التكييف القانوني لعقد التصريف
Natura giuridica del contratto

أ.م.د عماد سلمان حسن أحمد

عبد السلام كاظم

المقدمة

تتنوع العقود وتتعدد، حتى لا يكاد حصرها عدُ ، والإرادة حرة في انشاء الالتزام، فالالتزامات ليست محددة ، الامر الذي يؤدي بالضرورة الى تنوع العقود .

ولعل من أهم العقود المنتشرة في الوقت الحاضر، هو عقد التصريف(contratto estimatorio)، ومحتوى هذا العقد هو أن يقوم تاجر الجملة (tradens) بتسليم تاجر التجزئة أشياء (بضاعة) بغية تصريفها ، فما باعه تاجر التجزئة (accipiens) من البضاعة فهي على تاجر التجزئة (accipiens)، ويكون ملزماً بدفع ثمنها، وما بقي منها يرد الى تاجر الجملة (tradens) .

ويراد بالتكييف القانوني لعقد التصريف (contratto estimatorio)، بيان موقعه من العقود، فإذا تأملنا في هذا النوع من العقود ، نجد انه يمكن حمله على وجوه متعددة ، ولأجل بيان التكييف القانوني والفقهي لعقد التصريف (contratto estimatorio)، لابد من بيان الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود (المبحث الاول) ، فضلاً عن تميزه من غيره من العقود التي يلتبس بها (المبحث الثاني).

١- :أهمية اختيار الموضوع

عقد التصريف (contratto estimatorio)، هو من العقود المتداولة والمنتشرة انتشاراً واسعا في تعاملات الناس ،فهذا تاجر تجزئة (accipiens) لا يملك ثمن البضاعة ،فيأخذها على التصريف تجنباً للخسارة في حالة كسادها ، وهذا تاجر جملة (tradens) يريد أن يصرف أكبر عدد ممكن من البضاعة، على أكبر عدد من الناس ، فيقوم بتسليمها لتجار التجزئة (accipiens) بغية تصريفها ،مما يعود بالفائدة على الطرفين.

وعلى الرغم من أنتشار هذه النوع من العقود انتشاراً واسعاً ، لم ينظم المشرع العراقي أحكامه ،وبذلك نكون في حالة نقص تشريعي اذا ما نشب خلاف بين تاجر الجملة (tradens) وتاجر التجزئة(accipiens) ،فضلا عن تحديد حقوق والتزامات كل منهما ، وموقف دائني تاجر الجملة (tradens) وتاجر التجزئة (accipiens) من البضاعة التي أصبحت في حوزة تاجر التجزئة(accipiens) ، وتبعة هلاك البضاعة ، كل هذه الأمور المعقدة ولعدم تنظيمها من قبل المشرع العراقي ،سوف تجعل قاضي الموضوع في حيرة من امره ،الامر الذي يؤدي الى إعطاء حكم بعيد عن روح العدالة ،خاصة اذا تم تكييف العقد بانه عقد وكالة أو عقد وديعة أو وكالة بالعمولة ، نظراً لتشابه العقد محل البحث مع العقود الأنفة الذكر .

ومن هنا جاءت أهمية بحث موضوع عقد التصريف(contratto estimatorio)، ليكون أساساً للمشرع العراقي ، اذا ما اراد تنظيم أحكامه ، ومما تجدر الإشارة اليه ان هذا العقد لم ينظم احكامه سوى القانون المدني الإيطالي رقم (٢٦٢) لسنه (١٩٤٢) في المواد (١٥٥٦،١٥٥٧،١٥٥٨)، فضلاً عن قانون التجارة الأمريكي(U.C.C) لسنه ١٩٥٢المعدل في المادة (٣٢٦/٢) منه، ونص عليه قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام ١٩٧٩ في القاعدة (٤) من القسم (١٨) التي تتعامل مع البيع او الارجاع (عقد التصريف(contratto estimatorio)).

المبحث الاول
الطبيعة القانونية لعقد التصريف[١]
Natura giuridica del contratto

نظراً للملابسات التي تحيط بهذا النوع من العقود ، نجد أن له صور متعددة ، وربما يغلب بعض هذه الصور على البعض الاخر في التعامل ، ولأجل بيان الطبيعة القانونية لعقد التصريف (contratto estimatorio)، سوف نخصص المطلب الاول لبيان صورة من صور هذا العقد ويكون فيها البيع معلق أو مقترن بشرط ، ونخصص في المطلب الثاني صورة من صور هذا النوع من العقود وهي البيع مع خيار الشرط (المطلب الثاني).

المطلب الاول
بيع معلق أو مقترن بشرط[٢]
Il contratto estimatorio e la vendita con condizione

يحصل التعليق في عقد التصريف (contratto estimatorio)،كأن يقول تاجر التجزئة (accipiens): أن بعت السلعة وصرفتها وإلا فلا بيع بيننا ، أو يقول تاجر التجزئة (accipiens): اشتريت السلعة أن استطعت بيعها وتصريفها وإلا فلا بيع بيننا ، أو يقول تاجر الجملة (tradens) لتاجر التجزئة(accipiens): البضاعة أو السلع التي تصرفها أو بعتها على الغير فهي لي أو هي غير مبيعه[٣].

وذهب جانب من الفقه[٤] ،الى تكييف عقد التصريف(contratto estimatorio)، بانه عقد بيع، ويحدث ذلك في تجارة المجوهرات أو الساعات ، عندما يسلم تاجر الجملة (tradens) الى تاجر التجزئة (accipiens) بعض المجوهرات أو الساعات لبيعها لحساب الاول ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بان هذه العملية تعتبر عقد بيع ، لان العملية تستلزم رد الشيء عيناً، ولذا فأن احتمال رد ثمن الشيء أو رد الشيء نفسه يجعل من العملية بيعاً على شرط.

---

[١] وقد سمي هذا العقد تسميات عديدة ، حيث سمي (العقد على التصريف) ، ينظر في ذلك :الدكتور محمد بن سعد بن فهد الدوسري، دراسة فقهية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية. وسمي (عقد التصريف) ، ينظر في ذلك : الدكتور عبدالله بن ناصر السلمي، مجلة العدل، العدد ٣٨، ١٤٢٩ هـ . وسمي (عقد التقدير)، ينظر في ذلك : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر ، الفجالة، ١٩٥٤ م . وسمي كذلك (عقد المحاسبة)، ينظر في ذلك: الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(العقود التي تقع على الملكية)، البيع والمقايضة، ج٤ ، المجلد الاول، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٦٠ م، ويستخدم للإشارة اليه في القانون المدني الايطالي أسم(contratto estimatorio) ، وفي القانون الامريكي يستخدم للإشارة اليه تحت مسمى (sale or return) . ونختار مصطلح عقد التصريف (contratto estimatorio) للإشارة الى هذا العقد.

[٢] حيث نصت المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراقي على انه ((١ – العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، ٢ – ويشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً)) ، ونصت المادة (٢٨٨) من القانون المدني العراقي على انه ((العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا إذا تحقق الشرط)) ،فيما نصت المادة (٢٨٩) على انه ((١ – العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم ، فاذا تحقق الشرط فسخ العقد ، والزم الدائن برد ما أخذه ، فاذا استحال رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد)).أما من جانب الفقه الاسلامي ، فقد عرف شرط التعليق تعريفات عديدة ، فقد عرفه الحنفية بانه ((ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى)) ، وعرف ايضاً بانه ((هو ترتيب شيء غير حاصل على شيء حاصل أو غير حاصل)) ،.ينظر : العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع (باب تعليق الطلاق بالشروط) ، ج٥ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٦هـ ، ص٢٨٤.

[٣] ينظر: عبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ، جذ ، دار الطباعة العامرة ، مؤسسة التاريخ العربي ، ١٤٩٠ هـ ، ص ٤١٧.

[٤] ينظر: الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي – بغداد ، ١٩٥٦ م، ص٣٢.

الا ان الرأي المتقدم - اعتبار عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه بيعاً_ ترد عليه عدة اعتراضات ، ذلك أن عقد البيع هو رضائي ينعقد بمجرد أن يتراضى البائع والمشتري على المبيع والثمن ، في حين أن عقد التصريف (contratto estimatorio) هو عقد عيني(reala).

وهذا ما أكد عليه جانب من الفقه الايطالي[١] ،بأن عقد التصريف (contratto estimatorio) يجب أن يكون عيني (reala)، لذلك يجب لابرامه ان يتم تسليم البضاعة وقت الاتفاق.

فضلاً عن أن الهلاك في عقد البيع يكون منوطاً بالتسليم وبانتقال الملكية ، أما في عقد التصريف(contratto estimatorio) ، فالهلاك منوطاً بالتسليم وحده دون انتقال الملكية ، بمعنى أن الهلاك يكون على تاجر التجزئة لا على تاجر الجملة(tradens) [٢].

فضلاً عن ذلك أن اعتبار عقد التصريف (contratto estimatorio) بيعاً، وجب أن نقول أن تاجر التجزئة ينقل الملكية نقلاً صحيحاً في وقت لم يكن هو فيه مالكاً للبضاعة على أساس أن تاجر الجملة (tradens) قد اعطاه الحق في اجراء هذا النقل ، وبذلك لن يتملك تاجر التجزئة البضاعة في أي وقت ولو للحظة تصورية حتى ينقلها الى المشتري الا أن يقال سيتملكها بعد دفع الثمن أو بعد بيعها، الا أن هذا التصوير معقد لا تبرره فائدة عملية ، ويعتبر من باب المجاز الذي لا يجوز الا اذا اقتضته فائدة عملية وهو فيما نحن بصدده غير مفيد، ومن ذلك كله طالما لم يكن هناك انتقال للملكية (الا اذا احتفظ تاجر التجزئة بالبضائع لنفسه وهذه حالة استثنائية) ، لا جرم القول بأن عقد التصريف (contratto estimatorio) ليس بيعاً من تاجر الجملة (tradens) الى تاجر التجزئة[٣].

وذهب جانب أخر من الفقه[٤] ، الى أن عقد التصريف(contratto estimatorio)، هو بيع معلق على شرط فاسخ ،ويحصل التعليق في عقد التصريف (contratto estimatorio)، حيث يقبل بعض التجار منح المشتري الحق في رد المبيع ، والمطالبة بالثمن أو بضاعة اخرى مكان الثمن ، ويعتبر هذا البيع معلقا على شرط فاسخ صريح ، وهو جائز ويشترط في وقوع الفسخ ، رد الشيء في حالة جيدة وقد يقضي الاتفاق بأن يرد صاحب المكتبة النسخ الباقية لديه والتي لم يتمكن من بيعها وتصريفها ، وعندئذٍ يمكن تكييف العقد بانه بيع معلق على شرط فاسخ ، والقول بتكييف أو بأخر يتوقف على نيه المتعاقدين ، وهذه النية يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف والملابسات.

كما لو سلم تاجر الجملة (tradens) الى تاجر التجزئة (accipiens) بضاعة ويشترط الاخير على الاول انه سيبيع ما يستطيع بيعه وتصريفه منها ، على أن يرد ما تبقى منها بعد انتهاء مدة معينة ، أو أن يتلقى صاحب مكتبة عددا من الكتب من مؤلفها ، لكي يتولى بيعها بثمن محدد يستقطع منه نصيبا له ، على أن يرد ما تبقى من الكتب الى المؤلف بعد انتهاء مدة معينة[٥] .

---

(1) COTTINO, Del contratto estimatorio. Della Somministrazione, in Comm. del cod. civ., a cura di .SCIALOJA BRANCA, Libro IV, Delle Obbligazioni, Bologna, 1970;(458). VISALLI, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p(541) • GRAZIADEI, voce Contratto estimatorio, in Digesto IV, Discipline privatistiche, sezione commerciale, IV, Torino, 1989,p(106).

[٢] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مطبعة نهضة مصر ، الفجالة ، ١٩٥٤ م، ص ٣٧.

[٣] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ،ص ٣٩.

[٤] ينظر : الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، احكام الالتزامات والعقود التجارية (العقود التجارية المعنية) ، ط٤ ، بغداد ، ١٣٨١ هـ - ١٩٦٢ م ص ٩٧.و ينظر :الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية) ، البيع والمقايضة ، ج٤ ، المجلد الأول ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٦٠ م، ص٣١ . وينظر:الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، العقود المسماة (عقد البيع ، عقد الكفالة) ط٥ ، ج٣ ، المجلد الأول ، دار الكتب القانونية ، شتات ، مصر ، ١٩٩٠م، نبذة ٢٦ ، ص٣٤ – ٣٥ ، وينظر: الدكتور سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، في البيع والايجار ، ط٢ ، ج١ ، مطبعة العاني – بغداد ١٩٧٠ م ، ص٢٤ . وينظر : الدكتور عبد الرحمن احمد جمعه الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، عقد البيع ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ م، ص ٥١.

[٥] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع (انعقاد العقد) ، ج١ ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، ٢٠١٣ م ص٩٤ .

