

التعاقد بالعربون بين الشريعة والقانون

أ. فلاق عمر

جامعة الجيلالي بونعامة- خميس مليانة – الجزائر

ملخص:

حرص الإسلام على حماية المعاملات التجارية والمدنية عموماً والعقود المبرمة بين الناس خصوصاً من خلال أحكام وتوجيهات سامية جاءت في كتاب الله وسنة نبيه ، فهناك بعض المعاملات والعقود قد تجد أساساً لها في القوانين الوضعية لكنها تخالف الأحكام الشرعية ، سواءً بدليل شرعي من الكتاب والسنة أو بقياس أو استنباط علماء الشريعة الإسلامية ، فحرصت الشريعة الإسلامية على حماية العقود من خلال ضوابط واضحة .ومن بين العقود المبرمة ، التعاقد المصحوب بعربون ، وعليه ، فإن هذه الدراسة تهدف إلى الوقوف على مفهوم العربون والأحكام المتعلقة به في ظل القانون الوضعي وفي ظل الشريعة الإسلامية ، وخلصت الدراسة بحوصلة تناولنا فيها موقف التشريع الوضعي من العربون من جهة ، وموقف الشريعة الإسلامية من التعاقد بالعربون والقول الراجح من جهة أخرى .

Résumé :

L'islam est soucieux de protéger les opérations civiles et commerciales en général et des contrats entre les personnes, en particulier à travers les directives et dispositions anti sémitisme est venu dans le Coran et la Sunna. Parmi les contrats, de pair avec l'engagement du contrat, et, par conséquent, cette étude vise à se tenir sur le concept de dispositions relatives au dépôt (contrat de dépôt) et connexes à la lumière du droit positif et de la Chariaa .L'étude a conclu la position Bhouselh où nous avons eu droit positif du dépôt

d'une part, et la position de la Chariaa de contracter le dépôt et la vue correcte de l'autre.

مقدمة

المتعارف عليه فقها وقانونا أن العقد يكون بات، وذلك باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، لكن بالنظر إلى المعاملات التي تكون بين الأشخاص فإنه عادة ما يدفع أحد المتعاقدين عند إبرام العقد مبلغا من المال للمتعاقد الآخر يسمى العربون، وذلك إما لتقرير حق لكل منهما في العدول عن إتمام إبرام العقد بصفة نهائية بدفع قدر هذا العربون للمتعاقد الثاني، وإما لتأكيد قيام العقد عن طريق تعجيل جزء من المقابل الذي يلتزم به أحدهما، أي الثمن مثلا بالنسبة لعقد البيع.

والعربون ازدادت أهمية دراسته بعد أن أصبح شائعا في البيع والإيجار، وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين، فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة التأكيد، أي البت.

ومن الجدير بالذكر أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ويستفاد ذلك من نية المتعاقدين، ومن ظروف التعاقد.¹

وعليه، سنحاول من خلال هذا العمل الوقوف عند أحكام العربون بين ما أقرته الشريعة الإسلامية السمحاء وبين ما جاء به القانون الوضعي الجزائري.

وبناء على ذلك، انتهجنا النهج الوصفي التحليلي إلى جانب المنهج المقارن بين المجالين الشرعي والوضعي لدراسة أحكام العربون.

ولتحديد الموضوع من كل جوانبه، ارتأينا طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى نظم المشرع الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية أحكام العربون؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم موضوع المقال إلى محورين أساسيين ، تناولنا في المحور الأول المفهوم القانوني والشرعي للعربون ، وفي المحور الثاني الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بالعربون .

المحور الأول: المفهوم القانوني والشرعي للعربون

سنحاول التطرق من خلال هذا المحور إلى تعريف العربون ، حيث سنحاول تقديم التعريف اللغوي والاصطلاحي للعربون، وبعدها نتعرض إلى خصائص العربون، ثم نتناول دلالة العربون بتبيين ما يدل عليه العربون وتحديد موقف المشرع الجزائري من المسألة.

أولاً: تعريف العربون

سنحاول التطرق إلى تعريف العربون لغة، قانوناً وشرعاً، ثم الوقوف على جملة من الملاحظات التي يمكن أن نشير إليها.

1 - التعريف اللغوي للعربون:

بالنسبة لمصطلح العربون في اللغة ، جاء في لسان العرب لابن منظور عَرَبَانٌ و العَرَبُونُ و العَرَبُونُ: كَلَّمَا عَقَدَ بِهِ الْبَيْعَةَ مِنَ الثَّمَنِ .

