



مَجْلَدُ مَجْمُوعِ الْفُقَهَاءِ الْأَسْبَاغِيَّةِ

الدَّوْرَةُ الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ

الْعَدَدُ الرَّابِعُ عَشَرَ

الجزء الثاني

١٤٢٥ هـ = ٢٠٠٤ م



مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّوْرَةُ الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ

لِمَوْتَمِرِ مَجْمَعِ لِفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الْعَدَدُ الرَّابِعُ عَشَرَ

الْجِزءُ الثَّانِي

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

حُقُوقُ الطَّيِّعِ مَحْفُوظَةٌ

لمجمع الفقه الإسلامي
جدة

طُبِعَ هَذَا الْعَدَدُ عَلَى نَفَقَةِ
مَصْرَفِ قَطْرِ الْإِسْلَامِيِّ



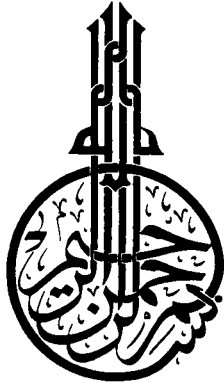
﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ
الْخَيْرَةُ مِنْ أَمْرِهُمْ ﴾

[الأحزاب : ٣٦]



قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كُلُّ أُمَّتِي يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ إِلَّا مَنْ أَبَى»
قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَنْ يَأْبَى؟ قَالَ: «مَنْ أَطَاعَنِي دَخَلَ
الْجَنَّةَ، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ أَبَى»

رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ



ثالثاً

عقد المقابلة

حقيقته، تكييفه، صورته

البحوث

- ١- بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي
- ٢- بحث الدكتور جاسم علي الشامسي
- ٣- بحث الدكتور محمد جبر الألفي
- ٤- بحث الدكتور قطب مصطفى سانو
- ٥- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي

● العرض والمناقشة

● القرار

عقد المقاولات

إعداد

أ.د. عجيل جاسم النشبي

الأمين العام للهيئة العالمية للزكاة

دولة الكويت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فاتحة البحث

الحمد لله نستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً. وبعد:

فلم تعد إجازة الأشخاص عاملاً يستأجر لسقي زرع أو حمل متاع، ولا أجييراً مشتركاً يخطط ثوباً أو يخرز نعلأً أو يصنع إناء، أو حتى عقاراً أو قصرأً مشيداً، بل أصبح الأجراء شركات عملاقة تبني عمائر تنطح السحاب، وحظائر ومصانع ضخمة تصنع الطائرات، والبواخر والغواصات، بعقود هي مقاولات واستصناعات.

ولما احتاج هذا الميدان إلى تنظيم العلاقات، وبيان حقوق والتزامات الأطراف قام القانون بتنظيم ذلك وتفصيله في غيبة الفقه الإسلامي أو تغييبه.

ولو حضر فلا والله ما هو بحائر، ولا جامع على قديم لا يناسب الحديث، وإنما عنده لكل جديد حكمه وبيانه، فما من حدث في قديم أو حديث أو مستقبل إلا وفي كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ حكمه وبيانه، إن بطريق مباشر أو غير مباشر، فسعة الفقه لا تضيق بمستجدات عصر مهما عظمت وتعقدت، ولو هي اليوم شركات عملاقة ترعى مقاولات وصناعات صغار أو كبار.

ولهذا اليوم العاصف بالمستجدات والصناعات والمكاسب قال الإمام الماوردي: المكاسب أربعة أوجه: نماء زراعة، ونتاج حيوان، وريح تجارة، وكسب صناعة.

أما الزراعة: فهي مادة أهل الحضر، وسكان الأمصار، والمدن.

وأما نتائج الحيوان : فهو مادة أهل الفلوات ، وسكان الخيام . . .

وأما التجارة : فهي فرع لمادتي الزرع والتاج . . .

وأما الصناعة : فقد تتعلق بما مضى من الأسباب الثلاثة ، وتنقسم أقساماً

ثلاثة : صناعة فكر ، وصناعة عمل ، وصناعة مشتركة بين فكر وعمل .

ولله در الماوردي ما أفهمه ، فإن هذه الوجوه الأربعة اليوم وغداً هي محل

المقالات والصناعات والمكاسب .

واليوم وقد هيا الله للأمة فقهاء مجتهدين في الوقاعات والمسائل

المستجدات ، فما من عذر أو اعتذار عن بيان الأحكام والأوصاف الشرعية لكل

مستجد ، ولكن ليس لهم التسرع في الحكم حتى ينظروا في تراث الفقه الحضاري

الزاهر ، فهم معنيون - قبل الاجتهاد - برفع اللثام للكشف عن ثغر الفقه المتفالج

للحسن الباسم ، الأخاذ بجماله وكماله ، المذخور بكنوز لا تقوم بثمان ، ولا تقدر

بعرّض ، ففيها من دقيق النظر والفهم ما يطرب ويُعجب ، وقلما يند مستجد اليوم

ليس لهم فيه سابق اجتهاد . وما لم يوجد فها هنا رجال اليوم أشباه ونظراء أولئك

الأفذاذ من الرجال ، والله الحمد والمنة .

هذا ، وإن البحث المذكور يعني بموضوع المقالة : حقيقتها ، وصورها ،

وحكم كل صورة ، وتكييفها ، وبيان الأحكام المتعلقة بها وبأطرافها ، وذلك في

أحكام الفقه الإسلامي ، وقواعده وضوابطه ، وما احتاج إلى بيانه في القانون

نذكره في اتحاد الحكم أو اختلافه ، ليظهر من ذلك وجه المقارنة ، وفيه فوائد

وإشارات جديدة بالاعتبار .

وسأقسم البحث إلى مباحث :

المبحث الأول : المقالة والإجارة .

المبحث الثاني : صور عقد المقالة .

المبحث الثالث : عقد المقالة والاستصناع .

المبحث الرابع : غرامة التأخير .

المبحث الخامس : الأجرة وأحكامها .

المبحث السادس : عقد المقاولة من الباطن .

المبحث السابع : التعديل والإضافات في عقد المقاولة عند فقهاء الشريعة والقانون .

المبحث الثامن : ضمان المقاول واشتراط البراءة .

المبحث التاسع : توقيت خيار العيب ومدته .

* * *

المبحث الأول المقابلة والإجارة

تعريف المقابلة:

تعريفها لغةً:

هي من مادة: قول، قال يقول قولاً ومقالةً، وتقاولاً، أي: تفاوضاً، وترد قال بمعنى: تهيأ للفعل واستعد، وقال؛ بمعنى: غلب، ويسمى المَلِك قِيلاً؛ لأنه إذا قال قولاً نفذ قوله^(١).

وفي المعجم الوسيط: المقابلة اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة.

والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء أو إصلاح طريق^(٢).

تعريف عقد المقابلة في القانون:

المقابلة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر^(٣).

ويتبين من هذا التعريف أن لعقد المقابلة خصائص؛ أهمها ما يلي:

(١) المصباح المنير؛ ومختار الصحاح؛ ولسان العرب، مادة: قول؛ والقاموس المحيط: ٤١/٤؛ وتهذيب اللغة: ٣٠٧/٩.

(٢) المعجم الوسيط: ٧٧٣/٢.

(٣) القانون المدني المصري، مادة (٦٤٦)؛ وهو ذاته في القانون المدني السوري، مادة (٦١٢)؛ والليبي، مادة (٦٤٥)؛ والعراقي، مادة (٨٦٤). ويختلف التعريف في القانون المدني الكويتي، مادة (٦٦١)؛ الوسيط للسنهوري، المجلد الأول: ٦/٧.

١ - عقد المقاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضات .

٢ - يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين اثنين : الشيء المطلوب صنعها ، أو العمل المطلوب تأديته من المقاول ، وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر .

٣ - انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدي الإيجار والعمل .

فقد عقد المقاولة يرد على العمل ، بينما عقد الإيجار يرد على منفعة الشيء ، وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته .

فقد عقد المقاولة وعقد العمل ، وإن كان كل منهما يرد على العمل إلا أن الفارق يظهر جلياً في أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين يختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر وبخاصة في تحمل التبعة ؛ حيث يتحملها المقاول ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ، ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل ، والإجازات ، وتقدير الأجر ، وضمانات وإصابات العمل ، وما إلى ذلك مما يذكر في عقد العمل الفردي فهذه التشريعات تسري على العامل دون المقاول .

ومما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل أيضاً : أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما ، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ، ولا يكون هذا الأخير مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبرع عن التابع ، أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج ، ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما ، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ، ويكون هذا الأخير مسؤولاً

عنه مسؤولية المتبوع عن التابع . ومن هنا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل، إذ لا يتمتع بالمزايا الكثيرة التي يمنحها القانون للعامل والتي هي نتيجة تبعية العامل لرب العمل .

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقّاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولاً، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل، لا يخضع لإشرافه ولا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور في العقد، وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب، أو بحسب مقدار الوقت . ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقاولاً، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب، أو بحسب كمية الإنتاج .

كما أن عقد المقاولة يختلف عن عقد الوكالة، فهما يتفقان في أن كلياً منهما عقد يرد على العمل، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد المقاولة هو عمل مادي، أما العمل في عقد الوكالة فهو تصرف قانوني، ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه، وإنما يعمل استقلالاً، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً عنه، ويمثله في التصرف الذي يقوم به، فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .

وتظهر أهمية التفرقة بينهما في النواحي العملية، فالمقاولة تكون دائماً مأجورة، أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة، والمقاول لا يخضع لإشراف رب العمل ولا يكون تابعاً له، فلا يكون رب العمل مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع، أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفي هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع .

وأيضاً فإن المقاولة في الأصل: عقد لازم، أما الوكالة فهي في الأصل: عقد غير لازم، ويجوز عزل الوكيل أو تحيته في أي وقت . وأيضاً فإن المقاولة لا تنتهي بموت رب العمل، أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار،

وتنتهي الوكالة بموت الموكل، أو بموت الوكيل^(١).

الإطار القانوني العام لعقد المقاولة:

يلزم قبل الشروع في بيان المقاولة وما يتعلق بها من أحكام فقهية؛ الوقوف على الإطار العام الذي نظم فيه القانون (المقاولة) باعتبارها مصطلحاً قانونياً، وهذا الإطار يهيئ لنا معرفة عامة بحجم الموضوع وأهميته، وأهم مفاصله التي ينبغي أن نتكلم فيما يقابلها شرعاً قبولاً أو رفضاً، أو تقييداً، أو تأسيساً جديداً. ونختار الإطار العام لعقد المقاولة في القانون المصري باعتباره المغذي الأساسي لغالب القوانين العربية.

عَلِمْنَا أن المقاولة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً. فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل. والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافاً بيناً، ويتنوع تنوعاً كثيراً. ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواحٍ مختلفة: من ناحية طبيعة العمل، ومن ناحية حجمه، ومن ناحية نوعه.

فمن ناحية طبيعة العمل: قد يكون العمل غير متصل بشيء معين، بل هو مجرد عمل، كتنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك. وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين، وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده، أو من عند رب العمل، والحائك يخيّط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل، والبنّاء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل. وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه، وكحائط يدهنه، وكأثاث يجدهه، وكسيارة يصلحها.

(١) انظر: فروقات أخرى في الوسيط للسنهوري، المجلد الأول: ٦/٧ وما بعدها.

ومن ناحية حجم العمل: تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة. فالأعمال التي تقدّم بيانها فيها الكبير وفيها الصغير. فعمل التجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها؛ تكون غالباً من المقاولات الصغيرة وتتدرج مع ذلك في أهميتها. أما المقاولات الكبيرة، فهي عادة: تشييد المباني، والمنشآت الثابتة الأخرى، والمشروعات الكبيرة؛ كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطائرات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر.

ومن ناحية جنس العمل: هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره، فهناك مقاولات البناء؛ وهي من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة (المقولة) انصرفت إليها. وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقولة منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات. وهناك التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر، وعقد الإعلان، وعقود المهن الحرة، وعقد النظارة. وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها.

وقد قسم التقنين المدني النصوص المتعلقة بعقد المقولة إلى قسمين:

في القسم الأول: أورد القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات، ومنها مقاولات البناء. فبعد أن عرّف المقولة، عرض للالتزامات المقاول في حالتي ما إذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً، أو تعهد بتقديم العمل فقط. وأورد بنوع خاص القواعد المتعلقة بمسؤولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن عن خلل البناء في مدة عشر سنين، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسؤولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسؤولين، وانتفاؤها بالقوة القاهرة، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها، وسقوطها بالتقادم. ثم عرض للالتزامات رب العمل، في حالتي ما إذا أبرم عقد المقولة بمقتضى مقياسه على أساس الوحدة، أو أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع المقاول. وقرر للمهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقياس، وآخر عن إدارة الأعمال. ثم عرض بعد ذلك للمقولة من الباطن، فأجاز للمقاول أن يكل تنفيذ

العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن، وحدد العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي، والمقاول من الباطن، وجعل للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل دعوى مباشرة يطالبون بها رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى. ثم عرض أخيراً لانتهاء المقابلة، فأجاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، ويقف التنفيذ في أي وقت على أن يعوض المقاول جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. وجعل المقابلة تنتهي باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، وبهلاك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، وبموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد.

وفي القسم الثاني: أورد التقنين المدني القواعد المتعلقة بنوع خاص من المقاولات؛ هو التزام المرافق العامة، فنظم العلاقة التي تقوم بين ملتزم المرفق العام وعميله، وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، وجعل لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق^(١).

تعريف المقابلة في الفقه الإسلامي:

لم يستخدم الفقهاء لفظ (مقابلة) للدلالة على مضمونه في القانون والعرف المعاصر، وإنما عبّروا عن مضمون المقابلة بالإجارة - كما سيأتي بيانه - والعبرة للمعاني لا للألفاظ، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ومع هذا فإن الناظر إلى المعنى الاصطلاحي المعاصر للمقابلة لا يجده بعيداً عن المعنى اللغوي، فإن المقابلة لغة: هي المفاوضة، ولا يتم عقد المقابلة

(١) الوسيط للسنيوري، المجلد الأول: ٣٢/٧ بتصرف يسير.

إلا بعد تفاوض حول الأجر والعمل، والمتعاقدان في المقابلة وغيرها يلتزمان بمقتضى قولهما، ولذا يقال لملوك حمير: الأقيال، وإنما سموا بذلك لأنهم إذا قالوا قولاً نفذوه - كما سبقت الإشارة إليه - وهو شأن المتعاقدين في المقابلة؛ إذ يلتزم كل منهما بمقتضى قوله، فقد تعهد المقاول بأداء عمل أو صنع شيء، والتزم رب العمل بدفع الأجر، وإذا انعقد العقد كان لكل واحد من المتعاقدين في المقابلة إيجاب الآخر على تنفيذ ما التزم به، ولذا أتت (قال) بمعنى (غلب)، والمقاول لا شك يتهاون ويستعد للقيام بما التزم به من أعمال، ويتهاون رب العمل لدفع الأجر، وهذا يتناسب مع (قال) التي بمعنى التهيؤ للأفعال^(١).

تعريف الإجارة في الفقه، المساوية للمقابلة في القانون:

المقابلة: نوع من أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي، وهي الإجارة على العمل، وعليه فالإجارة أعم من المقابلة.

ولتحرير معنى الإجارة التي هي مقابلة؛ نحتاج إلى تعريف الإجارة عموماً، ثم بيان أنواعها، وتخصيص ما هو مقابلة بالذكر.

تعريف الإجارة:

عرّف فقهاء المذاهب الإجارة بتعاريف متعددة متقاربة في ألفاظها ومعانيها، غاية ما فيها من اختلاف إدخال بعضها الشروط في التعاريف، ولعل أجمعها تعريف المالكية، وهو: تملك منفعة معلومة بعوض معلوم^(٢).

أنواع الإجارة وما يعتبر منها مقابلة:

يقسم الفقهاء الإجارة بحسب ما يؤجر، فيتكلمون عن أنواع: النوع الأول

(١) لسان العرب؛ وعقد المقابلة في الشريعة والقانون: ١١/١، للدكتور أحمد عبد الكريم العناني.

(٢) جواهر الإكليل، لصالح عبد السميع الأبي: ٢٧٦/٢؛ والدسوقي على الشرح الكبير، ص ٢١٤؛ وبدائع الصنائع للكاساني: ١٧٤/٤؛ والمبسوط، للسرخسي: ٧٤/١٥، وحاشية قلوبوي وعميرة: ٦٧/٣؛ والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي: ٧/٦؛ ومنتهى الإرادات.

إجارة الأراضي والدور والمباني. كما يتكلمون عن إجارة الحيوان وهو النوع الثاني، وأما النوع الثالث فهو إجارة الأشخاص، وهذا النوع هو محلّ النظر باعتبار أن عقد المقاوله لا يخرج عنه، إذ هو وارد على العمل.

أنواع الإجارة على العمل:

وتتنوّع إلى نوعين: الأول وهو ما يشترط فيه على الأجير أن يعمل فيه بنفسه، لأن محل العقد العمل من شخص بعينه، ومقصود رب العمل قيام الأجير بعينه بالعمل.

والنوع الثاني: ما لا يشترط فيه على الأجير أن يقوم بالعمل بنفسه، بل له أن يقوم بالعمل بواسطة أجراءه.

أقسام إجارة الأشخاص:

يقسم الفقهاء إجارة الأشخاص إلى قسمين، أو صورتين: أجير خاص، وأجير مشترك، وهذا الأخير هو الصورة الأولى للمقاوله - كما سنبينه -.

أولاً - الأجير الخاص: وهو من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً، ويكون عقده لمدة، ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة؛ لأن منافعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد. كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة يوماً أو شهراً. وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. ويلزم في إجارة الأجير الخاص تعيين المدة، لأنها إجارة عين المدة، فلا بدّ من تعيينها، لأنها هي المعينة للمعقود عليه، والمنفعة لا تعتبر معلومة إلا بذلك.

قال السرخسي: أجير الواحد من يكون العقد وارداً على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة، أو بذكر المسافة، ومنافعه في حكم العين، فإن صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من إيجابها لغيره.

وينبغي أن تكون المدة مما يغلب على الظن بقاء الأجير فيها قادراً على العمل. وليس للأجير الخاص أن يعمل لغير مستأجره إلا بإذنه وإلا نقص من أجره بقدر ما عمل، ولو عمل لغيره مجاناً أسقط رب العمل من أجره بقدر قيمة ما عمل.

والأجير الخاص أمين، فلا يضمن ما هلك في يده من مال، كما لا يجوز له أن يكلف غيره بإنجاز ما استأجر لأجله؛ لأن العقد وقع على منفعه نفسه لا على عمل غيره.

والأجير الخاص لا يضمن ما في يده لأنه أمين، فلا يضمن ما يهلك في يده، أو ما يهلك بعمله، ما لم يكن بالتعدي أو التقصير، أما أنه لا ضمان عليه لما تلف في يده من مال، فلأن العين أمانة في يده لأنه قبضه بإذن رب العمل، وأما ما هلك بعمله فإن المنافع تصير مملوكة للمستأجر، لكونه يعمل في حضوره، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير نائباً منابه، ويصير فعله منسوباً إليه، كأنه فعله بنفسه، فلهذا لا يضمن.

وقال المالكية: لا يضمن ولو شرط عليه الضمان، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، ومنهم ومن الشافعية من قال: إنه يضمن لقول الشافعي: الأجراء سواء، وذلك صيانة لأموال الناس، وكان يقول: لا يصلح الناس إلا ذاك^(١).

ويظهر مما ذكر أن الأجير الخاص يختلف عن المقاول، إذ الأجير الخاص تحت نظر ومسؤولية وإشراف رب العمل، فهو تابع له، ويده يد أمان، وهذا كله بخلاف المقاول - كما سيأتي -.

* * *

(١) المسوط: ٨٠/١٥؛ والهداية: ٢٤٦/٣؛ والدسوقي: ٢٣/٤؛ والشرح الصغير: ٤١/٤؛ ونهاية المحتاج: ٣٠٨/٥؛ والمغني والشرح الكبير: ١١٧/٦ و١٣٠؛ والموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٨٩/١.

المبحث الثاني صور عقد المقاولة

لا يثور أي لبس في تحديد طبيعة العقد إذا كان المقاول يتعهد بموجبه أن يقدم عمله فقط، على أن يقدم رب العمل الأرض التي سيقام عليها البناء، والمواد والخامات التي سيستخدمها المقاول في تنفيذ المبنى، إذ في هذا الفرض يكون العقد، وعلى العكس إذا كان المقاول يقدم العمل والمواد والأرض أيضاً، بمعنى أنه يتعهد بأن يبني على أرض يملكها وبمواده وأدواته بناء يتعهد بأن ينقل ملكيته بعد إنجازه مع الأرض، إلى رب العمل، فإنه لا جدال في تكييف هذا العقد بأنه بيع للأرض في حالتها المستقبلية، أي: بيع للعقار في مجموعه بعد البناء.

أما إذا كان يقدم العمل والمواد فقط، بمعنى أنه يتعهد بأن يقيم بناء بمواد من عنده على أرض مملوكة لرب العمل، فإن طبيعة العقد في هذا الفرض قد تتردد بين البيع والمقاولة. وفيما يلي بيان هذه الصور:

الصورة الأولى لعقد المقاولة: تقديم المقاول (الأجير المشترك)

العمل:

الأجير المشترك: هو كما قال السرخسي: من يكون عقده وارداً على عمل هو معلوم ببيان محله؛ لأن المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة، ولا يتمتع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في ذمته، وهو نظير السلم مع بيع العين.

أو هو كما قال الدردير: هو من نصب نفسه لعموم الناس. مثل: الصباغ والخياط والقصار والحداد، فالأجير المشترك هو من يستأجر لعمل معين لم يجعل الزمن معياراً له، ولم يختص به شخص معين أو أشخاص معينون، ومعنى

ذلك : أن كل أجير يجوز له أن يتقبل العمل من كثير من الناس في وقت واحد ، سواء أعمل لشخص واحد فعلاً أم عمل لكثير ، وسواء جعل الزمن معياراً لعمله عند الحاجة إلى ذلك ، بأن يكون العمل مما يمتد كرعي الغنم ، أو لم يجعل الزمن معياراً له ، كالاستتجار على إصلاح آلة معينة ، وذلك كالمحامي ، والمهندس والبنّاء والحّمّال إذا لم يقصروا على العمل - وإن كان عملهم لشخص واحد - وما داموا لم يمنعوا من أن يعملوا لغيره ، ويتعاقدوا معه على ذلك ، كمن استأجرته ليقوم بإصلاح مباني منزلك ، ولكن إذا اشترطت عليه في العقد ألا يقوم بعمل لغيرك في هذا الوقت كان فيه أجيراً خاصاً غير مشترك^(١) .

تكيف عقد المقاولة :

ظهر مما ذكر أن الأجير المشترك هو المقاول ، ومحل العقد هو العمل . فقد تبين أن العقد في الأجير المشترك وارد على العمل الموصوف ، أو الأثر والوصف الذي يحدثه العامل في العين بعمله ، مقابل أجر ، وهذا هو عقد المقاولة في القانون المعرف بأنه : عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً ، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر - كما سبق - . وتظهر ماهية عقد المقاولة أكثر حين المقارنة بين الأجير الخاص والأجير المشترك .

أوجه الاختلافات الفقهية بين الأجير الخاص والأجير المشترك :

بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين الأجير الخاص والمشارك ، تميز الأجير المشترك ، وتظهر مدى مطابقته للمقاول وعقد المقاولة ، إذ المقاولة بينهما تقابل المقاربة القانونية بين المقاولة والإجارة على العمل إجارة العامل .

أولاً - المعقود عليه في إجارة العامل :

المعقود عليه بالنسبة للأجير المشترك هو العمل أو الأثر والوصف الذي

(١) المبسوط : ٨٠ / ١٥ ؛ وجواهر الإكليل : ٢ / ٢٨٥ ؛ وحاشية قليوبي وعميرة : ٣ / ٨١ ؛ والمغني والشرح الكبير : ٦ / ١١٨ .

يحدثه العامل في العين بعمله، ولذا لا يحتاج إلى ذكر مدة له إلا إذا كان عملاً ممتداً كرعي الغنم، فيحتاج حينئذ إلى ذكر المدة لتقديره، أما إذا كان مما لا يمتد فلا يحتاج إليها، وإذا ذكرت معه كان ذكرها للاستعجال فقط. ويستحق المستأجر هذا العمل على الأجير ويثبت ديناً في ذمته. كثبوت الدين في ذمة المدين، ولذا لا تزدهم بكثير الأعمال، كما لا تزدهم بكثير الديون، ويلزم بالقيام به نتيجة للعقد، ويستوجب الأجر بعمله.

والمعقود عليه بالنسبة للأجير الخاص منفعته في المدة المبيّنة بالعقد، وإن شئت قلت: نفس الأجير أو وقته، ولذا يستحق الأجرة بتسليمه نفسه في المدة، وإن لم يعمل شيئاً كالموظف يستحق مرتبه إذا ما ذهب إلى محل عمله، وإن لم يجد عملاً يقوم به، وكالطاهي يستحق أجرته وإن لم يحضر له المستأجر ما يطهوه من الطعام، واستحقاقه لها يكون بحسب المدة لا بحسب العمل الذي يقوم به فيها.

ثانياً- استحقاق الأجرة:

إذا سلم الأجير الخاص نفسه في مدة الإجارة استحق الأجرة وإن لم يعمل، متى كان متمكناً من أن يقوم بعمله وإن منعه منه المستأجر. فإذا سلم نفسه مريضاً لا يستطيع عملاً لم يستحق أجرته.

وليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجرة المدة كلها وإن استغنى عنه فيها، بل يجب عليه أداؤها إليه متى لم يكن بالأجير عذر يجيز للمستأجر فسخ الإجارة كالمرض مثلاً.

أما الأجير المشترك فلا يستحق أجرة إلا بالعمل وعلى حسبه كما تقدم. ولا بد لاستحقاقه الأجر من تسليم عمله إلى المستأجر، فإذا تلف عمله قبل التسليم لم يستحق أجراً عليه، وذلك كخياط خاط ثوباً ثم فتقت خياطته قبل تسليم الثوب إلى مالكة فلا يستحق عليها الأجرة إلا إذا أعادها.

ثالثاً- بيان المدة في إجارة العامل:

إذا لم تعين مدة الإجارة للأجير الخاص فسد العقد في جميع الأحوال؛ لأن

الزمن معه معيار لما يطلب منه من منفعة، فعند عدم ذكره يكون محل العقد مجهولاً جهالة تفضي إلى النزاع فيفسد العقد، بخلاف الأجير المشترك، فإن تحديد مدة له قد يكون لتقدير المنفعة المطلوبة إذا كانت تمتد أزماناً، وعندئذ يجب ذكرها وإلا فسد العقد للجهالة، وقد يكون للاستعجال إذا كانت لا تمتد، كخياطة الثوب وخبز كيلة من الدقيق.

رابعاً- إنابة الأجير غيره :

لا يجوز للأجير الخاص في جميع أحواله أن يكلف غيره بإنجاز ما استؤجر لأجله، لأن العقد وقع على منافعه نفسه لا على عمل غيره، ويجوز للأجير المشترك إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه أن يكلف غيره بذلك العمل، لأن العقد وقع على العمل نفسه، سواء قام به الأجير أم قام به غيره بتكليف منه، ويكون حينئذ ضامناً لما يتلف في يد من كلفه - على خلاف في هذا - .

خامساً- عمل الأجير لغيره من استأجره :

لا يجوز للأجير الخاص أن يعمل لغير المستأجر في وقت العمل، فإذا عمل نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن في هذا العمل؛ لأن منفعته في ذلك الزمن ملك المستأجر، بخلاف الأجير المشترك فإنه يجوز أن يعمل لكل من يطلب منه العمل^(١).

سادساً- يد الأجير الخاص كيد رب العمل :

وعلى الأجير أن ياتمر بأوامره لأنه ملك منفعته خلال المدة.

أما الأجير المشترك فيعمل مستقلاً عن رب العمل، ولا ياتمر بأوامره وليس عليه إلا أن يحصل العمل في الذمة وفقاً للمشترط في العقد، وما يقتضيه العرف، ولا يعد نائباً عن رب العمل، ومنافعه ليست مملوكة لرب العمل.

(١) المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف بتصرف يسير، ص ٤٤٣؛ وانظر تفصيلاً: السرخسي: ١٥/ ٨١؛ والهداية: ٣/ ٣٤٤؛ والبدايع: ٦/ ٢٦٣.

سابعاً- الأجير الخاص لا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر أو فرط :

لأن المستأجر يختص بمنافعه، ولا يعمل إلا له، ويده كيده وهو نائب عنه، فتكون يده يد أمانة كالغائب والوكيل .

أما الأجير المشترك فإنه التزام تحصيل العمل على السلامة؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب، وقد اختلف الفقهاء في تضمينه إذا لم يتعدَّ أو يفرط - كما سنبينه - .

وعلى هذا فإذا كان العمل المعقود عليه عملاً موصوفاً في الذمة كنا بصدد عقد مقاوله، أما إذا كان العقد مع أجير على أن يعمل لدى المستأجر مدة معينة كان العقد عقداً مع أجير خاص، والمسمى عند القانونيين بعقد العمل .

ثامناً - العمل المعقود عليه في المقاوله معلوم علمناً نافعاً للجهاالة، وقاطعاً للمنازعة :

ويكون ذلك عن طريق بيان صفاته، وما يميزه عن غيره، ومقصود رب العمل هو تحصيل العمل المعقود عليه ليس إلا، أما العمل المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص فليس معلوماً من كل الوجوه، فيكفي أن يستأجره للبناء يوماً أو شهراً أو سنة، أو نحو ذلك دون بيان لما يبنيه وكيفيته، ومقصود رب العمل ليس تحصيل عمل محدد، وإنما مقصوده عمل الأجير لديه في البناء مثلاً مدة محددة^(١) .

ومن هذا يتبين الفرق بين المقاوله في القانون، والمقاوله في الفقه الإسلامي، وينجلي تكييفه الشرعي، فما يطلق عليه في القانون مقاوله هو في الفقه الأجير المشترك، إذا كان محل العقد عملاً موصوفاً في الذمة، وما يسمى بعقد العمل في القانون هو عقد الأجير الخاص في الفقه . فالفقهاء نظروا في معيار

(١) عقد المقاوله في الشريعة والقانون، للدكتور أحمد العناني: ١١٢/١، وما بعدها بتصرف يسير؛ وانظر تفصيلاً: السرخسي: ٨١/١٥؛ وجواهر الإكليل: ٢٧٦/٦؛ وقلوبي وعميرة: ٨١/٣؛ والمغني والشرح الكبير: ٤٦٤/٦؛ والموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٩٥/١ .

التفرقة بين عقد المقاولة - الأجير المشترك - وبين عقد العمل - الأجير الخاص - إلى العمل المعقود عليه . فإما أن يكون موصوفاً في الذمة فيكون مقاولة ، أو غير موصوف في الذمة ، بل ملك المستأجر وحده منفعة الأجير مدة معينة فيكون عقد أجير خاص .

والقانونيون ارتضوا في معيار التفرقة تبعية العامل لرب العمل ، فيكون عقد عمل . وعدم تبعيته والإشراف عليه من رب العمل حتى يكون مقاولة .

وعند التدقيق فإن معيار الفقهاء أدق . حيث إن التبعية غير منضبطة فهناك نوع تبعية وإن لم تكن قانونية ، فربُّ العمل هو من يرجع إليه في كثير من الأعمال قبل العمل وأثناءه ، وله صلاحيات تجاه المقاول كما أن عليه واجبات ، ويرجع إليه المقاول في التعديل أو التغيير والزيادة ونحوه ، «وأيضاً فإن معيار الاستقلال وعدم الخضوع لأوامر رب العمل وتعليماته الذي أخذ به القانون ؛ هذا لازم من لوازم العقد على عمل موصوف في الذمة ، إذ إن العقد على عمل موصوف في الذمة يقتضي هذا الاستقلال ، ولا يخضع الأجير إلا لما يمليه عليه العقد . وعلى هذا فإذا كان المعقود عليه عملاً موصوفاً ، كان الأجير أجيراً مشتركاً ، والأولى الأخذ بهذا المعيار ، وإن كان معيار فقهاء القانون يعد صحيحاً أيضاً لأنه لازم من لوازم العمل الموصوف في الذمة ، فإذا قيل : بأن الأجير يعمل في استقلال ولا يلتزم بأوامر رب العمل دل ذلك على أن المعقود عليه عمل موصوف في الذمة»^(١) . أما معيار العمل الموصوف ، فإنه معيار منضبط يحدد في العقد كل ما ينفي الجهالة والغرر .

الصورة الثانية: تقديم المقاول (الأجير المشترك) العمل والمادة:

وهي صورة من صور المقاولة ، فالمقاولة الواردة على العمل ، يقدم المقاول عمله ، ولكن قد يقدم مع العمل مادة ، فهل يكون هذا العقد مقاولة ، أو بيعاً ، أو مقاولة وبيعاً؟ .

(١) عقد المقاولة في الشريعة والقانون ، للدكتور أحمد العناني : ١ / ١١٥ .

اختلف فقهاء القانون في ذلك؛ قال السنهوري: قد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبةً أو أثاثاً، ويقدم النجار الخشب من عنده، وهذا ما يحصل في الغالب. ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده. والرسام يقدم عادة القماش والمادة التي يصور بها، فيتعاقد على المادة والعمل معاً. وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة، فيتعاقد على العمل والمادة معاً. فهل يبقى العقد في الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاول، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار، والثوب بالنسبة إلى الحائك، والصورة بالنسبة إلى الرسام، والسفينة بالنسبة إلى صانعها^(١)؟.

انقسمت الآراء في هذه المسألة، فرأي يذهب إلى أن العقد مقاول دائماً، والمادة ليست إلا تابعة للعمل. وتكون المقاول في هذه الحالة ملزمة للمصانع بصنع الشيء المطلوب فتقع على العمل، وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته إلى رب العمل، ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاول، إذ إن «تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع، فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، وكذلك

- (١) للقول بأن العقد مقاول أو بيع شيء مستقبل أهمية عملية تتبين في الوجوه الآتية:
- أ- يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاول، ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول. أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة.
 - ب- في البيع تسري الفوائد عن الثمن من يوم إعدار المشتري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، أما في المقاول فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة.
 - ج- للبايع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً، أما في المقاول فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها.
 - د- في البيع لا بد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلاً، أما في المقاول فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاول باطلة ووجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول.

المقابلة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول» .

والقول بأن المقابلة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقابلة يجعل للمقابلة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقابلة قد ترد على الملكية فتنتقلها، وهي إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر واختلطت بعقد آخر . وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً، أو إلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود .

وإذا كان صحيحاً أن المشرع في نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شيء يقدم فيه العمل والمادة (م ٦٤٧/٢ مدني) من القانون المصري فقد ورد فيها صورتان للمقابلة، فنصت في فقرتها الأولى على أنه: «يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله، فهذا يتمخض عقد مقابلة»، والفقرة الثانية تقول: «كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً». وأنه في هذه الحالة يكون مسؤولاً عن جودة المادة، وعليه ضمانها لرب العمل، فليس معنى ذلك أن المقابلة تبقى مقابلة محضة في هذه الظروف، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقابلة بعقد آخر هو الذي يقع على المادة دون العمل، ويصح القول مع ذلك: إن المقاول هو الذي قَدَّم المادة، ويكون له بذلك دوران: دور البائع الذي قَدَّم المادة، ودور المقاول الذي قدم العمل .

ورأي ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل؛ وهذا الرأي لا يدخل في الاعتبار أن المقاول إنما تعاقده أصلاً على العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل . ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد . وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكفي على أنه بيع، لا لشيء مستقبل، بل لشيء حاضر .

ورأي ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقابلة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة

المادة إلى قيمة العمل . فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة، كالرسم يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه، والألوان التي يرسم بها، وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام، فالعقد مقاولة . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة، فالعقد بيع^(١) . وهذا هو الرأي الذي ذهب إليه السهوري وقال: إن الأمر ظاهر في المثليين المتقدمين، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل في السيارة التي تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً، ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل، حتى لو كانت أقل قيمة منه، وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث، والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب، ويصبح العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتطبق أحكامها عليه^(٢) .

(١) وتنص المادة (٢/٦٥٨) من تقنين الواجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استصناع» . - أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب؛ فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية، أي بعد أن يقام عليها المبنى .

ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول: بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداءً، وعقد بيع انتهاءً، فهو مقاولة قبل أن يتم صنع الشيء، فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده .

(٢) ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة: أن الشيء المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد تمام صنعه تطبيقاً لأحكام البيع، فإذا استولت عليه الإدارة كان التمييز مستحقاً لرب العمل لا للصانع، وإذا هلك الشيء المصنوع قبل التسليم فالهالك على الصانع، وذلك تطبيقاً لأحكام البيع التي تجعل تبعه الهالك قبل التسليم على البائع، وتتفق هذه الأحكام هنا مع أحكام المقاولة؛ إذ الهالك على المقاول قبل =

وعلى هذا للمقابلة صورتان في القانون :

الأولى : إذا تعهد المقاول بتقديم العمل .

والثانية : إذا تعهد بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها .

اجتماع المقابلة والبيع في الفقه الإسلامي :

ظاهر أن المقابلة عقد يرد على العمل ، والبيع عقد يرد على الأعيان والمنافع ، وقد تجتمع المقابلة أو الأجير بالعمل مع البيع بأن يقوم الأجير بالعمل بتقديم عين من الأعيان ، فالعقد مع الكحال على أن يكحل عين مريض في مقابل أجر ، ويقوم بكحل المريض بكحل من عنده . والعقد مع الصباغ على صبغ ثوب في مقابل أجر ، ويقوم بصبغ الثوب بصبغ من عنده ، والخياط يخيط الثوب بخيط من عنده ، ففي هذه المسائل ورد عقد الإجارة على العمل ومع هذا فإنه تضمن نقل ملكية عين من الأعيان إلى المستأجر ، فالكحل يملكه المريض بالوضع في عينه ، والصبغ يملكه صاحب الثوب ، والخيط يملكه صاحب الثوب المخيط ، وهكذا^(١) .

وقد اختلف الفقهاء في مثل هذا على خمسة أقوال :

= التسليم ، ولكن الصانع يضمن العمل الذي أنجزه ضمان المقاول ، وتسري هنا أحكام المقابلة لأحكام البيع .

وهناك رأي يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقابلة ولا بيعاً ، بل هو عقد غير مسمى ، ولا مانع من القول : بأن هناك عقداً له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ، ولكن ذلك لا يعني أنه عقد غير مسمى ، فاسمه معروف وهو (عقد الاستصناع) ، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمقابلة . راجع في هذا كله : الوسيط للسنهوري ، المجلد الأول ، ٢٣ وما بعدها ؛ ومسؤولية مهندسي ومقاولي البناء للدكتور محمد فتحي سرور ، ص ٢٤ وما بعدها .

(١) عقد المقابلة في الشريعة والقانون للدكتور أحمد العناني : ٤٢/١ ؛ وللتفصيل :

الهداية : ٣٣٢/٣ ؛ والمبسوط : ٩٩/١٥ ؛ وحاشية الدسوقي والشرح الكبير :

٢١٦/٤ ؛ وجواهر الإكليل : ٢٧٦/٢ ؛ وحاشية قليوبي وعميرة : ٧٧/٣ ؛ والمغني مع

الشرح الكبير : ١٣٩/٦ .

الأول: أن المعقود عليه العمل، ويأتي استهلاك العين تبعاً، فالمعقود عليه هو الوصف الذي يحدث في المحل. وهذا هو مذهب الحنفية، فقد نصوا على أن المعقود عليه هو العمل، ولا سبيل إلى تحصيل هذا الوصف إلا باستهلاك الصيغ المملوك للصباغ - في مثال الصباغ - لأن الصيغ آلة العمل، وهي مستحقة على الصباغ. بمنزلة الحوض والصابون في عمل الغسال، فلا يصير صاحب الثوب مشترياً للصيغ، أو لأن العين المقدمة تابعة للعمل ومتعارف عليها، كما لو استأجر إسكافاً بأجر مسمى على أن يخرز له خفين بصفة معلومة على أن يفعله الإسكاف وييطنه، ووصف له البطانة والنعل؛ فهو جائز لأنه متعارف عليه. . . ولا يتأتى الرد في البطانة والنعل منفرداً عن الأصل، ثم البطانة والنعل بيع في هذا العقد، والمقصود هو العمل^(١).

كما ذكر السرخسي هذه الصورة للمقابلة في ذكره النوع الثالث من أنواع البيوع؛ حين قال: اعلم أن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمان، وبيع دين في الذمة بثمان، وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبع، وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصيغ بيع فيه، وبيع عن شرط فيه العمل وهو الاستصناع، فالمستصنع فيه مبيع عين^(٢).

الثاني: أن العقد جمع بين إجارة وبيع ولكل حكمه، فيعد الصباغ بائعاً لمادة الصيغ، أجيراً في منفعة يده، فلا تفسد الإجارة ولا يفسد البيع لجواز اجتماعهما كشرائه ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو جلدأ على أن يخزعه. ويشترط حينئذ شروعه أو ضرب أجل الإجارة^(٣).

وفي المدونة ما هو صريح في هذا النوع من المقابلة: قلت: أرأيت إن استأجرت رجلاً على أن يبني لي داري على أن الجص والآجر من عند الأجير؟ قال: لا بأس بذلك. قلت: وهو قول مالك. قال: نعم، قلت: لِمَ جَوَّزه مالك؟

(١) السرخسي: ٩٢/١٥.

(٢) المرجع السابق: ٨٤/١٥.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ص ٥١٤.

قال: لأنها إجارة وشراء جص وأجر صفقة واحدة. قلت: وهذا الأجر لم يسلف فيه، ولا هذا الجص، ولم يشتر شيئاً من الأجر بعينه، ولا من الجص والأجر، فلمَ جَوَّزه مالك؟ قال: لأنه معروف عند الناس، ما يدخل في هذه الدار من الجص والآجر، فلذلك جَوَّزه مالك^(١).

وقد قَسَمَ ابن القاسم السلم في الصناعات أربعة أقسام، ثانيها وثالثها من باب اجتماع البيع والإجارة على العمل، وهما جائزان عند المالكية كما سبق التنويه - قال ابن القاسم: السلم في الصناعات على أربعة أقسام:

الأول: ألا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل

منه.

الثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

الثالث: ألا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

الرابع: أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه؛ فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل، وتقدير رأس المال.

فالقسم الثاني: وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه؛ فليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والأجرة في الشيء المبيع . . .

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يشترط عمله بعينه، ويعين على ما يعمل منه فهو أيضاً من باب البيع، والأجرة في المبيع^(٢).

الثالث: يجوز اشتراط العين على الأجير، وجوازه للحاجة على خلاف القياس إعمالاً للعرف والعادة. وتيسيراً على الناس ودفعاً للمشقة، قال ابن قدامة: إذا كان الكحل من العليل جاز؛ لأن آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء، والطين والآجر ونحوها، وإن شارطه على الكحل جاز . . . ، لأن العادة

(١) المدونة: ٤/٤١٣.

(٢) المقدمات الممهدة لأبي الوليد بن رشد: ٥١٩/٢.

جارية، ويشق على العليل تحصيله، وقد يعجز عنه بالكلية، فجاز ذلك كالصبيغ من الصباغ، واللبن في الرضاع، والحبر والأقلام من الوراق.

وقال أصحاب مالك: يجوز أن يستأجره لبني له حائطاً، والآجر من عنده؛ لأنه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها، فإذا كان مباحاً معروفاً جاز، كما لو استأجره ليصنع ثوباً والصبيغ من عنده، ورأي المالكية هذا أورده ابن قدامة ليرد عليه، ويبين أن جواز ما سبق فيما يشق تحصيله ولذا قال محتجاً لمذهبهم: ولنا أن عقد الإجارة عقد على المنفعة، فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة، ويفارق الصبيغ وما ذكرنا من الصور التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية إليه؛ لأن تحصيل الصبيغ يشق على صاحب الثوب... فجاز لمسيس الحاجة إليه^(١). وهذا وجه عند الشافعية، والأصح عندهم أنه لا يجب على الأجراء شيء مما تقدم؛ لأن عقد الإجارة عقد يرد على المنفعة، ولا يرد على استيفاء عين.

الرابع: يرى أصحابه الرجوع إلى العادة، فإذا كانت العادة جارية بأن هذا على المستأجر فليس على الأجير، فإن لم تكن هناك عادة وجب البيان بالشرط، بأن تشترط على الأجير أو المستأجر^(٢).

الخامس: لا يجوز اشتراط عين من الأعيان على الأجير وإلا بطل العقد، فلا يجوز أن يشترط على الأجير إذا اشترط بطل العقد، لأنه بيع مجهول وإجارة مجهولة^(٣).

والأصح عند الشافعية: ألا يجب على الأجراء شيء مما تقدم، لأن عقد الإجارة عقد يرد على المنفعة ولا يرد على استيفاء العين^(٤).

(١) المغني والشرح الكبير: ١٣٨/٦.

(٢) نهاية المحتاج: ٢٩٣/٥؛ وحاشية قليوبي وعميرة: ٧٨/٣.

(٣) المحلى لابن حزم (٩) المسألة (١٣١٣)، ص ٢٧؛ ويراجع فيما سبق عقد المقاوله في الشريعة والقانون: ٤٦/١.

(٤) نهاية المحتاج: ٢٩٣/٥؛ وحاشية قليوبي وعميرة: ٧٧/٣.

ولعلَّ الراجح والأوجه من هذه الأقوال، قول المالكية: في أنهما عقدان، وليس ما يمنع اجتماع عقد إجارة على العمل (المقاوله) وعقد البيع في صفقة واحدة، ويكون لكل حكمه، وفي ذلك تحقيق لمصلحة المتعاقدين، بل تحقيق مصالح الناس عامة.

وبناءً عليه فهذا الترجيح يوافق ما انتهى إليه الترجيح في القانون لدى أغلب رجال القانون. ويترتب على اجتماع العقدین الأثر القانوني والشرعي.

التكليف الشرعي والقانوني لتقديم المقاول للعمل والمادة:

إذا اتفق العاقدان المقاول ورب العمل على تقديم المقاول للعمل والمادة، فإن قصدهما وإرادتهما في تحديد محل العقد يحتمل عدة أمور لا يخرج عنها: إما أن يكون قصدهما العمل والمادة، أو العمل فقط، أو المادة فقط.

فإذا كان القصد أن المعقود عليه العمل والمادة فنكون بصدد عقد مقاوله (إجارة على العمل) وعقد بيع، فلكل عقد حكمه.

قال خليل وشارحه الدردير: وإن اشترى المعمول منه وعينه ودخل في ضمانه، واستأجره بعد ذلك على عمله، جاز إن شرع في العمل ولو حكماً كتأخيره لنصف شهر، قال الدسوقي: يعني أنه إذا اشترى منه حديداً مثلاً معيناً واستأجره على أن يعمل له منه سيفاً بدينار، فإن ذلك جائز سواء شرط تعجيل النقد أم لا، بشرط أن يشرع في العمل، وفهم من قوله: واستأجره؛ أنه لو استأجر غير البائع لجاز من غير قيد الشروع^(١).

أما إذا وقع العقدان صفقة واحدة في إيجاب وقبول واحد، فإن العقد قد جمع بين المقاوله (إجارة على العمل)، والبيع، وقعا صفقة واحدة في عقد واحد فيجب أن يستوفى عقد المقاوله حكمه، ويستوفى عقد البيع حكمه.

أما إذا قلنا: بأن المعقود عليه هو العمل دون المادة - وفقاً لقصده

(١) الدسوقي على الشرح الكبير: ٢١٧/٣.

المتعاقدين - فإننا نكون بصدد عقد مقاولة لاشك ، والفرض هنا أن المقاول قد قام بتقديم المادة أيضاً ، فما هو تكييف تقديم المقاول للمادة ؟ .

