



جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم في الحقوق

تخصص قانون مدني

التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة –

تحت إشراف: أ. زهدور محمد

إعداد الطالب: شارف بن يحيى

أمام لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة وهران 2	أستاذ التعليم العالي	أ.عدة جلول محمد
مشرفاً مقررًا	جامعة وهران 2	أستاذ التعليم العالي	أ.زهدور محمد
عضواً مناقشاً	جامعة وهران 2	أستاذ التعليم العالي	أ.العربي شحط عبد القادر
عضواً مناقشاً	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.بوسماحة الشيخ
عضواً مناقشاً	جامعة معسكر	أستاذ محاضر (أ)	أ.بقدار كمال
عضوة مناقشة	جامعة مستغانم	أستاذة محاضرة (أ)	أ.ماموني فاطمة الزهراء

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿من أقال أخاه ببيعا أقال
الله عثرته يوم القيامة﴾
صححه الألباني.

التشكرات

أحمد الله وأشكره على نعمه التي لا تحصى،

ثم أتوجه بأخلص الشكر وفائق التقدير والاحترام إلى الأستاذ المشرف الدكتور محمد زهدور على قبوله الإشراف على هذا البحث وعلى كلما قدمه من ملاحظات توجيهات ودعم ونصح جميل.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بالمساهمة في مناقشة بحثي وإلى كل من أسهم في إنجاز هل البحث من قريب أو بعيد...

فلكم مني الشكر الجزيل.

الإهداء

إلى أمي الغالية، جعلها الله صاحبة مريم ابنة عمران في الجنة،
إلى أبي العزيز شفاه الله وأدخله الجنان،
إلى زوجتي الكريمة وفلذتي كبدي محمد صهيب وأميرة راعاهم الله بحفظه،
إلى عائلتي شارف ومكسي،
إلى كل من علمني حرفاً،
وإلى أحبة الفقه الإسلامي في كل مكان، وإلى كل متطلع مشتغل في
حقل المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية...

أهدى هذا البحث

✍️ شارف بن يحيى

● قائمة المختصرات:

1- المختصرات باللغة العربية:

- ج.ج.....الجزء
- ج.ر.....الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
- د.س.....دون سنة
- د.د.ن.....دون دار النشر
- د.م.ج.....ديوان المطبوعات الجامعية
- ط.....الطبعة
- ع.....العدد

2- المختصرات باللغة الفرنسية:

- D.....Dalloz
- ED.....Edition
- I.R.....Imprimeur du Roi
- L.C.....Librairie Cotillion
- L.D.....Librairie Dalloz
- L.G.DJ.....Librairie Général de Droit et de Jurisprudence
- L.G.J.....Librairie Général de Jurisprudence
- L.J.....Librairie de Jurisprudence
- L.N.D.J.....Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence
- L.R.S.....Librairie Reucel Sirey
- N.....Numéro
- Op.cit.....(Opere Citato) une locution latine " Ouvrage
Précédemment Citée "
- P.....Page
- PUF.....Presses Universitaires de France
- R.I.D.C.....Revue internationale de Droit Comparé
- S.....Sirey
- T.....Tome
- Vol.....Volume

مقدمة

مقدمة

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وسخر له الكون لممارسة حياته بكل جوانبها الدينية والدنيوية وفضله عن كل الكائنات بالعقل ليحمل الأمانة الدينية بعبادة الله وحده والدنيوية بإحقاق العدل في سائر سلوكاته السياسية والمدنية والثقافية والاجتماعية من خلال مختلف أنواع التواصل والتعامل بين بني البشر عبر السنين الغابرة إلى عصرنا هذا المتطور.

ومن بين أهم أنواع التواصل والتعامل منذ القدم التعاقد بالبيع والتجارة التي كانت النشاط البارز لمختلف الحضارات المتواترة على المعمورة إلأن جاء عصر التقنيين فأصبحت لكل دولة قانونها المستلهم من قوانين أو شرائع بحسب توجهاتها الإسلامية أو اللاتينية أو الجرمانية أو الأنجلوسكسونية.

فالتعاقد بصفة عامة وبما يجسد من تواصل في مجال العلاقات الاقتصادية بين الأفراد داخل المجتمع لتلبية حاجاتهم اليومية من بيع وشراء وتأجير وانتفاع واستهلاك، عكف التشريع والفقهاء والقضاء على تنظيمه والحرص على توافر أركانه وشروطه إحقاقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد من جهة وإصراراً على ضرورة توازن الالتزامات التعاقدية وحفاظاً على استقرار المعاملات ومصالحة المتعاقدين من جهة أخرى.

ولأن الحياة الاقتصادية أضحت في تطور مستمر أصبح العقد يشكل محور هذه العلاقات ومقوما لا يستهان به من خلال ما تلعبه الإرادة من دور هام في إنشاء العقود وتكوينها عن طريق توافق الإيجاب بالقبول مع خلو الرضا من كل شوائبه وعيوبه المعهودة التي قد تصير العقد إلى البطلان، فالإرادة بهذا الدور والرضا بهذا الوجود يزيدان من قدسية العقد وقوته الملزمة.

إن هذه القدسية العقدية وصفة الإلزام يترتب عليها عدم جواز نقض العقد ولا تعديله إلاّ باتفاق طرفيه، فالإرادة المنفردة عاجزة إلى حد ما عن تحرير صاحبها من التزاماته العقدية أو مجرد تعديلها، لكن هناك استثناءات عن هذه القاعدة تكفل للمتعاقد الرجوع عن تعاقدته والعدول عن إتمام التعاقد من أصله مقابل دفع مبلغ مالي.

وقد عالجت بعض التشريعات الحديثة مسألة العقد منذ الإبرام كأصل عام مغفلة المرحلة السابقة للتعاقد باعتبارها مرحلة استكشافية لما تتميز به من المناقشة والمساومة والمراوغة وجس للنبض قصد تكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد، وهو حال المشرع الجزائري الذي سهى عن تنظيم الالتزام قبل التعاقد وسكت عن توفير الحماية للمتعاقد في هذه المرحلة تاركا الأمر بيد القضاء بالرغم من إدراجه لأبرز صور هذه المرحلة في تعديل القانون المدني رقم 10/05 سنة 2005 وهي التعاقد بالعربون.¹

اذ تنص المادة 72 مكرر مدني جزائري على: "يمنح دفع العربون وقت ابرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

هذا وقد جاء في مداوات المجلس الشعبي الوطني الجزائري من خلال جلسة النقاش المنعقدة يوم الثلاثاء 15 مارس 2005 في كلمة مقرر لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات مايلي: " نظرا للتحوّلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تعرفها الجزائر، والتي تتميز بكثرة المعاملات بين الأفراد وتعقدتها، وازدياد حجمها بصفة مستمرة، ونظرا إلى التوجه الاقتصادي الجديد الذي تنتهجه البلاد، والذي يتميز بمبادرة الأفراد، فإن القانون المدني الحالي لم يعد يلبي من خلال بعض أحكامه، المقتضيات التي يفرضها هذا

¹ - بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، د. م. ج. الجزائر، 2011، ص12.

التحول، كما انه لم يعد قادرا على إيجاد حلول لبعض النزاعات المعروضة أمام الجهات القضائية، مما أصبح يستلزم وضع أحكام جديدة تتماشى وهذا التحول، وتواكب التطورات الحالية، وإلغاء الأحكام التي تجاوزتها الأحداث... إقرار التعامل بالعربون اعتبارا لكثرة التعامل به في الحياة العملية...".¹

فالتعاقد بالعربون هو الصورة العملية للمرحلة التمهيدية التي تسبق التعاقد النهائي ويعطى هذا النوع من التعاقد لكل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية الحق في أن يعدل عن العقد خلال فترة معينة فيصبح العقد كأن لم يكن بالعدول أو ينعقد نهائيا بعدمه. فدفع العربون قد يحمل معنى الحق في العدول مع تحمل تبعة ذلك بفقدان العربون المدفوع واعتباره حقا للطرف الآخر، وقد يكون خطوة أولى لتأكيد الارتباط التمهيدي بين المتعاقدين على نحو جاد.²

هذا وبما أن موضوع التعاقد بالعربون عالجنه في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي لأبد من القول بداية بأن هذا الأخير تعرض للكثير من النظريات المشابهة لأفكار تبناه المشرع الجزائري تحتاج إلى بحث عميق وتأصيل دقيق لاسقاطها، أما بالنسبة للعربون فقد تعرض له الفقهاء الإسلامي في باب الخيار والشرط.

وكما هو واضح من خلال العنوان فإن هذا البحث ينصب أساسا حول التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي (دراسة مقارنة)، وعليه فلا مجال للحديث عن أي عملية أخرى سابقة للتعاقد أو لاحقة له إلا على سبيل إجلاء اللبس والتشابه بينهم، ثم إن الأمر يتعلق بموقع العربون في القانون المدني الجزائري أي في حقل القانون الخاص مما يعني أولا استبعاد معالجته خارج هذا النطاق، وثانيا دون تفصيل

¹ - الجريدة الرسمية للمدونات بالمجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، السنة الثالثة رقم 147، بتاريخ 2005/04/04، ص 09 و 10.

² - حمدى عبد الرحمان، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، د. د. ن، القاهرة، 1999، ص 225.

موقف القوانين المدنية العربية والغربية إلا في مجال ضيق جدا حسب ما تقتضيه ضرورة البحث.

أما عن معالجة الفقه الإسلامي للموضوع فالأمر مقتصر على عرض مختلف الآراء والاجتهادات الفقهية لأصحاب المذاهب السنية الأربعة (الحنيفة، المالكية، الشافعية والحنابلة) دون التعرض للمذاهب الأخرى حصرا للدراسة، إلا ما ندر.

ومن أهم الأسباب الموضوعية والذاتية التي كان لها بالغ الأثر في اختياري لهذا الموضوع صلته ببحثي لنيل شهادة الماجستير في مجال نظرية الظروف الطارئة مقارنا بالفقه الإسلامي فاخترت العربون لتوسيع النظرة والتدقيق أكثر في جوانب مهمة فيه.

وثانيا غالبا ما تقتصر البحوث على القواعد العامة للتعاقد لا سيما مرحلة العقد وما بعدها من آثار مع الإشارة السطحية العابرة للمراحل السابقة للتعاقد خاصة الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون، ومنه ارتأيت أن أعطي لهذا الموضوع حقه في الدراسة حسب جهدي المتواضع.

أما ثالثا فنظرا لعدم وجود مقررات كافية للدراسة المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي في مناهجنا بكليات الحقوق الجزائرية، والبعد الذي يعرفه غالبيتنا عن مبادئ وشروحات الفقه الإسلامي لمختلف النظريات التي قد نعرف تفاصيلها على المستوى القانوني في حين نجهل ما يقابلها في الفقه الإسلامي لاختلاف المسميات، حاولت من خلال هذا البحث إحياء هذا التواصل والالتقاء بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري هذا الأخير الذي نجده متشعبا بأفكار الفقه الإسلامي في كثير من النظريات، فقط لو أرجعنا الأمور إلى أصلها.

وأما رابعا الرغبة التي تعتريني قصد الإسهام في التدليل وفق منهج علمي على أن الشريعة الإسلامية صالحة التطبيق لكل زمان، وأنها تحمل آراء قد تظهر مختلفة بين

الفقهاء إلا أنها تصدر من مشكاة واحدة وتتفق في الأخير فيما بينها في الأصول العامة دفعا للضرر ورفعاً للحرج عن المتعاقدين.

وأخيراً وأملاً مني في إثراء المكتبات الجامعية الوطنية والعربية والإدلاء بدلوي في بناء صرح العلم رغم يقيني بالمرتقب الصعب، هذه الأسباب حفزتني للبحث في هذا الموضوع المنظور إليه بسطحية تامة من طرف جل الدارسين في القانون الوضعي وحتى لمن يقارنون القانون بالفقه الإسلامي إلا قليلاً.

وفي المقابل يمكن إجمال العقبات التي صاحبتني عند إعداد هذا البحث والمتمثلة في صعوبة الحصول على بعض المصادر لندرتها، وكذلك فبالرغم من التطور العلمي الذي سمح بظهور مواقع التواصل الاجتماعي لتبادل وجهات النظر حول الموضوع عبر الانترنت إلا أنها لا تصلح أن تكون مرجعاً لعدم القدرة على التوثيق فيها، فالمعلومة موجودة لكن لا يستطيع الباحث توظيفها توظيفاً علمياً موثقاً، لكن وللأمانة فإن مواقع التواصل الاجتماعي تلعب دوراً مهماً إذ مكنتني من الحصول على أكثر من مرجع مهم في صيغة pdf وذلك من طرف أحد الأساتذة الكويتيين وهو مشكور.

هذا وقد اعتمدت على المنهج التحليلي المقارن المناسب لمثل هذه المواضيع والذي يقوم على تحليل النصوص ومعرفة دقائق الموضوع، كما يقوم على المقارنة بين كل من القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي واستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينهما، من بداية الدراسة إلى نهايتها فكانت المقارنة والتحليل عبر كل الأبواب والفصول وذلك دون الإخلال بأي نظام أو تحميل أحدهما ما ليس فيه من أفكار، ذلك كله قصد التسهيل على القارئ لمعرفة الفروقات برغم ما تعرفه هذه المنهجية من صعوبة في التصنيف والتحليل والتشخيص والاستنباط وما تحتاجه من تركيز دقيق.

ومن بين الأهداف المسطرة في هذا البحث هي معرفة مدى قدرة الإرادة المنفردة على الرجوع عن التعاقد بالعدول في العريون وهل وفق المشرع الجزائري رغم التأخر في النص على التعاقد بالعريون من حيث موضع النص وتداعياته.

كما نهدف أيضا إلى محاول الوصول إلى أسباب ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بالتعاقد بالعريون، ثم أنه من المعروف على المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية في القانون المدني وحتى قانون الأسرة يستعمل ما يصطلح عليه بالتلفيق عند أخذه بالفقه الإسلامي فنجده يأخذه بالفقه المالكي في مادة وبالفقه الحنبلي في فقرة وبالفقه الشافعي في فكرة وبالفقه الحنفي في مادة أخرى، ومنه سنحاول الوصول إلى أي مدى مارس المشرع الجزائري التلفيق في نص المادة 72 مكرر، ذلك من منطلق المرجعية المالكية للمجتمع الجزائري وبغض النظر عن كون التلفيق عامل ايجابي أو سلبي وبعيدا عن أي أفكار تعصبية هدامة.

هذا وقد سبقت معالجة هذا الموضوع، لكن من زوايا مختلفة عموما، فمثلا نجد الدكتور ياسر محمد النيداني تعرض في عنوانه " العريون " بدراسته في القانون المدني المقارن لاسيما المصري والفرنسي والأردني والعراقي وذلك بالمقارنة مع الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه السنية والشيعية، أما الدكتور عبد الحكم فوده فعالجه في مؤلفه " الوعد والتمهيد للتعاقد والعريون وعقد البيع الابتدائي" مقارنة بالفقه الغربي وتطوراته لاسيما القانون الفرنسي، مركزا على دلالة العدول، بينما الدكتور خليل النشار أوضح في دراسة للعريون عن الاختلاف بين ما جاء في القانون المدني المصري والأردني وما جاء من أحكام في الفقه الإسلامي سواء بالنسبة للمانعين أو للمجيزين للتعامل بالعريون، هذا بالإضافة إلى مقالات عديدة حول الموضوع كانت كلها تصب في هذه المعاني السابقة الذكر سيتم التعرض لمحتواها في التمهيش عبر مراحل هذا البحث، أما عن معالجة هذا الموضوع في القانون

المدني الجزائري فقد تبين لي من خلال البحث ندرة الدراسات المعمقة له، بل هناك اهتمامات شحيحة لدى الباحثين لاسيما الجزائريين خاصة بالنسبة لمقارنتها بالفقه الإسلامي. ومحاولةً مني الحفاظ على القدسية التقليدية للعقد بما فيه من مراحل قد تسبق التعاقد منها التعاقد بالعربون وما لدور الإرادة المنفردة في التخفيف من هذه القدسية العقدية، اذ يحمل موضوع التعاقد بالعربون أهمية كبرى خاصة وأنه يضع جملة من المبادئ القانونية الكبرى محل مراجعة، ومنه طرح الإشكالية بالتساؤل عن:

ماهية التعاقد بالعربون وما هي شروط تطبيقه وأي دلالة يحملها وما هي الأحكام المترتبة على العقد؟ وهل يشكل التعاقد بالعربون خرقاً للقوة الملزمة للعقد أم هو تدعيم لها؟ وهل يوفر الحماية اللازمة لحرية التعاقد في العدول؟ وإلى أي مدى يكفل استقرار المعاملات ويضمن الثقة بين المتعاقدين؟

وللإجابة على الإشكالية السابقة ارتأيت تقسيم هذا البحث إلى بابين الأول: ماهية

التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي والثاني: أحكام التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

الباب الأول

ماهية التعاقد بالعربون في

القانون المدني الجزائري والفقاه

الإسلامي

الباب الأول: ماهية التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

إن التعاقد بصفة عامة يقتضي إيجاب وقبول يرتبان إحداث أثر قانوني نتيجة لهذا التراضي، ولكي يصبح الإيجاب باتا لا بد من أن يخرج من مرحلة المفاوضات إلى الإبرام النهائي، ولعل التعاقد بالعربون باعتباره من أهم الصور العملية لأوصاف الرضا في التعاقد بالبيع أو بالإيجار وبغيرهما من أنواع العقود يعد تطبيقا نموذجيا للمرحلة السابقة للتعاقد حيث يعطى فرصة للمتعاقدین بعد النظر والتروي لإتمام العقد أو العدول عنه.

ولإحاطة بماهية التعاقد بالعربون تم التطرق إلى مفهومه ومضمونه من خلال المقارنة بين ما جاء في القانون المدني الجزائري والقوانين التي تأثر بها وكذا معالجة الفقہ الإسلامي بمذاهبه السنية الأربعة لهذه النقاط وذلك في الفصلين الآتیین.

الفصل الأول: مفهوم التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

يعتبر العربون من أقدم التقنيات التعاقدية وأكثرها رواجاً في الحضارات القديمة، إذ تعود جذوره إلى عهد الشعوب السامية حيث تزامن استتباطه مع ازدهار المعاملات التجارية والمبادلات الاقتصادية التي اشتهرت بها هذه الشعوب آنذاك.

وقد كان يراد به ضمان تنفيذ عقد أو وعد، حيث تجلت فكرة الضمان في أقدم صورها بالكلمة التي تعبر عن الوعد أو اليمين، والتي لها معنى مقدس لا يجوز الحنث بما تم الوعد به خوفاً من الآلهة، ثم أصبحت الأشياء الخاصة للمدين هي التي تعطي لضمان تنفيذ العقد، وحين ظهر النقد وشاع استعماله اتخذ ضماناً لتنفيذ العقد المؤجل.¹

ولتحديد مفهوم التعاقد بالعربون لابد من التطرق في هذا الفصل إلى المسافات التي قطعها في تطوره عبر مختلف الحقب التاريخية متتبعين نشأته فترة بفترة ثم نخرج على أساس دلالات العربون من إثبات إلى بنات إلى عدول، لنصل إلى تعريفه وتمييزه عن ما يشابهه من نظم، كل هذه النقاط بالمقارنة بين القانون المدني الجزائري كقانون وضعي وما جاء بخصوص العربون في الفقہ الإسلامي.

¹ - عبد السلام الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، مقال في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول، 1977، ص49.

المبحث الأول: نشأة العربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

في حقيقة الأمر أن الكثير من النظم الحديثة نجد أساسها وجذورها الأولى في الشرائع القديمة، فقد عرف العربون تطورا عبر مراحل التاريخ المتعاقبة من العصور القديمة إلى الوسطى إلى العصر الحديث والمعاصر مروراً بموقف الفقہ الإسلامي منه من خلال استظهار المذاهب الفقهية السنية الأربعة.

ذلك أن جل النظم القانونية الحالية تعتبر في الواقع تهذيباً لنظم قانونية سابقة، فلا يمكن فهم النظم المطبقة في التشريعات الحالية فهما فعليا وعلى الوجه الصحيح إلا في ضوء ما مرت به من تعديلات وما أصابها من تطورات خلال العصور المتعاقبة.¹

ولعل تطور العربون كان متزامنا وتطور الفكر القانوني بشكل عام وخاصة تطور نظرية العقد، ففي بعض الشرائع القديمة كان العربون شرطا في العقد وفي تشريعات أخرى كان يمثل ضمانا لتنفيذ العقد أو الوعد بالتعاقد.²

وسنحاول استنتاج التاريخ لمعرفة تطور التعاقد بالعربون فيمايلي:

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، د.س، ص 9.

² - أنظر كل من: فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، السنة الثامنة والعشرون، العدد الرابع، الأردن، ديسمبر 2004، ص 35 والترمانيني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 49.

المطلب الأول: التطور التاريخي للعربون

عرف العربون في مختلف الشرائع القديمة بمسميات تشق بعضها من بعض أحيانا وتنبأين في البعض الآخر من الحضارات أحيانا أخرى، مؤثرة بذلك على دلالة العربون ومن له الحق في العدول من نظام قانوني لآخر ومن عصر لآخر عبر مراحل الفكر القانوني المتبلور عبر العصور.

وسنتعرض في هذا المطلب إلى العربون في العصور القديمة والوسطى وكذا في العصر الحديث والمعاصر مع إشارة بسيطة إلى العربون في الفقہ الإسلامي وذلك قبل استكمال مختلف النقاط المتعلقة بالعربون في الفقہ الإسلامي عبر مراحل هذا البحث.

الفرع الأول: العربون في العصور والشرائع القديمة

لقد وردت فكرة العربون تحت مسميات متقاربة منشقة من اللغة الآشورية أين وردت "Erubatu" أما في النصوص الآرامية فقد جاءت باسم "Erabon" وعند الفينيقيين باسم "Urabanu" وعند اليونان "Arrabo" وكانت تصغر إلى "Arra" وعند الرومان دخلت كلمة "Arrabon" ودرج استعمالها في لفظ "Arra" و "Arrha".¹
كما استعملت أيضا بلفظ آخر في هذه الفترة "Arrhae".²

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 17.
Et voire aussi : Gaston May, Eléments de droit romain al 'usage des étudiants des facultés de droit, 7è ed, paris, librairie de la société du recueil général des lois et des arrest, AncienneMaisonL.Larose et Forcem, 1901, p435.

² - Paul Frédéric Girard, Manuel Elémentaire de droit romain, 4è ed, paris, 1906, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, Editeur, p 542.

وقد استخدم العربون في حضارة ما بين النهرين لاسيما التشريعات البابلية كأداة لضمان تنفيذ العقود والالتزامات مثل عقد العمل والزواج وكذا عقد البيع، فقد نصت شريعة أشنونا Eshnuns التي كانت في منتصف الألفية الثانية قبل الميلاد في مجال عقد العمل بأن الأجير الذي يقبض من صاحب الأرض جانبا من أجرته ليقوم بحصد محصوله ثم ينكل عن العمل، يلتزم برد عشر أمثال ما قبض.¹

وأما في عقد الزواج فلقد كان الخاطب (أو أقاربه) يلتزم في مرحلة أولى بدفع مبلغ من المال يطلق عليه "الترخاتو" Tirhatu (المهر) إلى والد المخطوبة أو إلى العروس، وأنداك كان الزواج صفقة يبرمها الخاطب مع أهل المخطوبة وبحق لكل طرف العدول عنه،² غير أن هذا العدول يختلف أثره باختلاف من عدل، فإذا عدل الخاطب عن الزواج يفقد كل ما دفعه إلى مخطوبته وأهلها حسب نص المادة 159 من تقنين حمورابي والتي نصت على مايلي: "إذا جاء الخطيب بهدية إلى بيت حميه وأعطى صداقا ثم أحب امرأة أخرى وقال لحميه لن آخذ ابنتك زوجة فسوف يحتفظ والد الفتاة بكل ما جئ له به" هذا إضافة إلى نصوص أخرى من تقنين حمورابي وخاصة المادتين 160 و 161، وأما في حالة عدول والد الخطيبة فكان يلتزم برد ضعف ما قبضه.³

وقد كان المبلغ المدفوع لضمان تنفيذ العقد يسمى "أربون Arrabon" وهو مشتق من كلمة "Ereb" السامية ومعناه "أدخل" وكانت تعنى الشيء المرهون الذي يتسلمه الدائن ويدخله إلى بيته ضمانا لوفاء دينه وغالبا ما يكون في الماشية والرقيق.⁴

1 - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 49.

2 - عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س، ص 240.

3 - مجموعة من المؤلفين، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة سراس أسامة، دار علاء الدين، ط2، دمشق، 1993، ص 59 و 116 و 117، وانظر أيضا: سبتيو موسكاتي، الحضارات السامية القديمة، ترجمة السيد يعقوب بكر، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.س، ص 98.

4 - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، منشورات زين الحقوقية، ط2، لبنان، 2011، ص 6.

ونشير أن العربون استعمل في عقدي العمل والزواج كأداة للعدول وفيه صفة العقوبة والجزاء *Caractère pénal* يتحملة العادل عن التعاقد.¹

وأما بخصوص عقد البيع الذي كان له في الشريعة البابلية وضع خاص مختلف عن عقدي العمل والزواج، إذ لم تكن التشريعات البابلية تلزم الطقوس الشكلية على البيع ولم يلزم قانون حمورابي في مادته السابعة بالشكلية في البيوع إلا في حالات خاصة فقط، فقد كان البيع يمتاز بالأثر الفوري إذ ينتقل المبيع للمشتري والثلث للبائع فور التعاقد، ومن بين آثار البيع آنذاك لاسيما وأنه كان متعلقا بالحياة عدم استطاعة فسخ العقد من طرف المشتري بعد دفع العربون إذ لا يجوز نقض البيوع بل يلتزم بتكملة الثمن ويقوم هذا الالتزام على مجرد حيازته للشيء،² في حين هناك من قال أنه لم يرد نص للعربون في عقد البيع في هذه الحقبة لتضمن عقد البيع شرطا أساسيا وهو عدم جواز العدول عنها والالتزام المتبايعين باتفاقهما وذلك حرصا على سلامة التعامل واستقراره.³

ويمكن القول بأن تطور التشريع في عهد البابليين كان له الدور البارز في ظهور العربون كأداة لضمان تنفيذ العقود بعد أن كان القسم أمام الآلهة بعدم الرجوع عن الالتزامات الناشئة عن العقد، وعليه فبعد هجر هذا السلوك (القسم بالآلهة) تم إدخال شروط جديدة على العقود منها العربون للدلالة على العدول عن العقد في مرحلة متأخرة من التشريع البابلي.⁴

غير أنه لا بد من تبيان أن حمورابي استلهم عند تصنيفه لهذه القوانين الذي اشتهر بها من التقاليد القضائية للشعوب السامية والقوانين السومرية التي سبقته.⁵

¹ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 50.

² - الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص 294 وما بعدها.

³ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، نفس المرجع، ص 50.

⁴ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 135 و 136.

⁵ - سبتيو موسكاتي، الحضارات السامية القديمة، ترجمة السيد يعقوب بكر، المرجع السابق، ص 68.

هذا وقد أثر الأراميين والفينيقيين من خلال العلاقات التجارية على انتقال فكرة العربون إلى اليونانيين وكان لاستخدام كلمة "Arrabon" تطبيقات في عقود متعددة منها على الخصوص البيع والإيجار، ويشير بعض مؤرخي تاريخ الحضارات إلى أن القصيدة الهوميروسية لم يوجد فيها أية إشارة للعربون، وابتداء من القرن الرابع قبل الميلاد الكثير من الأدباء أشاروا إلى هذه الكلمة.¹

فالدراسات الحديثة تدل دلالة واضحة بأن الحضارة اليونانية رغم أصالتها في الجملة إلا أنها تدين بالكثير من أفكارها لشعوب حضارة بلاد ما بين النهرين،² وقد حكى أرسطو في الكتاب الأول الباب الرابع من مؤلفه السياسة ما روي في القرن الرابع قبل الميلاد عن طاليس الملطي الفيلسوف الفقير الذي استخدم فكرة العربون وطبقها في عقد الإيجار إذ يقول: "إن معلوماته في علم الفلك جعلته يقدر منذ الشتاء أن المحصول القادم للزيتون سيكون موفورا، ومن أجل أن يجيب على ما يعير به من فقره الذي لم تحمه منه فلسفة غير نافعة استخدم النقد القليل الذي كان يملكه في تقديم عربين لاستئجار كل معاصر ملطية وشيو، استأجرها بأجر بخس لعدم وجود أي مزايد آخر، فلما حان الوقت...أجرها بالأجر الذي يشاء فكان الربح عظيما."³

هذه القصة التاريخية توضح أن فكرة العربون كانت موجودة قبل هذا القرن أو على الأقل ثبتت استخدام العربون في منتصف القرن الرابع قبل الميلاد وأنه كان مستخدم لإثبات وتوكيد إبرام العقود كجزء من الثمن، وقد استعمل العربون عند اليونانيين كأداة للعدول يخسره المشتري إذا عدل - لأنه عادة ما يدفعه المشتري - ويرد ضعفه البائع بعد قبضه، غير أنه هناك من يشير إلى أن العربون في القرن الرابع والثالث قبل الميلاد استخدم لإثبات وتأكيد إبرام العقد وأعتبر كجزء من الثمن لاسيما في العقود الملزمة للجانبين والوعود، ففي عقد البيع الذي كان

1 - انظر تفصيل ذلك: ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 26

2 - سبتيو موسكاتي، الحضارات السامية القديمة، ترجمة السيد يعقوب بكر، نفس المرجع، ص 74.

3 - أرسطو طاليس، السياسة، ترجمة احمد لطفي السيد، مختارات الإذاعة والتلفزيون، د.س، ص 119.

ينتج أثره بمجرد دفع العربون وليس للمتعاقدين الحق في عدم تنفيذ العقد أو العدول عنه، لذلك كان العربون في هذه الفترة من الحضارة اليونانية يحمل دلالة الإثبات باعتباره جزء من الثمن، وتم تداول ذلك من خلال مسرحيات كانت معروفة عند الإغريق.¹

وقد انتقلت دلالة العربون عند اليونانيين إلى وظيفة العدول فيخسر المشتري إذا عدل ويرد ضعفه البائع بعد قبضه عند العدول.²

كما استخدم مصطلح "Arrabon" عند الرومان نتيجة العلاقات التجارية مع قرطاجة بروما قبل الحروب البونية (264-146 ق.م)، ودخلت في لغة التعامل الشعبية ودرج استعمال تصغيرها "Arra" للدلالة على العربون.³

وكان العربون يتألف من أي شيء سواء كان مبلغ مالي أو خاتم (حلقة) un anneau وعرفه الرومان في كل أنواع العقود وبصفة خاصة في عقد البيع والزواج (الخطبة)، ودفع العربون اتفاق ابتدائي يثبت ويضمن اتفاق آخر أصلي وهو عقد البيع أو الزواج في حد ذاته،⁴ فإذا كان الزواج شرعي وقانوني وقبضت المخطوبة مبلغ العربون ثم عدلت عن الزواج بسبب اختلاف المعتقد الديني بينها وبين خطيبها مثلا فعليها رد ضعف العربون الذي قبضته.⁵

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 27 و 28.

Voir aussi, Paul Frédéric Girard, Manuel Élémentaire de droit romain, op. cit, p542

² - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 51.

³ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 7.

⁴ - P. Van Wetter, les obligations en droit romain, t 1, AD.Hoste, Libraire-Editeur Gands et A.Durand et Pedone-Lauriel Paris, 1883, p164.

⁵ - P.A. Tissot, les douze livres du code de l'empereur justinien, 2 ed, t 1, Behmerediteur, 1807, p91.

وقد كان للعربون هدفين هامين فزيادة على إثبات وجود العقد نجد للعربون هدف آخر وهو ضمان تنفيذ العقد، فالعربون يتضمن تنفيذ الاتفاق الأصلي وفي هذا الصدد يقترب العربون من الجزاء المنصوص عليه في حالة عدم تنفيذ الالتزام.¹

ثم تم الأخذ بوسيلة العدول إذ أصبح بعد ذلك العربون يحمل معنى حق الخيار للمتعاقد بين الاستمرار في العقد أو العدول عن التعاقد، على أن يمارس حق العدول في مدة معينة يكون محل اتفاق بين المشتري والبائع، فإذا عدل المشتري فقد ما دفع من عربون وان عدل البائع رده مضاعفاً، وهذه الوسيلة تتوافق إلى حد ما مقارنة بالوسائل الأخرى مع مقتضيات المبادئ العامة للقانون وكذا رغبة وإرادة الأطراف المتعاقدة.²

غير أن دفع العربون لا يمكن تأويله على أنه شرط للعدول بشكل مفترض بل لابد من الاتفاق الصريح بين المتعاقدين على إعطاء العربون هذه الوظيفة.³

ففي الإمبراطورية السفلى (العصر البيزنطي) تم التأكيد على التحول في دور العربون من خيار المشتري وحرية في العدول في جميع الأحوال⁴ إلى اعتبار العربون وسيلة عدول لكل من البائع والمشتري وذلك تحت تأثير الممارسات الشرقية الذين كانوا يأخذون بالوظيفية الجزائية للعربون، ومنه فإذا لم يتسلم المشتري المبيع له العدول عن التعاقد ويفقد بذلك العربون لصالح البائع كتعويض جزافي له، أما إذا عدل البائع فعليه رد العربون مضاعفاً، وأما إذا نفذ

¹– P. Van Wetter, les obligations en droit romain, op. cit, p163.

²– P. Van Wetter, les obligations en droit romain, op. cit, p166.

Voire aussi : Gaston May, element de droit romain a l'usage des etudiants des facultes de droit, op. cit, p 436.

³– P. Van Wetter, cours elementaire de droit romain contenant la legislation de justinien avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain, T 1, AD. Hoste, Libraire-Editeur GANDS et A.Durand et Pedone-Lauriel Paris, 1871, p800.

⁴– محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص165.

المتعاقدين العقد اعتبر العربون عندئذ كجزء من الثمن، وقد كان تنفيذ العقد متوقفاً عند مصلحة كل طرف فالبيع بالعربون ليس نهائياً مما أدى إلى تراجع فكرة التراضي في هذا النوع من البيوع لفائدة فكرة وسيلة العدول.¹

ودلالة العدول لا تشمل عقد البيع فقط بل وكانت تطبق على عقد الزواج متأثراً بالمسيحية في الشرق فكان الخاطب يعطى إلى والد المخطوبة أو إلى المخطوبة نفسها حيث كان يسلم خاتماً أو ما شابه ذلك من المعادن النفيسة بغرض تحصين وتقوية الوعد بالزواج، فإذا عدل الخاطب فقدته وإذا عدل والد المخطوبة رده ومثله وكان المبلغ الذي يقدمه الخاطب يسمى عربون الوعد Sponsaliciae Arra.²

ويمكن القول بأن العربون في العهد الروماني عرف مرحلتين الأولى في القانون الروماني القديم عن طريق الفقيه جايوس Gaius أين كان ينظر إلى العربون على أنه دليلاً لانعقاد العقد وليس وسيلة لإثباته فقط على اعتبار أن وجوده في العقد دلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه فهو جزء من الثمن، وما أصدره الإمبراطور كراكلا Caracalla سنة 216 ميلادية من مراسيم أقر فيها العرف الذي كان سائداً في الأقاليم الشرقية باتخاذ العربون وسيلة للعدول ومنح المشتري الخيار بين إبرام العقد أو نقضه وفقد العربون أو رد ضعفه خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين، والثانية في عهد جوستينيان Justinian فأصبح للعربون دلالة العدول.³

ونشير إلى أن جايوس Gaius قال بأن البيع يمكن أن يتم دون حاجة لدفع الثمن أو إعطاء عربون فالعقد يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، ومنه فبمجرد تلاقى الإرادتين ينشأ الالتزام ومن

¹ – Paul Ourlica et J.DeMalafosse, Histoire du droit prive les obligations, P.U.F, Paris, 1 ed, 4^e trimestre, 1957, p59.

² – انظر كل من: الترومانيني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص51

³ – انظر كل من: فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 437 و 438 وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992، ص145.

الصعب تحديد الوقت الذي انتهت فيه المفاوضات التمهيدية لبدء من خلالها تلاقى الإرادتين في تكوين العقد، إذن فهناك فسحة زمنية ولو كانت قصيرة بين التفاوض وتكوين العقد تكويننا تاما وهذه الفسحة لا يمكن التعرف عليها إلا من خلال بعض الوسائل منها التعاقد بالعربون، غير أنه وبعد أن أصبحت الكتابة وسيلة للإثبات صار العربون يحتسب كجزء من الثمن حيث لا يجوز الرجوع مطلقا في العقد لأن العقد المكتوب لا يجوز الرجوع فيه.¹

ثم انتقل العربون إلى الحضارة المصرية القديمة ليشكل عرفا تجاريا درج المصريون على التعامل به، لا سيما في معاملاتهم الاقتصادية التي تضمنت التعامل بالعربون خاصة في البيع والكرء، وتشابهت وظيفة العربون عندهم إلى حد كبير مع العربون المعروف عند الإغريق حيث كان البيع يتضمن عقدين عقد المال يثبت فيه انتقال الملكية وحقوق المشتري وعقد التنازل يتضمن تنازل البائع على كافة حقوقه على الشيء المبيع وفي حالة عدم اقتران واقعة دفع الثمن والتنازل عن الملكية كان يستخدم بدلا من العقدين عقد قرض لمدة محددة يعتبر المشتري مدينا فيه للبائع بالثمن، كما وجدت بعض العقود يدفع فيها الثمن مسبقا ويؤجل التسليم فيها مع فرض غرامة عند عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم.²

وقد كان البيع كان فوريا لا يكتسب صبغته الملزمة ولا ينقل الملكية إلا بتبادل الثمن كاملا وتحريير العقد حسب قاعدة " écrit au bas (d'un acte)"، فكان العربون يشكل وسيلة من وسائل تدعيم الوفاء بالالتزام من خلال إثبات العقد واعتباره جزء من الثمن.³

كما أن العقود المصرية في الحقبة الرومانية لم تخلو من التعامل بالعربون، غير أن وظيفة العربون انتقلت من مجرد الإثبات إلى وظيفية جديد لم تكن معروفة في النصوص الفقهية آنذاك

¹ - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 13 و 16.

² - أحمد ابراهيم حسن و فايز محمد حسين، أصول تاريخ القانون، دار المطبوعات الجامعية، 2010، الإسكندرية، ص 189 و 190.

³ - أحمد ابراهيم حسن و فايز محمد حسين، أصول تاريخ القانون، نفس المرجع، ص 198.

Voir aussi: Paul Colliner, Etudes historiques sur le droit de justinien,t1,R. S,1912,Paris,p102.

وهي وظيفة العدول على اعتبار أن العقد بالنسبة لدافع العربون لم يكن نهائي بل مجرد مشروع للتعاقد، ومنه فإذا عدل المشتري ففده ليحتفظ به البائع كتعويض، أما إذا عدل البائع عن التعاقد رد ضعف العربون الذي قبضه.¹

مع العلم أن القوانين المصرية لم تكن تعرف إلاّ العقد الملزم لجانب واحد ففي البيع يدفع المشتري الثمن قبل التعاقد ويبقى العقد ملزم من جانب واحد فقط، لكن أثر القانون الروماني على الحياة اليومية للمصريين فعمل الموثقون على الأخذ بفكرة العقد الملزم للجانبين لاسيما في مجال البيع فأصبحوا ينصوا في نفس عقد البيع على بقاء المشتري ملتزما بدفع الثمن عند تأجيله دون الحاجة إلى عقد القرض الصوري الذي كانوا يتعاملون به من قبل.²

وبالرغم من انكار بعض الفقهاء تعامل الرومان بالعربون، فإن وجوده يبقى مؤكدا خاصة في القرن الثاني قبل الميلاد تحت اسم (Arra)، إذ تزامن ظهوره مع مبدأ "الرضا الملزم" (Obligatoire le principe de consentement) أين تخلص العقد تدريجا من الشكليات المجحفة التي كان تعقد أمور التعاقد فتحلل الرومان من تلك الشكليات واعتدوا بالإرادة بحيث يجب على الشخص الوفاء بوعده ولو لم يفرغه في صورته الشكلية فأصبح عقد البيع من العقود الرضائية، ولعب العربون آنذاك دور إثبات العقد،³ أي أن وجوده يدل على أن العقد انتقل من المرحلة التمهيدية من خلال التفاوض إلى المرحلة النهائية والمتمثلة في التنفيذ.⁴

فقد كان العربون سائدا في القانون الروماني الكلاسيكي بوظيفته الإثباتية فقط - متجاهلا وظيفته الجزائية - وهو يمثل تأكيد وتأكيد خروج العلاقة التعاقدية من المرحلة ما قبل التعاقد في العقود المكتوبة أو غير المكتوبة إذ لم تكن الكتابة شرطا في العقد، وقد حافظ Justinien

¹- Paul Frédéric Girard, Manuel Elémentaire de droit romain, op. cit, p542.

² - أحمد ابراهيم حسن و فايز محمد حسين، أصول تاريخ القانون، نفس المرجع، ص231.

³ - انظر كل من: عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص145، وطه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون الطبيعي بين المنادين به والمنكرين له، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص108.

⁴ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 51.

في بداية الأمر على هذا الدور التقليدي للعربون، ثم أصبح العربون يلعب مع Justinien دورا جديدا مخالفا لما كان سائدا في القانون الروماني الكلاسيكي، ومثل لأول مرة مقابلا لممارسة حق العدول عن العقد فهذه الوظيفة لم تكن معروفة في القانون الروماني قبل Justinien هذا الأخير الذي يعد أول من أوجدها في تقنيته مستمدا إليها من الممارسات المختلفة للحضارة الشرقية التي كانت متفوقة في عديد المجالات.¹

ليتم التخلي عن مبدأ الإثبات والتأكيد، إلى أن أدرج العربون ضمن العقد بشرط رده مضاعفا عند عدول المتعاقد الذي قبضه وفقده من طرف المتعاقد الذي دفعه.²

وقد عرف الدور الجزائي للعربون من خلال وظيفة العدول في مخطوط بردي إغريقي مصري وكذلك في العادات السيرورومانية (syro-romain) ومنه حدث الاشتقاق الشرقي لتصور Justinien لهذا الدور للعربون مفاده إذا عدل من دفعه فقده وإذا عدل من قبضه رده مضاعفا، كما يعتبر العربون جزء من الثمن إذا نفذ العقد.³

ولعل الاختلاف في أصل الأخذ بهذا الدور يرجع إلى الترجمة التي عرفت حد التناقض بين الشراح لتشريع ومدونة Justinien عبر إصلاحاته القانونية المختلفة وكذا مصدر هذه التعديلات التي لم تكن مألوفة في الحياة اليومية للرومان، مما أزعج مجلس الشيوخ وبعض الشارحين الذين قالوا بأن خاصية العدول متعارضة مع المبادئ العميقة للقانون الروماني الكلاسيكي، وقد كانت هذه الإصلاحات محل خلاف بين شراح التاريخ الروماني في ثلاث تيارات منها: أولهم التيار المحافظ والذي يذهب إلى القول بأن العربون في البيوع غير المكتوبة في تشريعات Justinien ليس له وظيفة أخرى غير وظيفة الإثبات والتوكيد وما وظيفته الجزائية كوسيلة للعدول تقتصر فقط على البيوع المكتوبة، ونتيجة للتعارض الموجود بين

¹-Paul Colliner, Etudes historiques sur le droit de justinien, t1, op. cit, p 86-88.

²- Chalon Scrétan, les arrhes de la vente sous justinien, Thèse lausanne Imprimerie la concorde,1954, P8.

³- Paul Colliner, Etudes historiques sur le droit de justinien, op. cit, p 98-100

نصوص تشريعات Justinien تم فعلا تمديد الطابع الجزائي للعربون في البيوع المكتوبة إلى البيوع غير المكتوبة.¹

وأما الثاني، فهو التيار المجدد الذي يرى أن Justinien أعطى للطرفين حرية التخلي عن التعاقد وإرادة منفردة من طرف أحد العاقدين على أن الطرف المتنازل عن العقد يتكبد الخسارة بفقده العربون أو رده مضاعفا وذلك سواء كان البيع مكتوبا أو غير مكتوب،² ثم جاء تيار ثالث أخذ بدلالة العدول في العربون سواء كان العربون معطى كتابة أو دون كتابة.³ هذا ولم يقتصر العربون عند Justinien على عقد البيع فقط بل نجده كذلك في الوعد بالبيع والخطبة، فإذا دفع العربون في البيوع المكتوبة أو غير المكتوبة وكذا في الوعد بالبيع، ولم يف البائع بوعده يلتزم برد ضعفه أما إذا أهمل الواعد بالشراء تنفيذ وعده يفقد العربون الذي دفعه،⁴ وكذلك إذا تم فك الخطوبة لأبد من استرداد ما قدم الخاطب من هدايا وتبرعات كجزاء للإقدام على الانفصال وتطبق على هذه الوضعية قاعدة العدول المتمثلة في الخسارة ورد الضعف.⁵

ويتضح مما سبق أن إرهابات فكرة العربون لا ترجع فقط إلى القانون الروماني بل ترتد في أصولها التاريخية إلى ما قبل ذلك بكثير حيث كان العربون معروفا في الشريعة البابلية ولدى الفينيقيين والآشوريين وعند المصريين القدامى وسائر شعوب البحر المتوسط والمجتمعات القديمة، وإذا كانت فكرة العربون معروفة في نظم المجتمعات القديمة كلها الشرقية والغربية إلا

¹– Paul Colliner, Etudes historiques sur le droit de justinien, op. cit, p 86 et 105

²– P. Van Wetter, cours elementaire de droit romain contenant la legislation de justinien avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain, T 1,op. cit,p802.

³–Paul Colliner, Etudes historiques sur le droit de justinien, op. cit, p108 –110.

⁴– P.A. Tissot,les douze livres du code de l'empereur justinien, op. cit,p59.

⁵– P. Van Wetter, cours élémentaire de droit romain contenant la legislation de justinien avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain, t 2, AD.Hoste,Libraire–Editeur GandsA et A.Durand et Pedone–Lauriel, Paris, 1872, p158.

أن محتوى نظام العربون لم يكن محددًا فتارة كوسيلة لتأكيد العقد وتارة كوسيلة للضمان وتارة كوسيلة للإثبات وتارة أخرى يستعمل كوسيلة للعدول عن التعاقد.

كما عرفت دلالة العربون في نظم المجتمعات القديمة بين دلالة اثبات العقد وتوكيده ودلالة العدول حسب كل نظام من تلك النظم السائدة آنذاك، ثم إن نظم المجتمعات القديمة لم تصل إلى تحديد خط واضح ومحدد ومميز بين الشرط الجزائي والعربون والغرامة التهديدية نظرا لغياب وجود نظرية عامة للالتزامات واختلاط العقوبة بالجزاء، وأياً ما يكن فإن العربون كما وجد في القوانين الحديثة له بداياته في نظم المجتمعات القديمة لاسيما الشرقية منها.

الفرع الثاني: العربون في العصور الوسطى

نادرا ما يذكر الفقهاء الغربيين هذه الفترة في مؤلفاتهم إذ نجدهم يتعرضون لكل النظريات باستفاضة وإطناب في الشرائع القديمة وعند الإغريق والرومان ثم ينتقلون مباشرة إلى العصر الحديث، وللأسف نجد الكثير من المؤلفين العرب يحذو حذوهم مكتفين بالتعرض للفقهاء الإسلامي على سبيل المقارنة،¹ غير أنه لا بد من التوضيح بأن هذه الفترة التي تبدأ من القرن الخامس الميلادي وتنتهي بفتح القسطنطينية من طرف الأتراك في القرن الخامس عشر الميلادي،² وهي فترة انحطاط وظلام للحضارة الغربية هي فترة إقطاع وظلم واستعباد كانت بها قوانين مكرسة للجور والإجحاف يحاول الغربيين تناسيها، إذ لم تشهد هذه الفترة أي رقي بل إجحاف وتسلط تام بحيث أضيفت شكليات غرست فيه بواسطة القوانين البربرية.³

¹ - عبد العزيز سليمان نوار و محمود محمد جمال الدين، التاريخ الأوربي الحديث من عصر النهضة حتى نهاية الحرب العالمية الأولى، دار الفكر العربي، 1999، مصر، ص 07 وما بعدها.

² - طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون الطبيعي بين المنادين به والمنكرين له، المرجع السابق، ص 111.

³ - Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, tome 2, 7^eed, I. D, Paris, 1932, p18

في حين عرف العرب في العصر الجاهلي العربون وكانوا يسمونه العربان والعربون، وقد دخلت هذه التسمية التي تعتبر أجنبية عن اللغة العربية من خلال التعامل مع الروم في بلاد الشام، إذ أصبح التعامل بالعربون عرفاً مألوفاً عندهم، وصورته احتفاظ البائع بالعربون عند نكول المشتري واحتسابه من الثمن إذا نفذ البيع.¹

ونظراً لبعض الطقوس التي كان يمارسها العرب في الجاهلية في بعض البيوع كالقائه الحجر واللامسة والمناذة مما قيد إرادة المتعاقدين واعتبرت هذه الممارسات شكليات قد تشابه الشكليات الرومانية لكن بوجه مختلف،² ففي جميع البيوع لم تكن العبرة دائماً بالنية والرضا بل كانت للألفاظ والعبارات بشكل معين ومحدد من لمس أو نبذ.³

لكن رغم ذلك فالمبدأ العام الذي ساد إبرام العقود عند العرب قبل الإسلام كان مبدأ الرضائية لبساطة العقود المبرمة بينهم وكان من تقاليدهم أن يضرب المشتري على يد البائع كدليل على التراضي ولذا سمي عقد البيع بالصفقة.⁴

حيث كان يصاحب الاتفاق على التعاقد قيام المشتري بدفع مبلغ من المال وهو العربون، وذلك إذا كان البيع بأجل حتى يقوم بدفع الثمن كاملاً، وهذا المبلغ المدفوع كانت له دلالة العدول فإذا عدل المشتري عن التعاقد ولم يتم البيع فإنه يخسر العربون الذي يدفعه والذي يصبح حقا للبائع وبدلاً عن نكول المشتري، أما إذا تم البيع فالعربون يحسب من ثمن المبيع.⁵

وكان العرب في الجاهلية يتبايعون بالعربون كأحد أنواع البيوع التي كانت سائدة عندهم وقد كثر استعماله في عقد البيع، وحكمه احتسابه جزء من الثمن إذا نفذ البيع أو الاحتفاظ به

¹ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 08.

² - سليمان محمد الجرشي، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي المقارن، منشورات جامعة قان يونس، ط1، ليبيا، 2003، ص 12.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القانون، المرجع السابق، ص 309.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، د.س، ص 31.

⁵ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 25 و 26.

من طرف البائع عند نكول المشتري، ويظهر الإسلام الحنيف الذي أثبتت الأعراف المألوفة في التعامل الموافقة للشريعة الإسلامية في حين أبطل ما يتنافى معها لغرر أو ضرر.¹ ورغم الاختلاف في الأخذ بالعربون بين فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنهم متفقون على صورة التعاقد بالعربون بيعا أو إيجارا أين يحسب العربون جزء من الثمن بعد استكمال العقد وتنفيذه.²

غير أن البعض لم يجزه وشككت في مشروعيتها، في حين أجاز قبوله البعض الآخر، فمن منعه الحنفية والمالكية والشافعية وأبو الخطاب من الحنابلة وغيرهم لاستنادهم لحديث النهي عن بيع العربون ولما في العربون من غرر ومخاطرة وأكل المال بالباطل بغير عوض عنه في العقد،³ ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، إذا كان بغير مدة محددة في العقد، فهو يتضمن شرطين فاسدين كونه يأخذ العربون مجانا إذا اختار ترك السلعة والثاني شرط الرد على البائع إذا لم يقم منه الرضا بالبيع.⁴

في حين ذهب الإمام أحمد وابن عمر وابن المسيب وابن سريين إلى إجازة العربون لحديث زيد بن أسلم،⁵ وأيضا ما روي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، ودفع له أربع مائة درهم واشترط عليه أن يكون البيع نافذا إذا أجازاه

1 - الترمذيني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص52.

2 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص438.

3 - ماجد أبورخية، حكم العربون في الإسلام، مكتبة الأقصى، ط1، الأردن، 1986، ص 11 و 12.

4 - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1993، ص182.

5 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي وشمس الدين عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي وأبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، المقنع والشرح الكبير والانصاف، ج11، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر، 1995، ص251.

عمر رضي الله عنه فإذا لم يجزه احتفظ البائع بالمبلغ المدفوع وأجازه عمر بن الخطاب بهذا الشرط.¹

ثم إنه إذا اعتبر العربون من خيارات الشرط، فإن خيار الشرط أمر جائز شرعا، لحديث ابن حبان عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إذا بعثت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال" فهذا حديث صريح لجواز الشرط برغم من أنه مخالفا لمقتضى العقد، كما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "والبيعان بالخيار ما لم يتفرقا" والمقصود بذلك أن البيع غير ملزم طالما ظل المتعاقدان بمجلس العقد، فإذا تفرقا أصبح الخيار منعدما والبيع لازما، فمدة العدول هي مجلس العقد فإذا تم الإيجاب والقبول ودفع العربون آنذاك فلمن دفعه العدول عن العقد مقابل فقد العربون، فإذا غادر المجلس أصبح للعربون دلالة البت والتأكيد وتعيين استكمال الثمن.²

وسنستفيض في مدى معالجة الفقهاء الإسلامي لهذا النوع من التعامل عبر الخطوات المتتالية من هذا البحث.

وفي الجهة الأخرى من العالم الأوربي فقد عاشت هذه الدول في نظام عرفي بحت بعد نكسة الحضارة الرومانية واليونانية وما عرفته من اختفاء لتشريعات هاتين الحضارتين في واقع أوروبا في هذا العصر،³ كما عرف الجزء الأول من عصر النهضة الأوربي الذي كان مقيدا بشكليات غرست فيه بواسطة القوانين البربرية التي كانت مختلفة عن ما عرف في القانون الروماني، ويتأثير من مجددي القانون الروماني *droit romain* والقانون الكنسي *droit*

¹ - موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج6، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص331 وانظر أيضا: وفي نفس المعنى أيضا عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2 الجديدة، 1998، ص96.

² - انظر كل من: عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص177 وسليمان محمد الجروشي، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص187.

³ - الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص20.

canonique انهارت هذه الشكليات عند القرن الثالث عشر وكذلك تحت تأثير الحاجات الاقتصادية التي ساهمت للمضي نحو حرية التعاقد وإعطاء الإرادة لوحدها مكنة التعاقد.¹ ونلتمس هذا التأثير في مجال دفع العربون فقد أضحى في العصر الفرنجي époque du droit franc يلعب دورا مغايرا لما كان عليه في عقدي البيع والإيجار بحيث أصبح يلزم الأطراف بضرورة تحديد وبصفة نهائية لحظة الارتباط بينهما ولا يستطيع أي منهما العدول عنه.²

وقد عرفت فرنسا العربون من خلال مختلفة القوانين والأعراف وشهادات الأساقفة منها قانون Wisigoth شهادات Yves والأسقف Chartres حوالي عام 1090 ميلادي أين تم الأخذ بالوظيفة الجزائية للعربون لفترة وجيزة وكذا بالوظيفة التوكيدية متأثرا بطريقة أوبأخرى بالقانون الروماني.³

ونجده كذلك في عرف Normandie الذي ينص على أن البيع خلال التعاقد ليس له طابع الإلزام إلا على الجزء المدفوع كعربون، فالعربون يلعب دور الدفعة الأولى l'acompte، والرضا بالنسبة لهذا العرف الذي يعتبر بسيطا وغير كاف لإلزام المتعاقدين إلا عندما يكون هناك أداء مكمل لهذا الرضا أو علامة تؤكد وجوده كالعربون الذي يثبت العقد ويظهر،⁴ كما نجد العربون في هذا العرف كذلك في عقد الزواج أين يدفع الخاطب للمرأة عربونا وإذا قامت بفعل مشين أخلاقيا يمكنه إلزامها برد العربون.⁵

¹– Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, tome 2, op. cit, p18

²– Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, op. cit, p 19.

³– M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, tome 1, 5^eed, Charles Hingray Libraire– Editeur, Paris, 1856, P 169.

⁴– Paul Ourlica et J.DeMalafosse, Histoire du droit prive les obligation, op. cit, p 76 et 82.

⁵ – Frigot, Coutume de Normandie, tome 2, G. Joubret Imprimeur du Diocèse, Coutances, 1777, p 418.

هذا بالإضافة إلى قانون Arrois Bava وفي القانون العرفي الفرنسي القديم نجد أيضا مجموعة من الأعراف منها عرف Laon الذي تنص المادة 278 منه على:

Marchandises vendues se doivent lever dans vingt jours, s'il n'y a autre convention, et, à faute de le faire dedans ledit temps, sont les arrhes perdues, et peut le vendeur faire son profit ailleurs de sa Marchandises. "

أي أن البضائع المباعة يجب أن ترفع في خلال 20 يوما إن لم يوجد هناك اتفاق آخر وعد القيام بذلك في الوقت المحدد يجعل العربون مفقودا ويستطيع البائع أن يستعمله في تجارته، وفي نفس الإطار نصت المادة 197 من عرف Bar والمادة 256 من عرف Sens والمادة 218 من عرف Chalons والمادة 141 من عرف Auxerre.¹

وجاء في أعراف Andorre بأن العربون كان يستعمل في بيع المنقول والعقار، وكانت تسميته القديمة في إقليم Pyrénéenne تحت مسمى senyale paga ou arres وكان شائع الاستعمال بين الغرباء عن المنطقة لا سيما عند المهرين لبضائع التبرغ الذين كانوا يدفعون العربون لأجل ضمان إتمام الصفقة.²

وبفقدان الدور الجزائري للعربون كوسيلة عدول عرفت فرنسا أنظمة مشابهة للعربون حلت محلها في العديد من المعاملات كـ Denier A Dieu وهو أسلوب فرنسي قديم مقتضاه أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر مبلغ مالي كعلامة على أن الصفقة مبرمة وغالبا ما تكون تمثل خمسة بالمائة من المبلغ الإجمالي للصفقة.³

¹– M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 171 et 172.

²– J-A. Brutails, La Coutume D'Andorre, Ernest Leroux Editeur, Paris, 1904, p196.

³–P. Larousse, Dictionnaire Complet de la Langue Française, 10^eed, paris, Aug Boyer et Cie, Libraires-Editeurs, 1874,p175.

وقد كان كثير التكرار في الأعراف القديمة فكانت الاتفاقات لا تعد ملزمة إلا بعد دفع هذه العملة ويجب خلال أربع وعشرون ساعة (24 سا) الموائية لدفع العملة من أجل العدول والفصل بين الاستمرار في التعاقد أو التخلي عن العقد ويترتب عن ذلك فقدان هذه العملة عند عدم التنفيذ، وكان شائعا في البيع والإيجار بما فيها إيجار السيارات.¹ ولا تنشأ أي رابطة قانونية بين المتعاقدين ولا يثبت تنفيذ عقد الإيجار بمجرد دفع هذه العملة، كما لا يمكن اعتبارها أبدا كدفعة أولى.²

ففي العصور الوسطى لم يتخلص العقد من شكلياته واستمر اعتبار الإرادة غير كافية لوحدها في تكوين العقود، غير أنه بنهاية القرن الثاني عشر أخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئا فشيئا من خلال مجموعة من العوامل الدينية والاقتصادية وكذا بفضل القانون الكنسي وإحياء القانون الروماني ليصبح مبدأ الرضائية كافيا لإبرام العقد.³

ثم تحول Denier A Dieu بعدها إلى مجرد وسيلة إثبات لإبرام العقود الرضائية، ومع بداية القرن السابع عشر ترسخ مبدأ سلطان الإرادة واسترد العقد قوته الملزمة وعادت معها وظيفة العدول للتعاقد بالعربون، وذلك ثابت من خلال الاجتهادات القضائية الفرنسية القديمة من خلال رأي كل من الفقيه Domat و Maynard المتوافق إلى حد بعيد مع ما جاء به Justinien ، أين يقول Domat: "إذا لم يكن هناك اتفاق صريح ينظم ما سيكون أثر العربون ضد الذي لا يريد تنفيذ البيع فإذا كان المشتري فإنه يخسر العربون وإذا كان البائع فعليه رد العربون ومثله".⁴

¹– Guy De L'Hérault, Dictionnaire National de droit français, Librairie Scintifique, Paris, 1850, p76.

²– Les Manuels Dalloz, Manuel de Propriétaire et de Locataire, Législation Jurisprudence Usages, L. D, Paris, 1912 , p 13.

³– السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار احياء التراث العربي، لبنان، ص143 و 144.

⁴– M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, p170 et 171.

الفرع الثالث: العربون في العصر الحديث والمعاصر

اختلف مدلول العربون من حضارة لأخرى ومن مرحلة لأخرى داخل ذات الحضارة، فأحيانا كان يستعمل لتأكيد العقد وكوسيلة ضمان أحيان أخرى وآلية إثبات للالتزامات التعاقدية أو وسيلة للعدول في أحيين أخرى، إذ لا يمكن الجزم مطلقا في أخذ أي تشريع بدلالة واحدة على حساب دلالات أخرى ليؤثر هذا الاختلاف بتراكماته في القوانين العربية والغربية في الأخذ بالعربون وكذا تحديد دلالاته فنجد القوانين اللاتينية أخذت إجمالا بالعربون معتمدة على دلالة العدول كالقانون الفرنسي (قانون نابليون) متأثرا بالقانون الروماني خاصة خلال فترة Justinien إذ ينص في المادة 1590 منه على:

"Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maitre de s'endépartir. Celui qui les données en les perdant, et ce lui qui les à reçues, en restituant le double"

وتعنى أنه إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون كان لكل من المتعاقدين الحق في العدول، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبض العربون وجب رد ضعفه.

وقد وجهت عدة انتقادات من طرف الفقہ لهذه المادة من حيث الصياغة اللغوية: كما اخطأ المشرع الفرنسي باستخدام مصطلح الوعد بالبيع مع العربون، حيث يظهر جليا تأثره بالقانون الروماني الذي كان يطبق العربون على البيع والوعد بالبيع، فنجد المشرع الفرنسي ساوى بين البيع والوعد بالبيع في نص المادة 1589 فلماذا ميز بينهما في نص المادة 1590 عند التعرض للعربون مقتصرًا على الوعد بالبيع دون ذكره لعقد البيع.¹

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 162.

ليضيف المشرع الفرنسي تعديلات مهمة واكب التطورات الاقتصادية لاسيما لحماية المستهلك من محترفي بيع الأموال المنقولة والخدمات من خلال قانون 1992/01/18، بالإضافة إلى العديد من القرارات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية.¹

إذ نجد أغلب شراح القانون المدني الفرنسي عند تعرضهم لنص المادة 1590 يمددون آثار العربون المقترن بالوعد بالبيع المنصوص عليه صراحة في هذه المادة إلى البيع، فيقرؤون الوعد بالبيع بيعا بقولهم: " si la promesse de vente (lisez, si la vente) ".²

وبالتالي فالفقہ والقضاء قرر أن حكم هذا النص ينطبق على عقد البيع في حد ذاته وذهب جانب منهم إلى تعميم تطبيقه على سائر العقود التي يقترن بها العربون.³

كما ذكر العربون أيضا في الفقرة الثانية من المادة 114 من قانون الاستهلاك الفرنسي: " ما عدا وجود اشتراط مخالف في العقد، فإن المبالغ للمدفوعة مسبقا هي عربون، ويترتب عليه أن لكلا العاقدين الحق في العدول عن التزامه فإذا عدل المستهلك خسر العربون، وان عدل المهني رده وضعفه"، ويعتبر هذا النص قاعدة أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويستطيع بمقتضاها المستهلك ممارسة خياره في الرجوع دون دفع أي مقابل مالي أو تعويض، كما أن ممارسة هذا الحق لا يخضع لرقابة القضاء عكس ما هو معروف في التعاقد بالعربون.⁴

¹ - فؤاد درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 441، وانظر في بعض هذه القرارات: سلمية بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2013-2014، ص14 وما بعدها.

² - voir: - Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, T 2, op. cit, p 480.

- petit précis Dalloz, précis de droit civil, tome 2, 5^eed, I. D, Paris, 1936, p298.

³ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص19.

⁴ - يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2010، ص 267 و 268.

مع الأخذ في الحسبان بأن التراجع عن العقد في عقود الاستهلاك في فرنسا قد تكون لصالح البائع فقط وقد تكون فرص متوفرة لمصلحة المستهلك وحدة، كما قد يكون التراجع مفتوح للطرفين بشرط أن يكون التراجع في ميعاده وأن يدفع مقابلا له.¹

وعموما فقد انقسمت القوانين الغربية في الأخذ بين دلالتى العربون فذهب القوانين اللاتينية إلى الأخذ بالعدول كالقانون الايطالي القديم في مادته 1217 والمادة 170 من المشروع الفرنسي الايطالي، بينما ذهبت القوانين الجرمانية إلى القول بدلالة البت في المادة 336 من القانون الألماني والمادة 158 من قانون الالتزامات السويسري والمادة 74 من القانون البولوني، ومنه نلتمس تأثيرا واضحا للشرائع الشرقية القديمة.²

كما أن هذا التأثير لم تسلم منه القوانين المدنية في البلاد العربية آخذتا بفحوى القوانين الغربية بين إقرار دلالة العدول ودلالة التأكيد، إذ أن العربون يفيد احتفاظ الطرفين بحق العدول عن العقد ومن هذه القوانين نجد القانون المدني السوري والليبي والسوداني والمصري في نص المادة 103، بحيث كان العرف المصري يميز بين البيع والإيجار، ففي عقد البيع الابتدائي يكون دفع العربون قرينة على جواز العدول أما في العقد النهائي فيكون قرينة على تأكيد التعاقد، أما في عقد الإيجار فيعتبر دفع العربون تعجيلا لجزء من الأجرة وبالتالي دليلا على التأكيد، وكان القضاء المصري في ظل القانون القديم يعول على نية المتعاقدين مانحا القاضي سلطة تقديرية واسعة.³

وقد أقر القضاء الكويتي بأن العربون المطبق في المادة 116 من قانون التجارة الكويتي الصادر سنة 1961 خاص بالعقود التجارية فقط أما العقود المدنية فتبقى خاضعة لمجلة

¹ - انظر للتفصيل أكثر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومه، ط2، الجزائر، 2006، ص 219 وما بعدها.

² - انظر كل من: السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 260 و سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص08.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص54.

الأحكام العدلية، للعلم أن المجلة تستند في مرجعيتها إلى الفقه الحنفي الذي لا يجيز التعامل بالعربون لذلك فلم يرد فيها نص على العربون مؤثرة على البلدان العربية المطبقة لها، غير أن القضاء العثماني بعد تعديل المادة 64 من قانون أحوال المحاكمات العثماني أخذ يعتبر الاتفاق على العربون من التعهدات الجائزة ويخضعه لأحكام العرف.¹

وإقرار دلالة التأكيد إذ أن التعاقد بالعربون دلالة على أن العقد باتا لا رجوع فيه ولا عدول عنه وهذا ما اتجه إليه القانون المدني العراقي الصادر سنة 1901 في نص المادة 92 منه التي اعتبرت دفع العربون دليلا على توكيد العقد، في حين لم ينص قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر سنة 1932 على العربون تاركا للقضاء حرية معالجته حسب ظروف كل قضية معتمدا على النية المشتركة للعاقدين والعرف والعادة.²

ولأن جل المعاملات بين الجزائريين طغى عليها التعاقد بالعربون لاسيما التجارية منها، لما فيه من حفظ للحقوق، وكسب للثقة، هذا العربون الذي أدخل للثقافة الشعبية الجزائرية من قبل المستعمر الفرنسي الذي نظمه في القانون المدني في المادة 1590.

وبذلك يكون القانون الفرنسي قد أخذ بدلالة العدول، فقها وقضاء، وهذا ما يفسر شيوع التعامل بالعربون في عقد البيع بالذات بين الجزائريين، فبموجب الأمر رقم 1962/12/31 الذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية بقيت المادة 1590 مدني فرنسي سارية المفعول في الجزائر بعد الاستقلال إلى غاية صدور الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن القانون المدني الذي لم ينص على التعامل بالعربون.³

¹ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 10 ، (وقد صدرت مجلة الأحكام العدلية سنة 1876 بإرادة السلطان العثماني وطبقت في البلاد العربية التي كانت خاضعة للحكم العثماني كسوريا فقد ظلت المجلة مطبقة إلى غاية صدور القانون المدني السوري سنة 1948 والعراق حتى عام 1951 أما مصر فقد استقلت عمليا عن الدولة العثمانية بمساعي محمد علي سنة 1831 ، وأما الجزائر لم تطبق فيها المجلة على الإطلاق بسبب الاحتلال الفرنسي).

² - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 53 و 56.

³ - ج.ر، ع 78، السنة الثانية عشر، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، ص 990.

وذهب الدكتور محمد صبري السعدي إلى القول بأنه كان على القاضي في حالة عدم وجد النص المتعلق بالعربون الرجوع إلى استخلاص نية المتعاقدين في ذلك فان تعذر عليه ذلك فالاحتكام إلى العرف السائد.¹

يتضح مما سبق أن العربون عرف عبر مختلف مراحل التاريخ قبل أن يصل إلى ما هو عليه الآن برغم اختلاف النظرة من زمن لآخر من حيث دلالاته والغرض من دفعه، بل وحتى في الأساس الذي يقوم عليه، وهو ما سيتم الوقوف عند جزئياته في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: أساس التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

قد يكون الغرض من دفع العربون إما للدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد ونقضه وإما للدلالة على التوكيد بأن العقد قد تم إبرامه نهائياً وأن القصد من العربون تأكيد تنفيذه، فيكون دفع العربون إثبات على تكوين العقد وقد كانت هذه الوظيفة أقدم دلالات العربون قبل اشتراط الشكلية في العقود عند الرومان.

وسيتم تسليط الضوء في المطلب على مضمون كل دلالة وفحواها في القانون المدني الجزائري وكذا الأساس التي تقوم عليه كل دلالة بالمقارنة بما عالجه الفقهاء الإسلامي من أسس للعربون سواء عند المانعين أو عند المجيزين في النقل والعقل.

ولا يخفى عن البيان ضرورة التطرق في هذا المطلب أيضاً في خضم ما سبق إلى تذبذب القضاء الجزائري وحتى القانون المدني في معالجة هذا الموضوع إلا نادراً في القضاء ومتأخراً في القانون.

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام، ج1، دار الهدى، ط2، عين مليلة الجزائر، 2004، ص142.

الفرع الأول: أساس العربون في القانون المدني الجزائري

لعل توقيت ما يدفع من مبالغ مالية ذو دلالة على تكييفه، فما يدفع بعد الإبرام يدل قاطعا أننا بصدد تنفيذ جزئي لما تم التراضي البات على إبرامه، بينما ما يتم دفعه مقترنا بالتراضي كالعربون تتنازعه الدلالة الظنية بين العدول والبتات.¹

إن التعاقد بالعربون نظمته أغلب التشريعات العربية منها والغربية لكنها اختلفت فيما بينها في الأخذ بدلالة على حساب أخرى، وقد تأرجح الفقه في كليهما بين دلالة العدول ودلالة التأكيد وهذا الخلاف بين التقنيات المدنية والفقہ الإسلامي ليس خلافا سطحيا بل هو خلاف جوهري ينطلق من الأساس الذي تستند إليه كل دلالة مما يؤدي إلى الاختلاف في شروط أعمال العربون.

وقد انقسم رجال القانون العرب المعاصرون إلى جبهتين فمنهم من ذهب إلى بطلان التعامل بالعربون بحجة أن البائع إذا تملك أغراض المشتري تملكها بلا عوض ففي إجازته إكراه مادي على الشراء، ومنهم من ذهب إلى جوازه قائلين بأن العربون لم يشترط للبائع بغير عوض فالعوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتقويت فرصة البيع لشخص آخر وهو ليس بمنزلة الخيار المجهول كما يقول المانعين إذ أن المشتري إنما يشترط خيار الرجوع في البيع مع ذكر مدة معلومة إن لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار.²

¹ - همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص119.

² - انظر : السنهوري، مصادر الحق في الفقہ الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص95 و لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، مقال منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة بجامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد السادس والعشرون، 1995، ص146.

أولاً: الأساس القانوني لدلالة العدول في القانون المدني الجزائري

إن الأصل في دلالة العربون هو ما اتفق عليه العاقدین، غير أن المشرع الجزائري افترض دلالة العدول عند غياب هذه الإرادة، وقبل التطرق لأساس دلالة العدول لابد من تبيان فحواها.

1- فحوى دلالة العدول " dédit " :

إن مضمون دلالة العدول يقتضي أن يكون الغرض من دفع العربون هو حفظ الحق لكل المتعاقدين في العدول عن البيع نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر،¹ ويعتبر العدول وسيلة في يد كلا المتعاقدين لاستعمالها في المدة المحددة والمتفق عليها،² إذ يعد العربون عرضاً للتعاقد بتوفر العناصر الجوهرية للعقد وصولاً إلى إبرامه³ بعد نفاذ المهلة التي غالباً ما تسمح للمتعاقد بعد التروي والتفكير وقبل الإقدام أو الإحجام عن التعاقد والارتباط النهائي أو التحلل الكلي عن العقد، فإذا أدرك أحد المتعاقدين أن الدخول النهائي في الرابطة التعاقدية ليس في صالحه له مكنة الخيار بين الانسحاب من هذا العقد أو إمضائه، والأثر القانوني الذي يترتب عن هذه الدلالة أنه من عدل عن العقد ودفع العربون يفقده، ويرده ومثله من قبضه وعدل عن إتمام العقد، فالعربون جزاء للعدول عن دفعه.⁴

فالعربون أمام هذه الوظيفة يسمى بعربون العدول ويتبين من خلالها أن المتعاقدين لم يقصدا الارتباط نهائياً بالعقد.⁵

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي، لبنان، ص87.

² - Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, op. cit, p 481

³ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س، ص75.

⁴ - انظر كل من: فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 442 و عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون والعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص171.

Voir aussi : Daniel Mainguy, contrat spéciaux, 3^eed, D, 2002, p 73.

⁵ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق، 1982، ص445.

ويشكل التعاقد بالعربون في الفقه الفرنسي استثناءً على القاعدة العامة المتمثلة في انتقال الملكية بمجرد الاتفاق في عقد البيع إلا أن العربون في عقد البيع يعمل على إرجاء نقل الملكية إلى حين إقرار المتعاقدين العدول من عدمه، وأساس استثنائية هذه القاعدة المقررة للعربون مستمدة من نص المادة 1134 مدني فرنسي و106 مدني جزائري المقابلة لها والتي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، فالعقد المبرم بين الطرفين لا يجوز المساس بإحكامه بإرادة منفردة إلا باتفاق جديد بينهما ويعتبر عندئذ إيجاب جديد وقبول جديد، غير أن العربون فقط يسمح بهذه القاعدة غير المألوفة وهي نقض العقد بإرادة واحدة، لكن واقع الحال لا يعتبر العربون استثناء لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ذلك أن العقد الأصلي المقترن بالعربون هو الذي يخول للمتعاقدين منذ الإبرام ممارسة الحق في العدول خلال المدة المتفق عليها.¹

ويرى جانب من الفقه أن خسارة العربون تعد تطبيقاً لمبدأ المسؤولية التعاقدية، إذ يمثل العربون قيمة التعويضات عن الأضرار التي تحدث لأحد المتعاقدين جراء عدول الآخر، غير أنه إذا كان لا يجوز إنقاص الضرر الحاصل من العدول فإنه لا يجوز الحكم كذلك بمبلغ يزيد على العربون إذا كان مقدار الضرر الحاصل من العدول أكبر من مقداره،² ولا يستصاغ الأخذ بفكرة أن عربون العدول وسيلة لحفظ الوقت الزائد في التفكير بعد إتمام العقد الجدي مضموناً بالتعويضات المتفق عليها فقد يكون العدول نافعا أحيانا كما إذا باع الصفقة لشخص آخر وبثمن أكبر.³

ونجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 72 مكرر مدني استبعد تطبيق أحكام المسؤولية العقدية بقوله: "ولو لم يترتب على العدول أي ضرر". فلا يمكن اعتبار العدول خطأ من جانب

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 71.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 472.

³ - شاکر هديف العتيبي، أحكام العربون دراسة مقارنة، رسالة ماجستير تحت إشراف الدكتور يوسف محمد عبيدات، قسم القانون الخاص بجامعة اليرموك، الفصل الدراسي 2010/2009، ص 39.

العادل بل هو يستعمل حقا ثابتا له ويقره العقد ذاته، فالعربون هو مقابل للرجوع في البيع إلا إذا كان متعسفا فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا عن الرجوع.¹

فالخسارة المتمثلة في فقد العربون أو رده مضاعفا لا علاقة لها بالضرر والمسؤولية العقدية وإنما هي جزاء للعدول عن التعاقد،² ورخصة تستعمل في مقابل مبلغ متفق عليه لاستعمالها ومحدد بقيمة العربون دون زيادة ولا نقصان،³ ولا مجال لأعمال فكرة التعويض الذي نجد مناط استحقاقه إخلال المتعاقد بالتزامه ووقوع ضرر للمتعاقد الآخر جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإن لم يكن هناك ضرر فلا يستحق الدائن شيئا عكس ما هو معمول به في أحكام العربون.⁴

كما أن شروط تطبيق المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما غير واردة ولا مكان لأعمالها في مجال عربون العدول.

2- أساس دلالة العدول في القانون المدني الجزائري

باعتبار أن المشرع الجزائري حسم أخيرا بالنص على التعامل بالعربون فاصلا في نفس الوقت في دلالاته وأخذا بدلالة العدول في نص المادة 72 مكرر مدني جزائري كان لابد منهجيا أن نبدأ بالحديث عن هذه الدلالة التي استسقاها من القانون المصري والفرنسي والقوانين اللاتينية المتأثرة بها، فدفع العربون عند العقد يعد دليلا على انصراف نية المتعاقدين إلى إمكان العدول عن التعاقد قبل تنفيذه، والأثر القانوني المترتب على العدول هنا هو خسارة العربون ممن دفعه ورده ومثله ممن قبضه.⁵

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص90.

² - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص39.

³ - لاشين محمد يونس الغياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص126.

⁴ - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص79.

⁵ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص57.

هذا وقد تباين القضاء الجزائري في تطبيقاته حول دلالة العدول لا قبل 1975 المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي الساري المفعول في الجزائر بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 والمتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية في الجزائر ما عدا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية (ولم يتمكن من الحصول على أي قرار خلال هذه الفترة طبق أحكام القانون المدني الفرنسي بشكل صريح في مجال العربون، وذلك بعد الاتصال المتكرر بالمحكمة العليا)، ولا بين 1975 و2005 أي بعد صدور أول قانون مدني للجزائر المستقلة الذي لم ينص على العربون في ثنايا مواده، ونظرا لعدم وجود مذكرة توضيحية لهذا القانون الذي صدر في شكل أمر رئاسي يستعصى على أي باحث معرفة خلفيات عدم التنصيص على العربون في هذا القانون على الرغم من أن كل القوانين وقتئذ نصت عليه سواء العربية كمصر وسوريا والعراق أو الغربية كالقانون الفرنسي الذي كان ساريا واعتبر مرجعا لدى الكثير من القضاة حتى بعد صدور القانون المدني.

ويتضح ذلك من خلال تحييتهم للقرارات القضائية حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) أين أشار القضاة إلى القانون المدني الفرنسي بشكل ضمني وذلك باستعمال عبارة " الاجتهاد القضائي " حيث جاء في القرار المؤرخ في 1979/01/31 بخصوص قضية متعلقة بالوعد بالبيع المقترن بالعربون مبرم سنة 1971 أي قبل صدور القانون المدني الجزائري من خلال الوجه الثاني المأخوذ من انعدام الأساس القانوني: " .. في حين أن ذلك الحكم قد لزم البائعتين أي المطعون ضدتهما بأن تردا للطاعن بالنقض الثلاثة عشر ألفا 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."، هذا الموقف من القضاء الجزائري يدل على رفضهم للأخذ بالعربون وفقا لما هو منصوص عليه القانون المدني الفرنسي المطبق آنذاك على اعتبار أن هذا الوجه (انعدام

الأساس القانوني) رده القضاة بقولهم: "وحيثُ يُتعيَّن القول بأن هذا الوجه غير مبرر ولذا فهو مردود." ¹

وقد أصر القضاة على هذا المنحى في حكم آخر مؤرخ في 19/02/1986 ذكر فيه القانون المدني الفرنسي بشكل صريح الذي جاء فيه: "الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني ذلك لان قضاة الاستئناف اعتبروا التسبيق تعويضا عن النكول مع أن مقتضيات المادة 1590 مدني قديم لم تستعاد في القانون المدني الجديد...وهي قاعدة يأخذ بها القانون المدني الفرنسي.. لكن القانون المدني الجزائري لم يتبناها، ومن ثم فإن قراره (أي القرار محل الطعن بالنقض وهو قرار مجلس قضاء الجزائر) جاء منعدم الأساس القانوني مما يستوجب النقض." ²

يتضح من القرارين السابقين أن القضاة كانوا يستبعدون تطبيق القانون المدني الفرنسي كأساس للتعاقد بالعربون ولم يبينوا الأساس الواجب الاعتماد عليه من جانبهم مستبعدين بذلك الأخذ بالعربون، فلماذا إذن لم يتبن المشرع الجزائري العربون طلية 30 سنة منذ أول قانون مدني جزائري بعد الاستقلال سنة 1975 الى غاية 2005 ؟ بالرغم من أن جل التشريعات العربية المعاصرة نصت عليه مما أثر على أحكام القضاء الجزائري النادرة والتي كانت متذبذبة في تحديدها لدلالة العربون، فأحيانا يعتبرها دلالة توكيد وبتات وأخرى دلالة عدول كما سنراه لاحقا.

وأمام هذا السكوت التشريعي والتناقض بين الأحكام القضائية وجب التساؤل هل العربون يتعارض مع السيادة الوطنية وثوابت الأمة آنذاك حسب ما جاء في القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 والمتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية في الجزائر أمأن القضاة وحتى المشرع من خلال عدم النص عليه سنة 1975 تأثر بالمذهب المالكي الذي يمنع التعامل بالعربون، في الحقيقة لا توجد إجابة دقيقة لكن يمكننا أن نرجح أحد الاحتمالات: الأول: إما أن يكون ذلك تحت تأثير انتشار الفقه المالكي المترسخ في المجتمع الجزائري، بل حتى أن المحكمة العليا استبعدت الأخذ به في قرار لها رقم 59591 مؤرخ في

¹ - قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية، المؤرخ في 31/01/1979 جدول 47، ملف رقم 14447، ص2.

² - قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية القسم الثاني، المؤرخ في 19/02/1986 فهرس 57، ملف رقم 43103، ص2.

1990/04/04 الذي نقض قرار مجلس قضاء مستغانم القاضي بتأييد حكم محكمة مستغانم المؤرخ في 1984/04/11 الذي قضى ببطان الاتفاق بالبيع مع رد المدعى مبلغ ستون ألف دج، ومن بين ما استند الطعن عليه في محتوى القرار " انتهاك القانون الإسلامي فيما يتعلق بالعربون" و " خرق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالعربون." ومنه نستشف من خلال نقض المحكمة العليا لهذا القرار آخذة بهذه الأوجه أن قضاتها استندوا إلى الرأي المانع للتعامل بالعربون في الشريعة الإسلامية.¹

مع العلم أن المجلس الأعلى أي المحكمة العليا حاليا في حكم له مؤرخ في 1967/06/21 قرر أسبقية أحكام الفقه الإسلامي في حالة الفراغ التشريعي.²

والثاني: إما لتفاهة العربون المدفوع في المعاملات بين الجزائريين إذ غالبا ما يدفع مبلغ زهيد مما يمتنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء لأن أتعاب المحامي تتجاوز بكثير مبلغ العربون المراد استرجاعه، مما أثر على عدد القضايا المعروضة وكذا موقف القضاة من العربون عند الفصل فيما قل منها، أما الاحتمال الثالث هو العرف الجزائري في كثير من المناطق التي تعتبر العربون جزء من الثمن فهو يدفع لتوكيد العقد، فمن يدفع العربون لا محالة سيواصل الإبرام، وقد جاء في المادة 73 من القانون العرفي الأمازيغي لاتحاد أعراش جرجرة: " لا يثبت البيع ولا الشراء إلاّ عند دفع العربون."³

وأخيرا وبعد طول انتظار استدرك المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم وأقر التعامل بالعربون وذلك في الكتاب الثاني:

¹ - انظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج2، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2003، ص851.

² - المجلة القضائية الجزائرية، سنة 1968، ص 1183.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 224.

الالتزامات والعقود في الباب الأول: مصادر الالتزام في الفصل الثاني: العقد في القسم الثاني : شروط العقد في المادة 72 مكرر،¹

وقد ورد في مشروع القانون التمهيدي المصري التنصيص على العربون في المادة 152 على الشكل التالي: " يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلا على أن العقد أصبح باتا، على أنه لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد، فللمتعاقدين الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ، وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذي قبضه وأن يطالب بضعف العربون الذي دفعه حتى ولو لم يلحق به الفسخ أي ضرر.²

ويسرى حكم هذه المادة أيًا كانت الألفاظ التي عبر عنها"، ولما أحيل هذا النص على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ لم تأخذ هذه اللجنة بمذهب التقنيين الجرمان بل أخذت بمذهب التقنيين اللاتينية التي تعتبر دفع العربون قرينة على العدول وذلك تماشيا مع أحكام القضاء المبني على العرف السائد في مصر تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضي، ليستبدل نص المشروع التمهيدي بالنص الحالي المعتمد في نص المادة 103.³

ويذهب جانب من الفقہ إلى القول بأساس الحقوق الإرادية والتي عرفها الأستاذ عبد الحي حجازي بأنها " سلطات تمكن لصاحبها أن يؤثر في مراكز قانونية سابقة بتعديلها أو إنهاؤها بإنشاء غيرها وذلك عن طريق نشاط من جانبه وحده"،⁴ وهو نفس موقف الدكتور مصطفى العدوي الذي يرى بأن خيار العدول المستفاد من دفع العربون يوفر لصاحبه حقا إراديا يمكنه من التحلل من العقد بإرادة واحدة حيث يتم الاتفاق مسبقا بمنح هذا الحق لأحدهما وتمكنه من

¹ - ج. ر، ع 44، بتاريخ 26 جوان 2005، ص 21.

² - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 204 و جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 39.

³ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 55 وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، نفس المرجع، ص 167

⁴ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 444.

تغيير المركز القانوني للطرف الآخر سواء بالإنشاء أو الإنهاء، فالخيار الممنوح للمتعاقد لا يندرج تحت أي تقسيم من التقسيمات التقليدية للحقوق،¹ ومنه اعتبار أن الحق الإرادي في العدول أساس لدلالة العدول في التشريعات الآخذ بهذه الدلالة.