قال الفراء: أَعْرَبْتُ إِعْرَابًا، و عَرَبْتُ تَعْرِيْبًا إِذَا أُعْطِيْتَ الْعَرَبَانَ . و قال ثَمَرٌ: الإِعْرَابُ فِي الْبَيْعِ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: إِنْ لَمْ آخِذْ هَذَا الْبَيْعَ بِكَذَا، فَلَمْ يَكُ كَذَا و كَذَا مِنْ مَالِي. ويقال: أَعْرَبَ فِي كَذَا، و عَرَبَ و عَرَبَنَ، و هو عَرَبَانٌ، و عَرَبُونٌ، و عَرَبُونٌ، و قيل: سَمِيَ بِذَلِكَ لِأَنْفِيهِ إِعْرَابًا لِعَقْدِ الْبَيْعِ أَيْ إِصْلَاحًا و إِزَالَةَ فُسَادٍ لئَلَّا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ بِاشْتِرَائِهِ².

2 - تعريف العربون في القانون وعند فقهاء القانون

أما اصطلاحاً، فالمشرع الجزائري في القانون المدني لم يتطرق إلى تعريف العربون وإنما تطرق إلى أثر من أثاره في المادة 27 مكرر من القانون المدني (بمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف

ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقدده، و إذا عدل من قبض ورده و مثله و لو لم يترتب على العدول أي ضرر) .

عرف العربون من طرف الأستاذ السن هو ريب أنه عبارة عن مبلغ من المال - يكون عادة من النقد - يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ، و أكثر ما يكون ذلك في عقد البيع و في عقد الإيجار، في دفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة، و يكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل من هما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، و إما تأكيد العقد و البث فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون .

و قد عرفه الأستاذ محمد شريف أحمد بأنه مبلغ من المال، أو أي شيء مثلي آخر يدفعه أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد، إما للتأكيد على أن لكل من الطرفين الحق في العدول عن العقد في مقابل تركه ممن دفعه أو رده مضاعف ام من قبضه ، و إما للتأكيد على أن العقد الذي أبرماه أصبح باتاً لا يجوز الرجوع .

3 - تعريف العربون عند فقهاء الشريعة الإسلامية

أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، نتناول في التعريف الاصطلاحي تعاريف المذاهب الأربعة و بعض التعريفات المعاصرة.

بالنسبة للمذاهب الفقهية الأربعة ، فعند المالكية، فقد عرفه الإمام مالك رحمه الله في الموطأ هو أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشتري منه أو تكاري منه أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن اتخذت السمعة أو ركبت ما تكار يتم نكفل ذي أعطيتك هو من ثمن السمعة أن كراء الدابة و ان تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك.

و أربون بضم أولهما و فتحه، و هو أن يشتري أو يكتري السلعة، و يعطيه، أي يعطي المشتري للبائع شيئاً من الثمن، على أنه أي المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، و إن أحبه حاسبه به من الثمن أو تركه مجاناً .

و جاء في الخرشي و هو أن يشتري سلعة بثمن على أن المشتري يعطي البائع أو غيره شيئاً من الثمن، على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه، و إن أحب البيع حاسبه به من الثمن.

و قد تعرض المغني و الشرح الكبير لتعريف العربون في البيع و هو أن يشتري السلعة في دفع إلى البائع درهم أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، و إن لم يأخذها فذلك للبائع .

و قد عرفه الإمام السعدي من المذهب الحنفي بقوله : أن يشتري الرجل السلعة في دفع إلى البائع دراهم على أنه إن أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن و ان لم يأخذ فيسترد الدراهم .

و عرفها بنقد امة من مذهب الحنابلة في مؤلف المغني رحمه الله هو أن يشتري السلعة يدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسبه و من الثمن و ان لم يأخذها فذلك للبائع .

كما عرفه الإمام النووي من مذهب الشافعية في المجموع رحمه الله هو أن يشتري شيئاً و يعطي البائع درهما أو دراهم و يقول إن تم البيع بيننا فهو من الثمن و إلا فهو هبة لك .
أما بالنسبة التعريفات المعاصرة ، نجد أولاً تعريف مجمع الفقه الإسلامي بأنه :بيع سلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن و ان تركا فالمبلغ للبائع ، ثانياً تعريف سعدي أبو رجب، هو ما يجمعه المشتري من الثمن على أن يحسب منه إن مضى البيع و إلا استحق للبائع .

ثالثاً الدكتور محمد قلعة جي يرى بأنه ما يدفعه المشتري للبائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن ، و إن لم يأخذها كان للبائع .

وبناء على ما سبق ، لا بأس أن نبدي بعض الملاحظات منها أن :

Ñ فقهاء المذاهب الإسلامية لم يعرفوا العربون بحد ذاته بل تناولوا صورته.

Ñ تعريف الملكية كان أوسع من التعاريف الأخرى لأنهم لم يخصوا العربون في البيع فقط، و انما يجري في البيوع بصفة عامة.

