

اختلاف دلالة العريون وطبيعته القانونية وأثرهما على العلاقة التعاقدية

د/ سمير شهباني- أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البويرة

د/ ضريفي الصادق- أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البويرة

ملخص:

كثيراً ما يوّد شخص التعاقد مع الغير، ويخشى- أن يقوم الطرف الآخر بالتصرف في الشيء المراد التعاقد عليه، لاسيما إن قدّم له شخص آخر عطاءً أكبر. أو يطلب منه الطرف الثاني دفع مبلغ من المال ليبيدي جديته في الإقدام على إتمام العقد، ويطمئن بأن احتفاظه بالشيء محلّ التعاقد لم يكن دون جدوى.

غير أن إتمام أو تنفيذ العقد في التعاقد بالعريون قد يتم وقد لا يتم؛ وإذا لم يتم، إما أن يجسر- من دفع العريون ما دفع، وإما أن يردّ مُستلمه ضعفيه، ولا نقول حينها عن أحدهما إنه قد أخلّ بالتزامه، وهذا إذا ما اعتبرنا العريون خياراً للعدول. وإما أن نلزم المتعاقدين على تنفيذ العقد طبقاً لما اتفقا عليه أو طبقاً لما نص عليه القانون، وهذا باعتبار ما تم دفعه تنفيذاً جزئياً للعقد.

الكلمات المفتاحية: العريون، الحق في العدول، الحق في الرجوع، الالتزام البدلي، الشرط الواقف، الشرط الفاسخ، الشرط الجزائي.

Résumé:

Souvent, une personne souhaite contracter avec autrui et craint que l'autre partie puisse disposer de l'objet du contrat, surtout si quelqu'un d'autre lui a offert un prix plus élevé. Ou si l'autre partie lui demande de verser une somme d'argent pour montrer son sérieux à l'exécution du contrat et s'assurer que la réservation de la chose objet du contrat n'a pas été en vain

Toutefois, l'achèvement ou l'exécution du contrat avec le versement d'arrhes peut être conclué comme il ne peut l'être. S'il n'est pas conclué, soit celui qui a versé les arrhes perd ce qu'il a versé, soit celui qui a reçu les arrhes doit restituer le double du montant des arrhes, nous ne dirons pas alors de l'un d'entre eux avait manqué à son obligation, et ceci si l'on considère les arrhes comme option donnant la faculté à chacun des contractants de se dédire. Ou bien, on oblige les contractants à exécuter le contrat conformément à ce qui a été convenu, ou selon le texte de la Loi, en prenant en considération ce qui a été partiellement payé pour l'exécution du contrat.

Mots clés: Les arrhes, Droit de dédit, Droit de rétractation, Engagement alternatif, Clause suspensive, Clause résolutoire, Clause pénale.

مقدمة:

إن العروبن في المعاملات ليس وليد اليوم بل هو ممارسة قانونية تمتد جذورها إلى العصور القديمة؛ حيث كان يُتَعامل به عند الآشوريين، والفينيقيين، والقرطاجيين، والآراميين، وفي بلاد الرافدين، وعند اليونان؛ فكان يعتبر ضماناً لتنفيذ عقدٍ أو وعدٍ. كما تم التعامل به فيالعصر- العلمي الذي يمتد من سنة 130 قبل الميلاد إلى 284 ميلادية، ثم في عصر- الإمبراطورية الرومانية السفلى التي تمتد من 284 ميلادية إلى 565⁽¹⁾. وكان في هذين العهدين يمثل وسيلة إثباتٍ ووسيلة ضمانٍ أيضاً؛ فهو وسيلةٌ تمكن من إثبات عقد البيع إذا ثار خلافٌ حوله، كما يشكل ضماناً للبائع بأنه لن يفقد الثمن كله فيعتبر جزءاً من الثمن الكلي الذي على ذمة المشتري.

وفي عصر هذه الإمبراطورية أيضاً، أصبح العروبن يعطي حقاً للعدول عن العقد أو الصفقة⁽²⁾.

أما في الفقه الإسلامي، فإن العروبن يعطي للمشتري حق العدول عن إتمام الصفقة دون البائع، فيفقدده إذا اختار عدم إتمام الصفقة، وهذا واضح من خلال تعريفهم له بأنه: «أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكاري الكراء، ثم يقول للذي اشتري منه، أو تكاري منه: أنا أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل، على أتي إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريث منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة. وإن تركت السلعة، أو الكراء، فما أعطيتك، فهو لك باطل بغير شيء»⁽³⁾.

(1)- دخل العروبن في المعاملات وغير المعاملات؛ حيث كان موجودا في مجال الأحوال الشخصية، مثلما كان معمولاً به في قانون حمورابي، حيث جاء في نصي- المادتين 159 و 160 على التوالي: «لو أن رجلا قدم هبة حميه بالإضافة إلى هبة الزواج ثم نظر إلى امرأة أخرى فقتل لحميه لن أخذ ابنتك زوجة لي يحتفظ والد الفتاة بكل ما قدم له». «لو قدم رجل هدية لحميه مع هدية الزواج ثم قال الحمي له لن أعطيك لبنتي (زوجة) عليه أن يرد للرجل كل ما أخذه منه مضاعفاً».

فقد كان الخاطب يفقد ما دفعه لوالد الزوجة إذا كان العدول منه، أما إذا كان العدول من الوالد، فعليه رد الضعف.

انظر في هذين النصين: William H. McNeil وآخرون، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم، ترجمة أسامة سراس، دار علاء الدين، الطبعة الثانية، دمشق، سوريا، 1993م، ص 49، ص 116-117.

كما كان في المعاملات المدنية، مثل عقد البيع والإيجار؛ ومن ذلك ما ورد من أن أرسطو طالب ليس استأجر كل معاصر ملطية وشيوز بعراين قليلة، جعلته غنياً بعد أن كان فقيراً.

انظر في ذلك: أرسطو طالبيس، السياسة، ترجمة: أحمد لطفي السيد، دار الكتب المصرية، 1947، ص 119.

(2)- انظر في تفصيل ذلك: أفلوشي فتحة، العروبن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 7-8؛ بوترفاس، حفيفة، التعاقد بالعروبن، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص 1 وما بعدها.

(3)- مالك بن أنس، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1418هـ- 1998م، ج 2، ص 305.

أو هو: «أن يشتري السلعة، فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة، احتسبه من الثمن، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع»⁽¹⁾.

أما في الفقه والقوانين المعاصرة، فإن العربون مألٌ يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد، يترتب عنه منح الحق لأيٍّ منها في العدول عن إتمام تنفيذ العقد عند القوانين اللاتينية ومن حذا حذوها، أو هو مال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر دليلاً على أن العقد أصبح باتاً⁽²⁾ عند القوانين الجرمانية ومن سار مسارها⁽³⁾.

على أن كلا الاتجاهين يعطيان للمتعاقدين حرية الاتفاق على خلاف الأصل الذي حدّده النص القانوني باعتباره مكملاً لإرادتهما. وهذا يعني أن العقود التي تكون محلاً لدفع العربون هي العقود الملزمة للجانبين.

وإذا كان الحال كما قلنا، واعتبرنا العربون من صور الخيار، بأن يعطي للمتعاقدين حق العدول؛ فإنه إما أن يكتيف على أنه بدل ضمن التزام بدلي؛ فيكون العربون بدلا من المحل الأصلي، ويحصل الوفاء به، فيكون من استعمله في حلٍّ من التزاماته التعاقدية. وإما أن يحوي اتفاقاً متمايزين، فيكونا معلقين على شرطين، أحدهما مغاير للآخر (واقف وفاسخ)؛ فيترتب عن تحقق الأول تخلف الثاني، والعكس.

أما إذا قلنا إن التعاقد بالعربون تعبير على أن العقد أصبح باتاً، فإنه لا بد من تنفيذ الالتزامات التعاقدية المنجزة عن العقد العادي. وهنا إما أن يكون العقد معلقاً على شرط واقف، فلا يترتب آثاره إلا بتحقيق ذلك الشرط، وإما أن يكون عقداً معلقاً على شرط فاسخ، فيكون مرتباً لكافة الآثار إلى حين تحقق الشرط الفاسخ فيصبح كأن لم يكن.

من هنا نقول: كيف لهذه الفروق بين الدلالات والأوصاف - التي ذكرناها آنفاً- أن تؤثر على العلاقة التعاقدية بين الطرفين؟ وبعبارة أخرى: فيم تتجلى تأثيرات دلالات العربون وطبيعة التعاقد به على العلاقة التعاقدية؟

(1)- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، الرياض، 1417هـ-1997م، ج 6، ص 331.

(2)- يرى الأستاذ "Redouin" بأنه يستحيل إعطاء تعريف دقيق للعربون بسبب تعدد وظائف هذا الأخير

«Il ressort que les arrhes se caractérisent par le fait qu'elles remplissent diverses fonctions. Il est impossible, pour en donner une définition exacte, de les dissocier de leurs différents rôles».

V: LI Bei, Les arrhes, étude franco-chinoise, Thèse de doctorat endroit privé, Université Panthéon-Assas, 23 septembre 2015, p. 38

(3)- عبد الرزاق السهري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، مج 1، البند 140، ص 277؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، مج 1، ج 2، ص 88؛ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 82؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 34.