الا أن جانب من الفقه[١]، ذهب الى عدم جواز تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بانه بيع معلق على شرط فاسخ وهو رد البضاعة ، ذلك انه في اثناء فترة الشك يعتبر العقد خالياً من كل وصف ، فينفذ كل من المتعاقدين التزامه ، على أن يلتزم برد الاداء اذا تحقق الشرط ، اما فيعقد التصريف ، فلا يدفع تاجر التجزئة (accipiens) الثمن فوراً ، ويحتفظ تاجر الجملة (tradens) بملكية الاشياء التي تسلمها تاجر التجزئة (accipiens)، حتى أن له ان يستردها من تفليسة تاجر التجزئة(accipiens) .

وذهب جانب أخر من الفقه[٢] ، الى أن عقد التصريف (contratto estimatorio) بيعاً معلقاً على شرط واقف من صاحب هذه السلعة للتاجر ، وذلك ببيعها بثمن معين حتى اذا تم البيع بثمن اعلى من السعر المحدد ، كان الفرق بين السعرين من حق تاجر التجزئة (accipiens)، اما اذا لم يتمكن تاجر التجزئة (accipiens) من بيع السلعة وترتب عليه ردها الى صاحبها ، فعندئذ يكون بيع معلق على شرط فاسخ.

وتكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه بيعاً معلقاً على شرط واقف -اذ يمكن على هذا الاعتبار تفسير بقاء الملكية للمنتج ، وعدم دفع المشتري قبل تحقيق الشرط - إلا أن هذا التكييف ترد عليه الاعتراضات الاتية[٣] :

١ – الشرط الواقف الذي يكون منصباً على عقد البيع سيكون شرطاً ارادياً بل ارادياً محضاً ، وهذا باطل[٤]، ومقتضى هذا يكون عقد التصريف (contratto estimatorio) باطلاً ، وهذا غير صحيح[٥].

٢ – كذلك أن العقود المعلقة على شرط واقف تكون فيها تبعة الهلاك على المدين الذي لم يلتزم بنقل الملكية الا عند تحقق الشرط ، ومقتضى هذا أن يكون الهلاك في عقد التصريف على تاجر الجملة (tradens)، في حين أن الهلاك في عقد التصريف (contratto estimatorio)على تاجر التجزئة(accipiens)[٦] .

٣ – فضلاً عن ذلك فأن اعتبار عقد التصريف (contratto estimatorio)، بيعاً يؤدي ذلك بنا الى مركز غريب عندما يتحقق الشرط ، ذلك أن البيع يعد منعقداً ليس من وقت بيع تاجر التجزئة البضاعة ، بل من وقت دفع تاجر التجزئة (accipiens) الثمن الى تاجر الجملة (tradens)، وهذا يحدث غالباً بعد بيع تاجر التجزئة (accipiens) البضاعة الى المشتري ، حيث أن بيع تاجر التجزئة (accipiens) البضاعة الى مشتري هو الغاية الطبيعية لعقد التصريف (contratto estimatorio)، وليس شرطاً في هذا العقد ، ويترتب على ذلك نتيجة غريبة هي أن تاجر التجزئة (accipiens) ينقل الى المشتري ملكية شيء مملوك للغير ثم يتلقى هذه الملكية بأثر رجعي من تاجر الجملة (tradens) وقت دفع الثمن بالرغم من أن تاجر الجملة (tradens) فقد الملكية من وقت بيع تاجر التجزئة (accipiens) البضاعة الى من اشتراه[٧] .

فإذا اردنا أن نفسر عقد التصريف (contratto estimatorio) وفقاً لأحكام الشرط وجب عندئذ أن نقول أن تاجر التجزئة (accipiens) لم يبع البضاعة بيعاً منجزاً وانما باع حقاً شرطياً وهذا جائز ، ولا يكون عندئذٍ هناك بيعان متعاقبان بل بيع واحد ، الا أن هذا التفسير يصطدم مع الحقيقة اذ لن يصبح المشتري مالكاً مادام ان تاجر التجزئة (accipiens) لم يدفع الثمن الى تاجر الجملة (tradens) ومن

---

[١] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ،مصدر سابق ، ص ٣٧.

[٢] ينظر : الدكتور عبد الرحمن احمد جمعه الحلالشة ، مصدر سابق، ص ٥١.

[٣] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ،مصدر سابق ، ٣٨.

[٤] وفقاً للمادة (٢٦٧) من القانون المدني المصري التي تنص على ان ((لا يكون الالتزام قائماً اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض ارادة الملتزم)).

[٥] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ، ص٣٨.

[٦] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق، ص٣٨ .
ووفقا لنص المادة (١٥٥٧) من القانون المدني الايطالي التي نصت على أن ((من تسلم الاشياء لا يبرأ من التزامه بدفع ثمنها اذا أصبح رد هذه الاشياء مستحيلا بسبب اجنبي لا يد له فيه)).

[٧] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مصدر سابق، ص ٣٨ – ٣٩.

ثم يكون عدم تنفيذ تاجر التجزئة (accipiens) لالتزامه بدفع الثمن عقبة في سبيل اكتساب المشتري للملكية ويكون لتاجر الجملة (tradens) الحق في استرداد البضاعة ممن اشتراها ، ولكن هذا لا يحصل ابداً ، والحاصل أن المشتري يكتسب في عقد التصريف (contratto estimatorio)الملكية رغم عدم تنفيذ تاجر التجزئة (accipiens) لالتزاماته في مواجهة تاجر الجملة(tradens)[١] .

وشرط التصريف مما لم يحرمه الله تبارك وتعالى ولا رسوله (ص) ، وكذلك فان الناس بحاجة الى مثل هذه البيوع بشروطها ، والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس اليه من البيع ، لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج اليه في ذلك، كما أباح بيع الثمار قبل بدء صلاحها ، وأن كان بعض المبيع لم يخلق[٢] .

ونخلص مما تقدم أن عقد التصريف (contratto estimatorio)، أي جعل البضاعة برسم المبيع ، فما يبيعه التاجر يدفع ثمنه ، وماله يبيعه يرده لصاحبه ، هوعقد جائز شرعاً على الراجح من اقوال أهل العلم ، وهو يتماشى مع الاصل المقرر عند الفقهاء ، أن الاصل في العقود والشروط الجواز .

وذهب جانب من الفقه[٣]، الى تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه عقد بيع مقترن بشرط تقييدي ، حيث يلاحظ أن الواقع في العراق فيما يتعلق بهذه العقود التي تبرم بين تجار الجملة (tradens) وتجار التجزئة (accipiens)، أن ملكية البضاعة تنتقل الى تاجر التجزئة (accipiens)، وأن للأخير أن يبيعها بالسعر الذي يراه ، إلا أن له أن يرد الى تاجر الجملة (tradens) البضاعة التي لم يستطيع بيعها ، وبذلك فأن عقد التصريف (contratto estimatorio) هو عقد بيع مقترن بشرط يجيز للمشتري (تاجر التجزئة) (accipiens) أن يرد البضاعة غير المباعة، تطبيقاً لنص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي[٤] ، فالعادة جرت بين تجار الجملة (tradens) وتجار التجزئة (accipiens) خاصة فيما يتعلق بالمواد التي تباع وفق موديل يتغير من وقت الى اخر، كالملابس النسائية والحقائب والاحذية بان التاجر التجزئة (accipiens) أن يرد البضاعة التي انتهى موديلها في الاسواق قبل ان يستطيع بيعها.

حيث يأتي عقد التصريف (contratto estimatorio) بصورة عقد بيع مقترن بشرط ، وكما من يبرم تصرفاً قانونياً أن يعلق نفاذه أو زواله على أمر عارض مستقبل ممكن غير محقق الوقوع (شرط التعليق)، كما له أن يقيد أثر التصرف بالالتزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع (شرط التقييد).

وذهب بنفس الاتجاه اعلاه – عقد التصريف (contratto estimatorio)هو بيع مقترن بشرط تقييدي _ الفقيه الدكتور عبد الحي حجازي بالقول ((اذا اعتبرنا ان عقد التقدير (عقد التصريف) (contratto estimatorio) بأنه بيعاً فأنه سيكون مقترناً بوصف ، ذلك أن من مقتضى ذلك العقد أن لا يلتزم تاجر التجزئة (accipiens) بدفع الثمن فوراً بل بعد مدة ، ولكننا نجد من ناحية اخرى أن تاجر التجزئة (accipiens) له الحق في رد البضاعة وعندئذٍ لن يدفع الثمن فوراً))[٥].

ويكون عقد التصريف (contratto estimatorio) مقترن بشرط تقييدي ، كما لو قال تاجر التجزئة(accipiens) لتاجر الجملة(tradens): اشتريت البضاعة بشرط انه أن صرُفِّت البضاعة ونفق المبيع والا رددته ، وهذه الصورة هي من الصور الغالبة في تعاملات الناس في عقد التصريف(contratto estimatorio)، والتي يحتاج اليها الناس يومياً .

المطلب الثاني
بيع مع شرط الخيار
Vendita con la cluasola di opzione

---

[١] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مصدر سابق، ص ٣٨ – ٣٩.

[٢] ينظر :الدكتور حسام الدين بن موسى ، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة ، ط١ ، ج٣ ، دار الطيب للطباعة والنشر ، فلسطين ، ٢٠١٢ م، ص ٢٦ .

[٣] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني في البيع، مصدر سابق، ص ٩٧.

[٤] وقد عالج المشروع العراقي نظرية الشروط المقترنة بالعقد ، في المادة (١٣١) منه ، حيث نصت الفقرة الاولى من هذه المادة على ان ((١ – يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف او العادة)).

[٥] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ، ص٣٧

البيع بشرط الخيار أو خيار الشرط كما يسميه فقهاء الشريعة الاسلامية ، نظمه المشرع العراقي في المواد (٥٠٩ – ٥١٣) من القانون المدني العراقي[١] .

ويكيف الفقه القانوني ، أن خيار الشرط هو بمثابة شرط واقف ، فيكون العقد لازماً من جهة وموقوفاً من جهة اخرى ،فخيار الشرط يتصل بوقف العقد لا بعدم لزومه[٢] .

وذهب جانب من الفقه[٣]، الى انه يمكن تطبيق البيع بشرط الخيار في عقد التصريف (contratto estimatorio)، فيتم العقد بين تاجر الجملة (tradens) وتاجر التجزئة (accipiens)، ويشترط الاخير الخيار له مدة معلومة أكثر من المدة المتوقعة لتصريف البضاعة فأن باعها أثناء هذه المدة لزم البيع ، وإلا فهو على خياره يستطيع أن يرجعها على تاجر الجملة (tradens)، ومثال ذلك اذا قام موزع شركة اللبن بتوزيع اللبن على محلات البقالة ، واللبن يفسد في ستة ايام ، فأنه يشتري اللبن مع اشتراط الخيار سبعة ايام ، وعليه فيجوز له أن يبيع اللبن لأنه ملكه ، واذا انتهت المدة ولم يبيع اللبن ، فله ان يرجع اللبن الى الشركة ، لأنه اشترط على الشركة ذلك .

والقول بتكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بانه بيع مع شرط الخيار من شأنه أن يجعل هذا البيع غير لازم بعد أن كان لازماً ، ويشترط لذلك تحديد مدة الخيار ، سواء أكان التحديد مذكورا في العقد أو معروفاً عرفاً [٤].

الا أن تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio)على انه بيع بشرط الخيار ، يرد عليه بعض الاشكالات[٥] :

الاشكال الاول : أن تصرف تاجر التجزئة (accipiens) بالمبيع مسقط للخيار[٦]، والغالب في البضاعة المباعة عن طريق عقد التصريف (contratto estimatorio) انها محدودة ، فهل اذا اباع تاجر التجزئة (accipiens) بعض البضاعة دون البعض الاخر يسقط خياره .

وللرد على هذا الاشكال : أن عقد التصريف (contratto estimatorio) يتيح لتاجر التجزئة (accipiens) التصرف بالبضاعة بالبيع في وقت الخيار في مدة معلومة ، وتصرف تاجر التجزئة (accipiens) بالبضاعة يؤدي الى سقوط خياره فيما تم تصريفه من البضاعة ، فضلاً عن أن لا مانع من

---

[١] حيث نصت المادة (٥٠٩) منه على أن ((يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أولهما معاً لأجنبي)) ، فضلاً عن النص عليه في مرشد الحيران ، حيث نصت المادة (٣٢٩) منه على أن ((يجوز أن يشترط في العقد أو بعده الخيار بفسخه أو امضائه في مدة ثلاثة أيام لا اكثر في العقود كلها إلا في الوقت والكفالة ....)).

