



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد بوضياف - المسيلة  
كلية العلوم الانسانية والاجتماعية  
قسم الشريعة والقانون



# أحكام العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة ماستر في: الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ:

الدكتور. طيبي الطيب

إعداد الطلبة:

- بوقرة أحمد

- بن زيان محمد

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرس المحتويات

إهداء.....	
شكر وعرفان.....	
أ.....	مقدمة
6.....	المبحث الأول: تعريف العربون في الفقه الإسلامي والقانون المدني
7.....	المطلب الأول: تعريف العربون في اللغة والفقه الإسلامي
7.....	الفرع الأول: تعريف العربون في اللغة
8.....	الفرع الثاني: تعريف العربون في الفقه الإسلامي
9.....	المطلب الثاني: تعريف العربون في القانون المدني
9.....	الفرع الأول : العربون في القوانين القديمة
11.....	الفرع الثاني: العربون في القوانين الحديثة
13.....	المطلب الثالث: مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني
13.....	الفرع الأول : أوجه الاتفاق
15.....	المبحث الثاني: مقارنة احكام العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
16.....	المطلب الأول: احكام العربون في الفقه الإسلامي
17.....	الفرع الأول : أدلة المانعين ومناقشتها
22.....	الفرع الثاني: أدلة المجوزين ومناقشتها
24.....	الفرع الثالث: المبررات
26.....	المطلب الثاني: حكم العربون في القانون المدني
26.....	الفرع الأول :العربون في القانون المدني المصري
31.....	الفرع الثاني: العربون في قوانين البلدان العربية واللاتينية
33.....	المطلب الثالث: مقارنة بين حكم الفقه الإسلامي واحكام القوانين الوضعية
35.....	المبحث الثالث: العربون والشرط الجزائري
36.....	المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائري ووظيفته

36	الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي
39	الفرع الثاني : وظيفة الشرط الجزائي
42	المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية .
46	المطلب الثالث: الفرق بين العربون والشرط الجزائي
50	المبحث الرابع: التكيف القانوني للعربون
51	المطلب الأول: التعاقد بالعربون معلق على شرط واقف
52	المطلب الثاني : التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ
53	المطلب الثالث : التعاقد بالعربون بدل في الإلتزام البدلي .
55	المطلب الرابع: التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين
57	المطلب الخامس : التعاقد بالعربون تحفظ إرادي
59	الخاتمة
62	قائمة المصادر والمراجع



Faculty of Humanities and Social Sciences  
Vice-Deanship of the College for Studies and  
Student Issues

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
People's Democratic Republic of Algeria  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
Ministry of Higher Education and Scientific Research  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
University Mohamed Boudiaf of M'sila



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة  
الرقم: 2022/

### تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيدة(ة): **برقيرة أحمد**

الصفة(طالب, استاذ باحث, باحث دائم): **طالب**

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: **142010611845**

الصادرة بتاريخ: **2010/07/14** عن دائرة: **حمام الصلوة**

المسجل بكلية: **علوم الاجتماع والانسانية** قسم: **علوم اسلامية**

تخصص: **مشروع وقانون** تحت رقم التسجيل: **48.2648**

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج, مذكرة ماستر, مذكرة ماجستير, اطروحة دكتوراه).

عنوانها: **أحكام بيع الخربوز دراسة مقارنة بين النظم الإسلامية والقانون المدني**

**والقانون المدني**

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: **2022/06/06**

امضاء المعنى(ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
People's Democratic Republic of Algeria  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
Ministry of Higher Education and Scientific Research  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
University Mohamed Boudiaf of M'sila



Faculty of Humanities and Social Sciences  
Vice-Deanship of the College for Studies and  
Student Affairs

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
تلبية العادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة  
الرقم: 2022/

### تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضى أدناه :

السيدة(ة): فوزية بياض بكريم

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 1149972.01

الصادرة بتاريخ: 2019 10/09 عن دائرة: لوج فوجريديج

المسجل بكلية: علوم البنية والجماعية قسم: علوم إسلامية

تخصص: تاريخ عقائد تحت رقم التسجيل: 0037 36 65

والمكلف بالإنجاز أصل بحث(منكرة التفرج، منكرة مسنر، منكرة ماجستير، أطروحة، تكتوراه)

عنوانها: أحكام بيع الربو دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

والقانون المدني

أصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2022 06 06

المهني(ة) المعنى (ك):

المراجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 2016-07-28 المحدد لقواعد المتعلقة بالوقاية من سرقات الطلبة ومكافئتها.

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

أحكام بيع العرقون دراسة مقارنة بين الفقه  
الإسلامي والقانون المدني

إعداد الطلبة:

- 1- بن زياد محمد رقم التسجيل: 00 37 36 65  
2- بوقرة أحمد رقم التسجيل: 48 2648  
القسم: علوم الشريعة والشريعة: علوم إسلامية التخصص: شريعة وقانون  
إشراف: الأستاذ: حميد الحبيب الرتبة: دكتور من الدرجة الأولى

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طويلة طيلة الموسم الجامعي: 2021-2022 وأسمح  
بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):



د. حميد الحبيب

رئيس القسم

لتحميل الوثيقة يرجى نسخ الرمز



## إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

"قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله و المؤمنون "

إلهي لا يطيب الليل الا بشركك و لا يطيب النهار الا بطاعتك .. و لا تطيب

اللحظات الا بذكرك .. و لا تطيب الآخرة الا بعفوك .. و لا تطيب

الجنة الا برؤيتك

و الصلاة و السلام على من بلغ الرسالة و أدى الأمانة ونصح الأمة

نبي الرحمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الكريمين قرة العين والى القلوب الطاهرة

الرفيقة والنفوس البريئة الى رياحين حياتي الى إخوتي وأخواتي.

الى اخوتنا التي لم تلههم أمهاتنا .. الى الأصدقاء

الى أساتذتنا الافاضل

أحمد

محمد

## شكر وعرهان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة و أعاننا  
على أداء هذا الواجب و وفقنا الى انجاز هذا العمل لا بد لنا  
و نحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية  
من وقفة نعود بها إلى اعوام قضيناها في رحاب الجامعة  
مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين جهودا جبارة  
في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد  
لذا نقدم أسمى آيات الشكر والعرهان لأساتذتنا الكرام  
ونخص بالتقدير والشكر الأستاذ الدكتور " طيبي الطيب"  
الذي أشرف على هذا العمل القيم

مقدمة

## مقدمة:

الحمد لله ربّي العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله أفضل الصلوة والتسليم.

فإنّ شرائع الله سبحانه وتعالى في كل الرّسالات السّماوية هي مظهر لرحمته بعباده، إذ لم يتركهم ينظمون حياتهم بناء على مقتضى أفكارهم، فكان من لطفه تعالى أن تولّى مصالحهم في الحياة الدّنيا والآخرة، فأوجد القوانين التي تضمن الحقوق وتحرص على إيصالها إلى أهلها في قالب شعاره العدالة الرّبانية بما يوافق الفطرة الإنسانيّة، وذلك بميزان الحكمة ونزاهة الحكم وعدالة القضاء، فأنزل القرءان الكريم وأمر باتّباع الأنبياء والمرسلين وأن نهتدي بهديهم في العبادة والعادة.

وقد نبهنا الله تعالى ورسوله إلى الاجتهاد والقياس فيما يجد من الأمور مما ليس فيه نص من الكتاب أو السنّة، واشتهر في هذا المعنى حديث النّبي صلى الله عليه وسلم مع معاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن، وقد تناول الفقهاء في الأحكام الفقهيّة أفعال العباد بقسميها، علاقة العبد مع ربّه، وعلاقة الإنسان مع غيره من الكائنات، وتتمثل علاقة العبد مع غيره فيما يسمى بالمعاملات، وهاته المعاملات كانت تتم في أقدم صورها بالمشاحنة والمقاتلة من أجل حيازة الأشياء، ثم ارتقى الإنسان إلى التّبادل الفوري للأعيان أو المنافع ليصل إلى طرق التّعاقد السّليمة التي جاء بها الشرع والمتّسمة بالتّعاون واحترام الحقوق والتّزام الوفاء بالعهود بين النّاس. ويرى فقهاء الشّريعة وفقهاء القانون أنّ العقود تتم بإرادة المتعاقدين، أمّا الأحكام المتعلّقة بها فهي نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين وحدها، وبناء على هذا كنت هناك حدود لما يشترطه النّاس في عقودهم إن التزموا كانت صحيحة، وإن تجاوزوها كانت لاغية، وقد يؤدي هذا التّجاوز إلى إبطال العقد غير أن تلك الحدود مختلف فيها بين الفقهاء تبعاً لتفاوتهم في فهم خطاب الشّارع.

ومهما يكن فإنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ ما يخلّ بشأن العقد من ناحية إيصاله إلى مقاصد العقود المشروعة، محظور، ومن جملتها الغرر في العقود، فقد يكون الغرر مؤثراً في

صحة العقد وهو الغرر الكثير البين في عقود المعاوضات المالية إذا كان في المعقود عليه أصالة ولم تكن هناك حاجة تدفع إلى إعمال هذا العقد بما فيه من غرر، ومن بين عقود الغرر بيع المضامين، والملاقيح، وبيع السمك في الماء، وبيع الطير في الهواء، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، وبيع العربون...

وبيع العربون هو من العقود التي يتعامل بها الناس في حياتهم، ومع ذلك فقد اختلفت نظرة الفقهاء في بعض جزئيات الموضوع سواء من الناحية الشرعية أم من الناحية القانونية. ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة كونه ينظم علاقة الإنسان مع الإنسان، وأكثر المنازعات تقع فيه، ويدور خلاف الفقهاء في العربون بين جوازه من عدمه، وحكم الشروط فيه، وهل يفسخ بعد إمضائه؟ إلى غير ذلك من التساؤلات التي جعلتنا نخوض غمار البحث فيه. وتهدف دراستنا إلى محاولة الإجابة عن تلك التساؤلات وتحديد مفهوم الموضوع بدقة أكبر سواء من الناحية الشرعية أو القانونية، ومنه تذليل الصعوبات أمام القارئ خاصة أن الكتابات والتأليف في هذا الموضوع قليلة.

وقد اتبعنا في بحثنا هذا منهجا مقارنا، وذلك بعرض ما عليه فقه المذاهب الأربعة مبينين ما اختلفوا فيه وما اتفقوا عليه، مع محاولة التّرجيح عند التّعارض، ثمّ ندرس الموضوع من النّاحية القانونية مركّزين على القانون المدني المصري باعتبار أن القانون المدني الجزائري لم يتطرّق لهذا الموضوع، ثمّ نقارن بين الفقه الإسلامي والقانون بإيضاح أوجه الاتّفاق والاختلاف. وفي ظل دراستنا هاته، فإنّ عملنا هذا يعتمد على مصادر ومراجع متعدّدة، فمن المؤلّفات الفقه نجد: بداية المجتهد لابن رشد (الحفيد) ت سنة 595هـ، والمغني لموفق الدّين ابن قدامة ت سنة 620هـ، والقوانين الفقهية لابن جزي ت سنة 741هـ، وإعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ت سنة 751هـ، والإنصاف لعلاء الدّين المرداوي ت سنة 855هـ، ومغني المحتاج للشّربيني ت سنة 977هـ.

ومن التّقايسير تفسير مفاتيح الغيب للرّازي، تفسير القرآن العظيم لابن كثير، وتفسير الجلالين، وتفسير الألوّسي، وتفسير المنار لرشيد رضا...

ومن كتب الحديث، صحيح البخاري، وصحيح مسلم، والسّنن الأربعة (النسائي، أبو داود، الترمذي، ابن ماجه)، وغيرها من المؤلفات

أما الكتب القانونية، فاعتمدنا بصفة أكثر على الوسيط للسنهوري، والوسيط في القانون المدني، لأنور طلبة، والغرر وأثره في العقود لمحمد الأمين الضّرير، إضافة إلى الرسائل والمجلات التي تهتم بالموضوع.

أما من الناحية الشكلية فأتى البحث في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، حيث تطرقنا في المبحث الأول لتعريف العربون في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني، ثم انتقلنا في المبحث الثاني إلى الأحكام التي تعترى بيع العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ولأن العربون لا تكاد تنفك عنه صفة الشرط الجزائي فكان هو مضمون المبحث الثالث، لنخلص في المبحث الرابع إلى التكييف القانوني لعقد العربون.

وتم ذلك وفق خطة البحث التالية:

## المقدمة

**المبحث الأول:** تعرف العربون في الفقه الإسلامي والقانون المدني

**المطلب الأول:** تعريف العربون في اللغة والفقه الإسلامي

**الفرع الأول:** تعريف العربون في اللغة

**الفرع الثاني:** تعريف العربون في الفقه الإسلامي

**المطلب الثاني:** تعريف العربون في القانون المدني

**الفرع الأول:** تعريف العربون في القوانين القديمة

**الفرع الثاني:** تعريف العربون في القانون الحديث

**المطلب الثالث:** مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني

**الفرع الأول:** أوجه الاتفاق

**الفرع الثاني:** أوجه الاختلاف

**المبحث الثاني:** مقارنة احكام العربون بين الفقهي الإسلامي والقانون المدني

المطلب الأول: أحكام العربون في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: أدلة المانعين ومناقشتها

الفرع الثاني: أدلة المجوزين ومناقشتها

الفرع الثالث: الرأي الراجح

المطلب الثاني: أحكام العربون في القانون المدني

الفرع الأول: أحكام وشروط العربون في القانون المدني المصري

الفرع الثاني: العربون في قوانين البلاد العربية واللاتينية

الفرع الثالث: مقارنة بين حكم العربون في الفقه الإسلامي والقانون المدني

المبحث الثالث: العربون والشرط الجزائي

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي ووظيفته

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

الفرع الثاني: وظيفة الشرط الجزائي

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: الفرق بين العربون والشرط الجزائي

المبحث الرابع: التكييف القانوني للعربون

المطلب الأول: التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف

المطلب الثاني: التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ

المطلب الثالث: التعاقد بالعربون بدل من الالتزام البدلي

المطلب الرابع: التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين

المطلب الخامس: التعاقد بالعربون تحفظ إداري

خاتمة

قائمة المصادر والمراجع

الفهارس

وقد واجهتنا صعوبات أثناء إنجاز هذا الموضوع على الصّعيدين الكمي والتّوعوي، فمن ناحية الكمّ قلة المادة العلمية حيث أن فقهاء الشّريعة وفقهاء القانون حصروا حالات العربون في ثلاث أو أربع وضعيات، ليجتنب فيها من نّاحية النّوع حول الإجازة من عدمها، وقد لاح للباحث أنّ أغلب الشّراح خاصة في الجانب القانوني أوردوه على شكل إشارات وتلميحات ولم يفرده في كتب خاصة مما جعلنا مع قلة زادنا المعرفي وخبرتنا في مجال البحث نواجه جمع شتات في هذا الموضوع.

وختاماً نرجو أن ينال هذا البحث الرّضا والقبول، وأن يكون إضافة ولو بسيطة في إزالة اللبس عن التّعامل بالعربون وذلك كتبان لحليته من عدمها وصحته من بطلانه، فكثير من المعاصي تنتهك على خطى التّقفي بلا علم، فإن أصبنا فمن الله وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشّيطان، والله الموقّق والمستعان.

**المبحث الأول: تعريف العربون في الفقه الإسلامي والقانون المدني**

**المطلب الأول: تعريف العربون في اللغة والفقه الإسلامي**

**الفرع الأول: تعريف العربون في اللغة**

**الفرع الثاني: تعريف العربون في الفقه الإسلامي**

**المطلب الثاني: تعريف العربون في القانون المدني**

**الفرع الأول: تعريف العربون في القوانين القديمة**

**الفرع الثاني: تعريف العربون في القانون الحديث**

**المطلب الثالث: مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني**

**الفرع الأول: أوجه الاتفاق**

**الفرع الثاني: أوجه الاختلاف**

## المطلب الأول: تعريف العربون في اللغة والفقه الإسلامي:

إن دراسة موضوع عقد العربون دراسة مقارنة بين ما ذهب إليه فقهاء الشريعة وما ذهب إليه فقهاء القانون يتطلب إماما واسعا بجميع المواضيع المتعلقة به، وعلى هذا إرتأينا تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على ان يكون المطلب الأول لمعرفة عقد العربون في اللغة العربية وعند فقهاء الشريعة.