أما المادة التي يقدمها المقاول ، فإذا قدمها على سبيل البيع - وفقاً لقصده المتعاقدين - فنكون بصدد عقد بيع ومقاولة ، وهو أمر يدخل تحت الصورة السابقة ، والفرض أننا استبعدناه لأننا اعتبرنا أن المعقود عليه هو العمل ، فهل قدّمها على سبيل التبرع ؟ أم قدّمها على سبيل القرض ؟ فهذا يكون العقد مقاولة على العمل ، وتبرعاً بالمادة في الحالة الأولى ، وقرضاً لها في الثانية . وهذا ليس شأن عقد المقاولة ولا جرى به العرف .

وإذا قلنا : بأن المعقود عليه المادة فقط - وفقاً لقصده المتعاقدين - والعمل ليس معقوداً عليه ؛ فإننا نكون بصدد عقد بيع لشيء بمواصفات معينة . وهذا ليس من شأن عقد المقاولة أيضاً .

أما التزام المقاول بتقديم العمل - وهو يلتزم به فرضاً إلا أنه ليس مقصوداً للمتعاقدين - فيكيف على أنه وصف في المادة التي يلتزم البائع بتسليمها ، ونكون بصدد عقد بيع لشيء بمواصفات معينة يعتبر العمل وصفاً فيه .

أما إذا كان القصد مقابلة المادة (بمقابل ثمن أو مقيضة) وكان العمل متبرعاً به ، فإننا نكون بصدد بيع المادة وتبرع بالعمل ، والتبرع بالعمل ليس مقاولة .

وعلى أساس ما تقدم فإني أرجح الرأي القائل بأن لكل عقد حكمه ، وللمقاولة حكمها ، وللبيع الواقع على المادة أو أي عقد آخر يجتمع معها حكمه ، ولا يجمع المقاولة والعقد الآخر إلا أنهما وقعا صفقة واحدة .

ويظهر من هذا رجاحة القول : بأنهما عقدان في صفقة واحدة . ويترتب على ذلك أنه إذا كانت مادة العمل معينة بذاتها ؛ فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد دون حاجة إلى أي أمر آخر ، ويلتزم البائع بالتسليم ، فإذا قام بواجبه وسلم المبيع ، وتركه لديه المشتري ليقوم بإجراء العمل فيه ، فإن العمل يقع لرب العمل

(المشتري)، وإذا لم يسلم المبيع وقام البائع الذي هو في نفس الوقت رب العمل؛ لأن ملكية الشيء المعين بالذات تنتقل بمجرد العقد، ويكون البائع الذي هو المفاوض في نفس الوقت قد قام بالعمل في مادة مملوكة لرب العمل. أما إذا كانت المادة غير معينة بذاتها بل كانت معينة بنوعها فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز، فإذا قام البائع بالإفراز والتسليم، وقام بإجراء العمل فإن المادة تكون مسلمة إليه بوصفه مقاولاً ليجري فيها العمل الذي يلتزم به فيقع العمل لربه في مادة مملوكة له.

أما إذا قام البائع بإجراء العمل المطلوب منه على سبيل المفاوضة قبل التسليم فبديهي أنه بإجراء العمل بعد الإفراز، لأن إجراء العمل يتطلب تجنب مادة من النوع المتفق عليه لإجراء العمل فيها، فيكون عاملاً في ملك رب العمل، لأن الملكية تنتقل في المعين بنوعه بالإفراز، أو بوضع علامات المشتري عليها، أو تجنيبها أو أي إجراء آخر من شأنه الإفراز كعد الأشياء، أو وزنها، أو قياسها، أو أي أمر آخر من شأنه فصل هذه الأشياء المعينة بنوعها عن ملك البائع، ولا يشترط لانتقال الملك في المعين بنوعه التسليم.

ولا شك أن البائع الذي هو المفاوض عند قيامه بإجراء العمل يفرز مادة العمل عن ملكه، فيكون عاملاً في ملك المشتري الذي هو بنفس الوقت رب عمل، ويقع العمل له.

أما إذا أراد رب العمل التحلل من المفاوضة قبل تمام العمل فله ذلك، وليس له أن يتحلل من عقد البيع الذي وقع معها، لأن أحكام التحلل خاصة بالمفاوضة دون سواها^(١).

شروط العاقدين في عقد المفاوضة:

طرفا العقد في المفاوضة رب العمل والمفاوض؛ ويشترط فيهما ما يشترط في

(١) الموجز في العقود المسماة (البيع)، أنور سلطان، وجمال العدوي، ص ١٨٩؛ والوجيز في شرح عقدي البيع والتأمين، محمد علي عمران، ص ١٥٢، عن عقد المفاوضة في الشريعة والقانون للدكتور أحمد العناني: ٥٤/١.

العقود جملة من العقل والبلوغ والرشد والرضا والاختيار .

هذا ولا يشترط في المتعاقدين الإسلام . وقد أجاز الفقهاء أن يكون المسلم أجيراً مشتركاً (مقاولاً) لرب عمل غير مسلم، كأن يعمل المسلم نجاراً ومقاول بناء أو مهندساً ونحو ذلك، ولا يتنافى هذا الحكم مع قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١]، لأن غير المسلم لا سبيل له على الأجير المشترك (المقاول) المسلم وهو يقوم بعمل موصوف في الذمة، ولا يختصُّ المستأجر بمنافعه، وليست يده كيد رب العمل - وليس نائباً له - فلا يتضمَّن هذا العقد إذلال المسلم لكافر . قال ابن المنير: «استقرت المذاهب على أن الصنَّاع في حوائثهم يجوز لهم العمل لأهل الذمة، ولا يعد ذلك من الذلة، بخلاف أن يخدمه في منزله وبطريق تبعية له، وقد وضع الفقهاء معياراً خاصاً في هذا: هو أن يكون العمل الذي يؤجر نفسه للقيام به مما يجوز له أن يفعله لنفسه، كالخياطة والبناء والحرق، أما إذا كان لا يجوز له أن يعمله لنفسه كعصر الخمر ونحوه؛ فإنه لا يجوز، والمعيار عند الحنابلة أن يكون العمل غير الخدمة الشخصية .

فيجوز أن يؤجَّر المسلم نفسه من ذمي إجارة مشتركة، كأن يكون طبيباً أو خياطاً أو معلماً . كما يجوز للمسلم أن يستأجر عاملاً أو مقاولاً كافراً بلا خلاف، لأن النبي ﷺ وصاحبه أبا بكر رضي الله عنه استأجرا رجلاً من بني الدليل - وهو على دين كفار قريش - ليحفظ راحلتيهما، ويدلها على الطريق^(١) .

شروط المعقود عليه في المقولة:

يشترط في العمل المعقود عليه - محل العقد - في المقولة: أن يكون منتفعاً به، متقوماً، مقدوراً عليه، معلوماً علماً نافياً للجهالة عند فقهاء الشريعة، معيَّنًا أو

(١) فتح الباري: ٦/١٠ - ١٨؛ البدائع: ٤/١٧٦؛ الخرشي على خليل: ١٩/٧؛ وحاشية الدسوقي: ٤/١٩؛ حاشيتي قلوبوي وعميرة: ٣/٦٧؛ المهذب: ١/٣٩٥؛ المغني: ٤/٢٣٧؛ يراجع ذلك في عقد المقولة في الشريعة والقانون: ١/٢٣٥؛ والموسوعة الفقهية الكويتية: ١/٢٨٨ .

قابلاً للتعيين عند فقهاء القانون، كما يشترط أن يكون العمل جائزاً شرعاً، وحصول المنفعة للمستأجر، وألا يتضمّن العقد استيفاء عين قصداً.

وأهم هذه الشروط: أن تكون المنفعة أو العمل معلوماً علماً نافعاً للجهالة، فيجب أن تكون المنفعة التي يستأجر عليها محددة معلومة القدر، وقد تحدد بتحديد محلها، ويكون للأجير المشترك خيار الرؤية في كل عمل يختلف باختلاف المحل كما يرى الحنفية والحنابلة، وقد تحدد المنفعة بتحديد المدة وحدها، كما تحدد بتحديد العمل، كإجارة خياطة الثوب، وقد تحدد بالعمل والمدة معاً عند الصاحبين وهو أحد رأيين مشهورين عند المالكية إذا تساوى الزمن والعمل، ورواية عند الحنابلة، وقالوا: «إن المعقود أولاً هو العمل وهو المقصود من العقد، وذكر المدة لمجرد التعجيل، وإن أوفى الشرط استحق الأجر المسمى، وإلا استحق أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى، وهذا يعطي سعة كبيرة ومرونة مناسبة لعقد المقاوله، وذهب أبو حنيفة والشافعي وهو رواية أخرى عند الحنابلة إلى فساد هذا العقد؛ لأنه يفضي إلى الجهالة والتعارض، لأن ذكر المدة يجعله أجيراً خاصاً، والعقد على العمل يجعله أجيراً مشتركاً (مقاولاً)، وهما متعارضان ويؤدي ذلك إلى الجهالة^(١). كما اشترط الفقهاء: أن يكون العمل معلوماً علماً نافعاً للجهالة، بأن يكون موصوفاً وصفاً ظاهراً لا خفاء فيه من حيث بيان جنسه، ونوعه، والشروط المطلوب تنفيذها، حسب طبيعة محل العقد، بناء تجارياً أو سكنياً خاصاً، أو نجارة، أو تطبيقياً بإجراء عملية، ونحو ذلك، فيجب أن يكون موصوفاً وصفاً ينفي الجهالة ولا يورث النزاع، ولذا ينبغي أن يكون العقد مفصلاً ويتم الاتفاق على ما فيه من تفصيل نفعياً للنزاع والغرر والجهالة.

* * *

(١) البدائع: ٢٦٠٦/٦؛ وحاشية الدسوقي: ١٢/٤؛ وكشاف القناع: ٧/٤؛ راجع الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٩٥/١.

المبحث الثالث عقد المقاولة والاستصناع

لا تعرف حقيقة المقاولة عند الفقهاء حتى تعرف حقيقة عقد الاستصناع، فبمعرفة يتميز معنى المقاولة قانوناً و عرفاً، ويعرف ما يقابلها في المعنى عند الفقهاء. فإن ماثل الاستصناع المقاولة، فتطبق شروط وأحكام الاستصناع على المقاولة، وهذا ما يتضح فيما يأتي:

تعريف عقد الاستصناع:

هو طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص^(١)، وعرفته مجلة الأحكام: بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة^(٢). والمقصود: أن المادة والعمل من الصانع، أما إذا قدم المستصنع العين فيكون العقد إجارة.

حكم عقد الاستصناع:

جمهور الفقهاء يدرجون عقد الاستصناع في عقد السلم، ولا يعتبرونه عقداً مستقلاً، ولم يجوزوا الاستصناع إلا بشرط السلم، وعلى هذا فإنهم لا يجوزون الاستصناع فيما لا تنضبط صفاته؛ لأن شرط السلم أن تنضبط صفاته كالأثمان والحبوب فما كان ذلك مسلماً فهو عقد ملزم، ولا يثبت في الخيار، لأن المسلم فيه إذا لم يكن مستوفياً لشروطه؛ فعلى المسلم إليه أن يبدله لثبوته في الذمة، كما أن الجمهور إنما يجوزون الاستصناع فيما تجري فيه العادة، ولما كانت العادة مختلفة تبعاً للزمان، فيجوز استصناع السيف والسرّج كما يجوز استصناع الطائرة والباخرة، لكن ذلك كله جاز بشروط السلم.

(١) حاشية ابن عابدين: ٢٢٣/٥.

(٢) المجلة، مادة (١٢٤).

وقد أجاز الحنفية الاستصناع، وهو عقد مستقل عندهم على خلاف القياس، وإنما جوز للحاجة الداعية إليه، وللعمل عليه في سائر الأعصار، قال الكاساني: وأما جوازه للقياس ألا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير. . والقياس يترك بالإجماع. . ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً، يحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج^(١).

ويشترط لجواز الاستصناع عند الحنفية شروط:

١ - أن يكون المعقود على صنعه معلوماً ببيان جنسه، ونوعه، وصفته، وقدره، وبيان جنس الصنعة، ونوعها، وصفاتها.

٢ - أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج. . . ونصول السيوف والسلاح ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوزناه استحساناً لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب، فإذا لم تجر العادة بالاستصناع واستوفى شروط السلم كان سلماً حملاً للعقد على الصحة.

٣ - ألا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم. . . وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف، ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال، ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع أجلاً ينقلب سلماً في قولهم جميعاً^(٢).

(١) البدائع: ٢٦٧٨/٦؛ وحاشية ابن عابدين: ٢٢٤/٥.

(٢) المبسوط: ٨٦/١٥؛ والهداية: ٧٨/٣؛ وبدائع الصنائع: ٢٦٧٩/٦؛ وحاشية ابن =

قال السمرقندي: فإذا ضرب الأجل في الاستصناع ينقلب عند أبي حنيفة مسلماً، خلافاً لهما، وعلل لذلك بقوله: لأنه إذا ذكر فيه الأجل يكون فيه جميع معاني السلم، والعبرة للمعنى لا للفظ، ولهذا لو استصنع ما لا يجوز استصناعه حتى يكون استصناعاً فاسداً وشرط فيه الأجل ينقلب مسلماً بلا خلاف، كذا هذا^(١).

تكييف عقد الاستصناع:

اختلف القائلون بالاستصناع حول تكييفه، هل هو بيع؟ أو وعد بالبيع؟ أو إجارة؟ ومن قال: إنه بيع وهو الراجح عند الحنفية، اختلفوا هل هو عقد على مبيع في الذمة؟ أو عقد على مبيع في الذمة اشترط فيه العمل؟ قال الكاساني: وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي. ثم قال: والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى مسلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل على اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما^(٢).

وقد فرّق السرخسي والكاساني بين الاستصناع والاستئجار على عمل الصناعة، فقال الكاساني: إذا سلم حديداً إلى حداد ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلدأ إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار فكان جائزاً، فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده فكانه أخذ

= عابدين: ٢٢٤/٥؛ والمجلة، مادة (٣٩٠).

(١) تحفة الفقهاء: ٥٣٩/٢.

(٢) البدائع: ٢٦٧٧/٦؛ والمبسوط: ٨٤/١٥؛ وحاشية ابن عابدين: ٢٢٤/٥؛ والمجلة،

(٣٨٨).

حديداً له، واتخذ فيه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمنان^(١).

لزوم عقد الاستصناع وعدم لزومه:

الاستصناع عقد غير لازم عند أكثر الحنفية سواء تم الصنع أو لم يتم، وسواء كان موافقاً للشروط والمواصفات أم لا، ولا خلاف بينهم في أنه غير لازم قبل الصنع، قال الكاساني: إنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف؛ حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، ورأى أبو يوسف أنه إن تم الصنع حسب الاتفاق يصير لازماً؛ فإن لم يطابق فهو بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء رده. وقد اختارت مجلة الأحكام اللزوم في حق الطرفين منذ انعقاده، فنصت المادة (٣٩٢): إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة كان المستصنع مخيراً^(٢).

المقاوله والاستصناع في القانون والفقه:

يظهر جلياً من عرض معنى المقاوله في القانون وعرف الناس اليوم الفرق بين المقاوله والاستصناع، فالمقاوله أعم من الاستصناع؛ إذ بينهما عموم وخصوص مطلق، يجتمعان فيما إذا كانت المادة والعمل من المقاول وهو الصانع، فيكون مقاوله في القانون والعرف واستصناعاً في الفقه، وتنفرد المقاوله فيما إذا كانت المادة من المستصنع والعمل من المقاول وهو الصانع، فهي مقاوله في القانون والعرف، إجارة على العمل عند الفقهاء.

(١) البدائع: ٦/٢٦٨١؛ والمسبوط: ٨٤/١٥.

(٢) وقد رجّحت الموسوعة الفقهية الكويتية رأي أبي يوسف في اللزوم، فقالت: اللجنة ترجح رأي أبي يوسف الذي أخذت به المجلة، وترى لزوم عقد الاستصناع، لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار، إلا إذا جاء على خلاف الوصف المتفق عليه: ٣/٣٢٩؛ وانظر في لزوم أو عدم لزوم العقد: الهداية: ٣/٧٨؛ والبدائع: ٦/٢٦٧٩؛ وحاشية ابن عابدين: ٥/٢٢٥؛ وتبيين الحقائق: ٤/١٢٤.

وعند النظر لا نجد بعداً في المعنى والأثر بين المقاولة قانوناً والاستصناع فقهاً، فالمقاولة عقد جمع بين بيع وإجارة على العمل في صفقة واحدة، ولا يمانع كثير من الفقهاء في هذا الاجتماع - كما سبق البيان -، والاستصناع قريب في المعنى من ذلك، فله شبه بالبيع والإجارة على العمل، فهو بيع عند الحنفية على الراجح، لأن حقيقته بيع، وليس هو من قبيل إجارة الأشخاص، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن المعقود عليه عمل الصانع وهو مبيع معدوم حين العقد، واختلف عن السلم في عدم اشتراط تعجيل الثمن، وبيان مدة إتمام الصنع، وهما مشتركان في السلم.

وللاستصناع شبه بالإجارة في أنهما بيع عمل، واختلف الاستصناع عن الإجارة في أن الصانع يقدم المادة والعمل، والأجير يقدم العمل فقط ومحل العقد، أو المعقود عليه في الاستصناع العين، وهو في الإجارة العمل. ويتقارب الفقه والقانون في أثر عقد المقاولة والاستصناع، فحكم أو أثر عقد الاستصناع عند الحنفية ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة، وثبوت الملك للصانع في الثمن المتفق عليه متى جاء بالمصنوع على وفق وصفه المطلوب. وقد نصّت مجلة الأحكام في المادة (٣٩٢) على أنه: «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد المتعاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً»، وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي عقد الاستصناع: «عقداً وارداً على العمل والعين في الذمة ملزماً للطرفين»^(١).

ولعلّ الراجح القول بلزوم العقد لأنه لا يصلح الناس إلا هذا، وإلا ضاعت حقوق وترتبت أضرار قد تكون مجحفة وفادحة لأحد الطرفين: رب العمل، أو المقاول؛ فلا مندوحة من اللزوم، بل مع اللزوم والشروط الجزائية، والناس يتفلقون لأدنى مصلحة تلوح، ويرون أنها قد تفوت بالالتزام، وإتقان العمل وتحمل مسؤوليته.

* * *

(١) قرار المجمع رقم (٦٥/٣/٧): القرار رقم (٣) في الدورة السابعة.

المبحث الرابع

غرامة التأخير على المفاوض في الفقه الإسلامي

غرامة التأخير: وهي شرط جزائي، مصطلح لم يكن معروفاً عند الفقهاء، وحقيقته أو تعريفه: «اتفاق الناس على أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه»، وهو في القانون: «اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه»^(١).

ويمكن أن يستأنس لجواز الشرط الجزائي وغرامة التأخير بما رواه البخاري بسنده عن ابن سيرين: «أن رجلاً قال لكرئيه: أَدْخِلْ رِكَابَكَ، فَإِنْ لَمْ أَرْحَلْ مَعَكَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَمْ يَأْتِكَ مِائَةُ دِرْهَمٍ، فَلَمْ يَخْرُجْ، فَقَالَ شَرِيحٌ: مِنْ شَرَطٍ عَلَى نَفْسِهِ طَائِعاً غَيْرَ مَكْرَهٍ فَهُوَ عَلَيْهِ. وَقَالَ أَيُّوبُ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ: إِنْ رَجُلًا بَاعَ طَعَاماً، وَقَالَ: إِنْ لَمْ آتِكَ يَوْمَ الْأَرْبَعَاءِ فَلَيْسَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ بَيْعٌ، فَلَمْ يَجِئْ، فَقَالَ شَرِيحٌ لِلْمَشْتَرِي: أَنْتَ أَخْلَفْتَ، فَقَضَى عَلَيْهِ»^(٢).

ومرجع الكلام في الشرط الجزائي إلى تصحيح أو عدم تصحيح الشروط المقترنة بالعقد عند الفقهاء، فالمذاهب الأربعة في الشروط المقترنة بالعقد ينقسمون إلى قسمين رئيسيين:

١- قسم يضيّق في تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فلا يبيح إلا شرطاً اقتضاه العقد أو لاءم العقد أو جرى به التعامل، وهذان هما المذهب الحنفي والشافعي.

(١) المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا: ٧١٤/٢.

(٢) فتح الباري: ٥/٢٦٢. انظره في صحيح البخاري في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط.

٢- قسم يتوسع في تصحيح الشروط، ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى العقد، أو مناقضة للشرع، وهذان هما المذهب المالكي والحنبلي.

فالأصل عند المالكية والحنابلة في الشروط الصحة، والفساد استثناء في حالات مخصوصة. وقد قال الإمام ابن تيمية: إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دلّ على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه^(١).

ويستدلّ الإمام ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل، أما النقل فلقلوه تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقلوه ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»، وأما العقل فإنه يقول: إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية - أي: ليست من العبادات - والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]، عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة^(٢)، فالوفاء بالشرط إذن واجب بالنقل والعقل، وبخاصة بعد أن رضيها المتعاقد مختاراً، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد، لقلوه تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَحْكُمَةَ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال: ﴿فَإِنْ طِبَّ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤]، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدلّ على أنه سبب له،

(١) ينظر تفصيل ذلك في بحث: الشرط الجزائي من أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية: ٢٠٠/١.

(٢) الفتاوى: ٣٣٦/٣.

وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدوق، فكذلك سائر التبرعات، قياساً بالعلة المنصوصة التي دلّ عليها القرآن. وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَحْكُورَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان أو طابت نفس المتبرع ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك^(١).

وعند المالكية نقل عن الحطاب قوله: «إذا التزم أنه إذا لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فالمشهور أنه لا يقضي به، وقال ابن دينار: يقضي به، والمالكية يصححون الشرط الجزائي إلا إذا كان مفضياً إلى الربا. والأخذ بالشرط الجزائي يتفق ومن ذهب من المالكية إلى الإلزام بالوعد، خاصة إذا ترتب عليه ضرر بسبب الإخلال: جاء في فروق القرافي - قول سحنون: «قوله: اهدم دارك، وأنا أسلفك ما تبني به، أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتري سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعد في ذلك، وقال أصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعود أم لا»^(٢).

ونقل الحطاب: من ضمن لرجل ماله على ميت ثم بدا له، فقد لزمه ذلك؛ لأن المعروف كله إذا أشهد به على نفسه لزمه^(٣). وقال أشهب: سمعت مالك يسأل عن رجل قال لبيّعه: بيع ولا نقصان عليك، فقال: لو قال له قولاً بيناً ثم رجع لم أر له ذلك، ورأيت له لازماً. قال ابن رشد: فهذا أمر قد أوجبه على نفسه يحكم به عليه ما لم يمت أو يفلس.

(١) الفتاوى: ٣/٣٣٦.

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، للشيخ زكي الدين شعبان، ص ١٦٢، عن أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، للدكتور طلبة وهبه خطاب، ص ٧٤.

(٣) قال الحطاب: وذكر الإشهاد هنا ليس شرطاً في اللزوم، وإنما خرج مخرج الغالب. انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص ٧٤، ١٧٥، ٢٣٠، ٢٥٣؛ والمدونة:

وسبب الإلزام ظاهر في أن الموعد ما دخل الأمر إلا بناء على الوعد، فمن وعد تسبب في دخول الموعد في التزام لولا وعده لم يدخل، وفي المدونة قال: وإن كان لك عليه ألف درهم حالة، فأشهدت له أنه إن أعطاك مائة من الألف الحالة إلى شهر فباقيها ساقط عنه، وإن لم يفعل فالألف كلها لازمة؛ فذلك جائز.

ولعل الراجح جواز اشتراط غرامة تأخير على المقاول، لما يترتب على التأخير في العمل من أضرار قد تكون فادحة يتكبدها رب العمل، ولا شك بنسبة التقصير إلى المقاول فيما تحدده شروط العقد بينه وبين رب العمل، ومن أهمها: وقت انتهاء وإنجاز المشروع. والشأن أن التأخير لم يكن لعذر قاهر، أو طارئ لا يد للمقاول فيه، ولا لسبب يرجع إلى رب العمل؛ كأن يتأخر رب العمل في تقديم مواد مطلوبة منه إذا كان هو مقدم المادة للمقاول. أو يمتنع أو يتأخر عن سداد أقساط مطلوبة منه للمقاول، أو يطلب إضافات وتعديلات من شأنها تأخير العمل ونحو ذلك، فالغرامة حينئذ تعويض عن ضرر فعلي يمكن تقديره، ولا مانع من اتفاق الطرفين عليه بمبلغ محدد، ويراعى في تقديره العدل والعرف. وبمقدار الضرر، ويحدد اتفاقاً أو برأي أهل الخبرة أو بحكم القاضي، وأيضاً فإن غرامة التأخير تحقق مصلحة لرب المال حفظاً لحقه وإنجاز مشروع، وهي بلا شك حافز مؤثر لإتقان والتزام المقاول بعمله ومواعيده. فإذا قبل الشرط في ذلك فالمؤمنون على عهودهم، قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤]، وهم بعقودهم أوفياء قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهم على شروطهم، قال ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(١)، كما سبق الاستدلال.

وإنما جازت الغرامة في المقابلة لأنها في مقابلة عمل قصر صاحبه عن الوفاء به، وليست غرامة عن دين في الذمة تأخر المدين في سداه، فهذا من الربا المتفق على منعه وحرمة، لأنه من الزيادة على الدين، وواجب الدائن نظرة المدين إلى ميسرة.

(١) رواه أبو داود والحاكم في المستدرک؛ وأحمد؛ وحسنه الترمذي؛ وضعفه النسائي.

وقد أجاز الشرط الجزائي هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، استثناساً بخبر شريح السابق، ولأنه من مصلحة العقد، وحافز لإكماله في وقته المحدد له. وجاء نص الحكم بالآتي: إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة. ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَسْأَلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٨]، وبقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

وهذا الجواز في قرار الهيئة وإن كان عاماً يشمل الشرط الجزائي بالغرامة على الديون، إلا أنها غير مقصودة للاتفاق على حرمتها. كما أن الديون خرجت بالمنع في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ونصه: إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما؛ فهو شرط أو فرض باطل ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل سواء أكان الشارط هو المصرف أم غيره؛ لأن هذا يعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه^(٢).

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي الشرط الجزائي في المقاولات والاستصناع والتوريد ومنعه في الديون. جاء في القرار - بعد بند أولاً: وهو تعريف الشرط الجزائي السابق ذكره:-

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية: ٢١٤/١.
 (٢) الدورة الحادية عشرة - المنعقدة في ١٣ رجب ١٤١٩هـ، الموافق ١٩ فبراير ١٩٩٨م - القرار الثامن.

ثانياً: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم ٨٥ (٩/٢)، ونصه: «لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تأخير المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند التأخير»، وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٧/٣)؛ ونصه: «يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة»، وقراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٦/٢)؛ ونصه: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد؛ فلا يجوز إلزامه أية زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم».

ثالثاً: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناءً على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعدّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه^(١).

غرامة التأخير على المقاول في القانون:

يعرف القانون الشرط الجزائي بأنه: «اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه».

ويلتزم المقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته، ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب عرف الحرفة، وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله.

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزاماً ببذل عناية. فلا يكفي، لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخر، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك. بل يجب عليه، حتى تنتفي مسؤوليته، أن يثبت السبب الأجنبي، فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسؤوليته. ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مسبباً بخطأ منه، وإلا كان مسؤولاً بقدر هذا الخطأ.

كذلك تنتفي مسؤولية المقاول عن التأخر في إنجاز العمل، إذا كان هذا التأخر راجعاً لخطأ رب العمل. فإذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها، وكان هذا التأخر سبباً في تأخر المقاول في إنجاز العمل، لم يكن هذا الأخير مسؤولاً.

كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها حتى يتمكن هذا من إنجاز العمل، فترتب على هذا التأخر تأخر المقاول في إنجاز العمل في ميعاده، لم يكن هذا الأخير مسؤولاً عن التأخر.

(١) القرار والدورة السابق ذكرهما.

وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقاً عليها من قبل ، فتسبب عن ذلك أن تأخر المقاول في إنجاز العمل في ميعاده ، لم يكن هذا الأخير مسؤولاً عن التأخر ما دام قد أنجز التعديلات في ميعاد معقول ، فإذا لم يكن هناك سبب مما سبق وتأخر المقاول في إنجاز الأعمال وتسليمها في الوقت المحدد ، فإنه يكون ملزماً بدفع غرامة كأضرار مسبقة التقدير ، (وليس كعقوبة) سواء لحق بصاحب العمل ضرر مادي أو لم يلحق ، ولصاحب العمل أن يقوم بحسم هذه الغرامات من استحقاقات المقاول ، إلا إذا تم التسليم على مراحل ، فإنه بالإمكان تخفيض غرامة التأخير بنسبة قيمة الأعمال التي تم تسلمها .

ولغرامة التأخير سقف يحدد في الشروط وتختلف نسبته في القوانين (١٥٪) أو غيرها من قيمة العقد ، وهذه الغرامة لا تشمل بدلات أتعاب جهاز الإشراف للمدة التي يتأخر فيها المقاول عن الإنجاز بصورة غير مبررة ، أي أن هذه الغرامات تضاف إلى غرامات التأخير^(١) .

* * *

صور الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي وإن كان يعني اشتراط التعويض عن الضرر اللاحق في طريقة تنفيذ العقد ، إلا أن له صوراً مختلفة باختلاف العقود والالتزامات ، قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري : شروط المقابلة قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازاً ، ولائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة .

(١) الوسيط للسنهوري ، المجلد الأول : ٧٦/٧ ؛ ومسؤولية مهندسي ومقاولي البناء للدكتور محمد شكري سرور ، ص ١٣٠ ؛ والعقود والمواصفات وحساب الكميات ، ص ٤٩ ؛ والمطالبات والخلافات في عقود المقاولات ، ص ٧١ كلاهما للأستاذ داود شحاته خلف .

وتعريفه مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد طرد أو فقد رسالة. واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي، ولكن من نوع مختلف، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة. والأصل في الشرط الجزائي أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض، ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى: من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذي يتوقعانه، فيكون الشرط الجزائي بمثابة تهديد مالي، وقد يتفقا على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسؤولية. . . وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد التزام المتعهد عن الغير بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مسؤولاً عنه إذا لم يتم بحمل الغير على التعهد، وقد يوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشتري في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع، فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشتري في اشتراطه لمصلحة الغير.

وجاء في نظام المناقصات والمزايدات السعودي ما نصه:

«إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة ولم ترَ اللجنة صاحبة المقاوله داعياً لسحب العمل منه؛ توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم إلى أن يتم الاستلام المؤقت دون حاجة إلى أي تنبيه للمقاول، ويكون توقيع الغرامة على المقاول كما يلي:

(١) عن الأسبوع الأول، (٥، ١٪) عن الأسبوع الثاني، (٢٪) عن الأسبوع الثالث، (٥، ٢٪) عمّا زاد عن ثلاثة أسابيع، (٣٪) عن أية مدة تزيد على أربعة أسابيع»^(١).

* * *

(١) الوسيط، القسم الثاني، ص ٨٥٢؛ وبحث هيئة كبار العلماء المشار إليه، ص ١٠٤.

المبحث الخامس

الأجرة وأحكامها

الأجرة: هي العوض الذي يقابل العمل، أو هي ما يلتزم به المستأجر عوضاً عن المنفعة، وكل ما يصلح أن يكون ثمناً في البيع يصلح أن يكون عوضاً في الإجارة، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع، فيجوز أن تكون عيناً معينة، كما يجوز أن تكون من الأثمان فيجوز أن تكون دراهم أو دنانير، وما يقوم مقامهما، ويجوز أن تكون موصوفة في الذمة بصفات السلم كما في المثليات، ويجوز أن تكون الأجرة منفعة، سواء عمل آدمي (أجيراً مشتركاً أو خاصاً) أو منفعة غيره.

قال التسولي المالكي: الإجارة بيع منافع معلومة بعوض معلوم، وهي معاوضة صحيحة يجري فيها جميع ما يجري في البيوع من الحلال والحرام، فلا بد أن تكون المنفعة والأجر مقدوراً على تسليمهما، منتفعاً بهما، طاهرين، إلى غير ذلك مما يشترط في البيع. فكل ما يشترط في الثمن يشترط في الأجرة، وأهمها أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة لقول النبي ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، وإن كان الأجر مما يثبت في الذمة كالدرهم والدنانير، والمكيلات، والموزونات، والمعدودات المتقاربة، فلا بد من بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره. ولو كان في الأجر جهالة مفضية إلى النزاع فسد العقد، فإن استوفيت المنفعة وجب أجر المثل، وهو ما يقدره أهل الخبرة.

وكون الأجرة منفعة هو مذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية، وتكون من جنس المعقود عليه ومن غير جنسه؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع^(١). ويجوز بيع الأعيان بعضها ببعض، وكذلك المنافع، وقد أجاز مالك

(١) البهجة شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: ٢/ ١٨٠؛ وبداية =

إجارة دار سكنى بدار أخرى، وأجاز ذلك الحنابلة أيضاً، قال ابن قدامة: يجوز أن يكون العوض عيناً ومنفعةً أخرى سواء كان الجنس واحداً، كمنفعة دار بمنفعة أخرى، أو مختلفاً كمنفعة دار بمنفعة عبد. ومنع الحنفية من ذلك إلا أن تكون الأجرة منفعة من جنس آخر كإجارة السكنى بالخدمة.

واختلف الفقهاء في كون الأجرة بعض المعمول، فمن الفقهاء من لا يجيز أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه، لما فيه من غرر، لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره، وقد نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان^(١)، ولأن المستأجر يكون عاجزاً عن تسليم الأجرة، ولا يعد قادراً بقدره غيره. وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية. ومثاله: سلخ الشاة بجلدها، وطحن الحنطة ببعض المطحون منها، لجهالة مقدار الأجر، لأنه لا يستحق جلدها إلا بعد السلخ، ولا يدري هل يخرج سليماً أو مقطوعاً^(٢).

وذهب الحنابلة إلى جواز ذلك إذا كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، تشبيهاً بالمضاربة والمساقاة، فيجوز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها^(٣)، والزرع أو النحل إلى من يعمل فيه بسدس ما يخرج منه، لأنه إذا شاهده علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم.

والمالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجير بالتقدير يتجهون

= المجتهد: ٢/٢١٣؛ والاختيار للموصلي: ٢/٥٠؛ وقلوبى وعميرة: ٣/؛ والمغني مع الشرح الكبير: ١٧/٦.

(١) الهداية: ٣/٢٤٣؛ وحاشية ابن عابدين: ٥/٥٢؛ والفتاوى الهندية: ٤/٤١١ - ٤١٢؛

حديث: «نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان» رواه الدارقطني والبيهقي من حديث أبي سعيد، وفي إسناده من لا يعرف. وإن كان وثقه ابن حبان. (تلخيص الحبير: ٣/٦٠).

(٢) الهداية: ٣/٢٤٣؛ والفتاوى الهندية: ٤/٤٤٤؛ والشرح الصغير: ٤/١٨ ط. دار المعارف؛ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٢٤٦؛ ومنهاج الطالبين، وحاشية القليوبي: ٤/٦٨ - ٦٩.

(٣) المغني والشرح الكبير: ٦/١٣ - ١٧. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ١/٢٦٣ وهامشها.

وجهة الحنابلة، فيقولون: إن قال: احتطبه ولك النصف، أو: احصده ولك النصف، فيجوز إن علم ما يحتطبه بعادة. ومثل ذلك في جذّ النخل ولقط الزيتون وجزّ الصوف ونحوه. وعلة الجواز العلم. ولو قال: احتطب، أو: احصد، ولك نصف ما احتطبت أو حصدت، فذلك جائز على أنه من قبيل الجعالة^(١). وهي يتسامح فيها ما لا يتسامح في الإجارة.

قال ابن القاسم: فيمن يقول: القط زيتوني فما ألقطت من شيء فلك نصفه فهذا لا يجوز، وقال محمد بن رشد: الحصاد والجذاذ لا خلاف بينهم في جواز المجاملة فيه على الجزء منه. بأن يقول: جذ من نخلي ما شئت، أو احصد من زرع ما شئت على أن لك من كل ما تجذ أو تحصد جزء كذا، الجزء الذي يسميه. قال الحطاب: مذهب المدونة في لقط الزيتون: الجواز.

وحكى ابن الحاجب في مسألة الحصاد قولين، وهو خلاف ما نقل ابن رشد من الإنفاق^(٢). وفي الشرح الصغير: لو قال: احتطب عليها ولك نصفه - أي الحطب - فيجوز إن علم ما يحتطبه عليها بعادة أو شرط، ثم قال: فعلة الجواز العلم. ومثله لو قال: احصده ولك نصفه فلا يجوز. وقد أورد الزيلعي صورة من هذا القبيل، وهي أن يدفع إلى الحائك غزلاً ينسجه بالنصف، وقال: إن مشايخ بلخ جوزوه لحاجة الناس، والصحيح خلافه.

تقدير الأجر حال السكوت عن تسميته:

يشترط التراضي على مقدار الأجر، فإذا لم يتفقا على المقدار كان العقد باطلاً، وهنا يتفق رأي فقهاء الشريعة مع رأي فقهاء القانون، أما إذا اتجهت إرادة

(١) المغني والشرح الكبير: ٧٢/٦؛ وتحريير الكلام في مسائل الالتزام، ص ٢٢٧؛ والشرح الصغير: ٢٤/٤؛ وقلوب وعميرة: ٦٩/٣؛ والنص الأخير من الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٦٤/١؛ عن الفتاوى الهندية: ٤/٤٤٥.

(٢) المغني والشرح الكبير: ٧٢/٦؛ وتحريير الكلام في مسائل الالتزام، ص ٢٢٧؛ والشرح الصغير، ص ٢٤/٤؛ وقلوب وعميرة: ٦٩/٣؛ والنص الأخير من الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٦٤/١؛ عن الفتاوى الهندية: ٤/٤٤٥.

المتعاقدين إلى أن العمل يتم في نظير أجر، إلا أنهما سكتا عن تحديد مقداره، فإن القانون الوضعي يرى صحة العقد، ووضع قواعد وأسس يمكن بها تقدير الأجر إذا لم يتفق المتعاقدان على مقداره. فنص في المادة (٨٨٠) على أنه: «إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول».

أما فقهاء الشريعة فيرون بطلان العقد، لكن لما اتجهت إرادتهما إلى أن العمل يتم نظير أجر، وجب ألا يضيع على المقاول عمله لأنه لم يتبرع به؛ ولأن العقد العاري عن تسمية الأجر يقع باطلاً، فإذا عقدا عقد مقاوله على أجر مجهول، كما إذا قال له: استأجرتك لتعمل كذا، فقال له الآخر: قبلت، أو قال له: اعمل هذا وسأعطيك أجرك، أو سأرضيك، فهما قد قصدا الإجارة على العمل، إلا أن الأجر مجهول فكان العقد باطلاً، فإذا قام الأجير بالعمل فعلاً وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ؛ لأن مقصودهما العمل بأجر، وأتى البطلان من ناحية عدم تقدير الأجرة^(١).

استحقاق الأجرة حال الإذن بالعمل دون إجراء عقد:

يشترط اتفاق المتعاقدين على العمل والأجرة، فإذا كان كل منهما معلوماً انعقد العقد، إذا استوفى باقي الشروط، فإذا كان الأجر مجهولاً كان العقد باطلاً.

ولكن في بعض الحالات قد يطلب شخص من غيره أن يعمل له عملاً، دون أن تجري بينهما صيغة العقد، ودون أن يذكر له أجراً، أو يعرض له به، كما إذا دفع ثوباً إلى من يغسله، أو يخيطه، أو يصبغه، أو غزلاً لمن ينسجه، أو حديداً لمن يضره سيفاً، أو مكّنه من إقامة بناء له، أو تركيب آلات في مصنعه، ونحو هذا، فهل يستحق من قام بالعمل أجراً؟.

اختلف الفقهاء في استحقاق من يقوم بالعمل الأجر على آراء أربعة: فمنهم

(١) عقد المقاوله في الشريعة والقانون: ٢/٣٣٩ بتصرف؛ وانظر المراجع: الهداية: ٢٣١/٣؛ والمبسوط: ٤٨/١٤؛ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٥/٤؛ والمهذب: ٣٩٩/١؛ والمغني والشرح الكبير: ١٦/٦.

من ذهب إلى عدم استحقاق الأجر مطلقاً، وهو قول الحنفية، ومنهم من ذهب إلى أن له الأجر إذا كان منتصباً لهذا العمل، وهو قول الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية، ومنهم من ذهب إلى أن له الأجر إذا كانت بينهما معاملة سابقة، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، ومنهم من ذهب إلى أن له الأجر إذا لم يكن أهلاً للتبرع، ولا أجر له إذا كان أهلاً له، وهو قول الشافعية، ومنهم من ذهب إلى أنه يستحق الأجر مطلقاً لاستهلاك عمله عليه، ولم يتبرع به، وهو قول المزني من الشافعية، وقال المالكية: يرضيه بشيء يعطيه إياه، ومنهم من قال: يستحسن العمل بالعادة، وهو قول للشافعية.

قال ابن قدامة: إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصّار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعويض بأجر، مثل أن يقول: خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر وكان الخياط والقصّار منتصبين لذلك، ففعل ذلك فلهما الأجر، وقال أصحاب الشافعي: «لا أجر لهما، لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما، فأشبه ما لو تبرعا بعمله. ولنا: أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، فصار كنفذ البلد، وكما لو دخل حماماً أو جلس في سفينة مع ملاح، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض، فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به؛ لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به، أو عمله بغير إذن مالكة، فلا شيء له لما تقدم، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل؛ لأن الثياب تختلف أجرتها، ولم يعين شيئاً فجري مجرى الإجارة الفاسدة».

وقال التسولي: لا بأس باستعمال الخياط المخاط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر، فإذا فرغ أرضاه بشيء يعطيه إياه.

وقال النووي: لو دفع ثوباً إلى قصّار ليقصره، أو خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أجرة، فلا أجرة له لعدم التزامها، وقيل: له الأجرة لاستهلاك الواقع عمله، وقيل: إن كان معروفاً بذلك العمل بالأجرة فله الأجرة وإلا فلا أجرة له، وقد يستحسن هذا للعمل فيه بالعادة، والمراد فيه أجرة المثل^(١).

(١) المغني مع الشرح الكبير: ١٦٢/٦؛ والبهجة في شرح التحفة: ١٨١/٢؛ وشرح =

ولعل الراجح في هذا أن للمقاول أجرة مثله ما دامت هذه مهنته، وكان العمل الذي أداه مما جرى العرف بأخذ الأجر عليه.

الأجرة في المقاولات الإنشائية:

تعرف المقاولة لإنشاء مشروع إنشائي بأنها عقد يتعهد المقاول بمقتضاه أن يقوم بإنشاء وتكملة وصيانة المشروع لقاء بدل يتعهد بدفعه الطرف الآخر، هو صاحب العمل.

وستتناول أنواع المقاولات الإنشائية كما هي في الواقع وفي القوانين المنظمة لها، باعتبار أنها الصيغ التي يحتاج المتعاملون المسلمون معرفة أحكامها الشرعية، وتتناول أحكام الأجرة فيها بعد أن بيننا القواعد والأسس العامة والشروط والضوابط الواجب توافرها في الأجرة، والمذاهب الفقهية فيها ليستند الحكم هنا على تلك المذاهب.

ومن أنواع المقاولات الإنشائية الأكثر استعمالاً:

- ١- الاتفاق على أجر بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة.
 - ٢- الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين.
 - ٣- الاتفاق على أجر مقطوع على أساس وثائق العطاء والمخططات (منشآت يصعب تجزئتها).
 - ٤- الاتفاق على أجر مقطوع على أساس وثائق العطاء والمخططات (منشآت صناعية أو خاصة).
 - ٥- الاتفاق على أجر على أساس التكلفة بالإضافة لنسبة مئوية.
- أولاً- الاتفاق على أجر بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة:
- إن هذا النوع من المقاولة هو المقصود في دفتر شروط عقد المقاولة. ويُعد

= المحلى على منهاج الطالبين مع حاشية قليوبي وعميرة: ٨٢/٣؛ وحاشية ابن عابدين: ٤٨/٦؛ وراجع: عقد المقاولة في الشريعة والقانون: ٣٢٤/٢.

لهذا النوع من المقابلة جدول كميات؛ وذلك يرصد الأعمال المطلوبة في المخططات، وقد يتم أحياناً تقدير الكمية إن لم تكن محدودة بدقة، ويقوم المقاول بتسعير جميع البنود في جدول الكميات، وتتم محاسبته بعد أن يتم كيل الأعمال المنجزة فعلاً في الموقع.

وحيث إنه يحق لصاحب العمل في القوانين إحداث تغييرات بنسبة (٢٠٪) مثلاً من مجمل قيمة المقابلة، فإن هذا النوع من المقابلة يتسم بالمرونة في إحداث التغييرات من زيادة أو تبديل أو إضافة أو إلغاء، ما دامت أسعار البنود في جدول الكميات قابلة للتطبيق.

وإذا كانت جداول الكميات والمخططات والموصفات معدة بشمولية ووضوح كافٍ، فإن المقاول يتمكن من تسعير العطاء دون مغامرة، أو التخوف من تحمل مخاطر غير منظورة، وبذلك يتجنب صاحب العمل أن يتكبد تكاليف إضافية نتيجة عدم الوضوح، ويكون المقاول مطمئناً إلى أن يحصل على استحقاقاته عما يتم إنجازه فعلاً.

ويتم تقييم عروض المناقصين بمقارنة إجمالي قيم العطاءات، وبعد تقييم أسعار بنود الأشغال المختلفة، والتزام المناقصين بشروط ومواصفات دعوة العطاء^(١).

وقد نظم القانون الاتفاق على أجر بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة، فنص على أنه: إذا أبرم عقد بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقياسة من نفقات.

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى ينطبق:

(١) العقود والموصفات والكميات، للأستاذ داود شحاته خلف، ص ٢٨.

الشرط الأول: أن يكون الأجر في المقابلة متفقاً عليه بمقتضى مقياسه على أساس الوحدة، فإذا كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلاً، أو كان متفقاً عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإن النص لا ينطبق. والحكمة في ذلك أنه في حالة ما إذا لم يتفق على مقدار الأجر، فإن هذا المقدار يتكفل بتعيينه القاضي، فلا محل للبحث فيما إذا كان يزيد أو ينقص؛ لأنه غير معين المقدار منذ البداية. وإذا كان الأجر أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإنه لا يزيد ولا ينقص، لتعديل في التصميم أو لزيادة في الأسعار، إلا في ظروف خاصة وبشروط معينة. فالواجب إذن أن يكون الأجر مقدراً بمقتضى مقياسه على أساس سعر الوحدة، حيث يقتضي ذلك أن يتفاوت الأجر بحسب كمية الأعمال التي تمت، فلا يكون في زيادة الأجر إذا اقتضى الأمر ذلك ما يخالف طبيعة الاتفاق.

الشرط الثاني: مجاوزة المقاييس مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد. والمقصود بمجاوزة المقاييس مجاوزة محسوسة: مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقاييس، لا مجاوزة أسعارها، فإذا ورد في المقاييس مثلاً كميات معينة للأعمال الخاصة بالأساس، ثم رأى المقاول عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر في المقاييس، وأن هذا التعميق يقتضي كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقاييس، فتلك هي المجاوزة المحسوسة التي يقتضيها الشرط الثاني. أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يُعتدّ بها، والعبرة بالأسعار الواردة في المقاييس، إذ المفروض أنها وضعت بعد أن دخل في الاعتبار كل الاحتمالات المعقولة لتغير الأسعار، ومن الممكن النص صراحة على ربط هذه الأسعار بأسعار السوق الفعلية فيما إذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة. وعلى كل حال لا يقام لزيادة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة في المقاييس وزن إلا في حدود نظرية الظروف الطارئة مطبقة في مبدئها العام^(١).

(١) الوسيط، للسهنوري، المجلد الأول: ١٦٢/٧.

الشرط الثالث: أن يُخطر المقاول في الحال رب العمل، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن.

