الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة الحقوق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت في هذا العدد:

- أ.د. ايمان طارق مكي
  زينب عبد الكاظم حسن
- أ.د. هادي حسين الكعبي
  تاج الدين باسم رشيد
- أ.د. ذكرى محمد حسين
  زينب عباس علي
- أ.م. د. حوراء أحمد شاكر
  مناهل عبد الحمزة عبد العباس
- مفهوم التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي
- أثر توظيف الملكية كضمان في البيوع الائتمانية
- التزام المستنبط بالمحافظة على الصنف النباتي الجديد
- الركن العاصي لجريمة الإكراه على الزواج

السنة الخامسة عشر 2023 العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN: 075-7220
ISSN` ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Prof.Dr. Iman Tariq AL-Shukri
  Zainab Abdel-Kazem Hassan
- Pro.Dr. Hadi Hussein Al-Kaabi
  Taj al-Din Bassem Rashid
- Prof.Dr.Zekra mohamed hoseen
  Zainab abas ali
- Asst.prof.Dr. Hawraa Ahmed Shaker
  Manahil Abdel Hamza Abdel Abbas
- the partial implementation of the contractual obligation (A Comparative Study)
- The effect of employing ownership as collateral in credit sales (A Comparative Study)
- Commitment The breeders in the governorate the new plant varity (A comparative study)
- The material element of the crime of forced marriage

Fourth Issue 2023 fifteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع

السنة الخامسة عشر

2023

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

الفهرس

السنة الخامسة عشر **العدد الرابع 2023**

ت	الموضوع	الباحث	رقم الصفحة
1	مفهوم التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي	أ.د. ايمان طارق مكي زينب عبد الكاظم حسن	1 – 32
2	اثر توظيف الملكية كضمان في البيوع الائتمانية (دراسة مقارنة)	أ.د.هادي حسين الكعبي تاج الدين باسم رشيد	33 - 68
3	التزام المستنبط بالمحافظة على الصنف النباتي الجديد	أ.د. ذكرى محمد حسين زينب عباس علي"	69 - 95
4	الركن المادي لجريمة الاكراه على الزواج	أ.م.د حوراء أحمد شاكر مناهل عبد الحمزة عبد العباس	96 - 123
5	الاطار القانوني للجان التحقيقية او تقصي الحقائق المنشأة من قبل منظمة الامم المتحدة	أ.م.د. انسام قاسم حاجم	124 - 150
6	التنظيم القانوني لعقد المضاربة (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)	م.د. حسن ضعيف حمود أ.م.د. حبيب عبيد مرزة	151 - 182
7	الاعتراض على الحكم الاداري الغيابي (دراسة مقارنة)	م.د. احسان رحيم عبد محمد	183 - 235
8	آثر الغاء مكاتب المفتشين العموميين على الرقابة الإدارية ورقابة الهيئات المستقلة في العراق	م.د. محمد سالم لهيمص م. قيس جاسم محمد	236 - 259
9	الاطار القانوني لتنفيذ العقد الالكتروني	م.د. اريج محمد عبد المجيد	260 - 286

التنظيم القانوني لعقد المضاربة (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)

م.د. حسن ضعيف حمود المعموري

كلية القانون / جامعة بابل

أ.م.د. حبيب عبيد مرزة العماري

كلية القانون / جامعة بابل

التنظيم القانوني لعقد المضاربة (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)

م.د. حسن ضعيف حمود المعموري
كلية القانون / جامعة بابل

أ.م.د. حبيب عبيد مرزة العماري
كلية القانون / جامعة بابل

تاريخ استلام البحث: 2023/10/24 تاريخ قبول النشر:13 / 12 /2023 تاريخ النشر : 2023/12/26

ملخص

عقد المضاربة هو عقد واقع بين شخصين يدفع بموجبه احدهما الى الآخر مالا ليعمل به على ان يكون الربح بينهما ، ويطلق على الأول (التاجر او المالك ، او صاحب المال او نحو ذلك) ويطلق على الثاني (العامل او المضارب او نحوهما) وهو عقد يقتضي حتما المشاركة في الربح ، وفق حصة شائعة كالربع او الثلث او النصف او نحو ذلك ، وهو عقد جائز من الطرفين فيجوز لكل منهما فسخه ، وينتهي بموت كل من المالك والعامل ، وقد حظى باهتمام واضح وتفصيل دقيق في الفقه الاسلامي ورغم ذلك لم ينظمه المشرع العراقي بتنظيم مستقل.

مقدمة

اولا - التعريف بموضوع البحث : تولت الشريعة الاسلامية المقدسة تنظيم المعاملات التجارية بشكل دقيق يُكشف بوضوح عن اهتمامها البالغ بصحة المعاملات وابعادها عن الربا ، فوضعت للعقد قواعد عامة تسري على العقود جميعا ، وجعلت لكل عقد قواعد خاصة به تنسجم مع طبيعته بغية الحفاظ على سلامته وابعاده عن الاستغلال والربا . وكان من العقود التي حظت بتنظيم خاص وباهتمام بالغ في الشريعة الاسلامية ما أُطلق عليه بعقد المضاربة وهو عقد واقع بين شخصين يدفع بموجبه احدهما الى الآخر مالا ليعمل به على ان يكون الربح بينهما ، ويطلق على الأول (التاجر او المالك ، او صاحب المال او نحو ذلك) ويطلق على الثاني (العامل او المضارب او نحوهما) وهو عقد يقتضي حتما المشاركة في الربح ، وفق حصة شائعة كالربع او الثلث او النصف او نحو ذلك .

ثانيا - مشكلة البحث : اغفل المشرع العرقي تنظيم العقد المذكور بقواعد خاصة مكتفيا بالقواعد العامة التي تحكم جميع العقود رغم تفرد هذا العقد بأحكام خاصة من حيث الانعقاد والآثار ، والمشكلة الاساسية هنا ان بعض الاحكام التي اختص بها عقد المضاربة تُعد هي المقوم لصحته بحيث يقع باطلا بمخالفتها ، وان ترك تنظيم هذا العقد للقواعد العامة يُعد مصادرة لهذه الاحكام ، وقد نجم عن انعدام التنظيم الخاص لعقد المضاربة ان اندفع الافراد نحو انشاء انواع من المضاربة بشكل مخالف للشريعة الاسلامية وعلى نحو يتولد منه الربا المحرم الذي تسعى الشريعة المقدسة الى محاربته بجميع اشكاله .

ثالثا - اهمية البحث : تتجلى اهمية بحث عقد المضاربة بإبراز الاحكام الخاصة التي يمتاز بها عن سائر العقود والتي تحفظ له مشروعيته على نحو يمكن معه الحكم ببطلان المعاملات التي لا تراعي تلك الاحكام و تتخذ صورة عقد مضاربة مخالف لقواعد الشريعة الاسلامية .

رابعا - نطاق البحث ومنهجه : ان انعدام التنظيم الخاص بعقد المضاربة في القانون العراقي يدعونا الى اقتباس احكام هذا العقد في الشريعة الاسلامية ومقارنتها بالقواعد العامة لابرام العقود ، وسوف نقتصر في المقارنة على فقه الامامية الحديث والفقه الحنفي لأنهما الفقهين الغالب العمل بهما في العراق في الوقت الحاضر، ولأن الكثير من القواعد العامة لابرام العقود في القانون المدني العراقي مقتسبة من الفقه الحنفي على وجه الخصوص .

خامسا - خطة البحث : بناء على ما تقدم من التعريف بموضوع البحث ومشكلته واهميته سوف نقسم الدراسة في هذا الموضوع الى مبحثين نخصص الأول منهما الى مفهوم عقد المضاربة ، ونتكلم في الثاني عن احكام عقد المضاربة .

