

التعاقد بالعربون في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة

Contracting with a deposit in Iraqi civil law, a comparative study

محمد عبد الاله موسى شبر* ، مروان عضيد عزت².¹ وزارة النفط ، شركة توزيع المنتجات النفطية ، هيئة توزيع بغداد (العراق).² كلية الحكمة الجامعة ، قسم القانون (العراق).

تاريخ النشر 16-09-2024	تاريخ القبول : 16-05-2024	تاريخ الارسال: 12-05-2024
------------------------	---------------------------	---------------------------

ملخص: إن بيع العربون يعد وسيلة من وسائل التوثيق للحقوق في المعاملات المالية خاصة المعاصرة منها . و نظرا لتطور أساليب التجارة و التوسع الكبير في العقود فأصبح للوقت أهمية في التعامل بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين. فمعظم هذه العقود اشتملت على العربون ، فجد الفقهاء قديما وحديثا اختلفوا حوله .فاشتبه على الإنسان في التعامل به ، هل يلحق بالبيع المحرمة شرعا و قانونا أم بالعقود المباحة ، لأن الشريعة تدعو الإنسان إلى التقيد بمبدأ الحلال و الحرام في تجارته فلما كثرت الأسئلة حوله أيلحق بالعقود المشروعة أم بالبيع المنهي عنها .فأردت أن أبين من خلال هذا البحث رأي الشريعة فيه . فهو يعتبر سببا و حافزا لإتمام العقد في وقته و دافعا للمتعامل للوفاء بشروط العقد، فبينت في هذا البحث آراء الفقهاء و أدلتهم و مناقشتها مع الترجيح . كما بينت حكم العربون في المعاملات التجارية المعاصرة خاصة في عقد الصرف الذي يجهل كثير من الناس أحكامه.

الكلمات المفتاحية: العربون؛ العدول؛ البيع؛ المعاملات التجارية؛ العدول.

Abstract:

Selling a deposit is one of the means of documenting rights in contemporary private financial transactions. Due to the development of trade and the expansion of contracts, it has become increasingly important in dealing between people, whether natural or legal. Most of these contracts included a deposit, and we find that ancient and modern jurisprudence differed over it. So a person has doubts about dealing with it. Is it related to sales that are forbidden by law and law, or to permissible contracts, because legal legitimacy advises a person to adhere to the principle of what is permissible and what is forbidden in trade, so when the questions about it increased. Is there a right in contracts that are legitimate or in sales that are prohibited? I wanted to clarify through this research a legal opinion on it It is considered a reason and incentive to complete the contract on time and a motivation for the customer to fulfill the terms of the contract. In this research, the opinions of the jurists and their evidence were presented and discussed with weight. It also explained the ruling on the deposit in contemporary commercial transactions, especially in the exchange contract, the provisions of which many people are ignorant of.

Keywords: deposit; Adol; sale; commercial transactions ; Return.

مقدمة

العربون مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين للآخر عند ابرام العقد وذلك للدلالة اما على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه، واما على ان لكل منهما حق العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون. واكثر ما يحصل ذلك في عقد البيع وعقد الإيجار والعبارة في معرفة دلالة العربون بحقيقة ما اتجهت اليه ارادة العاقدين عند دفعة وعلى المحكمة ان تستخلص النية الحقيقية للعاقدين في هذا الشأن من ظروف التعاقد اذا لم تكن هذه النية واضحة في شروط العقد ولم تتفق القوانين في الدلالة التي تخلعها على العربون فبعضها يذهب الى ان العربون يفيد الاحتفاظ بالحق في العدول عن العقد وهذه هي القوانين اللاتينية القديمة .

أهمية البحث :

العربون هو المال الذي يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عند إبرام العقد ، للدلالة على بتات العقد ضماناً لتنفيذه أو للدلالة على حق المتعاقد للعدول عن العقد مقابل خسارته العربون إذا كان هو الدافع أو رد مثله فضلاً عن قيمة العربون الذي يقبضه إذا كان هو القابض ، ومن الممكن أن يرد العربون في جميع أنواع عقود المعاوضة . وللعربون أهمية كبيرة في الواقع العملي ، حيث اتسع التعامل اليومي في عصرنا هذا نتيجة تطور العلاقات الاقتصادية في ظل وسائل التقدم العلمي الحديث الذي تمتاز بالسرعة ، لذا فكان على المتعاقد أن يسعى لتحقيق ربح محتمل ، وان يتحرز من الخسارة المحتملة الوقوع فيتعاقد بالعربون

مشكلة البحث:

ومما دفعنا إلى اختيار موضوع البحث المسائل الآتية : الخلط بين دلالاتي العربون من جهة ، وبين العربون وما يشابهه من أوضاع من جهة أخرى. اختلاف الفقه القانوني في تكييف العربون . بيان موقف الفقه الإسلامي في العربون من حيث مدى جوازه من عدمه اختلاف القانون المدني العراقي في دلالة العربون عن القوانين المدنية الأخرى.

منهجية البحث :

اتخذت من القوانين : المصري والأردني والفرنسي موقفاً للمقارنة مع القانون المدني العراقي ، فضلاً عن موقف الفقه والقضاء العراقي . وبعد هذه الكلمة الموجزة عن العربون سيتم دراسته في المباحث الثلاثة الآتية : المبحث الأول : التعريف بالعربون . المبحث الثاني : تمييز العربون عما يشابهه من أوضاع . المبحث الثالث : التكييف القانوني للعربون . ثم الخاتمة والمصادر.

المبحث الاول

العربون في القانون المدني العراقي

العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد أما بقصد التأكيد على أن العقد الذي ابرماه قد أصبح بان لا يجوز الرجوع عنه أو بقصد المحافظة على حق العدول عن التعاقد لكل منهما. والتقنيات المدنية تتراوح بين الاتجاهين المذكورين أعلاه. فالتقنيات الجرمانية كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري

والتركي تأخذ بالاتجاه الأول بينما تأخذ التقنيات اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الإيطالي الاتجاه الثاني، على ان كلا الاتجاهين قابل لإثبات العكس.

المطلب الاول

تعريف العربون والغرض من دفعه

في التشريع العراقي هو أن دفع العربون يفيد أن المتبايعين قد عقدا بيعاً نهائياً لا يجوز الرجوع عنه وإن العربون يعتبر جزءاً من الثمن يجب خصمه من الثمن عند تنفيذ العقد.

