الرافدين للحقوق مجلد (٣/السنة العاشرة) **عدد**(٢٦) **سنة** (٢٠٠٥)
[ص١-ص٤٦]

بيوعات الأمانة / دراسة مقارنة

أ. د. جعفر محمد جواد الفضلي
أستاذ القانون المدني
كلية القانون / جامعة الموصل

د. يسرى وليد إبراهيم
مدرس القانون المدني
كلية الإدارة والاقتصاد / جامعة الموصل

مقدمة :

تضم الفقرات الآتية :

أولاً : اهمية البحث : تبدو اهمية البحث من الناحيتين النظرية والعملية فبيوعات الامانة هي تطبيقات مهمة لعقد البيع المنظم في القانون المدني العراقي / العقود المسماة، وان انفردت بخصائص مستقلة عنه ، ومن الناحية العملية تعطي هذه البيوعات الصور الشريعة التي يجب ان يتخذها البيع سواء كان بربح ام بغيره لانه البيع الذي ينسجم مع احكام القران والسنة .

ثانيا : مشكلة البحث : نص القانون المدني العراقي على بيوعات الأمانة في المادة (٥٣٠) منه ، وضمن نصوص عقد البيع وذكر أنواعها الأربعة وهي المرابحة والوضيعة والتولية والإشراك ٠ لكنه لم يوضح أحكامها التفصيلية ، فلم ينص على أركانها التي تنهض عليها والجزاء المترتب على انعدام أحدها ، كما لم ينص على آثارها المترتبة عليها وتركها للفقه الإسلامي .

ثالثا : فرضية البحث : تعد بيوعات الأمانة نظاماً قانونياً يرسم الإطار ويحدد الأصول والقواعد الواجب مراعاتها في المعاملات اليومية من بيع وشراء وغيرها ، فقد أحل الله البيع الصحيح الجائز ضمن حدود الشريعة الإسلامية ومنع الربا فهو يخالف أحكامها ٠ كما نهى عن أكل أموال الناس بالباطل واستثنى من ذلك الناشئة في التراضي ٠

رابعا : منهجية البحث : اعتمد على المنهج المقارن من خلال مقارنة مذاهب الفقه الإسلامي مع بعضها للتوصل إلى الرأي الذي يعتمد عليه وبالتالي تنظيمه كنص قانوني ٠ وأيضاً مع مقارنة القانون المدني العراقي مع القانون المدني الأردني للوقوف على الأفضل في معالجة موضوع البحث هذا من ناحية ، ومن الناحية الأخرى لتحديد دقة القانون الأخير في معالجة الموضوع ٠ واعتمد البحث على المنهج التحليلي في المواضيع التي تقضي ذلك ، فمثلاً اقتضى الأمر الرجوع إلى اللغويين لاستخراج المصطلحات اللغوية المستخدمة ، كما اقتضى تحليل بعض آراء الفقه الإسلامي على بعض مواضيع البحث التي تخلو من المقارنة للتوصل إلى نتائج مقنعة ٠

خامسا : هيكلية البحث : اتخذ البحث الشكل الآتي :

المبحث الأول : عقد المرابحة ٠

المطلب الأول : تعريف عقد المرابحة ٠

المطلب الثاني : أركان عقد المرابحة ٠

المطلب الثالث : آثار عقد المرابحة ٠

المبحث الثاني : عقد الوضيعة والتولية ٠

المطلب الأول : عقد الوضيعة ٠

المطلب الثاني : عقد التولية ٠

المبحث الأول
عقد المرابحة

للإلمام بعقد المرابحة ينبغي أولاً تعريفه ثم التعرض لأركانه التي ينهض عليها لكي يمكن إيضاح الآثار المترتبة عليه ، عليه سيتوزع هذا المبحث على المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول / تعريف عقد المرابحة ٠

المطلب الثاني / أركان عقد المرابحة ٠

المطلب الثالث / آثار عقد الرابحة ٠

المطلب الأول
تعريف عقد المرابحة

من اجل استكمال هذا العقد يجب الرجوع إلى التعريف اللغوي ثم تعريف الفقه الإسلامي ليتضح التعريف القانوني له ، عليه سيتوزع هذا المطلب على الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول : في اللغة :

اصل المرابحة الفعل الثلاثي ربح : ويدل على شف في مبايعة ، والشف الفضل والزيادة والربح ، مثل ربح فلان في بيعه : إذا استشف ٠ وتجارة رابحة يربح فيها ٠ يقال ربح وربح ، كما يقال مثل ومثل[1] ٠

([1]) انظر : أبو منصور الأزهري ، تهذيب اللغة ، الدار المصرية للألليف والترجمة ، ج٣ ، ص ٧٤٠ ٠

وقال آخر الربح والرباح : النماء في البحر ٠ الربح والربح مثل البدل والبدل وربح في تجارته ربحاً ورباحاً أي استشف ٠ والعرب تقول للرجل إذا دخل في التجارة بالرباح والسماح٠

ورابحته سلعة أي أعطيته ، وقد أربحه بمتابعة واعطاء الآخر مالاً مرابحة أي على الربح بينهما ٠ وبعت الشيء مرابحة ٠ ويقال بعت السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم ٠ وكذلك اشتريته مرابحة ٠ ولابد من تسمية الربح[١] ٠

يتضح مما تقدم ان مفهوم المرابحة في اللغة هو البيع بزيادة مقدار معلوم على ثمن المبيع ، وتكون هذه الزيادة للبائع فضلاً عن الثمن ٠

الفرع الثاني : في الفقه الإسلامي :

ذكر فقه الحنفية المرابحة بأنه تمليك المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة[٢] ، وبالمعنى ذاته ولكن بلفظ مختلف مثال آخر هو بيع ما شراه بما شراه وزيادة[٣] ٠

---

(١) أنظر : أبو الفضل بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ٢٠٠٣ ، ج ٣ ، ص ٢٤٤ ٠

(٢) فخر الدين عثمان الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط١ ، دار الكتب العلمية لبنان ٢٠٠٠ ،المجلد (٤) ، ص ٤٢٢ ٠

(٣) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ١٩٩٨ ، المجلد (٣) ، ص ١٠٦ ٠

وذهب فقه الشافعية إلى تعريفه بأنه بيع بمثل الثمن مع ربح موزع على أجزائه[1] ، في حين قال فقه الحنابلة بأنه بربح فيقول رأسمالي فيه مائة على أن اربح في كل عشرة درهماً[2].

أما فقه المالكية فقال هو بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه[3] .

وعند فقه الجعفرية كما يقال أحدهم هو بيع السلعة التي اشتراها البائع بزيادة على رأسمالها[4].

من خلال ما تقدم يلاحظ الآتي :

١. اجمع معظم الفقه الإسلامي على مفهوم عقد المرابحة لكنه تباين في استخدام الألفاظ المعبرة عنه ، فعقد المرابحة هو البيع بزيادة على ثمن المبيع.

---

(١) أنظر : شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ، ط٣ ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ٢٠٠٣ ، المجلد (٤) ص ١٠٦ ، وأيضاً زكريا الأنصاري ، حاشية البحيرمي على شرح منهج الطلاب ، ط١ ، دار الكتب العلمية لبنان ٢٠٠٠، المجلد (٢)، ص ٣٧ – ٣٧١ .

(٢) انظر : موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامه المقدسي ، المغني ويليه الشرح الكبير، ط جديدة ، دار الكتب العربي ، لبنان ١٩٧٢ ، جـ٤ ، ص ١٠٠ ، وايضا علاء الدين المرداوي المصري ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ١٩٩٧ جـ٤ ، ص ٤٢٨ .

(٣) انظر : أبو البركات العدوي ، حاشية الد سوقي على الشرح الكبير ، ط٢ ، دار الكتب العلمية لبنان ٢٠٠٣ ،المجلد (٤) ، ص ٢٥٧ ، وأيضاً محمد عبد الله الخرشي ، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ط١ ، دار الكتب العلمية بنان ، لبنان ١٩٩٧ ، المجلد ، ص ٣ .

(٤) انظر : ابو القاسم الخوني ، منهاج الصالحين في العبادات والمعاملات ، النجف، جـ٢ ، ص ٥٨ .

٠٢ يعتبر عقد المرابحة من عقود التمليكات لأنه يتضمن نقل الملك من البائع إلى المشتري٠

٠٣ يلاحظ من خلال تلك التعاريف أن عقد المرابحة يقتصر على بيع المال الذي سبق شراؤه ، بعبارة أخرى للبائع البيع مرابحة إذا كان المال قد وصل إلى ملكه بسبب عقد البيع وليس بسبب من أسباب التمليك الأخرى (الهبة ، الوصية ، الميراث)

٠٤ من خلال التعاريف الفقهية للمرابحة يتضح أن لها صورتين٠

الأولى : بيع المال بالثمن الذي تم شراؤه به وزيادة ربح عليه على جملة ثمنه ، مثلاً أبيعك هذه السلعة بمائة درهم بربح عشرة دراهم ٠

الثانية : بيع المال بالثمن الذي تم شراؤه وزيادة ربح موزع بالتساوي على أجزائه المتماثلة مثلاً أبيعك هذه السلعة بمائة درهم وبربح درهم واحد عن كل عشرة دراهم[1]٠

الفرع الثالث : في القانون :

نظم المشرع العراقي عقد المرابحة في المادة (٥٣٠ /٢) من القانون المدني العراقي ، فجاء تعريفها :

(١ ـ يجوز البيع مرابحة .....)٠

(٢ ـ والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم)٠

وأجاز المشرع الأردني المرابحة أيضاً لكنه لم يورد لها تعريفاً على غرار المشرع العراقي ، فجاء في المادة (٤٨٠ / ١) من قانونه المدني :

(١ـ يجوز البيع بطريق المرابحة .....)