- Ñ أنهم خصوا العربون في البيع و الإيجار، و الواقع يثبت العربون في جميع المعاملات المالية والتجارية.
- Ñ أنهم لم يتناولوا العربون في المبادلات المالية المصرفية و ذلك مثل الصرف و تغيير العملة.
- Ñ أن العربون خصص بالمال بل هو يشمل غير المال، مثل تقديم خدمة أو ما هو مقوم بمال.
- Ñ أن العربون لم يحدد زمنه، و زمنه يكون بعد العقد (بعد الإتفاق).
- Ñ إن التعريف القانوني تناول أثر العربون في حالة عدم استرداده.
- Ñ رتب القانون التعويض عمى الذي أخذه إذا عدل و هذا ظلم لأنه لم يحدد شروط التعويض و هو في الأصل منافي لقواعد البيع المتعارف عليها في الشريعة أو العرف.
- Ñ القانون الجزائري أخذ نفس المادة من القانون المصري المادة³. 103

ثانيا : خصائص العربون

للعربون مجموعة من الخصائص و التي يتميز بها عن كل النظم القانونية التي قد تتشابه معه، و أهم هذه الخصائص هي:

Ñ العربون مبلغ نقدي أو أي شيء منقول مدفوع لحظة إبرام العقد، و لا يتصور غير ذلك، فالعربون لا يدفع إلا في هذا الوقت الذي يحدّد فيه الأطراف دلالة هذا الدفع . كما يظهر فيها أطراف التعاقد نيتهم، سواء في الارتباط بعقد تام و اعتبار العربون جزءا من الثمن، أو يظهر، أن نيتهم في الارتباط بالعقد نهائيا مازالت مزعومة، فيعطون العربون المدفوع دلالة العدول

إنّ العربون يدفعه أحد أطراف العقد إلى الآخر، و هو بذلك يتميز عن الأداءات الأخرى فهذه الأداءات مثل Denier adieu أو pingles أو Pot-de-vin تدفع لأشخاص ليسوا أطرافا في الرابطة التعاقدية، حيث أنّ هذه الأداءات المالية كانت موجودة في تعاملات الشعب الفرنسي و تدفع في بداية التعاقد أو قبله .

Ñ يمكن أن يصاحب العربون أي عقد إذ أنّ أحكامه عامة تصدق على سائر العقود اللازمة، لكن شاع استعماله في عقد البيع و الإيجار.

Ñ لا يعدّ العربون أحد شروط تكوين العقد، و إنّما هو مضاف إلى العقد ، و لكن هناك بعض الأداءات المالية قد تكون أحد شروط تكوين العقد، مثل القسط الأول للتأمين، فهذا القسط لا يعدّ عربونا و إنّما هو أحد شروط تكوين وثيقة التأمين . الغالب في العمل، أنّ شركات

التأمين تعلق انعقاد العقد ليس فقط على توقيع الوثيقة، و لكن أيضا على دفع المؤمن له القسط الأوّل، و بمقتضى ذلك فإنّ القسط الأوّل من التأمين يكون شرطا من الشروط الفنية و ركنا من الأركان القانونية للعقد، و بذلك فهو يختلف تماما عن العربون الذي يبرم العقد به أو بدونه.

Ñ العربون لا يقترن إلاّ بعقد صحيح، أي عقد محت و على كل شروط تكوينه، فالعربون له وظيفتان أساسيتان، الأولى و هي اعتباره جزءا من الثمن و يكون العربون محتويا على بدء تنفيذ العقد، فإذا لم يوجد عقد فعلي فماذا سيعتبر العربون؟ فالعربون كجزء من الثمن يتطلب عقدا كاملا لأركان محدد القيمة و الالتزامات ، و دفع هذا العربون من أحد المتعاقدين يعدّ تأكيدا على الارتباط بالعقد . أمّا بخصوص وظيفة العدول فالعربون يفترض اقترانه بعقد مكتمل الأركان لكن أطرافه أرادوا الاحتفاظ بالحق في العدول بدفعهم هذا العربون، فإذا لم يكن هناك أي عقد فعلي عن ماذا سيعدل الأطراف؟ إنهم لم يتفقوا على شيء و بالتالي يصبح العربون الموجود في يد أحدهم بلا سبب و يكون واجب الرد.

Ñ لا يكون العربون إلاّ في العقود الملزمة للجانبين باعتباره وسيلة لنقض العقد، فإذا كان في عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع فلا يفيد خيار العدول، لأنّ أحد المتعاقدين و هو الموعد له ليس ملزما ابتداء بتنفيذ الوعد ، و مع ذلك يجوز للواعد دفع العربون و اشتراط خيار العدول لنفسه إلاّ أنّ الموعد له لا يلزم في حالة استيعاد الوعد بردّ ضعفيه .

