النظام القانوني للعربون

دراسة على ضوء موقف المحكمة الدستورية البحرينية

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

د . جميل محمد بني يونس
أستاذ القانون المدني المساعد
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق -جامعة البحرين
E-mail: jmeelyonnes@yahoo.com

د. مروان محمد محروس المدرس
أستاذ القانون المدني المساعد
قسم القانون العام
جامعة البحرين -كلية الحقوق
E-mail: m_almodars@hotmail.com

*تاريخ تسلم البحث: ٢٠١٧/٥/١١م
*تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٧/١٢/١٠م

النظام القانوني للعربون

دراسة على ضوء موقف المحكمة الدستورية البحرينية

د . جميل محمد بني يونس
أستاذ القانون المدني المساعد قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة البحرين

د. مروان محمد محروس المدرس
أستاذ القانون المدني المساعد قسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة البحرين

الملخص

ينبغي أن ينصبّ التفسير القضائي للنصوص التشريعية - في حدودها وفي حدود ما تضمنته من معانٍ مرتبطة - بالحكم المقصود، وأمّا إذا تجاوز التفسير ذلك، فإنه يتجاوز مرحلة التفسير إلى مرحلة وضع نصوص قانونية جديدة، وهذا خروج على دور القضاء الذي ينبغي أن ينصب على تطبيق القاعدة القانونية، وليس خلقها . وقد حسم المشرّع البحريني موقفه من دلالة العربون، وذلك بالنصّ على أنّها حقّ عدول يثبت لأطراف العقد، وهذا الحقّ مستقل تماماً عن الضرر وغير مرتبط به، وإنما هو التزام يترتب بذمة من يعدل عن العقد، وهو التزام قائم ومستقل تماماًعن مسألة الضرر، وأمّا التعويض الذي قد يحكم به القاضي عند التعسف باستعمال الحق، فإنه تعويض عن التعسف ذاته، ويمكن الحكم به، وهذا لا علاقة له بمسألة حقّ العدول، فالتعويض هنا يكون عن الضرر المترتب على التعسف باستعمال الحقّ، وليس عن العدول ذاته، ومن ثم، فإن التعاقد بالعربون يجعل العقد، عقدا موصوفا، والوصف هنا يتعلق بالمحلّ وهو تحديدًا- الالتزام البدلي على ما نرى-.

الكلمات الدالة: دلالة العربون، حقّ عدول، عدم دستورية، تفسير القانون، دستورية النصّ القانوني .

The legal Regulation of the down payment: Light of the Concept of the Bahraini Constitutional Court

Dr. Jameel Banyyouness
Assistant Professor of Civil Law
College Of Law - University Of Bahrain

Dr. Marwan AL-Modares
Assistant Professor of Public Law
College Of Law - University Of Bahrain

Abstract

The judicial interpretation of legal texts must focus on the specifity of their parameters, and within the boundaries entailed in their meanings that are closely associated with the intended verdict. However, if the interpretation exceeds the aforementioned, it surmounts the interpretation phase to a different one of developing new legal pretext, which in its entirety constitutes an encroachment of the judicial role that must focus on enforcing the legal bases, not creating a new one.

The Bahraini legislator has affirmed its position with regard to the "down payment" by virtue of stipulating it as a reversed right that is entrusted to parties of a contract. This right, moreover, is entirely independent from the issue of damages and is hence associated with it thereof. It is a commitment that is a consequent of the party breaching a contract. It is also a commitment that is based and completely independent from damages; nevertheless, the compensation that is awarded by a judge in cases of the arbitrariness use of this right, it is thereto a compensation for the aforementioned only. This is not related to the right of repeal. As such, a down payment in a contractual agreement, which is a descriptive contract, is related to the exchanged commitment.

Keywords: Down Payment evidence, revocation right, inconstitutionality, law interpretation, constitutionality of the legal text.

مقدمة

يعدّ التعاقد بالعربون صورة خاصة من صور التعاقد، وذلك إلى جانب كل من العقد الابتدائي والوعد بالعقد، والتعاقد بالمزايدة، والتعاقد بالاذعان، والنيابة في التعاقد، وذلك بحسب المشرع البحريني، والذي نظمه في المواد (٥٢-٥٤) من القانون المدني، وتثير دلالة العربون تساؤلات قانونية لدى الكثير من شرّاح القانون والمحامين

هل يعتبر العربون حقاً لعدول أي من المتعاقدين عن العقد، أم أنها تدل على أن العقد أصح باتاً وليس لأي من الطرفين العدول عنه....؟ وهذا التساؤل أجاب عنه المشرع البحريني وموقفه واضح جدا بهذا الشأن. ولكن مسألة التكييف القانوني للعربون، وليس التكييف القانوني للتعاقد بالعربون مسألة تستحق الدراسة والتوضيح بما يزيل اللبس الذي قد يقع به البعض إزاء أحكام المحاكم المتعلقة بالعربون، وبالتحديد مسألة الخلط بين تكييف العقد، وتكييف العربون، وهاتان مسألتان مختلفتان إحدلهما عن الآخر تماماً، ومن هنا جاءت هذه الدراسة التحليلية لازالة هذا اللبس والذي يقف –على ما نرى- خلف الطعن بعدم الدستورية. إذ تكمن مشكلة هذه الدراسة بمحاولة تقديم أساس قانوني للحكم بحق أي من طرفي العقد بالعدول عن العقد، مع أن التنفيذ العيني ما يزال ممكناً.

لقد أثارت إحالة قاضي محكمة الموضوع للنصوص الخاصة بالعربون إلى المحكمة الدستورية النقاش حول التكييف القانوني للعربون، وهل تتضمن هذه النصوص اي مخالفة لاحكام الدستور ام لا، وبخاصة أن الإحالة إلى المحكمة الدستورية كانت من قاضٍ ولم تكن بناء على دفع من احد اطراف الدعوى، ومن ثم فإن لهذه الإحالة أهمية كونها جاءت من جهة قضائية، ومستندة إلى حجج قانونية. لذا جاء البحث لتحليل الحكم الصادر من المحكمة الدستورية في ضوء الاحكام العامة التي تحكم موضوع العربون، ونصوص القانون المدني البحريني.

وقد تناولنا الموضوع معتمدين على المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يقوم على الغوص في النصوص التشريعية والاراء الفقهية والأحكام الدستورية ودراستها بتعمق وتحليلها ووضعها في خدمة موضوع هذا البحث.

وقد قسمنا الدراسة إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول لدراسة الطبيعة القانونية للعربون ودلالته القانونية، فقسمناه إلى ثلاثة مطالب، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ح/ ١/ ٢٠١٠) لسنة ٦ قضائية، وقد قسمناه إلى مطلبين.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للعربون ودلالته القانونية

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول منها: ماهية العربون، وذلك من حيث تعريفه وبيان خصائصه، وأما المطلب الثاني، فنتناول فيه الدلالات القانونية للعربون، في حين يتناول المطلب الثالث من هذا المبحث التكييف القانوني للعربون.

المطلب الأول

ماهية العربون و خصائصه

وردت عدة تعريفات للعربون في الفقه القانوني قديماً وحديثاً، ونورد من ذلك التعريفات الآتية:

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد[١].

وعرّفه البعض بأنه ردّ مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين في العقد للآخر بعد اقتران إرادتهما[٢].

ونلاحظ على هذا التعريف أنه يربط دفع العربون باقتران الإرادة ،أي بتطابق الإرادتين. وهذايشير بشكل أو بآخر إلى الميل نحو اعتبار العربون بدءاً في تنفيذ العقد[٣].

وعرف بعضهم العربون بأنه مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، ويحدث ذلك غالباً في عقود البيع والإيجار، فيدفع المشتري جزءًا من الثمن أو يدفع المستأجر للمؤجر جزءًا من الأجرة، وليس هناك ما يمنع أن يقوم كلّ طرف من أطراف العقد بدفع مبلغ عربون للمتعاقد الآخر.

وما نلاحظه على هذا التعريف هو أنه اعتبر دفع العربون في بداية التعريف التزاما يقع على عاتق المدين بالنقود. فنصّ على أن يدفعه المشتري للبائع والمستأجر للمؤجر، ثم عاد ليقول إنه لا يوجد ما يمنع من أن يدفع كلّ متعاقد للآخر مبلغًا على أنه عربون...!

وهذايعيدنا إلى أنه ليس بالضرورة أنّ دفع العربون يدلّ على تأكيد العقد وثباته. وأنه أصبح باتاً.

وهناك تعريفات أخرى عديدة للعربون، فلا يكاد يخلو من تعريفه أيّ مؤلف في النظرية العامة للالتزام[٤].

---

١. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، ا ا دار الجامعه الجديدة، الاسكندرية،٢٠١٧، ص٢١٢، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعه الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٠٠؛ جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص٢٣٢.

٢. علي نجيدة، النظريه العامه للالتزام، مصادر الالتزام، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص١١٦.

٣. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضه العربية، القاهره، القاهره، ١٩٩٢، ص١٥٠.

٤. من ذلك: عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعه، القاهره، ١٩٩٠، ص٤٧.

وبإنعام النظر في هذه التعريفات نستطيع القول إنّ العربون يمتاز بالخصائص الآتيه:

١. العربون مبلغ مالي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر. ومن ثم، فإنه من المتصور أيضاً أن يدفع البائع العربون للمشتري، وأن يدفع المؤجر للمستأجر. وهذا القول لا يتعارض مع أيّ تعريف من تعريفات العربون التي قدمها فقهاء القانون، فقد عرَّف الأستاذ السنهوري العربون بأنه: مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت التعاقد، فإن تمّ التعاقد حسب المبلغ المدفوع من جملة ما هو متفق عليه، وإذا لم يتم التعاقد – خسر من عدل قيمة العربون[٥] .