إلا أن فقهاء القانون عابوا على المشرع العراقي ، وضع مواد خاصة بخيار الشرط الواحد وضع نظرية عامة للالتزامات ، تناولت الكلام عن الشروط التي تقترن بالعقود ، وقد اعتبر حكمها امراً معيباً لا يجوز اغفاله ، واعتبروا أن هذه المواد هي مواد من قبيل الحشو والتكرار الذي كان يجب على المشرع العراقي تجنبه قدر الامكان، ينظر : الدكتور حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مطبعة النهضة الجديدة ، بغداد، ١٩٨٦ م، ص٤٧ . وينظر: الدكتور جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الايجار – المقاولة) ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززه بالقرارات القضائية ، العاتك لطباعة الكتب ، القاهرة،ص٤٧ . وينظر: الدكتور سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والايجار، مصدر سابق ، ص٦٠ .وينظر : الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع) ،ج١ ،مطبعة المعارف – بغداد ، ١٩٦٩- ١٩٧٠ م، ص١٣٢ .

[٢] ينظر : الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج٤ ، المجمع العلمي العربي الاسلامي ، بيروت – لبنان ، ص ١٩٨ .

[٣] ينظر: الدكتور محمد بن سعد بن فهد الدوسري ، العقد على التصريف (دراسة فقهية) ، مجلة العلوم الشرعية ، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية،ص ٣٧٧. وينظر: الدكتور عبد الله ناصر السلمي ، عقد التصريف ، مجلة العدل ، العدد ٣٨ ، ١٤٢٩ هـ، ص ٥٧.

[٤] ينظر : الدكتور محمد بن سعد بن فهد الدوسري ، المصدر نفسه، ص٣٧٨ .وينظر: الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢١٩.

[٥] ينظر : الدكتور محمد بن سعد بن فهد الدوسري ، المصدر نفسه، ص ٣٧٨.

[٦] ينظر : الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، مصدر سابق ، ص١٣٧.

تجزئة الخيار مادام أن البضاعة محدودة ، مما يؤدي ذلك الى سقوط الخيار بما تصرف تاجر التجزئة (accipiens) به ، ويبقى الخيار بما تبقى من البضاعة ، والبيع هو معلوم قد يتعدد بتعدد المبيع[١] .

فضلاً عن أن تصرف تاجر التجزئة (accipiens) بالبضاعة انما هو بأذن من صاحب البضاعة ، فاذا أذن أحد الطرفين للأخر بالتصرف بالبضاعة يكون أمضاء للعقد من قبل كل منهما ، وذلك أن البيع بشرط الخيار يكون فيه الخيار للمشتري أو للبائع او كلاهما ، أو يكون لشخص أجنبي[٢] ، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في نص المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي انفه الذكر.

الاشكال الثاني : وهو ما يتعلق بمدة خيار الشرط ، حيث أختلف الفقهاء المسلمون في مدة الخيار ، فمنهم من ذهب الى مدة الخيار يجب أن لا تزيد عن ثلاثة ايام ، وهذا قول أبو حنيفة [٣] ، والشافعية [٤].

وبذلك لا يمكن أن يكون عقد التصريف (contratto estimatorio) هو بيع بشرط الخيار اذا كانت مدة تصريف البضاعة أكثر من ثلاثة ايام .

وللرد على هذا الاشكال : هو أن مدة الخيار لثلاثة أيام فقط ، هو قول بعض الفقهاء ، وليس هنالك اجماع في ذلك ، ذلك أن خيار الشرط انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن ، وقد تمس حاجة المتعاقدين الى مدة طويلة اكثر من ثلاثة ايام ، فيجوز اشتراط الخيار الى مدة معلومة يتفقان عليها المتعاقدان سواء قلت هذه المدة أو كثرت ، وهذا مذهب الحنابلة [٥]، كما قال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية [٦] ، وذهب الامامية الى أن مدة الخيار تكون بحسب أتفاق المتعاقدين ، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام، والمهم هو الضبط والتعيين [٧].

وهذا ما أخذ به المشرع العراقي، أي انه جعل مدة الخيار تخضع لإرادة الطرفين ، بشرط أن تكون هذه المدة معلومة ومحددة ، وهذا ما يستسقى من حكم المادة (٥٠٩) من القانون المدني العراقي .

ونخلص مما تقدم أن الراجح في هذه المعاملة (عقد التصريف) (contratto estimatorio) هو الجواز ، لان الناس محتاجون لمثل هذا التعامل ، من حيث تشجيع أصحاب البضاعة لتصريف بضائعهم ، فضلاً عن أن الجهل والغرر في هذا النوع مغتفران ، ومما يؤيد ذلك هو اغتفار جهالة العمل في عقد الجعالة لحاجة الناس لذلك ، مع أن جهالة العمل ربما تكون أكثر من جهالة العوض اذا كان لا يمنع التسليم[٨].

نستخلص مما سبق- وهذا هو رأينا- أن عقد التصريف (contratto estimatorio) هو عقداً قائماً بذاته من نوع خاص ، فلا هو وديعة ولا هو بيع ولا هو مزاج من هذين العقدين ، هو عقد جديد في الصياغة القانونية[٩] ، وهو عقد واحد ، وهو عقد عيني لا ينعقد دون تسليم ، وهو عقد ينقل الملكية ولكن في وقت لاحق ولا يدفع فيه الثمن الا اذا بيع الشيء ،ولتاجر التجزئة (accipiens) أن يرد هذا الشيء في أجل معين اذا لم يستطع بيعه ، وهو عقد معاوضة[١٠].

---

[١] ينظر : الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، ط١ ، ج٤ ، الناشر – مكتبة الصبيكان ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م ، ص٧٠.

[٢] ينظر : الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ – ٢٠٤.

[٣] ينظر: شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، كتاب البيوع ، ج١٣ ، دار المعرفة – بيروت ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، ص ٤٠

[٤] ينظر : ابي اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، تحقيق ، د. محمد الزحيلي ، ط١ ، ج٣ ، دار العلم ، بيروت بيروت ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ، ص١٤ .

[٥] ينظر : موفق الدين ابي محمد عبد الله احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ، المغني ، ج٦ ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر ، الرياض ، ٥٤١ – ٦٢٠هـ ، ص ٣٨ – ٣٩ .

[٦] ينظر : الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ط١ ، ج٥ ، دار الكتب العالمية ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م ، ص ١٧٤.

[٧] ينظر: ابي منصور الحسن بن يوسف المطهر الاسدي العلامة الحلي ، قواعد الاحكام ، كتاب المتاجر ، ط١،ج٢ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤١٨ هـ ، ص٦٦.

[٨] ينظر: الدكتور عبد الله بن ناصر السلمي ، عقد التصريف ، مصدر سابق، ص١٣٠.

[9] Renato Disa da Sorrento , contratto estimatorio
متاح على الموقع الالكتروني https://renatodisa.com/2011/05/06/il-contratto-estimatorio .

[١٠] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص ٤٢.

المبحث الثاني

تمييز عقد التصريف عن غيره من العقود

Il contratto estimatorio e altre tipi di vendita

يحدث كثيراً في العمل بسبب الحرية التي منحها القانون للناس في أنشاء ما يريدون من العقود في حدود النظام العام والآداب ، أن تظهر عقود تشترك بين عقد التصريف(contratto estimatorio) وغيره من العقود المعروفة ، فيقوم الشك حول نوع العقد .

وما يمتاز به عقد التصريف (contratto estimatorio) من قواعد تحكمه ، تجعلنا أمام مسألة ليست باليسيرة ، ، خاصة اذا ما علمنا انه من العقود غير المسماة ، التي لم ينظم المشرع المدني العراقي احكامه ، على الرغم من شيوع أنتشار هذا النوع من العقود في الوقت الحاضر .

لذلك ولأجل الوصول الى امكانية تطويع القواعد العامة ، عملنا على المقابلة بين عقد التصريف وبعض البيوع الموصوفة التي تمتاز هي ايضاً بقواعد خاصة تحكمها(المطلب الاول) ، وذلك للتميز بين عقد التصريف (contratto estimatorio) وبعض العقود التي يلتبس معها ، فيدق تمييزه عنها ، ومن هذه العقود هي عقد البيع بالتقسيط ، والبيع الايجاري ، وكذلك تميزه عن عقد الوديعة (المطلب الثاني)، فضلاً عن تمييزه من عقد الوكالة (المطلب الثالث).

المطلب الاول

تمييزه عن البيوع التي يلتبس بها

Il contratto estimatorio e altri tipi di vendita

على الرغم من الخصائص التي يتميز بها عقد التصريف (contratto estimatorio)، الا أن هنالك بيوع قد يشتبه بها العقد محل البحث ، فيدق التمييز بينه وبينها ، إلا أن عقد التصريف له ما يميزه عن هذه البيوع ،وهذه البيوع هي البيع بالتقسيط (الفرع الاول)، والبيع الايجاري (الفرع الثاني).

الفرع الاول

تمييزه عن البيع بالتقسيط[١]

Il contratto estimatorio e la vendita con rata

البيع بالتقسيط هو عقد يكون موضوعه نقل ملكية شيء معين نظير اقساط معينه تدفع في مدة معينة يصبح المشتري في نهاية هذه المدة مالكاً للشيء[٢].

أي البيع الذي يكون سداد الثمن فيه مجزأ الى عدة اقساط ، على أن يكون جزء من هذه الاقساط لاحقاً على تسليم المشتري للمبيع ، ويشترط فيه تساوي المقادير التي يلتزم بها المشتري للبائع في كل دفعة ، وأن يكون الانتهاء من سداد الثمن الكامل للسلعة في مدة زمنية معقولة ، فضلاً عن تقييد انتقال ملكية المشتري للسلعة بدفعه كامل الثمن في نهاية مدة الاجل لدفع الاقساط[٣]، فهو عقد على مبيع حال بثمن مؤجل يؤدي مفرقاً على اجزاء معلومة في اوقات معلومة [٤].

والبيع بالتقسيط هو أحد ضروب البيع الائتماني الذي يشترط فيه أن يكون سداد الثمن على اجزاء متساوية ومنتظمة خلال فترة معقولة من الزمن[٥] ، ، وهو من البيوع المشروعة ، حيث قال جمهور الفقهاء ، ومنهم المذاهب الاربعة بجواز البيع لأجل ، وبيع التقسيط واستدلوا على مشروعيته بالكتابة والسنة والمعقول [٦].

---

[١] عرفت المادة (١٥٧) من مجلة الاحكام العدلية التقسيط بانه ((تأجيل اداء الدين مفرقاً الى اوقات متعددة معلومة))، ينظر :علي حيدر، دار الحكام شرح مجلة الاحكام(البيوع، الاجارة والكفالة)،مصدر سابق، ص ١٢٨.
كما نصت المادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي على أن ((١ – اذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبلغ ، ٢ – فاذا كان الثمن يدفع اقساطاً جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الاقساط ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للطرفين ان تخفض التعويض المتفق عليه وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية ، ٣ – واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك)) .

[٢] ينظر: الدكتور انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠ م ، ص٢٨ . وينظر :الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي – بغداد ، ١٩٥٦ م، ص٢٧.
اي أن البيع بالتقسيط هو عقد بيع يرتب جميع اثاره عدا التزام المشتري بدفع الثمن والذي يكون مقسطاً على عدة دفعات يتم تأجيل نقل الملكية لحين استيفاء البائع الثمن في نهاية الاقساط المتفق عليها حيث يكون نقل الملكية حق على شرط واقف ، ينظر: محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة في مصر ولبنان(البيع والمقايضة)،ج١،دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بيروت،١٩٩٥،ص٦٤ .وينظر: حمليل نوارة، عقد البيع بالإيجار، جامعة تيزي وزو، مجلة الباحث، العدد ٥، ٢٠٠٧ م، ص١٧٦.

[٣] ينظر : الدكتور محمد عقلة الابراهيم ، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون ، ط١ ، مكتبة الرسالة الحديثة ، الاردن – عمان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، ص١٤ . وينظر : عدنان محمد سليم سعد الدين ، بيع التقسيط وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامية ، رسالة ماجستير في الفقه الاسلامي ، جامعة دمشق – كلية الشريعة ، ص ٣٢. وينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٣٢٢. وينظر : الدكتور منذر الفضل ، شرح القانون المدني الاردني، العقود المسماة، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥ م، ص ٦٥.

[٤] ينظر : سليمان تركي التركي ، بيع التقسيط واحكامه ، ط١ ، دار اشبيليا للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية – الرياض ، ١٣٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ، ص٣٤ . وينظر : سعد بن عبد الله السبر ، التأجير المنتهي بالتمليك ، فقه مقارن المعهد العالي للقضاء ، ١٤٢٩ هـ ، ص ٢٣ منشور على موقع الالكتروني http//: www. She mela . ws تاريخ الدخول ١٧ / ٨ / ٢٠١٦ الساعة الواحدة صباحاً .

[٥] ينظر : الدكتور ابراهيم دسوقي ابو اليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، ط١ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، ص١٩ .