يقترح LI Bei بأن يسمي العقود المرتبطة بالعربون كالاتي: arrhes- promesse إذا كان دفع العربون مقترناً بوعود بالتعاقد، arrhes-formation إذا كان العربون يدل على أن العقد بات، arrhes-résolution إذا كان العربون يعطي الحق للمتعاقدين في فسخ العقد. هذا إضافة طبعاً إلى العربون الذي له دلالة العدول arrhes-dédie، والعربون الذي له دلالة الإثبات arrhes-preuve.

المبحث الأول: العدول عن إتمام العقد ليس إخلالا بالالتزامات التعاقدية

تعتبر التشريعات اللاتينية، وعلى رأسها التقنين المدني الفرنسي- في نص المادة 1590 منه⁽¹⁾، والتشريعات التي حذت حذوها، كالتقنين المدني الجزائري في نص المادة 72 مكرر⁽²⁾؛ العربون وسيلة قانونية تعطي للمتعاقدين الحق في العدول عن إتمام الصفقة⁽³⁾، حيث جاء فيه: «يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها...».

وهذا يعني أن لأي من المتعاقدين أن يمارس حقه ويعدل عن إتمام العقد دون الرجوع إلى المتعاقد الآخر، ولا يعتبر حينها قد أخل بالالتزام التعاقدية، كل ما في الأمر أنه يلتزم بدفع مقدار العربون، فإن كان من دفع العربون هو من عدل، فقد ما دفعه، وإن كان متلقي العربون هو من عدل، أرجع العربون إلى صاحبه وزاد عليه مثله، حتى ولو لم يترتب عن ذلك العدول ضرر بأحد الطرفين⁽⁴⁾، وهذا ما ورد في الفقرتين 2 و3 من نص المادة 72 مكرر.

غير أن شراح القانون في فرنسا يرون أن العربون يُثبت للطرفين الحق في العدول إذا دفعه البائع، لاستحالة اعتباره جزءاً من الثمن. وكذلك الأمر إذا دفعه المشتري في عقد معلق على شرط واقف⁽⁵⁾، أو في بيع منقول لم يتم تسليمه بعد، أو في حوالة الحق، لاسيما إن كان الثمن مؤجل الدفع. بينما كان العرف والقضاء المصري يعتبران العربون عقد البيع دليلاً على جواز العدول إذا كنا بصدد عقد ابتدائي بخلاف العقد النهائي، بخلاف عقد

(1)- نص المادة 1590 هو كالاتي:

«Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir,

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double».

(2)- تقابلها المادة 103 مدني مصري، والمادة 104 مدني سوري، والمادة 103 مدني ليبي، والمادة 107 مدني أردني، والمادتان 100-101 مدني قطري، والمادتان 74-75 مدني كويتي؛ 148 مدني إماراتي.

(3)- السنهوري، الوسيط، ج1، مج1، فقرة 140، ص260؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ج1، ص141.

(4)- أما في الفقه الإسلامي كما سبق وأشرنا، فإن العدول يكون من حق من دفع العربون فقط دون الطرف الآخر، ولا محل للقول برد العربون ومثله، وهذا طبعاً عند من يجزون العربون وهم الخنابلة، أما من لا يجزونه - وهم جمهور الفقهاء- فلا مجال للحديث عن التعاقد بالعربون.

(5)- تعقياً على مسألة اعتبار العقد - عقد البيع- المقترون بعربون معلقاً على شرط واقف يقول Thomas-Louis Bergeron: ماذا يقول المتعاقدان لبعضهما؟ يقول المشتري للبائع لن أشتري الآن ولكن بعد 30 يوماً، أو عندما أعلن رغبتني في الشراء، وإلا فاحتفظ بالمبلغ الذي أعطيتك إياه. ويقول المالك: لا أبيع، ولكن في الميعاد المحدد سأشير إلى رغبتني في البيع، أو سأرد إليك ضعف ما أعطيتني. وهذا يعني أن الطرفان حزين في البيع والشراء من عدمهما، مما يظهر معه بوضوح أن هذا الالتزام هو التزام تخيري مبني على محض الإرادة.

ويصل في الأخير إلى أن اعتبار التعاقد (الوعد) بالعربون لا يمكن اعتباره معلقاً على شرط واقف كما لا يمكن اعتباره معلقاً على شرط فاسخ، باعتبارها مبنيين على أسس غير سليمة؛ فالعربون يقوم على تعزيز العلاقة بين الطرفين، في حين أنه يمثل مانعاً من التعاقد!

BERGERON Thomas-Louis, Des arrhes et de leur incidence sur la promesse de vente, Les Cahiers de droit,

vol. 6, n° 1, 1964, p. 13-14.

الإيجار أين تكون له دلالة البت دائماً⁽¹⁾. أما بعد صدور التقنين المدني الجديد فأصبحت دلالاته هي أن لكلا المتعاقدين الحق في العدول، ما لم يظهر خلاف ذلك⁽²⁾.

وهذا العدول إما أن نبّره على أساس أن العربون هو محل في التزام بدلي، أو على أساس أنه يتضمن اتفاقين متميزين في الوقت نفسه⁽³⁾.

المطلب الأول: العربون بدل ضمن التزام بدلي يؤدي إلى فقدان البدل

الالتزام البدلي هو التزام له محل واحد، غير أن المدين بالالتزام يمكنه أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً ما هو ملزم بتأديته، فينتهي التزامه، كأن ينشأ التزام في ذمة شخص بإعطاء منزل لشخص آخر، ويحتفظ لنفسه بحق إعطائه

(1)- انظر في ذلك: السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 141، ص261؛ ج4، فقرة 45، ص87؛ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص83؛ محمد شريف عبد الرحمن، مطول القانون المدني في عقد البيع، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1422هـ-2003م، ص116-117.

وفي هذا الباب، هناك من يجعل التعاقد بالعربون عقداً تمهيدياً أو مرحلة تحضيرية للعقد النهائي، دفع العربون كما يقول ترولونج "Troplong" ما هو إلا مشروع أو وعد بسيط أو اتفاق ينتظر الاكتمال.

انظر في ذلك: بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص83. وهذا الرأي في اعتقادنا مجانب للصواب؛ كون العقد التمهيدي لا يكون ملزماً للجانبين، في حين أن التعاقد بالعربون ملزم للجانبين. كما أن العقد التمهيدي ليس عقداً نهائياً، في حين أن التعاقد بالعربون هو عقد تام، وهذا يعني أن عدم إتمام العقد في العقد التمهيدي لا تترتب عنه مسؤولية أحد الطرفين ما لم يكن هناك غش أو تدليس، في حين أن العدول عن العقد في التعاقد بالعربون يترتب عنه إتمام العقد بالعربون أو رد ضعه؛ هذا إن كانت له دلالة العدول، أما إن كانت له دلالة البتات، فإن التعاقد بالعربون - زيادة على كونه عقداً تاماً - لا محل فيه للعدول، بل يجب فيه على الطرفين تنفيذ الالتزام.

(2)- يمكن اعتبار دلالة العربون أن العقد بات إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين على ذلك.

انظر: السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 142، ص262. كما قد يستخلص ذلك من نية المتعاقدين. انظر الطعن رقم 6 لسنة 36، جلسة 1970/07/30، السنة 21، المكتب الفني، عدد 2، ص743، القاعدة رقم 120. حيث جاء فيه: «...وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائي وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني». وهذه النية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وقائعها دونما رقابة عليه من محكمة النقض (المحكمة العليا). انظر: الطعن رقم 72 لسنة 55، جلسة 1988/05/11، السنة القضائية 39، عدد 2، ص944، القاعدة رقم 154؛ الطعن رقم 2388 لسنة 71، جلسة 2003/01/21، السنة القضائية 54، عدد 1، ص212، القاعدة رقم 37.

(3)- هناك من اعتبر العدول شرطاً فاسخاً، لكن هذا القول يصطدم بأمرين: أولهما أن الشرط الفاسخ وصف خارجي في العقد أي أمر عارض، في حين أن حق العدول أمر أساسي في ذاته يترتب عنه سحب الرضا؛ والأمر الثاني أنه لو اعتبرنا حق العدول شرطاً لكان شرطاً إرادياً محضاً، ومعلوم أن الالتزام المعلق على شرط إرادى محض باطل.

انظر في هذا المعنى:

BERGERON Thomas-Louis, op. cit, p. 12.

وهناك من اعتبر حق العدول نوعاً من حق الندم على سبب رضاء المتعاقدين بالعقد؛ ولهذا السبب، من يكون العدول من جانبه عليه دفع العربون ثمناً لهذا الندم.

انظر في ذلك: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1994، ص37-38.

مبلغاً من المال أو قطعة أرض مكان المنزل، فإذا قدم له المنزل فقد نَقَذَ التزامه الأصلي وإن قدم له المال أو الأرض فيعتبر أيضاً أنه قد نَقَذَ التزامه، ولكن عن طريق محله البديل، فأى الالتزامات تُقَدَّم الوفاء⁽¹⁾.

