

الفصل الثالث

التعاقد بالعربون

- المبحث الأول: تمييز العربون عن بعض المسائل أو الأنظمة القانونية المشابهة.
- المبحث الثاني: الطبيعة التعاقد بالعربون.
- المبحث الثالث: صحة التعاقد بالعربون وأثر عربون الرجوع على أحكام العقد.
- المبحث الرابع: مسقطات الخيار ومصير التعاقد بالعربون.

الفصل الثالث

التعاقد بالعربون

تتوزع الدراسة في هذا الفصل على أربع مباحث، يتناول الأول تمييز العربون عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة، بينما يهتم الثاني بالإطلاع على عملية التعاقد بالعربون، أما الثالث فيدرس صحة التعاقد به وآثار العدول عنه، والأخير فيعني بمسقطات الخيار ومصير التعاقد بالعربون.

المبحث الأول/ تمييز العربون عن بعض المسائل والأنظمة القانونية المشابهة

تتناول بالدراسة في هذا المبحث تمييز العربون عن الشرط الجزائي في المطلب الأول، والعربون وخلو الرجل في المطلب الثاني، وتمييز العدول عن العربون بالإرادة المنفردة في المطلب الثالث، وإجراء المقارنة بين العدول عن العربون والإثراء بلا سبب في المطلب الرابع، وأخيراً العربون والإقالة في مطلب خامس.

المطلب الأول/ التمييز بين العدول عن التعاقد بالعربون والشرط الجزائي:

يدرس هذا المطلب معنى الشرط الجزائي وأوجه الشبه والاختلاف بينه وبين العربون ومن ثم نية المتعاقدين والأحكام القضائية كأساس في التمييز.

الفرع الأول/ معنى الشرط الجزائي:

اختلفت تعريفات الشرط الجزائي في القانون الوضعي تبعاً لاختلاف المعرف بكسر الراء، فتعريف القانون للشرط الجزائي كمادة من المواد يختلف عن تعريف شارحي القانون والمجتهدين في ضوءه، فالتعريف الموضوع كمادة من المواد يظل قاصراً عن بيان حقيقة الشرط الجزائي، لأنه إنما وضع مساهمة للاجتهاد في وقت وضعه خلافاً لتعريفات الشارحين، وستتناول بعضاً من التعريفات التي وردت في النصوص القانونية،

حيث جاء في المادة (1226) مدني فرنسي أن الشرط الجزائي هو ذاك الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار الأضرار المستوجبة الأداء في حال عدم التنفيذ⁴²⁰.

ولم تقع القوانين العربية جملةً وعلى رأسها القانون المصري والقانون المدني الليبي فيما وقع فيه القانون الفرنسي، فأحجمت عن تعريف الشرط الجزائي في موادها المنظمة لأحكامه لفتح المجال أمام الاجتهاد في أحكام الشرط الجزائي، وعرفه أحد المجتهدين بأنه ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه⁴²¹.

وعُرف أيضاً بأنه اتفاق بين الطرفين يحدد مقدماً مقدار التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه لدائنه في حالة عدم تنفيذه التزامه أو تأخره في تنفيذه⁴²².

وكذلك بأنه التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقرانه بنفسهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب أو حصول التأخير في الوفاء⁴²³.

الفرع الثاني/ أوجه الشبه:

قبل الدخول في التفاصيل التي تبين الفروق الجذرية والجلي ما بين العدول عن العيوب والالتزام المترتب على الشرط الجزائي المقترن بالعقد، نستوقف قليلاً لنعرض أهم أوجه الالتقاء بين النظامين، حيث يشبه الشرط الجزائي العيوب في الآتي:

1- إن كلاً منهما التزام من أحد العاقدين للآخر.

⁴²⁰ - طلال المهتار. 1974م. البند الجزائي في القانون المدني. (رسالة دكتوراه). جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية. ص 49. French civil code – Decreed 5th of march 1803 – Book III- modes of acquiring property – Article 1590.

⁴²¹ - بخاري عبد الله. 1983م. الشرط الجزائي في القانون الجزائي. (رسالة ماجستير). معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر. ص 9.

⁴²² - سلطان، أنور. 2005م. النظرية العامة للالتزام. مصر: منشأة المعارف. ج2. ص 67.

⁴²³ - يكن، زهدي. د.ت. شرح قانون الموجبات والعقود. بيروت: المكتبة العصرية. ص 135.

2- أن كلاً منهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بما وحث المتعاقد على التنفيذ، وذلك بتخويله من مغبة عدم التنفيذ، لأن هذا يعرضه لخسارة العربون أو دفع الشرط الجزائي.

3- أن كل منهما يبقى في حالة سبات لا يتم البحث فيه إلا في حالة عدم تنفيذ العقد من قبل أحد المتعاقدين، سواء كان عدم التنفيذ راجعاً إلى اختياره أو ناشئاً عن فعله أو فعل أحد الأشخاص ممن يسأل عن أعمالهم مسؤولية تعاقدية، فإذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، فإنه في هذه الحالة يُستحق التعويض الاتفاقي إذا تحققت شروطه، وفي حالة العربون فإن العربون يُستحق أيضاً في هذا الحالة⁴²⁴.

4- إن كلاً منهما يتضمن تقديراً لمبلغ يدفع عند الإخلال بالعقد في الشرط الجزائي، وعند العدول عن العقد في العربون.

5- لا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض الاتفاقي أو بعربون ذو دلالة الثبات إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ما لم يكن فيه إرهاب للمدين، مع مراعاة ألا يلحق ضرر جسيم بالدائن من جراء الحكم بالتعويض⁴²⁵.

هذا التشابه دعا بعض الباحثين إلى القول بأن الشرط الجزائي من باب العربون، أو الاستدلال على جواز الشرط الجزائي بجواز العربون عند بعض الفقهاء⁴²⁶.

الفرع الثالث/ أوجه الاختلاف بينهم:

ربما يتلبس الأمر على البعض بين غرامة العربون في حالة العدول عن التعاقد، وبين الشرط الجزائي،

لكن الحق أن الفروق بين الشرط الجزائي والعربون كبيرة وكثيرة وهي تمنع أن يكون الشرط الجزائي من باب

⁴²⁴ - السنهوري، عبد الرزاق. 1970م. الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج1. ص264.

⁴²⁵ - فواد صالح درادكه. 2004م. العربون دراسة مقارنة. (بحث علمي منشور) مجلة الحقوق عدد 4. ج28. الصادرة عن مجلس النشر العلمي

بجامعة الكويت ص 482.

⁴²⁶ - شعبان، زكي الدين. 1968م. نظرية الشروط المقترنة بالعقد. القاهرة: دار النهضة العربية. ص 164.

العربون أو الاستدلال بالعربون على جواز الشرط الجزائي ولذلك يلزم التفرقة بينهما، حيث إنهما يختلفان بوجه خاص فيما يلي:

- 1- في التعاقد بالعربون يجوز لكل من المتعاقدين أن يتحلل من الالتزامات التي تترتب على العقد، أيا كان نوعه بيعاً أو إجارةً في مقابل تحمله قيمة العربون، ولا يجوز للمتعاقد الآخر أن يرفض ذلك، أما لو اتفق الطرفان في عقد البيع على شرط جزائي تدفع قيمته عند إخلال أحدهما بالعقد ونتج عن ذلك ضرر، فإنه في هذه الحالة لا يجوز للبائع أن يتحلل من البيع في مقابل دفعه قيمة الشرط الجزائي إلا إذا قبل المشتري ذلك، ولا يجوز للمشتري أن يتحلل من الشراء في مقابل دفع الشرط الجزائي إلا إذا قبل البائع بذلك، لأن الشرط الجزائي التزام ثانوي لا يعني عن الوفاء بالالتزام الأصلي ولا يقوم مقامه إلا إذا صار الالتزام الأصلي مستحيلاً أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة الشرط الجزائي⁴²⁷.
- 2- التعاقد بالعربون يلزم الطرف الأول الذي رجع عن العقد بقيمة العربون مقابل استعماله لحقه في الرجوع وليس تعويضاً عن الإخلال بالعقد، ولذلك فإنه لا يشترط لاستحقاق العربون حدوث ضرر للطرف الآخر بسبب الرجوع عن العقد، كما لا يلزم إجرام تبييه أو تكليف رسمي، بخلاف الشرط الجزائي فإنه يعد بمثابة تعويض عن الإخلال بالالتزام، وفضلاً عن ذلك فإنه يشترط في استحقاقه إنذار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه الأصلي⁴²⁸.

⁴²⁷ - مرقس، سليمان. 1958م. عقد البيع. مصر: دار النشر للجامعات المصرية. ص 87.

⁴²⁸ - محكمة الإسكندرية الوطنية. 1407/20. [جلسة 16 مارس 1940]. الحمارة.

- 3- العربون لا يعدل من القاضي بدون رضا مستحقه، أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه وزيادته من قبل القاضي إذا توفر موجب ذلك دون رضا مستحقة⁴²⁹.
- 4- العربون جزء من الثمن أو الأجرة متى ما اختار دافعه المضي في العقد، أما الشرط الجزائي فلا علاقة له بالثمن أو الأجرة فهو تعويض عن الضرر⁴³⁰.
- 5- العربون يتفق عليه وقت العقد ولا يتصور بعده أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر⁴³¹.
- 6- العربون يفتض عند إبرام العقد، بل حتى قبل تمام العقد والمضي فيه، أما الشرط الجزائي فلا يكون إلا متأخراً عن العقد عند حصول شرطه وهو الضرر.
- 7- إن تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد، أما العدول بموجب العربون فإنه يؤدي إلى فسخ العقد⁴³².
- 8- الشرط الجزائي يُستحق عند عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه أو التنفيذ المعيب أو الجزئي، وليس هناك ما يسمى عربون تأخير أو عربون عيب⁴³³.

⁴²⁹ - السنهوري، عبد الرزاق. 1970م. الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج 2، ص 865.

⁴³⁰ - فواد صالح درادكة. 2004م. العربون دراسة مقارنة. (بحث علمي منشور) بمجلة الحقوق عدد 4. ج 28. الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ص 59.

⁴³¹ - خطاب، طلبة وهبة. 1983م. أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون. مصر: دار الفكر العربي للطباعة والنشر. ص 69.

⁴³² - عبد السلام الترماني. 1977م. أحكام العربون في الشريعة والحقوق. (بحث علمي منشور). بمجلة الحقوق والشريعة بجامعة الكويت. العدد

1 ص 60

⁴³³ - عبد الله بن محمد آل سليمان الشهري. 1418هـ. الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم. (بحث تكميلي لنيل درجة

الماجستير) - جامعة الإمام محمد بن سعود. ص 80.

هنا وبعد التعرض لأوجه الشبه والاختلاف بشكلٍ من التفصيل، نتطرق إلى آراء بعض من فقهاء وشارحي القانون للوقوف على أهم آرائهم في هذه المسألة، حيث يذهب هذا الرأي إلى معنى مقارب لما سبق بحيث يوضح إذا كان العربون يستحق لمن أضر به العدول عن العقد كمجرد مقابل لاستعمال غريمه لخيار العدول ودون اعتبار بعد ذلك لما إذا كان العدول قد رتب له ضرراً أو لم يرتب ولا مدى هذا الضرر إذا كان قد وقع ذلك، فإن العربون يختلف اختلافاً جذرياً عن الشرط الجزائي الذي هو تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر الناجم نتيجة الإخلال بالالتزام الأمر الذي يجعل قيمته قابلة للإنقاص حتى تتناسب مع مدى الضرر⁴³⁴.

وفي قول آخر يقر بوجود هذه التفرقة العلامة السنهوري في كتابه الوسيط ذكر: أنه يختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي، بحيث يوضح أن الشرط الجزائي اتفق على تقديره المتعاقدان كتعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر وهذا كله بخلاف العربون، فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو نفس التكييف القانوني للتعويض، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل من التزام بدلي لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عملياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن⁴³⁵.

ويتضح من خلال هذا الرأي أن هناك شبه بين عربون العدول والشرط الجزائي من حيث أن لكلٍ منهما طابع الاتفاق التبعي الملحق بعلاقة ملزمة وهذا الطابع مسلم به في الشرط الجزائي، أما العربون ليس

⁴³⁴ - عبد الباقي، عبد الفتاح. 1984م. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: د.ن. ص 194

⁴³⁵ - السنهوري، عبد الرزاق. 1970م. الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج 4. ص 92-93.

تعبيراً عن الإرادة، إنما هو عملٌ مادي أي دفع مبلغ من المال أو تقديم أي شيء مثلي آخر وقت العقد، غير أن فريقاً آخر قد ذهب إلى أن هذا النظر المقصود على الطريقة التي يتحقق بها العربون يخلط بين التنفيذ والاتفاق، ولهذا يذهب أنصار هذا الفريق إلى أن العربون تصرف قانوني يجب أن تتوفر فيه عناصر التصرف القانوني، غاية الأمر أن شكل التعبير عن الإرادة يتميز بأنه لا بد أن يقترن بتسليم مبلغ من المال أو أي شيء مثلي آخر، ومن هنا فإن اتفاق العربون اتفاق عيني.⁴³⁶

الفرع الرابع/ نية المتعاقدين أساساً للتمييز بين العربون والشرط الجزائي:

ومما استقر عليه الفقه وأحكام محكمة النقض، أن نية المتعاقدين هي التي تظهر التفرقة بين الشرط الجزائي والعربون، مستعيناً بذلك بظروف الدعوى ووقائعها، وهذا أمر يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض، وهذا قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع بيعاً باتاً منجزاً بشرط جزائي، ولم يقصد أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ.⁴³⁷

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري سواء أكان للبايئة أو للدائنية المسجلين على العقار محل البيع إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ وأن المتعاقدين أكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد، كان البيع باتاً خالياً من خيار الفسخ.⁴³⁸

⁴³⁶ - عبد الحى حجازي. 1980م. النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي. (تحقيق) محمد الألفي. مصر: مطبعة النهضة. ص 452

⁴³⁷ - محكمة النقض المصرية نقض مدني رقم 91. [5 يناير سنة 1930] مجموعة عمر (1) ص 163. - محكمة النقض المصرية نقض مدني رقم 52 [21 مارس سنة 1946] مجموعة عمر 5 ص 132.

⁴³⁸ - محكمة النقض المصرية نقض مدني رقم 22 [20 أبريل سنة 1940] مجموعة عمر (4) ص 330. - محكمة النقض المصرية نقض مدني

أق (4)-72 [12 فبراير سنة 1953] ص 495.

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتاً أو أنه عربونٌ في بيعٍ مصحوبٍ بخيار العدول، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسبابٍ سائغة⁴³⁹.

ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحةً على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة التي تبيح للمشتري استرداده وتلك التي تبيح للبائع الاحتفاظ به كما حدد في العقد موعد الوفاء بباقي الثمن وشرط استحقاقه، فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيعٌ بالعربون يحوي خيار العدول هو تكييف سليم⁴⁴⁰.

الفرع الخامس/ الأحكام القضائية لتمييز العربون عن الشرط الجزائي:

نلاحظ أن بعضاً من الأحكام تخطئ بين العربون والشرط الجزائي مع العلم أن الفرق بينهما كبير، حيث أن العربون المقدر باتفاق الطرفين ضماناً للتنفيذ ما يمكن اعتباره تحديداً تعاقدياً للضرر الذي يحصل من عدم التنفيذ مما قد يمنع المتعاقد المتمسك بالعقد من مطالبة من أجل به تعويض أزيد⁴⁴¹.

وفي حكمٍ آخر إن التحلل من العقد لا يقتضي اللجوء للقضاء، والعربون مغاير للشرط الجزائي في أحكامه، أي أن العربون بالمعنى الوارد في المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي والتي أقر حكمها العرف في مصر وأحكام القضاء هو فدية يفتدي بها أحد المتعاقدين ذمته من العقد المقترن بعربون وهو عقد مصحوبٌ بخيار النقص أو بعبارة أخرى معلقٌ على شرط النقص على خلاف في اعتبار هذا الشرط فاسخاً

⁴³⁹ - محكمة النقض المصرية نقض مدني. م ق 7 - 55 [22 مارس سنة 1956]. ص 369.

⁴⁴⁰ - محكمة النقض المصرية نقض مدني. م ق 7 - 68 [5 ابريل سنة 1956] ص 508. - محكمة النقض المصرية نقض مدني م س 26

[23-2 1975] ص 457

⁴⁴¹ - استئناف مختلط 12-909 [12 مايو 1931] الخمامة ص 459.

أو واقفاً، فنقض العقد أو بعبارة أخرى التخلف عن إتمام الصفقة حقاً مطلقاً لكلٍ من طرفي العقد، ولا سبيل على أحدهما إذا اختاره إلا ضياع العربون إذا كان المتخلف هو المشتري ورده مضاعفاً إذا كان هو البائع، ويرتب على ذلك: أولاً- ليس هناك داعٍ للحكم بفسخ التعاقد بناءً على تخلف أحد المتعاقدين عن إتمام العقد، فليس البائع بحاجة إلى استصدار هذا الحكم إذا أراد أن يقضي له باستبقاء العربون ولا المشتري بحاجة إليه أيضاً إذا أراد أن يقضي له برد العربون مضاعفاً. ثانياً- تقدر الدعوى الخاصة برد العربون مضاعفاً بقيمة المبلغ المطالب دون الإلفات إلى قيمة العقد. ثالثاً- إن العربون لا يعتبر شرطاً جزائياً فلا تسري عليه قواعد الشرط الجزائي، فلا يشترط للقضاء به التكليف الرسمي أو ثبات الضرر⁴⁴².

ويتبين من هذا الحكم القضائي أن وجود شرط جزائي بالعقد لا يعني أنه مصحوبٌ بالعربون لاختلاف أحكام كل منهما، بحيث إذا كانت المحكمة قد انتهت في حكمها إلى القول بأن المتعاقدين قد قصدا بالعقد العرفي المحرر بينهما أن يكون البيع باتاً حالياً من خيار الفسخ مستخلصةً ذلك مما لاحظته من أن العقد خلا من ذكر العربون، ومما هو ثابت به من أن كل ما دفعه المشتري سواء أكان للبائع أم لدائنه المسجلين على العقار المبيع إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ، ومن أن المتعاقدين أكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد بما جاء في الإقرار الصادر من البائع من قوله (حيث إنني ... لم أوقع على العقد النهائي في ... فأقرر بهذا نفاذ هذا البيع نهائياً بين الطرفين مع استعدادي للتوقيع النهائي بالبيع أمام أية جهة قضائية ... الخ) فإن ما استخلصه من ذلك تسوغه المقدمات التي بني عليها

⁴⁴² - محكمة المنشية الجزئية رقم 97 [9 أبريل 1931] المحاماة 13. ص 222. مرجع القضاء 5946.

الحكم، ولا يتجافى مع ما جاء في ذلك العقد من أنه إذا عدل أحد الطرفين عن إتمام العقد وتنفيذه كان ملزماً بدفع مبلغ كذا بدون تنبيه ولا إنذار⁴⁴³.

وفي جانب قضائي آخر يشترط لإعمال أحكام العريون أن يرد نفس اللفظ بالعقد كما أن ورود الشرط الجزائي بالعقد يعني أنه جاء منجزاً وغير مرتبط بعريون، ومتى تعينت نية المتعاقدين تعييناً صحيحاً على البيع حدوداً ومعالمات ووافق الإيجاب القبول وتعين الثمن طبقاً للمادتين 236، 235 مدني أصبح عقد البيع عقداً تاماً، أما تحرير عقد رسمي فهذا أمر يراد به استيفاء الشكل لزيادة الحيطلة من الناحية القانونية ولا يؤثر على العقد الذي تكون تكويناً نهائياً من قبل وأصبح نافذاً على الطرفين، مادام العقد بيعاً تاماً منجزاً فإن شرط دفع الغرامة من جانب البائع مع رده لما استلمه أو ضياع ما دفعه المشتري شرط لا يمكن صرفه إلى جعل البيع بعريون موقوفاً على شرط فاسخ برغبة أحد الطرفين أو وعد البائع، لأن دفع غرامة مساوية لما استلمه البائع لا يترتب عليه أن يكون عريوناً بالوعد بالبيع طبقاً للمادة 1590 مدني فرنسي، وإن كان لا يشترط في وصف عقد البيع بعريون أن يرد به وبالذات كلمة عريون إلا أنه يجب في جميع الأحوال أن تكون نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تقرير حق جواز العدول عن الوفاء بالالتزام العيني إلى الالتزام التعويضي انصرافاً لا يشوبه شك، وأما إذا وردت عبارة الغرامة أو التعويض على سبيل تقدير التعويض في ذاته من حيث تقريره ومن حيث أنه جزاء لمن يخالف نصوص العقد فإنه يجب النظر إلى هذا كله على اعتبار أن شرط التعويض قد ورد ليكون شرطاً جزائياً يلتزم به المخالف، ومتى كان الشرط جزائياً فلمن وضع له طبقاً للمادة 98 مدني حق المطالبة إما بتنفيذ الالتزام جبراً على المدين وإما حق المطالبة بالتعويض⁴⁴⁴.

⁴⁴³ - محكمة النقض المصرية نقض مدني بند 130 [جلسة 20 - 04 - 1944] ربع قرن ج.1 ص 366

⁴⁴⁴ - استئناف مصر رقم 132 / 7 [جلسة 25 - 04 - 1932] المحاماة 13 ص 292.

وتتضح الصورة هنا أنه لمحكمة الموضوع استظهار نية المتعاقدين، فقد يرد بالعقد أن المبلغ المدفوع عربون وهو في الحقيقة شرطاً جزائياً في عقد بات، والعربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلاهما مبرماً بينهما على وجه نهائي، وقد يريدان أن يجعلاهما لكلٍ منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني، وعلى ذلك فإذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به وكان ما استظهرت محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسر للعقد تحمله عباراته، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض⁴⁴⁵

المطلب الثاني/ العربون وخلو الرجل:

يهتم المطلب الثاني بدراسة معنى خلو الرجل أولاً، ومن ثم يوجه اهتمامه ببيان الفرق بين العربون وخلو الرجل ثانياً.

