الرّصيد الوطني للأطروحات
يحظر النسخ و التوزيع

جامعة الجزائر – يوسف بن خدة

كلية الحقوق

العربون

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق

فرع: القانون الخاص

قدمت من الطالبة: أفلوشي فتيحة

المشرف: الأستاذ علي فيلالي

أعضاء اللجنة:

الأستاذ: ..... رئيسا

الأستاذ: ..... مقررا

الأستاذ: ..... عضوا

السنة الجامعية 2006 / 2007

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

كلمة شكر

إن أسمى عبارات الاعتراف والحمد للفضل والنعمة هي كلمة شكر...

فهي عربون وفاء وجسر احترام.... لذا أتقدم إلى:

الأستاذ المحترم الدكتور علي فيلالي على عونه وعطائه السخي

وصدره الواسع.

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد ولو بكلمة زادت في همتي

وعطائي أو مد لي يد المساعدة في الاوقات الصعبة.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

إلى كل هؤلاء أتقدم تقدم العارف البصير والمدرك الواضح بجزيل الشكر والعرفان على كل ما قدموه، وأسأل الله أن يرد الفضل ويجعله عندي محفوظا

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الإهداء

إلى والديا.... منبع العطف والحنان والمحبة

واعترافا لهما بالجميل والثناء

إلى إخوتي جميعا... كل واحد باسمه دون استثناء

سائلة الله عز وجل أن ينير لهم درب الارتقاء

إلى كل معلم وأستاذ... علمني ولو حرفا من لغة الضاد

شكرا لهم على الإخلاص والوفاء

إلى كل زملائي وزميلاتي في قسم القانون الخاص

إلى هؤلاء جميعا وغيرهم أهدي هذا العمل المتواضع راجية من المولى

العلي القدير أن يجزي الجميع خير الجزاء

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

مقدمـــة:

أيمكن أن نستعير عبارات الفقيه جوسران Josserand لنقول أن الإنسان "يعيش تعاقديا أكثر فأكثر"[1].

إن هذه المقولة وإن صحت فيما مضى، فإنها تزداد تأكدا وترسخا يوما بعد يوم.

فالعقد يعد الوسيلة الضرورية لتحقيق طموحات الإنسان وتطلعاته ويظل بذلك محور معركة المصالح الاقتصادية باعتباره عملية إقتصادية مؤسسة على انتقال قيمة من ذمة مالية إلى أخرى، يحرص من خلاله كل طرف على أكبر فرص المنفعة والربح.

ومع ذلك ليس المظهر الاقتصادي وحده ما يميز العقد، حيث يبقى أهمية الجانب النفسي فيه ثابتة ومؤكدة .إذ يضفي العقد بقوته الملزمة جوا من الثقة والطمأنينة بين المتعاقدين ، فيشعر كل طرف أن ماهو مطالب بتنفيذه ليس إلا ما ارتضته إرادته وانصرف عزمه إلى تحقيقه.

ويعد العربون المثال الأتم لتناغم البعدين الاقتصادي والنفسي في التعاقد.

وهو من أقدم التقنيات التعاقدية وأكثرها تطبيقا ورواجا في الحضارات القديمة، إذ تعود جذوره إلى عهد الشعوب السامية كالفينيقيين والقرطاجيين حيث تزامن استنباطه مع ازدهار المعاملات التجارية والمبادلات الاقتصادية التي اشتهرت بها هذه الشعوب آنذاك.

وقد كان يراد به ضمان تنفيذ عقد أو وعد، حيث تجلت فكرة الضمان في أقدم صورها بالكلمة التي تعبر عن الوعد أو اليمين، والتي لها معنى مقدس لا يجوز الحنث

[1] L. Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RT.D.civ.1937, p. 7.cité par redouin p.7

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

بما تم الوعد به خوفا من الآلهة، ثم أصبحت الأشياء الخاصة للمدين هي التي تعطي لضمان تنفيذ العقد. وحين ظهر النقد وشاع استعماله اتخذ ضمانا لتنفيذ العقد المؤجل[2].

[2] د. عبد السلام الترمانيني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، مقال في مجلة الحقوق والشريعة، ع1 ، س1، 7n197، ص49.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وفي الشريعة البابلية نجد أقدم النصوص على استعمال النقد كوسيلة لضمان تنفيذ عقد العمل وعقد الزواج[1]، وكان المبلغ المدفوع لضمان تنفيذ العقد يسمى أنذاك (أرابون Arrabon)، وهو مشتق من كلمة (Ereb)السامية ومعناه(أدخل)، وكانت تعني الشيء المرهون الذي يتسلمه الدائن ويدخله إلى بيته ضمانا لوفاء دينه.

ويلاحظ أن العربون في الشريعة البابلية استعمل كأداة للعدول في عقود الزواج أما في عقد البيع فلم يكن وسيلة للعدول عن العقد، وإنما اعتبرته جزءا من الثمن يدفع لتوكيد العقد، خاصة وأن الشريعة البابلية كانت تمنع نقض البيوع بعد إبرامها حفاظا على استقرار المعاملات .

ثم بفعل التبادل الحضاري انتقلت هذه الآلية إلى الآشوريين باسم (Erubon) وإلى الفينيقيين (Urubanu)[2]. أما الإغريق فقد كان يجب انتظار القرن الثالث قبل الميلاد لتبرز آثار العربون على التصرفات القانونية حيث كان البيع عندهم بيعا بالحاضر لا يتم العقد فيه إلا بدفع الثمن كاملا، ويمثل إشتراط العربون عندهم حلا في صورة الضائقات المالية حيث يشكل العربون مرحلة من التعاقد النهائي، فيسبغ على الاتفاقات صبغة إلزامية باعتباره جزاء يسلط على الطرف الذي يرفض اتمام العقد غير الملزم طالما لم يقع الوفاء بالثمن كاملا[3].

ثم انتقل العربون إلى الحضارة المصرية القديمة وشكل عرفا تجاريا درج المصريون على التعامل به، إذ لا تكاد تخلو منهم معاملاتهم الاقتصادية، وأشهر تطبيقاته البيع والكراء؛ وتشابهت وظيفة العربون عندهم إلى حد كبير مع العربون المعروف عند الإغريق حيث كان البيع بيعا بالحاضر لا يكتسب صبغته الملزمة إلا بتبادل الثمن كاملا، فكان العربون إثباتا للعقد وتسبقة من ثمنه[4].

---

(1) فقد نصت شريعة أشنونا التي وضعت في منتصف الألف الثانية قبل الميلاد على أن الأجير الذي يقبض من صاحب الأرض جانبا من أجرته ليقوم بحصد محصوله ثم ينكل عن العمل، يلتزم بأن يرد إلى مستأجره عشرة أمثال ما قبض وأن يعيد إليه ما كان أعطاه من شعير وزيت وملابس.(المادة 09).كما نصت شريعة حمو رابي (1795-1750ق.م) على أن الخاطب إذا عدل عن الزواج يفقد ما كان قد دفعه إلى والد مخطوبته من مال، أما إذا كان العادل عن الزواج هو والد المخطوبة فعليه أن يرد إلى الخاطب ضعف ما قبض منه (المواد 160-161)، د. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص49.

(2) د. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 50.

(3) Charlon- Scrétan, les arrhes de la vente sous justinien, Thèse lausane Imprimerie la concorde1954.P.25…

(4) Decottignis, Arrhes, Encyclopedie Dalloz civil,P.3.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ولئن أنكر بعض الفقهاء تعامل الرومان بالعربون، فإن وجوده يبقى مؤكدا خاصة في القرن الثاني قبل الميلاد تحت اسم (Arra) ، إذ تزامن ظهوره مع مبدأ "الرضا الملزم" (Obligatoire le principe de consentement)، ولعب آنذاك دور إثبات تكوين العقد[1]، أي أن وجوده يدل على أن العقد انتقل من مرحلة التفاوض إلى مرحلة التنفيذ [2] وكانت أهم خصائصه خلال العهد الكلاسيكي قيمته البخسة ووظيفته الإثباتية، ثم تطور العربون بتطور القانون الروماني، فأصبح يلعب مع Justinien دورا جديدا مخالفا لما كان سائدا، ومثل لأول مرة مقابلا لممارسة حق العدول عن العقد. ووقع التخلي عن مبدأ الإثبات والتأكيد، فشيئا فشيئا أدرج ضمن العقد بشرط الإرجاع[3] المضاعف للعربون في حالة عدول قابضه.

كما انتشرت هذه الآلية في فرنسا، حيث استقى المشرع الفرنسي هذا المبدأ ونظم على أساسه حكم العربون في التعاقد ونص عليه في المادة 1590ق م.

أما العرب والمسلمون، فقد تعاملوا بالعربون ولكن شككت بعض المذاهب الفقهية في مشروعيته وجواز قبوله في الشريعة الإسلامية' وقال البعض الآخر بجوازه، فممن منعه الحنفية والمالكية والشافعية وغيرهم، وأجاز الإمام أحمد وجماعة من التابعين وأجازه أيضا ابن عمر[5]

وأما عن أدلة المانعين، فاستنادهم أولا إلى السنة النبوية. عن أبي زكريا بن أبي إسحاق وأبو بكر بن الحسن عن مالك بن أنس عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون[6]واستنادهم أيضا لما في بيع العربون من غرر ومخاطرة وأكل المال بغير عوض عنه في العقد، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، إذا كان بغير مدة محددة في العقد.[7]

وأما أدلة المجوزين فتتأسس على حديث زيد بن أسلم أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربون في البيع فأحله، وأيضا ما روي عن نافع بن الحارث أنه

---

(1) د. عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتقاعد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992، ص144.

(2) د. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 51.

(3) Chalon Scrétan, OP cité, P8.

(5) أبو محمد عبد الله قدامى، المغني، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص 256.

(6) الإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسن البيقي، السنن الكبرى، ج5 ، دار الفكر العربي ص 432. وأيضا محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار وشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، ج 5 ، دار الحديث، القاهرة ، ط5 ، 1998

(7) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، جامعة الكويت، 1994، ص 51.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة ألاف درهم، ودفع له أربع مائة درهم واشترط عليه أن يكون البيع نافذا إذا أجازه عمر رضي الله عنه فإذا لم يجزه احتفظ البائع بالمبلغ المدفوع، وقد أجاز عمر بن الخطاب الشراء بهذا الشرط [1].

ثم إنه إذا اعتبر العربون من خيارات الشرط، فإن خيار الشرط أمر جائز شرعا، فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "والبيعان بالخيار ما لم يتفرقا" والمقصود بذلك أن البيع غير ملزم طالما ظل المتعاقدان بمجلس العقد، فإذا تفرقا أصبح الخيار منعدما والبيع لازما؛ فمدة العدول هي مجلس العقد فإذا تفرقا أصبح الخيار منعدما والبيع لازما؛ فمدة العدول هي مجلس العقد فإذا تم الإيجاب والقبول ودفع العربون آنذاك فلمن دفعه العدول عن العقد مقابل فقد العربون، فإذا غادر المجلس أصبح للعربون دلالة البت والتأكيد وتعيّن استكمال الثمن.[2]

وتأسيسا على هذه الحجج وغيرها التي تجيز التعامل بالعربون تكاد تجمع كل التشريعات الاسلامية اليوم على تنظيمه، ومن بينها التشريع الجزائري الذي تناوله بالتنظيم بعد تعديل القانون المدني سنة 2005.

و على غرار الشعوب الأخرى دخل العربون إلى الثقافة الشعبية الجزائرية من طرف المستعمر الفرنسي، الذي نظم هذا المبدأ في القانون المدني الفرنسي بنص المادة 1590 التي تنص على أن : إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون كان لكل من المتعاقدين حق العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه وجب رد ضعفه[3]". وبذلك يكون القانون الفرنسي قد أخذ بدلالة العربون، وقد رأى الفقه والقضاء الفرنسيين أنه هذا الحكم ولو ورد في شأن الوعد بالبيع إلا أنه يجوز تعميمه على سائر العقود التي يصاحب عقدها دفع العربون، وهذا ما يفسر شيوع التعامل بالعربون في عقد البيع بالذات بين الجزائريين.

---

(1) شمس الدين ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج3 ، دار الفكر، 1994، ص 313.
وفي نفس المعنى أيضا د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه الاسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2 الجديدة، 1998، ص 96.

(2) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 177.

(3) تنص المادة 1590ق م فرنسي:
"Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maitre de s'en départir. Celui qui les a données en les perdant, et ce lui qui les à reçues, en restituant le double" code civil Français.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

كما أن أحكام المادة 1590 ق م فرنسي بقيت هي المنظمة للعربون بعد الاستقلال، وإلى غاية صدور الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن القانون المدني الجزائري؛ وذلك بموجب الأمر الصادر في 1962/12/31 الذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية.

وبصدور القانون المدني سنة 1975 اغفل المشرع الجزائري إغفال تنظيم العربون، غير أن هذا لم يمنع التعامل به في الجزائر خلال الفترة الممتدة من تاريخ صدور القانون المدني إلى غاية تعديله في 20 جوان 2005، ساير القانون الفرنسي فيما يخص التعامل بالعربون فجعله وسيلة عدول عن العقد، أما الأحكام الأخرى فقد أدخل عليها بعض التعديل بأن جعل ثمن عدول من قبض العربون هو إرجاعه لمبلغ العربون دون مثله أي دون أن يدفع شيئا مقابل عدوله في حقيقة الأمر، في حين إذا عدل من دفعه خسره، فعزز موقف البائع من مواجهة المشتري.

وتجدر الإشارة أن المدة في العادة الجزائرية الممنوحة للمتعاقدين والمتفق عليها في العقد ليعربا عن عدولهما كانت جد قصيرة لا تتعدى في أغلبها اليوم أو اليومين، باعتبار أن المعاملات اليومية التي كانت يستعمل فيها العربون تستدعي السرعة.

وبعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، أدرج المشرع الجزائري بموجب المادة 24 في الكتاب الثاني للالتزامات والعقود، الباب الأول مصادر الالتزام، الفصل الثاني العقد، القسم الثاني شروط العقد، المادة 72 مكرر التي تنص على ما يلي:

"يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر" وبذلك تكون أحكام العربون الواردة في هذه المادة حكما عاما يصدق على العربون في سائر العقود، كعقدي البيع والإيجار الشائع التعامل بالعربون فيهما، ومن جهة أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري أدرج هذه المادة في إطار تكوين العقد، فهل هذا يعني أنه يأخذ بدلالة الانعقاد في العربون؟

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ولدفع العربون دلالات مختلفة، فقد يهدف المتعاقد من دفع مبلغ العربون أن يكون له الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه مقابل ترك مبلغ العربون للمتعاقد الآخر، ويعد العربون هنا ثمنا للعدول، فيعد الطرف الذي دفع العربون وكأنه قد اشترى العدول مقابل أن يترك العربون، ويعد الطرف الذي قبض العربون إذا عدل عن العقد وكأنه قد اشترى الحق في العدول مقابل رد العربون مضاعفا.

وقد اختارت عديد التشريعات المقارنة الاعتداد بدلالة العدول في العربون، وهو شأن التقنينات اللاتينية لاسيما القانون الفرنسي؛ بالإضافة إلى بعض التشريعات العربية منها التشريع المصري الذي نظمه في المادة 103 ق. م وكذلك القانون الليبي في المادة 103 مدني، والقانون السوري في المادة 104 والقانون الأردني في المادة 107 ق.م ،وتبدو دلالة العدول في العربون متناقضة في جوهرها مع أحد أهم المبادئ التي تنبني عليها نظرية الالتزامات والعقود وهو مبدأ القوة الملزمة للعقود. فيظهر العربون من هذه الزاوية مضعفا للرابطة التعاقدية لما يتيح التحلل من الالتزامات التعاقدية من جانب واحد. ولكن هذه الدلالة إلى جانب ذلك تستند إلى مبدأ الحرية التعاقدية أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضي بحرية الأفراد في تحديد مضمون العقد، بشرط عدم تجاوز الأحكام المتعلقة بالنظام العام والأداب. وهو ما يجعلنا نقر بمحدودية الرأي المتجه إلى اعتبار دلالة العدول في العربون إعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ما دام أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين انصرفت إلى ذلك.

وقد يقصد بالعربون تأكيد وصول الطرفين إلى الاتفاق على العقد وإبرامه، فيكون دفع العربون إثبات على تكوين العقد وقد كانت هذه الوظيفة أقدم دلالات العربون إذ اعتمدها الإغريق والرومان قبل فرض الشكلية في العقود.

ثم تطورت هذه الدلالة ليصبح العربون عنصرا أساسيا مكونا للعقد ولم يعد فقط عنصرا خارجيا يشهد على تكوينه. فقد يتضح من العقد أن المتعاقدين لم يقصدا بدفع العربون تخويل كل منهما الحق في العدول عنه، وإنما قصدا بدفعه على العكس من ذلك تأكيدا انعقاده باتا. عندئذ لا يكون لأي من المتعاقدين أن يعدل عن العقد، ويكون العربون قسط من الثمن يخصم من التزامات من دفع العربون. وعلى هذا النحو، فإن

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

العربون لن يكون له أثر على انعقاد العقد أو قوته الملزمة إلا تأكيدا وتدعيما، فيشكل بذلك وسيلة تضمن الوفاء بالعقود[1].

إن هذا التباين في دلالات العربون، واختلاف التشريعات في تغليب إحداها على الأخرى كدلالة مكملة لإرادة الأطراف في صورة السكوت عن تحديدها، كان وراء ظهور عدة إشكاليات تطبيقية متعلقة أساسا بتأويل دلالة العربون.

إذ كثير ما شكل دفع مبلغ من المال زمن إبرام العقد صعوبات تأويلية وإختلافات بين الأطراف المتعاقدة حول المقصود من هذا المبلغ، خصوصا وقد درج الأطراف على استعمال لفظ "عربون" دون تدقيق في معناه الذي باختلاف تكييف دلالته تختلف القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه.

وأمام هذه الصعوبات وجد القاضي نفسه مضطرا لاعتماد جملة من المعايير تساعده على إزالة البت وتنوعت بين المعايير الذاتية التي تستند إلى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبين معايير موضوعية تراعي ظروف التعاقد وملابسات الوقائع.

إن هذه الصعوبات التطبيقية والعملية التي يثيرها العربون قد تعود إلى انتشار التعامل به وغياب تنظيم تشريعي دقيق ومتكامل لجميع أوجهه وغاياته. ولكن التساؤل عن مكانة التعاقد بالعربون في عصر المعاملات الاقتصادية المستحدثة و المتطورة من حيث مدى تأثيرها على المشتري كالبيع بالمراسلة و البيع في محال و أماكن تواجد المشتري و غير ذلك من صورة التعاقد التي قصد منها تسهيل عملية البيع و التعاقد المشتري ، يبقى سؤالا ينتظر جوابا.

إن أهمية العربون تزداد تأكدا، ونحن نعلم أنه وسيلة تتغلغل في قلب النظرية العامة للالتزامات ويسيطر على حياة العقد "تكوينا" و "إنهاء" فباختلاف دلالته يؤثر العربون على تكوين العقد وتنفيذه، خاصة مع دلالة العدول، إذ يبقى بحضورها الشك قائما حول تكوين العقد.

لذا نتساءل عن كيفية تأثير العربون على مسار العقد وإلى أي حد كان وفيا للمبادئ الأساسية للنظرية العامة للالتزامات؟

---

[1] مصطفى محمد الجمال، مبادئ القانون، 1972، ص 208.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فهل دفع العربون في هذه الحالة يعني أن العقد انتقل من المرحلة التمهيدية إلى مرحلة التعاقد النهائي، أم أنه يمثل تراجعا عن عقد قد تكون من قبل.

كما أن دراسة موضوع العربون له أهمية كبرى، خاصة وأنه يضع جملة من المبادئ القانونية الكبرى محل مراجعة، فهل يشكل خرقا للقوة الملزمة للعقد أم هو تدعيم لها، وهل يحمي حرية التعاقد أم يرجح الأبعاد الجماعية ومقتضيات التعاقد فيسعى إلى حماية استقرار المعاملات وضمان الثقة بين المتعاقدين؟

وهل هو وسيلة لتحقيق العدالة التعاقدية أم هو وسيلة كسب غير مشروع تفضي إلى أكل أموال الناس بالباطل؟

للإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، نحاول دراسة موضوع العربون في مرحلة تكوين العقد (الفصل الأول) ثم تنتقل إلى مرحلة تنفيذه (الفصل الثاني) .

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الفصل الأول

العربون و تكوين العقد

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

يمثل تلاقي الإرادات العنصر الأولي والأساسي لتكوين العقد، فالعقد ينبرم أساسا بمجرد تلاقي التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما، حول العناصر الضرورية للاتفاق المراد إبرامه، والذي يعد بعد ذلك شريعة المتعاقدين.

هذه الإرادة يجب أن تكون واضحة ونهائية، ولكن في بعض الأحيان تغيب هذه الخصائص بشكل يصعب معه إبرام العقد بصورة نهائية، وذلك بالرجوع إلى تبريرات مختلفة كأن يكون محل العقد غير معين بصفة دقيقة أو تكون بعض الشروط التعاقدية غير متفق عليها من الأطراف المتعاقدة.

فيكون حينئذ من الأجدر إن لم يكن من اللازم المرور بفترة تمهيدية تسبق العقد النهائي وتهيئ له حتى يتسنى جمع المعطيات الكفيلة بإبرام التصرف القانوني محققا لطموحات الأطراف.

إن تلك الفترة التي تتوسط وجود الإيجاب وإبرام العقد النهائي والتي اصطلح على تسميتها بالمرحلة ما قبل التعاقد، اتخذت أشكالا مختلفة كنتيجة حتمية لمبدأ الحرية التعاقدية، إذ كثيرا ما يضطر المتعاقدون لضيق ذات اليد الارتباط مبدئيا برباط مؤقت تحدد فيه العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه، حتى يضمن الطرفين عدم ضياع فرصة التعاقد منهما.

ويكون التعاقد بالعربون أحد هذه الصور، حيث أن هذه الطريقة لم تغب عن العلاقات التعاقدية، ذلك أن العربون يتدخل في مسار تكوين العقد، فيؤدي إلى عدم نشوء الالتزام في الحال، بل يمهد لالتزام نهائي، فلا ينشأ الالتزام في صورته النهائية إلا بعد انتهاء المدة المحددة في العقد أو إفصاح أحد الأطراف عن رغبته النهائية.

لهذا نقوم في هذا الفصل بدراسة مفهوم العربون (المبحث الأول)فهو يمهد لالتزام نهائي (المبحث الثاني) غير أن العربون لا يقتصر على العقود التمهيدية فقط، وإنما قد يكون في العقود النهائية مما يثير مشكلة عدم الثبات والاستقرار (المبحث الثالث).

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المبحث الأول: مفهوم العربون

العربون لغة: كلمة تفيد القليل من الثمن أو الأجرة يقدمه الرجل إلى الصانع أو التاجر ليرتبط العقد بينهما حتى يتوافيا بعد ذلك، إعرابا لعقد البيع، أي إصلاحا وإزالة فساد لئلا يملكه غيره بإشترائه.وقيل: بأن العربون مشتق من الأربة وهي العقد لأن به انعقاد العقد[1] .

وجاء في القاموس المحيط : العربان والعربون بضمها والعربون محركة وتبدل عينهن همزة، ما عقد به المبايعة من الثمن.

وقد تناول الفقه الإسلامي موضوع العربون، وأكثر المذاهب الفقهية كلاما فيه هو المذهب المالكي، وفيه يكون العربون في البيع والإيجار، وقد عرفه الإمام مالك في موطئه :" العربون أن يشتري العبد أو الوليدة أو تكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل، على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك باطل بغير شيء".[2]

والعربون **كمصطلح قانوني** لم يتولى المشرع الجزائري تعريفه على خلاف بعض التشريعات المقارنة[3]، فتصدى لهذه المهمة الفقهاء الذين أجمعوا على أن العربون هو مبلغ من المال أو شيء آخر يدفعه أحد المتعاقدين عند إبرام العقد، وذلك إما لحفظ الحق لكليهما في العدول عن العقد أو تأكيد انعقاد العقد والبدء في تنفيذه.

---

(1) أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، ج2، بيروت، ص 401.
وجاء في تاج العروس أن العربون ثمان لغات هي" الإعراب والعربان كعثمان، والعربون بضمها، والعربون محركة العين، والأربون بإدلال العين همزة ، والربون بحذف العين والعربون بفتح فسكون فضم". د. جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 10.

(2) محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، المرجع السابق، ص324.
ويعرفه الخرشي على أن العربون " أن يشتري سلعة بثمن على أن المشتري يعطي للبائع أو غيره شيئا من الثمن، على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه وإن أحب البيع حاسبه به من الثمن". أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي الخليل، ج5 ،ص 78.
وأيضا في نفس المعنى: محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3 ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1958، ص39.

3 عرف المشرع التونسي العربون في المادة 303 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه:" ما يعطيه أحد المتعاقدين للإخر لأجل إتمام ما تعاقدا عليه". أما المشرع المغربي فقد عرفه هو الآخر في المادة 288 من تقنين الالتزامات والعقود على النحو الآتي: " العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده".

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

يتضح من هذا التعريف أن العربون هو مبلغ من المال سواء كان نقودا أو غيرها يدفع وقت إبرام العقد (المطلب الأول) يرد على العقود باختلاف أنواعها(المطلب الثاني)رغم تعدد أصنافها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: محل العربون

يكون العربون في غالب الأحيان مبلغا من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر (الفرع الأول) ولكن هذا لا يمنع من أن يكون العربون شيء آخر منقول غير النقود(الفرع الثاني).

الفرع الأول: العربون مبلغ نقدي

عرف **رمضان أبو السعود** العربون بأنه مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، ويحدث ذلك غالبا في عقود البيع والإيجار[1].

أما **Schmidt Joanna** فقد عرفته بأنه مبلغ من المال يدفع من أحد أطراف العقد للآخر وقت إبرام العقد، فقد يقصد منه قسط معجل من الثمن أو وسيلة لإثبات انعقاد العقد أو ثمن العدول عن العقد[2].

وفي نفس السياق ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية منهم محمد الشر بيني عندما عرف العربون بقوله: " المشتري عندما يشتري سلعة، يعطي للبائع درهما لتكون من الثمن، إن رضي بالسلعة وإلا فذاك المال يكون على سبيل الهبة "[3].

من هذه التعاريف وغيرها، يتضح لنا أن العربون يكون في الغالب مبلغا من النقود يدفعه أحد المتعاقدين عند إبرام العقد لتحقيق غرض معين سواء لحفظ حق العدول عن العقد أو لإثبات انعقاد العقد.

وإذا كان الأمر كذلك فهذا المبلغ قد يكون قسط معجل من ثمن المبيع أو أجرة الإيجار (حسب طبيعة العقد). يجب استكمال دفع الجزء المتبقي إذا انصرفت إرادة

---

(1) د. رمضان أبو السعود، شرح العقود والمسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط2، 2003، ص 183.

(2) " Une somme d'argent soit remise par l'une des parties à l'autre au momant de la conclusion. Il peut s'agir du prix du contrat ou d'une fraction de celui-ci (acompte) d'un" dépôt de garanties " de moyen de preuve; du prix d'une faculté de dédit (qui peut être unilatérale ou réciproque). Joanna Schmidt, vente art 1950. Code civil Français. J.C.CIV.FAS. C1 . p3.

(3) مغني المحتاج في معرفة، المرجع السابق، ص 39.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الطرفين إلى تنفيذ العقد، فيكون دفعه تنفيذ جزئي للالتزام، ولا يكون المشتري مدينا إلا بباقي الثمن وليس الثمن كله[1] .

وقد يهدف المتعاقد من دفع مبلغ العربون عند إبرام العقد للمتعاقد الآخر أن يكون له حق العدول عن العقد الذي أبرمه مقابل ترك العربون لهذا الأخير؛ ويعد العربون هنا ثمنا للعدول، فيعد الطرف الذي دفع العربون وكأنه قد اشترى العدول مقابل أن يترك العربون، ويعد الطرف الذي قبض العربون إذا عدل عن العقد وكأنه قد اشترى الحق في العدول مقابل رد العربون مضاعفا.

الفرع الثاني:العربون منقول آخر

إذا درج الناس على التعامل بالعربون في شكل نقود، هذا لا يمنع أن يكون العربون شيء أخر غير النقود، حسب ما ذهب إليه بعض الفقهاء، منهم عبد الحكم فودة الذي يرى أن العربون هو مبلغ من النقود أو منقول معين تحدد قيمته في العقد.[2]

وكذلك Decottignies عرف العربون بأنه مبلغ من النقود أو أي شيء آخر منقول يدفع عند إبرام العقد لتمكين المتعاقدين من العدول عن العقد أو للدلالة على انعقاد العقد وضمان تنفيذه[3].

فالعربون يمكن أن يكون منقولا آخر غير النقود يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد لتأكيد انعقاده أو لحفظ العدول عنه، كأن يكون من الأشياء المثلية كالذهب والفضة والحبوب وغيرها إذا كانت من وزن ووصف ونوع معين. ويعد العقد في هذه الحالة مقايضة بين البائع والمشتري، فالمشتري الذي يقدم كمية من الحبوب على سبيل العربون، يكون قد تقايض مع البائع إذا انصرفت إرادتها إلى تأكيد انعقاد العقد والبدء في تنفيذه.

---

[1] د. عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام،ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 447.

[2] د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 144.

[3] "…Arrhes une somme d'argent ou toute autre chose mobilière remise lors de la conclusion du contrat pour permettre aux parties de retirer ultérieurement leur adhésions, ou bien au contraire pour marquer la conclusion ferme du contrat et garantir son exécution…" Docottignies, Op cité, P1.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أما العربون المدفوع من الأشياء القيمية يقترب من التأمين العيني لتنفيذ العقد، وعلى من استلم الشيء المقدم عربونا أن يرده إلى المتعاقد الآخر عند التنفيذ، فإن رده البائع إلى المشتري إلتزم هذا الأخير بكل الثمن.

والغرض من تحديد قيمة المنقول في العقد هو درء الخلاف بين الطرفين حول قيمة العربون إذا كان العدول ممن قبضه، حيث يرد المنقول عينه وقيمته المقدرة في العقد[1] .

ويشترط في العربون أن يكون من الأشياء القابلة للتعامل فيها، فإذا كانت من الأموال العامة أو الأموال الممنوع التعامل فيها كالمخدرات، فيبطل العربون ولا يتأثر العقد ببطلانه، بل يبقى صحيحا[2].

المطلب الثاني: مجال العربون:

لا يقتصر دفع العربون على عقد البيع باعتباره المجال الرئيسي له (الفرع الأول) كما لا يقتصر على الوعد بالعقد الذي ينتشر فيه عادة و إنما يتحقق أيضا في العقد المبرم نهائيا (الفرع الثاني)

الفرع الأول: طبيعة المعاملة

يحصل دفع العربون عادة في البيع أو الوعد بالبيع ، ولكن هذا لا يمنع أن يصحب عقود أخرى كالمقايضة و الإيجار و المقاولة و الشركة و غيرها ألا أن العربون باعتباره وسيلة لنقص العقد لا يكون ألا في العقود الملزمة للجانبين ، فإذا كان في عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع فلا يفيد حق يجوز للواعد دفع العربون و اشتراط خيار العدول لنفسه إلا أن الموعود له لايلزم في حالة عدم استيفاء الوعد برد ضعفه.

أولا:الوعد بالعقد.

الوعد بالتعاقد يمهد إلى عقد يراد إبرامه لاحقا، فهو عقد كامل ينعقد بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر. ولهذا يعرفه بعض الفقهاء.[3] بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه

---

[1] د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 144.

[2] د. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 59.

[3] د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، البيع، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2001، ص 89، وفي نفس المعنى أيضا، د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،ط3، 1998،ص 55 وما يليها. د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001،ص 32.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أحد الطرفين نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال مدة معينة.