[٦] ينظر : علي بن ابي بكر بن عبد الله الجليل المرغناني ، الهداية في شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ، دار احياء التراث العرابي ، ، ص ٢٤ . وينظر : شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة ، ط١ ، ج٥ ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ م ، ص ٣٢٣ . وينظر : شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ط١ ، ج١٢ ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، ص١٥٢ . وينظر : ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المازردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه المذهب الامام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، ط١ ، ج٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ م ، ص٣٨٩ . وينظر : الدكتور محمد احمد عبد الرحمن الزرقا ، جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط ، دراسة مقارنه في

نستخلص مما تقدم أن هنالك مشتركات بين عقد التصريف(contratto estimatorio)، والبيع بالتقسيط ، فكلاهما من العقود الائتمانية، فضلا عن أن القاعدة العامة للبيع والخاصة بتحديد وقت دفع الثمن للمبيع ، والتي هي احدى التزامات المشتري ، تقضي بأن المشتري يدفع الثمن بمجرد تسلمه المبيع ، ولكن هذه، القاعدة من القواعد المكملة أو المفسرة ، والتي يجوز الاتفاق على خلافها ، وهذا ما يحصل بالفعل في عقد التصريف (contratto estimatorio) والبيع بالتقسيط ، مادام المبيع مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب ، فضلاً عن أن كل من العقدين يحقق مصلحة طرفيه، فالتاجر الاكثر نجاحاً هو الاكثر بيعاً ، وهكذا يحقق البيع بالتقسيط وعقد التصريف (contratto estimatorio) زيادة كبيرة في حجم مبيعاته وازدهار تجارته ، فيتمكن من توسيع دائرة معاملاته لتشمل اشخاصاً لم يكن بمقدورهم الشراء تقداً لانخفاض دخولهم [١] .

كذلك الحال بالنسبة لتبعة الهلاك ، حيث يتحمل تاجر التجزئة (accipiens) في عقد التصريف (contratto estimatorio) تبعة هلاك البضاعة محل العقد [٢] ، ويتحمل المشتري في البيع بالتقسيط تبعة هلاك المبيع من وقت تسلمه [٣].

فضلاً عن انتقال ملكية المبيع ، حيث لا تنتقل ملكية البضاعة في عقد التصريف (contratto estimatorio) الا بعد دفع ثمن البضاعة من قبل تاجر التجزئة (accipiens)[٤]،وهو ما يحصل في البيع بالتقسيط ، حيث يتقيد انتقال ملكية المبيع للمشتري بدفع كامل ثمن في نهاية سداد لأجل الدفع الاقساط[٥].

الا أن هنالك فروق بين البيع بالتقسيط وعقد التصريف (contratto estimatorio)، حيث يشمل البيع بالتقسيط كل من المنقولات والعقارات [٦]، في حين أن عقد التصريف (contratto estimatorio) يقتصر على المنقولات فقط ، كذلك الحال بالنسبة للثمن ، فالثمن في البيع بالتقسيط يتم ايفاؤه على شكل اقساط قد تكون متساوية أو مختلفة القيمة في فترات منتظمة أو غير منتظمة[٧]، في حين أن الثمن في عقد التصريف (contratto estimatorio) يتم دفعة واحدة في حال تصريف البضاعة ضمن المدة المتفق عليها بين تاجر الجملة (tradens) والتجزئة (accipiens)، فضلاً عن ذلك أن المشتري في البيع بالتقسيط يحظر عليه التصرف بالمبيع قبل الوفاء بكامل الاقساط لأنه غير مالك [٨]، في حين أن تاجر

الشريعة والقانون ، ط١ ، دار النهضة العربية، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م ، ص ٥. وللمزيد من التفاصيل في ذلك ينظر: الدكتور محمد دفيش محمود الجميلي، حكم البيع بالتقسيط في الفقه الاسلامي ، كلية الشريعة – قسم الفقه ، مجلة الجامعة العراقية ، العدد (٣/٢٨)، ص ١٨٠. وينظر: الدكتور محمد عبدالله ابو هزيم ، أحكام الثمن في عقد البيع، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦ م، ص ٨٤. وينظر: عبدالله وهدان واحمد نوفل ، أحكام بيع التقسيط في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد ٢٧(٢)، قسم الفقه والتشريع ،كلية الشريعة ، فلسطين، ٢٠١٣ م، ص ٤٤١.

[١] ينظر : الدكتور احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، السنة الحادية عشرة ، يناير ، ١٩٦٩ م ، ص ٣٤ .

[٢] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٩٥.

[٣] ينظر : الدكتور مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨ م ، ص ٣٣ .

[٤] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق، ص٣٩.

[٥] ينظر : الدكتور محمد عقلة الابراهيم ، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون ، ط١ ، مكتبة الرسالة الحديثة ، الاردن – عمان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م، ص ١٤.

[٦] ينظر : حارث طاهر علي الدباغ ، البيع بالتقسيط ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل – كلية القانون ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م ، ص٩ . وينظر : محمود محمد علي حمود ، بيع التقسيط وتطبيقاته المعاصرة ، رسالة ماجستير الجامعة الاسلامية العالمية ، ماليزيا ، ٢٠٠٦ م ، ص ١٦.

[٧] ينظر : حارث طاهر علي الدباغ ، البيع بالتقسيط ، رسالة ماجستير، مصدر سابق ، ص ٩ .

[٨] ينظر : الدكتور مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

وينظر : ما نص عليه المشرع المصري في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيوع التجارية في المادة (٤٢) منه التي نصت على ان (يحظر على المشتري بالتقسيط بدون اذن سابق من البائع ان يتصرف باي نوع من التصرفات في السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها).

التجزئة (accipiens) في عقد التصريف (contratto estimatorio) يجوز له التصرف بالبضاعة محل البيع واستعمالها والانتفاع بها دون قيد أو شرط [١].

الفرع الثاني

تمييزه عن البيع الايجاري [٢]

Leasing vendita

البيع الايجاري هو عقد يسلم فيه مالك السلعة الى المستأجر مع منحه خيار شرائها أو اعادتها اثناء فترة سريان الايجار أو بعد انقضاء تلك المدة مقابل اقساط دورية تمثل بدل منفعة السلعة وثمن شرائها [٣] ، ويطلق على البيع الايجاري ايضاً بالإيجار الساتر للبيع [٤]، أي هو العقد الذي يصفه المتعاقدان بانه ايجار، حتى اذا ما واظب المستأجر على دفع الاجرة طوال المدة المحددة ، انقلب العقد بيعاً واعتبرت الاجرة اقساطاً للثمن [٥] .

والبيع الايجاري هو صورة من صور البيوع الائتمانية ، التي تسمح للأفراد خصوصاً ذوي القدرات الاقتصادية المحدودة بالحصول على احتياجاتهم من المستلزمات التي لا يمتلكون المقدرة على سداد اثمانها فوراً ، فيؤدي الى اشباع احتياجاتهم ويضمن للبائع الحصول على كامل حقوقه ايضاً [٦] ، فعقد البيع الايجاري هو عقد مركب يجمع الكثير من أحكام عقدي البيع والايجار، ومن ثم يجمع كل من طرفيه بين صفتين بشكل يظهر المالك بائعاً ومؤجراً في الوقت نفسه ،كما يظهر المتلقي مشترياً ومستأجرا في الوقت ذاته ، ومن ثم المقابل الذي يحصل عليه المالك ويدفعه المتلقي يجمع بين الاجرة والثمن ايضاً [٧].

---

[١] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في قانون الشرح المدني ، مصدر سابق ، ص ٩٦.

[٢] المزيد من التفاصيل ينظر : الدكتور محمد عثمان شبيط ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ، ط٦ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧ م ، ص ٣٢١ .

[٣] ينظر : الدكتور درع حماد ، البيع الايجاري ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ م ، ص ١٩ – ٢٠،
وينظر : الدكتور عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني ، العقود المالية المركبة (دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية) ، ط١ ، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ص ٢٠١.

[٤] ينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية) ، مصدر سابق ، ص ٢٨ . وينظر : الدكتور سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني (عقد البيع والكفالة) ، مصدر سابق ، ص ٢٦ . وينظر : الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، (عقد البيع) ، مصدر سابق ، ص ٣٦.

[٥] ينظر : الدكتور محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعة والقانون ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠م ص ٤١ . وينظر : الدكتور محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع . دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ م ، ص ١٧ . وينظر : فهد بن علي ال حسون ، الايجار المنتهي بالتمليك في الفقه الاسلامي ، مكتبة مشكاة الاسلامية ، ١٤٢٦ هـ ،lib www.saaed.net/ ، ص ١٤.
ويطلق على البيع الايجاري بعض الفقهاء بانه بيع بالتقسيط ، ويتشابه البيع بالتقسيط مع البيع الايجاري من حيث المقصد الذاتي للمتعاقدين والنتيجة ، الا انهما يختلفان من حيث التكوين ، فالإجارة المنتهية بالتمليك تتكون من عقدين مستقلين ، الاول عقد اجارة يتم ابتداءا وتأخذ كل احكام الاجارة في تلك الفترة ، والثاني عقد تمليك العين عند انتهاء المدة ، اما عن طريق الهبة او البيع بسعر رمزي حسب الوعد المقترن بالإجارة ، ينظر في ذلك :عز الدين طوجة ، ادوات الاستثمار الاسلامي ، ط١ ، دلة البركة ، السعودية ، ١٩٩٣ م ، ص ٨٤ . وينظر : الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار ، مصدر سابق ، ف ٥٢. وينظر : الدكتور محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعة والقانون ، مصدر سابق ، ص ٤١.

[٦] ينظر : دانا حمه باقي عبد القادر ، عقد التأجير التمويلي ، (مفهومه وطبيعة القانونية) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٤ ، العدد ٥١ ، السنه ١٦ ، ٢٠١١ م ، ص ٨٢ . وينظر : الدكتور جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

[٧] ينظر : الدكتور حسن علي الشاذلي ، الايجار المنتهي بالتمليك ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي ، المجلد ٤ ، العدد ٥ ، ١٤٠٩هـ ، ص ٢١١٣ . وينظر : صفاء عمر خالد بالعاوي ، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٥ م ، ص٨٨ .
وأختلف الفقه في تكييف عقد البيع الايجاري ، فيكون عقد أيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف وهو وفاء المشتري لأقساط الثمن ، وبذلك يكون عقد الايجار المعلق على شرط فاسخ عقداً صحيحاً يرتب جميع اثاره ، بحيث تسري احكام عقد الايجار على الفترة السابقة لسداد المشتري للأقساط المتفق عليها ، ويلتزم البائع (المؤجر) بمقتضى هذا العقد بتسليم المال ووضعه تحت تصرف المشتري (المستأجر) للانتفاع به ، في حين يلتزم المستأجر باستعمال المال وفق

فهنالك ثمة جوانب يلتقي فيها البيع الايجاري وعقد التصريف(contratto estimatorio) ، إلا انه يختلف عنه بجوانب اخرى ، تدفعنا الى القول بأن عقد التصريف (contratto estimatorio) هو ليس بيع أيجاري .

مما تقدم نستخلص أن كل من البيع الايجاري وعقد التصريف (contratto estimatorio) هما من العقود الائتمانية ، التي تلجأ اليها الشركات واصحاب المحلات التجارية لغرض تصريف أكبر كمية ممكنة من بضاعتها ، فضلاً عن عدم تمكن المشتري من دفع مبلغ البضاعة في الحال[١] ، كذلك يتفق البيع الايجاري وعقد التصريف(contratto estimatorio) من ناحية تحمل تبعة الهلاك للبضاعة محل العقد ، حيث يتحمل تاجر التجزئة (accipiens) تبعة هلاك البضاعة في عقد التصريف(contratto estimatorio)[٢] ، وكذلك بالنسبة للبيع الايجاري حيث يتحمل المشتري (المستأجر) تبعة هلاك البضاعة حتى وان لم يعز ذلك الى اهماله أو خطئه[٣]، فضلاً عن ذلك أن كل من البيع الايجاري وعقد التصريف (contratto estimatorio)هما من العقود الملزمة للجانبين ، ذلك أن العقد ينشئ منذ تكوينه في ذمة كل من المتعاقدين التزامات متقابلة [٤].

إلا أن عقد التصريف (contratto estimatorio) يختلف عن البيع الايجاري من حيث انتقال الملكية، حيث لا تنتقل ملكية المبيع الايجاري للمشتري (المستأجر) إلا بعد ايفاءه بالقسط الاخير[٥] ، في حين أن ملكية المبيع في عقد التصريف (contratto estimatorio) تبقى ملكاً لتاجر الجملة (tradens) حتى يقوم تاجر التجزئة (accipiens) بدفع ثمن البضاعة التي تم تصريفها دفعة واحدة وليس على شكل اقساط ، أو رد البضاعة التي لم يتم تصريفها في المدة المتفق عليها بين الطرفين [٦] .

