

الفصل الخامس

القواعد المنظمة
لعقود الاستثمار المشترك

OBELIKAN.COM

الْفِطْرَةُ الْخَامِسَةُ القواعد المنظمة لعقود الاستثمار المشترك

عقود الاستثمار المشترك من أهم ما وضعته الشريعة الإسلامية للتنمية والدفع الاقتصادي، والفقهاء لم يستعملوا لفظ الاستثمار، ولكنهم استعملوا لفظاً قريباً منه، فكانوا "يستعملون كلمة التثمين، فيقولون: ثمر الرجل ماله؛ أي أحسن القيام عليه ونماه" (١).

هذه العقود تحقق التكامل والتعاون لدفع عجلة التنمية، فإن "الناس متكاملون في قدراتهم ومواهبهم وإمكانياتهم، فقد يوجد من لديه المال الوفير ولكن ليس لديه الخبرة الكافية في إدارة الأمور، ويوجد من لديه الخبرة ولكن ليس لديه القدرة الجسدية، أو لا يملك المال الكافي للقيام بعمل ما" (٢)، وقد يوجد أصحاب رؤوس الأموال ولكن لا يستطيع الواحد منهم مواجهة مشروع مهم من مشروعات التنمية، فشرعت الشركات لتحقيق التكامل والتعاون في مواجهة التحديات الاقتصادية الكبيرة.

وإن هذه العقود مستحبة؛ لأنها سبب من أسباب البركة، وقد ورد في الحديث القدسي: "أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه" (٣). وفي هذا الحديث "استحباب الشركة؛ فإن البركة منصبة من الله تعالى فيها" (٤)، لذا يجب أن نعطي هذه العقود من الاهتمام ما تستحقه.

وقد خصصت هذا الفصل لإبراز الإطار المنظم لعقود الاستثمار المشترك وقسمته إلى مبحثين، في المبحث الأول تناولت القواعد، وفي المبحث الثاني تحدثت عن التطبيقات المعاصرة لهذه القواعد.

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور: نزيه حماد ص ٤٩.

(٢) فقه العقود المالية ٢ ص ١١ ط. الجامعة الأمريكية.

(٣) ضعيف: أخرجه أبو داود ك البيوع، ٣٣٨٥، والحاكم في المستدرک ٢٣٢٢؛ والبيهقي في الكبرى ١١٠٦ والدارقطني ١٣٩، والمتقى الهندي في كنز العمال ٩٢٩٥، وفي ضعيف الجامع ١٧٤٨.

(٤) عون المعبود ٦/٢٥٥.

المبحث الأول

تقرير القواعد

القاعدة الأولى : الأصل في المشاركات الإباحة : (١)

المشاركات بشتى أنواعها من عنان، ومضاربة، ومساقاة، ومزارعة، وغير ذلك ليست من قبيل العبادات التي يكون الأصل فيها التوقف، وإنما هي من قبيل العادات التي يكون الأصل فيها الحل. والفقهاء يفرقون تفريقاً حاسماً بين العبادات والعادات، فأما العبادات فالأصل فيها التوقف، حتى يقوم الدليل على تشريعها، وأما العادات فالأصل فيها الحل ما لم يقم دليل على منعها وحظرها.

ومن هذا المنطلق يقرر الفقهاء أن الأصل في المعاملات الإباحة والصحة، وأن الأصل في البيوع الحل. وقد سبق تقرير هذا الأصل والاستدلال عليه بما يغني عن الإعادة. والذي نريد أن نقرره الآن هو أن الأصل في المشاركات والاستثمارات الجماعية الحل أيضاً؛ إذ هي من المعاملات في الجملة، ولا فرق بينها وبين البيوع بمنع من التساوي في هذا الأصل، فجميعها معاملات، وجميعها من قبيل العادات، وجميعها تستند إلى الأصل الفقهي الكبير "الأصل في الأشياء الإباحة".

وبهذا يتبين لنا أن مسلك المنع من كل معاملة أو مشاركة لم يثبت فيها دليل مسلك مخالف للأصول العامة، منافع للقواعد الكلية؛ لأن جميع المعاملات - ومنها المشاركات والاستثمار - ليس الأصل فيها المنع أو التوقف، وإنما "الأصل الجواز ما لم تكن على وجه يستلزم ما لا يحل شرعاً" (٢).

وقد عرف المسلمون أنواعاً من المشاركات وألواناً من عقود الاستثمار المشترك. وتعاملوا بها في عهود الإسلام، وذكرت كتب الفقه هذه العقود،

(١) قال الإمام ابن تيمية - رحمه الله -: "لا يحرم من العقود إلا ما حرمه نص أو إجماع، أو قياس فيما دل عليه

نص والإجماع" مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠ / ١٥٩ .

(٢) الروضة الندية ٢ / ٤٢ .

وفصلت في أحكامها وشروطها وتباينت مواقف العلماء في بعض هذه الشركات ما بين موسع ومضيق، كما تفاوتت نظرتهم لبعضها تفاوتاً يجعل الناظر إليها يضطرب ويحار في معرفة الأصل الذي تبنى عليه.

من هذه العقود عقود الشركات بأنواعها المشهورة في كتب الضروع وهي:

العنان، والمفاوضة، والصنائع، والوجوه:

فأما العنان فهي: أن يشترك اثنان بماليهما على أن يعمل فيهما ببدنيهما والريح بينهما^(١) فهي شركة تقوم على أساس الاشتراك في المال والعمل والريح.

وأما شركة المفاوضة فهي: "كل شركة يتساوى فيها الشركاء في المال والتصرف والدين - أي الملة - من ابتداء الشركة إلى انتهائها"^(٢)، فهي شركة تتضمن الوكالة والكفالة وتقوم على أساس تساوي الشركاء في المال والتصرف والدين.

وأما شركة الصنائع - أو الأبدان - فهي: "أن يشترك الدالان أو الحملان أو غيرهما من أهل الحرف على ما يكسبان ليكون بينهما متساوياً أو متفاضلاً"^(٣) فهي: اشتراك بين أهل حرفة أو حرف فيما يكتسبون بأبدانهم، وتسمى أيضاً شركة التقبل، أي: "تعهد العمل والتزامه"^(٤)، والشركاء فيها ذمة واحدة، وأساس الاشتراك فيها هو الضمان.

وأما شركة الوجوه فهي: "اشتراك بين شخصين فأكثر في ربح ما يشترونه في ذممهم بجاههم، فليس لأحد منهم رأس مال، ولكن لكل منهم قبولاً عند الناس، فيشترون ديناً، وما تحصل من ربح كان بينهم"^(٥).

هذا بالإضافة إلى صور أخرى من المشاركات وقعت في المجتمعات الإسلامية، وتحدث عنها العلماء في كتبهم واختلفوا فيها، وسيأتي ذكرها فيما بعد.

ومن هذه العقود المضاربة: "وهي أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه

(٢) ما لا يسع التاجر جهلة ص ١١٧ .

(٤) درر الحكام ٣ / ٨ .

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧١ .

(٣) روضة الطالبين ٤ / ٢٧٩ .

(٥) ما لا يسع التاجر جهلة ص ١١٧ .

والربح بينهما" (١) .

قال الطيبي: "وهي مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر... أو من الضرب في المال وهو التصرف" (٢) .

ومن هذه العقود: المزارعة: وهي "الشركة في الزرع" (٣) ، وبصورة أوضح هي "المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع الثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة" (٤) .

ومنها المساقاة وهي: "ما كان في النخل والكرم وجميع الشجر الذي يثمر بجزء معلوم من الثمر للأجير" (٥) "فهي شركة زراعية على استثمار الشجر، ويكون فيها الشجر من جانب والعمل في الشجر من جانب، والثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها العاقدان؛ النصف والثلث ونحو ذلك" (٦) .

كل هذه الأنواع وغيرها تدخل تحت باب واحد، هو باب المشاركات، أو الاستثمارات المشتركة. فالمضاربة لا تنفصل عن باب الشركات، وليست هي من باب المعاوضات، بل هي مشاركة بين اثنين "هذا بنفع ماله، وهذا بنفع بدنه، وما قسم الله من ربح كان بينهما على الإشاعة" (٧) .

وأما المزارعة والمساقاة فقد غلط كثير من الناس حينما أحقوهما بالإجارة لكونهما كراء للأرض أو للشجر ببعض ما يخرج من الزرع أو الثمرة، والصواب أنهما من باب الشركات لا من باب المعاوضات، وجوهرهما مضاربة ومعاملة في الزرع والثمر لا كراء. والشبه قائم بين المضاربة والمزارعة والمساقاة، "ولقد كان أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة، وقياس كل منهما على الآخر صحيح، فإن من أثبت جواز أحدهما أمكنه أن يستعمل فيه حكم الآخر لتساويهما" (٨) .

(٢) عون المعبود ٦ / ٢٥٥ .

(٤) عون المعبود ٦ / ٢٦٠ .

(٦) فقه السنة ٣ / ٢٠٥ .

(٨) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٠١ .

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١١٧ .

(٣) الشرح الكبير ٣ / ٣٧٢ .

(٥) نيل الأوطار ٥ / ٢٧٣ .

(٧) أعلام الموقعين ١ / ٣٣٧ .

لذلك نجد أن "حكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة في الجزء المشروط للعامل في كونه معلوماً مشاعاً من جميع الثمرة" (١)، وهذا يختلف عن حكم الإجارة ولا شك، "فهذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة" (٢).

وقد بين شيخ الإسلام ذلك بجلاء ووضوح، فقال: "وإذا كانت التصرفات المبنية على المعادلة هي معاوضة أو مشاركة فمعلوم قطعاً أن المساقاة والمزارعة ونحوهما من جنس المشاركة وليس من جنس المعاوضة المحضة" (٣).

وقال في موضوع آخر: "وكذلك المساقاة والمزارعة، وإن كان من الفقهاء من زعم أنهما من باب الإجارة، وأنهما خلاف القياس، فالصواب أنهما أصل مستقل، وهي من باب المشاركة لا من باب الإجارة الخاصة، وهي على وفق قياس المشاركات" (٤).

وقال أيضاً: "فأما المزارعة بجزء شائع من جميع الزرع فليس هذا هو الكراء المطلق، بل هي شركة محضة،... وإن كان من الناس من يسمى هذا كراء بالمعنى العام... فأما الكراء الخاص الذي تكلم به رافع وغيره فلا" (٥)، كل هذه الأنواع التي ذكرناها وغيرها مما سنذكره بعد جائزة على الأصل الذي قررناه وهو أن الأصل في المشاركات الحل؛ بناء على الأصل الأقدم وهو: الأصل في المعاملات الحل. هذا الأصل الذي يغنينا عن التماس الأدلة على جواز كل نوع من هذه الأنواع.

ولكن برغم الاستغناء بهذا الأصل عن التماس أدلة الجواز يجد الدارس لهذا الباب نفسه أمام سيل من الأدلة التي تثبت الحكم وترسخه، وتزيد من طمأنينة القلب به.

فأما شركة العنان فهي: "جائزة بالإجماع، حكاه ابن المنذر" (٦) وسند هذا

(٢) أعلام الموقعين ١ / ٣٣٦ .

(٥) السابق ٣٠ / ٧٤-٧٥ .

(٦) المبدع ٥ / ١٨ .

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٩٣ .

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٩٩ .

(٥) أيضاً ٢٩ / ١١٢ .

الإجماع قول الله تعالى (١) : ﴿ وَإِنْ كَثِيرًا مِنْ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ .

[ص : ٢٤] .

والخلطاء هم الذين خلطوا أموالهم (٢) . " وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم، والتقارير أحد وجوه السنة " (٣)

ومن الأحاديث ما رواه أحمد والبخاري وغيرهما عن أبي المنهال قال : " إن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمرهما : أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان بنسيئة فردوه " (٤) فقد أقرهما النبي ﷺ على الشركة من حيث الأصل، ورد ما خالف الشرع من هذه المعاملة وهو المبادلة بين الأثمان نسيئة؛ لأنه ربا .

وأما المضاربة فلم يثبت فيها حديث يعتمد عليه، إلا أن " التواتر والتعامل بها من لدن رسول الله ﷺ وهلم جراً لا يحتاج منه إلى إثبات حديث بعينه " (٥) فمنذ بعثة رسول الله ﷺ والناس يتعاملون بها في كافة الأعصار من غير نكير، ومن الآثار الواردة في ذلك ما رواه مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح بينهما " (٦) .

ويكفي لجواز المضاربة الإجماع المبني على السنة التقريرية، قال الإمام الصنعاني - رحمه الله تعالى - : لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض المضاربة وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام (٧) .

وإن كنت أرى أن الأحاديث التي يستدل بها على جواز المساقاة ولمزارعة هي

(١) انظر المبدع ٣ / ٥ .

(٢) تفسير البيضاوي ٥ / ٤٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ / ٨٨ .

(٤) صحيح : رواه البخاري كتاب الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة رقم ٢٤٩٧ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٩٨ بتصرف بسيط .

(٦) رواه مالك في الموطأ ك القراض باب ما جاء في القراض برقم ٢ ج ٢ ص ٥٢٩ .

(٧) سبل السلام ٣ / ١١١ .

ذاتها أدلة المضاربة ومستند الإجماع على جوازها؛ لأن المضاربة في معنى المزارعة والمساقاة، فالمضاربة معاملة في المال بجزء شائع من ثمرته، والمزارعة والمساقاة معاملة في الأرض والشجر بجزء شائع من الثمرة أيضاً. وجميعها مشاركات تكون فيها الأصول من جانب والعمل والإدارة من جانب، والريح على ما تراضى عليه الطرفان.

وعلى هذا يمكن أن نجعل المساقاة والمزارعة الثابتين بالسنة الصريحة أصلاً ونقيس عليهما المضاربة، ويمكن أيضاً أن نجعل المضاربة الثابتة بالإجماع والسنة التقريرية أصلاً ونقيس عليها المزارعة والمساقاة، وفي الجملة فإن هذه الأنواع الثلاثة: المضاربة والمساقاة والمزارعة وجوه لمعاملة واحدة، وثبوت بعضها بالإجماع وبعضها بصريح الأحاديث من باب تعانق الأدلة وتعاضدها؛ لهذا لم يكن من السائع أن يثار حول المزارعة ما أثير من الخلاف الذي نقلته كتب الفقه، وأحسب أنه لولا ما روى عن رافع بن خديج رضي الله عنه من النهي عن كراه الأرض ما ثارت هذه الضجة الكبيرة التي زعزعت إحدى الثوابت الاقتصادية في حياة الأمة، مما أثار دهشة أجلة فقهاء الصحابة، أمثال زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وغيرهم.

ولو أن النصوص الواردة في هذا الباب جمعت ثم رُدَّ المتشابه منها إلى المحكم لما وقع هذا الخلط الكبير. فجملة القول في الأحاديث الواردة في النهي عن المزارعة وكراه الأرض، أنها جمل وعبارات نبوية لم تفهم فهماً سليماً، ولم تفسر في ضوء الجمل المحكمة في هذا الباب.

فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحرم المزارعة التي هي: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها على الإشاعة، ولم يحرم المساقاة التي هي: المعاملة على الشجر ببعض ثمرته على الإشاعة، كلا لم يحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك البتة، بل الثابت - بما لا يدع مجالاً للريبة - أنه تعامل بها، فقد روى البخاري ومسلم عن عبد الله ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر

أو زرع^(١) فالمعاملة بشطر ما يخرج من الثمر هي المساقاة، والمعاملة بشطر ما يخرج من الزرع هي المزارعة، وفي رواية أخرى في الصحيحين: "أنهم سألوه أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم رسول الله ﷺ نقركم على ذلك ما شئنا، ففروا بها حتى أجلاهم عمر"^(٢)، فهذه لرواية تدل على أن هذه المعاملة استمرت طيلة عصر النبوة فلم يطرأ عليها النسخ. وفي رواية لمسلم "أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولهم شطر ثمرها"، وهذه الرواية بالغة الوضوح في وصف شكل المعاملة التي عامل النبي ﷺ بها أهل خيبر، وأنها كانت مساقاة في النخل ومزارعة في الأرض.

وقد حاول بعض الفقهاء أن يتأول هذه المعاملة الثابتة من النبي ﷺ لأهل خيبر بأن خيبر فتحت صلحاً، وبأن أهلها أقروا على أن الأرض ملكهم بشرط أن يعطوا نصف الثمرة فكان ذلك يؤخذ على وجه الجزية.

وهو تأويل بعيد لا يساعد عليه لفظ الحديث الذي صرح بأن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر، ودفع إليهم الأرض ليعتملوها من أموالهم. وقد تعقب العلماء هذا التأويل بأن "معظم خيبر فتح عنوة... وبأن عمر أجلاهم منها، فلو كانت ملكهم ما أجلاهم عنها"^(٣)، فلا تقبل هذه الدعوى، كما "لا تقبل دعوى كون المزارعة في خيبر إنما جازت تبعاً للمساقاة، بل جازت مستقلة؛ لأن المعنى المجوز للمساقاة موجود في المزارعة قياساً على القراض فإنه جائز بالإجماع"^(٤).

هذا هو القدر المحكم في المسألة:

أن رسول الله ﷺ تعامل مع يهود خيبر بهذه المعاملة التي تمثلت في مزارعة في الأرض ومساقاة في الشجر، وأن هذه المعاملة استمرت حتى أجلاهم عمر؛

(١) صحيح: متفق عليه، رواه البخاري كالحرث والمزارعة برقم (٢٣٢٨) و (٢٣٢٩)، ومسلم كالمساقاة والمزارعة ٦ / ١٥٥١، وأبو داود كالبيوع باب المساقاة برقم (٣٤٠٨)، وابن ماجه كالرهون باب معاملة النخيل والكرم برقم (٢٤٦٧)، صححه الألباني.

(٢) المرجع السابق.

(٣) فتح الباري ٥ / ١٠.

(٤) صحيح: مسلم بشرح النووي ١٠ / ١٦٠.

لذلك لم يكن الصحابة - رضوان الله عليهم - يجدون غضاضة في التعامل الذي تعامل به رسول الله ﷺ ، وقد أورد البخاري عن قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال: "ما بالمدينة أهل بيت هجرة لا يزرعون على الثلث والرابع، وزارع علي وسعد ابن مالك وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة، وآل أبي بكر وآل علي وآل عمر، وعامل عمر الناس علي: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا" (١) ، وقد أراد البخاري - رحمه الله - بسياق هذه الآثار: "الإشارة إلى أن الصحابة لم ينقل عنهم خلاف في الجواز، خصوصاً أهل المدينة" (٢) .

وخرج ابن ماجه عن طاووس أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والرابع فهو يهمل به إلى يومك هذا" (٣) .

فإذا كان صنيع الصحابة يوافق صنيع رسول الله ﷺ فهل يبقى في جواز المزارعة ريبه لمرتاب؟! وإذا كان جميع المهاجرين والخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة والتابعين يزارعون، من غير أن ينكر ذلك عليهم منكر لم يكن هناك إجماع أعظم من هذا، بل إن كان في الدنيا إجماع فهو هذا" (٤) .

وقد يلتمس للفقهاء القائلين ببطلان المزارعة العذر بسبب ما ورد عن النبي ﷺ من نهيه عن المزارعة وعن كراء الأرض، أي إجارتها، وعن المخابرة، أي: المزارعة على المخبرة أي النصيب (٥) إلا أن هذا لا يغير من الحقيقة شيئاً، ولا يمكن أبداً أن يؤدي إلى التشغيب على إحدى ثوابت الاقتصاد الإسلامي؛ لأن الحقيقة إذا ثبتت وصارت من المحكمات لم يضرها بعد ذلك النصوص المتشابهات وإن كثرت .

ومن النصوص الواردة في النهي عن المزارعة والمخابرة ما رواه أبو داود وغيره عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج قال: "نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة

(١) صحيح: رواه البخاري كالحث والمزارعة باب المزارعة بالنظر ونحوه .

(٢) فتح الباري ٥ : ٨ .

(٣) صحيح: رواه ابن ماجه ك الرهون باب الرخصة في المزارعة بالثلث والرابع برقم (٢٤٦٣) . والبيهقي في السنن ٦ / ١٥٠ .

(٤) مجموع الفتاوى ابن تيمية ٢٩ ، ٩٧ . (٥) فيض القدير ٦ / ٤١٧ .

والمزانية ، وقال : "إنما يزرع ثلاثة : رجل له أرض فهو يزرعها ، ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح ، ورجل استكرى أرضاً بذهب وفضة" (١) ، ففي هذا الحديث نهى عن المزارعة بحصر الزراعة الجائزة في ثلاثة أشكال ليس منها المزارعة على جزء شائع من الخارج .

أما كراء الأرض بالذهب والفضة فهو جائز بنص الحديث . وهو نفس الحكم الوارد في حديث ثابت ابن الضحاك " أن رسول الله ﷺ « نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة »" (٢) .

والمؤاجرة التي أمر النبي ﷺ بها في حديث ثابت بن الضحاك ، وأجازها في حديث رافع بن خديج ورد النهي عنها في كثير من الأحاديث منها حديث جابر رضي الله عنه : " أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض وعن بيعها السنين ، وعن بيع الثمر حتى يطيب" (٣) ، بل إن رافعاً رضي الله عنه نفسه روى النهي عن كراء الأرض ، فعن سالم بن عبد الله بن عمر قال : " كان عبد الله بن عمر يكرى أرضه حتى بلغه أن رافع بن خديج حدث أن رسول الله ﷺ كان ينهى عن كراء الأرض ، فلقيه عبد الله فقال : يا ابن خديج ماذا تحدث عن رسول الله ﷺ في كراء الأرض ؟ ، فقال رافع لعبد الله بن عمر : سمعت عمي وكانا قد شهدنا بدرأ يحدثان أهل الدار أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض . قال عبد الله : والله لقد كنت أعلم في عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى . ثم خشى عبد الله أن يكون رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يكن علمه فترك كراء الأرض" (٤) .

هذا الاضطراب في الروايات الواردة عن رافع بن خديج هو الذي جعل الإمام أحمد يضعف حديث رافع ويقول : هو كثير الألوان (٥) ؛ ولذلك كان أحمد من

(١) صحيح : رواه أبو داود ك البيوع باب في التشديد في ذلك برقم (٣٤٠٠) ، والنسائي ك الأيمان والنذور

باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع رقم (٣٨٩٩) ، وابن ماجه برقم (٢٤٤٩) ، صححه الألباني .

(٢) صحيح : رواه مسلم ك البيوع باب كراء الأرض برقم (١١٩) .

(٣) صحيح : رواه مسلم ك البيوع باب كراء الأرض برقم (٨٦) .

(٤) صحيح : متفق عليه ، البخاري برقم (٢٣٤٤) ، ومسلم ك البيوع باب كراء الأرض برقم (١١٢) ، وأبو داود

برقم (٥) عون المعبود ٦ / ٢٦١ .

(٥) برقم (٣٣٩٢) .

القائلين بجواز المزارعة، ووافقه على ذلك ابن أبي ليلى وهو مذهب يعقوب و محمد بن الحسن الشيباني، "وهو قول ابن المسيب وابن سيرين والزهري وعمر بن عبد العزيز" (١). وأبطلها أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعي وموافقوه وهم الأكثر بأنها تجوز تبعاً للمساقاة، أما منفردة فلا تجوز (٢).

أما المساقاة فالمجيزون لها أكثر، فقد أجازها "مالك والثوري والليث والشافعي وأحمد وجميع فقهاء المحدثين وأهل الظاهر وجماهير العلماء" (٣)، وأبطلها أبو حنيفة بحجة أن خيبر فتحت عنوة وأن أهلها كانوا عبيداً لرسول الله ﷺ فما أخذه فهو له وما تركه فهو له، وهو احتجاج ضعيف لأن النبي ﷺ قال لهم: «نُفْرِكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا» ففروا بها حتى أجلاهم عمر، ولو كانوا عبيداً ما أقرهم عليها استجابة لطلبهم ولا أجلاهم عنها عمر، "فهذا صريح في أنهم لم يكونوا عبيداً" (٤).