وفي المطلب الثاني تعريف العربون في بعض القوانين المدنية عن طريق المرور عبر بعض القوانين القديمة والحديثة

وفي المطلب الثالث خلصنا الى إجراء مقارنة بين التعاريف الفقهية والقانونية من خلال الوقوف على وجه الاتفاق والاختلاف.

## الفرع الأول: تعريف العربون في اللغة:

جاء في لسان العرب: "العربون والعربون والعربان (بضم وفتح العين) الذي تسميه العامة الأربون تقول منه: عربنته إذا أعطيته ذلك، ويقال رمى فلان بالعربون إذا سلح"<sup>1</sup>

وقال صاحب القاموس المحيط: "والعربان والعربون بضمهما، والعربون محرّكة، وتبدل عينهن همزة، ما عقد به المبايعة من ثمن"<sup>2</sup>

ويقال له المُسكان والكلاء وجاء في القاموس المحيط "والكلأة بالضم النسيئة والعربون"<sup>3</sup> وقال: وأعطاه مسكنا بالضم للعربون"<sup>4</sup>

وجاء في مغني المحتاج: "في العربون ستة لغات: فتح العين والراء وهي الفصيحة، وضم العين وإسكان الراء، وعربان بالضم والإسكان وابدال العين وهمزة مع الثلاثة، وهو أعجمي معرب، وأصله في اللغة التسليف والتقديم"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1996

<sup>2</sup> القاموس المحيط نمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، ج1، ص103، دط دار الكتاب العربي، د ت

<sup>3</sup> المصدر نفسه نفسه، ج1، ص26

<sup>4</sup> المصدر نفسه نفسه، ج3، ص319

وجاء في المعجم الوسيط: «العربون ما يجعل من الثمن على أن يحسب منه إن مضى البيع، وإلا استحق للبائع»<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: تعريف العربون في الفقه الإسلامي:

ذهب المالكية الى أن العربون هو " أن يشتري الرجل العبد او الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه، أعطيك دينارا أو أكثر من ذلك أو أقل، على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك"<sup>3</sup>

وورد في تعريف آخر ينسب للمالكية بأنه "أن يشتري أو يكتري السلعة ويعطيه، أي يعطي المشتري للبائع شيئا من الثمن، على أنه - أي المشتري- إذا كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، وأن أحبه حاسبه به من الثمن أو تركه مجانا"<sup>4</sup>

اما الشافعية فيعرفون العربون بأنه " أن يشتري سلعة ويعطي البائع درهما مثلا ليكون من الثمن عن رضي بالسلعة وإلا فهدية"<sup>5</sup>

وقال النووي "وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما او درهم ويقول: إن تم البيع بيننا فهو من الثمن، وإلا فهو هبة لك."<sup>6</sup>

وفي المذهب الحنبلي "العربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره، على أنه إن اخذ السلعة احتسب به الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع "

وفيه أيضا: «وهو يشتري شيئا ويعطي البائع درهما ويقول: إن أخذتهن وإلا فالدرهم لك»<sup>1</sup>

<sup>1</sup> مغني المحتاج محمد الخطيب الشربيني، ج2، ص39، دطن دار الفكر، دت

<sup>2</sup> المعجم الوسيط إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد، ج2، ص591، دار الفكر، د.

<sup>3</sup> الموطأ، مالك بن أنس، رواية أبي مصعب الزهري المدني نج2 نص305، مؤسسة الرسالة، 1993، وانظر التمهيد، ج24، ص176، والاستذكار نج19 نص07، وكلاهما لابن عبد البر.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، أبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج3، ص63 دط دار الفكر، دت.

<sup>5</sup> مغني المحتاج مصدر سابق ج2، ص39.

<sup>6</sup> المجموع شرح المهذب، أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، ج9، ص335، دط، دار الفكر القاهرة، دت.

وفي مذهب الشيعة الزيدية "هودفح الشئى إلى البائع على أنها إن تم البيع فمن الثمن، وإلا فهبة.<sup>2</sup>

من خلال هاته التعاريف لمختلف المذاهب الفقهية، نلاحظ ان المالكية والحنابلة يرون أن عدم تنفيذ العقد يعطي للبائع الحق في الإبقاء على ما قدم إليه من بعض الثمن، وذلك دون تحديد لطبيعة هذا الإبقاء، أما الشافعية والشيعة الزيدية فحدوده بلفظ الهبة، والحقيقة أن الهبة لا تصح إلا برضى الواهب، وهذا لا يكون في حالة ما إذا كان المشتري يرفض هاته الهبة، كما ان إدخال هذا اللفظ يترتب عنه عقدان في عقد واحد، عقد البيع على تقدير الرضى وعقد الهبة على تقدير عدم الرضى.

كما أن المذاهب جميعها لم تتطرق لحالة رجوع البائع عن تنفيذ التزامه، فالخيار هنا ثابت للمشتري دون البائع، وعلى هذا فنحن نرى -والله اعلم - ان التعريف المختار هو إضافة عبارة " وإذا رجع البائع عن تنفيذ العقد وجب عليه رد أكثر مما أخذه من المشتري "أي رد العربون المدفوع مع زيادة شئى آخر كتعويض تقديري عن هذا الرجوع .

### المطلب الثاني: تعريف العربون في القانون المدني

#### الفرع الأول : العربون في القوانين القديمة

لقد عرف الانسان منذ العصور القديمة فكرة العربون واهتم بظاهرة الضمان ولالتزام في اقدم صورها بالكلمة التي تعبر عن الوعد أو اليمين وكان لها معنى مقدس في نفس الواعد او الحالف ، فلا يحنث بما وعد به ولا يوعد في عقد او معاملة بأشرها خوفا من الالهة ،ثم تجلت فكرة الضمان بشيء من أشياء المدين الخاصة به يدفعه الى دائنة كعصاه أو خاتمه<sup>3</sup> وحين ظهر النقد وشاع استعماله اتخذ ضمانا لتنفيذ العقود المؤجلة

<sup>1</sup> الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان

المرداوي، ج4، ص358، ط2، دارإحياء التراث العربي، بيروت، 1986

<sup>2</sup> البحر الزخار أحمد بن يحيى بن المرتضى، ج4، ص295، ط2، دارالتاب الإسلامي، القاهرة، دت.

<sup>3</sup> ورد في التوراة شاهد على ذلك في قصة يهوذا مع كنته تمارا التي خدعته فأفترشها ولما طالبته بالاجر أعطاهها عصاه وخاتمه وعصابته ضمانا للأجر الذي وعدها أن يدفعه إليها (سفر التكوين 28: 1-30).

ففي الشريعة البابلية نجد أقدم النصوص على استعمال النقد لضمان تنفيذ عقد العمل وعقد الزواج فقد نصت شريعة (أشنونا ashnunna)<sup>1</sup> التي وضعت في منتصف الألفية الثانية قبل الميلاد على أن الأجير الذي يقبض من صاحب الأرض جانبا من أجرته ليقوم بحصد محصوله ثم ينكل عن العمل، يلتزم بأن يرد لمسأجره عشرة أمثال ما قبض، وأن يعيد إليه ما كان أعطاه من شعير وزيت وملابس (المادة 09)

كما نصت شريعة حمو رابي (1750-1795 ق.م) على أن الخاطب إذا عدل عن الزواج يفقد ما كان دفعه إلى والد مخطوبته من مال كان يسمى باللغة السومرية (تيرحاتو Tirhatu) ويسمى باللغة البابلية (موهار Mohar) أي مهرا، أما إذا كان العادل هو والد المخطوبة فعليه أن يرد إلى الخاطب ضعف ما قبض منه

وكان المبلغ المدفوع لضمان تنفيذ العقد يسمى أرابون (Arrabon) وهو مشتق من كلمة Ereb السامية ومعناها أدخل، وكانت تعني الشيء المرهون Pignus الذي كان يتسلمه الدائن ويدخله إلبيته ضمانا لوفاء دينه، وغالبا ما يكون من الماشية أو الرقيق ويلاحظ أن العربون في العقدين المتقدمين استعمل أداة للعدول، وفيه صفة العقوبة Caractere Penitiaire يتحملها العادل عن العقد، أم في البيع فإن الشريعة البابلية لم تجعل العربون وسيلة للعدول عن العقد وإنما اعتبرته جزءا من الثمن يدفع لتوكيد العقد، ذلك أنها كانت حريصة على سلامة التعامل واستقراره، فلم تكن تجيز نقض العقود والبيوع بعد إبرامها وقد كانت البيوع تتضمن شرطا أساسيا وهو عدم جواز العدول عنها والتزام المتبايعين باتفاقهما، ومن ذلك لم يرد نص للعربون في عقد البيع .

ويلاحظ أن العربون في العقدين المتقدمين استعمل أداة للعدول، وفيه صفة العقوبة Caractere Penitiaire يتحملها العادل عن العقد، أم في البيع فإن الشريعة البابلية لم تجعل العربون وسيلة للعدول عن العقد وإنما اعتبرته جزءا من الثمن يدفع لتوكيد العقد، ذلك أنها كانت

<sup>1</sup> مدينة بابلية من مدن ما بين النهرين.

حريصة على سلامة التعامل واستقراره، فلم تكن تجيز نقض العقود والبيوع بعد إبرامها وقد كانت البيوع تتضمن شرطاً أساسياً وهو عدم جواز العدول عنها والتزام المتبايعين باتفاقهما، ومن ذلك لم يرد نص للعربون في عقد البيع.

وقد انتقلت فكرة العربون الى الرومان عن طريق قرطاجة التي كانت تربطها بروما علاقات تجارية قبل الحروب البونية، ودخلت كلمة Arrabon في لغة التعامل الشعبية ودرج استعمال تصغيرها Arra للدلالة عليها.<sup>1</sup>

غير ان العربون قد قام في القانون الروماني بدورين مختلفين: ففي العصر الكلاسيكي - وهو عصر ازدهار الفقه الروماني - كان دور العربون إثبات التعاقد، أي أن وجوده يدل على أن العقد انتقل من مرحلة التفاوض الى مرحلة التنفيذ وأنه أصبح بالعربون باتاً ومؤكداً.

وفي عصر الإمبراطورية السفلى (العصر البيزنطي) تحول دور العربون الى وسيلة للعدول عن التعاقد متأثراً في دوره بالتعامل الذي استقر في الشرق وفي اليونان القديمة، فإذا عدل المشتري خسر عربونه، وإذا عدل البائع رد العربون ومثله معه وإذا نفذ الطرفان العقد فإن العربون المدفوع يحتسب من الثمن، وظهر ما يعرف بعربون الوعد Arra Sponsaliaciae وهو المبلغ الذي يدفعه الخاطب لوالد المخطوبة فإذا عدل بعد ذلك عن الزواج فقده، أما إذا كان العادل هو والد المخطوبة إلتزم برد العربون الذي قبضه ومثله معه

أما في العصر الجاهلي فقد عرف العربون وكانوا يسمونه بالعربان والعربون، ودخلت هذه التسمية الى قاموسهم من خلال التعامل مع الروم في بلاد الشام، وضحى التعامل بالعربون عرفاً مألوفاً عندهم، وحين ظهر الإسلام أثبت من الأعراف المألوفة في التعامل ما لا ينافي مع مقاصده وأبطل ما دون ذلك ومنها الغر والاستغلال

### الفرع الثاني: العربون في القوانين الحديثة

<sup>1</sup> مقال الدكتور عبد السلام الترماني، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد 1، ص 49، 1977.

انطلقنا من العهد الثماني كتمهيد لمرحلة الحداثة والتدوين حيث صدرت مجلة الاحكام العدلية سنة 1293هـ/1876م بإرادة السلطان العثماني، وطبقت في البلاد العربية التي كانت خاضعة للحكم العثماني، ومنها سورية والعراق ما عدا مصر فكان لها في العهد العثماني وضع سياسي يختلف عن البلاد العربية، فقد استقلت عمليا عن الدولة العثمانية بمساعي محمد علي 1831م لذلك لم تطبق فيها التشريعات العثمانية لاسيما المجلة.

اما في سورية والعراق ظلت المجلة مطبقة حتى غاية صدور القانون المدني في سورية عام 1948م وفي العراق عام 1951م ولما كانت احكام المجلة مستمدة من المذهب الحنفي فإنه لم يرد فيها ذكر العربون لأن المذهب لا يأخذ به

غير ان القضاء العثماني بعد تعديل المادة 64 من قانون المحكمات العثماني أخذ يعتبر الاتفاق عليه من التعهدات الجائزة ويخضعه لأحكام العرف.<sup>1</sup>

وظل الامر ساريا على هذا النحوي قضاء البلاد العربية التي كانت تأخذ بالمجلة حتى صدور قوانينها حيث أخذت بالعربون بنص خاص

وفي المصري القديم كان هناك قانونان مدنيان، أحدهما يطبق في الدعاوي القائمة بين الأجانب أو بينهم وبين المصريين وقد صدر هذا القانون في 28 يونيو 1875م والآخر يطبق في الدعاوي القائمة بين المصريين، وقد وضع بعد إنشاء المحاكم الاهلية وصدر بتاريخ 28 اكتوبر 1883م، وكانت تطبق قبله الشريعة الإسلامية وتتولى تطبيقها المحاكم الشرعية، وإقتصرت صلاحية هذه المحاكم بعد صدوره على قضايا الأحوال الشخصية.<sup>2</sup>

ومع أن هذين القانونين كانا مقتبسين من القانون المدني الفرنسي إلا أنهما لم يتضمنا نصا على التعاقد بالعربون، فكان القضاء المصري الوطني والمختلط يتحرى في التعاقدية المتعاقدين ويفسرها عند غموضها في ظل العرف الجاري وظروف الحال، فأما أن يعتبر العربون قرينة على خيار العدول، وأما يعتبره قرينة على تأكيد العقد وثباته.

<sup>1</sup> مجلة الحقوق والشريعة، مرجع سابق، ص 51/52.

<sup>2</sup> الوسيط في شرح القانون المدني الجديد عبد الرزاق السنهوري، ج 1، مط، دار النهضة العربية، القاهرة، دت، ص 277.

## المطلب الثالث: مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني

## الفرع الأول : أوجه الاتفاق

عند المقارنة بين تعريف ومفهوم العربون عند فقهاء الشريعة وعند نظرائهم من فقهاء ورجال القانون المدني فإننا قد نكون امام حادثة واحدة ولكن بنظارات ومفاهيم مختلفة لذلك حاولنا الوقوف على مواطن ومواضع الاتفاق والاختلاف ولعل اهم أوجه الاتفاق هي:

- 1 - كل منهما يرى بإمكانية العدول عن العقد ويتحمل العادل نتائج عدوله
- 2 - كلى الفرقين ظهر في مذاهبهم اختلاف في مفهوم العربون وكيفيات الاخذ به وطرق الالتزام به
- 3 - الشريعة أبتت على عرف القانون فهو من المعاملات التي لا تعارض نصوص ولا مقاصد الشريعة
- 4 - يكون البائع ملزم برد العربون عند الفرقين إذا كان العدول من طرفه.

## الفرع الثاني : أوجه الاختلاف:

نلاحظ أن الفقهاء ركزوا على أن العدول عن إتمام العقد يكون من المشتري دون البائع على اعتبار أن الخيار ثابت للمشتري دون البائع، فالبايع ملزم بتنفيذ العقد على تعريف الفقهاء. أما القانون فقد فرق بين حالتين، بين أن يكون العدول من المشتري مثلما هو عليه الحال عند علماء الشريعة، وبين أن يكون العدول من البائع وفي هاته الحالة يكون البائع ملزم برد العربون ومثله عند فقهاء القانون.

أما في الفقه الإسلامي فلا نجد مانعا عند الامام احمد وهو مجوز بيع العربون من أن يرد البائع ما أخذه من المشتري ومثله معه، بدليل إذا جاز ان يكون الخيار للمشتري على أن يخسر العربون جاز أن يكون للبائع على ان يرد العربون ومثله معه للمشتري، ففاس الإمام أحمد

صورة العربون الذي للبائع الخيار فيه على الصورة التي يكون البيع فيها باتاً ثم يندم البائع فيدفع للمبتاع شيئاً ويتقایل معه.