فعادة ما يكون العربون مصحوبا بعقد من العقود أو بوعده وأن خيار العدول الممنوح للمتعاقدين أو لأحدهما هو إتاحة الفرصة لكل منهما في تقدير مدى أهمية التعاقد فإن لم يجد فيه صاحب الخيار مصلحة مباشرة في استعمال خياره أبدى عدم رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها وإذا وجد أن مصلحته تقتضي بإبرام العقد أفصح عن إرادته برغبته تلك.² ومن التشريعات العربية التي أخذت بدلالة العدول نجد كل من القانون المدني المصري في المادة 103 والمادة 107 مدني أردني والمادة 104 مدني سوري، المادة 103 مدني ليبي، المادة 88 مدني سوداني، والمادة 116 من القانون التجاري الكويتي.³

3- استخدامات عربون العدول:

عرفت فرنسا العديد من الاستخدامات لعربون العدول منها حياكة الملابس والإيجار المقترن بالوعد بالبيع و كذا عمليات البورصة.

أ- طلبات تفصيل الملابس:

شاع في فرنسا لدى محلات حياكة الملابس تعليق لافتات مكتوب عليها " نرجو دفع العربون" و " نرجو دفع العربون لتأكيد طلباتهم" فطلبات تفصيل الملابس يسبقها دفع العربون ومعناه أن الزبون دافع العربون يمكنه الانسحاب في أي لحظة فقط بعدم العودة إلى المحل لأي سبب يراه كارتفاع السعر أو عدم جودة القماش، وفي كل الأحوال يخسر الزبون قيمة العربون

¹ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 181.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 446.

³ - انظر كل من: الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 56 ومحمد صبري السعدي، شرح

القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 142.

بهذا العدول، وقد اشترط الحائك ذلك كضمان له من الأضرار التي قد تلحق به في حالة تخلف الزبون ومن ناحية أخرى للحائك الحق في العدول مقابل رد العربون مضاعفا للزبون.¹

ب- الإيجار في الوعد بالبيع:

في الإيجار المقترن بوعد بالبيع يقوم المستأجر بدفع عربون إلى الواعد بشرط الاحتفاظ بالخيار، فيحتفظ المؤجر بالعربون المدفوع عند عدم تحقيق العقد وهو ضمان إيجار المنزل له مثلا، ومادام الوعد من جانب المؤجر فقط فلا نطبق أحكام العربون إلا إذا كان العدول من طرف الواعد كأن يبقى في المنزل محل الإيجار هو بنفسه، أما عدول المستفيد فلا نكون أمام عربون عدول بل هو تعويض بسيط مخصص للواعد بسبب منعه من التصرف في الشيء المملوك له طوال فترة الوعد.²

ج- العربون في عمليات البورصة: les opération de bourse

ويعتبر عربون العدول هنا كغطاء يمنح للسماسة الذين تحصلوا على أمر بالشراء،³ ومن بين أهم التطبيقات أيضا لعربون العدول في مجال البورصة ما يسمى البيوع الشرطية الآجلة خاصة الصفقات الجزئية منها أو ما يسمى بالبيع بشرط التعويض حيث يتمكن المشتري من الاحتفاظ بحق العدول بدفع قسط يعطى له الخيار في إبرام الصفقة أو العدول عنها مقابل دفع التعويض المتفق عليه مسبقا، وبالتالي يحمى المشتري مصالحه من مخاطر ارتفاع وهبوط الأسعار في البورصة ويستطيع تحديد خسارته في حدود القسط المتفق عليه والذي يفقده لصالح البائع، فيكون الخيار للمشتري بالمضي في الصفقة أو الانسحاب منها مقابل ما يدفعه من تعويض، هذا بالإضافة إلى صور أخرى في البيع الشرطية الآجلة كالعلاوة وذلك عندما يدفع

¹- ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 76.

²- ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع، ص 79.

Voir aussi : De M. Merlin, œuvres de Pothier contenant les traités du droit français, suivie par L.Rondonneau, T 2, moudelleed, l. j de J.P. Roret, Paris, 1830, p375

³ - Louis Josserand, cours de droit civil positif français, l.r.s, 3^eed, paris, 1939,p 636.

المتعاقد مبلغا معيناً يسمى بالعلوّة ويكون له التقرير عند حلول الأجل بين العدول أو إمضاء الصفة، بالإضافة إلى العلوّة الضائعة من خلال شراء حق الخيار.¹

ثانياً: الأساس القانوني لدلالة التوكيد في القانون المدني الجزائري (confirmation):

إذا كان الأصل في دلالة العربون هو العدول في القانون المدني الجزائري وبعض القوانين العربية والغربية التي سارت على نفس المبدأ كما سبق تبيانه، غير أنه لا يمكن إغفال دلالة أخرى للعربون قد يلعبها إن اتفق عليها المتعاقدان صراحة قاطعين الطريق أمام دلالة العدول عند التشريعات الآخذة بالعدول أو افتراضها عند تشريعات أخرى سنذكرها لاحقاً.

ويطلق جانب من الفقه على دلالة البتات أو التوكيد بعربون الإثبات الذي يؤدي غالباً وظيفة أخرى وهي تنفيذ أحد العاقدين جزءاً من التزامه وبعد العربون في هذه الحالة قسطاً معجلاً من الثمن وهو ما يسمى بعربون القسط، والعربون باعتباره وسيلة إثبات أو قسطاً معجلاً إنما يؤكد العقد وهو لذلك يسمى بعربون التوكيد، بينما يذهب البعض إلى أنه هذا يشكل خطأ بين دلالاتي العدول والبتات اللتين استقر عليهما الفقه والقضاء، فوسيلة الإثبات مستقلة عن دلالاتي العربون ولا ترقى إلى دلالة العدول ولا إلى دلالة البتات، بل هي دلالة عارضة وليست رئيسية.²

لكن يمكن القول بأن دلالة البتات هي الأصل المتفق عليه كدلالة أساسية مقابلة لدلالة العدول، إلا أنها أي دلالة البتات قد نجد لها أشكال متنوعة تؤدي كلها إلى تعزيز توكيد العقد تحت مظلة الدلالة الأصل (البتات) من خلال عربون الإثبات المهجور تقريباً وعربون القسط المعجل (كجزء من الثمن).

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 80.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 485.

1- فحوى دلالة التوكيد:

نقصد بدلالة البتات أنه عند اقتران العقد بعربون البتات يكون ذلك دليلا على أن العقد قد أبرم على وجه بات فلا يجوز العدول عنه إلا إذا تبين أن المتعاقدين قد أرادا صراحة أو ضمنا أن يكون العربون جزاء العدول عن العقد.¹

لكي يصل العربون إلى وظيفة البتات والتوكيد لا بد أن يمر عبر وسيلتين تعزيزان هذا الدور للانتقال من المرحلة ما قبل التعاقد إلى مرحلة الاتفاق النهائي البات، وذلك من خلال عربون القسط أو الجزء من الثمن وكذا عربون الإثبات، ومعيار التمييز في اعتبار العربون عربون عدول أو عربون قسط وتنفيذ جزئي يكمن في التكيف القانوني للعقد في حد ذاته، فنجد عربون العدول غالبا ما يفترض في البيع الابتدائي بينما يفترض عربون القسط والبتات في البيع النهائي.²

وبرغم ما جاءت به المادة 1590 من تغليب دلالة افتراض العدول عن دلالة البتات إلا أن القضاء الفرنسي الحديث عنده ميول لتفسير دفع العربون كقسط من منطلق تأثير الاعتبارات الاقتصادية على العقود.³

ومنه، فسوف نتطرق في إطار دلالة البتات إلى عربون القسط وعربون الإثبات فيما يلي:

أ- عربون القسط (العربون جزء من الثمن):

والقسط هو وفاء جزئي يقوم به أحد الطرفين وقت انعقاد العقد وقبل أن ينفذ الطرف الآخر التزامه الذي يقبل تلقى هذا القسط مما يعني أنهما صارا مرتبطين نهائيا بالعقد ومستعدين لتنفيذ التزاماتهما التعاقدية تنفيذا دقيقا، وعربون القسط بهذا المعنى له وظيفة معاكسة لعربون العدول

¹ - السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص89.

² - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص87.

³ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 93 الى 94.

على اعتبار أن عربون القسط يعد بدءاً في تنفيذ العقد من جهة وأن المبلغ المدفوع سيخصم من الثمن الإجمالي المتفق عليه.¹

ثم إن العملية التعاقدية تتم على مراحل انطلاقاً من المفاوضات وانتهاءً إلى الاتفاق النهائي وبعدها التنفيذ، ويعتبر عربون القسط من مظاهر إثبات جدية المتعاقد ورغبته الجامحة في تنفيذ العقد من خلال البدء في التنفيذ بدفعه للعربون، فإذا كان محل عقد البيع شراء كبش العيد مثلاً بمبلغ 40.000 أربعين ألف دينار جزائري فيقوم المشتري بدفع 10.000 عشرة آلاف دينار جزائري كعربون توكيداً للعقد ليصير فيما بعد جزءاً من الثمن.

ومقتضى اعتبار عربون القسط توكيداً للعقد وباتاً له حيث أنه لا يجوز للمتعاقد دافع العربون أن يتخلص من التزامه بترك المبلغ الذي سلمه للمتعاقد الآخر، وهنا نكون بين حالتين: الأولى تنفيذ الالتزام واستكمال ما بقي من الثمن بعد خصم ما دفعه كعربون، والثانية عند رفضه تنفيذ التزامه تقوم في جانبه المسؤولية التعاقدية ويحكم عليه بالتعويض الذي قد يفوق قيمة ما دفعه من عربون بعد إثبات الضرر على أن يعتبر العربون جزءاً من هذا التعويض.²

ونفس الشيء للطرف الآخر متلقي عربون القسط فهو توكيد للعقد بالنسبة له، إذ لا يجوز له رفض تنفيذ العقد بحجة رد ضعف ما قبضه من عربون، وتطبق عليه عندئذ أحكام المسؤولية العقدية.³

وعليه فعربون القسط أو العربون كجزء من الثمن يعد بمثابة بدء في تنفيذ العقد ولا يبيح للمتعاقدين الحق في العدول.

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 447.

² - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 97.

³ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 490.

ب- عربون الإثبات:

وقد يقصد من عربون التوكيد أن يكون مجرد إثبات انعقاد العقد،¹ حيث أن هذا الأخير لا ينعقد هكذا دفعة واحدة وفي لحظة واحدة بل يتطلب مراحل من المفاوضات غاية إلى عقد العزم على الإبرام والتنفيذ، وغالبا ما يتأكد إتمام الأطراف للعقد بدفع العربون الذي عادة ما يكون زهيد القيمة مقارنة بالثمن الكلي للمبيع، بحيث لا يعتبر ثمنا للعدول ولا قسطا معجلا من الثمن.² فمثلا إذا اقترن الوعد بالإيجار بعربون، وكان المستأجر هو الذي دفعه، وكان مقدار العربون مبلغا ضئيلا، فالغالب أن الإيجار الذي دفع فيه العربون تجديدا ضمنيا لإيجار سابق، فلا يمكن أن نعتبر العربون في هذه الحالة بغرض حفظ العدول عن العقد، لأن كل من المتعاقدين يستطيع عدم تجديد العقد من أول الأمر، والغالب هو تأكيد حصول التجديد الضمني وإثباته، حتى لا يكون هناك مجال للشك.³

غير أنه وبظهور الكتابة التي أصبحت بدورها وسيلة للإثبات تضاعف دور عربون الإثبات واندثر تقريبا لنحصر نطاقه في التصرفات غير المكتوبة المؤكدة الإبرام، وبعد أن ساد في التشريعات الحديثة العمل بمبدأ خضوع إبرام التصرفات إلى نية المتعاقدين وذلك بغض النظر عن الشكليات الموروثة عن النظم السابقة، إذ يكفي الآن توافق إرادتي العاقدين لإتمام إبرام العقود والتي قد تكون مكتوبة، وعليه فلم تعد هذه الوظيفة متداولة إلا في صورة مزدوجة مع وظيفة العدول أو مع اعتباره جزءا من الثمن وبدءا في تنفيذ العقد.⁴

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 448.

² - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 100.

³ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص57.

⁴ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص56 و 62.

2- الأساس القانوني لدلالة التوكيد

إن دلالة العدول السابق التعرض لأساسها ليست دلالة قطعية، بل تشكل قرينة بسيطة يمكن دحضها بالاتفاق في العقد على ما يخالفها صراحة أو ضمناً، وذلك من خلال الكشف عن النية المشتركة من ظروف التعاقد، وعندئذ تكون الدلالة المأخوذ بها هي دلالة البت في العقد وتأكيد انعقاده، وهذا ما ذهبت إليه بعض التشريعات المعاصرة كالقانون المدني الألماني مثلاً في المادة 336 بقولها: " إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على تقديم عربون فيعد ذلك دليلاً على انعقاد العقد، وفي حالة عدم التأكد من العربون فلا يعد ذلك ندامة ".¹

فالدلالة المفترضة في العربون سواء كانت مبنية على فكرة العدول أو البتات والتوكيد لا بد أن تكون قرينتها بسيطة تترك للقاضي حسب ظروف الحال وأحوال العرف للفصل فيها،² إذ تتأرجح دلالة العربون بين الحق في التحلل من الالتزام عند العدول وبين ضمان تنفيذه عند البتات.³

فيكون العربون بذلك وسيلة لتثبيت تلاقي إرادة المتعاقدين وتدعيمها من حيث أن المبلغ المدفوع وفاء جزئي للالتزام فهو جزء من الثمن وليس تأميناً إضافياً، ويبين الرغبة الجامحة لأطراف العقد في قبول الصفقة وتنفيذها بصورة نهائية، ومقتضى ذلك أن المتعاقد الذي دفع

¹ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص487، مع ضرورة الإشارة إلى أن نص المادة 336 من القانون المدني الألماني المشار إليها أعلاه لاسيما مصطلح " فلا يعد ذلك ندامة " تتعارض تمام من حيث الصيغة والمضمون مع قول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "من أقال نادماً يبعته، أقال الله عثرته يوم القيامة". وقوله صلى الله عليه وسلم فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه: "من أقال مسلماً يبعته أقال الله عثرته" ذلك أن الإقالة مندوب إليها إذا ندم العاقدان أو أحدهما، فشتان بين قانون وضعي ألماني وسماحة المصطفى صلى الله عليه وسلم وما جاء به.

² - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص58 وانظر أيضاً: نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، ط2، مصر، 2004، ص100.

³ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص84.

العربون لا يجوز له أن يتخلص من التزامه وفقا للقواعد العامة، فإذا نفذ التزامه لا يكون عليه إلا أن يدفع باقي الثمن بعد خصم مبلغ العربون، فمقتضى العربون هو توكيد العقد.¹

وهناك جانب من الفقه من يطلق على هذا العربون بأنه عربون إثبات أين يعد العربون هنا قسطا معجلا من الثمن ويسمى عربون قسط فالقسط والثمن المعجل دليلا على التوكيد لذلك يسمى بعربون توكيد، ومؤدى هذا الرأي يجعلنا نخلط بين دلالاتي العربون عدول وبتات وبين وسيلة الإثبات في حد ذاتها إذ الأصح الفصل بينهما.²

ويستفاد من نص المادة 72 مكرر مدني جزائري أن المشرع الجزائري اعتبر دلالة العدول هي الأصل وهي قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس بدليل العبارة الواردة في نص هذه المادة " **الإإذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك** " أي أنه يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف دلالة العدول، فالعربون عند الشك يفترض أنه دفع لجواز العدول حسب صراحة النص، لكن هذا الافتراض ليس قرينة قاطعة بل بسيطة قابلة لإثبات العكس³ إذ يستطيع أي من المتعاقدين إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن، فمن القرائن الدالة على ما يخالف القرينة التي يفترضها القانون أن يكون المبلغ المدفوع بصفة عربون كبيرا مما يعنى أن دفعه إنما كان جزءا معجلا من الثمن ويخضع ذلك لتقدير القاضي المعروض عليه النزاع.⁴

فالاتفاق الصريح بين المتعاقدين على اعتبار دفع العربون لتأكيد العقد يعد تثبيتا للعقد فيعتبر العربون جزء من الثمن وبدءا في التنفيذ، ويزول بذلك خطر العدول، لأن المتعاقدين اتفقوا على وظيفة مخالفة لما افترضه القانون وهي وظيفة العدول فيصبح اتفاقهم هذا بمثابة قانون وفقا لنص المادة 106 مدني جزائري.

1 - الترمائيني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، نفس المرجع، ص57.

2 - مصطفى الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص 228.

3- السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص88.

4 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 442 و 443.

أما بالنسبة لوظيفة الإثبات فلقد نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات بوضعه قواعد تحمي حقوق المتخاصمين وعلى عكس الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات كالشهود والقرائن، فإن التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين حدده القانون لا تقبل الإثبات إلا بالكتابة.¹

وهذا ما جاء به الفقرة الأولى من المادة 333 ق.م: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

وعند إسقاط هذه المادة على التعاقد بالعربون نجد أن العربون يستطيع في غياب الكتابة إثبات العقد إذا لم تتجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري، أما وان زاد على ذلك فلا يمكن الاعتماد على العربون لإثبات التصرف القانوني.

فإذا كان التصرف مدنيا وكانت قيمته تزيد عن نصاب الإثبات بالشهادة فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ومن ثم إذا لم تكن هناك كتابة فلا يغني العربون المقدم عند انعقاد العقد، إذا كانت قيمة العقد تزيد عن 100.000 دينار جزائري لأن مثل هذه التصرفات تتحكم الإرادة في وجودها وفي تحديد آثارها، لذلك فإن الإرادة التشريعية تستلزم الدليل الكتابي في إثباتها وتستبعد بذلك الشهود والقرائن في إثباتها.²

وبمفهوم المخالفة لنص المادة 333 فإنه إذا كان التصرف تجاريا أو استحالة الحصول على دليل كتابي فيما كان يجب إثباته بالشهادة أو البيينة مهما كانت قيمة العقد، لا يصبح للعربون أهمية في الإثبات على اعتبار إمكانية الإثبات في هذه الحالة بكل طرق الإثبات وفقا لمبدأ حرية الإثبات.³

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2009، ص 23.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 23.

³ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 448.

كما أوردت المادة 336 مدني جزائري إمكانية أن يلعب العربون دورا في إثبات العقد المقترن به إذا لم تزد قيمته عن مائة ألف دينار جزائري وذلك عند تعذر الحصول على سند كتابي لوجود مانع مادي أو أدبي يحول دون ذلك أو لسبب أجنبي خارج عن إرادة دافع العربون، والتي جاء فيها: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته...".

ولابد من الإشارة إلى ضرورة التمييز بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته من جهة وبين الشكلية وطريقة الإثبات من جهة أخرى.¹

ومن التشريعات العربية التي أخذت بدلالة البتات نجد كل من المادة 92 مدني عراقي والمادة 288 قانون الالتزامات والعقود المغربي،² المادة 567 مدني يمني، المادة 303 قانون الالتزامات التونسي،³ والمادة 336 مدني ألماني والمادة 74 مدني بولوني والمادة 158 قانون التزامات السويسري.⁴

3- استخدامات دلالة التوكيد: ومن بين استخدامات العربون لهذه الوظيفة نجد:

أ- استخدامه كعربون قسط (أي كجزء من الثمن):

يشيع استعمال عربون البتات باعتباره جزء من الثمن (عربون القسط) في مجال التجارة كتوريد الملابس،⁵ وبيع السيارات المستعملة في الأسواق الجزائرية كسوق بوقادير، العطاف، ماسرى والحراش، كما يستخدم أيضا في بيوع كباش العيد وبيع مختلف

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص46 و 47.

² - عبد الرحمان الشراوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، ج1، مطبعة المعارف الجديدة، ط2، الرباط، 2014، ص106.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص157.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص260.

⁵ - Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op. cit, p 636.

المجوهرات إذ نجد الكثير من المقبلات على الزواج يدفعن جزء من قيمة المصوغ على أن يدون الصائع اسمها في علبة يضع فيها هذا المصوغ ويتركه لها دون بيعه لغيرها خلال مدة معينة لاستكمال بقية الثمن.

كما ينتشر في الجزائر أيضا في بيع العقارات والحيوانات المستعملة للحرث كالأحصنة والثيران.¹

ومن خلال ما شهدته الجزائر من انجاز مصانع تركيب السيارات للماركات العالمية وما ترتب عنه من إعادة القرض الاستهلاكي عمدت الكثير من البنوك إلى التعاقد من المنتجين للبيع بالتقسيط لاسيما بعض البنوك الإسلامية التي تقوم على المرابحة فيدفع الزبون عربونا لاقتناء سيارة مقابل التعهد بدفع باقي الأقساط، ولعل الملاحظ أن هذا النوع من التصرفات يكون هدف كل دافع للعربون هو توكيد العقد واستكمال الثمن للاستفادة من السيارة.

ب- استخدامه كعربون إثبات:

أين نجده في إيجار الخدمات إذ على السيد أن يدفع لخادمه مبلغ العربون والذي يدل على إثبات إتمام العقد وعلى من يخل بالتزامه تعويض الأضرار، كما نجده مستعملا أيضا في بيع الأشياء القديمة، فالمشترى لكي يثبت رغبته في الشراء عليه دفع العربون وهو هنا وسيلة لإثبات للدخول في التعاقد وهو بذلك إعلانا منه بامتلاك البضاعة مع حفظ حقه في العدول مقابل خسارة العربون.²

نستشف مما سبق أن للعربون وظيفتان أساسيتان هما عربون العدول وعربون البتات والتوكيد (عربون الإثبات وعربون القسط أو جزء من الثمن)، وان كان يظهر بأن الدالتين متقابلتين إلا أنه هناك رابط ولو خفي من شأنه أن يربط بينهما برغم هذا التقابل، مع ضرورة التأكيد أن المشرع الجزائري أخذ كأصل عام بفكرة حرية اتفاق المتعاقدين على إعطاء دلالة

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص224.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص60 و 61.

معينة للعربون إما العدول أو التوكيد، فإن لم يتفقا على أحدهما افترض القانون المدني الجزائري بموجب المادة 72 مكرر أن سكوتها يدل على أنها أرادا بالعربون أن تكون له دلالة العدول. إن المشرع الجزائري بتعرضه للعربون في المادة 72 مكرر مدني جزائري نجده قد تأثر إلى حد بعيد بالمشرع الفرنسي لاسيما من حيث موقع المادة أي وجودها بعد المادة المتعلقة بالوعد بالتعاقد، وكذا من حيث الصياغة والدلالة المفترضة وهي دلالة العدول، برغم الفارق الزمني بين سنة 1804 تاريخ صدور القانون المدني الفرنسي وسنة 2005 تاريخ إدراج العربون في القانون المدني الجزائري، وبرغم اختلاف العادات والتقاليد بين البلدين بل وبرغم اختلاف المرجعيات الدينية بينهما.

ومن جانب آخر فإن الفكرة الأساسية لوظائف العربون هي الضمان إذ نجد فكرة الضمان في عربون العدول فكلا العاقدين يضمن عند عدول الطرف الآخر بان العربون سيكون من نصيبه كضمن للعدول، كما أن فكرة الضمان موجودة في عربون البتات فدفع العربون كجزء من الثمن أحسن ضمان وتأمين للطرف الذي قبضه، فالمعنى العميق للعربون انه ضمان لتنفيذ العقد الذي تحت الأخلاق على وجوب تنفيذه.

الفرع الثاني: أساس التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي

إن حكم العربون في الفقه الإسلامي يختلف عن ما رأيناه آنفا ذلك أن جمهور الفقهاء أجازوه عندما تكون له دلالة تنفيذ العقد فيعتبر جزء من الثمن يدفع وقت إنشاء العقد للدلالة على إتمام التعاقد وإلا يرد العربون لدافعه.

لكن للعربون دلالات أخرى لاسيما عندما يستبقى البائع العربون لديه برغم من عدم إتمام التعاقد أين اختلف الفقه الإسلامي بشأنها بين مانعين للتعامل به وبين مجيزين له.

وهكذا انقسم الفقه الإسلامي إلى موقفين: الجمهور وهو الحنفية والمالكية والشافعية الذين منعوا التعامل بالعربون وأبطلوه، في حين أجازوه الحنابلة، ولكل أدلته وأسانيده من النقل والعقل.

أولاً : آراء الفقهاء في التعاقد بالعربون :

لقد اختلف رجال الفقه الإسلامي من أصحاب المذاهب الأربعة بين مجيزين ومانعين للتعامل بالعربون ولكل أدلته، وقبل الخوض في أسانيد كل مذهب لابد من تبيان محل الخلاف بين الفقهاء في حكم التعاقد بالعربون، لأبأس بالإشارة إلى أن الصورة التي شملها المنع هنا هي عندما يدفع المشتري إلى البائع العربون ويفقده عند عدم إتمام التعاقد، أما في الصورة التي يسترد المشتري فيها عربونه عند عدم إتمام العقد فإنهم قد أجازوها بلا خلاف.

واختلف الفقهاء في جواز التعاقد بالعربون عموماً فأبطله الحنفية والمالكية والشافعية لحديث النهي عنه ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ودخوله في آكل المال بالباطل وروى عن عمر وابنه واحمد جوازه.¹

1- القول الأول: قول المانعين وأدلتهم

وهم الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، وقول أبي الخطاب من الحنابلة مروى عن ابن عباس والحسن،² وسنتبين مواقفهم في مايلي:

أ- الأحناف:

من خلال تمحص جل المؤلفات الفقهية للسادة الحنفية المشار إليها في هذا البحث تبين شح كبير في التعرض من قبلهم لهذا الموضوع مقارنة بالمذاهب السنية الثلاثة الأخرى، ولعل الدافع من الذي جعل فقهاء المذهب الحنفي يتلافون هذا الموضوع هو حرمة واعتباره من الغرر، إلا قلة منهم كالسغدي في فتاويه في موضوع أنواع البيوع الفاسدة والتي عددها بثلاثين وجهاً... الوجه الثاني والعشرون بيع العربان أي العربون،³ وعموماً فقد ذهب الحنفية إلى

¹ - الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، دار الحديث، مصر، 1994، ص22.

² - المقنع والشرح الكبير والإنصاف، المرجع السابق، ص252. وانظر: الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، ج8، المكتب الإسلامي، ط2، لبنان، 1983، ص136.

³ - أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، الننف في الفتاوي، ج1، مؤسسة الرسالة ببيروت ودار الفرقان بعمان، ط2، 1984، ص472.

فساد التعاقد بالعربون، وهذا ابن هبيرة في الإفصاح يؤكد عدم تعرض أبو حنيفة للعربون بقوله: "واختلفوا في بيع العربون.... هو باطل ولم نجد عن أبي حنيفة فيه نصاً".¹

ب- المالكية:

قال الإمام مالك بان بيع العربون باطل،² وذكر الباجي: "والمنهي عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع ولذلك أضاف إليه على وجه إن كره المشتري البيع كان ما دفعه للبائع دون عوض فهذا الذي نهى عنه لأنه من أبين المخاطرة، وأما العريان الذي لم ينه عنه فهو أن يبتاع منه ثوباً أو غيره بالخيار فيدفع إليه بعض الثمن مختوماً عليه إن كان مما لا يعرف بعينه على أنه إن رضي البيع كان من الثمن وإن كره رجع إليه ذلك، لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو لبعضه".³

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "وبيع العريان على وجهين: أحدهما ممنوع، وهو أن يشتري سلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بأجرة معلومة ويعربن شيئاً على أنه إن رضي كان ذلك العربون من الثمن أو الأجرة، وإن كره لم يعد إليه، فهذا من أكل أموال الناس بالباطل، والأخر جائز وهو الاحتساب له به إذا أمضى ورده عليه إذا كره فذلك جائز".⁴

ويقول الصاوي: "يشتري أو يكتري السلعة ويعطيه شيئاً من الثمن على أنه إن كره البيع تركه للبائع وإن أحبه حاسبه به أو تركه لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، ويفسخ. فان فات مضي بالقيمة ويحسب منها العربون، فان أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه وإن أحبه حسبه

¹ - الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي، الإفصاح عن معاني الصحاح، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1929، ص186.

² - موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، ط5، بيروت، 1981، ص419.

³ - القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج4، دار الكتاب الإسلامي، ط2، مصر، ص157 و158.

⁴ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2004، ص153.

من الثمن جاز، أي وتحتم عليه ان كان لا يعرف بعينه كما قال المواق لئلا يتردد بين السلفية والثمنية.¹

ج- الشافعية:

قال النووي: " لا يصح بيع العربون " ² وذلك لان فيه شرطين فاسدين أحدهما شرط الهبة والثاني شرد الرد على تقدير ان لا يرضى.³

د- بعض الحنابلة:

يعتبر أبو الخطاب من بين أصحاب الروايات التي لا تجيز التعاقد بالعربون في المذهب الحنبلي فقد جاء في المستوعب في باب ذكر الشروط في البيع وبالضبط ما يتعلق بالعربون: " وقال أبو الخطاب: هذا شرط فاسد. " ⁴

وذكر عبد الله بن احمد بن حنبل انه سئل أبيه في باب بيع العربون عن واقعة شراء نافع بن الحارث دار السجن من صفوان بن أمية : " قلت: فأيش تقول أنت، قال: دعها. " ⁵
كما أورد المروزي انه سئل الإمام احمد بن حنبل عن صورة من العربون فقال بأنه مكروه، قال: " قلت إذا اكرى رجل من رجل، دابة بعشرة دنانير، فأعطاه ديناراً، فيقول: ان ركبت الدابة، فالدينار من الكرى، وان تركت الكرى، فالدينار لك؟ قال: هذا مكروه. " ⁶

1 - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، (الكتاب معروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير)، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص 58.

2- الإمام النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، ط1، لبنان، 2005، ص217.

3 - شمس الدين بن محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2 ، دار المعرفة، ط1، لبنان، 1997، ص53.

4 - انظر: نصير الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ج1، د.د.ن، ط2، مكة المكرمة، 2003، ص 631.

5 - مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية ابنه عبد الله، أعدها للنشر أبو الأشيب أحمد بن سالم المصري، دار المودة و دار التأصيل، ط3، مصر، 2008، ص 249.

6 - اسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل واسحاق بن راهوية، ج6، طبعة الجامعة الإسلامية بالسعودية، ط1، 2004، ص 2719.

ومن الأدلة التي استدلت جمهور الفقهاء في منع التعاقد بالعربون على جملة من الأدلة من

النقل والعقل، وفيما يلي بيان لما استدلتوا به:

أ - من القرآن الكريم :

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾¹

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾²

قال أبو حيان: " والباطل هو كل طريق لم تبحه الشريعة، فيدخل فيه السرقة والخيانة والغصب والقمار وعقود الربا وأثمان البياعات الفاسدة، فيدخل فيه بيع العريان وهو أن يأخذ منك السلعة، ويكرى الدابة، ويعطي درهما مثلا عربونا، فان اشترى أو ركب فالدرهم من ثمن السلعة أو الكراء، وإلا فهو للبايع، فهذا لا يصح ولا يجوز عند جماهير الفقهاء لأنه من باب أكل المال بالباطل." ³

وجاء في تفسير هذه الآية عند القرطبي تسع مسائل أولاها بيع العربون فهو من أكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة وهو غير جائز عند جمهور الفقهاء لأنه من باب بيع القمار والغرر والمخاطرة. ⁴

وذكر ابن كثير في تفسيره قول ابن جرير عن ابن عباس في الرجل يشتري من الرجل الثوب فيقول ان رضيته أخذته وإلا رددت معه درهما، قال هو الذي قال الله عز وجل فيه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁵

1 - سورة البقرة، الآية 188.

2 - سورة النساء، الآية 29.

3 - أبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ج3، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1993، ص 240.

4 - محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، مؤسسة الرسالة، ط1، لبنان، 2006، ص247.

5 - أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار طيبة، ط2، الرياض، 1999، ص268.

ويقول ابن رشد في مقدماته بان بيع العربون فيه غرر بين منهي عنه شرعا لأنه من أكل المال بالباطل،¹ وقال المناوي عن بيع العربون: "... يبطل عند الأكثر للشرط والتردد والغرر."،² وذكر ابن العربي في تفسيره احدي عشر مسألة منها المسألة الثالثة المتعلقة بالعربون حيث يقول: "من جملة أكل المال بالباطل بيع العربون، وهو أني أخذ منك السلعة ويعطيك درهما على أنه ان اشتراها تم الثمن، وان لم يشتريها فالدرهم لك."³

إذن معنى الباطل هنا تملك المال بدون مقابل لذلك ذكره المفسرون منطبقا على السرقة والقمار والربا وذلك لأنه تملك بدون عوض وكذلك الحال إذا اخذ البائع العربون ولم يتم البيع فأخذه هذا يعتبر دون مقابل حسب هذا الرأي.

وعند مناقشة الاستدلال بالآية الكريمة نجد أن الاستدلال بهذه الآية جاء عاما، فلا يوجد نص قرآني صريح يحرم التعاقد بالعربون،⁴ فالقول أن العربون من أكل أموال الناس بالباطل غير مسلم به إذ أنه قول مردود، لأنه كان في مقابل حبس السلعة لحساب الطرف الآخر عوضاً عن حرمان صاحبها من جدية عرضها للبيع وتقادي تقويت هذه الفرصة من مشتر آخر، بسعر ربما كان أفضل من هذا البيع.⁵

¹ - أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات والمهمدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمته مسائلها المشكلات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، ج2، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1988، ص 72.

² - محمد المدعو بعبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج6، دار المعرفة، ط2، لبنان، 1972، ص332.

³ - أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س، ص521.

⁴ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 107.

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص95.

ب- من السنة النبوية:

كما استدلت الجمهور في منع التعاقد بالعربون إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم

الذي نهى عن بيع العريان، وقد ورد هذا الحديث من عدة طرق أغلبها من الإمام مالك، منها:

- ما جاء في موطأ الإمام مالك عن الثقة عنه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال ... الحديث...¹ ، وما رواه أبو داود عن عبد الله بن أسلمة،

.. قال....الحديث...²، وما رواه ابن ماجة: "حدثنا هشام بن عمار، حدثنا مالك بن أنس

قال: بلغني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ...

الحديث...³

- ما جاء في مسند الإمام أحمد: "حدثنا اسحق بن عيسى أخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب عن

أبيه عن جده، قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العريان."،⁴ وما رواه

البيهقي من أوجه مختلفة حيث قال: "أخبرنا زكريا بن أبي إسحاق، وأبو بكر الحسن قال: ...

أخبرني مالك قال: بلغني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال نهى رسول الله صلى

الله عليه وسلم عن بيع العريان،.. أخبرنا أبو سعد الماليني، ..ثنا مالك، عن الثقة، عن عمرو

بن شعيب، قال: ويقال: أن مالكا سمع هذا الحديث من ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب."⁵

- وجاء في التمهيد في باب بلاغات مالك عن الثقة: "مالك، عن الثقة عنده، عن عمرو بن

شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العريان... وسواء

قال عن الثقة عنده أو بلغه، لأنه كان لا يأخذ ولا يحدث إلا عن ثقة عنده، وقيل أن الإمام

¹ - موطأ الإمام مالك، المرجع السابق، ص 419 و 420.

² - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج5، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق،

2009، ص 361.

³ - أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن، ج3، دار الرسالة العالمية، ط1، دمشق، 2009، ص311.

⁴ - الإمام أحمد بن حنبل، المسند، ج11، دار المعارف، مصر، 1972، ص12 وما بعدها.

⁵ - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج5، دار الكتب العلمية، ط3، لبنان، 2003، ص 559 و

560.

مالك أخذه عن ابن لهيعة، أو عن ابن وهب عن ابن لهيعة، لأن ابن لهيعة سمعه من عمرو بن شعيب، ورواه عنه... وابن لهيعة أحد العلماء إلا أنه يقال أن كتبه احترقت، فكان إذا حدث بعد ذلك من حفظه غلط، وما روى عنه ابن المبارك، وابن وهب، فهو عند بعضهم صحيح ومنهم من يضعف حديثه كله.¹

ويضيف صاحب التمهيد روايات أخرى فيقول: "حدثنا حبيب بن أبي حبيب، حدثنا مالك بن انس، قال: ليس الحديث هذا، إنما الحديث على حديث عبد الله بن عامر، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان... وجدت في أصل سماع أبي رحمه الله أن محمد بن أحمد بن قاسم حدثهم، قال: "... قال حدثنا ابن لهيعة، قال حدثنا عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان... وقد روى من حديث الحرث بن أبي ذياب، عن... الحديث."²

- وجاء من طريق آخر فيما رواه البغوي: "أخبرنا أبو الحسن الشيرازي، أنا زاهر بن أحمد، أنا أبو إسحاق الهاشمي، أنا أبو مصعب عن مالك، عن الثقة عنده، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.. الحديث."³

- كما رواه الدار قطني والخطيب في الرواة عن مالك، من طريق الهيثم بن اليمان.⁴

وعند مناقشة الاستدلال بالحديث نجد المحدثون تكلموا في إسناد هذا الحديث وحكم عامتهم بضعفه، فقد قال الإمام النووي: "رواه مالك في الموطأ، قال: أخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب فذكره، ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا، ولا عند جماهير العلماء وذلك لجهالة

¹ - محمد بن عبد البر القرطبي، التمهيد، ج24، تحقيق سعيد أحمد أعراب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1990، ص176.

² - محمد بن عبد البر القرطبي، التمهيد، ج24، المرجع السابق، ص 177 و 178.

³ - الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، ج8، المرجع السابق، ص 135.

⁴ - للتفصيل انظر: محمد بن حجر العسقلاني، تلخيص التحبير، ج3، مؤسسة قرطبة، 1995، ص39 وانظر أيضا: محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، المرجع السابق، ص182.

هذا الثقة وذلك بناء على أن توثيق الثقة للمجهول لا يكسبه صفتي العدالة والضبط...بلغني أن مالكا أخذه عن عبد الله بن عامر، وقيل: عن ابن لهيعة، وقيل عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب، قال: وفي الجميع ضعف، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف، وقال وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته.¹

وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: " ولم يثبت في العربون نهي".² ، كما ذكر ابن قدامة بعد سياقه للحديث بأن أحمد ضعفه.³

وقال الشوكاني في باب النهي عن بيع العربون: " الحديث منقطع لأنه من رواية مالك انه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه، فبينهما راو لم يسم، وسماه ابن ماجه فقال: عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي، وعبد الله لا يحتج بحديثه، وفي إسناد ابن ماجه هذا أيضا حبيب كاتب مالك وهو ضعيف لا يحتج به. وقد قيل: إن الرجل الذي لم يسم هو ابن لهيعة، ذكر ذلك ابن عدي وهو أيضا ضعيف... ورواه البيهقي موصولا من غير طريق مالك".⁴

¹ - الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ج9، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.س، ص 406 و 407.

² - شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي و شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتي قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، ج2، مطبعة مصطفى الباجي الحلبي وأولاده، ط3، مصر، 1956، ص186.

³ - بن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 331.

⁴ - وضعف الكثيرون أحاديث عبد الله بن لهيعة ويقال ابن عقبة أبو عبد الرحمن الحضرمي ويقال الغافقي قاضي مصر أطال الذهبي في ترجمته للتفصيل أكثر، انظر كل من: ابن عدي الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال، دار الفكر ، ص1462، وأبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الضعفاء الصغير ويليهِ الضعفاء والمتروكين للنسائي، دار المعرفة، ط1، لبنان، 1986، ص 69 وما بعدها، والذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، ج2، دار المعرفة، لبنان، د س، ص 475، وسبط ابن العمري الشافعي، التبيين لأسماء المدلسين، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1976، ص 36 ، والدار قطني، الضعفاء والمتروكين، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، 1984، ص 265 وما بعدها، والشوكاني، نيل الأوطار، ج5، المرجع السابق، ص182، وابن حجر العسقلاني، تلخيص التحبير، ج3، المرجع السابق، ص39، وابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج5، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، ط1، الهند، 1326 هجري، ص 373 وما بعدها.

ج- من المعقول:

ورد في مصنف ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن مبارك عن ابن جريج عن عطاء وعن ابن طاووس عن أبيه : أنهما كرها العربان في البيع.¹

وقد ذهب المانعين للتعاقد بالعربون إلى ما ذهبوا إليه لما في العربون من شرطين مفسدين هما شرط كونه ما يدفع إليه يكون مجاناً إن اختار ترك السلعة (شرط الهبة) وشرط رد البيع بتقدير أن لا يرضى ووقوع هذا الشرط في صلب العقد.²

إضافة إلى ما يتضمنه العربون من معنى القمار،³ وأنه من الميسر⁴ الذي حرمه الله في كتابه حيث يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.⁵

كما أنه يشتمل على الغرر،⁶ لأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض، فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي فهو بمنزلة الخيار المجهول، فإن اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار، متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً وهذا هو القياس.⁷

1 - ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق أبي محمد بن أسامة بن إبراهيم بن محمد، ج7، دار الفاروق الحديثة، ط1، 2008، القاهرة، ص 643.

2 - انظر كل من: علي بن حيدر الصديقي، عون المعبود على شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2005، ص1593، وشهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س، ص 476 و 477، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، المرجع السابق، ص53، والشوكاني، ونيل الأوطار، ج5، المرجع السابق، ص182.

3 - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج5، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1994، ص338.

4 - أبي الوليد ابن رشد القرطبي، المقدمات والممهيات، ج2، المرجع السابق، ص72.

5- سورة المائدة، الآية90.

6 - أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي السبتي، معالم السنن، ج3، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1933، ص 139.

7- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

وبمناقشة الأدلة العقلية تم الرد على القائلين بأن العربون يشتمل على شرطين مفسدين شرط الهبة وشرط رد البيع بتقدير أن لا يرضى، بأنهما شرطان لمصلحة العقد وليس منافيين له، لأن تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه المكلف، والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنًا ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطًا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فسادها، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله تعالى وكتابه فهو الباطل، وما لم يخالف حكمه فهو لازم.¹

والقول بأن العربون شرط فاسد وقع في صلب العقد جوابه أنه وقع لمصلحة، ولذلك ذهب الحنابلة إلى إباحة العربون في آخر الشروط الفاسدة، فدل على أنه ليس منها،² كما أن القول إن العربون في مضمونه معنى للقمار، وأنه من قبيل الميسر، قول غير مسلم به لأنه إنما يكون كذلك إذا كانت مدة الخيار مجهولة، أما هنا فإنها تحدد.³

أما القول بأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض، يمكن الجواب عنه بأنه عوض عن حرمان البائع من البيع وحبسه سلعته عن عرضها للشراء بما قد يكون أكثر غبطة ومصلحة،⁴ وقولهم بأنه بمنزلة الخيار المجهول رد عليه بأنه صحيح إذا خلا بيع العربون من خيار محدد بوقت معين، أما وقد حدد الوقت واشترطناه لصحة بيع العربون، فلا وجه لهذا الاعتراض.⁵

1 - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الملقب بابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج5، دار ابن الجوزي، ط1، السعودية، 1423 هجري، ص373 و377 و378.

2 - الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهي لشرح المنتهى، ج3، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000، ص179 و180.

3 - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص25.

4 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص69.

5 - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص27.

ويضيف الشيخ محمد بن العثيمين بأن الجهالة فيه أي في بيع العربون ليست جهالة ميسر لأن - جهالة الميسر - يكون فيه المتعاملان بين الغنم والغرم، أما هذه فإن البائع ليس بغارم بل البائع غانم، وغاية ما هنالك أن ترد إليه السلعة، ومن المعلوم أن المشتري لو شرط الخيار لنفسه لمدة يوم أو يومين كان ذلك جائزاً، وبيع العربون يشبه شرط الخيار، إلا أنه يعطى للبائع جزء من الثمن إذا رد إليه السلعة، لأن قيمتها قد تنقص إذا علم الناس بها، ولو على سبيل التقدير، ففيه مصلحة، وفيه أيضاً مصلحة للبائع من وجه آخر، لأن المشتري إذا سلم العربون وهو على يقين بأنه سيفقده عند عدم إتمام العقد يعد هذا دافع لتنظيم البيعة، وفيه كذلك مصلحة للمشتري، لأنه يكون بالخيار في رد السلعة إذا دفع العربون، بينما لو لم يدفعه للزمه البيع.¹ وقولهم: إنه مخالف للقياس يجب عنه أن في العربون موافقة للقياس لان الشراء الذي اشترى لعمر يحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر، كما أن النفي بان العربون لا مقابل ولا عوض له مردود لأنه أي العربون يعد مقابل عن الانتظار وتوقيف السلعة وما يترتب عنه من تفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة.²

2- القول الثاني: قول المجزيين وأدلتهم

يرى فقهاء المذهب الحنفي ومن معهم بإجازة التعاقد بالعربون بيعا أو إجارة، فقد قال الإمام أحمد بن حنبل بالجواز مثلما جاء في رواية ابنه عبد الله: "سمعت أبي يقول: ويكون أيضاً: يكتري الرجل الدار فيجعل له الشيء فان سكن فذاك، وان لم يسكن كان لصاحب الدار ما يعجل له من الدراهم."³

¹ - للتفصيل أكثر انظر: محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، ج3، المكتبة الإسلامية، ط1، القاهرة، 2006، ص560 و 561.

² - انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص332 والموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، طباعة ذات السلاسل، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1987، ص94 و السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص95.

³ - مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله، المرجع السابق، ص249.

كما ذكر ابن القيم الجوزية قول الإمام أحمد: لا بأس ببيع العربون،¹ وقال السامري: "ولا بأس ببيع العربون والأربون نص عليه"²

وقال المرادوي: "الصحيح من المذهب: أن بيع العربون صحيح. وعليه أكثر الأصحاب. ونُصَّ عليه. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المحرر، والتلخيص، والشرح، والفروع، والمستوعب، وغيرهم. وهو من مفردات المذهب"³

وجاء في المغني بأن الأثرم سئل الإمام أحمد عن رأيه في العربون قال: قلت لأحمد تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه.⁴

كما جاء في مسائل أحمد بن حنبل: "قال: حدثني عبد الأعلى في حديثه عن حمادة قال: وكان حميد - يعني الطويل - لا يرى بأساً إن يقول الرجل للرجل: إني أريد متاعاً، كذا وكذا، فإذا دفع عندك فأعلمني فإني أريد نحوه، ولا تقولن: اشتر كذا وكذا حتى اشتره منك؟ فسألت أبي عن ذلك؟ فقال: مثل قول حميد، وقال: لا بأس به."⁵

وقد استند أصحاب هذا القول إلى الأدلة الآتية: من السنة النبوية ومن الأثر:

- أ - فمن السنة النبوية: نجد ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، قال:
- حدثنا أبو بكر قال حدثنا محمد بن بشر قال حدثنا هشيم بن سعد عن زيد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل العريان في البيع.

¹ - انظر: ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج5، المرجع السابق، ص377 وابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

² - السامري، المستوعب، ج1، المرجع السابق، ص631.

³ - انظر: المقنع، الشرح الكبير، الإصناف، ج11، المرجع السابق، ص251 وما بعدها.

⁴ - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

⁵ - مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله، المرجع السابق، ص249.

- حدثنا أبو بكر قال: حدثنا معتمر بن سليمان، عن محمد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل العريان في البيع.¹ ، وذكر ابن حجر قول عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه: أنا الأسلمي، عن زيد بن أسلم: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العريان في البيع فأحله.² وعند مناقشة الاستدلال بهذه الأحاديث فقد قال العلماء أن حديث زيد بن أسلم الذي استدل عليه المجيزين حديث مرسل كما جاء في التمهيد أين يقول ابن عبد البر: " وهذا لا يعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه يصح، وإنما ذكره عبد الرزاق عن الأسلمي، عن زيد بن أسلم - مرسلًا - وهذا ومثله ليس بحجة، ويحتمل أن يكون بيع العريان الجائز على ما تأوله مالك والفقهاء معه، وذلك أن يعرئنه ثم يحسب عربانه من ثمنه إذا اختار تمام البيع." ³ ليضيف الحافظ ابن حجر أن الأسلمي هو ابراهيم بن محمد بن أبي يحيى وأن هذا الحديث المروي عنه ضعيف مع إرساله.⁴

وذكر ابن رشد أن زيد بن أسلم كان يقول أن رسول الله أجازه أي العربون، وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.⁵

ب - من الأثر : خبر عمر رضي الله عنه

استدل الحنابلة في إجازة التعاقد بالعربون بما رواه البخاري في صحيحه أن نافع بن عبد الحارث عامل عمر على مكة أنه اشترى من صفوان بن أمية دارا للسجن - وهي دار أم وائل - لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم، واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له، وإن لم

¹ - ابن أبي شيبة ، المصنف، المرجع السابق، ص 642 و 643.

² - ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج3، المرجع السابق، ص39.

³ - ابن عبد البر، التمهيد، ج24، المرجع السابق، ص179.

⁴ - ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج3، المرجع السابق، ص39.

⁵ - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2009، ص 689.

يرض فلفسفوان أربعمائة درهم، وسجن ابن الزبير بمكة،¹ ووجه الاستدلال أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز هذا الشراء، فإجازته هذه تعتبر حجة.²

وبمناقشة هذا الأثر ذكر الفقهاء انه حقيقة لا غبار على صحة وثبوت هذا الأثر باعتبار أنه ورد في صحيح البخاري عن نافع بن عبد الحارث، غير أن الشراء الذي اشتراه نافع لعمر رضي الله عنه يحتمل وصفين: أولاهما أن هذا البيع قد خلا من الشرط المفسد، فهو بمثابة عقد ابتدائي وصورته أنه دفع إلى البائع قبل البيع دراهم، وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشرها منك، فهذه الدراهم لك، ثم إنه اشتراها من البائع بعد ذلك وحسب الدرهم من الثمن.

وثانيهما: حمله على الوجه السالف الذكر فيه جمع بين فعل عمر وخبر المنع المرفوع، وأيضاً هو الموافق القياس ولقول الأئمة القائلين بفساد العربون.³

ج - من المعقول :

إن العربون لم يشترط للبائع بغير عوض، إذ العوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتقويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة.⁴

وبمناقشة هذا التحليل فقد رد المانعين بأنه لا يصح أن يجعل العربون عوضاً عن الانتظار وتأخير البيع من أجله، لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز أن يجعل من الثمن في حالة الشراء، ثم إن الانتظار بالمبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أن يكون العوض معلوم المقدار، كما في الإجارة.⁵

¹ - انظر كل من: البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق- بيروت، 2002، ص584، ومصنف ابن أبي شيبة، المرجع السابق، ص 643، وابن العباس الفاكهي، أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، ج3، دار خضر، لبنان، 1994، ص254، والازرقى، أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، مكتبة الاسدي، ط1، 2003، ص 755.

² - ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج5، المرجع السابق، ص377.

³ - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

⁴ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص95.

⁵ - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331 و332.

ثانياً: دلالة العربون في الفقه الإسلامي:

إن الاختلاف بين فقهاء الفقه الإسلامي في المذاهب السنية الأربعة أثر في النقطة المتعلقة بدلالة العربون بحسب طريقة معالجته في كل مذهب، بين اعتبار الدلالة فيه للبتات والتوكيد أو اعتبارها للعدول مقابل خسارته ممن عدل عن التعاقد.

غير أنه ورغم ذلك فلا خلاف بين الفقهاء عندما يكون العربون مدفوعاً كجزء من الثمن مع إمكانية استرداده من طرف المشتري عند عدم إتمام التعاقد لزوال مبرر المنع، وفي ذلك يقول الباجي: "العربون الذي لم ينه عنه فهو إن يبتاع منه ثوباً أو غيره بالخيار فيدفع إليه بعض الثمن مختوماً عليه إن كان مما لا يعرف بعينه على أنه إن رضي البيع كان من الثمن وإن كره رجع إليه ذلك لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته وإنما فيه تعيين للثمن أو لبعضه، وهذا لا خلاف في جوازه عن مالك وغيره".¹

فالمانعين للتعاقد بالعربون متفقين مع المجيزين له على حالة واحدة كالتالي ذكرها الباجي أنفاً وفيها تكون دلالة العربون للتوكيد بحيث يعتبر العربون جزءاً من الثمن عند إتمام التعاقد على أن يسترده المشتري إذا عدل عن الشراء.

أما دلالة العربون عند الحنابلة فيرى الإمام أحمد أن للعربون دلالة عدول، إذ يحق لمن يدفع العربون أن يتراجع عن التعاقد مقابل خسارته لمبلغ العربون الذي دفعه، وفي ذلك يقول فقيه الحنابلة العلامة البهوتي: "...يقول المشتري للبائع إن أخذت المبيع فهو من الثمن وإن لم أخذه أيها البائع فالدرهم لك".²

¹ - انظر كل من: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج4، دار الكتاب الإسلامي، ط1، القاهرة، 1332 هـ، ص157 وابن عبد البر، التمهيد، ج24، المرجع السابق، ص179.

² - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، عالم الكتب، 1983، ص195 وابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

غير أنه إن كانت دلالة التوكيد مفصول فيها عند الجمهور في الصورة المتفق عليها لصحة العربون (العربون جزء من الثمن عند الاتفاق مع ضرورة استرداده إذا لم يتم التعاقد)، فالأمر مختلف عند الحنابلة وإن كان يأخذ بدلالة العدول فهو مقترن بشرط مهم وأساسي ألا وهو التصريح بأنه إن تم البيع عد العربون من الثمن وإن لم يتم البيع فهو للبائع، فإن لم يصرح بذلك تتحول دلالة العربون من دلالة العدول إلى دلالة البتات وتوكيد في الفقہ الحنبلي، فقد جاء في منتهى الإرادات اللفظ الذي يدل على ضرورة التصريح: " وهو دفع بعض ثمن أو أجرة، ويقول: إن أخذته أو جئت بالباقي، وإلاّ فهو لك." ¹

أي أن المشتري يصرح للبائع بأن العربون يصير له عند عدم استكمال العملية التعاقدية مما يترتب عليه فقده، وإن تم التعاقد احتسب جزء من الثمن.

فلا يعتد بدلال العدول عند الحنابلة إلاّ إذا صرح المتعاقدين بذلك، فإذا لم يصرحاً بأن دلالة العربون إعطاء المشتري الحق في العدول عن التعاقد فإن الأصل أن العربون جزء من الثمن أي عربون البتات، ولعل ذلك ثابت من خلال المادة 309 من مجلة الأحكام الشرعية التي تنص على: " يصح بيع العربون وهو إن يشتري شيئاً ويعطى البائع شيئاً من الثمن عربوناً على أنه إن أخذ المبيع فهو من الثمن، وإلاّ فهو للبائع. فإذا تم البيع احتسب العربون من الثمن، وإلاّ كان للبائع. لكن إذا لم يصرح بذلك لا يكون للبائع..." ²

¹ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص 179.

² - مجلة الأحكام الشرعية مستنبطة من المذهب الحنبلي منظومة في شكل مواد على غرار مجلة الأحكام العدلية العثمانية المستنبطة من المذهب الحنفي وكذا مرشد الحيران في مصر المستمد من المذهب الحنفي هو الآخر - للتفصيل أكثر انظر: احمد بن عبد الله القارى، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق كل من عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان ومحمد ابراهيم أحمد علي، مطبوعات توهامة، ط3، السعودية، 2005، ص 27 و 28 و 144.

الفقه الإسلامي إذن يتراوح بين دلالاتي العربون بتاتا أو عدولا، وفي حالة الشك في معرفة دلالة العربون يرى السنهوري أن الأمر متروكا للعادة في تحديد دلالة العربون أهي عدول أم بتات وتوكيد، لأن العادة محكمة في الفقه الإسلامي.¹

في حين يذهب جانب آخر إلى أنه إذا لم يصرح بدلالة ما للعربون كانت دلالاته البتات واحتسب من الثمن إن تم العقد أو يرد للمشتري عند عدم إتمام التعاقد، إذ العادة محكمة فيما لا يتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية وما دام العربون لا يرد بالشرط وكان المعروف عرفا كالمشروط شرطا فان العرف جرى على اعتبار العربون تنفيذا للعقد ما لم يشترط غير ذلك.²

وفي هذا يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "ومن المعلوم أن طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها، وهي أساس لطريق التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار، وقد أيد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال: قال رجل لكريه: ارحل ركابك، فإن لم ارحل معك في يوم كذا فلك مئة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه."³

فإذا كانت دلالة العربون هي العدول عند التصريح بذلك عند الأحناف فهل العدول هنا حق أم رخصة؟ فذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أن الخيار حق من الحقوق وليس رخصة، ذلك أنه يعطى الخيار لمستعمله القدرة على الفسخ والتحلل من العقد، كما أن الخيار يثبت لسبب معين بذاته لا بالإذن العام من المشرع وقد يكون السبب شرطا في العقد.⁴

¹ - انظر كل من: جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1983، ص89 وما بعدها، وعبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص 96 ، وسمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص114.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 53 ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، ط2، دمشق، 1985، ص450.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، ط2، دمشق، 2004، ص 566.

⁴ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص180.

وعليه فإن الفقه الإسلامي تناول دلالة العربون من جهات مختلف:

- الصورة التي اتفق كل المذاهب على جوازها (العربون جزء من الثمن عند إتمام التعاقد فإن لم يتم التعاقد يسترده المشتري) ودلالة العربون هنا هي البتات والتوكيد،
- الصور التي منعها الجمهور وأجازها الحنابلة ومن معهم (يمكن للبائع أخذ العربون إذا لم يتم التعاقد) هنا فيها دلالتين: دلالة العدول بشرط التصريح بذلك من طرف العاقدين، ودلالة البتات والتوكيد إذا لم يصرح العاقدين على ترك مبلغ العربون والتنازل عنه عند العدول، فالعربون ليس ثمنا للعدول إلا بالشروط الصريح على ذلك.

وكخلاصة لما سبق يمكن القول بجواز التعامل بالعربون لعدد الأسباب منها أن أدلة المانعين ليست قوية وكافية لإثبات الحرمة فالأصل الإباحة والتحرير لا يثبت إلا بدليل قطعي، كما أن الوقائع التي أوردها الحنابلة للاستدلال على جواز العربون تشبه إلى حد بعيد البيع والإيجار بالعربون، فإذا كان العربون شرطا بين المتعاقدين فالبائع يلجأ لأخذ العربون من أجل حفظ حقه كي لا يقع ضحية غرر من نكول المشتري عن الشراء الأمر الذي يؤدي إلى تفويت الفرصة على البائع وقد يؤدي إلى كساد المبيع إن كان موسميا مثلا وأن قواعد الشريعة لا تمنع احتياط الإنسان لنفسه في مثل هذه المسائل فقد قال عمر ابن الخطاب: "مقاطع الحقوق عند الشروط"، ثم أن هذا النوع من التعامل قد شاع بين الناس وجرى عليه العرف ومعروف عند الفقهاء أن العرف معتبر وفي اعتباره رفعا للحرج وفقا للقاعدة المعروفة عرفا كالمشروط شرطا، وتعليقا على هذه القاعدة يقول الشيخ مصطفى الزرقاء أن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقبيد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف وذلك في كل موطن لا يصادف فيه العرف نصوصا تشريعية فالعرف عندئذ يعد مرجعا ومنبعا للأحكام ودليلا شرعيا عليها.¹

¹ - انظر: فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 455 و 456.

وإذا فصل المشرع الجزائري في افتراض دلالة العدول إن لم يتفق المتعاقدين عن أي دلالة فإنه في الفقه الإسلامي نجد أن المانعين والمجيزين للتعامل بالعربون متفقين على دلالة التوكيد على أن يحسب العربون المدفوع جزءاً من الثمن عند إتمام التعاقد على أن يسترده المشتري إذا عدل عن الشراء وما عداه فهو محرم عند الجمهور، بينما الحنابلة أخذوا بدلالة العدول كما هو الحال في القانون المدني الجزائري مع اشتراطهم التصريح بالعدول أي أن المشتري يصرح للبائع بأن العربون يصير له عند عدم استكمال العملية التعاقدية مما يترتب عليه فقده، فان لم يتم التصريح انقلبت دلالة العربون في الفقه الحنبلي من العدول إلى التوكيد.

المبحث الثاني: تعريف العربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي وتمييزه عن باقي النظم المشابهة له.

بعد التعرض للتطور التاريخي ونشأة العربون بالإضافة إلى البحث عن الأساس الذي تستند إليه التشريعات في الأخذ بالعربون من عدمه أولاً، ثم في تغليب دلالة على أخرى من بين دلالاتي العربون سمح لنا بإيجاد البعد القانوني والتأصيل الشرعي للتعاقد بالعربون في ظل كل من القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، لابس من التطرق في هذا المبحث إلى تعريف العربون في القانون المدني الجزائري ومختلف التعاريف الفقهية الوضعية وكذا تعريفه في الفقہ الإسلامي عند المانعين له والمجزين له على السواء، لنصل إلى تحديد تعريف خاص مع تبيان مختلف خصائص.

ونتيجة لكون هذا النوع من التصرفات القانونية له ما يشابهه ويجعل بينه وبين مختلف النظم القانونية الأخرى مواطن تداخل، لكان من الضروري إجلاء كل لبس من شأنه أن يخلط المفاهيم، كل ذلك في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف العربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي.

اختلفت التشريعات العربية والغربية في إيجاد تعريف شامل ومدلول محدد للتعاقد بالعربون، شأنه شأن المشرع الجزائري الذي ترك الباب مفتوحاً للفقہ والقضاء للإحاطة بتعريف العربون ومكونه، أما الفقہ الإسلامي ويرغم اختلافهم في أساسه كما سبق بين المانعين والمجزين إلا أنهم أبدوا في تحديد تعاريف مبنية على وقائع فعلية أو افتراضية من خلال تطبيقات عرضت عليهم للتأكيد على ضرورة الأخذ بجوازه أو للتأكيد على ضرورة توقيه.

وسيتم التعرض في هذا المطلب لمختلف التعاريف الفقهية الوضعية والشرعية فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف العربون في القانون المدني الجزائري.

من خلال نص المادة 72 مكرر يظهر جليا بأن المشرع المدني الجزائري سكت عن وضع تعريف للعربون على غرار عديد التشريعات المقارنة الأخرى العربية منها والغربية، تاركا المجال للفقهاء الذي تعددت التعاريف عندهم وأحسن ما فعل المشرع الجزائري بذلك إذ أن وضع تعريف للعربون راجع بالأساس للفقهاء بل هو من صميم اختصاصه وليس للتشريع، غير أن هذا لم يمنع البعض من وضع تعريف للعربون في تشريعاتها كالمشرع التونسي الذي عرف العربون في نص المادة 303 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: " ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدوا عليه"، في حين عرفه المشرع المغربي في المواد من 288 إلى 290 من تقنين الالتزامات والعقود على أنه العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده.¹

وسنذكر تعاريف بعض المؤلفين والفقهاء الذين اختلفت زواياهم بحسب تغليبهم لدلالة على حساب أخرى، فمنهم من يربط مصطلح *restreinte* الوارد في نص المادة 1590 مدني فرنسي بوظيفة العدول نجد:

فقد عرفته Fabre-Magnan بأنه مبلغ مالي يفقده الطرف الذي قرر استعمال الحق في العدول، ونفس التعريف تبناه قاموس المعجم القانوني لسنة 2014 ومن خلاله يحفظ العربون ويضمن استعمال الحق في العدول.²

أما Planiol يعرفه: مبلغ من النقود يقدمه أحد المتعاقدين للآخر وقت الإبرام النهائي للعقد لضمان تنفيذه.³

¹ - عبد الرحمان الشراوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، ج1، المرجع السابق، ص106.

² - Lie Bei, les arrhes étude franco-chinoise, thèse de doctorat soutenue le 23/09/2015, université de Panthéon-Assas, P35.

³ - Marcel Planiol, traite élémentaire de droit civil, T 2, L.G.D.J, Paris, 1923, p 470.

وعرفه Capitant بأنه : مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت انعقاد العقد ليعتبر إما وسيلة عدول أو وسيلة إثبات أو وسيلة دفع كجزء من الثمن.¹

عرفه Louis Josserand بأنه مبلغ من المال يدفع نقداً من أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، قد يقصد منه ضمان تنفيذ الصفقة أو قسط معجل من الثمن أو وسيلة لإثبات انعقاد العقد أو مقابل العدول عن العقد.²

ويعرف العربون أيضاً بأنه كل مبلغ مالي ويمكن أن يكون أي شيء آخر يدفع مسبقاً من طرف أحد المتعاقدين للآخر في عقدي البيع والإيجار وذلك لضمان تنفيذ العقد كوسيلة للإثبات أو العدول.³

أما Redouine فعرفه بأنه مبلغ من المال أو أي شيئاً آخر يدفع من طرف أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد بهدف الإثبات كدفعة أولى من الثمن أو للعدول.⁴

ويعرف العربون في مجال حماية المستهلك بأنه المبلغ المدفوع مسبقاً من طرف المستهلك أو المحترف إلى البائع لضمان تسليم السلعة وتنفيذ العقد على أنه عند العدول عن ذلك يفقده من دفعه و يرد ضعفه من قبضه ما لم يشترط في العقد غير ذلك.⁵

أما الفقه العربي فيعرفه بأنه مقدار معين من المال يدفعه أحد المتعاقدين وغالباً ما يكون المشتري أو من في مركزه كالمستأجر للطرف الآخر عند إبرام العقد وذلك للدلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه أو على أنه ثمن للعدول عن الصفقة ونقض العقد، فمنهم من

¹-Ambroise Colin et H.Capitant,cours élémentaire de droit civil français, op.cit, p 480 – 481.

²- Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op. cit,p 635- 636.

³- V. Marcadé, explication théorique et pratique du code civil, T 2, 7^eed, Delamotte et fils éditeurs, Paris, 1875, p179 – 180.

⁴- Lie Bei, les arrhes étude Franco-Chinoise, op. cit, p36.

⁵- Brunelle Fessars, les obligations non matérialisées dans les contrats, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, soutenue le 05/12/2015, p90 – 91

عرفه أيضا بأنه: هو أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغا من المال يكون عادة من النقود وأكثر ما يكون في عقدي البيع والإيجار.¹

ويعرفه آخر بأنه: مبلغ من النقود أو أي شيء آخر غيره يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد على ذمة تنفيذ العقد أو على أمل إتمام التعاقد.²

وهو مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر يدفعه احد المتعاقدين للآخر وقت انعقاد العقد إما لتمكين كل منهما من العدول عن العقد وإما للدلالة على انعقاد العقد.³

وهو أيضا مبلغ من النقود أو أي شيء آخر له قيمة اقتصادية يقوم بدفعه أو تسليمه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد.⁴

وهو مبلغ من المال، أو منقول معين تحدد قيمته في العقد يسلمه احد المتعاقدين للمتعاقد الآخر، وقت إبرام العقد، إما للدلالة على أحقية كل منهما في العدول عن العقد، أو للدلالة على نهائيته والبت فيه وتأكيده، بالبده في تنفيذه، ودفع جزء من الثمن.⁵

وهو مبلغ من المال أو أي منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد لتحقيق غاية معينة،⁶ وذلك بعد الاتفاق على كافة عناصر العقد.⁷

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 215.

2 - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقہ الإسلامي، طبعة 1984، ص 187.

3 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 445.

4 - حسب الرسول الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه في القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979، ص 417.

5 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 144.

6 - انظر: أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، د.س، ص 113

ونبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 100.

7 - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج2، المرجع السابق، ص 142.

ومنهم من عرف العربون بأنه مبلغ من النقود يدفعه المشتري للبائع وقت العقد،¹ وهناك من عرفه بأنه شرط اتفاقي يدفع بمقتضاه أداء مالي من جانب أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عند إبرام العقد وذلك إما للدلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه أو على أنه ثمن للعدول عن العقد.²

أما محكمة النقض المصرية فقد عرّفت العربون بأنه هو ما يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند إنشاء العقد وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلاً عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائي، وقد يريدان أن يجعلاً لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه، ونية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني.³

وعليه فإنه يحدث أن يتفق طرفا العقد على المسائل الجوهرية لكن لا يرقى هذا الاتفاق إلى العقد النهائي،⁴ وإنما يدفع أحدهما للآخر مبلغاً من المال أو أي شيء آخر كمرحلة سابقة للعقد النهائي، ويعتبر إذ ذاك العربون بمثابة بدأ في تنفيذ العقد،⁵ سواء كان بيعاً أو إيجاراً ففي عقد البيع مثلاً يكون بأن يبرم المتعاقدين عقداً ابتدائياً يتفقان فيه على ميعاد لإبرام العقد النهائي كما يتفقان على مبلغ يدفعه المشتري للبائع عند إبرام العقد الابتدائي وهو ما يسمى بالعربون.⁶

1 - جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمسماة عقد البيع، دار الفكر، 1970، ص 53.

2 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 506.

3 - سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص 463.

4 - عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط1، إصدار ثالث، الأردن، 2008، ص 104.

5 - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ط1، الإسكندرية، 2007، ص 101.

6 - أنطوان قيس، ملخص القانون المدني لطلاب الصف الثالث، عقد البيع، جامعة حلب، كلية الحقوق، العام الدراسي 1965-1966، ص 41.

وأمام هذه التعاريف التي تباينت بحسب الزاوية المنظور إليها للعربون فمنهم من حاول تعريف العربون مع التركيز على وظيفته فقد يكون جزء من الثمن أو لإثبات العقد أو قد يكون قصد إعطاء الحق في العدول، أما المشرع الجزائري فلم يعرفه في نص المادة 72 مكرر المستحدثة بموجب القانون 10/05 وترك في الأصل الحرية للمتعاقدین في الاتفاق على دلالة العربون على اعتبار أن النص القانوني السالف الذكر من النصوص المكملة وليس الآمرة، إذن المنطلق في هذا النص هو تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ثم في حالة الاختلاف بين المتعاقدين نلجأ إلى تطبيق النص القانوني أين غلب المشرع الجزائري دلالة العدول، وبذلك تكون أحكام العربون الواردة في هذه المادة حكما عاما يصدق على العربون في سائر العقود.

ومما سبق يمكن أن نصيغ التعريف الآتي: العربون هو مبلغ من المال أو أي شيء آخر تحدد قيمته في العقد يدفعه أحد المتعاقدين للآخر بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية الأخرى على أن يتفقا أيضا على تحديد مدة زمنية معقولة تسمح للمتعاقد إما توكيد العقد أو استعمال حقه في العدول بصرف النظر عن الضرر ما لم يكن متعسفا.

ونستشف من خلال هذه التعاريف بان العربون له جملة من الخصائص منها أن مبلغ العربون غالبا ما يكون مبلغ نقدي ونادرا ما يكون شيء منقول يدفع من احد المتعاقدين للمتعاقد الآخر، ويتم دفع العربون بعد تحديد نية المتعاقدين واتفاقهم حول دلالاته إما عدول أو توكيد فدفع العربون يكون لحظة تكوين العقد وقبل إبرامه نهائيا، إذ العربون يكون مضافا إلى العقد وليس من طبيعته لأن العقود يمكن أن تبرم دون عربون، فالعربون كمرحلة تمهيدية للعقد النهائي يختلف في حد ذاته عن العقد النهائي ذاته، ثم إن العربون لا يقترن إلا بعقد صحيح كامل الأركان وذلك مختلف باختلاف نوع العقد في حد ذاته.¹

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 109 و 110.

الفرع الثاني: تعريف العربون في الفقه الإسلامي

قبل التعرض لتعريف العربون عند المدارس الفقهية الأربعة لأبأس من التطرق إلى تعريف العربون لغة من خلال من مختلف القواميس والمعاجم اللغوية.

أولاً: العربون لغة

عرف العربون في المعجم العربية بتعاريف مختلفة اختلاف المنظور والزاوية، فالعربون لغة فيه ست لغات عربون وأربون على وزن حلزون، وعربون وأربون على وزن عصفور، عربان وأربان على وزن قربان، أفصحها فتح العين والراء، ثم ضم العين وإسكان الراء، ثم الضم والألف، وأما الفتح مع الإسكان فلحن لم تتكلم به العرب، والعربون أعجمي معرب أصله في اللغة التسليف والتقديم وهو ما عقد به العقد.¹

والعربون والعربان لغة في الأربون والأربان ولا يقال الرُبُون وهو حرف أعجمي وصرّفوا منه فقالوا عَرَبَتُ في الشيء وأعربت فيه... وقد تسمى العربان المُسَكَّن.. ويجمع على المساكين كما يجمع العربان على العربيين واللغة العالية العَرَبُونَ.²

ويضيف الزمخشري في هذا المعنى: "...ويقال أعرب في كذا وعَرَّب وعَرَّبَ ومَسَّك، فكأنه سمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع، أي إصلاحاً وإزالة فساد، وإسكاً له لئلا يملكه آخر."³ وجاء في تاج العروس: "الأربان هو العربان... والإعراب كالتعريب قال الفراء أعربت إعراباً، وعربت تعريباً، وعربنت إذا أعطيت العربان" ويضيف المؤلف في موضع آخر "إن العربان كعثمان للعربون والعربون وقد تحذف الهمزة فيقال فيه الربون كأنه من ربن حاكاه بن خالويه... فهي سبع لغات، ونقل شيخنا عن أبي حيان لغة ثامنة وهي العربون، بفتح فسكون

¹ - وهبة الزحيلي، بيع العربون، دار المكتبي، ط1، سوريا، 2000، ص7.

² - أبي منصور موهوب بن أحمد بن محمد بن الخضر الجواليقي، المعرب من الكلام الأعجمي على حروف المعجم، طبع سنة 1847 في مدينة لبيبا، ص104.

³ - جار الله محمود بن عمر الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي محمد البجاوي و محمد أبو الفضل ابراهيم، ج2، مطبعة عيسى الباجي الحلبي وشركائه، ط2، د.س، ص410.

فضم، قلت فهي لغة عامية ... ، وذكر لغة تاسعة حكاها ابن عديس قال نقلت من خط ابن السيد قال أهل الحجاز يقولون أخذ مني عربان بضمين وتشديد الموحدة... والأريون مشتق من الأرية وهو العقدة، لأنه به يكون انعقاد العقد... وأرینته أعطيته ربونا، وهو دخيل.¹

وهو اسم مفرد لا جمع له، فقد قال الأصمعي العربون أجنبي معرب يقال عربنه أي أعطاه ذلك ويقال أعرب في بيعه أي أعطى العربون، ويضيف ابن سيده أرينه أي أعطاه الأريون.²

وجاء في لسان العرب في لفظ عربين: "العربون والعربون والعربان: الذي تسميه العامة الأريون تقول منه عربنته إذا أعطيته ذلك، ويقال رمي فلان بالعربون إذا سلح."³

كما ورد في الصحاح في لفظ " عربين: العربون و العربون والعربان الذي تسميه العامة الربون، يقال منه عربنته، إذا أعطيته ذلك."⁴

وجاء في القاموس المحيط " والعربان والعربون بضمهما، والعربون محركة وتبدل عينهن همزة، ما عقد به للمبايعة من الثمن."⁵

وفي المصباح المنير: "...العربون بفتح الراء قال بعضهم هو أن يشتري الرجل شيئا أو يستأجره ويعطي بعض الثمن أو الأجرة ثم يقول إن تم العقد احتسبناه وإلا فهو لك ولا أخذه

1 - محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي الهلالي، ج2، مطبعة حكومة الكويت سنة 1987 مع إعادة طبعه سنة 2004، ط2، ص23 وانظر أيضا الجزء الثالث منه، ص337 و 350 وانظر أيضا الجزء الخامس والثلاثون منه، ص71.

2 - انظر كل من: ماجد أبوخية، حكم العربون في الإسلام، المرجع السابق، ص7 وابي الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، ج10، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2000، ص 263.

3 - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر، بيروت، د.س، ص284.

4 - انظر كل من: اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص 749 و ابن قتيبة عبد الله بن مسلم، غريب الحديث، تحقيق عبد الله الجبوري، ج1، مطبعة العاني، ط1، بغداد، 1977، ص197.

5 - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص1067.

منك، والعربون على وزن عصفور والعربان بالضم لغة ثالثة ونونه أصلية... وأعرب في بيعه بالألف أعطى العربون وعربته مثله وقال الأصمعي العربون أعجمي معرب...¹ وفي النهاية لابن الأثير: "يقال أعرب في كذا وعرب وعربن وهو عربان وعربون وعربون، وقيل سمي بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع أي إصلاحا وإزالة فساد، لئلا يملكه غيره باشتراؤه."² وفي المعجم الوسيط: "العربون ما يعجل من الثمن على أن يحسب منه إن مضى البيع وإلا استحق للبائع."³

ثانيا: العربون في اصطلاح الفقہ الإسلامي

لقد تدارست المذاهب الفقهية الأربعة موضوع العربون وتناوله من خلال إجازة التعامل به أو من خلال تحريمه ومنع التعامل به، فنجدها تعرضت له اصطلاحا وموضوعا.

1- تعريف العربون عند الحنفية: فقد عرفه السغدي في فتاويه: "بيع العربون ويقال الأريان هو أن يشتري الرجل السلعة فيدفع إلى البائع دراهم على أنه إن أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن، وإن لم يأخذ فيسترد الدراهم."⁴

2- تعريف العربون عند المالكية :

نجد تعاريف عديدة للعربون عند السادة المالكية، نذكر منها ما يلي :

فقد قال الإمام مالك: "وذلك فيما نرى - والله أعلم - 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 أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكارىت منك، فالذي أعطيتك هو من

¹ - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، طبعة بلونين ميسر، مكتبة لبنان، سنة 1978، ص152.

² - الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار ابن الجوزي، ط1، 1461 هجري، ص601.

³ - المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، مصر، ص591.

⁴ - السغدي، المنتقى في الفتاوى، ج1، المرجع السابق، ص472.

ثمن السلعة، أو من كراء الدابة. وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة، فما أعطيتك، لك باطل بغير شيء.¹

وفي حاشية الدسوقي: "هو ان يشتري أو يكتري السلعة ويعطيه أو يعطي المشتري البائع شيئاً من الثمن على أن المشتري ان كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، وان أحب البيع حاسبه به من الثمن أو تركه مجاناً"،² كما جاء في التفريع: "هو أن يشتري الرجل السلعة بثمن ويقدم بعضه، على أنه ان اختار تمام البيع، نقد تمام الثمن، وان كره البيع، رده ولم يرجع على البائع بما نقده من الثمن، والكرء والبيع في ذلك سواء."³

3- تعريف العربون عند الشافعية :

لقد تقاربت تعاريف الشافعية للعربون من خلال العينات التالية:

العربون أصله التقديم والتسليف ومفاده أن يشتري سلعة ويعطيه دراهم مثلاً وقد وقع الشرط في صلب العقد على أنه إنما أعطاه لتكون من الثمن ان رضي السلعة وإلا فهبة.⁴ وفي نفس المعنى قال الشرييني: "أن يشتري ويعطيه دراهم لتكون من الثمن إن رضي السلعة، وإلا فهبة."⁵

¹ - انظر كل من: موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي، المرجع السابق، ص 419، والصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج 3، المرجع السابق، ص 22، وابن رشد القرطبي، المقدمات، ج 2، المرجع السابق، ص 72، وأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج 5، المرجع السابق، ص 338.

² - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار احياء الكتب العربية، د.س، ص 63 وانظر أيضاً: أبي عبد الله محمد الخرشني، حاشية الخرشني على المختصر الجليل للشيخ خليل، ج 5، الطبعة الأميرية، ط 2، مصر، سنة 1317 هجري، ص 78.

³ - أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، التفريع، ج 2، دراسة وتحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط 1، بيروت، 1987، ص 268 و 269.

⁴ - انظر كل من: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 3، المرجع السابق، ص 476، وحاشيتنا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، ج 2، المرجع السابق، ص 186، وعبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج 4، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د.س، ص 321 وما بعدها.

⁵ - الشرييني، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص 53.

ليضيف النووي: "أن يشتري سلعة من غيره، ويدفع إليه دراهم على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن، وإلا فهي للمدفع إليه مجاناً." ¹

وقال القتيبي: هو أن يشتري الرجل السلعة، فيدفع درهما أو ديناراً، على أنه إن أخذ السلعة بالبيع. كان المدفوع من الثمن، وإن لم يتم البيع، وردَّ السلعة كان المدفوع هبة للبائع، ولم يسترجعه منه، ² كما جاء في حاشية الشرقاوي: "وبيع العربون بأن يعطيه شيئاً على أنه لصاحب السلعة هبة إن لم يتم البيع ومن الثمن إن تم." ³

4- تعريف العربون عند الحنابلة :

قال صاحب الإنصاف: "العربون أن يقول: إن أخذت المبيع وجئت بالباقي وقت كذا وإلاّ فهو لك." ⁴

وقال البهوتي: "أن يدفع بعض الثمن في بيع عقده أو إجارة، ويقول: إن أخذت المبيع أو المؤجر احتسبت بما دفعت من ثمن أو أجرة وإلاّ فهو لك، أو يقول إن جئت بالباقي من ثمن أو أجرة وإن لم يعين وقتاً وإلاّ فهو لك." ⁵

والعربون يعرف أيضاً بأن دفع بعض الثمن أو الأجرة بعد العقد لا قبله، ويقول إن أخذته أو جئت بالباقي، وإلاّ فهو لك، فإن وفى فما دفع فمن الثمن، وإلاّ فللبائع والمؤجر. ⁶

¹ - الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت، 1991، ص 397.

² - أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج5، دار المنهاج، د.س، ص 111.

³ - عبد الله بن حجاز الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري، ج2، د.س، ص15.

⁴ - علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج4، بيت الأفكار الدولية، لبنان، سنة 2004، ص358 وانظر أيضاً البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص195.

⁵ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، ج2، عالم الكتب، ط1، لبنان، 1993، ص33 وانظر أيضاً: محمد بن أحمد البهوتي الشهير بالخلوتي، حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، ج2، دار النوادر، ط1، قطر، 2011، ص 605.

⁶ - مرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، المؤسسة السعيدية، ط2، الرياض، د.س، ص 26.

وفي المغني: " أن يشتري السلعة فيدفع للبائع درهما أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع."،¹ وقال ابن مفلح: " أن يشتري شيئاً، ويعطي البائع درهما، ويقول: إن أخذته، وإلا فالدرهم لك."²

هذا وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع.³

ولعل من خصائص العربون في الفقه الإسلامي كونه لا بد أن يكون مدفوعاً كجزء من الثمن وأن لا يرد إلا على العقد الصحيح اللازم، كما يتميز العربون بأنه يعطي الخيار للذي دفعه فقط، أما الطرف الآخر فالعقد يكون لازماً بالنسبة له، أي إنه يعطي إمكانية أحادية للفسخ لطرف واحد فقط، وأنه يكون مضافاً للعقد، ولكنه ليس من طبيعته، وأنه مبلغ يُدفع عند إبرام العقد وهو بذلك يختلف عن الأدوات الأخرى التي يدفعها أحد المتعاقدين بعد إبرام العقد، مثل الإقالة التي تُدفع للخروج من العقد.⁴

كما يحمل العربون في الفقه الإسلامي مقاصد هامة إذ أنه يعطي للمشتري أو المستأجر حق النكول إذا بدا له أن الشراء ليس في صالحه، كما يكفل جبر الضرر الحاصل على البائع أو المؤجر في حدود مبلغ العربون نتيجة النكول.⁵

1 - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 331.

2 - المقنع، الشرح الكبير، الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص249 وما بعدها.

3 - مجلة المجمع الفقهي، الدورة الثامنة المنعقدة بدار السلام من 21 إلى 27 جوان 1993، العدد الثامن، ج1، ص641.

4 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص105.

5 - رفيق يونس المصري، بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، دار المكتبي، ط1، دمشق، 1999، ص 15 .

ويتضح من خلال ما سبق أن حكم العربون وصورته في الفقه الإسلامي تختلف عما هو موجود في القانون المدني الجزائري عندما يتعلق الأمر بدلالة العدول أين تنازعه الفقه الإسلامي بين اتجاهين الأول أجازة وهو موقف الإمام أحمد والثاني حرمة ومنع التعامل به وهم الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية مع اختلاف كل مذهب في جزئيات التعامل بالعربون التي سنوردها في هذا البحث تباعاً، أما إذا كان للعربون دلالة التوكيد وتنفيذ العقد فهو تعاقد قانوني وجائز شرعاً باتفاق الفقهاء على أن يخصم العربون من الثمن الكلي للمبيع.

وعند تأصيل موقف المشرع الجزائري من التعاقد بالعربون نجده قد أخذ في مجال الفقه الإسلامي بالمذهب الحنبلي الذي أجاز التعاقد بالعربون وفقده عند العدول حسب الأسانيد السابقة الذكر، وفي ذلك يقول عبد الفتاح عبد الباقي: "إن الفقه الإسلامي عرف بدوره التعاقد بالعربون ولجأ إلى تنظيمه على نحو سائغ مقبول، وإن اختلفت أحكامه باختلاف مذاهبه، وإذا كان الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي هو صحة التعاقد بالعربون في ذاته إلا أن الخلاف قد ثار تحت ظله حول أثر الاتفاق على ضياع العربون على دافعه إذا ما باشر خيار الرجوع في العقد".¹

وبإلقاء نظرة على التعاريف السابقة في الفقه الإسلامي نجد أنها لم تتعرض إلى حالة ما إذا كان البائع هو الذي كره البيع فهل يرد مثل العربون الذي أخذه مثلما هو الحال في القانون المدني الجزائري؟ وبالمقارنة نجد أن المشرع الجزائري يتوافق مع الحنابلة الذين لا مانع لديهم من أن يرد البائع إن كره البيع أي عند العدول ما أخذه ومثله للمشتري لأنه إذا جاز أن يكون الخيار للمشتري على أن يفقد العربون جاز أيضاً أن يكون للبائع على أن يرد العربون ومثله، والقياس في هذا مضاف إلى ما قاسه الإمام أحمد لصورة بيع العربون الذي للمشتري فيه الخيار على صورة البيع البات يتلوه تقايل يدفع المشتري مقابلته شيئاً.²

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 196.

² - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص 96 .

وما جاء في القانون المدني الجزائري لا يتعارض مع حكم المذهب الحنبلي خاصة في مسألة فقدان العربون - مع تفصيل لهذه الفكرة في الباب الثاني من هذا البحث -، ذلك أن اشتراط العربون ممن دفعه لم يكن بغير عوض لأن العوض هو التعطل والانتظار لأن للزمن ثمن لاسيما في العلاقات التعاقدية التجارية، بالإضافة إلى تفويت الفرصة للإقدام على بيع آخر قد يكون أكثر ربحا، كما أن دفع العربون مطية للتعامل الجدي بين المتعاقدين ويفرض الانضباط في التعاقد.