ولولا الأحاديث التي وردت في النهي عن المزارعة ما فرق العلماء القائلون بين المساقاة والمزارعة؛ لأنهما والمضاربة معاملة واحدة، فالمساقاة معاملة على الشجر ببعض الثمر والمزارعة معاملة على الأرض ببعض الزرع. وكلاهما وارد في حديث ابن عمر "أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع" فالمعاملة بشرط ما يخرج من الثمر هي المساقاة، والمعاملة بشرط ما يخرج من الزرع هي المزارعة، فما هي إلا معاملة واحدة ذات وجهين: إن كانت على الشجر فهي مساقاة، وإن كانت على الأرض فهي مزارعة؛ لذلك فإن "حكم المزارعة حكم المساقاة في الجواز واللزوم وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها" (٥).

وقصر جواز المزارعة على حال كونها تابعة للمساقاة محاولة للخروج من الأزمة التي سببتها أحاديث النهي عن المزارعة وعن كراء الأرض. والواقع أنها أزمة، ولكن

(١) السابق ٦ / ٢٦١ .

(٢) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ / ١٦٠ .

(٣) مسلم بشرح النووي ١٠ / ١٥٩ .

(٤) السابق ١٠ / ١٥٩ .

(٥) المعنى ٥ / ٢٤٣ بتصرف بسيط، وانظر مطالب أولي النهى ٣ / ٥٧٨ .

طريق الخروج منها لا يكون بكسر المحكمات ووطء الثوابت وزعزعة الأصول .
فالمزارعة والمساقاة ثابتان بنص حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، وهما كالمضاربة الثابتة
بالإجماع ، وكراء الأرض بالدراهم والدنانير ثابت أيضاً بحديث رافع بن خديج
السابق وبأحاديث أخرى سيأتي ذكرها بعد قليل . وهو ككراء الدور والعقارات
وغير ذلك مما يكرى ويؤجر ، والإجارة أصل ثابت ، وليس هناك ما يدعو إلى
التفريق بين الأرض وغيرها من العقارات التي تكرى .

إذاً لا بد من البحث عن تأويل مقبول للأحاديث التي جاءت مخالفة للقواعد
والأصول والقياس والثوابت المحكمات في هذا الباب ، لاسيما وقد لاحظ
الراسخون في العلم أن فيها اضطراباً واختلالاً ، كما أن أجلة فقهاء الصحابة
اعترضوا عليها . فقد سبق قول ابن عمر رداً على رافع بن خديج : " والله لقد كنت
أعلم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الأرض تكرى " كما روى البخاري ومسلم عن
عمرو بن دينار قال : سمعت ابن عمر يقول " ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى
سمعت رافع بن خديج يقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها " فذكرته لطاؤوس فقال :
قال لي ابن عباس " إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينهاها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم
أرضه خيراً من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً " ^(١) وخرج الترمذي عن ابن
عباس قوله أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحرم المزارعة ولكن أمر أن يرفق بعضهم ببعض " ^(٢) .

وعن عروة ابن الزبير قال : قال زيد بن ثابت " يغفر الله لرافع بن خديج ، أنا
والله أعلم بالحديث منه ، إنما أتاه رجلان قد اقتتلا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن
كان هذا شأنكم فلا تكرؤا المزارع " فسمع قولهم : " لا تكرؤا المزارع " ^(٣) .

(١) صحيح : أخرجه مسلم ك البيوع باب كراء الأرض برقم / ١٢٠ ١٥٠٠ ج ١٠ ص ١٥٩ ، وبو داود ك البيوع

باب المزارعة برقم ٣٣٨٩ ج ٣ ص ١٤٧٣

(٢) صحيح : رواه الترمذي ك الأحكام باب المزارعة برقم ١٣٨٥ ج ٣ ص ٦٥٨ وأبو عيسى : حسن صحيح ،

وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي . وفي غاية المرام برقم ٣٦٧

(٣) ضعيف : رواه أبو داود ك البيوع باب المزارعة رقم ٣٣٩٠ ج ٣ ص ١٤٧٣ والنسائي الأيمان باب ذكر الأحاديث

المختلفة في النهي عن كراء الأرض برقم ٣٩٣٧ ج ٣ ص ٨١٧ ، وابن ماجه ك الرهون باب م يكره من المزارعة

برقم ٢٤٦١ ج ٢ ص ٣٧٧ وفي إسناده عبد الرحمن بن اسحاق ضعفه الذهبي ، والحديث ضعفه الألباني

في غاية المرام برقم ٣٦٦ .

هذه هي الأقوال الصريحة لفقهاء الصحابة، فإذا ضُمَّ إليها المواقف العملية للصحابة الذين تعاملوا بالمزارعة كعماد والخلفاء الراشدين وجميع المهاجرين لم يبق شك في وجوب الإبقاء على الثوابت المحكمات، ووجوب النظر في أحاديث النهي عن المزارعة وكراء الأرض .

وقد تكلم العلماء المحققون في تأويل النهي عن المزارعة وعن كراء الأرض، واختلفت أجوبتهم، والواقع أن النهي وقع أكثر من مرة، وفي كل مرة كان له سبب يناط به النهي، ففي أول الأمر نهى النبي ﷺ عن كراء الأرض عموماً، سواء كان هذا الكراء إجارة بالذهب والفضة أو كان كراء بالمعنى العام الذي يتناول المزارعة بالثلث والربع وغير ذلك. وكان هذا النهي في أول الأمر "لحاجة الناس وكون المهاجرين ليس لهم أرض، فأمر الأنصار بالتكريم بالمواساة... وهكذا نهوا عن ادخار لحوم الأضاحي ليتصدقوا بذلك، ثم بعد توسع حال المسلمين زال الاحتياج فأبيح لهم المزارعة، وتصرف المالك في ملكه بما شاء من إجارة وغيرها" (١).

ويدل على صحة هذا التأويل حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: "كَانَ لِرَجَالٍ فَضُولٌ أَرْضِينَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ " مَنْ كَانَتْ لَهُ فَضْلُ أَرْضٍ فَلْيَزْرِعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا أَخَاهُ، فَإِنْ أَبِي فَلْيَمْسِكْ أَرْضَهُ" (٢).

ويدل عليه أيضاً قول ابن عباس الذي سبق ذكره، "وقد عقل ابن عباس المعنى من الخبر، وأنه ليس المراد به تحريم المزارعة بشرط ما تخرج الأرض، وإنما أراد بذلك أن يتمانحوا أرضهم وأن يرفق بعضهم ببعض" (٣).

ووقع النهي مرة أخرى عندما تشاجروا، وأتاه رجلان قد اقتتلا، فنهى عن كراء المزارع نهياً معللاً معلقاً فقال: "إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنَكُمْ فَلَا تَكْرُوا الْمَزَارِعَ"، وقد وقع الغلط بطرد هذا النهي وتعميمه؛ لذلك قال زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا قَالَ

(١) سبل السلام ٣ / ١١٤ .

(٢) صحيح : متفق عليه، واللفظ لمسلم، البخاري كالحديث والمزارعة برقم (٣٣٤١)، ومسلم كاليوم باب كراء الأرض برقم (٨٩)، وابن ماجه برقم ٢٤٥، ج ٢ ص ٣٧٣، والبيهقي في السنن ٦ / ١٣٤ والألباني في

(٣) عون المعبود ٦ / ٢٦١ .

غاية المرام برقم ٣٦٠ .

في صدد إنكاره على رافع بن خديج رضي الله عنه.

ثم كان النهي عن نوع من المزارعة فيه غرر كبير، وهو كراء الأرض بإنتاج جزء منها، أو هو المزارعة على إنتاج جزء بعينه. كأن يدفع الرجل أرضه لمن يزرعها، ليس على الثلث أو الربع أو الشطر مشاعاً، وإنما على أن يكون لرب الأرض ما تخرجه هذه القطعة بعينها، وللمزارع العامل الباقي. وقد استشرت هذه المعاملة في أوساط أصحاب المزارع بالمدينة، وترتب عليها مظالم وتشاجر، "فنهوا عن ذلك لما فيه من الغرر، وربما هلك هذا دون هذا أو عكسه" ^(١).

وقد وردت أحاديث كثيرة أغلبها عن رافع بن خديج نفسه، منها ما رواه البخاري عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكان أحدنا يكري أرضه فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢)، وفي لفظ آخر للبخاري: "كنا أكثر أهل المدينة مزدرعاً، كنا نكري الأرض بالناحية منها مسمى لسيد الأرض قال: فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض، ومما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهيها، أما الذهب والفضة فلم يكن يومئذ" ^(٣).

وروى الإمام مسلم عن حنظلة بن قيس رضي الله عنه قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والفضة، فقال "لا بأس به، إنما الناس كانوا يؤاجرون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على الماذينات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا، فذلك زجر عنه، أما شيء معلوم مضمون فلا بأس به" ^(٤)، والماذينات هي: مسایل الماء، وأقبال الجداول: أوائلها. فكان رب الأرض يشترط لنفسه إنتاج هذه المناطق التي

(١) شرح النووي علي صحيح مسلم ١٠ / ١٥٢.

(٢) صحيح: أخرجه البخاري كالحرث والمزارعة، باب ما يكره من الشروط في المزارعة برقم (٢٣٣٢) ومسلم كالببوع باب كراء الأرض برقم ١٢٠ / ١٥٤٤ ج ١٠ ص ١٥٤.

(٣) صحيح: أخرجه البخاري كالحرث والمزارعة باب (٧) حديث ٢٣٢٧ ومسلم كالببوع باب كراء الأرض برقم ١١٧ / ١٥٤٨ ج ١٠ ص ١٥٨.

(٤) صحيح: أخرجه مسلم كالببوع باب كراء الأرض برقم ١١٦ / ١٥٤٨ ج ١٠ ص ١٥٨.

تكون أسعد بالماء من غيرها، ويكون الزرع فيها أنمى من غيرها. وهذا غرر يفضي إلى النزاع؛ من أجل ذلك زجر النبي عن هذا النوع من المزارعة.

قال الإمام الشوكاني: رحمه الله .:

"وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضي إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة، وعليه تحمل الأحاديث الواردة في النهي عن المخابرة كما هو شأن حمل المطلق على المقيد، ولا يصح حملها على المخابرة التي فعلها رسول الله ﷺ في خيبر لما ثبت أنه استمر عليها إلى موته، واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة، ويؤيد ذلك تصريح رافع في هذا الحديث بجواز المزارعة على شيء معلوم مضمون" (١).

وعن سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: "إن أصحاب المزارع في زمن النبي ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول النبات، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ فاختموا في بعض ذلك، فنهاهم أن يكرؤا بذلك وقال: اكرؤا بالذهب والفضة" (٢).

هذا هو الكراء الذي كان سائداً، وهو الذي نهى النبي ﷺ عنه "وهذا النوع حرام بلا ريب عند الفقهاء قاطبة، وحرّموا نظيره في المضاربة، فلو اشترط ربح ثوب بعينه لم يجز" (٣).

وسبب التحريم ليس الغرر وحده، بل ولا القمار وحده، وإنما هناك سبب آخر وهو انعدام الأساس الذي تقوم عليه المشاركات وهو العدل الذي يتحقق بالمشاركة في المغنم والمغارم، فعندما يشترط رب الأرض لنفسه ما تخرجه قطعة معينة فإنه بذلك يقوض الأساس الذي تقوم عليه المشاركات؛ فتكون معاملته هذه محرمة "وذلك لأن المشاركة والمعاملة تقتضي العدل من الجانبين، فيشتركان في المغنم والمغرم" (٤).

(٢) رواه أبو داود ك البيوع ٣ / ٢٥٥ .

(٤) السابق ٢٩ / ١٠٤ .

(١) نيل الأوطار ٥ ٢٧٦ - ٢٧٧ .

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٠٧ .

هذه هي المزارعة المحرمة، أما المزارعة على جزء شائع كالربع وانثلث فهذا لاشك في إباحته .

وهناك من العلماء من حرم المزارعة وأباح المؤاجرة عملاً بحديث ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ "نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة"^(١)، وقالوا: إن سبب تحريم المزارعة دون المؤاجرة هو أن المزارعة فيها من الغرر ما ليس في المؤاجرة، إذ المؤاجرة تكون لقاء أجر معلوم، أما المزارعة فهي على الثلث والربع والشطر على الإشاعة، وهو غير معلوم قدره؛ لأن أحداً لا يدري كم سيكون مقدار هذا الربع أو الثلث أو الشطر.

وقد أجاب العلماء بأن المزارعة عقد على عمل في الأرض ببعض ما تخرج "فهو كالمضاربة؛ لأن المضارب يعمل في المال بجزء من نمائه وهو معدوم ومجهول، وقد ضح عقد الإجارة مع أن المنافع معدومة"^(٢)، والحاصل أن الجهالة تحرم إذا كانت مفضية إلى النزاع، أما هذا القدر من الجهالة فلا يفضي إلى النزاع.

ثم إن هذه الجهالة إن أفضت إلى تحريم المزارعة فلا تفضي إلى تحريم المؤاجرة أولي؛ لأن خطر الجهالة في المزارعة واقع على الجانبين، أما خطر الجهالة في الإجارة فواقع على جانب واحد؛ لأن المنافع التي هي مقصود المستأجر معدومة مجهولة، في مقابل أجرة مضمونة يذهب بها رب الأرض.

فالمزارعة إذاً يتعادل فيها الجانبان من حيث قدر الجهالة في العائد على كل منها "وذلك أقرب إلى العدل من أن يحصل أحدهما على شيء مضمون ويبقى الآخر تحت الخطر"^(٣).

وقد أفاض الإمام ابن القيم في بيان هذا المعنى فقال:

"ومن أعطى النظر حقه علم أن المزارعة أبعد عن الظلم والغرر من الإجارة بأجرة مسماة مضمونة في الذمة، فإن المستأجر إنما قصد الانتفاع بالزرع الثابت في الأرض، فإذا لزمته الأجرة ومقصوده من الزرع قد يحصل وقد لا يحصل كان

فتح الباري ٥ / ١٠ .

سبق تخريجه .

مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٩٨-٩٩ .

في هذا حصول أحد المعاضين على مقصوده دون الآخر، فأحدهم غانم ولا بد والآخر متردد بين المغنم والمغرم، وأما المزارعة فإن حصل الزرع اشتراكاً فيه وإن لم يحصل شيء اشتراكاً في الحرمان فلا يختص أحدهما بحصول مقصوده دون الآخر، فهذا أقرب إلى العدل وأبعد عن الظلم والغرر من الإجارة" (١).

والغرر هنا لا يترتب عليه أكل مال بالباطل، والجهالة هنا لا يترتب عليها نزاع أو شجار؛ وليس الأمر هنا كالمعاوضات المحضة، يقول الإمام ابن تيمية: "وإذا كانت التصرفات المبنية على المعادلة هي معاوضة أو مشاركة، فمعلوم قطعاً أن المساقاة والمزارعة ونحوها من جنس المشاركة، وليس من جنس المعاوضة المحضة، والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة لأنه أكل مال بالباطل، وهنا لا يأكل أحدهما مال الآخر" (٢).

إلى هنا ننتهي إلى الحكم بجواز المزارعة والمساقاة، وقد سبق أن قررنا جواز العنان والمضاربة، ويبقى الحديث عن أنواع من الشركات اختلف العلماء في حكمها وهي: شركة المفاوضة وشركة الأبدان وشركة الوجوه فما الحكم في هذه الشركات؟ أهي جائزة كالعنان أم هي محرمة؟ .

نبدأ الحديث عن هذه الأنواع المختلفة فيها بأن نذكر بالقاعدة التي تحكم هذا الباب، والتي ينبغي أن نرد إليها كل ما يطرأ ويستجد من ضروب الشركات وألوان الاستثمار المشترك. وهي قاعدة "الأصل في المشاركات الإباحة" وما سبق من استدلال على إباحة العنان والمضاربة والمساقاة والمزارعة يؤكد هذا الأصل.

ومقتضى هذا الأصل ألا نقول بتحريم شيء من المشاركات إلا إذا تضمنت ما لا يحل شرعاً، فإن تضمنت ما لا يحل شرعاً كالمزارعة على أن يكون لرب الأرض خراج جزء معين، أو المضاربة على أن يكون لأحدهما ربح سلعة معينة، أو المشاركة عناناً على أن يكون لأحدهما دراهم معينة أو ربح سلعة معينة لم تجز؛ للأحاديث التي سبق ذكرها، ولأن ذلك يفضي إلى النزاع، ويترتب عليه مظالم كثيرة.

أما إذا لم تتضمن ما لا يحل شرعاً فليس هناك مسوغ للقول ببطلانها ولا للتوقف في حلها؛ إذ الأصل هو الحل لا المنع، وهذا الأصل هو المعتمد عند دراسة أنواع الشركات كلها سواء منها ما وقع وتكلم فيه الفقهاء الأقدمون، أو ما استجد في الواقع المعاصر ويحتاج إلى البت في حكمه. فما اشتمل منها على ما لا يحل شرعاً أو كان مخالفاً للأصول والقواعد التي بنيت عليها الشركات لم تتردد في الحكم عليه بالتحريم، وأما ما كان منها على قواعد وأصول الشركات في الإسلام، ولم يشتمل على محرم فلا يملك أحد من السلطان ما ينقله عن الأصل الذي قرره الشرع وهو الإباحة.

وهذا المسلك يدعونا هنا إلى تعجل بعض ما اضطرنا ترتيب الباب إلى تأجيله، فنذكر هنا على سبيل الإجمال أهم الأسس التي تقوم عليها الشركات في الإسلام، وهي الأسس التي ستبرزها القواعد والضوابط المزمع تقريرها بإذن الله تعالى.

أولاً: أن مبنى المشاركات في الإسلام على العدالة والاشتراف في المغام والمغرم. ثانياً: أن الربح الذي هو مقصود هذه الشركات يكون جزءاً شائعاً في الجملة، أي نسبة مئوية من الإنتاج على الشيوع.

ثالثاً: أن الجهالة التي توجب قطع الربح أو تفضي إلى نزاع تبطل المشاركات، أما الجهالة اليسيرة أو التي تقتضيها ضرورة وضع المشاركات ولا تفضي إلى نزاع ولا تخل بميزان العدل في الشركات فلا أثر لها.

رابعاً: أن مبنى الشركة على الوكالة والأمانة.

خامساً: أن تصرف الشريك والمضارب والعامل مطلق ولكنه محكوم بالإذن والعرف ومصصلحة الشركة.

سادساً: أن الربح يستحق بالمال أو العمل أو الضمان.

سابعاً: أن الأصل في القيود اعتبارها إذا كانت مفيدة.

ثامناً: أن ما حرم اتخاذه وحرم بيعه وشراؤه لم تجز فيه الشركة، وأن كل معاملة تحرم على الفرد المشارك إذا استقل تحرم على هيئة الشركة إذا اجتمعت.

تاسعاً: أن الشركاء يتراجعون بينهم في الوضعية على قدر أنصبتهم .

عاشراً: أن تصرف العامل والشريك موضوع لثمير المال ومنوط بمصلحة الشركة .

هذه هي الأسس العامة التي تحكم الشركات في الإسلام، فإذا اشتملت الشركة على ما يخل بهذه الأسس أو تضمنت محرماً كالربا أو الاتجار فيما لا يجوز بيعه ولا يحل اتخاذه كانت هذه الشركة محرمة، أما إذا وافقت هذه الأسس - التي سنقررها ونستدل لها فيما بعد - ولم تشتمل على محرم كان لزاماً علينا ألا نتجشم تحريكها عن أصل الحل .

وفيما يلي نتناول كل نوع من هذه الأنواع بشيء من البيان، ونبدأ بشركة الأبدان، وهي التي تسمى بشركة الصنائع، أو شركة التقبل، كما تسمى بشركة الأعمال . وقد اختلف العلماء فيها، فقال الجمهور^(١) بجوازها اعتماداً على حديث ابن مسعود: "أشركت وأنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر، فجاء سعد بأسيرين ولم أجدني أنا وعمار بشيء"^(٢) فهؤلاء الصحابة اشتركوا فيما يصيبونه بأبدانهم دون أن يكون هناك رأس مال، وقد أقرهم النبي ﷺ على ذلك، كما أنه "قد ثبت تعامل الناس بها من لدن الرسول ﷺ من غير نكير"^(٣) .

وقال الشافعية: أنها "باطلة سواء اتفقا في الصنعة أو اختلفا، كالخياط والتجار؛ لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاخص بفوائده، كما لو اشترك في ماشيتهما وهي متميزة ليكون الدر والنسل بينهما فإنه لا يصح"^(٤)، وقالوا أيضاً: إنها شركة على غير مال فلا تفيد مقصودها، كما استدلوا بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط وهذا لا يكون إلا في المال .

(١) دليل الطالب ١ / ١٣٩ زاد المستقنع ١ / ١٢٩ كشاف القناع ٣ / ٥٢٧ المبسوط ١١ / ١٥١ تحفة الفقهاء ٣ / ١١ الذخيرة ٨ / ٣٣ بداية المجتهد ٢ / ١٩٢ القوانين الفقهية ١ / ١٨٧ .

(٢) رواد أبو داود ك البيوع باب في الشركة علي غير رأس مال برقم ٣٣٨٨ ج ٣ ص ١٤٧٢، والنسائي ك البيوع باب الشركة بغير مال برقم ٤٧١١ ج ٤ ص ٣٠٥ وابن ماجه ك التجارات باب الشركة والمضاربة برقم ٢٢٨٨ ج ٢ ص ٣١٤ والبيهقي في السنن ك البيوع باب الشركة في الغنيمة ٦ / ٦٩ جميعاً من طريق سفيان . . . به وإسناده ضعيف لأنقطاعه بين أبي عبيدة وعبد الله .

(٣) أحكام الشركات في الفقه الإسلامي د. يوسف محمود ص ٤٩ بتصرف وانظر بدائع الصنائع ص ٨٨ .

(٤) روضة الطالبين ٤ / وانظر المهذب ١ / ٣٤٦ والوسيط ٣ / ٢٦٢ وإعانة الطالبين ٣ / ١٠٥ .

والحق أن ما استدل به الشافعية على بطلان شركة الأبدان لا يقوى على إبطال هذه الشركة؛ فأما قولهم إنها شركة على غير مال فلا تفيد مقصودها فقد نوقش "بأن مقصود الشركة هو تحصيل الربح على الاشتراك، وهو لا يقتصر على المال، بل جاز بالعمل أيضاً كما في المضاربة" (١).

وأما دفعهم بأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فهذا لا يمنع من جواز الشركة؛ لأن مبنى هذه الشركة على الضمان، والربح يستحق بالضمان كما يستحق بالعمل والمال، والضمان هو الذي يفرق بين شركة الأبدان وبين الاشتراك في الماشية وهي متفرقة متميزة.

وأما احتجاجهم بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط وهو لا يكون إلا في المال فيجاء عنه بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط نعم، ولكن الاختلاط لا يكون شرطاً إذا وجد التوكيل، فإن التوكيل من الشريك لشريكه في التصرف هو الأساس الذي تنبئ عليه الشركة، وهو أصل للشركات كلها؛ حتى قالوا "ما جاز التوكيل فيه جازت الشركة فيه وما لا فلا".

والذي يترجح - في نظري - هو قول الجمهور؛ لأن هذه الشركة قامت على الوكالة "والوكالة جائزة، والمشمول على الجائز جائز" (٢)، والوكالة هي الأساس الذي تبنى عليه الشركات، وفي هذه الشركة يوكل كل واحد من الشريكين صاحبه في التقبل والعمل. ولأن الربح في هذه الشركة سببه الضمان، "فالشركاء في هذه الشركة ذمة واحدة" (٣)، فما يتقبله أحدهم من الأعمال يدخل في ضمان الجميع. والضمان يستحق به الربح؛ فالقاعدة أنه: "يستحق الربح إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان" (٤).

فهذه الشركة ليس فيها ما يخالف الأسس التي تقوم عليها الشركات، ولم تشتمل على ما لا يجوز شرعاً فهي - إذاً - باقية على أصل الحل، فهي جائزة، ويؤيد

١. ما لا يسع التاجر جهله ص ١٢٩ .

٢. ما لا يسع التاجر جهله ص ١٣١ .

٣. مجلة الأحكام العدلية م (١٣٤٧)، المبدع ٥ / ٨، بدائع الصنائع ٦ / ٦٢، والموسوعة الفقهية الكويتية

٤. ٨٦ / ٢٦ .

٥. بدائع الصنائع ٦ / ٨٨ .