المبحث الثاني: مقارنة احكام العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

المطلب الأول: أحكام العربون في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: أدلة المانعين ومناقشتها

الفرع الثاني: أدلة المجوزين ومناقشتها

الفرع الثالث: الرأي الراجح

المطلب الثاني: أحكام العربون في القانون المدني

الفرع الأول: أحكام وشروط العربون في القانون المدني المصري

الفرع الثاني: العربون في قوانين البلاد العربية واللاتينية

الفرع الثالث: مقارنة بين حكم العربون في الفقه الإسلامي والقانون المدني

## المبحث الثاني: مقارنة احكام العربون بين الفقهي الإسلامي والقانون المدني

ذكرنا في المبحث السابق تعريفا للعربون، وهو عبارة عن مبلغ نقدي أو شيء عيني أو غير ذلك يقدمه أحد المتعاقدين للآخر على أساس نية إبرام عقد بينهما غير ان هذا التصرف في حد ذاته لا بد من الإشارة إليه والحديث عنه ولاشك ان هذا الحديث سيكون حول جوازه من منعه، وهذا سواء من الناحية الدينية الشرعية أو من الناحية القانونية، وعلى هذا ارتأينا أن تكون دراسة هذا المبحث في مطلبين

## المطلب الأول: احكام العربون في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم العربون إلى مذهبين فمنعه الحنفية والمالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والشيعة الزيدية، وأبو الخطاب من الحنابلة، وروي المنع عن ابن عباس وابن المنذر والحسن<sup>3</sup>، وقال ابن رشد والشوكاني: «المنع قول الجمهور»<sup>4</sup> وقال ابن جزى: "وهو ممنوع ان كان على الا يرد البائع العربان الى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما"<sup>5</sup>. واجازه الإمام أحمد، وروي الجواز عن عمر رضي الله عنه وابنه عبد الله وعن جماعة من التابعين منهم مجتهد وابن سيرين ونافع ابن الحارث وزيد بن اسلم وسعيد بن المسيب.<sup>6</sup> ويرجع سبب اختلاف الفقهاء الى تعدد الاحاديث الواردة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن العربون، فيها ما يجيزها ومنها ما يبطله لذلك اخذ المجيزون بأحاديث الحل لما صحت

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مرجع سابق، ج3، ص39: وانظر الموطأ، مرجع سابق، ص305 والجامع لأحكام القرآن، ابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، ج3، ص1720، د ط، دد، دت.

<sup>2</sup> مغني المحتاج، مرجع ساب، ج2، ص39، وانظرالمجموع شرح المهذب مرجع سابق، ج9، ص317.

<sup>3</sup> المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص58، وانظر اعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية ج3، ص312، دارالحديث، القاهرة، ط1، 1993.

<sup>4</sup> بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن الوليدمحمد بن رشد القرطبي، ج2، ص256، ط10، دار الكتب العلمية بيروت، 1988، وانظر نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج5، ص182، دط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ت.

<sup>5</sup> القوانين الفقهية، ابي القاسم محمد بن احمد بن جزى، ص263، دط، دار العربية للطلاب، 1988.

<sup>6</sup> المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص58، وانظر اعلام الموقعين مرجع سابق، ج3، ص31.

لديهم ، واخذ المانعون بالاحاديث التي نهت عن العربون لقوتها اثباتها لديهم ولذلك حاولنا التعرض لأدلة كل فريق منهم ومناقشتها

### الفرع الأول : أدلة المانعين ومناقشتها

الأدلة: استدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة من الكتاب والسنة والقياس

**أولا من الكتاب :** استدلوا بقوله تعالى "يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ؕ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ؕ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " النساء 29

فالله سبحانه وتعالى ينهي عباده المؤمنين عن اكل أموال بعضهم بعضا بالباطل ،أي بأنواع المكاسب التي هي غير شرعية كأنواع الربا والقمار وما جرى ذلك على سائر صنوف الحيل ،وإن ظهرت في غالب الحكم الشرعي مما يعلم الله ان متعاطيها إنما يريد الحيلة على الربا ،حتى قال ابن جريري في الرجل يشتري من الرجل الثوب فيقول : إن رضيته أخطته وإلا رددت معه درهما قال هو الذي قال الله عزوجل فيه :.. ( لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ)<sup>1</sup> فالعربون على هذا النحو هو اكل لأموال الناس بالباطل لأن المشتري اذ سخط السلعة فقد ما دفعه من مال على سبيل العربون ويرد السلعة فيكون البائع قد استرجع السلعة واخذ المال المدفوع بلا مقابل.

قال الامام فخر الدين الرازي في تفسير الآية "ذكروا في تفسير الباطل وجهين:

أما الأول : انه اسم لكل ما لا يحل في الشرع والثاني : ما روي عن ابن عباس والحسن رضي الله عنهما "ان الباطل هوكل ما يؤخذ من الانسان بغير عوض ، وبهذا التقدير لا تكون الآية مجملة.<sup>2</sup>

وقال الالوسي:"والمراد بالباطل ما يخالف الشرع كالربا والقمار والبخس والظلم...وعن الحسن: هو ما كان بغير استحقاق من طريق الأعاوض.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> تفسير لقرآن العظيم ، عماد الدين ابي القد إسماعيل ابن كثير ، ج2، ص253، دط، دار الاندلس، بيروت، لبنان، دت.

<sup>2</sup> مفاتيح الغيب، محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر ، ج9، ص71، دط، دارالفكر، دت.

<sup>3</sup> روح المعاني ، شهاب الدين السيد محمود الأوسي البغدادي، ج5، ص15، دط، دار الفكر بيروت 1983.

وربما يقال انه هناك استثناء في الآية "(.. إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ..)". وهذا يخرج بيع الغرر من أكل المال بالباطل لأنه من التجارة الحاصلة عن التراضي، وهي جائزة بنص القرآن.

ويرد على هذا أن التجارة التي اباحها الله في هذه الآية، هي التجارة التي لا باطل فيها، معناها لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل، ولطن كلوها بالتجارة التي لا باطل ولا ظلم فيها، إذ من غير المعقول أن ينهي الله سبحانه وتعالى في أول الآية عن اكل المال الباطل، ويبيح في آخرها معاملة تتضمن أكل المال بالباطل، فكلمة تجارة من العام الطي اريد به الخصوص فإن النهي عنم أكل المال بالباطل يدل على ان التجارة لا تشمل كل ما يسمى تجارة، وإنما يخرج منها التجارة التي تشتمل على أكل المال بالباطل.

فالنهي عن التجارة التي فيها غرر ونحوه يسمى تخصيصا للتجارة المباحة في الآية لأنه لم يدخل فيها، وإنما هو بيان للباطل المنهي عنه، فبيع الغرر ونحوه يدخل في أكل المال بالباطل المنهي عنه ولا يدخل في التجارة المباحة.<sup>1</sup>

وقال السيد رشيد رضا: " عن المقام مقام الاستدراك لا الاستثناء والمعنى لا تكونوا من ذوي الطمع الذين يأكلون أموال الناس بغير مقابل ... ولكن كلوها بالتجارة التي قوامها الحل.<sup>2</sup>

### مناقشة الأدلة:

إن قول أصحاب هذا الاتجاه بأن العربون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل مردود عليه بأن العربون ليس كذلك، لأنه عوض عن حرمان صاحب السلعة من بيع سلعته وتقويت عليه عرضها للبيع على أساس تم بيعها، وما الثمن الذي دفعه المشتري إلا مقابل لحبس السلعة عليه وعدم السماح لأخر بشرائها حتى وإن توفر من يشتريها بثمن اكبر من ثمن الذي حبست عليه فكما يلتزم البائع مع المشتري بالعقد الذي وقع بينها وجب على المشتري ان يلتزم بتعويض البائع تقويت فرصة البيع عليه بالثمن الذي دفعه كعربون لذلك هو ليس من قبيل أكل الأموال

<sup>1</sup> الغرر واثره في العقود في الفقه الإسلامي، محمد الأمين الضريير، ص77، إدارة التطوير والبحوث، جدة، ط 2، 1995.

<sup>2</sup> تفسير المنار محمد رشيد رضا، ج5، ص43، دارالمعرفة، بيروت، 1973.

بالباطل ولا يدخل في الباطل الذي اشارت اليه الآية الكريمة ، فالعربون لم يشترط للبائع بغير عوض، إذ العوض هو الانتظار وتقويت فرص البيع المتاحة لمدة معلومة.<sup>1</sup>

أما قولهم بأن العربون هو من قبيل القمار والمخاطرة والغرر مردود عليه بأن العربون إنما يكون كذلك إذا كانت مدة الخيار مجهولة فيكون العربون من باب الغرر لكن يرى من يقول بحلية العربون بأنهم اشترطوا لصحة العربون ان يكون معلوم مدة الخيار، وبالتالي ينتقي الغرر وما شاكله فمقدار العربون معروف مسبقا ولا بد لاعتباره من مدة معينة تعطي دافع العربون مهلة ليختار اثناءها الرد أو إمضاء البيع.<sup>2</sup>

ومن ناحية أخرى عادة وغالبا يكون مقدار العربون لا يتجاوز ربع عشر السلعة فهو مجرد تعويض لا يتعد به كثر من في مقابل السلعة.

### ثانيا : من السنة النبوية الشريفة:

لقد حاول أنصار هذا الاتجاه أن يبرروا موقفهم في رفض التعامل بالعربون من خلال السنة المطهرة معتمدين على ما رواه الإمام احمد في مسنده و<sup>3</sup>أبو داوود و<sup>4</sup>ابن ماجة<sup>5</sup> ومالك في الموطأ عن الثقة<sup>6</sup> عنده عن عمر وابن شعيب عن ابيه عن جده قال " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العريان "

<sup>1</sup> مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، ج2،ص95،دط دار الفكر،دمشق،دت.

<sup>2</sup> أحكام العربون بين الشريعة والقانون، جمال خليل النشار مرجع سابق ص26/25/24.

<sup>3</sup> المسند احمد بن حنبل، ج11،ص25،رقم الحديث6723،دط مكتبة التراث الإسلامي،1994م.

<sup>4</sup> بذل المجهود في حل ابي داود خليل احمد السهار تقوري،ج15،ص176،دط اللواء الرياض، دت.

<sup>5</sup> سنن ابن ماجة، للحافظ ابي عبد الله محمد بن ابي يزيد القزويني، ج2،ص738،كتاب التجارب،باب بيع العريان،الحديث رقم 6912،دط المكتبة العلمية،بيروت،لبنان،دت.

<sup>6</sup> وقد تكلم الناس في الثقة عنده في هذا الموضوع واشبه ما قيل فيه انه اخذه عن ابن عليقة، او عن ابن وهب عن ابن لهيعة لان ابن لهيعة سمعه من عمر وابن شعيب ورواه عنهما،حديث به ابن لهيعة وابن وهب وغيره،وابن لهيعة هو احد العلماء إلا انه يقال احترقت كتبه فكان اذا حدث بعد ذلك من حفظه غلط، وما رواه عنه ابن المبارك وابن وهب فهو عند بعضهم صحيح ومنهم من يضعف حديثه كله. التمهيد لابن عبد البر، ج24،ص176،دط مطبعة فضالة،المغرب 1990.

قال ابن عبد البر: " هكذا قال يحيى في هذا الحديث، عن مالك عن الثقة عنده، عن عمر و ابن شعيب<sup>1</sup> .

وأما القعنبى<sup>2</sup> والتنيسي<sup>3</sup> و<sup>3</sup>ابن بكير<sup>4</sup> وغيرهم فقالوا فيه: عن مالك أنه بلغه عن عمرو شعيب، والمعنى فيه عندي سواء لأنه كان لا يروي إلا عن الثقة

وقد رواه الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذباب عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث<sup>5</sup> .

وفي بعض الروايات عن ابن وهب في موطنه عن مالك قال : بلغني عن عمرو بن شعيب عن أبيه أنه قال " وذكر الحديث<sup>6</sup> .

فيعتبر حديث النهي عن بيع العربان واقعة صريحة بحرمة التعامل بالعربون وبذلك قال الإمام مالك لما في نهيه صلى الله عليه وسلم من حرمة الشيء المنهي عنه وأمره بالشيء فيه وجوب لفعله ونهيه عنه فيه حرمة لفعله إلا ما استثنى بقريئة شرعية .

كما ان اشتراط المشتري او المكتري على البائع او الكاري ان يعطيه مثلا مبلغا معيناً فإن تم الشراء (البيع) او الكراء فالذي أعطاه إياه هو من ثمن السلعة ، او من مقابل الكراء . وإن ترك الامر فما أعطاه إياه فهو له . قال الامام مالك ببطلان هذا لما فيه من الشرط والغرر واكل أموال الناس بالباطل ، فإن وقع فسخ وغن فات مضى<sup>7</sup> .

والامر الثاني هو ما قال به ابن رشد الجد : " ومن ذلك . أي من الغرر والمنهي عنه نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان " . وقال أيضا : "الغرر الكثير المانع من صحة

<sup>1</sup> الاستذكار، ابن عبد البر، ج19، ص8، ط1، دار قتيبة، بيروت، دارالوعاء، القاهرة 1993 .

<sup>2</sup> هو عبد الله بن مسلمي القعنبى من تلاميذ الامام مالك المصدر السابق .

<sup>3</sup> هو عبد الله ابن يوسفالتنيسي من تلاميذ الامام مالك المصدر السابق .

<sup>4</sup> هو يحيى بن عبد الله بن بكير، انظر مقدمة الاستذكار لابن عبد البر .

<sup>5</sup> المصدر نفسه ج19، ص9 .

<sup>6</sup> الاستذكار ، بن عبد البر، ج19، ص10 .

<sup>7</sup> نيل الاوطار وشرح منتهى الاخبار من احاديث سيد الاخبار ، الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني

، ج5، ص172 حديث رقم 2181، ط5، دار الحديث، القاهرة، 1418هـ .

العقد يكون في ثلاثة أشياء ،أحدهما العقد والثاني احد العوضين والثالث الاجل فيهما فأما الغرر في العقد فهو مثل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ،وعن بيع العربان <sup>1</sup>.

وفي بداية المجتهد وانما صار الجمهور الى منعه، لأنه من باب الغرر والمخاطرة واكل المال بغير عوض ولا وجه حق.<sup>2</sup>

كما ورد التعليل بالغرر واكل المال بالباطل في كثير من كتب المالكية كالتمهيد والاستذكار وقد اعتبروا ان فيه شرطين مفسدين للعقد شرط الهبة وشرط رد العقد إذا لم يرضى المشتري به.<sup>3</sup>

**مناقشة الأدلة:**

كما ان استدلالهم بحديث النهي عن بيع العربان هو مردود عليه أيضا وذلك بأن هذا الحديث ضعيف وبسط الكلام في وجوه ضعفه من استدلال به فكيف يحتج به

قال الامام الحافظ شيخ الإسلام الرازي،حدثنا عبد الرحمان حدثنا صالح بن احمد حدثنا علي . يعني ابن المدني : سمعت سفيان عيينة يقول :كان عمرو بن شعيب إنما يحدث عن ابيه عن جده وكان حديثه عند الناس فيه شيء "

وقال أيضا سمعت يحيى . يعني . ابن سعيد القطان يقول: «عمر بن شعيب عندنا واه " حدثنا عبد الرحمن قال سألت أبا زرعة عن عمر بن شعيب فقال: روى عنه الثقات مثل أيوب السختياني وأبي حازم والزهري والحكم بن عتبة وإنما أنكروا عليه كثرة روايته عن ابيه عن جده وقال : انما سمع احاديث يسيرة وأخذ صحيفة كانت عنده فرواها وقال أبو زرعة: ما اقل ما نصيب عنه مما روى عن غير ابيه عن جده من المنكر، وعامة هذه المناكير التي تروى عن عمر بن شعيب انما هي عن المثني بن الصباح وابن لهيعة والضعفاء.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> نيل الاوطار ،المرجع السابق، ج5،ص172،حديث رقم 2181،ط5،دار الحديث القاهرة 1418هـ.

<sup>2</sup> بداية المجتهد ومهابة المقتصد ،الرجع السابق ،ج2،ص163.

<sup>3</sup> الغرر واثره على العقود في الفقه الإسلامي ،الصادق محمد الأميني الضرير ،مرجع سابق ص124.

كما أن قولهم بأن العربون منهي عنه لأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي وهذا مردود عليه بما قلناه سابقاً من أن العوض موجود ألا وهو الانتظار بالبيع بأن العربون بمنزلة الخيار المجهول مردود عليه بأن الامر ليس كذلك .