المبحث الاول : مفهوم عقد المضاربة

المضاربة كما هو واضح من اسمها من العقود التي يهدف طرفاها الى الربح ، والشريعة الاسلامية تؤكد بدورها على التجارة المشروعة وذلك بأن يكون الربح بمقابل العمل ، فهي باعتبارها عقدا تقوم بطرفين احدهما يقدم المال والآخر يقوم بالعمل فتكون من عقود المعاوضة الدائرة بين النفع الضرر لكل من الطرفين ، لذلك يلزم لصحتها وجود الاهلية اللازمة لهم، وباعتبار ان الهدف منها (اي المضاربة) الربح فإنها تقترب من بعض العقود التي نظمتها الشريعة والقانون ، كما انه لهذا السبب ايضا تولت الشريعة المقدسة احاطتها بشرائط خاصة بغية الحفاظ على مشروعيتها بأن لا يشوبها الربا المحرم . بناء على ما تقدم سوف نبحث مفهوم عقد المضاربة من خلال مطلبين نعقد الأول منهما لماهية عقد المضاربة ، ونخصص الثاني لانعقاد عقد المضاربة .

المطلب الاول : ماهية عقد المضاربة

لم يضع المشرع العراقي تنظيما خاصا بعقد المضاربة خلافا للشريعة الاسلامية التي تولت تنظيم هذا العقد وتفصيله بشكل دقيق ، لذلك لا بد لتحديد ماهيته من الرجوع الى التعريفات التي وضعها الفقه الاسلامي لهذا العقد ، لنقف على المقصود من عقد المضاربة وما يمتاز به عن بعض العقود التي تقترب منه بنحو ما ، بناء على ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتكلم فيهما على التوالي عن تعريف عقد المضاربة وتمييزه عما يشبه به من عقود .

الفرع الاول : تعريف المضاربة

عُرف عقد المضاربة عند الفقهاء اجمالا بأنه " عقد بين اثنين يتضمن أن يدفع أحدهما للآخر مالا يملكه ليتجر فيه بجزء شائع معلوم من الربح كالنصف أو الثلث أو نحوهما بشرائط مخصوصة " [1].

وبهذا المعنى عرفت بأنها " عقد واقع بين شخصين على ان يدفع احدهما الى الآخر مالا ليعمل به على ان يكون الربح بينهما " [2] ، وقيل ايضا ان المضاربة هي " دفع المال الى غيره

ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا ، فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله ، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح" [3].

ولم يشترط الامامية الفاظ معينة للمضاربة بل تنعقد بالايجاب والقبول بكل ما يدل عليهما من لفظ او فعل او نحو ذلك ولا يجب في صيغتهما ان تكون باللغة العربية ولا ان تكون بالماضي ، اما الحنفية فقد ذكروا للمضاربة الفاظ نحو المضاربة والمقارضة والمعاملة ، ولكن لا تشترط هذه الالفاظ بعينها بل تنعقد المضاربة بكل ما يؤدي معانيها [4].اذ المعتبر هنا هو التعبير عن الارادة والذي يجوز ان يكون صريحا بواسطة الالفاظ التي وضعت لذلك او الكتابة او الاشارة التي تعارف الناس على مفهوم معين لها ، كما يجوز ان يكون ضمنيا بأن يقوم بعمل قانوني او مادي يفهم منه معنى خاص يصرف الارادة الى ناحية معينة [5]. فالمضاربة عقد بين شخصين احدهما يطلق عليه المالك والأخر يطلق عليه العامل ، وهو عقد يقتضي الشركة في الربح [6] ، ويكون لكل من طرفيه حصة معينة مجعولة له في العقد كالنصف و الثلث او نحو ذلك واذا وقع فاسدا تجب للعامل اجرة المثل وللمالك الربح [7].

وعقد المضاربة عقد جائز [8] ، فيجوز فسخه ولو قبل الشروع في العمل ،أوقبل تحقق الربح ، لا فرق في ذلك بين ان يكون مطلقا ام مقيدا الى اجل خاص [9] ، ويجوز تعدد العمال مع كون المالك واحدا ، سواء أكان المال هو الآخر واحدا ام متعددا ، واذا تعدد العمال لا تجب مساواتهم في مقدار الجعل في العمل ، ويجوز ايضا تعدد المالك مع كون العامل واحدا [10] .

والمضاربة نوعان مطلقة وخاصة ، فتكون مطلقة حين تخلو من قيد خاص، كما لو قال "دفعت هذا المال إليك مضاربة ، على أن الربح بيننا نصفان" .وأما الخاصة فهي ما تشتمل على القيد بوجه من الوجوه كما لو اشترط عليه العمل في مكان معين او جنس معين ، أو قال : "خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام" ونحو ذلك [11].

اما على نطاق القانون ، فإن المشرع العراقي – خلافا للفقه الاسلامي الذي افرد بابا خاصا بعقد المضاربة ونظم له احكام خاصة - لم ينظم عقد المضاربة وبذلك يعد هذا العقد عقد غير مسمى يخضع للقواعد العامة التي تسمح بالتعاقد بناء على التراضي بشرط مشروعية محل العقد وسببه وهو من العقود الواردة على الاعمال ، وقد اجازه المشرع العراقي في المادة 74 حيث اجاز ان يرد العقد على عمل معين او على خدمة معينة .

الفرع الثاني : تمييز عقد المضاربة عما يشتبه به من اوضاع

هناك بعض العقود التي قد يشتبه بها عقد المضاربة من ابرزها عقد العمل وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض ، لذلك ينبغي ابراز ما يمتاز به عقد المضاربة عن العقود المذكورة ، فأما عقد العمل فهو في الفقه الاسلامي فرع عن عقد الاجارة حيث يتخذ صورة عقد اجارة بالمعاوضة على العمل [12]، ، على خلاف ما رأينا بالنسبة لعقد المضاربة ، فإن المعاوضة في هذا الاخير لا تكون على منفعة المضارب (العامل) ، بل كما هو واضح من التعريف ان كل من المالك والعامل يضاربان في رأس المال لتحقيق ربح معين يكون بينهم حسب الاتفاق .

وعقد العمل من جهة اخرى عقد لازم للطرفين ولا ينقضي بموت الاجير (العامل) ولا صاحب العمل [13] ، مع ملاحظة ان قانون العمل العراقي جعل من حالات انتهاء عقد العمل وفاة العامل وكذلك وفاة صاحب العمل اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد[14] ، اما عقد المضاربة فقد رأينا انه عقد جائز يجوز لكل من طرفيه فسخه ، وهو ينقضي بموت ايا منهما ، وعقد العمل يعد من العقود المسماة على مستوى القانون ، فقد نظمه في القانون المدني وكذلك في قانون العمل وهو يتقوم بثلاث عناصر وهي (العمل ، والاجر والتبعية القانونية) وهذا العنصر الاخير يعد عنصرا بارزا في تمييز عقد العمل عن الكثير من العقود وقد اعتمده المشرع في القانون المدني صراحة في تمييزه عن عقد المقاولة [15] .

اما الوكالة فهي "تسليط الغير على معاملة من عقد او ايقاع او ما هو من شؤنهما كالقبض والاقباض" [16]، او هي اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم [17] ، فهي اذن نوع من اعطاء السلطة للغير لاجراء معاملة معينة ، وبذلك تختلف عن عقد المضاربة في أن العمل الصادر عن الوكيل لا يعد عملا له بل هو عمل للموكل بخلاف العمل الصادر عن العامل في عقد المضاربة فأنه يعد عملا له وينصرف اليه اثره ، ويستفيد منه المالك على حسب الاتفاق الجاري بينه بين العامل ، وبخلاف ذلك تقترب الوكالة من عقد المضاربة فإن كلاهما يعتمدان على حدود الاذن الممنوحة من الموكل او المالك ، وكلاهما من العقود غير اللازمة التي يمكن فسخها بالارادة المنفردة [18] ، والتي تنتهي بموت ايا من اطرافها [19]، وقد عرف المشرع العراقي الوكالة بأنها اقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم [20]، وقد جعل المشرع اثر العقد ينصرف الى الموكل الا اذا تجاوز الوكيل حدود وكالته فحينئذ ينصرف اثر التصرف الى الوكيل لا الى الموكل [21].