المطلب الثاني: تمييز العربون عن غيره من النظم المشابهة له.

يتميز العربون عن كثير من النظم المشابهة له من عدة أوجه فنجدته يتداخل معها تارة ويتعارض معها تارة أخرى سواء في القانون الوضعي أو الفقه الإسلامي. ولا بد من الإشارة إلى أن العربون وما يحمله من حق العدول في التعاقد بالعربون قد يختلط بحق الرجوع عن العقد في الفقه الإسلامي أو ما يسمى بخيار الرجوع، فقد يتشابه البيع بالعربون مع البيع بخيار الرجوع خلال مدة محددة عند مرور المدة دون رجوع فيتأكد العقد في كليهما، بينما يختلفان في كون التعاقد بالعربون أوسع نطاقا من البيع بخيار الرجوع الذي لا ينطبق إلا على بيع المنقولات عبر المسافات.¹

¹ - أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 149.

الفرع الأول: تمييز العربون عن الشرط الجزائي: la Claus pénale

نصت المادة 183 مدني جزائري على أنه: "يجوز للمتعاقدین أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181"، فالشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق سابق تابع للالتزام أصلي على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد المتعاقدین عند عدم تنفيذ أحدهما للالتزامه أو تأخره فيه.¹ أو هو الاتفاق مقدما بين الدائن والمدين على مقدار التعويض عند عدم قيام المدين أو تأخره عن تنفيذ التزامه.²

وهو اتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد ام في عقد لاحق يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حالة إخلاله بالالتزام ترتب في ذمته سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي، عدم تنفيذ جزئي، تأخر في التنفيذ أو تنفيذ معيب.³

وللشرط الجزائي تطبيقات متعددة منها عقود اللاعبين في كرة القدم فيتنفق اللاعب والفريق على مدة محددة على أن الفسخ من أي طرف قبل حلول المدة يكون مقابلا لمبلغ معين يعتبر شرطا جزائيا.

ومن بين أهم نقاط التشابه والفوارق بين العربون والشرط الجزائي نجد:

1- مواطن الاتفاق:

أ- من حيث المصدر: يمتاز كلاهما بطابع التبعية لاتفاق أصلي ملزم، هذا الطابع التبعي للالتزام الأصلي مسلم به في الشرط الجزائي غير أنه محل خلاف في العربون فالبعض يذهب

¹ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 481.

² - انظر: جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 47 وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 196.

³ - قارس بويكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، نوقشت بتاريخ 2015/01/29، ص 14.

إلى القول بأن العربون هو مجرد عمل مادي وليس تعبيراً عن الإرادة ويرى آخرون أن النظر المقصور على الطريقة التي يتحقق بها العربون يخلط بين التنفيذ فلا يعقل أن يكون العربون إلا بتوفر إرادتين فهو تصرف قانوني.¹

ب- كلا منهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب والحث على تنفيذ العقد حتى لا يخسر العربون أو يدفع الشرط الجزائي.²

ج- من حيث الأثر القانوني: لا يمكن أن يطرح موضوع العربون أو الشرط الجزائي إلا في الحالة التي لا ينفذ فيها العقد من قبل أحد المتعاقدين وفقاً لمقتضيات المسؤولية العقدية أي أن لا يكون عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي لا يد للمتعاقدين فيه.³

د- يمكن أن يدفع أحد الطرفين عربوناً لضمان عدم التأخير في تنفيذ التزامه، وشأن العربون هنا شأن الشرط الجزائي.⁴

هـ- لا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض الاتفاقي أو بعربون ذو دلالة البتات إذا كان التنفيذ العيني ممكناً،⁵ فكلاهما تقدير لمبلغ يدفع عند الإخلال بالعقد في الشرط الجزائي وعند العدول عن التعاقد في العربون.⁶

1 - انظر: ابراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، ط1، مصر، 2003، ص 61 و 78 وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 452.

2 - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، أطروحة دكتوراه تحت إشراف الدكتور ابراهيم العروان، قم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 1426/1425 هـ، ص 147.

3 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 482.

4 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 202.

5 - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، ماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 72.

6 - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص 150.

2- مواطن الاختلاف:

أ- الشرط الجزائي هو شرط يدون في العقد أو في اتفاق لاحق بوصفه شرطا من شروطه ليكون كجزاء للإخلال بتنفيذ العقد بشرط أن يكون الاتفاق سابق لواقعة إخلال المدين بالتزامه فإذا تأخر عنه أصبح صلحا لا شرطا جزائيا،¹ أما العربون فهو مال يدفع وقت التعاقد ويكون ضمانا لتنفيذ العقد إذا يحمل دلالة البتات أو تعويضا إذا حمل دلالة العدول.²

ب- دور القاضي في تعديل مقدار التعويض في الشرط الجزائي، فللقاضي كامل السلطة التقديرية لإعادة اختلال التوازن العقدي وذلك بتخفيضه أو الزيادة فيه بما يتناسب والضرر اللاحق أو عدم الحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أي ضرر³ حسب نص المادة 184 مدني جزائري، أما عربون العدول فليس للقاضي أن يعدل فيه أو أن يحكم به لأنه تعويض مقدر بالقانون فلا يجوز تخفيضه أو الزيادة فيه ولو لم يترتب على العدول أي ضرر،⁴ فالعربون يستحق دون اعتبار إذا رتب العدول ضررا للمتعاقد الآخر أم لا.⁵

¹ - سمر فايز اسماعيل، العربون والعقود، المرجع السابق، ص 66.

² - انظر كل من: عبد السلام الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 50، وفؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 483، والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، المرجع السابق، ص 807.

³ - فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتفصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 307 وما بعدها

⁴ - انظر كل من: ابراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي دراسة مقارنة فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 77، والسنهوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص 807، وسمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة، الإسكندرية، د.س، ص 62، وطارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 73.

⁵ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 194.

ج- إن العربون يستحق دون الحاجة إلى اعدار عكس الشرط الجزائي الذي لا يكون مستحقا إلا بعد الاعذار باعتباره تعويضا اتفاقيا.¹

د- إن تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي إلى فسخ العقد بل يبقى المتعاقد المخل بالتزامه ملزما باستكمال تنفيذه حسب القواعد العامة، أما العدول في العربون فإنه يؤدي إلى فسخ العقد ولا يمكن الحكم على من عدل عن التعاقد بتعويض إضافي إلا إذا كان متعسفا فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا عن العدول.²

هـ- إذا كان يمكن تكييف العربون بأنه بدل في الالتزام البدلي كما سبق تبيانه فالشرط الجزائي لا يكيف بأنه التزام تخييري ولا التزاما بدلانيا فلا يستطيع الدائن أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي بل يقتصر طلبه على تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام ممكنا عكس ما هو عليه الحال في العربون،³ فالشرط الجزائي التزام ثانوي لا يغني عن الوفاء بالالتزام الأصلي ولا يقوم مقامه إلا إذا صار الالتزام الأصلي مستحيلا أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة الشرط الجزائي في حين يمكن لدافع العربون التحلل من التزامه تاركا العربون أو رادا له ومثله ولا يجوز للمتعاقد الآخر أن يرفض ذلك.⁴

ونشير في الأخير إلى أنه عند اختلاط العربون بالشرط الجزائي والتباسهما للقاضي أن يستخلص من بنود العقد وكذا ظروف وملابسات الدعوى قصد المتعاقدين ان كان البيع باتا بشرط جزائي أو كان بيع بعربون،⁵ وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: "بأن الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزائية لا يجوز

¹ - لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 134 وانظر أيضا: قارس بويكر، الشرط الجزائي وسلطة

القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 26

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 484.

³ - سمر فايز اسماعيل، العربون والعقود، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 135.

⁵ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 61 وانظر أيضا: فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح

النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ط3، الإسكندرية، 2001، ص 99.

الانتقاص منها أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز انتقاصه لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحا.¹

ومما تقدم نستنتج بأن أغلب الفوارق بين العربون والشرط الجزائي هي في حقيقة الأمر بين عربون العدول والشرط الجزائي نظرا لاختلاف دلالة العدول عن دلالة البتات كما سبق.

الفرع الثاني: تمييز العربون عن الالتزام التخييري Obligation Alternative

معلوم أنه عند دفع العربون من طرف أحد العاقدين للآخر يكون لهما الحق في تنفيذ العقد أو العدول عنه مقابل خسارة العربون أو رده ومثله، فهذا الاختيار بين التنفيذ والعدول عن التنفيذ ناتج عن اتفاق بين الطرفين، وقد نصت المادة 213 مدني جزائري بقولها: "يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرا ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك."

ويشترط لإلحاق وصف التخيير بالالتزام أن يرد الالتزام على عدة أداءات على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار، وأن المدين يكون ملتزم بأداء إحدى هذه المحال التي من الضروري أن تكون مستوفية للشروط القانونية للمحل.²

يتضح من هذا النص أن الأصل في الخيار للمدين مع إمكانية الاتفاق على منح الدائن حق الخيار، ويختلف الأمر عند عدم استعمال الخيار الممنوح بين الدائن والمدين، فإذا كان الخيار للمدين ثم امتنع عن الخيار جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل للمدين وإلا يتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام، أما إذا كان الخيار للدائن ولم يستعمله وامتنع عن

¹ - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 51 و 52.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 287.

الاختيار يجوز للمدين أن يطلب من القاضي تعيين أجل لذلك فإذا انقضى الأجل دون اختيار انتقل الخيار إلى المدين نفسه لا إلى القاضي.¹

ومن أهم الفوارق بين العربون والالتزام التخييري نجد:

1- الالتزام في العربون لا يمكن أن يوصف على أنه التزام تخييري لأن المحال في الالتزام التخييري متساوية بالنسبة للدائن فداء المدين لأي واحد منها هو تنفيذ الالتزام، أما في العربون فدافعه ليس له الخيار بين التنفيذ أو ترك العربون لأن ترك العربون يؤدي إلى ترك العقد أصلا عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للالتزام التخييري أين نجد بأنه عند ترك أحد المحال هو اختيار لمحل آخر وهو بذلك تنفيذ للعقد وليس تركه.²

2 - ففي العربون فإن العقد يفسخ بقوة القانون عند استحالة التنفيذ لسبب أجنبي كالقوة القاهرة لأن العربون تابع للالتزام أصلي ويجب رد العربون إلى من دفعه لعدم إمكانية التنفيذ، في حين أن الالتزام التخييري إذا كان أحد محاله لا يصلح أن يكون محلا للالتزام أصبح المحل الآخر المتبقي هو المستحق ولا تؤدي استحالة تنفيذ أحد المحال إلى الفسخ بقوة القانون³ حسب نص المادة 215 مدني جزائري، فيصبح إذ ذاك الالتزام بسيطا وليس موصوفا.

3- من حيث جواز مطالبة الدائن مدينه بتنفيذ العقد: الدائن في الالتزام بالعربون لا يمكنه أن يعارض عدول المدين وبطالبه بضرورة التنفيذ لأن العقد يقرر إمكانية العدول لكل طرف وكل ما في الأمر أنه إذا عدل من قبض العربون رده ومثله وإذا عدل من دفعه ففقد هذا ما لم يكن متعسفا، أما في الالتزام التخييري فالدائن بإمكانه دوما مطالبة مدينه بتنفيذ العقد أمام القضاء.⁴ وعليه فالالتزام بالعربون هو التزام بسيط ولا يمكن وصفه بأنه التزام تخييري لاحتوائه على محل واحد وموضوع واحد فاختيار العدول مقابل خسارة العربون لا يعد من قبيل اختيار لأحد

¹ - طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص73.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص213.

³ - طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، نفس المرجع، ص68.

⁴ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع، ص214.

محال الالتزام، ثم ان الفصل في القول بأن بالتشابه بين العربون والالتزام التخييري يترتب عنه بقاء الالتزام المترتب عن العربون رغم انقضاء العقد الأصلي، وهو أمر غير صحيح، ذلك أن العقد يتضمن محل واحد وليس هناك مجال للخيار بين عدة محال، كل ما في الأمر أن العقد في العربون يمنح للمتعاقدین صلاحية التحلل منه مقابل فقدان مبلغ العربون.

الفرع الثالث: تمييز العربون عن الإقالة والغرامة التهديدية

سيتم في هذا الفرع التمييز بين العربون والإقالة أولاً ثم بينه وبين الغرامة التهديدية ثانياً:

أولاً: تمييز العربون عن الإقالة

تعرف الإقالة بأنها الاتفاق بين العاقدين على رد الثمن كما هو للمشتري والسلعة كما هي للبائع،¹ والإقالة أو التقايل يكون بالإيجاب والقبول صراحة أو ضمناً كما هو الحال بالنسبة للعقد الأصلي، والأصل أن التقايل ليس له اثر رجعي إلا إذا اتفق على غير ذلك.² كما عرفها الأحناف بأنها رفع العقد بينما عرفها المالكية بأنها ترك المبيع لبائعه بثمنه، أما عند الشافعية فهي رفع العقد المالي بوجه مخصوص، في حين قال الحنابلة بأنها فسخ للعقد.³ ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه، لأن الإقالة إذا دخلت عليها الزيادة أو النقصان تكون بيعاً مستأنفاً.⁴

1 - محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه المالكي، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 2001، ص45.

2 - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص566.

3 - حامد عبده الفقي، الإقالة في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص13 وما بعدها.

4 - الصديق محمد الضرير، بيع العربون، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، ج1، 1994، ص655.

وعن حكمها فقد قال المالكية أنها بيع ثان لأنها تتم بتراضي العاقدين، بينما قال الحنفية بأنها فسخ للعاقدين وبيع جديد لغيرهما، أما الشافعية والحنابلة فقالوا أنها الفسخ لأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخا كالرد بالعيب.¹

ذلك أن مصطلح الفسخ قد يستعمل بمعنى رفع العقد من أصله كما في الفسخ بسبب الخيارات فإذا انعقد العقد لم يتطرق إليه الفسخ إلا في مثل الخيارات والإقالة.² والإقالة مندوب إليها إذا ندم العاقدان أو أحدهما على العقد لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أقال نادما بيعته، أقال الله عثرته يوم القيامة." وقوله صلى الله عليه وسلم فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه: "من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته".³

هذا ولم يتوسع الفقه الغربي كثيرا في مناقشة طبيعة الإقالة وتحديد أثرها مكتفيا بالقول بأنها تنتج عن نقض العقد من وقت تمامها وبالنسبة للمستقبل فقط ما لم يتضح أن الأطراف قصدا بها زوال العقد من وقت الانعقاد، بينما نجد أن الفقه الإسلامي يفيض في مناقشة أحكامها من خلال مختلف المذاهب الفقهية.⁴

1- مواطن الاتفاق:⁵

أ- من حيث التكييف القانوني: عندما تكون الإقالة مقابل مبلغ معين تتشابه مع عربون البتات إضافة إلى تكييف كل منهما كالتزام بدلي.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص 714 و 715.

² - حامد عبده الفقى، الإقالة في عقد البيع، المرجع السابق، ص 18.

³ - انظر في مشروعية الإقالة وتكييفها بين اعتبارها فسخا أو عقد جديد، كل من: ابراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة فسخ للعقد برضا الطرفين دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح نابلس فلسطين، تاريخ المناقشة 2009/09/28، ص 23 إلى 29 وحامد عبده الفقى، الإقالة في عقد البيع، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها .

⁴ - للتفصيل انظر: مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 199، ص345.

⁵ - حبيب إدريس المزوزي، التكييف القانوني للعربون وأحكامه، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد الحادي عشر، العراق، 2008، ص 20.

ب- من حيث العقد: فالغرض من عربون البتات هو توكيد العقد، في حين أن الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد.

2- مواطن الاختلاف:

إذا كان كل من العربون والتقايل يؤديان إلى زوال العقد بأثر رجعي غير أنهما يختلفان في أمور كثيرة منها:

أ- إذا كانت الإقالة تستوجب الصيغة والألفاظ المعلومة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من إيجاب وقبول باتفاق الطرفين وتراضيهما على التقايل¹، فإن ممارسة حق العدول في التعاقد بالعربون غير مستلزمة لرأى وإرادة الطرف الآخر وإنما خاضعة للإرادة المنفردة للطرف العادل.

ب- الإقالة لا تكون إلا في العقود الملزمة للجانبين الصحيحة النافذة التي تستلزم تراضى المتقاييلين معا² بينما العدول عن التعاقد بالعربون يكون في سائر العقود الملزمة للجانبين منها وكذا الملزمة لجانب واحد وذلك لاستنثار الطرف العادل في ممارسة حقه في العدول عن التعاقد دونما حاجة إلى رضا أو موافقة من تعاقد معه.

ج- العربون يتفق عليه منذ العقد الأول أما الإقالة فيتم الاتفاق عليها عند العقد الثاني باعتبارها بيعا جديد في حق الغير يثبت فيها خيار الشرط وخيار العيب،³ والإقالة تقوم على الندم وقد حُض الإسلام عليها وهي كالعربون غير أن الاختلاف بينهما يكمن في أنها لا تؤدي إلى خسارة العربون بل تقوم على وجوب التسامح والإحسان في التعامل، وقد أثر المسلمون الإقالة في البيع التماسا للمثوبة مصداقا للحديث السابق (قوله المصطفى صلى الله عليه وسلم: " من أقال نادما أقال الله عثرته") وبهذا الوصف عمل المسلمون بالإقالة فضاقت ساحة تعاملهم

1- حامد عبده الفقى، الإقالة في عقد البيع، المرجع السابق، ص 69.

2- لاشين يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 129.

3- انظر: رفيق يونس المصري، بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، المرجع السابق، ص 25 ومحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س، ص 266.

بالعربون،¹ فهي بهذا المعنى أيضا جاءت بحماية خاصة للغير الذي يكون قد ترتب له حق على المعقود عليه في العقد الذي حصلت الإقالة بشأنه.²

ثانيا: تمييز العربون عن الغرامة التهديدية.

تعرف الغرامة التهديدية بأنها مبلغ مالي يحكم به القاضي لإلزام بأدائه عن كل فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، ويقصد بها التغلب على ممانعة المدين المتخلف، فهي وسيلة ضغط عندما يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ وإلى حين قيامه بالتنفيذ.³

فقد نصت المادة 174 مدني جزائري: "... جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك..."

وعليه فإن كان التنفيذ العيني لا يكون إلا من المدين نفسه غير أن هذا الأخير تعنت في التنفيذ أوجد القانون الغرامة التهديدية كوسيلة لإلزامه على التنفيذ وإلا يدفع مبلغ مالي يحدده القاضي عن كل يوم أو ساعة أو شهر تأخير، على أمل أن يؤدي مبلغ التهديد المالي المتراكم إلى الضغط على المدين وحمله على التنفيذ.⁴

ويشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان هما أن يكون التنفيذ العيني ما يزال ممكنا وأن يكون هذا التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، فإذا

1 - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 53.

2- مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، دار الفتح، ط1، الإسكندرية، 1996، ص475

3 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص43.

4 - طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص63.

أصبح التنفيذ العيني مستحيلا برئت ذمة المدين ما دامت الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.¹

وللتمييز بين العربون والغرامة التهديدية نجد بينهما أوجه للشبه وأخرى للاختلاف:

1- مواطن الاتفاق:

أ- من حيث الغاية: إن الهدف الغرامة التهديدية هي الضغط والتهديد لحث المدين المتعنت وإجباره على التنفيذ العيني لما تعهد به من التزام، وفي ذلك تتوافق مع العربون إذا باعتباره وسيلة لضمان تنفيذ العقد، إذ يشكل العربون ضغط يمارسه الدائن على المدين للوفاء بالتزاماته.

ب - من حيث تدعيم العلاقة التعاقدية: فالعربون الذي يدفع لتأكيد العقد وضمان تنفيذه يهدف إلى تدعيم العلاقة التعاقدية بين الطرفين والحفاظ عليها، وهذا ما يحاول القاضي الوصول إليه عن طريق فرض الغرامة التهديدية.

2- مواطن الاختلاف:

أ- من حيث المصدر: إذا كانت الغرامة التهديدية مصدرها الحكم القضائي أين يتدخل القاضي لجبر المدين على التنفيذ² في حين يرجع تحديد مقدار العربون إلى اتفاق المتعاقدين فهو المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول ولا دخل للقاضي فيه.³

ب- من حيث إمكانية الزيادة: بحيث لا يجوز للقاضي تخفيض قيمة العربون أو الزيادة فيه، على خلاف الغرامة التهديدية، فإنه يجوز للقاضي أن يزيد قيمتها كلما يرى داعيا إلى ذلك حسب الفقرة الثانية من المادة 174 مدني جزائري: "وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة."

ج- من حيث إمكانية الجمع بالتعويض: يمكن الجمع بين الغرامة التهديدية والتعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للدائن ولا يمكن ذلك بالنسبة للعربون سواء ترتب ضرر أم لا.

1 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، 44 و 45.

2 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 47.

3 - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الرابع: العربون والأداءات المالية الثلاث في القانون الفرنسي

عرفت فرنسا بعض الأداءات المالية المشابهة للعربون أو التي حاولت أن تحل محل التعاقد بالعربون، سيتم إجلاء اللبس في هذا الفرع بينها وبين العربون فيما يلي:

1- العربون و Denier a Dieu

إن مصطلح Denier a Dieu أو عملة الإله كما تسمى كان شائع في الريف الفرنسي وكان يطلق على نوع من العربون لأنه كان يتكون من قطعة من النقود يعطيها المشتري للبائع بعد إبرام الصفقة، وكثر استخدامه في مجال تأجير الشقق بباريس، ففي إيجار الخدمات كان السيد يعطى مبلغ للخادم يسمى Denier a Dieu وعادة ما يكون زهيدا ويكون دليلا على إبرام العلاقة التعاقدية للطرفين السيد أو الخادم حق العدول.¹ وبينهما مواطن الاختلاف:²

أ- من حيث اعتبار جزء من الثمن: Denier a Dieu ليس سوى عمولة ولا يعتبر جزء من الثمن أو دفعة أولى فهو لا يخصم من المبلغ الكلي للإيجار بل فقط هو علامة تدل على بدء الارتباط أما العربون فإنه يخصم من قيمة الإيجار في حال تم العقد.³

ب- من حيث ما يلزم رده: عند العدول يرد العادل ما قبضه فقط في Denier a Dieu أما التعاقد بالعربون فهو يرده ومثله.

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص242.

Et voir aussi: Huc Théophile, commentaire théorique et pratique du droit français, T 10, I. c, Paris, p368.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع، ص246 وما بعدها.

³ - Raymond Boyer, La Synthèse Des Lois Français, 1er partie code civil annoté, I. n.d. J, Paris, 1902, P 721.

ج- من حيث المدة والأثر: ففي العربون ينتج الأثر في الحال أما في Denier a Dieu فلا ينتج أثره إلا بعد اتمام التعاقد، وقد حدد العرف في Denier a Dieu بمدة أقصاها 24 ساعة أما العربون فمدة العدول تخضع لاتفاق الطرفين.¹

د- من حيث الأطراف: إن مبلغ العربون يكون بين طرفي العقد أما Denier a Dieu فيمنح المبلغ لطرف خارج العلاقة التعاقدية وهو البواب أو الخادم.²

2- العربون و pot-de-vin

إن المقصود pot-de-vin هو ما يدفع هدية لوسيط أو ما يدفع زيادة على الثمن، ويحمل معنيين الأول يماثل الرشوة التي تدفع للموظف العام من أجل استخراج رخصة بناء لأحد المقاولين استغلالا للنفوذ، أما الثاني فيتم دفع مبلغ إضافي من المستأجر للمؤجر تأكيدا للعقد وهذا المبلغ كان يمنع الأطراف عن العدول، وساهم العرف في فرنسا في تنويع دلالات pot-de-vin حيث كان من العرف ضرورة دفع قطعة نقدية (بقشيش) لعامل المزرعة عند شراء الحيوانات من أسواق الماشية، لينقص التعامل به بسبب اندثار أسواق الماشية وذهاب طالبي الشراء مباشرة إلى المزرعة.³

دفع pot-de-vin إذن لا يعد عربونا فهو لا يعطى للطرفين إمكانية العدول لانعدام الرابطة العقدية أصلا، كما أن المبلغ المدفوع لا يسترد سواء تحقق غرض دافعه أو لم يتحقق،

¹-Aubain Monique, par-dessus les marchés gestes et paroles de la circulation des biens d'après Savary des Bruslons, Annales Economies sociétés civilisation, 39^e année, N 4, 1984, p824.

²- Les Manuels Dalloz, Manuel de Propriétaire et de Locataire, Législation Jurisprudence Usages, op. cit, p 12.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص248.

- voir aussi : De M. Merlin, œuvres de pothier contenant les traités du droit français, op. cit, P 66.

غير أنه عند دفعه من المستأجر إلى المؤجر أصبحت بفعل العرف تتشابه مع دفع العربون كجزء من الثمن.

3 - العربون وخلو الرجل pas de port

أول ما ظهر في فرنسا في حكم المحكمة التجارية سنة 1886 ولم يكن له سوى معنى واحد هو عتبة الدار (Le Seuil De La Maison) وكان خلو الرجل عبارة عن مبلغ إضافي يصاحب إيجار العقارات، فقد كان المالك يستغل حاجة المستأجرين ويختار من بينهم من يقدم له أعلى خلو رجل فيؤجر له العقار، وقد شاع في فرنسا بين 1920 و1930 ليتدخل المشرع ويضع شروطا لتجديد عقد الإيجار وتحديد الثمن عن طريق لجان قضائية.

فكلاهما يتمثل في تقديم مبلغ من المال عند التعاقد، ويختلفان من حيث الوظيفة إذ نجد أن خلو الرجل هو حافظ كثمن لموافقة الطرف الأخر على إنشاء العلاقة الإيجارية، فلا يعد جزءا من الثمن كما في العربون وإنما هو ثمن للتخلية فقط، ومن حيث العدول فيطبق على خلو الرجل الأحكام العامة للفسخ والتعويض دون خسارة مبلغ خلو الرجل إذا كان العادل دافعه ولا برده ومثله إذا كان العادل قابضه.¹

ونشير إلى أن الفقہ الإسلامي يجيز مقابل الخلو وهو ما يسميه بالفروغ، ويبين الدكتور وهبة الزحيلي أنه للمالك المؤجر أن يأخذ من المستأجر مقدارا مقطوعا من المال مقابل الخلو أو الفروغ ويعد المأخوذ جزءا معجلا من الأجرة المشروطة في العقد، كما يجوز الفروغ أيضا بالنسبة للمستأجر، إلا أن ذلك كله مقيد شرعا ضمن مدة الإيجار المتفق عليها وتنازل المستأجر لغيره بعوض مرهون برضا المالك.²

هذا بالإضافة إلى أداءات أخرى كانت تلعب دورا مشابها للعربون في العرف الفرنسي مثل Epingles الذي ذكره بلانيول ضمن ملحقات وتوابع الثمن، أين كان يدفع المشتري زيادة

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص206.

² - وهبة الزحيلي، الفقہ الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص751.

على الثمن مبلغا من المال ضئيل جدا إلى عائلة البائع كالزوجة أو أحد الأبناء أو يدفعه المستأجر إلى وكيل المؤجر، ولا يعتبر في كل الأحوال جزءا من الثمن.¹

الفصل الثاني: مضمون التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي.

إن التعاقد بالعربون لا بد أن يكون له هدف معين تحدده إرادة المتعاقدين ويستشفه القاضي من وقائع الدعوى ونصوص العقد، فالغرض الأساسي للمتعاقدين من دفع العربون إما حفظ الحق لكليهما في العدول عن العقد بان يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر وإما تأكيد العقد والبت فيه بالبده في تنفيذه بدفع العربون الذي يعتبر في هذه الحالة جزء من ثمن الشيء المبيع أو من أجره الشيء المستأجر.²

ولا بد من تحديد مضمون التعاقد بالعربون من خلال الغوص في تكييفه أولا ثم التعرض بالتدقيق للشروط الواجبة التوفر للقول بقيام التعاقد بالعربون من عدمه، فالبحت عن التكييف القانوني والفقهي ضروري لما يحمله التكييف من نتائج في تحديد طبيعة العقد وكذا دلالة العربون وقيمة الالتزام بصفة عامة، فبالتكييف يستطيع القاضي أعمال قاعدة العدول إذا كان للعربون دلالة عدول كما للقاضي أن يلزم المتعاقد بالتنفيذ إذا كان للعربون دلالة التوكيد، وأمام كل هذا لا بد من التوثق من توفر الشرط في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي.

¹ - De M. Merlin, œuvres de pothier contenant les traités du droit français, op, P 66 et Voire : Marcel Planiol, traite élémentaire de droit civil, op. cit, p503 et 908.

² - لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 117.

المبحث الأول: تكييف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

إن الحديث عن الطبيعة القانونية للعربون تجرنا إلى ضرورة الإجابة عن سؤال مضمونه في أي تقسيم يندرج التعاقد بالعربون من تقسيمات العقود، وقد اختلف الفقہ في ذلك فيرى pothier بأن التعاقد بالعربون من العقود العينية وهو عقد ملزم للجانبين غير تام إذ أن دفع العربون شرط أساسي لتكوين العقد فهو يحول مشروع هذا العقد إلى عقد والتزام يرتبط به أطرافه، وقد انتقد هذا الرأي بأن مبدأ الرضائية هو المبدأ الذي يحكم الإرادات وأن العربون ما هو إلا جزء من تكوين العقد كمرحلة سابقة للتعاقد وأن شرط التسليم (دفع العربون) ليس شرط لتكوين العقد بل هو تنفيذ للالتزام فدفع العربون بعيد كل البعد أن يكون هو الشرط الأساسي في تكوين عقد العربون لكن دفعه يؤثر في تنفيذ الالتزام، والراجح أن التعاقد بالعربون ملزم للجانبين فيكون دفع العربون تنفيذاً من أحد الطرفين لالتزامه، والذي يكون ملتزماً أيضاً بخسارة هذا العربون الذي دفعه في حال رفضه إبرام العقد البات أما الطرف الآخر فسيكون ملتزماً منذ قبض للعربون برده ومثله عند استعماله لحق العدول فيكون كلا طرفي العقد ملتزمين وسبب التزامهم قد جاء في الاتفاق الذي أبرموه وليس بسبب خارج عنه.¹

وسيتم التعرض في هذا المبحث إلى التكييف القانوني للتعاقد بالعربون مع ترجيح ما هو مناسب للقانون المدني الجزائريين ثم موقف الفقہ الإسلامي من تكييف العربون مع إجراء مقارنة بينهما.

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 179 وما بعدها.

المطلب الأول: تكييف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد تكييف للتعاقد بالعربون فمنهم من جعله عقد معلق على شرط واقف ومنهم من جعله عقد معلق على شرط فاسخ ومنهم من رأى بأنه البديل في الالتزام البدلي وسنناقش هذه الآراء فيما يلي:

الفرع الأول: النظريات المغيرة لطبيعة العقد الأساسي (في عربون العدول)

تطرق الفقہ إلى نظريات قد تغير في طبيعة العقد الأصلي لاسيما في عربون العدول، منهم من أخذ بشرطية التعاقد بالعربون واعتبره معلق على شرط فاسخ أو واقف، ومنهم من كَيْف التعاقد بالعربون بالنظر إلى طبيعة الالتزام كونه بدل في الالتزام البدلي، في حين ظهرت نظريات حديثة أرجعت التعاقد بالعربون إلى تدرج تكوين الرضا باعتباره مرحلة سابقة عن التعاقد تتطلب تكويننا تدريجيا لاستقرار الرضا، بالإضافة إلى أفكار مختلفة قيلت في تكييف التعاقد بالعربون سنوردها فيما يلي:

أولاً: التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط

إن المقصود بالشرط اصطلاحاً هو الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف على تحققه الالتزام بحيث لا يكون داخلاً في العقد ولا عنصراً من عناصره، ويكون شرطاً واقفاً إذا لم يتحقق الشرط وانتفى تبعاً له الالتزام، ويكون شرطاً فاسخاً إذا توقف على تحققه زوال الالتزام.¹ فالتصرف المعلق على شرط هو في حقيقة الأمر تصرف غير مؤكد المصير إذ يظل تكونه وتحققه رهن الأمر المستقبلي المتوقع عليه، ولقد تناول المشرع المدني الجزائري الشرط تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام في المواد من 203 إلى 208 مدني جزائري وجاء في نص المادة 203 مدني جزائري: "يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على

¹ - محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 15.

أمر مستقبلي وممكن وقوعه...، فإذا صادف أن تداخلت ظروف طارئة خلال الفترة اللاحقة على الاتفاق على العقد والسابقة لتحقيق الشرط يمكن أن نطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليه.¹

والعقد المعلق على شرط يتفرع إلى التعليق على شرط واقف والتعليق على شرط فاسخ، وقد اختلف شراح القانون المدني الفرنسي في ماهية هذا الشرط² في مجال العربون، وسيتم تفصيل ذلك فيما يلي:

1- التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف: condition suspensive

ومن أنصار هذا الرأي في الفقه الغربي Baudry و Colin et Capitant ومنهم في الفقه العربي: خميس خضر، عبد المنعم البدرابي، الهلالي وحامد زكي أنور سلطان وسليمان مرقس،³ والمقصود بالشرط الواقف هو الذي يتوقف على تحقيقه الالتزام وجودا وعدما، فالالتزام هنا توافرت كل أركان هو أضيف إليه الشرط ليربط وجوده به، فإذا تحققت الواقعة محل الشرط وجد الالتزام ورتب آثاره بصفة رجعية من وقت نشأته.⁴

ومقتضى هذا الرأي أن التعاقد بالعربون يمكن تكيفه على أنه معلق على شرط واقف، ومضمون هذا الشرط هو عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال المدة المحددة اتفاقا،⁵ الشرط الواقف إذن هو عدم استعمال حق العدول خلال الأجل الذي ضرباه ويترتب عنه أن

¹ - حسب الرسول الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 419.

² - سمر فايز اسماعيل، العربون والعقود، المرجع السابق، ص 62.

³ - انظر كل من: محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 166 ولاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 130، ورمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 187، وأنور سلطان، المرجع السابق، ص 83، وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 187.

⁴ - عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 282.

⁵ - Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, op. cit, p 481 et petit précis Dalloz, précis de droit civil, T 2, op. cit, p 298.

العقد خلال هذه المدة يوصف بأنه غير نهائي، ويسقط خيار العدول عمليا بعدم استعماله ومنه يتحقق الشرط الواقف عندئذ وينتج العقد كافة آثاره بأثر رجعي منذ نقطة البداية وليس من نقطة انتهاء المدة المتفق عليها مع استعمال حق العدول خلالها.¹

وبذلك تمتد المرحلة السابقة للتعاقد إلى اليوم الذي يتحقق فيه الشرط ويفضل الأثر الرجعي لهذا الوصف ينعقد العقد منتجا لكافة آثاره منذ وقت دفع العربون فيستقر التعاقد ويصبح الرضا نهائيا، فإذا مرت هذه المدة ولم يحدث عدول خلالها فقد تحقق الشرط، وبذلك فالعقد لا ينتج أي أثر إلى أن يتبين مصير الشرط وعندئذ يحسب العربون من أصل الثمن ويستقر التعاقد.²

وبما أن العقد يعتبر قد تم منذ إبرامه لا من وقت تحقق الشرط فإن العربون يحسب هنا من أصل الثمن المتفق عليه، وأما إذا تخلف الشرط الواقف من خلال عدول أحد المتعاقدين عن التعاقد أثناء المدة المتفق عليها فإن العقد لا ينتج أي اثر ويلزم من عدل برد مبلغ العربون ومثله معه إذا كان العادل هو المشتري أما إذا عدل البائع القابض لمبلغ العربون فإنه يفقده.³ وبالنسبة لتحمل تبعة هلاك المبيع في الفترة محل الاتفاق والتي علق فيها إبرام العقد على الشرط الواقف (عدم استعمال حق العدول) فإن الهلاك يقع على البائع من منطلق القاعدة العامة التي تقضى بأن تبعة الهلاك تقع على البائع الذي يتحمل كامل مسؤولياته باعتباره مالكا ما دامت المدة لم تنته بعد.⁴

¹ - انظر كل من: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص87، وفتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص99، وسمر فايز اسماعيل، العربون والعقود، المرجع السابق، ص62، وجمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص58 ومحمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص167.

² - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص186.

³ - انظر: لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص130 وجمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص58.

⁴ - Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op. cit, p 636.

ويسرى على التعاقد بالعربون ما يسرى على غيره من العقود من آثارٍ للشرط في مرحلة التعليق هذه، إذ لا يكون الحق محل الالتزام قابلاً للتنفيذ الجبري كما لا يستطيع الدائن التمسك بالمقاصة في مواجهة المدين أثناء فترة التعليق بالشرط الواقف.¹

غير أنه وجهت انتقادات لأذعة لأنصار هذا الرأي من عدة زوايا منها أنه يتخلف الشرط الواقف (العدول خلال المدة) يؤدي إلى زوال العقد كله بجميع آثاره وبأثر رجعي، فإذا كانت المدة عشرة (10) أيام مثلاً وتم دفع العربون في اليوم الأول ثم تم العدول في اليوم الثامن فإن العقد حسب هذا الرأي يزول ابتداء من اليوم الأول، فكيف يمكن القول إذن بالزام من قبض العربون برده ومثله أو إلزام من دفع العربون بفقده عند العدول ما دام العقد يزول بأثر رجعي فلا يصبح هناك أي سند قانوني لالتزام العادل القابض عن رد العربون ومثله معه أو التزام العادل الدافع بفقده.²

ثم إن العدول في حد ذاته هو عمل إرادي بحت ومنه فلا يصلح أن يكون شرطاً واقفاً خاضعاً بصفة كاملة للإرادة الفردية للمتعاقد المستفيد، فالشرط الإرادي المحض لا يكون صحيحاً إلا إذا تعلق بإرادة الدائن،³ لذلك يتعين لصحة الشرط الواقف أن لا يكون متوقفاً على محض إرادة الملتزم حسب ما جاء في نص المادة 205 مدني جزائري: " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم " لأن من له حق العدول يستطيع أن يستعمله بمحض إرادته والقاعدة أن الالتزام المعلق على شرط إرادي محض باطل، لذلك كُيف الحق في العدول بأنه نوع من حق الندم *droit de repentir*.⁴

¹ - انظر للتفصيل أكثر في اثر الشرط الواقف: رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 270 الى 272.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 197.

³ - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 232

⁴ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، 1994، ص 37.

وينتقد الدكتور سليمان مرقس فكرة تكيف التعاقد بالعربون كونه معلق على شرط واقف بالقول بأنه متى تخلف الشرط الواقف لتحقيق العدول فإن ذلك يعنى زوال العقد بكل آثاره وهو ما لا يفسر كيف يمكن الالتزام برد العربون مضاعفا.¹

إن القول بزوال العقد بأثر رجعي منذ لحظة دفع العربون قول غير مستصاغ لأن واقعة دفع العربون واقعة ثابتة ولا يصح تناسيها فقد أصبحت مسألة مادية الوجود لا يمكن قبول حذف وجودها.

2 - التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ: Condition Résolutoire

يقصد بالشرط الفاسخ ذلك الشرط الذي يترتب على تحقيقه زوال الالتزام واعتباره كأن لم يكن، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الالتزام يصبح باتا كأن يهب شخص ماله لآخر بشرط استرداه إذا رزق بولد فهنا التزام الواهب معلق على شرط فاسخ فإن تحقق الشرط عاد إليه المال الموهوب.²

فالشرط الفاسخ وصف خارجي يلحق بالالتزام ويجعل زواله معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع،³ فمسألة استعمال حق العدول من عدمه غير محققة.

ومن أنصار هذا الرأي جميل الشرقاوي و met de SanterreGuillourd و Planiolet Ripert ويسلم أنصار هذا الرأي بأن العقد يرتب كافة آثاره منذ نشؤه ويجعل عدول أحد المتعاقدين شرطا فاسخا خلال مدة معينة، فلو تحقق الشرط الفاسخ (العدول) يترتب عنه زوال آثار العقد بأثر رجعي.⁴

¹ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 187.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 226 و 229.

³ - عبد الحكم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص 283.

⁴ - سمر فايز اسماعيل، العربون والعقود، المرجع السابق، ص 62، وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، نفس المرجع، ص 188 ومحمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 167.

فإذا كان العربون واقعا على بيع فان البيع ينتج آثاره من وقت انعقاده فتنتقل الملكية إلى المشتري الذي عليه دفع الثمن وهو يتحمل تكاليف النقل وكذا تبعة هلاك المبيع،¹ ويتحقق الشرط الفاسخ من خلال عدول أحد المتعاقدين عن البيع يؤدي إلى زوال كلي لآثار العقد وعلى من عدل رد العربون ومثله بالنسبة للبائع وبالنسبة للمشتري فإنه يفقده، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ كون العدول لم يتم من أي طرف أثناء المهلة المحددة فإن البيع هنا يصبح باتا ونهائيا وعندئذ يحسب مبلغ العربون كجزء من الثمن.²

ويصبح الالتزام المعلق بشرط فاسخ في التعاقد بالعربون في مرحلة التعليق أي في المدة المتفق عليها التزاما بسيطا غير موصوف، فإذا تخلف الشرط الفاسخ بعد انتهاء المدة المتفق عليها للتعليق يزول خطر التهديد بانقضاء التعاقد بالعربون ويتأكد بذلك العقد، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن حق الدائن الذي كان موجودا أثناء فترة التعليق يزول ويعتبر كأن لم يكن أصلا فيرتب الأثر الرجعي لزوال هذا الالتزام عدة نتائج بالنسبة للتعاقد بالعربون منها إذا انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري متلقي العربون أثناء فترة التعليق وتحقق الشرط الفاسخ (بالعدول) تزول الملكية عنه بأثر رجعي فيرد العربون مضاعفا ممن قبضه ويخسره من دفعه.³

ومما سبق فإن تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ يرتبان زوال آثار العقد كله وكذلك تحقق الشرط الواقف وتخلف الشرط الفاسخ يجعلان العقد باتا نهائيا، فما الحكمة إذن من التمييز بين الشرطين ما دام تخلف أحدهما يرتب نفس آثار تحقق الآخر وتحقق الأول هو بمثابة تخلف الثاني من حيث الآثار لاسيما ما يتعلق بنتائج الأثر الرجعي، لذلك انتقد أصحاب هذين الرأيين بنفس الانتقادات ومن نفس الزوايا تقريبا.

¹ - Ambroise Colin et H.Capitant, cours élémentaire de droit civil français, op. cit, p481.

² - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 60، ولاشين محمد يونس الغياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 130.

³ - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 238 وما بعدها، وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 187.

بل هناك من ذهب إلى القول بأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف، فالشرط في كل الأحوال واقف إما يوقف وجود الالتزام ويسمى بالشرط الواقف وإما يوقف زوال الالتزام فيسمى بالشرط الفاسخ ويرجع في تحديد طبيعة الشرط إلى نية المتعاقدين التي يستخلصها القاضي من الظروف المحيطة بالتعاقد.¹

وعليه فإن انعقاد العقد في التعاقد بالعربون يعتبر نهائياً منذ تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين والاتفاق على جميع عناصره الضرورية لانعقاده، وأما الشرط الفاسخ فليس له تأثير إلا على مصيره، بحيث إن تحقق الشرط الفاسخ بالعدول زالت آثار العقد بأثر رجعي² أما إن لم يعدل أي من المتعاقدين عن خلال المدة المحددة وتخلف بذلك الشرط الفاسخ ظل العقد مرتباً لآثاره القانونية، عندئذ يلتزم المشتري بدفع ما بقي من الثمن بعد خصم المبلغ المدفوع من العربون ويلتزم البائع بتسليم المبيع والضمان ونقل الملكية.³

فيؤخذ على أنصار كلا الرأيين انعدام السند القانوني لفكرة الأثر الرجعي لزوال العقد بجميع آثاره، وكيف في ظل زوال العقد القول بأن من عدل عن التعاقد يرد ضعف العربون إن قبضه أو يخسره إن دفعه.⁴

¹ -جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص61.

² - فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص98.

³ - انظر: فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص464 وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص187.

⁴ - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، نفس المرجع، ص61.

ثانيا: التعاقد بالعربون عقد تمهيدي *avant contrat*

أدرج العربون كأحد صور المرحلة التمهيديّة للتعاقد وذلك على غرار الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي، فلكي يتكون العقد وينتج آثاره القانونية يجب أن تجتمع فيه شروط تكوين العقد المنصوص عليها قانونا، هذه المرحلة التي تؤدي إلى وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي،¹ إذ هذا العقد مجرد اتفاق تمهيدي لعقد سيبرم بصفة نهائية في المستقبل.

فالأمر في هذه الحالة لا يختلف عن كونه عقد يمهد للتفاوض من أجل إبرام العقد بعد نهاية مرحلة المفاوضات، فيكون التعاقد بالعربون في هذه الحالة مرحلة غير باطة للتعاقد النهائي.²

إن العقد المقترن بالعربون يندرج ضمن طائفة العقود التمهيديّة مثله مثل الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد بالبيع أو بالشراء وكذا عقد التفضيل والعقد الابتدائي وغير من العقود التفاوضية ما قبل التعاقد،³ لذلك فلا يخلو أن يكون هناك تقارب بين العربون والعقد التمهيدي سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل، فقد ذهب البعض من الفقہ الفرنسي إلى أن التعاقد بالعربون ما هو إلاّ تعاقد تمهيدي حتى ولو اقترن هذا العربون بعقد تام كالبيع، فيرى Aubry et Rau أن دفع وتسليم العربون يجعل من العقد عقد وعد بالبيع أو وعد بالإيجار حيث يمكن العدول عنه.⁴

ويرى كل من Troplong و Delvincourt بأن التصرفات النهائية التي تقترن بالعربون ما هي سوى مشروع بسيط للبيع، ففي حالة الشك نفترض بأنه وعد بالبيع بسيط عن كون العقد عقد تام لاسيما إذا لم يقم الأطراف بتدوين اتفاقهم بالكتابة، خاصة وأن نص المادة 1590

¹- السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص55.

²- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، المرجع السابق، ص143.

³- François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil Les obligation, D, 8^eed, paris, 2002, p188.

⁴ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص188.

مدني فرنسي جاء امتدادا للمادة 1589 مدني فرنسي ولم تقل شيئا عن حالة اقتران العربون بالبيع التام، فلا يمكن القول باستعمال حق العدول إن اقترن العربون بالبيع التام حسب الفقيه Duranton¹.

وقد أخذت العديد من المحاكم الفرنسية بهذا الرأي كقرار مجلس Colmar المؤرخ في 1814/06/19 وكذا المحكمة التجارية لستراسبورغ.²

فعادة ما يعبر العقد التمهيدي عن رغبة في التعاقد ولكن هذه الإرادة لا يمكن أن تتحقق في الحاضر وإنما تلحق بالمستقبل كما هو الشأن بالنسبة إلى العربون الذي يترجم عن رغبة في التعاقد، ولكن هذه الرغبة ليست في الحال، وإنما في المستقبل بمرور أجل معين يتم تحديده مسبقا فيمنع بذلك العربون فورية تكوين العقد ويجعل الاتفاق غير تام، أي أنه يبقى مجرد اتفاق تمهيدي لعقد نهائي ممكن الانعقاد مستقبلا، لذلك يدرج العربون ضمن إطار المرحلة ما قبل التعاقدية.³

ثم إن استخدام المشرع الفرنسي في المادة 1590 مصطلح الوعد بالبيع وافترضه لدلالة العدول وخسارة العربون وبالتالي استبعاد أي إمكانية للتنفيذ بالقوة، فواضعي القانون المدني الفرنسي انحازوا إلى المماثلة بين البيع بالعربون والوعد بالبيع وهذا نتج من الخاصية الوقتية المشتركة بين الحالتين، وهذا ما يستنتج من تقارير المحكم M.Grenier التي جاء فيها: " يجب أن نقرر أن الوعد بالبيع الوارد في نص المادة 1590 ينطوي على البيع، ويكون له كل الآثار مع أنه تحت مفهوم مختلف، ومن المتفق عليه أن سريان مفهوم الوعد بالبيع الذي لا يكون مفاضلا على البيع بل هو مشابه لها تماما ويكون خاضعا لنفس الشروط التي يخضع لها البيع، فالأفكار ليست ثابتة في هذا الموضوع لأن الاستعمال مختلف، وبالتالي يبدو من الحكمة

¹ - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 175et 179 et 180.

² - انظر تفصيل هذه الأحكام والقرارات:

- M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 176et177.

³ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 179.

بناء استثناء لهذه القاعدة من أجل الوعد بالبيع الذي يتم بعربون.. فتسليم واستلام العربون يحددان طبيعة وأثر الارتباط.¹

فمحري القانون المدني الفرنسي سكتوا عن البيع بالعربون لأن في فكرتهم أنه من لحظة وجود اشتراط العربون فلم يعد يوجد في الواقع بيع بسيط وإنما يوجد فقط وعد بالبيع يعطى الأطراف إمكانية العدول، وقد انتقد هذا الرأي من طرف Duvergien بأن الإشكال كان في فهم صياغة المحكم فهما خاطئا ومنه لنص المادة 1590 بربطهم الميزة الوقتية للوعد بالبيع مع العقد المقترن بالعربون، لذلك فاشتراط العربون يغير من طبيعة عقد البيع فهو يحول عقد البيع المحض البسيط إلى عقد وقتي.²

هذه الوقتية تستوجب أن ينشئ العقد التمهيدي رابطة قانونية خلال فترة المفاوضات تتأرجح بين إلزامية مواصلتها وحرية الإرادة في الإقدام أو العدول عن التعاقد، فهو وإن ضبط شروط العقد النهائي لن يكون سببا لانتفاء الحرية التعاقدية.³

وقد نادي Demolombe بنظرية العقد التمهيدي بقوله بأن الإيجاب (العرض) يمكن فصله إلى جزئين أحدها العرض الرئيسي وهو ما تعلق بالعقد التام والثاني العرض بالمهلة للتفكير قبل ارتباطه بالقبول مع منح العارض الحرية التعاقدية اللازمة للتعمق والتدقيق قبل البت في التعاقد من عدمه، فحرية الرجوع عن العرض من طرف من وجهه تبقى مضمونة.⁴

فالإرادة هي لب التعاقد باعتبارها ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى اعتبارات حقيقة مقبولة،⁵ ويضيف Rieg بأن الإرادة في التعاقد

¹ - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 174.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص192.

³ - Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, R.I.D.C, vol 42, N 2, Avril-Juin 1990, Etude de droit contemporain, p557.

⁴ - Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, les obligatoires, 2^eed, D et Delta, paris et liban, 2002, p96.

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013، ص98.

نتاج عملية فكرية تمكن الإنسان من تحليل معطيات التصرف الذي يقصد تقييمه قبل اتخاذ أي قرار بخصوصه.¹

ولكن القانون قد لا يعيرها اهتماما ما دامت كامنة إلا بعد حصول التعبير عنها وإظهارها إلى العالم الخارجي وذلك انتصارا للمبدأ القاضي أن القانون أمرا اجتماعا لا يعني الفرد من حيث هو بل ينظر إليه كعضو في المجتمع،² فإذا احتفظ شخص بإرادته دون أن يفصح عنها خارجيا صراحة أو ضمنا فإن أحدا لن يعلم بهذه الإرادة فلا بد من عرضها لتساهم في تكوين العلاقات التعاقدية، لذلك يجب أن تتصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية.³

ويلعب العربون هذه الوظيفة كتعبير عن رغبة المتعاقد في التعاقد في المستقبل مثله مثل العقد التمهيدي الذي هو في واقع الأمر عقد تحضيرى لعقد آخر يخضع للنية المشتركة لأطراف التعاقد ويصبح عقدا كاملا عندما يتم الأطراف العقد، إذ أن العقد التمهيدي يكون تأكيدا لنية الأطراف في التعاقد، ثم إن الرغبة في التعاقد تسبق الإيجاب وقد تتمثل في مجرد دعوة إلى التفاوض باعتباره مجموع الأعمال المادية والتصرفات القانونية التي تهدف إلى ضبط عناصر عقد مستقبلي دون التأكد حول مصير إبرامه، غير أن التمييز بين العرض والدعوة إلى التعاقد يقوم على وجود أو عدم وجود الرغبة والنية في الارتباط بالعرض.⁴

فالعربون إذن رغبة في التعاقد مرجوة التحقق في المستقبل من خلال تطابق هذه الرغبة مع القبول فيتشكل العقد، إذ تنص المادة 59 مدني جزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

¹ - Alfred Rieg, Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, par Frnçios Terré, R.I.D.C, Vol 14,N 1, Paris, Janvier- Mars 1962, p241.

² - انظر في التقريب بين الإرادة الباطنة والظاهرة: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي، ط2 الجديدة، بيروت لبنان، 1998، ص 172 وما بعدها.

³ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، المرجع السابق، ص71.

⁴ - انظر: عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 78 وهدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، نفس المرجع، ص75.

وهكذا فإنه من الضروري إظهار الرغبة في التعاقد لكي توصف بالجدية، والعربون يعطى لها هذا الوصف، إذ غالبا ما تقتضي الظروف الاقتصادية والقانونية والرغبة في تحقيق المصالح أن يرتبط الطرفان باتفاق تمهيدي يوضح الشروط الجوهرية للعقد النهائي مع دفع العربون وتأخير باقي الثمن لمدة محددة، فالعربون في هذه الحالة لا يؤثر على العقد وإنما ينصب تأثيره على الرضا، فمن يدفع عربونا إنما يقصد من ورائه إثبات حسن نيته في التعاقد، ما من شأنه أن يمثل توجه نحو إظهار الرغبة في التعاقد لا تتجه إلى إبرام العقد بصفة نهائية بل إلى مجرد التمهيد لعقد آخر نهائي سيبرم في المستقبل، ومن أجل ذلك لا بد من تحديد مدة زمنية، يجب على من يريد العدول الإفصاح عن رغبته خلاله، ويصبح العقد باتا ونهائيا بعد مضي هذه المدة.¹

ويرى أنصار نظرية تقارب العربون من الاتفاق التمهيدي أن اشتراط العربون في العقد باستطاعته تغيير طبيعة هذا الأخير وتحويله إلى عقد تمهيدي فاقتدا لصيغته النهائية، بل إنه يحوله إلى مجرد وعد بسيط بالالتزام، فالعربون يجعل العقد غير تام ويحوله إلى اتفاق جزئي وناقص، وبذلك يحصر أنصار هذه النظرية منهم Troplong تطبيق العربون في الوعد بالتعاقد، إذ يفقد كل جدوى ودلالة إن تجاوز هذا الإطار، فدلالة العدول حسبهم لا يمكن أن تتماشى مع فكرة العقد النهائي وكذا الميزة الوقتية التي يقرها الوعد بالتعاقد، لذلك نجد هذا المذهب إلى القول بأن قبول عربون العدول في العقد التام من شأنه أن يضعنا أمام استحالة قانونية.²

ومن أبرز تبريرات هذا الاتجاه هو الوفاء لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقتضي وضع العربون ضمن المرحلة التمهيدية للتعاقد، حيث وإن لعب العربون دورا مهما في تكوين العقد غير أنه لا يمكن اغفال ما للإرادة من دور أيضا في انعقاد التعاقد بالعربون.

هذا وقد تعرضت هذه النظرية التي ربطت العربون بالاتفاق التمهيدي فقط إلى النقد من طرف جانب كبير من الفقهاء مؤكدا على ضرورة تعميم العربون على الوعد بالتعاقد وأيضا على

¹ - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000، ص 192.

² - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 183 et 184.

العقود التامة كالبيع والإيجار، فقد أكد Carbonnier أن هذه النظرية تثير الشك حول مكانتها في تكوين العقد، إذ أن المرحلة التمهيدية باعتبارها مرحلة تفاوض لا يكون العقد فيها قد تم بل ليس هناك أي قبول لما عرض من إيجابائنا هناك عروض وعروض مضادة، ومنه تساءل عن مدى امتلاك العربون لصلاحيية العدول ضمن هذه المرحلة لتجيز له حق الرجوع عن إتمام العقد مقابل خسارة العربون.¹

ويري Laurent أن هذه النظرية ميزت بناء المادة 1590 مدني فرنسي بين البيع والوعد بالبيع لتقتصر على التصريح بالثاني دون الأول في نطاق تطبيق العربون، رغم أن نص المادة 1589 مدني فرنسي لم تميز بينهما، وأن النقد الدامغ لهذه النظرية ثابت من خلال الأعمال التحضيرية لهذين النصين حيث أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى المناظرة بين البيع المقترن بالعربون والوعد بالبيع، وعند تحليل النصين لآبد من عدم الخلط بين البيع والوعد بالبيع، فبرغم أن النصين يتعلقان بنفس الموضوع وهو الوعد بالبيع إلا أن المتعاقد هو وحده الذي يحدد طبيعة ما هو مقدم عليه أهو بيع أم مجرد وعد من خلال المصطلح الذي يستعمله.²

فالمشرع وان لم يذكر البيع في المادة 1590 مدني فرنسي كون تبادل الرضا في التعاقد بالعربون يقع لاحقاً خلال المهلة المتفق عليها وهي خاصية يعززها الوعد بالبيع مقارنة بالبيع الذي من أهم آثاره نقل الملكية بمجرد العقد، وفي نفس المعنى يضيف Thomas- Louis Bergeron أن هذا لا يمنع من تطبيق العربون على البيع مثلما يطبق على الوعد بالبيع، ولا يمكن اعتبار البيع المقترن بالعربون وعداً بالتعاقد إذ تنتفي بخصوصه الشروط القانونية الواجبة للعقد التمهيدي، فالوعد لا يحتوى على الرضا الذي يحتاجه البيع.³

¹– J. Carbonnier, Droit civil, T 4, les obligations, P.U.F, 1956, p14 et 60.

² –Voir : Thomas- Louis Bergeron, Des arrhes et de leur incidence sur la promesse de vente, La Cahiers de droit, vol.6, N 1, universiter Laval, 1964, P 9 et 10.

³ – Thomas- Louis Bergeron, Des arrhes et de leur incidence sur la promesse de vente, op. cit, p 9.

إضافة إلى ذلك فإن العقد التمهيدي تسبقه مفاوضات ومساومات قد تنتهي إلى مشروع محدد وتحضر لعقد آخر وهو العقد النهائي دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع، فإبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل للعقد التمهيدي،¹ فهو لا يولد التزام بإبرام العقد النهائي وإنما يولد التزام بالتفاوض بغرض التوصل إلى إبرامه.²

والعربون حتى وإن كان يحمل دلالة العدول فإنه لا يمنع العقد من التكوين، وغاية ما في الأمر أن العربون يمنح مهلة للتفكير يحدد خلالها المتعاقد عن رغبته النهائية، ثم إن مدة العدول أي الفترة ما بين إبرام العقد وإعلان المتعاقد عن رغبته النهائية أدت إلى خلط بين التعاقد المقترن بالعربون والاتفاق التمهيدي نظرا لعدم وضوح موقف المتعاقد من العقد خلالها، ولذلك يصعب تصور تلاقي وتطابق الإيجاب والقبول دون أن يكون للزمن دوره في تحقيق هذا التلاقي من خلال التعاقد بالعربون.³

غير أن البون بين بينهما ذلك أن الاتفاق التمهيدي اتفاق يحضر لعقد نهائي ويكاد يخلو من عناصر تكوين العقد كالرضا والمحل، في حين العقد المقترن بالعربون هو عقد نهائي استوفى جميع شروط وعناصر التكوين، كل ما في الأمر انتظار مرور فترة العدول للفصل إما بالعدول أوامضاء العقد.

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

² - محمد أبو زيد، مقال بعنوان المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، يناير 2005، ص112.

³ - محمد أبو زيد، مقال بعنوان المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها وأحكامها، نفس المرجع، ص106.

الفرع الثاني: الالتزام في التعاقد بالعربون التزام بدلي (Obligation Facultative)

يذهب أصحاب هذا الاتجاه كالسنهوري وعبد الحكم فودة ومحمد يوسف الزغبى إلى القول بأن العربون بدل في التزام بدلي، ولكن قبل الخوض في تفصيل هذا الرأي لابد من تعريف الالتزام البدلي وهو الالتزام الذي له محل واحد فقط ولكن يستطيع المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً عنه فتبراً ذمته بذلك ويسمى أيضاً بالالتزام الاختياري ومثاله العربون الذي يدفعه البائع مقابل العدول عن البيع، إذ محل التزام البائع هو المبيع ولكن تبراً ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون.¹

ولابد من توافر شروط المحل في المحل الأصلي وإلا كان الالتزام باطلاً أما البديل فإذا توافرت فيه الشروط يمكن أن يقوم مقام الأصل وأما إذا لم تتوافر فيه الشروط يسقط ويبقى الالتزام بمحله الأصلي قائماً ويتحول إلى التزام بسيط ذو محل واحد دون بديل، إذن البديل ليس هو محل الالتزام بل يقوم مقامه في الالتزام الأصلي في الوفاء.²

وفي مثال آخر كالتزام شخص بإعطاء سيارة لآخر مقابل أن يعطيه داراً بدلاً عن السيارة، فالسيارة هي الأصل (المحل الأصلي) والدار هي البديل، هذا وقد نصت عليه المادة 216 مدني جزائري: "يكون الالتزام اختيارياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبراً ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر. والشئ الذي يشمل محل الالتزام، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته لا البديل الذي تبراً ذمة المدين بأدائه"

¹ - انظر: أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص380.

- Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op. cit, P 469.

² - انظر في أصحاب هذا الرأي: محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 140، وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 91، وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص192، وجمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص63.

ويقول السنهوري بأن العربون الذي يدفع مقابل العدول عن العقد يمكن تكييفه على أنه البديل في الالتزام البديلي ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في العقد ودائناً بالحق الذي يقابل هذا الالتزام ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط بدها الحق المقابل تبعاً لذلك إذا هو أدى العربون.¹

ويضيف بأن الدائن يطالب بمحل الالتزام الأصلي ولا يستطيع أن يطالب بالمحل البديل ولكن يستطيع المدين اختيار المحل البديل وليس الأصلي على الرغم من بقاء المحل ممكننا ويجبر الدائن على قبوله، فالخيار للمدين لا للدائن، وعليه ففي العربون إذا اعتبر البيع بالعربون عقداً تاماً فهو بدل في الالتزام البديلي بكل تأكيد أما إذا اعتبر العربون تمهيداً للتعاقد وبندا مبدئياً للعقد هنا نميز بين حالتين: الأولى إذا أبرم العقد أحتسب العربون جزءاً من الثمن واندمج معه باعتباره محلاً واحداً وهو الالتزام الأصلي، أما الثانية فهي حالة ما إذا لم يبرم العقد أو لم ينفذ فينظر إلى العربون باعتبار أنه عقد كامل تتوافر فيه جميع أركان العقد وتعتبر قيمة العربون هي ثمن العدول فإن عدل المشتري فقده وان عدل البائع رده ومثله، ومنه يعتبر ذلك إبراءاً للذمة وتنفيذاً للعقد وعليه فالعربون بدل في الالتزام البديلي.²

أما في الفقه الفرنسي فيذهب Blazy إلى القول أن اشتراط العربون ليس له خاصية التخيرية وفقاً للمادة 1189 مدني فرنسي ولكنه خاصية البديلية إذ أن الدائن لا يستطيع أن يطالب إلا بموضوع واحد وهو موضوع الوعد في عقود الوعد بالتعاقد.³

التعاقد بالعربون ينشئ إذن حسب هذا الرأي التزاماً بديلياً في ذمة طرفيه ويمثل العربون مقابل الرجوع في البيع أي بدل عن هذا الرجوع، فالأصل القيام بالالتزام الأصلي الناشئ مثلاً عن عقد البيع غير أنه يجوز لكل منهما استبدال هذا الالتزام بدفع ما يوازي قيمة العربون، فإذا نفذ الالتزام الأصلي عد العربون جزءاً من الثمن، أما إذا استعمل البائع حقه في استبدال التزامه

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص79.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص468.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص216.

بنقل الملكية مثلا بالالتزام بقيمة العربون وجب رد العربون ومثله، ونفس الشيء بالنسبة للمشتري إذا ما أراد أن يستعمل حقه في استبدال التزامه بدفع الثمن مثلا بالالتزام بقيمة العربون وجب عليه ترك ما دفعه من عربون.¹

فالعربون بدل مستحق بالعقد ودفعه يكون تنفيذا للعقد لا فسخا له، وهو تنفيذ عيني وليس تنفيذ بطريق التعويض لما يستلزمه هذا الأخير من توافر أركان المسؤولية بينما العربون هو ثمن العدول بغض النظر عن وجود خطأ في العدول أو مقدار الضرر الذي ترتب عليه، فالمدين في العقد الابتدائي يلتزم بإتمام العقد النهائي (وهو الالتزام الأصلي) ولكن تبرأ ذمته إذا أدى شيئا آخر بدلا عنه وهذا الشيء الآخر هو مبلغ العربون سواء برده ومثله أو بفقده.² ولقد وجهت انتقادات لهذا التكييف بأن الالتزام البدلي يكون التزاما واحدا ذا محلين متعددين متعادلين أحدهما أصلي والآخر يجوز للمدين أن يفي به بدلا عن المحل الأصلي غير أنه يختلف الأمر بالنسبة للبيع بالعربون لأن الالتزامات التي ينشئها البيع البات في ذمة البائع متعددة،³ وتم الرد على هذا الانتقاد بأنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البدلي محالا متعددة بينما يكون البديل محلا واحدا.⁴

وأيد هذا الرد الدكتور عباس الصراف بقوله بأن التعدد في الالتزامات لا يمنع من أن يكون الالتزام بدليا وقال بأن نص المادة 178 فقرة أولى مدني مصري (المقابلة لنص المادة 216 مدني جزائري) توحى بأن الالتزام الأصلي والالتزام البدلي هما شيء واحد، وقد قصد بذلك التمييز بين هذا الالتزام والالتزام التخيري ولم يكن القصد من النص قصر الالتزام الأصلي

¹ - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص62 و عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 195.

² - سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 62 وهامش الصفحة 63.

³ - سمر فايز اسماعيل ، العربون في العقود، المرجع السابق، ص61.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص79 الهامش الأول.

والالتزام البدلي على شيء واحد هذا من جهة التعدد، أما من جهة التغير فلا يستقيم النقد الذي وجه لهذا التكيف حيث أن التغير بين الأصلي والبدلي هو المفروض في الالتزام الأصلي.¹

فالمدين في عقد البيع مثلا قد يكون البائع وقد يكون المشتري ومحل التزام البائع هو التسليم ونقل الملكية والضمان وهذه محال أصلية لكن لها بديل واحد هو العربون يمكن بالعربون الوفاء بالالتزام بعدم تنفيذ المحل البديل والنتيجة صحيحة وهي انقضاء التزام المدين، وهذا الالتزام البدلي مصدره الاتفاق الصريح الوارد في العقد من أن الهدف من العربون إعطاء الحق للطرفين في العدول عن العقد أو اتفاقهما الضمني إذا سكتا عن ذلك، إذ يفهم من السكوت أنهما أحالا إلى نص المادة 72 مكرر مدني جزائري التي تعطي دلالة العدول للعربون، أما إذا اتفق الطرفان صراحة على أن العربون جزء من الثمن وأن دفعه كان بقصد البتات في العقد أو استشف ذلك القاضي من النية المشتركة للمتعاقدين فلا محل للقول بالالتزام البدلي إذ أن الالتزام عندئذ التزام بسيط محله تنفيذ العقد.²

ومن الانتقادات أيضا شكك البعض في توفر شرط التعادل بين قيمة العربون ونقل الملكية مثلا كون أن البديل ليس محلا للالتزام الأصلي ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء ويجب أن يتوافر في البديل شرط التعادل بينه وبين المحل الأصلي طالما أنه يقوم مقامه، هذا الشرط لا يتوافر في التعاقد بالعربون ففي البيع بالعربون يجب على الأقل أن يكون البديل معادلا للمحل الأصلي من وجهة نظر الدائن فإذا كان الدائن في بيع العربون هو المشتري فهل يتساوى من وجهة نظره ملكية المبيع له أو نقل ملكية العربون، كما أنه هناك فرق بين الأداء البدلي في الالتزام البدلي وبين ترك العربون، فالالتزام بالأداء البدلي وسيلة للخلاص من الالتزام لكن العقد باق في الوجود، بينما ترك العربون فهو ليس وسيلة للخلاص من الالتزام من العقد بأكمله، ومنه فترك العربون ليس وسيلة لتنفيذ العقد بل العدول عن العقد فسخ له، كما أن هناك اختلاف في المنزلة بين الحرية المتروكة للمدين في الالتزام البدلي وبين

¹ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 467.

² - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 194.

الحرية المتروكة للمدين في التعاقد بالعربون، فالأولى متعلقة باختيار كيفية التنفيذ التي يراها المدين مناسبة له أما الحرية في حالة التعاقد بالعربون فهي موجهة إلى حفظ وجود العقد من عدمه.¹

فالتعاقد بالعربون قد يشتبه مع الالتزام البدلي في إنهاء الالتزام وذلك عند فقدان العربون أو رد مثله فإذا قدم البديل في الالتزام البدلي لكن يصعب القول بأن التعاقد بالعربون هو البديل في الالتزام البدلي.²

ويذهب رأي آخر أن الاختلاف الذي دار بين الفقهاء حول التكييف القانوني للعربون لا جدوى منه خاصة بعد ما حسم المشرع في القانون المدني الخلاف باعتبار البيع بالعربون حالة من حالات التعاقد،³ في حين يري الترماني بأن العربون من حيث طبيعته بدل الالتزام بإمضاء العقد ومقابلا للرجوع عن تنفيذه وهو من حيث وصفه شرط ملحق بالعقد، في حين عربون البتات هو ضمانا لتنفيذ العقد.⁴

¹-ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 218 و 219.

²-جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 65.

³ - لاشين محمد يونس الغياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 60.

الفرع الثالث: النظريات الحديثة في تكييف التعاقد بالعربون

على ضوء الانتقادات الموجهة للأراء السابقة المكيفة للعربون بزغت بعض النظريات الحديثة

أولاً: التعاقد بالعربون عقد مقترن بتحفظ إرادي

يري أصحاب هذا الموقف أن التعاقد المقترن بالعربون عبارة عن عقد مقترن بتحفظ إرادي، وهذا التحفظ هو تصرف قانوني بإرادة محضة ومنفردة تمكن المتعاقد من أن يغير في المركز القانوني للمتعاقد معه بإنهاء الرابطة العقدية وذلك بمجرد عمل انفرادي لا يكون للمتعاقد الآخر سوى الخضوع لهذه المشيئة دون أدنى ملاسات.¹

ويعتبر التحفظ مسألة أساسية في العقد ومن مستلزماته وليس مجرد أمر عارض،² ومنه فقد بلور الفقيه الفرنسي " برونو سيليس " فكرة التحفظ هذه التي تجعل المتعاقد يملك مرحلة وسطى بين مرحلتي الإجابة بنعم أو بلا، فيستطيع وهو يقول نعم أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يقول لا، أي بإصدار إرادة مضادة مستقبلاً ينهي بها التعاقد.³

فيعد عربون العدول حقاً إرادياً يعتمد على مشيئة صاحب الحق فيكون له مكنة القضاء على العلاقات التعاقدية في محيط الطرف الآخر بمقتضي عملي أحادي دون أن تنشأ إلى من يستعمل هذا الحق واجبات مقابلة للحق، أما مركز الطرف الآخر فيتمثل في واجب تحمل سلطة من يقرر له الخيار، بحيث تصبح إرادته غير مجدية لا يتوقف عليها حدوث الأثر القانوني، فالحق الإرادي المتولد عن الاتفاق يبيح لصاحبه إمضاء العقد فيستقر أمره أو نقض العقد و التحلل منه.⁴

¹ - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 129.

² - انظر: جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 68.

³ - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 129 وابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مقال منشور في مجلة المحامي الكويتية، أعداد يوليو وأغسطس وسبتمبر، 1985، ص 107.

⁴ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 445

والقول باعتبار العربون بيعا بتحفظ ذلك لأن العربون لا دخل له بفكرة الشرط أو البديل في الالتزام البدلي،¹ وفكرة التحفظ الإرادي المحض تظهر كتطبيق للخاصية غير النهائية للرضا من جهة ومن جهة أخرى تظهر نتيجة لتدخل عنصر المدة في التعبير عن الرضا، إذ يستبعد هذا الرأي فكرة الشرط في التعاقد بالعربون لأن الشرط أمر مستقبلي غير محقق بينما التعاقد بالعربون لا يخضع سوى لإرادته المحضة في التحكم في مصير العقد دون قيد أو شرط كما استبعد كذلك فكرة البديل في الالتزام البدلي، ومن النتائج المترتبة على هذه الفكرة أن التعاقد بالعربون هو عقد بات وان استعمال أحد المتعاقدين لحقه في العدول يعمل على فسخ العقد في المستقبل فقط لأنه تحفظ فاسخ.²

في حين يرى جانب آخر من الفقهاء أن الشرط لا يمكن أن يعتبر إراديا إلا إذا كان متوقفا على مجرد رضا المدين، أما ممارسة العدول في العربون فلا يتوقف على محض إرادة المدين فقط وإنما تتوازي في المقابل مع دفع غرامة العدول، كما أنه من غير المستصاغ القول بأن بالعربون معلق على شرط واقف ذلك أن أهم ما يميز الشرط هو صفته العرضية، فهو لا يتجسد في الإرادة ذاتها إذ لا يوجد فرق في الجوهر بين شرط واقف يتعلق بمحض إرادة المدين أو الدائن طالما أنه لا قوام للالتزام العقدي مالم تتوافر هذه الإرادة حيث يستوي أن تكون إرادة المدين أو الدائن.³

فالشرط الإرادي المحض لا يكون صحيحا إلا إذا تعلق بإرادة الدائن أما إذا تعلق بإرادة المدين فالشرط باطل ويتبعه الالتزام كذلك في البطلان، وما دام الأمر في التعاقد بالعربون يتعلق بإرادة أحد المتعاقدين التي تكون هي المتحكم الوحيد في مصير العقد عن طريق هذا الحق الإرادي الذي تتمتع به من خلال ممارسة حق العدول من أحد الأطراف، فإنه ان كان

1 - لاشين محمد الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص133.

2- ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص228.

3 - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص127 و131 وما بعدها.

شرطاً فاسخاً فالشرط صحيح في جميع الأحوال أما إذا كان الشرط الإرادي واقفاً من جانب المدين فقط بطل الشرط لأنه لا يمكن ترك زمام الرابطة القانونية في يد المدين وحده لتتأفى ذلك مع وجود الالتزام ذاته.¹

وننتج فكرة التحفظ المعروضة أن العقد بالعربون يكون تاماً وأن استعمال أحد المتعاقدين لحقه في العدول يعمل على فسخ العقد في المستقبل فقط لأنه تحفظ فاسخ.² كما أن اقتران الإيجاب بمثل هذه التحفظات قد يحدث انقلاباً حقيقياً في الإرادة ولا نستطيع تكييفه على أنه عرض أصلاً لأن الجزم الذي يشكل شرطاً لوجوده قد تخلف.³

ثانياً: التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين

يرى الأستاذ سليمان مرقس بأن التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين أولاهما الاتفاق على التعاقد مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب النية المشتركة للمتعاقدين، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة العربون، ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتاً أي كانت طبيعة الشرط المقترن به العقد فإذا استعمل أي من المتعاقدين حقه في العدول تحل من التعاقد ويجب عليه دفع قيمة العربون.⁴

فإذا كان الشرط فاسخاً للتعاقد فإنه إن تحقق انعدم التعاقد، وبالتالي تحقق الشرط الواقف للالتزام بالعربون وأصبح العربون واجباً في ذمة من عدل، وإن تخلف الشرط الفاسخ تحقق التعاقد واعتبر ذلك تخلفاً للشرط الواقف للالتزام بالعربون وانعدم هذا الأثر الأخير حيث يعتبر

¹ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 233.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع، ص 229.

³ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج 2، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - انظر: السنهاوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص 91 الهامش الثاني وسمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع

السابق، ص 64 و لاشين محمد الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 132.

العربون جزءاً من الثمن، أما إذا كان الشرط واقفاً فإن تحقق نفاذ التعاقد بأثر رجعي من لحظة التعاقد لا من لحظة الشرط وتحقق في نفس الوقت الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون فأصبح هذا الالتزام كأن لم يكن، أما إن تخلف الشرط الواقف انعدم التعاقد وأصبح كأن لم يكن وفي نفس الوقت تخلف الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون وأصبح هذا الالتزام مستحق الأداء نهائياً في ذمة من عدل.¹

وانتقد هذا الرأي بكونه إن كان يصلح عند اعتبار العدول شرطاً فاسخاً إلا أنه لا يستقيم في حالة اعتبار عدم العدول شرطاً واقفاً للتعاقد لأن الالتزام بالعربون يعد حينئذ مقررًا في ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول، ويقتضى ذلك أنه يجوز للطرفين منذ إبرام العقد المطالبة بقيمة العربون على أن يتم رده إذا تحقق عدم العدول وتأبد العقد وهو أمر غير مستصاغ، بالإضافة إلى أنه مخالف قصد المتعاقدين.²

ثالثاً: التعاقد بالعربون تعاقد يخضع للتكوين التدريجي للرضا

ويذهب بعض الفقهاء إلى الأخذ بالفكرة القائمة على التكوين التدريجي للرضا، فيقول Mousseron بأن التعاقد بالعربون لا يكون متكوناً كلياً أثناء تبادل الرضا والاتفاق فهو لا يبلغ تشكيله التام إلا عن طريق عدم ممارسة إمكانية العدول أثناء المدة المتفق عليها أو عن طريق رفض ممارسة تلك الإمكانية صراحة أو ضمناً، وحسبه أن الرضا متكون من اتحاد حلقتين مرتبطتين ببعضهما ارتباطاً وثيقاً إلا أنها ليست مغلقة باعتبار أن المستفيد من إمكانية العدول لا يزال له الحق في سحب رضاه وفسخ العقد.³

إن الرضا هنا لا يبدو إلا كمرحلة في تكوين العقد وهي مرحلة وسط تقع بين الوعد بالتعاقد من جانب واحد ومرحلة العقد النهائي، إذ القدرة على العدول تقع ببساطة كمرحلة

¹ - انظر: جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 66 و عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 190.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 467.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 230.

متقدمة جدا من تكوين العقد، غير أن هذه النظرية لم تلق قبولا عند الفقهاء لاصطدامها بالمفهوم التقليدي لتكوين الرضا، فالعقد متكون منذ الاتفاق عليه ولا يوجد إلا رضا واحد يصدر منذ البداية أما ممارسة إمكانية العدول فهي لا تعدو إلا أن تكون تنفيذا للعقد، فالقول بأن العقد لا يكتمل له التكوين إلا بفوات المدة المتفق عليها أو بتنفيذ العقد ورفض إمكانية العدول فيه خلط بين تكوين العقد وبين تنفيذه.¹

ويبدو أن فكرة التكوين التدريجي للرضا هذه وبرغم الانتقادات الموجهة إليها إلا أنها تصلح أن تكون محل تكييف للتعاقد بالعربون لاتفاقها إلى حد كبير مع المعنى اللغوي للإبرام، ومنه يمكن القول بأن إبرام العقد لا يعقل أن يحدث هكذا دفعة واحدة بل يقتضى من أجل ذلك جملة من المراحل قل زمنها أو كثر، فمن المراحل التي تسبق وتؤدي إلى ولادة العقد وظهوره لدى المتعاقدين والغير ومنه إنتاجه لكافة آثاره نجد التعاقد بالعربون، إذ بالرجوع إلى مصطلح " إبرام " في اللغة نجد أن معنى أبرم الأمر وبرمه أحكمه والأصل في الإبرام الفتل فأبرم الحبل أجاد فتله، هكذا يبرم الحبل ويفتل وهو يتطلب وقتا لإنهاء عملية البرم والإبرام وهو نفس الوضع بالنسبة لتكوين الرضا في التعاقد بالعربون.

ويمكن الرد على فكرة أن الرضا واحد فقط بأنه فعلا هناك رضا واحد في التعاقد بالعربون كل ما في الأمر أنه رضا غير بات إذ يعطي للمتعاقد حرية عدم اتمام التعاقد، فإن أتمه نكون في مرحلة التنفيذ وإن مارس حقه في العدول يصبح العقد كأن لم يكن فيزول وتزول كل آثاره. ولعل القول بالتكوين التدريجي للرضا لا يتعارض مع فكرة مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات لاسيما في مرحلة تكوين العقد هذه، بل يعززها إذ يمكن القول بأن التعاقد بالعربون يمنح حق فسخ العقد والعدول عنه بإرادة منفردة دون الحالة إلى موافقة الطرف الآخر.

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع، ص 231.

المطلب الثاني: تكييف التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي.

يتناول الفقه الإسلامي لاسيما المذهب الحنبلي رأيين مختلفين في تكييف العربون الأول يعتبر العربون من الشروط المعلقة للبيع مع اختلاف المذاهب الفقهية في تأقيت الاشتراط قبل العقد أو في صلبه أم بعده، وأما الثاني فهو اعتبار العربون صورة من صور خيار الشرط فيصبح خيار العربون خيار بين الإمضاء أو الفسخ.

الفرع الأول: العربون شرط معلق للبيع

يرى الحنابلة في باب الشرط في البيع نوعين من الشروط صحيحة وأخرى فاسدة، والشرط الفاسد ثلاثة أنواع منها اشتراط أحد العاقدين على الآخر عقداً آخر كالبيع والسلف ومنها الشرط المنافي لمقتضى البيع وثالثاً الشرط الذي يعلق البيع، هذا الأخير كقول البائع بعثك إن جئتني بكذا أو نرضي فلان، فلا يصح البيع هنا كأصل عام (فالفقه الحنبلي يتميز بتصحيح الشروط وضبط الاستثناء كما سيأتي) لأنه علق على شرط مستقبلي.¹

والتعليق على الشرط هو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر باستعمال أداة الشرط فهو عكس التجيز أين العقد فيه مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره، وهو الشرط الذي يعلق انعقاد العقد فيجعل وجوده مرتبطاً بأمر آخر، هذا التعليق المشروط فيه مرتبط بالشرط وجوداً وعدمًا، إذ يصير الشرط كالسبب للمشروط بإرادة المتصرف بعد أن لم يكن له به علاقة.²

¹ - انظر كل من: المقنع، الشرح الكبير، الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص249 والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص195.

² - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، المرجع السابق، ص392 و572 و573.

فالشرط المعلق للبيع شرط فاسد وسبب الفساد كون البيع من عقود المعاوضة، غير أن الحنابلة أجازوا بيع العربون استثناءً على فساد الشروط المعلقة للبيع وعدم صحتها،¹ كما نصت المادة 254 من مجلة الأحكام الشرعية: "البيع المعلق على شرط لا يصح... لكن لو قال إن شاء الله صح."² وهذا وفقاً لمقتضى القاعدة الفقهية "الأصل في الشروط الصحة واللزوم".³

ونجد أن فقهاء المذاهب الفقهية على درجات في الأخذ بقاعدة الأصل في العقود والشروط هو الحظر، فأشدهم أهل الظاهر ويليهم الشافعي ثم يأتي بعد ذلك الحنفية الذين قالوا بالحظر لكنهم تخففوا في الشروط عن طريق العرف، ثم يأتي الموسعون في العقود والشرط وهم طائفتان المالكية والحنابلة ثم يأتي في النهاية الذين قالوا صراحة بأن الأصل هو الحرية والإباحة وهم ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والإمام الشاطبي من المالكية.⁴

وليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط وفقاً لهذه القاعدة الفقهية من الإمام أحمد الذي أجاز تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ، وهذا ما يجعل المذهب الحنبلي أوسع المذاهب في إطلاق حرية التعاقد وفي الشروط التي يلتزم بها العاقدان فأقر من الشروط ما لم يقره غيره من الفقهاء وسار في ذلك على منهج أساسه احترام كل ما يشترطه

1 - المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص249 و 251.

2 - أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، المرجع السابق، ص127.

3 - انظر كل من: عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية في للمعاملات المالية عند ابن تيمية، ج2، دار التأصيل، ط1، القاهرة، 2002، ص305 و 311 وانظر أيضاً شرح قاعدة الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ص 144 وما بعدها منه، ومرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، المرجع السابق، ص25 و ص 26، وسامي ابن محمد بن جاد الله، الاختيارات الفقهية لابن تيمية لدى تلاميذه، ج1، دار عالم الفوائد، ط1، مكة المكرمة، 1435 هجري، ص435، ومصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، المكتب الإسلامي، دمشق، د.س، ص77.

4 - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ج1، ط1، القاهرة، 1993، ص41.

العاقدان والالتزام به حتى يقوم دليل من الشارع على تحريم ذلك الاشتراط أو بطلان الحقيقة الشرعية التي تتكون منه.¹

ويقول ابن تيمية عن هذا الأصل: "وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها ما يثبتته بدليل خاص من أثر أو قياس.. وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة.. وما اعتمده غيره في إبطال الشروط فقد ضعفه أو يضعف دلالته وكذلك قد يضعف ما اعتمده من قياس."²

وعامل عمر الناس على أنه إذا جاء عمر بالبذر من عنده فلهم الشطر وإذا جاءوا بالبذر فلهم كذا،³ والمنصوص عن أحمد في عامة أجوبته أن العقود لا تفسد بفوات الشرط الذي ينافي مقصود العقد.⁴

فالاتجاه الحنبلي قد سوى في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد والشروط المتفق عليها قبل العقد ولو لم يصرح بها حال العقد، فقد اعتبر الإمام أحمد أن الشرط الملحوظ كالشرط المفوظ، كما اعتبر المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.⁵

أما جمهور الفقهاء فقد أغلقوا باب التعليق في جميع العقود لاسيما التمليكات والنكاح واعتبروها باطلة، من منطلق اتجاههم إلى العمل بقاعدة الأصل في الشروط والعقود الحظر لا الإباحة، فالمذهب الحنفي مثلاً لا يقبل التعليق في المعاوضات المالية بل يعتبرها منجزة فإذا

¹ - انظر كل من: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، المرجع السابق، ص564 وما بعدها، وعبد الملك بن عبد الله بن دهب، المنهج الفقهي العام لعلماء الحنابلة، دار خضر، ط1، لبنان، 2000، ص310، وابن تيمية، مجموعة فتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وابنه، ج29، مجمع الملك فهد، السعودية، 2004، ص132، وابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، د.س، ص261، والبعلي الدمشقي، الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1329 هجري، ص73.

² - مجموع فتاوى ابن تيمية، ج29، المرجع السابق، ص133.

³ - رفيف يونس المصري، بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، المرجع السابق، ص14.

⁴ - ابن تيمية، العقود، مكتبة المورد، ط1، القاهرة، 1423 هجري، ص423 وما بعدها.

⁵ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، المرجع السابق، ص559.

