الباب الثالث:

شروط الشركة

وفيه ثلاثة فصول:

- **الفصل الأول: مشروعية السبب.**
- **الفصل الثاني: كتابة عقد الشركة.**
- **الفصل الثالث: الأرباح والخسائر.**

تمهيد

١٠٢- الــشروط منها ما يرجع إلى العاقدين، ومنها مــا يرجع إلى الصيغة، ومنها ما يرجــع إلى المحل، وقد تقدم كل هذا في محله، ومن الشروط ما يرجع إلى العقد برمته، وهذا موضعها، وتأتي الشروط الخاصة بشركة المساهمة في الباب الثاني.

وفيما يلي أتكلم عن شروط الشركة برمتها، في ثلاثة فصول متتالية:

الفصل الأول:

مشروعية السبب

١٠٣- المراد من السبب عند أهل القانون، هو الباعث على العقد[١]، وهو في الشركة الحصول على الربح.

ويسميه الفقهاء بالمقصد[٢]، ويشترط أن يكون المقصد الباعث عليه مشروعًا.

ويقول أهل القانون: إذا لم يكن للعقد سبب، أو كان سببه مخالفًا للنظام العام، كان العقد باطلًا[٣]، ويقول كثير منهم: إن السبب يختلط بالمحل[٤]، «ولذلك يقال: إن محل عقد الشركة هو في حد ذاته سبب لالتزام كل شريك»[٥].

ويخالفهم الدكتور أكثم الخولي، فيقول: إن السبب لا يختلط بالمحل[٦].

١٠٤- وأرى أنه لا بد لكل عقد من سبب، أو مقصد، فلا يتصور عقد بلا سبب، وأنه لا بد أن يكون السبب الباعث على الشركة هو الربح، ولا مانع من أن يُقصد معه أمر مشروع؛ مثل صناعة الأسلحة لسد حاجة البلاد منها، وامتثالًا لقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]. أو صناعة أنواع من الأطعمة، رغبة من الشركة في المساهمة في توفير الغذاء، ونحوه.

---

(١) مصادر الحق، للسنهوري (٢/ ٤/ ١٦)، الوسيط (٥/ ٢٦٤)، الشركات للبابللي (ص٤١)، والسبب في النظرية الحديثة هو الباعث الدافع على التعاقد. انظر، نظرية الالتزام للسنهوري (١/ ٤٩٢) فقرة ٢٧٧.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ١٤٢).

(٣) مصادر الحق (٢/ ٤/ ١٦)، الوسيط (٥/ ٢٦٤)، الشركات للبابللي ص٢١، الشركات التجارية (ص٣٣).

(٤) المصدر السابق، الوجيز لمصطفى كمال طه (١/ ١٦٩)، النظام التجاري السعودي (ص١٠٧ ط/ ٣).

(٥) المصد السابق.

(٦) دروس في القانون التجاري (٢/ ٢٣).

ففي كل الأحوال المتقدمة، يشترط لصحة عقد الشركة أن يكون السبب مشروعًا، باتفاق الفقهاء، وأهل القانون، على تفصيل سيأتي. إلا أن ما يراه الشرع حرامًا، قد يراه أهل القانون حلالًا.

فيشترط لصحتها في الفقه الإسلامي، أن لا تعقد لغرض محرم، فتكون باطلة إن عقدت للإقراض بالربا، أو لصناعة الخمور، أو للاتجار فيها، كما أنها تكون باطلة إن عقدت للحصول على الكسب في أي شيء حرمه الله تعالى؛ لأنه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ إذا حرم شيئًا وله طرق ووسائل تؤدي إليه، فإنه يحرمها، ويمنعها، تحقيقًا لتحريمه، وسدًّا لذريعة الفساد؛ لأنه ليس الشأن في الأسماء وصور العقود، وإنما الشأن في حقائقها ومقاصدها.

وهذا مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية[١]، وهو ما اتجهت إليه نظرية السبب في القانون اللاتيني الحديث[٢]، وأخذ به القانون المدني المصري الحديث، والقوانين العربية الأخرى[٣]. وهو مذهب الشافعية إن نص في العقد على الغرض المحرم[٤].

فإن كان الباعث على عقد الشركة محرمًا، حرم العقد وبطل، صرح بذلك ابن قدامة؛كبيع العصير ممن يتخذه خمرًا، وبيع السلاح من أهل الفتنة، وقطاع الطرق، واستئجار دار لتتخذ بيت نار، وشراء الجارية أو إجارتها للغناء، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، فقال بعد التعليل لبطلان العقد وحرمته في المسألة الأولى: «إنما يحرم البيع، ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري، وذلك إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به»[٥].

---

(١) المدونة (٤/ ١١/ ٤٢٤ و٢٥ و٢٦)، مواهب الجليل (٤/ ٢٦٣ و٢٦٤)، المغني (٤/ ٢٠)،المحلى (٩/ ٦٥٣، ٦٥٤).

(٢) مصادر الحق (٢/ ٤/ ٧١).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٤/ ٢٨).

(٤) الأم (٣/ ٧٤)، ونجد للشافعية أحيانًا بعض الفروع، تدل على اعتبار السبب، من غير نص عليه، كما قالوا فيما إذا وكل إنسانًا بالقيام بعمل بالأجر، فإن لهم قولين في المسألة: أحدهما إنها إجارة تأخذ حكم الإجارة، ولهذا لا يقبل الوكيل العزل، وبنوه على أن العبرة في العقود للمعاني. وقد صحح فقهاء الشافعية اعتبار الصيغة في العقود، لاعتبار المعاني، وهي القاعدة الغالبة عندهم والمعتمدة. انظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٣٢).

(٥) المغني (٤/ ٢٠٠).

«وقال أيضًا: وهذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾ [المائدة: ٢].

ولأنه عقد بقصد المعصية، فيحرم ويبطل(١)، لما روى البخاري ومسلم وغيرهما عن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى...» الحديث(٢).

وقد روى الإمام أحمد وأبو داود عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: أتاني جبريل، فقال: يا محمد إن الله عَزَّوَجَلَّ لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها، ومبتاعها، وساقيها، ومستقيها(٣)، قال أحمد شاكر: إسناده صحيح(٤).

