
الباب الثاني:

أركان الشركة

وفيه تمهيد وأربعة فصول:

- الفصل الأول: العاقدان.
 - الفصل الثاني: الصيغة.
 - الفصل الثالث: المحل.
 - الفصل الرابع: أركان الشركة الخاصة.
-

تمهيد

٣٦- أركان الشركة ثلاثة:

العاقدان، والصيغة، والمحل.

عقد الشركة كغيره من العقود، يقوم على أركان وشروط، يتوقف عليها انعقاده وصحته، ولا يكاد يختلف في أركانه وشروطه العامة عن عقد البيع، إلا فيما تستلزمه طبيعة عقد الشركة.

فالعاقدان ركن واحد، والمراد بهما طرفا العقد؛ الموجب والقابل، وإن تعدد الموجب، أو تعدد القابل.

والصيغة: هي الإيجاب والقبول.

والمحل: هو المعقود عليه، سواء أكان المال، أم المال والعمل، أم العمل فقط.

وقد تابعت في هذا ما ذهب إليه بعض المالكية، وبعض الشافعية في أركان الشركة؛ حيث قالوا: أركان الشركة ثلاثة: العاقدان، والصيغة، والمحل^(١). وبما ذهب إليه الحنابلة في البيع؛ حيث قالوا: أركانه ثلاثة: عاقد، ومعقود عليه، وصيغة^(٢).

(١) بلغة السالك (١٦٥/٢)، الشرح الصغير (١٦٥/٢)، فتح العزيز (٤٠٤/١٠)، روضة الطالبين (٢٧٦/٤).

(٢) كشف القناع (١٤٦/٣)، شرح منتهى الإرادات (١٤٠/٢).

وقال بعض المالكية: أركان الشركة أربعة: العاقدان، والصيغة، والمحل، فاعتبروا العاقلين ركنين^(١).

وقال بعض الشافعية، أركانها خمسة: عاقدان، ومعقود عليه، وعمل، وصيغة^(٢)؛ حيث اعتبروا العاقلين ركنين، والمال والعمل ركنين.

وقال الحنفية: للشركة ركن واحد، هو الصيغة^(٣).

والقانونيون يعبرون عن الأركان بالعناصر أحياناً، وبالشروط أحياناً أخرى، واختلفوا في تحديد الأركان والشروط، وذهبوا إلى أن للشركة أركاناً خاصة، تفهم من تعريفها، وأركاناً عامة، باعتبارها عقداً من العقود^(٤).

والأركان الموضوعية العامة عندهم، هي: الرضا، والأهلية، والمحل، والسبب^(٥).

وكثير من القانونيين يعتبر الأهلية شرطاً في العاقلين^(٦)، ويقصر الأركان على الرضا، والمحل، والسبب^(٧).

(١) مواهب الجليل (١٢٣/٥).

(٢) تحفة المحتاج (٥/٥)، حاشية البجيرمي (٤١/٣).

(٣) رد المحتار لابن عابدين (٣/٣٣٦)، شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز (ص ٦٥٤)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٨١/٥).

(٤) ذكر مؤلفو كتاب شركات الأشخاص والأموال علماً وعملاً في (ص ٨)، أن الرضا من العناصر القانونية، وفي (ص ١٥، ١٦) أنه من شروط صحة تكوين الشركات، وهي عبارات غير محددة المعنى، ولا مستقرة فيما يراد منها.

(٥) الشركات لكامل ملش (ص ٩)، الشركات لعلي حسن يونس (ص ٣٠-٣٦)، الموجز في القانون التجاري لمحسن شفيق (١٤٥/١) وما بعدها، ومحاضراته (ص ١٤٦)، الشركات للبابلي (ص ١٧)، الشركات التجارية في القانون الكويتي (ص ٣٥)، شرح قانون الشركات العراقي للدكتور خالد الشاوي (ص ٥٢)، القانون التجاري للدكتور محمد فريد العريني (ص ٢٢٦).

(٦) الوسيط (٥/٢٥٠)، الوجيز لمصطفى طه (١/١٦٧).

(٧) الوسيط (٥/٢٤٤)، الوجيز لمصطفى طه (١/١٦٧).

والأركان الخاصة عندهم هي تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، والاشتراك في الأرباح والخسائر، وقصد الاشتراك^(١).

وهناك اختلافات شكلية عند الفقهاء والقانونيين، فبعضهم يجعل الركن هو الصيغة، وبعضهم يسميها الإيجاب والقبول، وآخرون يسمونه الرضا، وهي جميعها تنضوي تحت معنى واحد.

أما الحنفية فقد اقتصروا على الصيغة، اعتقاداً منهم بأن كلاً من العاقدین والمحل يفهم من الصيغة بطريق الالتزام، ولكن الالتزام لا يكفي في مقام بيان الأركان، مع أن صاحب البدائع أشار إلى هذه الأركان في عقد البيع^(٢).

فالراجح أن الصيغة أحد الأركان الثلاثة، وليست هي وحدها الركن.

وقد رأيت اختيار الأركان السابقة، وهي العاقدان، والصيغة، والمحل؛ لأن الركن في الفقه الإسلامي هو ما توقفت عليه الماهية، وكان جزءاً منها، والشرط ما توقفت عليه الماهية، وكان خارجاً عنها^(٣).

وبعض ما ذكره القانونيون يتفق مع ما قدمته، وبعضه هو من شروط الشركة، والبعض الآخر يمكن احتواؤه ضمن الأركان، أو جعله من شروط الأركان، وبعضها من أحكام الشركة.

فالمحل هو محل العقد عند الفقهاء، وهو ركن عند الجميع، لكن المراد منه عند الفقهاء، غير المراد منه عند القانونيين، والسبب شرط في الشركة، وركن عند القانونيين، وهو عند الفقهاء بمعنى غير المعنى الذي يريده القانونيون، كما سنوضح ذلك عند الكلام على السبب.

(١) الوجيز لمصطفى طه (١/١٦٧).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٧م) الإمام بالقاهرة.

(٣) أصول الفقه، للشيخ عبد الوهاب خلاف (ص ١١٨)، الناشر علي يوسف.

أما الرضا عند القانونيين فتقابل به الصيغة في عرف الفقهاء؛ لأنه خفي، وهي دالة عليه، لكن يشترط فيه ألا يكون مشوباً بغش أو تدليس أو غلط أو إكراه، أما الأهلية فهي شرط في العاقدين، وكذلك تعدد الشركاء شرط في العاقد، بمعنى أنه يشترط في العاقد تعدد الشركاء، عند من لا يقول بشركة الرجل الواحد، وأما تقديم الحصص فهو شرط من شروط محل الشركة، بمعنى أن يقدم كل شريك ما يخصه مما اتفق عليه.

أما قصد الاشتراك فهو ركن عند القانونيين، وليس بركن ولا شرط عند الفقهاء، والصيغة وتقديم الحصص منبئان عن القصد، وسنوضحه إن شاء الله.

أما الاشتراك في الربح والخسارة، فالنص عليه شرط في صحة عقد الشركة، والاشتراك نفسه حكم من أحكام الشركة، وأثر مترتب عليها.

الفصل الأول:

العاقدان

٣٧- المراد بالعاقدين طرفا العقد، أي الموجب والقابل، وإن تعدد الموجب، أو تعدد القابل.

● المبحث الأول

شرط العاقدين الأهلية

٣٨- لكي يمكن للشخص أن يباشر عقد الشركة بدون حاجة إلى إذن الولي، يجب أن تتوفر له أهلية الأداء الكاملة؛ وهي ما يتحقق معها صحة الأداء والتكليف به^(١). وتكون بالعقل والبلوغ، ويشترط كذلك الرشد، وسيأتي تفصيله.

وقد اتفق الفقهاء على أن شروط أهلية عاقد الشركة، هي أن يملك أهلية التوكيل والتوكل؛ لأن كلاً منهما وكيل عن الآخر، فإن كان أحدهما المتصرف، اشترط فيه أهلية التوكل، وفي الآخر أهلية التوكيل^(٢).

(١) تيسير التحرير، لمحمد أمين (٢/٢٥٣)، فصحة الأداء بمعنى أن التصرفات إذا صدرت من الشخص ترتبت عليها آثارها، من غير توقف على إذن الولي، كما لو صدرت من البالغ، أو مع التوقف على الإذن لو صدرت من الصبي المميز، والتكليف بالأداء بمعنى إلزام الشارع إنما يتحقق في حق البالغ العاقل.

(٢) رد المحتار (٣/٣٣٧)، مواهب الجليل (٥/١١٨)، الشرح الكبير للدردير (٣/٣١٣)، تحفة المحتاج (٥/٦)، فتح العزيز (١٠/٤٠٤)، والحنابلة وإن لم ينصوا على أنهم يشترطون في أهلية عاقد الشركة أهلية التوكيل والتوكل، فقد نصوا على أنه يشترط أن يكون العاقد جازئ التصرف في المال كالبيع، إلا أنهم يلتقون مع جمهور الفقهاء في اشتراط أهلية التوكيل والتوكل، فقد قالوا، كل من صح تصرفه في شيء بنفسه صح أن يوكل فيه، وقالوا، تصح الوكالة من الصبي المراهق إذا أذن له الولي؛ لأنه ممن يصح =

وزاد الحنفية في شركة المفاوضة، والحنابلة في شركة الوجوه، أن يكون للشركاء أهلية الكفالة^(١).

وأهلية التوكيل تتحقق عند الفقهاء بصحة التصرف ونفاذه، فكل من صح تصرفه ونفذ في شيء بنفسه صح أن يوكل فيه، وهو عند الشافعية الحر البالغ الرشيد^(٢)، وعند الأئمة الثلاثة: الحر البالغ الرشيد، أو الصبي المميز المأذون له بالتجارة^(٣).

وأهلية التوكيل تكون عند غير الشافعية بالتمييز، إذا كان المميز يعقل العقد^(٤)، وزاد الحنابلة أن يكون التوكيل بإذن وليه^(٥).

أما الشافعية فلا يجوز عندهم توكيل الصبي المميز، ويشترط في التوكيل عندهم أن يصح منه مباشرة ما وكل فيه لنفسه، بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً^(٦).

= تصرفه، ولأن الشركة عندهم مبناها على الوكالة. انظر، المغني (٥/٧٢ و ٧٣)، الكشاف (٣/٤٦٣ و ٤٩٦ و ٤٩٧ و ٤٩٩).

(١) البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٥/١٨٣)، بدائع الصنائع (٦/٦١)، كشاف القناع (٣/٥٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٣٩).

(٢) المذهب للشيرازي (١/٣٤٩)، المجموع (١٣/٥٤٤)، روضة الطالبين (٤/٢٩٧).
(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للحصكفي، بحاشية ابن عابدين (٤/٤٠٠)، كشاف القناع (٣/٥٧٤ و ٥٨٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٩٧)، مجلة الأحكام الشرعية (م ١٤٩٢)، المغني (٥/٧٢ و ٧٣)، مواهب الجليل (٥/١١٨)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/٣١٣)، الفقه على المذاهب الأربعة (٣/١٦٩ و ١٧٠).

(٤) فتح القدير (٧/٥١١)، الدر المختار (٤/٤٠٠)، مواهب الجليل (٥/١١٨ و ١١٩)، وقد أحال على البيع فانظر، كتاب البيع (٤/٢٤١)، الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري (٣/٣٧٠).

(٥) المغني (٥/٧٣)، كشاف القناع (٣/٤٦٣).

(٦) المجموع (٣/٥٤٤ و ٥٤٥)، روضة الطالبين (٤/٢٩٨)، مغني المحتاج (٢/٢١٨)، الفرق بين أهلية التوكيل والتوكل، أن أهلية التوكيل أقوى؛ حيث لا تصح إلا ممن يملك التصرف، أما أهلية التوكل فيشترط لها أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد، فلا تصح من الصبي غير المميز أو من المجنون، ويصح أن يوكل الصبي المميز في التصرفات المالية، كالبيع والإجارة والشركة، والأصل أنه لا ينفذ عقده إلا بإذن الولي، إلا أنه في هذه الصورة يكون الإذن من الموكل؛ لأن المال ماله وقد أذن فيه، إلا أن الحنابلة يشترطون إذن الولي. ومثله ما جاء في الشرح الكبير للدردير (٣/٥) «وشرط لزومه.. تكليف ورشد وطوع في بيع متاع =

٣٩- والقانونيون يفرقون بين شركات الأموال، وشركات الأشخاص، ففي شركات الأموال، ومنها شركة المساهمة، يشترط في عاقد الشركة أن يكون أهلاً للالتزام والتصرف، ومثلها الشركة المدنية^(١).

والمراد بأهلية التصرف: هو أن يكون العاقد بالغاً رشيداً^(٢) أو قاصراً مأذوناً له من المحكمة بالالتجار^(٣)، فيلتزم بموجب عقد الشركة، بنقل ملكية حصته إلى الشركة^(٤)، واشتراط أهلية الالتزام؛ لأن الشريك يلتزم بديون الشركة في حدود حصته^(٥)، إذا كانت شركة أموال، ماعدا الشريك المتضامن في شركة التوصية بالأسهم، فإنه يلتزم بديون الشركة في جميع أمواله^(٦).

وفي شركات الأشخاص؛ كشركة التضامن، والتوصية البسيطة يشترط أهلية التجارة^(٧).

= نفسه، وأما في بيع متاع غيره وكالة فلا يتوقف على التكليف، ويلزم بيعه من غير إذن موكله، لأن إذنه له أولاً في البيع كاف.

(١) التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية، يقوم على طبيعة العمل الذي أنشئت الشركة من أجله؛ فإن كان هذا العمل مدنياً كانت الشركة مدنية، وإن كان تجارياً كانت الشركة تجارية، فلا أهمية إذن لصفة الشركاء فيها. فقد تكون الشركة مدنية وجميع الشركاء من التجار. وقد تكون تجارية وجميع الشركاء فيها من غير التجار... والشركة التي تقوم لمباشرة عمل تجاري يتعين عليها أن تتخذ شكلاً من الأشكال المقررة في القانون التجاري، والشركة التي تقوم لمباشرة عمل مدني، يكفي لتكوينها تكويناً صحيحاً أن تتحقق فيها الشروط المقررة في القانون المدني، كشركات تقسيم الأراضي، وشركات استغلال المباني، ولم يشترط القانون لها شكلاً مرسوماً، كما هو الأمر بالنسبة للشركات التجارية) أحكام القانون التجاري، للدكتور محمد سامي مذكور (ص ١٣٥ و ١٣٦ و ١٧٧) مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر سنة ١٩٧٠ م.

(٢) الوجيز في القانون التجاري لمصطفى كمال طه (١/١٦٨)، ويختلف تحديد سن الرشد من بلد إلى آخر عند القانونيين.

(٣) النظام التجاري السعودي د. سعيد يحيى (ص ١٢٥ ط / ٤).

(٤) الشركات التجارية لعلي يونس، (٣٣).

(٥) المصدر السابق.

(٦) الوسيط (٥/٢٥١).

(٧) الوسيط (٥/٢٥٠)، الشركات لعلي حسن يونس، ٣٣، دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (١/٢١) وما بعدها.

وأهلية التجارة هي ما يقتضيه التضامن في هذه الشركات، من كون كل واحد من الشركاء كفيلاً للآخر^(١).

وأهلية التجارة في القانون، لم يقل بها الفقه الإسلامي، إلا في شركة المفاوضة عند الحنفية^(٢)، وفي شركة الوجوه عند الحنابلة؛ حيث اشترطوا لها أهلية الكفالة^(٣)، وصورة شركات المفاوضة عند الحنفية^(٤) والوجوه لا تشبهان عقدًا من شركات الأشخاص، ولا الأموال لدى القانونيين.

٤٠- فاتضح أن القانون يتفق مع الشريعة في كثير من أحكام أهلية عاقد الشركة، ويختلف في قليل منها.

فقد اتفق القانونيون وجمهور الفقهاء: على أن عقد الصبي المميز والمحجور عليه، ينعقد ولكنه موقوف على إذن الولي، فإن أذن به نفذ، وإن لم يأذن به بطل، هذا عند القانونيين في شركات الأموال فقط^(٥)، وعند الفقهاء في جميع الشركات، فلا يفرقون في أهلية عاقد الشركة بين نوع من الشركات عن نوع آخر، إلا الحنفية، فإنهم يستثنون شركة المفاوضة، والحنابلة يستثنون شركة الوجوه.

(١) الشركات التجارية (٣٣).

(٢) فتح القدير (٩/٥، ١٠)، درر الحكام (٣/٣٩٥).

(٣) كشاف القناع (٣/٥٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٣٣٩).

(٤) وشركة المفاوضة عند الحنفية، أن يشترك اثنان فيدخل في الشركة جميع أموالهما الصالحة، لأن تكون رأس مال للشركة، (وهي النقود عندهم)، ويشترطون في رأس المال التساوي، مثل أن يكون رأس مال كل منهما ألف ريال، بحيث لا يبقى لهما أموال خاصة، صالحة للمشاركة، فإذا زاد عند أحدهما شيء من النقود لا تكون شركة مفاوضة؛ لأن من شروطها التساوي في رأس المال، وأن يكون رأس المال هو جميع ما يملكه، مما يصلح للمشاركة، وأن يكون هذا التساوي في ابتداء الشركة وانتهائها، فلو زادت قيمة مال أحدهما بعد العقد وقبل الشراء فسدت المفاوضة وانقلبت عناءًا، ولو حصل لأحدهما نقود من إرث، أو هبة، أو بأي طرق أخرى، فحكم الشركة الفساد، وتنقلب عناءًا.

والحقيقة أنه من المتعسر وقوعها على هذه الصورة، وإن وقعت فمن المتعذر بقاؤها، فلا تعد شركة واقعية.

(٥) النظام التجاري السعودي (ص ١٢٥ ط/٤).

وفي شركات الأشخاص، يشترط القانونيون في أهلية عاقد الشركة أهلية التجارة، التي يقصد بها أهلية الكفالة^(١)، لما يلزم لها من التضامن، بمعنى أن يكون الشركاء كفلاء، يكفل كل منهم الآخر، فيتضامنون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة^(٢).

والفقهاء الآخرون، وإن كانوا لا يشترطون الكفالة في شركة المفاوضة عند من أجازها منهم؛ لأن صورتها غير الصورة التي قال بها أبو حنيفة، إلا أنهم يتفقون جميعاً على أن ما يلزم فيه الضمان لا تكفي فيه أهلية الوكالة، وإنما يشترط له أهلية الكفالة.

ومعلوم أن الصبي المميز ليس من أهل الكفالة، حتى وإن أذن له الولي^(٣).

٤١- والشروط التي يجب توافرها في عاقد الشركة، لكي يكون أهلاً لذلك، ما يلي:

(١) وأهلية الكفالة في شركة المفاوضة عند الحنفية فيما هو من ضمان التجارة؛ وذلك كتمن المشتري في البيع الجائر، وقيمته في الفاسد، فتتوجه المطالبة نحوهما، وكذلك تثبت الكفالة بين المتفاوضين فيما يشبه ما هو من ضمان التجارة، وذلك كضمان الغصب، والاستهلاك، والمخالفة والوديعة، والعارية، والإقرار بهذه الأشياء، فكذلك يلزم شريكه، ومهما ترتب على أحد المتفاوضين من أي نوع من أنواع المعاملات يلزم الآخر، وكل وديعة كانت عند أحدهما فهي عندهما جميعاً، فإن مات المستودع قبل أن يبين لزمهما جميعاً. انظر، تبين الحقائق (٣/٣١٥) مصور.

(٢) الوجيز، لمصطفى كمال طه (١/١٦٨).

(٣) الشرح الكبير للدردير (٣/٢٩٧)، و(٥/٣)، حاشية الدسوقي (٣/٢٩٧)، بلغة السالك (٢/١٣٨)، مغني المحتاج (٢/١٩٨)، وما بعدها، المغني (٤/٤٨٧)، كشف القناع (٣/٣٦٢).