الفرع الأول/ تعريف خلو الرجل:

خلو الرجل لغة باعتباره مركباً إضافياً: خلو الرجل "يتكون من مضاف-خلو-، ومضاف إليه-الرج-، خلو: مصدر للفعل الثلاثي-خلأ-: -خلأ المكان، والإناء، وغيرهما-، خلأوا وخلأء: أي فرغ مما به، ويقال: خلأ المكان من أهله، وعن أهله، وخلأ فلان من العيب: أي بريء منه، و-الرجل- العضو المعروف في جسم الإنسان، وقد خصت بالذكر مع أنه يتم خلو الجسم بكامله من المكان لأن الرجل هي السبب في انتقال الجسم منه، ففي هذه الكلمة مجاز مرسل علاقته السببية فإنه ذكر السبب وأريد المسبب⁴⁴⁶.

خلو الرجل في الاصطلاح والمتعارف عليه في الحوانيت، هو أن يجعل الواقف أو المتولي أو المالك على الحانوت قدراً معيناً من الدراهم، ثم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكاً شرعياً فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي ثبت له الخلو ولا إجارة الحانوت بغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم، وأطلق الخلو على حق مستأجر الأرض الأميرية، في التمسك بها إذا كان له فيها أثر غرس أو بناء على أن يؤدي ما عليها من حقوق لبيت المال، وهذا النوع سماه بعض متأخري المالكية خلواً⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ - أحمد بن فارس زكريا أبي الحسين. 1979م. معجم مقاييس اللغة. (تحقيق) عبد السلام محمد هارون. دمشق: دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع. ج2، ص204 مجمع اللغة العربية. 1973م. المعجم الوسيط. مصر: مطابع دار المعرفة ج 1، ص254

⁴⁴⁷ - السنهوري، عبد الرزاق. د.ت. عقد الإيجار: شرح القانون المدني في العقود. بيروت: دار الفكر. ص 199. الهامش 1 فقرة 150.

ولعل أصل استعمال لفظ الخلو بهذا الاصطلاح أنه أطلق أولاً على خلو العقار (أي إفراغه والتخلي عنه) لغير من هو بيده، فالخلو يدفع مقابل تملك المستأجر المنفعة دون تحديدها بزمن معين، فكان الخلو يقابل بيع جزءٍ من منفعة الشيء المستأجر على التأبيد، فالخلو يقابل تنازل مالك المنفعة عنها سواء كان مالكاً للرقبة أو لا مع بقاء ملك الأصل لصاحبه، ويتملك دافع الدراهم حقوقاً كتملكه إشغال المصلحة ما لم تنته المدة المنصوص عليها في العقد، ويملك التصرف في العين حيث يجوز له التنازل عنها مقابل مالٍ وهو الخلو، وحينئذ يكون الخلو عبارة عن جزءٍ من الأجرة تدفع مقدماً، بحيث يتنازل مالك المنفعة عن ملكيتها، مدة أطول من المدة المعتادة هذا في حال الاتفاق على مدة معينة، لأنه يشترط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي لمعرفة المنفعة بيان المدة، وقد قرر الفقهاء أن المدة هي الضابط للمعقود عليه والمعرفة له⁴⁴⁸.

ويتضح جلياً أن استغلال أزمة المساكن الخطيرة وحاجة المستأجرين الملحة في الحصول على السكن أو استغلالها في مشروع ما، كثيراً ما يلجأ المؤجرون إلى فرض مبالغ نقدية على المستأجرين مقابل الموافقة على إبرام العقد التجاري، بحيث تعرف هذه الطريقة في التعاقد عند المصريين بخلو الرجل.

في حين تلاحظ أن القانون المصري جعل الأصل حضر نقاضي مبلغ خلو الرجل إلا في بعض الحالات التي أباحها المشرع، وكان المؤجر يلتزم بخلو الرجل إلى المستأجر مع بقاء العقد صحيحاً وذلك تطبيقاً لنظرية انتقاص العقد الباطل⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ - ابن قدامة، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد . 1994 م . المغني على الشرح الكبير . القاهرة : الناشر دار الغد العربي . ج6.

ص5.

⁴⁴⁹ - تناغو، سمير . 1998م . عقد الإيجار . مصر : مطبعة رمضان و أولاده للطباعة و التجليد . ص405.

أما الآن فإن عقود إيجار الأماكن تخضع لإحكام القانون المدني والذي يحكمه وينظمه مبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في تعيين شروط التعاقد، بالتالي أصبح خلو الرجل غير محظور إذا اشترطه أحد المتعاقدين⁴⁵⁰.

الفرع الثاني/ الفرق بين العيوب وخلو الرجل

قد يثور الخلط بين العيوب وخلو الرجل وذلك للتشابه فيما بينهم من حيث ماهية، فكلاهما يتمثل في تقديم مبلغ من المال عند التعاقد، والواقع أنه يوجد فروق واضحة وجلية بينهما: فمن حيث الوظيفة فالعيوب تعدد وظائفه فكلما يكون وسيلة للعدول وقد يكون وسيلة للإثبات وقد يكون جزءاً من الثمن، أما خلو الرجل فلا يقوم بهذه الوظائف وإنما هو حافظ يدفع المؤجر أو المستأجر (بحسب من منهم يقبض الخلو) على إبرام وإنشاء العلاقة الإيجارية أو للتخلي عن العين، وذلك إذا كان الخلو مدفوعاً للمستأجر من المالك، أو مدفوعاً له من مستأجر آخر لتنازل له عن العين.

وخلو الرجل لا يعد جزءاً من القيمة الإيجارية، إنما هو مؤن للإخلاء و فقط، أما القيمة الإيجارية فتكون بحسب الاتفاق مدفوعة شهرياً أو سنوياً أو مرة واحدة وذلك بحسب العقد المبرم بين المتعاقدين، فخلو الرجل يعبر فقط عن القيمة الحقيقية للإيجار وقت إبرام التعاقد والقيمة الفعلية المدفوعة من المستأجر إلى المؤجر، على أن خلو الرجل في الفقه الإسلامي يعد جزءاً من الأجرة المتفق عليها، وفي حال الفسخ تطبق الأحكام المطبقة على الأجرة⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ - جمهورية مصر العربية. 1996م. قانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون علي الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن

التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها .

⁴⁵¹ - مجمع الفقه الإسلامي 1998م. قرار رقم 31 (4/6) بشأن خلو البدل. (قرارات المؤتمر). المؤتمر الرابع ، جدة من 18-23 جمادي

الأخر 1408 الموافق 16-21 فبراير.

أما العربون فإنه إذا كانت له دلالة العدول وإبرام التعاقد نهائياً فإنه يُخصم من القيمة الإيجارية، أي يكون جزءاً من ثمن وقيمة الأجرة وذلك بطريقة المقاصة، ولكن على العكس إذا عدل أحد التعاقدين فإن دافع العربون بخسره، أما إذا عدل من قبض العربون فإنه يردده ويرد معه مثله، أما في حال العدول عن عقد الإيجار المدفوع عنه خلو الرجل فإن فسخ العقد والعدول عنه يكون خاضعاً للأحكام العامة في الفسخ، كما أن التعويض عنه يكون خاضعاً لها دون أن يلتزم من عدل بخسارة مبلغ خلو الرجل إذا كان العادل هو الذي دفع خلو الرجل أو يرد الضعف، إذا كان العادل هو من قبض خلو الرجل⁴⁵².

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

⁴⁵² - هذا كان سارياً في قانون إيجار الأماكن المعمول به سابقاً قبل أن يخضع إيجار الأماكن للقانون المدني الحالي - مشار إليه سابقاً.

المطلب الثالث/ العيوب والإرادة المنفردة:

يتبنى هذا المطلب التعريف بالإرادة المنفردة كمصدرٍ للالتزام أولاً، وبيان أوجه الشبه والاختلاف ثانياً.

الفرع الأول/ التعريف بقيمة الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام:

بدون شك لا يمكن مساندة فكرة أن الشخص يستطيع بإرادته المنفردة أن ينشئ التزاماً في ذمة الغير، أي أن يجعل شخصاً آخر مديناً له، لكن الخلاف يثور حول ما إذا كان بإمكان الشخص أن ينشئ التزاماً في ذمته لصالح الغير أي يجعل من نفسه مديناً لغيره، الاعتراض الرئيسي على التصرف بالإرادة المنفردة المنشئ للالتزام هو أنه إذا كان بإمكان شخص أن ينشئ التزاماً في ذمته لصالح الغير فباستطاعته أن يلغيه بنفس الإرادة أي يستطيع أن يتحرر من التزامه متى شاء، وهذا يعني عدم وجود الالتزام، كذلك السياسة التشريعية والحكمة تقتضي أن لا يسمح للشخص بأن يلتزم بإرادته المنفردة وبذلك يمكن حمايته من التصرفات التي تصدر عن خفةٍ وعدم تبصّرٍ كافٍ⁴⁵³.

ونجد هنا أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يعتبر الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً للالتزام في المادة 228 منه، ومن هنا يتضح التطابق الكامل بين القانون المدني الليبي والقانون المدني المصري في هذا الخصوص، فقد جعل الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً للالتزام وأفرد لها فصلاً خاصاً يحتوي على نصين فقط، وفي حين نرى في نصوص أخرى متفرقة من القانون المدني أوردت فيها أن من مصادر الالتزام هي الإرادة

⁴⁵³ - الأزهرى، محمد علي البدوي 2003 م . النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام . ليبيا : المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية . ج 1.

المنفردة، ونعرض هنا بعضاً من هذه النصوص للتوضيح: الإيجاب الملزم الذي نصت عليه المادة (93مدني)

يكون مصدر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه وهو إرادته المنفردة⁴⁵⁴.

الفرع الثاني / أوجه الشبه والاختلاف بين العيوب والإرادة المنفردة:

يشارك كل من العظامين في إن كلاً منهما تصرف إرادي منفرد يكون من مقتضاه إنهاء الرابطة

العقدية، ومع ذلك فإنه يمكن التمييز بينهما على أساس أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يقتصر على

المستقبل دون المناس بالآثار التي ترتبت قبل حصول الإلغاء، في حين أن العدول عن العيوب يقضي على

كامل الصفقة المبرمة ويزيل العقد برمته⁴⁵⁵.

ومن حيث أنواع العقود التي ينطبق عليها كل من النظامين نجد أن العدول عن العيوب يقتصر

تطبيقه على عقود البيع والإيجار فقط، أما في ما يتعلق بالإرادة المنفردة فهي لا تقتصر على نوع محدد من

العقود، بل تمثل في العديد من العقود منها عقد الكفالة وعقد الوكالة والهبة.

تجدر الإشارة إلى التفرقة على الأساس والتكليف القانوني فيما بينهما، فنلاحظ أن الإرادة المنفردة قد جعلها

المشرع الليبي كمصدر استثنائي للالتزام، وذلك من نص القانون حسب ما هو وارد في المادة (165) من القانون

المدني في فقرتها الأولى (إذ نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مطدراً للالتزام يسري عليها ما يسري

⁴⁵⁴ - ليبيا 1953م. المادة 93 أجل القبول الفقرة الأولى - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. و

الفقرة الثانية - قد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. - القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل.

<http://www.aladel.gov.ly>

⁴⁵⁵ - الصده، عبد المنعم فرج. 1969م. مصادر الالتزام. القاهرة: دار النهضة العربية. ص395.

على العقد من أحكام، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص

القانون⁴⁵⁶.

في اتجاه مغاير نجد أن العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد،

ويُقصد به إما السماح لكل منهما بالعدول عن التعاقد مُقابل ترك مبلغ العربون أو تأكيد العقد، وقد أخذ

المشرع بفكرة أنّ العربون يُعطي أحد الطرفين الحق في العدول عن التعاقد، ويعد العربون مُقابلاً لحق المتعاقدين

في العدول وليس تعويضاً، ذلك أنّ من دفع العربون يفقده ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر للطرف

الآخر⁴⁵⁷.

ومن ناحية أخرى يتجلى الفرق بين العدول عن العربون والإرادة المنفردة من حيث: أن الأول يشمل

التصرفات التي تعد معاوضة ابتداء وانتهاء ويدخل فيه البيع والإيجار وركن هذين التصرفين هو الإيجاب

والقبول ومن ثم فهما يدخلان في نطاق العقد وهذا ما ينطبق على العربون من حيث التعاقد، في حين أن

هناك نوعٌ ثانٍ من التصرفات التي تعد تبرعات ابتداءً ومعاوضات انتهاءً ويدخل فيه الكفالة والقرض ويرى

بعض الفقهاء أن ركن الكفالة وركن القرض هو الإيجاب فقط، أما القبول فليس ركناً فيهما ومن ثم فهما

بالنسبة إلى هؤلاء الفقهاء من تصرفات الإرادة المنفردة⁴⁵⁸.

ونجد أيضاً التصرف في الفقه الإسلامي كما أشار إليه عميد الفقهاء العرب السنهوري، يتم بإيجاب

وقبول إذا كان من شأنه أن يترتب التزاماً في جانب كل من الطرفين ولو انتهاءً، وهذا يبين أن ما تم التطرق له

⁴⁵⁶ - ليبسا 1953م. الفقرة الأولى من المادة 165 أحكام الإرادة المنفردة من القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

<http://www.aladel.gov.ly>

⁴⁵⁷ - السنهوري ، عبد الرزاق . 1970م . الوسيط في شرح القانون المدني . بيروت : إحياء التراث العربي . ج 1 . ص 259.

⁴⁵⁸ - السنهوري، عبد الرزاق . 1954م. مصادر الحق في الفقه الإسلامي . بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج 1. ص 41.

أعلاه ينطبق على عملية التعاقد بالعربون والتي لا تكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وفي اتجاهٍ مخالفٍ نجد أن التصرف الذي يرتب التزاماً في جانب أحد الطرفين دون الآخر يتم بإيجاب الطرف المتلزم وحده، فكأن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة المتلزم وحدها، وكأن العقد نفسه وهو إيجاب وقبول وهذا ما تجده ينطبق على التصرف في العقود التي تنشأ بإرادة منفردة⁴⁵⁹.

فمن حيث الوظيفة فالعربون متعدد وظائفه، فقد يكون وسيلة للعدول وقد يكون وسيلة للإثبات وقد يكون العربون أيضاً جزءاً من الثمن المدفوع في عملية البيع، أما الإرادة المنفردة فقد تكون سبباً من أسباب كسب الملكية كالوصية وقد تكون إسقاطاً كالإبراء، ومن هذه التصرفات أيضاً إجازة العقد من العاقد وإقراره من الغير.

⁴⁵⁹ - السنهوري، عبد الرزاق. 1954م. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج 1. ص 44.

المطلب الرابع/ العدول عن العربون والإثراء بلا سبب:

نقوم هنا بالتمييز بين العدول عن العربون والإثراء بلا سبب وذلك بتعريف الإثراء بلا سبب أولاً، ومن ثم أوجه الشبه والاختلاف ثانياً.

الفرع الأول: التعريف بالقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب:

لم تعرف القوانين قاعدةً عامةً في الإثراء بلا سبب، إلا أن القضاء الفرنسي أخذ يسلم بقاعدة الإثراء بلا سبب منذ نهاية القرن الماضي، غير أنه أخضع هذه القاعدة لقيدين: الأول دعوى الإثراء تعتبر دعوى احتياطية، والثاني اشترط أن يكون الإثراء مازال قائماً وقت رفع الدعوى، في حين نرى أن القانون المدني الليبي متأثراً في ذلك بالقانون المدني المصري قد وصل بقاعدة الإثراء إلى أبعد مما وصل إليه القضاء الفرنسي فهو لا يُخضع دعوى الإثراء للقيدين السابقين⁴⁶⁰.

أما الفقهاء فقد اختلفوا حول الطبيعة القانونية للإثراء بلا سبب، وظهرت في النهاية ثلاث اتجاهات: تمسك الأول بأن الإثراء بلا سبب فضالة ناقصة تخلف قصد التدخل لتدبير شأنٍ عاجل، ورأى الاتجاه الثاني أن الإثراء عملٌ غير مشروع ولا يحل للمعري استنقائه وإلا ارتكب خطأً يخول الرجوع عليه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ورأى فريق ثالث أن الإثراء أساسه نظرية تحمل النعمة وذلك على سند من القول أن النشاط الضار يقابله الالتزام بتحمل النعمة⁴⁶¹.

الفرع الثاني/ أوجه الشبه والاختلاف بين العربون والإثراء بلا سبب:

المقصود بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال، ويشترط لوجود الإثراء ما يلي:

⁴⁶⁰ - الأزهرى، محمد علي البدوي 2003م. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام. ليبيا: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية. ج 1. ص 358.

⁴⁶¹ - حسين بن سليمة وعصام الأحمر. 2009م. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام غير الإرادية. تونس: د.ن. ص 504.

- 1- إثراء يترتب عليه خسارة، فلا بد من إثراء ويتحقق ذلك إذا كسب شخص منفعةً ماديةً أو معنويةً تقدر بمالٍ أو تجنب خسارةً محققةً أو انقضاء دينٍ أو سد حاجةٍ ماديةٍ أو معنويةٍ تقدر بمالٍ في ذاتها، أو من ناحية خسارة المقابل كتقدير قيمة العمل الذي قام به شخصٌ أدى إلى كسب شخصٍ آخر⁴⁶².
- 2- يجب أن يقابل الإثراء افتقار، أي يجب أن تتحقق الخسارة بحيث تلحق بشخصٍ، ونتيجةً لهذه الخسارة يجني شخصٌ آخر الكسب⁴⁶³.
- 3- يجب أن تكون علاقة سببية بين الإثراء والافتقار، ويتحقق ذلك إذا كان سبب كل منهما واقعةً واحدة، أو إذا ثبت أن كسب المدعى ما كان ليحدث لولا خسارة الدائن⁴⁶⁴.
- 4- يجب ألا يكون للإثراء أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررهما، كوجود تصرفٍ قانوني بين المفتقر والمثري، كوجود عقد هبة بينهما يبرر افتقار الواهب وإثراء الموهوب له أن يسند الإثراء إلى حكم القانون، فإذا اكتسب شخصٌ شيئاً كسبه الزمان فلا يستطيع المالك الأصلي أن يعود عليه بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن مرور الزمن يعد سبباً قانونياً لكسب الحق العيني⁴⁶⁵.
- والقاعدة في التعويض المستحق نتيجة الإثراء بلا سبب أن يلتزم المدعى بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة في حدود ما أثرى به، فإذا افترضنا أن الخسارة تقدر ب(1000) دولار وأن الكسب يقدر ب(2000) دولار، فإن الدائن لا يكون ملتزماً إلا بمبلغ الخسارة وهو (1000) دولار، وعلى العكس من

⁴⁶² - سلطان، أنور. 2005م. النظرية العامة للالتزام. مصر: منشأة المعارف. ج2. ص439.

⁴⁶³ - الجمال، مصطفى. 1996م. النظرية العامة للالتزام. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ج1. ص432.

⁴⁶⁴ - فرج، توفيق حسن. 2002م. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام وأحكام الالتزام. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص429.

⁴⁶⁵ - الفضل، منذر. 1998م. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الأردني. عمان: مكتبة دار الثقافة والتوزيع. ج2. ص511.

ذلك إذا افترضنا أن الكسب لم يكن يتجاوز مبلغ (500) دولار في الوقت الذي تكون فيه الخسارة (1000) دولار فإن الدائن لا يلتزم بأكثر من (500) دولار.

وهنا نلاحظ الفرق بين الالتزام الناشئ عن الإثراء بلا سبب والعدول عن العربون، حيث أن العربون وفقاً للقانون المدني الليبي والمصري في المادة (103) الفقرة الأولى تنص على أن -دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكلٍ من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك- وفي الفقرة الثانية -إذا عدل من دفع العربون فعهده، وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر-⁴⁶⁶.

ونستشف من النصوص الواردة في المادة السابقة أن العربون يمثل في حد ذاته وظيفة العدول والرجوع عن التعاقد أو وظيفة أخرى وهي دلالة الإثبات والتأكيد في الماضي في إتمام العقد، ونلاحظ في الفقرة الثانية بالتحديد أن القانون لم يشترط تحقق ضرر لأحد المتعاقدين بحيث من خلاله يتم تعويضه عليه مثل ما هو حاصل في الالتزام الناشئ عن الإثراء بل ركز على عملية خسارة العربون لأحد الطرفين دون النظر إلى الضرر، في نفس المعنى نجد أن عربون العدول يعطي الحق لكل من المتعاقدين في الاختيار بين تنفيذ العقد أو العدول عنه في مقابل دفع مقداره⁴⁶⁷.

والعربون أيضاً هو عبارة عن عملٍ مادي يصدر عن الإرادة، فهو يتمثل بمبلغ من المال أو أي شيءٍ مثلي آخرٍ يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ - ليبيا 1953م. الفقرة الأولى والثانية من المادة 103 العربون - من القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

<http://www.aladel.gov.ly>

⁴⁶⁷ - سلطان، أنور. 2005م. النظرية العامة للالتزام. مصر: منشأة المعارف. ج2، ص81.

⁴⁶⁸ - زكي الدين شعبان. 1977م. الشرط الجزائي في الشريعة و القانون. (بحث علمي منشور). مجلة الحقوق والشريعة الكويتية جامعة الكويت.

ونلاحظ أنه حتى من خلال السلطة الممنوحة للقاضي فإن القاضي لا يملك إلا أن يحكم بخسارة العيوب أو برد العيوب ومثله مهما كانت قيمة الضرر الواقع، حتى لو لم يترتب عن العدول ضرر لحق بالطرف الآخر⁴⁶⁹، أما بالنسبة للإثراء بلا سبب فللقاضي سلطات أوسع، حيث يمكنه التدخل في مسألة التعديل في الحكم بقدر الخسارة، ونجد هنا أن هناك مجال إلى النظر للتعويض وجبر الضرر بالمخالفة لما هو جاري في العيوب وفقاً لما تم عرضه أعلاه، وهذا يعتبر من أهم الفوارق الجوهرية بينهم، بحيث أن التعويض المستمد نتيجة الإثراء بلا سبب إذا كانت الخسارة أقل من الكسب فإن التعويض يكون بمقدار الخسارة أما إذا كانت الخسارة أكثر من الكسب فإن التعويض المستحق يكون فقد بمقدار الخسارة دون أي زيادة، مثلاً على ذلك فإذا كان الافتقار (1000) والإثراء (700) فإن الاسترداد يكون بأقل القيمتين وهي (700)⁴⁷⁰.

