.م أن الحكم الوارد بها هو حكم تفسيري مقرر لإرادة الأطراف وليس حكما آمرا. كما أنه لا يعتبر من النظام العام<sup>256</sup> .

كما يفيد أن دفع العربون يعطي لكل من طرفي العقد الحق في العدول عن التعاقد طالما أن هذا المبلغ قد دفع وقت إبرام العقد لا بعده. ولكن هذه الدلالة من الممكن إثبات عكسها إذا قضى الاتفاق بين المتعاقدين على أن دفع العربون إنما يفيد تأكيد العقد. وهذا الإثبات العكسي يتم بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن<sup>257</sup> .

يستفاد كذلك من نص هذه المادة في فقرتها الثانية أن الخسارة المتمثلة في فقد العربون ممن دفعه أوردته ومثله لمن قبضه ، إنما هي جزاء للعدول عن التعاقد بصرف النظر عن وجود ضرر أصاب الطرف الآخر أو لا. وهذا ما يجعل العربون يختلف عن الشرط الجزائي<sup>258</sup> .

254 - انظر ، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني .....، المرجع السابق ، ص. 141.

255 - الصحيح لغة، ضعيفه، فالضعف هو المثل، والمثلان ضعفتان لا ضعف واحد، وضعف الشيء مثله في المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة، وقد اختار القانون المدني الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين مؤثرا ذلك الخطأ المشهور على الصواب المهجور حتى يتجنب اللبس في صدد نصوص تشريعية الخطأ في تطبيقها يؤدي إلى نتائج عملية خطيرة ؛ انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 218.

256 - انظر ، سليمان مرقس، الوافي.....، عقد البيع، المرجع السابق، ص 94.

257 - انظر ، رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية ، الإسكندرية، 1994، ص. 163.

258 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 218.

ومقتضى الأصل الذي افترضه المشرع بقريئة نسبية أن خيار العدول مقرر لمصلحة طرفا العقد ، ما لم يثبت أحدهما أن القصد المشترك كان تقريره لمصلحة أحدهما دون الآخر. وعند ذلك يثبت خيار العدول لمن تقرر العدول لمصلحته فقط<sup>259</sup>.

### الفرع الثالث : العربون في القانون المدني الفرنسي.

الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد أدرج مصطلح العربون في قانون حماية المستهلك ، فما دلالاته في العلاقة التي تربط المحترف بالمستهلك؟ (ثالثا).  
ولكن قبل ذلك نستعرض موقف المشرع الفرنسي من مسألة التعاقد بالعربون سواء في القانون المدني القديم (أولا) والقانون المدني الجديد (ثانيا).

### أولا : العربون في القانون المدني الفرنسي القديم.

كان عصر النهضة الأوربي في جزئه الأول متشعبا بالشكليات، ولم يتم التخلص منها إلا في القرن الثالث عشر تحت ضغط القانون الروماني والكنسي. وأهم هذه الشكليات العربون. ففي العصر الفرنجي كان دفع العربون يلعب دورا مميزا في البيع والإيجار وبعض العقود المشابهة، حيث كان يحدد لحظة ارتباط الأطراف نهائيا. كما أنه كان وسيلة لجعل الاتفاق إلزاميا ولا يكون العقد محققا بدون دفع العربون. فإذا سلم أحد المتعاقدين العربون أصبح العقد باتا ولا يستطيع أحد العدول عنه<sup>260</sup>.

وفي القانون الروماني في عهد جستينيان "Justinien" كان العربون عبارة عن علامة أو إشارة خارجية وليس عنصرا مكونا للالتزام وكان يعطي إمكانية العدول للمتعاقدين<sup>261</sup>.  
أما في القانون العرفي الفرنسي القديم فقد وردت مجموعة من الأعراف عند "Troplong" حيث تبين لنا الميزة أو الخاصية التي كانت للعربون في ذلك القانون منها<sup>262</sup> :

259 - انظر ، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 121.

260 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 168.

261 - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 225.

262 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 169.

- حسب عرف "Normandie" الرضاء البسيط لم يكن يكفي للالتزام ، فالعقد لا يلزم الأفراد إلا إذا كانت هناك علامة تؤكد وجود هذا الرضا أو أداء مكمل له.
- أما عرف "Bar" فقد نصت المادة 197 منه على: "بائع الخمر لا يكون مجبرا على أن يحفظ الخمر المبيع أكثر من 15 يوما ، ويخسر المشتري عربونه إذا لم يأخذه في الوقت المحدد. مهما كانت الخمر قد بيعت أم لا".
- وحسب عرف "Laon" فإن المادة 278 منه تقضي أيضا: "البضائع المباعة يجب أن ترفع في خلال 20 يوما إن لم يوجد هناك اتفاق آخر. وعدم القيام بذلك في الوقت المحدد يجعل العربون مفقودا ويستطيع البائع أن يستعمله في تجارته".
- كذلك عرف "Reims" الذي ساند العرف الأخير ، يقضي: "كل مشتري الخمر والبضائع الأخرى يجب في خلال 20 يوما بعد الشراء أن يرفعوا البضائع المحددة. وغير ذلك العربون سيكون مفقودا ولا يكون البائع ملزما برده إذا لم يرد ذلك ، إلا أن للبائع الاختيار في أن يتابع أو يلاحق المشتري بسبب التعويضات".
- وبشأن هذه الأعراف يقول "Troplong": "أن مجموعة الأعراف هذه يبدو منها أنها تفضل اعتبار العربون وسيلة للرجوع. ولكن ما يهدم هذه الفكرة هو الفقرة الأخيرة من عرف "Reims" والتي تجعل للبائع الاختيار في أن يلاحق المشتري بسبب التعويضات ، فعلى الرغم من العربون إلا أننا نجد أنه يحق للبائع أن يطالب المشتري بالتعويضات. فالعربون لم يكن مقياسا للإصلاح إذن ، فالبائع يستطيع أن يطالب بتنفيذ البيع ويفضل الدعوى الشخصية والتي يكون هدفها إجبار المشتري على التسليم ؛ وبمعنى آخر فإن العربون لم يعد له صفة العدول وهذا ما يظهر لي كدليل صائب".
- الملاحظ من خلال هذه الأعراف أن العربون لم يكن إلا كإشارة لإبرام العقد في هذا العصر، حيث كان للبائع أن يطالب المشتري بالتعويضات إضافة إلى العربون. وبذلك اختفت وظيفة العربون كوسيلة للعدول.

ثم بعد ذلك بدأ يجل محل العربون "Dinier A Dieu"<sup>263</sup> أو عملة الاله وهو عبارة عن قطعة من العملة يعطيها أحد المتعاقدين إلى الآخر علامة على أن الصفقة مبرمة ، حيث أن الاتفاقات لا تعد ملزمة إلا عندما تدفع هذه القطعة من العملة. وكانت "عملة الاله" كثيرة الاستعمال في الأعراف القديمة للجنوب في فرنسا وبخاصة في باريس ، وقد كان لهذه العملة دور متميز في القرن الرابع عشر ، حيث أصبح الأشخاص يشترون ويؤجرون من خلال دفعهم لهذه العملة ، والتي تجعل العقد إجباريا وملزما.

ومع ظهور مبدأ سلطان الإرادة ، بدأت هذه الشكليات الموجودة في الاختفاء وأخذ يقوى أثر الإرادة شيئا فشيئا حتى أصبحت العقود لا تخضع في تكوينها إلا لإرادة المتعاقدين. وبذلك تقلص دور "عمله الاله" حيث أصبحت فقط وسيلة لإثبات الإبرام الرضائي للعقد. أخذ الفقيه "Domat" مرة أخرى بوظيفة العدول للعربون مثلما كان في عهد جستنيان ، فهو يقول: "إذا لم يكن هناك اتفاق صريح ينظم ماهية أثر العربون ضد الذي يمتنع عن تنفيذ البيع، فإذا كان المشتري فإنه يخسر العربون وإذا كان البائع أرجع العربون وقدره"<sup>264</sup>.

## ثانيا : العربون في القانون المدني الفرنسي الحالي.

نجد نصين فقط في القانون المدني الفرنسي يتعلقان بالعربون.

### 1- المادة الأولى:

نصت المادة 1590 مدني التي تضمنت حكم العربون في الوعد بالبيع ، على أنه: "إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد ، فإذا عدل من دفع العربون خسره ، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه". ومؤدى حكم هذه المادة أن المتعاقدين يقرران بدفع أحدهم العربون الحق في العدول لكل واحد منهم. فإذا عدل من دفع العربون فإنه يفقده ويصبح مكتسبا للمتعاقد الآخر ، أما إذا كان العدول من ناحية من قبض العربون فإنه يردده ومثله إلى المتعاقد الآخر.

<sup>263</sup> - انظر ، أكثر تفصيلا، من هذا البحث ، ص. 19.

<sup>264</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 225.

على أنه لاشك في أن حكم المادة 1590 ق.م.ف حكم مقرر ومفسر لإرادة المتعاقدين ، فإذا ثبت اتجاه إرادتهما إلى غيره وجب اتباع ما اتجهت إليه<sup>265</sup>. وإذا كان حكم العربون قد ورد بخصوص الوعد بالبيع ، إلا أن الفقه و القضاء مجمعان على تطبيق هذا الحكم كقاعدة عامة على العقود الأخرى المقترنة بالعربون<sup>266</sup>.

كما أنّ هذا النص وضع استثناء للمبدأ المطروح في المادة 1589 ق.م.ف<sup>267</sup> ، فهو يريد بأن يصبح الوعد المقترن بالعربون غير إلزاميا إذا أراد أحد المتعاقدين العدول عنه<sup>268</sup>. ولا بد من الإشارة أن الأستاذ محمد حسنين يرى أن المادة 1590 ق.م.ف لم تقطع بأن العربون يفيد العدول<sup>269</sup>. في حين يخالفه الأستاذ لحسن بن الشيخ الرأي معللا موقفه بأن هذا القول غير متساغ ، لكون هذه المادة واضحة في أن دفع العربون يعطى الحق للمتعاقد في العدول ، إلا في حالة وجود اتفاق صريح على خلافه<sup>270</sup>. وقد وجهت للمادة 1590 ق.م. ثلاثة انتقادات<sup>271</sup>:

- الأول يتعلق بصياغة المادة لغويا ، ذلك أن لفظ إرجاع الضعف "En Restituant le Double" المستخدم في هذه المادة منتقد ، لأنه ليس من الصحيح لغويا أن يقال أن ذلك الذي تسلم الشيء يجب أن يردّه مضاعفا لأن الرد لا يكون إلا للشيء المسلم فقط ، فالصحيح أن يقال أن الذي تسلم العربون إذا عدل فإنه يجب عليه أن يرد العربون الذي تسلمه ، كما أنه يدفع مبلغا مساويا لقيمة العربون الذي رده.

- أن المشرع الفرنسي أخطأ في استخدام مصطلح الوعد بالبيع مع العربون لأن ذلك يوحي بأن العربون محدد أثره في الوعد بالبيع فقط.

<sup>265</sup> - انظر ، سليمان مرقس، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 94.

<sup>266</sup> - انظر ، أكثر تفصيلا ، من هذا البحث ، ص. 118.

<sup>267</sup> - نص المادة 1589/1 ق.م.ف: "الوعد بالبيع يساوي يبعّا عندما يكون هناك رضا متبادل من الفريقين على الشيء وعلى الثمن".

L'art 1589/1 de C.C. F: "la promesse de vente vaut des deux parties sur la chose et sur le prix".

<sup>268</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 225.

<sup>269</sup> - انظر ، محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ط. 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص. 38.

<sup>270</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 266.

<sup>271</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق، ص. 173-174.

فإذا كان المشرع قد ساوى في الفقرة 01 من المادة 1589 ق.م بين الوعد بالبيع والبيع، فإنه لم يكن هناك أي داع للتمييز بينهما في مادة العربون وقصر النص على الوعد بالبيع فقط. - كان على المشرع حينما أراد أن ينشئ مبدأ عاما خاصا بنظرية العربون ألا يضعه في منتصف قواعد عقد البيع، فهذا الموضوع غير منطقي، بل كان عليه أن يقوم باختيار مكان مناسب وذلك بعد التحديد الدقيق والمضبوط لشرط العربون وحقيقته وأثره.

## 2- المادة الثانية:

المادة 1715 ق.م والتي ذكر فيها العربون خاصة بعقد الإيجار، فقد جاء فيها: "إذا كان عقد الإيجار غير مكتوب، ولم يتم تنفيذه بعد وكان أحد الأطراف ينكره، فلا يجوز الإثبات بواسطة الشهود مهما كان الثمن زهيدا ومهما ادلى بحجة دفع عربون".

ومؤدى هذه المادة أنها تمنع الإثبات بواسطة الشهود في حالة عقد الإيجار الشفهي المنكر من أحد أطرافه والذي لم يكن قد لقي بعد أي تنفيذ، دون الاهتمام بقيمة الأجرة أو وجود ادعاءات من أحد أطراف العقد بدفع عربون أم لا<sup>272</sup>.

ولقد ظهرت في التطبيق العملي لأحكام العربون تطورات وثورات كثيرة وذلك يرجع إلى الطبيعة المكتملة لمادة العربون، مما دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل في العديد من المرات لسد الثغرات وخاصة من أجل حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

## ثالثا : العربون وقانون حماية المستهلك.

باعتبار أن نص المادة 1590 ق.م من المواد المكتملة لإرادة المتعاقدين، فيستطيع الأطراف تحديد أي مدلول للعربون وتحديد أية مدة للعدول. وقد نتج عن ذلك إساءة استعمال العربون من الناحية العملية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية وحدوث الكساد الاقتصادي؛ حيث كان البائعون في بيع المنقولات وخاصة بيع السيارات الجديدة يشترطون بأن تكون مدة

<sup>272</sup> - انظر، الياس ناصيف، موسوعة العقود.....، أحكام العقد، المرجع السابق، ص. 283.

التسليم بعيدة جدا عن دفع الأقساط الهامة. هذا ما جعل هؤلاء التجار يستفيدون من المبالغ المدفوعة إليهم ، إذ أنها كانت تمثل بالنسبة لهم قروضا بدون فائدة<sup>273</sup>.

ومن أجل حماية المستهلك من محترفي بيع المنقولات أصدر المشرع قانون 5 ديسمبر 1951 رقم 1393-51 مقرا في مادته الأولى<sup>274</sup> ماييلي:

"في بيع المنقولات فإن كل المبالغ المدفوعة مقدما من المشتري وقت إبرام العقد مهما كانت طبيعتها ومهما كان الاسم الذي أعطي لها في العقد ، تكون منتجة لفوائد قانونية ومدنية أربعة في المائة ، تجري بمجرد مرور ثلاثة أشهر على هذا الدفع".

الجديد الذي جاء به هذا القانون هو أن العربون أصبح يحمل فائدة لصالح من دفعه. وقد قرر المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم (93-1949)<sup>275</sup> اضافة نفس المبادئ والقواعد الواردة في قانون 5 ديسمبر 1951 إلى قانون حماية المستهلك في المادة 131 وذلك من أجل الاستمرار في فرض حماية للمستهلك.

حيث تقتضي المادة 1-131 من قانون حماية المستهلك<sup>276</sup>: " - في بيع المنقولات، فإن كل المبالغ المدفوعة مقدما من الثمن مهما كانت طبيعة هذا الدفع أو الاسم المعطى لها في العقد، تكون منتجة لفوائد قانونية ومدنية تجري بمجرد مرور ثلاثة أشهر من يوم الدفع وذلك

<sup>273</sup> - Cf. Jérôme Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> éd, L.G.D.J, Paris, 2001, p.131.

<sup>274</sup> - Cf. Jérôme Huet, Ibid., pp.131-132.

<sup>275</sup> - المؤرخ في 26 يونيو 1993.

<sup>276</sup> - Art 131-1 de c.cons: "Si la chose qu'on s'est Oblige à vendre est mobilière, toute somme versée d'avance sur le prix, quels que soient la nature de ce versement et le nom qui est donné dans l'acte, est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui courent à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à réalisation on restitution des sommes versées d'avance, sans préjudice de l'obligation de livrer qui reste entière.

- pour les prestations de services, les sommes versées d'avance portent intérêts au taux légal à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à l'exécution de la prestation ou la restitution de ces sommes, sans préjudice de l'obligation d'exécuter la prestation.

- les intérêts seront déduits du solde à verser au moment de la réalisation ou seront ajoutés aux sommes versées d'avance en cas de restitution." (L.n° 51 – 1393 du 5 déc 1951, art 1<sup>er</sup>).

حتى تحقق العقد أو رد المبالغ المدفوعة مقدما، دون إلحاق الضرر بالإرغام على تسديد الباقي كاملا.

- بالنسبة للخدمات ، فإن المبالغ المدفوعة مسبقا تكون منتجة لفوائد بنسبة قانونية تجري بمجرد مرور ثلاثة أشهر ابتداء من الدفع الى غاية تنفيذ الخدمة أو استرداد هذه المبالغ ، دون إلحاق الضرر بالإرغام على تنفيذ الخدمة.

- تخصم قيمة الفوائد من المبلغ الواجب الدفع لحظة تحقق العقد أو يضاف إلى المبالغ المدفوعة مقدما في حال ردها. " (هذا ما ورد في المادة الأولى من قانون 5 ديسمبر 1951).

بالنسبة للفوائد الناتجة عن دفع هذه المبالغ تبدأ في السريان بانتهاء مدة ثلاثة أشهر التالية للدفع وينتهي سريانها عند تحقق العقد و في حال التنفيذ ، وفي هذه الحالة يتم خصم الفوائد من الثمن. أما في حالة عدم تحقق العقد أو عدم التنفيذ فإن الفوائد تتبع مصير العربون، فيكون على العادل أن يرد قيمة الفوائد القانونية طبقا لنص المادة بالإضافة إلى رد العربون أو المبلغ المدفوع حسب الأحوال ، فإذا كان المبلغ المدفوع عربونا فإنه يطبق عليه قواعد العدول، فيكون واجب الرد مضاعفا<sup>277</sup>.

يطبق هذا النص على كل بيوع المنقولات والخدمات ، إلا أن المشرع قرر استثناء في الفقرة الثانية من المادة 131<sup>278</sup> (تقابل المادة الثانية من قانون 5 ديسمبر 1951) والتي تقضي: "أحكام هذا الفصل ليست مطبقة على الطلبات ذات المواصفات الخاصة ولا على بيع المنتجات التي يتم تصنيعها وفق طلب خاص من المشتري".

كما قرر المشرع الفرنسي أيضا في الفقرة الثالثة من نفس المادة ، التي تقابل المادة الرابعة من قانون 5 ديسمبر 1951: "لا يمكن استبعاد إجراءات الفصل الحالي عن طريق الاتفاقيات الخاصة"<sup>279</sup>.

<sup>277</sup> - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 4, par. 55, p. 3 ; [http:// www.peruvendu.fr / I Acheter – un – vehicule – arrhes – au – acompte].

<sup>278</sup> - Art 131-2 de c.con: "les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux commandes spéciales sur devis ni aux ventes de produits dont pas fabrication est entreprise sur commande spéciale de l'acheteur" (L.n° 51 du 5 déc 1951, art 2).

<sup>279</sup> - Art 131-3 de c.con: " il ne peut etre drogé par des conventions particulières aux dipositions du présent chapitre." (L.n° 51 – 1393 du 5 déc 1951, art 4).

فالمشرع من أجل ضمان تطبيق وتنفيذ أحكام هذه المادة قرر أن تكون من النظام العام وبالتالي لا يستطيع الأفراد خرق أحكامها أو استبعاد تطبيقها عن طرق الاتفاقات الخاصة<sup>280</sup>.  
يهتم المشرع أيضا بالإصلاح الأكيد لإعادة التوازن بين أوضاع المستهلك والمحترف، وبصفة أساسية إلى حماية رضا المستهلك الذي أصبح غير قادر على مقاومة وسائل الإغراء نتيجة لتقدم وسائل الدعاية والإعلان. لذلك أقحمت آلية فترة التفكير بهدف حماية المستهلك، فأكثر العقود أصبحت تخضع في إبرامها لترتيبات صارمة تتمثل في فرض مهل يجب احترامها حتى يتم اعتبار رضا المستهلك تاما ونهائيا<sup>281</sup>.

ولقد تم وضع نظامين من طرف المشرع الفرنسي<sup>282</sup>:

- النظام الأول يهدف لعدم الالتزام، حيث تفرض للمستهلك فترة تفكير ولا يمكن للعقد أن يتم فعليا إلا بانتهاء فترة معينة<sup>283</sup>.
- أما النظام الثاني يفتح حق التراجع أو العدول عن تنفيذ العقد معترف بها للمستهلك خلال فترة معينة بعد إتمام العقد<sup>284</sup>.

والملاحظ أن هناك خلاف بين الحالتين، بالنسبة للحالة الأولى يكون تكوين العقد مؤجلا حتى انتهاء مهلة التفكير، أما في الثانية هناك إمكانية لفسخ عقد تم تكوينه مسبقا<sup>285</sup>.  
أما التعاقد بالعربون فيمكن إدراجه في الحالة الثانية، لكن حق العدول يكون لكلا المتعاقدين (المستهلك والمحترف) خلال مدة معينة.

وبما أن للمتعاقدين إمكانية الاتفاق في تحديد دلالة العربون بما يخالف نص المادة 1590 ق.م لأنها قاعدة مكملة، فقد يقوم البائع المحترف باستخدام شروط يستفيد منها وحده، بحيث

<sup>280</sup> - Cf. Jérôme Huet, op.cit., p.131.

<sup>281</sup> - Cf. Georges Vermelle, op.cit., p.19.

<sup>282</sup> - Cf. Georges Vermelle, Ibid., p.19.

<sup>283</sup> - مثلا، حماية المقترضين في المجال العقاري (قانون 13 جويلية 1979، يسمى قانون سكريفنر، المادة 312-10 من قانون الاستهلاك) فبالنسبة لعقد بيع ممول عن طريق قرض عقاري، لا يمكن أن يتدخل قبول المقترض إلا بعد 10 أيام.

Cf. Daniel Mainguy, op.cit., p. 72.

<sup>284</sup> - ويسرى ذلك على البيع عند المسكن (قانون 22 ديسمبر 1972، المادة 121-25 من قانون الاستهلاك) حيث يتم تحرير كتاب يتضمن استمارة قابلة للفق لتعلم الشاري بأنه يستفيد من مهلة 7 أيام لاستعمال القدرة على التراجع.

Cf. Daniel Mainguy, Ibid., p. 73.

<sup>285</sup> - انظر، حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، بيروت، 1991، ص. 55.

يكون العيوب كوسيلة للعدول في صالح المحترف ، وذلك بأن يقوم بتضمين العقد شروطا تسمح له بالاحتفاظ بالمبلغ المدفوع في حالة ما إذا كان العدول من جانب المستهلك. أما إذا كان العدول من المحترف فإنه يلتزم برد مبلغ العيوب فقط دون رد مثله وبذلك فإنه لا يفقد شيئا. كما يستطيع البائع المحترف فسخ العقد بإرادته المنفردة ، دون أن يلتزم بدفع أي ثمن للعدول عن العقد بينما يلتزم المشتري بالبقاء على التزامه وفي حالة عدم تمكنه من الاستمرار في تنفيذ العقد، فهنا يفقد ما دفعه<sup>286</sup>.

لقد كان استخدام هذه الشروط شائعا في العقود المقدمة من وكالات السفرات وفي مجال الإيجارات الفندقية<sup>287</sup>.

ومن أجل حماية رضا المستهلك من هذه الشروط التي تعتبر تعسفية من جانب المحترف، قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون رقم (92-60) في 18 جانفي 1992<sup>288</sup> حيث ورد في المادة الثالثة منه ، أن جميع المبالغ المدفوعة مسبقا من طرف المستهلك تعتبر عربونا ، فيما عدا حالات الاشتراط العكسي<sup>289</sup>. كما تقضي أيضا أن كل من المتعاقدين يستطيع العدول عن التزامه ، فالمستهلك يخسر العيوب والمحترف يرده مضاعفا.

وبذلك أصبح المحترفون<sup>290</sup> والمستهلكون<sup>291</sup> متساوين سواء في إمكانية العدول أو ثمن العدول<sup>292</sup>. لكن على الرغم من أن المشرع جعل بموجب هذا القانون المبالغ المدفوعة مقدما من

<sup>286</sup> - انظر ، حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص. 58.

<sup>287</sup> - Cf. Philippe Malaurie et Laurent Aynes, Cours de droit civil, Les obligations, 1996, pp. 966-968.

<sup>288</sup> - تقابلها المادة 114/4 من قانون حماية المستهلك.

<sup>289</sup> - Cf. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecques, 3<sup>ème</sup> éd, op.cit., p. 86.

<sup>290</sup> - عرف المشرع الجزائري المحترف في المادة 2/2 من المرسوم التنفيذي رقم (90-226) المؤرخ في 15 سبتمبر 90 المتعلق بضممان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر 1990، العدد 40 : " كل منتج أو صانع أو وسيط أو حربي أو تاجر أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة الاستهلاكية كما هو محدد في المادة 01 من القانون 89-02". فالمحترف إذن هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف من أجل حاجاته المهنية.

<sup>291</sup> - المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي المقتني لمنتوج معين لتحقيق رغبة الاستهلاك الشخصي أو العائلي أو المستفيد من الخدمات المعروضة للاستهلاك ؛ انظر، علي بو لحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص. 16 ؛ كما ورد تعريف المستهلك في المادة 2/2، من المرسوم التنفيذي رقم (90-39) المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 4 رجب 1410، العدد 5.

<sup>292</sup> - Cf. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecques, Contrats civils et commerciaux, 2<sup>ème</sup> éd, 1993, p. 96.

المستهلك إلى المحترف عربونا حتى يخضع المحترف إلى قانون العدول. إلا أنه ترك للإرادة الحرة مجالاً لاستبعاد هذه القرينة. وبذلك يستطيع أطراف التعاقد الاتفاق مثلاً أن المبالغ المدفوعة مقدماً تعد قسطاً وبداية لتنفيذ العقد ، أو أن العدول يتم ممارسته من المتعاقدين بدون تعويض أو أن التعويض لا يستحق إذا كان العدول في الوقت المناسب.

وهنا قد تدق الصعوبة في حالة ما إذا أراد الأطراف استبعاد تطبيق هذا النص ، هل يشترط التعبير الصريح أم يمكن استنباط ذلك ضمناً ؟

يرى بعض الفقه<sup>293</sup> أنه حتى يتم استبعاد تطبيق هذه المادة ، يجب أن يكون التعبير صريحاً وواضحاً خاصة من جانب المستهلك والذي يجب أن تكون رغبته محسوسة. فهو يستطيع في هذه الحالة أن يشترط الرغبة المضادة بيده، وخلاف ذلك ستكون الحماية التي يوفرها هذا القانون للمستهلك وهمية.

بالرجوع إلى هذا القانون يكون للعربون دوراً جديداً ، يستطيع المشرع من خلاله حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يشترطها المحترف على المستهلك عديم الخبرة ، وذلك بجعله وصف العربون هو الوصف الواجب إضافته على كل المبالغ المدفوعة مقدماً من المستهلك إلى المحترف ، والذي يخضع بدوره بحكم المادة الثالثة الفقرة الرابعة من القانون رقم (92-60) (هي نفسها المادة 4/114 من قانون حماية المستهلك) إلى قانون العدول الذي يوجب عليه أن يرد المبلغ الذي استلمه مضاعفاً في حال عدوله.

وأخيراً يستطيع القاضي ومن خلال هذا القانون أيضاً أن يلغي الشروط التي تعتبر تعسفية والتي يكون المستهلك فيها قد دفع مبلغاً يصنف عربوناً بالنسبة له ، أما بالنسبة للمحترف فيعتبر أنه مقدم من الثمن.

### المطلب الثاني : طبيعة التعاقد بالعربون.

إذا كان العربون كجزء من الثمن لا يثير أية صعوبات في معرفة طبيعة العقد المقترن به، لأن هذا الاستخدام لا يؤثر على طبيعة العقد الأصلي ، وكل ما يقوم به هو تأكيد وجود هذا

<sup>293</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق ، ص 184.

العقد والبدء في تنفيذه. حيث أن العقود المقترنة بعربون القسط هي عقود تبادلية ملزمة للجانبين ، بادر فيها أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه عليه العقد ولا يستطيع أي من طرفيه العدول عنه لأنهما مرتبطان برابطة عقدية باتة.

إلا أنه اختلف الفقه حول تحديد وتكييف طبيعة العقد المقترن بعربون العدول. فحسب بعض الفقه الإسلامي<sup>294</sup> التعاقد بالعربون صورة من صور الخيارات وبخاصة خيار الشرط<sup>295</sup>. ولهذا اعتبر أنّ كلا من خيار الشرط وخيار العدول مسميات لشيء واحد هو حق الفسخ. إذ يتجلى أثر خيار الشرط فيما يمنحه المشتري من قدرة على فسخ الرابطة العقدية بإرادته المنفردة ، كذلك يحقق خيار العدول المستفاد من العربون نفس الأثر. وكل ما يميز بينهما هو المقابل ، فحق الفسخ بمقتضى خيار الشرط ليس له مقابل واضح ، أما حق الفسخ بمقتضى خيار العدول المستفاد من دفع العربون فيكون مقابله ترك العربون أو رده ومثله.

ولابد من الإشارة إلى أنّ العقد المقترن بالعربون لا يكون قطعياً ويبقى لكل من الطرفين حق العدول عنه أو التنفيذ ، كذلك الأمر في العقد المقترن بخيار الشرط. إضافة إلى ذلك فإنّ المستفيد من خيار العدول في العربون ، وخيار الشرط أن يمارس حقه في الخيار في المدة المحددة لذلك وإلا سقط حقه في الخيار.