---

(١) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص ٤٢٤ ٠

وعرف البعض من شراح القانون عقد المرابحة بأنه شراء المشتري للسلعة بثمنها الأصلي وزيادة ربح معلوم عليه ، وهذا التعريف يماثل تعريف الفقه الإسلامي[1] ٠

من خلال ما تقدم أمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

١ـ اعتمد القانونان المذكوران على الفقه الإسلامي في جواز عقد المرابحة مستندين الى آراء هذا الفقه بمذاهبه المختلفة في النص عليها ضمن أحكام عقد البيع ٠

٢ـ اتفق القانونان المذكوران على اعتبار عقد المرابحة عقد تمليك (بيع) ٠

٣ـ تعتبر المرابحة عملاً من الأعمال التجارية لان القصد من البيع مرة ثانية هو الحصول على ربح ، وهذا القصد واضح في الأعمال التجارية استناداً[2] من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ٠ فالمرابحة وسيلة لتنشيط التجارة والعمل التجاري وطريق لتداول الأموال والثروات ٠

المطلب الثاني
أركان عقد المرابحـــــة

للتعرف على أركان عقد المرابحة في القانون ، ينبغي التطرق أولاً لأركانه في الفقه الإسلامي للوقوف على مدى التشابه أو الاختلاف بينهما ، عليه سيتوزع هذا المطلب على الفرعين الآتيين :

---

(١) انظر : علي هادي العبيدي ، العقود المسماة في البيع والايجار ، ط٢ ، المركز القومي للنشر ، الأردن ١٩٩٩ ، ص ٦٦ ٠ وايضاً عبد العزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة ، مصر ١٩٦٧ ، ص ٦٣ ، وايضاً محمد علي الصابوني ، الفقه الشرعي الميسر في ضوء الكتاب والسنة / المعاملات ، المكتبة العصرية ،ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ١٠١ ٠

(٢) محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، ط١ ، دار الثقافة ، قطر ١٩٨٦ ، ص ٤٦٦ وما بعدها ٠

الفرع الأول : في الفقه الإسلامي :

ينشأ عقد المرابحة بتوافر ركنين مهمين هما صحة وسلامة عقد البيع الاول والركن الثاني هو علم المشتري بثمن البيع الاول وبمقدار الربح عليه وسيتم توضيح ذلك:

أولاً : أركان عقد البيع الأول :

ينهض عقد البيع الأول على نوعين من الأركان ، الأول أركان عامة وهي أركان وشروط عقد البيع ذاته بصورة عامة أما النوع الثاني فهي أركان خاصة يجب توافرها في هذا العقد وهي :

١ـ صحة عقد البيع الأول :

يجب أن يكون البيع الأول صحيحاً وصالحاً لترتيب آثاره عليه ، فأن كان باطلا فلا تجوز المرابحة على ثمن المبيع [١].

٢ـ محل عقد البيع الأول :

ينظر الى محل العقد من جهتي البائع والمشتري ، فيكون الثمن والمبيع محلاً للعقد ، فلكي تصح المرابحة يجب ان تتوافر فيهما الشروط الآتية :

أـ شروط الثمن :

فرق الفقه الإسلامي شروط الثمن المثلى عن شروط الثمن القيمي المدفوع كمقابل للمبيع كالآتي :

---

(١) انظر : محمد زكي عبد البر ، المرجع السابق ، ص ٤٤٠ – ٤٤١ .

١ـ شروط الثمن المثلى :

لم يشترط كل من فقه الشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية[١] شروطاً معينة في هذا الثمن لكي يصلح بوصفه مقابلاً للمبيع ومن ثم يجوز بيعه مرابحة ، على خلاف فقه الحنفية الذين اشترطوا أموراً يجب توافرها فيه هي :

الشرط الأول : يجب أن يكون الثمن من الأموال المثلية المتقاربة ٠

يجوز البيع مرابحة على ثمن البيع الأول سواء كان المشتري بائعه أم غيره وسواء كان الربح من جنس رأس المال في المرابحة أم على خلاف جنسه[٢]٠

الشرط الثاني : أن لا يكون الثمن مماثلاً للربح في الجنس فيكون من قبيل الربا (المماثلة مثلاً بمثل) ٠

فمن اشترى مالاً مثلياً (معدود أو موزون) بجنسه مثلاً ، فلا يجوز بيعه مرابحة لأنه بيع بالثمن الأول وزيادة ، والزيادة هنا تماثل ثمن البيع الأول فتكون ربا٠ لكن إذا اختلف الجنس جازت المرابحة مثلاً اشترى شخص ديناراً بعشرة دراهم ثم باع الدينار بربح درهم فالمرابحة جائزة[٣] ٠

---

(١) انظر شمس الدين الرملي ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ ، وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ،ص ٤٢٨ ٠ وأيضا أبو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨ ، وأيضا أبو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص ٥٨ ٠

(٢) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ص ٤٢٤ ، وأيضا عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ ٠

(٣) انظر : المرجعين اعلاه ، نفس الصفحة ، وأيضا محمد زكي عبد البر ، مرجع سابق ، ص ٤٧٠ ٠

٢ـ شروط الثمن القيمي :

انفرد كل من الحنفية والمالكية بأحكام تخص الثمن في البيع الأول إذا كان مالاً قيمياً كالآتي :

الحنفية : فرقوا بين أمرين :

الأمر الأول : البيع لغير مالك المبيع[١] :

هنا لا تجوز المرابحة إذا كان الربح مختلفاً عن ثمن البيع الأول لان المرابحة هي البيع بمثل الثمن الأول وزيادة وأسباب ذلك هي :

الأول : إما أن يرد محل البيع على المال القيمي (ثمن البيع الأول) وهو ليس ملك المشتري ٠

الثاني : أو أن يرد محل البيع على قيمة هذا الثمن ، وقيمته محل اختلاف أهل التقويم ٠

الأمر الثاني : البيع للمالك أو من كان بيده[٢] :

هنا يختلف حكم المرابحة على الشكل الآتي :

الأول : تجوز المرابحة إذا كان الربح مختلفاً ومستقلاً عن ثمن المبيع الأول من الجنس مثل العملة النقدية أو مال مثلي متقارب ٠

---

(١) مثلاً : اشترى زيد ثوباً من عمرو بقماش ، واراد محمد شراء الثوب من زيد بمال قيمي مماثل لقيمة القماش ، فهل يحق لزيد بيعه مرابحة ؟

(٢) مثلاً : اشترى زيد ثوباً من عمرو بقماش ، وأراد عمرو شراء الثوب من زيد بمال قيمي مماثل للقماش فهل يحق لزيد بيعه مرابحة ؟

الثاني : لاتجوز المرابحة إذا كان الربح جزءاً من الثمن ، لأن الثمن مال قيمي مختلف الأجزاء ولا تتحدد قيمته إلا بالرجوع إلى أهل التقويم والخبرة[1] .

المالكيـــــة :

اشترطوا لجواز المرابحة على ثمن البيع إذا كان مالاً قيمياً سواء كان موصوفاً أم معيناً وان كان مضموناً أن يباع المال القيمي بما يماثله في صفته بعد إن يزيده المشتري ربحاً معلوماً ، إذ لا يجوز بيعه مرابحة على قيمة المال الذي تم شراؤه به (في البيع الأول)[2] .

ب ـ شروط المبيـــع :

يجب أن يكون المبيع من العروض ، إذ لا تجوز المرابحة على بيع النقد بالنقد[3] .

ثانياً : أركان عقد البيع مرابحة : يجب أن تتوافر في هذا العقد الأركان العامة وهي الواجب توافرها في كل عقد ، وأركان خاصة بعقد المرابحة . والأخيرة هي مدار البحث لأهميتها وانفرادها بأحكام خاصة سيتم توضيحها في النقطتين الآتيتين:

---

(1) انظر عبد الرحمن الكلي بولي ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ . وأيضا فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص ٤٢٤ .

(2) انظر أبو البركات العدوى ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ . وأيضا محمد عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ص ٤ .

(3) أنظر عبد الرحمن الكلي بولي ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ . وأيضا عبد الرحمن الجز يري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ط جديدة ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان جـ ٢ ، ص ٢٣٩ .

١ـ الركن الأول : علم المشتري بالثمن الأول ٠

٢ـ الركن الثاني : علم المشتري بالربح ٠

١ـ الركن الأول : علم المشتري بالثمن الأول :

يتضمن هذا الركن شقين ، الأول الثمن الأول (ثمن البيع الأول) والثاني علم المشتري به ويتم توضيحهما بالتفصيل :

أـ المقصود بالثمن الأول :

هو رأس المال المدفوع بوصفه قيمة البيع المستلم ٠ ويثار سؤال عن مدى انطباق وصف الثمن الأول على ملحقاته مثل النفقات التي بذلها البائع على البيع قبل بيعه ؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال لوحظ ذهاب معظم فقه الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية إلى أن المقصود برأس المال هو الواجب على المشتري دفعه بموجب عقد البيع المبرم ولا يشمل أية أموال يدفعها المشتري للبائع[1] ٠

وبخصوص مدى انطباق وصف من البيع الأول على نفقات المبيع فقد توزع الفقه الإسلامي على الآراء الآتية :

الحنفيـــــة :

([1]) انظر عبد الرحمن الكلي بولي ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ ، فخر لدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص ٤٢٤ ٠ وأيضا شمس الدين الرملي ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ : وأيضا موفق الدين ابن قدامه ، مرجع سابق ، ص٥ ٠ وأيضا أبو القاسم الخوئي مرجع سابق ، ص ٥٨ ٠

قالوا يتم تحديد مصير النفقات بالرجوع إلى عرف التجار ، فالنفقات التي يعدها التجار من قبيل ثمن المبيع فلا يطالب بربح عنها مثل علف الدابة وطعام الرقيق وكسائهم دون إسراف واجرة القصار والغسال والفتال والخياط ٠ لأنها تعد من رأس المال ، وبخلافها نفقات لا يعدها التجار من ضمن ثمن المبيع فله اخذ ربح عنها بعد ان يخبر المشتري بها تفصيلاً مثل اجره الطبيب واللحام ونفقات تعليم العربية أو الغناء أو الشعر، فعادة التجار جرت في عدم إلحاقها برأس المال فيطالب بربح عنها[1] .