علقت على شرط بطلت ولو وجد الشرط المعلق عليه، غير أنهم ميزوا في تعليق عقود الالتزامات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم دون غير الملائم، ويقصد بالشرط التعليقي الملائم عند الأحناف هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبيه عليه.¹ ولا بد من الإشارة إلى أن أصل الخلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة - في اعتبار العربون شرطاً معلقاً للبيع أم لا - يرجع أيضاً لاختلافهم في حكم البيع والشرط:

- 1- **فالأحناف والشافعية:** ذهبوا إلى القول بفساد البيع في المعاوضات المالية وجواز الشرط ولغوا في باقي العقود الأخرى، وميز الشافعية إذا كان شرط العربون في نفس العقد لا سابقاً ولا متأخراً فالبيع فاسد، فإن سبق أو تأخر فلا تأثير للشرط فهو لغو لا يلزم به شيء.²
- 2- **أما المالكية:** فقالوا بأن العربون فاسد باطل والبيع المتضمن لهذا الشرط فاسد أيضاً لما فيه من الشرط الفاسد والغرر وفي ذلك يقول ابن عبد البر: "و بيع العربان منسوخ إذا وقع قبل القبض وبعده وترد السلعة إذا كانت قائمة فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها، وعلى كل حال يرد ما أخذ عرباناً في الكراء والبيع".³
- 3- **وقال أحمد البيهق جازئ مع شرط واحد أما مع شرطين فلا، وذلك بحسب اعتماد كل مذهب على راوي الأحاديث الواردة في باب البيع والشرط.**⁴

¹ - انظر بتفصيل: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، المرجع السابق، ص564 و581 و582، ومحمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، دار الكتاب الحديث، ط2، القاهرة، 1996، ص659 و661، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص69 وما بعدها.

² - انظر بتفصيل كل من: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص687، وحاشية الشرقاوي على التحرير، ج2، المرجع السابق، ص15، وعبد العزيز بن محمد الربيش، حكم بيع العربون، الإصدار السادس للبحوث المحكمة، جامعة القصيم، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1430 هجري، ص27، والنووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص408 وهامشها، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1976، مصر، ص272 وما بعدها، والزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص381.

³ - ابن عبد البر، التمهيد، ج24، المرجع السابق، ص179 وسبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، المرجع السابق، ص22.

⁴ - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص689.

الفرع الثاني: التعاقد بالعربون تعاقد مقترن بخيار شرط

الخيار هو طلب خير الأمرين إما إمضاء أو فسخ، والمقصود بخيار الشرط هو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره ممن ينييه كل منهما الحق في إجازة العقد أو فسخه باشتراط ذلك في العقد.¹

فيما أخذ أصحاب المذاهب الأربعة بجواز الخيار، منعه الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر، والدليل على إجازته حديث حبان بن منقذ وفيه: "ولك الخيار ثلاثاً" وما روى في حديث ابن عمر: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلاّ بيع الخيار"، وأما عمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلاّ أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار على اعتبار حديث ابن حبان خاص بمن شكى إليه الرسول صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع.²

وهذا الخيار لا يثبت إلاّ بالشرط عند جمهور الفقهاء فسببه هو الاشتراط في العقد ولذا سمى بخيار الشرط، أما عند الإمام مالك فالخيار يثبت إما بالشرط وإما بالعادة، فلو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط، وسبب الخلاف أن الجمهور حملوا حديث "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" على ظاهره من التفريق بالأبدان من المجلس، في حين حمله الإمام مالك على التفريق بالقول.³

¹ - انظر كل من: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص431، ومحمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 663، ومرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، المرجع السابق، ص37.

² - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص737 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، 10 وما بعدها.

³ - النفراوي الأزهرى، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1997 ص

ويقول أبو زهرة أن إجازة الفقهاء لخيار الشرط يرجع لسببين: لحديث حبان بن منقذ: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام" وهو حديث صريح لإجازة الشرط، ولحاجة الناس إليه فقد يخشى أحد المتعاقدين الانخداع لانعدام خبرته في صنف المعقود عليه، والحكمة من شرعية خيار الشرط هي الاستيثاق من الرضا والتروي لدفع الغبن ومنع التغرير والأمن من الانخداع.¹

ليضيف مصطفى الزرقا بأن خيار التروي المسمى بخيار الشرط يحتاج إلى اشتراط لأن المقصود منه أن يأخذ العاقد المحتاج إلى التروي والمشورة فرصة كافية يتمكن بها من ذلك، بعد أنشكي حبان بن منقذ للنبي صلى الله عليه وسلم أنه كثيرا ما يغبن في البيوع فأرشده إلى اشتراط الخيار، ولا يثبت هذا الخيار إلا لمن يشترطه في العقد من العاقدين.²

وسئل ابن تيمية عن رجلين تبايعا عينا وشرطا لكل واحد منها فسخ البيع أو إمضاءه في مدة معتبرة شرعا، فهل يعتبر الخيار في الإمضاء والفسخ أو في الفسخ دون الإمضاء؟ ويكون ذكر الإمضاء لغوا أو لا يعتبران معا؟ فإذا اختار أحدهما الإمضاء والآخر الفسخ فهل القول قول من اختار الفسخ أو السابق منهما؟ فأجاب: إذا اختار أحدهما فسخ البيع فله فسخه بدون رضا الآخر، ولو سبق الآخر بالإمضاء، والإمضاء المقرون بالفسخ يقصد به ترك الفسخ أي لكل منهما أن يفسخه وأن لا يفسخه، فإنه إذا لم يفسخه إلى انقضاء المدة لا يقصد به التزام الآخر بالعقد، لأن تفسيره بذلك يتنافى أن يكون للآخر الفسخ، وقد جعل لكل منهما الفسخ، وان أراد إمضاءه بمعنى إسقاط حقه من الخيار كان صحيحا، ولكن إذا سقط خياره لم يسقط خيار الآخر، وإذا لم يفسخه فقد أمضاه.³

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 431 و 432 و 433.

² - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، المرجع السابق، ص 84 و 460.

³ - مجموع فتاوى ابن تيمية، ج29، المرجع السابق، ص357.

فيكيف التعاقد بالعربون بأنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، إن أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن رد البيع فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله مال في حال الرد، وهذا الخيار للمشتري وحده أما البائع فإن البيع لازم بالنسبة له.¹

ويرى البعض ضرورة تسمية الخيار في التعاقد بالعربون بخيار العربون وذلك بإضافة الشيء إلى سببه ويكون هذا الاسم (خيار العربون) تمييزاً له عن خيار الشرط الذي يختلف عنه من نواح عدة منها: إن الخيار في التعاقد بالعربون يكون بمقابل وهو مبلغ العربون، في حين يكون في خيار الشرط لمن له الخيار أن يعدل عن العقد بدون أن يدفع شيئاً إلى الطرف الآخر، وإذا كان للخيار للمشتري وحده في خيار العربون فهو للمتعاقدين أو لأحدهما أو للغير بالنسبة لخيار الشرط، كما يختلف خيار الشرط عن خيار العربون في المدة المحددة للخيار.²

وخيار الشرط قد يكون خيار رؤية أو خيار عيب وقد يكون خيار عدول بمعنى أن للمتعاقد الحق في العدول عن التعاقد بفسخه وعدم إمضائه، ودفع العربون للمتعاقد الآخر يعني إعطاء المتعاقدين حرية العدول عن إتمام العقد وإمكان فسخه،³ والعربون بهذا الاعتبار، فهو خيار لا يوهن القوة الملزمة للعقد لأنه خيار تعاقدى نشأ بإرادة المتعاقدين.⁴

ويظهر مما سبق أن الفقه الإسلامي لاسيما المذهب الحنبلي يعتبر كأصل أن الشرط المعلق للبيع شرط فاسد غير أنهم أجازوا بيع العربون استثناءً، وإذا كان الجمهور قد أغلقوا كل باب للتعليق فإن الاجتهاد الحنبلي قد سوى الشرط في صلب العقد والشرط قبل العقد لأن الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ عندهم، كما ساهم الفقه الحنبلي في إطلاق حرية التعاقد من خلال

¹ - الصديق محمد الأمين الضرير، بيع العربون، المرجع السابق، ص 648 والزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص 448.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 176 و 177 وفؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 446.

³ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 177.

⁴ - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة، ط2، عمان الأردن، 1998، ص 598.

مسألة تصحيح الشروط، فخير العربون شرط في العقد ولأن الخيار لا يكون إلا بالشرط لذلك يمكن تكييف التعاقد بالعربون في الفقه الحنبلي بأنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، إن أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن رد البيع فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله مال في حال الرد.

وينتج عن هذا القول قدرة المتعاقد على فسخ العلاقة التعاقدية في التعاقد بالعربون بإرادته المنفردة، ويحقق 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 فهو فسخ يدفع المستفيد منه ثمنه وهو مبلغ العربون إذا كان العدول من قبل دافعه، وضعفيه إذا كان العدول ممن قبضه.

وبالمقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي لمسألة تكييف التعاقد بالعربون نجد أن إقرار كلاهما بأن العربون يعلق التعاقد إلى حين إظهار الرغبة الصريحة في العدول أو إتمام التعاقد، ففي القانون الوضعي يمكن أن يكون اشتراط العربون قبل العقد أو عند التعاقد وكذلك في الفقه الإسلامي فقد يكون خيار العربون قبل العقد أو في صلب العقد، أي أن تكوين الرضا في التعاقد بالعربون يكون تدريجياً في القانون الوضعي وكذا في الفقه الإسلامي بحيث يكون للمتعاقد حرية إقرار إتمام العقد وكذلك الحرية التامة في رد البيع والعدول عن العقد دون أن يلزمه المتعاقد الآخر، مقابل خسارة العربون ذلك أن للشرط في خيار العربون في الفقه الإسلامي ما يقابله في حالة الرد، ويستوي القانون الوضعي والفقہ الحنبلي في هذه النقاط.

المبحث الثاني: شروط التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

إن التعاقد بالعربون لكي ينتج آثاره ويتحقق في أرض الواقع كتعامل بين المتعاقدين أولاً وحتى يتمكن القاضي من الوقوف على جزئيات هذا التصرف ثانياً، لابد أن تكون هناك شروط للقول بوجوده بل بوجوده السليم المنتج لآثاره.

ولم يشر المشرع الجزائري في نص المادة 72 مكرر مدني صراحة إلى حزمة الشروط الواجبة في التعاقد بالعربون بكل تفاصيلها بل ترك الأمر للفقہ الذي أقر جملة من الشروط لكل من العقد الذي يقترن به العربون ولميزات ما يدفع كعربون وكذا المدة التي تشترط للفصل في الإقدام أو الإحجام عن التعاقد وأخيراً ما يشترط في دافع العربون ومدى إمكانية أن يكون خارج العلاقة التعاقدية، ولعل نظرة الفقہ الوضعي هذه تسايرها الآراء الفقہية في المذاهب الإسلامية برغم تفاوت النظرة من حيث العمق والتأصيل.

المطلب الأول: شروط التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري

لابد من توافر جملة من الشروط في العربون حتى يربط كافة آثاره فمنها ما يتعلق بالعربون المدفوع ودافعه ومنها ما يرتبط بالعقد المقترن بالعربون ومنها ما يقترن بالمدة والوقت الذي يجب أن يدفع فيه، وسيتم معالجة كل ذلك من خلال تطبيق القواعد العامة للالتزام بصفة عامة من جهة وتحديد بعض الشروط للتعاقد بالعربون بصفة خاصة فيمايلي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بطبيعة ما يدفع كعربون

غالبا ما يكون العربون مبلغا من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون العربون شيء آخر من المنقولات، وذهب في هذا الطرح الكثير من الفقهاء وقد سبق وأن أوردنا في نقطة تعريف العربون البعض منهم، فطبيعة النقود تجعلها تسهل أحكام الرد لأنه هو المال المثلي في التعامل.¹

ضف إلى ذلك شيوع التعامل بالنقود بين الناس وهي تؤدي هذا الدور بأكثر نجاعة من غيرها من الأشياء المنقولة الأخرى، فيتضح إذن أن العربون يكون في الغالب مبلغا من النقود يدفعه أحد المتعاقدين عند إبرام العقد يهدف من خلاله أن يكون له حق العدول عن العقد الذي أبرمه مقابل ترك العربون للمتعاقد الآخر، ويعد العربون هنا ثمنا نقديا للعدول، فيعد الطرف الذي دفع العربون نقدا وكأنه قد اشترى العدول مقابل أن يترك هذا المبلغ، ويعد الطرف الذي قبض العربون نقدا إذا عدل عن العقد وكأنه قد اشترى الحق في العدول مقابل رد هذا المبلغ النقدي مضاعفا.²

وقد يكون العربون مالا أو أي قيمة منقولة تشكل ضمانا للوصول إلى العقد النهائي،³ لكن هذا لا يمنع أن يكون العربون شيء آخر غير النقود، حسب ما ذهب إليه البعض في تعريفهم للعربون، بأنه مبلغ من النقود أو منقول من نوع آخر تحدد قيمته في العقد.⁴

كأن يكون من الأشياء المثلية كالذهب والفضة والحبوب إذا كانت من وصف ووزن ونوع معين ذلك أن طبيعة هذه الأشياء المثلية تسمح بأن تقوم بعضها مقام بعض في الوفاء فيستطع ملتقي العربون أن يرده ومثله،⁵ أما بخصوص المنقولات القيمة فيكون العربون بمثابة تأمين

¹ - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 60.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 432.

³ - Gur De L'Hérault, Dictionnaire National de droit français, op. cit, p75

⁴ - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص 297.

⁵ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 264.

عيني لتنفيذ العقد وعلى من استلم هذا الشيء القيمي كعربون أن يرده عند التنفيذ فإن رده البائع إلى المشتري التزم المشتري بكل الثمن.¹

ويرى جانب من الفقہ بأنه لا يصلح أن يكون الشيء المثلي عربونا كسيارة مثلا بحجة صعوبة رده، فكان الرد بأنه لا صعوبة تذكر مادام يمكننا تامين هذه الأشياء أي تحديد ثمنها وتحويلها إلى نقود، إذ أن رد العربون (السيارة) ومثله قيمتها النقدية إن لم يجد سيارة مثلها، والغرض من تحديد قيمة المنقول في العقد هو درء الخلاف بين الطرفين حول قيمة العربون إذا كان العدول ممن قبضه، حيث يرد المنقول عينه وقيمه المقدرة في العقد.²

ويشترط في العربون أن يكون من الأشياء القابلة للتعامل فيها، أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل فلا تصلح أن تقدم كعربون فإذا كانت من الأموال الممنوع التعامل فيها كالمخدرات، فإن العربون هنا يبطل ولا يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله لأن العربون التزم بدلي لا يبطل الالتزام الأصلي ببطلانه أو هلاكه.³

ومهما كانت طبيعة العربون في حد ذاته فإنه لا بد أن يكون مشروعاً وذلك بأن لا يكون مخالفاً للنظام العامة والآداب العامة وفقاً لمقتضيات المادة 96 مدني جزائري،⁴ فلا يقبل أن يكون ما يدفع كعربون غير مشروع وخارج عن التعامل كمن يعلن رغبته بأن يحضر الشمس كعربون أو أن يدفع جزء من الأموال المخصصة للمصلحة العامة (الخارجة عن التعامل بقوة القانون) كعربون، فكل ذلك باطل لا يعتد به.

1 - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 60.

2 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 144.

3 - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 59.

4 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج 1، المرجع السابق، ص 220.

كما لا بد أن نستبعد الأشياء العقارية التي لا تصلح أن تكون كمحل للعربون،¹ لما تتطلبه من إجراءات طويلة عند تقديمها كعربون لأن العربون عادة ما يستخدم في المعاملات اليومية العادية البسيطة.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 72 مكرر على: "يمنح دفع العربون...." فهو لم يحدد هل العربون مبلغ نقدي أو أي شيء منقول آخر، غير أن واقع الحال عمليا لا يعدو أن يخرج عن النقود والقيم المنقولة والأموال المتعامل بها قانونا وشرعا، كما تقتضي نسبة آثار العقد أن يكون دفع وتلقى العربون بين طرفي العقد دون سواهما.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة العقد المقترن به العربون

نصت المادة 59 مدني جزائري على ضرورة وجود الرضا بين الطرفين كركن أساسي لتكوين العقد من خلال توفر الإرادة مع ضرورة التصريح بها تصريحاً يعد من الأركان الجوهرية التي لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحاً بدونها باعتبار التعبير عن الإرادة هو المظهر الخارجي للمتعاقدين.²

فمتى اتجهت إرادتين متطابقتين إلى إبرام عقد من العقود، وتم تلاقي هاتين الإرادتين بإيجاب وقبول، انعقد العقد³ الذي يعتبره القانون شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه بعد ذلك إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يحددها القانون حسب المادة 106 مدني جزائري التي تأخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره مبدأ عالمي.⁴

¹ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 161.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص82.

³ - انظر قرار المحكمة العليا رقم 51440 المؤرخ في 1987/11/11 في وجوب تطابق الإرادتين: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج1، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2003، ص 600.

⁴ - علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص08.

وخيار العدول في التعاقد بالعربون يتقرر في الأصل من حيث الأشخاص لكل من طرفي العقد ويمكن أن يتقرر لأحدهما فقط،¹ ويشترط في العربون لكي ينتج أثره أن يكون مقترن بعقد صحيح فإذا لم يكن ثمة عقد أو كان العقد باطلا يبطل معه العربون ويرد إلى دافعه دون ترتيب آثاره.²

ومشكلة صحة العقود التي يقترن بها العربون لا تثور بصدد العقود الرضائية،³ بل يستشكل الأمر عند الحديث عن العقود الشكلية أين اشترط القانون لصحة هذه العقود إفراغها في شكل معين، وفي حالة عدم استيفاء الشكل لا ينتج العقد أثره وبالتالي لا ينتج العربون آثاره المعلومة،⁴ والشكلية المطلوبة في العقود الشكلية تشترط في العقود التامة كالبيع وكذا في الوعد بالبيع، فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "وحيث أن الوعد بالبيع يعتبر بمثابة بيع مما يجعله خاضعا لتلك الشكلية..".⁵

فيكفي مبدئيا لاقتران العربون بالعقد أن يكون عقدا صحيحا مستجيبا لما يقتضيه القانون من شروط وأركان، غير أنه كثيرا ما يدفع العربون في عقد البيع باعتباره المجال الأساسي له كما ينتشر غالبا في الوعد بالعقد كمرحلة سابقة للتعاقد، ولكن هذا لا يمنع أن يتحقق أيضا في العقد المبرم نهائيا، إذ يصح اقترانه بعقود أخرى كالإيجار والمقاولة والعمل⁶ أما عقد المقايضة فقد استثناه البعض من اقترانه بالعربون إذ لا يتصور في المقايضة دفع العربون إلا فيما يتعلق

¹ - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص60.

² - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص59.

³ - J-A. Brutails, la coutume d'Andorre, op.cit, p196.

⁴ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص267.

⁵ - قرار المحكمة العليا رقم 14447 المؤرخ في 1979/01/31 .

⁶ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 128.

بعربون يدفع خارجا عن البدلين وهذا لا يقع عادة كما قال السنهوري،¹ ولتوضيح ذلك سيتم معالجة العربون في المرحلة السابقة للتعاقد أولا ثم العربون في العقود النهائية.

أولا: العربون في المرحلة السابقة للتعاقد

لم يعالج المشرع الجزائري المرحلة السابقة للتعاقد في القانون المدني كمرحلة مقننة بصفة مستقلة عن الأحكام العامة، وقبل التطرق إلى العربون في الوعد بالتعاقد كأحد عناصر المرحلة السابقة للتعاقد لابد من التأكيد على ضرورة الاتجاه نحو تعديل القانون المدني الجزائري وذلك بإدراج أحكام المرحلة السابقة للتعاقد في القانون المدني الجزائري في قسم خاص.

ويعرف الوعد بالتعاقد بأنه عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها، فهو يمثل مرحلة تمهيدية للعقد الموعود به،² ويعرف أيضا بأنه عقد غير متبادل حوي في إنشائه جميع عناصر العقد النهائي ما عدا عنصر القبول بالعقد النهائي من قبل الموعود، يلتزم بمقتضاه الواعد بإبرام عقد ما لمصلحة الموعود الذي إذا أبدى رغبته بإبرام هذا العقد في المستقبل، تحول الوعد غير المتبادل إلى عقد نهائي ومن تاريخ القبول به.³

ويعتبر الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والعقد النهائي فهو عقد كامل لا مجرد إيجاب، فهو مرحلة دون التعاقد النهائي وخطوة نحوه عند قبول الطرف الآخر،⁴ وقد نصت المادتين 71 و 72 مدني جزائري على أحكام الوعد بالتعاقد مشترطة ضرورة التطرق للمسائل الجوهرية وتوفر الشكلية في الوعد المرتبط بالعقود الشكلية.

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 765.

² - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص54.

³ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، المرجع السابق، ص125.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 251.

فقد يقتزن الوعد بالتعاقد سواء كان ملزم لجانب واحد أو للجانبين بالعربون للدلالة على رغبة الأطراف في استكمال إبرام العقد أو للدلالة على حق الأطراف في العدول عن الوعد مقابل فقدان قيمة العربون أو ضعفه.

1- العربون في الوعد الملزم لجانب واحد

عندما يكون الوعد بالتعاقد وعدا ملزما لجانب واحد وهو الواعد، فإن الموعد له لا يلتزم بشيء، إذ له خيار قبول العقد فيصبح ملزما بموجبه أو خيار الرفض فيعتبر العقد كأن لم يكن بالنسبة له، فالمتعاقد الآخر نجده حر إن شاء أظهر رغبته في البيع أو الشراء فيتم العقد وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فيسقط بذلك الوعد.¹

وقد أجمع الفقه والقضاء الفرنسيين على إمكانية اقتزان العربون بالوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، غير أن إمكانية العدول قد تكون لمصلحة الواعد بالبيع دافع العربون وقد تكون لمصلحة المستفيد دافع العربون.²

فنطاق تطبيق العربون في الوعد الملزم لجانب واحد سواء بالبيع أو بالشراء غير محدود من خلال وظيفة العدول، ذلك أن هدف العدول هو السماح للمتعاقدين بالرجوع عن التزاماتهم وفي الوعد الملزم لجانب واحد ينفرد بهذه الإمكانية الواعد الملتزم أما المتعاقد معه فليس لديه ما يعدل عنه.³

إن الوعد بالتعاقد هنا لا ينشئ للموعد له قبل أن يظهر رغبته إلا حقا شخصيا تجاه الواعد، كما أن العقد لا ينتج خلال هذه الفترة أي أثر قانوني، فإخلال الواعد بالتزامه لا يرتب البطلان،⁴ أما بعد إبداء الرغبة من طرف الموعد له خلال المدة المعينة يصبح التعاقد نهائي إذ

1 - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 56.

2 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص320.

3 - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص28.

4 - عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط2، مصر، 1999، ص45.

الترم الواعد بما وعد، أما إذا نكل يمكن مقاضاته ويقوم الحكم مقام العقد،¹ أما بالنسبة للطرف الآخر فلا تنطبق عليه أحكام العربون ولا يلزم برد الضعف.²

ويصبح الوعد الملزم لجانب واحد المقترن بالعربون عقدا تاما عندما أظهر الموعد له رغبته قبل انقضاء المهلة المحددة فيصير العربون جزء من الثمن إن كان وعدا بالشراء، في حين إذا كنا أمام وعد بالبيع ملزم لجانب واحد فإن المبلغ المدفوع لا يعد جزءا من الثمن عند إتمام التعاقد لأن الثمن يدفع من طرف المشتري وفي هذه الحالة البائع الواعد دفع العربون مقابل حق العدول فإن لم يعدل وأظهر رغبته وقبل الموعد له يمكنه استرداد ما دفعه، فالعربون المدفوع من طرف المستفيد في الوعد الملزم لجانب واحد يشكل عنصرا هاما للقول بالزامية الوعد، فلو كان مبلغ العربون ضئيلا فإن الوعد لا ينشئ التزاما إلا من جانب الواعد أما إذا كان مبلغ العربون كبيرا نكون أمام وعد ملزم للجانبين.³

ولكي ينتج الوعد الملزم لجانب واحد المقترن بالعربون لابد أن يكون الوعد متوفرا على الشروط القانونية والمسائل الجوهرية للتعاقد، فلا يعتبر الوعد عقدا تمهيديا إلا إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد النهائي،⁴ فنصبح أمام خيارين خيار الواعد دافع العربون والمتمثل في إمكانية العدول مقابل خسارة العربون وخيار الموعد له في إبداء رغبته من عدمها.

2- العربون والوعد الملزم للجانبين

يندرج الوعد الملزم للجانبين شأنه شأن الوعد الملزم لجانب واحد ضمن المرحلة التمهيدية للعقد النهائي، والوعد ملزما للجانبين هو وعد بالبيع وبالشراء من الجانبين⁵ أو ما يسمى بالبيع الابتدائي أين يلتزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئا ويلتزم الطرف الآخر

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 55.

² - Guy De L'Hérault, Dictionnaire National de droit français, op.cit,P75.

³ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 29.

⁴ - هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، المرجع السابق، ص 127 وما بعدها.

⁵ - Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op.cit, P 637

بأن يشتريه فيتم البيع بينهما ملزما للجانبين،¹ على أن يتضمن هذا العقد اتفاق الطرفين على كل أركان العقد النهائي ويقع على المتعاقدين التزام بإمضائه بمجرد توفر شروطه، غير أنه هناك من قال بوجود اختلاف بين الوعد الملزم للجانبين والبيع الابتدائي لاسيما من ناحية إبداء الرغبة في مدى الوصول إلى التعاقد النهائي.²

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يكون الوعد الملزم للجانبين مصحوبا بدفع مبلغ من المال كعربون للدلالة على جدية الإقدام على التعاقد، فيعطى للأطراف المتعاقدة من خلال اشتراطه لإمكانية العدول وتوفيره مهلة للتفكير في مدى جدوى إبرام العقد من عدمه، إذ عادة ما يقترن العربون بالوعد الملزمة للجانبين التي تكون البيع الابتدائي تمهيدا للعقد النهائي.³

وقد يكون العدول في الوعد الملزم للجانبين من جانب أحد الطرفين دون الآخر، فيجعل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي وإما في الاقتصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع، وكذلك قد يجعل هذا الحق للمشتري وحده فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله.⁴

ولا يقتصر العربون بالوعد بالبيع فقد نجده أيضا في الوعد بالإيجار، فإذا قبض العربون كضمان للحصول على مسكن للإيجار، ثم تتصل قابض العربون ورفض التأجير يلتزم برد ضعف العربون المدفوع في الوعد بالإيجار الملزم للجانبين.⁵

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 76.

² - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2009، ص 84 الهامش الأول.

³ - Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil les obligations, 2eed, T 1, S, Paris, 1988, P126.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 90.

⁵ - انظر في الوعد بالمنح والتأجير والعربون لبواتيه:

- De M. Merlin, œuvres de Pothier contenant les traités du droit français, op.cit, p 374 - 375.

فالوعد الملزم للجانبين يصبح غير ملزم إذا اقتزن بالعربون طبقا لنص المادة 1590 مدني فرنسي وإنما يمكن الأطراف من استخدام إمكانية العدول التي تعطي لهم صلاحية عدم تنفيذ الالتزامات المتولدة عن الوعد، ويصبح الوعد غير ملزم ابتداء من وقت اظهار أحد الطرفين لرغبته في العدول.¹

ويضيف Troplong أن الوعد بالبيع المقترن بالعربون يبقى على حاله ما لم يخرجوه الأطراف عن غاية الوعد البسيط للوصول إلى العقد النهائي، إذ إمكانية الرجوع دائما متوفرة، فالواعد والقابل يعتبران متفقين على أن ترك التنفيذ يفسخ العقد مقابل خسارة العربون.²

كما تطرق Pothier إلى الإمكانية في العدول في الوعد بالبيع عندما ميز بين العربون المدفوع قبل إتمام الصفقة فقال بأننا نكون فقط أمام مشروع للعقد حيث يكون العربون هنا وسيلة للعدول كما هو الحال في الوعد بالبيع، وهناك أيضا العربون المدفوع بعد إتمام العقد وإبرام الصفقة حيث يصبح العربون هنا وسيلة لإثبات انعقاد الصفقة وليس مقابل للعدول.³

نخلص إلى أنه يشترط في العقد الذي يقتزن به العربون أن يكون عقدا صحيحا وفقا لما ينص عليه المشرع والمبادئ العامة للقانون من رضا متبادل وسليم من العيوب، محل، وسبب وفقا للأحكام العامة للعقد، ولا يثور أي إشكال في العقود الرضائية، بينما الأمر معقدا بالنسبة للعقود الشكلية أين يشترط القانون لصحتها إفراغها في قالب شكلي معين لا ينعقد العقد بدونها، فيكون عدم استيفاء هذا الشكل حائلا دون انعقاد العقد وبالتالي يمنع من ترتيب أي أثر قانوني عليه ويجب أن يرد العربون إلى من دفعه لأن هذا التعاقد باطل وفقا للقواعد التي حددها

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 318.

² - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 167.

³ - R-J.Pothier, traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, T 2, J. Rouzeau-Montaut, I.R, Paris, P 18 - 19 et 22.

المشروع ولا يمنع هنا من المطالبة بالتعويض إذا اثبت قيام الخطأ المسبب للضرر بسبب البطلان.¹

إن المشروع الجزائري في نص المادة 72 مكرر وضع حكما عاما يمكن تطبيقه على سائر العقود إذ لم يميز بين عقد وآخر وقد وفق المشروع الجزائري في ذلك على عكس المشروع الفرنسي الذي لم يحالفه التوفيق في نص المادة 1590 لأنه جعلها في موضوع الوعد بالبيع مما ولد الاختلاف بين الفقهاء حول تحديد نطاق العربون كثن للعدول بين موقف مضيق متمسك بحرفية النص واقتصار التطبيق على الوعد بالبيع فقط سواء كان ملزم لجانب واحد أو للجانبين² وموقف ثان وسطي يضع قرينة على أن العربون وسيلة عدول في الوعد بالبيع وقرينة إثبات في العقود الأخرى وعلى المدعي إثبات عكس هذه القرينة وموقف ثالث موسع يقول بتطبيق العربون على كل العقود بلا قيد أو شرط، فهو مبدأ عام يشمل سائر العقود.³

ثانيا: العربون في العقود النهائية

يعتبر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من أهم مبادئ العقد إذ تنص المادة 106 مدني جزائري " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" والمقابلة لنص المادة 1134 مدني فرنسي، ومن خلال هذا المبدأ المستمد هو الآخر من مبدأ أساسي وهو مبدأ سلطان الإرادة يستوجب على كل طرف احترام العلاقة التعاقدية في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها العقد باعتباره قانون الطرفين،⁴ فالقوة الملزمة للعقد الذي انعقد صحيحا تمكن الأطراف عند اشتراط العربون من الحرية في التعاقد من عدمه

1 - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 59.

2 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 170.

3 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 304-313.

4 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 313.

وفي حال التعاقد فلكلاهما الحق في أن يحدد مضمون العقد بما يتناسب ومصلحته وفقا لأطر لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.¹

ولا يمكن الحديث عن القوة الملزمة لأي عقد إلا إذا كان عقدا صحيحا أما إن كان العقد باطلا فليست له أي قوة ملزمة حتى تتحل،² لذلك يجب أن يكون العقد المقترن به العربون صحيح يمتلك القوة الملزمة التي تخول لأحدها حرية العدول.

غير أن الجدل وقع في فرنسا بخصوص نص المادة 1590 التي ذكرت الوعد بالبيع المقترن بالعربون دون ذكرها للبيع، وبناء على هذا تساءل الفقه عن إمكانية تضمين العربون في العقود التامة، ومدى التعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقود، فقبول العربون في عقد نهائي ملزم للجانبين المكسب للحقوق من شأنه أن يجعل ممارسة العدول فكرة تحتوى على التناقض لأننا كما يقول Troplong نعدل عن ارتباط ولا نعدل عن حق مكتسب كالملكية باعتبار أن البيع التام ينقل الملكية، فإذا عدل البائع لأبد من توفير الحماية للمشتري من هذا العدول لذلك يستحيل تطبيق العربون على العقود التامة حسبه.³

لكن ورغم ذلك تبقى إمكانية اقتران العربون بالعقود النهائية ثابتة، وفي ذلك يقول Planiol بأن العربون يتأقلم مع كل وضعيا التعاقد بالوعد وكذا سريانه في فرضيات أخرى كاقترانه بالعقود التامة،⁴ وقد حظيت بموافقة الفقه والقضاء الفرنسي الذي أكد امتداد تطبيق العربون على العقود التامة الملزمة للجانبين على غرار الوعد الملزم للجانبين أو الملزم لجانب واحد، فيقول الفقيهان Baudry و Saignat أن القانون لم يتناول العربون إلا بالنسبة لعقد الوعد الملزم للجانبين لكن ليس هناك ما يمنع من سريان المادة 1590 على كافة العقود الملزمة

¹ - عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، لبنان، 1968، ص 436.

² - جلال علي العدوي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار الجامعة، الإسكندرية، 1994، ص247.

³ - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 181 -183.

⁴ - Marcel Planiol, traite élémentaire de droit civil, T 2, op.cit, p 470.

للجانبيين القابلة بطبيعتها للعربون،¹ كما صدرت عدة قرارات عن القضاء الفرنسي تؤكد أن العربون يتلاءم مع كمال العقد، وعليه فلا توجد أي جدوى من البحث عن العقد هل يتضمن وعدا بالبيع أو بيعة تاما، إلا أنه من الضروري استبعاد إمكانية العدول في العقود العينية على الأقل من جهة الطرف الذي يسلم الشيء ففي هذه العقود تختلط لحظة انعقاد العقد بلحظة تنفيذ إحدى التزاماته أين لا نستطيع فيها العدول عن التنفيذ،² ذلك لمن اعتبر العربون تصرف قانوني يتميز فيه شكل التعبير عن الإرادة بالتسليم فهو اتفاق عيني.³

وما دام القانون المدني الجزائري في المادة 72 مكرر منه لم يحدد طبيعة العقود التي تصلح أن تقترن بالعربون فهو حكم عام يمكن من خلاله توسيع نطاق تطبيق العربون إلى جميع العقود،⁴ إذ الأصل هو الخضوع لمبدأ حرية التعاقد فيمكن للطرفين التعاقد بالعربون في سائر أنواع العقود ولعل أهمها عقدي البيع والإيجار.

لكن لا بد من التدقيق أكثر في هذه القاعدة العامة للوصول إلى استثناء مهم ينجر عنها إذ لا بد أن تكون العقود المقترنة بالعربون عقود ملزمة للجانبين حتى نستطيع اشتراط العدول فيها باعتبار أن العربون وسيلة لنقض العقد، فإذا كانت عقود غير لازمة كالوكالة فلا جدوى من اقترانها بالعربون، هذا فيما يخص العقود النهائية من جهة ومن جهة أخرى وفي المراحل السابقة للتعاقد كالوعد مثلا فإنه يمكن اقتران العربون بهذا العقد وكل ما في الأمر أن الموعد له غير ملزم به فالعربون المدفوع في هذه الحالة من طرف الواعد الذي يشترط العدول لنفسه دون الزام الموعد له برد ضعف العربون عند عدم التعاقد.⁵

1 - عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 170 والهامشيين الأول والثاني.

2 - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 30 و 31.

3 - لاشين محمد بونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 135.

4 - انظر: هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، المرجع السابق، ص 145 وحسب الرسول الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 417

5 - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

أما القضاء الجزائري فقد أخذ قبل تعديل القانون المدني وتنظيمه لأحكام العربون، بالعربون في إطار العقود التامة وكذا في الوعد بالتعاقد، فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1979/01/31 المذكور أعلاه أن موضوع القضية يتمحور حول تنجيز الوعد بالبيع وإتمام إجراءات التعاقد وهو وعد بالبيع، كما جاء قرارها المؤرخ في 1986/02/19 المذكور سابقا أيضا أن موضوع الدعوى يتمثل في بيع الآلات وهو بيع تام.¹

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالمدة

خيار العدول يمنح لأحد أطراف العقد أو لكليهما الرجوع عن التعاقد مقابل خسارة مبلغ مالي محدد مسبقا، ونظرا لأن هذه الميزة تجعل العقد غير مستقر من حيث مصيره النهائي، يجب على المتعاقدين الاتفاق على المدة التي يجوز لهما فيها ممارسة حق العدول إما صراحة أو ضمنا وإن مرت المدة دون استعمال حق العدول أصبح العقد باتا. وسنتعرض هنا إلى الوقت الذي يدفع فيه العربون أولا ثم إلى الفترة الزمنية التي يمارس فيها العدول.

أولا: وقت دفع العربون

لقد انقسم الفقہ بخصوص مسألة الوقت الذي يجب فيه دفع العربون إلى ثلاثة آراء متباينة: الرأي الأول: يرى Pothier أن عقد العربون عقد عيني إذ يجب أن يحصل دفع العربون وقت انعقاد العقد، لأنه لا يمكن الانعقاد دون تسليم العربون الذي يعتبر شرط أساسي لتكوين العقد، حيث لا يصبح الاتفاق على العربون صحيحا إلا إذا تم دفع العربون بالفعل أثناء

¹ - انظر لتفصيل هذين القرارين الصفحة 40 و 41 من هذا البحث.

الاتفاق وليس بعده إذ لا يكفي مجرد الاتفاق عليه، ويتسلم العربون ينشأ التزام لمن تسلمه تجاه دافع العربون الذي لا يكون عليه أي التزام لأنه نقل ملكية العربون بهذا التسليم.¹ كما أنه ورغم التعديلات التي طرأت على المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري إلا أن وقت دفع العربون كان محل اتفاق وبقى على حاله وهو أن يتم دفعه وقت إبرام العقد،² وعلى ضوء ذلك قضت محكمة النقض المصرية أن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد.³

الرأي الثاني: دفع العربون يجب أن يحصل وقت إبرام العقد أو قبله،⁴ أما الرأي الثالث: يجوز أن يحصل دفع العربون بعد انعقاد العقد وقبل حلول ميعاد الاستحقاق، ولأن التعاقد بالعربون يتكون بالرضا البسيط فإنه يمكن إرجاء تسليم العربون إلى ما بعد إبرام العقد، فإن لم يتم ذلك فإن العقد يكون غير قابل للتنفيذ.⁵

هذا وقد فصل المشرع الجزائري في نص المادة 72 مكرر بقوله: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد..." وعليه فوقت دفع العربون في القانون الجزائري هو وقت إبرام العقد بصراحة النص، وهو يتوافق بذلك مع الرأي الأول السابق ذكره الذي تبناه الفقيه Pothier.

ثانياً: المدة الزمنية لممارسة العدول

سبق الفصل أن دفع العربون يكون وقت إبرام العقد وعندئذ يحق لكل متعاقد ممارسة إمكانية العدول عن العقد، وهذه الإمكانية ليس من المستصاح تركها مفتوحة زمنياً إلى ما لا

¹ - R-J.Pothier, traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, op.cit, P 19.

² - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 262.

³ - انظر: أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 310 وجمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص40.

⁴ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 445.

⁵ - انظر: ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 276 وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 445.

نهاية، بل لابد أن يتم ذلك خلال مدة زمنية محددة متفق عليها يكون بعدها العقد إما باتا إن لم يستعمل خيار العدول أو يزول بممارسته.

إن لعنصر الزمن دور مهم في العملية التعاقدية خاصة في المرحلة السابقة للتعاقد لاسيما في التعاقد بالعربون إلا أن الفقه غالبا لا يهتم بهذا الدور لأن النظرية العامة للعقد تقوم أساسا على مبدأ فوروية انعقاد العقد المتجسد فعليا في اتفاق الإرادة النهائي، أما في التعاقد بالعربون فيلعب عنصر الزمن دورا بارزا في عملية التعاقد بالعربون لأن الإرادة تبقى متحيرة طوال مدة العدول فلا تعبر عن قبول أو رفض للعقد ففي هذه المرحلة يتم فيها الجمع بين حرية التفكير والتروي وبين الاختيار في نهاية المدة المقررة ما بين الاستمرار في العقد أو نقضه.¹

وعموما فإن هذا الأجل طال أو قصر قد يتفق المتعاقدين صراحة على تحديده وقد يغفلان عن تحديده فيكون ضمنيا:

1- الأجل الصريح:

يتم تحديد المدة الزمنية لممارسة العدول بالاتفاق الصريح بين الطرفين أو حسب مقتضيات العرف،² فعادة ما يحدد المتعاقدين أجلا لخيار العدول، وفي هذه الحالة لا يجوز لهما استعمال حق العدول إلا في الفترة المحددة،³ فإذا لم يعدل أحد المتعاقدين عن العقد في المدة المحددة سقط حقه في العدول بانقضاء مدته، ويتأكد قيام العقد ويصبح لازما باتا منذ لحظة انعقاده،⁴ ويكون لمن دفع العربون استرداده أو تركه باعتباره وفاء بجزء من الثمن بحسب حال الطرف العادل، فلا يستطيع طرف أن يجبر الطرف الآخر على البقاء في العقد طالما أن المدة المحددة لإمكانية العدول لم تنته بعد.⁵

1 - يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، المرجع السابق، ص 281.

2 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، المرجع السابق، ص 102.

3 - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 86.

4 - لاشين محمد يونس الغياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 124.

5 - طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 79.

2- الأجل الضمني:

قد لا يحدد المتعاقدان أجل ممارسة العدول، فلا يمكن عندئذ أن نترك الحبل على الغالب هكذا إلى ما لا نهاية بل لابد من ضبط المدة حفاظا على العلاقات التعاقدية، لكن سكوت المتعاقدان في تحديد المدة لا يمكن أن يعتبر تعبيراً عن إرادتهما في إسقاط خيار العدول بل للقاضي سلطة من خلال مختلف القرائن في تحديد هذه المدة.¹ إذ تشير المادة 308 مدني جزائري أن الالتزام يتقادم بانقضاء خمسة عشر سنة، فإذا اعتبرنا أن خيار العدول الذي يتضمنه العقد المقترن بالعربون يخضع لأحكام هذه المادة يعني ذلك حسب هذا الرأي إمكانية ممارسة العدول تستمر طيلة خمس عشرة سنة وهي مدة طويلة جدا.

وقد أشارا Aubry et Rau أن أقصى مدة يمكن للمتعاقدان الاحتفاظ فيها بحق الرجوع عن التعاقد هي خمس سنوات وذلك حتى لا تبقى العقود مهددة بالزوال مدة طويلة.² ولكن مثل هذا القول من شأنه أن يؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات لذلك فإذا لم يتم تحديد مدة معينة لممارسة حق العدول عن العقد اتفاقاً أو عرفاً، يبقى هذا الحق قائماً للمتعاقد، إذ أن حرية ممارسة العدول مكفولة لكل طرف إلى غاية تنفيذ العقد أو ما يدل على النزول عن خيار العدول،³ فإذا نفذ العقد من أحد المتعاقدين ووافق الطرف الآخر على هذا التنفيذ فإن العقد يصبح باتاً، وإذا مارس أحد المتعاقدين حقه في العدول عن العقد سقط حق فيه ووجب عليه أن يدفع للطرف الآخر المقابل هذا العدول فإذا كان هو من دفع العربون ففقدته وان كان هو من قبضه رد ضعفه.⁴

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 97.

² - C. Aubry et C. Rau, cours de droit civil français, T 4, 3^eed, L. G.J, Paris, 1856, p 249.

³ - همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، المرجع السابق، ص 123 الهامش الأول.

⁴ - انظر كل من: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 86 ونبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، المرجع السابق، ص 102.

وكذلك لو تراخى أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد لها مدة تتجاوز المألوف فإن ذلك يعتبر دليلاً على مباشرة خياره في العدول عن العقد وهذه المسألة تخضع لتقدير القاضي.¹

غير أنه يمكن أن نستشف من ظروف التعاقد ما يفيد التنازل ضمناً عن حق العدول، من خلال التنفيذ الإرادي للعقد أين يعمد المتعاقد إلى إظهار نيته في أن يمضي بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته فيعتبر ذلك نزولاً عن حق العدول، كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري أو دفع المشتري للبائع أقساطاً من الثمن،² كما يمكن استعمال الأعذار من خلال طلب تنفيذ الاتفاق أو نقضه خلال مدة محددة حتى لا يظل العقد معلق المصير إلى أجل غير معلوم.³

هذا ولم تحدد المادة 72 مكرر مدني جزائري المدة التي يجب خلالها ممارسة إمكانية العدول مما ذهب بالفقه إلى القول بضرورة أن يتضمن العقد مدة محددة لإبداء الرغبة فيه، فليس من المنطق القانوني أن يترك حق العدول دون تقييده بوقت معين حفاظاً على مبدأ الاستقرار العقدي وما يؤدي إليه من شك وريبة في العقد المقترن بالعربون، حيث يبقى المتعاقد قلقاً لا يعرف متى يكون هذا العدول ومتى يكون العقد باتاً، وهنا يتجسد دور القاضي في البحث عن نية المتعاقدين حسب الظروف المحيطة بكل حالة من خلال تفسير العقد، فهناك من التشريعات من ضبطت فعلاً مدة معينة لشرط الخيار كالعراق والكويت واليمن في حين القانون الفرنسي لم يحدد مدة معينة للعدول.⁴

1 - لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 125.

2 - التزمانيني، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 58، وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 87.

3 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 172.

4 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 443.

تجر الإشارة إلى أن المدة في العرف الجزائري الممنوحة للمتعاقدین ليعربا عن عدولهما
جد قصيرة لا تتعدى في أغلبها بضعة أيام، باعتبار أن المعاملات اليومية التي يستخدم فيها
العربون بسيطة تستدعي السرعة وأثمانها زهيدة غالبا.

المطلب الثاني: شروط التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي

إن التعرض لشروط التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي يقتضى معالجة العربون المدفوع وطبيعته وما يصلح كتمن ومتمن وما لا يصلح، ثم لابد من دراسة العقد المقترن به العربون بأن يكون خالياً من أي عيب مع ضرورة إلقاء نظرة على صلاحية العقود التامة للاقتران بالعربون دون سواها أم يمكن أن يكون الوعد بالتعاقد أيضاً ميداناً للعربون، وفي الأخير نتعرض إلى ما جاء به الفقهاء عن شروط تحديد المدة في خيار العربون واختلاف الفقهاء في مسألة عدم تحديدها.

وسيتم التطرق كل هذا في الفقه الإسلامي في فروع ثلاث، مع إجراء مقارنة بين شروط التعاقد بالعربون في القانون الوضعي وما يقابلها في الفقه الإسلامي في ختام هذا المبحث.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعربون المدفوع

لا بأس أن نتعرض في هذا الفرع إلى الشروط المتعلقة بالعربون المدفوع ثم نشير إلى المتعاقد دافع العربون ووصف التزامه في العلاقة التعاقدية المستقبلية مقارنة بالمتعاقد الآخر، فما يدفع من عربون في مؤلفات الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة لا يختلف كثيراً عن ما هو عليه في القانون الوضعي، فنجد اتفاق بين الفقهاء حول اعتبار العربون مبلغ نقدي مع تحديد العملة فذكر السغدري من الأحناف الدرهم بقوله: "... فيدفع إلى البائع دراهم"،¹ وعن الإمام مالك قوله: "... ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكارى منه أعطيك ديناراً، أو درهماً، أو أكثر من ذلك أو أقل".²

¹ - السغدري، التنف في الفتاوى، المرجع السابق، ص 472.

² - انظر كل من: موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي، المرجع السابق، ص 419، والصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص 22، و ابن رشد القرطبي، المقدمات والممهدات المرجع السابق، ص 72، والماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج 5، المرجع السابق، ص 338.

ومن الشافعية قولهم ويعطيه دراهم مثلا،¹ وفي نفس المضمون قال الشرييني: "أن يشتري ويعطيه دراهم"،² وفي البيان: "فيدفع درهما أو ديناراً،³ وذكر ابن مفلح ذلك بقوله: "... ويعطي البائع درهما"،⁴ في حين البعض الآخر لم يحدد طبيعة العربون المدفوع ولم يقتصره على الدرهم أو الدينار كما سبق، بل ترك الأمر واسعاً من خلال استعمال مصطلح الشيء فهذا الدسوقي في حاشيته يقول: "... يعطي المشتري البائع شيئاً من الثمن".⁵ كما جاء في حاشية الشرقاوي: "... بأن يعطيه شيئاً"،⁶ أما صاحب المغني الحنبلي المذهب فقد احتتم أن يكون العربون المدفوع درهماً أو أي شيئاً آخر بقوله: "... فيدفع للبائع درهماً أو غيره".⁷

فالعربون المدفوع لا بد أن يكون مالا متقوماً أي له قيمة في نظر الشريعة الإسلامية، فالمتقوم ما كان محرزاً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به بصفة معتادة في حال السعة والاختيار كالنقود والمنقولات والملابس والكتب وغيرها،⁸ وباعتبار ما يدفع من عربون سيصبح جزءاً من الثمن عند إبرام العقد فإنه يسرى عليه ما يطبق ويشترط على الثمن من أحكام، إذ لا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته درءاً للمنازعة إلا إذا لم يكن في البلد نقود لتعيينه، ومن أطلق الثمن فهو في الغالب نقد البلد وما يجري عليه العرف.⁹

¹ - انظر: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج3، المرجع السابق، ص476، وحاشيتنا قليبوي وعميرة على منهاج الطالبين، ج2، المرجع السابق، ص186، وعبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، المرجع السابق، ص321 وما بعدها.

² - الشرييني، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، المرجع السابق، ص53.

³ - العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج5، المرجع السابق، ص111.

⁴ - المقنع، الشرح الكبير، الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص249 وما بعدها.

⁵ - حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص63 وانظر أيضاً: حاشية الخرشي، ج5، المرجع السابق، ص78.

⁶ - حاشية الشرقاوي على التحرير، ج2، المرجع السابق، ص15.

⁷ - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

⁸ - بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص103.

⁹ - عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، دار الفكر العربي، دس، ص5.

فالثمن هو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع وهو أحد جزئي المعقود عليه في الفقه الإسلامي، ويرى الحنفية أن المقصود الحقيقي من البيع هو المبيع لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان وما الأثمان إلا وسيلة للمبادلة ولهذا يشترط وجود المبيع دون وجود الثمن والقدرة على تسليم المبيع دون القدرة على تسليم الثمن.¹

واعتبر الحنفية التقويم في الثمن شرط صحة وهو في المبيع شرط انعقاد، فيما يرى الجمهور بأنه كل ما صلح أن يكون مبيعا صلح أن يكون ثمنا والعكس صحيح، بينما ذهب الحنفية إلى القول بأن ليس كل ما يصلح ثمنا يصلح مبيعا.²

وقد أطلق الفقه الإسلامي مصطلح المعقود عليه على المبيع والثمن معا فهما العوضين، غير أن الفقهاء اختلفوا عند التمييز بين الثمن والمبيع:

يرى الحنفية بأنه هناك ضوابط للتمييز بين الثمن والمبيع منها:³

أ- إذا كان أحد العوضين نقودا اعتبرت هي الثمن وما عاداها فهو المبيع ولا ينظر إلى الصيغة حتى لو قال بعتك دينار بهذه السلعة فإن الدينار هو الثمن رغم دخول الباء على السلعة .

ب- إذا كان أحد العوضين أعيانا قيمية والآخر أموالا مثلية معينة مشار إليها، فالقيمي هو المبيع والمثلي هو الثمن ولا عبرة بالصيغة هنا أيضا، أما إذا كانت الأموال المثلية غير معينة

¹ - انظر: محمد امين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار المعروف بحاشية ابن عابدي، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و على محمد معوض، ج7، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، 2003، ص10 وسليم رستم باز، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، د.س، ص72

² - انظر: الموسوعة الفقهية، ج9، المرجع السابق، ص27، والقاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة، تحقيق ودراسة حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة، د.س، ص986، وحسن محمد حسن شحادة، أحكام الثمن في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير تحت إشراف الدكتور عبد المنعم جابر أبوقاهوق، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2006، ص46.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، المرجع السابق، ص28، ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج3، المرجع السابق، ص14 وما بعدها.

فالثمن هو العوض المقترن بالباء كما لو قال بعثك هذه السلعة برطل من الأرز فالأرز هو الثمن لدخول الباء عليه، ولو قال بعثك رطلا من الأرز بهذه السلعة فالسلعة هي الثمن. ج- إذا كان كلا من العوضين مالا مثليا فالثمن هو ما اقترن بالباء كبعثك أرز بقمح فالقمح هو الثمن.

أما المالكية فلا فرق عندهم بين ثمن ومبيع، فالعوضان كل منهما ثمن ومبيع للآخر، فلا يرون مانعا في اعتبار النقود مبيعا لأنها أحد العوضين لكن جرت العادة على تسميتها ثمنا، وقال الشافعية بأن النقد هو الثمن إذا قابل غيره نظرا للعرف، أما ان كانا نقدين أو عوضين فما اتصلت به الباء (باء السببية) كان ثمنا، أما الثمن عند الحنابلة فهو ما دخلت عليه الباء (باء البديلة) كقوله بعثك دينار بثوب فالثمن هو الثوب لدخول الباء عليه.¹

والعربون المدفوع باعتبار إمكانية صيرورته ثمنا إما أن يكون مما يثبت في الذمة كالنقود والمثلثات من مكيل وموزون أو مزروع أو عددي، وإما أن يكون من الأعيان القيمية، والفلوس أثمان كلها إذ يرى الحنفية والمالكية (مع استثناء المالكية للصرف والكراء) أن الأثمان لا تتعين بالتعين لأن النقود من المثلثات وهي تثبت بالذمة والذي يثبت بالذمة يحصل الوفاء به بأي فرد مماثل ولا يقبل التعيين، في حين ذهب الشافعية والحنابلة أنها تتعين بالتعيين، أما إذا كان الثمن قيميا فإنه يتعين لأن القيميات لا تثبت في الذمة ولا يحل فرد منها محل الآخر إلا بالتراضي.²

إذ لا بد أن يكون العربون المدفوع خاضعا لشروط المعقود عليه مع بعض الاختلافات من ثمن ومثمن بأن يكون ظاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه موجودا معلوما للمتبايعين غير منهبي

¹ - انظر كل من: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، المرجع السابق، ص77، وحاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص52، والنووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص330، والشربيني، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص93، وحسن محمد حسن شحادة، أحكام الثمن في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص45.

² - انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، المرجع السابق، ص27 و 28، والمادة 243 من مجلة الأحكام العدلية، وسليم رستم باز، شرح المجلة، المرجع السابق، ص124، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، المرجع السابق، ص78، والنووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص331.

عن بيعه،¹ وجاء عن الشيخ خليل قوله ومن شرط المعقود عليه عدم جهل بمثل أو ثمن ولو تفصيلا،² فالمعلومية شرط ضروري لما يدفع كعربون نفيا للجهالة ومنه الجهل بالثمن في جنسه أو مقداره أو أجله.³

وعليه فإن العربون عبارة عن العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة البيع عينا كان أو سلعة يخضع لما يخضع له الثمن باعتباره سيصبح جزء منه، إذ يقوي الارتباط بين المتعاقدين تمهيدا لإبرام العقد أو لاستعمال خيار الفسخ خلال الأجل المحدد.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعقد المقترن به العربون

سنتعرض للشروط اللازمة الواجب توفرها في العقد حتى يجوز ارتباطه بالعربون وذلك من بين أنواع العقود المختلفة في تصنيفات الفقهاء الإسلامي ثم نعرض على مدى إمكانية الأخذ بالعربون في الوعد بالتعاقد كمرحلة سابقة عن إبرام العقد أو ما يعبر عنه في الفقهاء الإسلامي بالعدة أو العهد أو الوعد كالالتزام على شيء مستقبلي.

لكن قبل ذلك لا بأس بالقول بأن أصحاب العلاقة التعاقدية هم أصل المسألة في التعاقد بالعربون إذ يثبت لهما خيار العدول، فدفع العربون يكون بين طرفي العقد على أنه من يدفع العربون له الخيار سواء كان البائع أو المشتري ويصبح العقد بالنسبة للطرف الآخر لازما له.⁴

¹ - جمعه الشيخ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مكتبة رحاب، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1987، ص495، ونظر للتفصيل في شرح الشروط المعقود عليه عند المذاهب الأربعة: حسن محمد حسن شحادة، أحكام الثمن في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص48 وما بعدها.

² - الشيخ خليل ابن اسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، 1981، ص170.

³ - محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص112.

⁴ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، المرجع السابق، ص96 وانظر أيضا محمد أبو زهرة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص430.

أولاً: بالنسبة للعربون في الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي

يعرف الوعد في الفقه الإسلامي بأنه إلزام الشخص نفسه حالاً بأمر يفعله في المستقبل،¹ ويعرف أيضاً بأنه مجرد إخبار عن إنشاء أمر مستقبل دون التزام له في الحال،² وجاء في فتح العلي المالك " أما العدة فليس فيها إلزام الشخص نفسه الآن وإنما هي كما قال ابن عرفة إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل ولا خلاف على استحباب الوفاء بالوعد. " ³ كما لو قال سأقرضك مبلغ كذا لو اشتريت بيتاً.

فالوعد يعتبر من صور الالتزام بإرادة واحدة وفي الفقه الإسلامي أمثلة كثيرة متناثرة في كتب الفقه ذكر الزحيلي البعض منها.⁴

ولابد من التوضيح أن الوعد في الفقه الإسلامي يختلف عن العقد من نواح عدة، فالعقد يتضمن إنشاء التزام⁵ في الحال أما الوعد يكون بالنسبة للمستقبل، ومن حيث الحكم فإن الوعد يستحب الوفاء به فهو من مكارم الأخلاق أما العقد فيلزم العاقد الوفاء به وإلا يجبر قضائياً على التنفيذ، أما في الوعد فلا يجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء بل ديانة فقط عند الجمهور، أما ابن شبرمة (المالكي) فقد ذهب إلى القول بأنه على الواعد الوفاء بوعده قضاء.⁶ في حين عالج المالكية هذه المسألة بأن الوفاء بالوعد لا خلاف فيه وإنما الاختلاف في وجوب القضاء به في مواقف أربعة: أ- يجب الوفاء به مطلقاً، ب - لا يجب الوفاء به مطلقاً، ج- يجب الوفاء به إذا كان معلق لسبب وان لم يدخل الموعود في سبب العدة (الوعد) كقولك أريد أن اشتري كذا فاسلفني كذا فقال له نعم ثم بدا له قبل الشراء فهذا الوعد يلزمه سواء

¹ - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص30.

² - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2، سوريا، 1997، ص268.

³ - محمد أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، لبنان، د. س، ص254.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص84.

⁵ - وقد ميز الفقه الإسلامي بين الالتزام والوعد في أكثر من نقطة و للتفصيل أكثر انظر: محمد أحمد عليش، فتح العلي

المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، نفس المرجع، ص257 وما بعدها.

⁶ - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، نفس المرجع، ص268.

بطلب الموعد له أو بعرض من الواعد من تلقاء نفسه كأن يقول لك سأسلفك كذا لشراء كذا، أما إن كان من غير سبب فلا يقضي به كقولك اسلفني كذا أو يقول لك سأسلفك كذا دون تحديد الغرض من هذا التسليف (شراء كذا في المثال الأول)، د- يجب الوفاء به إذا كان معلق على سبب ودخل الموعد في السبب جراء الوعد كقوله اهدم دراك وأنا اسلفك لبناء دار جديدة.¹

وفي نفس المعنى يقول القرافي في الفرق 214 من فروقه: " بين قاعدة الكذب وقاعدة الوعد وما يجب الوفاء به وما لا يجب:"... والذي لا يلزم من ذلك أن تعده من غير ذكر سبب فيقول لك اسلفني كذا فتقول نعم، بذلك قضى عمر بن عبد العزيز.²

أما فقهاء الحنفية فقد استثنوا من حكم عدم الإلزام بالوعد ما لو كان الوعد مصوغا في صورة تعليق، وقد نصت المواد 84 و 623 و 1511 و 1512 و 1522 على أحكام الوعد إذ أن الوعد المجرد (وهو الوعد الذي لا يشمل على إيجاب وقبول قطعيين) ³ لا يلزم الوفاء به شرعا عند الحنفية إلا في صورة واحدة وهي إذا باعه ماله بيعا باتا بغبن فاحش ثم وعده المشتري بأن يرد له الثمن صح الوعد المجرد، لأن المواعيد إذ اكتسبت بصورة التعاليق تكون لازمة.⁴

وذكر ابن تيمية الحنبلي أكثر من مثال عن الوعد: " وقال ابن منصور : قلت لأحمد قيل لسفيان ماذا ترى في رجل قال: إذا ملكت عشرة دراهم فهي على المساكين، فملكها؟ فأجاب فيها قال: أحب أن يتتزه عنها. قيل له يتصدق بها كلها، قال: نعم."⁵

¹ - محمد أحمد عليش، فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، المرجع السابق، ص254 وما بعدها.

² - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، ج1، دار السلام، ط1، مصر، 2001، ص 1141.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012، ص171.

⁴ - سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص56 وانظر شرح المواد 48 و 623 و 1511 و 1512 و 1522 من نفس المرجع.

⁵ - ابن تيمية، العقود، المرجع السابق، ص75 وما بعدها.

ويرى الأستاذ بدران أبو العينين بأن الوعد يجب الوفاء به قضاء إلا إذا وجد ما يمنع من الوفاء كالموت أو الإفلاس باعتباره يمهد لعقد مستقبلي.¹

وعليه فالوفاء بالوعد لازما عند الحنفية في حالة واحدة دون سواها إذا صدر معلقا على شرط منعا لتغيير الموعد، أما المالكية فالوفاء بالوعد يكون على الرجح عندهم لازما إذا كان هذا الوعد مبنيا على سبب وشرع الموعد في الدخول في هذا السبب فعلا بناء على هذا الوعد، في حين الوفاء بالوعد عند الشافعية والحنابلة غير واجب ولا يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به.²

هذا ولا يعترف الفقهاء الإسلامي لاسيما المذهب الحنبلي المجير للعربون ارتباط هذا الأخير بالوعد بالتعاقد لأنهم يشترطون دفع العربون في العقد لا قبله وفي الوعد يكون الالتزام مبني للمستقبل، إذ يقول الشيخ أبو زهرة في صميم حديثه عن العقود اللازمة بالنسبة لأحد المتعاقدين غير لازمة بالنسبة للآخر: "وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقدين قد تعهد تعهدا أو وجد لغيره حقا قبله من غير أن يكون له حق في نظيره قبل هذا الآخر، فإنه في هذه الحال يكون ملزما بالوفاء، والآخر غير ملزم بشيء، فلا يكون العقد لازما بالنسبة له."³

ثانيا: بالنسبة للعربون في العقود التامة في الفقهاء الإسلامي

لما نتحدث عن الشروط المتعلقة بالعقد المقترن به العربون لابد أن ننطلق من فكرة جوهرية كون هذا العقد سليم يحتوي على الأركان والشروط اللازمة شرعا، ومنه فقد قسم الفقهاء العقود إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة منها: من حيث اعتبار الشارع لها ومدى ترتيب أثرها إلى صحيحة وفاسدة وباطلة، ومن حيث مدى اكتفاء إرادة المتعاقدين إلى عينية وغير عينية، ومن حيث الموضوع والغرض إلى تملكيات (معاوضة وتبرع)، إسقاطات، اطلاقات، تقييدات،

¹ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقهاء الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص 367.

² - عزالدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقهاء الإسلامي، ط1، مجموعة دلة للبركة، 1993، ص 15.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 424.

شركات، توثيقات واستحفاظات، ومن حيث اتصال أحكامها بها أو تأخرها إلى منجزه، مضافة ومعلقة، ومن حيث التسمية: إلى مسماة وغير مسماة.¹

والعقد الصحيح هو الذي توفرت أركانه وشروطه وسلم من الخلل وأصبح صالحا لترتيب الآثار الشرعية عليه، ويتدرج العقد من حيث الصحة وعدم الصحة إلى العقد اللازم النافذ، العقد غير النافذ (الموقوف) والعقد غير اللازم، أما العقد غير الصحيح فقد اختلف الفقهاء في اعتباره درجة واحد وله حكم واحد أم فيه درجات مختلفة ومراتب متباينة، فذهب الجمهور إلى القول بأن العقد غير الصحيح على درجة واحد ويسمى بالعقد الفاسد أو الباطل (فهما مترادفان)،² أما الحنفية فقالوا بأنهما درجتان بحسب موضع الخلل فإن كان في ركن من أركان العقد كان باطلا وان كان في وصف فيه أصبح فاسدا.³

وان كان الأصل في العقود الصحيحة أنها لازمة وليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها أو إبطال التزامها، غير أنه لاحظ الشارع أن من مصلحة المتعاقدين ومن تمام الاستيثاق من الرضا أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم أحيانا، بل من شأن بعض العقود أن تكون ملزمة لجانب واحد كالوعد بالتعاقد فالتعاقد الآخر غير ملزم بالنسبة له، والعقود تقسم بحسب اللزوم إلى عقود لازمة غير قابلة للفسخ فلا تدخلها الخيارات كخيار الشرط، وعقود لازمة تقبل الفسخ ومنها عقود القبض لازم لها وأخرى لا يلزم القبض لها، وعقود عقود لازمة بالنسبة لأحد

¹ - للتفصيل في تعريف هذه الأنواع من العقود وأخرى انظر: بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص 480 وما بعدها، ومحمد أبو زهرة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 420 وما بعدها، ومصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 631 وما بعدها، والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، المرجع السابق، ص78.

² - السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المرجع السابق، ص286.

³ - انظر: محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص80، وحاشية ابن عابدين ج4، المرجع السابق، ص233 وما بعدها، وزين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1999، ص291.

المتعاقدين وأخرى غير لازمة لكليهما، أما عقود المعاوضات ففي الجملة لا يثبت لها اللزوم عند الشافعي وأحمد إلا بعد تفرق المجالس.¹

وبعد التطرق لهذه الأنواع من العقود لابد من توضيح ماهي العقود التي تصلح أن تقترن بالعربون والعقود التي لا تصلح أن تقترن به، فانطلاقاً من التكييف الشرعي للتعاقد بالعربون نجد أن الأمر يتمحور حول العقود القابلة للتعليق والعقود القابلة للخيار الشرط والعقود التي تقبل الفسخ والعقود التي لا يعتبر القبض لازم فيها والعقود التي تسمح بتراخي الأحكام عن أسبابها عند البعض، فهذه العقود هي الأخرى أن يقترن العربون بها، وسنفصل ذلك فيما يلي:

فخيار العربون يدخل على العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس، أما العقود غير اللازمة فلا يدخلها خيار الشرط لأنه لا قيمة له هنا، إذ فسخ العقد حق ثابت في العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى اشتراطه، وبما أن شرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط الخيار لنفسه حتى تنتهي المدة أو يبرم أو يفسخ وهذا ما لا تقبله العقود غير القابلة للفسخ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعتاق والخلع لا يدخلها خيار الشرط لأنها غير قابلة للفسخ، ولا يدخل أيضاً خيار الشرط في العقود التي يشترط فيها القبض كالعقود الربوية والصرف والسلم، لأنه من مقتضى الخيار تأجيل الأحكام ومنها القبض، وهذه العقود يشترط فيها القبض فهي منافية لاشتراط الخيار، وكل عقد فيه الأوصاف السابقة يثبت فيه خيار الشرط، فيثبت في البيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة وغيرها من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ولا تشترط القبض.²

¹ - انظر : محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص423، وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص811، وأبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص501، والسيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المرجع السابق، ص275.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص435، وانظر في المعنى: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج13، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1993، ص55.

هذا وقد بين صاحب المغني العقود التي تقبل خيار الشرط والعقود التي لا تقبله مفصلا الأسباب لكل عقد: "... الشفعة لا خيار فيها لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهرا...الصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه لا يثبت لها خيار الشرط لاشتراط القبض فيها...النكاح والخلع والوقف والهبة لا يشترط فيها الخيار لأن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزا والعوض هنا ليس هو المقصود...ولا يصح الخيار في الرهن ولا في الضامن ولا الكفيل والمكاتب لأنهم دخلوا متطوعين راضيين بالغبن فلا خيار لهم...ولا خيار في العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والمضاربة والوكالة والوديعة والوصية للتمكن بفسخها بأصل وضعها...لا خيار في الحوالة لأنه من يعتبر رضاه لا خيار له...".¹

ومن العقود اللازمة التي يدخل عليها خيار الشرط كالبيع والإيجار، وعقود يمكن إبطالها إذا دخلها الخيار كالزواج، وعقود لا تصلح أساسا لأن يتضمنها خيار الشرط كالصرف والوعد بالتعاقد.²

وقد نصت المادة 236 من مرشد الحيران: " خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود كالبيع والمساقاة والإجارة والمزارعة وقسمة القيمات المتحدة والمختلفة جنسا والصلح عن مال والرهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين."، كما تنص المادة 237 منه: " خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية."³

فالنكاح والطلاق تصرفان لا يحتملان الفسخ ولا التعليق على الشرط، والصرف والسلم لا يتمان إلا بالقبض كما لا يحتملان الفسخ، وأما الإقرار فطبيعته لا تحتمل التعليق، والوكالة

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

² - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص179.

³ - محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية، ط2، بولاق مصر، 1891، ص39، وانظر أيضا: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص155 وما بعدها.

والهبة والوصية تصرفات غير لازمة من الأصل فلا حاجة للخيار فيها.¹
وذهب الحنابلة إلى أن العربون يجري في الإجارة كما يجري في البيع فإجارة العربون كبيع العربون، لأنه لا فرق بين الذوات والمنافع كما لو دفع دراهم إلى الصانع ليعمل له خفا أو خاتما أو ينسج له ثوبا على أنه ان رضيه، فالمدفع من الثمن والّا فهو للمدفع له.²
وجاء في نص المادة 398 من مجلة الأحكام الشرعية: " لا يصح خيار الشرط في بيع صرف ولا في بيع سلم ولا في بيع ربوي بربوي فيغلوا الشرط ويصح البيع" أما المادة 399 منها: " لا يصح خيار الشرط في عقد حيلة للتوصل إلى ربح في قرض ويفسد العقد به".³
هذا ولم يفرق الحنفية في العقود التي تقبل خيار الشرط بين العقود اللازمة من الجانبين أو من الجانب الواحد،⁴ بينهما جعل الحنابلة العقود اللازمة من جانب واحد مما لا تقبل خيار الشرط كما اعتبروا الكفالة والحوالة من العقود غير اللازمة وبالتالي فهي لا تقبل خيار الشرط.⁵

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص798.

² - انظر كل من: المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص358، والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص195، وماجد أبورخية، حكم العربون في الإسلام، المرجع السابق، ص13، ووهبة الزحيلي، بيع العربون، المرجع السابق، ص9، ورفيق يونس المصري، بيع العربون، المرجع السابق، ص19، وحاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص63، وعبد العزيز بن محمد الربيش، حكم بيع العربون، المرجع السابق، ص9.

³ - أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، المرجع السابق، ص170.

⁴ - السرخسي، المبسوط، ج13، المرجع السابق، ص44.

⁵ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص49.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بتحديد المدة في خيار العربون

اختلف الفقهاء في تحديد مدة الخيار لاسيما الحد الأقصى لممارسة العدول أو إمضاء العقد، لكنهم اتفقوا على جواز اشتراط ثلاثة أيام فأقل ومرجعهم في ذلك حديث حبان بن منقذ بأن مدة الخيار ثلاثة أيام، أما إذا اشترط أحد المتعاقدين أكثر من ثلاثة أيام فقد تباينت مواقف الفقهاء كالآتي: ¹

1- موقف الإمام أبو حنيفة و زفر والشافعي من توقيت خيار الشرط:

مدة الخيار ثلاث أيام بلياليها وقد تنقص عنها، أما اشتراط أكثر من ثلاث أيام فإن العقد يفسد لأنه يناقض مقتضى العقد وهو اللزوم، ومنه فلا يجوز الخيار المطلق عندهم. ²

2- موقف الإمام مالك من توقيت خيار الشرط:

ينظر الإمام مالك إلى محل العقد لا إلى المتعاقدين لأن المدة تختلف باختلاف السلع، فلا يقيد بثلاثة أيام كما في قول أبي حنيفة وزفر والشافعي ولا تفوض إلى تقدير العاقدين كما في قول الإمام أحمد كما سيأتي، فالخيار ليس له قدر محدود في نفسه وإنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات كالיום واليومين في اختيار الثوب والشهر في اختيار الدار، لأنه ان لم تكن مدة ثلاث أيام كافية لم يكن لشرعية خيار الشرط فائدة لمن اشترطه، فتحديد المدة يكون بحسب المتعارف، ولذلك يسمونه بخيار التروي فبعضه يقدر بيوم والبعض الآخر بيومين وآخر بشهر ففي الخضر والفواكه مثلا تقدر بالزمن الذي لا تتغير فيه السلعة، كما جوز الخيار المطلق ولكن للسلطان يضرب فيه أجله مثله. ³

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، المرجع السابق، هامش الصفحة 46.

² - انظر: السرخسي، المبسوط، ج13، المرجع السابق، ص17، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2003، ص277 وما بعدها، وابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص737.

³ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص526، و انظر أيضا: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص737.

3- موقف الإمام احمد بن حنبل من توقيت خيار الشرط:

يصح إذا ذكرت مدة معلومة ولو كانت طويلة، لأن الأمر متروك للمتعاقدين دفعا للتغريب والأمن من الانخداع، ثم إن الحديث شرع خيار الشرط لمعنى معقول وليس تعبدا وهو خشية الغبن فيرجع في تقديره إلى مشروطه.¹

والفقه الإسلامي يكاد يجمع على أن الخيار في العقد هو خيار مؤقت ينقضي بمدة معينة، اختلف الفقهاء في تحديدها كما سبق تبيانه في توقيت خيار الشرط، أما بالنسبة لمدة خيار العربون في الفقه الإسلامي فقد استفاض الفقه الحنبلي -باعتباره من أكثر المجيزين للعربون- في ذلك بحيث يتنازع رأيين مختلفين يرى الأول صحة التعاقد بالعربون سواء حددت مدة الخيار أو لم تحدد، أما الرأي الثاني فيرى ضرورة تحديد مدة للخيار وإلا اعتبر العقد غير صحيح: أولهما: التعاقد بالعربون يكون صحيحا سواء حددت مدة للخيار أو لم تحدد، وهو الصحيح في المذهب الحنبلي كما عبر عنه المرداوي: "الصحيح من المذهب: أن هذه صفة بيع العربون. ذكره الأصحاب، وسواء وقت أو لم يوقت. جزم به في المغني والشرح والمستوعب وغيرهم وقدمه في الفروع." ² ، ويضيف البهوتي في نفس المعنى: "... وسواء عين وقتا لأخذه أو أطلق." ³ وفي موضع آخر يقول: "ان جئتك بالباقي من ثمن أو أجرة وان لم يعين وقت." ⁴ وجاء في العدة شرح العمدة: "إلا أن يشترط مدة معلومة فيكونان على شرطهما وان طالت المدة إلى أن يقطعاه، وان قال إلى أن يقوم زيد أو ينزل المطر ثبت الخيار إلى زمن اشتراطه أو يقطعاه قبله." ⁵

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 432 و433، وانظر أيضا: مصطفى

السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، المرجع السابق، ص89.

² - المرداوي، الإنصاف، ج4، الرجوع السابق، ص358.

³ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص195

⁴ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص179.

⁵ - بهاء الدين عبد الرحمان بن ابراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص254.

وعليه فقد منح هذا الرأي تفويض كامل للمتعاقدين لتحديد مدة الخيار في التعاقد بالعربون يصح حسبهم مهما كانت مدة الخيار التي يحددها العاقدان قصيرة كانت أو طويلة وحتى أبدية مطلقة، باعتبار تقدير الحال يرجع للعاقد مشروط خيار العربون، فلو أزمناه بزمان محدد نكون قد أوقعناه في عسر، فلا غاية للانتظار والتروي ان لم تتحدد مدة الخيار من طرف المتعاقد نفسه.¹

ثانيهما: التعاقد بالعربون لا يكون صحيحا إلا إذا حدد زمن معين للخيار فيرى بعض فقهاء الحنابلة أنه يُشترط لصحة التعاقد بالعربون أن يحدد المتعاقدين زمن معين للخيار لتزول الجهالة ويرتفع الغرر، فبالخيار المطلق لا يصح التعاقد بالعربون، فلا بد من النص على مدة محددة دون ترك المدة مفتوحة فإذا كانت المدة مجهولة بطل الشرط وصح العقد، وفي ذلك يقول العلامة الرحيباني: "ويتجه صحة هذا الاشتراط في بيع العربون واجازته أن يقيد المتعاقدان ذلك بزمان معين كإلي شهر من الآن وفات ذلك الزمن، وان لم يقيداه بزمان معين فلا يصح اشتراطه من أصله لأن البائع أو المؤجر لا يدري إلى متى ينتظر، فالإطلاق لا يناسب، لما يلزم عليه من طول الأمد بلا نهاية، فيرتب عليه من الضرر ما فيه كفاية . جزم به في الرعايتين والحاويين والفائق، لكنه مرجوح، والمذهب الصمت، سواء قبله بوقت ولا".²

ولابد من التنويه بملاحظة قيمة جاءت في هامش شرح منتهي الإرادات كتعليق عن اطلاق خيار العربون دون تحديد بقوله: "ان عين وقتا وفات، وإلا فإلى متى ينتظر؟ فإنه ليس لبائع ومؤجر الزامه ببقية ثمن أو أجرة، وان لزم عقد يتفرق، لأنه يشبه تعليق فسخ".³

فإذا لم يحدد المتعاقدين مدة معينة للخيار لا يصح التعاقد بالعربون إذ يصبح بمثابة خيار المجهول، فقد جاء في المغني: "ولأنه بمنزلة خيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع

¹ - الخلوئي، حاشية الخلوئي على منتهي الإرادات، ج2، المرجع السابق، ص605.

² - مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، المرجع السابق، ص78.

³ - البهوتي، شرح منتهي الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص179 الهامش رقم 4.

من غير ذكر مدة، فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما. وهذا هو القياس.¹

ولاشك بأن الرأي الثاني عند الحنابلة في توقيت مدة خيار العربون أولى بالأخذ به من غيره لما فيه من مراعاة لمصلحة المتعاقدين، كما أن تقييد الاشتراط أخذ به الفقهاء في شرط الخيار ونحوه بل أن التقييد بزمان معين عد شرطاً لصحة خيار الشرط.²

وأخذ الدكتور ماجد أبو رخصة بضرورة أن تحدد مدة الخيار بوقت معين لأن الإطلاق يناهى المصلحة ويلحق الضرر، كما ذهب إلى ذلك أيضاً الدكتور رفيق يونس المصري بقوله: "وإما أن يكون الانتظار معلوم المقدار، فهذا مطلب حق ولذلك أجزنا العربون مع تحديد المدة، وأن مدة الانتظار تكون في الغالب قصيرة كساعات أو يوماً أو يومين، فلعل أهم حجج المانعين هي أن بيع العربون يتضمن خياراً غير معلوم المدة، وهي حجة قوية."³

كما يعتبر من هذا الرأي المقترح الثالث للمجمع الفقهي من طرف الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير أين يقول: "هذا الاقتراح مبني على رأي الإمام أحمد... يجوز بيع العربون، إذا حددت مدة الانتظار،⁴ وبه قد أفتى المجمع الفقهي بجواز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمان محدد.⁵

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 331 وانظر أيضاً في الشرح الكبير: المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص252.

² - ماجد أبو رخصة، حكم العربون في الإسلام، المرجع السابق، ص20.

³ - انظر: رفيق يونس المصري، بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، المرجع السابق، ص33 و 34 وماجد أبو رخصة، حكم العربون في الإسلام، المرجع السابق، ص21.

⁴ - الصديق محمد الأمين الضرير، بيع العربون، المرجع السابق، ص666.

⁵ - القرار رقم 8/3/76، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الدورة الثامنة بدار السلام، يونيو 1993، ص793.

وبالمقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي فيما يتعلق بشروط التعاقد بالعربون، يمكن القول بتوافقهما إلى حد كبير لاسيما فيما يدفع كعربون فالفقهاء الإسلامي رجح النقود أو الدراهم مثله مثل القانون المدني الجزائري مع عدم إغفالهما لأشياء أخرى تصلح لأن تكون عربونا مادامت قابلة التقويم، كما أبعدا الأشياء الخارجة عن التعامل المتعارضة مع النظام العام والآداب العامة والمخالفة للشرع.

أما بالنسبة لشروط العقد فالقانون المدني لم يميز بين العقود التامة والوعد بالتعاقد في مجال التعاقد بالعربون بل ولم يميز بين عقد وآخر وقد وفق المشرع الجزائري في ذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يحالفه التوفيق في نص المادة 1590 لأنه جعلها في موضوع الوعد بالبيع مما ولد الاختلاف بين الفقهاء حول تحديد نطاق العربون كثن للعدول بين موقف مضيق متمسك بحرفية النص وموقف وسطي يضع قرينة على أن العربون وسيلة عدول في الوعد بالبيع وقرينة إثبات في العقود الأخرى وموقف موسع يقول بتطبيق العربون على كل العقود بلا قيد أو شرط.

بينما نجد الفقهاء الإسلامي لاسيما المذهب الحنبلي يشترط في العقود لكي يقترن بها العربون أن تكون من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ وفقا لما سبق تبيانه، ولا يعترف بعقد الوعد في التعاقد بالعربون وذلك بخلاف القوانين الوضعية أين يجوز اقتران العربون بالوعد بالتعاقد سواء كان الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين، مع العلم أن عدم الأخذ بالعربون في الوعد عند الحنابلة يعود لموقفهم بأن الوعد غير واجب ولا يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به، فلو كان موقفهم بوجوب الوفاء بالوعد لكان محلا للتعاقد بالعربون.

لذلك يظهر جليا أن التعاقد بالعربون يصح ويصلح أن يكون في العقود التامة وكذا في الوعد بالتعاقد وفي المرحلة السابقة للتعاقد بصفة عامة إذ الأصل هو الخضوع لمبدأ حرية التعاقد فيمكن للطرفين التعاقد بالعربون في سائر أنواع العقود، كل ما في الأمر ندعو المشرع

الجزائري إلى ضرورة تقنين هذه المرحلة وإدراج التعاقد بالعربون - كتصرف وتعامل منتشر بين الجزائريين - ضمنها.

وبالنسبة لوقيت دفع العربون فقد حددها المشرع الجزائري بأن يكون وقت العقد وهو موقف الفقه الحنبلي الذي يشترط دفع العربون في العقد لا قبله، أما عن شرط المدة فالمشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يجب خلالها ممارسة إمكانية العدول تاركا المجال لحرية المتعاقدين، بينما عرفت هذه النقطة اختلافا بين فقهاء المذاهب الأربعة بل وتباينا بين أصحاب المذهب الحنبلي بين ضرورة تحديد مدة خيار العربون لاسيما القول بثلاث أيام، وبين تركها دون تحديد " سواء وقت أو لم يوقت"، فبرغم هذا الثراء الذي يتيح الفقه الإسلامي للمتعاقدين بمجال واسع من حيث مدة خيار العدول في التعاقد بالعربون إلا أنه لا بد من ضبط هذه المسألة بموقف محدد.

وما يجب الأخذ به في هذه الجزئية هو ضرورة تحديد مدة العدول أو فترة خيار العربون تحقيقا لمصلحة المتعاقدين، إذ أن تقييد الانتظار بزمن محدد يرفع الغبن والضرر عن المتعاقدين ويمنع وقوعهما في التعرير، فليس من المنطق القانوني أن يترك حق العدول دون تقييده بوقت معين حفاظا على مبدأ الاستقرار، والأمر متروك للمتعاقدين في تحديد المدة وهنا يتجسد دور القاضي في البحث عن نية المتعاقدين حسب الظروف المحيطة بالعقد.

الباب الثاني

أحكام التعاقد بالعربون في

القانون المدني الجزائري والفقہ

الإسلامي

الباب الثاني: أحكام التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

بتحقق شروط التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي وفقا لما بيناه سابقا نكون أمام إعمال أحكام التعاقد بالعربون، تنفيذًا للعقد إذا كانت له دلالة التوكيد أو فسخ العقد وزواله إن كانت له دلالة العدول أين يتم إعمال قاعدة العدول، ومقتضاها إذا عدل عنه من دفعه ففده وان عدل عنه من قبضه رده ومثله.

وقد أعطى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا لضرورة الحفاظ على مبدأ القوة الملزمة للعقد ضمن فقرات المادة 106 مدني جزائري التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، مما يستوجب احترام هذا الاتفاق وتنفيذ كل التزاماته بما فيها ما اشتمل عليه العقد من منطلق حسن النية.

وعموما فالتباين في دلالة العربون، واختلاف التشريعات في تغليب إحداها على الأخرى كدلالة مكملة لإرادة الأطراف في حالة السكوت عن تحديدها، يفتح الباب واسعا للتأويل خاصة إذا علمنا أن الأطراف قد يستعملون مصطلح " عربون " دون تحديد عميق لمعناه الحقيقي، وأمام هذه الصعوبات يجد القاضي نفسه مضطرا لاعتماد جملة من الوسائل تساعده في الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، قصد تأكيد تطبيق أحكام العربون على هذا التعاقد أولا ثم إعمال قاعدة العدول عند ممارسته دون تعسف، أو إجبار الأطراف على تنفيذ العقد عند عدم العدول.

وبمعنى أدق بتحقيق شرط إعمال أحكام التعاقد بالعربون يتأثر العقد وحتى العربون المدفوع بحسب الدلالة المصرح بها أو المستخلصة من قبل القاضي، فيكيف يتم هذا التأثير وهل يشكل ذلك خرقا للقوة الملزمة للعقد؟.

الفصل الأول: مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

إن أهمية العربون تزداد تأكدا في الحياة اليومية لدى الجزائريين لاسيما بعد التنصيص عليه من طرف المشرع الجزائري، باعتباره طريقة من طرق التعاقد إلى جانب الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي بحيث يساير العقد منذ بدايات تكوينه إلى غاية استكمال مراحل تنفيذه بحسب الدلالة المعتد بها طبعا.

وان كانت دلالة التوكيد أخف تأثيرا وأقل أهمية مقارنة بدلالة العدول، لأن دلالة التوكيد بشقيها القسط والإثبات تجعل العقد يؤول إلى منتهاه المعهود وهو تنفيذ العقد وأداء الطرفين للالتزامات الناشئة عنه، وعلى النقيض من ذلك فإن دلالة العدول تزيل العقد وتفقده قداسته، لذلك سيتم التركيز أكثر على أحكام العدول عند الحديث عن أحكام التعاقد بالعربون.