اما عقد الشركة ، فإنه يختلف عن عقد المضاربة بأمرين اساسيين ، الأول ان رأس المال في عقد الشركة مشتركا بين الشريكين ويظهر ذلك من تعريف المشرع لعقد الشركة ، فيكون كل منهما مالكا لحصته من رأس المال ، اما رأس المال في عقد المضاربة فهو للمالك دون العامل وليس مشتركا بينها ، والثاني ان عقد المضاربة يقتضي المشاركة في الربح دون الخسارة ، فلا خسران على العامل [22]، اذ يبطل اشتراط المالك على العامل مشاركته في الخسارة [23] ، اما عقد الشركة فيقتضي المشاركة في الربح والخسارة معا. وقد نظم المشرع العراقي عقد الشركة في قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 فعرفه بانه "عقد يلتزم به شخصان او اكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة"[24]، والتعريف واضح في الاشارة الى الامرين المذكورين اعلاه اي (الاشتراك في رأس المال وفي الربح والخسارة معا).

اما عقد القرض ، فإنه يختلف عن عقد المضاربة بنقطة جوهرية وهي ان المال الذي يسلمه المقرض للمقترض انما يسلمه له على سبيل التمليك [25]، فيكون للأخير مطلق التصرفات فيه ، خلافا للمال الذي يسلمه المالك للعامل في عقد المضاربة فانه لا يكون على سبيل التمليك بل على سبيل الاتجار به وبذلك ليس للعامل ان يتصرف في رأس المال الا ضمن الحدود المتفق عليها في العقد [26].

المطلب الثاني : انعقاد المضاربة

المضاربة من عقود المعاوضة التي تقوم بين طرفين احدهما الموجب والآخر القابل وهما معا لا بد فيهما من شروط تتحقق بها اهليتهما للتعاقد بما يمكن معه انشاء العقد بصيغته الصحيحة ، ولأن المضاربة تهدف الى تحقيق الربح لذلك فقد اشترطت الشريعة المقدسة لصحتها شروط مخصوصة ، لذلك سوف نتكلم في هذا المطلب عن صيغة العقد وما يتعلق بها ، وعن الشروط الخاصة لعقد المضاربة وذلك في فرعين على التوالي .

الفرع الاول : صيغة العقد وما يتعلق بها

ينعقد عقد المضاربة بإيجاب وقبول بالفاظ تدل عليهما [27] ، ويكفي في الايجاب كل لفظ يدل عليه عرفا كلفظ المضاربة او المقارضة [28] وفي القبول (قبلت) وشبهه ، وتصح المضاربة بالمعاطاة ، وتجري المضاربة فضولا ، فإذا وقعت كذلك(اي فضولا) من طرف المالك او العامل صحت بإجازتهما[29].

ولا فرق بين ان يقول المالك "خذ هذا المال مضاربة ولكل منا نصف الربح" وبين ان يقول "الربح بيننا" او يقول "ولك نصف الربح" او "لي نصف الربح" في ان الظاهر انه جعل لكل منهما نصف الربح وكذلك لا فرق بين ان يقول "خذه مضاربة ولك نصف ربحه" او يقول "لك ربح نصفه" فإن جميع ذلك مفاده واحد عرفا [30].

ومن صيغ المضاربة في الفقه الحنفي "دفعت هذا المال إليك مضاربة ، أو مقارضة ، أو معاملة" أو "خذ هذا المال اعمل فيه على أن ما رزق الله من شئ فهو بيننا نصفان أو على أن لك ربعه أو خمسه أو عشره" . او "دفعت هذا المال إليك مضاربة ، على أن الربح بيننا نصفان" [31].

وعلى مستوى القانون العراقي فقد قرر المشرع سريان القواعد العامة على العقود المسماة وغير المسماة وتقضي القواعد العامة بأن الايجاب والقبول أي لفظين مستعملين لانشاء العقد عرفا، والاول ايجاب والثاني قبول ، ويكونان بصيغة الماضي أو بصيغة المضارع او الامر اذا اريد بهما الحال [32]، اما صيغة المستقبل بمعنى الوعد المجرد فينعقد بها وعدا ملزما بشرط انصرف قصد المتعاقدين اليه [33] ويكونان (أي الايجاب والقبول) بالمشافهة اوبالمكاتبة اوبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس ، كما يكونا بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي بل باتخاذ أي مسلك آخر لا يُشك في دلالته على التراضي [34].

ويجب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية ، ولا يكفي الاتفاق على بعضها فقط ، واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ولكنهما احتفظا ببعض المسائل التفصيلية ليتفقان عليها فيما بعد دون اشتراط ان يكون العقد غير منعقد عند عدم الاتفاق عليها ، فيعتبر العقد قد تم ، ولكن اذا قام خلاف بشأنها فإن المحكمة تقضي بها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة [35].ذلك ان القبول يجب ان يطابق الايجاب مطابقة تامة حتى تتوافق الارادتان ويتم العقد ، وذلك بأن تتجه الارادتان الى شيء واحد وتتوافق على الالتزامات التي تنشأ من العقد وما يشتمل عليه كل التزام من محل وسبب [36].

ويجب في كل من الموجب والقابل البلوغ والعقل وهذين الشرطين صرح بهما فقهاء الامامية [37] ، اما فقهاء الاحناف فقد اشترطوا في اطراف عقد المضاربة اهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل [38] ، ويجب فيهما الاختيار ايضا فلا

يصح العقد من المكره ، واما عدم الحجر من فلس فيُعتبر في المالك دون العامل ما لم تستلزم المضاربة تصرفه في امواله المحجور عليها [39].

وتقضي القواعد العامة المتعلقة بالأهلية في القانون العراقي ان كل شخص اهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها ، وقد قرر القانون عدم اهلية الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه فلا يمكن لأي منهم ان يكون طرفا في التعاقد ، اما الصغير غير المميز والسفيه وذي الغفلة فيجوز لكل منهم ان يكون طرفا في عقد المضاربة بشرط اجازة الولي لأنه من العقود الدائرة بين النفع والضرر [40]، اما البالغ الراشد فلا اشكال في كونه اهلا لعقد المضاربة كما هو واضح .

ويجوز ايقاع الجعالة على الاتجار بمال وجعل الجُعل حصة من الربح بأن يقول صاحب المال مثلا "اذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه او ثلثه" فتكون جعالة ولكن تفيد فائدة المضاربة من دون ان يشترط فيها ما يشترط في المضاربة فتجوز حتى في الدين والمنفعة [41]. وليس كذلك في القانون العراقي فإن الارادة في الوعد بجعل يجب ان تكون موجهة الى الجمهور وليس لشخص معين بذاته [42].

ويجوز للاب والجد المضاربة بمال الصغير مع عدم المفسدة ، ويجوز ذلك ايضا للقيم الشرعي كالوصي والحاكم الشرعي ولكن بشرط الامن من الهلاك وملاحظة المصلحة ، بل يجوز للوصي على ثلث الميت المضاربة به وصرف حصة الميت من الربح فيما عينه للثلث اذا كان الميت قد اوصى به ، بل وان لم يوص به ولكن فوض امر الثلث بنظر الوصي فرأى الصلاح في ذلك[43].**وفي القانون العراقي** اذا تصرف الاب والجد في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة او بغبن يسير صح العقد ونفذ ، اما اذا عرفا بسوء التصرف فللقاضي ان يقيد من ولايتهما او ان يسلبهما هذه الولاية [44].

ولكل من الطرفين في عقد المضاربة ان يشترط مالا او عملا على الآخر في العقد ، وحينئذ يجب الوفاء بهذا الشرط ما دام العقد باقيا[45] . ويلاحظ هنا ان الحنفية نظروا الى أثر الشرط المقترن بالعقد ورتبوا على الشرط الذي يؤدي الى جهالة الربح فساد المضاربة ، اما الشرط الباطل الذي لا يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤدي الى فساد المضاربة بل تصح ويبطل الشرط وحده [46].

وفي القانون العراقي يجوز ان يقترن العقد بشرط مؤكدا لمقتضاه او ملائما له او يكون جاريا به العرف والعادة ، كما يجوز ان يقترن بشرط لمصلحة أحد العاقدين او لمصلحة الغير بشرط ان لا يخالف القانون اوالنظام العام او الاداب ، والا يلغو الشرط ويصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضا[47] .