وقد يقترن الوعد بالتعاقد – سواء كان ملزم لجانب واحد أو للجانبين – بالعربون للدلالة على رغبة الأطراف في استكمال إبرام العقد أو للدلالة على حق الأطراف في العدول عن الوعد مقابل فقدان قيمة العربون أو ضعفه.

وتعتبر الصورة المتقدمة، والتي يكون فيها العربون للعدول، الصورة الغالبة في التطبيقات العملية للوعد المقترن بالعربون، فالوعد بالبيع يمكن أن يتضمن خيار العدول للبائع أو للمشتري أو لكليهما، عن طريق دفع مبلغ مالي في صورة عربون يمثل مقابل هذا العدول، وعندئذ يجوز لكل من المتعاقدين سحب وعده قبل إبرام العقد نهائيا[1].

ونظرا لما يترتب على خيار العدول عن التعاقد من شك وعدم تيقن بالنسبة لإبرام العقد، وحتى لا يظل ذلك الشك أبديا، لزم تعيين فترة زمنية لخيار العدول يستعمل خلالها، يسقط وينقضي بانقضاء مدته.

وما تجدر الإشارة إليه، أنه إذا طرأ سبب ما يحول دون إبرام العقد الموعود به، ليس استعمالا لخيار العدول عن التعاقد، وإنما لسبب آخر، يتعين رد مبلغ العربون لمن قام بسداده. ويتحقق ذلك في حالة فقدان أو هلاك الشيء محل العقد بسبب قوة قاهرة أو سبب أجنبي آخر لا دخل للمتعاقد فيه[2].

ثانيا: العقود النهائية.

يظهر العربون كوسيلة للعدول عن التعاقد في عقد البيع بصفة خاصة، عندما يتم الاتفاق بين المتعاقدين ويبرم العقد، ويرتبطان به في الحال، ولكنهما يشترطان لكليهما أو لأحدهما حق الرجوع عن البيع مقابل عربون يتم الاتفاق عليه وتحديده. من دفعه يفقده إذا عدل هو، ويسترده مضاعفا إذا رجع الطرف الآخر.

---

[1] إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 45.

[2] د. إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق، ص 46.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وفيما يتعلق بأثر اشتراط العربون على العقد النهائي سواء كان عقد البيع أو غيره من العقود،ه فمازال محل انقسام في الفقه، بعض الفقهاء اعتبر أن دفع العربون يجعل من العقد مجرد عقد تمهيدي (avant contrat)، فيجعل من عقد البيع المقترن بالعربون مجرد وعد بالبيع يمكن العدول عنه مقابل فقدان مبلغ العربون المدفوع أو رده مضاعفا إذا جاء العدول من الطرف الآخر[1].

غير أن هذا التفسير لا يتوافق مع إرادة ورغبة المتعاقدين الذين اتفقا على التعاقد النهائي وليس مجرد التمهيد له، لذلك فإن الرأي السائد بين الفقهاء يرى أن العقد النهائي المقترن بالعربون هو عقد معلق على شرط ، بمعنى اشتراط العربون يعادل إلحاق شرط بالعقد، ولكن اختلفوا في طبيعة هذا الشرط فمنهم من يقول أنه شرط واقف[2]،وهناك من يعتبره شرط فاسخ[3].

المطلب الثالث: أصناف العربون.

إن العربون باعتباره مبلغ من المال أو منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، الغرض من دفعه إما للدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد ونقضه(الفرع الأول). وإما للدلالة على أن العقد قد تم نهائيا وأن القصد من العربون تأكيد تنفيذه(الفرع الثاني).

الفرع الأول: عربون العدول

صلاحية العدول هي الإمكانية الممنوحة لأحد أطراف العقد أو لكليهما للتراجع عن الاتفاق مقابل خسارة مبلغ مالي معين ومحدد مسبقا.[4]

---

(1) المرجع السابق، ص 49. وهذا ما سنراه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(2) من هذا الرأي، جميل الشرقاوي، محاضرات في عقد البيع، 1957، ص 63.

(3) أنظر في هذا الرأي أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص83. وهذا ما سنراه في المبحث الثالث.

(4) La faculté de dédit est un mécanisme qui confère la possibilité à l'une des parties à la convention ou aux deux, de se retirer de celle ci moyennant la perte d'une somme fixée préalablement par les stipulations contractuelles…"

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد نصت المادة 72 مكرر قانون مدني على أن دفع العربون عند إبرام العقد يمنح لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا نص الاتفاق خلاف ذلك.

فدفع العربون كدليل للعدول عن العقد يجب أن يكون مصحوب بمدة محددة في العقد، لا يجوز للمتعاقد العدول بعد انقضاء هذا الوقت، أما إذا لم تعين المدة، فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ، لأنه ليس من المنطقي أن يترك حق العدول دون تقييده بوقت معين ويرجع ذلك إلى ما يترتب على العدول من مساس بمبدأ الاستقرار التعاقدي ، لذلك وجب تطول المدة و لا تكون قصيرة جدا بحيث لا يتمكن الطرف الأخر من التفكير بروية ، وذلك دور القاضي في هذه الحالة مهم جدا لمنع المتعاقد من التعسف في استعمال حقه في العدول ، مما يسبب ضرر للمتعاقد الأخر.

وفي حالة نقض العقد والعدول عنه من أحد الأطراف، يكون للطرف الآخر الاحتفاظ بالعربون الذي قبضه أو المطالبة بضعفه ولو لم يصبه ضرر[1]

الفرع الثاني: عربون التوكيد والانعقاد.

إذا كان الأصل أن دفع العربون عملا بالفقرة الأولى من المادة 72 مكرر ق.م هو إعطاء خيار العدول عن العقد لطرفي العقد فإن هذه الدلالة ليست قاطعة، بل تشكل قرينة بسيطة يمكن مخالفتها بالإتفاق في العقد على ما يخالفها صراحة أو ضمنا، بالكشف عن النية المشتركة من ظروف التعاقد، وعندئذ تكون الدلالة للبت في العقد وتأكيد إنعقاده.

فيكون العربون بذلك وسيلة لتثبيت تلاقي الإرادات وتدعيمها من حيث أن المبلغ المدفوع وفاء جزئي للالتزام، ويبين رغبة أطراف العقد في قبول الصفقة وتنفيذها بصورة نهائية.

---

[1] رد العربون أو المطالبة بضعفه عند عدول المتعاقد عن العقد هي المسألة التي يختلف حولها الفقه الإسلامي، حيث يذهب جانب من الفقه الاسلامي خاصة الامام مالك والشافعي، أن بيع العربون على هذه الصورة فيها غرر، فيكون البيع باطلا، إذا كره المشتري البيع، فلا يجوز للبائع أن يحتفظ بالعربون لبطلان العقد، بل يجب عليه رده للمشتري، لما فيه من أكل لأموال الناس بالباطل، وبيع العربون على الوجه الممنوع ، بيع فاسد يجب رده من الطرفين فإن فات المبيع ولم يكن رده مضى البيع بالقيمة. راجع. د. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، مؤسسة الريان، ط1، 2002، ص 334، وأيضا، د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،ط2، 1998، ص 91.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ومقتضى ذلك أن المتعاقد الذي دفع العربون لا يجوز له أن يتخلص من التزامه وفقا للقواعد العامة، فإذا نفذ إلتزامه لا يكون عليه إلا أن يدفع باقي الثمن بعد خصم مقدار العربون.

وبناء عليه يكون المبلغ الذي يدفع وقت إبرام العقد على سبيل العربون قسط معجل من الثمن الإجمالي للعقد[1]، أو يكون بغرض إثبات انعقاد العقد وذلك إذا كان العربون زهيد القيمة أو قليل المقدار مقارنة مع الثمن الكلي، وإن كان هذه الدلالة نادرة في الوقت الحاضر.

[1] د. مصطفى الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، 1987،ص 228.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المبحث الثاني: العربون والعقد التمهيدي.

العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر من مال أو أي شيء منقول آخر عند إبرام العقد قصد الإبقاء على حق العدول عن العقد أو لأجل إتمام ما تعاقدا عليه.

وقد لاحظ جانب من الفقه أن دفع العربون أو اشتراطه يشكل في حد ذاته اتفاقا منتجا لآثار قانونية وذلك بغض النظر عن العقد الذي تضمنه[1].

وهو إلى ذلك يجرد العقد من صبغته النهائية ويقترب به من العقد التمهيدي من حيث أنه يؤثر على طبيعة العقد[2].

إن هذا الرأي وإن وجد صدى لدى شق من الفقه (المطلب الأول) فإنه واجه النقد والمعارضة من جانب كبير من الفقهاء حيث تظل الاختلافات قائمة بين العقد التمهيدي والتعاقد بالعربون(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التقارب بين العربون والعقد التمهيدي

ليتكون العقد وينتج آثاره القانونية الصحيحة يجب أن تجتمع فيه شروط تكوين العقد المنصوص عليها في القانون المدني هذا العقد قد يكون نهائيا باتا ملزما للأطراف المتعاقدة لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإرادة طرفيه أو للأسباب التي يقررها القانون(المادة 106 ق.م)، وذلك رغبة في توفير الاستقرار للمعاملات والعقود. فالأصل الثبات والتأكيد.

وقد يكون هذا العقد مجرد اتفاق تمهيدي لعقد سيبرم بصفة نهائية في المستقبل.فالأمر في هذه الحالة لا يختلف كثيرا فهو عقد ذو موضوع محدد يمهد للتفاوض من أجل إبرام العقد بعد نهاية المفاوضات.

والعقد المصحوب بالعربون يندرج ضمن طائفة العقود التمهيدية، لذلك فهو لا يخلو أن يكون هناك تقارب بين العربون والعقد التمهيدي سواء على مستوى الموضوع باعتبارهما تعبير عن الرغبة في التعاقد (الفرع الأول) أو على مستوى الشكل (الفرع الثاني).

---

[1] Redouin, les arrhes en droit Français, Thèse, Paris, 1935, p. 126.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 55.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الفرع الأول: العربون والعقد التمهيدي: تعبير عن الرغبة في التعاقد.

ينشئ العقد التمهيدي رابطة قانونية تتراوح بين الإلزامية والحرية، فهو وإن ضبط وحدد شروط العقد النهائي لن يكون جامدا بصورة تنتفي معها الحرية التعاقدية، ذلك أن من أهم خصائصه الطابع الوقتي والتحضيري(ثانيا) لعقد يسبقه زمنيا، يعبر عن تراضي المتعاقدين على إبرامه دون جزم في شأنه(أولا).

أولا:رضا الأطراف

تنص المادة 59 ق.م:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فوجود الإرادة والتصريح بها تصريحا معتبرا – صراحة أو ضمنا- من الأركان الجوهرية التي لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحا دون توفرها. وجاء على لسان Rieg أن الارادة في التعاقد هي وليدة عملية فكرية تمكن الإنسان من تحليل معطيات التصرف الذي يقصد تقييمه قبل أخذ القرار في شأنه[1]. هذه الإرادة هي ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة[2]. ولكن لا يهتم بها القانون باعتبارها مكونة للرضا إلا بعد حصول التعبير عنها وإخراجها إلى العالم الخارجي. لذلك يجب أن تنصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، أي أن يكون راغبا في الارتباط بحالة قانونية

و يلعب العربون هذه الوظيفة التي تستبطن نية المتعاقد وتخرجها إلى حيز الوجود القانوني فيتجلى بذلك كتعبير عن رغبة المتعاقد في المستقبل وهو موضوع متميز دون شك للرضا في العقد المصحوب بالعربون. ولكن كيف يكون العربون مظهرا للنية في التعاقد؟

---

(1) Rieg, Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, préface Roger Perrot, Paris, L.G.D.J . 1961 p 17

(2) د. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ط2، 2005، ص 69.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

1- المقصود بالنية في التعاقد:

يعرف بعض الفقهاء الرغبة في التعاقد بأنها اتجاه النية إلى إبرام عقد معين بالإعلان عنها[1]. هذه الرغبة لا يترتب عنها أي أثر قانوني، ولا تقيد صاحبها من حيث أنها مجرد عمل مادي يسبق إعطاء إيجاب نهائي بشأن التعاقد، وبناء على ذلك فإنها لا تصل إلى مرتبة الإيجاب بوصفه تصريح أحادي لإرادة معتبرة قانونا.

إن الرغبة في التعاقد تسبق الإيجاب وقد تتمثل في مجرد دعوة إلى التفاوض باعتباره مجموع الأعمال المادية والتصرفات القانونية التي تهدف إلى ضبط عناصر عقد مستقبلي دون التأكد حول مصير إبرامه[2].

وعموما فإن المشرع الجزائري لا يعتد بالإرادة إلا إذا تم إخراجها والتعبير عنها، وهو بذلك لم يتبن نظرية الإرادة الظاهرة ولا نظرية الإرادة الباطنة المحضة[3] وإنما أخذ حسب بعض الفقهاء بما يسمى الإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها La volonté reconnaissable[4]

وهكذا فإن الرغبة في التعاقد قد تحتاج لأن تظهر وفي أحيان عدة لأن تلتبس بشيء من الجدية، وهو ما يمنحها إياها العربون، إذ تقتضي الظروف الاقتصادية والقانونية من جهة والرغبة في تحقيق المصالح أن يرتبط الطرفان باتفاق تمهيدي يوضح الشروط الجوهرية للعقد النهائي مع إرجاء دفع الثمن لمدة معقولة يتفق عليها. فيدفع أحد المتعاقدين عربونا للطرف الثاني لإضفاء نوع من الجدية على التعاقد، إذ أن ذلك سيؤدي إلى فقدان العربون أو رده مضاعفا على حسب من صدر عنه العدول.

فالعربون في هذه الحالة لا يؤثر على العقد وإنما ينصب تأثيره على الرضا، فمن يدفع عربونا إنما يقصد من ورائه إثبات حسن نيته وإرادته في التعاقد.وبناء على ذلك دفع

---

(1) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 78.

(2) نفس المرجع السابق، ص78.

(3) ذلك أن هناك جانب آخر من الفقه من يعتقد أن المشرع الجزائري أخذ مبدئيا بالإرادة الباطنة، ويعتمدون في ذلك على جملة من الحجج منها المادة 81 ق.م. التي تقر بالغلط كعيب من عيوب الرضا وهذا يعني الإعتداد بالإرادة الباطنة حيث أن الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص، وكذا المادة 97 ق.م. المتعلقة بالسبب، في حين يرى البعض أن المشرع لم يأخذ بالإرادة الباطنة، بل تبنى نظرية الإرادة الظاهرة ويظهر ذلك جليا من خلال المادة 111 ق.م. التي تفرض على القاضي الإلتزام بعبارة العقد الواضحة والتي تمنعه من البحث عن إرادة المتعاقدين وهذا يعني أن العبرة بالإرادة الظاهرة كما تسمح المادة 198 ق.م. لدائني المتعاقدين والخلف الخاص – إذا كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري.
لذلك فإن أحكام القانون المدني تتأرجح بين هاتين النظريتين، والحل في مثل هذه الحالة يكمن في تحديد ما يعتبر من القاعدة العامة وما هو مجرد حالة استثنائية.

(4) راجع في هذا الموضوع، د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 81.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

العربون من شأنه أن يمثل حركة نحو إظهار النية في التعاقد لا تتجه إلى إبرام العقد بصفة نهائية بل إلى مجرد التمهيد لعقد آخر نهائي سيبرم في المستقبل.

2- العربون رغبة في التعاقد ملحقة إلى المستقبل:

متى اتجهت إرادتين متطابقتين إلى إبرام عقد من العقود، وتم تلاقي هاتين الإرادتين بإيجاب وقبول، انعقد العقد الذي يعتبره القانون شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه بعد ذلك إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يحددها القانون[1].

ولكن قد تتعطل هذه الفورية بتدخل عنصر ما. كأن يكون التراضي في حد ذاته غير كاف لانعقاد العقد، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي يشترط لتكوينها شكليات يفرضها القانون. هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يدخل عنصر الزمن على التصرف القانوني، فيمنع فوريته، وهو الحال بالنسبة للتصرفات المشروطة التي تتضمن احتمال وقوع التعاقد من عدمه، وكذا التمهيد لتصرف نهائي. فهذه الاتفاقات تتخذ كموضوع لها تنظيم عقود مستقبلية ضبطت بنودها وشروطها دون التأكد حول مصير إبرامها وهي تخلو من عنصر التوقع الذي يلقي صاحبه في مستقبل غير مؤكد، وتتميز هذه الاتفاقات أنها مستقلة عن العقود التي ستلحقها والتي جاءت سابقة لها زمنيا ومنظمة لفصولها. ويبدوا أن الحد الفاصل بينهما هو عنصر الزمن.

فعادة ما يعبر العقد التمهيدي عن رغبة في التعاقد ولكن هذه الارادة لا يمكن أن تتحقق في الحاضر، وإنما تلحق بالمستقبل كما هو الشأن بالنسبة إلى العربون.

فالعربون من شأنه أن يترجم عن رغبة في التعاقد، ولكن هذه الرغبة ليست في الحال، وإنما في المستقبل بمرور أجل معين يتم تحديده مسبقا.

فيمنع العربون بذلك فورية تكوين العقد ويجعل الاتفاق غير تام، أي أنه يبقى مجرد اتفاق تمهيدي لعقد نهائي سينعقد مستقبلا، لذلك أدرجه جانب من الفقه ضمن إطار المرحلة ما قبل التعاقدية[2]

من هذه الزاوية يظهر العقد المصحوب بالعربون كعقد تمهيدي من حيث أنه تعبير عن ارادة في التعاقد مضافة إلى المستقبل، مع الملاحظة أنه لا يجوز في الفقه الإسلامي

---

(1) د. خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون،، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 32.

(2) د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 89. وأيضا: د. السنهوؤي، الوسيط، مصادر الالتزام، ص 265.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

تعليق الإرادة في التعاقد على أمر مستقبل كحادثة مستقبلية أو إضافية إلى وقت مستقبل بل يجب أن يكون العقد بصيغة الماضي، فإذا ورد بصيغة المستقبل لن ينعقد، فطالما أمكن التعاقد لا تجوز الإضافة إلى زمن مقبل[1].

وبصفة عامة فإن موضوع الرضا في العقد المصحوب بالعربون يترتب عنه خاصية أخرى مميزة للاتفاق التمهيدي وهي الطابع الوقتي والتحضيري.

ثانيا: الطابع التحضيري و المؤقت

العقد التمهيدي هو ذلك الاتفاق الذي يربط الأطراف برابطة قانونية وقتية وخصوصية تحضر وتمهد لنشأة التزامات مستقبلية. فمن يبرم عقد مصحوب بعربون يتبادر إلى ذهنه – ولو للحظة- نيته في إتمام العقد مهما كانت دلالة العربون.

وهذه الواقعة النفسية هي التي تترجم ظرفية الاتفاق التمهيدي من حيث أنه اتفاق الى زوال أو اتفاق إلى إتمام العقد النهائي. فالعقد المصحوب بعربون مثل الاتفاق التمهيدي يعبر عن وضعية مؤقتة، ووضعية انتظار للاختيار بين استكمال إبرام العقد أو العدول عنه. وهذه الوضعية ليست دائمة وإنما ظرفية مآلها الزوال لتحل محلها وضعية الاستقرار والبقاء بعد تحديد الموقف النهائي للمتعاقدين.

وهكذا يوفر العربون الذي يصحبه العقد مهلة يتم تحديدها من الطرفين يبقى خلالها العقد فاقدا لصيغته النهائية، ويبقى عقدا تمهيديا، ولكن هذه الصفة المؤقتة لا ينبغي أن تستمر طويلا نظرا لما تشكله من مساس بمبدأ استقرار التعامل، وما يؤدي إليه من وسم العقد المقترن به من شك وريبة وعدم تيقن من بقائه ونفاذه؛ وهذا ما يهدد مبدأ الثقة في العقود.

[1] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص79.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ومن أجل ذلك لا بد من تحديد مدة زمنية، يجب على من يريد العدول الإفصاح عن رغبته خلاله، ويصبح العقد باتا ونهائيا بعد مضي هذه المدة.[1] فهذا الأمر ذاته نجده في العقد التمهيدي إذ أنه ينتج حالة من الظرفية وعدم التأكد في انتظار التوصل إلى إبرام العقد النهائي من عدمه كالوعد بالبيع مثلا.

إن هذا التلاقي على مستوى الموضوع بين العربون والاتفاق التمهيدي باعتبارهما تعبير عن الرغبة في التعاقد ملحقة إلى المستقبل، يؤكده نوع آخر من التلاقي حسب أنصار هذه النظرية الذين يحصرون ميدان العربون في الوعد بالتعاقد.

الفرع الثاني: تقارب العربون والعقد التمهيدي شكلا.

العربون هو مبلغ مالي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد قصد تأكيد انعقاد العقد، باعتبار العربون دليل على النية الجدية في تنفيذ العقد[2]. كما يمكن أن يكون دليلا عن الرغبة في التعاقد مع حفظ حق العدول، وهي أكثر الدلالات رواجا وتشريعا في القانون المقارن[3].

وعموما فإن العربون يمكن أن يصحب – كما سبق بيانه- الوعد بالتعاقد، سواء كان وعد ملزم لجانب واحد(أولا) أو وعدا ملزما للجانبين(ثانيا).

أولا:العربون والوعد الملزم لجانب واحد

غالبا ما يكون الوعد بالتعاقد وعدا ملزما لجانب واحد وهو الواعد، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء، إذ له خيار قبول العقد، فيصبح ملزما بموجبه أو خيار الرفض فيعتبر العقد وكأن لم يكن بالنسبة له.

أما أهمية هذه الصورة من الوعد، أنه يضمن للموعود له إبرام العقد لموعود به إذا طلب ذلك خلال مدة الوعد المحددة، دون أن يقيد نفسه بابرام العقد، ويكون للموعود له الخيار بين أن يطالب الواعد بذلك أو أن لا يطالب به[4].

---

(1) د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية،2000، ص 192.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 111.

(3) أغلب القوانين المقارنة تأخذ بدلالة العدول، كالقانون الفرنسي (المادة 1590ق.م) القانون المصري(المادة 103 ق.م) القانون السوري (المادة104 ق.م).

(4) د. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية ، عمان،ط1، 2002، ص 296. وأيضا السنهوري، الوسيط، ج4، ص 59.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد يضاف إلى الوعد بالتعاقد حسب الحالات عنصرا جديدا فيكون مجانا أو بمقابل مالي، وقد يكون مجرد أو موصوف بشرط أو بأجل[1].

يرى أنصار نظرية إقتران العربون بالاتفاق التمهيدي أن اشتراط العربون في العقد قادر على تغيير طبيعة هذا الأخير وتحويله إلى عقد تمهيدي فاقدا لصيغته النهائية، بل إنه يحوله إلى مجرد وعد بالتزام. فالعربون يجعل العقد غير تام ويحوله إلى اتفاق جزئي وناقص.

وبذلك يحصر أنصار هذه النظرية منهم الأستاذ Troplong[2] ميدان انطباق العربون في الوعد بالتعاقد، إذ يفقد كل جدوى ودلالة إن تجاوز هذا الإطار؛ فدلالة العدول- حسب هؤلاء لا يمكن أن تتماشى مع فكرة العقد النهائي ومع الوضعية الوقتية التي يقررها الوعد بالتعاقد، لذلك نجد Troplong يذهب إلى أن قبول عربون العدول في العقد التام من شأنه أن يضعنا أمام استحالة قانونية، تجعل قبول عربون العدول في العقودالتامة أمر صعبا إن لم يكن مستحيلا[3].

ثانيا: العربون والوعد الملزم للجانبين

يندرج الوعد الملزم للجانبين شأنه شأن الوعد الملزم لجانب واحد ضمن المرحلة التمهيدية للعقد النهائي؛ ويكون الوعد ملزما للجانبين إذا اتفق المتعاقدان على إبرام العقد بعد مضي مدة معينة يتفقان عليها. والمفروض في هذا العقد أن يتضمن اتفاق طرفيه على كامل أركان العقد النهائي، وعلى التزام المتعاقدين بإمضائه بمجرد توفر شروطه[4].

والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين يكتسي صبغة عملية وفائدة كبيرة، إذ كثيرا ما يبرز في شكل وثيقة مؤقتة Document provisoire تتضمن اتفاقا ملزما على بعض

(1) L.Boyer Les promesses synallagmatique de vente contribution à la théorie des avants- contrat, R.T.D.Civil, 1970, P03

(2) Troplong, De la vente, tome I. (n° 142 à 145), cité par Redouine, p. 69.

(3) Rrdouin, Op.cit., p . 69

(4) د. ياسين الجبورين المرجع السابق، ص297 ومايليها.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الشكليات لتقوية الرضا وتدعيمه، فالمتعاقد هنا لا يمكنه ممارسة خيار العدول لأن كلا من الطرفين عبر عن نيته ورضاه بالبيع إلا إذا نص الوعد على إمكانية التراجع. [1]

وما تجدر الإشارة إليه أنه قد يكون الوعد الملزم للجانبين مصحوبا بدفع مبلغ من المال للدلالة على جدية نية المشتري، هذه المبالغ قد تأخذ دلالات متنوعة تختلف حسب قصد المتعاقدين، وفي أغلب الأحيان لا يخرج عن كونه تعاقدا بالعربون.

ولا تخفى علينا الفائدة من العربون في هذا الصدد إذ أنه يبقى للأطراف المتعاقدة من خلال اشتراطه إمكانية ومهلة للتفكير قصد التمعن في مدى جدوى إبرام العقد من عدمه، فيخفف بذلك من الرابطة الإلزامية باعتبارها أثر مباشر للعقد.

وقد تناول المشرع الفرنسي هذه المسألة في المادة 1590 ق.م التي تشير صراحة إلى الوعد بالبيع[2] والتي تأتي مباشرة بعد المادة 1589 ق.م المتعلقة بالوعد بالبيع، وهذا ما جعل جانب من الفقه الفرنسي منهم Delvicourt[3] و Aubry et Rau[4] إلى القول بعدم قبول العربون خارج نطاق الوعد بالتعاقد، خصوصا أن المادة الثانية 1590 ق,م جاءت امتدادا لأحكام المادة الأولى (1589ق.م).

حيث ذهبوا إلى أن العربون حسب ما جاء في المادة 1590 ق.م يحول طبيعة الالتزام الذي يتضمنه ويجعله مجرد وعد بالتعاقد مستندين في ذلك إلى عبارات المادة المذكورة وسياقتها في التقنين المدني. والحال أن المشرع لو أراد تعميمه خارج هذا النطاق لنص عليه صراحة وهو ما لم يحدث.

ومن هؤلاء الفقهاء نجد الفقيه أيضا Coherier الذي يرى أن المادة 1590 ق.م تتعلق بالاشكاليات التي تثار في مرحلة المفاوضات وقبل أي تكوين للعقد[5].

---

(1) J. Picard, Technique de la vente d'immeuble, avant contrat, acte de vente litec,, 1987,P179

(2) تنص المادة 1590 ق.م فرنسي:
« Si la promesse de vente a été faite avec arrhes chacun des contractants est maître s'en départir… »

(3) « Les arrhés ajoutées à une vente parfaite réduisaient ce contrat à une simple promesse dont on pouvait se déduire… », cité par Rédouine, p. 129.

(4) « La remise et la réception d'arrhés réduisent en pareil cas le contrat à une simple promesse de vente ou de louer droit on part de départir … », cité par Rédouin, p. 129.

(5) A. Cohérie, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats. Thèse pour le doctorat en droit. Paris.1939, P112.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

إلى جانب الفقه الغربي نجد بعض الفقهاء العرب سايروا هذا الاتجاه كالأستاذ إلياس ناصين[1] وعبد المنعم فرج الصدة[2] وعبد الرزاق السنهوري[3]، حيث لاحظ هؤلاء أن العربون لا يعبر عن اتفاق نهائي بل يعطي لكل من المتعاقدين الحق في التراجع عن الصفقة، إذ عادة ما يصحب العربون الوعود الملزمة للجانبين وخاصة صورة البيوعات الابتدائية.

وقد برر أنصار هذه النظرية أن الوفاء لمبدأ القوة الملزمة يقتضي إدراج العربون في المرحلة التمهيدية، بحيث لا يجب أن تخفي عنا وظيفة العربون في تكوين العقد جوهر النقاش المتعلق بدور الإرادة، والمتمثل أساسا في التساؤل حول أثر العربون على تلاقي الإرادات وانعقاد العقد.

والجدير بالملاحظة أن هذه النظرية التي تربط العربون بالاتفاق التمهيدي فقط، قد تعرضت للنقد والمعارضة من جانب كبير من الفقه الذي ذهب إلى تعميم العربون على الوعود بالتعاقد وأيضا العقود التامة كالبيع والإيجار والمقايضة ... إلخ الأمر الذي جعل الشك قائما حول مدى صحة هذه النظرية وما تدعوا إليه، وهو ما عبر عنه Carbonnier عندما أكد أن هذه النظرية التي كرستها المادة 1590 ق.م تثير الشك حول مكانتها في تكوين العقد، فهل أن العربون هو صلاحية عدول تندمج ضمن المرحلة ما قبل التعاقدية وتبيح حق التخلي عن إتمام العقد مقابل خسارة مبلغ العربون[4]

وعموما فإن الإشكال يتعلق بمعرفة إن كان العربون وعلى الرغم من الخصائص التي أثبتت تقاربه من العقد التمهيدي يستطيع الانفصال عنه،وإن كان يمنح مهلة للتفكير Délai de Réflexion تسبق إبرام العقد الذي يتكون تكوينا تدريجيا، بحيث يكون الاتفاق جزئيا، فاقدا لأي أثر إلزامي أم أنه يخرج عن ذلك الإطار، ويرتب قدرا من الإلزامية يجعله يتجاوز مجرد مشروع العقد وغيره من الاتفاقات التمهيدية الملزمة.

---

(1) د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج9، البيوع الخاصة، 1997.
(2) د.عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، المرجع السابق.
(4) J.Carbonnier, Droit civil, les obligations, Presses Universitaires de France, edition themis 2000, P14.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المطلب الثاني:تباين العربون عن العقد التمهيدي.

يرى بعض الفقهاء أن العربون يطرح في إطار تكوين العقد، إذ أنه تقنية تؤخر تكوين العقد، وهو يتعلق بمسألة الأجل الممنوح للتفكير[1].

كما أنه آلية إنتشرت بتطور قوانين حماية المستهلك التي تهدف إلى توفير حد أدنى من الحماية للطرف الضعيف في علاقة تعاقدية تفتقد إلى التوازن خاصة وأن المستهلك كفرد لا تتوفر له القدرات الفنية والقانونية، خصوصا أمام التطور الصناعي والتكنولوجي الحالي، الذي يجعل المستهلك أحيانا يجهل فنيات السلعة التي يقتنيها والتي يعلمها البائع المحترف، لتمتعه بخبرة فنية في هذا المجال خاصة بعد ظهور عقود جديدة عن طريق الأنترنات وحتى عن طريق الهاتف[2].

ولكن الفقهاء الذين تناولوا هذه المسألة انقسموا إلى اتجاهين، بين من ينفي وجود العربون خارج مجال الوعد بالتعاقد، لينتقده البعض الآخر الذي يذهب إلى أن العربون لا يمنع تكوين العقد نهائيا(الفرع الأول)، بل أكثر من ذلك قد يكون العربون وسيلة لإثبات إنعاقد العقد، وهي إحدى دلالات العربون المعروفة منذ القدم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إختلاف العربون عن العقد التمهيدي.

يرى أصحاب نظرية العربون إتفاق تمهيدي أن العربون عنصر يفقد العقد صبغته النهائية ويحوله إلى عقد مقدم، ولا مجال لتصور العربون خارج هذا الإطار.

إلا أن هذه النظرية انتقدت كثيرا من العديد من الفقهاء الذين أثبتوا امتداد العربون خارج إطار المرحلة التمهيدية(أولا) مبرزين فقدانه لأي تأثير له على العقد الذي يصحبه(ثانيا).

