جامعة آمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو

قسم القانون الخاص

البيع بالعربون في القانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون

تخصص قانون خاص معمق

إعداد الطلبة:

- القندوز ماجدة
- سريج نادية

إشراف الأستاذة:

- د. عكوش سيهام

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د.لعوج أرزقي	أستاذ محاضر "ب"	أمحمد بوقرة بومرداس	رئيسا
د.عكوش سيهام	أستاذة محاضرة "أ"	أمحمد بوقرة بومرداس	مشرفة ومقررة
د.مريني فاطمة الزهراء	أستاذة محاضرة "ب"	أمحمد بوقرة بومرداس	ممتحنة

السنة الجامعية 2021 – 2022

بسم اللّه

الرحمان

الرحيم

شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات الذي وفقنا لإتمام هذا العمل وأعاننا على إنجازه، فله الحمد والشكر على فضله وكرمه الذي غمرنا به فوفقنا إلى ما نحن فيه راجين دوام نعمه وكرمه.

و انطلاقا من قوله صلى الله عليه و سلم: "من لا يشكر الناس لا يشكر الله" فإننا نتقدم بالشكر و التقدير و العرفان إلى الأستاذة المشرفة "عكوش سيهام "على إشرافها على هذه المذكرة و على الجهد الكبير الذي بذلته معنا و على نصائحها القيمة التي مهدت لنا الطريق لإتمام هذه الدراسة، فلها منا فائق التقدير و الاحترام ، و في ذات الوقت نتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم قبول مناقشة هذه المذكرة المتواضعة .

كما نتوجه بالشكر الخاص لأساتذتنا الذين رافقونا طيلة المشوار الدراسي و لم يبخلوا في تقديم يد العون لنا خاصة الأستاذ "جقبوبي حمزة " ، وندين بالشكر أيضا إلى كل طاقم المكتبة و بالأخص "نصيرة ووسيلة تواتي "،الذين ساعدونا من خلال تقديم جميع التسهيلات و مختلف التوضيحات والمعلومات

لإنجاز هذا البحث ، و أيضا الشكر موصول للسيدة "شريفة "مسؤولة قسم القانون الخاص لكل ما قدمته من مساعدات وتوضيحات .

في الختام نشكر كل من ساعدنا وساهم في هذا العمل من قريب أو بعيد حتى لو بكلمة طيبة أو ابتسامة عطرة.

إهداء

إلى من حملتني وهنا على وهن و كان دعاؤها سر نجاحي ، بلسم جراحي ، من تشاركني أفراحي و آساتي ، نبع العطف و الحنان ، إلى أجمل ابتسامة في حياتي و أروع امرأة في الوجود أمي الغالية .

إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة، الذي لم يبخل على بأي شيء وسعى لأجل راحتي ونجاحي، من أعطى ولا زال يعطي دون انتظار المقابل سندي في هذه الحياة بعد الله، أبي العزيز

إلى إخوتي دمتم لي سندا على مر الزمان

إلى من يهواها القلب و تسر برؤيتها العين أختي وحيدتي و زوجها و أبناؤها حفظهم الله و رعاهم

إلى كل عائلتي الكبير و الصغير و إلى ابنة عمي "هديل "

إلى من جمعتني بهم مقاعد الدراسة و قربتني منهم الأيام ، و سلكنا معا دروب النجاح و تنافسنا على نيل درجات العلم ، صديقاتي و زميلاتي العزيزات خاصة " لامية "و "راضية "وفقكم الله

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي

ماجدة القندوز

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي العزيزين أطال الله في عمرهما و رزقهما الصحة و العافية .

إلى زوجي و أبنائي فلذات كبدي أكرم ، إلين ، هيثم و أروى حفظهم الله لي جميعا و أتمنى أن يغفروا لي تقصيري بسبب انشغالي بالدراسة خلال الفترة الماضية

إلى أخواتي و إخوتي و أولادهم كل باسمه حفظهم الله و أدامهم ذخرا

إلى صديقاتي و زميلاتي في العمل اللواتي شجعنني و ساندنني في أصعب اللحظات

إلى كل هؤلاء ، أهدي هذا العمل

نادية سريج

قائمة المختصرات

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

مقدمة

مقدمة

العربون كأحد صور التعاملات وبخاصة البيع أصبح في عصرنا الحالي أحد وأكثر صور البيع شيوعا، حيث نجد صورتين للبيع منتشرتين هما البيع بالتقسيط والبيع بالعربون، وبما أن بحثنا يختص بعقد البيع العربون، ولأنه أصبح معاملة منتشرة بكثرة في كل المجالات فنجد العربون يدخل في مجال التجارة بين تجار الجملة والتجزئة، والتجارة الفندقية والبنوك والتعامل داخل البورصات وأيضا في صور التعامل بين الأفراد في أغلب معاملاتهم اليومية.

إن التعاقد بالعربون كأحد النظم القانونية كان معروفا في المجتمعات القديمة الشرقية والغربية، لكنه تطور مع تطور ظروف المجتمع الإنساني في كافة المجالات، فكلمة عربون من أصل سامي استخدمت من قديم الزمان وكان يقصد بها مبلغ من المال أو شيء من الأشياء يدفع كضمان لتنفيذ عقد أو وعد، حيث استخدم العربون أيضا كضمان لتنفيذ العقود والالتزامات، وكان للعربون دلالات مختلفة تغيرت بتغير الفترة التاريخية التي عرفتها المجتمعات البشرية، ثم تطور دور العربون في العصر البيزنطي وصار وسيلة العدول عن البيع وهو ما أخذ به الإمبراطور جستنيانjustinien " [1]حيث أقر فكرة العدول، فالقانون البيزنطي اعتبر دفع العربون هو اتفاق على الخيار في جميع الأحوال ثم انتشرت فكرة البيع بالعربون لدى العرب من خلال تعاملاتهم مع الرومان في بلاد الشام وكان يسمى " العربان والعربون"، حيث كان العربون كثير الاستعمال في عقود البيع لأنها الأكثر أهمية وانتشارا عند العرب لكون التجارة حرفتهم الأساسية، وعندما ظهر

1– بوترفاس حفيظة، التعاقد بالعربون دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، كلية الحقوق، 2009/2008، ص05.

الإسلام سمح بالتعامل بما لا يتعارض مع أحكامه وأبطل ما يتنافى معها مثل عقود الغرر والاستغلال، وأما البيع بالعربون فهناك من الفقهاء من أجازه ومنهم من حرمه.

أما التشريعات الحديثة وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي[1] في نص المادة 1590 منه والقانون المدني المصري[2] في المادة 103 اعتبرت العربون وسيلة قانونية تعطي للمتعاقدين الحق في التعبير عن الإرادة المنفردة للرجوع عن إتمام العقد.

المشرع الجزائري لم يتناول عقد البيع بالعربون قبل سنة 2005، حيث كان يعد عقدا غير مسمى يخضع للعرف، لكن بموجب تعديل القانون المدني[3] سنة 2005 أضاف المادة 72 مكرر وضع من خلالها أحكام خاصة للتعاقد بالعربون الذي يرد على جميع العقود وعقد البيع خاصة.

فالعربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر من أجل إتمام ما تعاقدا عليه، أو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تعهده، ويجب رد العربون إذا لم يتم التعاقد مهما كان سبب إلغاء العقد، وكل اتفاق يقضي بخلاف ذلك يقع باطلا بقوة القانون.

البيع بالعربون يستدعي توسيع النظر والتدقيق في كل الجوانب المتعلقة به خاصة وأن المشرع الجزائري تناول هذا الموضوع في مادة وحيدة ذاكرا أهم أحكامه دون تفصيل للكثير من الجوانب المهمة الأخرى، وكذلك حاجة الناس إلى التعامل بالعربون في كل مجالات الحياة خاصة وأن التعاملات قديما كانت سهلة وميسرة لكنها في الوقت الحالي

1- القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1804/03/21 الموحد والمعدل، نسخة 2019/10/23 -http://jilrc.com، 2022/06/16، 15:00.

2- قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948/07/29 المتضمن القانون المدني المصري -شبكة قوانين الشرق http://Sadanykhalifa.com.uploads.laws، 2022/06/16، 14:30.

3- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم قانون 05-10 المؤرخ في 20جوان2005 الصادر في الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005.

أصبحت معقدة ما يفرض عليها المزيد من إجراءات الضمان والثقة، نظرا للتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمر بها البلاد والتي تتميز بكثرة المعاملات بين الأفراد مما أدى إلى إقرار التعامل بالعربون لكثرة شيوعه في المجتمع.

تكمن أهمية البيع بالعربون باعتباره من المعاملات المالية الشائعة في العقود الحديثة لما يتمتع به من ائتمان وثقة بين الناس، ولكونه من أهم حوافز إتمام العقود ومانع من موانع التلاعب والخداع في المعاملات، إذ يعتبر من وسائل الضمان التي تشجع المتعاقدين على المضي قدما في إتمام عقودهم في ثقة وطمأنينة.

لكي يتم التعاقد في صورته النهائية يجب أن يعبر كلا المتعاقدين عن إرادتيهما في إتمام العقد، ويقصد بها الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء الالتزام ولكي ينشأ الالتزام يجب تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول، فإن توافقت الإرادتين وتطابق الإيجاب والقبول أخذ العقد صورته النهائية وأصبح باتا، غير أنه قد يحدث تتوافق لإرادتي المتعاقدين ويتطابق الإيجاب والقبول لكن لا يكون العقد نهائيا وباتا بل يمكن أن يقوم أحد طرفيه بالتعبير عن رغبته في عدم إتمام العقد النهائي في خلال مدة معينة دون أن يكون مضطرا للحصول على موافقة المتعاقد الآخر وهذا ما نجده في العقود المقترنة بالعربون، وهو ما يعكس قدرة الإرادة المنفردة على العدول أو التراجع عن إبرام العقد النهائي.

فمما لاشك فيه أن القواعد العامة في الاتفاق والتعاقد وفي مقدمتها العقد شريعة المتعاقدين التي تمنح للعقد قوته الملزمة تحول دون انفراد أحد المتعاقدين بنقضه والرجوع فيه بمحض إرادته، **فهل البيع بالعربون يضمن الثقة واستقرار المعاملات بين المتعاقدين؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة اتبعنا المنهج الوصفي من خلال تعريف البيع بالعربون وتمييزه عما يشابهه، شروطه، تكييفه القانوني، دلالته، مصيره وأثاره.

كما اتبعنا المنهج المقارن من خلال المقارنة بين عقد البيع بالعربون في القانون المدني الجزائري وبين بعض التشريعات الوضعية المقارنة، لذا قسمنا بحثنا إلى عقد البيع المشتمل على العربون (**الفصل الأول**)، وأحكام عقد البيع بالعربون (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول

عقد البيع المشتمل على العربون

الفصل الأول

عقد البيع المشتمل على العربون

كثيرا ما يقترن عقد البيع الابتدائي بدفع جزء من الثمن يسمى العربون ويقوم بدفعه المشتري إلى البائع[1] أثناء إبرام العقد سواء ليحتفظ بحقه في التراجع عن إتمام البيع أو لتأكيده وتكملة الثمن الكلي للمبيع، فلا يلزم لانعقاد البيع تسليم الشيء المبيع بل يكفي مجرد التقاء إرادتين، لينشأ العقد صحيحا لكن يبقى مصيره النهائي غير واضح إلا إذا قرر الطرفان الاستمرار فيه، أما إذا قرر أحد الطرفين العدول ينفسخ العقد ويخسر العربون من دفعه إذا كان هو من عدل أما إذا عدل البائع فيرد العربون ومثله، فعقد البيع بالعربون هو نوع من المعاملات المالية التي تتمتع بأحكام خاصة تختلف عما هو موجود في القواعد العامة للعقود (**المبحث الأول**)، فكان العربون يحتسب من أصل الثمن، كما أنه اعتبر في أحيان أخرى وسيلة للعدول عن الصفقة، فيكمل الثمن إذا أجازه المتعاقد أو يفقده إذا انقضى العقد حسب ما اتجهت إليه الإرادة المنفردة لكل متعاقد، فإذا لم تظهر نيتهما الصريحة أو الضمنية من العقد يمكن لهما اللجوء إلى القاضي لاستظهار هذه النية باستعمال معايير معينة (**المبحث الثاني**).

1 –سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 58.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع بالعربون

عقد البيع بالعربون من أقدم العقود التي عرفها الإنسان وهو من أكثرها تداولا في الحياة اليومية للأفراد، لكون البيع أساس التعامل في الحياة الاقتصادية العامة والخاصة، ولا يستغني عن هذا العقد أي إنسان مهما كان مركزه ومهما كان المجتمع الذي ينتمي إليه فالبيع بالعربون يكتسي أهمية من حيث أنه يسمح للإرادة المنفردة لكل طرف من طرفيه بتقرير مصير العقد دون الخضوع للقاعدة العامة التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

اختلف مفهوم عقد البيع المقترن بعربون من مجتمع إلى آخر وظهر ذلك من خلال مختلف التشريعات التي تناولت هذا الموضوع (**المطلب الأول**)، كما أن تكييفه القانوني تناولته عدة نظريات فقهية واختلف فيه الفقهاء الغربيين والعرب (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع بالعربون

تناول المشرع الجزائري عقد البيع بالعربون في نص المادة 72 مكرر من ق.م. ج كما تناولته بعض التشريعات الوضعية المختلفة (**الفرع الأول**) ، و لكي ينتج عقد البيع المقترن بعربون آثاره و يتحقق بين المتعاملين ، و حتى يتمكن القاضي من الوقوف على جزئيات هذا التصرف لابد أن تتوفر شروط تجعل وجوده صحيحا (**الفرع الثاني**)، كما أن عقد البيع البيع بالعربون قد يتداخل مع بعض النظم المشابهة له مما يستدعي تمييزه عن غيره (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تعريف عقد البيع بالعربون

نصت المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "**يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك**"[1].

كما أن تأخر المشرع الجزائري في النص على العربون خلال 43 سنة من الاستقلال يثير أكثر من علامة استفهام على العربون يتعارض مع السيادة الوطنية وثوابت الأمة في ذلك الوقت حسب ما جاء في القانون رقم 157/62المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية في الجزائر، أم أن 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.

الاحتمال الأول: إما أن يكون تحت تأثير انتشار الفقه المالكي الذي يمنع التعاقد بالعربون ما لم يتم العقد ويصبح جزءا من الثمن المترسخ في المجتمع الجزائري، بل حتى أن المحكمة العليا استبعدت الأخذ به في قرار لها رقم 59591 مؤرخ في 04/04/1990 ومن بين ما استند الطعن عليه في محتوى القرار "انتهاك القانون الإسلامي فيما يتعلق بالعربون" و "خرق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالعربون"، ونجد من خلال نقض المحكمة العليا لهذا القرار أن قضاتها استندوا إلى الرأي المانع للتعامل بالعربون في الشريعة الإسلامية، علما أن المجلس الأعلى أي المحكمة العليا حاليا في حكم له مؤرخ في 1967/06/21 قرر أسبقية الفقه الإسلامي في حالة الفراغ التشريعي.

الاحتمال الثاني: أما عن عدم أهمية العربون المدفوع في المعاملات بين الجزائريين، إذ غالبا ما يدفع مبلغا ضئيلا، مما يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء لأن أتعاب المحامي تتجاوز بكثير مبلغ العربون المراد استرداده، مما أثر على عدد القضايا المعروضة، وكذا موقف القضاة من العربون عند الفصل فيما أقل منها.

1 –علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، دط، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 140.

أما الاحتمال الثالث: هو العرف الجزائري، ففي كثير من المناطق يعتبر العربون جزء من الثمن، يتم دفعه لتأكيد العقد، وبالتالي فإن من يدفع العربون سيستمر حتما في إبرام العقد، وقد جاء في المادة 73 من القانون العرفي الأمازيغي لاتحاد أعراش جرجرة "لا يثبت البيع و الشراء إلا عند دفع العربون"[1].

فالمشرع الجزائري لم يعرف عقد البيع بالعربون[2]، وإنما ذكر في نص المادة السابقة عبارة التعاقد بالعربون[3]وتناول بعض أحكامه، كما تناولته تشريعات أخرى (**أولا**) و تم تعريفه في الشريعة الإسلامية **(ثانيا)**.

أولا: البيع بالعربون وفقا للتشريعات المقارنة

إن المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي نصت على ما يلي: "**إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لكل من العاقدين حق العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه** "، حيث ربط المشرع الفرنسي العربون بالوعد بالبيع.[4]

1- شارف بن يحيى، دلالة العربون واثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد02، السنة ،2020 ص943، 944.

2- يعرف العربون لغة بأنه القليل من الثمن أو الأجر الذي يقدمه الرجل إلى الصانع أو التاجر ليرتبط العقد بينهما حتى يتوافيا بعد ذلك، وفي القاموس المحيط العربان والعربون ما عقد به المبايعة من الثمن، ويقال أن العربون مشتق من الأربة وهي العقد لأن به ينعقد العقد، أما اصطلاحا فقد اختلفت التشريعات المقارنة على تعريف موحد للعربون، نقلا عن بوترفاس حفيظة، مرجع سابق، ص10-15.

3- ذكر المشرع الجزائري عبارة التعاقد بالعربون وهي تشمل جميع العقود التي يمكن ان تقترن بعربون مثل عقد الإيجار عقد المقاولة، عقد العمل وغيرها، لكن أكثر العقود ارتباطا بالعربون عقد البيع.

4- Tomas-Louis Hergeron,Des Harres et de leur incidences sur la promesse de vente ,Les cahiers de droit,Volume 6,Numero 1,Erudit ,Montréal,Avril 1964,P7.

-المشرع الفرنسي أراد أن يصبح الوعد المقترن بالعربون غير إلزامي إذا أراد أحد المتعاقدين الرجوع عنه، وينتج عن التراجع في العقد بأن من يتنازل عن العقد ويكون قد دفع العربون فإنه يفقده، أما إذا تراجع من قبضه يلتزم برد العربون ومثله، غير أن النص سمح للطرفين بالاتفاق على خلاف ذلك في عقد الوعد بالبيع صراحة، نقلا عن لحسن بن الشيخ آث ملويا المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، ط4، دار هومه، الجزائر 2010، ص226.

وقال الفقهاء بإمكانية تطبيق ما جاء في هذه المادة على كافة العقود المقترنة بعربون ومنها عقد البيع[1].

كما تناول القانون المدني المصري البيع بالعربون في المادة 103 منه كما يلي:

"**1-دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.**

2-فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر ".

في حين عرفته المادة 92 من القانون المدني العراقي[2]على أنه:

"**1- يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق غير ذلك**

2-فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وإن عدل من قبضه رده مضاعفا ".

أما المادة 148 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة[3]:

" **1-يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك**".

2- فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ".

1- سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع، ط4، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص 71.

2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بتاريخ 1951/08/09

http://iraq ld.hjc.iq. loads.lawBook، 2022/06/16 ، 13:00 .

3 - قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 متعلق بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (سنة 2010)http://wwwarabwomenlegal-emap.org، 2022/06/16، 15:00 .

ونصت المادة 100 من القانون المدني القطري[1]على أن: " **دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من طرفيه خيار العدول عنه، مالم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه** "، **كما نصت المادة 101 من نفس القانون على أنه** "**إذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه التزم برده ودفع مثله، ذلك ولو لم يترتب على العدول أي ضرر** ".

في حين نصت المادة 107 من القانون المدني السوري[2]على أنه:

" **1-دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.**

2-فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ".

و نصت المادة 74 من القانون المدني الكويتي[3] على أنه: " **دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من طرفيه خيار العدول عنه، مالم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه**".

نلاحظ أن كل التشريعات العربية التي تناولت البيع بالعربون لم تقم بتعريف هذا العقد وإنما تناولت دلالة العربون في عقد البيع وبعض أحكامه، لكن الفقه العربي اتفق على تعريف عقد البيع المقترن بعربون بعرض الصورة العلمية له التي تتمثل في اتفاق طرفي عقد البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع، فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي

1- قانون رقم 22 لسنة 2004 بإصدار القانون المدني الصادر بتاريخ 2004/06/30، الموقع الرسمي لدولة قطر 2017، حكومة دولة قطر lawpage.qa.almeezan.http://، 2022/06/16، 12:00 .

2-القانون المدني السوري رقم 43 لسنة 1976

http://wipolex-res.wipo.int.edocs.lexdocs.laws، 2022/06/16، 16:00 .

3-مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي 1980/67

kuwaitcivilcode1980- http://law.icnl.org.kuwait، 2022/06/16، 15:45 .

في الموعد المحدد خسر العربون الذي دفعه للبائع وسقط البيع الابتدائي، أما إذا كان الذي امتنع عن إتمام البيع النهائي هو البائع رد العربون ومثله إلى المشتري[1].

ثانيا: تعريف البيع بالعربون وفقا للشريعة الإسلامية

يعرف البيع بالعربون وفقا للشريعة الإسلامية بأن يشتري الرجل سلعة ويدفع لصاحبها شيئا من ثمنها فإن مضى البيع احتسب من ثمنها وإن لم يمض البيع رد إليه ما دفعه، أو أن يشتري الرجل السلعة ويدفع إلى صاحبها مبلغا معينا من المال فإن أمضى البيع احتسب من الثمن، وإن لم يمض البيع كان المبلغ المدفوع لصاحب السلعة ولم يسترجعه المشتري دافع العربون، "و هذا التعريف معناه موحد عند عامة الفقهاء وإن اختلفت عباراتهم ويسمى أيضا بيع العربان"[2]

و قد أجاز فقهاء الشريعة البيع بالعربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود ويحتسب العربون إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء.

هكذا عرفت الشريعة الإسلامية عقد البيع بالعربون وهو المتداول والمتعارف عليه والمعمول به في المجتمعات العربية والإسلامية.

الفرع الثاني: شروط البيع بالعربون

المشرع الجزائري في المادة 72 مكرر من القانون المدني لم يشر صراحة إلى الشروط الواجبة في التعاقد بالعربون بل يعود الأمر للفقه الذي أقر جملة من الشروط تنقسم إلى شروط تتعلق بالعربون **(أولا)** وشروط تتعلق بالعقد في ذاته **(ثانيا)** وأيضا الشروط المتعلقة بوقت دفع العربون **(ثالثا)**.

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة ج4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،د.س، ص86 .

2–أبو حسام الدين الطرفاوي، بيع العربون في ضوء الشريعة الإسلامية، ص4

http://bibliotdroit.com/2020/03/blog-post_260.html. ، 2022/05/15، 10:35.

أولا: الشروط المتعلقة بالعربون

تتمثل في أن يكون العربون مبلغا من النقود أو منقولا(**1**) وأن يكون العربون مالا قابلا للتعامل به(**2**).

1-أن يكون العربون مبلغا نقديا أو منقولا: غالبا ما يتمثل العربون في مبلغ مالي يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، لكن هذا لا يمنع من أن يكون العربون مالا منقولا وذهب في هذا الطرح الكثير من الفقهاء، فطبيعة النقود تجعلها تسهل أحكام الرد لأنها هي المال المثالي في التعامل إضافة إلى شيوع التعامل بها بين الناس، وهي تؤدي هذا الدور بأكثر نجاعة من غيرها من الأشياء المنقولة الأخرى، فغالبا ما يكون العربون مبلغا نقديا يدفعه أحد المتعاقدين عند إبرام العقد يهدف من خلاله أن يكون له حق العدول عن العقد الابتدائي الذي أبرمه مقابل ترك العربون للمتعاقد الآخر، والعربون هنا هو بمثابة ثمن نقدي للعدول، فيعد الطرف الذي دفع العربون كأنه اشترى العدول مقابل أن يترك هذا المبلغ النقدي، ويعد الطرف الذي قبض العربون نقدا كأنه اشترى العدول مقابل أن يرد ضعف هذا المبلغ[1].