الفرع الثاني : شروط عقد المضاربة

اولا - أن يكون رأس المال من النقود [48] ، او الاعيان [49]فلا تصح المضاربة بالعروض ([50] ويعلل الحنفية هذا الشرط بالقول "ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن ؛ لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شئ على المضارب ، فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه (وآله) وسلم عن ربح ما لم يضمن، ومالا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشترى به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون؛ ولان المضاربة بالعروض تؤدى إلى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضى إلى المنازعة والمنازعة تفضى إلى الفساد" [51].

ثانيا - أن يكون المال معلوما من حيث القدر والوصف [52]، فإن كان مجهولا لا تصح المضاربة لان الجهالة في رأس المال تفضي إلى الجهالة في الربح وصحة المضاربة مشروطة بكون الربح معلوما [53]، وتصح المضاربة على المشاع كالمفروز [54] ، لان الشيوع لا يمنع من التصرف في المال فيستطيع المضارب ان يتصرف في المشاع [55]، ويلاحظ هنا ان هذا الشرط يعد من الناحية القانونية متفرعا عما يشترط في محل العقد من ان يكون معلوما من المتعاقدين علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ، فاذا كان المحل شيئا معينا بنوعه – كما هو الحال في مال المضاربة – فحينئذ يجب ان يعين مقداره ووصفه [56] .

ثالثا- أن لا يكون مال المضاربة دينا [57]، وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف حيث تكون المضاربة فاسدة حينئذ [58]وأما إذا قال له : "اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة" : فهذا جائز عند الحنفية ، لأنه المضاربة هنا اضيفت إلى المقبوض و هو أمانه في يده [59].

. ثالثا – ان تكون حصة كل منهما من الربح بالكسور كالنصف او الثلث او نحو ذلك [60]، فلا يصح ان يقول : "على أن لك من الربح مائة درهم أو نحوها " ، لأن الربح قد لا يكون إلا هذا القدر ، فلا يكون الربح حاصلا لرب المال [61] لأنه يُحتمل أن لا يربح المضارب الا هذا المقدار المحدد فيكون الربح لاحدهما دون الآخر فتنتفي الشركة ولا يكون التصرف مضاربة [62] .

وبذلك ان يظهر ان ما يجري عليه العمل في زماننا الحاضر من قيام بعض الاشخاص بدفع مبلغ من المال الى تاجر ليقوم هذا الاخير بالمتاجرة به بمقابل مبلغ محدد يُدفع بشكل شهري او سنوي او غير ذلك الى صاحب المال ، يُعد من الربا المحرم لا من المضاربة لأن الاخيرة لا تصح بتحديد ربح بمبلغ محدد بل بنسبة معينة على التفصيل المتقدم .

رابعا - ان يكون الربح بين المالك والعامل فلا تصح المضاربة اذا شترط مقدار منه لاجنبي عنهما[63]، وعند الحنفية يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا لأنه ليس من صلب العقد ، وسبب بطلان الشرط عندهم ان الاجنبي ليس له في هذا العقد مشاركة من مال او عمل فلا يستحق شيئا من الربح ، فيكون ما شرط له بمثابة المسكوت عنه فيعود لرب المال[64]. لان الربح في المضاربة لا يكون مستحقا من غير عمل ولا مال ، وعلى هذا يجوز شرط الربح لأجنبي اذا كان في مقابل اشتراط العمل عليه [65].

خامسا – يشترط الحنفية تسليم رأس المال إلى المضارب ؛لأنه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال [66]، وعند الامامية تصح المضاربة ولو كان المال بيد المالك ولا يشترط لصحتها ان يكون المال في يد العامل [67].

سادسا – ان يكون العامل قادرا على التجارة بنفسه اذا قصد المالك الزامه بالمباشرة بالعمل بنفسه ، وتفصيل ذلك ان بعض الامامية يفرقون في اشتراط المباشرة بين ان تكون قيدا فتبطل المضاربة بتخلفه ، وبين ان تكون شرطا فيثبت للمالك الخيار عند تخلفه [68] ، مع ملاحظة ان الفرق بين القيد والشرط لم يُذكره هذا البعض في عقد المضاربة بل ذكره ضمن عقد الاجارة حيث قال "ان متعلق الاجارة في موارد التقييد حصة خاصة مغايرة لسائر الحصص واما في موارد الاشتراط فمتعلق الاجارة هو طبيعي العمل ولكن العقد معلق على الالتزام بتحقيق امر معين"[69]. وليس للحنفية هذا التفصيل ولكننا سنلاحظ عند بحث احكام المضاربة ان لهم تفصيل يتعلق بقيام العامل بدفع مال المضاربة الى مضارب آ خر فنحيل اليه . اما اذا لم يقصد المالك

الزام العامل بمباشرة العمل بنفسه ولكن تعذر على العامل الاستعانة بالغير فإن المضاربة تبطل حينئذ وسبب بطلانها هو استحالة المحل حسب القواعد العامة [70].

يتضح مما تقدم ان هناك شروط خاصة لا بد من توافرها لصحة عقد المضاربة ، وعند مقارنتها مع القواعد العامة لابرام العقود نجد ان المشرع اجاز ان يكون محل الالتزام في العقد أي مال عينا كان او دينا او منفعة ، كما يصح ان يكون عملا او امتناعا عن عمل ، في حين اشترطت الشريعة المقدسة في مال المضاربة ان يكون من الاعيان فلا تصح المضاربة بالمنافع والحقوق كما لا تصح في الديون على التفصيل المتقدم .

المبحث الثاني : احكام عقد المضاربة

يرتب عقد المضاربة آثار مختلفة من جهة العامل (المضارب) ومن جهة المالك (صاحب المال) وتختلف تلك الآثار تبعا لطبيعة العقد من حيث الاطلاق والتقييد ، وتبعا لحصول الربح او الخسارة او عدم حصولهما ، بل تبعا لصحة المضاربة او بطلانها (فسادها) ، اذ للمضاربة الفاسدة احكام كما ان للصحيحة احكام ، كما تختلف تلك الآثار تبعا لحصول الاختلاف بين المالك والعامل ومدى هذا الاختلاف . وينتهي عقد المضاربة بأسباب عامة تشترك فيها مع سائر العقود ويختص بسببين ينتهي بهما هذا العقد بسبب طبيعته الخاصة ، بناء على ذلك سوف نوزع هذا المبحث الى مطلبين نتكلم في الاول عن آثار عقد المضاربة وفي الثاني عن انتهاء عقد المضاربة .

المطلب الاول : اثار عقد المضاربة

عقد المضاربة من العقود التي تحتمل الاطلاق والتقييد والربح والخسارة ، كما يحتمل الاختلاف بين المالك و العامل ، والاخلال من هذا الاخير ، ولهذه التفرعات آثار من جهة طرفي العقد نحاول ان نبينها في هذا المطلب وذلك في فرعين نبين في الاول آثار العقد من جهة العامل ، وفي الثاني آثاره من جهة صاحب المال .

الفرع الاول : آثار العقد من جهة العامل

للعامل مع اطلاق العقد القيام بالبيع حالا (بثمن حال) او نسيئة (بثمن مؤجل)[71] ، وله البيع بالنقد المتعارف ام بغيره ما تقم قرينة على التقييد من عرف غيره [72]، فلو اشترط المالك البيع والشراء بالنقد فليس للعامل أن يبيع او يشترى نسيئة ؛ لان لهذا القيد فائدة للمالك فيلزم العامل

بالتقيد به [73] ، ولو باع العامل نسيئة بدون اذن المالك توقفت صحة البيع على اذن المالك فإن اجاز صح والا بطل ، الا اذا استوفى العامل الثمن قبل اطلاع المالك فإن البيع يصح ولا يتوقف على اذنه في هذه الحالة [74]

والعامل امين فلا يضمن المال لو تلف او تعيب الا اذا تعدى او فرط ، [75] ويبرر الحنفية كون المال امانة في يد المضارب انه "قبضه بأمر المالك لا على طريق البدل والوثيقة" [76]، ولا ضمان على العامل من جهة الخسارة بل يتحملها المالك ولا عبرة باشتراطه على العامل المشاركة في الخسارة كما هو شريح له في الربح اذ يبطل الشرط المذكور [77].