٤٢- أولاً: العقل:

يشترط في العاقد أن يكون صحيح العقل، فعقد المجنون جنوناً مطبقاً، والصبي غير المميز لا يصح عند جمهور الفقهاء^(١)، وقال الحنفية^(٢)، وبعض المالكية: لا ينعقد^(٣)، وكل ذلك يفيد البطلان.

وعند القانونيين عقد المجنون والصبي غير المميز باطل لا ينعقد^(٤)، وهم بذلك يتفقون مع الحنفية وبعض المالكية على ما ذكرت.

أما الذي يجن ويفيق، فحكمه كالميز عند جمهور الفقهاء^(٥)، أما المالكية فلا يفرقون بين المجنون جنوناً مطبقاً، أو متقطعاً^(٦).

المعتوه:

اختلف في تفسير المعتوه، ومن أحسن ما قيل فيه: «هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب، ولا يشتم، كما يفعل المجنون»^(٧).

(١) الشرح الكبير للدردير (٣/٣١٣)، مواهب الجليل (٤/٢٤١)، ط الثالثة، دار الفكر، المجموع (٩/١٦٢)، نهاية المحتاج (٤/٣٥٦)، المغني (٤/٢٢٠، ٤٨٧)، كشاف القناع (٣/١٥١)، والأصل أن فقد شروط الانعقاد والصحة يفيد الفساد والبطلان عند غير الحنفية، أما الحنفية فإن فقد شروط الانعقاد سبب في بطلان المعاملة، وفقد شروط الصحة سبب في فسادها، والفساد عندهم غير البطلان، والصحة غير الانعقاد، بخلاف المذاهب الثلاثة، فإن الفساد والبطلان، والانعقاد والصحة بمعنى واحد في المعاملات بخلاف العبادات، غير أن كلام المالكية في باب البيع قريب من مذهب الحنفية في الفرق بين الصحة والانعقاد، انظر: الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي (٣/٥).

(٢) فتح القدير (٦/٢٤٨)، رد المحتار (٤/٥).

(٣) الشرح الكبير للدردير (٣/٥)، مواهب الجليل (٤/٢٤١)، دار الفكر.

(٤) الوسيط (٥/٢٥).

(٥) رد المحتار (٥/٩٠)، نهاية المحتاج للرملي (٤/٣٥٦)، الحجر وأحكامه، تأليف عز الدين بحر العلوم (ص ٢٦٧).

(٦) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/٢٦٣).

(٧) رد المحتار (٥/٩٠).

وحكم المعتوه عند جمهور الفقهاء حكم الصبي المميز^(١)، والمعتوه عند القانونيين كالمجنون عقده باطل^(٢).

٤٣- ثانيًا: البلوغ:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في أهلية عاقد الشراكة، لمباشرة عقدها ونفاذه دون إذن ولي، أن يكون العاقد بالغًا.

أما إذا لم يكن بالغًا، ولكنه كان مميزًا، غير مأذون له بالتجارة، فقد ذهب أبو حنيفة ومالك إلى أن عقده صحيح، إلا أنه يشترط لنفاذه إذن الولي^(٣). أما الحنابلة فيشترطون لصحة عقده أن يكون مأذونًا له بالتجارة قبل إبرام العقد^(٤).

والسفيه عند المالكية والحنابلة^(٥) والمعتوه عند الحنفية مثل الصبي المميز^(٦)، واستثنى الحنفية شركة المفاوضة، فلم يميزوا عقده لها؛ لأنها مبنية عندهم على الكفالة والوكالة، والصبي ليس من أهل الكفالة^(٧).

(١) كشف القناع (٣/١٥١)، الروض المربع (١/١٦٥ ط٦)، المصدر السابق، مجلة الأحكام العدلية (٩٧٨م)، وتحفة المحتاج وحاشية الشرواني عليها (٥/١٦٠)، الوجيز للمدخل للفقهاء الإسلاميين لمحمد سلام مذكور (ص١٣٢)، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد التركماني (ص٩٧).

(٢) الوسيط (٥/٢٥١) فقرة ١٧٨، نظرية الحق للدكتور عبدالعزيز عامر (ص١٦٤).

(٣) الهداية للمرغيناني (٧/٢٥٤)، بدائع الصنائع (٤/١٣٥)، مواهب الجليل (٥/٦٠)، الفروق (٣/٢٢٧)، ترتيب الفروق واختصارها (٢/١٥٣) لأبي عبدالله محمد بن إبراهيم البقوري، تحقيق عمر بن عباد، طبع وزارة الأوقاف المغربية سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ٦١، الروض المربع (٢/١٦٥)، كشف القناع (٣/١٥١)، وأجاز أحمد بيعة وشراءه في الشيء اليسير، كالكبريت ونحوه.

(٤) كشف القناع (٣/٤٥٧، ٣/١٥١)، الروض المربع (٢/١٦٥).

(٥) كشف القناع (٣/١٥١)، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/٢٦٥)، أما الحنفية فلم يذكروا الرشد شرطًا للصحة ولا للانعقاد، انظر، فتح القدير (٦/٢٤٨)، رد المحتار (٤/٥).

(٦) فتح القدير (٦/٢٤٨)، رد المحتار (٥/٩٠).

(٧) فتح القدير (٦/١٥٩).

وفي القانون الصبي المميز والمحجور عليه لعتة أو سفه، لا يجوز لها أن يعقدا عقد شركة من شركات الأشخاص، حتى لو كان مأذوناً لها في إدارة أموالها^(١).

وقال الشافعية والرواية الثانية في مذهب الإمام أحمد: لا يصح شيء من تصرفاته إلا بعد البلوغ، ولا شيء من تصرفات السفه إلا بعد الرشد^(٢).

وفي هذه الحالة فإن كلاً من ولي القاصر، وقيم السفه، يعقد العقود لمصلحتهم، ومنها عقد الشركة، هذا في الفقه الإسلامي والقانون.

وإذا باشر القاصر التجارة، رغم هذا المنع، وقعت أعماله باطلة بطلاناً نسبياً، مقررًا لمصلحة القاصر، فله وحده حق التمسك به، وليس للآخرين الذين يتعاملون معه أن يفيدوا من هذا البطلان^(٣)، وترد عليه الإجازة^(٤).

(١) الوسيط للسنهوري (٥/٢٥١).

(٢) مغني المحتاج (٢/١٦٦، و٢/٧)، المجموع (٩/١٦٤)، الإنصاف (٤/٢٦٧)، ذكر أبو الفرج ابن قدامة في الشرح الكبير (٤/٥) أن هناك رواية مرجوحة عن الإمام أحمد توافق مذهب الشافعية، وقال صاحب الإنصاف: الصحيح من المذهب، والذي عليه أكثر الأصحاب نفاذ عقده بعد إذن الولي. والبلوغ بالسن يكون على النحو الآتي: يرى الشافعية والحنابلة أن البلوغ بالسن يكون بخمس عشرة سنة في الذكر والأنثى لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: عرضت على النبي صل الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني. رواه البخاري ومسلم. ويرى أبو حنيفة أن بلوغ الذكر يكون بتمامه ثماني عشرة سنة، وبلوغ الأنثى بتمامها سبع عشرة سنة، وعنه في الذكر أيضاً تسع عشرة سنة. نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) (٩/٢٧٠). وقال مالك وداود الظاهري: لا حد للبلوغ من السن.

(٣) المصدر السابق، والوجيز، لمصطفى كمال طه (١/١٦٨)، محاضرات في القانون التجاري، للأستاذ حسين محمد السيد (ص٦٧).

(٤) الوسيط للسنهوري (٥/٢٥١).

في القانون: البطلان المطلق سببه انعدام الركن أو اختلاله، والبطلان النسبي يكون في ناقص الأهلية وفي عيوب الرضا؛ وفي البطلان المطلق لا ينعقد العقد، أما في البطلان النسبي فإنه ينعقد، ولكن يكون قابلاً للإبطال، فإذا أبطل رجع البطلان بأثر رجعي إلى بدء العقد فيبطله.

وبهذا فأهل القانون يذهبون إلى رأي آخر، وهو أن عقد ناقص الأهلية؛ بأن كان صبيًا مميزًا أو سفیهًا، أو عديم الأهلية - عندهم - كالمعتوه، وعقد من شاب عقده عيب من عيوب الرضا؛ كالغلط والتدليس قابل للإبطال، بمعنى أن هذا العقد إذا ترك من غير أن يعترض عليه كان صحيحًا، وتترتب عليه آثاره، وإن اعترض عليه يبطل من أصله، والذي له حق الاعتراض هو ناقص الأهلية، أو وليه، وله حق الإجازة، بمعنى التنازل عن حقه في إبطال العقد، لكن هذا الحق لا يكون إلا بعد تمام الأهلية، فالصبي إذا بلغ له حق أن يتنازل عن طلب البطلان، والمكره بعد أن يزول إكراهه، له حق التنازل أيضًا، وبهذا يصبح العقد صحيحًا غير قابل للإبطال^(١).

فقابلية العقد للإبطال عند القانونيين، تشبه القول بعدم لزوم العقد عند الفقهاء، بمعنى أن لصاحب الحق أن يفسخ العقد إن شاء، وإن شاء لم يستعمل حقه، وتترتب على العقد كل آثاره، وهو غير العقد الموقوف عند الفقهاء؛ لأن العقد الموقوف عند الفقهاء عقد صحيح، لكن لا تترتب آثاره إلا بعد إجازة صاحب الحق، كعقد الفضولي، وعقد الصبي المميز.

وفي النظام السعودي: لا يحق للصبي المميز أو السفیه، أن يعقدا عقد شركة، من أنواع الشركات المنصوص عليها في المادة الثالثة من النظام، حسب المفهوم المخالف للمادة ٤ من نظام المحكمة التجارية^(٢).

أما الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، فتخرج من قيد المادة المذكورة، بما جاء في فقرتها الثالثة، وهو: لا تنطبق أحكام النظام على الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، ما لم تتخذ شكل الشركات الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة»، وحينئذ تطبق عليها أحكام الفقه.

والنظام في الشركات الحديثة، يتفق مع مذهب الشافعي، والرواية الثانية في مذهب الحنابلة.

(١) شرح القانون المدني في الالتزام، للدكتور سليمان مرقس (ص ١٨٣) وما بعدها، و(ص ٢٠٢) وما بعدها.

(٢) سيأتي زيادة بيان لهذه المادة.

٤٤ - ثالثاً: الرشد:

البلوغ وحده لا يكفي لمباشرة البالغ عقد الشركة بنفسه، بل لا بد أن يكون العاقد رشيداً، قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

والرشد ضد السفه، وهو: الصلاح في المال لا غير، وهو قول أكثر العلماء^(١).

وقال الشافعية: «هو الصلاح في المال والدين»^(٢).

والراجح هو رأي جمهور العلماء، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]؛ لأن إيناس الرشيد في الآية معلق بالأموال. قال ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «يعني صلاحاً في أموالهم»^(٣).

والسفه: تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل^(٤).

ويمكن معرفة الرشيد بالتمرين على البيع والشراء، فإذا ظهرت مهارته فهو رشيد، وهذا هو الاختبار المذكور في الآية الكريمة بالابتلاء ﴿وَابْتَلُوا يَتْلُمِي﴾ [النساء: ٦]^(٥)، وهو ليس مقصوراً على اليتامى، وإنما يحجر على كل سفيه حتى يرشد^(٦)، قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥].

والرشد ليست له سن معينة، لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦].

(١) رد المحتار (٩٥/٥)، بداية المجتهد (٢/٢٣٦)، كشف القناع (٣/٤٤٤).

(٢) المجموع (١٣/٣٦٨).

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/٣٧)، مطبعة وزارة التربية والتعليم بمصر سنة ١٣٧٧ هـ، ١٩٥٨ م، رد المحتار (٩٥/٥)، بداية المجتهد (٢/٢٣٦)، كشف القناع (٣/٤٤٤).

(٤) رد المحتار (٩٢/٥).

(٥) المجموع (١٣/٣٦٩، ٣٧٠)، كشف القناع (٣/٤٤٥).

(٦) مواهب الجليل (٥/٦٠)، أضواء البيان (١/٢٦٦).

وإذا رشد انفك من الحجر بلا حكم حاكم، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. حيث علق دفع المال على إيناس الرشد، فاشتراط الحكم بفك الحجر زيادة على النص. وقال بعض الفقهاء، يستحب أن يكون دفع ماله إليه بإذن قاض، وبإثبات الرشد^(١).

أما أهلية عاقد الشركة في النظام السعودي، فقد ذكرها نظام المحكمة التجارية^(٢) بقوله: (كل من كان رشيداً أو بلغ سن الرشد فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها). فهذه المادة فرق بين الرشيد، ومن بلغ سن الرشد.

والظاهر أن المراد بالرشيد في النظام المذكور، هو من بلغ، وأحسن التصرف في المال.

وهذه الفقرة من المادة تتفق مع ما جاء في الآية الكريمة، وما قرره الفقهاء؛ حيث لم يحددوا سنًا معينة للرشد، وإنما يثبت بإحسان التصرف بعد البلوغ، بالاختبار؛ قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]؛ حيث يثبت من الأمر بدفع أموالهم إليهم، صحة تصرفاتهم، ونفاذ عقودهم، ومنها عقد الشركة، بطريق اللزوم؛ لأن الآية جعلت استحقاقهم لدفع أموالهم إليهم بإيناس الرشد، وجعلت إيناس الرشد بحسن تصرفهم في عقودهم.

وحيث إن المملكة العربية السعودية تسير في تطبيق أحكام الشرع الحنيف وفق المذهب الحنبلي^(٣)، وكما أوضحنا سابقاً، فإن البلوغ بالسن في المذهب الحنبلي، والراجح من مذاهب الفقهاء، هو بتمام الخامسة عشرة للذكر والأنثى. وأن الرشد يكون بعد البلوغ، فإذا أتم الخامسة عشرة، ثم ثبت رشده بأي طريق من طرق إثبات الرشد، كأن

(١) كشف القناع (٣/ ٤٤٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٨٩).

(٢) (م ٤)، سبق بيان نظام المحكمة التجارية في فقرة ٢٤.

(٣) صدر أمر الملك عبدالعزيز بن عبدالرحمن آل سعود رحمه الله بتعيين المصادر المعتمدة، والمراجع الأساسية في القضاء، وهي: الإقناع للشيخ موسى الحجاوي، وكشاف القناع لمنصور البهوتي، ومنتهى الإرادات للفتوح، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي، والمغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، والشرح الكبير لأبي عبدالرحمن بن أبي عمر بن قدامة. انظر، مجلة الأحكام الشرعية للقاري (ص ٢٩).

رشده الولي، أو الوصي، أو حصل على حكم من المحكمة الشرعية بأنه بالغ رشيد، صحت عقود، ونفذت تصرفاته شرعاً، ومنها عقد الشركة، والأهلية التجارية للمرأة كالرجل، فلها أن تتاجر متى كملت أهليتها.

والمراد بسن الرشد في المادة المذكورة، هو الثامنة عشرة؛ حيث وضحه قرار مجلس الشورى السعودي رقم ١١٤ وتاريخ ١٥ / ١١ / ١٣٧٤ هـ بشأني عشرة سنة. كما وضحته المادة السابعة من نظام الأوراق التجارية؛ حيث جاء فيها: «يعتبر السعودي أهلاً للالتزام بالكمبيالة إذا بلغ من العمر ثمان عشرة سنة».

وحيث إن جميع الأعمال المتعلقة بالكمبيالة تعتبر تجارية، فيستنتج من هذا أن سن الرشد لإجراء التصرفات التجارية والمدنية، في المملكة العربية السعودية، هو تمام الثامنة عشرة، دون أن يقوم به عارضٌ من عوارض الأهلية.

والفقهاء لم يحددوا سنًا معينة للرشد، لكن لا يحكم بثبوته إلا بعد البلوغ على الراجح؛ حيث إن المعاملات المالية المعاصرة، لا سيما الشركات، أصبحت من الضخامة في رؤوس الأموال، وفي عدد الشركاء، مما يتعذر معه معرفة ما إذا كان الشريك رشيداً، أم غير رشيد، مما يستدعي تقرير سن معينة، يستأنس بها لمعرفة الرشد، إذا لم يتبين خلافه، وهذه السن يعتبر صاحبها رشيداً غالباً، ونرجح أن تكون الثامنة عشرة للذكر والأنثى؛ لأننا رأينا الغالب في الشباب الرشد والنضوج في هذه السن لا قبلها، ولأن إيناس الرشد موكول إلى ولي الأمر، فلكل ولي أمر أن يحكم لموليه إذا رأى صلاح تصرفاته بأنه رشيد، وللولي العام أن يحدد سنًا معينة يغلب في الشباب الرشد عندها، كسن الثامنة عشرة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَسَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

يقول الشيخ أحمد إبراهيم بك: «ليس ثمة ما يمنع شرعاً من تحديد سن الرشد بسن معينة، كما فعل أبو حنيفة رحمه الله والقانونيون؛ لأنه مما تقتضيه المصلحة، فقد تعددت المعاملات، وتشعبت كثيراً، وتدهورت الأخلاق [لدى البعض]، وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال الناس، فأصبح لا بد من زيادة الاحتياط في حماية الناشئين، وصيانة أموالهم بتحديد سن الرشد، وهذا لا ينافي الشريعة الإسلامية الحكيمة، بل يوافق مبادئها وفقهها في

رعاية المصالح كل الموافقة»^(١) وقال الشيخ محمد سلام مذكور: «ومبادئ الفقه الإسلامي لا تمنع من ربط الرشد بسن يظن تحققه فيه»^(٢).

وقد استأنست في ترجيحي لتحديد هذه السن، بما ذهب إليه بعض الفقهاء، من تحديد سن البلوغ بثماني عشرة سنة للذكر والأنثى، وهو قول للإمام أبي حنيفة ومالك رحمهما الله^(٣).

٤٥- رابعاً: ألا يكون محكوماً عليه بالحجر للفلس:

وهو رأي جمهور الفقهاء، وهم المالكية والشافعية والحنابلة، والصاحبان من الحنفية^(٤).

● المبحث الثاني

موقف العلماء من اتحاد الملة في أهلية عاقد الشركة

٤٦- اتفقت المذاهب الأربعة على صحة عقد الشركة بين المسلم والكافر، وعلى جوازه بشروط، إلا الشافعية، فقالوا: تكره مشاركتهم. وبصحة العقد وجوازه، قال الحسن والثوري، وأبو يوسف، وابن حزم^(٥): ما عدا شركة المفاوضة عند الأحناف، فقد اختلفوا في اشتراط التساوي في الدين فيها، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم جواز مشاركة المسلم للكافر في المفاوضة، لعدم التساوي في الدين^(٦).

(١) الأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم، (مجلة القانون والاقتصاد)، السنة الأولى، العدد الثالث (ص ٣٦٧).

(٢) الوجيز للمدخل للفقه الإسلامي (ص ١٣١).

(٣) نتائج الأفكار تكملة فتح القدير (٩/ ٢٧٠)، الشرح الكبير للدريدير (٣/ ٢٦٤)، المغني (٤/ ٤١٣).

(٤) شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز، م (٩٩٩، ٥١٣)، المبسوط (٢٤/ ١٦٣)، مواهب الجليل (٥/ ٣٤ و ٣٩)، المجموع (١٣/ ٢٧٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٤٦)، المغني (٤/ ٣٦٥).

(٥) رد المحتار (٣/ ٣٣٨)، المدونة (٥/ ١٢) / مغني المحتاج (٢/ ٢١٣)، المغني (٥/ ٤٣)، المحلى (٨/ ٥٤٧).

(٦) المبسوط (١١/ ١٩٦)، البحر الرائق (٥/ ١٨٣)، بدائع الصنائع (٦/ ٦١).

وقال أبو يوسف: بجواز ذلك مع الكراهة، للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة^(١).

أما الشافعية فقد كرهوا مشاركتهم مطلقاً، وكذلك من لا يجترز عن الربا؛ لأن أموالهم ليست طيبة، فإنهم يبيعون الخمر، ويتعاملون بالربا^(٢). فإن عقد المسلم الشركة معه صح^(٣).