كما أن العربون يكون مبلغا نقديا في غالب الأحيان، فإنه يمكن أن يكون أي قيمة منقولة أخرى تشكل ضمانة للوصول إلى العقد النهائي، فقد تكون الأشياء المثلية كالذهب والفضة أو الحبوب، وقد يكون أي مال منقول أخر ما دام يمكن تثمينه[2].

2- أن يكون العربون مالا قابلا للتعامل به: يشترط في العربون أن يكون من الأشياء القابلة للتعامل فيها، أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل فلا تصلح أن تقدم كعربون

1- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم في الحقوق، تخصص قانون مدني، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2018/2017 ص136.

2- ياسر محمد علي النيداني، والقانون المدني العربون بين الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة 2008، ص264.

فإذا كانت من الأشياء الممنوع التعامل بها كالمخدرات أو الأسلحة أو غيرها من المواد الممنوعة قانونا فإن العربون يبطل أما العقد فلا يبطل[1].

كما يجب أن يكون العربون مشروعا، فلا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة طبقا لما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري[2]، فلا يجوز أن يكون ما يدفع كعربون غير مشروع وخارج عن التعامل به، كما أن العقارات مستبعدة من التعامل كعربون لما تتطلبه من إجراءات طويلة ومعقدة.

إن المشرع الجزائري لم يحدد العربون إن كان مبلغا نقديا أو منقولا، غير أن واقع الحال وما هو متعارف عليه لا يخرج عن كون العربون مبلغ من النقد أو منقولات يتعامل بها قانونا وشرعا.

ثانيا: الشروط المتعلقة بعقد البيع المقترن بالعربون

طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي:

" **العقد شريعة المتعاقدين** " فمتى اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إبرام عقد معين فلا يجوز مخالفة إرادتهما وما اتجهت إليه إلا باتفاق الأطراف.

فمتى اتفق الطرفان في عقد البيع على دفع عربون محدد واتجهت إرادتهما إلى خيار العدول، فهو حق مقرر للطرفين أو لأحدهما متى اتفقا على ذلك، ولكي ينتج العربون أثره يجب أن يقترن بعقد صحيح(**1**)، كما أنه تطرح إشكاليات بخصوص العقود التي تستوجب التسجيل[3](**2**).

1- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص137.

2 -محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، د.س، ص 220.

3 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 138.

1-شروط صحة عقد البيع المقترن بعربون: إذا كان العقد المقترن بعربون باطل فيبطل معه العربون ويرد إلى دافعه دون أن يرتب أي أثر، فيجب أن يكون عقد البيع المقترن بعربون عقدا صحيحا يستجيب لما يقتضيه القانون من حيث الشروط والأركان[1].

فالقوة الملزمة للعقد الذي ينعقد صحيحا يمكن طرفيه عند اشتراط العربون من الحرية في التعاقد من عدمه، وفي حالة الاتفاق على دفع العربون لطرفي عقد البيع أن يحددا ما يتناسب ومصالحهما على أن يكون مشروعا، فمتى كان عقد البيع المقترن بعربون صحيحا كانت له القوة الملزمة التي تخول لطرفيه حق العدول[2].

2-العربون في العقود التي يعد التسجيل ركنا فيها: العربون قد يكون في بيع المنقولات أو العقارات وسواء كان في هذه أو تلك فالأصل تطبيق أحكام المادة 72 مكرر من القانون المدني التي تعتبر أن دفع العربون يعني أن لكلا المتعاقدين الحق في العدول عن العقد، بحيث إذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله، لكن هذا المنطق لا ينطبق إذا كان العربون قد دفع في بيع عقار أو منقول من المنقولات الواجب تسجيلها[3].

ففي البيوع العقارية من المعلوم أن بيع عقار إذا تمت فيه التسوية خارج المصلحة المختصة بالتسجيل (المحافظة العقارية) يعد باطلا، والباطل لا يرتب أثرا قانونيا وبالتالي فإن المبلغ الذي يدفع عربونا على بيع عقاري خارج مصلحة تسجيل العقارات على أراضي أو بنايات لا يمكن أن نطبق عليه أحكام المادة السابقة، حيث نصت على هذا صراحة المادة 107 من القانون المدني الأردني[4] بخصوص أن من يعدل عن الاتفاق يفقد العربون إذا كان قد دفعه، وإذا عدل من قبضه رده ومثله، لكن يستطيع من عدل أن يسترد ما دفعه وإذا كان من عدل هو القابض فلا يرد إلا ما قبض وحسب ولا يرد معه مثله، ذلك أنه إذا أردنا أن

1 – شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص139.

2- شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص 137.

3 – محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2006، ص141.

4 – القانون رقم 43 المتضمن القانون المدني للملكة الأردنية الهاشمية، الصادر بتاريخ 1976.
https://wipolex-res.wipo.int/، 2022/04/25 ، 15:54.

نطبق أحكام هذه المادة فيجب أن يكون تطبيقها بخصوص عقد بيع صحيح لا باطل، وعقد البيع العقاري لا يكون صحيحا إذا تم خارج المصلحة المختصة وإلا كان باطلا، وفي بيع المنقول الذي له سجلات خاصة كالمركبات والسيارات فإن أي بيع له خارج المصلحة المختصة يجعل العقد باطلا[1].

وعليه، فإن من دفع العربون في عقد بيع سيارة خارج دائرة السير يمكنه العدول عن العقد واسترداد العربون، كما أن من دفع له العربون إذا أراد العدول عن العقد فيمكنه ذلك ولا يعيد إلا ما قبضه من العربون دون أن يعيد مثله معه، لأن عقد بيع السيارة خارج المصلحة المخصصة لذلك يعد باطلا، والعقد الباطل لا تطبق عليه أحكام المادة المتعلقة بالعربون[2].

ثالثا: الشروط المتعلقة بوقت دفع العربون

إن خيار العدول يمنح لطرفي العقد أو أحدهما حق الرجوع عن إتمام عقد البيع النهائي مقابل خسارة العربون أو رده ومثله، ونظرا لكون هذه الميزة أو هذا الخيار يجعل عقد البيع غير مستقر من ناحية مآله النهائي، ولذا كان من الأفضل تحديد وقت دفع العربون **(1)** كما يجب على طرفي عقد البيع الاتفاق على مدة يجوز لهما فيها ممارسة حق العدول صراحة أو ضمنا**(2)**، فمتى مرت المدة المتفق عليها دون ممارسة حق العدول صار عقد البيع باتا ونهائيا[3].

1-وقت دفع العربون: تباينت الآراء الفقهية [4]في هذا الشأن بين من يرى بأن دفع العربون يجب أن يكون وقت إبرام العقد، فلا يمكن انعقاد عقد البيع المقترن بعربون دون تسليم العربون الذي يعتبر شرطا أساسيا في هذا العقد، فلا يكون الاتفاق صحيحا إلا إذا تم دفع العربون أثناء الاتفاق وهذا رأي الفقيه بوتييه POTHIER.

1 – محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص142.

2 – محمد يوسف الزعبي، مرجع نفسه، صفحة نفسها.

3– محمد يوسف الزعبي، مرجع نفسه، ص143.

4– شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 148.

وهناك رأي ثان يرى بأن دفع العربون يمكن أن يحصل وقت إبرام العقد أو قبله، أما الرأي الثالث فيرى بأن دفع العربون يكون بعد انعقاد العقد وقبل حلول ميعاد الاستحقاق، وبما أن التعاقد بالعربون يكون بالرضا البسيط لطرفي العقد، فيمكن إرجاء تسليم العربون إلى ما بعد إبرام العقد، فإن لم يتم ذلك فالعقد غير قابل للتنفيذ[1].

موقف المشرع الجزائري واضح تماما في هذه النقطة، حيث جاء في نص المادة 72 مكرر من القانون المدني "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد "، فوقت دفع العربون هو وقت إبرام العقد بنص صريح، وهو ما كان أخذ به المشرع المصري، وما يتوافق مع رأي الفقيه بوتييه POTHIER [2].

2-فترة ممارسة حق العدول: إن دفع العربون حسب نص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري يكون وقت إبرام العقد، وعندها يحق لكل طرف من طرفي العقد أن يمارس حق العدول عن إتمام العقد، غير أنه لا يمكن ترك هذه الإمكانية مفتوحة بدون تحديد، بل يتم التراجع عن إتمام العقد النهائي بممارسة حق العدول خلال مدة زمنية يتفق عليها الطرفان يكون بعدها العقد باتا أي نهائيا إذا لم يمارس أي طرف حق العدول، أو يزول العقد بممارسة أحد طرفيه العدول، وهو ما سوف نتطرق إليه لاحقا في المبحث الثاني.

إن أجل ممارسة حق العدول قد يتفق عليه المتعاقدان صراحة وقد لا يتفقان عليه صراحة، فيتم تحديده ضمنيا.

في تحديد أجل العدول صراحة يقوم طرفا عقد البيع بالاتفاق صراحة على مدة محددة لكليهما أو أحدهما التراجع عن عقد البيع وممارسة حقه في العدول وبالتالي الخضوع لآثاره (خسارة العربون أو رده ومثله)، فمتى اتفق المتعاقدان على مدة محددة، فلا يجوز لهما استعمال حق العدول إلا خلال هذه الفترة، فإن لم يعدل أحد المتعاقدين خلال هذه المدة سقط حقه في العدول وتأكد عقد البيع وصار باتا من لحظة انعقاده، أما خلال هذه المدة فيمكن

1 – ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص276.

2 – شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 148.

لطرفي العقد التراجع عن إتمام البيع النهائي وممارسة حق العدول، فيخسر من دفع العربون ما دفعه إن كان هو من عدل أو يرده ومثله إن كان هو القابض[1].

أما في حالة عدم تحديد أجل العدول صراحة أي التحديد الضمني، يمكن للمتعاقدين الاتفاق على مدة معينة يمكن لهما أو لأحدهما خلالها العدول عن إتمام عقد البيع النهائي يمكن أن لا يتفقا على مدة محددة للعدول، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يستمر أجل العدول إلى ما لا نهاية بل يجب ضبط مدة العدول حفاظا على استقرار العلاقات التعاقدية، على أن عدم الاتفاق صراحة على تحديد مدة للعدول عن البيع لا يمكن اعتباره تعبيرا عن إرادة طرفي العقد بإسقاط خيار العدول، بل نلجأ هنا إلى السلطة التقديرية للقاضي من خلال مختلف القرائن لتحديد هذه المدة[2]، فإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على مدة العدول يبقى هذا الحق قائما للمتعاقدين إلى غاية تنفيذ العقد أو حصول ما يدل على التنازل عن خيار العدول، فإذا قام أحد المتعاقدين بتنفيذ جانبه من الاتفاق ووافق الطرف الآخر فإن العقد يصبح باتا، أما إذا تراجع أحد المتعاقدين عن إتمام عقد البيع النهائي ومارس حق العدول سقط حقه في العربون إن كان هو من دفعه أو وجب عليه رده ومثله إن كان هو من قبضه[3].

كما أنه إذا تراخى أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في الأجل المحدد مدة تتجاوز المألوف فإن ذلك يعتبر دليلا على مباشرة خياره في العدول عن العقد، وهي مسألة تخضع لتقدير القاضي.

أحيانا يمكن أن نستخلص من ظروف التعاقد ما يفيد التنازل عن خيار العدول ضمنيا متى أظهر المتعاقد نيته في تنفيذ العقد مثل أن يقوم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، أو لجوء المشتري إلى دفع ثمن المبيع على أقساط، كما يمكن اللجوء إلى إعذار الطرف الآخر من العقد بطلب تنفيذ العقد أو نقضه بدل أن يستمر مبهم المصير إلى أجل غير مسمى[4].

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 150.

2 – شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص 151.

3 – نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ط4، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 102.

4 – شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 152.

على أن المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري لم تحدد صراحة المدة التي يمكن من خلالها ممارسة حق العدول، وهو ما فتح المجال للفقه للقول بوجوب اشتمال العقد المقترن بعربون على مدة محددة لإبداء الرغبة فيه، فلا يعقل أن يترك حق العدول دون تقييده بمدة معينة حفاظا على استقرار المعاملات وما يؤدي إليه من شك وريبة في العقد المقترن بعربون، فالمتعاقد يبقى قلقا لا يعرف متى يكون العدول ومتى يصير العقد باتا، وهنا يظهر دور القاضي في البحث عن نية المتعاقدين حسب ظروف كل حالة.

إلا أن المتعارف عليه في العرف الجزائري أن مدة إبداء الرغبة في العدول قصيرة لا تتجاوز بضعة أيام لأن العربون يستخدم في المعاملات اليومية البسيطة التي تكون أثمانها قليلة[1].

الفرع الثالث: تمييز البيع بالعربون عما يشابهه

البيع بالعربون يختلف عن بعض الأنظمة المشابهة له كالشرط الجزائي **(أولا)** والالتزام التخييري(**ثانيا)** والغرامة التهديدية **(ثالثا)**.

أولا: البيع بالعربون والشرط الجزائي

حسب نص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري فإنه في البيع بالعربون يجوز لكل من المتعاقدين أن يعدل عن البيع مقابل خسارة مبلغ العربون أو رده ومثله، وليس للمتعاقد الآخر أن يرفض ذلك.

و بما أن دلالة العربون هي جواز الرجوع في البيع، فإن المتعاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للمتعاقد الآخر، ولكن هذا الالتزام ليس تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول[2]، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر، فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون، فجعلا العربون مقابلا

1- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 153.
2 - سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 78.

لحق الرجوع، ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته، كما لا تجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ما لم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع، فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا تعويضا عن الرجوع في ذاته ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أي ضرر[1].

أما الشرط الجزائي أو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي ومعناه الاتفاق مقدما بين الدائن والمدين على مقدار التعويض إذا لم يقم الدائن بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذ الالتزام[2]،فهو تعويض اتفق المتعاقدان على تقديره عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له ألا يحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أي ضرر، فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو نفس التكييف القانوني للتعويض، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذا عينيا إذا كان هذا التنفيذ ممكنا وطالب به المدين[3].

و الغاية من الشرط الجزائي تتمثل فيما يلي :

–قد يقوم الشرط الجزائي بدور الشرط المخفف لمسؤولية المدين أو للإعفاء منها إذا كان أقل بشكل ملحوظ من الضرر الفعلي، أو وسيلة للخروج من التعاقد بأقل كلفة .

–قد يقوم بدور التهديد المالي أو كوسيلة للضغط إذا كان أكبر بشكل ملحوظ من الضرر الفعلي .

–و قد يتمثل دوره في التقدير الجزافي للتعويض إذا كان معادلا للضرر الفعلي بقدر الإمكان بحيث يعلم المدين مسبقا مقدار ما سيلتزم به عند عدم التنفيذ[4].

تتمثل خصائص الشرط الجزائي فيما يلي:

1– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 92 .

2– جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 47.

3 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 93.

4 - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري،دط، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر، 1983، ص263.

-التزام تابع لالتزام أصلي هو ما التزم به المدين أصلا من عمل أو امتناع عن عمل أو نقل ملكية، فيأخذ حكم الالتزام الأصلي إن كان باطلا فالشرط الجزائي باطل، و إذا انقضى الالتزام الأصلي لسبب أجنبي انقضى الشرط الجزائي، و إذا انفسخ الالتزام الأصلي انفسخ معه الشرط الجزائي.

-التزام احتياطي لأأنه عبارة عن تعويض ، و التعويض طريق احتياطي عند عدم التنفيذ العيني ، فالدائن لا يطالب بقيمة الشرط الجزائي و لا يعرضها المدين إلا إذا استحال التنفيذ العيني بخطأ من المدين.

-أنه تقدير جزافي ، لأنه اتفاق مسبق على تقديم التعويض عند عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ[1].

كما أن شروط استحقاق الشرط الجزائي تتمثل فيما يلي:

-الخطأ: يجب لاستحقاق الشرط الجزائي وقوع خطأ من المدين يؤدي إلى استحالة التنفيذ أو التأخر فيه و يكون على الدائن إثبات هذا الخطأ .

-الضرر: لابد من وقع ضرر للدائن و يجب عليه إثباته(المادة 184 من قا.م.ج) فإن استطاع المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من عدم تنفيذ الالتزام الأصلي فيتخلص بذلك من الشرط الجزائي.

-علاقة السببية بين الخطأ و الضرر: و تنقطع هذه العلاقة إذا أثبت المدين أن الضرر راجع لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث مفاجيء أو ضرر غير مباشر أو غير متوقع ، غير أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة أو الحادث المفاجيء.

-الإعذار : بما أن الشرط الجزائي هو اتفاق على التعويض فلا يكون مستحقا إلا بوجود الإعذار(المادة 179 من ق.م.ج)، و لا سيما في حالة التأخر في التنفيذ[2].

يظهر أثر الشرط الجزائي من خلال سلطات القاضي في خفض أو زيادة أو إلغاء الشرط الجزائي و ذلك حسب الحالات التالية:

1 -محمد حسنين، مرجع سابق، ص264.
2 -محمد حسنين، مرجع نفسه، ص265.

-يجوز للقاضي التدخل لخفض الشرط الجزائي و ذلك في حالتين ، الأولى حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ، و حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه (المادة 01/184 من ق.م.ج) فقد ربط المشرع الجزائري بين الشرط الجزائي و الضرر ، فيمكن للقاضي تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه حتى يتناسب مع قيمة الضرر بهدف حماية المدين ، و هو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته (المادة 03/184 من ق.م.ج).

-إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (المادة 185 من ق.م.ج)،و يستثنى من هذا الحكم حالة الاتفاق على عدم مسؤولية المدين عن الغش أو الخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه .

كما يمكن زيادة الشرط الجزائي في حالة ما إذا كان من التفاهة بحيث تجعله في حكم الإعفاء من المسؤولية ، حيث أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية جائز إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم ، لكن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطل حتى في حالة الخطأ اليسير (المادة 02/178 من ق.م.ج)[1].

من خلال ما سبق تظهر أوجه التشابه **(1)** وأوجه الاختلاف**(2)** بين البيع بالعربون والشرط الجزائي.

1-أوجه التشابه : تتمثل فيما يلي

-كل من البيع بالعربون والشرط الجزائي التزامان تابعان للالتزام الأصلي، فالشرط الجزائي باعتباره ضامنا للالتزام الأصلي وغرامة تدفع في حالة عدم الوفاء بالالتزام، يعتبر في الأصل إلى جانب كونه اتفاقا التزاما تابعا بالضرورة للالتزام الذي يضمن تنفيذه، ونفس الشيء بالنسبة للعربون في عقد البيع الذي هو التزام تابع للالتزام الأصلي.

-كما يشترك البيع بالعربون مع الشرط الجزائي في الوظيفة التعويضية التي يقومان بها إذ يستحق كل منهما عند الإخلال بواجب الوفاء بالالتزامات التعاقدية الناجمة عن العقد فالعربون باعتباره مبلغا من المال يدفع مسبقا لأجل إتمام ما تعاقد عليه طرفا العقد يصبح

1 محمد حسنين، مرجع سابق، ص267.

مقابل مستحق بين المتعاقد المتضرر من عدول الطرف الآخر، أما الشرط الجزائي فهو اتفاق على تحديد مقدار التعويض المستحق لعدم وفاء أحد طرفي العقد بالتزاماته أو تأخره في تنفيذها[1].

2- أوجه الاختلاف: تتمثل فيما يلي

-العربون لا يكون بمثابة تقدير للتعويض على وجه الإطلاق، بل يكون وسيلة لإثبات خيار العدول، ويجب الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز ولا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحا[2]، أما الشرط الجزائي فهو تعويض تم تقديره مسبقا باتفاق الطرفين عن الضرر الذي قد يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه، وشرط استحقاقه هو وقوع الضرر وهو من أحكام الالتزام (المواد 183 و184 و185 من ق.م.ج)[3].

- البيع بالعربون هو صورة خاصة من صور التراضي يحمل معنى المبادرة إلى إبرام العقد المنشود حتى لا تضيع الفرصة على صاحبها، لكن حتى لو تراجع أحد طرفيه عن إتمام العقد النهائي فلا يعتبر إخلالا بالتزاماته التعاقدية، فهو يختلف عن الشرط الجزائي الذي لا يخول للمتعاقد أن يتحلل من الالتزام الأصلي[4]،وهو تنفيذ العقد بدفع المبلغ المقدر اتفاقيا سلفا للتعويض عن ضرر محتمل بالشرط الجزائي بدلا من تنفيذه إذا كان ممكنا تنفيذه [5].

1- أقلوشي فتيحة، العربون، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2006-2007، ص95.

2- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع وعقد المقايضة، دط، دار المعارف، 2005 ص83 .

3- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015،ص188

4- جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 54.

5 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص188.

– لا يشترط في البيع بالعربون إعذار، وإنما هو اتفاق بين البائع والمشتري لكن الشرط الجزائي لا يستحق إلا بعد إعذار المدين بضرورة تنفيذ عين ما التزم به[1].

–إذا كانت الغاية من البيع بالعربون ضمان حق العدول عن العقد وبالتالي انقضاؤه فإن الغاية من الشرط الجزائي ضمان تنفيذ العقد، وفي حالة الامتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه يستحق التعويض[2].

ثانيا: البيع بالعربون والغرامة التهديدية

تعرف الغرامة التهديدية على أنها مبلغ من المال يحكم به القاضي لإلزام المدين بأدائه عن كل فترة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، ويقصد بها التغلب على ممانعة المدين المتخلف، فالغرامة التهديدية هي وسيلة ضغط على المدين عندما يمتنع عن أداء التزاماته عينا بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ وإلى حين قيامه بالتنفيذ[3]، حيث نصت المادة 174 من ق.م.ج على أنه :"**إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.**

و إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ".

بالرجوع إلى نص المادة فإنه إذا كان التنفيذ العيني لا يمكن إلا من المدين نفسه غير أنه تعنت أي رفض التنفيذ، أوجد القانون الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ، حيث يفرض عليه القاضي دفع مبلغ مالي محدد عن كل يوم أو ساعة أو شهر تأخير لصالح الدائن، وذلك على اعتبار أن مبلغ التهديد المالي المتراكم يؤدي إلى الضغط

1 – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 189.

2– أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص96 .

3– نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص43.

على المدين ودفعه إلى تنفيذ التزاماته التعاقدية. حيث يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان هما[1]:

– أن يكون التنفيذ العيني ما يزال ممكنا، أي أنه ليس مستحيلا.

–أن لا يكون التنفيذ العيني ممكنا إلا إذا قام به المدين نفسه، فإذا صار التنفيذ العيني مستحيلا لسبب أجنبي برأت ذمة المدين.

وعليه تظهر من خلال هذا التعريف أوجه التشابه(**1**) وأوجه الاختلاف(**2**) بين كل من البيع بالعربون والغرامة التهديدية.

1–أوجه التشابه : تتمثل فيما يلي

–الغاية من اقتران العربون بعقد البيع تتمثل في ضمان تنفيذ العقد وهي نفسها الغاية من الغرامة التهديدية، إذ يشكل العربون ضغط يمارسه الدائن على المدين للوفاء بالتزامه من خلال احتفاظه بمبلغ العربون إلى حين تعبير المدين عن نيته في إتمام العقد النهائي أو العدول فيخسر العربون، وذلك في حال اتفق الطرفان على كون العربون وسيلة لتأكيد العقد وضمان تنفيذه[2].