على أن هذا الأصل يجوز الاتفاق على جعل العربون كجزاء للعدول عن التعاقد (92م مدني عراقي). أما التشريع المدني المصري فإنه يتبنى اتجاه القوانين اللاتينية. (103م مصري)(1).

القانون المدني العراقي فقد نص في المادة (92) منه على انه (1- يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2- فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضة رده مضاعفاً).

الفرع الاول

التكيف القانوني للمبيع بشرط العربون

اختلف الفقه والقضاء في تكيف البيع بشرط العربون. فالبعض يذهب إلى أن البيع بشرط العربون عبارة عن عقد معلق على شرط واقف هو عدم عدول أحد المتعاقدين عنه. فغذا تحقق الشرط بأن مضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد المتعاقدين عن البيع أنتج العقد اثاره بأثر رجعي. أما إذا تخلف الشرط بأن عدل أحد المتعاقدين عن التعاقد، فإن العقد يزول في هذه الحالة ولا ينتج أي اثر سوى ان من عدل عن البيع يفقد قيمة العربون في مقابل عدوله. ويعتبره آخرون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ فالعقد يقوم نتجاً لكافة آثاره .

وبناء على ذلك يعتبر الاصل في القانون المدني العراقي ان دفع العربون عند ابرام العقد يعتبر دليلاً على ان العقد قد اصبح نهائياً لا يجوز الرجوع فيه فلكل من العاقدين حق مطالبة الاخر بتنفيذه ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكماله ففي عقد البيع مثلاً يعتبر العربون تعجيلاً لجزء من الثمن يجب خصمه من اصل الثمن عند تنفيذ العقد على ان هذا الاصل يجوز الاتفاق على ما يخالفه فيجوز للطرفين الاتفاق على ان العربون جزاء لحق العدول عن العقد وفي هذه الحالة اذا عدل من دفع العربون فقدمه اما اذا عدل من قبض العربون فعليه ان يرده ويرد مثله للطرف الاخر حتى يكون بذلك قد خسر ما يعادل مقدار العربون جزاء لعدوله عن العقد ويلاحظ ان من يعدل عن العقد يلزم بدفع العربون كاملاً حتى وان لم يحصل للمتعاقد الاخر أي ضرر نتيجة لهذا العدول لان العربون ليس تعويضاً عن ضرر وانما جزاء لحق العدول وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي لان الشرط الجزائي ليس الا تقديراً اتفاقياً للتعويض عن الضرر الذي قد يصيب الدائن بسبب اخلال المدين في تنفيذ العقد ولذلك لا

(1) د. سعيد مبارك ، د. طه الملة حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، 2012 ، ص21.

يحكم به اذا لم يصب الدائن ضرر محقق ويجوز تخفيضه اذا كان مبالغاً في تقديره المادة (170) من القانون المدني.

الفرع الثاني

حكم العربون

يختلف حكم العربون باختلاف ما إذا كان قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد أو كان قد دفع كجزاء للعدول عن التعاقد(1).

1- العربون كوسيلة لضمان التنفيذ:

إذا كان العربون قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد، فالعربون يعتبر تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكمال تنفيذه. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقض العقد مقابل تنازله عن العربون الذي دفعه، أو مقابل رده للعربون الذي قبضه مضاعفاً إلى الطرف الآخر.

والعقد في هذه الحالة يخضع لأحكام القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى بحسب الأحوال، ولا أثر لمبلغ العربون في التعويض، إذ للمحكمة أن تحكم على الطرف الذي أخل بالتزامه من العاقدين بتعويض يزيد ويقل عن مقدار العربون وذلك حسب جسامه الضرر الحاصل، بل لها أن لا تحكم اصلاً بالتعويض إذا تبين عدم حصول ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد. وفي الحالة الأخيرة عليها الحكم بإعادة مبلغ العربون إلى الطرف الذي دفعه.

2- العربون كجزاء للعدول :

إذا قدم العربون كجزاء للعدول عن البيع واستعمل دافع العربون خيار النقص فقده. أما إذا أراد من قبض العربون العدول عن البيع، فعليه رد ما قبضه من العربون مضاعفاً على الطرف الآخر فالعربون ملزم لمن يرد العدول عن التعاقد ولو لم يصب الطرف الآخر إيما ضرر بسبب ذلك.

إن الأحكام اعلاه تطبق في حالة ما إذا ورد العربون في عقد صحيح. أما إذا ورد في عقد بيع عقار خارجي (باطل) فيرى البعض وجوب التمييز بين ما إذا كان العربون قد دفع كدليل على بقاء العقد أو دفع كجزاء للعدول عنه وفي الحالة الأولى إذا كان الناقل هو من دفع العربون فيجوز الحكم عليه بتعويض يتناسب مع جسامه الضرر الذي أصاب الطرف الآخر وفقاً للقواعد العامة ويصرف النظر عن مقدار العربون. أما إذا كان الناقل هو الطرف الآخر فيتوجب عليه إعادة العربون كاملاً لمن دفعه مع تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا النكول (1127م مدني): أما في الحالة الثانية فتطبق أحكام المادة (1127) أو المادة (92) من القانون المدني حسب الحال .

(1) د. سع يد مبارك ، د. طه الملة حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مرجع سابق.ص25.

النقطة الاولى :اقتران العربون بعقد صحيح

تنص الفقرة الأولى من المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي على أن : (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه ، وله سبب مشروع وأوصافه سالمة من الخل .) لكي يرتب العربون آثاره لابد من ان يقترن بعقد صحيح ، لذا فإنه إذا لم يستوف جميع شروطه وأركانها فلا يعتد بالعربون في هذه الحالة وليس بإمكان أحد المتعاقدين أن يستعمل حقه في العدول عن العقد أو اعتبار العقد قد تم بينهما . فصحة العقد شرط من شروط (1) صحة العربون . وبهذا الشأن جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق ما يأتي: (إن العربون لا يكون إلا في العقود الصحيحة الباتة) . فإذا كان العقد صحيحاً وعدل دافع العربون عنه فيبقى العربون حقاً للمتعاقد الآخر . وهذا ما يستفاد من المبدأ القانوني الذي قرره محكمة التمييز (2) أيضاً وهو أنه : إذا عدل من دفع العربون عن عقده وجب عليه تركه حسب أحكام الفقرة الثانية من المادة (٩٢) من القانون المدني .