أما بعض الفقه الفرنسي<sup>296</sup> فيذهب إلى أنه عندما يقترن العقد بعربون العدول فإننا يجب أن نميز بين اتفاقين ، الأول وهو العقد الأساسي سواء كان عقد بيع أو عقد إيجار... الخ، والثاني

<sup>294</sup> - منهم: ياسين أحمد إبراهيم ، الغرر في الشريعة الإسلامية ، رسالة منشورات وزارة الأوقاف، الأردن، ج1، ص. 146؛ الصديق محمد الأمين الضير، نظرية العقد، ص 103.

<sup>295</sup> - إنّ أنواع الخيارات في الفقه الإسلامي كثيرة وقد اختلف الفقهاء في عدّها ، فمنها ما هو متفق عليه من جميع فقهاء الشريعة الإسلامية ، ومنها ما هو مختلف فيه. ومن أهمّ هذه الخيارات :

1- خيار الشرط وهو ما يرجع ثبوته إلى اشتراط العاقد ، ويثبت لأحد العاقدين أو كليهما حق الفسخ أو إمضاء العقد خلال مدة محددة.  
2- ومنها ما يرجع إلى تقرير الشارع نفسه ، وهذا هو خيار العيب ، إذا تبين للمتعاقد أنّ بمحل العقد عيباً لم يكن موجوداً به عند التعاقد.  
3- خيار الرؤية ، إذا تعاقد الشخص على شيء لم يكن قد رآه من قبل.  
انظر ، محمد سعيد جعفر ، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 1998 ، ص. 10 ؛ قادة بن علي ، حماية المستهلك في التشريع الإسلامي وتطبيقاتها في مجال أحكام البيع، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، أبريل 2006، العدد 2 ، ص.111.

<sup>296</sup>-Cf. Jérôme Huet, op.cit., p.132.

اتفاق العربون وجاء في المضمون الأساسي والذي سوف يجعل العقد يختفي إذا عدل أحد المتعاقدين عن إتمام العقد عن طريق استخدام العربون لحفظ حق العدول.

ويقترَب من هذا الرأي ، الدكتور سليمان مرقس<sup>297</sup> والذي يرى أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين. الأول اتفاق على البيع المقترن بشرط واقف أو فاسخ حسب نية المتعاقدين ، والثاني اتفاق العربون "الاتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازي قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق باتا أيا كانت طبيعة الشرط المقترن به البيع".

لذلك سوف نتناول من خلال هذا المطلب النظريات التي قيلت بخصوص الطبيعة القانونية لعربون العدول. فمنها من قالت بتغيير العربون لطبيعة العقد الأساسي (الفرع الأول)، وأخرى تقرر أن الالتزام بالعربون التزام مجرد وبسيط (الفرع الثاني) ، فنظرية الفسخ الأحادي (الفرع الثالث) ، فالنظريات الحديثة (الفرع الرابع).

### الفرع الأول : النظريات المغيّرة لطبيعة العقد الأساسي.

تقول هذه النظريات بتغيير العربون لطبيعة العقد الأساسي ، فإحداها اعتبرت العربون مغيرا للعقد الأساسي جاعلا إياه عقدا تمهيديا (أولا) ، وأخرى جعلت التعاقد بالعربون بمثابة العقد الشرطي (ثانيا).

### أولا : التعاقد بالعربون عقد تمهيدي.

اعتبر الأستاذ السنهوري العربون كأحد صور المرحلة التمهيدية من التعاقد فقال: "قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون"<sup>298</sup>. كما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن التعاقد بالعربون ما هو في حقيقته إلا تعاقدًا تمهيديا حتى ولو اقترن هذا العربون بالعقد التام مثل البيع.

<sup>297</sup> - انظر ، سليمان مرقس، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق، ص. 100-101.

<sup>298</sup> - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 55.

فيرى "Aubry et Rau" أن: "دفع وتسليم العربون يجعل من العقد عقد وعد بالبيع ، أو وعد بالإيجار حيث يمكن العدول عنه عن طريق التخلي عن المبلغ المدفوع أو استرجاعه مضاعفا"<sup>299</sup>.

أما "Troplong" في استبعاده لفكرة أن العربون يعد إثباتا لإبرام عقد البيع والتي كانت سائدة عند فقهاء الرومان ، يقول: "أنا أعتقد مع السيد "Delvincourt" أنه في حالة الشك إذا كان البيع موجودا أو غير موجود فإن المنطق أن نقرر أنه لا يوجد إلا مشروع بسيط للبيع. وفي الواقع نستطيع أن نقول من جانب آخر أنه إذا لم يقم الأطراف بتدوين اتفاقهم كتابة فلا يوجد شيء تام ونهائي حتى ولو كان قد تم دفع العربون ... نستطيع أن نضيف من جانب آخر أنه بالنسبة للتصرفات النهائية التي ترتبط بشرط العربون ما هي إلا وعود بسيطة ، أو اتفاقات منتظرة الاكتمال والدليل على ذلك موجود في المادة 1590 التي تتحدث عن العربون بخصوص الوعد بالبيع ولكنها لم تقل شيئا في حالة اقتران العربون بالبيع التام ، وكما أوضحت القرائن فإنه يجب من الأولى في حالة الشك أن نفترض وعد بالبيع بسيط عن كون العقد عقد بيع تام"<sup>300</sup>.

ومن نشأ هذا الرأي نتيجة لاستخدام المشرع الفرنسي مصطلح الوعد بالبيع في المادة 1590 هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن دفع العربون يعطي للأطراف إمكانية العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون ، وهذا ما يؤكد إرادة المتعاقدين في استبعاد أية إمكانية للتنفيذ بالقوة. كما جاء في إعلانات "Grenier" أحد واضعي القانون المدني الفرنسي في الهيئة التشريعية : "إن الوعد بالبيع ينطوي على البيع ، ويكون له كل الآثار ولو أنه تحت مفهوم مختلف"<sup>301</sup>.

وقد تناول "Duvergier" هذا النص بالشرح والتفسير وأكد أن العربون المضاف إلى عقد بيع تام يجعل منه عقد وعد بسيط بالبيع يعطي الأطراف إمكانية العدول. فواضعوا القانون المدني سكتوا عن البيع بالعربون لأن فكرتهم مفادها أنه من لحظة وجود اشتراط العربون لم يعد يوجد في الواقع بيع بسيط وإنما يوجد فقط وعد بالبيع. في حين لم يوافق "Redouin" على

<sup>299</sup>- Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 25, p. 3.

<sup>300</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق، ص. 207.

<sup>301</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ، ص. 226.

ذلك ، ويرى أن السبب الذي دعى هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن البيع بالعربون يتحول إلى وعد بسيط أي إلى عقد تمهيدي ، هو تأثرهم بمصطلح الوعد بالبيع الوارد في المادة 1590 والذي يشترك في الميزة الوقتية مع العقد بالعربون ، كما أن القانون المدني إذا لم يعالج البيع المقترن بالعربون ، فذلك لأن تنظيمه للوعد المقترن بالعربون يجب أن يكون واسعاً وممتداً لأن الوعد بالبيع مساو للبيع وهذا واضح وجلي من المادة 1589 ق.م التي تقضي بأن الوعد بالبيع الملزم للجانبين يساوي البيع<sup>302</sup> .

وعليه إذا كان القانون المدني الفرنسي لم يعالج البيع بالعربون ، فهذا لا يؤدي إلى القول بأن البيع بالعربون يتحول إلى عقد تمهيدي ، فالعقد التمهيدي هو عقد تحضيري لعقد آخر حيث يوضح نية الأطراف في التعاقد معا ، ويصبح عقداً كاملاً عندما يتم الأطراف العقد ، كما أن العقد التمهيدي لا يلزم الأطراف عندما يجررون العقد النهائي و إنما يكون تأكيداً لنية الأطراف في التعاقد. أما البيع بالعربون فمنذ إبرامه يوجد عقد نهائي وليس عقداً تمهيدياً أو تحضيرياً. فالعقد المقترن بالعربون يكون قد انعقد بالفعل بين الطرفين ، وعدول أحدهما عنه هو عمل لاحق لانعقاده<sup>303</sup> .

كذلك ما يميز العقد التمهيدي بأنه قد يكون ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع ، فالبائع هو الملتزم فقط أما المستفيد وهو المشتري فلا يلتزم بشيء إلا عندما يوافق على الشراء ففي حالة تبادل القبول والإيجاب يتم العقد ويكتمل نهائياً.

والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل يمكن اعتبار التعاقد بالعربون من هذه الصورة للعقد التمهيدي؟ يرى بعض الفقه<sup>304</sup> أن هذا العقد لا يكون عقداً تمهيدياً ملزماً لجانب واحد ، لأن الأمر حسب نص المادة 1590 ق.م يتعلق بوعد ملزم للجانبين. فالنص يتوقع إبرام العقد في زمنين وعد بالبيع وبالشراء، وهنا العقد احتوى منذ البداية على جميع خصائص العقد التام.

302 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق ، ص. 209.

303 - انظر ، مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد ..... ، المرجع السابق ، ص. 257.

304 - انظر، جيروم هوييه، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني ، العقود الرئيسية الخاصة ، ط.1، المجلد 1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2003 ، ص. 133.

نستخلص أن العقد بالعربون هو عقد ملزم للطرفين ولكن لكل منهما الاحتفاظ بإمكانية العدول مقابل خسارة العربون أورده مضاعفا خلال مدة معينة. وهذا العقد يصير نهائيا في حالة انتهاء المدة المحددة دون أن يستخدم أي من المتعاقدين الحق المخول له في العدول ودون حاجة لعقد جديد. فالأطراف في التعاقد بالعربون مرتبطون ارتباطا جادا وحقيقيا بالرغم من إعطاء القانون لكل من طرفيه الحق في العدول. كما أن القول بأن العربون يحول عقد البيع إلى وعد بالبيع فيه اعتداء على إرادة المتعاقدين. فالعربون مدفوع في الأصل من أجل اتفاق بات ومؤكد والمتعاقدان لم يتفقا من أجل مرحلة تمهيدية قبل التعاقد.

### ثانيا : التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط.

يرى بعض الفقه أنّ التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط<sup>305</sup>، لكن وقع الاختلاف حول طبيعة ونوع الشرط المعلق عليه العقد. هل هو شرط واقف أم شرط فاسخ؟ فهناك من اعتبر التعاقد بالعربون عقدا معلقا على شرط واقف (1) ، ومنهم من يذهب إلى القول بأنه عقد معلق على شرط فاسخ (2).

### 1- التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف :

يذهب الفقه الفرنسي في غالبية<sup>306</sup> ، وجانب كبير من الفقه المصري<sup>307</sup> إلى تكييف التعاقد بالعربون على أنه عقد معلق على شرط واقف<sup>308</sup> (condition suspensive) ، وهو أنّ لا يعدل أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة<sup>309</sup>.

<sup>305</sup> - الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله ؛ انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ج. 3، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ص. 5؛ أيضا نص المادة 203 ق.م.ج.

<sup>306</sup> - منهم :

Duvergier, De la vente, No. 140 ; Baudry-Lacantinerie, De la vente, No. 80 ; Colin et Capitant, Cours elementaire de droit civil français, T. 2, P.68.

<sup>307</sup> - أهم هؤلاء الفقهاء: أنور سلطان ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص.67 ؛ خميس خضر، عقد البيع ، دار الفكر العربي ، ص.63 ؛ عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، ص.242 ؛ رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص.164 .

<sup>308</sup> - الشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الإلتزام وعلى تخلفه تخلف الإلتزام ؛ انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص. 5 ؛ أيضا نص المادة 206 ق.م.ج.

<sup>309</sup> - انظر ، زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص. 46.

إذا انقضت المدة المعينة دون عدول من أحد المتعاقدين تحقق الشرط الواقف<sup>310</sup> وبالتالي تتحقق كافة الآثار بأثر رجعي تطبيقاً لأحكام هذا الشرط<sup>311</sup>. ونتائج ذلك أنّ العقد ينعقد منذ إبرامه لا من الوقت الذي تحقق فيه الشرط. كذلك يوقف انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف فإذا تحقق انتقلت الملكية بأثر رجعي ، وتكون تبعة هلاك المبيع قبل تحقق هذا الشرط على البائع لا على المشتري<sup>312</sup>. وفي هذه الحالة يحسب العربون من أصل الثمن .

أما إذا حدث العدول ، تخلف الشرط الواقف وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعي ، ووجب على من عدل أن يترك العربون إذا كان هو الذي دفعه ، وأن يرده مع مثله إذا كان هو الذي قبضه<sup>313</sup>.

كما يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن هذا التكييف يتفق مع ما ذهبت إليه إرادة المتعاقدين إذ أن خيار العدول يدل على أن رضا المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً<sup>314</sup>. ويقول Baudry : «إن العربون عندما يكون وسيلة للعدول وفق المادة 1590 ق.م.ف فإنه يمنع آثار العقد من الحدوث الحالي ، وموافقة الأطراف لا تكون نهائية. فكل واحد من المتعاقدين يحتفظ بحق العدول ؛ وهذا يعني أن يسحب موافقته و أن يكون مفترضا أنه لم يعطها»<sup>315</sup>.

معنى ذلك أن العربون يؤثر على رضا المتعاقدين ، بحيث يجعله معلقاً حتى انتهاء المدة المحددة لممارسة خيار العدول. وكل متعاقد يستطيع الانسحاب وهذا دليل على أن التزامه لم يكن نهائياً.

310 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 99.

311 - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 39.

312 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 80.

313 - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 165.

314 - انظر ، فايز عبد الرحمن ، عقد البيع ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006 ، ص. 374 ؛ فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 461.

315 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 215.

وقد أيدت بعض أحكام القضاء الفرنسي هذا الرأي ، حيث صرحت محكمة باريس أن دفع العربون يعطي للبيع خاصية البيع تحت شرط واقف<sup>316</sup>. وهذا ما تبنته أيضا محكمة النقض في بعض أحكامها<sup>317</sup>.

## 2- التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ :

على العكس من الرأي السابق يذهب جانب من الفقه الفرنسي<sup>318</sup> والفقه المصري<sup>319</sup> إلى أنّ التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ (condition résolutive) ، هو عدول أحد المتعاقدين عن العقد في مدة معينة.

ويرى الدكتور جميل الشرقاوي أن العدول عن التعاقد عمل إرادي محض و أن اعتبار التعاقد بالعربون تعاقدًا معلقًا على شرط فاسخ هو المتفق مع القاعدة العامة في القانون المصري والتي تقضي بعدم صلاحية العمل الإرادي المحض للملتزم المدين شرطًا واقفًا. كما أنه يجعل الواقعة الشرطية واقعة إيجابية هي عدول المتعاقد. أما اعتباره شرطًا واقفًا يجعل من الواقعة الشرطية واقعة سلبية هي عدم استعمال حق العدول<sup>320</sup>.

ومن نتائج هذا الرأي أن العقد يكون منتجًا لآثاره من وقت انعقاده. كما أن ملكية الشيء المباع تنتقل إلى المشتري وتكون المخاطر على عاتقه و ليس على البائع ، وهذا تطبيقًا للمبادئ العامة لآثار الشرط الفاسخ<sup>321</sup>.

في حالة عدم استعمال إمكانية العدول من أحد المتعاقدين خلال المدة المحددة يتخلف الشرط الفاسخ ويؤيد العقد ويظل قائمًا ، ويستمر في إنتاج آثاره من وقت انعقاده ، وبحسب العربون من أصل الثمن .

<sup>316</sup>-Paris 14 mars 1929, Gaz.Trib. 1929.2.184 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par.18, p. 2.

<sup>317</sup>- Req. 17 févr 1932, S.1932.1.133 ; Req. 13 juill.S. 1933.1.343 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art.1, par. 5, p.1.

<sup>318</sup>-Guillouad, Traite de vente, No 23 ; Planiol et Ripert par Hamel, Vente, No. 209 ; Demogue, Traite des obligations, T.VI, No. 448.

<sup>319</sup> - انظر ، جميل الشرقاوي ، عقد البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص. 65-66.

<sup>320</sup> - انظر ، جميل الشرقاوي ، المرجع نفسه ، ص. 66.

<sup>321</sup>- Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 26, p. 3.

أما إذا عدل أحد المتعاقدين تحقق الشرط الفاسخ وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعي. فإذا كان الذي عدل هو دافع العربون فقدده و إذا عدل من قبضه رد العربون ومثله معه<sup>322</sup>.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية وجهة النظر المعروضة ، حيث أعطت في بعض أحكامها الميزة الفاسخة للعدول<sup>323</sup>.

يؤخذ على ما ذهب إليه أنصار الرأيين السابقين في صورتيه :

- أنه متى تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإنه يترتب على ذلك زوال العقد كله بجميع آثاره وذلك بأثر رجعي ، فلا يبقى ثمة أي سند قانوني لالتزام من عدل عن العقد بأن يدفع من ماله إلى المتعاقد الآخر ما يوازي مقدار العربون<sup>324</sup>. فإذا كان العقد قد زال بأثر رجعي فكيف يمكن مع هذا القول بأن من عدل عن العقد يلتزم بفقد العربون أو رده مضاعفا حسب الأحوال؟

وبعبارة أخرى فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون مادام العقد يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف<sup>325</sup>.

- العدول عمل إرادي محض ، والقاعدة في القانون الفرنسي تقضي ببطان الشرط إذا كان متوقفا على عمل إرادي محض سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا<sup>326</sup>. أما القاعدة في القانون الجزائري<sup>327</sup> والمصري تقضي بعدم صلاحية العمل الإرادي المحض للملتزم المدين شرطا واقفا<sup>328</sup>.

- من وجهة نظر "Redouin" أن الرأي الذي يقول بأن العقد بالعربون عقد تحت شرط فاسخ يبدو خاطئا ، حيث علق عليه قائلا : «إن هذا المذهب يبدو لنا خاطئا ، لأنه لا يراعي كل الحقائق ، فغير صحيح أن نقول أن الرضاء معلق- كما قال Baudry- فالعقد كامل

322 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 99.

323 - Req. 26 déc 1927, D.P.1928.1.166 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 4, par. 24, p. 3.

324 - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 165.

325 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 80.

326 - هذا ما تقضي به نص المادة 1174 ق.م.ف.

327 - انظر ، نص المادة 205 ق.م.ج.

328 - انظر ، جميل الشرفاوي ، عقد البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 65.

التكوين منذ إبرامه في نفس اللحظة التي دفع فيها العربون ، و إذا مورس العدول فإن العقد سيختفي بالتأكد و الرجعية ستقوم وسيفترض أن العقد غير موجود مطلقا. ولكن كل هذا لا يكون إلا خيالا أو تصورا لأنه قد حدثت وقائع لا يمكن أن تمحى... وإبرام العقد لا يكون موقوفا على انتهاء الميعاد الذي يسقط حق العدول لكل طرف من الأطراف.

إنّ الطرفين سيكونان ملتزمين ، ولكن في نفس الوقت يحتفظان بحق العدول تحت ظل بعض الشروط. وهو يتساءل إذا كان رضاء الأطراف ليس نهائيا من يوم دفع العربون فلماذا هم دفعوه ، ولماذا لم ينتظروا وقتا أطول؟ في الحقيقة العقد موجود ولكن مصيره غير مؤكد<sup>329</sup>.

- إذا كان العقد المعلق على شرط فاسخ منفا في الحال ومنتجا لآثاره منذ إبرامه إلى حين تحقق الشرط فينهار العقد بأثر رجعي. فإن العقد المقتزن بالعربون يتم إبرامه أو ينعقد ويظل قائما لكن الغالب أن لا يتم تنفيذ الالتزام المترتبة عنه إلا بعد انتهاء المدة المحددة ، وفي حالة عدم ممارسة خيار العدول خلالها يصبح العقد نهائيا<sup>330</sup>.

- كما يعاب على هذين الرأيين أنّهما يقتصران على بيان حكم العقد الأصلي دون تحديد طبيعة التزام الطرف الذي يستعمل الحق في العدول<sup>331</sup>.

### الفرع الثاني : الالتزام بالعربون التزام مجرد وبسيط.

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى القول أن الالتزام بالعربون هو أحد صور الالتزامات البسيطة التي نعرفها منها الشرط الجزائي (أولا) و الالتزام البدلي (ثانيا).

### أولا : الالتزام بالعربون له طبيعة الشرط الجزائي.

329 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 217-218.

330 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 465.

331 - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 39.

يرى بعض الفقه الفرنسي<sup>332</sup> أن العيوب يمكن أن يكون شرطا جزائيا ، وفي هذه الحالة يكون العقد مبرما بصفة نهائية و منتجا لكافة آثاره. وفي حال العدول عنه يلعب العيوب دور التعويض الجزائي لعدم التنفيذ.

ويرى البعض الآخر<sup>333</sup> أن العيوب يكون كالشرط الجزائي في حال دفعه وعدم النص عليه كوسيلة للعدول سواء في البيع أو الوعد بالبيع ، فالتعاقد يكون تاما و لا يكون للمتعاقد الحق في العدول ، وفي حالة عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته فيكون مدانا بالعيوب إثباتا لهذا الشرط ، فاشتراط العيوب في هذه الحالة لا يكون إلا كشرط جزائي وجزء لفسخ العقد.

وفي الفقه المصري يرى الدكتور مصطفى عدوى ، القول بأن العيوب شرط جزائي في العقد يمكن قبوله إذا لم يتفق المتعاقدان على خيار العدول لأيهما. وبالتالي في حال التخلف الاختياري عن الوفاء يكون للطرف الآخر أن يختار بين التنفيذ الجبري أوالفسخ مع اقتضاء العيوب على سبيل التعويض ، بأن يحتفظ بالعيوب الذي قبضه أو أن يطالب بضعف العيوب الذي دفعه و لو لم يلحق به ضرر ، ويكون لاشتراط العيوب في هذه الحالة شأن الشرط الجزائي و لكنه لا يرد عليه الإلغاء أو التخفيض أي أنه يستحق و لو انتفى الضرر. أما إذا كان الضرر يجاوز مقدار العيوب فيجوز المطالبة بتعويض أكبر وفقا للقواعد العامة ، وإذا تم التنفيذ يخضع العيوب من قيمة الالتزام<sup>334</sup>.

الملاحظ أن هذه الآراء مناقضة لما جاء في مواد العيوب(72 مكرر ق.م.ج، 1590 ق.م.ف ، 103 ق.م.م) ، حيث أنها وضعت قرينة على أن دفع العيوب يعتبر وسيلة للعدول. وفي الحالة التي لا يستطيع فيها القاضي استخلاص دلالة العيوب من إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية فهنا يطبق هذه المواد .

والواقع أن المماثلة بين العيوب والشرط الجزائي تبدو صعبة ، لأن هدف و قواعد كل منهما تختلف عن الأخرى ، كما أن لكل منهما طبيعته الخاصة.

<sup>332</sup>-Cf. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 9<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2005, p. 483.

<sup>333</sup>- Cf. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Ibid., p. 483.

<sup>334</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 481.

وقبل الخوض في تحديد الفرق بينهما (2) ، سنلقي الضوء أولا على التعريف بالشرط الجزائي (1) ، حتى تقوم التفرقة على أساس سليم.

### 1- تعريف الشرط الجزائي :

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي<sup>335</sup> بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 ق.م<sup>336</sup> ، وبيان أحكامه في المواد 184 و185 من نفس القانون. وهناك تعاريف فقهية مختلفة للشرط الجزائي ، إلا أنّ الفقه جمع على أنّ الشرط الجزائي ما هو إلاّ تعويض اتفاقي<sup>337</sup> ومعناه الاتفاق مقدما بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه .

ويسمى بالشرط الجزائي لأنّه يوضع كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه ، كما يمكن أن يكون في اتفاق لاحق للعقد الأصلي بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الضرر بالفعل الذي يقدر على أساسه التعويض حتّى لا يلتبس الشرط الجزائي بالصلح<sup>338</sup> .

335 - أمّا بالنسبة للمشرع الفرنسي ، فقد عرف الشرط الجزائي في المادة 1226 ق.م كما يلي : "الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ "

كما عرفته المادة 1229 ق.م بأنّه : " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ".  
ويلاحظ من هذين التعريفين ، أنّ الأول هو تعريف عام من جهة ومن جهة أخرى يعتبر ناقصا ، إذ اقتصر على عدم التنفيذ. أمّا التعريف الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذي كان يعتبر الشرط الجزائي عقوبة.

وما يمكن ملاحظته أنّ المشرع الفرنسي بإعطائه هذا التعريف المزدوج قد فتح مجالاً للخلاف أمام الفقه حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي. ولذلك حسنا ما فعل المشرع الجزائري الذي لم يعط تعريفا للشرط الجزائي في التقنين المدني الجزائري ؛ انظر ، بخاري عبد الله ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1983 ، ص. 7 - 8.

336 - تنصّ المادة 183 ق.م.ج : "يجوز للمتعاقد أن يحدّد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق... " ؛ تقابلها المادة 223 ق.م.م.

337 - من أصحاب هذا الرأي : 1- بالنسبة للفقه العربي : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص 851 ؛ سمي عبد الناصر تناغو ، عقد البيع ، الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، ص. 62 ؛ أنور سلطان ، أحكام الالتزام ، دار النهضة للطباعة ، بيروت ، 1980 ، ص. 71.

2- بالنسبة للفقه الغربي :

- Toullier, Droit civil français suivant ordre du code, T. 2, 6<sup>ème</sup> éd, p. 316.

- Bris Stark, Cours de droit civil, les obligations, 1<sup>ère</sup> éd, 1972, p. 626.

338 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص. 851.

وإذا كان الشرط الجزائي في الأصل ، هو تقدير اتفاقي مقدم للتعويض ، إلا أنّ الأطراف يلجأون إليه أحيانا كعقوبة مدينة أو كجزاء ، بهدف حث المتعاقد على تنفيذ التزامه<sup>339</sup> .  
ومن الأمثلة على العقود التي تتضمن شروط جزائية ، عقد المقاول الذي قد يتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين من المال إذا تأخر عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه في المدة المحددة له ، أيضا شركات النقل و مصلحة البريد التي تحدد مبلغا من المال تدفعه الشركة أو المصلحة في حال ضياع طرود عهد إليها نقلها<sup>340</sup> .

## 2- الفرق بين التعاقد بالعربون والتعاقد مع الاتفاق على الشرط الجزائي :

إنّ وجه الالتباس بينهما يتأتى أكثر في حالة ما إذا كانت وظيفة العربون كوسيلة للعدول ، فقد يحمل العربون على أنّه شرط جزائي بتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد وعدم تنفيذ المدين لالتزامه<sup>341</sup> ، إلا أن هذا الاقتراب أو التشابه يكون ظاهرا فقط ، والواقع أنه يوجد العديد من الاختلافات بين العربون و الشرط الجزائي نوضحها فيما يلي :

أ- في التعاقد بالعربون يحق لكل من المتعاقدين أن يتحلل من الالتزامات التي تترتب عليه من جراء العقد في مقابل تحمله قيمة العربون ، ولا يحق للطرف الآخر أن يرفض ذلك. أمّا في الشرط الجزائي ، فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتحلل من العقد في مقابل دفع قيمة الشرط الجزائي إلاّ إذا قبل المتعاقد الآخر ذلك ، لأنّ الشرط الجزائي التزام ثانوي لا يغني عن الالتزام الأصلي ولا يقوم مقامه إلاّ إذا صار الالتزام الأصلي مستحيلا ، أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة البند الجزائي<sup>342</sup> .

ب- لا يجوز لأحد المتعاقدين في التعاقد بالعربون أن يطالب بالتنفيذ العيني أو يتمسك به<sup>343</sup> ، إلاّ بعد سقوط الحق في العدول أو انقضاء المدة التي يجب أن يتم استعمال هذا الحق خلالها حيث يصبح العقد باتا. بخلاف الدائن في حالة وجود الشرط الجزائي في العقد يجوز له

339 - انظر ، محمد حسنين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، ط.1 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص. 91 .

340 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ج.2 ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 ، ص. 64 .

341 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 65 .

342 - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، عقد البيع ، دراسة مقارنة ، ج.8 ، بدون دار نشر ، بيروت ، 1995 ،

ص. 166 .

343 - Cf. Philippe Van De Wiele, op.cit., p. 133.

أن يطالب بالتنفيذ العيني ، ولا يطالب بتطبيق الشرط الجزائي إلا إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن.

**ج- لا يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة قيمة العربون في حالة ما إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء استعمال الحق في العدول عن العقد أقل أو أكبر من قيمته ، ما لم يكن هنا تعسف في استعمال حق العدول ، فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا تعويضا عن العدول ذاته. ولا يجوز أيضا عدم الحكم بالعربون إذا تبين أنه ليس هناك أي ضرر<sup>344</sup>. ففي كل الحالات لا ينظر إلى الضرر الذي لحق أحد المتعاقدين ، لأنّ مناط استحقاق العربون هو مجرد العدول دون النظر لما يترتب عليه من ضرر أو عدمه ، لذلك ليس للقاضي أي سلطة حيال استحقاق العربون أو مقداره. بينما نجد أنّ مناط استحقاق الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن<sup>345</sup> ، ولذلك نجد أنّ للقاضي سلطة في التحقق من توافر شروط استحقاق التعويض الاتفاقي من عدمه. ثمّ له رقابة على مدى تناسب الشرط الجزائي مع الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه<sup>346</sup> ، حيث يجوز للقاضي تخفيض التعويض حتّى يتناسب مع الضرر ، بل يجوز له ألاّ يحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أي ضرر<sup>347</sup>.**

**د- التعارض يكون واضحا بين الشرط الجزائي والعربون من ناحية الهدف ، فإذا كان الأول يهدف إلى ضمان تنفيذ العقد فالثاني يهدف إلى عدم تنفيذه. بحيث إذا أصبح الشرط الجزائي مستحقا فإنه يكون تنفيذ للعقد بمقابل بطريق التعويض<sup>348</sup> والعقد لا يختفي. أما إذا تم التعاقد بالعربون و مارس أحد المتعاقدين حقه في العدول فإن العقد يختفي ، و بهذا العدول لم يعد يوجد أية رابطة عقدية.**

344 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، البيع والمقايضة ، ج.4 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2004 ، ص. 79.