وليس للعامل ان يخالف ما يعتاد بالنسبة اليه ، وعليه ان يعمل ما يعمله التاجر لنفسه مما هو متعارف في التجارة التي تليق بحاله ، فله ان يستأجر دلالا او حمالا او نحو ذلك مما هو متعارف في نوع التجارة التي يعمل بها [78] ، ويجوز للعامل عند اطلاق العقد ان يتجر بالمال بما يرى فيه المصلحة من حيث جنس المشترى ، ومكان البيع والبائع والمشتري وغير ذلك[79].وعند الحنفيه يملك العامل عند اطلاق العقد ما هو من صنع التجار فله ان يشتري ويبيع ما بدى له من اصناف التجارة بشرط ان يقصد تحصيل الربح بطريق التجارة[80]. واذا سافر العامل للمضاربة وكان السفر بإذن المالك تحمل الاخير نفقته ، والا تحملها العامل بنفسه ، ويتحمل العامل النفقة ايضا اذا اشتُرط عليه تحملها ، والنفقة المقصودة هنا ما يحتاج اليه العامل بما يليق بحاله على وجه الاقتصاد مأكلا ومشربا وملبسا ومسكنا واجرة نقل وغير ذلك[81] .

، و يتحمل العامل النفقة ولو لم يتحقق الربح وذلك بأن ينفق من اصل المال لحين حصول الربح وفي حال حصوله تكون النفقة منه ويكون تمام رأس المال للمالك والربح يُقسم بينهما [82]واذا اتجر العامل برأس المال فترة من الزمن ثم تبين بطلان المضاربة ، فهنا صورتين : فقد يكون الاذن بالتصرف مقيدا بصحة المضاربة وقد لا يكون كذلك ، وفي الصورة الاولى تصح المعاملة التي اجراها العامل ويكون تمام الربح للمالك ، وفي الصورة الثانية تتوقف صحة المعاملة على اذن المالك فإن اجاز صحت والا بطلت ، وفي الصورتين يستحق العامل الاقل من اجرة المثل او الربح المجعول له ، وعلى هذا اذا لم يحصل الربح او كان بطلان المضاربة بسبب اشتراط المالك لنفسه تمام الربح فليس للعامل شيء على المالك [83]. اما الحنفية فليس عندهم التفصيل المتقدم بل عندهم ان المضاربة اذا فسدت كان الربح لرب المال وللعامل اجر المثل [84].

وليس للعامل ترك الاتجار بالمال وتعطيله عنده بمقدار يُعد توانيا منه والا ضمنه لو تلف [85] ، وليس له ان ينيب غيره في الاتجار او يستأجر شخصا لذلك الا ان يأذن له المالك ، كما ليس للعامل أن يعقد مضاربة من الباطن مع عامل آخر او يجعل عاملا آخر شريكا له في المضاربة الا بإذن المالك [86]، ويبرر الحنفية منع المضارب من دفع المال الى غيره مضاربة ان المضارب بدفعه المال مضاربة يكون قدى سوى نفسه بغيره في حق الغير ولا يملك ذلك [87]. واذا أذن المالك بالمضاربة من الباطن فإنها لا تصح - كما يصرح بعض فقهاء الامامية بوصفها هذا- بل تصح على انها مضاربة جديدة بين المالك وعامل آخر ، كما إن اشراك العامل عاملا آخر معه في المضاربة يؤدي الى فسخ المضاربة الاولى ونشوء مضاربة جديدة بين المالك من جهة والعامل الأول والعامل الثاني بالاشتراك من جهة اخرى [88].

وبمجرد ظهور الربح يملك العامل حصته منه ولا يلزم لذلك جعل الجنس نقدا ولا القسمة [89]، الا انه ما دامت المضاربة باقية فإن ملكية العامل للربح غير مستقرة كلها او بعضها ، والسبب في ذلك هو جبر الخسارة الحاصلة في مال المضاربة بالربح الى حين انتهاء المضاربة ، كما يُجبر بالربح التلف الواقع في مال التجارة بما يضمن للمالك حصوله على مقدار رأس المال فإذا زاد عنه شيء يكون هو الربح الذي يوزع بين العامل والمالك .ولا تستقر ملكية العامل للربح حتى لو جرى اقتسامه مع المالك اذا عرض الخسران والمضاربة لا تزال باقية ، فإن العامل يُلزم برد ما أخذه من الربح بما لا يزيد عن المقدار الذي تُجبر به الخسارة الحاصلة الا اذا امكن جبرها بربح لاحق [90]، اذ لا فرق بين الربح السابق واللاحق فيما يتعلق بجبر الخسارة والتلف بالربح ما دام عقد المضاربة باقيا [91]، اما عند الحنفية فلا يجوز قسمة الربح والمال لا يزال عند المضارب كما سنذكر ذلك في الفرع القادم .

الفرع الثاني اثار عقد المضاربة من جهة صاحب المال (المالك)

يتحمل صاحب المال في عقد المضاربة الخسارة الحاصلة اذ لا خسران على العامل من دون تفريط [92]، والظاهر عند الحنفية ان الخسارة تتبع رأس المال لأنها جزء هالك منه فلا يتحمل العامل جزء منها الا اذا اشترك في ملكية المال بهبة او قرض مثلا [93] ويشارك العامل المالك في الربح الواقع خارجا ، ولكن لا يُجبر المالك على اقتسام الربح لو طلب العامل ذلك ما دامت المضاربة باقية [94]، وعند الحنفية لا تصح قسمة الربح ، ما دام رأس المال بيد المضارب ، ولو اقتسماه فهلك راس المال فإن الربح الذي اخذه رب المال يُحتسب من رأس المال ، ويرجع على المضارب فيما قبضه لحين اكتمال رأس المال ، فإن فضل فهو ربح بينهما . ، [95].

وقد يختلف المالك مع العامل فإن كان اختلافهم في مقدار رأس المال بأن ادعى المالك الزيادة وانكرها العامل قُدم قول العامل مع يمينه الا اذا كانت للمالك بينة على الزيادة [96] اذ القول في مقدار المقبوض للقابض [97]، اما لو تنازعا على مقدار نصيب العامل من الربح من مال المضاربة الذي بيده بأن وقع الاختلاف في مقدار رأس المال ومقدار الربح كما لو ادعى العامل ان مقدار الربح في مال المضاربة اكثر من رأس المال ، فحينئذ القول قول المالك مع يمينه وعلى العامل البينة [98].

ولو اختلف المالك مع العامل على المقدار الذي جُعل للعامل نصيبا من الربح ، وانه النصف مثلا او الثلث ولم تكن بينة قُدم قول المالك [99]، ويبرر الحنفية تقديم قول المالك هنا ان المالك منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره [100]، ولو ادعى المالك تفريط العامل او خيانته فالقول قول العامل[101]، وكذلك اذا ادعى المالك على العامل المخالفة لشروط العقد ولم يكن له بينة فالقول للعامل بيمينه ، ولكن لو ادعى المالك عدم الإذن للعامل فيما لا يجوز الا بإذنه كما لو سافر بالمال فتلف وادعى كون السفر بإذن المالك فأنكر قدم قول المالك مع يمينه [102].

ولو اختلف المالك مع العامل حول حصول التلف او الخسارة ولم تكن بينة فالقول قول العامل [103] ويبرر الفقه الحنفي ذلك بأن المال امانة في يد المضاربة فالقول قوله في دعوى الهلاك[104]) ، واذا ادعى العامل انه اعاد المال وانكر المالك قُدم قوله (اي المالك) بيمينه [105] ، ويبرر الفقه الحنفي ذلك ان المضارب وان كان امينا الا انه يدعي تسليم المال ولا يُسمع قوله في التسليم الى غيره ، ثم انه يدعي خلوص المتبقي من المال والربح ، ورب المال ينكر ذلك فلا يكون قول المضارب مقبولا في الاستحقاق [106].