وقد استدلوا بما روى أبو حمزة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا تشارك يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً، قلت: لم؟ قال: لأنهم يربون، والربا لا يحل^(٤).

أما المجوسي والوثني، ومن في معناهما، ممن يعبد غير الله تعالى، فقد كره أحمد مشاركته، قال في المجوسي: ما أحب مخالطته، ومعاملته؛ لأنه يستحل ما لا يستحل الكتابي^(٥). قال حنبل قال عمي: لا تشاركه ولا تضاربه. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته، والكراهة لمشاركته، وإن فعل صح؛ لأن تصرفه صحيح^(٦).

وقد اشترط المالكية لجواز ذلك أن يكون التصرف بيد المسلم، أو ألا يخلو الكتابي بالمال، على أن لا ينفرد بالتصرف، وإذا توفر هذا الشرط فهو عند المالكية والظاهرية جائز بدون كراهة؛ لأنه لم يأت قرآن ولا سنة بالمنع من ذلك^(٧).

(١) المصادر السابقة.

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٧٥)، مغني المحتاج (٢/٢١٣)، المجموع (١٣/٥٠٤)، نهاية المحتاج (٥/٦)، حاشية القليوبي (٢/٣٣٤)، دار الفكر للطباعة والنشر.

يقول الدكتور عبدالعزيز الخياط في كتابه «الشركات» (١/٩٦) وظهر من مذهب الشافعية جواز الشركة بين المسلم وغير المسلم من غير كراهة، وهو استنتاج غير دقيق.

(٣) المجموع (١٣/٥٠٧).

(٤) المجموع (١٣/٥٠٤)، أبو حمزة هو، نصر بن عمران الضبيعي، صاحب ابن عباس. هذا الأثر رواه عبدالرزاق في مصنفه (٤/٢٦٨)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٥/٣٣٥)، وابن أبي شيبة (٥/٦)، ورجاله ثقات إلا عمران بن أبي عطاء فهو صدوق، وأخرج له مسلم حديثاً واحداً، وللأثر علة وهي أن هيثماً الذي روى أبو حمزة عنه كثير التدليس، وقد عنعن هنا.

انظر: الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف (١٤/٨) تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي.

(٥) المغني (٥/٤)، كشف القناع (٣/٤٩٦).

(٦) المغني (٥/٤).

(٧) المدونة الكبرى (٥/١٢/٧٠)، المحلى (٨/٥٤٧).

والخابلة قالوا بالجواز مع الكراهة، إلا أن يلي المسلم التصرف فلا تكره؛ للأمن من الربا^(١).

٤٧- ولكن الحاجة في هذا العصر أصبحت ماسة، في كثير من الأحيان، للاستعانة بخبرات ذوي الخبرة، ممن لا يدينون بالإسلام، إذا كان بيننا وبينهم معاهدة، أو أمان، أو كانت العلاقة بيننا وبينهم ليست علاقة حرب، أو عقد الأمان بين الدولة وبعض الأفراد لمشاركتهم فيما يعود بالمصلحة على المسلمين، ومتى كان الداعي للكراهة، هو الخوف من التعامل بالمعاملات الفاسدة شرعاً، فيمكن الاحتراز عن هذا الاحتمال، بأن يشترط في العقد أن تكون جميع معاملات الشركة على وفق أحكام الشريعة الإسلامية، مع إمكانية مراجعة ميزانية الشركة، من قبل مكاتب متخصصة، يتضح لها أي مخالفة شرعية. وبهذا يزول الداعي إلى القول بالكراهة، سواء أكان التصرف بيد المسلم، أم بيد الكافر، وسواء أكان هؤلاء يقيمون في بلادهم، أم في بلاد الإسلام.

٤٨- والدليل على ذلك ما يلي:

١. ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خبير اليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها^(٢).

فدل الحديث على جواز مشاركة المسلم للكافر في المزارعة، من غير كراهة؛ لأنها لو كانت مكروهة لما شاركهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، والشركة مقيسة عليها.

٢. الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد، ومصلحة المسلمين في هذا ظاهرة.

ويرد على القائلين بالكراهة مطلقاً وهم الشافعية، بأن علة الكراهة هي معاملتهم بالربا، وهذا منتفٍ باشتراط التعامل على وفق أحكام الشريعة الإسلامية. وقولهم: إن

(١) كشف القناع (٣/٤٩٦).

(٢) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري (٥/١٥).

أموالهم ليست طيبة غير مسلم لهم، فإن النبي ﷺ قد عاملهم، ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لأهله، وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة^(١).

فعن أنس أن يهوديًا دعا النبي ﷺ إلى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه^(٢)، قال شعيب الأرنؤوط: صحيح على شرط مسلم. وأصله في البخاري^(٣)، ولا يأكل النبي ﷺ ما ليس بطيب.

ويرد عليهم أيضًا بمشروعية أخذ الجزية من أموال الكفار.

أما أثر ابن عباس، فإن فيه هشيمًا الذي روى أبو حمزة عنه، وهو كثير التدليس، وقد عنعن، وإن صح فهو محمول على ما إذا كان احتمال التعامل بالربا محققًا، بدليل تصريحه بذلك، وهذا منتفٍ فيما حضره المسلم، أو وليه، أو اشترط عدم التعامل به، يؤيده معاملة رسول الله ﷺ يهود خيبر على الشطر، وأثر ابن عباس إن صح فهو قول صحابي، لا يعارض حديث رسول الله ﷺ الثابت في البخاري وغيره.

٤٩- مشاركة المرتد:

إن شارك المسلم المرتد فشرسته موقوفة، فإن أسلم تبين أن تصرفه كان صحيحًا، وإن قتل، أو مات، أو لحق بدار الحرب كان باطلاً، وهذا مذهب الإمام أحمد، وأبي حنيفة^(٤).

وأما على قول أبي يوسف ومحمد فشرسته صحيحه؛ لأن من أصلهما أن تصرف المرتد بعد رده قبل لحاقه بدار الحرب نافذ، إلا المفاوضة عند محمد^(٥).

(١) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري (٣٠٢/٤)، الإهالة، ما أذيب من الشحم والألية، وقيل: هو كل دسم جامد، وقيل: ما يؤتد به من الأدهان. اللسان مادة، أهل. سنخ، بفتح السين، أي المتغير الريح.

(٢) مسند الإمام أحمد، إشراف الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، تحقيق شعيب الأرنؤوط (٤٢٤/٢٠)، مؤسسة الرسالة، ط الأولى، سنة ١٤٢١ هـ.

(٣) صحيح البخاري، مصدر سابق.

(٤) المبسوط (١٩٨/١١)، رد المحتار (٤٨٩/٤)، المغني (٥٤٦/٨) وما بعدها.

(٥) المبسوط (١٩٨/١١).

٥٠- الأدلة:

القائلون بالوقف يقولون: إن الردة تؤثر في عصمة دمه؛ لأن بالعصمة القدرة على التصرف، والعصمة موقوفة على إسلامه أو قتله^(١).

والقائلون بالنفاذ يستدلون بتهام أهليته؛ لأن الردة إنها تؤثر في إباحة دمه، لا في تصرفاته المالية^(٢).

(١) المغني (٨/ ٥٤٥)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٢٨٥، ط ٢). مصور من الطبعة الأولى، نشر دار

المعرفة بيروت.

(٢) المصادر السابقة.

الفصل الثاني:

الصيغة

٥١- تتحقق صيغة عقد الشركة في الأصل باللفظ، وهي الصيغة القولية، كما أنها تتحقق بالفعل، وبالكاتبة والرسالة والإشارة.

٥٢- والمراد بالصيغة القولية: «الإيجاب والقبول».

والصيغة: ربط بين عبارتين تصدر إحداهما عن طرف، وتصدر ثانيتهما عن طرف آخر، ويترتب على هذا الربط أثره الشرعي.

وما صدر ابتداءً من الطرف الأول، دالاً على معنى الشركة، يعتبر إيجاباً.

وما صدر ثانياً دالاً على الرضا فهو قبول.

ويتم عقد الشركة، بكل لفظ يدل على المشاركة عرفاً عند جمهور الفقهاء^(١)، وعلى هذا لو لم يذكر اللفظ الشركة، بأن قال أحدهما للآخر ما اشتريت اليوم، أو من هذه الأشياء فهو بيني وبينك، فإنه يكون شركة^(٢).

(١) رد المحتار (٣/٣٣٦)، فتح القدير (٥/٤)، بدائع الصنائع (٥/١٣٣)، حاشية الرهوني (٦/٣٦)، التاج والأكليل (٥/١٢٢)، فتح العزيز (١٠/٤٠٥)، حاشية الشرواني (٥/٥)، المغني (٣/٥٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٢٠)، مجلة الأحكام الشرعية (م١٨٢٥ ص ٥٤٩)، المعاملات المالية والأدبية لعلي فكري (١/٢٢٥، ٢٢٦). قال شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاواه (٧/٢٩) «وتعتقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم، وليس لذلك حد لا في الشرع ولا في اللغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم».

(٢) فتح القدير (٥/٤)، البحر الرائق (٥/١٨١)، بدائع الصنائع (٦/٥٦).

وان اختلفت اللغتان فيقبل قول المترجم الحاذق العالم بأسرار اللغتين^(١).

وقد اشترط الشافعية والمالكية، في اللفظ الدال على الاشتراك، أن يكون دالاً على الإذن في التصرف^(٢)، ولكنهم اختلفوا في مدى وضوح هذه الدلالة.

فذهب المالكية وبعض الشافعية، إلى أنه يكفي أي لفظ يفهم منه ذلك، ولو كناية تشعر بالمراد^(٣).

وذهب بعض الشافعية إلى اشتراط لفظ صريح يفيد ذلك^(٤)، فلو اقتصر على اشتراكنا لم يكف في الأصح عندهم^(٥).

والصيغة من الجانبين سواء أكانت بالقول أم بالفعل، هي تعبير عن الرضا، الذي يجب أن يتوفر في العقد من الطرفين، ودالة عليه، إلا أن يقترن بما يدل على خلاف ذلك، كالإكراه أو ظهور الغلط أو التدليس. فإن الإكراه يعدم الرضا^(٦)، والغلط والتدليس يعيبانه أو يبطلانه^(٧)، ولا نقول إنه تعبير عن الإرادة؛ لأن الإرادة أعم من الرضا، فقد تتحقق في الشخص من غير رضاه، كإرادة المكره، الذي هدد بشيء ملجئ، فاندفع إلى العقد عن غير رضاه.

ويقول القانونيون: إن الرضا تعبير عن إرادة المتعاقدين^(٨).

(١) شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز (٤٢/١).

(٢) التاج والإكليل بحاشية مواهب الجليل (١٢٢/٥)، فتح العزيز (١٠/٤٠٥).

(٣) المصدران السابقان.

(٤) فتح العزيز (١٠/٤٠٦)، حاشية الشرواني (٥/٥)، المهذب (١/٣٤٦).

(٥) نهاية المحتاج (٥/٥٦٠)، مغني المحتاج (٢/٢١٣).

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٨٢)، المجموع (٩/١٦٧)، كشاف القناع (٣/١٥٠).

(٧) الغلط في جنس المعقود عليه يبطل العقد، كمن اشترى جملاً فتبين أنه ناقصة، انظر: (م ٢٠٨) من مجلة

الأحكام العدلية، وكشاف القناع (٣/١٦٥)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/١٠٧/٢) وما بعدها.

(٨) الشركات، د. علي حسن يونس (ص ١٣).

وهذا القول غير مسلم؛ لأن كلاً من الرضا، والإرادة معنى قلبي، يحتاج إلى شيء ظاهر يدل عليه، وهو القول أو الفعل كما قدمنا، على أن الرضا ليس مساوياً للإرادة، حتى يعبر عنها، بل قد تتحقق الإرادة من غير رضا، كما قلنا في المكروه، لذلك كان أكثر وضوحاً، أن يسأل المتشارك هل كان بينكما تراضٍ، من أن يقال: هل تبادلتما الإرادة؟ ولذا فالفقه في هذا الموضوع كان وافر الحظ، في إصابة الحقيقة، بخلاف القانون.

قال الدكتور عبدالرزاق السنهوري: «والذي يلفت النظر في أحكام العقد، قاعدة أساسية قررها الفقهاء، تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد، ووجه الغرابة في ذلك، أن هذه القاعدة على بساطتها، وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها، كقاعدة عامة، حتى في آخر مراحل تطوره، ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة، ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً»^(١).

٥٣- الصيغة الفعلية:

يمكن أن تكون الصيغة في عقد الشركة بالفعل، وهذا في القبول لا في الإيجاب، بأن يوجب الطرف الأول العقد بالقول، فيقبل الطرف الثاني بالفعل؛ كأن يأخذ حصة شريكه من رأس المال، ويضيفها إلى حصته من الشركة، ويباشر نشاطه، أو يدفع قسطه من رأس المال إلى شريكه، دون أن يعلن قبوله لفظاً^(٢).

والقبول بالفعل ذكره الحنابلة في باب المضاربة^(٣).

(١) مصادر الحق (١/١/٤٠).

(٢) جاء في فتح القدير (٤/٥)، والفقه على المذاهب الأربعة (١/٨١)، والمعاملات المالية والأدبية (١/٢٢٦)، ما يدل على انعقاد الشركة بالفعل.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/٣٢٧ و٣٢٨).

٥٤- التعاقد بالكتابة والرسالة:

كما يكون الإيجاب والقبول باللفظ والفعل، يكون أيضاً بالكتابة والرسالة، وصورة الكتابة هي أن يكتب الموجب إلى غيره كتاباً، يعلمه فيه بإيجابه عقد الشركة في كذا على شرط كذا، ومثله طلبات الاكتتاب التي يضعها مؤسسو شركات المساهمة، لدى البنوك للاكتتاب فيها، ويكون مرفقاً بها صورة من العقد الابتدائي^(١).

وصورة الرسالة هي أن يرسل العاقد للعاقد الآخر رسوياً يبلغه الإيجاب مشافهة «والمنقول عن الإمام أحمد، أنه إذا كان المتعاقدان غائبين، أو أحدهما غائباً والآخر حاضراً، (فنقل) الإيجاب أحدهما بواسطة رسول، أو كتاب للآخر، (فقبل) في مجلس البلاغ (جاز)، بخلاف ما إذا كانا حاضرين»^(٢)، وقال الحنفية: «فإذا قبل في مجلس وصول الكتاب أو الرسول إليه تم العقد بينهما، لوجود المجلس حكماً؛ إذ تعتبر قراءة الرسالة، أو استماعه كلام الرسول، بمنزلة الإيجاب من الكاتب أو المرسل، فإذا قبل في ذلك المجلس (أو كتب بالقبول) فقد صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد»^(٣).

وفي التعاقد بالكتابة عند الشافعية وجهان، صحح الشيرازي القول بعدم الانعقاد بها؛ إذ لا ضرورة تدعو إلى العدول عن التعاقد بالقول، ولو بالوكالة^(٤)، ومفاده أنه إذا دعت الضرورة صح العقد بالكتابة.

والراجح الانعقاد بالكتابة في حالتي الاختيار والضرورة؛ لأنها تدل على ما يدل عليه القول.

(١) انظر فيما يأتي مراحل تأسيس الشركة.

(٢) فتاوي ابن تيمية (١٣/٤١١)، كشف القناع (٣/١٤٨).

(٣) فتح القدير (٥/٧٩)، بدائع الصنائع (٥/١٣٨)، شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز (١/٧٤م ١٨).

(٤) المذهب (١/٢٥٧).

٥٥- التعاقد بالإشارة:

تنعقد الشركة بإشارة الأخرس، إذا كانت مفهومة، وكذا بكتابته الواضحة، لا فرق بين أن يكون خرسه أصلياً أو طارئاً؛ لأن كلاً من الإشارة المفهومة والكتابة، تقوم مقام الكلام عند الضرورة، وهذا الرأي هو المعتمد من المذاهب الأربعة^(١).

قال الحنابلة: فإن عجز عن الإشارة والكتابة قام وليه مقامه^(٢). كأنهم يقيسونه على السفيفه؛ لأن الخرّس مع العجز عن الإفهام شبيهه بنقص الأهلية.

(١) شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز (١ / ٤١ م ٧٠)، الخرشي على خليل (٥ / ٥)، فتح الوهاب (٢ / ٧٤)،

(٣ / ٥٠٧)، كشف القناع (٣ / ٢٠١).

(٢) كشف القناع (٣ / ٢٠١).

الفصل الثالث:

المحل

٥٦- المراد بالمحل في الفقه الإسلامي هو ما تنعقد عليه الشركة من رأس المال والعمل.

والمراد بمحل الشركة في القانون هو نشاط الشركة الذي ستمارسه^(١)، لذا يسميه بعضهم بالموضوع^(٢).

وقد ذكره النظام بقوله: «في مشروع يستهدف الربح» (م٢)^(٣).

(١) الشركات، د. علي حسن يونس (ص٣٣)، دروس في القانون التجاري، د. أكنم الخولي (٢/٢٣)، الوجيز في النظام التجاري السعودي (ص١٠٧ ط/٣)، القانون التجاري السعودي للدكتور محمد حسن الجبر (٢/١٣٢)، القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ١٨٨، م وقد جاء فيه، «محل التزام كل شريك هو تقديم حصة نقدية، أو عينية، أو بالعمل، بيد أن المقصود هنا هو محل الشركة أو غرضها، أي، المشروع الاقتصادي الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه».

(٢) الشركات، د. محمد كامل ملش (ص٩).

(٣) ذكر الدكتور عبدالعزيز الخياط أن محل الشركة في القانون ما تنعقد عليه الشركة من رأس المال والعمل، واستند في قوله على المواد، ١٣٢، ١٣٣ من القانون المدني المصري، وبعض القوانين الأخرى، الشركات، للخياط (١/١٠٣).

والذي اتضح لي أن الدكتور الخياط قد خلط بين محل الشركة، ومحل الالتزام في القانون. فجعل محل الالتزام محلاً للشركة.

لأن محل الشركة في القانون هو المشروع الذي ستزاول الشركة نشاطها فيه، انظر، المراجع السابقة. وعلى تفسير القانونيين: فالسبب يختلط بالمحل، كما يقول به كثير من القانونيين، ويعارض هذا الدكتور أكنم الخولي، فيقول، إن السبب لا يختلط بالمحل. دروس في القانون التجاري (٢/٢٣). وسوف تأتي مناقشة اختلاط السبب بالمحل في مبحث السبب. أما محل الالتزام في القانون فهو:

(أ) إما تمليك شيء للمتعهد إليه.

(ب) أو عمل شيء.

(ج) أو الامتناع عن عمل شيء.

فيتضح أن المحل عند القانونيين غيره عند الفقهاء، ويظهر لي أن قول القانونيين محل الشركة هو غرضها الذي ستمارس تجارتها فيه، لا يستقيم مع معنى ركنية العقود؛ لأن الركن ما كان جزءاً من الماهية، ويتوقف عليه العقد، وواضح أن غرض الشركة ليس داخلياً في الماهية، ولا يتوقف عليه العقد.

٥٧- وسوف أتكلم في المحل عن شروطه، والمساهمة في رأس المال، وأنواع الحصص التي يشترك بها المساهم، في النظام والفقهاء. وذلك في مباحث متتالية.

● المبحث الأول

شروط المحل

٥٨- يشترط القانونيون أن يكون محل الشركة عملاً ممكنًا^(١) ويجب أن يكون محدداً، فلا يصح في القانون عقد شركة من غير تحديد لنوعها^(٢)، ويجب أن يكون موضوع الشركة مشروعاً، غير مخالف للنظام العام أو الآداب، وإلا كانت الشركة باطلة بطلاناً مطلقاً^(٣).

= الشركات، د. محمد كامل ملش (ص ٩٠)، نظرية الالتزام للسنهوري (١/ ٣٧٥)، و(١/ ١١٤)، مصادر الالتزام، د. عبد الهادي العطاوي (ص ٢١٨).