وعلى هذا يرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم السنهوري، أن العربون ينشئ التزاماً بديلاً في ذمة طرفيه، ومن ثمَّ فهو بدل في التزام بديلي⁽²⁾، أي هو مقابل للرجوع في العقد أو بدل عن هذا الرجوع⁽³⁾.

فالعربون وفق هذا الوصف هو البديل في الالتزام البديلي إذا أُعْتَبِر وسيلة للعدول عن العقد، بحيث يعطي فسحةً للمدين بأن يؤدِّيه بدلاً من التزامه الأصلي، فيفقد العربون بدل أن يُنْقَذَ الالتزام الأصلي إن كان العدول ممن دفعه، أو يردَّ ضعفه إذا كان العدول ممن استلم العربون؛ فإن اتفق (أ) مع (ب) على أن يشترى منه سيارة ودفع له عربوناً بقيمة 5000 دينار، ثم عدَلَ عن رأيه في شراء السيارة، فَقَدَ ذلك المبلغ، أما إن عدَلَ (ب) عن بيع سيارته، فإنه يُرْجَع إلى (أ) مبلغ 10000 دينار، فيعتبر حينها أن كلاً منها قد نَقَذَ التزامه تجاه الآخر⁽⁴⁾، تنفيذاً عينياً للعقد وليس تنفيذاً بطريق التعويض⁽⁵⁾.

وجدير بالذكر أن العرف المطبق في الجزائر بخصوص العربون مخالف لِمَا هو منصوص عليه في القانون؛ حيث يفقد دافع العربون المال الذي دفعه إذا كان العدول منه، ويعيد من تسلم العربون ما دفع إليه دون زيادة إذا كان العدول منه، وهذا موافق - في شقِّ منه - لما جاء في الفقه الإسلامي عند من يجيزون التعاقد بالعربون.

يُضَاف إلى ذلك أنَّ العرف الجاري في بلادنا يقضي - بأنَّ مرور المدة المتفق عليها دون تقدُّم من دفع العربون إلى إتمام (تنفيذ) العقد يجعله يخسر - العربون، ويجعل الطرف الآخر في حِلِّ، وله أن يتصرف في الشيء وفي المال المدفوع، أي إن مرور المدة دلالة على استعمال حق العدول، في حين أن القانون بخلاف ذلك، حيث يصبح

(1) - يسمى أيضاً بالالتزام الاختياري، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 216 من التقنين المدني الجزائري. تقابلها المادة 265 مدني لبي؛ 278 مدني مصري؛ 278 مدني سوري؛ 411 مدني أردني؛ 340 مدني عراقي؛ 340 مدني كويتي؛ 301 مدني قطري؛ 262 بحريني؛ 435 مدني إماراتي.

(2) - السنهوري، الوسيط، ج1، مع1، فقرة 142، ص264، هامش رقم 1؛ مصارح الحق، مع1، ج2، ص89؛ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص62؛ محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص118.

(3) - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، عالم الكتب، القاهرة، 1981، ص168.

(4) - ما يلاحظ من الناحية القضائية بأن القضاة لم يتيقنوا مبدأ ردِّ العربون ومثله دائماً، حيث جاء في حكم صادر عن محكمة باتنة بتاريخ 1992/11/15، وأيده مجلس القضاء بتاريخ 1994/02/09، والمحكمة العليا بتاريخ 1996/03/13؛ أن على مالك العقار الذي عدل عن إتمام البيع رد المبلغ الذي تسلمه كعربون والذي مقداره 44 ألف دينار، ودفع تعويض مقداره 5000 دينار.

وهذا الحكم ليس سلباً لا باعتبار العربون حقاً للعدول حيث يجب رد 88 ألف دينار، رغم أن قراراً للمحكمة العليا بتاريخ 1979/01/31، ملف رقم 14447، جاء فيه خلاف ذلك، أي أنه أعاب على القرار المطعون فيه إلزام البائع الذي عدل برد نفس المبلغ المقبوض، وأكد أن الاجتهاد القضائي مستقر على أن يرد الضعف.

كما لا يعتبر الحكم السابق سليماً حتى وإن جعلنا العربون دليلاً على أن العقد بات، حيث يلتزم هنا بتنفيذه عينياً، إلا إن تعذر ذلك، حينها قد نكون بصدد التعويض عن الضرر، ولا أعتقد الأمر متعزراً في هذه الحالة، بل كان الحال هو رفض إتمام عملية البيع ونقل الملكية.

انظر في هذه الأحكام والقرارات: أقلاوش فتيحة، المرجع السابق، ص61-62. (5) - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص62-63.

العقد ملزماً للطرفين بعد مرور المدة المقررة لاستعمال حق العدول، ما لم يتفق على خلاف ذلك طبقاً لنص المادة 1/72 مكرر. أي أن المبلغ المدفوع يصبح تنفيذاً جزئياً للعقد⁽¹⁾. بمعنى أن العربون يصبح قسطاً من الثمن. على أن هناك من انتقد القول الذي يعتبر أن فوات مدة العدول يجعل من عربون العدول جزءاً أو قسطاً معجلاً من الثمن الكلي المستحق؛ فلا يعقل أن يكون حقاً للعدول ثم يتحول فجأة إلى قسط من الثمن، بل هناك من اعتبر هذا الأمر غير سليم قانوناً؛ لأنه لا يمكن أن تكون للعربون دلالتان في الآن ذاته، فإما أن يُعتبر دلالة عن حق العدول أو دلالة على تأكيد العقد.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحي حجازي بأن الأسلم قانونياً هو أن نقول: إذا لم يُفسخ العقد المقترن بالعربون لعدم استعمال حق العدول، يصبح العربون في يدي قابضه بدون سبب، وبالتالي لا بد من رده إلى صاحبه، وما دام أن الغالب عدم ردّ العربون - بسبب تنفيذ العقد - فإننا نكون أمام انقضاء جزئي للعقد عن طريق المقاصة بين الثمن المستحق وقيمة العربون، ولا نعتبر العربون قسطاً من الثمن بناتاً⁽²⁾.

وفيما يتعلق بانفساخ العقد بسبب استحالة التنفيذ، أو لهلاك المحل بسبب قوة قاهرة مثلاً؛ فإننا نخرج عن دائرة العدول الاختياري من أحد الطرفين عن العقد، أي إنه يجب في هذه الحالة ردّ العربون إلى من آذاه⁽³⁾، ويعاد الطرفان إلى ما كانا عليه قبل دفع العربون.

وتجدر الإشارة إلى أن ما ورد في نص المادة 1590 من التقنين المدني الفرنسي من تنظيم، ما هو إلا مكمل لإرادة الطرفين في العقد وليس من النظام العام⁽⁴⁾، فلها أن يخالف ما جاء فيه من حيث العدول أو عدمه، ومن حيث ردّ العربون أو فقده من عدمه.

غير أن هذا التوجه منتقد بسبب أن الالتزام البدلي هو التزام واحد ذو محلين متعادلين، أحدهما أصلي وهو الأول بالتنفيذ، والثاني بدلي يجوز للمدين أن يفي به مكان الالتزام الأصلي، والأمر على خلاف ذلك في العربون.

فالباع بالعربون مثلاً ينشئ التزامات متعددة في ذمة البائع، وكلّ التزام له محلّ خاص به؛ فإن عدل عن البيع، برئت ذمته منها جميعاً رغم أنه يحل محلها التزام واحد مختلف عنها هو دفع العربون، ولهذا لا يستقيم أن يقال عن العربون إنه البديل في التزام بدلي⁽⁵⁾.

(1) - د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 35.

(2) - انظر في القول الأول: "Redouin"، وفي الثاني عبد الحي حجازي. أشارت إليها: أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 79-80.

(3) - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص 85.

(4) - انظر في ذلك، قراري محكمة النقض الفرنسية:

Civ. 1^{re}، 16 juill. 1956: D. 1956. 609. Orléans, 26 oct. 1967: D. 1968. 210.

(5) - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة 4، بيروت، 1980، ص 76-77؛ السنهوري، الوسيط،

ج4، البيع والمقايضة، ص 91، هامش رقم 1.

وهناك اعتراض آخر من الفقيه "برونو سليس"، مفاده أن العربون لا علاقة له أصلاً بفكرة البديل في الالتزام البديلي - كما ليس له علاقة بفكرة الشرط كما سنذكره لاحقاً- بل هو عقد مقترن بتحفظ أو خيار، وهذا التحفظ أو الخيار ليس أمراً عارضاً كما هو الحال في البديل أو الشرط، بل هو مسألة أساسية في العقد، وأن من مستلزمات هذا التحفظ تمتع صاحب الشأن بحق إرادي يتمثل في حق العدول، ومن ثم يكون مصدر الالتزام بدفع العربون هو نص القانون، تدعمه القواعد العامة في الالتزامات⁽¹⁾.

غير أن السنهوري ردّ على هذا الاعتراض بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البديلي متعدداً، في الوقت الذي يكون فيه البديل واحداً⁽²⁾.