الاغراض المعد لها والمحافظة عليه ، ينظر في ذلك : علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة ، التكييف القانوني لعقد الايجار التمويلي ، دراسة مقارنة ، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ م ، ص ٨٥ . وينظر : الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول تكييف عقد البيع الايجاري من حيث مدى اعتباره عقد ايجار من بدايته ثم ينقلب الى عقد بيع ، أو عقد بيع منذ البداية ولكنة بيع مؤجل الثمن يدفع على شكل اقساط فأن القانون المدني العراقي عرفه في المادة (٥٣٤) انفه الذكر بان البيع الايجاري هو عقد بيع معلق على شرط واقف وهو استيفاء جميع اقساط الثمن، ينظر في ذلك: ينظر : الدكتور عبد العزيز شافي ، عقد الليزنغ ، ج١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٤ م ، ص ٤٨٤ . وينظر : الدكتور عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع و الايجار) ، دراسة مقارنة معززه بالتطبيقات القضائية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ص ٤٨ . وينظر : الدكتور عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩.

بيد أن اعمال هذا الحكم يفترض انصراف نية المتعاقدين حقيقة منذ بداية الى ابرام عقد البيع وليس عقد ايجار، اما اذا ثبت ان ارادتهما لم تنصرف الى ذلك بل قصدا إيجارا حقيقيا جديا ، فقط اقترن به وعد بالبيع الى المستأجر ، فهنا يتعين اعمال احكام الايجار المقترن بالوعد بالبيع باعتباره ايجار اصلاً . ينظر في ذلك: الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الايجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، جامعة الامارات العربية المتحدة – كلية الشريعة والقانون ، المؤسسات المالية والاسلامية ، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر ، ص ١١٥. وينظر الدكتورة هناء محمد الحنيطي وخولة عبدة وحنان القضاة ، البيع التدريجي في الاجارة المنتهية بالتمليك، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الثاني ، جامعة عجلون الوطنية ، ٢٠١٣م ،ص ١٠.

[١] ينظر: الدكتور درع حماده ، البيع الايجاري ، دراسة مقارنة ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ م ، ص ٢٧ . وينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر السابق ، ص ٧١ .

[٢]ينظر:الدكتور طارق كاظم عجيل ، المصدر نفسه ، ص ٩٦ – ٩٧.

[٣]ينظر: الدكتور درع حماد ، البيع الايجاري ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

[٤] ينظر: الدكتور درع حماد ، البيع الايجاري ، مصدر سابق، ص ٢٠ .

[٥]ينظر: الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٧١ . وينظر : الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٣٦ ، وينظر : الدكتور عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والايجار ، مصدر سابق ، ص ٤٧ . وينظر: الدكتور توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، مصدر سابق ، ص ٤٢ . وينظر الدكتور جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

[٦] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

كذلك يختلف البيع الايجاري عن عقد التصريف (contratto estimatorio) من جهة تصرف المشتري (تاجر التجزئة) (accipiens) بالبضاعة ، حيث لا يحق للمشتري (المستأجر) في البيع الايجاري في التصرف بالبضاعة الى حين الوفاء بجميع الاقساط [١] ، في حين أن تاجر التجزئة (accipiens) في عقد التصريف (contratto estimatorio) له الحق بالتصرف بالبضاعة واستعمالها والانتفاع بها دون قيد او شرط [٢] ،فضلا عن أن تاجر الجملة (tradens) في عقد التصريف (contratto estimatorio)لا يجوز له أن يطلب من تاجر التجزئة (accipiens) رد البضاعة محل العقد سواء أكان لديه عذر مشروع أو لم يكن لديه عذر[٣] ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٥٨) من القانون المدني الايطالي على أن ((من تسلم هذه الاشياء يكون تصرفه فيها صحيحاً ولكن لا يجوز لدائني هذا الشخص أن يحجزوا عليها أو يضعوها تحت الحراسة مادام أن ثمنها لم يدفع . اما من سلم هذه الاشياء فلا يجوز له ان يتصرف فيها مادام انها لم ترد اليه)) ، أما في البيع الايجاري فاللبائع (المؤجر) له الحق في استرداد المبيع في حالة عدم قيام المشتري (المستأجر) بسداد اقساط الاجرة [٤].

المطلب الثاني

تمييزه عن عقد الوديعة

Il contratto estimatorio e del contratto di deposito

نصت المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي بأن ((الايداع عقد به يحيل الملك أومن يقوم مقامه حفظ ماله الى أخر ولأيتم الا بالقبض)).

ومن هذا النص يتبين أن عقد الوديعة تميزه بعض الخصائص ، فهو عقد عيني لا يتم الا بالقبض [٥] ، وهو ليس من عقود التراضي التي تتم بالإيجاب والقول ، بل هو من العقود العينية التي لا تتم الا بتسليم الشيء ، وهو ما جاء في المادة (١٩١٩) من القانون المدني الفرنسي على أن الوديعة لا تكون تامة الا بتسليم العين المودعة تسليما حقيقيا أو ما في حكمه [٦].

---

[١] ينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ١٨١ ، وينظر: الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

[٢] ينظر : سعد بن عبد الله السبر ، التأجير المنتهي بالتمليك (فقه مقارن)، المعهد العالي للقضاء ، ١٤٢٩ هـ ، ص ٢٢ ، وينظر : الدكتور درع حماد ، البيع الايجاري ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ ، وينظر الدكتور طارق كاظم عجيل ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

[٣] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المصدر نفسه ، ص ٩٦ .

[٤] ينظر: الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، الايجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص ١١٤ – ١١٥ ، وينظر : الدكتور درع حماد ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧ . وينظر الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص ٧١ .

[٥] ينظر: الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق،ص٩٣. وينظر: الدكتورة ليلى عبدالله سعيد، الاختلاف في رد الوديعة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونيين المدني والاثبات العراقي، جامعة الموصل-كلية القانون،ص٣٥٧.

[٦] لمزيد من التفاصيل ينظر: الدكتور محمد كامل مرسي بك، العقود المدنية الصغيرة،ط٢ومطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده،مصر،١٣٥٧ ه-١٩٣٨م،ص٣٣٦.

والوديعة عند المالكية لها مفهومان، أحدهما تعني المصدر وهو الايداع ، وهو نوع خاص من أنواع التوكيل ، لأنه توكيل على خصوص حفظ المال ، أو عبارة نقل مجرد حفظ الشيء المملوك الذي يصح نقله الى الوديع بدون تصرف هذا الاخير ، والمعنى الثاني للوديعة هي شيء مملوك ينقل مجرد حفظه الى المودَع، فالشيء المملوك هو المودع ، اما عند الشافعية ، فالوديعة بمعنى الايداع وهي العقد المقتضى لحفظ الشيء المودع ، فتطلق شرعا على العين المودعة ، ولكن أطلاقها على العقد معنى شرعي فقط ، أما أطلاقها على العين فهي شرعي ولغوي ايضاً ، اما عند الحنفية جاءت الوديعة بمعنى الايداع ، وهي أن يسلط شخص غيره على حفظ ماله ، صريحا أو دلالة ، فالوديعة بمعنى الشيء المودع هي كل ما يترك عند الامين لحفظه ،والوديعة غير الامانة ،هي أسم لكل شيء غير مضمون ، فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها، أما الوديعة فهي أسم مخصوص ما يترك عند الامين بالإيجاب والقبول ، سواء كان صريحا أو دلالة ، ينظر في ذلك: الدكتور عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي،٢٠١٢م، ص٢٩٥-٢٩٦.

والوديعة عند الامامية هي جعل الشخص حفظ عين وصيانتها على غيره ، ويقال لذلك الشخص (المودع) ولذلك الغير (الودعي) ، وتحصل الوديعة بإيجاب من المودع بلفظ أو فعل مفهم ،لمعناها ولو بحسب القرائن ولقبول من الودعي دال على

وعقد الوديعة هو من العقود الواردة على العمل[١] ، وعقد ملزم لجانب واحد[٢] ، وتعتبر الوديعة عقد جائز من الجانبين ، أي غير لازم في حق أي منهما ، فلكل واحد منهما أن يبادر لفسخه والتحلل منه متى شاء ، دون أن يتوقف ذلك على رضا الطرف الاخر أو حتى موافقته ، كما هو الشأن في الوكالة التي تعتبر الوديعة نوعا منها [٣]، والأصل في الوديعة أنها من عقود التبرع ، التي تقوم على أساس الرفق والمعونة وتنفيس الكربة وقضاء الحاجة ، فلا تستوجب من المودع بدلا من حفظ الوديعة ، خلافا لعقود المعاوضات المالية التي تقوم على أساس أنشاء حقوق والتزامات مالية متقابلة بين العاقدين [٤] .

وعقد الوديعة قد يكون بعوض أو بدون عوض [٥] ، ذلك أن عقد التبرع هو العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين بتقديم منفعة مجانية للأخر ، فاذا كان من شأن هذا التعهد أن ينقص من ذمته المالية سمِّي هبة ، واذا لم ينقص من ذمته المالية سمِّي تبرعا كالكفالة والعارية والوديعة[٦].

وذهب جانب من الفقه[٧]،الى تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه عقد وديعة، حيث يودع مثلا تاجر الجملة (tradens) مجوهرات عند تاجر التجزئة (accipiens) لبيعها ، على أن يرد له ثمنها بسعر معين اذا باعها أو يردها هي بذاتها اذا لم يتمكن من بيعها ، وكالمجوهرات الكتب والبضائع المختلفة يودعها أصحابها في المكتبات أو عند تجار التجزئة (accipiens) ليبيعوها على هذا النحو، فاذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة ، أو جاز اعتباره بيعا من تاجر الجملة (tradens) الى تاجر التجزئة (accipiens) بالسعر المعين وهو بيع معلق على شرط واقف، هو أن يتمكن تاجر التجزئة (accipiens) من بيع البضاعة بالثمن الذي يحدده ، والفرق بين هذا الثمن والسعر المبين هو مكسب تاجر التجزئة (accipiens)، والقول بتكييف أو بأخر يتوقف على نية المتعاقدين، ويستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع، أما اذا لم يبع تاجر التجزئة (accipiens) البضاعة وردها بعينها الى صاحبها جاز اعتبار العقد وديعة ، وتكون وديعة معلقة على شرط فاسخ .

وقضت المحاكم الفرنسية بأنه اذا سلم أحد شيئا لأخر على أن يرده اليه عينا أو يدفع له ثمنه فأن ذلك العقد لا يعتبر وديعة بل بيعا معلقا على شرط [٨].

التزامه بالحفظ والصيانة ، ينظر في ذلك : السيد علي السيستاني ، المسائل المنتخبة ، ط ٣ ، مطبعة مهر ، مؤسسة أل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ م ، ص ٣٦٣.

[١] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص ٩٣ . وينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧ ، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة الناشر للمعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م ، فقرة ٣٣٦ ، ص ٦٤٩.

[٢] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل المصدر نفسه ، ص ٩٣ . وينظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ٦٤٣ .

[٣] ينظر : الدكتور نزيه حماد ، عقد الوديعة في الشريعة الاسلامية ، ط١ ، مطبعة الدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٣ م ، ص ٢٢.

[٤] ينظر : الدكتور نزيه حماد ، المصدر نفسه ، ص ٢٥ . وينظر : الدكتورة نادية محمد عوض، عقد الايداع في المستودعات العامة طبقا للقانون التجاري الجديد ، جامعة حلوان – كلية الحقوق ، ٢٠١١ م ، ص٥.

[٥] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٩٣ . وينظر : لقاء جليل عيسى ، عقد الوديعة للعصر البابلي القديم ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية ، المجلد ١١ ، العدد ١ ، ٢٠١١ م ، ص ٣٢٧.

[٦] ينظر : الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام ، الجامعة المستنصرية ، بغداد ، ١٩٧٦ م، ص ٣٢ .

[٧] ينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق،ص٦٤٦. وينظر: الدكتور غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٠ .وينظر: الدكتور عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، عقد البيع ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ م،ص٥٠. وينظر: الدكتور محمود الديب ،مصدر سابق، ص ٥٣.

[٨] ينظر : الدكتور غني حسون طه، المصدر نفسه، ص ٤٠-٤١. وينظر: الدكتور سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٤.

وهناك جانب أخرمن الفقه ذهب[١]، الى أن نسخ الكتب تكون مودعة عند دور البيع ، وصاحب هذه الدور أما يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيل بالبيع بعد أن كان مودعا عنده وهو وكيل بالأجر، وأما أن يعُد انه قد أشتراها من صاحبها بثمن معين ثم باعها بثمن أكثر والفرق هو مكسبه .

في حين ذهب جانب أخرمن الفقه[٢]، الى أن تكييف هذه الصورة من البيوع يتوقف على نية الطرفين المتعاقدين ، وهذه النية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع ، فإذا كان الخلاف على الكتب المعادة تطبق القواعد الخاصة بعقد الايداع ، أما اذا كان الخلاف على ثمن الكتب فقد يكون العقد بيعا أو وكالة .