وقد نص مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المستمد من الفقہ الإسلامي في المادة 158 منه: "دفع العربون المتفق عليه في العقد يفيد أن دافعه مخير بين البقاء على عقده، والعدول عنه، فإذا لم يعدل كان العربون جزءا مقدما من العوض الذي التزم به في العقد، وان عدل أصبح العربون حقا لقابضه مقابل العدول، ما لم ينص على خلاف ذلك." ويقول الدكتور الصديق محمد أمين الضرير بأنه لولا عبارة "ما لم ينص على خلاف ذلك" لكانت هذه المادة تطبيقا لأحكام المذهب الحنبلي غير أن هذه العبارة أبعدها عن الإمام أحمد وقربتها إلى ما تعرفه القواعد الوضعية من أحكام.¹

وعليه فما مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري وكذا الفقہ الإسلامي، وهل العربون يحمي حرية التعاقد ويكفل إمكانية العدول بإرادة منفردة أم يسعى إلى حماية استقرار المعاملات وضمان الثقة بين المتعاقدين تحقيقا للعدالة العقدية؟

¹ - الصديق محمد الضرير، بيع العربون، المرجع السابق، ص 658.

المبحث الأول: مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري

هناك عد صور محتملة عند الحديث عن مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري نستشفها من نص المادة 72 مكرر مدني منها ممارسة حق العدول خلال المدة المحددة أو عدم ممارسته، فالأولى تقتضى الحديث عن مصير العقد بعد سحب التراضي بعد أن كان مخيروا وكذا عن مصير العربون من خلال أعمال قاعدة العدول وأيضا عن مدى تعسف صاحب الحق في العدول في استعمال هذا الحق، والثانية تقتضى الحديث عن الإبقاء على العقد ومعرفة مصير العقد مصير وكذا العربون عند تعذر تنفيذ الالتزامات برغم عدم العدول. كما لابد من التطرق إلى اثر نظرية الظروف الطارئة على أحكام التعاقد بالعربون أين تتداخل أحكام العربون مع خصوصية تدخل القاضي لتعديل العقد للظروف الطارئة، هذا كله مع أحكام القواعد العامة التي يستتير بها القاضي لاستظهار إرادة المتعاقدين وتحديد الدلالة المعتمد بها.

المطلب الأول: مصير التعاقد بالعربون عند ممارسة حق العدول

لابد من التوضيح أننا بصدد الحديث عن ممارسة حق العدول خلال المدة المتفق عليها أما إذا مرت هذه المدة ولم يكن هناك أي عدول فهو ما سنعالجه في المطلب الثاني من هذا الفصل والمتعلق بمصير التعاقد بالعربون عند عدم ممارسة العدول سواء قبل انتهاء المدة أو بعدها.

كما لابد من التنويه إلى أن ممارسة العدول خلال الفترة المحددة إما أن تكون باتفاق الطرفين على إعطاء العربون دلالة العدول أو السكوت عنها ولم يستطع القاضي تحديد نية المتعاقدين فيتم الانتقال إلى ما افترضه القانون المدني الجزائري من قرينة العدول، أما إذا مرت المدة المحددة دون عدول، فالقاعدة أن السكوت لا يعتبر تعبيراً عن إرادة النزول عن خيار العدول إلا إذا اقترنت بملاسات تدل على ذلك وفي كل الأحوال يسقط الحق في نقض العقد بانتهاء مهلة العدول دون ممارسته.¹

فإذا كان العربون مقابل العدول عن تنفيذ العقد فإنه يكون البديل لتنفيذ الالتزام الأصلي أن عدل احد المتعاقدين هو خياره المشروع وله كامل الحرية وبارادته المنفردة في ممارسة هذا العدول،² فالمشترى بذلك يكون قد استعمل حقا له ولكن إذا تعسف في استعمال هذا الحق يكون مرتكبا لخطأ تقصيري يرتب مسؤولية تقصيرية بالإضافة إلى فقدان قيمة العربون، فالعربون ليس مقابل خطأ تقصيري بل مقابل العدول وعدم التنفيذ وهو حق مشروع طالما خلا من التعسف ونية الإضرار بالمتعاقدين الآخرين، وعليه فالعربون يستحق ولو لم يرتب أي ضرر أو رتب ضرر أقل، ونفس الشيء إذا كان الضرر الذي رتبه العدول أكبر من قيمة العربون فهذا

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 97.

² - Thomas- Louis Bergeron, Des arrhes et de leur incidence sur la promesse de vente, op.cit,

العربون هو البديل عن عدم التنفيذ وهو بذلك مقابل لاستعمال حق العدول سواء تحقق الضرر أم لم يتحقق وبغض النظر عن كونه أقل أو أكبر من قيمة الضرر.¹

وقبل الخوض في مصير التعاقد بالعربون عند ممارسة العدول لأبأس من التوقف عند الطبيعة القانونية لحق العدول في حد ذاته، فقد ذهبت Joanna Schmidt إلى القول بأن العدول مصدره الاتفاق فهو يوفر لصاحبه أحقية التحلل من الرابطة العقدية بإرادة منفردة دون أن يكون للطرف الآخر حق الاعتراض.²

وقد سعي الفقه إلى تصنيف العدول بين الحقوق الشخصية فوجدوا أن المتعاقد في التعاقد بالعربون لا يملك سلطة مباشرة تجاه الآخر، وبالتالي لا يمكن اعتبار خيار العدول حقا شخصيا ذلك أن المتعاقد الذي يملك خيار العدول تشريعا أو اتفاقا لا يمكنه مطالبة المتعاقد معه بأي أداء ايجابيا كان أو سلبيا وكذلك الحال بالنسبة للمتعاقد معه.³

كما لا يعتبر حق العدول من الحقوق العينية لأنه لا يقدم لصاحبه سلطة على الشيء محل الحق وهو مبلغ العربون وإنما يمنحه إمكانية وسلطة هدم العقد.⁴

مما جعل البعض يعتبر العدول من قبيل الحقوق الإرادية المحضة والتي تقوم على مكنة إنشاء علاقات قانونية أو تعديلها أو القضاء عليها لمصلحة من يتصرف على هذا الوجه، فالحق الإرادي يعطى لصاحبه القدرة على تغيير مركز قانوني لشخص آخر بإنشاء حقوق شخصية جديدة أو تعديل حقوق شخصية موجودة من قبل أو إنهاؤها وذلك بمقتضى عمل أحادي دون أن تنشأ بالنسبة لمن يستعمل هذا الحق واجبات مقابلة لذلك الحق.⁵

¹ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 242.

² - Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, R.I.D.C, vol 42, N 2, Avril-Juin, 1990, p 547.

³ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، نفس المرجع، ص 111.

⁵ - عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثانية، جامعة عين شمس، مصر، د.س، ص 161 و 162.

ويؤكد الدكتور عبد الحي حجازي أن العربون يعطي لكلا المتعاقدين الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة وهو نوع من حقوق الإمكان القانونية Droit potestatifs¹، فالعدول يقع في مرتبة وسطى بين الحق والرخصة أي مرتبة المكنة القانونية التي تقابل في الفقه الإسلامي مركز " من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك " وهو وضع يتوسط بدوره وضع " من ملك ان يملك " وهو ما يقابل الرخصة ووضع " من جرى له سبب الملك " أي صاحب الحق.²

وحق العدول بهذا الوصف يعتبر بحق استثناء عن قاعدة القوة الملزمة للعقد، فمكنة العدول تعطي للمتعاقد الحق في الرجوع عن تعاقدته بإرادة منفردة، هذه القدرة والاستطاعة للإرادة المنفردة في تغيير المراكز للتصرفات القانونية بعدما كان الدور التقليدي للإرادة المنفردة ينحصر أساسا في حدود ضيقة.³

فالعدول باعتباره حق إرادي بحت أو محض يختلف عن سائر الحقوق الأخرى " العادية " كونه يعتبر حق ثانوي أو نصف حق لأنه لا يعطى لصاحبة السلطة على الشيء، كما أنه لا يمكن الاعتداء عليه عكس الحقوق العادية فهو مجرد خضوع من جانب شخص دون أن يستطيع التخلص منه.⁴

ثم إن تعليق التعاقد على شرط العدول من عدمه خلال مدة معينة يجعل هذا الشرط الإرادي المحض يتراوح بين أن يكون واقفا أو فاسخا سواء كان منوطا بإرادة الدائن أو متعلقا بإرادة المدين،⁵ كما أن استعمال خيار العدول لا يقبل الانقسام بطبيعته فصاحب الخيار دائما كان أو مدين مخير فقط بين نفاذ العقد أو الرجوع فيه ولا يمكنه تنفيذ شق منه والعدول عن الباقي.⁶

1 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 453.

2 - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 112.

3 - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 108.

4 - عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، المرجع السابق، ص 162.

5 - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 124.

6 - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 122.

الفرع الأول: مصير العقد عند ممارسة العدول

إن أثر ممارسة العدول يشبه الشرط الواقف بالنسبة لتنفيذ العقد ممن تقرر له خيار الرجوع، ويشبه الشرط الفاسخ فيما يتعلق بمصير العقد، لذلك يستوجب عدم تنفيذ العقد من طرف من له حق العدول وإيقاف تنفيذ التزاماته مؤقتاً بحسب المدة المتفق عليها، لأن هذا التعاقد قد يتأثر بتنفيذه للعقد فعلاً، الأمر الذي يجعله يتردد في اختيار العدول من عدمه، ومن ثم لا يكون اختياره حراً بشكل تام.¹

فعدول المشتري مثلاً عن التعاقد قد يكون شفاهة في مواجهة البائع الذي يقبل بذلك ويثبتان مضمون هذا الاتفاق الشفوي في العقد فتزول على اثر ذلك القوة الملزمة للعقد وينتهي الأمر بينهما، وقد يعارض البائع عدول المشتري فيستعمل هذا الأخير حقه في العدول الوارد بنص العقد أو بنص القانون،² وقد يمارس العدول بشكل ضمني كاتخاذ أي موقف دال على العدول، وفي هذا لا بد من التمييز بين الأعمال الضمني لخيار العدول والسكوت عنه لان الاختيار الضمني سواء كان بالتعاقد أو بالعدول هو في ذاته مركز ايجابي لتضمنه بعض الأعمال والتصرفات الايجابية التي يستخلص منها اتجاه نية التعاقد الى اختيار محدد، أما مجرد السكوت فهو لا يعبر عن شيء لا عن عدول ولا عن عدم عدول ولا يكتسي أي قيمة قانونية.³

وقد يكون العدول كتابي وذلك بأن يستعمل المشتري حقه في العدول عن طريق الاعذار فيضع بذلك نهاية لعقد البيع، ويمكن للبائع الرد على اعدار المشتري بأن العدول جاء بعد فوات المدة المحددة أو أن العقد أصبح باتاً بانقضائها وأن العربون جزء من الثمن ومن ثمة يطالب

¹ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 98 و 105.

² - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 242.

³ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، نفس المرجع، ص 116.

بضرورة تنفيذ العقد طبقاً للقواعد العامة، كما للبائع أن يرد على اعدار المشتري بأن هذا العدول شابه الغش ونية الإضرار به.¹

وقد أكدت المادة 72 مكرر مدني جزائري صراحة على أنه يحق لأي طرف ممارسة حق في العدول عن التعاقد وذلك بإظهار الرغبة الصريحة أو الضمنية في العدول عن التعاقد حسب القواعد العامة للتعبير عن الإرادة.

لكن لا بد من تحديد دقيق للمصطلحات المستعملة بخصوص زوال العقد عند ممارسة العدول هل هو فسخ أم انقضاء أم إنهاء للعلاقة التعاقدية، وهل يكون تأثير كل ذلك على المستقبل فقط أم على المستقبل والماضي على السواء؟.

فالعقد قد يزول قبل انقضائه بانحلاله، وانحلال العقد غير إبطاله، إذ أن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال، وقد ينحل العقد بطريق الرجوع فيه بإرادة منفردة لأحد العاقدين وهو ما يسمى بإلغاء العقد بإرادة منفردة.²

ويعتبر شرط الإلغاء المدرج في العقد من أوصاف الالتزام فهو شرط فاسخ إذا تحقق زال الالتزام بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن وإن تخلف استقر الالتزام والعقد بصفة نهائية،³ كما أن الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي ومعناه وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد.⁴ وعليه فامتناع أحد المتعاقدين عن إكمال المشوار التعاقدية والعدول عن إتمام الصفقة في المهلة المحددة من شأنه أن يسقط العقد،⁵ ويعتبر كأن لم يكن⁶ ويعد ذلك من قبيل الرجوع في

1 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص243.

2- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، د.س، ص67.

3 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص302.

4 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص381.

5 - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص89.

6- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، المرجع السابق، ص124.

العقد وعدم إبرام البيع النهائي،¹ فيؤثر عربون العدول عليه بأن يجعله عقد غير لازم،² فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد، انفسخ بذلك هذا العقد،³ إذ أن إرادة المتعاقدين حرة ومستقلة في فسخ العقد بمناسبة ممارسة العدول خلال المدة المتفق عليها سواء اشترط العدول بعد أو أثناء تكوين العقد.⁴

وإذا كانت ممارسة العدول تؤدي إلى فسخ العقد فإن استعمال خيار العدول في التعاقد بالعربون كان محل خلاف بين الفقه بشأن زوال العقد بالنسبة للمستقبل فحسب أم يفسخ العقد بالنسبة للماضي والمستقبل على حد سواء من خلال الرأيين الآتيين:

1- الرأي الأول:

يرى كل من Mazeaud و Schmidt أن فسخ العقد لا يتم بأثر رجعي، فإذا كان العقد فعلاً يخطفي لكن هذا الاختفاء يكون بالنسبة للمستقبل فقط أما الماضي فلا يمكن طمس كل الأحداث والنتائج التي تبعتها، فالفسخ نتيجة العدول يتم بدون اثر رجعي، فالأطراف لا يتوقفون عن الارتباط إلا في اللحظة التي يقع فيها العدول أما الماضي فيبقى كاملاً في آثاره، ويتجسد القول بعدم رجعية الفسخ في العقود الزمنية كالإيجار ففسخ عقد الإيجار ينصرف إلى المستقبل فقط أما بخصوص الماضي ففيها فترة من التعاقد لا يمكن إلغاؤها بأثر رجعي لأنها وقعت فعلاً.⁵

¹ - انظر: السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص89 وفتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص97.

² - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص132.

³ - أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله تحت إشراف الدكتور محمد حسن أبو يحيى، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007، ص73.

⁴ - Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op.cit,p 636.

⁵ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص431.

2- الرأي الثاني:

في حين ذهب كل من سليمان مرقس وجميل الشرقاوي ولاشين الغاياتي إلى القول أن ممارسة العدول تؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن أصلاً، فالعقد المقترن بالعربون يزول بالنسبة للمستقبل والماضي معاً،¹ فالعدول يعني زوال العقد بكل آثاره،² ورجعية الفسخ لا ترتب أي ضرر لأن العقد لم يدخل حيز التنفيذ بعد.

فإذا كانت الملكية منقولة مباشرة على أثر البيع بالعربون ففي حال العدول تسترد للبائع بأثر رجعي، فيعتبر المشتري كأن لم يكن مالكا للمبيع وتعتبر الملكية كأن لم تنتقل من البائع ويبقى للمشتري فقط إمكانية حبس المبيع إلى حين استرداده العربون الذي دفعه.³

غير أنه يظهر مما سبق أن الوقائع التي حدثت قبل العدول لا يمكن بأي حال من الأحوال طمسها ووضعها في خانة العدم بل العقد يحدث كافة آثاره خلالها والعدول يقتصر تأثيره على العقد ابتداء من لحظة العدول وما بعدها فقط أي أن العدول يزيل العقد بالنسبة للمستقبل فقط أما بالنسبة للماضي فتبقى الالتزامات الناتجة عن هذا التعاقد منتجة لآثارها، وما اختلاف الفقهاء في هذه الجزئية إلا لاختلافهم في تكييف التعاقد بالعربون وهو معلق على شرط فاسخ أم واقف ولكل آثاره كما سبق تبيانه، فالقول بزوال العقد بالنسبة للمستقبل فقط أو للمستقبل والماضي على السواء له أهميته كذلك لاسيما فيما يتعلق بالأساس القانوني لمصير العربون عند العدول من خلال فقدانه أو رده مضاعفا كما سيتم توضيحه في الفرع الموالي.

وإذا كان العدول يؤثر على زوال العقد بالنسبة للمستقبل فقط فهل يجوز للمتعاقد الرجوع في العدول أو العدول عن العدول قبل انقضاء المدة المحددة؟ إن خيار العدول يعطى للمتعاقد الحق في التحلل من العقد بإرادته المنفردة دون انتظار موافقة المتعاقد الآخر، فالعدول تصرف

¹ - لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 126.

² - انظر: عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 187 ومحمد السعيد

رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 130.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 432.

قانوني صادر عن إرادة منفردة، ذلك أن الأصل أنه لا يجوز لمن تصرف منفردا أن يرجع فيه فالتصرف القانوني ليس إخبارا حتى يمكن العدول عنه بل واقعة ترتب آثارا قانونية معينة فالعدول يرتب مركزا قانونيا جديدا يعطى للمتعاقد الآخر الحق في أن يتمسك به كتصرف ظاهر، ولكن ليس معنى هذا أن الرجوع في العدول أمر مستحيل أو مطلق ذلك أن أمن عدل لن يتفق مع الطرف الآخر على تجديد مدة الخيار بالاتفاق على أن الطرفين حددا مدة أخرى لخيار العدول الجديد، الأمر الذي يعنى إسقاط العدول السابق واعتباره كأن لم يكن وعندئذ تبدأ الدورة التعاقدية من جديد.¹

¹ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص253.

الفرع الثاني: مصير العربون عند ممارسة العدول

تقرر المادة 72 مكرر مدني جزائري بأن مصير العربون عند ممارسة العدول من طرف أحد العاقدين يختلف باختلاف من عدل فإذا عدل من دفعه ففقدته وان عدل من قبضه رده ومثله، فمصير العربون عند ممارسة العدول تتراوح بين فقدته أو رده مضاعفا حسب حال من عدل.¹

ولعل مكنة فقد العربون عند العدول ممن دفعه أيسر في تطبيقاتها من مكنة رده مضاعفا لأن فقدان العربون يعني أنه في يد المتعاقد الآخر فيستبقيه عنده دون عناء، أما عند رد العربون مضاعفا فتميز بين حالتين: حالة إذا كان الرد طوعا عن رضا فلا إشكال لكن في حالة ما إذا تقاعس عن الرد فإن صاحب الحق نجده يضطر إلى جملة من الإجراءات القانونية لاسترداده، ومنه فقدان العربون أيسر من رده.

أولاً: فقدان العربون عند ممارسة العدول ممن دفعه

يعطى العربون لكلا المتعاقدين الحق في نقض العقد خلال المدة المتفق عليها،² فإذا وقع العدول من جانب من دفع العربون سواء كان البائع أو المشتري أو المؤجر أو المستأجر فقدته على اعتبار أنه يمثل مقابل استعمال هذا الحق، إذ أن المشرع منح المتعاقد حق العدول وجعل مقابلا له وهو فقدان العربون.³

غير أنه غالبا ما يدفع العربون من طرف المشتري وعليه يرتب العدول آثاره القانونية الواردة في نص المادة 72 مكرر مدني جزائري، فإذا عدل المشتري عن تنفيذ العقد في المدة المحددة

¹– Marcel Planiol, traite élémentaire de droit civil, op.cit, p470.

²– أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص86.

³– انظر: لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 126 والسنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق،

لهذا العدول انقضى التعاقد وفقد المشتري قيمة العربون الذي دفعه للبائع وأصبح من حق هذا الأخير الاحتفاظ به دون ربط ذلك بالضرر الذي قد يحدث للبائع أو قد لا يحدث أصلاً.¹ فحق الرجوع أو العدول عن التعاقد بالعربون حق ثابت للمتعاقد يستوجب جزاء قدره المشرع في خسارة العربون ممن دفعه، على أن الأمر يختلف بالنسبة لخسارة العربون وفقدانه بين العربون النقدي والعربون المنقول، فإذا كان العربون مال نقدي وعدل عنه من دفعه ففقد ولا يمكن أن يسترده ولو لم يترتب على العدول أي ضرر للمتعاقد الآخر،² فالعربون يعتبر بمثابة ثمن دفعه المتعاقد لقاء العدول³ فهو جزاء حتمي⁴ ولا يعتبر تعويضاً عما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر.

وقد يكون العربون منقولاً وهو أمر نادر في وقتنا الحالي لأن العرف جرى أن يكون العربون مبلغ من النقود، فإذا كان العدول ممن دفع العربون المنقول كجهاز كمبيوتر محمول مثلاً فإنه يفقد ملكية هذا المنقول ويتحول الطرف الآخر من مجرد حائز للمنقول القيمي أو المثلي إلى مالك له.⁵

أما القضاء الجزائري فقد رفض الأخذ بفكرة فقد العربون كجزاء عن النكول والعدول عن التعاقد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/02/1986 من خلال إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 30/04/1984 والقاضي بفسخ البيع بخطأ من المشتري وإبقاء العربون لصالح البائع مع رفض التعويض أو كما عبر عنه القرار: " .. ورفض طلب الإرش.." وذلك لأن قضاة الاستئناف اعتبروا التسبيق تعويضاً عن النكول مع أن مقتضيات المادة 1950 مدني قديم (أي القانون المدني الفرنسي) لم تستعاد في القانون

1 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص243.

2- السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، 89.

3 - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص88.

4 - فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص97.

5 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص436.

المدني الجديد (أي القانون المدني الجزائري لسنة 1975)، ومن ثمة جاء منعدم الأساس القانوني.¹

وعليه فقضاة الاستئناف أخذوا بقاعدة " إذا عدل عنه من دفعه ففده" ذلك أن البائع أثبت في قضية الحال أن المشتري بعدما دفع له شيكا بقيمة 100.000 دج كعربون لم يواصل في إجراءات دفع باقي الثمن بل حاول أن يبيع الآلات عن طريق الإعلان في الجرائد،² فكيفوا الأمر على أنه عدول يترتب عنه فقد العربون دون تعويض للبائع عن أي ضرر أصابه رغم مطالبته بالتعويض، غير أن قضاة المحكمة العليا أبطلوه.

ثانيا: رد العربون ومثله عند ممارسة العدول ممن قبضه

لقد تدارك المشرع الجزائري الخطأ الذي وقع فيه المشرع المصري في نص المادة 103 مدني مصري فيما يخص عبارة " رد ضعفه"، إذ جاء في نص المادة 72 مكرر مدني جزائري: "وإذا عدل من قبضه رده ومثله.. فعبارة " رده ومثله " أصوب من عبارة " رد ضعفه"، ذلك أن رده أي رد العربون ومثله أي العربون وقيمة مماثلة له، فإذا كان مبلغ العربون مثلا 1000 دج فإن الرد يكون 1000 دج + 1000 دج أي العربون ومثله (2000 دج).

غير أن المشرع المصري وقع في خطأ لغوي قد يحتمل تأويلات بين المتقاضيين فقد أورد عبارة " ضعفه" وكان يقصد بها " ضعفيه " فالضعف هو المثل والمثلان ضعفان لا ضعف واحد، وضعف الشيء مثله في المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة، وباختيار المشرع المصري " الضعف" يكون بذلك قد أخذ بالخطأ المشهور على حساب الصواب المهجور.³

ويعتبر رد العربون ومثله إحدى أهم نتائج ممارسة حق العدول ممن قبضه، فإذا كان العدول يؤدي إلى زوال العقد فإنه لم يعد ثمة أي سبب لاحتفاظه به فهو كسب وإثراء بلا سبب

¹ - قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثاني المؤرخ في 9/02/1986، ملف رقم: 43103، فهرس رقم: 57، ص2.

² - قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثاني المؤرخ في 9/02/1986، ملف رقم: 43103، فهرس رقم: 57، ص2.

³ - السنهاوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، 263 الهامش الأول.

يستوجب على من قبضه رده لدافعه وفقا لأحكام القواعد العامة أو لا، بالإضافة إلى دفع مثله معه كمقابل لمباشرته لخيار العدول حسب قاعدة العدول الخاصة بالتعاقد بالعربون.¹

كما يفسر رد العربون ومثله بالأثر الرجعي للفسخ، حيث أن أهم أثر للفسخ هو انحلال الرابطة التعاقدية وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد فيصبح العقد منعدم الوجود وكأن لم يكن أصلا،² وتزول كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده مما يستوجب استرداد العربون.³

هذا بالإضافة إلأن المشرع رتب التزاما على كل من قبض العربون ثم عدل عن التعاقد خلال مدة العدول بضرورة دفع العربون وقيمة مماثلة له بغض النظر عن الضرر.⁴

وتعد قاعدة رد العربون ومثله قاعدة قديمة النشأة ففي الاجتهاد القضائي الفرنسي القديم نجد تطابق في الآراء بين Domat و Justinien على أنه في حالة العدول عن التعاقد بالعربون من طرف البائع مستلم العربون عليه رده ومثله معه.⁵

كما أن أعمال قاعدة رد العربون ومثله من طرف متسلم العربون الذي مارس حقه في العدول ينم عن تفعيل وإعمال لقواعد العدالة والإنصاف في العلاقة التعاقدية، إذ لا يمكن من حيث العدالة ترك مبلغ العربون للبائع الذي يستأثر به برغم عدوله ثم أنالافتاء برد مبلغ العربون فقط يفضي إلى نتيجة مفادها أن هذا المتعاقد لم يخسر شيئا مقابل عدوله، فحماية للمشتري دافع العربون يلزم البائع عند العدول برده ومثله.⁶

¹ - انظر: همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، المرجع السابق، ص124 ومصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص523 وما بعدها.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2 جديدة، لبنان، 1998، ص 722.

³ - Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, op. cit, p 481.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، 263.

⁵ - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, T 1, op. cit, P 176.

⁶ - Louis Nza, Essai sur l'histoire de la résolution de la vente, A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1870, p119.

ويختلف الرد بين العربون النقدي والعربون المنقول، ففي العربون النقدي إذا كان العدول ممن قبضه فعليه رد العربون الذي استلمه وعلاوة على ذلك يدفع مبلغ مساوي كضمن لعدوله للطرف الآخر، فأجمالي المبلغ الذي يدفعه العادل يشتمل على رد العربون بالإضافة إلى دفع ثمن العدول (قيمة العربون) وفقا لقاعدة رده ومثله.¹

أما إذا كان العربون شيء منقول فإذا عدل مستلم العربون المنقول يلتزم بإرجاع الشيء المنقول لصاحبه ويكون هذا الاسترجاع طبيعيا، فإذا كان العربون لوحة زيتية مثلا يتم استرجاع اللوحة أو يحصل على لوحة أخرى أكثر قيمة بعد تقييم اللوحة المدفوعة كعربون على أن تكون القيمة مضاعفة،² وفي حالة النزاع يمكن اللجوء إلى القضاء لتحديد قيمة العربون المنقول.

ثم إن متسلم العربون المنقول لا يعد مالكا له بل عليه الانتظار انتهاء مدة الخيار إما بالعدول أو بتنفيذ العقد، فعلى المستلم للمنقول هنا المحافظة عليه لأنه لا يمثل إلا رهنا أو وديعة أو ضمانا فقط وفي ذلك يقول Josserand:

" les arrhe jouaient le rôle de garantie en vue de l'exécution du marché, elles représentaient un cautionnement en espèces, un nantissement mobilier.."³

ويضيف Pothier بأن متسلم العربون ملزم بالمحافظة عليه وهو في ذلك يعتبر مسؤولا عن الخطأ اليسير la faute léger لأن التعاقد بالعربون يهدف أساسا إلى تحقيق مصلحة لكلا المتعاقدين،⁴ فالمتعاقدين الذي تسلم العربون المنقول يجب عليه المحافظة عليه وهو التزام

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص434.

² - Guy De L'Hérault, Dictionnaire National de droit français, op.cit, p75.

³ - Louis Josserand, cours de droit civil positif français, op.cit, p 636.

⁴ - R-J.Pothier, traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, T 2, op.cit, p21.

ببذل عناية الرجل العادي وعدم القيام بهذا الالتزام على أكمل وجه يرتب أحكام المسؤولية حسب نص المادة 172 مدني جزائري.¹

وقد ذهب كل من عبد الحي حجازي وإبراهيم الدسوقي أبو الليل إلى القول بأنه إذا كان الذي يستعمل خيار العدول هو الطرف الذي قبض العربون فلا يكفي مجرد التعبير بالعدول عن العقد بل يجب أن يكون استعمال الخيار مقابل مبلغ مالي مساوي للعربون يتحمله من تقرر له الخيار لصالح المتعاقد الآخر وإلا كان العدول غير ذي فاعلية.²

وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع الفعلي شرط لفعالية العدول وأوضحت أن رفض التنفيذ لا يكون مساويا لممارسة العدول وإنما يجب الدفع المقدم للعربون كي تمارس إمكانية العدول وذلك الذي تسلم العربون لا يستطيع العدول فعلا إلا بشرط دفع الضعف، غير أن هذا الرأي مبالغ فيه إذ أن الدفع الفعلي لضعف العربون ليس شرطا لممارسة العدول الذي يمكن التعبير عنه بأي تصرف وذلك بإظهار الرغبة في العدول بكل الطرق القانونية المتاحة للتعبير عن الإرادة، فالعدول يكون بأي تصرف يفيد استخدام المتعاقد لإمكانية العدول المخولة له.³

غير أن القضاء الجزائري رفض الأخذ بقاعدة رد العربون ومثله في الكثير من القرارات منها ما جاء في قضية متعلق بتتجيز الوعد ببيع قطعة ترابية أصدرت محكمة أميزور ببجاية حكما لها بتاريخ 1974/11/05 برفض تتجيز الوعد بالبيع والزام البائعتين بأن تردا مبلغ 13500 دج إلى المشتري الذي دفعها كعربون، وبعد الاستئناف والطعن بالنقض رفضت كذلك

¹ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 106.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، نفس المرجع، ص 117 وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 456.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 434 و 435.

كل طلبات المشتري، وقد جاء في أحد أوجه الطعن لقرار المحكمة العليا: "مع أن الاجتهاد القضائي يقرر باستمرار أن البائع الذي يمتنع من تنجيز البيع ملزماً بدفع مضاعف العربون.."¹ فمحكمة أميزور فصلت برد مبلغ العربون فقط دون أن تطبق قاعدة رد العربون ومثله في حالة العدول ممن قبض العربون.

بينما نجد قرار آخر جمع فيه القضاء الجزائري بين رد العربون والحكم بالتعويض، فقد أصدرت محكمة باتنة القسم المدني بتاريخ 1992/11/15 حكماً بإلزام البائع برد المبلغ الذي قبضه من المشتري والمقدر بـ44000 دج مع تعويض قدره 5000 دج، وتتلخص القضية في وعد بالبيع لقطعة أرض مع دفع العربون فقد عدل البائع بعد قبضه للعربون مطالباً برفض دعوى المشتري الرامية إلى استرجاع العربون والتعويض عن الأضرار مبرراً ذلك بخرق قواعد الإثبات بالكتابة، غير أن قضاة المحكمة العليا رفضوا طعن البائع بقولهم: "الإثبات بالشهود إنما كان لإثبات واقعة مادية وهي دفع العربون.."² وليس لإثبات تصرف الوعد ببيع العقار. وما يلاحظ على حكم محكمة باتنة أنه مزج بين رد العربون والتعويض رغم أن القاضي لم يكن أمامه أي نص قانوني يطبقه حول العربون، لكنه خالف بذلك القاعدة المتعارف عليها فقها وقانوناً في تطبيق جزاء العدول عن التعاقد بالعربون والتي تقتضي أنه إذا عدل عنه من قبضه رده ومثله دون أي تعويض.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا الغرفة المدنية المؤرخ في 1996/12/11 الذي جاء فيه: "حيث طعنت السيدة ح.خ بطريق النقض في القرار الصادر من مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1994/11/19 والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف أمامه والصادر عن محكمة الحراش يوم 1994/01/31 والقاضي بإلزام المدعى عليه برد مبلغ العربون المقدر بـ150.000 دينار

¹ - انظر: قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) الغرفة المدنية بتاريخ 1979/01/31، ملف رقم: 14447، جدول رقم: 47، ص2.

² - قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثاني بتاريخ 1996/03/13، رقم الملف: 133307، رقم الفهرس: 429، ص2.

للمدعية، والقضاء من جديد برفض دعوى المستأنفة لعدم التأسيس.. لهذه الأسباب قضت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وعلى الطاعنة المصاريف القضائية..¹ فمحكمة الحراش كيّفت المبلغ المدفوع على أنه عربون عدول، وألّزمت البائع برد مبلغ العربون فقط دون مثله تطبيقا للعرف السائد آنذاك في الجزائر، إلا أن قضاة المجلس والمحكمة العليا لم يسايرا هذا الطرح ورفضوا طلبات المتقاضين لانعدام التأسيس.

الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق العدول

الأصل أن للإنسان الحرية في أن يتعاقد أو يعدل عن التعاقد مع ضرورة أن تتقيد هذه الحرية بمبدأ عدم التعسف في استعمال الحقوق والحرّيات،² وإذا كانت القاعدة المنظمة للعدول هي أنه إذا عدل من دفع العربون فقده وان عدل من قبضه رده ومثله، فقد ترد على هذه القاعدة استثناءات لا يرتب معها العدول هذه الآثار وذلك في حالتين: الأولى نجدها حين يكون العدول بسبب آخر غير نية العدول فللمشتري المطالبة برد العربون الذي دفع عند وجود عيب في المبيع أخفاه البائع عن قصد أين يمكن أن يكون رد العربون مصحوبا بتعويض، أما الثانية فتكون عند ممارسة العدول لا بقصد تحقيق مصلحة للمتعاقد وإنما لمجرد الأضرار بالتعاقد الآخر بشكل تعسفي إذ أن إساءة استعمال خيار العدول من شأنه ترتيب المسؤولية التقصيرية.³

ومعلوم أن الترابط بين الحق والمصلحة له جذوره لاسيما إذا اعتبرنا أن الحق عبارة عن مكنة قانونية لحماية المصلحة المراد بها هذا الحق، مما يقتضى عدم التعسف في استعماله لأجل تحقيق مصلحة غير مقصودة لا شرعا ولا قانونا للإضرار بالغير، ويفضي هذا التلازم

¹ - قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 1996/12/11، رقم الملف: 139895، رقم الفهرس: 2215، ص 2.

² - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 69.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 121.

بين الحقوق والمصالح إلى ضرورة التقيد عند استعمال هذه الحقوق بالمصالح التي أنيطت بها، ذلك أن عمل نظرية التعسف هو الرقابة على استعمال الحقوق واستخدامها.¹

وتعتبر فكرة عدم جواز التعسف في استعمال الحق من إبداع القانون الروماني الذي وضع قيود أخلاقية عليه قصد تحقيق العدالة ليستمر الأخذ بها في العصور الوسطى أين عرفت وجود نظامين الأول في الفقہ الإسلامي والثاني في القانون الكنسي.²

بينما في العصر الحديث وبسبب الإفراط في الاستعمال المطلق للحقوق نتيجة نفوذ المذهب الفردي دق الفقيه Domat ناقوس المخاطر السلبية التي نشأت عن إطلاق هذا الاستعمال بقوله: "الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله." ليتم وضع ضوابط لها على يد الكثير من الفقهاء منهم سيايس و جوسران إلى أن أخذت بها جل التشريعات المعاصرة.³

وقد تباينت الآراء حول مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق عموما، فذهب جانب من القانونيين إلى القول أن التعسف يرد على الرخص القانونية فقط دون الحقوق ومنه فالمسؤولية لا تترتب إلا على الأفعال الضارة عند استعمال هذه الرخص، أما بالنسبة لاستعمال الحقوق فلا تقوم بشأنها أية مسؤولية حتى وإن رتبت أضرارا للغير جراء هذا الاستعمال، بل ولو كان متعمدا،⁴ في حين هناك رأي آخر للسهنوري وفرج الصدة قصر تطبيق نظرية التعسف

1 - محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 274.

2 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقہ الإسلامي، دار الرسالة، ط2، لبنان، 1977، ص 29.

3 - عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، ج2، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 520.

4 - شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، 2009، ص 189.

على الحقوق فقط دون الرخص ذلك أن الأضرار الناجمة عن استعمال الرخص تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، وتستأثر فكرة التعسف في مجال الإساءة في استعمال الحقوق فقط.¹ غير أن الاتجاه الثالث يرى أصحابه كجوسران وأنور سلطان واسماعيل غانم ضرورة تعميم تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق والحريات والرخص، فكما تطبق هذه النظرية على الحريات كحرية التعاقد وحرية التقاضي تطبق أيضا على الحقوق كحق الملكية.² ويمكن اعتبار المادة 72 مكرر مدني جزائري من المواد التي تسمح بنقض العقد لأسباب التي يقرها القانون كاستثناء عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في المادة 106 مدني جزائري إذ يمكن بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين أو لكليهما نقض العقد إعمالا لخيار العدول وهذا الحق في نقض العقد بالإرادة المنفردة متحقق في التعاقد بالعربون باتفاق المتعاقدين وتراضيهما عليه سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا.

فالتعاقد الذي يمارس العدول ليس له يبرر أسباب عدوله وإظهار دوافعه فالأمر يرجع لمحض إرادته الشخصية فالعدول حق خوله القانون للمتعاقد للقضاء على العلاقة التعاقدية بإرادته المنفردة بغض النظر عن الخسائر التي يسببها هذا العدول للطرف الآخر كأصل عام،³ غير أنه في حالة عدم تحميل العادل عن التعاقد أية مسؤولية نكون قد ابتدعنا وسيلة مشروعة للتعسف في استعمال الحقوق وعدم تنفيذ العقود،⁴ على أن يخضع استخلاص وجود تعسف في العدول من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع.⁵

¹ - انظر كل من: عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996، ص11 و بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، 1992، ص 677.

² - أحمد العويصي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، أفريل 2009، ص62.

³ - ريان عادر ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، ط1، لبنان، 2016، ص116.

⁴ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص478.

⁵ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص249.

إذ تنص المادة 124 مكرر مدني جزائري: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمى للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الهدف منه الحصول على فائدة غير مشروعة."
ويتضح من خلال هذه المادة أنه لا يسأل من يستعمل حقا مشروعاً عن الأضرار التي تنتج عن هذا الاستعمال، أما إذا تعسف صاحب الحق في استعماله نكون أمام تعسف في استعمال الحق يدخل في إطار المادة 124 مكرر مدني جزائري، أين صنفها المشرع الجزائري ضمن نطاق الفعل المستحق للتعويض المرتب للمسؤولية عن الأفعال الشخصية إذ يعد فعل التعسف في استعمال الحق بمثابة خطأ يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.¹

ثم إن القول بأن تمسك المتعاقد في التعاقد بالعربون بحقه في العدول عن العقد يعد متعسفاً في استعمال هذا الحق على الإطلاق نكون أمام مصادرة لنص المادة 72 مكرر مدني جزائري تمنع تطبيقها، لأن ذلك يعني أن المتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من العقد المقترن بالعربون خشية جزاء المسؤولية التقصيرية الناجمة عن التعسف، ذلك أن العربون المدفوع ليس مقابل خطأ تقصيري، بل مقابل العدول وعدم التنفيذ، وهو حق مشروع طالما خلا من التعسف ونية الإضرار بالمتعاقد الآخر.²

لا بد إذن من وضع المسألة في قالبها الصحيح، فالتعسف في استعمال خيار العدول يتحقق إذا كان العدول مفاجئ وفي وقت غير مناسب وبلا مبرر، فإذا كان العدول من البائع جاء مفاجئاً بلا مبرر يقتضيه برغم إظهار نيته في المضي في العقد من خلال مباشرته لجملة من الإجراءات اللازمة لإتمام العقد،³ فإن ذلك يمثل إساءة لاستعمال الحق، لا يقتصر على

1 - عجة الجيلاي، مدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، ج2، المرجع السابق، ص521.

2 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص242.

3 - الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص59.

خسارة العربون بل يجب أيضا أن يدفع تعويضا يقدره القاضي جزاء إساءة استعمال حقه في العدول.¹

مع التتويه إلى ضرورة إلقاء عبء الإثبات على المدعي للتعسف لأن الأصل هو حرية الإقدام أو الإحجام عن التعاقد، فعلى الطرف الآخر إثبات توافر أحد شروط التعسف في استعمال الحق.²

ولقد أكدت محكمة التمييز الفرنسية أن العدول الذي مورس عن سوء نية يكون غير فعال، وأن خطأ من مارس العدول يكمن في أنه ينشئ إلزاما على عاتقه بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالمتعاقد الآخر.³

فالجزاء الأصلي لا يوقع إلا مقابل العدول في ذاته مجردا من كل ظرف يجعل منه فعلا ضارا يرتب المسؤولية، فإذا تبين للقاضي انطباق شروط التعسف في استعمال الحق فإنه لا يكتفي بإلزام من عدل بالجزاء المقرر في المادة 72 مكرر مدني جزائري بل يتجاوز به إلى إلزامه بالتعويض لجبر الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق كواقعة مستقلة عن العدول إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وبالتالي لا يشترط دائما أن العربون هو المقابل للعدول بل قد يتعداه التعويض إلى العربون ومبلغ إضافي لجبر الضرر الناتج عن الخطأ التقصيري عند التعسف في استعمال حق العدول.⁴

وخلاصة القول أن التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري المرتب للمسؤولية التقصيرية هو ما تبناه المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون المدني بتحويل التنصيص على التعسف في استعمال الحق من المادة 41 إلى المادة 124 مكرر حاسما موقفه بأن التعسف في استعمال الحق يمثل خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية إذ هو انحراف في

1 - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، هامش الصفحة 88.

2 - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، هامش الصفحة 69.

3 - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص49.

4 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص252.

سلوك صاحب الحق نظرا لخروجه عن الغاية المستهدفة من ممارسة الحق وهذه الغاية تتجسد في المصلحة التي يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها والوصول إليها، وتكون هذه المصلحة غير مشروعة إذا كان الهدف من استعمالها الإضرار بالغير كهدف أساسي ولو حقق معه أهداف مشروعة أخرى، وإذا تبين للقاضي توافر شروط التعسف في العدول عن التعاقد بالعربون حكم بمقتضيات المسؤولية التصيرية تاركا قاعدة العدول جانبا.

المطلب الثاني: مصير التعاقد بالعربون عند عدم ممارسة حق العدول

إذا همّ المتعاقدان في تنفيذ العقد دل ذلك على نيتهما في التنازل عن خيار العدول وإذا تم تنفيذ العقد من طرف واحد سقط خيار هذا الطرف وتعين على الطرف الآخر إما تنفيذ العقد أو العدول عنه وفقد العربون إذا كان دفعه أو رد ضعفه إذا كان قبضه.¹

ذلك أنه في حالة عدم العدول فإن العربون يكون جزء من الثمن المستحق كأصل عام ويتم مواصلة تنفيذ العقد، غير أنه قد يستحيل تنفيذ العقد برغم عدم العدول في حالات سيتم تحديدا تباعا في هذا المطلب.

وقد تقع بصدد التعاقد بالعربون حوادث طارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل يلحق أحد المتعاقدين عند تنفيذه للعقد إرهاب كبير، فيتدخل القاضي اثرى ذلك ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد تخفيفا للإرهاب بوسائل مختلفة، وإذا اعتبرت نظرية الظروف الطارئة أنها انتهاك صارخ للقوة الملزمة للعقد، بحيث تجعل المتعاقد غير ملزم بما تعهد به، فهل تزداد حالة القوة الملزمة للعقد سوءا وتفككا عند اقتران التعاقد بالعربون بنظرية الظروف الطارئة؟ أم أن حسن النية ومسايرة تغير الظروف ضمانا لتحقيق العدالة التعاقدية؟.

كما لا بد من الإشارة بأنه إذا لم يمارس أي من المتعاقدين لحق في العدول خلال المدة المتفق عليها وأصبح العقد باتا تصبح آثار عدم العدول هي نفسها آثار عربون التوكيد مع اختلاف طفيف بحسب شقي هذا النوع من العربون بين القسط المعجل من الثمن وبين نية المتعاقدين لمجرد الإثبات.

¹ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 84.

الفرع الأول: الإبقاء على العقد عند عدم العدول

عندما تصبح إمكانية العدول عن التعاقد بالعربون غير ممكنة إما لانقضاء المدة المتفق عليها أو لتنازل كلا المتعاقدين عن حقه في العدول يصبح عندئذ العقد باتاً ونهائياً، ويكون تاريخ إنشاء العقد وتكوينه هو تاريخ إبرامه فيكون العقد لازماً،¹ ويرتب العقد كافة آثاره القانونية فيوجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات التعاقدية وفي حال الإخلال بها تطبق أحكام المسؤولية العقدية على الطرف المرتكب للخطأ العقدي والمخل بالتزامه.²

فصيرورة العقد نهائياً جراء عدم ممارسة العدول دليل على تغليب المتعاقدين لدلالة البتات والتوكيد ومنه فلا يجوز لأي منهما الرجوع عن البيع،³ على أن يكون مصير العربون كأصل عام بحسب اتفاق الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مصيره يكون واجب الرد لأن العربون مدفوع كثمن لإمكانية العدول وليس كجزء من الثمن، وكل من المادتين 1590 مدني فرنسي و 72 مكرر مدني جزائري لا تشيران إلى الاحتفاظ بالعربون إلا في حالة واحدة والتي يكون فيها أحد الأطراف قد عدل فعلاً، فإن لم يعدل أحد فإن العربون ينتهي دوره فيصبح موجوداً بلا سبب ما دام العدول لم يحدث فيكون من الواجب رده.⁴

وقد تباين الفقه في تحديد مصير العربون عند عدم ممارسة العدول هل هو جزء من الثمن أم لا بد من رده لدافعه؟

ذهب كل من السنهوري والترمانيني إلى القول بأن العربون في هذه الحالة هو جزء من الثمن وبداية لتنفيذ العقد توجب استكمال ما بقي من الثمن⁵ وفقاً لأحكام القواعد العامة، وهو موقف الرأي السائد في الفقه في حالة عدم العدول لاسيما إذا كان العربون مبلغ من النقود

1 - ريان عادر ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 158.

2 - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 54.

3 - السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص 89.

4 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 428.

5 - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 129.

فيخصم من الثمن وينقلب إلى قسط معجل من الثمن،¹ ذلك أنه عمليا يختلط العربون مع الثمن الواجب دفعه لتنفيذ العقد، وبالتالي فإن العربون يلعب دور دفعه على الحساب بحيث لا يبقى على المشتري سوى دفع الرصيد الباقي.²

مع العلم أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد نص على هذه الحالة بقوله: "إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه." وقد حذف هذه الفقرة من النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنها بالاكْتفاء بتطبيق القواعد العامة.³

ولكن هذا الرأي انتقد ففكرة تتابع دلالاتي العربون في الزمن التي ينقلب بمقتضاها عربون العدول عند عدم العدول إلى قسط معجل من الثمن المستحق مخالفة لنية المتعاقدين، أعتبر عبد الحي حجازي أن هذا الرأي غير صحيح من الناحية القانونية، ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت إلى اعتبار العربون وسيلة للرجوع في العقد لا بدءا في تنفيذه، أما أن يعتبر العربون في نفس الوقت ثمنا للعدول وقسطا معجلا فهذا لا يجوز، وذلك لاختلاف وظيفة كل من العربونين، فعربون العدول وظيفته تمكين المتعاقدين من العدول عن العقد في حين عربون القسط وظيفته تأكيد العقد وذلك بالبدء في تنفيذه. ومن ثم لا يجوز أن يؤدي نفس المبلغ الوظيفتين في نفس الوقت.⁴

ويضيف حجازي أنه من الأسلم من الوجهة القانونية أن يقال أنه إذا لم يفسخ العقد المقترن بالعربون بسبب عدم استعمال حق العدول من أحد المتعاقدين، يصبح العربون موجود بين يديه بلا سبب ومن ثم يجب رده، وفي أغلب الأحيان لا يرد هذا المبلغ إذ يحدث انقضاء

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص89 الهامش الثاني، وانظر أيضا: عبد السلام الترماني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص57.

² - انظر كل من: مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، ج1، منشورات الحلبي، ط6، لبنان، 2016، ص602 وسمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص54.

³ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، هامش ص90.

⁴ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص451.

جزئياً للالتزام طبقاً لقواعد المقاصة بين الثمن المستحق وبين قيمة العربون، ومن ثم يخصم العربون من الثمن وفق قواعد المقاصة وليس لأن العربون قد انقلب قسطاً من الثمن، ويتدعم هذا الرأي حسب الحجازي بالصور التي يستحيل معها إجراء المقاصة لسبب طارئ، عندئذ لا يخصم مبلغ العربون من الثمن بل يجب رده إلى من دفعه، ومن هذه الصور نذكر الحالة التي يفلس فيه المشتري الذي دفع العربون، فالإفلاس يمنع حصول المقاصة، وهنا يتعين على البائع رد مبلغ العربون وينتظر مع جماعة الدائنين ما ستؤول إليه عملية القسمة، حيث لا يحصل منها إلا على جزء من الثمن تطبيقاً لقاعدة قسمة الغرماء، وذلك لأن أموال المفلس أقل من ديونه.¹

وتتجلى أهمية رد العربون أكثر عندما يكون العربون شيئاً منقول غير النقود فإن عدل من قبضه لا يمكنه أن يلحقه بالثمن بل يتوجب عليه إرجاعه إلى المتعاقد الآخر² إذ أن الخصم من الثمن يصبح مستحيلاً والمقاصة لا يمكن أن تحدث لأن صفة المثالية للدينين غير متوفرة³ فالدين المستحق للبائع وهو الثمن النقدي ليس من طبيعة الدين المستحق للمشتري ولذلك يجب رد العربون المنقول من طرف البائع ويكون الثمن كله واجب الدفع على عاتق المشتري.⁴

ومن هنا تكمن أهمية الاستعانة بالمقاصة وليس بالخصم من الثمن لتجسيد رد العربون إذا كان شيئاً منقولاً أو الاحتفاظ به من طرف البائع إذا كان مبلغاً نقدياً، وهناك حالات أخرى يمنع فيها المقاصة كإفلاس المشتري الذي يدفع العربون فهنا على البائع رد العربون إلى تفلسة المشتري ولا يحصل على الثمن أو جزء منه إلا بعد اقتسام أموال المشتري قسمة غرماء بين الدائنين، وكذلك الخال بالنسبة للوعد بالبيع عندما يدفع الواعد للمستفيد مبلغ العربون فإنه بتحقيق البيع يصبح العربون واجب الرد وعلى المستفيد رد العربون ودفع الثمن المستحق لأنه لم

1 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، نفس المرجع، نفس الموضوع.

2 - ريان عادر ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 166.

3 - نبيل أبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 202.

4 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 428.

يبقى أي سبب لاحتفاظ المستفيد بالعربون الذي لا يخصم من الثمن هنا على اعتبار أنه مستحق على المستفيد وليس الواعد.

وهناك صورة أخرى، عندما لا يكون فيها العربون مبلغاً من المال فيقع رده، للصعوبة المادية التي تحول دون إجراء المقاصة، وما ننتهي إليه هو الاختلاف الكبير بين عربون القسط وعربون العدول الذي يتجاوز اختلاف الدلالة ليشمل اختلافاً في القواعد المطبقة، إذ يشكل عربون القسط وسيلة وفاء بالالتزام الذي ينقضي انقضاء جزئياً.

أما الدكتور أنور سلطان فيقول بأن مصير العربون عند عدم العدول يكون بحسب اتفاق الطرفين، فإذا لم يوجد اتفاق يخصم العربون من الثمن إذا كان مبلغاً من النقود، أما إذا كان منقولاً من نوع آخر فيجب رده إلى الطرف الذي قدمه ويتعين الوفاء بكل الثمن.¹

الفرع الثاني: تعذر تنفيذ العقد المقترن بالعربون برغم عدم العدول

الأصل أن العقد في التعاقد بالعربون يبرم بمجرد عدم العدول فيرتب كافة آثاره، غير أن الأطراف أحياناً وان لم يمارسوا العدول يترددون في تنفيذ أحكام التعاقد مما يؤثر على مصير العقد فيتعذر معه التنفيذ بعدما انعقد بشق الأنفس، أو عند وقوع الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب ظروف لا دخل لهما فيها.

وإذا كانت استحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام كأصل عام إلا أن المدين يظل مسؤولاً بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبي.²

وعليه فما مدى تأثير تعذر تنفيذ العقد على تطبيق قاعدة العدول في التعاقد بالعربون؟ ولتوضيح ذلك نجد أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد تعرض لهذه النقطة والذي جاء فيه: " .. ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من

¹ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 86.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 421.

المتعاقدين مسؤولاً عنها، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما." غير أنه تم حذف هذه الفقرة من طرف لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنها أيضاً والاكتفاء بالقواعد العامة.¹

أما المشرع الجزائري كأخيه المصري الجديد لم يتعرض بالنص في باب العربون على هذه الحالة تاركين المجال في التطبيق للقواعد العامة التي تشير إلى حالات تعذر تنفيذ الالتزام التعاقدية سواء كانت الاستحالة بسبب أجنبي أو بفعل المتعاقدين أنفسهم حسب الحالتين الآتيتين:

أولاً: أثر الاستحالة في التنفيذ الناشئة بفعل أحد المتعاقدين:

لقد نص المشرع الجزائري على بعض الوسائل القانونية تساعد على التنفيذ العيني الجبري في حال رفض المدين تنفيذ التزاماته التعاقدية طوعاً منها ما نصت عليه المادة 174 مدني جزائري التي تجبر للدائن الحصول على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك، وكذا ما جاء في المواد 200، 201، و 202 مدني جزائري التي تمنح الحق في حبس الشيء أو اللجوء إلى وسيلة الإكراه البدني المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن التنفيذ العيني عندما يصير مستحيلاً بفعل أحد المتعاقدين في التعاقد بالعربون قد يفرض على المتعاقد المتضرر سلوك طريق آخر أكثر ضماناً ومنفعة بدلاً عن الاكتفاء بتطبيق قاعدة العدول، وفي سبيل ذلك لا بد من التمييز هنا بين الاستحالة الناشئة بفعل المتعاقد الذي يمكن العدول وبين الاستحالة الناجمة عن فعل المتعاقد الذي أعفى اتفاقاً من ممارسة العدول:

1- إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل المتعاقد الذي يملك حق العدول فتعتبر تلك الاستحالة في حكم العدول عن العقد وهي ممارسة ضمنية لهذا المتعاقد لخياره في العدول، فإذا

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، هامش ص 90.

كنا بصدد عقد بيع وقام البائع الذي له حق العدول بهدم المنزل فعد ذلك عدولا ضمنيا عن التعاقد يرتب تطبيق قاعدة العدول وذلك برد العربون ومثله معه دون الحكم بالتعويض.¹

2- أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى المتعاقد الذي لا يحق له العدول إذ يكون العقد باثا بالنسبة إليه، فإذا كان بائع المنزل قد قبض العربون من المشتري واتفقا على أن الحق في العدول يكون للمشتري فقط والبائع يكون العقد لازما في جانبه فقيام البائع بهدم المنزل خلال مدة خيار العدول يعتبر بذلك مخل بالتزاماته التعاقدية، لأن امتناعه عن تنفيذ العقد كان نتيجة لخطأ عقدي وهو عدم الوفاء بالالتزام وهو بذلك يشكل خرقا للرابطة التعاقدية وسببا موجبا للمسؤولية العقدية، ولا يمكنه التمسك بقاعدة العدول برد ضعف العربون بل يجبر على تعويض الضرر الذي يقدره القاضي ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب حسب المادة 182 مدني جزائري.²

ولما كان القصد من العربون هو الشروع في تنفيذ العقد فإن الامتناع عن إتمامه ممن ليس له الحق في العدول اتفاقا من خلال امتناعه عن القيام بتسديد بقية الثمن أو تسليم الشيء محل البيع وكذا إذا عمد أحد المتعاقدين دون التصريح عن رغبته في الامتناع عن تنفيذ العقد المصحوب بالعربون، إلى المماثلة في الوفاء خصوصا إذا كان الالتزام بالإدلاء بالرغبة غير محدد الأجل فالتأخير في التنفيذ أو التنفيذ السيئ وكذا الإخلال بالالتزامات ولو كانت تبعية، كل ذلك يشكل خطأ تعاقدية يوجب تحمل المسؤولية العقدية.³

ويرتب الإخلال بالالتزام التعاقدية أعمال القواعد العامة، فيحق للطرف المتضرر من عدم تنفيذ العقد سواء كان دافع العربون وقابضه المطالبة بالفسخ والتعويض إن أصبح التنفيذ العيني مستحيلا وذلك حسب المادة 119 مدني جزائري التي تنص على: "في العقود الملزمة للجانبين

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 457.

² - بن أحمد صليحة، اثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مقال منشور في دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، جانفي 2014، ص121.

³ - على فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص459.

إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.¹

فإخلال المتعاقد المتسبب في استحالة التنفيذ في التعاقد بالعربون بالتزامه في تنفيذ العقد يكون موجبا للمطالبة بالتنفيذ بالمقابل والتعويض¹ دون الحاجة إلى الاقتصار على تطبيق قاعدة العدول، وذلك لا يكون إلا بتوفر كافة شروط الفسخ والتعويض بداية من إخلال أحد العاقدين بالتزامه بعدم تنفيذها كليا أو جزئيا إلى ضرورة استعداد المتعاقد طالب التعويض لتنفيذ التزاماته.²

إن الامتناع عن إتمام العقد المقترن بالعربون يمنح للمتعاقد المتضرر إمكانية المطالبة بفسخ العقد في حالة تعذر التنفيذ العيني للالتزام، ولكن نظرا لخطورة هذا الجزاء على استمرار العلاقات التعاقدية واستقرارها، فإن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي وهو ما يعرف بالفسخ القضائي في حالة غياب الفسخ الاتفاقي، وللقاضي السلطة التقدير الواسعة إذ يستطيع طبقا للمادة 119 مدني جزائري من خلال ملاسبات القضية ومصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد أو أن يمنح للمدين أجلا لتنفيذ التزامه،³ ويترتب على فسخ العقد وعدم إتمامه رد مبلغ العربون مع إمكانية الحصول على تعويض عن كل الأضرار التي لحقت به جراء عدم التنفيذ.

ثم إن مبلغ العربون المدفوع أو المقبوض مستقل عن مبلغ التعويض المحكوم به، فبغض النظر عن قيمته مرتفعة أو منخفضة يقدر القاضي الخسارة ويحكم بالتعويض على أساس قيمة وحجم الضرر الذي لحق للمتعاقد من جراء عدم إتمام العقد المقترن بالعربون.

¹ - على فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، نفس المرجع، ص 461.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 374.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 310.

ثانيا: أثر الاستحالة في التنفيذ الناشئة بسبب أجنبي

إذا كانت استحالة تنفيذ العقد ترجع لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه كهلاك المبيع بقوة قاهرة أو انفسخ العقد بقوة القانون إذ تنص المادة 121 مدني جزائري: "إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وبفسخ العقد بحكم القانون." كما نصت المادة 307 مدني جزائري على: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته." لتضيف المادة 176 مدني جزائري إمكانية الحصول عن التعويض عند استحالة التنفيذ العيني ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه.

فهذه النصوص القانونية يمكن تطبيقها على حالة تعذر تنفيذ العقد برغم عدم العدول عن التعاقد بالعربون، فاستحالة تنفيذ الالتزام العقدي بسبب أجنبي يؤدي إلى انفساخ العقد بحكم القانون.¹

والمقصود بالاستحالة هو أن يتعذر على المدين تنفيذ التزامه بسبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير تؤدي إلى انفساخ العقد أي عدم قدرة المدين على الوفاء بالتزامه العقدي بسبب تدخل واقعة أو فعل أجنبي عن إرادته منعت إمكانية التنفيذ منعا مطلقا ودائما.²

ويجب في هذه الحالة رد العربون إلى من دفعه دون زيادة أو نقصان تطبيقا للقواعد العامة التي لا مجال فيها للتعويض عندما يرجع عدم وفاء المدين بالتزامه إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ولا يستطيع مقاومته أو تفاديه.³

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص388.

2 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص466.

3 - عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين، مقال منشور بمجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، الكويت، 1998، ص 885.

فيكتفي المتعاقد عند استحالة التنفيذ بسبب أجنبي برد مبلغ العربون فقط لأن اشتراط العربون ما هو إلا اشتراط تابع لالتزام أصلي، فإذا زال الالتزام الأصلي زال معه الالتزام التابع، أي أننا لا نطبق قاعدة العدول في هذه الحالة إذ العربون لا يبقى متروكا لدى قابضه ولا مردودا مضاعفا إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام بسبب فعل منسوب لأحد المتعاقدين، أما وإن كان سبب عدم تنفيذ العقد يرجع لقوة قاهرة فالعربون يصبح بلا سبب إذ أن إمكانية العدول تفقد حقها في الوجود فزوال العقد يؤدي بالتبعية إلى زوال العدول فيرجع بالتالي المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد.¹

فيكون مصير العربون عند عدم العدول مع استحالة تنفيذ العقد نتيجة قوة قاهرة أو بسبب تعطيل مفهوم العقد تبعا لغياب مفاجئ لأحد عناصره الجوهرية أو بسبب عدم تحقق الشرط المعلق عليه التعاقد، يصبح العربون في هذه الحالة خاليا من السبب باعتبار أنه كان ثمنا لإمكانية العدول التي فقدت سبب وجودها وعليه يجب إرجاعه إلى المتعاقد الذي دفعه.²

ففي هاتين الحالتين يرجع عدم التنفيذ إما إلى سبب أجنبي أو لفسخ العقد باتفاق المتعاقدين أو بخطأ منهما معا، أو لاستحالة خصم العربون من الالتزام الذي تم تنفيذه، وهنا يجب إرجاع العربون إلى من دفعه دون تطبيق قاعدة العدول، ذلك أن هذه الحالة تختلف عن حالة العدول الاختياري من أحد الطرفين عن التعاقد.³

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 455.

² - ريان عادر ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 167.

³ - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الثالث: أثر الظروف الطارئة على التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري

قد تطرأ بعد إبرام العقد ظروف خارجة عن إرادة طرفيه تحول دون تنفيذه، إلا إذا تكبد المدين خسارة كبيرة تقلب التوازن الاقتصادي الذي قام عليه العقد أصلاً، كأن يحصل انخفاض كبير في سعر العملة يحدث خلافاً في العقد يجعل أحد المتعاقدين في إرهاب قد تكلفه خسارة فادحة.¹

وقد تقع خلال التعاقد بالعربون حوادث طارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل يلحق أحد المتعاقدين عند تنفيذه للعقد إرهاب كبير، وإذا كان الأصل العام هو ضرورة تنفيذ مثل هذه الالتزامات ولو طرأت حوادث استثنائية غير متوقعة تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أن مبادئ العدالة تقتضي أن يتحمل الطرفان معاً هذا الظرف الطارئ فيتدخل القاضي ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ.²

وكثيراً ما اعتبرت نظرية الظروف الطارئة بأنها انتهاك صارخ للقوة الملزمة للعقد، بحيث تجعل المتعاقد غير ملزم بما تعهد به، في حين لها من يشيد بها من منطلق حسن النية ومسايرة تغير الظروف.³

هذا وقد نص عليها المشرع الجزائري منذ سنة 1975 في المادة 3/107 مدني: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."

1 - مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، ج1، المرجع السابق، ص 736.

2 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص319.

3 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص395.

وعلق الدكتور علي علي سليمان على هذه الفقرة مشيراً إلى ضرورة إدراجها كفقرة لنص المادة 106 مدني جزائري باعتبارها استثناء عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.¹

ومؤدى نظرية الظروف الطارئة أنه قد تعترض بعد إبرام العقد وعند تنفيذه أحداث عامة لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام شديد الإرهاق للمدين فيجوز للقاضي اثرى ذلك بناء على طلب المدين وبعد الموازنة بين مصلحة المدين ومصلحة غريمه، أن يرد التزامه إلى الحد المعقول.²

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تخول للقاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تنفيذه باعتباره استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن القانون وضع لها ضوابط وشروط واجبة التوفر للقول بتطبيقها وهي:

- 1- أن تطرأ هذه الظروف في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه، وتتسع النظرية في التطبيق إلى جميع أنواع العقود كأصل عام إذ العبرة في مدى توفر شروط أعمالها ليس إلا.³
- 2- أن تكون هذه الظروف أو الحوادث استثنائية وعامة وغير متوقعة عند إبرام العقد،⁴
- 3- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا.⁵

1 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص 98.

2 - حمدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين تحت إشراف الدكتور رابيس محمد، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، السنة الجامعية 2012/2013، ص 123.

3 - شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني تحت إشراف الدكتور زهدور محمد، كلية الحقوق بجامعة وهران، 2010، ص 69.

4 - انظر في شرح هذا الشرط: جلال على العدوي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، المرجع السابق، ص 242 و مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 318.

5 - انظر في معيار الإرهاق: على فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 400.

هذا وقد اختلفت الآراء حول أثر الظروف الطارئة على مصير العقد بصفة عامة باعتبارها ضرورة لإعادة التوازن العقدي إلى نصابه وبين القائلين بالحفاظ على القوة الملزمة للعقد وبالتالي تحاشي أي تأثير لها.¹

أما بالنسبة لتأثير نظرية الظروف الطارئة على التعاقد بالعربون فقد تتوافر شروط النظرية بين إبرام العقد المقترن بالعربون وتنفيذه وذلك بوقوع حادث استثنائي عام خلال فترة العدول لاسيما إذا كان العقد متراخي التنفيذ إلى غاية انتهاء مهلة الخيار، فهل نطبق قاعدة العدول أم أن أعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة تنتصر على قاعدة العدول؟ وعندئذ نميز بين حالتين:
أولاً: أثر الظروف الطارئة على عربون العدول

تطبق قاعدة العدول في التعاقد بالعربون حتى وان وقعت ظروف طارئة، فيرى الدكتور الفزاري أن العقد لا يعتبر أنه قد أبرم بصفة نهائية وياثة² ما لم تنقض المدة المحدد للعدول دون أن يعدل أي من المتعاقدين عن العقد، فإذا طرأ حوادث استثنائية عامة غير متوقعة خلال فترة العدول المتفق عليها فالأمر لا يثير أي شك في عدم تطبيق أحكام النظرية، ذلك أن من يصبح تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مرهقا ومهددا بالخسارة الفادحة سيتخلى ببساطة عن العربون إذا كان هو من دفعه أو يتحمل رده ومثله إذا كان هو من قبضه.³

وبذلك يتخلص من تنفيذ الالتزام المرهق بالنسبة له مستعملا حقه في العدول دون أن يستطيع المتعاقد الآخر أن يلزمه بالتنفيذ، ويقتصر الأمر على تطبيق قاعدة العدول في حين يتم استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

بينما يرى الدكتور النيداني أن القول بأن العقد لا يبرم بصفة نهائية قول غير صحيح ذلك أنه عقد موجود، غير أنه مهدد بالزوال خلال فترة العدول، وإذا كانت قواعد العدول من القواعد

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، ج1، المرجع السابق، ص 737 وما بعدها.

² - حسب الرسول الشيخ الفزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص418.

³ - محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، 1987، ص75.

المكاملة فقد يتم الاتفاق على أن يكون العدول حق لأحد المتعاقدين بينما يكون العقد بائنا للمتعاقد الآخر، وفي هذه الصورة إذا طرأت ظروف استثنائية بالنسبة للمتعاقد الذي أصبح العقد بائنا بالنسبة له فإن نظرية الظروف الطارئة ستطبق ويستطيع القاضي عندما يطلب المتعاقد الآخر صاحب حق العدول تنفيذ العقد أن يطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة.¹

ثانيا: أثر الظروف الطارئة على عربون التوكيد

إذا قصد المتعاقدين من التعاقد بالعربون توكيد إبرام العقد أين يكون العربون كجزء من الثمن فإن العقد يعتبر منعقدا بصفة نهائية، فإذا طرأت ظروف استثنائية بين إبرام العقد وتنفيذه يجعل المدين مرهقا عندما يهم بتنفيذ التزامه فإن أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبق التعاقد بالعربون كما تطبق على غيره من العقود.²

فيمكن للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بوسائل مختلفة يملك من خلالها القاضي السلطة التقديرية الواسعة في الانتقاء اللائق والملائم بين وسائل يختارها القاضي بما يوافق العقل والعدالة لإعادة الاختلال العقدي إلى توازنه،³ وذلك بالإنقاص من التزامات المدين المرهق أو الزيادة في التزامات الطرف الآخر⁴ أو الفسخ أو وقف تنفيذ العقد مؤقتا إلى حين زوال الظرف بشرط أن لا يلحق هذا التوقف بالدائن ضرارا جسيما على أن لا يعتدي مدة سنة.⁵

ولا تسرى أحكام نظرية الظروف الطارئة على العربون المدفوع كجزء من الثمن وإنما تطبق على الأجزاء والأقساط المتبقية، فلو ارتفع السعر أضعافا كثيرة مقارنة بما هو متفق عليه

1 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 462.

2 - حسب الرسول الشيخ الفزاري، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 418.

3 - شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 135.

4 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 402.

5 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 101.

عند دفع العربون للقاضي أن يرفع السعر عن المحدد في العقد، ولكن دون أن يحمل الدائن الزيادة في السعر الذي ترتب على الظرف الطارئ، بل يوزع الزيادة على كلا المتعاقدين.¹

الغاية من كل هذه الوسائل المتاحة للقاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول هي التقليل من الخسارة الفادحة بتوزيع مقدارها على المتعاقدين معا، علما أن الخسارة المألوفة أمر طبيعي في التعاقد فيكتفي القاضي بالنظر في الفادحة منها في ضوء ظروف العملية العقدية.²

يمكن القول مما سبق بأن نظرية الظروف الطارئة بمجرد توفر شروطها يمكنها تجميد أعمال قاعدة العدول في التعاقد بالعربون أو نسفها بالكلية، وتسمح بذلك للقاضي بالخروج عن القواعد العامة التي رسمها المتعاقدين فيدخل ليعدل في بنود العلاقة التعاقدية بمختلف الوسائل التي ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

¹ - انظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص325 و

مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 323.

² - على فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص403.

المطلب الثالث: دور القاضي في تطبيق أحكام التعاقد بالعربون

الأصل أن المتعاقدين في التعاقد بالعربون يتفقان على كل العناصر الجوهرية للتعاقد بشكل واضح لا يدع أي شك لديهما، ومن هذه العناصر الجوهرية أن يحددا قيمة العربون والمدة التي يستغرق كل طرف للتروي والتشاور قبل إبداء الرغبة، بالإضافة إلى تحديد دلالة العربون تحديدا واضحا بأن تكون دلالة عدول أو دلالة توكيد واعتبار العربون جزء من الثمن. غير أنه قد لا تكون هذه العناصر الجوهرية كلها أو بعضها محددة بدقة، لاسيما بالنسبة لدلالة العربون مما يترتب عنه نزاع بينهما فيصبح الأمر بين شد وجزر حول تطبيق قاعدة العدول أو القواعد العامة من حيث أيهما تحقق مصلحة وتسفر عن جبر وفير للضرر، وهو ما يفتح المجال للقاضي للتدخل وذلك بناء على طلب من احد المتعاقدين.

فالمتعاقدين أحرار في الاتفاق على دلالة التوكيد وبالتالي اعتبار العربون جزء من الثمن، أو الاتفاق على دلالة العدول فيكون العربون عندئذ مقابل للعدول ولا مجال لتدخل القاضي هنا إلا في حالة التعسف في استعمال حق العدول كما سبق تبيانه.

بيد أنه إذا اختلف المتعاقدين حول دلالة العربون أو سكتا عن تحديد الغرض منه،¹ فالمشرع الجزائري أقام مثله مثل المشرع المصري قرينة قانونية تقبل إثبات العكس،² وهي مفترضة ومفادها أن دفع العربون دليل على خيار العدول عن العقد وهي قرينة بسيطة يجوز دحضها وإثبات عكسها بكل طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن، وإذا لم يستطع أحد المتعاقدين إقامة الدليل على دحض القرينة التي نص عليها القانون فهنا تظل القرينة قائمة وهي العدول.³

¹ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 162.

² - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص88.

³ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 443.

وقد جاء في نص المادة 72 مكرر مدني جزائري: "... إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك..". أي أن الأصل هو الخضوع لإرادة واتفاق المتعاقدين في تحديد دلالة العربون، فإن لم يتفقا كانت قرينة العربون هي العدول وهنا يأتي دور القاضي من خلال استعمال مختلف الوسائل للوصول إلى الدلالة المطلوبة، وهذه المسألة تختلف باختلاف الظروف المحيطة بها في كل حالة على حدا وعلى القاضي أن يستظهر ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد قصدت مخالفة القرينة التي يقيمها القانون أم لا.¹

والسؤال الذي يثار هنا هل يمكن للقاضي التدخل عنوة لتعطيل قاعدة العدول وفسح المجال لتطبيق القواعد العامة؟ أم أن نسبة تدخل القاضي في التعاقد بالعربون تكاد تنعدم وان وجدت فهي ضئيلة جدا ولا ترقى إلى الحكم بتعطيل قاعدة العدول رغم أن كل الدلائل تبين أن المتعاقدين مالت نيتهما المشتركة إلى تغليب اعتبار العربون مقابل لحق العدول وليس توكيدا للعقد؟.

¹ - محمد لاشين الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 122.

الفرع الأول: وسائل القاضي لاستظهار إرادة المتعاقدين في التعاقد بالعربون

إن اللبس والغموض عند استعمال اللفظ في غير معناه بحيث يجعل الفصل حول إحدى الداليتين والوقوف عند النية الحقيقية للمتعاقدین أمر صعب، ولما كان العقد هو المصدر الأول الذي بواسطته يمكن للقاضي الكشف عن الغاية من دفع العربون، فإذا أظهر العقد تلك الغاية بشكل صريح وواضح، فإن دلالة العربون تكون عندئذ واضحة من خلال العقد، وإذا لم تظهر تلك الغاية للقاضي أن يستظهرها من خلال سلطته التقديرية بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین والقصد الحقيقي من العربون.¹

وفي سبيل ذلك يستوجب على القاضي تفسير العقد عند غموض عباراته والاستعانة بعوامل مختلفة داخلية وخارجية² لتتير له طريق تحديد الغرض من دفع العربون من جهة ومدى توفر التعسف في استعمال حق العدول في حالة ممارسته من احد المتعاقدین. وقد نصت المادة 111 مدني جزائري على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدین.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدین، وفقا للعرف الجاري في المعاملات."

ولما كان العربون بند من بنود العقد وعنصر من عناصره الجوهرية، فإن الدلالة التي يأخذها تستشف من إرادة الأطراف المتعاقدة وفقا لقواعد تأويل العقد.³

1 - همام محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، المرجع السابق، ص 123.

2 - فؤاد صالح دراركة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 491.

3 - وقد انفرد المشرع الجزائري بمصطلح تأويل بدلا عن تفسير المستعمل في جل التشريعات العربية رغم ان المصطلح نجده في القانون الفرنسي تحت مسمى "interprétation"، انظر: عاشور فاطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مسؤولية وعقود تحت إشراف الدكتور الغوثي بن ملح، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 11.

والمقصود بتأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو الظاهرة.¹

أولاً: التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بالعربون من عبارات العقد

لعل أول ما يلجأ إليه القاضي عندما يكون بصدد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين هو عبارات العقد محل الاتفاق عند الإبرام والاختلاف عند التنفيذ، هذا العقد الذي تتراوح عباراته بين الواضحة والغامضة، ويخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا عند الانحراف عن المعنى الظاهر والقاضي ملزم بتبيان أسباب التأويل، أما إذا كانت العبارات واضحة وأخذ القاضي بالمعنى الظاهر فلا حاجة إلى التسبيب.²

1- العبارات الواضحة تفيد قطعاً إرادة المتعاقدين كأصل عام

وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 111 مدني جزائري أعلاه، والمقصود بالعبارات الواضحة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة والإرادة الباطنة، أي أن الألفاظ أو الكلمات والإشارات المستعملة في العقد قد عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، ويمنع هذا النص كلية البحث عن النية المشتركة وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين طالما كانت العبارات المستعملة واضحة الدلالة.³

فلا يجوز للقاضي في هذه الحالة الاجتهاد في التفسير الذي قد لا يحقق غاية المتعاقدين حسب إرادتهم الباطنة، أو الانحراف بالتأويل رغم وضوح الألفاظ المستعملة بحجة الوصول إلى

¹ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 406 وهامشها الرابع.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص293.

³ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 407.

إرادة المتعاقدين، فوضوح العبارات دليل على أنها منسجمة مع الإرادة الباطنة للمتعاقدين،¹ بل يتعين عليه الأخذ بهذه الإرادة دون غيرها طالما أنه ليس فيها ما يخالف القانون.² وان كان الأصل هو الوقوف عند المعنى الحرفي للفظ الواضح فالعبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة وأي محاولة للقاضي في البحث عن الإرادة الباطنة يكون بذلك قد وقع تحت طائلة تحريف العقد.³

غير أن وضوح عبارات العقد بذاتها لا تعني بأنها ليست بحاجة إلى تفسير، إذ يلزم فوق ذلك أن تكون واضحة بالنسبة إلى دلالتها على ما تقصده الإرادة المشتركة منها، فقد يجد القاضي نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة لأن وضوح العبارة قرينة بسيطة على أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين.⁴

كما أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فتكون العبارة واضحة لذاتها غير أن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يحمل ذلك المعنى، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصدته المتعاقدين وذلك بشرطين أساسيين وهما التسبب وأن لا ينحرف في المعنى المراد به من اللفظ الواضح،⁵ لأن الانحراف عن المعنى الواضح ينطوي على تعديل للعقد وهو ما يخرج عن نطاق سلطة القاضي إذا أراد حمل العبارة على معنى مغاير

1 - بشار عدنان ملكاوي، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مقال منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 2، الجامعة الأردنية، 2006، ص 291.

2 - محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 132.

3 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 409.

4 - جلال علي العدوي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، المرجع السابق، ص 233.

5 - السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 602.

لظاھرھا،¹ فإذا كان المعنى الواضح هو دلالة التوكيد لا يمكن للقاضي الانحراف عن هذا المعنى للقول بان للعربون دلالة العدول.

وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية: " بأنه ليس مسموحا للقاضي أن يعدل تحت ذريعة العدالة أو لأي هدف آخر من عقد تم تحريره بالإرادة التعاقدية الحرة بالشرعية التامة."² فقد تكون بعض بنود العقد واضحة لكن متناقضة فيما بينها³ ومثال ذلك في بيع عقار واتفق فيه المتعاقدين على أنه من يتخلف عن إجراء المعاملة يدفع بدل الضرر مبلغ 500 دينار وفي بند آخر من العقد يذكر بأن أحد المتعاقدين قبض عربونا قدره 100 دينار، فهنا يتدخل القاضي للفصل في طبيعة هذا المبلغ هل هو عربون عدول أم هو شرط جزائي،⁴ ذلك أن وضوح المدلول يكون في العقد ككل وفي جميع بنوده فالعقد وحدة متصلة يتطلب أن يكون واضحا في دلالاته الكلية.⁵

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 1954/02/06 بأن الأمر قد يحتاج إلى تفسير رغم وضوح العبارة كما لو وجدت في العقد عبارتان كل منهما واضحة ولكن بينهما من التناقض ما يقتضي التفسير.⁶

1 - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 132.

2 - مشار إليه عند: ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، 93.

3 - وقد أشار الدكتور علي فيلاي إلى أن تعارض بند واضح العبارات مع بند واضح العبارات هو الآخر في نفس العقد يجعل إرادة المتعاقدين غامضة حسب قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1997/07/23 ، انظر للتفصيل: علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 411.

4 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 494.

5 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 408.

6 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 292.

2- الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة

تكون عبارات العقد غامضة إذا تم إغفالها¹ أو كانت مبهمه يصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين من خلالها لكونها غير دقيقة وتحمل أكثر من دلالة،² كأن يكون قد ورد في العقد أن المبالغ المدفوعة ستخصم من الثمن.³

فقد يدفع أحد الأطراف مبلغا في بداية التعاقد دون تحديد طبيعته فيكون أمام القاضي الفصل في كونه عربونا أم لا أولا ثم إن كان عربونا لابد من تحديد أهو عربون عدول أم عربون توكيد.

وان كان الأصل أن يعبر المتعاقدين عن إرادتهما بوسيلة تعبير واضحة حقيقة يعتد بها لأنها تمثل الإرادة الباطنة وإلا فإنها تهمل ويجب البحث والتحقق من النية المشتركة للمتعاقدین.⁴

وتتمثل النية المشتركة في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر الذي يفهمه أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين، فهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصله هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدين، لكن عيب على هذا التعريف يكمن في عدم تعرضه للتعبير الذي يكون في المرحلة السابقة للتعاقد، لذلك قال الفقه Saleilles بأن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين بعد أن يقارب ما استطاع ما بينهما.⁵

¹ - وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 31315 المؤرخ في 13/04/1983 أن إغفال ذكر التزام معين في العقد يمنح للقاضي السلطة التقديرية في تفسير العلاقة التعاقدية، انظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج1، المرجع السابق، ص 391.

² - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 410.

³ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، المرجع السابق، ص 448.

⁴ - بشار عدنان ملكاوي، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، المرجع السابق، ص 291.

⁵ - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 607.

فالقاضي يحاول الكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل المتعاقدين بواسطة إرادتهما الظاهرتين للتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقا.¹ وهو بصدد بالبحث عن النية المشتركة فهو يبحث عن الإرادة الباطنة نظرا لغموض المعنى وعدم وضوح العبارات، وهو في كل الأحوال يرجع للوسائل المادية أو الموضوعية دون غيرها في استخلاص ذلك فليس للقاضي المدني ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته.²

فاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدین من اطلاقات القاضي ليبيّن ما إذا كان مبلغ العربون هو بعض الثمن أم عربون عدول وذلك بالرجوع إلى ظروف الدعوى ووقائعها ومن بنود العقد.³ وقد أصدرت محكمة السين الفرنسية قرارا يقضي بأنه: "لا يجوز للقاضي اعتبار ما دفعه المشتري تحت حساب طلب شراء سيارة متى انتفت المقابلة بينه وبين إمكانية العدول."⁴ لا شك أن القاضي يسعى بكل قوة إلى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدین مستعملا سلطته التقديرية من أجل الفصل في القول إلى أي دلالة انعقدت نيتهما ويستخلص كل ذلك من عوامل عدة، فإن لم يصل إلى دلالة بعينها افترض المشرع أنها دلالة عدول إلى أن يثبت العكس، كأن يكون مبلغ العربون كبيرا فيفسره القاضي بأنه جزء من الثمن.⁵

1 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 102.

2 - السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 604 الهامش الأول.

3 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 238 و 240.

4 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 496.

5 - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 88 و 90.

ثانيا: العوامل التي يستهدي بها القاضي في تفسير عبارات العقد

يقصد بها تلك الوسائل التي يعتمد عليها القاضي للبحث على النية المشتركة للمتعاقدين حول الهدف من دفع العربون، ويمكن أن يعتمد في ذلك على عبارات العقد وألفاظه التي يجب أن تتسجم فيما بينها في العقد ككل.

وتتمثل هذه الوسائل في مختلف القواعد والضوابط الفقهية المعمول بها بما فيها عوامل داخلية وأخرى خارجية موضوعية.

1-العوامل الداخلية في تفسير العقد المقترن بالعربون

يميز الدكتور حجازي بين التفسير الشخصي بالبحث عن الإرادة والتفسير الموضوعي الذي لا علاقة له بهذه الإرادة وإنما يهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية بحتة تتصل بأصول التعامل وما تتطلبه من أسس العدالة والثقة وحسن النية،¹ بينما يرى الدكتور مصطفى الجمال أن التفسير يهدف دائما إلى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين سواء كان شخصا أو موضوعيا.²

أ- طبيعة التعامل:

يرجع القاضي عند تفسيره للعقد المقترن بالعربون في استلها نية المتعاقدين الحقيقية إلى طبيعة التعامل، بمعنى يرجع إلى الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، فإذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية شيء ما لقاء ثمن معين ويدفع جزء منه، فإنهما يكونان بذلك قد تعرضا لعقد البيع متضمن العربون وارتضيا النظام القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد.³

¹ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، المرجع السابق، ص 554.

² - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص424

³ - عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص280.

والمقصود بطبيعة التعامل هو التنظيم القانوني للمادة التي عالجه المتعاقدان في العقد، ويعنى ذلك أن تفسير عبارات العقد يكون بما يتفق وطبيعته،¹ إذ يعمل القاضي على البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة لتحديد الغرض من دفع العربون، فيمكن القول عند التفسير أن العقود النهائية يكون العربون فيها كجزء من الثمن أما إذا كان العقد وعدا فإن العربون يأخذ دلالة العدول.

طبيعة التعامل تفرض أوضاعا معينة على بعض العقود تجعلها تسرى على كل المتعاملين بها دون تمييز ومن ثم تفرض إرادة مشتركة يتعين التسليم بها كعقود النقل مع قطع تذاكر فكل مسافر حامل للتذاكر يمكن الاستفادة من الشروط المذكورة فيها كالإعفاء والتخفيف من المسؤولية.²

عند لجوء القاضي لطبيعة التعامل لا يقتصر على حالة خلو العقد من تنظيم مسألة ما بل يمتد أيضا إلى الحالة التي تحتمل عبارات العقد أكثر من معنى، فيتخير القاضي بين هذه المعاني المعنى الذي يكون أكثر اتفاقا مع طبيعته.³

وقد أكدت محكمة النقض المصرية أن نية المتعاقدين المشتركة هي الحكم في معرفة حكم العربون وللمحكمة أن تعدل عن ظاهر العقد وتستطلع نية المتعاقدين من طبيعة التعامل في قرار لها بتاريخ 1979/05/24 جاء فيه: "... والمرجح في بيان هذه الدلالة هو ما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانوني، وأن لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتا أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك يدخل في سلطتها

1 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص219.

2 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 497.

3 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص220.

التقريرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة".¹

ب- مبدأ الأمانة والثقة بين المتعاقدين:

بالإضافة إلى طبيعة العقد أو موضوعه، يستعين القاضي أيضا بمعيار آخر أكثر أهمية في العلاقات التعاقدية يتمثل في مبدأ الأمانة والثقة الذي يستوجب إعمال مبدأ مهم هو الآخر والمتمثل في مبدأ حسن النية.