–العربون المقترن بعقد البيع له روح الغرامة التهديدية من حيث تحفيز المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية [3].

2– أوجه الاختلاف: تتمثل فيما يلي

الهدف من اقتران العربون بعقد البيع هو ضمان حق العدول عن البيع لكلا المتعاقدين حسب نص المادة 72 مكرر من ق.م.ج، أما الهدف من الغرامة التهديدية فهو الضغط وإجبار المدين المتعنت على أداء التزاماته التعاقدية.

1–شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص96.

2 –أقلوشي فتيحة ، مرجع سابق ، ص97 .

3 –أقلوشي فتيحة، مرجع نفسه، صفحة نفسها .

– العربون في عقد البيع يخضع في تحديد مقداره لاتفاق طرفيه البائع والمشتري، فهو المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول من طرف أحدهما، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل فيه، أما الغرامة التهديدية فيجب أن تستند إلى حكم قضائي يحكم بها القاضي بطلب من الدائن، حيث يتدخل القاضي بناء على طلب من الدائن المتضرر من تعنت المدين الممتنع عن أداء التزاماته التعاقدية لإجباره على أدائها بفرض الغرامة التهديدية[1].

–لا يجوز للقاضي التدخل لتخفيض قيمة العربون أو الزيادة فيه ولا إلغاؤه إذا انتفى الضرر للطرف الآخر، في حين أنه في الغرامة التهديدية يجوز للقاضي الزيادة في قيمتها كلما رأى موجبا لذلك حسب نص المادة 1/174 من ق.م.ج متى رأى أن مبلغ الغرامة التهديدية غير كاف لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له الزيادة فيها[2].

–كما يمكن الجمع بين الغرامة التهديدية والتعويض عن التأخر في التنفيذ إذا ترتب عن التأخير ضرر للدائن، لكن هذا الأمر غير وارد تماما بالنسبة للعربون سواء ترتب ضرر أم لا.

ثالثا: البيع بالعربون والالتزام التخييري

الالتزام التخييري فقد نصت عليه المادة 213 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على ما يلي: "**يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منهما، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك** ".

لكي يكون الالتزام تخييريا يجب أن يرد على عدة أداءات على سبيل الخيار بينها أي تعدد محل الالتزام، ويكون المدين ملزما بأداء إحدى هذه الالتزامات التي يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية للمحل[3]، وحسب نص المادة 214 من القانون المدني الجزائري

1 – محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، ج1، دط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003 ص142.

2– شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص97.

3 – نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ج1، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1980، ص 287 .

فإن الأصل في الخيار للمدين مع إمكانية منح الدائن حق الخيار، فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن ذلك أو تعدد المدينون مع الامتناع عن الخيار جاز للدائن أن يطلب من القاضي وضع أجل للمدين، أو أن يتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام من بين المحال المحددة في العقد[1]، أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن ذلك أو تعدد الدائنون وامتنعوا جاز للمدين أن يطلب من القاضي تعيين أجل ليقوم الدائن بالخيار، فإذا انقضى الأجل ولم يحدد الدائن محل الالتزام انتقل الخيار إلى المدين نفسه وليس إلى القاضي[2].

وعليه تظهر أوجه التشابه(**1**) و أوجه الاختلاف(**2**) بين كل من البيع بالعربون والالتزام التخييري.

1-أوجه التشابه: وتتمثل فيما يلي

-عند إبرام عقد بيع مقترن بعربون يكون لكلا المتعاقدين الحق في تنفيذ العقد أو التراجع عن تنفيذه وخسارة العربون أو ضعفه، فمتى كان العدول من جانب دافع العربون خسره ومتى عدل قابض العربون رد ضعفه، فالخيار لكلا المتعاقدين في العدول عن إبرام العقد النهائي أو العدول عنه، وكذلك الأمر في الالتزام التخييري يمكن للمدين أداء أحد الخيارات الممنوحة له في العقد[3].

2-أوجه الاختلاف : وتتمثل فيما يلي

- البيع بالعربون ليس التزاما تخييريا، فدافع العربون ليس له الاختيار بين التنفيذ وترك العربون، لأن ترك العربون يؤدي إلى سقوط عقد البيع الابتدائي، أما الالتزام التخييري فإنه عند ترك أحد المحال يتم اختيار أداء محل آخر مذكور في العقد، فترك محل هو تنفيذ للعقد وليس سقوطه[4].

1- محال جمع محل وهي تعني تعدد الأداءات في الالتزام التخييري أو الأشياء مثلما جاء في نص المادة 213 من ق.م.ج

2 - شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص91.

3 - شارف بن يحي ، مرجع نفسه، صفحة نفسها .

4- شارف بن يحي ، مرجع سابق، ص92

-عند استحالة التنفيذ لسبب أجنبي في عقد البيع المقترن بعربون يفسخ العقد بقوة القانون ويرد العربون إلى دافعه لاستحالة التنفيذ، أما في الالتزام التخييري إذا كان أحد المحال لا يصلح لتنفيذ الالتزام انتقل إلى المحل الآخر المتبقي، ولا تؤدي استحالة تنفيذ أحد المحال إلى الفسخ بقوة القانون، كما أن استحالة تنفيذ كل المحال لا يؤدي إلى الفسخ بقوة القانون وإنما يلتزم المدين بدفع شيء آخر طبقا لنص المادة 215 من القانون المدني الجزائري.

- في عقد البيع المقترن بعربون لا يمكن للدائن مطالبة المدين بتنفيذ عقد البيع الابتدائي، حيث لا يمكنه معارضة عدول المدين عن تنفيذ عقد البيع، لأن حق العدول في عقد البيع بالعربون مقرر لكلا الطرفين، فالعقد المشتمل على عربون هو التزام بسيط يحتوي محلا واحدا وموضوعا واحدا يتمثل في اختيار العدول مقابل خسارة العربون أو رده ومثله ولا يعتبر من قبيل اختيار محل معين من بين مجموعة من المحال في الالتزام، كما أن العدول في عقد البيع المقترن بعربون يؤدي إلى انقضائه[1] أما في الالتزام التخييري فيجوز للدائن مطالبة المدين بتنفيذ العقد.

المطلب الثاني: تكييف عقد البيع بالعربون

لقد أثارت الطبيعة القانونية لعقد البيع بالعربون جدلا فقهيا كبيرا، حيث يرى بعض الفقهاء[2] أنه معلق على شرط واقف والبعض الآخر يرى أنه معلق على شرط فاسخ، كما أن هناك من الفقهاء من يرى أنه ينشئ التزاما بدليا أو اختياريا وكل هذا ضمن النظريات القديمة **(الفرع الأول)**، في حين أن النظريات الحديثة تنقسم بين من يرى بأن عقد البيع بالعربون عقد مقترن بتحفظ إرادي وبين من يرى بأنه عقد يتضمن اتفاقين متميزين أو أنه عقد يخضع للتكوين التدريجي للرضا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تكييف عقد البيع بالعربون وفق النظريات القديمة

1 - شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص92.

2- نقلا عن شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص103.

تنقسم آراء الفقه حول الطبيعة القانونية لعقد البيع المقترن بعربون ضمن النظريات القديمة إلى أربع اتجاهات فكرية تركز حول كون العقد معلق على شرط واقف**(أولا)** أو شرط فاسخ **(ثانيا)** أو أنه التزام بدلي أو اختياري**(ثالثا)**.

أولا: عقد البيع بالعربون معلق على شرط واقف

من أنصار هذا الرأي[1] في الفقه الغربي بودري Baudry، كابيلانت CapiLant وكولين Collin، وفي الفقه العربي خميس خضر، عبد المنعم البدراوي، الهلالي وحامد زكي أنور سلطان وسليمان مرقس.

المقصود بالشرط الواقف هو الذي يتوقف على تحقيقه الالتزام وجودا وعدما، فالالتزام هنا توافرت جميع أركانه وأضيف إليه الشرط الواقف يربط وجوده به، فإذا تحققت الواقعة محل الشرط وجد الالتزام ورتب آثاره بصفة رجعية من وقت نشأته، ومقتضى هذا الرأي أن البيع بالعربون يمكن تكييفه على أنه معلق على شرط واقف، ومضمون الشرط هو عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال المدة المحددة اتفاقا، فالشرط الواقف هو عدم استعمال حق العدول خلال الأجل الذي ضربه المتعاقدان، ويترتب عنه أن العقد خلال هذه المدة يوصف بأنه غير نهائي ويسقط خيار العدول عمليا بعدم استعماله، ومن 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[2].

و بذلك تمتد المرحلة السابقة للتعاقد إلى اليوم الذي يتحقق فيه الشرط، و بفضل 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 الواقف وبذلك فالعقد لا ينتج أي أثر إلى أن يتبين مصير الشرط، وعندئذ يحسب العربون من أصل الثمن ويستقر التعاقد.

1 – شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 104.
2 – شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص 105.

فإذا تخلف الشرط الواقف وعدل أحد المتعاقدين عن التعاقد، فإن العقد لا ينتج أي أثر من آثاره ويلتزم من عدل برد العربون ومثله إن كان من قبض العربون هو من عدل أو يخسر العربون إن كان العدول من جانب من دفع العربون، بمعنى أن العقد لا ينتج أي أثر من آثاره إلى أن يتحدد مصير الشرط على النحو السابق وإذا هلك المبيع في فترة التعليق على الشرط بسبب أجنبي فإن هلاكه يقع على البائع انطلاقا من القاعدة التي تقضي بأن تبعة هلاك الشيء تقع على مالكه والبائع هنا هو المالك للشيء المبيع، فإذا تحقق الشرط الواقف نفذ الالتزام المعلق عليه والذي كان قبل حقق الشرط موقوفا، فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه إجبارا أو اختيارا، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية تمهيدا لهذا التنفيذويكون لتحقق الشرط أثر رجعي من وقت إبرام العقد لا من وقت تحقق الشرط[1].

ثانيا: عقد البيع بالعربون معلق على شرط فاسخ

يرى جانب من الفقه أن العقد المقترن بعربون ومثاله عقد البيع هو عقد معلق على شرط فاسخ لكون الأمر يتعلق بزوال العقد لا بوجوده، أي أنه في حالة تخلف الشرط الفاسخ (عدم التمسك بحق العدول) استمر العقد ورتب كل آثاره، وبعبارة أخرى إذا لم يتمسك البائع أو المشتري بحقه في العدول فإن العقد يظل مرتبا لآثاره فيلتزم المشتري بدفع باقي الثمن بعد خصم مبلغ العربون ويلتزم البائع بنقل الملكية.[2]

فعقد البيع المعلق على شرط فاسخ هو عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة زمنية معينة ويترتب على ذلك أن العقد يكون منتجا لأثاره فور انعقاده، لكنه يكون مهددا بالزوال خلال المدة المتفق عليها للعدول، فإن عدل أحد المتعاقدين عن العقد خلال هذه المدة تحقق الشرط الفاسخ وترتب عن تحققه زوال أثار البيع بأثر رجعي[3].

1- جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 58.

2 -علي فيلالي، مرجع سابق، ص 150.

3 -محمد حسن قاسم، القانون المدني العقود المسماة - البيع - التأمين (الضمان)- الإيجار دراسة مقارنة، د.ط، منشورات الحلبي، بيروت، 2003، ص 141.

يعاب على هذا الرأي اختلاف حكم العربون عن أحكام الشرط الفاسخ، فالعربون هو ثمن التمسك بحق العدول، في حين أن الشرط الفاسخ هو أمر مستقبلي محتمل الوقوع وخارج عن إرادة المتعاقدين.

ثالثا: عقد البيع بالعربون التزام بدلي أو تخييري

يرى بعض الفقهاء ومنهم السنهوري[1] أن العربون ينشئ التزاما بدليا أو اختياريا، حيث يكون قاصرا على محل واحد، غير أنه يخول للمدين الحق في تبرئة ذمته بأداء بديل عن المحل الأصلي وهذا ما يقضي به عقد البيع بالعربون[2].

حيث يستطيع المتعاقد الذي يكون ملزما بتنفيذ العقد أن يفي بالتزاماته وذلك بترك العربون أو رده ومثله في مقابل الوفاء بالالتزام الأصلي. فهو ينشئ التزاما بدليا في ذمة كل طرف ويمكن تكييفه بأن البدل في التزام بدلي، أي أنه هو مقابل الرجوع في البيع أي بدل عن هذا الرجوع، حيث نجد كل طرف في عقد البيع ملتزم أصلا بالتزامات تنشأ عادة عن البيع البات ولكن يجوز لكل منهما أن يستبدل بهذه الالتزامات دفع ما يوازي قيمة العربون فإذا نفذ كل منهما التزامه الأصلي حسب العربون من أصل الثمن[3].

أما إذا استعمل البائع حقه في أن يستبدل التزامه نقل الملكية وما يقابله من أخذ الثمن من المشتري الالتزام بقيمة العربون، وجب عليه أن يرد العربون الذي أخذه من المشتري ومثله معه، أما إذا كان المشتري هو من استعمل حقه في أن يستبدل بالتزامه بدفع الثمن وما يقابل هذا الالتزام من حقه في ملكية الشيء المبيع الالتزام بقيمة العربون فإنه يتحلل من التزامه بالثمن ويتوجب على أن يترك العربون الذي دفعه. هكذا نجد أن المدين بائعا أو مشتريا ملتزما أصلا بالالتزام الوارد في المبيع ودائنا في الوقت نفسه بالحق الذي يقابل هذا الالتزام، لكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط حقه المقابل لذلك إذا هو أدى العربون، فالبائع

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 91.

2 -علي فيلالي، مرجع سابق، ص150.

3 -سليمان مرقس، مرجع سابق ، ص76.

مثلا يلتزم أصلا بنقل الملكية وما يلحقها من تسليم وضمان، لكن له في البيع بالعربون بدلا من الوفاء بالالتزام الأصلي أن يؤدي العربون[1].

انتقد هذا الرأي على أساس أن الالتزام البدلي يكون التزاما واحدا ذا محلين أحدهما أصلي والآخر احتياطي للمدين الوفاء به بدلا من الالتزام الأصلي، وهو غير صحيح بالمرة لأن في التعاقد بالعربون الغرض من ترك العربون أو رده مضاعفا ليس الوفاء بالعقد وإنما استعمال حق العدول عن إبرام هذا العقد .

كما أن البيع بالعربون هو التزام تخييري حيث أن هناك جانب من الفقه كيف عقد البيع بالعربون على أنه التزام تخييري، حيث يتفق المتعاقدان على أنه بإمكان كل منهما أن يدفع العربون أو ينقض العقد[2].

على أنه تم انتقاد هذا الرأي لكون تخلف شيء من الأشياء محل التزام لا ينال من صحة الالتزام، فيصبح التزاما بسيطا، في حين تخلف المحل في العقد المقترن بعربون يترتب عنه بطلان العقد.

الفرع الثاني: تكييف عقد البيع بالعربون وفق النظريات الحديثة

هناك ثلاث نظريات حديثة حاولت تكييف عقد البيع المقترن بعربون على أنه عقد مقترن بتحفظ إرادي **(أولا)** وعقد يتضمن اتفاقين متميزين **(ثانيا)** وعقد يخضع للتكوين التدريجي للرضا **(ثالثا)**.

1 –جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 62.

2 –علي فيلالي، مرجع سابق، ص 151.

أولا: عقد البيع بالعربون عقد مقترن بتحفظ إرادي

يرى بعض الفقهاء[1] أن التعاقد المصحوب بالعربون عبارة عن عقد مقترن بتحفظ إرادي وهو ليس أمرا عارضا بل هو مسألة أساسية في العقد من مستلزماتها أنها تعطي لصاحب الشأن حق إرادي عبارة عن حقه في العدول عن التعاقد، وبالتالي لن توجد صعوبة في تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون، وعليه فإن كل من المتعاقدين يمكن له أن يستبقي لنفسه تحفظ يمنحه الحق في إصدار إرادة مضادة مستقبلا ينهي بها التعاقد، فهو يملك مرحلة وسطى بين مرحلتي الإجابة بنعم أو لا، فيمكنه وهو يقول نعم أن يتحفظ على قول في أن ينهي التعاقد بإرادة مستقبلية مضادة.

ويعترض أنصار هذا الرأي على فكرة الشرط الإرادي المحض، إذ أنه كأمر عارض غير محقق الوقوع لا يمكن أن يكون محض مشيئة أو تصرف قانوني، إذ أن الشرط لا يتجسم في الإرادة ذاتها، فلا يوجد فرق في الجوهر بين شرط واقف يتعلق بمحض إرادة المدين أو الدائن، طالما أنه لا قوام للالتزام العقدي مالم تتوافر هذه الإرادة أو المشيئة، حيث يستوي أن تكون هناك هي إرادة المدين أو الدائن[2].

ثانيا: عقد البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين

يرى بعض الفقهاء [3]منهم الأستاذ سليمان مرقس أن التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين[4] أولهما الاتفاق على التعاقد مقترنا بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين والثاني اتفاق على إنشاء التزام بدفع ما يوازي قيمة العربون مقترنا بشرط عكس الشرط الأول أي شرط واقف إن كان الأول فاسخا، وفاسخا إن كان الأول واقفا.

1- نقلا عن شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص122.

2- خليل جمال النشار، مرجع سابق، ص68.

3- نقلا عن شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مرجع سابق، ص 124 .

4 -سليمان مرقس، مرجع سابق، ص77 .

فإذا كان الشرط فاسخا للتعاقد فإنه إن تحقق انعدم التعاقد وبالتالي تحقق الشرط الواقف للالتزام بالعربون وأصبح العربون واجبا في ذمة من عدل، وإن تخلف الشرط الفاسخ تحقق التعاقد واعتبر ذلك تخلفا للشرط الواقف للالتزام بالعربون وانعدم هذا الأثر الأخير حيث يعتبر جزءا من الثمن[1].

لكن يعترض على هذا الكلام بأنه وإن كان هذا التكييف يستقيم في حالة اعتبار عدم العدول شرطا فاسخا للتعاقد إلا أنه لا يستقيم في حالة اعتبار عدم العدول شرطا واقفا للتعاقد لأن الالتزام بالعربون يعد حينئذ مقررا في ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول، ويقتضي ذلك أنه يجوز لكل من الطرفين منذ إبرام العقد أن يطالب الآخر بقيمة العربون على أن يرده إذا تحقق عدم العدول وتأييد التعاقد، وهو أمر غير مستساغ بالإضافة إلى أنه مخالف لقصد المتعاقدين.

ثالثا: عقد البيع بالعربون يخضع للتكوين التدريجي للرضا

يذهب بعض الفقهاء[2] إلى الأخذ بنظرية التكوين التدريجي للرضا، فيقول **موسرون MOUSSRON** بأن التعاقد بالعربون لا يكون متكونا كليا أثناء تبادل الرضا والاتفاق الابتدائي، 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 ضمنا، وحسب نفس الفقيه فإن الرضا متكون من اتحاد حلقتين مرتبطتين ببعضهما ارتباطا وثيقا إلا أنها ليست مغلقة باعتبار أن المستفيد من إمكانية العدول لا يزال له الحق في سحب رضا وفسخ العقد، فالرضا هنا مرحلة في تكوين العقد، وهي مرحلة وسط بين الوعد بالتعاقد من جانب واحد ومرحلة العقد النهائي والقدرة على العدول تقع ببساطة كمرحلة متقدمة جدا من تكوين العقد[3].

1 –خليل جمال النشار، مرجع سابق، ص67.

2 – نقلا عن شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مرجع سابق، ص123 .

3 – شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص 125.

غير أن هذه النظرية لم تلق قبولا عند الفقه لاصطدامها بالمفهوم التقليدي لتكوين الرضا، فالعقد يتكون بداية من الاتفاق والرضا واحد لا يتجزأ يصدر عند بداية الاتفاق، أما ممارسة حق العدول فهي تنفيذ للعقد، أما القول بعدم اكتمال تكوين العقد إلا بفوات المدة المتفق عليها دون ممارسة حق العدول فهذا يعتبر خليطا بين تكوين العقد وبين تنفيذه[1].

والرأي الراجح فقهيا[2] أن عقد البيع بالعربون معلق على شرط واقف هو أن لا يعدل أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة ويترتب على هذا وقف آثار العقد خلال المدة المحددة لجواز العدول، فإذا انقضت هذه المدة دون عدول أحد المتعاقدين تحقق الشرط وأنتج آثاره من وقت انعقاده.

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص125.

2- محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية ، مرجع سابق ،ص 95، أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقدي البيع و المقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، دط، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1980، ص89 ،سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع ، مرجع سابق، ص75 .

المبحث الثاني: إرادة المتعاقدين من العربون

إن أكثر ما يقع الاتفاق على العربون في عقد البيع بأن يدفع المشتري للبائع مبلغا من النقود، وذلك للدلالة على أن كل من المتعاقدين الحق في العدول عن نقض العقد، وإما للدلالة على أن العقد تم نهائيا، وأن القصد من دفع العربون هو تأكيد انعقاد العقد وضمان تنفيذه حيث يعتبر العربون في هذه الحالة جزءا من الثمن بحيث يخصم منه عند تنفيذ العقد(**المطلب الأول**)، أما في حال ما إذا كانت هذه الدلالة غير واضحة بأن تكون دلالة عدول أو دلالة توكيد جعلت القاضي يتدخل من أجل الكشف عن هذه الإرادة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: دلالة البيع بالعربون

الأصل في دفع العربون في عقد البيع هو أن لكلا المتعاقدين الحق في العدول عن البيع خلال مدة محددة(**الفرع الأول**)، إلا أنه قد لا يكون دفع مبلغ العربون مقيدا لحق العدول وذلك في حال اتفاق الطرفان على ذلك، فيصبح مبلغ العربون تنفيذا جزئيا للعقد وبالتالي لا يجوز العدول عنه[1](**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: دلالة العدول للعربون في عقد البيع

العدول هو الصلاحية التي يتمتع بها أحد أطراف العقد أو كليهما للتراجع عن العقد مقابل خسارة مبلغ العربون المحدد مسبقا[2]، ويرجع هذا الأخير إلى اتفاق البائع والمشتري في عقد البيع، فقد يكون هذا المبلغ مرتفعا، كما قد يكون ضئيلا، وينبغي دفع مبلغ العربون المتفق عليه وقت إبرام العقد، حتى يتم تمييزه عن الثمن، لأن دفعه في هذا الوقت هو دلالة

1- زكريا سرايش، الوجيز في عقد البيع وفقا للقانون الجزائري، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س ص28.

2 -أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص18.

على اعتباره عربونا يخول لطرفي العقد العدول عن البيع، أما إذا دفع بعد العقد يعتبر بمثابة ثمن البيع النهائي وليس عربونا[1].

وقد نصت المادة 72 مكرر من ق.م.ج على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يمنح لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك **(أولا)**، كما أن هناك بعض التشريعات أخذت بدلالة العدول**(ثانيا)**.

أولا: موقف المشرع الجزائري من دلالة العدول

دفع العربون كدليل للعدول عن العقد، ينبغي أن يكون مقترنا بمدة محددة في العقد[2] لأنه لا يمكن أن تظل مدة العدول مفتوحة[3]. حتى لا يظل المتعاقد قلقا لا يعرف متى يكون هذا العدول ومتى يكون العقد باتا[4]

ويتم تحديد هذه المدة من طرف المتعاقدين[5]، أما إذا لم يتم تعيين مدة العدول في العقد فإنه يجوز لكل من له هذا الحق أن يعدل عن العقد حتى وقت التنفيذ، طالما أنه لم ينزل عن حقه هذا صراحة أو ضمنا[6]، لأنه ليس من المنطقي أن يترك حق العدول دون تقييده بمدة معينة، ويرجع ذلك إلى ما يترتب على العدول من مساس بمبدأ الاستقرار التعاقدي[7].