---

(1) Alain Bénabent, Droit civil, Les obligations, 7eme, edition Domat droit privé, 1999, P52.

(2) الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2001-2002،ص 06.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أولا:إمتداد العربون خارج مجال العقد التمهيدي.

تقدم أنصار هذه النظرية بمجموعة من الانتقادات إلى النظرية السابقة، مبرزين موقفهم بمجموعة من الأسانيد.

1- نقد ربط العربون بالعقد التمهيدي:

تقوم هذه النظرية على الجمع بين العقد المصحوب بالعربون والعقد التمهيدي وخاصة الوعد بالتعاقد إستنادا إلى المادة 1590ق.م فرنسي التي أشارت صراحة إلى الوعد بالبيع المقترن بالعربون.

وقد هوجمت هذه النظرية من قبل العديد من الفقهاء على أساس أنها ميزت بين البيع والوعد بالبيع لتقصي العربون من نطاق تطبيق الأول، وتبقى عليه في الثاني. والحال أن المشرع الفرنسي نفسه لا يميز بينهما في المادة 1589 ق.م فرنسي.

ومن أهم معارضي هذه النظرية نجد Redouin[1] الذي يرى أن النقد الجدي الذي يمكن توجيهه إليها نصي، فبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية، نجد أن إرادة المشرع قد اتجهت أنذاك إلى المناظرة بين البيع المصحوب بالعربون والوعد بالبيع، ومرد ذلك الصبغة الاحتياطية والوقتية المترتبة عن كليهما.

ثم أن البيع المصحوب بالعربون- يضيفRedouin- لا يمكن أن نعتبره وعد بالتعاقد حيث لا تتحقق فيه الشروط القانونية للعقد التمهيدي.

فالميزة الأساسية- حسب Redouin- للعقد التمهيدي هو أن يسبق عقد آخر يحضر له، وسبب وجوده هو النية المشتركة للأطراف في تأمين وضعية متميزة تمكن أحدهم مستقبلا من فرض إبرام عقد معين دون أن تتاح له إمكانية إلزامه في الحاضر.

إن البيع المصحوب بالعربون يظل عقدا نهائيا بالرغم من حق العدول، لأن الأطراف في العقد عبروا عن نية جدية في التعاقد منذ البداية[2].

---

[1] Redouin, op cit, P130-131.
[2] Redouin, op cit, P130.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

2- إمتداد العربون إلى العقود التامة:

تنص المادة 106 ق.م " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

يعتبر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من أهم مبادئ العقد، الأمر الذي يمكن الاطراف من اشتراط العربون في العقد الذي يربطهم، ذلك أن هذا المبدأ يقتضي في الأصل حرية الشخص في أن يتعاقد أو لا يتعاقد. وإذا تعاقد فله الحق أن يحدد مضمون العقد بما يتناسب مع مصلحته وبما لا يتعارض مع النظام العام والأداب.[1]

ويترتب عنه من حيث الشكل قاعدة الرضائية في العقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نظرية سلطان الإرادة تحتاج على المستوى القانوني إلى مكمل ضروري للحرية التعاقدية ويبدو كجزء غير قابل للانفصال عنه، وهو ما يعبر عنه بضرورة احترام الارادة الفردية عند التنفيذ، من ذلك مبدأ القوة الملزمة للعقود.

وبناء على ذلك تتساءل عن إمكانية تضمين العربون في العقود التامة، وكيف لا يؤدي ذلك إلى عدم التعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقود. خاصة وأن وظيفة العربون في تكوين العقد لا تخفي جوهر النقاش المتعلق بمكانة الإرادة.

فقبول العربون في عقد نهائي ملزم لجانبيه من شأنه أن يعيد النظر في تأثير الإرادة الفردية على الالتزامات المترتبة عن العقد[2].

ورغم ذلك تبقى إمكانية قبول العربون في العقود النهائية ثابتة، وقد حضيت بموافقة القضاء الفرنسي الذي أكد أن العربون يتماشى مع تمام العقد.

فقد صدرت عدة قرارات وأحكام عن القضاء الفرنسي تؤكد أن المادة 1590 ق.م. تنطبق على البيوع التامة تماما كما هو الحال مع الوعد بالبيع، بحيث لا يكون هناك جدوى من البحث عن العقد هل يتضمن وعدا بالبيع أو بيعا تاما[3].

وهو الموقف ذاته الذي تبناه القضاء المصري في عدة أحكام وقرارات قضائية تتناول العربون في عقد البيع أو الوعد بالبيع.

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص 436.

[2] J. Schmidt, op cité, P5.

[3] Cass. civ. I, 14 avril 1961n Bull. civ. I, n, 197 – cass. civ, I, 6, 6 oct 1965, Bull civ, I, n, 516, J. C.P. 65, IV, 139 – Paris, 1er ch., 2 mars 1964, JCP. 64, IV, 160.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أما القضاء الجزائري، لا يكاد يختلف إثنان على أنه كان يطبق على مسألة العربون العرف السائد، إلا أنهم لم ينصوا صراحة عليه كما فعل القضاء المصري الذي طبق العرف باعتباره المصدر الثاني في ظل غياب نص قانوني صريح .

فكان لازما على القضاء الجزائري طبقا للمادة الأولى من القانون المدني في حالة عدم وجود نص قانوني أن يلجؤا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا مالم يحدث بحجة عدم الإجماع بين الفقهاء حول مسألة العربون فانتقلوا مباشرة إلى المصدر الثالث وهو العرف. أما قبل صدور القانون المدني وإلغاء القوانين الفرنسية المطبقة في الجزائر بعد الاستقلال، فقد كان يطبق أحكام المادة 1590 ق.م. فرنسي دون النص على ذلك صراحة.

وفي هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية المؤرخ في 1979/01/31 تحت رقم 47 ملف رقم 14447 –غير منشور-[2] يتناول مسألة البيع المصحوب بالعربون، حيث جاء في إحدى حيثياته:" في حين أن ذلك الحكم قد ألزم البائعين، أي المطعون ضدهما بأن يردا للطاعن بالنقض الثلاثة عشر ألف وخمسمائة دينار التي كان قد دفعها لهما على سبيل العربون، مع أن الإجتهاد القضائي يقرر باستمرار أن البائع الذي يمتنع عن تنجيز البيع يكون ملزما بدفع مضاعف العربون".

ما يلاحظ هنا انه رغم رفع الدعوى قبل صدور القانون المدني أي في المرحلة التي كان فيها القانون الفرنسي هو المطبق، إلا قضاء المحكمة العليا لم يشيروا إلى المادة 1590 صراحة، بل استعملوا عبارة "الاجتهاد القضائي يقرر باستمرار" أي اعتمدوا على الاجتهاد رغم وجود نص القانوني، هذا الاجتهاد الذي هو أصلا تطبق لهذه المادة.

في حين نجد قرار آخر للمحكمة العليا – غير منشور- مؤرخ في 1986/01/19، ملف رقم 43103[3] جاء فيه:" حيث تبين من قراءة القرار المطعون فيه أن مجلس الجزائر استند في حكمه على القاعدة التي تنص على:(إذا تم الوعد بالبيع مع العربون فلكل متعاقد أن يتنصل من البيع، ومن قدم العربون يخسره ومن قبضه يرد ضعفه) وهي قاعدة يأخذ بها القانون المدني الفرنسي في مادته 1590، لكن القانون المدني الجزائري لم يتبناها".

---

[2] الملحق رقم (1)

[3] الملحق رقم (2).

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وما يمكن ملاحظته أن قضاة المحكمة العليا نقضوا قرار مجلس قضاء الجزائر الذي استند على المادة 1590 ق.م فرنسي واعتبروه منعدم الأساس القانوني، ولكنهم لم يبرروا موقفهم بخصوص الأساس الذي يجب أن يبني عليه القرار.

ومما سبق يتضح لنا أن القضاء الجزائري كان قبل تعديل القانون المدني وتنظيم مسألة العربون، يأخذ بالعربون في إطار العقود التامة دون الوعد بالتعاقد وهو بذلك يخالف القضاء الفرنسي والمصري.

وإذا كان العربون عادة ما ينتشر في عقد البيع، فإنه لا مانع أن يصحب عقود أخرى كالإيجار، إذ يقترن عقد الإيجار عادة بعربون يدفعه المستأجر أو المؤجر في بعض الأحيان، وتختلف دلالته حسب النية المشتركة للمتعاقدين، فقد يقصد من دفع العربون تأكيد العقد والبدء في تنفيذه، ويكون العربون الذي دفع جزء معجل من الأجرة، أو على خلاف ذلك يكون بهدف الاحتفاظ بحق الرجوع في العقد[1].

ثانيا: عدم تاثير العربون على الصبغة النهائية للعقد

ينعقد العقد الرضائي بمجرد حصول إتفاق بين طرفيه بأية كيفية كانت ودون إتباع شكل معين أو صيغة معينة[2] وهذا ما قضت به المادتين 59،60 ق.م.

إن هذه "الفورية" قد تكون محل مراجعة إذا اقترن العقد بعربون يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر، فهل يؤثر ذلك على إلزامية العقد النهائي؟

ذهب جانب من الفقه المقارن إلى القول أن العربون الذي يتضمنه العقد النهائي يحوله إلى مجرد مشروع عقد، حيث تنزع عنه الصبغة النهائية وتلحقه بطائفة العقود التمهيدية[3]

إن هذا الرأي وإن يبدو للوهلة الأولى مقنعا، من حيث أن اشتراط العربون يجعل انعقاد العقد غير محقق، ولكن هذا لا يعني أن العقد النهائي يتحول إلى عقد تمهيدي لوجود العربون فيه، لأن ذلك فيه مخالفة لإرادة المتعاقدين الثابتة منذ البداية والتي ترمي إلى إبرام عقد نهائي، وما يتغير هو هذه الإرادة التي انصرفت لجعل العقد باتا أو مانحا لإمكانية العدول عنه.

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، عقد الإيجار، دار الفكر، ص 57.

(2) د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 54.

(3) J.Schmidt, op cit, P5.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ومنه فإن العربون منفصل عن العقد التمهيدي، ليمتد إلى العقود النهائية ولكن لا [4]دون أن يجردها من هذه الخاصية ولا يجولها إلى مجرد عقود تمهيدية. لأن العربون لا يمنع تكوين العقد النهائي وهذا ما نفتقره عند العقود التمهيدية بصفة عامة.

وهذا ما أكده الفقيه Collart Dutilleul عندما قال أن البيع المصحوب بعربون العدول لا يمكن أن يتخذ شكل عقد تمهيدي ولو كان ملزما للجانبين، ذلك لأن هذا النوع من البيوع لا ينقصه أي عنصر لتمامه، فالعقد قد تكون واجتمعت فيه جميع العناصر الأساسية[(1)].

وفي نفس الاتجاه أيضا ذهب Redouin[(2)] حينما أكد أن العربون حتى وإن كان للعدول فإنه لا يمنع العقد من التكوين، وغاية ما في الأمر أن العربون يمنح مهلة للتفكير يحدد خلالها المتعاقد عن رغبته النهائية.

إن هذه الفترة التي تتوسط إبرام العقد وإعلان المتعاقد عن رغبته النهائية في إتمام التعاقد أو العدول عنه والتي اصطلح عليها مدة العدول هي التي أثارت الخلط بين التعاقد المصحوب بالعربون والاتفاق التمهيدي بحكم عدم وضوح موقف المتعاقد من العقد. ولكن سيبقى الاختلاف شاسع بينهما، ذلك أن الاتفاق التمهيدي اتفاق يحضر لعقد نهائي ويساهم في تكوينه تكوينا تدريجيا، حيث يخلو هذا الاتفاق من عنصر معين من عناصر تكوين العقد، سواء كان الرضا أو المحل أو إتمام إجراء شكلي ينص عليه القانون. أما العقد المصحوب بالعربون فهو عقد نهائي استوفى جميع شروط وعناصر التكوين، فقط يبقى العقد موقوفا على مرور مدة للعدول.

وما نخلص إليه في الأخير أن التعاقد المصحوب بالعربون منفصل عن الاتفاق التمهيدي، فالعربون يصحب العقد النهائي أو الوعد بالتعاقد، إلا أنه لا يحوله إلى اتفاق تمهيدي، وإن أثر على تلاقي الإرادات، فهو لا يمنع يمنع تكوينه، بل هو إثبات لهذا التكوين.

الفرع الثاني: العربون: إثبات لتكوين العقد

---

(1) François Collart Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Serey 1988, P201.
(2)Redouin, Op.cit, p. 132.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

إذا كان دفع العربون عملا بالفقرة الأولى من المادة 72 مكرر ق.م هو إعطاء خيار العدول عن العقد لطرفيه، فإن هذه الدلالة ليست قاطعة، بل تشكل قرينة بسيطة يمكن مخالفتها بالاتفاق في العقد على ما يخالفها صراحة أو ضمنا، بالكشف عن النية المشتركة للمتعاقد من ظروف التعاقد، وعندئذ تكون الدلالة لإثبات انعقاد العقد وتأكيد الانتقال من مرحلة المفاوضات الابتدائية إلى مرحلة التعاقد النهائي.

ودلالة الإثبات هي إحدى دلالات العربون التي تناولها الفقه بالدراسة إلى جانب دلالة العدول عن العقد ودلالة تأكيد العقد والبدء في تنفيذه.

وسنلقي الضوء في هذا الصدد على خصائص العربون كوسيلة إثبات(أولا) ثم نبحث في العربون كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية(ثانيا).

أولا: مميزات العربون كوسيلة للإثبات.

قد يقصد من دفع العربون انعقاد العقد وذلك إذا كان زهيد القيمة أو قليل المقدار بالمقارنة إلى الثمن الكلي للمبيع، بحيث لا يعتبر ثمنا للعدول ولا قسطا معجلا من الثمن.

فمثلا إذا اقترن الوعد بالإيجار بعربون، وكان المستأجر هو الذي دفعه، وكان مقدار العربون مبلغا ضئيلا، فالغالب أن الإيجار الذي دفع فيه العربون تجديدا ضمنيا لإيجار سابق، فلا يمكن أن نعتبر العربون في هذه الحالة بغرض حفظ العدول عن العقد، لأن كل من المتعاقدين يستطيع عدم تجديد العقد من أول الأمر، والغالب هو تأكيد حصول التجديد الضمني واثباته، حتى لا يكون هناك مجال للشك[1].

والعربون كوسيلة إثبات قليلة الفائدة والفعالية في حالة وجود تصرف قانوني تجاري أو مدني[2]، ذلك أن المشرع اشتراط الكتابة لإثبات التصرف كقاعدة عامة في المادة 333 ق.م والتي عدلها المشرع بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني على النحو التالي:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...".

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الإيجار ، المرجع السابق، ص57.

[2] د. عبد الحي الحجازي، ص 448.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فإذا كان التصرف مدنيا وكانت قيمته تزيد عن نصاب الاثبات بالشهادة فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ومن ثم إذا لم تكن هناك كتابة فلا يغني العربون المقدم عند إنعقاد العقد، إذا كانت قيمة العقد تزيد عن 100.000 دج.

أما إذا كان التصرف تجاريا أو استحال الحصول على دليل كتابي فيما كان يجب إثباته بالشهادة أو البنية مهما كانت قيمة العقد، وبذلك لا يكون العربون في هذه الحالة كبير الجدوى في الاثبات[3].

والجدير بالملاحظة أن الوظيفة الاثباتية للعربون فقدت أهميتها في الوقت الحاضر وقد يفسر ذلك بحرص الاطراف على اعتماد وسيلة إثبات أكثر فاعلية بالنسبة إليهم كالكتابة مثلا.

هذا بالرغم من أن هذه الوظيفة ذات أصول تاريخية، فالرومان الذين إنتقل إليهم إليهم العربون عن طريق المعاملات التجارية مع الفينيقيين، اعتمدوا عليه في بادئ الأمر- في العصر الكلاسيكي- لإثبات التعاقد. فوجود العربون في العقد دليل على أن العقد قد انتقل من مرحلة التفاوض إلى مرحلة التنفيذ وأنه أصبح بالعربون باتا ومؤكدا[4]

وفي هذا العصر لم يكن العربون عنصر من عناصر العقد، بل وسيلة أو آلية تشهد على تكوين الاتفاق وانعقاده، تغني عن اللجوء إلى آية وسيلة أخرى كالكتابة أو أي إجراء شكلي أخر، نظرا للتداول الكبير لهذه الوظيفة بين التجار، وإن كان بعد ذلك تطورت وظيفة العربون وأصبحت للعدول.

وهكذا نخلص إلى أن العربون كوسيلة إثبات تقلصت على أهميتها، من حيث أنها تحدد زمن تكوين العقد، وهي اللحظة التي تقدر فيها أهلية الأطراف المتعاقدة والقانون الواجب التطبيق على الصفقة إلى جانب ذلك إضفاء نوع من الجدية على العلاقات التعاقدية بين الأطراف، مع تطور القوانين الوضعية كوسيلة لإثبات تكوين العقد النهائي، حيث يعتبر العربون من قبيل القبول الضمني للإيجاب الذي يتكون به العقد.

---

[3] د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 317، وأيضا، د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 448.
[4] د. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 51.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ثانيا : العربون كوسيلة لاثبات التصرفات القانونية

لقد نظم المشرع الجزائري طرق الاثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين؛ وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي[1] .

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

فبمقتضى هذا النص لا تقبل شهادة الشهود في إثبات هذا النوع من التصرفات. وقياسا عليه يستطيع العربون في غياب الكتابة إثبات عقد لم تتجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري. أما في غير هذه الصورة لا يمكن الاعتماد على العربون لإثبات التصرف القانوني.

وقد نتصور أيضا اللجوء إلى العربون كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية في المادة التجارية التي تتبنى قاعدة الإثبات الحر، خاصة وأن معظم العقود التي تكون مصحوبة بالعربون هي ذات صبغة تجارية.

أما بالنسبة للعقود المدنية فيمكن تصور حالة يقبل فيها الإثبات بالشهود إضافة إلى القاعدة العامة المذكورة أعلاه، وهي الصورة المنصوص عليها في المادة 336ق.م: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته...".

وعليه يمكن للعربون أن يقوم بوظيفته الاثباتية بالنسبة للتصرفات التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري عند تعذر الحصول على سند كتابي لوجود مانع مادي أو أدبي يحول دون ذلك أو لسبب أجنبي خارج عن إرادة الدائن وقد تسال لفقه في فرنسا حول مدى قبول العربون كبداية حجة مكتوبة تسهل قبول الشهادة كوسيلة لاثبات التصرفات القانونية أو اعتماد قرائن القانونية خاصة وان مفهوم بداية الحجة المكتوبة قد

[1] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 242.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ينسحب على العربون ، إذ عادة ما تقتضي الأعراف التجارية إثبات مبلغ العربون في وصل يسلم إلى الطرف الذي دفعه [1] .

ومهما يكن من أمر فإن قبول العربون كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية يبقى محدود الفاعلية من حيث قوته الثبوتية أمام الشكليات التي يفرضها القانون لإثبات مختلف التصرفات القانونية التي غالبا ما تصحب بالعربون خصوصا البيوعات العقارية والأصول التجارية.

المبحث الثالث: الطابع الاحتمالي للعقد المقترن بالعربون.

الأصل أنه إذا تلاقى التعبير عن إرادة الموجب، مع التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب وارتباطا ببعضهما، ينعقد العقد. وعندها لا تتمكن أي من الارادتين الرجوع والعدول عما اتجهت إليه، لأن ارتباطهما يحقق التراضي، وبالتالي انعقاد العقد الذي يعد شريعة المتعاقدين ليس لأي منها نقضه أو تعديله ما لم تقم الأسباب المذكورة في المادة 106 ق.م.وبذلك فإنه بامكان المتعاقدين أن يتفقا على أن يكون لكل واحد منهما الحق في العدول عن العقد المبرم.

والعربون باعتباره ما يدفع من أحد المتعاقدين إلى الآخر عند ابرام العقد بهدف الإبقاء عن حق العدول عن العقد فإنه يجعل تلاقي إرادة الطرفين يكون تلاقيا غير نهائيا وباتا، مما يثير حالة الشك وعدم التيقن حول مآل العقد.

بمعنى آخر يصبح العقد يتسم بصفة عدم الثبات حيث يبدو لنا العقد موصوفا بالاحتمالية، فلا شيء يؤكد مصيره النهائي.

لقد حاول الفقهاء تفسير صفة عدم الثبات التي تميز العقد المصحوب بالعربون، فهناك من يرجعها إلى كون طبيعة العقد موصوف(المطلب الأول) في حين يرجع البعض الآخر سبب ذلك إلى صلاحية العدول التي يمنحها العربون (المطلب الثاني).

(1) … La question reste discutée en doctrine de savoir si les arrhes pevent etre admises comme adminicules , au titre de commencement de preuve par écrit…
Decottignies , op. cit, p 5

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المطلب الأول: العقد المصحوب بالعربون عقد موصوف.

يعبر العقد المصحوب بالعربون عن وضعية مؤقتة وظرفية، وضعية انتظار للإختيار بين ابرام العقد نهائيا أو العدول عنه مقابل فقد العربون أو مثله.

وهو ما يثير حالة من الشك وعدم التأكد حول مصير العقد خلال هذه الفترة ولقد حاول الفقه تحديد طبيعة العربون، فظهرت آراء مختلفة بين من يقر به من الشرط اللاحق للعقد (الفرع الأول) وبين الرأي الذي يعتبره بدلا في إلتزام بدلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العقد المصحوب بالعربون عقد مشروط.

نظرا لما يترتب على الشرط باعتباره وصفا للالتزام أو العقد، من وقف تنفيذ الالتزام المعلق عليه، إذا كان الشرط واقفا، أو زوال هذا الالتزام إذا كان الشرط فاسخا وتحقق[1]؛ فقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار العقد المصحوب بالعربون عقد معلق على شرط، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة الشرط، فمنهم من قال أنه شرط واقف (أولا) في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بالشرط الفاسخ(ثانيا).

أولا: العربون شرط واقف:

1- العربون شرط لوجود العقد.

يطلق الشرط عند الفقهاء على التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الامور زائد على أصل التصرف، سواء كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لم يكن من مقتضاه، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أو لغيره أو لم يكن فيه منفعة لأحد[2].

والشرط في القانون له معان مختلفة، فقد يراد منه الوصف الذي يلحق الالتزام من ناحية رابطته القانونية، فيعلق هذه الرابطة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. وقد تناول المشرع الشرط في القسم الأول من الباب الثالث المتعلق بالأوصاف المعدلة لأثر الالتزام.

---

(1) د. ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 149.

(2) د. زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، ع 3-4 ، س 25، 1957، ص 1.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

حيث تنص المادة 203 ق.م. "يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبلي وممكن وقوعه..."، واشترط من خلال المادتين 204، 205 ق.م. أن يكون الشرط مستقلا عن إرادة الأطراف، ممكنا ومشروعا غير مخالف للنظام العام والأداب، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1168 ق.م.

فالتصرف القانوني المعلق على شرط هو تصرف غير مؤكد المصير إذ يظل تكونه وتحققه رهن الأمر المستقبلي الموقوف عليه.

والشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على تحققه أو تخلفه وجود الالتزام. بمعنى آخر هو ما بموجبه يعلق وجود الالتزام.

وتبعا لذلك ذهب الكثير من الفقهاء منهم عبد المنعم البدراوي[1] ورمضان أبو السعود[2] وسليمان مرقس[3] وأنور سلطان[4]

ومن الفقه الغربي نجد Baudry Lacantinerie[5] و Josserand[6] وغيرهم، ذهبوا إلى اعتبار العربون بوصفه مبلغ من المال يدفع من أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد لحفظ حق العدول شرط واقف مقتضاه عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة يتفق عليها سلفا، فيقع وقف آثار العقد حتى يتحقق الشرط، فتترتب الآثار القانونية مستندة إلى وقت التعاقد[7] .

ومؤدى ذلك وقف جميع الأثار التي ينتجها العقد إلى أن يسقط حق العدول بعد مرور أجله، وسقوط هذا الحق بعدم استعماله يتحقق الشرط الواقف، ومن ثم ينتج العقد جميع آثاره بأثر رجعي[8].

وحسب أنصار هذه النظرية فإن العربون يؤثر على رضا المتعاقدين حيث يعلق دفع العربون العقد إلى حين سريان أجل العدول، حيث يكون تعهد الأطراف غير نهائي،

---

(1) د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 266.

(2) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 104.

(3) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة،، عقد البيع ، منشورات مكتبية صادر، بيروت، ط5، 1990، ص98.

(4) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 83.

(5) Baudry Lacantinerie ، أشار إليه عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 187.

(6) Josserand, cité par Redouin, P133

(7) د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، 1980، ص167.

(8) أحمد فايز ، عقد البيع في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 374.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وتمتد المرحلة ما قبل التعاقدية إلى اليوم الذي يتحقق فيه الشرط. وبفضل الأثر الرجعي لهذا الوصف ينعقد العقد منذ وقت دفع العربون.

وقد أكد عبد الحكم فودة أن خيار العدول يعني أن الرضا ليس نهائيا وأنه يحتاج إلى الاستقرار بعدم العدول خلال المدة المحددة لإبرام العقد النهائي، فإذا مرت هذه المدة ولم يحدث عدول خلالها فقد تحقق الشرط؛ وبذلك فالعقد لا ينتج أي أثر إلى أن يتبين مصير الشرط، فإذا تحقق- على النحو السالف- فإن العقد ينتج أثره من وقت العقد ويستقر التعاقد ويصبح الرضا نهائيا.

2- نقد النظرية: العربون شرط إرادي محض.

لقد واجهت هذه النظرية انتقادات عديدة تمحورت في مجملها حول مفهوم الشرط وخصائصه:

1- إن التصور الذي إنتهت إليه هذه النظرية يجعل العربون شرطا إراديا محضا، بما أن تحققه يتوقف على محض إرادة المتعاقد المستفيد منه، لذلك فالإرادة الفردية لهذا الأخير هي التي تقوم بالدور الرئيسي فيه، إن لم يكن الدور الوحيد بينما يتعين لصحة الشرط الواقف أن لا يكون متوقفا على محض إرادة الملتزم حسب ما جاءت به المادة 205 ق.م " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

ورد بعض الفقه على هذا الانتقاد منهم Decottignies الذي يرى أن الشرط لا يمكن أن يعتبر إراديا إلا إذا توقف على مجرد رضا المدين، والحال أن ممارسة العدول التي يمنحها العربون لا تتوقف على محض إرادة المدين فقط وإنما تتوازى في المقابل مع دفع غرامة العدول[1].

2- لاحظ محمد شتا أبو سعد[2] أن الرأي القائل بتكيف العقد المصحوب بالعربون بأنه معلق على شرط واقف، لا يمكن الأخذ به، ذلك أن أهم ما يميز الشرط هو صفته العارضة[3]، فما يعلق عليه العقد المصحوب بالعربون ليس مجرد واقعة محايدة قد تقع أو

---

(1) Decottignies, op cit, P 03

(2) د. محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق، ص167

(3) فالشرط كوصف يلحق الالتزام أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفي أركانه، فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة. راجع إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 154.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

لا تقع دون أن تدخل في صميم العقد، وإنما الأمر في الحقيقة يتعلق بإرادة أحد المتعاقدين والتي تكون هي المتحكم الوحيد في مصير العقد عن طريق الحق الإرادي الذي تتمتع به والمنبثق عن التحفظ الذي يمارسه أحد أطراف العقد[1].

3- كما انتقد هذا الرأي على أساس أن تخلف الشرط الواقف يؤدي إلى تحقق العدول، وهذا يعني زوال العقد بكل آثاره، وهذا لا يفسر كيف يلتزم المتعاقد برد العربون أو مثله.

ثانيا: العربون شرط فاسخ للعقد.

1- عرض النظرية:

ذهب أنصار هذا الاتجاه كالفقيه met de Santerre Guillourd Planiol et Ripert وغيرهم[2]، ومن الفقهاء العرب نجد جميل الشرقاوي[3]، إلى القول بأن العقد المصحوب بالعربون هو عقد معلق على شرط فاسخ.

ومقتضى هذا الشرط هو عدول أحد المتعاقدين عن العقد المنعقد سلفا، خلال مدة محددة متفق عليها، فإذا مرت هذه المهلة ولم يعدل أي من المتعاقدين عن العقد فقد تخلف الشرط الفاسخ وظل العقد مرتبا لآثاره القانونية.

ونلاحظ في هذه الحالة أن الشرط إيجابي يتمثل في ممارسة حق العدول، عكس ما هو عليه الأمر في تكييف العربون كشرط واقف الذي يشترط عدم ممارسة حق العدول، فالقول بالشرط الفاسخ يقضي كما سبقت الاشارة إليه إعتبار العقد قد تم نهائيا، ويبقى مصير استمراريته غير ثابت من حيث أنه مهدد بالزوال باستعمال حق العدول. وهو لا يختلف كثيرا عن بقية العقود التي تتكون وتدخل حيز التنفيذ القانوني، والتي وإن أبرمت لتستمر في الزمن وتنتج آثارها فإنها ليست أبدية.

ولكن وجه الاختلاف هنا هو أن صلاحية العدول التي يمنحها العربون والتي يعتبرها بعض الفقهاء أنها شرط فاسخ تمنح امكانية فسخ العقد بصورة مطلقة دون حاجة

---

(1) المقصود من الحقوق الارادية حقوق مناطها إرادة الأطراف المتعاقدة، إذ يخرج هذا الصنف عن التقسيم التقليدي للحقوق، بمعنى أنها لا تنتمي إلى طائفة الحقوق الشخصية أو العينية، وإنما تخضع لمحض أرادة الأطراف، في هذا المعنى راجع إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 203.ومايليها.

(2) Colmet de Santerre Guillourd وPlaniol et Ripert ،أشار إليهم عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 177.هامش3.

(3) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 71.72.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

إلى تبرير ، بصورة تجعل فكرة الاستقرار التعاقدي وثبات الالتزام مسألة مرهونة بعدم التعسف في استعمال الحق.

هذا ويرى السنهوري[1] أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف، فالشرط في واقع الأمر واقفا في جميع الحالات، يوقف وجود الالتزام، أو يوقف زواله، ففي الحالة الأولى يطلق عليه الشرط الواقف، وفي الثانية يسمى الشرط الفاسخ، وتحديدها إذا كان الشرط فاسخا أو واقفا يرجع في النهاية إلى نية المتعاقدين، ويستخلص القاضي هذه النية من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد[2].

وبناء على ذلك فإن انعقاد العقد المصحوب بالعربون نهائيا منذ تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين والاتفاق على جميع عناصره الضرورية لإنعقاده.

والشرط الفاسخ ليس له تأثير إلا على مصيره، فإذا عدل المتعاقد عن العقد تحقق الشرط الفاسخ وترتب عنه زوال آثار العقد بأثر رجعي.

أما إذا مرت المدة المتفق عليها ولم يعدل أي من المتعاقدين عن العقد تخلف الشرط الفاسخ وظل العقد مرتبا لآثاره القانونية، حيث يلتزم المشتري بدفع باقي الثمن-بعد خصم مبلغ العربون- ويلتزم البائع بتسليم المبيع والضمان ونقل الملكية[3]. ولكن النتائج التي أفضت إليها هذه النظرية جعلتها تواجه انتقادات شديدة

2- الشرط الفاسخ يزيل العقد.

تعرضت هذه النظرية لجملة من الانتقادات أهمها:

إن الالتزام المقترن بالشرط الفاسخ هو التزام تام منتج لآثاره منذ نشأته، إلا أنه قابل للزوال بصورة نهائية في حالة تحقق الشرط الفاسخ.

يري سليمان مرقس أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال العقد كله بأثر رجعي ، ومن ثم فليس هناك سند قانوني لالتزام المتعاقد برد مبلغ العربون أو مثله[4].