### الفرع الثاني: أدلة المجوزين ومناقشتها

الأدلة: استدلال الموجزون لبيع العربون بما يأتي:

1 . اعتمدوا على عمل الصحابة رضوان الله عليهم. بحديث نافع بن عبد الحارث، أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية، فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا. وما رواه البيهقي في سننه " أخبرنا أبو بكر بن الحارث الفقيه الأصبهاني، أنبأنا أبو محمد بن حيان، حدثنا عبد الله

بن بندار الطبي، حدثنا محمد بن المغيرة، حدثنا النعمان بن عبد السلام عن سفيان عيينة عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمان بن فروخ مولى نافع بن عبد الحارث قال: اشترى نافع بن عبد الحارث عن صفوان بن أمية دار صفون بن أمية بأربعة آلاف دار السجن لعمر بن الخطاب إن رضيها وإن كرهها أعطى نافع صفوان بن أمية أربعمئة.<sup>2</sup>

قال الأكرم " قلت لأحمد «: تذهب إليه؟ قال: " أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه.<sup>3</sup>

2 . ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الربعان فأحلّه.<sup>4</sup>

3 . ما رواه البخاري في باب ما يجوز من الاشتراط عن ابن سيرين قال: قال رجل لكريه أرحل ركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> كتاب الجرح والتعديل، أبي محمد عبد الرحمان بن الامام الكبير ابي حاتم محمد بن ادريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي، ج6، ص238، ط1، 1952.

<sup>2</sup> السنن الكبرى، ابي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ج 6، ص 34 ، دار الفكر، بيروت ،لبنان، د.ت.

<sup>3</sup> المغني والشرح الكبير ،مرجع سابق ،ج4،ص58.

<sup>4</sup> نيل الاوطار، الشوكاني مرجع سابق، ج5، ص250.

4 . القياس على ما قاله سعيد بن المسيب وابن سيرين، من أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً، فقد قال الامام احمد: هذا في معناه.<sup>2</sup>

#### - مناقشة أدلة المجوزين:

رد الجمهور حديث زيد بن اسلم بما قاله ابن عبد البر: هذا الحديث لا يعرف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه يصح، وانما ذكره عبد الرزاق عن الاسلمي عن زيد بن اسلم مرسلًا وهذا مثله ليس بحجة ففي اسناده إبراهيم بن يحيى وهو ضعيف.<sup>3</sup>

وقال ابن رشد: قال اهل الحديث هذا الحديث غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>4</sup> وقال ابن عبد البر: ولا يصح ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من إجازته فإن صح احتمال أنه يحسب على البائع من الثمن إن تم البيع، وهذا البيع جائز عند الجميع.

وبهذا قال القرطبي: يحتمل وأن يكون بيع العربان الجائز على ما تأوله مالك والفقهاء معه وذلك بأن يعربنه ثم يحسب عربانه من الثمن إذا اختار تمام البيع وهذا خلاف في جوازه عن مالك وغيره.<sup>5</sup>

وأما رواية نافع أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية ... فيمكن الرد عليها بعدة احتمالات

**الاحتمال الأول:** أن البيع خلا من الشرط المفسد، وذلك مثلما لودفع المشتري إلى البائع قبل البيع درهما وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشترها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن.

<sup>1</sup> شريح هو بن قيس الكندي، من اشهر القضاة اللامعين، والفقهاء والمجتهدين في صدر الإسلام، وكان ثقة في الرواية للحديث مأمونا في القضاء له باع في الادب والشعر، توفي سنة 76هـ، انظر الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري، ج6، ص182، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990م.

<sup>2</sup> صحيح البخاري باب ما يجوز من الاشتراط، ج2، ص256.

<sup>3</sup> نيل الاوطار، مصدر سابق، ج5، ص182.

<sup>4</sup> بداية المجتهد ونهاية المقتصد مصدر سابق، ج2، ص256.

<sup>5</sup> احكام العربون بين الشريعة والقانون، جمال خليل النشار مرجع سابق، ص28.

**الاحتمال الثاني:** يحتمل ان الشراء الذي اشترى لعمر كان الوجه المتقدم فيحمل عليه جمعا بينه وبين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والائمة القائلين بفساد العربون .

### الفرع الثالث : المبررات:

بعد استعراض ادلة الاتجاهين ومناقشة ما أمكن مناقشته خلص بعض أهل العلم الى ان ما ذهب اليه انصار الاتجاه الثاني القائلين بجواز التعاقد بالعربون هو الأولى بالقبول لعدة أسباب ومبررات .

- **المبرر الأول :** إن الاحاديث التي استدلت بها أنصار الاتجاهين أحاديث ضعيفة على نحو ما سبق بيانه ، وطالما ان الامر كذلك فلا بد من البحث عن دليل آخر يقوي حجة أحد الاتجاهين وقد وجدونا ما يعضد ويقوي حجة انصار الاتجاه الثاني ألا وهو الأثر المروي عن نافع بن عبد الحارث عندما اشترى دارا للسجن لعمر من صفوان بن أمية بأربعة الاف درهم وقال له :ان رضي عمر كان البيع نافذا وإن لم يرض فلصفوان أربعة مئة درهم ،وهي واقعة ثابتة سمع بها الصحابة ولم ينكروا صنيع نافع بن عبد الحارث ولا قبول صفوان بن أمية ،فكانت دليلا قويا على جواز واباحة التعاقد بالعربون .

**المبرر الثاني:** هنالك صورتين تقربان من العربون ،ومع ذلك تصحان دونه في رأي من يقول ببطلانه،احدهما حالة البيع البات الذي يتلوه تقابل بدفع المشتري في مقابله شيئا والصورة الأخرى عقدان متتاليان فالأول منهما يدفع المشتري الى البائع قبل البيع درهما ويقول له لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم اشترها فالدرهم لك،وفي الثاني يشتريها بعقد مبتدئ او يحسب الدرهم من الثمن فهذا البيع هو العقد المبتدئ صحيح لأنه انفصل عن العربون وصار عقدا مستقلا ،فخلا عن الشرط المفسد وأصحاب الاتجاه الثاني على حق في تصحيحهم لبيع العربون قياسا على هاتين الصورتين بل في الصورة الثانية أي صورة العقدين المتتاليين عقد العربون وعقد البيع المبتدئ يصعب فيه القول بأن المشتري إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه

بغير عوض، فالعوض موجود وهو تفويت المشتري على البائع فرصة البيع من شخص آخر ربما كان أفضل منه سعرا.<sup>1</sup>

**المبرر الثالث:** طالما ان المشتري اشترط على نفسه شيئا فإنه يلتزم بذلك انطلاقا مما رواه البخاري عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت"

وما اورده البخاري في باب الشروط في القرض وقال ابن عمر وعطاء: اذا أحله في القرض جاز،<sup>2</sup>

ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلال او أحل حرام)".<sup>3</sup>

والشرط الذي اشترطه المشتري على نفسه في التعاقد بالعربون لا يحل حراما ولا يحرم حلالا فيكون شرطا مباحا لهاذا قال ابن القيم في إعلام الموقعين : ومن هنا قال الامام احمد لابأس ببيع العربون لأن عمر عمل به ،وأجاز هذا البيع واشترط فيه مجاهد ومحمد بن سيرين وزيد بن اسلم ونافع بن عبد الحارث ،وقال ابن عبد البر: وكان زيد بن أسلمة يقول:"أجازة سول الله صلى الله عليه وسلم "... والمقصود ان للشروط عند الشارع شأن ليس عند كثير من الفقهاء فإنهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فاسده وهم متناقضون فيما يقبل التعلق بالشروط من العقود وما لا يقبله فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليله فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ان كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل،وما لم يخالف حكمه فهو لازم ويوضحه ان الالتزام بالشرط كالاتزام بالنذر...ثم يقول : "وهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله إحداهما: إن كل

<sup>1</sup> مصادر الحق ،مصدر سابق،ج2،ص9.

<sup>2</sup> إعلام الموقعين،مصدر سابق،ج3،ص312.

<sup>3</sup> رواه الترمذي عن عمروابن عوف المزني عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال:حديث حسن صحيح ورواه ابو داوود وابن ماجة وصححه ابن حبان من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ،انظر أحكام العربون ،مرجع سابق، ص30.

شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل ،والثانية :أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط فهو لازم بالشرط ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيئاً وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة ،ولا تعباً بالنقض بالمسائل المذهبية والاقوال الارائية فإنها لاهدم قاعجة من قواعد الشرع فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمتم بالنذر وكذلك كل شرط جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط.<sup>1</sup>

وهكذا ننتهي الى القول بأن التعاقد بالعربون جائز عند اهل الفقه الإسلامي وفقاً لمآذهب إليه الامام أحمد خاصة وان طريقة التعاقد بالعربون أصبحت في عصرنا الحاضر أساساً للإرتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار وربما تقويت الفرصة.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: حكم العربون في القانون المدني:

لم يتعرض المشرع الجزائري لموضوع العربون في جميع القوانين الصادرة وعليه فإن حكم العربون يبقى مسألة مطروحة أمام القضاء الجزائري وهو الذي يحكم فيها حسب الظروف والحالات، غير أن قوانين البلاد العربية قد تعرضت لهذا الموضوع وخاصة المصري والسوري والليبي والعراقي وجميعها تتشابه في صياغة المواد المنظمة للعربون وعليه سوف نركز دراستنا في هذا المطلب على حكم العربون في القانون المدني المصري ثم نتطرق إلى القانونين اللبناني والفرنسي مع الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى.

### الفرع الأول: العربون في القانون المدني المصري:

نصت المادة 103 من القانون المدني الجديد على أنه: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

<sup>1</sup> إعلام الموقعين، مصدر سابق، ج3، ص313.

<sup>2</sup> الفقه الإسلامي وادلته، وهبة الزحيلي، ج4، ص450، ط3، دار الفكر، 1409هـ، 198.

فإذا عدل من دفع العربون ففده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.<sup>1</sup>

ولقد ورد هذا النص في المادة 125 من المشروع التمهيدي للقانون المدني على النحو التالي:

1- يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه يجوز العدول عنه إلا إذا قضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

2. فإذا امتنع المتعاقدان عن تنفيذ العقد فللمتعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذي قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذي دفعه حتى لو لم يلحق به الفسخ أي ضرر، هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك.

3. ويسري حكم هذه المادة أياً كانت الألفاظ التي عبر بها المتعاقدان عن العربون.<sup>2</sup>

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي: "فإذا اتفق المتعاقدان على خيار العدول، جاز لكل منهما أن يستقل بنقض العقد فإذا عدل عن دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل عن قبضه رد ضعفه، على أن خيار العدول هذا لا يفترض بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أما إذا لم يتفق المتعاقدان على خيار العدول فلا يجوز لإيهما أن يستقل بالعدول عن العقد ما لم يقضي العرف بغير ذلك ويجب رد العربون إذا اتفق الطرفان على الإلغاء أو الإقالة أو فسخ العقد بخطئهما، أو وقع الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب ظروف لا دخل لهما فيها، على أن لكل من المتعاقدين في غير هذه الأحوال أن يطالب بتنفيذ العقد. وفي حالة التخلف الاختياري عن الوفاء يكون للعاقدين الآخر أن يختار بين التنفيذ الجبري وبين الفسخ من اقتضاء العربون على سبيل التعويض بأن يحتفظ بالعربون الذي قبضه أو بأن يطالب بضعف العربون الذي دفعه ولو لم يلحق به ضرر من جراء ذلك ويكون لاشتراط العربون في هذه الحالة شأن الشرط الجزائي ولكنه يفترق عنه من حيث عدم جواز التخفيض أو الإلغاء فهو يستحق ولو انتفى الضرر على وجه الإطلاق، أما إذا

<sup>1</sup> والنصوص العربية المقابلة 103سوري، 102لبيبي، م 88سوداني، م692عراقي، م116تجاري كويتي.

<sup>2</sup> احكام العربون خليل النشار مرجع سابق هامش ص38، مجموعة الاعمال التحضيرية.

كان الضرر الواقع يجاوز مقدار العربون، فتجاوز المطالبة بتعويض اكبر وفقا للمبادئ العامة، وفي حالة تنفيذ الالتزام اختاريا يخصم العربون من قيمة الالتزام، فإذا استحال الخصم وجب رده الى من اداه " <sup>1</sup>.

فقد يتفق المتعاقدان عند التعاقد على ان يدفع احدهما مبلغ من النقود وينصرف قصدهما من ذلك على احد الامرين:

الأول: تخويل من قام بدفع هذا المبلغ حث العدول عن التعاقد مقابل احتفاظ المتعاقد الاخر بهذا المبلغ الذي تسلمه بدون حاجة الى اعتذار، ويجوز في هاته الحالة للمتعاقد الاخر العدول عن التعاقد على ان يرد ما قبضه ومثله وهذا هو الأصل، وقد يتفق الطرفان على ان لكل منهما حق العدول على انه اذا كان العدول من جانب من دفع المبلغ سقط حقه فيه، اما اذا كان العدول من جانب من تسلم المبلغ التزم برده ومثله للمتعاقد الاخر، وقد يشترط ان حق العدول لمن دفع المبلغ وحده دون اشتراط المتعاقد الاخر، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون لمن دفع ان يجبر من قبض على التنفيذ العيني ان كان ممكنا دون تدخله وليس له ان يتحلل من التزامه بدفع المبلغ الذي قبضه ومثله للمتعاقد الاخر، اذ ان ذلك قاصر على من له حق العدول وقد تضمن العقد اسقاطه عنه، وهو شرط جائز اما اذا كان التنفيذ العيني غير ممكن بدون تدخل المدين كما في بيع الأشياء التي سوف تصنع، فأن للطرف الاخر ان يطلب الفسخ مع التعويض وفقا للقواعد العامة وقد يجاوز التعويض المبلغ المدفوع ففي هاته الحالات يكون المبلغ سالف الذكر بمثابة عربون مقابل حق العدول عن التعاقد. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> الوسيط في القانون المدني مرجع سابق، ج1، ص305.

<sup>2</sup> الوسيط في القانون المدني أنور طلبية، ج1، ص306، وقد جاء في مجموعة احكام النقض المدنية ان النص في الفقرة الأولى من المادة 103 من القانون المدني على ان دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك يدل على انه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول إلا أن شروط التعاقد قد تقضي بغير ذلك والمرجع في بيان هذه الدلالة هي بما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانوني، وإذا كان الحكم المطعون فيه بعد ان أورد النص البندين .... من عقد البيع، وقد جاء صريحا في ان مادفعه المشتريان (عربون)

**الثاني:** وقد يقصد المتعاقدان من دفع المبلغ تأكيد التعاقد فيصبح المبلغ تنفيذا جزئيا للتعاقد فلا يجوز العدول عنه ، وإن كان لا يشترط في وصف عقد البيع بعربون ان ترد به وبالذات كلمة "عربون" الا انه يجب في جميع الأحوال ان تكون نية المتعاقدين قد انصرفت الى تقرير حق العدول عن الوفاء بالالتزام العيني الى الالتزام التعويضي انصرفا لا يشوبه شك، واما اذا وردت عبارة الغرامة او التعويض على سبيل تقدير التعويض ذاته من حيث تقريره وتقديره ومن حيث انه جزاء لمن يخالف نصوص العقد فإنه يجب النظر الى هذا كله على اعتبار ان شرط التعويض قد ورد ليكون شرطا جزائيا، لإنصراف نية المتعاقدين الى ذلك وعلى المحكمة ان تبت في أمر المبلغ المدفوع، هل هو عربون ام شرط جزائي لاختلاف الحكم في الحالتين.<sup>1</sup>

وإن انقضت المدة التي يجوز فيها العدول دون ان يتمسك صاحب الحق فيه اصبح العقد باتا ساريا، ويعتبر العربون الذي دفع تنفيذا جزئيا له، ومن ثم تسري في شأنه القواعد المتعلقة بالعقود من حيث التنفيذ العيني والفسخ والتعويض وفق القواعد العامة، وتسري كافة العقود في ذلك سواء تعلقت ببيع او إيجار او مقاوله أو أي عقد اخر.<sup>2</sup>

وقد وقع المشرع في خطأ لغوي، سواء في المذكرة الإيضاحية او في نص المادة 103، إذ قصد من لفظ "ضعف العربون «مثلين من العربون أي العربون ومثله وهذا خطأ شائع في تفسير هذا اللفظ، والصحيح هو أن ضعف هو المثل فنقول ضعف الشيء مثل الشيء او قدره ونقول ضعفي الشيء أي مثل الشيء مرتين، كقوله تعالى " رَبَّنَا آتِهِمْ ضِعْفَيْنِ مِنَ الْعَذَابِ وَالْعَنْهُمْ

<sup>1</sup> نقد مدني في 15/01/1933م مجموعة عمر "قضت بأنه اذا كانت المحكمة قد انتهت في حكمها الى القول بأن المتعاقدين قد قصدا بالعقد العرفي الحرر بينهما ان يكون العقد باتا خاليا من خيار الفسخ مستخلصتا بذلك مما لاحظته ان العقد خالي من ذكر العربون ومما هو ثابت به من كل مادفعه المشتري سواء اكان للبائع ام لدائنيه المسجلين ومن ان المتعاقدين اكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد بما جاء في الإقرار الصادر من البائع... فإن ما استخلصته من ذلك تسوغه المقدمات التي بني عليها الحكم ولات يتنافى مع ما جاء في ذلك العقد من أنه اذا عدل احد الطرفين عن إتمام العقد وتنفيذه كان ملزما بدفع مبلغ كذا بدون تنبيه ولا انذار .