وقد أدرك بعض القانونيين خطأ القول بأن المحل هو المشروع الذي ستزاوله الشركة، فقد قال د. محمد كامل ملش في (ص ١٠): «أما فيما يختص بالموضوع أو المحل فالحقيقة أن العقود لا موضوع لها، وإنما تنشئ العقود التزامات، وموضوع ومحل هذه الالتزامات هو ما يكون المتعهد ملزماً به، وهذه الالتزامات تكون واحداً من ثلاث «كما أسلفنا».

وجاء في الوسيط للسنهوري: «يجب أن يكون لعقد الشركة محل وسبب، شأن الشركة في ذلك شأن أي عقد آخر» (٣٥٣/٥).

يقول السنهوري في نظرية الالتزام: (١/ ٨٠٤) فقرة ٢١٣ والالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل. ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه، فقد صار من المألوف أن يقال: إن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته، وجاء في الحاشية من الصفحة نفسها: (ويأخذ الدكتور حجازي والدكتور الصدة بالتمييز بين محل الالتزام، وهو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به، ومحل العقد وهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء ذلك).

(١) الشركات التجارية (ص ٣٣)، دروس في القانون التجاري الدكتور أكثم الخولي (٢/ ٢٣).

(٢) القانون التجاري اللبناني للدكتور مصطفى كمال طه (ص ٢٣٧).

(٣) المصادر السابقة.

ويعتبر محل الشركة غير ممكن، متى كان الغرض الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه بعقد الشركة، نشاطاً جائزاً في الأصل، ولكن النظام يحظره على نوع من الشركات؛ كحظر النظام ممارسة أعمال التأمين أو الادخار أو البنوك أو التمويل أو استثمار الأموال لحساب الآخرين على الشركة ذات المسؤولية المحدودة (م١٥٣)، وعليه تعتبر الشركة ذات المسؤولية المحدودة باطلة، إذا كان الهدف من تأسيسها ممارسة أحد هذه الأعمال^(١).

٥٩- شروط محل الشركة في الفقه الإسلامي:

١. يشترط أن يكون رأس المال معلوماً، فلا يجوز أن يكون مجهولاً، ولا جزأفاً؛ لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة، ولا يمكن مع الجهل والجفاف^(٢).

«وإن اشتركا في مختلط بينهما شائع صح، إن علما قدر ما لكل واحد منهما»^(٣). وقال بعض الشافعية: الأصح أنه لا يشترط العلم بمقدار حصة كل منهما من المالين، أهو النصف أم غيره عند العقد؛ حيث أمكنت معرفته بعد، بنحو مراجعة حساب، أو وكيل؛ لأن مآله إلى العلم، ولأن الحق لا يعدو هما، بخلاف ما لا تمكن معرفته^(٤).

٢. اشترط الحنابلة في المال المقدم من الشريك، أن يكون ملكاً له، فلا تنعقد بنحو مغصوب^(٥).

٣. ويشترط أن يكون العمل الذي تقوم به الشركة، مشروعاً.

واشترط مشروعية استثمار الشركة، موضع اتفاق بين الشريعة والقانون، ولكن الخلاف في أشياء يراها القانون مشروعاً، ويراهها الفقه غير مشروعاً، والعكس.

(١) النظام التجاري السعودي (ص١٢٥ ط/٤)، محاضرات الدكتور أكثم الخولي (ص١١١)، القانون التجاري السعودي، للدكتور محمد حسن الجبر (١٣٥/٢).

(٢) المغني (١٦/٥)، مجلة الأحكام العدلية، (م١٤١١).

(٣) الإنصاف (٤٠٨/٥).

(٤) نهاية المحتاج (٨/٥)، فتح العزيز (٤١٠/١٠)، متن المنهاج (٢/٢١٢).

(٥) شرح منتهى الإرادات (٣٢٠/٢).

فلا يجوز الاشتراك للتجار في الحشيش والمخدرات، أو إدارة محل للمقامرة، أو المشاركة في سلع لا تجوز المشاركة بها، أو تزييف الأوراق والمستندات، أو التعامل بالربا قليلاً أو كثيراً، وإن كانت بعض القوانين تجيز الربا إذا لم يكن فاحشاً، أو نشر كتب مخالفة للأخلاق الإسلامية، أو صور مخلة بالحياء، أو توزيع أوراق (يانصيب)^(١).

فكل ما كان ممنوعاً شرعاً، لا يجوز أن تمارسه الشركة من أي وجه.

٤. ويشترط في المحل تقديم حصص الشركاء، والمراد تسليمها في الوقت المحدد، وبالطريقة التي يعينها النظام أو العقد، وهو المراد عند الفقهاء بتسليم حصص الشركاء، أما إن كان عملاً، فيكفي أن يتفق عليه في عقد الشركة، وتقديم الحصص شرط عند كثير من الفقهاء، بل إن الشافعية يشترطون لانعقاد الشركة خلط الحصص.

أما القانونيون فيجعلونه ركناً، والارتباط بينهما وثيق الصلة، ولا فرق بينهما، إلا أن المحل ركن عام في جميع العقود، وتقديم الحصص ركن خاص في الشركة، عند القانونيين، والمحل يتناول نوع ما يساهم به، من كونه مالاً أو عملاً، بينما يتناول تقديم الحصص كيفية المساهمة بالمال أو العمل.

والشروط السابقة، إذا فقد شرط منها كانت الشركة باطلة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان أمام القضاء^(٢).

هل يشترط خلط رأس المال؟

٦٠- ذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط اختلاط رأس مال الشركاء، إذا عينوا حصصهم وأحضروها، واستدلوا على ذلك بأنه عقد يقصد به الربح، فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة، ولأنه عقد على التصرف، فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وبنوا على هذا

(١) الوسيط (٥/٢٥٤).

(٢) المصدر السابق.

أن تلفه على الشركاء، وزيادته لهم، من حين العقد؛ لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك، لكل واحد منهم في جزء من مال صاحبه^(١).

وذهب المالكية كالحنابلة إلى أن الخلط ليس شرطاً لصحة العقد، فالعقد ينشأ صحيحاً بمجرد انعقاده، وذهب سحنون إلى أنه شرط في لزومها، وهو خلاف المشهور في المذهب^(٢).

ويفرق الحنفية بين النقود وغيرها، في اشتراط الاختلاط في رأس مال الشركة، فلا يشترطون اختلاط أموال الشركاء إذا كانت نقوداً؛ لأن الشركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التوكيل في التصرف فيه جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في التصرف في المالين قبل الخلط، فكذا الشركة^(٣)، ولأن الربح لم يكن مستفاداً بعين رأس المال، حتى يلزم فيه الخلط، بل بالتصرف، وإذا ظهر تحققت الشركة بلا خلط، وصار كالمضاربة، تتحقق الشركة في الربح بلا خلط^(٤).

وأما في المثليات فلا تجوز إلا بعد الخلط^(٥).

أما النظام فلم يشترط الخلط، وبهذا فهو يوافق مذهب الحنابلة والمالكية، وهو مذهب الحنفية في النقود.

أما العروض، فإن بعض الفقهاء، لا يجيزون الشركة بها - كما سيأتي - إلا بطريق الحيلة، وهي بيع كل شريك جزءاً من عرضه بجزء من عرض الآخرين أو نقودهم، بحيث تكون شركة ملك، ثم يعقدون شركة العقد، وهذا البيع ينشأ عنه اختلاط أموال الشركة.

ويرى الشافعية والظاهرية وزفر، أن شركة الأموال لا تصح إلا بخلط رأس المال، خلطاً لا يتأتى معه تمييز مال الشركاء، وأن يكون ذلك قبل التصرف، فلا يكون شركة إلا بالخلط؛ لأن كل مال - عندهم - ملك لصاحبه قبل خلطه، له غنمه وعليه غرمه وحده^(٦).

(١) المغني (١٦/٥، ١٧).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/٣١٤).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٣٥٤٠) م الإمام.

(٤) فتح القدير (٥/٢٥).

(٥) انظر: المصدرين السابقين، تبين الحقائق (٣/٣١٧).

(٦) مغني المحتاج (٢/٢١٣)، المحلى (٨/٥٤٥)، فتح القدير (٥/٢٤).

والنظام في العروض - الحصص العينية - يلتقي مع قول الفقهاء؛ إذ لا فرق بين بيع العروض، وتقويمها، فمتى قدم أحد الشركاء أو بعضهم عيناً، وجب تقويمها بالنقود، ثم يمنح مقدمها عدداً من الأسهم مقابل قيمتها.

واشترط النظام أن يكون رأس مال الشركة عند تأسيسها كافياً لتحقيق غرضها، وفي جميع الأحوال، لا يقل عن خمس مئة ألف ريال سعودي، ولا يقل المدفوع من قيمة الأسهم، التي تصدر مقابل حصص نقدية، عن ربع قيمتها الاسمية (م ١٠٦/٢)، وتكون القيمة الاسمية للسهم عشرة ريالات، وللوزير تعديل هذه القيمة بالاتفاق مع الرئيس (م ١٠٥/٢).

واشترط النظام لهذه الشروط هو أمر تنظيمي، فلا يترتب على فقدانها صحة أو فساد شرعاً، إن استجمعت الشروط الشرعية، لكنها باطلة نظاماً، أي أنها غير قابلة للتسجيل، ولا تنطبق عليها قوانين الدولة الخاصة بشركة المساهمة، وعدم إذن ولي الأمر بها منصب على أنها لم تكتمل شروط شركة المساهمة النظامية فيها، فهو لم يأذن بها باعتبارها شركة مساهمة، وهذا لا يمنع أن تكون شركة صحيحة شرعاً، إن استجمعت الشروط الشرعية لشركة ما.

● المبحث الثاني

المساهمة في رأس المال

٦١ - المساهمة في رأس المال موضع اتفاق عند الفقهاء والقانونيين، فلا يعد شريكاً من لم يساهم في رأس المال (م ٢)، ويجب أن يكون كل من المال والعمل متقوماً، أي ذا قيمة مالية يمكن الانتفاع بها، على تفصيل سيأتي إن شاء الله.

ويرى القانونيون أنه لا بد أن يقدم بعض الشركاء مالا، ولا يمانعون في أن يقدم بعضهم الآخر مالا أو عملاً، أما أن يقدم جميع الشركاء عملاً فلا يصح عندهم^(١)، وهم يتفقون في

(١) الشركات التجارية (ص ٤٣).

هذا مع الشافعية، وابن حزم الظاهري؛ إذ لا يرون جائزاً من الشركات إلا نوعين فقط؛ العنان والمضاربة، وشركة العنان يقدم فيها الطرفان مالاً، أو مالاً وعملاً، وشركة المضاربة يقدم فيها أحد الطرفين مالاً والآخر عملاً^(١)، وعلى هذا فإن شركة الصنائع أو الأعمال لا يعترفون بها شركة^(٢)، بخلاف جمهور الفقهاء^(٣).

ويمكن أن تختلف حصص الشركاء في نوعها، وأن تتفاوت في قيمتها، فلا يشترط الاتفاق فيما يدفعه كل شريك، باتفاق الفقهاء والقانونيين^(٤)، إلا في وجه قاله الأنماطي من الشافعية^(٥)، وإلا في شركة المفاوضة عند الأحناف. فقد تكون الحصة نقوداً ذهباً أو فضة أو أوراقاً مالية، أو منقولات، أو عقارات، أو حق منفعة، أو ديناً في ذمة الغير، أو عملاً، أو غير ذلك من الحقوق، التي ترد على المال، وتصلح أن تكون محلاً للالتزام، (م ٥) و(م ٦)، على تفصيل سيأتي.

وتقدر حصة كل شريك بما تساويه قيمتها، وتعيين حصة كل شريك أمر مهم في عقد الشركة؛ إذ يتوقف على هذه القيمة معرفة نصيب الشريك في الربح والخسارة، ونصيبه من موجودات الشركة عند تصفيتها.

وقد ذكر النظام حصص الشركاء في رأس المال، فقال: «يجوز أن تكون حصة الشريك نقدية أو عينية أو عملاً، ولكن لا يجوز أن تكون ماله من سمعة أو نفوذ» (م ٥).

وستكلم عن الحصة النقدية، والحصة العينية، وما يتفرع عنهما، والحصة بالعمل.

(١) تفصيل هذين النوعين من الشركة مذكور في كتب الفقه، انظر: المغني (٥/ ٢١-٢٤). وقد أوضحنا ذلك في كتابنا شركات العقد في الشرع الإسلامي.

(٢) حاشية الشرواني (٣/ ٥)، المحلى (٨/ ٥٤٢).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٥٩)، المغني (٥/ ٤)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٤).

(٤) الوسيط (٥/ ٢٧٥، و٢٧٦)، الوجيز في القانون التجاري، للدكتور جمال الدين عوض (١/ ٣٥١).

(٥) المجموع (١٣/ ٥١٠).

● المبحث الثالث

الحصة النقدية

٦٢- تعريف النقود: عرّف ابن القيم رحمه الله النقود بأنها: المال الذي يقصد به التوصل إلى الحصول على السلع، وأنها المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، وأنها لا تقصد لأعيانها^(١).

فقوله: (المعيار) أي: أن النقد هو الشيء المحدد المضبوط، بأي وسيلة من وسائل الضبط، التي تبعده عن الغرر أو التدليس.

وقوله: (الذي به يعرف تقويم الأموال) عام، يشمل كل شيء جرى عرف الناس على أنه نقد، تقوم السلع به، فيشمل القطع المسكوكة من الذهب والفضة، وكذلك القطع غير المسكوكة، إذا كان العرف يثبت ثمنيتها، كما يشمل الفلوس النافقة، والأوراق النقدية؛ كالريالات السعودية، والجنيهات الاسترلينية؛ حيث إن التعريف يصدق على كل ذلك، ويزيده إيضاحاً أنه لا يقصد لعينه، فهو ليس غاية في ذاته، بل وسيلة لتحقيق الغايات؛ وهي السلع والمنافع التي يحتاج إليها الناس.

٦٣- وقد اتفق الفقهاء على جواز الشركة بالنقود من الذهب والفضة^(٢)، وكذلك يقول به القانونيون^(٣)، والأوراق النقدية مثل الذهب والفضة في صحة التعامل بها، وجعلها رأس مال للشركة، وقال به القانونيون أيضاً.

وقول النظام: حصة نقدية، يفهم منه الإطلاق بجواز الاشتراك بأي نقد.

(١) إعلام الموقعين (١٣٢/٢) بتصرف.

(٢) فتح القدير (٦/٥)، مواهب الجليل (١٢٣/٥، ١٢٤)، المغني (٦/٥)، المحلى (١٢٢/٨).

(٣) يستفاد هذا من المواد ٥٠٥ مصري، ٤٧٣ سوري، ٤٩٤ ليبي، ٦٣٦ عراقي، ٨٤٩ لبناني.

٦٤ - اختلاف سكة النقود:

لم يشترط جمهور الفقهاء اتحاد سكة النقود، وقد نصوا على جواز أن يخرج أحد الشريكين دنانير هاشمية^(١)، والآخر دمشقية^(٢)، أو محمدية أو يزيدية^(٣)، واختلاف السكة فيه تمييز يعرف به مال كل شريك.

وبما أنه تجوز الشركة بالنقود، وإن اختلفت السكة، على الرأي الذي رجحناه. تجوز بالفلوس والنقود الورقية من دولتين، بعد أن يقوّم أحدهما بالآخر.

والشيكات يجوز أن تكون رأس مال في الشركة؛ لأنها في قوة النقود؛ لإمكان الصرف بها بمجرد عرضها على المصرف، أما الكمبيالة فهي صك بدين لا يجوز أن يكون رأس مال، إلا إذا قبض الدين الذي تمثله.

● المبحث الرابع

الحصة العينية

٦٥ - يجوز في النظام أن يقدم الشريك حصة عينية، وهي التي تتعين ويتحدد نوعها، وتكون مقومة بالمال، سواء أكانت تلك العين عقاراً، أو منقولاً مثلياً، أو قيمياً، أو حقاً معنوياً، أو حقوقاً له لدى الآخرين كالديون^(٤).

(١) الهاشمية منسوبة إلى محل ضربت فيه، وهي (الهاشمية) من ديار عراق العرب، ولم يضرب فيها إلا العباسيون دون غيرهم. النقود العربية والإسلامية وعلم النميات، تأليف، الأب الستاسي الكرمل (ص ٥٤)، نشر مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط الثانية، سنة ١٩٨٧م.

(٢) الدنانير الدمشقية، هي، ما ضرب في أيام عبد الملك بن مروان سنة ٤٧هـ - ٦٦٨م. المصدر السابق (ص ١٦٢).

(٣) المحمدية؛ هي قسم من الريّ، وهو اسم وضعه العرب بعد افتتاحهم الريّ، ضربت فيها نقود للعباسيين، وبني طاهر، وبني سامان. المصدر السابق (ص ٥٤ و ٥٥).

(٤) محاضرات محسن شفيق (ص ١٧٤)، القانون التجاري اللبناني، د. مصطفى كمال طه (١/ ٢٤١).

فالعين: اسم يطلق على الشيء الذي يتعين بنفسه^(١)، وليس بنقد ولا عمل، فيشمل بالاصطلاح القانوني الأعيان المادية، والمعنوية، والمنافع التي تثبت للأشياء، وكذلك الديون التي تكون للشريك على الآخرين^(٢).

أما في الفقه: فتطلق العين ويراد بها ما قابل المنفعة، أو ما قابل الدين، أما ما قابل النقد فيسمونه العرض^(٣).

٦٦- (أ) فالحصة العينية المعينة، مثل أن يشترك بعض الشركاء بتقديم عقارهم؛ كأرض أو بناية تستفيد الشركة من بيعها، والمتاجرة بثمنها، أو لتقيم فيها مشروعاتها الصناعية، أو مستودعات تجارتها، ونحو ذلك، أو تكون الحصة منقولاً قيمياً كالسيارات، أو آلات المصنع، أو مثلياً، وهو ما يكال أو يوزن أو يعد، غير النقود؛ لأنها من الحصة النقدية^(٤).

٦٧- (ب) والاشتراك بالحق المعنوي^(٥)، أورده النظام في قوله: «إذا كانت حصة الشريك حق ملكية، أو حق منفعة أو أي حق عيني» (م ٦/ ١)، فقوله: أو أي حق عيني

(١) المجلة العدلية (م ١٠٦٧)، المجلة الشرعية (م ١٨٩)، الشركات للبابلي، ٢٩.

(٢) انظر (م ٥).

(٣) (م ٤٢) من مجلة الأحكام الشرعية، وقد جاء فيها، «أداء الواجبات المالية، وهي منقسمة إلى دين وعين..» و(م ٧٦) وجاء فيها، «الشريكان في عين مال أو منفعة..» وانظر في العروض (م ١٣١) من المجلة العدلية، ومغني المحتاج (٢/ ٢١٤)، والعين تقع بالاشتراك على أشياء مختلفة؛ فمنها العين الباصرة، وعين الماء، والعين الطليعة، وعين الشيء نفسه، ومنه يقال: أخذت مالي بعينه، أي أخذت عين مالي. المصباح المنير، العين مع الباء وما يثلثهما.

(٤) راجع في تفصيلات ما تقدم: نظرية الحق، للدكتور عبدالعزيز عامر (ص ٢٨) وما بعدها، نظرية الحق للدكتور جميل الشراقوي (ص ٣٥)، وما بعدها، الوسيط (٨/ ٢٢٢) فقرة ١٢٥ وما بعدها، حق المؤلف للدكتور مختار القاضي (ص ١٢) وما بعدها، دروس في أصول القانون لجميل الشراقوي (٢٥٥- ٢٧٧)، الأصول العامة للقانون للدكتور توفيق حسن فرج (ص ٢٤١- ٢٧٠).

(٥) تنقسم الحقوق المالية في القانون إلى عينية، وشخصية، ومعنوية، ويجمعها أنها حقوق مالية، فتقوم بالمال، ويمكن التعامل فيها، وتنتقل بالوراثة ما لم يرد في القانون نص مانع.

١- ويقصد بالحقوق العينية: سلطة لشخص على شيء بصفة مباشرة، وهذه السلطة تخوله الاستفادة من الشيء موضع الحق بلا تدخل شخص آخر.