ثانياً- الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين:

في هذا النوع من المقاولات يطلب من المقاول أن يقدم عرضاً متكاملماً للقيام بإعداد الدراسات اللازمة للمشروع، وخطة العمل، ثم تنفيذه تنفيذاً كاملاً، وهو نوع متقدم من المقاولات يستخدم في حالات محددة لتنفيذ بعض المشاريع الصناعية، أو مجمعات المباني السكنية الضخمة، حيث يقوم صاحب العمل بتحديد متطلباته بوصف عام يحدد فيه برنامج العمل، وعدد الوحدات، أو القدرة الإنتاجية، وما يلزم من مرافق أو تجهيزات لوحدة المشروع، وفي هذا النوع من المقاولات يحاول المقاول أن يعرض البدائل الهندسية والحلول الاقتصادية، ويكون عرضه خاضعاً لموافقة صاحب العمل في مراحل المختلفة، يساعده في ذلك مستشار هندسي مؤهل في مجال إدارة المشاريع.

ولهذا الأسلوب ميزة: أنه يمكن مباشرة العمل في بعض أشغال المشروع قبل إعداد الدراسات والتصاميم بكاملها ما دام برنامج العمل ومتطلباته قد حددت، مما يختصر وقت التنفيذ^(١).

وقد نص القانون على أنه:

١ - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو يكون مآذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.

٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

٣ - وليس للمقاول، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي

(١) العقود والمواصفات وحساب الكميات، للأستاذ داود شحاته خلف، ص ٣١.

العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.

٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد^(١).

● حكم تحديد الأجرة بطريقتي المقايسة على أساس الوحدة وعلى أساس تصميم معين :

ظاهر من الطريقتين أن الأجرة محددة بين الطرفين، إما حسب تقدير المقاول وبموافقة رب العمل، وشرط استحقاقها أداء وإنجاز العمل، فما أنجز من العمل استحققت الأجرة فيه بعد قياس ومطابقة ما نص عليه العقد، ووفق المخططات، ولا يؤثر في المقايسة على أساس الوحدة إعطاء رب العمل الحق في تغييرات بنسب متفق عليها، لأن أي زيادة في العمل، فمآل تحديد الأجرة فيها تبعاً لقياس كمية الأعمال الإضافية، كما أن المقاول لا يستطيع أن يغير في الأجرة ولو دعت لذلك أسباب وجيهة أو ضرورية إلا بعد إخطار رب العمل وتحديد الثمن، وحسب المقايسة على أساس الوحدة، أو على أساس اتفاق جديد على الأجرة في المقاولة بالأجرة الإجمالية. وفي الأجرة الإجمالية مزيد احتياط في سلب المقاول أي تغيير من شأنه زيادة الأجرة.

وأيضاً فإن شروط الفقهاء في الأجرة متحققة في الطريقتين من حيث التراضي على مقدارها ومعلوماتها، كما أن شروط العمل، ومحلها متفق عليها بالوصف المفصل حسب المخططات المدروسة بما يرفع الجهالة والغرر، وهذا في الحالات العادية، أما الحالات الاستثنائية مثل انهيار التوازن الاقتصادي فلا مانع من أن يكون للقاضي سلطة تقدير الأجرة، أو فسخ العقد؛ لأن المقاول سيعمل حينئذ بلا أجر، أو بأجر منخفض كثيراً كما لو تبرع بالعمل، لتغير العملة

(١) الوسيط، المجلد الأول: ١٦٩/٧.

مثلاً تغيراً يصل حد الكساد، بحيث يكون التقدير الأول للتكلفة يحقق خسارة فادحة لو استمر المقاول في عمله دون تعديل الأجرة بعقد جديد.

ثالثاً - الاتفاق على أجر مقطوع على أساس وثائق العطاء والمخططات (منشآت يصعب تجزئتها):

في هذا النوع من المقاوله يجب إعداد وثائق العطاء والمخططات بشكل مفصّل ودقيق، ولا يشترط أن تتضمن بالضرورة جدول كميات يفصل بنود الأعمال المختلفة.

يستعمل هذا الأسلوب عندما يكون المشروع متضمناً عدة عمليات إنشائية، وتجهيزات يصعب تجزئتها وكيها، ولهذا النوع من المقاوله ميزات ومساوئ:

فإذا كانت المخططات والمواصفات وشروط العطاء واضحة ودقيقة ومفصلة، وكان المقاول المتقدم للمناقصة خبيراً بتسعير مثل هذه العطاءات، وقام بإعداد دراسة وافية للكميات قبل تسعير العطاء، مثل هذا النوع من المقاوله يمكن إدراج الميزات التالية له:

١ - يتم تحديد قيمة المشروع برقم معتمد، وتحديد مدة الإنجاز، مما يساعد صاحب العمل في ضبط موازنته والتأكد من تاريخ الإنجاز.

٢ - يقلل من الجهد المطلوب لإجراء عمليات الكيل والحسابات من قبل كل من صاحب العمل والمقاول، وذلك اعتماداً على طريقة إعداد كشوف الدفعات.

أما إذا لم تكن المخططات ووثائق العطاء مفصلة ودقيقة، ولم يتم المقاول بالتأكد من كميات العمل المطلوبة قبل تسعير العطاء، فإن المقاول يضطر إلى المغامرة والتخمين عند وضع الأسعار، مما ينتج عنه بالتالي كلفة إضافية يتكبدها صاحب العمل، أو خسارة لفرصة الحصول على العمل من قبل المقاول.

رابعاً - الاتفاق على أجر مقطوع على أساس وثائق العطاء والمخططات (منشآت صناعية أو خاصة):

وهذه المقاوله وتسمى المقاوله الشاملة أو على تسليم المفتاح، وفيها يتم

تقدير أسعارها بمبلغ مقطوع حسب النسق الذي تم شرحه في مقالة النوع الثاني (بالمقطوعة)، ويستعمل عادة في إنشاء المجمعات الصناعية، أو مشاريع مباني القطاع الخاص .

الحكم الشرعي: في هذا ظاهر، وقد نص الفقهاء على مشروعية الأجرة المقطوعة، بل هي الأصل الشائع سواء في الأعمال أو الإنشاءات الصغيرة أو الكبيرة، وهي هنا محددة حسب دراسات ووثائق ومخططات تكفل العدالة بين رب العمل والمقاول، وتجنبها المخاطر والمغامرة أو الجهالة المفضية للنزاع .

خامساً- الاتفاق على أجر مقطوع، ونسبته من مردود العمل المستأجر عليه:

قد يتفق رب العمل والمقاول على أجر مقطوع يستحقه المقاول بعد إنجاز العمل، أو أثناءه، أو على دفعات، وبالإضافة إلى نسبة محددة قد تكون مشروطة بإنجاز العمل على وفق المتفق عليه، أو في الوقت المحدد تشجيعاً وحافزاً على حسن الأداء. أو تكون النسبة غير مشروطة باعتبارها حافزاً. ولكن تشترط هذه النسبة بالإضافة إلى الأجر المقطوع؛ كأن يتفقا على بناء العقار بأجر مقطوع، ونسبة من العقار نفسه كالربع مثلاً، وقد تكون النسبة من التكلفة المحددة .

الحكم الشرعي: هذا النوع من الاتفاق على الأجر المقطوع ونسبته، جائز شرعاً لمعلومية الأجرة، وما زاد من النسبة المتفق عليها بمثابة الحافز على إتقان العمل وإنجازه بأحسن أداء، أو هو نظير جواز مسألة قفيز الطحان عند من أجازها .

سادساً- الاتفاق على أجر على أساس التكلفة بالإضافة لنسبة مئوية من

التكلفة:

يستعمل هذا النوع من المقابلة في ظروف خاصة عندما لا يكون وصف العمل محدداً، أو لا يوجد متسع من الوقت لإجراءات إعداد وثائق عطاء مفصلة أو مطاللة، وقد يتم البت في استعمال هذا النوع من المقابلة بالمفاوضة، حيث يعهد إلى مقاول أن يقوم بتنفيذ الأشغال .

وفي هذه الحالة يتعين على المقاول أن يحفظ قيوداً دقيقة ومفصلة لمراقبة التكاليف، ويرفعها إلى المهندس أولاً بأول للتدقيق فيها والتأكد من صحتها،

ويدفع للمقاول مقابل ما يؤديه من جهد في إدارة المشروع نسبة مئوية تضاف إلى الكلفة الحقيقية، قد تصل إلى (١٠ - ١٥٪) من قيمة العقد .

وبالرغم من مرونة هذا النوع من المقاوله (والذي غالباً ما يستعمل في بعض مشاريع القطاع الخاص) إلا أن هناك بعض المآخذ عليه، مثل :

١ - ليس من السهل تحديد موازنة المشروع ومدة الإنجاز من قبل صاحب العمل .

٢ - قد يساء استعمال هذا النوع من المقاوله إذا لم يتم صاحب العمل باستخدام مستشار مؤهل لضبط إدارة المشروع ومتابعته؛ حيث إن المقاول قد يستغل الظرف فلا يحاول الاقتصاد في شراء اللوازم أو المواد أو حصر النفقات، لأنه ينتظر نسبته المئوية؛ فكلما زادت التكاليف زادت حصته. ولذا عمدت بعض الجهات إلى استعمال الأسلوب المطور عن هذا الأسلوب باستعمال أسلوب الكلفة زائد نسبة محددة، وذلك للحد من استغلال الظروف من قبل المقاول^(١).

الحكم الشرعي: والحكم في الاتفاق على الأجرة على أساس التكلفة وبنسبة مئوية منها: أنه إذا كانت الأجرة نسبة من التكاليف الفعلية ولو مرحلة بمرحلة كما في الوصف السابق من أن المقاول يقدم للمهندس أولاً بأول تكاليف ما أنجز، فيصبح المعقود عليه، محل العقد معلوماً، فتعلم التكلفة حينئذ فيأخذ المقاول أجرته نسبة منها، فلا مانع من ذلك، لكون الأجرة معلومة حينئذ. ويستأنس للجواز بكلام الفقهاء في الأجرة إذا كانت بعض المعمول، أو بعض الناتج، وقد سبق أن ذكرنا أن من الفقهاء من لا يجيز أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه، لما فيه من غرر، وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية.

وإن الحنابلة ذهبوا إلى جواز ذلك إذا كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، تشبيهاً بالمضاربة والمساقاة، فيجوز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، والزرع أو النخل إلى من يعمل فيه بسدس ما يخرج منه، لأنه إذا

(١) العقود والمواصفات وحساب الكميات، للأستاذ داود شحاته خلف، ص ٣٠.

شاهده علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم.

قال الإمام أحمد: لا بأس أن يحصد الزرع، ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه، وهو أحب إلي من المقاطعة، إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوماً، قال ابن قدامة: واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة؛ لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه، وههنا يكون أقل منه ضرورة^(١).

والمالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير يتجهون وجهة الحنابلة، فيقولون: إن قال: احتطبه ولك النصف، فيجوز إن علم ما يحتطبه بعادة. وعلة الجواز العلم. ولو قال: احتطب، أو: احصد، ولك نصف ما احتطبت أو حصدت، فذلك جائز على أنه من قبيل الجعالة. وهي يتسامح فيها ما لا يتسامح في الإجارة.

وقد أورد الزيلعي الحنفي صورة من هذا القبيل، وهي أن يدفع إلى الحائك غزلاً ينسجه بالنصف، وقال: إن مشايخ بلخ جوزوه لحاجة الناس، لكن قال في الفتاوى الهندية: الصحيح خلافه^(٢)، وقد سبق شيء من التفصيل في هذا الشأن.

* * *

(١) راجع الموسوعة الفقهية الكويتية: ١/١٦٤؛ والمغني مع الشرح الكبير: ٦/٨٢.
(٢) الهداية: ٣/٢٤٦؛ والفتاوى الهندية: ٤/٤٤٤؛ والشرح الصغير: ٤/١٨، ط. دار المعارف؛ وبداية المجتهد: ٢/٢٤٦؛ ومنهاج الطالبين وحاشية القليوبي: ٤/٦٨ - ٦٩؛ والمغني والشرح الكبير: ٦/١٣ - ٨٢ عن الموسوعة الفقهية الكويتية: ١/٢٦٤.

المبحث السادس عقد المقاولة من الباطن

إذا شرط رب العمل على المفاوض أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يتفق مع مفاوض آخر يقوم بالعمل نيابة عنه، لأن لرب العمل غرضاً في اشتراط مفاوض بعينه فيلتزم بالشرط، كما لو اشترط أن يقوم طبيب بإجراء عملية جراحية ونحو ذلك مما يختلف باختلاف الأجير دقة وحثاً وخبرة، وأما إن لم يشترط ذلك فللمفاوض أن يستأجر من يعمل مكانه، لأن المستحق عمل موصوف في الذمة لم يشترط ذلك على شخص بذاته، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداءه من الشخص ذاته لوصف مميز فيه، كاستئجار ناسخ لمصحف أو كتاب، أو خطأط لعمل إعلانات، أو طبيب بعينه، ونحو ذلك مما يختلف باختلاف الأجراء. وقد نص المالكية والحنابلة على ذلك في الاشتراط وعدمه.

قال التسولي: إذا أجره على العمل بنفسه لا بغيره، فليس للرعي أن يسترعي غيره إلا بإذن ربها في أحد قولي ابن القاسم، والراجح الضمان إن استرعى من هو مثله بغير إذن ربها - وأحرى إن استرعى من هو دونه، وهذا إذا لم يجز عرف البلد بأن الرعي يأتي بمن هو مثله لضرورة، وإلا فلا ضمان اتفاقاً.

وإذا خالف المفاوض شرط رب العمل أن يعمل بنفسه، وأسند العمل إلى غيره أجير خاص، أو مشترك، فإنه لا يستحق أجر المثل؛ لأنه أتى بغير المعقود عليه.

وإذا عقد عقد مقاولة على أن يعمل الأجير بنفسه، ثم تراضيا على أن يعمل بغيره، كان ذلك إقالة من العقد الأول، وإبرام عقد جديد بمقتضاه يكون للأجير أن يعمل بنفسه وبغيره. لأن المعقود عليه قبل إسقاط الشرط عمل من ذات معينة، وبعده عمل من غير معين، فالأول غير الثاني كما لو تعاقدا على عمل موصوف بصفات، ثم اتفقا على خلافه^(١).

(١) البهجة شرح التحفة: ٢/ ١٨٢، ٦/ ٢٤ - ١٢٢؛ وجواهر الإكليل: ٢/ ٢٨٥؛ والهداية: ٣/ ٢٣٤؛ وقلوبي وعميرة: ٣/ ٦٧؛ والمقاولة في الشريعة والقانون: ٢/ ٤٠١.

ويجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول (الأجير المشترك) ألا يسند العمل إلى أجير مشترك سواه، فيكون له أن يعمل العمل بأجيره الخاص . وفائدة هذا الشرط أن الأجير المشترك الآخر ليست يده كيد رب العمل، وليس نائباً عنه، فيعمل مستقلاً عن رب العمل، بينما الأجير الخاص تحت إمرة المستأجر .

علاقة رب العمل بالمقاول:

المقاول (الأجير المشترك) ملتزم بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، سواء قام به بنفسه، أو بعماله، أو بمقاول آخر من الباطن (أجيره المشترك)، وعمل من يستعين بهم المقاول ينسب له ويقع له، أما المقاول من الباطن وغيره فإنهم لا يرتبطون مع رب العمل بعقد مستقل . ولذا يتحمل مسؤوليتهم المقاول (الأجير المشترك) سواء تقصيرهم أو عيوب أعمالهم - قال في الدر المختار: فعل الأجير في كل الصنائع يضاف لأستاذه، فما أتلفه يضمه أستاذه، ما لم يتعدَّ فيضمه^(١) .

وفي المقابل فإن رب العمل ملتزم تجاه المقاول الأصلي، ولا صلة له بالمقاول من الباطن (أجير المقاول المشترك)، وعقد المقاول هو الذي يحدد هذه الالتزامات . وهذه العلاقات ذاتها في القوانين الوضعية^(٢) .

* * *

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ٧٥/٦ .

(٢) الوسيط للسنهوري، المجلد الأول: ٢٢٢/٧ .

المبحث السابع

التعديل والإضافة في عقد المقاولة عند فقهاء الشريعة والقانون

لا يخلو الأمر من أحد الأحوال الآتية :

١ - أن يكون التعديل أو الإضافة مأذوناً فيه من رب العمل، متفقاً على أجره، فإن هذا يعد عقداً صحيحاً، أما إذا تضمن العقد تعديل التصميم برمته، بأن كانت التعديلات مغايرة للتصميم الأول كان هذا إقالة من تنفيذ التصميم القديم، أو بلفظ آخر : إقالة من العقد الأول، وإنشاء عقد جديد بأجر مسمى .

أما إذا تناول التعديل جزءاً من التصميم دون الباقي، فإن العقد الجديد قد تضمن إقالة جزئية من العمل القديم، ويتضمن كذلك إقالة جزئية من الأجرة إذا اتفق المتعاقدان على إسقاط ما يقابل هذا الجزء من الأجر، وتسمية أجر جديد له بمقتضى العقد الثاني، وقد لا يتفق المتعاقدان على إسقاط جزء من الأجر، ولكن يتفان على إضافة أجر جديد فضلاً عن الأجر الأول المستحق عن العمل جميعه، فيكون الأجر الذي يقابل هذا الجزء من العمل هو قسطه من الأجر القديم مضافاً إليه الأجر الجديد، وفي هذه الحالة يقوم العقد الأول بجوار العقد الثاني معاً، ولا خلاف هنا بين رأي فقهاء الشريعة وفقهاء القانون في التزام المقاول بما يوجبه عليه العقد الجديد، والتزام رب العمل بدفع الأجر الذي يوجبه عليه العقد على النحو الموضح .

٢ - أن يكون العمل مأذوناً فيه غير متفق على أجره، وهنا يرى فقهاء الشريعة أن للمقاول أجر المثل، سواء كان الأجر مسكوتاً عنه تماماً، أو قال له : سأعطيك أجرك ونحوه، ويكون العقد الجديد باطلاً لعدم تقدير الأجر، ويجب أجر المثل .

٣ - أن يكون العمل غير مأذون فيه، وبالتالي فهو غير متفق على أجره، فإذا

أضاف المفاوض إلى العمل أعمالاً جديدة، فلا يستحق أجراً زائداً عن المسمى، لأنه قد عمل لغيره عملاً بلا إذن ولا عقد، ولا يستحق كذلك أجراً عن التعديلات التي يجريها في التصميم، دون إذن. وفي هذه الحالة يتفق فقهاء الشريعة مع فقهاء القانون^(١).

* * *

(١) المفاوضة في الشريعة والقانون: ٣٦٦/٢ بتصرف.

المبحث الثامن

ضمان المقاول واشتراط البراءة

اختلف الفقهاء في ضمان الأجير المشترك، أو الصانع على رأيين :

الأول: أنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، وهو رأي أبي حنيفة، وزفر، والحسن بن زياد، وأظهر الأقوال عند الشافعية، والحنابلة في رواية ابن منصور عن أحمد، ورأي الظاهرية، ويوافقهم المالكية في غير الصانع والأجير على حمل الطعام الذي تسرع إليه الأيدي .

الثاني: أنه يضمن مطلقاً؛ سواء تعدي، أو فرط أولاً، ولا يبرأ إلا برداً ما تسلمه على السلامة، وهذا رأي أبي يوسف، ومحمد، وابن أبي ليلى، وشريح، ورأي المالكية في الصانع، وهو قول عند الشافعية، ورأي الحنابلة في رواية أبي طالب عن أحمد .

وقد حرر ابن رشد الخلاف والاستدلال في تضمين الأجير المشترك أو الصانع، فقال: ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده، مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى، ما عدا حامل الطعام والطحان، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصانع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك؛ فقال مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم؛ وقال أبو حنيفة: لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر . وللشافعي قولان في المشترك، والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر، وقيل: هو الذي لم ينتصب للناس، وهو مذهب مالك في الخاص، وهو عنده غير ضامن، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر، وبتضمين الصانع قال علي وعمر، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك .

وعدة من لم يرَ الضمان عليهم أنه شبَّه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم، ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة. وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر، فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبهه المودع، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما، فغلبت منفعة القابض، أصله القرض والعارية عند الشافعي. وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسنت تضمين حامل القوت وما يجري مجراه، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي، وصاحب الحمام لا يضمن عنده، هذا هو المشهور عنه، وقد قيل: يضمن^(١).

ضمان العيوب الخفية والظاهرة في عقد المقابلة:

لما كانت الإجارة نوعاً من البيع عند جمهور الفقهاء، فإن تسلم العمل لا يعفي الموقول من ضمان العيوب الظاهرة التي يمكن تبيينها بالتقليب والمعاينة.

ومن المقرر عند الفقهاء: أن مجرد وجود عيب بالعمل، أو مخالفة للمشترط في العقد يلزم الموقول بالضمان، سواء كان العيب ظاهراً أو خفياً، وسواء اكتشفت قبل القبول أو بعده، لأن المعقود عليه عمل سليم خالٍ من العيوب، موافق لشروط العقد، والعرف، فإذا لم يأت عمله على هذه الصفة لم يكن موافقاً بالعمل المعقود عليه، وكان ملتزماً بالوفاء به ولا يسقط عنه ذلك إلا بوفاء أو إبراء.

هذا، ولم يفرق الفقهاء في رد المبيع بالعيب بين عيب ظاهر يمكن تبيينه بالفحص العادي، وبين عيب خفي، ولكنهم يرون أن للمشتري ردَّ المبيع بعد التسلم إذا اطلع على عيب فيه؛ سواء كان هذا العيب مما يمكن تبيينه بالتقليب والمعاينة أم لا، لأن عقود المعاوضات تقتضي السلامة من العيوب، ما دفع المشتري إلا في مقابل عوض سليم، فكان له الرد بالمبيع الذي لم يطلع عليه وقت

(١) بداية المجتهد: ٢٣١/٢ - ٢٣٢؛ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢٥/٤؛ وجواهر الإكليل: ٢٨٥/٢؛ والمغني مع شرح الكبير: ١١٨/٦؛ وانظر للتفصيل: المقالة في الشريعة والقانون: ٤١١/٢.

التسلم . وعليه فلا يبرأ المفاوض من ضمان العيوب الظاهرة والخفية .

ولما كان الرد بالعيب وتحديد ما هو عيب مما يكثر الخلاف فيه ، فقد ضبط الفقهاء معيار ثبوت الخيار والرد بالعيب ، فقال النووي والمحلي : هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه ، سواء في ثبوت الخيار قارن العيب العقد بأن كان موجوداً قبله ، أم حدث بعده قبل القبض للمبيع ؛ لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع ، ولو حدث العيب بعد القبض فلا خيار في الرد به إلا أن يستند إلى سبب متقدم على القبض^(١) .

وقال الدردير : ورد المبيع بعدم وجود وصف مشروط فيه غرض ، ورد بما العادة السلامة منه - ولو لم يشترط السلامة منه - مما ينقص الثمن أو المبيع أو التصرف ، أو يخاف عاقبته^(٢) .

وقال ابن قدامة : العيب في المعقود عليه يثبت الخيار كالعيب في بيع الأعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة^(٣) .

وقال ابن عابدين - في ضمان غرق السفينة - : ضمان الأجير المشترك مقيد بثلاثة شرائط : أن يكون في قدرته رفع ذلك . . . وأن يكون محل العمل مسلماً إليه بالتخلية ، وأن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد ، فلا يضمن الأدمي .

وإذا وجب الضمان على الأجير المشترك ، فإن كانت العين هلكت بعد العمل فالمكترى بالخيار : إن شاء ضمنه قيمته معمولاً ، ويحط الأجرة من الضمان ، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يكن عليه أجرة . وإن كان الهلاك الموجب للضمان حصل قبل العمل ضمن قيمته غير معمول . وهو لم يعمل شيئاً يستحق أجراً عليه . وهذا ما اتجه إليه الجمهور .

(١) قلوبوي وعميرة : ١٩٨/٢ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٠٨/٣ ؛ والقوانين الفقهية ، لابن جزي ، ص ٢٧٠ ؛ وانظر : المبسوط : ٩٨/١٣ ؛ والبدايع : ٢٦١٢/٦ .

(٣) المغني مع الشرح الكبير : ٣٥/٦ ؛ وانظر المبسوط : ٩٨/١٣ ؛ والبدايع : ٢٦١٢/٦ ؛ والمقالة في الشريعة والقانون : ٥٠١/٢ .

وإذا وجب الضمان على المقاتل فيجب عليه أيضاً ضمان أجيده، كما قال ابن عابدين؛ إذ عمله مضاف إليه فيضمن، وإن لم يضمن الأجير ما لم يتعدَّ.

اشتراط الضمان ونفيه:

اشتراط نفي الضمان باطل، فلا يجوز لرب العمل أن يشترط الضمان على الأجير فيما لا يجب عليه ضمانه، لأن شرط الضمان في الأمانة باطل، لمنافاته لمقتضى العقد. وكذا لا يجوز اشتراط نفي الضمان عن الأجير فيما يجب فيه عليه الضمان. ويفسد العقد بهذا الاشتراط لمنافاته لمقتضى العقد. وللصانع أجر المثل، لا المسمى، لأنه إنما رضي به لإسقاط الضمان عنه. هذا ما نص عليه الحنفية والمالكية.

قال الدردير: ولو شرط الصانع نفي الضمان يفسد العقد بالشرط المذكور وله أجر مثله. وقال الدسوقي: لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد، وعلّق الدسوقي على أن للصانع أجر مثله، بأن ذلك إذا لم يطلع على الفساد إلا بعد تمام العمل ما لم يسقطه قبل فراغ العمل وإلا صح العقد.

وهذا أحد وجهين عند الحنابلة، قال ابن قدامة: إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين؛ فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد، وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع. قال أحمد: فيما إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه. وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال: لا يصلح الكراء بالضمان، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون: لا نكتري بضمان إلا أنه من شرط على كرى أنه لا ينزل متاعه بطن وإد أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط، فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي، فهو ضامن. فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه، وإن شرطه لم يصح الشرط، لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد أنه سئل عن ذلك، فقال: إنَّ النبي ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»، قال ابن قدامة: وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»، فأما إن أكره عيناً وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة، أو لا يتأخر بها عن القافلة، أو لا يجعل سيره

في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض فخالف ضمن؛ لأنه متعدد لشرط كرية فضمن ما تلف به، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً فحمل اثنين^(١).

وقد تكرر بطلان اشتراط الضمان حتى تقرر قاعدة: أن كل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه. وقولهم: كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط^(٢).

اشتراط البراءة من العيوب:

وصورة البراءة أن يقول: بعث على أي بريء من كل عيب، وفيها مذاهب.

فذهب الحنفية، والرواية الثالثة عن مالك، والقول الثاني للشافعية: أن البيع بشرط البراءة من كل عيب جائز، ويبرأ من كل عيب، ولا يرد بحال، وذلك لأن الرد بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع، فإذا أسقطه سقط كسائر الحقوق الواجبة.

وذهب الحنابلة في رواية، وهو القول الثالث للشافعية إلى أنه لا يبرأ سواء علم به البائع أم لم يعلم، وذلك لأنه من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع، ومن باب الغبن والغش إذا علمه، وذلك لأثر ابن عمر رضي الله عنهما، وقد باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان رضي الله عنه على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين: ٦٦/٦؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٨/٤؛ والمهذب: ٤٠٨/١؛ والمغني مع الشرح الكبير: ١٣١/٦؛ والموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٩٨/١.

(٢) المغني: ٢٢٢/٥؛ وكشاف القناع: ٧٠/٤؛ والمبدع: ١٤٥/٥ عن جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات، للدكتور علي أحمد الندوي: ٨٣٥/٢، ٨٥٤.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ؛ والبيهقي وصححه. جامع الأصول: ٣٤/٢؛ عن الخيار وأثره=

والقول الأظهر عند الشافعية، والأصح عند المالكية، ورواية عند الحنابلة: أنه يبرأ البائع من كل عيب في الحيوان لا يعلمه دون ما لا يعلمه، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال^(١).

ما يضمنه الما قول إذا خالف شروط العقد في منقول:

إذا خالف الما قول شروط العقد في منقول لا يمكن إصلاحه، كما لو استأجره ليخيط له قميصاً؛ فخاطه قباء، أو ليخيط له قميصاً؛ فخاطه لامرأة. فقد اختلف الفقهاء على آراء:

الأول: ذهب إلى أن الأجير قد أتى بعمل غير المعقود عليه فيكون متعدياً، وعلى المتعدي الضمان، ويضمن ضمان الغاصب، ولا يستحق على عمله أجرأ، وهو رأي أبي حنيفة والشافعية والحنابلة، إلا أنهم اختلفوا فيما يضمنه، فذهب أبو حنيفة إلى أنه يضمن القيمة، ويكون الثوب للأجير. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن رب العمل يأخذ ماله، وعلى الأجير، والمتعدي، والغاصب، أرش النقص، ولكنهم اختلفوا في أرش النقص الذي يضمنه الأجير، هل هو الفرق ما بين قيمته صحيحاً، ومقطوعاً، أو هو الفرق بين قيمته مقطوعاً قميصاً، وبين قيمته مقطوعاً قباء؟ أقوال.

هذا فيما لا يمكن إصلاحه، أما إن أتى الما قول بعمله مخالفاً للشروط، أو معيباً وكان بالإمكان إصلاحه، وجب عليه إصلاحه ولو أدى ذلك إلى إعادة العمل من جديد؛ لأنه التزم عملاً سليماً، موافقاً لشروط العقد^(٢).

* * *

= في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة: ٤٠٤ / ٢.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٩٠ / ١؛ والخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة: ٤٠٤ / ٢.

(٢) البدائع: ٢٦٤٤ / ٦؛ والبهجة في شرح التحفة: ١٨٦ / ٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٥٦ / ٤؛ وقلوبي وعميرة: ٨٣ / ٣؛ والمغني مع الشرح الكبير: ١٢٢ / ٦؛ راجع ما ذكرته وتفصيله وزيادة في المراجع: المقاول في الشريعة والقانون: ٥٠٥ / ٢.

المبحث التاسع

توقيت خيار العيب إلى مدة

وفيه أربعة آراء:

الرأي الأول: أنه على الفور: فتجب المبادرة للفسخ وإلا سقط، ومرادهم من الفورية: الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة؛ فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه ولا يرجع بأرش العيب، وهذا مذهب الشافعية ورواية في مذهب أحمد على ما ذكره القاضي أبو يعلى من تعدد الرواية فيه. وهو رأي لدى الحنفية.

الرأي الثاني: أنه على التراخي: فلا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه - على المعتمد - ما يدل على الرضا. وهو مذهب الحنفية - على المعتمد - والحنابلة على الرواية المصححة من المذهب.

الرأي الثالث: توقيته بيوم أو يومين: ويفترق الحكم بالرد؛ فإن حصل في يوم فأقل لم يحتج لرده إلى اليمين، لعدم حصول رضاه، وإن تأخر إلى يومين رده مع اليمين بأنه ما رضي بالمعقود عليه. وهو مذهب المالكية.

الرأي الرابع: التأجيل ثلاثة أيام: فليس على الفور ولا على التراخي طالبت المدة أو قصرت، بل يؤجل ثلاثة أيام، فإن لم يرد سقط.

ولعل الراجع أنه لا مانع من تحديد مدة تشترط في العقد لا خيار بعدها، وبخاصة على مذهب الحنابلة الموسعين في الشروط. قال الإمام ابن تيمية: الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل دليل على خلافه^(١). وهذا هو الأنسب للمعاملات اليوم مع الأخذ بالاعتبار ما يناسب العقار والمنقول واعتبار العرف.

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٤٦/٢٩.

أثر خيار العيب على حكم العقد:

إن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالاً، وملك الثمن ينتقل إلى البائع في الحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط. والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب (كما في خيار الشرط)، ولا شرط الحكم (كما في خيار الرؤية)، وأثر شرط السلامة يقتصر على منع لزوم العقد، ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد.

صفة العقد مع خيار العيب:

الملك مع خيار العيب غير لازم، لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع، لا يلزم حكمه^(١).

الضمان القانوني في المباني والمنشآت:

تحدد القوانين الوضعية الضمان في المباني والمنشآت بعشر سنوات. فتنص القوانين على أن: يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين، ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

ويشمل الضمان ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل. ويكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه. كما تنص القوانين على أن كل مشيد لعمل، يكون مسؤولاً بقوة القانون، في مواجهة رب

(١) راجع تفصيل ما ذكرناه - ملخصاً وبتصرف - في توقيت العيب من الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٢٧/٢٠؛ والخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة: ٤١١/٢.

العمل أو من ألت إليه ملكية هذا العمل ، عن الأضرار التي - حتى ولو كانت ناتجة عن عيب في الأرض - تعرضت متانة العمل للخطر ، أو التي - وهي التي تصيبه في أحد عناصره الإنشائية أو أحد عناصر الإعداد - تجعله غير صالح للغرض المخصص له . ولا يمكن التحلل من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت المشيد أن هذه الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

كما يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول ، فلا تتقدم دعوى الضمان مثلاً ولو كان العيب واضحاً إلا بمضي ثلاث سنوات أو خمس . أو يجوز أن يتحفظ رب العمل عند تسلمه الشيء أو تقبله العمل ، ويقرر أن ذلك لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول إذا ظهر في العمل عيب ولو كان هذا العيب واضحاً . كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل ولو كان العيب خفياً ، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو إلى خطأ منه جسيم . وهذا بخلاف أحكام الضمان الواجب على المهندس المعماري والمقاول بالنسبة إلى عيوب البناء ، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها^(١) .

* * *

(١) مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء للدكتور محمد فتحي سرور ، ص ١٩٠ ؛ والمطالبات والخلافات في عقود المقاولات للأستاذ داود شحاته خلف ، ص ٧٥ ؛ والمسؤولية المعمارية للدكتور محمد حسين منصور ، ص ٧٨ - ١٣٠ ؛ والوسيط للسنيهوري ، المجلد الأول : ١٩٠ / ٧ .

نتائج البحث

١ - المقابلة في القانون: عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

٢ - المقابلة تقابل في الفقه الإسلامي الإجارة في العمل، إذا كان العامل أجيراً مشتركاً. فالمقابل هو الأجير المشترك، والعقد مع الأجير المشترك وارد على العمل الموصوف أو الأثر، والوصف الذي يحدثه العامل في العين بعمله مقابل أجره. فهذه مقابلة في القانون، إجارة على عمل في الفقه الإسلامي .

٣- للمقابلة في القانون صورتان:

الأولى: تقديم المقابل - الأجير المشترك - العمل فقط .

الثانية: تقديم المقابل - الأجير المشترك - العمل والمادة .

٤ - إذا قَدِّمَ المقابل - الأجير المشترك - العمل والمادة فهي مقابلة في القانون تقابل الإجارة على العمل في الفقه الإسلامي، وتطبق عليهما أحكام الإجارة .

٥ - إذا قَدِّمَ المقابل - الأجير المشترك - العمل والمادة فهي مقابلة في القانون، استصناع في الفقه الإسلامي، وتطبق عليهما أحكام واحدة، فالاستصناع هو مقابلة قانوناً، وعليه فالمقابلة في القانون أعم في مضمونها من الفقه الإسلامي . فتجتمع المقابلة مع الاستصناع إذا قدم المقابل المادة فقط، فهي مقابلة في القانون، وإجارة على العمل في الفقه الإسلامي، والإجارة على العمل - الأجير المشترك - مقابلة قانوناً، وليست مقابلة - استصناعاً - فقهاً . فكل استصناع مقابلة وليس كل مقابلة استصناعاً .

٦ - إذا قَدِّمَ المقابل العمل والمادة فيطبق على العقد قرار المجمع في الاستصناع رقم ٦٥ (٧/٣) .

٧ - يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة. وتطبق حينئذ قرارات المجمع في الشرط الجزائي الوارد في قراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٦/٢)، وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٧/٣)، وقراره في السلم رقم ٨٥ (٩/٢)، وقراره في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (١٢/٣).

٨ - يجوز الاتفاق على الأجرة بالطرق الآتية:

أ- الاتفاق على أجر بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة.

ب- الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين.

ج- الاتفاق على أجر مقطوع على أساس وثائق العطاء والمخططات (منشآت يصعب تجزئتها).

د- الاتفاق على أجر مقطوع على أساس وثائق العطاء والمخططات (منشآت صناعية أو خاصة).

هـ- الاتفاق على أجر مقطوع ونسبة شائعة من مردود العمل المستأجر عليه.

و- الاتفاق على أجر على أساس التكلفة بالإضافة لنسبة مئوية.

٩ - يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة، أو حسب مراحل العمل المتفق عليها.

١٠ - يجوز الاتفاق على التعديل أو الإضافة ويكون عقداً جديداً، ويجب الوفاء بالعقدين. فيلتزم المقاول بتنفيذ العقدين، ويلتزم رب العمل بدفع الأجرة المتفق عليها.

١١ - إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجرة، فالعقد الجديد باطل، وللمقاول أجر المثل.

١٢ - إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها، فلا يستحق أجرًا أزيداً عن المسمى، ولا يستحق أجرًا أعلى التعديلات أو الإضافات.

١٣ - يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو قصر أو خالف شروط العقد، وكذلك يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة.

١٤ - إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.

١٥ - إذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن. ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداءه من المقاول نفسه بوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء.

١٦ - المقاول مسؤول عن مقاوليه من الباطن.

١٧ - لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.

والله الموفق، وبالله التوفيق.

* * *

عقد المناقولة؛ الإنشاء، والتعمير
حقيقته، تكييفه، صورته

إعداد

أ.د. جاسم علي سالم الشامي
أستاذ قانون المعاملات المدنية
وكيل كلية الشريعة والقانون بجامعة البصرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله أولاً وآخراً، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

تنبع أهمية عقد أعمال البناء والتشييد (المقاوله): أن الأبنية المشيدة أصبحت أكثر ضخامة وفناً وخطورة وتعقيداً، والغالب فيها أنها تتم بطريقة دقيقة، وتتدخل الإدارة العامة كالمبديات وغيرها في مجال إجازة البناء من عدمه، وفرض شروط يجب أن تنفذ في البناء، وغرامات على الإخلال بقواعد البناء، وما ذلك إلا أنها - كما قلنا - تتميز بخطورة الأضرار التي يمكن أن تترتب على أي خطأ أو إهمال أو عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة في القيام بها، سواء بالنسبة للمالك أو عائلته، أو بالنسبة لغيرهم من الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن يضاروا على إثر تدهم البناء، كالسكان الجيران والمارة في الطريق العام، وبالتالي لم تكف الأنظمة والقوانين في إخضاع أحكام عقد المقاوله على البناء والمسؤولية عنه للقواعد العامة في المسؤولية والضمان، بل أخضعت مسؤولية المهنيين (المقاول والمهندس المعماري والاستشاري) لقواعد خاصة بهم .

وإذا كان هناك تشجيع لطائفة المهندسين ومقاولي البناء والمنشآت للابتكار والإبداع والتجديد، ولما في ذلك من دفع لحركة البناء المعماري في البلاد، والارتقاء بالمستوى الفني لأعمال الإنشاء والتشييد والإعمار، وكذلك ترعى هذه القوانين والأنظمة أصحاب الأعمال وملاك المباني، وتوفر لهم الحماية على أساس أنها طائفة غير ملّمة بأصول صناعة وتشبيد البناء وهندسة المعمار، نظراً - كما قلنا - لما تتميز به أعمال البناء من تعقيد وخطورة بالمقارنة بغيرها، ولتعذر الكشف عند تسلم الأعمال عن عيوب البناء أو معرفة النتائج التي يمكن أن تترتب عليها في المستقبل، بل وعدم ظهورها عادة إلا بعد مضي فترة زمنية طويلة يصعب بعدها التثبيت من توافر

المسؤولية والضمان^(١). ويتميز هذا العقد بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في عقود مقاولات البناء لا تنتهي بانتهاء العمل موضوع العقد، وإنما تمتد بحكم القانون إلى ما بعد انتهاء العقد، وللمدة التي يحددها القانون أو النظام، بخلاف عقود الاستصناع الأخرى، فالمقاول فيها أو الصانع ينتهي - كأى عقد آخر - بانقضاء الالتزامات المتولدة عنها.

وأصل العلاقة هنا: أنها تقوم بين أطراف ثلاثة رئيسية تشارك في عملية المقاول؛ وهي:

١ - المهندس المعماري: الذي يُعَدُّ ويصمّم البناء على الرسم، وعمله هنا ذو فكر إبداعي، وهو يقوم بهذا العمل بناء على اتفاق وأجر عن جهده الذي يخضع في العادة إلى إجازة الإدارة في البلدة، وقد يمتد عمل المهندس المعماري؛ أي: أن يكون استشارياً على المبنى المراد تشييده، فتجتمع فيه الصفتان: المعماري والاستشاري، ويكون بذلك مسؤولاً أمام مالك البناء.

٢ - المقاول: وهو من يتولى إقامة وتشيد البناء كاملاً أو جزءاً منه حسب الاتفاق في العقد بينه وبين المالك. وعمله هنا يشمل كل مواصفات البناء من أعمال التشييد والخراسانات وأعمال النجارة والكهرباء والأصباغ... إلخ، وعادة ما تتطلب الإدارة أن يكون لديه مهندسون يقومون بمتابعة وتوجيه عماله في هذا البناء.

٣ - المالك للبناء: وهو من يعمل المقاول والمهندس لحسابه، وهو من يقوم بدفع الأجر المتفق عليه، وحسب الطريقة المتفق عليها سواء للمقاول أو المهندس.

وإلى جانب هؤلاء فهناك الإدارة العامة، سواء البلديات أو غيرها، والتي تشرف وتراقب البناء، لتعلقه كما قلنا بتعمير المدن، ومراقبة مدى الالتزام بشروط البناء والتعمير حسب المواصفات العامة التي ترضيها وتوفر الحماية للناس.

* * *

(١) د. ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، ص ١٠، سنة ١٩٨٢ م.

المبحث الأول

تعريف عقد المقاولة في الأنظمة (القوانين) وخصائصه

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولة في الأنظمة (القوانين)

عرف قانون المعاملات المدنية الإماراتي عقد المقاولة في المادة (٨٧٢) بأنه: «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر».

وعرفه القانون المدني المصري في مادته (٦٤٦) بأنه: «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

وقد عرفه القانون اللبناني في المادة (٦٢٤) منه على أنه: «عقد المقاولة أو إجارة الصناعة: هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل».

يعيب التعريف الأخير أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهري، إذ ليس هناك فرق أساسي أو جوهري بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت، وآخر يأخذه بحسب القطعة، فكلاهما أجير عند صاحب العمل يخضع لأوامره وإشرافه.

والمعيار الصحيح الذي يميز بين عقد المقاولة وعقد العمل أو إجارة الأشخاص هو أن المقاول لا يخضع لإدارة المالك وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً للمالك (صاحب العمل) ولا يكون هذا الأخير مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع،

خلافاً لعقد العمل، فالعامل يخضع لإدارة صاحب العمل وإشرافه سواء، كما يؤثر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج، ولا يعمل مستقلاً عن صاحب العمل، بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما. وبالتالي يمكن القول مع البعض بأن عقد المقاولة: عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته^(١).

وبهذا التعريف تبرز الخصيصة الأساسية التي تتميز بها المقاولة؛ وهي: أن من يقوم بالعمل إنما يفعل ذلك مستقلاً، فلا يخضع لإشراف أو إدارة طرف آخر.

أما في الفقه الإسلامي فلم يخص الفقهاء عقد مقاولة البناء بمسمى خاص به، بل إن إفرادهم لعقد الاستصناع والأمثلة التي يضربونها للاستدلال على عقد الاستصناع، فإن المتتبع لهذا الأمر لا يجد مثلاً عن أعمال البناء للاستدلال على عقد الاستصناع.

عموماً حاول الفقه المعاصر أن يقرب عقد المقاولة من عقد الاستصناع على اعتبار أن الاستصناع يشمل صناعة البناء إلى جانب صناعة أي شيء آخر. وفي تعريف عقد الاستصناع؛ عرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابعة بجدة:

أولاً: أن عقد الاستصناع هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

(١) انظر د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢م، ص ١١؛ أ. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول: ٥/٧.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه على أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة^(١).

وفي تعريف الفقه الإسلامي للاستصناع؛ فقد عرفه صاحب البدائع، وهو: أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٢)، وقد أخذت الموسوعة الفقهية الكويتية بهذا التعريف^(٣).

وذكر البابرتي «بأن الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقال: اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهماً، ويسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها أو لا يسلمه»^(٤).

وذكر ابن عابدين أنه: «وأما شرعاً فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص»^(٥).

وقد عرفته المادة (١٢٤) من المجلة على أن: «الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً؛ فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع».

وفي شرحها لعلي حيدر يقول: «الاستصناع لغة: طلب العمل، وتعريفه الوارد في المجلة هو التعريف الشرعي له...»^(٦).

-
- (١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة للدورات ١-١٠، القرارات ٩٧، ص ١٤٤-١٤٥.
 - (٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٦/٦٧٧.
 - (٣) الموسوعة الفقهية بين لفظ إرادة - استظهار: ٣/٣٢٥.
 - (٤) شرح العناية مع فتح القدير: ٧/١١٤.
 - (٥) رد المحتار على الدر المختار: ٤/٢١٢.
 - (٦) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، الكتاب الأول، البيوع، ص ٩٩.

المطلب الثاني خصائص عقد المقاولة

من التعريفات التي ذكرناها سابقاً فإن عقد المقاولة يتصف بالخصائص الآتية:

١ - المقاولة عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكلاً خاصاً بحيث ينقذ بمجرد التراضي بين طرفيها سواء أتم ذلك كتابة أو شفاهة أو حتى بالإشارة الدالة على ذلك، وينعقد التراضي فيه على العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به صاحب العمل وهو المتعاقد الآخر^(١).

٢ - وهو عقد معاوضة ذلك لأن كل من طرفيه يأخذ مقابل ما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل وقد يقدم المواد اللازمة لهذا العمل، وصاحب العمل يدفع الأجر^(٢).

٣ - هو عقد ملزم للجانبين بحيث يترتب منذ نشأته التزامات على عاتق كل من طرفيه؛ أهمها بالنسبة للمقاول: إنجاز العمل المطلوب منه، وبالنسبة لصاحب العمل دفع الأجر المستحق عن هذا العمل، وكل ذلك امتثالاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

والتزاماً لأمر سيدنا رسول الله ﷺ في قوله: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٣).

٤ - وهو عقد يرد على العمل، إذ الأداء الرئيسي في العقد مطلوب من المقاول؛ وهو القيام بعمل معين رغم أن هذا العمل يكون مقابل أجر، فإن الاعتداد في وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسي لا المقابل.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، ص ٦؛ ود. محمد لبيب شنب، ص ١٢.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) سنن الترمذي: ٣/ ٦٣٥؛ السنن الكبرى: ٦/ ٧٩؛ كنز العمال: ٤/ ٣٦٧.

أما الاستصناع عند المالكية فقد تحدثوا عنه عند الحديث عن السَّلْم وشروطه وأحكامه، ودون أن نبعد ونسهب هنا في الاستصناع بشكل عام؛ إذ ليس هو موضوعنا، فإن أعمال البناء لا يمكن أن تطبق عليها أحكام السلم وشروطه باعتبارها من الأموال القيمة وليست المثلية، وكلام المالكية ينصب على الوحدات الصغيرة والمثلية كالسيف أو السرج والخبز وغيرها^(١).

وهذا الأمر ينطبق على ما ذكره الشافعية^(٢)، وجاء في روضة الطالبين للإمام النووي: «يجوز السلم في الزجاج والطين والحصى والنورة وحجارة الأرضية والأبنية والأواني، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها، ولا يجوز السلم في الحباب والكيزان والطنسوت والقماقم والطناجير والمناثر والتزام المعمولة؛ لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة، ولا يجوز السلم في العقار»^(٣).

ويقول الشيرازي في المذهب بتكملة المجموع: «ولا يجوز السلم في العقار، لأن المكان فيه مقصود، والتمن يختلف باختلافه، فلا بد من تعيينه، والعين لا تثبت في الذمة»، وأيضاً هو مذهب الحنابلة في هذا الأمر ممن أجازوا الاستصناع^(٤).