<sup>2</sup> الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق، ج1، ص307.

لَعْنًا كَبِيرًا (الأحزاب - 68) أي مثل العذاب مرتين ورغم هذا الخطأ اللغوي فإنه يجب تفسير ضعف الوارد بالنص على انه مثلين أي العربون ومثله.<sup>1</sup>

وفقد العربون أو دفعه ومثله معه ليس نتيجة الضرر فقد لا يكون هناك ضرر قد أصاب الطرف الاخر من جراء العدول عن التعاقد، وانما يكون ذلك نتيجة العدول نفسه، فالإلتزام موجود حتى وإن لم يترتب عن العدول أي ضرر وهذا واضح من النص السابق، ولمحكمة الموضوع الحق في استجلاء نية العاقدين واعتبار البيع باتا نجزا بشرط جزائي لا بيعا بالعربون أو مطلقا على شرط فاسخ حيث قضت مكمة النقض في حكم لها جاء فيه استظهار نية العاقدين من ظروف الدعوة ووقائعها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه، فله ان يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوة واحوالها ان العاقدين قصدا به ان يكون البيع تاما منجزا بشرط جزائي ولم يقصد ان يكون بيعا بعربون او بيعا معلقا على شرط فاسخ. ولا بد لمحكمة الموضوع ان تبين الأسباب التي من اجلها اعتبرت المبلغ المدفوع مقدما ليس عربونا، فالتم تبين أسباب ذلك فإن الحكم يشوبه القصور حيث جاء في حكم النقض: «إذا طالب المدعي من المدعى عليه تعويضا عن صفقة بالجنيهات او الذهب يقول انه عقدها معه ثم نكل المدعي عن اتمامها مع دفعه عربونا فيها فرد المدعى عليه بأنه يفرض عقد الصفقة بالشروط التي ادعاها المدعي، فإن دفع العربون منه يفيد خيار نقض البيع من جانبه عند نكوله بأكثر من العربون الذي دفعه، وقدم شهادة من بعض تجار الذهب تؤيد هذا الدفاع، فرد الحكم على قوله هذا بأنه غير صحيح، لأن التعامل في بيع الأشياء المعينة، بل هو مبلغ يدفع سلفا من أحد الفريقين لتغطية الحساب عند تقلب الأسعار وذلك دون ان يبين سنده في هذا التقرير فإنه يكون حكما قاصرا يستوجب نقضه.<sup>2</sup>

هذا إذ لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على دلالة دفع العربون، اما اذا اتفقا صراحة او ضمنا على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول وجب مراعاة ما اتفقا

<sup>1</sup> الوسيط في القانون المدني أنور طلبية، ج1، ص307.

<sup>2</sup> احكام العربون، مرجع سابق، ج1، ص44.

عليه، فلا يجوز لأي منهما العدول عن العقد ولكل منهما مطالبة الاخر بتنفيذه، وفي هذه الحالة يحسب العربون من اصل الثمن اذا نفذ العقد حيث يعتبر العربون تنفيذا جزئيا يجب استكمالته.<sup>1</sup>

وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تسري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني او بالتعويض او بالفسخ، واذا فسخ العقد وترتب على الفسخ ضررا استوجب تعويضا فليس من الضروري ان يكون التعويض على قدر العربون فقد يزيد او يقل حسب جسامه الضرر، فالعبرة في تحديد مقدار التعويض تكون بما يصيب المتعاقد الاخر من ضرر حقيقي).

### الفرع الثاني: العربون في قوانين البلدان العربية واللاتينية:

نصت المادة 92 من القانون العراقي على ما يأتي:

1 - يعتبر دفع العربون دليل على ان العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

2 - إذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول، فاذا عدل عن دفع العربون وجب عليه تركه، وإذا عدل عن قبضه رده مضاعفا. فالقانون العراقي يرى ان العربون في حالة عدم الاتفاق يكون جزءا من الثمن، وان دفعه دليل على ان العقد أصبح باتا لا خيار فيه، فإذا تخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ العقد كان للطرف الاخر إجباره على التنفيذ كما له ان يطلب فسخ العقد مع التعويض والقانون العراقي يتفق في هذا مع القوانين الجرمانية.<sup>2</sup>

أما القانون اللبناني لم يتعرض للعربون لنص خاص ولكنه تعرض لخيار العدول بصفة عامة فقضى في المادة 84 من قانون الموجبات والعقود بأنه "... يحق للفريقين او لأحدهما ان يحفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد وفسخه" ويعد من هذا القبيل

<sup>1</sup> احكام العربون، مرجع سابق، ج1، ص45.

<sup>2</sup> الغرر وأثره في العقود، مرجع سابق، ص129.

دفع العربون وذلك لأنه يعد مقابلا للحق في العدول، وقانون العدول قد يشترط لمصلحة الطرفين وقد يكون لمصلحة احدهما فقط وفي هذه الحالة يكون العقد غير لازم بالنسبة لمن اشترط خيار العدول لمصلحته ولازما بالنسبة للطرف الاخر.

وهذا وفقا للفقرة الثالثة من المادة 84 المشار اليها لا يصح اشتراط العربون او حق العدول في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في اسقاط الدين ولا في بيع السلم.<sup>1</sup>

أما في القانون الفرنسي فقد نصت المادة 15/90 مدني فرنسي في هذا الصدد على انه " : اذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لكل من العاقدين حق العدول عن العقد فإذا عدل من دفع العربون خسره واذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه". معنى هذا ان القانون الفرنسي رجح احدى دلالاتي العربون على الاخر، فأخذ بدلالة العدول وقد رأى الفقه والقضاء ان الحكم ولو انه ورد في شأن الوعد بالبيع، إلا انه ينطبق على عقد البيع ذاته، وأجاز البعض تعميمه على سائر العقود التي يصحب عقدها دفع عربون.<sup>2</sup>

ونجد ان الشراح في فرنسا يرون ان العربون يقصد به ثبوت خيار العدول إذا دفعه البائع لأنه يستحيل في هذه الحالة افتراض انه دفع العربون ليخضم من الثمن وكذلك اذا دفعه المشتري في بيع معلق على شرط واقف، او في بيع منقول لم يتم تسليمه بعد، او في حوالة الحق، خصوصا اذا كان مشروطا في العقد تأجيل دفع الثمن وليس هناك ما يمنع ان يكون الهدف من العربون الدلالة على ان العقد اصبح باتا اذا كانت قيمة العربون ضئيلة لا تتناسب والضرر الذي يصيب العاقدين من نقض العقد وانه يعتبر دفعه على الحساب تخضم فيما بعد من اصل الثمن اذا اداه المشتري في عقد بيع العقار، الا اذا اشترط في العقد تأجيل دفع الثمن او تحرير سند كتابي مثبت للبيع فيما بعد، فيجوز عندئذ افتراض عكس هذه الدلالة وهكذا نحد ان كلتا

<sup>1</sup> الغرر وأثره في العقود، مرجع سابق، ص 129.

<sup>2</sup> عقد البيع محمد حسن قاسم، ط 2، داتر الحلبي الحقوقية، ج 2، ص 125، ت ط 2003 م.

الدالتين قابلة لإثبات العكس فإما اتضح من ان المتعاقدين او من ظروف التعاقد ان الهدف من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالاته المفروضة وجب الوقوف عند قصد المتعاقدين.<sup>1</sup>

اما البيع بالعربون في القانون الإنجليزي، فهو المبلغ الذي يدفعه مقدما عند انشاء العقد كضمان على ان المشتري سيقبل السلعة ويدفع ثمنها ويكون هذا المبلغ في نفس الوقت جزءا من الثمن.<sup>2</sup>

فالعربون كما يقول (لورد ما كناجتن) . يخدم عرضين :احدهما ضمان ان المشتري جاد في الصفقة، وهذا هو الغرض الأساسي، وثانيهما انه يحتسب من ثمن الشراء اذا تم البيع وفي حالة عدم إتمام العقد، فإن استرداد المشتري للعربون يخضع عادة الى الاتفاق بينه وبين البائع، اما اذا لم يكن بينهما اتفاق، فإن المشتري يفقد العربون اذا لم يتم البيع بسبب من قبله، اما اذا لم يتم البيع بسبب من قبل البائع فإن المشتري يستطيع ان ينهي العقد ويسترد العربون.

فبيع العربون في القانون الإنجليزي يكون العقد معه باتا ،واذا عدل المشتري واراد البائع ان ينهي العقد فإن العربون يضيع على المشتري ولا يمنع هذا البائع من ان يطالب بتعويض زيادة على العربون اذا كانت الخسارة اكبر منه، كما ان للبائع الا يوافق على انتهاء العقد ويطلب المشتري بدفع الباقي من الثمن. واذا عدل البائع فللمشتري ان ينهي العقد ويسترد العربون كما له ان يتمسك بالعقد ويطلب بالتنفيذ.<sup>3</sup>

### المطلب الثالث: مقارنة بين حكم الفقه الإسلامي واحكام القوانين الوضعية:

يتبين مما تقدم ان جميع القوانين الوضعية تجيز بيع العربون في الصورة التي وردت في الفقه الإسلامي، اما الفقه الإسلامي فقد اختلف في جوازه من عدمه فقال الجمهور بمنعه وعدم جوازه، واجازه الامام احمد بن حنبل ،وتلك هي الصورة التي يتفق فيها المتعاقدان على ان

<sup>1</sup> احكام العربون ، مرجع سابق، ص46.

<sup>2</sup> الوسيط، لسنهوري، مرجع سابق، ج1، ص260.

<sup>3</sup> الغرر واثره في العقود مرجع سابق، ص130.

المشتري اذا عدل عن العقد فقد العربون ذلك ان القوانين كلها تنص على العمل أولاً بما يتفق عليه المتعاقدان .

اما كون دفع العربون . في حالة عجم الاتفاق . يدل على جواز العدول او على ان العقد اصبح باتا فلم يتعرض لها الفقهاء، لان بيع العربون الذي يعرفه الفقه الإسلامي هو ما اشترط فيه المتعاقدان ان المشتري يفقد العربون اذا عدل عن العقد، اما اذا لم يكن هناك هذا الشرط ولا عرف يقوم مقامه ، وحصل العقد ودفع المشتري للبائع مبلغا من المال فإن هذا لا يصدق عليه اسم بيع العربون في الفقه الإسلامي وانما يكون بيعا باتا ، دفع فيه جزء من الثمن ويجب فيه على المشتري تسليم باقي الثمن وعلى البائع تسليم السلعة .<sup>1</sup>

<sup>1</sup> الغرر واثره في العقود المرجع نفسه، ص 129.

**المبحث الثالث: العربون والشرط الجزائي**

**المطلب الأول : تعريف الشرط الجزائي ووظيفته**

**الفرع الأول تعريف الشرط الجزائي ووظيفته**

**الفرع الثاني : وظيفة الشرط الجزائي**

**المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية**

**المطلب الثالث : الفرق بين العربون والشرط الجزائي**

## المبحث الثالث: العربون والشرط الجزائي:

إن فهم طبيعة الشرط الجزائي تساعد لا محالة على حل كافة المشكلات التي تتور بشأنه على الصعيد العملي ، ونظرا لكونه قد ينظر إليه على أنه مختلط بالعربون لوجود تشابه ظاهري بينهما وبعد تعرضنا لمفهوم العربون سابقا، ارتأينا ضرورة الإحاطة بموضوع الشرط الجزائي حت يزول هذا الإشكال وتكون التفرقة بينهما على أساس سليم ، و عليه سوف نتطرق لتعريف الشرط الجزائي وبين وظيفته، ثم الفرق بينه وبين العربون، لنختم هذا المبحث بخلاصة حول الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية.

## المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي ووظيفته:

## الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي:

عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الشرط الجزائي بأنه "الاتفاق مقدما بين الدائن والمدين على مقدار التعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر عن تنفيذ الالتزام.<sup>1</sup> وقد أرجع تسميته بهذا السم باعتبار أنه يوضع كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وليس هناك ما يمنع أن يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد الأصلي أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يقدر على أساسه حتى يلتبس بغيره.<sup>2</sup> واختار الدكتور جمال الدين زكي تعريفا يقارب التعريف السابق وهو: "تقدير اتفاق للتعويض -بمعنى- مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما للتعويض الذي يستحق لأحدهما يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر، ويعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية، ويفترض توافر جميع عناصرها لأنه لا يعدو أن يكون استبدالاً بالتقدير القضائي للتعويض تقديرا اتفاقيا له، لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الوسيط، السنهوري مرجع سابق، ج2، ص851.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ج2، ص851.

<sup>3</sup> احكام الالتزامات، محمد جمال الدين زكي، ص 69، د ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2001.

وبالرغم من التعاريف المتعددة للشرط الجزائي إلا أنها تتفق في النهاية على أنه: "بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق، لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه، بحيث أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معيناً للمتعاقد الآخر، فهو في الحقيقة تقدير اتفائي للتعويض *la clause penale* <sup>1</sup>.

ومن الأمثلة على الشرط الجزائي في عقد المقاوله قد يتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين من المال إذا تأخر عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازة في المدة المحددة له، كذلك قد تتضمن لائحة المصنع شروطا جزائية تقضي بخضم مبالغ مالية معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلاء بالتزاماته المختلفة وهناك شرط جزائي من نوع آخر نجده في البيع بالتقسيط إذا تأخر المدين عن سداد قسط من الأقساط فإن جميع الأقساط تكون واجبة الدفع، فهذا الشرط الجزائي وإن لم يتمثل في دفع مبلغ معين يدفعه المدين إلا أن تعجيل الأقساط يعد بمثابة عقاب عن ضرر ارتكبه المدين والمتمثل في التأخير عن سداد الأقساط في موعدها المحدد.<sup>2</sup>

والشرط الجزائي لا يتقيد بشكل معين او وصف خاص، فالمتعاقدان لهما مطلق الحرية في تحديد صيغته، فيمكن ان ترد صيغة الشرط الجزائي في اتفاق مستقل، سواء كان الاتفاق المعاصر للاتفاق الأول او لاحقا له، وقد تضاربت الآراء حول الهدف من الشرط الجزائي، فالدكتور إبراهيم الدسوقي يرى انه يهدف بصفة اصلية الى تقدير التعويض المستحق الاحد طرفي العقد عن الاضرار التي تنتج عن مخالفة الطرف الاخر لالتزامه الذي اقترن به الشرط الجزائي، وتتحقق هذه الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي في الحالة التي يتناسب فيها المقدار الذي حدد به مع حقيقة الاضرار التي تترتب عن الاخلال بالالتزام الأصلي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القضائية، محمد شتا أبو سعد، ص 64، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ط ، 2001.

<sup>2</sup> احكام العربون بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 48.