وتنقسم إلى حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية، فالأولى هي التي تطلب لذاتها، وتقوم بنفسها، =

آخر، شامل للحقوق المعنوية، فيفيد إمكانية الاشتراك بأي شيء يرد على المال، ويكون قابلاً للاشتراك به، وقابلاً للتقويم، كما أن الاشتراك بالحقوق المعنوية يفهم أيضاً من الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة، عندما بينت أن الشريك بالعمل لا يكون ملزماً بتقديم ما يكون قد حصل عليه من حق على براءة اختراع، إلا إذا اتفق على ذلك، فعبارة المادة: (إلا إذا اتفق على ذلك)، تدل على جواز الاشتراك ببراءة الاختراع في النظام، التي هي أحد أنواع الحقوق المعنوية.

٦٨- وبالنسبة للحقوق التي لدى الآخرين، اشترط النظام أن يتم تحصيل الشركة لهذا الحق، حتى تبرأ ذمة الشريك.

وفي هذه الحالة تسري أحكام حوالة الحق^(١).

جاء في المادة السابعة: (يعد كل شريك مدينًا للشركة بالحصة التي تعهد بها، فإن تأخر في تقديمها عن الأجل المحدد لذلك، كان مسؤولاً في مواجهة الشركة عن تعويض الضرر الذي يترتب على هذا التأخير).

= وتنطوي على معاني الاستعمال، والاستغلال والتصرف، على اختلاف في هذه الحقوق قوة وضعفاً. والحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الانتفاع، وحق الحكر، وحقوق الارتفاق.

ويقصد بالحقوق العينية التبعية: الحقوق التي لا تقوم بذاتها، بل ترتكز في قيامها على حقوق أخرى، ويقصد بها ضمان تنفيذ هذه الحقوق الأخرى، ولذلك سميت بالعينية التبعية، ثم هي أيضاً سلطة تنصب مباشرة على شيء معين، وهذا هو معنى كونها عينية.

وأهم هذه الحقوق حق الرهن الجبازي، وحق الرهن الاتفاقي، وحق الرهن القضائي، وحقوق الامتياز. ٢- والحق الشخصي ليس كالحق العيني، بل هو يعطي صاحبه القدرة على أن يطالب شخصاً أو أشخاصاً معينين بأن يؤديوا إليه شيئاً يستحقه قبلهم، ومعنى ذلك أن صاحب الحق الشخصي ليست له سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق، بل إن اقتضاءه يستلزم تدخل الملتزم به، ولهذا يعرف الحق الشخصي (بأنه علاقة قانونية بين شخصين تخول أحدهما وهو الدائن أن يطالب الآخر وهو المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل)، ويعرف لدى البعض بأنه (حالة قانونية بمقتضاها ارتبط شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل).

(١) انظر: الشركات للبابللي (ص ٣٥).

وأرى وجوب تقييد التعويض عن الضرر بأن لا يؤدي إلى ربا.

٦٩- وقد منع النظام من الاشتراك بالسمعة والنفوذ، سواء أكان نفوذًا سياسيًا، أو وظيفيًا، أو غيرهما؛ لأنه لا يمكن تقويمه بهال، ولا يرد عليه الملك، فلا يصح أن يكون رأس مال في الشركة (م٥) (١).

وقد حصر النظام رأس مال الشركة في الحصة النقدية، والعينية (م٥) (٢).

وفي جميع الأحوال السابقة، يجب أن تقوم الحصة العينية عند تقديمها، ولا يلزم أن تكون الحصص متساوية القيمة، ولا من نوع واحد.

والحصص التي يقدمها الشريك إما أن تكون للتمليك، وإما أن تكون للمنفعة.

٧٠- الحصة للتمليك:

الغالب أن يقدم الشريك الحصة العينية في الشركة للتمليك، فتنتقل ملكيتها للشركة، أي لجميع الشركاء، ويتحول نصيب مقدمها إلى أسهم في الشركة، يكون عدد هذه الأسهم بمقدار قيمة حصته العينية. وفي هذه الحالة فإن تقديمها يعتبر بمثابة بيع صادر إلى الشركة، فيكون الشريك مسؤولاً -وفقاً لأحكام عقد البيع- عن ضمان الحصة في حالة الهلاك أو الاستحقاق أو ظهور عيب أو نقص فيها، سواء كان هذا الحق حق ملكية، أم حق منفعة، أم أي حق عيني آخر (م٦ / ١) (٣).

والتعبير المتفق مع الفقه أن يقال حق ملكية العين، سواء أكانت مادية كملك الدار، أم معنوية كملك حق الاختراع.

(١) جاء في تعميم وزارة التجارة رقم ٣/ ٩/ ش/ ١٧٢٢ / ١٠ / ٨٤٥ في ٢١ / ٧ / ١٣٩٨ هـ: «لا يجوز اعتبار الشهرة حصة في رأس المال».

(٢) سنناقش هذه المسألة في الحصة بالعمل.

(٣) انظر: دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٣٧ / ٢)، ومحاضرات أكثم الخولي (ص ١١٣).

ويشترط في نقل هذا الحق، أن تتمكن الشركة من نقله إلى ملكيتها^(١)، فيجب تسجيل العقار لدى كاتب عدل، والتأشير في سجل البراءات، إذا كانت الحصّة براءة اختراع، والتأشير في سجل المتاجر إذا كانت للبيع أو للرهن^(٢).

ويكون هلاك الحصّة المقدّمة على سبيل التملك، قبل تسليمها للشركة، على الشريك كما في البيع، أما إذا هلك بعد التسليم فيكون على الشركة، ولا يلزم الشريك بتقديم حصّة أخرى^(٣).

كذلك يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، في الشيء المعيب كما في البيع (م ١/٦)^(٤).

٧١- الحصّة للمنفعة:

إذا كان الشريك قدّم حصّته إلى الشركة على سبيل استغلال منفعتها، لا على سبيل تملكها، فتأخذ أحكام عقد الإجارة (م ١/٦)، ويكون الشريك ملزماً بتأمين استمرار هذه المنفعة، وضامناً لها طوال مدة الشركة^(٥)، فإذا هلك الحصّة فإنها تهلك على الشريك لا على الشركة، وعلى الشريك أن يقدم حصّة أخرى، وإلا ألزم بالخروج من الشركة^(٦).

وتنفيذاً لأحكام المنفعة، فإن مقدّم الحصّة يحتفظ بملكيتها، وليس للشركة أن تتصرف فيها، بما يؤثر في ملكيتها، كما لا يكون لدائنيها أن ينفذوا عليها، وتلتزم الشركة برد هذه العين إلى صاحبها، عند الانتهاء من الشركة، إذا لم تكن المنفعة من الحقوق القابلة

(١) الشركات التجارية، للبابلي (ص ٣٢).

(٢) دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٢/٢٨).

(٣) المصدر السابق (٢/٢٨).

(٤) المصدر السابق (٢/٢٨)، ومحاضراته (ص ١١٣)، والوسيط (٥/٢٦٦).

(٥) شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، للدكتور عبدالمنعم البدر (ص ٢٥٦ و ٢٥٧)، فقرة

٢١٥، الشركات للدكتور علي يونس (ص ٣٩)، دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٢/٢٨).

(٦) المصدر السابق (٢/٢٨)، ومحاضراته (ص ١١٤).

للاستهلاك أثناء مدة معينة من الزمن، أو أن هذا الحق يتأثر مع الزمن، ولا يحافظ على أصالته، كما كان عليه حاله عندما قدمه صاحبه إلى الشركة^(١).

وإذا كانت الحصة من الأشياء القابلة للاستهلاك، فإن حق صاحبها عند تصفية الشركة ينقلب إلى موجودات الشركة، حسبما قومت به عند مشاركته، وعلى هذا الأساس تصفى الشركة، وتوزع أرباحها، وموجوداتها بين الشركاء^(٢) وتنفيذًا لأحكام عقد الإيجار، يضمن مقدم الحصة للشركة فعله الشخصي، والتعرض من الآخرين، كما يضمن العيوب التي تحول دون الاستفادة من العين، أو تنقص منها انتقاصًا كبيرًا^(٣).

● المبحث الخامس

آراء الفقهاء في الاشتراك بالحصة العينية على سبيل التملك

٧٢- يعبر الفقهاء عن الاشتراك بالحصة العينية، بالاشتراك بالعروض، وقد اختلفوا في جواز الشركة بالعروض إذا قومت، وملخص آرائهم ما يلي:

٧٣- الرأي الأول:

يصح الاشتراك بالعروض^(٤) مقومة، وهو مذهب المالكية، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟، قال جائز،

(١) الشركات للبابلي (ص ٣٤)، القانون التجاري اللبناني، لمصطفى كمال طه (١/ ٢٤٣)، الشركات، لعلي حسن يونس (ص ٣٩).

(٢) الشركات للبابلي (ص ٣٤).

(٣) دروس في القانون التجاري للدكتور أكثم الخولي (٢/ ٢٨).

(٤) العروض: جمع عرض، والعرض: ما نيل من الدنيا، يقال الدنيا عرض حاضر يأكل منها البر والفاجر. قال أبو عبيد: جميع متاع الدنيا عرض، بفتح الراء، وأما العرض، بسكون الراء فما خالف الثمين من متاع الدنيا وأثاثها. وجمعه عروض، فكل عرض داخل في العرض، وليس كل عرض عرضًا، وقال: العروض الأمثلة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا يكون حيوانًا ولا عقارًا، والعرض خلاف النقد من المال؛ قال الجوهري: العرض المتاع، وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير فإنهما عين. لسان العرب، مادة، عرض، المصباح المنير، العين مع الراء وما يثلثهما. المطلع على أبواب المقنع (ص ١٣٦).

اختار هذا أبو بكر، وأبو الخطاب، وابن تيمية، وابن أبي ليلى، وبه قال في المضاربة طائوس والأوزاعي، وحامد بن أبي سليمان^(١).

واستثنى المالكية المضاربة، فمنعوا صحتها بالعروض المقومة، وقال بعضهم: تجوز؛ لأن الدراهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها، حتى يمتنع القراض بغيرها^(٢).

٧٤- الرأي الثاني

تصح الشركة في المثليات من العروض عدا المضاربة، وبه قال الشافعية في الأظهر عندهم^(٣)، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وذلك بعد اختلاطها، وكونها من جنس واحد، وهنا تصح الشركة على أعيان العروض^(٤).

٧٥- الرأي الثالث:

لا تصح الشركة بالعروض مطلقاً، وهو مذهب الحنفية، وظاهر مذهب الحنابلة، نص عليه أحمد في رواية حرب وأبي طالب^(٥).

٧٦- وقد استدلل المجيزون للشركة بالعروض المقومة، بقياس العروض بعد تقويمها على الأثمان، فقالوا تجعل قيمتها وقت العقد رأس المال؛ لأن مقصود الشركة جواز تصرفها في المالكين جميعاً، وكون ربح المالكين المعلومين بينهما، وهذا يحصل في العروض، كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، وحيث يمكنه يستطيع كل واحد منهما أن يرجع عند القسمة بقيمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها^(٦)، عند استحقاق الزكاة.

(١) الخرشي على خليل (٤/٦)، مواهب الجليل (١٢٤/٥، ١٢٥)، المغني (١٥/٥)، فتاوى ابن تيمية (٣٠/٩١).

(٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٣/٤٦٤ و ٤٦٥).

(٣) مغني المحتاج (٢/٢١٣)، حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٣/٤٢).

(٤) فتح القدير (١٦/٥ و ١٧).

(٥) فتح القدير (١٤/٥)، شرح العناية على الهداية (٨/٤٤٧) بحاشية فتح القدير، المغني (١٤/٥).

(٦) المغني (١٥/٥).

٧٧- واستدل الشافعية على جواز الشركة بالمثلثات، بأن المثلث إذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز فأشبهه النقادين^(١)، ولأن المكيل والموزون عرض من وجه، ثمن من وجه آخر، بدليل أن الشراء بهما ديناً في الذمة صحيح، فكان ثمنًا، وأن بيع عينها صحيح، فكانت مبيعة، فيعمل في الحالين بالشبهين، فإذا خلط تعتبر ثمنًا، وإذا لم يخلط تعتبر عروضاً^(٢).

٧٨- واستدل الحنفية والحنابلة المانعون الاشتراك بالعروض بأدلة أهمها ما يلي:

١. لا تصح الشركة بالعروض؛ لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض، أو على قيمتها، أو على أثمانها، لا يجوز وقوعها على أعيانها؛ لأن الشركة تقتضي الرجوع عند انقضاء العقد برأس المال، أو بمثله، وهذه لا مثيل لها فيرجع إليه، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر، فيفضي إلى التنازع، وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، ولا يجوز وقوعها على أثمانها؛ لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها^(٣).

٢. الربح في العروض قد يظهر قبل التصرف فيها، وذلك بارتفاع سعرها بعد عقد الشركة، فإذا كان هذا الربح مشتركاً بين الشركاء، بمقتضى عقد الشركة، فإن غير المالك يستحق منه حصة، وكيف يستحقها، وليست إلا زيادة فيما لا ملك له فيه ولا ضمان؟

وكذلك إذا ظهرت الخسارة، فإنها تكون على الشركاء بمقتضى عقد الشركة، وكيف يلزم غير المالك بجزء منها من غير اشتراك ولا ضمان في الأصل^(٤)؟

٧٩- مناقشة الأدلة:

أولاً: قول المانعين للاشتراك بقيمة العروض، إن قيمتها غير متحققة القدر، فيفضي إلى النزاع، فيه نظر، فالقائلون بها لا يميزون الشركة بها، إلا إذا تم الاتفاق على القيمة، أما

(١) فتح العزيز (٤٠٧/١٠)، مغني المحتاج (٢/٢١٣).

(٢) المبسوط (١١/١٦١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/٣٧٦).

(٣) المغني (٥/١٤، ١٥).

(٤) المبسوط (١١/١٦١).

إذا لم يتفق على القيمة فلا ينعقد عقد الشركة، كما أنها لا تنعقد عند الإخلال بأحد أركانها الأخرى.

ثانيًا: قولهم قد يظهر الربح أو الخسارة قبل التصرف، وكيف يستحقها، وليست إلا زيادة فيها لا ملك له فيه ولا ضمان؟

يقال لهم: استحقاق الربح أو الخسارة، بعد انعقاد الشركة وقبل التصرف، هو استحقاق فيما ثبتت الملكية والضمان فيه؛ لأن المعتمد من مذهب المالكية والحنابلة، هو صيرورة رأس المال مشتركًا بين الشركاء بمجرد العقد، ودخوله في ضمانهم جميعًا، وبهذا يكون حصول الشريك، على ربح العروض، التي قدمها غيره من الشركاء، ربحًا لما ثبتت ملكيته فيه، ولما يلزمه ضمانه، وليس كما قالوا ربحًا لما لم يملكه ولما لم يضمن.

ولا دليل على أن ملك الشركاء، يتأخر إلى أن يتحقق الشراء برأس المال فيما يشترى على ملكهما، بل إن عقد الشركة، يفيد الاشتراك في ملك رأس المال من حين العقد، كما يفيد الاشتراك في الربح.

٨٠- الرد على الشافعية:

ويرد على الشافعية بأنه: ليس للتفريق بين ذوات الأمثال؛ كالحبوب وبين غيرها معنى، فإن الشركة إذا جازت في ذوات الأمثال جازت في غيرها، ولا عبرة للتمييز، فإن التصرف يحصل في المالين معًا.

ويرد على محمد، بأن ما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة، لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقد؛ لأن المانع قبل الخلط، هو كونه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وهو بعينه موجود بعد الخلط، بل يزداد تقررًا^(١).

(١) فتح القدير (١٧٢/٦).

٨١- الترجيح:

بعد استعراض الأدلة، ومناقشتها، يترجح لي جواز الشركة بالعروض؛ بأن تقدم في الشركة حصة عينية على سبيل ملكية رقبته، وهو رأي المالكية وإحدى الروايتين في مذهب الحنابلة؛ لأن العروض بعد تقويمها تكون رأس مال معلوم، وتنتقل ملكيتها إلى الشركة، وقيمتها هي أسهم صاحبها، أو حصته التي يعلم بموجبها مقدار نسبة نصيبه من الأرباح، أو الخسائر، هذا فيما عدا المضاربة.

أما شركة المضاربة فأرجح قول جماهير الفقهاء، وهو أن لا يكون رأس مالها عروضاً؛ مثل أن يعطيه داراً مقومة بألف لبيعها ويشارك في ربحها، ثم يستمر في المضاربة بثمنها، وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١)؛ لأن رأس المال في المضاربة من طرف والعمل من طرف آخر، فإذا أراد المضارب أن يضارب بها لا يتأتى إلا ببيعها، فإذا باعها وشارك في ربحها أدى إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف ما إذا كان رأس المال نقوداً؛ لأنه إذا اشترى بها ثبتت في ذمته، فإذا شارك في ربح ما اشتراه كان ما استفاده ربح ما ضمن^(٢)، لما روى الإمام أحمد وغيره عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الخراج بالضمن». رواه أبو داود والترمذي

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٨٢)، المبسوط (٢٢/ ٣٣)، تبين الحقائق (٤/ ٥٣)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٤٦٣)، مغني المحتاج (٢/ ٣١٠)، المذهب للشيرازي (١/ ٣٩٢ ط ٢ م) محمود نصار الحلبي وشركاه، خلفاء بمصر عام ١٣٧٩ هـ، المغني (٥/ ١٥). ونسبها الدسوقي إلى البناني عن بعض المالكية؛ حيث انفرد التعامل بالعرض، وقال: «وظاهره عدم الصحة إذا كان رأس المال عرضاً ولو انفرد التعامل به كالودع قصرًا للرخصة على موردها» حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٦٣).

وقد ذكر السرخسي في المبسوط (٢٢/ ٣٣)، والكاساني في البدائع (٦/ ٨٢) أن الإمام مالك يجيز المضاربة بالعروض، وبالنظر في كتب المالكية فإنها لم تذكر ذلك، بل ذكرت أن مذهب المالكية عدم صحة القراض بالعروض، انظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥)، وجاء في المدونة للإمام مالك رحمه الله (٥/ ١٢/ ٨٦)، «قال سحنون قال عبدالرحمن بن القاسم قال مالك: لا تصلح المقارضة إلا بالدنانير والدراهم». وفي (ص ٨٧) قال «قلت» رأيت القراض بالحنطة والشعير أيجوز في قول مالك؟ (قال) «لا». وفي مواهب الجليل للحطاب، والتاج والإكليل للمواق (٥/ ٣٦٠) نحو هذا.

(٢) تبين الحقائق (٥/ ٥٣ و ٥٤).

والنسائي وابن ماجة والحاكم^(١). صححه الترمذي وابن حبان وابن الجارود وابن القطان^(٢)، وقال الحاكم: هذا صحيح الإسناد ولم يخرجاه^(٣)، ووافقه الذهبي^(٤).

وإنما رجحنا الشركة بالعروض المقومة في الشركات الأخرى؛ لأنها تدخل في ملك الشركاء، أما الشريك المضارب، فإنه شريك في الربح، وليس شريكاً في رأس المال.

أما المضاربة بثمن العروض، كأن يقول: بع هذا العرض، وما حصل من ثمنه فقد ضاربتك به، فهو جائز عند الحنفية؛ لأن عقد المضاربة عندهم يقبل الإضافة، من حيث إنه توكيل وإجارة^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦)، قال في حاشية المقنع: «هذا المذهب، نص عليه لأنه توكيل في بيع العرض، فإذا باعه صار الثمن في يده أمانة، أشبه ما لو كان المال عنده وديعة^(٧)».