واذا اختلف المالك والعامل في انها مضاربة فاسدة او قرض ولم يكن هناك دليل معين لأحدهما فهنا صورتين : فقد يدعي المالك المضاربة حتى يكون له الربح ولا يلتزم بأكثر من اجرة المثل والعامل يدعي القرض ليكون الربح له ، ففي مثل ذلك يُحكم للمالك بالربح وللعامل بأجرة المثل ولكن بعد أن يُكلف المالك باليمين .وقد يدعي العامل المضاربة الفاسدة و يدعي المالك القرض ليتجنب الخسارة او حتى لا تكون ذمته مشغولة للعامل بشيء ، فحينئذ يُحكم على المالك بالخسارة ويحكم له بعدم اشتغال ذمته للعامل ولكن بعد التحالف [107].

واذا ادعى العامل المضاربة ليحصل على حصة في الربح ، وادعى المالك انه اعطى المال بعنوان البضاعة - وهي دفع المال الى الغير للتجارة مع كون تمام الربح للمالك – لئلا يستحق

عليه العامل شئ ، فالقول قول المالك بيمينه وذلك بأن يحلف على نفي المضاربة فلا يكون للعامل شيء ويكون تمام الربح الحاصل للمالك[108].

اما عند الحنفية فإذا ادعى المضارب (العامل) القرض وادعى رب المال المضاربة فالقول للاخير ؛ لان المضارب يدعى عليه التمليك وهو منكر ، واذا ادعى رب المال القرض والمضارب يدعي المضاربة فالقول للمضارب لأنهما متفقين على أن الاخذ كان باذن رب المال ، ورب المال يدعى الضمان على المضارب وهو ينكر فكان القول قوله ، ، ولو ادعى رب المال المضاربة وانكرها العامل قُدم قوله لأنه ينكر القبض[109].

واذا عطل العامل رأس المال عنده فليس للمالك ان يطالبه بالربح الذي كان يحصل لو اتجر العامل بالمال ، وليس للمالك في الفرض المذكور غير اصل المال [110] ، والملاحظ انه هذا الحكم الذي يقرره الفقه الامامي لا ينسجم مع احكام التعويض في القانون المدني العراقي والتي تجعل التعويض شاملا للخسارة اللاحقة والكسب الفائت .

المطلب الثاني : انتهاء عقد المضاربة

يعد عقد المضاربة عقد ذو طبيعة خاصة من حيث انتهاءه ، اذ انه خلافا للأصل في العقود يُعد عقدا جائزا لذلك ينتهي بالفسخ الارادي وبالموت من جانب العامل ومن جانب صاحب المال ، وينتهي ايضا بأسباب عامة تنتهي بها العقود عموما ، لذلك سوف نتكلم في هذه المطلب عن الاسباب الخاصة والاسباب العامة للانتهاء وذلك في فرعين .

الفرع الاول : الاسباب العامة للانتهاء

ينتهي عقد المضاربة بالاسباب التي تنتهي بها العقود عموما ، فتنتهي بانتهاء امد المضاربة [111] ، وبهذا الصدد قال الحنفية ان المضاربة توكيل فيجوز تخصيصها بوقت دون وقت [112] وبقسمة تمام الربح والمال بين المالك والعامل [113] ، وبذلك لا تنتهي المضاربة اذا كان المال باقيا في يد المضارب (العامل) على نحو المضاربة بل تنتهي بقسمة تمام الربح والمال ، وكما ذكرنا ان الحنفية لا يجيزون قسمة الربح ، ورأس المال في يد المضارب ، وتنتهي بانفساخ العقد وذلك كما في صورة عجز العامل عن التجارة محل المضاربة حتى مع الاستعانة بالغير[114]، وكما لو تُلف جميع المال قبل الشروع في التجارة بسرقة او غيرها ، الا فيما اذا كان تلفه على وجه بحيث يضمنه الغير فإن هذا الاخير اذا قام بتعويض المالك عما تلف ؛ فإن

المضاربة لا تبطل حينئذ [115]، وعند الحنفية لو هلك رأس المال في يد المضارب ، قبل أن يشتري به شيئا ، يهلك أمانة ، وتنفسخ المضاربة ، لان المال يتعين في المضاربة[116] . والظاهر من هذا الحكم الذي يقرره الحنفية ان المضاربة تنفسخ بهلاك المال حتى لو كان الهلاك مضمونا على الغير وقام بتعويضه ، لأن قولهم ان المال يتعين في المضاربة يلزم منه انتهاء المضاربة بانتهاء هذا المال المعين ولا تصح بأي مال آخر يحل محله .

اما الفسخ القضائي والذي يقوم على اساس الارتباط بين الالتزامات [117] ، فحيث انه طلب الى القضاء بفسخ العقد وللقضاء سلطة في قبوله او رفضه تبعا لتوفر شروطه من عدمه ، - فلا موجب له في عقد المضاربة ، لأنه عقد جائز ويمكن لأي من طرفيه فسخه بالارادة المنفردة كما ذكرنا ، واما الاقالة والتي هي فسخ العقد من احد المتعاقدين بعد طلبه من الآخر فإنها تجري في العقود اللازمة وحيث ان عقد المضاربة عقد جائز كما مر فلا تجري فيه الاقالة ، وواضح ان الاقالة لا موجب لها في العقود غير اللازمة لأن مقتضى الاقالة جواز الفسخ بناء على الاتفاق عليه ، والجواز متحقق في العقود غير اللازمة فلا داعي لطلبه بالاقالة .

الفرع الثاني : الاسباب الخاصة

تنتهي المضاربة بسببين خاصين وهما موت أي من طرفيها وفسخ أي منهما بإرادته المنفردة ، اما بالنسبة لموت العامل او المالك ، فإنه لموجب لانتهاء المضاربة لأن المالك اذا مات انتقل المال الى من يرثه بعد موته فلا يمكن بقاء المال بيد العامل الا بمضاربة جديدة ، اما اذا مات العامل فإن المضاربة تنتهي لأن الاذن بالمضاربة مختص به [118]، ويبرر الفقه الحنفي الحكم المتقدم بقولهم "لو مات المضارب ينفسخ عقد المضاربة لعجزه عن العمل به ،فصار كما لو عزله ، إلا أن في العزل لا بد من العلم وفي الموت ينفسخ وإن لم يعلم ؛ لأنه فسخ حكمي ، كذلك إذا مات رب المال ينفسخ ، سواء علم المضارب بموته أولا ، لأنه فسخ حكمي" [119].

فإذا مات العامل وكان مال المضاربة موجودا في تركته ولكنه غير معين فيها كما لو اختلط بمال نفسه او اشتبه بمال للغير من بضائع او ودائع او نحوها فيجب العمل بما يلزم عند اشتباه اموال ملاك متعددين بعضها مع بعض [120] ، وذلك بالمصالحة والا بالقرعة ، واما لو تعين جنسا وقدرا ولكنه اختلط بمال العامل على نحو يوجب الشركة فحينئذ يكون المال المختلط مشتركا بين المالك وورثة العامل فيقسم بينهما بالنسبة ، واذا مات العامل ولم يكن مال

المضاربة في تركته ولكن احتُمل انه قد رده الى مالكه او تُلف بتقصير منه او بغيره فلا يكون العامل ضامنا وتكون تركته لورثته وليس للمالك حق متعلق بها[121].

وعند الحنفية اذا مات المضارب ولم يكن مال المضاربة موجودا في تركته فإنه يكون دينا فيها ، لأن المال كان بيده امانة ولم تُعرف بعينها لأنه مات قبل بيان حالها ، فيكون المال دينا في تركته لأنه بالتجهيل صار مستهلكا للوديعة[122]، اما اذا مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة بيده معروف ، فإن رب المال يُقدم في هذه الحالة على الغرماء في أخذ رأس المال وحصته من الربح لأنه وجد عين ماله فيكون احق به ، ولأن رأس مال المالك وحصته من الربح ملكا للمالك وليس من تركة المضارب فلا تتعلق بها ديونه [123] .

واما بالنسبة للفسخ فإن عقد المضاربة عقد جائز [124] ، ولكل واحد من طرفيه ان ينفرد بفسخه [125] ، فللمالك ان يرجع عن العقد و يمنع العامل من التصرف في ماله ، كما ان للعامل ان يترك العمل في المضاربة ، لا فرق في ذلك بين ان يكون قبل ابتداء العمل او بعده ، وقبل تحقق الربح او بعده ، وسواء اكان العقد مطلقا او مقيدا بأجل خاص ، الا انهما اذا اشترطا عدم فسخه الى اجل معين ؛ فيجب العمل بالشرط سواء اكان الشرط في نفس العقد ام في عقد خارج لازم[126] .ولو ضارب شخصان برأس مال مشتركا بينهما ، ثم فسخ أحدهما دون الأخر فإن عقد المضاربة يبقى بالنسبة لحصة الشريك الأخر[127].