مع ذلك، تبقى بعض الاعتراضات على اعتبار التعاقد بالعربون التزاماً بديلياً، باعتبار العربون بدلاً، منها:

- أن البديل في الالتزام البديلي لا بد أن يكون معادلاً للمحل الأصلي، وإلا فإنه لا يعتبر وفاءً تاماً؛ فالعربون المدفوع غالباً ما يكون ضئيلاً بالمقارنة مع قيمة المحل الأصلي، وحتى ولو كانت قيمته كبيرة، فإنه يبقى دوماً أدنى من قيمة المحل الأصلي.
- عند الاستعاضة بالبديل في الالتزام البديلي نكون قد تخلصنا من التزام واحد وهو الوفاء بالمحل الأصلي، فهو ويمثل وسيلة للخلاص من الالتزام، في حين أن ترك العربون بدل تنفيذ الالتزام المراد تنفيذه هو إنهاء للعقد كله، فهو يمثل وسيلة للخلاص من العقد لا من الالتزام⁽³⁾.

المطلب الثاني: العربون يتضمن اتفاقين متميزين معلقين على شرطين مختلفين في الطبيعة

بمقابل الرأي الأول، هناك رأي فقهي آخر يقول إن التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين وليس اتفاقاً واحداً، كل منهما مختلف عن الآخر؛ الاتفاق الأول معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ حسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على تحديد ثمن لاستعمال الحق في العدول، يترتب عنه أن من يستعمل هذا الحق يدفع مبلغاً يساوي مبلغ العربون⁽⁴⁾.

(1)- انظر في ذلك: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 168.

وذاً المعنى ذكره الدكتور علي فيلاي، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص 151)؛ حيث يرى أن التعاقد بالعربون يتميز عن غيره من العقود، فهو حالة خاصة تطبق عليها قواعد خاصة.

(2)- السنهوري، الوسيط، ج 4، فقرة 46، ص 91، هامش رقم 1.

وفي هذا المقام يقول الدكتور محمد لبيب شنب بأن محل الالتزام البديلي يتمثل ابتداءً في أداء شيء واحد، غير أنه عند الوفاء يتعدد هذا المحل، فيكون للمدين إما أن يفي بالشيء الذي تم الاتفاق عليه منذ البداية أو بشيء آخر بدلاً عنه. ضف إلى ذلك أن المدين هو من يختار الوفاء بالمحل البديل عوضاً عن المحل الأصلي.

انظر: محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الإثبات- أحكام الالتزام، دار نافع للطباعة، دون ذكر بلد النشر، 1974-1975، ص 334-335.

(3) - بوترفاس حفيظة، ص 97. نقلا عن: ياسر محمد علي النيداني، العربون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 241-242.

(4)- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 77.

ومضمون هذا الرأي أن الاتفاق الثاني الذي ينشئ التزاما بدفع ما يساوي قيمة العربون مقترنٌ بشرطٍ عكس شرط الاتفاق الأول، الذي يكون إما اتفاقاً معلقاً على شرط واقف وإما معلقاً على شرط فاسخ.

وهذا يعني أنه إذا اعتبرنا الاتفاق الأول معلقاً على شرط واقف⁽¹⁾، فإن الاتفاق الثاني معلقٌ على شرط فاسخ؛ فإن تحقق الشرط الواقف بأن تم تنفيذ العقد، فإن العقد يسري بأثر رجعي، وفي الوقت يكون قد تحقق الشرط الفاسخ في الاتفاق الثاني والمتضمن الالتزام بدفع العربون، فيصبح دفع العربون غير واجب؛ لأنه لم يعد له وجودٌ بتحقق الشرط الفاسخ فيه.

أما إذا تخلف الشرط الواقف في الاتفاق الأول، أصبح العقد كأن لم يكن، وبالتالي يتخلف الشرط الفاسخ المتعلق بدفع ما يساوي قيمة العربون، فيصبح واجباً دفعه من طرف من عدل عن إتمام تنفيذ العقد.

وفي الحالة الثانية التي يكون فيها الاتفاق الأول معلقاً على شرط فاسخ⁽²⁾، وهو عدم رغبة المتعاقدين في تنفيذ العقد، ويكون الاتفاق الثاني معلقاً على شرط واقف؛ فإن تحقق الشرط الفاسخ أصبح العقد كأن لم يكن، ومن ثم يتحقق الشرط الواقف في الاتفاق الثاني، وهو وجوب دفع العربون من قبل من عدل عن تنفيذ العقد.

وبالعكس، إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ للمتعاقد، لم يتحقق بدوره الشرط الواقف المقابل له في العربون، وتم تنفيذ العقد دون دفع ما يساوي قيمة العربون.

وفي ذات الاتجاه يرى الفقيه "Redouin"، بأن الالتزام بالعربون ذو طبيعة مركبة؛ فهو يشتمل على حق العدول المقرر للطرفين، وعلى الضمان المتأني من دفع العربون. فالضمان يظهر في الدفع المباشر للعربون عند انسحاب دافعه من العقد تعويضاً عن الضرر الذي يقع للطرف الآخر، وإن كان الانسحاب ممن قبضه فإنه لا يبقى هناك مبرر لاحتفاظه بالعربون، وبالتالي يعيده إضافة إلى مثله تأسيساً على رضاه بالتعامل بالعربون، فهذا

وهناك من التشريعات، مثل التشريع الصيني في المادة 117 من قانون التأمينات، من تعطي للمتعاقد الحق في الفسخ، وقد يكون ذلك حتى بعد البدء في تنفيذ العقد، شرط أن يكون الفسخ يتوافق مع مبدأ حسن النية، وأن لا يكون قد وصل المتعاقدان إلى مرحلة متقدمة من تنفيذ العقد كأن يكون قد تم دفع مبلغ يقارب المبلغ الكامل للشيء. ويترتب على الفسخ إما فقدان العربون المدفوع أو رد ضعفه.

V: LI Bei, op. cit. p.p. 75- 76.

(1)- يرى كثير من الفقهاء الفرنسيين والمصريين، إضافة إلى بعض أحكام القضاء، بأن التعاقد بالعربون معلق على شرط واقف من بينهم: "بودري لاکنتزي" و"سيني" "Sagnet" et "Baudry-Lacantinerie"، عبد المنعم بدرأوي، أحمد نجيب الهالائي، وحامد زكي. انظر في ذلك: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 166.

BERGERON Thomas-Louis, op. cit, p.p. 12.

(2)- من بين الذين يرون أن التعاقد بالعربون معلق على شرط فاسخ: بلانيول "Planiol" وريبير "Ripert" وهامل "Hamel" وكولمه دي سنستير "Colmetde SanterreGuillourd"، وجميل الشرفاوي.

انظر في ذلك: سلمان مرقس، المرجع السابق، ص 79، هامش رقم 1 و 6؛ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 167؛ أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 46.

النوع من التعاقد لا يختلف عن الاتفاق الذي يتضمن إمكانية عدم تنفيذ الطرفين لالتزاماتها مقابل دفع مبلغ معين⁽¹⁾.

هذا الكلام يرجعنا إلى مسألة اعتبار العربون وسيلة للضمان التي كانت سائدة قديماً، في حين أن العربون ليس وسيلة ضمان في حد ذاته، وحتى لو اعتبرناه كذلك، لكان من الأولى اعتباره وسيلة ضمان لتنفيذ العقد وليس وسيلة لضمان عدم تنفيذه.

يضاف إلى ذلك أن القول بأن التعاقد بالعربون يماثل التعاقد الذي يتضمن بند إمكانية عدم تنفيذ الالتزام، كلام غير سليم، بسبب أن العربون تختلف دلالاته حسب تية أو اتفاق الطرفين أو العرف - هذا إن لم يجدد القانون تلك الدلالة- ومن ثم قد يبيح للطرفين حق التملص من إتمام العقد أو تنفيذه بل يلزمهما بالتنفيذ. وحتى لو كانت للعربون دلالة العدول، فإن العقد الذي يتضمن بنداً بإمكانية عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه مقابل دفع مبلغ ما هو إلا عقد يتضمن شرطاً جزائياً، وهذا الأخير يختلف كثيراً عن التعاقد بالعربون كما سنوضحه في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

فضلاً عما يُعترض به على أن اعتبار العقد معلقاً على شرط بأنه رأي لا يستقيم إلا في حالة اعتبار العدول شرطاً فاسخاً للتعاقد. أما في حالة اعتباره شرطاً واقفاً له، فإننا نجعل الالتزام بالعربون مقترراً في ذمة كلا الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول، مما يترتب عنه إمكان مطالبة كل طرف للآخر بقيمة العربون من وقت التعاقد وليس من وقت تحقق الشرط الفاسخ، وكل ما في الأمر أنه يقوم برده للطرف الآخر إذا لم يتم العدول بأن تم تنفيذ العقد، وهذا طبعاً لم يكن قصد المتعاقدين وقت التعاقد، كما أنه يخالف المنطق القانوني⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أن ما يُعلق عليه العقد في التعاقد بالعربون ليس مجرد واقعة محيطة قد تقع وقد لا تقع، بل يتعلق الأمر هنا بإرادة أحد الطرفين، حيث يكون لأحدهما - بناءً على الحق الإرادي المنبثق من الاحتفاظ بمكينة استعمال أو عدم استعمال خيار العدول- التحكم في مصير العقد، ومن ثم فإن العقد هنا يكون مقترراً بتحفظ وليس بشرط، لا واقف ولا فاسخ⁽³⁾.