الشافعية والحنابلة : اشترطوا لشمول النفقات المبذولة على المبيع بصفة ثمنه ما ياتي :

الأول : علم المشتري بها .

الثاني : ان تكون مبذولة من اجل المحافظة على المبيع وليس من اجل الاسترباح مثل الكسوة والعلف التي تتفق لغرض استبقاء الملك وإدامته والنفقات المعتبرة من ضمن رأس المال لا يطالب بربح عنها ، لأن الربح سيكون الثمن كله بعكس النفقات المبذولة من اجل الاسترباح مثل تسمين الدابة أو تعليم صفة فلا تعد من ضمن ثمن المبيع وله حق المطالبة بربح عنها لكن بعد ان يخبر المشتري بها بالتفصيل[2]٠

المالكية :

---

(1) انظر فخر الدين الزيلعي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦ ٠ وأيضا عبد الرحمن الكليبولي ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ وأيضا عبد الرحمن الجز يري ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ ٠

(2) انظر شمس الدين الرملي ، مرجع سابق ، ص ١١٤ وأيضا زكريا الأنصاري ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥ – ٣٧٦ وانظر في فقه الحنابلة موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامه ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ ٠

قالوا تعد النفقات المبذولة على المبيع من ضمن الثمن اذا اشترط البائع أضافتها إليه ٠ فاذا لم يشترط ، فينبغي عندئذٍ التفرقة بين تلك النفقات على الشكل الآتي:

١ـ نفقات ثابتة مثل صبغ الثوب الأبيض أو خياطته ، تضاف إلى الثمن بعد أن يبينها للمشتري تفصيلاً ٠

٢ـ نفقات غير ثابتة للمبيع : وفرقوا بينها كالآتي :

أـ نفقات غير مختصة بالمبيع مثل نفقات وزنة وتكون على نوعين ٠

١ـ نفقات ضرورية للمبيع : تضاف الى الثمن ولا يطالب بربح عنها لأن المبيع يحتاجها ولا يستقيم بدونها ٠

٢ـ نفقات غير ضرورية للمبيع : لا تضاف إلى الثمن ولا يطالب بربح عنها ٠

ب ـ نفقات مختصة بالمبيع : وفرقوا بين أنواعها كالآتي :

١ـ نفقات عمل مما يعمله التاجر عادة : لا تضاف إلى الثمن ولا يحسب عنها ربح ٠

٢ـ نفقات عمل مالا يعمله التاجر عادة : تضاف إلى الثمن ولا يحسب عنها ربح[١] ٠

الجعفريـــة :

فرقوا بين النفقات المبذولة على المبيع بالشكل الآتي :

إذا كانت نفقات عمل عمله البائع في المبيع وكان مما يعمله ولكن أستأجر غيره فلا يحق له إضافة نفقته إلي رأس المال والمطالبة بربح عنه الا بعد أن يخبر به المشتري تفصيلاً ٠

---

(١) أنظر أبو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩– ٢٦٠ وأيضا محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ص ٥ – ٦ ٠ وأيضا محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، احياء التراث العربي ، لبنان ١٩٩٦ ، جـ ٢ ، ص ٢٠٨٨ ٠

إذا كانت نفقات عمل لم يعمله هو ولكنه أستأجر آخر للقيام بـه ، فيحـق لـه إضافته إلي رأس المال والمطالبة بربح عنه[1].

١ـ علم المشتري بالثمن الأول :

اشترط الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة وجوب علم المشتري بالثمن (ثمن البيع الأول) فإذا لم يعلم به هل يؤثر ذلك في صحة عقد المرابحة ؟

لقد توزع الفقه الإسلامي على الآراء الآتية :

الحنفيـــة :

قالوا يجب إن يعلم المشتري بثمن البيع الأول أثناء مجلس العقد . فأذا انفـض المجلس ولم يعلم به يكون البيع باطلاً ، ولكن إذا علم بـه في المجلـس قبـل انفـضاضه يكون العقد موقوفاً على إرادته ، فيختار إمضاءه فيصح أو يتركه فيبطل[2] .

الشافعيـــة :

اشترطوا علم المشتري بالثمن قدراً وصفة ، فإذا علم به قبل قبولـه يكـون العقـد صحيحاً ولكن إذا علم به بعد القبول ولو في المجلس يكون البيع باطلاً[3].

الحنابلة والجعفريـــة :

اشترطوا علم المشتري بالثمن ، فإذا لم يعلم يبطل العقد لجهالة الثمن[1].

---

(1) انظر أبو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

(2) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

(3) انظر : شمس الدين الرملي ، مرجع مرجع سابق ، ص١٠٧ ، وأيضاً زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧١ .

المالكيـــة :

اشترطوا العلم بالثمن وإلا كان العقد فاسداً[٢].

٢ـ علم المشترى بالربـح :

لا يكفي لصحة عقد المرابحة أن يعلم المشتري بالثمن ، بل يجب إن يعلم بالربح الذي سيدفعه عن هذا الثمن وعلمه بالربح ضروري لأنه جزء من الثمن وإلا فالبيع باطل لجهالته بالربح[٣].

الفرع الثاني : في القانـــون :

نص القانون المدني العراقي على ركن واحد من أركان عقد المرابحة في المادة (٥٣٠ / ٣)منه بقوله (ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة) ٠ونص القانون المدني الأردني على أركان هذا العقد في المادة (١/٤٨٠) منه بقوله (يجوز البيع بطريق المرابحة ..... إذا كان رأس مال المبيع معلوماً حين العقد

---

(١) انظر : موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامى ، مرجع سابق ، ص١٠٠ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٢٧ . وانظر ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

(٢) انظر : ابو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص٢٥٨ .

(٣) انظر : جلال الدين المحلي ، حاشيتا القليوبي وعميره ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ٢٠٠٣ ، المجلد (٢) ، ص٣٥٤ وايضاً شمس الدين بن مفلح ، كتاب الفروع في فقه الامام أحمد بن حنبل ، ط ، دار الكتاب العربي ، لبنان ٢٠٠٢ ، ص٣٦ ، وايضاً بهاء الدين المقدسي ، العده شرح العمده ، ط٢ ، المطبعة السلفية ومكتبتها ، مصر ، ص٢٣١.

وكان مقدر الربح في المرابحة ... مجدداً) ونص أيضاً على الحكم المترتب على عدم العلم برأس مال البيع فجاء في المادة (٤٨٠ /٣) منه (٣ـ وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفاً عند التعاقد فالمشتري فسخ العقد عند معرفته .....)

من خلال ما تقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

أولاً : بالنسبة للقانون المدني العراقي :

١ـ لم ينص على الركن الثاني من أركان المرابحة وهو علم المشتري بالربح ٠

٢ـ مزج بين ركن المرابحة وآثارها بنصه على عبارة (تحرزاً عن الخيانة والتهمة)

٣ـ لم ينص على الحكم المترتب على عدم علم المشتري بالثمن الأول ، وبالربح ٠ هل يصح العقد أم يبطل ؟

ثانياً : بالنسبة للقانون المدني الأردني :

١ـ نص على ركني عقد المرابحة لكنه استخدم مصطلحاً (محددا) بدلاً من مصطلح (معلومٍ) ويفضل الأخير لأن النص مستمد من آراء الفقه الإسلامي الذي تميز بدقة التعبير في مصطلحاته ٠

٢ـ ذكر الحكم المترتب على عدم علم المشتري برأس مال المبيع فقط ، ولم يشر إلى حكم عدم علم المشتري بالربح ٠

٣ـ من خلال الفقرتين (٢ ، ٣) المذكورتين في المادة (٤٨٠) يتضح انه اعتمد رأي الحنفية في ترتيب الحكم على عدم علم المشتري برأس مال المبيع ، فإذا علم به أثناء العقد ٠ فله الخيار بين إمضائه أو تركه فيبطل وهنا يقرر المشرع الأردني منحة حق الفسخ بدل البطلان ٠ أما إذا علم به بعد العقد (كما يتضح ذلك في مفهوم مخالفة نص الفقرتين أعلاه ، فالمرابحة غير جائزة أي باطلة ٠

والذي يقال هنا ضرورة إعادة صياغة نص المادة (٣/٥٣٠) مدني عراقي على غرار ما جاء في المادة (١/٤٨٠ ،٣٠) مدني أردني بعد أن يضيف الأخير حكم عدم علم المشتري بالربح ضمن فقرة واحدة فلا يجوز الفصل بين أركان المرابحة والحكم المترتب على عدم العلم كما قرر الفقه الإسلامي وهو بطلان العقد وليس الفسخ لان علم المشتري برأس المال وبالربح ركن من أركان المرابحة فإذا أتعدم أحدهما يبطل العقد[1]٠

إذن دعوة للمشرع العراقي لكي يضم ركني عقد المرابحة ضمن نص المادة (٣/٥٣٠) وهما : علم المشتري بالثمن الأول وبالربح وإلا كان العقد باطلاً ، وكذلك النص على النفقات التي يبذلها البائع على المبيع من خلال إعطائه الحق بالمطالبة بها وبربح عنها إذا كانت مبذولة بقصد الربح ٠

المطلب الثالث
آثار عقد المرابحـــــة

متى انعقد عقد المرابحة صحيحاً ، ترتبت عليه آثاره كما هو الحال في العقود ، وسيتم بحث آثاره مفصلاً من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : في الفقه الإسلامي :

يترتب على المرابحة نوعان من الآثار ، الأول آثار عامة ، تتولد على طرفيه باعتباره عقد بيع ، فتنتقل ملكية المبيع للمشتري ، وينتقل الحق بالثمن للبائع ، وكل ذلك قواعد عامة تطبق في عقد البيع بشكل عام ٠ والمهم هنا البحث عن الآثار الخاصة بعقد المرابحة التي تكلم عنها الفقه الإسلامي ، لأنه مؤسس على الأمانة التي يودعها

---

(١) انظر : علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص٧٦ .