٢. العربون مبلغ مالي: يمكننا القول إنه لا يوجد ما يمنع أن يكون العربون أيّ منقول تقدر قيمته في العقد، ويقدم على أنه عربون، إذ إن جميع التعريفات نصّت على أنّ العربون مبلغ مالي وليس نقديا، ومن ثم، فهو ليس كالثمن في عقد البيع والذي لا بدّ أن يكون نقدياً. وعلى ذلك، فإنه وبحسب ما نرى – يمكن أن تحدد قيمة ساعة اليد – مثلاً – بمئة دينار، ثم تقدم على أنها عربون، والغاية من تحديد قيمة الساعة هي درء الخلاف الذي قد ينشأ إذا عدل من قبض العربون .

٣. يقدّم العربون وقت إبرام العقد وعند تطابق الإرادتين، وذلك باعتباره صورة خاصة من صور التراضي في العقود، فهو جزءٌ من إرادة المتعاقدين. وعليه، فإنه إذا اشترط أيّ من المتعاقدين العربون ولم يوافق الطرف الآخر، فإن العقد لا ينعقد، وإن تطابقت الإرادة على كافه المسائل الجوهرية الأخرى، وبحسب العقد الذي يزمعان القيام به .

٤. لئن أوردت بعض التعريفات عقدي البيع والإيجار على أن العربون غالباً ما يتم دفعه كقرين لهذين العقدين، إلا أنّ أحكام العربون هي أحكام عامة، وتصدق على سائر العقود، فمن المتصور دفع العربون في عقد المقاولة أو العمل أو أي عقد آخر.

٥. إنّ ما أورده الفقه وبعض التشريعات التي عرّفت العربون من التعريفات لم يبين – وبصورة جازمة وحاسمة – الغاية من ا لعربون، ومن ثم، فإنّ هذه المسأله تحكمها القواعد المفسره في القانون الخاص. فيكون بذلك لإرادة أطراف العقد دور بارز في تحديد هذه الغاية .

٦. يلتزم المتعاقدان بالمدة المتفق عليها للعدول عن العقد، وليس لأيّ منهما العدول عنه بعد انقضائها، إذ يصبح العقد باتاً بهذا الانقضاء.[٦]

---

٥. السنهوري، الوسيط.

وتجب الاشارة الى ان الفقه الاسلامي عرف البيع بالعربون وقد حدد هذا الفقه البيعالذي يدفع فيه العربون ليكون ثمناً للعدول عن الصفقه، وسماه بيع العربان، وجمهور الفقه الاسلامي يعتبر هذا البيع غير جائز.

انظر: بداية المجتهد، ج٢، ص١٢٢، وانظر تفصيلاً في هذه المسأله :-

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، ط٢، المجلد الاول، نظرية اللعقد، ١٩٨٧، ص١٩٢.

٦. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٢٣٤.

المطلب الثاني

الدلالة القانونية للعربون

العربون مبلغ مالي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد للدلالة على أن العقد أصبح باتاً لايجوز الرجوع فيه أو للدلالة على حق العدول، ولا يجوز الجمع بين الدلالتين. كما عرّفه جانب من الفقه على أنه: "مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين للآخر عند إبرام العقد سواء بوصفه مقدمة من مقدمات التنفيذ أو مقابلا لاستعمال حق العدول عن العقد، حسب قصدهما منه" [٧]

والعربون بهذا المعنى له إحدى الدلالتين: فهو للدلالة على حقّ العدول أو للدلالة على أنّ العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع عنه. وبالطبع، فإنّه لا يمكن الجمع بين الدلالتين؛ لأنهما دلالتان متضادتان، فالقصد من العربون عرضين متضادين[٨].

الفرع الأول

دلالة حقّ العدول

دلالة العربون تأتي من اتفاق أطراف العقد، فإذا اتفق أطراف العقد على أنّ من حقّ أيّ منهما العدول عن العقد مقابل خسارة العربون، فإن هذا الاتفاق هو الذي يحكم ويحدد هذه الدلالة، وفي هذه الحاله يجوز لأيّ من الطرفين العدول والتراجع عن العقد، ولكنه يخسر العربون مقابل ذلك. فلو عدل عن العقد من قبض قيمة العربون فإنّه يردّ ما قبض زائدًا مثله، أي أنه يردّ ما قبض مضاعفاً، وذلك لتتحقق خسارته للعربون، وأما إذا كان العادل هو من دفع قيمة العربون، فإنّه يخسره، وليس له أن يطالب القابض بردّه أو ردّ جزء منه.

وعلى ذلك، فلكلّ من المتعاقدين في هذه الحالة حقّ العدول عن العقد على الرغم من انعقاده. ففي عقد البيع مثلاً لو عدل المشتري، فإنّه يخسر ما دفع من عربون، وذلك جزاءً له عن عدوله.

أما إذاعدل البائع، فيجب عليه أن يردّ ما قبضه أولاً، ومثله ثانياً. فلو فرضنا أنه في عقد بيع ثلاجة دفع المشتري عربونا مقداره خمسون دينارا، ثم عدل عن العقد، فإنه يخسر العربون وهو خمسون دينارًا، حتى ولو لم يتسبب بأي ضرر للبائع، حتى وإن باع البائع الثلاجة بسعر أعلى من السعر الذي كان قد اتفق عليه مع المشتري العادل. فالعبرة بالعدول وبمجرد العدول وليست بالضرر. إذ إنّ العادل يخسر العربون ولو سبّب عدوله منفعة محضة للطرف الآخر .

---

٧. خالد جمال أحمد حسن "مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني" ،ط٢، جامعة العلوم التطبيقية، ابحرين، ٢٠١٥، ص ٦٠.

٨. انظر حكم محكمة النقض المصرية ٩١ س ٥٠ ق، مجموعه السنوات ٨٠-٨٥، ص ٨٦٥، رقم٢٣، بتاريخ ١٦ -٦-١٩٨٣.

الفرع الثاني

دلالة تأكيد العقد وثبوته

قد يأخذ العربون دلالة أخرى مختلفه تماماً عن الدلالة السابقة، فلو اتفق الطرفان على أن للعربون دلالة على كون العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه، فإنّ ذلك يعني أنه لا يجوز لأيّ من الطرفين العدول عن العقد، ومن ثم فإنّ العربون هنا سيكون جزءاً من تنفيذ العقد، كأن يكون جزءًا من الثمن، أو جزءًا من الأجرة في عقد الإيجار.

ولا يتصور هنا مطلقاً أن يدفع العربون البائع؛ لأن البائع لا يقدم نقدًا بل يقدم مبيعًا. ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو ... ماذا لو قدم البائع للمشتري جزءًا من المبيع، كأن يقدم جهازي حاسوب من أصل عشرة تمثل المبيع، وذلك قبل أن يسلم البضاعة او يقبض الثمن...؟

نرى أنه ما دام أطراف العقد قد اتفقا مسبقا على أن دلالة العربون هي أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع عنه، فإنّ هذا العربون المقدم هو مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، حيث يلتزم البائع بتسليم بقية الأجهزة المتفق عليها، ويلتزم المشتري بدفع كامل الثمن، وبحسب العقد المبرم بينهما.

فالعربون يمكن أن يقدمه أي من الطرفين، وهو ليس حكراً على طرف دون الآخر، كما أنه يمكن تطبيق أحكام العربون على كافه العقود، فهو ليس حكراً على البيع والإيجار- كما سبق وأن أوضحنا .

الفرع الثالث

مصادر دلالات العربون

سبق وأن أوضحنا أن للعربون دلالتين، هما دلالة بتات العقد، وعدم جواز العدول عنه، ودلالة حقّ العدول بحيث يجوز لأيّ من الطرفين العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون. والسؤال المطروح الآن: هو ما هو مصدر هذه الدلالة أو تلك؟

أولاً- الاتفاق

تكون دلالة العربون وفقاً لما تقصده الإرادة المشتركة للمتعاقدين[٩]، فقد يهدف المتعاقد أن يكون له الحقّ في العدول عن العقد مقابل خسارة العربون، وهو بذلك يريد أن يعطي لنفسه فرصة للتحلل من العقد لسبب أو لآخر، فربما يكون غير جازم الرأي في التعاقد وما زال متردداً، ولكنه أبرم العقد خوفاً من تفويت فرصة على نفسه في إبرامه، وفي هذه الحالة - وما دام المتعاقد

٩. العبره بتحديد دلاله العربون هي بما تتجه اليه ارادة المتعاقدين وتتولى محكمه الموضوع استظهار هذه الدلاله من ظروف الدعوى انظر: نقض مدني مصري،١٩٦٨/٥/١١، الطعن٧٢ س، ٥٥ق، مجلة القضاه س٢٢، ج١، ص١٢٣. وتطبيقاً لذلم فقد قضت محكمة التمييز البحرينية بأن نية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في دلالة الاتفاق على دفع مبلغ من النقود كعربون عند ابلرام عقد البيع.." تمييز مدني بحريني، ١٩٩٨/١١/١م،س٩،ق١٧٠،ص٦١٧.

مقدماً على احتمال العدول- فإنه من المفضل أن يقدم عربوناً يسيراً كلما أمكن ذلك؛ وذلك لتخفيف الخسارة في حالة العدول .