فدل الحديث على حرمة كل تسبب في معصية، وإعانة عليها، فإن عصر العنب حلال لا شيء فيه، لكن لما كان الغرض منه ما يؤول إليه، وهو انقلابه إلى خمر تشرب، كان العاصر ملعونًا، فالشارع جعل حكم الأعمال تابعًا لنية المتصرف؛ فإن قصد أمرًا حلالًا وقعت صحيحة، وإن قصد أمرًا محرمًا وقعت باطلة(٥)، فكذلك عقد الشركة في الأصل جائز، لكن لما كان الغرض محرمًا، صار حرامًا، ومن ثمّ يكون باطلًا؛ كنكاح التحليل، وبيع العينة.

فتقرر أن عقد الشركة، إذا كان لقصد محرم، كالأمثلة التي قدمناها، يحرم ويبطل.

١٠٥- ونص الشافعية، على أنه إذا شرط في العقد شرط محرم، كان باطلا(٦).

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي (٤/ ٩٤ م) محمود نصار الحلبي وشركاه، خلفاء.

(٢) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري (١/ ٩)، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي (ص٥).

(٣) مسند الإمام أحمد (٤/ ٢٨٩٩)، تحقيق أحمد شاكر، م/ دار المعارف (ط/ ٢).

(٤) قال أحمد شاكر: الحديث ذكره المنذري في الترغيب (٣/ ١٨١) وقال: (رواه أحمد بإسناد صحيح، وابن حبان في صحيحه، والحاكم، وقال: صحيح الإسناد) وهو في مجمع الزوائد (٥/ ٧٣)، وقال: (رواه أحمد والطبراني ورجاله ثقات).

(٥) الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٢٥) وما بعدها، (ط/ ٢) بيروت، م دار المعرفة للطباعة والنشر سنة، ١٣٩٥، ١٩٧٥م، المكتبة التجارية.

(٦) الأم (٣/ ٧٤).

قال الشـــافعي: « وأصل ما أذهب إليه أن كل عقـــد كان صحيحًا في الظاهر، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بـــين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهـــما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفســـد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه يقتل به ظلمًا؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرًا، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه؛ لأنه باعه حلالًا، وقد يمكن ألا يجعله خمرًا أبدًا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدًا أبدًا، ولو نكح رجل امرأة عقدًا صحيحًا، وهو ينوي ألا يمســـكها إلا يومًا أو أقل أو أكثر، لم أفســـد النكاح، وإنما أفسده أبدًا بالعقد الفاسد»[(١)].

١٠٦- أما الحنفية فالغالب أنهم لا يعتبرون القصد، فلا يشترطون إباحة سبب العقد لصحته، سواء نص عليه، أو لم ينص عليه.

وقد يعتبرونه في بعض المســـائل؛كما في بيع العينة، فيبطلون العقد بسببه[(٢)]. وكثيرًا ما لا يعتبرونه كما في نكاح التحليل، حيـــث يقولون بصحته[(٣)]، والشركة من القاعدة الغالبة عندهم، أي أنهم لا يعتبرون القصد المحرم لصحتها، فإنهم صححوا بيع العصير ممن يتخذه خمرًا، وبيع السلاح أيام الفتنة، وإن قال أبو يوسف ومحمد بالكراهة[(٤)].

وقد يظن البعض أنهم يقولون بالفساد في بعض المسائل، لعدم مشـــروعية السبب، كإجارة دار للغناء، أو النوح، أو الملاهي، وذلك غير صحيح؛ لأن فساد العقد جاء هنا من فساد محله لحرمته، لا لأجل السبب[(٥)].

١٠٧- « والشـــافعية والأحناف يفرقـــون في الحكم بين الديانـــة والقضاء، فالقصد المحـــرم والباعث غير المشروع، يجعل العقد حرامًا ديانة، ويعاقب العاقد الذي يقصد ذلك

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٤/ ٥٣و٥٤).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٢٥٩).

(٤) تبيين الحقائق (٥/ ١٢٥)، الفتاوى الخانية (٢/ ٣٢٢)، بدائع الصنائع (٤/ ١٨٩، ١٩٠)، مختصر الطحاوي (ص٢٨٠) الهداية للمرغيناني (٤/ ٩٤)، ط/ الأخيرة، م محمود نصار الحلبي وشركاه- خلفاء.

(٥) تبيين الحقائق (٦/ ٢٩)، البدائع (٥/ ١٦٩ و٤/ ١٩٠).

من عقده، ولكن العقد لا يحكم ببطلانه قضاءً عند الشافعية، إلا إذا تضمنت صيغته هذا الغرض المحرم، أو الباعث غير المشروع»[١] على التفصيل السابق.

١٠٨- ويتفق القانون الألماني مع الفقه الشافعي في نظرية السبب؛ إذ إن القانون الألماني لا يعتد إلا بالسبب الذي يظهر من صيغة العقد، أما الأسباب الخفية فلا اعتداد بها، طالما لم يعبر عنها العاقدان[٢].

١٠٩- والراجح عندي ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والظاهرية، وهو بطلان عقد الشركة، إذا كانت لسبب غير مشروع، سواء نص عليه في العقد، أم كان مقصودًا ولم ينص عليه.

وهو ما أخذ به النظام السعودي[٣]، والقانون المدني المصري، والقوانين المدنية العربية الأخرى، والتقنين المدني الفرنسي[٤]. إلا أن ما يراه الشرع حرامًا، قد يراه أهل القانون حلالًا لا شيء فيه، كما سبق بيانه.

والفقهاء الذين مر ذكرهم، يعتبرون إباحة السبب شرطًا لصحة العقد لا ركنًا فيه؛ كما يقول أهل القانون؛ لأنه خارج عن حقيقته؛ إذ الحقيقة تقوم بالمحل، والصيغة، والعاقدين.

والذي أراه أن السبب لا يختلط بالمحل- حسب تعريف المحل في الفقه الإسلامي-؛ لأن المحل هو ما يساهم به الشركاء من رأس المال والعمل، فهو ما يرد عليه العقد، وليس هو السبب؛ ولأن السبب والمقصد هو الباعث على العقد، كما قدمنا، فمن اشترى دارًا وقصد أن يتخذها للغناء فالدار هي محل البيع، واتخاذها للغناء هو المقصد أو السبب، وبينٌ أنه غير المحل.

أما على تفسير المحل عند القانونيين- وهو الغرض الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه- فالسبب يختلط بالمحل، كما قال جمهور القانونيين، خلافًا لبعضهم.

---

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان، ٤١٧.

(٢) مصادر الحق للسنهوري (٢/ ٤/ ٣٣).

(٣) النظام التجاري السعودي (ص١٠٧).

(٤) مصادر الحق (٢/ ٤/ ٢٨).