ذلك حرص الإسلام على تقدم المجتمع الإسلامي بتقديره للعمل، وقيام المعاملات فيه على التسامح والتعاون؛ استجابة لمقتضيات الحياة وتطورها... فأجازت الشريعة الإسلامية الاشتراك في أي عمل من الأعمال المشروعة بقصد الربح المشروع^(١).. فلو أن جماعة من الأطباء اشتركوا في عيادة أو مستوصف أو مستشفى خاص، واتفقوا على أن يكون عملهم شركة بينهم على أن يكون الربح متساوياً أو متفاضلاً على أن يكون نسبة شائعة من العائد الإجمالي - لما كان في ذلك ما ينكر شرعاً، بل هو نفع ومصلحة تعود عليهم وعلى المجتمع.

والذي يجب أن يعطى حقه من النظر هنا هو اشتراط الملكية، والحنابلة في رواية أن تكون الصنعة متحدة، بمعنى أن يكونوا جميعاً تجارين أو حمالين أو حدادين، ولكن لا تصح الشركة بين تجارين وحمالين، أو بين أطباء ومدرسين.

وجمهور القائلين بجواز شركة الأبدان خالفوهم فلم يعتبروا هذا الشرط. ولكل فريق وجهة نظر معتبرة. والذي أميل إليه هو أن يشترط بدلاً من اتحاد الصنعة - أن تكون الصناعات قابلة للدمج في مشروع واحد؛ لأن الغرض من شركة الأبدان هو التعاون والتكامل الذي ينتج عنه إنجازات أضخم من إنجازات الأفراد، وهذا إنما يتحقق بالشركة بين أصحاب حرف متجانسة تقبل الدمج في مشروع واحد. كأن يشترك مهندس ونجار مسلح وحداد مسلح وبنّاء و مبيض محارة وسباك في مشروع متكامل لإنجاز أبنية سكنية ينفق عليها أصحابها، ويقومون هم بالعمل، وكل واحد منهم موكل من قبل الشركاء في إنجاز ما تخصص فيه، وموكل كذلك في التقبل لأي عمل مناسب، فما تقبله الواحد منهم من الأعمال دخل في ضمانهم جميعاً. أما إذا تباينت الصناعات بحيث لا يكون بينها رابط، ولا تؤدي غرضاً في التثمير والتنمية، ويستحيل الدمج بينها في مشروع واحد، كالشركة بين أطباء ومدرسين - مثلاً - فهذا لا يجوز - والله تعالى أعلم - والسرفي ذلك هو أن الوكالة التي هي الأساس الذي تقوم عليه الشركة ممكنة وواقعية في

حالة تجانس الصنائع وقبولها للتكامل في مشروع واحد .

وأما شركة الوجود : فقد أجازها الحنفية ^(١) ، والحنابلة ^(٢) بإطلاق ، وأبطلها الشافعية ^(٣) ، والمالكية ^(٤) .

وحجة الشافعية في منعها وإبطالها أن الشركة وضعت لاستنماء المال وتسميره ، فلا بد من وجود أصل يستنمي ، والشركاء في شركة الوجود ليس لديهم أصل يستنمي ، وإنما يشتري كل واحد منهم من السوق مؤجلاً ، بما له من وجهة . وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأن : " الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال ، وأما الشركة بالأعمال والوجود فما شرعت لتنمية المال ، بل لتحصيل أصل المال ، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته ، فما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولي " ^(٥) .

ثم إن هذه الشركة " تشمل على شراء مع توكيل كل شريك لصاحبه في البيع والشراء ، وكل ذلك جائز " ^(٦) .

والذي يترجح - بناء على ما سبق - هو القول بالجواز ؛ لأن هذه الشركة قائمة على الوكالة ، وما جاز التوكيل فيه جازت الشركة فيه . وقيامها على الوكالة والأمانة ، وعدم اشتغالها على ما لا يجوز شرعاً تستعصي على التحريك عن أصل الحل .

وأما المفاوضة فمنعها الشافعي ^(٧) خلافاً للجمهور ^(٨) ، واحتج الشافعي على بطلانها بأنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وقد

(١) المبسوط ١١ / ١٥١ - ١٥٢ شرح فتح القدير ٦ / ١٨٩ - ١٩٠ تحفة الفقهاء ٣ / ١١ .

(٢) الروض المربع ٢ / ٢٧٥ الفروع ٤ / ٣٠١ أخصر المختصرات ١ / ١٨٤ .

(٣) منهاج الطالبين ١ / ٦٣ الإقناع ١ / ١٠٨ إغناء الطالبين ٣ / ١٠٥ .

(٤) جامع الأمهات ١ / ٣٩٥ المعونة ٢ / ٨٢٨ تهذيب المدونة ٣ / ٥٤٦ .

(٥) بدائع الصنائع ٦ / ٨٨ .

(٦) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٣٣ .

(٧) إغناء الطالبين ٣ / ١٠٥ منهاج الطالبين ١ / ٦٣ الإقناع ١ / ١٠٨ .

(٨) حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٠٦ الذخيرة ٨ / ٥٣ المبدع ٥ / ٤٣ .

أجيب عن ذلك " بأن هذه الجهالة مُغتفرة لأنها ثبتت تبعاً، والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً، كما في المضاربة والعنان، فإن كلاً منهما يتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وهما جائزتان بالاتفاق" (١).

والراجع أنها جائزة "لأنها مشتملة على أمرين جائزين هما الوكالة والكفالة؛ لأن كل واحدة منهما جائزة على الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان، ولأنها طريق لاستنماء المال أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة؛ فكانت جائزة كالعنان " والجهالة في الوكالة والكفالة مغتفرة كما سبق؛ لأنها ثبتت تبعاً لا مقصوداً، ولأن المشاركات ليست كالمعاوضات في أمر الجهالة والغرر، فالتشديد في منع الجهالة والغرر وارد في المعاوضات أكثر من الشركات.

وبذلك لا نجد دليلاً يقوى على نقل هذه الشركة عن أصل الحل، وكل هذه الاعتراضات لم ترق إلى اليقين الذي يدفع اليقين، واليقين لا يزول بمجرد الشك، والله أعلم.

هذه هي الصور التي تحدث العلماء عنها، وهناك صور أخرى ذكرها بعض العلماء واختلفوا فيها، منها: "إن دفع شخص دابته لآخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرط، ففي صحة ذلك خلاف بين العلماء... وأقوى الأقوال دليلاً مذهب من أجاز ذلك بدليل حديث روي عن بن ثابت قال: "إن كان أحدهما في زمن رسول ﷺ ليأخذ نضو أخيه على أن لهم نصف مما غنم ولنا النصف" (٢). والحديث دليل صريح على جواز دفع الرجل راحلته في الجهاد على أن تكون الغنيمة بينهما والتفريق بين العمل في الجهاد وبين غيره لا يظهر".

ومن هذه الصور: "إن كان لقصار أداة ولآخر بيت فاشترك على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز، والأجرة على ما شرطاه، لأن الشركة

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٣٦.

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود ك الطهارة باب ما ينهي عنه أن يستنحي به برقم ٣٦ ج ١ ص ٢٥، والبيهقي ك

الطهارة برقم ٥٤٦.

وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة" (١) .

والصور التي وجدت والتي يمكن أن توجد لا تتناهي، وحصر الجواز في صور دون داع للحصر أسلوب لا يناسب هذا الباب . والذي يناسب هذا الباب هو إطلاق القول بالجواز ما لم تتضمن ما لا يحل شرعاً أو تنافي الأسس العامة التي تقوم عليها الشركات في الفقه الإسلامي .

هذا الأصل الذي نستند إليه في إباحة كل ما لم يشتمل على محظور من الشركات له أثر آخر غير إباحة أنواع الشركات، وهو نفي الشروط المقيدة للجواز إلا إذا أدى نفيها إلى الإخلال بالأسس العامة للشركات أو إدخال عنصر محرم عليها .

فكما أن الأصل هو الإباحة فكذلك الأصل هو عدم الشروط المقيدة للإباحة، فكل شرط يفيد في ضبط الشركة على الأسس العامة التي وضعتها الشريعة الإسلامية للشركات اعتبرناه وراعيناه وقيدناه به الإباحة، أما غير ذلك من الشروط المقيدة للإباحة فالأصل عدمها؛ لأن الإباحة هي الأصل .

وقد أورد بعض العلماء شروطاً لإباحة الشركات، وأغلب هذه الشروط فيها تشدد وتعسف وتضييق، وليس هناك دليل معتبر على اعتبارها .

نذكر من هذه الشروط . على سبيل المثال . بعض الشروط التي اشترطها

الشافعية لصحة شركة العنان؛

من شروط الشروط : شرط الخلط، فقد " قال زفر والشافعية والظاهرية والزيدية والإمامية : يشترط خلط المالكين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، ولا بد من كون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعده لم يكف في الأصح؛ لأن الشركة تعني الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالكين، فلا يتحقق معنى الشركة، ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون على المالكين، وإن هلك أحد المالكين قبل الخلط يهلك على صاحبه" (٢) .

١ . أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن - محمد الأمين الشنقيطي ٢ / ٣٧٠ .

٢ . الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٨٩٢ .

"وقال الجمهور وهم الحنفية والمالكية والحنابلة: لا يشترط خلط المالكين؛ لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال فلا يشترط خلط المال كالعامل، ولأن الشركة عقد على التصرف فيها معنى الوكالة، والوكالة جائزة في المالكين قبل خلطهما فتجوز الشركة كذلك" (١).

والراجع أنه: لا يعتبر خلط المالكين شرطاً في صحة شركة العنان؛ لأن التوكيل في التصرف الذي تتضمنه الشركة وتقوم عليه يغني عن الخلط، أما مشكلة ضمان الهالك فمسألة أخرى لا تؤثر في أصل الشركة، وحلها يكون بترتيب الضمان على الشركة بعد خلط المال وعلى صاحب المال قبل الخلط "فإن ضمان الهالك من أموال الشركة لا يكون على الشركة إلا بالخلط الحقيقي أو الحكمي" (٢) "ويكون المال مضموناً على صاحبه قبل الخلط لعدم إتمام الشركة لأنها لا تتم إلا بالشراء" (٣).

ومن هذه الشروط: ألا تكون الشركة في العروض؛ "لأنها ليست من ذوات الأمثال، وإنما هي من ذوات القيمة التي تختلف باختلاف أعيانها، والشركة فيها تؤدي إلى جهالة في الربح عند قسمة مال الشركة، لأن رأس المال يتكون من قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالحرز والتخمين، وهو يختلف باختلاف المقومين، فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة" (٤)، والذي أميل إليه هو "ترجيح مذهب المالكية ومن وافقهم من القول بجواز جعل العروض من رأس مال الشركة على أن تحسب بقيمتها يوم العقد" (٥) لأن تقويم العروض عند العقد أو عند الشروع في العمل ينفي الجهالة. والقول بأن القيمة مجهولة لكونها تعرف بالحرز والتخمين تحكم لا داعي له؛ لأن الحرز والتخمين طريق التقويم في بيع الجزاف، وهو جائز مع أنه في المعاوضات التي يكون تحريم الغرر والجهالة فيها أشد من الشركات، ثم إن الأصل الجواز في جميع

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٢٠.

(٢) المرجع السابق ٥ / ٣٨٩١.

(٣) أحكام الشركات في الفقه الإسلامي ص ٢١.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٨٩٣.

(٥) أحكام الشركات ص ١٩.

أنواع الأموال، فمن ادعى الاختصاص بنوع واحد أو بأنواع مخصوصة ونفي جواز ما عداها فعليه بالدليل، وهكذا الأصل في جميع أنواع الشرك المفصلة في كتب الفقه، فلا تقبل دعوى الاختصاص بالبعض إلا بدليل^(١).

وفي نهاية هذه الجولة: أختتم بنقل هذه الكلمات عن الروضة الندية، وقد أصاب صاحبها الغرض، وأوفي على الغاية في إيجاز وإنجاز، يقول الشيخ العلامة أبو الطيب بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري: 'واعلم أن هذه الأسماء التي وقعت في كتب الفروع لأنواع من الشركة كالمفاوضة والعنان والوجوه والأبدان لم تكن أسماء شرعية ولا لغوية بل اصطلاحات حادثة متجددة، ولا مانع للرجلين أن يخلطا مالهما ويتجرا كما هو معنى المفاوضة المصطلح عليها؛ لأن للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يستلزم ذلك التصرف محرماً مما ورد الشرع لتحريمه... وكذلك لا مانع من أن يشترك الرجلان في شراء شيء بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب منه بقدر نصيبه من الثمن كما هو معنى شركة العنان اصطلاحاً... وكذلك لا بأس أن يوكل أحد الرجلين الآخر أن يستدين له مالاً ويتجر فيه ويشتركا في الربح كما هو معنى شركة الوجوه اصطلاحاً... وكذلك لا بأس بأن يوكل أحد الرجلين الآخر في أن يعمل عنه عملاً استؤجر عليه كما هو معنى شركة الأبدان اصطلاحاً... والحاصل أن جميع هذه الأنواع يكفي في الدخول فيها مجرد التراضي لأن ما كان منها من التصرف في الملك فمناطه التراضي، ولا يتحتم اعتبار غيره، وما كان منها من باب الوكالة أو الإدارة فيكفي فيه ما يكفي فيهما، فما هذه الأنواع التي نوعوها والشروط التي اشترطوها، وأي دليل عقل أو نقل ألجأهم إلى ذلك؟، فإن الأمر أيسر من هذا التهوين والتطويل؛ لأن حاصل ما يستفاد من شركة المفاوضة والعنان والوجوه أنه يجوز للرجل أن يشترك هو وآخر في شراء شيء وبيعه ويكون الربح بينهما على مقدار كل واحد منهما من الثمن، وهذا شيء واحد واضح المعنى

يفهمه العمى فضلاً عن العالم ويفتي لجوازه المقصر فضلاً عن الكامل . وهو أعم من أن يستوي ما يدفعه كل منهما من الثمن أو يختلف، وأعم من أن يكون المدفوع نقداً أو عرضاً، وأعم من أن يكون ما تجر به جميع مال كل واحد منهما أو بعضه، وأعم من أن يكون المتولي للبيع والشراء أحدهما أو كل واحد منهما . وهب أنهم جعلوا لكل قسم من هذه الأقسام التي هي في الأصل شيء واحد اسماً يخصه فلا مشاحة في الاصطلاح ، لكن ما معنى اعتبارهم لتلك العبارات وتكلفتهم لتلك الشروط وتطوير المسافة على طالب العلم وإتباعه بتدوين ما لا طائل تحته، وأنت لو سألت حراًشاً أو بقالاً عن جواز الاشتراك في شراء الشيء وفي ربحه لم يصعب عليه أن يقول نعم، ولو قلت له : هل يجوز العنان أو الوجود أو الأبدان ، لحار في فهم معاني هذه الألفاظ " (١) .

القاعدة الثانية: الغرم بالغنم (٢)

كان من المفترض أن تكون هذه القاعدة ضمن القواعد العامة التي يضمها الإطار الفقهي العام؛ لأنها ليست مجرد ضابط خاص لهذا الباب أو بعض الأبواب ، وإنما هي قاعدة واسعة الانتشار تتعلق بكثير من الأبواب (٣) ، ولكنني آثرت إبرازها هنا في باب الشركات لشدة التصاقها به، ولكثرة عملها فيه، ولفرط ظهورها فيه أكثر من غيره ، فباب الشركات مبني على العدالة، وهذه العدالة تتحقق بمشاركة الأطراف في المغارم والمغامم .

وإذا أردنا أن نستخلص من هذه القاعدة الكلية ضابطاً خاصاً بباب الشركات فيمكن أن يكون بهذا اللفظ: "المشاركات مبناه على العدالة والاشتراك في المغارم والمغامم" وهي عبارة مقتبسة من أقوال العلماء .

(١) : الروضة الندية ٢ / ١٤٢-١٤٣ .

(٢) : مجلة الأحكام العدلية م / ٨٧، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ص ٩٨، القواعد الفقهية بين الأصالة

والتوجيه ص ٢٠٨ .

(٣) : السابق ص ٢٠٨ .

يقول الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - :

"فإن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن ذلك عدلاً، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم، فإن حصل ربح اشتركا فيه وإن لم يحصل شيء اشتركا في المغرم" (١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - :

"والمقصود أن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض بالمعنى العام إذا شترط فيها لرب الأرض زرع مكان بعينه ... وذلك لأن المشاركة والمعاملة تقتضي العدل من الجانبين فيشتركان في المغرم والمغنم" (٢)، وقال أيضاً: "... فإن حصل نماء اشتركا فيه وإن لم يحصل نماء ذهب على كل منها منفعته، فيشتركان في المغرم والمغنم كسائر المشتركين فيما يحصل من نماء الأصول التي لهم" (٣).

ويقول الدكتور صلاح الصاوي في رسالته: "والواقع أن هذه القاعدة قائمة على أساس العدل والتوازن، وتمثل الركيزة الأساسية التي يبني عليها الاستثمار، فإن المشاركة في المغنم والمغرم هي الأصل الذي لا يمكن إهداره، وإلا انقلبت الفكرة النقية التي يدعو إليها النظام الاقتصادي الإسلامي إلى النظام الربوي وهو اختصاص أحد الفريقين بالمغنم وتعريض الفريق الآخر، وحده لعوارض المغارم والأرزاء" (٤).

وقد عبرت مجلة الأحكام العدلية عن هذه القاعدة بلفظ آخر، وهو المادة الثامنة والثمانين منها وهذا نصها: "النعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة" (٥).
والذي يرادف قاعدة الخرم بانغمته من هذه المادة هو الجملة الثمانية منها:

"النعمة بقدر النعمة" أما الجملة الأولى وهي: "النعمة بقدر النعمة" فهي ترادف قاعدة أخرى موازية لقاعدة الغرم بالمغنم وهي قاعدة: "الغنم بالغرم"

(١) إعلام الموقعين / ١ / ٣٣٨ .

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية / ٣٠ / ١٠٤ .

(٣) السابق / ٢٩ / ٩٨ .

(٤) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، د/محمد صلاح الصاوي ص ٤٤٠-٤٤١ .

(٥) مجلة الأحكام العدلية م / ٨٨ .

ومرادفة لقاعدة أخرى وهي "الخراج بالضمان".

يقول الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا في تعليقه على قاعدة: "النعمة بقدر النعمة والنقمة بقدر النعمة" يقول: "الجملة الأولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة الخراج بالضمان، والجملة الثانية منها ترادف القاعدة السابقة: الغرم بالغنم" (١).

ويقول الدكتور الندوي: "نخلص أخيراً إلى أن هذه العبارات: الخراج بالضمان، والغرم بالغنم، والنعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة، غير متباينة في الدلالة والمعنى، وبذلك لا يكاد يختلف التفريع عليها" (٢).

وهذا كلام لا غبار عليه، غير أنني أرى أن الترادف بين قاعدة الخراج بالضمان وقاعدة الغنم بالغرم أو النعمة بقدر النعمة ليس كاملاً؛ وإنما الخراج بالضمان صورة من صور قاعدة الغنم بالغرم، أو النعمة بقدر النعمة؛ لأن الخراج صورة واحدة من صور الغنم أو النعمة، وهناك صور أخرى غيرها، وكذلك الضمان صورة واحدة من صور الغرم أو النقمة، وهناك صور أخرى غيرها.

أما الترادف الكامل فهو بين عبارتي: الغنم بالغرم، والنعمة بقدر النعمة، وكذلك بين عبارتي: الغرم بالغنم، والنقمة بقدر النعمة.

والغرم هو: المضرّة التي قد تكون خسارة أو وضيعة أو تلفاً أو جائحة أو غير ذلك. والغنم هو: المنفعة التي قد تكون ربحاً أو خراجاً أو غير ذلك.

ومعنى "الغرم بالغنم": "أن من ناله نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره بقدر منفعته" (٣) وهو نفس معنى "النقمة بقدر النعمة".

ومعنى "الغنم بالغرم": أن من تحمل مضرّة شيء كان له من منفعة هذا الشيء بقدر ما تحمل من مضرته. وهو نفس معنى "النعمة بقدر النعمة"، وهذا التقابل ثمرته التكامل. فبقدر ما يغنم الشريك من أرباح الشركة ومكاسبها يتحمل في خسائرها وما يتلف أو يهلك منها وتوزع المغنم والمغارم على الشركاء بحسب

(١) موسوعة القواعد والضوابط للندوي ١ / ١٠٣ .

(٢) المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٣٥ .

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٠٨ .

حصصهم في الشركة، وبذلك يتحقق العدل الذي تنبني عليه الشركات في الإسلام وينمحي الظلم الذي تسببه الأنظمة الربوية، وبذلك تكون الشركات هي طريق الاستثمار النقي، وهي البديل الإسلامي الشرعي عن النظم الربوية الظالمة "ولا سبيل للإنقاذ من المستنقع الآسن إلا إذا جعل الاستثمار معتمداً على صيغ يشارك فيها الأطراف بالغنم والغرم كصيغة الشركة وصيغة المضاربة وصيغة المزارعة والمساقاة... الخ، وجميع هذه العقود تنبني على اشتراك طرفين في تحمل المغارم والتمتع بالمغانم" (١).

ومن فروع هذه القاعدة: "إذا احتاج ملك مشترك للتعمير والترميم، فعلى كل واحد من الشركاء أن يدفع النفقات بقدر حصته من الملك" (٢).

■ ومنها: "إذا دفع الرجل ألف درهم مضاربة فخرج المضارب فيها وفي عشرة آلاف من مال نفسه إلى مصر ليشتري بها ويبيع، فإن نفقته على أحد عشر سهماً: جزء منها في مال المضاربة، وعشرة أجزاء في مال نفسه... لأن المغرم مقابل بالغنم".

■ ومنها: أن الغرامات المتمثلة في الضرائب والجمارك وما شابه ذلك، وكذلك الدفوع المستحقة على الشركة مثل الإيجارات والتأمينات وتكاليف الصيانة وأجور العمال وغير ذلك توزع على الشركاء بحسب أسهمهم كما يوزع عليهم الربح بحسب أسهمهم أيضاً ليكون الغرم بقدر الغنم والغنم بقدر الغرم.

وهذه القاعدة العريقة العظيمة أبين وأوضح من أن يلتبس لها دلب؛ فشرية الله كلها دليل على هذه القاعدة، لأن شريعة الله مبنية على العدل الكامل، وهذه القاعدة تطبق العدل الإسلامي في أبواب المعاملات وبخاصة باب الشركات، ومع ذلك لا مانع من ذكر أدلتها.

الدليل الأول: جميع النصوص الآمرة بالعدل من القرآن والسنة تعتبر دليلاً لهذه القاعدة. مثل قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [النحل: ٩٠].

(٢) درر الحكام ١ / ٩٠.

(١) موسوعة القواعد الفقهية للدودي ١ / ١٠٩.

وقوله عز وجل: ﴿وَزَنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ﴾ [الإسراء: ٣٥]. وغير ذلك من النصوص. ووجه الدلالة فيها أن العدل واجب بمقتضى هذه النصوص، والعدل لا يمكن تطبيقه في أبواب المعاملات وبخاصة الشركات إلا إذا تقاسم الشركاء المغنم والمغارم بقدر أسهمهم.

الدليل الثاني: أن استقرار الشريعة في أبواب المعاملات يجلي حقيقتين مؤكدتين، الأولى: أن الشريعة أحلت المشاركات التي تبنى على الاشتراك في المغنم والمغارم مثل العنان والمضاربة والمساقاة والمزارعة. وحرمت المشاركات التي لا يستوي فيها الشركاء في المغنم والمغارم، مثل المزارعة على أن يكون لرب الأرض إنتاج قطعة بعينها والآخر قطعة بعينها، فقد تخرج هذه دون هذه أو العكس فيذهب أحدهما بالمغنم ويبوء الآخر بالمغرم. فهذه المزارعة محرمة بلا خلاف، ودليلها الأحاديث التي سبق أن سقناها. وكذلك اتفق العلماء على عدم جواز المضاربة إذا اشترط رب المال أو العامل ربح سلعة بعينها وللآخر ربح سلعة أخرى بعينها، ليس على الشيوع؛ وعللوا ذلك بأنه قد تبيع هذه السلعة وتخسر الأخرى أو العكس؛ فيفوز أحدهما بالغنم ويقع الآخر تحت طائلة الغرم. وهذا يؤكد أن مناط الحل هو أن يكون الغرم بالغنم والغنم بالغرم وأن يتقاسم الشركاء النقمة كما يتقاسمون النعمة.