---

(1) د. السنهوري، الوسيط، ج3، ص 30.

(2) د. جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 60.

(3) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 187.

(4) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 77. وفي نفس المعنى، د. جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص60.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وبذلك ذهب بعض الفقهاء وفي مقدمتهم سليمان مرقس إلى تقديم تكييف جديد للعربون مع الاحتفاظ بفكرة العقد المشروط، فهو يرى العقد المصحوب بالعربون عقد معلق على شرط واقف هو عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة، على أن يضاف إلى هذا التكييف أن هذا النوع من التعاقد يتضمن اتفاقين متميزين:

أولهما الاتفاق على البيع مثلا- مقترنا بشرط واقف أو فاسخ، ومرجع تحديد ذلك هو النية المشتركة للطرفين التي يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد نفسه، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازي قيمة العربون، ويعتبر هذا الاتفاق باتا أيا كانت طبيعة الشرط المقترن به العقد، فإذا استعمل أي من المتعاقدين حق العدول تحلل من التعاقد ووجب عليه دفع ما يوازي قيمة العربون، إلا فلا يجب عليه[1].

ولكن انتقد هذا الرأي الذي يستقيم في حالة اعتبار العدول شرطا فاسخا للتعاقد، ولا يستقيم في حالة اعتبار عدم العدول شرطا واقفا للتعاقد، لأن الالتزام بالعربون يعد حينئذ مقررا في ذمة كل من المتعاقدين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول، ويقتضي ذلك أنه يجوز لكل من الطرفين منذ ابرام العقد أن يطالب الآخر بقيمة العربون على أن يرده إذا تحقق عدم العدول وتأيد التعاقد، وهو أمر غير مستساغ بالإضافة إلى أنه مخالفا لقصد المتعاقدين[2].

ومن ناحية ثانية فإن اعتبار العقد المصحوب بالعربون معلق على شرط فاسخ أو واقف ليس له أساس قانوني، لأن أحكام العربون كما وردت في المادة 72 مكرر ق.م تختلف عن أحكام الشرط المنصوص عليها في المواد 203 إلى 208 ق.م.

الفرع الثاني:العقد المصحوب بالعربون ذو محال متعددة

لقد سبق تعريف العربون بأنه مبلغ مالي أو شيء آخر منقول يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند ابرام العقد للدلالة على تأكيد العقد أو حفظ حق العدول مقابل فقدان قيمة العربون.

---

[1] د. سليما ن مرقس، المرجع السابق، ص 77.

[2] د. جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص67.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

من هذا التعريف نستنتج أن العربون يسمح للمتعاقدين بإمكانية الخيار بين وضعيتين، إما إبرام العقد أو ممارسة العدول مقابل فقدان مبلغ العربون.بناء على هذا، ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار العقد المقترن بالعربون إلتزام بدلي (أولا) في حين ذهب البعض الآخر إلى تكييفه كالتزام تخييري(ثانيا).

أولا: العربون ينشئ التزاما بدليا (Obligation Facultative)

لقد ذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الأستاذ السنهوري[1] ومحمد يوسف الزغبي[2] وعبد الحكم فودة[3] وغيرهم إلى تكييف العربون كبدل في التزام بدلي، ولكن هذه النظرية لم تكن محل تأييد من جميع الفقهاء، بل انتقدت من طرف البعض.

1- عرض النظرية: العربون : وفاء بالبديل

أ- المقصود بالالتزام البدلي:

الالتزام البدلي هو أن يقتصر محل التزام المدين في شيء واحد، إلا أنه يخول مع ذلك للمدين تبرئة لذمته، أن يؤدي بديلا عن المحل الاصلي.

وميزة الالتزام البدلي أن التزام المدين يتحدد بالشيء الاصلي فقط ككونه عقارا أو منقولا من ذلك في الاختصاص المحلي للقضاء. ثم إنه حتى ولو اختار المدين الوفاء بالبديل فإن التزامه لا ينقلب إلى التزام بسيط بل يبقى على طبيعته الأصلية[4].

فالالتزام البدلي هو الذي يكون فيه المحل منحصرا في أمر واحد معين ومحدد في الأصل، مع منح المدين الحق في الخيار للوفاء ببديل عنه.

وتطبيقا للقواعد العامة المنظمة للمحل (المواد 92 -96 ق.م.)، يجب أن يكون المحل الأصلي للالتزام البدلي موجودا ومعينا ومشروعا قابلا للتعامل فيه، وإلا كان الالتزام باطلا. وهذه الشروط نفسها يجب أن تنطبق على محل الالتزام البديل والتي يترتب على انعدامها تحول الالتزام البديل إلى التزام بسيط ذو محل واحد.

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 91.

(2) د. محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، 2004، ص 141.

(3) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص192.

(4) د. عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم عنابة، 2004، ص61.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فالبديل ليس هو محل الالتزام، ولكنه شيء آخر يحل محل الالتزام بحيث تبرأ ذمة المدين إذا وفى به وإذا كان للالتزام محل واحد وآخر بديل يحل محله سمي الالتزام بدليا.

فالمحل الأصلي هو الذي ترد عليه المطالبة من جانب الدائن فهو لا يمكنه المطالبة بالمحل البديل، ولكن للمدين أن يختاره بديلا عن المحل الأصلي دون إمكانية معارضته من الدائن.

ب-تطبيق أحكام الالتزام البدلي على العربون:

ذهب جانب من الفقه منهم عبد الحكم فودة إلى القول بأن الالتزام البدلي يتفق مع العربون، ومقتضى ذلك أنه في العقد المصحوب بالعربون يكون المستفيد من صلاحية العدول مطالب بالالتزام الأصلي الذي يتمثل في تنفيذ العقد، ولكن مع إمكانية دفع العربون كبديل للوفاء بالالتزام الأصلي.

فلو طبقنا ذلك على الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد والمصحوب بدفع العربون من طرف المشتري، فإذا عدل المشتري عن إتمام العقد، برفض دفع باقي الثمن والمصروفات وتسلم المبيع- وهذا هو محل التزامه الأصلي في العقد النهائي- فإنه يستطيع أن يوفي بهذا الالتزام إذا ترك العربون للبائع فذلك يؤدي إلى انقضاء التزامه.

ونفس الأمر إذا كان الوعد بالبيع وعدل البائع عن العقد برفضه نقل ملكية المبيع رغم قبض العربون من المشتري، فإنه يستطيع بدلا من الوفاء بمحل التزامه الأصلي- السالف الذكر- أن يرد ضعف العربون للمشتري فينقضي التزامه لوفائه للبديل.

على ضوء ما تقدم إعتبر عبد الحكم فودة الذي أيد رأي السنهوري في اعتبار العربون محلا بديلا في التزام بدلي تبرأ ذمة المدين- سواء كان بائعا أو مشتريا- من محل التزامه الأصلي في العقد المدفوع فيه العربون، إذا تنازل عن العربون إذا كان هو المشتري المدين والرافض لإتمام التعاقد أو رده ومثله للطرف الآخر. إذا كان المدين الرافض لإتمام التعاقد هو البائع.[1]

ويضيف عبد الحكم فودة أن المدين في عقد البيع مثلا قد يكون البائع وقد يكون المشتري، ومحل التزام البائع هو التسليم ونقل الملكية والضمان، وهي محال أصلية ولكن

[1] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 194.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

لهذا بديل واحد وهو العربون، ويمكن بالعربون الوفاء بالالتزام بعدم تنفيذ المحل الأصلي وتنفيذ المحل البديل، فيؤدي إلى انقضاء التزام المدين.

ويترتب على ذلك حسب الأستاذ السنهوري أن العربون بدل مستحق بالعقد فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخا له[2].

2- نقد النظرية: العربون إختيار بين إبقاء العقد أو إنهائه.

لم تسلم هذه النظرية من النقد خاصة من طرف سليمان مرقس الذي يرى أن الالتزام البدلي يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين، أحدهما أصلي والثاني يجوز للمدين أن يفي به بدلا من الالتزام الأصلي، وليس الأمر كذلك في البيع بالعربون لأن الالتزامات التي ينشئها البيع النهائي في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر يختلف عنه وهو التزام بدفع العربون فلا يستقيم القول اعتبار ذلك التزاما بدليا[3].

ولكن السنهوري رد على هذا الاعتراض بأنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البدلي محالا متعددة بينما يكون البديل محلا واحدا[4].

ومن جهة أخرى، فالالتزام البدلي- على حسب ما سبق توضيحه- يتضمن محلا واحدا، والالتزام البديل ليس إلا طريقة لتسهيل التعاقد.

ومنه فإذا اعتبرنا العربون محلا بديلا في التزام بدلي، فإن ذلك يعني اعتباره من تسهيلات الوفاء بالعقد، وهو ما لا يمكن قبوله مع العربون خصوصا مع عربون العدول، حيث يمثل عربون العدول رفضا لتكوين العقد وتنفيذه ولا يمكن أن يشكل وسيلة لتسهيل تنفيذ العقد.فممارسة حق العدول عن العقد من طرف أحد العاقدين يؤدي إلى انقضاء كل رابطة أو علاقة إلزامية بينهما، وهي وضعية تختلف عن تلك التي تترتب عن الالتزام البدلي. فالمدين الذي عوض أن يدفع مبلغ القرض يسلم قطعة أرض، فتبرأ ذمته من الالتزامات المترتبة عن العقد الذي لا يتعرض وجوده إلى الانقضاء، إنما التغيير الوحيد الذي يطرأ هو طريقة تنفيذ الالتزام.

---

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ،ص 91.

[3] د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص77.

[4] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش واحد، ص91.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وهكذا نخلص إلى أن الحرية التي يفضي إليها الالتزام البدلي هي حرية الاختيار بين طرق تنفيذ العقد، أما العقد المصحوب بالعربون فالحرية تتعلق بالاختيار بين ابقاء العقد أوالعدول عنه. وبالتالي تكييف العربون على أنه محل بديل في التزام بدلي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وهذا ما أدى إلى ظهور رأي آخر يقرب العربون من الالتزام التخييري.

ثانيا: العربون ينشئ التزاما تخييريا Obligation Alternative

1- الإلتزام بالتخيير بين عدة محال:

أ- مفهوم الالتزام التخييري:

نظم المشرع الجزائري الالتزام التخييري في المواد 213 إلى 215 ق.م، ويقصد به أن يكون محل التزام المدين عدة محال، على أن تبرأ ذمته إن هو أدى واحد فقط من تلك المحال. هذا ولا نكون أمام التزام تخييري إلا إذا كانت هناك عدة محال منذ نشأة الالتزام مستوفية لشروط المحل العامة، وأن يكون الوفاء بواحد منها فقط[1].

ومن أهم خصائص الالتزام التخييري أنه يجعل الالتزام المقترن به غير معين المحل تعيينا دقيقا، فيصبح موصوفا بالتعدد وعدم التيقن حول طريقة الوفاء؛ ومرد ذلك هو الجهل بمحل الالتزام الذي سيؤديه المدين إلى حين ممارسة هذا الخيار، خاصة وأن الاختيار بين المحال المتعددة يكون في الأصل للمدين إلا أن يقضي نص القانون أو الاتفاق بخلاف ذلك، حسب ما تنص عليه المادة 213 ق.م. [2]

أمام هذه الخصائص التي اجتمعت في الالتزام التخييري والتي تؤثر على طريقة تنفيذ العقد، ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف العقد المصحوب بالعربون على أنه التزام تخييري.

---

[1] د. عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 59.

[2] تنص المادة 213 ق م " يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها , ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ب- تطبيق أحكام الالتزام التخييري على العربون:

عندما يصحب تكوين العقد دفع مبلغ من المال أو تقديم شيء آخر منقول باعتباره عربونا، فإن ذلك يمنح الحق لكل من المتعاقدين لإتمام العقد أو نقضه مقابل فقدان المبلغ المدفوع أو ضعفه حسب ما تقر به المادة 72 مكرر ق.م.

فالمشرع من خلال هذه المادة أقر للمتعاقدين في عقد مصحوب بالعربون إمكانية الاختيار بين إتمام العقد وتنفيذه أو نقضه مع فقدان العربون.

وهذا الاختيار ينبع من الاتفاق نفسه باعتبار أن العربون اتفاق بين المتعاقدين. وهو ما يدفع إلى التساؤل هل أن دفع العربون يجعل أطراف العقد دائنا ومدينا في التزام تخييري؟.

وهذا ما انتهى إليه بعض الشراح خصوصا في فرنسا الذين ذهبوا إلى تكييف العقد المصحوب بالعربون بأنه التزام تخييري رغم الانتقادات الشديدة التي واجهتهم.

2-العربون لا يتضمن إلا محلا واحدا.

انتقدت هذه النظرية بشدة من طرف الفقهاء وفي مقدمتهم J. Schmidt[1] و Redouin[2].

فالالتزام التخييري يتضمن محلين أو أكثر عند نشأته تشاع بينها القوة الملزمة بحيث تتساوى هذه المحال من حيث القيمة في ذهن المتعاقدين بصورة تجعل الدائن غير مبال إذا نفذ محل الالتزام الأول أو الثاني أو غيره.. هذه الوضعية لا نجدها في العقد المصحوب بالعربون. ففي هذا العقد من يدفع العربون ليس له من الناحية القانونية الخيار بين تنفيذ

[1]J.Schmidt, op. cité, P9.
[2]Redouin, op. Cité , P150.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

التزامه أو التخلي عن مبلغ العربون المدفوع فرأيه وإن عكس شيء من الخيار ولكنه من الناحية القانونية الصرفة، لا يتضمن إلا محلا واحدا[1].

ففي الالتزام التخييري إذا تخلف أحد المحال فإنه يتحول إلى التزام بسيط مجرد من وصف التعدد في المحل، ومع ذلك يبقى هناك محل للالتزام يجوز المطالبة به.

أما في العقد المصحوب بالعربون فإن تخلف المحل يؤدي إلى بطلان العقد المقترن بالعربون، مما ينتج عنه حتما بطلان إشتراط العربون الذي يعد فرعا يتبع في مصيره الالتزام الأصلي الذي يتضمنه[2].

فالقول بأن العقد المتضمن عربون من قبيل الالتزام التخييري يترتب عنه بقاء الالتزام المترتب عن العربون رغم انقضاء العقد الأصلي، وهو أمر غير صحيح، ذلك أن العقد يتضمن محل واحد وليس هناك مجال للخيار بين عدة محال، غاية ما في الأمر أن العقد يمنح صلاحية التحلل منه مقابل فقدان مبلغ العربون.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن الفقهاء اختلفوا في إعطاء تكييف واضح للعربون الذي يصاحب العقد، مما يضفي عليه صفة عدم الثبات، فهناك من يرجعها إلى أن العقد مقترن بشرط سواء كان واقف أو فاسخ، وهناك من يعتبر ذلك راجع إلى أن العربون محل بديل في التزام بدلي ولكل فريق أدلته وأسانيده التي يعتمد عليها.

ولكن هناك فريق آخر من الفقهاء يفسر عدم ثبات العقد المتضمن العربون بأنه يمنح صلاحية العدول عن إتمام التعاقد وهو ما نراه في المطلب الثاني.

---

(1) D.Yannich, op. cite, P194.

(2) د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 350.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المطلب الثاني: العربون: حق العدول.

أمام عجز النظريات السالفة الذكر عن تفسير صفة عدم ثبات العقد المصحوب بالعربون، نظرا للاختلافات الواضحة بين العقد المتضمن للعربون والعقد الموصوف سواء تعلق الوصف بالشرط أو بمحل الإلتزام، حاول بعض الفقه إعطاء تفسير آخر لهذه الخاصية.

فالعربون باعتباره مبلغ مالي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، وأغلب ما يكون ذلك في عقد البيع أو الإيجار للدلالة على إتمام العقد وعدم الرجوع فيه، أو لدلالة على جواز نقض الاتفاق فيكون لكل من الطرفين خيار رجوع فيه مقابل خسارة العربون[1]. يعد وسيلة من وسائل التعاقد التي تمكن الشخص من التحلل من العقد بالعدول عنه وعدم إتمام تنفيذه، ومرد ذلك ما يمنحه العربون من حق العدول عن العقد وفق ما تنص عليه المادة 72 مكرر ق.م.

هذه الصلاحية هي التي تضفي على العقد صفة عدم الثبات رغم انعقاده نهائيا، من حيث عدم التأكد حول مصير العقد. لهذا سنحاول دراستها من حيث أجل ممارستها والآثار المترتبة عنها (الفرع الأول) بعدها نبحث عن طبيعتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام خيار العدول

خيار العدول هو الإمكانية الممنوحة لأحد أطراف العقد أو لكليهما للنكول عن الاتفاق مقابل خسارة مبلغ مالي محدد سلفا.

ونظرا لأن هذه الصلاحية تجعل العقد غير مستقر من حيث مصيره النهائي، يجب على المتعاقدين الاتفاق على مدة يجوز لهما خلالها العدول عن العقد إما صراحة أو ضمنا (أولا) ذلك أن ممارسة خيار العدول عن العقد سيرتب أثار من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين(ثانيا).

[1] د. محمد كامل مرسي، الالتزامات، المطبعة العالمية، مصر، 1954، ص 149.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أولا: آجال خيار العدول.

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأي من طرفيه خيار العدول عن العقد وجب علينا أن نتعرف على الوقت الذي يباشر فيه هذا الخيار.ومن أجل ذلك يجب أن يتضمن العقد مدة محددة لإبداء الرغبة فيه، ويرجع ذلك إلى ما يترتب عن الرجوع من مساس بمبدأ استقرار التعامل وما يؤدي إليه من وسم العقد المقترن به العربون من شك وريبة وعدم تيقن من بقائه ونفاذه، حيث يبقى المتعاقد قلقا لا يعرف متى يكون هذا العدول ومتى يكون العقد باتا؟

فينتج عن ذلك وضعية قانونية تتسم بعدم الثبات والوضوح حيث تظل العلاقات التعاقدية متصفة بالاحتمالية إلى حين ممارسة خيار العدول. والفقه الإسلامي يكاد يجمع بدوره على أن خيار العدول عن العقد هو خيار مؤقت ينقضي بمدة معينة، اختلف الفقهاء في تحديدها، فالإمام مالك يقدرها بقدر الحاجة إليها فقد تكون يومين كما في بيع الثياب أو أسبوع في بيع الجارية وقد تصل إلى الشهر في بيع الدار. أما الإمام أبو حنيفة والشافعي فلا يجيزان مدة الخيار لأكثر من ثلاثة أيام في جميع الأحوال. عكس الإمام أحمد الذي ترك الاتفاق للأطراف في تحديدها[1]. وعموما فإن هذا الأجل قد يطول أو يقصر، وقد يتم تحديده صراحة من المتعاقدين، وقد يغفلان عن تحديده فيكون ضمنيا.

1- الأجل الصريح.

عادة ما يحدد المتعاقدان أجلا لخيار العدول، وفي هذه الحالة لا يجوز لهما استعمال حق الرجوع إلا في الفترة المحددة والمتفق عليها، فإذا لم يعدل أحد المتعاقدين عن العقد في المدة المحددة سقط حقه في العدول بانقضاء مدته، ويتأيد العقد ويصبح باتا ولازما منذ انعقاده، ولا يستطيع أي من طرفيه التحلل منه بالإرادة المنفردة، ويكون لمن دفع العربون استرداده أو تركه باعتباره وفاء بجزء من الثمن[2].

---

(1) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ، دار الجيل، بيروت، ط 1 ، 1989، ص 342.
(2) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 192.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أما إذا عدل أحد الطرفين عن العقد في الميعاد المحدد تعين على كل من عدل أن يدفع ثمن عدوله وهو قيمة العربون أو ضعفه. وتميز المادة 72 مكرر ق. م بين حالتين في العدول:

- إذا كان العدول ممن دفع العربون، فقده.
- وإذا عدل من قبض العربون رده ومعه مثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر للطرف الآخر. ذلك أن العربون في هذه الحالة لا يكون تعويضا عن الضرر وإنما هو ثمن عدول المتعاقد عن العقد. فالطرف الذي دفع العربون يكون قد اشترى العدول مقابل تركه للعربون ومن تسلمه اشتراه مقابل رد ضعف العربون[1].

ويعتبر تحديد مدة العدول من القواعد الأساسية التي اتفقت عليها مختلف التشريعات واستقر القضاء على العمل به، ذلك أنه لا يمكن أن تترك المدة مفتوحة نظرا لانعكاساتها الخطيرة على استقرار المعاملات.

2- الأجل الضمني:

قد يغفل الأطراف المتعاقدة عن تحديد أجل يمارس خلاله العدول، فهل يفهم من ذلك أن الأجل يخضع إلى آجال التقادم[2] المعمول بها في القانون المدني خاصة المادة 308ق.م التي تنص على " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...".

إذا اعتبرنا أن خيار العدول الذي يتضمنه العقد المصحوب بالعربون يخضع لأحكام هذه المادة يعني ذلك أن عدم تحديد مدة العدول يعني استمرارية هذا الحق مدة خمس عشرة سنة. وهي مدة التقادم العادي.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي خاصة Leduc [3] إلى ضرورة احترام أجل ثلاثين سنة كأجل أقصى يمارس خلاله العدول في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده، لأن في ذلك احترام لإرادة الأطراف المتعاقدة.

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 265.

[2] د. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 237.

[3] Leduc, Des avants contrat, Paris 1914, P 45, cité par Yannick

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ولكن مثل هذا القول قد يفضي إلى انتهاكات خطيرة لمبدأ استقرار المعاملات، فالمتعاقد وإن سمح للمتعاقد الآخر بممارسة حق العدول عن إتمام التعاقد إذا لم يرغب الاستمرار في هذه العلاقة العقدية، فهذا لا يعني استمرار هذه الإرادة طوال ثلاثين سنة.

لذلك يتجه الشراح إلى أنه إذا لم يتم تحديد مدة معينة لمباشرة حق العدول عن العقد اتفاقا أو عرفا، يبقى هذا الحق قائما للمتعاقد، يجوز له أن يعدل عن إتمام العقد في أي وقت إلى يوم التنفيذ طالما أنه لم يتنازل عن حقه هذا صراحة أو ضمنا.

بمعنى آخر أن المدة المسموح خلالها للمتعاقدين لاستعمال حق العدول هي الفترة الممتدة من إبرام العقد حتى وقت التنفيذ. فالبائع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها فإن موقفه هذا يدل على نزوله عن الحق في العدول عن العقد وأن الصفقة تعتبر بالنسبة له صفقة باتة نهائية، وإذا قام أحد المتعاقدين باستعمال حقه في العدول عن العقد، وجب عليه أن يدفع للطرف الآخر المقابل لهذا العدول فإذا كان هذا الطرف هو الذي دفع مبلغ العربون فإنه يفقده بهذا العدول، وإذا كان هو الذي قبضه فإنه يلتزم عندئذ برد ضعف هذا المبلغ الذي قبضه[1].

ويضيف نبيل سعد، أن هناك وسيلة أخرى من شأنها استبعاد قاعدة التقادم المذكورة أعلاه، من ذلك أن يبادر أحد الطرفين بإنذار الآخر، يحدد له مهلة معقولة يتعين عليه فيها أن يعدل عن العقد إذا شاء، وإلا اعتبر متنازلا عن حق العدول بعد إنقضائها فيجوز للطرف الآخر أن ينازع في مدى معقولية هذه المدة، فيعرض الأمر على القضاء لحسم النزاع القائم بين المتنازعين[2].

كما يمكن الاستدلال من ظروف التعاقد ما يفيد التنازل ضمنيا عن حق العدول، فالمتعاقد الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في

(1) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 103.
(2) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 113.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ذمته اعتبر هذا نزولا عن حق العدول، كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري أو دفع المشتري للبائع أقساطا من الثمن.[1]

ثانيا: آثار العدول.

ينتج خلال مدة العدول وحتى ممارسة حق العدول عن العقد آثار يرتبها القانون أو الاتفاق، هذه الآثار قد تتمثل في الحقوق والالتزامات المحمولة على عاتق الأطراف المتعاقدة خلال المدة التي في غضونها يمارس العدول.

1- الآثار المترتبة خلال مدة العدول:

إن القول بفورية العقد المصحوب بالعربون قد يضعنا أمام نتائج متناقضة لا يمكن الأخذ بها، ذلك أن هذا الحل يبدو مخالفا للإرادة الحقيقية للأطراف الذين اشترطوا صراحة أجلا للنكول، مما يدل على أنهم أرادوا تأجيل آثار العقد إلى حين انقضاء هذا الأجل. هذا بالإضافة إلى الإنعكاسات التي قد تترتب عن نقل الملكية والمخاطر إذ العقد المقصود هنا هو البيع.

لذلك يجب احترام هذه الإرادة وتأجيل ترتيب الآثار إلى ما بعد انقضاء مهلة العدول عن العقد، وسبب ذلك أن هذا العقد ينتج وضعية غير ثابتة لا تستقر إلا بعد انقضاء الأجل الممنوح للأطراف لممارسة حق العدول في غضونه. ولا يتمتع الأطراف خلال هذه الفترة إلا بحقوق مستقبلية ناتجة عن عقد لا يعرف مصيره بعد[2].

وبناءا على ذلك يتوقف المتعاقدان عن تنفيذ التزاماتهما لفترة محددة وهي مهلة التفكير والتروي، وبعدها يمكن لأحد الطرفين أن يعدل عن هذا العقد أو أن يستمر فيه وفقا لما يهتدي إليه تفكيره.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع لم يشأ أن يتم تنفيذ العقد خلال هذه الفترة، بأن يقوم المشتري في عقد البيع مثلا بسداد الثمن، بحيث أنه إذا اختار الرجوع في التعاقد خلال المدة المتفق عليها ، فإنه يسترده من البائع. وفضل المشرع عدم تنفيذ العقد من

---

(1) د. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 58، وأيضا أنور سلطان، المرجع السابق، ص 87.

(2) D . Yannick, op cit, P 117

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

طرف من له حق العدول- المشتري- وأوقف تنفيذ التزاماته مؤقتا، لأنه رأى أن المتعاقد قد يتأثر بتنفيذه للعقد فعلا، الأمر الذي يجعله قد يتردد في اختيار العدول، ومن ثم لا يكون اختياره حرا تماما[1].

ويرى الدسوقي[2] أن أثر العدول في هذه الحالة يشابه الشرط الواقف بالنسبة لتنفيذ العقد ممن تقرر له خيار الرجوع، ويشابه الشرط الفاسخ فيما يتعلق بمصير العقد.

وتتم ممارسة العدول عبر الخيار الذي سيقرر المستفيد منه الأخذ به على حسب مصلحته سواء بتأكيد إنعقاد العقد بصفة نهائية وباتة أو التخلي عن هذا العقد باستعمال حق العدول من أحد الأطراف خلال المهلة الممنوحة لذلك، يصبح العقد بفوات هذه المدة نهائيا وباتا ولا يجوز الرجوع فيه أو التحلل منه بإرادة منفردة . ومنه إذا تم الارتباط نهائيا بفوات مهلة العدول لا يمكن نقض العقد إلا رضائيا بموجب حصول اتفاق جديد بين المتعاقدين يقضي بذلك.

وبالتالي يتحول الحق الناتج عن العقد حق مؤكد يلتزم الطرف الآخر بأدائه. وإذا لم يقم أحدهما بالتنفيذ تعرض للجزاء المنصوص عليه في قواعد المسؤولية العقدية، فيحق للطرف الآخر حسب المادة 119 ق.م [3] أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ. وفي الحالتين يجوز للمحكمة أن تقضي بتعويض قد يكون مساويا للعربون أو أكثر أو أقل وذلك طبقا للقواعد العامة في تقرير التعويض عن عدم التنفيذ[4].

2- حقوق الأطراف والتزاماتها بعد استعمال حق العدول:

الأصل أن مجرد دفع عربون عند إبرام العقد يفيد احتفاظ المتعاقدين بحق العدول لكل منهما مقابل خسارة العربون أو ضعفه حسب ما جاءت به المادة 72 مكرر ق.م.

وتعتبر هذه الخسارة بمثابة ثمن لاستعمال الحق في العدول، يصبح مستحقا في ذمة من عدل لمجرد عدوله، بغض النظر عن حصول الضرر للطرف الآخر أو عدم حصوله، وبالتالي يفسخ العقد بأثر رجعي، ورجعية الفسخ لا يرتب ضرر – في الأصل – لأن العقد لم يدخل حيز النفاذ بعد.

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 245.

(2) نفس المرجع، ص 245.

(3) تنص المادة 119 ق.م " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...".

(4) د. خليل النشار، المرجع السابق، ص 44.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

والمتعاقد الذي عدل عن العقد لا يعد مرتكبا لخطأ يستوجب تحمل المسؤولية إنما هو يمارس حقا في الرجوع ذو أصل اتفاقي[1].

ولكن إذا تعسف في استعمال هذا الحق يكون مرتكبا لخطأ تقصيري يرتب مسؤوليته التقصيرية بالإضافة إلى فقدان قيمة العربون.

فالعربون ليس مقابل خطأ تقصيري، بل مقابل العدول وعدم التنفيذ، وهو حق مشروع طالما خلا من التعسف ونية الإضرار بالمتعاقد الآخر[2]. إذا عدل المتعاقد الذي دفع العربون – المشتري مثلا – فإما أن يكون ذلك شفاهة في مواجهة الطرف الآخر – البائع – الذي يصادقه على ذلك، فيحتفظ هذا الأخير بالعربون ويفقده المشتري، ويثبتان مضمون هذا الاتفاق الشفوي في العقد، وينتهي الأمر بينهما عند هذا الحد، فتزول القوة الملزمة للعقد بين الطرفين[3].

وإذا عارض الطرف الآخر – البائع – هذا العدول، عندئذ يستعمل المشتري حقه في العدول الوارد بنص العقد أو بنص القانون إذا خلا العقد\ من نص صريح يتعارض مع نص المادة 72 مكرر ق.م. (103 ق.م. مصري) إذ السكوت يعني لجوء الطرفين إلى القاعدة المكملة الواردة في المادة السالفة الذكر.

وللمشتري أن يضع البائع أمام مسؤولياته، فيوجه له إنذار بأنه سيستعمل حقه في العدول وأنه يضع بذلك نهاية للعقد متنازلا عن العربون الذي دفعه، وللبائع أن يرد عليه بأن العدول جاء بعد فوات المدة المحددة للعدول، ومن ثم له أن يطالبه بتنفيذ العقد عينا أو اللجوء إلى القضاء للحكم بفسخ العقد وتعويضه عن الضرر الذي لحق به[4].

---

(1) Jaoma Schmildt, Op.cit, p. 11. « Le contractant qui se dédit ne comment pas fonte contractuelle mais exerce un droit de retrait d'origine conventionnelle… »

(2) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 242.

(3) نفس المرجع، ص 243.

(4) نفس المرجع، ص 244 وما يليها.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد صدر حكم قضائي رقم 92/1378 بتاريخ 1992/11/15- غير منشور – عن محكمة باتنة القسم المدني[1] قضى بإلزام المدعى عليه برد المبلغ الذي تسلمه من المدعي والمقدر بـ 44.000 دج وأن يدفع له مبلغ 5000 دج تعويضا عن الضرر اللاحق به وقد كيفت المحكمة في حيثياتها المبلغ المدفوع بأنه عربون فمن جهة قضت برده ومن جهة أخرى قضت بالتعويض.

فمن خلال ما سبق ذكره حول دلالة العربون، نتساءل عن الدلالة التي أعطتها المحكمة للعربون ؟ فإذا كانت دلالة بث فالحكم صحيح، أما إذا كانت دلالة عدول فهو غير صحيح لأن الحكم في هذه الحالة يكون برد مبلغ العربون فقط دون تعويض. وبعد استئناف هذا الحكم صدر القرار المؤرخ في 1994/02/09 عن مجلس قضاء باتنة[2] وجاء في إحدى حيثياته: "حيث أن المستأنف أخذ مبلغ مالي يقدر بـ 44.000 دج لكي يبيع للمستأنف عليه قطعة أرض ثم تراجع ورفض تنفيذ إلتزامه وهذا ما يثبته الشهود وبالتالي وجب عليه رد المبلغ الذي قد تسلمه من المستأنف. حيث بناء على ما تقدم نجد أن المحكمة قد أصابت في حكمها مما يتعين المصادقة على الحكم المستأنف..."