الفصل الثاني:

كتابة عقد الشركة

١١٠- كتابة عقد الشركة هو تدوين عقدها، وما يتضمنه من شروط وأحكام؛ يذكر فيه أسماء الشركاء، ونوع الشركة، ورأس مالها، واسمها، وعنوانها، وغرضها، ومدتها، وشروط تقديم الحصص، والمحل الرئيس للشركة، وسلطة المديرين، ونظام توزيع الأرباح، والخسائر، وكيفية التصفية، والقسمة عند انقضاء الشركة، ونحو ذلك.

فالقانون الوضعي جعل عقد الشركة شكليًّا؛ لأنه يجب لانعقادها عندهم، فوق تراضي المتعاقدين أن يفرغ في شكل معين[(١)]، ويرى الدكتور عبدالرزاق السنهوري أن معنى الشكلية هو أن الشركة لا تنعقد إلا بالكتابة[(٢)]. وكذلك كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد.

سواء أكانت الشركة مدنية أم تجارية، فأصبحت الكتابة-عندهم- ركنًا من أركانه، لا مجرد وسيلة لإثباته، فلا تنعقد الشركة إلا به[(٣)].

ولذلك لا يمكن الاستعاضة عنها، في إثباتها بطرق الإثبات الأخرى[(٤)].

---

(١) محاضرات في القانون المدني للدكتور فرج الصدة (١/ ٢٦)، الشركات لكامل ملش (ص٣٠) م٥٠٧ من القانون المدني المصري.

(٢) الوسيط (٥/ ٢٤٦).

(٣) الشركات التجارية (ص٥٣ و٥٦)، دروس في القانون التجاري لأكثم الخولي (٢/ ٣٦)، الوسيط، (٢٤٦ و٢٤٨).

(٤) الشركات التجارية (ص٥٣-٥٦)، والوجيز في القانون التجاري لعلي يونس (ص٣٠).

١١١- والنظام السعودي السابق لم يشترط لإثبات عقد الشركة بالكتابة إلا في مواجهة الآخرين، واشترط أن تكون الكتابة، وأي تعديل للعقد أمام كاتب عدل (١٠/ ١)[(١)].

١١٢- فتبين أن للشركاء في عقد الشركة، حق إثبات العقد بينهم، بجميع طرق الإثبات المعروفة شرعًا، إلا في حالة وقوع الخلاف مع غير الشركاء. وحينئذ:

١. فإن كلًّا من العقد والتعديل يكون غير نافذ في مواجهة غير الشركاء؛ بمعنى أنه لا يحق للشركاء أن يحتجوا على غيرهم بعدم نفاذ العقد أو التعديل؛ لأنه لم يثبت بالكتابة أمام كاتب عدل.

٢. لا يحق للشركاء فيما بينهم التمسك بذلك أيضًا.

٣. يحق لغيرهم أن يحتج بالعقد أو التعديل الذي لم يثبت على النحو المتقدم، وذلك في مواجهة الشركاء.

١١٣- وقد رجحت، وجوب كتابة عقد الشركة، ما عدا شركة المحاصة، وسيأتي بيان أسباب هذا الترجيح.

وبفضل الله وافقني النظام الجديد، في هذا الترجيح؛ حيث قال: يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة وكل ما يطرأ عليه من تعديل مكتوبًا وموثقًا من الجهة المختصة نظامًا بالتوثيق وإلا كان العقد أو التعديل باطلًا (م١٢/ ١).

يجب أن يشمل عقد إنشاء شركة المساهمة ونظامها على بيانات خاصة، يذكر فيها بيان وافٍ عن خصائص كل نوع من أنواع الأسهم، والحقوق المتعلقة بها، وذلك عند اختلاف فئات الأسهم، وجميع عقود المعاوضة، التي وردت على العقارات المقدمة للشركة، خلال السنوات الخمس السابقة على تقديمها، وجميع حقوق الرهن والامتيازات المترتبة على الحصص غير النقدية، والمعلومات الخاصة بكل حصة غير نقدية، والشروط الخاصة بتقديمها، واسم مقدمها، والشروط التي علق عليها استيفاء الحصص العينية نقدًا عند

(١) كاتب عدل، هي إدارة حكومية شرعية، تابعة لوزارة العدل، وللاطلاع على اختصاصاتها، وقوة الأوراق الصادرة منها يرجع إلى نظامها.

التخيير في ذلك، وسبب المزايا الخاصة التي تقرر للمؤسسين، وما هي، وبيان تقريبي على الأقل، لمقدار المصروفات والنفقات، والأجور والتكاليف، التي تؤديها الشركة، أو التي تلتزم بأدائها، بسبب تأسيسها[١].

ويشترط النظام أن تحمل جميع العقود والمخالصات والإعلانات، وغيرها من الأوراق التي تصدر عن الشركة، اسمها وبيانًا عن نوعها ومركزها الرئيس، ويضاف إلى هذه البيانات بيان عن مقدار رأس مال الشركة، ومقدار المدفوع منه (في غير شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة)، وإذا انقضت الشركة وجب أن يذكر في الأوراق التي تصدر عنها أنها تحت التصفية (م١٥).

وهذا كله يؤكد ضرورة أن يكون عقد الشركة مكتوبًا، ما دام نظام الشركات يشترط شهره في جميعها، باستثناء شركة المحاصة.

١١٤- أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيرون أنه يندب كتابة العقود عمومًا، ومنها عقد الشركة، فكتابة عقد الشركة مستحبة، وليست واجبة؛ وذلك للأسباب التالية:

أولًا: إن الدين الإسلامي قد زرع في قلوب معتنقيه تقوى الله، ومراقبته في السر والعلن، فالخوف منه يدفع إلى العدل والإحسان في معاملاته مع الآخرين، لعلمه أن الله هو المحاسب على الذنب، وأن الشريك إذا نجا من سطوة السلطان في الدنيا، فلن ينجو في الآخرة من عقاب الله، أما القانون فلا يراعي هذه الناحية، وإنما ينظر إلى الأحكام دنيويًا.

ثانيًا:إن الشركات التي عرفها المسلمون وطبقوها،كان عدد الشركاء فيها قليلًا، يعرف بعضهم بعضا، ويثق كل منهم في الآخر، وكانت التجارة التي يزاولونها محدودة، لا تطول مدة الشركة إلى عدة سنوات في الغالب، ولذا فهم لا يحتاجون كثيرًا إلى الكتابة.

ومع هذا فهي مستحبة في الشرع الإسلامي، وقد ذكرها الفقهاء في كتبهم قبل أن ينص عليها القانون الوضعي، لما في الكتابة من التوثق، والاحتياط، وحسم المنازعات. فقد جاء في المبسوط: «والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله، ليكون

(١) الشركات، لعلي حسن يونس (ص٥٥ و٥٦).