كذلك، إن تخلّف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ يؤديان إلى زوال العقد بشكل نهائي، ومن ثم لا نجد أي سند قانوني يبرر التزام من عدل عن العقد بردّ العربون الذي استلمه، أو رده ومثاله⁽⁴⁾. فضلاً عن أنّ الاتفاق الثاني في العقد ينافي مبدأ التبعية الذي يتميز به الاتفاق على العربون؛ ذلك أن العربون موجود لخدمة الالتزام الأصلي ولضمان تنفيذه⁽⁵⁾.

(1)- انظر في ذلك: بوترفاس حفيفة، المرجع السابق، ص 98.

(2)- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 77، هامش رقم 1.

(3)- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 167-168.

(4)- سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 80.

(5)- تالا عقاب حسين الخصاونة، المرجع السابق، ص 119-120.

المطلب الثالث: العربون يعطي للمتعاقدين حقّ العدول وليس حقّ الرجوع

بالتطور الحاصل في العقود اليوم، ظهرت مصطلحات تبدو لأول وهلة أنها متماثلة، في حين أنها ليست كذلك، ومن هذه المصطلحات حقّ الرجوع، والذي نجده بشكل واسع في عقود الاستهلاك⁽¹⁾، حيث يعرف بأنه: «تعبيرٌ عن إرادة معاكسة، بمقتضاها يقصد صاحب تصرّف أو تعبيرٍ بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسمحها وكأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثرٍ في الماضي والمستقبل»⁽²⁾. أو «تعبيرٌ عن إرادة مخالفة لما وقع الاتفاق عليه، يرمي من ورائها [ورائه] أحد الأطراف [إلى] الرجوع فيما وقع الاتفاق عليه واعتباره كأن لم يكن»⁽³⁾.

وقد نصّ عليه المشرع الجزائري في نصوص متفرقة منها: المرسوم تنفيذي رقم 15-114، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁽⁴⁾. حيث ورد في نصّ المادة 2/11 منه: «...يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد...»⁽⁵⁾.

ومقتضى - هذا الحق أن المشتري، أو المكتتب، أو المستهلك عموماً، له الحق إنهاء العقد، خلال مدة معينة، تكون غالباً قصيرة، بإرادته المنفردة⁽⁶⁾، مع الاحتفاظ بحقه في استرداد ما دفعه إلى البائع أو المتدخل (المحترف أو المهني سابقاً)، دون أن على من رجع أن يدفع أي شيء مقابل استتماله حقّ الرجوع، ودون أن يكون للطرف الآخر طلب التعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة هذا الرجوع، ما دام قد استعمل في إطار القانون⁽⁷⁾. وبالتالي فتحّ الرجوع الممنوح للمستهلك يمثل خروجاً عن القوة الملزمة للعقد في القواعد العامة، اقتضته ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف⁽⁸⁾.

ومن خلال ما تقدم، يظهر جلياً أن حقّ العدول "Droit de dédit" أو رخصة العدول "Faculté de dédit"، يختلف عن حقّ الرجوع "Droit de rétractation" في جوانب كثيرة، تتمثل في⁽⁹⁾:

(1) - كما يوجد في عقود أخرى كثيرة، مثل: التعليم بالمراسلة، بيع المنازل بقصد إبرام اتفاقيات مالية، وبيع المنازل، والبيع عبر المسافات. انظر في ذلك: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 321.

(2) - هذا تعريف Gérard Cornu. ذكره: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 322.

(3) - هذا تعريف لطفي بن كريمة. ذكره: عمار زعي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 9، 2013، ص 122.

(4) - المرسوم تنفيذي رقم 15-114، مؤرخ في 12 مايو 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية عدد 24، صادرة في 13 مايو 2015، الصفحة 10.

(5) - وقد نصّ قبل ذلك على مثل هذا في المادة 3/119 مكرر 1 من الأمر 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 04-10: حيث جاء فيها: «يمكن أي شخص أكتب تعهداً أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد».

(6) - وفي هذا يتشابه حقّ العدول الممنوح في التعاقد بالعربون مع حقّ الرجوع.

(7) - انظر: زعي، عمار، المرجع السابق، ص 123.

(8) - زعي، عمار، المرجع نفسه، ص 123.

(9) - انظر في ذلك: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 329.

- إن استعمال حقّ العدول في التعاقد بالعربون لا بد فيه من مقابل، فإن تمّ من دفع العربون، خسره، وإن تمّ من قبضه، رده ومثله، في حين تكون ممارسة حقّ الرجوع دون دفع أيّ مقابل.
- يمكن استعمال رخصة العدول من أيّ من المتعاقدين، في حين أن حقّ الرجوع لا يكون إلا لطرف واحد، وهو المشتري أو المستهلك عموماً، وليس البائع أو المتدخل.
- خيار العدول في التعاقد بالعربون ليس من النظام العام؛ لذلك يمكن الاتفاق على مخالفته واعتباره تنفيذاً للعقد، في حين أن حقّ الرجوع من النظام العام، فهو يتعلق بالنظام الحمائي للمستهلك.
- أن خيار العدول يعدّ حقاً بالمعنى القانوني، لاسيما أنه يقابله التزام يقع على من يستعمل في مواجته، في حين أن خيار الرجوع لا يعتبر حقاً بالمعنى الدقيق، فلا يمكن اعتباره حقاً شخصياً بما تمثله علاقة الدائنية، ولا يعتبر حقاً عينياً بما يجمله من سلطة على الشيء، كما لا يعتبر رخصة بما أنه لا يمثل حقاً، وليس حرية أيضاً بما أنه مقصور على فئة المستهلكين، وليس الجميع؛ وبالتالي فهو في منزلة وسطى بين الحق والحرية، إذ يمثل مكنة قانونية، وحقّ إرادي محض يعطي لصاحبه حقّ إحداث أثر قانوني بإرادته المنفردة بصرف النظر عن الطرف الآخر⁽¹⁾.

المبحث الثاني: دفع العربون يلزم العاقدين بتنفيذ العقد

- في مقابل التشريعات اللاتينية التي تجعل من العربون دلالة لحقّ العدول، نجد التشريعات الجرمانية - وفي مقدمتها القانون الألماني في نصّ المادة 336⁽²⁾ - تأخذ به دلالة على تأكيد العقد وجعله باتاً⁽³⁾.
- ومن التشريعات العربية التي تعتبره دليلاً على تمام العقد: التقنين المدني العراقي في نصّ المادة 1/92، والإماراتي في نصّ المادة 1/148، حيث جاء فيها: «يعتبر دفع العربون دليلاً على أنّ العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك».
- وظهير الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 288، الذي اعتبر فيه أنّ: «العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده»، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية في الفصل 303، لمّا نصّت على أنّ: «العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدوا عليه».

(1) - انظر في ذلك: منصور حاتم محسن، إسرائ خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة الرابعة، العدد الثاني، 2012، ص 54-55.

(2) - جاء في نصّ المادة 336 فقرة أولى:

«Si, lors de la formation d'un contrat, il a été donné quelque chose à titre d'arrhes, cela vaut comme signe de la conclusion du contrat».

(3) - جاء في نصّ المادة 336:

Code civil Allemand, traduit et annoté par C. BUFNOIR et autres, tome 1, l'imprimerie nationale, Paris, p483.

والتانون المدني الجيني الذي نص في المادة 575: «بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزءاً من الثمن في بيع اتفقاً عليه يحتسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عيّن وقت لدفع الباقي أم لم يُعيّن». فإذا دفع أحد المتعاقدين عربوناً إلى المتعاقد الآخر؛ فإنّ ذلك يعتبر تنفيذاً جزئياً للعقد. ففي حالة البيع مثلاً: إذا كان المشتري هو من دفع العربون، فإنّ ذلك المبلغ يخصم من الثمن الكلي للمبيع، وإن كان البائع هو من دفع العربون، فإنّه يسترده عند تنفيذ العقد⁽¹⁾.

وهذا يعني أن دفع العربون يجعل العقد قد تم بصفة نهائية، ولا يجوز لأي من الطرفين العدول عنه منفرداً وإلا اعتُبر مُخلّاً بتنفيذ التزاماته، فيكون حينها للطرف الآخر أن يمتسك إما بالتنفيذ⁽²⁾ العيني للعقد أو بالفسخ مع التعويض⁽³⁾، أو بالدفع بعدم التنفيذ طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

والتعويض هنا يكون عن الضرر الذي سببه الطرف الذي أخل بالتزامه التعاقدى للطرف الآخر، ولا علاقة له بالعربون، إذ قد يكون مقدار التعويض أكبر من مقدار العربون وقد يكون أقل منه، كما قد يكون مساوياً له. وهذا يرجع تقديره إلى قاضي الموضوع⁽⁴⁾.

ولهذا فإن اعتبار العربون جزءاً من العقد، يمثل ضمناً لمن دفع العربون بأن الطرف الآخر لن يقوم بالتصرف في الشيء المتعاقد عليه، حتى ولو تقدم إليه شخص آخر بعبء أفضل، وفي الآن ذاته يكون مستلم العربون مطمئناً إلى الطرف الآخر بأنه سيتم عملية تنفيذ العقد، وأنه لن يرجع عن قراره⁽⁵⁾.