المشتري بالبائع فيخونها بالكذب أو الغش أو إخفاء بعض الأمور الخاصة بالمبيع ، عليه ستتبين الآثار من خلال النقطتين الآتيتين :

أولاً : خلو العقد من الخيانة والتهمـــة :

لكي يكون عقد المرابحة صحيحاً يجب على البائع إبلاغ المشتري بالامور الآتية :

أـ العيـــب :

إذا عِيْبَ المبيع سواء بعيب قديم أم حادث وأراد البائع بيعه مرابحة فهل يلتزم باخبار المشتري به ؟ لقد توزع الفقه الإسلامي على الآراء الآتية :

١ـ الحنفيـــة :

فرقوا العيب بآفة سماوية من العيب بفعل البائع أو بفعل الغير : فقالوا : إذا تعيب بآفة سماوية فللبائع بيعه مرابحة ولا يخبر المشتري بذلك ، لأن الفائت وصف ولا يقابله جزء من الثمن ٠ ولكن إذا عِيْبَ بفعل البائع أو الغير ٠ فلا يجوز بيعه مرابحة إلا بعد الأخبار عنه ولو عِيْبَ قبل القبض ، يظل العقد صحيحاً على مشيئة المشتري وخياره بين الأخذ بجميع الثمن أو تركه[1]٠

٢ـ الشافعية والحنابلة والجعفريـة :

(1) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٣٢ . وايضاً عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١١١ .

قالوا : يجب على البائع بيان العيب للمشتري مهما كان نوعه لأن المشتري اعتمد على أمانته في أخباره ، ولان العيب نقص القيمة ، فلو باع دون الأخبار ، فالبيع صحيح والخيار للمشتري بين أخذه وتركه[١] .

٣ـ المالكيـــــة :

قالوا يجب بيان العيب الذي يكرهه المشتري ، فاذا لم يخبره وكان المبيع قائماً (موجوداً) فللمشتري الخيار بين رده وأخذه بثمنه ، أما إذا كان المبيع فائتاً فيلزم المشتري أقل الثمن في العقد أو ما نقده البائع[٢] .

ب ـ الزيادة على المبيع :

إذا تولد عن المبيع زيادة مثل الولد أو الثمر أو الصوف أو اللبن وغيرها مما تزيد الثمن فهل تباع مرابحة بعد إبلاغ المشتري بها أم لا ؟

ذكر البعض من المالكية أن الزيادة المتولدة عن المبيع تمنع من بيعه مرابحة حتى يبين ذلك المشتري ، فأذا باع مرابحة دون أن يبين الزيادة كذباً وغشاً للمشتري ، فله الحق رده إذا كان قائماً عنده أو أخذه بثمنه . أما إذا كان فائتاً (بالبيع أو الهلاك

---

(١) انظر : زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٧ . وايضاً شمس الدين الرملي ، مرجع سابق ، ص١١٦ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٣١ . وايضاً موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامى ، مرجع سابق ، ص١٠٧ . وايضاً ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

(٢) انظر : ابو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص٢٦٦ . وايضاً محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ص١١-١٢ . وايضاً محمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ص٢٠٩-٢١٠ .

وغيرهما) ٠ فللمشتري الخيار بين المطالبة بالارش مع الربح وبين الرضا ، ذلك مع المطالبة بالتعويض عن الكذب أو الغش[1]٠

ج ـ الأجـــــل :

من يشتري مالاً مؤجلاً ، لا يجوز له أن يبيعه مرابحة حتى يخبر المشتري بذلك ، لأن الأجل يقابل جزءاً من الثمن ولهذا ذهب معظم الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية[2]٠ إلى أن بيع النسيئة مرابحة يكون صحيحاً ولكن يثبت الخيار للمشتري بين الرد أو إمساك المبيع ٠

ثانياً : كذب البائع في قدر الثمـــن :

إذا باع شخص مالاً مرابحة بثمن أكثر مما اشتراه ، وثبت كذبه بالثمن بدليل من أدلة الإثبات فما اثر الكذب على عقد المرابحة بالنسبة للمشتري ؟ للإجابة عن هذا السؤال لوحظ توزع الفقه الإسلامي على الآراء الآتية :

١ـ الحنفية : اختلفوا في بيان أثر الكذب على العقد ، فقال أبو حنيفة إذا ثبتت خيانة البائع للمشتري بالبينة أو إقرار البائع أو تقوله عن اليمين يخبر المشتري بين أخذ المبيع بثمنه المسمى بالعقد أو تركه ان أمكن الترك (ان كان المبيع قائماً عنده) فإن فات لأي

---

(1) انظر : محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ص١٤ . وايضاً ابو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص٢٦٨ .

(2) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٣٣ . وايضاً عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١١٢ . وايضاً زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٧ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٢٨ . وايضاً محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ص١٢ . وايضاً ابو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص٢٦٦ . وايضاً ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

سبب يسقط الخيار ويلتزم المشتري بثمنه المسمى ٠ وعند أبي يوسف يحط الثمن بقدر الخيانة (حصة الخيانة من الربح)٠ وقال محمد يخير المشتري بين أخذه بثمنه كله أو تركه[١]٠

٢ـ الشافعية والحنابلـــة :

قالوا إذا ثبت كذب البائع بثمن المال الذي باعه مرابحة بحجة أو إقرار بسيط ، فيسقط القدر الزائد وربحه لكذبه ولا خيار للإثنين (فلا خيار للبائع لخيانته ، ولا خيار للمشتري لأنه طالما رضي بالأكثر فهو راضٍ بالأقل من باب أولى[٢]٠

٣ ـ المالكيـــة :

إذا ثبت كذب البائع سواء كان متعمداً أو مخطئاً ، يحط القدر الزائد من الثمن وربحه فيصبح البيع بعد الحط ملزماً للمشتري ، أما إذا لم يقبل البائع حط هذا القدر فلا يلزم المشتري بالبيع وله الخيار بين رده أو أخذه بثمنه المسمى[٣]٠

---

(١) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١٠٩ ، وايضاً فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٢٧ .

(٢) انظر : زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٧–٣٧٨ . وايضاً شمس الدين الرملي ، مرجع سابق ، ص١١٦ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٢٨ . وايضاً رأي لابن حنبل في تخيير المشتري بين أخذ المبيع بثمنه وربحه أو تركه . موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامى ، مرجع سابق ، ص١٠٣ .

(٣) ابو البركات العدوي ، مرجع سابق ، ص٢٧٢ . وايضاً محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ص١٠ .

٤ ـ الجعفريــة :

قالوا : إذا ثبت كذب البائع ، يظل العقد صحيحاً ، ويثبت الخيار للمشتري بين فسخ البيع أو إمضائه بالثمن المذكور في العقد[1]٠

الفرع الثاني : القانـــون :

نظم القانون المدني العراقي بعضاً من آثار عقد المرابحة في المادة (٣/٥٣٠) منه جاء فيها (ويلزم في هذا البيوع ان يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة) أما القانون المدني الأردني فنظم آثار عقد المرابحة في المادة (٢،٣/٤٨٠) منه فجاء فيها (٢ـ إذا ظهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فللمشتري حط الزيادة ٠ ٣ـ وإذا لم يكن معروفاً عند التعاقد ، فللمشتري فسخ العقد عن معرفته ، وكذا الحكم لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع ساوى رأس المال ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه)٠

مما تقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتيــة :

أولاً : بالنسبة للقانون المدني العراقي :

---

(١) انظر : ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

١ـ ذكر عبارة (تحرزاً عن الخيانة والتهمة) ولم يحدد المقصود بها هل كذب البائع في مقدار الثمن أم ثبوت الخيانة أو شبهة الخيانة أو التهمة كما ذكر الفقه الإسلامي أنواعها وهي (العيب ، الزيادة ، الأجل) ٠

٢ـ لم يذكر الحكم المترتب على قوله (تحرزاً عن الخيانة والتهمة)٠

ثانياً : بالنسبة للقانون المدني الأردني :

١ـ نظم آثار المرابحة ولكن ضمن فقرتين ، فصلت بينهما فقرة خاصة بترتيب حكم عدم العلم بأحد أركان العقد ، وذكر ثلاثة آثار مرتباً حكماً خاصاً لكل أثر ٠

٢ـ وفق بين آراء الفقه الإسلامي لاستخلاص الحكم الخاص بكذب البائع في مقدار الثمن بالزيادة وهو حق حط الزيادة إذا أراد ذلك لأن النص هنا مكمل للإرادة ، ولم يذكر أثر رفض البائع الحظ ٠

٣ـ وفق بين آراء الفقه الإسلامي لاستخلاص الحكم الخاص بثبوت الخيانة آو شبه الخيانة أو التهمة ، كما ذكر المشرع مثالاً عليها هو كتمان البائع أمراً له تأثير في المبيع أو رأس المال فقرر له فسخ العقد إذا كان المبيع قائماً ، فإن كان فائتاً يسقط خياره ويلزمه البيع دون أن يحدد بأي ثمن (المسمى أو ما نقده للبائع)٠

٤ ـ ويمكن القول إن عبارة (بعد تسلمه) الواردة في نص المادة (٤٨٠/ ٣) لا حاجة لها ، فالاستهلاك لا يتصور إلا بعد تسلم المبيع ، وإذا كان الهلاك قبل تسلمه فسيؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون ، وخروج المبيع من ملك المشتري بالبيع أيضاً فمثلاً يمكن أن يحصل قبل تسلمه له وهذا ما يمنعه من طلب الفسخ ، ولهذا ينبغي قصر تفسير المقصود بعبارة (بعد تسلمه) على حالتي الهلاك والاستهلاك فقط[1]٠

([1]) انظر : علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص٧٦ .