فإذا فسخت المضاربة فإن كان الفسخ قبل الشروع بالعمل ومقدماته فلا شيء للعامل او عليه ، وكذلك لو حصل الفسخ بعد تمام العمل وبعد تحويل الجنس نقدا ، اذ يكون الربح بينهما ان حصل ، وان لم يحصل فللمالك رأس ماله ولا شيء للعامل او عليه [128]، اما اذا حصل الفسخ في اثناء العمل فأما ان يكون قبل حصول الربح فلا يكون للعامل شيء ولا يستحق اجرة لما مضى من عمله سواء أكان الفسخ منه او من المالك [129] ، وان كان بعد حصول الربح وتحويل الجنس نقدا فيقتسمان الربح ويأخذ كل منهما حقه [130]، اذ ان المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح [131]واما أن كان بعد حصول الربح ولكن قبل تحويل الجنس نقدا فحينئذ يكونان شريكان في الاعيان الى أن تُقسم او تحول الى نقود[132]. ويجب على العامل بعد الفسخ ان يخلي بين المالك وبين ماله ولا يجب عليه غير ذلك، فلا يجب عليه ان يوصله له ، الا اذا ارسله الى بلد أخر غير بلد المالك فحينئذ يجب على العامل رد المال الى بلد المالك [133].

وعلى مستوى القانون العراقي فإن القاعدة العامة المتعلقة في الفسخ في عقود المعاوضة والتي تضمنتها المادة 80 من القانون المدني العراقي تقضي بأنه يترتب على الفسخ سقوط الالتزام الناشئ عن العقد فلا يُلزم تسليم البدل الذي وجب فيه ، ويجب رد ما تم تسليمه بموجب العقد ، فاذا استحال رده يُحكم بالضمان [134]، ولكن يلاحظ هنا ان العامل اذا كان ناقص الاهلية واجاز له وليه المضاربة ثم فُسخت فإنه يُلزم برد المال ان كان موجودا ، وعليه رد مثله ان كان قد استهلكه ، ولا تنطبق هنا احكام المادة 234/ 2 التي تنص على انه " وكذلك اذا ابطل عقد ناقص الاهلية فلا يرد الا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد " لأن الفسخ ليس ابطال للعقد بل هو انهاء لعقد صحيح ، ومن ثم لا يشمله الحكم المتقدم لأنه خاص بالابطال وهو غير الفسخ .

الخاتمة : وتتضمن النتائج والتوصيات الآتية

اولا - النتائج

1 – تتقوم المضاربة بعناصر ثلاثة هي : المال الذي يدفعه المالك ، ومتاجرة العامل بهذا المال ، والمشاركة في الربح الناتج عن التجارة .

2 – لم ينظم المشرع العراقي عقد المضاربة بشكل مستقل رغم كثرة وقوعه في الحياة العملية خلافا للشريعة الاسلامية التي اهتمت بشكل واضح بهذا العقد ووضعت له تنظيم خاص واحاطته بشروط لا يصح بدونها ،بغية سلامته من الغبن والربا المعاملاتي ، وقد نتج عن عدم وجود التنظيم الخاص لعقد المضاربة في القانون العراقي ان اتجه الافراد نحو المضاربة بأموالهم بشكل ربوي دونما مراعاة للشروط التي وضعتها الشريعة الاسلامية لهذا العقد.

3- يتميز عقد المضاربة بأحكام خاصة تختلف باختلاف حالاته من الصحة والفساد والاطلاق والتقييد ، ويحظى باهتمام خاص فيما يتعلق بقواعد الاثبات عند التنازع والاختلاف بين اطرافه وينتهي باسباب خاصة مضافا الى الاساب العامة التي تنتهي بها العقود عموما .

ثانيا - التوصيات

ندعو المشرع العراقي الى وضع تنظيم خاص بالمضاربة على غرار التنظيم الذي وضعه الفقه الاسلامي من اجل تحقيق سلامة المعاملات من الغبن والربا ، وذلك بأن يسمي عقدا باسم عقد المضاربة ويحيطه على الاقل بالشروط المتفق عليها في الفقه الاسلامي ، وذلك للحد من المعاملات الربوية التي يشهدها واقع التجارة الحالي .

الهوامش

[1] - عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب اهل البيت ، ، ط 1 ، دار الثقلين ، بيروت ، لبنان ، 1419 هـ ، 1998 م ، ص 55 .

[2] - السيد علي الحسيني السيستاني ،منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 20 ، دار المؤرخ العربي 1440 هـ - 2019 م ، ص 207

[3] علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج 3 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ص 19 .

[4] علاء الدين ابي بكر الكاساني، بدائع الصنائع ، ج 6 ، ط 1 ،المكتبة الحبيبية ، باكستان ، 1409 هـ ، 1989 ، ص 80 .

[5] د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، بلا مكان وسنة طبع ، ص 52 .

[6] الكاساني ، مصدر سابق 81 ، السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي ،منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 29 ، دار الكتاب ، بيروت ، لبنان ، ص 25 .

[7] السيد الخوئي المصدر السابق ، ص 125، السمرقندي ، ص 25 .

[8] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 96 ، السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 126 .

[9] - السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 126 .

[10] - السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 214 .

[11] - السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 20 .

[12] - السيد الخوئي ،مصدر سابق ، ص 80 ، السمرقندي ج 2 ص 347 .

[13] - حيث ان الاجارة من العقود اللازمة ولا يجوز فسخها الا بالتراضي او يكون للفاسخ الخيار انظر السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 83 .

[14] المادة 43 من قانون العمل

[15] -.وذلك في المادة 900 / 2 . ولم يرد في قانون العمل اعتبار لعنصر التبعية القانونية كمعيار لتمييز عقد العمل عن غيره من العقود التي قد تقترب منه في وجه من الوجوه .

[16] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 419 .

[17] علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المختار ج 1 ، بدون مكان وسنة طبع ، ص 691 .

[18] تنص المادة 947 على انه " للموكل ان يعزل الوكيل وان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه ولا عبرة باي اتفاق يخالف ذلك ، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل او التقييد دون رضاء هذا الغير "

[19] تنص المادة "946 تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية او باتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة "

[20] المادة 927 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

[21] تنص المادة 942 على انه " حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود وكالته فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه " وقد بين المشرع في المادتين (943 ، 944) الاثر المترتب على تجاوز الوكيل حدود الصلاحيات الممنوحة له . .

[22] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 125 .

[23] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 21 ، الكاساني ، مصدر سابق ، ص 86 السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 125.

[24] المادة 4 / اولا من قانون الشركات العرقي رقم 21 لسنة 1997 .

[25] عرف المشرع العراقي القرض في المادة 684 بأنه ان يدفع شخص لأخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . وواضح ما في التعريف من الاشارة الى معنى التمليك ، فإن المشرع اشترط رد

المثل وليس العين ، وجعل العقد مقتصرا على الاعيان التي تستهلك بالانتفاع بها وهي بطبيعة الحال لا يمكن ردها بعينها فتسليمها لا بد ان يكون على نحو التمليك .

[26] يجب على العامل ان يقتصر على التصرف المأذون فيه فلا يجوز التعدي عنه انظر السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 125 ، لأن المال الذي يدفعه المالك الى المضارب يكون امانه في يده في حكم الوديعة انظر السمرقندي ، مصدر سابق ص 21 .

[27] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 80 ، علاء الدين ابن عابدين مصدر سابق ، ص 410 .

[28] الشيخ لطف الله الصافي الكلباليكاني ، هداية العباد ، ج 2 ، ط 1 ، مؤسسة السيدة معصومة ، 1420 هـ ، ص 37 ، والكاساني ج 6 ص 80 .