النقطة الثانية : اقتران العربون بعقد باطل .

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٣٧) (من القانون المدني العراقي على أن : (العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية) .

من المعلوم أنه إذا ما أصاب البطلان عقداً فإن هذا البطلان يسري على جميع ما يتضمنه هذا العقد من أحكام . فإذا نظم الطرفان أحكام العربون في عقد وكان هذا العقد باطلاً فإن جميع ما رتب به هذا الشأن يكون باطلاً أيضاً . يستوي في ذلك سبب البطلان انعدام الرضا أو السبب أو هلاك المحل أو تخلف الشكل . وإذا دفعنا بمنطق البطلان إلى غايته فيجب القول بأن العربون يصبح غير مستحق وواجب الرد إلى من أداه في كل عقد من عقود بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ، لأن العقد يفتقر في هذه الحالة إلى ركن من أركانه وهو التسجيل . لما نص المشرع العراقي على أن : (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى في الشكل الذي نص عليه القانون) (3)

غير أن الفقه (4) يرى أنه إذا ورد العربون في عقد بيع العقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري فيجب التمييز بين ما إذا كان العربون قد دفع كدليل على بتات العقد . وما إذا دفع كجزاء للعدول عنه . وفي الحالة الأولى إذا كان الناكل هو من دفع العربون في جواز الحكم عليه بتعويض يتناسب مع جسامة الضرر . أما إذا كان الناكل هو الطرف الآخر فيتوجب عليه إعادة العربون كاملاً لمن دفعه مع تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب

(1) رار ذو رقم ٥٩/هيئة عامة/١٩٧١ تاريخه ١٩٧٢/١/٢٢ منشور في النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص٣١ .

(2) قرا ذو الرقم ١٩٦٩/٦ تاريخه ١٩٦٩/٩/٢١ منشور في مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، والعشرون ، تصدرها نقابة المحامين في العراق ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص١٧٣ .

(3) المادة (508) من القانون المدني العراقي .

(4) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، البيع والإيجار والمقاوله ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص(٦٣_٦٤) .

هذا النكول استناداً إلى المادة (١١٢٧) من القانون المدني العراقي التي قضت بأن: (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط).
 وجدير بالذكر ، أنه بسبب ارتفاع قيمة العقار ارتفاعاً فاحشاً في العراق في الآونة الأخيرة ، ويتأثير في ازدياد النكول عن تسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري بعد التعهد بنقل الملكية طمعاً في حصول المالك على كسب كبير هو الفرق بين قيمته وقت التعهد وقيمه وقت بيع العقار مجدداً لشخص آخر . فقد أفلح مجلس قيادة الثورة السابق على مقاومة هذه الظاهرة الخطيرة بإصدار قراره العادل المرقم ١١٨٩ بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢ والذي قضى بما يأتي: (يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين تعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم شترط فيه ، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه عند النكول ، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر) وبمقتضى هذا القرار يجب على القاضي إذا كان التعهد قد نص على التعويض في صورة شرط جزائي ، أن يرفع قيمته إلى الحد الذي لا يقل عنده عن الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وبين قيمته وقت النكول واستيفاء إجراء التسجيل . أما إذا خلا التعهد من شرط جزائي، فيصار إلى التعويض القضائي الذي لا يجوز أن يقل مقداره عن الفرق بين القيمتين دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر أصاب غير الناكل (1)

أما في الحالة الثانية وهي أن يكون العربيون قد دفع كجزاء للعدول عن العقد فتطبق أحكام المادة (١١٢٧) أو المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي على حسب الحال .

كما أن محكمة تمييز العراق (2) قررت أنه على الرغم من عدم انتقال ملكية العقار في عقد البيع غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري إلا أنه عقد صحيح نافذ لازم وكل طرف فيه ملزم بالقيام به فإذا عدل من دفع العربيون فإنه يخسره ، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رده مضاعفاً.

وقد يتسائل سائل : هل الحكم بجواز العربيون في العقد الباطل هو خروج على منطلق البطلان ؟ إن جوابنا على هذا السؤال هو النفي حيث أننا نرى أن عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري وإن كان باطلاً بوصفه بيعاً ولكنه عقد صحيح مقتضاه القيام بعمل هو الذهاب إلى الدائرة المختصة لإجراء البيع وذلك طبقاً لنظرية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح أدنى منه مرتبة التي أخذ بها مشرع قانوننا المدني في المادة (١٤٠) . (كما أنه يمكن القياس في هذه الحالة على ما جاء به في نص المادة (١١٢٧) من هذا القانون والقرار (١١٨٩) المذكور آنفاً من صحة اشتراط الشرط الجزائي في أمثال هذه العقود ولو كان العقد باطلاً . ولهذا فيكون عقد بيع العقار خارج التسجيل العقاري قابلاً لأن ينشئ جميع الالتزامات الشخصية دون الالتزامات العينية، فينشئ الالتزام بدفع العربيون والشرط الجزائي دون الالتزام بالتسليم أو بنقل الملكية .

(1) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وآخرون ، شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠ ، ص (٧٠-٧١) .

(2) القرار ذو الرقم ٤٠/استئنافية/١٩٧٠ ، تاريخه ١٩٧٠/٦/٧ النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، ١٩٧٠ ، ص (138140) .

المطلب الثاني

تمييز العربون عن الشرط الجزائي

يعرف التعويض الاتفاقي بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدراً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه ويسمى ايضاً بالشرط الجزائي(1)

هناك أمور يتفق فيها كل من العربون والشرط الجزائي ، وأمر يختلف أحدهما عن الآخر ، ولإجراء مقارنة بينهما سوف يكون ذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول : أوجه الشبه بين العربون والشرط الجزائي.

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي .

الفرع الاول

أوجه الشبه بين العربون والشرط الجزائي

من أهم الأوجه التي يتشابه فيها العربون والشرط الجزائي هي :

1. أن كلاً من العربون والشرط الجزائي يستحقان عند عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد بمحض إرادته أو بسبب يرجع إلى فعل الشخص أو فعل من هم تحت رقبته ورعايته ممن يسأل عن أعمالهم مسؤولية تعاقدية(2)
2. لا يستحق كل من العربون والشرط الجزائي إذا ما اتفق المتعاقدان على فسخ العقد برضاها ، أو استحالة تنفيذه بسبب أجنبي وقع خارج إرادة الطرفين(3)
3. إذا كان العربون يفيد دلالة البتات فإنه يشبه الشرط الجزائي ، بأنه للقاضي أن يحكم بأكثر من قيمة العربون والشرط الجزائي إذا كان الضرر يفوق هذه القيمة ، وعلى هذا نص المشرع العراقي على أنه : (فإن عدل مندفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً)(4) وقررت محكمة تمييز العراق(5) مبدئاً مفاده أنه إذا عدل من دفع العربون عن عقد وجب عليه تركه . وبمفهوم المخالفة إذا عدل من قبض العربون فعليه أن يرده مضاعفاً .
4. وأخيراً يتشابه العربون والشرط الجزائي في أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يدفع مالياً للمتعاقد الآخر لغرض ضمان تنفيذ الالتزام(6)

(1) د. عبد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وآخرون ، المصدر السابق ، ص ٦٠.

(2) د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، الطبعة الأولى ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٣٥٩ هـ ، ١٩٧٥ م ، ص ٢٠٠.

(3) د. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، المصدر السابق ، ص ٨٨ .

(4) الفقرة الثانية من المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي .

(5) قرار ذو الرقم ١٩٦٩/٦ تاريخه ١٩٦٩/٩/٢١ مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في العراق ، بغداد ، مطبعة العاني ، بغداد ، العدد الثاني ، السنة الرابعة والعشرون ، ١٩٦٩ ، ص ١٧٣ .

(6) د. عباس الصراف ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥ .

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي

من أهم الفروقات التي تقوم بين العربون والشرط الجزائي هي:

1. العربون هو مال يدفع حين التعاقد ويكون ضماناً لتنفيذ العقد إذا كان دليلاً على البتات وتعويضاً عن العدول إذا كان حقاً للعدول عن العقد . أما الشرط الجزائي فهو شرط يدرج في العقد ليكون جزاء للإخلال بتنفيذ العقد .

2. إذا كان العربون قد دفع بقصد العدول فإنه يستحق بمجرد العدول عن العقد ، في حين أن الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا لحق أحد المتعاقدين ضرر محقق نتيجة امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ العقد(1)
3. لا يشترط الأضرار في العربون لاستحقاقه لأنه لا يعد أن يكون إلا مقابلاً لحق العدول عن العقد ، أما الشرط الجزائي فإنه يشترط الأضرار فيه لاستحقاق التعويض(2)

4. إن عربون العدول هو تعويض مقدر بالقانون ولا يمكن تخفيضه بل يستحق بكامله ولو لم يترتب على العدول ضرر . أما الشرط الجزائي فهو تعويض يحدد مقداره المتعاقدان باتفاقهما ولا يتقيد القاضي بهذا الاتفاق بل يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه ، كما يجوز له ألا يحكم به إذا أثبت المدين أن دائنه لم يلحقه أي ضرر(3)

5. إن العدول في العربون يؤدي إلى فسخ العقد والرجوع فيه بدفعه ، أما الشرط الجزائي فلا يؤدي إلى فسخ العقد ، بل يبقى المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزامه ملزماً بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً(4)

المبحث الثاني

تمييز العربون عن الإقالة

نص المشرع العراقي على أنه : (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده)(5)

والإقالة قد تتم بإرادة منفردة لأحد المتعاقدين ، ولا بد من القول إن الإقالة تتم بتطابق القبول والإيجاب على إلغاء العقد ، وأن تتخذ الشكل الذي يتخذه العقد الأصلي إن كان هذا الأخير يتطلب شكلاً معيناً . وهناك أوجه شبه واختلاف بين العربون والإقالة ، نبينها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : أوجه الشبه بين العربون والإقالة .

المطلب الثاني : أوجه الاختلاف بين العربون والإقالة .

(1) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وآخرون ، أحكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٧٢.

(2) د. سليمان مرقس ، العقود المسماة ، عقد البيع ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٧٨.

(3) د. عبد المنعم فرج الصده ، المصدر السابق ، ص ١٢٩ .

(4) د. سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المصدر السابق ، ص ٧٨.

(5) المادة (١٨١) من القانون المدني العراقي .

المطلب الاول

أوجه الشبه بين العربون والإقالة

ختلف الشرط الجزائي عن العربون في أن الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه أحد طرفي العقد في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه أو تأخره فيه أو غالباً ما يرد في عقود المقاولات، ولا يستحق إلا إذا أصاب المتعاقد (الدائن) ضرر بالفعل نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه أو تأخره فيه، ويقاس التعويض بمدى هذا الضرر ومن ثم يستطيع القاضي تخفيضه إذا كان مغالي فيه، وفضلاً عن ذلك فإن المتعاقد (المدين) ليس حراً في أن يعدل عن التنفيذ العيني وأن يقدم بدلاً منه التعويض المتفق عليه، بل يتعين عليه تنفيذ الالتزام عيناً إذا كان ممكناً وطالب به المتعاقد الآخر (الدائن).

وأما العربون (مأخوذاً بدلالة العدول) فإنه يستحق مقابل العدول عن العقد، ولو لم يلحق الطرف الآخر ضرر - وبغض النظر عن مقدار هذا الضرر ويمكن للمتعاقد أن لا ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً مقابل فقد العربون الذي دفعه. أو رده ومثله ممن قبضه.

ويمكن أن نبين أوجه الشبه بين العربون والإقالة في الفرعين الآتيتين :

الفرع الاول

يتشابه عربون البنات والإقالة عندما تكون الإقالة مقابل مبلغ معين ، ويظهر أيضاً في التكيف القانوني لهما فكلاهما التزام بدلي(1)

الفرع الثاني

يتشابه عربون البنات والإقالة من حيث العقد ، فالقصد من عربون البنات تأكيد العقد، كما أن الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد(2)

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف بين العربون والإقالة .

يختلف عربون البنات والإقالة من حيث أن الأول يكون القصد منه التأكيد على تنفيذ العقد ، ومن ثم إن أحل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر أن يقوم بإجباره على التنفيذ العيني أو أن يطلب الفسخ مع التعويض الذي قد يساوي أو يزيد أو ينقص عن قيمة العربون المدفوع وسواء أكان هذا الفسخ اتفاقياً أم قضائياً فهو يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه باستثناء عقود المدة ، فلا يحتج الغير بما ترتب له من حقوق تجاه المتعاقدين إلا إذا كان حسن النية(3)

(1) ينظر في تكيف العربون . د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والإيجار ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٧٤، ص٥٧ .