وبناء على ما ذكر أعلاه ، يفضل النص على آثار عقد المرابحة في فقرة ضمن المادة (٥٣٠) مدني عراقي مع ذكر الحكم المترتب عليها بهذا الرجوع إلي آراء الفقه الإسلامي ، فتكون كالآتي : ـ إذا ثبتت الخيانة أو التهمة ، فللمشتري الخيار بين أخذه بثمنه المسمى أو رده ، هذا إذا كان المبيع قائماً ، فإن كان فائتاً لأي سبب (الهلاك ، التصرف) يسقط خياره ويلزمه الثمن المسمى بالعقد ٠ وإذا ثبت كذب البائع في مقدار الثمن ٠ وتطبيقاً لرأي المالكية ، يحط الزائد من الثمن ويلتزم المشتري بباقي الثمن ٠ فإذا لم يقبل البائع ، فالمشتري الخيار بين أخذه أو رده ، فهذا الرأي رأي منطبق مع الواقع ويتلاءم مع رغبة الطرفين ٠

المبحث الثاني
عقد الوضيعة والتوليـــة

أدرك الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة عقد الوضيعة والتولية بوصفهما من عقود الأمانة ٠ وسيتم توضيحهما في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : عقد الوضيعة ٠

المطلب الثاني : عقد التولية ٠

المطلب الأول
عقد الوضيعـــــة

لتحديد عقد الوضيعة ينبغي تعريفه أولاً ثم التعرض لأركانه ، لكي يصار إلى تحديد آثاره ، عليه سيتوزع هذا المطلب على الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف عقد الوضيعة :

اقتضى تعريف هذا العقد الاستعانة أولاً بأهل اللغة ثم بالفقه الإسلامي لكي يمكن تعريفه قانوناً ٠ عليه سيتوزع هذا الفرع على النقاط الآتية :

أولاً : في اللغـــة :

اصل كلمة الوضيعة الفعل الثلاثي وضع ، وتدل على الخفض للشيء وحطه ووضعته بالأرض وضعاً ٠ وضع في تجارته : خسر[١]٠

وقال أحدهم : وضعت الشيء أضعه وضعاً وهو ضد رفعته ٠ ووضع فلان في تجارته فهو موضوع فيها إذا خسر فيها٠

وذكر آخر أن الوضيعة من وضع وتعني الحطيطة ٠ ويقال وضعت تضع وضيعة: لم تبرح مكانها[٢] ٠

تبين مما تقدم أن الوضيعة أو المواضعة والحطيطة معناها النقص أو الخسارة التي تلحق بالشيء فتغيره إلى غير الحالة التي كانت عليه ، فالشيء الموضوع غير المرفوع ، وموضوع في تجارته تعني خسارته ٠ وهنا في عقد الوضيعة تعني البيع بأقل من ثمن المبيع بمقدار معلوم٠

ثانياً : في الفقه الإسلامي :

عرف الحنفية عقد الوضيعة بأنه البيع بأنقص من الثمن الأول[٣]٠ أما الشافعية فعبروا عنه بعقد المحاطة وعرفوه بأنه نقل كل المبيع أو بعضه اى الغير بنقص معلوم عن

---

(١) انظر : ابو الحسين زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، ط١ ، عيسى البابي الحلبي وشركاوه ، القاهرة ١٢٦٩ ، جـ٦ ، ص١١٧ .

(٢) انظر : ابو المنصور الازهري ، مرجع سابق ، ص٧٤ .

(٣) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١٠٧ . وايضاً السيد سابق ، فقه السنة ، ط١ ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ، السعودية ٢٠٠١ ، جـ٣ ، ص١٩٢ .

الثمن الأول[1]٠ ولم يعرف الحنابلة عقد المواضعة كما أطلقوا عليه بل اكتفوا بذكر مثال دال عليه أمكن التوصل من خلاله إلى تعريفه بأنه البيع بأنقص من الثمن الأول بمقدار معلوم[2]٠

وذكر الجعفرية تعريفاً لعقد المواضعة فقالوا التعامل بين البائع والمشترى بنقيصة عن رأس المال[3]٠

من خلال التعاريف المقدمة يمكن قول الآتي :

١. يعد عقد الوضيعة من عقود التمليكات لأنه ينقل ملكية البائع إلى المشتري ولكن بأنقص من الثمن الذي اشتراه ٠ والعقد المعروف عند الفقه الإسلامي ماعدا فقه المالكية الذي اكتفى بذكر عقد المرابحة باعتباره الأصل والأهم ٠
٢. ان هذا العقد ينشط التجارة لأنه يتوسط تبادل الأموال ٠

ثالثاً : في القانـــون :

ذكر القانون المدني العراقي تعريفاً لعقد الوضيعة في المادة (٥٣٠ /٢) بقوله بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه)٠

أما القانون المدني الأردني فلم ينص على تعريفٍ لهذا العقد بل أكتفى بالإشارة إلي جوازه وتحديد قدر الخسارة في المادة (٤٨٠ /١) بقوله (١– يجوز البيع بطريق ..... الوضيعة ... وكان مقدار الخسارة الوضيعة محدداً)٠

---

(١) انظر : جلال الدين المحلي ، مرجع سابق ، ص٣٤٩ . ايضاً ابو زكريا النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، دار الكتب العلمية ، لبنان ٢٠٠٠ ، المجلد (٣) ، ص١٨٦ .

(٢) انظر : شمس الدين بن مفلح ، مرجع سابق ، ص٣٦٠ .

(٣) انظر : ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

وذكر البعض من شراح القانون تعريفاً مماثلاً لما جاء أعلاه فقالوا الوضيعة شراء السلعة بنقصان معلوم عن ثمنها الأصلي[١]٠

مما تقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

٠١ استمد كلا القانونين تسمية العقد بعقد الوضيعة من فقه الحنفية ٠

٠٢ أجازا التعامل بهذا العقد متأثرين بالفقه الإسلامي ٠

الفرع الثاني : أركان عقد الوضيعة :

قبل التعرف على أركان هذا العقد في القانون يجب توضيح أركانه في الفقه الإسلامي ، عليه سيتوزع هذا الفرع على النقطتين الآتيتين :

أولاً : في الفقه الاسلامـــي :

ذهب معظم الحنفية والشافعية والحنابلة[٢]٠ إلي وجوب توافر أركان البيع لكي يصح عقد الوضيعة وإلا فالبيع باطل وهذه الأركان هي :

١. أن يكون عقد البيع الأول صحيحاً ٠

٢. أن يكون ثمن البيع الأول من الأموال المثلية المتقاربة ٠

---

(١) انظر : علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص٦٦ . وايضاً عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ، ص٦٣ .

(٢) لم ينص فقه المالكية على عقد الوضيعة اكتفاءاً منه بعقد المرابحة فهو الاصل والقاعدة العامة التي تطبق قواعدها على عقود الامانة كافة مع ملاحظة انفراد كل عقد منها ببعض الخصوصية المنوه عليها في حينه .

٣. عدم التماثل في الجنس بين الثمن ومقدار النقص عنه (مثلاً بمثل) وإلا يعد النقص ربا[١].

أما أركان عقد الوضيعة فهي كما ذكرها كل من معظم فقه الحنفية والشافعية والحنابلة والجعفرية وهي :

٠١ الركن الأول : علم المشتري بالثمن الأول لأن الوضيعة بيع بمثل الثمن الأول٠

٠٢ الركن الثاني : يجب أن يعمل المشتري بمقدار النقص لأن الوضيعة بعكس المرابحة ، فإذا علم بالثمن أو بمقدار النقص بعد المجلس فالعقد باطل للجهالة[٢]٠

ثانياً : في القانون :

نظم القانون المدني العراقي ركناً واحداً لعقد الوضيعة في المادة (٥٣٠ / ٣) فجاء فيها (٣– ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة)٠

أما القانون المدني الأردني فقد نظم ركني عقد الوضيعة في المادة (٤٨٠ /٣) فجاء فيها (١– يجوز البيع بطريق ..... الوضيعة ... إذا كان رأس مال البيع معلوماً حين العقد وكان مقدار الخسارة في الوضيعة محدداً)٠

---

(١) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١٠٧ . وايضاً جلال الدين المحلي ، مرجع سابق ، ص٣٥٢–٣٥٣ . وايضاً زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧١–٣٧٢ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٣١ .

(٢) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١٠٧ . وايضاً جلال الدين المحلي ، مرجع سابق ، ص٣٥٠ . وايضاً شمس الدين بن مفلح ، مرجع سابق ، ص٣٦٠ . وايضاً ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

ونص أيضاً على الحكم المترتب على عدم العلم برأس مال البيع في المادة (٤٨٠ /٣) فجاء فيها (٣ – وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفاً عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته ...)٠

من خلال ما تقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

٠١ لم يذكر القانون المدني العراقي الركن الثاني من أركان عقد الوضيعة وهو علم المشتري بمقدار النقص ، ولم يرتب الحكم على عدم علم المشتري بالثمن الأول وبمقدار النقص ٠

٠٢ يفضل أن ينص القانون المدني العراقي على ركني عقد الوضيعة في فقرة ضمن المادة (٥٣٠) منه مع ذكر الحكم المترتب عند عدم العلم بهما ٠ ويتم ذلك بالرجوع إلى آراء الفقه الإسلامي للتوصل إلى تلك الفترة ٠

٠٣ ويفضل نص القانون المدني الأردني على وجوب العلم بمقدار النقص ضمن الفقرة (٣) من المادة (٤٨٠) ٠

الفرع الثالث : آثار عقد الوضيعـــة :

للتعرف على آثار هذا العقد ، يجب الرجوع إلى آثاره في الفقه الإسلامي أولاً ثم في القانون ثانياً ٠ وسيتضح ذلك من خلال النقطتين الآتيتين :

أولاً : في الفقه الإسلامي :

ذكر معظم الحنفية والحنابلة[1] ٠ أثراً يترتب على عقد الوضيعة في حالة كذب البائع بقدر الثمن في البيع الأول[2]٠ وكالآتي : ـ

١ ـ الحنفية : قالوا يكذب البائع في حالتين : ـ

الأولى : يكذب فينفي وجود عقد الوضيعة ، وحكم ذلك هو الحط من الثمن بقدر كذبه.