[29] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 207 .

[30] المصدر نفسه ، ص 208 ، 209 . .

[31] .السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 19.

[32] المادة 77 من القانون المدني العراقي.

[33] المادة 78 من القانون المدني العراقي

[34] المادة 79 من القانون المدني العراقي

[35] المادة 86 من القانون المدني العراقي

[36] د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ، القاهرة ، 1946 ، ص 67 .

[37] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 107 .

[38] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 81 .

[39] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 207 .

[40] المواد من 93 الى 97 من القانون المدني العراقي.

[41] (السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 222 ، لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 50 . .

[42] عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج 1 ، بدون مكان وسنة طبع ، ص 455 .

[43] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 49 ، وبهذا المعنى للفقه الحنفي انظر شمس الدين السرخسي المبسوط ، ج 22 ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص 19 ، حيث يستحسن متاجرة الوصي بمال اليتيم اذا كان في المتاجرة خيرا له .

[44] المادة 103 من القانون المدني العراقي .

[45] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 2016 .

[46] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 21 .

[47] المادة 131 من القانون المدني العراقي .

[48] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 82 .

[49] (لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 37 .

[50] الكاساني، مصدر سابق ، ص 82 لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 37 .

[51] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 82 .

[52] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 208 .

[53] الكاساني، مصدر سابق ، ص 83 .

[54] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 27 .

[55] الكاساني، مصدر سابق ، ص 83 .

[56] عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج 1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967 ، ص 371 ، 372 .

[57] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 125 .
[58] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 83 .
[59] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 20 .
[60] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 207 ، 208 . ، لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 24 .
[61] . السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 20 .
[62] الكاساني ، مصدر سابق، ص 86.
[63] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 125 .
[64] شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج 22 ص 28 .
[65] الكاساني ، مصدر سابق، ص 81 .
[66] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 84 .
[67] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 125 .
[68] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 208 .
[69] المصدر نفسه ، ص 122 .
[70] المادة 127 من القانون المدني العراقي .

[71] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، 126 ، وشمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص 38 .
[72] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 211 .
[73] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 100 .
[74] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 126 .
[75] ، لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 40 .
[76] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 21 .
[77] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 211 ، والكاساني ، مصدر سابق ، ص 86 .

[78] السيد الخوئي مصدر سابق ، ص 127 .
[79] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، 214 .
[80] شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص 38 .
[81] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 212. ويلاحظ بهذا الصدد ان الحنفية لم يجوزوا السفر للعامل الا بإذن المالك وإذا سافر أنفق من مال المضاربة لنفقته ، وكسوته ، ومركوبه ، وعلف دوابه ، ونفقة أجيره ، ومؤونته وما لا بد في السفر منه عادة إلا مؤونة الحجامة والخضاب والنورة فهو من ماله انظر السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 23 .

[82] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 127 .

[83] السيد السييستاني ، مصدر سابق ، ص 213 ، 214 .
[84] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 25 .

[85] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 222 .
[86] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 216 .
[87] شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص 39 .
[88] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 216 .
[89] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 44 .
[90] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 217 ، 218 .
[91] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 130 .

[92] السيد الخوئي، مصدر سابق ، ص 125 .
[93] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 83 .
[94] "اذا ظهر الربح وتحقق في الخارج فطلب احدهما قسمته فإن رضي الآخر فلا مانع منها وان لم يرض لم يجبر عليها الا اذا طلب الاول الفسخ" انظر السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 217 .
[95] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 24.

[96] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 131 .
[97] محمد امين الشهير بابن عابدين ، الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج 6 ، دار الفكر ، 1415 هـ ، 1995 م ، ص 224 .
[98] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 220 ، وابن عابدين ، المصدر السابق ، ص 224 ، 225 ولكن الحنفية لا يصرحون بتوجيه اليمين الى العامل ولا الى المالك في صورتي التنازع المذكورتين ولعل مرجع ذلك اكتفائهم بالقاعدة الشرعية التي مفادها ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر .

[99] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 49 ، الكاساني ص 110 ، ص 112 .
[100] الكاساني، مصدر سابق ، ص 110.
[101] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 131 .
[102] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق، ص 48 .

[103] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 47 ، الكاساني، مصدر سابق ، ص 105.
[104] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 105.
[105] السيد السيستاني ،مصدر سابق ، ص 221 ، الكاساني ، مصدر سابق ، ص 108.
[106] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 108 .
[107] السيد الخوئي ،مصدر سابق ، ص 128.
[108] السيد السيستاني ،مصدر سابق ، ص 221 ، لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 49 .
[109] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 110.
[110]وبهذا الصدد يقرر الفقه الحنفي بأنه " إذا خالف العامل رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضمونا عليه له لان الربح بالضمان" انظر السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 21 .
[111] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 217 .
[112] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 99.
[113] السيد السيتناني ، مصدر سابق ، ص 217 .
[114] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 124 .
[115] السيد السيستاني ،مصدر سابق ، ص 218 .
[116] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 24 .
[117] - د. توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر واحكام الالتزام ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 ، ص 329 -)
[118] السيد الخوئي ،مصدر سابق ، ص 129 .
[119] السمرقندي ، مصدر سابق ، ص 24 ، 25 .

[120] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 50 .
[121] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 223 .
[122] الكاساني ، مصدر سابق ، ص 115.
[123] شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص 140.

[124] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 126 ، والكاساني ، مصدر سابق ، ص 96 .
[125] شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص 19.
[126] السيد السيساني ، مصدر سابق ، ص 210 .
[127] المصدر نفسه ، ص 215 .
[128]المصدر نفسه ، ص 218 .
[129] لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 45 .
[130] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 219 .
[131] شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص 19.
[132] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 219 .
[133] السيد الخوئي، مصدر سابق ، ص 131 .

المصادر

اولا - كتب الفقه الاسلامي

1- السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي ،منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 29 ، دار الكتاب ، بيروت ، لبنان
2- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب اهل البيت ، ، ط 1 ، دار الثقلين ، بيروت ، لبنان ، 1419 هـ ، 1998 م.
3- شمس الدين السرخسي المبسوط ، ج 22 ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع .
4- علاء الدين ابن عابدين ، تكملة حاشية رد المختار ج 1 ، بدون مكان وسنة طبع .
5- علاء الدين ابي بكر الكاساني، بدائع الصنائع ، ج 6 ، ط 1 ،المكتبة الحبيبية ، باكستان ، 1409 هـ .
6- علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج 3 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع.
7- السيد علي الحسيني السيستاني ،منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 20 ، دار المؤرخ العربي 1440 هـ - 2019 م .
8- الشيخ لطف الله الصافي الكلباليكاني ، هداية العباد ، ج 2 ، ط 1 ، مؤسسة السيدة معصومة ، 1420 هـ ..
9- محمد امين الشهير بابن عابدين ، الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج 6 ، دار الفكر ، 1415 هـ ، 1995 م .

ثانيا – الكتب القانونية

1.د. توفيق حسن فرج ، د. مصطفى الجمال ، مصادر واحكام الالتزام ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 .

2.د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، بدون مكان وسنة طبع .

3.د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ، القاهرة ، 1946 .

4.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج 1 ، بدون مكان وسنة طبع.

5 . عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج 1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967

ثالثا – القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997.
3- قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 .

Abstract:

The Mudaraba contract is a contract concluded between two people according to which one of them pays money to the other to work with it, provided that the profit is between them. The first is called (the merchant, the owner, or the owner of the money, or the like) and the second is called (the worker, the speculator, or the like). It is a contract that inevitably requires... Participation in profits, according to a common share such as a quarter, third, half, or the like. It is a contract permissible by both parties, each of them may cancel it, and it ends with the death of both the owner and the worker. It has received clear attention and precise detail in Islamic jurisprudence, and despite this, the Iraqi legislator has not regulated it independently

Legal regulation of the Mudaraba contract

(a comparative study with Islamic jurisprudence)

Dr.Hassan deaf Hamood

University of Babylon – college of law

Dr.Habib Obaid Marza Al-Ammari

University of Babylon – college of law