عدد 2. ص 129.

⁴⁶⁹ - العبودي، عباس. 2009م. شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع و الإيجار. عمان: دار الثقافة للنشر و التوزيع. ص 80.

⁴⁷⁰ - الأزهرى، محمد علي البدوي 2003م. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام. ليبيا: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية. ج 1.

ص 365.

المطلب الخامس / العيوب والإقالة:

منقوم بالتمييز بين العيوب والإقالة وذلك بالتركيز على تعريف الإقالة أولاً، ومن ثم دراسة صور الإقالة واختلافها وتعارفها من العيوب ثانياً.

الفرع الأول / تعريف الإقالة:

الإقالة في اللغة تعني الرفع والإزالة، يقال أقال الله عثرته أي رفعه من سقوطه، والاستقالة تعني طلب الإقالة، وقد بين بعض العلماء أن الإقالة من القول والهمزة للسلب أي أقال بمعنى أزال القول، والقول هنا هو القول الأول أي البيع كقولنا أهلكاه - أنزل شاكيته -.

الإقالة في الفقه الإسلامي تعني رفع أو فسخ العقد أي إلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين، يقال تقايلا البيع أي فسخاه أو تواداه، فعاد محل البيع إلى البائع والتمن إلى المشتري إذا ندم أحدهما أو كلاهما، والإقالة عند بعض العلماء فسخ وعند آخرين بيع جديد، وهي كذلك عند الجميع إذا تمت بثمن جديد أو أجل جديد، وشرعا مندوبة مستحبة إذ قد يندم أحد المتعاقدين على العقد فيستحب للآخر إقالته⁴⁷¹.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من أقال مسلماً - وفي رواية: نادماً - أقال الله عثرته)⁴⁷²، وفي بعض

الروايات: (من أقال أخاه المسلم صفقة كرهها أقال الله عثرته يوم القيامة)⁴⁷³.

471 - المصري، رفيق بونس. 2009م. بيع العيوب وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكتبي - ص 23-24.

472 - أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني. 1950م. سنن أبي داود. (بتحقيق) محمد محيي الدين عبد الحميد. القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى. ج 3. ص 372.

473 - الإمام البغوي. 1970م. شرح السنة. (بتحقيق) شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاوش. بيروت: المكتب الإسلامي. ج 8. ص 161.

الفرع الثاني / صور الإقالة واختلافها وتقاربها من العربون:

فصورة الإقالة أن يرد المشتري المبيع أو المستأجر المأجور ويرد البائع الثمن أو المؤجر الأجرة، على أن هناك روايات جاءت بلفظ الإقالة، بحيث تقترب من العربون في النهاية وإن اختلفت عنه في البداية، فعن ابن سريين وسعيد بن المسيب لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً قال الإمام أحمد هذا أي العربون في معناه، في مصنف ابن أبي شيبة في الرجل يشتري من الرجل الشيء فيستغله فيرده ويرد معه درهماً⁴⁷⁴، وهذه الصورة أمثالهم (جابر بن زيد، وسعيد بن المسيب، وشريح، وغيرهم...)، ورفضها بعضهم الآخر من أمثال (ابن عباس، وعاصم، إبراهيم في الرواية وغيرهم...)، حيث أن هذه الصورة من الإقالة تقترب من العربون، لأن العربون يتفق عليه منذ العقد الأول أما هذه الإقالة فيتم الاتفاق عليها عند العقد الثاني، ومع ذلك فربما يكون الحكم الشرعي في العربون وفي صورة الإقالة هذه واحداً كما ذهب الإمام أحمد، وربما يكون حكم الإقالة هنا أقرب جوازاً لأن الضرر يكون قد علم، على أنه ربما يتمسك بالمال ولو لم يقع أدنى ضرر، ففي هذه الحالة تعود هذه الإقالة إلى التشابه مع العربون وربما تزيد عليه لأن العربون كان الضرر وقت دفعه محتملاً أما هنا في هذه الإقالة فليس هناك أي ضرر⁴⁷⁵ ويبدو أن بعض السلف كانوا يخشون أن يكون في هذه الصورة من الإقالة ربا، عن أسامة بن زيد قال: سمعت سعيد بن المسيب وسئل عن رجل اشترى بغيراً فندم المبتاع، فأراد أن يرده ويرد معه ثمانية دراهم، فقال سعيد لا بأس به إنما الربا في ما يكال ويوزن مما يؤكل ويشرب⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ - عبد الله محمد بن أحمد بن أبي شيبة. 1979م. مصنف ابن أبي شيبة. (بتحقيق) عبد الخالق الأفغاني. بومباي: دار السلفية. ج6.

ص108.

⁴⁷⁵ - المصري، رفيق يونس. 2009م. بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكتبي - ص25.

⁴⁷⁶ - عبد الله محمد بن أحمد بن أبي شيبة. 1979م. مصنف ابن أبي شيبة. (بتحقيق) عبد الخالق الأفغاني. بومباي: دار السلفية. ج6.

ربما رأى هؤلاء العلماء أن هذه العملية حيلةً ربويّةً (عينة)، والعينة هي أن يبيع بغيراً ب(100) نقداً ثم يبيع المشتري البعير نفسه إلى بائعه ب(108) لسنةٍ مثلاً، فيكون كأنه أقرضه (100) بربا مقداره (8)، غير أن هناك رأيٌ لا يسلم بوجود الربا هنا ولا للعينة، لأن العملية يبيع بغيراً بدراهم والذي قبض الثمانية دراهم الإضافية هو الذي قبض ثمن البعير، ولو كانت الدراهم الثمانية مدفوعةً من قبض الثمن لربما كانت هناك فعلاً شبهة ربا أو حيلة ربا، ثم أنه يمكن اعتبار هذه الدراهم الثمانية بمثابة أجرة البعير خلال المدة الفائتة، كما أنه ليست هناك نية القرض وإنما يكون الربا في قرضٍ أو بيعٍ مشبوّه يراد منه التوصل إلى القرض، وهذه الصورة من الإقالة أراها جائزة سواء كان البيع الأول معجلاً أو مؤجلاً، إذ لا يخشى فيها ما يخشى في بيع الآجال، فإذا كان البيع بغيراً معجلاً بدراهم مؤجلة فإن المشتري قبض بغيراً ثم رد بغيراً ومبلغاً من الدراهم والبائع لم يقبض شيئاً (لأن الثمن مؤجل) بل دفع بغيراً ثم استرجع البعير ومبلغاً نقدياً فإن الربا أو شبهته أو ذريعته، ومما يقوي جواز هذه الصورة من الإقالة واستغراب منعها أنها ترجع في النهاية إلى أنها بيع جديد، فمن باع سلعة ب(100) ثم طلب المشتري الإقالة لقاء (8) مثلاً فكأن الإقالة هنا بيعٌ جديدٌ بثمنٍ أقل (100-8=92)، ولكن تخريج هذه الصورة من الإقالة على أنها بيع جديد يفضي بنا إلى تخريج البيع على أنه بيعتان في بيعة، أو بيعٌ وشرطٌ فكأن البائع يتفق مع المشتري أو يتشاركان على بيع السلعة ب(100) مع إمكان إعادة شرائها ب(92)، غير أن المشتري ليس ملزماً بإعادة بيع السلعة إلى البائع، أما البائع فهو ملزمٌ بإعادة الشراء إذا اختار المشتري ذلك، وما ذلك إلا لأن الخيار معطى هنا للمشتري دون البائع، فإذا كان العربون للطرفين فإن كلاهما يكون ملزماً بإعادة البيع إذا اختار الطرف الآخر ذلك بشرط دفع العربون، مع ذلك يبقى بيع العربون مختلفاً عن بيعتين في بيعة، لأن فيه خياراً لأحد الطرفين أو لكليهما، في حين أنه

في (بيعتين في بيعة) لا يوجد مثل هذا الخيار، ولهذا لا نسلم بما جاء في مقدمات ابن رشد من اعتبار كل من

بيعتين في بيعة وبيع العربون على مستوى واحدٍ وأنهما من الغرر⁴⁷⁷.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

⁴⁷⁷ - أبي الوليد محمد احمد ابن رشد القرطبي . 1988م . مقدمات الممهدات . (تحقيق) سعيد احمد أعراب . بيروت: دار الغرب الإسلامي الأولى . ج2. ص 548 . - و المصري، رفيق يونس . 2009م . بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه . دمشق: الناشر دار المكتبي - ص26-27.

المبحث الثاني / طبيعة التعاقد بالعربون

تناول في هذا المبحث طبيعة العربون من خلال التركيز على طبيعة التعاقد بالعربون وفقاً للشريعة الإسلامية في المطلب الأول، ثم نتناول الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون في المطلب الثاني.

المطلب الأول / طبيعة التعاقد بالعربون وفقاً للشريعة الإسلامية:

في هذا المطلب سنتعرض إلى رأيين مختلفين في طبيعة العربون الشرعية، فنوضح أولاً وجهة النظر في اعتبار العربون شرطاً من الشروط المعلقة للبيع، ونوضح ثانياً النظرة المعتمدة أن العربون أحد صور خيار الشرط.

الفرع الأول / العربون شرط معلق للبيع:

أحد صور الشرط القابل عند الخنابلة الشرط الذي يعلق البيع كقول البائع بعتك إن جئتني بكذا أو إن رضي فلان، فالبيع لا يصح لأنه علق على شرط المستقبلي، فالمعلق على الشرط من العقود والتصرفات هو ما جعل حصوله مترتباً على حصول شيء آخر مستقبلي بأداة من أدوات الشرط⁴⁷⁸.

والتعليق يمنع العقد من أن ينعقد حتى يوجد الأمر المعلق عليه، فالتعليق يمنع العقد من أن يصير سبباً لحكمه في الحال، ثم لا ينعقد سبب إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه وقرن وجوده بوجوده، فالفساد بأن يكون عقد البيع عقد معاوضة، والمعروف أن البيع لا يصلح إلا في صورة بعت وقبلت إن شاء الله⁴⁷⁹.

ويتضح هنا ما فسره الإمام أحمد بأن البيع لا يصح إلا بعتك إن شاء الله، إلا أن الخنابلة أجازوا بيع العربون على الصحيح من المذهب، وذلك كاستثناء على عدم صحة الشروط المعلقة للبيع، وحيث يرجع سبب

⁴⁷⁸ - حسن، عبد الرزاق فرج. 1969م. نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي. مصر: دار النهضة العربية، طبعة. ص 47.

⁴⁷⁹ - إبراهيم، أحمد. د.ت. المعاملات الشرعية المالية. القاهرة: المطبعة السلفية. ص 102. - شرف الدين موسى الحجاوي المقدس. ج.ت.

(تعليق) عبد اللطيف السباكي. بيروت: دار المعرفة. ج.2. ص 81.

الإجازة إلى ما روي عن عمر بن الخطاب لإجازته للبيع بالعربون وفعله له، وقد قال الإمام أحمد بن حنبل
يصح لأن عمر فعله⁴⁸⁰.

ومن وجهة نظر الباحث أن العربون لا يعد من ضمن الشروط المعلقة للبيع، لأن التعليق يمنع العقد
من أن ينعقد حتى يوحّد الأمر المعلق عليه، أما العربون فهو بيع منعقد غير أنه مشروطٌ فيه الخيار، فهو بيع
يتم الاتفاق فيه بين البائع والمشتري على محل البيع وعلى الثمن ويدفع المشتري جزءاً من الثمن ويشترط
لنفسه الخيار في الرجوع مع حسارة العربون.

ويظهر جلياً أن نافعاً اشترط الخيار بعد أن وقع العقد، فنافع بن الحارث قد اشترى من صفوان بن
أمية دار السجن واتفقوا على أن يكون الثمن أربعة آلاف درهم، وأعربه (دفع له عربوناً) نافع أربعمئة درهم
واشترط الخيار لعمر بن الخطاب، فالبيع منعقدٌ ولا يمكن قبول أن البيع كان معلق الانعقاد على رضا عمر،
بل إن الصحيح هو القول بأن البيع منعقدٌ ولكن نافع اشترط لعمر خيار الفسخ.

الفرع الثاني/ التعاقد بالعربون المقترن بخيار الشرط.

يرى بعضٌ من الفقهاء أن التعاقد بالعربون هو صورة من صور خيار الشرط، وخيار الشرط يعني أن
يثبت لأحد المتعاقدين أو لهما أو لغيرهما الحق في اختيار إمضاء العقد أو فسخه⁴⁸¹.

والدليل على إجازته ما ورد في الحديث الشريف من أن حبان بن المنقذ كان رجلاً ضعيفاً، وكان قد سنع في
رأسه بمأمومة، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم له الخيار فيما يبيع ثلاثاً، وكان قد ثقل لسانه فقال له

⁴⁸⁰ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. د.ت. كشاف القناع عن متن الإقناع. (تعليق) هلال مصلحي هلال. القاهرة: الناشر مكتبة

النصر الحديثة ج3. ص195

⁴⁸¹ - الصديق محمد الأمين الضمير. 1966م. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي. (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

رسول الله صلى الله عليه وسلم: بع وقل لا خلافة، و الغرض من هذا الخيار التروي والتدبير ودفع الغبن والأمن من الانخداع⁴⁸².

فبيع العربون يثبت فيه الخيار للمشتري، وقد سعى المتعاقد إلى إحرازه بقصد التروي وكسب الوقت، فإذا أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن وإذا رد البيع فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد وهو للمشتري فقط، أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له لا يستطيع رده⁴⁸³.

ويعتقد الباحث أن هذا الرأي يستحق التقدير والموافقة عليه، ولكن الأفضل أن نسمي الخيار الذي يصاحب دفع العربون - خيار العربون - وهو من إضافة الشيء إلى سببه فيكون الخيار الذي سببه دفع العربون، ويكون خيار العربون مميزاً عن خيار الشرط والذي يختلف عن خيار العربون من جوانب عدة ومختلفة، بحيث يتبين أن الخيار في التعاقد بالعربون يكون بمقابل وهو العربون الذي يدفعه المشتري إلى البائع، وذلك عكس خيار الشرط الذي يكون لمن له الخيار أن يعامل عن العقد بدون أن يدفع شيئاً إلى الطرف الآخر، ومن المتعارف عليه أن الخيار في التعاقد بالعربون يكون للمشتري فقط وهو دفع العربون، أما خيار الشرط فإنه يثبت للمتعاقد أو لأحدهما أو للآخر، كما نرى في خيار الشرط أن جمهور الفقهاء أجمعوا على ضرورة تحديد مدة للخيار، أما في خيار العربون فهو صحيح وجائز حتى ولو كان مطلق المدة من غير تحديد⁴⁸⁴.

⁴⁸² - على بن عمر الدار قطني. د.ت. سنن الدار قطني. تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود و الشيخ علي احمد معوض. بيروت: الناشر عالم الكتب. ج3، ص55. - أبو زهرة، محمد. د.ت. الملكية ونظرية العقد. مصر: الناشر دار الفكر العربي. ص363.

⁴⁸³ - الصديق محمد الأمين الضيرير. 1966م. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي. (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق، جامعة القاهرة. ص102. - عبد الله العلفي. 1988م. أحكام الخيار في القانون المدني اليمني (رسالة دكتوراه) جامعة عين شمس. ص253.

⁴⁸⁴ - الحكيم، عبد المجيد. 1993م. الكافي في شرح القانون المدني الأردني والمدني العراقي والمدني اليمني. عمان: جزء1، ج1. ص267.

وفي البيع بالعربون يكون العقد منعقداً ولكن مشروطاً فيه الخيار، أو كما قال ابن حجر أن نافعاً

أوقع البيع مع اشتراطه الخيار، وأحكام هذا العقد لا تختلف عن أحكام العقد مع الخيار إلا في بعض مما أشرنا إليه سابقاً.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جَامِعَةُ الْعُلُومِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْمَالَيْزِيَّةِ
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المطلب الثاني/ الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون:

يتناول في هذا المطلب طبيعة اشتراط العربون أولاً، ثم نتطرق إلى الطبيعة القانونية للتعاقد بعربون العدول التي سيتم حصرها في بعض المواقف الفقهية ثانياً، ثم نبين الطبيعة القانونية لعربون القسط ثالثاً، ونختم أخيراً باستعراض الطبيعة القانونية لعربون الإثبات.

الفرع الأول: طبيعة اشتراط العربون.

إن العربون كوسيلة للإثبات أو كجزء من الثمن لا يثير أي صعوبات في معرفة طبيعة العقد المقترن به، لأن هاذين الاستخدامين لا يؤثران على طبيعة العقد الأصلي، فكل ما يقوم به هو تأكيد وجود هذا العقد والبدء في تنفيذه، وهذه العقود المقترنة بعربون الإثبات أو عربون القسط هي عقود تبادلية ملزمة للجانبين بادر فيها أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الذي وجبه عليه العقد، ولا يستطيع أي من طرفيه العدول عنه لأنهما مرتبطان برابطة عقدية باقية، أما الحالة الثالثة وهي حالة عربون العدول فيرى بعض من الفقه أنه عندما يقوم الأطراف بدفع أو استلام العربون حسب معناه الوارد بالمادة 1590 مدني فرنسي ومادة 103 مدني مصري وليبي كوسيلة للعدول فإننا يجب أن نميز بين اتفاقين، الأول وهو العقد الأساسي سواء كان عقد بيع أو عقد إيجار، والثاني اتفاق العربون والذي جاء في المضمون الأساسي للعقد والذي سيجعل العقد يحتفي إذا عدل أحدهم عن إتمام العقد عن طريق استخدام العربون لحفظ حق العدول، ويقترب هذا الرأي من الرأي الذي يرجح أن بيع العربون يتضمن اتفاقين متميزين: الأول الاتفاق على البيع المقترن بشرط واقف أو فسخ حسب نية المتعاقدين، والاتفاق الثاني اتفاق العربون وهو اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في

العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة العيوب، ويعتبر هذا الاتفاق باتاً أياً كانت طبيعة هذا الشرط المقترن به البيع.⁴⁸⁵

والواقع أن هذه التقسيمات قد أقرها الفقه الفرنسي والذي قرر أن العيوب كوسيلة لحق للعدول لا يقترن إلا بالصفقات المقترحة الغير باتة، أي أن عيوب العدول لا يقترن إلا بالوعد على التعاقد، أما بخصوص دفع العيوب بعد إبرام العقود النهائية فإنه لا يكون أبداً وسيلة للعدول، والتعاقد بالعيوب عند الفقه الفرنسي له طبيعة خاصة حيث يرى أن العيوب المدفوع أثناء الصفقات المقترحة وقبل إتمامها يكون عقداً من نوع خاص، -وبوالمقظة هذا العقد يكون الذي يعطي العيوب راضياً أن يخسر وينقل لي ملكيته في حال ما يكون رفض إتمام الصفقة المقترحة من جهته، وأنا ألتزم من جانبي بأن أرد له العيوب في حالة الرفض المماثل من جهتي-.

ونجد أن الفقه المصري أكد ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، حيث يرى أن عقد العيوب هو عقد ملزم للطرفين غير تام، فالعقود تنقسم إلى قسمين من حيث اللزوم، عقد ملزم لجانب واحد، وعقد ملزم للجانبين، وقد كان هناك نوع ثالث من العقود عرفها القانون الروماني، وكان هذا العقد وسطاً بين النوعين السابقين، وهو العقد الملزم للجانبين غير تام، فهو في الأصل عقد ملزم للجانب الواحد ولكن المتعاقد الآخر الذي يكون غير ملتزم من البداية يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد، مثال ذلك عقد الوديعة حيث أن المودع عنده بما يصيبه من أضرار بسبب الشيء المودع، أو يلتزم برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ - مرقس، سليمان. 1980م. شرح عقد البيع. الرياض: الناشر عالم الكتب. ص81.

⁴⁸⁶ - السنهوري، عبد الرزاق. 1970م. الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج1. ص200.

الفرع الثاني / بعض الآراء حول تكييف التعاقد بالعربون . (عربون العدول)

تشعبت الآراء حول تكييف التعاقد بالعربون، وإنما يمكن حصر هذه الآراء في نطاق ضيق يتمثل في ست اتجاهات نعرضها فيما يلي:

1- التعاقد بالعربون عقد معلقٌ على شرطٍ واقفٍ:

يقول أصحاب هذا الرأي أن البيع بالعربون يعتبر بيعاً معلقاً على شرطٍ واقفٍ مضمونه هو عدم عدول أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة، فخير العدول يعني أن الرضا ليس نهائياً، حيث أنه يحتاج إلى الاستقرار بعدم العدول خلال المدة المحددة لإبرام العقد النهائي، فإذا مرت هذه المدة ولم يحدث عدولٌ خلالها فقد تحقق الشرط وبذلك فالعقد لا ينتج أي أثر إلى أن يتبين مصير الشرط، فإذا تحقق على النحو السالف الذكر فإن العقد ينتج أثره من وقت العقد وعندئذ يحسب العربون من أصل الثمن ويستقر التعاقد ويصبح الرضا نهائياً، أما إذا حدث العدول خلال الفترة المحددة فإن الشرط الواقف يكون متخلفاً ومن ثم لا يرتب العقد آثاره القانونية إلا فيما يتعلق بالزام الطرف الذي عدل عن التعاقد بأن يتحمل خسارة العربون الذي دفعه إذا كان مشترياً أو يرده ومعه مثله إذا كان بائعاً.⁴⁸⁷

وخلاصة القول أن التعاقد بالعربون عقد موقوف آثاره لحين مرور المدة دون عدول، فإذا مرت المدة ولم يحدث خلالها هذا العدول فقد تحقق الشرط الواقف وترتبت الآثار بأثر رجعي منذ تاريخ التعاقد وإلا لم تتحقق على الإطلاق إذا تخلف الشرط، وتحقيق العدول (267، 270) من القانون المدني المصري ويذهب في هذا الاتجاه القانون المدني الليبي من خلال النصوص الواردة في المواد (254-257)⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ - سلطان، أنور. 1952م. العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة. القاهرة: دار نشر الثقافة. بند 90 ص 120.

⁴⁸⁸ - ليبيا 1953م. المادة 254- التي تنص على (لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض

غير أن هذا الرأي واجه انتقاداً من بعض القانونيين، بأنه متى تخلف الشرط الواقف لتحقيق العدول فإن ذلك يعني زوال العقد بكل آثاره وهذا لا يفسر كيف يلتزم المتعاقد برد العربون أو مثله⁴⁸⁹.