أما إذا كان يرى أن الصفقة رابحة وأنه عازمٌ على المضي بها، فإنّ المفضل أن يقدم عربوناً كبيراً، وذلك ليحدّ من إمكانية عدول الطرف الآخر، والذي سيخسر قيمة العربون، ومن ثم، سيكون اتخاذ قرار العدول من جانبه صعبا كلما كان العربون أعلى قيمة. كما أنّ الاتفاق على دلالة العربون قد يأخذ شكلاً آخر، وذلك بأن يتفق المتعاقدان على أن الغايه منه هي أن العقد أصبح باتاً، ولا يجوز الرجوع فيه، وغني عن القول أنّ هذا الاتفاق قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً. فمادام أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد حددت دلالة العربون، فعلى القاضي الأخذ بهذه الدلالة كلما ثبت اتجاه الإرادة المشتركه إليها، وبتأكيد العقد لا يكون لأيّ من الطرفين الحقّ في العدول عنه، ويعتبر عدم تنفيذ العقد في هذه الحالة إخلالاً بالالتزام التعاقدي، بحيث يكون للطرف الآخر حقّ المطالبة بالتنفيذ العيني، وذلك حسب قواعد المسؤولية التعاقدية .

وفي حالة فسخ العقد، فإن للمحكمة أن تحكم بتعويض تكميلي مساوٍ للعربون أو أكثر أو أقلّ منه، فهذا التعويض يرتبط بالقواعد العامة للتقدير، وليس بقيمة العربون، وبحيث يشمل ما فات من كسب وما لحق من خسارة، ويعوض الضرر المباشر المتوقع بحسب القواعد العامة للمسؤولية العقدية، وهذه الدلالة لا تثير أية صعوبات قانونية .[١٠] وقد أخذ المشرّع العراقي بهذه الدلالة ،وذلك بنصّ المادة (٩٢) منه، إذ نصّت هذه المادة على أنه: «يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.»[١١]

وهكذا، نجد أن للإرادة المشتركة كامل الحرية بتحديد دلالة العربون، سواءً أخذت هذه الدلالة حقّ العدول أم تأكيد العقد، ويكشف القاضي عن هذه الإرادة، وعن قصد المعاقدين من ظروف العقد وشروط التعاقد١٢ هذا ما لم يكن الاتفاق على هذه الدلالة صريحا و واضحاً، فعلى سبيل المثال، تدلّ ضخامة مبلغ العربون المقدم من المشتري في عقد البيع على أنه جزءٌ من الثمن وتأكيد للعقد.

---

١٠. تأخذ بهذا الاتجاه القوانين الجرمانية وغيرها من القوانين الحديثة كالقانون الألماني(م٣٣٦)، والقانون السويسري (م١٥٨).

١١. انظر هذه الدلالة وتفصيلاتها عند: عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٥٤.

١٢. عندما يقدر القاضي ان العقد اصبح باتاً وان دلالة العربون كذلك فانه يمارس هذا التقدير المخالف للاصل العام في دلالة العربون بناءً على سلطته التقديريه والتي لا تخضعلرقابه المحكمة العليا.

انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعه القانون المدني المصري، نظرية العقد والاراده المنفرده، دراسه معمقه ومقارنه بالفقه الاسلامي، القاهره،١٩٨٤، ص١٨٩؛ محمود جما الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهره، ص٥١.

كما أنّ قيام البائع بالمقابل بدفع مبلغ نقدي كعربون للمشتري تدلّ على أنّ دلالة العربون هنا أنه حقّ عدول، وإلا فالبائع لا يدفع بالأصل نقداً كجزء من تنفيذ عقد البيع .

ثانياً- النص التشريعي

إذا لم يتبين قصد المتعاقدين من دلالة العربون، فإنّ ما يحكم هذه الدلالة هو النصّ التشريعي إن وجد. ولقد اختلفت التشريعات بهذا الشأن؛ فمنها ما يأخذ بدلالة حقّ العدول، إذ إنه كلما تعذر على القاضي الوصول إلى هذه الدلالة من خلال البحث بقصد المتعاقدين - حكم بأن هذه الدلالة هي حقّ العدول، وبالمقابل هناك اتجاه تشريعي يرى أن دلالة العربون هي أنّ العقد أصبح باتاً ولا يجوز الرجوع عنه، وهناك بعض التشريعات التي سكتت عن تنظيم هذه المسألة ولم تبين دلالة العربون. ومن القوانين التي نصّت على دلالة العربون القانون المدني البحريني، وذلك بنصّ المادة (٥٢) منه بقولها: «دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عنه ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه»[١٣]. والواضح من هذا النصّ أنّ قصد المتعاقدين له الاعتبار الأول في تحديد دلالة العربون، فإن لم يستطع القاضي الوصول إلى هذا القصد، فعليه البحث في العرف، فإن وجد عرفاً مستقراً بالأخذ بدلالة معينه بالعربون ،فعليه الحكم بموجب هذا العرف. وجدير بالذكر أنّ هذا العرف قد يكون عرفاً خاصاً بنشاط تجاري معين أو بفئة معينة من التجار أو غيرهم، ولا يشترط أن يشمل العرف جميع العقود وبشتى أنواعها[١٤]. فقد يقتصر على عقود السمسرة مثلاً أو عقود الإيجار دون غيرها .

وفي حال عدم وجودمثل هذاالعرف فإن دلالة العربون تكون على أنه حقّ عدول، وليس للطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض، بل له فقط مبلغ العربون، فإن كان العادل عن العقد هو من دفع العربون فليس للقابض سوى الاحتفاظ به، وإن كان القابض هو من عدل عن القبض، فليس للدافع سوى استرداد العربون ومثله، وبذلك، يتحقق جزاء العدول ألا وهو خسارة قيمة العربون .

ويوافق القانون المصري ما ذهب اليه المشرّع البحريني بهذاالشأن، إذ تقضي المادة (١٠٣) منه أن : «١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحقّ في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ٢ – فإذاعدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ردّ ضعفه، هذاولو لم يترتب على العدول أيّ ضرر».

---

١٣. يوافق هذا الحكم ما أورده المشرع الكويتي للماده(٧٤)من القانون المدني حيث نصت على ان: "دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من طرفيه خيار العدول عنه ما لم يظهر انهما قصدا غير ذلك او كان العرف يقضي بخلافه" وهذا ايضا مسلك المشرع الاماراتي وذلك بنص المادة (١٤٨) من قانون المعاملات المدنية

١٤. انظر في معن العرف وأنواعه: عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص١٣٩ وما بعدها .

كما نصت الماده (١٠٧) من القانون المدني الأردني على ذات الدلالة بقولها : «١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحقّ في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ٢ – فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ردّ مثله» وفي كلّ النصوص السابقة والنصوص التشريعية التي سارت على نهجها يكون الأصل في دلالة العربون أنها حقّ عدول، والاستثناء هو وجود اتفاق على خلاف هذه الدلالة، ألا وهي الدلالة على تأكيد تمام العقد[١٥] .

ثالثاً- العرف

عندما لا يرد النصّ في التشريع على دلالة العربون ويتعذر على المحكمة الوصول إلى إرادة المتعاقدين وما قصده من العربون – يستعين القاضي بالعرف لتحديد هذه الدلالة .

ومن المعروف أنّ العرف هو أحد مصادر القانون وتختلف درجة العرف ومكانته باختلاف التشريعات، فنجده في بعض التشريعات يأتي بعد التشريع مباشرة، ومن ذلك القانون المدني البحريني في المادة (١) منه[١٦] .

وقد لجأ القضاء في مصر إلى العرف الجاري لتحديد دلالة العربون، وذلك في التقنين المدني القديم. فلم يرد نصّ على مسألة دلالة العربون في ذلك التقنين، ولذلك؛ كان القضاء يلجأ إلى البحث عن إرادة المتعاقدين. فيأخذ بدلالة حقّ العدول أحياناً، ويأخذ بدلالة بتات وتأكيد العقد تارة أخرى، وعند الشكّ وعدم إمكانية تحديد دلالة العربون – كان يستعين بالعرف الجاري .

أما في ظل القانون المدني الجديد[١٧]، فقد استقر النص التشريعي في المادة(١٠٣) والتي سبق الاشارة اليها على أنّ دلالة العربون هي حقّ العدول إلا إذا قضى الاتفاق غير ذلك. ولم يشرِ النص الجديد الى العرف .

وبالرجوع الى مادة (٥٢) مدني بحريني، نجد أنها أبقت على العرف كمصدر للوصول إلى دلالة العربون، فجاء فيها أن «دفع العربون، وقت إبرام العقد، يفيد أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عنه، ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه « .

وهكذا نجد أن العرف مصدر للوصول إلى دلالة العربون .

---

١٥. نقض مدني مصري، ١٩٨٨/٤/١٣، الطعن ١٠٣٤، س٥٤، مجلة القضاه، ج١، ص١٠١.انظر ايضا: نقد مدني مصري ١٩٨٩/١٢/٢، مجموعة المكتب الفني، س٣١، ص١٩٩٢.

١٦. انظر في معنى العرف وأنواعه: عبد العال، محمد حسين، المدخل لدراسة القانون البحريني، مطبوعات جامعة البحرين، ٢٠١٠، ص١٧٤ وما بعدها.