(2) المادة(١٨٣) من القانون المدني العراقي .

(3) د.عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠، ص١٨٣ ، ١٨٥ .

في حين أن الإقالة هي فسخ للمتعاقدين وعقد جديد بالنسبة للغير وما يترتب على محل العقد من حقوق يحتج بها تجاه من تقابلاً(1)

وقد تبنت محكمة تمييز العراق مبدئاً مفاده : أنه للمشتري أن يطلب استرداد العيوب إذا ثبت إعادته البضاعة المعيبة إلى البائع وقبول الأخير لها مما يعد إقالة للعقد(2)

المبحث الثالث

العربون صورة خاصة من صور الشرط الجزائي

انفرد البعض من الفقه العراقي(3) في تكييف العربون بأنه صورة خاصة من صور الشرط الجزائي. أي أنه عبارة عن تعويض قدره المتعاقدان كجزء لعدول أي منهما عن المضي في العقد ، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة في الشرط الجزائي فيبطل بطلان العقد ولا يبطل العقد ببطلانه ، ويلتزم القاضي هذا الاتفاق وعدم الحكم على من عدل عن العقد بمال يزيد عن العربون المتفق عليه إلا إذا ثبت أنه قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً . ومعنى ذلك أن العربون نوع خاص للشرط الجزائي؛ ذلك أن القواعد العامة في هذا الأخير تقضي بأنه لا يحكم بالمبلغ الذي قدره المتعاقدان كتعويض إذا ثبت أن المتعاقد الثاني لم يلحقه أي ضرر ، في حين يجب الحكم بالعربون حتى لو لم يلحق المتعاقد الآخر أي ضرر .

المطلب الأول

العربون عقد معلق على شرط

يذهب جانب من فقهاء القانون المدني الفرنسي إلى أن عربون العدول عبارة عن عقد معلق على شرط . وإذا كانت إرادة المتعاقدين هي التي تحدد ما إن كان الشرط واقفاً أم فاسخاً(4) فإنهم اختلفوا في طبيعة هذا الشرط عند الشك فيرى بعضهم أنه إذا لم يتبين من نصوص العقد ولا من ظروف التعاقد ماهية الشرط الذي علق عليه المتعاقدان عقدهما ، فإن العقد بعربون العدول يكون معلقاً على شرط واقف مقتضاه أن لا يعدل أحد المتعاقدين عن العقد خلال المدة التي تم الاتفاق عليها . فإذا ما انقضت هذه المدة من دون أن يعدل أحد المتعاقدين عن العقد تحقق الشرط الواقف وأنتج آثاره من وقت العقد بفعل الأثر الرجعي . أما إذا تخلف عن العقد يفقد قيمة العربون كمقابل لعدوله . ومعنى ذلك أنه مادامت المدة لم تنتقض فإن ملكية العين لا تنتقل من المالك إلى الطرف الآخر .

(1) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري وآخرون ، مصادر الالتزام ، المصدر نفسه ، ص ١٨٧ .

(2) القرار ذو الرقم ١١٨٣/مدنية ثالثة/١٩٧٤ تاريخه ١٩٧٤/١٢/١٦ النشرة القضائية ، العدد الأول ، السنة الثالثة ، ص ٥٨ .

(3) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ، ص(٣٥٥،٣٥٤) .

(4) د.غني حسون طه ، المصدر اتسابق ، ص ١٥٥

المطلب الثاني

العربون وسيلة لنقض العقد و ضمان لتنفيذه

يذهب رأي من الفقه العراقي(1) إلى أنه يجب التمييز بين حالتين لتكليف العربون ، حالة اشتراط العربون كوسيلة لنقض العقد ، وحالة اشتراطه كضمان لتنفيذه . وبعد العربون في الحالة الأولى التزاماً بدلاً يلتزم المتعاقد بتنفيذه إذا أراد أن لا ينفذ التزامه الأصلي . أما الحالة الثانية فالعربون ليس إلا نوعاً من أنواع التأمينات العينية التي تضمن بموجبها للدائن بأن يجبر مدينه بتنفيذ التزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه ، كما يضمن الحصول على مبلغ التعويض إذا لم يحم المدين بتنفيذها ولم يستطع الدائن إجباره على تنفيذها عيناً .

وهناك من الفقه العراقي(2) من يتفق مع الرأي الاخير المذكور آنفاً في تكليف العربون . بالنسبة للحالة الأولى ، لكنه يختلف عنه في الحالة الثانية ، فيرى أن العربون هنا ليس إلا جزءاً من الثمن يدفع كدليل على أن العقد أصبح باتاً وعدم إمكان العدول عنه من قبل أحد الطرفين ، الأمر الذي يعني بأن لكل طرف في حالة امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ وفقاً للقواعد العامة بتنفيذ العقود .

يستدل مما تقدم ، أن العربون هو بدل الالتزام بغمضاء عقد مقابلاً لحق العدول عن تنفيذه ، كما أنه شرط يلحق بالعقد يكون فاسخاً بعدول المشتري المدين ويتحمل تبعه هلاكه ؛ لأنه يكون في ملكه ، ويكون واقفاً بعدول البائع الدائن ويتحمل تبعه هلاكه؛ لأنه في الشرط الواقف يبقى في ملكه . أما عربون البتات فلا يعد أن يكون ضماناً لتنفيذ العقد، ولا يمنع أن يكون جزءاً من الثمن وضماناً لتنفيذ العقد نفسه ، ما دام يعد وسيلة لإثباته ومن ثم لتنفيذه وفقاً للقواعد العامة التي تحكم تنفيذ العقود .

المطلب الثالث

احكام العربون في القوانين المدنية

دفع العربون عن العقد له دالتان، فهو إما ان يفيد دلالة العدول عن العقد ، أو ان يكون له دلالة على تنفيذ العقد وبتاتته، وسنوضح هاتين الدالتين في المطلبين الآتيين :

الفرع الاول: العربون دلالة على العدول عن العقد .

الفرع الثاني: العربون دلالة على تنفيذ العقد وبتاتته .

الفرع الاول

العربون دلالة على العدول عن العقد .