الثانية : يكذب بوجود عقد الوضيعة وهو غير موجود ، وحكم ذلك ثبوت الخيار للمشتري بين الاخذ بثمنه كله او تركه [3]٠

٢ ـ الحنابلة قالوا إذا كذب البائع بقدر الثمن ، فيجب حط القدر الزائد من الثمن ويلزم بأداء ما تبقى من الثمن وليس له خيار[4]٠

ثانياً : في القانون :

أشار القانون المدني العراقي بعضاً من آثار عقد الوضيعة عندما نص في المادة (٥٣٠ / ٣) على قوله (.. تحرزاً عن الخيانة والتهمة)٠

ونص القانون المدني الأردني على آثار عقد الوضيعة في المادة (٤٨٠ /٢،٣) التي نظمت آثار عقود الأمانة بشكل عام دون تمييز فجاء فيها ٠

(٢– إذا أظهر البائع قد زاد في بيان مقدار رأس مال ، فللمشتري حط الزيادة ٠

---

(١) لم يذكر الشافعية والجعفرية آثار عقد الوضعية اكتفاءاً منهم بتطبيق آثار عقد المرابحة مع مراعاة الاختلاف بين العقدين .

(٢) لم يذكروا بقية آثار عقد الوضعية والمذكور في عقد المرابحة ، اكتفاءاً منهم بآثار العقد الاخير لتطبيقه هنا لأنه من البيوع النادرة ولأن غرض البيع دائماً هو الربح .

(٣) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١٠٩ .

(٤) انظر : شمس الدين بن مفلح ، مرجع سابق ، ص٣٦٠ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٢٨ .

(٣- وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفاً عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته ،وكذا الحكم لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس مال ، ويسقط خياره اذا هلك المبيع أو أستهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه)٠

مما تقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

٠١ لم يذكر القانون المدني العراقي الأثر الآخر من آثار عقد الوضيعة وهو كذب البائع في مقدار الثمن ، كما لم يرتب حكماً للأثر الذي ذكره ٠

٠٢ فصل القانون المدني الأردني بين أثري عقد الوضيعة ، فذكر أحدهما في الفقرة (٢)، وذكر الآخر في عجز الفقرة (٣) من المادة المذكورة أعلاه ٠

٠٣ يفضل أن ينص كل من القانون المدني العراقي والأردني على أثري عقد الوضيعة معاً ضمن فقرة واحدة مع ترتيب الحكم المقرر عليهما بعد الرجوع إلى آراء الفقه الإسلامي والتوفيق بين رأيي الحنفية والحنابلة بقدر الإمكان لصياغتها ضمن النص ٠

المطلب الثاني
عقد التولية

لا بد من تعريف هذا العقد وبيان أركانه التي بتوافرها صحيحة تترتب آثار العقد ، عليه سيتوزع هذا المطلب على الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف عقد التولية :

ينبغي ذكر التعريف اللغوي ثم الفقهي لكي يمكن بيان التعريف القانوني ٠ وسيتم ذلك من خلال النقاط الآتية :

أولاً : في اللغة أصل كلمة التولية الفعل الثلاثي ولي وفي أسماء الله تعالى : الولي هو الناصر وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها ٠

ولي الشيء وولي عليه ولاية ، وقيل الولاية الخطة كالإمارة والولاية بالكسر السلطان ، والولاية بالفتح النصرة ٠

والتولي بمعنى النصر من الولي والمولي وهو الناصر .. ويقال إن توليتم أي وليتم ويقال تولاه الله أي وليك الله ٠ وتوالي الشيء تتابع وولي الشيء وتولى أدبر وليت الشيء ووليت منه بمعنى تكون التولية إقبالاً ، والتولية قد تكون انصرافاً ٠ وقد تكون التولية بمعنى التولي ويقال وليت وتوليت بمعنى واحد ، وتوليت الأمر توليا إذا وليته[1]٠

وذكر بأن ولي : يدل على قرب يقال تباعد بعد أن ولي أي قرب وجلس مما يليني أي يقاربني ووالیت بين الشيئين إذا عاديت بينهما ولاء أي تقريباً[2]٠

مما تقدم يتبين أن التولية هنا التابع الذي يتولى زمام الأمور بجوانبها كافة والعالم بها٠

ثانياً : في الفقه الاسلامي :

ذكر الحنفية تعريفاً له بقولهم بيع ما شراه بلا زيادة[3]٠ وقال آخر ان يجعل غيره والياً فكأن المشتري يجعل منه والياً بما شراه ، أو هو البيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان[4]٠

وعرفه الشافعية بأنه نقل جميع المبيع إلى المولي بمثل الثمن المثلي ، أو قيمة المتقوم بلفظ وليتك أو ما اشتق منه[1] ٠

---

(1) انظر : ابو الفضل بن منظور ، مرجع سابق ، جـ١٥ ، ص١٥ وما بعدها .

(2) انظر : ابو الحسين زكريا ، مرجع سابق ، جـ٦ ، ص١٤١ .

(3) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١٠٦ .

(4) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٢٢ .

وذكر الحنابلة بأنه البيع برأس المال فيقول وليتك أو بعتك برأس ماله أو بما اشتريته[٢] ٠ أما الجعفرية فذهبوا إلى القول بأنه التعامل بين البائع والمشتري بلا زيادة ولا نقيصة عن رأس المال[٣]٠

مما تقدم يلاحظ ما الآتي :

١- التولية في عقود التمليكات لأنه يتضمن نقل الملكية من البائع إلى المشتري ٠

٢- ويتضح من التعاريف أعلاه أن الأموال التي تباع بالتولية هي المثلية أو القيمية ٠

ثالثاً : في القانـــــون :

عرف القانون المدني العراقي عقد التولية في المادة (٥٣٠ /٢) فجاء فيها : (والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص)٠

أما القانون المدني الأردني فلم يذكر تعريفاً له في المادة (٤٨٠) منه بل اكتفى بالإشارة في فقرتها الأولى إلى جوازه فجاء فيها (يجوز البيع.. بطريق .. التولية) ٠

وعرف البعض من شراح القانون عقد التولية على نحو يماثل تعريفه في الفقه الإسلامي فقال هو شراء السلعة بمثل ثمنها الأصلي دون زيادة أو نقصان[٤]٠

مما تقدم يلاحظ الآتي :

---

(١) انظر : زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٠ . وايضاً جلال الدين المحلي ، مرجع سابق ، ص٣٤٨ .

(٢) انظر : موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامة ، مرجع سابق ، ص١٠٠ . وايضاً علاء الدين المرداوي ، مرجع سابق ، ص٤٢٨ .

(٣) انظر : ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

(٤) انظر : علي هادي العبيدي ، مرجع سابق ، ص٦٦ . وايضاً عبد العزيز عامر ، مرجع سابق ، ص٦٣ .

٠١ عقد التولية من عقود التمليكات لأنه يتضمن نقل الملك من البائع الى المشتري ٠
٠٢ يمتلك المشتري المال من البائع بمثل ثمنه بلا زيادة أو نقص سواء كان الثمن مثلياً أم قيمياً ٠

الفرع الثاني : أركان عقد التوليـــــة :

قبل إيضاح أركان هذا العقد في القانون ، ينبغي الوقوف على أركانه في الفقه الاسلامي ، عليه سيتوزع هذا الفرع على النقطتين الآتيتين :

أولاً : في الفقه الاسلامي :

كما هو الحال في عقدي المرابحة والوضيعة ، يجب أن تتوافر أركان عقد البيع الأول السابق على عقد التولية لكي ينهض هذا الأخير وسيتضح تفصيل ذلك كالآتي :

١ – أركان عقد البيع الأول : وهي

أ٠ يجب أن يكون البيع صحيحاً ٠

ب٠ يجب أن يكون الثمن من الأموال المثلية كما قال ذلك الحنفية والحنابلة[1] ، أما الشافعية فأجازوا البيع سواء كان المال مثلياً أم قيمياً[2]٠

(1) انظر : فخر الدين الزيعلي ، مرجع سابق ، ص٤٢٤ . وايضاً موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامة ، مرجع سابق ، ص١٠٥ .

(2) انظر : جلال الدين المحلي ، مرجع سابق ، ص٣٥٠ . وايضاً زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٢ . وايضاً ابو زكريا النووي الدمشقي ، مرجع سابق ، ص١٨٥ .

ولكن إذا كان المال قيمياً فقد انفرد الحنفية بوضع أحكامٍ خاصة لجواز بيعه تولية وهي :

أ- البيع تولية للغير(غير المالك) : فلا يجوز هنا لاختلاف الثمن في الجنس والتولية بيع بمثل الثمن الأول ٠

ب- البيع تولية للمالك : يجوز البيع هنا إذا كان الثمن من جنس واحد ، ولا يشترط المماثلة (مثلا بمثل) لدفع شبهة الربا كما في المرابحة ٠ لأن التولية بيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقص[١]٠

٢- علم المشتري بثمن البيع الاول :

يجب أن يكون المشتري عالماً بالثمن في البيع لكي يصح العقد وإلا كان باطلاً كما ذهب الى ذلك معظم الفقهاء المسلمين[٢]٠

ثانياً : في القانـــــون :

نص القانون المدني لعراقي على ركن عقد التولية في المادة (٥٣٠) منه فجاء فيها (ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً من الخيانة والتهمة)٠ ونص القانون المدني الأردني على ركن عقد التولية في المادة (٤٨٠ /١) منه فجاء فيها (يجوز البيع بطريق .... التولية إذا كان رأس مال المبيع معلوماً حين العقد ....)٠

---

(١) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١١٢ . وايضاً فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٢٤ .