Ñ يرى بعض الفقه في فرنسا أنّ العربون يكون في الغالب مبلغا صغيرا، و هذا ما

يؤدي pingles و Pot-De- Vin و Denier adieu إلى صعوبة التمييز بينه و بين الأداءات الأخرى قليلة القيمة مثل ، و البعض الآخر يرى أنّ ضعف قيمة العربون يدل في الغالب على أنه عربون لإثبات إبرام العقد و أنّ العقد بينهما عقداً نحائياً و بات او ليس عربونا للعدول، لأنّ العربون كوسيلة عدول يجب أن يكون مبلغاً يتناسب مع ما يصيب المتعاقدين من ضرر جرّاء العدول .

الواقع أنّ كل حالة من حالات التعاقد بالعربون لها ظروفها التي تتمّ فيها، و إرادة الأطراف تلعب دوراً كبيراً فيها، فلا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق على مبلغ صغير كعربون عدول، كما لا يوجد ما يمنعهم من تحديد مبلغ كبير جداً للعدول، لأنّ الأطراف أحرار في تحديد ما يرونه مناسباً لهم، و ذلك طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . و بذلك فإنّ صغر قيمة العربون أو ضخامته لا تعدّ إحدى خصائص العربون . أي أنّ قيمة العربون ليس لها علاقة بخصائص العربون، و ذلك لأنّه من المستحيل القيام بعمل تحديد لقيمة المبلغ المدفوع كعربون.

¶ قد تكون للعربون دلالة تمام العقد و البدء في التنفيذ، و قد تكون له دلالة عدول عن تمام التعاقد ، فإذا كانت هذه الأخيرة هي دلالة العربون فليس هناك داع للحكم بفسخ التعاقد بناء على ذى تخلف أحد المتعاقدين عن تمام العقد، فليس البائع مثلاً بحاجة إلى استصدار هذا الحكم إذا أراد أن يقضي له بالاحتفاظ بالعربون، و لا المشتري بحاجة إليه أيضاً إذا أراد أن يقضي له بردّ العربون و مثله .⁴

ثالثاً : دلالة العربون

نصت الإرادة التشريعية الجزائرية على دلالة العربون أخيراً بعد تعديل القانون المدني في 2005 بموجب القانون رقم 10/05⁶، بإضافة المادة 72 مكرر منه ، التي نصت على أنه : "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها ، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك . فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رده و مثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر" .

ويتضح من هذا النص أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين العدول عن إبرامه ، ويكون ذلك خلال المدة التي اتفق عليها المتعاقدين ، فإذا انقضت المدة دون أن يظهر أي من المتعاقدين رغبته في العدول فيتأكد العقد ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا له . أما إذا عدل من قدم العربون فإنه يفقده ، وإذا عدل من قبض العربون فيرده ومعه مثله . ويلاحظ أن العربون يمكن أن يكون دليلا على تأكيد العقد ، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يتفق الطرفان على ذلك ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا ، وفي ذلك تقول المادة 72 بعد عبارة (الحق في العدول): "إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك"⁵ .

وبعد التطرق إلى مفهوم العربون ، سنحاول التطرق في المحور الثاني إلى أحكام العربون في الشريعة والقانون .

المحور الثاني: الأحكام القانونية والشرعية المتعلقة بالعربون

من خلال هذا المحور سنحاول التعرض إلى أحكام العربون في ظل التشريع الوضعي الجزائري ، ثم نتناول أحكام العربون في ظل الشريعة الإسلامية .

أولا : أحكام العربون في ظل التشريع الوضعي الجزائري

إن القانون المدني الجزائري في تنظيمه للعربون مر بمرحلتين بارزتين، فانتقل من عدم تنظيمه إلى النص عليه و تنظيم أحكامه و تحديد دلالاته بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 السالف الذكر، و لمعرفة الأساس القانوني للعربون في القانون المدني الجزائري يقتضي منا التطرق لكل مرحلة على حدى سواء قبل التعديل ، أو بعد التعديل .

سنحاول التطرق إلى أحكام العربون قبل وبعد تعديل القانون المدني ، ثم نتناول الشروط القانونية التعاقد بالعربون .

1 - العربون في القانون المدني الجزائري قبل وبعد التعديل

قبل التعديل، نتيجة لشيوع التعامل بالعربون خاصة في عقدي البيع و الإيجار، و طرح الكثير من القضايا على القضاء بهذا الخصوص، دفع بالقاضي من أجل فك النزاعات إلى البحث في مصادر القانون لغياب نص ينظم مسألة التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري.

لقد نصت المادة الأولى الفقرة الثانية من ق.م أنه "و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"، و هذا معناه أن القاضي إذا لم يصادف نصا تشريعيًا لحل موضوع النزاع طبق مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقييد بمذهب معين كالْمذهب المالكي، ثم العرف الذي يليها من حيث الترتيب.