* * *

-
- (١) مقدمات ابن رشد كتاب السلم، ص ٥١ وما بعدها؛ بلغة السالك: ١٠٣/٢؛ مواهب الجليل: ٣٤٩/٣.
- (٢) الأم للإمام الشافعي: ٧٨/٣.
- (٣) روضة الطالبين، ص ٢٧.
- (٤) ابن قدامة المقدسي في المغني: ٣١٣/٤ وما بعدها؛ مطالب أولي النهى: ٢١٠/٣.

المبحث الثاني

شروط انعقاد عقد المقاولة على البناء وطرق إبرامه

ونحن هنا إذ نقتصر على مقاولة البناء دون غيرها من صور الاستصناع، فلا بد قبل التكييف من أن نعرض لشروط هذا العقد من حيث الانعقاد وصحته، ثم نعقبها بطرق إبرامه.

* * *

المطلب الأول

شروط انعقاد وصحة المقاولة

لا تنعقد المقاولة إلا إذا تراضى طرفاها على ماهيتها بإيجاب وقبول مطابق له، تتجه إرادة أحدهما إلى أن يقوم بعمل معين مستقبلاً مع المتعاقد الآخر، واتجهت إرادة الطرف الآخر إلى دفع أجر في مقابل هذا العمل.

ضرورة تعيين العمل:

يتطلب التراضي على العمل المكلف به المقاول ضرورة أن يكون معيناً في العقد، إذ لا يمكن أن تتطابق إرادتا المقاول ورب العمل بشأن هذا العمل إذا لم يكن معيناً في العقد، بحيث يجب بيان أوصاف هذا العمل بحيث تتحدد أوصاف هذا البناء؛ فمثلاً إذا كان منزلاً لا بد من بيان أنه مكون من طابق أو طابقين، وأن مساحته كذا متر مربع بحيث يجب أن يتم تعيين العمل في العقد نفسه شاملاً وجود عدة وثائق يكمل بعضها بعضاً؛ وهي:

١ - العقد: وهو يتضمن اتفاق المالك والمقاول ويعين فيه طبيعة العمل المطلوب، ويحدد أجر المقاول، أو قد يحيل في ذلك على الوثائق الأخرى، كما يحتوي على تعليمات عامة بالنسبة لطريقة وشروط التنفيذ: المدة - الأقساط - التفيتش - التسوية النهائية - الجزاءات - الاختصاص في حالة النزاع - أو قبول الالتجاء إلى التحكيم.

٢ - دفتر الشروط : ويشتمل على شروط المفاوضة بالتفصيل ، وكيف يكون التنفيذ، والمواعيد التي تتم فيها الأعمال المختلفة، وغير ذلك من الشروط التي يضعها المالك في الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه وتوقيعه على عقد المفاوضة .

٣ - المقايسة : وتتضمن بيان مقاسات البناء المراد إقامته، وبيان مقدار المواد وصفاتها وهذه هي المقايسة الوصفية، كما تتضمن في العادة بيان أثمان هذه المواد كل نوع على حدة، وهذه هي المقايسة التقديرية . وتلحق بها أحياناً قائمة بالأثمان، لتبين تطبيق الأثمان بالتفصيل، وفي هذه الحالة لا تتضمن المقايسة سوى بيان شروط تنفيذ الأعمال ومقاساتها، في حين عدد القائمة الأثمان واجب عن كل عملية .

٤ - التصميمات : ويقصد بها الرسوم التي يضعها المهندس المعماري، سواء في ذلك الرسوم المعمارية والرسوم الإنشائية، ويدخل في ذلك رسوم المشروع الابتدائي والرسوم النهائية التفصيلية . وتستفاد موافقة المالك على هذه التصميمات عن توقيعه .

وليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المفاوضة وحده، يتضمن عناصر العقد، ويشتمل في ذات الوقت على بيان الأعمال المطلوب تأديتها .

* * *

المطلب الثاني

تعدد طرق إبرام عقد المفاوضة

مع اتساع نشاط عمليات المفاوضة في العصر الحديث؛ فقد تعددت طرق إبرام عقودها ونوجزها كالتالي :

١ - الممارسة : قد يبرم عقد المفاوضة بالطريق العادي لإبرام العقود، بأن يطلب صاحب العمل من مقاول أن يقوم بإنجاز عمل معين لحسابه، فيقبل المقاول ذلك، والغالب أن يسبق إبرام العقد مرحلة يتفاوض فيها الطرفان على

شروطه وأوصافه، حتى إذا ما تقابلت إرادتهما أبرم العقد، ويطلق على هذه الطريقة التعاقد بالممارسة.

٢ - قد يعمد صاحب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة والذي يوضع في المسابقة بأن يدعو المتخصصين إلى الاشتراك فيها، وغالباً ما تقتزن هذه الدعوة بتأليف لجنة تحكيم من الخبراء في موضوع المسابقة، تكون مهمتها الحكم على الأعمال المقدمة.

وقد تكون جائزة المسابقة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه، بالشروط التي تكون قد ذكرت في دفتر الشروط، وقد يتحفظ صاحب العمل فيذكر في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد المقاولة مع الفائز من المتسابقين، ولكنه في هذه الحالة يعين جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على جهود وضع التصميم.

٣ - التعاقد عن طريق المناقصة: يلجأ صاحب العمل في هذه الحالة عادة بالاشتراك مع المهندس الاستشاري على طلب تقديم عطاءات إليه تحدد الأجر الذي يطلبه الغير في مقابل القيام بهذا العمل. ويتم تقديم هذه العطاءات إما في مناقصة علنية أو في خطابات مغلقة، والهدف من ذلك هو الوصول إلى أقل أجر لإنجاز العمل المطلوب وفقاً للمواصفات والضمانات المشترطة عن الإعلان عن العمل، وقد يحتفظ صاحب العمل لنفسه صراحة بالحق في رفض أي عطاء ولو كان الأقل قيمة، دون أن يكون ملزماً بتبرير رفضه، أما إذا لم يحتفظ بهذا الحق فإنه يلتزم بأن يعهد بالعمل إلى مقدم العطاء الأقل^(١).

عقد المقاولة والأشغال العامة:

من المعروف في النظام القانوني أن عقد الأشغال العامة عقد إداري من عقود القانون العام.

وعقد الأشغال العامة هو عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى شخص من

(١) د. محمد ليب شنب، المرجع السابق، ص ٧٦؛ فتحة قرة، أحكام عقد المقاولة، ص ٨٥-٨٦.

أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر، تحقيقاً للمنفعة العامة^(١).

ويستفاد من هذا التعريف لكي يكون بصورة عقد أشغال عامة الآتي :

١- أن يكون العمل المناط بالشخص وارداً على عقار .

٢- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي من الأشخاص العامة، سواء كان من الأشخاص: الإدارة المركزية كالوزارات، أو الأشخاص: الإدارة المحلية كالمبليات والمدن .

٣- وأن تكون الغاية من العمل تحقيق منفعة عامة ولو لم يتصل هذا العمل بمال عام، أو بمرفق عام وبالتالي يعتبر إنشاء بناء مساكن حكومية للمواطنين المحتاجين يعد عقد أشغال عامة .

واعتبار العقد بأنه عقد أشغال عامة لا عقد مقاولة يترتب عليه: عدم خضوعه لأحكام القانون الخاص (القواعد التي تنظم المقاوله) إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام، ويبرز ذلك بالغاية المقصودة من الأشغال العامة وهو تحقيق منفعة عامة، فهذه الغاية تتطلب أن يخضع عقد الأشغال لقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع لها عقد المقاوله المبرم لتحقيق مصالح خاصة .

وإن كان الاتجاه القانوني يشير إلى إخضاع العقود التي تسير فيها الشركات المساهمة الكبيرة للقانون الخاص، وبالتالي تعتبر مقاولات لا أشغال عامة في حالة التعاقد على الأشخاص العامة المعنوية .

* * *

(١) د. فؤاد العطار، عقد العمل والأشغال العامة، ص٧٥؛ د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ص٧٩.

المبحث الثالث

تكييف عقد المقاولة في الفقه بحسب التزامات المقاول

التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل:

يحتاج عمل مقاولة البناء لإنجازه مواد تستخدم ويستعان بها فيه، مثل مواد الأخشاب والإسمنت والرمل والمياه والحديد والبلاط والرخام والدهانات والأبواب والأدوات الصحية... إلخ، والأدوات المستخدمة للبناء كثيرة أيضاً وبالتالي تنطرق الأنظمة إلى مثل هذه الحالات ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ حيث ينص على الآتي في المادة (٨٧٥) منه:

« ١ - إذا اشترط صاحب العمل أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها؛ كان مسؤولاً عن جودتها طبقاً لشروط العقد إذا وجدت وإلا تطبيقاً للعرف الجاري.

٢ - وإذا كان صاحب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية، وأن يرد لصاحبها ما بقي منها، فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت: فعليه ضمانها».

ونصت المادة (٨٧٦) على الآتي: «على المقاول أن يأتي ما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقص الاتفاق أو العرف بغير ذلك»، وتقابل هاتين المادتين المواد (٦٤٧) و(٦٤٨) مدني مصري، و(٦١٣م) و(٦١٤م) مدني سوري، و(٨٦٥م) و(٧٦٦م) مدني عراقي.

الفرض الأول: المقاول الذي يقدم مادة العمل:

أولاً: تعددت آراء الفقهاء في تحديد مفهوم تكييف الاستصناع في حالة تقديم المادة من قبل المقاول؛ فهل هو عقد بيع أم عقد سلم؟ مع تأكيدنا هنا إلى أن نظرة العلماء في الاستصناع بجميع صورته وإن كنا نركز على موضوع استصناع البناء.

١ - ذكر المالكية بأن الاستصناع هو بيع، قال الشيخ أحمد الدردير: «إنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد قوله: وإن اشترى المعمول منه واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد»^(١).

٢ - ولكن الفقيه الدسوقي قال: «واعترضه شيخنا بأن بينهما فرقاً، لأنه وقع العقد على المصنوع، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري، والآية دخل في ملكه المعمول منه بالعقد عليه ثم استأجره»^(٢).

وقالوا بجواز أن يشتري شخص من دائم العمل أو غالبه - ككون البائع من أهل حرفة وذلك الشيء لتيسره عنده - وكان الصانع معيناً دون المصنوع منه، فأشبهه المعقود عليه المعين، وذلك مثل الخبازة والجزارة بنقد وبغيره، وكذلك لا يشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا تأجيل الثمن لأنه بيع؛ وهو لا يشترط فيه واحد من الأمرين، وإنما يشترط الشروع في الأخذ حقيقة، أو حكماً بأن يؤخر الشروع في الأخذ خلال خمسة عشر يوماً، حيث أجازوا بالتأجيل لنصف شهر، ويقول الشيخ الدسوقي معلقاً على هذا النوع: «إنهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع»، وذكر العلامة الدردير مثاليين لتطبيق ذلك فقال: «الشراء إما يجمله بأخذها مفرقة على أيام، كقنطار بكذا كل يوم رطلين» والمثال الثاني: هو أن يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً، قال الدردير: «وليس لأحدهما الفسخ في الصورة الأولى دون الثانية» حيث البيع فيها جائز غير لازم، فلكل واحد منهما في الصورة الثانية حق الفسخ^(٣).

وذكر بعض الحنفية بأن الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذكر بعض منهم أنه بيع ولكن للمشتري فيه حق الخيار، قال الكاساني: «وهو الصحيح»^(٤).

٣ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الاستصناع يدخل في باب السلم، وبالتالي يخضع لشروطه وضوابطه من تسليم الثمن (أي: مالاً)، وخلال ثلاثة أيام عند

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢١٦/٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢١٦/٣؛ شرح الخرشي: ٢٢٥/٥.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٥.

المالكية إلى آخر شروط السلم .

وجاء في المدونة : باب السلف في الصناعات : «قلت : ما قول مالك في رجل استصنع طشتاً، أو توراً، أو قمقمأ، أو قلنسوة، أو خفين، أو لبدأ . . . أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنتهم، أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات، فاستعمل من ذلك شيئاً موصوفاً . وضرب لذلك أجلاً بعيداً، وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، كي لا يكون سلفاً، ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك ويجوز .

قال : أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يرى به بعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلاً محدداً فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حلَّ الأجل على صفة ما وصفا .

قلت : وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، والمسألة على حالها؛ فسد وصار ديناً في دين في قول مالك؟ قال : نعم .

قلت : وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً، واشترط أن يعمله هو بنفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه؟ قال : لا يكون هذا سلفاً، لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقده فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل على ذلك الأجل فيعمله له أم لا! فهذا من الضرر؛ وهو أن يسلم عمله له وإن لم يسلم ومات قبل الأجل فيعمله له أم لا؟ فهذا من الضرر، وهو إن سلم عمله له وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا، فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً .

قلت : لم؟ قال : لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد، أو الطواهر، أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا، ولا يكون السلف في شيء بعينه، فلذلك لا يجوز في قول مالك^(١) .

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك : ١٨/٩ ، ١٩ ؛ وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير =

وذكر الشافعية: «ولا بأس إن سلفه في طست، أو تور من نحاس . . . أو حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ومضروباً، أو مفرغاً، وبصنعة معروفة، وبصفة الشخانة أو الرقة، ويضرب له أجلاً، وإذا جاء به على ما يقع به اسم الصفة، أو الشرط لزمه ولم يكن له رده، وكذلك إناء من جنس واحد ضبطت صفته فهو كالطست . . . ولا يجوز فيه الإذن إلا أن يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها، ويكون على ما وصفت»^(١)، ولقد أجاز الشافعية الاستصناع سواء كان حالاً أم مؤجلاً لأنه سليم^(٢).

وأيضاً في هذا النسج الحنابلة^(٣) وأيضاً الحنفية عندما ذكروا أن حالة الاستصناع بأجل منذ شهر وما فوقه فهو سلم، وأما إذا كان أقل من شهر كان استصناعاً^(٤).

٤ - ذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع إجارة ابتداء وبيع انتهاء، كما جاء في الذخيرة: «هو إجارة ابتداء، وبيع انتهاء، ولكن قبل التسليم، لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته»^(٥).

٥ - وذكر ابن رشد الجد في المقدمات صورتين اعتبر فيهما الاستصناع خليطاً بين البيع والإجارة:

-
- = ٢١٥/٣ - ٢١٦.
- (١) روضة الطالبين: ٧/٤؛ والأم: ١٣١/٣.
- (٢) المحلى مع حاشيتي القليوبي وعميرة، ط. عيسى الحلبي: ٢٥٤/٢.
- (٣) المغني لابن قدامة: ٣١٠/٤ - ٣١٦؛ الفروع: ٢٤/٤؛ ومطالب أولي النهى: ٣١٠/٣.
- (٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار: ٢١٢/٤.
- (٥) ذكر ذلك محمد عبده في كتاب البيع: المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة بما يقارب (٥٧٥) ورقة، وذلك نقلاً عن الأستاذ الدكتور علي القره داغي ببحثه (عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز)، ص ٣٧٤، منشور بحولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية - جامعة قطر، العدد ١١، سنة ١٩٩٣م؛ وانظر كذلك: شرح العناية على الهداية مع فتح القدير: ١١٦/٧.

أ - أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، حيث قال: «وهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكّن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام، أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيرته، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل».

ب - ألا يشترط المسلم عمل من استعمله ويعين ما يعمل منه، قال ابن رشد: «فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيرته»^(١).

ثانياً: ونطرح هنا الذي ذهب إليه أيضاً شرّاح القانون كالتالي:

١ - قال أصحاب هذا الرأي: إن عقد الاستصناع عقد مختلط^(٢)؛ فهو مزيج من المقاوله والبيع، إذ لا يمكن أن يعتبر عقداً بسيطاً: مقاوله فقط على اعتبار أن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع.

٢ - أما الرأي الثاني فقال: إن الاستصناع عقد مقاوله ابتداء وبيع انتهاء، فهو مقاوله ما دام الشيء لم يتم صنعه بعد، فإذا انتهى هذا الصنع، تحول العقد إلى بيع للشيء المصنوع، ينقل ملكيته إلى المشتري.

٣ - الرأي الثالث: أن الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل، وسند هذا الرأي إلى أن ما واجهه المتعاقدان عند إبرام العقد، ليس هو العمل المكلف به الصانع، بل الشيء المصنوع.

(١) المقدمات الممهديات: ٣٢٠/٢؛ وأيضاً د. علي القره داغي، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٢) د. محمد كامل مرسي، في العقود المسماة: ٤٧٩/٤.

٤ - الرأي الرابع: الاستصناع قد يكون بيعاً وقد يكون مقاولة بحسب الأحوال؛ ومقتضاه: أن نقارن بين قيمة عمل المقاول وقيمة المواد المستخدمة في الصنع، فإذا كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل، كنا بصدد بيع الشيء المستقبل، وانطبقت أحكام البيع بوجه عام مع مراعاة أن المبيع شيء غير موجود وقت إبرام العقد، أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة في الصنع، فإن العقد يكون مقاولة ويخضع لأحكامها، مع مراعاة أن المقاول هو الذي قدم المواد المستخدمة في صنع الشيء^(١).

٥ - الرأي الخامس: أن الاستصناع عقد مقاولة؛ فإذا التزم شخص بصنع شيء من مواد يقدمها من عنده، فإن العقد يعتبر عقد مقاولة وليس بيعاً لشيء مستقبل، فموضوع التزام المتعهد هو القيام بعمل معين: صنع الشيء المطلوب منه، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد وفى بالتزامه، وإذا كان يترتب على صنع الشيء أن يملكه صاحب العمل، فلذلك لا يعني أن العقد ورد منذ الأصل على نقل الملكية وأنه بالتالي عقد بيع، فتملك صاحب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة؛ يكون المقاول بالقيام بالصنع لحساب صاحب العمل وعقود التملك لا يقتصر على البيع، فهناك الهبة والقرض والشركة والصلح، وأيضاً المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول^(٢).

رأي الباحث:

نرى في هذه الحالة التي يكون فيها تقديم المواد من المقاول، فيظل كما ذكرنا أن التركيز على البناء الموصوف والمرسوم وفق النماذج التي حددت من قبل الملاك والمهندس، ووافقت عليها الجهة الإدارية المختصة، وما ذلك إلا لخطورة هذا العقد في زمننا هذا، وتعقيد التقنيات الحديثة التي لحقت به وتعدد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: ٢٦/٧-٢٧، مجلة ١.

(٢) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص٢٢؛ د. فتيحة قره، المرجع السابق،

المسؤولين عنه سواء المقاول أو المهندس الاستشاري أو المعماري أو العاملين ، بل أيضاً بعض الجهات المخبرية التي تقوم بدراسة التربة التي سيقوم عليها المبنى ، والجهات التي ستؤمن الخرسانة ، إذ من المعتاد أيضاً أن تقوم مصانع خاصة لخلطة الخرسانة ، وكثرت المباني المتعددة الطوابق والتي يعيش فيها الكثير من البشر والمارة في الطرق ، وبالتالي حرصت الدول على وضع قواعد خاصة تحقق الحماية المطلوبة؛ كالضمان العشري وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الضمان ، وطريق التسليم . . . إلى آخر الأحكام ، ولقد رأينا عند استعراض آراء الفقهاء أنهم ذكروا بعدم جواز السلم في العقار ، ونحن هنا أمام كم هائل من الإنشاءات والتشييدات ، وفي هذا الصدد الذي نحن بشأنه لا يمنع من إنشاء عقود جديدة إذا ما كانت مصلحة الناس تتطلب ذلك ، إذ «التصرف على الرعية منوط المصلحة» (٥٨م) من مجلة الأحكام العدلية . وإذ لم يمنع من الاصطلاح على عقد السلم رغم التشابه بينه وبين البيع والمساقاة والمزارعة رغم التشابه مع الإجارة وعرف رغم التشابه مع البيع والمقايضة والبيع المطلق .

فإذا كان يوجد عقود غير مسماة مركبة بأن تتداخل مجموعة أوصاف لعقد مركب مثل عقد الزول في فندق ، فقد تتركب من عقد إيجار وعقد بيع وعقد عمل ، ففي العقود غير المسماة المركبة تطبق أحكام كل عقد منها في نطاقه الخاص ، إلا أنه في بعض الأحيان يكون من الضروري أن يعطى العقد المركب تنظيماً خاصاً من شأنه تعديل بعض القواعد الأساسية للعقود المؤتلفة فيه أو استبعادها ، إذ قد يبدو أن هذا العقد ليس مجرد مجموع عقود مسماة مؤتلفة وممتزجة ، بل إن له طبيعة ذاتية تفرض إخضاعه لقواعد خاصة يمكن أن تستخلص من الغرض الذي يسعى المتعاقدان لتحقيقه ، فنطبق هنا العقود المسماة القدر الذي يتفق وتحقيق قصد المتعاقدين من التعاقد ، إلا أنه يبقى للعقد خصوصيته بأحكامه الجوهرية وشروطه كما هو عقد المقاول على البناء .

والأصل في إنشاء العقود الإباحة ، وأن الناس أحرار في إنشاء عقود جديدة ما لم تكن مخالفة لنصوص الشرع الشريف^(١) .

(١) د . علي القره داغي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ .

ويقول ابن تيمية : إن الوفاء بها - أي : بالالتزامات التي التزم بها الإنسان - من الواجبات التي اتفقت عليها الملل بل العقلاء جميعهم^(١) .

وإذا كان بعض الباحثين قد انتصر لعقد الاستصناع كعقد مستقل^(٢) ؛ فمن باب أولى عقد المقاولة على البناء ، ولكن كما قلنا بأنه لا يمنع من تطبيق الشريعة العامة ؛ وهي عقد البيع على بعض ما يحكم هذا العقد، كما أن نقل القانون يجعل المقاول مسؤولاً عن جودة المادة التي يقدمها، وعليه ضمانها لصاحب العمل على اعتبار أن المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة فيضمن ما فيها من عيوب، ضمان البائع للعيوب الخفية، يكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها فيها، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده، ولا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه، ولا يضمن أيضاً العيوب التي كان صاحب العمل يعلمها في الشيء، أو كان بإمكانه أن يصلحها .

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها في خصوص هذه المادة، وإذا لم يكن هناك شروط ومواصفات وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المادة، بأن تكون وافية بالغرض المقصود، مستفاداً مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له .

الفرض الثاني : أن صاحب العمل هو الذي يقدم المادة :

خلافًا لما ذكرناه سابقاً يتصور هنا أن صاحب العمل يتفق مع المقاول على أن يجلب هو - أي : صاحب العمل - الأدوات التي تشيد بها البناء، وأنه ليس على المقاول سوى أداء العمل، وإن كان هذا نادر الوقوع بشكل كامل إلا أنه من المعتاد حدوثه ولو بشكل جزئي . كأن يقوم صاحب العمل باختيار وشراء أجزاء

(١) مجموع الفتاوى : ١٥٤ / ٩٢ ؛ القواعد النورانية، ص ٥٢ .

(٢) د . علي القره داغي، ص ٣٨٢ - ٣٨٣ ، المرجع السابق .

من المواد التي تركيب في المنزل وتخضع من قيمة البناء؛ كالرخام والبلاط والأدوات الصحية وجهاز التكييف وغيرها.

وقد ذكر صاحب العناية هذا الرأي وردّ عليه؛ حيث قال: «فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة، أوجب بأن الصبغ أصل، والصبغ آتة، فكان المقصود منه العمل، وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير»^(١).

وجاء في كتاب (أوفوا بالعقود) من إعداد د. عبد الستار أبو غدة: «عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي يقابله في القانون عقد المقاولة في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن تكون المادة منه، فعقد المقاولة قد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معاً؛ فالعقد في الصورة الأولى إجارة في الفقه الإسلامي، وفي الصورة الثانية هو عقد استصناع»^(٢).

والواضح أن من قال بهذا الرأي قياساً على إجارة الأشخاص في أداء عمل معين يتفق عليه، وقد يكون هذا أمراً مقبولاً في مسألة إجارة شخص لحفر بئر أو تنظيف مبنى من الأتربة وبقايا البناء، إلا أن ذلك غير متصور في موضوع إنشاء وبناء يترتب عليه مخاطر كبيرة تحتاج إلى رسومات ودراسات ومراقبة فنية مع استخدامات محددة، سواء لإقامة جسور المبنى أو الخرسانات الإسمنتية، وكل ذلك يقوم على مقادير وكميات دقيقة من الخلط لا يمكن تخفيضها إلى عقد إجارة الأشخاص، ولهذا نجد أن القوانين تضع الأحكام الخاصة التي تتلاءم مع هذه الأهمية والخطورة لأعمال البناء ومسؤولية المقاول والمهندس عن البناء،

(١) المحيط البرهاني، مخطوطة: ٥٧٥/٢، نقلاً عن الأستاذ الدكتور علي القره داغي، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

(٢) كتاب (أوفوا بالعقود) تعريف مبسط بأهم أحكام عقود المعاملات المالية، إعداد د. عبد الستار أبو غدة، ص ٢٠.

وبالتالي فرقوا بين إجارة الأشخاص والتي يطلق عليها عقد العمل، وبين المقاوله، وقد فطن إلى ذلك العلامة السرخسي حين فرق بين الاستئجار للصناعة وبين الاستصناع فقال: «الاستئجار للصناعة هو بيع عمل، العين فيه بيع، ويمثل لذلك حين يقول: إذا سلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء؛ فسمي بأجر مسمى فإنه جائز، ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمي، لأن إثبات الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا، فإنه يعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فأما في الاستصناع: المعقود عليه العين، وفسخ العقد فيه ممكن فلماذا ثبت خيار الرؤية فيه، ولأن الحداد هناك يلتزم العمل بالعقد في ذمته، ولا يثبت خيار الرؤية حينما يكون محله الذمة كالمسلم فيه»^(١).

وقال ابن الهمام: «إذ لا يمكن - أي الاستصناع - إجارة، لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصيغ ثوبك أحمر بكذا؛ لا يصح»^(٢).

وهذا الكلام في التفرقة بين الاستصناع بمعناه العام والإجارة، فإن استصناع البناء يكون من باب أولى يختلف عن مفهوم الإجارة حتى ولو كانت المواد من رب العمل، وذلك لما ذكرناه سابقاً، حيث أصبحت صناعة البناء لها خصوصيتها وأحكامها التي تلزم بها العقود والقضاء عند الاختلاف.

* * *

(١) المبسوط: ١٥/٨٤-٨٥.

(٢) فتح القدير: ٧/١١٤-١١٥.

المبحث الرابع صور عقد المقاولة

من الممكن تصور أن يتم عقد المقاولة في الصورة البسيطة أو في صورة عقد المقاولة الدولي وصورة التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد؛ نطرح هذه الصور تباعاً:

أولاً: إما بالصورة البسيطة:

وهي التعاقد الذي يتم بين رب العمل والمقاول ومشاركتهما المهندس الاستشاري، وتكون الالتزامات المتبادلة وفقاً للعقد المبرم بينهما بأحد طرق إبرام عقد المقاولة التي أشرنا إليها سابقاً، مع توافر شروط انعقاد وصحة المقاولة، ولا إشكال في هذه الصورة التي أوضحناها سابقاً، وفي جوازها إذا ما تم فيها الالتزام بالشروط الشرعية، وما تتطلبه الدولة والجهات المختصة في عقد المقاولة.

ثانياً: عقد المقاولة الدولي:

وهذه الصيغة تتعرض إلى مشاركة وحدات ومشروعات أجنبية في التخطيط والتنفيذ خارج حدودها، أو مشاركة وحدات أجنبية وحدات وطنية في تنفيذ الأعمال داخل الحدود، أو مجرد نقل تكنولوجيا خارجية أو الحصول على تراخيص أجنبية أو توفير تمويل أو إمدادات من الخارج، وفي غالبية الأحوال فإن القانون المطبق هو قانون البلد الذي تجري فيه عمليات البناء والتشييد، كما أن الاختصاص القضائي في الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العمليات ينعقد للمحاكم الوطنية عموماً تحدد إرادة أطراف التعاقد الآليات القانونية التي تنظم العلاقة فيما بينهم بما في ذلك القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي، وكافة شروط التحكيم الأخرى، على اعتبار أن هناك مصالح دولية أو أجنبية إلى

جانب المصالح الوطنية، تمس أو تدخل في العلاقة بمقتضى قواعد التجارة الدولية.

وبالطبع تطبق تلك القواعد ما دامت قد اتفقت عليها إدارة الطرفين باستثناء ما يكون منها مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية - في حالة أن يكون التطبيق في دولة إسلامية أو من مؤسسة مالية إسلامية - وما يكون مخالفاً للنظام العام والمشروعية في البلد الممارس فيه النشاط، أو بلد المقر الرئيسي للمشروع محل عقد المقاوله.

ولا بد من معرفة أن كثيراً من القوانين والنظم المحلية المنظمة لأعمال البناء والتشييد قد تأثرت بقواعد دولية محلية وضعتها مؤسسات دولية مهنية شبه عامة أو خاصة؛ كقواعد إرشادية للتعامل.

- الخاصة الدولية لعقد المقاوله قد تثير مشاكل تتعلق بتحديد القانون والواجب التطبيق وتفسير العقد.

- تحديد الاختصاص القضائي ومشاركة التحكيم.

- تحديد نوعية الضمانات والتأمينات.

- مشاكل تحويل الأموال ونقلات سعر الصرف وعملة التسوية.

- مشاكل الائتمان والتحويل الدولي.

- مشاكل التوريد والإقامة للمواد والعناصر البشرية والأجنبية.

- المشاكل الضريبية والازدواج الضريبي.

وتكلمتها بالأعراف التجارية الدولية، مثل ذلك: حكم أرامكو الشهير الخاص بنزاع بين الشركة البترولية وحكومة المملكة العربية السعودية، وحكمت بأن عقد الامتياز المركب موضوع النزاع كان يحكمه القانون السعودي، لكنها اعتبرت - لجنة التحكيم - أنه لا غنى من تكملة هذا التشريع بالعادات المقبولة عموماً في التجارة الدولية، وقد تأكد هذا الحكم بمحكمين دوليين محليين من محكمة العدل الدولية في لاهاي وأيضاً محكمة النقض في فرنسا؛ أصدرت في (١٩٧٤م) حكماً مشابهاً في مبدأ لها في الحكم أرامكو.

وأيضاً وللأسف حكم في نزاع يشابهها بين شركة بترولية وحكومة أبو ظبي، وكانت قد اعتبرت بأن الشريعة الإسلامية لا يمكنها أن تقدم حلاً، ولكن كان يجب عليها أن تبحث عنه في نوع من القانون الطبيعي الحديث، وفي المبادئ الكبرى المؤسسة على الممارسة المشتركة لمجموع الأمم المتحدة والعدل.

ثالثاً: التنازل عن العقد:

تتحقق بأن يتنازل المفاوض للغير عن جميع عقد المفاوضة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، فيحلّ المفاوض المتنازل له محل المفاوض المتنازل في عقد المفاوضة، ويصبح هو المفاوض تجاه رب العمل.

ويجب في هذه المفاوضة تطبيق قواعد الحوالة (حوالة الحق) فيما يتعلق بنقل حقوق المفاوض الأصلي، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته. فيتم التنازل عن المفاوضة إذن باتفاق بين المفاوض المتنازل والمفاوض المتنازل له، ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً في حقه، لأن الإعلان وحده لا يكفي إلا في نقل حقوق المفاوض قبله، أما في نقل التزامات المفاوض نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين.

رابعاً: المفاوضة من الباطن:

المفاوض من الباطن هو أي شخص يرد ذكره في العقد بصفة مفاوض من الباطن ليقوم بجزء من الأعمال، أو أي شخص يتم التعاقد معه من الباطن لإنجاز جزء من العمل بموافقة المالك (رب العمل)، ويتحمل جميع التبعات القانونية التي تتعلق بهذه الصفة، ولا يمكن أن يحل محله شخص آخر (ورود هذا التعريف في عقد الفيدك).

في البداية يثار التساؤل التالي: هل يجوز للمتعاقد الأصلي في الفقه الإسلامي أن ينيب غيره في القيام بالعمل المناط به؟ قد لا يكون هناك نظرية عامة في ذلك توضح هذا الأمر، وكثير من العقود التي أوردها فقهاؤنا المتقدمين قد أجازوا هذا الأمر.

في كتاب الوديعة مثلاً ذكر ابن رشد الحفيد: «وأما من دفعها إلى غير اليد التي دفعتها إليه، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهار عند مالك والأضمن . . .»^(١) وجاء في عقد الجواهر الثمينة لجلال الدين عن عبد الله بن نجم بن شاس: «وللتقصير سبعة أسباب: السبب الأول: أن يودع عند غيره لعذر، بأن فعل ذلك ثم استردها لم يضمن بعد ذلك؛ كرده لما تسلف منها، وله أن يودع عند العجز عن الرد إلى المالك . . .»^(٢)، وجاء في كتاب المجموع للنووي وشرح المهذب للشيرازي: «يجب على الوديع إذا أزمع السفر أن يردّها، فإن لم يجد ربها فوكيله، وإلا سلمها إلى الحاكم . . .»^(٣)، وجاء في حكم المستأجر من الباطن أن ذكر ابن قدامة: «ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها؛ نص عليه أحمد، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي»^(٤)، وقد ذكر ابن رجب الحنبلي بأن: «إجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الأجرة وأكثر وأقل، ومنها إجارة الواقف»^(٥).

وجاء في المادة (٥٨٦) من مجلة الأحكام العدلية: «للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إن كان عقاراً، أما إن كان منقولاً فلا»^(٦).

وفي عقد الوكالة جاء في الكافي لابن قدامة المقدسي: «. . . وإن أذن لوكيله في توكيل آخر، فهما وكيلان للموكل لا ينعزل أحدهما بعزل الآخر، ولا يمكن للأول عزل الثاني»^(٧)، وجاء في فتح القدير بصاحب العناية - في ذكر توكيل الوكيل لغيره: «وهذا أصح؛ لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٣٦٥/٢.

(٢) ٧٢٢/٢.

(٣) ١٩/١٥؛ وانظر أيضاً: الفتاوى الهندية: ٣٣٩/٤.

(٤) المغني ويلي الشرح الكبير: ٥٣/٦.

(٥) القواعد لابن رجب الحنبلي، ص ١٩٧، قاعدة (٨٧).

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر، الكتاب الأول - البيوع، ص ٥٧٢.

(٧) الكافي لابن قدامة المقدسي: ٢٥٠/٢.

ذلك التصرف . . .»^(١) .

كل ما ذكرناه يؤكد فكرة جواز نقل العقد من المتعاقد إلى الآخر ومشروعيته ،
وأيضاً مشروعية المقاوله من الباطن وهو ما أكدته بعض الفتاوى الفقهية ؛ ومنها :

سؤال وجه إلى الهيئة الشرعية بيت التمويل الكويتي :

إذا كانت هناك معدات مملوكة لإحدى الشركات ، وتعاقدت هذه الشركة
مع بيت التمويل في تركيبها بضمن متفق عليه ومن وجهة أخرى يتعاقد بيت التمويل
الكويتي مع أحد المقاولين في تركيب هذه المعدات بضمن معين ، فهل يجوز القيام
بمثل هذا العمل شرعاً؟ .

الجواب : إن القيام بمثل هذا العمل جائز شرعاً لا غبار عليه ما دام أن هناك
انفصلاً تاماً بين العقدتين كما سبق^(٢) .

وفي فتوى أخرى وجه سؤال للمصرف :

«نكَلَّف في بعض الأحيان من قِبَل بعض الجهات بتنفيذ بعض الأعمال ،
ونقوم بدورنا باستجلاب عروض من مقاولي الباطن لتنفيذ هذه العملية ، وتحدد
أسعارنا على ضوء هذه العروض ، فهل يعد تقديم عرضنا إلى الجهة المالكة أن
تقوم بالتفاوض مع مقاول الباطن لتخفيض السعر لصالحنا دون أن يتأثر سعر
المالك؟ .

الجواب : إذا كانت العمليتان منفصلتان - أي الاتفاق مع المالك مقطوع
عن اتفاقنا مع المقاول من الباطن - فإن ما يحصل عليه البيت من تخفيض سعر
المقاول هو من خالص حق البيت ، لكن إذا كانت العملية من قبيل (المرابحة) فإن
كل نفع يعود على بيت التمويل يعود بنفس النسبة للمقاول من الباطن»^(٣) .

(١) ص ١٣؛ وانظر: كتاب المجموع شرح المذهب: ٢١٤/١٤؛ وأيضاً: بلغة السالك
لأقرب المسالك للشیخ أحمد الصاوي المالكي: ٧٢٦/٢ .

(٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الأجزاء: ١ - ٢ - ٣؛ بيت التمويل الكويتي
فتوى رقم (٢٦٧) .

(٣) كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الأجزاء: ١ - ٢ - ٣؛ بيت التمويل
الكويتي فتوى رقم (٢٨٩) .

وكل ذلك يؤكد الاتجاه بجواز المقاولة من الباطن، إلا أنه يجب التفرقة بين أمرين إذا ما كان العقد لم يشترط فيه منع توكيل مقاول آخر من قبل المقاول بتنفيذ المقاولة وحكمها أو جزء منها، فإذا كان الأمر كذلك فيجوز أن يوكل المقاول إلى مقاول آخر بتنفيذ العمل كله أو جزء منه على ألا تقتضي طبيعة العمل أن يقوم به بنفسه. أما إذا شرط عدم التوكيل فهنا يجب الالتزام بالشرط محل العقد، والفرض الثالث أن يشترط عدم الجواز إلا بإذن رب العمل، وهنا قد تكون الإجازة لجميع المقاولة أو لجزء منها، والواقع المعاش أن المقاولين قد يلجؤون إلى التعاقد مع بعض المؤسسات المتخصصة كالقائمين بأعمال الصبغ أو الكهرباء أو عمل الخرسانات أو غير ذلك.

وهو ما أكدته المادة (٨٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بنصها الآتي: «١- يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه. ٢- وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل».

ونصت المادة (٨٩١) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على صاحب العمل».

خامساً: عقد الاستصناع والاستصناع الموازي:

وفقاً لعقد الاستصناع الذي تجر به المصارف الإسلامية على اعتبار أن الأنظمة تسمح للمصارف الإسلامية ومنها في دولة الإمارات العربية المتحدة - بإجراء العمليات؛ جميع العمليات الاستثمارية والتجارية التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي كان من ضمن الاستثمارات عمليات الاستصناع، ومنها الاستصناع في البناء.

والمصرف الإسلامي عموماً يقوم بعملية الاستصناع، إذ لا يجوز له القيام بعملية تمويل عقد البناء حيث يعتبر التمويل النقدي مقابل فوائد محرماً شرعاً. ولهذا فهو يتبنى عملية الاستصناع، فيكون الصانع هو البنك، والمستصنع هو

صاحب العمل، وبعد ذلك في عقد مستقل يجري المصرف الاستصناع الموازي على ذات محل العقد السابق؛ بحيث ينشئ المصرف عقد استصناع ثانياً تعرض تنفيذ التزامه في العقد الأول^(١).

وباعتبار أن العقد الذي يجريه المصرف هو عقد مقاولة باعتباره مقاولاً مع العميل صاحب العمل، فهل يخضع وفقاً لهذا العقد للالتزامات والضمانات التي يخضع لها المقاول الأصلي وعلى الأخص الضمان العشري؟.

نرى أن المصرف ليس هو الجهة التي ترخص ببناء العقار، وإنما الشخص الذي يجري معه المصرف الاستصناع الموازي.

وفي الحقيقة إن عقد الاستصناع يبقى في إطار البنك، ولا يتم بناء عليه أي إجراء للبناء، وإنما يتم الأمر لإعطاء المعاملة المالية مشروعيتها، والصانع في الاستصناع الموازي هو المقاول المهني وهو الذي يلزم بالضمان ومنها الضمان العشري.

إلا أنه غير مستبعد لو حدث أي ضرر للمبنى بما يوجب الضمان العشري، ويقدم صاحب العمل للقضاء بدعوى ضد المقاول في الاستصناع الموازي، والمصرف الذي يعد مقاولاً في عقد الاستصناع المبرم بين الأخير وصاحب العمل، ولا أعتقد أن القضاء سيمنع عن نظر مثل تلك الدعوى، وذلك لوجود عقد بين المصرف وصاحب العمل.

* * *

(١) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٣٩٦.

المبحث الخامس طرق دفع أجرة المقاول

تعدد طرق الاتفاق على دفع الأجرة عن أعمال المقاولة، نحاول أن نلخصها في السطور الآتية:

أولاً: دفع الأجرة أو السعر الكامل (المقطوعة):

ويطلق عليها السعر المحدد، وتطبق في عقود تسليم المفتاح، فعند تحديد نطاق الأعمال وأحجامها وتجزئتها وتصنيفها، وطبقاً لهذه الصفة يلتزم المقاول بتنفيذ كل الأعمال المتعاقد عليها في الرسومات والمواصفات المحددة بدقة، مقابل سعر شامل وثابت، ويعرفه القضاء الإنجلوسكسوني بالقول: «عقد السعر الشامل هو العقد الذي ينفذ فيه كامل العمل مقابل مبلغ محدد. . ففي عقد السعر الشامل يحصل على المقابل المقرر في العقد، إذا أنجز كافة العمل، ويحق له عندئذ السعر المحدد في العقد، إلا إذا تحققت أخطاء فيخصم منه مقابل هذا النقص المتحقق». والأطراف وفقاً لهذا العقد تحكمهم وضع شروط صريحة تحدد المقصود في هذا العقد مع رفض أي شرط من الشروط التي تتضمن إمكانية المراجعة أو تعديل الأثمان أثناء التنفيذ وبعد مرحلة التعاقد.

كما يمكن للأطراف أيضاً من خلال العقد وضع شروط صريحة تمكنهم من التعديل ومراجعة الثمن في بعض الحالات، وقد درجت الإدارات الحكومية على وضع حق لهم في إجراء التنفيذ بالإضافة في حدود (٣٠٪) من قيمة العقد، (ويسمى أمر تعبيرى)، وأيضاً من الممكن أن يتفق رب العمل مع المقاول على أن يأتي هو ببعض الأشياء والأدوات الصحية ونوعها، وتخصم قيمتها في حدود المتفق عليه في عقد المقاولة، وفي حدود ما اتفق عليه، وهذا جائز لا خلل فيه، قال الله تعالى: ﴿بَيِّئَهِمَّا الذِّبْنَ ءَامُونًا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقال عليه

الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم؛ إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(١).

ثانياً: طريقة حساب الأجر بالنفقة الفعلية:

حيث يتحدد السعر على أساس متوسط النفقة الفعلية للإنتاج، مضافاً إليها هامشاً أو نسبة للربح ونفقات المنظم.

وفي هذه الحالة لا تكون قيمة العقد معروفة عند التعاقد؛ حيث إن القيمة تتحدد على أساس حجم النفقات الفعلية التي تحملها المقاول لأجل تنفيذ العمل المطلوب، طبقاً للمواصفات المحددة، والتي يضاف إليها نسبة أو قيمة تغطي النفقات العامة للمقاول وهامش أو نسبة الربح.

وعليه يجب أن تجمع وتُحصى من موقع العمل كافة النفقات من الأجور وأمان المواد والأجهزة والتأمين وغير ذلك، لكي تحدد سعر التكلفة المتوسطة، لكي تكون هي النفقة المسموح بها، ويضاف إليها نسبة تعاقدية (أي: متفق عليها في العقد) تغطي النفقات العامة، ومقابل الخطر والربحية للمقاول، فالسعر يعادل النفقة + هامش الربح ومقابل التنظيم والإدارة.

وفي هذه الطريقة سيتحمل صاحب العمل مخاطر الزيادة في نفقات التشييد والبناء، وهي نفقات متعددة ومتنوعة، وتخضع لظروف اقتصادية متسعة ومتغيرة، والغالب الأعم أنها تختلف عما هو متوقع في الدراسات التقديرية لمن يضع هذا العقد.

وهذا العقد على ما أرى فيه من الغرر الكبير والفاحش والذي سيؤدي حتماً إلى المشاحنة والنزاع، وهو ما ينبذه الدين الإسلامي للتجهيل الكبير الذي يلحق السعر.

ثالثاً: طريقة حساب السعر على أساس الوحدة في المتوسط:

يرم العقد - في هذه الصورة - بمقتضى مقاييس على أساس ثمن الوحدة

(١) سنن الترمذي: ٣/٦٣٥؛ السنن الكبرى: ٦/٧٩؛ كنز العمال: ٤/٣٦٧.

في المتوسط . فيحدد الثمن الإجمالي (مواد+ مصنعية+ هامش ربح) لكل وحدة من وحدات البناء .

والوحدة يمكن أن تمثل كمية معينة من مواد البناء (طن من الإسمنت مثلاً)، كما قد تمثل وحدة معينة للبناء (يوم عمل)، أو كمية معينة من عناصر البناء المتكاملة (متراً مكعباً من الخرسانة المسلحة)، ولكل وحدة مواصفات فنية معينة، ويستخدم لقياس كل وحدة من وحدات قياس طبيعية خاصة بها (المر المكعب، المتر المسطح، الطن . . . إلخ).

وتحدد أثمان هذه الوحدات بمقياسها الفني، عند تقديم العروض والعطاءات من المقاولين، وتخضع لدراسات جادة مع الاستشارة وصاحب العمل، ويجب عند التعاقد أن تحتوي كراسة المواصفات أو الشروط على كافة التفاصيل الخاصة بهذه الوحدات ومواصفاتها الفنية، وقرين كل منها يوضع الثمن المحدد.

وأثناء التنفيذ يمكن قياس الكميات المنفذة من كل وحدة، وبضرب كل كمية في متوسط الثمن أو التكلفة المتوسطة نحصل على القيمة الكلية والقيمة المتوسطة في العملية المنفذة، وهذه الطريقة إذا اختارها الأطراف دون أن يتضمن العقد شرط المراجعة أو تعديل الأثمان، فمن المحتمل أن يتحمل المقاول مخاطر زيادة النفقات مع زيادة الثمن، ومع ثبات القيمة في العقد سوف يتحمل المقاول زيادة أثمان المواد الأولية ونفقات الأيدي العاملة، كما أنه من المحتمل أن يتحمل صاحب العمل مخاطر زيادة الكميات والتي سوف تؤدي إلى ارتفاع الثمن الإجمالي عما كان متوقعاً عند إبرام العقد.

رابعاً: حساب السعر على أساس مقايسة تحدد ثمن الوحدة والكمية:

حيث يبرم العقد بمقتضى مقايسة، تتضمن الكميات المطلوب تنفيذها من مختلف الأعمال الداخلة في عملية البناء والتشييد، والتي يضعها المكتب الهندسي (المعماري - الاستشاري) طبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها (وهي كميات تقريبية)، وتتضمن أيضاً ثمن الوحدة في المتوسط لكل كمية من عمل محدد كما في المثال الآتي:

رقم الوحدة	الوصف الفني	الوحدة	الكمية	الثمن المتوسط	القيمة
٥٠	القاعدة الخرسانية	٣م	٥٠	٢٠٠ درهم	١٠٠٠٠ درهم

ويتكوّن الثمن التعاقدى الإجمالي من مجموع القيم لمختلف الكميات التقديرية مضروبة في أثمانها ومجمعة في النهاية، وحيث إنها مهما بلغت دقة الحساب والرسومات تعتبر قيمةً تقديرية، فإن القيم الحقيقية هي التي تقاس على الطبيعة فعلاً، والتي تضرب في أثمانها المقابلة وعن طريق جمعها يتحدد الثمن الحقيقي أو الذي يجب دفعه للمقاول.

وهذه الحالة نص عليها قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ حين نص في المادة (٨٨٦) على أنه: «١ - إذا أبرم عقد بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقياسة المقدرة مجاوزة محسوسة وجب على المقاول أن يخطر في الحال صاحب العمل بذلك، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن؛ فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقاييسات من نفقات.

٢ - فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة؛ جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد»، وهي تقابل المادة (٦٥٧) مدني مصري.