وتحديد غرض العدول يرجع إلى نية المتعاقدين أنهما أرادا العدول عن إبرام العقد النهائي للبيع[8]، ومنه يستطيع المشتري أن يرجع في البيع، فيخسر العربون الذي دفعه إلى

1 –يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، د.ط، دار بلقيس، الجزائر، 2021، ص48.

2 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص19.

3 –يمينة حوحو، مرجع سابق، ص19.

4 – عبد الحكم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، د.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992 ص204.

5– يمينة حوحو، مرجع سابق،ص48.

6– رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2000، ص162.

7 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص19.

8 –خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص50.

البائع، ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع، ولا يعتبر العربون تعويضا عن ضرر أصاب البائع جراء العدول، بل هو جزاء يدفعه المشتري نتيجة عدوله عن إبرام العقد، ويجوز للبائع أن يعدل في البيع، ففي هذه الحالة يكون الجزاء على هذا العدول هو أن يرد قيمة العربون الذي دفعه المشتري أولا، ومبلغا آخر يساوي قيمة العربون، وهذا المبلغ الذي يدفعه البائع للمشتري يعتبر كجزاء لعدوله عن إبرام العقد[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع استبعد تطبيق أحكام المسؤولية العقدية بقوله: "**ولو لم يترتب على العدول أي ضرر**" فاستعمال حق العدول لا يمكن اعتباره خطأ، فالعادل في هذه الحالة يستعمل حقا ثابتا له ويقرره العقد، فالعربون هو مقابل الرجوع في البيع إلا إذا كان متعسفا فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا عن الرجوع[2].

ففقد العربون أو دفعه ومثله لا يعتبر تعويضا عن الضرر لأنه قد لا يكون ضررا أصاب الطرف الآخر نتيجة العدول عن التعاقد، بل هو نتيجة العدول نفسه، لأن الالتزام موجود حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر[3].

ثانيا: موقف بعض التشريعات المقارنة من دلالة العدول

نجد أن المشرع المصري اتفق مع المشرع الجزائري[4]في أحكام البيع بالعربون في المادة 103 من القانون المدني المصري بقولها:

"**1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكلا المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.**

2- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

1 -عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص89.

2 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص36.

3 -جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص39.

4-نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ط4، مرجع سابق، ص111.

فبمقتضى هذا النص الأصل عند دفع العربون وقت إبرام البيع أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن البيع مقابل خسارة تساوي مبلغ العربون، حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.

القانون الفرنسي تناول العربون في المادة 1590 منه بمناسبة الوعد بالبيع، فنجد هذه المادة تنطبق على الوعد من جانب واحد، وعلى الوعد الملزم لجانبين، حيث نصت على ما يلي :"**إذا كان الوعد بالبيع مصحوبا بعربون كان لكل من المتعاقدين أن يعدل عن العقد فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه**"[1].

فهذا النص وضع استثناءً للمبدأ المطروح في المادة 1589 من القانون المدني الفرنسي فالمشرع الفرنسي أراد أن يصبح الوعد المقترن بالعربون غير إلزامي إذا أراد أحد المتعاقدين الرجوع عنه، وينتج عن التراجع في العقد بأن من يتنازل عن العقد ويكون قد دفع العربون فإنه يفقده، أما إذا تراجع من قبضه يلتزم برد العربون ومثله، غير أن النص سمح للطرفين بالاتفاق على خلاف ذلك في عقد الوعد بالبيع صراحة[2].

إلا أن المادة 1590 من القانون الفرنسي لم تقطع ذلك، وعلى هذا فيعتبر من دفع العربون عند إبرام العقد دون تحديد مدة العدول جزءا من الثمن يدفعه المشتري للبائع، . ومنه يعتبر العقد باتا لا يجوز العدول عنه، ويخصم هذا المبلغ من الثمن ولا يجوز لأحد الطرفين الامتناع عن تنفيذ التزاماته المترتبة عن هذا العقد، وإلا طبقت القواعد العامة لعدم التنفيذ وعليه يعتبر العربون كشرط جزائي[3].

كما نجد أن الأصل في دلالة العربون في الأردن هي العدول، أي أن للشخص الحق في العدول عن البيع، ولكن إن عدل يخسر ما دفعه إذا كان من عدل المشتري، أو يعيد الثمن ومثله إن كان من عدل البائع، فلو قام المشتري بدفع مائة دينار من أصل الثمن وعدل عن العقد فإنه يفقد هذا المبلغ، وإذا عدل البائع عن العقد فإنه يعيد مبلغا للمشتري يساوي ما

1 – محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص76–82.

2 – لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص226.

3 – محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص38.

دفع ومثله، أي أنه يعيد إليه مائتي دينار، إلا إذا كان الطرفان قد اشترطا صراحة في الاتفاق أن هذا المبلغ يدل على أنهما كان يعتزمان إبرام العقد وتنفيذه في هذه الحالة لا يمكن لأي منهما العدول عن العقد بل لابد من إكماله[1].

ويلاحظ أن النص الأردني حذف العبارة الموجودة في بعض القوانين العربية التي تنص على أنه (ولم يترتب على العدول أي ضرر) متأثرا بالقانون العراقي الذي لم يتضمن هذه العبارة، مما يدل على أي من أطراف العقد إذا أراد التمسك بمبلغ العربون يجب عليه أن يثبت الضرر الذي لحق به نتيجة عدول الطرف الآخر عن تنفيذ العقد، فإن لم يستطع إثبات ذلك فلا يحق له الحصول على أي شيء من مبلغ العربون، وذلك استنادا إلى القواعد العامة التي لا تعطي تعويضا إلا لمن أصابه ضرر.

والعربون في هذا يكون شبيها بالشرط الجزائي، حيث أن الشرط الجزائي لا يكون مستحقا إلا إذا أصاب من تقرر لصالحه ضرر، وإذا لم يصبه ضرر فلا يحق له شيئا مما ورد في الشرط الجزائي، وكل اتفاق يخالف ذلك يقع باطلا حتى لو اختلف عن ذلك في أن البيع بالعربون يجوز لأي طرف من أطراف العقد أن يعدل عنه دون موافقة الآخر على أن يدفع قيمة العربون، في حين أن البيع بوجود شرط جزائي لا يمنح الحق للبائع بالعدول عن البيع مقابل دفع قيمة الشرط الجزائي إلا بموافقة المشتري، كما أنه ليس للمشتري أن يعدل عن الشراء مقابل دفع قيمة الشرط الجزائي إلا بموافقة البائع لأن الشرط الجزائي التزام ثانوي لا يسد عن الالتزام الأساسي ما لم يصبح تنفيذه مستحيلا أو قبل الدائن استبداله بالشرط الجزائي[2].

إن تمسك المتعاقد بحقه في العدول هو مجرد استعماله لأحد حقوقه وليس بخطأ في حد ذاته يتطلب المساءلة مدنيا، ومن ثم يكون ثمن العدول مستحقا بغض النظر عن أي اعتبار آخر، لكن هذا لا يعني أنه لا يمكن مساءلة المتعاقد الذي تعسف في استعمال حقه في العدول زيادة عن دفع ثمن العدول المتفق عليه، فإذا تبين أن المتعاقد لم يتمسك بحق

1- محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص139.

2 -محمد يوسف الزعبي، مرجع نفسه، ص140.

العدول حرصا منه في الإضرار بالمتعاقد الآخر فلا شك في أنه تعسف في حقه ومن ثم يسأل مدنيا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[1]، فعادة ما يكون العربون مصحوبا بعقد من العقود أو بوعد، ويكون خيار العدول الممنوح للأطراف المتعاقدة أو لأحدهم هو إعطاء كل منهم الفرصة في تقدير 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.

ومن التشريعات العربية الأخرى التي أخذت بدلالة العدول نجد كل من المادة 104 مدني سوري، المادة 103 مدني ليبي[2]، المادة 88 مدني سوداني[3]والمادة 74 من القانون المدني الكويتي[4].

الفرع الثاني: دلالة التوكيد للعربون في عقد البيع

إذا كان الأصل من دفع العربون حسب المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري هو إعطاء حق العدول لأحد المتعاقدين، فإن هذه الدلالة ليست قاطعة، بل يجوز الاتفاق على أن البيع بات لا يمكن الرجوع فيه، وهنا يكون الغرض هو تأكيد للعقد وقطع مرحلة في تنفيذه[5]**(أولا)**، كما أن هناك بعض التشريعات أخذت بدلالة التوكيد **(ثانيا)**.

---

1 –علي فيلالي، مرجع سابق، ص148.

2 – القانون المدني الليبي رقم 43 الصادر سنة 1976 والذي دخل حيز التنفيذ في 1977/01/01 منتدى المحامون الليبيون، http://kambota.yoo7.com ، 2022/06/20، 11:05.

3 –قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 الصادر بتاريخ 1984/02/14

http://ar.ar.facebook.com.posts, 2022/06/20، 10:50.

4 - القانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي 1980/67، http://law.icnl.org.kuwait-kuwaitcivilcode1980 2022/06/16، 15:45.

5 -عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص205.

أولا: موقف المشرع الجزائري من دلالة التوكيد

يقصد بدلالة التوكيد أنه عندما يقترن عقد البيع بعربون التوكيد، يعتبر ذلك دليلا على أن العقد قد أبرم على وجه بات لا يمكن العدول عنه إلا إذا تبين أن المتعاقدين قد أرادا صراحة أو ضمنيا أن يكون العربون جزاء العدول عن العقد[1]. ومنه لا يجوز للبائع أو المشتري الرجوع فيه والعدول عنه، وفي هذه الحالة يعتبر العربون كقسط من الثمن، ويجوز لكل من المتعاقدين أن يلزم المتعاقد الآخر بإبرام البيع النهائي[2]، وحتى يصل العربون إلى وظيفة التوكيد يجب أن يمر عبر وسيلتين تعزيزا لهذا الدور للانتقال من مرحلة ما قبل التعاقد إلى مرحلة الاتفاق النهائي البات، وذلك من خلال عربون القسط وكذا عربون الإثبات، فمعيار التمييز في اعتبار العربون ما إذا كان عربون عدول أو كان عربون قسط يكمن في التكييف القانوني للعقد لذلك نجد أن عربون العدول غالبا ما يتم افتراضه في البيع الابتدائي، بينما عربون القسط يفترض في البيع النهائي[3].

فعربون التوكيد باعتباره كجزء من الثمن يشكل قسطا، والقسط عبارة عن دفعة جزئية يقوم بها أحد الطرفين وقت إبرام العقد، وقبل أن ينفذ الطرف الآخر التزامه بقبول تلقي هذا القسط، مما يعني أنهما أصبحا ملتزمين بشكل دائم بالعقد، ومستعدين للتنفيذ الصارم لالتزاماتهم التعاقدية، ويعتبر عربون القسط بهذا المعنى وظيفة معاكسة لعربون العدول باعتبار أن عربون القسط يعتبر بداية في تنفيذ العقد من جهة، وأن المبلغ المدفوع سيتم خصمه من الثمن الإجمالي المتفق عليه من جهة أخرى[4].

حيث يعتبر عربون القسط دليلا على جدية المتعاقد ورغبته في تنفيذ العقد من خلال البدء بالتنفيذ بدفعه العربون، فمثلا إذا كان عقد البيع شراء كبش العيد بمبلغ أربعين ألفا

1 –شارف بن يحيى، دلالة العربون واثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مرجع سابق، ص940.

2 –خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص51.

3 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص45.

4 –شارف بن يحيى، دلالة العربون واثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مرجع سابق، ص940.

دينارا جزائريا (40.000) ، فيقوم المشتري بدفع عشرة آلاف دينار جزائري (10.000) كعربون توكيد للعقد ليصبح فيما بعد جزءا من الثمن، ومنه لا يجوز للمتعاقد الذي يدفع العربون التخلص من التزامه بترك المبلغ الذي سلمه للمتعاقد الآخر، فهنا نكون بين حالتين الأولى تنفيذ الالتزام واستكمال باقي الثمن[1].

أما الثانية إذا لم يقم بالتنفيذ تعرض للجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة، فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني، أو التعويض، أو الفسخ، وفي حالة الفسخ يجوز المطالبة بتعويض تكميلي، وليس من الضروري أن يكون هذا التعويض بقدر العربون، وإنما يقدر طبقا للقواعد العامة بحسب جسامة الضرر[2]. ويشيع استخدام عربون التوكيد باعتباره عربون القسط في بيع السيارات المستعملة في الأسواق الجزائرية كسوق بوقادير بالشلف، العطف بعين الدفلى، ماسري بمستغانم والحراش بالجزائر العاصمة، كما يستعمل أيضا في بيع العقارات والحيوانات المستعملة للحرث كالأحصنة والثيران[3].

ومن خلال ما شهدته الجزائر من إنجاز مصانع تركيب السيارات للماركات العالمية وما ترتب عنه من إعادة القرض الاستهلاكي، لجأت العديد من البنوك إلى التعاقد مع المنتجين للبيع بالتقسيط، وخاصة بعض البنوك الإسلامية التي تعتمد على المرابحة، فيدفع الزبون عربونا لشراء سيارة مقابل تعهد بدفع باقي الأقساط، ولعل الملاحظ أن هذا النوع من التصرفات يكون هدف كل دافع للعربون هو تأكيد العقد وإتمام الثمن للاستفادة من السيارة.

وعليه فإن عربون القسط يعتبر بداية في تنفيذ العقد، ولا يجوز للمتعاقدين العدول عنه[4].

وقد يكون المقصود من عربون التوكيد مجرد إثبات انعقاد العقد، لأن هذا الأخير لا ينعقد في وقت واحد وفي لحظة واحدة، ولكنه يتطلب مراحل من المفاوضات إلى غاية

1- شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص112.

2- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ط4، مرجع سابق، ص112.

3- شارف بن يحيى، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص942.

4- شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص46-52.

التنفيذ، وغالبا ما يتأكد إتمام المتعاقدين للعقد بدفع العربون الذي عادة ما يكون قليل القيمة مقارنة بالثمن الكلي للمبيع، بحيث لا يعتبر ثمنا للعدول ولا قسطا معجلا من الثمن، ونجد استخدام عربون التوكيد كعربون إثبات في بيع الأشياء القديمة لكي يثبت المشتري رغبته في الشراء يجب عليه دفع العربون، وهو هنا وسيلة إثبات للدخول في التعاقد، وبالتالي فهو إعلانا منه بامتلاك البضائع مع حفظ حقه في العدول مقابل خسارة العربون[1].

ونستنتج مما سبق أن للعربون وظيفتان أساسيتان هما عربون العدول وعربون التوكيد الذي تحددهما إرادة المتعاقدين، أو يستشفهما القاضي من ملابسات الدعوى، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "وحيث أن للعربون دلالتين تستشفان من إرادة المتعاقدين، فإن اتفقا على أن يدفع العربون لحفظ حق كل واحد العقد والبت فيه اعتبر تسبيقا أي جزء من الثمن".

علاوة على ذلك فإن المشرع الجزائري، بتعرضه للعربون في المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري، قد تأثر إلى حد كبير بالمشرع الفرنسي، خاصة من حيث موقع المادة أي وجودها بعد المادة المتعلقة بالوعد بالتعاقد، وكذلك من حيث الصياغة والدلالة المفترضة وهي دلالة العدول برغم الفارق الزمني بين سنة 1804 تاريخ صدور القانون المدني الفرنسي، وعام 2005 تاريخ إدراج العربون في القانون المدني الجزائري على الرغم من اختلاف العادات والتقاليد بين البلدين.

ثانيا: موقف بعض التشريعات المقارنة من دلالة التوكيد

من التشريعات التي أخذت بدلالة البتات نجد المادة 304 من قانون الالتزامات والعقود المغربي[2] التي تنص على أن:" **العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان**

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص47–52.

2 – الأمر القانوني رقم 89–126 الصادر بتاريخ 1989/09/14 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي المعدل بالقانون رقم 2002/31 مؤرخ في 2001/02/07، http://www.coursupreme.mr.docs، 2022/06/22 09:10.

تنفيذ تعهده، ويجب رد العربون إذا لم يتم التعاقد مهما كان سبب إلغاء العقد وكل اتفاق يقضي بخلاف ذلك يقع باطلا بقوة القانون".

اعتبر قانون الالتزامات والعقود المغربي العربون جزء من قيمة العقد تم أداؤه، وإذا فسخ بالتراضي لكن تنفيذه أصبح غير ممكن، أو فسخ بسبب خطأ أحد الطرفين، فإن لمن قبض العربون أن يحتفظ به، وعلى الطرف الآخر أن يلجأ إلى المحكمة لتقدير الضرر الحاصل لقابض العربون، وتلزمه برد ما زاد عن قيمة هذا الضرر[1].

كما نظم المشرع التونسي[2]العربون في مجلة الالتزامات والعقود في المادة 303 منه فالعربون في القانون التونسي يأخذ كدلالة أساسية للتأكيد والبت عبر الشروع في التنفيذ، وهو بذلك يجسد اعترافا من دافعه لقابضه بالتزام اتجاهه فحواه تعهده بما سبق أن شرع في تنفيذه وهو بما يتميز به من خاصية الدفع الفوري والمسبق يلعب دور الضمان في صورة عدم الوفاء.

وعرفت المادة 575 من القانون المدني اليمني[3] العربون كما يلي :" **بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزء من الثمن الذي اتفقا عليه يحتسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عين وقت لدفع الباقي أم لم يعين** "

كما أن المشرع العراقي أخذ بدلالة التوكيد في المادة 92 من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني: دور القاضي في استظهار إرادة المتعاقدين في البيع بالعربون

الأصل أن المتعاقدين في البيع بالعربون يتفقان على جميع العناصر الأساسية للتعاقد بشكل واضح لا يدع مجالا للشك، ومن بين هذه العناصر الجوهرية تحديد قيمة العربون

1- محاضـــرات ودروس قانونيـــة droit/posts Facebook.com/law بتـــاريخ 28 ينـــاير 2014، 2022/06/22، 10:30.

2 – الفصل 303 مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، أمـــر مؤرخ في 15 ديسمبـر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906،https://wrcati.cawtar.org/، 2022/05/30، 17:00.

3- قـانون رقـم 14 لسـنة 2002 بشـأن القـانون المـدني اليمنـي، http :hrlibrary.umn.edu.arabic yemen laws146_، 2022/06/22 ، 09:10.

والمدة التي يستغرقها كل طرف للتشاور قبل إبداء الرغبة بالإضافة إلى تحديد أهمية العربون تحديدا واضحا بأن تكون دلالة عدول أو دلالة توكيد، إلا أنها قد لا تكون هذه العناصر الجوهرية كلها أو بعضها محددة بدقة خاصة فيما يتعلق بدلالة العربون مما ينتج عنه خلاف بينهما حول تطبيق قاعدة العدول أو القواعد العامة من حيث أيهما تحقق مصلحة وتسفر عن جبر وفير للضرر مما يفتح المجال للقاضي للتدخل بناء على طلب أحد المتعاقدين[1] عن طريق معايير ذاتية **(الفرع الأول)**، و معايير موضوعية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المعايير الذاتية

يعتبر العقد المصدر الأول الذي يمكن من خلاله الكشف عن الغاية من دفع العربون فإذا كان العقد يوضح تلك الغاية بشكل صريح وواضح، فتكون عندئذ دلالة العربون واضحة من خلاله، أما إذا لم تظهر تلك الغاية ولم يتمكن القاضي من الاهتداء إلى دلالة العربون فيجب حينئذ تقصي النية المشتركة للمتعاقدين[2]، فالعقد الذي أبرم بين الطرفين ليس في الحقيقة سوى وسيلة يهدف الطرفان من خلالها إلى تحقيق غرض اقتصادي معين، ومن ثم يجب على القاضي في تفسيره أن يستلهم هذا الغرض الذي يساعده في تحديد المعاني الغامضة لبعض البنود.

تتمثل هذه المعايير في الوسائل التي يعتمد عليها القاضي للبحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة حول الغرض من دفع العربون، ويمكن أن يستند في ذلك على عبارات العقد وألفاظه التي يجب أن تكون منسقة مع جملة العقد.

ويرجع القاضي إلى طبيعة المعاملة لتحديد نية الأطراف المتعاقدة، بمعنى يرجع إلى الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد الطرفان المتعاقدان إبرامه، فإذا اتفق الطرفان المتعاقدان على نقل ملكية شيء ما مقابل ثمن معين، فإنهما يكونان بذلك قد نظما مادة عقد البيع واتفقا على النظام القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد، والاستدلال على العربون لا يخرج عن هذه القواعد العامة، حيث يعمل القاضي على البحث عن النية المشتركة

1 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص221.
2 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص78.

للمتعاقدين لتحديد الغرض من دفع العربون بحيث يكون العربون جزءا من الثمن (عربون القسط) إذا صاحب الدفع عقدا تاما[1].

ولقد طبق القضاء العربي والفرنسي هذه القاعدة حيث أكدت المحاكم المصرية أن نية الأطراف المتعاقدة المشتركة هي الحكم في معرفة حكم العربون فقد قررت محكمة النقض المصرية في القرار رقم 1110 الصادر بتاريخ 1979/05/24 أنه: من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الثانية من المادة 103 قانون مدني مصري على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، والمرجع في هذه الدلالة هو ما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانوني، ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتتبين 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 التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة"[2].

كما حرص القضاء الفرنسي أيضا على تطبيق هذه القاعدة مستعينا بألفاظ العقد وبنوده لمعرفة القصد التعاقدي فيما يتعلق بدلالة العربون، فقد ذهبت المحاكم إلى أن الأمر يتعلق بتسبقة إذا ما ذهب المتعاقدان إلى اعتبار المبلغ المدفوع وفاء جزئيا بصفة واضحة، كما لو ذكر في العقد أن المبلغ المدفوع يخصم من الثمن[3].

بالإضافة إلى طبيعة العقد أو موضوعه يستعين القاضي أيضا بمعيار أكثر أهمية في العلاقات التعاقدية يتمثل في مبدأ الأمانة والثقة بين المتعاقدين الذي يستوجب إعمال مبدأ مهم هو الآخر والمتمثل في مبدأ حسن النية[4].

---

1 –أقلوشي فتيحة، مرجع نفسه، ص79

2 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص80.

3 –أقلوشي فتيحة، مرجع نفسه، صفحة نفسها.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي لبنان، دس، ص210.

فهذان العنصران أساسيان حتى يطمئن كل متعاقد للآخر، فالأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له، أي من وجه إليه الإيجاب عليه أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه فالأمانة في التعامل تتطلب منه عدم استغلال ما وقع من غموض في التعبير طالما أنه قد فهمه على حقيقته أو كان قادرا على فهمه[1].

ويقابل هذا الحق واجب، فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب، وهذه هي الثقة المشروعة وتنطوي على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد[2].

وإذا ثبت للقاضي حسن نية الطرفين المشتركة أن العربون قد دفع لتأكيد تنفيذ العقد وليس مقابل العدول، فإنه يجب وفقا –للقواعد العامة– إلزام الطرفين بتنفيذ العقد بكل بنوده فإذا كان بيع سدد المشتري باقي الثمن والتزم بتسليم المبيع، وتعين على البائع التسليم والتقيد بالضمان وعند الإخلال تقع المسؤولية العقدية[3].