طغى على المعاملات بين الجزائريين التعاقد بالعربون، لا سيما التجارية منها، لما فيه من حفظ للحقوق و تسهيل المعاملات و كسب الثقة، و تعود ثقافة التعامل بالعربون في الجزائر إلى العهد الاستعماري أو الممارسات التي دأب عليها المستعمر الفرنسي.

و يبدو أن عدم النص على العربون يرجع إلى عدم الإجماع على حكمه في الشريعة الإسلامية، و بذلك يكون المشرع قد فضل عدم تنظيم هذه المسألة أو لعلمه أن تنظيمه يستمد من العرف الموروث عن القانون الفرنسي.

تختلف قواعد العرف في الجزائر من منطقة إلى أخرى، فمثلا تضمن القانون العربي الأمازيغي لاتحاد أعراش جرجرة نصا على العربون فجاء في المادة 73 منهما يلي: لا يثبت البيع و لا الشراء إلا عند دفع العربون.

و يتعلق الأمر هنا بالبيع المهمة كبيع العقارات و الحيوانات المستعملة في الحرث كالثيران و الأبقار و الأحصنة. و لا يدفع العربون هنا مقابل حق العدول عن البيع من طرف البائع أو المشتري و إنما يدفع كتأكيد للبيع على أنه ليس باستطاعة أحد الطرفين التراجع عنه، فلا يستطيع البائع أن يتصرف في المبيع لشخص آخر لأن البيع قائم، حيث يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري و يلتزم هذا الأخير بدفع الثمن مخصوصا منه مبلغ العربون، و يعتمد العربون عادة كجزء من الثمن في أسواق بيع السيارات المستعملة.

لكن الغالب أن العرف الساري به العمل في الجزائر خلال الفترة الممتدة من تاريخ صدور القانون المدني إلى غاية تعديله بموجب القانون رقم 10/05 ساير القانون الفرنسي فيما يخص دلالة العربون فجعلها دلالة عدول، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار مجلس قضاء تلمسان "حيث أنه وحسب العرف الجاري به العمل، فإن العربون لا يرد إذا كان العدول من المشتري و

عليه و بما أن المستأنف هو المشتري و قد عدل عن إتمام عقد البيع فإن طلبه رد العربون يكون غير مؤسس مما يتعين معه رفضه".

أما فيما يخص أحكام العربون فقد أدخلت عليها بعض التعديلات حسب العرف السائد في الجزائر مفادها أنه إذا عدل قابض العربون يلتزم بإرجاع مبلغ العربون دون مثله ثمنا لعدوله أي دون أن يدفع شيئا مقابل عدوله، في حين إذا عدل من دفعه خسره، فعزز بذلك موقف البائع في مواجهة المشتري ، و تجدر الإشارة إلى أن المدة الممنوحة للمتعاقدين ليعربا عن عدولهما في العرف الجزائري كانت جد قصيرة لا تتعدى في أغلبها اليوم أو اليومين، باعتبار أن المعاملات اليومية التي كان يستعمل فيها العربون تستدعي السرعة .

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من العربون في مرحلة ما قبل التعديل ، فكان يأخذ بمفهوم العربون و يطبق عليه العرف السائد في الجزائر، لكن لم ينص صراحة عليه كما فعل ذلك القضاء المصري الذي طبق العرف باعتباره المصدر الثاني .

و كان لزاما على القضاء الجزائري و عملا بالمادة الأولى من القانون المدني الجزائري في حالة عدم وجود نص قانوني أن يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و هذا ما لم يحدث بحجة عدم الإجماع بين الفقهاء حول مسألة العربون ، فانتقلوا مباشرة إلى المصدر الثالث و هو العرف.

كما أن الملاحظ على القضاء الجزائري أنه كان متذبذبا في تحديده دلالة العربون، فأحيانا يعتبرها دلالة بت، و أخرى دلالة عدول .

و يمكن إرجاع ذلك إلى قلة القضايا المطروحة على القضاء باعتبار أن العربون غالبا ما يكون مبلغا ضئيلا مقارنة بالمبلغ الأصلي مما يحول دون تكبد خاسره عناء اللجوء إلى القضاء ، و إذا تم اللجوء إلى القضاء، فنادرا ما يتم سلوك طريق الطعن بالنقض، الشيء الذي أدى إلى قلة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا و عدم إجماع قضاةها على مبدأ معين و هذا ما أثر على موقف قضاة الدرجة الأولى و قضاة الاستئناف.⁷

أما في مرحلة ما بعد التعديل ، فكما رأينا سابقا فقد نصت الإرادة التشريعية الجزائرية صراحة على العربون ، وأخيرا عمد المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام العربون ، حيث ألزم

المتعاقدين والقضاة تطبيق النص القانوني كأصل ، لأن المشرع الجزائري جعل من النص القانوني قاعدة مكتملة عندما أعطى للمتعاقدين حق الاتفاق على خلاف أحكام النص القانوني المنظم لمسألة التعاقد بالعربون .