١٧. كان النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري المعمول به حالياً يعطي العربون دلالة البت بحيث انه بدفع العربون يكون العقد باتاً لا يجوز الرجوع فيه، وبعد تردد انتهى واضعو القانون المدني الجديد الى نص المادة(١٠٣) والتي جعلت دلالة العربون حق عدول. انظر: الاعمال التحضيرية، ج٢، ص ٨٠-٨٩.

فإرادة المتعاقدين هي المقدمة في حال وجود اتفاق على تحديد هذه الدلالة، ثم يليها العرف فيبحث القاضي في العرف الجاري للوصول إلى هذه الدلالة. فإن لم يتوصل إلى مبتغاه، طبَق الأصل وهو أن دلالة العربون أنه مقابل حقّ العدول.

وغني عن البيان أن اللجوء إلى العرف في تحديد دلالة العربون لا يشكل أي خروج على المبادئ والأصول العامة من حيث وجوب التدرج عند الأخذ بمصادر القاعده القانونية، وبين ذلك أن المادة (٥٢) مدني بحريني تعدّ قاعدة مفسرة. والقاعدة المفسرة يجوز الاتفاق على خلاف حكمها، فإذا كان هذا الاتفاق مباحا قانونا بين المتعاقدين، فإنّ مخالفة العرف لهذه القاعدة أولى بالأخذ، وذلك لأنّ العرف أعمّ وأشمل من مجرد اتفاق بين إرادتين.

ثم إنه عندما ينصّ النصّ التشريعي على وجوب تقديم العرف في مسائل معينة كما فعلت المادة (٥٢) مدني بحريني، فإننا لا نرى أن هناك مخالفه للتدرج في مصادر القاعده القانونية، وذلك لأن التشريع هو الذي قدم العرف في هذه المسائل، ومن ثم، فنحن نطبق النصّ التشريعي الذي قدم العرف. عندما لا يرد النصّ في التشريع على دلالة العربون ويتعذر على المحكمة الوصول الى إرادة المتعاقدين.

الفرع الرابع
دلالة العربون بحسب المشرِّع البحريني

واضح من نصّ المادة (٥٢) من القانون المدني البحريني- سابقة الذكر- أن الأصل في العربون أنه للدلالة على خيار العدول عن العقد، ومعنى ذلك، أنه بإمكان أيّ من المتعاقدين العدول عن العقد، ولكن ذلك يترتب عليه خسارة قيمة العربون. ومن هنا، فإنه إذا كان العادل هو من دفع قيمة العربون، فإنه يخسره، وأما إذا كان العادل من قبض العربون، فإنه يخسره أيضاً، وذلك بردّ ضعفه، ولمّا كانت هذه الدلالة للعربون حقّ -بحسب النصّ التشريعي- فإنّه لا يترتب أيّ تعويض[١٨] على العدول غير خسارة العربون، فالجواز الشرعي ينافي الضمان. هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن هذه الدلالة تقتضي خسارة العربون ممن يعدل عن تنفيذ العقد، ولو لم يسبب هذا العدول أيّ ضرر للطرف الآخر، بل وإن سبب منفعة. فلو أن (أ) دفع مبلغ ٥٠٠ دينار كعربون لعقد بيع بضاعة بقيمة ٥٠٠٠ دينار، ثم عدل عن العقد فباعها الطرف الآخر بسبعة آلاف دينار فإن (أ) مع ذلك يخسر العربون، إذ لا عبرة بحصول الضرر من عدمه هنا .

---

١٨. نصت المادة ٥٤ من القانون المدني البحريني على أنه: " إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه التزم برده ودفع مثله، وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر."

وقد جاء موقف المشرِّع البحريني بهذا الشأن واضحاً كما هو الحال في معظم القوانين العربية، وذلك بخلاف موقف كل من المشرِّع الاردني (المادة ١٠٧) والقانون المدني العراقي واللذان لم يتضمن أي منهما عبارة دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر. وفي ظل هذين القانونين يرى البعض أنه لابد من إثبات الضرر لخسارة العربون. آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسمّاة، مكتبة دار الثقافة، عمّان، ١٩٩٩، ص ٤١. وسيشار إليه لاحقاً هكذا: النداوي، العقود المسمّاة.

وتجدر الإشارة إلى أن استعمال هذا الحقّ يجب أن يكون خلال مدة معقولة يتفق عليها أطراف العقد، فإذا انتهت هذه المدة دون أن يعدل أي من الطرفين عن تنفيذ العقد، أصبح العقد باتاً ولا عدول أو رجوع فيه. وعند ذلك يعدّ العربون جزءاً من الثمن، إذا كان المشتري هو الذي دفعه، وأما إذا كان البائع هو الذي دفع العربون، فيردّ له وفوقه ثمن المبيع. وتقدير مدة العدول مسألة تعود للقاضي، ما لم يتفق عليها طرفا العقد، وهذا التقدير هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز .

ولكن هذا الأصل – وهو أن دلالة العربون مقابل استعمال لحقّ عدول – ليس من النظام العام[١٩] ومن ثم، فإننا نجد واستنادًا إلى نص التشريع، أن هناك دلالة أخرى للعربون، وهي ما يقصده الأطراف أو يقضي به العرف، وعليه، فلأطراف العقد الاتفاق على أن دلالة العربون هي أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه، وعندئذ، فإن هذا الاتفاق يصحّ ويؤخذ به، وبذلك يكون العربون هنا جزءاً من الثمن في عقد البيع، وهنا لا يجوز لأيّ من الطرفين العدول عن العقد. ودفع العربون في هذه الحالة مظهر من مظاهر التنفيذ من جانب المشتري، باعتبار هذا العربون جزءًا من الثمن، كما وأن العرف قد يكون مصدر الدلالة الثانية، إلى جانب اتفاق الطرفين، فإذا كان هناك عرف يقضي باعتبار العربون جزءا من الثمن، فإنه يكون كذلك .

وأما إذا لم يكن هناك اتفاق بين أطراف العقد على دلالة العربون، ولم نجد عرفاً بشأن المسألة المعروضة يحدد لنا هذه الدلالة، فإننا نعود إلى الأصل الوارد في المادة (٥٢) من القانون المدني، والتي تقضي أن دلالة العربون أنه مقابل استعمال حقّ عدول .

المطلب الثالث
التكييف القانوني للعربون

من القواعد الثابتة والمتأصلة في القانون المدني أنه على المدين أن ينفذ عين ما التزم به، والأصل أن يقوم بهذا التنفيذ طائعاً مختاراً، وإلّا، فإنه يجبر على ذلك من خلال تحريك المسؤولية المدنية بحقه، ومن الأصول الثابتة أيضاً، أنه لا يجوز التنفيذ بطريق التعويض ما دام التنفيذ العيني ممكناً، وشروط تطبيقه متحققة بالكامل، وإذا كانت هذه الأمور من المسلّمات الثابتة والمستقرة في القانون المدني، فإن العربون يثير تساؤلاً مهماً وملحاً في آن واحد، ألا وهو: ما هو الأساس الذي بُنيّ عليه حق العدول...؟ فنحن نعلم أن تعديل العقد أو إقالته أو فسخه لا يكون بإرادة طرف دون الآخر، فالفسخ لا بد أن يكون قانونياً أو قضائياً أو اتفاقياً، وأمّا الإقالة والتعديل فلهما أحكام

١٩. يتضح ذلك من خلال إجازة النص لأطراف العقد بالاتفاق على خلاف حكم المادة، وذلك عندما أجاز لهم أن يقصدا غير ذلك الحكم، وبذلك، فإن هذا النص غير متعلق بالنظام العام. وتجدر الإشارة إلى حكم محكمة التمييز بالطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٨، والذي أكد أن المعوّل عليه في دلالة العربون هو نية المتعاقدين. انظر الحكم مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة التمييز السنة التاسعة ١٩٩٨– ص ٨٧٢.

قانونية واضحة، وبما يحافظ على القوة الملزمة للعقد، ويمنع الإرادة المنفردة من التحكم بهذه القوة أو تعديلها .[٢٠]

بينّا من خلال المطلب السابق أن للعربون دلالتين:- أما الأولى، فهي أنه مقابل استعمال حقّ عدول، وهو ما ذهب إليه المشرِّع البحريني كأصل عام. وأما الثانية، فهي أن العربون دلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه .

ومن خلال تحديد دلالة العربون يمكن لنا أن نحدد طبيعته، فأما الدلالة الثانية وهي أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه، فلا تثير أية صعوبة، إذ العربون في هذه الصورة جزء من الثمن، وهو مظهر من مظاهر تنفيذ العقد. وأما إذا كانت دلالة العربون أنه مقابل استعمال حقّ عدول، فإن الطبيعة القانونية له كانت محلّ اختلاف... فهل يعدّ العقد هنا عقداً باتاً، أم أنه معلق على شرط..؟. وما طبيعة هذا الشرط.....؟

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه[٢١] أن العقد في هذه الحالة هو عقد معلق على شرط، وليس عقداً باتاً، وقد اختلف أنصار هذه الاتجاه في تحديد طبيعة الشرط، فذهب البعض إلى أنه عقد معلّق على شرط واقف، وهذا الشرط هو عدم استخدام أيّ من المتعاقدين حقّه في العدول خلال المدة المتفق عليها، أو المدة المعقولة، وهذه يحددها القاضي عند عدم الاتفاق على مدة محددة .

وأما القول الثاني في هذا الاتجاه، فهو أن الشرط هو شرط فاسخ وهو استعمال حق العدول، ومن ثم، فإن العقد نافذ ما لم يتحقق الشرط الفاسخ، وعندها يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد .

الاتجاه الثاني: العقد بالعربون عقد بات يتضمن شرطاً جزائياً...

هذا الاتجاه هو اتجاه قضائي مصري[٢٢] وليس فقهياً، وفحواه: أن التعاقد بالعربون هو عقد بات يتضمن شرطاً جزائياً، والشرط الجزائي هنا هو قيمة العربون، فمن عدل عن العقد خسر الشرط الجزائي، فإذا عدل من قبض العربون ردّ ضعفه، وإذا عدل من دفعه خسره.

وحقيقة الأمر أن هناك اختلافاً كبيراً بين العربون والشرط الجزائي، فالعربون مبلغ ثابت لا يتدخل القاضي في زيادته أو إنقاصه، وإنما يحكم به على من عدل عن العقد كمقابل عن العدول،

٢٠. هذا مع الأخذ بعين الاعتبار، الاستثناء المتعلق بعقد المقاولة، حيث يستطيع رب العمل انهاء العقد من جانب واحد، وذلك مقابل تعويض المقاول عمّا قد يلحق به من ضرر. تنص المادة(٦١١) من القانون المدني البحريني على أنه:" أ) لصاحب العمل أن ينهي المقاولة ويوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل اتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع نا أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمالن وما كان يستطيع أن يكسبه لو أتم العمل."

٢١. خميس خضر، العقود المدنية الكبيره، البيع والتأمين والايجار، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤،ص٦٦؛ أنور سلطان، العقود المسمّاة، شرح عقدي البيع والمقايضة في القانونين المصري واللبناني. دار النهضة العربية، ص ٩٤.

٢٢. محمد سعد خليفة، أحمد محمد هيكل، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الصخير، ٢٠٠٦، ص٨٦، وانظر الهامش رقم (٢) في ذات الصفحة.

فمن حقّ أي من المتعاقدين أن يعدل عن تنفيذ العقد، مادام مستعداً لخسارة قيمة العربون، وذلك بغض النظر عن حصول ضرر أو عدم حصوله، وحتى لو حصلت منفعة للطرف الآخر من هذا العدول، فإنه يستحق أيضاً العربون، كما سبق بيانه .

وأما الشرط الجزائي، فهو تعويض اتفاقي، ولذلك لابدّ من حصول خطأ عقدي وحصول ضرر عن هذا الخطأ، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر. والتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) كغيره من أنواع التعويض[٢٣] يرتبط بالضرر، ومن هنا، فإن القاضي يستطيع أن يتدخل في الشرط الجزائي من خلال زيادته أو إنقاصه[٢٤] بما يتناسب مع الضرر،وهذا بعيد كل البعد عن العربون.

ومن جانب آخر، فإن العربون يعدُّ مقابلاً للعدول عن العقد، فهو ليس تعويضاً، ولذلك فهو غير مرتبط بالضرر، بل إن الطرف الذي يعدل عن العقد يلتزم بهذا العربون وإن لم يترتب أيّ ضرر للطرف الآخر على هذا العدول[٢٥]، وهذا بالنصّ الصريح للفقرة (٢) من المادة (١٠٣) من القانون المدني المصري .

ونرى من جانبنا أن الطبيعة القانونية للعربون ما هي إلا أنه التزام بدلي، فالعقد بالعربون هو عقد موصوف، والوصف هنا هو الالتزام البدلي وليس الشرط، فالوصف هنا يتعلق بمحلّ الالتزام، حيث يستطيع أيّ من المتعاقدين أن ينفذ عقد البيع، أو يستبدل ذلك بخسارة العربون كبديل عن التنفيذ، والالتزام البدلي هو التزام لا يشمل محلّه إلا شيئ واحد، ولكن تبرأ ذمة المدين، إذا أدّى بدلاً منه شيئاً آخر. وهذا ما يعبّر عنه المشرِّع البحريني بنصّ المادة (٢٦٣) من القانون المدني والتي تنصّ على أنه:

أ) يكون الالتزام بدلياً، إذا لم يكن محله إلا شيئ واحدٌ، ولكن تبرأ ذمة المدين، إذا أدّى بدلاً منه شيئاً آخر .

ب) والأصل وليس البدل هو وحده محل الالتزام [٢٦].

---

٢٣. إلى جانب التعويض الاتفاقي، هناك التعويض القانوني والتعويض القضائي، حيث أن المحكمة تقدر التعويض ما لم يكن مقدراً بنص القانون أو الاتفاق (المادة ٢٢٣ مدني بحريني).

٢٤. تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني البحريني على أنه: "لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. ويجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه". وتنص المادة (٢٢٧) من القانون ذاته على أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً" .

٢٥. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ ،ص١٥١؛ محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،٢٠١٧، ص٢١٣.

٢٦. ويقابل هذا النص في القوانين المدنية العربية

- القانون المدني المصري المادة ١/٢٧٨

- القانون المدني السوري المادة ٢٧٨ وتطابق في صياغتها القانون المدني المصري.

ومن هنا، فإننا نرى أن التكييّف القانوني للعربون عندما يأخذ دلالة مقابل حقّ العدول- هو أنه التزام بدلي، إذ إن كلاً من طرفي عقد البيع دائناً ومديناً، وبإمكان المدين العدول عن العقد شريطة أن يؤدي قيمة العربون كبدل للطرف الآخر. ويمكننا أن نسند هذا الرأي بأن المدين في الالتزام البدلي يستطيع إلزام الدائن بالبدل، بينما لا يستطيع المدين إلزام الدائن بالشرط الجزائي مقابل التخلي عن التنفيذ العيني.[٢٧]

المبحث الثاني

حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ح/ ١ / ٢٠١٠) لسنة ٦ قضائية[٢٨]

تعدّ أحكام المحكمة الدستورية واتجاهاتها في معالجة الموضوعات التي تعرض عليها هي الهدف الأساس من إنشائها. وسنتناول في هذا المبحث اتجاه المحكمة الدستورية في تحديد مفهوم العربون، وهل يعدّ العربون بشكله الحالي اعتداء على حقّ الملكية أم لا، وذلك من خلال تحليل حكم المحكمة موضوع البحث، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصّص المطلب الأول لدراسة أسلوب تحريك هذه القضية أمام المحكمة الدستورية، وحجج الطاعن بعدم الدستورية، في حين سنخصّص المطلب الثاني لمناقشة موقف المحكمة من الموضوع .

المطلب الاول

أسلوب تحريك هذه القضية والأسانيد التي استند إليها الطاعن بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون المدني البحريني

تتلخص وقائع القضية في أن المدعي اشترى شقّة من المدّعى عليه بمبلغ ١١٠٠٠٠ ألف دينار، ودفع مبلغ ٥٥٠٠ دينار كعربون، إلا أنّ المدّعى عليه رفض إتمام البيع وأعاد للمدعى مبلغ ٣٠٠٠ دينار، فأقام المدعي دعوى أمام المحكمة الصغرى المدنية يطلب فيها الحكم بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ ٥٠٠٠ دينار مع الفائدة القانونية المترتبة على ذلك، وذلك استنادا للفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون المدني التي تنص على ان ((إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه التزم بردّه ودفع مثله، وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر. ويعدّ في حكم العدول عن العقد استحالة التنفيذ بسبب يُعزى إلى المتعاقد. أما إذا كانت استحالة تنفيذ

- القانون المدني الاردني المادة ٢/٤١١.
- القانون المدني العراقي المادة ١/٣٠٢ وتطابق تماماً نص القانون المدني البحريني المشار إليه في المتن وكذلك تطابق هذا النص تماماً المادة ٣٤٠ من القانون المدني الكويتي.
- المادة ١/٤٣٥ من قانون المعاملات الاماراتي وتطابق في صياغتها القانون المدني الاردني.

٢٧. انظر في التفرقة بين الشرط الجزائي والالتزام البدلي: حسن علي الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص٢١٣.

٢٨. منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٠٤٢ بتاريخ ٨/ مارس/ ٢٠١٢.

الالتزامات الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، وجب ردّ العربون إلى من دفعه)).

وأثناء تداول القضية وجد قاضي محكمة الموضوع أنّ المادة ٥٤ من القانون المدني قد تكون مشوبة بعيب عدم الدستورية، وذلك لمخالفتها للموادّ (٩/ج) و (٢٠/و) و (٣٢/أ) من الدستور، ولذا، قرر إحالة الأمر الى المحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ .

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنخصص الفرع الأول لبيان أسلوب تحريك هذه القضية، أما الفرع الثاني، فسنتناول به الأسانيد التي استند إليها قاضي محكمة الموضوع في الطعن بعدم دستورية نصّ الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون المدني .

الفرع الأول

أسلوب تحريك الرقابة على دستورية القوانين في الدعوى رقم (ح/١/ ٢٠١٠)

حدّد المرسوم بقانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ الجهات التي يحقّ لها تحريك الرقابة على دستورية القوانين، إذ نصّت المادة ١٨ من المرسوم بقانون على أن ترفع المنازعات الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي:

أ – بطلب من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب .

ب– إذا تراءى لإحدى المحاكم أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت المحكمة الدعوى، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية .

ج– إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة، ورأت هذه المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز شهرا واحدا لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن، وواضح من هذا النصّ أنّ من الجهات التي يحقّ لها تحريك الرقابة على دستورية القوانين هي المحاكم. فاذا تبين لقاضي محكمة الموضوع أثناء نظره الدعوى المنظورة أمامه شبهة عدم دستورية القانون أو النصّ الذي سيستند إليه في إصدار حكمه في هذه الدعوى، جاز له إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للبتّ في الأمر دون رسوم .