حكمًا فيما يجري من منازعة، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢][(١)].

١١٥- وقد بين صاحب المبسوط كيفية الكتابة، فجاء فيه: «اشتركا على تقوى الله، وأداء الأمانة، ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما؛ وذلك كله في أيديهما، ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعًا في شيء، ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه، ويبيع بالنقد والنسيئة، ثم يذكر فما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما، وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك، اشتركا على ذلك، في شهر كذا من سنة كذا»[(٢)].

وقد بين ابن سلمون المالكي، أتم بيان، كيفية كتابة عقد الشركة، ومثل لكتابة عقد شركة العنان، والمفاوضة[(٣)].

١١٦- فقد بين الفقهاء كيفية كتابة عقد الشركة، وحكمه، وأنه مستحب، قياسًا على كتابة الدين، الذي رجح العلماء أن الأمر في آية الدين للاستحباب[(٤)]، وقال بعض العلماء: إنها تدل على الوجوب، وقد رجحه ابن جرير الطبري[(٥)].

أما قول أهل القانون بأنه ركن، فلا تنعقد الشركة إلا به، أو القول بأنه شرط لصحة عقد الشركة، فهو تحكم لا دليل عليه؛ لأن الكتابة في الشريعة للتوثق، فكانت مستحبة، جاء في المبسوط: «ثم المقصود بالكتاب التوثق والاحتياط، فينبغي أن يكتب على أوثق الوجوه، ويتحرز فيه من طعن كل طاعن»[(٦)].

---

(١) الآية ٢٨٢» من سورة البقرة، قال القرطبي في تفسيره: «فاكتبوه» إشارة ظاهرة إلى أنه يكتب بجميع صفته المبينة له، المعربة عنه، للاختلاف المتوهم بين المتعاملين، المعرفة للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعهما إليه (٣/ ٢٨٢) ط/ دار الكتب عام ١٣٣٦هـ.

(٢) المبسوط (١١/ ١٥٥، ١٥٦).

(٣) العقد المنظم للحكام، لأبي محمد عبد الله بن سلمون الكناني (٢/ ٢٦).

(٤) تفسير الطبري (٦/ ٤٧)، الجامع لأحكام القرآن العظيم، للقرطبي (٣/ ٣٨٢، ٣٨٣ ط/ ٣) سنة ١٣٨٧هـ ويتفق مع (ط/ ٢).

(٥) تفسير الطبري (٦/ ٤٧)، أضواء البيان (١/ ٢٢٨).

(٦) المبسوط (١١/ ١٥٥).

وجاء في تفسير القرطبي: «قال الجمهور: الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال، وإزالة الريب»[١].

وقد رجحت وجوب كتابة عقود الشركات الحديثة للأسباب التالية:

١. إن الشركات في هذا العصر تستمر لعدة سنوات، وقد تكون طويلة، وتتضمن شروطًا كثيرة، غالبًا ما تكون معقدة؛ بحيث يكون من الأجدر عدم الاعتماد على الذاكرة في معرفتها، أو ذاكرة الشهود في إثباتها، خصوصًا أن الذاكرة لا تعي مع مضي الوقت الطويل التفصيلات الدقيقة التي يتضمنها العقد، وبالنسبة لشركات المساهمة في حالة طرح أسهمها للاكتتاب العام، فإنه لابد من كتابة كثير من المعلومات عنها، ليتضح وضعها لمن يريد الاشتراك فيها.

٢. ولأن الشركة تنفرد- دون سائر العقود- بأنها تنشيء شخصًا معنويًّا، له وجوده المستقل عن الشركاء، فيجب أن يكون دستور هذا الشخص المستقل مكتوبًا،ليتمكن من أراد التعامل معه، أن يطلع عليه قبل هذا التعامل[٢].

٣. ولأن الوازع الديني ضعف من قلوب كثير من الناس، فدفعهم حب الدنيا إلى الطمع، والكذب والحيلة والخيانة- إلا من رحم الله- فوجب كتابة عقد الشركة لبيان تفاصيلها.

وليدخل الشريك في الشركة على صورة واضحة، ولئلا يخدعه المحتالون.

وقد قال بعض الفقهاء: بوجوب كتابة الدين، والحاجة إلى وجوب كتابة عقد الشركة في هذا الوقت أشد، لما ذكرنا أن عقد الشركة يتضمن شروطًا كثيرة، وشركاء كثيرين.

٤. ولأن لوليّ الأمر حقًّا في إيجاب كتابتها، إذا رأى المصلحة تقتضي ذلك، منعًا للمنازعات والخصومات، أثناء مزاولة الشركة نشاطها، أو عند فسخها وحلها، أو تصفيتها وقسمتها، فله أن يضع من التنظيمات ما يحقق المصلحة العامة والخاصة، وما يؤدي إلى سعادة الناس، والعدل في معاملاتهم، ما دام لا

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/ ٣٨٢، ٣٨٣).

(٢) دروس في القانون التجاري للدكتور أكثم الخولي (٢/ ٣٦).

يصادم نصًّا من كتاب أو سنة، أو قاعدة من قواعد الشريعة الكلية، فهو من شرع الله، وقد قال بعض الفقهاء: إن لولي الأمر تقييد المباح[١]، ولكنه يجب أن يستند فيما يوجبه من المباحات، ككتابة شركة المساهمة، إلى قواعد الشـــريعة الإسلامية الغراء.