الدليل الثالث: ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبه عيب لم يعلم به واستغله، ثم علم العيب فرده، وخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله: إنه استغله منذ زمن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمآن" ^(١)، ووجه الدلالة في الحديث أن الخراج وهو غلة العين المتباعدة يمثل الغنم، وقد جعله النبي صلى الله عليه وسلم بالضمآن الذي هو صورة الغرم هنا. فقابل الغنم بالغرم والغرم بالغرم.

(١) صحيح: أخرجه أبو داود ك البيوع باب فيمن اشترى عبداً برقم ٣٥٠٨ ج ٣ ص ١٥٢٠، والترمذي ك البيوع باب ما جاء في ما اشترى العبد برقم ١٢٨٥ ج ٣ ص ٥٧٢ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك البيوع باب الخراج بالضمآن برقم ٤٥٠٨ ج ٤ ص ٢١٨، وابن ماجه ك التجارات باب الخراج بالضمآن برقم ٢٢٤٢ ج ٢ ص ٢٩٧، وأورده الألباني في الإرواء برقم ١٤٤٦ وقال صحيح.

الدليل الرابع: قول الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ، فما لهن غنم وما عليهن غرم، فيكون لهن من الغنم مثل ما عليهن من الغرم. وبذلك تصلح الآية أن تكون دليلاً على هذه القاعدة. كما تصلح أن تكون دليلاً على قاعدة مقاربة لها وهي "ميزان العدل في الإسلام أن يعطى المرء من الحقوق مثل ما عليه من الواجبات" (١).

القاعدة الثالثة: الشركاء يتراجعون بينهم على قدر حصصهم:

هذا الضابط فرع من فروع القاعدة السابقة، ومكمل لها، ومحقق للعدل في جانب توزيع المغارم، حيث تكون الوضيعة أو الخسارة أو الغرم على قدر الحصص. ومعناه أن الشركاء يتراجعون فيما بينهم بتسوية حسابات الشركة على أن يتحمل الجميع في الوضيعة والخسارة والنفقات والدفوع المستحقة على قدر حصصهم، فمثلاً "من أنفق من مال الشركة أكثر مما أنفق صاحبه تراجعاً عند القسمة بقدر ذلك؛ لأن النبي ﷺ أمر الخليطين في الغنم بالتراجع بينهما وهما شريكان، فدل ذلك على أن كل شريكين في معناهما" (٢).

ودليل هذا الضابط ما رواه البخاري عن أنس أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كتب له التي فرض رسول الله ﷺ، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية" (٣). ومعنى الحديث "أن يكون بينهما أربعون شاة - مثلاً - لكل واحد منهما عشرون، قد عرف كل واحد منهما عين ماله، ليأخذ المصدق من أحدهما شاة، فيرجع المأخوذ من ماله على خليطه بقيمة نصف الشاة" (٤).

وقد روى البخاري عن نافع عن ابن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أن رسول الله ﷺ قال: "من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم العبد قيمة عدل

(١) فتح الباري ٥ / ٩٨ .

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٣١١ .

(٣) صحيح : أخرجه البخاري ك الشركة باب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان . . . برقم ٢٤٨٧ ج ٥ ص ١٨٤ ، وأبو داود ك الزكاة باب في زكاة السائمة برقم ١٥٦٨ ج ٣ ص ٦٧٧ ، وأخرجه الترمذي ك الزكاة باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم برقم ٦٢١ ج ٣ ص ٨ ، ومالك في الموطأ ، ك الزكاة باب صدقة الخلطاء برقم ٢٥ ج ١ ص ٢٢٢ .

(٤) فتح الباري ٣ / ٢٤٥ .

فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق" (١).

وسمى الحديث: أن من كان شريكاً في عبد، فأعتق نصيبه من هذا العبد، فإن كان له مال عتق العبد كله عليه، وفي هذه الحالة يكون قد تصرف في مال الشركة لنفسه، فلا بد من التراجع بالعدل بين الشركاء، فيقوم العبد عليه بقيمة عدل ويعطى الشركاء حصصهم.

وقد أورد البخاري هذا الحديث في باب "تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل" وهذا الحديث "نص في الرقيق وألحق الباقي به" (٢)، أي يقاس عليها باقي أنواع الشركات.

والتراجع بين الشركاء يكون على قدر حصصهم في الراجح، قال الإمام ابن حجر: "فلو كان مشتركا بين الثلاثة فأعتق أحدهم حصته وهي الثلث، والثاني حصته وهي السدس، فهل يقوم عليها نصيب صاحب النصف بالسوية أو على قدر الحصص؟". الجمهور على الثاني (٣)، أي على قدر الحصص، ويؤيد ذلك قول النبي ﷺ: "الربح على ما شرط، والوضيعة على قدر المالكين" (٤).

القاعدة الرابعة: يتحدد الثابت بجزء شائع في الجملة من الربح لا من رأس المال، وكذا بشرطه يوجب قسمة الربح أو يوجب جهالة فيسه فهو باطل بقسمة الشركة: (٥).

يشترط في جميع عقود المشاركات "أن يكون الربح معلوم القدر، فإن

١ - صحيح: متفق عليه أخرجه البخاري ك العتق باب إذا أعتق عبدا بين اثنين برقم ٢٥٢٢ ج ٥ ص ٢١٣، ومسلم ك العتق برقم ١٥٠١ / ١ ج ١٠ ص ١٠٥، وأبو داود ك العتق باب فيمن روى أنه لا يستحي برقم ٣٩٤٠ ج ٤ ص ١٦٩٦، والترمذي ك الأحكام باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين... برقم ١٣٤٦ ج ٤ ص ٦٢٠ وقال أبو عيسى حسن صحيح والنسائي ك البيوع باب الشركة في الرقيق برقم ٤٧١٢ ج ٤ ص ٣٠٥ وابن ماجه ك العتق باب من أعتق شركا له في عبد برقم ٢٥٢٨ ج ٢ ص ٤٠٤، ومالك في الموطأ ك العتق والولاء باب من أعتق شركا له في مملوك برقم ١ ص ٥٩٢، وأورده الألباني في الإرواء برقم ١٥٢٢ ج ٥ ص ٣٥٧ وقال صحيح.

(٣) السابق ٥ / ١١٥.

(٤) فتح الباري ٥ / ٩٩.

(٥) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣ / ٤٧٧.

(٦) انظر المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص ٢١٤.

كان مجهولاً تفسد الشركة؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالته توجب فساد العقد" (١)، لأنها جهالة تفضي إلى النزاع، والجهالة المفضية إلى النزاع تفسد بها عقود الاستثمار المشترك كما تفسد بها عقود المعاوضات.

فلا بد - إذاً - من تحديد العائد من الربح على كل شريك؛ لدفع الجهالة المفضية إلى النزاع، ولتحقيق العدل بين الشركاء فإن حدد العائد على أحد الطرفين بجزء شائع من رأس المال، كأن يعطي الرجل ماله إلى شخص ما ويقول له: خذ هذا المال مضاربة على أن يكون لي نسبة مئوية من هذا المال في نهاية المضاربة أو كل عام، كان هذا قرصاً ربوياً لا مضاربة، وكذلك إن اشترى رجل أسهماً في شركة أو دخل شريكاً مع جماعة واشترط عليهم أن يكون له نسبة من رأس ماله كعشرة بالمائة - مثلاً -، فهذا قرص ربوي منه للشركة وليس مشاركة. ولذلك تعتبر الودائع التي يودعها العملاء لدى البنوك وصناديق التوفير مقابل فائدة تحدد نسبة مئوية من قيمة الوديعة - تعتبر من ربا الجاهلية، ولا يمكن أن تكون من قبيل المضاربة ولا الشركة بحال من الأحوال، وقد سبق بيان هذا في باب الربا بما يغني عن الإعادة.

وإن حدد العائد بمقدار معين من الربح لا من رأس المال، ولكن ليس على جهة الشيوخ، أي ليس بجزء شائع في الجملة؛ استلزم هذا التحديد أمرين:

الأول: جهالة العائد على بعض الشركاء، والقاعدة أن " كل شرط يؤثر في جهالة الربح يبطل المضاربة" (٢).

الثاني: احتمال قطع الشركة في الربح لبعض الشركاء " والقاعدة: أن كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح أو يوجب جهالة فيه فإنه يفسد المضاربة" (٣) وكذلك يفسد الشركة والمزارعة والمساقاة.

فمثلاً إن أعطى شخص شخصاً ألف جنيه مضاربة واشترط عليه أن يكون له

(٢) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٩ .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٨٩ .

(٣) المعاملات الشرعية المالية، لأحمد إبراهيم بك ص ٢١٤ - ٢١٥ .

من الربح مائة جنيه، فإن هذا الشرط ينتج عنه أمران :

الأول: جهالة العائد على العامل، لأنهما لا يعلمان كم سيكون الربح الإجمالي، وبالتالي يستحيل العلم بما سيتبقى للعامل بعد المائة التي شرطها رب المال لنفسه وهذه جهالة فاحشة .

الثاني: أنه يحتمل ألا يربح إلا هذه المائة أو أقل منها فيؤدي إلى قطع الشركة في الربح، فلا يشارك العامل في ربح المضاربة، وبالتالي يذهب مقصود المضاربة من أصله . لذلك قرر الفقهاء هذه القاعدة التي تعتبر مكمله للقاعدة التي نحن بصدددها، وهي أن " كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح أو يوجب جهالة فيه فإنه يفسد المضاربة " .

وإن اشترك رجلان شركة عنان واشترط أحدهما لنفسه دراهم معلومة أفضى ذلك إلى نفس النتيجة وهي الجهالة في الربح واحتمال قطع الشركة فيه . وهذا يبطل الشركة بالإجماع ، يقول الإمام ابن قدامة " وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل من نصيبه دراهم معلومة، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة، قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما دراهم معلومة" (١) .

وكذلك شركة المزارعة وشركة المساقاة، إن شرط رب الأرض لنفسه إنتاج قطعة بعينها فسدت المزارعة، أو ثمر شجرة بعينها فسدت المساقاة، لاحتمال أن تخرج هذه أو لا تخرج ، فتكون النتيجة الجهالة في الربح أو قطع الشركة فيه . وقد وردت في المزارعة والمساقاة على جزء محدد من الأرض أو الثمر أحاديث كثيرة تنهي عن ذلك، وقد سبق إيرادها ولا داعي لإعادتها (٢) . ولعل العلماء الذين أجمعوا على إبطال الشركة والمضاربة إذا شرط أحدهما لنفسه دراهم معلومة استندوا في إجماعهم على هذه الأحاديث؛ لأن المزارعة والمساقاة

(١) المغنى ٥ / ٢٣ ط المنار الحديث .

(٢) راجع ص ٥١٨ من البحث .

كالمضاربة، وجميع أنواع الشركات تخضع لأسس واحدة.

وهذه نقول عن بعض العلماء بعضها في القراض وبعضها في الشركة:

قال الإمام مالك - رحمه الله -: "ولكن إن شرط أن له من الربح درهماً

واحداً فما فوقه خالصاً له دون صاحبه وما بقى من الربح فهو بينهما نصفين فإن ذلك لا يصلح، وليس على ذلك قراض المسلمين" (١).

وفي الكافي لابن قدامة: "ولا يجوز أن يشترط لأحدهما دراهم معلومة؛

لأنه يحتمل ألا يربحها أو لا يربح غيرها، فيختص أحدهما بجميع الربح، ولو شرط لأحدهما ربح أحد الألفين، أو أحد الكيسين أو أحد العبدین، وللآخر ربح الآخر... لم يصح لإفضائه إلى اختصاص أحدهما بالربح" (٢).

وقال ابن مفلح: "فلو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم بطلت لزيادتها أو

ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارة في شهر أو عام بعينه لم يصح؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره أو العكس، فيختص أحدهما بالربح، وهو مخالف لموضوع الشركة، بغير خلاف نعلمه، وكذلك لحكم في المساقاة والمزارعة قياساً على الشركة" (٣).

وقال صاحب البدائع: "فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة

فاسدة؛ لأن العقد يقتضى تحقيق الشركة في الربح، والتعيين يقطع الشركة بجواز ألا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح" (٤).

والطريق الوحيد لتحديد العائد على كل شريك أو مضارب أو عامل مزارعة

أو مساقاة، بشكل لا يوجب جهالة في الربح ولا يوجب قطع الشركة فيه، وبصورة تحقق العدل بين الشركاء وتجعلهم سواء في تحمل المغارم والتمتع بالمغانم، هو أن يشترط نصيب العامل ونصيب كل واحد من الشريكين بجزء مشاع" (٥).

أي أن يتحدد العائد على كل واحد من الشركاء، وكذلك العامل والمضارب،

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٨ .

(٢) تنوير الحوالك للسيوطي ٢ / ١٧٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ / ٨٩ .

(٤) المبدع لابن مفلح ٥ / ٧ .

(٥) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٧ .

بجزء شائع في الجملة من الربح لا من رأس المال .

هذا هو الأسلوب الوحيد الذي يقرره الشرع لتحديد العائد من الربح على كل شريك أو عامل أو مضارب، ودليله حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع" ^(١)، وإن كان هذا وارد في المزارعة والمساقاة فإن "المضاربة في معناها" ^(٢) والشركة بجميع أنواعها تتحد مع المضاربة والمساقاة والمزارعة في الأسس العامة والمحددات الكلية .

التعمادة الخامسة: يستحق الربح إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان ^(٣) :

يستحق الربح بالمال، ومثال ذلك: الشريك بماله في شركة العنان يستحق الربح بحصته في مال الشركة، وكذلك رب المال في المضاربة يستحق الربح بماله . ويستحق الربح بالعمل، ومثال ذلك المضارب فإنه يستحق الربح في المضاربة بعمله، وليس له مال يستحق الربح به، ومثله عامل المزارعة وعامل المساقاة .

ويستحق الربح بالضمان وحده، ومثال ذلك الخراج الذي يستحقه المشتري إذا رد المبيع بالعيب وكان قد دفع بخراجه . وسبب استحقاقه للخراج هنا ضمانه للمبيع، ودليله قول النبي صلى الله عليه وسلم : "الخراج بالضمان" ^(٤) .

وليس وراء هذه الأسباب الثلاثة سبب يستحق به الربح؛ "فإذا لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة التي لا يستحق الربح إلا بواحد منها لم يكن هناك طريق آخر في إطار التجارة والشركة لكسب المال بالطريق الشرعي الحلال، وفقدان هذه العناصر في عقد أو شركة حتماً يؤدي إلى الفساد" ^(٥) .

ومن أمثلة الشركات الفاسدة التي تسبب في فسادها وبطلانها عدم وجود سبب من الأسباب الثلاثة التي يستحق بها الربح: "ولو كان لأحد اثنين شاحنة

١ : سبق تخريجه .

٢ : مجلة الأحكام العدلية م / ١٣٤٧، والمبدع لابن مفلح ٥ / ٨، موسوعة القواعد الفقهية للندوي ١ / ٢٦٧،

الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦ / ٨٦، بدائع الصنائع ٦ / ٦٢ .

٣ : سبق تخريجه .

٤ : موسوعة القواعد الضوابط الفقهية للندوي ١ / ٢٦٩ .

٥ : الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٧ .

وللآخر سيارة ركوب، فاتفقا على أن يؤجر كل منهما ما يخصه وما يخص الآخر، وما حصل من الدخل بينهما على السواء، أو بنسبة معلومة. فإن هذه الشركة فاسدة؛ إذ أن خلاصتها أن كلا منهما قال للآخر: بع منافع هذا الشيء الذي تملكه ومنافع هذا الشيء الذي أملكه على أن يكون ثمن هذه وتلك قسمة بيننا بنسبة كذا، وليس هذا إلا تحصيل الربح من مال الغير دون عمل ولا ضمان، والربح لا يكون إلا بمال أو عمل أو ضمان" (١).

ودليل هذه القاعدة هو الاستقراء، فإنه باستقراء الشريعة في باب المعاملات يتضح أن الربح يستحق بالمال ويستحق بالعمل ويستحق بالضمان، وقد أقرت الشريعة القنوات الاستثمارية التي ترتب الربح على المال وحده، والتي ترتب على العمل وحده والتي ترتب على الضمان وحده، والتي ترتب على المال من جانب وعلى العمل من جانب، والتي ترتب على أكثر من سبب من هذه الأسباب الثلاثة. ومن تفرس في أنواع الشركات كالعنان والمفاوضة والمضاربة والوجوه والأبدان والمساقاة والمزارعة وغيرها، وكذلك أنواع المعاوضات كالبيوع والإيجارات وغير ذلك لم يجد فيها ما يرتب الربح على سبب خارج هذه الأسباب الثلاثة.

ويترتب على هذه القاعدة جملة من الحقائق:

أولها: ترجيح القول بمشروعية شركة الأبدان؛ حيث إن مقصود الشركة هو الربح، وقد استحق كل شريك من الشركاء الربح بالضمان "فالربح كما يستحق بالمال وبالعمل يستحق بالضمان" (٢).

ثانيها: فساد شركة الأبدان إذا لم يضمن الشركاء ما يتقبل أحدهم؛ لأن "أساس اشتراك الشركاء في الربح في هذه الشركة هو الضمان؛ لأن ما يتقبله كل واحد منهم من العمل يصبح في ضمانهم جميعاً، ويطلب به كل واحد منهم، ويلزمه عمله؛ لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان، ولا شيء فيها تنعقد

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦ / ٨٦ .

(٢) المعاملات الشرعية المالية لآحمد إبراهيم بك ص ٢١٢ .

عليه الشركة غير الضمان" (١) ، فإذا لم تنعقد الشركة على هذا كانت باطلة حيث افتقدت الأصل الذي تقوم عليه وهو الضمان .

ثالثها: جواز أن يتفاضل الشريكان في الربح برغم تساويهما في رأس المال إذا كان سبب التفاضل هو العمل أو التفاضل فيه .

فلا يكون الربح بينهما على قدر المالية، وإنما يكون " الربح بينهما على ما شرطاه؛ لأن العمل يستحق به الربح . وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما أو لحذقه، فجاز أن يجعل له حظ من الربح كالمضاربة" (٢) .

وهذا هو الراجح الذي عليه الجمهور، خلافاً للشافعية والظاهرية والإمامية وزفر من الحنفية .

وعليه فيمكن أن يوضع هذا الضابط: "الربح على الشرط والوضيعة على قدر المالكين"؛ عملاً بحديث "الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالكين .

رابعها: فساد كل شركة لا يوجد للربح فيها سبب من هذه الأسباب الثلاثة: المال أو العمل أو الضمان .

خامسها: ثبوت أجره المثل للعامل إذا فسدت المضاربة أو المزارعة أو المساقاة بسبب عدم النص على الربح؛ لأن العمل له حظ من الربح فإذا انقطع الربح لفساد المضاربة، فذهب به رب المال، وجب أجره المثل للمضارب رعاية لحق العمل في الربح، يقول الإمام الماوردي: "أما إذا لم ينص رب المال على الربح في العقد بأن قال للعامل خذ هذا المبلغ واعمل به مضاربة دون أن يذكر ما يستحقه أحدهما من الربح وأخذه العامل وعمل به كان العقد فاسداً، ولم تكن للعامل سوى أجره مثله، والربح كله لرب المال، ولم يخالف في ذلك سوى الحسن وابن سيرين والأوزاعي" (٣) .

(١) ما لا يسع التاجر جهلة ص ١٣٠ .

(٢) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧١ ، وانظر المبدع ٥ / ٦ .

(٣) المضاربة للماوردي ، تحقيق الدكتور عبد الوهاب حواس ص ٢٩١ .

القاعدة السادسة: ربح المضاربة وقاية لرأس المال :

قال في كفاية الأخبار: " والقاعدة المقررة في القراض أن الربح وقاية لرأس

المال " (١) بمعنى أنه " ليس للمضارب - عامل القراض - ربح حتى يستوفي رأس المال؛ لأن الربح هو الفضل عن رأس المال؛ فلو ربح في سلعة وخسر في أخرى، أو في سفرة وخسر في أخرى جبرت الوضعية من الربح " (٢) .

وعليه فإن ملكية كل من الطرفين للربح في المضاربة ملكية قلقة لا تستقر إلا بالتصفية النهائية في نهاية المضاربة، أو بالتصفية الحسابية التي تكون بتنضيق المال أو تقويمه، بحيث يكون لرب المال الاختيار في إنهاء المضاربة أو استئنافها من جديد؛ لتكون مضاربة جديدة .

" وإذا تلف مقدار من رأس مال المضاربة فإنه في أول الأمر يحسب من الربح، وذلك لأن الربح تبع ورأس المال أصل فينصرف المالك إلى التبع " (٣) .

القاعدة السابعة: الشركات مبنها على الوكالة والأمانة: (٤)

جميع الشركات من عنان، وأبدان، ووجوه ومفاوضة، ومضاربة ومساقاة ومزارعة وغير ذلك مبنها على أصليين، الأول: الوكالة، الثاني: الأمانة. هذان الأصلان يتفرع عليهما أغلب الضوابط التي تحكم تصرف الشريك والعامل . وسبب ابتناء المشاركات على الوكالة والأمانة هو " أن كل واحد منهما بتفويض المال إلى صاحبه أمنه، وبإذنه له وكله " (٥) .

وابتناء الشركات على الوكالة يترتب عليه أحكام أهمها:

[١] أنه يشترط " أن يكون جميع الشركاء مستوفين لشروط الموكل والوكيل؛ وذلك لأن كل واحد من الشركاء يعتبر وكيلاً عن باقي الشركاء في التصرفات التي تقتضيها الشركة كما أنه في الوقت نفسه يعتبر موكلاً لسائر

١٠ . الكافي لابن قدامة ٢ / ١٨ .

١١ . كفاية الأخبار ١ / ٥٧٥ .

١٢ . المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص ٢١٦ .

١٣ . الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٢ " ومبنها على الوكالة والأمانة " وفي المبدع ٥ / ٩ " لأن مبنها على الوكالة والأمانة " .

١٤ . الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٢ .

الشركاء فيما تتطلبه الشركة من أعمال" (١). فيشترط فيهم أهلية التصرف التي تكون بالرشد والاختيار.

[٢] وبما أن الشركة على اختلاف أنواعها تتضمن معنى التوكيل، أي وكالة كل شريك عن صاحبه، فيشترط في الشركة قابلية الوكالة " وهذا الشرط هو الذي صاغه العلماء في شكل ضابط فقهي، إذ قالوا: "ما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه" (٢) أو - كما قال أبو حنيفة - "ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة" (٣)، وهو ضابط فقهي يضاف إلى قواعد هذا الباب.

فما جاز للإنسان التوكيل فيه جازت الشركة فيه، وما لا يجوز للإنسان التوكيل فيه لم تجز الشركة فيه، وضابطه أن "كل ما جاز للإنسان التصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه ويتوكل" (٤)، ومن ثم جازت المشاركة فيه، وما لا فلا. ومن أمثلة ما لا يجوز للإنسان التصرف فيه ومن ثم لا يجوز فيه التوكيل ولا التوكل ولا المشاركة: ملك الغير، وما يحميه الإمام من المباح، وكل ما يحرم على الإنسان بيعه وشراؤه واتخاذه، وما يكون حقاً مشتركاً للناس جميعاً، وما شابه ذلك.

[٣] أن "تصرف الشريك كتصرف الوكيل" (٥) أي أن الشريك كالوكيل في صفة التصرف وفي حدود التصرف. وهذا الحكم: "تصرف الشريك كتصرف الوكيل"، ضابط فقهي يتفرع عليه أحكام منها:

أ: أن "ينفذ تصرف كل واحد منهما فيها: بحكم الملك في نصيبه - وهو ظاهر- وحكم الوكالة في نصيب شريكه؛ لأنه متصرف بجهة الإذن، فهو كالوكالة، ودل أن لفظ الشركة يعني عن إذن صريح في التصرف، وهذا هو

١ - بدائع الصنائع ٦ / ٩١ .

٢ - متن أبي شجاع ص ١٣٦ .

٣ - أحكام الشركات ص ١٢ .

٤ - الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٨٩٩ .

٥ - روضة الطالبين ٤ / ١٠، كفاية الأخيار ١ / ٥٣٤ .

الراجح والمعمول به" (١) .