الفرع الثاني: المعايير الموضوعية

نظرا لأن العربون هو أحد بنود العقد فإن الدلالة التي يأخذها تستشف من إرادة الأطراف المتعاقدة، ويتم تطبيق القواعد العامة في تفسير العقود، والمقصود بتفسير العقود هو الوصول إلى معنى العقد من خلال دلالة الإرادة، أي أن القاضي يصل إلى ما يبتغيه المتعاقدان بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة.

وتتوفر قابلية العقود للتفسير وفقا للمادة 111 من القانون المدني على وجود حالة من الشك حول المقصود من التعاقد، وقد يكون مصدر الشك عبارات العقد نفسه كأن تكون غير واضحة أو يشوبها نوع من التناقض مما يوجب الشك حول مدلولها ومعناها، فإذا تأكد القاضي أن عبارات العقد تتطلب تفسيرا، فإنه يشرع في البحث عن الإرادة الحقيقية

1 –عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، مرجع سابق، ص210.

2 –عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، صفحة نفسها.

3 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص81.

للأطراف، مستندا على المعايير التي نص عليها المشرع في المادة 111 من القانون المدني والتي تنص:" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين**".

ويطلق عليها المعايير الخارجية وهي مجموعة من المعايير يلجأ إليها القاضي للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين إذا لم تسعفه المعايير الذاتية في التفسير، وهذه المعايير متعددة، ذكر منها المشرع الجزائري معيارا واحدا في المادة 111 من القانون المدني الجزائري وهو العرف الجاري في المعاملات، ولكن الفقه أضاف معايير أخرى كالاعتماد على الظروف والوقائع التي تحف بإبرام العقد من قريب أو بعيد، والتي من شأنها أن تساعد على تحديد المعنى الدقيق من اشتراط العربون[1].

وقد قام الفقه بجمع بعض القرائن التي تساعد القاضي على تكييف 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 قسطا من الثمن، ومن بين هذه القرائن أن مبلغ العربون إذا كان مرتفعا أو ضئيلا وهي قرينة على أهميتها لا يمكن أن تؤخذ بصفة مجردة ما لم تتدعم بأخرى تتيح الوصول إلى النية المشتركة للأطراف المتعاقدة، فإذا كان مبلغ العربون تافها جدا يستنتج منه أن نية المتعاقدين لم تنصرف إلى ضمان العدول بهذا المبلغ البسيط، وإنما العربون دفع لتأكيد إتمام العقد والبدء في تنفيذه، فالقيمة الضئيلة لا تتناسب مع الضرر الذي قد لا يلحق المتعاقد من نقض العقد، كما قد يكون العربون دليلا على تأكيد العقد بدفع جزء من الثمن يخصم من الثمن الإجمالي للعقد إذا كان مبلغ العربون كبيرا مقارنة بالثمن الإجمالي وذلك إذا استدل القاضي على اتجاه قصد المتعاقدين إلى دلالة البتات من تضمن العقد بندا يحدد موعدا للتوقيع على العقد النهائي[2].

1 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص223.

2 –اقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص82.

فإذا كان هناك محل لتأويل العقد، يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات[1]، وفقا لنص المادة 111 ق.م.ج، إذ خوّل المشرع الجزائري لقاضي الموضوع صلاحية التأويل باللجوء إلى العرف الجاري العمل به في المعاملات، 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 يعمل بها الناس عند غموض عبارات العقد.

والعرف بهذه الصفة يعتبر مكملا لإرادة الأطراف المتعاقدة يرجع له القاضي للكشف عن النية المشتركة للطرفين، فهو ليس له قوة القانون ولا حتى قوة الاتفاق، لذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني أو في حالة سكوت المتعاقدين[2].

هذا وتنوع العادات التي تكشف نية الأطراف بتنوع الأماكن والجهات والأقاليم والعادات المكانية التي تتمكن من الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، إما أن تكون عادات المكان الذي تم فيه إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد.

وقد لاحظت الأستاذة جوانا شميديت[3] JoannaSchmidt الدور الهام للعادات والأعراف في تحديد الدلالة الحقيقية للعربون التي قصدها المتعاقدان عند دفعه، فالعادات في المواد التجارية تشير إلى أن دفع العربون قرينة بسيطة مفادها أن المبالغ المدفوعة عند إبرام العقد تعتبر قسطا معجلا من الثمن إلا إذا نص المتعاقدان على خلاف ذلك صراحة في العقد، 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، أن يدفع تاجر التجزئة إلى تاجر الجملة مبلغا معينا على سبيل العربون لتزويده بالبضاعة المعتادة، ففي

1 –أقلوشي فتيحة، مرجع نفسه، ص 79.

2 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 224.

3 – نقلا عن أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص83.

هذه الحالة مادام هناك تعامل تجاري سابق لهذه العملية من شأنه أن يجعل القول حاسما بأن العملية الجديدة ستتم بشكل مؤكد، فهنا يكون العربون تأكيدا للعقد بدفع جزء من قيمة المبيع.

وعموما في الجزائر من الواضح أن مصطلح عربون يستخدم بشكل مستمر كمرادف للقسط وهو عرف عام، إذا جرى التطبيق بمقتضى قرينة بسيطة، تتخذ المبالغ المدفوعة صبغة القسط أو التسبيقة إلا إذا نص الاتفاق على عكس ذلك، ولكن الملاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة 72 مكرر قانون مدني، دلالة العدول لا دلالة التوكيد كما هو مستقر عليه في العرف ولا ندري ما إذا كان تفسير ذلك راجع لكون مصدر هذا النص هو نص المادة 103 من ق.م.م أم هناك تفسير آخر[1].

وقد يمكن في بعض الحالات التوصل إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين حول دلالة العربون من خلال طريقة تنفيذ العقد، ذلك أن تنفيذ العقد خير طريقة لتفسير إرادة المتعاقدين إذ بإراديتهما يفسران شروطه عمليا، كثيرا ما يخرج طرفا العقد عن مضمون النص الصريح عند تنفيذ العقد، فيتبعان طريقة معينة في التنفيذ تعدل من مضمونه وتكشف عن نيتهما المشتركة بشأنه، وحتى يحقق تنفيذ العقد هذا الغرض يتعين أن يكون لاحقا 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[2].

ومما سبق يبدو أن تعيين دلالة العربون والوصول إلى مقصود الأطراف المتعاقدة، يتم عن طريق الكشف عن نيتهما سواء كانت هذه النية صريحة أو ضمنية، وكل هذا موكول إلى قابلية القاضي في الكشف عن نية المتعاقدين ومهارته في استنباط مقصودهما من دفع مبلغ العربون إلا أن الأمر لا يخلو من الصعوبة إذ أن استكشاف نية الأطراف في كثير من الأحيان لا يكون في مقدور القاضي استظهارها برغم كل الوسائل والعوامل السالفة الذكر وبعد تعذر الكشف عنها بالتمعن والتفحص في ألفاظ العقد أو في ظروفه والملابسات التي تم

1 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص83.

2 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص225.

بها[1]، يرجع القاضي إلى إعمال قرينة العدول في نص المادة 72 مكرر قانون مدني جزائري مؤداها أن دفع العربون وقت إبرام العقد لا يفيد أن العقد نهائيا، بل يمكن أن يستقل أحد الطرفين بنقضه والعدول عنه دون موافقة الطرف الآخر، ولكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإقامة الدليل على أن المتعاقدين قد قصدا من العربون تأكيد العقد وذلك باستعمال كل طرف الإثبات[2].

1 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص84.

2 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص225.

الفصل الثانـي

أحكام البيع بالعربون

الفصل الثاني: أحكام البيع بالعربون

إن قاعدة العدول تشكل ضمانا لجدية التعاقد، فإذا اقترن عقد البيع بدفع العربون يكون الغرض منه إما حفظ الحق لكل متعاقد في العدول عن إبرام العقد النهائي بأن يفقد العربون من دفعه أو يرده ومثله إن كان من قبضه هو الطرف الذي عدل، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه، فإن كانت دلالة التوكيد أخف تأثيرا و أقل أهمية مقارنة بدلالة العدول ، لأن دلالة التوكيد بشقيها القسط و الإثبات تجعل العقد يؤول إلى منتهاه المعهود و هو تنفيذ العقد و أداء الطرفين للالتزامات الناشئة عنه ، و على النقيض من ذلك فإن دلالة العدول تزيل العقد و تفقده قدسيته ،حيث يعتبر العربون جزء من الثمن في العقد النهائي(**المبحث الأول**)، حيث يكون لكل دلالة من دلالات العربون سواء كان عربون عدول أو توكيد أثرها على المتعاقدين وعلى الغير، كما يظهر أثرها على المبيع و على إيراداته و على تصرفات كل متعاقد (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: مصير البيع بالعربون في القانون المدني الجزائري

يعتبر البيع بالعربون الصورة العملية للمرحلة التمهيدية التي تسبق البيع النهائي، فقد يحمل دفع العربون معنى العدول مع تحمل تبعة ذلك بفقدانه واعتباره حقا للطرف الآخر كما قد يكون خطوة أولى لتأكيد الارتباط التمهيدي بين البائع والمشتري، وبالتالي فإن العربون يؤثر على مصير العقد بحسب دلالته بالزوال والفسخ في عربون العدول(**المطلب الأول**) واستكمال الإبرام في عربون التوكيد(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مصير البيع بالعربون عند ممارسة حق العدول.

قد يفضل أحد المتعاقدين أو كلاهما عدم إتمام العقد فيمارس إمكانية العدول الممنوحة له[1] حسب المادة 72 مكرر ق.م.ج، يكون هذا العدول محددا صراحة أو ضمنا يستدل عليه من ظروف المعاملة كأن يقدم المشتري إلى البائع شخصا آخر على أنه يرغب في شراء المبيع ذاته، وعليه فالعدول يجعل العقد غير مستقر من حيث مصيره النهائي(**الفرع الأول**) ومن حيث مصير العربون(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مصير العقد عند ممارسة العدول

إن تمسك أحد المتعاقدين سواء كان البائع أو المشتري يحق العدول يؤدي إلى نقض عقد البيع[2]، فإذا عدل المشتري عن البيع فإما أن يكون هذا العدول شفاهة في مواجهة البائع الذي يقبل بذلك ويثبتان مضمون هذا الاتفاق الشفوي في العقد، فتزول القوة الملزمة للعقد بين البائع والمشتري وينتهي الأمر بينهما عند هذا الحد وقد يعارض البائع عدول المشتري عندئذ يستعمل هذا الأخير حقه في العدول الوارد بنص العقد أو بنص القانون[3] وقد يمارس العدول بشكل ضمني كاتخاذ أي موقف دال على العدول، وهنا لا بد من التمييز بين الإعمال الضمني لخيار العدول والسكوت عنه، لأن الاختبار الضمني سواء كان بالتعاقد أو بالعدول هو في ذاته مركز إيجابي لتضمنه بعض الأعمال والتصرفات التي

1- بوترفاس حفيظة، مرجع سابق، ص142.

2 -يمينة حوحو، مرجع سابق، ص49.

3 -عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 242.

تستشف منها اتجاه نية المتعاقد إلى اختيار محدد، أما مجرد السكوت فهو لا يعبر عن شيء لا عن عدول ولا عن عدم العدول ولا يكتسي أي قيمة قانونية[1].

وقد يكون العدول كتابي كأن يستعمل المشتري حقه في العدول عن طريق الإعذار حيث يضع بذلك نهاية لعقد البيع وللبائع أن يرد على هذا الإعذار بأن العدول جاء بعد فوات المدة المحددة للعدول، وأن العقد أصبح باتا بانقضائها وأن العربون جزء من الثمن، ومن ثم يطالب بتنفيذ العقد وللبائع أيضا أن يرد على إعذار المشتري بأن هذا العدول شابه الغش ونية الإضرار به[2].

وقد نصت المادة 72 مكرر م.ج. على أنه يحق لكل من المتعاقدين العدول عن العقد، ولكن من الضروري تحديد المصطلحات المستعملة فيما يتعلق بإنهاء العقد عند ممارسة العدول هل هو فسخ أو انقضاء أو إنهاء للعلاقة التعاقدية؟ وهل يكون تأثير كل ذلك على المستقبل فقط أم على المستقبل والماضي معا

قد يزول العقد قبل انقضائه بانحلاله وانحلال العقد غير إبطاله غير أن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحا ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي إلا أن الإبطال يرد على عقد نشأ غير صحيح فيبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال، كما قد ينحل العقد بطريق الرجوع فيه بإرادة منفردة لأحد المتعاقدين فهذا يسمى إلغاء العقد بإرادة منفردة.

ويعتبر شرط الإلغاء الوارد في العقد من أوصاف الالتزام فهو شرط فاسخ إذا تحقق زوال الالتزام بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن، وإن تخلف واستقر الالتزام والعقد بصفة نهائية، كما أن الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي أي وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل العقد[3].

وعليه، فإن امتناع أحد أطراف العقد عن إتمام المشوار التعاقدي والعدول عن إكمال الصفقة خلال الفترة المحددة من شأنه أن يسقط العقد ويعتبر كأن لم يكن[4]، وبعد ذلك من قبيل

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 178.

2 –عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 243.

3 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة مرجع سابق ص179.

4 –همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 ص124.

الرجوع في العقد وعدم إبرام البيع النهائي، فإن عربون العدول يؤثر عليه بجعله عقد غير لازم فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد انفسخ بذلك العقد، إلا أن إرادة المتعاقدين حرة ومستقلة في فسخ العقد عند ممارسة العدول خلال المدة المتفق عليها سواء اشترط العدول بعد أو أثناء تكوين العقد[1].

غير أن الفقه اختلف بشأن مصير العقد الذي تم العدول عنه من أحد المتعاقدين وقد وجد رأيان مختلفان، يرى الرأي الأول أن زوال العقد يسري للمستقبل(**أولا**) أما الرأي الثاني يرى أن العدول يجعل العقد كأن لم يكن(**ثانيا**).

أولا: زوال العقد للمستقبل

يرى جانب من الفقه[2] أن فسخ العقد لا يتم بأثر رجعي فزوال العقد يكون للمستقبل فقط، أما بالنسبة للماضي فهناك أحداث وقعت لا يمكن إلغاؤها، فالعقد المقترن بالعربون يظل قائما والأطراف لا يكفون عن الارتباط إلا في اللحظة التي يتم فيها العدول فقط ولكن الماضي يبقى كاملا بكل آثاره من ذلك قبض العربون واستلامه فالفسخ نتيجة استخدام حق العدول يتم بدون أثر رجعي وذلك وفق ما تتم به كل طرق الفسخ العادية.

ثانيا: العدول يجعل العقد كأن لم يكن

بينما يرى جانب آخر من الفقه[3] أن ممارسة العدول من أحد المتعاقدين تجعل عقد البيع المقترن بالعربون كأن لم يكن أي أن استعمال حق العدول لا يترتب عليه فقط وقف تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد وإنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فحسب، بل يمتد أثره إلى الماضي فينهار العقد بأثر رجعي، ورجعية الفسخ لا تثير أي صعوبات سواء كان العقد لم ينفذ أم كان منفذا، ففي الحالة الأولى وهي حالة عدم تنفيذ العقد وهذا متصور في حالة الاتفاق على أن العقد لن ينفذ إلا بعد فوات المدة المحددة للعدول، فالفسخ هنا لن تقابله أية صعوبات لأن الأثر الرجعي سيكون لعقد مبرم لم تحدث به أية وقائع أو نتائج، والحالة الثانية وهي حالة تنفيذ العقد فهي تتعلق بالأثر الرجعي للفسخ على عقد مبرم ومنتج لآثاره

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص179.
2 - نقلا عن بوترفاس حفيظة ، مرجع سابق ، ص 145.
3– نقلا عن ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 432.

فإذا تم البيع بالعربون وكانت فيه الملكية منقولة مباشرة إلى المشتري فإن الملكية في حالة العدول تكون مستردة للبائع بأثر رجعي وذلك قياسا على إمكانية الاسترداد المخولة للبائع في بيع الوفاء، فيعتبر المشتري كأن لم يكن مالكا للمبيع في أي وقت من الأوقات وتعتبر الملكية كأن لم تنتقل من البائع إلى المشتري وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الأخير إلا حبس المبيع إلى حين استرداده مبلغ العربون الذي قام بدفعه للبائع.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي الاخير الذي يرى أن ممارسة العدول تعمل على اختفاء أو فسخ العقد وفنائه بأثر رجعي[1].

الفرع الثاني: مصير العربون عند ممارسة العدول

ورد في نص المادة 72 مكرر ق. م.ج مصير العربون عند ممارسة العدول من طرف أحد المتعاقدين سواء كان البائع أو المشتري ويختلف باختلاف الطرف الذي عدل فإذا عدل الذي دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله، فيتراوح مصير العربون عند ممارسة العدول بين فقده**(أولا)** أو رده ومثله[2] **(ثانيا)**.

أولا: فقدان العربون عند ممارسة العدول ممن دفعه

إن حق العدول هو مخالفة للقوة الإلزامية للعقد، ومخالفتها تكون بمقابل حيث من عدل عن العقد بإرادته المنفردة يفقد مبلغ العربون المدفوع كثمن الاستعمال حقه في العدول ولا يحق له المطالبة باسترداده بل يفقده نهائيا[3]، أي أن العدول يعتبر استعمالا لحق يستحق عنه مقابل[4] فإذا عدل المشتري عن تنفيذ العقد في المدة المحددة لهذا العدول انقضى عقد البيع 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[5].

1 –بوترفاس حفيظة،، مرجع سابق، ص 146.

2 –شارف بن يحي، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الأحكام القضائية مرجع سابق، ص 152.

3 –يمينة حوحو، مرجع سابق، ص50.

4 –نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ط4، مرجع سابق، ص 111.

5–عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 243.

إن فقدان العربون عند ممارسة العدول ممن دفعه يختلف بين العربون النقدي والعربون المنقول، فإذا كان العربون مال نقدي وعدل عن العقد من دفع العربون وهو المشتري فإنه يفقد ما دفعه وليس له أن يسترده من البائع الذي قبضه بحيث يصبح هذا الأخير مكتسبا له والعربون هنا يمثل ثمن العدول، فهو جزاء حتمي ولا يعتبر تعويضا عما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر.

وفي هذا الشأن يذهب بعض الفقه الفرنسي[1] إلى أن تملك العربون من طرف المتعاقد الذي تحمل العدول (البائع) يكون له في نفس الوقت تعويضا للضرر الذي سببه له العدول والذي تم تقديره مقدما مع المتعاقد الذي مارس العدول، في حين يرى البعض الآخر[2] أن لفظ تعويض تعاقدي غير مناسب ومنتقد، لأنه قد يجعل من العربون تعويضا في معنى المسؤولية المدنية، فممارسة حق العدول من أحد أطراف العقد لا يشكل خطأ عقديا، ولا يعتبر مصدرا للمسؤولية، فالعربون ما هو إلا ثمن لحق العدول.

وقد يكون العربون منقولا وهذا يكون نادر الحدوث، فإذا كان العدول من طرف المشتري بصفته هو من دفع العربون، فهنا لا تثار أي مشكلة في هذه الحالة لأن المشتري يفقد ملكية الشيء، ومنه تنتقل هذه الملكية إلى البائع وبالتالي يتحول البائع من شخص حائز إلى مالك للشيء.

أما القضاء الجزائري[3] فقد رفض الأخذ بفكرة العربون كجزاء عن العدول عن العقد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/02/19 من خلال إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1986/04/30 والقاضي بفسخ البيع بخطأ من المشتري وإبقاء العربون لصالح البائع مع رفض التعويض وذلك لأن قضاة الاستئناف اعتبروا التسبيق تعويضا عن العدول مع أن مقتضيات المادة 1590 مدني فرنسي لم يأخذ بها المشرع في القانون المدني الصادر سنة 1975، ومن ثم جاء منعدم الأساس القانوني

1-نقلا عن أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص147.

2- نقلا عن أقلوشي فتيحة، مرجع نفسه، صفحة نفسها.

3- نقلا عن شارف بن يحي ، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، مرجع سابق ص 185.

وعليه فإن قضاة الاستئناف أخذوا بقاعدة إذا عدل عنه من دفعه فقده، ذلك أن البائع أثبتت في قضية الحال أن المشتري بعد أن ما دفع له شيكا بقيمة (100.000 دج) كعربون لم يواصل في إجراءات دفع باقي الثمن، بل حاول وأن يبيع الآلات عن طريق الإعلان في الجرائد، فكيفوا الأمر على أنه عدول ينتج عنه فقد العربون دون تعويض للبائع عن أي ضرر أصابه رغم مطالبته بالتعويض إلا أن قضاة المحكمة العليا قد أبطلوه[1].

ثانيا: رد العربون ومثله عند ممارسة العدول ممن قبضه

إن المشرع الجزائري تدارك الخطأ الذي وقع فيه المشرع المصري في نص المادة 103 ق. م.م في عبارة " رد ضعفه" حيث جاء في نص المادة 72 مكرر مدني جزائري وإذا عدل من قبضه رده ومثله... " فعبارة" رده ومثله (أصح من عبارة ضعفه لأن رد العربون ومثله أي العربون وقيمة مماثلة له، فمثلا إذا كان مبلغ العربون 1000دج فإن الرد يكون (1000 دج + 1000 دج) أي العربون ومثله 2000 دج ،غير أن المشرع المصري وقع في خطأ لغوي، وقد يحتمل تأويلات بين المتقاضين فقد أورد عبارة ضعفه وقصد بها " ضعفيه"[2] فالضعف هو المثل والمثلان ضعفان لا ضعف واحد، وضعف الشيء مثله في المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة، وقد اختار المشرع المصري أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين[3].

رأينا أن عدول من دفع العربون (المشتري) يترتب عليه سقوط حقه فيه، أما في حالة عدول القابض للعربون وهو البائع فالأمر مختلف لأن رد العربون فقط يعني أن البائع لم يخسر شيئا وعاد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فمن خلال المادة 72 أوجب المشرع رد العربون ومثله[4]، فعدول البائع عن العقد يتعين عليه رد ما قبضه من جهة لأنه

1-شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص185.

2 -شارف بن يحي، مرجع نفسه ،ص184.

3 -عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، ج1، مرجع سابق، ص263.

4 -راضية سايغي، التعاقد بالعربون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء مديرية التدريب، الدفعة الخامسة عشر، 2004 – 2009، الجزائر، ص 38.

يزاول العقد لم يعد ثمنه سببا لاحتفاظه به، ومن جهة أخرى عليه دفع مثله معه كمقابل لمباشرته خيار العدول[1]، أي عدول البائع عن العقد يجعله ملزما برد العربون ومثله[2].

وعليه يفسر رد العربون ومثله بالأثر الرجعي للفسخ بإعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فيصبح العقد منعدم الوجود وكأنه لم يكن أصلا[3].

ويختلف الرد بين العربون النقدي والعربون المنقول، فإذا كان العربون نقديا وعدل من استلم العربون (البائع) فعليه أن يرد العربون الذي تسلمه وعلاوة على ذلك يدفع مبلغا مساويا كثمن لعدوله للطرف الآخر، فالمبلغ الذي يدفعه البائع في هذه الحالة يشمل في نفس الوقت على الرد (رد ما استلمه) ودفع ثمن العدول.

وذهب بعض الفقه إلى أنه إذا كان البائع يستعمل حقه في العدول فلا يكفي مجرد التعبير بالعدول عن العقد يرسله إلى المشتري، بل يجب أن يكون التعبير مقرونا بدفع مثلي المبلغ المقبوض وإلا كان العدول غير ذي فاعلية.