وبعد الطعن بالنقض صدر القرار المؤرخ في 1996/03/13[3] ، اعتبر قضاة المحكمة العليا فيه أن الإثبات بالشهود الذي لجأ إليه المطعون ضده إنما كان لإثبات وقائع مادية وهي دفع العربون وبالتالي فالقرار لم يخرق المادة 333 ق.م.

ومن جهة أخرى إذا عدل من قبض العربون، فالأمر مختلف لأن رد العربون يعني أنه لم يخسر شيئا وعاد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة 72 مكرر ق.م رد ضعف العربون بغض النظر عن وقوع ضرر أم لا .

وفي هذا الإطار صدر قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية المؤرخ في 1979/01/31 تحت رقم 47 ملف رقم 14447 – غير منشور– [4] جاء فيه :"في حين أن ذلك الحكم قد ألزم البائعين أي المطعون ضدهما بأن يرد للطاعن بالنقض الثلاثة عشر

---

[1] الملحق رقم (03)
[2] الملحق رقم (04)
[3] الملحق رقم (05)
[4] الملحق رقم (01)

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ألف وخمسمائة دينار التي كان قد دفعها لهما على سبيل العربون مع أن الاجتهاد القضائي يقرر باستمرار أن البائع الذي يمتنع عن تنجيز البيع يكون ملزما بدفع مضاعف العربون"

وفي قرار آخر غير منشور للمحكمة العليا – الغرفة المدنية صدر بتاريخ 31/ 1981/01 تحت رقم 11447 جاء فيه على وجه الخصوص:" ... إذا عدل البائع عن البيع وجب عليه رد ضعف العربون... وينقض كل قرار يقضي بخلاف هذا المبدأ القضائي الثابت" وأيضا قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/02/19[1] الذي جاء في إحدى حيثياته أن الوعد بالبيع إذا تم مع العربون فلكل متعاقد أن يعدل عن البيع ولكن من قدم العربون خسره ومن قبضه يلتزم برد ضعفه.

وقد تساءل الفقه حول مدى جواز المطالبة بالتعويض أكثر من مقدار العربون بحجة زيادة الضرر؟. في حقيقة الأمر لم تحض فكرة التعويض الكامل للضرر المترتب عن النكول على إجماع الفقه ومبرر ذلك الصبغة التقديرية المسبقة لغرامة النكول. فقد ذهب جانب من الفقه إلى جواز المطالبة بتعويض يفوق مقدار العربون وفقا للقواعد العامة إذا كان الضرر يتجاوز قيمة العربون[2].

في حين ذهب رأي آخر[3] إلى القول باستقلالية العربون عن الضرر حتى ولو تجاوز الضرر مقدار العربون المدفوع، وبناء عليه لا يجوز للمتعاقد الذي نقض في مواجهته العقد المطالبة بأكثر من مقدار العربون بحجة زيادة الضرر.

ولكن يباح له ذلك في حالة ثبوت سوء نية المتعاقد أو تعسف هذا الأخير في استعمال حق العدول[4]

فالعدول في حد ذاته حق وقع الاتفاق عليه مسبقا، ولكن التعسف في استعماله يشكل خطأ مستقلا وينشئ إمكانية المطالبة بالتعويض. ومما سبق يتضح لنا أن صلاحية العدول التي يمنحها العقد المصحوب بعربون هي التي تضفي على هذا العقد صفة عدم الثبات،

---

(1) الملحق رقم (02)

(2) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 84.

(3) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 247 وما يليها.

(4) التعسف في استعمال حق العدول يتحقق في حالة ما إذا كان العدول مفاجئ أو في وقت غير مناسب وبدون مبرر يقتضيه، ذلك أن الجزاء الأصلي- فقد العربون أو ضعفه- لا يوقع إلا مقابل العدول في حد ذاته مجرد من كل ظرف يجعل منه فعلا ضارا يرتب المسؤولية التقصيرية. وفي هذه الحالة الفاضي هو الذي يتحقق من مدى انطباق شروط التعسف الواردة بنص المادة 124 مكرر ق .م ، حيث لا يكفي إلزام المتعاقد بالجزاء المقرر في المادة 72 مكرر .ق.م فقط بل يتجاوزه إلى إلزامه بالتعويض لجبر الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حقه كواقعة مستقلة عن حق العدول.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

حيث تبقى حالة الشك وعدم التيقن قائمة حول مصيره طوال مدة العدول. ولمزيد من التعرف على هذه الخاصية نحاول معرفة طبيعتها القانونية وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لخيار العدول.

تؤثر صلاحية العدول المترتب عن العربون مباشرة على العقد، وقد حاول الفقه إيجاد تكييف قانوني لها متخذا بعين الاعتبار هذه الملاحظة (أولا) ومن جهة ثانية العدول باعتباره نظام قانوني يترتب عليه زوال العقد، ليس النظام الوحيد الذي يرتب هذا الأثر، بل يشاركه في ذلك بعض الأنظمة القانونية الأخرى (ثانيا).

أولا: التكييف العدول حق مصدره الاتفاق

لا ينقض العقد حسب المادة 106 ق.م إلا برضاء طرفيه أو للأسباب التي يقررها القانون. هذه القاعدة في الواقع نتيجة مباشرة لمبدأ لزوم العقد الذي يعبر عنه بالعقد شريعة المتعاقدين؛ على أن استحالة النقص الأحادي للعقود ليس مطلقا إذ يمكن فسخ العقد من جانب واحد بموجب القانون أو بترخيص مسبق من المتعاقدين ضمن بنود العقد.

يرى الفقه أن خيار العدول الذي يمنحه العقد المصحوب بالعربون هو أحد الأسباب التي تؤدي إلى فسخ العقد بإرادة منفردة، ذلك أنه تعبير عن إرادة منفردة لا على تلاقي الإرادتين. فهو إذن تصرف قانوني أحادي موضوعه التعبير عن إرادة جديدة تتناقض مع إرادة سابقة خرجت إلى الوجود القانوني من قبل وعبر عنها نفس الشخص.

وبناء على ما تقدم فإن خيار العدول المستفاد من دفع العربون يوفر لصاحبه حقا معينا يمكنه من التحلل من العقد بإرادة واحدة، بحيث تكون له صلاحية إنهاء العلاقة التعاقدية بمقتضى تصرف إنفرادي دون أن يكون للطرف الآخر المعارضة على ذلك.[1]

ومن جانب آخر لاحظ Redouin [2] بناء على تأثير صلاحية العدول التي يمنحها العربون على القوة الملزمة للعقد أنها من قبيل حق النقض الأحادي للعقد، حيث تتاح لأحد أطراف العقد أو لكليهما حسب ما يضبطه الاتفاق إمكانية نقض العقد أحاديا خلال مدة

(1) Joanna Schmidt, op . Cité, P 10.
(2) Redouin, op. cit, P 158.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

معينة مقابل خسارة مبلغ العربون أو ضعفه. والجدير بالملاحظة أن الفسخ الأحادي للعقد المرخص به عقديا ليس استثناءا حقيقيا للمبدأ الوارد في المادة 106 ق.م أو خروجا عنه- كما يبدو- ولكنه في الواقع إعمالا وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وقدرتها على تحديد أثار العقد، وهذا هو روح مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ولقد حاول الفقه تحديد طبيعة خيار العدول والطائفة من الحقوق التي ينتمي إليها؛ فوجدوا صعوبة كبيرة، ذلك أن الحقوق في تصنيفها التقليدي تنقسم إلى حقوق شخصية وعينية.

وإذا حاولنا إدراج خيار العدول تحت أي من الطائفتين تعذر ذلك، فالحقوق الشخصية تقتضي وجود علاقة مباشرة بين الدائن والمدين، وهذا لا يتحقق في العقد المصحوب بالعربون، فلا يملك أي متعاقد سلطة مباشرة تجاه الطرف الآخر. والحقوق العينية تخول صاحبها سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، وهذا لا يتحقق مع حق العدول المستفاد من العربون، حيث لا يملك المستفيد أي سلطة مباشرة على مبلغ العربون[1].

أمام صعوبة تصنيف حق العدول ضمن إحدى الطائفتين، اتجهت جهود الفقه إلى طائفة ثالثة من الحقوق ظهرت حديثا نسبيا تخول صاحبها سلطة تجاه شخص أو شيء معين.يطلق على هذه الطائفة من الحقوق تسمية الحقوق الإرادية المحضة[2] مفادها إن يكون استعمالها مطلقا ، يتمتع صاحبها بحرية شبه مطلقة و هذا ما يدعو إلى التساؤل عن مدى إرادية خيار العدول و ما إذا كان خيارا مطلقا بالفعل أم على العكس من ذلك يعد خيارا مقيدا أي مراقبا في استعماله من القضاء .

و الوقع أن خيار العدول من حيث استعماله لا يتطلب كقاعدة عامة تبريرا أو باعثا معينا ، بل يمكن ممارسته بغض النظر عن الباعث الداعي إليه ، و لكن هذا لا يمنع من إخضاعه لنظرية التعسف في استعمال الحق باعتبارها نظرية عامة للتطبيق . فالقاضي له أن يبطل العدول الذي تم بسوء نية صاحبه لمجرد الإضرار بالغير.

---

[1] د. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق،ص204 .

[2] تعرف أيضا بالحقوق الإنشائية وفقا للفقه الألماني والسويسري، وهي نفس الحقوق التي عرفها الفقه الإسلامي تحت تسمية " الحق في كسب حق" إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 205.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فخيار العدول الذي تمنحه العربون هي حق إرادي يتيح لأحد أطراف العقد أو لكليهما حسب ما يضبطه العقد إمكانية نقض العقد أحاديا خلال المدة المتفق عليها دون تبرير أو تعويض للطرف الآخر. فالحق الإرادي المتولد عن الاتفاق يبيح لصاحبه إمضاء العقد فيستقر أمره، أو نقض العقد والتحلل منه أما مركز الطرف الأخر فيتحصل في واجب تحمل سلطة من تقرر له الخيار، بحيث تصبح إرادته غير مجدية لا يتوقف عليها حدوث الأثر القانوني [1]. ويصنف الدسوقي أن إطلاق استعمال حق العدول لا يعني انعدام كل تنظيم أو تحديد لذلك الاستعمال. فلا نزاع أن هناك بعض القيود المنطقية التي تنظم هذا الاستعمال، ومن ذلك أن استعمال حق العدول لا يقبل الانقسام بطبيعته، فصاحب الحق مخير فقط بين إتمام العقد أو العدول عنه، فلا يملك تنفيذ شق منه فقط والرجوع في الباقي أو تنفيذ بعض الشروط دون البعض الآخر، وإذا اختار المتعاقد الرجوع في تعاقده، فلا يملك العودة والرجوع فيما اختاره فاستعمال الخيار يكون نهائيا[2].

ونضيف إليه أن نجاعة خيار العدول تفترض أن تمارس في زمن معين، فهي علاوة على انه يرتب حقا إراديا فإن هذا الحق محدود زمنيا بفترة زمنية يمارس خلالها العدول. والتي بانقضائها يسقط هذا الحق ويصبح رفض الوفاء بالالتزامات التعاقدية بعدما إن يصبح العقد باتا سببا يجيز إثارة المسؤولية العقدية.

ثانيا: تمييز حق العدول عن بعض الأنظمة المشابهة لها.

يتميز حق العدول بخصائص استخلصها الفقه من الوظيفة التي يقوم بها هذا النظام القانوني، وعلى ضوء هذه الخصائص يمكن التمييز بينه وبين بعض الأنظمة القانونية التي تقترب منه لوحدة أو تشابه الآثار المترتبة عن كليهما.

---

(1) و تعرف أيضا بالحقوق الإنشائية وفقا للفقه الألماني و السويسري وهي نفس الحقوق التي عرفها الفقه الإسلامي تحت تسمية "الحق في كسب حق". إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص205.و قد عرفها عبد الحي الحجازي بأنها سلطات تمكن لصاحبها أن يؤثر على مراكز قانونية سابقة بتعديلها أو إنهائها أو إنشاء غيرها. عبد الحي الحجازي، مدى خيار الدائن بين التنفي و الفسخ، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، س1، ع2، 1،ص29.

(2) د. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص234.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

1- العدول والبطلان:

البطلان هو الجزاء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان انعقاد العقد أو شرط من شروط صحته.[1]فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا استجمع أركان انعقاده من رضا ومحل وسبب والشكل في حال اشتراط القانون أو الاتفاق ذلك. ويبطل إذا لم يستوف شروط صحته كنقص في الأهلية أو عيب في الرضا.

ويترتب على البطلان اعتبار العقد أو التصرف القانوني غير موجود وأنه لم يتم منذ البداية ولا يترتب أي أثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ويشترك كل من العدول عن العقد وبطلانه في النتيجة التي يؤدي إليها كليهما.وهي اعتبار العقد كأن لم يكن، وبالتالي انعدام كل أثر له.

ولكنهما يختلفان بعد ذلك، فالبطلان جزاء يترتب على عدم اكتمال أركان العقد، أي يترتب نتيجة خلل أصاب تكوينه، فهو لا يرد على عقد صحيح نافذ، بل هو وصف لعقد منعدم من الوجهة القانونية، لذلك مع البطلان لا يكون هناك عقد ولا تترتب أية آثار.ومن ناحية أخرى فإن العقد الباطل بطلان مطلق لا يتصحح بمرور الزمن لذلك لا يرد عليه التقادم، كما لا ترد عليه الإجازة، فلا يتصحح بها حسب ما جاءت به المادة 102 ق.م.

أما حق العدول فعلى العكس مما سبق، يرد على عقد صحيح مستوفي لجميع شروطه وأركانه وواجب تنفيذه من حيث الأصل، إلا أنه بالنظر إلى اتفاق الطرفين اعتبر هذا العقد غير لازم لأحد طرفيه أو لكليهما حيث يدخل الشك والريبة حول مستقبل هذا العقد.[2] بالإضافة إلى أن العقد مع البطلان النسبي يكون نافذا ومنتجا لأثاره القانونية التي يرتبها بمجرد إتمام انعقاده، في حين نجد حق العدول غالبا ما يوقف تنفيذ العقد وترتيب آثاره لحين انتهاء المدة المحددة من الطرفين.

لذلك فالأثر المترتب على العدول عن العقد هو هدمه وعدم تنفيذه والتحلل من جميع الالتزامات العقدية الناتجة عنه، أما الأثر المترتب عن إبطال العقد هو وقف تنفيذ العقد إذا كان قد بدأ في تنفيذه أو محو أثار هذا التنفيذ إذا كان قد نفذ.

---

(1) د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 248.

(2) د. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 144.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

كما يتميز العدول عن البطلان في كونه يتم بالإرادة المنفردة لأحد أطراف العقد دون توقف ذلك على إرادة الطرف الأخر أو اللجوء إلى القضاء كما هو الحال بالنسبة إلى إبطال العقد.

2- العدول والفسخ:

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه. فإذا لم يف المتعاقد بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر أن يطلب حل الرابطة التي تجمعهما كي يتحرر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه.وهكذا فالفسخ يعتبر جزاء عدم تنفيذ العقد من أحد الأطراف وفقا لما جاء في المادة 119 ق.م وما يليها[1].

يفضل المتعاقد أحيانا اللجوء إلى الفسخ للتحرر من رابطة عقدية فاشلة بسبب تقاعس الطرف الآخر عن التنفيذ؛ فقد يتضرر المتعاقد الدائن من طول وعدم فعالية إجراءات التنفيذ العيني الجبري أو التنفيذ عن طريق التعويض، وقد لا يجدي معه أيضا الدفع بعدم التنفيذ لأنه مجرد موقف سلبي في مواجهة متعاقد سيء النية قد تطول مماطلته على نحو تسبب أضرار للمتعاقد الآخر الذي يكون بحاجة إلى إنجاز العقد، خاصة إذا بدأ في تنفيذ التزاماته.[2] وفي هذا الأثر ورجعيته يشترك الفسخ مع العدول عن العقد، فكلاهما إزالة وهدم للعقد واعتباره كأن لم يكن. وضرورة إعادة الأطراف إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

إلا أنهما يختلفان في عدة أمور؛ أهمها أن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي وفق ما تنص عليه المادة 119 ق.م أو باتفاق الطرفين حسب المادة 120ق.م.

فإذا كان الفسخ بحكم قضائي، فإن القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة ويستطيع طبقا للفقرة الثانية من المادة 119 ق.م أن يقضي بفسخ العقد أو أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته وذلك حسب ما تقتضيه مصلحة الأطراف المتعاقدة. كما يستطيع المدين تجنب القضاء بالفسخ إذا قام بالوفاء بالتزاماته قبل صدور حكم نهائي به.

أما العدول عن العقد فيتم بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو استصدار حكم قضائي.

---

[1] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 349 وما يليها.

[2] د. محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 402 وأيضا ، د. عبد الكريم بلعيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، 1986، ص 244 ومايليها.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد يبدو التقارب أكثر بين الفسخ الاتفاقي الذي نصت عليه المادة 120 ق.م والتي تجيز الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بسبب عدم التنفيذ، وبين العدول المترتب عن العربون، من حيث كون مصدرهما اتفاق المتعاقدين إلا أن الفارق يبقى واضحا بينهما خاصة من حيث الصفة الإرادية لإعمال العربون عن العقد والتي يتوقف معها حق العدول كلية على محض إرادة المتعاقد صاحب الخيار. أما خيار الدائن في طلب الفسخ فإنه يتوقف على عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، الأمر الذي يبعد عنه الصفة الإرادية التي يتميز بها العدول المستفاد من العربون.

3- العدول والإقالة:

الإقالة أو التقايل هو اتفاق يقع بين طرفي العقد يهدف من ورائه المتعاقدون حل الرابطة العقدية، ويرد على عقد من العقود الملزمة للجانبين ثم إبرامه بشكل صحيح.[1]

غير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على فكرة الإقالة وإن كانت المادة 106 ق.م والتي تنص على أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ترمي إلى نفس الهدف الذي ترمي إليه الإقالة. ذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يقضي بعدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، الشيء الذي يوحي بجواز الإقالة بطريقة غير مباشرة، وهو الحكم المستفاد من المادة المذكورة.[2]

وقد يبدو لأول وهلة أن الإقالة تشبه العدول باعتبار أن كل منهما يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي بموجب اتفاق طرفي العقد؛ غير أن هذا التقارب بين النظامين لا يجعلها نظاما واحدا فثمة عدة فروق بينهما.

فالإقالة لا يمكن أن تتم إلا باتفاق الطرفين- كما هو الحال بالنسبة للفسخ- في حين نجد في العدول الصفة الإرادية تقف عند حد الاتفاق عليه وتضمينه للعقد أما إعماله بعد ذلك فيتم بمحض إرادة أحد المتعاقدين.

ومن جهة أخرى فالإقالة لا ترد إلا على العقود الملزمة للجانبين، أما العدول المستفاد من دفع العربون يرد على جميع أنواع العقود سواء ملزمة لجانب واحد أو ملزمة للجانبين.

---

(1) حسن تونسي، انحلال العقد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2004، ص 26.
(2) نفس المرجع،ص 26.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد يقترب العدول عن العقد من إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من حيث أثر كل منهما على العقد، فكلاهما يترتب عليه عدم استقرار العقد وعدم التيقن من تنفيذه، وان كان يفرق بينهما أن الشك في حالة إنهاء العقد بإرادة منفردة يقتصر على مستقبل العقد فقط أي ليس له أثر رجعي، بينما في حالة العدول عن العقد المصحوب بالعربون فإن الشك يهدد قيام العقد نفسه وليس تنفيذه فقط .[1]

وما نخلص إليه في مسألة العدول باعتبارها أشهر دلالات العربون الذي يدفعه أحد الأطراف عند إبرام العقد، أنها تمنح المستفيد منها إمكانية الخيار، بصورة تمكنه من عدم التعهد بصفة نهائية قبل انقضاء مهلة التفكير المحددة سلفا، حول جدول التعاقد والتي تنتهي بفقدان العربون أو ضعفه في حال استعمال حق العدول.

ومن هنا يمكن اعتبار هذه الصلاحية وسيلة حماية ناجعة وحقيقية للرضا، إذ لا يكفي في كثير من الأحيان أن توجد الإرادة وقت إبرام العقد، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تستمر لفترة زمنية، وذلك للخوف من الوقوع في عيب من عيوب الرضا أو لعدم كفاية العناصر الموضوعية التي تمكنه من تقدير مدى أهمية العقد وجدواه أو للتأكد من مدى ملاءمة الصفقة مع المعطيات الجديدة.

وحتى لا تتحول هذه الصلاحية إلى وسيلة للإضرار بغير المستهلك، يشترط أن يتولى القضاء مراقبة ممارسة هذه الصلاحية والتي يجب أن تستبعد في حال ثبوت تعسف المستفيد منها أو سوء نيته. أما فيما يخص أجلها تقتضي القاعدة العامة كما بيّنا أعلاه حرية الأطراف التامة في تحديدها، ولا تخفى علينا حينئذ خطورة الإبقاء على هذه القاعدة إذا أردنا إثارة هذه الصلاحية كوسيلة حماية. ذلك أن طول مدة أجل العدول قد تشكل خطرا جسيما يلحق الواعد بالرغم من غرامة العدول التي سيقبضها. أضف إلى ذلك ما يتهدد استقرار المعاملات والطمأنينة التعاقدية. ثم إن المستفيد من هذه الصلاحية لا يستحق أكثر من فترة زمنية معينة للتفكير عن بينة في حدود التعاقد. لذلك يكون على المشرع أن يتدخل ليضبط أجلا قانونيا أقصى يمارس خلاله العدول.

[1] د. ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 152.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

خاتمة الفصل الأول:

يظهر من خلال دراسة الفصل الأول أن العربون هو مبلغ من المال أو شيء آخر يقدمه المتعاقد عند إبرام العقد للدلالة على انعقاد العقد أو لحفظ حق العدول عنه.

وقد أثار هذا التصرف عدة إشكاليات قانونية، فلاحظ بعض الفقهاء أن العربون لا يعدو أن يكون اتفاقا تمهيديا يسبق إبرام العقد النهائي، ويحضر له. فهو وان ترجم عن رغبة في التعاقد فإنها ليست رغبة آنية وإنما ملحقة إلى المستقبل.

وذهب البعض الآخر إلى أكثر من ذلك، حينما رفضوا تصور العربون خارج إطار العقود التمهيدية. إذ أن اشتراطه في أي اتفاق يغير من صبغته ليحوله إلى عقد تمهيدي فيتخذ هذا الأخير شكل وعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد أو للجانبين ولكن لم يسلم هذا الاتجاه من النقد والمعارضة، إذ أثبت الرأي المعاكس من الفقه انفصال العربون عن العقد التمهيدي، وأظهر أن نطاقه أوسع من ذلك، إذ يمتد العربون خارج هذا الإطار ليصحب العقد النهائي، بل إنه قد يكون إثباتا لتكوينه.

وتعتبر دلالة الإثبات أولى دلالات العربون المعروفة زمنيا، إذ تعود جذورها إلى العهد الروماني، حيث كان المتعاقدون يعتمدون على هذه الوسيلة لإثبات التزاماتهم.

ولكن إضافة إلى الإثبات، هناك دلالة أخرى أكثر انتشارا في القوانين المقارنة ألا وهي دلالة العدول، حيث يتصف العقد المصحوب بعربون العدول بعدم الثبات والاستقرار، فالعقد وان تكون يظل مصيره غير مؤكد إلى حين انتهاء المهلة المحددة لممارسة حق العدول.

وقد حاول بعض الشراح إيجاد سبب مفسر لخاصية عدم ثبات العقد المصحوب بالعربون فرده البعض إلى كون العقد المتضمن العربون عقد موصوف، اختلفوا بعد ذلك حول طبيعة الوصف الذي يلحق العقد فيؤثر على مصيره، فهناك من قال أنه عقد معلق على شرط إما يكون فاسخا أو واقفا، وهناك من يعتبر العقد المصحوب بالعربون التزاما بدليا أو التزاما تخييريا.

وقد تعرضت كل هذه الآراء للنقد لأنها لم تستطع إعطاء تفسير حقيقي لعدم ثبات العقد المصحوب بالعربون. لتأتي نظرية أخرى تبدو وحدها القادرة حسب رأينا على تفسير صفة عدم الثبات التي يتصف بها العقد المصحوب بالعربون.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فتجعل هذه الصلاحية العقد غير مؤكد خلال مدة يطلق عليها مهلة العدول وهي المهلة التي يسمح في غضونها للمتعاقدين بممارسة العدول من عدمه. ثم إن هذه الصلاحية قد كيفها البعض على أنها حق إرادي تسمح للمتعاقد بنقض أحادي للعقد وهي آلية كفيلة بتهديد ثبات العقد واستقراره.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الفصل الثاني

العربون : شروع في تنفيذ العقد

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

يرتب العقد الصحيح التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري وفقا لما جاء في المادة 160 ق.م :" المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به...". إذ يطالب كل طرف بالوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد الذي يربطه بالمتعاقد الآخر. بمثل ما هو ملزم بذلك.

وتقوم إلزامية العقد على أسس أخلاقية واقتصادية واجتماعية، بالإضافة إلى واجب احترام العهد الذي يقطعه المرء على نفسه، لابد من ضمان استقرار المعاملات حتى يطمئن الناس ويعم السلام في المجتمع[1].

وقد اهتم المشرع بهذه المسألة اهتماما دقيقا ضمن قواعد القانون المدني، فأكد على مبدأ القوة الملزمة للعقود ضمن المادة 106 ق.م التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، مما يستلزم احترام هذا العقد وتنفيذ جميع الالتزامات الناتجة عنه من قبل الأطراف. ونظرا لأهمية الموضوع إهتم المشرع أيضا بصور الوفاء بالالتزامات وضبط بعض الوسائل التي يحصل بها تنفيذ العقد.

ومهما يكن من أمر، فإن العقد هو شأن المتعاقدين يتم تنفيذه وفقا لما اشتمل عليه، وبالطريقة التي تحفظ مصالحهم، شرط احترام النظام العام و الآداب. لذلك فيمكن أن يكون العربون وسيلة تعبر عن بدء المتعاقد في تنفيذ العقد إذا نص العقد صراحة على ذلك.

ودلالة البت والتأكيد هي دلالة أخرى تضاف إلى دلالة العدول والإثبات السالفة الذكر، لم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة في المادة 72 مكرر ق.م مسايرا في ذلك التقنينات اللاتينية التي تربط العربون بدلالة العدول، مخالفا القوانين الجرمانية وبعض التشريعات العربية كالقانون التونسي الذي نظم مسألة العربون وربطها بتنفيذ العقد متبنيا بذلك دلالة البت والتأكيد، إذ ينص الفصل 303 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أن :" العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدوا عليه" وأيضا القانون المدني الألماني في المادة 336، وهو الموقف ذاته سلكه المشرع المغربي في المادة 288 من تقنين الالتزامات والعقود المغربي التي تنص:" العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده".

[1] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 286.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أما المادة 92 من القانون المدني العراقي تنص على :" يعتبر دفع العربون على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك" .

عموما إذا قصد المتعاقدان من دفع العربون أن يكون العقد نهائي لا رجعة فيه، فإن هذا المبلغ المدفوع على سبيل العربون إما أن يكون تنفيذ جزئي للعقد يدفع قسط من الثمن أو الأجرة، وهذا ما يطلق عليه عربون القسط(المبحث الأول). وقد يكون وسيلة لضمان تنفيذ العقد(المبحث الثاني).

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المبحث الأول: العربون: بداية تنفيذ العقد

إذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون يكون لتأكيد انعقاد العقد، فيكون دفع هذا المبلغ شروع في تنفيذ العقد عبر دفع جزء من ثمنه، يجب استكمال الباقي فيما بعد(المطلب الأول). وهذه الدلالة غالبا ما يقع الالتباس في شأنها، فلا تكون واضحة ولا نعرف أي غاية كانت وراء دفع هذه المبالغ عند إبرام العقد، وهو ما يستلزم ضرورة التواصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين من ملابسات التعاقد وظروفه(المطلب الثاني).

المطلب الأول: العربون قسط من الثمن

سنلقي الضوء في هذا المطلب على مفهوم عربون القسط (الفرع الأول) حتى يتسنى لنا الأمر الوقوف عند ا لنتائج المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عربون القسط:

تعرف الأستاذة Joanna Schmidt [1] العربون بأنه مبلغ من المال يدفع من أحد أطراف العقد للآخر وقت إبرام العقد، قد يقصد منه قسط معجل من الثمن أو وسيلة لإثبات انعقاد العقد أو ثمن العدول عن العقد.

أما الأستاذ Philippe Délébecque [2] يعتبر أن كل مبلغ يدفع مسبقا من طرف المستهلك عبارة عن عربون ما لم يشترط في العقد غير ذلك.

أما المشرع الجزائري فلم يشر إلى هذا المعنى صراحة في المادة 72 – ق.م و لكن يمكن استخلاصه ضمنيا من العبارة "" إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك"" عكس ما ذهب إليه المشرع اليمني، حيث اعتبر أن دفع العربون في عقد البيع هو جزء معجل من الثمن و اشترط فيه التسليم حسب ما جاء في المادة 567 – ق.م يمني "" بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزءا من الثمن في بيع عقداه يحتسب من الثمن إذا اخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عين وقت الدفع أو لم يعين "".

---

[1] Joanna Schmidt, op. C ité , P 3 . « … Il est, en effet, qu'une somme d'argent soit remise par l'une des parties à l'autre au moment de la conclusion. Il faut s'agir du prix du contrat on d'une fraction de celui-ci (acompte), d'un (dépôt de garantie) ; d'un moyen de preuve, du prix d'une faculté de dédir… ».

[2] Philippe Délébecque, Contrat civils et commerciaux, Dalloz, Delta, 1996, P 86. « … toute Somme versée d'avance par le consommateur est presume avoir la nature d'arrhés, sauf stipulation contraire de contrat… »

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

يلاحظ من استعراض هذه التعاريف و غيرها أن العربون له صفة تسبقه جزء من أصل الثمن الكلي أو أصل الإيجار-حسب طبيعة العقد- فيكون دفعه تنفيذا جزئيا للالتزام؛ فالمشتري مثلا الذي يدفع جزءا من الثمن الذي اتفق عليه مع البائع، فهو إنما يفعل ذلك ليس بدافع إعطاء شيء فوق ما يجب دفعه وإنما يعطي جزءا مما يجب عليه دفعه، وبذلك يعتبر العربون بدء في تنفيذ الالتزام بدفع قسط من الثمن.

ويترتب عن ذلك أنه لا مجال للحديث عن العربون إذا لم يكن هناك عقد قائم والتزام ناشئ عنه فالعقد شرط ضروري للحديث عن عربون القسط.[1] ويعمم Redouin شرط تكون العقد كخاصية مشتركة للعربون. بمختلف دلالاته سواء كانت للعدول أو الإثبات أو القسط، طالما تمثل التسبقة أول دفعة على الحساب وأول عمل يجسد الشروع في تنفيذ العقد، إذ لا يعقل أن نتحدث عن تنفيذ عقد لم يتكون أصلا.

والقسط هو وفاء جزئي يقوم به أحد أطراف العقد وقت إبرامه قبل أن ينفذ الطرف الآخر التزامه، فهو إذن وفاء جزئي معجل. وإذا دفع أحد المتعاقدين القسط وقبله الطرف الآخر فإنما يدل ذلك على أنهما صارا مرتبطين نهائيا بالعقد ومستعدين لتنفيذ التزامهما تنفيذا دقيقا[2].