وذهب جانب من الفقه[٣]، الى أن تكييف العقد هنا يجب أن يستند الى ظروف كل واقعة بعينها مأخوذة بأحكام التعاقد بين المتعاقدين وشروطه، ويجب التفرقة بين ما اذا كان الاتفاق قد تم على أن يستلم أحد أطراف العقد الشيء لبيعه على حساب الطرف الاخر، وهنا يكيِّف العقد بأنه وكالة بالعمولة ، ومن الطبيعي أن تتضمن الوكالة عقد الوديعة ، لأن الوكيل وديع كما هو معروف من أحكام القواعد العامة، أما اذا كان الاتفاق قد حصل على بيع الشيء لحساب مستلمه، فهنا يكون من الجائز أن يوصف العقد بأنه بيع ناجز، كما يمكن وصفه بأنه بيع معلق على شرط واقف أو فاسخ حسب الظروف.

ونستبعد من نطاق البحث التكييف القائل بأن عقد التصريف (contratto estimatorio) هو عقد وديعة لاختلاف الطبيعة لكل من العقدين من حيث:

١ – في نطاق الوديعة ، للمودع في كل وقت أن يطلب رد الوديعة إلا اذا كانت بأجر فيجب لطلب الرد عذر مشروع [٤] ، وفق المادة (٩٦٩) من القانون المدني العراقي[٥] ،وبذلك ذهبت محكمة النقض المصرية الى أن المودع لديه يرد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسي في وجود عقد الوديعة ،فإذا أنتفى هذا الشرط أنتفى معه معنى الوديعة ،فإذا سلم قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ثم تصرف صاحب المحلج في القطن بدون أذن صاحبه فلا يعتبر ذلك تبديدا[٦]، بينما لا يجوز لتاجر الجملة (tradens) أن يطلب من تاجر التجزئة (accipiens) رد البضاعة محل العقد سواء كان لديه عذر مشروع او لم يكن لديه عذر[٧].

٢ – يتحمل تبعة الهلاك في عقد التصريف (contratto estimatorio) تاجر التجزئة ، بينما لا يتحمل الوديع في نطاق عقد الوديعة تبعة الهلاك اذا كان بسبب لا يمكن التحرز منه [٨] ، وفق المادة (٩٣٥) من القانون المدني العراقي[٩].

وبهذا الاتجاه يبرر جانب من الفقه[١٠] ،الى عدم أمكانية تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه عقد وديعة ، وذلك لأن تاجر التجزئة (accipiens) له أن يتصرف في البضاعة فهو لا يلتزم بالمحافظة على البضاعة وردها بعينها، على خلاف المودع لديه فأنه ملزم بالمحافظة على

---

[١] ينظر: الدكتور جعفر الفضلي، مصدر سابق ،ص٢١.

[٢] ينظر: الدكتور عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤١.

[٣] ينظر : الدكتور عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص ٣٢. وأشار الى ذلك الدكتور سعدون العامري ،مصدر سابق،ص٢٤.

[٤] ينظر: الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٩٦.

[٥] حيث نصت المادة (٩٦٩) على أن ((١-للمودع في كل وقت أن يطلب رد الوديعة مع زوائدها كما أن للوديع أن يطلب ردها متى شاء،٢-واذا كان الإيداع بأجرة فليس للوديع أن يردها قبل الأجل المعين الا اذا كان له عذر مشروع ولكن للمودع أن يطلب ردها متى شاء على أن يدفع الاجرة المتفق عليها)).

[٦] ينظر :حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم ١٤٥٧ سنة ٢ ق ،الجلسة ١٩٣٢|٣|٢١،نقلاً عن الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق،ص١٤٦

[٧] ينظر :الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٩٦.

[٨] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ،المصدر نفسه ،ص ٩٦.وينظر:ساكار صباح ياسين كريم ،الخيانة في بيوع الامانة، مصدر سابق،ص٣٦.

[٩] حيث نصت المادة (٩٥٣) على أن ((اذا كان الايداع بأجرة فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديع)).

[١٠] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ، ص ٣٩.

الشيء المودع وهذا خلاف ما هو حاصل في عقد التصريف (contratto estimatorio)،اذ يكون الهلاك فيه على تاجر التجزئة (accipiens) لا على تاجر الجملة (tradens).

فضلاً عن ذلك لا يمكن تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه عقد بيع مستند الى وديعة سابقة ، بمعنى أن ثمة عقد وديعة ابتداءاً يمهد لأبرام عقد نهائي مستقل هو عقد بيع ، وذلك بمقتضى أيجاب مستمر من جانب المنتج حُدد فيه ثمن المبيع ، وينشأ عن عقد الوديعة التزام على التاجر بالمحافظة على الشيء ورده، فاذا قبل تاجر التجزئة (accipiens) الإيجاب أما لأنه وجد مصرفا لذلك الشيء، وأما لأنه أراد أن يحتفظ به لنفسه، فعندئذ ينعقد عقد البيع وتنقضي الوديعة وينشأ من عقد البيع التزام على التاجر بدفع الثمن [١].

ويرد جانب من الفقه[٢]،على التحليل الدقيق اعلاه انه لا يتفق مع نية المتعاقدين التي تهدف لغرض واحد واحد هو البيع وقبض الثمن، فيما عدا حق تاجر التجزئة (accipiens) في أن يرد الشيء في غضون مدة معينة اذا لم يستطيع بيع ذلك الشيء، ثم أن هذا التحليل من شأنه أن يجعل الهلاك على تاجر الجملة (tradens) قبل انعقاد البيع وهذا يخالف حكم عقد التصريف (contratto estimatorio) في الهلاك.

المطلب الثالث

تمييزه عن الوكالة

Il contratto estimatorio e del contratto di agenzia

عرفت المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصريف جائز معلوم)).

أي أن الوكالة هي نيابة ذي حق غير ذي امرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته[٣]، فالوكالة هي هي تفويض الغير اجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممن يملكه غير مشروط بموته [٤]، أي هي تسليط الشخص غيره على معاملة من عقد أو أيقاع أو ما من شؤونهما – كالقبض والاقباض – اذا كانت له سلطة على أيجادها مباشرة [٥].

---

[١] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ، ص ٤٠- ٤١.

[٢] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق، ص٤١.

[٣] ينظر: الامام ابي الضياء سيدي الخليل ، شرح الخرشي لمختصر الخليل ، ط٢ ، ج٦ ، المطبعة الاميرية الكبرى ، بولاق – مصر المحمية ،١٣١٧هـ ، ص ٦٨ .
كما عرفت مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٤٤٩) الوكالة بأنها ((الوكالة هي تفويض أحد في شغل الاخر ، واقامته مقامه في ذلك الشغل ، ويقال لذلك الشخص موكل ، ولمن اقامه وكيل، ولذلك الامر الموكل به)) ، ينظر : علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام (البيوع ، الاجارة ، الكفالة) ، ج١ ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ٥٢٤ . وينظر : الامام ابي الضياء سيدي الخليل ، شرح الخرشي لمختصر الخليل ،مصدر سابق ، ص ٦٨ .

[٤] ينظر : محمد عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م ، ص ٤٤ . وينظر : الدكتور سلطان بن ابراهم بن سلطان الهاشمي ، احكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، ط١ ، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م ، ص ٨٧.

[٥] ينظر : السيد علي السيستاني ، المسائل المنتخبة ، ط ٣ ، مطبعة مهر ، مؤسسة أل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ ما، ص ٣٥٣.
وعقد الوكالة هو من عقود التراضي في الأصل، وقد يكون عقداً شكلياً اذا كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي، وهو في الاصل من عقود التبرع ، فضلاً عن انه من عقود المعاوضة اذا أشترط الأجر صراحة أو ضمناً، وعقد الوكالة من العقود الملزمة للجانبين، ليس فحسب اذا أشترط أجر الوكيل، بل ايضاً فيما اذا كانت الوكالة تبرعاً ، ينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠ . وينظر : الدكتورة راقية عبد الجبار ، الوجيز في العقود المسماة (البيع و التامين والوكالة) ، ط١ ، مطبعة الوثيقة الخضراء ، ٢٠٠٤ م، ص ٣٣٦ – ٣٣٧ . وينظر : الدكتور عدنان ابراهيم السرحان ، العقود المسماة (المقاولة ، الوكالة ، الكفالة) ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦ م ، ص ١٠٢ – ١٠٥.

وعقد الوكالة من العقود غير اللازمة، حيث يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة، وذلك قبل اتمام التصرف القانوني محل الوكالة ، بل حتى قبل البدء فيه [١].

ويلتزم كذلك الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة للموكل، أي أن الوكيل يلتزم بموافاة الموكل في أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التي يقف منها على سير التنفيذ ، وأن يقدم للموكل بعد انتهاء الوكالة حساباً عن ذلك، لأنه نائب عن الموكل وقائم مقامه في الأمور الموكل بها [٢]، وذلك وفقاً للمادة (٩٣٦) من القانون المدني العراقي[٣] .

ويعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة ، فإذا هلك في يده بغير تعدٍ أو تقصير فلا ضمان عليه، واتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها، لأن يده نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع [٤]، وذلك طبقاً للمادة (٩٣٥) من القانون المدني العراقي[٥] .

نستخلص مما تقدم أن ثمة فروق جوهرية بين عقد التصريف (contratto estimatorio) وعقد الوكالة، الأمر الذي لا يمكن معه تكييف العقد محل البحث بأنه عقد بيع مقترن بوكالة ، وهذا يترتب عليه تحمل تاجر الجملة (tradens) تبعة البضاعة غير المباعة، كل هذا اذا كان رد البضاعة امراً الزامياً، أما اذا كان رد البضاعة امراً اختيارياً كان العقد بيعاً وتحمل تاجر التجزئة المخاطر التجارية للبضائع غير المباعة [٦].

الا أن هناك جانب من الفقه [٧] ، ذهب الى تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه وكالة على البيع، وصورة تخريج العقد على التصريف على انه وكالة :هو أن يوكل تاجر الجملة (tradens) (الموكل) تاجر التجزئة (accipiens) (الوكيل) في بيع هذه السلعة، ويأخذ الوكيل على بيع هذه السلعة أجرة لقاء تصريفه لهذه السلعة [٨]، وقد جزم البعض حيث قال ((اذا قبض السلع على انه

---

[١] ينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٣٤٢ . وينظر : المستشار انور طلبة ، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة) ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٤ م ، ص ٧ . وينظر : الدكتور عدنان ابراهيم السرحان ، مصدر سابق ، ص ١٠٥. وللمزيد من التفاصيل ينظر: ينظر : الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم ، الوكالة في ابرام العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ م ، ص ١٩ ، وينظر: الدكتورة الاء يعقوب النعيمي ، التزامات الوكيل التجاري تجاه الموكل بين القواعد العامة ومتطلبات التعامل التجاري ، دراسة مقارنة في القانون العراقي بالموازنة مع القانونيين الاماراتي والمصري ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد الرابع والثلاثون ، ١٤٢٩ هـ ، ٢٠٠٨ م ، ص٢٧٩ – ٢٨٠ .وينظر : الدكتور مروان محمد ابو فضة ، عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الاسلامية ، مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية) المجلد السابع عشر ، العدد الثاني ، جامعة القدس المفتوحة ، فلسطين ، ٢٠٠٩ م ، ص ٨٠٢ .وينظر : الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٤١٩ .

[٢] ينظر : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ص ٤٦١ ، وينظر : الدكتور مروان محمد ابو فضة ، المصدر نفسه ،ص ٨٠٣. وينظر : الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم ، المصدر نفسه ، ص ٢٠ ، وينظر : المستشار انور طلبة ، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة) مصدر سابق ، ص ١٥٧ . وينظر : الدكتور عدنان ابراهيم السرحان ، العقود المسماة (المقاولة والوكالة والكفالة) مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

[٣] حيث نصت على أن ((على الوكيل من وقت لأخر أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل اليها في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابا بعد انقضائها)).

[٤] ينظر : مروان ابو فضة ، مصدر سابق ، ص ٨٠٥.

[٥] حيث نصت على أن ((المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده فاذا تلف بدون تعدي لم يلزمه الضمان وللموكل ان يطلب أثبات الهلاك)).

[٦] الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ،ص ٩٥.

[٧] ينظر: محمد سعد بن فهد الدوسري ، مصدر سابق ، ص ٣٨١ ، وينظر : الدكتور حسن محمد كمال ، بضاعة الامانة ، مكتبة عين الشمس ، دار الجيل للطباعة ، الفجالة ، ١٩٧٥ م ، ص ٦ – ٩ . وينظر : الدكتور محمود الديب ، عقد البيع بيت الشريعة والقانون ، مصدر سابق ، ص ٥٠ – ٥١.