345 - تنص المادة 184 /ف1ق.م.ج: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر". وما يمكن أن نستخلصه من هذا النص أنّه لا تعويض للدائن إلا بثبوت ضرر أصابه.

346 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 66.

347 - تنص المادة 184/ف2 ق.م.ج: " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطا أو أنّ الالتزام قد نفذ في جزء منه ؛ انظر، فايز أحمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص.374.

348 - انظر ، رمضان أبو السعود ، أحكام الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1998 ، ص.100.

هـ- يتم دفع العربون مسبقا عند إبرام العقد بالعربون وبهذا تتوفر فيه إحدى خصائص العقود العينية. بينما الشرط الجزائي لا يدفع عند إبرام العقد بل يتم تقديره ، أمّا دفعه فيأتي عند تحقق واقعة عدم التنفيذ أو التأخير في ذلك والتي تظهر في مرحلة تنفيذ العقد<sup>349</sup>.

و- كذلك إذا انتهت المدة المتفق عليها في التعاقد بالعربون دون استعمال الحق في العدول من أحد المتعاقدين تأكد العقد واعتبر العربون جزءا من الثمن. أمّا الشرط الجزائي فيبقى تعويضا اتفاقيا ولذا لا يكون جزءا من الثمن<sup>350</sup>.

ن- إن العربون مستحق في ذمة من يعدل دون حاجة إلى إعدار<sup>351</sup> ، أمّا الشرط الجزائي بوصفه تعويضا اتفاقيا فلا يستحق إلا بعد إعدار المدين<sup>352</sup>.

العربون الذي قد يتنازل عنه أحد المتعاقدين مقابل استعمال إرادته في العدول عن العقد لا يشكل بأي حال من الأحوال تعويض اتفاقيا أو شرط جزائي كما أنّ المتعاقد الذي عدل عن العقد لا يعتبر مرتكبا لخطأ مادام أنّه يقوم باستعمال حق ثابت له<sup>353</sup>.

لكن رغم كل هذه الفروق قد يلتبس الأمر بين أن يكون المتفق عليه هو بند جزائي أو عربون ، فعندئذ يكون للمحكمة استخلاص نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها<sup>354</sup>. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية ، عندما اعتبرت أنّ لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أنّ العاقدين قصدا به أن يكون البيع باتا منجزا بشرط جزائي ولم يقصدا أن يكون بيعا بعربون<sup>355</sup>.

كما أيدت محكمة استئناف القاهرة<sup>356</sup> ، الحكم المستأنف في اعتبار البند السابع من عقد البيع الابتدائي محل النزاع شرطا جزائيا وليس عربونا بالمعنى المقصود في المادة 103 ق.م.م ،

349 - انظر ، بخاري عبد الله ، المرجع السابق ، ص. 59.

350 - François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Op.cit., p. 350.

351 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 483.

352 - تنصّ المادة 176/ ف1 ق.م.ج: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

353 - Cf. Philippe Van De Wiele, op.cit., p. 133.

354 - انظر ، إلياس ناصيف ، موسوعة العقود....، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 167.

355 - نقض مدني مصري ، 5 يناير 1933 ، مجموعة عمر1 ، رقم 91 ، ص. 163 ؛ نقض مدني ، 21 مارس 1946 ، مجموعة عمر 5 ،

رقم 52 ، ص. 132 ؛ مقتبس عن إلياس ناصيف ، موسوعة العقود .... ، عقد البيع ، المرجع نفسه ، ص. 167.

356 - محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة المدنية الخامسة ، 1954/01/03 ، استئناف رقم 330 ، سنة 69 ؛ مقتبس عن عبد المعين لطفي

جمعة ، المرجع السابق ، ص. 198.

وصحيحا في تقريره التعويض بأقل من المبلغ المسمى بينهما في العقد وملحقاته باسم "عربون"، لأنها في الواقع تسمية غير دقيقة جرى بها العرف على خلاف الشروط القانونية للعربون ، وبالتالي لا محل للاعتراض على الحكم المستأنف من هذه الناحية.

كما قضت محكمة استئناف القاهرة<sup>357</sup>، أنّ الحكم المستأنف خاطئ وأن المبلغ المدفوع هو عربون وليس شرطا جزائيا وأنّ الباعين من حقهم الاحتفاظ بالعربون بسبب عدول المشتري عن إتمام الصفقة ، إضافة إلى الحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحقهم بسبب تأخير المشتري عن تنفيذ التزامه.

### ثانيا : التعاقد بالعربون عقد ينشئ التزاما بدليا.

يرى بعض الفقه<sup>358</sup>، أنّ التعاقد بالعربون عقد ينشئ التزاما بدليا في ذمة كل من طرفيه<sup>359</sup>، أي أنّ كلا منهما يعتبر ملتزما أصلا بالالتزامات التي تنشأ عادة من العقد البات ، ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بهذه الالتزامات دفع ما يوازي قيمة العربون ، وبذلك يمكن تكييف العربون بأنه البديل في التزام بدلي.

الالتزام البدلي هو التزام غير متعدد المحال ، بل له محل واحد هو المحل الأصلي ، ولكن المدين يستطيع أن يؤدي شيئا آخر بدلا منه فينتهي بذلك التزامه<sup>360</sup>. ومثاله أن يقرض شخص لآخر مبلغا من المال ويتفق معه إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض عند حلول أجل الدين أن يعطيه بدلا منه سيارة أو أرضا معينة ، فالنقود في المثال هي المحل الأصلي ، أمّا السيارة أو الأرض هما البديل . ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام و إلاّ كان الالتزام باطلا . أمّا البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل ، و إلاّ

357 - محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة المدنية الثالثة ، 1960/05/24 ، استئناف رقم 489 سنة 76 ؛ مقتبس عن عبد المعين لطفي جمعة ، المرجع نفسه ، ص. 198 - 199.

358 - من أنصارها الرأي عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص. 264 ؛ عباس الصراف ، شرح القانون المدني الكويتي ، أحكام العربون ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ط. 1 ، 1675 ، ص. 41-42.

359 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 100.

360 - وهو ما يسمى بالالتزام الاختياري طبقا للمادة 216 ق.م.ج تقابلها المادة 278 ق.م.م.

سقط هو ويبقى الالتزام بمحله الأصلي قائما ، ولكن يصبح التزاما بسيطا ذا محل واحد دون بديل<sup>361</sup> .

ومن ذلك يتضح أنّ البديل ليس محلا للالتزام ، فليس هو الشيء الذي يمكن للدائن أن يطالب به (in obligation) ، ولكنّه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء (infacultate solutions)<sup>362</sup> . في هذه الحالة ، الالتزام البدلي كوصف للالتزام ، كالعربون سواء بسواء لا فرق بينهما إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للعدول في العقد لا للتأكيد ، حيث يعطي الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصلي. ففي عقد البيع مثلا يستطيع المشتري أن يستعمل حقه في العدول بأن يستبدل بالتزامه الأصلي دفع الثمن وما يقابل هذا الالتزام من حق في ملكية المبيع، الالتزام بقيمة العربون ، حيث تحلل من التزامه بالثمن ووجب عليه ترك العربون<sup>363</sup> .

كذلك البائع الذي قبض العربون يكون مدينا أصلا بالالتزام الوارد في عقد البيع وهو نقل ملكية المبيع ، ودائنا بالحق الذي يقابله وهو الثمن ، ويستطيع مع ذلك أن يبرأ من هذا الالتزام الأصلي ويسقط الحق المقابل له إذا هو رد العربون للمشتري ودفع له فوق ذلك مثل قيمته من ماله الخاص ، فيكون العربون إذن بدلا عن التزامه الأصلي<sup>364</sup> .

ويترتب على ذلك أنّ العربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنّما هو تنفيذ للعقد وليس فسخا له<sup>365</sup> .

ويرى الأستاذ السنهوري ، أنّ العربون إذا كان مقترنا بوعده بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البدلي المحض. إذ يلتزم الواعد وهو الذي دفع العربون بإبرام العقد

361 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص. 154.

362 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص. 154.

363 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 100؛ الياس ناصيف ، موسوعة العقود ..... ، عقد البيع

، المرجع السابق ، ص. 164.

364 - انظر ، سليمان مرقس ، المرجع نفسه ، ص. 100.

365 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 79 - 80.

النهائي إذا ظهرت رغبة الآخر وهو الموعد له في إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البديل<sup>366</sup>.

وقد انتقد بعض الفقه<sup>367</sup> هذا التكييف ، لأنّ الالتزام البدلي يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين أحدهما أصلي ، والثاني يجوز للمدين أن يفى به بدلا من المحل الأصلي . وليس الأمر كذلك في التعاقد بالعربون لأنّ الالتزامات التي ينشئها العقد البات في ذمة كل متعاقد متعددة ولكل منها محله الخاص ، ويجوز للمتعاقد في العقد بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن العقد على أن يحل محلها التزام آخر مختلف عنها أو مغاير لها وهو التزامه بدفع قيمة العربون، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاما بدليا<sup>368</sup>.

وقد رد على هذا النقد بأنه لا يوجد ما يمنع أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البدلي محالا متعددة بينما يكون البديل محلا واحدا<sup>369</sup>.

وقد وجه الدكتور النيداني بعض الانتقادات لهذا التكييف أهمها<sup>370</sup>:

- 1- يجب أن يتوافر في البديل شرط التعادل بينه وبين المحل الأصلي للالتزام طالما أنه يقوم مقامه ، وهذا الشرط لا يتوافر في التعاقد بالعربون ، فإذا كان الدائن في بيع العربون هو المشتري مثلا ، فهل يتساوى من وجهة نظره نقل ملكية العربون بدلا من نقل ملكية المبيع.
- 2- البديل في الإلتزام البدلي وسيلة للخلاص من الإلتزام و لكن العقد يبقى موجود. أما ترك العربون فهو ليس وسيلة للخلاص من الإلتزام وإنما هو وسيلة للخلاص من العقد كله. وهذا واضح مما أضفاه المشرع على وظيفة العربون ، حيث قرر بموجب مواد العربون إعطاء الحق في العدول عن العقد لكل من المتعاقدين ، و العدول عن العقد يؤدي إلى فسخه و ليس تنفيذه.

### الفرع الثالث : نظرية الفسخ الأحادي.

366 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 79.

367 - من أصحاب هذا الاعتراض ، سليمان مرقس حيث يعترض على تكييف العربون بأنه بدل في التزام بدلي ؛ انظر ، سليمان مرقس،

الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق، ص. 100.

368 - انظر، إلياس ناصيف، موسوعة العقود..... ، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 164؛ سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص. 100.

369 - انظر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 89.

370 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 241-242.

تعود هذه النظرية إلى الفقيه "Redouin" ، والذي يرفض الاستعانة بالنظريات السالفة الذكر ، حيث يرى أن البحث في الطبيعة القانونية للالتزام بالعربون هو بحث في محتوى ومضمون الحق المخول للمتعاقدين سواء دافع العربون أو الذي استلمه.

فوظيفة العدول الناشئة عن دفع العربون في نظره تحتوي على نهاية ووسيلة. النهاية هي اختفاء الرباط العقدي ، والوسيلة هي ترك أو إعادة العربون مضاعفا<sup>371</sup>.

كما يقرر أن الالتزام بالعربون ذو طبيعة مركبة ومعقدة ، فهو يشمل على الحق في العدول وعلى الضمان الناتج من دفع العربون ، مستمدا ذلك من أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية<sup>372</sup> والتي قررت أن محتوى العربون هو الضمان وكونه وسيلة للعدول.

ففكرة العربون هو الضمان ، تعني أن الضمان ينتج من الدفع المباشر للمبلغ المتفق عليه من أجل الإنسحاب تحت صفة عربون. فإذا انسحب دافع العربون فهنا يلعب هذا الأخير دوره كاملا ، حيث أن ترك العربون يعوض الضرر الذي يحدث لمستلم العربون ، أما إذا عدل هذا الأخير فإن استلامه لهذا العربون يدخل يديه في موضوع الضمان ، ويصبح العربون هنا بلا سبب ، يستوجب عليه رد العربون ومثله كضمن للعدول. حيث أن سبب التزامه بذلك هو رضاه بالتعامل بالعربون وقبضه له ، فمند أن وافق على استلامه أصبح ضامنا. كما يرى أن شرط العدول -وهو من وجهة نظره الحرية المتروكة للمتعاقد لعدم تنفيذ التزاماته في مقابل دفع مبلغ معين- لا يختلف عن العربون ، فههدفهما واحد وهو السماح باختفاء العقد حسب طلب أحد الأطراف<sup>373</sup>.

فالعربون يشمل على وسيلة العدول ودفعه يطابق ويساوي هذه الوظيفة ، ويعد من وجهة النظر القانونية كالشرط الصريح بالعدول ، وهو لا يقوم بشيء إلا أنه يضيف أمانا أكثر حجما لذلك الذي استلمه. وهذا المعنى هو الذي أعلنه الفقه الفرنسي<sup>374</sup> ، حيث يؤكد أنه لا شيء يمنع المتعاقدين أن يشترطوا حق العدول في خلال مدة معينة ، فعلى سبيل المثال يستطيع البائع والمشتري أن يحتفظا بهذا الحق مقابل دفع تعويض مسمى العربون.

<sup>371</sup> - انظر ، ياسر محمد علي، النيداني، المرجع السابق ، ص. 244.

<sup>372</sup> - Req. 3 Juil 1933, S.1933.1.343 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art.1, par. 5, p. 1.

<sup>373</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق ، ص. 245.

<sup>374</sup> -Cf. Jérôme Huet, op.cit., p. 132.

ومن أهم نتائج هذه النظرية وأسايندها<sup>375</sup> :

- أن دفع العربون يسمح لأحد المتعاقدين بالفسخ الأحادي للعقد ، وهذا العقد يكون موجودا وتاما منذ إبرامه. وهو منتج لآثاره منذ هذا اليوم ، فهو عقد ناقل للملكية كما أنه ناقل للمخاطر. وفي حالة ممارسة العدول فإن العقد لا يختفي إلا بالنسبة للمستقبل ، أما الماضي فإنه يبقى كما هو مرتبا لكل آثاره.

ودليل أن الفسخ لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل يوجد في التطبيق المعاصر لعربون العدول في صفقات البورصة. فهذه العقود يكون لها مواعيد مختلفة للتنفيذ ، والفسخ يكون مستحيلا بالنسبة للماضي لأن تنفيذ هذه العقود يكون قد بدأ سابقا. فالفسخ يكون فقط وقت استعمال إمكانية العدول.

- الفسخ الذي يكون مخولا للمتعاقد بالعربون هو فسخ أحادي ، ويجد مبرره وسنده في المادة 1134 ق.م.ف والتي تقرر في فقرتها الثانية أن : "الاتفاقيات لا يمكن أن تنقض إلا بموافقة تبادلية أو للأسباب التي يسمح بها القانون"<sup>376</sup>.

تقضي هذه الفقرة أن العدول بالموافقة التبادلية جائز ، لكن دون تحديد لطريقة العدول هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى تصرح بأن الاتفاقيات لا تكون ملغاة إلا للأسباب التي ينص عليها القانون ، ويمكن اعتبار المادة 1590 ق.م.ف من هذه الأسباب والتي تشمل على الفسخ الأحادي المتعلق بالعربون.

- ومن نتائج هذه النظرية أيضا أنه لا يوجد اختلاف بين اتفاق الأطراف على العدول أو نقض العقد ، واتفاقهم على دفع العربون. ففي الحالة الأولى اتفقوا بعد إبرام العقد على نقضه باتفاق جديد ، أي هناك اتفاق تبادلي ينص على الفسخ الحالي والمباشر للعقد. أما الحالة الثانية فإن الفسخ يكون منصوص عليه لكنه يبقى اختياريا ، أي أن الأطراف اتفقوا على المبدأ لكن خلال فترة زمنية يكون الفسخ فيها احتماليا ربما يحدث وربما لا.

<sup>375</sup> - انظر، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق ، ص. 247-249.

<sup>376</sup> - Art 1134/2 de C.C.F: "elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise".

- إن فسخ العقود بالإرادة البسيطة للمتعاقد يعتبر ممنوعا في القانون الفرنسي ، أما فسخ العقد في حالة التعاقد بالعربون فيكون نتيجة موافقة متبادلة ونتيجة لشرط صريح أو ضمني - شرط صريح إذا صرح المتعاقدان أن العربون وسيلة عدول ، وشرط ضمني إذا لم يصرحا بذلك فيكون الواجب تطبيق القرينة الواردة في المادة 1590 ق.م.ف.

### الفرع الرابع : النظريات الحديثة.

اعتبرت أحد هذه النظريات العربون تحفظا أو خيارا (أولا) ، بينما قررت الأخرى أنه التكوين التدريجي للرضا (ثانيا).

#### أولا : التعاقد بالعربون تعاقد مقترن بتحفظ أو خيار.

من وجهة نظر بعض الفقه<sup>377</sup> أن التعاقد بالعربون عبارة عن عقد مقترن بتحفظ إرادي ، وهو ليس أمرا عارضا بل هو مسألة أساسية في العقد ومن مستلزماتها ، تعطي لأحد المتعاقدين حقا إراديا أحاديا بالفسخ وهو حقه في العدول عن التعاقد. فلكل من المتعاقدين أن يستبقي لنفسه تحفظا يمنحه الحق في إصدار إرادة مضادة مستقبلا ينهي بها التعاقد. فهو يملك مرحلة وسطى بين مرحلتين الإجابة بنعم أو بلا. فيمكنه وهو يقول نعم أن يتحفظ لنفسه بالحق في أن يقول لا ، وبذلك ينهي التعاقد بإرادة مستقبلية مضادة<sup>378</sup>.

وفكرة التحفظ تظهر كتطبيق للخاصية الغير نهائية للرضاء ، وتظهر كذلك لتدخل فكرة المدة في التعبير عن الرضاء<sup>379</sup>.

ويعترض أنصار هذا الرأي على فكرة الشرط في التعاقد بالعربون لأنه أمر عارض غير محقق الوقوع ، وهاتان الصفتان لا تتوافران في الإرادة التي يستطيع المتعاقد أن يستخدمها أو لا يستخدمها في كل وقت دون قيد أو شرط.

<sup>377</sup> - ومنهم ، محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي ، رسالة من جامعة القاهرة ، 1980 ، الناشر عالم الكتاب ، ص. 168.

- Bruno Celice, Les reserves et le non vouloir dans les actes juridiques, Thèse Paris, 1968, P.226.

<sup>378</sup> - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق ، ص. 69.

<sup>379</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق ، ص. 253.

كما يستبعد هذا الرأي فكرة البديل في التعاقد بالعربون ، ويرى أنه في حال ربط العربون بفكرة التحفظ أو الخيار فلن يكون هناك صعوبة في تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون ، لأن المصدر سيكون هو نص القانون<sup>380</sup> .

وقد عبرت محكمة النقض المصرية<sup>381</sup> عن فكرة التحفظ أو الخيار ، فوصفت الخيار الناتج من دفع العربون بأنه خيار فسخ.

ومن نتائج هذه النظرية أن العقد بالعربون يكون تاما ، وأن استعمال أحد المتعاقدين لحقه في العدول يؤدي إلى فسخ العقد في المستقبل فقط لأنه تحفظ فاسخ. ومن ثم فإن هذه النظرية لم تخرج عن نظرية الفسخ الأحادي كما أن لهما نفس النتائج. وكل ما أضافته هذه النظرية أنها أعطت للعربون مسمى التحفظ أو الخيار.

### ثانيا : الفكرة القائمة على التكوين التدريجي للرضاء.

يرى بعض الفقه<sup>382</sup> أن التعاقد بالعربون لا يكون متكونا كليا أثناء تبادل الرضاء ، حيث أنه لا يكون تاما إلا إذا انقضت المدة دون ممارسة إمكانية العدول ، أو عن طريق رفض ممارسة هذه الإمكانية.

ووفق هذا الرأي أن الرضاء متكون من اتحاد حلقتين ، الحلقة الثانية تكون مربوطة بالأولى إلا أنها ليست مغلقة ، وذلك لأن الاستفادة من إمكانية العدول لا يزال له الحق في سحب رضائه وفسخ العقد.

إن الرضاء الممنوح بواسطة الاستفادة من إمكانية العدول لا يكون إلا من نوع الرضاء التدريجي<sup>383</sup> . والتكوين التام للعقد لا يكون إلا عن طريق حفظ ذلك الرضاء أثناء المدة المحددة للعدول ومن ثم يبدوا الرضاء كمرحلة وسط في تكوين العقد بين الوعد الأحادي بالتعاقد ومرحلة

380 - انظر ، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 69.

381 - نقض مدني ، 1999/09/20 ، مجموعة عمر، رقم 122، ص. 330 ؛ مقبس عن عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني ،.....، المرجع السابق، ص. 333.

382 -Cf. Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit., p.101.

383 -Cf. Jean Calais- Aulory et Franck Steinmetz, Droit de la consommation, 5<sup>ème</sup> éd, Dalloz, 2000, p.173.

العقد النهائي. فالعقد مع إمكانية العدول لا يكون ممثلاً للوعد الأحادي ، لأنه إذا كان في الحالة الأولى امتناع المتعاقد من استخدام إمكانية العدول يجعل العقد نهائياً، إلا أنه في الحالة الثانية امتناع المستفيد من الوعد عن رفع خياره يمنع إبرام العقد. فالقدرة على العدول تكون في مرحلة متقدمة جدا من تكوين العقد<sup>384</sup>.

لم تلق هذه الفكرة قبولا لدى الفقه<sup>385</sup> ، لأن العقد متكون من الاتفاق عليه ولا يوجد إلا رضاء واحد وهو الذي صدر من البداية. أما ممارسة إمكانية العدول فهي تنفيذ للبند الاتفاقي الوارد في العقد أي أنها تكون تنفيذا للعقد. أيضا القول بأن تكوين العقد لا يكتمل إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها أو بتنفيذ العقد ورفض إمكانية العدول فيه خلط بين تكوين العقد وبين تنفيذه.

384 - انظر، جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 69.

385 - انظر، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق، ص. 257-258.

## الفصل الثاني

### أحكام التعاقد بالعربون.

إذا ما اقترن التعاقد بدفع العربون فيكون غرض المتعاقدين منه ، إمّا حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون أو رده ومثله حسب الطرف العادل. وإمّا تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه ، حيث يعتبر العربون جزءاً من الثمن لعقد نهائي.

فإذا كان للعربون دلالة العدول ، فهل يكون لهذا الأخير تأثير على تنفيذ العقد ، خاصة و أنه يمنح لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن عقد تم ابرامه ؟ وقبل ذلك ما هي أحكام التعاقد بالعربون ؟

حتى نستطيع أن نبيّن أحكام التعاقد بالعربون يجب علينا أن نحدّد أولاً شروط صحة هذا التعاقد ، ثمّ مجال التعاقد بالعربون أو نطاقه. وإذا ما حدّدنا شروط صحة التعاقد بالعربون ونطاقه (مبحث أوّل) ، فإنّنا نستطيع بعد ذلك أن نبيّن أثر التعاقد بعربون العدول على تنفيذ العقد ، وفي النهاية مصير التعاقد بالعربون (مبحث ثاني).

## المبحث الأوّل : شروط صحة التعاقد بالعربون ونطاقه.

من أجل أن يكون أي عقد من العقود صحيحا ومرتبيا لآثاره ، يشترط لانعقاده توافر شروط. فما هي إذن شروط التعاقد بالعربون ؟ وإذا كان لكل عقد نطاق والذي يكمن في بيان مجاله ، فما نطاق التعاقد بالعربون ؟

لذلك سوف نحاول من خلال هذا المبحث تبيان شروط صحة التعاقد بالعربون (مطلب أول) من جهة ، ونطاقه من جهة أخرى (مطلب ثاني).

### المطلب الأوّل : شروط صحة التعاقد بالعربون.

لكي يكون دفع العربون المقترن بالعقد صحيحا ومؤديا لآثاره ، فإنّه يجب أن تتوفر بعض الشروط ، البعض منها يتعلّق بالعربون المدفوع (الفرع الأوّل) ، والبعض الآخر يتعلّق بالعقد المقترن به العربون (الفرع الثاني) ، ومنها ما يتعلّق بالوقت الذي يجب أن يدفع فيه العربون (الفرع الثالث).

### الفرع الأوّل : الشروط المتعلقة بالعربون.

العربون هو مبلغ من المال أو منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد. لذلك يشترط في العربون أن يكون مبلغا نقديا أو منقولا (أولا). وهذه الأموال والمنقولات في حدّ ذاتها يشترط فيها أن تكون من الأشياء القابلة للتعامل فيها ، و عليه يلزم أن يكون العربون مالا قابلا للتعامل فيه (ثانيا).

### أولا : أن يكون العربون مبلغا نقديا أو منقولا.

الغالب في العمل أن يكون العربون مبلغا من النقود ، وهذا يرجع إلى طبيعة هذه الأخيرة حيث أنّها تكوّن المال المثلي في التعامل<sup>386</sup>. كما تيسر أحكام الردّ - وهي رد العربون ومثله إذا كان العدول من قابض العربون - إذا كان العربون مبلغا نقديا<sup>387</sup>.

386 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 59.

وإذا كان الغالب في العمل أن يكون العربون مبلغا نقديا إلا أنه يمكن أن يكون شيئا منقولاً<sup>388</sup>. وهذا الأخير إما أن يكون من المثليات وهي الأشياء التي يجوز أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء<sup>389</sup>، كالذهب والفضة والحبوب إذا كانت من نوع وصنف ووزن معين. وهو ما يسهل على متلقي العربون أن يردده ومثله في حالة ممارسة العدول<sup>390</sup>.

وإما أن يكون العربون من المنقولات القيمة، وهي التي بينها تفاوت بحيث لا يمكن أن يقوم غيرها مقامها عند الوفاء<sup>391</sup>. وقد اختلف الفقه بخصوص المنقولات القيمة إذا كانت عربونا.

فيرى بعض الفقه<sup>392</sup> أنه إذا كان العربون من الأشياء القيمة، فيكون في هذه الحالة بمثابة تأمين عيني لتنفيذ العقد، وعلى من استلم الشيء المقدم عربونا أن يرده إلى المتعاقد الآخر عند التنفيذ، فإن رده البائع إلى المشتري التزم هذا الأخير بكل الثمن.

أما البعض الآخر<sup>393</sup> فيرى أنه إذا كان المنقول من القيمات فلا يصح تقديمه كعربون عدول، لأن ذلك يتعارض مع قاعدة الرد، بحيث إذا عدل قابض العربون فكيف سيرد العربون ومثله للطرف الذي دفعه، ومثال ذلك أن يكون العربون تلفزيونا مستعملا أو فرسا للسباق.

لكن يرد على ذلك أنه إذا قدمت المنقولات القيمة كعربون عدول فيمكن تثمينها وتحويلها إلى مبلغ من النقود، فيكون بذلك الرد سهلا في هذه الحالة، وهنا يستوجب على قابض العربون إذا عدل أن يرد المنقول القيمي وقيمه. و عليه يصح أن يقدم المنقول القيمي كعربون للعدول<sup>394</sup>.

387 - انظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 59.

388 - انظر، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون، ص. 65؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 91.

389 - انظر، هجيرة دنوبي بن الشيخ الحسين، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط. 2، الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية

EDAP، 2003، ص. 183.

390 - انظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 59.

391 - انظر، هجيرة دنوبي، المرجع السابق، ص. 183.

392 - انظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 59.

393 - انظر، محمد يوسف الزغيبي، المرجع السابق، ص. 138.

394 - انظر، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق، ص. 296.

ثانيا : أن يكون العربون مالا قابلا للتعامل به.

يشترط في العربون أن يكون مالا قابلا للتعامل به<sup>395</sup>. فلا يصح أن يكون من الأشياء الخارجة من دائرة التعامل.

فإذا كان العربون مبلغا نقديا فيجب أن يكون من النقد الصحيح المتداول ، أمّا النقود المزيفة فلا يجوز تقديمها كعربون ، وإذا تمّ ذلك يبطل العربون<sup>396</sup>. أمّا إذا كان منقولاً فلا يجوز أن يكون هذا الأخير من الأشياء الخارجة من دائرة التعامل سواء بحسب طبيعتها (الماء ، الهواء) ، أو بحكم القانون (الأموال العامة أو الأموال الممنوع التعامل فيها كالمخدرات)<sup>397</sup>.