(1) في هذا الصدد ينص الفصل 289 مدني مغربي على: «إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. مثلاً إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكترى [المستأجر] خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري [المؤجر]، ونفذ العقد وجب رده.

كما يجب رد العربون أيضاً، إذا ألغى العقد بتراضي عاقديه».

غير المشرع الجيني كان مخالفاً للتشريعات العربية التي تجعل العربون تأكيداً للعقد، وذلك حينما نص في المادة 576 من القانون المدني: «إذا اتفق على أنه في حالة العدول عن الصفقة يبقى العربون للبائع فلا يصح البيع». وهذا يعني أنه - فضلاً عن اعتبار العربون تأكيداً للعقد- لا يمكن أن يسبقي من أخذ العربون هذا العربون، حتى ولو تم الاتفاق على إمكانية العدول عن العقد، بل يعتبر العقد برمته باطلاً.

(2) ولعلّ في هذه الحالة تظهر دلالة أخرى للعربون، وهي دلالة الإثبات، إلا أنها هنا دلالة ثانوية بالنظر إلى الدلالة الأصلية التي تكون عند التعاقد والتي تتمثل في جعل العقد بائناً.

(3) وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يفيد بذلك: «...أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأي من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن، وجاز لأي من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد. ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ مع التعويض إن كان له وجه». الطعن رقم 618 لسنة 70 قضائية، جلسة 2001/01/04، السنة 52، المكتب الفني، عدد 1، ص 118، القاعدة 22.

(4) انظر في هذا المعنى: السهوري، مصادر الحق، مج 1، ح 2، ص 90.

وقد سمى المشرع التونسي في الفصل 305 من مجلة الالتزامات والعقود التعويض بالغرامة المالية، والتي يسدها دافع العربون إن كان هو السبب في عدم تنفيذ العقد أو فسخه، حيث يحق له أن يجبس العربون إلى حين دفع الطرف الآخر الغرامة المالية التي يجدها القاضي. بخلاف المشرع المغربي في الفصل 290، الذي ساه تعويضاً.

(5) انظر في هذا المعنى: بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 28.

وإذا تم الفسخ بطريق التراضي، فإن دافع العربون يستردّ ما دفعه، سواء كان بائعاً أم مشترياً، مؤجراً أو مستأجراً...⁽¹⁾.

غير أنه وإن اتفق هذا الرأي على أن العربون تأكيد للعقد، فقد انقسموا إلى رأيين مشهورين⁽²⁾: أحدهما يجعله عقداً معلقاً على شرط واقف، والثاني يجعله عقداً معلقاً على شرط فاسخ.

المطلب الأول: العقد المتضمن دفع عربون معلق على شرط واقف

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف⁽³⁾؛ ومعنى ذلك أنه لا يمكن لأي من المتعاقدين أن يرجع في العقد بإرادته المنفردة خلال مدة معينة تحدد عن طريق الاتفاق، أو العرف، أو من الظروف الملازمة للعقد⁽⁴⁾.

وهذا في رأيهم هو التكييف الذي يتفق مع ما تذهب إليه إرادة المتعاقدين؛ لأن خيار العدول يعني أن رضا المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً، أما في هذه الحالة فرضاؤها نهائياً، كل ما في الأمر أن جميع آثار العقد تتوقف إلى حين سقوط خيار العدول، فيسقط بعدم استعماله، وحينها يتحقق الشرط الواقف، وتتحقق معه جميع الآثار التي ينتجها العقد بأثر رجعي من وقت العقد وليس من وقت تحقق الشرط الواقف⁽⁵⁾.

(1)- انظر الفصل 289 فقرة 2 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 304 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(2) - قلنا مشهورين نظراً إلى أن هناك آراء أخرى في التعاقد بالعربون؛ حيث من الفقهاء من يقول بأن العقد المقترب بعربون هو اتفاق تمهيدي أو ابتدائي؛ لأن التحول من العقد الابتدائي إلى العقد النهائي دليل على أن إرادة المتعاقدين لم تلتق بصورة نهائية وباتمة. منهم جلال العدوي، محمد كامل مرسي، غير أن هذا منتقد.

(3)- من بين الذين يقولون بهذا: بودري وسينيا، كولان وكابيتان، جوسران.

راجع في ذلك: السنهوري، الوسيط، ج4، البند 46، ص91، هامش رقم2.

وانظر كذلك:

BERGERON Thomas-Louis, op. cit. p. 12-13.

(4)- اعتبار العقد هنا معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ليس له ذات الآثار التي ذكرناها عندما أوردنا مسألة الشرط الواقف والشرط الفاسخ إذا ما كان للعربون دلالة العدول؛ ذلك أن العربون هنا إما دفع لأجل الخيار بين المضي - في العقد، وذلك عندما نقول إن الشرط الواقف في الاتفاق الأول قد تحقق، أو الشرط الفاسخ في الاتفاق الثاني قد تخلف، في حين أن الشرط الواقف أو الفاسخ في حال اعتبار العربون بداية لتنفيذ العقد يقتضي - أن العقد قد تم وأن آثاره إما أن تكون موقوفة إلى حين تحقق الشرط الواقف، وليس لأي من الطرفين الرجوع عن العقد، فإن تحقق، ترتبت الآثار من وقت العقد لا من وقت تحقق الشرط. وإما أن تكون الآثار سارية من وقت العقد إلى حين تحقق الشرط الفاسخ، فإن تحقق اعتبر العقد من أساسه كأن لم يكن. كل هذا مع الأخذ في الحسبان أن المدة التي يتحقق فيها الشرطان - الواقف أو الفاسخ - أو يتخلفان فيها، تكون في التعاقد بالعربون قصيرة، وليس مثل باقي العقود، حيث قد تطول مدة تعليق الاتفاق أو العقد على الشرط، مما يجعل مسألة تهديد العقد بالزوال ليست بذات الحدة في العقود العادية لاسيما إن اعتبرنا العربون تنفيذاً جزئياً للعقد.

(5)- وهو الرأي الراجح عند الدكتور أنور سلطان. انظر: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص85.

أغلب التقنينات المدنية العربية أخذت بالأثر الرجعي للشرط كأصل عام، واقفاً كان أم فاسخاً، من بينها: التقنين المدني الجزائري في نص المادة 1/208، والمصري في المادة 1/270، والليبي في المادة 1/257؛ والمغربي في الفصل 124، والسوري في المادة 1/270، والكويتي في المادة 1/238، والعراقي في المادة 1/290، والقطري في المادة 1/290، والبحريني في المادة 1/250.

غير أن المشرع الأردني أخذ بمبدأ عدم رجعية أثر الشرط في نص المادة 400 من التقنين المدني.

فلو فرضنا أن شخصين اتفقا على مبيع معين بثمن قدره 1 مليون دينار، ودفع المشتري عربوناً مقداره 100 ألف دينار للبائع، فإنَّ العقد يعتبر قد تم، ولكن تنفيذه النهائي متوقف على عدم استعمال أحد الطرفين لحقه في العدول، خلال المدة المتفق عليها أو خلال المدة التي يحددها العرف، فإن مرتت تلك المدة، أصبح المشتري ملزماً بدفع ما بقي من الثمن وهو 900 ألف دينار، وصار البائع ملزماً بنقل الملكية إلى المشتري⁽¹⁾.

وهذا يعني أنه في الحالة المعاكسة، أين يستعمل أحد الطرفين حقه في العدول، يتخلف الشرط الواقف، ولا ينتج العقد أي أثر قانوني، ويصبح كأن لم يكن، فيرد المتعاقدان إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد من عدل العربون إلى الطرف الآخر.

في اعتقادي أن هذا القول مجانب للصواب، بل فيه خلط بين اعتبار دلالة العربون هي العدول، وبين اعتبار دلالاته هي البدء في تنفيذ العقد؛ فالمثال يصلح فيما لو كانت دلالة العربون هي العدول، ولا يمكن إعطاء دلالتين له في الآن ذاته⁽²⁾.

ومما يترتب عن هذا التكييف، أنه لا يمكن للدائن أن يقوم بأي إجراء من إجراءات التنفيذ على المدين⁽³⁾. وهذا راجع إلى أن العقد ما زال في مرحلة التعليق.

كما أن تبعة الهلاك هنا تقع على البائع إذا حدثت قبل تحقق الشرط الواقف⁽⁴⁾، أما إذا حدثت بعده فإنها تكون على المشتري إذا كانت بعد التسليم⁽⁵⁾.

لكن ما يؤخذ على هذا الرأي، أن تخلف الشرط الواقف يجعل العقد كأن لم يكن، ويعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ومن ثم من دفع مبلغ العربون يسترده، وهذا لا نجده في التعاقد بالعربون، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وبالتالي بأي حق يأخذه الطرف الآخر، وإذا عدل من استلمه، أرجعه - وهذا طبيعي - ورد مثله، فبأي حق أيضاً أن يستلم الطرف الثاني ضعف ما دفع⁽⁶⁾؟

(1)- انظر في ذلك: أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 79.

(2)- وهذا الذي ذهب إليه "Redouin"

انظر في ذلك: أفلوشي فتيحة، المرجع السابق، ص 79-80.