فالأمانة في التعامل توجب على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته، فإذا حدث خطأ في التعبير واستطاع أن يتبين ذلك فالأمانة تقتضي أن لا يستغل الإبهام الواقع في التعبير طالما أنه فهمه على حقيقته،² وطبقا لمعيار الأمانة يجب أن يكون المخاطب أمينا في تحصيله لمعنى العبارات وعليه الابتعاد عن تصييد الأخطاء التي قد يقع فيها الطرف الآخر ليجني من وراء ذلك منفعة لا حق له فيها.³

ويعتبر عنصرى الأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للآخر، فهما شرف التعامل في تفهم كل متعاقد للتعبير عن الإرادة الصادر عن المتعاقد معه،⁴ فمن حق المتعاقد أن يطمئن للمعنى الذي فهمه أو يستطيع أن يفهمه مما وجه إليه من تعبير دون خلفيات أيا كان نوعها، ومن حقه كذلك أن يثق وأن يأمن للمتعاقد معه، وبمفهوم المخالفة على المتعاقد الابتعاد عن الغش والحيل والخداع.⁵

1 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 238.

2 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 297.

3 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 221.

4 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 498.

5 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 415.

وإذا ثبت للقاضي من حسن النية المشتركة للمتعاقدین في التعاقد بالعربون أن العربون إنما دفع لتأكيد تنفيذ العقد لا مقابل العدول، فإنه يجب إلزام الطرفين على تنفيذ العقد بكل بنوده، فإذا كان بيعا سدد المشتري باقي الثمن والتزام بتسلم المبيع.

ج- القرائن:

وقد عكف الفقه على جمع بعض القرائن التي تساعد القاضي على تكيف المبالغ المدفوعة كعربون ما إذا كانت للتأكيد أو للعدول، فالمبلغ المدفوع من البائع إلى المشتري في الوعد بالبيع يمكن اعتباره وسيلة عدول، أما المبلغ المدفوع من المشتري للبائع في بيع العقار يعتبر جزء من الثمن.¹

ومن ذلك أن مبلغ العربون إن كان مرتفعا أو تافها وهي قرينة على أهميتها لا يمكن أن تؤخذ بصفة مجردة ما لم تتدعم بأخرى تمكن من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدین، فإذا كان مبلغ العربون تافها جدا يستنتج منه أن نية المتعاقدین لم تتصرف إلى ضمان العدول بهذا المبلغ البسيط، وإنما العربون دفع لتأكيد تمام العقد والشروع في تنفيذه، فالقيمة الضئيلة لا تتناسب مع الضرر الذي قد لا يلحق المتعاقد من نقض العقد.²

كما يكون العربون دليل على البت والتأكيد بسداد جزء من الثمن يخصم من الثمن الإجمالي للعقد إذا كان مبلغ العربون كبيرا مقارنة بالثمن الإجمالي،³ وذلك إذا استدل القاضي على اتجاه قصد المتعاقدین إلى دلالة التوكيد من تضمن العقد بندا يحدد موعدا للتوقيع على العقد النهائي.⁴

1 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، 96.

2 - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 85.

3 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 205.

4 - همام محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، المرجع السابق، ص 120 الهامش الثالث.

2-العوامل الخارجية في تفسير العقد المقترن بالعربون

ويطلق عليها المعايير الخارجية وهي مجموعة من المعايير يلجأ إليها القاضي للوقوف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين إذا لم تسعفه المعايير الداخلية والذاتية في التفسير، وهذه المعايير متعددة، ذكر منها المشرع الجزائري عامل العرف الجاري في المعاملات في نص المادة 111 مدني جزائري ولكن الفقه أضاف عاملا آخر وهو طريقة تنفيذ العقد¹ وكذا الظروف والوقائع التي تحف بإبرام العقد من قريب أو بعيد والتي من شأنها أن تساعد على تحديد المعنى الدقيق من اشتراط العربون.

أ- الاستهزاء بالعرف الجاري في المعاملات المتعلقة بالتعاقد بالعربون:

فإذا كانت العبارة تحتل أكثر من معنى وجب حملها على المعنى الذي يتفق مع العرف، وعند التنازع بين العرف العام والعرف الخاص نأخذ بالعرف الخاص على أن يكون العرف غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ومن باب أولى عدم مخالفته للقانون.² وقد خول المشرع الجزائري للقاضي صلاحية التأويل باللجوء إلى العرف الجاري به في المعاملات وفقا لنص المادة 111 مدني جزائري، هذا ويقصد بالعرف تلك العادات الجارية في المعاملات والتي استقر عليها الناس في حياتهم، لما يجدونه فيها من تحقيق لمصالحهم خاصة في المسائل التجارية، فهو سنة مستقرة غير مخالفة للنظام العام يعمل بها الناس عند غموض عبارات العقد.³

¹ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 500.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 297.

³ - انظر كل من: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 415 و عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 227.

والعرف بهذه الصفة يعتبر مكملاً لإرادة المتعاقدين يرجع له القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدین، واستناداً للعرف أصدرت بعض المحاكم الفرنسية حكماً يقضي بأن العربون المدفوع يعد قرينة على تمام الصفقة.¹

فالعادات في المواد التجارية تشير إلى أن دفع العربون قرينة بسيطة مفادها أن المبالغ المدفوعة عند إبرام العقد تعتبر قسط معجل من الثمن،² كما هو الحال لدى باعة المجوهرات أو الملابس على القياس وكذا بيع العقارات، فالمبالغ المدفوعة عند إبرام العقد تتخذ صبغة القسط المعجل أو التسبيق.

كما أن واقع المعاملات التجارية في بعض العادات المهنية، كالتجار أين يدفع تاجر التجزئة إلى تاجر الجملة مبلغاً معيناً لتزويده بالبضاعة المعتادة، ففي هذه الحالة ما دام هناك تعامل تجاري سابق لهذه العملية من شأنه أن يجزم بأن العملية الجديدة ستتم بشكل مؤكد، فيكون العربون في هذه الحالة تأكيداً للعقد بدفع جزء من قيمة المبيع.

ب- طريقة تنفيذ العقد:

وقد يمكن في بعض الحالات التوصل إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدین حول دلالة العربون من خلال طريقة تنفيذ العقد.³

ذلك أن تنفيذ العقد خير طريقة لتفسير إرادة المتعاقدين، إذ بإرادتهما يفسران شروطه عملياً، وكثيراً ما يخرج طرفا العقد على مضمون النص الصريح عند تنفيذ العقد، فيتبعان طريقة معينة في التنفيذ تعدل من مضمونه وتكشف عن نيتها المشتركة بشأنه.⁴

1 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 501.

2 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، المرجع السابق، ص 448.

3 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 502.

4 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 236.

وحتى يحقق تنفيذ العقد هذا الغرض يتعين أن يكون لاحقاً على إبرامه، أما التنفيذ السابق فلن يؤثر في تفسيره إلا إذا استمر عقب انعقاده، كما أنه يتعين مضي مدة معقولة يستمر فيها التنفيذ على هذا النمط باتفاق الطرفين أو على الأقل دون اعتراض الطرف الآخر رغم علمه.¹ ومما سبق يبدو أن نية الأطراف في كثير من الأحيان لا يكون في مقدور القاضي استظهارها برغم كل الوسائل والعوامل السابقة الذكر، وبعد تعذر الكشف عنها بالتمعن والتفحص في ألفاظ العقد أو في ظروفه والملازمات التي تم بها يرجع القاضي إلى أعمال قرينة العدول في نص المادة 72 مكرر مدني جزائري مؤداها أن دفع العربون وقت إبرام العقد لا يفيد أن العقد نهائي بل يمكن أن يستقل أحد الطرفين بنقضه والعدول عنه دون موافقة الطرف الآخر، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإقامة الدليل على أن المتعاقدين قد قصدا من العربون تأكيد العقد وذلك باستعمال كل طرف للإثبات.²

¹ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، نفس المرجع، ص 236.

² - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، المرجع السابق، ص 100.

الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي على أحكام التعاقد بالعربون

على اعتبار التعاقد بالعربون يندرج ضمن الأحكام العامة بالتصميم عليه في المادة 72 مكرر مدني جزائري فهو شرط من شروط العقد المتعلق بالرضا، فالتعاقد بالعربون طريقة من طرق إبرام العقد،¹ والأصل أن ما تم التعاقد عليه يخضع لاتفاق المتعاقدين فهو قانونهم الذي يسرى على كل محطات التعاقد إلى حين الانتهاء من تنفيذه.

وبالتالي فلا دخل للقاضي في ما تم الاتفاق عليه سواء من حيث مبلغ العربون أو من حيث تحديد دلالاته أو من حيث تنفيذ أحكام التعاقد بالعربون طالما أن المتعاقدين اتفقا على كل هذه المسائل وتم تنفيذ العقد أو العدول عنه بلا خلاف بينهم، فالأصل أن القاضي لا يلجأ إلى إكمال جزئيات التعاقد إلا في حالة قصور الإرادة عن تنظيم مسائل العربون.²

لكن لما تصل الدعوى أمام القاضي من هنا تبدأ سلطة القاضي على أحكام التعاقد بالعربون، هذه السلطة التقديرية سندرس جوانبها العملية في بعض المسائل منها ما يتعلق بالعمل العادي للقاضي ومنها ما يتجاوزها إلى حد الخروج عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إذ يصبح تصدى القاضي استثناء عن قاعدة القوة الملزمة للعقد.

أولاً: سلطة القاضي على أحكام التعاقد بالعربون مع احترام الإطار التعاقدية

ففي هذه الحالات لا يخرج القاضي عن حدود العادية في سلطة الفصل بين الخصوم بالرجوع إلى العناصر المتفق عليها في العقد، وذلك بتطبيق قاعدة العدول أو الزام المتعاقد بالتنفيذ وفقاً لنص المادة 72 مكرر مدني جزائري بالإضافة إلى بعض حالات القواعد العامة:

¹ - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 162.

² - حدى لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، المرجع السابق، ص 96

1- دور القاضي في تطبيق قاعدة العدول:

إذا عدل أحد الطرفين عن التعاقد فإنه يخسر العربون، فإذا كان هو الذي دفعه ففده ولا يجوز له المطالبة باسترداده أما إذا كان هو الذي قبضه رده ومثله لأن اقتصاره على الرد فقط يعني أنه لم يخسر شيئاً لذلك تعين عليه أن يرد مثله فهذه هي الخسارة. وعليه يسهر القاضي على تطبيق قاعدة العدول من خلال بنود العقد، فإذا اتفقا الطرفين على دلالة العدول، وثار نزاع حول تطبيق بنود العقد فإن القاضي يلزم الطرف العادل برد العربون ومثله إن كان هو من قبضه، كما أنه إذا عرضت عليه قضية يطالب فيها دافع العربون بضرورة استرداد عربونه برغم قيامه بالعدول عن التعاقد خلال فترة العدول، فالقاضي هنا وبناء على بنود العقد يرفض دعواه ويثبت حق المتعاقد الآخر في استبقاء العربون لديه كمقابل للعدول.¹

وفقد العربون أو رده ومثله ليس نتيجة الضرر فقد لا يكون هناك ضرر جراء العدول عن التعاقد، إذ لا يرتبط الرد بالضرر فسواء تحقق الضرر أو لم يتحقق فالطرف الآخر هو صاحب الحق فيه فالعربون يخالف الشرط الجزائي في هذا الصدد حيث يرتبط الأخير بالضرر ويدور معد وجوداً وعدمًا، كما لا يرتبط ففده بالضرر الذي أصاب قابضه فلا يمكنه أن يطالب باستبقاء العربون والتعويض أيضاً.²

¹ - انظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص142 و

فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 97.

² - جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 39.

وقد تساؤل الفقه عن مدى ارتباط العربون بالضرر وعن إمكانية المطالبة بالتعويض أكثر من مقدار العربون بحجة زيادة الضرر؟ فقد ذهب رأي من الفقه إلى جواز المطالبة بتعويض يفوق مقدار العربون وفقا للقواعد العامة إذا كان الضرر الواقع يجاوز قيمة العربون.¹

في حين ذهب رأي آخر² إلى القول باستقلالية العربون عن الضرر حتى ولو تجاوز الضرر مقدار العربون المدفوع، فالعربون يعد مقابل حق الشخص في العدول ولا يرتبط بحدوث الضرر، وبناء عليه لا يجوز للمتعاقد الذي نقض في مواجهته العقد المطالبة بأكثر من مقدار العربون بحجة زيادة الضرر، فالعربون ليس تعويضا.³

فالبائع مثلا لا يستطيع أن يحتفظ بالعربون ويطالب بزيادته لجبر الضرر إذا عدل المشتري مختارا عن إتمام الصفقة، ذلك أن الطرفين اتفقا على العربون مقدما مقابل العدول ويعلم كل منهما أن هذا العقد معرض في أي لحظة خلال المدة المتفق عليها للإلغاء، وبالتالي فكل منهما يجازف بالدخول في هذا العقد وقد رأيا أن في العربون ما يكفي مقدما لدرء الضرر الناتج عن العدول، وإذا قلنا بجواز الزيادة فإنه يجوز أيضا التخفيض للتناسب العربون مع الضرر وبذلك تقترب من الشرط الجزائي ونكون خالفنا بذلك نص المادة 72 مكرر مدني جزائري التي لا تربط العربون بالضرر بقولها: "ولو لم يترتب على العدول أي ضرر" فالقول بزيادة العربون ليتناسب مع حجم الضرر جائز فقط عند إثبات العقد، فإذا انقضت المدة المتفق عليها دون عدول يتعين تنفيذ العقد وان رفض أي من المتعاقدين التنفيذ كان للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض، والتعويض عندئذ قد يكون في حجم الضرر وقد يزيد عن العربون ليتناسب مع الضرر فهذا ما تقضى به القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.⁴

1 - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 86.

2 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 247.

3 - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 90.

4 - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 248.

2- إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد في عربون التوكيد

أما إن اتفق الأطراف على دلالة التوكيد وحاول أحد الطرفين الإخلال بالتزاماته فللقاضي سلطة إلزامه بضرورة التنفيذ باعتبار العربون جزء من الثمن فيقع على دافع العربون استكمال ما بقي من الثمن وعلى البائع نقل ملكية المبيع، باعتبار عربون التوكيد يشكل ضمان لتنفيذ العقد. ولا يمكن للمتعاقد الذي قبض العربون أن يتخلص من العقد فيرده ومثله بل يحق للطرف الآخر في امتناع المتعاقد معه عن تنفيذ المطالبة بالتنفيذ الجبري أو فسخ العقد مع التعويض عن الأضرار اللاحقة به وفقا للقواعد العامة،¹ وليس حسب قاعدة العدول.

ويمكن للمتعاقد ممارسة الحق في حبس العربون كوسيلة ضغط لإجبار دافعه على تنفيذ بنود العقد لاسيما إذا كان عربون توكيد، والحق في الحبس عبارة عن وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن لأجل اقتضاء حقه من مدينه وذلك بحبس شيء مملوك لمدينه أو حبس محل التزامه هو (محل التزام الحابس)، وهذا إلى أن يوفي المدين بالدين الذي عليه تجاه الحابس حسب المواد 200 إلى 202 مدني جزائري.

وعليه فعند عدم تنفيذ العقد بسبب ممارسة حق العدول في عربون العدول نكون أمام تطبيق قاعدة العدول أما عدم تنفيذ العقد في عربون التوكيد يخضع العقد للأحكام العامة ويبعد القاضي تطبيق قاعدة العدول نظرا لاتفاق المتعاقدين على هذه الدلالة، بل حتى ولو اتفقا المتعاقدين على دلالة العدول ومرت مدته المنفق عليها دون استعمال أحدهما في لحقه في العدول ثم بعدها أخل أحدهما بتنفيذ بنود العقد للقاضي تطبيق الأحكام العامة من التنفيذ العيني إلى الفسخ والتعويض والاستغناء عن تطبيق قاعدة العدول.

¹ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 166.

3- تفسير العقد لتحديد النية المشتركة وتكييفه

كما يتدخل القاضي في إطار الاتفاق التعاقدى بالعربون من خلال تكييف العقد وتفسيره وفقاً لما تقتضيه جملة العوامل الداخلية والخارجية للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين المشار إليها سابقاً.

فقد يذهب القاضي وفقاً لسلطته التقديرية من ظروف الدعوى وتفسيره للعقد إلى نفي تكييف العربون رغم وصفه كون المبلغ ما هو إلا قيمة التعويض المتفق على استحقاقه عند الفسخ الناتج عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزاماته أي اعتباره شرط جزائي.¹

ثانياً: سلطة القاضي في تعديل أحكام التعاقد بالعربون

ويخرج القاضي في هذه الحالات من الدور الاعتيادي إلى الدور الاستثنائي من خلال المساس بالقوة الملزمة للعقد وبالتالي تجميد قاعدة العدول في عربون العدول وكذا الإلزام بالتنفيذ في عربون التوكيد إلى إعمال القواعد العامة أو الأحكام الاستثنائية غير التعاقدية على العلاقة التعاقدية.

1- تعديل أحكام التعاقد بالعربون عند تعلقها بظروف طارئة

ان توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة المشار إليها سابقاً، يكون للقاضي من خلالها سلطات مختلف عن ما هو متفق عليه من خلال بنود العقد التي لم تشر إلى وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال حادث الطارئ ولم تتعرض إلى الفسخ ولا إلى زيادة الالتزام المقابل أو الإنقاص من التزام الطرف المرهق.²

¹ - همام محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، المرجع السابق، ص 120 الهامش الثالث.

² - أحمد الصويحي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة أركانها وظروفها، مقال منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2007، ص 188 وما بعدها.

مع التأكيد على اعتبار تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام فلا يجوز الأطراف المتعاقدة في التعاقد بالعربون أو غيره من مجالات أعمال النظرية الاتفاق على التمسك بخلاف أحكامها.¹

فالقاضي يخرج عن تطبيق الأحكام التعاقدية برغم وضوحها والاتفاق عليها في بنود صريحة بين المتعاقدين في التعاقد بالعربون إلى تطبيق أحكام أخرى استثنائية لتوفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإن كان ذلك يشكل خطر على الاتفاق التعاقدى للتعاقد بالعربون إلا أن ذلك يتماشى مع مبادئ العدالة التعاقدية وحماية الطرف الضعيف والحد من الدور المفرط لسلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية.²

2- الحكم بالتعويض عند تحقق التعسف في استعمال حق العدول:

إن التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التصويري المرتب للمسؤولية التصويرية حسب المادة 124 مكرر مدني جزائري بأن التعسف في استعمال الحق يمثل خطأ يرتب المسؤولية التصويرية، إذ هو انحراف في سلوك صاحب الحق نظرا لخروجه عن الغاية المستهدفة من ممارسة الحق وهذه الغاية تتجسد في المصلحة التي يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها والوصول إليها، وتكون هذه المصلحة غير مشروعة إذا كان الهدف من استعمالها الإضرار بالغير كههدف أساسي ولو حقق معه أهداف أخرى مشروعة.

فمتى ثبت للقاضي تعسف المتعاقد عند ممارسة حقه في العدول حكم بالتعويض للمتعاقد المتضرر باعتبار التعويض أحد أهم جزاءات التعسف في استعمال الحق.³

¹ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 323.

² - علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 85.

³ - أحمد الصويحي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 64.

وهو بذلك يضع قاعدة العدول جانبا ويطبق الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية، فالعدول في حد ذاته حق وقع الاتفاق عليه مسبقا، ولكن التعسف في استعماله يشكل خطأ مستقلا وينشئ إمكانية المطالبة بالتعويض.

مما سبق يتضح ما للقاضي من دور جوهري في استنباط النية المشتركة للمتعاقدين بوسائل مختلف عند غياب إرادة واضحة وصريحة لدلالة العربون، وجدير بالتنويه أنه لو القينا نظرة اقتصادية على التعاقد بالعربون لوجدنا أن المشرع الجزائري في نص المادة 72 مكرر غلب العرض على الطلب وحافظ على السلع والمبيعات معززا مصلحة البائع على حساب مصلحة المشتري من خلال وضعه لقرينة قانونية مفترضة والمتمثلة في دلالة العدول، وإن كانت هذه القرينة تقبل إثبات العكس ذلك أنه عمليا غالبا ما يدفع العربون من طرف المشتري.

المبحث الثاني: مصير التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي

إن تحقق شروط التعاقد بالعربون تدفعنا إلى الحديث عن مصير هذا التعاقد بين إمضاء العقد أو فسخه، ولأن التعاقد بالعربون تعاقد باطل عند جمهور الفقهاء، والعقد الباطل لا وجود له فهو غير معتبر ولا حكم له، لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا العقد، باعتباره تعاقد مفسوخ سواء وقع قبل القبض أو بعده، ومنه فالواجب رد العربون لدافعه لأنه لا يكون من حقه في حال ترك العقد كما يجب أن ترد السلعة إلى صاحبها.

هذا الاختلاف في الفقه الإسلامي لم يمنع العربون من ترتيب أحكامه على مصير هذا التعاقد، فبالرغم من أنه تعاقد باطل عند المانعين له إلا أنه يرتب أثرا وكأنه انعقد صحيحا لاسيما ما قال به الأحناف، وغايتهم في ذلك هو الحرص على استقرار التعامل وصيانة الحقوق المكتسبة.

وكذلك الحال عند الشافعية الذين اشترطوا أن يكون العربون شرط في صلب العقد لا قبله العقد ولا بعده للحديث عن إمضاء العقد ويعتبر العربون عندها جزء من الثمن، في حين أجاز المالكية إمكانية إمضاء التعاقد إن فانت السلعة المتعاقد عليها وفسخ العقد فيما عداها من حالات.

كما لا بد من تفصيل حالة طروء حوادث طارئة في شكل جوائح أو أضرار أو تقلب لقيمة النقود التي قد تصاحب التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي فتأثر على هذا العقد، وسنفصل قول الأئمة الأربعة عن هذه النقاط لاسيما ما جاء عند الحنابلة من أحكام، فيما يلي.

المطلب الأول: إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه في الفقه الإسلامي

الحديث عن مصير التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي يستلزم التوقف عند بعض الجزئيات، إذ لا بد أن ننطلق من أن التعاقد بالعربون كما سبق تبياناه في الأساس الشرعي للعربون هو تعاقد باطل عند مالك والشافعي فاسد عند أبو حنيفة صحيح عند الإمام أحمد هذا بالنسبة للصورة المختلف فيها حول العربون، أما بالنسبة للصورة الجائزة عند كل الفقهاء وهي صورة التعاقد بالعربون الخالي من الغرر باعتبار العربون جزء من الثمن عند إمضاء العقد أو رده لدافعه عند عدم إتمام العقد كما ورد في كتب المالكية،¹ ففيها تختلف الأحكام حسب الأحوال.

وسيتضمن هذا المطلب مصير العقد المقترن به العربون برغم بطلانه عند المالكية والشافعية، مع اشتراط الشافعية أن يكون شرط العربون في نفس العقد، فإن كان قبل العقد أو بعده فهو لغو لا يلزم به شيء،² مع ضرورة الإشارة إلى أنه هناك صور يكون فيها التعاقد بالعربون صحيحا عند الإمام الشافعي وذلك إذا اشترط العربون قبل العقد ولم يتلفظ به حالة العقد فهو بيع،³ في حين قال الحنفية بفساد التعاقد بالعربون.

فما مستقبل هذا التعاقد ومصيره وهل ينتج أثره؟ عند القائلين بأنه عقد باطل أو فاسد وكذا عند المجزيين؟

¹ - حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص 63.

² - النووي، مجموع، ج9، المرجع السابق، هامش ص408.

³ - محمد لاشين الغاياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص140.

الفرع الأول: موقف الحنفية من إضفاء العقد المقترن به العربون أو فسخه

يرى أصحاب المذهب الحنفي بأن التعاقد بالعربون تعاقد فاسد لما فيه من شرطين فاسدين،¹ والعقد الباطل والفساد متباينان في المعاملات وفي ذلك يقول السيوطي: "فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفساده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض، وحكم الثاني أنه يملك بالقبض."²

والمقصود بمشروعية أصله كونه مالا متقوماً (لأنه ضابط التمييز بين الباطل والفساد) لا جوازه وصحته لأن فساده يمنع صحته، فلو خلا عن الوصف لكان مشروعاً.³ فالبيع الفاسد ينعقد موجبا للملك وينفذ عند اتصال القبض به وان لم يكن صحيحاً،⁴ أما إذا انعقد التعاقد بالعربون فمصير العقد لا يخرج عن أمرين:

أولاهما: نفاذ التعاقد بالعربون برغم فساده

إن التعاقد بالعربون وان كان تعاقد فاسد إلا أنه ينفذ عند الحنفية كغيره من العقود الفاسدة وذلك إذا تعذر رد المبيع، إما لعدم بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد وذلك بهلاك المبيع عند المشتري أو أنه قام باستهلاكه أو تغيير شكله من قمح إلى طحين أو أحدث فيه زيادة، أو بالتصرف فيه تصرفاً أدى إلى إخراج المبيع من يده واكتساب الغير حقوقاً في المعقود عليه

1 - السغدّي، التنف في الفتاوى، المرجع السابق، ص472.

2 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص291.

3 - حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص233 و234.

4 - انظر كل من: الكساني، بدائع الصانع، ج5، المرجع السابق، ص156،

- السرخسي، المبسوط، ج13، المرجع السابق، ص22،

- الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص316،

- برهان الدين ابي الحسن على بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية،

ط1، باكستان، 1417 هجري، ص92.

كوقفه أو رهنه أو التصديق به وغيرها من التصرفات، فيؤدي تعذر رد المبيع إلى نفاذ العقد وامتناع الفسخ.¹

وغاية ذلك عند الحنفية هو الحرص على استقرار التعامل وصيانة الحقوق المكتسبة، وفي ذلك يقول الدكتور شفيق شحاته: "إن القول بانتقال الملك بالقبض في البيع الفاسد هو تصوير حنفي بحت، وهو جوهر نظرية الفساد، وأن المقصود منها في الواقع هو حماية حقوق الغير، فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه هذا الغير، وليس لمالك الشيء الذي خرج عن ملكه بعقد فاسد أن يسترده إذا تداولته الأيدي، إذ لو صح ذلك لتزعزعت العلاقات التعاقدية."² على أن يحسب العربون في حال نفاذ التعاقد بالعربون كجزء من القيمة أو المثل، وذلك لأنه بتعذر رد المبيع للأسباب السابق ذكرها يكون على المشتري المثل أو القيمة على أن تحسب القيمة بيوم القبض مع خصم مبلغ العربون، ويصبح المبيع عندئذ مملوكا لمشتري ملكا لازما إذ لا يمكن للبائع استرداه بعد دفع قيمته.³

ثانيهما: فسخ التعاقد بالعربون

ويصبح التعاقد بالعربون عند الحنفية مستحقا للفسخ بإرادة المتعاقدين، فيحق لكليهما فسخ هذا التعاقد قبل القبض لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا عنه، فهو واجب على المتعاقدين رفعا للفساد وذلك مع ضرورة تمكين المتعاقد الآخر من العلم بالفسخ دون الحاجة إلى موافقته ورضاه لما فيه من التزامات تترتب عليه (اعذاره)، ولأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه معنى الخيار، فلو أوجب الملك قبل القبض لثبت بلا عوض إذ

¹ - انظر: حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص293 وما بعدها، والسرخسي، المبسوط، ج13، المرجع السابق، ص16.

² - مقتبس عن: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص754 وانظر أيضا: بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي نظرية الملكية والعقد، المرجع السابق، ص484.

³ - انظر: حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص296 و297 وفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، بولاق مصر، 1314 هجري، ص62 والكساني، بدائع الصانع، ج5، المرجع السابق، ص302.

المسمى لا يجب بالفساد وضمان القيمة لا يجب إلا بالقبض، ولأنه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولأن ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي إلى تقرير الفساد من حيث أن كلاهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد.¹

كذلك الحال بالنسبة لمصير التعاقد بالعربون بعد القبض إذ كل ما يمنع ثبوت الملك قبل القبض يمنعه بعده، فالفساد يبقى قائماً بعد القبض مادام محل المبيع بحاله في يد المشتري، بل يزداد العقد فساداً وحرمة ويثبت خيار الفسخ لكليهما وذلك إعداماً للفساد لأنه معصية تجب رفعها دون اشتراط قضاء القاضي لأن الواجب شرعاً لا يحتاج إلى قضاء، وفي ذلك يقول الزيلعي: "سواء كان بقضاء أو بغير قضاء"، ويضيف صاحب البدائع: "ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا رضا البائع سواء قبل القبض أو بعده لأن هذا البيع استحق الفسخ حقا لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد."²

ويقول ابن عابدين: "وإذا أصر أحدهما على إمساكه (أي العقد الفاسد) وعلم به القاضي فله فسخه جبرا حقا للشرع."³

إن القول بالفسخ يرتب أثراً على التعاقد بالعربون متمثلاً في ضرورة أن يسترد دافع العربون عربونه،⁴ من جهة وحق البائع في استرداد المبيع إذا كان المشتري قد قبضه أو قبضه وخرج عن يده ثم زال المانع وعاد المبيع إلى ملك المشتري من جديد من جهة مقابلة.⁵

¹ - انظر: الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، المرجع السابق، ص 63 و 64 والسرخسي، المبسوط، ج 13، المرجع السابق، ص 24 وللتنصّل أكثر انظرا أيضا: والكساني، بدائع الصانع، ج 5، المرجع السابق، ص 300 وحاشية ابن عابدين، ج 7، المرجع السابق، ص 290 وشرح فتح القدير، ج 6، المرجع السابق، ص 422.

² - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، المرجع السابق، ص 65 والسرخسي، المبسوط، ج 13، المرجع السابق، ص 23.

³ - حاشية ابن عابدين، ج 7، المرجع السابق، ص 291.

⁴ - فتاوى السغدّي، المرجع السابق، ص 473.

⁵ - انظر للتنصّل أكثر الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، المرجع السابق، ص 65.

كما للمشتري الحق في حبس المبيع إلى حين استرداد عربونه باعتباره جزء من الثمن، وفي ذلك يقول الزيلعي: "وإذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه".¹

الفرع الثاني: موقف المالكية من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه

سبق القول بأن العقد الباطل والفاقد لهما نفس المعنى عند المالكية، وعقد البيع إذا فسد عند المالكية يترتب آثارا تجاه انتقال الملك، تجاه الفسخ وتجاه ضمان المعقود عليه.² وبالرغم من أن المالكية قالوا ببطلان بيع العربون،³ إلا أنه عند التطرق لمصير التعاقد بالعربون عندهم لا بد من التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: مصير التعاقد بالعربون في صورته الجائزة السالفة الذكر عند الفقهاء بما فيهم المالكية:

فالتعاقد بالعربون يعتبر صحيحا ويصبح العقد منتجا لآثاره بعد أن يتفق المتعاقدين على إمضاء العقد ويتراضيا عليه ويفصلا في خيار العربون بالتوكيد والإيجاب، إذ يعتبر العربون عندها جزء من الثمن، وفي ذلك يقول الصاوي: "فإن أعطاه على أنه أحب البيع حبسه من الثمن جاز"،⁴ وكذا قول الباجي: "أن يبتاع منه ثوبا أو غيره بالخيار فيدفع إليه بعض الثمن.. على أنه ان رضي البيع كان من الثمن".⁵

1 - للتفصيل أكثر الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، المرجع السابق، ص 65.

2 - محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقہ الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص 220.

3 - موطأ الإمام مالك، المرجع السابق، ص 419.

4 - حاشية الصاوي، ج 3، المرجع السابق، ص 59.

5 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج 4، المرجع السابق، ص 157 و 158.

ففي هذه الحالة يمكن للمشتري تأكيد تعاقدہ وإمضاء العقد بعد فترة التروي من خلال خيار العربون ومنه يرتب التعاقد بالعربون كافة آثاره كأى عقد صحيح آخر وفي ذلك يقول الباجي: " .. لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو لبعضه".¹

وأما إذا كره المشتري الإمضاء يفسخ العقد إذ لا فائدة من بقاءه مبرما ويجب رد الأعاوض لأنه إذا لم ينتقل الملك فالمقبوض يكون بحكم الوديعة أو المغصوب وفي كلتا الحالتين يجب الرد.²

ورد العربون التزام يقع على البائع بمجرد رفض الدخول في العلاقة التعاقدية من طرف المشتري، لأن إبقاء العربون في يد البائع يكون بدون عوض وهذا الذي نهى عنه كونه أبين المخاطرة ومن أكل أموال الناس بالباطل.³

الحالة الثانية: مصير التعاقد بالعربون في صورته الباطلة:

إن التعاقد بالعربون تعاقد منهي عنه عند المالكية، والنهي كما يقول القرافي: "إنما يكون لدرء المفسدة الكائنة في المنهي عنه، ومعنى الفساد في المعاملات عدم ترتب آثارها، إلا أن يتصل بها ما يقرر آثارها على أصولنا في البيع وغيره... ومن آثار النهي أنه يفيد الفساد على وجه تثبت معه شبهة الملك وهو مذهب مالك... والسبب في المعاملات ليس من شرطه أن يكون مأمورا به، حجة شبهة الملك مراعاة الخلاف، وأما ما يتصل به على أصولنا فلأن البيع المحرم إذا اتصل به عندنا احد أمور أربعة تقرر الملك فيه بالقيمة: وهو تغير الأسواق أو تغير العين أو هلاكها، أو تغير حق الغير بها."⁴

1 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج4، المرجع السابق، ص157.

2 - محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقہ الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص222.

3 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج4، المرجع السابق، ص158.

4 - القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الفصول، دار الفكر، لبنان، 2004، ص 138 و 139 وانظر

أيضا: ابن رشد، المقدمات والممهديات، ج2، المرجع السابق، ص64.

وان كان العقد الفاسد لا ينقل الملك فليس بمانع من انتقال شبهة الملك وذلك إذا تعذر رد المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد لحصول تغيير في الشيء المبيع، وبالنسبة لهذه الصورة من التعاقد بالعربون والتي يقول فيها القاضي عبد الوهاب البغدادي: " أحدهما ممنوع.... إن رضي كان ذلك العربون من الثمن أو الأجرة، وإن كره لم يعد إليه، فهذا من أكل أموال الناس بالباطل." ¹

فإذا وقع التعاقد بالعربون بهذه الصورة يفسخ العقد باعتباره عقد فاسد ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العربون، ثم لأن ما فسد من البيع الفاسد لفساد عقده أو فساد ثمنه فإنه يفسخ وتعود السلعة إلى ملك البائع ويحصل المشتري على عربونه. ² ويضيف صاحب الزيادات والنوادر: " فيما فسد لفساد ثمنه، ففات ردّ إلى قيمته، وما فسد لعقده ففات فإنه يمضي بالثمن يفسد لعقده. ³

ومنه فالتعاقد بالعربون بهذه الصورة المنهي عنها لا يصير إلى الفسخ في كل الأحوال، بل يحتمل إمضاء التعاقد إن فاتت السلعة المتعاقد عليها، وفواتها يكون بهلاك هذه السلعة وتغيير ذاتها بالزيادة أو النقصان أو تغيير السوق أو لطول الزمان أو للخروج من يد المشتري إلى غير ذلك مما يفوت به المبيع. ⁴

¹ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص153.

² - انظر كل من: محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص363،

- عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ج6، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1999، ص171،

- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المرجع السابق، ص157،

- ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص719.

³ - عبد الرحمان ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج6، المرجع السابق، ص171.

⁴ - انظر: محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص225 وحاشية الصاوي، ج3، نفس المرجع، ص66.

وفي هذه الحالة يكون إمضاء العقد بالقيمة وليس بالثمن لأنه تعاقد مختلف فيه ولأن العدالة تقتضى ذلك، فقد تقبض السلعة وهي تساوى ألفا وترد وهي تساوى خمسمائة أو العكس، ويبدأ احتساب القيمة من يوم القبض لا من يوم العقد لأنه إنما يضمن يوم العقد ما كان عقده صحيحا لا فاسدا، ويبقى العربون في هذه الحالة عند من قبضه على أن يحسب من القيمة.¹ وفي ذلك يقول الصاوي: "فإن فات مضي بالقيمة ويحسب منها العربون."²

الفرع الثالث: موقف الشافعية من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه

إن التعاقد بالعربون لا يصح عند الشافعية فهو تعاقد باطل فاسد والباطل والفاقد مترادفان عندهم،³ وذلك إذا وقع شرط العربون في صلب العقد أي في نفس العقد (زمن خياره) لما فيه من شرطين فاسدين هما شرط الهبة وشرط الرد على تقدير أن لا يرضى.⁴ وعلة النهي أنه إن لم تتم الصفقة بطل البيع وأكل العربون بالباطل وبغير عوض وإن كان فيه شيء من الرضا.⁵

1 - انظر كل من: ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص719 والقاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، المرجع السابق، ص1074 وابن عبد البر، التمهيد، ج24، المرجع السابق، ص179 وابي زيد القيرواني، الزيادات النوادر، ج6، المرجع السابق، ص172.

2 - حاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص58.

3 - انظر كل من: الإمام النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ص217،

- السيوطي، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، المرجع السابق، ص286،

- أحمد بن قاسم العابدي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، المرجع السابق، ص322.

4 - الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، المرجع السابق، ص53 والرملّي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج3، المرجع السابق، ص476.

5 - انظر: زين بن محمد بن هادي المدخلي، الأفتان الندية شرح منظومة السبل السوية لفقہ السنن المروية لناظمها الشيخ حافظ بن احمد بن علي الحكمي، ج4، دار العلماء السلف، ط2، الإسكندرية، 1993، ص40 والعمراني، البيان في مذهب الشافعي، المرجع السابق، ص111.

لابد من القول بأن التعاقد بالعربون له وجه يصح عند الشافعية وهو بمفهوم المخالفة للوجه الأول السابق الذكر والمتمثل في اشتراط العربون في صلب العقد، إذ لو قال المشتري بشرط العربون قبل التعاقد ولم يتلفظ به حالة العقد فهو بيع صحيح، وفي ذلك يقول صاحب المجموع: "قال أصحابنا إن قال هذا الشرط في نفس العقد فالبيع باطل، وإن قاله قبله ولم يتلفظ به حالة العقد فهو بيع صحيح، هذا مذهبنا... ويضيف... وهذا الشرط إنما يبطل البيع على مذهبنا إذا كان في نفس عقد البيع لا سابقا ولا متأخرا فإن سبق أو تأخر فلا تأثير وهو لغو لا يلزم به شيء." ¹

ويقول الماوردي: "اعلم أن الشرط في البيع إنما يؤثر إذا اقترن بالعقد فأما إن تقدمه فلا تأثير له لأنه لا يكون شرطا وإنما يكون وعدا أو خبرا." ²

فمصير التعاقد بالعربون عند الشافعية يفرض علينا التطرق إلى الوجهين مع التعاقد بالعربون الصحيح والفاقد، فإذا لم يشترط العربون في صلب العقد فهو تعاقد صحيح يمضي فيه العقد ويرتب آثار العقد الصحيح ويعتبر العربون عندها جزء من الثمن، ³ أما إذا وقع في صلب العقد فما مصير التعاقد بالعربون في هذه الحالة؟

إن التعاقد بالعربون الفاسد في المذهب الشافعي هو تعاقد لا يمتلك به المشتري المبيع حتى ولو قبضه لأن الشافعية موقفهم هو عدم ترتب الملك على العقود الفاسدة فلو ثبت الملك والإذن لكان ذلك تقريرا لتلك المفسدة، والمفسدة لا ينبغي أن تقرر وإلا لما ورد النهي عنها. ⁴

¹ - انظر: النووي، المجموع، ج9، المرجع السابق، ص408 وهامشها وحاشية الشرقاوي على التحرير، ج2، المرجع السابق، ص15.

² - الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص112.

³ - حاشية الشرقاوي على التحرير، ج2، المرجع السابق، ص15 وحاشيتنا عميرة وقيلوبي، ج2، المرجع السابق، ص186.

⁴ - انظر: محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقہ الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص222 والقرافي، شرح تنقيح الفصول، المرجع السابق، ص138

ويلتزم كل من البائع والمشتري بالرد هنا فعلى البائع رد العربون المدفوع وعلى المشتري رد المبيع إن انتقل إليه وقبضه ويجب رد المبيع في جميع الأحوال وإن فات، فالتعاقد بالعربون في هذه الصورة الفاسدة لا يمضي بفوات المبيع كما عند المالكية، بل يستلزم الرد ولو كان فائتاً والرد في هذه الحالة يكون بالقيمة لا بالثمن لأن صحيح البيع مضمون بالثمن وفاسده بالقيمة أو المثل.¹

وفي ذلك يقول الشرييني: "المقبوض بشراء فاسد لفقد شرط أو لشرط فاسد يضمنه المشتري ضمان الغصب، لأنه مخاطب كل لحظة فإن كان تالفاً لزمه رد مثله إن كان مثلياً وأقصى قيمه إن كان متقوماً، وإن كان باقياً فعليه رده ومؤنة الرد."²

ولكون العربون جزء من الثمن ولأن المشتري لا يستطيع حبس المبيع حتى يسترد الثمن، ومنه فالتعاقد بالعربون ولو كان فاسداً لا يخول للمشتري حبس المبيع لديه مقابل حقه في استرداد العربون، وقد جاء عن الشافعية قولهم: "إذا اشترى شراءً فاسداً، إما لشرط فاسد وإما لسبب آخر، ثم قبضه، لم يملكه بالقبض ولا ينفذ تصرفه فيه ويلزمه رده، وعليه مؤنة رده كالمغصوب، ولا يجوز حبسه، لاسترداد الثمن، ولا يقدم به على الغرماء على المذهب، وحكي القاضي ابن كجّ مثله وجهاً عن الاصطخري أن له حبسه ويقدم به، وهو شاذ ضعيف. وتلزمه أجره المثل للمدة التي كان في يده، سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده ... فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، المغصوب، لأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده."³

¹ - السيوطي، الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، المرجع السابق، ص284.

² - انظر: الشرييني، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص54 والعمراني، البيان في مذهب الشافعي، ج5، المرجع السابق، ص138 وما بعدها.

³ - انظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المرجع السابق، ص410 و411 والرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج4، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1997، ص123، وهناك ضابط ذكره السيوطي لقاعدة الباطل والفاسد مترادفان مفاده "التصرفات بالشراء الفاسد كلها كتصرفات الغاصب" وانظرا لأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص287.

في حين يذهب البعض الآخر للقول بأن القيمة تحتسب من وقت التلف سواء كانت أقل أو أكثر من الثمن ولا اعتبار بما قبله بخلاف الغصب.¹

الفرع الرابع: موقف الحنابلة من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه

سبق القول بأن الحنابلة أجازوا التعاقد بالعربون على خلاف الجمهور، إذ العقد المقترن بخيار العربون ينعقد صحيحاً منذ البداية ويعطى الحق لدافع العربون إما إمضاء العقد أو فسخه، وهنا لا بد من التمييز بين حالتين في اشتراط العربون ذكرهما فقهاء المذهب الحنبلي وهما العربون المشترط في العقد والعربون المشترط قبل العقد، إذ يختلف مصير العقد بين الحالتين كما يلي:

أولاً: بالنسبة للعربون المشترط في العقد

إن اشتراط العربون في العقد يعطى لدافعه الاختيار بين إمضاء العقد أو تفعيل حق العدول وبالتالي فسخه.

1- إمضاء العقد:

قد يختار دافع العربون الإبقاء على العقد ولا يمارس حقه في العدول فيسقط حق الخيار خلال المدة المتفق عليها، وفي هذه الحالة يحسب العربون كجزء من الثمن في البيوع أو جزء من الأجرة في عقد الإيجار، وفي ذلك يقول البهوتي: "هو دفع بعض الثمن في بيع عقده... إن أخذته احتسبت بما دفعت من ثمن أو أجرة."²

¹ - التفصيل أكثر انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص119 والأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص346.

² - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص179 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331.

ويضيف ابن قدامة المقدسي: "العربون في البيع.....على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن".¹

وعلى اعتبار ما للعربون عند الحنابلة من فسحة زمنية للاشتراط تسمح للمتعاقد من التروي والتشاور قبل الفصل في الخيار، فقد حفظ الحنابلة حقوق صاحب خيار العربون من إقدام البائع على إلزام المشتري والدفع به لاستكمال ما بقي من الثمن خلال مدة الخيار وان طالت، وذلك لاحتمال عدم إتمام التعاقد، وفي ذلك يقول الرحيباني عند حديثه عن العربون: "وليس لبائع أو مؤجر إلزام المشتري أو المستأجر بدفع بقية الثمن أو الأجرة في مدة الاشتراط، وان لزم عقد من بيع أو إجارة لأنه يشبه تعليق فسخ على شرط، وحيث كان كذلك فلا يلزم دفع البقية، لاحتمال عدم تمام العقد".²

وباختيار المتعاقد إضاء العقد يترتب عنه ما يترتب عن العقد الصحيح من آثار.

2- فسخ العقد وممارسة العدول.

أما إذا اختار صاحب خيار العربون المشتراط في العقد ممارسة حقه في العدول عن التعاقد يفسخ العقد، فيرتب الفسخ آثاره لاسيما ما تعلق بالرد، وهنا لا بد من التمييز بين رد المعقود عليه (المبيع) ورد العربون، فيجب رد المعقود عليه إلى البائع إذا كان المشتري قد قبضه، أما بالنسبة لمصير العربون فقد انقسم المذهب الحنبلي إلى اتجاهين:

أ- الاتجاه الأول:

يرى أصحاب هذا الموقف أن العربون المشتراط في العقد لا يرد إلى المشتري عند ممارسته حق العدول بل يكون من حق من قبضه سواء البائع في البيع أو المؤجر في عقد الإيجار، وهذا ظاهر المذهب وعليه أغلب فقهاء الحنابلة خاصة الإمام أحمد، ويقول المرادوي: "ظاهر

¹ - المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص251.

² - الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص 79 ومرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى، ج2، المرجع السابق، ص26.

كلام المصنف وغيره: أن الدرهم للبائع أو للمؤجر إن لم يأخذ السلعة أو يستأجرها.¹ وبضيف البهوتي: "فإن لم يتم العقد فالدرهم للبائع أو المؤجر."²

ب- الاتجاه الثاني:

وهو موقف نادر وشاذ عن المذهب قال به الفقيه محمد بن أبي البعللي في كتابه المطلع، حيث يرى بأن العربون يبقى من حق المشتري ولو استعمل حقه في العدول، إذ يلتزم البائع برد العربون المدفوع له للمشتري عند عدم إتمام التعاقد بالعربون، أين يقول: "ويكون الدرهم ونحوه، مردودا إلى المشتري إن لم يتم البيع، وللبائع محسوبا من الثمن إن تم البيع."³

في حين علق المرادوي على هذا الموقف بأنه لم ير من وافقه عليه من فقهاء الحنابلة.⁴ مع الإشارة إلى أن الفقه الحنبلي لم يتعرض لحالة عدول البائع عن التعاقد بعد دفعه للعربون، وقد قال الدكتور الصديق محمد أمين الضرير بأن العربون يدفع عند الحنابلة من طرف المشتري فقط وله وحده الخيار بين الإمضاء أو الفسخ أما الطرف الآخر وهو البائع فإن العقد لازم بالنسبة له ولتا يستطيع رده،⁵ إلا أن السنهوري قال: "ولا فرق بين هذه الصورة (يقصد أن يكون الخيار للمشتري) وصورة ما إذا كان للبائع هو الذي له الخيار في أن يعدل عن البيع، فيرد العربون ومعه مثله. وكما قاس أحمد صورة بيع العربون الذي للمشتري فيه الخيار على صورة البات يتلوه تقايل يدفع المشتري مقابله شيئا، كذلك يمكن أن تقاس صورة بيع العربون الي للبائع فيه الخيار على الصورة التي أوردتها مالك في الموطأ وهي أن يكون البيع

¹ - المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص358 ومن أصحاب هذا الموقف نجد: نفس موقف صاحب المقنع: "وإلا فالدرهم لك (أي للبائع) في حالة العدول" المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص249 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص331 بقوله: "وان لم يأخذها فذلك للبائع".

² - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص195 ومرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى، ج2، المرجع السابق، ص26.

³ - محمد بن أبي الفتح البعللي، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988، ص234.

⁴ - المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص358.

⁵ - الصديق محمد الضرير، بيع العربون، المرجع السابق، ص663.

باتا ثم يندم البائع فيدفع للمبتاع شيئاً ويتقایل معه. وإذا أجزنا في بيع العربون أن يكون الخيار للبائع أو المشتري، جاز أيضاً أن يكون الخيار لكل من البائع والمشتري.¹ وعليه فالخيار كما يكون للمشتري قد يكون كذلك للبائع.

ثانياً: بالنسبة للعربون المشتراط قبل العقد

ذكر الكثير من فقهاء الحنابلة مسألة اشتراط العربون قبل العقد، فكان لزاماً تبيان هذه الجزئية لتميزها عن الحالة الأولى، فدفع العربون في مرحلة سابقة للتعاقد أي قبل العقد يختلف عن دفعه في العقد أو بعده لاسيما من حيث رد العربون من عدمه.

1- إمضاء العقد:

إن مصير التعاقد بالعربون بالنسبة لإمضاء العقد في حالة دفع العربون قبل العقد هو نفسه مصير التعاقد بالعربون كما تعرضنا له سابقاً بالنسبة لدفع العربون في العقد، كل ما هناك أن في هذه الحالة نكون أمام عقدين متتاليين، الأول يتضمن شرط العربون والعقد الثاني عقد مبتدأ والمتمثل في شراء السلعة واحتساب العربون جزء من الثمن، فالبيع بالعقد المبتدأ بيع صحيح لانفصاله عن العربون وصيرورته عقداً مستقلاً (لخلوه عن الشرط المفسد)،² أو هو يمثل اتفاقين الأول فيه شرط ترك العربون ولكن لم يفترن به العقد والاتفاق الثاني تم فيه العقد مجرداً عن الشرط.³

عندئذ يمضي العقد بعدم ممارسة المشتري خيار العدول ويحسب العربون عندها جزء من الثمن، وفي ذلك يقول البهوتي: " فإن دفع (العربون) لبائع أو مؤجر قبل العقد درهما... ثم عقد معه واحتسب الدرهم من الثمن أو الأجرة، صحّ لخلو العقد عن الشرط."⁴

¹ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص 96 .

² - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، نفس المرجع، ص96.

³ - الصديق محمد الأمين الضرير، بيع العربون، المرجع السابق، ص654.

⁴ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص180.

ويؤكد صاحب الشرح الكبير ذلك: "فأما إن دفع إليه قبل البيع درهما، .. ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن، صحّ لأن البيع خلا عن الشرط المفسد." ¹

2- الفسخ وممارسة حق العدول

وكذلك إذا اختار صاحب خيار العربون المشتري قبل العقد العدول عن التعاقد يفسخ هذا العقد، فيرتب الفسخ آثاره لاسيما ما تعلق بالرد، فيجب على المشتري إن قبض المبيع رده إلى البائع، أما فيما يتعلق بالعربون فإن البائع في كل الأحوال لا يستحق العربون وعليه رده للمشتري، لأن البائع إن استبقاه عنه يأخذه بغير عوض إذ لا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله، لأنه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ولأن الانتظار بالمبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار، كما في الإجارة. ²

في حين يرد السنهوري على هذا الموقف بأنه: "يصعب القول بأن المشتري إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض، بل العوض هو تقويت المشتري للبائع فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة." ³

يبدو أن موقف الحنابلة جاء منسجما مع رأيهم بعدم الزامية المرحلة السابقة للتعاقد لاسيما الوعد بالتعاقد، ولأن هذه الصورة (صورة عدم إتمام التعاقد المقترن بالعربون المدفوع قبل العقد) شبيهة بالعربون في الوعد بالتعاقد، وقد سبق تبيان موقف الحنابلة من ذلك أين يروا بأن المتعاقد دافع العربون غير مجبر على تنفيذ التزامه. ⁴

¹ - المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 253 وانظر أيضا: ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص332.

² - انظر كل من: المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 253 والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص195 والرحيبياني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص79.

³ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص96.

⁴ - انظر: ص 193 من هذا البحث.

ودليل ذلك كون هذه الصورة من صور العربون في الوعد بالتعاقد من خلال تحليل ما جاء في المغني: " فأما إن دفع إليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم اشترها منك فهذا الدرهم لك،... وإن لم يشتري السلعة في هذه الصورة، لم يستحق البائع الدرهم، لأنه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره.."¹

وبالتحليل نجد قوله: " قبل البيع" أي مرحلة ما قبل التعاقد وقوله: " لا تبع.... فهذا الدرهم لك" فقد وعده بالدرهم أن لم يشتري منه السلعة فهو وعد بالشراء، وقوله: " ولصاحبه الرجوع فيه" أي لصاحب الدرهم الرجوع في وعده بالشراء، لأن الوعد عند الحنابلة غير ملزم والواعد غير مجبر على الوفاء به قضاء ومنه فلا يرتب الوعد هنا أثرا، وبالتالي لا يستحق البائع العربون وهو موقف سليم للحنابلة متوافق ومنسجم مع مبادئهم العامة، فعدم استحقاق البائع للعربون هنا جاء كأثر من آثار عدم الزامية الوعد بالتعاقد باعتبار العربون دفع قبل العقد لأن استبقاء البائع للعربون هنا يكون بغير عوض فهو مجرد وعد، وليس كأثر من آثار العربون في العقد التام.

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6 ، المرجع السابق، ص332.

المطلب الثاني: مصير التعاقد بالعربون المقترن بالظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

كان الفقه الإسلامي السباق في وضع تعاليم نظرية الظروف الطارئة بإتقانٍ متفانٍ، ونستشف كل ذلك من مؤلفاتهم إذ نجد أن الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي تشمل مظاهر ثلاث وهي فسخ الإجارة للأعذار، الجوائح في بيع الثمار وتقلب النقود في عقدي البيع والقرض على الخصوص.

إذ عرفت هذه النظرية تجاذب كبير بين فقهاء المذاهب الأربعة بين موسع ومضيق في الأخذ بمظاهرها الثلاث من خلال ما عُرض على الفقهاء المسلمين من قضايا أوجدوا لها حلولاً منسقة، وما يعنينا هنا هو الاقتصار على المذهب الحنبلي - باعتباره المجيز للتعاقد بالعربون - من خلال دراسة موقفه بالنسبة لأثر الظروف الطارئة خاصة الجوائح والأعذار على التعاقد بالعربون.

الفرع الأول: أثر الجوائح على التعاقد بالعربون

الجائحة في اللغة تعنى الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من جذب وغيره وتجمع جوائح وهي من الجوح بمعنى الهلاك، وهي الآفة التي تصيب الزروع والثمار فتؤدى لفسادها وهلاكها.¹

وتعرف الجائحة اصطلاحاً عند الحنابلة بأنها الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة، وعموماً فهي كل آفة لا صنع للإنسان فيها، فإن كانت بفعل الإنسان فلها أحكام خاصة، ولا فرق في وضع الجائحة بين قليلها أو كثيرها، بل بحسب العادة.²

يرى الحنابلة بعدم جواز بيع الثمار والزروع قبل أن تخلق لأنه يبيع وارد على عدم وفيه غرر منهي عنه شرعاً، والإجماع قائم على أنه لا يصح بيع الثمار قبل خروجها لأنه يبيع معدوم وكذا بعد خروجها قبل نفعها سواء كان بشرط التبقية أو كان البيع مطلقاً، ومناط النهى هو عدم أكل البائع مال المشتري بالباطل دون مقابل، وكذا لكي لا يجازف المشتري ويضع ماله محل تغرير.³

أما بعد بدو الصلاح فبيع الثمار جائز مطلقاً عند الحنابلة، مهما كان الشرط سواء كان التبقية أو القطع، فإذا اشترط القطع وجب الوفاء بالشرط ويزيل ما اشتراه من ملك البائع لأن غاية المشتري بدو الصلاح، على أن يكون الصلاح في تلك الشجرة المباعة عند

¹ - الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، المرجع السابق ص210 و211.

² - انظر: زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، دار الفكر العربي، ط1، لبنان، 1995، ص311 والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص292 وابن قدامة، المغني، ج6، ص179 وما بعدها.

³ - انظر: عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج4، مكتبة الأسيدي، ط5، مكة المكرمة، 2003، ص438 والمغني لابن قدامة، ج6، المرجع السابق، ص179 والحجاوي، زاد المستتقع في اختصار المقنع، مدار الوطن للنشر، ط جديدة، 1424هـ، ص110 و111 والمرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ص80 وما بعدها.

أحمد، ومعنى البدو هو زهو بعض الثمر وبعض الشجرة مع السلامة من العاهة، فالمجال الذي توضع فيه الجوائح هو ما بين بدو الصلاح وقبل الجذاذ أي في مدة سريان العقد لأن البيع قبل بدو الصلاح غير جائز أصلاً.¹

وفي ذلك يقول ابن تيمية: "...وذلك أن المعاوضة كالمبايعة، والمؤاجرة مبناها على المعادلة والمساواة بين الجانبين لم يبذل أحدهما ما بذله إلا ليحصل له ما طلبه فكل منهما آخذ ومعط، طالب ومطلوب..."²

إذ يرى الحنابلة بأن بيع الثمار وهي على رؤوس الشجر دون أصلها، وإن قام البائع بالتخلية بين المبيع والمشتري فإن الهلاك يتحملة البائع وحثهم في ذلك أن التخلية ليست قبضاً تاماً، فيأخذ حكم الجائحة هنا حكم الهلاك قبل القبض، وذكر صاحب المغني ذلك بقوله: "...ولأن التخلية ليست بقبض تام، بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة، فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً فحالاً، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة."³

وإسقاط أثر الجوائح على التعاقد بالعربون يتمثل في قيام المشتري بدفع العربون إلى البائع في بيع الثمار ثم أصابت هذه الثمار جائحة خلال فترة العدول المتفق عليها، فأثر الجائحة يختلف باختلاف قيمة التالف من الثمار، فقد أيد الحنابلة ما ذهب إليه المالكية في وضع الجائحة بإنقاص الثمن على قدر ما تلف من الثمار المجاحة.⁴

¹ - المغني لابن قدامة، ج6، المرجع السابق، ص 130 وص 151 وما بعدها وانظر لنفس المؤلف، عمدة الفقه في المذهب الحنفي، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، 2003، ص55 والمرداوي، الإنصاف، ج5، المرجع السابق، ص60 وما بعدها

² - زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، المرجع السابق، ص305.

³ - انظر: ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص178 والمرداوي، الإنصاف، ج5، المرجع السابق، ص65 ما بعدها.

⁴ - شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص162.

مع ضرورة الإشارة إلى أن عملية حساب ما تلف بالجائحة للحط من الثمن (ويأخذ العربون حكم الثمن باعتباره جزء منه) تقتضي إخراج أو طرح كل تلف بحسب العادة كما عبر عنه ابن قدامة: "بأنه معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط."¹

ولما ميّز الحنابلة بين آثار الجائحة التي بأمر سماوي والتلف بفعل الآدمي، فإن الأثر يختلف من حالة لأخرى، فإذا كانت الجائحة بأمر سماوي توضع عندهم على قولين: أولهما اشتراط الثلث وثانيهما في القليل والكثير دون تفريق بينهما، فيتم الخصم من العربون الذي دفعه المشتري بقدر ما يقابله من تلف للمبيع ويبقى التعاقد على حاله، إما باستئزال ثلثا عند القائلين بالثلث أو بحسب مقدار التلف بصرف النظر عن قدره ثلثا كان أو غيره، لمن لم يميز بين القليل والكثير،² فإذا أراد المشتري العدول عن التعاقد يفقد العربون الذي دفعه.³

كما تختلف طريقة حساب المبلغ الذي يتم خصمه من الثمن بحسب القدر المأخوذ للقول بالجائحة " ...إذا ثبت هذا، فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة، وضع الثمن بقدر الذهاب، فإن تلف الجميع بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن، وأما على الرواية الأخرى، فإنه يعتبر ثلث المبلغ، وقيل ثلث القيمة، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث، رجع بقيمة التالف كلاً من الثمن..."،⁴ فالتلف الكلي جراء الجائحة يؤدي إلى بطلان التعاقد وعلى البائع رد العربون كاملاً للمشتري لهلاك المبيع.

أما إذا كان التلف بفعل آدمي فلا توضع الجائحة فيه عند الحنابلة، وفعل الآدمي لا يقتصر على المشتري فحسب بل يتعداه عندهم إلى فعل البائع نفسه وفعل الأجنبي، غير أن الحنابلة أعطوا الحلول البديلة عن وضع الجائحة لهذه الحالات على النحو الآتي:

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص180.

² - انظر كل من: أحمد بن الحسن الكلوناني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، شركة غراس للطبع، ط1، الكويت، 2004، ص246 و 247 والمرادوي، الإنصاف، ج5، المرجع السابق، ص75 ما بعدها.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص425.

⁴ - البيهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص285 وما بعدها.

- إذا كان الفعل من البائع أو الغير كاللص مثلا، خير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالعربون فيسترد المشتري ما دفعه للبائع، وبين البقاء عليه والمضي في موجب العقد مع مطالبة الجاني بالقيمة " لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف بالجائحة".¹
- وإذا كان التالف بفعل المشتري، إما من خلال تفريطه بعدم القطع مع القدرة على ذلك أو أي فعل يتسبب فيه المشتري يؤدي إلى إتلاف الثمار، فلا توضع الجائحة ويتحمل لوحده تبعه الهلاك، إذ يكون إتلافها بمثابة القبض التام لتلك الثمار.²

الفرع الثاني: أثر العذر في عقد الإيجار على التعاقد بالعربون

يرى الجمهور (مالك والشافعي وأحمد والثوري وغيرهم) بأن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، وقد أورد أصحاب هذه المذاهب تطبيقات عديدة كاستئجار دار فانهدمت فالعقد في هذه الحالة يفسخ لأن المستأجر لا يمكنه أن يستوفي المنفعة التي عقد من أجلها العقد،³ والتعاقد بالعربون كغيره من العقود لا يخرج عن هذه القاعدة.

وقد أخذ الحنابلة بالعذر لفسخ العقد بفوات المنفعة لحدوث عيب في العين المؤجرة أو خلل يحرم أو ينقص من التمكن من استيفائها كالغصب أو العيب أو غرق الأرض، أو طروراً حادث عام كحصار العدو أو خوف عام أو كأن تكون الدابة جموحاً.⁴

¹ - انظر: ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص179 والحجاوي، زاد المستتفع في اختصار المقنع، المرجع السابق، ص111.

² - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص284

³ - انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، المرجع السابق، ص227 وعبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، دار الكتب العلمية، ط2، لبنان، 2003، ص160.

⁴ - انظر: ابن قدامة، المغني، ج8، دار عالم الكتب، ط3، الرياض، 1997، ص30 إلى 33 و50 وبن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج5، المكتب الإسلامي، دس، ص105 وما بعدها والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص263 وما بعدها.

لقد أورد الفقهاء أمثلة كثيرة عن العذر سواء كانت نوازل طبيعية أو أفعالا إنسانية أو وقائع مادية في جانب المستأجر كالإفلاس أو في جانب المؤجر أو العين المؤجرة، ويمكن القول أن منع استيفاء المنفعة شرعا هو الأصل العام الذي تقوم عليه فكرة العذر، مما يجعل التعاقد يتحمل ضررا لم يلتزمه بعقد الإيجار فيكون له أن يفسخ الإيجار للعذر.¹

هذا ولا بد من القول بأن المذاهب الفقهية لم ترد أن تتكلف في إيجاد تعريف للعذر وإنما اقتصر على عرض تطبيقاته في مسائل مختلفة، كون الفقه الإسلامي فقه تطبيق يأخذ بالمبادئ العامة لا فقه تنظير أو تكلف كما هو الحال بالنسبة للفقہ في القانون الوضعي.

وعند إسقاط أثر العذر على التعاقد بالعربون نجد أن الاعذار تفسخ العلاقة التعاقدية المتضمنة التعاقد بالعربون ذلك أن العذر يمنع استيفاء المنافع عند الحنابلة، ويترتب عن كل ذلك أن يرد المؤجر العربون الذي قبضه للمستأجر لهلاك العين واستحالة الوفاء بالتزامه التعاقدية جراء ذلك.

الفرع الثالث: أثر تقلب قيمة النقود على التعاقد بالعربون

لقد غابت فكرة تقلب قيمة النقود عن أغلب الفقهاء المسلمين الأوائل ولم يعالجوها، إلى أن جاء الفقهاء المتأخرين الذين عاصروا استخدام النقود وأفاضوا من خلال مؤلفاتهم في هذا الميدان لاسيما بعد صدور الكثير من الأوامر السلطانية التي تقضي بتغيير قيمة النقود الرائجة، إذ عرف العصر العباسي روجا كبيرا في التعامل بالنقود المختلفة القيم والمعدن منها النقود المغلوبة الغش والتي تحمل قيمتها بذاتها وتكون مصنوعة من الذهب والفضة أين يكون مقدار المعدن الرخيص فيها قليلا، ومنها النقود الغالبة الغش والتي لها قيمة

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2 جديدة، لبنان، 1998، ص95.

بالاصطلاح فقط ويكون المعدن الرخيص فيها كثيرا، ومنها أيضا النقود المغشوشة المصنوعة من النحاس كالفلوس.¹

ومع الوقت فقد تغير شكل النقود من نقود خلقية المشهورة بالذهب والفضة إلى نقود اصطلاحية عرفية أو رسمية قانونية، وعرفت الفلوس أيضا بأنها النقود المعدنية المصنوعة من الذهب والفضة.²

فإذا كانت النقود هي عبارة عن الذهب والفضة أو الدينار والدرهم، فإن الفلوس هي كل ما يتخذه الناس ثمنا من سائر المعادن عدا الذهب والفضة.³

ويختلف أثر تقلب قيمة النقود على التعاقد بالعربون باختلاف العقود المعنية به، فلو دفع المشتري عربونا نقديا كالفلوس إلى البائع ثم أبطلها السلطان أو ترك الناس المعاملة بها كان للبائع قيمتها وقت دفع العربون، ويلزمه قبولها، سواء كانت باقية في يده أو استهلكها، لأنها تعيبت في ملكه.⁴

1 - انظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 14، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1993، ص26 والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص72.

2 - عبد الجبار حمد السبھاني، النقود في الإسلام، مجلة الحكمة، العدد 12، بريطانيا - ليدز، د.س، ص245-249، وانظر مواقف الفقهاء في الفلوس، ص250 لذات المرجع.

3 - انظر في تعريف النقود والقيمة، أحمد حسن، التسعير في الفقه الإسلامي، مقال في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، 2006، ص456 وأحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، محرم 1424، الطبعة الأولى، ص26 وما بعدها.

4 - الحجاوي، زاد المستتق في اختصار المقنع، المرجع السابق، ص113.

أما إن تعامل الناس بها برغم إبطال السلطان لها ودفعت الفلوس كعربون لزمه أخذها ووجب رد المثل سواء رخصت أو غلت أو كسدت، وسواء كان الغلاء والرخص قليلا أو كثيرا، ويتم الرد بحسب الحال بالمثل في المثليات والقيمة في غيرها.¹

فدفع العربون بفلوس أو دراهم كاسدة أو بديراهم أبطلها السلطان أو ترك الناس التعامل بها، وبصفة عامة تقلب قيمة النقود في التعاقد بالعربون أثناء مدة الخيار يلزم البائع منلقي العربون ضرورة الإبقاء على قبوله برغم تقلب قيمة العربون مع الزام المشتري هو الآخر بدفع قيمة العربون المتقلب ابتداء من وقت دفع أولا وذلك بحسب الصنف مثليا كان أو قيميا.

ويمكن المقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي في مجال تعرضهما لمصير التعاقد بالعربون بالقول بأن كل من القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي يتفقان على مآل العقد إما الإمضاء وإما الفسخ، وإرادة المتعاقدين حرة ومستقلة في فسخ العقد بمناسبة ممارسة العدول خلال المدة المتفق عليها سواء اشترط العدول بعد أو أثناء تكوين العقد، ويعد ذلك من قبيل الرجوع في العقد فيؤثر عربون العدول عليه في القانون المدني الجزائري بأن يجعله عقد غير لازم.

إن خيار العدول يعطى للمتعاقد الحق في التحلل من العقد بإرادته المنفردة دون انتظار موافقة المتعاقد الآخر، فالعدول تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة، وبالعدول يتم أعمال قاعدة العدول المنصوص عليها في المادة 72 مكرر مدني جزائري إذا عدل عنه من دفعه ففده وإن عدل عنه من قبض رده ومثله، ثم أن أعمال قاعدة رد العربون ومثله تعتبر تفعيل لقواعد العدالة والإنصاف في العلاقة التعاقدية، فحماية للمشتري دافع العربون يلزم البائع عند العدول برده ومثله.

¹ - انظر: ابن قدامة، عمدة الفقہ في المذهب الحنبلي، المرجع السابق، ص57 والحجاوي، زاد المستتق في اختصار المقنع، المرجع السابق، ص113 وعادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقہ الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية جامعة القاهرة، 2001، ص147.

أما الفقه الإسلامي فقد عالج العدول وفسخ العقد ومصير العربون بشكل مختلف، فقال الأحناف والمالكية أنه إن تم العدول وفسخ العقد من الضروري أن يسترد دافع العربون عربونه، ومن حق البائع أن يسترد المبيع إذا كان المشتري قد قبضه، أما الشافعية فقالوا بأنه إذا وقع العربون في صلب العقد فهو تعاقد فاسد ولا يمتلك به المشتري المبيع حتى ولو قبضه ويلتزم البائع برد العربون المدفوع وعلى المشتري رد المبيع على أن يكون الرد بالقيمة لا بالثمن.

بينما قال الإمام أحمد لصاحب خيار العربون المشتراط في العقد ممارسة حقه في العدول عن التعاقد بفسخ العقد، فيجب رد المعقود عليه إلى البائع إذا كان المشتري قد قبضه، أما بالنسبة لمصير العربون فأغلب فقهاء الحنابلة خاصة الإمام أحمد يرى أن العربون المشتراط في العقد لا يرد إلى المشتري عند ممارسته حق العدول بل يكون من حق من قبضه.

ويظهر مما سبق أن تطبيق قاعدة العدول في القانون المدني الجزائري محل اختلاف بالنسبة للجمهور الذين قالوا بضرورة أن يسترد صاحب خيار العدول ما دفعه من عربون ولا يفقده مثلما هو الحال في القانون المدني الجزائري، ولعل الفقه الحنبلي أقرب إلى القانون المدني الجزائري والذي يرى بأنه إذا عدل عنه من دفعه ففقه وإذا عدل عنه من قبضه رده.

ويتفق القانون المدني الجزائري وفقهاء المذاهب الأربعة على اعتبار العربون جزء من الثمن عند اختيار الإبقاء على العقد فيصبح للعربون دلالة التوكيد فيصبح العقد نهائياً، فقد أجاز الأحناف نفاذ التعاقد بالعربون ولو كان فاسداً عند اتصال القبض به، كما أن المالكية قالوا بأن التعاقد بالعربون حتى في الصورة المنهي عنها قد يحتمل إمضاء التعاقد إن فاتت السلعة المتعاقد عليها، بالإضافة الصورة الجائزة عنهم أين يتفق المتعاقدين على إمضاء العقد ويتراضيا عليه ويصبح العربون عندها جزء من الثمن، وكذلك قال الشافعية بأنه إذا لم يشترط العربون في صلب العقد فهو تعاقد صحيح يمضي فيه العقد ويرتب آثار العقد الصحيح ويعتبر العربون عندها جزء من الثمن، والحنابلة أيضاً ذهبوا إلى احتساب العربون كجزء من الثمن إذا اختار دافع العربون الإبقاء على العقد.

وإذا كان نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري تسمح بذلك للقاضي بالخروج عن القواعد العامة التي رسمها المتعاقدان فيتدخل ليعدل في بنود العلاقة التعاقدية بمختلف الوسائل التي ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويعطل بالتالي قاعدة العدول في التعاقد بالعربون، فإن الفقه الإسلامي لاسيما المذهب الحنبلي أعطى الحلول البديلة عن وضع الجائحة منها تخيير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالعربون فيسترد المشتري ما دفعه، وبين البقاء عليه والمضي في موجب العقد مع مطالبة الجاني بالقيمة إذا كان التلف من الغير أما إذا كان التلف من المشتري فلا توضع الجائحة أيضا ويتحمل لوحده تبعه الهلاك، إذ يكون إتلافها بمثابة القبض التام لتلك الثمار.

ولأن العذر يمنع استيفاء المنافع عند الحنابلة، فلا بد على المؤجر أن يرد العربون الذي قبضه للمستأجر لهلاك العين واستحالة الوفاء بالتزامه التعاقدية، وأما بالنسبة لتقلب قيمة النقود في التعاقد بالعربون أثناء مدة الخيار يلزم البائع متلقي العربون ضرورة الإبقاء على قبوله برغم تقلب قيمة العربون مع إلزام المشتري هو الآخر بدفع قيمة العربون المتقلب ابتداء من وقت دفعه أولا.

فوجد الفقه الحنبلي تحاشي تطبيق نظرية الظروف الطارئة لاسيما بالنسبة للجوائح ومنح الخيار للمتعاقدين عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي عطل بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة قاعدة العدول، وهو الأصوب لما تحمله هذه النظرية من عدالة عقدية ونظرة خاصة للمدين المرهق.

الفصل الثاني: أثر العربون على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

يتفق القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي على أن التعاقد بالعربون لا يقتصر على عقد بعينه بل يمكن أن نجده في كل العقود لاسيما اللازمة منها، مع العلم أن الفضاء الرحب له هو عقد البيع، ومن هذا المنطلق سيتم تسليط الضوء في هذا الفصل على أثر العربون على أحكام عقد البيع خاصة وما يصاحب التعاقد بالعربون من نقاط فهل تطبق بشأنها الأحكام العامة لعقد البيع أم تخضع للأحكام الخاصة بالعربون؟

وقد اعتنى الفقہ الإسلامي بدوره بعقد البيع عناية فائقة لاسيما عند اقتترانه بخيار العربون، وبالرغم الاختلاف بين الفقهاء في تأصيل قواعدهم بحسب الأسانيد ودرجة صحتها إلا أن هذا كله زاد الفقہ ثراء علميا في نتائج القول أو عدم القول بالعربون، خاصة فيما يتعلق بانتقال ملكية المبيع ونظرية تحمل التبعة وكذا إمكانية التصرف في المبيع بعد دفع العربون.

إن أثر العربون على أحكام العقد تعثرها حالات يصبح فيها خيار العربون لصالح شخص آخر غير أطراف العلاقة التعاقدية إذ يمكن أن ينتقل هذا الخيار قيد حياة صاحبه أو بعد وفاته، كما يمكن أن يسقط هذا الحق كلية لأسباب سنورها في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي في هذا الفصل.

المبحث الأول: أثر العربون على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري

سبق الحديث في الفصول السابقة عن تأثير التعاقد بالعربون على العربون ثم على العقد في حد ذاته بين إمضائه أو فسخه، بينما سيتم التعرض في هذا المبحث إلى تأثير العربون في أحكام عقد البيع نموذجاً وما يترتب عليه هذا النوع من العقود من التزامات على عاتق طرفيه في القانون المدني الجزائري .

فإذا كان للعربون دالتين أساسيتين هما العدول والتوكيد حسب اتفاق المتعاقدين، فإننا سنتبع أثر عربون العدول على المبيع والتصرفات اللاحقة به في المطلب الأول ثم أثر عربون التوكيد على أحكام العقد في المطلب الثاني.

لكن سيكون التركيز أكثر على أثر العدول باعتباره دلالة مفترضة من طرف المشرع الجزائري من جهة ومن جهة أخرى لما لهذه الدلالة من قدرة على خلط أوراق العقد والتأثير على مراحل التعاقد المتتالية من كيفية انتقال الملكية إلى مصير التصرف في المبيع من طرف البائع خلال فترة العدول إلى جزئيات أخرى سيتم التعرض لها في هذا المبحث.

المطلب الأول: أثر العدول على أحكام المبيع والتصرفات اللاحقة به في القانون المدني الجزائري

ينعقد البيع بالعربون منذ الإبرام وما يضيفى العربون على التعاقد سوى تخويل إمكانية العدول خلال مدة معينة، هذه الإمكانية تجعل أحكام المبيع والتصرفات اللاحقة به متميزة عن القواعد العامة، إذ تصبح ملكية المبيع غير مستقرة ومهددة بالاسترجاع من طرف البائع، كما أن الزيادة في المبيع بالنماء والثمار تصبح من حق المشتري لأنه مالك من يوم العقد حرصاً من المشرع على اعتبار ثمار المبيع وإيراده من ملحقات عقد البيع، بالإضافة إلى التصرف في المبيع وتبعية هلاكه فهل نطبق على هذه العناصر القواعد العامة أم قاعدة العدول.

الفرع الأول: أثر العدول على المبيع في القانون المدني الجزائري

سيتم التطرق إلى أثر العدول على انتقال ملكية الشيء المبيع في عقد البيع أولاً ثم أثره على إيراد المبيع وغلته وثماره ثانياً، وثالثاً إلى أثر العدول على تبعية هلاك المبيع باختلاف مسببات الهلاك، فيما يلي:

أولاً: انتقال ملكية المبيع في البيع بالعربون

عرفت المادة 351 مدني جزائري عقد البيع بأنه عقد يلتزم بموجبه البائع أن ينقل ملكية شيء أو أي حق مالي آخر للمشتري، الذي يجب عليه أن يدفع الثمن، وأول التزام ينصب على عاتق البائع بمجرد إبرام العقد هو الالتزام بنقل ملكية المبيع¹ حسب المادة 361 مدني جزائري التي تنص على: "يلتزم البائع بنقل كل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً."

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 29 و 289.

والبيع بالعربون عقد ينشأ منذ الإبرام والعربون ليس له تأثير كبير على العقد إلا إعطاء إمكانية العدول خلال المدة المتفق عليها، فالبيع بالعربون يكون ناقلاً للملكية حسب القواعد العامة غير أن الملكية تأخذ صورة خاصة نظراً لاقتران العقد العربون إذ تصبح ملكية المبيع مزعومة ومهددة بالاسترجاع من طرف البائع.¹

ولابد من التمييز في نقل الملكية بين نقل ملكية المبيع المعين بالذات ونقل ملكية المبيع المعين بالنوع، فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فالأصل أن ملكيته تنتقل فوراً إلى المشتري وبقوة القانون حتى قبل أن يتسلمه² من خلال واقعة تكوين العقد أي بمجرد العقد وفقاً لنص المادة 165 مدني جزائري بشرط أن يكون المنقول ملكاً للبائع وموجوداً وقت العقد.³

غير أنه مادامت قاعدة انتقال الملكية في المبيع المعين بالذات ليست من النظام العام فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها بأن يعلقا انتقال الملكية على شرط أو تكون مضافة إلى أجل بغض النظر عن تسليم المبيع.⁴

وعليه فإن نقل الملكية في البيع بالعربون يكون مهدداً بالزوال عند استعمال الحق في العدول من طرف أحد الطرفين، إذ يمكن للبائع رغم نقله الملكية للمشتري أن يتصرف في هذا المنقول مرة أخرى إلى شخص ثالث ويكون بذلك قد استخدم حقه في العدول مما يؤدي إلى سقوط خيار العدول وبالتالي استرجاع الملكية التي انتقلت للمشتري دون حاجة لعقد جديد لأن الملكية لم تستقر نهائياً للمشتري.⁵

1 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 349.

2 - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 197.

3 - انظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 290 وما بعدها.

4 - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 293.

5 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 350.

أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع فإن الملكية لا تنتقل للمشتري إلا بالإفراز حسب المادة 166 مدني جزائري، وذلك بعزل المبيع عن غيره وتفريده بحيث يصبح معيناً بالذات وهو التزام يقع على عاتق البائع إما بقياس المبيع كالقماش أو تحديد حجمه أو وزنه أو عدده.¹ وفي البيع بالعربون للمنقول الذي لم يفرز بعد فلا إشكال فيه لأن الملكية لا تنتقل أصلاً إلا بالفرز، أما إذا تم إفرازه فإن الملكية تصبح غير مستقرة ومرهونة باستخدام البائع لحقه في العدول عن التعاقد.²

وباعتبار التعاقد بالعربون عقد بسيط مبرم من يوم الاتفاق فدفع العربون وإمكانية العدول لا تأثير لها على آثار العقد فالتعاقد بالعربون ينقل الملكية في الحال وهذا ما أيدته محكمة النقض الفرنسية بقولها أن المشتري في بيع العربون يصبح مالكا للمبيع كأثر لهذا العقد، ولتلافي هذه النتيجة يجب على الأطراف تضمين البيع بالعربون بندا يؤكد العمل على تأخير نقل حق الملكية إلى حين انتهاء مدة العدول.³

ثانياً: أثر العدول على إيراد المبيع في القانون المدني الجزائري

تنص المادة 389 مدني جزائري على: "يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد العقد، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك". فيما أنه يجب أن يجد المشتري المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، يجب الخلوص إلى أنه منذ تلك اللحظة يكون له الحق في جميع ثمار المبيع وإيراده سواء دفع الثمن أو حصل على أجل لدفعه.⁴

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 295.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 351.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 353.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 522.

والزيادة في المبيع بالنماء والثمار تصبح من حق المشتري لأنه مالك من يوم العقد وليس للبائع أن يطالبه بمقابل هذه الزيادة أو يستبقها عنده.¹

وقد حرص المشرع في هذا النص على اعتبار ثمار المبيع وإيراده من ملحقات عقد البيع تؤول إلى المشتري منذ العقد.²

وكذلك الحال بالنسبة لمصير ثمار وإيراد المبيع في البيع بالعربون أين تكون للمشتري، ويلتزم البائع بتسليمها إياه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فقد يكون اتفاق بين الأطراف على جعل الثمار للبائع وذلك حتى فوات مدة العدول، وهذه هي الصورة الغالبة حيث تتجه نية أطراف العقد إلى وقف تنفيذ آثار العقد إلى ما بعد انتهاء مدة العدول أو إسقاط الحق في العدول من خلال تنفيذ العقد اختياريًا سواء أكان صريحًا أم ضمنيًا فإن الثمار يكون مصيرها حسب الاتفاق وكذلك إذا وجد عرفًا يقضي بحكم مخالف لحكم المواد السابقة فإن العرف هو الذي يطبق، كما إذا وجد عرفًا يقضي بأن ملكية الثمار تكون للمشتري بتمام التسليم مثلًا فإذا كان المبيع لم يسلم إلى المشتري بعد فلا يكون المشتري مالكا للثمار إلا بهذا التسليم.³

الأصل إذن أنه بدفع العربون يصبح المشتري متملكًا لكل إيراد يحصل للمبيع أو ثمار تنتج عنه حتى ولو قبل التسليم إلا إذا اتفقا الطرفين على خلاف ذلك، وبمجرد سقوط حق العدول للأسباب التي سنوضحها لاحقًا يؤول المبيع وإيراده وثماره إلى البائع، أي أن حصول المشتري دافع العربون على ثمار المبيع متوقف على عدم ممارسة العدول فإن عدل استبقى البائع المبيع لديه بكل ثماره كما يستبقى عنده أيضا مبلغ العربون وفقا لقاعدة العدول.

¹ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 106.

² - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 279.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 359.

ثالثا: أثر العدول على تبعة هلاك المبيع

ونعالج في هذه النقطة جزئية مهمة وهي مدى تأثير العدول على تبعة الهلاك، وهل يمكن للمتعاقد العدول عن التعاقد دون تحمله لأي تبعة؟

إن الحديث عن تبعة الهلاك تفرض أن هلاك المبيع قد تم بعد انعقاد البيع أما إذا كان الهلاك سابقا عنه فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة محل الالتزام.¹

وسنبين أثر العربون العدول في حالة هلاك المبيع كليا وفي حالة هلاكه جزئيا فيما يلي:

1-الهالك الكلي:

سنتطرق لمسبب الهلاك الكلي، لاسيما الهلاك الكلي بفعل البائع وكذا بسبب أجنبي:

أ- الهالك الكلي لسبب أجنبي:

جعل المشرع الجزائري تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، ذلك أن التزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق غاية متفرعا عن التزامه بنقل الملكية،² فإذا هلك المبيع في يد البائع فإنه يتحمل تبعته ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري³ وإذا هلك الشيء المبيع في يد المشتري فإنه يتحمل تبعته ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه حسب نص المادة 369 مدني جزائري التي تنص على: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعداد المشتري بتسلم المبيع".

وبالنسبة للتعاقد بالعربون فإذا هلك المبيع في البيع بالعربون هلاكا كليا قبل التسليم انفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون لكون التزام البائع أصبح مستحيلا.⁴

فإذا كان المبيع معيناً بالذات فإن تبعة هلاكه لا تنتقل مع الملكية بل مع انتقال الحيازة إلى المشتري، وبهلاك المبيع فإن المشتري يتحمل تبعته ويصير ملتزماً بقيمة المبيع على أن يخصم

1 - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

2 - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 296.

3 - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 121.

4- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 370.

العربون من هذه القيمة عن طريق المقاصة، أما إذا لم تنتقل الحيازة إلى المشتري وهلك المبيع يتحمل البائع تبعه الهلاك وبالتالي يفسخ العقد ويستوجب على البائع رد العربون للمشتري.¹ وأما إذا كان المبيع معيناً بالنوع ولم يتم إفرازه فإنه لا يتصور في هذه الحالة توافر حالة الهلاك لأن " المثليات لا تهلك"، إذ أن الأشياء المثلية تقوم مقام بعضها البعض في الوفاء، وعليه لا يترتب على الهلاك استحالة التنفيذ ما دام للمبيع مثل له في السوق،² وعليه فلا يفسخ العقد كما أن مهلة خيار العدول لا تسقط وإنما يبقى البائع ملتزماً بأن يقدم شيئاً آخر من نفس النوع وهنا يتحمل البائع تبعه الهلاك.

ب- الهلاك الكلي بفعل البائع: نميز بين حالتين:

- الحالة الأولى: حالة الهلاك بفعل البائع في القيميات:

يعتبر هذه الهلاك بمثابة عدول ضمني ويتحملة البائع لوحده، فيرد العربون ومثله إذا كان هو من قبض العربون أو يخسره إن كان هو دافع العربون.³ ولا بد من الإشارة إلى أن مبدأ التعويض يتعطل باصطدامه بتطبيق نص المادة 72 مكرر مدني جزائري ما لم يثبت التعسف في استعمال الحق في العدول.

- الحالة الثانية: حالة الهلاك بفعل البائع في المثليات:

إن هلاك المثليات لا يترتب استحالة التنفيذ فإذا هلك المبيع المثلي بفعل البائع يتحمل هذا الأخير تبعه الهلاك ولا يعد الهلاك هنا عدولاً ضمناً عن التعاقد فيبقى خيار العدول موجوداً لأن البائع يستطيع عند وجوب التسليم تقديم ما يماثل المبيع من المقدار والصفة والنوع.

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 368.

² - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 119.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 369.