2- التعاقد بالعربون عقد معلقٌ على شرطٍ فاسخٍ:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن التعاقد بالعربون يعتبر عقداً مقترناً بشرطٍ فاسخٍ مضمونه تحقق العدول عن التعاقد خلال الأجل المحدد، فإذا مرت المدة ولم يعدل أي من المتعاقدين عن التعاقد فقد تخلف الشرط الفاسخ وظل العقد مرتباً لآثاره القانونية، حيث يلتزم المشتري بدفع باقي الثمن بعد خصم العربون ويلتزم البائع بالتسليم والضمان ونقل الملكية⁴⁹⁰.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بالعدول خلال الأجل المحدد فإن ذلك يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي ومن ثم يخسر العربون من دفعه ويرده ومثله من تسلمه (مادة 269-270) من القانون المدني المصري، ويذهب شقيقه المدني الليبي في نفس الاتجاه في نص المادة (256) حيث جاء فيها: فقرة 1- (يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام، ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض)، الفقرة 2- (على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط)، وتطرق المادة (257) أيضاً في نفس الاتجاه بنصها في فقرتها: 1- (إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجوده إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود

إرادة الملتزم). والمادة 257 فقرة 1- إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط. و الفقرة 2- ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه. من القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

<http://www.aladel.gov.ly>

⁴⁸⁹ - سلطان، أنور. 1952م. العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة. القاهرة: دار نشر الثقافة. بند 90. ص 120.

⁴⁹⁰ - الشرفاوي، جميل. 1966م. شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة). القاهرة: دار النهضة العربية. بند 39 - ص 71، 72.

الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط)، 2- (ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذاً للالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه)⁴⁹¹.

وآخر القول أن التعاقد طبقاً لهذا الرأي يترتب أثره القانوني ولكن تحقق الشرط الفاسخ يزيل الآثار بأثر رجعي، أما تخلفه فيؤكد العقد ويصفه بالبتات وصلاحيته للاستمرار مرتباً لآثاره القانونية، في حين من جانب آخر يؤخذ على هذا الرأي مأخذ أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال العقد كله بأثر رجعي ومن ثم فليس هناك سند قانوني للالتزام المتعاقد برد العربون⁴⁹².

في سلاقة قضائية في المحاكم المصرية التي لا تعتبر العربون عقداً معلقاً على شرط فاسخ أو وعد بالتعاقد ما دام العقد بيعاً باتاً منجزاً، فإن شرط دفع الغرامة من جانب البائع مع رده لمن تسلمه أو ضياع ما دفعه المشتري شرطاً لا يمكن صرفه إلى جعل البيع بعربون موقوف على شرط فاسخ برغبة أحد الطرفين أو وعد بالبيع، لأن دفع غرامة مملوكة لما تسلمه البائع لا يترتب عليه أن يكون عربوناً بالوعد بالبيع طبقاً للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي، وإن كان لا يشترط من وصف عقد البيع بعربون أن ترد به بالذات كلمة عربون إلا أنه يجب في جميع الأحوال أن تكون نية المتعاقدين قد انصرفت فقط إلى تقرير حق جواز العدول عن الوفاء بالالتزام العيني إلى الالتزام التعويضي انصراً لا يشوبه شك، وأما إذا وردت عبارة الغرامة أو التعويض على سبيل تقدير التعويض في ذاته من حيث تقديره ومن حيث أنه جزاء لمن يخالف نصوص العقد، فإنه يجب النظر إلى هذا كله على اعتبار أن شرط التعويض قد ورد ليكون شرطاً جزائياً، فمن

⁴⁹¹ - ليبيا 1953م. المادة 256-257 من القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل. <http://www.aladel.gov.ly>

⁴⁹² - مرقس، سليمان. 1980م. شرح عقد البيع. الرياض: الناشر عالم الكتب. ص80.

وضع له طبقاً للمادة (98) من القانون المدني حق المطالبة إما بتنفيذ الالتزام جبراً على المدين وإما حق المطالبة بالتعويض⁴⁹³.

3- التعاقد بالعربون معلقٌ على شرط يمكن معرفته عن طريق النية المشتركة :

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يمكن أن يكون التعاقد معلقاً على شرط واقفٍ أو فاسخٍ ، ومرد تحديد ذلك هو النية المشتركة للطرفين التي يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد نفسه أو من صلب المحرر الموقع منهما، وإذا فشل القاضي في التصرف على هذه النية فإنه يجب أن يرجح أن التعاقد مقترنٌ بشرطٍ فاسخٍ وهو عدول أحد المتعاقدين عن تعاقدته خلال الأجل المحدد.

ويتضح من خلال حكم محكمة النقض أن النية المشتركة للمتعاقدين هي المعول عليها في إعطاء حكم العربون، حيث أن العربون يمثل ما يقدمه أحد العاقدين إلى إنشاء العقد، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلوا عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائي، وقد يريدان أن يجعلوا لكلٍ منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه، ونية العاقدان هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني، وعلى ذلك فإذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تامة وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسير للعقد تحتمله عبارته فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض⁴⁹⁴.

4- التعاقد بالعربون عقد تمهيدي :

⁴⁹³ - محاكم استئناف مصر. رقم 132. [25 أبريل 1932] الخامة 23. ص 292. مرجع القضاء. 5947.

⁴⁹⁴ - محكمة النقض المصرية. نقض مدني. بند 129. [جلسة 21 - 03 - 1946] ربع قرن. ص 366.

يعتبر العربون كأحد صور المرحلة التمهيديّة من التعاقد فقد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيديّة تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائيّة، وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيديّة الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائيّ والعربون، وذهب الفقه الفرنسي إلى أن التعاقد بالعربون ما هو في حقيقته إلا تعاقد تمهيدي حتى لو اقترب هذا العربون بالعقد التام مثل البيع، وبعد دفع وتسليم العربون يصبح العقد عقد وعدّ بالبيع أو وعدّ بالإيجار حيث يمكن العدول عنه⁴⁹⁵.

إن العقد التمهيدي في واقع الأمر عقد تحضيري لعقد آخر والذي ينوه له سبب هام وهو توضيح نية الأطراف في التعاقد، ويصبح العقد التمهيدي عقداً كاملاً عندما يتم الأطراف العقد، إذ العقد التمهيدي يكون تأكيدياً لنية الأطراف في العقد لكنه لا يلزم الأطراف عندما يبررون العقد النهائي، ونجد أن البيع بالعربون ليس وعداً بسيطاً وفي هذه الحالة لا نستطيع أن نصفه بالعقد التمهيدي لأنه منذ إبرام البيع بالعربون كما رأى بعض الفقهاء يكون عقداً نهائياً وليس مقدماً أو عقداً تمهيدياً بسيطاً، فالأطراف يتفقون في هذا البيع على يومٍ حيث يكون العقد به واجب التنفيذ، وإذا لم يشر أي طرف من الأطراف حتى هذا اليوم إمكانية العدول فإن العقد سيصبح باتاً ونهائياً ولن يحتاج إلى عقد جديد.

إن التمييز الوحيد بين العقد التمهيدي والعقد النهائي أنه في العقد التمهيدي يجوز لأحد الأطراف أن يحدد التزاماته اتجاه الطرف الآخر دون تحديد لالتزام الطرف الثاني، في حين أن العقد لكي يكون عقداً نهائياً فإنه يجب أن تكون التزامات كل الأطراف واضحة، وهذا هو الطابع المعروف للعقد التمهيدي بأنه ملزم لجانِبٍ واحد فهو وعدّ من جانبٍ واحدٍ، حين يكون لديه النية مثلاً في البيع، فالبايع يكون هو الملتزم فقط

⁴⁹⁵ - السنهوري، عبد الرزاق. 1970م. الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام. بيروت: الناشر دار إحياء التراث. ج 1. ص 319.

أما المشتري المستفيد فلا توجد عليه أية التزامات إلا عندما يوافق على الشراء، وفي هذه الحالة عند تبادل القبول والرضا يتم العقد ويكتمل نهائياً، حيث يرى جانب كبير من الفقه أن هذا العقد لا يكون عقداً تمهيدياً ملزماً للجانب واحد، وذلك لأن الأطراف حسب نص المادة (1590) من القانون المدني الفرنسي والتي توازيها في نفس المعنى المادة (103) مدني لبيي قد اتفقوا أحدهما على البيع والآخر على الشراء، وهنا العقد احتوى منذ البداية على جميع خصائص العقد التام فهذا الوعد لا يمكن أن يكون سوى عقد ملزم للجانبين⁴⁹⁶.

إن العقد بالعربون عقد ملزم لأطرافه بما تم فيه، فهو عقد ملزم للجانبين، وهو عقد بدون إلزام على إتمام التعاقد، فإن كلاً من طرفيه قد احتفظ بحق العدول وبخسارته العربون أو رده مضاعفاً وهذا هو التزام أطرافه في خلال المهلة المحددة للعدول، فبعد التنفيذ الإجمالي قد استبعد، إلا أن أطرافه اتفقوا فيما بينهم منذ البداية على أنه إذا لم يحدث أي تأخير فسيتم بالتالي تنفيذ العقد، ولكن في حالة التأخير يظل العقد معلقاً وبالتالي يظل حق العدول موجوداً لكل طرف، وهذا العقد يصير نهائياً في حال انتهاء المهلة المحددة للتنفيذ دون أن يستخدم أي من أطرافه الحق المخول له في العدول، فالأطراف مرتبطون ارتباطاً جاداً وحقيقياً برغم إعطاء القانون لكل من طرفيه الحق في العدول.

⁴⁹⁶ - ليبيا 1953م. المادة 103 العربون- من القانون المدني الليبي الفقرة الأولى تنص على (دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك). القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

حيث أن هذا القول بأن العربون يحوّل عقد البيع إلى وعدٍ بالبيع فيه اعتداء على إرادة المتعاقدين، فإن العربون في الأصل مدفوعٌ من أجل اتفاقٍ بات مؤكداً والعاقدان لم يتفقا من أجل مرحلةٍ تمهيديةٍ قبل البدء في التعاقد.

5- التعاقد بالعربون عقد ينشئ التزاماً بديلاً

يرى بعضٌ من الفقه أنه إذا كانت دلالة العربون هي جواز الرجوع في البيع فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر، ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فإن النص صريحٌ في أن هذا الالتزام موجودٌ حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، فالعربون معناه في نظر الالتزام بدفع قيمة العربون، ففعل العربون مقابلاً لحق الرجوع ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته، كما لا تجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ما لم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته، فالعربون يعد مقابل الرجوع في البيع أي بدل عن هذا الرجوع فيمكن تكييفه بأنه البديل في التزام بدلي، ويكون المدين بائعاً كان أو مشترياً ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل تبعاً لذلك إذا هو أدى العربون، ويترتب على ذلك أن العربون بدل مستحقٌ بالعقد دفعه إنما هو تمهيدٌ للعقد وليس فسحاً له.⁴⁹⁷

وإذا كان العربون مقترناً بوعده بالبيع أو الشراء ملزماً لجانب واحد فهذا هو الالتزام البدلي المحض، إذ الواعد وهو الذي دفع العربون يلتزم بإبرام العقد النهائي إذا ظهرت رغبة الآخر في إبرامه، وله بدلاً من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البديل.

⁴⁹⁷ - السنهوري، عبد الرزاق. 1970م. الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام. بيروت: الناشر دار إحياء التراث. ج4. ص 90.

ويتعرض هذا الرأي إلى النقد من الفقه، حيث أن الالتزام البدلي يكون التزاماً واحداً ذا محلين متعادلين، أحدهما أصلي والثاني يجوز للمدين أن يفِي به بدلاً من المحل الأصلي، وليس الأمر كذلك في البيع بالعربون لأن الالتزامات التي ينشئها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع، على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها وهو التزامه بقيمة العربون، فلا يستقيم اعتباره التزاماً بدلياً⁴⁹⁸.

في الخلاصة ينحاز الباحث إلى الرأي الذي نادى به بعض من فقهاء القانون، في اعتبار العربون محلاً بديلاً في التزام بدلي وتبرأ ذمة المدين -سواء كان بائعاً أو مشترياً- من محل الالتزام الأصلي في العقد المدفوع فيه العربون، فإذا تنازل عن العربون إذا كان هو المشتري المدين والرافض لإتمام التعاقد، أو رده ورد مثله للطرف الأخر إذا كان المدين والرافض لإتمام التعاقد هو البائع، هنا تجدر الإشارة إلى أنه صحيح قد تم تبرأت ذمة المدين سواء كان بائعاً أو مشترياً، ولكن المهم هو هل يتمتع جبر الآثار المترتبة على هذه التبرئة سواء للمشتري أو للبائع من جراء العدول عن المضي في إتمام التعاقد؟ وهل في الاعتقاد أن قيمة العربون تكفي لذلك؟ وهذا ما نحتاج الإجابة عليه بشكل محلي وجلي.

⁴⁹⁸ - مرقس، سليمان. 1980م. الموجز في أصول الالتزامات، عقد البيع. القاهرة: عالم الكتب. ص 91.

المطلب الثالث/ الطبيعة القانونية لعربون القسط والإثبات

من خلال دراستنا للطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون شدّ انتباه الباحث إلى بعض من التعمق في هذه الطبيعة من جوانب أكثر دقة، بحيث أنه سيتمّ التعرض بالدراسة إلى الطبيعة القانونية لعربون القسط أولاً، ولا يفوتنا التطرق إلى الطبيعة القانونية لعربون الإثبات ثانياً.

الفرع الأول/ الطبيعة القانونية لعربون القسط:

إنّ العربون يكون تأكيدياً لإبرام العقد، ويتميز هذا العربون بأنه يشتمل على وفاء جزئي معجل، فهو في البداية دفع أو وفاء وهذا يعني أنه شكل أسلوب لانقضاء الالتزام، فالمشتري الذي يدفع إلى البائع عربون القسط يكون قد دفع جزءاً من الثمن الذي يدين به، وهذا الدفع لا يكون زيادةً على الثمن ولا ضماناً تكميليةً وإنما هذا العربون يعدّ بدءاً في تنفيذ العقد⁴⁹⁹.

إنّ دفع العربون لا يكون دفعاً كلياً، فالمشتري الذي يدفع العربون لا يدفع كل ما هو مدينٌ به بل هو يدفع جزءاً من المقابل الذي يلتزم به، فهذا الدفع ليس إلا دفعاً جزئياً وهذا المبلغ المدفوع يُخصم من الثمن الأصلي ولن يكون المشتري مديناً إلا بالجزء الباقي من الثمن الكلي، ودفع العربون في بعض الأحيان يكون معجلاً وسابقاً لأوانه، وهذا يعني أن المشتري بدء في التنفيذ التزاماً به فالعالم ان يؤجل دفع الثمن حتى يحصل تسليم الشيء المبيع، ولكن هذا الدفع المعجل يقصد منه في هذه الحالة تأمين البائع لأنه عندما يتسلم

⁴⁹⁹ - حجازي، عبد الحمي. 1982م. النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي. الكويت: الناشر مطبوعات جامعة الكويت. ج.1. ص

العربون يتيقن أن المشتري سينفذ العقد، وهذه الخاصية تكشف عن الدلالة العميقة للعربون (الضمان) فيصبح البائع أكثر تأكيداً من المشتري الذي بدأ في التنفيذ قبل أن يكون مجبراً عليه⁵⁰⁰.

يترتب على هذه الصفات لدفع عربون القسط - جزئي معجل - أنه يختلف عن الدفع الجزئي في البيع بالتقسيط، فدفع عربون القسط يختلف عن هذه الدفعات والتي يكون الثمن الكلي فيها محددًا لكنه يُدفع جزئياً وعلى فترات مختلفة، فهذه الأقساط تكون مستحقة الأداء في المدة المحددة لسدادها بمعنى أن سداد هذه الأقساط سداداً لما هو مستحق ولا يوجد في هذا السداد أي تعجيل، والدفعة الأولى من هذه الأقساط لا تخوي في الواقع على عربون القسط، وقد يعتقد البعض أن هذا الجزء من الثمن المدفوع في لحظة إبرام العقد عن طريق أحد المتعاقدين للآخر يكون عربون القسط، لأن هذا الدفع لا يكون معجلاً وإنما هو واجب الدفع، ويستطيع البائع أن يشجر المشتري على أن يدفع له هذا القسط وذلك على النقيض من الحالة التي يدفع فيها المشتري عربون القسط، فالواقع أن المشتري غير مجبر على هذا الدفع ولا يستطيع البائع أن يطالبه بهذا الدفع أو يجبره على الوفاء به.

كذلك يختلف عربون القسط عن عربون العدول، حيث أن الأول يدفع تحت صفة الخصم من الثمن وهذا الذي يدفعه لا يعتبر مديناً إلا بالباقي وليس بالثمن كله، أما عربون العدول فلا يعد جزءاً من الثمن وإنما يعتبر ثمناً لشيء آخر وهو الحق في العدول عن العقد، وهنا يظل المتعاقد مديناً بالثمن المشروط في العقد، ولا يستطيع استنزال المبلغ المدفوع كعربون للعدول من الثمن الأصلي، وإن كان ما يحدث عملياً أنه

يستنزله ولكن بطريق المقاصة وذلك حين يصبح الثمن الأصلي الأداء⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ - عبد الباقي، عبد الفتاح. 1984م. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: د.ن. ص 67.

⁵⁰¹ - حجازي، عبد الحى. 1982م. النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي. الكويت: الناشر مطبوعات جامعة الكويت. ج 1. ص

حيث نستخلص من الاختلاف السابق أنه عندما تكون الالتزامات التبادلية الناشئة عن العقد غير متعادلة، وعندما يكون هناك غبن متعلق بالثمن، فإن الثمن الذي سيُقدر على أساسه الغبن سيحسب منه العربون المدفوع كقسط، وذلك على العكس من الحالة الثانية حيث أن العربون كثمن للعدول لا يُحسب من قيمة الثمن الذي يحسب على أساسه الغبن.

وبخصوص الصفة الجزئية لعربون القسط، فهل يعد هذا الدفع لعربون القسط استثناءً على القاعدة الواردة في المواد (342 مدني مصري - 329 مدني ليبي) والتي تمنع الوفاء الجزئي جبراً عن الدائن؟، إن المادة (329) مدني ليبي الفقرة الأولى تنص على أنه (لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)⁵⁰².

يتضح من نص المادة أنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي لحقه وذلك حتى ولو كان الالتزام في ذاته قابلاً للجزئية، على أن هذا الأصل العام ترد عليه عدة استثناءات، وهي إذا وُجد اتفاق على جواز الوفاء الجزئي صراحةً أو ضمناً، وقد يقضي القانون بجواز تجزئة الوفاء كما في حالة وقوع المقاصة بين دينين مختلفي المقدار حيث يتشخص الدين بقدر الأقل منهما، كذلك أجازت المواد (346) مدني مصري - 333 مدني ليبي) حلول أجل الوفاء، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (333) على أنه (يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن يُنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم)⁵⁰³.

.310

⁵⁰² - ليبيا 1953م. المادة 329 الوفاء الجزئي الفقرة الأولى - القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

<http://www.aladel.gov.ly>

⁵⁰³ - ليبيا 1953م. المادة 333 حلول اجل الوفاء الفقرة الثانية - القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

والحقيقة أن دفع عربون القسط يختلف تماماً عن حالة الوفاء الجزئي الممنوعة بواسطة المواد السالفة

الذكر، فالمنوع من الدفع الجزئي هو دفع الدين المستحق الأداء، وفي الحالة المذكورة فإن المدين يدفع ديناً ليس مستحقاً عليه.

وذلك عكس ما آره بعض الفقه من أن المشتري الذي يدفع عربون القسط إنما يدفع ما هو واجبٌ

عليه، وكما رأينا سابقاً أن من سمات هذا الدفع أنه دفعٌ معجلٌ وسابقٌ لأوانه، دفعٌ معجلٌ لدينٍ لا يستطيع

الدائن أن يطالب به مدينه أو يجبره على الوفاء به، كما أن هذا الدفع الجزئي لعربون القسط يكون وسيلة

ضمانٍ للدائن، والمفترض في هذه الحالة أن هذا الدفع يتم باتفاق الطرفين على ذلك، وبالتالي لن يرفضه

الدائن لأنه في فائدته ومصالحته لأنه يقبض ما لم يصبح مستحقاً له بعد، وبهذا نرى أن هذا الوفاء الجزئي

لعربون القسط لا يُعد استثناءً على القاعدة الواردة بالمواد (342 مدني مصري-329 مدني ليبي) لأن شرط

تطبيق هذه القاعدة أن يكون الدين مستحق الأداء وهذا غير متوفر في عربون القسط⁵⁰⁴.

الفرع الثاني/ الطبيعة القانونية لعربون الإثبات:

غالباً ما يتم إثبات تأكيد الأطراف للعقد ومرورهم من مرحلة المحادثات والمفاوضات إلى مرحلة إتمام

العقد وإبرامه بدفع مبلغ العربون، في الواقع إن المشرع المصري والليبي لم ينظما هذه الحالة صراحةً، فإذا كان

المشرعان المصري والليبي لم يهتمتا بتوضيح العربون كوسيلة للإثبات، إلا أنه يكون خاضعاً للمبادئ العامة

الواردة في القانون المدني الليبي وقانون الإثبات المصري.

<http://www.aladel.gov.ly>

⁵⁰⁴ - البية، محسن عبد الحميد. 2004م. النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام. المنصورة: مكتبة الجلاء. ص116.

والقانون المدني الليبي وضع المبدأ العام للإثبات في المادة (388) عدم جواز الإثبات بالبينة من القانون المدني، والتي تقرر أنه لا يجوز إثبات التصرفات التي تزيد في قيمتها على عشرة جنيهاً إلا كتابةً، فيكون العربون بذلك كوسيلة إثبات لا يصح لإثبات العقد المدفوع فيه إلا في الحدود التي يكون العقد لا يزيد في قيمته عن عشرة جنيهاً، أما إذا زادت قيمة العقد عن هذا المبلغ فسيكون العربون عاجزاً عن إثبات العقد ما لم يكون هذا الدفع مثبته كتابةً، وهذا سيكون نادراً، لأن الأطراف الذين سيبدلون جهداً في الكتابة لن يثبتوا فقط دفع العربون، إنما سيقومون بتحرير العقد نفسه طالما لجئوا للكتابة، فالعربون سيصلح كوسيلة للإثبات بالنسبة للعقود التجارية.