في حالة ما إذا قدم أحد المتعاقدين عربونا يتمثل في مبلغ نقدي مزيف أو كان من الأشياء الخارجة من دائرة التعامل ، فهنا يبطل العربون ، ولكن هل يبطل العقد المقترن به أيضا؟ يذهب بعض الفقه<sup>398</sup> إلى أنّ بطلان العربون لا يؤثر على العقد بل يبقى العقد في هذه الحالة صحيحا ، لأنّ العربون من وجهة نظره هو بدل في التزام بدلي ولا يبطل الالتزام الأصلي في حالة بطلانه أو هلاكه.

بينما يرى البعض الآخر من الفقه<sup>399</sup> أنّه يجب الرجوع إلى المبادئ العامة للبطلان ولطبيعة دفع العربون. فالعربون بند من البنود العقدية ، وهو من البنود المهمة في العقد ، ذلك أنّ المتعاقدين لم يريدوا الالتزام على وجه قاطع ونهائي بل تعاقدوا على أن يكون لكل منهما الحق في العدول ، وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة. فإذا تمّ إبقاء الالتزام بينهما على وجه نهائي ، فسوف يكون ذلك الحكم مخالفا تماما لإرادتهما التي تتمثل في جعل كل طرف منهما له الحق في العدول. بمعنى آخر ، إذا بقي العقد صحيحا وملزما لطرفين رغم بطلان العربون ، فهذا يعتبر خروجاً عن إرادة المتعاقدين اللذين فضلا أن يكون لهما الحق في العدول ، حيث أنّ مسألة العدول هي المسألة الأولى والأساسية في التعاقد.

395 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 59.

396 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع نفسه ، ص. 59.

397 - انظر ، محمد حسنين منصور ، نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، ص. 201.

398 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 59.

399 - انظر ، مصطفى العدوى ، العربون ؛ مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 298.

فالعربون يعتبر شرطا "Clause" في الاتفاق بمعنى البند وهو ليس إلاّ جزءا من محتوى التصرف. فيكون عدم مشروعيته مؤديا لنفس النتائج التي تترتب على عدم مشروعية المحتوى ما دام هذا الشرط يدخل في تحديد غاية التصرف<sup>400</sup>.

### الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالعقد.

يشترط في العقد الذي يقترن به العربون أن يكون عقدا صحيحا حتى ينتج العربون أثره<sup>401</sup>. ولا يكون العقد كذلك إلاّ إذا كان قد انعقد وفق القواعد العامة التي وضعها المشرع لتنظيمه ، وبدون مخالفة للنظام العام والآداب.

وفي حالة عدم وجود عقد أو كان العقد باطلا ، فهنا يبطل العربون ويكون هذا الأخير في يد من قبضه بدون سبب ووجب رده إلى دافعه<sup>402</sup>. ولا بدّ من التفرقة هنا بين حالتين ، حالة اقتران العربون بالعقد الرضائي ، والأخرى اقترانه بالعقد الشكلي.

### أوّلا : العربون في العقود الرضائية.

لا تثور مشكلة صحة العقود إذا اقترن العربون بالعقد الرضائي ، وهو ما يكفي التراضي بين المتعاقدين لانعقاده. فالعقد ينعقد صحيحا بمجرد تبادل الإرادتين أيا كانت الطريقة المستخدمة (كتابة، شفاهة أو إشارة)<sup>403</sup>. ويصح أن يقترن به العربون وتطبق القاعدة العامة في العدول والتي لا يشترط فيها شكل معين<sup>404</sup>. ومثال ذلك عقد البيع هو عقد رضائي والذي لا يشترط لانعقاده اتباع إجراءات معينة ، باستثناء ما ورد بشأن بعض العقود<sup>405</sup>، أو في حالة وجود اتفاق على عدم انعقاده إلاّ إذا أفرغ في شكل معين. فعقد البيع ينعقد صحيحا بمجرد

400 - انظر، جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص.112.

401 - انظر، محمد يوسف الزغبي، المرجع السابق، ص. 442؛ عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 59.

402 - انظر، عبد السلام الترماني، المرجع نفسه، ص. 59.

403 - انظر، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص. 15.

404 - انظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 60.

405 - هذه الاستثناءات هي : التصرفات القانونية الواردة على الملكية العقارية والحقوق العينية والتبعية ، عقود الإيجار والتصرفات الواردة على

المحلات التجارية وبيع السفن والطائرات...؛ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط.1، ج. 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ص. 18.

تبادل الإيجاب والقبول ، دون حاجة إلى إبرامه في أي شكل معين ، وهذا العقد يصح أن يقترن بالعربون. فإذا اقترن به تطبق عليه القواعد الخاصة برضائية عقد البيع والعربون حتى ولو لم يقم المتعاقدان بتسجيل العقد.

### ثانيا : العربون في العقود الشكلية.

التساؤل الذي قد يطرح نفسه ، ما هو حكم العربون المدفوع في عقد من العقود التي يشترط القانون لانعقادها أن تبرم وفق شكل معين ؟

العقود الشكلية هي عقود لا يكفي لانعقادها تراضي الطرفين وإنما يلزم أن تفرغ في شكل معين. فالشكل (التوثيق أو العقد الرسمي) يعدّ ركنا من أركان العقد ولا ينعقد بدونه<sup>406</sup>.  
المشرع الجزائري يتطلب لإبرام بعض العقود أن تتمّ في شكلية معينة وإلا كانت باطلة حيث يعتبر الشكل الرسمي بها ركنا لانعقاد ، من ذلك عقد بيع العقار<sup>407</sup> (المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج)<sup>408</sup>.

وإذا كان لازما أن كل التصرفات الواردة على العقارات تخضع لطابع الشكلية ، فإذا تمّ دفع العربون في بيع عقار لم تحترم فيه الشكلية ، يعتبر البيع باطلا بطلانا مطلقا أي عديم الأثر وبالتالي غير نافذ لا في مواجتهما ولا في مواجهة الغير ، مما يستتبع ذلك أنه إذا كان العدول من قابض العربون فإنه لا يردّ إلا ما قبضه ولا يردّ العربون ومثله أي لا نستطيع تطبيق قاعدة العدول. وهذا ما قضت به محكمة الرمشي<sup>409</sup> بتاريخ 2006/05/03 إذ حكمت على المدعى عليه (البائع) بإرجاع قيمة العربون للمدعى (المشتري) والمقدر بـ 50.000 دج، وليس قيمة العربون ومثله كما تنصّ على ذلك المادة 72 مكرر من ق.م.ج.

406 - انظر ، مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 ، ص. 58.

407 - انظر ، حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2002 ، ص. 113.

408 - تنص المادة 324 مكرر من ق.م.ج : " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإحضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار...".

409 - انظر ، حكم محكمة الرمشي ، القسم المدني ، 2006/05/03 ، رقم القضية 06/55 ، الفهرس 506/141 ، حكم غير منشور ، ملحق رقم (11) ، ص. 189-192.

فإذا اقترن العربون بهذا التعاقد دون استيفاء الشكل فلا ينعقد ، ويكون العربون في هذه الحالة في يد من قبضه بدون سبب ، وعليه وجب ردّ العربون إلى من دفعه ، لأنّ التعاقد غير صحيح وفقا للقواعد العامة التي حدّدها المشرع.

ولابدّ من الإشارة ، أنّ جزء الإخلال بالشكل كركن من أركان العقد هو عدم انعقاده وبطلانه بطلانا مطلقا. أمّا جزء عدم القيام بإجراء الشهر فهو تعطيل بعض آثار العقد - الأثر العيني وهو نقل الملكية في العقارات والحقوق العينية الأخرى - مع بقاء العقد صحيحا ومرتبيا لالتزاماته الشخصية بين المتعاقدين<sup>410</sup>.

في حين اشترط المشرع الأردني كركن من أركان عقد بيع العقارات التي تمت تسويتها أن تتمّ في دائرة التسجيل<sup>411</sup>. كذلك المنقولات التي لها سجلات خاصة كالمركبات والسيارات ، يجب أن يتمّ بيعها لدى الدوائر المختصة وإلاّ أصبح العقد باطلاً (المادة 1/أ/14 من قانون السير رقم 14 لسنة 1989). ففي هذه البيوع سواء البيوع العقارية أو بيع المنقول الذي له سجلات خاصة إذا تمت خارج دائرة التسجيل أو الدوائر المختصة بذلك فإنّه يعدّ باطلاً، والباطل لا يرتب أي أثر قانوني. وبالتالي فإنّ المبلغ الذي يدفع عربونا ، لا يمكن أن يطبق عليه حكم المادة 107 من القانون المدني الأردني بخصوص قواعد العدول المتعلقة بالعربون ، لأنّه حتّى تطبق أحكام هذه المادة يجب أن يكون تطبيقها بخصوص عقد بيع صحيح لا باطل<sup>412</sup>.

وقد قرّرت محكمة التمييز الأردنية<sup>413</sup> في خصوص العربون المقترن ببيع عقاري خارج دائرة التسجيل مايلي : "يتضح من نص المادة 107 من القانون المدني المتعلقة بمصير العربون في حالة العدول عن العقد أنّ المشرع قد قصد في هذه المادة العقد الذي توافرت فيه أركان انعقاده ولم يقصد العقد الباطل ، لأنّ حق العدول عن العقد الباطل متاح للفريقين دون اشتراط ذلك فيه. وحيث أنّ عقد العقار الذي تمّت فيه التسوية خارج دائرة التسجيل يعتبر باطلا ولا يجوز

410 - انظر ، حمدي باشا عمر ، نقل الملكية.... ، المرجع السابق ، ص. 58.

411 - تقضي المادة 16/ف3 من قانون تسوية الأراضي والمياه : "في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحا إلاّ إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل".

412 - انظر ، محمد يوسف الزغبى ، المرجع السابق ، ص. 141 - 142.

413 - تمييز حقوق 78/156 سنة 1978 ، مجموعة المبادئ القانونية لمجموعة التمييز في القضايا الحقوقية ، ص. 1249 ؛ مقتبس عن

محمد يوسف الزغبى ، المرجع السابق ، ص. 142.

لأبي محكمة سماع الادعاء به عملاً بالمادة 3 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة، والمادة 1448 من القانون المدني، فإن أحكام المادة 107 من القانون المدني لا تنطبق على هذا البيع".  
 وفيما يتعلق بالعربون المدفوع في بيع السيارات خارج دائرة السير قررت<sup>414</sup> : " أن مبلغ العربون المدفوع بناء على عقد باطل هو بيع باطل، وبيع سيارة خارج دائرة السير هو باطل أيضاً عملاً بالقاعدة القانونية إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه". وقررت في أحكام أخرى أنه على فرض أن المبلغ الذي دفعه المشتري ثمناً للأرض بموجب عقد خارجي هو عربون، فإن من حق الدافع استرداده ما دام أن العقد الذي تمّ بموجبه الدفع هو عقد باطل، وذلك لأنه إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"<sup>415</sup>.

### الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بوقت دفع العربون.

لقد ثار خلاف بين الفقه بخصوص مسألة الوقت الذي يجب فيه دفع العربون، وانقسم الفقه في هذا الشأن إلى ثلاثة آراء هي :

#### الرأي الأول :

يذهب هذا الرأي<sup>416</sup> إلى أن الوقت الذي يجب أن يحصل فيه دفع العربون هو وقت انعقاد العقد. فيرى أن العقد المقترن بدفع العربون هو عقد عيني لأنه لا يمكن أن يتواجد هذا العقد بدون دفع العربون. فدفع العربون من وجهة نظره شرط أساسي لتكوين العقد، وهذا العقد لا يتكون إلا بالتسليم، وهذا التسليم يتمثل في دفع العربون.

<sup>414</sup> - تمييز حقوق 80/417 سنة 1981، مجموعة المبادئ القانونية لمجموعة التمييز في القضايا الحقيقية، ج.5، القسم الثاني، ص.

907؛ مقتبس عن محمد يوسف الزغيبي، المرجع نفسه، ص. 143.

<sup>415</sup> - قضية 88/1027، مجلة نقابة المحامين 1990، ص. 180؛ مقتبس عن جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص. 39.

<sup>416</sup> - انظر، ياسر محمد علي النيداني، المرجع السابق، ص. 309.

وقد وافق هذا الرأي بعض الفقه المصري مقرراً أنّ الوقت الذي يجب أن يحصل فيه دفع العربون هو وقت انعقاد أو إبرام العقد<sup>417</sup>. فمن وجهة نظره أنّ الاتفاق على العربون لا يعتبر صحيحاً إلاّ إذا تمّ دفع العربون بالفعل، ولا يكفي مجرد الاتفاق عليه، وهذا واضح من صياغة نص المادة 103 مدني مصري والتي تنصّ على أنّ: "دفع العربون وقت إبرام العقد...". وإنّ ما يميز به العربون أيضاً أنّ شكل التعبير عن الإرادة به لا بدّ أن يقترن بتسليم مبلغ من المال أو أي شيء مثلي آخر، بحيث يمكن القول أنّه عقد عيني.

الملاحظ أنّ المشرع الجزائري قد استعمل نفس صياغة المشرع المصري في المادة 72 مكرر ق.م.ج والتي تقضي: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد...".

الرأي الثاني<sup>418</sup>:

يرى أن يحصل دفع العربون وقت إبرام العقد أو قبل ذلك.

### الرأي الثالث:

يذهب هذا الرأي إلى أنّه يجوز أن يتمّ دفع العربون بعد انعقاد العقد، ولكن قبل ميعاد الاستحقاق<sup>419</sup>. ففي حالة التعاقد بالعربون يقوم المتعاقدون بتوقيع الاتفاق، وبعد ذلك يدفع أحد الطرفين للآخر مبلغ العربون، وإذا لم يتمّ تسليم العربون بعد إبرام العقد فإنّ العقد يكون غير منفذ فقط. فالتعاقد بالعربون يتكون بالرضاء البسيط، وذلك أياً كانت الطريقة التي انعقد بها العقد المقترن بالعربون سواء أكان بين حاضرين وهذه هي الطريقة الغالبة، أم كان بين غائبين، فلا يوجد ما يمنع اقتران العربون بالتعاقد بين غائبين حيث يكون حكمه في هذه الحالة حكم التعاقد بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد<sup>420</sup>.

وهناك صورة عملية توضح أنّ التعاقد بالعربون تعاقد رضائي، ويمكن أن يتمّ تسليم العربون فيه بعد إبرام العقد. فالبيع بواسطة التليفزيون، هو بيع يدخل في دائرة العقود التي تتمّ

417 - انظر، عبد الحى حجازي، العقد والإرادة المنفردة، المطبوعات الجامعية، الكويت، 1982، ص. 308؛ رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود...، المرجع السابق، ص. 11؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 38؛ أنور سلطان، عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 86.

418 - انظر، ميسنو، نظرية العقد، 1948؛ مقتبس عن عبد الحى حجازي، المرجع نفسه، ص. 305.

419 - انظر، باراسي، النظرية العامة للالتزام، ج.3، ص. 168؛ مقتبس عن عبد الحى الحجازي، المرجع نفسه، ص. 305.

420 - انظر، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص. 60.

بين حاضرين ، لأنه تعاقد بالتليفون ويأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين بالنسبة لزمان انعقاد العقد ، حيث أنّ البرنامج التليفزيوني يعرض السلعة مع بيان الثمن المحدد لها ، ويطلب من المشاهدين الاتصال به هاتفياً. فإذا قام المشاهد بالاتصال ، فإنّ العقد ينعقد بين حاضرين لأنه لا توجد فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به. أمّا من ناحية المكان ، فيعتبر تعاقدًا بين غائبين. فهذا العقد يقترن بالعربون ، لكن تسليم العربون يتمّ بعد إبرام العقد ، لأنّ المشاهد قد يقوم ببعث رسالة بعد ذلك مع إرساله الثمن المحدد للسلعة أو إرسال مبلغ العربون المحدد سلفاً فهي لا تكون إلاّ تنفيذًا لعقد سبق إبرامه. وبالتالي هذا يعد دليل على أنّ التعاقد بالعربون تعاقد رضائي ودفع العربون عند انعقاد العقد ليس شرطاً فيه ، وإنّما يصح أن يتمّ دفع العربون بعد انعقاد العقد<sup>421</sup>.

### المطلب الثاني : نطاق التعاقد بالعربون.

القاعدة أنه يترتب على إبرام أي عقد من العقود، نشوء حقوق والتزامات تقع على عاتق المتعاقدين طبقاً لمبدأ نسبية العقد ، فهل حق العدول الناتج عن التعاقد بالعربون ينصرف إلى المتعاقدين فقط؟ وهل يجوز أن يقترن العربون بأي عقد من العقود؟ وهل يشترط أن تحدّد فيه مدة معينة؟

المقصود بتحديد نطاق العقد هو بيان مجاله بالمعنى المفهوم في القانون الخاص. لذلك سنتناول من خلال هذا المطلب نطاق التعاقد بالعربون سواء من حيث الأشخاص (الفرع الأول) ، من حيث العقود (الفرع الثاني) ، وأيضاً من حيث المدّة (الفرع الثالث).

### الفرع الأول : نطاق التعاقد بالعربون من حيث الأشخاص.

تنصّ المادة 72 مكرر ق.م.ج : "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه..." ، وتقضي المادة 103 ق.م.م : "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أنّ لكل من المتعاقدين الحق في العدول" ، أمّا المادة 1590 ق.م.ف تنص: "إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون ، كان لكل من العاقدين حق العدول".

421 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 446.

يستفاد من هذه النصوص أنّ مبلغ العربون يدفعه أحد أطراف العقد إلى الآخر ، حيث يعطي لكل من المتعاقدين حق العدول عن العقد وذلك مقابل دفع قيمة العربون<sup>422</sup> .

كما أن خيار العدول المستمد من العربون مقرر لكل من طرفي العقد وقاصر عليهما<sup>423</sup> ، ما لم يثبت أحدهما أنّه مقرر لمصلحة أحدهما دون الآخر<sup>424</sup> . فلا يمكن أن نتصور أنّ مبلغا قد تمّ دفعه من الغير أو إلى الغير يعطي لأحد المتعاقدين الحق في الاحتفاظ بالعدول عن العقد ، وهذا ما يميّز العربون عن أداءات أخرى مثل Épingles (الزيادة على الثمن) ، Pot-De-Vin (هدية الوسيط) ، Denier à dieu (عملة الإله). فهذه المبالغ تدفع لأشخاص ليسوا أطرافا في العقد<sup>425</sup> .

يكون العربون مدفوعا بين طرفي العقد ، وهدفه إمّا أن يكون جزءا من الثمن الأصلي أو وسيلة للعدول. فإذا كان العربون وسيلة للعدول فإنّه يعطي لطرفيه إمكانية استثنائية أحادية للفسخ حيث يستطيع أحدهما إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة ، ويكون هذا العدول تطبيقا للاتفاق بين أطراف العقد أي المتعاقدين<sup>426</sup> .

وتطبيقا لمبدأ نسبية العقد فإنّ الغير ليس طرفا في العقد، وبالتالي لا يستطيع هذا الأخير أن يتحكم في مسألة وجود العقد وتنفيذه حتّى ولو اقترن العربون بالعقد<sup>427</sup>. وبالتالي لا يمكن أن يكون الغير ملتزما بأحكام العربون ، لأنّ هذا الأخير يتمّ دفعه من أحد المتعاقدين للآخر. مثلا الوسيط الذي يقوم بتسليم العربون إلى أحد أطراف العقد لا يكون مدانا أو ملتزما برّد العربون وضعفه في حالة عدول هذا المتعاقد ، لأنّ مواد العربون (72 مكرر ق.م.ج، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف) لا تطبق إلّا على العلاقات بين الأطراف المتعاقدين.

422 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 145.

423 - انظر ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 121.

424 - انظر، محمد حسنين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 60.

425 - انظر ، أكثر تفصيلا ، من هذا البحث ، ص. 19-21.

426 - انظر ، جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص. 55.

427 - انظر ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون ..... ، المرجع السابق ، ص. 320.

## الفرع الثاني : نطاق العربون من حيث العقود.

يحصل دفع العربون غالبا في عقود البيع والإيجار<sup>428</sup>، كما يحصل في أي عقد آخر تقبل طبيعته العربون كالمقايضة<sup>429</sup> والمقاولة<sup>430</sup>.

والملاحظ ، أنّ المشرعين الجزائري والمصري بموجب المادتين (72 مكرر ق.م.ج، 103 ق.م.م) وضعوا حكما عاما يصدق على سائر العقود<sup>431</sup>. إلا أنّ العربون باعتباره وسيلة لنقض العقد لا يكون إلاّ في العقود الملزمة للجانبين<sup>432</sup>. فإذا كان العقد غير لازم بحسب أصله كعقد الوكالة فلا محل لاشتراط حق العدول فيه. ويترتب على ذلك أنّ العقود اللازمة التي يجوز اشتراط العدول فيها هي العقود اللازمة بحسب أصلها<sup>433</sup>. وأي عقد لازم يجوز اشتراط العدول عنه ، وبالتالي يجوز أن يقترن بالعربون<sup>434</sup>.

أما بشأن الوعد بالتعاقد فإنّه عقد ملزم لجانب واحد، والملتزم فيه هو الواعد فقط. أما الموعد له ليس ملتزما ابتداء بتنفيذ العقد. ومع ذلك يجوز للواعد أن يدفع ويشترط خيار العدول لنفسه، إلاّ أنّ الموعد له لا يلتزم في حالة عدم استيفاء الوعد بردّ ضعفه<sup>435</sup>.

ثبت أن المشرع الفرنسي قد نصّ على حكم العربون في الوعد بالبيع وأعطى له دلالة العدول بموجب المادة 1590 ق.م.ف ، ويرى الفقيهان بودري وسينا أنّ المقصود هنا هو عقد الوعد الملزم للجانبين<sup>436</sup>.

428 - انظر ، السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 142؛ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص. 100.

429 - يرى الأستاذ السنهوري أنّه لا يتصور في المقايضة دفع عربون ، إلاّ فيما يتعلّق بعربون يدفع خارجا عن البدلين وهذا لا يقع عادة ؛ انظر ، السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 865.

430 - انظر ، محمد يوسف الزغيبي ، المرجع السابق ، ص. 139.

431 - انظر ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون..... ، ص. 137 ؛ جمال خليل النشار ، المرجع السابق ، ص. 38.

432 - انظر ، أنور سلطان ، عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق، ص. 65 ؛ إلياس ناصيف، موسوعة العقود، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 162.

433 - إذا كان الأصل أنّ كافة العقود اللازمة يجوز اشتراط حق العدول فيها إلاّ أنّ المشرع اللبناني استثنى بنص خاص بعض العقود ، فلم يبح اشتراط العربون أو حق العدول فيها. وهذا ما نصت عليه المادة 84/3 ف موجبات وعقود والتي تقضي : "وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في إسقاط الدين ولا في بيع السلم". مثلا بيع السلم لا مجال لخيار العدول فيه لأنّ الثمن فيه يدفع كله إلى البائع وقت إنشاء العقد ؛ انظر ، رمضان أبو السعود ، الموجز في شرح ..... ، المرجع السابق ، ص. 165.

434 - انظر ، جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997 ، ص. 232.

435 - انظر ، أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 87.

أما بخصوص اقتران العربون بعقد البيع، فقد ثار بشأنه خلاف بين الفقهاء، حيث وجدت ثلاثة آراء، رأي مضيق ومقيد لمجال المادة 1590 ق.م.ف، ورأي موسع لمجال تطبيق العربون، ويوجد بينهما رأي ثالث وهو رأي وسط.

### أولا : الرأي المقيد.

يرى بعض الفقه الفرنسي القديم والذي يتمسك بحرفية ألفاظ المادة 1590 ق.م أن العربون كضمن للعدول لا يطبق في عقد البيع لأنّ المشرع تحدث عن العربون بخصوص الوعد بالبيع. فمن وجهة نظر الفقيه Delvin Court أنّ العربون المقترن بالبيع لا يعطي الأطراف الحق في العدول عن العقد، وإنما يعدّ دفعة من الثمن أو ضمانا لتأكيد البيع. وإذا قام شك حول طبيعة العقد فيما إذا كان وعدا بالبيع أو بيعا ، فمنذ أن يوجد العربون فيجب أن نفترض أنّه يوجد وعد بسيط<sup>437</sup>.

أما الفقيه "Troplong"<sup>438</sup> فيرى أنّ المادة 1590 تتحدث عن العربون بخصوص الوعد بالبيع ولكنها لم تتحدث أبدا عن البيع النهائي ، لأنّ العربون كضمن للعدول لا يتماشى أبدا مع فكرة عقد البيع النهائي. فالمادة 1590 هي استثناء وليست مبدأ عاما يعطينا العدول عن قراراتنا. فالعربون قد يتماشى مع عقد وقتي مثل عقد الوعد بالبيع، لكنه يستحيل أن يتماشى مع عقد البيع النهائي.

ويقول أيضا : "نحن نعدل عن ارتباط ولكن لا نعدل عن حق الملكية، والعدول عن حق مكتسب ومحقق هو فكرة تحتوي على تناقض". فإذا تمّ البيع بالعربون لا يمكن للبائع أن يعدل ، لأنّ الملكية في هذه الحالة قد انتقلت للمشتري والبيع نهائي. ومن وجهة نظره أيضا ، أنّ العربون لا يدفع إلاّ في حالة وجود شك في إكمال العقد. لذلك لا يقترن العربون إلاّ بعقود الوعد بالبيع والتي لا تكسب أي حق ، وتعطي فرصة لأطراف العقد في عدم تنفيذه وهنا يكون للعربون دور هام وفعال. أما في عقد البيع النهائي فالمشتري

436 - انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون.... ، المرجع السابق ، ص. 144.

437 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 342.

438 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 343 - 346.

كمالك لا يمكن له أن يكتسب من البائع أي ضمان خارج عقد البيع ، كما أنه ليس للبائع أن يتخلى إراديا عن تعاقدته لأنه نهائي .

وقد خلص Troplong أنّ العربون في عقد البيع النهائي لا يمكن إلاّ أن يكون جزءا من الثمن .

رغم تبني بعض أحكام القضاء الفرنسي القليلة جدا<sup>439</sup> لهذا الرأي ، إلاّ أنّه لم يلق تأييدا سواء من الفقه أو القضاء . وقد وجهت له انتقادات أسقطته ، أهمهما :

1- أنّ هذا الرأي ميز في الحكم بين الوعد بالبيع والبيع ، وهذا لم يقرّه المشرع ، بل أنّ هذا الأخير ساوى بينهما بموجب المادة 1589 مدني السالفة الذكر<sup>440</sup> .

2- حسب تقرير السيد Grenier في الهيئة التشريعية ، يظهر أنّه يجب أن يقرّر بالنسبة للعربون المقترن بالبيع ما تقرّره المادة 1590 بالنسبة للوعد بالبيع<sup>441</sup> . فلا يوجد سبب للتمييز بين الحالتين لأنّ الوعد بالبيع يشابه البيع بنص المادة 1589 .

#### ثانيا : الرأي الوسط<sup>442</sup> .

يذهب هذا الرأي إلى استخدام أوسع لنطاق المادة 1590 مدني ، لكن مع وضع بعض القيود بالنسبة للعقود النهائية .

فيرى الفقيه "Huc" أنّ المادة 1590 تفترض أنّ العربون المدفوع يعتبر عربونا للعدول في الوعد بالبيع ، وعلى من يدعي العكس بأنّه عربون قسط أن يثبت ذلك . كما يقول بمدّ نطاق العربون بالنسبة للعقود الأخرى (عقود البيع والإيجار والمقايضة) ، إلاّ أنّ العربون في هذه العقود ليست وسيلة عدول وعلى من يريد العدول إثبات أنّ العربون كان متفقا عليه كوسيلة للعدول .

<sup>439</sup> - Colmar 13 mai 1813 : S.1815-2-10;

مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص.347.

<sup>440</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 225.

<sup>441</sup> - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع نفسه ، ص. 226.

<sup>442</sup> - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 448-450.

ودافع عن وجهة النظر هذه الفقيه "Marcade" ، فيرى أنّ العربون كوسيلة للعدول يمكن أن يتواجد في العقود النهائية كما هو موجود في عقود الوعد بالبيع. ولكن المادة 1590 تضع قرينة قانونية في الإثبات ، بحيث إذا اقترن العربون بوعد بالبيع فالمادة 1590 تضع للقاضي قرينة مسبقة بأنّ العربون لا يكون إلاّ كوسيلة للعدول ما لم يثبت العكس. أمّا إذا اقترن بعقد البيع النهائي فللقاضي الحرية الكاملة في البحث عن إرادة المتعاقدين.

ويضيف "Laurent" أنّ القانون المدني لم ينص على أثر العربون بشأن البيع ، وبذلك تطبق المبادئ العامة في الإثبات. فمن يريد العدول عن العقد ، يجب عليه في هذه الحالة إثبات أنّ العربون تمّ الاتفاق عليه كوسيلة للعدول وذلك تطبيقاً للمبادئ العامة في الإثبات والتي لم يخالفها المشرع إلاّ في مسألة الوعد بالبيع.

هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات ، من ذلك أنّ المادة 1590 ق.م لم تسقط المبادئ العامة في الإثبات. فلكل صاحب حق أن يثبته ، فمن يريد العدول عليه أن يثبت أنّ العربون كان مدفوعاً من أجل حفظ إمكانية العدول ، ولمن يحتج بأنّ العقد بات ولا رجوع فيه إثبات أنّ العربون جزء من الثمن. وعليه فإنّ مسألة الإثبات تكون طبقاً للمبادئ العامة بحيث لا يوجد تمييز بين العقود ، فلا فرق في ذلك بين الوعد بالبيع والبيع أو غيرهم من العقود.