-
- (١) الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأحمد عبدالرحمن البنا الشهير بالساعاتي (٦٢/١٥)، سنن النسائي (٢٢٣/٧)، سنن الترمذي (٢٧/٦) وما بعدها.
- (٢) سنن الترمذي، بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني للبنا بحاشية الفتح الرباني (٦٢/١٥).
- (٣) المستدرک (١٥/٢).
- (٤) تلخيص الحبير بحاشية المستدرک (١٥/٢).
- (٥) شرح العناية على الهداية (٤٤٧/٨) بحاشية فتح القدير، درر الحکام شرح مجلة الأحكام (٤٥٦/٣).
- (٦) كشف القناع (٥١٢/٣)، المغني (١٥/٥)، الهداية لأبي الخطاب الكلوزاني (١٧٤/١)، الكافي لابن قدامة (٢٣٩/٢)، الفروع (٣٨٠/٤).
- (٧) (١٧٣/٢).

قال الشيخ علي الخفيف في كتابه الشركات (ص ٦٨) والدكتور عبدالعزيز الخياط في كتابه (٥٥/٢) إن الحنابلة اشترطوا في هذه الحال ألا يعهد إلى المضارب بالبيع، حتى لا يكون من المضارب زيادة عمل في القراض، وهي ممنوعة عندهم، ولكن هذا القول غير دقيق، والسبب هو نقل الخياط من الخفيف، واعتماد الشيخ الخفيف في النقل لمذهب الحنابلة من الدردير والخرشي.

ومذهب الحنابلة على جواز ذلك، جاء في كشف القناع (٥١٢/٣)، «ويصح (قوله): بع هذا العرض، وما حصل من ثمنه فقد ضاربتك به؛ لأنه وكيل في بيع العرض».

فالشيخ الخفيف جعل مذهب المالكية وهو المنع للحنابلة، ومذهب الحنابلة وهو الجواز للمالكية، انظر المصادر السابقة في رقم ٦ و ٧.

وهو قول ابن حزم^(١).

والراجح عندي جوازه؛ لأن حاصل ما اتفق العاقدان عليه هو توكيل ببيع العروض، ثم مضاربة بثمرها، وكلاهما جائز.

والذين منعوا الشركة بالعروض أجازوها بطريق الحيلة، وهي أن يبيع كل واحد من الشركاء جزءاً شائعاً من عروضه للآخرين، بجزء شائع من عروضهم، بطريق المفاضلة^(٢)، سواء تجانس العرضان أو اختلفا^(٣)، وقال الشافعية: ويقبض ثمن ذلك، ليتعين في يده، ثم يعقدان على ذلك شركة العقد. ونقل النووي في الروضة عن صاحب التتمة: أنه يصير العرضان مشتركين، ويملكان التصرف فيهما بالإذن، لكن لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً، وهو ناض، ويقول النووي: «ومقتضى إطلاق الجمهور ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً، وهو الصحيح»^(٤).

● المبحث السادس

الاشتراك بمنفعة العروض أو الحصة العينية بتعبير النظام

٨٢- الاشتراك بالعروض إما أن يكون على الاشتراك في أعيانها، بمعنى أن تدخل في ملك الشركاء، - كما قدمنا - وإما أن يكون الاشتراك معقوداً على منفعة العين، مع بقاء ملكية كل شريك للعين التي قدمها.

وصورة الاشتراك في منفعة العروض، كأن يقدم أحد الشركاء بناية، تستغل الشركة منفعتها، كمكاتب لها، أو تستثمرها، ويقدم الآخرون أعياناً، أو نقوداً.

(١) المحلى (١١٦/٩).

(٢) فتح القدير (١٧٤/٦)، وشرح العناية على الهداية بحاشية فتح القدير، روضة الطالبين للنووي (٢٧٧/٤).

(٣) روضة الطالبين (٢٧٧/٤).

(٤) المصدر السابق.

فمن قدم هذه العين، قدمها لاستغلال منفعتها، لا على تمليك رقبتها. فيجب أن تُقَوِّم منفعتها، وعلى أساس هذا التقويم، يكون نصيب مقدمها، وربحه، وخسارته.

آراء الفقهاء في الاشتراك بمنفعة الحصبة العينية:

٨٣- ذهب الفقهاء في الاشتراك في كسب منفعة العروض إلى رأيين:

الرأي الأول:

يجوز ذلك، وهو مذهب الحنابلة والمالكية، ونقل عن الأوزاعي ما يدل على الجواز^(١).

الرأي الثاني:

لا يجوز ذلك وهو مذهب الحنفية والشافعية^(٢).

الأدلة:

استدل الحنابلة على جواز الاشتراك في كسب منفعة العروض، بأنها عين تنمي بالعمل عليها، فصح العقد عليها ببعض نائها؛ كالدرهم والدنانير؛ وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة، قال أحمد: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع^(٣)، لحديث جابر: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطى خبير اليهود على الشطر...»^(٤).

واستدل المالكية بقولهم: «ألا ترى لو أن هؤلاء الثلاثة أرادوا أن يشتركوا، والمتاع لأحدهم، فاكتروا منه ثلثي ما في يديه لجازت شركتهم، إذا اعتدلت هذه الأشياء، فكذلك إذا كان لكل واحد منهم شيء على حدة، وكراؤه معتدل؛ إذ كل واحد منهم أكرى متاعه بمتاع صاحبه^(٥)».

(١) المغني (٥/٨٧)، كشف القناع (٣/٥٢٥)، فتاوى ابن تيمية (٢٥/٦٢، ٣٠/١١٤)، التاج والإكليل (٥/١٢٤).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/٣٧٧)، مغني المحتاج (٢/٢١٦).

(٣) المغني (٩/٥).

(٤) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري (٥/١٥)، صحيح مسلم بشرح النووي (٤/٥٥)، مساقاة باب ٢، ورواه أحمد والترمذي، وأبو داود، وابن ماجه، والدارمي.

(٥) المدونة الكبرى (٥/١٢/٤٦).

واستدل المانعون بما يلي:

قال الحنفية: شركة المنافع كالعروض، فكما لا تكون العروض رأس مال للشركة، لا تكون المنافع أيضًا رأس مال للشركة^(١).

وقال الشافعية: لا تجوز لأنها منافع أشياء متميزة^(٢). ومعلوم أن الشركة لا تصح عند الشافعية حتى تختلط أموال الشركاء، بحيث لا يتميز المال المقدم من أحدهما من المال المقدم من الآخر.

٨٤- الترجيح:

الراجح عندي هو القول بجواز الاشتراك في كسب منفعة العروض؛ لأن الدليل يؤيده، وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: ما رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي عن روفع بن ثابت قال: إن كان أحدنا زمن رسول الله ﷺ ليأخذ نضو^(٣) أخيه على أن له النصف مما يغنم ولنا النصف، وإن كان أحدنا ليطير له^(٤) النصل والريش، وللآخر القدح^(٥).

قال الشيخ محمود خطاب السبكي: قال في المرقاة: سنده حسن^(٦).

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (٣/ ٣٧٧).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٢١٦).

(٣) النضو، بالكسر المhezول من الإبل، والنصل، حديدة السهم والرمح والسيف ما لم يكن له مقبض، والريش، هو الذي يكون على السهم، والقدح، بكسر القاف خشب السهم، يقال للسهم أول ما يقطع قطع بكسر القاف، ثم ينحت ويبرى فيسمى برئاً، ثم يقوم فيسمى قدحاً، ثم يراش ويركب نصله فيسمى سهماً. انظر، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد (١/ ٢٥). وانظر، سنن أبي داود (١/ ٣٤) كتاب الطهارة.

(٤) ليطير له النصل والريش، أي يصيبهما في القسمة.

(٥) سنن أبي داود (١/ ٣٩)، مسند الإمام أحمد (٤/ ١٠٨)، نيل الأوطار (٦/ ٦٦).

(٦) المنهل المعذب المورود شرح سنن أبي داود (١/ ١٣٨)، وانظر، الفتح الرباني (١/ ٢٥) جاء في نيل الأوطار (٥/ ٦٦) «في إسناده شيبان بين أمية القتباني وهو مجهول، وبقية رجاله ثقات، وقد أخرجه النسائي من غير طريق هذا المجهول بإسناد كلهم ثقات».

وشيiban بن أمية من الطبقة الثالثة، بقول الذهبي، إذا كان المجهول في القرون الأولى يستأنس بحديثه، إذا كان لا يعارض حديثاً صحيحاً أو أصلاً.

فالصحابة- رضوان الله عليهم- كانوا يأخذون الإبل من أصحابها، ليركبوا عليها في مغازيهم، على أن يشتركوا في الغنيمة، فإذا غنموا تقاسم الغازي وصاحب الناقة الغنيمة بالنصف، فاستحقاق الغازي بعمله، واستحقاق صاحب الناقة مقابل منفعة ناقته، وهذا دليل على جواز الاشتراك في كسب منفعة العروض.

ثانيًا: إن الاشتراك في منفعة العروض، مقيس على الاشتراك في منفعة المساقاة والمزارعة، الثابت بالحديث الصحيح، وهو: «أن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر»، ففي المزارعة والمساقاة العقد معقود على منفعة الأرض أو الشجر ومنفعة العامل، والنماء بينهما، فالعروض مقيسة عليهما، وكما أن ملكية صاحب الأرض أو الشجر باقية له، فكذلك ملكية صاحب العروض باقية له.

ثالثًا: إن المال إما عين وإما منفعة، فكما يجوز الاشتراك في العين، يجوز أيضًا في المنفعة.

والاشتراك في المنفعة في شركة الملك ثابت، فكذلك يثبت في شركة العقد.

وكما يجوز أن يكون رأس المال كله منافع مقدمة، يجوز أن يكون بعضه أعيانًا وبعضه منافع؛ لأن الكل مال.

فبما أن المنفعة نوع من المال عند جمهور الفقهاء^(١)، يجوز أن تكون حصة من رأس المال في الشركة، فتأخذ حكم الأعيان في صلاحيتها، وتسليمها.

والذي أراه يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، هو أن تكون الحصة المقدمة للاشتراك بمنفعتها، مما لا تهلك بالاستعمال؛ كالدار والدابة والسيارة.

أما إذا كانت مما يهلك بالاستعمال؛ كالأقمشة، والفواكه، والبقالات، والمواد الأولية ونحوها، فإنه لا يصح أن تكون حصة في الشركة على سبيل المنفعة؛ لأن ما يهلك بالاستعمال لا يكون الانتفاع إلا بعينه، لا بمنفعته، ولهذا لا يصح عقد الإجارة عليه باتفاق الفقهاء^(٢)،

(١) سيأتي بيان ذلك في المبحث الآتي.

(٢) حاشية الدسوقي (٤/١٨)، مغني المحتاج (٢/٣٤٤). شرح منتهى الإرادات (٢/٣٥٧).

ولأن تقديمها على سبيل المنفعة يستلزم رد عينها، وهذا متعذر، أو رد مثلها، وهذا لا يمكن إلا بشراء الشركة مثل العين المقدمة، وتسليمها لصاحبها، وهذا معناه تملك العين لا المنفعة.

أما إذا كانت مما لا يهلك بالاستعمال، فيستردها صاحبها عند تصفية الشركة بعينها، وإذا هلكت هلكت على صاحبها.

يقول الدكتور عبدالعزيز الخياط: «أما في الشريعة الإسلامية فجائز أن تعقد الشركة على أن يقدم الشريك شيئاً ينتفع به وهو قابل للهلاك»^(١).

فقوله: قابل للهلاك، إن كان مراده الذي يهلك بالاستعمال؛ كالأقمشة والخضراوات ونحوها فغير مسلم؛ لأن ما يهلك بالاستعمال، يكون الانتفاع بعينه لا بمنفعته، ولهذا لا يصح عقد الإجارة عليه^(٢).

وما أورده من أمثلة كما في المادة (١٣٩٥) من مجلة الأحكام العدلية، وما نقله عن صاحب المغني^(٣) هي أمثلة على ما لا يهلك بالاستعمال، واستشهاد به جاء في مواهب الجليل من كتب المالكية، ونصه: «إذا اتفق قيمة العرضين المختلفين وهما مما يهلك بالاستعمال، وعرفا ذلك في العقد جازت شركتهما، وهو يبيع نصف عرض هذا بنصف عرض الآخر، وإن لم يشهدا أو يذكرا بيعاً»^(٤).

فهذا لا على سبيل المشاركة بمنفعة العين، وإنما هو على سبيل المشاركة بملكيتها، بدليل قوله: وهو يبيع نصف عرض هذا بنصف عرض الآخر، وإن لم يشهدا أو يذكرا بيعاً، ويؤيده أيضاً قوله في الشركة الصحيحة. رأس مال كل منهما ما قومت به سلعته يوم اشتركا، ولا ينظر إلى ما بيعتا به.

(١) الشركات للخياط (١/١٤١ و ١٤٢).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/٣٥٩)، كشف القناع (٣/٥٦٢).

(٣) المغني (٥/١٣).

(٤) مواهب الجليل (٥/١٢٤).

- ٨٥- الأحكام التي تترتب على الاشتراك في منفعة العروض ما يلي:
١. يحدد ربح كل من الشركاء بما يتفقون عليه، ويمكن تعيين ربح كل بتقويم المنفعتين، المدة التي يشتركون فيها، وجعل الربح بحسب قيمة كل.
 ٢. تبقى ملكية الشريك للعين التي قدمها، وليس للشركة أن تتصرف فيها، تصرفاً يؤثر في ملكيتها.
 ٣. إذا هلكت العين هلكت على صاحبها، وعليه أن يقدم عيناً أخرى، وإذا تعيبت بحيث تقل الفائدة منها، فعليه إصلاحها بحيث تؤدي الغرض منها.
 ٤. يلزم الشريك بالضمان، إذا ظهر عيب أو تدخل من أحد، يحول دون انتفاع الشركة بالحصة.
 ٥. لا يحق للشريك أن يتصرف في العين بشيء من التصرفات، التي تؤثر على فائدة الشركة فيها؛ كالبيع، أو الإجارة، أو الرهن، أو العارية، أو الوديعة أو نحو ذلك.
 ٦. بعد فسخ الشركة، أو انتهاء مدة منفعتها، يأخذ كل شريك عينه التي قدمها^(١).

● المبحث السابع

الرأي الشرعي في الاشتراك بالحق المعنوي

٨٦- عرفت في القرن الثامن عشر الميلادي أنواع من الحقوق المالية، أطلق عليها اسم حقوق الملكية الأدبية والفنية، وحقوق الملكية الصناعية، وملكية المحل التجاري^(٢)، وسمّاها البعض الحقوق الفكرية، أو الذهنية؛ كحق التأليف، والاختراع، وهي الإنتاج الفكري سواء أكان التعبير عنه بالكتابة كالكتب، أم بالرسم كالصور والخرائط، أم بالصوت

(١) الشركة للبابلي (ص ٣٤)، الحقوق العينية الأصلية، لعبد المنعم البدر اوي، فقرة ٢١٥، الشركات لعلي حسن يونس (ص ٣٩)، دروس في القانون لأكثم الخولي (٢/ ٢٨)، القانون التجاري اللبناني لمصطفى كمال طه (١/ ٢٤٣).

(٢) المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي، نظرية الحق، للمستشار الدكتور عبدالعزيز عامر (ص ٥٢).

كالخطب والتمثيلات، أم كان إبرازه بالصناعة كالألات أم كانت براءة اختراع^(١)، فإذا اخترع شخص شيئاً، كان له حق اختراعه، وهو حق ذهني، يتمثل في براءة اختراع؛ أي شهادة تمنح للمخترع، تحول له استغلال اختراعه وحده، مدة معينة^(٢).

وقد عرف الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة الحق في عرف الفقهاء، فقال هو: (ما يثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير)^(٣).

والحق المالي: هو اختصاص شخص (طبيعي أو اعتباري) قرر به الشرع سلطة أو تكليفاً، وصلاح أن يكون محلاً للمعاوضة^(٤).

والحقوق المعنوية: هي حقوق مالية ترد على أشياء غير محسوسة، وتحول صاحبها الاختصاص بما ينشأ عنها^(٥).

ويرى أبو سنة أن الحق شامل للملك العين، وملك المنفعة، وللمدين، وللحقوق الفكرية؛ كحق التأليف والاختراع، وغير ذلك، لا فرق بين أن يكون الثابت على وجه الاختصاص، وهو المعروف بالملك، أو على وجه الاشتراك، كما في الإباحة العامة^(٦).

والأصل في حصص الشركاء أن تكون أشياء مادية، ولكن ما الحكم الشرعي إذا كانت الحصة حقاً معنوياً كبراءة اختراع، أو اسماً تجارياً.

اتفق جمهور الفقهاء، المالكية والشافعية والحنابلة ومتأخرو الحنفية على أن المنفعة داخلية في المال؛ لأنها مشمولة به في تعريفاتهم له^(٧).

(١) النظريات العامة للمعاملات - نظرية الحق - للدكتور أحمد فهمي أبو سنة (ص ٦٦)، دروس في أصول القانون تأليف جميل الشراوي (ص ٢٧٣).

(٢) المبادئ العامة للتشريع في المملكة العربية السعودية لمجموعة من المؤلفين (ص ١٩٦).

(٣) النظريات العامة في المعاملات، للشيخ أبي سنة (ص ٥٢).

(٤) المعايير الشرعية (ص ١٠٦١)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض.

(٥) المعايير الشرعية (ص ١٠٦٢).

(٦) نظرية الحق. مصدر سابق.

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٩/٣)، الشرح الصغير (٢٢/٣).

خلافًا للحنفية؛ إذ لا يرون المنفعة مالا، فقد عرفوا المال بأنه: (كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به في العادة)^(١)، قالوا: (والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال)^(٢).

وحيث إن الحق المعنوي نوع من المنفعة، فهو داخل في مسمى المال في الشريعة؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تشترط أن يكون محل الملك شيئاً مادياً معيناً بذاته، إنما هو كل ما يدخل في معنى المال، من أعيان مادية ومعنوية ومنافع، على الراجح من أقوال الفقهاء^(٣)، الذي معياره أن يكون له قيمة بين الناس، ويباح الانتفاع به شرعاً^(٤)، ولأنه جرى العرف بأن الحقوق المعنوية لها قيمة بين الناس، ولأنها أموال ذات مميزات خاصة، وقد اختص بها صاحبها دون غيره، فلا يعترضه في التصرف فيها أحد، فإذا قام الاختصاص بها، تكون حقيقة الملك قد وجدت، فيجوز بيع الحق المعنوي، وهبته، والمشاركة به، ويباح الانتفاع به شرعاً بحسب طبيعته^(٥)، بشرط أن يستند إلى أي شيء مادي. فكما تكون الأجهزة المادية ملكاً لأصحابها، فكذلك جهودهم الفكرية وطاقاتهم الإبداعية، ينبغي أن تكون هي ملكاً لأصحابها^(٦)؛ إذ من المصلحة إقرار ملكية هذه الحقوق لأصحابها؛ لأن فيه تشجيعاً على الإبداع والاختراع، وهو مما تشجع عليه الشريعة الإسلامية، ولكي يعلم من يبذل جهده

(١) المبسوط (٧٨/١١ و٧٩)، رد المحتار على الدر المختار (٣/٤).

(٢) المصدر السابق.

(٣) عرف الكثير من الفقهاء المال بما يشمل الحق المعنوي، جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٥٤)، (أما المال فقال الشافعي رحمه الله: لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس. وفي طريقة الخلاف للقاضي حسين من فقهاء الشافعية: (المال ما يرغب فيه بالاعتياض عنه عادة) (ص ١٣٤ أ)، مخطوط، نقلاً عن الملكية للدكتور عبدالسلام العبادي (١/١٧٧)، وعقب القاضي حسين على ما سبق بقوله: (نعم في بعض الأشياء عمت الحاجة، فعمت عادة الاعتياض، وفي بعضها قلت الحاجة فقلت العادة). ومن تعاريف الحنابلة للمال أنه: (ما يباح نفعه مطلقاً، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة، فخرج ما لا نفع فيه كالحشرات، وما فيه نفع محرم كالخمر، وما لا يباح الا عند الاضطرار كالميتة، وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة كالكلب). شرح منتهى الإرادات (٢/١٤٢).

(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور العبادي (١/١٩٧ و١٩٨).

(٥) المصدر السابق.