أما بخصوص القانون المصري ففي الواقع في ظل عدم وجود أي منع أو حظرٍ على ذلك فإن العربون يمكن أن يلعب دوراً مهماً في الإثبات، وذلك كمبدأ الثبوت بالكتابة طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (62) من قانون الإثبات المصري والتي تنص في فقرتها الأولى والثانية على (الأولى: يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا أُجِدَ مبدأ ثبوت الكتابة، والفقرة الثانية: وكل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال يعبر مبدأ ثبوت بالكتابة)⁵⁰⁵.

بنفس المعنى يكون العربون صالحاً لإثبات كل العقود التي يقترن بها طالما توافرت شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، في حين يلاحظ أن هناك من يرفض فكرة تسمية العربون بمبدأ الثبوت بالكتابة مقرأً أن العربون المدفوع لإثبات وجود العقد يجب أن يحل كضمان أو كرهين حيازي، وهذا مؤكّد في المصدر التاريخي للعربون، ولكن يجب أن نضفي على كلمة رهن المعنى العامي المؤلف وليس المعنى القانوني، وهذا يعني أن يمثل العربون

⁵⁰⁵ - جمهورية مصر العربية. 1999م. المادة 62 الفقرة 1-2 من قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية المصري والمعدل بقانون 23 لسنة 1992 و القانون 18.

الضمانة التي يعطيها المشتري أو من يدفع العربون ليثبت حسن نيته، وهذا الرهنُ ليس رهنًا بالمعنى الحقيقي للفظ لأنه من ناحية البائع فإنه قد أصبح مالكاً للشيء المسلم إليه ومن ناحية أخرى فإنه لا يوجد أي تكافؤ بين قيمة الرهن وقيمة الالتزام.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جَامِعَةُ الْعُلُومِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْمَالَيْزِيَّةِ
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المبحث الثالث/ صحة التعاقد بالعربون وأثر عربون الرجوع على أحكام العقد

يخصّص هذا المبحث لدراسة شروط صحة التعاقد بالعربون في المطلب الأول، وأثر عربون الرجوع على تابعة الهلاك في المطلب الثاني، ومن ثم أثر عربون الرجوع على انتقال الملكية كمطلب ثالث، وأخيراً صحة التعاقد بالعربون في الميوع المختلفة في المطلب الرابع.

المطلب الأول/ شروط صحة التعاقد بالعربون:

في هذا المطلب نستعرض الشروط المتعلقة بالعربون أولاً، ثم نتناول باختصار الشروط المتعلقة بالعقد المقترن بعربون، وأخيراً نتطرق إلى الشروط المتعلقة بالوقت الواجب دفع العربون فيه.

الفرع الأول/ الشروط المتعلقة بالعربون:

في الحالة الأولى يكون العربون مبلغاً من النقود، وهذا يرجع إلى طبيعة النقود حيث أنها تكون المال المثلي في التعامل، كما أن أحكام الودع -وهي رد العربون ودفع مثله إذا كان العادل هو قابض العربون- تيسر إذا كان العربون مبلغاً نقدياً، وإن كان الغالب في العمل أن يكون العربون مبلغاً نقدياً إلا أنه يمكن أن شيئاً آخر منقول، فيصح أن يكون العربون شيئاً من المثليات كالذهب والفضة والحجوب إذا كانت من نوع واحد ووصف ووزن معين، وذلك لأن طبيعة هذه الأشياء المثلية تسمح بأن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، ويستطيع متلقي العربون طبقاً لقواعد العدول أن يردده ويرد مثله.

⁵⁰⁶ - عبد السلام الترماني. 1977م. أحكام العربون في الشريعة و القانون. (بحث علمي منشور) في مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت.

ويتضح من خلال الواقع العملي المطبق من التجار أن العربون دائماً ما يكون مبلغاً من المال، وهذا له ما يبرره في حالة العدول بحيث تسهل معرفة القيمة المحددة له والتي ستدفع مقابل العدول⁵⁰⁷.

يرى الفقه أنه إذا كان العربون المدفوع من القيميات فيكون بمثابة تأمينٍ عينيٍّ لتنفيذ العقد، وعلى من استلم الشيء المقدم كعربون أن يرده إلى المتعاقد الآخر عند التنفيذ، فإن رده البائع إلى المشتري التزم المشتري بكل الثمن، ويرى البعض الآخر أنه لا يصح تقديم المنقول القيمي كعربونٍ فكيف سيرد مثله لمن دفعه⁵⁰⁸.

حسب العقائد الباحث أنه يصح أن يقدم المنقول القيمي كعربون عدولٍ، في هذه الحالة لن توجد صعوبة بل بالعكس أنه من الممكن أن يتم تامين هذه الأشياء وتحويلها إلى مبلغٍ من النقود فيكون الرد سهلاً في هذه الحالة، إذ أن المتعاقد الذي يستوجب عليه رد العربون ومثله سيقوم برد المنقول القيمي وسيدفع كذلك مبلغاً مساوياً لقيمة هذا المنقول.

وفي الحالة الثانية يشترط أن يكون العربون مالاً مما يجوز التعامل به، أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل فلا تصلح أن تقدم كعربون، فإذا كان العربون مبلغاً نقدياً فيجب أن يكون من النقد الصحيح المتداول، أما النقود المزيفة فإنها تبطل العربون، أما إذا كان العربون منقولاً فلا يصح أن يقدم كعربون - المنقولات الخارجة عن دائرة التعامل سواء بحسب طبيعتها أو بحكم القانون -، ومخالفة هذه الشروط تعمل على بطلان العربون في هذه الحالة، هل يشكل هذا البطلان أثراً على العقد بصحة كاملة؟.

يرى بعض من علماء القانون بان العربون لا يؤثر على العقد بل يبقى العقد صحيحاً، وذلك لأن العربون هو بدلٌ في الالتزام البدلي وبطلانه لا يبطل الالتزام الأصلي، وهنا يجب الاعتماد على القاعدة العامة

⁵⁰⁷ - سعيدة محمد. مديرة الشركة 25 ابريل 2013. شركة خاصة بتصنيع المأكولات الجاهزة. العدول على التعاقد بالعربون. (مقابلة شخصية)
⁵⁰⁸ - الزغي، محمد. 1983م. شرح عقد البيع في القانون الأردني. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص138.

للبطلان ولطبيعة العيوب للإجابة على التساؤل السابق بشكل أوضح، وحيث يري بعض من الفقهاء بشكل مغاير لما سبق أن العيوب يُعتبر بنداً من البنود العقدية وهو من البنود التي لها أهمية كبيرة في العقد، ذلك أن المتعاقدين لم يريدوا الالتزام على وجه قاطع ونهائي بل تعاقدوا على أن يكون لكل منهما الحق في العدول، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا قررنا إبقاء الالتزام بينهما على وجه نهائي فسوف يكون ذلك الحكم مخالفاً تماماً لإرادتهما في جعل كل طرفٍ منهما له الحق في العدول، حيث أن مسألة العدول هي المسألة الأولى والأساسية في التعاقد، والعيوب أيضاً يعتبر شرطاً في الاتفاق بمعنى البند وهو ليس إلا جزءاً من محتوى التصرف، فيكون عن مشروعية مؤدياً لنفس النتائج التي تترتب على عدم مشروعية المحتوى مادام هذا الشرط يدخل في تحديد غاية التصرف.⁵⁰⁹

ولذلك يمكن القول أن بطلان العيوب يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، والقول بغير ذلك يكون العقد ملزماً لطرفيه فيه خروج عن إرادة المتعاقدين والذين فضلاً أن يكون لهما الحق في العدول، ولا نستطيع كذلك تطبيق المادة (143) مدني لبي والمادة (143) مدني مصري اللتان تناولتا نفس المضمون، لأنه سيتبين لنا أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل، وذلك لأن البند التعاقدية الوارد في هذا التعامل ليس له علاقة بتنفيذ العقد أو بكيفيته، وإنما هذا البند أثره يكون على وجود العقد أو عدم وجوده، وهذه مسألة أساسية في التعاقد ومتعلقة بطريقة رضاء المتعاقدين، والقول ببطلان التعاقد فيه إجمارٌ وحلول محل إرادة المتعاقدين.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ - الشرقاوي، جمال. 1994م. نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري. مصر: الناشر النهضة العربية. ص112.

⁵¹⁰ - ليبيا 1953م. المادة 143 العقد الباطل أو القابل للإبطال في شق منه تنص المادة على (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.) القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly>

الفرع الثاني/ الشروط المتعلقة بالعقد:

يشترط في الحالة الأولى العقد الذي يقتزن به العربون أن يكون العقد صحيحاً، والعقد يكون صحيحاً إذا انعقد وفق القواعد التي يضعها المشرع لتنظيمه، فإذا لم يكن المشرع قد حدد للعقد شكلاً وقواعد خاصة يجب أن ينعقد وفقاً لها فإنه ينعقد وفقاً للقواعد العامة بدون مخالفة للنظام العام والآداب، أما إذا لم يكن هناك عقدٌ أو كان العقد باطلاً فإن العربون يبطل، لأنه يكون في يد من قبضه بدون سبب ويجب أن يُرد في هذه الحالة⁵¹¹.

ومشكلة صحة العقود التي يقتزن بها العربون لا تثار بصدد العقود الرضائية، وهي العقود التي يكفي لانعقادها توافر الإيجاب والقبول بمعنى تبادل إرادتين أيًا كانت الطريقة المستخدمة كتابةً أو شفاهةً، فالعقد ينعقد صحيحاً ويصح أن يقتزن به العربون، وتطبق القاعدة العامة في العدول كأحد القواعد الرضائية والتي يشترط فيها شكلٌ معين، وبخصوص العقود الشكلية التي يشترط القانون لصحتها أن تفرغ في شكل معين حيث يجب لانعقادها بالإضافة إلى الرضا إتباع شكل خاص يوجبه القانون، أي أن الرضا وحده لا يكفي لانعقاد التصرف وإنما يجب أن يضاف إليه شكلٌ معين يحدده القانون، والشكل اليوم في الغالب هو تدوين العقد في ورقة رسمية عن طريق موظفٍ أو في ورقة عوفية عامة كما في عقد إنشاء ملكية الأسرة وفقاً للمادة (855) مدني لبيي⁵¹².

⁵¹¹ - عبد السلام الترماني. 1977م. أحكام العربون في الشريعة والقانون. (بحث علمي منشور) في مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت.

العدد 1، ص 59

⁵¹² - ليبيا 1953م. المادة 855 إنشاء ملكية الأسرة القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly>

والغرض من الشكلية هو حماية المتعاقد وتبصيره بخطورة التصرف الذي يجريه وإما حماية الغير، ويلاحظ أن الأصل هو الرضائية في العقود والاستثناء هو الشكلية، فوق هذا فإن الشكلية في أيامنا هذه تضاف إلى الرضاء ولا تغني عنه بعكس ما كان عليه الحال في القوانين القديمة⁵¹³.

وفي الحالة الثانية قد يذهب القانون ويشترط لصحة إبرام عقد ما أن يرم هذا العقد داخل دائرة التسجيل العقاري أمام الموظف المختص بذلك، وهنا يصح القيام بإجراء التسجيل كشرط شكلي من شروط انعقاد العقد ولا ينعقد العقد إلا بإجرائه، لأن التسجيل يصح ركناً من أركان العقد، والقيام بتسجيل العقد كركن من أركانه يختلف اختلافاً كلياً عن إجراء الشهر والذي يقضي القانون بتعليق بعض آثار العقد على حصوله، فجزاء عدم التسجيل كركن من العقد هو عدم انعقاد العقد أما جزاء عدم القيام بإجراء الشهر فهو تعطيل بعض آثار العقد مع بقاء انعقاد العقد صحيحاً ومرتباً للالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، هنا يتطلع الباحث إلى معرفة حكم العربون المدفوع في عقد من العقود التي يشترط القانون لانعقادها أن تبرم داخل دائرة التسجيل العقاري، وبهذا سنتخذ عقد البيع كمثال لهذا الجانب وسنركز على موقف كل من القانونين المدني المصري والمدني الليبي.

يتضح من خلال موقف القانون المصري أن عقد البيع من العقود الرضائية والتي لا يشترط لانعقاده إتباع إجراءات أو أوضاع معينة باستثناء ما ورد بشأن بعض العقود⁵¹⁴.

غير أن العقارات لا تنقل ملكيتها إلا بالتسجيل طبقاً للمادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري، بذلك فإن عقد البيع ينعقد صحيحاً بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ودون حاجة إلى إبرامه في أي شكل كان،

⁵¹³ - الأزهرى، محمد علي البدوي 2003م . النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام . ليبيا : المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية . ج1.

ص36.

⁵¹⁴ - سلطان، أنور. 1952م. العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة. القاهرة: دار نشر الثقافة. ص24.

وبالتالي لا يشترط لانعقاده التسجيل داخل دائرة الشهر العقاري، وهذا العقد يصح أن يقترن به العيوب فإذا

اقترن به تطبق القواعد الخاصة برضائية عقد البيع والعيوب حتى ولو لم يتم المتعاقدان بتسجيل العقد.

ونلاحظ أن القانون المدني الليبي ذهب إلى ما ذهب إليه شقيقه القانون المصري، حيث أن عقد البيع يعني

اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني قد يكون هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنجازه،

فالعقد لكي ينعقد صحيحاً يجب توافر إرادتين متطابقتين فيه على إحداث أثر قانوني⁵¹⁵.

إلا أنه يخص العقارات بتنظيم معين في موضوع نقل الملكية، ولذلك اشترط عملية التسجيل في

مصلحة التسجيل العقاري الاشتراكي والتوثيق طبقاً لقانون رقم (11) لسنة 88م بشأن السجل العقاري

الاشتراكي، وعلى ذلك ينعقد البيع بمجرد تطابق الإرادتين بين أطراف التعاقد من غير شكليات معينة وليس

من الضروري لانعقاده التسجيل في المصلحة، هنا يمكن أن يقترن به عيوب⁵¹⁶.

الفرع الثالث/ الشروط المتعلقة بوقت دفع العيوب.

تعددت الآراء حول مسألة الوقت الذي يجب فيه دفع العيوب إلى عدة اتجاهات مختلفة، في الاتجاه

الأول الذي يرى أن الوقت الذي يجب أن يحصل فيه دفع العيوب هو وقت انعقاد العقد، كما أشرنا سابقاً

أن هذا العقد عقدٌ عينيٌّ لأنه لا يمكن أن يتواجد هذا العقد بدون دفع العيوب، فدفع العيوب شرطٌ أساسيٌّ

لتكوين العقد، وهذا العقد لا يكون إلا بالتسليم وهذا التسليم هو دفع العيوب.

في حين أن هناك رأيٌ للفقهاء القانونيين وهو أن دفع العيوب قبل أو بعد وقت انعقاد العقد يكون نوعاً

من الضمان ولا يعتبر عربوناً، ووافق على هذا الاتجاه بعضٌ من الفقهاء المصريين مقررًا أن الوقت الذي يجب أن

⁵¹⁵ - عبد الرحمن، فايز احمد . 2010م . عقد البيع دراسة مقارنة . مصر : دار الكتب القانونية ص5.

⁵¹⁶ - مؤتمر الشعب العام سابقاً ((البرلمان)). 1988م. قانون رقم (11) لسنة 88 م بشأن السجل العقاري الاشتراكي.

يُحصل فيه دفع العربون هو وقت انعقاد العقد، حيث لا يعتبر الاتفاق على العربون صحيحاً إلا إذا تم دفع العربون بالفعل ولا يكفي مجرد الاتفاق عليه، وهذا واضح من صياغة نص المادة (103) مدني مصري والمادة (103) مدني لبي حيث نصت على أن (دفع العربون وقت إبرام العقد)⁵¹⁷.

إن ما يتميز به العربون هو أن شكل التعبير عن الإرادة به لا بد أن يقترن بتسليم مبلغ من المال أو أي شيءٍ مثلي آخر بحيث يمكن القول أنه عقد عيني، في حين يرى الاتجاه الثاني أن دفع العربون يجب أن يحصل وقت إبرام العقد أو قبل ذلك، أما الاتجاه الثالث والأخير فيذهب إلى أنه يجوز دفع العربون بعد انعقاد العقد ولكن قبل ميعاد الاستحقاق، فالتعاقدان يوقعان الاتفاق وبعد ذلك يدفع أحد الطرفين للطرف الآخر مبلغ العربون، وإذا لم يتم تسليم العربون بعد إبرام العقد فإن العقد يكون غير منفذ فقط، فالتعاقد بالعربون يكون بالرضاء البسيط وذلك أياً كانت الطريقة التي انعقد بها العقد سواء أكانت بين حاضرين وهذه هي الطريقة الغالبة أم كان بين غائبين حيث لا يوجد ما يمنع افتراض العربون بالتعاقد بين غائبين ويكون حكمه في هذه الحالة حكم التعاقد بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد⁵¹⁸.

وتوجد صورة عملية توضح وجهة النظر هذه، تقول بأن التعاقد بالعربون تعاقد يتم بين حاضرين، فالبرنامج التلفزيوني يعرض السلعة مع بيان الثمن المحدد لها ويطلب من المشاهد الاتصال به هاتفياً، فإذا اتصل المشاهد فإن العقد ينعقد بين حاضرين حيث لا يوجد فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، أما الرسالة التي يبعث بها المشاهد بعد ذلك مع إرساله الثمن المحدد للسلعة أو حتى من خلال إرسال مبلغ

⁵¹⁷ - ليبيا 1953م. المادة 103 العربون تنص في فقرتها الأولى على (دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك)، القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل. <http://www.aladel.gov.ly>

⁵¹⁸ - مرقس، سليمان. 1980م. الموجز في أصول الالتزامات، عقد البيع. القاهرة: عالم الكتب. ص 91.

العربون المحدد سلفاً، فهي لا تكون إلا تنفيذاً لعقد سبق إبرامه، وبالتالي فإن عدم الوفاء بالمبلغ المحدد أو التأخر في الدفع يدخل في نطاق قواعد تنفيذ العقد وليس إبرامه وشتان بين الاثنين⁵¹⁹.

وحسب رأي الباحث فإن البيع بواسطة التلفزيون هو بيع يدخل في دائرة العقود التي تتم بين حاضرين لأنه تعاقده بالتلفون ويأخذ حكمه ويعد تعاقداً بين حاضرين بالنسبة لزمان انعقاد العقد، ومن ناحية المكان فهو يعتبر تعاقداً بين غائبين، وهذا العقد يقترن بالعربون ويتم بعد إبرام العقد، وهذا دليل على أن التعاقدي رضائي حيث أن دفع العربون عند انعقاد العقد ليس شرطاً فيه، وإنما يصح دفع العربون بعد انعقاد العقد.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

⁵¹⁹ - احمد الزقرد. 1995م. حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون. (بحث علمي منشور). مجلة الحقوق السنة 13

المطلب الثاني/ تابعة الهلاك في الرجوع عن التعاقد بالعربون:

نتناول في هذا المطلب مصير هلاك محل البيع المقترن بالعربون، وسنخصص أولاً تابعة الهلاك في التعاقد بالعربون من ناحية الشريعة الإسلامية ورأي المذاهب الفقهية باختصار، ثم تابعة الهلاك في التعاقد بالعربون كما وردت في التشريعات الوضعية ورأي الفقه القانوني فيها ثانياً.

الفرع الأول/ تابعة الهلاك في التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي:

إذا أبرم عقد البيع بالعربون وقبض البائع العربون فإن تابعة هلاك المبيع تختلف من مذهبٍ لآخر، وذلك لاختلاف الفقه الإسلامي حول مسألة طبيعة التعاقد بالعربون.

وقد ذهب جمهور الفقهاء بطلان البيع بالعربون والعقد الباطل لا يرتب عليه شيء أصلاً، فلا يملك المشتري المبيع ولا يملك البائع الثمن ولو قبضه كل منهما برضاء الآخر، فإذا هلك المبيع فالوضع لا يخرج من أمرين: الأمر الأول وهو هلاك المبيع قبل عملية القبض وهنا لا خلاف بين جمهور الفقهاء في أن المبيع قبل القبض يكون من ضمن البائع، فإذا تلف المبيع في يده فحكمه أن العقد يفسخ بملاك المبيع⁵²⁰، وأما الأمر الثاني فهو هلاك المبيع بعد قبضه، وقد انقسم جمهور الفقهاء إلى فريقين بخصوص تابعة هلاك المبيع الباطل بعد قبضه، فريق يرى أن المبيع بالقبض يكون أمانةً في يد المشتري لأنه مأل قبضه بإذن صاحبه وبقي هذا القبض رغم بطلان العقد فصار الشيء كالوديعة -وهي أمانة لا توجب الضمان إلا بالتعدي-، فإذا هلك المبيع بقوة قاهرة أو سببٍ أجنبي فهلاكه على البائع وهو من ضمانه، وكذلك إذا هلك المبيع بفعل نفسه لأن حكم هذه الحالة حكم ما لو هلك بقوة قاهرة، أما إذا هلك المبيع بفعل المشتري أو تقصيره فضمانه عليه،

⁵²⁰ - العدوي، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. 1970م. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. مصر:

أما الفريق الثاني فيرى أن ضمان محل البيع يكون على المشتري في البيع الباطل بالقبض، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء⁵²¹.

وقد أيد فقهاء المالكية الفريق الثاني الذي يرى أن ضمان المبيع يجب أن يكون على المشتري في البيع الباطل، وقد طبق فقهاء المالكية هذا الرأي على بيع العربون وجعلوا تابعة الهلاك على المشتري بالقبض وجاء ذلك في التمهيد بحيث ترد السلعة إذا كانت قائمة فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها⁵²².

وكذلك يرى فقهاء الشافعية والحنفية أن البيع الفاسد حكمه عندهم هو حكم البيع الصحيح في الضمان، لأن مساد كل عقد كصحيحه في الضمان، وهو بعد القبض مضمون على المشتري لأن العقد اقتضى صحيحة الضمان⁵²³.