ويشترط لتفعيل هذه الوسيلة ما يأتي[٢٩]:–

٢٩. د. مروان المدرس ود.محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني مع مقدمة في النظرية العامة للدستور، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٣٦.

١. يجب أن تتم الإحالة القضائية بمناسبة نظر دعوى، بمعنى أن المحاكم لا تستطيع الإحالة إلى المحكمة الدستورية دون وجود دعوى منظورة أمامها.

٢. أن يكون النصّ المشكوك بعدم دستوريته في قانون أو لائحة لازم للفصل في الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع. بمعنى آخر فإن قاضي محكمة الموضوع لا يستطيع ان يحيل أيّ نصّ إلى المحكمة الدستورية، وإنما حقّه في إحالة النصوص اللازمة للفصل مقيد بالدعوى المنظورة أمامه .

٣. أن الإحالة القضائية تتمّ دون رسوم، بخلاف الدعوى الدستورية التي يرفعها الأفراد بناء على الدفع المقدم من قبلهم أمام المحكمة التي تنظر دعواهم، فانها تتمّ بدفع رسم مقداره ٥٠٠ دينار .

٤. يجب أن يتضمن قرار الإحالة تحديد النصّ التشريعي المشكوك بعدم دستوريته، والنصّ الدستوري المدعى مخالفته، ووجه المخالفة، وذلك استنادا لنصّ المادة ١٩ من قانون المحكمة الدستورية، والذي نصّ على أنه "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها، وفقا لحكم المادة السابقة، بيان النصّ المطعون بعدم دستوريته، والنصّ الدستوري المدّعى بمخالفته وأوجه المخالفة" .

إنّ الدعوى الدستورية رقم (ح/١/٢٠١٠) قد تمّ تحريكها من خلال إحالة قاضي محكمة الموضوع (قاضي المحكمة الصغرى المدنية الثانية) الأوراق إلى المحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية الفقرة الأولى من نصّ المادة (٥٤) من القانون المدني، دون أن يطلب أطراف الدعوى ذلك.

إذ إن قاضي محكمة الموضوع تولد لديه شك بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٥٤) والخاصة بالعربون، علما أنّ نصّ المادة (٥٤) هي التي سيستند إليها في إصدار حكمه في القضية المعروضة عليه .

الفرع الثاني

الأسانيد التي استند إليها قاضي محكمة الموضوع في الطعن بعدم دستورية

نصّ الفقرة الأولى من المادة (٥٤) من القانون المدني

سبق أن بينا أنّ قرار قاضي محكمة الموضوع بإحالة نصّ إلى المحكمة الدستورية يجب أن يتضمن النصّ المشكوك بعدم دستوريته، والنصّ الدستوري المدعى بمخالفته، ووجه المخالفة وذلك استنادًا لنصّ المادة (١٩) من قانون المحكمة الدستورية رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢. والتي جاء فيها: "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو صحيفة الدعوى المرفوعة

إليها، وفقا لحكم المادة السابقة، بيان النصّ المطعون بعدم دستوريته، والنصّ الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة" .

وقد أوضح قاضي محكمة الموضوع في قرار إحالته أنّ النصّ المشكوك بعدم دستوريته هو نصّ الفقرة الأولى من المادة (٥٤) من القانون المدني، وأنها تخالف النصوص (٩/ ج)[٣٠] و (٢٠/و)[٣١] و (٣٢/ أ)[٣٢] من الدستور .

وبيّن قاضي محكمة الموضوع أوجه المخالفة، إذ اعتبر أنّ نص الفقرة الأولى من المادة (٥٤) من القانون المدني تتضمن سلباً لأموال من عدل عن إبرام العقد، دون أن يكون هناك ضرر قد لحق بالطرف الآخر من العقد، وهذا الأمر عدّه قاضي محكمة الموضوع اعتداءً على حقّ الملكية الذي يحميه الدستور بموجب نصّ المادة ٩/ج، واستنادا لذلك، فإنّ ردّ من قبض العربون ضعف مبلغ العربون المقبوض إلى الطرف الآخر فيه مساس بحقّ الملكية دون أي سند قانوني، بل إن قاضي محكمة الموضوع قد ربط بين إرجاع قيمة العربون مضاعفاً، والضرر الذي لحق الطرف الآخر، فإذا انعدم الضرر، فإنّ الشخص الذي قبض العربون غير ملزم بردّه مضاعفاً، وإنما ملزم بردّ قيمة العربون فقط .

إضافة لما سبق، فإنّ قاضي محكمة الموضوع قد ارتأى أن الفقرة الأولى من المادة (٥٤) – مدني فيها اعتداء على حقّ التقاضي الذي أحاطه الدستور بحماية بموجب نصّ المادة (٢٠/و) من الدستور، إذ إنّ نصّ المادة (٥٤) من القانون المدني تحرم قاضي محكمة الموضوع من بحث عناصر النزاع، وتقدير حجم الضرر المترتب نتيجة العدول عن إتمام التعاقد، إن كان هناك ضرر، وتحديد أيّ من أطراف العقد قد لحقه الضرر. بمعنى آخر إنّ نصّ المادة المطعون بعدم دستوريتها قد قدرت سلفاً الطرف المتضرر من العدول عن إتمام العقد، وحددت أيضاً مقدار الضرر، ومن ثم، حرمت القاضي من بحث موضوع النزاع وعناصره .

واستنادًا إلى ذلك، فإنّ قاضي محكمة الموضوع أشار إلى أن نصّ المادة المطعون بعدم دستوريتها فيه انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات، وتتضمن اعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية، كون المشرع قد نظم أموراً هي من اختصاص القضاء، وكلّ هذا يشكل مخالفة لنصّ المادة ٣٢/أ من الدستور.

---

٣٠. تنص المادة ٩/ ج على أن ((الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا)).

٣١. تنص المادة ٢٠/و على أن ((حق التقاضي مكفول وفقا للقانون)).

٣٢. تنص المادة ٣٢/ أ على أن ((يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقا لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور، وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقا لقانون التفويض وشروطه)).

المطلب الثاني

موقف المحكمة الدستورية

ناقشت المحكمة الدستورية الأسانيد التي استند إليها قاضي محكمة الموضوع في قراره بإحالة نصّ الفقرة الأولى من المادة (٥٤) من القانون المدني، فبينت المحكمة أنّ الدستور البحريني قد كفل حماية الحقوق والحريات بصورة عامة ،ومنها حقّ الملكية الخاصة، وذلك من خلال النصّ عليها في صلب الوثيقة الدستورية، إضافة إلى أنه ألزم المشرّع بتنظيم الحقوق والحريات (ومنها حقّ الملكية الخاصة) وحمايتها، بشرط ألا يؤدي التنظيم الى إحاطة هذه الحقوق والحريات بقيود يفرضها المشرّع عليها بما يؤدي إلى إفراغها من مضمونها، إو إرهاقها بشكل يجعل التمتع بها مستحيلا أو صعباً. فالمشرّع عندما ينظم حقّ الملكية الخاصة وإن كان ملزما بمراعاة الوظيفة الاجتماعية له كما أشار إلى ذلك الدستور، إلا أنه يجب أن لا يؤدي هذا التنظيم إلى تعطيل الانتفاع بهذا الحق[٣٣]، وهذا ما نصّ عليه حكم المحكمة الدستورية والذي جاء فيه ((وحيث إنّ الحماية القانونية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، تفترض ألا ترهقها القيود التي يفرضها المشرّع عليها – في إطار الوظيفة الاجتماعية – جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها، بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها الى ما يفرغها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة، وإعاقتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرّع مقوضا بنيانها، من خلال قيود ترهقها إلى حدّ ابتلاعها، كان عمله افتئاتاً عليها، منافياً للحقّ فيها)). وهنا تؤكد المحكمة الدستورية على ضرورة أن يقوم المشرّع بتنظيم حقّ الملكية دون الانتقاص من جوهره أو إعاقته؛ لأن ذلك يعد أمرا منافياً لطبيعة الحقّ .

وأشارت المحكمة إلى أنّ المشرّع البحريني قد تبنى فكرة عربون الرجوع في نصّ المادة (٥٤) المطعون بعدم دستوريتها، والمقصود بعربون الرجوع أن دفع العربون يكون قرينة قانونية تتيح للمتعاقدين حقّ العدول عن العقد المبرم بينهما، ولذا، فإنّ قاضي محكمة الموضوع لا يحقّ له تفسير النصّ على خلاف ما ابتغاه المشرّع، وإنما يجب أن يكون التفسير في حدود النصّ، اذ جاء في حكم المحكمة الدستورية أن ((تفسير النصوص ينبغي أن يكون في حدود النصّ، وما يتضمنه من معان مرتبطة بالحكم المقصود منه، وإلا عدّ ذلك تجاوزاً لحدود التفسير، والانتقال الى مرحلة وضع نصوص جديدة، لا مجرد تفسيرها، وهو ما يعتبر خروجاً على دور القضاء، وهو تطبيق القاعدة القانونية لا خلقها، ومن ثم لا يجوز تفسير النصوص بما يبتعد عن الغاية النهائية المقصودة منها،..))، وواضح من هذا النص أنّ المحكمة الدستورية قد حددت معنى التفسير القضائي الذي

---

٣٣. د.مروان المدرس ود.خليل محمد مصطفى، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، التي تصدرها جامعة الشارقة، بحث مقبول للنشر، راجع ص٢٢ وما بعدها.