<sup>3</sup> الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، ص3، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

اما فلاكوبولس فيرى ان المتعاقدان عندما يدرجان العقد الجزائي لا يهدفان الا أكثر من ضمان تنفيذ العقد، فهما في الحقيقة لم يقصدا وزن مقدار التعويض بالضرر، ذلك انهما لم يأخذا في الحسبان ومن حيث المبدأ مقدار الضرر الحقيقي، بل انصرفتا ارادتهما الى طمأننة المتعاقد الذي يخشى عدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه الى انه سيقوم بهذا التنفيذ في ظل الظروف التي تواجه العقد والوضع الاقتصادي للمتعاقدين.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة الى ان هذا الفهم يطرح سؤالا هاما وهو: ما مدى حرية القاضي في تكييف الشرط الجزائي

فالقاضي عندما يحدد ان امرا ما يعتبر شرطا جزائيا، فانه يسبغ هذا الوصف من تلقاء نفسه، بصرف النظر عن دفع أحد الطرفين بانه لم يرد ذكر ذلك الشرط صراحة في العقد، وبصرف النظر أيضا عن اتفاق المتعاقدين على امر ما يخالف ذاتية الشرط الجزائي ومعنى ذلك ان القاضي قد يستشف ان الامر المثار لا يشكل بندا جزائيا على الاطلاق، رغم اتفاق الطرفين على ان البند الوارد بالعقد هو شرط جزائي لان العبرة هي بحقيقة الامر لا بتصور المتعاقدين يتصور المتعاقدان أن بندا ما يعتبر شرطا جزائيا بينما تدل حقائق الأمر على أنه ليس كذلك، فالعبرة بما يراه القاضي .

وقد يتصور المتعاقدان غرامة محظورة على أنها شرط جزائي، وهنا يمكن للقاضي أن يتجاهل هذا التصور الخاطئ ويسبغ على البند وصف الغرامة المحظورة، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في حكم النقض الفرنسي الصادر في 1934/12/03.<sup>2</sup>

كما أن للقاضي كامل الحرية في معرفة ما إذا كان البند المتفق عليه يعتبر بندا قانونيا أم شرطا جزائيا أم شرط تعليق، والقاضي يستظهر ذلك من خلال تفسير إرادة المتعاقدين والوقوف على طبيعة مضمون الاتفاق، ولذا فإنه إذا لم ينص الطرفان على أن البند المتفق عليه هو بند

<sup>1</sup> التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 67.

جزائي، فإن القاضي يستطيع أن يسبغ على هذا البند الوصف القانوني الصائب دون تقييد بإرادة المتعاقدين، لذا فإنه قد يرى أن ما تم الاتفاق عليه هو مجرد عربون وليس شرطا جزائيا، بل قد يتفق المتعاقدان على أن البند المتفق عليه يتضمن فكرة العربون ويمكن للقاضي أن يعتبر هذا البند شرطا جزائيا وليس عربونا، وليس ذلك سوى إعمالا لحرية القضاة في تفسير إرادة المتعاقدين والبحث عن نيتهما المشتركة.<sup>1</sup> ويترتب على هذا التكييف نتيجتان مهمتان:

**الأولى :** أن المدين لا يلتزم بالشرط الجزائي إلا إذا أمكن الحكم عليه بالتعويض بأن كان عدم تنفيذه لالتزاماته منسوبا إليه، وتم إعداره بتنفيذه، وببإرأ منه تبعا لهذا إذا استحال عليه تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه، وإن كان الدائن لا يلتزم بإثبات الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، لأن العاقدين قد افترضا مقدما وقوعه، وقدرتا قيمته.

**الثانية :** أن الدائن لا يقتصر حقه على المطالب بتنفيذ الشرط الجزائي، بل يستطيع إذا شاء أن يطالب بتنفيذ الالتزام عينا، ولو جبرا على المدين، أ بفسخ العقد لعدم تنفيذ التزام ناشئ عنه، ولا يستطيع أن يتخلص من التنفيذ العيني بعرض مبلغ الجزاء على دائئه، ولكن لا يجوز للدائن أن يجمع بين المطالبة بتنفيذ الالتزام عينا وبين اقتضاء مبلغ الجزاء، إلا إذا كان الشرط الجزائي موضوعا لتعويض الضرر على الفسخ ذاته، إذ يترتب على الفسخ سقوط الشرط الجزائي مع العقد الذي يحتويه.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : وظيفة الشرط الجزائي:

يمكن القول أن الشرط الجزائي يؤدي وظيفة هامة ذات مظاهر متعددة منها :

أ. قطع دابر النزاع المحتمل حول مقدار التعويض: وهذا أمر متفق عليه، ويتسق مع نصوص القانون، ومع طبيعة الشرط الجزائي فهو تقدير اتفاقي على التعويض وليس صلحا، ويعتبر عن هذه الوظيفة بعض الفقهاء قولهم ”إنه قد يرى الطرفان ترك الأمر في تقدير التعويض للقاضي، فيضمان للعقد المنشئ للالتزام بنداء، يحددان فيه جزاء الإخلال به، فيتفقان مقدما على

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص68.

<sup>2</sup> مشكلات المسؤولية المدنية، جمال زكي، ج2، ص188، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ت.

مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، فيكون ذلك شرطا جزائيا متضمنا تعويضا اتفاقيا عن عدم التنفيذ، فيكون ذلك شرطا جزائيا عن التأخير وقد لا يدرج الشرط الجزائي في صلب العقد الأصلي بل يتضمنه اتفاق لاحق، وفي هذا تشير المادة 223 مدني مصري إلى أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق". ويجب التمييز في هذا الصدد بين الشرط الجزائي والصلح، فالاتفاق اللاحق لا يكون شرطا جزائيا إلا إذا تم مقدما أي قبل وقوع الإخلال الذي يقدر التعويض عنه، أما إذا اتفق الدائن والمدين بعد الإخلال بالإلتزام على مبلغ يدفعه المدين تعويضا للدائن حسما لما ثار بينهما من نزاع بشأن تقدير التعويض فلا يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا وإنما هو عقد صلح لا تطبق عليه الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي والتي نص عليها القانون في المواد 223 . 225 بل تسري عليه القواعد التي تضمنتها المواد 549 . 557 في الفصل الخاص بعقد الصلح.<sup>1</sup>

**ب . الضغط على المدين لتنفيذ التزاماته :** لا يبرم المتعاقدان العقد من حيث الأصل إلا لكي يلتزما بنصوصه ويقوما بتنفيذه، ولكن مرور الوقت قد يغير المواقف لذا جاء الشرط الجزائي ليقيد الحرية المطلقة للمدين في التنفيذ وعدم التنفيذ ومن ثم الضغط على المدين<sup>2</sup> ولو بصورة غير مباشرة، ذلك أنه إذا كان الإكراه الشخصي المباشر على التنفيذ أمرا ممنوعا، فإن الوسيلة الوحيدة لضمان التنفيذ هي الضغط على المدين بصورة غير مباشرة من خلال الشرط الجزائي لكي يفي بالتزاماته ولهذا يقال عادة إن وسيلة الإكراه غير المباشر الأكثر استعمالا من قبل المتعاقدين هي تضمين العقد شرطا جزائيا أي بندا يحدد الطرفان بموجبه وعلى نحو جازم مقدار التعويض الذي يتعين على المتعاقد أدائه عند عدم قيامه بالتنفيذ أو تأخره فيه، وعندئذ يتسم الشرط الجزائي ليس فقط بطابع التعويض وإنما أيضا بطابع الجزاء ولكن ذلك لا يكون بداهة إلا بعد صدور حكم قضائي .

<sup>1</sup> التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، مرجع سابق، ص70.

<sup>2</sup> إسماعيل غانم، الأحكام، ص117.

ج . تحديد التعويض الإتفاقي بطريقة شبه عادلة لأنها أقرب ما تكون للحقيقة: إن المتعاقدين هما أقدر الناس على معرفة وضعهما عند التعاقد وبعده، وهما اللذان يقدران مقدار التعويض العادل الذي يكفي لجبر الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وهذا ما يفسر كثرة اللجوء للبنود العقدية في عقود العمل والنقل والبيع والإيجار وتأجير المعدات، وعدالة التقدير دون إعادة النظر في كثير من الأحيان في مقدار التعويض المتفق عليه .

ففي عقد الوكالة مثلا يحول إدراج البند الجزائي في العقد أو في اتفاق لاحق دون إعادة النظر في أجور الوكيل من قبل القاضي في فرنسا، ولكن هذه العدالة قد تنهار عندما يحمل الاتفاق على التعويض أفكارا مخالفة للنظام العام كالربا أو تجاوز المألوف في التعويض، أو رفع المسؤولية تحت ستار الإتفاق، ففي فرنسا مثلا، يسمح البند الجزائي في عقد قرض النقود بتعيين الفوائد التأخيرية بمعدل يختلف عن المعدل القانوني المسموح به هناك على نحو يخالف نص المادة 1153 مدني فرنسي، ولذا يقال عادة إن المبالغة في البند الجزائي هي الشكل المألوف للربا في فرنسا وخاصة عندما يكون الدائن سيد العقد.<sup>1</sup>

ومن أجل هذا وقف القضاء الفرنسي قبل تعديل سنة 1975 م موقفا مخففا للأثار الظالمة للشرط الجزائي حيث ظلت المحاكم تعادي فكرة التطبيق التلقائي لمضمون الشروط الجزائية لا سيما إذا كان الشرط الجزائي مقرونا بشرط فاسخ بقوة القانون حيث تحدث تجاوزات كبيرة ضد قواعد العدالة التي من المفروض أن يساندها الشرط الجزائي فضلا عن تحقيقه إياها.<sup>2</sup>

د . جعل رقابة القاضي على تقدير التعويض رقابة هادئة ومحدودة: ولا شك أن البند الجزائي

عند من يؤيدونه يحول دون تحكم . Arbitraire

القاضي في تقدير مقدار التعويض ويجعل رقابته في هذا الصدد رقابة هادئة ومحدودة إلى حد ما، ولكن ذلك لا ينفي طلاقة رقابة القاضي على مدى شرعية البند الجزائي فيبطله إن كرس الغش أو خالف مبادئ النظام العام .

<sup>1</sup> التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 85.

## المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية .

تكلم فقهاء الشريعة على التعويض في مقابلة الضرر، وهو ما يسمى عندهم ” بالضمان ” وتعرف الشريعة شروط استحقاق التعويض الاتفاقي في قواعدها العامة كشرط لاستحقاق التعويض بوجه عام، وهي تفر هذا الاستحقاق، ومن باب أولى هذه الشروط طالما كانت لا تقضي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وهذه الشروط هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. ففيما يتعلق بركن الخطأ، فإن الخطأ في الشريعة ( أو العمد من باب أولى ) مفترض أساسي، لإمكان استحقاق التعويض، ويجب أن نلاحظ في هذا الصدد أن المتعاقد قد لا ينفذ التزامه أو يتأخر في التنفيذ في الموعد المتفق عليه، وعندئذ تتشغل مسؤوليته إذا توفرت باقي الشروط، لأنه ملزم بأن ينفذ الإلتزام في الوقت وبالكيفية المتفق عليها، وإلا كان ملزماً بالتعويض العادل المتفق عليه.<sup>1</sup>

والخطأ المقصود في هذا الصدد هو مجرد عدم تنفيذ الإلتزام الذي أنيط أداء التعويض الإلتفاقي بحدوثه أو التأخر في التنفيذ، وأساس ذلك يكمن في القرآن ذاته، وفي قوله تعالى يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود ( المائدة: 01 ). فالإلتفاق المبرم بين طرفين يجب ان يتم الوفاء به، وإلا كان عدم الوفاء على النحو المتفق عليه خطأ، لأنه إخلال بالالتزام واجب التنفيذ، فيتحمل المخطئ المسؤولية المتفق عليها، طالما كان الأمر في حدود المعقول والعدالة.<sup>2</sup>

والضمان هو نتيجة الخطأ وتوافر باقي الأركان، إنما يلاحظ أن الشريعة فيما يقرره فقهاؤها بصدد الحديث عن الإلتلافات مثلا لا تعرف ركني الخطأ : المادي والمعنوي، وإنما هي تنيط الضمان بتجاوز المعتاد، فمن تجاوزه كان ضامنا .

وفيما يتعلق بركن الضرر، فإن الضرر من حيث الأصل هو أساس الضمان في الفقه الإسلامي، فهو الأساس الذي يبني عليه التعويض، فإذا انتفى الضرر انتفى التعويض بداهة،

<sup>1</sup> التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، مرجع سابق، ص 206.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 207.

يقول الكمال بن الهمام<sup>1</sup> لابد أن يتوسط بين السبب وبين الحكم علة، فما لم تتحقق هذه العلة فإن الحكم لا يتحقق بمجرد السبب.<sup>1</sup>

ومعنى ذلك أن التعدي قد يوجد، ولكن لا يترتب عليه ضرر، وفي هذه الحالة فإنه لا يحكم على المتعدي بالضمان، لانتفاء موجهه ألا وهو الضرر، إنما يستوي بعد حدوث الضرر أن يكون الضرر معنوياً أو أدبياً، وعلى ذلك فلا بد أن يحدث عن عدم التنفيذ أو الأخر فيه ضرر يحل بالمتعاقد الآخر، حتى يستحق التعويض المتفق عليه، ولا يثير هذا الشرط كشرط الخطأ أي مشكلات على الصعيد العملي والعلمي.

وفيما يتعلق برابطة السببية فإنه إذا كان الفعل الخاطئ قد حدث من احد المتعاقدين في صورة عدم تنفيذ أو تأخر في التنفيذ، وحل بالطرف الآخر ضرر، فإنه يجب أن تقوم علاقة بين الفعل الخاطئ وبين النتيجة، فإذا انقطعت العلاقة فإنه لا مسؤولية شرعاً أي لا ضمان . وتتقطع رابطة السببية في الفقه الإسلامي بما يعرف بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو الآفة السماوية، فهذه الآفة قد تهلك الشيء ذاته فتقضي إلى عدم إمكان المتعاقد من تنفيذ التزامه، وقد تهلك بعضه فتقضي إلى التأخر في تسليمه إلى أن يتسنى إعادته إلى ما كان عليه، وقد بصر فقهاء الشريعة في هذا الصدد بما يقوم مقام الآفة السماوية<sup>2</sup> كفعل الشيء المبيع نفسه إن أمكن ذلك كحيوان يقتل نفسه، وكأكل حيوان مفترس كالذئب للشيء المبيع، وهكذا فهذا لا يمكن إعمال بنود البند الجزائي لانقطاع رابطة السببية بالقوة القاهرة .

وقد تنقطع الرابطة السببية بفعل المضرور أي الدائن، فلو ركب الدائن دابة فداست على المبيع فأهلكته أو أتلفته، لم يلزم المدين بأداء التعويض المتفق عليه، لاستحالة أو تعذر التسليم كلية أو في الميعاد، بسبب راجع إلى الدائن، وكما لو قام الدائن بنقل الشيء دون إذن المدين، فسقط عليه المطر وأتلفه، أو تسرب الماء إليه، أو عبثت الطيور به، فلا يلزم المدين بأداء

<sup>1</sup> فتح التقدير، الكمال بن الهمام، ج7، ص320، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ت.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص238، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982.

التعويض المتفق عليه، وإذا كان الدائن ملزماً باتخاذ إجراء كقطع الثمرة ولم يتم بذلك فتلف المبيع، فلا يلزم المدين بأداء التعويض المتفق عليه.<sup>1</sup> كذلك تنقطع رابطة السببية في الفقه الإسلامي بفعل الغير، أي غير المتعاقدين ممن لا يمثلهم المتعاقدان، فإذا هلك المبيع بفعل أجنبي، فلا يلزم المدين بأداء التعويض المتفق عليه فلو سقط حائط الجار على السلعة التي تعهد المدين بتسليمها في ميعاد معين، تحت طائلة الجزاء الإتفاقي، فأتلفها فلم يتمكن المدين من التنفيذ أو تأخر فيه، فإنه لا يلزم بأداء التعويض المتفق عليه.<sup>2</sup>

وعند التطرق إلى مذاهب الفقهاء في الشرط الجزائي لا نجد للمالكية إلا الشيخ الحطاب فإنه قال في كتابه الإلتزامات، بعد أن نقل ما ذكره ابن رشد عن ابن نافع في رجل باع سلعة من رجل وقال: إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك، ثم خاصمه فيها، أن الصدقة تلزمه، ومثل مسألة ابن نافع هذه ما يكتب في مستندات البيع: أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المبيع، أو خاصم، كان عليه للمشتري أو للفقراء كذا وكذا، فلا يحكم عليه بذلك على المشهور،<sup>3</sup> ويحكم به على قول نافع... ثم قال: أما إذا التزم المدعى عليه أنه إذا لم يف الدائن حقه في وقت كذا وكذا، فله عليه كذا، فهو لا يختلف في بطلانه لأنه صريح الربا، سواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة... وحكم بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الإلتزام. وما أظن ذلك إلا غفلة منهم. وأما إذا التزم أنه إن لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين فهذا محل الخلاف، فالمشهور أنه لا يقضي به، وقال ابن دينار يقضي به.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، مرجع سابق، ص 208.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 203.