### ثالثاً : الرأي الموسع.

أغلب الفقه الفرنسي<sup>443</sup> تبني رأياً موسعاً في تطبيق المادة 1590 ق.م. فهو يرى أنّ هذا الحكم ولو أنّه ورد في شأن الوعد بالبيع فهو ينطبق على عقد البيع نفسه بدون قيود أو شروط. بل أجاز البعض<sup>444</sup> تعميمه وتطبيقه على سائر العقود التي يصاحب عقدها دفع عربون. وسند الفقه في ذلك أنّ المادة 1589 مدني قد ساوت بين الوعد بالبيع والبيع. والمؤكد أيضاً أنّ المادتين

443 - يقول الفقهاء بودري وسينا أنّ القانون لم يتناول العربون إلاّ بالنسبة لعقد الوعد الملزم للجانبين ، لكن ليس هناك ما يمنع من سريان

المادة 1590 على كافة العقود الملزمة للجانبين القابلة بطبيعتها للعربون ؛ انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون ،...، المرجع السابق ، ص. 180.

444 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 161.

1589، 1590 مدني تكملان بعضهما البعض ، لذلك لا يوجد أي سبب للتمييز بينهما في مادة العربون وقصر النص على الوعد بالبيع فقط<sup>445</sup>.

وحسب السيد غرونيي "Grenier" أحد واضعي القانون المدني الفرنسي وتقريره أمام الهيئة التشريعية سنة 1804م ، أنّ العربون الملازم للبيع يجب أن تطبق عليه نص المادة 1590 المتعلق بالوعد بالبيع المقترن بالعربون<sup>446</sup>.

ومن وجهة النظر هذه أيضا "Aubry et Rau" فقد قرارا أنّه إذا كانت المادة 1590 لا تتكلم إلاّ عن الوعد بالبيع، فإنّ هذه القاعدة يجب أن تطبق في عقود البيع وكذلك في العقود الأخرى منها مثلا عقود الإيجار<sup>447</sup>.

وقد أيد القضاء الفرنسي<sup>448</sup> هذا الرأي ، فقبل أن يقترن العربون كضمن للعدول ليس فقط مع الوعد بالبيع بل مع عقود البيع النهائية وكل العقود الأخرى، كالإيجار والمقايضة<sup>449</sup>.

وما يستخلص من ذلك أنّ العربون كوسيلة للعدول، يقترن بكل العقود ولا يقتصر على الوعد بالبيع أو البيع النهائي فقط. فالمادة 1590 تقرر مبدأ عاما، وتضع قرينة في التفسير عندما يقترن العربون بأي عقد من العقود، إلاّ أنّ هذه القرينة ليست من النظام العام، فيستطيع الأطراف استبعادها صراحة أو ضمنا<sup>450</sup>.

### الفروع الثالث : نطاق التعاقد بالعربون من حيث المدّة.

445 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 353.

446 - انظر ، لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 226.

447 - Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 24, p. 3.

448 - "L'art 1950 du c.civ, qui attribue aux arrhes le caractère d'un moyen de dédit s'applique aux ventes comme aux promesses de vent, de sorte qu'il est sans intérêt de rechercher si les actes litigieuses consistent une simple promesse de vent ou présentent les caractères d'une vente". Paris, 2 mars 1964, D.1965.Somm.34 ; Lyon, 13 fév1951, D.1951.502 ; Cass.Civ.3 oct. 1978.55 ; Paris 14 mars 1928 : Gaz. Trib 19 juill. 1929 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 2, par.18-24, pp.2-3.

449 - Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 2, par .23, p. 3.

450 - Cf. Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit, p. 100.

حيث يكون للعربون دلالة العدول ، فإنّه يعطي لكل المتعاقدين الحق في العدول عن العقد خلال مدّة معينة ، فلا يجوز أن يعط هذا الحق بلا نهاية ، بل لابدّ أن يتمّ العدول خلال مدّة معينة ؛ وذلك عملا على ثبات واستقرار المعاملات.

والمواد 1590 ق.م.ف، 103 ق.م.م و72 مكرر ق.م.ج لم تحدّد مدّة معينة يجب خلالها ممارسة خيار العدول<sup>451</sup> ، هذا يعني أنّ تحديد هذه المدّة متروك لاتفاق المتعاقدين ، وقد صرح المشرع الجزائري<sup>452</sup> بذلك على خلاف المشرع الفرنسي والمصري. وهذه المدّة إمّا أن تكون معينة من قبل المتعاقدين (أوّلا) وإمّا أن تكون المدّة غير معينة (ثانيا) ونستعرض كلا الحالتين :

#### أوّلا : حالة تحديد مدّة معينة لاستعمال خيار العدول.

قد يحدّد المتعاقدان صراحة مدّة لاستعمال حق العدول. وقد تكون هذه المدّة محدّدة إعمالا للعرف الجاري<sup>453</sup>.

وفي هذه الحالة يتعيّن على المتعاقدين ممارسة العدول خلال هذه المدّة. فإذا انقضت المدّة المقررة دون أن يعدل أحد المتعاقدين ، صار العقد باتا بما لا يجوز لأيهما العدول عنه. ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا له ، ووجب استكمال التنفيذ<sup>454</sup>.

إذا كان حق العدول مقررا لطرفي العقد واختار أحدهما البقاء في العقد خلال هذه المدّة المحدّدة فلا يستطيع أن يجبر المتعاقد الآخر على البقاء في العقد طالما أنّ المدّة المحدّدة لإمكانية العدول لم تنته<sup>455</sup>.

451 - في حين نجد أن بعض التقنينات المدنية ، حددت مدة معينة لشرط الخيار ، كالعراق في المادة 509 ق.م ، الكويتي المادة 300 ق.م و اليمني المادة 230 ق.م ؛ انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 442.

452 - تنص المادة 72 مكرر/ف1 ق.م : " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدّة المتفق عليها ..."

453 - انظر ، أنور سلطان ، مصادر الالتزام ..... ، المرجع السابق ، ص. 66؛ إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 145.

454 - انظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص.

68 ؛ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 123 ؛ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون..... ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص. 137.

455 - انظر ، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 233.

حالة تحديد مدّة معينة للخيار كانت توجد في المعاملات الفرنسية عند الخياطين كما سبق الإشارة إلى ذلك<sup>456</sup> الذين كانوا يضعون لافتات تحث على دفع العربون "سادات الزبائن نرجو ترك العربون فإذا مرت ثلاثة شهور فإنّ العربون من حق المنزل". وهذه اللافتات كانت تعني أنّ كل واحد من المتعاقدين (الخياط والزبون) من حقه العدول خلال ثلاثة شهور. يوجد كذلك تحديد المدة عند تجار التجزئة مثل تجار الأوراق والمصوغات الجلدية الذين كانوا يتسلمون طلبات مقترنة بالعربون مع تحديد مهلة للزبون لتسلم بضاعته. وفي حالة عدم تقدمه لتسلمها في الميعاد المحدد، يعتبر التاجر أنّ الزبون قد رجع (عدل) ، فيصير العربون من حقه<sup>457</sup>.

هذا الاستخدام يوجد أيضا في المعاملات المصرية خاصة في استوديوهات التصوير الفوتوغرافي ، حيث يجب على الزبون أن يدفع جزءا من قيمة التصوير للاستوديو ويسلم له إيصالا يكتب عليه أنّ هذا الإيصال يكون ملغيا خلال مدّة معينة. وبهذا يكون الجزء من المال "العربون" من حق الاستديو إذا لم يتمّ تقديم الإيصال خلال هذه المدّة<sup>458</sup>.

ولا بد من الإشارة أنه في حالة اقتران الإيجار بوعد بالبيع مع دفع العربون قد تكون المدة المقررة للمستأجر لرفع الخيار هي مدة الإيجار ، فيكون للمستأجر أو المستفيد الحق في تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد خلال مدة الإيجار ، فإذا لم يختّر المستفيد من الوعد رفع الخيار و إبرام العقد في خلال مدة الإيجار الأولى وامتد عقد الإيجار مرة ثانية فإن هذا المد لعقد الإيجار لا يطيل مدة رفع الخيار<sup>459</sup>.

### ثانيا : حالة عدم تحديد مدّة لرفع الخيار.

إذا لم يحدّد المتعاقدان مدّة لاستعمال حق العدول عن العقد اتفقا أو عرفا ، فلا يمكن أن تكون إمكانية العدول مستمرة وبلا نهاية<sup>460</sup>.

456 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 35 - 36.

457 - انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون ..... ، المرجع السابق ، ص. 180.

458 - انظر ، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 233.

459 - Cass. Civ. 8 avr. 1924, D.P.1924.1.118 ; Paris, 13 déc. 1930, D.P.1931.2.147 ; Trib. Civ. Seine, 11juill. 1950, Gaz. Pal. 1950.2.15 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 11, p. 2.

460 - Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 2, par .23, p.3.

وفي هذه الحالة يجوز لكل من له الحق في العدول أن يعدل عن العقد حتى وقت التنفيذ<sup>461</sup>. فإذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ العقد لم يكن له بعد ذلك أن يعدل عن هذا العقد ، أمّا المتعاقد الآخر إذا قبل التنفيذ سقط حقه هو الآخر في العدول وأصبح العقد باتا. أمّا إذا عدل وجب عليه فقد العربون أو ردّ ضعفه<sup>462</sup>.

وبعبارة أخرى إذا أراد أحد المتعاقدين أن يعلن موقفه بالتحديد ، فليس هناك ما يمنعه من أن يعذر الطرف الآخر بالتنفيذ محدّدا له مدّة معقولة يتعيّن عليه فيها أن يعدل عن العقد إذا شاء ، وإلاّ اعتبر متنازلا عن حقه في العدول إذا انقضت المدّة المحدّدة بالإعذار دون استعماله، ويصبح العقد باتا<sup>463</sup>. ولا بدّ من الإشارة أنّه في هذه الحالة يجب على المتعاقد الذي قام بالإعذار أن يكون هو الآخر عارضا تنفيذ التزامه ، مثلا بخصوص عقد البيع لا يستطيع البائع أن يعذر المشتري بدفع الثمن إلاّ إذا قدم عرضا يتلائم مع هذا الإعذار بأن يسلم الشيء المبيع إلى المشتري<sup>464</sup>.

وقد أقرّ القضاء الفرنسي<sup>465</sup> هذا المبدأ حيث قرّر أنّ الخيار في حالة الخيار المطلق يكون من حق طرفي العقد حتى التنفيذ. ففي إحدى الوقائع المعروضة عليه أنّ الأطراف المتعاقدين ابرموا عقدا عرفيا ودفع المشتري عربونا يوم تحريره ، وحددوا تاريخا للقيام بتحرير العقد الرسمي للبيع المبرم بينهم دون تحديد ميعاد للحق في العدول الناشئ من دفع العربون ، إلاّ أنّ المشتري عدل عن هذا العقد بعد التاريخ المحدّد لتحرير العقد أمام الموثق. وقد أيدت المحكمة تصرف المشتري وأعطته الحق في العدول ، ورفضت الطعن المؤسس من البائع بأنّ المشتري استخدم خيار العدول بعد انقضاء المدّة المتفق عليها، وصرحت المحكمة في ذلك أنّه في هذه الحالة لا توجد

461 - قررت محكمة استئناف مصر أنّه : "إذا لم يكن هناك ميعاد فيدوم خيار النقص إمّا إلى حين تنفيذ العقد ، كما لو سلم البائع المبيع للمشتري ، أو دفع المشتري للبائع أقساطا من الثمن. وإمّا إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفا رسميا بتنفيذ الاتفاق أو إبداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون حتى لا يبقى التعاقد معلقا إلى أجل غير مسمى". استئناف مصر ، 1948/2/8 ، المجموعة الرسمية 50 ، رقم 114 ؛ مقتبس عن عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني ..... ، المرجع السابق ، ص. 234.

462 - انظر ، أنور سلطان ، مصادر الالتزام..... ، المرجع السابق ، ص. 66 ؛ جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 234.

463 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 145-146 ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 68.

464 - جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 234.

465 - Req.26 déc. 1927 - Aix 15 Juill. 1926. D.P. 1928.1.166; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par.11, p. 2.

مدّة صريحة للعدول ، والذي يكون بعدها العدول ممنوعا. كما قررت أنّ تحرير العقد عند الموثق لا يضيف أي شيء لإتمام البيع والذي أبرم منذ اليوم الذي حرّر فيه العقد العربي. وبالتالي فلا شيء يتعارض مع إمكانية العدول بعد إتمام العقد أمام الموثق فالحق في العدول يظل للمتعاقد حتى تنفيذ العقد ؛ طالما أنّ المتعاقدين لم يحدّدوا مدّة صريحة للعدول.

في حالة عدم تحديد مدّة لمباشرة العدول يجب التفرقة بين فرضين :

1- إذا لم يحدّد ميعاد لمباشرة حق العدول ، بقي هذا الحق قائما للمتعاقد إلى حين تنفيذ العقد أو صدور ما يدل عن رغبته في النزول عن الحق في العدول ، وتلك الرغبة من المتعاقد قد تجيء صراحة وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه على حسب الأحوال بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته<sup>466</sup>.

2- قد يصدر من احد المتعاقدين رغبة تفيد العدول عن العقد ، كما لو قام البائع الذي تسلم العربون من المشتري ببيع المبيع إلى شخص آخر. وبذلك يظهر نيته في العدول عن البيع الأول - هنا تعبير ضمني عن العدول - فيكون من حق المشتري الأول المطالبة بضعف العربون الذي دفعه<sup>467</sup>.

ويرى بعض الفقه الفرنسي منهم " Aubry et Rau " أنّه في حالة عدم تحديد مدّة للعدول فإنّ أقصى مدّة يجوز فيها للمتعاقدين استعمال حق العدول عن العقد يجب ألاّ تجاوز خمس سنوات حتى لا تبقى العقود وبخاصة ما كان منها ناقلا للملكية مهذدة بالزوال مدّة طويلة لما يترتب على ذلك من عدم استقرار الحقوق وإضعاف الائتمان<sup>468</sup>.

وقد حددوا المدّة القصوى بخمس سنوات قياسا على المدّة التي حددها القانون الفرنسي ليستعمل فيها المشتري وفاء حقه في استرداد المبيع في بيع الوفاء<sup>469</sup>.

466 - انظر ، نبيل إبراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 145.

467 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 93.

468 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 443.

469 - البيع الوفاي أو البيع مع اشتراط حق الاسترداد هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل ردّ الثمن في أجل متفق عليه.

وقد نصت عليه المادة 1659 ق.م.ف : " بيع الوفاء هو عقد بمقتضاه يحفظ البائع لنفسه الحق في استرداد البيع مقابل ردّ أصل الثمن المصاريف المذكورة في المادة 1673. " ؛ يكن زهدي ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط.1 ، ج.7 ، دار الثقافة ، بيروت ، 1967 ، ص. 108 - 109.

إلا أنّ البعض الآخر رفض ذلك ، منهم الفقيه "Schmidt" مقررًا أنّ هذه المدّة هي مدّة خاصة بالبيع الوفاي ولا تجري في العقود المقترنة بالعربون<sup>470</sup>.

---

470 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 389.

## المبحث الثاني : أثر عربون العدول على تنفيذ العقد

### ومصير التعاقد بالعربون.

إذا دفع العربون قصد تأكيد العقد فيعدّ المدفوع جزءاً من الثمن وبدءاً في تنفيذه، وذلك إذا تمّ التعاقد بالعربون حسب الشروط المطلوبة لصحته. وفي هذه الحالة لا يجوز لأي من المتعاقدين سواء دفع العربون أو قابضه أن يتهرّب من التزاماته بتركه العربون أو ردّه ومثله، فكل منهما يبقى ملتزماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية الواردة في العقد حسب القواعد العامة، مثلاً التزام الدائن بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام هذا الأخير بالوفاء بالثمن حيث تخصم قيمة العربون منه. و في حالة امتناع أحد المتعاقدين عن التنفيذ تعرض لجزاء المسؤولية العقدية.

أمّا إذا كان العربون وسيلة للعدول عن العقد، فيكون للأطراف إمكانية العدول عنه بعد إبرامه. فهل يكون لهذا العربون أثر على تنفيذ العقد، خاصة وأنّه يعطي للأطراف حق فسخ العقد بإرادة منفردة؟ وما مصير التعاقد بالعربون، سواء في حالة ممارسة الحق في العدول من أحد المتعاقدين أو عدم ممارسته؟

لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأوّل يتعلّق بأثر عربون العدول على تنفيذ العقد، والثاني يتعلّق بمصير التعاقد بالعربون.

### المطلب الأوّل : أثر عربون العدول على تنفيذ العقد.

البيع هو عقد ملزم للجانبين، يلزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري، في حين يلزم هذا الأخير بدفع الثمن في مقابل حقه في التصرف في المبيع الذي انتقلت له ملكيته، إضافة إلى التزامات أخرى تقع على عاتق المتعاقدين.

فإذا ما اقترن عربون العدول على سبيل المثال بالبيع والذي يمنح إمكانية العدول للمتعاقدين عنه بعد إبرامه، فهل يكون لهذا العربون أثر على تنفيذ البيع خاصة ما يتعلّق منها بنقل ملكية المبيع (الفرع الأوّل)، تبعة هلاكه (الفرع الثاني)، والتصرف في المبيع (الفرع الثالث).

ولقد سبقت الإشارة إلى أنّ التعاقد بالعربون يمنح لكل من المتعاقدين الحق في العدول خلال مدة معينة. لكن قد يحدث أن يتوفى أحد المتعاقدين أو يفقد أهليته أو يتعرض للإفلاس، فهل يتأكد العقد ويصبح باتا لا رجوع فيه أم ينتقل الحق في خيار العدول كحق من الحقوق إلى المعني بذلك؟ (الفرع الرابع).

### الفرع الأول : أثر عربون العدول على انتقال الملكية.

عقد البيع في القانون المدني الجزائري والمصري هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو أي حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي<sup>471</sup>. وعقد البيع من العقود الرضائية حيث يكفي لانعقاده تراضي الأطراف دون حاجة لشكل معين أو إلى تسليم. كما يعتبر نقل ملكية المبيع إلى المشتري من العناصر الجوهرية لهذا العقد.

إذا كان البيع بالعربون من العقود الرضائية وهو عقد منعقد ومتكون منذ إبرامه ، وسلمنا أنّ العربون لا يكون له من الأثر إلاّ إعطاء إمكانية العدول للمتعاقدين خلال مدة محدّدة ، فإنّه تنطبق على البيع بالعربون القواعد العامة التي تنطبق على عقد البيع بصفة عامة. فيكون البيع بالعربون ناقلا للملكية حسب القواعد العامة ، ولكن الملكية في هذا العقد تأخذ صورة خاصة ، حيث تكون ملكية مزعزة ومهدّدة في حالة استعمال إمكانية العدول من أحد المتعاقدين<sup>472</sup>. وانتقال الملكية حسب القواعد العامة يختلف فيما إذا كان المبيع عقارا أو منقولا.

### أولا : نقل ملكية المبيع في المنقول.

يختلف انتقال الملكية في المبيع المنقول بين المنقول المعين بالذات والمعين بالنوع. 1- فإذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ، فإنّ الملكية تنتقل إلى المشتري فورا بمجرد تمام العقد، ويكون للمشتري الحق في التصرف في المبيع<sup>473</sup>.

471 - انظر ، المادة 351 ق.م.ج ، وتقابلها المادة 418 ق.م.م.

472 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 399.

473 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 425 ؛ المادتين 165 ق.م.ج ، 204 ق.م.م.

إلا أنّه في بيع العربون إذا كانت الملكية منتقلة إلى المشتري ، فإنّ ذلك لا يمنع البائع من التصرف في هذا المنقول إلى شخص آخر غير المشتري. ويكون بتصرفه هذا قد استخدم حقه في العدول ، ويسترجع بذلك ملكية المبيع التي انتقلت إلى المشتري دون حاجة إلى عقد جديد ناقل للملكية. لأنّ الملكية في هذه الحالة لم تستقر نهائياً للمشتري وإتّما هي ملكية مزعومة ومهدّدة بالاسترجاع من جانب البائع<sup>474</sup>.

2- أمّا إذا انصب عقد البيع على منقول معين بنوعه ، فإنّ نقل ملكيته إلى المشتري يتمّ بعد فرزه<sup>475</sup>.

فإذا تمّ البيع بالعربون ولم تتمّ عملية إفراز المبيع فلا تنتقل الملكية ، وهنا لا تثار أية مشكلة. أمّا إذا تمّ إفراز المبيع ، فهنا تنتقل ملكيته حتّى ولو قبل التسليم<sup>476</sup> ، لكن هذه الملكية غير مستقرة ، لأنّها تكون خاضعة لحق البائع في استرجاعها في حالة استخدامه إمكانية العدول المخولة له بموجب العربون<sup>477</sup>.

### ثانيا : نقل ملكية المبيع في العقار.

في التشريع الجزائري لا يتمّ انتقال الملكية في العقارات والحقوق العينية الأخرى إلاّ بعد اتخاذ إجراءات الشهر العقاري. ويستوي في ذلك انتقال الملكية بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير<sup>478</sup>. كذلك في التشريع المصري ، لا تنتقل الملكية في هذا النوع من البيوع إلاّ إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري<sup>479</sup>.

وهذا خلافا لما عليه الحال في القانون المدني الفرنسي الذي يجعل نقل الملكية يتمّ في المنقول أو العقار بمجرد انعقاد العقد<sup>480</sup>.

474 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 400.

475 - انظر ، المادتين 166 ق.م.ج ، 205 ق.م.م ؛ مجيد خلفوني ، المرجع السابق ، ص. 26.

476 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 428 ؛ سليمان مرقس ، الوافي.....، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 372.

477 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 401.

478 - انظر ، المادتين 165 ق.م.ج ، 793 ق.م.م ؛ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص. 121.

479 - المادة 934 ق.م.م.

480 - انظر ، حمدي باشا عمر ، نقل الملكية ..... ، المرجع السابق ، ص. 121.

فإذا انصب بيع العربون على العقار فلا ينقل الملكية إلى المشتري ، سواء في فترة العدول أو حتى بعد فوات مدّة العدول<sup>481</sup> طالما لم تراعى فيه إجراءات الشهر العقاري المنصوص عليها في القانون الجزائري ، أو أنّ هذا البيع لم يسجل طبقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري في القانون المصري.

ونستخلص ممّا سبق أنّه إذا تمّ نقل الملكية في البيع بالعربون إلى المشتري فإنّها تكون ملكية غير مستقرة ومهدّدة بالزوال طوال المدّة المحدّدة لممارسة خيار العدول ، حيث يستطيع كل من المتعاقدين في بيع العربون استخدام إمكانية العدول وبذلك القضاء على أثر هذا البيع - أي نقله للملكية في الحالات التي يتمّ فيها نقلها - حيث يتمّ استرجاع الملكية من طرف البائع ، ويزول البيع ويعتبر كأن لم يكن<sup>482</sup>.

لكن في غالب الأحيان يتمّ الاتفاق بين أطراف العقد على وقف تنفيذ العقد حتى فوات المدّة المحدّدة للعدول. وفي هذه الحالة تظل ملكية المبيع للبائع حتى يصبح العقد باتاً بفوات المدّة المحدّدة للعدول دون استخدام أحد أطراف العقد حقه في العدول ، أو تنفيذ العقد اختيارياً أثناء هذه المدّة.

أمّا بالنسبة لملكية المبيع في بيع العربون في القانون الفرنسي ، فقد رأينا أنّ الفقه الفرنسي قد انقسم إلى عدّة آراء بشأن تكييف البيع بالعربون<sup>483</sup>.

فالرأي الذي جعل من البيع بالعربون عقداً معلقاً على شرط فاسخ ، فإن ملكية المبيع للمشتري تكون من يوم إبرام العقد ، وقد أيدت بعض المحاكم الفرنسية ذلك<sup>484</sup>.

في حين أيدت بعض المحاكم الأخرى<sup>485</sup> الرأي القائل بأنّ البيع بالعربون عقد معلق على شرط واقف وهنا لا تنتقل الملكية إلى المشتري أثناء المدّة المحدّدة للعدول ، وإتّما تكون للبائع حتى يتمّ تنفيذ العقد وتسقط إمكانية العدول.

481 - انظر ، عبد السلام التزمانيني ، المرجع السابق ، ص. 58.

482 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 473.

483 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 85 - 89.

484 - Req. 3 août 1931;

مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 402.

485 - Cass. Civ, 16 février 1932;

مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 403.

أما من وجهة نظر بعض الفقه فإن بيع العربون هو بيع بسيط وعادي مبرم من يوم الاتفاق عليه ، ودفع العربون وإمكانية العدول لا تأثير لها على آثار العقد وعليه يعد التعاقد بالعربون عقدا ناقلا للملكية في الحال<sup>486</sup> . وهذا الحل قد أخذت به محكمة النقض الفرنسية<sup>487</sup> في أحد أحكامها ، بحيث قررت أن المشتري في بيع العربون يصبح مالكا للمبيع كأثر لهذا العقد. ويعدّ هذا الرأي تطبيقا لنص المادة 1583 ق.م.ف والتي تقضي : "بأن المشتري يكسب عن البائع بحكم القانون ملكية المبيع بمجرد الاتفاق على المبيع والتمن ، ولو كان المبيع لم يسلم والتمن لم يدفع "

لكن في هذه الحالة يجوز للأطراف الاتفاق في بيع العربون على تأخير نقل ملكية المبيع إذا كان منقولاً حتى انتهاء المدّة المحدّدة للعدول.

أما إذا كان محل بيع العربون عقارا فهنا تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، إلا أن هذا الانتقال لا يكون معتبرا بالنسبة للغير إلا من وقت تسجيل العقد في مكتب التسجيل الذي يقع في دائرته العقار المبيع<sup>488</sup> .

### الفرع الثاني : أثر عربون العدول على تبعة الهلاك.

نتناول في هذا الصدد موقف كل من المشرعين الجزائري والمصري من تبعة هلاك المبيع في بيع العربون (أولا) ثمّ موقف المشرع الفرنسي (ثانيا).

أولا : تبعة هلاك المبيع في بيع العربون في القانونين الجزائري والمصري.

486 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 98.

487 - Cass. Civ, 14 avril 1964 : Bull. Civ, N° 197;

مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع نفسه ، ص. 403.

488 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 473.

المقصود بالهلاك زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، والهلاك قد يكون كلياً أو جزئياً ، لذلك نستعرض في هذا المقام حالة هلاك المبيع كلياً (1) ، ثم حالة هلاكه جزئياً (2).

### 1- الهلاك الكلي :

تنص المادة 369 ق.م.ج<sup>489</sup> على أنه : " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع ."

الملاحظ أنّ كل من المشرعين الجزائري والمصري جعلاً تبعه الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية. فهلاك المبيع يكون على البائع قبل التسليم وعلى المشتري بعد التسليم ، وذلك بصرف النظر عن انتقال الملكية أو عدم انتقالها إلى المشتري<sup>490</sup> .

والهلاك الكلي للمبيع قد يكون بسبب أجنبي أو بفعل أحد المتعاقدين.

#### أ) الهلاك الكلي بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الطارئ :

يستفاد من المادتين (369 ق.م.ج ، 437 ق.م.م) أنّ هلاك المبيع هلاكاً كلياً بسبب أجنبي قبل التسليم يترتب عليه انفساخ العقد من تلقاء نفسه<sup>491</sup> سواء اقترن بدفع العربون أم لا ، حيث تقع تبعه هلاكه على البائع ويلتزم بردّ الثمن أو العربون إلى المشتري.

(1)- فإذا كان المبيع في بيع العربون معينا بالذات تنتقل تبعه هلاكه لا مع انتقال الملكية بل مع انتقال الحياة<sup>492</sup> .

- فإذا انتقلت الحياة إلى المشتري ولم تكن الملكية قد انتقلت بعد وهلك المبيع ، كما لو كان المبيع عقاراً يتطلب التسجيل لنقل ملكيته ، فهنا يتحمل المشتري تبعه الهلاك ويصبح ملتزماً بقيمة المبيع على خصم العربون من هذه القيمة<sup>493</sup> .

489 - تقابلها المادة 437 ق.م.م.

490 - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 122.

491 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 506.

492 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 612.

493 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 224.

- أما إذا لم تنتقل الحيازة بالتسليم إلى المشتري ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري بالتسجيل. وفي هذه الحالة إذا هلك المبيع بقوة قاهرة مثلاً يستوجب على البائع ردّ العربون إلى المشتري لأنه يكون بين يدي البائع بلا سبب<sup>494</sup>.

(2)- أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع فهنا يحتاج إلى عملية الإفراز.

- فإذا تم إفرازه فإنه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم لأنّ تبعه هلاكه مرتبطة بالتسليم لا بالإفراز<sup>495</sup>.

- أما إذا لم يتم إفرازه فلا تثور مسألة تبعه الهلاك لأنّ هذه الأشياء "المثليات" يقوم بضعها مقام بعض في الوفاء ، وبالتالي لا يترتب على الهلاك استحالة التنفيذ ما دام هناك مثل لها في السوق يستطيع البائع أن يوفي منه التزامه<sup>496</sup>. بمعنى آخر إذا حدث وهلك المبيع قبل الإفراز فإنّ العقد لا يفسخ ، كما أنّ مهلة خيار العدول لا تسقط وإنّما يبقى البائع ملتزماً بأن يقدم شيئاً آخر من نفس النوع وهنا يتحمل البائع تبعه الهلاك<sup>497</sup>.