لكن الكلام حسب اعتقادي يتعلق بعربون العدول وليس بعربون القسط (أي الذي له دلالة البنات)، والباحثة أخطت بين الأمرين.

(3) - تالا عقاب، المرجع السابق، ص 116. نقلا عن: عبد الحكيم فودة، الوعد والتعهد للتعاقد، ص 186.

(4) - السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 91، هامش رقم 2.

(5) - وهذا تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني (المادة 369).

(6)- السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 91، هامش رقم 1.

ولعل هذا القول مأخوذ من عند فقهاء الشريعة الذين رأوا عدم جواز التعاقد بالعربون، باعتباره أكلاً لأموال الناس بالباطل؛ فأخذ العربون عند عدم تنفيذ العقد لم يكن بعوض كما لم يكن هبة، وبالتالي فهو أكل لأموال الناس بالباطل.

أما إن كان المبلغ المدفوع كعربون جزءاً من الثمن الإجمالي، يتعين إتمامه، فإن العقد يكون جائزاً عند الجميع.

انظر في ذلك: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1427هـ-2006م، ج 6، ص 248.

كما أن هذا الرأي يقتصر- على بيان حكم العقد الأصلي دون أن يحدد طبيعة التزام الطرف الذي يستعمل حق العدول⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن التشريعات التي جعلت من العربون دلالة على أنه عقد تام، لا تعتبره معلقا على شرط واقف، بل تمنع استعمال حق العدول للطرف الواحد، فلا يكون التخلص من الالتزامات التعاقدية إلا باتفاق الطرفين، أو إذا جرى العرف على ذلك، أو تعذر تنفيذ العقد أو تم فسخه بسبب عدم تقصير أحد الطرفين. وهنا إذا تم تنفيذ العقد احتسب العربون ضمن الثمن، وإن فسخ باتفاق الطرفين أو وفق ما يقضي- به العرف أعيد إلى من دفعه، أما إن فسخ بسبب تقصير أحد الطرفين، فإن للطرف الآخر الاحتفاظ بالعربون إلى حين الحصول على التعويض الذي تحدده المحكمة.

المطلب الثاني: العقد المتضمن دفع عربون معلق على شرط فاسخ

في مقابل من يرى أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف، يوجد رأي آخر يجعل منه عقدا معلقا على شرط فاسخ⁽²⁾، وهذا يعني أن العقد المبرم بين المتعاقدين صار نهائيا وناظرا فيما بينهما، أي أن الآثار التي ينتجها العقد تكون سارية من وقت التعاقد وليس من وقت تخلف الشرط الفاسخ.

وهذا عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة إلى العقد المعلق على واقف؛ فإذا تخلف الشرط الفاسخ بأن لم يستعمل أي من طرفي التعاقد حقه في العدول، استقر العقد بشكل نهائي.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بأن استعمل أحدهما حقه في العدول؛ فإن العقد يزول بأثر رجعي، فتزول معه الآثار التي كان قد رتبها، وبالتالي من عدل عن العقد كان عليه دفع مقدار العربون.

وما يؤخذ على هذا الرأي هو نفسه ما يؤخذ على القول بأن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف، أي أنه لا مسوغ لإرجاع مقدار العربون ومثله من طرف من تسلمه، أو خسارة العربون من طرف من دفعه.

المطلب الثالث: العربون دليل بداية تنفيذ العقد، لكنه ليس شرطا جزائيا

هناك من الفقه من يعتبر العربون شرطا⁽³⁾ جزائيا في العقد، إذا ما استعمل أحد الطرفين حقه في العدول وعدم تنفيذ الصفقة؛ فالعقد يعتبر قد تم بشكل نهائي، ومرتبيا لكافة آثاره القانونية، وبالتالي استعمال حق العدول

(1)- محمد حسنين، عقد البيع، ص 39.

(2)- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص 85؛ محمد حسنين، عقد البيع، ص 39.

من بين من يقول بهذا: كوكليه دي ساتير، جيوار.

راجع في ذلك: السنهوري، الوسيط، ج 4، فقرة 46، ص 91، هامش رقم 2.

(3) - تقول الباحثة تالا عقاب بأنه يجب التفريق بين الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون وبين الطبيعة القانونية للعربون، وهذا على أساس أن العربون باعتباره يمثل شرطا، أو هو وصف يلحق بالالتزام فيؤثر في نفس المتعاقدين دون أن يدخل في تكوين العقد.

تالا عقاب حسين الحصونة، التعاقد بالعربون، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2001، ص 114-115. ونحن نوافقها في شق، ونخالفها في آخر؛ فصحيح أن الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون تختلف عن الطبيعة القانونية للعربون؛ ذلك أن الأولى تقتضي من تحديد طبيعة العلاقة بين الطرفين، هي عقد تام مثلا أم عقد ابتدائي أم وعد بالتعاقد، أم عقد معلق على شرط...، في حين أن الثانية تقتضي—

يقتضي — توقيع جزاء على صاحبه، إما يفقد ما دفع، أو برد ما أخذ ومثله، أو إذا تم دفعه دون الاتفاق عليه باعتبارها وسيلة للعدول⁽¹⁾.

غير أن القول مُعارض من عدّة وجوه؛ فرغم أنّ العربون يتشابه مع الشرط الجزائي في بعض المسائل منها: أنّ كلاً منها يمثل التزاماً من أحد المتعاقدين تجاه الآخر⁽²⁾، وأن كلا منهما يهدف إلى تحقيق سلامة العقود من التلاعب، وحث المتعاقدين على تنفيذها، ذلك أن عدم التنفيذ يقتضي — خسارة العربون، أو دفع الشرط الجزائي⁽³⁾، وأن كلا منها يتضمن تعديراً لمبلغ يُدفع؛ عند العدول في العربون، وعند الإخلال بالعقد في الشرط الجزائي⁽⁴⁾.

إلا أنّها — كما قلنا- يختلفان من عدة أوجه:

— **الوجه الأول:** العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، بينما الشرط الجزائي هو تقدير لتعويض عن ضرر وقع بسبب عدم تنفيذ العقد⁽⁵⁾.

البحث في ذات العربون ودلالته، هل هو مبلغ نقدي أم غير ذلك، وهل هو بدل عن الالتزام الأصلي، وهل يمثل دلالة على العدول أم لا... أما ما لا نوافقها عليه فهو جعل العربون شرطاً أو وصفاً يلحق الالتزام. فهذا ليس بصحيح؛ فالعربون ليس شرطاً في حد ذاته بل مبلغ من المال أو شيء يُقدّم من طرف أحد العاقدين، قد يجعل العقد أو الاتفاق معلقاً على شرط، كما أنّه عنصرٌ في الالتزام أو جزء منه وليس خارجاً عنه؛ ولذلك لا يمكن اعتباره وصفاً، فالوصف أمر خارج عن العقد يعطي لنا انطباعاً أو تصوراً عنه، أو يبيّن طبيعته أو فئته أو درجته أو حكمه... كأن نقول مثلاً بأنّ البطلان وصّف يلحق الالتزام أو العقد، إذا تخلف ركّن من أركانه أو شرطٌ من شروط صحة تلك الأركان.

ثم لا ندري كيف يكون للعربون أن يؤثّر في نفس المتعاقدين، رغم أنّه مادّي بحت وليس أمراً نفسياً. ولسنا نفهم كذلك كيف أن العربون خارج عن تكوين العقد مع أنّه إما أن يكون تنفيذاً جزئياً لهذا العقد، أو هو بديل عن الالتزام الأصلي في حالة إرادة عدم تنفيذه، وبالتالي هو أيضاً تنفيذ للالتزام، ولكن من جانب مغاير؟!

(1) - انظر في من قال بذلك: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 150؛ بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 90.

وكذلك: "Faribault" الذي اعتبره نوعاً من أنواع الشرط الجزائي.

V: BERGERON Thomas-Louis, op. cit. p.p. 19- 20.

ويعقب هذا الأخير على هذا الرأي قائلاً بأن هذا يعني أنّه ليس للطرفين الخيار بين الالتزام الأصلي والالتزام الثانوي، بل هما ملزمان بتنفيذ الاثنين، والعربون بخلاف ذلك، حيث يكون للطرفين الخيار في ذلك، كما أنّه لا يمكن شغل ذمّة المدين بالتزامين في آن واحد.

ومن التشرّيعات التي ذكرت أنّه جزء: التقنين المدني العراقي في نص المادة 2/92، والإماراتي في نص المادة 2/148، حيث ورد فيها: «إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد...».

(2) - زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقرّنة بالعقد، ص 164؛ إبراهيم السوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، ص 423. نقلاً عن: محمد بن عبد العزيز بن سعد الجبني. الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425هـ- 1426هـ، ص 149.

(3) - إبراهيم السوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 423. نقلاً عن: محمد بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 149.

LI Bei, op. cit. p. 77.

(4) - السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 490، ص 864.

(5) - السنهوري، الوسيط، ج 2، فقرة 490، ص 864؛ محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 264.