أما إذا كان العربون منقولا فيجب على البائع أن يعيد الشيء إلى المشتري، ثم بعد ذلك مدينا بشيء مماثل للعربون أو لقيمة هذا الشيء، فإذا كان هذا الشيء المنقول من المثليات لن يكون هناك أية مشكلة في رد الشيء مماثل، أما إذا لم يكن المنقول من المثليات فإن البائع يجب عليه دفع مبلغ مساو لقيمة هذا الشيء، وفي حالة اعتراض المشتري على هذه القيمة، فيمكن اللجوء إلى أهل الخبرة وتثمين قيمة هذا الشيء المقدم كعربون[4]، والبائع الذي تسلم العربون المنقول لا يعتبر مالكا له، بل يجب عليه انتظار مدة الخيار إما بالعدول أو بتنفيذ العقد، وعلى البائع المحافظة عليه لأنه لا يمثل إلا رهنا أو ضمانا أو وديعة وفي ذلك يقول الفقيه بوتييه[5]POTHIER:"أن متسلم العربون ملزم بالمحافظة عليه ويعتبر في ذلك مسؤولا عن الخطأ اليسير لأن التعاقد بالعربون يهدف إلى تحقيق مصلحة لكلا المتعاقدين".

1- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص124.

2 - يمينة حوحو، مرجع سابق، ص50.

3 -شارف بن يحي، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 947.

4 -ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 434 - 436.

5 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص187.

وقررت محكمة النقض الفرنسية أن الدفع الفعلي هو شرط لفاعلية العدول، وأوضحت أن رفض التنفيذ لا يساوي ممارسة العدول وإنما يجب الدفع المقدم للعربون من أجل ممارسة إمكانية العدول بحيث لا يمكن للبائع العدول إلا بشرط دفع الضعف، إلا أن هذا الرأي مبالغ فيه إذا أن الدفع الفعلي لضعف العربون ليس شرطا لممارسة العدول، والذي يمكن التعبير عنه بكل الطرق القانونية المتاحة للتعبير عن الإرادة.

غير أن القضاء الجزائري رفض الأخذ بقاعدة رد العربون ومثله في الكثير من القرارات[1]، منها قرار للمحكمة العليا الغرفة المدنية المؤرخ في 1996/12/11 الذي جاء فيه " والقاضي بإلزام المدعي عليه يرد مبلغ العربون المقدر ب 150.000 دج للمدعية... " فمحكمة الحراش كيفت المبلغ المدفوع على عربون العدول، وألزمت البائع برد مبلغ العربون فقط دون مثله تطبيقا للعرف السائد في ذلك الوقت في الجزائر، غير أن قضاة المجلس والمحكمة العليا لم يوافقوا هذا الطرح ورفضوا طلبات المتقاضين لانعدام التأسيس[2].

المطلب الثاني: مصير البيع بالعربون عند ممارسة التوكيد

قد يفضل المتعاقدان الإبقاء على العقد دون أن يستخدم أحدهما إمكانية العدول وبذلك قد يكون العربون جزء من الثمن كأصل عام[3]**(الفرع الأول)**، إلا أن عقد البيع المقترن بالعربون كغيره من العقود قد يتعذر تنفيذه بسبب أحد المتعاقدين أو بسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقدين[4]**(الفرع الثاني)**.

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص18،187.

2 –شارف بن يحي، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مرجع سابق، ص949.

3 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 196.

4 –بوترفاس حفيظة، مرجع سابق، ص139.

الفرع الأول: الإبقاء على العقد

عندما لا يقرر أحد أطراف العقد الاستفادة من إمكانية العدول، فإن هذه الإمكانية تصبح ملغاة ومختفية، وهذا الإلغاء لإمكانية العدول يكون إما لتنازل كلا المتعاقدين عن حقه في العدول أو بانقضاء المدة المحددة دون أن يستخدم أي طرف هذه الإمكانية المخولة له[1] فالعقد يصبح باتا لا يجوز للمتعاقد أن ينزل عن خياره في العدول لكن يجب أن تكون الواقعة المراد استنتاج النزول منها واضحة لا يكتنفها شك أو غموض، ويعتبر نزولا عن استعمال هذه الرخصة قيام الطرف المقرر له حق العدول بعمل من أعمال تنفيذ العقد، كأن يدفع المشتري باقي الثمن للبائع، أو أن يسدد الرسوم والضرائب المستحقة على الشيء المبيع، أو أن يقوم بعمل تحسينات في العقار المبيع، فكل هذه الأعمال تعد تنازلا من المشتري عن حقه في العدول[2].

كما يعتبر من قبيل النزول عن حق العدول أن يكلف المشتري البائع تكليفا رسميا بتنفيذ العقد، أي إذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ العقد لم يكن بعد ذلك أن يعدل عن هذا العقد، أي إذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ سقط حقه هو الآخر في العدول ويترتب على ذلك تأييد العقد نهائيا وعدم جواز العدول عنه حتى لو لم تنته مدة الخيار.

أما في حالة انقضاء المدة المحددة للعدول دون مباشرة الخيار العدول يصبح العقد ثابتا[3]، ويكون تاريخ تكوينه من يوم إبرامه فتصبح الالتزامات مستحقة الأداء ويوجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وفي حال معارضة أحد الأطراف تنفيذ هذه الالتزامات تنطبق عليه أحكام المسؤولية العقدية على الطرف المرتكب للخطأ والمخل بالتزامه.

فمصير العربون يتبع اتفاق الأطراف فإذا لم يكن هناك اتفاق على مصير العربون فإنه يكون واجب رده عن طريق الذي تسلمه وهو البائع لأنه كما أوضحنا يدفع العربون كثمن للعدول وليس جزء من الثمن، فالمواد (72 مكرر ق.م.ج والمادة 103 ق.م.م و1590

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص427.

2 –فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة، ط3، توزيع المعارف، الاسكندرية، د.س، ص82.

3–بوترفاس حفيظة، مرجع سابق، ص140.

ق.م.ف) لم تشر إلى الاحتفاظ بالعربون إلا في الحالة التي يكون أحد الأطراف قد عدل فعلا[1]، أما إذا لم يعدل أحد طرفي العقد فإن العربون يعتبر جزءا من الثمن.

وقد اختلف الفقه في تحديد مصير العربون عند عدم ممارسة العدول، هل هو جزء من الثمن أم لابد من رده إلى دافعه، فذهب كل من السنهوري والترمانيني للقول أن العربون في هذه الحالة هو جزء من الثمن وبداية تنفيذ العقد، ويجب استكمال باقي الثمن الذي يجب دفعه مقابل تنفيذ العقد، ويكون استكمال باقي الثمن وفقا لأحكام القواعد العامة، وهو موقف الرأي السائد في الفقه في حالة عدم العدول إذا كان العربون مبلغا من المال، فيخصم من الثمن ويتحول إلى قسط معجل من الثمن لأن العربون عمليا يختلط مع الثمن الذي يجب بحيث لا يبقى على المشتري سوى دفع الباقي[2].

ويرى بعض الفقه أن الصحيح من الوجهة القانونية هو اعتبار ذلك الخصم يتم عن طريق المقاصة، فالبائع يصبح دائنا بالثمن، والمشتري يصبح مدينا له، ودائنا للبائع بمبلغ العربون الذي يكون واجب، ومنه يتم الخصم بين المبلغين وفقا المقاصة، والتي بعدها يصبح المشتري مدينا بباقي الثمن.

وتتجلى أهمية ما نقول به في الفرض عندما يكون العربون شيء منقول غير النقود إذ أن الخصم من الثمن باعتبار العربون قسطا يكون مستحيلا، والمقاصة لا يمكن أن تحدث لأن صفة المثلية للدينين غير متوفرة بسبب اختلاف المحل، 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.

ومنه نرى أن الاستعانة بالمقاصة وليس بالخصم من الثمن هي التي تفسر لماذا يرد العربون إذا كان شيئا منقولا ولماذا يحتفظ البائع به إذا كان مبلغا نقديا.

كما يبين الفقه أهمية الاعتماد على هذا التفسير في حدوث طارئ يجعل حصول المقاصة غير ممكن، وعندئذ لا يخصم مبلغ العربون من الثمن وهذا ما يحصل في البيع

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص427.

2 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص197.

عند إفلاس المشتري الذي كان قد دفع العربون، فالإفلاس يمنع حصول المقاصة، وعندئذ يجب على البائع أن يرد العربون إلى تفليسة المشتري ولا يحصل منها إلا على جزء من الثمن وذلك تطبيقا لقاعدة قسمة الغرماء لأن أموال المفلس أقل من ديونه[1].

أما الدكتور أنور سلطان فيقول بأن مصير العربون عند تنفيذ العقد يؤخذ باتفاق المتعاقدين، فإذا لم يكن هناك اتفاق بينهم فيخصم العربون إذا كان مبلغا من النقود من ثمن المبيع أما إذا كان منقولا من نوع آخر فيجب رده إلى الطرف الذي قدمه وهو المشتري ويتعين عليه الوفاء بكل ثمن المبيع[2].

الفرع الثاني: تعذر تنفيذ العقد المقترن بالعربون رغم عدم العدول

الأصل أن العقد في البيع بالعربون يبرم بمجرد عدم العدول فيترتب كافة آثاره، إلا أن المتعاقدين أحيانا وإن لم يمارسا العدول يترددان في تنفيذ أحكام التعاقد مما يؤثر على مصير العقد فيتعذر معه التنفيذ، أو عند وقوع الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب ظروف لا دخل لهما فيها[3] فما هو أثر استحالة تنفيذ العقد على قانون العدول؟

الواقع أن المشرعين الفرنسي والمصري وحتى الجزائري لم يتعرضوا لحكم هذه الحالة بنص خاص على عكس المشرع الكويتي الذي قرر أحكام هذه الحالة في المادة 77 من القانون المدني والتي تقضي:

1- "استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، بسبب يعود للمتعاقد تعتبر في حكم مباشرته خيار العدول عن العقد، وتتحدد مسؤوليته بقيمة العربون، وفق ما تقضي به المادة 75.

2 – فإن كان استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب أجنبي لا بد لأحد المتعاقدين فيه، وجب رد العربون إلى دافعه"

الواقع أن أحكام هذا النص تقتصر على مجرد تطبيق للقواعد العامة ولم يكن هناك داعي للنص عليها.

---

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص428.

2 –أنور سلطان، مرجع سابق، ص84.

3 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 200.

وعليه الحل في باقي التشريعات الأخرى بالنسبة لهذه الحالة لا يثير أي صعوبة لأنها ستطبق عليها أحكام القواعد العامة الواردة في القانون المدني مع محاولة التوفيق بين هذه القواعد وقاعدة العدول الواردة في المواد فاستحالة تنفيذ عقد البيع المقترن بالعربون قد يكون بسبب فعل أحد المتعاقدين(**أولا**) أو بسبب أجنبي(**ثانيا**).

أولا: أثر الاستحالة في التنفيذ الناشئة بفعل أحد المتعاقدين

نص المشرع الجزائري على بعض الوسائل القانونية التي تساعد على التنفيذ العيني الجبري في حال رفض المدين تنفيذ التزاماته التعاقدية طوعا، بما في ذلك ما نصت عليه المادة 174 مدني جزائري التي تلزم للدائن بالحصول على حكم يلزم المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك، وكذلك ما ورد في المواد 200، 201، 202 ق.م.ج التي تمنح الحق في حبس الشيء أو اللجوء إلى وسيلة الإكراه البدني المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومع ذلك يصبح التنفيذ العيني مستحيلا بفعل أحد المتعاقدين في البيع بالعربون، مما قد يفرض على الطرف المتعاقد المتضرر سلوك طريق آخر أكثر ضمانا وفائدة بدلا من الاكتفاء بتطبيق قاعدة العدول ومن أجل ذلك[1] ينبغي التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل الطرف المتعاقد الذي له الحق في العدول، فإن تلك الاستحالة في حكم العدول عن العقد تعتبر بمثابة مباشرة ضمنية من هذا الطرف المتعاقد لخياره في العدول[2].

فإذا قام البائع الذي له الحق في العدول بهدم المنزل، فيعتبر ذلك اسقاطا منه للخيار المخول له ويعد عدولا ضمنيا عن التعاقد وتطبق أحكام العدول، فيجب عليه أن يرد العربون

1- شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 201.
2 - ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 455.

ومثله إن كان هو من قبضه، أو يخسر العربون إن كان هو الذي دفعه، ولا يستحق المتعاقد الآخر أي تعويض.

الحالة الثانية: إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل المتعاقد الذي لا يكون له الحق في العدول وهذه الحالة يمكن تصورها في حالة الاتفاق على أن يكون لأحد المتعاقدين فقط الحق في العدول ويكون العقد باتا بالنسبة للطرف الآخر، فحسب المثال السابق إذا كان بائع المنزل قد قبض العربون من المشتري واتفقا على أن الحق في العدول يكون للمشتري فقط أما البائع فيكون العقد لازما من جهته، فإذا قام البائع بهدم المنزل أثناء مدة العدول، فيجب الحكم على هذا المتعاقد بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، ومنه لا يستطيع البائع التمسك بقانون العدول ووجب عليه رد ضعف العربون لأنه قد أخل بتعاقد بات بالنسبة له، ويعتبر فعله خطأ يستوجب المسؤولية، كما يجب عليه أن يرد العربون إلى من دفعه وذلك لعدم وجود سبب لاحتفاظه به[1].

ومنه، فالبيع المقترن بعربون التوكيد يكون دليلا على نهائية العقد والبدء في تنفيذه، فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه يكون بذلك مرتكبا لخطأ تعاقدي من خلال عدم وفائه أو تقصيره في الوفاء بالالتزام وهو بذلك يشكل خرقا للرابطة التعاقدية.

لما كان القصد من العربون هو الشروع في تنفيذ عقد صحيح ملزم لطرفيه، فإن امتناع الطرف الذي لا يكون له الحق في العدول عن اتمامه بتسديد بقية الثمن أو تسليم الشيء محل البيع فإن ذلك يعتبر خطأ تعاقدي يوجب المسؤولية العقدية، كذلك إذا عمد أحد المتعاقدين دون التصريح عن رغبته في الامتناع عن تنفيذ عقد البيع المقترن بالعربون إلى المماطلة في الوفاء خصوصا إذا كان الالتزام بالإدلاء بالرغبة غير محدد الأجل[2].

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص456.

2 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص85.

إن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه يمنح للمتعاقد المتضرر سواء كان دافع العربون أو قابضه 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 في حالة غياب الفسخ الاتفاقي، والقاضي له سلطة تقديرية واسعة، إذ يستطيع طبقا للفقرة الثانية من المادة 119 ق.م.ج ومن خلال ملابسات القضية ومصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد أو يمنح للمدين أجل لتنفيذ التزامه، فيترتب على فسخ العقد رد مبلغ العربون مع إمكانية الحصول على تعويض عن كل الأضرار التي لحقت المتعاقد الآخر جراء عدم التنفيذ[1]، وفي كل الأحوال يراعي القاضي في التعويض عنصر الخسارة التي لحقت المضرور وعنصر الكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ باعتبار أن ذلك يمثل حقيقة الضرر الذي أصاب الدائن.

بناء على ما تقدم فإن الامتناع عن إتمام عقد البيع المصحوب بعربون يمنح للمتعاقد المضرور إلى جانب الفسخ، إمكانية الحصول على تعويض يتناسب مع حجم الضرر الذي أصابه، وقد نص القانون المقارن على هذه الصورة بأحكام أكثر صرامة، إذ تمنح للطرف المضرور حق الاحتفاظ بالعربون وعدم رده إلا بعد الحصول على تعويض من المحكمة.

والجدير بالملاحظة أن مبلغ العربون المدفوع أو المقبوض مستقل عن مبلغ التعويض المحكوم به، فبغض النظر عن قيمته سواء كانت مرتفعة أو منخفضة، فالقاضي يقدر الخسارة ويحكم بالتعويض على أساس قيمة وحجم الضرر الذي لحق المتعاقد الآخر بسبب عدم إتمام عقد البيع النهائي[2].

1 –أقلوشي فتيحة، مرجع نفسه، ص86 .

2 –أقلوشي فتيحة، مرجع سابق، ص91.

ثانيا: أثر الاستحالة في التنفيذ الناشئة بسبب أجنبي

إذا كانت استحالة تنفيذ عقد البيع المقترن بالعربون ناتجة عن سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه كهلاك المبيع أو انسفخ العقد بقوة القانون، إذ تنص المادة 121 ق.م.ج على أنه :" **إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون** "، كما نصت المادة 307 ق.م.ج على أنه: "**ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته** "، وتضيف المادة 176 من ق.م.ج إمكانية الحصول على التعويض عند استحالة التنفيد العيني ما لم يثبت المدين أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد لأحد المتعاقدين فيه[1].

فهذه النصوص القانونية يمكن تطبيقها في حالة تعذر تنفيذ العقد برغم عدم العدول عن البيع بالعربون، فاستحالة تنفيذ الالتزام العقدي لسبب أجنبي[2]سواء قبل انقضاء المدة المقررة لمباشرة خيار العدول أو بعده يؤدي إلى انفساخ العقد مما يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[3].

و المقصود بالاستحالة هو أن يتعذر على المدين تنفيذ التزامه بسبب خارج عن إرادته مثل القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء أو فعل الغير تؤدي إلى انفساخ العقد، بمعنى عدم قدرة المدين على أداء التزاماته التعاقدية بسبب تدخل واقعة أو فعل أجنبي خارج عن إرادته منعت إمكانية التنفيذ منعا مطلقا ودائما [4]، في هذه الحالة يجب رد العربون إلى من دفعه دون زيادة أو نقصان وذلك تطبيقا للقواعد العامة، فاشتراط العربون ما هو إلا التزام تابع للالتزام الأصلي، فهو يتبع مصير الالتزام الأساسي، فمتى زال الالتزام الأصلي زال معه الالتزام التابع، أي أننا لا نطبق قاعدة العدول في هذه الحالة لأن العربون يكون مردودا إلى الذي دفعه إذ أن العربون كثمن للعدول لا يكون واجب الدفع إلا عندما يستخدم أحد المتعاقدين إمكانية العدول الممنوحة له، فهو يختار هذه الإمكانية بحرية كاملة مفضلا أن

1- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص204.

2 -شارف بن يحي، مرجع نفسه، صفحة نفسها.

3 -همام محمود زهران، مرجع سابق، ص 124.

4- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص204.

يخسر العربون وأن يخرج من العقد عن استمراره ملتزما للالتزامات الناشئة عنه، وبمعنى آخر إن العربون لا يبقى متروكا لدى قابضه أي البائع ولا يكون مردودا مضاعفا إلى المشتري[1] لأن انحلال العقد راجع لسبب أجنبي وليس مباشرة لخيار العدول[2]، فدفع ثمن العدول يقرره موقف أحد المتعاقدين، وهو لا يكون مستحق إلا إذا كان لشخص الذي قام بعد التنفيذ مسؤولا عنه.

ففي حالة الاستحالة بفعل قوة قاهرة فعن العربون يصبح بلا سبب، إذ أن إمكانية العدول تفقد حقها في الوجود لأن العقد يختفي ويرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد بما فيها استرداد صاحب العربون لعربونه، ولا يكون هناك أي مجال لتوقيع جزاء على أي طرف لأن الانفساخ بسبب قوة قاهرة[3]، وهذه الحالي تختلف عن حالة العدول الاختيار من أحد المتعاقدين عن العقد[4].

ثانيا: أثر الظروف الطارئة على البيع بالعربون

قد تقع خلال البيع بالعربون ظروف طارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل يلحق أحد طرفي العقد عند تنفيذه لالتزاماته إرهاقا كبيرا فإذا كان الأصل العام هو ضرورة تنفيذ مثل هذه الالتزامات حتى ولو طرأت عليها حوادث استثنائية لم تكن متوقعة تطبيقا لمبدأ العقد شريعة التعاقدين، إلا أن مبادئ العدالة تقتضي تخفيف العبء عن المدين وذلك بتوزيع تبعة الحادث الطارئ على طرفي العقد فيتدخل القاضي ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع هذا الحدث الطارئ.

واعتبرت نظرية الظروف الطارئة بأنها انتهاء صارخ للقوة الملزمة للعقد لأنها تجعل المتعاقد غير ملزم بما تعهد به، في حين لها من يشيد بها من منطلق حسن النية ومسايرة تغير الظروف، وقد نص عليها المشرع الجزائري منذ سنة 1975 في المادة 03/107 مدني " **غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها**

1 – ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 455.

2– همام محمود زهران، مرجع سابق، ص 125.

3 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص455.

4 –أنور سلطان، مرجع سابق، ص85.

أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1]"

أما المشرع المصري أخذ بهذه النظرية في المادة 2/174 من القانون المدني " **إذا طرأت حوادث عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كاتفاق على خلاف ذلك**"

أما المشرع الفرنسي لم ينظر إلى هذه النظرية وهذا واضح من خلال نص المادة 1134 مدني والتي تقرر أن (**الاتفاق يحل محل القانون بالنسبة إلى عاقديه...**)[2].

ومؤدى نظرية الظروف الطارئة أنه قد تعترض بعد إبرام العقد وعند تنفيذه أحداث عامة لم تؤخذ في الاعتبار ولم يكن في الوسع توقعها ومن شأنها يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين ومنه يجوز للقاضي إثر ذلك بناء على طلب المدين وبعد موازنة مصلحة المدين ومصلحة خصمه، أن يرد التزامه إلى الحد المعقول[3]

وفي هذا الغرض يهمنا أثر الظروف الطارئة على البيع بالعربون، فلتطبيق هذه النظرية لا بد من توفر شروط وهي:

1. أن يحدث بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام.
2. أن يكون هذا الحادث غير متوقع الحدوث عند التعاقد.
3. أن يكون هذا الحدث الاستثنائي قد جعل التزام المدين مرهقا.

ويتصور وقوع الحادث الاستثنائي العام، وذلك بعد إبرام عقد البيع المصحوب بالعربون أو قبل تنفيذ كما قد يقع أثناء فترة خيار العدول وذلك إذا كان العقد مرجأ التنفيذ حتى رفع الخيار، ففي هذه الحالة يجب التمييز بين الحالتين:

---

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 206.

2 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 458.

3 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص207.

الحالـة الأولـى: وهـي عنـدما يكـون العربـون كوسيلة عـدول يـرى بعـض الفقـه فـي هـذه الحالـة أن العقد لا يعتبر قد أبرم بصفة نهائية وباتة مالم تنقض المدة المحددة للعدول دون أن يعدل أي طرف سواء كان هذا العدول بصفة صريحة أو ضمنية من كلا المتعاقدين عن استعمال حق العدول، فإذا أحدثت ظروف طارئة خلال فترة العدول المتفق عليها فهنا لا يكون مجال لتطبيق أحكام هذه النظرية وذلك لأن المتعاقد الذي أصبح بالنسبة إليه تتقن الالتزام مرهقا له ومهددا بالخسارة الفادحة سيفصل أن يتخلى ببساطة عن العربون إذا كان هو الذي دفعه أو يدفع ضعفه إذا كان هو الذي قبضه[1].

وبذاك يتلخص من تنفيذ الالتزام المرهق بالنسبة له مستعملا في حقه العدول دون أن يستطيع المتعاقد الآخر أن يلزمه بالتنفيذ في هذه الحالة تطبق قاعدة العدول ويستبعد تطبيق نظرية الظروف الطارئة[2].