---

(١) قال ابن نجيم عن أئمة الحنفية: «طاعة الإمام في غير معصية واجبة» رد المحتار (٥/ ٤٢٢ط/ ٢) سنة ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م، م الحلبي، انظر: تفصيل الموضوع في روح المعاني للآلوسي (٥/ ٦٦).
فالمباح قد يعرض له الوجوب كما في الحديث الذي أخرجه مسلم وأبو داود والبيهقي وغيرهم عن أبي سعيد الخدري قال: (بينما نحن في سفر مع النبي ﷺ إذ جاءه رجل على راحلة له، قال فجعل يصـرف بصـره يمينًا وشمالًا، فقال ﷺ: «من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له»، قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر، حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل). صحيح مسلم بشرح النووي (٤/ ٣٢٨) كتاب اللقطة، عون المعبود شرح سنن أبي داود مع شرح ابن قيم الجوزية (٥/ ٨١) كتاب الزكاة، باب في حقوق المال ط/ ٢ سنة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م، سنن البيهقي (٤/ ١٨٢، ١٠/ ٣)، ومعنى جعل يصـرف بصره يمينًا وشمالًا، أي يعرض بحاجته من غير سؤال، فالرسول صلوات الله وسلامه عليه يدعو المسلمين إلى هذا عندما عرضت لهم الحاجة في السفر، وهو بذلك يعالج الأمر بالوسائل التي يراها كفيلة بمعالجته، ويحث المسلمين ويرغبهم فيها، حتى رأوا أنه لا حق لأحد منهم في فضل.
وعندما قدم إلى المدينة جماعة من المحتاجين نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي، ولما غادرت هذه الجماعة المدينة أباح رسول الله ﷺ ادخارها، وقال فيما أخرجه مالك ومسلم وأبو داود وغيرهم عن عائشة رضي الله عنها، «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم، فكلوا وادخروا وتصدقوا» صحيح مسلم بشرح النووي (٣/ ١٣٠، ١٣١)، سنن أبي داود (٢/ ٨٩-٩٠)، الموطأ بشـرح الزرقاني (٣/ ٧٥، ٧٦)، نيل الأوطار (٥/ ١٤٣)، وأيضًا فالمباح يعرض له المنع كما في هذا الحديث؛ لأنه لما كثر الوافدون على المدينة منع رسول الله ﷺ من ادخار لحوم الأضاحي وهو أمر مباح، فدل هذا على أن المباح يعرض له المنع، كما يعرض له الوجوب.

الفصل الثالث:

الأرباح والخسائر

● المبحث الأول

يشترط الاشتراك في الربح والخسارة[١]

١١٧- من أهم الأغراض التي تنشأ من أجلها الشـــركات طلب الربح، فبموجب الاشتراك في رأس المال، وجب اشتراك الشركاء في الربح والخسارة؛ لأنه لما كان للشـريك الحق في أرباح الشركة، فإن عليه أن يتحمل حصته من خســارتها، للقاعدة الفقهية: (الغرم بالغنم)[٢]، وهذا يتحقق في جميع الشـركات، ما عدا المضاربة باصطلاح الفقه الإسلامي، وهذا ما بينه النظام، حيث جاء فيه: «يتقاسم جميع الشـــركاء الأرباح والخسائر، فإن اتفق على حرمان أحد الشـــركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة عد هذا الشـرط كأن لم يكن، وتطبق في هذه الحالة أحكام المادة الحادية عشـرة» (٩/ ١)؛ وهو أن يكون نصيب الشـريك في الربح أو في الخسارة بحسب حصته في رأس المال (م١١/ ٢).

أمـــا المضارب فإنه يشـــارك رب المال في الربح؛ وذلك مقابل عمله، ولا يشـــاركه في الخســـارة، لعدم مشاركته له في رأس المال[٣]. ومثله في الشركات الحديثة الشـــريك الذي يقدم عمله حصة في الشركة. فإنه يجب إعفاؤه من الخسارة، فخسارته عمله الذي لم يحصل

---

(١) الاشتراك في الربح والخسارة حكم من أحكام الشركة، أي أنه أثر لعقد الشركة، ولكن لما كان موضوع الربح منه ما هو شرط، ومنه ما هو حكم، وأردنا أن نجمعه في مكان واحد، قدمنا الكلام عنه في باب الشروط.

انظر: رد المحتار لابن عابدين (٣/ ٣٣٧).

(٢) أصل هذه القاعدة حديث شريف، سبق تخريجه.

(٣) المغني (٥/ ٣١، ٣٢).

له على مقابل[١]. وهذا ما نص عليه النظام بقوله: «يعفى من الخسارة الشريك الذي لم يقدم غير عمله» (م٩/ ٢).

وإذا عقدت الشركة على أن لا يساهم شريك في الخسارة، أو يحرم شريك من الربح، أو يقضي العقد بتخصيص كل الأرباح لأحد الشركاء، أو لبعضهم دون البعض الآخر، أو شرط في العقد، أن يسترد أحد الشركاء، حصته كاملة سالمة من الخسارة، فالشركة بهذه الشروط فاسدة، في مذهب المالكية والشافعية؛ لأنها تتنافى مع مقتضى عقد الشركة[٢].

ونص النظام على البطلان، وقال به أهل القانون، وهذه الصورة يسمونها شركة الأسد. ولكن البطلان في النظام، والقانون الوضعي، هو بمعنى الفساد عند الحنفية؛ حيث يبطل الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحًا (م٩/ ١)[٣].

ومذهب الحنفية والحنابلة، وحكي وجهٌ عند الشافعية[٤]، أن الشروط المذكورة تبطل، ويبقى عقد الشركة صحيحًا، وبهذا فالنظام يتفق مع مذهب الحنفية والحنابلة في هذه المسألة، جاء في كشاف القناع: (وإن شرط الشريك، أو رب المال، عليه أي على شريكه أو المضارب، ضمان المال إن تلف، أو شرط أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله، فسد الشرط وحده لمنافاته مقتضى العقد).

● المبحث الثاني

في بيان نسبة كل شريك من الربح والخسارة عند عقد الشركة

١١٨- غالبًا ما يعين في عقد الشركة نصيب كل شريك، في أرباح الشركة وفي خسائرها، وتوزع هذه الأرباح والخسائر وفقًا لهذا التعيين، ولكن «إذا كانت حصة

---

(١) الوسيط للسنهوري (٥/ ٢٧٧)، والشركات للبابللي (ص٤٢).

(٢) انظر تفصيل هذا الموضوع في المبحث الرابع من هذا الفصل.

(٣) جاء فيها «عد هذا الشرط كأن لم يكن»، ثم وضحت «وتطبق في هذه الحالة أحكام المادة الحادية عشرة».

(٤) شرح المنتهى (١/ ٣٤٥)، كشاف القناع (٣/ ٥٠٤)، روضة الطالبين (٤/ ٢٨٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٥). وانظر: الوسيط للسنهوري (٥/ ٢٨١، ٢٨٢).

الشـــريك مقصورة على عمله، ولم يعين عقد تأسيس الشركة نصيب الشـريك في الربح أو في الخسارة، فيكون نصيبه بنسبة حصته حسب تقويمها عند تأسيس الشركة» (م١١/ ٢).

فتبين أن النظام لم يشـــترط بيان نســـبة الأرباح والخســـائر في عقد الشركة، بالنســـبة لصاحب حصة العمل، ولم يرتب على عدم بيان ذلك فســـاد العقـــد، وأوضح أنه في حالة ســـكوت العقد عن تعيين نصيب الشريك في الربح أو في الخســـارة، فإن نصيبه منهما بنسبة حصته من رأس المال.