(٦) الحقوق المعنوية حق الإبداع العلمي، وحق الاسم التجاري، طبيعتها وحكم شرائها، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/٢٤١٠).

أنه سيختص باستثمار إبداعه وابتكاره، وأنه سيكون محميًا من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة جهده، ويزاحموه في استغلالها.

وأجيزها كذلك، قياسًا على بيع حق التحجير، الذي قال به أبو إسحاق الشيرازي من الشافعية^(١)، وهو احتمال لأبي الخطاب الكلوذاني من الحنابلة^(٢)، وقياسًا أولويًا على القول بجواز النزول عن الوظائف بهال؛ فقد قال ابن عابدين: يفتى بجوازه^(٣) «وقال العلامة العيني: ليس للنزول شيء يعتمد عليه، ولكن العلماء والحكام مشوا على ذلك للضرورة»^(٤)، وقد أفتى بجواز الاعتياض عن الوظائف الدينية مشايخ بلخ وخوارزم^(٥).

وقولي هذا مقيد بشرط أن يكون الحق المعنوي؛ يعبر عن واقع حقيقي لا صوري، خاليًا من الكذب والتزييف والخداع.

وقد صدر قرار مجمع الفقه بالمنظمة، بجواز التصرف في الحق المعنوي والاعتياض عنه، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار ذلك أصبح حقًا ماليًا^(٦).

● المبحث الثامن

المشاركة بالاسم التجاري والعلامة التجارية

٨٧- المراد بالمشاركة بالاسم التجاري، إذا كان منفردًا، دون أن يستند إلى شيء مادي، بعد تقويمه بما يساويه من مال، فيشترك به صاحبه في الشركة، وهل يصح بيعه؟
وحيث إن الاسم التجاري مصطلح قانوني، فسنعرفه عند أهل القانون، مع بيان رأيهم فيه.

(١) روضة الطالبين للنووي (٥/٢٨٨).

(٢) الهداية لأبي الخطاب (١/٢٠١)، الإنصاف (٦/٣٧٤)، المغني (٥/٤٦٥).

(٣) رد المحتار (٤/١٤).

(٤) المصدر السابق.

(٥) العقود الدرية لابن عابدين (١/٢١٤ و ٢١٥).

(٦) قرار رقم ٤٣ (٥/٥).

عرف بأنه منقول معنوي، قوامه الاتصال بالعملاء، الذين اعتادوا التردد على المتجر، نتيجة اتحاد عناصر الاستغلال التجاري^(١).

وعُرف: بأنه كل اسم لتاجر أو صاحب مصنع أو مزارع أو مستثمر، وكل نوع تجاري ليس له طابع انتسابي، وكل اسم مستعار يتكئى به التاجر، أو صاحب المصنع أو المزارع أو المستثمر، وكل اسم مميز يعتنقه فريق من الناس ممن ذكر أعلاه^(٢).

فهو: تسمية يستخدمها التاجر علامة تميز منشأته التجارية عن نظائرها.

وقد اتجه القانون إلى منع التصرف في الاسم التجاري، تصرفاً مستقلاً، عن التصرف في المحل التجاري^(٣)، هادفاً حماية الجمهور من التضليل، لئلا يظن عند البيع أن المحل الجديد هو ذات المحل الأول^(٤).

سبق أن بينت رأيي في المشاركة بالاسم التجاري، والعلامة التجارية^(٥)، وبعد أن اطلعت على قول مجمع الفقه التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بجوازه، بدأ لي أن أعيد النظر فيه، وأن استأنس برأي مجموعة من العلماء الموثوقين، فكاتبتهم، وهذه آراؤهم.

٨٨- آراء الفقهاء المعاصرين في المشاركة بالاسم التجاري والعلامة التجارية:

الرأي الأول: لا يجوز بيع الاسم التجاري، منفرداً عن المحل، أو المشروع التجاري؛ لأنه ليس بهال متقوم شرعاً، وإن كان عرف الناس يعده مالاً، وهذا رأي الدكتور حسين حامد حسان^(٦).

(١) التشريع الصناعي، للدكتور محمد حسني عباس (ص ٢٩٣)، نقلاً عن بحث الحقوق المعنوية، للدكتور عجيل النشمي، مجلة مجمع المنظمة (٥/ ٣/ ٢٢٧٣).

(٢) معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، للدكتور جرجس جرجس، الشركة العالمية للكتاب ط ١ عام ١٩٩٦.

(٣) مبادئ القانون التجاري (١/ ٤٧٥)، للدكتور مصطفى طه، نقلاً عن بحث عجيل النشمي.

(٤) الحقوق المعنوية للدكتور عجيل النشمي، مصدر سابق.

(٥) كان هذا قبل ستة وثلاثين عاماً من هذا التاريخ، حين أعددت أصل هذا الكتاب لنيل درجة الدكتوراه.

(٦) رسالته التي بعث بها إليّ أثابه الله.

الرأي الثاني: جواز انتقال الاسم التجاري عن طريق التنازل دون البيع على تفصيل، وهو للشيخ تقي الدين العثماني، يقول: (وظاهر أن الاسم التجاري ليس عيناً مادية، وإنما هو عبارة عن حق استعمال هذا الاسم، وهذا الحق ثبت لصاحبه أصالة بحكم الأسبقية والتسجيل الحكومي، وهو ثابت في الحال، وليس متوقعاً في المستقبل، وهو حق يقبل الانتقال إلى آخر، ولكنه ليس حقاً ثابتاً في عين قائمة، فعلى ضوء القواعد التي استخلصناها من كلام الفقهاء ينبغي أن يجوز الاعتياض عنه على طريق التنازل دون البيع؛ لأنه ليس حقاً ثابتاً أو منفعة مستقرة في عين قائمة).

وقال: أفتى بهذا شيخ مشايخنا الإمام العلامة أشرف علي التهانوي رحمه الله وقاسه على مسألة النزول عن الوظائف.

ثم قال: (وإن كان في الأصل حقاً مجرداً، غير ثابت في عين قائمة، ولكنه بعد التسجيل الحكومي الذي يتطلب جهداً كبيراً، وبذل أموال جمّة، والذي تحصل له بعد ذلك صفة قانونية، تمثلها شهادات مكتوبة بيد الحامل، وفي دفاتر الحكومة، أشبه الحق المستقر في العين، والتحقق في عرف التجار بالأعيان، فينبغي أن يجوز الاعتياض عنه على وجه البيع)^(١).

الرأي الثالث: جواز بيع الاسم التجاري والمشاركة به؛ لأنه مال على مفهوم الجمهور ومتأخري الحنفية، لاشتماله على المنفعة، ولأن الناس تعارفوا على أن له قيمة يعتاض عنها بما يقابلها من نقد، فيمكن تقويمه كما تقوم الأعيان، ولو أعتدي عليه بالتزيف والتقليد، فإن المعتدي يتعرض للمساءلة والضمان، وإذا اعتبرنا الحقوق أموالاً، فالاسم التجاري مال، وهو رأي الدكتور عجيل النشمي^(٢).

ويتفق هذا الرأي مع رأي مجمع الفقه الإسلامي بالمنظمة^(٣)، وإن كان رأي المجمع لم يوضح ما إذا كان الاسم التجاري الذي يرى الاعتياض عنه بهال مجرداً، أم مقترناً بشيء مادي.

(١) بعث برأيه هذا في رسالة خاصة إليّ أثابه الله. وقد أفردتُ رأي فضيلته؛ لأنه قال، يجوز الاعتياض عنه عن طريق التنازل دون البيع، ثم قال: فينبغي أن يجوز الاعتياض عنه على وجه البيع.

(٢) رسالته التي بعث بها إليّ أثابه الله. وهو موجود أيضاً في مجلة مجمع المنظمة، مصدر سابق.

(٣) قرار رقم ٢٣ (٥/٥).

وبعد إعادة النظر والاطلاع على أقوال العلماء، أؤكد على ما سبق أن توصلت إليه، وهو أنه لا تجوز المشاركة بالاسم التجاري، وتقديمه حصة في الشركة؛ لأنه ليس بهال، ولا يصلح أن يكون محلاً للالتزام؛ لأن الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية يرون أن الحق إذا كان مجرداً عن الملك، ولا يؤول إلى مال، أو ما ليس عيناً، ولا منفعة مستندة إلى عين، كحق الشفعة، وحق خيار الشرط، وهبة الزوجة يومها لضررتها، لا يجوز الاعتياض عنه^(١).

وقال الحنفية: لو صالح على حق الشفعة بهال، بطل حقه في الشفعة^(٢) لعدم إمكانية إثبات حق الشفعة لغير صاحبها. ولأن بيع الاسم التجاري، أو المشاركة به، فيه تضليل للمتعاملين مع الشركة، فإذا قبلت الشركة اسماً تجارياً حصة فيها، وهذا اسم لشركة مشهورة قد حازت على ثقة الجمهور، والشركة الجديدة ليس لها من العلاقة بالشركة موضع الثقة إلا اسمها، فإن هذا تدليس شديد على الجمهور. فلا يجوز بيعه ولا المشاركة به، ولا أي معاوضة عليه.

٨٩- العلامة التجارية:

العلامة التجارية: هي كل شارة مميزة، تستخدم لتمييز البضائع، للدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمانها، أو طريقة تحضيرها. أما الاسم التجاري فهو الاسم الذي يستخدمه التاجر الفرد، أو الشركة التجارية لتمييز المنشأة التجارية التي يباشر استغلالها^(٣).

فالعلامة التجارية تستخدم لتمييز المنتجات، أما الاسم التجاري فإنه اسم يميز المنشأة التجارية ذاتها عن نظائرها.

(١) نهاية المحتاج ٣٨٢/٦، المهذب (١/٢٩١ و ٣٨٧)، الدر المنثور (٣/٣٩٤)، قواعد ابن رجب ١٩٩، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٦)، كشف القناع (٥/٢٠٦)، المغني (٤/١٦٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢١٢)، رد المحتار (٤/١٤-١٥)، بدائع الصنائع (٦/٤٩، ٥/٢١).

(٣) (م) نظام العلامات التجارية الفارقة، الغرفة التجارية الصناعية بجدة، إصدار وحدة النشر بمركز المعلومات، ط ١، عام ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

وقد يستخدم التاجر، الاسم التجاري للمنشأة، في تكوين العلامة التجارية، التي يضعها على المنتجات، وبذلك يقوم الاسم التجاري، بوظيفة تكوين العلامة التجارية. والفقهاء الذين أوردت آراءهم في الاسم التجاري، يقولون في العلامة التجارية، بمثل قولهم في الاسم التجاري.

وأرى أن العلامة التجارية، لا تجوز المشاركة بها؛ لأن المشاركة بها خداع وتدليس، ومخالفة للحقيقة، وتغريب بالناس؛ إذ يعتقدون أن هذا النوع من البضاعة، هو ذاك النوع المعروف بوجوده، لاتفاقهما في العلامة التجارية، وهذا يؤدي إلى الظلم، فهو مخالف لمبادئ الشريعة الغراء في نهيها عن الظلم والغرر والتدليس.

● المبحث التاسع

آراء الفقهاء في الاشتراك بالدين

٩٠- يشترط كون رأس المال عينيًا، فلا تجوز الشركة بالدين^(١)، أما ما يتعلق بحضور رأس المال، فيشترط الحنابلة حضوره من جميع الشركاء عند العقد، على الصحيح من مذهبهم^(٢).

ولكنهم أجازوا ما في معنى الحضور^(٣)، مثل لو قال: قبض ديني الذي على فلان ثم ضارب به، أو لو قال: قبض وديعتي من زيد أو منك وضارب بها؛ لأنه وكله في القبض، وعلق المضاربة على القبض، وتعليقها صحيح^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٦/٦٠)، كشف القناع (٣/٥٠٧).

(٢) الإنصاف (٥/٤٠٨)، كشف القناع (٣/٥٠٧ و ٥١٢).

(٣) كشف القناع (٣/٥٠٧ و ٥١٢).

(٤) المصدر السابق (٣/٥١٢).

أما الحنفية والمالكية فإنهم لا يشترطون حضور رأس المال وقت العقد، بل الشرط وجوده وقت الشراء^(١).

والحنفية وإن أجازوا تأخير رأس المال، فقد نصوا في الشركة بما فيها المضاربة، على عدم جواز المشاركة بالدين المطلوب من ذمم الناس^(٢).

ولهم استثناءات في المضاربة، فأجازوا كما ذكر الحنابلة، ما لو قال: اقض ديني الذي على فلان، ثم ضارب به، ومثله إذا قال: بع هذا العرض، واعمل بثمره^(٣). ومنعه مالك والشافعية^(٤).

وتجوز الحنفية والحنابلة للمشاركة بالدين في شركة المضاربة، يتفق مع ما جاء في النظام السعودي، والقوانين الأخرى، من قبول المشاركة بالدين، والحوالة على المدين، ولا تبرأ ذمة المشارك به، حتى يتم نقل هذه الحصة إليها نقلاً تاماً، وتبقى مسؤولية الشريك قائمة حتى ينتهي من تأمين هذا النقل^(٥).

وفي هذا توسعة وتمكين، للذين يريدون المشاركة، ولهم حقوق لدى الآخرين حالة الأداء، أو يحل أداؤها قريباً، لا سيما أن بعض الفقهاء، لم يشترطوا حضور رأس مال الشركة وقت العقد، بل الشرط وجوده وقت الشراء.

-
- (١) المبسوط (١١/١٥٢)، درر الحكام (٣/٤٥٦ و ٤٥٧)، مجله الأحكام العدلية، (م١٤٠٩)، بدائع الصنائع (٦٠/٦) وفي طبع مطبعة الإمام (٦/٤٥٢٠)، التاج والإكليل (٥/١٢٥).
- (٢) بدائع الصنائع (٦/٦٠)، مجلة الأحكام العدلية، (م١٣٤١).
- (٣) مجله الأحكام العدلية (م١٤٠٩)، فتح القدير (٨/٤٤٧) مصور عن طبعة الحلبي الأولى.
- (٤) المدونة (٥/١٢/٨٨)، بداية المجتهد (٢/١٩٨)، تحفة المحتاج (٥/٢٣٨).
- (٥) جاء في المادة «٦»: وإذا كانت حصة الشريك حقاً له لدى الغير، فلا تبرأ ذمته قبل الشركة إلا بعد تحصيلها هذا الحق، ووضعته تحت تصرف الشركة خلال المدة المحددة لذلك»، وانظر، الشركات للبابلي (ص٣٢).

● المبحث العاشر

الحصة عمل في الفقه والنظام^(١)

٩١- قد تكون الحصة عملاً فقط، تصيب منه الشركة نفعا مادياً، كالخبرة الفنية، أو إدارة المصانع، أو القيام بأعمال البيع.

ويمكن أن يقدم شريك واحد حصة نقدية، أو عينية، وحصة بالعمل، وفي هذه الحالة يكون له نصيب في الربح والخسارة عن حصته بالعمل، ونصيب آخر فيها عن حصته النقدية أو العينية (م ١١ / ٢)^(٢).

والحصة بالعمل ليست من رأس المال، جاء في النظام: «وتكون الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأس مال الشركة» (م ٥ / ٢).

يقوم الشركاء حصة العمل، ويتحدد نصيب مقدم هذه الحصة في الأرباح، على أساس هذا التقويم، وهذا هو الهدف من تقويمها، فتقويمها لا يعني أنها تدخل في تكوين رأس مال الشركة^(٣).

وإذا تعدد الشركاء بالعمل، دون تقويم حصة كل منهم، عدت هذه الحصص متساوية، ما لم يثبت العكس (م ١١ / ٢).

ومن المؤكد أن الشريك بالعمل لا يتحمل الخسارة المادية، فخسارته هي في عدم تحقيق ربح له، وضياع جهوده عليه.

(١) لفت نظري أن الدكتور عبدالرزاق السهوري قسم الالتزام بالعمل إلى نوعين، إما أن يكون التزاماً بتمكين الشركة من الانتفاع بعين معينة، وإما أن يكون التزاماً بخدمات معينة، تدخل ضمن أعمال الشركة، وسمى الكل عملاً، انظر: الوسيط (٥ / ٢٧٢)، مع أن العمل عرفاً لا يطلق إلا على الخدمات التي تصدر من الأشخاص، والواقع أن الانتفاع بالحصة العينية شيء غير الحصة بالعمل، ولا أدري كيف جعل الانتفاع بالحصة العينية قسماً من الالتزام بالعمل؟ وقد عرض الدكتور عبدالعزيز الخياط لهذا التقسيم، وسار عليه دون أن يناقشه. انظر: الشركات للخياط (١ / ١١٥).

(٢) سوف نناقشها قريباً.

(٣) دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٢ / ٢٩)، الوجيز لجمال الدين عوض (ص ٣٥٢)، وانظر: مجلة الأحكام العدلية (م ١٣٤٥).

لم يوضح النظام السابق: أن صاحب الحصة بالعمل لا يتحمل خسارة مادية، فأوصيت بإيضاحه، وقد تحقق - بفضل الله - في النظام الجديد؛ حيث جاء فيه: (يعفى من المساهمة في الخسارة الشريك الذي لم يقدم غير عمله) (م ٢ / ٩) ^(١).

أما ما ذكره النظام مجملًا في (م ١١ / ٢) بقوله: «وإذا كانت حصة الشريك مقصورة على عمله، ولم يعين في عقد تأسيس الشركة نصيبه في الربح أو في الخسارة، فيكون نصيبه بنسبة حصته بحسب تقويمها عند تأسيس الشركة»، مما قد يفهم منه. تحميل العامل خسارة على قدر تقويم حصته، فمن المؤكد أن هذا النص لم يرد وفقًا لما أراده واضع النظام؛ لأنه مقيد بها جاء صريحًا في أول هذه المادة من إعفائه من الخسارة.

ولأن تحميل الشريك بعمله خسارة في نصيبه، الذي شارك به نقدًا، أو عينًا، أمر مقبول، ويتساوى مع وضع الشركاء الآخرين، غير أن تحميله خسارة مادية عن حصته بالعمل، إضافة إلى ضياع عمله الذي لم يحصل له على مقابل، تحميل غير صحيح، وغير متساوٍ مع وضع الشركاء الآخرين ^(٢).

ومعنى هذا أن الشريك بالعمل، يشارك في الخسارة، كما يشارك في الربح، ومشاركته في الخسارة، هي عدم حصوله على نصيب مادي من الربح مقابل عمله ^(٣).

هذا هو رأى النظام السعودي، وبهذا يتفق مع القانون المدني المصري.

ونظرًا لأن الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة لا يزال فيها بعض اللبس، فإني أرى مناسبة إعادة صياغتها بما يزيل هذا اللبس، لتتفق مع الفقرة الثانية من المادة التاسعة في إعفائه من الخسارة المادية.

٩٢- وبيان حكم هذه المسألة فيما يلي:

(١) ويوافقه: (م ٣ / ٥١٤) من القانون المدني المصري، وانظر، دروس في القانون التجاري، للدكتور أكرم الخولي (٢٩ / ٢).

(٢) المصدر السابق، ٤٢ و ٤٣.

(٣) القانون التجاري السعودي للدكتور محمد حسن الجبر (٢ / ١٤٣).

أولاً: تجوز المشاركة بالعمل في الفقه الإسلامي، والأصل في غير شركة المضاربة أن يقدم الشركاء عملاً، إلى جانب ما يقدمونه من مال، كما في شركة العنان، أو يقدمون عملاً من الجانبين في بيع البضائع التي يشترونها بوجهاتهما، كما في شركة الوجوه، أو يقدمون عملاً من الجانبين كما في شركة الأعمال.

وتجوز المشاركة بالعمل في الفقه الإسلامي في شركة المضاربة، سواء استقل المضارب بالعمل، وهذا باتفاق الفقهاء.

أو اشترك رب المال مع المضارب في العمل، وهو جائز عند الحنابلة، نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث^(١)، وقد ذكره الخرقى بقوله: «أن يشترك بدنان بهال أحدهما.. فكل ذلك جائز»^(٢). ومنعه الحنفية والمالكية والشافعية، إذا شرط ذلك في عقد الشركة^(٣).