[٨] وهذا الوجه الذي ارتضاه الشيخ محمد ابن عثيمين ، حيث قال(اذا كان لابد ان يتصرف الطرفان فليعط صاحب السلعة بضاعته الى الطرف الاخر ليبيعها بالوكالة ،وليجعل له اجراً على وكالته فيحمل بذلك المقصود للطرفين فيكون الثاني وكيلا عن الاول بأجرة ولا بأس بذلك))، اشار الى ذلك الدكتور محمد بن سعد بن فهد الدوسري في بحثة العقد على التصريف ، مصدر سابق ، ص ٣٨١.

أمين، وتكون السلع بيده أمانه، اذ قال له المالك خذ هذه السلع كوكيل، وما بعت منها بمائة حسبناه من المال الذي اعطيتناه، وما بقي منها لم تبعه فأردده ونقبله منك، فلا مانع من ذلك))[١].

وذهب اتجاه فقهي مهم تمثل بكبار فقهاء القانون [٢]، الى أن عقد البيع يقترن بالوكالة في حالة تسمى (عقد التوزيع)، وفيه يسلم تاجر الجملة (tradens) أو صاحب مصنع الى تاجر التجزئة أو أحد المحلات التجارية بضائع أو منتوجات لتوزيعها، وذلك مقابل اجر معين يؤديه الاخير للأول، وتكييف العقد في هذه الحالة له اهمية بالغة تظهر بصفة خاصة من الناحية الجنائية، ذلك أن عقد الوكالة من عقود الامانة، ومن ثم توقع على الوكيل المبدد عقوبة خيانة الامانة، أما البيع فليس من عقود الامانة، وبذلك فأن تحديد الوصف القانوني الصحيح لهذا العقد يكون العبرة فيه بما انصرفت اليه أرادة المتعاقدين، وللقاضي أن يستعين في ذلك ببعض القرائن، فاذا أقتصر الامر على قيام الوكيل فقط بالتوزيع مقابل نسبة مئوية معينة، على أن يرد الى مالك الشيء أو منتجه ما تبقى لديه دون توزيع، فأن العقد يكون وكالة .

ونرفض التكييف القائل بأن عقد التصريف (contratto estimatorio) في هذه الحالة هو وكالة محضة للأسباب الاتية :

١ – لا يفرض العقد محل البحث (عقد التصريف) (contratto estimatorio) على تاجر التجزئة التزام بتقديم حساب الى تاجر الجملة (tradens)، بينما نرى أن هذا الالتزام في نطاق عقد الوكالة من الالتزامات الجوهرية التي يفرضها العقد على الوكيل[٣].

٢ – لا يجوز في نطاق عقد الوكالة أن يشتري الوكيل المال الموكل بيعه، وهذا ما ذهبت اليه محكمة تميز العراق بقرارها الذي جاء فيه ((ليس للوكيل أن يشتري المال الموكل ببيعه)) [٤] ، بينما نجد في نطاق عقد التصريف (contratto estimatorio) انه يجوز لتاجر التجزئة (accipiens) أن يشتري المال لنفسه[٥].

٣ – يتحمل تبعة الهلاك في عقد التصريف (contratto estimatorio) تاجر التجزئة(accipiens) ، بينما لا يتحمل الوكيل في نطاق عقد الوكالة تبعة هلاك المال الموكل ببيعه[٦].

فضلاً عن ذلك أن تاجر التجزئة (accipiens) له حرية في العمل وله مصلحة مباشرة، وهذا لا يتفق مع عقد الوكالة، حيث يكون الموكل هو صاحب المصلحة المباشرة، وهو الذي يتحمل تبعة الهلاك وهو الذي يعود عليه الكسب من العقد، ثم أن تاجر التجزئة ليس عليه الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل فلا يلتزم بأن يقدم حساباً، ثم انه يستطيع أن يكون طرفاً في العقد دون أن يخبر تاجر الجملة بذلك، وهذا مخالف للقواعد التي تحكم الوكالة المدنية ، واذا احتفظ الوكيل بالبضائع لنفسه، فلا يقال انه قد تعاقد مع نفسه، وإنما هو يستعمل حقه في الخيار بين دفع الثمن أو رد البضاعة، فهو اذ يدفع الثمن يعمل ما يحصل به تعيين المحل ، ولا يُعد عقداً جديداً، وعلى ذلك يجب الا يعتبر عقد التصريف (contratto estimatorio)عقد وكالة [٧].

وتظهر أهمية المسألة من الناحية الجنائية، فإذا اعتبرنا عقد التصريف (contratto estimatorio) عقد وكالة، ثم لم يدفع تاجر التجزئة (accipiens) الثمن أو لم يرد البضاعة أمكن اعتباره مرتكباً لجريمة

---

[١] ينظر : الدكتور محمد بن فهد الدوسري ، مصدر سابق ، ص ٣٨١

[٢] ينظر : الدكتور محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٥٠-٥١ وينظر: الدكتور محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، مصدر سابق ،ص ٢٢ .وينظر: الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،مصدر سابق، ص ٣٥١.وينظر:الدكتور سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني(العقود المسماة)،مصدر سابق،ص٣٢-٣٣.وينظر:الدكتور توفيق حسن فرج، عقد البيع ،مصدر سابق،ص٤٦-٤٧ .وينظر: الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع والايجار)،مصدرسابق،ص٣٩-٤٠ .وينظر: الدكتور ابراهيم السرحان ،شرح القانون المدني(العقود المسماة)،مصدر سابق، ص ١١٠-١١١.

[٣] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٩٥.

[٤] ينظر :قرار محكمة تميز العراق المرقم ١٤٩-تنفيذ-١٩٧٥ بتاريخ ٤|٥|١٩٧٥،مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السنة السادسة،١٩٧٥م،ص٣٥.

[٥] ينظر : الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٩٥.

[٦] ينظر: الدكتور طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص ٩٥.

[٧] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق ، ص٤٠.

التبديد، وفقا للمادة (٤٥٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل [١]، أما اذا اعتبرناه ملزماً بالرد أو بدفع الثمن فلا يكون ملزماً بتقديم حساب، ولا يجوز اعتباره مرتكباً لجريمة التبديد، بل يقتصر الامر على مجرد عدم تنفيذ العقد، أي عدم دفع الثمن، وكل ما يجوز عمله هو أن ترفع دعوى مدنية موضوعها المطالبة بالتنفيذ لا دعوى جنائية موضوعها التبديد[٢].

ولا يجوز كذلك اعتبار عقد التصريف (contratto estimatorio) عقد وكالة بالعمولة، ذلك أن الوكيل بالعمولة يلتزم بمراعاة تعليمات موكله، فيجب عليه أن يقدم له حساباً، أما تاجر التجزئة في العقد محل البحث لا يلتزم بشيء من هذا، واذا كان الوكيل بالعمولة ملزماً بخطئه، فأنه لا يلتزم بتحمل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، في حين أن تاجر التجزئة (accipiens) لا يلتزم بذلك ، ويعتبر هذا تطبيقاً لقواعد الالتزام التخييري التي تقضي بأنه اذا هلك أحد الشيئين أصبح المدين ملزماً بتقديم الشيء الاخر، ومعلوم أن الشيء الاخر هنا هو الثمن وهو مبلغ من النقود، فهو لا يهلك لان المثليات لا تهلك [٣].

فضلاً عن ذلك ، فقد ذهب جانب من الفقه [٤] ، الى التمييز بين عقد التصريف (contratto estimatorio) (عقد البيع المشروط) وعقد الوكالة بالعمولة، بمناسبة تمييز عقد الوكالة بالعمولة عما يشتبه به من عقود اخرى، حيث يتم عقد البيع المشروط (عقد التصريف) (contratto estimatorio) بين تاجر الجملة (tradens) من جهة وتاجر التجزئة (accipiens) من جهة اخرى، فيتفقان على أن يعيد تاجر التجزئة الى تاجر الجملة (tradens) البضاعة التي أخذها المشتري، ولم يستطع تصريفها، كما هو الامر في عقود البيع التي تجريها المكتبات ومحلات توزيع الصحف والمجلات ، حيث يشترط صاحب المكتبة أن يرد الى البائع (ادارة المجلة أو الصحيفة)، مالم يتمكن من بيعه ، وفي عقد البيع المشروط لا يعتبر تاجر التجزئة وكيلاً بالعمولة، لأنه يبيع لحسابه الخاص، وليس لحساب تاجر الجملة، وبالتالي لا يتمتع بضمانات الوكيل بالعمولة .

نستخلص مما سبق- وهذا هو رأينا- أن عقد التصريف (contratto estimatorio) هو عقداً قائماً بذاته من نوع خاص ، فلا هو وديعة ولا هو بيع ولا هو مزاج من هذين العقدين ، هو عقد جديد في الصياغة القانونية ، وهو عقد واحد ، وهو عقد عيني لا ينعقد دون تسليم ، وهو عقد ينقل الملكية ولكن في وقت لاحق ولا يدفع فيه الثمن الا اذا بيع الشيء ،ولتاجر التجزئة (accipiens) أن يرد هذا الشيء في أجل معين اذا لم يستطع بيعه ، وهو عقد معاوضة [٥].

وبذلك هو عقد يتميز بأنه ينشئ التزاماً تخييرياً ، يستبعد كل رقابة من جانب تاجر الجملة (tradens) على نشاط تاجر التجزئة (accipiens) ، فلا هو وكالة عادية ولا هو وكالة بالعمولة [٦].

---

[١] حيث نصت على أن((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او بإحدى هاتين العقوبتين من اشترى مالا منقولا احتفظ البائع بملكيته الى ان يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفا يخرجه من حوزته دون اذن سابق من البائع ،ولا تقام الدعوى الا بناء على شكوى البائع وتنقضي الدعوى بتنازل البائع عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها، ويوقف تنفيذ الحكم فيها اذا حصل التنازل بعد صدور الحكم)).

[٢] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مصدر سابق، ص ٤٠.

[٣] ينظر : الدكتور عبد الحي حجازي ،العقود التجارية، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

[٤] ينظر: الدكتورة سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، مطبعة جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٨٧ م، ص ٣٦، وينظر: الدكتور الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة،ج٨،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان،٢٠٠٨م، ص ٢١١ .

[٥] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية مصدر سابق ، ص٤٢ .

[٦] ينظر: الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية مصدر سابق، ص٤٢.

الـخـاتـمـة

يمكن لنا أن نلخص النتائج التي خرج بها البحث وكالاتي:

١-أختلف فقهاء القانون في تكييف عقد التصريف(contratto estimatorio) ، حيث ذهب جانب من الفقه الى انه عقد بيع معلق على شرط واقف ، في حين انه ليس كذلك ، لان اعتبار العقد محل البحث عقد بيع معلق على شرط واقف سوف يؤدي الى أن تكون تبعة الهلاك على تاجر الجملة(tradens) ، في حين أن تبعة الهلاك على تاجر التجزئة (accipiens)، ولا يمكن كذلك اعتبار العقد محل البحث عقد بيع معلق على شرط فاسخ ، ذلك أن تاجر الجملة (tradens) يحتفظ بملكية البضاعة التي سلمها لتاجر التجزئة (accipiens)، فضلا عن عدم دفع تاجر التجزئة (accipiens) ثمن البضاعة فورا حال تسلمها.

٢- عقد التصريف (contratto estimatorio)، وأن كان اقرب عقد له هو عقد البيع ، الا انه ليس بعقد بيع ، ذلك أن عقد البيع هو عقد رضائي ينعقد بمجرد تراضي طرفيه ، في حين أن العقد محل البحث (contratto estimatorio) هو عقد عيني لا ينعقد الا بالتسليم.

٣-كذلك ذهب جانب من الفقه الى تكييف عقد التصريف(contratto estimatorio)، بانه عقد وديعة، وهذا لا يجوز، ذلك أن المودع لديه ملزم بالمحافظة على الوديعة وردها بعينها، وبذلك لا يجوز للمودع لديه أن يتصرف بالوديعة، في حين أن تاجر التجزئة (accipiens) له الحق في التصرف بالبضاعة محل العقد دون قيد أو شرط، فضلا عن أن تبعة هلاك الوديعة تكون على المودع ، في حين أن تبعة هلاك البضاعة محل العقد تكون على تاجر التجزئة (accipiens) ولو كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد له فيه .

٤-وذهب جانب من الفقه الى تكييف عقد التصريف (contratto estimatorio)، بأنه عقد وكالة أو وكالة بالعمولة ، وهذا غير جائز، ذلك أن تبعة الهلاك في عقد الوكالة تكون على الموكل، في حين أن تبعة الهلاك في العقد محل البحث تكون على تاجر التجزئة(accipiens)، ولا يمكن كذلك بأن العقد محل البحث هو عقد وكالة بالعمولة ، ذلك أن الوكيل بالعمولة ملزم بمراعاة تعليمات الموكل ، وتاجر التجزئة (accipiens) لا يلتزم بشي من هذا.