خامساً: بتقبعي لحالات التمويل للتشييد والبناء:

رأيت في الواقع ما يقوم به الأفراد في مجال الاستثمار من قيام التمويل في صورة قرض من البنك لا يستلمه صاحب العمل، وإنما المقاول، ويسمى (ائتمان المشتري). وهو اتفاق بين الممول (البنك) وصاحب العمل أو المستفيد؛ يقوم بمقتضاه الممول بفتح اعتماد أو وضع قرض بمبلغ معين، لتمويل مشروع ينوي صاحب العمل إقامته ويقوم بتنفيذه مقاول محدد (يمثل الطرف الوسيط) ويرتبط غالباً بالمول بعلاقة ما، طبقاً لعقد المقاول المبرم بين صاحب العمل والمقاول.

وكان هذا الأمر يعمل به بالنسبة للتمويل الخارجي (الدولي) في أعمال البناء والتشييد بداية، وتمثل آلية النظام في تعاقد صاحب العمل مع المقاول (من جنسية أخرى) بتنفيذ مشروع بناء وتجهيز معين، على أن يقوم بنك أو مؤسسة مالية تنتمي إلى جنسية المقاول، أو ترتبط معه بعلاقة اقتصادية بتقديم التمويل اللازم في شكل قرض ممنوح، لتغطية كلية أو جزئية لقيمة العقد. وغالباً ما تكون هذه القيمة معادلة لقيمة المكون الأجنبي المطلوب من العملة الأجنبية (أي: عملة المقاول أو عملة الاحتياط العالمي) والمخصص لاستيراد احتياجات المشروع من المواد والأجهزة من البلد التي ينتمي إليها كل من المقاول والممول، وكذلك في تغطية قيمة الخدمات والأعمال الفنية التي يقوم بها المقاول في بلد المشروع أو صاحب العمل، ثم يقوم المشرف (البنك) بدفع قيمة القرض على دفعات أو أولاً بأول إلى المقاول بحسب حجم الأعمال المنفذة والمنجزة، طبقاً للجدول الزمني المتفق عليه في عقد المفاوضة.

وعلى أن يقوم المستفيد أو صاحب العمل برد قيمة القرض مضافاً إليها الفوائد الربوية المتفق عليها على شكل أقساط سنوية أو نصف سنوية، وبعد فترة سماح أو بدونها حسب الاتفاق مع المقرض (البنك)، خلال فترة زمنية طويلة تمتد لعدة سنوات، ومن الملاحظ هنا أن القرض، ولو أنه ممنوح للمستفيد أو صاحب العمل، إلا أن الذي يحصل عليه هو المقاول المنفذ للمشروع، وهذا الأمر يطبق الآن في غالبية المشاريع المحلية ولم يقتصر على الدولية - ومن المؤسف أن يقوم به المسلمون دون النظر لحرمة هذا التمويل، وأنه من الأمور غير الجائزة في الشرع [نموذج رقم (١) يبين فيه تمويل (قرض) محلي يبين البنك وصاحب العمل والمقاول].

* * *

المبحث السادس

حكم الشرط الجزائي الوارد في عقد المقاولة

لا يخلو عقد مقاولة بناء من شرط جزائي يمكّن صاحب العمل من المطالبة بتعويض عن التأخير عن الزمن المحدد في عقد المقاولة وبحساب يومي، وهذا الاتفاق يوجد في عقود عامة الناس، وأيضاً عقود الأشخاص المعنوية العامة كالدولة أو الوزارات أو الهيئات الحكومية الأخرى، فما صحة ذلك وجوازه؟.

استهداءً برأي العلامة مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى؛ حيث قال: «في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة، واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق التوصية على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية، وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي (الشرط الجزائي)^(١)».

وإذا كان الالتزام بعمل شيء (كما هو الشأن في عقد المقاولة) وجب عليه القيام به عيناً؛ فإن لم يقم به أجبره القاضي، وإذا كان مصدر الالتزام بذلك هو العقد انقضى العقد واستحق المضرور تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من منافع^(٢)، وذلك تطبيقاً لقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال).

وقد أخذت بذلك القوانين؛ فقد نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (٣٩٠) على أنه:

(١) المدخل الفقهي العام، فقرة رقم (٣٨٦).

(٢) كتاب الضمان، الشيخ علي الخفيف، ص ١٧-١٨، ٢٠، ٢١، ٥٥، ٥٧، ٦١.

١ - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

٢ - ويجوز للقاضي في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك» .

فالنص يتناول حكم الاتفاق مقدماً على مقدار التعويض عن الضرر، ولا يدخل فيها حكم التعويض عن الضرر بعد وقوعه ما يخشى في حالة تقديره قبل وقوعه من غلط أو شبه إكراه، وهو ما يدعو إلى بيان حكم التقدير مقدماً، ويفترض في هذا الحكم أن يستحق التعويض بأن لم يكن التعويض مستحقاً، فلا يكون هناك محل لحكم النص .

وإذا استحق التعويض وكان ما قدره الطرفان مساوياً للضرر كان بها، أما إن كان أزيد أو أقل فإن للقاضي أن يعدل فيه؛ سواء بالنقصان أو الزيادة بناء على طلب أحد الطرفين، إذ الحكم الفقهي أن يكون التعويض مساوياً للضرر الحاصل^(١) .

وهذا أمر صحيح إذ إن مسألة صورية التعويض أو جديته، أمر موضوعي - إذ يقاس التعويض المتفق عليه بالضرر الحاصل فعلاً . وهذا أمر في عموم الاتفاقات التعاقدية، إلا أن الأمر كما ذكرنا في معاملات البناء أظهر، فكثيراً أو غالباً ما يتعاقد شخص مع مقاول على أن ينتهي من العمل خلال عام، ويتباطأ المقاول بحيث يمر عام وآخر، ومما يترتب على صاحب العمل أنه قد يلتزم بإيجار سكن لم يكن قد عمل حساب هذا الأمر، أو أن مصلحة حكومية كالجامعة اتفقت على بناء سكن للطلبة أو فصولاً دراسية بحيث تُهيأ لاستيعاب الأعداد الجديدة خلال العام القادم، وتتفق مع المقاول على بناء هذه المنشآت خلال عام، ولكنه تعثر وتباطأ بسبب منه، فهل للإدارة هنا والتي قد تواجه مشاكل كثيرة بسبب إخلال المقاول بالتزامه من مطالبته بالتعويض؟ وقس على ذلك .

ومن ذلك فتوى بيت التمويل الكويتي في سؤال وجه للهيئة الشرعية؛

(١) الشيخ علي الخفيف، الضمان، ج ٥٦ - ٥٧ .

وهو: «قيدت إدارة المشاريع العقارية خلال عام ١٩٨٤م حوالي (٢٥٠,٠٠٠) كغرامات تأخير على المقاولين بسبب تأخرهم في تنفيذ وتسليم المشاريع المتعاقد معهم على تنفيذها عن التاريخ المحدد بالعقد معهم . فهل يستحق بيت التمويل كل هذه الغرامات سواء كانت أقل أو أكثر من القدر الفعلي؟ .

الجواب: بالنسبة للمبالغ المحتجزة من المقاولين بصفة شرط جزائي عن التأخير ينظر إذا كانت معادلة للضرر الفعلي أو أقل، فهي من حق بيت التمويل الكويتي، وإن كانت أكثر يعاد الفرق إلى أصحاب تلك المبالغ ويترك تقدير هذا الأمر إلى المختصين في الإدارة»^(١).

وأيضاً فتوى أخرى للهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي:

«أولاً: سنعرض عقد إدارة عقار والمقدم من إدارة وصيانة العقارات، وأقر وصدق عليه.

ثانياً: في حالة عدم وجود ضرر فعلي ملموس؛ كأن يتأخر مقاول إنشاء أحد فروع بيت التمويل الكويتي في تسليم الفرع، ولا يكون لنا في هذه المنطقة فرع مستأجر بحيث تحتسب الضرر الفعلي ما دفعناه من إيجار للفرع المستأجر، وقد يحدث أنه وبعد استلامنا للفرع لا يكون إدارة الفروع راغبة في اقتنائه في تلك الفترة، وقد تأجل الافتتاح لمدة أطول؛ فماذا نطبق على المقاول من حيث غرامة التأخير.

ثالثاً: في حالة تجزئة ترسية المشروع على أكثر من مقاول، وتأخر أحد المقاولين عن موعد إنجازه التعاقدية ولكن تأخيره لم يتسبب في تأخير المشروع؛ أي أن تأخيره لم يسبب أي ضرر فعلي؛ فماذا نطبق على المقاول من حيث غرامة التأخير، علماً بأن عدم تطبيق الغرامة على المقاولين في مثل هذه الحالات سيسبب لنا إرباكاً، وسيجعل المقاولين يتقاعسون في تنفيذ واجباتهم الموكلة لهم، مما يترتب عليه ضياع حقوق غير منظورة لبيت التمويل الكويتي.

(١) كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الأجزاء: ١ - ٢ - ٣؛ بيت التمويل الكويتي، فتوى رقم (٣٠٠).

الجواب : إن مراعاة عدم تجاوز مقدار الضرر الفعلي في التعويض بالشرط الجزائي هي بالنسبة لوضع الشرط وتحديد التعويض عند التعاقد، فيجب أن يكون التعويض المشروط في حدود الضرر المتوقع حسب العرف السائد وغير مبالغ فيه، فإذا حصل إخلال بالالتزام وطبيعة الشرط الجزائي الموجب للتعويض؛ فإن لمستحق التعويض أخذ المبلغ المحدد في العقد ولو كان الضرر الفعلي أقل منه^(١).

ولكل ما ذكرنا:

فإننا نرى جواز الشرط الجزائي بالاتفاق على التعويض بالنص عليه في العقد عند إخلال المتعاقد (المقاول) بعدم إنجازه لما اتفق معه على عمله، ولهذا شبه بالعربون (من وجه)، والأصل أن هذه المبالغ قد يتحفظ صاحب العمل على أدائها للمقاول بعد احتسابها.

وهنا إذا سكت المقاول عن المطالبة بها دلّ سكوته على موافقته عليها (لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قولاً).

أما إذا كان لم يرتضِ المقاول احتجاج هذه المبالغ بناء على اتفاق الشرط الجزائي، فإن له اللجوء إلى القضاء، والقضاء هو الذي له الحق في تقدير مدى أحقية صاحب العمل في هذا التعويض، وله تعديله بالنقصان إذا كان المطالب المقاول، أو بالزيادة إذا كان المطالب به صاحب العمل، ويكون ذلك في حالة عدم إتمام المقاول أعمال البناء، واضطر صاحب العمل على سحب المشروع منه وتغيير المقاول مثلاً.

وجميع ذلك قد أكده مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة من (٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١ هـ إلى غرة رجب ١٤٢١ هـ، الموافق ٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م).

(١) كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الأجزاء: ١ - ٢ - ٣؛ بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٤٣٧).

وإذا كان المؤتمر قد تحدث عن الشرط الجزائي بإسهاب إلا أننا نركز هنا ما يخص عقد المقاول، حيث قرر «أولاً: أن الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ثانياً: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي . . . ومنها قراره في الاستصناع رقم (٧/٣/٦٠) ونصه: «يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة».

ثالثاً: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

وطبعاً بعد حدوث الضرر إلا قبل الاتفاق على التعويض جائز، لعدم وجود مظنة المخالفة للشرع، وأنه تم بالاتفاق على تقدير الضرر الواقع فعلاً.

رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينياً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقود التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

وختيراً فعل المجلس باتخاذ هذا القرار لحكمته البالغة؛ إذ كثيراً ما يكون محل العقد من الأمور البسيطة أو القليلة القيمة (تافهة)، ويوضع لها شرط جزائي، وهو يكون مجرد أمر صوري لا يعد حلاً موضوعياً، والتعويض يجب

تقديره تقديراً موضوعياً وليس صورياً.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه، وهو ما أخذت به القوانين العربية في هذا الشأن كما أشرنا سابقاً.

ولقد اطلعت على فتوى لائحة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدبي^(١)؛ حيث تقول: وردنا سؤال يقول فيه صاحبه: تلتزم وزارة بتعويض المقاول عن التأخير عن صرف أي دفعة مستحقة له عند الميعاد المحدد، وذلك بنسبة (٥٠٪) في السنة من صافي قيمة الدفعة المتأخرة، وفي مقابل ذلك ليس للمقاول الحق في المطالبة بأية تعويضات أمام أية جهة عن التأخير في صرف الدفعات المستحقة له، أو الادعاء بحدوث أضرار له نتيجة ذلك، يرجى التكرم بالإفادة عن رأي الشرع في النص الوارد أعلاه؛ حيث من المتوقع إدراجه في عقد المقاولات للمشاريع بالوزارة، وجزاكم الله خيراً.

الجواب: هذا الشرط هو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء والقانونيين بـ(الشرط الجزائي)، وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي هذه المسألة نقاشاً مستفيضاً وتوصل في دورته السابقة المنعقدة في الأردن إلى قرار رقم (٦٥) جاء فيه ما نصه:

«يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة». وقد تم إعادة مناقشته في الدورة الثانية عشرة المنعقدة في الرياض، وجاء فيه ما نصه: «يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح» وبناء على ما ذكر فإن الشرط الذي يتضمنه عقد الاستصناع بين الشركة المنفذة - المقاول - والوزارة شرط صحيح بقيوده السابقة.

وقد أصدرنا فتوى في هذه المسألة سابقاً في الكتاب الخاص، ص ٢٠٥ -

٢٠٨.

(١) إدارة الإفتاء والبحوث في الكتاب السادس، ط. ٢٠٠١م، في ص ١٦١.

والحقيقة: إن لي تحفظاً على الفتوى، حيث إن مصدر الفتوى لم يتابع جميع بنود قرارات مجلس الفقه الإسلامي في ذات المؤتمر الذي استقى منه الفتوى حيث نص في رابعاً: . . . ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

وفي خامساً: نص على قصر التعويض عن الضرر الفعلي، أي: ما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وفي سادساً: أكد أن مجرد الإخلال بالعقد وأنه إذا لم يلحقه ضرر فلا يجوز التعويض عنه.

ولو رجعنا للسؤال سنجد أن المدعي والمطالب بالتعويض ليس صاحب العمل (أي: الوزارة)، وإنما المقاول بناء على التأخر في صرف مستحقاته المالية (التي هي نقود) وبالتالي هو يطلب أن يعطى ويتفق مقدماً على التأخير في صرف نقوده أن يأخذ عليها فوائد نقدية، وهذا هو عين الربا، وبالتالي نرى مراجعة هذه الفتوى والله أعلم، خاصة أنها ستوضع في عقود الوزارة كما تم الإشارة إلى ذلك.

ولقد جاء في كتاب أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(١):

«الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله: بعثك إن جاء فلان.

وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد؛ إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدود له، والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين: أن رجلاً قال لكرية: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»، وقال أيوب: عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجئ، فقال شريح للمشتري: «أنت أخلفت» ف قضى عليه، وفضلاً عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام؛ حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتقويت المنافع،

(١) المجلد الأول، دار القاسم للنشر.

وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود، تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾ [المائدة: ١].

لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية؛ فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة. ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُكِمَ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ يَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨]، وبقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وبالله التوفيق وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم...».

جزى الله العلماء خيراً على هذه الفتوى؛ فإنها جاءت عامة في تصورها للشرط الجزائي، ويحسن للمطالع قراءتها مع فتوى وقرارات مجمع الفقه الإسلامي في قراراته بشأن الشرط الجزائي في دورته الثانية عشرة التي أشرنا إليها؛ لأنها تفصيلية وتفسيرية لجميع شأن الشرط الجزائي، وحتى لا تحدث البلبلة لطالبي الرأي.

* * *

المبحث السابع

الأضرار التي يسأل عنها المقاول (المهندس)

ذهبت جميع الأنظمة والقوانين في الدول العربية والإسلامية في حالة أن يكون العمل الذي عُهد به إلى المهندس والمقاول هو تشييد مبنى أو إقامة منشآت ثابتة أخرى؛ هو أن يسألاً عن الأضرار الناشئة عن تعهد كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاموا من منشآت ثابتة أخرى، أو عما يوجد في هذه المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته (م ٨٨٠) معاملات مدنية إماراتي، و(٦٥١) مدني مصري. وذلك كضعف الأساس، أو قدم الأخشاب والحديد المستعملين في البناء.

ولا يشترط في العيب أن يكون قديماً؛ أي موجوداً وقت قبول رب العمل، فالمسؤولية تتناول العيوب القديمة كما تتناول العيوب الطارئة بعد القبول، وفي ذلك خروج أحكام مسؤولية المهندس والمقاول على القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقاولة (الاستصناع في غير البناء).

وبديهي أنه إذا كان العيب طارئاً فلا معنى لاشتراط أن يكون خفياً وقت القبول؛ لأنه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت، أما إذا كان العيب قديماً، أي: موجوداً في المبنى وقت القبول، فإن المقاول والمهندس لا يضمناه إلا إذا كان خفياً، غير معلوم لرب العمل في ذلك الوقت، وغير ممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه للمبنى ومعاينته.

أما إذا كان العيب معلوماً لرب العمل وقت المعاينة والقبول، أو كان ظاهراً بحيث كان باستطاعة رب العمل أن يكتشفه لو بذل في فحص المبنى عناية الشخص المعتاد، فإن القول يعفي المقاول والمهندس من ضمانه ما دام قد تم دون أي تحفظ بشأن هذا العيب، ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة، لأن القبول يفيد موافقة رب العمل على البناء بحالته التي عليها وقت حصوله.

ويعتبر من قبيل العيوب الظاهرة عدم مطابقة السماكة لما هو متفق عليه، وكذلك كون سياج السلم منخفضاً جداً أو استعمال خشب رديء في أرضية البناء .

مدة الضمان:

يضمن المقاول والمهندس ما يحدث خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد خلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته .

فيشترط لأعمال مسؤولية المقاول والمهندس أن يحدث الضرر الذي يضمنه خلال عشر سنوات تبدأ من وقت قبول العمل، أي: من وقت معاينة رب العمل للبناء وإقراره بمطابقته لما هو متفق عليه، فإذا حرر محضر بالقبول - كما هو المعتاد بالنسبة لأعمال الإدارة - سرت المدة من تاريخ هذا المحضر، أما إذا لم يحرر محضر، وأمكن استخلاص القبول ضمناً من تسلم رب العمل للبناء ودون إبداء أي تحفظ؛ فإن المدة تحتسب من تاريخ هذا الاستلام ولو لم تنكشف آثار العيب وتتفاقم، أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة .

ومدة العشر سنوات التي تنص عليها القوانين هي مدة اختبار لمتانة البناء وحسن تنفيذ الأعمال، ومرتبة على ذلك أنه يجوز الاتفاق على إطالتها، ولكن لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة العشر سنوات ولو تم الاتفاق على ذلك، فيكون العقد باطلاً ومدة الضمان تنشأ بحكم القانون أو النظام .

وبالتالي لو تم الاتفاق على إنقاصها وتبين أن هناك عيب، وأراد صاحب العمل نقض اتفاه ومطالبة المقاول بالضمان، يجيبه القضاء لذلك الاعتبار أن الاتفاق باطل، وبالتالي يجوز تحديد الضمان مدة أطول من عشر سنوات، والبراءة بعدها، ولكن لا يجوز التخفيف منها، وهذا ما يجوز للحاكم أن يعمله ويقره رعاية لمصلحة المحكومين (الناس) .

وقد نصت المادة (٨٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وهي تقابل جميع القوانين العربية: «يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو

المهندس من الضمان أو الحد منه» .

وبالتالي لا يجوز وفقاً للأنظمة في البلاد العربية والإسلامية الاتفاق على الإعفاء من الضمان، ويبرر ذلك أن تهدم المباني لا يصيب رب العمل فقط بالضرر، بل قد يؤدي إلى كوارث تصيب الغير في الأرواح والأموال، وأنه لو أجاز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية للجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم بنوداً تعفيهم من المسؤولية، وفي ذلك ضرر بأرباب الأعمال الذين ليس لديهم علم في الغالب بمسائل البناء^(١).

وهذا يتفق مع إرادة الشارع في أوامره ونواهيه لعباده والتزامها كما أمر ونهى يحقق مصلحة العباد، قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩] - ٣٠ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾ [الشعراء: ١٨٣]، وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ يَأْتِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَحُونُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنفال: ٢٧]، وقال رسول الله ﷺ: «من غشنا فليس منا»^(٢)، وقال عليه الصلاة والسلام في أوصاف المنافق: «وإذا اتتمن خان»^(٣).

ولأن الإعفاء يتعلق - كما قلنا - بحق الغير، وليس فقط صاحب العمل، فإن الفقهاء قادهم اجتهادهم إلى إبطال الاتفاق على مخالفتهم، فقد ورد في المذهب المالكي من أن «السياسة الشرعية القضاء بتضمين الصناع وشبههم؛ أي أنهم يضمنون لما استصنعوا فيه، إذا نصبوا لذلك، سواء عملوا ذلك بأجر أو بغير أجر إذا عملوه في حوائثهم أو دورهم، وعليهم الضمان حتى وإن اشترطوا عدم

(١) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٤٤ .

(٢) نيل الأوطار: ٣٢٤/٥ .

(٣) مختصر صحيح البخاري، ص ١٧؛ مختصر صحيح مسلم، ص ٢١ .

ضمانهم . . .»^(١).

وأيضاً ما ورد عن الشافعية من أقوال بأن الأجراء يضمنون^(٢)، وأيضاً ما ورد في مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة للبغدادي: «وعن أبي حنيفة: ما جنت يد أحدهما - أي: في الصناعة - كان الضمان عليهما، يأخذ - أي: المتضرر - من أيها شاء»^(٣).

تم بحمد الله وتوفيقه .

* * *

(١) تبصرة الحكام: ٢/٢٢٧-٢٢٨؛ المدونة الكبرى: ٣/٣٧٣-٣٧٥؛ مواهب الجليل:

٥/٤٣٠؛ التاج الإكليل: ٥/٤٣٠؛ شرح منح الجليل: ٧/٥١٤-٥٣١.

(٢) الأم: ٤/٣٧-٣٨؛ المجموع للنووي: ١٥/٩٨-١٠٠.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي، دراسة وتحقيق: د. محمد أحمد سراج ود. علي جمعة

محمد: ٢/٦٤٧؛ وانظر: المغني ويليهِ الشرح الكبير: ٦/١٠٩-١١٠؛ وشرح منتهى

الإرادات: ٢/٣٧٨-٣٧٩؛ كشف القناع عن متن الإقناع: ٤/٣٦-٣٧.

عقد قرض

إنه في يوم الأحد الموافق ١٨ / ٢ / ٢٠٠١ م.

حرر هذا العقد في تاريخه بين كل من:

أولاً: السيد: بصفته رئيس مجلس الإدارة لشركة
للمقاولات.

وعنوانها: ص.ب: دبي، دولة الإمارات العربية، هاتف:

.....

ويشار إليه هنا وفيما بعد بعبارة (الطرف الأول).

ثانياً: السيد: إماراتي الجنسية، جواز سفر رقم (.....)
وعنوانه: ص.ب: دبي، دولة الإمارات العربية، هاتف:

ويشار إليهما هنا وفيما بعد بعبارة (الطرف الثاني).

المادة الأولى: تعاريف:

يكون للتعبير التالية المعنى المبين قرين كل منها ما لم يدل سياق النص
على غير ذلك:

الدائن المقرض: ويقصد به الطرف الأول.

المدين المقرض: ويقصد به الطرف الثاني.

الطرفين: وينصرف المعنى إلى الطرفين الأول والثاني.

شركة المقاولات:

البنك الممول:

المشروع: ١٦ فيلا (أرضي + أول)، والذي سيقام على قطعة الأرض رقم

(.....)، والمملوكة للطرف الثاني الكائن مقرها بمنطقة إمارة
.....، والمرفق صورة من الخريطة المساحية.

الملحق: هي صورة من الخريطة المساحية لقطعة الأرض والتي سيقام
عليها المشروع.

مبلغ التمويل: هو المبلغ المقدم من البنك الممول لتمويل استئصال
المشروع، والبالغ قدره (٨٩٠٠٠٠٠٠) (فقط ثمانية ملايين وتسعمائة ألف درهم
لا غير)، منها مبلغ (٧٧٠٠٠٠٠٠) (فقط سبعة ملايين وسبعمائة ألف درهم لا
غير)، قيمة عقد المقاول.

الدفعة المقدمة: هو المبلغ الواجب دفعه من الطرف الثاني للحصول على
مبلغ التمويل وقدره (٢٧٧٦٨٠٠) (فقط مليونان وسبعمائة وستة وسبعون ألفاً
وثمانمائة درهم لا غير).

القرض التمويلي: وينصرف المعنى على مبلغ (١٢٠٠٠٠٠٠) (فقط مليون
ومائتي ألف درهم لا غير)، الدفعة المقدمة من الطرف الأول إلى الطرف الثاني.

القرض الشخصي: هو مبلغ (١٠٧٦٨٠٠) (فقط مليون وستة وسبعون ألفاً
وثمانمائة درهم لا غير) والممنوح من الطرف الأول إلى الطرف الثاني.

القرضين: ينصرف المعنى إلى القرض التمويلي والشخصي.

المادة الثانية: تمهيد:

حيث إن الطرف الثاني قد حصل على موافقة مبدئية من البنك الممول
وذلك لتمويل استئصال (المشروع)، وذلك في حدود مبلغ التمويل شريطة أن
يقدم الطرف الثاني دفعة مقدمة (٣٠٪) من المشروع، وحيث إن الطرف الثاني قد
رغب في اقتراض الدفعة المقدمة من الطرف الأول، كما رغب في اقتراض مبلغ
القرض الشخصي أيضاً، ولقد لاقت هذه الرغبة القبول لدى الطرف الأول.

لذا وبعد أن تلاقت رغبة الطرفين وعبر كل منهما عن كامل أهليته للتعاقد

والتصرف، فقد اتفقا على أن تخضع العلاقة فيما بينهما للأحكام والشروط التالية:

المادة الثالثة: حكم التعاريف والتمهيد والملحق:

تعتبر التعاريف والتمهيد والملحق جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ويقرأ ويفسر معها.

المادة الرابعة: موضوع العقد:

٤/أ) قام الطرف الأول بتسليم الطرف الثاني مبلغ القرض الشخصي، ويعتبر توقيع الطرف الثاني على هذه الاتفاقية بمثابة إيصال بالاستلام وعضاً عن أي إيصال آخر.

٤/ب) يلتزم الطرف الثاني ويؤكد بموجب هذا العقد وبشكل نهائي لا رجعة فيه بترسية أعمال مقاوله إنشاءً، وإنجاز المشروع على شركة المقاولات وبالسعر المحدد من قبل الاستشاري والبنك والممول.

٤/ج) يلتزم الطرف الثاني بسداد مبلغ القرض الشخصي خلال سنة من تاريخ استلام الطرف الثاني للمشروع من شركة المقاولات، ولا يحق للطرف الأول تقاضي أية فوائد زيادة على قيمة القرض.

٤/د) من المتفق عليه أن أجل سداد القرض التمويلي يسقط، ويتعين سداه بالكامل أو أي رصيد منه في إحدى الحالات التالية:

- في حالة إلغاء أو إنهاء عقد المقاوله مع الشركة لأي سبب من الأسباب.
- في حالة نشوب أي خلاف بين الطرف الثاني وشركة المقاولات، وتوقف سداد الدفعات إلى الشركة أيأ كان سبب الخلاف أو سبب التوقف عن الدفع.
- في حالة التخلف عن سداد القرض الشخصي؛ فإنه يحق للطرف الأول أن يستثمر المشروع لسداد قيمة القرض الشخصي، وذلك بالشروط التالية:
- يظل الطرف الأول يستثمر المشروع لمدة سنة قابلة للتجديد حتى سداد قيمة القرض الشخصي؛ تبدأ من تاريخ اكتمال البناء وصدور شهادة الإنجاز من

بلدية دبي، بشرط الحصول على موافقة الطرف الثاني الكتابية على القيمة الإيجارية؛ وفي حالة عدم موافقة الطرف الثاني على القيمة الإيجارية يتعين عليه وفي خلال مهلة أقصاها شهر من تاريخ الرفض إبرام العقد مع المستأجر أو المستأجرين بالقيمة الإيجارية الأعلى، وفي حالة فوات المهلة وعدم إبرامه العقد فإنه يحق للطرف الأول التعاقد بالقيمة الإيجارية الأولى.

- ينتهي حق الطرف الأول في استثمار المشروع إذا سدد الطرف الثاني قيمة القرض الشخصي أو الباقي منه في أي وقت، أو إذا بلغ مجموع العائد المحصل من استثمار المشروع ما يعادل قيمة القرض الشخصي.

- لا يحق للطرف الثاني أن يقوم بإبرام أي تصرف أو فعل مادي يمكن أن يحد أو يعرقل حق الطرف الأول في استغلاله واستثماره للمشروع.

المادة الخامسة: أحكام عامة:

٥/أ) لا يخل هذا العقد بكافة الحقوق الأخرى للطرف الأول قبل الطرف الثاني في الحال أو الاستقبال أيًا كان مصدرها وسببها.

٥/ب) يقر كل من الطرفين بأنه قد اتخذ العنوان المبين بدياجة هذا العقد موطناً مختاراً، وذلك طوال مدة سريانه، وفي حالة تغيير العنوان عليه إخطار الطرف الآخر بخطاب موصي عليه بعلم الوصول وإلا جاز للطرف الآخر مخاطبته على هذا العنوان.

٥/ج) تختص محاكم دبي بنظر أي نزاع ينشأ حول أي من الموضوعات التي تضمنها هذا العقد.

٥/د) يخضع هذا العقد ويفسر طبقاً لأحكام القوانين السارية داخل دولة الإمارات، وأية قوانين أخرى نافذة داخل إمارة دبي.

٥/هـ) من المتفق عليه أن أفراد الطرف الثاني متضامنين فيما بينهما في الالتزامات الناشئة أو التي رتبها هذا العقد، وفي حالة وفاة أحدهما لا قدر الله فإن الطرف الباقي على قيد الحياة سوف يلتزم بتنفيذ عقد المفاوضة، وهذا العقد سوف ينصرف إلى الورثة.

المادة السادسة: مدّة التنفيذ:

من المتفق عليه أن مدة تنفيذ المشروع هي (ثلاثة عشر شهراً مضافاً إليها شهراً للتخصير).

المادة السابعة: نسخ العقد والتوقيع عليه:

٧/أ) حرر هذا العقد من أربع نسخ متطابقة لها ذات القوة في الإثبات، وتسلم كل طرف نسخة للعمل بها عند اللزوم، وأودعت الثالثة لدى الكاتب العدل محكمة دبي لزوم التصديق.

٧/ب) بعد أن تليت أحكام هذا العقد على الطرفين، وأقرّ كل منهما بقبول هذه الأحكام، وأعلننا رضاهما الكامل بها؛ فقد تم التوقيع.

* * *

عقد المناقولة؛ الإنشاء، والتعمير
حقيقته، تكييفه، صورته

إعداد

الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي

المعهد العالي للقضاء - قسم الفقه المقارن

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض

ملخص البحث

عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير حقيقته - تكييفه - صورته

يحاول هذا البحث الإجابة عن بعض التساؤلات التي أفرزها التطبيق العملي لمقاوالات الإنشاء والتعمير، كما أعدتها الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي. فيبدأ بتعريف عقد المقاولة في النظم التجارية، وتكييفه الشرعي إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد، أو العمل وحده، ثم يأتي بيان الحكم الشرعي لإبرام المقاولة - مباشرة - بين المستفيد والمقاول، أو بين المقاول الأصلي ومقاول من الباطن، أو توسط مؤسسة مالية بين المستفيد والمقاول (الاستصناع الموازي). ويتواصل البحث لبيان حكم تحديد البذل في المقاولة: إذا حدد بمبلغ إجمالي، أو حدد بالتكلفة ونسبة ربح، أو حدد على أساس وحدة قياسية. ويتطرق البحث إلى حكم النفقات الإضافية التي يتكبدها المقاول بعد إبرام العقد، وإلى حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة، وإلى حكم الشرط الجزائي أو اشتراط البراءة من العيوب.

وأخيراً يلقي البحث الضوء على تحديد الضمان في مقاوالات الإنشاء والتعمير بمدة معينة يبرأ المقاول بعدها.

مشروع قرار:

١- المقاولة: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً أو يصنع شيئاً للطرف الآخر، مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه.

أ- إذا قدم المقاول العمل والمواد، يكون العقد استصناعاً.

ب- وإذا قدم العمل فقط، يكون أجيراً مشتركاً.

٢- يعتبر عقد المقاولة مشروعاً: إذا عقد مباشرة بين المقاول والمستفيد،

أوبين المقاول الأصلي ومقاول من الباطن، أوبين المستفيد ومؤسسة مالية تتعهد بإقامة المنشآت طبقاً للمواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد (الاستصناع الموازي).

٣ - يجوز تحديد البدل في المفاوضة بمبلغ إجمالي، أو بالتكلفة ونسبة ربح، أو على أساس وحدة قياسية، متى انتفت الجهالة الفاحشة.

٤ - إذا تكبد المقاول نفقات إضافية دون إعلام المستفيد يعتبر متبرعاً.

٥ - يجوز تضمين عقد المفاوضة شرطاً جزائياً.

٦ - لا يجوز اشتراط البراءة من العيوب في مقاولات الإنشاء والتعمير.

٧ - يجوز تحديد مدة معينة لضمان العيوب في المفاوضة، يبرأ المقاول

بعدها.

* * *

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وبه نستعين ، والصلاة والسلام على نبينا الأمين ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه والتابعين ، ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين .

أما بعد :

فهذا بحث يتناول بعض أحكام المقاوله ، أعدده تلبية لرغبة كريمة من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ، للمشاركة به في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر المجمع ، التي تنعقد في مدينة الدوحة بدولة قطر .

وسوف تتبع خطة البحث عناصر الموضوع ، كما حددتها أمانة المجمع ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: تعريف عقد المقاوله في النظم التجارية.

المطلب الثاني: تكييف عقد المقاوله في الفقه بحسب التزام المقاول.

الفرع الأول: تقديم المقاول العمل والمواد (الاستصناع).

الفرع الثاني: تقديم المقاول العمل فقط (الإجارة على العمل).

المطلب الثالث: صور إبرام عقد المقاوله:

الفرع الأول: عقد المقاوله مباشرة بين المقاول والمستفيد .

الفرع الثاني: عقد المقاوله من الباطن .

الفرع الثالث: عقد المقاوله مع تخلل مؤسسة مالية (عقد الاستصناع

الموازي).

المطلب الرابع: صور تحديد الثمن في المقابلة:

الفرع الأول: تحديد الثمن بمبلغ إجمالي ، وهي الصورة النمطية .

الفرع الثاني: تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح ، حكم هذه الصور .

الفرع الثالث: تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع ، متر مسطح . . .)

المطلب الخامس: أحكام متفرقة:

الفرع الأول: حكم الإضافات والتعديلات .

الفرع الثاني: حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة .

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي (مع الإحالة إلى قرار المجمع في الدورة الثانية عشرة) .

الفرع الرابع: حكم البراءة من العيوب في المقابلة .

الفرع الخامس: حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة ، والبراءة بعدها .

والله نسأل أن يلهمنا التوفيق والسداد ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

أ . د . محمد جبر الألفي

رجب ١٤٢٣هـ

سبتمبر ٢٠٠٢م

المطلب الأول

تعريف عقد المقاوله في النظم التجارية

تمهيد:

كلمة (مقاوله) ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي (ENTREPRISE) الذي له عدة معانٍ، منها: مشروع، منشأة، مؤسسة^(١). وقد اعتمد مجمع اللغة العربية في مصر مصطلح (مقاوله)، ووضع له التعريف الآتي: «اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة»^(٢).

وعقد المقاوله لم يكن معروفاً في القوانين القديمة، كالقانون الروماني، والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م، والقانون المدني المصري القديم، فكانت أعمال المقاولات تدرج تحت عقد إجارة الأشخاص، حتى جاء القانون المدني المصري الجديد لسنة ١٩٤٨م ففصل عقد المقاوله عن عقدين آخرين هما: عقد الإيجار، وعقد العمل، وتأثرت القوانين العربية بهذه التسمية، فالقانون المدني السوري والليبي والأردني والكويتي، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة؛ تستعمل اصطلاح (عقد المقاوله)، وكذلك القانون المدني العراقي مع تعديل التسمية إلى (عقد المقاوله والاستصناع). أما القوانين المدنية التي تأثرت بالقانون الفرنسي، فلم تستعمل كلمة (مقاوله)، نرى ذلك في المادة (٨٢٨) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (الإجارة على الصنع) وفي المادة (٦٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني (إجارة الصناعة)، رغم أن مجلة الأحكام العدلية أطلقت على الاستصناع لفظ (مقاوله)^(٣).

-
- (١) يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. ت، ص ٣٩٩.
 - (٢) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، بإشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٥٧م: ٧٧٣/٢.
 - (٣) المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية: «الاستصناع: عقد مقاوله مع أهل الصنعة على=

تعريف عقد المقاولة:

استمدت النظم التجارية تعريفها لعقد المقاولة من القانون المدني، ثم أضافت إليه بعض القيود التي برزت في العمل التجاري .

والتعريف الذي تعتمد عليه أكثر القوانين المدنية هو ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (٦٤٦): «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»^(١). وبنحو ذلك جاء تعريف عقد المقاولة في القوانين المدنية للدول العربية؛ ففي مجلة الالتزامات والعقود التونسية جاء تعريف الإجارة على الصنع هكذا: «عقد اصطناع شيء معين بالوصف المنضبط في مقابلة أجر معين أيضاً»^(٢). وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني عرفت إجارة الصناعة بأنها: «عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل»^(٣). ويبدو أن القانون المدني الأردني فضّل استخدام كلمة (بدل) عن كلمة (أجر) الواردة في النص المصري، فعرف المقاولة بأنها: «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر»^(٤). وبنفس هذه الألفاظ جاء تعريف عقد المقاولة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة^(٥).

وقد اختار مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة الدول العربية تعريفاً مقارباً، حين نص في مادته (٧٣١) على أن: «المقاولة: عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر». وقد أدى التطبيق العملي لعقد المقاولة إلى إضافة بعض القيود إلى هذا

= أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع».

(١) المادة (٦١٢) مدني سوري؛ والمادة (٦٤٥) مدني ليبي؛ والمادة (٦٨٤) مدني عراقي.

(٢) المادة (٨٢٨).

(٣) المادة (٦٢٤).

(٤) المادة (٧٨٠).

(٥) المادة (٨٧٢).

التعريف لتمييز عقد المقاولة عن عقد العمل، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية (سنة ١٩٦٨م) ورد ما يلي: «في عقد المقاولة، يتعهد شخص (المقاول)، مقابل أجر، بأن يؤدي عملاً، بطريقة مستقلة، لصالح شخص آخر (رب العمل) من غير أن يكون نائباً عنه»^(١). وقد أخذ بعض شراح القانون بهذا التعريف وصاغه هكذا: عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإرادته وإشرافه»^(٢). وهو التعريف الذي تبناه القانون المدني الكويتي في المادة (٦٦١) التي تنص على أن عقد المقاولة: «عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه».

متى تعتبر المقاولة مدنية، ومتى تكون تجارية:

لا يختلف تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية عنه في النظم المدنية، ولكن النظم التجارية تعتبر المقاولة عملاً تجارياً إذا قام به شخص طبيعي أو معنوي قد اكتسب صفة (التاجر)، وهذه الصفة تختلف باختلاف النظم؛ ففي النظام السعودي - مثلاً - لا تعتبر جميع صور مقاولات إنشاء المباني ونحوها أعمالاً تجارية، ولا يكتسب منها هذا الوصف إلا ما كان فيه المقاول ملتزماً بتوريد المؤن والأدوات اللازمة للعمل^(٣). وعلى العكس من ذلك: يتفق القانون المصري والقانون الفرنسي على اعتبار المقاولة عملاً تجارياً ولو اقتصر المقاول على تقديم الأيدي العاملة، أما إذا اقتصر دور المقاول على الإدارة والإشراف فلا يكتسب عمله الصفة التجارية ويظل خاضعاً لأحكام القانون المدني^(٤). وتبدو

(١) محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، ١٩/٢/١٩٦٨م، منشور في (B.I,n 69- D., 68. 39).

(٢) محمد ليب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣م، ص ١١.

(٣) نظام المحكمة التجارية السعودي، المادة ٢/د.

(٤) محمود مختار بربري، قانون المعاملات التجاري السعودي، مطبوعات معهد الإدارة العامة، ١٤٠١هـ: ٤٠/١ - ٤٦؛ محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ص ٨٣.

أهمية وصف المقاوله بأنها عمل مدني أو تجاري في تحديد جهة الاختصاص القضائي، وفيما يتعلق بقواعد الإثبات.

عقد مقاوله الإنشاء والتعمير:

لم تضع النظم القانونية ولا شرح القانون تعريفاً مستقلاً لعقد مقاوله الإنشاء والتعمير، إلا ما أورده البعض من أنه: «عقد يتعهد بموجبه مقاول أو مهندس معماري، بأن يبني لآخر لقاء أجر، بناء أو منشآت ثابتة أخرى»^(١). ومعلوم أن مقاولات إنشاء المباني ونحوها تشمل جميع المقاولات التي تعدل من حالة العقارات كالهدم والترميم، ومقاولات إنشاء الطرق والجسور، وحفر القنوات والمصارف، ومد خطوط السكك الحديدية، ومد أنابيب المياه وأسلاك التليفون والكهرباء، وفتح الأنفاق وحفر الآبار وما شابه ذلك^(٢).

وتحترم المحاكم الدولية ومحاكم كثير من الدول في أوروبا وأمريكا إصدارات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)^(٣) التي تضع الشروط النموذجية لعقود مقاولات الإنشاء والتعمير، للمحافظة على مستوى عال من الأداء في ممارسة مهمتهم، ومن أشهر هذه الإصدارات: الإصدار الرابع لسنة ١٩٨٧م^(٤).

* * *

(١) محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاوله، مصر، ١٩٧٧م، ص ٥٤؛ وقانون: مالوري وإينيس، القانون المدني - العقود الخاصة، طبعة (CUJAS) باريس، ١٩٩٢م، ص ٣٩٥، فقرة ٧١٢.

(٢) محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص ٨٢-٨٣، والمراجع التي أشار إليها.

(٣) وهي الأحرف الأولى من: (Federation International Des Ingenieurs Conseils).

(٤) محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٢٠١-٤.

المطلب الثاني

تكييف عقد المقاوله في الفقه

بحسب التزام المقاول

تمهيد:

عقد المقاوله - بوجه عام - قد يشبهه مع عدة عقود أخرى: كعقد البيع، وعقد السلم، وعقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وعقد الوكالة، وعقد الجعالة، وعقد الاستصناع، وقد بينت المادة (٨٦٥) من القانون المدني العراقي نطاق عقد المقاوله وحددت طبيعته بنصها على أنه:

١ - يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول، أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً.

٢ - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، ويكون العقد استصناعاً.

وسوف نبين في فرعين:

١ - تكييف عقد المقاوله إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد.

٢ - تكييف عقد المقاوله إذا التزم المقاول بتقديم العمل فقط.

* * *

الفرع الأول

التزام المقاول بتقديم العمل والمواد

أقرب العقود الفقهية شهاً بعقد المقاوله الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد هو عقد (الاستصناع) الذي اعتبره الفقه الحنفي عقداً مستقلاً،

يتميز بذاته وبخصائصه عن عقد السلم وعن عقد الإجارة، وبذلك انفرد الفقه الحنفي في نظره إلى هذه المعاملة^(١).

وقد يرد على هذا التكييف عدة اعتراضات:

١- أن جمهور الفقهاء من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) لا يعترفون بعقد الاستصناع، الذي أجازته الحنفية استحساناً، على خلاف القياس.

● فالمالكية يعتبرون الاستصناع سلماً، ولا يكون صحيحاً إلا إذا استجمع شروط السلم، والسلم - عندهم - بيع.

● والشافعية يدخلون الاستصناع تحت السلم بالصناعات، فيضبطونه بضوابط السلم، والسلم - عندهم - بيع.

● والحنابلة يمنعون عقد الاستصناع، ويقولون: «لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم»^(٥).

وللرد على هذا الاعتراض نقول: إن الحنفية - كذلك - يعتبرون الاستصناع نوعاً من البيع، جاز استحساناً على خلاف القياس، لأن الناس تعاملوه في جميع الأعصار من غير تكبر، فكان إجماعاً منهم على الجواز^(٦)؛ ولأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً، كالناسي للتسمية، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠؛ ابن عابدين، حاشية: ٢١٣/٤؛ الفتاوى الهندية: ٢٠٧/٢؛ مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة؛ البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ٢، ١٤٢٠هـ.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل: ٥٣٩/٤ - ٥٤٠؛ الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير: ٢١٦/٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين: ٣/٤.

(٤) الرمادوي، الإنصاف: ٣٠٠/٤.

(٥) المصدر السابق نفسه.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠.

(٧) البابرتي، العناية على الهداية - مع فتح القدير: ٣٥٥/٥.

٢- يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع مواعدة وليس بيعاً، وإنما ينعقد بيعاً عند الفراغ من العمل وقبضه^(١)، وحينئذ يكون بيعاً بالتعاطي^(٢). ولهذا كان للصانع ألا يعمل، ولا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة^(٣).

وللرد على هذا الاعتراض نقول: إن إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع لا يدل على أنه ليس بيعاً، ففي بيع المقايضة لو لم يكن منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار، وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً، وفي الشرع كثير من هذا^(٤).

٣- يرى جمهور فقهاء الحنفية أن عقد الاستصناع عقد غير لازم في مرحلته الأولى، من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع الشيء المصنوع، ولهذا جاز للصانع أن يمتنع من الصنع أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع، وجاز للمستصنع أن يرجع في العقد قبل رؤيته الشيء المصنوع^(٥). وتطبيق ذلك على مقاولات الإنشاء والتعمير - في صورها المعاصرة - يؤدي إلى ضرر فاحش وفساد كبير في التعامل.

ويرد هذا الاعتراض أن عدداً من كبار فقهاء الحنفية يرون أن عقد الاستصناع عقد لازم لكل من المتعاقدين منذ البداية^(٦). وتبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي، على سبيل الاجتهاد الاستصلاحي، حين اتسعت مجالات الاستصناع

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ ونسب هذا الرأي إلى الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) ابن الهمام، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والعناية للبابرتي في الموضع نفسه؛ الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠؛ الفتاوى الهندية: ٢٠٧/٢.

(٦) ابن عابدين، الحاشية: ٢١٣/٤، ونقله عن: الدرر؛ ومختصر الوقاية؛ وخرزانة المفتين؛ وروي هذا القول عن أبي يوسف؛ الفتاوى الهندية: ٢٠٨/٢.

لدرجة لا يمكن تجاهلها، ولا يستقيم الأمر بغير إلزامية الاستصناع^(١). وهو ما استقر عليه رأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة - بجدة - سنة ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢ م، حين قرر: «أن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه الأركان والشروط»^(٢).

رأينا الخاص:

يعتبر عقد المقاولة - الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد - عقداً مستقلاً، ملزماً للطرفين، يسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين، بما لا يخالف حكماً فقهياً مجموراً عليه، أو قاعدة أمره نص عليها نظام داخلي أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

* * *

الفرع الثاني

التزام المقاول بتقديم العمل فقط

أقرب العقود الفقهية شهاً بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل - فقط - هو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، الذي تقرر جوازه (بغير خلاف بين أهل العلم)^(٣). جاء في البدائع: «فإن أسلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً، بأجر معلوم؛ أو جلدأ إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً، بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار؛ فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمه جديداً مثله»^(٤).

ويبقى بعد ذلك تحديد نوع هذه الإجارة تبعاً لمن يمارسها، هل هو أجير

(١) المادة (٣٩٢): «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع...» وانظر في شرحها: علي حيدر، وسليم رستم باز، والأناسي.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دمشق: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ١٤٤؛ وانظر: بحوث الاستصناع التي قدمت ونوقشت في هذه الدورة في مجلة المجمع، العدد السابع، الجزء الثاني.

(٣) ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير: ١٠٥/٦ - ١٠٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ٤/٥.