في حين أن الأمر يعتبر مختلفاً تماماً وبشكل كبير عن الآراء السابقة عند فقهاء الحنابلة، لأن التعاقد هنا يعتبر صحيحاً وتابعة الهلاك تكون متارة في الحالة التي تكون فيها مدة خيار العربون لم تمض، فإذا هلك المبيع في مدة خيار العدول في العربون فإما أن يهلك وهو بيد المشتري أو يهلك وهو بيد البائع.

ففي الأمر الأول هلاك المبيع في يد المشتري بعد قبضه وذلك في أثناء مدة خيار العربون، فهنا يكون من ضمانه وذلك لأنه ملكه وغلته له فيكون من ضمانه، ويبطل حينئذ خياره ويلتزم بالثمن للبائع وليس القيمة، لأن العقد أصبح لازماً بإسقاط خيار المشتري⁵²⁴.

⁵²¹ - الكاساني، أبي بكر بن مسعود. 1982م. بدائع الصنائع. بيروت: دار الكتاب العربي بيروت ج5، ص300.

⁵²² - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري. 1378هـ. التمهيد. (تحقيق) مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري. المغرب: الناشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية. ج24، ص179.

⁵²³ - الأنصاري، شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري. د.ت. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي. ج4، ص282.

⁵²⁴ - ابن قدامة، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن احمد. 1994م. المعنى على الشرح الكبير. القاهرة: الناشر دار الغد العربي. ج4.

وهذا وبحسب العربون من ثمن المبيع الهالك، لأنه من البداية على أنه جزء من الثمن في حال الإبقاء على العقد ويلتزم المشتري بإكمال الثمن للبائع، أما في الأمر الثاني وهو هلاك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري وذلك في أثناء مدة خيار العربون، فنرى أنه يكون من ضمان البائع ومن ماله، ويفسخ البيع ويستثنى من قاعدة ضمان البائع محل البيع إذا هلك في يده شيئان: الأول في حالة هلاك المبيع في يد البائع ولكن بفعل المشتري فإنه يكون من ضمان المشتري ويبطل خياره ويلزم العقد من جانبه ويلتزم بثمن المبيع، والشئ الثاني وهي الحالة التي يكون فيها المبيع غير مكمل أو موزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه ففي ظاهر المذهب فإن ضمانه على المشتري ويكون كهلاكه بعد القبض⁵²⁵.

الفرع الثاني/ تابعة الهلاك في التعاقد بالعربون من الناحية القانونية.

نتعرض للحكم عند هلاك محل الالتزام المترتب على أحد الطرفين في حالة التعاقد بالعربون وخاصة فيما لو وقع الهلاك في المدة المحددة لمباشرة خيار العدول وقبل استعماله، مثل ما إذا تعلق الأمر ببيع فيلا أو سيارة أو ماشية بالعربون وتهدمت الفيلا أو العمارة أو نفقت الماشية فما الحكم في هذه الحالة.

إن المشروع التمهيدي في مصر كان يحتوي على نص يحكم هذه المسألة وفقاً للمادة (153) في الفقرة الثانية التي تنص على أنه (يتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد المتعاقدين مسؤولاً عنها أو فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما)، وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه⁵²⁶.

ص248.

⁵²⁵ - العدوي، أبي البركات سيد احمد بن محمد الشهير بالدردير . د.ت. الشرح الكبير: مطبوع بعامش حاشية الدسوقي : مطبعة عيسى الباني

الخليج ج 4 . ص288.

⁵²⁶ - جمهورية مصر العربية. مجموعة الأعمال التحضيرية الخاص بالقانون المدني. ج2. ص 80 - 81

وقد ترتب على ذلك أن القانون المصري لم ينص على حكم لهذه الحالة، فكان من اللازم أن نعود

إلى القواعد القانونية العامة ليتبين لنا حكم هذه المسألة، وإذا رجعنا إليها فإن الحال لا يخلو من أمرين:

الأمر الأول فيما إذا كان الهلاك راجعاً إلى فعل المتعاقد صاحب خيار العدول، فإنه يترتب على ذلك استحالة التنفيذ، والاستحالة تقوم مقام العدول عن العقد ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعاقد الآخر أن يطالب بأكثر من قيمة العيوب المتفق عليه، وهذه الحالة تتمثل فيما إذا قام المتعاقد بذبح الماشية المبيعة أو هدم الفيلا فاستحال عليه الوفاء بالتزامه نتيجة فعله، وهذه الحكم لا يسري إلا إذا وقعت الاستحالة في المدة المحددة لخيار الرجوع، فإن انقضت المدة زال خيار الرجوع وأصبح العقد باتاً، فإذا وقعت الاستحالة بعد ذلك بفعل المتعاقد فإنه يُسأل مدنياً وفقاً للقواعد القانونية العامة⁵²⁷.

الأمر الثاني في حالة ما لو كان هلاك محل التعاقد بالعربون راجعاً لسببٍ أجنبي لا يد للمتعاقد فيه، مما ترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام المترتب على العقد، وفي هذه الحالة وفقاً لنص المادة (159) مدني مصري فإن العقد يفسخ بقوة القانون وتعود الحالة بين المتعاقدين على ما كانت عليه قبل إبرام العقد، حيث يلتزم أحد الطرفين الذي قبض العربون برده إلى دافعه، وهذا قد ذهب القانون المدني الليبي إلى نفس المبدأ الذي سلكه المشرع المدني المصري، بحيث نص القانون المدني الليبي في المادة (161) الفسخ العقد بسبب استحالة تنفيذه التي تنص على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إما انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) وهنا يتضح من نص المادة السابقة سالفة الذكر أن الالتزام الذي نشأ بين المتعاقدين ينقضي بسبب استحالته من ناحية تنفيذه والمضى فيه، في المقابل يلتزم أحد

⁵²⁷ - عبد الباقي، عبد الفتاح. 1984م. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: د.ن. ص 195.

أطراف التعاقد والذي أخذ العربون بإرجاعه إلى من دفعه، بهذا تنقضي كل الالتزامات التي ترتبت على العقد

وفقاً للنص السابق⁵²⁸.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

⁵²⁸ - ليبيا 1953م. المادة 161 - انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذه - القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل .

المطلب الثالث/ أثر الرجوع عن العربون على انتقال الملكية:

تقتضي دراسة أثر الرجوع عن العربون على انتقال الملكية دراسة أثر الرجوع في الفقه الإسلامي أولاً، وأثر الرجوع من الناحية القانونية ثانياً.

الفرع الأول/ ملكية المبيع في بيع العربون في الفقه الإسلامي:

تتركز الدراسة هنا على أهم المواقف التي تبنتها المذاهب الفقهية من أثر العدول عن التعاقد على مسألة انتقال ملكية المبيع بشكل عام وفقاً للشريعة الإسلامية، حيث نجد أن بيع العربون عند جمهور الفقهاء بيع فاسد، والبيع الفاسد وجوده كعدمه لا تترتب عليه أية آثار، فعند المالكية البيع الفاسد -ومنه بيع العربون- لا ينقل الملك حتى ولو قبض المشتري المبيع، وكل ما يترتب على هذا العقد من آثار أن المبيع يدخل في ضمان المشتري ورده على بائعه واجب شرعاً، فالبيع الفاسد يبقى فيه المبيع على ملك بائعه ولا ينقل الملك لوجوب فسخه شرعاً قبل الفوات، على أن الملك ينتقل للمشتري بالفوات -وهم يخالفون بذلك الشافعية الذين يرون أن البيع الفاسد لا ينقل الملك بالفوات- ومثوات البيع الفاسد هي: إحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق، فإذا فات المبيع عند المالكية انتقلت الملكية للمشتري ومضى البيع بالعربون بالقيمة المعتمدة يوم قبضه وليس من يوم وقوع البيع لأن المشتري في البيع الفاسد لا يضمن إلا بعد ما يقبض لأن له أن يترك البيع فلا يقبض⁵²⁹.

⁵²⁹ - شمس الدين محمد عرفه الدسوقي. د.ت. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. (تحقيق) محمد عليش. مصر: دار احياء الكتب العربية.

ج3. ص71.

العدوي، أبي البركات سيد احمد بن محمد الشهير بالدردير. د.ت. الشرح الكبير: مطبوع بهامش حاشية الدسوقي: مطبعة عيسى الباني الحلبي

ج3. ص73. - أحمد الصاوي واحمد الدردير. 1980م. اقرب المسالك مع الشرح الصغير. مصر: طبعة الإدارة العامة للمعاهد الأثرية.

ج3. ص41.

أما عند الشافعية فالبيع الفاسد ومنه بيع العربون بيع لا تنتقل به ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، بل يظل المبيع على ملك البائع حتى ولو قبضه المشتري لأنه بيع محظورٌ ولم يأذن فيه الشارع، ويجب رد المبيع في حال قبضه حتى ولو فات، والرد في حال الفوات يكون برد بدل التالف وهو في البيع الفاسد أقصى القيم في المقوم وبالمثل في المثلي⁵³⁰.

أما ملكية المبيع في بيع العربون عند الحنفية فبيع العربون يعتبر من البيوع الفاسدة عندهم، فإذا طبقنا عليه أحكام ملكية المبيع في البيع الفاسد فإننا يجب أن نفرق بين حالتين وهما: ملكية المبيع قبل القبض، وملكية المبيع بعد القبض. ففي الحالة الأولى التي تخص الملكية قبل القبض وهي الحالة التي يدفع فيها المشتري العربون إلى البائع دون أن يقبض المبيع وهنا تكون ملكية المبيع للبائع ولا تنتقل إلى المشتري لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، أما بخصوص الحالة الثانية في حال قبض المشتري للمبيع بعد دفعه للعربون فإننا يجب أن نفرق بين حالتين للقبض: الأولى منهما هي حالة قبض البيع بإذن من البائع سواء كان الأذن بالقبض دلالةً أو صراحةً فهنا تكون الملكية للمشتري لأن البيع الفاسد ينقل الملك بالقبض، ولكن صفة هذا الملك أنه ملك غير لازم لأن العقد الفاسد مستحق الفسخ ولا يصح الانتفاع بهذا المبيع لأنه ملكٌ خبيثٌ، أما ثاني حالات القبض فهي الحالة التي يقبض فيها المشتري المبيع بدون إذن من البائع، والحكم في هذه الحالة أن المشتري لا يملك المبيع بهذا القبض، ويشترط أن يكون القبض بأمر البائع ولرأه لأنه بغير إذنه لا يفيد الملك⁵³¹.

⁵³⁰ - الشافعي، أبي عبد الله محمد بن إدريس. د.ت. الأم. بيروت: دار المعرفة ج12. ص25. - زين بن إبراهيم محمد بن بكر. د.ت. البحر

الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دار المعرفة ج6. ص99.

⁵³¹ - الكاساني، أبي بكر بن مسعود. 1982م. بدائع الصنائع. بيروت: دار الكتاب العربي بيروت ج5. ص299-300-304. ((البيع

الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض)) - زين بن إبراهيم محمد بن بكر. د.ت. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دار المعرفة ج6. ص8.

في حين نجد ملكية المبيع في بيع العربون عند الحنابلة تكون كملكية أي مبيع في بيع الخيار، وللحنابلة قولان في ملكية المبيع في بيع الخيار: القول الأول المروي عن الإمام أحمد بن حنبل وهو يرى عدم نقل الملك للمشتري حتى ينقضي الخيار، والقول الثاني وهو ظاهر المذهب ويقول بنقل ملكية المبيع للمشتري في بيع الخيار لأنه لا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان، ويستدل هذا الرأي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم (من باع عبداً وله مالاً فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع) رواه مسلم، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المبيع للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع فيدخل فيه بيع الخيار⁵³².

فانتقال ملكية مبيع على سبب ناقل لها وهو البيع، والبيع تملك بدليل صحته بقوله ملكتك فيثبت به الملك في بيع الخيار كسائر البيع، فنقل الملكية لا يتوقف على إمضاء البيع أو فسخه، فإمضاء البيع ليس من مقتضى العقد ولا يعد شرطاً فيه لأنه لو كان كذلك لما انتقلت الملكية قبله، وفسخ العقد ليس بمانع من انتقال الملكية لأنه إذا تقرر ذلك تقدم المنع وهو عدم انتقال الملكية على المانع وهو الفسخ والذي لا يعرف أن من له الخيار سيستخدمه أو لا⁵³³.

وفي رأي الباحث أن المبيع في حالة البيع بالعربون يبقى لدى البائع في حين أن ملكية المبيع خلال مدة الخيار تكون للمشتري، فالبيع بالعربون يعتبر حالة خاصة من بيع الخيار، حيث أن الخيار يثبت

((فإن كان في يد البائع لا يعتق لأنه على ملك البائع)) - البعلبي، عبد الحميد. 1989م. ضوابط العقود، ص: الناشر مكتبة وهبة. ص309.

⁵³² - ابن قدامة، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد. 1994م. المغني على الشرح الكبير. القاهرة: الناشر دار العدد العربي. ج 4. ص234.

بن مفلح، أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله. د.ت. المبدع في شرح المتنوع. بيروت: الناشر المكتب الإسلامي. ج 4. ص71
⁵³³ - العدوي، أبي البركات سيد احمد بن محمد الشهير بالدردير. د.ت. الشرح الكبير: مطبوع بمامش حاشية الدسوقي: مطبعة عيسى الباني الحلبي ج 4. ص283.

للمشتري فقط، أما البائع يعتبر أن البيع لازمٌ وكاملٌ في جهته، وهذا اللزوم من جهة البائع يعطي الحق في نقل ملكية المبيع منه إلى المشتري وذلك حتى لا يبقى المبيع بدون مالكٍ في فترة الانتظار (مدة الخيار).

الفرع الثاني / ملكية المبيع في بيع العربون في القانون المدني.

عقد البيع في القانون المدني المصري هو عقدٌ يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيءٍ أو أي

حقٍ مالي آخر في مقابل ثمنٍ نقديٍّ وفقاً للمادة (418) مدني مصري، ونلاحظ في الجانب الثاني أن القانون

المدني الليبي حداً نفس الاتجاه الذي سلكه القانون المصري وعرف البيع وذلك في نص المادة (407) منه،

بنفس الصيغة السابق التي عرفت بها القانون المصري⁵³⁴.

فعقد البيع من العقود التبادلية، حيث يلتزم طرفاه البائع والمشتري كل طرفٍ قبل الآخر بالتزاماتٍ

معينة، وعناصر البيع الجوهرية هي نقل الملكية إلى المشتري ونقل الثمن إلى البائع، ويعد عقد البيع من العقود

الرضائية أيضاً، حيث يكفي لانعقاده تراضى أطرافه فلا يحتاج إلى شكلٍ خاصٍ أو إلى تسليم، إن بيع العربون

من العقود الرضائية وهو عقدٌ منعقدٌ ومتكاملٌ من يوم إبرامه وإن دفع العربون لا يؤثر على العقد وكل ما

للعربون من إصر أنه يعطي إمكانية العدول للمتعاقدين وذلك في مدة محددة، أما إبرام العقد فلا تأثير للعربون

عليه، وإذا كان البيع بالعربون من العقود الرضائية وأن العربون لا يكون له من الأثر إلا إعطاء مكنة العدول

في مدة محددة فإن البيع بالعربون تنطبق عليه القواعد العامة التي تطبق على عقد البيع بصفةٍ عامة، ويمكننا

التسليم بأن البيع بالعربون يكون ناقلاً للملكية حسب القواعد العامة، ولكن هذه الصورة لنقل الملكية في

عقد البيع المصحوب بالعربون تأخذ حكماً خاصاً، بحيث تكون الملكية مهددة و مزعزعة، فإذا كان المبيع

⁵³⁴ - ليبيا 1953م. نص المادة 407 ((البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي)) من

القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly>

منقولاً معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد سواء بالنسبة للمتعاقدين أو لغير المتعاقدين، وذلك طبقاً لنص المادة (204) مدني مصري والمادة (207) من القانون المدني الليبي والتي جاء فيهما بالنص: (الالتزام بنقل الملكية أو أي حقٍ عينيٍّ آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة أحكام النظام العقاري الخاصة بالشهر العقاري)⁵³⁵.

وقواعد التسجيل المشار إليها لا تثار بصدد بيع المنقول، فينتقل المنقول المعين بالذات إلى المشتري بشرط أن يكون هذا المنقول ملكاً للبائع وقت البيع، إلا أن الباحث ينبه إلى نقطةٍ جوهريةٍ وهي أن الأصل في البيع بالعربون في القاعدة العامة هو ممارسة حق العدول، ولو تصورنا أن هذا الأصل اعتمد عليه طرفي التعاقد أصبح البيع بالعربون مهدداً بالزوال في خلال مدة الخيار واستعمال أحد المتعاقدين حقه في ممارسة إمكانية العدول، فإذا كانت الملكية في بيع العربون منتقلة إلى المشتري فإن ذلك لا يمنع البائع من التصرف في هذا المنقول مرةً أخرى إلى شخصٍ آخر، ويكون بتصرفه هذا قد استخدم حقه المخول له طبقاً للمادة (103) مدني ليبي ويكون بذلك مستقطلاً للخيار ومسترجعاً للملكية التي انتقلت إلى المشتري.

أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بالإفراز وهذه ما تقضي به المادة (205) من القانون المدني المصري والمادة (208) من القانون المدني الليبي بعنوان الالتزام بنقل حقٍ عينيٍّ على شيءٍ لم يعين، والتي تقرر في نصها في الفقرة (1): (إذا ورد الالتزام بنقل حقٍ عينيٍّ على شيءٍ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)⁵³⁶.

⁵³⁵ - ليبيا 1953م. المادة 207 القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly>

⁵³⁶ - ليبيا 1953م. المادة 208 القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly>

والإفراز يتم بالطريقة التي تتفق مع طبيعة المبيع، فإذا كان البيع بالعربون لم يتم فيه إفراز المبيع وتحديدده فإنه لا ينقل الملكية إلى المشتري، أما إذا تم فيه الإفراز انتقلت الملكية للمشتري حتى ولو تأخر التسليم بعد ذلك عن الإفراز⁵³⁷.

وفي هذا النوع من البيوع لا تثار أية مشكلة في البيع بالعربون إذا لم يكن المنقول قد تم إفرازه، أما إذا تم إفرازه فإن الملكية تكون ملكية غير مستقرة بل هي خاضعة لحق البائع في استرجاعها إذا استخدم إمكانية العدول المخولة له، أما فيما يخص البيع بالعربون في العقارات فنستطيع أن نقول أنه ليس مثيراً للمشاكل القانونية من ناحية الملكية، بحيث أن الملكية في هذا النوع من البيوع لا تنتقل إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري التي نصت عليها المادة (934) من القانون المدني المصري والمادة (938) من القانون المدني الليبي بعد أن انتقل الحقوق الخاضعة للشهر حيث توجب مراعاة بعض الأحكام الخاصة بذلك وتنص في الفقرة (1): (في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري)⁵³⁸.

والواقع أنه حتى بوجود قانون الشهر العقاري فلا يزال عقد البيع من عقود التراضي، فالبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة وهو ينتج كافة آثار عقد البيع ما عدا نقل الملكية بالفعل⁵³⁹.

فيما يخص بيع العربون العقاري فهو لا ينقل الملكية إلى المشتري سواء في فترة الخيار أو حتى بعد فوات مدة العدول، طالما أن هذا البيع لم يسجل طبقاً لأحكام قانون الشهر العقاري.

⁵³⁷ - تناغو، سمير 1975 م. عقد البيع. مصر: منشأة المعارف. ص 160.

⁵³⁸ - ليبيا 1953 م. المادة 938 القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل. <http://www.aladel.gov.ly>

⁵³⁹ - أبو السعود، رمضان. 1998 م. أحكام الالتزام. مصر: الناشر دار المطبوعات الجامعية. ص 214

المطلب الرابع/ التعاقد بالعربون في البيوع المختلفة:

يوجه الاهتمام بالدراسة في هذا المطلب إلى مدى جواز العربون في بيع النقد بجنسه والصرف أولاً، ثم نتناول باختصار مدى جواز أن يكون العربون مبلغاً مستقلاً عن السلعة ثانياً، ومدى جواز العربون في الخدمات كما في السلع ثالثاً، ولا يفوت الباحث جواز تطبيق العربون عند شراء الأوراق المالية كالأسهم رابعاً، وهل من الممكن التعامل بالعربون في بيع المراجعة خامساً، والعناية أيضاً بعملية أن تكون السلعة حاضرة للمعاينة أو يكفي معاينتها عند موعد الشراء سادساً، وأخيراً جواز العربون في بيع السلم.

الفرع الأول/ جواز العربون في بيع النقد بجنسه والصرف:

بيع النقد بجنسه معناه شرعاً في الصورتين التاليتين: الأولى هي بيع الذهب بالذهب (دنانير ذهبية بدنانير ذهبية)، والثانية هي بيع الفضة بالفضة (دراهم فضة بدراهم فضية)، في كلتا الحالتين لا يكون هذا إلا إذا اختلفت جهة الإصدار، في حين أن الصرف يحتمل المعين بيع الذهب بالفضة (دنانير ذهبية بدنانير فضية) وبيع نقد ورقي بنقد ورقي (ريالات سلوفاكية بدولارات أمريكية).⁵⁴⁰

في بيع النقد بجنسه والصرف يجب التقابض في المجلس، وفي بيع النقد يجب التساوي أيضاً، والتواعد على بيع النقد بجنسه أو على الصرف جائز بشرط أن يكون غير ملزم، وبما أن التقابض مطلوب والتواعد ملزم فلا مجال للعربون في بيع النقد والصرف، إنما يلجأ إلى العربون في الحالات التي يجوز فيها الخيار وهو غير جائز في الحالتين المذكورتين.

فإذا اقترن التواعد غير الملزم بالعربون صار فيه شرط الإلزام، وإذا كان المقصود أن يدفع المتصرف جزءاً من الثمن ثم بعد مدة يعقد الصرف ويستكمل الثمن أو يعدل عن الصرف ويفقد العربون فهذا غير

⁵⁴⁰ - المصري، رفیق یونس. 2009م. بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكتبي - ص 35.

جائز، إنما يستطيع أن يضطرب بسعرٍ ثم إذا شاء أعاد الصرف بالسعر نفسه أو بسعرٍ آخر بعقد صرفٍ جديد.