والنظام في عدم اشـــتراطه بيان مقدار الربح، موافق لمذهب المالكية والشافعية؛ حيث قالوا: لا يشـــترط بيان مقـــدار ربح كل شريك[١]، ويكون الربح على قـــدر المالين[٢]، أما الخسارة فهي في جميع الأحوال، سواء نص عليها في العقد، أو لم ينص عليها فيه، فإنها تكون على قـــدر رؤوس الأموال باتفاق الفقهاء[٣]، وإن تفاوت الشـــركاء في الربح، وعليه فلا يجب بيان مقدار خســـارة كل شريك عند عقد الشركة؛ وذلك اكتفاءً بالعلم بمقدار حصته من رأس المال، ما عدا شركة المضاربة؛ حيث اتفق الفقهاء على وجوب بيان حصة المضارب من الربح فيها[٤]، أما نصيب رب المال فلا يشترط بيانه؛ لأنه معلوم المقدار؛ وذلك لأن له الزائد عن نصيب المضارب، المعلوم بالشرط[٥].

---

(١) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٥).

(٢) انظر: المصدرين السابقين، والمغني (٥/ ٢٦).

(٣) المصادر السابقة، والعناية على الهداية بحاشية فتح القدير (٦/ ١٧٧)، درر الحكام (٣/ ٤١١)، مجلة الأحكام العدلية (م١٣٦٩).

(٤) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي (٣/ ٤٦٣) وما بعدها، شرح منهج الطلاب بحاشية البجيرمي (٣/ ١٤٨، ١٤٩) لأبي يحيى زكريا الأنصاري، تحفة المحتاج (٦/ ٨٩)م مصطفى محمد، بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٠١)م الإمام، البحر الرائق (٧/ ٢٦٤ ط/ ٢) بالأوفست، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، كشاف القناع (٣/ ٥٠٨)، المحلى (٩/ ١١٧).

(٥) كشاف القناع (٣/ ٥٠٩، ٥١٠).

ويقول الحنابلة والحنفية: يجب عند عقد الشركة بيان مقدار نصيب كل شريك من الأرباح، ولا تصح الشركة، إن لم يذكر مقدار الربح عند عقدها- ما عدا رب المال في المضاربة كما قدمنا- لأن عقد الشركة لأجل الربح، فإذا لم يبين يكون مجهولًا[١].

وعدم بيان نصيب كل من الشركاء في الربح، يفسد العقد عند الحنفية والحنابلة[٢]. وفي هذا الحال يرون أنه يقسم الربح أو الخسارة على قدر ما لكل من الشركاء[٣]، جاء في المغني: «وأما حالة الإطلاق، فإنه لما لم يكن بينهما شرط، يقسم الربح عليه، ويتقدر به، قدرناه بالمال، لعدم الشرط»[٤].

١١٩- الترجيح

الراجح عندي هو القول بوجوب بيان نسبة كل شريك من الأرباح، وأن يكون معلوم القدر، شائعًا في الجملة؛ لأن الغرض الأساس للشركة هو طلب الربح، فوجب بيانه؛ لأن عدم بيانه قد يؤدي إلى نزاع، ولأنه قد يعمل بعض الشركاء في الشركة بالإضافة إلى ما يقدمونه من مال، فيستحقون من الأرباح أكثر مما يستحقه من قدم المال فقط، فهنا تكون الحاجة داعية إلى بيان نسبة كل شريك من الربح عند عقد الشركة، وبالنسبة لشركات الأسهم فإنه يجب النص على ذلك أيضًا؛ لأنه في حالة عدم النص عليه، ربما وجد بعض الأسهم الممتازة، التي يمتاز أصحابها بمزيد من الربح.

ما الحكم إذا لم ينص على بيان نصيب الشريك من الربح؟

---

(١) درر الحكام (٣/ ٣٧٠)، مجلة الأحكام العدلية (م١٣٣٦)، مرشد الحيران (م٦٣٨)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٨)، الإنصاف (٥/ ٤١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢١).

(٢) فتح القدير (٦/ ١٩٤) مصور من طبعة الحلبي، درر الحكام (٣/ ٣٧٠، ٤٤٨)، مجلة الأحكام العدلية (م١٣٣٦)، مرشد الحيران، (م٦٣٨)، بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٠١ م) الإمام، الإنصاف (٥/ ٤١٢)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٨، ٤٩٩).

(٣) المغني (٥/ ١٧، ٢٦، ٣١)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٨)، مجلة الأحكام العدلية، (م١٣٣٦)، درر الحكام (٣/ ٣٧٠، ٤٤٨).

(٤) المغني (٥/ ٢٦، ٣١).

في حالة عدم بيان نسبة كل شريك من الربح، فإنه يقسم الربح على قدر ما دفعه كل شريك من رأس المال، وهذا هو رأي الفقهاء، وهو ما نص عليه النظام (م١١).

«وإذا كانت حصة الشريك قاصرة على عمله، ولم يعين في عقد الشركة نصيبه في الربح أو في الخسارة كان له أن يطلب تقويم عمله، ويكون هذا التقويم أساسًا لتحديد حصته في الربح أو في الخسارة، وفقًا للضوابط المتقدمة (م٩) من النظام السابق»[(١)].

أما في الفقه الإسلامي فإنه؛ إذا لم يبين نصيب المضارب تفسد المضاربة، وفي حالة الفساد له أجر المثل، سواء ربحت الشركة أو خسرت، ولا يتحمل شيئًا من الخسارة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة[(٢)]. وقال المالكية: له ربح مثل المال فيه، لا في ذمة ربه، حتى إذا لم يحصل ربح له لم يكن له شيء[(٣)].

● المبحث الثالث

أن يكون الربح جزءًا شائعًا

١٢٠- يشترط أن يكون نصيب الشريك من الأرباح جزءًا، فإذا شرط كل الربح لأحد الشركاء لا تصح، وأن يكون معلومًا شائعًا في الجملة[(٤)]كثمنه أو سدسه، أو نصفه، أو نسبة مئوية كثلاثة في المئة، من مجموع الأرباح، فلا يجوز تحديد ربح أحد الشركاء، أو تحديد ربح السهم بمبلغ معين من المال؛ كخمسين ريالًا مثلًا، أو ربح عين معينة، أو ربح مدة معينة؛ كشهر كذا أو سنة كذا، أو ربح إحدى الصفقتين، أو نحو ذلك؛ وذلك لأنه يحتمل أن لا يربحها فيأخذ جزءًا من رأس المال، وقد تربح الشركة كثيرًا، فيتضرر من

---

(١) قوله: «ويكون هذا التقويم أساسًا لتحديد حصته.. أو في الخسارة» في بيان الموقف النظامي والشرعي من هذا القول، انظر: فقرة ٩٢.