٥-عقد التصريف (contratto estimatorio) من العقود الجائز التعامل بها شرعا وقانونا، ذلك أنه عقد غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ، فضلا عن خلو العقد محل البحث من الغرر والجهالة ، فهذا تاجر جملة (tradens) يريد تصريف أكبر عدد ممكن من بضاعته ، فيقوم بتوزيعها على تجار التجزئة، مع تحديد سعر البضاعة ومدة تصريفها، وهذا تاجر تجزئة (accipiens) لا يملك ثمن البضاعة ، فيتسلم البضاعة من تاجر الجملة (tradens) ويتحمل تبعة هلاكها ،بغية تصريفها ، ومكسبه هو فرق الثمن بين السعر الذي جدده تاجر الجملة (tradens) والسعر الذي يبيع به تاجر التجزئة(accipiens).

٦-لا يمكن القول كذلك بأن عقد التصريف (contratto estimatorio) بأنه عقد شركة ، ذلك أن نية الشراكة منتفية عند طرفي العقد محل البحث.

٧- عقد التصريف (contratto estimatorio) هو عقد عيني خاص ، فلا هو عقد وديعة ولا عقد بيع ولا هو مزيج من هذين العقدين، ولا هو عقد وكالة ولا وكالة بالعمولة ، ولا عقد شركة ، بل هو عقد جديد في الصياغة القانونية وهو عقد واحد غير مركب، ينقل الملكية لكن في وقت لاحق.

المصادر

اولا : القران الكريم

ثانيا : مصادر الفقه الإسلامي واللغة العربية

١- ابي اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، تحقيق ، د. محمد الزحيلي ، ط١ ، ج٣ ، دار العلم ، بيروت ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ، ص١٤ .

٢- ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير ، ط١ ، ج٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

٣- ابي منصور الحسن بن يوسف المطهر الاسدي العلامة الحلي ، قواعد الاحكام ، كتاب المتاجر ، ط١،ج٢ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤١٨ هـ

٤- الامام ابي الضياء سيدي الخليل ، شرح الخرشي لمختصر الخليل ، ط٢ ، ج٦ ، المطبعة الاميرية الكبرى ، بولاق – مصر المحمية ،١٣١٧هـ.

٥- الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ط١ ، ج٥ ، دار الكتب العالمية ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م.

٦- السيد علي السيستاني ، المسائل المنتخبة ، ط ٣ ، مطبعة مهر ، مؤسسة أل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ م

٧-شمس الدين السرخسي ، المبسوط، ط١ ،ج١٢ ،دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

٨- شمس الدين السرخسي،المبسوط ، كتاب البيوع ، ج١٣ ،دار المعرفة – بيروت ،١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

٩- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي،الذخيرة ، ط١ ، ج٥ ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ م.

١٠- الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، ط١ ، ج٤ ، الناشر – مكتبة الصبيكان، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦.

١١- العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع، باب تعليق الطلاق بالشروط ، ج ٥ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

١٢- علي بن ابي بكر بن عبد الله الجليل المرغناني ، الهداية في شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ، دار احياء التراث العرابي.

١٣- موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ، المغني ، ط١ ، ج٦ ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤٠٦ – ١٩٨٦ م .

ثالثا : المصادر القانونية

١- حارث طاهر علي الدباغ ، البيع بالتقسيط ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل – كلية القانون ، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

٢- حمليل نوارة، عقد البيع بالإيجار، جامعة تيزي وزو، مجلة الباحث، العدد ٥، ٢٠٠٧ م

٣- دانا حمه باقي عبد القادر ، عقد التأجير التمويلي ، (مفهومه وطبيعة القانونية) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٤ ، العدد ٥١ ، السنه ١٦ ، ٢٠١١ م.

٤- الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الايجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، جامعة الامارات العربية المتحدة – كلية الشريعة والقانون ، المؤسسات المالية والاسلامية ، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر.

٥- الدكتور إبراهيم دسوقي أبو اليل،البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، ط٤ ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ م .

٦- الدكتور احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ، السنة الحادية عشرة ، يناير ، ١٩٦٩ م.

٧- الدكتور الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة،ج٨،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان،٢٠٠٨م.

٨- الدكتور انور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠ م.

٩- الدكتور توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٧٩ م .

١٠- الدكتور جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع – الايجار – المقاولة) ، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززه بالقرارات القضائية ، العاتك لطباعة الكتب ، القاهرة .
١١- الدكتور جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ١ج ، دار النهضة العربية .
١٢- الدكتور حسام الدين بن موسى ، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة ، ط١ ، ج٣ ، دار الطيب للطباعة والنشر ، فلسطين ، ٢٠١٢ م .
١٣- الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام ، الجامعة المستنصرية ، بغداد ، ١٩٧٦ م
١٤- الدكتور حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة (عقد البيع) ، مطبعة النهضة الجديدة ، بغداد ، ١٩٨٦ م .
١٥- الدكتور حسن علي الشاذلي ، الايجار المنتهي بالتمليك ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي ، المجلد ٤ ، العدد ٥ ، ١٤٠٩هـ.
١٦- الدكتور درع حماده ، البيع الايجاري ، دراسة مقارنة ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ م .
١٧- الدكتور سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والايجار ، ط٢ ، ج١ ، مطبعة العاني – بغداد ١٩٧٠ م .
١٨- الدكتور سلطان بن ابراهيم بن سلطان الهاشمي ، احكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، ط١ ، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م.
١٩- الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، العقود المسماة (عقد البيع ، عقد الكفالة) ط٥ ، ج٣ ، المجلد الأول ، دار الكتب القانونية ، شتات ، مصر ، ١٩٩٠م.
٢٠- الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، احكام الالتزامات والعقود التجارية (العقود التجارية المعنية) ، ط٤ ، بغداد ، ١٣٨١ هـ - ١٩٦٢ م .
٢١- الدكتور طارق كاظم عجيل ، المطول في شرح القانون المدني في عقد البيع (انعقاد العقد) ، ج١ ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ، ٢٠١٣ م .
٢٢- الدكتور عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع و الايجار) ، دراسة مقارنة معززه بالتطبيقات القضائية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م .
٢٣- الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي – بغداد ، ١٩٥٦ م .
٢٤- الدكتور عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي – بغداد ، ١٩٥٦ م .
٢٥- الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مطبعة نهضة مصر ، الفجالة ، ١٩٥٤ م .
٢٦- الدكتور عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مطبعة نهضة مصر ، الفجالة ، ١٩٥٤ م .
٢٧- الدكتور عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، عقد البيع ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ م .
٢٨- الدكتور عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، عقد البيع ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ م .
٢٩- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧ ، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة الناشر للمعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م.
٣٠- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية) ، البيع والمقايضة ، ج٤ ، المجلد الأول ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٦٠ م .
٣١- الدكتور عبد العزيز شافي ، عقد الليزنغ ، ج١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٤ م.
٣٢- الدكتور عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي،٢٠١٢م.
٣٣- الدكتور عبد الله ناصر السلمي ، عقد التصريف ، مجلة العدل ، العدد ٣٨ ، ١٤٢٩ هـ .

٣٤- الدكتور عدنان ابراهيم السرحان ، العقود المسماة (المقاولة ، الوكالة ، الكفالة) ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٦ م.
٣٥- الدكتور غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع) ،ج١ ،مطبعة المعارف – بغداد ، ١٩٦٩- ١٩٧٠ م .
٣٦- الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن مدنيا - جنائيا ، منشأة توزيع المعارف
٣٧- الدكتور محمد احمد عبد الرحمن الزرقا ، جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط ، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون ، ط١ ، دار النهضة العربية، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.
٣٨- الدكتور محمد بن سعد بن فهد الدوسري ، العقد على التصريف (دراسة فقهية) ، مجلة العلوم الشرعية ، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية .
٣٩- الدكتور محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ م.
٤٠- الدكتور محمد دفيش محمود الجميلي ، حكم البيع بالتقسيط في الفقه الإسلامي ، كلية الشريعة – قسم الفقه ، مجلة الجامعة العراقية ، العدد (٣/٢٨) .
٤١- الدكتور محمد عبدالله ابو هزيم ، أحكام الثمن في عقد البيع، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦ م.
٤٢- الدكتور محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط٦ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ م .
٤٣- الدكتور محمد عقلة الابراهيم ، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون ، ط١ ، مكتبة الرسالة الحديثة ، الاردن – عمان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م
٤٤- الدكتور محمد كامل مرسي بك، العقود المدنية الصغيرة،ط٢،مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده،مصر،١٣٥٧ هـ-١٩٣٨م.
٤٥- الدكتور محمود الديب ، عقد البيع بين الشريعة والقانون ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٠م .
٤٦- الدكتور مروان محمد ابو فضة ، عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الاسلامية ، مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية) المجلد السابع عشر ، العدد الثاني ، جامعة القدس المفتوحة ، فلسطين ، ٢٠٠٩ م.
٤٧- الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم ، الوكالة في ابرام العقد الاداري، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ م.
٤٨- الدكتور مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٨ م.
٤٩- الدكتور منذر الفضل ، شرح القانون المدني الاردني، العقود المسماة، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥ م.
٥٠- الدكتور نزيه حماد ، عقد الوديعة في الشريعة الاسلامية ، ط١ ، مطبعة الدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٣ م
٥١- الدكتورة راقية عبد الجبار ، الوجيز في العقود المسماة (البيع و التامين والوكالة) ، ط١ ، مطبعة الوثيقة الخضراء ، ٢٠٠٤ م .
٥٢- الدكتورة سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، مطبعة جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٨٧ م .
٥٣- الدكتورة ليلى عبدالله سعيد، الاختلاف في رد الوديعة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونيين المدني والاثبات العراقي، جامعة الموصل-كلية القانون.
٥٤- الدكتورة نادية محمد عوض، عقد الايداع في المستودعات العامة طبقا للقانون التجاري الجديد ، جامعة حلوان – كلية الحقوق ، ٢٠١١ م.
٥٥- الدكتورة هناء محمد الحنيطي وخولة عبدة وحنان القضاة ، البيع التدريجي في الاجارة المنتهية بالتمليك، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الثاني ، جامعة عجلون الوطنية ، ٢٠١٣م.
٥٦- ساكار صباح ياسين كريم ، الخيانة في بيوع الأمانة ، رسالة ماجستير ، جامعة السليمانية – كلية القانون والسياسة ، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م .

٥٧- سعد بن عبد الله السبر ، التأجير المنتهي بالتمليك ، فقه مقارن المعهد العالي للقضاء ، ١٤٢٩ هـ ، ص ٢٣ منشور على موقع الالكتروني http//: www. She mela . ws تاريخ الدخول ١٧ / ٨ / ٢٠١٦ الساعة الواحدة صباحاً .
٥٨- سليمان تركي التركي ، بيع التقسيط واحكامه ، ط١ ، دار اشبيليا للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية – الرياض ، ١٣٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .
٥٩- صفاء عمر خالد بالعاوي ، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية – كلية الدراسات العليا ، ٢٠٠٥ م.
٦٠- عبدالله وهدان واحمد نوفل ، أحكام بيع التقسيط في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد ٢٧(٢)، قسم الفقه والتشريع ،كلية الشريعة ، فلسطين، ٢٠١٣ م.
٦١- عدنان محمد سليم سعد الدين ، بيع التقسيط وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه الاسلامي ، جامعة دمشق – كلية الشريعة.
٦٢- عز الدين طوجة ، ادوات الاستثمار الاسلامي ، ط١ ، دلة البركة ، السعودية ، ١٩٩٣ م .
٦٣- علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة ، التكيف القانوني لعقد الايجار التمويني ، دراسة مقارنه ، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ م
٦٤- علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام (البيوع ، الاجارة ، الكفالة) ، ج١ ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .
٦٥- فهد بن علي ال حسون ، الايجار المنتهي بالتمليك في الفقه الاسلامي ، مكتبة مشكاة الاسلامية ، ١٤٢٦ هـ ، منشور على الموقع الالكتروني lib/wwwsaaed.net
٦٦- لدكتور عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني ، العقود المالية المركبة (دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية) ، ط١،دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، الرياض – المملكة العربية السعودية ،١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م ا.
٦٧- لقاء جليل عيسى ، عقد الوديعة للعصر البابلي القديم ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية ، المجلد ١١ ، العدد ١ ، ٢٠١١ م.
٦٨- محمود محمد علي حمود ، بيع التقسيط وتطبيقاته المعاصرة ، رسالة ماجستير- الجامعة الاسلامية العالمية ، ماليزيا ، ٢٠٠٦ م.
٦٩- المستشار انور طلبة ، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة) ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠٠٤ م.

رابعا : المصادر الايطالية

1- COTTINO,Del contratto estimatorio. Della Somministrazione, in Comm. del cod. civ., a cura di .
2- SCIALOJA BRANCA, Libro IV, Delle Obbligazioni, Bologna, 1970;(458(. VISALLI, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p(541).
3- GRAZIADEI, voce Contratto estimatorio, in Digesto IV, Discipline privatistiche, sezione commerciale, IV, Torino, 1989,p(106).
4- Renato Disa da Sorrento , contratto estimatorio .