﴿ ب ﴾ أن يكون التصرف في حدود تصرف الوكيل "فلا يبيع بغير نقد البلد ولا يشتري بغير فاحش ولا يسافر إلا بإذن الشريك" (٢) ولا يفعل شيئاً من التصرفات التي تحمل تعريض الشركة للخطر إلا بإذن شريكه . ومرد ذلك لعرف التجار .

﴿ ج ﴾ أن حكم الشركة في جوازها وانفاساها حكم الوكالة (٣) ، وبما أن عقد الوكالة من العقود الجائزة، فإن عقد الشركة أيضاً من العقود الجائزة، وهذا هو رأي الجمهور "فيرى جمهور الفقهاء أن عقد الشركة عقد جائز غير لازم فيجوز لكل شريك أن يفسخ العقد، إلا أنه من شروط جواز الفسخ أن يكون بعلم الشريك الآخر، لأن الفسخ من غير علم الشريك لآخر يضر به" (٤) .

هذا هو مذهب الجمهور، وهو الأصل في الشركة، وينبني على الأصل الذي تنبني عليه الشركة وهو الوكالة. وقد خالف بعض العلماء في ذلك، لبس خروجاً على هذا الأصل، وإنما رعاية لمصلحة الشركة، فقد قال بعض العلماء بلزومها بالعقد وهو المعتمد في مذهب المالكية .

والذي يترجح - رعاية للأصل وهو الوكالة الجائزة، ورعاية لمصلحة الشركة - هو أن الشركة من العقود الجائزة في الأصل، وأنها تظل عقداً جائزاً منذ انعقادها إلى التصرف والشروع في العمل، وأنها "تلتزم بالشروع في العمل، ويستمر ذلك إلى خلوص المال في إبانته، أي إلى أن يأخذ المال دورته ويرجع نقوداً" (٥)، وعندئذ تعود إلى أصلها وهو الجواز، فيحق لكل شريك أن يفسخ العقد إن شاء .

وهذا على سبيل رعاية مصلحة الشركة، والقول به موافق لمذهب المالكية بعد إدخال تعديل بسيط عليه ليوافق مذهبهم في القراض، فإنه يلزم عندهم

(١) المبدع ٤ / ٥ .

(٢) كفاية الأخبار ١ / ٥٣٤ .

(٣) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٢ .

(٤) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٢٢ .

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٩١٤ .

بالشروع لا بالعقد، ولا مانع من هذا التعديل لكون المشاركات كلها خاضعة لقانون واحد.

ويترتب على ابتناء الشركات على الأمانة أحكام، أهمها:

[١] أن يد الشريك والعامل يد أمانة، فلا يضمن إلا إذا فرط أو تعدى. وهذا الحكم لا خلاف عليه، فقد "اتفق الفقهاء على أن يد الشريك في المال يد أمانة كالوديعة؛ لأنه قبض المال بإذن صاحبه، لا لأجل أن يدفع ثمنه كما في المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع الثمن، ولا لأجل التوثق به كما في الرهن، لأنه مقبوض لأجل التوثق بدينه؛ وبناء عليه فإنه إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه" (١).

ويمكن صياغة هذا الحكم في صورة ضابط فقهي كالآتي:

"الشريك والمضارب والعامل أمناء" وقد جرى جزء من هذا الضابط على أقلام الفقهاء، من ذلك قول الإمام ابن قدامة: "والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف أو يدعى عليه من خيانة أو تفريط" (٢).

وقال في موضع آخر: "والعامل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعد لأنه متصرف في المال بإذن المالك، لا يختص بنفعه؛ فأشبه الوكيل، والقول قوله فيما يدعيه من تلف أو يدعى عليه من جناية" (٣).

ويقول العلامة أحمد إبراهيم بك: "فإذا تجاوز الهالك مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء أكانت المضاربة صحيحة أم فاسدة؛ لأن المضارب أمين فلا يضمن إلا بالتعدى، وليس من التعدي عمله الجائز له في عرف التجار" (٤).

(١) : العقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٩١٤ .

(٢) : الكافي لابن قدامة ٢ / ١٩٤، وانظر كشاف القناع ٣ / ٥٢٣، والمبسوط ٢٢ / ٥٧ .

(٣) : السابق ٢ / ١٨٦ .

(٤) : المعاملات الشرعية المالية ص ٢١٦ .

وهذا القول في الشركة مبنى على القول في الوكالة؛ بحكم أن تصرف الشريك كتصرف الوكيل، فمن المقرر أن "الوكيل أمين فيما يقبضه وفيما يصرفه، ولا يضمن إلا بالتفريط" (١) وذلك "لأنه نائب المالك فأشبهه المودع" (٢).

وهذه النقول التي سقناها تبين أن هذا الحكم يترتب عليه أحكام فرعية. أهمها:

١ - أن الشريك والعامل والمضارب لا يضمن إلا إذا فرط - أي قصر في حفظ المال أو تعدى - أي تصرف بغير إذن الشريك أو رب المال تصرفاً خارجاً عن عرف التجار وفيه حفظ المال - فإذا لم يقصر أو يتعدى فلا ضمان عليه فيما يهلك أو يتلف من مال الشركة.

٢ - أن القول قوله فيما يدعيه من تلف أو يدعى عليه من تعد أو تقصير، فيصدق بيمينه، ولا يطالب بالبينة، وإنما خصمه هو المطالب بالبينة.

٣ - أنه يضمن في حال ثبوت التفريط أو التعدى، "فإذا كان الشريك قد اعتدى ففعل ما لم يأذن به الشريك ولا المالك لا لفظاً ولا عرفاً فهو ضامن لما تلف بجنايته" (٣).

٤ - الحكم الثاني الذي يترتب على القاعدة المذكورة هو أنه لا يجوز أن يشترط على الشريك أو المضارب أو عامل المزارعة والمساقاة ضمان المال، ويكون الشرط باطلاً.

يقول الإمام ابن تيمية - رحمه الله - : "لا يجوز أن يشترط اختصاص أحدهما بربح سلعة معينة، ولا بمقدار من الربح، ولا تخصيص أحدهما بالضمان" (٤).

ويقول الإمام ابن قدامة - رحمه الله - : "متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً" (٥).

١ - الكافي لابن قدامة ٢ / ١٦٩ .

٢ - مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠ / ٨٤ .

٣ - متن أبي شجاع ص ١٣٧ .

٤ - مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠ / ٩٣ .

٥ - المغني ٥ / ٤٠ .

وفي خاتمة الحديث عن هذه القاعدة اجمل ما ذكرتها من ضوابط:

[١] ما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه، وما لا فلا .

[٢] كل ما جاز للإنسان التصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه ويتوكل .

[٣] تصرف الشريك كتصرف الوكيل .

[٤] الشريك أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي .

[٥] المضارب أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي .

القاعدة الثامنة :

إطلاق التصرف للشريك والعامل مقيد بالإذن والعرف ومصحة الشركة:

الأصل في تصرف الشريك والعامل أنه مبني على الوكالة، فالشريك وكيل عن شريكه في التصرف في مال الشركة، والمضارب وكيل عن رب المال في التصرف في مال القراض، وعامل المزارعة والمساقاة وكيل عن رب الأرض والشجر، وقد سبق أن بينا أن تصرف الشريك كتصرف الوكيل، وكذلك تصرف المضارب والعامل .

وما دام الأمر كذلك فكل واحد من الشريكين نائب عن صاحبه في التصرف، وهذا يقتضى إطلاق التصرف؛ فليس على الشريك أن يرجع في كل تصرف إلى شريكه، فلا يبيع بيعاً حتى يرجع إليه، ولا يشتري صفقة حتى يظفر بموافقه، ولا يتصرف إلا بعلمه أو حضوره، كلاً . بل له مطلق التصرف في حضور شريكه أو غيابه، وبعلمه وبغير علمه، ولا يتوقف في التصرفات التي يتولاها على الرجوع إليه . وهذا هو الذي تستوجهه الوكالة، فإذا لم يحل الوكيل محل الأصيل لم يكن للوكالة فائدة عملية، وإذا لم يحل الشريك مكان شريكه فلا يمكن أن تنطلق الشركة، ولا يمكن أن تسير عجلتها .

ولهذا قرر العلماء : أن لكل واحد من الشريكين مطلق التصرف في مال

الشركة، وأنه "يجوز لكل واحد منهما أن يبيع - أي حالاً - ويشتري: مرابحة

ومساومة وغيرها؛ لأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل... ويقبض و يقبض؛ لأنه مؤتمن في ذلك... ويطالب بالدين ويخاصم فيه... ويحيل ويحتال؛ لأنها عقد معاوضة وهو يملكها، ويرد بالعيب... ويقربه... ويقال؛ لأن الحظ قد يكون فيه" (١).

وكذلك الأمر بالنسبة للمضارب في مال القراض؛ لأن "حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله" (٢).

إلا أن إطلاق التصرف للشريك والعامل مقيد ومحكوم من ثلاث جهات:

الجهة الأولى: الإذن من شريكه أو رب المال.

الجهة الثانية: العرف وعادة التجار.

الجهة الثالثة: مصلحة الشركة، وما وضعت له.

وهذا هو معنى القاعدة التي نقررها الآن، وهي "إطلاق التصرف للشريك والعامل مقيد بالإذن والعرف ومصلحة الشركة".

وقد ذكر العلماء جملة من الضوابط التي تعتبر من جهة تفرعاً على هذا الضابط الجامع، وتعتبر من جهة أخرى دليلاً له بطريق الاستقراء. والاستقراء طريق معتمد لإثبات القواعد وتقريرها.

أبدأ أولاً بذكر جملة من هذه الضوابط على سبيل الاستدلال على

الضابط الجامع الذي قررناه آنفاً، فمن هذه القواعد:

- [١] "الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقاً أو عرفاً" (٣).
- [٢] "إطلاق الإذن يحمل على العرف" (٤).
- [٣] "يجب على العامل والشريك أن يتولي ما جرت العادة أن يتولاه" (٥).
- [٤] "تصرف الشريك منوط بمصلحة الشركة" (٦).
- [٥] "تصرف العامل في القراض موضوع لتثميته وتنميته" (٧).

(٢) المبدع ٥ / ٢٠.

(٤) المبدع ٥ / ١٤.

(٦) المبدع ٥ / ١٢.

(١) المبدع ٥ / ٨.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٦٢.

(٥) المبدع ٥ / ١٤ بتصرف بسيط.

(٧) الحاوي ٧ / ٣٥٣.

هذه الضوابط التي ذكرها الفقهاء تدل على أن تصرف الشريك والمضارب

والعامل محكوم - برغم إطلاقه - بجهات ثلاث :

[١] الإذن نطقاً أو عرفاً .

[٢] العرف الجاري في الشركات .

[٣] مصلحة الشركة .

وهناك ضوابط أخرى غير هذه الضوابط وردت في سياق كلام العلماء عن تصرف الشريك والقيود التي تحكمه، وسنوردها ضمن حديثنا عن الجهات التي تحكم تصرف الشريك .

الجهة الأولى : الإذن من الشريك أو رب المال :

عقد المشاركة - أياً كان نوعها - يتضمن الوكالة والإذن في التصرف، ويعني - في الراجح - عن صريح الإذن، وهذا هو الإذن العام الذي يعطي الحق للشريك والمضارب والعامل أن يتصرف التصرف المعهود، بأن " يبيع ويشترى : مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة، وقبض المبيع والثمن، ويقبضهما، ويطالب بالدين ويخاصم فيه، ويرد بالعيب في العقد الذي وليه هو أو صاحبه، ويحيل ويحتال، ويستأجر، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة؛ بمطلق الشركة" (١)، ولا يحتاج في شيء من هذه المعاملات وما شابهها مما جرى به عرف التجارة والشركات إلى إذن خاص من شريكه أو من رب المال، وإذا حدث بسببها تلف أو خسارة لا يضمن

ولكن هناك تصرفات لم يجر بها العرف، ولم تكن من عادة التجار، ولا هي من طبيعة الشركة القائمة وقد تكون في مصلحة الشركة، ولكن فيها نوع مخاطرة أو مجازفة، كأن يقرر المضارب السفر بالمال إلى مكان بعيد، أو يقرر الشريك تغيير نشاط الشركة من الاتجار في الملابس - مثلاً - إلى الاتجار في الجلود، أو يقرر الشريك أو العامل أن يستدين للشركة لتوسيع نشاطها، فكل هذه

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٣ .

التصرفات لأبد فيها من الإذن. ومثلها التصرفات التي تكون على وجه التبرع، ولا مصلحة للشركة فيها كأن يهب من مال الشركة أو يخرج أو يحايي.

والإذن قد يرد في وقت الحاجة إليه، عند التعرض لتصرف من هذه التصرفات، وقد يسبق الإذن هذه التصرفات بأن يذكر ضمن بنود عقد الشركة، كأن يتفق المضارب مع رب المال أن يكون له الحق في السفر به إلى أي مكان شاء، أو يتفق الشركاء على إعطاء الحق لواحد منهم - لخبرته - في تغيير نشاط فرع من فروع الشركة إذا عن له مصلحة في ذلك.

فإذا لم يوجد الإذن، وتصرف الشريك أو المضارب تصرفاً من هذه التصرفات التي لم يجربها عرف، ثم ترتب على هذا التصرف تلف أو ضيعة فإنه يضمنها، وقد ذكر العلماء جملة من الضوابط التي تنظم هذا الأمر، وتضبط الإذن الذي يحكم الشريك والعامل؛ من هذه الضوابط:

[١] إطلاق الإذن يحمل على العرف : (١)

وقد ورد أيضاً بلفظ: "الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة" (٢). فإذا قال له خذ هذا المال واتجر به مضاربة فهذا إذن مطلق، لم يفصل فيه رب المال نوع التجارة ولا كيفية البيع والشراء ولا مدى صلاحية التصرف للعامل بالسفر أو غيره، ولم يذكر قيوداً على تصرف العامل. فعندئذ يحمل هذا الإذن المطلق على العرف وما جرت به عادة التجار، فيتصرف بما جرت به عادة التجار، ويفعل ما استقر في عرف التجارة في زمانه ومكانه. ومثل ذلك في جميع أنواع المشاركات. فالعرف هو المفسر لما لم يفسره العقد المبهم؛ وهو المرجع في تكييف ما ورد مطلقاً من العقود.

[٢] الإذن العرفي كالحقيقي : (٣)

وورد بلفظ: "الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي" (٤).

(١) المبدع / ٥ / ١٤ .

(٢) المغني / ٥ / ٤١ ك الشركة، كشف القناع / ٣ / ٤٦٦، مجمع الضمانات ص ٥٩ للبغدادي.

(٣) المبدع / ٤ / ٣٥٤ .

(٤) قواعد الأحكام / ٢ / ١٠٧، ١٠٨، ١١٣، المغني / ٤ / ٥١٦ ك الحجز ومجموع فتاوى ابن تيسية / ٢٩ / ٢٠ .

فلو كان من عادة رب المال، أو أي جهة تمول المضاربين أنه لا يمانع في سفر عماله بالمال إلى أماكن بعيدة، وأنه يرضى بذلك، ولا يطالب بضمان على ما يترتب عليه من تلف، وعرف عنه ذلك من خلال اشتهاار معاملاته، ولم يعرف عنه خلاف ذلك، ثم أذن لرجل إذناً مطلقاً في المضاربة بجزء من ماله، كان هذا العرف الذي استقر في معاملاته إذناً للمضارب بالسفر إلى أماكن بعيدة، وإن لم يصرح به؛ لأن الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الصريح، هذا ما لم يصدر منه تصريح بالمنع، فإن صدر تصريح بالمنع فإنه يلغى الإذن العرفي؛ لأنه أقوى منه.

[٣] الإذن دلالة كالأذن صراحة: (١)

فلو صدر من الشريك أو رب المال تصرف عملي يدل على رضاه بتصرف معين ورغبته فيه وقصده إليه فإن هذا التصرف يُعد إذناً كالأذن الصريح، ما لم يصرح بخلافه. ويحق للشريك الآخر أو للعامل المضارب أن يتولي هذا التصرف بموجب الإذن الدلالي، ولا يضمن.

[٤] الإذن في الشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء ايجابه: (٢)

فلو إذن رب المال للمضارب في الاتجار في أخشاب الأرز مثلاً، وهذا لا يكون إلا بالسفر إلى البلاد التي فيها هذه الأخشاب، ويستلزم تحويل المال إلى بنوك معينة في هذه البلاد، للتصرف بها بأسلوب معين تفرضه نظم هذه البلاد؛ فإن إذنه هذا يُعتبر إذناً في السفر وفي تحويل المال إلى هذه البنوك وفي التصرف فيه على الوجوه التي تفرضها هذه البلاد. ولا يحق له الاعتراض بعد ذلك على المضارب ما لم يتكلف تصرفاً لا يوجبه الاتجار في هذا النوع.

[٥] لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقاً أو عرفاً: (٣)

بما أن الشريك وكييل والمضارب وكييل؛ فلا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الشريك أو رب المال إما نطقاً بأن يصرح له بالإذن في تصرفات معينة، وأما عرفاً بأن يطلق الإذن فيحمل هذا الإطلاق على عرف السوق ولا

(١) المنشور في القواعد للزركشي ج ١ ص ١٠٨ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٧٧٢ .

(٣) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٦٢ .

يملك الوكيل ولا الشريك ولا المضارب ولا العامل أن يبتدع تصرفاً لا يدخل في إطار إذن الموكل أو الشريك أو رب المال، الذي يكون نطقاً صريحاً أو عرفاً يحمل عليه إطلاق الإذن فلا يملك أن يستدين ويقترض للشركة بغرض توسيع نشاطاتها إذا لم يكن ذلك بإذن صريح، حيث لم يجر عرف به .

[٦] الإذن مقيد بشرط السلامة^(١) :

ومعناها أن الإذن يعطي المأذون له حق التصرف بشرط ألا يعلم أن هذا الإذن يضر بسلامة المال . فلو أذن رب المال للمضارب بالسفر بالمال إلى دولة معينة عن طريق البحر مثلاً، والمضارب يعلم أن هذا السفر خطر على المال، ولا يعلم رب المال ذلك، فإن هذا العلم يلغى الإذن؛ لأن الإذن مقيد بشرط السلامة .

[٧] الإذن إذا اختص بشئ لم يتجاوزه^(٢) :

فلو أذن الشركاء لأحدهم أن يغير نشاط فرع واحد من الشركة إلى لون آخر من التجارة، لم يكن له الحق في تعدية هذا الإذن الخاص إلى غير ما اختص به من الفروع الأخرى .

[٨] الإذن العام من قبيل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان .

وإذن المالك يسقط الضمان^(٣) :

والذي يهمننا من هذا الضابط هو الجملة الثانية منه : "إذن المالك يسقط الضمان" . وقد يرد في العقد قيود على التصرف، هذه القيود تعتبر شروطاً تحكم التصرف، هذه القيود تعتبر شروطاً تحكم التصرف، وتحدد الإذن العام وتضييق نطاقه . بشرط أن تكون هذه الشروط مفيدة، والعرف هو الذي يميز بين القيد المفيد والقيد غير المفيد . وقد وضع العلماء ضابطاً يفصل بين القيود المعتبرة والقيود الملغاة، ونص هذا الضابط هو : "إنما يعتبر القيد إذا كان مفيداً، ومرد ذلك العرف"^(٤) .

فإذا كان القيد مفيداً، وله اعتبار في عرف الناس وجب الالتزام به، ووجب

(١) الهداية شرح البداية ٣ / ٢٢٧ البحر الرائق ٧ / ٣٠٩ .

(٢) المغني ٥ / ١٣١ ك العارية . (٣) الفروق للقراض ١ / ١٩٥ .

(٤) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٤٣ .

تقييد الإذن به، وتقييد التصرف به، فإذا تجاوزه الشريك أو العامل ضمن. فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مضاربة: ألا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به في بطن مسيل، فإذا فعلت شيئا من ذلك فقد ضمننت مالي" (١).

وهذه القيود التي كان يفرضها حكيم بن حزام رضي الله عنه على المضاربين كانت آنذاك قيوداً مفيدة، وليس في ذلك تعسف ولا تحجير، بل فيه المصلحة للطرفين، "وإذا كان الأصل في المضاربة إطلاق التصرف فلا ينافي هذا الإطلاق الشرط المفيد الذي يحقق هدف رب المال وهدف المضارب تبعاً؛ لأن المضارب قبل عقد المضاربة مشروطاً، وقبله عن دراسة وبحث، واطمأنت إليه نفسه، وإلى النتيجة المترتبة على هذا الشرط" (٢).

ومن الشروط المفيدة: اشتراط نوع معين من السلع التي تكون فيها التجارة أو الإنتاج، واشتراط البلد والنقد، وغير ذلك، "فهذه الشروط صحيحة ويجب اعتبارها لأن الشركة تصرف بإذن الشركاء، فصح تخصيصها بالنوع والبلد والنقد والشخص، كالحال في الوكالة، ويترتب على تخلف هذا الشرط أن يضمن الشريك ما تلف من مال الشركة نتيجة تخلف أحد شروطها بتصرفه تصرفاً غير مأذون فيه" (٣).

أما القيد غير المفيد فلا اعتبار له، ولا يترتب على مخالفته ضمان، كأن يشترط رب المال على المضارب: أن تستعمل في نقل تجارتي وبضائعي شركة كذا لشحن البضائع، دون غيرها، مع أنها لا تتميز عن غيرها في شيء، فإذا خالف وشحن في غيرها، ولم يكن في الواقع فرق بينهما ثم حدث تلف أو هلاك لم يكن ضامناً؛ لعدم تفريطه أو تعديه، والقيد الذي شرطه لا اعتبار له، ولا دخل لمخالفته فيما تسبب من الهلاك، بل هو أمر قدرتي بحت.

(١) رواه الدارقطني كالبیوع برقم ٣٠٧٧، وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٤٧٠ ج ٥ ص ٢٩٣.

(٢) أحكام الشركات في الفقه الإسلامي ص ٧٤.

(٣) المرجع السابق ص ٢٦.

واعتبار القيد مفيداً أو مهدراً مرده للعرف، والعرف يتغير؛ لذلك قد يكون القيد مفيداً في زمان وغير مفيد في آخر، ويكون مفيداً في مكان وغير مفيد في آخر، وهذا يؤدي إلى تغير الأحكام في هذه المسألة، كغيرها من المسائل التي يتدخل العرف في تكيفها، وليس في ذلك غضاضة؛ لأنه "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

الجهة الثانية التي تحكم وتقيد تصرف الشريك والعامل: هي العرف وما جرت به العادة في عالم المشاركات والاستثمار والتجارة. فتصرف الشريك محكوم بالعرف والعادة، فللشريك أن يتولي من الأعمال ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه، وكذلك "للعامل أن يتولي من الأعمال ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه، متى كانت المضاربة مطلقة عن القيد والشرط؛ لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف" (١).

وليس له أن يتولي من الأعمال ما لم يوافق العرف ولم تجر به العادة في مثل ما يمارسه من نشاط استثماري. إلا إذا أذن له الشريك أو رب المال إذناً خاصاً.

وقد عبر العلماء عن هذا الأصل بعبارات متقاربة، من ذلك قول ابن مفلح "يجب على كل واحد منهما أن يتولي ما جرت العادة أن يتولاه... لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف" (٢)، ومن ذلك قول ابن قدامة: "وعلى العامل عمل ما جرت العادة بعمله له... لأن إطلاق الإذن يُحمل على العرف" (٣).

وذكر العلماء أمثلة لما لا يجوز للعامل أو الشريك أن يتولاه لمخالفته العادة، من ذلك أن المضارب "ليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه بحال، ولا يهب ولا يقرض ولا يحابي" (٤)، وأن الشريك "ليس له أن يستدين على مال الشركة... فإن فعل فهو عليه وربحه له" (٥).

(٢) المدع ٥ / ١٤ .

(٤) المدع ٥ / ٩ .

(١) أحكام الشركات ص ٨٢-٨٣ .

(٣) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٧٩ .

(٥) السابق ٥ / ١٢ .

ومما يخضع للعرف من تصرفات الشريك، النفقة، فإن النفقة خاضعة للإذن أو الشرط ثم العرف؛ وعليه " إن كان بينهما شرط في النفقة جاز ذلك، وكذلك إن كان هناك عرف وعادة معروفة بينهما وأطلق العقد فإنه يحمل على تلك العادة، وأما بدون ذلك فلا يجوز... وحيث كانت له النفقة فليس له النفقة إلا بالمعروف وأما البسط الخارج عن المعروف فيكون محسوباً عليه" (١).