2- الهلاك الجزئي:

تنص المادة 370 مدني جزائري على: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إيمان يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم العقد وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"

وقد أكد الاجتهاد القضائي الجزائري على أحقية المشتري في المطالبة بفسخ البيع أو طلب إنقاص الثمن، في قرار المحكمة العليا رقم 74933 المؤرخ في 1991/09/25.¹

أ - الهلاك الجزئي للمبيع في التعاقد بالعربون لسبب أجنبي:

لا بد من التمييز هنا بين حالتين الأولى حالة الهلاك الجسيم أين يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد تطبيقاً لنص المادة 370 مدني جزائري ولا يعدل عدولاً عن التعاقد حسب المادة 72 مكرر مدني جزائري، فيتحمل البائع بذلك تبعه الهلاك قبل التسليم ويلتزم برد العربون فقط² إلى المشتري عند الفسخ مع التزام دافع العربون برد المبيع الناقص، وللقاضي الاستعانة بالخبير لتحديد النقص في القيمة وتقويمه نقداً.³

أما الحالة الثانية والمتمثلة في كون الهلاك غير جسيم عندها لا يحق للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن بقدر الجزء الهالك دون الحق في طلب الفسخ، فإذا ألح المشتري في طلب الفسخ كان طلبه للفسخ بمثابة عدول ضمني يترتب عنه خسران العربون أو رده ومثله حسب الحال.⁴

1 - انظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج2، المرجع السابق، ص639.

2 - لاشين محمد يونس الغياتي، بيع العربون، المرجع السابق، ص 128.

3- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 373.

4 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 381.

ب- الهلاك الجزئي للمبيع في التعاقد بالعربون بفعل البائع:

يتحمل البائع تبعه الهلاك الجزئي للمبيع وبعد هذا الفعل من البائع عدولا عن التعاقد نطبق بشأنه قواعد العدول المنصوص عليها في المادة 72 مكرر مدني جزائري فيرد العربون ومثله إذا قبضه فإن كان هو من دفعه يخسر قيمته، ولا يحق للمشتري في هذه الحالة المطالبة بالتعويض لأن القاعدة الخاصة في المادة 72 مكرر تقيد تطبيق أحكام القواعد العامة. وعموميا فإن تحمل تبعه الهلاك تختلف لدى الفقه بحسب التكييف القانوني لكل اتجاه، فالرأي الذي جعل التعاقد بالعربون تعاقدًا مقترنا بشرط فاسخ جعل تبعه الهلاك على المشتري منذ إبرام العقد أما الرأي القائل بالشرط الواقف جعل تبعه الهلاك على البائع حتى فوات مدة العدول، ورأي آخر لمحكمة النقض الفرنسية جعل التعاقد بالعربون تعاقدًا بسيطًا مبرما من يوم الاتفاق عليه ودفع العربون وإمكانية العدول لا تأثير لها على آثار العقد فهو تعاقد ينقل الملكية والمخاطر في الحال.¹

الفرع الثاني: أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع في القانون المدني الجزائري

القاعدة العامة أن الملكية في عقد البيع تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد، فالأسلم بالنسبة للمشتري دافع العربون هو تلازم نقل الملكية والتسليم،² غير أن قاعدة نقل الملكية بمجرد العقد قد تعطلها - في مجال بيع المنقولات لاسيما المعينة بالذات - قاعدة أخرى وهي قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، إذ يمكن للبائع أن يتصرف في المبيع لشخصين في نفس الوقت غير أن تسليم المبيع هو الفيصل في هذه الحالة.³

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 375.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 325.

³ - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 266.

وينتج عن ذلك كأصل عام إمكانية التصرف في المبيع بالبيع أو الرهن أو بأي حق عيني لشخص آخر، إلا أن هذا الأصل يصطدم في البيع بالعربون بإمكانية ممارسة حق العدول أين تجعل إمكانية التصرف ممنوحة لكل من البائع والمشتري على السواء بحسب طريقة التسليم فعليا أو حكما،¹ فقاعدة العدول تجعل إمكانية التصرف لكل طرفي العقد بمثابة استثناء على حق المشتري في التصرف في ملكه وهذا الاستثناء مصدره يبقى الاتفاق.²

ولابد من التمييز بين حالتين عند الحديث عن أحكام تصرف المتعاقدين في المبيع خلال مدة العدول:

1- الحالة الأولى: تصرف البائع في المبيع أثناء مدة خيار العدول

إن تصرف البائع هنا يكون نافذا بشرط أن يكون له الحق في العدول عن التعاقد وهذا التصرف يعد مباشرة ضمنية للعدول نطبق بشأنه قاعدة العدول المتمثلة في خسارة العربون إذا كان هو الذي دفعه أو رده ومثله إذا كان هو من قبضه.³

غير أنه إذا كان العقد لازما في جانب البائع ولا يحق له العدول فإن تصرفه في المبيع أثناء مدة العدول يكون تصرفا غير نافذ.

2- الحالة الثانية: تصرف المشتري في المبيع أثناء مدة خيار العدول

إذا تصرف المشتري في المبيع أثناء المدة المتفق عليها للعدول يسقط حقه في ممارسة العدول، غير أن نفاذ تصرفه هذا يكون مرتبطا بمدى إمكانية العدول لدى البائع، فإذا كان البائع له الحق في العدول عن العقد فإن تصرف المشتري في المبيع يسقط إمكانية عدوله، غير أنه لا يؤثر على إمكانية عدول البائع إذ يكون نفاذ تصرف المشتري موقفا على عدم استعمال البائع لإمكانية العدول فلو استعمل البائع حقه في العدول فإن تصرف المشتري لا ينفذ في حقه، أما إذا كان العقد باتا في جهة البائع فإن تصرف المشتري يعتبر نافذا من يوم إبرامه

¹ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص 593 وما بعدها.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 382.

³ - J. Schmidt, négociation et conclusion de contrat, Paris, Dalloz, 1982, p 97.

ويكون العقد الأول - أي البيع بالعربون - عقدا باتا يلتزم المشتري فيه بكامل الثمن تجاه البائع.¹

وقد يتفق العاقدین بعدم نقل ملكية المبيع حتى إتمام العقد وسقوط إمكانية العدول وبالتالي تكون الملكية غير منتقلة للمشتري، فلا يستطيع عندها التصرف في المبيع وكل تصرف فيه يعتبر عدولا ضمنيا من جانبه نطبق بشأنه قاعدة العدول.

الفرع الثالث: انتقال الحق في العدول ومسقطاته في القانون المدني الجزائري

إن الحق في العدول حق يتمتع به كلا المتعاقدين أو أحدهما بحسب الاتفاق، غير أنه قد يتوفى صاحب الحق أو تحدث عوارض لإرادته قبل انتهاء مدة العدول مما يرتب القانون أحكاما لهذه الحالات لضمان مصلحة أصحاب الشأن وهو ما سيتم التعرض له في النقطة الأولى، كما أن الحق في العدول قد تكتنفه بعض الأوجه فتسقطه ويترتب عن سقوطه آثار حددها القانون، وهو ما سيتم التطرق له في النقطة الثانية.

أولا: انتقال الحق في العدول في القانون المدني الجزائري

إن اشتراط العربون لا يغير من طبيعة العقد بل يرجئ معرفة مصيره إلى حين انتهاء آجال العدول إما بالعدول وانتهاء العقد أو بعدم ممارسة العدول وبالتالي تأكيد العقد ومن ثمة تنفيذه، فالإي مدى يؤثر خيار العدول على الأثر الناقل للحقوق؟

للإجابة على التساؤل سيتم التطرق إلى إمكانية انتقال الحق في العدول إلى الورثة بوفاء صاحب الحق أو حتى قيد حياته لأسباب سنوضحها فيما يلي:

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 383.

1- انتقال الحق في العدول إلى الورثة بسبب الوفاة:

تتصرف آثار العقد بمجرد انعقاده إلى المتعاقدين ويكون كل متعاقد دائما بماله من حقوق ومدينا بما يكون عليه من التزامات، إلا أنه في التعاقد بالعربون يستطيع كل متعاقد أن يتحلل من التزاماته مفضلا العدول عن العقد خلال المدة المحددة مقابل خسارة العربون أو رده ومثله. على أنه قد يحدث أن يتوفى أحد المتعاقدين قبل انتهاء المدة المحددة للعدول وقبل أن يعبر المتعاقد المتوفى عن إرادته فهل يتأكد العقد أم ينتقل خيار العدول إلى الورثة؟

القاعدة العامة تقتضي انصراف آثار العقد إلى الخلف للورثة المطالبة بالحقوق وكذا القيام بالالتزامات التي كانت على عاتق مورثهم،¹ باعتبارهم خلف لسلفهم الهالك وهو ما أكده الاجتهاد القضائي الجزائري بأن الخلف يحل محل السلف فيما يتعلق بكل الحقوق وذلك في قرار المحكمة العليا رقم 174416 المؤرخ في 1999/02/03 والذي جاء فيه: "والخلف العام: ورثة الخصوم فيحلون محل أسلافهم في مراكزهم القانونية...".²

وكذلك بالنسبة للتعاقد بالعربون فخيار العدول ورغم الصفة الشخصية التي يتمتع بها إلا أن هذه الصفة لا تحول دون انتقاله إلى الورثة، فيكون لهم الحق في العدول عن العقد أو إبقائه خلال ما تبقى من مدته.³

فحق العدول لا يكون متعذر النقل بسبب طبيعته الإرادية ولكنه مثل الحقوق الأخرى مرتبط بالحالة القانونية الموجود فيها، فإذا كان التصرف القانوني الموجود به إمكانية العدول يمكن نقله فإن إمكانية العدول تكون ملازمة لهذا التصرف، وإذا لم يكن هذا التصرف ممكن النقل فإن إمكانية العدول لا يمكن نقلها بالضرورة، وإذا لم يتضمن التصرف أية إشارة في شأن انتقال خيار العدول من عدمه فإن خيار العدول ينتقل إلى الورثة.

¹ - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 340.

² - انظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج3، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2003، ص1025.

³ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 125.

2- انتقال الحق في العدول قيد الحياة

قد يحدث خلال مدة العدول أن يفقد المتعاقد الذي له الحق في العدول أهليته بسبب جنون أو بسبب عارض آخر من عوارض الأهلية لعدم إرادته أو تنقصها¹ فلا يستطيع أن يعبر عن إرادته في العدول عن العقد أو البقاء فيه، فهنا المحكمة بناء على طلب المتعاقد أو من له مصلحة تعين وصيا لاستعمال العدول من عدمه حسب ما تقتضيه مصلحة المتعاقد فاقد الأهلية.

وهناك حالتين يتعذر فيهما نقل الحق في العدول سواء قيد الحياة أو إلى الورثة بعد الوفاة:

أ- الحالة الأولى: وهي الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان صراحة أو ضمناً على عدم نقل الحق في العدول:

فإذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف آثار العقد إلى الورثة² وهو اتفاق الأطراف في هذه الحالة يحدد مصير العقد كأن يتفقاً بأنه عند وفاة من له الحق في العدول فإن العقد يتأكد ولا يكون للورثة حق استعمال العدول الذي لم يستخدمه مورثهم قبل الوفاة، أو قد يتفقاً على فسخ العقد عند وفاة أحد الأطراف خلال المدة المحددة للعدول وهنا يجب على من قبض العربون أن يرده إلى تركة المتوفى.³

ب- الحالة الثانية: حالة الاعتداء بالاعتبار الشخصي:

قد يتبين من طبيعة التعامل أن السبب في الإقدام على التعاقد هو الاعتبار الشخصي بين المتعاقدين، فالاعتبار الشخصي جدير أن ينتقل الحق في العدول إلى الورثة،⁴ وعليه

1 - انظر: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 100.

2 - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، نفس المرجع، ص 431.

3 - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 404.

4 - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 341 وابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 125.

فكثيرا ما ينقضي العقد في هذه الحالة بمجرد الوفاة إذ لا تتصرف آثاره إلى ورثة المتعاقد، ويجب رد العربون إلى تركة المتوفى إن كان هو دافعه قبل الوفاة أما إن كان المتعاقد المتوفى هو من قبض العربون فعلى الورثة رد العربون.¹

ثانيا: مسقطات خيار العدول في القانون المدني الجزائري

نقصد بمسقطات خيار العدول الحالات التي يفقد فيها العدول الحق في الوجود، فتزول إمكانية العدول بفضل هذه الحالات التي تدل بكل وضوح على سقوط خيار العدول، ومن خلال كل ما سبق التطرق إليه في هذا البحث يمكن إمام الحالات التي يسقط فيها خيار العدول فيما يلي:

1- إبقاء العقد:

عند اختيار المتعاقد إبقاء العقد يكون بذلك قد رفض إمكانية العدول من طرف من له حق العدول سواء كان بائعا أو مشتريا،² فيسقط على اثر ذلك حقه في العدول، ويتم هذا الرفض صراحة أو ضمنا حسب ظروف وملابسات كل عقد، ومنه فلا يجوز لأي منهما الرجوع عن البيع.³

2- التصرف في المبيع خلال فترة العدول:

وذلك بإظهار الرغبة الصريحة أو الضمنية في التنازل عن المبيع إلى غير المشتري كتصرف البائع في الشيء المبيع لشخص ثالث خلال فترة العدول، الذي يعد بمثابة ممارسة ضمنية للعدول.⁴

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 405.

² - J. Schmidt, négociation et conclusion de contrat, op.cit, p 206.

³ - السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص89.

⁴ - J. Schmidt, négociation et conclusion de contrat, op.cit, p 98.

3- انقضاء المدة المحددة للعدول:

سبق القول أن الأصل في خيار العدول كونه خيار مؤقت نظراً لما يترتب على العدول من مساس بمبدأ استقرار التعامل،¹ هذا التأقيت له حيزه الزمني طال أو قصر، فبمرور مدة العدول المتفق عليها دون ممارسة عدول تسقط إمكانية العدول وتفقدها ويصبح على إثرها العقد باتاً نهائياً قابلاً للتنفيذ.

4- تعذر تنفيذ العقد:

عند استحالة تنفيذ العقد لسبب خارج عن نطاق المتعاقدين كقوة القاهرة يصبح العربون بلا سبب فيفسخ العقد ويرد العربون ويرجع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيسقط خيار العدول وفقد وجوده لتعذر تنفيذ العقد. فعدم قدرة المدين على الوفاء بالالتزام التعاقدى بسبب تدخل واقعة أو فعل أجنبي خارجة عن إرادته أدت إلى منع إمكانية التنفيذ منعا مطلقاً،² يشكل حالة من حالات سقوط الحق في العدول.

5- طلب المتعاقد بالعربون الشفعة في بيع لاحق على التعاقد بالعربون:

وفي هذه الحالة يكون طلب الشفعة بمثابة إسقاط لإمكانية العدول ويكون العقد بالعربون مفسوخاً إذا كان طلب الشفعة من قبل البائع ويكون بمثابة إبقاء على العقد ورفض لاستعمال إمكانية العدول إذا كان طلب الشفعة من المشتري.³

6- موت المتعاقد الذي له حق العدول خلال مدة العدول:

وذلك في الأحوال التي لا يجوز فيها انتقال حق العدول إلى الورثة كما سبق تبيانه، كأن يكون المتعاقد محل اعتبار أو في حالة اتفاق بين المتعاقدين على اقتصار ممارسة العدول

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، المرجع السابق، ص 122.

² - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 466.

³ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 410.

عليهما دون امتداده إلى الورثة، ففي هاتين الحالتين يكون العقد منقضيًا بسبب وفاة المتعاقد الذي له إمكانية العدول، فيسقط خيار العدول بالوفاة.

المطلب الثاني: أثر عربون التوكيد على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري

يمنح العربون للمتعاقدين فرصا ناجعة وفعالة لضمان الوفاء بالالتزام، نظرا لارتباط مصيره بمصير العقد الذي يتضمنه، وتزداد أهميته كضمان من خلال قيمته المالية التي تبقى موقوفة على إرادة الأطراف المتعاقدة، فدفع عربون التوكيد يشكل أول ضمان للوفاء حيث تعتبر عملية الدفع تعهدا ضمنيا بدفع باقي الثمن.

وإذا لم ينفذ المتعاقدان في التعاقد بالعربون التزاماتهما التعاقدية المترتبة عن عربون التوكيد طبقت القواعد العامة عليهما فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ مع المطالبة بتعويض تكميلي وليس حتما أن يكون هذا التعويض بقدر العربون بل يقدر طبقا للقواعد العامة بحسب جسامه الضرر.¹

فيتساوي عندئذ حكم العربون مع حكم الشرط الجزائي من حيث الأثر في إقرار التعويض عن الضرر ولو كان متجاوزا لمقدار العربون المدفوع أو أقل منه، أما إذا لم يتحقق الضرر جراء عدم التنفيذ فيحكم على قابض العربون برده إلى دافعه.²

ومن ثم يخضع العقد للقواعد العامة للتنفيذ فيطالب المشتري بتسليم المبيع وله عرض باقي الثمن على البائع بتكملة العربون المدفوع كما له اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ العقد مع التعويض الذي قد يزيد قدره عن قدر العربون فذلك مرتبط بجسامه الضرر.³

¹ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، المرجع السابق، ص 102.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 503.

³ - عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون والعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، ص 246.

الفرع الأول: الآثار المترتبة عن دفع عربون القسط

ذهب جانب من الفقه إلى أن عربون العدول ينقلب قسطا معجلا في حالة عدم استعمال أحد المتعاقدين لحق العدول، ومهما يكن من اختلاف سبق التعرض إليه بخصوص هذه النقطة أصبح عربون القسط عنصرا أساسيا ومكونا للعقد المقترن بالعربون ولم يعد مجرد واقعة خارجية تشهد على تكوينه.¹

ولأن عربون القسط يعد بدءا في تنفيذ العقد يترتب عنه أن المبلغ المدفوع باعتباره قسطا سيخصم من الثمن أي أن المشتري لا يعتبر مدينا إلا بباقي الثمن لا ب كله.² وقد تعرض المشرع الجزائري للبيع مع تأجيل الثمن أو تقسيطه إذ تنص المادة 363 مدني جزائري على: "إذا كان ثمن البيع مؤجلا، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري وقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدین أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استقاء جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184، وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع...". ومقتضى هذه المادة أنه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الأجل المضروب له، كان من حق البائع أن يطلب استرداد المبيع لأنه لا يزال مالكا له، وبالنسبة لدفع الأقساط فالأصل أن دفع آخر قسط من الثمن يعتبر من خلاله المشتري مالكا للمبيع بأثر رجعي أي من يوم البيع وليس من يوم دفع القسط الأخير.³

¹ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، هامش الصفحة 349.

² - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 97.

³ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 513 و 293.

وبخصوص العلاقة بين العربون والقسط المعجل من الثمن يرى الدكتور عباس الصراف أن القسط المعجل الذي دفعه المشتري إلى البائع عند إبرام العقد إنما هو ضمان لتنفيذ العقد، ويجوز للبائع أن يحتفظ به حتى يوفي المشتري بكامل الثمن المتفق عليه، أو ليحتفظ به حتى تحكم له المحكمة بمقدار التعويض الذي يتناسب مع الأضرار التي أصابته من جراء نكول المشتري عن إتمام ما تعهد به وفقا للقواعد العامة، ولما كان غرض عربون التوكيد نفسه هو ضمان تنفيذ العقد، فلا يبقى وجه للتفرقة بينه وبين القسط المعجل من الثمن، هذا الأخير الذي يمثل حلقة الاتصال بين العربون والشرط الجزائي.¹

في حين يرى الدكتور سليمان مرقس أن التفرقة بين القسط المعجل في بيع التقسيط والشرط الجزائي مما يقرب ما بين القسط وعربون العدول، لأن استحقاق البائع للقسط غير منوط بحصول الضرر من فسخ العقد، ولكن رغم تشابه غرض كل من عربون القسط والقسط المعجل من الثمن في بيع التقسيط من حيث أنهما ضمان لإتمام التعاقد، كما أن كل منهما تابع لالتزام أصلي، وكلاهما يستحق دون حصول ضرر أو اعدار، وأن القاضي لا يملك سلطة تعديل أي منهما، إلا أن هناك فارقا جوهريا بينهما، وهو أن العربون المدفوع إذا ما م إبرام العقد انقلب في الحال إلى قسط معجل أو دفعة على الحساب، والعكس ليس صحيحا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن العربون يبقى من حق قابضه إذا عدل المشتري عن إبرام العقد، في حين يجب رد القسط المعجل من الثمن إلى دافعه في حالة التراجع في إتمام التعاقد.²

وعربون القسط بهذا المعنى يحمل بعدا للبدء في تنفيذ العقد وبالتالي له معنى معاكس لمعنى عربون العدول عن العقد، فالمتعاقد الذي دفع عربون القسط لا يمكنه التنصل من التزاماته بتركه العربون للطرف الآخر فهو ملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية حسب القواعد العامة، وعند تنفيذ العقد فإن العربون يصبح جزءا من الثمن فينتظر الدائن أنيفي المدين بباقي الثمن أما في حال رفضه تنفيذ العقد فإنه يتعرض للجزاء وفقا لقواعد المسؤولية العقدية على أن يخصم

¹ - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 504.

² - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 505.

العربون من التعويض المحكوم به، ومن جهة أخرى فإن المتعاقد الذي قبض العربون كجزء من الثمن لا يمكنه أن يرفض تنفيذ العقد مقابل دفع المبلغ مضاعف للمبلغ الذي قبضه، كما أن المتعاقد الذي دفع العربون لا يجوز له التخلص من التزامه بترك المبلغ الذي سلمه للمتعاقد الآخر بل عليه أن ينفذ التزامه وفقا للقواعد العامة.¹

أما إذا كان عدم التنفيذ لسبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث طارئ يجعل التنفيذ مستحيلا، فالعقد هنا يزول والمبلغ المدفوع كجزء من الثمن يجب أن يرد إلى دافعه، وقد تم تبني هذه الفكرة أمام القضاء الفرنسي: "حيث أن شركة ستروين لصناعة السيارات أمضت عقودا مع مشتريين للسيارات والذين دفعوا عربون قسط " جزء من الثمن " على أن التسليم سيكون في خلال شهرين وأنه إذا لم يتم التسليم في الميعاد المحدد فإن المشتري له الحق في فسخ العقد على أن ترد له الشركة القسط الذي دفعه مع فوائد، وبعد إبرام هذه العقود فتعذرت الشركة بأنه يوجد قوة قاهرة وان العقد بهذه القوة القاهرة أصبح مفسوخا وعرضت الشركة أن ترد الأقساط فقط إلى المشتريين إلا أن أسانيد الشركة رفضت من جانب المحكمة والتي أدانت شركة ستروين بهذه الغرامة التهديدية المتفق عليها في حال عدم تنفيذ العقد."²

وعليه فأحكام القسط المعجل من الثمن وعربون القسط لا فارق بينهما باعتبارهما سيصبحان جزءا من الثمن عند إبرام العقد.

هذا وقد اهتم المشرع الجزائري بمرحلة تنفيذ العقد وحرص على ضمانها، وذلك عن طريق بعض الوسائل التي يمكن للأطراف اللجوء إليها لضمان حقوقهم، كما أن لجوء المتعاقد إلى استعمال ضمانات قانونية فعالة في مجال تنفيذ العقود قلص من أهمية وفاعلية العربون كوسيلة ضغط لإلزام المتعاقد الآخر على إتمام تنفيذ العقد، وإلى جانب العربون كوسيلة للضغط على المتعاقدين بهدف إلزامهما على تنفيذ التزاماتهما التعاقدية، توجب تصنيفات أخرى عديدة كضمان للوفاء بالعقود، منها الضمانات القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون

¹ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 97.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 413.

المدني كالدفع بعدم التنفيذ في المادة 123 مدني جزائري¹ وحق الحبس في المادة 200 مدني جزائري وكذا الغرامة التهديدية في المادة 174 مدني جزائري.

وعموما فإن هذه الوسائل تكتسي فاعلية أكبر من العربون للضغط على المتعاقد لإتمام ما تعاقد عليه، خصوصا وأن أهمية هذا الأخير تتحدد بقيمته المالية المرتفعة، في حين بقية الضمانات ترتبط بعنصر الخطأ لاستحقاقها ولضبط قيمتها، وهو ما يخلق لدى المدين حالة من الخوف مما ينتظره جراء فرضية إخلاله بواجباته التعاقدية.

الفرع الثاني: العلاقات الناشئة من دفع عربون الإثبات

يعتبر عربون الإثبات أحد شقي عربون التوكيد يكون القصد من دفعه مجرد إثبات انعقاد العقد فهو لا ثمنا مقابلا للعدول ولا قسطا معجلا من الثمن،² بل يعد دائما زيادة على الثمن فهو لا يخصم من الثمن المستحق، والمؤكد أن العقد المبرم نهائيا والالتزامات الواردة فيه مستحقة الأداء فيحق للدائن أن يطالب مدينه بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا أو متابعته بالتنفيذ بالمقابل.

وعلى قلة فائدة عربون الإثبات في الحياة العملية لاسيما في مجال التصرفات المدنية والتجارية، إذ أنه إذا كنا بصدد تصرف مدني وكانت القيمة تزيد على نظام الإثبات بالشهادة فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة ومن ثمة فإذا لم تكن هناك كتابة فلا يغني العربون المقدم وقت انعقاد العقد إذا كانت قيمة العقد تزيد عن هذا النصاب.³

فعلى الدائن عند مطالبة مدينه أن يثبت عدم تنفيذ المدين لالتزامه ثم يعذره بذلك وفقا للقواعد العامة، والمدين لا يستطيع أن يتحرر من هذا التنفيذ إلا إذا اثبت أن عدم تنفيذه

¹ - محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 390.

² - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 448.

³ - سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، المرجع السابق، ص 102.

لالتزامه راجع لسبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث فجائي، فإذا حكم للدائن بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه فإن هذا التعويض يكون معادلاً للتنفيذ العيني إلا أن هذا التعويض لا يخصم منه عربون الإثبات لأن هذا التنفيذ بمقابل لا أثر له على دفع العربون والذي لم يكن إلا زيادة على الثمن وعلامة أو إشارة على إبرام العقد، فدفع العربون مستقل عن تنفيذ العقد كل الاستقلال.¹

أما إذا لم يحكم للدائن بالتعويض وثبت أن عدم التنفيذ ليس منسوباً للمدين فإن العلاقات بين المتعاقدين تتوقف بينهم والعربون في مثل هذه الحالة يجب أن يرد سواء كان عدم التنفيذ من جانب دافع العربون أو من جانب من قبضه وذلك لأن العربون دفع بسبب وجود العقد وعلامة على إبرامه فإذا زال العقد فلن يكون هناك أي سبب لوجود العربون بين يدي من قبضه.²

¹ - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 414.

² - ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، نفس المرجع، ص 415.

المبحث الثاني: أثر العربون على أحكام العقد في الفقه الإسلامي

لقد تم التطرق في مجال الفقه الإسلامي إلى مصير التعاقد المقترن بالعربون لدى فقهاء المذاهب الأربعة المانعين والمجزين للعربون، على اعتبار أن الجمهور وان منعوا العربون إلا أنهم صانوا مصلحة المتعاقدين من خلال إجازة آثار هذا النوع من العقود للحفاظ على الحقوق المكتسبة، وهذا عكس تأثير البطلان في القوانين الوضعية التي تعدم العقد وتزيله.

وهذا نابع من قواعدهم الفقهية والأصولية ومختلف فروعها وأشباهاها ونظائرها الرامية إلى تحقيق العدالة التعاقدية وإنصاف المتعاقد حسن النية، وإذا كان اشتراط العربون فتح باب الاختلاف والتنظير والإسقاط على الأصول والفروع لكل مذهب حسب ما وصله من علم من النقل أي من أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم وما تركته هذه الأحاديث من مجال للعقل للتفكير والتنظير والتأصيل على ضوءها قواعد يدافع عنها كل مذهب دونما تعصب لرأي.

لذلك وجدنا أن موضوع التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي موضوع يتعرض له بصفة مباشرة أو غير مباشرة حتى المانعين له، ولعل هذا من صميم أهميته أو لكثرة التعامل به، فهم يمنعونه بصفة مباشرة ثم يجيزون آثاره أو يجيزونه بتخفيف بعض الشروط وذلك بصفة غير مباشرة.

فإذا كان العربون يجعل العقد المقترن به بين إمضائه أو فسخه، فإنه سيتم التعرض في هذا المبحث إلى تأثير العربون في أحكام عقد البيع خاصة وما يرتبه هذا النوع من العقود من التزامات، أين سنتبع أثر العربون على المبيع والتصرفات اللاحقة به في الفقه الإسلامي كمطلب أول ثم في المطلب الثاني نتعرض إلى انتقال خيار العربون ومسقطاته.

المطلب الأول: أثر العربون على المبيع والتصرفات اللاحقة به في الفقه الإسلامي

إن الحديث عن أثر العربون على المبيع وكذا التصرفات اللاحقة به في الفقه الإسلامي يتطلب التمييز بين الحنابلة الذين يصح عنهم التعاقد بالعربون وبالتالي فتأثيره يخضع لما يرتبه العقد الصحيح من آثاره وفقا للقواعد العامة للمذهب، بينما عند الجمهور يدق التركيز أكثر وتتعدد جزئيات إمكانية ترتيب الآثار لاسيما بالنسبة للعقد الباطل الفاسد كالتعاقد بالعربون. لذلك لابد من القول بأن ترتيب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده لا يثبت بمجرد العقد كما هو الحال في العقد الصحيح، بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد ففي البيع الفاسد لا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب والقبول مثلما هو الحال في العقد الصحيح بل ينفذ التصرف الفاسد بالقبض وتسلم المشتري للمبيع.¹

ولأن ترتيب أي عقد لآثاره مرتبط لدى الفقهاء بضوابط محدد تتباين الآراء بشأن أوصافها مما يؤدي باختلافهم في نتائج أعمال هذه الضوابط، فانتقال الملكية والتصرف في المبيع وتبعية هلاكه لها ضابط القبض أو التسليم، أما الكسب والنماء له ضابط كون الزيادة متصلة أو منفصلة متولدة عن المبيع أو غير متولدة عنه، هذه الضوابط سيتم التفصيل فيها برغم اختلاف الفقهاء في إسقاطها على أثر العربون على المبيع والتصرفات اللاحقة به من خلال التعرض إلى ملكية المبيع وغلته في الفقه الإسلامي كفرع أول ثم أثر العدول عن التعاقد بالعربون على تبعية الهلاك كفرع ثان ثم أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع كفرع ثالث.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، المرجع السابق، ص 750.

الفرع الأول: ملكية المبيع وغلته في البيع بالعربون في الفقه الإسلامي

استفاض فقهاء المذاهب الأربعة في معالجة مسألة الملكية في عقد البيع من خلال ضابط القبض، كما اعتنوا بالكسب والنماء الناتج عن المبيع، وسيتم توضيح هذه العناصر عند ارتباطها بالعربون هل لها حكم خاص أم تطبق عليها القواعد الفقهية العامة حسب كل مذهب فقهي.

أولاً: موقف الحنفية من ملكية المبيع وغلته في البيع بالعربون:

سبق القول بأن التعاقد بالعربون تعاقد فاسد عند الحنفية، وعند الحديث عن المبيع لأبد من التعرض إلى ملكيته في التعاقد بالعربون باعتباره تعاقد فاسداً، ثم التعرض إلى الكسب والنماء:

1- موقف الحنفية من ملكية المبيع في البيع بالعربون: يتم التمييز بين ملكية المبيع

قبل القبض وبعده

أ- ملكية المبيع قبل القبض:

تكون ملكية المبيع قبل قبضه من طرف المشتري دافع العربون للبائع ولا تنتقل للمشتري لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض.¹

فلو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لأنه واجب الرفع بالاسترداد، كما أن سبب الملك قد ضعف لاقتترانه بالفساد فأصبح لسبب غير مشروع نظراً للنهي.²

¹ - انظر: الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص300 والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، المرجع السابق، ص132.

² - انظر: المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، ص134 وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، المرجع السابق، ص422 و424 ومحمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، ج7، دار الفكر، ط2، لبنان، 1990، ص262.

ب - ملكية المبيع بعد القبض:

ولأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض لما للقبض من شبه بالإيجاب فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه بالقبض،¹ غير أن صفة هذا الملك كما قال الكساني: " أنه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ".²

مع ضرورة أن يكون المشتري قادرا على قبض المبيع دون مانع أو عائق يمنع حيازة المشتري وانتقاعه بالمبيع.³

وقد ميّز الحنفية فيما يتعلق بملكية المبيع بعد القبض بين قبضه بأمر أي بإذن البائع وقبضه دون إذن منه:⁴

- فإذا قبض المشتري دافع العربون المبيع بأمر البائع تنتقل الملكية للمشتري لأن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به،⁵ وسواء كان إذن البائع صريحا بعد الافتراق وقبله في المجلس كما لو قبضه المشتري بإذن صريح من البائع بحضوره أو بغيابه بقول البائع قد خلّيت بيني وبين الدابة فتسلمها، أو كان دلالة كما لو قبض المشتري المبيع عقب البيع ولم يعترض البائع على ذلك فيملكه أو كأن يناول البائع المبيع للمشتري شخصيا، وقد جاء في نص المادة 276 من مجلة الأحكام العدلية: " إذا قبض المشتري المبيع فرآه البائع ولم يمنعه كان ذلك إذنا من البائع بالقبض".⁶

1 - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، المرجع السابق، ص425.

2 - الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص300.

3 - ابراهيم بشير عبد الله إدريس، أحكام التسليم والقبض وأثرهما على العقود في القانون مقارنا بالفقہ الإسلامي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في فلسفة القانون تحت إشراف زكي عبد الرحمان محمد خير، كلية الحقوق جامعة الخرطوم، 2009، ص59.

4 - انظر: الكليوبي المعروف بدماد افندي، مجمع الأنهر، ج3، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1998، ص95 و 95.

5 - محمود بن احمد العيني، البناية شرح الهداية، ج7، المرجع السابق، ص191.

6 - للتفصيل انظر: شرح هذه المادة وكذا المادة 371، شرح المجلة، لرستم باز، المرجع السابق، ص 142 و 208 والزليعي، تبين الحقائق، ج4، المرجع السابق، ص61 ومحمود بن احمد العيني، البناية شرح الهداية، ج7، المرجع السابق، ص264.

- أما إذا قبض المشتري المبيع دون إذن من البائع فنجد حالتين: الأولى قبض المشتري المبيع دون إذن البائع قبل أن يدفع العربون (أداء الثمن) فلا يكون القبض معتبرا ولا ينقل الملك للمشتري ولكن ينقل هذا القبض صحيحا إذا هلك المبيع أو أصابه عيب وهو في يد المشتري وهنا للبائع استرداد المبيع، والثانية إذا كان القبض بعد أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع وان لم ينتقل الملك بالقبض.¹

وفي هذا المعنى يقول الكساني: " وشرائطه اثنان أحدهما القبض...والثاني أن يكون القبض بإذن البائع فان قبض بغير إذنه أصلا لا يثبت الملك..."²

وعليه تنتقل ملكية المبيع في التعاقد بالعربون (البيع الفاسد) إلى المشتري بالقبض المقترن بإذن البائع فيمضي العقد ويحصل البائع على باقي الثمن بعد دفع العربون طبعاً.

2- أما بالنسبة للغة الكسب والنماء عند الحنفية:

قسم فقهاء الحنفية الزيادة التي يتعرض لها المبيع إلى أربعة أقسام:

أ- القسم الأول:

زيادة متصلة بالمبيع متولدة عنه كالسمن والجمال وهذه الزوائد لا تمنع رد المبيع سواء كانت بعد قبض المشتري له أو بعده، فمن اشترى حيوانا هزيلا فسمن عنده بعد القبض ثم تبين به عيب فللمشتري الحق في رده ولا يمنعه السمن من الرد، فهذه الزوائد تابعة للأصل لا تمنع الفسخ لأنها تابعة للأصل المضمون.³

¹ - انظر المادة 277 وشرحها، شرح المجلة لرستم باز، المرجع السابق، ص144 ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج3، المرجع السابق، ص23.

² - الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص304.

³ - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، المرجع السابق، ص186.

ب- القسم الثاني:

زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة عنه كصبغ الثوب أو البناء الحادث على الأرض، سواء كانت الزيادة بعد القبض أو قبله، أما هذه الزوائد يمتنع معها الفسخ وتمنع رد المبيع وللبائع حق المطالبة بالتعويض عن النقص، وهي (الزيادة) من نصيب المشتري، إذ لا يضمن المشتري هذه الزوائد لو هلكت في يده بينما إذا استهلكها فالضمان يقع عليه، أما إن هلك المبيع لوحده دون الزوائد فللبائع أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض.¹

وفي حكم هذا القسم يقول الكساني: " وان كانت الزيادة غير متولد من الأصل...فإنها تمنع الفسخ لأنه لو فسخ إما أن يفسخ على الأصل وحده وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعا لا سبيل في الأول لتعذر الفصل ولا سبيل في الثاني لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلا ولا تبعا فلا تدخل تحت الفسخ."²

ج- القسم الثالث:

زيادة منفصلة متولدة من المبيع كاللين والصوف وهنا نميز بين الزيادة قبل القبض أين لا يمنع الفسخ والرد، فللمشتري رد الدابة وولدها الذي أنجبته قبل القبض واسترجاع عربونه (ثمنه) أو رضي بهما بجميع الثمن بعد علمه بالعيب، أما عن الزيادة بعد القبض فليس له الرد وإنما له المطالبة بالعوض إن وجد بها عيبا.³

د- القسم الرابع:

زيادة منفصلة غير متولدة من المبيع كغلة المبيع والكسب والهبة وحكمها قبل القبض لا يمنع رد المبيع وللمشتري رده دون هذه الزيادة التي تصبح للمشتري بدون ثمن ولكن لا تطيب له

¹- حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص303.

²- الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص302.

³- حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص187.

وقيل هي للبائع ولا تطيب له أيضا ويتصدق بها، إما الزيادة بعد القبض فلا تمنع الفسخ وللمشتري رد المبيع وحده وتكون الزيادة طيبة له.¹

فإن هلكت الزيادة في يد المشتري فلا يضمنها لانعدام القبض فيها، في حين إن استهلكها يقع الضمان عليه بالقيمة عند صاحبين وذهب أبو حنيفة إلى القول بعدم ضمان المشتري عند الاستهلاك، وإذا هلك المبيع وحده بينما ظلت الزيادة قائمة على حالها يقع الضمان على المشتري للمبيع فقط، أما الزيادة فمن نصيبه لتقرر ضمان الأصل.²

وجاء في حاشية ابن عابدين: "وبه علم أن الزيادة بأقسامها الأربعة لا تمنع الفسخ، إلا المتصلة الغير المتولدة، أما المتصلة المتولدة كالسمن والمنفصلة المتولدة كالولد والغير المتولدة كالكسب فإنها لا تمنع الفسخ، وأنه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لا بالهلاك، وكذا غير المتولدة عندهما لا عنده."³

ثانيا: موقف المالكية والشافعية من ملكية المبيع وغلته في البيع بالعربون

ونتطرق هنا إلى أثر العربون على انتقال ملكية المبيع بغض النظر عن مصير التعاقد بالعربون الإمضاء أو الفسخ وبصرف النظر عن اعتباره تعاقد صحيح أو باطل. سبق القول بأن بيع العربون بيع فاسد باطل عند المالكية والشافعية، والعقد الفاسد لا يرتب آثارا، فقد جاء في الشرح الصغير: "والصحة في العقود ترتب آثارها عليه، والفساد عدمه أي عدم ترتيب آثارها عليه."⁴

¹- حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص187

² - مشروع التقنين على مذهب الحنفية، من إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، 1972، ص218 و 219 وحاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص302 والكساني، البدائع، ج5، ص303.

³- حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص303.

⁴ - حاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص86.

1- موقف المالكية والشافعية من ملكية المبيع في البيع بالعربون

ومنہ فالعقد الفاسد عند المالكية والشافعية لا ينقل الملك أي ملكية المبيع وان قبضه المشتري، بل كل ما يترتب على قبض المبيع في التعاقد بالعربون لا يتعدى حدود ضمان المشتري للمبيع ورده للبائع، فملكية المبيع في التعاقد بالعربون لا تنتقل إلى المشتري بل يبقى في ملك البائع وان تم القبض، ويرجع عدم انتقال ملكية المبيع في البيع الفاسد لوجوب فسخه شرعا قبل الفوات والتلف، وقد جاء في المادة 74 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب المالكية: "... وينتقل ملكه إليه بفواته، وهو بيده، لا بمجرد قبضه له"¹

ويقول المرادوي: "إذا اشتري شيئاً شراء فاسداً... لم يستحق قبضه فإن قبضه لم يملكه بالقبض ولا ينفذ تصرفه فيه ويلزم برده لأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده."² كما ذكر صاحب المواهب ذلك بقوله: "ان قلنا أن الضمان في البيع الفاسد ينتقل بالقبض فالملك لا ينتقل بذلك بل لا بد من ضميمة الفوات."³

ويقول الشافعية أن ضمان المبيع بيعاً فاسداً بالقبض كضمان المغصوب والمقبوض بعقد المعاوضة كالمقبوض بعقد فاسد فيطالب كل واحد رد ما قبضه إن كان باقياً وإلا فرد بدله، وان كل قبض اوجب ضمان القيمة لم يحصل به الملك.⁴

¹ - انظر: مشروع التقنين على مذهب الإمام مالك، من إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيديّة، 1972، ص131 وأبي زيد القيرواني، الزيادات النوادر، ج6، المرجع السابق، ص172 وأبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، المنثور في القواعد، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2000، ص148.

² - الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص316.

³ - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج6، دار عالم الكتب، مصر، د.س، ص254.

⁴ - انظر: الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المرجع السابق، ص501 والماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص193 و221 و317 والرملّي، نهاية المحتاج، ج3، المرجع السابق، ص376.

فالقَبْض ليس معياراً لانتقال ملكية المبيع في التعاقد بالعربون عند المالكية والشافعية، غير أنها تنتقل بفوات المبيع عند المالكية، فيمضي البيع بالعربون عندها على أن تحتسب القيمة ابتداءً من يوم القبض لا من يوم وقوع البيع، أما الشافعية فلا ينتقل الملك عندهم بالبيع الفاسد وان قبض المبيع بل وان تلف يلتزم المشتري برده أو مثله في المثليات، أما إن كان من القيميات فبأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.¹

وعدد المالكية بعض أسباب الفوات التي تؤدي إلى انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بعد القبض في التعاقد بالعربون منها هلاك المبيع وتغير ذاته بالنماء أو النقصان أو حوالة السوق أو لطول الزمان أو للخروج من يد المشتري إلى غير ذلك مما يفوت به المبيع.² إذن تنتقل ملكية المبيع بالفوات للأسباب المذكورة أنفاً عند المالكية، فإن لم يفوت المبيع فلا تنتقل ملكيته للمشتري وان تم القبض وعلى اثر ذلك يتم رد المبيع إلى البائع والعربون إلى المشتري، بينما قال الشافعية بأن البيع الفاسد واجب الرد في كل الأحوال إذ يلتزم البائع برد العربون والمشتري برد المبيع وان تلف فمثله أو بأقصى القيمة.

2- أما بالنسبة للغلة والكسب والنماء عند المالكية والشافعية قبل الرد

في حالة انتقال المبيع إلى المشتري في التعاقد بالعربون ثم عدل عن التعاقد، إذا كان الأصل هو رد المبيع فما مصير الكسب والغلة والنماء:

لقد قسم المالكية حالات للزيادة في المبيع بالكسب والنماء إلى خمسة أقسام:

- أ - زيادة في عين المبيع لنماء حادث فيه ومن غير إحداث شيء فيه كسمن الدابة،
- ب - زيادة من جنس المبيع تنسب إليه كالولد يحدث للمبيع مضاف إليه،

¹ - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص 719 وحاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص 58 والإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المرجع السابق، ص 410.

² - انظر: محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص 225 وحاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص 66 ومحمد الأمير الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، مصر، د.س، ص 265 وابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص 719.

ج- زيادة تنسب للمبيع وتتعلق به ولكن ليست من جنسه كأن يشتري العبد ولا مال له فيفيد عنده مالا بهبة أو صدقة وكثمر النخلة،

د - زيادة أحدثها المشتري من صنعه مضاف إليه كصبغ الثوب،

هـ- زيادة لا تأثير لها في المبيع وهي الزيادة التي بها تترقى حالة المبيع كتعلم العبد صنعة معينة فتزيد بذلك قيمة هذا العبد.¹

وتقتضى القاعدة الفقهية الخراج ضمان أن قبض المبيع بيعا فاسدا من ضمان المشتري، كما عدد المالكية أسباب ثلاثة للضمان وهي التقويت مباشرة كإحراق الثوب والتسبب للإتلاف كوقود النار بقرب الزرع ووضع اليد غير المؤتمنة.²

أما الشافعية فقد قسموا حالات الزيادة في المبيع إلى زيادة متصلة كالسمن والتعليم وهي زيادة تتبع الأصل في الرد لعدم إمكان أفرادها ولا يأخذ المشتري أي تعويض عنها فلا شيء على البائع بسببه، أو زيادة منفصلة عينا أو منفعة كالولد والأجرة واكتساب العبد، فلا تمنع الرد وهي من نصيب المشتري سواء حدثت قبل القبض أو بعده من منطلق الخراج ضمان لك الغلة وعليك الضمان، وفي ذلك يقول الرملي: "ووجوب الضمان على ذي اليد ليس لكونه ملكه بل لوضع اليد على ملك غيره بطريق مضمن."، أما إن كان الرد قبل القبض فوجه ضعيف أن الزيادة من نصيب البائع.³

¹ - لتفصيل أحكام هذه الأقسام انظر: ابن رشد، الممهدات والمقدمات، ج2، المرجع السابق، ص103 والجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، المرجع السابق، ص186 و 187.

² - القرافي، الفروق، المرجع السابق، ص655 و1146 وما بعدها.

³ - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص67 والإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المرجع السابق، ص493 وأبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، ج3، دار القلم بدمشق ودار الشامية ببيروت، ط1، 1996، ص118 وأبي بكر عبد الله بن أحمد بن عبد الله المشهور بالقفال المروزي، فتاوى القفال، دار ابن القيم بالسعودية وابن عفان بمصر، ط1، 2011، ص188

واختلف الشافعي عن ملك وأبو حنيفة في الزيادة من نفس الأصل فقال تبقى للمشتري ويرد المبيع دونها بينما ترد عندهما.¹

في حين ذكر السيوطي من الشافعية أسبابا أربعة للضمان هي العقد، اليد المؤتمنة كالوديعة وغير المؤتمنة كالغصب، الشراء الفاسد، الإلتاف والحيلولة.² فحكم البيع الفاسد عند الشافعية هو نفسه حكم البيع الصحيح في الضمان، لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وهو بعد القبض مضمون من طرف المشتري لأن العقد ان اقتضى صحيحه الضمان بعد القبض ففاسده أولى.³

فانتقال المبيع إلى يد المشتري بالقبض في التعاقد بالعربون خلال فترة خيار العدول يلزمه الضمان عند المالكية والشافعية، وهذا الانتقال قد يصاحبه غلة ونماء للمبيع ولأن الكسب يكون لمن يقع عليه عبء ضمان المبيع فكل زيادة في المبيع يفوز بها المشتري، فإذا كان المشتري قد انتفع بالمبيع أو استغله أو استخدمه بعد قبضه فليس عليه ضمان هذه الغلة ويبقى يستفيد من الغلة إلى حين رد المبيع وحده عند العدول عن التعاقد.⁴

وفي ذلك يقول الحبيب بن طاهر: "والحاصل في هذه المسألة أن من اشترى وقفا على غير معين واستغله عالما بوقفيته فإنه يلزمه رد الغلة لمستحقها، وكذا إن كان موقوفا على عين، وعلم بوقفيته عليه، ولم يرض ذلك المعين ببيعه، بخلاف ما إذا ظهر أنه وقف على معين وهو راض ببيعه، فإن المشتري يفوز بالغلة ولو علم بالوقفية، وإنما يعتبر رضا الرشيد دون غيره."⁵

¹ - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص68 وما بعدها.

² - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص362.

³ - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص282.

⁴ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، مؤسسة المعارف، ط1، لبنان، 2009، ص157 وحاشية الدسوقي، ج3،

المرجع السابق، ص71 وابن الجلاب البصري، التفريع، ج2، المرجع السابق، ص181.

⁵ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص157.

فالقبض معيار جوهريا للقول بالضمان، وقبض المشتري للمبيع في التعاقد بالعربون باعتباره عقد فاسد لا يعتبر قبض على وجه الأمانة وإنما قبضه لشبهة العقد على وجه المصلحة.¹

وعليه فغلة المبيع في التعاقد بالعربون باعتباره بيعا فاسدا تكون من نصيب المشتري لأن المبيع في ضمانه والغلة بالضمان وفقا لقاعدة الخراج بالضمان وذلك بعد القبض طبعا، وفي ذلك يقول الشافعي: "إذا ابتاع عبد فإنما ابتاعه بعينه، وما حدث له في يده من خدمة أو خراج أو مال أفاده، فهو للمشتري."، كما ذكر العمراني في البيان بان الثمرة والولد والكسب يكون ملكا للمشتري لأنه نماء ملكه قبل القبض فينفسخ البيع ويرجع المشتري بجميع الثمن (بالعربون) إن كان قد دفعه.²

ويعتبر حكم الغلة بالضمان عند المالكية حكما عاما في جميع البيوع الفاسدة إلا إذا كان المبيع موقوفا وفقا على غير معين فلا يحل للمشتري عندئذ الغلة وكذلك إذا بقي المبيع تحت يد البائع ولم يقبضه المشتري فليست الغلة بمملوكة للمشتري لعدم الضمان منه.³ وفي ذلك يقول صاحب النوادر والزيادات: "... فإن كانت أصولا وأثمرت عند المبتاع ففسخ البيع وقد طابت الثمرة فهي للمبتاع جدت أم لم تجد، وإن لم تطب فهي للبائع وعليه للمبتاع ما انفق." ⁴

¹ - حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص70

² - انظر: محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيت الأفكار الدولية، الأردن، د.س، ص1783 والحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص157 والقرافي، الفروق، المرجع السابق، ص655 و 1146 وابن سالم العمراني، البيان، ج5، المرجع السابق، ص380 و 381.

³ - محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص226 وحاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص71

⁴ - أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج6، المرجع السابق، ص157.

ليضيف النفراوي قوله: " وإنما كانت الغلة للمشتري حتى يرد السلعة لأن ضمانها قبل الرد منه." ¹

وهي ما عبر عنها الشافعية بالزيادة المتميزة كثمر النخل وكسب العبد فهي للمشتري ويرد المبيع دونها، ² ومنه فإن رد المشتري للمبيع عند العدول عن التعاقد لا يرد معه الغلة. أما نماء المبيعي التعاقد بالعربون فإنه من أسباب الفوت عند المالكية التي توجب القيمة ابتداء من يوم القبض وفي ذلك يقول ابن رشد: " اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بأحداث عقد فيها أونماء أو نقصان أو حوالة السوق أن حكمها الرد... قال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة." ³

بينما قال الشافعي أن هذا لا يعتبر فواتا ولا شبهة في ملك البيع الفاسد وان الواجب الرد. ⁴ وانقسم المالكية إلى طريقتين بخصوص اللازم في الفوات فذهب ابن يونس وابن بشير وابن الحاجب والشيخ خليل إلى الأخذ بطريقة قيمة المقوم ومثل المثلي، في حين قال ابن رشد واللخمي والمازري بطريقة أخرى وهي أن اللازم في الفوات القيمة مطلقا في المقوم والمثلي على السواء. ⁵

وعليه فإن تأثير العدول في التعاقد بالعربون بالنسبة للغلة أنها تكون من نصيب المشتري بعد قبض المبيع باعتباره ضامن للمبيع، ويكون أيضا النماء له لأن النماء فوت للبيع الفاسد وبالتالي ينتقل إلى ملكه.

¹ - النفراوي الازهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ج2، المرجع السابق، ص133.

² - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص69.

³ - انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص719 والمدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم، ج9، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.س، ص148.

⁴ - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص719.

⁵ - انظر: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص158 وحاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص113.

ثالثاً: موقف الحنابلة من ملكية المبيع وغلته في البيع بالعربون

باعتبار أن بيع العربون من حالات البيع بالخيار عند الحنابلة الذين قالوا بصحة التعاقد بالعربون، سنتعرض لمدى انتقال ملكية المبيع خلال فترة الخيار ثم إلى الكسب والنماء.

1- موقف الحنابلة من ملكية المبيع: أين نجد في انتقال ملكية خلال فترة الخيار روايتين عند الحنابلة:

أ- الرواية الأولى: ينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد، وإذا ثبت الملك في المبيع للمشتري ثبت في الثمن للبائع، فينتقل الملك في التعاقد بالعربون بمجرد العقد خلال فترة الخيار سواء كان الخيار لكل المتعاقدين أو لأحدهما، ولأن البيع تمليك بدليل صحته بقوله ملكتك فيثب به الملك في بيع الخيار كسائر البيوع، فالتمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري وثبوت الخيار فيه لا ينافيه.¹

وهذا ظاهر المذهب لأنه بيع منعقد أو بيع صحيح فوجب أن ينقل الملك،² واستند أصحاب هذا الرأي بظاهر حديث: "من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع" فجعل المال للمشتري باشرطه وأطلق البيع فشمّل بيع الخيار بما فيها بيع العربون.³ ويذكر ابن قدامة أسباب انتقال الملك وأنه لا يتوقف على إمضاء البيع لأنه ليس بشرط في الانتقال أو على فسخه لأن الفسخ ليس بمانع لانتقال الملك، فيقول: "أن انتقال الملك إنما يبنى على سببه الناقل له، وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه، فإن إمضاه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله، والفسخ ليس بمانع، فإن المنع لا

¹ - انظر: الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص94 والمرداوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص

378 والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص206.

² - أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، دار النوادر، ط1، لبنان، 2010، ص62.

³ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص191.

يتقدم على المانع، كما أن الحكم لا سبق سببه ولا شرطه، ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقبه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يثبت وان فسخ.¹

كما ذكر أبي يعلى الفراء بأن هذا موقف الإمام أحمد فقال: "وقد أوماً إليه أحمد في رواية حبيش بن سندي في رجل اشترى عبداً، فوهب للعبد مال قبل أن يفترقا، واختار البائع العبد: فهو للمشتري بضمانه. وهذا يدل على أنه كان على ملك المشتري، لأنه جعل الغلة له."²

ب- الرواية الثانية: لا ينتقل الملك عن البائع حتى ينقضي الخيار، فيكون بذلك الملك للبائع خلال فترة الخيار وهو قول الإمام أحمد كما ذكره ابن قدامة في مغنيه.³

ويطرح هذا الاختلاف بين الرواية الأولى أو الثانية فوائد جمة على أحكام المبيع في العتق والحلف والشفعة والكسب والنماء والزكاة ومؤنة المبيع وغيرها.⁴

2- أما بالنسبة للكسب والنماء فهو يتبع الملك عند الحنابلة، فيكون النماء والكسب لمن انتقل إليه الملك كأصل عام،⁵ غير أن الحنابلة ميزوا فيما يخص الكسب والنماء بين المتصل منه والمنفصل:

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 22.

² - أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص61.

³ - انظر: المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 379 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص20

⁴ - المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 380 وما بعدها.

⁵ - محمد بن صالح العثيمين، مذكرة فقه، ج2، دار البصيرة، ط1، الإسكندرية، 2004، ص 304 وأبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 457.

أ- بالنسبة للكسب والنماء المتصل:

كالسمن والكبر والحمل وتعلم الصنعة فهو تابع للمبيع في الفسخ فيرده معه، فهو يأخذ حكم الرد بالعيب،¹ فظاهر المذهب عند الحنابلة أن النماء المتصل يكون للبائع عند الرد.² ويتبع هذا النماء المبيع لتعذر انفصاله،³ فإذا رجع دافع العربون عن تعاقدته وجب عليه رد المبيع ومعه النماء المتصل به الذي حدث خلال فترة الخيار .

ب- بالنسبة للكسب والنماء المنفصل:

والزيادة المنفصلة نوعان: الأولى زيادة من غير المبيع كالكسب والأجرة وحكمها أنها للمشتري مقابل الضمان لأن المبيع لو هلك تحمل المشتري تبعته طبقاً لقاعدة الخراج ضمان،⁴ ويقول في هذه القاعدة صاحب المطلاع: "الخراج بالضمان: الخراج: ما حصل من غلة العين المبيعة كائنة ما كانت، وذلك أن يشتري شيئاً فيستغله مدة، ... فله رد العين وأخذ الثمن (والعربون جزء من الثمن)، وما استغله فهو له، لأن المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه، ولم يكن على البائع شيء." ⁵

أما الثانية فهي الزيادة من عين المبيع كالولد والثمر واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد الأصل من دونها، لأنه نماء حدث في ملك المشتري فهو من ضمانه وبالتالي من خراجه، فالنماء من موجب الملك لا العقد لأنه لو كان موجبا للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ.⁶

¹ - انظر: ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 23 والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص 208.

² -المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 383.

³ -الرحياني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - إسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهوية، المرجع السابق، ص2579.

⁵ - محمد بن أبي الفتح البعلبي، المطلاع على أبواب المقنع، المرجع السابق، ص237.

⁶ - انظر: المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 380 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص

23 وعبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج4 ، ط1، 1397 هجري، ص427 و 428.

فالصحيح من المذهب أن الكسب والنماء المنفصل يكون للمشتري في فترة الخيار سواء امضيا العقد أو فسخاه، فالزيادة هنا من نصيب المشتري ولا يرد لها إلى البائع وان تم الفسخ بل يرد المبيع لوحده لأن الفسخ رفع للعقد من حين فسخه لا من أصله.¹

الفرع الثاني: أثر العدول عن التعاقد بالعربون على تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي

على أن مسببات الهلاك الكلي هي نفسها مسببات الهلاك الجزئي وهي أربعة آفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي، وتختلف أثرها بحسب من تسبب في هلاك المبيع.

أولاً: موقف الحنفية من أثر العدول في التعاقد بالعربون على تبعة الهلاك:

تختلف آثار تبعة هلاك البيع الفاسد (التعاقد بالعربون) بحسب القبض من عدمه إلى

وجهين:

الوجه الأول: هلاك المبيع قبل القبض:

تنص المادة 293 من مجلة الأحكام العدلية على: "إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري." وجاء في شرح المجلة أنه إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع بطل البيع أو بأفة سماوية فينفسخ لعجز البائع عن تسليم المبيع أو هلك بفعل المبيع نفسه فيسقط الثمن عن المشتري ويرد البائع الثمن المدفوع له للمشتري ومنه يرد مبلغ العربون، إذ يتحمل البائع في هذه الحالة تبعة الهلاك باعتبار المبيع ما يزال في ملكه وهو القائم على ضمانه.²

¹ - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 208 والمرادوي، الإنصاف، ج3، المرجع السابق، ص380 والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص207 و 208.

² - انظر: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص150 والكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص 238 وحاشية ابن عابدين، ج3، المرجع السابق، ص93، بالإضافة إلى المادة 366 من مرشد الحيران لمحمد قذري باشا، المرجع السابق، ص59.

أما إن كان الهلاك قبل القبض بفعل المشتري فيتحمل المشتري تبعات ذلك بضمان مثل المبيع أو قيمته، لأنه بالإتلاف صار قابضاً للمبيع، أما الهلاك بفعل أجنبي فالمشتري الخيار بين إمضاء العقد وإتباع الجاني بالضمان أو فسخه مع استرجاع العربون مثلما أشارت لذلك المادة 368 من مرشد الحيران.¹

هذا بالنسبة للهلاك الكلي قبل القبض أما عند الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض فينفسخ العقد بقدر الهلاك وتسقط حصته من الثمن إن كان نقصان قدر، أما إن كان نقصان وصف فلا يفسخ لان المضمون بحكم البيع الفاسد مضمون بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض وهو هنا غير مقبوض فالمشتري الخيار بين أخذ المبيع بجميع الثمن أو تركه للعيب.² والضابط في التمييز بين القدر والوصف أن كل ما يدخل في المبيع بلا ذكر يعتبر وصفاً فيه كأطراف الحيوان، أما ما يدخل في المبيع إلا بذكر صريح فيعتبر قدراً منه.³ وقد أورد الفقہ الحنفي تطبيقات كثيرة لهلاك المبيع سواء كان كلياً أو جزئياً ومن هذه التطبيقات قطع البائع يد العبد قبل أن يقبضه المشتري يمنح لهذا الأخير الخيار في أخذ العبد بنصف الثمن أو ترك المبيع لتغيره وتعيبه في يد البائع.⁴

¹ - انظر: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص 150 و 151 ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المرجع السابق، ص 59.

² - انظر كل من: الكساني، البدائع، ج 5، المرجع السابق، ص 241 وابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقہ النعماني، ج 6، دار الكتب العلمية، ط 1، لبنان، 2004، ص 424 وحاشية ابن عابدين، ج 3، المرجع السابق، ص 107.

³ - مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقہ الإسلامي عقد البيع، المرجع السابق، ص 124.

⁴ - السرخسي، المبسوط، ج 13، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها.

الوجه الثاني: هلاك المبيع بعد القبض:

إذا دفع المشتري العربون للبائع وقبض منه المبيع بإذنه الصريح أو بالدلالة ثبت الملك للمشتري وتقرر البيع بهذا القبض وانتقل الضمان إليه، فإذا هلك المبيع تحمل المشتري تبعه الهلاك فيكون ضامنا للمبيع اعتبارا من يوم القبض بالقيمة أو بالمثل حسب حال المبيع.¹ فإذا كان الهلاك بفعل المشتري أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه ضمن المشتري ذلك ويقول الكساني: "فأما إذا هلك المبيع كله بعد القبض فإن هلك بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا يفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن لأنه تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن"²

أما ان كان الهلاك بفعل أجنبي يرجع المشتري على الأجنبي بضمانه، في حين إن كان الهلاك بفعل البائع نميز بين إن كان القبض بإذن البائع فيصبح استهلاكه بحكم استهلاك الأجنبي عن العقد، أما إن كان القبض بدون إذن البائع بطل البيع وصار البائع مستردا للمبيع ملتزما برد العربون للمشتري كون الثمن سقط عنه.³

هذا عن أحكام الهلاك الكلي بعد القبض أما بالنسبة للهلاك الجزئي فيضمنه المشتري بالقبض إذا كان النقص بفعل المبيع أو لآفة سماوية أو بفعل المشتري نفسه، أما إن كان الهلاك الجزئي بفعل البائع بغير إذنه بالقبض فسخ العقد بقدر التالف.⁴

¹ - الكليوبي المعروف بدماد افندي، مجمع الأنهر، ج3، المرجع السابق، ص 95 وسليم رستم باز اللباني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص 151 لاسيما المادة 294 من المجلة.

² - الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص 239.

³ - الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص 239 ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج3، المرجع السابق، ص24.

⁴ - الكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص 241.

ثانيا: موقف المالكية من أثر العدول في التعاقد بالعربون على تبعة الهلاك

لا يخول التعاقد بالعربون باعتباره بيعا فاسدا ملكية المشتري للمبيع ولا البائع للثمن كأصل عام، ومن بين أهم تستوجبه أحكام الضمان هلاك المبيع الذي قد يقع قبل القبض أو بعده وقد يكون كلياً أو جزئياً ويختلف الحكم تبعا لكل ذلك وتبعا لمن يتسبب في الهلاك، فإذا هلك المبيع لضياع أو تلف أو استهلاك أو غيره نكون عند المالكية أمام حالتان: ¹

أ- حالة الهلاك قبل القبض:

ذهب ابن القاسم إلى القول بأن هلاك المبيع قبل القبض من ضمان البائع لأنه لم يخرج من ملكه بسبب صحيح والأصل انتفاء الضمان عن المشتري، فإذا هلك المبيع في يد البائع انفسخ العقد بهذا الهلاك، في حين قال أشهب إذا مكن البائع المشتري من أخذ المبيع سواء وقبضه أو قبض الثمن منه فإنه ينتقل الضمان إلى المشتري فيتحمل تبعة هلاك المبيع ولو لم يتم القبض فعلا. ²

وهلاك المبيع قبل القبض متعدد فقد يكون هلاكا كلياً لآفة سماوية أو بفعل البائع نفسه فيتحمل تبعتها البائع، أو يكون الهلاك الكلي للمبيع بفعل المشتري فيكون المشتري ضامناً إذ يعتبر الهلاك هنا بمثابة القبض لأنه لا يستطيع المشتري إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وذاك هو معنى القبض، كما قد يكون الهلاك الكلي راجع لفعل أجنبي فيقع عليه الضمان ويتحمل تبعة الهلاك سواء كان عن عمد أو عن خطأ. ³

¹ - للتفصيل انظر: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها.

² - حاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص45 والنفرأوي، الفواكه الدواني، ج2، المرجع السابق، ص133 ومحمد سكال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص227.

³ - حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص147 إلى 151.

كما قد يكون هلاكاً جزئياً لنفس مسببات الهلاك الكلي الأربعة السابقة الذكر مع اختلاف طفيف في من يتحمل تبعه الهلاك بحسب كل حالة.¹

ب- حالة الهلاك بعد القبض:

إذا تلف المبيع بعد القبض فلا يفسخ به البيع وتقع تبعه هلاك على المشتري نظراً لانتقال الضمان من البائع إليه بالقبض وعليه الثمن لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر بذلك الثمن.² وحجة المالكية في ذلك أن المقبوض على حكم البيع الباطل لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون عليه فهذا أولى، فإذا هلك كان عليه أداء مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان من القيميات.³

فالمالكية يعدون اليد ضامنة إذا كانت المنفعة للقباض، بخلاف ما إذا كانت المنفعة للدافع فلا ضمان وإن كان لمنفعتهما فينظر للأقوى منفعة فيضمن، ولهم كلية من الكليات مضمونها " كل بيع فاسد فزمانه من البائع، فإن قبضه المبتاع ضمنه بقيمته يوم قبضه."⁴ والمقبوض على سوم الشراء لمنفعة القابض فإذا هلك أو تلف بيده يضمن، والمقصود بالمقبوض على سوم الشراء هو المبيع المقبوض الذي انتهى التفاوض بشأنه حول الثمن بين البائع والمشتري واتفقا الطرفان على أن يذهب المشتري بالمبيع ليشار أصحابه، فالمبيع المقبوض على هذا الوجه يكون من ضمان البائع ويلزمه العقد إن رضي السائم بذلك، وجاء في

¹ - انظر للتفصيل: منصور عبد الطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، رسالة ماجستير، كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع جامعة النجاح، فلسطين، 2000، ص 149 وما بعدها.

² - منصور عبد الطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، المرجع السابق، ص 149.

³ - علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، دار النفائس، ط 1، الأردن، 2004، ص 209.

⁴ - ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الحنفية والشافعية والحنبلية، تحقيق محمد بن محمد مولاي، د.س، ص 503 وابن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، دار الكتب العلمية، ط 1، لبنان، 2004، ص 223 والإمام المقري، الكليات الفقهية، دراسة وتحقيق محمد بن الهادي أبو الأجان، الدار العربية للكتاب، تونس، 1405 هجري، ص 148.

مواهب الجليل: "قال مالك فيمن ساوم رجلا سلعة فماكسه المشتري حتى تقف على ثمن فلم يرده البائع على هذا ولا قال له: إن رضيت فخذ وإنما هي بكذا، فيقول السائم: اذهب بها فأشاور، فيقول افعل، فيذهب بها المشاور ثم يرضى ويأتي بالثمن فيبدو للبائع أو يقول بعثها ممن زاد عليك إنما بيني وبينك سوم: فالبيع تام إذا رضيه المبتاع وليس من سام بشيء، فيقال: المبتاع قد أخذتها فيبدو للبائع كمن وقف على ثمن سلعة ودفعها إلى المبتاع فذلك يلزمه إلا أن يقبلها المبتاع وإن هلك ذلك بيد المبتاع قبل أن يرضى به فهو من البائع. هـ. ويؤخذ من هذه المسألة أن السلعة إذا لم يحصل فيها عقد بيع فمصيبتها على ربا. " ¹

والذي يظهر مما سبق أن المالكية يقولون بأن البيع يتم بمجرد السوم والاتفاق على الثمن، وهذا يتطلب الضمان حال هلاك السلعة في يد السائم.

والقبض الموجب للضمان وتحمل تبعه الهلاك هو القبض الفعلي المستمر وليس بمجرد التمكين وقد جاء في الشرح الكبير: "قوله بالقبض أي لا يتمكن المشتري منه ولا باقباضه الثمن للبائع" و شرح الدسوقي ذلك بان الضمان ينتقل في البيع الفاسد إلى المشتري بالقبض المستمر نقد المشتري الثمن أم لا. ²

غير أن الإمام الأجهوري ذكر أن التمكين من أخذ المبيع بمثابة قبض له ومنه فبمجرد تمكين البائع المبيع للمشتري ينتقل الضمان منه إليه ولو لم يقبضه فعلا، وهو نفس ما ذهب إليه أشهب، لكن رد عليه النفراوي بقوله: "الفاقد لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بقبضه

¹ - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، ج6، المرجع السابق، ص307، ومعنى ماكسه (ماكس الشخص التاجر في البيع ساومه، طلب منه أن ينقص الثمن) انظر المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، 2004، مجمع اللغة العربية، ط4، ص881.

² - للتفصيل انظر: حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص70 و 71.

بالفعل، ولا عبرة بتمكين المشتري من أخذه على القول المعتمد، ففعل ما في الأجهوري زلة قلم، لأن الأجهوري إمام عظيم حرر المسألة.¹

فالهلاك بعد القبض يلزم المشتري رد قيمة المبيع إلى البائع قلت عن قيمة العربون أو زادت عنه، وفي ذلك يقول ابن عبد البر: "والحكم في البيوع الفاسدة... فإن فاتت عند المشتري بعد قبضه لها رد قيمة ذلك الشيء بالغا ما بلغ كان أكثر من الثمن أو أقل."²

يتضح إذن أن القبض هو الفيصل عند المالكية لتحصيل تبعه الهلاك في التعاقد بالعربون باعتباره عقدا فاسدا على عاتق المشتري، فإن لم يتم القبض وهلك المبيع هلك على البائع ولا ضمان فيه للمشتري.

والضمان يكون مطلقا في القبض الفاسد فلا فرق بين المتفق على فساده والمختلف فيه ولا بين ما قبل دفع المشتري الثمن للبائع (العربون) وما بعده،³ فهو ضمان أصالة وليس ضمان رهان حسب ابن القاسم، أما سحنون فقد خالفه بجعله من جنس ضمان الرهان، فلا يضمن إلا ما يغاب عليه - ما يخفى على الناس عادة كالطلي والثياب أما الحيوان والعقار فهي مما لا يغاب على الناس - ولم تقم بينة على كيفية هلاكه معللا ذلك بأن المشتري لم يقبضه إلا لحق نفسه على نحو ما يقبضه المالك لا توثقة كالرهان ولا للانتفاع به مع بقاء عينه على ملك المالك.⁴

¹ - انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، المرجع السابق، ص142 وابن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، المرجع السابق، ص222.

² - أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق محمد احمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط1، الرياض، 1978، ص724.

³ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص156.

⁴ - انظر: حاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص70 والنفراوي، الفواكه الدواني، ج2، المرجع السابق، ص141.

ثالثاً: موقف الشافعية من أثر العدول في التعاقد بالعربون على تبعة الهلاك

ميز الشافعية بين هلاك المبيع قبل القبض وبعده فيما يلي:

1- هلاك المبيع قبل القبض:

كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري فإن تلف انفسخ البيع وسقط الثمن لأن المبيع مضمون بالثمن فإذا تلف المبيع سقط مع إتلافه الثمن،¹ فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري بأفة سماوية أو بفعل البائع انفسخ البيع ورجع المشتري إلى الثمن إن كان قد دفعه، فإنه يتلف من ضمان البائع، ويلزم الانفساخ هنا لتعذر الرجوع عليه بالقيمة لأنه مضمون عليه كالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن.² وأما عن تلف الثمار قبل أوان جذاذها بأفة سماوية للشافعية قولان تتلف من ضمان البائع فينفسخ البيع مع رد الثمن هذا في القول القديم أما القول الجديد فهي من ضمان المشتري.³ أما إذا كان الهلاك بفعل أجنبي فهو من ضمان هذا الأجنبي، في حين إن كان بفعل المشتري فإن العقد لا يفسخ ويتقرر عليه الثمن لأن الإتلاف صار قبضاً للمبيع.⁴

¹ - الشريبي، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص78 و88 وانظر في المعنى: الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص221.

² - انظر: ابن سالم العمراني، البيان، ج5، المرجع السابق، ص379 والشريبي، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص69 والرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص77 و81.

³ - ابن سالم العمراني، البيان، ج5، المرجع السابق، ص387.

⁴ - انظر: ابن سالم العمراني، البيان، ج5، المرجع السابق، ص386 والشريبي، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص88 والإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المرجع السابق، ص501.

2- هلاك المبيع بعد القبض:

إذا هلك المبيع بعد القبض فهلاكه يقع على المشتري ولا يفسخ البيع لأن المبيع خرج من ضمان البائع بالقبض فيتقرر الثمن عليه، هذا إذا كان سبب الهلاك راجع لآفة سماوية أو فعل المشتري أو فعل المبيع نفسه.¹

أما إن كان بفعل البائع بعد القبض سواء كان بإذن البائع وبدون إذنه بشرط دفعه للعربون فإن الهلاك يقع على البائع، أما إذا كان القبض بدون إذن البائع ولم يقم المشتري بدفع الثمن فالبيع يفسخ ويسترد البائع المبيع لوقوع الضمان عليه، وفي ذلك يقول الإمام النووي: "لو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع... وأتلفه البائع في يد المشتري، فقولان أحدهما: عليه القيمة، ولا خيار للمشتري، لاستقرار العقد بالقبض وإن كان ظالما فيه، والثاني: يجعل مستردا بالإتلاف، كما أن المشتري قابض بالإتلاف، وعلى هذا، فيفسخ البيع، أو يثبت الخيار للمشتري. قال الإمام: الظاهر: الثاني." ²

وجاء في نهاية المحتاج: "لم يقل أولى لأن الفاسد ليس أولى بعدم الضمان بل بالضمان، ووجه ذلك أن عدم الضمان تخفيف وليس الفاسد أولى به بل حقه أن يكون أولى بالضمان لاشتماله على وضع اليد على مال الغير بلا حق فكان أشبه بالغصب." ³

وضمان المبيع يقتضى تحمل تبعه هلاكه، ويرى الشافعية أن الضمان في التعاقد بالعربون يكون على المشتري بالقبض فيكون المبيع مضمونا بالمثل في المثليات وبالقيمة في القيميات مع الأخذ بأقصى القيم لأنه غاصب في الحالة التي زادت فيها قيمة المبيع فلزم ضمان قيمته فيها كالحالة التي غصبها عليها. ⁴

¹ - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص 79 والشرييني، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص 70 و 77.

² - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص 83 و 84 والإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المرجع السابق، ص 502 و 504.

³ - الرملي، نهاية المحتاج، ج4، المرجع السابق، ص 282.

⁴ - الشيرازي، المهذب، ج3، المرجع السابق، ص 413.

رابعاً: موقف الحنابلة من أثر العدول في التعاقد بالعربون على تبعة الهلاك

نتعرض في هذه الجزئية إلى موقف الحنابلة من تبعة هلاك المبيع خلال فترة الخيار باعتبار أن التعاقد بالعربون تعاقد صحيح كما سلف ذكره، فهلاك المبيع في مدة خيار العربون إما أن يكون وهو في يد المشتري أو يهلك وهو في يد البائع:

1- حالة هلاك المبيع قبل القبض:

فإذا هلك المبيع أثناء فترة الخيار وقبل قبضه من طرف المشتري وكان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً بفعل البائع أو بفعل أجنبي فهو من ضمان البائع لأنه من ماله فينفسخ البيع ويبطل خيار المشتري بلا خلاف،¹ أما إذا كان الهلاك بفعل المشتري قبل القبض فيكون من ضمانه ويبطل خياره لاستقرار الثمن بذلك في ذمته، فقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية في نص المادة 339: "إتلاف المشتري المبيع ولو عن غير عمد قبض له".²

ويكون الهلاك من ضمان المشتري أيضاً ولو كان المبيع في يد البائع في حالة المبيع غير الموزون أو غير المكيلاً أو غير المعدود ولم يمنع البائع المشتري من قبضه، فظاهر المذهب يقع الضمان على المشتري كما لو كان قد قبضه ويأخذ حكم الهلاك بعد القبض،³ أما إذا منعه البائع فالضمان يقع عليه لأنه غاصب.⁴

فإذا كان الهلاك لآفة سماوية بطل العقد، أما إن كان بفعل أجنبي انفسخ العقد لنهي المصطفى صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن والمراد به ربح ما يبيع قبل القبض،

¹ - المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص326 وانظر المادة 317 من مجلة الأحكام الشرعية : أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص147.

² - انظر كل من: البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 206 وعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج4، المرجع السابق، ص 432 والهامش رقم 4 منها وأحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، نفس المرجع، ص153.

³ - المقنع الشرح الكبير الإنصاف، ج11، نفس المرجع، ص326.

⁴ - الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص 147.

وللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء مع طلب المثل في المثلي والقيمة في القيمي، كماله الخيار في حالة الهلاك الجزئي بين أخذ باقي المبيع مع إنقاص الثمن حسب قيمة الجزء الهالك أو رده كله واسترجاع الثمن (العربون).¹

2- حالة هلاك المبيع بعد القبض:

أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد القبض خلال فترة خيار العربون فيكون من ضمانه لأنه ماله تلف بيده،² ويقول ابن قدامة: " .. فهو من ضمانه، لأنه ملكه، وغلته له، فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار."³

والصحيح في المذهب أن خيار المشتري يبطل ويلتزم بدفع الثمن للبائع وليس القيمة لأن العقد أصبح لازماً بإسقاط خيار المشتري، أما بالنسبة لخيار البائع فقيه قولان:⁴

القول الأول: قال به الخرقى وأبي بكر ومضمونه أن خيار البائع يبطل لأنه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المبيع ولا يرجع البائع إلا بالمسمى.

القول الثاني: بينما قال القاضي وابن عقيل لا يبطل خيار البائع وله الفسخ ومطالبة المشتري بمثله أو قيمته لتعذر الرجوع في المبيع، والرجوع بالقيمة تكون من وقت التلف على الصحيح من المذهب.

وسقوط خيار المشتري هنا يلزمه بإكمال الثمن للبائع بعد احتساب مبلغ العربون.

¹ - الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص144 و145 وأبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص238 والخلوتي، حاشية الخلوتي على منتهى الإيرادات، ج2، المرجع السابق، ص 655 وما بعدها.

² - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 206 والمرداوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 380 و415.

³ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - المقنع الشرح الكبير للإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص327 وابي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، نفس المرجع، ص237.

الفرع الثالث: أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع في الفقه الإسلامي

التعاقد بالعربون فيه خيار بين إمضاء العقد أو العدول عنه، وسنتعرض إلى مدى صحة تصرف في المبيع أثناء فترة الخيار سواء كان التصرف من طرف البائع أو من المشتري سواء كان قبل القبض أو بعده عند فقهاء المذاهب الأربعة.

أولاً: موقف الحنفية من أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع

التصرف في المبيع من طرف أحد العاقدين في البيع الفاسد (التعاقد بالعربون) إما يحدث قبض القبض أو بعده باعتبار القبض ضابط انتقال الملك عند الحنفية:

الصورة الأولى: التصرف في المبيع قبل القبض:

وفي هذه الصورة نميز بين تصرف البائع وتصرف المشتري، فإذا تصرف البائع في المبيع بالبيع أو الهبة أو الصدقة أو الوقف يكون تصرفه صحيحاً نافذاً لأنه تصرف فيما يملك، فتصرف البائع هنا يعطي للمشتري دافع العربون الخيار إن شاء نقض البيع واسترد الثمن (مبلغ العربون) وإن شاء امضي البيع وضمن المشتري الثاني قيمة المبيع اعتباراً من يوم القبض.¹ أما إذا كان التصرف في المبيع من طرف المشتري دافع العربون فلا ينفذ تصرفه لأنه فيما لا يملك، وللبائع إبطال البيع إذا كان تصرفاً يقبل النقض كالبيع والرهن والهبة، فإن كان تصرفاً لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاء فلا يبطله البائع لأن له حق الاسترداد وحبس المبيع إلى حين قبض الثمن.²

¹ - ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، المرجع السابق، ص301.

² - انظر كل من: حاشية ابن عابدين، ج7، المرجع السابق، ص369 وابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، المرجع السابق، ص292 ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج3، المرجع السابق، ص14 والكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص180 وسليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص128 و129.

وحجتهم بعدم جواز تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لما فيه من غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، فيتبين بالهالك أن المشتري باع ما لا يملك.¹

الصورة الثانية: التصرف في المبيع بعد القبض:

أ- النسبة لتصرف المشتري في المبيع بعد القبض:

إذ يعتبر يصير تصرف المشتري في المبيع بعد القبض تصرفا جائزا،² نافذا فيسقط على أثره حق البائع في الاسترداد، فإذا باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا يبيعا صحيحا نفذ البيع لأنه ملكه فملك التصرف فيه ويسقط بذلك حق البائع الأول في الاسترداد لتعلق حق العبد بالعقد الثاني في حين العقد الأول كان فاسدا متعلقا بحق الشرع فيقدم حق العبد على حق الشرع، كما أن البيع الأول الفاسد مشروع بأصله لا وصفه أما البيع الثاني فهو مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته إضافة إلى حصوله بتسليط من البائع الأول لأن التمليك منه مع الإذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني.³

وفي ذلك يقول الزيلعي: "ولو تصرف فيه المشتري ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه إذا كان تصرفه بعدما قبضه بإذن البائع وليس

¹ - منصور عبد الطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، المرجع السابق، ص169 والكساني، البدائع، ج5، المرجع السابق، ص180.

² - سليم رستم باز اللبناي، شرح المجلة، المرجع السابق، ص204.

³ - انظر كل من: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، المرجع السابق، ص427 وما بعدها وابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، المرجع السابق، ص421 وما بعدها والكلبيوي المعروف بدماد افندي، مجمع الأنهر، ج3، المرجع السابق، ص98 و99 وحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1997، ص156.

للبيع ابطاله وعلى المشتري القيمة أو المثل إن كان مثليا ويطيب ذلك الملك للثاني لأنه ملك بعقد صحيح.¹

ومن قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فكأنما لم يقبض، ومنه فالتصرف فيه لا ينفذ لعدم انتقال الملك بانعدام القبض، ويصير البائع مستردا.²

ب- بالنسبة لتصرف البائع في المبيع بعد قبضه من طرف المشتري:

ولأن الملك ينتقل بالقبض بإذن البائع إلى المشتري يعتبر تصرف البائع هنا تصرفا باطلا لأنه استوفي حقه بالتسليم فلو تصرف المشتري في المبيع بعد القبض وقام البائع بالتصرف في نفس المبيع عد تصرفه هذا غير نافذ إذ لا يجوز له نقض تصرف المشتري.³

ثانيا: موقف المالكية من أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع:

يرى المالكية أن التعاقد بالعربون باعتباره بيعا فاسدا لا ينقل الملك إلا بالفوات، ومن بين ما يحصل به الفوات هو الخروج عن اليد بالتصرف في المبيع،⁴ والتصرف في المبيع محل التعاقد بالعربون (البيع الفاسد) أما إن يكون من طرف المشتري أو من طرف البائع.

1- تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا:

لقد اختلفت المالكية في تأويل ما جاء في المدونة من حكم البيع الذي يفيت البيع الفاسد هل يكون قبل القبض أم بعده، في حين ذهب جانب منهم إلى القول بأن البيع فوت على كل حال قبض أو لم يقبض.⁵

¹ - الزيلعي، تبين الحقائق، ج4، المرجع السابق، ص64 وللتفصيل أحكام التصرف في المبيع بعد القبض بالهبة والعنق والتدبير انظر: وحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج6، المرجع السابق، ص157 وما بعدها وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، المرجع السابق، ص430 وما بعدها.

² - ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، المرجع السابق، ص297 و 420.

³ - سليم رستم باز اللباني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص138 لاسيما المادة 264 منها.

⁴ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، المرجع السابق، ص158.

⁵ - للتفصيل أكثر انظر: أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي المعروف بالفاضي عياض، التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2011، ص1152.

أ- تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا قبل القبض:

لم يجز ابن القاسم والفضل وابن الكاتب بيع المشتري ما اشتراه فاسدا قبل قبضه باعتبار أن المبيع قبل القبض من ضمان البائع ولا يجعله في حالة فوت، وكذا الأمر بالنسبة للهبة فتبطل قبل القبض، بينما ذهب ابن محرز وغيره أن البيع مفيت قبل القبض وكذا الصدقة والعتق والتدبير وكذلك الهبة.¹

أما بالنسبة إذا اعتق المشتري أو كاتب أو دبر أو تصدق قبل القبض اعتبرت هذه التصرفات مفيتة للمبيع إذا كان المشتري يقدر على الثمن، أما إذا لم يكن له مال لم يجز عتقه وجاء في المدونة: "العتق للمشتري لازم قبض أو لم يقبض إذا كان البيع فاسدا ويقوم عليه في ماله ويؤخذ من ماله قيمته إذا كان له ما فإن لم يكن له مال فلا يجوز عتقه... لأن عتقه العبد قبل أن يقبضه قبض منه."²

غير أن المالكية اختلفوا أيضا في مسألة العتق فقال ابن يونس بمن له أسبقية العتق بغض النظر عن القبض من عدمه، فقد جاء في المدونة: "وان البائع لو اعتق في البيع الفاسد لجاز ذلك عليه ولم يكن للمشتري عتق معه إلا أن يكون المشتري اعتق قبل البائع فيكون قد أتلّفها."³ بينما ذهب ابن القاسم وسحنون إلى القول بعدم جواز عتق المشتري قبل قبضه لأنه غير منعقد وضمانه من بئعه، في حين قال أشهب لا عتق للبائع بعد قبض المشتري.⁴

1 - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، ج6، المرجع السابق، ص264.

2- الإمام سحنون عن ابن القاسم، المدونة الكبرى، ج10، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.س، ص147.

3- الإمام سحنون عن ابن القاسم، المدونة الكبرى، ج10، المرجع السابق، ص137.

4 - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، ج6، نفس المرجع، ص266.