في الحقيقة أن العيوب غير وارد في الصرف ولا في المواعدة عليه والله أعلم، حتى لو تم التسليم بجواز العيوب في بيع العملات لكن فيه نوعين من الربا: ربا نساءٍ ينشأ عن قبض أحد البديلين وعدم قبض البديل الآخر في المجلس، وربا فضل إذا كان قابض البديل هو نفسه دافع العيوب، فعندئذٍ يصير العيوب فضلاً في مقابل النسيئة، والاجتماع الفضل والنسيئة هنا يتحقق ما يسمى بربا النسيئة.

الفرع الثاني/ جواز العيوب أن يكون مبلغاً مستقلاً عن سعر السلعة:

العيوب في الفقه والقانون إذا أمضى العقد كان جزءاً من الثمن فلا يمكن أن يعتبر هنا مبلغاً مستقلاً عن ثمن السلعة، وإذا عدل المشتري عن العقد فقد العيوب في الفقه والقانون، وكذلك في القانون إذا عدل البائع رد العيوب مضاعفاً أي وقع عليه العيوب، فهنا يمكن اعتبار العيوب أنه صار مستقلاً عن الثمن فمن كان في الفقه مذهبة جواز العيوب لم يقصد به إلا هذا، وكذلك هو المقصود في القانون، أما إذا كان العيوب جزءاً من الثمن غير مستقلٍ عنه بحيث إذا أمضى العقد استكمل الباقي من الثمن، وإذا لم يُخصَّ العقد رد البائع العيوب فهذا جائز عند الجميع كما سبق أن قلنا، وهو ليس من العيوب في شيء.

الفرع الثالث/ جواز العيوب في الخدمات كالسلع:

الذين أجازوا العيوب من الفقهاء إنما أجازوه صراحةً في البيع وفي الإجارة، والبيع عبارة عن بيع مالٍ أو سلعةٍ منقولٍ أو غير منقولٍ (عقارٍ مثلاً)، أما الإجارة فهي عبارة عن بيع منفعةٍ وهذه المنفعة قد تكون منفعة مالٍ (إجارة أشياءٍ أو أموالٍ) أو منفعة شخصٍ (إجارة أشخاصٍ)، أما الأموال أو الأشياء فلا شك أن الذين أجازوا العيوب في الإجارة إنما أرادوا بهذه الإجارة إجارة الأموال كالداية بلا تردد، وهنا تثار مسألة ما

إذا كانت إجارة الأشخاص تلحق بإجارة الأموال في العربون؟، وفي هذه المسألة يفرق الفقهاء بين الأجير الخاص والأجير الشريك، فيما يخص صورة العربون في الأجير الخاص أن يتفق رب العمل مع العامل على استخدامه لديه خلال مدة محددة بحيث إذا انقضت المدة ولم يعقد عقد العمل من جانب رب العمل كان عليه أن يدفع للعامل مبلغاً معلوماً وإذا كان النكول من جانب العامل كان عليه أن يدفع لرب العمل مبلغاً مماثلاً، هذه المسألة يرى الباحث أنها تلحق بالعربون في البيع والإجارة، في حين أن صورة العربون في الأجير المشترك تكون بأنها يتفق أحدهم مع محامٍ مثلاً ويتم توكيله بقضية معلومة خلال مدة معلومة، بحيث إذا انقضت المدة ونكل الموكل فتعد العربون وإذا نكل الوكيل كان العربون عليه، وهذه الصورة وأمثالها يمكن أن تلحق بالعربون في البيع والإجارة فهي جائزة، ويلاحظ فيها أن نكول أحد الطرفين يسبب ضرراً للآخر، فإذا لم يتصور ضرر في بعض الصور كان العربون غير جائز لأنه يصبح أكلاً للمال بالباطل وفقاً للفقهاء الذين لم يميزوا العربون⁵⁴¹.

الفرع الرابع/ جواز العربون عند شراء الأوراق المالية:

الأوراق المالية في القانون هي الأسهم والسندات، أما السندات سندات القرض فهي إذا كانت بفائدة ربوية غير جائزة ومن ثم لا يجوز العربون فيها، أما الأسهم فإنها إذا كانت تمثل حصصاً في شركات تمارس أعمالاً مشروعة (زراعة أو صناعة أو أعمالاً تجارية) فإن شراء أسهمها جائز، وإذا كانت تمارس أعمالاً غير مشروعة (الربا والقمار والخمر والمخدرات والهوائيات التلفزيونية التي تستقبل محطات تلفزيونية داعرة) فإن شراء أسهمها لا يجوز، ومع ذلك فإن شراء أسهم الشركات ولو كانت أعمالها مشروعة مفيد لبعض القيود، فالسهم عبارة عن حصة في صافي موجودات الشركة، وصافي الموجودات هو الفرق بين الموجودات والديون

⁵⁴¹- المصري، رفیق یونس. 2009م. بیع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكتبي - ص 37-38.

المرتبة على الشركة، فإذا كانت الشركة لا تتعامل بالديون أو كانت نسبة الديون فيها قليلة بالنسبة لمجموع الميزانية، فإن السهم يجوز شراؤه ولو كان بعض الثمن مؤجلاً أو مقسماً وعندئذٍ يجوز العربون، أما إذا كان السهم يمثل حصّةً في موجودات الشركة وكانت هذه الموجودات نقوداً كلها أو معظمها، فإن شراء السهم يأخذ حينئذٍ حكم الصرف، ولا يجوز العربون لما سبق الإشارة إليه في الصرف سابقاً، والمهم أنه في الحالات التي يجوز فيها شرعاً شراء السهم لأجل أو بالخيار يجوز العربون، وإلا فلا يصح⁵⁴².

وفي تعيين آخر بنفس المعنى تقريباً إن شراء الأوراق المالية كالأسهم نوعٌ من أنواع البيوع، وبما أنه يجوز بيع العربون على ما رجحت من مذهب الحنابلة، فيجوز العربون في هذا النوع من التعامل توثيقاً للعقد وبعداً من إلحاق الضرر بمالك الأسهم التي يتم مبادلتها عادةً بسرعة في الأسواق المالية وغيرها⁵⁴³.

الفرع الخامس/جواز العربون في بيع المراجعة:

بيع المراجعة في حياتنا المعاصرة عبارة تُطلق اختصاراً على بيع المراجعة للأمر بالشراء، كما يجري في المصارف الإسلامية الحديثة بأن يطلب أحد العملاء من المصرف شراء سلعة موصوفة فيعد المصرف العميل بشرائها ويعد العميل المصرف بشرائها منه إذا ما اشتراها المصرف، فإذا ما اشتراها المصرف دفع ثمنها نقداً وباعها إلى العميل بثمن مقسّم أعلى، وهذه المولدة بين المصارف والعميل قد تكون ملزمة للطرفين أو غير ملزمة لهما أو ملزمة للمصرف دون العميل.

⁵⁴² - مجمع الفقه الإسلامي 1988م، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار. (قرارات) مجلة مجمع الفقه الإسلامي. جدة. ج2. العدد5.

رقم 5.

⁵⁴³ - الزحيلي، وهبة. 2007م. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، عقود المعاملات و الاقتصاد الإسلامي. دمشق: دار المكتبي. ج3. ص

ويشترط في بيع المراجعة شروط صحة البيع العامة والشروط الخاصة بها وهي: علم المشتري بالثمن الأول في مجلس العقد والعلم بمقدار الربح أو الخسارة في مجلس العقد وأن يكون رأس المال والربح أو الخسارة من النقود الرائجة في التعامل أو من المثليات والمكيلات والموزونات والذريعات والمتقاربة، ألا ينتج عن البيع مراجعة ربا كبيع الفقير قفيز حنطة بقفيز ونصف قفيز، وأن يكون العقد الأول الذي تملك به البائع السلعة صحيحاً غير فاسد، فإذا توفرت هذه الشروط العامة والخاصة جاز بيع المراجعة بالعربون لأنه كسائر البيوع، إلا أنه إذا اشتمل العقد على الربا كبيع صاعين من الحنطة بثلاثة أصع من الشعير وجب التقابض في مجلس العقد، فإذا كان آجلاً فسد الربا، والعربون يؤدي للتأجيل فيفسد العقد في هذه الحالة دون غيرها⁵⁴⁴.

والعربون يجوز في المراجعة عند من يجز العربون ويجز الإلزام في المراجعة من الفقهاء المعاصرين، فإذا كان الإلزام للطرفين جاز العربون لهما وإذا كان الإلزام للمصرف جاز دفع العربون من المصرف دون العميل.

وهناك رأي لم يجز الإلزام في المراجعة وذلك استناداً على قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي اشترط الخيار للطرفين أو لأحدٍ منهما، من هنا لا يجوز العربون إلا حيث يوجد الإلزام ويكون العربون تأكيداً لهذا الإلزام، ومن نكل دفع ثمن نكله⁵⁴⁵.

الفرع السادس/ جواز أن تكون السلعة حاضرة للمعاينة أو عند موعد الشراء:

هناك من يرى من الفقهاء المعاصرين جواز الإلزام بالمواعدة في بيع المراجعة في المصارف الإسلامية، فإنه لا بد أن يرى جواز العربون مؤيداً لهذا الإلزام إذا كان أيضاً ممن يرى جواز العربون أصلاً، واعتقد أنه

⁵⁴⁴ - الزحيلي، وهبة. 2007م. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، عقود المعاملات و الاقتصاد الإسلامي. دمشق: دار المكبي. ج.3. ص

297.

⁵⁴⁵ - مجمع الفقه الإسلامي 1988م. بشأن الوفاء بالوعد والمراجعة للامر بالشراء. (قرارات) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بحدة. ج.2. العدد 5 -

المصري، رفيع يونس. 2009م. بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكبي - ص40.

سيكون كذلك لأن استجارة العربون أسهل في الفقه من استجارة الإلزام بالمواعدة في المراجعة المصرفية المعاصرة، أما من لا يرى جواز الإلزام بالمواعدة ويرى جواز العربون فإن العربون لا يجوز عنده إلا عند المعاقدة أي بعد حضور السلعة ولا يجوز عنده هذا وقت المواعدة، وفي رأي آخر فالمواعدة جائزة بغير إلزام، والعربون جائز عند المعاقدة بعد وصول السلعة ودخولها في ملك المصرف ولا يجوز عند المواعدة على الشراء⁵⁴⁶.

ويعنى أدق وأوضح لما سبق أنه لا يجوز العربون عند المواعدة على الشراء لأن الخنايلة الذين صححوا عقد العربون بيعاً أو إجارة قالوا (هو دفع بعض ثمن أو أجرة بعد عقد لا قبله) وبما أن المواعدة على الشراء ليست عقداً فلا يجوز فيها التعامل بالعربون⁵⁴⁷.

الفرع السابع/ جواز العربون في بيع السلم.

بيع السلم هو البيع الذي يكون فيه الثمن معجلاً ومحل البيع مؤجلاً، مثل بيع طن من قمح موصوف يسلم بعد سنة ويدفع ثمنه الآن. فهنا إذا عدل المشتري دفع العربون إلى البائع الذي قبض الثمن ولم يكن هناك ربا ولا شبهة الربا، أما إذا عدل البائع ودفع العربون إلى المشتري كان هناك شبهة ربا فالبائع الذي قبض ثمن محل البيع معجلاً 1000 ريال مثلاً يعدل عن محل البيع ويدفع إلى المشتري بعد ثلاثة أيام مثلاً 100 ريال فكأنه استلف 1000 ريال لمدة ثلاثة أيام برط قدره 100 ريال، وإذا وقعت هذه الصورة دون اتفاق أو

⁵⁴⁶ - المصري، رفيق يونس. 2009م. بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكني - ص 41.

⁵⁴⁷ - الزحيلي، وهبة. 2007م. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، عقود المعاملات و الاقتصاد الإسلامي. دمشق: دار المكني. ج 3. ص

تواطؤ مسبق على العدول فلا يجيزها إلا الشافعية وتمنعها المذاهب الثلاثة الأخرى سداً لذريعة الربا، فحكم

هذه الصورة هو حكم العينة، أما إذا وقعت باتفاق مسبق على العدول فلا يجيزها أحد⁵⁴⁸.

هنا من خلال الإطلاع على بعض فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية

بخصوص دفع العيوب في عقد السلم، يتبين أنه إذا كان ما تم بين البائع والمشتري مجرد عرض أسعار يلتزم به

البائع لمدة محددة فهذا إيجاب ملزم عند المالكية، ويجوز تقديم عيوب من المشتري على أنه إن أتم الصفقة

احتسب من الثمن وإن لم يعقد الصفقة ترك العيوب للبائع، فهذا جائز بشرط وجود البضاعة التي هي محل

الصفقة والأولى للبائع أن لا يقاضى من العيوب إلا بقدر ما لحقه من ضرر، وعدم الشراء طبقاً لتوصيات

المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية⁵⁴⁹.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 الجامعة الإسلامية العلوم الإسلامية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

⁵⁴⁸ - المصري، رفيق يونس. 2009م. بيع العيوب وبعض المسائل المستحدثة فيه. دمشق: الناشر دار المكتبي - ص42.

⁵⁴⁹ - المصدر بيت التمويل الكويتي - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الجزء الأول - 3 - فتوى رقم 95 - موسوعة فتاوى

المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية - المجلد الخامس - 1 السلم - دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة 2009م.

المبحث الرابع/ مسقطات الخيار ومصير التعاقد بالعربون

تستوجب دراسة هذا المبحث الاهتمام بمسقطات خيار العدول عن التعاقد في المطلب الأول، وتنتهي الاهتمام بمصير ومآل التعاقد بالعربون في المطلب الثاني.

المطلب الأول/ مسقطات خيار العربون:

نستعرض في هذا المطلب مسقطات خيار العربون في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتناول مسقطات خيار العربون في القانون المدني.

الفرع الأول: مسقطات خيار العربون في الفقه الإسلامي:

خيار العربون مثله مثل أي الخيارات يسقط ويبطل بما تبطل به، وعلى ذلك فإن مسقطات العربون

تأتي في عدة حالاتٍ مختلفةٍ عن بعضها:

-الحالة الأولى عند اختيار المشتري إمضاء العقد أو العدول عنه وذلك أثناء مدة خيار العربون، فعند اختيار

إمضاء العقد يسقط الخيار ويفسخ التعاقد، ونوه هنا إلى أن إحصار إمضاء العقد أو العدول عنه هو حقٌّ

للمشتري فقط أو وكيله في ذلك، ولا يحق للباقي لأن العقد لا يبرأ بالنسبة له.

-الحالة الثانية عند انقضاء مدة خيار العربون، فإذا ما انقضت مدة خيار العربون ولم يفسخ المشتري العقد

بطل الخيار ولزم البيع⁵⁵⁰.

-الحالة الثالثة تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار، فإن تصرفه ينفذ ويبطل خياره لأنه حقه وحده ولا

حق لغيره فيه، وتصرف المشتري في المبيع سواء ببيع أو هبة أو وقف أو عتق دليل على رضائه به وإمضائه

⁵⁵⁰ - العدوي، أبي البركات سيد احمد بن محمد الشهير بالدردير . د.ت. الشرح الكبير: مطبوع بهامش حاشية الدسوقي : مطبعة عيسى الباني الخليلي ج 4 . ص 286. - المرادوي، علاء الدين بن حسين بن سليمان 1986م. الإنصاف. بيروت: الناشر دار إحياء التراث العربي ج 3. ص 253.

البيع، فتنفذ كل هذه التصرفات لأنها تكون تصرفات من المالك فتكون جائزة، ولأن الخيار كما يبطل بالتصريح يبطل بالدلالة⁵⁵¹، أما استخدام المبيع لتجربته واختباره فلا يعد مسقطاً للخيار، لأن القصد من الاستخدام هو تجربة المبيع، أما إذا كان الاستخدام لغير ذلك كما إذا كان حاجة فإنه يبطل الخيار ويلزم العقد⁵⁵².

-الحالة الرابعة عند طلب المشتري الشفعة، فإذا طلب المشتري الشفعة في البيع اللاحق على البيع بالعربون وذلك أثناء فترة خيار العربون فإن خياره يسقط ويلزمه البيع، والشفعة تثبت للمشتري بالعربون لأنه مالك المبيع وبطله إن كان يكون قد زعمى ضمناً بملكته التامة للمبيع وبإسقاطه لخياره.

-الحالة الخامسة تلف المبيع بعلم قبضه، فإذا تلف المبيع بعد قبضه وذلك أثناء فترة خيار العربون فإنه يكون من ضمان المشتري ويبطل حينئذ خياره ويلزم بباقي الثمن للبائع⁵⁵³.

-الحالة السادسة موت من له الحق في الخيار وذلك في الحالات التي يتعذر فيها انتقال الخيار إلى الورثة، فصاحب الحق في الخيار هو المشتري في البيع والمستأجر في الإجارة، فإذا مات صاحب الحق في الخيار فإن خياره ينتقل إلى الورثة وذلك ما لم يكن موثقهم قد حقق مسبقاً مضمين التعاقد في حال وفاته، سواء اتفق

⁵⁵¹ ابن قدامة، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد . 1994م . المعنى على الشرح الكبير . القاهرة : الناشر دار الغد العربي . ج 4 . 235-240 . - لعدوي، أبي البركات سيد احمد بن محمد الشهير بالشهير . د.ت. الشرح الكبير مطبوع بمش حاشية الدسوقي . مصر : مطبعة عيسى البايي الحلبي ج 4 . ص 284-286 . - المرادوي، علاء الدين بن حسين بن سليمان 1986م . الإنصاف . بيروت : الناشر دار إحياء التراث العربي . ج 4 . ص 387-388-391 .

⁵⁵² - بن مفلح، أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله . د.ت. المبدع في شرح المقنع . بيروت : الناشر المكتب الإسلامي . ج 4 . ص 27 . - أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي . د.ت. الكافي . (تحقيق) زهير الشاوش . بيروت : الناشر المكتب الإسلامي . ج 2 . ص 51 - المرادوي، علاء الدين بن حسين بن سليمان 1986م . الإنصاف . بيروت : الناشر دار إحياء التراث العربي . ج 4 . ص 388 . لعدوي، أبي البركات سيد احمد بن محمد الشهير بالدردير . د.ت. الشرح الكبير : مطبوع بمش حاشية الدسوقي . مصر : مطبعة عيسى البايي الحلبي ج 4 . ص 286 .

⁵⁵³ - بن مفلح، أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله . د.ت. المبدع في شرح المقنع . بيروت : الناشر المكتب الإسلامي . ج 4 . ص 74 .

المتعاقدان على أنه في حال وفاة صاحب الحق في العدول فإن الخيار يبطل و يتأكد العقد، أو على العكس يعتبر العقد مفسوخاً وفي هذه الحالة لا يكون للورثة استعمال الخيار الذي كان لمورثهم لأنه سقط.

الفرع الثاني / مسقطات خيار العربون في القانون المدني:

يسقط خيار العربون بأحد الأمور التي تدل دلالة واضحة على ممارسة إمكانية العدول أو إبقاء العقد، بمعنى آخر يسقط خيار العدول بأحد الأمور التي تجعل إمكانية العدول تفقد حقيقتها في الوجود، وهذه الأمور والأسباب كالاتي:

1- اختيار المتعاقد إبقاء العقد، ويكون في ذلك رفض لإمكانية العدول من قبل المستفيد من هذه الإمكانية، وهذا الرفض لممارسة العدول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً يستنتج من ظروف الحال، ويتضح ذلك من نص المادة (103) حيث تعطي للمتعاقد حرية المضي في استكمال العمل التعاقدية كونه مخيراً في ذلك⁵⁵⁴.

2- اختيار المتعاقد ممارسة العدول، وممارسة العدول تستوجب إظهاراً للرغبة والتي قد تكون صريحة أو تكون ضمنية وتُستنتج من ظروف الحال، ويتضح من رغبة البائع في التنازل عن الشيء المباع إلى شخص آخر غير المشتري أن هذا التصرف في المبيع هو ممارسةً ضمنية للعدول، وتعطي المادة (103) هذا الحق للمتعاقدين ولكن في مقابل خسارة العربون أو العربون ومثله، أي من العدول على إبرام الصفقة⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ - ليبيا 1953م. المادة 103 العربون فقرة 1 (دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى

الاتفاق بغير ذلك) - القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly>

⁵⁵⁵ - الأزهرى، محمد علي البدوي 2003م . النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام . ليبيا : المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية . ج 1.

3- مضى المدة المحددة للعدول دون أن يستخدم أحد من المتعاقدين الحق المخول له في العدول، فبمضي هذه المدة يسقط حق العدول بعدم استعماله قبل انقضاء الميعاد المحدد سلفاً، في هذه الحالة يتأكد قيام العقد ويصبح نهائياً يرتب كافة التزاماته⁵⁵⁶.

4- تعذر تنفيذ العقد، وذلك في حالة تنفيذ الالتزامات بسبب حادثٍ طارئٍ أو قوةٍ قاهرةٍ تمنع أحد المتعاقدين من التنفيذ، وقواعد العدالة تقضي تخفيف عبء الالتزام عن المدين وذلك بتوزيع تبعه الحدث الطارئ على طرفي العقد والتدخل في العقد لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين بما يحقق العدالة⁵⁵⁷، حيث تفقد إمكانية العدول في هذه الحالة وجودها ويفسخ العقد، ويصبح العيوب بلا سببٍ فيجب أن يرد إلى من دفعه، وهذا من قبيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

5- موت المتعاقد الذي له الحق في العدول أثناء مدة خيار العدول وذلك في الأحوال التي لا يجوز فيها انتقال الحق في العدول، والتي قد تكون بسبب اتفاق المتعاقدين على اقتصار آثار العقد عليهما وعدم انصرافها إلى ورثة أحدهما، وفي هذه الحالة يكون العقد منقضيًا بسبب وفاة المتعاقد الذي له إمكانية العدول. كما قد يمتنع انتقال الحق في العدول إلى الورثة في الأحوال التي تكون فيها طبيعة العقد لا تتفق و انتقال الآثار التي يربتها إلى الورثة بسبب الاعتبار الشخصي في التعاقد، وفي هذه الأحوال تسقط إمكانية العدول و ينقضي العقد بمجرد وفاة أي من عاقديه، ولا تنصرف آثاره إلى ورثة المتعاقد⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ - مرقس، سليمان. 1958م. عقد البيع. مصر: دار النشر للجامعات المصرية. ص74.