ويمكن أن يصاغ الضابط هنا هكذا: "على الشريك أو العامل أن يتولي ما جرت العادة أن يتولاه". وهناك ضابط قريب منه في المعنى ونصه: "الشركة تنعقد على عادة التجار" (٢).

الجهة الثالثة: هي مصلحة الشركة :

فما لا شك فيه أن مصلحة الشركة تهتم جميع الشركاء؛ فهي لذلك تصلح أن تكون مناط تصرف الشركاء، وذلك عند إطلاق الإذن، واتساع العرف لتصرفات متعددة تتباين من حيث مدى تحقيقها لمصالح الشركة.

فلو كان الإذن مطلقاً، وجرت العادة ببيع السلع في أسواق متعددة، فلم يخصص الإذن سوقاً بعينه، ولم تفرق العادة الجارية بين سوق وآخر. ولكن مصلحة الشركة تقتضي - لسبب ما يعلمه الشريك أو العامل - أن يبيع في سوق بعينه وجب عليه أن يراعي في ذلك مصلحة الشركة، وتعمده المخالفة يحمله المضرة الناجمة عنها.

وفي هذا الصدد وردت عدة ضوابط، أهمها:

الأول: "تصرف الشريك منوط بمصلحة الشركة" (٣).

الثاني: "تصرف العامل في القراض موضوع لتثميته وتنميته" (٤).

الثالث: "ليس للمضارب أو الشريك التصرف إلا على الاحتياط" (٥).

الرابع: "الشريكان في عين مال أو منفعة، إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠ / ٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ١٠٥ .

(٣) الحاوي ٧ / ٣٥٣ .

(٤) انظر المبدع ٥ / ١٢ .

(٥) قال في الكافي لابن قدامة ٢ / ١٨٠ "وليس له التصرف إلا على الاحتياط كالوكيل".

إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر" (١).

وفي ختام الحديث عن هذه القاعدة الكبيرة يحسن أن أجمل الضوابط

التي وردت تحتها:

- [١] إطلاق الإذن يحمل على العرف .
- [٢] الإذن العرفي كالحقيقي .
- [٣] الإذن دلالة كالإذن صراحة .
- [٤] الإذن في الشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه .
- [٥] لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقاً أو عرفاً .
- [٦] الإذن مقيد بشرط السلامة .
- [٧] الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان وإن المالك يسقط الضمان .
- [٨] الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه .
- [٩] إنما يعتبر القيد إذا كان مفيداً ومرد ذلك للعرف .
- [١٠] على الشريك والعامل أن يتولي ما جرت العادة أن يتولاه .
- [١١] تصرف الشريك منوط بمصلحة الشركة .
- [١٢] تصرف العامل في القراض موضوع لتثميته وتنميته .
- [١٣] ليس للمضارب أو الشريك التصرف إلا على الاحتياط .
- [١٤] الشريك في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرّة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر .
- [١٥] تنعقد الشركة على عادة التجار .

القاعدة التاسعة: ما حرم اتخاذه وحظر بيعه وشراؤه لم تجز الشركة فيه:

ما حرم استعماله كآلات اللهو والمزامير والمعازف وورق الكوتشينة وما شابه ذلك

حرم اتخاذه واقتناؤه؛ بموجب القاعدة الفقهية: "ما حرم استعماله حرم اتخاذه" (٢).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٧ .

(١) قواعد ابن رجب ٢ / ٨٩ .

وكل ما حرم اتخاذه أو استعماله أو أكله أو شربه حرم بيعه وشرائه وحرم ثمنه كذلك، بموجب القاعدة الفقهية: "إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه" (١) ، وهو ما يدل عليه حديث جابر رضي الله عنه مرفوعاً "قاتل الله اليهود؛ إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه" (٢) ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما : "إن الذي حرم شربها حرم بيعها" .

وإذا كان الإنسان ممنوعاً من التصرف في هذه الأشياء المحرمة بالبيع والشراء وغير ذلك من التصرفات فإنه يمنع كذلك من التوكيل فيها؛ لأن القاعدة أن "ما جاز للإنسان أن يتصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه ويتوكل، وما لا فلا" . وعليه فلا تجوز الشركة فيه؛ لأن القاعدة أن: "ما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه وما لا فلا" .

فبموجب ما سبق، وبموجب قاعدة "وسائل الحرام حرام" لا تجوز المشاركات في المحرمات التي يحرم على الناس استعمالها أو اتخاذاها أو اقتناؤها أو أكلها أو شربها، كالشركة في إنتاج الخمر أو الاتجار فيها، أو الاتجار في آلات اللهو والمعازف، أو بيع وشراء وتجارة الكلاب التي لا تكون للصيد أو الحراسة، أو الاتجار في أشرطة الكاسيت والفيديو التي تشيع الفاحشة في الذين آمنوا، أو في الصور العارية والمجلات الخليعة، وغير ذلك .

القاعدة العاشرة:

كل معاملة تحرم على الشريك إذا انفرد فهي محرمة على هيئة الشركة :
المعاملات المحرمة كالربا والغرر والاتجار في المحرمات والاحتكار والرشوة والمقامرة وغير ذلك، تحرم على هيئة الشركة كما تحرم على الفرد، فلا يجوز لأي شركة من الشركات أن تقرض بالربا أو تقرض بالربا أو تحتكر ما يضر بالمسلمين حبسه، أو تبيع بالغرر، أو تبيع شيئاً مشتري قبل قبضه، أو غير ذلك من المحرمات . ولا يؤثر في هذه القاعدة الخلاف في مسألة هل للشركة ذمة مستقلة أم

(١) راجع ص ٢٠١ من البحث .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٠٢ .

لا ؟، وهل يوجد في الشرع ما يسمى بالشخصية المعنوية أم لا؛ لأنه على فرض عدم الاعتراف بالشخصية المعنوية - وهذا بعيد - وعدم القول بأن للشركة ذمة مستقلة؛ فإن الشريك يتصرف بالأصالة في ملكه وبالوكالة في ملك شريكه، فجميع الشركاء يتصرفون على هذا النحو بالأصالة والوكالة. وما لا يجوز للمرء أن يتصرف فيه بنفسه لا يجوز له أن يوكل فيه، وهذا ظاهر، فلا يجوز للشخص أن يوكل غيره في إبرام عقد الربا، أو في إعطاء الرشوة، أو في بيع الخمر والمخدرات، ومن ثم لا يجوز على هيئة الشركة ممارسة التعاملات المحرمة على أفرادها؛ لأن مبنائها على الوكالة " وقيام الشركة على الوكالة في الفقه الإسلامي، واعتبار تصرف أي من الشركاء لهم جميعاً، ومن ثم يشتركون فيما يترتب عليه من حقوق والتزامات؛ يقرب من الأثر الذي رتبته التشريعات الوضعية على الشخصية المعنوية للشركات (١) .

القاعدة الحادية عشرة: إطلاق الشركة يتنزل على المناصفة ما لم يثبت غير ذلك:

هذا الضابط ورد في كتب القواعد بهذا اللفظ: "إطلاق الشركة هل يتنزل على المناصفة، أم هو مبهم يفتقر إلى تفسير؟" (٢) .

وقد ذكر الإمام الزركشي أمثلة على القاعدة منها:

[١] "لو اشتري سلعة ثم قال لغيره أشركتك معي، وأطلق، فقبل يفسد العقد للجهالة، والأصح الصحة وينزل على المناصفة" (٣) .

[٢] "لو قال: أنا وفلان شريكان في هذه الدار أو في هذا المال، قال البيلي في أدب القضاء: فالظاهر أنه بينهما نصفين" (٤) .

والراجح أنه يتنزل على المناصفة ما لم يثبت خلاف ذلك؛ لأن القول بأنه مبهم قد يترتب عليه فساد العقد، وتصحيح العقود بقدر الإمكان واجب، حيث إن الأصل في العقود الصحة.

(١) الأسس القانونية لعقد الشركة/ د: ثروت عبد الرحمن، بحث بمجلة كلية الشريعة عدد ٣ ص ٢٦ .

(٢) المنشور للزركشي ٢ / ٢٥٣، قواعد ابن رجب ٢ / ٥١٤ .

(٣) السابق ٢ / ٢٥٤ .

(٤) المنشور ٢ / ٢٥٣ .

القاعدة الثانية عشر :

التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه : (١)

الفسخ لغة: الإزالة والرفع والنقض (٢) ، وعرفه ابن نجيم بأنه "حل رابطة العقد" ، والإنفساخ هو: انتهاء العقد وانحلال رابطته لاستحالة تنفيذه، بسبب طارئ غير إرادي (٣) .

والتفاسخ: تفاعل من الفسخ، وهو أن يتولي الطرفان فسخ العقد وحل رابطته . وقد سبق أن بينا أن الأصل في الشركات وجميع عقود الاستثمار المشترك أنها من العقود الجائزة، أي التي يحق فيها لأحد الطرفين أو كليهما فسخ العقد متى شاء ، وهذا هو مذهب الجمهور . والمعتمد في مذهب المالكية أن الشركة تلزم بالعقد، وعندهم أن المضاربة تلزم بالشروع في العمل .

وبينا - أيضاً - أن الذي يترجح هو الأخذ بمذهب المالكية في المضاربة، وتطبيقه على الشركة وعلي جميع عقود الاستثمار المشترك، فيكون العقد في كل هذه الأنواع جائزاً ما لم يشرع في التصرف والعمل؛ فإذا تم الشروع في العمل لزم العقد إلى نضوض المال - أي صيرورته نقداً بعد أن كان متاعاً أو سلعاً وبضائع (٤) - أو إلى موعد - الجرد السنوي - الذي يتم فيه تنضيض المال أو تقويمه .

ثم يعود العقد إلى الأصل جمعاً بين أمرين:

الأول : مراعاة الأصل وهو أن الشركات من العقود الجائزة .

والثاني: مراعاة مصلحة الشركة وعدم تضرر الشركاء؛ لأننا "نجد أنفسنا أمام اعتبارات عملية... فقد تبدأ الشركة ويتجه أعضاؤها نحو الإعداد والتجهيز، وتنفق الأموال في شراء مواد التجارة ولوازمها... ثم يفاجأ أحد الشريكين بأن

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية ، نزيه حماد ص ٢١٨ .

(١) قواعد ابن رجب ١/٤٩٩ .

(٤) معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٢٧٥ .

(٣) السابق ص ٧٦ .

صاحبه يعصف بذلك كله في لحظة، ويطالب بإيقاف العمل وتنضيب المال ليسترد نصيبه وينسحب من الشركة، وقد يعني هذا بالنسبة لشريكه الدمار والشلل" (١).

وإذا لم نستطع القول بهذا الرأي، وعز علينا أن نواجه به رأي الجمهور، وكان لزاماً علينا الأخذ بأن الشركة عقد جائز على طول الخط؛ فإن هذه القاعدة التي ذكرها ابن رجب - رحمه الله تعالى - تضع حلاً علمياً للمشكلة، وتحقق المصلحة التي يلتمسها الرأي القائل بلزوم الشركة بالشروع في العمل، وتدفع المضرة المتوقعة نتيجة التمسك بالقول بأن الشركة من العقود الجائزة .

فإذا تضمن الفسخ ضرراً محققاً لأحد الشركاء أو بعضهم، ولم يكن بالإمكان تدارك هذا الضرر أو دفعه بأي وسيلة من الوسائل، لم يجوز الفسخ ولم ينفذ، حتى يتهيأ الوضع في الشركة للفسخ الذي لا يتضرر منه أحد من الشركاء، أو يصير بالإمكان دفع الضرر أو تعويضه.

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٢٣ .

خاتمة المبحث الأول

وفي ختام هذا المبحث أرى أنه من الضروري أن أجمل ما سبق تفصيله، وأسطر القواعد والضوابط التي تحكم هذا الباب مرتبه بحسب ورودها في هذا الفصل بقدر الإمكان، سواء في ذلك ما كان أصلياً في هذا الباب أو كان فرعياً :

- [١] الأصل في الأشياء الإباحة .
- [٢] الأصل في العادات الحل .
- [٣] الأصل في المعاملات الصحة .
- [٤] الأصل في المشاركات الإباحة .
- [٥] الغرم بالغنم، والغنم بالغرم .
- [٦] النعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة .
- [٧] الخراج بالضمنان .
- [٨] المشاركات مبنها على العدالة والاشترار في المغام والمغارم .
- [٩] الشركاء يتراجعون بينهم على قدر حصصهم .
- [١٠] الربح على الشرط والوضيعة على قدر الحصص .
- [١١] يتحدد العائد بجزء شائع في الجملة من الربح لا من رأس المال .
- [١٢] كل شرط يوجب قطع الربح أو يوجب جهالة فيه باطل يفسد الشركة .
- [١٣] يستحق الربح أما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمنان .
- [١٤] ربح المضاربة وقاية لرأس المال .
- [١٥] المشاركات مبنها على الوكالة والأمانة .
- [١٦] ما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه وما لا فلا .
- [١٧] كل ما جاز للإنسان التصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه ويتوكل .

- [١٨] تصرف الشريك كتصرف الوكيل .
- [١٩] الشريك أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي .
- [٢٠] العامل أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي .
- [٢١] إطلاق التصرف للشريك والعامل محكوم بالإذن والعرف ومصلحة الشركة .
- [٢٢] إطلاق الإذن يحمل على العرف .
- [٢٣] الإذن العرفي كالإذن الحقيقي .
- [٢٤] الإذن دلالة كالإذن صراحة .
- [٢٥] الإذن في الشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه .
- [٢٦] لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقاً أو عرفاً .
- [٢٧] الإذن مقيد بشرط السلامة .
- [٢٨] الإذن العام من قبل صاحب الشيء في التصرفات لا يسقط الضمان، وإذن المالك يسقط الضمان .
- [٢٩] الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزَه .
- [٣٠] إنما يعتبر القيد إذا كان مفيداً، ومرد ذلك للعرف .
- [٣١] علي الشريك والعامل أن يتولي ما جرت العادة أن يتولاه .
- [٣٢] تصرف الشريك منوط بمصلحة الشركة .
- [٣٣] تصرف العامل في القراض موضوع لتثمينه وتنميته .
- [٣٤] ليس للمضارب أو الشريك التصرف إلا على الاحتياط .
- [٣٥] تنعقد الشركة على عادة التجار .
- [٣٦] الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو إبقاء على منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر .
- [٣٧] ما حرم اتخاذه وحظر بيعه وشراؤه لم تجز الشركة فيه .
- [٣٨] كل معاملة تحرم على الشريك إذا انفرد فهي محرمة على هيئة الشركة .

- [٣٩] إطلاق الشركة يتنزل على المناصفة ما لم يثبت خلاف ذلك .
- [٤٠] التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه .



المبحث الثاني التطبيق المعاصر

المسألة الأولى: الشركة المعاصرة في ضوء القواعد السابقة :

في المبحث الأول من هذا الفصل تحدثنا عن القواعد والضوابط التي تشكل في مجموعها الأسس العامة التي تبنى عليها الشركات في الإسلام. هذه الأسس هي التي تضبط جميع أنواع عقود الاستثمار المشترك، وتزنها بميزان الشريعة. وقد سبق ذكر هذه الأسس بما يغني عن إعادتها.

وفي أثناء الحديث عن الأصل في المشاركات تعرضنا لأنواع من المشاركات وقعت في الماضي، وتناولها العلماء بالدراسة، وبينوا أحكامها وهي: المزارعة والمساواة والمضاربة والعنان والأبدان والمفاوضة والوجوه، هذا بالإضافة إلى صور من المشاركات التي فيها شبه ببعض هذه الأنواع ولم يضع لها العلماء مصطلحات تميزها وإن كانوا قد تعرضوا لذكرها والحكم عليها.

ومن العسير، بل من المستحيل أن تنحصر أنواع المشاركات في تلك الأنواع التي تصدى العلماء لتعريفها وتكييفها والحكم عليها؛ لأن معاملات الناس من الأمور الخاضعة للتطوير والابتكار. وهي أمور دنيوية من عادات الناس، ومما يباح لهم فيها التطوير والإبداع.

ومثل هذه الأمور لا تدخل الشريعة فيها بالتحجير والتضييق على الناس؛ لأنها ليست توقيفية، وليست من الشعائر التعبدية التي يحرم الابتداع فيها. بل هي من نوع ما قال النبي ﷺ فيه: "أنتم أعلم بأمور دنياكم" (١).

فلا حرج - إذن - من ابتداع أنواع من المشاركات وعقود الاستثمار ونظم التنمية بما يتناسب وحاجة العصر، وبما يواكب ركب الحضارة والمدنية، وبما يحقق للأمة الإسلامية القوة الاقتصادية التي تواجه بها التحديات المعاصرة.

(١) صحيح: أخرجه مسلم ٢٣٦٣، وفي كنز العمال ٣٢١٨٢، وصحيح الجامع ١٤٨٨.

ولكن بشرط أن يخضع كل جديد مبتكر للأسس العامة التي اعتمدها الشريعة الإسلامية؛ وذلك لينحصر التجديد والابتكار والإبداع في الجوانب المؤسسية التنظيمية، بعيداً عن الأحكام الشرعية الثابتة، ولا بأس مطلقاً بالتجديد والتحديث فيما لا مساس له بالأحكام الشرعية، ولا مانع البتة من الإبداع الذي يرقى بالجانب المؤسسي أو التنظيمي أو المادي ما لم يترتب على ذلك تغيير أو تبديل لشرع الله عز وجل .

وقد ابتدع النظام المعاصر صوراً من الشركات تتميز بالاتساع، والتطور التنظيمي ، وتتلاءم مع تطور الحياة وتعقيدها .

هذه الصور تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : يسمى بشركات الأشخاص، والقسم الثاني يسمى بشركات الأموال، فأما القسم الأول فيشتمل على ثلاثة أنواع من الشركات هي : شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة .

وأما القسم الثاني : فيشتمل على ثلاثة أنواع أيضاً وهي : شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسمم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة .

فأما شركة التضامن فهي : " الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر، بقصد الاتجار ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة" (١)، فلا تقتصر مسؤولية الشركاء في تحمل التزامات الشركة ومغارمها على حصصهم في الشركة بل تتعداها إلى أموالهم الخاصة التي لم تدخل في الشركة . "وتعنون الشركة باسم الشركاء أو بعضهم، ويحكمهم عقد بينهم يحدد الغرض من الشركة ومدتها وأسماء الشركاء ورأس مال كل شريك، والمأذون له بالإدارة، وتوزيع الربح والخسارة... إلخ" (٢) .

والنوع الثاني من شركات الأشخاص هو شركة التوصية البسيطة، وهي "التي

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٥ / ١٧٧ ف ١٦٦ .

(٢) المعاملات الحديثة وأحكامها للشيخ عبد الرحمن عيسى ، ص ٤٩ .

تعقد بين شريكين أو أكثر، يكونون مسئولين بالتضامن كما في شركة التضامن، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية فيها، وخارجين عن الإدارة، ولا يكونون مسئولين إلا في حدود حصصهم من رأس المال ويسمون موصين" (١).

ويلاحظ أن الفريق الأول المتضامن لا يختلف عن الشركاء في شركة التضامن، وأن الفريق الثاني يختلف عنه في كونه لا يتحمل المسؤولية إلا في حدود رأس ماله؛ لذا ليس له الحق في إدارة الشركة (٢).

وشركة المحاصة: "شركة مؤقتة بين بعض الأفراد لإنجاز عملية معينة، وبعد انتهائها يقتسمون الأرباح والخسائر على مقتضى العقد المحرر بينهم" (٣).

ومثالها: أن يتعاقد اثنان أو أكثر على شراء صفقة من الملابس المستوردة بالجملة وبيعها في سوق الجملة، وبعد انتهاء العملية يقتسمون الأرباح أو الخسائر فتنتهي الشركة.

وأما شركات الأموال: فأهمها شركة المساهمة وهي التي "يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، ويكون لكل شريك عدد من هذه الأسهم، ويتفاوت الشركاء تفاوتاً كبيراً في عدد الأسهم التي يملكونها" (٤)، والمسئولية في هذه الشركة محدودة في رأس مال الشركة (٥)، بمعنى أن الشركاء يتحملون مغارم هذه الشركة في حدود الأسهم التي اكتتبوها، ولا يتعدى ذلك إلى أموالهم الخاصة.

والنوع الثاني: منها هو شركة التوصية بالأسهم، وهي لا تختلف عن شركة التوصية البسيطة إلا في طبيعة الشركاء الموصين، ففي شركة التوصية البسيطة يكونون شركاء بأشخاصهم، أما في شركة التوصية بالأسهم فإنهم يكونون شركاء بأسهمهم، وبذلك يكون الفريق الموصي عبارة عن أسهم لا أشخاص.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٥ / ١٧٧ ف ١٦٦ .

(٢) انظر: المعاملات الحديثة ص ٤٩-٥٠ . (٣) السابق ص ٥٠ بتصرف بسيط .

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني ٥ / ١٧٧ ف ١٦٦ .

(٥) المعاملات الحديثة وأحكامها ص ٥٦ .

وقد ظل هذان النوعان سائدين، إلى أن "استحدث المشرع المصري بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ م ثم بالقانون رقم ٢٥٩ لسنة ١٩٨١ نوعاً من الشركات كانت الحاجة ماسة إليه، سميت بالشركات ذات المسؤولية المحدودة" (١) .

"ولا يختلف هذا النوع عن شركات التضامن إلا في كون مسؤولية الشركاء لا يتعداه إلى أملاكهم الخاصة" (٢) .

هذه هي أنواع الشركات التي تمخضت عنها النظم المعاصرة، وهي تعمل في حماية القوانين الوضعية وتحت سلطانها، وقد وضعت التشريعات المدنية التي تحكمها وتنظم عملها.

وقد اختلف المعاصرون من فقهاء الأمة في شأن هذه الشركات وحكمها، فذهبت أكثريتهم إلى جوازها، ولكن منهم من أطلق ومنهم من قيد، وذهب البعض إلى عدم جوازها، "فأما المبيحون على الإطلاق فهم الذين قد ارتأوا أن الإسلام منح لكل ما فيه مصلحة البشر حسب قواعد العقود في الفقه الإسلامي، وأما الذين قيدوا فهم الذين يرون أن هذه الشركات لا تخلو من لوث الربا، وأما المانعون على الإطلاق فهم الذين يقولون إن هذه الأنواع من الشركات وليدة النظام الرأسمالي والأنظمة اللا إسلامية، وأن في الإسلام من أنواع الشركات ما يغني العالم الإسلامي في الشؤون التجارية" (٣) .

وقد أثرت حول بعض هذه الأنواع شبهات تؤيد رأي المانعين لها، من هذه الشبهات (٤)، أن المسؤولية في شركة المساهمة وشركة المسؤولية المحدودة منحصرة في حدود رأس مال الشركة، وكذلك الأمر بالنسبة لمسؤولية الشركاء الموصين في شركة التوصية بنوعيتها. وهذا لا دليل على جوازه، وهو مخالف لنظام الشركات في الإسلام. ومنها أن الشركاء الموصين ممنوعون من التصرف، وقد قال بعض العلماء إن هذا الشرط يبطل الشركة، ومنها أن شركة المساهمة لا يظهر فيها

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٥ / ١٧٨ .

(٢) المعاملات الحديثة وأحكامها ص ٥٧ .

(٣) أحكام المعاملات د/ كامل موسى ص ٣٥١-٣٥٢ .

(٤) راجع هذه الشبهات من كتاب: بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبدل عنها، د/ رمضان حافظ .

أشخاص، والأصل في الشركة أنها بين أشخاص؛ ومن ثم لا يكون لها ذمة تناط بها الحقوق والواجبات لأن الإسلام لا يعرف الشخصية المعنوية، ومنها أن بعض هذه الشركات لا يظهر فيها الإيجاب والقبول.

وحتى لا تلتبس الأمور وتختلط الأوراق ينبغي أن نتذكر أولاً أن الأصل في الأشياء الإباحة، "ويستتبع ذلك قاعدة، هي أن" معاملات الناس مباحة إلا ما ورد فيه دليل بخصوصه يقتضي غير ذلك" (١)، وقد سبق تقرير هذه القاعدة، وذلك في الفصل الأول من هذا الباب.