(٢) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٢٤ . وزكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٢ . وايضاً ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص١٠٠ . وابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

ونص على الحكم المترتب على عدم العلم برأس مال المبيع معروفاً عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته ٠٠٠)٠

مما تقدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

١- ذكر القانون المدني العراقي ركن عقد التولية فقط ولم يذكر حكم عدم علم المشتري به ٠

٢- ذكر القانون المدني ركن عقد التولية وقرر الحكم المترتب على عدم العلم به ٠

٣- يفضل أن ينص القانون المدني العراقي على حكم عدم علم المشتري بالثمن الأول ٠ كما ذكره الفقه الإسلامي وطبقه القانون المدني الأردني إذ أدخل عليه تغييراً بسيطاً٠

الفرع الثالث : آثار عقد التوليـــــة :

يجب بيان آثاره في الفقه الإسلامي أولاً ثم في القانون كما يأتي :

أولاً : في الفقه الإسلامي :

قال : تظهر آثار عقد التولية في حالتين هما :

٠١ الخيانة أو شبهة الخيانة أو التهمة ٠

يبني هذا العقد على الأمانة أي ثقة المشتري بالبائع فيخونها عندما يبيعه بثمن حال ثم يتبين للمشتري أنه مؤجل أو يظهر فيه عيب أو زيادة كما ذكر ذلك في عقد

المرابحة فيطبق ما قيل فيها وهو منح المشتري الخيار بين أخذه بثمنه المسمى أو رده ٠ فأن كان فائتاً سقط خياره ولزمه الثمن كله[١]٠

٠٢ كذب البائع في مقدار الثمن ٠

ويخون البائع عندما يكذب على المشتري في قدر الثمن الأول بالزيادة ٠ فهنا توزع الفقه الإسلامي على الآراء الآتية :

أ- الحنفية : اختلفوا فيما بينهم كالآتي :

رأي أبي حنيفة وأبي يوسف : قالا إذا ثبت كذب البائع في قدر الثمن فيحط القدر الزائد ويلزم المشتري بالثمن الباقي ٠

أما أبو محمد فقال : يخير المشتري بين أخذه بثمنه كله أو رده ٠

والملاحظ على رأي أبي يوسف وأبي محمد أنهما واحد في المرابحة والتولية أما رأي أبي حنيفة فقد اختلف هنا عن رأيه في المرابحة وقد علل رأيه في التولية بالآتي :

خيانة البائع في عقد المرابحة لا تخرج العقد في كونه عقد مرابحة لأنها بيع بمثل الثمن الأول والزيادة أما خيانة البائع في التولية فتخرج العقد في كونه عقد تولية وتجعله عقد مرابحة وهذا يعني ظهور عقد لم تتجه إرادة الطرفين إليه ولهذا يحط القدر الزائد ولا يثبت الخيار للمشتري[٢]٠

---

(١) انظر : عبد الرحمن الكليبولي ، مرجع سابق ، ص١١٢ ، وايضاً زكريا الانصاري ، مرجع سابق ، ص٣٧٧ . وايضاً موفق الدين بن قدامى شمس الدين بن قدامة ، مرجع سابق ، ص١٠٤ ، وايضاً ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

(٢) انظر : فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ص٤٢٦-٤٢٧ .

ب– الشافعية : قالوا : إذا كذب البائع في الثمن يقال هنا ما قيل في المرابحة فيحط القدر الزائد من الثمن ولا خيار للمشتري[1] ٠

ج– الحنابلة : قالوا إذا كذب البائع في الثمن بالزيادة فيثبت الخيار للمشتري بين أخذه بثمنه المسمى أو رده[2] ٠

د– الجعفرية : طبقوا ما جاء في المرابحة أيضاً فقالوا يصح العقد ويثبت الخيار للمشتري بين إمضاء العقد أو رده[3] ٠

ثانياً : في القانـــون :

ذكر القانون المدني العراقي أثراً واحداً من آثار عقد التولية فجاء في المادة (٥٣٠)منه (... تحرزاً عن الخيانة والتهمة)٠

ونص القانون المدني الأردني على آثار عقد التولية في المادة (٤٨٠ /٢،٣)فجاء فيها ٠

١– إذا ظهر ان البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فالمشتري حط الزيادة ٠

٢– وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفاً عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته وكذا الحكم لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه ٠

مما قدم يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :

١– لم يذكر القانون المدني العراقي الأثر الآخر من آثار عقد التولية وهو كذب البائع بمقدار الثمن كما لم يبين الحكم المترتب عليه ٠

---

(1) انظر : جلال الدين المحلي ، مرجع سابق ، ص٣٥٥ ، وايضاً ابو زكريا النووي الدمشقي ، مرجع سابق ، ص١٨٥ .

(2) انظر : موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامة ، مرجع سابق ، ص١٠٠ .

(3) انظر : ابو القاسم الخوئي ، مرجع سابق ، ص٥٨ .

٢- فصل القانون المدني الأردني بين أثري عقد التولية ضمن فقرتين وكان من الأفضل دمجهما معاً ضمن فقرة واحدة ٠

٣- ويفضل أن ينص القانون العراقي على أثري عقد التولية مع الحكم المقرر عليهما ضمن فقرة واحدة بعد الرجوع إلى الفقه الإسلامي لاستخلاص النص من مذاهبه في حالة ثبوت خيانة أو شبه خيانة أو تهمة فيطبق رأي جمهور الفقه الإسلامي ٠

أما في حالة كذب البائع في مقدار الثمن فيعتمد كل من رأي الشافعية والحنابلة والجعفرية بعد التوفيق بينها على نحو يوازن بين الطرفين ٠

الخاتمة :

اولا : نتائج البحث

١- نظم الفقه الاسلامي عقود الامانة : وهي المرابحة والتولية والوضيعة والاشراك فافرد لكل عقد احكامه واثاره التفصيلية ، اما القانون المدني العراقي فاكتفى بالاشارة الى هذه العقود في المادة (٥٣٠) منه دون ان يسهب في تفاصيلها بخلاف القانون المدني الاردني الذي اعتمد على الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة عندما صاغ المادة (٤٨٠) التي نظمت هذه العقود علية اختص هذا البحث بتوضيح هذه العقود في الفقه الاسلامي للوقوف على افضل الاراء الفقهية التي يمكن اعتمادها في هذه المادة وكان اول واهم العقود هو عقد المرابحة فهو يمثل القاعدة العامة التي ترتكز عليها بقية العقود المذكورة توزع على ثلاثة مطالب اذ تم تحديد تعريف المرابحة اللغوي والفقهي والقانوني في المطلب الاول وتبين منها انها البيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح معلوم للبائع وهذا ما ذكره ايضا كل من القانون المدني العراقي والاردني .

وفي المطلب الثاني تم توضيح اركان العقد في الفقه الاسلامي والقانون من خلال فرعين فاوجب الاول ضرورة ان يكون عقد البيع الاول صحيحا وصالحا لترتيب اثاره عليه ويتحقق ذلك بتوافر اركانه وشروطه وخاصة من حيث محل العقد من جانب البائع والمشتري واوجب ايضا علم المشتري بثمن البيع الاول وبمقدار الربح المطلوب عليه والا فالعقد باطل اذا علم بهما بعد انفضاض مجلس العقد ، وعن موقف القانون فقد نص القانون المدني العراقي على ركن واحد لهذا العقد وهو وجوب علم المشتري بثمن البيع الاول فقط دون ان يذكر الاثر الخاص المترتب على جهالته باحدهما وكما قرره الفقه الاسلامي بخلاف القانون المدني الاردني الذي ذكر ركني عقد المرابحة ورتب جزاء جهالة المشتري باحدهما معتمدا في ذلك على اراء الفقه الاسلامي وقد وضح تفصيل ذلك في البحث وتطرق البحث لموضوع النفقات المبذولة من قبل البائع على المبيع قبل بيعه مرابحه ففرق الفقه بين نوعيها ، الاولى ضرورية تبذل من اجل المحافظة على المبيع ، والثانية نفقات تبذل لتحسين المبيع وتطويره فاعطى للبائع حق المطالبة بربح عن النوع الثاني فقط ومنع هذا الحق عن النوع الاول لانه يدخل ضمن ثمن المبيع ، ولم ينظم القانونان المذكوران ذلك تاركين ذلك للقواعد العامة . وتكلم المطلب الثالث عن اثار عقد المرابحة موزعا على فرعين ، اختص الاول بتحديد اثاره في الفقه الاسلامي ، فلانه مؤسس على امانة المشتري بالبائع لهذا اوجب الفقه الاسلامي خلو العقد من الخيانة والتهمة وشبهة التهمة الصادرة عن البائع ، فيخون البائع ثقة المشتري عندما يبيعه مالا معيبا او يكذب عليه بمقدار ثمنه او يبيعه مالا مؤجل التسليم وقد رتب حكما خاصا بكل اثر فالمبيع المعيب لايؤثر على صحة العقد عند جمهور الفقه الاسلامي فيخير المشتري بين اخذه بثمنه المسمى بالعقد او تركه ، في حين فرق المالكية وجود المبيع من فواته فاذا كان موجودا يخير المشتري بين اخذه بثمنه او رده ، واذا كان فائتا فعلى

المشتري اخذه باقل الثمن (المثبت بالعقد او ما نقده للبائع) . واذا تبين ان محل البيع مؤجلا فان الفقه الاسلامي قرر صحة العقد مع ثبوت الخيار للمشتري بين رد المبيع او اخذه بصفته اما ثبوت كذب البائع في مقدار الثمن فلدى جمهور الفقه الاسلامي راى هو منح المشتري الخيار بين اخذه بثمنه المسمى بالعقد او تركه وعن موقف القانون فيلاحظ ان القانون المدني العراقي قد ذكر عبارة تحرزا عن الخيانة والتهمة بخلاف القانون المدني الاردني الذي اعتمد على راي الفقه الاسلامي في ترتيب اثار المرابحة بعد التوفيق بينها وكما مذكور ذلك في البحث .