(٢) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٥٤م)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٤٤)م الإمام، المغني (٥/ ٢٥)، كشاف القناع (٣/ ٥٠٨)، الإنصاف (٥/ ٤٢٩).

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٤٦٥).

(٤) درر الحكام (٣/ ٣٧٠). شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢٠)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٨).

شرطت له الدراهم[١]، ولا تصح إن شرط لبعض الشركاء جزءًا من الربح مجهولًا؛ كحصة أو نصيب، أو مثل ما شرط لفلان مع جهله؛ لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب[٢].

أوجب النظام أن يبين نظام الشركة الأساس، النسبة التي يجب توزيعها على المساهمين من الأرباح الصافية، ولكنه لم يحدد هذه النسبة. وتبيين نظام الشركة لهذه النسبة مثل أن تكون ٥% لا يتعارض مع اشتراط شيوع الربح؛ لأن توزيع نسبة مئوية من الربح، لا يعني أن هذا هو الربح فقط، وإنما ذلك لتنظيم توزيع الأرباح بطريقة منتظمة. ثم إن هذه النسبة لا توزع إلا إذا تحقق ربح. لأن النظام نص على أن تكون من الأرباح الصافية، وقد أكدته المادة ١٠؛ حيث جاء فيها: (لا يجوز توزيع أرباح على الشركاء إلا من الأرباح)، وأيضًا بعد تجنيب الاحتياطي النظامي والاتفاقي، ومعلوم أنهما لا يحصلان إلا إذا وجد ربح.

أما لو كانت هذه النسبة، التي ذكرها النظام، ربحًا ثابتًا مضمونًا للشركاء، سواء ربحت الشركة أم خسرت، فهذا لا يجوز شرعًا، وهو خلاف المفهوم من النظام.

● المبحث الرابع
اشتراط أكثر من ربح رأس المال

١٢١- الأصل في الشركة أن لا يزيد ربح الشريك عن مقدار نصيبه في رأس المال، وقد يختلف هذا في بعض الشركات، كشركة العنان؛ وذلك لوجود العمل فيها.

ولهذا لو شرط لأحد الشركاء في غير المضاربة زيادة في الأرباح على رأس ماله جاز، عند الحنفية والحنابلة[٣]، وعلله الحنابلة بعمل الشريك فيها، سواء عملوا جميعًا، أم عمل المشروط له الزيادة وحده، وسواء استووا في العمل أم كان المشروط له الزيادة أكثر عملًا،

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المغني (٥/ ٢٦)، فتح القدير (٦/ ١٧٧)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٨١٣)، م دار المعرفة مصور من الطبعة الأولى، درر الحكام (٣/ ٤١٣)، رد المحتار (٣/ ٣٤١).

أو أحذق وأمهر من صاحبه؛ لأن الربح كما يكون مقابل رأس المال، يكون أيضًا مقابل العمل[١]، ما عدا المفاوضة عند الحنفية، فيشترط تساوي الشركاء في أرباحها[٢]؛ لأنها مبنية على التساوي في جميع شروطها.

وقال الحنفية: الاستحقاق للربح إنما يكون بالنظر إلى الشرط، الذي أورد في عقد الشركة، وليس بالنظر إلى العمل، فعليه لو لم يعمل الشريك المشروط عمله فيعد كأنه عمل؛ فلو شرط عمل الشريكين، وعمل أحدهما فقط، ولم يعمل الآخر لعذر أو لغير عذر، فبما أنهما وكيلان يعد عمل أحدهما عملًا من الآخر[٣].

إلا أن الحنفية استثنوا ما إذا تساوى المالان، وشرط لأحد الشريكين حصة زائدة من الربح كثلثيه، وشرط العمل على الشريك الذي حصته من الربح الثلث فهو غير جائز، ويقسم الربح حينئذ بنسبة مال كل منهما[٤].

والحنفية والحنابلة يرون استحقاق الربح في الشركة بأحد أمور ثلاثة: المال، أو العمل، أو الضمان.

ويطلق الضمان على المعنيين التاليين:

الأول: التزام ما في ذمة الآخر.

الثاني: غرامة المتلفات والتعييبات والتغيرات والغصوب، برد مثلها إن كانت من المثليات، أو قيمتها إن كانت من القيميات[٥].

والربح بالضمان لا بد أن يستند إلى المال أو العمل، ولا يصح أن يكون الربح للضمان وحده دون مال أو عمل.

---

(١) المغني (٥/ ٢٦).

(٢) درر الحكام (٣/ ٣٧٠، ٣٧١).

(٣) مجلة الأحكام العدلية، (م١٣٤٩)، درر الحكام (٣/ ٣٨٤).

(٤) مجلة الأحكام العدلية، (م١٣٧١)، درر الحكام (٣/ ٤٠٩، ٤١٤).

(٥) قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي (ص١١).

واستحقاق الربح بالضمان يوضحه قول الكاساني: (لو أن صانعًا تقبل عملًا بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره، بأقل من ذلك، طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح)[١].

والنظام يجيز أن يعين لأحدهما ربح أكثر من رأس ماله، كما جاء في المادة الحادية عشرة، وقيدته بأن يكون ذلك وفق الضوابط الشرعية. وهذا يتفق مع مذهب الحنفية والحنابلة.

وذهب المالكية والشافعية والظاهرية وزفر: إلى أنه يقسم الربح والخسران على قدر المالين، سواء تساويا في العمل، أو تفاوتا فيه، فإن شرطا خلافه بأن شرط التساوي في الربح والخسران مع التفاضل في المالين، أو التفاضل في الربح والخسران مع التساوي في المالين، أو لو شرطا زيادة للأكثر منهما عملًا، فإن الشرط في هذه الحالة غير صحيح[٢]، وتفسد الشركة عند المالكية[٣].

أما الشافعية فيقولون: لا يصح العقد؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة، فلم يصح، كما لو شرط الربح لأحدهما، فإن تصرفا مع هذا الشرط، صح التصرف؛ لأن الشرط لا يسقط الإذن، فنفذ التصرف، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه[٤].