- **الوجه الثاني:** العيوب قائم عند العدول حتى ولو لم يترتب عن العدول ضرر، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر⁽¹⁾.
- **الوجه الثالث:** أن الجزء الجزائي الثابت في الشرط الجزائي يكون لعدم تنفيذ العقد بصورة غير مشروعة للعقد، فالجزء راجع إلى الخطأ وهو جزء تعاقدي خاص يتعلق بالمسؤولية، في حين أن العدول يكون عند عدم التنفيذ لسبب مشروع، وهو خارج عن فكرة جبر الضرر الموجود في المسؤولية⁽²⁾.
- **الوجه الرابع:** العيوب لا يجوز تخفيفه من طرف القاضي، بل يجب دفعه كما هو، بينما يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي بما يتناسب مع الضرر؛ ذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضرر الذي ينشأ بسبب الإخلال بأحد شروط العقد، ولهذا يجوز فيه للقاضي أن يخفف مقداره إذا كان مبالغاً فيه، بل وله ألا يحكم به أصلاً إذا لم يحصل ضرر للطرف الآخر، بينما العيوب واجب الدفع ولو لم يكن هناك ضرر بالدائن، فلا يجوز للقاضي تخفيفه أو عدم الحكم به⁽³⁾.
- **الوجه الخامس:** دافع العيوب مخير بين تنفيذ العقد وبين العدول عنه- وكذلك مستلمه- فهو بدل في التزام بدلي (عند من يقول بهذا الرأي). أما الملتزم بالشرط الجزائي فغير مخير- فهو تعويض- بل عليه تنفيذ التزامه الأصلي إن كان ممكناً⁽⁴⁾؛ ففي التعاقد بالعيوب إذا اختار أحد الطرفين دفع العيوب فلا يحق للطرف الآخر رفض استلامه، أما في الشرط الجزائي فليس للمتخلف عن إتمام العقد أن يجبر الطرف الآخر على أخذ قيمة الشرط الجزائي بدل الالتزام الأصلي إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام أو قبل بذلك⁽⁵⁾.
- **الوجه السادس:** العيوب يتفق عليه وقت العقد، ولا يمكننا أن نتصوره بعد العقد. أما الشرط الجزائي فيجوز أن يتفق عليه بعد العقد وقبل وقوع الضرر⁽⁶⁾.
- **الوجه السابع:** العيوب يتم قبضه وقت العقد، بل قد يحصل ذلك قبل تمام العقد والمضي- فيه، بينما يكون الشرط الجزائي متأخراً عن العقد، عند تحقق شرطه وهو وقوع الضرر⁽⁷⁾.

(1) - السنهوري، الوسيط، ج2، فقرة 490، ص864؛ محمد حسين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص35، و ص264.

(2) - Li Bei, op. cit. p. 77.

(3) - السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 142، ص263-264؛ ج2، فقرة 490، ص865؛ ج4، البيع والمقايضة، فقرة 46، ص92؛ محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص118-119.

(4) - السنهوري، الوسيط، ج2، فقرة 490، ص865.

(5) - بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص92. نقلا عن: إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج8، ص166.

(6) - طلبة وهبة، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، ص151؛ عبد الله بن محمد آل سليمان الشهري، الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض، ص82. نقلا عن: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص151.

(7) - محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص151.

- **الوجه الثامن:** استحقاق الشرط الجزائي يكون في ثلاث حالات: عند عدم تنفيذ العقد، أو عند التأخر فيه، أو عند تنفيذه تنفيذًا معيبًا. وإذا نظرنا إلى العيوب فإننا لا نجد ما يسمى عيوب التأخر في تنفيذ العقد، أو عيوب التنفيذ المعيب له⁽¹⁾.

- **الوجه التاسع:** حصول العدول بموجب الحق الذي يمنحه العيوب يؤدي إلى فسخ العقد، بينما تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد⁽²⁾.

- **الوجه العاشر:** إذا مرت المدة المتفق عليها أو المتعارف عليها في التعاقد بالعبور، وأصبح العقد نهائيًا، تحول العبور إلى جزء من الثمن، في حين أن الشرط الجزائي يعتبر تعويضًا لا جزءًا من الثمن⁽³⁾.
مما سبق يتضح أن العبور له طبيعة مغايرة تمامًا للشرط الجزائي، ولا يمكن بأي حال اعتباره كذلك.
خاتمة:

ختامًا لهذه الدراسة، يتبين لنا أنّ العبور رغم قدم التعامل به بين الناس، إلا أنه لم يستقر على مفهوم واحد ولا على دلالة واحدة، لا في التشريعات ولا في الأعراف السائدة، وهو ما صعب عملية إعطاء تعريف يشمل جميع أصنافه ودلالاته دون فصلها عن بعضها، ومن إعطاء وصف قانوني ثابت له.

فاعتبار العبور بدلًا في التزام بدلي، أو اعتباره يجعل العقد معلقًا على شرط واقف أو فاسخ، مع دلالة العدول أو مع دلالة البت، أو اعتباره شرطًا مقترنًا بتحفظ... كل هذه التوصيفات - رغم جهاه بعضها في بعض الجوانب - منتقدة في جوانب عديدة، تجعل هذا التوصيف أو ذلك غير مسلم به، وغير حاسم للمسألة.

وهذا التعدد والاختلاف كان له بالغ الأثر على تحديد طبيعة العلاقة التعاقدية، وعلى الآثار التي يترتبها دفع العبور أو العدول عن العقد أو عدم الاستمرار في تنفيذ العقد؛ حيث يتوقف مسار العقد ولا يكتمل إذا كانت للعبور دلالة العدول، واستعمل هذا الحق، مقابل خسارة العبور أو ردّه ومثله. أو يُعدّ العقد كأن لم يكن إذا اعتبرناه معلقًا على شرط، وذلك بتخلف الشرط الواقف إذا اعتبرناه معلقًا على شرط واقف، أو بتحقق الشرط الفاسخ إذا ما اعتبرناه معلقًا على شرط فاسخ. رغم ما لهذين الوصفين من آثار متباينة بخصوص اعتبار العقد مرتبًا لآثاره إلى حين تحقق الشرط الفاسخ، أو غير مرتب لآثاره إلى حين تحقق الشرط الواقف، وفي كلتا الحالتين يصبح العقد كأن لم يكن!

(1) - الشهري، المرجع السابق، ص 80؛ عبد المحي حمّازي، النظرية العامة للالتزام، ص 82. نقلًا عن: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 152.
(2) - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص 264؛ عبد السلام الترماني، أحكام العبور في الشريعة الإسلامية والحقوق، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، العدد الأول، 1977، ص 60؛ المحوي، الشرط الجزائي، ص 189. نقلًا عن: محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 152.
(3) - بوترفاس حفظة، المرجع السابق، ص 94. نقلًا عن:

ونعتقد أن التعاقد بالعربون له وصف خاص؛ حيث يعدُّ أمرًا قريبًا من المانع من التعاقد إذا أعطى لطرفيه الحق في العدول، فيكون مستعملٌ هذا الحق قد قطع الطريق على الطرف الآخر الذي كان يودُّ إتمام العقد، مع أنه ليس مانعًا بالمعنى القانوني الدقيق.

وهو قريبٌ من التعاقد بالتقسيط، والذي مقتضاه إكمال دافع القسط بقية الأقساط حتى يتم تنفيذ العقد نهائيًا، رغم أنه ليس تعاقدًا بالتقسيط بالمعنى الدقيق، حيث إن هذا الأخير معلقٌ على شرط واقف في حين أن التعاقد بالعربون ليس كذلك كما رأينا سابقًا، كما أن التعاقد بالتقسيط يقتضي - وجود أجلٍ تُدفع فيه الأقساط بشكل دوري، في حين أنه ليس بالضرورة دفع ما بقي في آجال متفرقة في التعاقد بالعربون، بل الغالب هو دفع ما بقي مباشرة ودفعة واحدة في الأجل المتفق عليه.

ولعلَّ أيسر - التوصيفات القانونية للعربون أو التعاقد بالعربون هو أنه مال يدفع من أحد الطرفين، يجعل العقد مقترنًا بخيار العدول عنه، والذي يكون مصدره نص القانون - ما لم يتفق الطرفان على دلالة أخرى له - ومن ثم يعتبر حالة خاصة مقرررة بنص القانون، لكنه يدخل في دائرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي بشكل أوسع، يعطي لأحد لأي من الطرفين العدول عن المضي - في إتمام العقد، دون أن يعتبر ذلك إخلالاً منه بالتزاماته، ويمنح للطرف الآخر حق الاحتفاظ بذلك العربون، كمقابل لذلك العدول.

أما إن اتفق العاقدان على دلالة أخرى للعربون، أو نص القانون عليها - وهي دلالة البت - فإن العقد حينها يكون مثله مثل أي عقد آخر، ملزم لطرفيه، ويجب تنفيذه طبقًا لما اشتمل عليه، وطبقًا لقواعد حسن النية، والعدول عنه تنفيذه يعد إخلالاً بالتزامات الملقاة على عاتق الطرف الذي عدل، فيجبر على التنفيذ العيني، أو على التنفيذ بمقابل إن لم يكن التنفيذ العيني ممكنًا، مع التعويض إن كان له مقتضى.