وعليه فالمبلغ الذي يدفع وقت إبرام العقد على سبيل العربون، قد يقصد منه أنه قسط معجل من الثمن الإجمالي للعقد[3]. يخصم هذا الجزء من الثمن الكلي، أي المشتري لا يعتبر مدينا إلا بباقي الثمن وليس الثمن كله.

ويفهم مما سبق أن العربون يعتبر وسيلة لتثبيت تلاقي الإرادات ولتدعيمها من حيث أن التسبقة وفاء جزئي للالتزام، ويبرهن قبوله من أطراف العقد عن رغبة كليهما

---

(1) Redouin, op. cité, P107. « en effet les arrhés ne peuvent être un acompte que l'orque le contrat principal est formé, qu'un prix est dû. Elle viennent alors en compte sur le prix. »

ويضيف:

« Les arrhés acompte supposent seulement un contrat formé, un accord des parties sur le prix et la chose, un engagement réciproque, tous les avants contrats ne peuvent donc s'accompagner d'un tel versement »

(2) د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 447.

(3) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 288.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

التي اتجهت نحو قبول العقد وتنفيذه بصورة نهائية.فتتناقص مبدئيا فكرة الوفاء الجزئي للالتزام التي تترتب عن عربون التسبقة مع العربون كوسيلة للعدول عن العقد.

وينتج عن هذا الاختلاف اختلاف في ميدان تدخل كلا الدلالتين، ففي حين يتعلق عربون القسط بالعقود المعجلة التي تنفذ فورا بدفع قسط من الثمن يوثق الاتفاق ويدعمه، يتعلق عربون العدول بالعقود المؤجلة حيث يبرم العقد وينتظر قبل تنفيذه أجل يمكن خلاله العدول عنه.

وفيما يخص التطبيقات القضائية فلم تتمكن من الحصول على أحكام أو قرارات قضائية في هذا الخصوص[1]، بل حتى المتحصل عليه يتميز بعدم تأسيس القواعد التي على أساسها تم الفصل في النزاع، أي من أين استمدوا أحكام العربون هل من الشريعة الإسلامية أم من العرف، وذلك في ظل غياب نص تشريعي صريح ينظم المسألة قبل تعديل القانون المدني سنة 2005.

ويظهر ذلك جليا في القرار رقم 94343 المؤرخ في 1994/02/09 الصادر عن مجلس قضاء باتنة – الغرفة المدنية[2]- جاء في إحدى> حيثياته:" أن موضوع الدعوى يتعلق ببيع قطعة أرض دفع المستأنف عليه جزء من ثمن هذه الأرض للمستأنف...". – قرار غير منشور-.

وهنا كيف قضاة المجلس المبلغ المدفوع على أنه جزء من الثمن. وبعد الطعن بالنقض صدر القرار المؤرخ في 1996/03/13[3] الذي قضى بتأييد القرار المطعون فيه فاعتبر قضاة المحكمة العليا أن المبلغ المدفوع جزء من الثمن، وبذلك كيف البيع على أنه بيع نهائي بات، ولكن دون تأسيس ذلك.

---

[1] تعود صعوبة معرفة موقف القضاء الجزائري من مسالة العربون قبل تعديل القانون المدني إلى اعتبار العربون غالبا ما يكون مبلغا ضئيلا مقارنة بالمبلغ الإجمالي، وهو ما يحول دون تكبد خاسره عناء اللجوء إلى القضاء، وفي حالة رفع الدعوى فنادرا ما يتم الطعن بالنقض من جهة، ومن جهة أخرى يسبب عدم نشر أي قرار بخصوص العربون.

[2] الملحق رقم (04)

[3] الملحق رقم (05)

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن عربون القسط

يترتب على اعتبار عربون القسط تأكيدا لانعقاد العقد والبدء في تنفيذه أن الطرف الذي دفع العربون لا يمكنه أن يتخلص من التزاماته بالتخلي عن المبلغ المدفوع للطرف الآخر. فهو مجبر على الوفاء حسب قواعد النظرية العامة للالتزامات (القوة الملزمة للعقد). فإذا نفذ هذا الأخير التزامه لا يكون عليه إلا أن يدفع باقي الثمن بعد استنزال مقدار العربون. أما إن رفض تحركت في مواجهته المسؤولية العقدية، فيحكم عليه بالتعويض بعد خصم القسط من التعويض الذي يحكم به عليه[1].

كما يترتب على ذلك أن المتعاقد الذي قبض العربون لا يجوز له أن يرفض تنفيذ العقد برد ضعف العربون، فإذا لم يقم بالتنفيذ أمكن أن يحكم عليه بتعويضات وفقا للقواعد العامة بصرف النظر عن مقدار القسط الذي قبضه[2].

أما إذا كان عدم التنفيذ في هذه الحالة يرجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة أو ظرف طارئ أو فسخ العقد باتفاق المتعاقدين أو بخطأ منهما معا، أو استحال خصم العربون من الالتزام الذي تم تنفيذه، يجب إرجاع العربون إلى من دفعه[3].

وتتجه الاشاره إلى أنه إذا دفع المشتري مثلا مبلغا ماليا إلى البائع على سبيل العربون لحفظ حق العدول عن العقد في غضون مدة معينة، ثم انقضت تلك المدة دون استعمال أي من الطرفين هذا الحق، فالرأي السائد بين الفقهاء أن المبلغ المدفوع باعتباره عربون عدول ينقلب عند عدم العدول إلى قسط معجل من الثمن الإجمالي للمبيع.

ولكن هذا الرأي انتقده بعض الفقهاء خاصة Redouin [4] الذي ندد بفكرة تتابع دلالتي العربون (عربون العدول ثم عربون التسبقة) في الزمن، والذي يتحول بمقتضاها عربون العدول بمضي أجل العدول إلى قسط معجل من الثمن المستحق.

أما عبد الحي الحجازي إنتقد هذا الرأي وأعتبره غير صحيح من الناحية القانونية، ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت إلى اعتبار العربون وسيلة للعدول عن العقد، لا بدءا في تنفيذه، أما أن يعتبر العربون في نفس الوقت ثمنا للعدول وقسطا معجلا فهذا

---

[1] د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 447.

[2] Decottignies, op. cit, P4.

[3] د. أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 82.

[4] Redouin , op, cité, p43.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

غير ممكن، وذلك لإختلاف وظيفة كل من الدلالتين. فعربون العدول وظيفته تمكين المتعاقدين من العدول عن العقد في حين عربون القسط وظيفته هو تأكيد العقد والبدء في تنفيذه. ومن ثم لا يمكن أن يؤدي نفس المبلغ الوظيفتين في نفس الوقت[1].

ويضيف الحجازي أنه من الأسلم من الوجهة القانونية أن يقال أنه إذا لم يفسخ العقد المقترن بالعربون بسبب عدم استعمال حق العدول من أحد المتعاقدين، يصبح العربون موجود بين يديه بلا سبب، ومن ثم يجب رده. وفي أغلب الأحيان لا يرد هذا المبلغ، إذ يحدث انقضاء جزئيا للالتزام طبقا لقواعد المقاصة بين الثمن المستحق وبين قيمة العربون، ومن ثم يخصم العربون من الثمن وفق قواعد المقاصة وليس لأن العربون قد انقلب قسطا من الثمن[2].

ويتدعم هذا الرأي حسب الحجازي بالصور التي يستحيل معها إجراء المقاصة لسبب طارئ، عندئذ لا يخصم مبلغ العربون من الثمن بل يجب رده إلى من دفعه. ومن هذه الصور نذكر الحالة التي يفلس فيه المشتري الذي دفع العربون، فالافلاس يمنع حصول المقاصة، وهنا يتعين على البائع رد مبلغ العربون وينتظر مع جماعة الدائنين ما ستؤول إليه عملية القسمة، حيث لا يحصل منها إلا على جزء من الثمن تطبيقا لقاعدة قسمة الغرماء، وذلك لأن أموال المفلس أقل من ديونه .[3]

وهناك صورة أخرى، عندما لا يكون فيها العربون مبلغا من المال فيقع رده، للصعوبة المادية التي تحول دون إجراء المقاصة.

وما ننتهي إليه هو الاختلاف الكبير بين عربون القسط وعربون العدول الذي يتجاوز اختلاف الدلالة ليشمل اختلافا في القواعد المطبقة، إذ يشكل عربون القسط وسيلة وفاء بالالتزام الذي ينقضي انقضاء جزئيا، وهو ما يجعل البحث عن هذه الدلالة أمرا يستحق المعالجة

---

(1) د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص451.
(2) د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 451.
(3) نفس المرجع، ص 451.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المطلب الثاني:وسائل " الاستدلال " على العربون.

إذا قام أحد أطراف العقد بدفع مبلغ من المال للمتعاقد الآخر يسميه عربونا فإنه يقصد من ذلك تحقيق هدف من اثنين وفقا لما تقصده الإرادة المشتركة للطرفين، فقد يهدف المتعاقد من ذلك حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد في مقابل أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون، فلا يكون لأحد من المتعاقدين حق النكول عن العقد.

إن هذا التباين الواضح بين الدلالتين قد يحسم لصالح هذه الدلالة أو تلك في بعض الصور عبر تصريح دقيق وواضح من أطراف العقد، ولكن الأغلب أن يعتري ذلك اللبس والغموض ويستعمل اللفظ في غير معناه بحيث يصعب الفصل حول إحدى الدلالتين والوقوف عند النية الحقيقية للمتعاقدين.

يعتبر العقد المصدر الأول الذي بواسطته يمكن الكشف عن الغاية من دفع العربون، فإذا أظهر العقد تلك الغاية بشكل صريح وواضح، فإن دلالة العربون تكون عندئذ واضحة من خلال العقد، وإذا لم تظهر تلك الغاية ولم يتمكن من الاهتداء إلى دلالة العربون فيجب حينئذ تقصي النية المشتركة للمتعاقدين[1].

ولما كان العربون من بنود العقد، فإن الدلالة التي يأخذها تستشف من إرادة الأطراف المتعاقدة وتطبق في شأنه القواعد المعتمدة في تفسير العقود. والمقصود بتفسير العقود هو الوصول إلى معنى العقد من خلال دلالة الإرادة، بمعنى آخر، أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة[2].

وتتوقف قابلية العقود للتفسير حسب المادة 111 ق.م على وجود حالة الشك حول المقصود من التعاقد، وقد يكون مصدر الشك عبارات العقد نفسه كأن تكون غامضة أو يشوبها نوع من التناقض مما يوجب الشك حول مدلولها ومعناها[3].

---

[1] د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 320.

[2] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 307، هامش 4.

[3] تكون العبارة غمضة إذا كانت لا تفيد شيئا، فيصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين أو كانت تحمل أكثر من دلالة مما يثير التساؤل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، كما تكون غامضة أيضا إذا كانت عبارة واضحة ولكنها تتعارض مع عبارة أخرى واضحة، هذا التعارض بين العبارات الواضحة يرتب غموضا بخصوص إرادة المتعاقدين. راجع.د, علي فيلالي، المرجع السابق، ص 310 وما يليها.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فإذا تأكد القاضي أن عبارات العقد تحتاج إلى التفسير، شرع في البحث عن إرادة الأطراف الحقيقية، معتمدا على معايير نص عليها المشرع في المادة 111 ق.م التي تنص:" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وقد صنف الفقه هذه المعايير إلى نوعين، معايير ذاتية(الفرع الأول) وأخرى موضوعية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعايير الذاتية :

ويقصد بها تلك الوسائل التي يعتمد عليها القاضي للبحث على النية المشتركة للأطراف المتعاقدة حول الغرض من دفع العربون، ويمكن أن يعتمد في ذلك على عبارات العقد وألفاظه التي يجب أن تنسجم مع جملة العقد، ولا يتحقق ذلك إلا إذا توافقت عبارات العقد مع الغرض الإقتصادي العام الذي يطمح لتحقيقه.

فالعقد الذي يبرمه الطرفان ما هو في الحقيقة إلا وسيلة يهدف من خلالها الطرفان تحقيق غرض إقتصادي معين. ومن ثم يجب على القاضي في تفسيره أن يستلهم هذا الغرض الذي يساعده في تحديد المعاني الغامضة لبعض البنود.

ويرجع القاضي إلى طبيعة التعامل للوقوف على نية المتعاقدين، بمعنى يرجع إلى الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه.

فإذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية شيء ما لقاء ثمن معين، فإنهما يكونان بذلك قد نظما مادة عقد البيع وارتضيا النظام القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد[1].

ولا يخرج الاستدلال على العربون عن هذه القواعد العامة. إذ يعمل القاضي على البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة لتحديد الغرض من دفع العربون.

[1] د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص280.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

فيكون العربون جزء من الثمن (عربون القسط) إذا صاحب الدفع عقدا تاما. أما إذا كان العقد وعدا فإن العربون يأخذ دلالة العدول.

ولقد طبق القضاء العربي والفرنسي هذه القاعدة، إذ أكدت المحاكم المصرية أن نية المتعاقدين المشتركة هي الحكم في معرفة حكم العربون. فقد قررت محكمة النقض المصرية في القرار رقم1110 الصادر بتاريخ 1979/05/24 أنه:" من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الثانية من المادة 103 ق.م مصري على أن دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، والمرجح في بيان هذه الدلالة هو ما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانوني، وأن لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها 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 التقريرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة"[1] .

كما حرص القضاء الفرنسي على تطبيق هذه القاعدة مستعينا بألفاظ العقد وبنوده للوقوف عند القصد التعاقدي بشأن دلالة العربون، فقد ذهبت المحاكم إلى أن الأمر يتعلق بتسبقة إذ ذهب الأطراف إلى اعتبار المبلغ المدفوع وفاءا جزئيا بصفة واضحة كأن يذكر في العقد أن المبلغ المدفوع يخصم من الثمن[2].

إلى جانب طبيعة العقد أو موضوعه، يستعين القاضي أيضا بمعيار آخر أكثر أهمية في العلاقات التعاقدية يتمثل في مبدأ الأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين.

---

[1] وأيضا قرار النقض المؤرخ في 1970/11/26، وأيضا القرار 1975/02/23... عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 204.

[2] J. Schmidt, op. cité, P 6.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

هذان العنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للآخر، فمن حق المتعاقد أن يطمئن للمعنى الذي فهمه أو يستطيع أن يفهمه مما وجه إليه من تعبير دون خلفيات أيا كان نوعها، ومن حقه كذلك أن يثق وأن يأمن للمتعاقد معه[1].

وطبقا لمعيار الأمانة يجب أن يكون المخاطب أمينا في تحصيله لمعنى التعبيرات التي يوجهها إليه المعبر، إذ عليه الابتعاد عن تصيد الأخطاء التي يقع فيها المعبر، ليجني من وراء ذلك منفعة لا حق له فيها. إذ أن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية الذي يجب أن يكون رائد المعاملات.

ومن جهة أخرى يجب على المعبر أن يأخذ التعبيرات بمعناها الظاهر وبحسب ما اتضح أمامه من ظروف، فيثق أن ظاهرها يمثل الإرادة الحقيقية للمعبر، ومن ثم يجب ألا يكون لهذا الأخير إرادتان إحداهما ظاهرة ينخدع بها المخاطب، وأخرى باطنة يستحوذ عليها ويتمسك بها متنافيا بذلك مع مقتضيات مبدأ الثقة وحسن النية.[2]

وإذا ثبت حسن نية الطرفين المشتركة أن العربون إنما دفع لتأكيد تنفيذ العقد لا للعدول عنه، فإنه يجب- وفقا للقواعد العامة- السير في تنفيذ العقد كاملا، فإذا كان بيعا سدد المشتري باقي الثمن والتزام بتسلم المبيع، وتعين على البائع التسليم والتقيد بالضمان وعند الإخلال تقع المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: المعايير الموضوعية.

ويطلق عليها المعايير الخارجية وهي مجموعة من المعايير يلجأ إليها القاضي للوقوف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين إذا لم تسعفه المعايير الذاتية في التفسير. وهذه المعايير متعددة، ذكر منها المشرع معيار واحد في المادة 111 ق.مخ وهو العرف الجاري في المعاملات، ولكن الشراح أضافوا معايير أخرى كالاعتماد على الظروف والوقائع التي تحف بابرام العقد من قريب أو بعيد والتي من شأنها أن تساعد على تحديد المعنى الدقيق من اشتراط العربون.

---

[1] د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص315.

[2] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 222.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ومن أجل ذلك عكف بعض الفقهاء[1] على جمع بعض القرائن التي تساعد على تكييف المبالغ المدفوعة كعربون ما إذا كانت للتأكيد وللعدول، من ذلك مثلا أن مبلغ العربون إن كان مرتفعا أو تافها وهي قرينة على أهميتها لا يمكن أن تؤخذ بصفة مجردة ما لم تتدعم بأخرى تمكن من الوصول إلى مقاصد الأطراف المتعاقدة.وتدعيما لذلك، إذا كان مبلغ العربون تافها جدا يستدل من خلاله على أن نية المتعاقدين لم تنصرف إلى ضمان العدول بهذا المبلغ البسيط، وإنما المقصود أن العربون دليل على تأكيد تمام العقد والشروع في تنفيذه. فالقيمة الضئيلة لا تتناسب مع الضرر الذي قد لا يلحق المتعاقد من نقض العقد[2].

كما يكون العربون دليل على البت والتأكيد بسداد جزء من الثمن يخصم من الثمن الإجمالي للعقد إذا كان مبلغ العربون كبيرا مقارنة بالثمن الإجمالي[3].

إضافة إلى ما سبق، يستعين القاضي بالعرف الجاري به في المعاملات بين الأطراف المتعاقدة، ويتضح ذلك بالرجوع إلى المادة111 ق.م، إذ خول المشرع الجزائري لقاضي الموضوع صلاحية التأويل باللجوء إلى العرف الجاري به في المعاملات. هذا ويقصد به تلك العادات الجارية في المعاملات والتي استقر عليها الناس في حياتهم، لما يجدونه فيها من تحقيق لمصالحهم خاصة في المسائل التجارية.

والعرف بهذه الصفة يعتبر مكملا لإرادة المتعاقدين، ليس له قوة القانون ولا حتى قوة الاتفاق، لذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني أو في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم مسألة معينة فيها تعاقدوا عليه أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير.

هذا وتتنوع العادات الكاشفة عن نية الأطراف بتنوع الأماكن والجهات والأقاليم والعادات المكانية التي تمكن من الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، إما أن تكون عادات المكان الذي أبرم فيه العقد أو المكان الذي ينفذ فيه.

---

[1] نفس المرجع السابق، ص 204.

[2] د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص86.

[3] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص205.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد لاحظت Schmidt الدور الهام للعادات والأعراف في تحديد الدلالة الحقيقية للعربون التي قصدها المتعاقدون عند دفعه[1].

ففي المواد التجارية يعتبر دفع العربون قرينة بسيطة مفادها أن المبالغ المدفوعة عند إبرام العقد تعتبر قسط معجل من الثمن إلا في صورة التنصيص على خلاف ذلك صراحة في العقد وهو ما دأب عليه باعة المجوهرات والمصوغ أو الملابس على القياس أو بعض قطع الأثاث، وحتى بيع العقارات عن طريق الوكالات العقارية، فالمبالغ المدفوعة عند إبرام العقد تتخذ صبغة القسط المعجل ويكتب على الوصولات التي يقدمها هؤلاء على أنها عربون القسط أو التسبقة.

إن هذه النظرية تتدعم بأخرى مستندة من واقع المعاملات التجارية وبعض العادات المهنية، كالصورة التي يدفع فيها تاجر تجزئة إلى تاجر جملة إعتاد أن يزوده ببضاعة معينة بشكل مستمر، مبلغا من المال على سبيل العربون.ففي هذه الحالة ما دام هناك تعامل تجاري سابق لهذه العملية من شأنه أن يجعل القول حاسما بأن العملية الجديدة ستتسم بشكل مؤكد، فيكون العربون في هذه الحالة تأكيد للعقد عبر البدء في تنفيذه بدفع جزء من قيمة المبيع.

والشأن ذاته بالنسبة لعقد الفندقة، إذ استقر العمل على أن المبالغ التي تدفع عند حجز الغرف في الفندق تتخذ دلالة القسط، ويكون الهدف من ورائها تأكيد العقد لا العدول عنه.

وعموما في الجزائر يتضح أن لفظ عربون يستعمل بصفة مستمرة كمرادف للقسط، وهو عرف عام، إذ جرى التطبيق أنه بمقتضى قرينة بسيطة، تتخذ المبالغ المدفوعة صبغة القسط أو التسبقة إلا إذا نص الاتفاق على عكس ذلك صراحة. ولكن الملاحظ أن المشرع الجزائري أورد في المادة 72 مكرر ق.م دلالة العدول لا دلالة التأكيد كما هو مستقر عليه في العرف. ولا ندري ما إذا كان تفسير ذلك راجع لكون مصدر هذا النص هو نص المادة 103 ق.م مصري أم أن هناك تفسير آخر.

(1) J. Schmidt, op cité. P7.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد يمكن في بعض الحالات التوصل إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين حول دلالة العربون من خلال طريقة تنفيذ العقد[1] . ذلك أن تنفيذ العقد خير طريقة لتفسير إرادة المتعاقدين، إذ بإرادتيهما يفسران شروط عمليا. كثيرا ما يخرج طرفا العقد عن مضمون النص الصريح عند تنفيذ العقد، فيتبعان طريقة معينة في التنفيذ تعدل من مضمونه وتكشف عن نيتها 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].

يتبين مما تقدم أن تعيين دلالة العربون والوصول إلى مقصود العاقدين، يتم عن طريق الكشف عن نيتهما سواء كانت تلك النية صريحة أم ضمنية، وكل هذا موكول إلى قابلية القاضي في الكشف عن النية وفطنته ومهارته في استنباط مقصودهما من دفع مبلغ العربون. ولكن الأمر لا يخلو من الصعوبة، إذ أن استكشاف نية الأطراف في كثير من الأحيان لا يكون في مقدور القاضي. ويتعذر عليه الكشف عنها حتى بعد التمعن والتفحص في ألفاظ العقد أو في ظروفه والملابسات التي تم بها[3]. فماذا يعمل القاضي في مثل هذه الحالة؟.

بالرجوع إلى المادة 72 مكرر ق.م نجدها تنص على ما يلي:

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

يظهر من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر دفع العربون قرينة قانونية مؤداها أن دفع العربون وقت إبرام العقد لا يفيد أن العقد نهائي بل يمكن أن يستقل أحد الطرفين بنقضه والعدول عنه دون موافقة الطرف الآخر. ولكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإقامة الدليل على أن المتعاقدين قد قصدا من العربون تأكيد العقد وذلك باستعمال كل طرف الإثبات.

---

[1] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 236.

[2] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 236.

[3] د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 321.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المطلب الثالث: جزاء عدم تنفيذ العقد المصحوب بالعربون.

إذا كان عربون العدول يمنح- حسب المادة 72 مكرر ق.م- لمن دفعه أو لمن قبضه الحق في العدول عن العقد والإعراض عنه شرط عدم التعسف في استعمال الحق، فإن عربون التوكيد والبت على خلافه يكون دليلا على نهائية العقد والبدء في تنفيذه بتعجيل جزء من الثمن أو الاعتماد عليه لإثبات العقد أو ضمان تنفيذه بصورة تجعل من المستحيل التراجع عن إتمامه من أحد الطرفين دون موافقة الطرف الآخر. وإذا أخل أحدهما بالتزاماته يكون بذلك مرتكبا لخطأ تعاقدي (الفرع الأول) يحقق للطرف الآخر المطالبة بالتعويض(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الامتناع عن تنفيذ العقد خطأ تعاقدي

يتمثل الخطأ التعاقدي في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد.

فالخطأ هو عدم الوفاء أو التقصير في الوفاء بالالتزام، وهو بذلك يشكل خرقا للرابطة التعاقدية وسببا موجبا للمسؤولية العقدية. ذلك أن الأصل العام –حسب المادة 106 ق.م – هو عدم قابلية العقد للرجوع فيه واكتسابه للصبغة النهائية والملزمة بمجرد تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما بعضا (المادة 55 ق.م). إذ لا يمكن نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا.

وعليه لما كان عربون القسط شروع في تنفيذ عقد صحيح ملزم لطرفيه. فإن الامتناع عن إتمامه بتسديد بقية الثمن أو تسليم الشيء محل البيع يشكل خطأ تعاقدي يوجب تحمل المسؤولية عن ذلك, وكذا إذا عمد أحد المتعاقدين دون التصريح عن رغبته في الامتناع عن تنفيذ العقد المصحوب بالعربون، إلى المماطلة في الوفاء خصوصا إذا كان الالتزام بالإدلاء بالرغبة غير محدد الأجل.

وفي هذا الشأن يجب أن نميز بين حالتين من الامتناع عن التنفيذ:

- إما أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ عقد مصحوب بعربون محدد الأجل (مهلة العدول محددة)، فهذه الصورة لا تثير إشكال، ذلك أن انقضاء المهلة المحددة دون إتمام

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الالتزامات التعاقدية من أحد الأطراف يشكل خطأ في جانب من امتنع أو تماطل في الوفاء.

- أما الصورة الثانية فتكمن في حالة وجود عقد مصحوب بعربون غير محدد الأجل، وهنا يتوقف الأمر على توجيه إنذار بالتنفيذ خلال مدة معقولة، بانقضائها يعد الطرف الممتنع عن إتمام الصفقة مخطئا. كما يمكن أن يكون الإمتاع عن التنفيذ "مقنعا" ونقصد بذلك الصورة التي يتم فيها تنفيذ عقد متضمن عربون بشكل مخالف للمواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد، خاصة وأن المادة 107 ق.م تنص على ضرورة تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه.

ومما تقدم نخلص إلى أن الامتناع عن تنفيذ عقد مصحوب بعربون التوكيد أو عربون العدول بعد مضي مهلة العدول دون استعمال الحق يشكل خطأ تعاقديا، يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني: التعويض.

يعتبر العقد المصحوب بعربون القسط عقد ملزم لطرفيه، فإذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته تم أعمال القواعد العامة، فيحق للطرف المتضرر حسب المادة 119 ق.م أن يطلب بالتنفيذ العيني(أولا)، أما إذا صار تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير مجدي فلا يبقى له إلا أن يطالب بالفسخ والتعويض (ثانيا).

أولا:المطالبة بالتنفيذ العيني

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه طوعا أو اختيارا، جاز للدائن أن يلجأ إلى الطرق التي قررها القانون لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين[1].

والقاعدة أن للدائن أن يطلب إلزام المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، ما دام ذلك ممكنا ولا يسبب إرهاقا للمدين أو مساس بحريته الشخصية، أما إذا رفض المدين تنفيذ التزامه طوعا فما على الدائن حينها بعد إعذاره طبقا للمادتين 180، 181 ق.م إلا جبره على التنفيذ العيني[2].

---

[1] د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، ط1، 1999، ص 58.

[2] د. عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 8.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

إن هذه القواعد تنطبق أيضا على صورة الامتناع عن تنفيذ عقد مصحوب بعربون التوكيد، طالما أنه يمثل عقدا صحيحا نهائيا باتا وملزما.

فمن يمتنع عن إتمام عقد متضمن عربون القسط يفتح المجال أمام الطرف الآخر لمطالبته بالتنفيذ بل يحق له أن يجبره على ذلك. خاصة وأن التنفيذ العيني للعقد المصحوب بالعربون لا يعادل في أغلب الأحيان التخلي عن إتمام العقد مقابل دفع تعويض مالي.

فغالبا ما يحرص أحد الأطراف على عدم تفويت فرصة التعاقد، فيسعى إلى دفع مبلغ من المال على سبيل العربون للدلالة على الارتباط النهائي والشروع في تنفيذ العقد، ونظرا لتفاوت المصالح الاقتصادية والاجتماعية حول إتمام الصفقة من عدمها بين الأطراف المتعاقدة قد يعدل أحد المتعاقدين عنها بعد قبض مبلغ العربون، وإن كان الغاية من دفعه في أول الأمر الشروع في التنفيذ. إذ قد يجد هذا المتعاقد العادل فرصة جديدة أكثر تلاؤما مع طموحاته ومصالحه بصورة تجعل خسارة مبلغ العربون أحسن من ضياع الصفقة. وهو ما يهدد مصالح الطرف المقابل الذي يجد نفسه مضطرا في أحيان كثيرة إلى قبول التعويض كحل لابد منه.

ومن ثم فمن يدفع العربون عند إبرام العقد للدلالة على تأكيده وعدم النكول عنه أو رضي به . يجب عليه الالتزام بإبقاء الرابطة التعاقدية، ذلك أن من يعدل عن العقد يكون قد حرم المتعاقد معه من فرص تعاقدية كثيرة كان من الممكن له إبرامها طيلة المهلة التي وقع الإبقاء فيها على العلاقة التعاقدية، مما يسبب له ضررا مؤكدا يتمثل في تفويت فرص قد تكون جدية ومربحة له. وهو ما يجعل التنفيذ العيني الصورة الوحيدة في بعض الأحيان لجبر ضرر هذا المتعاقد المتضرر.

وقد نص المشرع الجزائري على بعض الوسائل القانونية تساعد على التنفيذ العيني الجبري في حال رفض المدين تنفيذ التزاماته التعاقدية طوعا منها ما نصت عليه المادة 174 ق.م التي تجبر للدائن الحصول على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك، وكذا ما جاء في المواد من 200 إلى 202 ق.م التي تمنح الحق في حبس الشيء أو اللجوء إلى وسيلة الإكراه البدني حسب المواد 407 إلى 412 ق.إ.م.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ومن ثم إذا طالب أحد الأطراف المتعاقدة التنفيذ العيني للعقود المصحوبة بالعربون لا يمكن للطرف الآخر أن يرفض التنفيذ ويعرض عليه التعويض إلا بتراضي الطرفين على ذلك.

وبناء على ما تقدم فإن التنفيذ العيني[1] للعقد المصحوب بالعربون في حالة الامتناع عن التنفيذ الاختياري يعتبر أحسن وسيلة تمكن من حفظ حق الدائن، ولكن هذا الحل لا يتاح دائما للمتعاقد، مما يضطره لقبول فسخ العقد مع التعويض.

ثانيا: الفسخ وقبول التعويض:

يرى رمضان أبو السعود[2] أنه لا مجال للحديث عن العربون خارج إطار العقود الملزمة للجانبين، وتعد هذه العقود من أهم أنواع الاتفاقات أو أكثرها عددا.

ولعل أهم ما يميزها هو إنشاء التزامات مرتبطة بحيث يكون التزام كل طرف مرتبطا بالتزام الثاني. وفي حالة إخلال احدهما بالتزاماته التعاقدية تجاه الجانب الآخر، كان الفسخ كجزاء لعدم الوفاء.

إن الامتناع عن إتمام عقد مصحوب بعربون القسط يمنح للمتعاقد المتضرر إمكانية المطالبة بفسخ العقد في حالة تعذر التنفيذ العيني للالتزام.

ولكن نظرا لخطورة هذا الجزاء على استمرار العلاقات التعاقدية واستقرارها، فإن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي في حالة غياب أي شرط فسخي. والقاضي في هذه الحالة له سلطة تقدير واسعة، ويستطيع طبقا للفقرة الثانية من المادة 119 ق.م وفي ضوء ملابسات القضية ومصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد أو أن يمنح للمدين أجلا لتنفيذ التزامه.

ويترتب على فسخ العقد وعدم إتمامه رد مبلغ العربون مع إمكانية الحصول على تعويض عن كل الأضرار التي لحقته جزاء عدم التنفيذ.

---

[1] راجع تفاصيل التنفيذ العيني، د. عبد الرزاق دربال، المرجع السابق.