قد يكون العربون دليلاً على انصراف نية المتعاقدين إلى امكان العدول عن العقد قبل تنفيذه، ويسمى العربون في هذه الحالة بعربون العدول، والاثار القانوني الذي يترتب على العدول هنا خسارة العربون اذا كان العادل هو الذي

(1) د. عباس الصراف، المصدر السابق، ص ٢٠٩.

(2) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش وآخرون ، المصدر السابق، ص ٦٢ .

دفعه، ورد العربون ومثله معه اذا كان العادل هو الذي قبضه(1) . وقضت محكمة تمييز العراق(2) بان (من دفع العربون ان رجع في عقده فليس له المطالبة به) . واكثر ما يكون العربون دليلاً على العدول في العقد الابتدائي حيث يتوقف ابرام العقد النهائي على خيار احتسب العربون من الثمن(3)

وقد اخذت بعض القوانين بهذه الدلالة واعتبرت دفع العربون قرينة على امكان العدول عن العقد . كالقانون الفرنسي والقانون الاردني متأسيماً بمذهب التقنيات اللاتينية . لقد تكلم القانون المدني الفرنسي في العربون بمناسبة الوعد بالبيع فقضت المادة (1590) منه على انه: (اذا كان الوعد بالبيع مصحوباً بعربون كان لكل من المتعاقدين ان يعدل عن العقد فاذا عدل من دفع العربون فقده. واذا عدل من قبضه رد ضعفه). ويرى الفقه الفرنسي ان هذه المادة تنطبق على الوعد الملزم لجانب واحد كما تنطبق على الوعد الملزم للجانبين (4) وعلى كل العقود الملزمة للجانبين . وجاء القانون المدني المصري بنص عام في باب الالتزام وهو نص المادة (١٠٣) التي قضت بأنه من: ١- دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فاذا عدل من دفع العربون فقده واذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر . ويقابل النص المصري نص المادة (١٠٧) من القانون المدني الاردني غير انه حذف من النص العبارة الاتية: هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .

الفرع الثاني

العربون دلالة على تنفيذ العقد وبتاته

قد يكون دفع العربون دليلاً على انصراف نية المتعاقدين إلى توكيد العقد وتنفيذه فيكون المبلغ المدفوع باسم العربون جزءاً من الثمن وبداية لتنفيذ العقد . فاذا امتنع احد المتعاقدين عن التنفيذ العرض للمسؤولية العقدية، وللمتعاقدا الاخر مطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ. واذا فسخ العقد امكن الحكم بتعويض تكميلي قد يقدر بمبلغ مساوٍ للعربون وقد يقدر بأكثر منه أو اقل منه حسب جسامته الضرر(5)

واخذت بعض القوانين بهذه الدلالة واعتبرت دفع العربون قرينة على توكيد العقد وبتاته كالقانون العراقي مقتدياً بمذهب التقنيات الجرمانية المتفق مع العرف الشائع في العراق كما جاء في المادة (٩٢) (من القانون المدني العراقي التي نصت على ان (١- يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك . 2- فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزءاً للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول. فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً).

(1) د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص١٥٧ .

(2) قرار ذو الرقم ١٩٦٩/٦/٦ تاريخه ١٩٦٩/٩/٢١ مجلة القضاء، المصدر السابق، ص١٧٥ .

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، البيع والمقايضة، المصدر السابق، ص٨٨ .

(4) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني المصري الجديد، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، الجزء السادس، المطبعة العالمية، ١٦ شارع ضريح سعد ، ١٣٧٣هـ، ١٩٣٥م، ص٧٨.

(5) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش وآخرون، المصدر السابق، ص٦٣.

وكالقانون السويسري والقانون الالمانى(1) فنصت المادة (٣٣٦) (من القانون المدني الالمانى على انه: (إذا اقدم احد المتعاقدين وقت ابرام العقد شيئاً على سبيل العربون للمتعاقد الاخر اعتبر ذلك علامة على انعقاد العقد، وهي حالة الشك لا يعتبر دفع العربون وسيلة للعدول). كما قضت المادة (١٥٨) (من قانون الالتزامات السويسري بأن: (تقديم العربون دليلاً على انعقاد العقد وليس علامة على اعطاء حق العدول ... وإذا اشترط استعمال خيار العدول فان لكل واحد من المتعاقدين ان يستقل بنقض العقد. فاذا كان من عدل هو الذ دفع العربون فقدمه وإذا كان هو القابض رده مضاعفاً).

وانسجاماً مع موقف المشرع العراقي قضت محكمة تمييز العراق(2) بأن دفع العربون يجعل العقد باتاً لا يجوز العدول عنه. كما قضت ايضاً(3) انه يشترط ان يكون هناك اتفاق يقضي باعتبار العربون جزاء للنكول . ويلاحظ انه كان من غير الضروري ان نتطرق لبحث مسألة العرف ودلالة العربون لو لان المشرع العراقي فعل مثل ما ذهب اليه المشرع المصري بافتراضه قصد العدول اذا ما سكت المتعاقدان عن بيان مرامهما من دفع العربون فانسجم مع ما جرى عليه العرف في مصر. إما وان مشرعنا قد رجح دلالة البتات فانه يكون قد خالف ما جرى عليه العرف في العراق بالنسبة للمعاملات المدنية من ان دفع العربون هو اعطاء كل من المتعاقدين الفرصة لاستعمال خيال العدول ويكون فقدانه الجزاء على هذا العدول، وبما انه في حالة ما اذا سكت الطرفان عن تنظيم علاقتهما التعاقدية بصورة مفصلة فيفترض انهما فعلاً ذلك ليفسحا إلى العرف أو إلى نصوص القانون المكمل أو المسفرة مجال هذا التنظيم. حيث ان قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغى كان قد رجح دلالة البتات على دلالة العدول كما هو ظاهر من نص الفقرة الاولى من المادة (١٢) (الذي نص على انه: (يعتبر العربون دليلاً على انعقاد العقد) فاستقر الرأي على الاخذ بما اقره القانون التجاري من ان العربون دليل البتات وان دفعه تأكيد لانعقاد العقد فنصت المادة (٩٢) (من قانوننا المدني على انه : (يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه. الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك) كما سبق ان اشرنا اليه .