٢- اهتم المبحث الثاني بعقدي الوضيعة والتولية موزعا على مطلبين انفرد الاول بتوضيح عقد الوضيعة من ناحية تعريفه واركانه واثاره موزعا على ثلاثة فروع ، اختص الاول ببيان تعريفه اللغوي والفقهي والقانوني ، وتبين منها انه البيع بانقص من ثمن البيع الاول بمقدار معلوم وتكلم الفرع الثاني عن اركانه موزعا على نقطتين ، تكلمت الاولى عن اركانه في الفقه الاسلامي وهما وجوب علم المشتري بثمن البيع الاول وبمقدار النقص عنه والا فالعقد باطل لجهالة المشتري بأحدهما لانه مؤسس على امانة المشتري بالبائع كما هو الحال بالنسبة للمرابحة ، وتكلمت النقطة الثانية عن اركان العقد في القانون ، فتبين ان القانون المدني العراقي لم يذكر اركان هذا العقد ولا الحكم المترتب على تخلف احدهما بخلاف القانون المدني الاردني الذي نص على هذه الاركان معتمدا في ذلك على اراء الفقه الاسلامي .

ووضح الفرع الثالث اثار عقد التولية موزعا على نقطتين تكلمت الاولى عن اثاره في الفقه الاسلامي وهي ثبوت كذب البائع بمقدار ثمن البيع الاول مرتبا حكما خاصا بها هو حط القدر الزائد عن ثمن البيع الاول فيلزم باداء ما تبقى منه كما قالت الحنابلة في حين ذكرت الحنفية حكما مغايرا هو حط القدر الزائد عن الثمن بقدر كذبه اذا نفى وجود

العقد ، اما اذا كذب بوجود عقد وهو غير موجود فللمشتري الخيار بين اخذه بثمنه لكه او تركه . واختصت النقطة الثانية بايضاح اثار العقد في القانون فتبين ان القانون المدني العراقي ذكر مصطلح تحرزا عن الخيانة فقط بخلاف القانون المدني الاردني الذي نظم اثاره مرتبا الحكم الخاص عليها معتمدا في ذلك على اراء الفقه الاسلامي . وانفرد المطلب الثاني بتوضيح عقدا التولية موزعا على ثلاثة فروع ، اختص الاول بالبحث عن التعريف اللغوي والفقهي والقانوني لعقد التولية ، فتبين منها انه البيع بمثل ثمنه الاول بلا زيادة او نقصان وحدد الفرع الثاني اركان العقد موزعا على نقطتين بحثت النقطة الاولى عن اركانه في الفقه الاسلامي ، فتبين منها وجوب توافر ركنان هما صحة البيع الاول وتحقيق بتوافر اركانه الخاصة به ، كما ويجب ان يكون عقد التولية صحيحا من خلال تحقق علم المشتري بثمن البيع الاول والا فالعقد باطل ، اما النقطة الثانية من هذا العقد فقد تكلمت عن اركان العقد في القانون ، وتبين ان القانون المدني العراقي اوجب توافر ركن علم المشتري بثمن البيع الاول ولم ينص على حكم عدم علمه به ، بخلاف القانون المدني الاردني الذي نص على ركن هذا العقد فضلا عن جزاء جهالة المشتري به وصولا منحه حق فسخ العقد ، وخصص الفرع الثالث بتوضيح اثار هذا العقد في الفقه الاسلامي والقانون ، اذا يترتب على هذا العقد اثار ذكرها الفقه الاسلامي هي ثبوت الخيانة او التهمة من البائع فيخون المشتري عندما يبعه املا معيبا او مؤجلا ، فقرر جزاءا له هو منح المشتري الخيار بين اخذه بثمنه المسمى او رده هذا اذا كان المبيع قائما ، فاذا كان فائتا يسقط خياره ويلزمه ثمنه ، اما كذب البائع بمقدار الثمن فقد توزع الفقه الاسلامي على اراء ، منها منح للمشتري حط الزيادة ومنها منحه الخيار بين امضاء العقد او رد المبيع ، وقد تم اعتماد الراي الاخير ضمن توصيات البحث ، وعن موقف القانون فيلاحظ اعتماد القانون المدني العراقي اثرا واحدا من اثار العقد المذكورة

اعلاه بخلاف القانون المدني الاردني الذي اعتمد على اراء الفقه الاسلامي بعد التوثيق بينها وكما جاء ذلك في توصيات البحث .

ثانياً: التوصيـــات /

أ- يفضل إعادة النص على بيوعات الأمانة الثلاثة وهي كل من عقد المرابحة والوضيعة والتولية ٠اما عقد الإشراك فقد نظمه قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ ولا حاجة لذكره ٠ فتكون صيغة النص كالآتي :

١- يجوز البيع مرابحة وهو البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم والوضيعة وهو البيع بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم والتولية وهو البيع بمثل الثمن الأول بلا زيادة ولا نقص ٠

ب-يفضل النص على أركان هذه البيوع مع الحكم المترتب على عدم علم المشتري بها لأن أساسها الأمانة أي ثقة المشتري بالبائع في إخباره بالثمن في البيع الأول بقدر الربح أو النقص ، فتكون صيغة النص ٠

٢- ويجب في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول ومقدار الربح في المرابحة ومقدار النقص في الوضيعة معلومين عند العقد وإلا فللمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو رده فإذا علم بعد العقد فالبيع باطل ٠

ج- يفضل النص على آثار هذه البيوع ، فتكون صيغة النص ٠

٣- إذا ثبتت الخيانة أو شبه الخيانة أو التهمة فللمشتري بين إمضاء البيع بثمنه المسمى أو رده هذا إذا كان المبيع قائماً فإن كان فائتاً لأي سبب (الهلاك ، الاستهلاك ، التصرف) فيسقط خياره ويلزمه الثمن المسمى بالعقد ٠ أما إذا ثبت كذب البائع في مقدار الثمن الأول ،فيحط القدر الزائد عن الثمن ، وإذا لم يقبل البائع فللمشتري الخيار بين أخذه أو رده ٠

د– منح البائع حق المطالبة بالنفقات التي بذلها على المبيع إذا كانت بقصد الربح فتكون صيغة النص :

٤– للبائع حق مطالبة المشتري بالنفقات التي بذلها على المبيع إذا بذلت من اجل الربح ٠

مصادر البحث :

أولاً: كتب اللغة :

١– أبو البركات العدوى ، حاشية ألد سوقي على شرح الكبير ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ٢—٣ ، المجلد ٤ ٠

٢– أبو الحسين زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، ط١ ، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه ، ط٦ ٠

٣– أبو الفضل أبن منظور ، دار صادر ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ط٢ ، ج ١٥ ٠

٤– أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين في العبادات والمعاملات ، النجف ، ج٢ ٠

٥– أبو زكريا النووي الدمشقي ، روضة الطالبين دار الكتب العلمية لبنان ، ٢٠٠٠ ، المجلد ٣ ٠

٦– أبو لمنصور الأزهري ، تهذيب اللغة ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ج ٣ ٠

٧– السيد سابق ، فقه السنة ، ط١ ، مكتبة المرشد للنشر والتوزيع ، السعودية ، ٢٠٠١، ج٣ ٠

٨– بهاء الدين المقدسي ، العدة شرح العمدة ، ط٢ ، المطبعة السلفية ومكتبتها ، مصر٠

ثانياً : كتب الفقه الإسلامي وشراح القانون :

٩- جلال الدين المحلي ، حاشيتا القيلوبي وعميرة ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، المجلد ٢ ٠

١٠- زكريا الأنصاري حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ٢٠٠٠ ، المجلد ٢ ٠

١١- شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج على شرح المنهاج في الفقه على مذهب الأمام الشافعي ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، المجلد ٤ ٠

١٢- شمس الدين بن مفلح ، كتاب الفروع في فقه الأمام أحمد بن حنبل ، ط١ ، دار الكتب العربي لبنان ، ٢٠٠٢ ٠

١٣- عبد الرحمن الجز يري كتاب الفقه في المذاهب الأربعة ، ط جديدة ، دار أحياء التراث العربي ، لبنان ، ج ٢ ٠

١٤- عبد الرحمن الكليبولي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ١٩٩٨ ، المجلد ٣ ٠

١٥- عبد العزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، مصر ١٩٦٧ ٠

١٦- علاء الدين المر داوي ، الإنصاف ي معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الأمام احمد بن حنبل ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ج٤ ٠

١٧- علي هادي العبيد ي ، العقود المسماة في البيع والايجار ، ط٢ ، المركز القومي للنشر ، الأردن ١٩٩٩ ٠

١٨- فخر الدين الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط١ ، دار الكتب العلمية لبنان ٢٠٠٠ ، المجلد ٤ ٠

١٩- محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط١ ، دار الثراث العربي ، لبنان ، ١٩٩٦ ، ج٢ ٠

٢٠- محمد زكي عبد البر ، أحكام المعاملات المالية في لمذهب لحنفي ، ط١ ، دار الثقافة ، قطر ١٩٨٦ ٠

٢١- محمد عبد الله الخرشي ، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ١٩٩٧ ٠

٢٢- محمد علي الصابوني ، الفقه الشرعي الميسر في ضوء الكتاب والسنة / المعاملات ، المكتبة العصرية ، ط١ ، ٢٠٠٢ ٠

٢٣- موفق الدين بن قدامى وشمس الدين بن قدامه المقدسي ، المغني ويليه الشرح الكبير ، ط جديدة ، دار الكتب العربي ، لبنان ١٩٧٢ ، ج ٤ ٠

ثالثاً : القوانين :

٢٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ٠

٢٥- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ٠