[2] د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 191.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

1- رد العربون:

يعتبر رد العربون إحدى نتائج عدم إتمام العقد، ذلك أنه في حالة مواصلة التنفيذ فإن العربون يكون جزء من الثمن المستحق أو أجرة الإيجار إذا كنا في إطار عقد الإيجار يخصم من الحساب حيث يكون البائع في الصورة الأولى أو المستأجر في الصورة الثانية ملزما برد العربون الذي كان قد قبضه مسبقا من أصل الثمن أو الأجرة.

وتختلف حالات رد العربون باختلاف الأسباب المؤدية إلى عدم مواصلة واستمرارية العلاقة التعاقدية، من هذه الصور تلك التي تتعلق بإرجاعه إذا فسخ العقد باتفاق الطرفين، هذه الحالة لا تثير إشكاليات عملية طالما أن انقضاء الرابطة التعاقدية تم بتراضي الأطراف المتعاقدة.

ويفسر رد العربون في هذه الصورة بالأثر الرجعي للفسخ، حيث أن أهم أثر للفسخ انحلال الرابطة التعاقدية وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، فيصبح العقد منعدم الوجود، وتزول كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده. ويقتضي هذا الأمر أن يرد مبلغ العربون ممن قبضه إلى من دفعه إلى جانب هذه الصورة، هناك حالات أخرى يتم خلالها رد العربون، منها ما ذكر في المادة 72 مكرر ق.م، ويتعلق الأمر بانقضاء العقد بتقصير أحد المتعاقدين برفضه إتمام التعاقد، سواء كان هذا المتعاقد هو الذي دفع مبلغ العربون أو هو الذي قبضه.

تتعلق الحالة الأولى بالصورة التي يكون فيها عدم تنفيذ العقد ناجما عن تقصير من العاقد الذي دفع العربون. في هذه الصورة يحق للطرف المقابل في العقد أن يبقى مبلغ العربون تحت يده كتعويض عن عدم الوفاء، وإذا كانت جسامة الضرر الذي أصابه من جراء العدول وعدم التنفيذ أكبر من مبلغ العربون، له أن يطلب التعويض أمام القضاء.

أما الحالة الثانية، تتمثل في الصورة التي ينجم فيها عدم الوفاء عن المتعاقد الذي قبض مبلغ العربون، في هذه الحالة نصت الفقرة الثانية من المادة 72 مكرر ق.م على حكم أكثر صرامة وتشددا، إذا توجب على المتعاقد المخل بالتزامه الرد المضاعف لمبلغ العربون. إلا أنه رفع نزاع أمام محكمة الحراش يتعلق ببيع شقة مع دفع مبلغ

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

مالي على سبيل العربون، صدر بشأنه حكم المحكمة في 1994/01/31[1]، كيفت المبلغ المدفوع على أنه عربون عدول، وألزمت البائع برد مبلغ العربون فقط دون مثله تطبيقا للعرف السائد آنذاك في الجزائر.

وبعد الاستئناف في هذا الحكم صدر قرار مجلس الجزائر في 1994/11/19[2] جاء في إحدى حيثياته: "أن المستأنف عليه لم يخل بالتزاماته وبأن المسؤولية تقع على المستأنفة (المشترية)"، وبهذا التحليل من المفروض أن يقضي المجلس بفقدان المشترية لمبلغ العربون، إلا أنه قضى: "بإلغاء الحكم والقضاء من جديد برفض الدعوى المستأنفة لعدم التأسيس...".

ذلك لأن مبلغ العربون وضع تحت تصرفها من طرف المستأنف عليه وبإمكان المستأنفة استلامه دون اللجوء إلى القضاء.

وعندما طعنت المشترية في قرار المجلس صدر قرار المحكمة العليا في 1996/12/11[3] الذي أيّد قرار المجلس.

ويفسر الفقه قاعدة الرد المضاعف للعربون بالنسبة لقابضه، إذا كان العدول من طرفه بضرورة مراعاة قواعد العدل والإنصاف في العلاقات التعاقدية، ذلك أن الاكتفاء برد مبلغ العربون فقط يفضي إلى نتيجة مفادها أن هذا المتعاقد لم يخسر شيئا مقابل عدوله، لذلك يتعين الرد المضاعف بغض النظر عن الضرر الذي أصاب الطرف المقابل.

وبالإضافة إلى الحالات السالفة الذكر، يجب أن نشير إلى الصورة التي تنقضي بها العلاقة التعاقدية لأسباب خارجية لا دخل لإرادة الأطراف المتعاقدة فيها، ونعني بذلك حالة تعذر الوفاء لسبب أجنبي كقوة قاهرة أو غيرها يعفي من المطالبة بالتعويض، ولا يطالب المتعاقد في هذه الحالة إلا برد مبلغ العربون فقط.

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير أن الأساس القانوني الذي يعتمد عليه لتفسير قاعدة رد مبلغ العربون لتقصير أحد المتعاقدين أو انفساخ العقد لسبب أجنبي، هو فكرة

---

[1] الملحق رقم (06)
[2] الملحق رقم (07)
[3] الملحق رقم (08)

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الإثراء بلا سبب التي نص عليها المشرع في المادة 141 ق.م. إذ ليس من العدالة أن يتم إثراء شخص بدون سبب مبرر على حساب غيره.

وعليه فإن رد مبلغ العربون المدفوع وقت إبرام العقد من قبل أحد المتعاقدين في حالة عدول أحدهما ورفضه إتمام الصفقة، يعد إحدى تطبيقات قاعدة الإثراء بلا سبب، حيث أن الإبقاء على مبلغ العربون في يد قابضه رغم فسخ العقد وانقضاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين أمر يجعل حيازة هذا المبلغ دون سبب شرعي جائز في يده، ذلك أنه يحدث إثراء في الذمة المالية لحائز العربون وافتقار في جانب من دفعه بلا وجه قانوني.

2- التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتعاقد

الأصل أن ينفذ الالتزام عينا متى كان ذلك ممكنا، أما إذا صار التنفيذ العيني مستحيلا من المدين رغم التهديد المالي الذي لم يجد في التغلب على عناده، عندئذ يستطيع المتعاقد المضرور أن يطلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء عدم إتمام الصفقة.

وبالنظر إلى المادة 176 ق.م فإن التعويض القضائي قد يتقرر إما لعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره في التنفيذ، وفي كل الأحوال يراعي القاضي في التعويض عنصر الخسارة التي لحقت المضرور وعنصر الكسب الذي فاته بسبب عدم التنفيذ أو المماطلة فيه، باعتبار أن ذلك يمثل حقيقة الضرر الذي أصاب الدائن[1].

بناءا على ما تقدم فإن الامتناع عن إتمام عقد مصحوب 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. ونذكر كمثال على ذلك المادة 290 من تقنين الالتزامات والعقود المغربي التي تنص:"إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ أو فسخ بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به ولا يلتزم برده إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى ذلك الأمر".

[1] د. عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 15.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع التونسي من خلال المادة 305 من مجلة الالتزامات والعقود التونسي:" إذا تعذر الوفاء أو فسخ العقد بسبب تقصير من العاقد الذي دفع العربون، فللمتعاقد الحق في أن يبقيه تحت يده ولا يرده إلا بعد أخذ الغرامة التي يعينها المجلس إذا اقتضى الحال تعيين ذلك".

ويعتبر ذلك امتداد للقاعدة العامة التي تقضي بحق الدائن المضرور طلب التعويض عن الخسارة الناجمة من المسؤولية التعاقدية، بمجرد ثبوت عدم الوفاء أو المماطلة فيه من جانب المدين الذي تسبب بخطئه في تعطيل الوفاء بالالتزام أو الامتناع عن إتمامه.

والجدير بالملاحظة أن مبلغ العربون المدفوع أو المقبوض مستقل عن مبلغ التعويض المحكوم به، فبغض النظر عن قيمته مرتفعة أو منخفضة يقدر القاضي الخسارة ويحكم بالتعويض على أساس قيمة وحجم الضرر الذي لحق المتعاقد من جراء عدم إتمام العقد المصحوب بالعربون.

ما نخلص إليه أن عربون القسط يضفي على العقد الذي يصحبه الصبغة النهائية والباتة، مما يترتب عليه ضرورة تنفيذ العقد حسب ما اشتمل عليه، فإذا امتنع أحد الأطراف على إتمام ما تعهد به يعد مخطئا ويكون أمام خيارين: إما مواصلة التنفيذ العيني للعقد وهي الصورة الأكثر إرضاء للمتعاقد الآخر، وإما يفسخ العقد مع دفع التعويض.

المبحث الثاني: العربون: ضمان تنفيذ العقد.

لا يقتصر العقد –باعتباره مصدر للالتزامات- على إنشاء الرابطة العقدية، بل يتناول أيضا تنظيمها، فيضع الشروط المختلفة التي تدير هذه العلاقة، ويعين على وجه الخصوص حقوق وواجبات العاقدين. ويكون هؤلاء ملزمين بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون التمييز بين ما هو مهم وما هو دون ذلك.

وعلى الرغم من كون الطريقة العادية للوفاء بالعقود هي التنفيذ التلقائي إلا أن المدين في بعض الأحيان قد يتقاعس بدون سبب مشروع عن إتمام ما تعهد به. وهو ما يثير مسألة ضمانات الوفاء بالعقود.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وقد اهتم المشرع الجزائري بمرحلة تنفيذ العقد وحرص على ضمانها، وذلك عن طريق بعض الوسائل التي يمكن للأطراف اللجوء إليها لضمان حقوقهم.

وقد لاحظ جانب من الفقه أن العربون يشكل عنصرا أساسيا مكونا للعقد، ولم يعد فقط عنصرا خارجيا يشهد على تكوينه،[1]، فقد يتضح أن المتعاقدين لم يقصدا من دفع مبلغ العربون حفظ حق العدول عن العقد، وإنما على العكس من ذلك بتأكيد العقد، وعلى هذا النحو فإن العربون لن يكون له أثر على انعقاد العقد أو قوته الملزمة إلا تأكيدا وتدعيما، فيشكل بذلك وسيلة تضمن الوفاء بالعقود، وهو ما أقرته بعض القوانين المقارنة صراحة كالقانون التونسي والمغربي والعراقي.

ذلك أن دفع مبلغ مالي معين عند إبرام العقد من قبل أحد المتعاقدين على سبيل العربون قصد إتمام العقد وتأكيده، يشكل وسيلة ضغط خاصة يلجأ إليها الأطراف لإرغام الطرف المتقاعس على إتمام ما تعهد به (المطلب الأول)، ولكن سيبقى التساؤل قائما حول مدى اعتبار العربون من ضمانات الوفاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العربون كأداة ضغط خاصة لضمان تنفيذ العقد

يبدو العربون كوسيلة ضغط خاصة لضمان الالتزامات الناجمة عن العقد (الفرع الثاني) من خلال مقارنته ببعض الأنظمة المشابهة له(الفرع الأول) والتي تهدف إلى إلزام الأطراف المتعاقدة على الوفاء بالتزاماتها.

الفرع الأول: المقارنة بين العربون وبعض الأنظمة القانونية

يتميز العربون بأنه التزام تابع لالتزام أصلي وفي حالة العدول عن العقد من أحد المتعاقدين يترتب على ذلك فقدانه أو رده مضاعفا كجزاء النكول.

إن هذه الخصائص، ولئن سمحت بمقاربة العربون بالشرط الجزائي والغرامة التهديدية فإن الرأي الغالب يذهب إلى وجود فروقات جوهرية بين النظامين. ومن جهة أخرى هناك من يقارن بين العربون والقسط المعجل في البيع بالتقسيط.

[1] د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 81.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أولا: العربون والشرط الجزائي

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي، بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 ق.م وبيان أحكامه في المواد 184- 185 ق.م في حين تولى الفقه هذه المسألة فعرفه Toullier بأنه: ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه[1].

أما الأستاذ عبد المجيد الحكيم فقد عرفه على أنه اتفاق المتعاقدين مقدما على تحديد مقدار التعويض الذي يجب على المدين دفعه إلى دائنه في حالة عدم تنفيذه التزامه أو تأخره في تنفيذه[2].

من هذه التعاريف وغيرها تظهر الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي والتي تقترن بها وظيفته التهديدية والعقابية، والتي كانت وراء مقاربة العربون بالشرط الجزائي.

وقد لاحظ Redouin أن تشبيه العربون بالشرط الجزائي لا يزال قائما إلى الآن في بعض الأنظمة كما هو الحال في إيطاليا، إذ يصر الفقه على أن العربون يلعب وظيفة جزائية عقابية تماثل تلك التي يلعبها الشرط الجزائي.

وعربون التوكيد الذي يدفع وقت إبرام العقد لتأكيد ما وقع الاتفاق عليه وضمان تنفيذه يتقارب مع الشرط الجزائي الذي يعاقب على الإخلال بالالتزامات التعاقدية .

وقد زكت المحاكم المصرية هذا الاتجاه، إذ رأت أن إدماج العربون في الشرط الجزائي يعني أن الغرض منه تأكيد العقد لا خيار العدول و ما يفهم من ذلك التقارب الكبير بين الشرط الجزائي وعربون القسط.

ذلك أن وجه الالتقاء بين النظامين يتمثل في كونهما التزامان تابعان لالتزام أصلي. فالشرط الجزائي باعتباره ضامنا للالتزام الأصلي وغرامة تدفع في حال عدم الوفاء بالالتزام، يعتبر في الأصل، إلى جانب كونه اتفاقا، التزاما تابعا بالضرورة للالتزام الذي يضمن تنفيذه، فيجعل المدين أكثر حرصا على الوفاء نظرا لعلمه مسبقا بالمبلغ الواجب عليه في حال تخاذله. ويترتب على ذلك ارتباط الشرط الجزائي بالالتزام الأصلي وتأثره بكل ما يلحقه من أوصاف كما يبطل لبطلانه. وإن كان بطلان

---

[1] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983، ص 09.

[2] د. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، دار الحرية للطباعة، 1977، ص 42. وأيضا.د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر وأحكام الالتزام، دار الحرية للطباعة، 1976، ص 353.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي.والميزة ذاتها نجدها في العربون باعتباره اتفاقا تبعيا لالتزام أصلي يستلزم الوفاء به.

ويرى Redouin أن العربون لا يعتبر من طبيعة العقد، فهو وإن شكل جزء من الثمن باعتباره تنفيذا جزئيا للعقد، فإنه ليس من جوهره إذ يمكن أن يوجد العقد ويبرم دون أن يكون مصحوبا بعربون كما هو الشأن في عقد البيع.

إن هذه الخاصية في العربون هي التي تفسر عدم اعتبار قسط التأمين الواجب دفعه لإبرام العقد عربون قسط، ذلك أن دفع أول قسط من مبلغ التأمين شرطا جوهريا يتوقف عليه تكوين العقد.

كما يشترك العربون مع الشرط الجزائي في الوظيفة التعويضية التي يقومان بها، إذ يستحق كل منهما عند الإخلال بواجب الوفاء بالالتزامات التعاقدية الناجمة عن العقد.

فالعربون باعتباره مبلغ من المال يدفع مسبقا لأجل إتمام ما تعاقد عليه الأطراف يصبح مقابل مستحق بين يدي المتعاقد المتضرر من عدم وفاء معاقده لما تعهد بإتمامه إلى حين تحديد مقدار التعويض اللازم من طرف القاضي. فهو يلعب إذا وظيفة تعويضية عن العدول الذي صدر من المتعاقد

.أما الشرط الجزائي فهو في الأصل اتفاق على تحديد مقدار التعويض المستحق لأحد الطرفين في حالة عدم تنفيذ الالتزام والتأخر فيه.

ولكن مع ذلك فلا يزال الفارق بين النظامين كبير خاصة في النواحي الآتية:

1- أن العربون هو ثمن للعدول يستحق عند استعمال أحد المتعاقدين حق العدول عن العقد، فهو يستحق ولو لم يرتب عن العدول أية أضرار بالطرف الآخر، أو كان الضرر أقل أو أكثر من قيمته: فالأمر هنا لا يتعلق بخطأ وإنما هو مقابل لاستعمال حق العدول[1]. أما الشرط الجزائي فهو تعويض لا يستحق إلا في حالة ثبوت أركان استحقاق هذا التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية[2].

[1] د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 43.
[2] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص 197.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

2- لا يجوز تخفيض مقدار العربون مهما كان حجم الضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء العدول عن العقد، في حين المقدار المتفق عليه في الشرط الجزائي قابل للزيادة أو النقصان حتى يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن[1].

3- كما يختلف الشرط الجزائي عن العربون من حيث الهدف، فلئن كانت الغاية من وراء الشرط الجزائي تنفيذ العقد، فإن الهدف من وراء العربون على خلاف ذلك ضمان حق العدول عن العقد وبالتالي انقضاؤه، ولكن هذا الرأي يبقى جزئيا لأنه لا يأخذ بتنوع دلالات العربون، فهو يتماشى فقط مع الدلالة المعتمدة للعربون في القانون الجزائري بوصفه وسيلة للعدول إذا ما وقع الاتفاق عليه، على خلاف دلالة التأكيد والبت بالشروع في تنفيذ العقد والتي يشكل على أساسها دفع العربون ضمانا هاما من ضمانات الوفاء بما وقع التعاقد عليه.

4- إضافة إلى ما سبق يقدم الفقهاء مستوى آخر من مستويات الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي يرتكز على طبيعة العقد الذي يحتوي النظامين، ففي حين يكون العقد الذي يتضمن الشرط الجزائي عقدا رضائيا يعتبر العقد الذي يتضمن العربون عقدا عينيا ذلك لأنه يدفع عند تكوين العقد حيث تتوفر فيه إحدى خصائص العقود العينية. ولكن الأستاذة J. Schmidt [2] لاحظت عكس ذلك حينما رأت أن العربون قد يضمن في كل العقود مبدئيا، لكنه لا يتلاءم مع التنفيذ الفعلي الذي يفترضه العقد العيني حيث يمتزج زمن التكوين والتنفيذ. ثم إن العربون يمنح حقا في النكول يصعب معه قبول الرجوع في العقد بعد تنفيذه.لذلك عممت Schmidt هذا الحل لتقصي العربون من نطاق العقود العينية، إذ لا وجود له إلا في العقود الرضائية.

ولكن هذا النقد المتعلق بعدم ملائمة العربون مع العقد العيني لا يعول عليه كثيرا لأنه ينطلق من الأخذ بدلالة العدول في العربون فقط دون دلالة التأكيد والبت.

---

[1] ولقد لاحظت Schmidt أن العربون ليس تعويضا عن المسؤولية التعاقدية لأن عدم الوفاء مبرر بممارسة حق فيمثل العربون حسب رأيها شرطا لصالح المدين في حين يكون الشرط الجزائي لصالح الدائن. أنظر J ; Schmidt المرجع السابق، ص 7.

[2] J. Schmidt, op.cit, P5.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ثانيا: العربون والغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية هي مبلغ مالي يحكم به القاضي لإلزام المدين على أداء التزامه عن كل فترة زمنية يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ وإلى حين قيامه بالتنفيذ[1].

ويشترط للحكم بها أن يكون هناك رفض المتعاقد لتنفيذ التزامه. وهذا التنفيذ لا يكون ممكنا إلا إذا قام به المدين بنفسه، كما يجب أن يكون هذا الالتزام قابلا للتنفيذ العيني، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا برئت ذمة المدين ما دام أن هذه الاستحالة كانت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

وأهم صفة لهذه الغرامة هي الضغط والتهديد من أجل الوفاء بالالتزامات فهي تهدف إلى حث المدين المتقاعس وإجباره على تنفيذ ما تعهد به.

ولعل هذه الغاية للغرامة التهديدية تتوافق مع العربون إذا اعتبرناه من وسائل ضمان تنفيذ العقد، إذ يشكل العربون ضغط يمارسه الدائن على المدين للوفاء بالتزاماته.

ومن جهة أخرى فإن العربون الذي يدفع لتأكيد العقد وضمان تنفيذه يهدف إلى تدعيم العلاقة التعاقدية بين الطرفين والحفاظ عليها، وهذا ما يحاول القاضي الوصول إليه عن طريق فرض الغرامة التهديدية .

ولكن وأن كان العربون له روح الغرامة التهديدية من حيث هو وسيلة تحفز على الوفاء بالعقود يظل مختلفا عنها في جوانب عدة.

فالغرامة التهديدية بوصفها عقوبة خاصة تكتسي صبغة زجرية عقابية اعتبرها البعض على ذلك الأساس مكملا للمسؤولية المدنية، باعتبارها الوجه العقابي الذي ينضاف إلى الوجه التعويضي في هذه المادة[2].

وانطلاقا من هذا، فإن الغرامة التهديدية بصفتها تلك تستقل استقلالا تاما عن العربون الذي يقتصر دوره على حث المدين على الوفاء ما شرع في تنفيذه وفي حالة

---

[1] د. عدنان طه الدوري، أحكام الالتزام والاثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ط2، 1995، ص 39. وأيضاد. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص 74.

[2] بما أن الحكم بالغرامة التهديدية حكما مؤقتا لا يتم تنفيذه بهذه الحالة، بل يلتزم القاضي بتصفية الغرامة، بحيث تتحول إلى تعويض، لكن يراعى فيه من جهة الضرر الذي أصاب الدائن وكذلك العنت الذي أبداه المدين. د. عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 22.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

تخاذل هذا الأخير وتقاعسه، فلن يتجاوز مقدار المبلغ الذي دفعه وقت إبرام العقد إلا إذا كان الضرر اللاحق بالدائن كبيرا فيطالب بالتعويض. ولا يمكن للعربون أن يتخذ وظيفة عقابية جزائية.

بالإضافة إلى ما تقدم، نستطيع أن نميز بين العربون والغرامة التهديدية على مستوى الأطراف التي تعين مقدارها، ففي حين يكون تحديد مقدار العربون اتفاقا بين المتعاقدين، تجد الغرامة التهديدية مصدرها تدخل القاضي الذي يحكم بها لجبر المدين.

كما يختلفان عن بعضهما البعض، من حيث عدم جواز تخفيض قيمة العربون أو الزيادة فيه، على خلاف الغرامة التهديدية، فإنه يجوز للقاضي أن يزيد قيمتها كلما يرى داعيا إلى ذلك (المادة 174 من ق.م.).

وما نخلص إليه، أن اقتراب العربون من مفهوم العقوبة الخاصة (الشرط الجزائي أو الغرامة التهديدية) لم يؤد إلى تطابقهما، بل مكن من الكشف على بعض مميزات العربون كوسيلة ضبط خاصة من أجل الوفاء بالالتزام.

ثالثا:العربون والقسط المعجل من الثمن في البيع بالتقسيط

نصت المادة 363 ق.م على هذا النوع من البيوع حيث جاء فيها:" إذا كان ثمن البيع مؤجلا، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري وقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يحتفظ التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224. وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع...".

بالنظر إلى المادة 363 ق.م المشار إليها أعلاه، نستنتج أن القسط المعجل الذي دفعه المشتري إلى البائع عند إبرام العقد إنما هو ضمان لتنفيذ العقد، وجاز للبائع أن يحتفظ به حتى يوفي لمشتري بكامل الثمن المتفق عليه، أو ليحتفظ به حتى تحكم له

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المحكمة بمقدار التعويض الذي يتناسب مع الأضرار التي أصابته من جراء نكول المشتري عن إتمام ما تعهد به وفقا للقواعد العامة.

ولما كان غرض عربون التوكيد نفسه وهو ضمان تنفيذ العقد ، فلا يبقى وجه للتفرقة بين النظامين[1].

ولكن رغم تشابه غرض كل من عربون القسط والقسط المعجل من الثمن في بيع التقسيط من حيث أنهما ضمان لإتمام التعاقد، كما أن كل منهما تابع لالتزام أصلي، وكلاهما يستحق دون حصول ضرر أو اعذار، وأن القاضي لا يملك سلطة تعديل مقدارهما ألا أن هناك فارقا جوهريا بينهما، وهو أن العربون المدفوع إذا ما م إبرام العقد انقلب في الحال إلى قسط معجل من الثمن الإجمالي، والعكس ليس صحيحا. ومن ناحية أخرى فإن العربون يبقى من حق قابضه إذا عدل المشتري عن إبرام العقد، في حين يجب رد القسط المعجل من الثمن إلى دافعه في حالة التراجع في إتمام التعاقد.

الفرع الثاني: مدى فعالية العربون كأداة ضغط.

تعرف وسائل الضغط الخاصة بأنها الصورة التي يتولى فيها صاحب الحق تنفيذ حقه وضمان احترامه دون اللجوء إلى القضاء إلا للضرورة. وتتخذ وسائل الضغط بذلك طبعا وقائيا صرفا يتأسس على مفهوم الإكراه والضغط المتجه للتأثير على إرادة المدين وحمله على الوفاء بها. منها صورة الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس والشرط الفاسخ.

ذلك أن قبول الالتزامات مجردة لا تكفي في أغلب الأحيان لقبولها أو للثقة فيها، إذ يجب أن ترفق بمجموعة من الضمانات لإبراز جدية المتعاقد، والتي تشكل في الوقت نفسه وسائل تضغط على المدين وتحمله على الوفاء بتعهداته.

ويعتبر العربون بمميزاته المعروفة إحدى هذه الوسائل، إذ يشكل دفع عربون القسط عند إبرام العقد تأكيدا وعزما على المضي في العقد وذلك عبر البدء في التنفيذ.

[1] فؤاد صالح درادكة، المرجع السابق ، ص 504.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

وهو ما يجعل المتعاقد في طمأنينة نفسية، إذ يستبعد إلى حد ما إمكانية عدم الوفاء بما وقع التعهد به، طالما أنه يمتلك بين يديه ضمانا وحماية وإن كانت جزئية (القسط المدفوع).

إن هذا الارتياح النفسي الذي يثيره العربون يلعب دورا هاما وفعالا في حسن ضمان تنفيذ العقود، إذ يشكل دافعا معنويا ونفسيا يحث على الوفاء بالعقد خصوصا على ما قد ترسخ في ذهن المتعاقدين من اقتناع بإلزامية العقد وتأكيده. كما يعكس فكرة الارتباط والالتزام من ناحية والخوف من الرجوع في ما سبق البت فيه وتأكيده من ناحية أخرى. فمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي بمقتضاه يكون العقد شريعة لهما بمثل إلزامية القانون تقريبا يتدعم ويتصلب ويتقوى باشتراط العربون الذي يمثل بذلك وسيلة فعالة وناجعة لحسن إتمام ما تعهد بتنفيذه.ومن جانب آخر، فإن العربون باعتباره ما يعطى من أحد أطراف العقد للآخر وقت إبرام العقد غالبا ما يكتسي الصبغة النقدية[1]. فيشكل بذلك قيمة مالية تخرج من الذمة المالية لدافعه لتدخل ذمة قابضة، ويكون الهدف منها تأكيد انعقاد العقد والبدء في تنفيذه أو حفظ حق العدول عنه. ففي عقد البيع مثلا، إذا دفع المشتري إلى البائع مبلغا ماليا على سبيل العربون، ثم بعد فترة التفكير والتروي تبين للمشتري أن من مصلحته عدم إتمام البيع والإعراض عن دفع بقية الثمن، في هذه الصورة خطر فقدان المشتري للمبلغ المدفوع في حال عدوله، يجعله دائما يفكر مرارا قبل الإقدام على هذه الخطوة، وذلك نتيجة الخسارة المالية التي سيتكبدها من جراء عدوله عن إتمام العقد.

من هنا نلاحظ أن العربون يمثل ضغطا ماديا إلى جانب الضغط النفسي الذي يثيره في جانب الطرفين، إذ تمثل المبالغ المدفوعة ضمانا تحفز المتعاقدين وتحملهما على التنفيذ، مؤثرا بذلك على إرادتهما، وملزما إياهما أحيانا على مواصلة التنفيذ توقيا من الخسارة المالية التي قد تلحقهم جراء فقدان مبلغ العربون خصوصا إذا كان المبلغ المدفوع كبيرا لا يستهان به.

إن الضغط المادي الذي يمارسه العربون يشبه إلى حد ما لذلك الذي يمارسه الشرط الجزائي، فالعربون كونه مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند

---

[1] ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون العربون شيء منقول، وهي من أقدم صور العربون حيث كان الرومان يقدمون خاتما ذهبيا كعربون يقع استرداده عند العدول عن العقد.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

إبرام العقد، يأخذ صورة الدفع المسبق، حيث يبقى بين يدي قابضه منذ إبرام العقد وقبل تنفيذه، فيكون حائزا عليه حيازة مادية مما يجعل منه بحق ضمان لتنفيذ العقد[1]. ولعل هذا ما جعل Picard يذهب إلى القول أن العربون لا يتماشى مع العقود الابتدائية إلا بصورة استثنائية ذلك أن هذه العقود تعطي حرية كبيرة في المضي نحو إبرام التعاقد النهائي منت عدمه، والحال أن دفع العربون يشكل قناعة تامة لدى الأطراف المتعاقدة على الصبغة النهائية للعقد، فتراهم حريصين على إتمام تنفيذه.

« … L'utilisation du versement d'arrhés n'est utilisé qu'exceptionnellement dans le domaine de l'avant contrat et ce pour différentes raisons :

D'abord une raison psychologique. la convention se voulant définitive, il n'est pas normal de prévoir, pour l'une ou l'autre des parties, la possibilité de rependre sa liberté et de renoncer à exécuter les engagements pris »[2]

كما يتدعم الضغط المادي الذي يمارسه العربون على المتعاقدين أكثر إضافة إلى صفة الدفع المسبق، بمقدار المبالغ المدفوعة على ذلك الأساس، حتى أنه يتحول في بعض الحالات إلى عقوبة حقيقية تسلط على المتعاقد المتخاذل عن إتمام العقد، فيمارس عليه بذلك كوسيلة ضغط مادي ينصب على ذمته المالية، فكلما كانت قيمة العربون كبيرة كان الضغط أكبر. وقد جرت العادة في بعض الأعراف المهنية على تحديد القيمة المالية للعربون من ذلك مثلا أن في بيع المجوهرات والذهب تكون قيمة العربون ثلث الثمن أما في بيع العقارات فإن قيمة العربون عادة ما تكون النسبة مابين10إلى 12% من المبلغ الإجمالي، مع العلم أن هذا التحديد غير ملزم لجميع الناس، بل يبقى المتعاقدان أحرار في تحديد قيمة العربون اللازم دفعه.

ولكن ما يجب الإشارة إليه أن نجاعة العربون كوسيلة ضغط تجبر المتعاقدين على إتمام ما شرعوا في تنفيذه ترتبط شديد الارتباط بمصلحة المدين والأهمية التي يوليها للعقد المطلوب تنفيذه. ذلك أن الذي يقدم على إبرام عقد مصحوب بعربون، يكتشف بعد ذلك تسرعه في هذه الصفقة الذي لا يعبر عن رغبته الحقيقية وإرادته الفعلية في ضوء ما تبين له من معلومات لاحقة لا تتماشى مع مصالحه الاقتصادية

(1) 1 د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، 1999، ص 123.

(2) Jean Picard, Tehcnique de la vente d'immeuble : avant – contrat, l'acte de vente, litec 1987. p. 245.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

والاجتماعية، فيندم على تسرعه على تسرعه وتعاقده؛ فيقرر الإعراض عن إتمام التعاقد، خصوصا إذا كان مبلغ العربون زهيد القيمة.

كما أن لجوء المتعاقد إلى استعمال ضمانات قانونية فعالة وهامة في مجال تنفيذ العقود قلص من أهمية وفاعلية العربون كوسيلة ضغط لجبر أحد المتعاقدين على إتمام ما تعهد به . إذ أنه إلى جانب العربون كوسيلة للضغط على المتعاقدين بهدف إلزامهما على تنفيذ التزاماتهما التعاقدية، توجب عدة ضمانات أخرى للوفاء بالعقود، تندرج تحت تصنيفات مختلفة، من ذلك الضمانات القانونية التي نص عليها المشرع في القانون المدني كالدفع بعدم التنفيذ (المادة123ق.م) وحق الحبس(المادة200 ق.م) والغرامية التهديدية (المادة174 ق.م) وكذا الإكراه البدني(المادة407 وما يليها ق.إ.م)، هذا إضافة إلى الشرط الفاسخ باعتباره ضمان اتفاقي.