يحقّ لكلّ قاضٍ ممارسته أثناء نظر القضايا المعروضة أمامه، وبعد ذلك بيّنت أنّ قاضي محكمة الموضوع قد تجاوز حدود التفسير المقبول ممارسته من قبل القاضي في إطار وظيفته، إلى دور المشرّع الذي يخلق قواعد قانونية. فالمحكمة أكدت ضرورة أن يكون التفسير مقيداً بالغاية التي ابتغى المشرّع تحقيقها، فلا يجوز تفسير النصّ بعيداً عن هذه الغاية .

ويقصد بالتفسير القضائي ((ذلك التفسير الذي يجريه القاضي بهدف إنزال حكم النصّ القانوني محلّ التفسير على الحالة الواقعية المعروضة عليه في الدعوى)) [٣٤]، فالقضاء عندما يقوم بمهمة التفسير يجب أن يقف على المقاصد الحقيقية التي توخى المشرّع تحقيقها، وهذه المقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداءً، بل مناطها ما ابتغاه المشرّع حين صاغها[٣٥]، وقد بيّنت المحكمة الدستورية معنى التفسير في حكم آخر لها والذي جاء فيه: "ولا يجوز ان يكون تفسير النصوص موطئا إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المجال الطبيعي للتفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً على المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداءً، بل مناطها ما ابتغاه المشرّع حقاً من صياغتها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء عنها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون مبلورة لها، وهي إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها،أو يعد مسخاً او تشويهاً لها، أو نكولا عن حقيقة مراميها، أو انتزاعاً لبعض ألفاظها من سياقها)) [٣٦]. وواضح من خلال هذا الحكم تاكيد المحكمة على أن دور القاضي في التفسير يقتصر على تحديد المعنى الذي توخى المشرّع تحقيقه، دون أن يكون له الحقّ في أن يخلق قاعدة قانونية جديدة، أو يعدّل القاعدة القانونية من خلال الالتواء عليها، أو تحميل النصّ معنى غير المعنى المراد أو المقصود من قبل المشرّع.

والمحكمة بيّنت أنّ فكرة عربون الرجوع تتيح للمتعاقد أن يعدل عن إتمام التعاقد مقابل خسارته لقيمة العربون، فقد نص حكم على أن ((... تأكيد على أن المشرّع البحريني قد أخذ بفكرة عربون الرجوع، بحيث يكون دفع العربون قرينة قانونية، تتيح للمتعاقدين حقّ العدول عن العقد المُبرم بينهما...)) ، وأوضحت المحكمة أنّ عدول المتعاقد عن إتمام العقد لا يكون بالمجان وإنما بمقابل يتحمله متمثل بخسارة مبلغ العربون، فإذا كان العادل عن التعاقد هو من دفع مبلغ العربون فإنه يخسر قيمة العربون ولا يستطيع المطالبة بردّه، وإذا كان العادل عن التعاقد من قبض العربون،

---

٣٤. د. خالد جمال احمد حسن، تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والافتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الثاني، السنة الاولى، يونيو ٢٠١٤، ص ٢٩.

٣٥. د.احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢٧٣.

٣٦. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/ ٢/ ٥ ٠) لسنة ٣ قضائية دستورية، في جلسة ٢٦/ مارس/ ٢٠٠٧، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٧٨٦، بتاريخ ١٢/ ابريل/ ٢٠٠٧م.

فإنه مطالب بإرجاع قيمة العربون مضاعفاً، أي إرجاع العربون ومثله. وهذا ليس تعويضاً عن ضرر أصاب طرف من أطراف التعاقد، وإنما هو مقابل حقّ العدول عن إتمام التعاقد بغض النظر إن كان العدول قد سبب ضررا أو لم يسبب، ولا يجوز للقاضي تخفيض قيمة العربون أو زيادته وفقا للضرر المترتب. إذ نصّ حكم المحكمة على أنه ((وحيث إن القانون يمنح المتعاقد بالعربون الرجوع عن العقد، فإنه لا يمنحه إياه بالمجان، حسب نص المادة(١/٥٤) المنوه عنها سالفاً والمطعون بعدم دستوريتها، و إنما بمقابل يتحمله، يتحدد بمبلغ العربون ذاته، فإن كان من عدل عن العقد هو من دفع العربون ضاع عليه، و صار حقا لمن قبضه، و إن كان من قبضه هو من عدل، التزم بأن يرده ويدفع مثله، أي يردّ ضعفه للطرف الآخر، ومؤدّى ذلك أنّ النصّ الطعين يرتب التزامًا بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد، لا تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، حيث إن الالتزام قائم، حتى و إن لم يترتب على العدول ضرر .ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته، ولا زيادته إذا كان الضرر أكبر، ما لم يكن ثمة تعسف في استعمال حقّ الرجوع ،فتكون الزيادة – عندئذ – تعويضا عن التعسف، لا تعويضا عن العدول ذاته، ولا يجوز عدم الحكم بالعربون، إذا تبين أنه ليس ثمة ضرر، فالعربون هو مقابل للرجوع في التعاقد، وذلك استنادًا إلى أن إرادة المتعاقدين هي أساس الاتفاق صراحة أو ضمنًا على اعتبار العربون مقابلاً لحقّ العدول، دون اعتبار لحدوث ضرر، وليس في اتجاه الإرادة إلى إعمال هذا الحكم ثمة مخالفة للنظام العامّ، ومن ثم يُستحق العربون على أنه المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول. لما كان ذلك، يكون طرفا التعاقد و إعمالاً لسلطان إرادتهما في تكوين العقود قد قبِلا التعاقد بالعربون، وارتضيا تطبيق أحكامه المبينة في النصّ الطعين، التي ليس فيها سلب أو اعتداء على أموال الطرف الآخر".

إنّ عربون الرجوع يعطي الحقّ للمتعاقد أن يعدل عن إتمام التعاقد مقابل خسارته لمبلغ العربون، بشرط ألا يتعسف أيّ طرف من أطراف العقد باستعماله لحقّ الرجوع، فإن تعسف أيّ طرف باستعماله لهذا الحق جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن التعسف في استعمال حقّ الرجوع. فالتعويض الذي يحكم به القاضي هو عن الضرر المترتب عن التعسف في استعمال حقّ الرجوع، وليس عن العدول عن إتمام التعاقد .

فالمحكمة الدستورية بيّنت أنّ أيّ طرف من أطراف العقد إن تعسف في استعمال حقّه في الرجوع جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الذي سببه هذا التعسف، وقيمة التعويض تكون مستقلة عن مبلغ العربون. بمعنى آخر إن كان من تعسف في استعمال حقّه بالرجوع هو من قبض مبلغ العربون حكم عليه القاضي بردّ مبلغ العربون مضاعفاً إضافة إلى قيمة التعويض الذي يقدره عن التعسف، أما إذا انعدم التعسف حكم القاضي بردّ قيمة العربون مضاعفا فقط. وأما إن كان

المتعسف هم من دفع العربون، خسر قيمة العربون- مع إلزامه بدفع مبلغ التعويض المترتب عن الضرر الذي سببه تعسفه في استعمال حقه، وأما إذا لم يجد القاضي أيّ تعسف في استعمال الحقّ حكم بخسارته قيمة العربون .

وبناءً عليه، فإنّ دفع العربون يعدّ التزاماً وليس تعويضاً يدفعه المتعاقد حال عدوله عن التعاقد دون أن يرتبط ذلك بحدوث ضرر قد أصاب أيّ من أطراف العقد.

لذا، فإنّ نصّ الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون المدني لا تتضمن أيّ مساس بحقّ التقاضي[٣٧]؛ لأنه ليس هناك سلب لاختصاص القضاء من قبل السلطة التشريعية؛ ولأنّ النصّ الحالي لم يحرم القضاء من بحث أسس النزاع وموضوعه، علما بأنّ المحكمة قد أوضحت مفهوم هذا الحق بصورة تفصيلية؛ إذ جاء في حكم على أنه ((وحيث إن دستور مملكة البحرين قد كفل حقّ التقاضي، وذلك في الفقرة و من المادة (٢٠) التي تنصّ على أنّ ((حقّ التقاضي مكفول وفقا للقانون))، الذي يفترض ابتداءً، وبداهة، أن يكون لكلّ شخص النفاذ إلى المحاكم بصورة ميسرة، لا تحول دونه عوائق إجرائية، وألا تمنع المحاكم نظر أية منازعة، وألا توصد أبواب أيّ منها في وجه أيّ من المتقاضين، في إطار من الفرص المتكافئة بينهم، وصولا إلى حلّ منصف، يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها، بوصفها الترضية القضائية، لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، باعتبار أن هذه الترضية تندمج بالحق في التقاضي، وتشكل الحلقة الأخيرة منه. ولما كانت الغاية التي يتوخاها مبدأ الحقّ في التقاضي، تتمثل في الترضية القضائية، التي يسعى إلى تحقيقها المتقاضون، وصولا إلى جبر الأضرار التي لحقت بهم، من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، وأنّ إنكارالحقّ او تقييده في الترضية القضائية، سواء بحجبها عمن يطلبها ابتداءً، أو من خلال إحاطتها بقواعد إجرائية تكون معيبة في ذاتها، بما ينال من جوهر الترضية القضائية، ولا يدفعها إلى كامل مداها، إنما يعد إهدارا لما أكده الدستور من كفالة لحق التقاضي))[٣٨]. إنّ المحكمة الدستورية في هذا الحكم قد حددت مفهوم الحقّ في التقاضي، وبيّنت أنّ الترضية القضائية هي الحلقة الأخيرة منه، أو الغاية