أما الدكتور النيداني يرى أن القول بأن العقد لا يبرم بصفة نهائية إلا بفوات المدة المحدد للعدول قول غير صحيح، ذلك أنه عقد مبرم وموجود غير انه مهدد بالزوال خلال مدة محددة، وإذ اكانت قواعد العدول من القواعد المكملة وليست من النظام العام فقد يتم الاتفاق على الصورة التي يكون فيها لأحد المتعاقدين الحق في العدول عن العقد بينما يكون العقد باتا للمتعاقد الآخر، وفي هذه الحالة إذا طرأت ظروف استثنائية وجعلت تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمتعاقد الذي أصبح العقد باتا من جهته، فإن نظرية الظروف الطارئة ستطبق في هذه الحالة ويستطيع القاضي عندما يطلب المتعاقد الذي له في الحق في العدول تنفيذ العقد أن يطبق أحكام فيستطيع أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان حادثا وقتيا يقدر له الزوال بعد وقت قصير، كما له أن يقوم بتخفيض الالتزام المرهق إذا رأى ذلك، كما يستطيع أن يزيد في التزامات الطرف الذي كان له الحق في العدول في هذه الحالة عندما يزيد في التزامات هذا المتعاقد (الذي كان له الحق في العدول) لا يفرض عليه هذا الحل، بل لهذا المتعاقد أن يخير بين هذه الزيادة وبين حقه في طلب الفسخ لكن في هذه

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص460.

2 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص208.

الحالة الفسخ يكون بدون تعويض، ولكن ما هو مصير العربون إذا كان هذا المتعاقد هو الذي دفعه، وهل يعد طلبه للفسخ عدولا عن البيع يستوجب تركه للعربون؟

إن طلب الفسخ في هذه الحالة لا يعتبر عدولا يستوجب خسارة العربون، لأن هذا المتعاقد قد أمضى العقد وأسقط خياره وبطلبه تنفيذ العقد، وهنا يجب أن يرد العربون إلى من دفعه، لأن كما سبق وقلنا أن الفسخ يكون بدون تعويض، فالعربون إذاظل في يد المتعاقد الآخر فإنه يكون في يده بدون سبب ولا مقتضى، فهذا الرد يكون من قبيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كأثر من آثار الفسخ[1].

الحالة الثانية: وهي الحالة التي يكون فيها قصد المتعاقدين من البيع بالعربون توكيد إبرام العقد ويكون العربون مدفوعا كجزء منالثمن، فإن العقد يعتبر منعقدا بصفة نهائية فإذا طرأ ظرف طارئ في الفترة بين إبرام العقد وتنفيذه ونشأ عنه أن تنفيذ الالتزام لأحد طرفي العقد أصبح مرهقا له، فإن أحكام نظري الظروف الطارئة تطبق على عقد البيع المقترن بالعربون ومنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بوسائل مختلفة يملك من القاضي من خلالها السلطة التقديرية الواسعة في الانتقاء الملائم بين وسائل يختارها القاضي بما يوافق العقل والعدالة لإعادة الاختلال العقدي إلى توازنه، وذلك بالإنقاص من التزامات المدين المرهق أو زيادة الالتزام للطرف الآخر، أو الفسخ أو وقف العقد مؤقتا حتى يزول الظرف بشرط أن لا يلحق هذا التوقف ضررا بالدائن على أن لا يعتدي مدة خمس سنوات[2].

إن أحكام هذه النظرية لا تسري على العربون المدفوع كجزء من الثمن، وإنما تطبق على الأقساط المتبقية، فلو ارتفع السعر أضعافا مقارنة بما هو متفق عليه عند دفع العربون فإن القاضي له أن يرفع السعر عن المحدد في العقد دون ان يحمل الدائن هذه الزيادة ترتبت على الظرف الطارئ بل يوزعها على كلا المتعاقدين.

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص461.

2 - ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص459.

فالغاية من كل هذه الوسائل الممنوحة للقاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول هي التقليص من الخسارة الفادحة بتوزيع مقدارها على المتعاقدين معا، علما أن الخسارة المألوفة أمر طبيعي في التعاقد، فيكتفي القاضي بالنظر في ضوء الظروف العملية العقدية.

ووفقا لما تقدم يمكن القول أن نظرية الظروف الطارئة بمجرد توفر شروطها يمكنها تجميد إعمال قاعدة العدول في عقد البيع المصحوب بالعربون، أو نسفها بالكلية، وتسمح للقاضي بالتدخل ليعدل في بنود العقد بمختلف الوسائل التي ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والخروج عن القواعد العامة[1].

المبحث الثاني: أثر العربون على أحكام عقد البيع

يعتبر البيع المجال الأوسع لاقتران العربون بالعقد، وعليه فإن أثر العربون على أحكام عقد البيع هي آثار خاصة ولا يمكن أن نطبق بشأنها الأحكام العامة لعقد البيع، بل يجب إخضاعها للأحكام الخاصة بالعربون خاصة ما تعلق بانتقال ملكية المبيع وتحمل تبعة الهلاك وإمكانية التصرف في المبيع بعد دفع العربون، لأن أثر العربون على أحكام العقد يختص بحالات يصبح فيها خيار العربون لصالح أطراف أخرى غير أطراف العقد، فيمكن أن ينتقل هذا الحق سواء كان صاحبه حيا أو بعد وفاته، كما يمكن لهذا الحق أن يسقط لأسباب عديدة، وبما أن دفع العربون يفيد العدول فإن أثره يكون على أحكام المبيع وما يلحقه من تصرفات **(المطلب الأول)**، كما يكون لعربون التوكيد أثر على أحكام عقد البيع**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: أثر عربون العدول على أحكام المبيع وما يلحقه من تصرفات

دائما ما نركز على أثر العدول على أحكام عقد البيع المقترن بعربون، لأن دلالة العدول مفترضة حسب ما نصت علي المادة 72 مكرر من ق.م.ج، كما أنها الدلالة التي تعكس مصير العقد والآثار المترتبة عليه من خلال أثر العدول على المبيع **(الفرع الأول)** وأثر العدول على تصرفات المتعاقدين في المبيع وما يلحقه من تصرفات**(الفرع الثاني)**.

1 –شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص209.

الفرع الأول: أثر العدول على المبيع

يمتد أثر العدول في عقد البيع المقترن بعربون إلى انتقال ملكية الشيء المبيع(**أولا**) ثم إلى إيراد المبيع وغلته وثماره(**ثانيا**)، وأخيرا إلى تبعة هلاك المبيع(**ثالثا**) مع الوضع في الاعتبار اختلاف أسباب هلاك المبيع سواء بسبب البائع أو لسبب أجنبي.

أولا: انتقال ملكية الشيء المبيع

بما أن عقد البيع هو عقد يلتزم بموجبه البائع بأن ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر للمشتري الذي يجب عليه أن يدفع الثمن طبقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري، فإن أول التزام يقع على عاتق البائع هو نقل ملكية المبيع، وبما أن عقد البيع المقترن بعربون ينشأ منذ إبرام العقد ودفع العربون يقتصر تأثيره على منح إمكانية العدول عن إتمام الاتفاق النهائي لكلا الطرفين خلال مدة زمنية معينة، فالبيع المقترن بعربون هو بيع ناقل للملكية حسب القواعد العامة، لكن الاختلاف يكون في أن الملكية تأخذ صورة خاصة نظرا لوجود العربون واقترانه بعقد البيع، فتصير ملكية المبيع مهددة بالاسترجاع من قبل البائع وليست ثابتة[1].

متى ما كان المبيع منقولا فإن ملكيته تنتقل فورا إلى المشتري بقوة القانون حتى قبل أن يتسلمه[2]، وذلك من خلال واقعة تكوين العقد، أي أنه بمجرد انعقاد العقد وفقا لنص المادة 165 من القانون المدني الجزائري تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري على أن يكون المبيع منقولا ملكا للبائع موجودا وقت انعقاد العقد.

لكن بما أن قاعدة انتقال ملكية المبيع ليست من النظام العام يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، كأن يعلق انتقال ملكية المبيع على شرط أو تكون مضافة إلى أجل على أن لا يتم تسليم المبيع بمعنى يبقى في حوزة البائع، فانتقال ملكية المبيع في عقد البيع المقترن بعربون تكون مهددة بالزوال عند استعمال حق العدول من قبل أحد طرفي العقد، فالبائع يحق له رغم نقل ملكية المبيع إلى المشتري أن يتصرف في الشيء المبيع مرة أخرى إلى طرف ثالث، ويكون هنا قد استخدم حقه في العدول، مما يؤدي إلى استرجاع الملكية التي انتقلت

1- ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص343.

2 -رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص197 .

إلى المشتري دون الحاجة إلى عقد جديد لأن الملكية أصلا لم تستقر لهذا المشتري[1]، وما على البائع إلا رد العربون ومثله إلى المتعاقد الاول تطبيقا لأحكام المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري.

و بما أن عقد البيع بالعربون هو عقد بسيط يبرم من يوم الاتفاق فدفع العربون والعدول ليس لما أي تأثير على البيع، فهذا العقد ينقل الملكية في الحال، وعليه ولتجنب هذه النتيجة يمكن لطرفي العقد أ، يؤخرا نقل الملكية إلى حين انتهاء مدة العدول وصيرورة العقد نهائيا[2].

ثانيا: أثر العدول على إيراد المبيع

نصت المادة 389 من القانون المدني الجزائري على أنه " **يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد العقد، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك** ".

إذا انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري في عقد البيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع فإن للمشتري من لحظة انعقاد عقد البيع الحق في جميع ثمار المبيع ولإيراده، كما أن زيادة في نمو المبيع وثماره تون حقا للمشتري لأنه مالك من وقت انعقاد العقد، وليس للبائع أن يطالبه بدفع مقابل هذه الزيادة أو أن يحتفظ بها لنفسه[3].

فثمار المبيع وإيراده من ملحقات عقد البيع تؤول إلى المشتري من لحظة انعقاد العقد حسب ما أقره المشرع الجزائري، وتطبق نفس الاحكام في عقد البيع المقترن بعربون، حيث أن ثمار إيراد المبيع تكون للمشتري منذ وقت انعقاد العقد، ويلتزم البائع بتسليمها له ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، فيمكن أن يبرم البائع والمشتري اتفاقا يقضي باحتفاظ البائع بالثمار والإيراد إلى غاية انتهاء مدة العدول وهذا المتعارف عليه، وكذلك في حالة وجود

1- ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص350.

2 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص264.

3 -محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 106.

عرف يقضي مثلا بأن ملكية الثمار أو إيراد المبيع يكو بتسلمه من طرف المشتري، فمادام الشيء المبيع مازال في حيازة البائع فلا تنتقل الإيرادات أو الثمار إلا بتسليمه[1].

إن انتقال إيراد المبيع وثماره إلى المشتري مرهون بسقوط حق العدول وإتمام عقد البيع النهائي، فحصول المشتري على ثمار أو إيراد الشيء المبيع متوقف على عدم ممارسة حق العدول، فإن عدل بقي المبيع عند البائع وكذلك إيراده وثماره وأيضا مبلغ العربون وفقا لقاعدة العدول[2].

ثالثا: أثر العدول على تبعة هلاك المبيع

سواء كان الهلاك كليا أو جزئيا، وسواء هلك المبيع بفعل البائع**(1)** أو لسبب أجنبي**(2)**.

إن الحديث عن أثر العدول على تبعة هلاك المبيع يفرض أن المبيع هلك بعد انعقاد العقد، ولو حدث ذلك قبل انعقاد العقد فالعقد باطل بطلانا مطلقا لاستحالة محل الالتزام[3].

1-الهلاك الكلي أو الجزئي بسبب البائع

إذا هلك المبيع كليا بسبب البائع يعتبر هذا الهلاك عدولا ضمنيا يتحمله البائع لوحدهفيرد العربون ومثله إن كان قبضه أو يخسر ما دفعه، ولا يكون هناك محل للتعويض طبقا لنص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري مالم يثبت التعسف في استعمال حق العدول[4].

أما التعويض عن العدول فلا محل له كما أسلفنا سابقا، هذا في حالة ما كان المبيع لا يمكن استبداله بشيء يماثله، أما إذا كان من الممكن استبدال المبيع بشيء يماثله في

1 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 265.

2 -ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص359.

3 -محمد حسنين، مرجع سابق، ص 118.

4 -ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص369 .

المقدار والصفة والنوع فلا يعد الهلاك هنا عدولا ضمنيا عن التعاقد وإنما يبقى خيار العدول قائما لأن البائع يمكن له عند التسليم أن يقدم ما يماثل المبيع في كل شيء[1].

أما إذا هلك المبيع جزئيا وكان الهلاك دائما بسبب البائع فإنه يتحمل تبعة هذا الهلاك ويعتبر عدولا عن التعاقد، فيرد العربون ومثله إن كان قبضه وإن كان من دفعه يخسر قيمة العربون، ولا مجال لأن يطلب تعويضا حسب أحكام المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري[2].

2- الهلاك الكلي أو الجزئي لسبب أجنبي

إن المشرع الجزائري جعل تبعة الهلاك مرتبطة بتسليم المبيع وليس بانتقال الملكية لأن التزام البائع هو التزام بتحقيق غاية متفرع عن التزامه بنقل الملكية.

فإذا هلك المبيع في عقد البيع بالعربون هلاكا كليا قبل تسليمه لسبب أجنبي انفسخ العقد بقوة القانون لكون التزام البائع أصبح مستحيلا[3]، فإذا كان المبيع معينا بالذات فإن تبعة هلاكه لا تنتقل مع الملكية بل مع انتقال الحيازة إلى المشتري، فإن هلك المبيع لسبب أجنبي وهو في حيازة المشتري يتحمل هذا الاخير تبعته ويصير ملتزما بقيمة المبيع على أن يخصم العربون من هذه القيمة، أما إذا بقيت الحيازة لدى البائع وهلك المبيع لسبب أجنبي يتحمل البائع تبعة الهلاك وينفسخ العقد ويستوجب على البائع رد العربون للمشتري وليس رد ضعفه لأن العقد صار كأن لم يكن فلا يرتب آثار عقد البيع بالعربون.

أما إذا هلك المبيع جزئيا لسبب أجنبي فهنا نميز بين حالتين:

-**حالة الهلاك الجسيم:** يجوز للمشتري طلب فسخ العقد طبقا لنص المادة 370 من القانون المدني الجزائري ولا يعد عدولا عن البيع بالعربون، فلا تطبق أحكام المادة 72 مكرر فيتحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم ويلتزم برد العربون فقط، أما إذا كان المشتري قد

1- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص269.

2 -شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص267.

3 -لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 370.

استلم المبيع يلتزم برده على الحالة التي هو عليها (هلاك جزئي)، ويمكن للقاضي الاستعانة بخبير لتحديد قيمة النقص وتقويمها نقدا[1].

-**حالة الهلاك البسيط:** أي غير جسيم فلا يحقق للمشتري طلب فسخ العقد، وإنما يمكن له طلب إنقاص الثمن حسب ما نقص من قيمة المبيع، فإن ألح في طلب الفسخ كان هذا بمثابة عدول ضمني يترتب عليه خسرانه لمبلغ العربون إن كان من دفعه أو رده ومثله إن كان قبضه[2].

الفرع الثاني: أثر العدول على تصرفات المتعاقدين وعلى انتقاله

تنتقل ملكية المبيع في عقد البيع من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد(**أولا**)، إلا أنه قد ينتقل إلى أطراف أخرى غير المتعاقدين (**ثانيا**).

أولا: أثر العدول على تصرفات المتعاقدين

الأحسن للمشتري دافع العربون أن يكون نقل الملكية والتسليم في وقت واحد، لكن قد تتعطل عملية نقل الملكية بمجرد التعاقد بسبب الحيازة، لأن الحيازة في المنقول سند الملكية فالبائع يمكن له أن يبيع شيئا لمشتريين اثنين في نفس الوقت لكن تسليم المبيع هو الذي يفصل في هذه الحالة[3].

إذا انتقلت ملكية الشيء المبيع في عقد البيع بمجرد التعاقد وتصرف بها المشتري حيث قام بنقلها إلى شخص آخر فإن هذه القاعدة تصطدم في عقد البيع بالعربون بخيار العدول حيث يحق لطرفي العقد العدول عن التعاقد، فقاعدة العدول الممنوحة لكلا المتعاقدين هي بمثابة استثناء على حق المشتري في التصرف في ملكه، ومصدر هذا الاستثناء هو اتفاق المتعاقدين[4].

1- لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع نفسه، ص373.

2 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص268.

3- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص266.

4 -ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص382.

و لذلك يجب في بيان أحكام تصرف المتعاقدين في المبيع في خلال فترة العدول التفريق بين حالتين، هما حالة تصرف البائع في المبيع خلال مدة العدول **(1)**، وحالة تصرف المشتري في المبيع خلال مدة العدول**(2)**.

1- تصرف البائع في المبيع خلال مدة العدول

إذا تصرف البائع في المبيع خلال مدة العدول فتصرفه نافذ على أن يكون له الحق في العدول (لم يتنازل عنه بناء على اتفاق بينه وبين المشتري)، فهو مارس حقه في العدول في المدة الممنوحة له، فيكون العقد منتجا لآثاره بحيث يخسر العربون إن كان هو من دفعه ويرده ومثله إن كان من قبضه، أما إذا كان قد تنازل عن حقه في العدول فتصرفه في المبيع يكون غير نافذ في حق المشتري[1].

2- تصرف المشتري في المبيع خلال مدة العدول

إذا تصرف المشتري في المبيع خلال مدة العدول هنا المشتري يتصرف في ملكه وبتصرفه هذا قد أسقط خيار العدول ويجب عليه إكمال ثمن المبيع للبائع.

لكن في حالة ما إذا كان البائع يملك خيار العدول والمشتري تصرف في المبيع ثم عدل البائع خلال مدة العدول فتصرف المشتري لا يعد نافذا في حق البائع، أما إذا كان البائع قد تنازل عن حقه في العدول، فتصرف المشتري يكون نافذا من يوم إبرام العقد ويعتبر عقد البيع بالعربون عقدا باتا يلتزم بموجبه المشتري بدفع ثمن المبيع كاملا إلى البائع بعد إنقاص مبلغ العربون[2].

في حالة ما إذا اتفق طرفا العقد على عدم نقل ملكية المبيع إلى غاية إتمام العقد النهائي وسقوط خيار العدول (اتفاق صريح) لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا يحق له التصرف في المبيع، فإن تصرف في المبيع يعتبر هذا إسقاطا لحقه في العدول (إتمام عقد

1 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص270.
2- ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص383.

البيع بالعربون)، ويتوقف نفاذ تصرف المشتري في المبيع على إسقاط البائع لحقه في العدول[1].

ثانيا: انتقال الحق في العدول وحالات سقوطه

إن الحق في العدول في عقد البيع المقترن بعربون هو حق لكل طرف من طرفيه ما لم يتنازل عن هذا الحق صراحة، لكن يمكن أن تحدث أمور عارضة قبل انتهاء مدة العدول تمنع أحد طرفي العقد من ممارسة حقه في العدول أو إتمام العقد، ولذلك وحفاظا على مصلحة أصحاب الشأن قرر القانون أحكاما تسمح بانتقال حق العدول إلى غير طرفي العلاقة التعاقدية(**1**)، كما أن الحق في العدول قد تطرأ عليه أوجه تؤدي إلى سقوطه حددها القانون(**2**).

1- انتقال الحق في العدول:

إن اشتراط العربون لا يغير من طبيعة العقد وإنما يؤجل مصيره إلى حين انتهاء فترة العدول سواء بممارسة حق العدول وانقضاء العقد أو التنازل عن حق العدول وصيرورة العقد نهائيا، لكن قد تطرأ ظروف تؤدي إلى عدم إمكانية ممارسة الحق في العدول من جانب أحد طرفي العقد[2]، بل ينتقل هذا الحق إلى أطراف أخرى سواء بوفاة صاحب الحق(**أ**) أو حتى قيد حياته(**ب**).

أ- انتقال الحق في العدول إلى الورثة

تتصرف آثار العقد بمجرد انعقاده إلى طرفيه، فكل متعاقد يكون دائنا بما له من حقوق ومدينا بما عليه من التزامات، غير أنه في عقد البيع بالعربون يمكن لكل متعاقد أن يتحلل من التزامه بممارسته لحقه في العدول في مدة زمنية محددة مقابل خسارة العربون أو رده ومثله حسب الحالة، فإذا حصل وتوفي أحد طرفي العقد خلال المدة المقررة لممارسة حق العدول وقبل أن يعبر المتوفي عن إرادته في العدول أو إتمام العقد النهائي فإن القاعدة

1 -ياسر محمد علي النيداني، مرجع نفسه، ص 384.

2-شارف بن يحي، شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة،ص271.

العامة تقضي بانصراف آثار العقد إلى الخلف وهم ورثة المتوفي، فلهم أن يطالبوا بالحقوق التي لمورثهم كما يتحملون الالتزامات التي على عاتقه[1].

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 174416 المؤرخ في 1999/02/03 وجاء فيه " والخلف العام، ورثة الخصوم فيحلون محل أسلافهم في مراكزهم القانونية"[2].

وبالنسبة لعقد البيع بالعربون، فخيار العدول ورغم الصفة الشخصية التي يتمتع بها إلا أنها لا تمنع من انتقال هذا الحق إلى الورثة، فيكون لم الحق في العدول أو الاستمرار في العقد خلال ما تبقى من المدة المقررة للعدول.

ب- انتقال الحق في العدول حال حياة طرفي العقد :

يمكن أن يحدث خلال المدة المقررة لممارسة حق العدول في عقد البيع المقترن بعربون أن يفقد أحد طرفي العقد أهليته بسبب عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو أي عارض آخر، مما يؤدي إلى انعدام إرادته أو إنقاصها، فلا يستطيع أن يعبر عن رغبته في العدول أو استمرار العقد، فيمكن للمحكمة بناء على طلب المتعاقد أو من له مصلحة تعيين وصي لاستعمال الحق في العدول من عدمه حسب ما يضمن مصلحة المتعاقد فاقد الأهلية أو ناقصها[3].

لكن هناك موانع لانتقال حق العدول سواء توفي أحد طرفي العقد أو كان على قيد الحياة، وتتمثل هذه الموانع فيما يلي:

-الاتفاق صراحة أو ضمنا على عدم انتقال الحق في العدول :فإن اتفق المتعاقدان على عدم انتقال الحق في العدول إلى الورثة فإن الاتفاق هو من يحدد مصير العقد، كأن يتفق الطرفان على أنه عند وفاة أحد طرفي العقد يتأكد هذا الأخير، فلا يمكن للورثة

1-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 340.

2 -شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص272.

3- شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص272.

المطالبة بحقهم في ممارسة خيار العدول، أو أن يتفق الطرفان على فسخ العقد في حالة وفاة أحد طرفيه فيجب على من قبض العربون أن يرده إلى تركة الطرف الآخر المتوفي.

-إذا تبين من طبيعة التعامل أن السبب في الإقدام على التعاقد هو الاعتبار الشخصي بين المتعاقدين، فإنه بوفاة أحدهما ينقضي العقد ولا تنصرف آثاره إلى الورثة، ويجب على من قبض العربون أن يرده إلى تركة المتوفي، أما إذا كان المتوفي هو من قبض العربون فعلى ورثته الالتزام برده[1].

2- حالات سقوط خيار العدول:

إن خيار العدول قد يسقط لأحد الأسباب التي تدل دلالة واضحة على عدم ممارسة إمكانية العدول أو إبقاء العقد، فخيار العدول يصير لا لزوم له، وهذه الأسباب لها علاقة بإرادة المتعاقد(أ) وأخرى متعلقة بالعقد(ب).