وهذه المرحلة تستدعي منا التطرق للشروط القانونية للتعاقد بالعربون

2 - الشروط القانونية المتعلقة بالعربون

أولا لا بد من التعرض للشروط المتعلقة بالعقد، ثم الشروط المتعلقة بوقت دفع العربون. و عليه، يشترط في العقد الذي يقترن به العربون أن يكون عقدا صحيحا حتى ينتج العربون أثره، و لا يكون العقد كذلك إلا إذا كان قد انعقد وفق القواعد العامة التي وضعها المشرع لتنظيمه، و بدون مخالفة للنظام العام و الآداب.

و في حالة عدم وجود عقد أو كان العقد باطلا، فهنا يبطل العربون و يكون هذا الأخير في يد من قبضه بدون سبب و وجب رده إلى دافعه، و لا بد من التفرقة هنا بين حالتين، حالة اقتران العربون بالعقد الرضائي، و الأخرى حالة اقترانه بالعقد الشكلي.

لا تتور مشكلة صحة العقود إذا اقترن العربون بالعقد الرضائي، و هو ما يكفي التراضي بين المتعاقدين لانعقاد ، فالعقد ينعقد صحيحا بمجرد تبادل الإرادتين أيا كانت الطريقة المستخدمة (كتابة، شفاهة أو إشارة) .

أما بالنسبة للعقود الشكلية، التساؤل الذي قد يطرح نفسه، ما هو حكم العربون المدفوع في عقد من العقود التي يشترط القانون لانعقادها أن تبرم وفق شكل معين؟

العقود الشكلية هي عقود لا يكفي لانعقادها تراضي الطرفين و إنما يلزم أن تفرغ في شكل معين. الشكل (التوثيق أو العقد الرسمي) يعدّ ركنا من أركان العقد و لا ينعقد بدونه.

المشرع الجزائري يتطلب لإبرام بعض العقود أن تتم في شكلية معينة و إلا كانت باطلة، حيث يعتبر الشكل الرسمي به اركنا لانعقاد، من ذلك عقد بيع العقار المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.⁸

و إذا كان لازما أن كل التصرفات الواردة على العقارات تخضع لطابع الشكلية، فإذا تم دفع العربون في بيع عقار لم تحترم فيه الشكلية، يعتبر البيع باطلا بطلانا مطلقا أي عدم الأثر

و بالتالي غير نافذ لا في مواجهته ما و لا في مواجهة الغير، مما يستتبع ذلك أنه إذا كان العدول من قابض العربون فإنه لا يردّ إلا ما قبضه و لا يردّ العربون و مثله، أي لا نستطيع تطبيق قاعدة العدول و هذا ما قضت به محكمة الرمشي بتاريخ 2006/05/03 .

إذ حكمت على المدعى عليه (البائع) بإرجاع قيمة العربون للمدعى (المشتري) و المقدر بـ 50.000 دج، و ليس قيمة العربون و مثله كما تنصّ على ذلك المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري⁹.

فإذا اقترن العربون بهذا التعاقد دون استيفاء الشكل فلا ينعقد، و يكون العربون في هذه الحالة في يد من قبضه بدون سبب، و عليه و جب ردّ العربون إلى من دفعه، لأنّ التعاقد غير صحيح وفقا للقواعد العامة التي حدّدها المشرع و لا بدّ من الإشارة، أنّ جزاء الإخلال بالشكل كركن من أركان العقد هو عدم انعقاد هو بطلانه بطلانا مطلقا . أمّا جزاء عدم القيام بإجراء الشهر فهو تعطي لبعض آثار العقد - الأثر العيني و هو نقل الملكية في العقارات و الحقوق العينية الأخرى - مع بقاء العقد صحيحا و مرتبا لالتزاماته الشخصية بين المتعاقدين .

أما بالنسبة لتوقيت دفع العربون، فلقد ثار خلاف بين الفقه بخصوص مسألة الوقت الذي يجب فيه دفع العربون، و انقسم الفقه في هذا الشأن إلى ثلاثة آراء هي:

الرأي الأول: يذهب هذا الرأي إلى أنّ الوقت الذي يجب أن يحصل فيه دفع العربون هو وقت انعقاد العقد، فيرى أنّ العقد المقترون بدفع العربون هو عقد عيني لأنّه لا يمكن أن يتواجد هذا العقد بدون دفع العربون ، فدفع العربون من وجهة نظره شرط أساسي لتكوين العقد، و هذا العقد لا يتكون إلاّ بالتسليم، و هذا التسليم يتمثل في دفع العربون.

الرأي الثاني : يرى أن يحصل دفع العربون وقت إبرام العقد أو قبل ذلك.