---

٣٧. وقد عرفت المحكمة الدستورية البحرينية الحق التقاضي بانه ((... مبدأ الحق في التقاضي تتمثل في الترضية القضائية التي يسعى الى تحقيقها المتاقضون وصولاً الى جبر الاضرار التي لحقتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، وان انكار او تقييد الحق في الترضية القضائية، سواء بحجبها عمن يطلبها ابتداء، او من خلال احاطتها بقواعد اجرائية تكون معيبة في ذاتها عيباً جوهرياً، انما يعد اهداراً لا يستقيم مع ما أكده الدستور المعدل من حماية لحقوق الافراد، بما لا ينال من جوهر الترضية القضائية، ولا يدفعها لكامل مداها، ليتمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي، وينحل الى انكار للعدالة في اخص مقوماتها...)) راجع حكم المحكمة الدستورية رقم د/٤/٧ ٠ لسنة ٥ قضائية دستورية والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٩٢٨، بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٣١.، والواضح بان المحكمة قد عرفت هذا الحق بالغاية التي يتوخى تحقيقها الا وهي الترضية القضائية، وقد أكدت المحكمة على تقييد هذا الحق او حجبه عمن يطلبه يعد عيباً دستورياً جوهرياً، ويخالف نصوص الدستور، وانكاراً للعدالة، وهذا الامريتفق مع نص المادة ٣١ من الدستور البحريني التي نصت على ان ((لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية)).

٣٨. حكم المحكمة الدستورية رقم (د / ٣/ ٢٠١٤) لسنة ١٢ قضائية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣١٩٩ بتاريخ ٥ مارس ٢٠١٥.

التي يسعى إليها الأشخاص. أما جوهر هذا الحق فهو سهولة الوصول إلى المحاكم دون أيّة عوائق مالية أو إجرائية أو قيود تمسّ بجوهر الحقّ، ودون تمييز بين المتقاضين، أو القضايا[٣٩]. ولذا، فإنّ نصّ المادة الخاصة بالعربون لا تتضمن مساساً بهذا الحق أو انتهاكاً له. ومن ثم، فإنّ هذه المادة لا تمثل انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات. إضافة لما سبق، فإنّ نص القانون المدني المطعون بعدم دستوريته لا يشكل اعتداءً على حقّ الملكية الخاصة.

الخاتمة :

تناولنا في هذا البحث مفهوم العربون في ضوء حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ح/ ١/ ٢٠١٠) لسنة ٦ قضائية، وبيّنا في البداية مفهوم العربون بشكل عام، ثم تناولنا بالتحليل حكم المحكمة الدستورية المذكور أعلاه، وتوصلنا إلى النتائج الآتية :-

١. أنّ فكرة العربون التي نصّ عليها القانون المدني هي عربون الرجوع كأصل عامّ، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك .

٢. لا بد من وجود أساس قانوني تستند إليه المحكمة في الحكم بحق العدول مع أن التنفيذ العيني، وهو الأصل ما يزال ممكناً.

٣. أكدت المحكمة الدستورية أنّ دور القاضي في التفسير يقتصر على تفسير النصوص وفق ما ابتغاه المشرّع، أي في حدود النصّ، ولا يجوز للقاضي تفسير النصوص بعيدا عن الغاية النهائية المقصودة منها، والتي ابتغى المشرّع تحقيقها، فالقاضي دوره تطبيق القاعدة القانونية لا خلقها.

٤. بيّنت المحكمة الدستورية أنّ العربون لا يعدّ تعويضا عن ضرر أصاب أحد المتعاقدين، وإنما هو التزام يتحمل قيمته المتعاقد في حالة العدول عن إتمام العقد. ولكن المحكمة لم تبين أساس هذا الالتزام والتكييف القانوني له.

٥. إنّ العربون لا علاقة له بالضرر المترتب جرّاء عدول أحد المتعاقدين عن إتمام التعاقد، فالمحكمة تحكم به سواء وجد الضرر أو لا. فالعربون يترتب مقابل حقّ العدول، فعدول أحد أطراف العقد لا يكون دون ثمن يدفعه، والثمن هو العربون .

٦. يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض إذا تعسف أيّ من أطراف العقد في استعمال حقّه بالرجوع، وعندها يعدّ التعويض تعويضاً عن التعسف باستعمال الحق، وليس تعويضاً عن العدول أو التراجع عن العقد .

٣٩. راجع حول موقف المحكمة الدستورية من حق التقاضي د.مروان المدرس ود.محمد نعمان، بحث (حق التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية)، بحث منشور في مجلة "the Medeniyet Law Review". التي تصدرها جامعة الحضارة في اسطنبول كلية الحقوق "Istanbul Medeniye University Faculty of Law"، العدد ١، المجلد ١، في نوفمبر ٢٠١٦، issn:٢٤٥٨-٧٩٥٨. ص ٢٦٦.

٧. ليس للمحكمة زيادة أو إنقاص العربون؛ لأنّه ليس تعويضاً، وعلى ذلك، لا يمكن قبول الرأي القائل بأن العربون شرط جزائي (تعويض اتفاقي). فالشرط الجزائي قابل للزيادة أو الإنقاص بحسب ما تراه المحكمة، لارتباطه بالضرر، حيث لا تعويض بغير ضرر .

٨. توصلت الدراسة إلى أنه يمكن تكييف العربون بأنه التزام بدلي، فالتعاقد بالعربون يجعل العقد عقدا موصوفا. ويرى الباحثان أن الوصف هنا يتعلق بمحلّ العقد، فلأيّ من المتعاقدين إبدال التزامه الأصلي (المضي بالعقد)، بالتزامه البدلي (خسارة العربون) .

٩. اكد حكم المحكمة الدستورية أن المشرع البحريني قد تبنى فكرة عربون الرجوع بحيث يكون دفع العربون قرينة قانونية تتيح للمتعاقدين حق العدول عن العقد المُبرم بينهما، وأشار الحكم الى التزام الطرف الذي عدل عن إبرام العقد إلى رد قيمة العربون إلى الطرف الآخر، أي أن حكم المحكمة قد أكد على أن رد العربون هو التزام وليس تعويضًا، ومن ثم يجب عدم الاعتداد بالضرر.

قائمة المراجع:

١- عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.

٢- د.خالد جمال أحمد حسن، تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية، بحث منشور في مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والافتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الثاني، السنة الأولى، يونيو ٢٠١٤، ص ٢٩.

٢- خالد جمال أحمد حسن "مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني"، ط٢، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، ٢٠١٥،ص ٦٠.

٣- محمد سعد خليفة، أحمد محمد هيكل، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، الصخير، ٢٠٠٦ .

٤- خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٥- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة .

٦- د.أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢٧٣.

٧- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعه الجديدة، الاسكندرية.

٨- أنور سلطان، العقود المسمّاة، شرح عقدي البيع والمقايضة في القانونين المصري واللبناني. دار النهضة العربية.

٩- السنهوري، الوسيط.اسكندرية، ٢٠٠٥.

١٠- عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضه العربية، القاهره، القاهره، ١٩٩٢، ص١٥٠ .

١١- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسه معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، القاهره ،١٩٨٤.

١٢- عبد العال، محمد حسين، المدخل لدراسة القانون البحريني، مطبوعات جامعة البحرين، ٢٠١٠ .

١٣- عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٥٤.

١٤- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٣٤ .

١٥- جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص٢٣٢.

١٦- عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعه، القاهره، ١٩٩٠، ص٤٧.

١٧- محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، دار الجامعة الجديدة،

١٨- د. مروان المدرس ود. خليل محمد مصطفى، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، التي تصدرها جامعة الشارقة، بحث مقبول للنشر، راجع ص٢٢ وما بعدها. الاسكندرية،٢٠١٧ .

١٩- د.مروان المدرس ود.محمد المشهداني، القانون الدستوري البحريني مع مقدمة في النظرية العامة للدستور، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٣٦.

٢٠- د.مروان المدرس ود.محمد نعمان، بحث ((حق التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية)) ، بحث منشور في مجلة "the Medeniyet Law Review"، التي تصدرها جامعة الحضارة في اسطنبول كلية الحقوق "Istanbul Medeniye University Faculty of Law"، العدد ١، المجلد ١، في نوفمبر ٢٠١٦، .issn:٢٤٥٨-٧٩٥٨. ص ٢٦٦.

٢١- علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص١١٦.

• أحكام المحكمة الدستورية البحرينية.

١. حكم المحكمة الدستورية في الدعوى (ح / ١/ ٢٠١٠) لسنة ٦ قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٣٠٤٢ بتاريخ ٨ / مارس / ٢٠١٢.

٢. حكم المحكمة الدستورية في الدعوى (د / ٢/ ٠٥) لسنة ٣ قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٧٨٦ بتاريخ ١٢/ أبريل / ٢٠١٢.

٣. حكم المحكمة الدستورية في الدعوى (د / ٤/ ٠٧) لسنة ٥ قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٩٢٨ بتاريخ ٣١ / ديسمبر / ٢٠٠٩.

٤. حكم المحكمة الدستورية في الدعوى (د / ٣ / ٢٠١٤) لسنة ١٢ قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٣١٩٩ بتاريخ ٥ / مارس / ٢٠١٥.