⁵⁵⁷ - الأزهرى، محمد علي البدوي 2003م. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام. ليبيا: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية. ج 1

. ص210.

⁵⁵⁸ - أبو السعود، رمضان. 2002م. مصادر الالتزام. مصر: الناشر دار المطبوعات الجامعية. ص250.

المطلب الثاني/ مصير التعاقد بالعربون (بقاء التعاقد بالعربون أو فسخه):

نتعرض في هذا المطلب لمصير التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ومن ثم نتنقل لكي نتناول مصير هذا التعاقد في القانون المدني في الفرع الثاني.

الفرع الأول/ مصير التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي:

التعاقد بالعربون تعاقد باطل عند جمهور فقهاء المسلمين، والعقد الباطل لا وجود له وغير معتبر ولا حكم له، فالحكم للموجود ولا وجود لهذا العقد، فالتعاقد بالعربون تعاقد مفسوخ من أساسه سواء وقع قبل القبض أو بعده، وطالما أن التعاقد بالعربون تعاقد مفسوخ فالواجب رد العربون لصاحبه لأنه يكون من حقه في حال ترك العقد، ويجب أن ترد السلعة إلى صاحبها ويرجع الشيء إلى ما كان عليه⁵⁵⁹.

على أن التعاقد بالعربون يعضي عند المالكية إن فاتت السلعة المتعاقد عليها، وفواتها يكون بهلاك هذه السلعة أو نحوه، وفي هذه الحالة إمضاء التعاقد يكون بالقيمة وليس بالثمن لأنه تعاقد مختلف فيه، فقد حرّمه جمهور الفقهاء وأجازاه الإمام أحمد، وتكون القيمة محسوبة من يوم قبض السلعة، ويكون العربون في هذه الحالة متروكاً لمن قبضه على أن يحسب من القيمة⁵⁶⁰.

أما عند الشافعية فإن التعاقد بالعربون تعاقد فاسد، وهو تعاقد لا يمتلك المشتري به المبيع حتى ولو قبضه وجب رد المبيع في جميع الأحوال، وهذا التعاقد لا يعضي بفوات المبيع بل حتى في حالة الفوات فإنه

⁵⁵⁹ - الميرغاني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشد. د.ت. الهداية شرح البداية. بيروت: دار الكتب العلمية. ج.3.

ص.74. و الدسوقي، شمس الدين محمد عرفه. د.ت. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصر: مطبعة عيسى البابي الحلبي. ج.3. ص.63.

⁵⁶⁰ - الصاوي، احمد. د.ت. بلغة السالك الأقرب المسالك. مصر: المكتبة التجارية. ج.2. ص.32. - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد

البر النمري. 1378هـ. التمهيد (تحقيق) مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري. المغرب: الناشر وزارة عموم الأوقاف والشئون

الإسلامية بالمغرب ج.24. ص.179.

- الأزهرى، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى. 2003م. شرح الموطأ. القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية. ج.4. ص.188.

يكون واجب الرد، والرد في حال الفوات يكون برد بدل التالف وهو قيمته، ولا يجوز للمشتري حبس المبيع حتى يسترد العربون وذلك لأنه لا يستطيع حبس المبيع حتى يسترد الثمن والعربون جزءاً من الثمن، كما لا يقدم المشتري به على الغرماء، وفي قول للإصطخري: أن له حبس المبيع حتى يسترد الثمن وأنه يقدم على الغرماء، وتلزم المشتري أجرة المثل للمدة التي كان فيها المبيع في يده إذا كان قد قبضه، وذلك سواء أكان قد استوفى المنفعة أم لا، كما تكون مؤنة الرد واجبة عليه⁵⁶¹.

وعند الخنفة فمضير التعاقد بالعربون يعد عقداً فاسداً عندهم، والعقد الفاسد عند الخنفة عقدٌ موجودٌ أركانه ومحلّه متحققٌ معاً، إلا أنه اتصل به وصفٌ منهي عنه شرعاً أخرجه عن مشروعيتها، فإذا انعقد التعاقد بالعربون فإن لكل واحد من المتعاقدين حق فسخه وذلك قبل القبض لأنه لم ينفذ حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه، كما يجب فسخه بعد القبض مادام محل المبيع بحاله في يد المشتري وذلك إعداماً للفساد لأنه معصيةٌ فيجب رفعها، ولا يشترط فيه قضاء القاضي، وإذا أصر أحد المتعاقدين على إمساك العقد الفاسد (التعاقد بالعربون) وعلم به القاضي فله فسخه عليهما إحقاقاً للشرع، وفي حالة وفاة أحد المتعاقدين خلفه مورثه في حق الفسخ⁵⁶².

وفي حال فسخ العقد فإن العربون يسرده صاحبه، ويكون من حق البائع استرداد المبيع إذا كان المشتري قبض المبيع، ولكن يحق للمشتري أن يحبس المبيع حتى يسرد ما دفعه للعربون، وذلك لأن له الحق

⁵⁶¹ - سليمان بن عمر بن محمد البيهقي. د.ت. حاشية البيهقي. تركيا: الناشر المكتبة الإسلامية ج.3، ص150 - الشريبي، محمد الخطيب. د.ت. مغني المحتاج. بيروت: دار الفكر. ج.2، ص315. - الديمشقي، أبي زكريا يحيى الدين بن شرف النوري. 1405هـ. روضة الطالبين. بيروت: طبعة المكتب الإسلامي ج.3. ص72.

⁵⁶² - باين العابدين، محمد أمين. 1966م. حاشية رد المحتار. مصر: مكتبة الباي الحلبي. ج.5، ص91-93. - الحنفي، فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي وبهامشه حاشية شهاب الدين احمد السليبي. 1313هـ. تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق. مصر: المطبعة الأميرية. ج.4، ص64.

في حبس المبيع حتى يسترد الثمن والعربون يدفع كجزء من الثمن، على أن التعاقد بالعربون ينفذ ويمتنع الفسخ وذلك إذا تعذر رد المبيع المتعاقد عليه، وتعذر الرد يكون بالهلاك وبالتصرف في المبيع ببيع أو هبة وتسليم المتعاقد عليه أو رهنه أو وقفه وغيرها من صور التصرف التي تخرج المتعاقد عليه من يد المشتري و يتعلق به حق للغير، والعربون في حال إنفاذ العقد يحسب كجزء من القيمة أو المثل وذلك لأنه في حال تعذر رد السلعة في حال التصرف فيها أو هلاكها فيكون على المشتري القيمة أو المثل⁵⁶³.

أما مضمون التعاقد بالعربون عند الخابلة فإنهم قد أجازوا التعاقد بالعربون وذلك على خلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فالعقد عند الخابلة منعقدٌ صحيحاً على أن يخول لمن دفع العربون الحق في فسخ العقد أو إمضائه، فإذا أسقط المتعاقد الذي له حق الخيار خياره فقد أبقى على العقد، وفي هذه الحالة يحتسب العربون من قيمة التعاقد، فإن كان بيعاً احتسب من الثمن وإن كان عقد إجارة احتسب العربون من قيمة الأجرة، ونوه إلى أن البائع أو المؤجر لا يحق له إلزام المشتري أو المستأجر بدفع بقية الثمن أو الأجرة طوال مدة الاشتراط (مدة الخيار) وذلك لاجتماع عدم إتمام العقد، أما إذا عدل من له الحق في العدول انفسخ العقد ويجب رد السلعة للبائع إذا كان المشتري قبضها، أما بخصوص العربون فقد وجد رأيان في الفقه الحنبلي: الرأي الأول وهو ظاهر المذهب وعليه أغلب فقهاء المذهب وهم يقولون أن العربون يكون من حق من قبضه، فيكون في عقد البيع من حق البائع وفي حق الإيجار من حق المؤجر، والرأي الثاني يُرى فيه أن العربون

⁵⁶³ - الحنفي، فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي وبهامشه حاشية شهاب الدين احمد الشلبي، 1313هـ. تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق.

من حق المشتري مردوداً إليه إن لم يتم البيع، وهو رأيٌ وحيدٌ للفقهاء محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي، ويقول المرادوي عن هذا الرأي أنه لم يرى من وافقه من فقهاء المذهب⁵⁶⁴.

الفرع الثاني: مصير التعاقد بالعربون في القانون المدني:

يتلخص مآل التعاقد بالعربون في القانون المدني إما بالإبقاء على العقد والمضني فيه ويرتب كامل آثاره، أو ممارسة حق العدول وفسخ العقد ويرتب آثاره أيضاً.

نتناول بشكل من التفصيل المآل الأول وهو الإبقاء على العقد، فعندما يقرر أحد المتعاقدين عدم الاستفادة من إمكانية العدول فإن إمكانية العدول تصبح ملغاة ومختفية، وهذا الإلغاء لإمكانية العدول يكون بانقضاء المدة المحددة للعدول دون أن يستخدم أي من أطراف التعاقد الإمكانية المخولة له أو يرفض المستفيد لهذه الإمكانية، والعقد يصبح باتاً ونهائياً وقاريخ تكويبه يكون من يوم إبرامه والالتزامات تصبح مستحقة الأداء ويكون من الواجب تنفيذها، فإذا عارض المدين في تنفيذ هذه الالتزامات فإن معارضته هذه تشكل خطأً تعاقدياً يستوجب المسؤولية التعاقدية، أما بخصوص العربون فإن مصيره سيتبع اتفاق الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مصير العربون فإنه يكون واجب الإيداع عن طريق الذي تسلمه، وذلك لأن العربون مدفوعٌ مقابل حق العدول وليس كجزء من الثمن والمداوات (103) مدني مصري و(103) مدني ليبي لم تتطرقا في الواقع إلى الاحتفاظ بالعربون إلا في الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف قد عدل فعلاً، فإذا لم يعدل أحد الأطراف فإن العربون ينتهي دوره ويصبح موجوداً بلا سبب في يد من تسلمه ويكون من الواجب

⁵⁶⁴ - الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي. د.ت. مطلب أول النهي في شرح غاية المنتهى. دمشق: المكتب الإسلامي. ج.3.

رده، وعملياً فإن العربون إذا كان مبلغاً من النقود يخصم من الثمن، والرأي السائد في الفقه يرى أن العربون في هذه الحالة ينقلب إلى قسطٍ معجلٍ من الثمن⁵⁶⁵.

أما المآل الثاني فيأتي بشكلٍ مغايرٍ على عكس المآل الأول، حيث أن أحد المتعاقدين فضل عدم بقاء العقد وممارسة إمكانية العدول المخولة له بموجب المواد (103) مدني لبيي و (103) مدني مصري، حيث أن ممارسة العدول تستوجب إظهار الرغبة في العدول والتي تكون صريحةً أو ضمنيةً وتستخلص من ظروف الحال، حيث تستخلص من رجوع العاقد عن تنفيذ التزامه في الأجل المحدد لذلك، حيث أن المدة تتجاوز المألوف مما قد يدل على مباشرته لخياره في الرجوع عن العقد، وهذه المسألة مسألة واقعٍ يستظهر فيها القاضي قصد العاقد بمداخل في سلطته التقديرية، وقد حكم بأن العربون يمكن أن ينتج من الرغبة الواضحة للبايع في التخلي عن الشيء المباع إلى شخصٍ آخر غير المشتري بالعربون، والمستفيد من شرط العدول يمارس هذه الإمكانية المعترف له بما يتصرف قانونيً أحادي، ويتحقق استعماله لهذا الإمكانية بتعبيرٍ يرسله من عدل إلى المتعاقد الآخر⁵⁶⁶.

وبخصوص مصير العقد الذي تم العدول عنه فقد وجد في الفقه رأيان يختلف كلاهما عن الآخر، ويتجه الرأي الأول إلى أن فسخ العقد لا يتم بأثر رجعي، فالعقد يختم بالتاكيد لكن هذا الاختفاء يكون بالنسبة للمستقبل فقط، أما أثناء الماضي فيوجد أحداثٌ ومفاتيحٌ حدثت ولا يمكن أن تكون ممحاةً أو ملغيةً،

⁵⁶⁵ - عبد الباقي، عبد الفتاح. 1984م. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: د.ن. ص78. - ليبيا

1953م. المادة 103 العربون- القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل. <http://www.aladel.gov.ly> جمهورية مصر العربية

1948م. المادة 103 من القانون المدني المصري. موقع شبكة المعلومات القانونية العربية. <http://www.eastlaws.com>

⁵⁶⁶ - عبد الباقي، عبد الفتاح. 1984م. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: د.ن. ص88. ليبيا 1953م.

المادة 103 العربون- القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل. <http://www.aladel.gov.ly> جمهورية مصر العربية 1948م. المادة

103 من القانون المدني المصري. موقع شبكة المعلومات القانونية العربية. <http://www.eastlaws.com>

فالعقد لا يكتفي والأطراف لا يكفون عن الارتباط إلا في اللحظة التي يتم فيها العدول فقط، ولكن الماضي يبقى كاملاً في آثاره، والفسخ نتيجة استخدام إمكانية العدول يتم بدون أثر رجعي وذلك على نفس الطريقة التي تتم بها كل طرق الفسخ الأحادية، أما الرأي الثاني يرى ممارسة العدول تعمل على اختفاء العقد وفنائه بأثر رجعي، فإزالة العقد واعتباره كأن لم يكن لا تكون بالنسبة للمستقبل فقط بل بالنسبة إلى الماضي أيضاً وكأنه لم ير النور قط، ورجعية الفسخ لا تثير أية صعوبات سواء أكان العقد لم ينفذ بعد أم كان منفذاً، إذا كان العقد لم يحصل به أي تنفيذ وهذا متصور في حالة الاتفاق على أن العقد لن ينفذ إلا بعد فوات المدة المحددة للعدول، فالفسخ لن يقابله أية عقوبات في هذه الحالة لأن الأثر الرجعي سيكون للعقد المبرم والذي لم يحدث أية نتائج، أما الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد فإنها تتعلق بالأثر الرجعي للفسخ على العقد المبرم وعلى نتائجه وآثاره⁵⁶⁷.

والباحث يؤيد الرأي الأول لأنه ليس من العدل في شيء أن نقوم بإلغاء كل الآثار المترتبة على العدول، ومن هذه الآثار المترتبة مثلاً استلام العربون في حالة العدول وضياع فرصة إتمام العقد والمضي فيه ولا يخفي ما ترتبه مدة حبس البضاعة خلال فترة الانتظار من أضرار قد تلحق بأحد المتعاقدين، حتى ولو تصورنا في حالة عدم تنفيذ العقد في خلال مدة الخيار يرتب آثاره كاملة من ضررهما إلى ذلك، حتى وإن خالف القاعدة العامة المتعلقة بالعربون بالمادة (103) التي لا تعطي اهتماماً لترتب الضرر من عدمه لاستقطاع العربون وخسارته، لكن الواقع العملي والتطبيقي يخالف ذلك وهذا ما سنثبته لاحقاً.

أما مصير قيمة العربون النقدية محدد في المواد (103) مدني ليبي و (103) مدني مصري والتي تشير إلى حالتين للعدول وهما: إن كان العدول من جانب من دفع العربون أو كان العدول من جانب من استلم

⁵⁶⁷ - عبد الباقي، عبد الفتاح. 1984م. موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة. القاهرة: دن. ص 88.

العربون، فإذا عدل الذي دفع العربون تمثل هنا ثمن العدول، أما إذا كان العدول من ناحية ذلك الذي استلم العربون فإنه يجب أن يرد العربون الذي استلمه وعلاوةً على ذلك يدفع مبلغاً مساوياً كـثمنٍ لعدوله إلى الطرف الآخر، فالمبلغ الذي يدفعه العادل في هذه الحالة يشتمل في نفس الوقت على الرد ودفع ثمن العدول⁵⁶⁸.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه إذا كان الذي يستعمل الخيار هو الطرف الذي قبض العربون فلا يكفي مجرد التعبير بالعدول عن العقد بحيث يرسله ذلك الطرف إلى الطرف الآخر، بل يجب أن يكون ذلك التعبير مقهوراً بدفع مثلي المقدار المقبوض وإلا كان العدول غير ذي فاعلية، فإذا امتنع الطرف الآخر عن تسليم ضعفي العربون حاز للطرف الأول أن يلجأ إلى إجراءات العرض و الإيداع⁵⁶⁹.

وبخصوص وسائل المطالبة برد العربون ومثله، بحيث إذا عدل المتعاقد دافع العربون عن العقد فإنه سينحسر العربون الذي دفعه، وفي مثل هذه الحالة لن تحدث أية مشكلة إلا أن الصعوبات تبدو جلية في حال عدول المتعاقد الذي قبض العربون والذي يستوجب عليه رد العربون ومثله ولكنه لم يرد العربون والمثل المستحق عليه، في مثل هذه الحالة سيكون على المتعاقد محتمل العدول أن يسلك الطريق القانوني المتاح له وذلك للمطالبة بما هو مستحق له، والواقع المتعاقد هنا سيملك إما طريقاً في حال توفر شروط

⁵⁶⁸ - ليبيا 1953م. المادة 103 العربون- القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly> جمهورية مصر العربية. 1948م. المادة 103 من القانون المدني المصري. موقع شبكة المعلومات القانونية العربية . <http://www.eastlaws.com>

⁵⁶⁹ - حجازي، عبد الحي. 1982م. النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي. الكويت: الناشر مطبوعات جامعة الكويت. ج 1. ص 213. - ليبيا 1953م. المادة 103 العربون- القانون المدني الليبي. موقع وزارة العدل . <http://www.aladel.gov.ly> - جمهورية مصر العربية. 1948م. المادة 103 من القانون المدني المصري. موقع شبكة المعلومات القانونية العربية .

استصدارها في المادة (201) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، فإن لم تتوفر هذه الشروط فإنه لن يكون له من طريق سوى طريق الدعوى العادية⁵⁷⁰.

ولاحظ الباحث أن قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لم يتبنى هذه الشروط والاستثناء على أصل القاعدة الواردة في القانون، بل سكت وترك للنصوص مسلكاً واحداً وهو طريق الدعوى العادية، وهذا يعطي إشارة إلى مدى اهتمام القانون المصري وحرصه على تطوير القاعدة القانونية وتوفير أكبر قدر من الوقت لأصحاب الخصومة القضائية من سلك الطريق العادية لما فيها من إطالة للوقت والجهد المادي.

وفي معرض الكلام بحث هذا الفصل تمييز العربون عن بعض المسائل والأنظمة القانونية المشابهة، حيث تطرّق إلى التمييز ما بين العربون والشرط الجزائي من حيث أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وذلك لاعتقاد الكثيرين بأن هناك شبهة كبيرة بين العربون والشرط الجزائي، ولكن في حقيقة الأمر إن الفرق بينهما كبير بحيث تمنع بأن يكون الشرط الجزائي من باب العربون أو حتى الاستدلال بالعربون على جواز الشرط الجزائي، وتمت هذه التفرقة على أساس نية التعاقدين والقرارات القضائية كأساس في إجراء علمية التفرقة والشبه.

كذلك ناقش تمييز العربون عن خلو الرجل وهذا النظام معلوم بشكل كبير وشائع الاستعمال لدى الشارع المصري في المعاملات التجارية وخاصة العقارية منها، وهو أن يجعل للواقف أو المثلّي أو المالك على الخانوت قدرًا معينًا من الدراهم ثم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكًا شرعيًا فلا يملك صاحبة الخانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي ثبت له الخلو.

⁵⁷⁰ - جمهورية مصر العربية. 1968م. المادة 201 قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وتعديلاته.

ومن ثم تطرق إلى التمييز بين العربون والإرادة المنفردة كمصدرٍ من مصادر الالتزام الذي جعله المشرع في مصر وليبيا من مصادر الالتزام الاستثنائية.

كذلك فقد تم إجراء تمييز بين الإثراء بلا سبب من جهة والرجوع عن العربون من جهة أخرى من خلال عرض وظائف كل من النظاميين وذلك للوصول إلى تحديدٍ دقيقٍ بين المجالين وعدم الدخول في خلط بينهم.

في اتجاهٍ آخر تمت المقارنة بين العربون والإقالة كأمرٍ ملجٍ ومهمٍ لتحديد الفرق والتشابه وذلك لإيجاد مرجعية واضحة لهذا النظام القانوني بعيداً عن التشابه ببعض المسائل الأخرى التي ربما يتفق معها في وظائف يقوم بها.

ويتضح أن الهدف من الضرورة الملحة لإيجاد كل ما سبق ذكره من تمييز بين العربون وعددٍ من النظم القانونية الأخرى هو أن لا يقع في نطاق التشريعات في بعضها ويبقى كلٌّ في خصوصيته عند قيامنا بإجراء أي تحسيناتٍ أو تطويرٍ للقاعدة القانونية للعربون، وقد تم الاهتمام بدراسة طبيعة التعاقد بالعربون من منظورٍ شرعيٍّ إسلاميٍّ، أما فيما يخص طبيعة التعاقد بالعربون فقد تم دراستها من حيث الجانب الشرعي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية من الجانب العظمى للتعاقد، وتركز الاهتمام أيضاً بالنواحي القانونية للتعاقد من حيث طبيعة اشتراط العربون وبعضٍ من الآثار حول تكسيف التعاقد بالعربون والطبيعة القانونية لعربون القسط والإثبات، وصحة التعاقد بالعربون تمت دراسة شروطها فيما يتعلق بالعقد المقترن بالعربون وشروط الوقت الواجب دفع العربون فيه وأثر عربون الرجوع على صحة التعاقد، كما تجلّى الاهتمام بدراسة التعاقد بالعربون في البيوع بمختلف أنواعها، وأخيراً مسقطات خيار العربون من الناحية الشرعية والقانونية ومصير التعاقد بالعربون بالبقاء على العقد أو فسخه، وهذا يمثل أهميةً كبيرةً في مجال تحقيق أهداف الدراسة من خلال ما تم عرضه سابقاً حيث يشكل أهميةً خاصةً في تحديد حجم الضرر وعلاقة الضرر بالرجوع عن العربون والعدول

عن المضي في التعاقد بحساب قيمة الأضرار وإثبات وجود الضرر الذي تم استبعاده كعاملٍ أساسيٍّ من قبل

المشرع في استحقاق قيمة العيوب لأحد المتعاقدين.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA