العربون في التشريع المغربي

شكيب صبار

باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية واجتماعية واقتصادية بسلا جامعة محمد الخامس -الرباط

Scanné avec CamScanner

العربون في التشريع المدني المغربي

شكيب صبار
باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص
- كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بسلا- جامعة محمد الخامس - الرباط.

تقديم

يعتبر العربون من أهم الوسائل القانونية التي يلتجئ إليها المتعاقدون لتوثيق عقودهم والتزاماتهم التي حصل الاتفاق بشأنها. فهو يراد به مبلغ من المال أو شيء من الأشياء يدفع لضمان تنفيذ عقد أو وعد ، وهو بذلك يهدف إلى حماية حقوق المتعاقدين باعتباره أداة رادعة للطرف المخل بالعقد . إذ أن المشتري أو المكتري -مثلا - بتقديمه للعربون يضمن تنفيذ التزامه بالشراء أو الكراء ، وليس له أن يتراجع عن إتمام البيع أو الكراء ، فالعربون يلزمه.

وتجدر الإشارة إلى أن مختلف العقود التي تعتمد على دفع العربون غالبا ما تكون من صنف العقود الابتدائية التي يتم بها التمهيد لتكوين عقود نهائية ، وهذا يزيد من تأكيد أن العربون يعتبر من أهم الوسائل التي يتم بها ضمان تنفيذ العقود النهائية.[203]

والعربون في اللغة ما يعطى وما يقدم ، يقال له العربون والعربون والعربان والأعربون بفتح أولهما وكسره والأربان ، وفي الذخيرة للقرافي العربون لغة أول الشيء.[204]

وفي الاصطلاح نقل الزرقاني ماذكره ابن الأثير أن " (العربون)سمي بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع أي إصلاحا وإزالة الفساد لئلا يملكه غيره باشترائه".[205]

---

[203] يقول الفقيه السنهوري "أكثر ما يقع الاتفاق على العربون في البيع الابتدائي، فيبرم المتعاقدان بيعا ابتدائيا ويحددان ميعادا لإبرام البيع النهائي ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع، فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد خسر العربون الذي دفعه للبائع وسقط البيع الابتدائي. وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم فيخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله".

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، طبعة 1964، ص.86، فقرة 44

[204] عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الجزء الثالث، ص.250.

[205] عبد الباقي الزرقاني، مرجع سابق، ص.250.

Scanné avec CamScanner

وشبيه بهذا التعريف الاصطلاحي ما ذهب إليه المشرع المغربي في تعريفه للعربون من خلال الفصل 288 من قانون الالتزامات والعقود الذي ورد فيه ما يلي:

" العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده".[206]

فمن خلال هذا التعريف نخلص إلى ما يلي:

- العربون هو رمزي: ذلك أنه غالبا وحسب المتعارف عليه هو مجرد تقديم رمزي لمبلغ نقدي يقدمه أحد المتعاقدين.
- العربون هو تأكيد لتعاقد واعتبار لأن العقد صار لا رجوع فيه، ذلك أن المشتري أو المكتري مثلا بتقديمه للعربون يضمن تنفيذ التزامه بالشراء أو الكراء، وليس له أن يتراجع عن إتمام البيع أو الكراء.
- العربون يحفظ للمتعاقد حق العدول عن الاتفاق غير أن الضرر يجبر، ومعنى هذا أن دفع العربون لا يمنع المتعاقد من التراجع عن التعاقد. فالعربون مجرد إعراب لعقد ما، وهذا لا ضرر فيه للطرف الأخر الذي له الحق في الاحتفاظ بالعربون ولا يلزم برده إلا بعد أن تقضي له المحكمة بالتعويض.[207]

غير أن المقتضيات السابقة لم تكن محل إجماع بين فقهاء الشريعة الإسلامية من جهة وفقهاء القانون الوضعي من جهة ثانية. وهو ما نرى لزاما أن نعالجه من خلال مطلبين كالتالي

---

[206] "وفي الشريعة البابلية نجد أقدم النصوص على استعمال النقد لضمان تنفيذ عقد عمل وعقد الزواج . فقد نصت شريعة اشنونا مدينة بابلية من مدن ما بين النهرين . التي وضعت في منتصف الألف الثانية قبل الميلاد على أن الأجير الذي يقبض من صاحب الأرض جانبا من أجرته ليقوم بحصد محصوله ثم ينكل عن العمل، يلتزم بأن يرد إلى مستأجره عشرة أمثال ما قبض وأن يعيد إليه ما كان أعطاه من شعير وزيت وملابس. كذلك نصت شريعة حمورابي (1795-1750 ق.م.) على أن الخاطب إذا عدل عن الزواج يفقد .ما كان دفعه إلى والد مخطوبته من مال كان يسمى باللغة السومرية (تيرحاتو) ويسمى باللغة السامية (موهار) أي مهرا.

أما إذا كان العادل هو والد المخطوبة فعليه أن يرد إلى الخاطب ضعف ما قبض منه".

عبد السلام الترمانيني، في مقالة له عن أحكام العربون في الشريعة والقانون في مجلة الحقوق والشريعة، السنة الأولى، العدد الأول، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 1984، ص.50.

[207] عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، 2001، ص.241.

جاء في الفصل 290 من ق.ل.ع. على أنه: "إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ، بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به، ولا يلزم برده، إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة، إن اقتضى الأمر ذلك."

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول:العربون في ضوء الشريعة الإسلامية.

لقد عرف الفقهاء المسلمون اختلافا في الرأي حول مسألة العربون، وبالرجوع إلى هذه الآراء الفقهية الإسلامية التي تناولت موضوع العربون، فإننا نلاحظ أنها كانت تتراوح بين جواز التعامل بالعربون ومنعه.

وواضح أن أساس الاختلاف يرجع إلى قوله تعالى :"وأحل الله البيع وحرم الربا".[208]

إذ أن هذه الآية هي واردة على وجه العموم في كل أنواع البيع، إلا ما خرج بدليل صريح من الكتاب أو السنة.

وما تشمله الحرمة يرجع إلى الشروط التي تحل حراما أو تحرم حلالا ، ويأتي الشرط الربوي كجامع لها ، ولذلك خصته الآية بالذكر.

وبما أن الشروط في المعاملات لها أهمية لا تخفى ، إذ بها يتحقق غرض العاقد ويتحدد المقصود، وعندها تنقطع الخصومات والمنازعات ، وخاصة إذا ما تعلقت تلك الشروط بالتعويض عن الضرر المحتمل الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه ، فإن من تلك الشروط ما قد لا يتحقق معه القصد من التعويض دون الوقوع في الحرام ومن أبرزها ذلك الشرط المتعلق بالعربون ، فقد اشتبه أمره على الناس وعلى العلماء ، فمن هؤلاء من حرم التعامل به (أولا) ومنهم من أجاز التعامل به (ثانيا).

أولا . الفقهاء الذين حرموا التعامل بالعربون:

هم جماهير العلم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم، فمن قولهم ومن أكل المال بالباطل بيع العربان، فهو لا يجوز ولا يصلح.

فأساس هذا المنع أو النهي فيرده الجمهور أنه من باب القمار والغرر والمخاطرة وأكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل بالإجماع، وسندهم في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاحتفاظ بالعربون. ففي الموطأ عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بعي العربان، قال مالك "وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من

[208] سورة البقرة، من الآية 279.

Scanné avec CamScanner

ثمن السلعة أو من كراء الدابة وإن تركت السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء".[209]

قال خليل فيما يمنع من البيع "وكبيع العربان أن يعطيه شيئا على أنه إن كره المبيع لم يعد إليه". وذكر ابن رشد من أن بيع العربون يسري عليه ما يسري على البيوع الفاسدة من أحكام، فجمهور علماء الأمصار يذهبون إلى القول بأنه "غير ...جائز وصورته أن يشتري الرجل شيئا فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة، وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به، وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض...".[210]

ثانيا . الفقهاء الذين أجازوا التعامل بالعربون:

قال الإمام أحمد بن حنبل بأنه لا بأس ببيع العربون لأن عمر فعله وأجاز هذا البيع، فبيع العربون حسب هذا المذهب صحيح، وعليه أكثر الأصحاب، ونص عليه وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في المحرر والتلخيص والشرح والفروع والمستوعب وغيرهم.[211]

وهذا الموقف هو الذي ذهب إليه قوم من التابعين منهم مجاهد وابن سيرين ونافع وزيد بن أسلم، فقد جاء في المغني بأن: "المرتهن إذا قال للراهن إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك، فلا يصح البيع إلا بيع العربون، وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما، ويقول إن أخذته وإلا فالدرهم لك. فقال أحمد يصح لأن عمر فعله.

والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع درهما أو أكثر على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فهو لبائع...[212]

واستدل الإمام أحمد بن حنبل بما روي عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دارا للسجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر كان البيع نافذا وإن لم

---

[209] الموطأ، كتاب البيوع، ما جاء في بيع العربان، الجزء الثاني، ص.609.

[210] ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص.142.

[211] سمر فايز إسماعيل، العربون في العقود، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، 2011، ص.110 و111.

[212] ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، الجزء الرابع، ص.58 وما يليها.

Scanné avec CamScanner

يرض فلصفوان أربعمائة درهم، وعندما رفع الأمر إلى عمر لم ينكر عليه شراءه بالعربون.[213]

المطلب الثاني:العربون في القوانين الوضعية.

اختلفت التشريعات المقارنة حول العربون وما ينطوي عليه من دلالة وما يترتب عليه من مقتضيات (أولا) وقد تأثر المشرع المغربي – عندنا- بهذا الاختلاف عند تنظيمه للعربون (ثانيا) ولعل من أهم الإشكالات التي دعت إلى هذا الاختلاف ما ينشأ عن مفهوم العربون من خلط بينه وبين بعض المفاهيم المشابهة له ، وخاصة مفهوم الشرط الجزائي(ثالثا) .

أولا- العربون في القانون المقارن.

اختلفت القوانين الوضعية في نظرها إلى دلالة العربون، فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول بحيث يكون غرض المتعاقدين من ذلك حفظ الحق لكل منهما في العدول عن التعاقد مقابل فقد العربون من طرف من أعطاه أو رده مضاعفا إذا حصل العدول ممن تسلمه.

أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت أي تأكيد العقد عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون، وأي عدول عن تنفيذ العقد إلا ويستوجب المطالبة بالتعويض الذي تقدره المحكمة على أساس حجم الضرر جراء العدول عن إتمام العقد.[214]

وعلى ضوء هذين الاتجاهين فإن مواقف التشريعات المعاصرة لم تستقر على رأي، فهناك من اعتبره أداة عدول كالقانون المدني الفرنسي، حيث نصت في المادة 1950 على ما يلي: ""إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون كان لكل من العاقدين حق العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون خسره وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه".[215] وكذا القانون المدني المصري الجديد،[216] بما في ذلك باقي التشريعات العربية

---

[213] سمر فايز إسماعيل، العربون في العقود، مرجع سابق، ص.114-115.

[214] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص.259-260، الفقرة 140.

[215] Article 1950: "Sil la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants et maître de s'en départir celui qui les a donnés en les perdants et celui qui les reçues en restituant le double".

Scanné avec CamScanner

التي تم اقتباسها من القانون المدني المصري كالقانون المدني السوري والليبي والجزائري والكويتي.[217]

وفي مقابل هذا الاتجاه هناك اتجاه آخر تأثر بالمفهوم الجرماني للعربون، حيث يعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من ثمن العقد يتعين على من دفعه إتمام ما تبقى من الثمن المتفق عليه. ويأتي القانون المدني الألماني على رأس التشريعات التي تأثرت بهذا الاتجاه الذي يعتبر العربون دلالة على تأكيد العقد، بحيث لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يعدل عن هذا العقد، وعندئذ يعتبر العربون تنفيذا جزئيا للعقد، فإذا فسخ العقد طبقت القواعد العامة، وليس من اللازم في هذه الحالة أن يكون التعويض الذي يحكم به مساويا للعربون، وإنما يرتبط التعويض بقدر الضرر.[218]

ثانيا . أحكام العربون في التشريع المدني المغربي:

لقد خص المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود العربون ثلاثة فصول أوردها ضمن الوسائل التي تضمن تنفيذ الالتزام بوجه عام، وهي كالتالي:

. **الفصل 288:** " العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده".

. **الفصل 289:** "إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. مثلا إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكتري خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري، ونفذ العقد وجب رده."

---

[216] جاء في المادة 103 من القانون المدني المصري الجديد: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولولم يترتب على العدول أي ضرر".

[217] انظر المادة 104 من القانون المدني السوري.

. انظر المادة 103 من القانون المدني الليبي.

. انظر المادة 107 من القانون المدني أردني الذي جاء فيه: أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لأكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

. المادة 74 من القانون المدني الكويتي.

[218] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار البيضاء الجامعية، 1988، ص.162.

Scanné avec CamScanner

. **الفصل 290:** "إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ، بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به، ولا يلزم برده، إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة، إن اقتضى الأمر ذلك."

من خلال هذه الفصول نخلص بأن العربون في قانون الالتزامات والعقود المغربي يحمل دلالتين: إما أن يكون تأكيدا للعقد ولا عدول عنه، وإما أن يكون دلالة على حفظ الحق في العدول عن العقد مقابل تعويض الطرف الأخر عند الاقتضاء.

وهكذا جاء في قرار صادر عن محكمة النقض "إذا كان المبلغ المدفوع مسبقا من طرف المشتري هو المعبر عنه قانونا بالعربون في الفصلين 288 و289 فإن دلالته وإعطائه حكمه القانوني، هل هو جزء من الثمن فينعقد به البيع باتا أم أنه مجرد عربون مصحوب بخيار العدول عندما يكون منوطا بنية المتعاقدين وهي مسألة موضوعية يستقل قضاة الموضوع باستخلاصها من وقائع الدعوى وبنود العقود."[219]

للعربون أحكام في قانون الالتزامات والعقود، بحيث يجب أن نفرق في هذه الأحكام بين الصورة التي يتم فيها التعهد والصورة التي لا يتم فيها.

ففي الصورة الأولى، يخصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه، ففي حالة البيع مثلا يخصم مبلغ العربون من الثمن، ويلتزم المشتري بأداء ما بقي.

إذ ينص الفصل 289 من ق.ل.ع على أنه إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه، مثلا إذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري فالعربون يعتبر جزءا من ثمن المبيع أو من أجرة الكراء.

وفي الصورة الثانية، يجب التمييز أيضا بين عدم إتمام الالتزام بالتراضي بين الطرفين وعدم إتمامه بسبب استحالة التنفيذ أو بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، ففي حالة التراضي لا خلاف في رد العربون بنص الفقرة الأخيرة من الفصل 289 من ق.ل.ع.

[219] قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 95/03/14 تحت عدد 931 في الملف رقم 88/4453، مشار إليه لدى عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1420/1999، ص.242.

Scanné avec CamScanner

وفي حالة استحالة التنفيذ، فإن كانت على الذي قبض العربون وجب عليه رده مع تعويض الطرف الذي دفعه عند الاقتضاء، ما لم ترجع الاستحالة إلى القوة القاهرة وإلا فلا تعويض.

وأما لو كانت الاستحالة على الذي دفع العربون فإن الذي قبضه يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد أن تقضي له المحكمة به عند الاقتضاء.

وهذه الأحكام تشكل القاعدة العامة في العربون، والذي يقضي باسترداده عند عدم إتمام الالتزام أو التعهد، وذلك حتى لا يكون من باب أكل الأموال بالباطل. والتعويض الذي قد تحكم به المحكمة لا علاقة له بالعربون وإنما بقاعدة أخرى عامة في حقل المسؤولية التقصيرية "قاعدة الضرر يجبر" ويبقى دور المحكمة مهما في تحديد ما مدى وقوع الضرر، وقد تستعين بخبير في ذلك، فإذا ثبت الضرر حكمت بالتعويض وإلا فلا.[220]

وفي هذا الاتجاه صدر حكم للمحكمة الابتدائية بتازة جاء فيه ما يلي: "مسبق الثمن هو جزء من الثمن وليس عربونا، لأن هذا الأخير لا تطبق أحكامه إلا عندما يكون المبلغ المؤدى غايته ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي".[221]

ثالثا . اختلاط مفهوم العربون بمفهوم الشرط الجزائي:

إذا كان هناك تشابه بين العربون والشرط الجزائي من حيث الأثر القانوني، إذ أن كليهما لا يظهر إلا عند عدم تنفيذ العقد، غير أنهما يشكلان مؤسستين مختلفتين في عدة أمور جوهرية، وأيضا فإن وجه الالتباس بين العربون والشرط الجزائي يتأتى في حالة ما إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد بعد إبرامه، حيث إنه قد يحمل العربون على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد.[222]

---

[220] عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص.242-243.

. عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، توزيع مكتبة دار الأمان، الرباط، الطبعة الثانية، 2009/1430، ص.84 وما بعدها.

[221] حكم صادر عن ابتدائية تازة بتاريخ 05/11/7 تحت عدد 615 في الملف عدد 04/189 منشور بمجلة العرائض عدد 2، ص.178 وما يليها.

[222] سمر فايز إسماعيل، العربون في العقود، مرجع سابق، ص.60.

Scanné avec CamScanner

غير أنه قبل الإقبال على المقارنة ما بين العربون والشرط الجزائي فإنه ارتأينا أن نقف على مفهوم الشرط الجزائي ثم نخلص إلى إبراز نقاط الاختلاف بينه وبين العربون.

1 . تعريف الشرط الجزائي:

قد يتفق الدائن والمدين على مبلغ من المال يدفعه هذا الأخير كتعويض، جزاء عن عدم تنفيذ الالتزام أو عن تأخره في التنفيذ، سواء تم الاتفاق على ذلك في العقد الأصلي أو في عقد لاحق،[223] فيسمى ذلك المبلغ بالشرط الجزائي لأنه يوضع كشرط جزائي على عدم التنفيذ عموما، أو على التأخر في التنفيذ على وجه الخصوص.

فالشرط الجزائي هو إحدى الوسائل التي أوجدتها الإرادة بغية تعزيز وعود المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، والتثبت بالنتيجة من التنفيذ بصورة أكثر نجاعة من التهديد البسيط الناجم عن التعيين القضائي للتعويض،[224] إن أمر تقدير الخسارة التي تلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته وما فاته من كسب، ليس بالأمر الهين بالنسبة للقضاء، لأن هذا التقدير يحتاج أحيانا إلى معارف تقنية خاصة لا يمكن أن يقوم بها القضاء، بالإضافة إلى التعقيد الذي يزداد من جراء معاينات الخبراء وكثرة البحوث، ناهيك عن البطء وزيادة النفقات.[225] هكذا يمكن تعريف الشرط الجزائي، بأنه اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي أو لمجرد التأخر في تنفيذه.[226]

ونظرا لأهميته وكثرة استعماله في الحياة العملية، فهو معترف به بنص صريح في جل التشريعات تقريبا.[227]

---

[223] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص.851.

[224] Maruani, la clause pénale, thèse, Paris, 1963, P.76-77.

[225] Gabriel Khoury, la clause pénale dans les obligations en droit français et Egypte, thèse, Paris, 1939, P.10.

[226] أحمد واكري، الشرط الجزائي من خلال القضائي المغربي والمقارن، مجلة الإشعاع، العدد 10، السنة 5، يناير 1994، ص.77.

[227] القانون المدني المصري (المواد من 215 إلى 233)، القانون المدني السوري (المواد من 216 إلى 234)، القانون الجزائري (المواد من 176 إلى 187)، القانون المدني الكويتي (المواد من 293 إلى 306)، قانون الموجبات والعقود اللبناني (المواد من 252 إلى 267)، القانون المدني اليمني الجديد (المواد من 354 إلى 364) القانون المدني الفرنسي (المواد من 1226 إلى 1233 وكذا المادة 1152).

Scanné avec CamScanner

2 . الشرط الجزائي في التشريع المغربي:

صدر قانون الالتزامات والعقود في 12 غشت 1913 خاليا من النصوص التي تنظم الشرط، غير أن القضاء وجد ضالته في الفصل 230 من ق.ل.ع لإضفاء الشرعية على الشرط الجزائي منذ عهد الحماية، فبعد أن ميز بينه وبين القرض وبينه وبين العربون، أكد صراحة على وجوب تنفيذ هذا الشرط، أي الحكم بصحة الشرط الجزائي على أساس الفصل 230 من ق.ل.ع، وبخصوص مسألة تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي، فقد سلك الاجتهاد القضائي اتجاها كلاسيكيا، مفاده أنه لا يجوز تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقصان احتراما لمبدأ القوة الملزمة للعقد والمقرر في الفصل 230 من ق.ل.ع، غير أن التشريع المغربي عرف في السنوات الأخيرة إصلاحا للقانون شمل مجموعة من التشريعات، ومن ضمنها التعديل الذي مس الفصل 264 من ق.ل.ع بموجب قانون 27.95 والذي دخل حيز التنفيذ بمقتضى ظهير 11 غشت 1995،[228] بحيث وضع حدا لاختلاف الاجتهاد القضائي بخصوص سلطة القاضي في تعديله، وذلك عن طريق إقرار سلطة القاضي في التخفيض أو الزيادة في مبلغه، هكذا أصبح الفصل 264 من ق.ل.ع بعد التعديل على الشكل التالي: "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه.

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة

ويلاحظ أن بعض التشريعات كالتشريع المصري والسوري والعراقي والليبي تعبر عن هذا الاشتراط بالتعويض الاتفاقي في شأنها في ذلك شأن المشرع المغربي، بخلاف القانونين الفرنسي واللبناني اللذين يطلقان عليه الشرط أو البند الجزائي.

.للمزيد من التفصيل حول الشرط الجزائي انظر:

. عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 5، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الأولى، 2003.

[228] القانون رقم 27.95 المتم بموجبه قانون الالتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 10 ربيع الثاني 1416 (6 شتنبر 1995) ص.2443.

Scanné avec CamScanner

النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.
يقع باطلا كل شرط لا يخالف ذلك."

3. مقارنة بين العربون والشرط الجزائي:

بالرغم من أن الشرط الجزائي يستهدف حالة عدم تنفيذ العقد شأنه في ذلك شأن العربون، فإن كل منهما يتميز بدوره الخاص به.

ففي حين يهدف الشرط الجزائي إلى ضمان تنفيذ الالتزام، بحيث هو شرط يدون في العقد ليكون جزاء الإخلال بتنفيذه، نجد العربون وعلى العكس من ذلك يسمح للأطراف بعدم التنفيذ، وبالتالي فالعربون يكون لصالح المدين في حين الشرط الجزائي يكون لصالح الدائن الذي يحتفظ بحقه في التنفيذ الجبري للالتزام.

كما أن العربون يدفع عند إبرام العقد وذلك بدون أن يعرف ما إذا كان سيكون هناك عدولا أم لا، في حين أن المبلغ الوارد في الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا لم ينفذ العقد.[229]

بناء عليه، نستطيع القول بأن العربون يختلف عن الشرط الجزائي في الوجوه الآتية:

1. الشرط الجزائي لا يستحق إلا بعد الإخلال بالالتزام العقدي، في حين أن العربون يدفع مقدما وقت التعاقد.
2. العربون قد يقصد به تأكيد انعقاد العقد، حيث يعتبر في هذه الحالة بمثابة تسبيق من المقابل (كالثمن مثلا)، وليس تعويضا عن النكول، حيث يبقى للدائن الحق في المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة، في حين أن الشرط الجزائي، غايته هو التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي.
3. من أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون حتى ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر، أما الشرط الجزائي، فهو تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن عن الضرر نتيجة إخلال المدين بالتزامه.

[229] عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص.16-17.

Scanné avec CamScanner

4. العربون مقابل لحق العدول عن العقد، فهو ليس تعويضا عن المسؤولية العقدية، يؤخذ بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، وبالتالي فعلى من قبضه أن يحتفظ به، ولا يلزم برده، إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى الأمر ذلك (الفصل 290 من ق.ل.ع)، بخلاف الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي بالتعويض في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه.
5. العربون هو مقابل الحق في العدول، فإن مناط استحقاقه هو مجرد العدول دون النظر فيما إذا ترتب على هذا العدول ضررا أم لا.

بينما مناط استحقاق الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإن لم يكن هناك ضرر فلا يستحق الدائن شيئا.

إن تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي إلى فسخ العقد، بل يبقى المتعاقد الذي أخل بالتنفيذ ملزما باستكمال تنفيذه وفقا للقواعد التي تحكم تنفيذ العقد.

أما العدول في العربون فإنه يؤدي إلى فسخ العقد، ولا يحكم على العادل بتعويض زائد إلا إذا كان متعسفا في استعمال حق العدول، لأن تعويض العدول محدد بالقانون لا يجوز تخفيضه، أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه إذا كان مبالغا فيه أو الزيادة في مبلغه إذا كان زهيدا.

إن اعتماد العربون من قبل المتعاقدين جائز سواء كان العقد مسمى أو غير مسمى، وأن دفع العربون يحصل عادة عند البيع أو الوعد بالبيع، كما قد يحصل في أي عقد آخر كالإيجار، وكما ذكر سابقا فإن العربون هو عبارة عن مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين عند إبرام العقد للآخر، والعربون ليس حديث العهد في الشرائع والتعامل بل يرجع إلى العصور القديمة.

وبما أن مؤسسة العربون قد تنازعتها مدرستان فقهيتان غربيتان الأولى ذات أصل لاتيني والثاني ذات أصل جرماني.

فالمدرسة الفقهية الأولى، تفترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إمكان العدول عن العقد مقابل خسارة العربون، وهذا الافتراض كان أساسا للنظرية التي اعتمدتها الشرائع ذات النزعة اللاتينية كالقانون الفرنسي (المادة 1550).

والمدرسة الفقهية الثانية، تفترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى التعاقد بوجه نهائي وأن العربون هو عبارة عن تنفيذ جزئي للعقد، فيكون المبلغ المدفوع جزءا

Scanné avec CamScanner

من الثمن أو الأجرة، وهذا الافتراض كان أساسا للنظرية التي اعتمدتها الشرائع ذات النزعة الجرمانية كالقانون الألماني (المادة 336) والقانون السويسري (المادة 158).

وخلافا لجل التشريعات العربية التي تأثرت بالاتجاه اللاتيني في العربون فإن المشرع المغربي قد تأثر بمبادئ النظرية الجرمانية التي تعتبر العربون جزءا من الثمن أو الأجرة المدفوعة، وبالتالي لا يحق لأي من الأطراف أن يتراجع بصورة انفرادية عن إتمام العقد.

وبالتالي خول المشرع المغربي للمحكمة في إطار سلطتها التقديرية أن تحدد التعويض الذي تراه مناسبا لإنصاف الطرف المضرور من جراء العدول عن إتمام العقد (الفصل 290 من ق.ل.ع). وإن كان هذا الموقف الذي سلكه المشرع المغربي يعد عادلا من الناحية القانونية، إلا أن ترك مسألة تحديد التعويض الناشئ عن الإخلال بالالتزام المسبوق بالعربون للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع قد تختلف من قاض لآخر ومن محكمة لأخرى، وهذا يعين أن قيمة التعويضات في القضايا المشابهة ستختلف لعدم وجود ضابط أو معيار موحد.[230]

وهذا الأمر قد تفادته التشريعات التي تبنت المنظور اللاتيني للعربون، بحيث إن جزاء الإخلال بالتنفيذ هو فقده لحجم العربون الذي دفعه قل أو كثر، وهو بذلك يقترب من مفهوم الشرط الجزائي الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على تحديد مبلغ نقدي لتعويض الطرف المضرور في حالات الإخلال بالالتزام.

[230] للإشارة فالعدول عن تنفيذ العقد قد لا يكون من قبل الطرف الذي قدم العربون، بل يمكن أن يصدر العدول عن التنفيذ من الطرف الذي قبض العربون، وجزاء ذلك في التشريعات التي أخذت بالمذهب اللاتيني هو رد قيمة العربون مضاعفا للطرف الذي دفعه، أما التشريعات التي أخذت بالمذهب الجرماني فإن الاحتكام سيكون حتما للتعويض الذي تحكم به المحكمة في إطار سلكتها التقديرية.

. عبد القادر العرعاري، مجلة الإحياء، مرجع سابق، ص.122.

Scanné avec CamScanner

خاتمة:

ظهر لنا من خلال دراسة النظريتين الغربيتين حول دلالة العربون أن آراء الفقهاء المغاربة اختلفت حول أي النظريتين أجدر بالتأييد، إذ نجد من الفقه من أيد المنظور اللاتيني للعربون باعتبار أن الغاية من العربون هي ضمان الأولوية وسد الطريق أمام كل راغب في التعاقد على نفس المعقود عليه، وبالتالي فخسارة العربون تعد خير جزاء للمتخلف عن إتمام العقد. وعليه فإن المتعاقد الآخر بأخذه للعربون يكون ذلك له بمثابة تعويض عن التماطل وما لحقه من ضرر جراء تفويت فرصة التعاقد التي تسبب فيها دافع العربون بعدوله وتراجعه عن إتمام العقد.[231]

ونجد من الفقه المغربي من أيد المنظور الجرماني وبرر من أجل ذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في أخذه بالقاعدة العامة في العربون التي تقضي باسترداده عند عدم إتمام البيع، حتى لا يكون من باب أكل أموال الناس بالباطل، وبالتالي فالمحكمة هي الحد الفاصل بين الطرفين في مدى ونوع الضرر.[232]

وليس لنا إلا أن نؤيد هذا الموقف الأخير، بحيث إن العربون يدفع لتأكيد البيع، وقد تقع ظروف للمتعاقد الذي دفع العربون في هذه الفترة ما بين دفع العربون لتأكيد البيع وحلول أجل تنفيذ البيع النهائي، وبالتالي قد يعجز المتعاقد عن إتمام البيع، فالقول في هذه الحالة بفقدان العربون المدفوع قد يكون بمثابة ظلم وأكل المال بالباطل، لهذا يتعين تدخل القضاء وفق سلطته التقديرية لتحديد التعويض المستحق من العربون المدفوع أخذا بعين الاعتبار حجم الضرر ومراعاة لظروف المتعاقد الذي دفع العربون أو أخذه.

---

[231] عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص.88.

[232] عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيه بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص.234.

Scanné avec CamScanner