خاص؟ أو أجير مشترك؟ نحن نستبعد أن يكون المفاوض الذي يقدم العمل فقط أجيراً خاصاً، لأن المستأجر لا يختص بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس^(١). ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه. فالأقرب إلى أدبيات الفقه الإسلامي اعتباره أجيراً مشتركاً، (فالأجير المشترك هو الصانع)^(٢).

رأينا الخاص:

يعتبر عقد المفاوضة - الذي يلتزم فيه المفاوض بتقديم العمل فقط - عقداً مستقلاً، ملزماً للطرفين، يسمى عقد مفاوضة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق طرفين بما لا يخالف حكماً فقهياً مجموراً عليه، أو قاعدة أمره نص عليها نظام داخلي أو اتفاق دولي غير مخالف للمبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

* * *

(١) ابن قدامة، المغني: ١٠٦/٦.

(٢) المصدر السابق نفسه.

المطلب الثالث صور إبرام عقد المقاولة

تمهيد:

برزت في العمل عدة صور لإبرام عقد المقاولة:

١ - فقد يبرم العقد مباشرة بين المستفيد والمقاول .

٢ - وقد يبرم العقد الرئيس بين المستفيد والمقاول، ثم يبرم عقد آخر - أو عقود أخرى - بين المقاول وغيره من المقاولين الذين يلتزمون بصنع شيء أو أداء عمل من أعمال المقاولة الأولى .

٣ - وقد يبرم المستفيد عقد مقاولة مع مؤسسة مالية، ثم تبرم هذه المؤسسة المالية عقوداً مع مقاولين يلتزمون بتنفيذ المقاولة التي تم الاتفاق عليها مع المستفيد . فتلك صور ثلاث نخص كل واحدة منها بفرع مستقل .

* * *

الفرع الأول

عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد

هذه الصورة التي يتم فيها إبرام العقد مباشرة بين المقاول والمستفيد هي الصورة المعتادة، وفيها يعرض المستفيد على المقاول ما يريد إنشاءه أو تعميمه، بوصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل . فإذا قبل المقاول بذلك، التزم بإنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، والتزم المستفيد بتسلمه ودفع البدل بالقدر والكيفية المتفق عليها . وقد رجحنا - فيما تقدم - جواز عقد الاستصناع ومشروعيته، وأنه عقد لازم لكل من طرفيه بمجرد انعقاده، متى توافرت أركانه وشروطه^(١) .

(١) انظر فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الثاني؛ وانظر كذلك: ابن الهمام، فتح =

الفرع الثاني عقد المقاولة من الباطن

تعريفه:

عقد المقاولة من الباطن: هو اتفاق بين المفاوض المتعاقد مع المستفيد، وبين مفاوض ثانٍ، محلله إسناد ما تم تعاقد عليه من إنشاء وتعمير مع المستفيد، ليقوم المفاوض الثاني بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد^(١). ويطلق على المفاوض الثاني: المفاوض من الباطن، والمفاوض الثانوي، والمفاوض الفرعي^(٢).

تكييفه:

يسري على عقد المقاولة من الباطن نفس التكييف الذي سبق أن قدمناه في مطلب الثاني بفرعيه: فإذا التزم المفاوض الثاني بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم إسناده إليه، كمقاولة الكهرباء أو مقاولة التكييف أو مقاولة الإنشاءات الصحية في المبنى الذي تم إنشاؤه، يكون العقد الذي أبرم مع المفاوض الأصلي عقد استصناع، ولا مانع من تسميته عقد مقاولة من الباطن^(٣). أما إذا كان المفاوض الثاني قد التزم بتقديم العمل فقط، كإجراء التركيبات المختلفة، فإن العقد الذي بينه وبين المفاوض الأصلي يسبغ عليه صفة الأجير المشترك، إلا إذا كان يخضع طوال مدة العقد لإشراف المفاوض الأصلي ويستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فإنه حينئذ

= القدير: ٣٥٥/٥؛ والبايرتي، العناية، في الموضوع نفسه؛ والفتاوى الهندية: ٢٠٧/٢؛
والمادة (٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية، وقرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٥
(٧/٣).

(١) انظر بهذا المعنى: مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية،
القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٣١؛ عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي، القاهرة،
٢٠٠١م، ص ١٧٧-١٧٨.

(٢) أحمد المومني، مسؤولية المفاوض والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار، ط ١،
١٤٠٧هـ، ص ١٨٥.

(٣) بالفرنسية: (Sous-traitance)، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية
الثالثة - ٥/٢/١٩٨٥م (B.III, n 23).

يكون أجيراً خاصاً لدى المفاوض الأول، ولا مانع من تسمية العقد في الحالتين :
عقد مقابولة من الباطن .

مشروعيته:

عرف فقهاء المذاهب المختلفة فكرة المقابولة من الباطن واعتبروها مشروعة إذا توافر فيها شرطان: أولهما: ألا يشترط المستفيد على المفاوض الأصلي مباشرة العمل بنفسه . والآخر: ألا تكون شخصية المفاوض الأصلي محل اعتبار عند المستفيد، لما يأنسه فيه من كفاءة وأمانة .

جاء في فتح القدير: «وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه، ليس له أن يستعمل غيره، لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه، فيستحق عينه؛ كالمنفعة في محل بعينه . وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره، بمنزلة إيفاء الدين»^(١) .

وفي الشرح الكبير على متن المقنع: «فإن كانت الإجارة على عمل في الذمة، لكن لا يقوم غير الأجير مقامه، كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط، لم يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير»^(٢) .

أحكامه:

١ - العلاقة بين المستفيد والمفاوض الأصلي: هذه العلاقة تحكمها نصوص العقد الذي أبرم بين المستفيد والمفاوض الأصلي، على النحو الذي عرضناه فيما تقدم^(٣) .

(١) ابن الهمام، فتح القدير: ١٦٣/٧؛ وفي نفس المعنى: الكاساني، بدائع الصنائع: ٢١٠/٥ .

(٢) ابن قدامة، الشرح الكبير، مع المقنع والإنصاف، تحقيق: عبد الله التركي، الرياض، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م: ٤٦٢/١٤؛ وفي نفس المعنى: الحطاب، مواهب الجليل: ٣٩٥/٥ .

(٣) انظر فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الثاني، والفرع الأول من المطلب الثالث .

٢ - العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني: تحكم هذه العلاقة نصوص عقد المقاولة من الباطن، الذي تم إبرامه بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني؛ حيث يلتزم المقاول الثاني بإنجاز العمل الذي أسند إليه في المدة المتفق عليها، وتسليم العمل بعد إنجازه للمقاول الأصلي، كما يلتزم بأحكام الضمان التي قررها الفقه ونصت عليها النظم^(١). أما المقاول الأصلي فإنه يلتزم بتسليم العمل محل العقد، وبدفع الأجر المتفق عليه مع المقاول الثاني. وللمقاول من الباطن الحق في حبس المعقود عليه حتى يستوفي أجره^(٢).

٣ - العلاقة بين المستفيد والمقاول من الباطن: المقاول من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة للمستفيد، لأنه لا تربط بينهما أية علاقة عقدية، وبالتالي فلا يجوز للمستفيد أن يطالبه بتنفيذ ما اتفق عليه مع المقاول الأصلي، كما لا يحق للمقاول من الباطن مطالبة المستفيد بالأجر المتفق عليه مع المقاول الأصلي^(٣). ومع ذلك: فإن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة للمستفيد، وقام بالعمل فيها بناء على الإذن الضمني الذي خوله إياه تعاقد مع المقاول الأصلي، وله الحق في حبس العين التي اشتغل بالصنعة فيها حتى يحصل على أجره^(٤). كل هذا وغيره يجيز للمقاول من الباطن - إذا لم يتمكن من الحصول على أجره المعين في عقد المقاولة من الباطن - أن يرجع على المستفيد الذي لا تربطه به علاقة عقدية ليحصل على أجره، بناء على قاعدة: «أن من تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير، فإن ما فعله يعتبر ملزماً للمستفيد، دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة»^(٥).

-
- (١) ابن الهمام، فتح القدير: ١٦٦/٧ - ١٦٢؛ الكاساني، بدائع الصنائع: ٢١٠/٥.
(٢) الكاساني، المصدر السابق نفسه؛ سحنون، المدونة الكبرى، طبع دار صادر، بيروت، ١٣٢٣هـ: ٤٤٨/٤.
(٣) السرخسي، المبسوط: ٩/١٦ - ١٠؛ النووي، روضة الطالبين: ٢٤٣/٥؛ سحنون، المدونة: ٤٤٧/٤؛ ابن قدامة، المغني: ١٠٩/٦.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢١٠/٥؛ سحنون، المدونة: ٤٤٨/٤؛ الفتوحى، منتهى الإرادات: ٣٩٣/١؛ الشيرازي، المهذب: ٤١٠/١.
(٥) محمد الألفي، الفضالة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩م، ص ٤٥.

جاء في الذخيرة: «كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه أجره المثل في القيام بالعمل. . . وذلك بناء على حصول الإذن عادة»^(١).

وجاء في إعلام الموقعين: «الشأن فيمن عمل في مال غيره عملاً بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه، أو فعله حفاظاً لمال المالك واحترازاً له من الضياع، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله»^(٢).

وفيه أيضاً: «من عمل في قناة رجل بغير إذنه، فاستخرج الماء، فإن لمن عمل أجرأ في نفقته، إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة. نص عليه أحمد»^(٣).

إذا ثبت ذلك: فإن العدالة التي كانت رائد القوانين المحلية والدولية - في هذه المسألة - هي التي أملت نصوص المواد التي تعطي المقاول من الباطن حق الرجوع على المستفيد مباشرة، بما لا يجاوز القدر الذي يكون المستفيد مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، في حدود المستحق للمقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي؛ تطبيقاً لحق الدائن في مطالبة مدين مدينه^(٤).

وبالمقابل: يحق للمستفيد أن يسأل المقاول من الباطن عما يكون قد ارتكب من أخطاء في تنفيذ العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، ولكنه يتعلق بالعين المملوكة له. وفي تحديد طبيعة هذه المسؤولية، قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأنها مسؤولية عقدية^(٥)، في حين قضت الدائرة الثالثة في نفس المحكمة بأنها مسؤولية تقصيرية لعدم وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد والمقاول من الباطن^(٦)، وإزاء هذا التناقض قررت الجمعية العمومية لمحكمة

(١) القرافي، الذخيرة: ١٠٢/٤.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤١٩/٢.

(٣) المصدر السابق: ٤١٥/٢.

(٤) أحمد منير فهمي، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية، د. ت، ص ٤٤.

(٥) (Civ. i.8MARS 1988, b. I, N69; J.C.P. 88.II.21007).

(٦) (Civ. 3,31.10.1989, B. III, n208; J.C.P., 89. IV. 422).

النقض حسم هذا النزاع باعتبار أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية عقدية^(١).

* * *

الفرع الثالث

عقد الاستصناع الموازي

قد يحتاج شخص (طبيعي أو معنوي) لعملية إنشاء أو تعمیر، كبناء مسكن أو مصنع أو مجمع تجاري، وليس لديه التمويل الكافي الذي يمكنه من التعاقد مع أحد المقاولين، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع من تتعامل معهم من المقاولين والمهندسين على أساس المواصفات والتصاميم المبينة في العقد المبرم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تسلمه المؤسسة المالية وتقوم بتسليمه إلى المستفيد. وخلال فترة العمل في المشروع، يدفع المستفيد للمؤسسة المالية ثمن الإنشاءات وفق الاتفاق - غالباً ما يكون على هيئة أقساط دورية - تنتهي بتسليمه العمل كامل المواصفات. أما في العلاقة بين المؤسسة المالية والمقاول، فقد يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً، وفق شروط العقد^(٢).

يتضح من ذلك أننا إزاء عقدين منفصلين:

١ - عقد مقاوله (استصناع) طرفاه المستفيد والمؤسسة المالية، ومحلّه عملية إنشاء أو تعمیر.

٢ - وعقد مقاوله آخر (استصناع) طرفاه المؤسسة المالية والمقاول، ومحلّه نفس العملية المتفق عليها في العقد الأول.

ونظراً لأن المستفيد متعاقد مع مؤسسة مالية، لا تقوم بنفسها بالإنشاء

(١) (A.P. 12.7.1991) وانظر: مالوري وإينيس، المرجع السابق، ص ٤١٤، فقرة: ٧٥٦.

(٢) محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفاثس، عمان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م: ١/٢٤٠؛ مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص ٢٩-٣٦.

والتعمير، فيجب مراعاة الفصل التام بين المستفيد والمقاول الذي تعاقد مع المؤسسة المالية على تنفيذ المشروع، وذلك بعدم الربط بين العقدين، أو توكيل المستفيد في الإشراف أو التسلم أو غير ذلك، حتى لا تتحول العملية إلى مجرد قرض غير حسن.

إذا تقرر ذلك: فإن كلاً من العقدين يكون مشروعاً، ويمكن أن يطبق بشأنه قرار المجمع رقم: ٦٥ (٧/٣)؛ ونصه:

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة^(١).

وقد ورد ضمن توصيات وفتاوى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الذي انعقد بالجامعة الأردنية سنة ١٤١٤هـ، ما يلي:

«يرى المؤتمر جواز استعمال السلم الموازي والاستصناع الموازي، مع مراعاة عدم الربط التعاقدى بين العقدين المتوازيين في السلم والاستصناع، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين باتخاذهما ذريعة للمحذور»^(٢).

* * *

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٤٤-١٤٥.

(٢) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق: ٢٤٨/١.

المطلب الرابع صور تحديد الثمن في المقاوله

تتنوع صور تحديد الثمن في المقاولات :

- ١ - فمن تحديد للثمن بمبلغ إجمالي .
 - ٢ - إلى تحديد للثمن بأسعار التكلفة مضافاً إليها هامش ربح مناسب .
 - ٣ - أو تحديد للثمن على أساس سعر وحدة قياسية، كتكلفة المتر المربع أو المسطح أو نحو ذلك .
- ونعالج كلاً من هذه الصور في فرع مستقل .

* * *

الفرع الأول تحديد الثمن بمبلغ إجمالي

الصورة النمطية لتحديد الثمن في المقاوله : أن يخصص مبلغ إجمالي مقابل الإنشاء أو التعمير، بناء على المواصفات المتفق عليها في العقد، وهذا لا يتأتى إلا بعد مواصفات دقيقة تقابلها دراسة متعمقة لأسعار المواد واحتمال تغيرها أثناء فترة العملية الإنشائية، ولأجور العمال وما يلحق بها، ولتقدير الربح الذي يتوقعه المقاول . . وغير ذلك .

والقاعدة التي نص عليها الفقهاء في هذه الصورة تفترض أن يكون الثمن موجوداً، وأن يكون معيناً بشكل لا يؤدي إلى جهالة تفضي إلى النزاع، وأن يكون مشروعاً^(١) .

(١) المرغيناني، الهداية: ٣١/٣؛ الفتاوى الهندية: ١٢٢/٣. السرخسي، المبسوط: ١٤٦/١٥؛ سحنون، المدونة: ٤٤٠/٣؛ الرملي، نهاية المحتاج: ٣١١/٥؛ ابن قدامة، المغني: ١١٤/٦.

إذا ثبت ذلك : فلا يجوز للمقاول ولا لصاحب العمل تعديل البديل المتفق عليه، لا بالزيادة ولا بالنقصان، إلا إذا تم هذا التعديل باتفاق بينهما لاحق على العقد.

وهناك حالة شائعة تعرض في العمل، وينص عليها الطرفان، إما في العقد، وإما في ملاحظته، وهي : ما إذا تكبد المقاول نفقات إضافية أو جهداً خاصاً، نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل، كأن تكون الأرض رخوة تحتاج إلى مزيد من المواد قبل وضع الأساس، أو أن تكون الإنشاءات في منطقة ينبغي أن تبذل فيها عناية خاصة لمقاومة الزلازل، أو يتم الاتفاق على تعميم بناء قد انتهى عمره الافتراضي... إلخ.

فهل يحق للمقاول مطالبة صاحب العمل بهذه النفقات؟ لابن المواز فيما يشبه هذه النازلة رأي انفراد به تحقيقاً للعدل، قال: إن المصيبة إذا أنزلت بالمستأجر، فوجب ألا يمضي عمل الصانع باطلاً^(١).

وقد استقر رأي القضاء الحديث وشرح النظام على استحقاق المقاول ما يقابل الجهد والمال الإضافي الذي بذله، بشرط أن يؤيد طلبه بالمستندات التي تثبت خطأ صاحب العمل، وإجراء معايينة بحضوره، تقوم بها جهة محايدة، حفظاً لحقوق كل من الطرفين، وإلا يكون المستفيد في حِلٍّ من دفع الزيادة التي يطالب بها المقاول^(٢).

ومن المتفق عليه فقهاً^(٣) ونظاماً^(٤)

(١) ابن رشد، بداية المجتهد: ٢/٢٣٣.

(٢) السنهوري، الوسيط: ١٦/٧؛ مالوري وإينيس، القانون المدني، ص ٤١٦ - ٤١٩؛ محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، ١١/٢/١٩٦٤ م. (B.I, n 79; som. 89). والدائرة المدنية الثالثة: ٢٤/١/١٩٩٠ م (B.III. N 28; D., 90.257)؛ وانظر المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري، وقارنها بالمادة (٧٩٥) من القانون المدني الأردني.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع: الموضوع نفسه؛ ابن رشد، بداية المجتهد: ٢/٢٥٩؛ ابن قدامة، المغني: ٥/٤٤٤.

(٤) المادة (٦٥٦) من القانون المدني المصري، المادة (٧٩٣) من القانون المدني الأردني، =

وقضاء^(١): أن المفاوض إذا لم يسلم العين بالمواصفات المبينة في العقد في المدة المحددة فلا يجب على صاحب العمل دفع البديل، لأن البديل يلزم باستيفاء البناء وتسلمه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

فالتزام المفاوض بالإنشاء أو بالتعمير التزام بنتيجة، محله قيام المفاوض بعمل يؤدي إلى نتيجة محددة في الاتفاق، مقصودة لذاتها، ولا يكون النشاط الذي يبذله المفاوض إلا مجرد وسيلة ليست هي محل الالتزام، فإذا لم تتحقق النتيجة كان المفاوض مسؤولاً، لأنه لم يف بالترامه^(٢).

* * *

الفرع الثاني

تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح

من الأحكام المتفق عليها بين الفقهاء: أن يكون البديل (الثمن أو الأجر) معيناً، لأن تسمية الثمن حين البيع لازمة^(٣). وعلى ذلك: يجري الاتفاق بين المستفيد والمؤسسة المالية على تحديد البديل بثمن التكلفة، مضافاً إليه ما جرت العادة على إلحاقه به من مصروفات مع زيادة ربح معين^(٤)؛ فإذا كان ثمن التكلفة معلوماً لكل من الطرفين، وكان مقدار الربح معلوماً لهما كذلك، فلا مانع من تحديد الثمن هكذا إذا توافرت الشروط الأخرى للمرابحة كما نص عليها الفقهاء^(٥).

-
- = المادة (٨٨٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- (١) محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى: ١١/٢/١٩٦٤م، (B.I, N 79; 64, som. 89).
- (٢) أندريه بلانكويل، الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة، المجلة الفصلية، ١٩٧٢م، ص ٣٣٤ وما بعدها؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، باعتناء محمد جبر الألفي، الكويت، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ١٦٣ وما بعدها.
- (٣) الفتاوى الهندية: ٣/١٢٢؛ الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير: ٣/١٦٨؛ الرملي، نهاية المحتاج: ٤/١١٤؛ ابن قدامة، المغني: ٤/٢٠١.
- (٤) ابن نجيم، البحر الرائق: ٦/١٠٩ - ١١٠؛ الباجي، المنتقى: ٥/٤٥؛ الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٢/٧٨؛ ابن قدامة، المغني: ٤/٢٠١.
- (٥) الكاساني، بدائع الصنائع: ٥/٢٢٠؛ ابن رشد، بداية المجتهد: ٢/٢١٥؛ الرملي، =

ويلاحظ في هذا الشأن: أن مجمع الفقه الإسلامي كان قد أوصى بالتقليل ما أمكن من استخدام أسلوب المراجعة للأمر بالشراء، وقصرها على التطبيقات التي تقع تحت رقابة المصرف، ويؤمن فيها وقوع المخالفة للقواعد الشرعية التي تحكمها^(١). وذلك بعد قراره رقم: ٤٠ - ٤١ (٥ / ٢) و (٥ / ٣) (٢).

«إن بيع المراجعة للأمر بالشراء، إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه». ومعلوم أن الاستصناع نوع من البيع في جميع المذاهب الفقهية^(٣)، فتسري عليه الأحكام العامة المقررة في البيع.

* * *

الفرع الثالث

تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية

جرى العرف التجاري في عقود المقاولات على تقسيم أعمال المقاوله إلى مراحل، وبيان تفاصيل ومواصفات كل مرحلة وما يقابلها من البديل المالي (الثمن أو الأجر)، كجزء من البديل الكلي، يصرف للمقاول عند تسليم المرحلة التي يتم إنجازها في الموعد المحدد وطبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها^(٤).

وفي هذا العرف فائدة عملية لكلا الطرفين: فصاحب العمل لا يدفع البديل إلا إذا تمت المرحلة مطابقة للشروط والمواصفات، وإذا وجد خللاً توقف عن

= نهاية المحتاج: ١٠٨/٤؛ ابن قدامة، المغني: ١٩٩/٤.

(١) القرار رقم: ٧٦ (٨/٧). قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٧٦.

(٢) المصدر السابق، ص ٩١.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق: ١٧١/٦؛ الدردير، الشرح الصغير: ٢٠٠/٣؛ النووي،

روضة الطالبين: ٢٧/٤؛ ابن مفلح، الفروع: ٢٤/٤.

(٤) أحمد منير فهمي، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد،

مرجع سابق، ص ٣٣ - ٣٤.

الدفع، وقد يطالب بفسخ العقد إذا كانت المخالفة جسيمة، فيتجنب بذلك الانتظار حتى نهاية العمل الكلي. والمقاول يحصل على حقه أولاً بأول، فتتوافر له السيولة النقدية، وقد يفتح اعتماداً مصرفياً بضمان ما سيحصل عليه من المال مقابل كل مرحلة يسلمها لصاحب العمل^(١).

اشترط أبو حنيفة لصحة هذه العملية أن تكون جملة (الثلث) معلومة عند العقد، ولكن الصاحبين يريان جواز (البيع) على هذه الصفة، لأن جملة (المبيع) معلومة، وجملة الثلث يمكن الوصول إليها^(٢).

ولا يختلف الحكم إذا تم الاتفاق على تحديد الثلث على أساس سعر وحدة قياسية، وكثيراً ما نرى في عقود المقاولات المحلية والدولية تحديد الثلث على هذه الصفة، كبناء سور، وتحسب التكاليف على أساس المتر المسطح أو المربع أو المكعب من الإسمنت، وهذا لا يثير أية صعوبات في التطبيق ما دامت المواصفات محل اتفاق الطرفين^(٣).

* * *

(١) المصدر السابق، ص ٣٤.

(٢) السرخسي، المبسوط: ٥/١٣ - ٦؛ ابن نجيم، البحر الرائق: ٥/٢٨٤؛ الفتاوى الهندية: ٣/١٢. أخذت المجلة برأي الصاحبين في المادة (٢٢٠). وجاء في المادة (٦٦٦) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري: «إذا استأجر عاملاً على عمل متجزئ، وعين لكل جزء أجره صح».

(٣) مالوري وإينيس، المرجع السابق، ص ٤١٩، فقرة ٧٦٩ مع هامش رقم ١٣.

المطلب الخامس أحكام متفرقة

نبحث في هذا المطلب على التوالي :

- ١ - حكم الإضافات والتعديلات .
- ٢ - حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز ، بدلاً من تواريخ محددة .
- ٣ - حكم الشرط الجزائي .
- ٤ - حكم البراءة من العيوب .
- ٥ - حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة ، والبراءة بعدها .

* * *

الفرع الأول الإضافات والتعديلات

سبق أن بينا أن المقاول إذا تكبد نفقات إضافية أو جهداً خاصاً نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل ، فلا يحق له مطالبة صاحب العمل بها إلا إذا أثبت خطأ صاحب العمل^(١) .

ومع ذلك : إذا كانت هذه الإضافات أو التعديلات قد تمت بناء على موافقة صاحب العمل ، وجب دفع قيمتها ، لأنها تعتبر ملحقة بالعقد^(٢) .

أما إذا كانت الإضافات أو التعديلات نتيجة لأمر لم يكن معروفاً أثناء صياغة دفتر الشروط والمواصفات ، وكانت من الضرورة بحيث يستحيل التنفيذ

(١) فيما سبق : الفرع الأول من المطلب الرابع .

(٢) المادة (٢٥٩) من مجلة الأحكام العدلية ؛ والمادة (٢/٧٩٥) من القانون المدني الأردني ؛ والمادة (٢/٨٨٧) معاملات مدنية إماراتي .

بدونها، أو تفوت على صاحب العمل مصلحة يتوقعها، كزيادة في الإسمنت أو الحديد لثبيت الأساس في الأرض الرخوة، أو عمل مرقات إضافية لمنع سقوط الجدران المراد تقويتها، وجب على المقاول إبلاغ صاحب العمل، فقد يرى أن الزيادة مفيدة ومحتملة فيقبل بها، أو يرى أن مصلحته تتعارض معها فيرفضها. وبدون إبلاغ صاحب العمل يكون المقاول متبرعاً بما قام به من إضافات أو تعديلات لا تتعارض مع المواصفات التي تم التعاقد عليها^(١).

جاء في البدائع: فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك، لم يحتسب بما أنفق، لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية له عليه، فكان متبرعاً^(٢).

وجاء في المغني: لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة، فضرب له مائتين؛ فإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان: أحدهما - لا أجر له، لأنه مخالف لأمر المستأجر، فلم يستحق شيئاً، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين^(٣).

وقد حاولت بعض أحكام القضاء - توكيلاً للعدالة - التخفيف من شروط القانون، التي تقضي بضرورة إبلاغ صاحب العمل، فأجازت للمقاول أن يطالب بما يقابل الإضافات إذا توافرت الشروط الآتية:

- ١ - أن يكون الثمن قد تحدد مقدماً وبصفة إجمالية^(٤).
- ٢ - أن تكون هناك مواصفات محددة، يحتمل تجاوزها^(٥).
- ٣ - أن يتعلق الأمر بإنشاء مباني، وليس بصيانة داخلية^(٦).

(١) المادة (٧٩٤) أردني؛ والمادة (١/٨٨٦) إماراتي؛ وانظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، مرجع سابق: ٣٧٠/١٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٨/٤.

(٣) ابن قدامة، المغني: ١١٠/٦.

(٤) (Civ. 3,2.2.1972, B.III, n 78).

(٥) (Civ. 3,20.11.1991, B.III, n 283).

(٦) (Civ. 3,11.7.1972, B.III, n 456).

٤ - أن يكون العقد قد أبرم بين صاحب العمل ومقاول أصلي، حتى يستبعد المقاول من الباطن من هذه الرخصة^(١).

إذا توافرت هذه الشروط، أمكن للمحكمة إلزام صاحب العمل بتسليم الإضافات ودفع قيمتها للمقاول^(٢).

* * *

الفرع الثاني

حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز

المبدأ العام الذي يسود الثمن (أو الأجر)^(٣) أن يكون معيناً بما ينفي الجهالة التي تؤدي إلى النزاع^(٤). وبناء على ذلك: إذا تم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل على تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز، بدلاً من تواريخ محددة، فلا نرى ما يمنع منه، دفعاً للحرص عن الناس وتيسيراً للمعاملات بينهم، فقد روي أن علياً - رضي الله عنه - استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي ﷺ فأكل منه^(٥).

وجاء في الشرح الكبير: «وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين: إما بالمدة، كيوم، وإما بمعرفة الأرض، كهذه القطعة، أو من هاهنا إلى هاهنا، أو بالمساحة، كجريب أو جريين، أو كذا ذراعاً في كذا، كل ذلك جائز لحصول العلم به»^(٦). وفيه أيضاً رواية - كالجعالة -: أنه يصح في العقد، على المنفعة في الذمة، جواز الجمع بين تقدير المدة والعمل، قال: «وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن

(١) (Civ.3, 15.2.1983, B.III, n44).

(٢) مالوري وإينيس، المرجع المتقدم، ص ٤١٨-٤١٩، فقرة: ٧٦٨.

(٣) الاستصناع: إجارة ابتداء، وبيع انتهاء.

(٤) الفتاوى الهندية: ١٢٢/٣؛ ابن نجيم، البحر الرائق: ٢٧٩/٥؛ وانظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٥ (٧/٢): «ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة».

(٥) أخرجه ابن ماجه في السنن: ٨١٨/٢؛ والإمام أحمد في المسند: ٩٠/١.

(٦) ابن قدامة، الشرح الكبير: ٣٦٥/١٤.

الإجارة معقودة على العمل، والمدة إنما ذكرت للتعجيل، فلا تمنع ذلك»^(١).

* * *

الفرع الثالث حكم الشرط الجزائي

يكفي أن نشير - في هذه المسألة - إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٥ (٧/٣)، الذي ورد فيه: «رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة»^(٢). وهذا يطابق ما استقر عليه رأي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(٣). من أن الشرط الجزائي صحيح يجب الالتزام به، ما دام في حدود قيمة الضرر اللاحق بصاحب العمل، وما زاد عن ذلك يرجع فيه إلى تقدير أهل الخبرة والنظر حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]. وبقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).

* * *

الفرع الرابع حكم البراءة من العيوب

سبق أن نقلنا قول الفقهاء: «إن الاستصناع إجارة ابتداء، بيع انتهاء»، بما يعني تطبيق أحكام (خيار العيب) على الشيء محل عقد الاستصناع، ولا نجد مسوغاً لبسط أحكام خيار العيب في هذا المقام^(٥)، وإنما نكتفي ببيان حكم

(١) المصدر السابق: ٣٧٧/١٤؛ وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق: ٥٩/٤.

(٢) لمزيد من البحث في هذه المسألة، انظر: مجلة المجمع، العدد السابع: ٢٢٣/٢.

(٣) بتاريخ: ١٣٩٤/٨/٥ هـ: أبحاث هيئة كبار العلماء، ص ١٦٣.

(٤) ابن ماجه، السنن: ٧٨٤/٢؛ أحمد، المسند: ٣١٣/١؛ مالك، الموطأ ومعه تنوير الحوالك: ١٢٢/٢.

(٥) عرضت هذه الأحكام بأدلتها ومصادرها في الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (خيار العيب): ١٢٥/٢٠ وما بعدها.

اشتراط براءة المقاول من عيوب الإنشاء أو التعمير، فنقول وبالله التوفيق :

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب، في عقد البيع، إلى مانع مطلقاً، ومجيز مطلقاً، ومجيز في حالات دون أخرى. فالحنفية يجيزون اشتراط براءة البائع من العيوب كلياً أو جزئياً، لأن ضمان العيب يعتبر من حقوق المشتري التي يمكنه إبراء البائع منها^(١). وفي رأي عند المالكية، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة أن اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع يبطل العقد، لأن خيار العيب مقرر بحكم الشرع، فلا يملك المشتري إسقاطه^(٢). ويرى جمهور الفقهاء أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا عين البائع عيباً وشرط البراءة منه، فإنه يبرأ منه دون سواه، وقيده بعضهم بمعاينة المشتري العيب المذكور، واكتفى بعضهم بصحة الشرط في البيوع التي يُجرىها القاضي، كبيع مال الغنيمة، أو مال المفلس، أو التركات، لسداد ما عليها من ديون^(٣).

ونحن ننضم إلى الرأي القائل بفساد شرط البراءة من العيوب في عقود الإنشاء والتعمير، مع صحة العقد فيما سواه من الشروط^(٤). ذلك أن عقد المقاول في هذا النطاق يتعلق بإنشاءات ذات مواصفات فنية دقيقة، لا يستطيع صاحب العمل كشف ما بها من عيوب خفية، حتى لو استخدم في سبيل ذلك خبراء بشؤون الإنشاء والتعمير؛ وقد أظهر التطبيق العملي أن بعض المقاولين يشتري حديد تسليح قابلاً للصدأ، فإذا تراكم الصدأ عليه بفعل الرطوبة أو غيرها أدى إلى ظهور تصدعات في المبنى، مما يطلق عليه فنياً (تخوخات)، وأن البعض الآخر منهم

(١) السرخسي، المبسوط: ٩٣/١٣؛ الكاساني، بدائع الصنائع: ٥/٢٧٥-٢٧٧؛ الفتاوى الهندية: ٦٦/٣؛ ابن عابدين، حاشية: ٧٥/٤.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد: ١٨٤/٢؛ الشيرازي، المهذب: ٢٨٨/١؛ ابن قدامة، المغني: ٢٤٠/٤.

(٣) المصادر السابقة نفسها.

(٤) مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع (مصدر سابق)، ص ٣٧-٤٩؛ محمد سليمان الأشقر، البحث المتقدم، ص ٢٣٧؛ سالم الراشدي، عقد مقاولو البناء، ص ١٩٠-١٩١؛ وانظر: المواد (٦٥٣) مدني مصري؛ (٧٩٠) مدني أردني؛ (٨٨٢) معاملات إماراتي: «يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه».

يخلط إسمنت المباني بإسمنت التبليط ونحوه، مما يجعله ضعيفاً في تماسكه .
ومثل تلك العيوب لا يحق لصاحب العمل براءة المقاول منها، فهي تتعلق بالمصالح
العامّة، وقد تؤدي إلى إزهاق أرواح سكان المبنى أو مستخدمي الجسور، أو ركاب
السيارات والقطارات ونحوها . ولا يشترط المقاول البراءة من العيب إلا إذا كانت
لديه نية الغش أو التقصير، وهذا مرفوض شرعاً وقانوناً وأخلاقاً .

* * *

الفرع الخامس

تحديد ضمان العيوب بمدّة معينة والبراءة بعدها

كلام الفقهاء في مسألة عيوب المبيع كان كافياً وشافياً إزاء النوازل التي
عاصروها؛ وما يهمننا في هذا الشأن أن جمهور الفقهاء لم يحدد لاستعمال خيار
العيب مدّة معينة، يسقط بمضيها، بل يظل هذا الخيار باقياً إلى أن يطرأ ما يسقطه،
أو يصدر من المشتري ما يدل على رضاه بالمبيع صراحة أو دلالة^(١) .

لكن التطور المذهل في إنشاء مبانٍ ضخمة وناطحات سحاب وجسور
مركبة وأنفاق يمر بعضها في بطن جبل أو تحت ممر مائي كنهرو أو بحر أو قناة، كل
ذلك وغيره كثير دعا السلطات المحليّة والمنظمات الدوليّة إلى صياغة قواعد
تشدد مسؤوليّة المقاولين والمهندسين، لحماية أرواح وسلامة ملايين البشر في
كل مكان . والغالب من هذه القواعد يحدد مدّة عشر سنوات، من تاريخ تسلّم
العمل، يحمل فيها المقاول والمهندس مسؤوليّة ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي
فيما تم تشييده من مبانٍ أو ما أقيم من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً
عن عيب في الأرض ذاتها^(٢) .

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ١٧١/٥؛ الخرشي، شرح مختصر خليل: ٨٢/٥؛
الشيرازي، المهذب: ٥١/٢؛ البهوتي، كشف القناع: ١٨٩/٣ .

(٢) المادة (٦٥١) مدني مصري؛ والمادة (٧٨٨) مدني أردني؛ والمادة (٨٨٠) معاملات
إماراتي؛ والمادة (٦١٨) سوري؛ والمادة (٨٧٠) عراقي . وانظر: قانون (Spinetta)
الفرنسي الصادر في ١٩٧٨/٤م، المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٦، والمادة ٢٧٧٠ منه .
وانظر كذلك: مالانفو وجستاز، قانون المنشآت العقارية، ط ٥، دالوز، ١٩٩١م .

وطبق القضاء هذه القواعد بدقة وصرامة^(١). ولا شك أن هذه القواعد تراعي المصالح العامة، وتتفق مع مقاصد الشريعة التي تؤكد على حماية الأنفس ورعاية المال.

ولئن كانت هذه القواعد تحدد ضمان العيوب بمدة معينة، وعدم المسؤولية بانتهائها، وتحظر الاتفاق على تخفيض هذه المدة، إلا أنها لم تمنع اتفاق صاحب العمل مع المفاوض على زيادة مدة الضمان، وهو ما لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي.

* * *

(١) على سبيل المثال: محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ٤١ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣ م) و(الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧ م) و(الطعن رقم ٤٥٠٢ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٨/١/١١ م). ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية -الدائرة الثالثة المدنية: (26.5.1988, J.C.P., 88.IV. 267) (15.2.1989, B.III, n 36) (31.1.1990, J.C.P., 90. IV. 121).

الخاتمة

في ختام هذا البحث الموجز، الذي عرضنا فيه بعض الأحكام المتعلقة بمقاولات الإنشاء والتعمير، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

(١) عقد المقاولة من العقود الحديثة - نسبياً - وقد خرج من عباءة عقد الإجارة (إجارة الأشخاص) و(أرباب الصنائع) ليستقل بأحكامه. ويمكن تعريفه في النظم التجارية بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً أو يصنع شيئاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه.

(٢) إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد، يكون العقد عقد استصناع، في صورته المتطورة، باعتباره عقداً رضائياً ملزماً لطرفيه.

(٣) أما إذا انحصر التزام المقاول في تقديم العمل، فإن العقد يكون إجارة (أجير مشترك).

(٤) تتنوع صور إبرام عقد المقاولة:

أ - فقد يبرم العقد مباشرة بين المقاول وصاحب العمل، وهذه هي الصورة النمطية، وتنطبق عليها أحكام الاستصناع.

ب - وقد يبرم العقد بين المقاول، المتعاقد مع صاحب العمل، ومقاول آخر (من الباطن). وفي هذه الصورة تطبق أحكام الاستصناع إذا قدم المقاول من الباطن العمل والمواد، وأحكام الإجارة إذا قدم العمل فقط. أما العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل، فالأصل عدم نشوء التزامات متبادلة لانعدام العلاقة التعاقدية بينهما. ولكن العدالة تقتضي أن يكون العمل ملزماً للمستفيد، لأن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة له، ويعمل فيها بناء على عقده مع المقاول الأصلي، فيحق له حبس العين إلى أن يحصل على حقه.

ج - عقد الاستصناع الموازي مشروع إذا ضبط بضوابط عقد الاستصناع التي وضعها الفقه وطورها الاجتهاد الحديث.

(٥) تتنوع صور تحديد الثمن في المساولة :

أ- فإذا حدد الثمن بمبلغ إجمالي ، لا يجوز تعديله بدون اتفاق مشترك ، إلا في حالات استثنائية وبشروط مشددة .

ب - وإذا حدد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح ، فهذه هي المراجعة البسيطة ، وهي جائزة إذا توافرت شروطها .

ج- وإذا حدد الثمن على أساس وحدة قياسية ، فإنه يجوز لأن جملة المبيع معروفة ، وجملة الثمن يمكن الوصول إليها .

(٦) إذا تكبّد المفاوض نفقات إضافية أو جهداً خاصاً :

أ - فإن كان نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل ، يحق له المطالبة بها بعد إثبات هذا الخطأ .

ب - وإن كان ذلك نتيجة جهل أو تقصير من المفاوض أو أحد تابعيه ؛ فإنه هو الذي يتحمله .

ج- أما إن كان نتيجة أمر لم يكن معروفاً من قبل ، فيجب على المفاوض إبلاغ صاحب العمل وأخذ موافقته ، وبدون ذلك يكون متبرعاً . وقد حاولت بعض الاجتهادات القضائية التخفيف من هذا القيد .

(٧) تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز ، بدلاً من تواريخ محددة ، جائزة ، إذا انتفت الجهالة التي تؤدي إلى النزاع .

(٨) الشرط الجزائي في عقد الاستصناع جائز وملزم للطرفين ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة .

(٩) رغم اختلاف الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب في عقد البيع ، إلا أن عقد الاستصناع لا يتحمّل هذا الشرط ، حفاظاً على الأنفس والأموال .

(١٠) تحديد ضمان العيوب بمدة معينة ، والبراءة بعدها ، جائزة ، لأن المدة المعينة تكفي لإظهار ما خفي من عيوب ، ولأن التحديد القانوني لا يمنع من الاتفاق على مدة أطول .

* * *

قائمة المراجع والمصادر

- (١) أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٠٩هـ.
- (٢) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، إشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٥٧م.
- (٣) أحمد بن حنبل، المسند، المكتب الإسلامي، دار صادر، بيروت.
- (٤) أحمد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار، ط١، ١٤٠٧هـ.
- (٥) أحمد منير فهمي، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، مجلس الغرف التجارية والصناعية، السعودية.
- (٦) أندريه بلانكويل، الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة، بحث بالفرنسية نشر في المجلة الفصلية، باريس، ١٩٧٢م.
- (٧) البابر تي، شرح العناية على الهداية، القاهرة، ١٣٥٦هـ.
- (٨) الباجي، المتقى شرح موطأ مالك، مطبعة الاستقامة بمصر، ١٣٣١هـ.
- (٩) البغدادي، مجمع الضمانات، القاهرة، ١٣٠٨هـ.
- (١٠) البهوتي، كشف القناع، عالم الكتب، بيروت.
- (١١) ابن حجر، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت.
- (١٢) ابن حزم، المحلى، القاهرة، ١٣٥٢هـ.
- (١٣) الحطاب، مواهب الجليل، القاهرة، ١٣٢٩هـ.

- (١٤) خالد المصلح، الحوافز التجارية التسويقية، دار ابن الجوزي، الدمام، ١٤٢٠هـ.
- (١٥) الخرشي، شرح مختصر خليل، القاهرة، ١٣١٧هـ.
- (١٦) الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧م.
- (١٧) الدسوقي، حاشية على شرح الكبير للدردير، القاهرة.
- (١٨) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢م.
- (١٩) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، القاهرة، ١٩٦٧م.
- (٢٠) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، ١٣١٣ - ١٣١٥هـ.
- (٢١) سالم خويتم بخيت الراشدي، عقد مقاوله البناء والمنشآت الثابتة، الرياض، ١٤١٣هـ (بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير).
- (٢٢) سحنون، مدونة الإمام مالك، دار صادر، بيروت، ١٣٢٣هـ.
- (٢٣) السرخسي، المبسوط، القاهرة، ١٣٢٤ - ١٣٣١هـ.
- (٢٤) سعود بن مسعد الشبتي، الاستصناع، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٥م.
- (٢٥) السنهوري، الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤م.
- (٢٦) السيوطي، الأشباه والنظائر، القاهرة، ١٩٥٩م.
- (٢٧) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- (٢٨) الشوكاني، نيل الأوطار، المطبعة العثمانية، مصر، ١٣٥٧هـ.
- (٢٩) الشيرازي، المهذب، القاهرة، ١٩٥٩م.

- (٣٠) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، إستانبول، ١٣٢٤هـ.
- (٣١) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، باعتناء محمد الألفي، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- (٣٢) عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، الكويت، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- (٣٣) عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي، المنيا، ٢٠٠١م.
- (٣٤) علي السالوس، عقد الاستصناع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، ١٤١٢هـ.
- (٣٥) الفتوحي، منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، القاهرة.
- (٣٦) فتيحة قره، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧م.
- (٣٧) ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
- (٣٨) القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٣٩) الفروق، القاهرة، ١٣٤٤هـ.
- (٤٠) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة، ١٩٥٠م.
- (٤١) ابن القيم، إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف، القاهرة، ١٩٦٨م.
- (٤٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٣٢٨هـ-١٩١٠م.
- (٤٣) كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع، الرياض، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

- (٤٤) كمال جعيط، عقد الاستصناع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، ١٤١٢هـ.
- (٤٥) ابن ماجه، السنن، طبعة إستانبول.
- (٤٦) مالك، الموطأ، مطبوع مع تنوير الحوالك للسيوطي، القاهرة، ١٣٥٣هـ.
- (٤٧) مالانفو وجيستاز، قانون الإنشاء العقاري، دالوز، باريس، ١٩٩١م.
- (٤٨) مالوري وإينيس، القانون المدني - العقود الخاصة، كوجاز، باريس، ١٩٩٢م.
- (٤٩) مجلة الأحكام الشرعية، أحمد بن عبد الله القاري، دراسة وتحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم، مطبوعات تهامة، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- (٥٠) مجلة الأحكام العدلية، طبعة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩م.
- (٥١) مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ.
- (٥٢) مجموعة من العلماء، الفتاوى الهندية، القاهرة، ١٣١٠ - ١٣١١هـ.
- (٥٣) محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١هـ.
- (٥٤) محمد جبر الألفي، الفضالة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩م.
- (٥٥) محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الرياض، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- (٥٦) محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار الفائس، عمان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

- (٥٧) محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاولة ، القاهرة ، ١٩٧٧ م .
- (٥٨) محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، القاهرة ، ١٩٦٣ م .
- (٥٩) محمد الماجد ، عقد المقاولة من الباطن ، الرياض ، ١٤١٦ هـ (بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير) .
- (٦٠) محمود مختار بربري ، قانون المعاملات التجارية السعودي ، مطبوعات معهد الإدارة العامة ، الرياض ، ١٤٠١ هـ .
- (٦١) المرادوي ، الإنصاف ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، القاهرة ، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .
- (٦٢) المرغيناني ، الهداية ، القاهرة ، ١٣٥٦ هـ .
- (٦٣) مصطفى الجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ م .
- (٦٤) مصطفى الزرقا ، عقد الاستصناع ، البنك الإسلامي للتنمية ، ١٤٢٠ هـ .
- (٦٥) مصطفى كمال التارزي ، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، ١٤١٢ هـ .
- (٦٦) الموسوعة الفقهية ، الكويت .
- (٦٧) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الأولى ، مصر .
- (٦٨) نظام المحكمة التجارية السعودي ، الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ وتاريخ ١٣٥٠ / ١ / ١٥ هـ .
- (٦٩) النووي ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ .
- (٧٠) ابن الهمام ، فتح القدير ، القاهرة ، ١٣٥٦ هـ .
- (٧١) وهبة الزحيلي ، عقد الاستصناع ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، ١٤١٢ هـ .

(٧٢) العقود المسماة، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٧ م.

(٧٣) يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية
والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

(٧٤) يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للأمر بالشراء، دار القلم،
الكويت.

(٧٥) أبو يوسف يعقوب، كتاب الخراج، القاهرة، ١٣٥٢ هـ.

* * *

عقد المقاوله

حَقِيقَتُهُ، تَكْيِيفُهُ، صُورُهُ

إعداد

أ.د. قطب مصطفى النانو

أستاذ الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية بماليزيا

وعضو المجمع المنتدب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

في تقديم الدراسة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فهذه دراسة متواضعة عنيت بإعدادها عن عقد المقابلة: حقيقته، وتكييفه وصوره، تلبية لدعوة كريمة من لدن الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، وقد بذلت ما وسعني من جهد في تتبع كافة المسائل والقضايا التي تتعلق بهذا العقد من مظانها في المصادر الأصلية والمراجع الحديثة المتاحة، وذلك بغية الصدور عن آراء سديدة قويمة إزاء مختلف مسائل هذا العقد الجديد في عالم العقود في هذا العصر، بدءاً بتأصيل القول في حقيقته وخصائصه في النظم التجارية الحديثة، وعروجاً على تكييفات المعاصرين لطبيعته، ووقفاً عند صور إبرامه، وصور تحديد الثمن فيه، وانتهاءً بجملته من المسائل المرتبطة به كمسألة الإضافات والتعديلات، والشرط الجزائي، والبراءة من العيوب، وسوى ذلك.

ولقد قسمت موضوعات الدراسة على أربعة مباحث رئيسية، كان أولها حديثاً عن حقيقة عقد المقابلة وخصائصها في النظم التجارية وتكييفاتها، واختص المبحث الثاني بحديث مفصل عن صور إبرام عقد المقابلة وموقف الشرع منها، وأما المبحث الثالث، فقد ناقش صور تحديد الثمن والأجرة في المقابلة، وتعرض المبحث الرابع بدراسة مسائل متفرقة ومتعلقة بعقد المقابلة، وتضمنت الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة.