وعليه لا يجوز سحب حكم القانون التجاري على العقود المدنية؛ اذا ان العرف المستقر في العراق على اعتبار العربون دليلاً على بتات العقد انما هو العرف في الامور التجارية. إما في الامور المدنية ولا سيما فيما يتعلق بالتصرفات التي تجري على العقار الواقع خارج دائرة التسجيل العقاري فمستقر على اعتبار العربون دليلاً على حق العدول(4)

على ان الاخذ بالدلالات والقرائن السابقة بالذكر لا يمنع من الاتفاق على ما يخالفها ، فقد يكون العربون دليلاً على العدول ويتفق المتعاقدان ان يكون دليلاً على البتات، فإذا امتنع احدهما عن التنفيذ يطبق عندئذ الحكم المترتب

(1) كمال ثروت الوندواوي ، شرح عقد البيع ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٥٧ .

(2) القرار ذو الرقم ٧٠٩/حقوقية/١٩٨٠ تاريخه ١٩٨٠/٤/٢٢ مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠، ص ١٤٩.

(3) القرار ذو الرقم ٧٣٦/ح/١٩٥٩ تاريخه ١٩٥٩/٥/٢٤ مجلة القضاء، العدد الرابع، السنة السابعة عشر ، 1980 ، ص 149 .

(4) د. عباس الصراف، المصدر السابق، هامش رقم (٣) ص ٢١٣؛ و د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٣٥٢.

على عدم تنفيذ العقد. وقد يكون العربون دليلاً على البتات ويتفق المتعاقدان على ان يكون حقاً في العدول عن العقد فيطبق عندئذ الحكم المترتب على العدول(1)

وإذا كانت دلالة العربون ترمي إلى توكيد العقد فان دفعه يكون وسيلة لإثباته في العقود التجارية مهما كان مقداره استناداً إلى المادة (١١٢) من القانون التجاري العراقي السابقة الذكر. إما في العقود المدنية فان كان المراد به مجرد اثبات الدفع في ذاته فلا بأس في ذلك؛ ليتمكن دافع العربون من استرداده عند العدول. إما اذا اريد بأثباته التوصل إلى اثبات العقد نفسه. كأن يدعي احد المتعاقدان انه دفع عربوناً تأكيداً للعقد وتعجيلاً لجزء من الثمن ، كان حكم هذا البدء في تنفيذ العقد لا يجوز اثباته اذا كان متنازعاً عليه الا بالطرق المقررة ، كان حكم هذا البدء في تنفيذ العقد لا يجوز اثباته اذا كان متنازعاً عليه الا بالطرق المقررة لإثبات العقد نفسه .

والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى اجازة اثبات العقد نفسه بجميع طرق الاثبات من طريق غير مباشر وهذا غير جائز (2) والدلالة المفترضة في العربون سواء بنيت على فكرة توكيد العقد ام بنيت على فكرة العدول عنه، فأنها لا تكون قاطعة وانما هي قرينة بسيطة قد لا تدل على قصد المتعاقدين من دفع العربون. وهنا يتحرى القاضي نية الطرفين وغرضهما من العربون، ويستدل ذلك من شروط العقد، ومن ظروف الحال والوقائع، ويستعين بالعرف، وقد يرى في العربون ما يدل على بتات العقد وتوكيده كما لو كان المبلغ كبيراً، ولا يتقيد القاضي بالتسمية اذا كانت لا تدل على قصد المتعاقدين(3)

وقد يتخذ القاضي من سكوت المتعاقد دليلاً على العدول عن العقد. وبهذا الشأن قضت محكمة تمييز العراق(4) بان سكوت المشتري عن مطالبة المالك في بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري مدة طويلة من الزمن عدم اجابته البائع أو اتخاذه اية خطوة تدل على إظهار ارادته الواضحة بعدوله عن تنفيذ العقد وليس له حق الادعاء بإعادة العربون. وقضت محكمة النقض المصرية(5) بان نية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعديل عليها في اعطاء العربون حكمه القانوني وهي مسألة موضوعية تخضع لسلطة المحكمة التقديرية.

ومن القرائن الدالة على بتات عقد الايجار، ان يكون العربون الذي دفع فيه انما تجديد ضمني لإيجار سابق، اذ ليس من المنتظر ان يكون دفع العربون في هذه الحالة بقصد الاحتفاظ بحق العدول؛ لأن كلا المتعاقدين كان بإمكانهما أن لا يجددا العقد من أول الأمر. والغالب في عقد الايجار ان يكون العربون الذي يدفعه المستأجر للمؤجر هو تأكيد للعقد لا اثبات لحق العدول(6)

(1) المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٣) من القانون المدني المصري .

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني في العقود، عقد الايجار، ايجار الاشياء، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، من دون سنة نشر، ص(٥٨ ، ٥٩) .

(3) د. محمد حسين عباس، العقد والارادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩، ص١٠٨.

(4) القرار ذو الرقم ١٣٢٥/ح/١٩٥٨ تاريخه ١١/١١/١٩٥٨ مجلة القضاء، العد الاول، السنة السابعة عشر، المصدر السابق، ص٦٩.

(5) نقض مدني ٣٠ نيسان ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض (٢١-٧٤٣-١٢٠) (نقلاً عن د. سليمان مرقس ، المصدر السابق، ص(٧٢ ، ٧٣).

(6) استئناف مختلطة ٤ تشرين الثاني ١٩٢٥م ٣٨ ص ١١ (نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري ، الايجار والعارية، المصدر السابق، هامش رقم (١) ص٩٢.

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية(1) بان العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول، وفي العقد النهائي دليل على البتات.

وبشأن نطاق استعمال حق العدول فيكون عادة محدودة بمدة، فاذا انقضت سقط هذا الحق وامسى العقد نهائياً واجب التنفيذ واحتسب العربون المدفوع من الثمن المستحق بذمة المشتري واذا كان محدوداً بمدة جاز العدول إلى وقت التنفيذ، فاذا بدأ احد المتعاقدين تنفيذ العقد اعتبر هذا نزولاً عن حق العدول، ويتعين على المتعاقد الاخر إما تنفيذ العقد أو العدول عنه وفقد العربون اذا كان قد دفعه أو رده مضاعفاً اذا كان قد قبضه(2)