ب- تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا بعد القبض:

إذا كان التصرف من المشتري بالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر اعتبر تصرفا نافذا محصلا للفوات وعلى أثرها ينتقل الملك للمشتري لأن الملك ينتقل بالفوات عند الملكية.¹ غير أن تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا لا يكون نافذا مفيتا إلا إذا كان تصرفا صحيحا، أما إذا كان هذا التصرف بيعا فاسدا هو الآخر فلا يعتبر مفوتا للتعاقد بالعربون، وقد جاء في الشرح الصغير: "وبالخروج عن اليد أي يد مشتريها فاسدا كبيع صحيح لا فاسد فلا يفيت... وأدخلت الكاف الهبة والصدقة والحبس."² وتأخذ الهبة حكم البيع. فالتصرف في المبيع بيعا فاسدا بعد القبض عند الملكية فوت للمبيع موجب للقيمة،³ وقد اختلفت الملكية في مسألة تحايل المشتري بالتصرف في المبيع قصد تفويت البيع الفاسد، فيرى القاضي عياض أنه غير ماض ولا فوت فيه بقوله: "لو علم بالفساد ثم باعها قصدا لتفويتها أن يبيعه غير ماض." فينقض البيع الأول الفاسد و كذا البيع الثاني.⁴ بينما ذهب اللخمي إلى القول بأنه إذا كان قصد المشتري بالبيع أو الهبة أو الصدقة التفويت للبيع الفاسد كان فوتا وان قصد الإفاتة.⁵ وهناك من ميز بين قيام البائع برد المبيع وفسخ العقد قبل الفوات وبعده، فإذا تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا بالبيع أو الهبة ولم يقم البائع برد المبيع وفسخ البيع الفاسد عد هذا التصرف مفيتا نافذا، أما إن كان بعد قيام البائع برد المبيع فلا يعتبر تصرف المشتري مفيتا.⁶

1 - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، ج6، المرجع السابق، ص260.

2 - انظر: حاشية الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص113 وحاشية الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص74.

3 - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص719.

4 - القاضي عياض، التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، المرجع السابق، ص992 و 1153.

5- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، ج6، نفس المرجع، ص266.

6- أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج6، المرجع السابق، ص176.

2- تصرف البائع في المبيع بيعا فاسدا:

ان تصرف البائع في المبيع بيعا فاسدا وهو في يده فهو تصرف نافذ صحيح لأنه تصرف فيما يملك سواء بالبيع أو الهبة أو العتق إن سبق البائع المشتري به كما سبق، أما التصرف في المبيع قبل القبض وذلك بقيام البائع ببيع المبيع وهو في يد مشتريه قبل أن يقبضه يرد إليه ولا إمضاء فيرد البائع الثمن (العربون) وينفذ تصرفه بالبيع والهبة والصدقة.¹

ففوات التعاقد بالعربون بهذه التصرفات من قبل المشتري فإن التعاقد بالعربون يمضي بالقيمة ابتداء من يوم القبض بعد خصم مبلغ العربون كما جاء في التمهيد: "بأن بيع العريان منسوخ إذا وقع قبل القبض أو بعده.... فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها وعلى كل حال يرد ما أخذه عربانا."²

ثالثا: موقف الشافعية من أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع

يرى الشافعية أن التعاقد بالعربون باعتباره بيعا فاسدا لا ينقل الملك مطلقا، وبالتالي يبقى الملك للبائع مما يؤثر على صحة التصرفات في المبيع في البيع المقترن بالعربون (البيع الفاسد) والتي إما أن تكون من طرف المشتري أو من طرف البائع.

1- تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا: نميز بين حالتين:

الأولى: متعلقة بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض إذ لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع سواء بإذن البائع أو بغير إذنه دفع الثمن أو لم يدفع لأن القبض يعطي التسلط في التصرف، ويجب عليه رد المبيع، فالتصرف في المبيع بالبيع والعتق والوقف والهبة تعتبر تصرفات باطلة مطلقا ولا تنفذ لأن المشتري تصرف فيما لا يملك.³

¹ - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل، ج6، المرجع السابق، ص265 .

² - ابن عبد البر، التمهيد، ج24، المرجع السابق، ص179.

³ - الشيرازي، المهذب، ج3، المرجع السابق، ص 20 وانظر للتفصيل في بعض آراء الشافعية في حكم هذه التصرفات: النووي، المجموع شرح المهذب، ج9، المرجع السابق، ص 319 و 320 والماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص508 و 326 و 312 و زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج1، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1998، ص301.

أما الثانية: تصرف المشتري في المبيع بعد القبض بإذن البائع فللشافعية وجهين: أحدهما صحة هذه التصرفات فتصير لازمة لتضمنها الإجازة وهو قول ابن الصباغ، وثانيهما بعدم صحتها لضعف ملك المشتري وعدم تقدم الإجازة فعلى المشتري رد المبيع، غير أن المذهب عند الشافعية وفي ذلك بقول الشيرازي: "ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا اعتاق ولا هبة ولا غيرها، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب"¹

وعموما يرى الشافعية بطلان تصرف المشتري في المبيع بعد القبض وفي ذلك يقول المرادوي: "وان تصرف فيه بعد القبض ببيع أو هبة أو عتق كان باطلا مردودا"². هذا إذا كان تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لشخص آخر غير البائع إما إذا تصرف المشتري في المبيع قبل القبض للبائع نفسه ففيه وجهان: أحدهما لا يجوز التصرف والثاني قال بصحته، هذا إذا باع المبيع كما هو لا زيادة فيه ولا نقصان أما إن كان حصل فيه تفاوت فهو إقالة بصيغة البيع.³

2- تصرف البائع في المبيع بيعا فاسدا:

تعتبر تصرفات البائع نافذة في المبيع بيعا فاسدا باعتباره مالكا له وأن المبيع بيعا فاسدا لا ينقل فيه الملك فيستأثر بذلك البائع بالتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الوقف أو العتق لأنه من شروط صحة البيع عند الشافعية أن يكون المبيع مملوكا للبائع.⁴

¹ - انظر: النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، المرجع السابق، ص243 و 245 و 455 والشرييني، مغني المحتاج، ج2، المرجع السابق، ص91 ومنصور عبد الطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، المرجع السابق، ص172 وعبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العابدي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج4، المرجع السابق، ص403.

² - الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، المرجع السابق، ص316.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، نفس المرجع، ص309.

⁴ - عبد الكريم الرفاعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج4، المرجع السابق، ص31 وما بعدها.

رابعاً: موقف الحنابلة من أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع

التعاقد بالعربون فيه خيار عند الحنابلة فهو بيع لازم من جهة البائع، أما من جهة المشتري فله الخيار بين إمضاء العقد أو العدول عنه، وسنتعرض مدى نفاذ التصرف في المبيع أثناء فترة الخيار سواء كان التصرف من طرف البائع أو من المشتري، وهل يعد فسخاً من البائع ورضاً بإتمام البيع من المشتري.

يذهب بعض الحنابلة إلى القول بأن تصرف البائع والمشتري في المبيع أثناء فترة خيار العربون لا يصح إذا كان الخيار لكليهما لأن في طرفه الفسخ فلا بد من تقدمه على العقد، وفي طرف الرضي يمتنع لتعلق حق الآخر.¹

غير أنه يمكن إجمال أثر العربون على تصرف المتعاقدين بحب الصحيح من المذهب الحنبلي فيما يلي:

1- تصرف المشتري في المبيع أثناء فترة خيار العربون:

إذا تصرف المشتري في المبيع خلال فترة خيار العربون سواء بالبيع أو العتق أو الهبة أو الوقف أو أي تصرف آخر فإنه ينفذ في الصحيح من المذهب ويسقط معه خيار المشتري بذلك، لأنه يتصرف في ملكه، فالمشتري بتصرفه هذا دليل على رضاه بالمبيع فيبطل به خياره - لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا وبالدلالة - فيمضي به العقد في الصحيح من المذهب.²

وجاء في الإنصاف: "والمنصوص عن أحمد في رواية أبي طالب: أن للمشتري التصرف فيه بالاستقلال على القول بأن الملك ينتقل إليه. وهو المذهب."³

¹ - انظر: المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص387 والرحياني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص 97 وأبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص 237.

² - المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 318 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 18.

³ - المرادوي، الإنصاف، ج4، نفس المرجع، ص383.

بينما ذهب ابن الخطاب إلى القول بعدم صحة تصرف المشتري وأن خياره لا يبطل إلا بالتصريح بالرضا بالمبيع.¹

فثبت الخيار للمشتري خلال فترة العدول لا يمنعه من التصرف في المبيع لأنه أصبح ملكا له بالعقد كما سبق ذكره، ولا يقتصر الحال على التصرف النافذ فحسب بل وحتى التعريض كأن عرضه على البيع أو على الرهن أو باعه بيعا فاسدا أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره لأن ذلك يدل على الرضا به، ويقول الرحيباني: "...كتعريض للبيع."، كما جاء في الشرح الكبير: "وقال أحمد: إذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بريح، فالريح للمبتاع، لأنه وجب عليه حين عرضه."²

ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فإن خيار البائع باق لأنه خياره لا يبطل برضا غيره، إلا أن يكون تصرف المشتري بإذن البائع فإنه يبطل خيارهما معا لوجود الرضا منهما.³

2- تصرف البائع في المبيع أثناء فترة خيار العربون:

أما إذا كان التصرف في المبيع أثناء فترة خيار العربون من طرف البائع فإن تصرفه لا ينفذ وهو الصحيح من المذهب، لأنه تصرف فيما لا يملك باعتبار الملك انتقال عنه إلى المشتري، ثم أن تصرفه لا يعتبر فسخا في الصحيح من المذهب.⁴

فلو باع البائع أو وهب أو أوقف في مدة الخيار لم ينفذ شيء من ذلك ولم يكن فسخا للبيع لأن أكثر ما فيه ثبوت حق الفسخ له وهذا لا يدل على جواز تصرفه، كالأهـب يملك الرجوع ولا يصح تصرفه، ومنه فإن لم يصح تصرفه لم يكن ذلك فسخا.⁵

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 19.

² - المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 319 والرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص 97.

³ - انظر: ابن قدامة، المغني، ج6، نفس المرجع، ص 20 والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 209.

⁴ - المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 384 و386.

⁵ - أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 81.

ويقول البهوتي: "وان تصرف البائع في المبيع لم ينفذ تصرف ولو كان عتقا لانتقال الملك عنه للمشتري سواء كان الخيار له وحده أو للمشتري وحده أو لهما." ¹

أما ابن قدامة فيقول: "وعن أحمد رواية أخرى، أنه لا يفسخ البيع بذلك، لأن الملك انتقل عنه، فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له." ²

ومن بين مسائل الفقه الحنبلي في مجال عدم نفاذ تصرف البائع في المبيع مسألة عتق البائع العبد في مدة الخيار فلا ينفذ عتقه سواء تم المشتري العقد أو فسخه ذلك أن ملكه قد زال بالمبيع فلم ينفذ عتقه ابتداءً، في حين أن عتق المشتري تصرف صحيح نافذ. ³

بينما يصح تصرف البائع في المبيع أثناء فترة خيار العربون إذا كان بإذن المشتري، فيكون تصرف البائع مسقطا لخياره وخيار المشتري معا. ⁴

¹ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 209.

² - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 20.

³ - أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 71 و 74.

⁴ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، نفس المرجع، ص 209.

المطلب الثاني: انتقال خيار العربون ومسقطاته في الفقه الإسلامي

إن خيار العربون باعتباره شرطاً يوصف به العقد وحقاً للمتعاقدين يسمح لها بالاختيار بين إمضاء العقد أو فسخه، غير أنه قد ينتقل هذا الحق إلى أطراف أخرى لأسباب مختلفة، فمسألة انتقال الحقوق بصفة عامة وتوريثها إلى الخلف كان محل خلاف بين الفقهاء أساسه يعود إلى أمرين فالأول: في كيفية تفسير الفقهاء لكلمة "أموال" أين قال الحنفية أن المنافع ليست أموالاً بل هي أملاك فلا تورث، في حين اعتبر الجمهور المنافع أموالاً لها قيمة مالية قابلة للتوريث، والأمر الثاني هو اتفاقهم على أن الحقوق الشخصية لا تورث لكن الحنفية ادخلوا خيار الشرط ضمن الحقوق الشخصية أما الجمهور فاعتبروه من الحقوق المالية التي تخدم المال وتتبعه.¹

وقد أثر هذا الاختلاف بين الفقهاء على انتقال خيار العربون من عدمه بين المذاهب وحتى داخل المذهب الحنبلي باعتباره المميز لهذا النوع من التعاقد. أما بالنسبة لمسقطات خيار العربون فقد اعتنى بها فقهاء المذهب الحنبلي من خلال تقسيمهم له إلى إسقاط صريح وبالذلالة وآخر بالضرورة. ومنه فسيتم التعرض في هذا المطلب إلى انتقال خيار العربون قيد حياة صاحب الحق وكذا انتقال هذا الحق إلى الورثة في فرع أول ثم في الفرع الثاني سنتطرق إلى مسقطات خيار العربون في الفقه الإسلامي.

¹ - بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 37.

الفرع الأول: انتقال خيار العربون في الفقه الإسلامي

وسنقتصر على التطرق إلى موقف الفقه الحنبلي لوحده من بين المذاهب الأربعة باعتباره المجيز للتعاقد بالعربون، والذي يعتبر العربون من الخيارات، فما مدى انتقال الحق في العدول عن التعاقد بالعربون إلى الورثة أو حتى إلى الغير؟

أولاً: إمكانية انتقال خيار العربون إلى الغير قيد حياة صاحب الخيار

إن التعاقد بالعربون كأى عقد صحيح آخر يحدث آثاره بإرادة عاقيه البائع والمشتري، هذا الأخير الذي غالباً ما يملك خيار العدول خلال فترة معينة، فالأصل أن لا ينتقل خيار العربون وممارسة العدول إلى الغير ما دام صاحب حق العدول على قيد الحياة، إلا أنه قد يحدث وأن يتعذر على صاحبه ذلك فيمارس حقه شخص آخر بدلاً عنه، ومن هذه الحالات نجد: ¹

1- الجنون والسفه:

فلو جنّ صاحب حق الخيار قبل الاختيار فهو على خياره، لأن الجنون لا يبطل الخيار لتعذر الاختيار فحسب ولا يخرج المال من ملكه وهو على خياره إذا أفاق من جنونه، فإن يأس من افاقته لجنونه المطبق قام وليه مقامه، ويلحق بالجنون السفه. ²

هذا وهناك قول لظاهر المذهب من الحنابلة بأن الخيار لا يثبت للولي أو الوصي عند الجنون لأن الرغبة في المبيع وعدمها لا تعلم إلا من جهة صاحب الخيار، في حين فسّر

¹ -المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج11، المرجع السابق، ص 275 و 279.

² - انظر: وعبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج4، المرجع السابق، ص 420 والرحبياني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص 86 والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 201 وأبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص146 وابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، دار هجر، ط1، مصر، 1997، ص 78.

آخرون الجنون الذي لا يقطع الخيار وينتقل إلى الولي هو الجنون المطبق فقط.¹

2- الخرس:

لو خرس أحدهما قامت إشارته مقام نطقه، فإن لم تفهم إشارته قام وليه مقامه.²

3- الإغماء:

فمن أغمي عليه قبل ممارسة حقه في الخيار قام الحاكم مقامه على قول من الحنابلة في حين ذكر قول ثان منهم إلى قيام الأب أو الوصي أو الحاكم مقامه.³
ففي هذه الحالات ينتقل الخيار إلى الغير رغم أن صاحب الخيار على قيد الحياة أين يصبح غير قادر على الاختيار فينتقل إلى وليه أو وصيه أو إلى الحاكم ليقوم مقامه، وفي ذلك يقول ابن قدامي: "وان خرس أحدهما، فقامت إشارته مقام لفظه، فإن لم تفهم إشارته، أو جنّ أو أغمي عليه، قام وليه من الأب، أو وصيه، أو الحاكم مقامه."⁴

ثانيا: انتقال خيار العربون إلى الورثة بالوفاة

إن خيار العربون له طبيعته الخاصة مقارنة بالخيارات الأخرى في الفقه الحنبلي لما يحتويه من صفة مالية وارتباطه بالحق المالي، فالى أي مدى يورث هذا الحق أو هذا الخيار إلى الورثة عند وفاة مورثهم صاحب الخيار قبل التعبير عن خياره، وقد اختلفت الحنابلة إلى موقفين في ذلك:

¹ - انظر كل من: الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص86 والخلوتي، حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، ج2، المرجع السابق، ص 611 والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، المرجع السابق، ص 187 والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 201.

² - مرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، المرجع السابق، ص28.

³ - المرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 371.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص14.

1- الموقف الأول: خيار العربون ينتقل فيه إلى الورثة

يرى أبي الخطاب وجماهير الأصحاب وهو المذهب كما قال المرادوي أن خيار العربون لا يبطل بموت صاحب الخيار بل ينتقل الحق فيه إلى الورثة فهو كخيار الرد بالعيب وكذا الأجل، هذا الأخير لا يبطل بالموت عند الإمام أحمد، كالمالك ينتقل بنفس العقد قبل انقضاء الخيار.¹

ويصبح للورثة بهذا الانتقال الخيار بين الإمضاء أو الفسخ لأنهم ورثوه على مورثهم على هذا الوجه، ويورث حق الخيار إلى الورثة سواء طالب به المشتري قبل موته أو لم يطالب به.² واشترط كثير من فقهاء الحنابلة ضرورة مطالبة صاحب الخيار قيد حياته بانتقال حق الخيار إلى الورثة لكي يكون انتقال الحق معتبرا، لأنه حق فسخ فينتقل إلى الورثة كالفسخ بالتحالف وكخيار قبول الوصية، أما إذا لم يطالب به فلا ينتقل هذا الحق إلى الورثة،³ للأسباب التي سنوضحها عند أصحاب الموقف الثاني.

2- الموقف الثاني: خيار العربون لا ينتقل إلى الورثة

يرى أصحاب هذا الموقف وهو الظاهر من المذهب أن خيار العربون يبطل بموت من له الخيار، فخيار العربون لا يورث، ومن مات بطل خياره لأنه يتعذر عليه الخيار.⁴ وكل من ثبت له خيار من جهة الشرط فإنه لا ينتقل إلى ورثته لأن الخيار من حقوق العقد كالأجل وليس من حقوق الملك حتى نقول بانتقاله إلى الورثة، كما أن الوارث لا يقوم مقام

¹ - عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، المرجع السابق، ص608 وابي يعلي الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 139 و 142 والمرادوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 393.

² - الحاشية العثيمينية على زاد المستتقع، جمعها واعدها حازم خنفر، 2014، هامش ص298.

³ - شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، دار المعرفة، لبنان، د.س، ص 90 وابن المفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص14.

المشترى في الرأي والاختيار.¹

وجاء في المستوعب: ".. قال أحمد - رحمه الله - ثلاثة أشياء لا تورث ما لم تقع المطالبة بها قبل الموت: خيار الشرط، والشفعة، والحدود." ² وخيار العربون يدخل ضمن خيار الشرط.

ويبطل الخيار بموت صاحبه دون انتقال الحق إلى ورثته لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث، ³ وقد ورد في كثير من مؤلف للحنابلة ما يعزز ذلك: "... لا يورث إلا بمطالبة الميت، كخيار الرجوع في هبة ولده، ولأن معنى الخيار: تخييره بين فسخ وإمضاء، وهو صفة ذاتية كالاختيار، فلم يورث كعلمه وقدرته." ⁴

ويترتب على انقطاع الخيار وبطلانه بموت صاحب الخيار وعدم انتقال الحق إلى ورثته تأكد العقد ولزومه عند الحنابلة.⁵

¹ - أبي يعلي الفراء، التعليفة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 143 و 145 و 150.

² - انظر: عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، المرجع السابق، ص607 وعبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع، ج4، المرجع السابق، ص 433 الهامش 1 و 2.

³ - ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - ابن مفلح، الفروع ومعه تصحيح الفروع وحاشية ابن قندس، ج6، مؤسسة الرسالة ودار مؤيد، ط1، لبنان، 2003، ص226 وابن المفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، المرجع السابق، ص75 وعبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع، ج4، المرجع السابق، ص 432 الهامش 5.

⁵ - أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، عيون المسائل، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2009، ص398.

الفرع الثاني: مسقطات خيار العربون في الفقه الإسلامي

يسقط خيار العربون بما تسقط وتبطل به الخيارات في الفقه الإسلامي، غير أنه سنكتفي بالتعرض للمذهب الحنبلي المجيز للتعاقد بالعربون، ومن بين مسقطات خيار العربون في الفقه الحنبلي نجد: ¹

أولاً: الإسقاط الصريح لخيار العربون

ويكون الإسقاط هنا بالإرادة الصريحة المباشرة للمشتري وذلك بإمضاء العقد أو العدول عنه، ² إذ يسقط خيار العربون بالتصريح من طرف المشتري باختيار إمضاء العقد كأن يقول أثناء فترة الخيار "أجزت البيع"، عندها يبطل الخيار ويتأكد العقد فيرجع إلى أصله وهو اللزوم والنفاد. ³

كما يسقط الخيار أيضاً بتصريح المشتري باختيار العدول عن التعاقد بأن يقول "أبطلت العقد"، وذلك اختيار للفسخ وترك للإمضاء فيفسخ لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإمضاء. ⁴

وخيار العدول يعد فسخاً دون حاجة إلى اشتراط موافقة البائع في ذلك سواء كان حاضراً أو غائباً لأن من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره، كما أن حديث إن رضي أخذ وان سخط ترك جاء على العموم دون اشتراط حضور البائع أو غيبته. ⁵

¹ - انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص 539 ومحمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص668 وعبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المرجع السابق، 183.

² - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص528.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص 539.

⁴ - مرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج2، المرجع السابق، ص 28 ومجموعة فتاوى ابن تيمية، ج 29، المرجع السابق، ص 357 و 358.

⁵ - أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 127 و 128 وعبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، المرجع السابق، ص 607.

وأيهما تم التصريح به أثناء الفترة المتفق عليها اسقط الخيار وفي ذلك يقول ابن قدامة: "ولأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا".¹

ثانيا: الإسقاط بالدلالة لخيار العربون

في هذه الحالة لا يصرح المشتري بإسقاط خيار العربون وإنما يتصرف في المبيع أثناء فترة الخيار بما يدل على ذلك، فيسقط خيار المشتري إذا باع أو وهب أو أوقف أو رهن أو قام بأي تصرف آخر في المبيع خلال فترة الخيار،² ففي ذلك اختيار للإمضاء وترك للفسخ فتصبح هذه التصرفات دليلا على قصد إبقاء الملك وإجازة للتعاقد وبالتالي تأكيد العقد.³

ثالثا: الإسقاط بالضرورة لخيار العربون

فتخرج حالات الإسقاط بالضرورة عن إرادة المشتري إما عدم تعبيره عنها أثناء مدة الخيار أو لتغيير في المبيع بعد القبض.

1- انتهاء المدة المتفق عليها للخيار من غير اختيار:

يبطل خيار العربون بانقضاء مدته دون قيام المشتري بفسخ العقد فيبقى العقد بلا خيار ويصبح عندها لازما، وفي ذلك يقول صاحب المبدع: "وان مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما ولزم العقد وهو الأصح"⁴ في ظاهر المذهب، لأن مدة الخيار ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل.⁵

¹ - ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 18.

² - انظر: بدران ابو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص 529 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص 24.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 437.

⁴ - انظر: ابن المفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، المرجع السابق، ص 69 والمرداوي، الإنصاف، ج4، المرجع السابق، ص 378.

⁵ - أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 153.

2- موت من له حق الخيار:

موت من له الخيار عند الحنابلة، لأن خيار الشرط لا يورث عندهم لأنه مجرد رغبة ومشية،¹ ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث،² فيصير العقد لازماً لأنه وقع العجز عن الفسخ فيلزم ضرورة ما لم يطالب به قبل موته فيجوز حينئذ انتقال الحق فيه إلى الورثة.³

3- هلاك المبيع أو تعييبه بعد قبضه أثناء مدة الخيار :

تعييب محل العقد أو هلاكه في يد المشتري بعد قبضه أثناء مدة الخيار، يسقط خيار المشتري ويبطله، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض، وبعد هلاكه لا يمكن رده، وإذا تعيب يمتنع رده، فالمنصوص أنه يرجع بالثمن لأنه مغرور كما قال ابن قدامة، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقاء الخيار، ويستوي في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بأفة سماوية.⁴

وعليه فإذا تلف المبيع في يد المشتري سقط خياره واستقر الثمن في ذمته.⁵

¹ - عبد الحميد الجباش، التعريف بالفقہ الإسلامي والنظريات الفقهية، دار النهضة العربية وكتبة الزهراء، ط1، لبنان، 2009، ص185.

² - محمد سلام مدكور، المدخل للفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص668.

³ - الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المرجع السابق، ص99.

⁴ - انظر كل من: المقنع الإنصاف الشرح الكبير، ج11، المرجع السابق، ص326 وأبي الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص237 وابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، المرجع السابق، ص125 وأحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص310.

⁵ - انظر: الجزيري، الفقہ على المذاهب الأربعة، ج2، المرجع السابق، ص163 وعبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، المرجع السابق، ص607.

يتضح من خلال المقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي بأن عقد البيع هو المجال الخصب لتطبيق أحكام التعاقد بالعربون، وعن أثر العربون على نقل الملكية، فالأصل أن الملكية تنقل في الحال وأن إمكانية العدول لا تأثير لها على آثار العقد، لكن هذا لا يمنع الأطراف من الاتفاق على تأجيل نقل الملكية إلى حين انتهاء مدة العدول، بينما وضع الفقہ الإسلامي ضابط القبض للقول بالملك فقال الحنفية بانتقال الملك للمشتري بالقبض لا قبله لأن البيع بالعربون فاسد والبيع الفاسد يفيد الملك بالقبض لما للقبض من شبه بالإيجاب، بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أن الملك لا ينتقل إلى المشتري وان تم القبض بل أن قبض المشتري للمبيع في التعاقد بالعربون ينشأ التزام بضمان المبيع ورده إلى البائع، أما الحنابلة بموقف نفس موقف القانون المدني الجزائري إذ تنتقل الملكية إلى المشتري في التعاقد بالعربون عندهم بمجرد العقد في قول وفي قول آخر للإمام أحمد يتراخي انتقال الملك إلى حين انقضاء مدة الخيار، وكلا القولين معتمد لدى القانون المدني الجزائري بغض النظر عن القبض أو التسليم مثلما ذهب إليه الجمهور.

أما بالنسبة لإيراد المبيع وثماره فقد أقر المشرع الجزائري أنه بدفع العربون يصبح المشتري متملكا لكل إيراد يحصل للمبيع أو ثمار تنتج عنه حتى ولو قبل التسليم إلا إذا اتفقا الطرفين على خلاف ذلك، وأن حصول المشتري دافع العربون على ثمار المبيع متوقف على عدم ممارسة العدول فإن عدل استبقى البائع المبيع لديه بكل ثماره كما يستبقى عنده أيضا مبلغ العربون وفقا لقاعدة العدول، في حين فصل الفقہ الإسلامي في أحكام الكسب والنماء والغلة فاشتراط الأحناف لكي تكون الزيادة من نصيب المشتري أن تكون زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة عنه دون باقي أنواع الزيادات، أما عند المالكية والشافعية فتكون الزيادة المنفصلة من نصيب المشتري سواء حدثت قبل القبض أو بعده لأن المبيع في ضمانه والغلة بالضمان.

أما عند الحنابلة فالصحيح من المذهب أن الكسب والنماء المنفصل يكون للمشتري في فترة الخيار سواء فسخ العقد أو أمضياه، فالزيادة للمشتري ولا يردّها إلى البائع وان تم الفسخ، فيكون النماء والكسب لمن انتقل إليه الملك كأصل عام.

يتجلى إذن أن المشرع الجزائري ربط الحصول المشتري على إيراد المبيع بإمكانية العدول فإن عدل خسر العربون وكل إيراد ناتج عن المبيع، في حين نجد أن المالكية والشافعية مثلا أخذوا بضابط القبض الموجب للضمان للقول بذلك بينما المشرع الجزائري كان أقرب للحنابلة في جزئية حصول المشتري على الكسب والنماء خلال فترة الخيار إلا أن الحنابلة طبقوا ذلك سواء تم الإبقاء على التعاقد مثلما اقتصر المشرع الجزائري عليه وسواء تم فسخ العقد أي العدول وهو ما يتعارض مع موقف المشرع الجزائري الذي يطبق قاعدة العدول في هذه الحالة ولا يتمكن المشتري عند عدوله من إيراد المبيع بل يفقده ويخسر معه العربون الذي دفعه.

وعند المقارنة بينهما فيما يخص تبعة هلاك المبيع فالأصل في البيع بالعربون إن هلاك المبيع قد تم بعد انعقاد البيع أما إذا كان الهلاك سابقا عنه فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة محل الالتزام، وأن دفع العربون وإمكانية العدول لا تأثير لها على آثار العقد فهو تعاقد ينقل الملكية والمخاطر في الحال، فيقع تحمل الهلاك على عاتق المشتري بمجرد انتقال الملكية منذ إبرام العقد عند القول بالشرط الفاسخ، أما إن قلنا بالشرط الواقف فتحمل الهلاك يكون على عاتق البائع إلى حين انقضاء مدة العدول، بينما قال الفقهاء الإسلامي بتحمل الهلاك من طرف المشتري عند قبضه للمبيع تطبيقا لقاعدة الضمان، فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد القبض خلال فترة خيار العربون فيكون من ضمانه لأنه ماله تلف بيده، فالفقهاء الإسلامي يأخذ بفكرة القبض والتسليم أما القانون المدني فيأخذ بمعيار انتقال الملكية.

أما عن أحكام التصرف في المبيع في القانون المدني الجزائري فيكون تصرف البائع نافذا بشرط أن يكون له الحق في العدول فيعتبر هذا التصرف مباشرة ضمنية للعدول نطبق بشأنه قاعدة العدول، أما إذا تصرف المشتري في المبيع أثناء مدة العدول فإن نفاذ تصرفه يكون

موقوفا على عدم استعمال البائع لإمكانية العدول، بينما نجد الفقہ الإسلامي عالج هذه النقطة من خلال ضابط القبض أيضا، فالأصل أن التصرف في المبيع غير جائز إلا ممن قبضه فيتم استرداد العربون إن تصرف المتعاقد معه في المبيع، وحجتهم في عدم جواز تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لما فيه من غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع.

أما عن انتقال الحق في العدول في القانون المدني الجزائري فإذا كان خيار العدول ينتقل إلى الورثة فيكون لهم الحق في العدول عن العقد أو إبقائه خلال المدة التي كانت باقية لمورثهم، وكذلك قد يفقد المتعاقد صاحب حق العدول أهليته بسبب أي عارض من عوارض الأهلية لعدم إرادته أو تنقصها فيعين له وصيا لاستعمال العدول من عدمه حسب ما تقتضيه مصلحة المتعاقد، وهذا الموقف نفس ما ذهب إليه الفقہ الحنبلي على المذهب بانتقال خيار العربون إلى الورثة، كما عدد عوارض قد تنتقل الخيار إلى شخص آخر قيد حياة صاحب الخيار كالجنون والسفه والخرس والإغماء وهي أحكام تتقارب مع القانون المدني الجزائري.

خاتمة

خاتمة:

لقد مر تطور التعاقد بالعربون بمراحل تطور القانون بوجه عام منذ القدم، فأرهابت فكرة العربون لا ترجع إلى القانون الروماني فقط بل تترد في أصولها التاريخية إلى الشريعة البابلية والفينيقيين والآشوريين وسائر شعوب البحر المتوسط والمجتمعات القديمة، إلا أن محتوى نظام العربون لم يكن محددًا فرغم البداية الإثباتية للعقود المقترنة بالعربون إلا أن هذا الدور كان يفرضه النظام القانوني للعلاقات التعاقدية آنذاك، ثم تحول العربون من مجرد وسيلة إثبات إلى اعتباره جزء من الثمن وبدءًا في التنفيذ، ليتم التخلي عن مبدأ الإثبات والتأكيد، إلى أن أدرج العربون ضمن العقد بشرط رده مضاعفا عند عدول المتعاقد الذي قبضه وفقده من طرف المتعاقد الذي دفعه وهو ما أخذت به جل التشريعات الحديثة لاسيما اللاتينية منها بما فيها المشرع الجزائري.

فالعربون هو ذلك المبلغ من المال أو أي شيء آخر تحدد قيمته في العقد يدفعه أحد المتعاقدين للآخر بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية الأخرى على أن يتفقا أيضا على تحديد مدة زمنية معقولة تسمح للمتعاقد إما توكيد العقد أو استعمال حقه في العدول بصرف النظر عن الضرر ما لم يكن متعسفا، غير انه لا بد من الإشارة بأن العربون غالبا ما يكون مبلغا ماليا ودفعه يكون لحظة تكوين العقد وقبل إبرامه نهائيا باعتباره مرحلة تمهيدية سابقة للعقد النهائي.

أما الفقه الإسلامي لا سيما الجمهور منهم فلم يتعرض عند تعريفهم للعربون إلى حالة عدول البائع فهل يرد مثل العربون الذي أخذه مثلما هو الحال في القانون المدني الجزائري، غير أنه وبالمقارنة نجد أن المشرع الجزائري يتوافق مع الحنابلة الذين لا مانع لديهم من أن يرد البائع عند العدول ما أخذه ومثله للمشتري لأنه إذا جاز أن يكون الخيار للمشتري على أن يفقد العربون جاز أيضا أن يكون للبائع على أن يرد العربون ومثله، ذلك أن اشتراط العربون ممن دفعه لم يكن بغير عوض لأن العوض هو تقويت الفرصة للإقدام على بيع آخر قد يكون أكثر

ربحا، كما أن دفع العربون من شأنه أن يضيف على التعاقد الطابع الجدي بين المتعاقدين لما يفرضه من انضباط، بالإضافة إلى ضرورة القول بأن المعاملات تقتضى أن يكون للزمن ثمن. وقد أصبح اليوم التعاقد بالعربون يشكل مقوما محفزا للارتباط بين المتعاقدين لما يحمله من ضمان عن فترة الانتظار والتعطل بغض النظر عن إتمام التعاقد أو العدول عنه، فمقابل العدول ضامن لتطبيق قاعدة العدول المتمثلة في أنه إذا عدل عنه من دفعه ففقه وان عدل عنه من قبضه رده ومثله وفي تطبيق هذه القاعدة تتجسد العدالة التعاقدية وذلك بتوفر شروط التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي السابق ذكرها.

فالأصل في التعاقد بالعربون خضوعه كغيره من أنواع التعاقد الأخرى إلى إرادة طرفيه لتغليب دلالة عن أخرى إما التوكيد وتنفيذ العقد أو العدول عنه، لكن قد لا يتم البت في هذه الدلالة فتصبح غامضة مما تؤدي بتدخل القاضي لتحديدتها وفقا للضوابط المشار إليها أعلاه، فإن استعصى ذلك فقد افترض المشرع الجزائري دلالة العدول ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، لكن نعتقد أن العرف الجزائري يغلب دلالة التوكيد على دلالة العدول ذلك أن أغلب التعاملات بين الجزائريين يكون بدفع مبلغ زهيد من الثمن الإجمالي وما هذا المبلغ إلا لتأكيد النية وتطبيب خاطر المتعاقد معه وتعهد منه بمواصلة إتمام العقد فهو يمثل في العرف الجزائري " بركة " للشروع في الصفقة أملا في نجاحها، مما ترتب عنه قلة القضايا المعروضة أمام القضاء حول هذا الموضوع .

ورغم تعدد الأفكار حول مسألة تكليف التعاقد بالعربون إلا أن كلا من القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي متفقين على أن العربون يعلق التعاقد إلى حين تبين العدول من عدمه، فالرضا في التعاقد بالعربون يتكون تدريجا لأن اشتراط العربون قد يكون في صلب العقد أو قبله في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي على السواء، بحيث يكون للمتعاقد الحرية التامة في إتمام العقد أو العدول عنه بإرادة منفردة مقابل خسارة العربون.

إن العدول عن التعاقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي أين يترتب عنه فسخ العقد وزواله بإرادة منفردة للمتعاقد العادل، لا يعتبر خرقاً للقوة الملزمة للعقد ذلك أن هذا العدول كان منطلقه الاتفاق أصلاً ثم أن لهذا العدول مقابل وهو مبلغ العربون لا زيادة ولا نقصان، بل إن ممارسة العدول بحسن نية طبعاً يشكل دعامة للحرية العقدية إذا قدر المتعاقد أن مصلحته تكون مضمونة بالعدول بل تضيع مصلحته بإتمام التعاقد، فالحرية العقدية مناطها ضرورة توفر المصلحة للإقدام على التعاقد بل أن تطبيق قاعد العدول يعتبر تفعيل لقواعد العدالة والإنصاف في العلاقة التعاقدية، لذلك لا يشكل العدول خرقاً للقوة الملزمة للعقد وإن كان بإرادة منفردة فلحماية المشتري دافع العربون يلزم البائع عند العدول برده ومثله.

فالعربون بهذا الاعتبار خيار لا يوهن القوة الملزمة للعقد لأنه خيار تعاقدى نشأ بإرادة المتعاقدين.

ويصلح العربون أن يكون في العقود التامة وكذا في الوعد بالتعاقد وفي المرحلة السابقة للتعاقد بصفة عامة، إذ الأصل هو الخضوع لمبدأ حرية التعاقد فيمكن للطرفين التعاقد بالعربون في سائر أنواع العقود، بينما نجد الفقہ الإسلامي لاسيما المذهب الحنبلي يشترط في العقود لكي يقترن بها العربون أن تكون من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ولا يعترف بعقد الوعد في التعاقد بالعربون وذلك بخلاف القوانين الوضعية.

وفي هذا الاتجاه ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة تقنين المرحلة السابقة للتعاقد في باب خاص قبل الحديث عن طرق التعبير عن الإرادة بصفة عامة، وإدراج التعاقد بالعربون ضمنها.

وقد فصل المشرع الجزائري بأن يكون وقت العقد هو وقت دفع العربون وهو موقف الفقہ الحنبلي الذي يشترط دفع العربون في العقد لا قبله، دون تحديده لمدة العدول لكن لا بد من تحديد مدة العدول أو فترة خيار العربون تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين، إذ أن تقييد الانتظار بزمن محدد يرفع الغبن والضرر عن المتعاقدين، فليس من المنطق القانوني أن يترك حق العدول دون تقييده بوقت معين حفاظاً على مبدأ الاستقرار.

وإذا كان الأصل في أن العقود تخضع للأحكام العامة للتعاقد إلا أن اقتران أي عقد بالعربون من شأنه أن يجعل تطبيق قاعدة العدول اسبق من القواعد العامة على هذا العقد لأن العربون يجعل العقد مهددا بالزوال والفسخ وبالتالي عدم التنفيذ مما يستوجب معالجته بخصوصية وفقا لإرادة المتعاقدين.

ولا شك أن الحركة الاقتصادية عرف تطورا على المستوى العالمي وأصبحت تمتاز بالجدية في الأداء والدقة في تقدير الزمن لما له من ثمن وهو العربون، لذلك وبنظرة اقتصادية للعربون نجد أن المشرع الجزائري غلب العرض على الطلب معززا مصلحة البائع على حساب مصلحة المشتري من خلال وضعه لقرينة قانونية مفترضة مفادها العدول، لأنه عمليا غالبا ما يدفع العربون من طرف المشتري، مما يستلزم حماية المتعاقد الآخر من العدول التعسفي فإذا تبين للقاضي توافر شروط التعسف في العدول عن التعاقد بالعربون حكم بمقتضيات المسؤولية التقصيرية تاركا قاعدة العدول جانبا.

ويتفق القانون المدني الجزائري وفقهاء المذاهب الأربعة على اعتبار العربون جزء من الثمن عند اختيار الإبقاء على العقد فيصبح للعربون دلالة التوكيد ويصير العقد نهائيا، فيرتب كافة آثاره في عقد البيع نموذجا من انتقال الملكية المبيع بغلته إلى مدى نفاذ التصرفات أثناء مدة الخيار إلى تحمل تبعة الهلاك وذلك بتفصيلات متفاوتة ومتباينة أحيانا داخل ذات المذهب الفقهي وبين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي أيضا.

هذا وقد صدر قرار المجمع الفقهي سنة 1993 بجواز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمان محدود، ويحتسب العربون جزءا من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء.

ولابد من القول بان المشرع الجزائري أحسن ما فعل بتدارك إغفاله عدم النص على العربون في تعديل القانون المدني لسنة 2005.

- ومن خلال هذا البحث يمكن إجمال بعض النتائج المتوصل إليها فيما يلي:
- إن العربون في عصرنا الحالي أصبح يشكل أكثر من ضرورة للارتباط في شتى المعاملات لاسيما أمام ما تشهده المبيعات من تعقيد وتقنيات جديدة تحتاج إلى أخذ فترة للتروي والتشاور والتفكير قبل الفصل في تكوين الرضا.
 - التعاقد بالعربون يعطي الفرصة لكلا المتعاقدين خلال المدة المحددة فخيار العدول يعتبر حقا إراديا محضا كل منهما، وهو ما قال به المشرع الجزائري متوافقا مع المذهب الحنبلي.
 - جميع العقود تصلح أن تكون نطاقا للتعاقد بالعربون، بل أننا نجد العربون أيضا في المرحلة السابقة للتعاقد باعتبارها الحقل الخصب لتطبيق أحكامه من خلال التكوين التدريجي للرضا.
 - لا بد من استبعاد العقار كمحل للعربون لما يحتاجه هذا النوع من المحال من إجراءات وشكليات نظرا لأهميته وارتفاع قيمته المالية.
 - إذا كان الأصل في دلالة العربون يرجع لاتفاق المتعاقدين ونيتهما إما توكيد أو عدول، إلا أنه في حالة السكوت عن تحديد دلالة معينة للعربون افترض المشرع الجزائري على أنه حق مقابل للعدول إلى أن يثبت العكس.
 - إن تطبيق قاعدة العدول يقتضي إذا عدل عنه من دفعه ففده وان عدل عنه من قبضه رده ومثله كتعويض عن فترة الانتظار لأنه للزمن ثمن.
 - يلعب القاضي دورا مهما عند عدم الاتفاق على دلالة معينة بين المتعاقدين من خلال التفسير والتأويل مستعينا بوسائل من العقد ذاته وخارجية عنه لإعمال قاعدة العدول عند عدم الوصول إلى النية المشتركة لهما بفقد العربون أو رده ومثله، أو الزام المتعاقدين على تنفيذ بنود العقد إذا ثبتت له دلالة التوكيد.
 - إن فقد العربون أيسر من رده ومثله، فاستعمال العدول من طرف دافع العربون لا يثير إشكالات بعدية فإذا عدل فقد العربون واستبقاه المتعاقد الآخر لديه، أما في حالة عدول من

قبض العربون نجده قد يتماطل في رد العربون ومثله بل أنه قد يدعى أحقيقة الاحتفاظ به مما يستوجب اللجوء إلى القضاء.

- إن ندرة الأحكام القضائية الجزائية في باب العربون يرجع مرده في الكثير من المرات إلى قيمة العربون المدفوع في حد ذاته الذي غالبا ما يكون زهيدا مقارنة بالمبلغ الإجمالي للشيء المبيع، وبعملية حسابية بسيطة يفضل كل متعاقد بالعربون عدم اللجوء إلى القضاء إذا اتفقا المتعاقدان على دلالة العدول، فإذا دفع المشتري مبلغ 2000 د.ج كعربون لشراء سيارة قيمتها 900.000 د.ج ثم عدل البائع دون يرد العربون ومثله نقول للمشتري لابد من رفع دعوى قضائية لاسترجاع حقوقك، وهو يعلم أن أتعاب المحامي والتبليغات ومختلف النفقات تتجاوز بكثير ما سيتحصل عليه وفقا لقاعدة العدول، فيفضل الاكتفاء بخسارة العربون على اللجوء إلى القضاء.

- ممارسة العدول تشكل بحق استثناء عن القوة الملزمة للعقد وتعزز قدرة الإرادة المنفردة في تعديل وإنهاء العلاقات التعاقدية بعدما كان سائدا لزمنا طويلا في الفكر القانوني قصور هذه الإرادة عن إنشاء أي مركز قانوني، فالعدول بإرادة منفردة أضحت وسيلة جديدة لوسائل انحلال العقد.

- إن التعسف في استعمال حق العدول يشكل خطأ تقصيرا يترتب مسؤولية تستوجب التعويض حسب الضرر بعيدا عن أعمال قاعدة العدول، أي قد يتجاوز التعويض قيمة العربون.

- يؤثر العربون على هلاك المبيع خلال فترة العدول تأثيرا قد ينسف بالعقد عند الهلاك الكلي.

- وأخير فإن تأصيل المادة 72 مدني جزائري يمكن إسقاطه على ما جاء في الفقه الحنبلي من مواقف وأحكام، هذا ما يدفعنا إلى القول بأن المشرع الجزائري نجده يتداول على الفقهاء الأربعة في العديد من الأفكار والمواد القانونية في القانون المدني وكذا قانون الأسرة، إن هذا التلفيق بين المذاهب لابد أن نثمنه كمرحلة أولى لتخفيف العبء عن المتعاقدين لنصل تدريجيا في الجزائر إلى تكوين نظام قانوني يجد تأصيلا له في مذهب مالكي كأصل عام.

وفي الأخير يمكن تقديم المقترح الآتي:

- ضرورة التنصيص على المرحلة السابقة للتعاقد لما تحمله من أهمية عملية لحماية للمتعاقد في هذه المرحلة، ولأن العربون يندرج ضمن هذه المرحلة قبيل تكوين الرضا وثباته، نقترح أن تكون في القسم الأول من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت اسم " المرحلة السابقة على التعاقد" ويتحول القسم الأول الحالي إلى قسم أول مكرر بعد تحويل ما يتعلق بالمرحلة السابقة للتعاقد إلى مكانها المقترح.

- كما أصر على ضرورة تضمين المقررات الجامعية بالمقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي وتشجيع كل محاولات التأصيل والإسقاط لمختلف النظريات والنظم التي نجد الفقہ الإسلامي في الكثير منها سباقا لاسيما عند المذاهب السنية الأربعة، وذلك من خلال مخابر البحث والمجالات المقارنة عبر كليات الحقوق وكذا العلوم الشرعية في جزائرتنا الحبيبة.

اللهم أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليا وأن أعمل صالحا ترضاه.



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

1- القرآن الكريم.

2- القواميس:

- 1- ابن الأثير، الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار ابن الجوزي، ط1، 1461 هـ.
- 2- ابن سيده المرسي، أبي الحسن علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، ج10، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2000.
- 3- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر، بيروت.
- 4- الجواليقي، أبي منصور موهوب بن احمد بن محمد بن الخضر، المعرب من الكلام الأعجمي على حروف المعجم، طبع سنة 1847 في مدينة لسيا.
- 5- الجوهري، اسماعيل بن حماد، الصحاح، دار الحديث، القاهرة، 2009.
- 6- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008.
- 7- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، طبعة بلونين ميسر، مكتبة لبنان، سنة 1978.
- 8- المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، مصر، ص591.
- 9- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي الهاللي، ج2، و ج3 و ج35، مطبعة حكومة الكويت سنة 1987 مع إعادة طبعه سنة 2004، ط2.

10- الزمخشري، جار الله محمود بن عمر، الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي محمد البجاوي و محمد أبو الفضل إبراهيم، ج2، مطبعة عيسى الباجي الحلبي وشركائه، ط2، د.س.

3- كتب التفسير:

11- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار طيبة، الرياض، ط2، 1999.

12- أبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ج3، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1993.

13 - القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، ج6، مؤسسة الرسالة، ط1، لبنان، 2006.

4- كتب الحديث والسنن والتراجم:

14 - ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.

15- ابن ماجة، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، ج3، دار الرسالة العالمية، ط1، دمشق، 2009.

16- ابن حجر العسقلاني، تلخيص التحبير، ج3، مؤسسة قرطبة، 171995.

17- ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج5، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، ط1، الهند، 1326 هجري.

18- ابن قتيبة عبد الله بن مسلم، غريب الحديث، تحقيق عبد الله الجبوري، ج1، مطبعة العاني، ط1، بغداد، 1977.

19- أبو داوود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داوود، ج5، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، 2009.

- 20- أحمد بن حنبل، المسند، ج11، دار المعارف، مصر، 1972.
- 21- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الضعفاء الصغير ويليه الضعفاء والمتروكين للنسائي، دار المعرفة، ط1، لبنان، 1986.
- 22- البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق- بيروت، 2002.
- 23- البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة، ج8، المكتب الإسلامي، ط2، لبنان، 1983
- 24- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج5، دار الكتب العلمية، ط3، لبنان، 2003.
- 25- الجرجاني ابن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، دار الفكر ، مصر، د.س.
- 26-الدار قطني، الضعفاء والمتروكين، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، 1984.
- 27- الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، ج2، دار المعرفة، لبنان، د.س.
- 28- السبتي، أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، ج3، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1933.
- 29- سبط ابن العجمي الشافعي، التبيين لأسماء المدلسين، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1976.
- 30- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1993.
- 31- الصديقي علي بن حيدر، عون المعبود على شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2005.

5- المراجع القانونية العامة

- 32- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي دراسة مقارنة فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، ط1، مصر، 2003.
- 33- محمد شتا أبوسعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، دار عالم الكتب، القاهرة، 1981.
- 34- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 35- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، الطبعة الأولى.
- 36- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 37- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومه، ط2، الجزائر، 2006.
- 38- أحمد إبراهيم حسن و فايز محمد حسين، أصول تاريخ القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- 39- أنطوان قيس، ملخص القانون المدني لطلاب الصف الثالث، عقد البيع، جامعة حلب، كلية الحقوق، العام الدراسي 1965-1966.
- 40- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 41- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات لجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999.
- 42- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، لبنان، 1968.

- 43- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دمشق، 1981.
- 44- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة، الإسكندرية، د.س.
- 45- جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة والمساماة عقد البيع، دار الفكر، 1970.
- 46- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 47- مصطفى الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، مصر، 1987.
- 48- عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.
- 49- حامد عبده الفقى، الإقالة في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 50- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق، 1982.
- 51- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1994.
- 52- حمدي عبد الرحمان، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، د. د. ن، القاهرة، 1999.
- 53- أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 54- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 55- ريان عادر ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، ط1، لبنان، 2016.

- 56- محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، 2006، دار الثقافة، عمان.
- 57- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج1 و ج2 و ج3، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2003.
- 58- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، 2009.
- 59- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام، ج1، دار الهدى، ط2، 2004، عين مليلة الجزائر.
- 60- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، دار الجامعة الجديدة مصر، 2004، ط2.
- 61- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
- 62- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 63- أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، د.س.
- 64- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 65- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1 و ج2، منشورات الحلبي، ط2 الجديدة، بيروت لبنان، 1998.
- 66- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 و ج4، دار إحياء التراث العربي، لبنان. د.س.

- 67- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، ج1، ط2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.
- 68- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979.
- 69- أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 70- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة 1984.
- 71- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، ج2، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 72- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار الجامعة، الإسكندرية، 1994.
- 73- عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2008، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث.
- 74- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 75- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، 1987.

- 76- مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، ج1، منشورات الحلبي، ط6، لبنان، 2016.
- 77- فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتفصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 78- عوض غازي، دروس في فلسفة القانون الطبيعي بين المنادين به والمنكرين له، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- 79- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ط3، الإسكندرية، 2001.
- 80- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013.
- 81- عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- 82- عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط2، مصر، 1999.
- 83- عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996.
- 84- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 85- مجموعة من المؤلفين، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة سراس أسامة، دار علاء الدين، ط2، دمشق، 1993.
- 86- محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، د.س.
- 87- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 88- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2009.

قائمة المصادر والمراجع

89- محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

90- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000.

91- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.

92- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر 2004.

6- المراجع القانونية المتخصصة

93- وهبة الزحيلي، بيع العربون، دار المكتبي، ط1، سوريا، 2000.

94- سمر فايز إسماعيل، العربون في العقود، منشورات زين الحقوقية، ط2، لبنان، 2011.

95- عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992.

96- رفيق يونس المصري، بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، دار المكتبي، ط1، دمشق، 1999.

97- جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجمعة الجديدة، مصر، 2001.

98- ياسر محمد علي النيداني، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

7- مراجع الفقه الإسلامي:

أ- الفقه الحنفي:

- 99- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدي، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و على محمد معوض، ج4 و ج7، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، 2003.
- 100- ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2004.
- 101- زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1999، ص291.
- 102- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2003.
- 103- سليم رستم باز، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، د.س.
- 104- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، بولاق مصر، 1314 هجري.
- 105- السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج13 و ج14، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1993.
- 106- السغدّي، شيخ الإسلام قاضي القضاة أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد، الننف في الفتاوى، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان بعمان ومؤسسة الرسالة بيروت، ج1، ط2، 1984.
- 107- قدري باشا، محمد، مرشد الحيران، المطبعة الأميرية، ط2، بولاق بمصر، 1891.
- 108- الكليوبي المعروف بدماد أفندي، مجمع الأنهر، ج3، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1998.

- 109- برهان الدين أبي الحسن على بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط1، باكستان، 1417 هجري.
- 110- مشروع التقنين على مذهب الحنفية، من إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، 1972.
- 111- المناوي، محمد المدعو بعبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج6، دار المعرفة، لبنان، ط2، 1972.
- 112- حافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج6، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1997.
- ب- الفقه المالكي:
- 113- ابن الجلاب البصري، أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن، التفریح، ج2، دراسة وتحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1987.
- 114- ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتبنيه على مذهب الحنفية والشافعية والحنبلية، تحقيق محمد بن محمد مولاي، د.س.
- 115- ابن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2004.
- 116- ابن رشد القرطبي، وأبي الوليد محمد بن احمد، المقدمات والممهيات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، ج2، تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988.
- 117- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2009.
- 118- ابن عبد البر القرطبي، التمهيد، ج24، تحقيق سعيد أحمد أعراب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1990.

قائمة المصادر والمراجع

- 119- ابن عبد البر النمري القرطبي، أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق محمد وحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط1، الرياض، 1978.
- 120- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج6، دار عالم الكتب، مصر، د.س.
- 121- أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ج6، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1999.
- 122- الآبي الازهري، جمعه الشيخ صالح عبد السميع، الثمر الداني شرح رسالة ابن ابي زيد القيرواني، مكتبة رحاب، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1987.
- 123- الباجي الأندلسي، القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث ، المنتقى شرح الموطأ، ج4، دار الكتاب الإسلامي، ط2، مصر، 1332 هجري.
- 124- عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج4، مكتبة الأسد، ط5، مكة المكرمة، 2003،
- 125- البغدادي، القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2004.
- 126- البغدادي، القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق ودراسة حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة، د.س.
- 127- البغدادي، أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، عيون المسائل، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2009.
- 128- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج5، مؤسسة المعارف، ط1، لبنان، 2009،

- 129- **الخرشي**، أبي عبد الله محمد، حاشية الخرشي على المختصر الجليل للشيخ خليل، ج5، الطبعة الأميرية، ط2، مصر، سنة 1317 هجري.
- 130- **الشيخ خليل بن إسحاق المالكي**، مختصر العلامة خليل، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، 1981.
- 131- **الدسوقي**، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د.س.
- 132- **الإمام سحنون عن ابن القاسم**، المدونة الكبرى، ج9 و ج10 وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.س.
- 133- **الصاوي أحمد** ، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، (الكتاب معروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير)، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
- 134- **الصنعاني**، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، دار الحديث، مصر، 1994.
- 135- **محمد أحمد عيش**، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة ، لبنان، د.س.
- 136- **أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي المعروف بالقاضي عياض**، التتبيهاات المستتبطة على الكتب المدونة والمختلطة، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2011.
- 137- **القرافي**، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الفصول، دار الفكر، لبنان، 2004.
- 138- **القرافي**، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، ج1، دار السلام، ط1، مصر، 2001.
- 139- **الإمام المقري**، الكليات الفقهية، دراسة وتحقيق محمد بن الهادي أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، تونس، 1405 هجري.

- 140- موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي، أعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، ط5، بيروت، 1981.
- 141- محمد الأمير الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، مصر، د.س.
- 142- مشروع التقنين على مذهب الإمام مالك، من إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، 1972.
- 143- الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج2، دار الفكر العربي، د.س.
- 144- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1997.
- ت- الفقه الشافعي:
- 145- أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، المنثور في القواعد، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2000.
- 146- الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج4، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1997.
- 147- شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.
- 148- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1983.
- 149- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيت الأفكار الدولية، الأردن، د.س.
- 150- شمس الدين بن محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997.

- 151- عبد الله بن حجاز الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للانصاري، ج2، د.س.
- 152- وعبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د.س.
- 153- أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، ج3، دار القلم بدمشق ودار الشامية ببيروت، ط1، 1996.
- 154- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج5، دار المنهاج، د.س.
- 155- أبي بكر عبد الله بن أحمد بن عبد الله المشهور **بالقفال** المروزي، فتاوى القفال، دار ابن القيم بالسعودية وابن عفان بمصر، ط1، 2011.
- 156- شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة **القيلوبي** وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب **بعميرة**، حاشيتي قيلوبي وعميرة على منهاج الطالبين، ج2، مطبعة مصطفى الباجي الحلبي وأولاده، ط3، مصر، 1956.
- 157- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب **الماوردي** البصري، الحاوي الكبير، ج5، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1994.
- 158- زين بن محمد بن هادي **المدخلي**، الأفنان الندية شرح منظومة السبل السوية لفته السنن المروية لناظمها الشيخ حافظ بن أحمد بن علي الحكمي، ج4، دار العلماء السلف، ط2، الإسكندرية، 1993.
- 159- زكريا **الانصاري**، فتح الوهاب، ج1، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1998.
- 160- الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف **النووي**، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، ط1، لبنان، 2005.

161- الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ج9، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.س.

162- الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت، 1991.

ث- الفقه الحنبلي:

163- مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية ابنه عبد الله، أعدها للنشر أبو الأشبال أحمد بن سالم المصري، دار المودة و دار التأصيل، ط3، مصر، 2008.

164- ابن أبي شيبة، المصنف، ج7، دار الفاروق الحديثة، ط1، 2008، القاهرة.

165- ابن تيمية، مجموعة فتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وابنه، ج29، مجمع الملك فهد، السعودية، 2004.

166- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، د.س.

167- ابن تيمية، العقود، مكتبة المورد، ط1، القاهرة، 1423 هجري.

168- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة المقدسي وشمس الدين عبد الرحمان بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي وأبي الحسن على بن سليمان بن أحمد المرदाوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج11، ط1، دار هجر، 1995.

169- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ج6، دار عالم الكتب، ط3، الرياض، 1997.

170- ابن قدامة، المغني، ج8، دار عالم الكتب، ط3، الرياض، 1997.

171- ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، دار هجر، ط1، مصر، 1997.

- 172- ابن قدامة، عمدة الفقه في المذهب الحنفي، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، 2003.
- 173- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الملقب بابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج5، دار ابن الجوزي، ط1، السعودية، 1423 هجري.
- 174- ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج5، المكتب الإسلامي، دس.
- 175- ابن مفلح، الفروع ومعه تصحيح الفروع وحاشية ابن قندس، ج6، مؤسسة الرسالة ودار مؤيد، ط1، لبنان، 2003
- 176- الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد ابن هبيرة الحنبلي، الإفصاح عن معاني الصحاح، ط1، المطبعة العلمية، حلب، 1929.
- 177- البعلبي الدمشقي، الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1329 هجري.
- 178- محمد بن ابي الفتح البعلبي، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988.
- 179- سامي ابن محمد بن جاد الله، الاختيارات الفقهية لابن تيمية لدى تلاميذه، ج1، دار عالم الفوائد، ط1، مكة المكرمة، 1435 هجري.
- 180- عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، المنهج الفقهي العام لعلماء الحنابلة، دار خضر، ط1، لبنان، 2000.
- 181- بهاء الدين عبد الرحمان بن ابراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، 2003.
- 182- الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولى النهي لشرح المنتهى، ج3، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000.

- 183- البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، ج2، عالم الكتب، ط1، لبنان، 1993.
- 184- البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، عالم الكتب، 1983.
- 185- الحجاوي، زاد المستتقع في اختصار المقنع، مدار الوطن للنشر، 1424هـ، ط جديدة.
- 186- شرف الدين موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، دار المعرفة، لبنان، د.س.
- 187- عبد السلام بن ابراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية في للمعاملات المالية عند ابن تيمية، ج2، دار التأصيل، ط1، القاهرة، 2002.
- 188- محمد بن أحمد البهوتي الشهير بالخلوتي، حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، ج2، دار النوادر، ط1، قطر، 2011.
- 189- الحاشية العثيمينية على زاد المستتقع، جمعها واعدتها حازم خنفر، 2014.
- 190- مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، المكتب الإسلامي، دمشق، د.س، ص77.
- 191- نصير الدين محمد بن عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، ط2، مكة، 2003.
- 192- محمد بن صالح العثيمين، مذكرة فقه، ج2، دار البصيرة، ط1، الإسكندرية، 2004.
- 193- محمد بن صالح العثيمين، محمد بن صالح، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، ج3، المكتبة الإسلامية، ط1، القاهرة، 2006.
- 194- محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، ج7، دار الفكر، ط2، لبنان، 1990.
- 195- أبي يعلي الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، دار النوادر، ط1، لبنان، 2010.

- 196- أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق كل من عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان ومحمد ابراهيم أحمد علي، مطبوعات توهامة، ط3، السعودية، 2005.
- 197- زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، دار الفكر العربي، ط1، لبنان، 1995.
- 198- أحمد بن الحسن الكلوناني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، شركة غراس للطبع، ط1، الكويت، 2004.
- 199- مرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى، ج2، المؤسسة السعيدية، ط2، الرياض، د.س.
- 200- علاء الدين ابو الحسن على بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج4، بيت الأفكار الدولية، لبنان، سنة 2004.
- 201- اسحاق بن منصور المروزي، مسائل الإمام أحمد بن حنبل واسحاق بن راهوية، ج6، طبعة الجامعة الإسلامية بالسعودية، ط1، 2004.
- 202- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستتق، ج4 ، ط1، 1397 هجري.
- 8- كتب فقهية مقارنة:**
- 203- ماجد أبو رخية، حكم العربون في الإسلام، مكتبة الأقصى، ط1، الأردن، 1986.
- 204- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1976، مصر.
- 205- أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، ط1، المملكة العربية السعودية، محرم 1424.
- 206- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.

- 207- بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 208- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 209- سليمان محمد الجرشي، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي المقارن، منشورات جامعة قان يونس، ط1، ليبيا، 2003.
- 210- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، دار الكتب العلمية، ط2، لبنان، 2003.
- 211- مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، دار الفتح، ط1، الإسكندرية، 1996.
- 212 - علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، دار النفائس، ط1، الأردن، 2004.
- 213- عبد الحميد الجياش، التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية، دار النهضة العربية وكتبة الزهراء، ط1، لبنان، 2009.
- 214- عزالدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، مجموعة دلة للبركة، 1993.
- 215- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دار الرسالة، ط2، لبنان، 1977.
- 216- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2، سوريا، 1997.
- 217- عبد العزيز بن محمد الربيش، حكم بيع العربون، الإصدار السادس للبحوث المحكمة، جامعة القصيم، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1430 هجري.

- 218- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، ط2، دمشق، 1985.
- 219- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم بدمشق والدار الشامية بلبنان، ط 1، 1993.
- 220- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، ط2، دمشق، 2004.
- 221- مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012.
- 222- محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.
- 223- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1 و ج2 و ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2 جديدة، لبنان، 1998.
- 224- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، د.س.
- 225- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة، ط2، عمان الأردن، 1998.
- 226- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلا عن تفوق التشريع الإسلامي، ج1، ط1، القاهرة، 1993.
- 227- محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه المالكي، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 2001.
- 228- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 229- محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، ط2، القاهرة، 1996.

9-المذكرات والرسائل الجامعية:

- 230- إبراهيم أنيس محمد يحي، الإقالة فسخ للعقد برضا الطرفين دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح نابلس فلسطين، تاريخ المناقشة 2009/09/28.
- 231- إبراهيم بشير عبد الله إدريس، أحكام التسليم والقبض وأثرهما على العقود في القانون مقارنا بالفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في فلسفة القانون، كلية الحقوق جامعة الخرطوم، 2009.
- 232 - طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، ماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- 233- انس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله تحت إشراف الدكتور محمد حسن أبو يحي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007.
- 234- سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2013-2014.
- 235- حمدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، السنة الجامعية 2013/2012.
- 236- شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المدني، كلية الحقوق بجامعة وهران، 2010.

- 237- حسن محمد حسن شحادة، أحكام الثمن في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2006.
- 238- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مسؤولية وعقود، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
- 239- شاعر هديف العتيبي، أحكام العيون دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص بجامعة اليرموك، الفصل الدراسي 2010/2009.
- 240- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.
- 241- حسب الرسول الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه في القانون المقارن، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979.
- 242- قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، نوقشت بتاريخ 2015/01/29.
- 243- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، أطروحة دكتوراه، قم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 1426/1425 هـ.
- 244- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية جامعة القاهرة، 2001.
- 245- منصور عبد الطيف منصور صوص، القبض وأثره في العقود، رسالة ماجستير، كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع جامعة النجاح، فلسطين، 2000.

10- المقالات العلمية:

- 246- محمد أبوزيد، مقال بعنوان المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها وإحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، يناير 2005.
- 247- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي الكويتية، أعداد يوليو/ اغسطس / سبتمبر، 1985.
- 248- أحمد حسن، التسعير في الفقه الإسلامي، مقال في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، 2006.
- 249- بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، 1992.
- 250- بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مقال منشور في دفا تر السياسة والقانون، العدد العاشر، جانفي 2014.
- 251- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، 2009.
- 252- عبد السلام الترماني، أحكام العريون في الشريعة والقانون، مقال في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول، 1977.
- 253- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى، جامعة عين شمس، مصر، 1959.

- 254- فؤاد صالح دراركة، العربون دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، السنة الثامنة والعشرون، العدد الرابع، الأردن، ديسمبر 2004.
- 255- عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين، مقال منشور بمجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، الكويت، 1998.
- 256- حبيب ادريس المزوزي، التكييف القانوني للعربون وأحكامه، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد الحادي عشر، العراق، 2008.
- 257- عبد الجبار حمد السبهاني، النقود في الإسلام، مجلة الحكمة، العدد 12، بريطانيا - ليدز، د.س.
- 258- أحمد العويصي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، أبريل 2009.
- 259- أحمد الصويصي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة أركانها وظروفها، مقال منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2007،
- 260- يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2010.
- 261- الصديق محمد الضير، بيع العربون، مقال منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، ج1، 1994.
- 262- لاشين محمد يونس الغاياتي، بيع العربون، مقال منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة بجامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد السادس والعشرون، 1995.
- 263- مجلة المجمع الفقهي، الدورة الثامنة المنعقدة بدار السلام من 21 إلى 27 جوان 1993، العدد الثامن، ج1.

264- بشار عدنان ملكاوي، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مقال منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 2، الجامعة الأردنية، 2006.

265- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، طباعة ذات السلاسل، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1987.

11- النصوص القانونية:

266- الأمر رقم 75- 78 المؤرخ في 20 رمضان 1395 المرافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 78، بتاريخ 26 سبتمبر 1975.

268- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم، الأمر رقم 75- 78 المؤرخ في 20 رمضان 1395 المرافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ 26 جوان 2005.

269- الجريدة الرسمية للمداولات بالمجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، السنة الثالثة رقم 147، بتاريخ 2005/04/04.

12- الأحكام والقرارات القضائية:

270- المجلة القضائية الجزائرية، سنة 1968.

271- قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية، المؤرخ في 31/01/1979 جدول 47، ملف رقم 14447.

272- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثاني المؤرخ في 9/02/1986، ملف رقم: 43103، فهرس رقم: 57.

273- قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية القسم الثاني، المؤرخ في 19/02/1986 فهرس 57، ملف رقم 43103.

274- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثاني بتاريخ 13/03/1996، رقم الملف:133307، رقم الفهرس:429.

275- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 11/12/1996، رقم الملف:139895، رقم الفهرس:2215.

ثانيا: باللغة الفرنسية

A/ les ouvrages;

- 281- Ambroise Colin et H. Capitant, cours élémentaire de droit civil français, tome 2, 7^{ed}, librairie Dalloz, Paris, 1932.
- 282- Aubain Monique, par-dessus les marchés gestes et paroles de la circulation des biens d'après Savary des Bruslons, Annales Economies sociétés civilisation, 39^e année, N 4.
- 283- C. Aubry et C. Rau, cours de droit civil français, tome 4, 3^{ed}edi, Imprimerie et Libraire Generale de Jurisprudence, Paris, 1856.
- 282- Daniel Mainguy, contrat spéciaux, 3^{ed}, Dalloz, 2002.
- 284 - De M. Merlin, œuvres de pothier contenant les traités du droit français, suivie par L.Rondonneau, tome 2, moudelleedition, librairie de jurisprudence de J.P. Roret, Paris, 1830.
- 285 - François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil Les obligation, Dalloz, 8^{ed}, paris, 2002.
- 286 - Frigot,Coutume de Normandie, tome 2, G. Joubret Imprimeur du Diocèse, Coutances, 1777.
- 287 - Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil les obligations, 2ed, t 1, Sirey, Paris, 1988.
- 288 - Gaston May, Eléments de droit romain al'usage des étudiants des facultés de droit , 7è ed,paris,librairie de la societe du recueil general des lois et des arrest, AncienneMaisin.Larose et Forcem,1901.
- 289 - Guy De L'Hérault,Dictionnaire National de droit français, Librairie Scintifique, Paris,1850.
- 290 - Huc Théophile, commentaire théorique et pratique du droit français, t 10, librairie cotillion, Paris.
- 291 - J-A. Brutails, LaCoutume D'Andorre, Ernest Leroux Editeur, Paris, 1904.
- 292 - Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, les obligatoins, 2^{ed}, Dalloz et Delta, paris et liban, 2002.
- 293 - J.Carbonnier, Droit civil, t 4, les obligations, P.U.F, 1956.
- 294- J. Schmidt, negotiation et conclusion de contrat, Paris, Dalloz, 1982.

- 295 - Les Manuels Dalloz, Manuel de Propriétaire et de Locataire, Législation Jurisprudence Usages, Librairie Dalloz, Paris, 1912.
- 296-Louis Josserand, cours de droit civil positif français, l.r.s, 3^eed, paris, 1939,
- 297 - Louis Nza, Essai sur l'histoire de la résolution de la vente, A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1870.
- 298 - Marcel Planiol, traite élémentaire de droit civil, tome 2, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1923.
- 299 - M. Troplong, Le Droit Civil Expliqué De La Vente, tome 1, 5^eed, Charles Hingray Libraire-Editeur, Paris, 1856.
- 300 - P.A. Tissot, les douze livres du code de l'empereur justinien, 2 ed, t 2, Behmerediteur, 1807.
- 301 -Paul Colliner, Etudes historiques sur le droit de justinien,t1,Recueil Sirey,1912,Paris.
- 302 - Paul Frédéric Girard, Manuel Elémentaire de droit romain, 4^e ed, paris, 1906, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, Editeur.
- 303- Paul Ourlica et J.DeMalafosse, Histoire du droit prive les obligations, P.U.F , Paris, 1 ed, 4^e trimestre, 1957.
- 304 - petit précis Dalloz, précis de droit civil, tome 2, 5^eed, librairie Dalloz, Paris, 1936.
- 305 - P. Larousse, Dictionnaire Complet de la Langue Française, 10^eed, paris, Aug Boyer et Cie, Libraires-Editeurs, 1874.
- 306 - P. Van Wetter, cours élémentaire de droit romain contenant la legislation de justinien avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain, tome 1, AD.Hoste, Libraire-Editeur GANDS et A.Durand et Pedone-Lauriel Paris, 1871.
- 307 - P. Van Wetter, cours élémentaire de droit romain contenant la legislation de justinien avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain, t 2, AD.Hoste,Libraire-Editeur GandsA et A.Durand et Pedone-Lauriel, Paris.
- 308 - P. Van Wetter,les obligations en droit romain, t 1, AD .Hoste, Libraire-Editeur Gands et A. Durand et Pedone-Lauriel Paris,1883.
- 309 - R-J.Pothier, traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, tome 2, J. Rouzeau-Montaut, Imprimeur du Roi, Paris.
- 310 - Roymond Boyer, La Synthèse Des Lois Français, 1er partie code civil annoté, libairie nouvelle de droit et de Jurisprudence, Paris, 1902.
- 311 Thomas- Louis Bergeron, Des arrhes et de leur incidence sur la promesse de vente, La Cahiers de droit, vol.6, N 1, universiter Laval, 1964.
- 312 - V. Marcadé, explication théorique et pratique du code civil, tome 2, 7^eedition, Delamotte et fils editeurs, Paris, 1875.

B/ les memoires;

- 313 - Brunelle Fessars, les obligations non matérialisées dans les contrats, these pour obtenir le grade de docteur, universiter de montpellier, soutenue le 05/12/2015.
- 314 Chalou Scrétan, les arrhes de la vente sous justinien, Thèse lausane Imprimerie la concorde1954.
- 315 - Lie Bei, les arrhes eutide franco-chinoise, these de doctorat soutenue le 23/09/2015, université de Panthéon-Assas.

C/ les revues;

316- Alfred Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, par François Terré, R.I.D.C, Vol 14,N 1, Paris, Janvier- Mars 1962.

Avril-Juin 1990, Etude de droit contemporain.

317 - Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, R.I.D.C, vol 42, N 2, 281

الفهرس

الصفحة	الموضوع
1	مقدمة
8	الباب الأول: ماهية التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي
9	الفصل الأول : مفهوم العربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي
10	المبحث الأول: نشأة العربون وأساسه في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي
11	المطلب الأول: التطور التاريخي للعربون.
11	الفرع الأول: العربون في العصور والشرائع القديمة.
22	الفرع الثاني: العربون في العصر الوسيط
29	الفرع الثالث: العربون في العصر الحديث والمعاصر
33	المطلب الثاني: أساس التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي
34	الفرع الأول: أساس التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري
35	أولاً: الأساس القانوني لدلالة العدول في القانون المدني الجزائري
35	1- فحوى دلالة العدول
37	2- الأساس لدلالة العدول القانون المدني الجزائري
42	3- استخدامات دلالة العدول
44	ثانياً: الأساس القانوني لدلالة التوكيد في القانون المدني الجزائري
45	1- فحوى دلالة التوكيد
48	2- الأساس القانوني لدلالة التوكيد
51	3- استخدامات دلالة التوكيد
53	الفرع الثاني: أساس التعاقد بالعربون في الفقهاء الإسلامي
54	أولاً: آراء الفقهاء في التعاقد بالعربون
54	1- قول المانعين وأدلتهم

54	أ/ عند الأحناف
55	ب/ عند المالكية
56	ج/ عند الشافعية
56	د/ عند بعض الحنابلة
64	2- قول المجزيين وأدلتهم
68	ثانيا: دلالة العربون في الفقه الإسلامي
73	المبحث الثاني: تعريف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي وتمييزه عن باقي النظم المشابهة له
73	المطلب الأول: تعريف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
74	الفرع الأول: تعريف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري
79	الفرع الثاني: تعريف التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي
79	أولاً: العربون لغة
81	ثانيا: العربون في اصطلاح الفقه الإسلامي
86	المطلب الثاني: تمييز العربون عن باقي النظم المشابهة له
87	الفرع الأول: تمييز العربون عن الشرط الجزائي
91	الفرع الثاني: تمييز العربون عن الالتزام التخييري
93	الفرع الثالث: تمييز العربون عن الإقالة والغرامة التهديدية
93	أولاً: تمييز العربون عن الإقالة
96	ثانيا: تمييز العربون عن الغرامة التهديدية
98	الفرع الرابع: العربون والاداءات المالية الثلاث في القانون الفرنسي
101	الفصل الثاني: مضمون التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
102	المبحث الأول: تكيف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

103	المطلب الأول: تكييف التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري
103	الفرع الأول: النظريات المغيرة لطبيعة العقد الأساسي
103	أولاً: التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط
104	1- التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف
107	2- التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ
110	ثانياً: التعاقد بالعربون عقد تمهيدي
117	الفرع الثاني: الالتزام في التعاقد بالعربون التزام بدلي
122	الفرع الثالث: النظريات الحديثة في تكييف التعاقد بالعربون
122	أولاً: التعاقد بالعربون عقد مقترن بتحفظ إرادي
124	ثانياً: التعاقد بالعربون عقد يتضمن اتفاقين متميزين
125	ثالثاً: التعاقد بالعربون عقد يخضع للتكوين التدريجي للرضا
127	المطلب الثاني: تكييف التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي
127	الفرع الأول: العربون شرط معلق للبيع
131	الفرع الثاني: التعاقد بالعربون تعاقد مقترن بخيار الشرط
135	المبحث الثاني: شروط التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
135	المطلب الأول: شروط التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري
136	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بطبيعة ما يدفع كعربون
138	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بطبيعة العقد المقترن به العربون
140	أولاً: العربون في المرحلة السابقة للتعاقد
141	1- العربون في الوعد الملزم لجانب واحد
142	2- العربون في الوعد الملزم للجانبين
145	ثانياً: العربون في العقود النهائية
148	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالمدة
148	أولاً: وقت دفع العربون

149	ثانيا: المدة الزمنية لممارسة العدول
154	المطلب الثاني: شروط التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي
154	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعربون المدفوع
158	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعقد المقترن به العربون
159	أولا: بالنسبة للعربون في الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي
161	ثانيا: بالنسبة للعربون في العقود التامة في الفقه الإسلامي
166	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بتحديد المدة في خيار العربون
172	الباب الثاني: أحكام التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
173	الفصل الأول: مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
174	المبحث الأول: مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري
175	المطلب الأول: مصير التعاقد بالعربون عند ممارسة حق العدول
178	الفرع الأول: مصير العقد عند ممارسة العدول
183	الفرع الثاني: مصير العربون عند ممارسة العدول
183	أولا: فقدان العربون عند ممارسة العدول ممن دفعه
185	ثانيا: رد العربون ومثله عند ممارسة العدول ممن قبضه
190	الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق العدول
196	المطلب الثاني: مصير التعاقد بالعربون عند عدم ممارسة حق العدول
197	الفرع الأول: الإبقاء على العقد عند عدم العدول
200	الفرع الثاني: تعذر تنفيذ العقد المقترن بالعربون برغم عدم العدول
201	أولا: أثر الاستحالة في التنفيذ الناشئة بفعل أحد المتعاقدين
204	ثانيا: أثر الاستحالة في التنفيذ الناشئة بسبب أجنبي

206	الفرع الثالث: أثر الظروف الطارئة على التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري
208	أولاً: أثر الظروف الطارئة على عربون العدول
209	ثانياً: أثر الظروف الطارئة على عربون التوكيد
211	المطلب الثالث: دور القاضي في تطبيق أحكام التعاقد بالعربون
213	الفرع الأول: وسائل القاضي لاستظهار إرادة المتعاقدين في التعاقد بالعربون
214	أولاً: التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بالعربون من عبارات العقد
219	ثانياً: العوامل التي يستهدى بها القاضي في تفسير عبارات العقد
226	الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي على أحكام التعاقد بالعربون
226	أولاً: سلطة القاضي على أحكام التعاقد بالعربون مع احترام الإطار التعاقدى
227	1- دور القاضي في تطبيق قاعدة العدول
229	2- إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد في عربون التوكيد
230	3- تفسير العقد لتحديد النية المشتركة وتكييفه
230	ثانياً: سلطة القاضي في تعديل أحكام التعاقد بالعربون
233	المبحث الثاني: مصير التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي
234	المطلب الأول: إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه في الفقه الإسلامي
235	الفرع الأول: موقف الحنفية من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه
235	أولهما: نفاذ التعاقد بالعربون برغم فساده

236	ثانيهما: فسخ التعاقد بالعربون
238	الفرع الثاني: موقف المالكية من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه
238	الحالة الأولى: مصير التعاقد بالعربون في صورته الجائزة
239	الحالة الثانية: مصير التعاقد بالعربون في صورته الباطلة
241	الفرع الثالث: موقف الشافعية من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه
244	الفرع الرابع: موقف الحنابلة من إمضاء العقد المقترن به العربون أو فسخه
244	أولاً: بالنسبة للعربون المشترط في العقد
244	1- إمضاء العقد
245	2- فسخ العقد وممارسة العدول
247	ثانياً: بالنسبة للعربون المشترط قبل العقد
247	1- إمضاء العقد
248	2- فسخ العقد وممارسة العدول
250	المطلب الثاني: مصير التعاقد بالعربون المقترن بالظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
251	الفرع الأول: أثر الجوائح على التعاقد بالعربون
254	الفرع الثاني: أثر العذر في عقد الإيجار على التعاقد بالعربون
255	الفرع الثالث: أثر تقلب قيمة النقود على التعاقد بالعربون
260	الفصل الثاني: أثر العربون على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

261	المبحث الأول: أثر العيوب على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري
262	المطلب الأول: أثر العيوب على أحكام المبيع والتصرفات اللاحقة به في القانون المدني الجزائري
262	الفرع الأول: أثر العيوب على المبيع في القانون المدني الجزائري
262	أولاً: انتقال ملكية المبيع في البيع بالعيوب
264	ثانياً: أثر العيوب على إيراد المبيع في القانون المدني الجزائري
266	ثالثاً: أثر العيوب على تبعه هلاك المبيع
269	الفرع الثاني: أثر العيوب على تصرف المتعاقدين في المبيع في القانون المدني الجزائري
271	الفرع الثالث: انتقال الحق في العيوب ومسقطاته في القانون المدني الجزائري
271	أولاً: انتقال الحق في العيوب في القانون المدني الجزائري
274	ثانياً: مسقطات خيار العيوب في القانون المدني الجزائري
276	المطلب الثاني: أثر عيوب التوكيد على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري.
277	الفرع الأول: الآثار المترتبة عن دفع عيوب القسط
280	الفرع الثاني: العلاقات الناشئة من دفع عيوب الإثبات
282	المبحث الثاني: أثر العيوب على أحكام العقد في الفقه الإسلامي
283	المطلب الأول: أثر العيوب على المبيع والتصرفات اللاحقة به في الفقه الإسلامي
284	الفرع الأول: ملكية المبيع وغلته في البيع بالعيوب في الفقه الإسلامي

284	أولاً: موقف الحنفية.
288	ثانياً: موقف المالكية والشافعية.
295	ثالثاً: موقف الحنابلة
298	الفرع الثاني: أثر العدول عن التعاقد بالعربون على تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي
298	أولاً: موقف الحنفية
301	ثانياً: موقف المالكية
305	ثالثاً: موقف الشافعية
307	رابعاً: موقف الحنابلة
309	الفرع الثالث: أثر العربون على تصرف المتعاقدين في المبيع في الفقه الإسلامي
309	أولاً: موقف الحنفية
311	ثانياً: موقف المالكية
314	ثالثاً: موقف الشافعية
316	رابعاً: موقف الحنابلة..
319	المطلب الثاني: انتقال خيار العربون ومسقطاته في الفقه الإسلامي.
320	الفرع الأول: انتقال خيار العربون ونفي الفقه الإسلامي
324	الفرع الثاني: مسقطات خيار العربون في الفقه الإسلامي
330	خاتمة
337	قائمة المصادر والمراجع
366	الفهرس

الملخص: يلعب العربون دورا بارزا في تكوين تدريجي للرضا إذ يعلق العقد خلال فترة العدول فيصبح مهددا بالزوال طيلتها إلى حين الفصل بين تأكيد العقد بعدم العدول أو فسخه وزواله عند ممارسة العدول، وقد تعرض المشرع الجزائري له في نص المادة 72 مكرر من القانون المدني المعدل سنة 2005 رغم كثرة التعامل به بين الجزائريين منذ زمن بعيد. إن قاعدة العدول تشكل ضمانا لجدية التعاقد بحيث تجعل كلا المتعاقدين يخسر مبلغ العربون، فإذا عدل عنه من دفعه فقدته وان عدل عنه من قبضه رده ومثله مع ضرورة توفر شروطه، هذا وقد عالج الفقه الإسلامي العربون بين الحنابلة الذين أجازوا التعامل به في باب الخيار والشرط، والجمهور الذين برغم منعهم له، إلا أنهم أجازوا آثار التعاقد المقترن به رغم انعقاده فاسدا.

الكلمات الدالة: العربون، العدول، التوكيد، رده ومثله، فقدته، خيار، فسخ.

Résumé: Les arrhes jouent un rôle prépondérant dans l'établissement progressif du consentement. Ainsi, le contrat demeure en suspens pendant la période de renonciation, devenant menacé de rupture jusqu'à sa confirmation, ou son annulation par l'exercice de dédit, le Législateur algérien a souffert dans l'article 72 bis du code civil en vertu de l'amendement de 2005, Malgré Bien qu'il y ait beaucoup à faire face aux Algériens depuis longtemps.

La base de la dédit constitue une garantie de sérieux quant à la conclusion de contrat, étant donné que les deux parties contractantes risquent la perte de la somme des arrhes. En effet, si celui qui a versé les arrhes se dédit, il perd ce qu'il a versé, et si celui qui les a reçus se dédit, il doit restituer le double du montant de ces arrhes, Avec le besoin de fournir des conditions. La jurisprudence islamique (fiqh) a traité le sujet des arrhes entre Hanbalisme, qui autorise leur usage par choix et sous conditions, et Djomhour qui bien qu'il interdise l'usage des arrhes, autorise les effets du contrat qui lui sont associés même si la conclusion est considérée comme caduque.

Mots clés: arrhes – dédit – confirmation – restitution du double – perte – choix – résiliation.

Abstract: Deposits play a predominant role in gradual establishment of consent. Thus, the contract remains suspended during the period of waiver, becoming threatened with breach until confirmation of the contract by non waiver or its cancellation by the exercise of waiver, The Algerian Legislator suffered in the article 72 bis of the civil code under the 2005 amendment, While there is much to deal with among Algerians long time.

The waiver basis constitutes a guarantee of seriousness regarding the conclusion of contract, since the two contracting parties risk the loss of the deposit. If the person who has paid the deposit withdraws, he loses what he has paid, and if the person who has received the deposit withdraws, he must return twice its amount, With the need to provide conditions. The Islamic jurisprudence (fiqh) has treated the subject of the deposit between Hanbalisme, which authorizes its use by choice and under conditions, and Djomhour which, Despite prevented him, However, they had authorized contracting effects associated with it of a deposit even if the conclusion is considered obsolete.

Key words: deposit – waiver – confirmation – return twice the amount – loss – choice – annulment.