١٢٢- والراجح مذهب الحنفية والحنابلة، وهو ما نص عليه النظام، وهو جواز أن تكون أرباح بعض الشركاء أكثر من رؤوس أموالهم، إذا شرط ذلك في عقد الشركة، في غير المضاربة. حيث إن النظام قيد هذه الزيادة بأن تكون وفق الضوابط الشرعية، فأرى أن يكون هذا مقتصرًا على شركات الأشخاص- بالاصطلاح الحديث- وعلى الشركات

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٦٢).

(٢) المجموع (١٣/ ٥١٤)، فتح العزيز (١٠/ ٤٢٥)، التاج والإكليل (٥/ ١٢٩)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣١٨).

(٣) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣١٨)، التاج والإكليل (٥/ ١٢٩)، فتح القدير (٦/ ١٧٧).

(٤) المجموع (١٣/ ٥١٤).

المعروفة في الفقه الإسلامي؛ لأنها معتمدة على شخص الشريك، وأرى أن يكون اشتراط زيادة الأرباح لسبب مشروع، كزيادة في تحمل بعض المسؤوليات دون الشركاء الآخرين، أو لأجل إدارة الشركة، أو لمهارة الشريك في مجال أعمال الشركة، أو نحو ذلك، حتى يعرف سبب الزيادة. أما مجرد زيادة أرباح بعض الشركاء على البعض الآخر، دون سبب مشروع فلا أرى جوازه.

وقد أوصيت بإعادة صياغة المادة التاسعة من النظام السابق، بما يفيد جواز اشتراط زيادة في الأرباح لبعض الشركاء، بالمنطوق لا بالمفهوم، لمبرر شرعي، وبفضل الله تحقق ذلك في النظام الجديد.

أما شركات الأسهم، فلا يجوز أن تكون أرباح بعض الأسهم أكثر من غيرها، أو أكثر من نسبتها في رأس مالها، وكذلك الأسهم الممتازة، ومن أنواعها الأسهم التي ترتب لأصحابها زيادة في الأرباح لا تجوز شرعًا[(١)]. وإذا وجد لبعض المساهمين خصائص، يستحقون بها زيادة في الأرباح على ما قدموه من مال؛ كإدارة الشركة، أو القيام بأعمال فيها، فأرى أن يقرر لهم أجرة معلومة، فيأخذ صاحبها حكم الأجير في هذا الخصوص[(٢)].

١٢٣- أما الخسارة:

فقد اتفق الفقهاء على أنها على قدر رأس المال، ولا يجوز بحال الاشتراط على أحد من الشركاء أن يتحمل من الخسارة أكثر أو أقل من رأس ماله[(٣)].

---

(١) سنفصل- إن شاء الله- القول في أنواع الأسهم الممتازة، وفي حكمها، عند الكلام على الأسهم في الباب السابع.

(٢) انظر تفصيل هذا الموضوع في مبحث مكافأة أعضاء مجلس الإدارة في الفقه الإسلامي، في الباب الثامن.

(٣) العناية على الهداية بحاشية فتح القدير (٦/ ١٧٧)، درر الحكام (٣/ ٤١١)، مجلة الأحكام العدلية (م/ ١٣٦٩)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٥)، المغني (٥/ ٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢٢).

وإذا شرط في عقد الشركة أن يتحمل أحد الشركاء من الخسارة أكثر من نسبة حصته في رأس المال، فإن هذا الشرط فاسد، فيفسد الشرط، ويلغو دون العقد عند الحنفية والحنابلة(١).

والنظام يتفق مع مذهب الحنفية والحنابلة، جاء في المادة التاسعة منه: «فإن اتفق على حرمان أحد الشركاء من الربح أو على إعفائه من الخسارة عد هذا الشرط كأن لم يكن».

والبطلان المنصوص عليه في النظام السابق، والذي عبر عنه النظام الجديد بـ(كأن لم يكن) هو بمعنى الفساد عند الفقهاء؛ إذ يفسد الشرط ويلغو دون العقد، بدليل أنه أحال على المادة الحادية عشرة منه، والمادة المذكورة لم يرد فيها فساد العقد أو بطلانه، وإنما قالت: (كأن لم يكن)، وقال بعض القانونيين: «ويعتبر من شروط الأسد الشرط الذي يقضي بحرمان أحد الشركاء من الربح»، ثم قال: «ولا يترتب على وجود شرط الأسد بطلان الشركة وإنما يبطل الشرط وحده»(٢).

أما الشافعية والمالكية فيقولون ببطلان الشركة، ويقول الشافعية: «فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف؛ لأن الشرط لا يسقط الإذن، فنفذ التصرف، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه؛ لأنه إنما عمل ليسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم له رجع بأجرة عمله(٣).

وفي الشرح الكبير للدردير: «والربح والخسارة... بقدر المالين، من تساوٍ أو تفاوت، إن شرطا ذلك أو سكتا عنه، وتفسد بشرط التفاوت في ذلك، ويفسخ العقد، إن اطلع على ذلك قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فض الربح على قدر المالين، ولكل أجر عمله للآخر»(٤).

---

(١) فتح القدير (٦/ ١٩٤) درر الحكام (٣/ ٤١١)، كشاف القناع (٣/ ٥٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٢٥).

(٢) محاضرات الدكتور محسن شفيق (ص١٤٩).

(٣) المجموع (١٣/ ٥١٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٥).

(٤) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣١٨).

أما الشركات التي يقدم الشريك فيها عملًا كالمضاربة، فلا يجوز أن يشترط مساهمته في الخسارة، ولا يتحمل شيئًا من الخسارة المالية؛ إذ إنه لم يشترك في رأس المال، وإنما خسارته عمله الذي لم يحصل له على مقابل[١]. ومثله الحصة بالعمل في الشركات الحديثة، كما قدمنا[٢].

وعبارة النظام بالنسبة لكون الخسارة حسب مقدار رأس المال فقط، أو أنها قد تكون أكثر من ذلك كما في الربح، غير واضحة، حسب قول (م١١) «يكون نصيب الشريك في الأرباح أو في الخسائر بحسب نسبة حصته في رأس المال، ومع ذلك يجوز في عقد تأسيس الشركة الاتفاق على تفاوت نسب الشركاء وفق ما تقضي به الضوابط الشرعية». فلعل النظام -مستقبلًا- ينص بوضوح على أن الخسارة على قدر رأس المال في جميع الأحوال. وقد بينا فيما سبق اتفاق الفقهاء على أن الخسارة على قدر المال، وهو المفهوم من النظام.

---

(١) المغني (٥/ ٣١).

(٢) سبق بيانه في المبحث الثالث من هذا الفصل.