### ب) الهلاك الكلي الناتج من فعل أحد المتعاقدين :

(1)- إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً بفعل البائع فهنا نفرق بين حالتين :

- إذا كان المبيع من القيميات ، فهنا يتحمل البائع تبعه هلاكه. كما أنّ هذا الهلاك بفعل البائع يعدّ بمثابة عدول ضممي عن التعاقد ، فيردّ العربون وضعفه إذا كان هو الذي قبض العربون أو يخسر قيمته إذا كان هو الذي دفعه. ولا يمنع في هذه الحالات من الادعاء بالتعويض إذا ثبت قيام خطأ حصل منه ضرر للمشتري بسبب الهلاك ، إلا أنّ القواعد العامة تتعطل أمام تطبيق مواد العربون التي تحدّد قواعد العدول وآثاره<sup>498</sup>.

- إذا كان المبيع من المثليات وهلك بفعل البائع ، فهنا يتحمل هذا الأخير تبعه هلاك المبيع ، إلا أنّ ذلك لا يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام. كما لا يعدّ بمثابة عدول ضممي من البائع

494 - انظر ، أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 88.

495 - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 613.

496 - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 119 ؛ سمير عبد الناصر تناغو ، المرجع السابق ، ص. 159 ؛ محمد حسن قاسم ، المرجع

السابق ، ص. 260.

497 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 425.

498 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 59.

عن التعاقد ، وإنما يبقى التعاقد والخيار موجودا ، لأنّ البائع يستطيع عند وجوب التسليم تقديم ما يماثل المبيع .

(2)- أمّا إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً بفعل المشتري ، فهنا يتحمل تبعه هلاكه ، ويعدّ هذا الفعل منه بمثابة تنازل ضمني عن حقه في العدول ، وعليه يلتزم المشتري بدفع الثمن على أن يخصم منه قيمة العربون إذا كان هو دافع العربون<sup>499</sup> .

## 2- الهلاك الجزئي :

تنصّ المادة 370 ق.م.ج<sup>500</sup> : " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إمّا أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتمّ البيع، وإمّا أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن " .

أ) إذا وقع الهلاك الجزئي بسبب أجنبي عن المتعاقدين قبل التسليم فهنا نتميز بين حالتين :  
(1)- في حالة الهلاك الجسيم ، يحقّ للمشتري طلب فسخ العقد<sup>501</sup> . ولا يعدّ طلب هذا الفسخ عدولاً من المشتري عن التعاقد يستوجب تطبيق مواد العربون (72 مكرر ق.م.ج ، 103 ق.م.م) ، وإمّا هو تطبيق لنصّ المادتين (370 ق.م.ج ، 438 ق.م.م) .

كما يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يبقى على العقد مع طلبه إنقاص الثمن . وفي كلا الحالتين يتحمل البائع تبعه الهلاك قبل التسليم ، ويستوجب عليه ردّ العربون المدفوع في حال اختيار المشتري الفسخ<sup>502</sup> .

(2)- أمّا في حالة الهلاك الجزئي البسيط، فلا يحقّ للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن فقط، دون أن يكون له الحق في طلب الفسخ<sup>503</sup> . فإذا قام المشتري بطلب الفسخ، فهذا الطلب يعدّ

499 - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 119 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص.

614

500 - تقابلها نصّ المادة 438 ق.م.م .

501 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 669 .

502 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 59 ؛ فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 480 .

503 - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 124 ؛ سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 669 .

بمثابة عدول ضمني عن العقد يستوجب تطبيق قواعد العدول فيخسر العربون إذا كان هو الذي دفعه<sup>504</sup>.

(ب) إذا كان الهلاك الجزئي بفعل أحد المتعاقدين :

(1)- إذا كان بفعل البائع فهنا يتحمل تبعه الهلاك. وهذا الفعل من جانب البائع يعدّ عدولا منه عن التعاقد يستوجب تطبيق قواعد العدول ، حيث يخسر البائع العربون إذا كان دفعه أو يردّه ومثله إذا كان هو الذي قبضه.

(2)- أمّا إذا حدث الهلاك بفعل المشتري فإنه يتحمل تبعه ذلك، ويعدّ هذا الفعل بمثابة تنازل عن حقه في العدول ضمنيا، وبالتالي عليه دفع الثمن كاملا مخصوصا منه قيمة العربون<sup>505</sup>.

ثانيا : تبعة هلاك المبيع في بيع العربون في القانون الفرنسي.

تنص المادة 1138 ق.م<sup>506</sup> على أنّ : "1- الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق المتعاقدين.

2- وأنّه يجعل الدائن مالكا وينقل إليه تبعة الهلاك من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء، ولو لم يتمّ التسليم فعلا ، ما لم يكن المدين معذرا للتسليم فيبقى عليه تبعة الهلاك".

وقد فسر الشراح الفرنسيون هذا النص على أنّه إذا هلك محل الالتزام بنقل ملكية شيء ، فإنّ هلاكه لا يكون على المدين بل على الدائن (المشتري) من وقت العقد ، ولو حدث الهلاك قبل التسليم الفعلي أو حتّى قبل أن يحل أجل التسليم<sup>507</sup>.

في حين ذهب الدكتور سليمان مرقس في تحليله هذا النص ، إلى القول بأن تبعة الهلاك في القانون الفرنسي لا تختلف عن تبعة الهلاك في القانون المصري. إذ يرى أنّ نص المادة 1138

504 - انظر ، جلال علي العدوى ، المرجع السابق ، ص. 232.

505 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 427.

506 - Art 1138 de C.C.F : "1-L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

2-Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée encore, que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier."

507 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 656.

ق.م.ف - وهو الذي قصد به قبل كل شيء تقرير انتقال الملكية بمجرد العقد - قد حمل أكثر مما يحتمل. فليس صحيحاً أنه يقضي بنقل تبعه الهلاك إلى الدائن من وقت العقد ولو كان محل الالتزام لم يسلم أو لم يحل أجل تسليمه ، بل إنه لا يحل تبعه الهلاك على الدائن إلا من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء أو كما جاء النص :

« Dès l'instant où la chose a dû être livrée » . فإذا عين في العقد أجل للتسليم ، فإنّ الملكية تنتقل بمجرد العقد ، أمّا تبعه الهلاك فتتأخر عن ذلك ولا تنتقل إلا من وقت حلول أجل التسليم. فإذا حلّ هذا الأجل انتقلت تبعه الهلاك إلى المشتري ، ولو لم يتمّ التسليم فعلاً ، ما لم يكن البائع معذراً للتسليم فيقع عليه تبعه الهلاك<sup>508</sup> . وعليه يسلم بأن يتفق القانون الفرنسي مع القانون الجزائري والمصري ، في جعل تبعه الهلاك على البائع في الفترة ما بين العقد والأجل المعين للتسليم إن وجدت. وسواء وجدت هذه الفترة أو لو توجد وحل أجل التسليم ، فهنا تنتقل تبعه الهلاك إلى المشتري من الوقت الذي يجب فيه التسليم حسب القانون الفرنسي سواء كان هو وقت العقد أو وقت حلول الأجل بشرط ألا يكون البائع قد امتنع عن التسليم<sup>509</sup> .

أمّا بخصوص تبعه الهلاك في التعاقد بالعربون ، فهي تختلف حسب تكييف كل فريق من الفقه لطبيعة التعاقد بالعربون.

فالرأي الذي كيّف التعاقد بالعربون بأنه عقد معلق على شرط فاسخ جعل تبعه هلاك المبيع على المشتري منذ إبرام العقد<sup>510</sup> .

أمّا الرأي الثاني والذي كيّف التعاقد بالعربون تعاقدًا بشرط واقف ، فقد جعل تبعه هلاك المبيع على البائع لا على المشتري حتى فوات المدّة المحددة للعدول<sup>511</sup> .

في حين أنّ الرأي الثالث والذي جعل التعاقد بالعربون تعاقدًا عاديًا بسيطًا مبرما من يوم الاتفاق عليه ، ولا تأثير لدفع عربون العدول على آثار العقد ، فإنّ التعاقد ينقل الملكية والمخاطر في الحال<sup>512</sup> . وهو الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية<sup>513</sup> .

508 - انظر ، سليمان مرقس ، المرجع نفسه ، ص. 656.

509 - انظر ، سليمان مرقس ، المرجع نفسه ، ص. 668.

510 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 87-88.

511 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 85-86.

512 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 98.

وفي جميع الأحوال إذا أراد الأطراف تأخير نقل الحقوق والمخاطر إلى حين انتهاء مدّة العدول ، فعليهم تضمين العقد شروطا عقدية تقضي بذلك<sup>514</sup>.

### الفرع الثالث : أثر عربون العدول على تصرف أحد المتعاقدين في المبيع.

ما حكم تصرف أحد المتعاقدين في المبيع المتعاقد عليه في البيع بالعربون أثناء فترة خيار العدول ؟

إذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري أصبح هذا الأخير مالكا للمبيع بمجرد العقد ، ويكون له حق التصرف فيه ولو قبل أن يتسلمه ، ويستوي في ذلك أن يكون الشيء المبيع عقارا أو منقولا. كما يجوز للمشتري أن يبيع الشيء المبيع مرّة أخرى أو أن يرهنه أو أن يوقفه أو يرتب عليه أي حق عيني آخر لأي شخص من الأشخاص<sup>515</sup>.

لكن يلاحظ أن قاعدة إمكانية تصرف المشتري في المبيع بمجرد تملكه ، تصطدم في التعاقد بالعربون مع إمكانية العدول ، والتي تجعل إمكانية التصرف ممنوحة لكلا طرفي العقد سواء كان المشتري أو البائع. وبعبارة أخرى ، إنّ قاعدة العدول تجعل إمكانية التصرف لكلا المتعاقدين بمثابة استثناء على حق المشتري في التصرف في ملكه ، وهذا الاستثناء مصدره اتفاق المتعاقدين<sup>516</sup>.

ومن أجل بيان أحكام تصرف أحد المتعاقدين في المبيع أثناء مدّة خيار العدول نفرق بين حالتين :

### أوّلا : تصرف البائع في المبيع أثناء مدّة خيار العدول.

<sup>513</sup> - Cass. Civ, 14 Avril 1961 : Bull. Civ, N° 197;

مقتبس عن ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 433.

<sup>514</sup> - انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون ..... ، المرجع السابق ، ص. 181.

<sup>515</sup> - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 423 - 424.

<sup>516</sup> - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، مطبعة السلام ، مصر ، 1987 ، ص. 510.

من أجل أن يكون تصرف البائع نافذا في هذه الحالة ، يشترط أن يكون له الحق في العدول. ويعدّ هذا التصرف منه استعمالاً ضمناً لحقه في العدول المخول له بموجب العربون<sup>517</sup>. وتطبق في هذه الحالة أحكام العدول ، فإذا كان البائع هو دافع العربون يخسره ، أمّا إذا كان قابضه فيرد العربون ومثله للمتعاقد الآخر.

أمّا إذا لم يكن للبائع الحق في العدول ، بحيث يكون العقد لازماً من جهته ، فإنّ تصرفه في المبيع خلال مدّة خيار العدول يكون غير نافذ<sup>518</sup>.

### ثانياً : تصرف المشتري في المبيع أثناء مدّة خيار العدول.

في هذه الحالة يعتبر تصرف المشتري في المبيع رضاءً منه بتنفيذ العقد وتنازلاً منه عن حقه في العدول ، وبالتالي عليه أن يدفع للبائع بقية قيمة المبيع<sup>519</sup>.

لكن نفاذ تصرف المشتري في هذه الحالة يكون موقوفاً على مدى استخدام البائع لإمكانية العدول الممنوحة له من عدمها. فإذا كان للبائع الحق في العدول عن العقد ، فإنّ تصرف المشتري يسقط إمكانية العدول من ناحيته فقط دون أن يؤثر ذلك على إمكانية البائع في العدول. فإذا قام البائع باستخدام حقه في العدول فلا يكون تصرف المشتري نافذاً في حقه. أمّا إذا لم يكن للبائع الحق في ممارسة إمكانية العدول بأن يكون العقد لازماً من جانبه ، فهنا يكون تصرف المشتري نافذاً من يوم إبرامه ، ويعتبر العقد المقترن بالعربون عقداً باتاً يلتزم بموجبه المشتري بدفع كامل الثمن إلى البائع ويلتزم هذا الأخير بالالتزامات المترتبة على عاتقه بموجب العقد<sup>520</sup>.

الملاحظ أنّ الأحكام السابقة تعدّ تطبيقاً للقواعد العامة ، إلا أنّ قواعد العدول تعدّ الأسبق في التطبيق ، حيث أنّ هذه القواعد تجعل العقد عقداً مزعزعاً ومهدّداً بالزوال ، وتكون

517 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 93.

518 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 60.

519 - انظر ، لطيفة جاسم العون ، بيوع الأوبشن... هل هي جائزة ؟ مجلة المستثمرين الكويتية ، الموقع :

[<http://twsyat.net/fourm/archive/index.php/t-29739.htm>.]

520 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 60 - 61.

الملكية بموجبها مهذّدة بممارسة أو استخدام أحد المتعاقدين لإمكانية العدول الممنوحة بموجب دفع العربون.

لكن الحالة الغالبة في الواقع ، أن يكون هناك اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين على تأخير نقل ملكية المبيع حتى إتمام العقد وسقوط إمكانية العدول. وفي هذه الحالة لا تنتقل الملكية للمشتري ، وبالتالي لا يحق له التصرف في المبيع محل التعاقد بالعربون ، إلا أنّه في حالة تصرف المشتري في المبيع فإنّ تصرفه هذا يعتبر بمثابة تنازل منه عن حقه في العدول. لكن يبقى تصرفه هذا مرتبطاً باستخدام البائع لحقه في العدول أو عدم استخدامه من أجل أن يكون العقد باتاً.

### الفرع الرابع : انتقال الحق في العدول.

القاعدة أن تصرف آثار العقد إلى المتعاقدين بمجرد انعقاده ، حيث يكون كل من المتعاقدين دائناً بما له من حقوق ومديناً بما عليه من التزامات<sup>521</sup>.

إلا أنّه في التعاقد بالعربون يستطيع كل متعاقد أن يتحلل من التزاماته بممارسته لإمكانية العدول في مقابل خسارة العربون أو ردّه ومثله حسب الطرف العادل ، وذلك خلال المدّة المحدّدة للعدول. ولكن قد يحدث خلال هذه المدّة أن يتوفى أحد طرفي العقد قبل أن يفصح عن إرادته ، كما قد يفقد المتعاقد الذي له الحق في العدول أهليته أو يتمّ إفلاسه. فهل يتأكد العقد المقترن بالعربون ويصبح باتاً ؟ أم ينتقل الحق في العدول إلى الورثة في حالة الوفاة أو إلى الأشخاص من ذي المصلحة في حالة الحياة ؟ لذلك سوف نتعرض إلى كل حالة على حدة :

### أولاً : انتقال الحق في العدول إلى الورثة بسبب الوفاة.

تقضي القاعدة العامة بانصراف آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى الخلف لأنّه يمثل المتعاقدين<sup>522</sup>. وبذلك تكون آثار العقد المقترن بالعربون أو بإمكانية العدول منتقلة إلى الورثة<sup>523</sup>

521 - انظر ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون..... ، المرجع السابق ، ص. 320.

522 - انظر ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون..... ، المرجع السابق ، ص. 321.

حيث يكون للورثة الحق في العدول عن العقد أو إبقائه ، ذلك خلال المدّة المتبقية لمورثهم لممارسة خيار العدول<sup>524</sup>.

وحق العدول لا يكون متعذر النقل بسبب طبيعته الإرادية ، وإنّما يكون مرتبطا بالحالة القانونية للتصرف أو العقد المقترن به. فإذا كان التصرف القانوني الموجود به إمكانية العدول يمكن نقله فإنّ هذه الإمكانية تكون ملازمة للتصرف أمّا إذا لم يكن التصرف ممكن النقل ، فإنّ إمكانية العدول لا يمكن نقلها بالضرورة. كذلك إذا لم يتضمن التصرف المقترن به إمكانية العدول أي اتفاق بشأن انتقال هذه الإمكانية من عدمه فهنا ينتقل خيار العدول إلى الورثة<sup>525</sup>. لكن لا بدّ من الإشارة إلى أنّ خيار العدول قد يتعذر انتقاله إلى الورثة في حالتين هما:

### 1- الحالة الأولى :

اتفاق المتعاقدين فيما بينهم على عدم نقل خيار العدول إلى الورثة. وهذا الاتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا يستنتج من ظروف العقد. وفي هذه الحالة اتفاق الأطراف هو الذي يحدّد مصير العقد ، فقد ينصّ الاتفاق على تأكيد العقد وبأن يصبح باتا في حال وفاة المتعاقد الذي له الحق في العدول ، ولا يكون لورثة المتوفي في هذه الحالة استعمال حق العدول الذي لم يستعمله مورثهم قبل وفاته. كما قد يتفق أطراف العقد على العكس ، أي اعتبار العقد منسوخا في حال وفاة أحد المتعاقدين أثناء المدّة المحدّدة للعدول ، وهنا يجب على قابض العربون أن يردّه إلى ورثة المتوفي إذا كان هذا الأخير هو دافعه ، أمّا إذا كان قابض العربون هو المتوفي فيجب على ورثته ردّ العربون إلى دافعه<sup>526</sup>.

### 2- الحالة الثانية :

523 - ولقد تصدى القضاء المصري لهذه المسألة ، و الذي رجح رأي مالك و الشافعي و أصحابهما بجواز انتقال الخيار للورثة ، وجاء حكم لمحكمة النقض المصرية كما يلي : " ... و حيث ان مذهب جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الثلاثة ، في انتقال الخيار انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة هو الذي يلائم القانون المدني فيما جرى به من توريث الأموال و الحقوق المتعلقة بالأموال و الحقوق المجردة و المنافع والخيارات و المزاعم و الدعاوى و آجال الديون ... " ؛ نقض مصري 1939/6/8 ، مجموعة النقض في خمسين عاما ، 1987 ، الجزء الثاني ، القاهرة ، رقم 291 ، ص. 267 ؛ مقتبس عن فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 448.

524 - انظر ، يكن زهدي ، المرجع السابق ، ص. 271.

525 - انظر ، محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الإلتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1986 ، ص. 98.

526 - انظر ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص. 95.

وهي حالة الاعتداد بالاعتبار الشخصي ، فقد يتبين من طبيعة التعامل أنّ السبب الذي دفع الأطراف إلى التعاقد هو الاعتبار الشخصي فيما بينهم. فإذا كان العامل الشخصي هو السبب أو الدافع لإبرام العقد مع المورث ، فيكون أيضا سببا قويا ومشروعا لاستبعاد إبرام العقد بين خلف المورث والمتعاقد الآخر.

وفي هذه الحالة ينقضي العقد بمجرد وفاة أحد المتعاقدين ، دون أن تنصرف آثاره إلى ورثة المتعاقد المتوفي<sup>527</sup>. وبالتالي يجب ردّ العربون ، فإذا كان المتعاقد المتوفي هو الذي دفعه فعلى المتعاقد الآخر ردّ العربون إلى تركة المتوفي ، أمّا إذا كان المتعاقد المتوفي هو قابض العربون ، فيجب على ورثته ردّ العربون إلى المتعاقد الآخر.

### ثانيا : انتقال الحق في العدول حال الحياة.

قد يفقد المتعاقد الذي له الحق في العدول خلال المدة المحددة لممارسة العدول أهليته بسبب جنون أو عته أو سبب آخر ، فلا تكون له القدرة في التعبير عن إرادته سواء في العدول عن العقد أو البقاء فيه.

وفي هذه الحالة ومن أجل عدم بقاء التعاقد معلقا ، يستطيع المتعاقد الآخر أو غيره من أصحاب المصلحة أن يقدم طلبا إلى المحكمة من أجل تعيين وصي خاص لاستعمال إمكانية العدول. وبموجب الترخيص الذي تمنحه المحكمة للوصي يستطيع هذا الأخير العدول عن العقد أو البقاء فيه وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة فاقده الأهلية<sup>528</sup>.

كذلك قد يحدث أن يقع المتعاقد الذي له مكنة العدول في حالة إفلاس ، وهنا يتولى وكيل التفليسة أو غيره من ممثلي جماعة الدائنين الوصاية الخاصة باستعمال إمكانية العدول<sup>529</sup>. وللإشارة فإنّ هناك حالات يتعذر فيها نقل الحق في العدول في حالة الحياة كما هو الشأن في حال الوفاة ، مثلا حالة الاعتداد بالاعتبار الشخصي. كذلك إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على اعتبار خيار العدول ساقطا في حالة حدوث أي طارئ يكون سببا في فقدان

527 - انظر ، رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 250.

528 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 471.

529 - انظر يكن زهدي ، المرجع السابق ، ص. 276.

أهلية المتعاقد الذي يتمتع بحق العدول بحيث يصبح غير قادر على التعبير عن إرادته. وهنا قد يتم الاتفاق بين المتعاقدين على اعتبار العقد مبرما بصفة نهائية ، أو على العكس من ذلك أي زوال وفسخ العقد.

### المطلب الثاني : مصير التعاقد بالعربون.

يستفاد من مواد العربون (72 مكرر ق.م.ج ، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف) ، وكما تمّ تبيانه في الفصل الأوّل أنّ دفع العربون متروك لاتفاق المتعاقدين فإذا دفع العربون وقت إبرام العقد ولم يتفق صراحة أو ضمنا على أنّ العربون إنّما دفع لتأكيد البتات في التعاقد؛ كان دفعه دليلا على أنّ طرفي العقد إنّما أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول خلال المدّة المتفق عليها. وفي هذه الحالة الأخيرة إنّما أن يسقط الحق في العدول إذا انقضت مدّة الخيار دون أن يستخدم أحد المتعاقدين إمكانية العدول ، وبذلك يفضل المتعاقدان الإبقاء على العقد (الفرع الأوّل) ، وإّما أن يقرّر أحد المتعاقدين ممارسة إمكانية العدول ، وبمعنى آخر تفضيل أحد أطراف العقد لفسخه (الفرع الثاني).

ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ التعاقد بالعربون كغيره من العقود قد يتعذر فيه تنفيذ العقد بسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقدين كالقوة القاهرة ، أو بسبب أحد المتعاقدين لذلك سوف نتعرض أيضا لأحكام ونتائج هذه الحالة (الفرع الثالث).

### الفرع الأوّل : الإبقاء على العقد.

إذا لم يستعمل أحد المتعاقدين حقه في العدول ، فإنّ إمكانية العدول تصبح ملغاة ومختفية. وهذا الإلغاء لإمكانية العدول يكون بانقضاء المدّة المحدّدة للعدول دون استخدامها<sup>530</sup> ، أو بتنازل المتعاقد عن خياره في العدول ، لكن يجب أن تكون الواقعة المراد استنتاج النزول منها واضحة ولا يكتنفها غموض. ويعتبر نزولا عن استعمال هذه الرخصة قيام الطرف المقرر له حق العدول بعمل من أعمال تنفيذ العقد ، كتسلم المشتري المبيع أو دفعه بعض أقساط الثمن للبائع

<sup>530</sup> - انظر ، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 233.

، أو أن يسدّد الرسوم والضرائب المستحقة على الشيء المبيع ، أو أن يقوم بعمل تحسينات في العقار المبيع ، فكل هذه الأعمال تعتبر تنازلاً من المشتري عن حقه في العدول<sup>531</sup> . كذلك من الأعمال التي تعتبر تنازلاً من البائع عن حقه في العدول قيامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، أيضاً قبوله لدفع المشتري الضريبة المستحقة على الشيء المبيع<sup>532</sup> .

كما يعتبر من قبيل النزول عن حق العدول أن يكلف دافع العربون المتعاقد الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق<sup>533</sup> . وبعبارة أخرى إذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ العقد لم يكن له بعد ذلك أن يعدل عن هذا العقد ، فإذا قبل الطرف الآخر ذلك التنفيذ سقط حقه هو الآخر في العدول ، ويترتب على ذلك تأييد العقد نهائياً وعدم جواز العدول عنه بعد ذلك ولو لم تكن مدة الخيار قد انقضت<sup>534</sup> .

أمّا في حالة انقضاء المدّة المحدّدة للعدول دون مباشرة لخيار العدول ، فيصبح العقد باتاً ونهائياً بما لا يجوز لأيّ من المتعاقدين أن يعدل عنه ، وتاريخ تكوينه يكون من يوم إبرامه . كما أنّ الالتزامات المترتبة عنه تصبح مستحقة الأداء واجبة التنفيذ ، فإذا عارض أحد المتعاقدين في تنفيذها فإنّ معارضته هذه تشكل خطأ تعاقدياً يستوجب المسؤولية العقدية<sup>535</sup> .

أمّا فيما يتعلّق بمصير العربون ، فيؤخذ باتفاق المتعاقدين بشأنه ، فإذا لم يوجد اتفاق ، فإنّه يجب ردّ العربون ، لأنّ العربون في هذه الحالة يكون مدفوعاً كتمن للعدول وليس كجزء من الثمن<sup>536</sup> . كما أنّ موادّ العربون (72 مكرر ق.م.ج ، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف) لا تشير في الواقع إلى الاحتفاظ بالعربون إلاّ في الحالة التي يعدل فيها دافع العربون حيث يحتفظ به المتعاقد الآخر ، فإذا لم تتمّ ممارسة العدول فينتهي دور العربون ويصبح موجوداً بلا سبب في يدي من تسلمه ويكون واجب الردّ<sup>537</sup> .

<sup>531</sup> - انظر ، أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 87 ؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص. 82 .

<sup>532</sup> - Cass. Civ.28 janv. 1971, D.1971.Somm.159 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 11, p. 2.

<sup>533</sup> - Cass. Civ. 4 avr. 1949, Gaz. Pal. 1949.2.80 ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 2, par. 11, p. 2.

<sup>534</sup> - انظر ، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 234 ؛ سليمان مرقس ، الوافي.....، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 93 .

<sup>535</sup> - انظر ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 123 .

<sup>536</sup> - انظر ، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 233 .

<sup>537</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 499 .

أما من الناحية العملية ، إذا كان العربون مبلغا من النقود فإنه يخضم من الثمن<sup>538</sup> ، فمثلا عندما يكون المشتري قد دفع عربونا إلى البائع ثم لم يعدل أي من الطرفين عن عقد البيع وجب أن يخضم مبلغ العربون من الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه.

ويذهب الرأي السائد في الفقه<sup>539</sup> إلى أن العربون ينقلب في هذه الحالة إلى قسط معجل من الثمن. إلا أن بعض الفقه<sup>540</sup> يعتبر أن الخصم يتم عن طريق المقاصة حيث يستنزل العربون من التزام التعاقد الذي دفعه بطريق المقاصة. فالبائع يصبح دائئا بالثمن ، والمشتري يكون مدينا به ، ودائئا في نفس الوقت بمبلغ العربون الذي يكون واجب الردّ من البائع ، فيتمّ الخصم بين المبلغين عن طريق المقاصة وعلى المشتري استكمال باقي الثمن.

أما إذا كان العربون منقولا من نوع آخر ، فإنّ الخصم من الثمن باعتبار العربون قسطا يكون مستحيلا هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنّ المقاصة لا يمكن أن تحدث ، لأنه من شروطها التماثل بين الدينين وهذا ما لا يتوافر في هذه الحالة بسبب اختلاف المحل (العربون شيء منقول ، والثمن مبلغ من النقود). فالدين المستحق للبائع وهو الثمن النقدي ليس من طبيعة الدين المستحق للمشتري الذي هو العربون المنقول ، وبذلك يجب ردّ العربون المنقول إلى الطرف الذي قدمه ، كما يتعين الوفاء بكل الثمن من طرف المشتري<sup>541</sup>.

وعليه الاستعانة بفكرة المقاصة والتخلي عن فكرة الخصم من الثمن ، هي التي تفسر سبب ردّ العربون إذا كان شيئا منقولا واحتفاظ البائع به إذا كان مبلغا نقديا<sup>542</sup>.

ويذهب الفقه إلى الأخذ بهذا التفسير ، خاصة في حالة حدوث طارئ يجعل كلا من المقاصة وخصم مبلغ العربون من الثمن غير ممكن ، بحيث يجب ردّ العربون. وهذا ما يحدث في البيع عندما يتمّ إفلاس المشتري الذي دفع العربون. فالإفلاس هنا يمنع حصول المقاصة والخصم ،

538 - انظر ، أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 88 ؛ فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 473.

539 - انظر ، عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 87 ؛ فؤاد صالح درادكة ، المرجع نفسه ، ص. 473.

540 - انظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 68 ؛ عبد الحي الحجازي ، المرجع السابق ، ص. 310.

541 - انظر ، أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 88 ؛ فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 473.

542 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 500.

وهنا يستوجب على البائع ردّ العربون إلى تفلسة المشتري. وبما أنّ أموال المفلس تكون أقل من ديونه ، فإنّ البائع لا يحصل إلاّ على جزء من الثمن تطبيقاً لقاعدة قسمة الغرماء<sup>543</sup>.

كما تظهر أهمية هذا التفسير أيضاً في حالة ما إذا تمّ الوعد بالبيع وقام الواعد بدفع العربون للمستفيد ، فإنه بتحقيق البيع يصبح العربون واجب الردّ لأنّه لم يعد هناك سبب لاحتفاظ المستفيد بالعربون. كما لا يخصم العربون من الثمن لأنّ هذا الأخير يكون مستحق الأداء على المستفيد وليس الواعد<sup>544</sup>.

في حين نجد أنّ المشرع الفرنسي قرّر بموجب نص المادة 1/131 من قانون حماية المستهلك أنّه في بيع المنقولات تكون المبالغ المدفوعة منتجة لفوائد تسري بانتهاء مدّة الثلاثة الشهور التالية للدفع ، وينتهي سريان هذه الفوائد بتحقيق العقد ، وفي حالة التنفيذ يتمّ خصم هذه الفوائد من الثمن.