والله المسؤول أن يوفقنا، ويهدينا سبيل السلام، إنه ولي ذلك، وعليه

قدير.

* * *

المبحث الأول

في حقيقة عقد المقاوله وتكييفه في الفقه الإسلامي

أولاً: في حقيقة المقاوله لغة واصطلاحاً:

يراد بالمقاوله في اللغة: المفاوضة، والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاوله: إذا فاضه وجادله، وتطلق المقاوله على إعطاء العمل للآخر، ومنه قولهم: قاوله إذا أعطاه عملاً، وفي المعجم الوسيط: «المقاوله اتفاق بين طرفين، يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعملٍ معين بأجرٍ محدودٍ في مدّة معيّنة...»^(١).

وأما المقاوله في الاصطلاح الشرعي، فإنه ليس من الوارد أن يجد المرء في المدونات الفقهية المتوافرة أي تعريف شرعي مباشر لهذا المصطلح، ذلك لأنه من المصطلحات المستحدثة التي لم يكن السابقون يستخدمونه للدلالة على العقد الذي تدل عليه في العصر الراهن، واعتباراً بأن ثمة عدداً من الدراسات القانونية الحديثة عيّنت بإيراد تعريفات لهذا المصطلح، لذلك، نرى أنه من الحري بنا عرض بعض تلك التعريفات، وتحليلها ثم المقارنة بينها وصولاً إلى تعريف نراه جديراً بأن يكون أساساً للتكييف الشرعي المناسب لهذا العقد الواسع الانتشار والتطبيق في هذا العصر.

بالرجوع إلى العديد من المواد القانونية لعدد من الدول، نجد تعريفات متعددة لهذا العقد، إذ عرفته بعض المواد القانونية في بعض الدول بأنه عبارة عن: «... عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء

(١) انظر: المعجم الوسيط، مجموعة المؤلفين، (طبعة ثانية، بدون تاريخ): ٢/٧٦٧؛ وانظر: مادة (قاول) في لسان العرب لابن منظور؛ وتاج العروس للزبيدي.

أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . . «^(١) .

وذهب آخرون إلى تعريفه بأنه عبارة عن : « . . عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض ، دون أن يكون تابعاً له ، أو نائباً عنه . . «^(٢) ، وعرفته طائفة ثالثة من القوانين التجارية ، بأنه^(٣) : « . . إجارة الصناعة ، وهو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب تبعاً لأهمية العمل . . «^(٤) .

بالنظر في هذه التعريفات ، نجد أنها تختلف في بعض القضايا والعناصر الجوهرية ، فالتعريف الأول يقسم المقابلة إلى قسمين : أولهما : عبارة عن عقد بين طرفين ، يتعهد فيه أحد الطرفين بصناعة شيء تكون مواده كلها عليه ، ويتعهد الطرف الآخر بأن يدفع له مالاً مقابل عمله . وأما القسم الثاني : فهو عبارة عن عقد بين طرفين ، يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يقدم عملاً لا تكون مواده منه غالباً ، ويتعهد الطرف الآخر بأن يقدم له مالاً مقابل عمله . والفرق بين هذين القسمين أن العامل في القسم الأول مسؤول عن توفير كافة مواد الصناعة والعمل ، وأما في القسم الثاني ، فإن عليه القيام بالعمل دون توفير المواد ، مما يعني أن المال الذي يدفع له في القسم الأول يفترض فيه أن يكون أكبر من المال الذي يدفع له في القسم الثاني .

وأما بالنسبة للتعريف الثاني ، فإن التأمل فيه يهدي المرء إلى تقرير القول بأنه يقوم على اعتبار المقابلة عقداً لا ينحصر في صناعة شيء فحسب ، ولكنه ينتظم أي اتفاق بين طرفين يقوم على تعهد أحدهما بتقديم عمل (صناعي أو غير صناعي) ، وتعهد الآخر بتقديم مال له مقابل ذلك العمل ، بحيث يكون الطرف العامل مستقلاً غير تابع ولا خاضع للطرف الذي يقدم المال ، وتعبير آخر : لا يعد

(١) انظر : عقد المقابلة في التشريع المصري والمقارن ، قدي عبد الفتاح الشهاوي ، (القاهرة ، منشأة المعارف حزي وشركاه ، طبعة ٢٠٠٢م) ، ص ٧ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق ، ص ٨ وما بعدها .

(٣) المصدر السابق نفسه .

(٤) المصدر السابق ، ص ٨ .

الطرف العامل أجبراً عند الطرف الممول، كما لا يعد نائباً عنه في عمله، ولا خاضعاً لإرادته ولا لتعليماته، بل له حرية واستقلاله .

وأما التعريف الثالث، فإنه يقرر بأن المقابلة عقد يقوم على استئجار شخص غيره ليصنع له شيئاً من الأشياء، فيعطيه مقابل صناعته إياه أجراً يتناسب مع ما قام به من عمل في إتمام تلك الصناعة وأدائها على الوجه المطلوب .

وأياً ما كان الأمر، فإن هذه النماذج الثلاثة من تعريفات المقابلة، تكاد تكون أهمّ تعريفاتها، وبإمعان النظر فيها، نجد أنها تقرّر - أولاً - كون عقد المقابلة عقداً من عقود المعاوضات في المنظور الفقهي، ذلك لأن كل واحد من طرفيه يتعهد بتقديم شيء مقابل شيء، فالمقابل يقدم مواداً وعملاً، أو عملاً دون مواد، والمستفيد يقدم مقابل ذلك ثمناً وأجرة، أو أجرة، ويعني هذا أن هذا العقد من جنس العقود التي يتم فيها الخلطة بين المال والعمل، وليس من جنس العقود التي يخلط فيها بين المال والمال، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى، تقرّر التعريفات السابقة - ثانياً - كون عقد المقابلة عقداً يقوم على التزام تامّ من طرفيه تجاه بعضهما البعض، فالطرف العامل (المقابل) يلتزم بالقيام بعمل، وأما الطرف الآخر، فيلتزم بتقديم مالٍ له مقابل ذلك العمل، ويجب على كلّ واحدٍ منهما الوفاء بما التزم به تجاه الآخر .

وتقرّر هذه التعريفات - ثالثاً - وجود مرونة على مستوى فترة تقديم البديلين (العمل والمال)، حيث إنّها تجاوزت الإشارة إلى الفترة الزمنية التي يجب فيها على العامل إتمام العمل فيها، كما أنها لم تتضمن تحديداً للفترة الزمنية التي يجب فيها على الطرف الآخر تقديم المال للعامل، مما يعني أنه من الممكن أن يتفقا على تقديم كل المال أو بعضه عند البدء في العمل، كما يمكن أن يتفقا على تقديم المال عند إتمام العمل، بل لهما أن يتفقا على تقسيم فترات دفع المال .

وعلى العموم، هذه بعض العناصر العامة التي اشتملت عليها النماذج المعروضة من التعريفات، وإني إخالها ذات أهمية بمكان، ذلك لأن التكييف العلمي الدقيق لعقد المقابلة ينبغي أن ينبثق من تصور متكامل عن حقيقته، والعناصر الأساسية التي تشكل منه . وإذ الأمر كذلك، فلنفرع إلى عرض ما قيل

من تكييف لهذا العقد في ضوء الدراسات الفقهية الحديثة .

ثانياً: في تكييف عقد المقاولة بحسب التزام المقاول:

بالعودة إلى العديد من الدراسات الفقهية المعاصرة، نجد أن الباحثين الذين عنوا بتكييف عقد المقاولة في هذا العصر انتهجوا في تكييفاتهم منهجين مختلفين :

المنهج الأول: تكييف إجمالي عام غير مفصل :

نروم بهذا المنهج في التكييف، تكييف عقد المقاولة تكييفاً إجمالياً عاماً دون التفريق بين أن يلتزم العامل (المقاول) بتقديم العمل والمواد التي يحتاج إليها العمل، أو يلتزم بتقديم العمل دون المواد التي يحتاج إليها العمل . وفي ضوء هذا المنهج، ذهب العديد من الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى تكييف عقد المقاولة بأنه من قبيل عقد الاستصناع الذي تحدث عنه الفقهاء في قديم الزمان، وفي هذا يقول فضيلة الدكتور محمد رواس قلعجي ما نصه: « . ما يعرف اليوم بعقد المقاولة، هو نفسه الذي كان يعرف في القديم عند الفقهاء بعقد الاستصناع . والاستصناع لغة: طلب صنع شيء، وعند الفقهاء: هو عقد على مبيع موصوف في الذمة اشترط فيه العمل على وجه مخصوص . . »^(١).

وذهب الدكتور أحمد يوسف إلى مثل هذا الرأي عند تعليقه على الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) من القانون المدني المصري، فقال ما نصه: « . زاد الاهتمام بعقد الاستصناع في العصر الحديث، وأقبل على ممارسته الأفراد والجماعات والشركات والمؤسسات، بل والدول الصغيرة والكبيرة، وقد تحدثت عنه ونظّمته كثير من قوانين دول العالم، ومنها القانون المدني المصري، ولكنه لم يسمّه استصناعاً، إنما عالجه تحت عنوان عقد المقاولة في المواد من رقم (٦٤٦ - ٦٧٣)، ففي الفقرة (٢) من المادة (٦٤٧) قال (يقصد القانون المصري): «كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، وهذا هو

(١) انظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعية، رواس قلعجي، (بيروت، دار النفائس، طبعة أولى ١٩٩٩م)، ص ١٣٨ .

الاستصناع»^(١)، وثمة باحثون معاصرون آخرون قرروا هذا الأمر في كتاباتهم، بيد أن المقام لا يتسع لسرد أقوالهم.

إن عقد المقاولة وفق هذا المنهج يعد استصناعاً، يجري عليه أحكام الاستصناع في الفقه الإسلامي كافة، وليس ثمة فرق بين الاستصناع والمقاولة سوى الاسم.

المنهج الثاني: تكييف تفصيلي شامل:

نقصد به المنهج الذي يقوم على تكييف عقد المقاولة تكييفاً تفصيلياً قائماً على التفريق بين أن يلتزم العامل (المقاول) بتقديم العمل والمواد التي يحتاج إليها العمل، وبين أن يلتزم العمل دون المواد التي يحتاج إليها العمل. فإذا التزم بتقديم المواد والعمل، فإن تكييفها يختلف عن تكييفها فيما لو التزم بتقديم العمل دون المواد.

ويرى عامة هؤلاء الباحثين المعاصرين أنه إذا التزم بتقديم العمل والمواد، فإن المقاولة تعد حينئذ من قبيل عقد الاستصناع، وأما إذا التزم العامل (المقاول) بتقديم العمل دون المواد التي يحتاج إليها العمل، فبعضهم يعدون المقاولة من قبيل عقد الإيجار، ويعدّها بعض آخر من الكاتيبين المعاصرين في الاقتصاد الإسلامي من قبيل عقد الجعالة لا من قبيل الإجارة. ويعتبر فضيلة الشيخ الضرير من أوائل الفقهاء المعاصرين الذين انتهجوا هذا المنهج في تكييف عقد المقاولة، حيث قرر في كتابه القيمّ - الغرر وأثره في العقود - ما نصه: «... عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي يقابله في القانون المصري عقد المقاولة في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن تكون المادة منه، فعقد المقاولة قد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معاً، فالعقد في الصورة الأولى إجارة في الفقه الإسلامي، وفي الصورة الثانية استصناع.»^(٢) وتابع فضيلة الشيخ الضرير على

(١) انظر: عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، أحمد يوسف، (القاهرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٩٣م)، ص ٢١٩ باختصار.

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، (طبعة=

هذا التكييف خلقٌ غير قليل من الفقهاء والباحثين المعاصرين .

ولئن انتهى فضيلة الشيخ الضرير ومن وافقه إلى هذا التكييف للمقاولة في حالة التزام المقاول بتقديم العمل دون المادة، فإن الدكتور المصري انتهى في كتابه - الجامع لأحكام الربا - إلى تكييف مغاير لما ذكره الشيخ الضرير في الصورة التي يلتزم فيها العامل بتقديم العمل دون المادة، وعدَّ عقد المقاولة حينئذ من قبيل الجعالة لا من قبيل الإيجار، وهذا نص ما قاله: « . . . وعقد المقاولة اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد الآخر . فعقد المقاولة بهذا يشبه عقد الجعالة في الفقه الإسلامي إذا كان المقاول يقدم العمل فقط، ويشبه عقد الاستصناع إذا كان المقاول يقدم العمل والمادة معاً . . . »^(١).

وعبثاً حاولت أن أعثر على هذا التكييف عند غير الدكتور المصري من الباحثين المعاصرين الذين عنوا بتكييف عقد المقاولة في كتاباتهم ودراساتهم، بيد أنني لم أفلح في ذلك، مما حدا بي إلى الزعم بأن هذا التكييف تكييف شاذٌ انفرد به الدكتور المصري، ولا إخال أحداً من المحققين يقول به أو يتابعه فيه، بل لا يجد المرء أدنى ذكر لهذا التكييف، سواء في المدونات الفقهية القديمة أو في الدراسات الفقهية الحديثة .

وبالرجوع إلى المدونات الفقهية القديمة التي تحدث أصحابها عن الاستصناع، نجد أن هذا التكييف الذي ذكره الدكتور المصري يتعارض مع ما قرره مهندسو عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، أعني: أن جمهرة فقهاء الحنفية ومدوناتهم المتكررة في موضوع الاستصناع بصريح - بجلاء ووضوح - تحوّل عقد الاستصناع إلى عقد الإيجار في حالة تقديم الحديد (المادة) إلى الحداد ليصنع منه إناء، أو في حالة تقديم الجلد (المادة) إلى الخفّاف ليصنع منه خفّاً، وهذا نص ما قاله الكاساني في بدائعه إزاء هذا الموضوع: « . . . فإن سلم إلى

= ثانية، ١٩٩٥م، ص ٤٦٧-٤٦٨ .

(١) انظر: الجامع في أصول الربا، رفيق المصري، (دمشق، دار القلم، والدار الشامية،

طبعة أولى، ١٩٩١م)، ص ٣٧٤ .

حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلدأ إلى خُفّاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار، فكان جائزاً، فإن عمل كما أمر، استحق الأجر، وإن أفسد، فله أن يضمّنه حديداً مثله لأنه لما أفسده، فكأنه أخذ حديداً له، واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضممان . . .»^(١).

وتأسيساً على هذا، فإن للمرء أن يقرر بأننا إذا اعتبرنا عقد المقاوله - تجاوزاً - من قبيل الاستصناع، فإنه ينقلب إيجاراً في حالة التزام العامل بتقديم العمل دون المادة، ولا ينقلب جعالة كما ذكر الدكتور المصري، والمدوّنات الفقهية تؤيد هذا الرأي وتسانده، ولا يستقيم ما قاله المصري، اللهم إلا إذا اعتبرنا الجعالة - تجاوزاً - نوعاً خاصاً من أنواع الإجارة عند بعض الفقهاء، كابن رشد الذي عرّف الجعالة في بدايته، بأنّها عبارة عن: « . . . الإجارة على منفعة مضمون حصولها . . .»^(٢).

على أننا نبادر إلى تقرير القول بأنّ مساندة المدوّنات الفقهية وخاصة الحنفية منها لذلك التكييف الذي انتهى إليه جمهور الفقهاء المعاصرين في حالة التزام الصانع (المقاول) بالعمل دون المادة، لا يعني بأيّ حال من الأحوال اعتدادنا في هذه الدراسة بهذا التكييف، ويكون عقد المقاوله من قبيل عقد الإيجار في تلك الحالة، أو كونه من قبيل عقد الاستصناع في الحالة التي يلتزم فيها المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

وبدلاً من كلا التكييفين - بغضّ النظر عن كونهما صائبين أو غير صائبين - فإننا نميل إلى القول بأنّ تكييف عقد المقاوله وغيره من العقود الحديثة في ضوء العقود السابقة، واستمداد أحكام مشروعيتها من مدى تماثلها أو تشابهها بتلك العقود القديمة، لا يعدو أن يكون هذا التكييف برمته تكريساً لفكرة ضرورة وجود

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، طبعة ثانية، ١٩٩٨م): ٩٦/٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن راشد، (مطبعة الاستقامة، طبعة ١٩٥٢م): ٢٣٥/٢.

مثل أو شبيه سابقٍ لكافة العقود والشركات الحديثة، والحال أنّ العقود الحديثة تختلف في طبائعها عن العقود القديمة، وما يوجد من شبه أو تماثل بين بعض العقود الحديثة والعقود القديمة في بعض الأحيان، لا يعدو أن يكون شبهاً عارضاً، لا يختلف في حقيقته عن ذلك الشبه الذي يجده المرء بين العقود القديمة ذاتها.

فعلى سبيل المثال، من الوارد أن يجد المرء ثمة تشابهاً وتماثلاً بين شركة العنان، وشركة المفاوضة، وذلك على مستوى كون كل واحد منهما اتفاقاً قائماً على الخلط بين المالين يبيد أنه من المعروف أنّ لكل واحد منهما كيانها الخاص، وأنهما تختلفان في قضايا أخرى متصلة بحقيقتهما وجوهرهما، مما يحتم عدم إلحاق إحداهما بالأخرى في الحكم.

وكذلك الحال هنا بين عقد المقاولة وعقد الاستصناع أو عقد الإيجار، فمن المعروف أن عقد الاستصناع عند جمهرة الحنفية عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين، وأما عقد المقاولة، فإنه يعدّ لازماً بمجرد الاتفاق عليه، ولا يحتاج فيه إلى النظر في شروع المفاوض في العمل بقدر ما يحتاج فيه إلى مدى وجود اتفاق بين الطرفين.

وتأسيساً على هذا، فإنّ الاعتداد بعقد المقاولة من قبيل عقد الاستصناع يفقده هذا الجانب الهام في تكوينه، ويحوّله من أن يكون مقاولةً إلى استصناع أو سوى ذلك. ولهذا، فإننا نقرّر القول بأن عقد المقاولة وإن كان له شبهٌ بعقد الاستصناع الذي تحدّث عنه الفقهاء قديماً، فإنه يظلّ عقداً مستقلاً قائماً بذاته يطلق على كلتا الحالتين، سواء التزم العامل بتقديم العمل والمادة، أم التزم بتقديم العمل دون المادة.

ولئن كانت الغاية من التكييف، هي الحكم على عقد المقاولة من حيث المشروعية وعدمها، فإنه من الحري بالباحثين التحقق من مدى انطباق الأركان والشروط التي يجب توفرها على هذا العقد، فإذا توفرت فيه تلك الأركان والشروط، حكم بمشروعيتها واندراجه ضمن العقود المشروعة في الإسلام، لا لأنه من قبيل الاستصناع أو الإيجار، ولكن لأنه تتوفر فيه الأركان والشروط

الواجب توفرها في العقود والشركات في الإسلام .

وبناء على هذا المنطلق، فإننا نخلص إلى تقرير القول بأن عقد المقاوله عقد مشروع وجائز ولازم، وذلك بحسبانه نوعاً من أنواع عقود المعاوضات الجديدة التي تتوفر فيها الأركان والشروط المعتبرة الواجبة التوفر في العقود، ولا يستمد هذا العقد مشروعيته مما له من شبه بعقد الاستصناع في جانب، أو بعقد الإيجار من جانب آخر، ولكنه يستمد مشروعيته من توفر الأركان والشروط المعتبرة فيه، شأنه في ذلك شأن عقد الاستصناع وعقد الإيجار، وعقد السلم، وغيره من عقود المعاوضات التي لا تعارض نصاً، لا تتنافى مع المبادئ والقواعد العامة التي تحكم العقود في الإسلام .

على أنه من الجدير تقريره، أن الإصرار على إلحاق عقد المقاوله بعقدي الاستصناع أو الإجارة، يعد ذلك استعلاء من شأن النظر القياسي على سواه من الأدلة التبعية التي تحدث عنها السابقون قبل، والحال أن النظر القياسي لا يعدو أن يكون أحد الأدلة، ولا إخاله ذا أهمية وألوية في مجال المعاملات التي تتأثر بالأحوال والظروف والعادات والتقاليد والأعراف، مما يجعل من المتعذر في معظم الأحيان وجود شبه متكامل بين الحوادث القديمة والحوادث الجديدة .

وصفوة القول: إننا نرى أنه بدلاً من اللياذ بدليل القياس والاستناد إليه عند الحكم على العقود والشركات الحديثة، ينبغي ضرورة الالتفات إلى الأصول الثابتة للمعاملات، والاعتصام بالقواعد الكلية التي تحكم العقود والشركات في الإسلام، كما نرى ضرورة الاستناد إلى النصوص العامة الواردة في قضايا المال والأعمال، وذلك قصد تحديد مدى مشروعية عقد أو عدم مشروعيته. ولعل اللياذ بدليل الاستصحاب والإباحة الأصلية والعرف في هذا المجال يكون أولى من غيره من الأدلة التبعية .

ولئن اشترط أهل العلم بالأصول في الأصل المقيس عليه أن يكون متفقاً عليه، وثابتاً بالنص كتاباً أو سنة، فإن التأمل في تكييف عقد المقاوله وإلحاقه بعقد الاستصناع يعد خروجاً على ذلك الشرط عند المحققين من الأصوليين، نعني أن عقد الاستصناع عقد مختلف في مشروعيته، ولا يشفع له كون جمهور

الفقهاء يقولون بمشروعيته، وبالتالي، فإنه لا ينبغي قياس غيره عليه ما دام مختلفاً في مشروعيته^(١).

وأما بالنسبة لما يعترى عقد المقاولة من أحوال ومسائل وقضايا وشروط، كأن يتعهد أحد طرفيه بتقديم العمل والمواد التي يحتاج إليها العمل، أو تقديم العمل دون المواد، فإن حكم الشرع في ذلك لا يختلف عن حكم الشرع في عقد الاستصناع إذا قام على أساس التزام الصانع بتقديم المادة والعمل، أو بتقديم العمل دون المادة. فالأصل الذي جاز عليه هذا الأمر في عقد الاستصناع هو ذات الأصل الذي ينبغي الالتفات إليه لإجازته في عقد المقاولة.

وفذلكة القول: إن عقد المقاولة كغيره من العقود الحديثة، لا بد من الاعتداد بمشروعيته إذا توفرت فيه الأركان والشروط المعتبرة لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان، كما كانت الحاجة تمسُّ - ذات يوم - إلى الاستصناع والسلم وسواهما من العقود المشتملة على غرر يغتفر مثله في عقود المعاوضات.

* * *

(١) ثمة خلاف بين الأصوليين في القياس على الأصل الثابت بالإجماع أو بالقياس. ونميل إلى عدم الجواز؛ ذلك لأن مستند الإجماع لا يخلو من أن يكون نصاً أو مصلحة أو عرفاً، فإذا كان نصاً، لم يحتج إلى الإجماع، وأما إذا كان عرفاً أو مصلحة، فإنه من الممكن أن يتغير ذلك العرف وتلك المصلحة خلافاً لما ثبت حكمه بالنص.. ولمزيد من المعلومات، يراجع: البحر المحيط، مرجع سابق: ٨٣/٥.

المبحث الثاني

في صور إبرام عقد المقاوله وموقف الشرع منها

لقد قرنا سابقاً بأن عقد المقاوله الحديث من العقود الجديدة المشروعه والجائزه، سواء التزم فيه العامل بتقديم العمل والماده معاً، أم التزم بتقديم العمل دون الماده، كما أصلنا القول من قبل في أن هذا العقد يستمد مشروعيته لانطباق الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود، فضلاً عن عدم معارضته للقواعد والأصول العامه التي تحكم العقود والشركات في الإسلام. واعتباراً بأن ثمة صوراً عديدة لإبرام عقد المقاوله في هذا العصر، واعتداداً بما يشهده عالم هذا العقد من تطورات وتغيرات متتاليه، لذلك، فإننا نرى أن نلقي الضوء على أهم صورتيه، وهما:

أولاً: المقاوله الأصلية (المقاوله المباشرة بين المقاول والمستفيد).

ثانياً: المقاوله من الباطن.

بالنسبة للصورة الأولى، يراد بها عقد المقاوله الذي يتعهد فيه المقاول بالقيام بنفسه بتقديم الماده والعمل معاً، أو بتقديم العمل دون الماده بطريقه مباشره، بحيث لا يحتاج إلى التعاقد مع غيره في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بينه وبين المستفيد^(١). ويمكننا أن نطلق على هذا النوع من المقاوله بالمقاوله المقيده إذا تم التنصيص فيها على أن يقوم المقاول بنفسه بتقديم العمل والماده، أو العمل دون الماده، وأشبه هذه المقاوله بما يعرف عند فقهاء الحنفية بالمضاربه المقيده، حيث إنهم قسموا المضاربه إلى مضاربه مقيده وأخرى مطلقة^(٢)، فعنوا بالمضاربه

(١) انظر: عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، (بيروت، دار الكتاب العربي، طبعه ثانيه، ١٩٨٢م): ٦/٧٩ وما بعدها.

المقيدة المضاربة التي يقيد فيها رب المال تصرفات المضارب في مال المضاربة زماناً أو مكاناً أو أشخاصاً. وأما المطلقة؛ فإن رب المال يطلق يد المضارب في مال المضاربة زماناً ومكاناً وأشخاصاً.

وأما بالنسبة للصورة الثانية من المقابلة المسماة بالمقابلة من الباطن، فإنه يراد بها عقد المقابلة الذي لا ينص فيه على ضرورة قيام المقاول بتقديم المادة والعمل، أو العمل دون المادة، ويترك للمقاول الخيار في التعاقد مع مقاول آخر مثله ليقوم بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين المقاول الأصلي والمستفيد، ويكون المقاول الثاني مسؤولاً من قبل المقاول الأصلي، ولا تربطه في الغالب علاقة مباشرة بالمستفيد، كما لا يحق للمستفيد التعامل المباشر مع ذلك المقاول من الباطن، وعليه الرجوع إلى المقاول الأصلي الذي تعاقد معه^(١)، ويمكننا أن نطلق على هذا النوع من المقابلة بأنها مقابلة مطلقة باعتبار أن المقاول الأصلي ليس مطالباً بتقديم المادة والعمل معاً بنفسه، بل له الخيار في التعاقد مع غيره من المقاولين لينفذ ما تم الاتفاق عليه بينه وبين المستفيد. فكان المقاول في هذا العقد يقاوم، كما هو الحال فيما ذكره الفقهاء قديماً بمضاربة المضاربة، وباعتبار آخر: المضارب يضارب.

وأياً ما كان الأمر، فإن هاتين الصورتين هما صورتا المقابلة الأساسيتين الشائعتين في العصر الحديث، وثمة صور أخرى للمقابلة غير أنها ترتد في النهاية إلى إحدى هاتين الصورتين المذكورتين، ولا تختلف عنها كما هو الحال في عقد المقابلة مع تخلل مؤسسة مالية وسوى ذلك.

بإمعان النظر في كل واحدة من هاتين الصورتين، نجد أنهما - من حيث المشروعية وعدمها - تعدان مشروعيتين وجائزتين انطلاقاً من أن اتفاق المقاول والمستفيد على ضرورة قيام المقاول بنفسه بتقديم المادة والعمل معاً، أو العمل دون المادة كما في الصورة الأولى، لا يتعارض هذا الاتفاق مع أي أصل أو مبدأ من المبادئ والأصول العامة التي تحكم العقود والشركات في الإسلام، كما أن

(١) انظر: عقد المقابلة في التشريع المصري المقارن، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

موافقة المستفيد على أن يتعاقد المفاوض مع غيره في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بينهما، لا يخالف ذلك أي شرط أو قاعدة من الشروط والقواعد العامة التي تحكم العقود والشركات في الإسلام. ويجب على المفاوض الوفاء بما تم الاتفاق عليه في كلتا صورتَي المفاوضة، ويعد مسؤولاً من قبل المستفيد سواء في المفاوضة الأصلية أم في المفاوضة من الباطن.

إن تعاقد المفاوض الأصلي مع مفاوض من الباطن، يعد أمراً مشروعاً لعدم وجود نص يحرم ذلك على المفاوض، ويندرج هذا الأمر ضمن الصلاحيات العامة التي تعطى للمفاوض الأصلي، على أن تعاقد المفاوض الأصلي مع المفاوض من الباطن تحكمه أحكام الإيجار، إذ إنه (المفاوض الأصلي) يؤجّر المفاوض من الباطن ليقوم بما يتفقان عليه، ولذلك، فإنه يجب عليه أن يقدم له الأجر المتفق عليه أو المناسب، وذلك عند إنجاز المفاوض من الباطن العمل الذي طلب منه القيام به، ولا يتعارض هذا - كما أسلفنا - مع العقد الأصلي بين المفاوض والمستفيد.

وبطبيعة الحال، إنه من حق المفاوض الأصلي أن يتعاقد مع أكثر من عامل أو مفاوض في تنفيذ وإنجاز ما تم الاتفاق عليه بينه وبين المستفيد ما لم ينص على عدم ذلك في العقد الأصلي. فالأصل في عقد المفاوضة كغيره من عقود المعاوضات إطلاق حرية التصرف فيما لم ينص عليها في العقد، والاستعانة بكل ما هو ممكن من أجل إنجاز ما تم الاتفاق عليه إن بطريق المفاوض نفسه أو بطريق غيره.

* * *

المبحث الثالث

في صور تحديد الثمن والأجرة في المقاوله وموقف الشرع منها

إن عقد المقاوله - كما قررنا سابقاً - لا يخلو من أن يكون اتفاقاً بين العاقدين يتعهد المقاول بمقتضاه بتقديم المادة والعمل معاً، فيستحق الثمن والأجرة معاً من المستفيد، أو يكون اتفاقاً يتعهد المقاول بمقتضاه بتقديم العمل دون المادة، فيستحق الأجرة دون الثمن من المستفيد. وسواء استحق المقاول الثمن والأجرة معاً، أم استحق الأجرة دون الثمن، فإن ثمة حاجة إلى اتفاق بين العاقدين يتم من خلاله تحديد مقدار الثمن والأجرة في العقد، ونظراً لوجود العديد من صور تحديد الثمن والأجرة في عقد المقاوله، نرى أن نستعرض أهم ثلاث صور منها، وهي:

الصورة الأولى: تحديد الثمن والأجرة بمبلغ إجمالي (الصورة النمطية).

الصورة الثانية: تحديد الثمن والأجرة على أساس سعر وحدة قياسية.

الصورة الثالثة: تحديد الثمن والأجرة بالتكلفة ونسبة ربح.

بالنسبة للصورة الأولى (الصورة النمطية في تحديد الثمن أو الأجرة)، فإنها تقوم على اتفاق بين المقاول والمستفيد على ثمن إجمالي وأجرة محددة يجب على المستفيد سداه للمقاول إذا قدم المادة والعمل معاً، أو اتفاق بين المقاول والمستفيد على أجر إجمالي محدد يجب على المستفيد سداه في حالة تقديم المقاول العمل دون المادة^(١). فالمستفيد يعرف مقدماً الثمن والأجر الذي يجب عليه سداه للمقاول عند إنجاز العمل، وبالمقابل يعرف المقاول هو الآخر الثمن أو الأجر الذي يستحقه عند إنجاز العمل وفق الشروط والأسس التي يتفقان عليها.

وأما بالنسبة للصورة الثانية: فإن الثمن أو الأجر لا يكون محدداً مقداره، ولا معلوماً لكلا العاقدين، وإنما يجب عليهما الانتظار لحين الانتهاء من العمل

(١) المصدر السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

الذي يستوجب في حقيقته القيام بمقايسة يوضح بها كافة الأعمال المطلوبة بصورة مفصلة، وكافة المواد اللازمة وأسعارها^(١). . . ويجوز للمستفيد في هذه الصورة، أن يزيد في مقدار الأعمال المطلوبة أو ينقص منها، ويقابل الزيادة زيادة في الثمن أو الأجر، كما يقابل الإنقاص إنقاص في الثمن أو الأجر بعد الاتفاق عليه. ويعني هذا أن المفاوض يستحق الثمن أو الأجر في هذه الصورة بعد إنجاز العمل بصورة نهائية، ويجب على المستفيد أن يسدد الثمن أو الأجر فور الانتهاء من العمل. وبطبيعة الحال، ينبغي أن يحدد المفاوض الثمن أو الأجرة على أساس الوحدة، وتجمع الوحدات التي أنجزت في العقد في النهاية فيستحق الثمن والأجرة إذا كانت المادة والعمل منه، أو يستحق الأجرة دون الثمن إذا كان العمل منه دون المادة.

وأما بالنسبة للصورة الثالثة: فإنها تقوم على اتفاق بين المفاوض والمستفيد على تحديد الثمن، أو الأجر في المفاوضة على أساس سعر التكلفة وربح لكل وحدة أو ربح إجمالي للمشروع بكامله، وذلك كأن يكون سعر تكلفة المشروع معلوماً لكلا العاقدين، ويتفقان على ربح يقدر في الغالب على المادة التي يحتاج إليها العمل^(٢). . . . ويلجأ إلى هذه الصورة في عقد المفاوضة الذي يقدم فيه المفاوض المادة والعمل معاً فقط، وأما في الحالة التي يقدم فيها العمل دون المادة، فإن هذه الصورة لا تتحقق ولا يلجأ إليها، ذلك لأن الربح يقدر على أساس المادة، وليس على أساس العمل، فالعمل لا يستحق ربحاً في حقيقة الأمر، وإنما يستحق أجراً يتفق عليه عند انعقاد العقد.

هذه هي الصور الثلاث التي يتم بها تحديد الثمن أو الأجرة في عقد المفاوضة، وبإمعان النظر في كل واحدة منها، نجد أنها لا تخلو من غرر متمثل في جهالة مقدار المحل، ولا يخلو هذا الغرر من أن يكون مغتفرأ أو غير مغتفر.

فبالنسبة للصورة الأولى، فإن تحديد الثمن على أساس أجر إجمالي أو جزافي، لا يخلو من غرر، ذلك لأنه إذا عرف المفاوض بصورة عامة ما يحتاج إليه

(١) المصدر السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

(٢) المصدر السابق نفسه.

المشروع من ثمن أو أجر، فإن تقديره الثمن والأجرة لا يخلو بأي حال من الأحوال من الخطأ إن زيادة أو نقصاناً، وإنما كان تقديره عرضة للخطأ لأنه ليس هو الذي يتحكم في أسعار المادة التي يحتاج إلى استخدامها في المشروع، فقد ترتفع تلك الأسعار، وربما تنخفض. فإذا ارتفعت الأسعار كان في ذلك خسارة له، وإذا انخفضت، كان له ربح، وليس له في كلتا الحالتين الزيادة أو النقصان من الثمن أو الأجر الذي يتم الاتفاق عليه بينه وبين المستفيد.

وأما المستفيد، فإنه هو الآخر عرضة للخطأ في قبول الثمن أو الأجر الذي يتم الاتفاق عليه، ومن الوارد أن يكون ذلك الثمن أقل أو أكثر، فإذا كان أقل، فإنه لا يخسر شيئاً، وأما إذا كان أكثر نتيجة انخفاض أسعار المادة بعد العقد، فإنه يخسر في تلك الحالة.

على الرغم من وجود غرر في هذه الصورة، فإنه من الحرّيّ المبادرة إلى تقرير القول بأن حكم الشرع فيها: هو الجواز والمشروعية؛ لأن ذلك الغرر من نوع الغرر اليسير الذي يغتفر في العقود اتفاقاً، وخاصة في عقود المعاوضات من إجارة وبيع وسلم وسوى ذلك، بل إن هذا الغرر ليس من شأنه الإفضاء إلى منازعة أو مخاصمة بين العاقدين، مما يؤكد كونه غرراً يسيراً لا تأثير له على مشروعية العقد وجوازه. ولعل ما يشهده عالم هذا العقد من تطورات ودراسات علمية منهجية دقيقة ومنظمة يؤكد كون حظ المنازعة والمخاصمة في هذا العقد ضعيفاً وضيئلاً، مما يؤكد مشروعيتها وجوازها في الشرع.

وأما بالنسبة للصورة الثانية، فإنها تعد أكثر صور تحديد مقدار الثمن والأجرة انضباطاً وتحديداً وإنصافاً للمقاول والمستفيد في آن واحد، كما أن الغرر الذي يجده المرء فيها لا يعدو أن يكون في نظرنا غرراً يسيراً جداً لا تأثير له على العقد، بل إن هذا الغرر قلما يفضي إلى منازعة أو مخاصمة بين العاقدين. ولهذا، فإننا نرى أن هذه الصورة من أفضل صور تحديد الثمن أو الأجرة في عقد المقاول، وأقربها إلى مقاصد الشرع في العقود المتمثلة في استفادة جميع أطراف العقود من العقد وتقوية روح المحبة والتسامح بين العاقدين.

ولئن تجلّى في هذه الصورة بصيص من الغرر أو الجهالة لعدم معرفة كل واحد من العاقدين الثمن النهائي والأجرة النهائية، فإن مثل هذا الغرر لا يرتفع عن

سائر عقود المعاوضات من إجارة وسلم وبيع وسوى ذلك . ورحم الله أولئك الفقهاء الذين قرروا ذات يوم بأن الغرر الذي يفسد العقود والبياعات هو ذلك الغرر الذي يفضي إلى المنازعات، وقعدوا في ضوء هذا تلك القاعدة الذهبية التي تقول: إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل^(١) . . . ويعني هذا: أن الجهالة التي لا تفضي إلى النزاع المشكل، كما هو الحال في الصورة التي نتحدث عنها، فإن الجهالة فيها مغتفرة .

وأما بالنسبة للصورة الثالثة، فإننا نميل إلى تقرير القول بأنها محل إشكال، ذلك لأن الغرر الذي تنطوي عليه ليس بيسير، ولا نخاله من جنس الغرر المغتفر في العقود، إذ إن النفوس تختلف في معظم الأحيان في تحديد مقدار الربح إذا لم يتم تحديده ابتداء عند انعقاد العقد، فمن الوارد أن يحدد المقاول ربحاً يختلف في قدره عن الربح الذي يحدده المستفيد، ويؤدي هذا - ولا محالة - إلى وقوع النزاع والاختلاف والتخاصم بين المستفيد والمقاول في نهاية المطاف، ولهذا، فإننا نتحفظ على مشروعية هذه الصورة لتحديد الثمن والأجرة في عقد المقاول، لكونها مدعاة - بصورة واضحة - إلى النزاع والتخاصم والاختلاف بين العاقدين .

على أنه من الممكن الاعتداد بمشروعية هذه الطريقة - تجاوزاً - فيما لو اتفق فيها العاقدان على تحديد الربح بنسب مئوية، وذلك في حالة تحققه، مع الأخذ بعين الاعتبار كافة الاحتمالات التي يمكن أن تفضي إلى وقوع نزاع أو خصام بينهما .

وصفوة القول: إننا نخلص إلى القول بأن على المتعاقدين في عقد المقاوله انتهاز إحدى الصورتين الأولى والثانية، وأن يتجاوزا الصورة الثالثة لاشتمالها على غرر يفضي - كما أسلفنا - إلى النزاع والخصام والاختلاف .

* * *

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، علي أحمد الندوي، (الرياض، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، طبعة أولى، ٢٠٠٠م): ١/٣١٧ وما بعدها .

المبحث الرابع

في مسائل متفرقة متعلقة بعقد المقاولة

ثمة مسائل عديدة ترتبط بعقد المقاولة، وتختلف أحكامها باختلاف طبائعها وحقائقها، ويحسن بنا الوقوف على بعضها لبيان ما نخاله حكم الشرع فيها مستندين إلى الأصول والقواعد العامة التي تحكم العقود والشركات في الإسلام، ومن تلك المسائل:

أولاً: الإضافات والتعديلات من قبل أحد العاقدين بعد الشروع في

العقد:

من الوارد أن يتقدم المستفيد بإضافات أو تعديلات على العقد بعد الاتفاق عليه، كأن يطلب المستفيد إضافة جدار أو غرفة أو قاعة أو غير ذلك، كما أنه من الوارد أن يتقدم المستفيد بتعديلات على جانب من جوانب المشروع المتفق على إنجازه، وبالمقابل من الوارد أن يطلب المقاول إضافة مبالغ أو أجور على المبلغ الأصلي، كما أنه من الوارد أن يطلب تعديلاً في المبلغ أو الأجر أو الثمن.

إن حكم هذه الإضافات أو التعديلات سواء أكانت من المستفيد أم من المقاول يتحدد وفق موقف الطرف الآخر منها، نعني أنه إذا وافق عليها الطرف الآخر، وجب عليه الالتزام بها، وإذا عارضها، فإنه لا ينبغي إلزامها بها، لأن ما لم يذكر عند إبرام العقد لا يعد جزءاً من العقد، وبالتالي فالإضافات والتعديلات تخضع لإرادة الطرف الآخر، فإن وافق عليها كان بها، وإن لم يوافق لم يجبر عليها.

على أنه من الجدير ذكره أنه من الممكن مطالبة الأطراف بقبول التعديل والإضافة إذا كان التعديل والإضافة ذات صلة وثيقة بما تم الاتفاق عليه، ويخرج هذا على اعتبار التعديل والإضافة من باب مقدمة الواجب التي يتوقف عليها وجود

الواجب، ومن القواعد المقررة عند أهل العلم بالأصول: (ما لا يتم الواجب المطلق إلا به - ويكون في مقدور المكلف - واجب). وبناء على هذه القاعدة، يمكن إلزام أحد الطرفين بقبول الإضافة والتعديل إذا ظهر في ذلك مصلحة، وتوقف عليه إتمام ما تم الاتفاق عليه من قبل.

ثانياً: في حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ

محددة:

لئن أسلفنا القول بأن للعاقدين الحق كل الحق في اختيار إحدى صورتَي تحديد الثمن في المساواة المشروعتين، فإننا نعتقد أن لهما الحق أيضاً في تحديد طريقة دفع الثمن بحيث لا يكون فيه ظلم لأي طرف من الأطراف، فلا جناح عليهما أن يتفقا على سداد الثمن والأجرة حسب الدفعات مع مراحل الإنجاز، كما أن لهما الاتفاق على سدادهما حسب تواريخ محددة يتفقان عليها، بل لهما الاتفاق على سدادهما بعد إنجاز العمل، فالعقد - في شرعنا الكريم - شرعة المتعاقدين، والمسلمون عند شروطهم، والأصل في المعاملات: الصحة، وفي العقود: اللزوم^(١). فإذا اتفقا على أية طريقة من الطرق غير المخالفة للشرع، فإن عليهما الالتزام بها والوفاء بها، ولا يجوز لأي واحد منهما الإخلال بما اتفقا عليه، أو الخروج عليه.

ورحم الله شيخ الإسلام ابن تيمية عندما قرر في مجموعته ما نصه: «. . الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة، ولا يحرم منها، ولا يبطل إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً عند من يقول به. . إن الكتاب والسنة قد دلَّ على الوفاء بالعقود والعهود، وذمَّ الغدر والنكث، ولكن إذا لم يكن المشروط مخالفاً لكتاب الله وشرطه، فإذا كان المشروط مخالفاً لكتاب الله وشرطه: كان الشرط باطلاً. . ومقصود الشروط: وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب، حتى يكون المشروط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح، فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً، فإن

(١) المصدر السابق: ١/١٧٢، ٢٩٧.

المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً...»^(١).

في ضوء هذه العبارات الرشيقة، والكلمات النثرية الضافية من شيخ الإسلام، نخلص إلى تقرير القول بأن تحديد طرق دفع الثمن والأجرة معاً أو الأجرة دون الثمن، متروك لإرادة المتعاقدين، ولهما الحق في اختيار الطريقة المناسبة، ولتكن تلك الطريق الدفع على مراحل أو الدفع حسب تواريخ محددة، أو غير ذلك. وأما بالنسبة لمكان سداد الثمن والأجرة في هذا العقد، فإن لهما الحق في الاتفاق على ذلك، وليس ثمة محذور شرعي في ذلك ما دام هنالك تراضٍ بينهما.

على أنه من الجدير بالإشارة أن عقد المقاولة بوصفها عقداً جديداً من العقود التي جادت بها الأيام في هذا العصر، لا يشترط في انعقاده ضرورة التعجيل بدفع الثمن والأجرة في الحال خلافاً لبيع السلم، ويمكن تأجيل الثمن والأجرة في هذا العقد حسب ما يتفق عليه العاقدان، كما أنه يعد عقداً لازماً للعاقدين لا يجوز لأحدهما فسخه دون إذن الآخر، وخاصة بعد الشروع في العمل، خلافاً لعقد الاستصناع عند مهندسيه الأوائل من فقهاء الحنفية؛ حيث كانوا يعدونه عقداً غير لازم.

ثالثاً: في حكم الشرط الجزائي لمن يتأخر عن الوفاء بما التزم به تجاه الآخر:

إن موضوع الشرط الجزائي في العقود كان ولا يزال من الموضوعات التي حظيت باختلاف المعاصرين في مدى مشروعيته وعدم مشروعيته، ويقصد به في نطاق عقد المقاولة، اتفاق المتعاقدين (المقاول، والمستفيد) على أن يعوّض الطرف الذي يتأخر في تنفيذ ما يجب عليه تنفيذه في فترة زمنية محددة. فإذا تأخر المقاول عن إنجاز العمل في حينه، فإنه يجب عليه تعويض المستفيد عما لحق به من ضرر، وإذا تأخر المستفيد عن دفع الثمن أو الأجرة إلى العامل بعد إنجازها

(١) انظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية: ١٣٢/٢٩، ٣٤٦ وما بعدها.

العمل وفق الشروط المتفق عليها، فإنه يجب عليه كذلك دفع تعويض للعامل مقابل الضرر الذي لحق به نتيجة تأخر المستفيد عن الالتزام بما يجب عليه الالتزام به^(١). ويهدف هذا الشرط إلى استيثاق العقد، وضمان وفاء كل طرف بما يجب عليه الوفاء به.

واعتباراً بأهمية الاستيثاق ودوره الفعال في حفظ الحقوق، وحسن القيام بالواجبات، لذلك، فإننا نرى أنه لا مانع شرعاً في أن يتفق العاقدان على هذا الشرط الجزائي عند انعقاد العقد، ولا يناقض هذا الشرط مقتضى العقد، وفيه مصلحة لأحد الطرفين، ولا يُحل هذا الشرط حراماً، ولا يحرم حلالاً، ولذلك، فلا محذور في اشتراطه في هذا العقد صيانة له، وحفاظاً على الحقوق من التضييع. فأي طرف يخل بما يجب عليه الوفاء به، يجب عليه تعويض الطرف المتضرر من جراء تأخره عن إنجاز ما يجب عليه إنجازه.

على أنه من الحري بالتحديد أنه لا بد من ربط مشروعية هذا الشرط بكون التأخر أو الخلف طبيعياً، أي: غير ناتج عن ظروف قاهرة لا قبل للمرء بها، ويعني هذا أنه إذا كان تأخر الطرف عائداً إلى ظروف قاهرة خارجة عن الإرادة كالأفات السماوية من فيضانات، وزلازل، وسوى ذلك من الظروف القاهرة، فإنه لا وجه - شرعاً - في إلزام المتأخر بتعويض الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر، لأن تأخره خارج عن إرادته، وفضلاً عن هذا، يجب أن يتناسب التعويض الذي يلزم به الطرف المتأخر مع حجم الخسارة التي يتكبدها الطرف المتضرر منه، مما يعني أنه إذا لم يكن ثمة ضرر حقيقي كبير ناجم عن التأخر، فلا وجه لإلزامه بالتعويض إلا إذا كان القصد من ذلك تعزيره أو تأديبه.

وصفوة القول: إن ثمة أهمية كبرى في ضرورة ربط هذا العقد بالشرط الجزائي في هذا العصر، لأن عقد المقاولة بطبيعته عرضة للخلف والمماطلة، إما: من المفاوض على مستوى إنجاز العمل في الفترة الزمنية المحددة، أو من المستفيد على مستوى سداد الثمن والأجرة في التاريخ المتفق عليه في العقد،

(١) ولمزيد من المعلومات حول الشرط الجزائي، يراجع: المدخل الفقهي العام، الزرقا، (دمشق، دار الفكر، طبعة عاشر، ١٩٦٨م): ٧١٠/٢ وما بعدها.