أ-سقوط العدول لأسباب متعلقة بإرادة المتعاقد:

إن اختيار المتعاقد إبقاء العقد أي التخلي عن خيار العدول من قبل صاحب الحق في العدول، وهذا الرفض لممارسة خيار العدول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، كما أن قيام المتعاقدين بالاتفاق صراحة أو ضمنا على سقوط خيار العدول في حالة وفاة أحدهما أو تعرض أهليته لمانع من موانع الأهلية خلال مدة العدول يجعل العقد باتا.

ب-سقوط العدول لأسباب متعلقة بالعقد:

إن مضي المدة المقررة للعدول دون ممارسته من طرف أي من المتعاقدين الذين يملكان هذا الحق يجعل العقد نهائيا منتجا لآثاره، كما أن تعذر تنفيذ العقد بسبب حادث طارئ أو قوة قاهرة تمنع أحد المتعاقدين من تنفيذ العقد، فإمكانية العدول تفقد وجودها ويفسخ العقد، ويصير العربون بلا سبب، فيجب أن يرد إلى من دفعه من قبيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[2]، كما أن موت المتعاقد الذي له الحق في العدول أثناء

1 -ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص405.

2- ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص409.

مدة العدول يؤدي إلى سقوط العدول، على أن يكون قد اتفق مع المتعاقد الآخر على عدم انتقال الحق في العدول، فينقضي العقد بوفاة المتعاقد، كما أنه في حالة كان العقد مبنيا على الاعتبار الشخصي في المتعاقد، فتسقط إمكانية العدول بوفاة المتعاقد ولا تنصرف آثار العقد إلى الورثة، وكذلك في حالة فقدان أحد المتعاقدين لأهليته[1].

المطلب الثاني: أثر عربون التوكيد على أحكام عقد البيع

إن أهمية العربون بالنسبة للمتعاقدين تظهر في أنه يمنح لهما الفرصة لضمان الوفاء بالتزاماتهما، نظرا لارتباط مصيره بمصير العقد الذي يتضمنه، وتزداد أهميته من خلال قيمته المالية الموقوفة على إرادة الطرفين المتعاقدين، فعربون التوكيد يشكل أول ضمان للوفاء لأنه يعتبر تعهدا ضمنيا بدفع باقي ثمن المبيع، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية المترتبة عن عربون التوكيد طبقت القواعد العامة عليها، فيجوز للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ العيني أو التعويض أو فسخ العقد والتعويض عن الضرر، وهو ليس مرتبطا بقيمة العربون بل بما أصاب المتعاقد الآخر من ضرر[2]، فيخضع للقواعد العامة للتنفيذ فيطالب المشتري بتسليم المبيع ويعرض باقي الثمن على البائع (تكملة لمبلغ العربون)، كما يحق له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد مع التعويض الذي قد يزيد مقداره عن مقدار العربون، لأنه مرتبط بمقدار الضرر الذي أصابه.

فآثار عربون التوكيد تنقسم إلى قسمين، عربون القسط **(الفرع الأول)** وعربون الإثبات **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الآثار الناتجة عن دفع عربون القسط

ذهب جانب من الفقه إلى القول أن عربون العدول ينقلب قسطا معجلا في حالة عدم استعمال أحد المتعاقدين لحق العدول، ومهما يكن من اختلاف فإن عربون القسط هو عنصر أساسي ومكون للعقد المقترن بالعربون، ولم يعد مجرد واقعة خارجية تشهد على

1- شارف بن يحي، شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص197.

2 -نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ط4، مرجع سابق، ص102.

تكوينه[1]، أما بخصوص العلاقة بين العربون والقسط المعجل من الثمن فيرى الدكتور عباس الصراف[2]أن القسط المعجل الذي دفعه المشتري إلى البائع عند إبرام العقد هو ضمان لتنفيذ العقد يجوز للبائع الاحتفاظ به حتى يكمل المشتري كامل الثمن المتفق عليه أو يحتفظ به إلى أن تحكم المحكمة بمقدار التعويض المناسب لقيمة الضرر التي لحقت البائع من جراء عدول المشتري عن إتمام ما تعاقد عليه وفقا للقواعد العامة.

ولما كان غرض عربون التوكيد هو ضمان تنفيذ العقد فهنا لا يبقى وجه للتفرقة بينه وبين القسط المعجل من الثمن، فعربون القسط يعتبر إشارة للبدء في تنفيذ العقد، وهو عكس عربون العدول، وعلى هذا الأساس لا يكون للأطراف أي إمكانية للعدول، فالقسط المدفوع على شكل عربون هو لتأكيد تنفيذ العقد، فالمتعاقد الذي قام بدفع عربون القسط لا يمكن له أن يتهرب من التزاماته بحيث يترك العربون للمتعاقد الآخر، بل هو ملزم بتنفيذ العقد ويعتبر العربون جزءا من الثمن في انتظار الوفاء بباقي الثمن على شكل أقساط. وفي حالة رفض المشتري الوفاء بباقي التزاماته التعاقدية يتعرض للجزاء المنصوص عليه في المسؤولية العقدية، فيحق للطرف الثاني في العقد أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع المطالبة بتعويض عن الضرر قد يكون مساويا للعربون أو أكثر أو أقل، مع خصم قيمة العربون من مبلغ التعويض[3]، أما من قبض العربون كجزء من الثمن لا يحق له رفض تنفيذ العقد مقابل دفع ضعف العربون، وفي حالة رفضه تنفيذ العقد يجوز للمتعاقد الذي دفع العربون أن يطالب بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ مع التعويض، فإن حكمت المحكمة بدفع مبلغ التعويض يجب عليه رد مبلغ العربون زيادة على التعويض المحكوم به[4].

نظم المشرع الجزائري البيع مع تأجيل الثمن في المادة 363 من ق.م.ج التي نصت على ما يلي :"**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

2-شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 277.

2 -شارف بن يحي، مرجع نفسه، ص 278.

3 - ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 412.

4- شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص278.

أقساطا أمكن للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، ومع ذلك يمكن للقاضي حسب الظروف أن ينقص التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج فإن لم يدفع المشتري كامل الأقساط في الأجل المتفق عليه كان من حق البائع أن يطلب استرداد المبيع لأنه مازال مالكا له، أما بالنسبة لدفع الأقساط فالأصل أن دفع آخر قسط من الثمن يعتبر المشتري من خلاله مالكا للمبيع بأثر رجعي من يوم البيع وليس من يوم دفع آخر قسط[1].

وإن كان عدم تنفيذ العقد بسبب قوة قاهرة أو لسبب أجنبي أو حادث طارئ يجعل التنفيذ مستحيلا ينفسخ العقد بقوة القانون والمبلغ المدفوع كجزء من الثمن يرد إلى صاحبه لأنه يصبح بلا سبب في يد من استلمه، على أنه يجب أن يكون لهذا الحدث الطارئ أو القوة القاهرة صفات العمومية وعدم التوقع والتي تجعل التنفيذ مستحيلا[2]، وقد تبنى القضاء الفرنسي هذه الفكرة[3]، حيث أنه في إحدى الدعاوى المعروضة أمام القضاء الفرنسي قامت شركة سيتروان لصناعة السيارات بإمضاء عقود مع مشترين للسيارات دفعوا عربون قسط كجزء من الثمن، تضمنت هذه العقود أن التسليم سيكون خلال شهرين، وأنه إذا لم يتم التسليم في الميعاد المحدد فإن للمشتري الحق في فسخ العقد، على أن ترد له الشركة القسط الذي دفعه مع فوائد تبلغ نسبتها ستة بالمئة (6 %).

بعد إبرام هذه العقود مع المشترين الذين دفعوا العربون المتفق عليه أصبح تسليم هذه السيارات مكلفا جدا بالنسبة للشركة، حيث عرضت أن ترد الأقساط للمشتركين فقط دون نسبة الفائدة المتفق عليها وتذرعت بوجود قوة قاهرة، أي أن العقد انفسخ لهذا السبب، لكن المحكمة رفضت ادعاءات الشركة وأدانتها بالغرامة التهديدية المتفق عليها في حال عدم تنفيذ العقد[4]، على اعتبار أن القوة القاهرة التي يعتد بها يجب أن تكون قوة قاهرة حقيقية حتى

1 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 277.
2– ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص413.
3 –شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص279.
4– ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص413.

يمكن الادعاء بفسخ العقد، أما ارتفاع الأسعار فهو حادث من الحوادث العامة المتوقعة التي يجب أن تدخل في اعتبار كل شركة تعمل في هذا المجال، وهو ما أدى بالقضاء إلى رفض دفاع الشركة[1].

كما أن عربون القسط يتم رده إذا اتفق الطرفان على عدم تنفيذ العقد، أي بموافقة مشتركة من طرفي العقد على عدم إتمام الاتفاق النهائي.

على أنه يمكن أن يقترن عربون القسط بشرط العدول الصريح، فإن مارس أحد طرفي العقد حقه في العدول في المدة المحددة لذلك فقد العربون أو رده ومثله حسب الحالة.

و قد اهتم المشرع الجزائري بمرحلة تنفيذ العقد وحرص على ضمانها عن طريق بعض الوسائل التي يمكن للأطراف اللجوء إليها لضمان حقوقهم، إضافة إلى العربون نجد الدفع بعدم التنفيذ الذي نصت عليه المادة 123 من القانون المدني الجزائري، وحق الحبس في المادة 200 منه، وأيضا الغرامة التهديدية في المادة 174[2].

فهذه الوسائل تكتسي فعالية أكبر من العربون في الضغط على المتعاقد الآخر للوفاء بالتزاماته التعاقدية خصوصا وأن أهمية هذا الأخير تتمثل في قيمته المالية، في حين نجد الضمانات الاخرى ترتبط بعنصر الخطأ لاستحقاقها وضبط قيمتها، مما يخلق حالة من الخوف والترقب لدى المدين مما ينتظره من جزاءات قانونية جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية[3].

الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن دفع عربون الإثبات

عربون الإثبات هو أحد نوعي عربون التوكيد إلى جانب عربون القسط، ويكون الهدف من دفعه إثبات انعقاد العقد، فهو ليس مقابلا للعدول ولا قسطا معجلا من الثمن، بل يعد زيادة على الثمن، فلا يخصم من ثمن البيع والذي تسلمه يكون مالكا له[4]، فيعتبر عقد البيع

1 –ياسر محمد علي النيداني، مرجع نفسه ، ص414.

2 – محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مرجع سابق، ص280.

3 – شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص280.

4 – ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص 414.

المقترن بعربون الإثبات عقدا نهائيا ويحق للدائن بموجبه أن يطالب المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية تنفيذا عينيا أو تنفيذا بمقابل[1].

غير أن عربون الإثبات قليل الفائدة في الحياة العملية خاصة في الناحية المدنية والتجارية، ففي مجال المعاملات المدنية إذا كانت القيمة تزيد على نظام الإثبات بالشهادة فلا يجوز إثباته إلا كتابة ومن ثم فإن لم تتوفر الكتابة فلا يغني العربون المقدم وقت انعقاد العقد إذا كانت قيمة العقد تزيد عن هذا النصاب، وعلى الدائن عند مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية أن يثبت عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، ثم يرسل إليه إعذارا وفقا للقواعد العامة، فلا يستطيع المدين أن يتحرر من تنفيذ التزاماته إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه لها راجع لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث مفاجئ.

فإن حكم على المدين بالتعويض لعدم تنفيذه لالتزاماته لا يخصم مبلغ عربون الإثبات من مبلغ التعويض لأنه زيادة على الثمن وعلامة على قبوله إبرام العقد دون ممارسة حق العدول، فدفع العربون وتنفيذ العقد في هذه الحالة منفصلان عن بعضهما[2]، كما أن التعويض الذي يقرره القاضي يكون معادلا للتنفيذ العيني للعقد وعربون الإثبات مستقل عنه تماما[3]، والذي لا يعدو أن يكون مجرد إشارة على إبرام العقد ولا علاقة له بتنفيذ العقد أو بالتعويض المقرر لعدم تنفيذه.

أما إذا لم يحكم للدائن بالتعويض وثبت أن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية لم يكن بسببه وإنما راجع لقوة قاهرة أو سبب أجنبي فتتوقف العلاقات والروابط بين المتعاقدين وينفسخ العقد، فيقوم من قبض العربون برده سواء كان عدم التنفيذ من جانب دافع العربون أو من جانب من قبضه، وذلك لأن العربون دفع بمناسبة إبرام العقد وعلامة على إبرامه فإن زال العقد لم يبق سبب لوجود العربون لدى من قبضه[4].

1 – شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص280.

2 – ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص414.

3 – شارف بن يحي، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص281.

4 – ياسر محمد علي النيداني، مرجع سابق، ص415.

خاتمة

خاتمة

إن عقد البيع بالعربون في وقتنا الحالي أصبح يشكل ضرورة للارتباط في الكثير من المعاملات مع ما تشهده المبيعات من تعقيد وتطوير وظهور تقنيات حديثة تحتاج إلى مدة معينة للتشاور والتفكير قبل إعطاء القرار النهائي بالموافقة، فإن التعاقد بالعربون يعطي هذه الفرصة للمتعاقدين، فيكون خيار العدول في هذه الحالة حقا إراديا لصالح كل منهما، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال تنظيم التعاقد بالعربون بموجب التعديل الأخير للقانون المدني ولو أنه جاء متأخرا، إلا أنه يعتبر تداركا للفراغ القانوني الذي كان موجودا رغم كونه كان خاضعا للعرف وأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد اختلف الفقهاء في التكييف القانوني للبيع بالعربون، غير أن الرأي الراجح ذهب إلى اعتباره عقدا معلقا على شرط واقف مفاده ألا يعدل أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة، وهذا ما أثر على اعتبار العربون دلالة على العدول أو إثبات عقد البيع النهائي.

وعلى الرغم من إلزامية القاعدة القانونية التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على الأطراف الاتفاق على أي تعديل في بنود العقد، غير أنه في عقد البيع المقترن بعربون يحق لكلا المتعاقدين العدول عن العقد بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر وذلك خلال المدة المحددة للعدول، فمتى ظهرت نية المتعاقدين من خلال اتفاق صريح أو ضمني على اعتبار العربون المقدم دلالة للعدول أو التوكيد ففي هذه الحالة لا يطرح أي إشكال، غير أنه إذا لم تتضح نية المتعاقدين فيحق للقاضي بناء على طلب المتعاقدين أو أحدهما أن يتدخل لاستنباط النية من خلال الاعتماد على معايير موضوعية وذاتية.

وتؤثر دلالة العربون بصورة مباشرة على مصير عقد البيع المرتبط به وعلى آثاره فإذا كان العربون دلالة على العدول اختلفت آثاره عن العربون إذا كان دالا على التوكيد والإثبات.

-افتراض المشرع الجزائري لدلالة العدول في العقد المقترن بعربون، على أنه يمكن مخالفة هذه القاعدة باتفاق الأطراف وذلك خلال مدة معينة، فإن عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله حتى لو لم يلحق الأطراف أي ضرر لأن أحكام العربون لا تخضع لقاعدة الضرر، ويكون دفع العربون وقت إبرام العقد، كما أن ممارسة خيار العدول في عقد البيع المقترن بعربون تعتبر استثناء للقوة الملزمة للعقد وتعزز قدرة الإرادة المنفردة للأطراف في تعديل وإنهاء العلاقات التعاقدية.

بناء على ما تقدم، نقترح التوصيات التالية :

-النص على التعاقد بالعربون من خلال مادة واحدة في القانون المدني لا يكفي تماما للإلمام بكل جوانب هذا العقد الذي تتعاظم أهميته يوما بعد يوم مع ندرة الأحكام القضائية التي تتناول هذا الموضوع، فمن الاحسن لو أن المشرع الجزائري تدارك هذا النقص بتخصيص مواد أخرى تتناول التعريف، الشروط، الطبيعة القانونية، وسائل القاضي لاستنباط نية المتعاقدين، وختاما أحكام التعاقد بالعربون لأهميتها البالغة.

-انتشار عقد البيع بالعربون في المجتمع الجزائري ضمن أحكام معينة، وما تم النص عليه في المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري أدى إلى وجود تناقض فمن الأفضل إزالة اللبس وإعادة صياغة المادة بما يتوافق مع ما هو متعارف عليه دون إخلال بالأسس القانونية ومباديء الشريعة الإسلامية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب:

1. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1980.
2. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015 .
3. جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
4. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
5. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
6. زكريا سرايش، الوجيز في عقد البيع وفقا للقانون الجزائري، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دس.
7. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، 1980 ط4.
8. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
9. عبد الحكم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دط، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992.
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، ج4، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دس.

11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دس.
12. علي فيلالي، الالتزامات –النظرية العامة للعقد، دط، موفم للنشر، الجزائر 2008.
13. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة، ط3، توزيع المعارف، الاسكندرية، د.س.
14. لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، ط4، دار هومه، الجزائر، 2010.
15. محمد حسن قاسم، القانون المدني – العقود المسماة – البيع – التأمين (الضمان)– الإيجار دراسة مقارنة، دط، منشورات الحلبي، بيروت، 2003.
16. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
17. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983
18. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر.
19. محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، ج1، دط، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003.
20. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع وعقد المقايضة، دط، دار المعارف، 2005.
21. محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2006.
22. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ج1، دط، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 1980.

23. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، ط4، دار الجامعة الجديدةالإسكندرية، 2010.
24. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.
25. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
26. ياسر محمد علي النيداني، والقانون المدني العربون بين الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2008.
27. يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، دط، دار بلقيس، الجزائر2021.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ- الأطروحات:

1. شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم في الحقوق، تخصص قانون مدني جامعة وهران 2 محمد بن احمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017.

ب- المذكرات:

ب-1- مذكرات الماجستير:

1. أقلوشي فتيحة، العربون، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، كلية الحقوق 2006-2007.
2. بوترفاس حفيظة، التعاقد بالعربون دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، كلية الحقوق، 2008 2009.

ب-2- مذكرات المدرسة العليا للقضاء:

1. راضية سايغي، التعاقد بالعربون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، مديرية التدريب، الدفعة الخامسة عشر 2004 – 2009.

ثالثا: المقالات

1. شارف بن يحيى، "دلالة العربون واثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد02، 2020.

رابعا: القوانين

1. القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المعدل والمتمم قانون 05-10 المؤرخ في 20جوان2005 الصادر في الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005 القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1804/03/21 الموحد والمعدل – نسخة 2019 /10/23 http://jilrc.com– ،2022/06/16، 15:00.
2. قانون الإلتزامات والعقود التونسي، الصادر بموجب الأمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906 https://wrcati.cawtar.org/ ،2022/05/30، 17:00.
3. قانون رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 1948/07/29 المتضمن القانون المدني المصري. –شبكة قوانين الشرقhttp://Sadanykhalifa.com.up 2022/06/16 14:30.
4. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بتاريخ 1951/08/09، http://iraq ld.hjc.iq/loads.lawBook، 2022/06/16، 13:00
5. القانون المدني السوري رقم 43 لسنة 1976–http://wipolex res.wipo.int.edocs.lexdocs.laws. 2022/06/16، 16:00 .

6. القانون رقم 43 المتضمن القانون المدني للملكة الأردنية الهاشمية، الصادر بتاريخ 1976. ،https://wipolex-res.wipo.int/، 2022/04/25 ، 15:54.

7. القانون المدني الليبي رقم 43 الصادر سنة 1976 والذي دخل حيز التنفيذ في 1977/01/01. منتدى المحامون الليبيون، http://kambota.yoo7.com ،2022/06/20، 11:05.

8. القانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي 1980/67، http://law.icnl.org.kuwait- kuwaitcivilcode1980 ،2022/06/16، 15:45.

9. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 الصادر بتاريخ 1984/02/14 http://ar.ar.facebook.com.posts ،2022/06/20، 10:50.

10. قانون رقم 14 لسنة 2002 بشأن القانون المدني اليمني. http :hrlibrary.umn.edu.arabic yemen _laws، 2022/06/22، 09:10.

11. قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 متعلق بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، http://wwwarabwomenlegal-emap.org ،2022/06/16، 15:00 .

12. القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 1989/09/14 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي المعدل بالقانون رقم 2002/31 مؤرخ في 2001/02/07، http://www.coursupreme.mr.docs، 2022/06/22، 09:10.

13. قانون رقم 22 لسنة 2004 بإصدار القانون المدني الصادر بتاريخ 2004/06/30، الموقع الرسمي لدولة قطر ، http://almeezan.qa. 2022/06/16، 12:00 .

خامسا: المواقع الإلكترونية

1. أبو حسام الدين الطرفاوي، بيع العربون في ضوء الشريعة الإسلامية،1 http://bibliotdroit.com/2020/03/blog-post_260.html، 2022/05/15 10:35.

2. محاضرات ودروس قانونية بتاريخ 28 يناير 2014، www.Facebook.com/law droit/posts، 2022/06/22، 10:30.

II. المراجع باللغة الأجنبية

1-Tomas-Louis Hergeron,Des Harres et de leur incidences sur la promesse de vente ,Les cahiers de droit,Volume 6,Numero 1,Erudit ,Montréal,Avril 1964

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....1
الفصل الأول 6
عقد البيع المشتمل على العربون 6
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد البيع بالعربون 7
المطلب الأول: مفهوم عقد البيع بالعربون.....7
الفرع الأول: تعريف عقد البيع بالعربون.....8
الفرع الثاني: شروط البيع بالعربون 12
الفرع الثالث: تمييز البيع بالعربون عما يشابهه..... 19
المطلب الثاني: تكييف عقد البيع بالعربون..... 28
الفرع الأول: تكييف عقد البيع بالعربون وفق النظريات القديمة..... 28
الفرع الثاني: تكييف عقد البيع بالعربون وفق النظريات الحديثة 32
المبحث الثاني: إرادة المتعاقدين من العربون.....36
المطلب الأول: دلالة البيع بالعربون 36
الفرع الأول: دلالة العدول للعربون في عقد البيع 36
الفرع الثاني: دلالة التوكيد للعربون في عقد البيع..... 41
المطلب الثاني: دور القاضي في استظهار إرادة المتعاقدين في البيع بالعربون 46
الفرع الأول: المعايير الذاتية 46
الفرع الثاني: المعايير الموضوعية..... 48
الفصل الثاني: أحكام البيع بالعربون 54
المبحث الأول: مصير البيع بالعربون في القانون المدني الجزائري 55
المطلب الأول: مصير البيع بالعربون عند ممارسة حق العدول..... 55
الفرع الأول: مصير العقد عند ممارسة العدول 55
الفرع الثاني: مصير العربون عند ممارسة العدول 58
المطلب الثاني: مصير البيع بالعربون عند ممارسة التوكيد 62

الفرع الأول: الإبقاء على العقد 63
الفرع الثاني: تعذر تنفيذ العقد المقترن بالعربون رغم عدم العدول..... 65
المبحث الثاني: أثر العربون على أحكام عقد البيع 74
المطلب الأول: أثر عربون العدول على أحكام المبيع وما يلحقه من تصرفات..... 74
الفرع الأول: أثر العدول على المبيع..... 75
الفرع الثاني: أثر العدول على تصرفات المتعاقدين وعلى انتقاله 79
ثانيا: انتقال الحق في العدول وحالات سقوطه 81
المطلب الثاني: أثر عربون التوكيد على أحكام عقد البيع..... 84
الفرع الأول: الآثار الناتجة عن دفع عربون القسط 84
الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن دفع عربون الإثبات..... 87
خاتمة..... 91
قائمة المراجع 94
الفهرس 101