<sup>3</sup> المراد بالمشهور عند المالكية - على المعتمد - الحكم الذي كثر القائلون به، أما الراجح فهو الحكم الذي قوى دليله، وإن لم يكن القائلون به.

<sup>4</sup> الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مقال للدكتور زكي الدين شعبان، مجلة الحقوق والشريعة، ص 143، السنة 1، العدد 2، 1977.

وقد قرر قبل ذلك أن الإلتزام في ذاته صحيح يجب الوفاء به ديانة، وأن الخلاف إنما هو في القضاء به فقط، فالمشهور في المذهب المالكي عدم القضاء به، وغير المشهور لزوم القضاء به. ومن هذا يؤخذ أن المالكية يصححون مثل هذا الإلتزام المسمى في القانون بالشرط الجزائي. وإن كانوا لا يطلقون عليه هذا الاسم. إلا إذا كان هذا الشرط مفضيا إلى الربا، وذلك بان يكون محل الإلتزام مبلغا من المال، والتزم المدين بأن يدفع للدائن مقدارا من المال إذا تأخر عن الوفاء به في الوقت المحدد للوفاء، وهو ما يسمى في القانون بفائدة التأخير، فإن هذا الإلتزام لا يكون صحيحا ولا يجوز العمل بموجبه، لأن هذه الفائدة تكون ربا، والشريعة الإسلامية لا تجيز الربا.

هذا هو حكم الشرط الجزائي في مذهب المالكية، كما نصوا عليه، ويوافق هذا الحكم ما نقل عن شريح القاضي، فقد روى البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاشتراط وما لا يجوز عن محمد بن سيرين أنه قال: قال رجل لكريه: أرحل ركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج. فقال شريح القاضي: من شرط نفسه طائعا غير مكره فهو عليه.<sup>1</sup>

أما على رأي الحنفية فإن الشرط الجزائي يعتبر شرطا صحيحا، يلزم العمل بمقتضاه إذا اشترط ذلك، لأن الحنفية وإن كان الأصل في الشروط التي تخالف مقتضى العقد ولا تلائمه إنما هو المنع والبطالان إلا إذا دل دليل معين على صحة الشرط وجوازه، لكنهم اعتبروا العرف من الأدلة التي تدل على جواز الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه، ولا ريب في جريان العرف بالشرط الجزائي الآن وشيوعه بين الناس في تصرفاتهم التي لا تستقيم إلا به.<sup>2</sup>

أما الحنابلة فإنهم يرون أن الشرط الجزائي يعتبر شرطا صحيحا، وإن لم يرد في المذهب نص صريح على حكمه، وذلك لأنهم أجازوا شرط العربون، بناء على الدليل الشرعي الذي دل على جوازه عندهم، وهو حديث نافع بن الحارث الذي اشترى لعمر بن الخطاب دار للسجن من

<sup>1</sup> سبق تخريجه.

<sup>2</sup> الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 139.

صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرضى فلصفوان أربعمائة درهم.<sup>1</sup>

فإن نافعا اشترى بشرط العربون ورفع الأمر إلى عمر ولم ينكر عليه شراؤه بهذا الشرط، فكان دليلا على جوازه، وعلى فرض أن نافعا لم يرفع إلى عمر هذا الشرط، وإنما رفع إليه البيع مجردا عنه. وإن كان هذا الفرض بعيدا. فإن إقدام نافع على اشتراط العربون، ورضى صفوان به، وعدم الإنكار عليهما من المجتهدين الموجودين في ذلك العصر على جواز شرط العربون وصحته.<sup>2</sup>

أما على رأي الشافعية فإن الأصل في الشروط التي تخالف مقتضى العقد ولا تلائمه إنما هو البطلان، إلا إذا دل دليل معين على جواز الشرط وصحته، فعندئذ يكون هذا الشرط صحيحا، فالشرط الجزائي يكون باطلا عندهم، لا يجوز اشتراطه وإذا اشترط في عقد من العقود لا يعمل بمقتضاه، وذلك لأن الشافعية قصروا الدليل على النص والإجماع والقياس، والشرط الجزائي لا يوجد فيه نص ولا إجماع ولا قياس يدل على جوازه، فلا يكون شرطا صحيحا عندهم، فلو اشترط في العقد كان اشتراطه باطلا فلا يجوز الوفاء به ولا العمل بمقتضاه.<sup>3</sup>

### المطلب الثالث: الفرق بين العربون والشرط الجزائي:

إذا كان من الواضح من نص المادة 103 مدني مصري أن دلالة العربون هو جواز العدول عن العقد حيث يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع عن العقد بعد إبرامه نظير دفع مبلغ العربون، فقد يشتبه العربون إذن بالشرط الجزائي، بل قد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد، لكن الفرق بين العربون والشرط الجزائي كبير، ويتجلى هذا في عرض هذه الفروق على ما يأتي:

<sup>1</sup> سبق تخريجه، وانظر: المجموع للنووي، مرجع سابق، ج9، ص335.

<sup>2</sup> الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص139.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص138.

**أولاً :** العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، فمن عدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون، فإذا كان المشتري مثلاً في عقد البيع هو الذي عدل عن التعاقد فإنه يفقد العربون الذي دفعه، وإذا كان البائع هو الذي عدل عن التعاقد فإنه يرد العربون الذي أخذه ومثله معه، بخلاف الشرط الجزائي، فهو تعويض عن ضرر قد وقع فعلاً، ويترتب على ذلك أن الإلتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر، أما الجزائي فإنه لا يستحق إلا إذا وقع ضرر فعلاً للدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي<sup>1</sup> وهذا ما نص عليه التقنين المدني المصري، حيث جاء في المادة 224 في الفقرة الأولى منها: لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>2</sup>.

**ثانياً :** لا يجوز تخفيض العربون سواء كان الضرر الذي لحق المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أم غير مناسب، فقد يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول يحتاج إلى مبلغ كبير لا يتناسب مع العربون، وقد يكون بسيطاً، أي أن مبلغ العربون أكثر من التعويض المستحق، ففي كل الحالات لا ينظر إلى الضرر الذي لحق أحد المتعاقدين من جراء العدول، بل قد لا يوجد ضرر أصلاً أصاب أحد المتعاقدين كما تقدم . أما الشرط الجزائي فينبغي . كما سبق القول . أن يكون هناك ضرر أصاب أحد المتعاقدين، وبالتالي يجوز تخفيض التعويض حتى يتناسب مع الضرر، بل يجوز للقاضي ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر، وينبغي كما تقول المذكرة الإيضاحية الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الإنتقاص منها، أو تقديراً إتفاقياً للتعويض، يجوز انتقاصه لا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الوسيط، السنهوري، ج1، ص263، وج2، ص864، وج4، ص92.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ج2، ص857.

<sup>3</sup> جمال خليل النشار، أحكام العربون، ص52.

وتتص المادة 224 في فقرتها الثانية على أنه ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه فإن ادعى المدين أن الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، فإنه يقع عليه إثبات تلك المبالغة الكبيرة، لأن الأصل في الشرط الجزائي أنه متناسب مع الضرر كما توقعه المتعاقدان، فلا ينال منه القاضي إلا إذا أثبت المدين أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، ومتى أثبت المدين ذلك فلا يتحتم على القاضي أن يخفض التعويض الذي تضمنه الشرط إلى درجة متساوية للضرر، بل له أن يسخو بالتعويض لمصلحة الدائن بعد أن يقدر التعويض المستحق على نحو ما فات الدائن من كسب، وما لحقه من خسارة.<sup>1</sup>

**ثالثاً:** لا يجوز للدائن في حالة دفع العربون أن يطالب بالتنفيذ العيني بأن يتمسك بتنفيذ العقد، بخلاف الدائن في حالة وجود شرط جزائي، حيث يجوز له أن يطالب بالتنفيذ العيني، ولا يطالب بتطبيق الشرط الجزائي.<sup>2</sup>

**رابعاً:** يختلف العربون عن الشرط الجزائي من ناحية التكييف القانوني لكل منهما، فالعربون يمكن تكيفه بأنه البديل في التزام بدلي . كما سيأتي . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالإلتزام الوارد في العقد، ودائماً بالحق الذي يقابل الإلتزام، ولكن تبرأ ذمته من الإلتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون، وعلى هذا نصت المادة 278 في فقرتها الأولى من التقنين المدني المصري على أنه يكون الإلتزام بدلياً إذا لم يشتمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر.<sup>3</sup>

ففي البيع مع العربون مثلاً، يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع، وله إذا أراد أن يعدل عن هذا الإلتزام الأصلي والمتمثل في أخذ المبيع في مقابل دفعه للثمن إلى محل بدلي، وهو دفع مبلغ العربون في غير مقابل، ومعنى ذلك أن العدول في حالة دفع

<sup>1</sup> أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج1، ص605.

<sup>2</sup> جمال خليل النشار، مرجع السابق، ص52.

<sup>3</sup> أنور طلبية، مرجع سابق، ج1، ص732.

العربون لا يكون عن العقد في جملته، بل عن الإلتزام الأصلي والحق المقابل له، والعربون بدل مستحق بالعقد، فعندما يدفعه المشتري مثلا، إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه، وهو البديل لا العدول عنه في جملته.<sup>1</sup>

أما الشرط الجزائي فتكليفه القانوني بأنه ليس التزاما تخييريا، ولا التزاما بديليا، وإنما هو التزام تابع لالتزام أصلي، فالالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي هو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الإلتزام، فقد يلتزم المدين بنقل ملكية شيء أو القيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يعد تعويضا يلتزم به المدين إذا أخل بالتزامه، ومن ثم لا يكون المدين حرا في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ الإلتزام الأصلي إذا طلب منه الدائن ذلك، فهو ليس مخيرا كما هو الحال في العربون.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 863.

<sup>2</sup> السنهوري، مرجع نفسه، ج 1، ص 264، 865، ج 4، ص 92.

المبحث الرابع: التكييف القانوني للعربون

المطلب الأول: التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط وافق

المطلب الثاني: التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ

المطلب الثالث: التعاقد بالعربون بدل في الالتزام بدلي

المطلب الرابع: التعاقد يتضمن اتفاقين متميزين

المطلب الخامس: التعاقد بالعربون تحفظ إداري

## المبحث الرابع : التكييف القانوني للعربون:

من خلال ما سبق اتضح لنا أن الأصل في العربون دلالاته على العدول، فإذا عدل من دفع العربون ففقدته، وإذا عدل من قبضه رده ومثله معه، ولا يعد تعويضاً، بل التزاماً من المدين ولولم يترتب عن العدول ضرر، ومن الممكن أن يكون عربون العدول صورة من صور الخيارات في الفقه الإسلامي وخاصة خيار الشرط، وعلى هذا فخيار الشرط وخيار العدول مسميان لشيء واحد هو حق الفسخ، وبالتالي هما تحفظ إرادي يسعى المتعاقد إلى إحرازه بقصد التروي وكسب الوقت، وكل ما يميز بينهما هو المقابل، فالفسخ بمقتضى خيار الشرط ليس له مقابل واضح، أما حق الفسخ بمقتضى خيار العدول المستفاد من دفع العربون فهو العربون أو العربون ومثله .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد التكييف القانوني للعربون، فمنهم من جعله عقداً معلقاً على شرط واقف، ومنهم من جعله عقداً معلقاً على شرط فاسخ، ومنهم من كلفه على أنه بدل في التزام بدلي، ومنهم من يرى أنه تعاقد يتضمن اتفاقين متميزين، وهناك فريق يرى أنه تحفظ إرادي.

وتبعاً لهذا الاختلاف فإننا سنبين في هذا المبحث الاتجاهات التي ذهب إليها الفقهاء في تكييف العربون، والانتقادات الموجهة لكل اتجاه.

## المطلب الأول: التعاقد بالعربون معلق على شرط واقف:

الشرط الواقف Condition Suspensiué هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الإلتزام، وعلى تخلفه تخلف الإلتزام،<sup>1</sup> ومعناه أنه لا يعدل أحد المتعاقدين عن العقد خلال مدة معينة، وهذا التكييف هو الذي يتفق وما تذهب إليه إرادة المتعاقدين، إذ أن خيار العدول يدل على أن رضى المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً، وبالتالي توقف جميع الآثار التي ينتجها العقد إلى أن

<sup>1</sup> السنهوري، الوسيط، ج3، ص27.

يسقط خيار العدول، وبسقوط هذا الخيار بعدم استعماله يتحقق الشرط الواقف، وبالتالي تتحقق كافة الآثار بأثر رجعي.

وعندما نطبق هذا الكلام على البيع مثلا، فإننا نقول: البيع بالعربون بيع معلق على شرط واقف، وهو عدم عدول أحد الطرفين عن العقد في المدة المحددة للشرط، فإذا انتهت المدة المحددة والتي كان يجوز فيها لكل من المتعاقدين ان يعدل عن البيع دون أن يتم هذا العدول، فإن البيع ينعقد منذ إبرامه، لا من وقت تحقق الشرط، وبالتالي يحسب العربون من أصل الثمن المتفق عليه.<sup>1</sup>

أما إذا تخلف الشرط الواقف وعدل أحد المتعاقدين عن التعاقد، فإن العقد لا ينتج أي أثر من آثاره، ويلتزم من عدل برد العربون، فإن كان الذي عدل هو المشتري فقد ما دفعه من عربون، وإذا كان البائع هو الذي عدل رد العربون ومثله معه، بمعنى أن العقد لا ينتج أي أثر من آثاره إلى أن يتحدد مصير الشرط على نحو ما سبق .

وهكذا نجد أن أثر الشرط الواقف كما نصت عليه المادة 268 مدني مصري هو إذا تحقق الشرط الواقف نفذ الإلتزام المعلق عليه والذي كان قبل تحقق الشرط موقوفا، فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه إجبارا أو اختيارا، وله ان يستعمل دعوى البوليصه تمهيدا لهذا التنفيذ، ويكون لتحقق الشرط أثر رجعي من وقت إبرام العقد لا من وقت تحقق الشرط.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني : التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ

الشرط الفاسخ Condition Résolutoire هو الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الإلتزام، فالإلتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الإلتزام واعتبر كأن لم يكن أما إذا تخلف فقد أصبح الإلتزام باثا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص58.

<sup>2</sup> أنور طلبية، مرجع سابق، ج1، ص718.

<sup>3</sup> أنور طلبية، مرجع سابق، ص712.

فلو طبقنا هذا التكليف على البيع بالعربون مثلاً، فإن البيع ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده، وتنتقل الملكية إلى المشتري ويجب عليه دفع الثمن، وعليه تقع تبعه الهلاك فإذا عدل أحد المتعاقدين عن البيع تحقق الشرط الفاسخ، وبالتالي زال كل أثر للعقد، فإذا كان الذي عدل هو البائع رد العربون ومثله معه، وإذا كان المشتري هو الذي عدل فإنه يفقد العربون الذي دفعه، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ ولم يحدث عدول من أحد الطرفين في المدة المحددة فإن البيع يتأيد نهائياً ويحسب ما دفع جزءاً من الثمن ويخصم من إجمالي ثمن الشيء المبيع.<sup>1</sup>

وهكذا نجد أن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف، فإن الشرط في الواقع من الأمر واقف في جميع الأحوال، يقف وجود الإلتزام أو زواله عليه، ففي الحالة الأولى يسمى بالشرط الواقف، وفي الحالة الثانية يسمى بالشرط الفاسخ، وتحديد ما إذا كان الشرط واقفاً أم فاسخاً يرجع في النهاية إلى نية المتعاقدين، ويستخلص قاضي الموضوع هذه النية من الظروف والملابسات، فإن تبين له أن المتعاقدين قد اتجهت نيتها إلى أن يكون الشرط واقفاً، أو إلى أن يكون فاسخاً حكم بمقتضى ذلك.<sup>2</sup>

ويؤخذ على ما ذهب إليه أنصار الرأيين السابقين، أنه متى تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فإنه يترتب على ذلك زوال العقد بجميع آثاره بأثر رجعي، فلا يبقى ثمة أي سند قانوني للإلتزام من رجوع عن العقد بأن يدفع من ماله إلى العاقد الآخر ما يوازي مقدار العربون، فإذا كان العقد قد زال بأثر رجعي فكيف يمكن مع هذا القول بأن من عدل عن العقد يلتزم برد ضعف العربون إذا كان هو الذي قبضه، وإلزام من قدم العربون بتركه كله إذا كان هو الذي عدل.<sup>3</sup>

### المطلب الثالث : التعاقد بالعربون بدل في الإلتزام البدلي .

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 60.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 30.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ج 4، ص 91 هامش 1.