فيجب أن نستصحب هذا الأصل، ما لم يطرأ ما ينقل عنه. فإذا تضمنت الشركات ما لا يحل شرعاً، أو اشتملت على شروط ونظم تخالف الأسس التي تقوم عليها الشركات في الإسلام؛ وجب أن ننتقل عن أصل الحل، وأن نحكم بحرمتها. أما إذا لم تخالف الأسس الإسلامية ولم تتضمن ما لا يحل شرعاً فالواجب المحتم هو البقاء على الأصل، وهذا هو مقتضى قاعدة "الأصل في المشاركات الحل".

. والقول بأن هذه الشركات المعاصرة أفرزتها النظم اللإسلامية، ومن ثم تكون غير جائزة، قول غير سائغ ولا مقبول؛ لأن معاملات الناس ليست توقيفية حتى نكتفي بما ورد دليل لثبوتها ونفي ما لم يرد دليل على ثبوتها، والإسلام لا يمنع التطوير والتجديد في الجوانب التنظيمية ما لم تأت على الأحكام الشرعية بالتبديل أو النسخ أو التحريف.. والشريعة الإسلامية تتدفق بيسر ورفق في جميع القنوات المؤسسية، قديماً كانت أو جديدة، شرقية كانت أو غربية، ما لم يكن في هذه القنوات ما يصادها أو يأتي على أحكامها بالنسخ والإبطال.

ونحن إذا ألقينا نظرة عامة على هذه الشركات وعلى الأسس التي قامت عليها، وعلى النظم والقوانين التي تحكمها؛ وجدنا مخالفات هنا وهناك. تتمثل في بعض اللوائح والقوانين المنظمة لعمل هذه الشركات، وهي لا تخلو من مقال، وتبدو

(١) المعاملات الحديثة وأحكامها ص ٦٢ .

في ضوء الأسس والقواعد التي تحكم الشركات نشازاً غير مقبول ولا مستساغ .
ومن ذلك - علي سبيل المثال - ما نصت عليه المادة ٥١٠ من القانون المدني المصري من أنه "إذا تعاهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ لزمته فوائده من وقت استحقاقه، من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار، وذلك دون إخلال بما قد يستحقه من تعويض تكميلي عند الاقتضاء" (١).
ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٥٢٢ مدني من أنه: "إذا أمد الشريك الشركة من ماله أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة، عن حسن نية وتبصر، وجبت له على الشركة فوائدها هذا المبلغ من يوم دفعها" (٢).
يقول الدكتور السنهوري في صدد شرحه لهذه المادة:

"لا يقتصر الرجوع في المبالغ التي أنفقها، بل يرجع أيضاً بفوائد هذه المبالغ بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي" (٣).

وهذا الشرط الربوي مرفوض في الشريعة الإسلامية، ولا يجوز اعتماده، قلت الفائدة أو كثرت؛ لما تقرر من أن كل زيادة مشروطة في دين فهي ربا.
ومن المخالفات - أيضاً - ما نصت عليه المادة ٥٠٧ مدني، من أنه "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً، وإلا كان باطلاً" (٤)، ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الإيجاب والقبول ركن العقد، وأنه إذا وقع انعقد العقد دون توقف على كتابة، بل إن الراجح أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل.
هذه المخالفات وغيرها إذا حصرنا النظر فيها وهولنا من شأنها قطعنا في الحال بحرمة هذه الشركات وعدم جواز الدخول فيها، ولكن هذا الحصر وهذا التهويل منهج عليل كليل، لا يبني عليه فقه، ولا يعول عليه في البحث العلمي.

يجب أن ننظر إلى المسألة من جوانبها، ونعطي كل جزئية حقها وقدرها دون إفراط أو تفريط، وأن نرى الأصل أصلاً والفرع فرعاً، ونرى المستقل مستقلاً

(٢) المادة ٥٢٢ من القانون المدني المصري.

(٤) المادة ٥٠٧ من القانون المدني المصري.

(١) المادة ٥١٠ من القانون المدني المصري.

(٣) الوسيط للسنهوري ٥ / ٢٥٥ ف ٢١٥.

والتابع تابعاً، وألا نخلط بين الأمر الجذري الذي يصعب اجتثائه وبين الأمر الثانوي الذي يسهل بتره وإسقاطه .

ولكي نعطي النظر حقه في هذه المسألة يفضل أن نستعرض الأسس العامة التي قامت عليها هذه الشركات، ثم ننظر: أهي متفقة مع الأسس التي وضعتها الشريعة الإسلامية لعقود المشاركات أم لا ؟، وهذا إنما يكون بمراجعة مواد القانون الذي يحكم هذه الشركات وينظم عملها .

ونبدأ بتقليب المواد الأولى من مواد القانون المدني في باب الشركات، وتطالعنا هذه المادة التي تعرف الشركة بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل؛ لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة" (١) ، ويوضح السنهاوري في الوسيط فيقول: ولا بد أن يساهم كل شريك بحصة في رأس مال الشركة، وهذه الحصة هي التي تحدد عادة نصيبه في أرباح الشركة وخسائرها (٢) .

هذا التعريف يظهر منه أن الهيكل العام للشركة في القانون المدني الذي يرعى هذه الأنواع المعاصرة من الشركات لا يختلف عن الهيكل العام الذي رسمته الشريعة الإسلامية للشركة والذي نظمت على ضوئه كل ألوان الشركات التي مارسها المسلمون في عصورهم المختلفة .

وأهم مقوم من مقومات الشركة في الإسلام هو الاشتراك في الأرباح والخسائر، وفي تحمل المغارم والتمتع بالمغانم، وهذا المقوم نصت عليه المادة سالفه الذكر في عبارتها: "لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو حسارة" ثم جاءت المادة ٥١٥ لتخص هذا المقوم الكبير الخطير بالذكر فتقول: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو خسائرها كان العقد باطلاً" (٣) .

هذه المادة من القانون تنبثق من القاعدة الذهبية في الفقه الإسلامي وهي: "الغرم بالغنم" تلك القاعدة الكبرى التي يتفرع منها ضابط هذا الباب الذي

(٢) الوسيط ٥ / ١٦٥ .

(١) المادة ٥٠٥ من القانون المدني المصري .

(٣) المادة ٥١٥ من القانون المدني المصري .

ينص على أن: "المشاركات مبناهما على العدالة من الجانبين، والاشتراك في المغارم والمغانم".

ولكي يزداد الأمر وضوحاً؛ هذه بعض المقتطفات من شرح العلامة السنهوري للمادة الآنفة: يقول - رحمه الله - : "ويستتبع وجود نية الاشتراك في نشاط ذي تبعه يعود على الشركاء بالربح أو الخسارة أن يساهم كل شريك في تبعه هذا النشاط، فيتقاسم الشركاء الأرباح، ويوزعون فيما بينهم الخسائر، فإذا أعفي أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته الأرباح أو حرم من مقاسمته للأرباح مع تحمله للخسائر كانت الشركة شركة الأسد، وكانت باطلة" (١).

ويقول: "وهذه المساهمة في الأرباح والخسائر هي التي تخرج من يقدم مالا لتاجر على أن يشترك معه في الربح دون الخسارة عن أن يكون شريكاً، وإنما يكون مقرضاً" (٢).

ويقول أيضاً: "وهذه المساهمة أيضاً هي التي تخرج العمال الذين يتقاضون فوق أجورهم نصيباً من أرباح المصنع الذي يعملون فيه، عن أن يكونوا شركاء لصاحب المصنع؛ فهم يشاركونه في الربح ولا يتحملون معه الخسارة، والنصيب من أرباح المصنع الذي يمنح للعامل يعتبر جزءاً من أجرته، فلا يخرج العامل عن أن يكون أجيراً تسري عليه أحكام عقد العمل، فيجوز فصله ويستحق التعويض المقرر ولا يشارك في إدارة المصنع" (٣).

ويضرب مثلاً لتمييز عقد المشاركة عن عقود المعاوضة فيقول: "إذا اتفق المؤلف والناشر على أن يتقاضى المؤلف نسبة معينة من أرباح الناشر في مقابل حقه في التأليف، فإذا كان الناشر هو الذي قام بنفقات نشر الكتاب، وهو وحده الذي يتحمل خسائره المحتملة: فإن ربح شاركه المؤلف في ربحه بنسبة معينة، فالعقد بيع لا شركة؛ وذلك أن المؤلف في هذه الحالة لا يساهم في الخسائر" (٤).

(٢) السابق / ٥ / ١٦٨ .

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري / ٥ / ١٦٧ .

(٤) السابق / ٥ / ١٧١ ف ١٦٢ .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري / ٥ / ١٦٨-١٦٩ .

فإذا انتقلنا إلى ما يستحق به الربح وجدنا ما يشبه قاعدة "يستحق الربح إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمن".

يقول العلامة السنهوري: "والحصة قد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملاً أو اسماً تجارياً أو شهادة اختراع أو ديناً في ذمة الغير، وكل ما يصلح أن يكون محلاً للالتزام يصلح أن يكون عقداً في الشركة" (١).

ويلاحظ هنا، أن التقنين المدني يميل إلى عدم اشتراط الشروط التي وضعها الفقهاء، وقد سبق أن رجحنا القول بعدم اشتراطها، مثل اشتراط أن يكون رأس مال الشركة من النقدين وأن لا يكون عروضاً أو عقاراً، ومثل اشتراط تساوي الحصص وتجانسها، إلى غير ذلك من الشروط، يقول السنهوري: "وليس من الضروري أن تكون حصص الشركاء متجانسة في طبيعتها أو متساوية في قيمتها، بل يصح أن يقدم أحد الشركاء مبلغاً من النقود، ويقدم آخر أوراقاً مالية، ويقدم الثالث عقاراً، ويقدم الرابع عملاً، وهكذا" (٢).

ومن جهة تصرف الشريك وضوابط هذا التصرف نجد نصوصاً في القانون المدني تتفق في مجموعها مع ما سبق تقريره من أن تصرف الشريك محكوم بالإذن والعرف ومصلحة الشركة، ومع الضوابط التي سقناها تحت هذه القاعدة.

يقول الدكتور السنهوري: "ويتضمن نظام الشركة عادة نصراً تحدد سلطات من يدير الشركة، فيجب التزام هذه النصوص، وعلي من يدير الشركة ألا يجاوزها في أعمال إدارته، أما إذا لم يتضمن نظام الشركة شيئاً في هذا الصدد فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١٦ مدني، على أن للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة - ومثله الأجنبي - "أن يكون بالرغم من معارضة سائر الشركاء بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة، متى كانت أعمالهم وتصرفاتهم خالية من الغش" فالمفروض - إذن - أن الشركاء

(٢) الوسيط للسنهوري ٥ / ١٩٥ ف ١٨١ .

(١) السابق ٥ / ١٦٥ - ١٦٦ ف ١٥٨ .

عندما عينوا من الشركة أنهم أعطوه السلطة الكافية لتحقيق أغراض الشركة من أعمال إدارة وأعمال تصرف، ولكن لا يجوز للمدير أن يقوم بأعمال ليست لازمة لتحقيق أغراض الشركة، فلا يجوز له أن يبيع عقاراً للشركة، أو يرهنه أو يقترض إذا لم يكن هذا التصرف ضرورياً لتحقيق أغراض الشركة، كما لا يجوز له أن يهب أموال الشركة أو يتنازل عن ضمان أو يبرئ مديناً من الدين أو يعقد صلحاً أو تحكيمياً أو يغير مقر الشركة إلا باتفاق الشركاء جميعاً" (١).

وتنص المادة ٥٢٠ مدني على أنه :

"إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة اعتبر كل شريك مفوضاً من الآخرين في إدارة الشركة وكان له أن يباشر أعمال الشركة دون رجوع إلى غيره من الشركاء، على أن يكون لهؤلاء أو لأي منهم حق الاعتراض على أي عمل قبل تمامه، ولأغلبية الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض" (٢).

ويقول السنهوري مفسراً هذه المادة: "فلكل أن ينفرد بالقيام بأعمال الإدارة والتصرفات الداخلية في أغراض الشركة، وتكون هذه التصرفات نافذة في حق الشركاء جميعاً مادامت غير مخالفة لنظام الشركة، ولا للقانون، أما أعمال التصرف التي لا تدخل في نطاق أغراض الشركة فهي محرمة على أي شريك" (٣).

وتنص المادة ٥٢١ مدني على الآتي:

[١] علي الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه.

[٢] وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، وإلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (٤).

وواضح من هذه المادة أنها تلزم الشريك بمراعاة مصلحة الشركة في تصرفاته،

(١) الوسيط للسنهوري ٥ / ٢٣٥ - ٢٣٧ بتصرف بسيط . (٢) المادة ٥٢٠ من القانون المدني المصري .

(٣) الوسيط ٥ / ٢٤٦ . (٤) المادة ٥٢١ من القانون المدني المصري .

في ضوء ما يبذله لتدبير مصالح نفسه ، " فإذا كان الشريك معروفاً بالحرص والإتقان بحيث تزيد عنايته الشخصية على عناية الرجل المعتاد وجب عليه أن يبذل هذا القدر من العناية إذا تولى مصالح الشركة، وإذا كانت عنايته بمصالحه هي عناية الرجل المعتاد وجبت عليه هذه العناية في تدبير مصالح الشركة، وأما إذا كانت عنايته بمصالحه تنزل عن عناية الرجل المعتاد لم يجب عليه إلا هذا القدر من العناية في تدبير مصالح الشركة" (١) .

وبالنسبة لابتناء الشركة على الوكالة في الفقه الإسلامي ، فإنه يقابله في القانون الوضعي الشخصية المعنوية للشركة، فإن الأثر المترتب على اعتبار الشخصية المعنوية هو ذاته الأثر المترتب على قيام الشركة على الوكالة .

هذا بالإضافة إلى أن مبدأ الوكالة في الشركة أخذ به فقهاء القانون الوضعي "في تحديد مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص المعنوي الذي يباشرون عنه نشاطه، بل إن التصور التقليدي لهذا المركز يقوم على فكرة الوكالة بحيث يعتبر الشخص المعنوي في مقام الموكل، والأشخاص الطبيعيين الذين يباشرون عنه نشاطه في مركز وكلائه" (٢) .

وبالنسبة للقاعدة الخاصة بمحل عقد الشركة، وهي قاعدة "ما حرم اتخاذه وحظر بيعه وشراؤه لم تجز الشركة فيه" ، وكذلك القاعدة الخاصة بأنشطة الشركة وممارساتها وهي "كل تصرف يحرم على الشريك إذا انفرد فهو حرام على هيئة الشركة" فإن القانون المدني ينص على أن الشركة لها شخصية معنوية تترتب عليها الحقوق والواجبات، وذلك في المادة ٥٠٦ مدني، وهذا نصها: "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون" (٣) .

ويترتب على ذلك تحريم كل نشاط تقوم به الشركة يكون محرماً على

(١) الوسيط / ٥ / ٢٤٩ .

(٢) الأسس القانونية لعقد الشركة ص ٢٧ من مجلة كلية الشريعة .

(٣) المادة ٥٠٦ من القانون المدني المصري .

الأشخاص الحقيقيين، وكذلك تحريم الشركة فيما لا يجوز التعامل فيه من الأموال يقول السنهوري: "ويترتب على ذلك أن تكون الشركة باطلة إذا كانت حصص الشركاء مالا لا يجوز التعامل فيه، وتكون باطلة أيضاً إذا كانت الأعمال التي تباشرها الشركة طبقاً لعقد تأسيسها أعمالاً غير مشروعة" (١).

مع ملاحظة: أن الأعمال غير المشروعة هي الأعمال التي حرمها القانون لا الشرع، وبذلك من الممكن أن يكون هناك اختلاف في توصيف الأعمال غير المشروعة، فعلي سبيل المثال: لا تعتبر الفائدة الربوية في القانون الوضعي من الأعمال غير المشروعة إلا إذا كانت فاحشة مضاعفة، أما في الشريعة الإسلامية فهي محرمة قلت أو كثرت، إلا أن وجود هذا النص بهذا التعميم يمكن أن يكيف بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، المهم أن القانون هنا ينص على ما يشبه القواعد التي قررتها الشريعة بهذا الصدد.

وبالنسبة لانتهاء الشركة، وأسباب الانتهاء نجد المواد ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠ من القانون المدني لا تختلف - في الجملة - عن أقوال الفقهاء. وكذلك قسمة أموال الشركة بعد الانتهاء، فتنص المادة ٥٣٧ مدني على أنه "تتبع في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع"، وهي قواعد لا تختلف - في جملتها - عن الأحكام الشرعية.

ونخلص من هذا الاستعراض السريع لمواد القانون المدني في باب الشركات إلى أن هذه الشركات التي أفرزتها النظم المعاصرة تنبني على أسس تتفق - إجمالاً - مع الأسس التي وضعتها الشريعة الإسلامية للشركات، والقانون المدني هو الذي يرعى هذه الأنواع المعاصرة، وهو الذي ينظم عملها، وهو الذي يضع الأسس العامة التي تضبط سيرها وحركتها.

وهذه الحقيقة التي انتهينا إليها إذ ضمت إلى قاعدة: "الأصل في المشاركات الإباحة" تكون لدينا المستند الأول والأكبر للقول بحل هذه

المشاركات ما لم تشتمل على ما يخالف الشرع، ولم تغفل الأسس العامة التي وضعتها الشريعة الإسلامية للشركات فهي باقية على أصل الحل حتى يأتي ناقل مستيقن؛ لأن اليقين لا يزول بالشك.

والمخالفات التي تشتمل عليها هذه الشركات لا تقوى على زحزحتها عن الأصل المستيقن وهو الحل؛ لأن هذه المخالفات فرعية وليست جذرية، وتابعة وليست أصلية، بالإضافة إلى أنها يسيرة وصغيرة، فمن العسير حمل الحكم عليها وتجاهل الأصل والتنكر للأسس العامة الموافقة للشريعة.

ونحن إذا تصفحنا كل نوع من هذه الأنواع في ضوء الأسس العامة المقررة في الشريعة الإسلامية، والتي لم يغفلها القانون المدني المهيمن على هذه الشركات، لم نجد في أي منها ما يحملنا على القول بالتحريم، فشركة التضامن إذا تأملناها وجدنا أن "جميع الشركاء فيها مسئولون عن جميع التزامات الشركة حتى بأموالهم الخاصة، وجميعهم متساوون في الحقوق والواجبات، كل بحسب نصيبه من رأس المال" (١) ولذلك فإن "هذه الشركة -إجمالاً- جائزة شرعاً؛ لأنها نوع من أنواع شركة العنان" (٢).

وأما شركة التوصية البسيطة فإن "غاية ما يلاحظ من الفرق بينها وبين شركة التضامن أن بعض الشركاء هنا لا يتصرفون في شئون الشركة، والفقهاء لا يوجبون أن يتصرف كل الشركاء، بل يصح تصرف بعض الشركاء دون بعض، ولكنهم يوجبون الإذن ممن لا يتصرف لمن يتصرف" (٣)، وإن كان بعض الشافعية قد قالوا بفساد الشركة إذا منع بعضهم من التصرف، وأحسب أن هذا القول مخالف للأصول العامة في باب الشركات، فإن رب المال في شركة المضاربة ممنوع من التصرف "فإذا كان هذا النوع من الشركة صحيحاً مع منع مالك رأس المال من التصرف؛ أفلا يكون من باب أولى أن تصح الشركة مع منع من يملك بعض رأس المال من التصرف وإباحة

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٩٧٤ .

(١) المعاملات الحديثة وأحكامها ص ٥٢ .

(٣) المعاملات الحديثة وأحكامها ص ٥٣ بتصرف بسيط .

التصرف لباقي الشركاء مع ملكهم بعض رأس المال؟" (١)، فلهذا تجوز شركة التوصية البسيطة برغم منع الشركاء الموصين من التصرف، كما يدل على جوازها أيضاً، " أن فقهاءنا أجازوا في شركة العنان أن يشترط العمل لأحد الشريكين، ويُسأل عنه دون غيره، ويجوز بناء على ذلك أن تشترط زيادة الربح للعامل، أو يقدر له مرتب خاص ويكون أجيراً" (٢).

وأما شركات الأموال عموماً فإن الثغرة الظاهرة فيها هي حصر المسؤولية عن مغارم الشركة وخسائرها في حدود رأس مال الشركة، بحيث لا تتعداها إلى أموال المشاركين الخاصة، وهي ثغرة يصعب تجاهلها، ولا يصح الإقرار عليها، لأنها تؤثر في عمل قاعدة " الغرم بالغنم "، وتخل بها بنسبة معينة حيث إن الشركاء في شركة المساهمة وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والشركاء الموصين في شركة التوصية بالأسهم لا يتحملون المغارم إلا في حدود حصصهم في رأس المال.

إلا أن هذه الثغرة ليست بالاتساع والعمق الذي يمكن أن يصدع قاعدة الغرم بالغنم، فالقاعدة باقية، والشركاء - من حيث الأصل - يشاركون في المغارم والمغانم، وقانون هذه الشركات لا يبيح تخصيص بعض الشركاء بتحمل المغارم دون الآخرين، كل ما في الأمر أن أصحاب الأسهم لا يتحملون فيها إلا بقدر حصصهم في رأس المال، وذلك في مقابل أنهم ممنوعون من المشاركة في الإدارة، فليسوا مسئولين عن تصرفاتها، وإنما مسئوليتهم في حدود أسهمهم. وهذا لا يضر كثيراً بالقاعدة، خاصة إذا كانت دراسات الجدوى تجعل احتمال تعدي الخسارة حدود رأس المال ضعيفاً بل يكاد يكون منعماً.

ففي ظل هذه الاعتبارات يصعب القول بعدم جواز هذه الشركات لمجرد أن مسؤولية الشركاء منحصرة في حدود أسهمهم من رأس المال، خاصة إذا علمنا أنها " مشابهة لمسئولية رب المال في شركة المضاربة" (٣).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٩٧٢ .

(١) المرجع السابق ص ٥٤ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٩٧٥ .

أما القول بأنها لم تعقد بين أشخاص فتكون باطلة، فهو قول مردود، لأن الأصل فيها أشخاص، فلا بد من أشخاص بعدد معين يشترطه القانون لهذه الشركات لتبدأ به، ويكون هؤلاء الأشخاص هم المؤسسون للشركة، ثم تكون المشاركة بالأسهم، ثم إن الأسهم معبرة عن الأشخاص، والاكتتاب في هذه الأسهم هو الإيجاب، وقبولها الموافقة عليها من الأعضاء المؤسسين هو القبول.

والخلاصة :

أن القول بجواز هذه الشركات هو الأولي بالقبول، بشرط أن يعلم المشترك فيها أنها لا تتعامل بالربا، ولا تمارس من الأعمال ما لا يحل شرعاً.

وهذا القول يتخرج على القاعدة الأولى وهي: "الأصل في المشاركات الإباحة" ومراعى فيه أن الراجح هو "أن العقود في الشريعة الإسلامية لم ترد على وجه الحصر... وبالتالي يجوز إبرام أي من العقود ولو لم ينظمها الفقهاء الأولون طالما أن فيه مصالح الناس ونفعهم، وجرى عليه العمل فيما بينهم بشرط ألا يكون مخالفاً للأسس العامة والأصول التي وضعتها الشريعة الإسلامية، وتعتبر بمثابة أحكام النظام العام" (١).

المسألة الثانية : موقف البنوك الإسلامية من الأسس العامة للشركات :

عندما أصدر مجمع البحوث الإسلامية قراره بتحريم فوائد البنوك سنة ١٣٨٥هـ / ١٩٦٥ م دعا أهل الاختصاص أن يوجدوا البديل الشرعي للقروض الربوية، والعمل على تحويل أنشطة البنوك من الاتجار في الديون إلى الاستثمار الفعلي عن طريق المضاربة الشرعية.

وكان الأمة الإسلامية كانت على موعد مع هذه الدعوة التي بثت الروح وبعثت الهممة في المخلصين من أبناء الأمة، وتتابعت الدعوات، وتوالت على إثرها الاستجابات، حتى أصبحت المصارف الإسلامية واقعاً يفرض نفسه على الساحة الاقتصادية في شتى أقطار العالم الإسلامي.

(١) الأسس القانونية لعقد الشركة، د: ثروت عبد الرحمن، بحث بمجلة كلية الشريعة عدد ٣ ص ٧ .

ولم يكن الطريق أمام هذه البنوك سهلاً ممهداً، بل كانت الصعوبات والعقبات ممتدة على طول الطريق، ولا تزال هذه الصعوبات والعقبات تحيط بمسيرة المصارف الإسلامية بما يمثل ضغطاً متوالياً ومستمراً على الالتزام بالمنهج الإسلامي في التنمية والاستثمار.