الرأي الثالث: يذهب هذا الرأي إلى أنّه يجوز أن يتمّ دفع العربون بعد انعقاد

العقد، و لكن قبل ميعاد الاستحقاق ، ففي حالة التعاقد بالعربون يقوم المتعاقدون بتوقيع الاتفاق، و بعد ذلك يدفع أحد الطرفين للآخر مبلغ العربون، و إذا لم يتمّ تسليم العربون بعد إبرام العقد فإنّ العقد يكون غير منفذ فقط ، فالتعاقد بالعربون يتكون بالرضاء البسيط، و

ذلك أيا كانت الطريقة التي انعقد بها العقد المقترن بالعربون سواء أكان بين حاضرين و هذه هي الطريقة الغالبة، أم كان بين غائبين، فلا يوجد ما يمنع اقتران العربون بالتعاقد بين غائبين حيث يكون حكمه في هذه الحالة حكم ، التعاقد بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد

ثانيا : أحكام العربون في ظل الشريعة الإسلامية

إن حكم العربون في الفقه الإسلامي يختلف عن ما رأيناه سابقا و ذلك أن العربون عندما تكون له دلالة تنفيذ العقد يكون أمرا جائزا في الفقه الإسلامي، فمثلا إذا باع شخص شيئا و دفع من ثمنه جزءا كعربون دل هذا على تمام تنفيذ العقد، و احتسب العربون من جملة الثمن، فهذه الصورة لم يقع فيها خلاف بين أهل العلم.

أما صورة العربون التي تعارضت بشأنها المذاهب الإسلامية هي التي لا يتم فيها البيع بسبب عدول المشتري، و يصبح فيها العربون ملكا للبائع.

و هكذا انقسم الفقه الإسلامي إلى رأيين، الرأي الأول يرى بعدم جواز التعاقد بالعربون و هو رأي الجمهور، و الرأي الثاني يرى بجوازه و هو رأي الحنابلة.¹⁰

الرأي الأول:

استدلوا بقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"¹¹ حيث جاء في تفسير القرطبي أن من أكل أموال الناس بالباطل يبيع العريان، و هو أن يأخذ منك السلعة أو يكثر يمنك الدابة و يعطيك درهما فما فوقه، على أنه إن اشتراها أو ركب الدابة فهو من ثمن السلعة أو كراء الدابة، و إن ترك ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطاك فهو لك . كما جاء في تفسير ابن كثير : " و قال جرير حدثني ابن المثنى حدثنا عبد الوهاب حدثنا داود عن عكرمة عن ابن عباس في الرجل يشتري من الرجل الثوب فيقول : إن رضيت أخذته و إلا رددت معه دهما، قال هو الذي قال عز و جل فيه: " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل... "

إن أخذ البائع للعربون في حال عدول المشتري عن إتمام البيع فيه أكل المال بالباطل لأنه يأخذه بدون مقابل، فالمشتري إذا كره السلعة، فقد ما دفعه من مال على سبيل العربون، فكيف يستحله البائع إذ يكون قد أخذه بدون مقابل؟

و بيع العربون مفسوخ إذا وقع على هذا الوجه قبل القبض و بعده، و ترد السلعة إن كانت قائمة، فإذا لم تبق قائمة، رد قيمتها يوم قبضها.

كما استدلووا من السنة بما رواه أبو داود و بن ماجه و مالك في الموطأ و الإمام أحمد في مسنده: عن إسحاق بن عيسى عن مالك عن الثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان."

هذا الحديث صريح في النهي عن التعاقد بالعربون لذلك قال مالك: "و تفسير ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشتري منه، أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل، على أي إن أخذت السلعة المبتاعة أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، و إن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك و هو باطل بغير شيء لما فيه الشرط و الضرر و أكل أموال الناس الباطل، فإذا وقع فسخ و إن فات مضى .

الرأي الثاني :

و هو مذهب الإمام أحمد بن حنبل و بعض التابعين منهم مجاهد و بن سيرين و بن المسيب و فعله عمر بن الخطاب .

استدل فقهاء المذهب الحنبلي و من وافقهم في إجازة التعامل بالعربون، ما ورد لابن رشد أن عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن اسلم، أنه سئل رسول الله عن العربان في البيع فأحله .

و ما رواه البخاري في صحيحه، في باب ما يجوز من الاشتراط عن ابن سيرين أنه قال: "قال رجل لكاريه أرحل ركاب كف إن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فق الشريح من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه".¹²

خاتمة

الواقع الحالي يصور لنا أن التعاقد بالعربون أصبح من أهم أسس التعامل التجاري الذي يتضمن في طياته التعهد بتعويض أي ضرر عن تعطل أو انتظار، خاصة وأن التعامل التجاري يعرف بالسرعة والائتمان، و بذلك أصبح العربون بمثابة صمام أمان في كثير من المعاملات

التجارية إن لم يكن جميعها ، لمنحه للمتعاقدين إمكانية استكمال إبرام العقد أو العدول عن ذلك، فإن قدر العادل أن مصلحته تكون في العدول عن إتمام إبرام العقد فإنه سيخسر مقدار العربون (إن كان المتعاقد الذي دفع العربون) أو يلتزم برده و مثله معه (إن كان التعاقد الذي قبض العربون)، لأنه قد يكون كل من المتعاقدين قد فوت على الآخر فرصا كثيرة كأن يفوت فرصة بيع المبيع أو شراءه إذا مثلا.