### الفرع الثاني : ممارسة العدول وفسخ العقد.

في هذه الحالة يفضل أحد المتعاقدين أو كلاهما عدم البقاء في العقد ، فيمارس إمكانية العدول المخولة له بموجب المواد (72 مكرر ق.م.ج ، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف). وكما يستدل على مباشرة خيار العدول بالتعبير الصريح، قد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، مثلاً أن يقدم المشتري إلى البائع شخصاً آخر على أنّه يرغب في شراء المبيع ذاته<sup>545</sup>.

وهذه المسألة - ممارسة العدول ضمناً - هي مسألة واقع يستظهر فيها قاضي الموضوع بسلطته الموضوعية التقديرية قصد المتعاقد في ممارسة العدول من ظروف الحال ووقائع الدعوى<sup>546</sup>. فقد قضت محكمة باريس<sup>547</sup> بأنّ العدول يمكن أن ينتج من الرغبة الواضحة للبائع في التخلي عن الشيء المبيع إلى شخص آخر غير المشتري بالعربون.

543 - انظر ، عبد الحي الحجازي ، المرجع السابق ، ص. 310.

544 - انظر ، عبد السلام التزمانيني ، المرجع السابق ، ص. 59.

545 - انظر ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 124.

546 - انظر ، سليمان مرقس ، الوافي..... ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 94.

547 - Paris 5 juillet 1978 ; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 18, p. 2.

ويعتبر المستفيد من شرط العدول هذه إمكانية بتصرف قانوني أحادي ، ويتحقق استعماله لها بتعبير يرسله من عدل إلى المتعاقد الآخر ، هذا فيما يتعلق بالعقود الرضائية. أمّا بخصوص العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية فإنّ ممارسة إمكانية العدول فيها يجب أن يشهر حتى يتم الاحتجاج بها على الغير ، وذلك في الحالة التي يكون فيها العقد المقترن بالعربون مشهراً<sup>548</sup>.

باعتبار أنّ العدول هو تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة ، فإنّ السؤالين اللذين يطرحان ويستوجبان الإجابة عليهما :

- هل يجوز للمتعاقد الرجوع في العدول ؟ أي هل إذا صدر تصرف العدول يمكن الرجوع فيه والتمسك في هذه الحالة بتنفيذ العقد ؟

الأصل أنّه لا يجوز لمن تصرف بإرادة منفردة أن يرجع فيه ، فالتصرف القانوني ليس اختياراً حتى يمكن العدول عنه ، بل واقعة ترتب آثاراً قانونية معينة. فالعدول يرتب مركزاً قانونياً جديداً يعطي للمتعاقد الآخر الحق في أن يتمسك به كتصرف ظاهر ، ولكن ليس معنى ذلك أنّ الرجوع في العدول هو أمر مستحيل أو مطلق ، حيث يجوز للمتعاقد الذي عدل أن يتفق مع المتعاقد الآخر على تمديد مدّة الخيار أي يتمّ الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد مدّة أخرى لخيار العدول من جديد ، الأمر الذي يعني إسقاط العدول السابق واعتباره كأن لم يكن<sup>549</sup> ؛ وعندئذ تبدأ الدورة التعاقدية من جديد وتنطبق عليها الشروط المنصوص عليها بمواد العربون.

- هل إذا تمسك المتعاقد بحقه في العدول عن إتمام العقد يعدّ في هذه الحالة متعسفاً في استعماله لهذا الحق ؟

لو كانت الإجابة تأتي على الإطلاق لما أمكن تطبيق مواد العربون (72 مكرر ق.م.ج، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف) لأنّ ذلك يعني أنّ المتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من العقد المصحوب بالعربون خشية جزاء المسؤولية التقصيرية الناجمة عن التعسف. وإنّما يجب في هذه الحالة وضع المسألة في قابلها الصحيح ، فالتعسف في استعمال خيار العدول يتحقق إذا كان العدول مفاجئاً ، وفي وقت غير مناسب ، وبلا مبرر يقتضيه، فذلك يمثل إساءة لاستعمال الحق

<sup>548</sup> - انظر ، عبد السلام التزاني ، المرجع السابق ، ص. 60.

<sup>549</sup> - انظر ، عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون ، المرجع السابق ، ص. 353.

تؤدي إلى تعويض يتجاوز خسارة العربون أو ردّه ومثله. فالجزء الأصلي لا يوقع إلاّ مقابل العدول في ذاته مجردا من كل ظرف يجعل منه فعلا ضارا مرتبا للمسؤولية<sup>550</sup>.

فإذا تكشف للقاضي انطباق شروط التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها بالمادة 124 مكرر ق.م.ج<sup>551</sup>، فإنّه لا يكتفي بإلزام من عدل بالجزاء المقرر بالمادة 72 مكرر ق.م.ج بل يتجاوز إلى إلزامه بالتعويض لجبر الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق كواقعة مستقلة عن حق العدول إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وبالتالي لا يشترط دائما أنّ العربون هو المقابل للعدول، بل قد يتعداه إلى تعويض تكميلي لجبر الضرر الناتج عن الخطأ التقصيري<sup>552</sup>.

فحق العدول رخصة منحها المشرع للمتعاقدين للتحلل من الالتزام، فلا يجوز إساءة استعماله؛ وفي ذلك قررت محكمة الاستئناف في مصر<sup>553</sup>، أنّ البائع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إنهاؤها، فإن موقفه هذا يدل على نزوله عن الحق في العدول عن العقد وأنّ الصفقة تعتبر بالنسبة له صفقة بائنة ونهائية، فإذا عدل فجأة فإنّه يكون قد أساء استعمال حقه، وفي هذه الحالة لا يقتصر على خسارة العربون وإنما يلتزم بتعويض زائد عن العربون يقدره القاضي جزاء إساءة استعمال حقه في العدول.

وعليه يجب أن تمارس إمكانية العدول وفق الغاية المقصودة من تقريرها. وإذا كان الطرف الذي تحمل العدول ليس له أي حق للمطالبة بأكثر من قيمة العربون، وذلك الذي ينسحب ليس له الحق في أن يدفع أقل من قيمته، إلاّ أنّ هذه القاعدة وتطبيقها مرتبط بمباشرة إمكانية العدول مباشرة نظيفة ووفق الغاية المقصودة منها.

550 - انظر، عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص. 252.

551 - يقابلها نص المادة 5 ق.م.م.

552 - انظر، عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون.....، المرجع السابق، ص. 252.

553 - انظر، محكمة الاستئناف المختلطة، 5 أبريل 1938، مجموعة رقم 50؛ مقتبس عن عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص.

59؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 216.

وفي هذا الشأن بسط القضاء في فرنسا أيضا رقابته على ممارسة إمكانية العدول، فقررت محكمة النقض<sup>554</sup> في أحد أحكامها أنّ ممارسة إمكانية العدول تكون حرّة ، إلا أنّ هذه الإمكانية تعرف التعسف في استعمال الحق وسوء النية. كما قرّرت<sup>555</sup> في حكم آخر أنّه رغم الصفة التقديرية لخيار العدول ، إلا أنّه كسائر الحقوق لا ينبغي التعسف في استعماله ، والعدول الذي يمارس بنية سيئة يكون غير فعّال.

وعليه عندما يكون العدول خاطئا فإنّ الذي يعدل يلتزم بإصلاح الضرر الذي سببه للطرف الآخر. والقضاء في هذه الحالة لا يتقيد بقيمة العربون المدفوع وإنما يحكم أيضا بتعويض تكميلي ويقدره حسب مقدار الضرر الذي لحق الطرف الذي تحمل العدول الخاطئ.

وفي حالة ممارسة العدول من أحد المتعاقدين ، ما هو مصير العقد ؟ وما مصير العربون المقترن به ؟

#### أوّلا : مصير العقد.

اختلف الفقه بشأن مصير العقد الذي تمّ العدول عنه من أحد المتعاقدين ، وقد وجد رأيان ، يختلف كل منهما عن الآخر :

#### 1- الرأي الأوّل<sup>556</sup> :

يذهب هذا الرأي إلى أنّ فسخ العقد لا يتمّ بأثر رجعي ؛ فزوال العقد يكون بالنسبة للمستقبل فقط ، أمّا بالنسبة للماضي فهناك أحداث ونتائج وقعت لا يمكن إلغاؤها ، فالعقد المقترن بالعربون يظل قائما والأطراف لا يكفون عن الارتباط إلاّ في اللحظة التي يتمّ فيها ممارسة العدول فقط ، أمّا الماضي فيبقى كاملا بكل آثاره من ذلك قبض العربون واستلامه. فالفسخ نتيجة استخدام حق العدول يتمّ بدون أثر رجعي وذلك وفق ما تتمّ به كل طرق الفسخ العادية.

<sup>554</sup> - Cass. Civ, 27 juin 1978, Bull.Civ, I, N° 241; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 15, p. 2.

<sup>555</sup> - Cass. Civ., 11 mai 1976, D.1978.269, note Taisne ; Cf. R.Decottigies, Ibid., art. 2, par. 15, p. 2.

<sup>556</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 504.

مثلا عقد الإيجار إذا تم فسخه فيكون بالنسبة للمستقبل فقط ، أما الماضي فهو الفترة التي مضت من التعاقد ولا يمكن أن تكون ملغاة بأثر رجعي .

## 2- الرأي الثاني :

يرى أنّ ممارسة العدول من أحد المتعاقدين تجعل العقد المقترن بالعربون كأن لم يكن ، أي أن استعمال حق العدول لا يترتب عليه فقط وقف تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد و إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فحسب ، بل يمتد أثره إلى الماضي فينهار العقد بأثر رجعي . ورجعية الفسخ لا تثير أية صعوبات ، سواء في حالة عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه . ففي الحالة الأولى أين لم يحصل تنفيذ العقد ، وغالبا ما يكون ذلك متصورا في حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين على عدم تنفيذ العقد إلا بعد مضي المدة المحددة للعدول . فهنا لن يقابل الفسخ أية صعوبات لأنّ الأثر الرجعي سيكون لعقد مبرم لم تحدث به أية وقائع أو نتائج<sup>557</sup> .

أما الحالة الثانية وهي حالة تنفيذ العقد ، فيكون الأمر متعلقا بالأثر الرجعي للفسخ على عقد مبرم ومنتج لآثاره . فإذا تمّ البيع بالعربون وكانت فيه الملكية منقولة مباشرة إلى المشتري فإنّه في حالة العدول تكون الملكية مستردة للبائع بأثر رجعي ، وذلك قياسا على إمكانية الاسترداد المخولة للبائع في بيع الوفاء<sup>558</sup> . وبمعنى آخر يعتبر المشتري كأن لم يكن مالكا للمبيع في أي وقت من الأوقات ، كما تعتبر الملكية كأن لم تنتقل من البائع إلى المشتري ، وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الأخير إلاّ حبس المبيع إلى حين استرداده مبلغ العربون الذي قام بدفعه للبائع . وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية<sup>559</sup> هذا الرأي الأخير الذي يرى أنّ ممارسة العدول تعمل على اختفاء أو فسخ العقد وفنائه بأثر رجعي .

## ثانيا : مصير العربون .

<sup>557</sup> - انظر ، محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص . 37 .

<sup>558</sup> - Cass. Civ, 31 janvier 1983: Bull. Civ, N° 21;

مقتبس عن يكن زهدي ، المرجع السابق ، ص. 277.

<sup>559</sup> - Cass. Civ, 11 mai 1976: Cass. Com. 26 avr 1976, Bull. Civ, IV, N° 136; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 15-16, p. 2.

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ العربون قد يكون مبلغا من النقود ، وقد يكون منقولاً من نوع آخر ، ولذلك نُميّز بين مصير كل منهما :

### 1- مصير العربون النقدي :

مصير العربون محدد في المواد (72 مكرر ق.م.ج ، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف) والتي تشير إلى حالتين للعدول ، الحالة الأولى إذا كان العدول من جانب دافع العربون ، والثانية إذا كان العدول من قابضه.

أ) إذا كان من عدل عن العقد هو من دفع العربون فإنه يفقد ما دفعه وليس له أن يسترده من المتعاقد الآخر الذي استلمه بحيث يصبح هذا الأخير مكتسباً له<sup>560</sup> . وقيمة العربون تمثل هنا ثمن العدول.

وفي هذا الشأن يذهب بعض الفقه الفرنسي<sup>561</sup> إلى أنّ تملك العربون من طرف المتعاقد الذي تحمل العدول يكون في نفس الوقت تعويضاً للضرر الذي سببه له العدول ، والذي تمّ تقديره مقدماً مع المتعاقد الذي انسحب أو مارس العدول.

في حين يرى البعض الآخر<sup>562</sup> أنّ لفظ تعويض تعاقدي غير مناسب ومنتقد لأنّه قد يجعل من العربون تعويضاً في معنى المسؤولية المدنية. فممارسة إمكانية العدول من احد المتعاقدين لا تشكل أي خطأ عقدي ، ولا تعتبر إذن مصدراً للمسؤولية ، فالعربون ليس إلّا ثمناً لإمكانية العدول.

ويستخلص من مواد العربون أنّ خسارة قيمة العربون لا تعتبر تعويضاً للعدول عن التعاقد ، حيث أنّها تقضي : "... ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"<sup>563</sup> .

ب) أمّا إذا كان العدول من ناحية المتعاقد الذي استلم العربون تعين عليه ردّ ما قبضه لأنّه بزوال العقد لم يعد هناك سبب لاحتفاظه به هذا من جهة ، ومن جهة أخرى عليه دفع مثله معه

<sup>560</sup> - المواد 72/2 مكرر ق.م.ج ، 103/2 ق.م.م ، 1590/2 ق.م.ف.

<sup>561</sup>-Cf. Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier, op.cit., p.100.

<sup>562</sup> - انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص. 218.

<sup>563</sup> - المادتين 72/3 مكرر ق.م.ج ، 103/2 ق.م.م.

كمقابل لمباشرته خيار العدول<sup>564</sup>. فالمبلغ الذي يدفعه الطرف العادل في هذه الحالة يشمل في نفس الوقت على ردّ ما استلمه ودفع ثمن العدول.

ويرى بعض الفقه<sup>565</sup> أنّه إذا استعمل قابض العربون حقه في العدول فلا يكفي مجرد التعبير بالعدول عن العقد يرسله إلى دافع العربون ، بل يجب أن يكون هذا التعبير مصحوبا بدفع مثل العربون في المقدار وإلاّ لن يكون لهذا العدول فعاليته.

وفي حالة امتناع الطرف الآخر عن تسلمه فيجوز للطرف الأوّل -قابض العربون- اللجوء إلى إجراءات العرض والإيداع. وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية<sup>566</sup> حيث قررت أنّ الدفع الفعلي شرط لفعالية العدول ، كما أوضحت أنّ رفض التنفيذ لا يكون مساريا لممارسة العدول ، وإنّما يجب الدفع المقدم للعربون كي تمارس إمكانية العدول ، والطرف الذي تسلم العربون لا يستطيع العدول فعلا إلاّ بشرط دفع الضعف.

بينما يذهب البعض الآخر<sup>567</sup> إلى أنّ الدفع الفعلي لضعف العربون ليس شرطا لممارسة العدول. فممارسة العدول يمكن أن تتمّ بأي تصرف آخر يوحي بالعدول ، فدفع العربون ليس شرطا للعدول وإنّما هو أثر من آثاره ، ولا يجب الخلط بين آثار التصرف وشروطه. فالشرط الأساسي من أجل ممارسة العدول هو إظهار الرغبة في العدول سواء كانت صريحة أو ضمنية تستنتج من ظروف الحال ، فمحكمة النقض الفرنسية قبلت ممارسة العدول الضمنية الناتجة من تصرف البائع في المبيع للمرة الثانية إلى مشتر آخر.

فالعدول إذن قد يتمّ بأي تصرف يفيد استخدام المتعاقد لإمكانية العدول المخولة له كأن يكون هذا التصرف تعبيرا يرسله المتعاقد الذي عدل إلى الآخر ، ويكون لهذا التعبير أثره في اللحظة التي يصل فيها إلى المتعاقد الآخر ، وذلك دون اشتراط اقتران هذا التعبير بالدفع الفعلي.

## 2- مصير العربون المنقول :

564 - انظر ، هام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 124.

565 - انظر ، عبد الحي الحجازي ، المرجع السابق ، ص. 312.

566 - Cass. Civ, 16 déc 1970: Bull. Civ, III, N° 716;

مقتبس عن عبد الحي الحجازي ، المرجع نفسه ، ص. 313.

567 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 507.

قد يقدم أحد المتعاقدين للآخر عربونا يتكون من شيء منقول وليس نقودا ، وهذا الافتراض يكون نادر الحدوث ، إلا أنه في حالة وقوع ذلك فيجب أن نفرق بين عدول المتعاقد الذي قدم العربون وعدول المتعاقد الذي استلمه.

أ) إذا تمّ العدول من الطرف الذي أعطى الشيء المنقول ، فلا توجد أية صعوبة ولا تثار أية مشكلة في هذه الحالة ، لأنّ هذا المتعاقد الذي عدل سيفقد ملكية الشيء والتي تنتقل إلى المتعاقد الآخر الذي استلمه ، وبذلك سيتحول من شخص حائز إلى مالك للشيء<sup>568</sup>.

ب) أمّا إذا كان المتعاقد الذي عدل هو من تسلم الشيء المنقول تحت صفة عربون ، فيجب عليه أن يقوم بإعادة هذا الشيء إلى المتعاقد الآخر الذي سلمه العربون ، ويكون لدينا في نفس الوقت بشيء مماثل للعربون أو بقيمة هذا الشيء وذلك حسب الأحوال<sup>569</sup>.

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ العربون قد يكون شيئا منقولاً من المثليات وهنا لن توجد أية مشكلة في ردّ شيء مماثل. أمّا إذا كان المنقول من الأشياء القيمة ، فيجب على المتعاقد العادل في هذه الحالة أن يدفع مبلغاً مساوياً لقيمة الشيء ، وفي حالة وقوع خلاف بين المتعاقدين حول هذه القيمة كأن يعترض المتعاقد الآخر بشأنها ، فيمكن اللجوء في ذلك إلى أهل الخبرة من اجل تقدير وتأمين قيمة الشيء القيمي المقدم كعربون.

وبهذا الخصوص يذهب بعض الفقه إلى أنّه لا يصح تقديم المنقول القيمي كعربون عدول ، لأنّه يتعارض مع قاعدة الردّ في حالة العدول خاصة من جانب المتعاقد الذي قبض العربون<sup>570</sup>.

### الفرد الثالث : تعذر تنفيذ العقد.

قد يصبح العقد المقترن بالعربون متعذر التنفيذ بسبب قوة قاهرة ، أو بسبب فعل أحد المتعاقدين ، وذلك في اللحظة التي يجب فيها تنفيذ العقد ، فهل سيكون لهذا أثر على التعاقد

568 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص. 60.

569 - انظر ، عبد السلام الترماني ، المرجع نفسه ، ص. 60.

570 - انظر ، من هذا البحث ، ص. 105.

بالعربون ؟ وهل سيتم تطبيق قانون العدول ؟ وبمعنى آخر ما هو أثر استحالة تنفيذ العقد على قانون العدول ؟

الواقع أنّ المشرعين الفرنسي والمصري<sup>571</sup> وحتى الجزائري لم يتعرّضوا لحكم هذه الحالة بنص خاص ، وذلك بخلاف المشرع الكويتي الذي قرّر أحكام هذه الحالة بموجب المادة 77 من القانون المدني والتي تقضي :

" 1- استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد ، بسبب يعود للمتعاقد تعتبر في حكم مباشرته خيار العدول عن العقد ، وتتحدّد مسؤوليته بقيمة العربون ، وفق ما تقتضي به المادة 75.

2- فإن كان استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه ، وجب ردّ العربون إلى دافعه "

الواقع أنّ أحكام هذا النص تنطوي على مجرد تطبيق للقواعد العامة ولم تكن هناك حاجة للنص عليه<sup>572</sup>.

وعليه الحل في باقي التشريعات الأخرى بالنسبة لهذه الحالة لا يثير أية مشكلة لأنها ستطبق عليها أحكام القواعد العامة الواردة في القانون المدني مع محاولة التوفيق بين هذه القواعد وقاعدة العدول المبينة بالمواد (72 مكرر ق.م.ج ، 103 ق.م.م ، 1590 ق.م.ف).

واستحالة تنفيذ العقد المقترن بالعربون قد يكون بسبب أجنبي أو بسبب فعل أحد المتعاقدين لذلك نميز بين الحالتين :

#### أولاً : أثر الاستحالة الناشئة بسبب أجنبي.

إذا كانت استحالة تنفيذ العقد المقترن بالعربون تعود إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه كهلاك المبيع بقوة قاهرة مثلاً ، سواء قبل انقضاء الأجل المقرر لمباشرة خيار

<sup>571</sup> - لقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الجديد يشتمل على نص المادة 153 والذي تعرض لحكم هذه الحالة في فقرته الثانية ، حيث تقضي :

" 2- ويتعين كذلك ردّ العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسؤولاً عنها ، أو فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما "

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة ؛ انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 78.

<sup>572</sup> -[<http://www.mandoubco.com/civillaw/003.htm>].

العدول أو بعده ، فإنّ ذلك يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون ، مع ما يترتب عليه من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بما في ذلك استرداد صاحب العربون لعربونه دون زيادة أو نقصان ، ودون أن يكون هناك محلا لخسارة العربون أو ردا لضعفه – أي لا تطبق قاعدة العدول – لأنّ انحلال العقد راجع لسبب أجنبي وليس مباشرة لخيار العدول<sup>573</sup> .

فالعربون إذن يكون مردودا للمتعاقد الذي دفعه ، إذ أنّ العربون كضمن للعدول لا يكون واجب الدفع إلّا في حالة استخدام أحد المتعاقدين لإمكانية العدول المقررة له ، وهو يختار هذه الإمكانية بحريّة كاملة مفضلا خسارة العربون والخروج من العقد على استمراره ملتزما وخاضعا للالتزامات الناشئة عن العقد. وبمعنى آخر لا تطبق قاعدة العدول وهي ترك العربون أو رده مضاعفا إلّا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى عدول أحد المتعاقدين<sup>574</sup> .

وعليه إذا كانت استحالة التنفيذ بسبب هلاك المبيع بقوة قاهرة ، فيجب ردّ العربون إلى من أداه لأنّه يصبح بلا سبب في يد المتعاقد ، ولا يكون هناك أي مجال لتوقيع جزاء على أي طرف لأنّ الانفساخ بسبب قوة قاهرة<sup>575</sup> . كما أنّ إمكانية العدول تفقد حقيها في الوجود ، لأنّ العقد في هذه الحالة يختفي والعدول يفترض وجود عقد ما يرفضه المتعاقد أو لا يرفضه.

### ثانيا : أثر الاستحالة الناشئة بسبب فعل أحد المتعاقدين.

لإيضاح أثر الاستحالة الناشئة بسبب فعل أحد المتعاقدين على العقد المقترن بالعربون يجب أن نميز بين حالتين :

1- الحالة الأولى : إذا كان فعل المتعاقد الذي له الحق في العدول سببا في استحالة تنفيذ العقد المقترن بالعربون ، فتعتبر هذه الحالة في حكم العدول عن العقد وبمثابة مباشرة ضمنية من هذا المتعاقد في العدول وذلك خلال المدة المحددة لخيار العدول<sup>576</sup> .

<sup>573</sup> - انظر ، هام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 142 - 125 ؛ أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 88 ؛

Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 16, p. 2.

<sup>574</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 532.

<sup>575</sup> - انظر ، أنور سلطان ، عقدي البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 88.

<sup>576</sup> - انظر ، هام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 124.

فمثلا قيام البائع الذي له الحق في العدول بهدم المنزل محل عقد البيع بالعربون ، يعدّ منه إستعمالا للخيار المخول له وعدولا ضمنيا عن التعاقد ، وبالتالي تطبق عليه أحكام العدول و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من وجوب لتسديد حق العدول في هذه الحالة<sup>577</sup> ، فيخسر العربون إذا كان هو الذي دفعه أو يرده ومثله إذا كان هو الذي قبضه ، ولا يستحق المتعاقد الآخر أي تعويض.

بينما إذا وقعت هذه الاستحالة بخطأ المتعاقد الذي تقرر له الخيار بعد انقضاء المدّة المقررة ، كان المقام هو الفسخ مع التعويض إن كان له محل ، باعتبار أنّ العقد يصير إلى البتات بعد انقضاء الأجل المقرر لمباشرة خيار العدول بغير استخدامه<sup>578</sup>.

2- الحالة الثانية : أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل المتعاقد الذي لا يحق له العدول فهنا تطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية ، وهذا متصور في حالة وجود اتفاق على أن يكون لأحد المتعاقدين فقط الحق في العدول حيث يكون العقد باتا ونهائيا بالنسبة للمتعاقد الآخر والذي لا يتمتع بحق العدول<sup>579</sup>. فلو كنا بصدد عقد البيع كما في المثال السابق ، وقبض البائع العربون من المشتري ، وتمّ الاتفاق بينهما على أنّ المشتري هو الذي له الحق في العدول فقط أمّا البائع فيكون العقد لازما وباتا في جهته ، ففي هذه الحالة إذا أقدم البائع على هدم المنزل أثناء مدّة الخيار فيحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزاماته وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التعاقدية<sup>580</sup>. ولا يستطيع البائع هنا أن يتمسك بقانون العدول ووجوب ردّ العربون ومقدار مثله ، وذلك لأنّه قد أحل بتعاقد بات بالنسبة له ، ويعدّ فعله هذا خطأ يستوجب المسؤولية ، كما يجب على البائع في هذه الحالة ردّ العربون إلى المشتري الذي دفعه لعدم وجود سبب لاحتفاظه به.

<sup>577</sup> - Cass. Com, 26 avr 1976, Bull.Civ, IV, N°136; Cf. R.Decottigies, op.cit., art. 2, par. 16, p. 2.

<sup>578</sup> - انظر ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 124.

<sup>579</sup> - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 534.

<sup>580</sup> - طبقا للمادة 176 ق.م.ج : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم من عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ...". وتقابلها المادة 215 ق.م.م.

## الخاتمة

لم تكن فكرة العربون بمنأى عن التطور الذي صاحب القانون بشكل عام حيث اختلف دوره خلال مراحل تطوره التاريخي ؛ فكان الدور الإثباتي للعربون الدور الأكثر أهمية في البداية ، حيث كان يستخدم كوسيلة لإثبات العقود وأخذ هذا الدور تزداد أهميته إلى أن أدرك المتعاقدون أنّ أفضل وسيلة لإثبات إبرام العقود هي البدء في تنفيذها عن طريق دفع جزء من قيمة محل العقد تحت صفة عربون وهنا أصبح العربون يستخدم كقسط من الثمن.

وفي النهاية تلاشى دوره الأصلي وأصبح وسيلة للعدول عن التعاقد بدلا من أن يكون وسيلة لتأكيد إبرامه ، ولو أنّ بعض التشريعات الحديثة تعتبر دفع العربون عند التعاقد كجزء من الثمن وليس وسيلة للعدول.

وإنّ البحث في موضوع التعاقد بالعربون دفعنا إلى استخلاص بعض النتائج والملاحظات، أهمّها أنّ التعاقد المصحوب بالعربون أصبح في عصرنا الحاضر أساسا للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر عن التعطل والانتظار. وبذلك أصبح العربون صمام أمان في كثير من المعاملات التجارية إن لم يكن جميعها لأنّه يعطي الفرصة لكل من طرفي التعاقد في إتمام العقد أو عدم إتمامه ؛ ولكن نظرا لأنّ الشيء محل التعاقد يظل مرهونا لحين انتهاء المدّة المحدّدة المتفق عليها فإنّ من يعدل عن التعاقد يخسر مقدار العربون أو يلتزم برده ومثله معه حسب الطرف العادل ، لأنّه قد يكون كل من المتعاقدين قد فوّت على الآخر فرصا كثيرة للبيع أو الشراء إذا ما كنّا بصدد عقد البيع. وخسارة العربون تعني أنّ من عدل عن التعاقد قدر أنّ مصلحته في العدول ، لأن خسارة قيمته لا تعادل اقدمه على التعاقد و اتمام الصفقة .

المؤكّد أنّ خسارة العربون في حال العدول تستحق كثمن لهذا العدول بقطع النظر عن حصول الضرر أو عدم حصوله للطرف الذي لم يعدل وهذا ما صرح به كل من المشرعين المصري والجزائري<sup>581</sup> ، ولم يفعله المشرع الفرنسي.

581 - انظر المادة 72 مكرر ق.م.ج/ف3 ، 103 ق.م.ف/2.

فالمسألة في هذه الحالة ليست مسألة تعويض للمتعاقد من جراء عدول المتعاقد الآخر عن الصفقة وإلاّ اشترط وقوع ضرر ، وإثما هي حق يستعمل في مقابل مبلغ متفق عليه لاستعماله ومحدد بقيمة العربون لا بأقلّ منه أو أكثر ، إلاّ في حالة التعسف في استعمال هذا الحق. وهذا كلّه مستنتب من طبيعة التعاقد بالعربون والتي تجعل العربون من حق الطرف الذي لم يعدل سواء حدث له ضرر من جراء العدول أو لم يحدث له ضرر.