وقد نشأت هذه الصعوبات من مصدرين:

الأول: الواقع الجاسم الذي أوجدته البنوك الربوية طيلة العقود التي تفردت فيه بالوجود على الساحة المصرفية.

الثاني: تطور الحياة الاقتصادية والآليات المصرفية بما يحتم على هذه المصارف مجاراة هذا التطور، الأمر الذي يستلزم التماس الفتاوى المرنة التي تلي حاجات هذا الواقع المتطور.

ولقد أثرت هذه الضغوط في مسيرة البنوك الإسلامية تأثيراً متفاوتاً من بنك لآخر. وأوجدت مخالقات هنا وهناك، وأوجدت كذلك تعاملات ونظماً ليس فيها مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية ولكن اشتباه على البعض أنها مخالقات شرعية. لذلك ثار جدل عريض حول ممارسات هذه البنوك، أدلى فيه بدلو كبير إزاء المخلصين قوم لا غرض لهم إلا التشهير؛ بغرض طمس هوية البنوك الإسلامية، وإظهارها كأنها لا فرق بينها وبين البنوك الربوية، حتى سمعنا من ينادي بإزالة هذه المسميات التي تميز بين بنوك إسلامية وأخرى لا إسلامية.

وكان لزاماً على المجتهدين من العلماء وأساتذة الجامعات أن يتدخلوا لحسم هذه المشاكل، وتصحيح مسيرة المصارف الإسلامية بما يجعلها أكثر اتفاقاً مع الأسس الشرعية، وبما يدفع عنها الشبه والمناكر والتهم؛ فخرجت الأبحاث التي تعرضت لممارسات وأنشطة هذه المصارف، وكانت متباينة تبايناً يعكس التباين الطبيعي بين اتجاه المحافظين واتجاه المجددين.

وإحفاقاً للحق نقول: إن البنوك الإسلامية - في الجملة - يقوم نظامها على أساس الاستفادة من عقد المضاربة الإسلامي في الاستثمار والتنمية لا على أساس

الاقتراض والإقراض، أو الاتجار في الديون، و"العلاقة بين البنك الإسلامي وأصحاب الودائع لا تقوم على أساس علاقة الدائن بالمدين، ولكنها تدور على أساس المشاركة بين الطرفين في إطار المضاربة الشرعية" (١) .

والمضاربة التي استفادت منها المصارف الإسلامية المعاصرة في تطوير برامجها الاستثمارية بما يتوافق مع أحكام الشريعة هي التي يطلق عليها المضاربة المشتركة، ويعرفونها بأنها: "الصيغة التعاقدية المطورة لشركة المضاربة الفردية أو الثنائية، وهي تقوم على أساس أن يعرض المصرف الإسلامي باعتباره مضارباً على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم لهم، كما يعرض المصرف باعتباره صاحب مال أو وكيلاً عن أصحاب الأموال على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار تلك الأموال، على أن توزع الأرباح حسب الاتفاق بين الأطراف الثلاثة، وتقع الخسارة على صاحب المال" (٢) .

ويتم تطبيق هذه الصيغة على النحو التالي: (٣)

[١] يتقدم أصحاب الأموال بمدخراتهم بصورة فردية إلى المصرف الإسلامي؛ وذلك لاستثمارها لهم في المجالات المختلفة.

[٢] يقوم المصرف بدراسة فرص الاستثمار المتاحة والمرشحة للتمويل.

[٣] يخطط المصرف أموال أصحاب رؤوس الأموال ويدفع بها إلى المستثمرين كل على حدة، وبالتالي تنعقد مجموعة من شركات المضاربة الثنائية بين المصرف والمستثمر.

[٤] تحتسب الأرباح كل سنة بناء على ما يسمى بالتنضيض التقديري أو التقويم التقديري لدخول الشركة بعد حسم النفقات.

[٥] توزع الأرباح بين الأطراف الثلاثة: صاحب رأس المال، والمصرف والمضارب.

(١) د/ عبد الوهاب حواس: تحقيق المضاربة للماوردي ص ٣٠٤ .

(٢) المعاملات المالية المعاصرة، د/ محمد عثمان سبتير ص ٣٠٠ .

(٣) انظر: بحث "آثار المضاربة المشتركة" د/ يوسف دياب صقر بمجلة كلية الشريعة عدد ٢٤ .

والمضاربة المشتركة بهذا الصورة تكتنفها بعض المشاكل من الناحية الشرعية :
أولى هذه المشاكل، تكييف مركز المصرف بالنسبة لأصحاب الأموال
 والمضاربين أصحاب المشاريع، هذا التكييف الذي على أساسه تعرف أحكام
 المصرف في هذه العملية، وحقوقه وواجباته بما يتناسب مع الأسس العامة
 للشركات في الإسلام .

وقد اختلف المعاصرون في تكييف هذه العلاقة، فذهب البعض، منهم
 الدكتور سامي محمود ^(١)، إلى أن البنك يقوم بدور المضارب المشترك، فتكون
 علاقته بأصحاب الأموال علاقة المضارب، وعلاقته بأصحاب المشاريع علاقة رب
 المال، وهم بالنسبة له مضاربون . وهذا التكييف قائم على أساس مبدأ إعادة
 المضاربة، وقد جوزها الفقهاء بشرط الإذن من رب المال أو تفويض في التصرف .

وذهب الدكتور محمد عبد الله المغربي ^(٢) إلى أن المصرف مضارب مضاربة
 مطلقة بموجب التفويض العام، فإن شاء استثمارها بنفسه وإن شاء أعطاها مضاربة
 لأصحاب المشاريع، وهذا رأي يتفق في مضمونه مع الرأي السابق .

وذهب آخرون إلى أن المصرف وكيل عن أصحاب الأموال، وهو يتولي عنهم
 عقد المضاربة مع المضاربين أصحاب المشاريع الاستثمارية بوصفه وكيلاً عن
 أرباب الأموال ^(٣) .

والذي أرجحه هو التكييف الأول؛ لأنه الأوفق لنظام الشركات، والأجدى
 لصالح الاستثمار، وإن كان الأخير لا يصطدم مع نظام الشركات؛ لأن الوكالة
 عنصر من عناصر الشركة، وأخذ الأجر عليها جائز شرعاً .

ثاني هذه المشاكل، قيام المضارب المشترك "المصرف" بخلط أموال المودعين
 "أصحاب الأموال الراغبين في استثمارها" وهذا الخلط يعتبر من التصرفات التي لا
 تجوز للعامل أو الشريك إلا بإذن رب المال، وحل هذه المشكلة يكون بالاتفاق مع

١ انظر: "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية" للدكتور/ سامي محمود .

٢ انظر: "المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها" للدكتور/ محمد عبد الله المغربي .

٣ انظر: "البنك اللاربوي في الإسلام" محمد باقي الصدر ص ٤١ .

صاحب المال لدى إيداعه لأمواله في المصرف أو بالتفويض العام. وحتى لا يؤدي الخلط إلى غبن لبعض أرباب الأموال يشترط الفقهاء أن يكون الخلط قبل التصرف أو بعد نضوض المال، وهذه المشكلة حلها في اتباع نظام الدورات، الذي سنتحدث عنه بعض قليل.

ثالث هذه المشاكل: التنضيض التقديري الذي قد يتبع فيه نظام السمر المتبع في البنوك التقليدية؛ بهدف استخراج الأرباح في أي وقت، دون انتظار التصفية النهائية، بما يتنافى مع القاعدة المقررة وهي "ربح المضاربة وقاية لرأس المال".

وحل هذه المشكلة يكون عن طريق نظام الدورات، حيث "تقسم السنة المصرفية إلى دورات مالية متتابعة، تمثل كل واحدة منها مضاربة منفصلة تستقل بحسابات أرباحها وخسائرها" (١).

وإذا كان نظام الدورات لا يستطيع - في ظل تداخل المشاريع وعدم توافق نهاياتها - أن يحقق التصفية الفعلية، واضطر إلى الأخذ بمبدأ التنضيض التقديري لا الفعلي، ولكن بطريقة الدورات لا بطريقة النمر، فإن ما يترتب على ذلك من إخلال جزئي بمبدأ وقاية رأس المال، أو من جهالة يسيرة تابعة يدخل في نطاق قاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع" وقاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة".

وإن كان البعض من الباحثين يسارع إلى اللجوء لهاتين القاعدتين دون المرور بنظام الدورات، وأحسب أن هذا المسلك تعجل في الأخذ بالرخص قبل استفراغ الوسع في البحث عن حلول مشروعة، فالأولي الأخذ بنظام الدورات، ثم تتدخل قواعد التيسير لجبر ما قد يتركه نظام الدورات من خلل خارج عن دائرة الوسع والطاقة.

كل هذه المشكلات وما شابهها من السهل إيجاد حلول شرعية أو عملية لها، لأنها مشكلات نتجت عن التطور المؤسسي للحياة الاقتصادية، وما كان كذلك لا بأس من التماس الحلول له، ومن المحتم أن تتسع الشريعة لكل جديد لا

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٥٣.

يخل بالأسس العامة والأحكام الثابتة، وهذا من مقتضى خاصية العموم والبقاء في هذه الشريعة الغراء .

أما المشكلات التي يصعب إيجاد الحلول لها، بل يكون البحث عن حلول لها ضرباً من ضروب التحايل المرفوض، ويتعين الرجوع إلى الوضع المشروع وإهدار الجديد المستحدث؛ فهي المشكلات التي يترتب على الاستجابة لها تغيير في الأسس العامة والأحكام الكلية الثابتة. وغالباً ما تكون ناشئة عن ضغط الواقع الذي ولدته الأوضاع المخالفة لشرع الله عز وجل، ولا تكون ناشئة عن تطور الحياة الاقتصادية.

وفيما يتعلق بالمصارف الإسلامية توجد مشكلات من المشكلات التي لا يصح التحايل فيها على الشريعة؛ لكونها تأتي على الثوابت بالإهدار.

وأهم هذه المشكلات مشكلتان:

الأولى: مشكلة الضمان .

والثانية: مشكلة الأسهم المميزة.

فأما مشكلة الضمان؛ فإن بعض المصارف الإسلامية تحاول أن تجد - في زمان خربت فيه الذم وتشابكت فيه العلاقات التجارية - مبرراً مشروعاً يسوغ لها تضمين المضاربين، أو الأخذ بمبدأ الضمان في هذه المعاملة، وقد حاول البعض إيجاد حلول شرعية لهذه المشكلة وتباينت الاجتهادات في هذا الصدد، فمن العلماء المعاصرين من قاس المصرف على الأجير المشترك، ومنهم من اقترح استخدام صيغة القرض مع المضاربة، ومنهم من حاول تخريجها على أن المضارب تطوع بالضمان، ومنهم من قال بوقوع الضمان على أساس التكافل الاجتماعي بين المستثمرين، إلى غير ذلك من الحلول المقترحة.

ومن العسير قبول شيء من هذه المقترحات؛ لأنها تصادم الأسس التي تبنى عليها المشاركات، فإن مبناها على الوكالة والأمانة، ويد العامل يد أمانة لا ضمان، وتضمين العامل سيولد مظالم ومضار أشد من المضار التي تترتب على

عدم تضمينه ؛ فلا مناص من تطبيق القاعدة الشرعية في الشركات كلها وهي أن يد العامل والشريك يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي، أما المضار التي تنجم عن تطبيق هذه القاعدة فليست ناشئة عنها، وإنما تنشأ عن فساد الواقع، وما كان كذلك لا تغير له الأحكام الشرعية، ولكن تتخذ التدابير العملية المختلفة التي يتسنى بها تفادي المضار بقدر الإمكان مع العمل على إصلاح الواقع بما يتماشى مع الشرع الحنيف .

وهذه القاعدة مضطردة في كل جديد تنشأ عنه مشكلات شرعية. فإن كان مصدر هذه المشكلات تغيراً في نظم الحياة وتطوراً في مؤسساتها وتعقيداً في أشكالها وهياكلها جاز لنا أن نلتمس حلاً ومخارجاً شرعية بعد است فراغ الوسع في البحث عن حلول عملية، وإن كان مصدر هذه المشكلات ضغط الواقع المتغير لشرع الله تعالى لم يجز أن نتجاوز دائرة الحلول العملية الواقعية؛ لأن مجاوزة الحلول العملية إلى الحلول الشرعية عندئذ سيكون ضرباً من ضروب الحيلة التي لا تجوز شرعاً .

أما المشكلة الثانية: فهي مشكلة الأسهم المتميزة أو الأسهم الممتازة (١) ، وهي الأسهم التي يعطى بعض أصحابها حق الأولوية في استرداد قيمة أسهمهم على باقي المساهمين عند تصفية الشركة، أو ربما ينالون أولوية خاصة وحظاً خاصاً في قبض ربح معين، وبذلك يظلم آخرون من أصحاب الأسهم الأخرى، وهذا الاختصاص والتمييز يتنافى مع العدالة التي تنص عليها قاعدة "الغرم بالغنم"؛ لذلك أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراره بأنه "لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمه عند التصفية أو عند توزيع الأرباح" (٢) .

وبرغم ذلك كله نقول إن المصارف الإسلامية خطوة مباركة على طريق تصحيح الأوضاع الاقتصادية للأمة، ولكننا ننادي بضبط ما طرأ عليها أو نشأت

(١) انظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية د. محمد صلاح الصاوي ص ٧٧٠ وما بعدها.

(٢) القرار رقم ٦٥ / ١ / ٧ دورة المؤتمر السابع ١٤١٢ هـ.

عليه من بعض المخالفات التي لم يجد لها العلماء مخارج شرعية؛ حتى تتم رسالتها المنوطة بها.

المسألة الثالثة: البديل الشرعي عن الأنظمة الربوية :

ابتليت البلاد الإسلامية في هذا القرن بألم البلى وأضل الرزايا: "العلمانية" التي فصلت الدين عن الدولة، وأقصته عن السياسة، وباعدت بينهم وبين الحياة بشتى جوانبها، وحصرت سلطانه في الشعائر التعبدية.

ولقد أثمرت العلمانية ثمارها الخبيثة في مختلف مناحي الحياة، وكان من ثمارها الكريهة ذلك النظام الربوي الذي هيمن على الحياة الاقتصادية، وحدد مسارها ورسم طريقها.

واستطاع سدنة النظام الربوي أن يقنعوا الأمة بأن الاقتصاد الحديث لا يقوم إلا على البنوك وأن البنوك لا يمكن أن تقوم إلا على الربا، وأشرب الناس هذه العقيدة، وسيطر عليهم هذا الوهم الكبير فترة طويلة من الزمان.

وما كان لهذه الترهات أن تروج في الأمة الإسلامية إلا في ظل غياب الوعي الإسلامي، وغفلة المسلمين وذهولهم عن الحقائق الإسلامية الساطعة.

إن الإسلام عندما حرم الربا الجاهلي، وأغلق جميع الأبواب والطرق المؤدية إليه؛ لما فيه من ظلم للعباد وقلب للأوضاع - لم يترك الناس تائهين في دروب الحياة الاقتصادية دون أن يشق لهم فيها قنوات الاستثمار التي يواجهون بها مطالب الحياة وتحديات الواقع.

لقد تعددت في الإسلام قنوات الاستثمار والتنمية، ووجدت فيه أنواع متعددة من عقود المشاركات المشروعة مثل المزارعة والمساقاة والمضاربة والعنان والمفاوضة وغير ذلك. ووضع الأسس العامة التي تقيده هذه الشركات بالقيود الشرعية التي تحفظ أموال الناس وتقيم تعاملاتهم على مقتضى العدل، وأطلقها من القيود التي لا تفيد في الناحية العملية، وتعوق مسيرة الاستثمار والتنمية.

هذه القنوات هي البديل الشرعي العادل عن النظام الربوي الظالم، وهي تختلف عنه في الجوهر والمظهر، وتباينه في الأسس والقواعد المنظمة للاستثمار الجماعي . ولقد قامت المصارف الإسلامية بدور كبير في ترجمة هذه الحقائق إلى واقع يحياه الناس - برغم ما فيها من سلبيات هنا وهناك - ولكنها لم تستوعب جميع ما يطرح على الساحة الإسلامية من مقترحات للاستفادة من نظام المضاربة ونظام الشركة في الإسلام .

وتبقى هناك مقترحات كثيرة تحتاج إلى همة عالية لتتحول إلى واقع عملي يعجب الزراع من أبناء الأمة المخلصين، ليغيب بهم الفجار من سدنة النظام العلماني ودعاة العولمة الليبرالية الظالمة .

ولقد أثار إعجابي من بين الطروحات المقدمة هذه المقترحات التي تقدم بها بين يدي الأمة الإسلامية في كتابه القيم " بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبديل عنها" الدكتور رمضان حافظ، وهي عبارة عن حلول عملية متفرعة من البديل الإسلامي الذي يفرض نفسه على كل من يعنى بهذه القضية، وهو نظام المشاركات في الإسلام .

وقد راعى في هذه المقترحات أن تكون مقابلة لكل أفرع النظام الربوي المتشعبة . وأسوق هنا قطوفاً من أقواله ومقترحاته، وأتركها تأخذ طريقها إلى القلوب بلا تعليق؛ لأنها تليبي طموحات وتطلعات العقلية الإسلامية .

يقول الدكتور رمضان حافظ: " يمكن الاستغناء عن إقراض البنوك أو صناديق التوفير التي تعطي فائدة مشروطة، وكذلك الاستغناء عن شراء شهادات الاستثمار أو السندات، وذلك بإيجاد مصرف موحد يتلقى رؤوس الأموال من أصحابها ويكون للمصرف ربح معلوم من واحد صحيح كالنصف أو أقل أو أكثر ويسمى ذلك في الفقه الإسلامي بشركة المضاربة" (١) .

(١) بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبديل عنها ، د رمضان حافظ ص ١٢٤ بتصرف .

وأضيف هنا فأقول: إن البديل عن شهادات الاستثمار هو صكوك المقارضة التي بدأت تأخذ بها بعض المصارف الإسلامية، وأقرها مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي (١).

ثم يقترح عدة بدائل عن نظام البنك الصناعي الذي يقرض المصانع وشركات القطاع الخاص قروضاً ربوية، وهي بذلك تصلح لكل بنك يتعامل مع المصانع وشركات الإنتاج الصناعي.

من هذه البدائل: "أن يشترك المصرف مع صاحب المصنع كل منهما برأس ماله، ويكونان شريكين ثم تقسم الأرباح بين المصرف وصاحب المصنع حسب رأس مال كل منهما، وكذلك الخسارة، وحتى تكون هذه الشركة جائزة شرعاً يجب أن يكون لمن يدير المصنع جزء من الربح أكثر وذلك نظير عمله وإشرافه وإدارته له، وهذه الشركة تسمى العنان" (٢).

البديل الثاني: هو الشركة في الربح مع المصنع "وذلك بأن يشتري المصرف بأموال المساهمين مواد خام... ثم يعطي المصرف هذه المواد الخام لأصحاب المصانع لتصنيعها... على أن يكون صاحب المصنع شريكاً للمصرف في ربح تلك السلعة بعد بيعها إما بالربح أو أقل أو أكثر، وهذه الصورة من الشركة في الأجر أجازها الحنابلة" (٣)، وقد سبق إيراد صورة مشابه لها في المغني لابن قدامة، ورجحنا جوازها شرعاً.

البديل الثالث: الشركة في الثمن "وهي أن يعطي المصرف المواد الخام لأصحاب المصانع لتصنيعها كما سبق على أن يكون صاحب المصنع شريكاً للمصرف في ثمن تلك السلع المصنعة... وهذه الصورة هي شركة الصانع وقد أجازها الحنابلة" (٤).

(١) انظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة للسالوسي ص ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبديل عنها ص ١٣٠.

(٣) بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبديل عنها ص ١٣١.

(٤) السابق ص ١٣٢.

البديل الرابع: " أن ينشأ المصرف المصانع إما بأموال الدولة أو أموال المساهمين، وبعد إنشائها يشارك المصرف العاملين بالمصانع في الأرباح حسب ما يتفقان عليه... وهذا النوع من الشركة قد أجازته بعض الفقهاء وهم الحنابلة قياساً على المزارعة والمساقاة" (١) .

وكذلك اقترح بديلاً عن عمل البنك الزراعي الذي يقرض المزارعين بالربا: " أن يتولي المصرف جميع النفقات التي تتطلبها الأرض، وليس على المزارع إلا عمل اليد، وهذه الشركة تسمى في الفقه الإسلامي بالمزارعة" (٢) .

واقترح بديلاً عن عمل البنك العقاري المشاركة في العقار " وبيان هذا أن يكون البنك شريكاً مع صاحب الأرض التي يراد البناء عليها، وإن كان المال مال الدولة كان البنك نائباً عنها، وإن كان المال مال الأفراد كان البنك نائباً عن هؤلاء الأفراد المساهمين، وكيفية الشركة في العقار أن تقدر قيمة الأرض الفضاء حسب السعر الحالي، ثم يدفع المصرف المال اللازم لبنائها، وتكون الشركة حسب رأس مال كل من الوكيل وهو المصرف وصاحب الأرض، ثم يقسم الربح الناتج من إيجار العقار حسب رأس مال كل منهما" (٣) .

كما اقترح على مستوى البلاد الإسلامية: " إنشاء صندوق إسلامي يتكون رأس ماله من أسهم، ثم تساهم فيه كل دولة مسلمة بشراء ما تستطيع من أسهمه... ثم تستغل تلك الأموال في مشروعات استثمارية، ومن أرباح الأموال المستثمرة تستطيع كل دولة محتاجة إلى قرض أن تأخذ ما هي في حاجة ماسة إليه من أرباحها إن وقت، وإلا كان الزائد ديناً عليها توفيه بعد فيما يستجد من أرباح" (٤) .

وهناك اقتراحات وتصورات كثيرة، يضيق المقام عن ذكرها المهم أن فكرة إيجاد البديل الإسلامي عن الأنظمة الربوية وتعميمه ليست خيالاً ولا أحلاماً، وإنما هي فكرة واقعية، تستمد واقعيته من أحكام الشريعة ومن تجارب الواقع .

(٢) السابق ص ١٤١ .

(١) السابق ص ١٣٨ .

(٣) بحث مقارن في المعاملات المصرفية والبديل عنها ص ١٤٤ .

(٤) ص ١٥٠ من الكتاب نفسه .

ولا يفوتنا - في هذا المقام - أن نذكر بأن السعي إلى إيجاد هذا البديل وتعميمه واجب الأمة الإسلامية - كل بحسبه - وهذا الواجب داخل في فريضة الحسبة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والجهاد الكبير الذي يستهدف كل ما يخالف شرع الله تعالى لتغييره بما يوافق المنهج السماوي المعصوم.

وليس من المبالغتة أن نقول: إن من أكبر الواجبات التي تدخل ضمن فريضة ﴿ وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ [الأنفال : ٦٠] ، أن يساهم المسلمون في بناء الاقتصاد الإسلامي من خلال عقود الاستثمار المشترك وأن يحققوا بهذه المشروعات الجماعية الكفاية والاكتفاء الذاتي للأمة الإسلامية؛ حتى تتأهل الأمة للتحرر من تسلط الأمم المشاققة لدين الله عز وجل .

ولنتذكر دائماً أن الإسلام دين ودولة، عقيدة وشريعة، وأن من أبرز خصائصه الشمول والعموم والبقاء، وهذا معناه أنه لا يمكن أن يجد في حياة الناس جديد ويعجز الإسلام عن التعامل معه، وإقراره إن كان صواباً وتصحيحه إن متلبساً بخطأ أو اعوجاج .

ولنتذكر كذلك: أن أبرز سمة لشريعة الإسلام هي الربانية، وأن الله تعالى أمرنا أن نكون ربانيين، ولن نكون كذلك إلا إذا كانت الشريعة الغراء هي المرجعية الوحيدة التي نهرع إليها في كل نازلة تنزل في أي زاوية من زوايا الحياة .
وما أنزل هذا الكتاب إلا ليحكم، وما نزلت هذه الشريعة إلا لتسود البلاد وتسوس العباد، ولا يسع المؤمنين بل لا يسع البشرية جمعاء إلا أن تتبع ما أنزل من رب العالمين دون غيره من الأنداد والشركاء، ﴿ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ ﴾ (٣) [الأعراف : ٣] .

OBELIKAN.COM