ومقتضى هذا التكليف، أن التعاقد بالعربون عقد ينشئ التزاما بدليا في ذمة كل من الطرفين، فالعربون هو مقابل الرجوع في البيع، أي بدل عن هذا الرجوع، ففي عقد البيع مثلا نجد أن كل من طرفيه ملتزما أصلا بالإلتزامات التي تنشأ عادة عن البيع البات، ولكن يجوز لكل منهما أن يستبدل بهذه الإلتزامات دفع ما يوازي قيمة العربون، فإذا نفذ كل منهما التزامه الأصلي، حسب العربون من أصل الثمن وانتهى الأمر، أما إذا استعمل البائع حقه في أن يستبدل التزامه بنقل الملكية وما يقابله من أخذ الثمن من المشتري بالإلتزام بقيمة العربون، وجب عليه ان يرد العربون الذي أخذه من المشتري ومثله معه، أما إذا كان المشتري هو الذي استعمل حقه في أن يستبدل التزامه بدفع الثمن وما يقابل هذا الإلتزام من حقه في ملكية الشيء المبيع بالإلتزام بقيمة العربون، فإنه يتحلل من التزامه بالثمن ويجب عليه أن يترك العربون الذي دفعه.<sup>1</sup>

ونجد في هذا نص المادة 278 مدني مصري والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه :

يكون الإلتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر".<sup>2</sup>

وطبقا لهذا إذا كان العربون مقترنا بوعده بالبيع أو بالشراء ملزما لجانب واحد فهذا هو الإلتزام البدلي المحض، حيث إن الواعد وهو الذي دفع العربون يلتزم بإبرام العقد النهائي إذا ظهرت رغبة الطرف الآخر في إبرام العقد، وللواعد بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البدل.<sup>3</sup>

والإلتزام البدلي هو الإلتزام غير متعدد المحل، بل له محل واحد، ولكن المدين يستطيع أن يؤدي شيئا آخر بدلا منه فينهي بذلك التزامه، ومثاله التزام شخص لآخر بإعطائه دارا، واحتفظ لنفسه بالحق في أن يعطيه إذا شاء أرضا بدلا من الدار، أو أن يقترض شخص آخر مبلغا من المال ويتفق معه إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض عند حلول أجل الدين أن يعطيه بدلا منه سيارة معينة، فالدار والنقود في المثالين السابقين هما الأصل، والأرض والسيارة هما البديل، ويجب أن

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 63.

<sup>2</sup> أنور طلبية، مرجع سابق، ج 1، ص 732.

<sup>3</sup> السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 264، هامش 1، انظر: ج 4، ص 91.

يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام وإلا كان الإلتزام باطلا، أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل وإلا سقط هو وبقي الإلتزام بمحله الأصلي قائما، ولكن يصبح التزاما بسيطا ذا محل واحد دون بديل، ومن ذلك يتضح أن البديل ليس محلا للإلتزام، فليس هو الشيء الذي يمكن للدائن أن يطالب به، ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء.<sup>1</sup>

واعترض البعض في تكليف العربون بأنه البديل في التزام بدلي، بأن الإلتزام البدلي يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين أحدهما أصلي، والثاني يجوز للمدين أن يفى به بدلا من المحل الأصلي، وليس الأمر كذلك في البيع بالعربون، لأن الإلتزامات التي ينشئها البيع البات في ذمة البائع متعددة، ولكل منهما محله الخاص، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر يختلف عنه، وهو التزامه بدفع العربون، فلا يستقيم القول باعتبار ذلك التزاما بدليا.

وقد رد على هذا الإعتراض بأنه لا يوجد في نصوص القانون ما يدل على عكس ذلك، وعليه فلا مانع من أن يكون محل الإلتزام الأصلي في الإلتزام البدلي محالا متعددة بينما يكون البديل محلا واحدا.<sup>2</sup>

#### المطلب الرابع: التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين، أولهما الإتفاق على التعاقد مقترنا بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازي قيمة العربون، ويعتبر هذا الإتفاق الأخير باتا أيا كانت طبيعة الشرط المقترن به العقد، فإذا استعمل أي من

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، مرجع سابق، ص 64.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 91، هامش 1.

المتعاقدين حقه في العدول تحلل من التعاقد ووجب عليه دفع ما يوازي قيمة العربون وإلا فلا يجب عليه.<sup>1</sup>

ومعنى هذا أن التعاقد يتضمن الإتفاق على التعاقد مقترنا بشرط فاسخ أو واقف، والإتفاق على إنشاء التزام بدفع ما يوازي قيمة العربون مقترنا بشرط عكس الأول، أي شرطا واقفا إن كان الأول فاسخا، وشرطا فاسخا إن كان الأول واقفا، فإن كان الشرط فاسخا للتعاقد فإنه إن تحقق انعدم التعاقد وبالتالي تحقق الشرط الواقف للإلتزام بالعربون وأصبح العربون واجبا في ذمة من عدل، وإن تخلف الشرط الفاسخ تحقق التعاقد، واعتبر ذلك تخلفا للشرط الواقف للإلتزام بالعربون، وانعدام هذا الأثر الأخير حيث يعتبر العربون جزءا من الثمن.

أما إذا كان الشرط واقفا للتعاقد، فإن تحقق نفذ التعاقد بأثر رجعي، أي من لحظة التعاقد لا من لحظة تحقق الشرط، وتحقق في الوقت نفسه تخلف الشرط الفاسخ للإلتزام بالعربون، فأصبح هذا الإلتزام لا وجود له، واعتبر كأن لم يكن، أما إن تخلف الشرط الواقف انعدم التعاقد وأصبح كأن لم يكن، وفي الوقت نفسه تخلف الشرط الفاسخ للإلتزام بالعربون، وأصبح هذا الإلتزام مستحق الأداء نهائيا في ذمة من عدل عن التعاقد.<sup>2</sup>

ولكن يعترض على هذا بأنه وإن كان هذا التكليف يستقيم في حالة اعتبار العدول شرطا فاسخا للتعاقد إلا أنه لا يستقيم في حالة اعتبار عدم العدول شرطا واقفا للتعاقد، لأن الإلتزام بالعربون يعد حينئذ مقررا في ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول، ويقتضي ذلك أنه يجوز لكل من الطرفين منذ إبرام العقد أن يطالب الآخر بقيمة العربون على أن يرده إذا تحقق عدم العدول وهو أمر غير مستساغ بالإضافة إلى أنه مخالف لقصد المتعاقدين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، ص 66.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 67.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 67.

## المطلب الخامس : التعاقد بالعربون تحفظ إرادي

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عبارة عن عقد مقترن بتحفظ إرادي، وهو ليس أمراً عارضاً، بل هو مسألة أساسية في العقد ومن مستلزماتها، وتعطي لصاحب الشأن حقاً إرادياً عبارة عن حقه في العدول عن التعاقد، وبالتالي لن توجد صعوبة في تعيين مصدر الإلتزام بدفع العربون، فالمصدر هو نص المادة 103 من القانون المدني المصري والمواد المقابلة له في باقي القوانين.

وبالتالي فأي من المتعاقدين يمكنه أن يستبقي لنفسه تحفظاً يمنحه الحق في إصدار إرادة مضادة مستقبلاً ينهي بها التعاقد، فهو يملك مرحلة وسطى بين مرحلتين الإيجابية بالموافقة أو بالرفض، فيمكنه وهو يوافق أن يتحفظ على قوله في أن ينهي التعاقد بإرادة مستقبلية مضادة.<sup>1</sup> ويعترض أنصار هذا الرأي على فكرة الشرط الإرادي المحض، إذ أنه كأمر عارض غير محقق الوقوع لا يمكن أن يكون محض مشيئة أو تصرفاً قانونياً، حيث إن الشرط لا يتجسم في الإرادة ذاتها، فلا يوجد فرق في الجوهر بين شرط واقف يتعلق بمحض إرادة المدين أو الدائن، طالما لا قوام للإلتزام العقدي ما لم تتوافر هذه الإرادة أو المشيئة حيث يستوي أن تكون هي إرادة المدين أو الدائن.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جمال خليل النشار، ص 68.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 68.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد استعراض موضوع التعاقد بالعربون سواء في البيع أو غيره على النحو السابق ذكره، يمكن أن نستخلص جملة من النتائج هي في الحقيقة استخلاص مما سبق عرضه في هذا البحث:

1- يعتبر التعاقد بالعربون في عصرنا الحاضر أساسا لارتباط في التعامل التجاري، الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار.

2- التعاقد بالعربون يعطي الفرصة لكل من طرفي العقد في إتمام العقد أو عدم إتمامه، ولكن نظرا لأن الشيء محل التعاقد يظل مرهونا لحين انتهاء المدّة المتفق عليها، فإنّ من يعدل عن التعاقد يخسر العربون، وما يدفعه الخاسر لمقدار العربون نتيجة العدول لا يعد حراما وفقا لما سبق ذكره، فإذا كان البائع هو الذي عدل فإنّه يلتزم برد العربون ومثله معه لأنّه ربما يكون فوّت على المشتري فرصا كثيرة، وإذا كان المشتري هو الذي عدل فإنّه يخسر العربون الذي دفعه، لأنّه أيضا ربّما فوّت على البائع فرصا كثيرة لبيع سلعته، وخسارة العربون تعني أنّ من عدل عن التعاقد قدّر أن مصلحته في العدول حتّى ولو خسر مقدار العربون، لأنّه وضع في اعتباره أنّه لو أقدم على التعاقد وتمّت الصفقة فسيخسر أكثر.

3- الشريعة الإسلامية ليست مقصورة على مذهب من المذاهب، فإذا كان الجمهور قد أبطل التعاقد المصحوب بالعربون فإنّ الإمام أحمد قد أجازّه، وقد رجحنا ما ذهب إليه الإمام أحمد استنادا إلى ما سبق ذكره من الأسباب والعلل مما يدلنا على سعة أفق الشريعة الإسلامية، فما غاب في مذهب وجدناه في المذهب الآخر، مما يدل قطعا على أنّها شريعة سامية صالحة للتطبيق في كلّ زمان ومكان وبالتالي فإنّ ما انتهينا إليه من جواز التعاقد بالعربون شرعا يتماشى مع ما ذهب إليه المقتنّ المصري والعراقي وغيرهما عندما نصّوا على صحّة التعاقد بالعربون في المواد السابقة الذّكر.

4- إن عدم تناول المشرّع الجزائري للتعاقد بالعربون دون أن نعلم سببا لذلك، رغم الأهمية البالغة له، يجعلنا ندعو إلى تقنين هذا الموضوع كما نص على مواضيع أخرى لا تقل أهميّة

عنه، كما أنّ عرض هذا الموضوع وإظهارنا للجوانب الإيجابية فيه يحثه أكثر -أي المشرع الجزائري- على وضعه في الإطار القانوني وبالتالي الحد من اتّساع رقعة النزاع فيه.

5- التّكييف القانوني لعقد العربون وإن وردت فيه عدّة آراء إلا أنّها لا تدل على الاختلاف المطلق وإنّما هو اختلاف نظري، لأنّ التّكييف القانوني له لا بد أن يرتكز على عدّة جوانب وخاصة العرف السائد وآراء القضاء فيه، وعلى هذا فقد يكيّف العربون في قانون بلد تكييفاً يختلف عن تكييفه في قانون بلد آخر للاعتبارات السالفة الذكر.

## قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً : كتب التفسير

- 1 . ابن كثير : عماد الدين أبي الفدا اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس، بيروت، لبنان، د ط، د ت،
- 2 . الآلوسي، شهاب الدين السيد محمود البغدادي، روح المعاني، دار الفكر، بيروت، د ط 1983.
- 3 . الرازي، محمد فخر الدين بن ضياء الدين عمر، مفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، د ت، د ط.
- 4 . القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن . د د . د ط . د ت .
- 5 . محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، بيروت . ط 2 . 1973 .

ثانياً: كتب الحديث

1. ابن أبي حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن إدريس بن المنذر الرازي، كتاب الجرح والتعديل، د د . ط 1 . 1952.
- 2 . بن أنس، مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري القرشي، الموطأ، رواية أبو مصعب الزهري المدني، مؤسسة الرسالة، بيروت . ط 2 . 1993.
- 3 . ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني، المسند، مكتبة التراث الإسلامي . د ط . 1994.
- 4 . ابن سعد، محمد ابن منيع الهاشمي البصري، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان , ط 1 . 1990 ,
- 5 . ابن ماجة، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان . د ط . د ت .
- 6 . البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر بيروت . لبنان . د ط . د ت .
- 7 . السهار تقوري، خليل أحمد، بذل المجهود في حل أبي داود، دار اللواء، الرياض . د ط . د ت .

8 . العسقلاني، ابن حجر شهاب الدين بن علي الكناني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة . د. ط. د. ت.

### ثالثا المعاجم والقواميس

1 . ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان. ط1. 1996.

2 . الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، د. ط. د. ت.

3 . جرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت. لبنان. ط1. 1998.

4 . مجموعة مؤلفين، إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي ومحمد خلف .

### رابعا: الكتب الفقهية القديمة

1 . ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، القاهرة، ط1. 1993.

2. ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة. د. ط. د. ت.

3. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر بيروت. لبنان. د. ط. د. ت.

4 . ابن جزري، أبي القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دار العربية للكتاب، د. ط. 1988.

5 . ابن رشد، محمد بن الوليد، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان. ط10. 1988 .

6 . ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد، الاستنكارالجامع لمذاهب فقهاء الامصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والأثار...، دار الوغى، القاهرة، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت. ط1. 1993 .

7 . ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، مطبعة فضالة، المغرب. د. ط. 1990 .

8 . ابنا قدامة، موفق الدين وشمس الدين، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، د. ط. د. ت.

- 9 . الدردير، سيدي أحمد أبي البركات، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ط. دت.
- 10 . الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، د.ط. د.ت.
- 11 . الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، مكتبة كليات الأزهرية، د.ط. د.ت.
- 12 . الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت. لبنان. ط.2. 1982 .
- 13 . المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط.2. 1982 .
- 14 . النووي، أبو زكرياء محي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، القاهرة. د.ط. د.ت .

#### خامسا : الكتب الفقهية الحديثة

- 1 . السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق. د.ط. د.ت.
- 2 . الضرير، محمد الأمين، العزr وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، إدارة التطوير والبحوث، جدة. ط.2. 1995 .
- 3 . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط.2. 1989 .

#### سادسا : الكتب القانونية

- 1 . إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط. 2001.
- 2 . إسماعيل غانم، أحكام الإلتزامات، دار الفكر، بيروت. لبنان . د.ط. د.ت .
- 3 . أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية د.ط. د.ت.
- 4 . جمال خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط. 2001 .

- 5 . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة .  
د. ط. د. ت.
- 6 . محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، د. ط .  
1996 .
- 7 . محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني، دار النهضة  
العربية، د. ط . د. ت.
- 8 . محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعي  
الجديدة للنشر، الاسكندرية، د. ط. 2001
- 9 . محمد جمال الدين زكي، أحكام الإلتزامات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، د. ط  
2001 .
- 10 . محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر،  
الاسكندرية، د. ط. 2001 .

سابعاً: المجلات

- . مجلة الحقوق والشريعة، اصدار دولة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول والثاني. 1977 .

تم بحمد الله