تجدر الإشارة ، أن العربون إما أن تكون دلالة للعدول أو لتأكيد العقد. وإن كان هناك اختلاف بينهما حيث أن الأول يمنح لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد مقابل دفع قيمة العربون كضمن للعدول ، أما الثاني فيعد جزءا من الثمن وبدءا في تنفيذ العقد ؛ إلاّ أنه يصعب التمييز بينهما من الناحية العملية خاصة في حالة عدم تصريح المتعاقدين عن إرادتهما بصفة المبلغ المدفوع ، ورغم ذلك فإن المشرع لم يوجد معيارا دقيقا و حاسما يستعين به القاضي في تحديد صفة هذه المبالغ. خاصة وأن هذا الإشكال كان مطروحا قبل النص على العربون والذي التمسناه من خلال القضايا المطروحة قبل التعديل ، وبذلك ترك الأمر مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي ، ففي حكم لمحكمة تلمسان<sup>582</sup> اعتبر القاضي أن تقديم المبلغ على دفعتين يعتبر قرينة على أن المبلغ تسبيق وليس عربونا لأن هذا الأخير يدفع مرة واحدة لاكتساب حق العدول. وقد تم استئنائه أمام مجلس قضاء تلمسان<sup>583</sup> و الذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه ، ليس بسبب تكييف المبلغ على أنه تسبيق وإنما لانعدام الصفة لدى المستأنف.

تجدر الإشارة أيضا ، أنه إذا كانت خطى أغلب التشريعات تتجه نحو العمل على إلزامية العقود والارتباطات إلاّ أنّ العربون كوسيلة للعدول يعدّ استثناء عن هذا التوجه ، حيث أنّ دفعه يعطي لأطراف العقد إمكانية العدول أو التنصّل من تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب إبرام العقد في مقابل دفع العربون أو ردّه ومثله.

<sup>582</sup> - انظر ، حكم محكمة تلمسان ، الفرع المدني ، 2007/12/18 ، رقم الجدول 07/0301 ، رقم الفهرس: 07/4510 ، حكم غير منشور ، ملحق رقم (12) ، ص. 193-195.

<sup>583</sup> - انظر ، قرار مجلس قضاء تلمسان ، الغرفة المدنية ، 2008/05/19 ، رقم القضية 07/00787 ، رقم الفهرس: 01513 ، قرار غير منشور ، ملحق رقم (13) ، ص. 196-198.

والواقع أنّ المشرع الفرنسي لم يحالفه التوفيق في وضعه لمادة العربون ، لأنّه جعلها في موضوع الوعد بالبيع ممّا دفع جميع الشراح والفقهاء إلى الاختلاف فيما بينهم حول تحديد نطاق العربون كضمن للعدول. كما أنّه لم يكن موفقا في موضع هذه المادة ، فكان من الواجب عليه حينما أراد أن يضع مبدأ عاما ألاّ يضعه في منتصف قواعد عقد البيع ، هذا ما أدّى إلى توجيه انتقادات لها<sup>584</sup>.

في حين أحسن المشرع المصري في وضعه قاعدة العربون كقاعدة ومبدأ عام يطبق على كل العقود ودون أن يحدّد مجال تطبيقها بعقد بعينه تسري عليه أحكام العربون. وهو عين ما فعله المشرع الجزائري عند تنظيمه لأحكام التعاقد بالعربون.

إلاّ أنّ هذا الاختلاف في الفقه الفرنسي قد انقطع دابره تماما في وقتنا هذا. بحيث أصبح يجوز اقتران العربون كوسيلة للعدول بجميع العقود ، وهذا ما يجمع عليه الفقه والقضاء الفرنسي الآن ، حتّى أنّ المشرع الفرنسي وجه هذه الوظيفة - وظيفة العدول - عندما أراد أن يضع معنى محدّدا وصارما ليستخدمها من أجل حماية المستهلك.

ففي مجال حماية المستهلك في القانون الفرنسي ، إذا دفع المستهلك أيّة مبالغ لمحترف ولم يحدّدا طبيعة هذه المبالغ سواء كعربون للعدول أو كقسط من الثمن ، فإنّ المادة 114 من قانون حماية المستهلك تعتبر أنّ كل المبالغ المدفوعة مقدما من طرف المستهلك تعتبر عربونا للعدول ، وبالتالي سيطبق القاضي قواعد العدول طالما أنّه لا يوجد أيّ اتفاق معاكس.

وفي ظل غياب نصّ مماثل لهذه المادة في كل من التشريعين المصري والجزائري يمكن لهما استكمال النص الخاص بدلالة العربون وأحكامه بالنص صراحة على ضرورة توضيح دلالة العربون في حال الاتفاق على خلاف هذا النصّ ، مع ضرورة ألاّ يكون هناك اختلاف في مفهوم هذه الدلالة بين أطراف العقد. وهذا التعديل سيكون من شأنه أن يعمل على التقليل من المنازعات القضائية بشأن التعاقد بالعربون ، خاصة وأنّ جلّ أو كلّ القضايا المطروحة أمام القضاء تتعلّق بالنزاع حول دلالة العربون.

584 - انظر ، ياسر محمد علي النيداني ، المرجع السابق ، ص. 358.

الملاحظ أنّ هذه التشريعات قد استبعدت مبدأ التنفيذ الجبري بموجب مادة العربون ؛ فكلّ تعاقد مقترن مع الاتفاق على دفع العربون يحدّد صراحة رغبة الأطراف في استبعاد إمكانية التنفيذ الحتمي أو الجبري<sup>585</sup> ، لأنّ كل من طرفي التعاقد بالعربون قد احتفظ لنفسه بحق العدول مقابل خسارة العربون أو ردّه مضاعفا في خلال المهلة المحدّدة للعدول دون أن يكون لأيّ منهما الحق في المطالبة بالتنفيذ الجبري إلّا في حالة انتهاء المدّة المحدّدة دون المطالبة بالعدول عن التعاقد حيث يصبح العقد باتا ونهائيا.

الملاحظ أيضا أنّ الأحكام المتعلقة بالتعاقد بالعربون تعدّ تطبيقا للقواعد العامة ، إلّا أنّ قواعد العدول تعدّ الأسبق في التطبيق حيث أنّها تجعل هذا العقد مزعزا ومهدّدا بالزوال ممّا يكون له تأثير على تنفيذ العقد. إلّا أنّ الحالة الغالبة في الواقع أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين على تأخير تنفيذ العقد إلى حين انتهاء المدّة المحدّدة للعدول أو سقوط إمكانية العدول حيث يصبح العقد باتا ونهائيا.

585 - انظر ، فؤاد صالح درادكة ، المرجع السابق ، ص. 449.

## الملاحق

- 1- الملحق رقم 01 : المتعلق بتسليم مبلغ كتسبيق في عقد البيع ، ص. 158-159.
- 2- الملحق رقم 02 : قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته الثانية من 1 إلى 7 محرم 1414هـ الموافق لـ 21-27 يونيو 1993م في قراره رقم 72 (8/3) بشأن بيع العربون ، ص. 160.
- 3- الملحق رقم 03 : قرار مجلس قضاء تلمسان ، الغرفة المدنية ، 26/03/2007 ، رقم القضية 06/2360 ، الفهرس 07/982 ، ص. 161-167.
- 4- الملحق رقم 04 : قرار المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، 31/01/1979 ، الملف رقم 14447 ، ص. 168-170.
- 5- الملحق رقم 05 : قرار المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، القسم الثاني ، 19/02/1986 ، الملف رقم 43103 ، ص. 171-173.
- 6- الملحق رقم 06 : قرار مجلس قضاء باتنة ، الغرفة المدنية ، 09/02/1994 ، ملف رقم 94/343 ، ص. 174-176.
- 7- الملحق رقم 07 : قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، القسم المدني ، 13/03/1996 ، الملف رقم 133307 ، ص. 175-179.
- 8- الملحق رقم 08 : حكم محكمة الحراش ، 31/01/1994 ، الملف رقم 93/520 ، ص. 180-181.
- 9- الملحق رقم 09 : قرار مجلس قضاء الجزائر ، الغرفة المدنية ، 19/11/1994 ، الملف رقم 4362 ، ص. 182-185.
- 10- الملحق رقم 10 : قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، 11/12/1996 ، الملف رقم 139895 ، الفهرس رقم 2215 ، ص. 186-188.
- 11- الملحق رقم 11 : حكم محكمة الرمشي ، القسم المدني ، 03/05/2006 ، رقم القضية 06/55 ، الفهرس 06/141 ، ص. 189-192.
- 12- الملحق رقم 12 : حكم محكمة تلمسان ، الفرع المدني ، 18/12/2007 ، رقم الجدول 07/0301 ، رقم الفهرس 07/4510 ، ص. 193-195.
- 13- الملحق رقم 13 : قرار مجلس قضاء تلمسان ، الغرفة المدنية ، 19/05/2008 ، رقم القضية 08/00787 ، رقم الفهرس 08/01513 ، ص. 196-198.

## قائمة المراجع

أولاً : الكتب والمؤلفات.

1- باللغة العربية :

أ- المراجع العامة :

- 1- أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، ط.1 ، ج.9 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1996.
- 2- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط.2 ، ج.2 ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 1983.
- 3- أبو عبد الله محمد أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، د.ط ، ج.3، دار الريان للتراث، القاهرة، د.س.
- 4- ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط.1 ، ج.3 ، دار الحديث ، بيروت، 1993.
- 5- أحمد بن حنبل، المسند ، تحقيق أحمد شاكر، ط.1، ج.6، مطبعة دار الحديث، القاهرة، 1995.
- 6- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- 7- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري في باب ما يجوز من الاشتراط، ط.1، ج.3، دار إحياء التراث العرب ، بيروت، 1400 هـ.
- 8- الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن الكريم، د.ط ، ج.1، دار أحباء التراث، بيروت، 1969.
- 9- السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقص، ط.2، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 1999.
- 10- السيد سابق ، فقه السنة ، ط.2، المجلد 4، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة ، 1999.
- 11- إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح ، ط.1، ج.6 ، دار العلم ، بيروت ، 1984.

- 12- إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، أحكام العقد ، د.ط ، ج.4 ، بدون دار نشر، بيروت، 1994.
- 13- إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، عقد البيع ، دراسة مقارنة، د.ط ، ج.8 ، بدون دار للنشر ، بيروت ، 1995.
- 14- أنور سلطان ، أحكام الالتزام ، د.ط ، دار النهضة للطباعة ، بيروت ، 1980.
- 15- أنور سلطان، العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، د.ط ، دار النهضة العربية، بيروت، 1980.
- 16- أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 17- أنور سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.
- 18- آدم وهيب النداوي ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والإيجار، ط.1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1999.
- 19- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999.
- 20- جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997.
- 21- جميل الشرقاوي ، عقد البيع و المقايضة ، دار النهضة العربية، د.ط ، القاهرة ، 1997.
- 22- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، د.ط ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 23- جيروم هوييه، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني ، العقود الرئيسية الخاصة، ط.1 ، المجلد.1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2003.
- 24- حسن عبد الباسط جميعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1991.
- 25- حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، د.ط ، دار هومة ، الجزائر ، 2003.

- 26- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، د.ط ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2002.
- 27- خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، عقد البيع ، ط.4 ، ج.4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2005.
- 28- رمضان أبو السعود ، أحكام الإلتزام ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1998.
- 29- رمضان أبو السعود ، الموجز في شرح العقود المسماة ، دراسة مقارنة في القانون المصري والبناني ، د.ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 1994.
- 30- رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة ، ط.2 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003.
- 31- رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام ، ط.1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2007.
- 32- رمضان علي السيد الشرنباصي ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004.
- 33- زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، ط.2 ، دار الأهل للطباعة والنشر والتوزيع ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2000.
- 34- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الإلتزامات ، د.ط ، مطبعة السلام ، مصر ، 1987.
- 35- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة ، عقد البيع ، ط.5 ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 1990.
- 36- سمير عبد الناصر تناغو ، عقد البيع ، د.ط ، الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، د.س.
- 37- عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ، د.ط ، ج.1 ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، د.س.
- 38- عبد الحي حجازي ، العقد والإرادة المنفردة ، د.ط ، المطبوعات الجامعية ، الكويت ، 1982.

- 39- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، البيع والمقايضة ، د.ط ، ج.4، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- 40- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، د.ط ، ج.1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003.
- 41- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، د.ط، ج.3 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- 42- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط.2، ج.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 43- عبد العظيم أبو زيد، بيع المراجعة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، ط.1، بدون دار نشر، 2004.
- 44- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة ، د.ط ، بدون دار نشر ، 1984.
- 45- عبد المؤمن بلباقي ، أصول المعاملات المالية على مذهب المالكية ، عقد البيع والسلم والمراجعة، د.ط ، دار الهدى ، الجزائر ، د.س.
- 46- عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية ، د.ط، الكتاب الثاني ، عالم الكتاب ، القاهرة ، 1979.
- 47- عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، د.ط ، دار النهضة العربية، بيروت ، 1974.
- 48- عبد المنعم فرح الصدة ، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د.ط ، ج.1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.س.
- 49- عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، د.ط ، ج.3 ، مطبعة عيسى الباي الحلبي، سوريا، 1373هـ.
- 50- علي بولحية بن بوخميس ، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري ، د.ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000.
- 51- فايز عبد الرحمن ، عقد البيع ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006.

- 52- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، عقد البيع ، ط.3 ، الكتاب الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.س.
- 53- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، ط.2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.
- 54- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط.1 ، ج.1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1991.
- 55- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، ط.1 ، ج.1 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2004.
- 56- محمد بن عبد الباقي يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، د.ط ، ج.3، دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.س.
- 57- محمد بن علي بن محمد (الشوكاني) ، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، د.ط ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، د.س.
- 58- محمد حسن قاسم، العقود المسماة، دراسة مقارنة، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- 59- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 60- محمد حسنين منصور ، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك ، د.ط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- 61- محمد حسنين منصور ، أحكام قانون التأمين ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005.
- 62- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، ط.1 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007.
- 63- محمد حسنين منصور ، نظرية الحق ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998.
- 64- محمد سعيد جعفرور ، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري ، د.ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1998.

- 65- محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لبنان ، 1999.
- 66- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط.4 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2007-2008.
- 67- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، ط.2، ج.1 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004.
- 68- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، د.ط ، دار النهضة العربية، بيروت، 1986.
- 69- محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس ، ط.1 ، المجلد الأول ، منشورات دار مكتبة الحياة، مصر، 1306هـ.
- 70- محمد يوسف الزغبي ، شرح عقد البيع في القانون الأردني ، ط.1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2006.
- 71- محمود المسعودي ، القاموس الجديد ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 72- محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية ، د.ط ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، د.س.
- 73- مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002.
- 74- مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999.
- 75- موفق الدين وشمس الدين بن قدامة ، المغنى والشرح الكبير ، د.ط ، ج.4 ، دار الفكر، لبنان ، سنة 1994.
- 76- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، د.ط ، ج.2، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية ، 1999.
- 77- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، د.ط ، ج.1، الأزيطة ، الإسكندرية ، 2000.

- 78- نصر سلمان وسعاد سطحي ، فقه المعاملات المالية وأدلته عند المالكية ، ط.1 ، المطبعة العربية ، غرداية ، 2002.
- 79- هجيرة دنوبي بن الشيخ الحسين ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، ط.2 ، الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية EDAP ، 2003.
- 80- همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد ، د.ط ، الأزاربطة ، الإسكندرية ، 2004.
- 81- وهبة الزحيلي، الوجيز في شرح الفقه الإسلامي، ط.1 ، ج.1 ، دار الفكر ، بيروت ، 2006.
- 82- يكن زهدي ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط.1 ، ج.7 ، دار الثقافة ، بيروت ، 1967.

#### ب- المراجع الخاصة :

- 1- أبو حسام الدين الطرفاوي ، بيع العربون في ضوء الشريعة الإسلامية ، د.ط ، بدون دار النشر ، د.س.
- 2- جمال خليل النشار ، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 3- عبد الحكم فودة ، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي ، د.ط ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1992.
- 4- ياسر محمد علي النيداني ، العربون ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ط.1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2007.

## 2- باللغة الفرنسية :

- 1- Daniel Mainguy, Contrats spéciaux , 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2002.
- 2- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecques, contrats civils et commerciaux, 2<sup>ème</sup> édition, 1993.
- 3- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecques, Contrats civils et commerciaux, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1996.
- 4- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2005.
- 5- Georges Vermelle, Droit civil, Les contrats spéciaux, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2000.
- 6- Jean Calais- Aulory et Franck Steinmetz, Droit de la consommation, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2000.
- 7- Jérôme Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> édition, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 2001.
- 8- Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier, cours de droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 14<sup>ème</sup> édition, Tome VIII, Cujas, Paris, 2001.
- 9- Philippe Malaurie et Laurent Aynes, Cours de droit civil, les obligations, 1996.
- 10- Philippe Van De Wiele, La vente d'immeubles, 2<sup>ème</sup> édition, De Boeck Université, 2001
- 11- R.Decottigies, Arrhes, Encyclopédie-Dalloz, Répertoire de droit civil, civil. I, Tome 1, 1999.

## ثانيا : المذكرات.

- بخاري عبد الله ، الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 1983.
- رزوق نوال ، العربون ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، الدفعة 14 ، 2003-2006.

## ثالثا : المقالات.

- عبد السلام الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الأولى ، العدد الأول ، جامعة الكويت ، الكويت ، يناير 1977 ، العدد الأول.
- فؤاد صالح درادكة ، العربون ، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، سبتمبر 2004 ، السنة 28 ، العدد 3 .
- قادة بن بن علي ، حماية المستهلك في التشريع الإسلامي وتطبيقاتها في مجال أحكام البيع ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر ، أبريل 2006 ، العدد 2.

## رابعا : النصوص القانونية.

- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 29 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

- Code civil Français, 103 Edition, Dalloz, 2004.

- Loi n° 62 – 157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction, Jusqu'à nouvel ordre de la l'égislation en vigueur au 31 decembre 1962, Journal officiel de la republique algirienne, de 11 janvier 1963.

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 29 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 26 يونيو سنة 2005م ، العدد 44.

- المرسوم التنفيذي رقم (90-39) المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وجمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 4 رجب 1410هـ، العدد 5.
- المرسوم التنفيذي رقم (90-226) المؤرخ في 15 سبتمبر 90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر 1990، العدد 40.

#### خامسا : مواقع الأنترنت.

- أبو عبد الرحمن عدنان علي الأحمد ، بحث في بيع العربون ، ملتقى أهل الحديث، الموقع :  
[www.ahlalhadeeth.com / vb / archive / index.php].
- إحسان بن محمد بن عايش العتيبي أبو طارق ، بيع العربون ، الموقع :  
[http://www.Saaid.net.Doat/ehsan/24.hym]
- الإسلام اليوم ، الموقع :  
[http:// www.islamtoday.net questions / show -articles - contrat .cfm? id].
- المحامي عبد الرزاق عبد الله ، البيع بالعربون ، الموقع :  
[http:// www.Gulfta.com / Forum / show thread.php? t=728].
- الموسوعة الفقهية ، الجزء التاسع ، الموقع :  
[www.Islam. gov. kw /book /mosaa /009.doc]
- لطيفة حاسم العون ، بيوع الأوبشن... هل هي جائزة ؟ مجلة المستثمرين الكويتية الاقتصادية ، الموقع :  
[http:// twsyat.net / Faurm / archive / index.phop / t-29739.htm].

- [http:// www.parvendu.fr /I Acheter un vehicule arrhes ou acompte]
- [http://fr.wikionary.org/wiki/arrhes].
- [http://www.mandoubco.com/civillaw/003.htm].

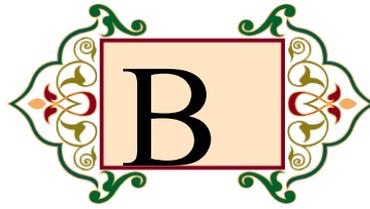
## الفهرس

|    |  |
|----|--|
| 1  | المقدمة  |
| 9  | الفصل الأول : ماهية العربون                              |
| 10 | المبحث الأول : مفهوم العربون                             |
| 10 | المطلب الأول : تعريف العربون                             |
| 10 | الفرع الأول : التعريف اللغوي                             |
| 12 | الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي                         |
| 12 | أولاً: العربون في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية         |
| 15 | ثانياً : العربون في اصطلاح فقهاء القانون                 |
| 18 | الفرع الثالث : خصائص العربون                             |
| 23 | المطلب الثاني : تحديد دلالة العربون                      |
| 24 | الفرع الأول : الدلالة القانونية للعربون                  |
| 24 | أولاً : العربون كوسيلة إثبات                             |
| 27 | ثانياً : دلالة التأكيد والبت (العربون كجزء من الثمن)     |
| 31 | ثالثاً : دلالة العدول                                    |
| 38 | الفرع الثاني : التفسير القضائي لدلالة العربون            |
| 48 | المبحث الثاني : الأساس القانوني للعربون وطبيعته          |
| 48 | المطلب الأول : الأساس القانوني للعربون                   |
| 49 | الفرع الأول : العربون في القانون المدني الجزائري         |
| 49 | أولاً: قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05  |
| 67 | ثانياً: بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05 |
| 68 | الفرع الثاني : العربون في القانون المدني المصري          |
| 68 | أولاً : العربون في القانون المدني المصري القديم          |
| 70 | ثانياً : العربون في القانون المدني المصري الجديد         |

|     |   |
|-----|---|
| 71  | الفرع الثالث : العربون في القانون المدني الفرنسي    |
| 71  | أولا : العربون في القانون المدني الفرنسي القديم     |
| 73  | ثانيا : العربون في القانون المدني الفرنسي الحالي    |
| 75  | ثالثا : العربون وقانون حماية المستهلك               |
| 80  | المطلب الثاني : طبيعة التعاقد بالعربون              |
| 82  | الفرع الأول : النظريات المغيرة لطبيعة العقد الأساسي |
| 82  | أولا : التعاقد بالعربون عقد تمهيدي                  |
| 85  | ثانيا : التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط           |
| 89  | الفرع الثاني : الالتزام بالعربون التزام مجرد وبسيط  |
| 89  | أولا : الالتزام بالعربون له طبيعة الشرط الجزائي     |
| 95  | ثانيا : التعاقد بالعربون عقد ينشئ التزاما بديلا     |
| 97  | الفرع الثالث : نظرية الفسخ الأحادي                  |
| 100 | الفرع الرابع : النظريات الحديثة                     |
| 100 | أولا : التعاقد بالعربون تعاقد مقترن بتحفظ أو خيار   |
| 101 | ثانيا : الفكرة القائمة على التكوين التدريجي للرضاء  |
| 103 | الفصل الثاني : أحكام التعاقد بالعربون               |
| 104 | المبحث الأول : شروط صحة التعاقد بالعربون ونطاقه     |
| 104 | المطلب الأول : شروط صحة التعاقد بالعربون            |
| 104 | الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالعربون              |
| 104 | أولا : أن يكون العربون مبلغا نقديا أو منقولا        |
| 106 | ثانيا : أن يكون العربون مالا قابلا للتعامل به       |
| 107 | الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالعقد               |
| 107 | أولا : العربون في العقود الرضائية                   |
| 108 | ثانيا : العربون في العقود الشكلية                   |
| 110 | الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بوقت دفع العربون     |

- المطلب الثاني : نطاق التعاقد بالعربون ..... 112
- الفرع الأول : نطاق التعاقد بالعربون من حيث الأشخاص ..... 112
- الفرع الثاني : نطاق العربون من حيث العقود ..... 114
- أولا : الرأي المقيد ..... 115
- ثانيا : الرأي الوسط ..... 116
- ثالثا : الرأي الموسع ..... 117
- الفرع الثالث : نطاق التعاقد بالعربون من حيث المدّة ..... 118
- أولا : حالة تحديد مدّة معينة لاستعمال خيار العدول ..... 119
- ثانيا : حالة عدم تحديد مدّة لرفع الخيار ..... 120
- المبحث الثاني : أثر عربون العدول على تنفيذ العقد ومصير التعاقد بالعربون ..... 124
- المطلب الأوّل : أثر عربون العدول على تنفيذ العقد ..... 124
- الفرع الأوّل : أثر عربون العدول على انتقال الملكية ..... 125
- أولا : نقل ملكية المبيع في المنقول ..... 125
- ثانيا : نقل ملكية المبيع في العقار ..... 126
- الفرع الثاني : أثر عربون العدول على تبعة الهلاك ..... 128
- أولا : تبعة هلاك المبيع في بيع العربون في القانونين الجزائري والمصري ..... 128
- ثانيا : تبعة هلاك المبيع في بيع العربون في القانون الفرنسي ..... 132
- الفرع الثالث : أثر عربون العدول على تصرف أحد المتعاقدين في المبيع ..... 134
- أولا : تصرف البائع في المبيع أثناء مدّة خيار العدول ..... 134
- ثانيا : تصرف المشتري في المبيع أثناء مدّة خيار العدول ..... 135
- الفرع الرابع : انتقال الحق في العدول ..... 136
- أولا : انتقال الحق في العدول إلى الورثة بسبب الوفاة ..... 136
- ثانيا : انتقال الحق في العدول حال الحياة ..... 138
- المطلب الثاني : مصير التعاقد بالعربون ..... 139
- الفرع الأوّل : الإبقاء على العقد ..... 139

|     |  |
|-----|--|
| 142 | الفرع الثاني : ممارسة العدول وفسخ العقد.....               |
| 145 | أولا : مصير العقد.....                                     |
| 146 | ثانيا : مصير العربون.....                                  |
| 149 | الفرع الثالث : تعذر تنفيذ العقد.....                       |
| 150 | أولا : أثر الاستحالة الناشئة بسبب أجنبي.....               |
| 151 | ثانيا : أثر الاستحالة الناشئة بسبب فعل أحد المتعاقدين..... |
| 153 | الخاتمة.....   |
| 157 | الملاحق.....   |
| 199 | قائمة المراجع.....   |
| 209 | الفهرس.....  |



## ملخص :

إذا انعقد العقد صحيحا ، فلا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة ، إلا أنّ هناك ضرب من ضروب التعاقد يسمح لأحد المتعاقدين أو لكليهما بذلك ، ويحدث ذلك في التعاقد بالعربون.

والعربون هو مبلغ من المال أو منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد. إمّا للدلالة على أحقية كل منهما في العدول. وإمّا للدلالة على كون العقد أصبح مؤكداً ونهائياً.

ورغم الأهمية العملية للتعاقد بالعربون وشيوع التعامل به في الميدان التجاري، إلا أنّ المشرع الجزائري لم ينظمه إلا مؤخرًا عكس المشرعين الفرنسي والمصري. وقد أعطت هذه التشريعات للعربون دلالة العدول ، فاتحة المجال لاتفاق المتعاقدين في تحديد هذه الدلالة.

والتعاقد بالعربون كغيره من العقود له أحكامه حيث يتطلب توافر شروط لصحته كما أنّ له نطاق، وإذا ما اقترن التعاقد بعربون عدول فيكون للمتعاقد الحق في العدول عنه بعد إبرامه؛ وهذا ما يكون له أثر على تنفيذ العقد. كما أنّ مصير العقد مرتبط بممارسة أو عدم ممارسة هذه الإمكانية.

## الكلمات المفتاحية :

العربون - العقد - التعاقد بالعربون - حق العدول - التراجع - جزء من الثمن - أحكام العربون.

## Résumé :

Lorsque le contrat a été conclu d'une manière correcte, il n'est pas permis de se dédire unilatéralement, néanmoins il existe un type de contrat permettant à l'une des parties contractantes ou les deux à le faire, cela arrive dans les contrats avec arrhes.

L'arrhe est une somme d'argent ou autre chose mobilière que l'une des parties remet à l'autre lors de la conclusion de l'accord pour exprimer la faculté de dédit de chacun, ou bien affirmer la conclusion définitive du contrat.

Malgré l'importance pratique du contrat avec arrhes et la vulgarisation de son utilisation dans le commerce, le législateur algérien ne l'a réglementé que dernièrement, contrairement aux législateurs français et égyptiens. Ces législations ont donné aux arrhes une expression de dédit, ouvrant donc la voie à la convention des contractants pour définir cette expression.

Comme tout autre type de contrat, celui avec arrhes de ses dispositions. Il nécessite la réunion d'un ensemble de stipulations et un cadre d'exécution. Si le contrat a été associé aux arrhes de dédit, les contractants auront donc la faculté de se dédire après sa conclusion, ce qui influe sur l'exécution du contrat. De même le sort du contrat est lié à l'exercice ou non de cette faculté.

## Les mots clés:

Arrhes - contrat - contrat avec arrhes - faculté de dédit - dédit - une part du prix - dispositions des arrhes.

## The summary:

If the contract were concluded from a correct manner, it is not possible to retract unilaterally, except that there is a type of contract allowing one of the contracting parts or at both to do it, and this happens with down payment.

Pays a deposit is an amount of money or any other furniture which the purchaser pays to the salesman at the contract signature. That is to say to express the faculty of withdrawal of each one, or to affirm the final contract signature.

In spite of the importance of the contract with down payment practices and the popularization of its use in the trade, the Algerian legislator regulated it only lately, contrary to the French and Egyptian legislators, these legislations gave to the down payments an expression of withdrawal, thus opening the way with the convention of the contractors to define this expression.

The contract with down payment has his rules like any other type of contracts, requiring the meeting of a whole of stipulations, as it has also a framework of execution. If the contract were associated the down payments of withdrawal, the contractors will have thus faculty to retract after its conclusion. This will have an effect on the execution of the contract. Thus the fate of the contract is firmly linked to the use or not of this faculty.

## key words:

Down payment - contract - contract with down payment - faculty of withdrawal - denies - a share of the price - rules of the down payments.