عموما فإن هذه الوسائل تكتسي فاعلية أكبر من العربون للضغط على المتعاقد لإتمام ما تعاقد عليه، خصوصا وأن أهمية هذا الأخير تتحدد بقيمته المالية المرتفعة. في حين بقية الضمانات ترتبط شديد الارتباط بعنصر الخطأ لاستحقاقها ولضبط قيمتها. وهو ما يجعل المدين في حالة قلق دائم يحمله خوفه مما ينتظره من المبالغ المهولة التي سيطالب بأدائها في صورة إخلاله بواجباته التعاقدية محمولا على حسن إتمام ما تعهد به.

المطلب الثاني: العربون كضمان للوفاء بالعقد

لم تغب فكرة التأمين والضمان عن العربون، وقد اعتبرت الخاصية الجوهرية المميزة له على اختلاف دلالاته. فنظرا لصبغة الدفع المسبق المميزة للعربون باعتباره ما يعطى وقت إبرام العقد؛ يمثل وسيلة حماية وتأمين حقيقية ضد الأخطار اللاحقة المترتبة عن التنفيذ. ولكن هذا لا يمنع من البحث في إمكانية منح حق الحبس في مادة العربون (الفرع الأول) خصوصا أمام اعتماده من بعض القوانين المقارنة كوسيلة ضمان الوفاء بالالتزامات الناجمة عن العقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول: العربون: حق في الحبس.

من خلال الأحكام المنظمة لعربون القسط، يبدو وأنه يمنح حق الحبس وهو ما يجعلنا نبحث في شروط قيامه(أولا) والآثار المترتبة عن ذلك (ثانيا).

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

أولا: شروط حق الحبس.

الحق في الحبس عبارة عن وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن- لأجل اقتضاء حقه من مدينه- وذلك بحبس شيء مملوك لمدينه أو حبس محل التزامه هو (محل التزام الحابس)، وهذا إلى أن يوفي المدين بالدين الذي عليه تجاه الحابس.

فالحبس بذلك وسيلة ضغط على إرادة المدين تدفعه إلى التنفيذ العيني لالتزامه. ولقد نظم المشرع الجزائري حق الحبس في المواد 200 إلى 202 ق.م تحت الفصل الثالث المتعلق بضمان حقوق الدائنين. حيث تنص المادة200 ق.م على أنه" لكل من إلتزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مادام لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا..." .

يتبين من هذه المادة أن الحق في الحبس ينشأ عند وجود شخصين تجتمع في كل منهما صفة الدائن والمدين في آن واحد. فنكون إذن بصدد دينان متقابلان، دين في ذمة الأول للثاني ودين مقابل له في ذمة الثاني للأول، فيوقف المدين الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الحق الذي له في ذمة الثاني على شرط أن تكون علاقة ارتباط بين الالتزامين[1]. فالمتأمل في القواعد المنظمة لحق الحبس يستنتج ضرورة توفر شروط معينة لقيام هذا الحق نذكرها فيما يلي:

1- وجود حق للحابس مستحق الأداء في ذمة المدين: لما كان الغرض من حق الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه قبل الحابس وجب أن يكون الالتزام مدنيا لا طبيعيا[2] لأن هذا الأخير لا يجبر المدين على الوفاء به، والحبس فيه هذا الجبر. كما يجب أن يكون مستحق الأداء في الحال لا مؤجلا، على اعتبار أن الحبس يراد منه جبر المدين على الوفاء بدينه حالا، كما يشترط أخيرا أن يكون محقق الوجود أكيدا[3].

---

(1) فريدة ولهاسي، الحق في الحبس كوسيلة قانونية لضمان حق الدائن العادي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004، ص 54..

(2) الالتزام الطبيعي هو التزام الذي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، إذ لا يمكن إكراه المدين على تنفيذ التزامه، فالالتزام الطبيعي هو التزام قانوني. حيث جعله المشرع محلا للوفاء، فلا يستطيع المدين أن يسترد ما أداه تنفيذ الالتزام طبيعي، كما أن تنفيذ الالتزام الطبيعي يعد وفاء لا تبرعا أو هبة، غير أن تنفيذه يكون دائما باختيار المدين.
ويشترط فيه عدم مخالفته للنظام العام والآداب والقانون هو الذي يحدد ما إذا كان الالتزام مدنيا أو طبيعيا، وفي حالة عدم وجود نص قانوني، يتولى القاضي تحديد طبيعة الالتزام, راجع، علي فيلالي، المرجع السابق، ص16 وما يليها.

(3) حسينة خوجة، حق الحبس، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2004، ص32.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

2- حيازة الدائن شيئا عليه التزام برده لمدينه: ويعتبر شرط حيازة الدائن لشيء عليه إلتزام بتسليمه لمدينه شرط أساسي لنشوء حق الحبس، إذ لحبس الشيء لابد من حيازته أولا، فلا يتمكن الدائن من ممارسة الحق في الحبس إلا إذا كان في حيازته محل التزامه الواجب تسليمه إلى مدينه.

وتختلف الحيازة في مادة الحبس عن الحيازة بقصد التملك، لأن الحابس هنا يقصد من حبسه مجرد استيفاء ديونه عبر الضغط على مدينه، فهو لا ينكر ملكية هذا الأخير، ويبقى عليه واجب إرجاع المحبوس عند استفاء الدين.

3- وجود ارتباط بين الدين والشيء المحبوس: إذ لا يكفي لقيام حق الحبس أن يحوز الدائن شيئا واجب الأداء لمدينه، بل يجب أن يكون هناك ارتباط بين الالتزامين. أو بعبارة أخرى أن يكون حق الحابس قد وجد بمناسبة التزامه بالرد. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول أنه لا يكفي قيام الارتباط ما بين الدينين، بل يجب أن يكون بينهما أصل مشترك. ولكن الرأي الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين [1]. وقد ميز الفقه بين نوعين من الارتباط، الارتباط المادي أو الموضوعي والارتباط المعنوي أو القانوني.فهو ارتباط مادي متى نشأ بمناسبة شيء وجد بيد الحابس(كمن يتسلم شيئا على سبيل الوديعة) فأنفق عليه مصاريف في الحفاظ عليه، فله أن يمسكه إلى أن يتقاضى تعويضا عن تلك المصاريف التي أنفقها. ويكون الارتباط قانونيا متى نشأ الدينان بسبب علاقة قانونية واحدة كالعقد مثلا [2].

وينضاف في نهاية المطاف إلى هذه الشروط شرطي ملكية المدين للشيء المحبوس وضرورة توفر حسن النية في جانب الدائن عند ممارسته لحق الحبس.

إن هذه الشروط على اختلافها تبدو متوفرة في العربون. فالعربون كما سبقت الإشارة إليه التزاما تبعيا، فهو لا يوجد كالتزام مستقل، وإنما يكون دائما مصاحبا لالتزام أصلي يضمن الوفاء به؛ وهو ما يجعل شرط توفر حق الحابس مستحق الأداء

---

[1] حسينة خوجة، المرجع السابق، ص37.

[2] ينتج عن هذه التفرقة أن الحبس إذا كان الارتباط ماديا يرد على الشيء الذي انفق عليه الحابس تلك المصاريف فقط. أما إذا كان قانونيا فيشمل جميع إلتزامات الحابس بما فيها الشيء. كما أن الارتباط المادي جاز الاحتجاج به على الغير ولو نشأت حقوق الغير قبل نشوء حق الحابس، أما الارتباط القانوني فلا يسري قبل الغير إلا أن يكون حق الحابس أسبق في الوجود على حقوقهم. راجع، عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 25.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

في ذمة المدين والمتمثل في الالتزام بتنفيذ العقد المصحوب بالعربون متوفرا في مادة العربون.

ثم إن شرط الحيازة متحقق أيضا، حيث يقع تسليم العربون سواء كان مبلغا من النقود أو أي شيء آخر منقول عند إبرام العقد الأصلي بين يدي الدائن(الحائز) وهو ما يتحقق معه شرط الحيازة المادية للشيء المحبوس.

إضافة على ذلك فإن شرط الترابط بين الدينين متوفر، فالدائن في التعاقد بالعربون يتعلق دينه بمبلغ العربون الذي دفعه الطرف الآخر(المدين) لضمان الوفاء بالعقد. وهنا الدين أنجز كجزاء للخسارة المترتبة عن عدم إتمام الوفاء بذات العقد الذي تعهد بإتمامه. ويكتمل هذا الشرط بضرورة مراعاة شروط ملكية المدين للمال المدفوع على سبيل العربون وتوفر حسن النية في جانب قابض العربون ليقوم حق الحبس لفائدة هذا الأخير.

وبتوافر شروط حق الحبس السابقة، يكون لقابض العربون حبس العربون وعدم رده إلى مالكه(دافعه) دون حاجة إلى إعذار أو ترخيص من القضاء، وهذا على أن يستوفي حقه الذي في ذمة المدين، سواء بإتمام إجراءات تنفيذ ما تعهد به وقت إبرام العقد، أو نسخ هذا العقد مع التعويض عن كل الأضرار اللاحقة من جراء عدم التنفيذ

ثانيا: أثار حق الحبس المترتب عن العربون

تتمثل هذه الآثار المترتبة عن حق الحبس الناتج عن عربون التوكيد في جملة من الالتزامات المحمولة على عاتق الدائن قابض العربون والتي تتمثل أساسا في واجب الحفظ والعناية بالعربون سواء كان نقودا أو شيء آخر منقول، حيث يلتزم بالاعتناء به عناية الرجل العادي. وتنص المادة 201 ق.م على ضرورة محافظة الحابس على الشيء المحبوس وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته. وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللجالس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا لأحكام المادة971 ق.م، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى الثمن.

كما يجب على حابس العربون إلى جانب واجب الحفظ، أن يمتنع عن استعمال العربون والتصرف فيه، مبرر ذلك أن الحيازة في مادة الحبس ليس الغاية منها التملك وإنما القصد منه تأمين الوفاء بالدين.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

كما يترتب عن حق الحبس إمكانية مطالبة حابس العربون (الدائن) استرداده في مهلة ثلاثين يوما من يوم علمه بخروجه من حيازته أو على الأكثر سنة واحدة من تاريخ خروج العربون من يده، بشرط أن يكون نقل الأشياء المسلمة على وجه العربون قد خرجت من يده رغم معارضته أو دون علمه(المادة 202 ق.م).

بناء على كل ما تقدم يتضح لنا أن العربون يمنح لقابضه حق الحبس في صورة تعذر الوفاء لتقصير دافع العربون، حيث يحق لمن دفع العربون عند إبرام العقد أن يحبس على قيمته إلى أن يستوفي حقه من المدين. فإذا وفى هذا الأخير بما عليه من دين باستكمال إجراءات تنفيذ العقد فإن العقد الأصلي ينقضي وينقضي تبعا لذلك حق الحبس. ويبقى لنا أن نتطرق إلى العربون كضمان للوفاء عند بعض القوانين المقارنة.

الفرع الثاني: العربون كضمان في القانون المقارن.

يمنح العربون للمتعاقدين فرصا ناجعة وفعالة لضمان الوفاء بالالتزام، نظرا لارتباط مصيره بمصير العقد الذي يتضمنه فمن يدفع العربون يفقده إذا كان الإخلال التعاقدي من جانبه، ومن يقبضه يطالب برده مضاعفا في صورة عدوله، وتزداد أهمية العربون كضمان من خلال قيمته المالية التي تبقى موقوفة على إرادة الأطراف المتعاقدة. فإذا كنا في إطار عربون التوكيد، فإن دفع العربون يشكل أول ضمان للوفاء حيث تشكل عملية الدفع تعهدا ضمنيا يدفع باقي الثمن أو الأجرة. أما بالنسبة لعربون العدول فإن الضمان فيه يتمثل في جبر ما قد يلحق الطرف الممارس ضده العدول من أضرار برد قيمة العربون أو ضعفه.

وقد أكد القضاء الفرنسي على فكرة الضمان في العربون في عدة مناسبات، باعتباره وسيلة ضمان اتفاقية تقوم على فكرة الوفاء بالعقود من ذلك مثلا قرار محكمة ليون المؤرخ في 09 ماي 1946 الذي أكدت فيه المحكمة أن ما يدفع عند إبرام العقد يهدف من ورائه ضمان تنفيذ ما تعهد به المشتري وكذا قرار الاستئناف بباريس المؤرخ في 1981/03/19 الذي أكد فيه القاضي أن ما يدفع عند إبرام الوعد بالبيع كعربون يهدف من ورائه لإثبات عزمه وصدقه في التعاقد من ناحية وجبر الأضرار التي قد تلحق المتعاقد من جراء عدم الوفاء[1].

[1] Decottignies, op. Cit, P4

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ولا تعتبر فكرة الضمان في العربون حكرا على القوانين ذات الجذور اللاتينية فقط، إذ نجد أنها الفكرة المسيطرة في القوانين الأنجلوسكسونية مثل القانون الانجليزي، إذ يشكل العربون في البيع في القانون الانجليزي، المبلغ الذي يدفع مقدما عند إنشاء العقد كضمان على أن المشتري سيقبل السلعة ويدفع ثمنها، ويكون هذا المبلغ في نفس الوقت جزء من الثمن[1].

فالعربون في القانون الانجليزي له غرضين لا ثالث لهما: أحدهما ضمان أن المشتري جاد في الصفقة وهذا هو الغرض الأساسي وثانيهما أنه يحتسب من أصل الثمن الإجمالي إذا تم البيع[2].

ومن جانبه نجد المشرع التونسي نظم مادة العربون في مجلة الالتزامات والعقود ضمن الوسائل التي يحصل بها الوفاء بالالتزامات إلى جانب حق الحبس. فالعربون في القانون التونسي يأخذ كدلالة أساسية البث والتأكيد عبر الشروع في التنفيذ، وهو بذلك يجسد اعترافا من دافعه لقابضه بالتزام تجاهه فحواه تعهده بما سبق أن شرع في تنفيذة . وهو بما يتميز به من خاصية الدفع الفوري والمسبق يلعب دور الضمان في صورة عدم الوفاء .

والجدير بالملاحظة أن العربون كوسيلة لضمان تنفيذ العقود له جذور تاريخية قديمة، ففي الشريعة البابلية نجد أقدم النصوص على استعمال النقد لضمان تنفيذ عقد العمل وعقد الزواج. فقد نصت شريعة أشنونا التي وضعت في منتصف الألف الثانية قبل الميلاد، على أن الأجير الذي يقبض من صاحب الأرض جانبا من أجرته ليقوم بحصد محصوله ثم ينكل عن العمل، يلتزم بأن يرد إلى مستأجره عشرة أمثال ما قبض وأن يعيد إليه ما كان أعطاه من شعير وزيت وملابس[3].

ويضيف الأستاذ الترمانيني أن المبلغ المدفوع لضمان تنفيذ العقد يسمى أرابون (Arrabon) وهو مشتق من كلمة (Freb) السامية ومعناها (أدخل)، وكانت تعني الشيء المرهون الذي كان يتسلمه الدائن ويدخله إلى بيته ضمانا وغالبا ما يكون من الماشية أو الرفيق[4].

---

(1) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي، دار مقارنة،ط1 ، 1976، ص 109.
(2) د. الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص110.
(3) د. الترمانيني، المرجع السابق، ص 49.
(4) نفس المرجع، ص 50.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الخاتمة:

حاولنا في دراستنا للعربون وما يخوله من حق العدول عن العقد، باعتباره وسيلة لحماية رضا المتعاقدين، الإجابة على تساؤل هام طرحناه في مستهلها وهو مدى تأثير العربون على مسار العقد وإلى أي حد كان وفيا للمبادئ الأساسية للنظرية العامة للالتزامات من جهة ومن جهة ثانية مدى إمكانية المتعاقد الذي تسرع في تعاقده العدول عن هذا العقد والتحلل منه إذا ما اكتشفت تسرعه وأبدى ندمه.

على الرغم من صرامة القاعدة العامة التي تفرض القوة الملزمة للعقد، وتجعل منه في حزم ووضوح شريعة وقانون عاقديه، تحول دون انفراد أي منهما بنقضه أو العدول عنه، إلا أن المشرع من خلال المادة 72 مكرر ق.م المنظمة للعربون أجاز لأحد المتعاقدين الاستقلال في الرجوع في التعاقد بمحض إرادة ومشيئته دون توقف ذلك على إرادة معاقده.

إن التعاقد بالعربون أصبح في عصرنا الحاضر أساسا للارتباط في التعامل التجاري الذي يضمن التعهد بتعويض الضرر الناجم عن التعطل والانتظار، وبذلك أصبح العربون صمام أمان في كثير من المعاملات التجارية إن لم يكن جميعها.لأنه يعطي الفرصة لكل من طرفي التعاقد في إتمام الصفقة أو الإعراض عنها وعدم إتمامها.

إن أهم ما يميز العربون هو اختلاف دلالاته إلى درجة التناقض أحيانا، وكان ذلك سبب اللبس الشديد الذي يعتري تحرير العقود المصحوبة بدفع مبلغ من المال وقت إبرام العقد في حال سكوت الأطراف عن تحديد دلالته، مما يطرح العديد من الإشكاليات تضع القاضي أمام مهمة صعبة لتحديد الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ومن أهم هذه الدلالات دلالتي العدول من ناحية ودلالة البت والتأكيد من ناحية أخرى.

لقد ذهب الفقه إلى تقسيم ميدان انطباق العربون بحسب دلالته، فقالوا أن ميدان عربون العدول هو الاتفاقات التمهيدية، أما عربون التوكيد يكون دائما مصحوبا للعقود التامة والنهائية، معتمدين في تحليلاتهم على عدة أسانيد وحجج.

ولقد حاولنا إثبات نقائص هذا التقسيم من خلال إثبات انفصال العربون عن الاتفاق التمهيدي وامتداده إلى العقود النهائية، دون تأثير ذلك على الصبغة النهائية للعقد، إذ يظل العقد نهائيا تاما محتفظا على كل شروط تكوينه ووجوده، بل وان العربون يكون في بعض الحالات شاهدا على وجود العقد وتكوينه-عربون الإثبات- كما حاول الفقه إيجاد تكييف قانوني مناسب للعربون الذي يسم العقد بعدم الثبات، فظهرت عدة نظريات وآراء متناقضة في بعض الأحيان، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقد المصحوب بالعربون عقد معلق على شرط واختلفوا في تحديد طبيعة الشرط هل هو شرط فاسخ أم واقف. ليرد عليه الجانب الآخر من الفقه بالنقد والمعارضة مقترحا تكييفه على أساس أنه بدل في التزام بدلي أو التزام تخييري. ولكن كل هذه الآراء كشفت على عدم دقتها وتناقضها في تفسير خاصية عدم ثبات العقد المصحوب بالعربون.

لذلك حاولنا تفسير هذه الخاصية بعرض نظرية أخرى يعتمد أصحابها في تفسيرها على صلاحية العدول وما تمنحه من إمكانية الخيار بصورة تمكن المستفيد من عدم التعهد بصفة نهائية قبل انقضاء مهلة التفكير والتروي حول جدوى التعاقد، والتي تنتهي بفقدان العربون أو ضعفه في صورة النكول.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ومن هذا المنطق يبرز حق العدول كوسيلة حماية للمستهلك المستفيد دون الإضرار بمعاقده الذي سيتحصل على مبلغ العربون كجزاء في حالة العدول عن العقد.

فالعربون باعتباره وسيلة وفاء بالعقد، من حيث أنه يمثل دفعه مسبقة من الثمن الإجمالي، ووسيلة انقضاء جزئي للالتزامات من ناحية، ووسيلة تضمن الوفاء بالعقود من ناحية ثانية، يظهر كضمان فعال وقوي لجملة من المبادئ الأساسية في القانون المدني الجزائري كمبدأ القوة الملزمة للعقد وضرورة المحافظة على الاستقرار التعاقدي عبر دعم الثقة بين الأطراف المتعاقدة واحترام مقتضيات العدالة والإنصاف.

ولقد حاولنا البحث عن بذرات لإمكانية قبول عربون الانعقاد والتأكيد في القانون المدني الجزائري، من خلال الآثار المترتبة عنه إلى أن يتدخل المشرع الجزائري لينص على هذه الدلالة كوسيلة حماية للطرف الضعيف في العقد خصوصا في بعض المعاملات التي تقضي ذلك، مع الإبقاء على الدلالة الأساسية للعربون –دلالة العدول-، وذلك لثراء الدلالتين وتكاملهما وقدرتهما على توفير قدر كبير من ضمان الحماية للطرف الضعيف في العقود، وأيضا ضمان حسن تنفيذ الالتزامات وفق قواعد العدالة والإنصاف.

وما يجب أن يشير إليه في الأخير أن الشريعة الإسلامية كان لها في مبادئها من الكمال الإلهي الكامل والمنظم لسائر جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتفصيلاتها وجزئياتها في كل عصر وزمان، كان لها دور فعال في إيضاح أحكام العربون من خلال نظرية الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي.

وإن كان من الأهمية بمكان أن نشير إلى اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى جواز التعامل بالعربون، فذهب الإمام مالك والشافعي وأبو حنيفة إلى جواز العربون إذا كان دالا على الانعقاد والتأكيد، حيث يعتبر العربون قسط معجل من الثمن أما عربون العدول فهو باطل لما فيه من أكل أموال بالباطل، أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى جواز العربون بدلالته سواء كان العدول أو للتأكيد. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 72 مكرر ق.م.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المرجع باللغة العربية

المراجع:

أولا: كتب الفقه القانوني:

1- ابراهيم الدسوقي أبو الليل،العقد غير اللازم، جامعة الكويت، 1994.

2- أحمد فايز، عقد البيع في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة،2003.

3- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، ط1، 1976.

4- إلياس ناصيف، موصوفة العقود المدنية والتجارية، ج9، البيوع الخاصة،1997.

5- أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.

6- جميل الشرقاوي، محاضرات في عقد البيع، 1957.

7- حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر وأحكام الالتزام، دار الحرية للطباعة، 1976.

8- خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، 2001.

9- رمضان أبو السعود مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

10- سليمان مرقس، عقد البيع، ج1 ، عالم الكتب، 1980.

11- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، منشورات مكتبة صادر، بيروت، ط1،1990.

12- عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992.

13- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 1998.

15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، دار النهضة العربية، مصر، 1963.

16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

17- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، عنابة، 2004.

18- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.

19- عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1982.

20- عبد الكريم بلعيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

21- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، ط5، 1999.
22- عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
23- عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، دار الحرية للطباعة، 1977.
24- عدنان طه الدوري، أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة،ط2، 1995.
25 - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ،ط2 ، 2005
26- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
27- محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000.
28- محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، 1999.
29- محمد كامل مرسي، الالتزامات، المطبعة الجامعية، مصر، 1954.
30- محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، 1980.
31 – محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، 2004.
32 – مصطفى محمد الجمال، مبادئ القانون، 1972 (بدون ذكر دار النشر والطبعة).
33 - مصطفى الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، 1987.
34-نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، البيع، منشأة المعارف الأسكندرية،2001.
35- ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، عمان، ط1، 2002.

ثانيا: كتب الفقه الاسلامي:

1- أبو محمد عبد الله قدامي، المغني، ج4، دار الفكر العربي، بيروت، 1983.
2- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي الخليل، ج5 (بدون تاريخ).
3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الجيل، بيروت، ط2، 1989.
4- أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، ج3 ، بيروت (بدون تاريخ).
5- الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، ج5، دار الفكر العربي .
6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الفقه الاسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2 الجديدة، 1998.
7- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، دار الحديث، القاهرة،ط5، 1998.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

8- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني،ج3، دار الكتب العلمية، بيروت(بدون تاريخ).
9- شمس الدين ابن قدامة، المغني وشرح الكبير، ج3، دار الفكر، 1994.- يونس 10- رفيق المصري، بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه، دار المكتبي(بدون تاريخ) .

ثالثا: الرسائل

1- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، ماجستير، الجزائر، .2002
2- حسينة خوجة، حق الحبس، ماجستير، الجزائر، .2004
3- حسين تونسي، انحلال العقد، ماجستير، الجزائر، .2004
4- عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر، 1983.
5- فريدة ولهاسي، الحق في الحبس كوسيلة قانونية لضمان حق الدائن العادي، ماجستير، الجزائر، 2004.

رابعا : المقالات

1- أحمد إبراهيم إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد العدد السادس، .1934
2- عبد السلام الترمانيني، أحكام العربون في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، .1977
3 - فؤاد صالح درادكة، العربون دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الأول، .1996
4-زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، .1957
5- يوسف علي محمود، ثبوت خيار الشرط ومن يثبت له هذا الخيار في عقد البيع في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، العدد الثاني، 1998.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

المراجع باللغة الفرنسية:

1- A. BENABENT, Droit civil, les obligations, 7eme edition Domat droit privé, 1999.

2-A.COHERIER, les obligations naissant des pourparles, préalables à la formation des contrats, thèse doctorat, Paris, 1939.

3-A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte Juridique en droit civil Français et Allmand, préface Roger Perrot, Paris, L.G.D.J, 1981.

4- C. SCRETAN, les arrhés de la vente sous justinien, Thèse Lausane, Imprimerie la Concorde, 1954.

5- D. YANNICK, Contribution à l'étude de la faculté de dédit, Paris II , 1984.

6- DECOTTIGNIES Arrhes, Encyclopédie, Dalloz civil. I, 1984.

7- F. COLLART DUTILLEUL, les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, sirey 1988.

8- J. CARONNIER, droit civil, Les obligation . PUF, 2000.

9- J. PICARD, Technique de la vente dimmeuble avant-contrat, l'acte de vente, litec 1987.

10- J. SCHMIDT, vente, art 1590 code civil Français, J . C.CIV , Fas c I,1, 1987.

11-L. BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente contribution à la théorie des avants- contrats R T D civil1970.

12- P.DELEBECQUE, contrats civils et commerciaux, Dalloz, Delta, 1996.

13- L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD. Civ, 1937

14- REDOUIN, Les arrhes en droit Français, Imprimerie la concorde, Paris, 1935.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

النصوص التشريعية:

- القانون المدني الجزائري.
- القانون المدني الفرنسي.
- قانون الإجراءات المدنية الجزائري.
- القانون المدني المصري .
- مجلة العقود و الالتزمات التونسية.

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الفهـ ـ ـرس

مقدمة 01

الفصل الأول: العربون وتكوين العقد

المبحث الأول: مفهوم العربون 10
المطلب الأول: محل العربون..... 12
الفرع الأول: العربون مبلغ نقدي 12
الفرع الثاني: العربون منقول آخر..... 13
المطلب الثاني: مجال العربون 14
الفرع الأول: طبيعة المعاملة 14
الفرع الثاني: طريقة التعاقد 15
المطلب الثالث: أصناف العربون 16
الفرع الأول: عربون العدول 17
الفرع الثاني: عربون التوكيد والانعقاد 17
المبحث الثاني: العربون والعقد التمهيدي 19
المطلب الأول:التقارب بين العربون والعقد التمهيدي 19
الفرع الأول: العربون والعقد التمهيدي: تعبير عن الرغبة في التعاقد 20
أولا: رضا الأطراف 20
1- المقصود بالنية في التعاقد 21
2- العربون: رغبة في التعاقد ملحقة إلى المستقبل..... 22
ثانيا: الطابع الوقتي والتحضيري 23
الفرع الثاني: تقارب العربون والعقد التمهيدي شكلا 24
أولا: العربون والوعد الملزم لجانب واحد..... 24
ثانيا: العربون والوعد الملزم للجانبين 25
المطلب الثاني: تباين العربون عن العقد التمهيدي..... 28
الفرع الأول: اختلاف العربون عن العقد التمهيدي 28
أولا:امتداد العربون خارج مجال العقد التمهيدي..... 29
1- نقد نظريه ربط العربون بالعقد التمهيدي..... 29
2- امتداد العربون إلى العقود التامة..... 30

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

ثانيا: عدم تأثر العربون على الصبغة النهائية للعقد 32
الفرع الثاني: العربون: إثبات لتكوين العقد 34
أولا: مميزات العربون كوسيلة للإثبات 34
ثانيا: العربون كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية..... 36
المبحث الثالث: الطابع الاحتمالي للعقد المقترن بالعربون 38
المطلب الأول: العقد المصحوب بالعربون عقد موصوف..... 38
الفرع الأول: العقد المصحوب بالعربون عقد مشروط..... 39
أولا: العربون شرط واقف..... 39
1- العربون شرط لوجود العقد..... 39
2- نقد النظرية: العربون شرط إرادي محض..... 41
ثانيا: العربون شرط فاسخ للعقد 42
1- عرض النظرية 42
2- شرط الفاسخ يزيل العقد..... 43
الفرع الثاني: العقد المصحوب بالعربون ذو مجال متعددة..... 44
أولا: العربون ينشئ التزاما بديليا..... 45
1- العربون وفاء بالبديل..... 45
أ) المقصود بالالتزام البدلي .....
..... 45
ب) تطبيق أحكام الالتزام البدلي على العربون 46
2- العربون: اختبار بين إبقاء العقد أو إنهائه..... 47
ثانيا: العربون ينشئ التزاما تخييريا 48
1- العربون: الالتزام بالتخيير بين عدة محال 48
أ) مفهوم الالتزام التخييري 48
ب) تطبيق أحكام الالتزام التخييري على العربون..... 49
2- العربون لا يتضمن إلا محلا واحدا..... 49
المطلب الثاني: العربون: حق العدول..... 51
الفرع الأول: أحكام اختيار العدول..... 51
أولا: آجال اختيار العدول 52
1- الأجل الصريح..... 52
2- الأجل الضمني..... 53
ثانيا: آثار العدول 55

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

1- الآثار المترتبة خلال مدة العدول 55
2- حقوق الأطراف وإلتزامات بعد استعمال حق العدول..... 56
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية خيار العدول 60
أولا: العدول حق مصدره الاتفاق..... 60
ثانيا: تمييز حق العدول عن بعض الأنظمة المشابهة 62

الفصل الثاني:العربون شروع في تنفيذ العقد

المبحث الأول: العربون: بداية لتنفيذ العقد 73
المطلب الأول: العربون قسط من الثمن 73
الفرع الأول: مفهوم عربون القسط 73
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن عربون القسط 75
المطلب الثاني: وسائل" الاستدلال" على دلالة العربون **..... 77**
الفرع الأول: المعايير الذاتية..... 79
الفرع الثاني: المعايير الموضوعية 81
المطلب الثالث: جزاء عدم تنفيذ العقد المصحوب بالعربون 84
الفرع الأول: الامتناع عن تنفيذ العقد خطأ تعاقدي 84
الفرع الثاني: التعويض 85
أولا: المطالبة بالتنفيذ العيني..... 86
ثانيا: الفسخ وقبول التعويض 87
1- رد العربون **..... 88**
2- التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتعاقد 90
المبحث الثاني: العربون: ضمان لتنفيذ العقد..... 92
المطلب الأول: العربون كأداة ضغط خاصة لضمان تنفيذ العقد **..... 93**
الفرع الأول: المقارنة بين العربون وبعض الأنظمة القانونية 93
أولا: العربون والشرط الجزائي 93
ثانيا: العربون والغرامة التهديدية..... 96
ثالثا: العربون والقسط المعجل من الثمن في البيع بالتقسيط..... 98
الفرع الثاني:مدى فعالية العربون كأداة ضغط 99
المطلب الثاني: العربون كضمان للوفاء بالعقد 102

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST

الفرع الأول: العربون: حق الحبس 102
أولا: شروط حق الحبس..... 102
ثانيا: آثار حق الحبس المترتبة عن العربون 105
الفرع الثاني: العربون كضمان في القانون المقارن 106
الخاتمة 108
الملاحق
المراجع

Document téléchargé depuis www.pnst.cerist.dz CERIST