كما نشير إلى أن للعربون دلالتين ، إما أن تكون دلالته لتأكيد العقد ، فيعد جزءا من الثمن و بدءا في تنفيذ العقد ، وإما تكون دلالته للعدول في منح لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد مقابل دفع قيمة العربون كضمن للعدول، كما ان المشرع الجزائري عمل على ترك حرية للقاضي من أجل تحديد دلالة العربون ، ولم يفصل في ذلك سواء قبل تعديل القانون المدني أو بعد التعديل.

أما بالنظر لأحكام الشريعة الإسلامية، فالقول بأن العربون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل مردود لأن العربون ليس كذلك، فهو عوض عن حرمان صاحب السلعة من فرص عرضها للبيع، و هو ثمن لحبس السلعة لحساب الطرف الآخر خلال الفترة المتفق عليها. فقد يحدث أن يقدم مشتر آخر مثلا سعر أفضل من الذي قدمه دافع العربون و رغم ذلك يلتزم البائع بارتباطه مع المشتري الأول، فطالما أن هناك تفويت لفرص أفضل على البائع، فلا يكون العربون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل.

فالتعامل بالعربون كشرط لم يحلل حراما أو يحرم حلالا و ذلك لعدم ثبوت النهي عنه أو الحل ، بل هو شرط جائز في ذاته و هو واقع في العقد بتراضي المتعاقد ان عليه دون إجبار أو إكراه، فيكون الوفاء بهذا الشرط إنفاذا للعقد الذي اتفق عليه المتعاقدان. ففي إجازة العربون توسعة للعباد و إقرار لعرف لم يرد نص يجرمه.

الفهرس :

- 1 - محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، ط 4 ، سنة 2009 ، دار الهدى ، الجزائر ، ص 135 .
- 2 - أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء 9 ، ط 1 ، سنة 1996 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ص 199 .

- 3- الموطأ للإمام مالك بن أنس ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي ، ط 1 ، سنة 1425 هـ الموافق لـ 2004 م ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان ، الإمارات العربية المتحدة ، ص 609 .
- راجع أيضاً : المجموع شرح المهذب للإمام النووي ، دون طبعة ، سنة 1996 م ، دار الفكر العربي ، بيروت لبنان ، ص 335 .
- راجع أيضاً : المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، ط 1 ، سنة 1405 ، دار الفكر ، بيروت لبنان ، ص 312 .
- راجع أيضاً : مجلة الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، الجزء الأول ، ص 641 .
- 4 - حفيظة بوترفاس ، التعاقد بالعربون ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون خاص ، جامعة تلمسان ، الموسم الجامعي 2009/2008 ، ص 21 .
- 5- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 137 .
- 6 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، ج ر رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30 ، ص 990 .
- 7 - حفيظة بوترفاس ، المرجع السابق ، ص 49 .
- 8 - تنص المادة 324 مكرر 1 على أنه : "زيادة عن العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي يجب ، تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب ، تحت طائلة البطلان ، اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد ."
- 9- تنص المادة 72 على أن : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة اتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد ."
- 10 - حفيظة بوترفاس ، مرجع سابق ، ص 107 .
- 11 - الآية 29 من سورة النساء برواية ورش عن نافع .
- 12 - حفيظة بوترفاس ، مرجع سابق ، ص 49 .
- قائمة المراجع :**
- 1 - القرآن الكريم ، رواية ورش عن نافع .
- 2 - القوانين :
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، ج ر رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30 ، ص 990 .

3 - المؤلفات والكتب :

- أ - أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، الجزء 9 ، ط 1 ، سنة 1996 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .
- ب - المجموع شرح المذهب للإمام النووي ، دون طبعة ، سنة 1996 م ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان .
- ج - الموطأ للإمام مالك بن أنس ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي ، الطبعة الأولى ، سنة 1425 هـ الموافق ل 2004 م ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان ، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- د - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، الطبعة الأولى ، سنة 1405 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- هـ - محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، ط 4 ، سنة 2009 ، دار الهدى ، الجزائر .

4- المجالات والمذكرات والرسائل العلمية الجامعية :

- أ - حفيظة بوترفاس ، التعاقد بالعربون ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون خاص ، جامعة تلمسان ، الموسم الجامعي 2008/2009 .
- ب - مجلة الفقه الإسلامي ، العدد الثامن ، الجزء الأول