ومشاركة رب المال مع المضارب في العمل، مثله الاشتراك بالعمل في الشركات الحديثة؛ لأن أرباب الأموال يساهمون بالمال، ويشتركون في إدارة الشركة، والشريك بالعمل يتولى الإدارة أو بعض الأعمال. ويجوز ذلك على مذهب الحنابلة، كما قدمنا بناءً على اشتراطه في عقد الشركة.

ثانياً: إذا ربحَت الشركة فَيأخذ العامل حصته من الربح، وإذا خسرت فلا يأخذ شيئاً، وخسارته عمله الذي لم يحصل له على مقابل، وهذا جائز شرعاً.

والعمل يكون حصة في شركتي التضامن والتوصية البسيطة، أما الشريك الموصي فليس له أن يقدم عمله حصة في رأس مال شركة التوصية، باعتبار أنه لا يحق للشريك الموصي أن يتدخل في أعمال الشركة.

(١) المغني (١٢/ ٢٤)، الكشاف (٣/ ٥١٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٠).

(٢) المغني (١٢/ ٥).

(٣) بدائع الصنائع (٨/ ٣٥٩٩ و ٣٦٠٠) م الإمام، المبسوط (٢٢/ ٨٣) وما بعدها، شرح العناية على الهداية (٨/ ٤٥٢)، المدونة (٥/ ١٢/ ١١١)، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٤٦٦)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٢١)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، سنة ١٣٥٧ هـ، مغني المحتاج (٢/ ٣١١).

وفي النظام لا يصح أن يكون العمل حصة في شركات المساهمة^(١)، أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ إذ لا بد فيهما من الوفاء برأس المال كاملاً عند التأسيس، وهذا لا يمكن في العمل؛ لأن العمل يجيء تدريجيًا، فلا يتأتى استيفاءه كاملاً عند التأسيس، ولأن الحصة بالعمل لا تدخل في ضمان الدائنين، ومن ثم لا تدخل في تقويم رأس مال الشركة، على أساس أنه هو الضمان الذي يستند إليه الدائنون في اقتضاء حقوقهم، ولأن هذه الشركات تعتمد على رأس مالها، فيجب أن يكون جميعه من الحصص التي يمكن للدائنين التنفيذ عليها تنفيذًا جبريًا^(٢).

كما أن استيفاء الشركة لحصة الشريك في هذا الفرض، يقتضى استمرار قدرته على أدائها، ورغبته في عدم الانسحاب من الشركة، وهذا غير مضمون^(٣)، وبناءً على هذا لا يصح أن تكون جميع الحصص من العمل في القانون المصري^(٤)، والنظام السعودي (م/٥/٢)^(٥).

٩٣- ويفرق القانونيون بين العمل إذا كان فنيًا له قيمة، وله أهمية بالنسبة للشركة، كالخبرة التجارية أو الهندسية، وبين العمل قليل القيمة، فالأول يصح عندهم أن يقدم حصة في الشركة، والثاني لا يصح، وإنما يستحق فيه أجر المثل^(٦).

٩٤- أما النظام فلم ينص على التفريق بين أنواع العمل، ولذا نحمله على الإطلاق، وهو يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون فنيًا أو غير فني.

(١) أنموذج الشركة المساهمة (م/٦)، «رأس مال الشركة... ومنها سهمًا نقدياً وسهمًا عينيًا مقابل...» فقد اقتصرَت المادة على الأسهم النقدية والعينية، ولم تذكر أسهمًا بالعمل.

(٢) الشركات التجارية (ص/٤٣)، شركات الأشخاص، لحسني عباس (ص/٣٦)، أحكام القانون التجاري لمحمد سامي مذكور (١/١٤٧)، الوجيز في القانون التجاري لجمال الدين عوض (١/٣٥٢)، الشركات التجارية لأدوار عيد (١/٦١).

(٣) الشركات التجارية (ص/٤٣).

(٤) المصدر السابق، الوجيز لجمال الدين عوض (١/٣٥٢).

(٥) النظام التجاري السعودي (ص/١٣١، ط/٤).

(٦) دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٢/٢٩). وانظر: الوجيز لجمال الدين عوض (١/٣٥١)، أحكام القانون التجاري لمحمد سامي مذكور (١/١٤٦)، الشركات التجارية، تأليف أدوار عيد (١/٣١).

٩٥- أما فقهاء الشريعة فلم يفرقوا بين أنواع الأعمال، فأباحوا الاشتراك بأي نوع من أنواع العمل، إذا وافق مصلحة الشركة ومقتضيات نشاطها^(١)، والعمل سواء أكان عملاً فنياً أم اعتيادياً يقدر بقدره.

والأصل جواز المشاركة بأي عمل، فلا يعدل عنه إلا بدليل. لكن إذا قصرت الشركة قبولها على العمل الفني فلا مانع منه شرعاً.

ويجب على الشريك بالعمل، أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به، بالعناية المعتادة، التي تبذل في مثل هذه الأعمال، ويكون مسؤولاً عن تقصيره^(٢).

٩٦- وقد منع النظام، أن تقتصر حصة الشريك، على مجرد نفوذ اجتماعي أو سياسي يتمتع به وزير سابق، أو زعيم، أو أن تكون شهرة يتمتع بها الشخص في ميدان الأعمال (م٥)^(٣).

وهذا المنع للاشتراك بالنفوذ السياسي أو الثقة المالية ونحوهما، يتفق مع الشريعة الإسلامية؛ لأن هذا اشتراك بغير مال ولا عمل.

وإذا كان مشروطاً عليه أن يتفرغ لهذه الأعمال، لم يجز له أن يقوم بأعمال أخرى إلى جانبها^(٤)، ومتى كانت حصة الشريك عملاً معيناً، فلا يجوز له أن يباشر مثل هذا العمل لحسابه الخاص؛ إذ يترتب على ذلك حتماً منافسة الشركة، فإذا خالف الشريك وباشر العمل لحسابه الخاص، وحصل منه على كسب، كان من حق الشركة (م٦/٣)^(٥).

أما إذا كان الشريك بالعمل، قد حصل أثناء قيامه بأعمال فنية للشركة، على حق اختراع، فإن هذا الحق لا يدخل في الحصة، بل يكون ملكاً خالصاً له، إلا إذا سبق أن

(١) المغني (٨/٥).

(٢) الشركات للبابلي (ص٣٠)، الوسيط (٥/٢٧٥)، الوجيز لجمال الدين عوض (١/٣٥٢).

(٣) الشركات للبابلي (ص٣٠)، الوسيط (٥/٢٧٥)، محاضرات أكثم الخولي (ص١١٤).

(٤) الوسيط (٥/٢٧٥)، محاضرات أكثم الخولي (ص١١٥).

(٥) محاضرات محسن شفيق (ص١٤٨)، الشركات التجارية (ص٤٢)، الوسيط (٥/٢٧٥).

اشترطت عليه الشركة أن يدخل هذا الحق في حصته، فتكسب الشركة بهذا الاتفاق، حق الشريك في الاختراع (م ٦/٣)^(١).

ومنع العامل من القيام بأعمال أخرى يتفق مع ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية؛ حيث منعوا المضارب أن يأخذ مضاربة أخرى، إذا كان هناك ضرر على رب المضاربة الأولى، ولم يأذن له^(٢).

وقال الحنابلة: إن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول^(٣)، هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به أكثرهم، منهم صاحب الهداية والخرقي. وهو من مفردات مذهب الحنابلة^(٤).

فما دام النظام يشترط أن لا يزاول أعمالاً مماثلة، للأعمال التي يقوم بها في الشركة، فإنه لا تجوز مخالفة هذا الشرط، لقول الرسول ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٥).

ويجب أن يقوم الشريك بعمله، طول الوقت المتفق عليه، ويكون عادة مدة بقاء الشركة، ويعتبر التزام الشريك بالعمل في هذا الشأن مستمراً، فإذا عجز عن العمل لمرض، أو لأي سبب آخر، اعتبرت حصته قد هلك^(٦)، فتحل الشركة، ما لم يتفق الشركاء على استمرارها بين الآخرين، وفي هذا الحال، فإنها تنفسخ بالنسبة له^(٧)، فإن انقضت الشركة قبل انتهاء المدة المحددة لها، فإن ذلك يراعى، في إنقاص حظ الشريك بمقداره، في الربح أو في الخسارة^(٨).

(١) الوسيط (٥/٢٧٥).

(٢) الإنصاف (٥/٤٣٧)، المغني (٥/٤٣)، المدونة (٥/١٣/١٠٦)، مواهب الجليل (٥/٣٦٧)، الشرح الكبير، للدردير (٣/٤٧٣).

(٣) المغني (٥/٤٣)، الإنصاف (٥/٤٣٧).

(٤) أي قال به الحنابلة دون غيرهم من الفقهاء الآخرين.

(٥) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري (٤/٤٥١).

(٦) الشركات التجارية (ص ٤٢)، دروس في القانون التجاري، لأكثم الخولي (٢/٣٠)، الوسيط (٥/٢٧٥).

(٧) انظر: حاشية الوسيط رقم (١) من (٥/٢٧٥).

(٨) دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٢/٣٠)، ومحاضراته (ص ١١٥)، الشركات التجارية (ص ٤٢).

الفصل الرابع:

أركان الشركة الخاصة

وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الأول: قصد الاشتراك.
- المبحث الثاني: تعدد الشركاء.
- المبحث الثالث: تقديم الحصص.
- المبحث الرابع: اقتسام الأرباح والخسائر.

تمهيد

٩٧- ذكرنا فيما سبق أن القانونيين يجعلون للشركة أركاناً عامة، وأركاناً خاصة، والأركان الخاصة عندهم هي:

١. قصد الاشتراك.
٢. تعدد الشركاء.
٣. تقديم الحصص.
٤. اقتسام الأرباح والخسائر.

● المبحث الأول

قصد الاشتراك

٩٨- قصد الاشتراك، اعتبره القانونيون ركناً، ولم يعتبره الفقهاء ركناً، اكتفاءً بالصيغة؛ لأن الأصل في اللفظ ونحوه أن يدل على قصد المتكلم، إلا أن يقوم دليل على خلافه، كأن

يأتي بلفظ الشركة هازلاً أو مكرهاً أو حاكياً، أو يشترط في العقد ما يدل على أن المراد عقد آخر، فإنها لا تعتبر شركة، مثل أن يشترط الربح كله للعامل، فإنه يكون قرصاً لا شركة^(١).

أما إذا عبر في عقد الشركة بلفظ يتبادر منه غيرها، وأراد الشركة فلا بد من قرينة تدل على ذلك؛ مثل أن يتفق صاحب محل تجاري مع أحد العمال على إعطائه جزءاً من الأرباح نظير عمله.

وكذلك إذا كانت صيغة العقد محتملة لشركة الملك وشركة العقد، فلا بد من نية أو قرينة تعين المراد.

أما قول الدكتور عبدالعزيز الخياط: «لا تعتبر الشركة عقداً إذا لم تكن نية الشركة متوافرة»^(٢) فغير مسلم.

قال الفقهاء: لا يشترط لصحة العقود أن ينويها بقلبه، بل شرطوا ذلك فيها لتحصيل الثواب، وأن لا ينوي بها أمراً محرماً^(٣)، ولم نجد لهم نصاً يبين اشتراط النية في المعاملات، أما العبادات فقالوا: لا بد لصحتها أن ينوي بها وجه الله تعالى، جاء في الموافقات للشاطبي: «فأما العادات فقد قال الفقهاء: إنها لا تحتاج في الامتثال بها إلى نية، بل مجرد وقوعها كافٍ كرد الودائع، والغصوب، والنفقة على الزوجات»^(٤).

فالشركة يكفي انعقادها بالإتيان باللفظ المنبئ عن المشاركة.

وما ذكره من اشتراط الملكية عدم الاكتفاء في عقد الشركة بلفظ الشركة، وأنه لا بد من الإذن بالتصرف أو مباشرة التصرف، أو خلط المالكين، حتى لا يتميز كل منهما عن

(١) كشف القناع (٣/٥٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٢١).

(٢) الشركات للخياط (١/١٢٧).

(٣) الموافقات، جاء في (ص٣٢٩)، «وأما الأعمال العادية - وإن لم تفتقر في الخروج عن عهدتها إلى نية، فلا تكون عبادات، ولا معتبرات في الثواب إلا مع قصد الامتثال، وإلا كانت باطلة»، أي، لا يترتب عليها الثواب في الآخرة، أما الآثار الدنيوية كملك البدلية في البيع، فإنها تترتب عليها.

(٤) الموافقات للشاطبي (٢/٢٢٦)، السلفية بمصر سنة ١٣٤١هـ.

الآخر، فهذا ليس لأجل النية، وإنما اشترطوه لأن لفظ الشركة وحده لا يكفي عندهم في عقدها، بل لا بد من لفظ مؤكد، وهو الإذن بالتصرف، لبيان المراد من اللفظ.

وأما الفرق بين الشركة وبين بيع متجر، فليس الفارق بين العقدين النية، وإنما الفارق هو اللفظ المنبئ عن العقد؛ لأن العقود إنما تنبئ عنها الألفاظ؛ حقيقة أو مجازية؛ مثل البيع، والهبة بشرط العوض.

وتمثيل الدكتور الحياط، لما فقد نية الشركة، بالمزارة والمساقاة، غير صحيح، بل هما غير الشركة، لاختلاف المحل؛ إذ المحل فيها الأرض والعمل، أو الشجر والعمل، أما في الشركة فهو المال والعمل بقصد الربح، ومحل الشركة في القانون هو الغرض الذي تسعى إليه الشركة.

وتفريعاً على هذا، فإن المقصود من الشركة هو الاشتراك في الربح، وهذا المقصود يعبر عنه بلفظ: شاركت وقبلت في الإيجاب والقبول، والأصل أن يكون العاقدان قد قصدا هذا عند التلفظ بالصيغة، وهذه العبارة في الإيجاب والقبول، يمكن التمييز بين الشركة وبين عقود أخرى، يوجد فيها الاشتراك في الربح؛ كالمزارة، والمساقاة، وعقد العمل، إذا شرط فيه اشتراك العمال في ربح المصنع. كما يمكن التمييز بين الشركة، وبين الربح المترتب على ما ملك على الشيوع، ملكاً اختيارياً أو جبرياً؛ كالاشتراك في بستان أو حيوان، فإن البستان إذا أثمر والحيوان إذا أتي بنتاج يشترك المالكون في هذه الفوائد؛ لاشتراكهم في رأس المال، فمثل هذا يخرج، لأنه شركة في الملك، لا في العقد.

وبهذا أيضاً يتبين أن كلام أهل القانون، في اعتبار نية التعاون، لتحصيل الربح ركناً من أركان الشركة، للفرق بين الشركة وبين الشيوع، الذي يترتب عليه الربح، أو بينها وبين عقود أخرى، يحصل معها الربح^(١) مردود؛ لأن النوايا أمور باطنية، لا يمكن التفرقة بها بين الشركة ومغايرها، بل الذي يفرق به هي الأمور الظاهرة كاللفظ. والذي يرسم أحكام عقد الشركة ونظامها، إنما هي ألفاظ الإيجاب والقبول، وما شرط في هذا العقد من شروط، وليست هي النية، كما يقول القانونيون.

(١) دروس في القانون التجاري (١/ ٣١) وما بعدها، النظام التجاري السعودي (١١٤ ط/ ٣).

نعم إذا أتى باللفظ، ونوى نقيض مقتضى العقد، فإنه لا يصح العقد، كما لو باع ناوياً فائدة الربا، أو تزوج ناوياً التحليل، فإن العقد يبطل عند كثير من الفقهاء^(١)، ولكن إذا عقد الزواج أو البيع، ولم تحضره نية، انصرف إلى العقدين، وصح كل منهما، متى توفرت شروطه.

● المبحث الثاني

تعدد الشركاء

٩٩- الشركة في الفقه الإسلامي، وفي أكثر القوانين الوضعية مبنية على التعدد، فيجب أن يكون الشركاء اثنين فأكثر، وليس هناك حصر لعدد الشركاء مهما بلغوا.

وفي بعض القوانين الوضعية كالقانون الإنجليزي، والقانون الألماني، يمكن أن تكون شركة من رجل واحد، ويسمى هذا النوع شركة الراجل الواحد^(٢)، وقد أخذ النظام الجديد في شركة المساهمة بهذا (م ٥٣)، أي أن مالك الشركة يجعل مبلغاً من ماله شركة، له ذمة مالية مستقلة عن بقية أمواله، يستغله في مشروع معين، أو غير معين، وتطبق عليه أحكام الشركات، فلا يكون للدائنين التنفيذ على غيره من أمواله، وتحدد مسؤوليته بقدره.

فهذا لا مانع منه شرعاً، إلا أنه في حال تجاوزت الديون رأس مال هذه الشركة، فإنه لا يجوز شرعاً اقتصار وفاء الديون على رأس مالها فقط، بل يجب أن تتعداها إلى أمواله الخاصة. ولا يتفق مع قواعد اللغة العربية تسمية هذا شركة.

والنظام لم يضع حداً أقصى لعدد الشركاء، إلا بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، فلا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين (م ١٥١).

(١) إعلام الموقعين: لابن القيم (٣/ ١٤٤ و ١٤٥).

(٢) الوجيز في القانون التجاري للدكتور مصطفى طه (١/ ١٧٠)، والوجيز في النظام التجاري السعودي (ص ١٠٢ ط ٢)، وأحكام القانون التجاري للدكتور محمد سامي مذكور (١/ ١٤٢)، انظر: الشركات للدكتور علي حسن يونس (ص ٣٦).

● المبحث الثالث

تقديم الحصص

١٠٠- سبق أن تكلمنا في مبحث محل الشركة، عن اشتراط تسليم حصص الشركاء، وبيننا أن تقديم حصص كل شريك، شرط للوفاء برأس المال، الذي هو من محل الشركة؛ لأن محل الشركة في الفقه الإسلامي يتكون من رأس المال والعمل، ورأس المال يتكون من الحصص النقدية والعينية.

وأكتفي بما سبق أن أوضحناه فيما يتعلق بهذا الموضوع.

● المبحث الرابع

اقتسام الأرباح والخسائر

١٠١- ذكر كثير من القانونيين، أن اقتسام الأرباح والخسائر، ركن من الأركان الخاصة للشركة^(١)؛ لأن تحقيق الربح، واقتسامه فيما بين الشركاء، هو الغرض الذي يسعون إليه من تكوين الشركة، وهو الذي يميز بين الشركة والجمعية الخيرية؛ الذي يكون الغرض منها دائماً تحقيق غايات أدبية أو معنوية، ولا تسعى إلى تحقيق أرباح مادية^(٢).

والذي أراه أن اقتسام الأرباح والخسائر، هو أهم أحكام الشركة، وليس ركنًا من أركانها؛ لأن الركن ما تتوقف عليه الماهية وكان جزءًا منها، والشرط ما تتوقف عليه الماهية وكان خارجًا عنها.

وسوف نتكلم عليه في أحكام الشركة، وسوف نبين ما يتعلق بالأرباح والخسائر، في شروط الشركة، أما التمييز بين الشركة والجمعية فإنه يكون بقصد الربح، لا باقتسام الأرباح والخسائر.

(١) محاضرات محسن شفيق (ص ١٤٦)، النظام التجاري السعودي (ص ١٠٨، ط ٣).

(٢) المصدر السابق، (١٠٢، ط ٣).

وقد أدرك بعض القانونيين أن الأرباح والخسائر ليست من أركان الشركة؛ إذ لم يذكروها عند بيانهم للأركان^(١).

وبناءً على ما شرحناه، في كل ركن من هذه الأركان الخاصة، عند القانونيين، يتبين على ضوء الفقه الإسلامي، أنه لا داعي إلى اعتبارها أركاناً خاصة، ما دمنا قد رددنا كل ركن منها إلى موضعه، من أركان الشركة، وهي المحل؛ والعاقدان، والصيغة.

(١) دروس في القانون التجاري، لأكثم الخولي (٢/ ٢٤)، الشركات للدكتور علي حسن يونس (ص ٣٦).