وفي حال تنفيذ العقد يؤخذ باتفاق الطرفين فيما يتعلق بمصير العربون، فان لم يوجد اتفاق فيخصم العربون اذا كان مبلغاً من النقود من ثمن المبيع واذا كان منقولاً من نوع آخر فيجب رده إلى الطرف الذي قدمه، ويتعين الوفاء بكل الثمن. إما في حالة نقض العقد من احد الطرفين يكون للطرف الاخر الاحتفاظ بالعربون الذي قبضه أو المطالبة بضعفه الذي أداه ، ولو لم يصبه ضرر من جراء ذلك. فالعربون يعد مقابلاً لحق المتعاقد في العدول عن العقد(3) وحق العدول رخصة منحها المشرع للمتعاقدين للتخلل من الالتزام فلا يجوز اساءة استعماله فالبائع الذي اظهر نيته في ان يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول واخذ يقوم بالاجراءات اللازمة لاتمام العقد حتى اوشك على اتمامها، ثم عدل بعد ذلك فجأة فانه يكون قد اساء استعمال حقه، وفي هذه الحالة لا يقتصر الجزاء على خسارته للعربون، وانما يلزم بالتعويض فضلاً عن العربون يقدره القاضي حسب ظروف الدعوى ووقائعها(4)

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة التكييف القانوني للعربون واحكامه امكنا التوصل إلى النتائج الآتية:

1. العربون مبلغ من النقود أو أي منقول آخر يدفعه احد المتعاقدين للآخر عند ابرام العقد للدلالة على تنفيذ العقد أو للدلالة على حق العدول عنه. ويرد العربون في جميع انواع عقود المعوضة عدا عقود التبرع والاحتمالية .

2. قد تكون ارادة المتعاقدين عند ابرام العقد غير واضحة في بيان المقصود من دفعه . كما قد يختلط لدى المتعاقدين عند دفع العربون من ناحية وبين ما يشابهه من اوضاع من ناحية اخرى، وفي هذه الحالة بإمكان قاضي الموضوع ان يستخلص النية المشتركة للمتعاقدين- النية الحقيقية - من خلال ظروف الدعوى ووقائعها، كمقدار العربون، والعرف الجاري في البلد .

(1) ٣٠ تشرين الاول ١٩١٦م ٢٩ ص ٢٢ (نقلًا عن د. عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، المصدر السابق، هامش رقم ٢) (ص ٨٧).

(2) انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٨٣ ، ص ٨٢ .

(3) د. انور سلطان، شرح عقد البيع والمقايضة، المصدر السابق، ص ٨٨.

(4) د. رمضان أبو السعود ، مبادئ

الالتزام في القانون المصري والليباني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ١١٠.

3. ان عقد بيع العقار الجاري خارج دائرة التسجيل العقاري يكون قابلاً لان ينشئ جميع الالتزامات الشخصية دون الالتزامات العينية، فينشئ الالتزام بدفع العريون والشرط الجزائي دون الالتزام بالتسليم و بنقل الملكية .
4. يستحق المتعاقد العريون وان لم يصبه ضرر نكول المتعاقد الاخر عن تنفيذ التزامه. لأنه ليس الا مقابلاً لحق العدول عن العقد .
5. اقتصر اختلاف الفقه القانوني في تكييف العريون على الحالة التي يكون فيها دالاً على حق العدول. إما عريون البتات فلم يبحثوا في تكييفه .
6. العريون يمكن تكييفه بانه التزم بدلي بامضاء العقد ومقابلاً لحق العدول عن تنفيذه ، كما انه شرط يلحق بالعقد يكون فاسخاً بعدول المشتري في عقد البيع مثلاً ويتحمل تبعه هلاكه لأنه يكون قد ملكه، ويكون واقفاً بعدول البائع ويتحمل تبعه هلاكه لان العريون يكون في ملكه. إما عريون البتات فلا يعدو ان يكون ضماناً لتنفيذ العقد ما دام يعد وسيلة لإثباته ومن ثم لتنفيذه وفقاً للقواعد التي تحكم تنفيذ العقد .
7. ان قانوننا المدني قد رجح دلالة البتات على دلالة العدول في المادة (٩٢) منه استناداً للعرف السائد في المعاملات التجارية بدلالة المادة (١١٢) من قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ وبذلك يكون قد خالف ما جرى عليه العرف في العراق بالنسبة للمعاملات المدنية من ان دفع العريون هو اعطاء كل من المتعاقدين الفرصة لاستعمال خيار العدول ويكون فقده الجزاء على هذا العدول . ولا سيما يتعلق بالتصرفات التي تجري على العقار خارج دائرة التسجيل العقاري

وبناء على ما تقدم ينبغي تعديل نص المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي بان تكون على النحو الاتي:

1. يعد دفع العريون عند ابرام العقد جزاء للعدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك
2. فاذا عدل من دفع العريون وجب عليه تركه، وان عدل من قبضه رده مضاعفاً.
3. وبذلك يكون النص مسابراً للعرف الجاري في العراق في الامور المدنية.

المصادر

• القرآن الكريم

اولاً: الكتب

1. انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ،بيروت، ١٩٨٣
2. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد، ١٩٥٣
3. رمضان أبو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، القاهرة، ١٩٨٤
4. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والإيجار ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٤،

5. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، البيع والإيجار والمقاولة، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد، ١٩٩٣
6. سليمان مرقس ، العقود المسماة ، عقد البيع ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة ، عالم الكتب ، القاهرة، ١٩٨٠
7. عباس الصراف ، شرح عقد البيعفي القانون المدني الكويتي ، الطبعة الأولى ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٣٥٩ هـ ، ١٩٧٥ م
8. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني في العقود، عقد الايجار، ايجار الاشياء، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، من دون سنة نشر.
9. عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري وآخرون ، شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠
10. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات القانونية ، معهد الدراسات العربية العالمية ، جامعة الدول العربية، ١٩٥٨.
11. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ .
12. كمال ثروت الوندائي ، شرح عقد البيع ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣
13. محمد حسين عباس، العقد والارادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩
14. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني المصري الجديد، العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، الجزء السادس، المطبعة العالمية، ١٦ شارع ضريح سعد ، ١٣٧٣ هـ ، ١٩٣٥ م

ثانياً : الصحف

1. مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الرابعة ، والعشرون ، تصدرها نقابة المحامين في العراق ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٩ م.

ثالثاً : المواد القانونية

1. المادة (181) من القانون المدني العراقي .
2. المادة (508) من القانون المدني العراقي .
3. المادة (92) من القانون المدني العراقي .
4. المادة (92) من القانون المدني العراقي .
5. المادة (183) من القانون المدني العراقي .
6. المادة (113) من القانون المدني المصري .