ولذلك، فإن الحاجة تمس إلى حماية هذا العقد بسياج من الشرط الجزائي وغيره من الوسائل الكفيلة للحد من التملص أو التأخر أو الإضرار بالآخر، ويجب أن يعزّم ذلك الطرف الذي يتخلف أو يتأخر في الوفاء بوعده ما لم يكن هنالك ظرف قاهر وخارج عن الإرادة والقدرة كما أسلفنا. وبطبيعة الحال، يمكن للطرفين الاتفاق على هذا الشرط عند انعقاد العقد، ويمكن لهما.

رابعاً: في حكم البراءة من العيوب في المقابلة، وحكم تحديد ضمان العيوب بمدّة معينة، والبراءة بعدها:

إن الحديث عن العيوب في عقد المقابلة من المنظور الإسلامي، ليس بأمر جديد، ذلك لأن فقهاءنا العظام عنواناً بحديث مفصل ومركز عن أحكام العيوب التي يمكن أن تكون في المبيع، سواء أكانت عيوباً ظاهرة أم عيوباً خفية، وليس مبحث خيار العيب عن أذهان السادة الفقهاء الحاضرين في هذا الملتقى بغريب. ولهذا، فإننا سنتجاوز الحديث المسترسل والمكروور عن مفهوم العيب وحكمه، مكتفين بتقرير القول بأن اشتراط البراءة من العيوب من حق المستفيد عند انعقاد عقد المقابلة، بل إنه من حقه رفض تسلم المشروع في حالة وجود عيوب ظاهرة فيه. ومن حقه في شرعنا أن يطالب المقاول بإصلاح العيوب الظاهرة وغير الظاهرة إذا علم بها، سواء كان ذلك قبل إنجاز العمل أو بعد إنجازه، ويجب على المقاول القيام بواجب الإصلاح.

وأما بالنسبة للفترة التي يظل فيها المقاول مسؤولاً عن إصلاح كافة العيوب التي تظهر في المشروع بعد تسلم المستفيد، فإن الأمر فيها لا يخلو من أن يكون هنالك اتفاق بينهما على تحديد تلك المدة الزمنية المناسبة، أو يتجاوزان في تحديد مدة بعينها، فيلجأ عندئذ إلى العرف السائد لضبط تلك المدة في حالة وقوع نزاع أو خصام بينهما. فما حدده العرف يجب اللجوء إليه، والنزول عنده؛ لأن العرف - كما هو مقرر عند أهل العلم بالأصول - أحد المصادر التشريعية وخاصة في مجال المعاملات المالية والعادات وسواها.

على أنه من الجدير بالتقرير أنه من الوارد أن تظهر في المشروع عيوب بعد المدة الزمنية المتفق عليها، فيدّعي المقاول عدم تحمله مسؤولية إصلاح تلك

العيوب لكونها ظهرت بعد المدة المتفق عليها . وإنما نعتقد أن المقاول لا يبرأ من المسؤولية إلا إذا كان الغالب في العيوب أن تكون حادثة بعد تلك المدة، مما يعني أنه لو كانت عيوباً قديمة غير أنها لم تظهر، فإن مسؤولية المقاول ينبغي أن تظل قائمة، ويطالب بإصلاحها، لأن الخطأ لا يكون - في شرعنا - قديماً .

صفوة القول : ما قرره أهل العلم بالفقه من أحكام للعيب في المبيع، تنطبق على هذا العقد بوصفه أحد عقود المعاوضات التي يجب الابتعاد فيها عن أكل أموال الناس بالباطل، وليس ثمَّ باطل أشد من أن يغش المقاول المستفيد فيقدم له مشروعاً أجوف ومخالفاً للمعايير المتفق عليها أو المعروفة لدى أهل الصنعة والفرن .

* * *

خاتمة الدراسة وأهم نتائجها

لقد توصلت الدراسة إلى جملة حسنة من النتائج المتواضعة، ويجدر بنا عرضها في النقاط التالية:

أولاً: انتهت الدراسة إلى تقرير القول بأن المقاوله من العقود المشروعة والجازة في الشرع بحسبانها عقداً تتوفر فيه الأركان والشروط، خلافاً لما ذكره معظم الباحثين من أنه من قبيل عقد الاستصناع في حالة التزام المقاول بتقديم العمل والمواد معاً، وأنه من قبيل الإيجار إذا التزم المقاول بتقديم العمل دون المواد.

ثانياً: أوضحت الدراسة أن ثمة فرقا بين حقيقة الاستصناع وعقد المقاوله، فعقد المقاوله يعد عقداً لازماً لا يجوز لأي من الطرفين فسخه دون إذن الطرف الآخر، خلافاً لعقد الاستصناع عند أئمة الحنفية الذين يرجع إليهم الفضل في تأصيل الاستصناع في الفقه الإسلامي، كما أن عقد المقاوله يعتبر من العقود الجديدة في هذا العصر، وينتظم عمل الطبيب، والرسام، والنحات، والمصمم، والمهندس، وسوى ذلك، كما أنه يقوم على اتفاق بين المقاول والمستفيد، يتعهد المقاول بتقديم المواد والعمل، أو تقديم العمل دون المواد، وليس كذلك عقد الاستصناع الذي يجب أن تكون المواد فيه من الصانع (المقاول) لا من المستصنع (المستفيد).

وبناء على هذا، خلصت الدراسة إلى تأكيد القول بضرورة تجاوز إعطاء حكم الاستصناع لعقد المقاوله، وبدلاً من ذلك ينبغي الاستناد إلى ذات الأصول والقواعد التي ثبتت بها مشروعية عقد الاستصناع لإثبات مشروعية عقد المقاوله.

ثالثاً: أوضحت الدراسة مشروعية كلتا صورتى المقاوله، أعني: المقاوله الأصلية بوصفها الصورة الأصلية لعقد المقاوله، والمقاوله من الباطن باعتبارها صورة متفرعة عن الصورة الأصلية، ولعدم وجود نص يعارضها، ولعدم تناقضها مع القواعد والأصول العامة التي تحكم العقود والشركات في الإسلام.

رابعاً: استعرضت الدراسة صور تحديد الثمن والأجرة في المقابلة، وانتهت إلى القول بمشروعية الصورتين الأوليين بلا نزاع، وهما: الصورة النمطية المتمثلة في تحديد الثمن بمبلغ إجمالي، والصورة المتمثلة في تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية. وأما الصورة الثالثة المتمثلة في تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح، فإن الدراسة تحفظت عليها لاشتغالها على غرر من شأنه أن يقضي إلى المنازعة والخصام بين الأطراف عند تقدير الربح في نهاية العمل، وقد اقترحت الدراسة ضرورة تحديد الثمن وربط الربح بنسبة مئوية، مع استفاد سائر الطرق الممكنة للحيلولة دون وقوع نزاع أو خصام بين الأطراف.

خامساً: انتهت الدراسة إلى أن حكم الإضافات والتعديلات سواء من المقاول أو المستفيد، مرهون بموافقة الطرفين ابتداءً وانتهاءً، ولا إلزام بأي إضافة أو تعديل إلا إذا كانت تلك الإضافة أو التعديل ذات صلة قوية بما تم الاتفاق عليه عند انعقاد العقد.

سادساً: قررت الدراسة أن طريقة دفع الأجر والثمن متروكة لاتفاق الأطراف، فلهما أن يتفقا على دفعهما على الدفعات، أو على مراحل الإنجاز، ولا محذور فيما اختاره ما لم يكن في ذلك إضرار بأحدهما.

سابعاً: رجّحت الدراسة مشروعية ربط عقد المقابلة بالشرط الجزائي بوصفه وسيلة هامة من وسائل حماية هذا العقد، وصيانة الحقوق، وأوضحت الدراسة أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد، ولا يصادم نصاً، وفيه مصلحة لأحد الأطراف، وتعميق لخصلة الوفاء بالوعد الذي حثّ عليه شرعنا في كثير من آيات الذكر الحكيم، وأحاديث المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم.

وأخيراً: أكدت الدراسة أن للمستفيد اشتراط البراءة من العيوب، وأن له خيار العيب في حالة ظهوره، كما أن للعاقدين الاتفاق على مدة معينة يضمن فيها المقاول محل عقد المقابلة، ولا يضمن أي عيب يظهر بعد مضي تلك المدة. وفضلاً عن هذا، أوضحت الدراسة أنه إذا اختلف المستفيد والمقاول في عيب من العيوب القديمة، وجب على المقاول إصلاحها، وإن كان مستحدثاً، لم يلزم بإصلاحه.

هذه هي أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة ، وثمة نتائج يمكن للقارئ الكريم أن يقف عليها أثناء اطلاعه على موضوعات الدراسة ومباحثها ، وأملنا أن يكون التوفيق حليف ما سطرناه ، وأن يجنبنا الكريم الخطأ والزلل ، ويقلل عثراتنا ، ويعفو عن زلّاتنا وهفواتنا ، إنه نعم المولى ، ونعم النصير ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

عقد المقابلة

إعداد

أ.د. وهب مصطفى الزحيلي

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله

كلية الشريعة - جامعة دمشق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين، وعلى آله وصحبه الغر الميامين، وبعد:

فقد برز في الساحة العمرانية في مجال القوانين المدنية عقد جديد من عقود العمل؛ وهو عقد المقاولة الذي جرى العرف فيه على هذه التسمية، عوضاً عن (عقد الاستصناع) وعن (إجارة الأعمال) وما يسمى باستئجار الأجير، حرصاً على رفع شأن العامل والإعراض عن تسميته بالأجير الذي يثير الحساسية والدونية.

وصار عقد المقاولة شاملاً كل أوجه تقديم المهن الحرة في ميدان العمل والصناعة، وخضع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع، والأجير المشترك، وجرى العرف والاستحسان والتقنين على استعمال كلمة (البدل) لتشمل الثمن في الاستصناع، والأجر في إجارة الأعمال، لأن الاستصناع يبع شرط فيه العمل، وعمل الأجير الخاص أو المشترك في نطاق التسمية القديمة وهي الإجارة على الأعمال في مقابل إجارة المنافع أشبه أيضاً بالبيع، لأن الإجارة ما هي إلا بيع المنفعة.

وهذا ما جرت عليه القوانين المدنية الإسلامية كالقانون المدني الأردني والإماراتي والسوداني والكويتي^(١)، وصارت هذه القوانين أقرب لملاءمة للحاجات الحاضرة، والتطورات الاقتصادية الحديثة، والأعراف الواقعية التي لا تتعارض مع آية قرآنية أو سنة نبوية، على الرغم من تعدد أشكال المقاولة وصورها، وكثرة التعاقد بموجبها، وتأثيرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع

(١) انظر: المذكرات الإيضاحية لهذه القوانين.

العاملين في هذا المجال . وقد استنار واضعو هذه القوانين بالقوانين المصرية والسورية والعراقية .

وحسناً كان اقتراح بحث المقاوله في دورة مجمع الفقه الرابعه عشره ، فذلك يتفق مع اهمية هذا العقد الاقتصادي والاجتماعية ، ويثير عدة مسائل تتطلب معرفة أحكامها الشرعية في ضوء الخطة الآتية :

خطة البحث:

- ١- تعريف عقد المقاوله في النظم المدنية ونطاقها .
- ٢- تكييف عقد المقاوله في الفقه بحسب التزام المقاول .
 - أ- تقديم المقاول العمل والمواد (الاستصناع) .
 - ب- تقديم المقاول العمل فقط (الإجارة على العمل) .
- ٣- صور إبرام عقد المقاوله :
 - أ- عقد المقاوله مباشرة بين المقاول والمستفيد .
 - ب- عقد المقاوله من الباطن (المقاول الثاني) .
 - ج- عقد المقاوله مع تخلل مؤسسة مالية (عقد الاستصناع الموازي) .
- ٤- صور تحديد البدل في المقاوله :
 - أ- تحديد البدل بمبلغ إجمالي ، وهي الصورة النمطية .
 - ب- تحديد البدل بالتكلفة ونسبة ربح ، حكم هذه الصورة .
 - ج- تحديد البدل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع ، متر مسطح . .) .
- ٥- حكم الإضافات والتعديلات .
- ٦- حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة .
- ٧- أحكام المقاوله وأثارها :
 - أولاً- التزامات المقاول .

ثانياً - التزامات صاحب العمل .

٨ - انقضاء المقاولة .

٩ - حكم الشرط الجزائي (مع الإحالة إلى قرار المجمع في الدورة الثانية عشرة).

١٠ - حكم البراءة من العيوب في المقاولة .

١١ - حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة، والبراءة بعدها .

* * *

أولاً - تعريف عقد المقاولة في النظم المدنية ونطاقها:

اتفقت القوانين المدنية الإسلامية على تعريف عقد المقاولة بما يأتي :

المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر^(١) .

يدل هذا التعريف على أن المقاولة عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المفاوض صناعة شيء كتمثال، أو أداء عمل كإقامة بناء وإشراف عليه، في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة مثل (١٥٪ أو ١٠٪) من النفقات الفعلية .

أما تقديم مواد العمل فقد نصت هذه القوانين عليها، ووصفت كيفية المقاولة وقصرتها على حالتين بحسب التراضي أو الاتفاق:

١ - إما أن يتعهد المفاوض بتقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل المادة المستخدمة أو المستعان بها في القيام بالعمل .

٢ - وإما أن يتعهد المفاوض بتقديم المادة والعمل، أي: المادة التي تدخل في تركيب المصنع أو البناء مثلاً، مع القيام بالعمل الفعلي القائم على تقديم الأدوات والمواد الأولية كالإسمنت والحديد وأدوات أو آلات المصنع، وتشغيل

(١) انظر: (٦٦١م) كويتي؛ (٧٨٠م) أردني؛ (٨٧٢م) إماراتي .

العمال وتقديم الأجرة لهم .

وفي الحالتين يجب في عقد المقابلة وصف المحل وبيان النوع والمقدار وطريقة الأداء، ومدة الإنجاز، وتحديد مقدار البدل المدفوع في مقابل هذه الخدمات .

وهذه الأحكام صحيحة تتفق مع أحكام الاستصناع في فقهننا، فقد عرف الحنفية الاستصناع بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة^(١) . فتكون المادة والعمل من الصانع، وقد يكون العمل فقط هو المعقود عليه، لأن الاستصناع: طلب الصنع، وهو العمل .

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع، وهو عقد له شبهان: شبه بالسلم، لأنه بيع لمعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يختلف عنه في أنه لا يجب تعجيل الثمن فيه، ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق .

والشبه الثاني بالإجارة، لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله .

والاستصناع: انفرد الحنفية بالقول بجوازه على نحو فيه سماحة وسعة، استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم عليه .

أما بقية المذاهب فأجازوه بنحو مضيق على أساس عقد السلم وعرف الناس، واشترط شروط السلم فيه، ومنها تعجيل كامل البدل في مجلس العقد^(٢) .

واتفق الجميع على أنه لا بد فيه من بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره

(١) البدائع: ٢/٥؛ الفتاوى الهندية: ٤/٥٠٤؛ فتح القدير: ٥/٣٥٥؛ الدر المختار ورد المختار (حاشية ابن عابدين): ٤/٢٢٢؛ مجلة الأحكام العدلية: المواد ٣٨٨، ٣٩٠، ٣٩١، ٤٢١، ٤٦٣، ٥٦٢ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/٢١٦؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٩؛ المغني لابن قدامة: ٤/٢٧٦ .

وصفته، لأنه مبيع، فلا بد فيه من كونه معلوماً، والعلم يحصل بما ذكر .
وقد أجاز الصحاحبان من الحنفية عقد الاستصناع، سواء حُدِّد فيه أجل أو لم
يحدد، لأن العادة جارية بتحديد الأجل فيه .

* * *

ثانياً - تكييف عقد المقاولة في الفقه الإسلامي بحسب التزام المقاول:

تبين من تعريف المقاول المتقدم، ومن بيان حالتي المقاولة: أن المقاولة
تردد بين أن تدخل تحت ما يعرف في الفقه بعقد الاستصناع أو بعقد الإجارة على
العمل .

أما حالة شبه المقاولة بالاستصناع وهو نوع من البيوع: فتكون في حالة
تقديم المقاول لإنجاز تعهده أو التزامه المادة الأولية اللازمة كلها أو بعضها،
والعمل أو الخبرة التي لا بد منها للتصنيع، وهكذا شأن الصانع في الاستصناع
وهو الغالب عادة، حينما يلتزم بإنجاز شيء، والمادة من عنده، بالإضافة لعمله،
كأن يصنع أبواباً لمنزل أو غيره، أو غرفة أثاث للنوم أو صالة الاستقبال، بحسب
النموذج المتفق عليه، وتكون الأخشاب من عنده، وهو القائم بالعمل أو الخبرة
المتخصصة لذلك .

وأما حالة شبه المقاولة بعقد الإجارة على العمل: فتظهر حين اقتصار التزام
المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة
لذلك، سواء أكانت مادة مستهلكة يستخدمها المقاول، أم كانت مادة استعمالية
يستعين بها المقاول في القيام بعمله . وهكذا شأن القائمين بإجارة الأعمال، وهي
التي تعقد على عمل معلوم، كبناء، وخياطة ثوب، وحمل إلى موضع معين،
وصباغة ملابس، وإصلاح حذاء، ونحوه . والمراد: الأجير المشترك أو العام؛
وهو الذي يعمل لعامة الناس كالصباغ والحداد والكواء ونحوهم، وليس الأجير
الخاص أو أجير الواحد؛ وهو: الذي يعمل لشخص واحد لمدة معلومة^(١) .

(١) البدائع: ١٧٤/٤؛ تكملة فتح القدير: ٢٠٠/٧؛ تبين الحقائق للزليعي: ١٣٣/٥ وما
بعدها .

لكن عقد المقاولة أصبح منفصلاً عن كل من عقد البيع أو الاستصناع، وعقد الإيجار، بعد أن كان مختلطاً بهما في المجلة، وصار عقد المقاولة عقداً ملزماً للجانبين ومن عقود المعاوضة، يقع التراضي فيه على العمل المطلوب تأديته من المقاول، وعلى المقابل الذي يتعهد رب العمل بأدائه.

وأصبح عقد المقاولة متميزاً عن عقدي العمل والوكالة، والذي يميز المقاولة عن عقد العمل هو: أن المقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثمّ فلا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل، ولا يسأل رب العمل عن المقاول مسؤولية المتبوع عن تابعه.

وأما ما يميز المقاولة عن الوكالة فهو: أن المقاول - وهو يؤدي العمل لمصلحة رب العمل - لا ينوب عنه، وإنما يعمل مستقلاً عنه. على عكس الوكيل وهو الذي يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله، يكون نائباً عنه، ويمثله في التصرف الذي يقوم به، فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل.

والخلاصة: إن الفقه الذي صاغته المجلة يميز بين الاستصناع؛ وهو نوع من البيوع الذي يقدم فيه الصانع العمل والعين (المادة) معاً غالباً، وبين استئجار أرباب الحرف والصناع، وهو إجارة على العمل، يقدم الأجير فيها عمله فقط، ويكون أجيراً مشتركاً إذا كان غير مقيد بأن يعمل للمستأجر فقط دون غيره.

أما القوانين الحديثة الآخذة بنظام عقد المقاولة: فجمعت بين الصورتين تحت لواء المقاولة، ففي كل من حالتها تقديم مواد العمل المتقدمتين، يكون العقد مقاولة، وليس إجارة في حالة تقديم المقاول العمل فقط، ولا استصناعاً في حالة تقديم المقاول العمل والمادة معاً.

وإذا قدّم المقاول مواد العمل كلها أو بعضها، وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها. فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات، وجب على المقاول أن يتوخّى في اختيار المواد أن تكون وافية بالغرض المقصود، وإذا لم تبين درجة المواد من حيث جودتها، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المقاول بتقديم مواد من صنف متوسط طبقاً للقواعد العامة. وعلى المقاول أيضاً ضمان المواد المقدمة

وفقاً لأحكام الضمان في عقد البيع، لأنه يكون في هذه الحالة بائعاً للمواد التي يقدمها^(١).

وإذا كانت مواد العمل مقدمة من صاحب العمل، فإنه يجب على المقاول في هذه الحالة أن يحافظ على المواد المسلمة إليه، وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص، لأنه أمين عليها، فإذا أخل بهذه العناية كان مسؤولاً عن هلاكها أو ضياعها. وعليه أن يستخدم هذه المواد طبقاً لأصول الفن الصناعي، فيتجنب الإفراط والتفريط فيها، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل دون نقص أو زيادة، طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، فيكون عبء إثبات إهمال المقاول أو عدم بذله عناية الشخص العادي، أو بقصور كفايته الفنية في جعل المواد أو بعضها غير صالح للاستعمال يقع على رب العمل^(٢).

* * *

ثالثاً - صور إبرام عقد المقاولة:

تبين من استقصاء صور إبرام عقد المقاولة أنها ثلاث؛ وهي ما يأتي:

أ - عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد:

هذه هي الصورة الغالبة الوقوع في إبرام عقد المقاولة وتنفيذه، حيث يتم الاتفاق مباشرة بين المقاول المنفذ، وبين المستفيد من إنجاز العمل، وحينئذ يسهل معرفة بنود الاتفاق، والتزامات المقاول التي ستذكر بعدئذ، وكذلك التزامات صاحب العمل أو المستفيد من العمل بمقتضى عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة فيه.

ولا تثير هذه الصورة غالباً إشكالات تصادم مع طبيعة عقد المقاولة.

ب - عقد المقاولة من الباطن أو ما يسمى المقاول الثاني:

تقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والإنشاء، حيث تتعدد

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٤٨٣ - ٤٨٤.

(٢) المصدر السابق، ص ٤٨٤ وما بعدها.

الأعمال وتتشعب، فيتنازل المفاوض الأول عن مهامه في التنفيذ إلى مفاوض ثانٍ.

فإذا اتفق مفاوض مع شخص آخر (صاحب العمل أو المستفيد) على أن يقوم له بعمل معين، فإذا شرط في العقد أن يقوم به بنفسه أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك، فليس للمفاوض أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر. وهذا حكم مقرر معروف في فقهننا في عقد الوكالة.

وإن لم يكن هناك شرط أو مقتضى طبيعة عمل، فللمفاوض أن يتفق مع مفاوض آخر على تنفيذ العمل كله أو بعضه، وتبقى مسؤولية المفاوض الأول قائمة قَبْل صاحب العمل، ولا يجوز للمفاوض الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المفاوض الأول إلا إذا أحاله على رب العمل^(١).

وتكون هذه المقابلة من الباطن صحيحة، وتنفذ في حق رب العمل، وتكون العلاقة فيما بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن علاقة رب عمل بمفاوض، ينظمها عقد المقابلة من الباطن.

وهذا الحكم مأخوذ من فقه المذهب الحنفي في حالة الاتفاق مع الأجير على أن يعمل بنفسه أو كان العقد مطلقاً عن الشرط^(٢).

ويلاحظ أن مسؤولية المفاوض الأصلي عن أعمال المفاوض من الباطن هي: مسؤولية عقدية، تنشأ من عقد المقابلة الأصلي، وليست مسؤولية متبوع عن تابعه، فالمفاوض من الباطن يعمل مستقلاً عن المفاوض الأصلي ولا يعتبر تابعاً له. وتقوم هذه المسؤولية على افتراض أن كل أعمال المفاوض من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً صادرة من المفاوض الأصلي، ومن ثم يكون مسؤولاً قَبْلُه عنها^(٣).

-
- (١) انظر: (م) ٨٩٠-٨٩١؛ إماراتي؛ (م) ٧٩٨-٧٩٩) أردني؛ (م) ٦٨٠-٦٨٣) كويتي.
- (٢) المجلة (م) ٥٧١-٥٧٣)؛ مرشد الحيران (م) ٦٢١، ٦٢٦، ٦٢٧)؛ العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، وهبة الزحيلي، ص ٢٨٠.
- (٣) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص ٤٩٥ وما بعدها؛ وللقانون الأردني، ص ٥٨٦؛ وللقانون الإماراتي، ص ٨٠١.

والأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل وبين المقاول من الباطن؛ إذ لا يربطهما أي تعاقد، فلا يطالب أيهما الآخر مباشرة بتنفيذ التزاماته، وإنما يكون للمقاول من الباطن طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على رب العمل في خصوص البذل أو المقابل المستحق له قبل المقاول الأصلي، بطريق الدعوى غير المباشرة.

والخلاصة: إن القوانين الإسلامية أجازت للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد^(١)، أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول، كأن يكون العمل محل المقاول عملاً فنياً اعتمد فيه صاحب العمل على كفاية المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتهر عنه في أداءه، فعندئذ يتحتم أن يقوم المقاول بالعمل شخصياً^(٢).

ج- عقد المقاوله مع تخلل مؤسسة مالية:

أفرزت الحياة الاقتصادية أنشطة استثمارية غير مباشرة، منها هذه الصورة، بأن تلتزم مؤسسة مالية ببناء عمارة شاهقة، أو مصنع كبير، أو سفينة أو سفن أو طائرات ونحو ذلك، لكنها لا تقوم بنفسها بالإشراف على التنفيذ، وإنما تتفق مع جهة أخرى متخصصة تنفذ المشروع حسب المواصفات والشروط التي التزمتها من حيث البذل والمدة ويكون لها هامش ربح، بشرط انفصال أو استقلال عقد المقاوله الثاني عن العقد الأول.

وهذا سائغ شرعاً على أساس ما يعرف بالاستصناع الموازي، ويمكن قبوله في القوانين الإسلامية تحت مظلة عقد المقاوله من الباطن.

والاستصناع الموازي: عقد جديد مستقل عن عقد الاستصناع الأول،

(١) وهذا يوافق في الجملة ما نصت عليه المجلة في المواد (٥٧١-٥٧٣)، ومضمونها: أن الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره، لكن لو أطلق العقد حين الاستئجار، فلاأجير أن يستعمل غيره.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، المرجع والمكان السابق.

يحقِّق المطلوب في العقد الأول ويراعي المواصفات المتوافقة مع العقد الأول، مع ملاحظة زمن التسليم المحدد فيهما. ويمكن الطرف الثالث من تنفيذ مقتضى أو موجب العقد الثاني بصفته بائعاً، مما يستحق له بالعقد الأول بصفته مشترياً. ويتم تسليم المصنوع بصفة جزئية أو متدرجة في مواعيد معلومة، ولا مانع من هذا شرعاً. وإذا لم ينفذ الطرف الثالث موجب العقد لسبب طارئ، وجب عليه أداء موجب العقد في أي جهة أخرى تصنع المصنوع، ويعد التأخر في التسليم سبباً للتعويض على أساس الشرط الجزائي المشروع في أداء عمل، وغير المشروع في تسليم النقود.

* * *

رابعاً - صور تحديد البدل في المقاولة:

يتم تحديد البدل في عقد المقاولة الذي يشمل الثمن في الاستصناع، والأجر في إجازة الأعمال بالتراضي المتبادل بين العاقدين، الذي هو الأساس الذي تقوم عليه العقود المختلفة، قال الله تعالى: ﴿يَكَايُهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَضْرَةِ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال النبي ﷺ: «إنما البيع عن تراض»^(١).

وأشكال التراضي ثلاثة:

(أ) تحديد البدل بمبلغ إجمالي:

هذه هي الصورة النمطية التي تتم عادة أو غالباً بين أصحاب الأعمال وبين المقاولين، فيجري تحديد البدل بمبلغ مقطوع مقابل إنجاز البناء في مدة معينة، أو تركيب المصنع، أو تصنيع الحافلة أو الطائرة أو السفينة ونحو ذلك من أشكال المقاولة وصورها التي كثر الاعتماد عليها، وزاد حجمها زيادة واسعة لها أثرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في قطاع التعمير والإنشاء والتصنيع، مما جعل المقاولة ذات أهمية اقتصادية واجتماعية. وتحقق مصلحة الطرفين المتعاقدين بالاتفاق على وفاء البدل تدريجاً كل فترة زمنية أو بحسب إنجاز قدر

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

معين من العمل، يدخل فيه هامش الربح الذي يحصل عليه المقاول. وهذا جائز من غير شك، لاعتماده على التراخي أو الاتفاق.

نصت المادة (١/٧٩٥) من القانون الأردني والإماراتي (مادة ٨٨٧) على ما يأتي:

«إذا وقع عقد المقاولة بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم».

(ب) تحديد البديل بالتكلفة ونسبة الربح:

قد يتم إبرام عقد المقاولة على أن يحدد البديل بمقدار التكلفة الفعلية للمشروع بعد إنجازها، مع إضافة نسبة ربح مئوية مثل (١٠ أو ١٥٪) أو أكثر من ذلك من التكلفة الواقعية، وتحسب التكلفة بحسب الفواتير التي يقدمها المقاول لصاحب العمل، ويضم إليها نسبة الربح، وهذا جائز شرعاً بحسب المقرر في المذهب الحنبلي من مشروعية إعطاء نسبة مئوية من الربح في شركة المضاربة.

قال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل المال وكثيره، كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة^(١).

وفي الإجارة وإن كان الشرط كون الأجرة معلومة غير مجهولة بلا خلاف بين العلماء، لكن أجازته الحنابلة بجزء من نماء العمل. قال ابن قدامة: فإن قيل: فقد جوّزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، قلنا: إنما جاز ثم، تشبيهاً بالمضاربة، لأنها عين تنمي بالعمل، فجاز اشتراط جزء من النماء، والمساقاة كالمضاربة، وهو قول الشافعي أيضاً^(٢).

(١) المغني: ٢٦/٥-٢٧.

(٢) المصدر السابق: ٤٠٥/٥، لكن لم يُجز الحنابلة استئجار راع لغنم بثلث درهما ونسلها وصورها وشعرها أو نصفه أو جميعه، لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها، فلم يمكن إلحاقه بذلك.

(ج) تحديد البدل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع، متر مسطح):

لا مانع شرعاً أيضاً من تحديد البدل المستحق للمقاول على أساس الإنجاز الجزئي، كسعر وحدة قياسية، مثل متر مربع أو متر مسطح، أو مقدار مساحة بأصول معينة متعارف عليها بين الصنّاع أو المقاولين. لأنه إذا جاز تحديد البدل بالتكلفة غير المعلومة سلفاً في مقدارها الكلي بنحو دقيق، كما تقدم، جاز تحديد البدل بمقدار ما ينجز جزئياً، لارتباط تقدير البدل بعمل معلوم محدد بوحدة قياسية متفق عليها بين العمال وأرباب العمل، لأنه لا يثير منازعات أو مشكلات، فتصير كل وحدة قياسية لها بدل معلوم. ومرجع الجواز في هذه الصورة والتي قبلها هو العرف والعادة في التعامل الشائع أو الدارج بين الناس، دون أن يصادف ذلك نصاً شرعياً في القرآن والسنة النبوية.

نصَّ القانون الكويتي (مادة ٨٨٦) على ما يأتي:

١- إذا كان العمل مكوناً من عدة أجزاء، أو كان المقابل محدداً على أساس الوحدة، جاز للمقاول أن يستوفي من المقابل بقدر ما أنجز من العمل بعد معاينته وتقبله، على أن يكون ما تم إنجازه جزءاً متميزاً أو قسماً ذا أهمية كافية بالنسبة إلى العمل في جملته، وذلك ما لم يتفق على خلافه.

٢- ويفترض فيما دفع المقابل عنه: أنه قد تمت معاينته وتقبله، ما لم يثبت أن الدفع كان تحت الحساب.

* * *

خامساً - حكم الإضافات والتعديلات:

مما لا شك فيه أن كل إضافة أو تعديل على التصميم المتفق عليه لا يلزم به المقاول، إلا إذا وُجد اتفاق جديد على البدل المستحق لهذه الإضافات أو التعديلات.

وقد نصت القوانين المدنية الإسلامية^(١) على استثناء زيادة المقابل في حالتين:

(١) القانون المدني الكويتي (م٦٩٠)؛ الأردني (م٢/٧٩٥)؛ الإماراتي (م٨٨٧)؛ والمذكرات الإيضاحية لهذه القوانين.

الأولى: حالة تعديل التصميم أو زيادة التكاليف لسبب يرجع إلى رب العمل، كأن يقدم معلومات خطأ عن الأبعاد التي يريدها للبناء، أو يتأخر في الحصول على الترخيص، أو في تقديم الأرض التي يتم البناء عليها، فينجم عن ذلك تحميل المقاول بنفقات أو تكاليف إضافية. وهذا حق وعدل، لأن صاحب العمل هو المتسبب في التعديل، ويرجع ذلك إلى فعله.

الثانية: إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة بإذن أو رغبة صاحب العمل، وهذا أيضاً عذر مقبول؛ لأن التعديل نشأ عن إذن صاحب العمل، فعليه دفع زيادة التكلفة وبدل أو مقابل العمل الذي يقوم به المقاول.

وهناك حالة ثالثة خاصة وهي: حالة إقامة بناء أو إنشاء على أرض مقدمة من صاحب العمل إذا كانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة حدّاً يجعله غير صالح للاستعمال المقدر له، ويقتضي الأمر إزالته، والإزالة قد ترتب أضراراً بالغة للمقاول، فلا يكون لصاحب العمل إلا طلب إنقاص المقابل، أو إلزام المقاول بإصلاح العيب إن كان ممكناً دون إزالة البناء أو الإنشاء، وكل ذلك دون إخلال بالحق في التعويض إن كان له مقتضى^(١).

والخلاصة: إن حكم الإضافات والتعديلات هو إلزام صاحب العمل بها، ولا يتحمل المقاول عبء الإضافة أو التعديل، لأن ذلك زائد عن مضمون المقاول المتفق عليه.

* * *

سادساً - حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ

محددة:

قد يجد صاحب العمل أن أداء الدفعات المالية بحسب مراحل إنجاز العمل يضمن له سرعة الإنجاز في الوقت المحدد، بدلاً من ربط الدفعات بأوقات زمنية محددة، فتتحقق مصاحته، ويطمئن إلى أن سير خطة التنفيذ على نحو أفضل وأحکم وأضمن. وهذا جائز شرعاً لا إشكال فيه، لأن الدفعات قد تكون - كما

(١) م (٦٩١) مدني كويتي.

تقدم - على أساس سعر وحدة قياسية معينة، أو بحسب مقدار الإنجاز في أعمال المشروع، لأن أساسه التراضي الذي لا يتصادم مع مقتضى العقد.

* * *

سابعاً - أحكام المقاوله أو آثارها:

كل عقد ينشئ التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين، والمقاوله كغيرها من العقود ترتب التزامات معينة على كل من صاحب العمل والمقاول.

أما التزامات صاحب العمل:

فهي منصوص عليها في القوانين المدنية الإسلامية^(١)، وهي مستمدة من الفقه الحنفي^(٢)، وهي ما يأتي^(٣):

١ - تسلّم ما تم من العمل بعد إنجازه: على صاحب العمل تسلّم ما تم من العمل، متى أنجزه المقاول ووضع تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع، على الرغم من إنذاره رسمياً، وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تقصير منه، فلا ضمان عليه، لأن المقاول (أو الأجير الخاص) أمين على ما في يده، فلا يضمن ما تلف في يده من غير تعدّ ولا تقصير.

٢ - دفع الأجرة عند تسلّم المعقود عليه: على صاحب العمل دفع البدل المتفق عليه عند تسلّم العمل المعقود عليه، لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة ما لم يتفق أو يتعارف على غير ذلك.

فإذا كان عقد المقاوله على أساس الوحدة، مثل كل بناء على حدة، وبمقتضى تصميم معين، ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقضي زيادة جسيمة في النفقات، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، مع إيفاء المقاول حقه عما أنجزه من الأعمال مقدرة على وفق شروط العقد.

(١) انظر: القانون الكويتي (م ٦٧١ - ٦٧٩)؛ الإماراتي (م ٨٨٤ - ٨٨٩)؛ الأردني (م ٧٩٢ - ٧٩٧).

(٢) المجلة (م ٢٢٥، ٢٢٦، ٤٩، ٤٦٦).

(٣) العقود المسماة في القانونين الإماراتي والأردني، وهبة الزحيلي، ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

أما إن كان تنفيذ العمل على أساس تصميم لقاء أجر إجمالي، فليس للمقاول المطالبة بأية زيادة في الأجر.

وإذا لم يُعَيَّن في العقد أجرٌ على العمل، استحق المقاول أجر المثل، مع قيمة المواد التي يتطلبها العمل.

وإذا لم يتفق المهندس الذي صمم البناء وأشرف على تنفيذه على الأجر، استحق أجر المثل حسب الجاري عرفاً، فإن طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقاً للتصميم الذي أعده، استحق أجر مثل ما قام به من عمل دون الباقي.

وأما التزامات المقاول:

فقد نصت القوانين الإسلامية^(١) أيضاً على هذه الالتزامات، وهي أيضاً مأخوذة من الفقه الحنفي^(٢)، وهي ما يأتي^(٣):

١ - المسؤولية عن جودة مادة العمل: إذا تعهد المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها، وهي المواد الأولية، كان مسؤولاً عن جودتها على وفق شروط العقد أو العرف التجاري.

٢ - الحفاظ على مصلحة صاحب العمل: إذا قدّم صاحب العمل مادة العمل، وجب على المقاول الحرص عليها ومراعاة الأصول الفنية في صنعها، وردّ ما بقي منها لصاحبها، لأنه أمين على مصلحة صاحب العمل، فإن أهمل أو قصر في ذلك، فنلت أو تعيبت أو فقدت، فعليه ضمانها.

٣ - تقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات: على المقاول أن يأتي عملاً بمقتضى العقد بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته، ما لم يقصّر الاتفاق العرف بغير ذلك.

(١) انظر: القانون الكويتي (٦٦٦م - ٦٧٠)؛ والأردني (٧٨٣م - ٧٩١)؛ والإماراتي (م٨٧٥ - ٨٨٣).

(٢) المجلة (م٤٣، ٥٨، ٨٣، ٨٥، ٨٧، ٨٨، ٣٩٢، ٤٠٣، ٤٨٢، ٤٨٣، ٥٧٤، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١١، ٨٩١، ١٣٨٧، ١٣٩٨، ١٦٦٠، ١٨٠١).

(٣) العقود المسماة، المرجع السابق، ص ٢٧٧ - ٢٧٩.

٤ - إنجاز العمل بحسب شروط العقد: يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشرط منها، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل.

وأما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال أجل معقول، فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد، أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.

٥ - ضمان الضرر أو الخسارة: يضمن المقاول ما تولّد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعديه أم بتقصيره أم لا، لأنه (كالأجير المشترك) ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس.

ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز عنه، عملاً بالقاعدة الشرعية: (كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه).

فإن كان محل عقد المقاولة إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها، أو رضي صاحب العمل بالعيب.

وإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ، كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، لأن (الخراج بالضمان) أو (الغرم بالغنم).

ويطلب كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه، لأن ذلك يتنافى مع المصلحة ومع حق الآخرين.

واحتياطاً من القانون المدني الإسلامي أبان أنه لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب، أخذاً بمبدأ المنع من سماع الدعوى وتخصص القضاة.

وأما حق المقاول في الأجر أو البدل : فمأخوذ من مذهب الحنفية في ضمان الأجير المشترك، بحسب التفصيل الآتي :

أ- إذا كان لعمل المقاول أثر في العين التي يعمل فيها، كالخياط والصباغ، جاز له حبسها، حتى يستوفي الأجرة المستحقة، وإذا تلفت في يده قبل سداد أجره، فلا ضمان عليه ولا أجر له.

ب- وأما إذا لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال والملاح، فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة، فإن فعل وتلفت، كان عليه ضمان الغصب وهو أنه يضمن الشيء، أي إذا كان سبب تلفه، قضاء وقدرأ، أو بالتعدي أو بالتقصير.

* * *

ثامناً - انقضاء المقاولة:

نصت القوانين المدنية الإسلامية^(١) على حالات انتهاء أو انقضاء المقاولة؛ وهي الحالات المشابهة لحالات انتهاء الإجارة لدى الحنفية^(٢):

١ - إنجاز العمل المتفق عليه: إذا أنجز المقاول العمل المطلوب منه، لم يبق مسوغ لبقاء عقد المقاولة.

٢ - فسخ العقد بالتراضي أو بالقضاء: ينتهي العقد باتفاق الطرفين على إنهائه أو فسخه، فإن لم يتفقا على ذلك، جاز فسخه قضاء بطلب أحد الطرفين.

٣ - فسخ العقد لعذر: إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد، أو إتمام تنفيذه، جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو إنهائه حسب الأحوال، كما تفسخ الإجارة في مذهب الحنفية بالأعذار الطارئة. فإذا تضرر أحد العاقدين بالفسخ، جاز له مطالبة الطرف الآخر بالتعويض المتعارف عليه.

٤ - عجز المقاول عن إتمام العمل: إذا أصبح المقاول عاجزاً كلياً عن

(١) انظر: القانون الكويتي (٦٨٥ - ٦٨٨)؛ القانون الأردني (٨٠٠م - ٨٠٤)؛ القانون الإماراتي (٨٩٢-٨٩٦).

(٢) المجلة (م) ٥٧١-٥٧٣؛ مرشد الحيران (م) ٦٢١، ٦٢٦، ٦٢٧.

إتمام العمل لسبب لا يد له فيه من مرض أو حادث جسيم، فإن المقاوله تنتهي، ويستحق المقاول قيمة ما أتم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ.

٥ - موت المقاول: ينتهي عقد المقاوله بموت المقاول إذا كان متفقاً مع صاحب العمل على أن يعمل بنفسه أو اعتباراً بمؤهلاته الشخصية.

فإن لم يكن هنالك مثل هذا الشرط أو لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وفي حال الموت أو الفسخ يدخل في التركة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات بحسب شروط العقد وبمقتضى العرف.

* * *

تاسعاً - حكم الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي في القانون: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

وهو داخل تحت مضمون الحديث النبوي: «المسلمون على شروطهم»^(١). وأيد ابن القيم العمل به بما رواه البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاضطرار من حديث ابن سيرين: أن القاضي شريح قال: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»^(٢).

وأيد الأخذ به قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في الدورة الخامسة بتاريخ (٥ - ٢٢/٨/١٣٩٤هـ) بالطائف، ومضمونه إقرار التعويض عن الخسارة الواقعة والربح الفائت بقولها: «ما فات من منفعة أو الحق من مضره».

(١) رواه الترمذي وصححه؛ وفي لفظ أبي داود: «والمؤمنون على شروطهم» من حديث عمرو بن عوف المزني، ونصه: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

(٢) إعلام الموقعين: ٣/٤٠٠، تحقيق الشيخ محيي الدين عبد الحميد.

لكن هذا القرار وإن صدر مطلقاً، فينبغي تقييده في تعويض الأضرار عن إنجاز الأعمال كالمقاولات، وليس في الديون أو التأخر في سداد القروض، فذلك عين الربا حينئذ، لذا كان قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة بالرياض بتاريخ (٦/٢٥ - غرة رجب سنة ١٤٢١ هـ، ٢٣ - ٢٨/٩/٢٠٠٠م) أدق وأحكم، حيث جاء في الفقرة ثالثاً ما يأتي: يجوز أن يكون الشرط الجزائري مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

وفي الفقرة رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائري في جميع العقود المالية، ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم يتفد ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

والفقرة خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

والفقرة سادساً: لا يُعمل بالشرط الجزائري إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

يتبين من هذا القرار والدراسات الفقهية التي قدمت للمجمع قبل انعقاد دورته أنه يجوز في المقابلة الأخذ بالشرط الجزائري، منعاً من تأخر المقاول من إنجاز عمله في الوقت المحدد في صلب عقد المقابلة إذا نص في عقد المقابلة

بين العاقدين على الأخذ بمقتضاه، أو باتفاق لاحق قبل حدوث الضرر .

* * *

عاشراً - البراءة من العيوب في المقابلة:

المقابلة كما عرفنا تشمل عقدي الاستصناع والإجارة على الأعمال، وكلاهما ينطبق عليه ما قرره الفقهاء في مسألة البراءة من العيوب، أي: عدم المسؤولية أو عدم الضمان عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع، وللفقهاء في هذا الموضوع ثلاثة اتجاهات:

١ - اتجاه جمهور الحنفية^(١): تصح المقابلة أو البيع بشرط البراءة من كل عيب، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء أكان العاقد جاهلاً بوجود العيب في مبيعه، فاشترط هذا الشرط احتياطاً، أم كان عالماً بعيب المبيع، فكنمه عن المشتري، واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته، فيصح العقد، لأن الإبراء إسقاط لا تملك، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة، لعدم الحاجة إلى التسليم.

ويشمل هذا الإبراء كل عيب موجود قبل العقد أو حادث بعده قبل القبض، فلا يكون المشروط عليه مستحقاً ردّ المعقود عليه، إلى العاقد الآخر وهو المقاول في المقابلة.

وهذا هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، لأن غرض المشتري لهذا الشرط وهو المقاول هنا التوصل إلى إلزام العقد في كل حال، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بشمول العيب الحادث قبل التسليم، فيكون داخلياً ضمناً.

٢ - اتجاه أغلب الفقهاء الآخرين (محمد بن الحسن، وزفر، والحسن بن زياد، ومالك، والشافعي)^(٢): يشمل شرط البراءة من العيوب: العيب الموجود

(١) البدائع: ٢٢٧/٥؛ فتح القدير: ١٨٢/٥؛ الدر المختار ورد المحتار: ١٠٠/٤.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ١١٩/؛ الشرح الصغير: ١٦٤/٣؛ مغني المحتاج: ٥٣/٢.

عند العقد فقط، لا الحادث بعد وقبل القبض، لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود، حيث إن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يدخل تحت الإبراء.

لكن قصر المالكية صحة شرط البراءة عن العيوب على عيوب الرقيق فقط، إذا طالت إقامة العبد عند بائعه، أما غير الرقيق أو الرقيق الذي لم تطل إقامته عند مالكة فلا تصح البراءة عنه، أي: أنهم لا يجيزون البراءة عن العيوب في المقاولات.

والأظهر عند الشافعية حصر البراءة عن كل عيب باطن بالحيوان خاصة، إذا لم يعلمه المالك، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً، أي: إنهم مثل المالكية لا يجيزون البراءة في المقاولات.

٣- اتجاه الحنابلة على الرجح عندهم^(١): أن البراءة عن كل عيب، أو من عيب معين موجود؛ لا يصح، ويحرم العقد بيعاً أو غيره، ولا يبرأ المشتري، إذا علم بالعيب، ولا يحرم إن لم يعلم بالعيب.

والخلاصة: يجيز الحنفية دون غيرهم من العلماء البراءة عن العيوب في المقولة.

* * *

حادي عشر - حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة بعدها:

ليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً تحقيقاً للعدالة وتوازن المصالح بين عاقدَي المقولة تحمل المقاول تبعه ضمان العيوب المحتملة، أو التي قد تقع في المستقبل لمدة طويلة أو مفتوحة، وإنما لا بد من تحديد مدة معينة لتوجيه المسؤولية له، ثم يصبح بريئاً بعدها، وهذا ما عليه عرف المقاولات وواقع تنفيذ الأعمال.

وقد حسمت القوانين الإسلامية هذا الحكم وأنتهت مشكلة المدة، وقررت كما تقدم في بيان التزامات المقاول بأنه إن كان محل عقد المقولة إقامة مبانٍ أو

(١) المغني: ١٨٧/٤؛ غاية المنتهي: ٢٧/٢؛ منار السبيل، ص ٢٨٠، ط. المكتب الإسلامي.

منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات، تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو رضي صاحب العمل بالعيب. أي: أن المسؤولية تظل قائمة ضمن هذه المدة، ولو حدث تراص على الإعفاء منها أو التخفيف منها، رعاية للمصلحة العامة.

ويتبين من هذا أنه لا يمكن بالاتفاق أو التراصي بقاء المسؤولية عن العيوب لمدة أطول من عشر سنوات من تاريخ تسليم العمل، ويعد هذا التوجه مجالاً لتشديد المسؤولية وإطالة أمدها، ضماناً لمصلحة صاحب العمل، ورعاية للنفع العام.

* * *

خاتمة البحث

تعددت أشكال المقاولة وصورها في العصر الحاضر، وكثر الإقبال عليها سواء على الصعيد الحكومي بإنشاء كثير من المرافق الحيوية كالمصانع والمشافي والمدارس، أم على الصعيد الخاص في الإنشاء والتعمير، ويزداد حجم المقاولات في كل عام في مختلف الدول، مما كان لها أثر واضح في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع، مما أوجب تنظيم عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة.

والمقولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر.

وقد حلت المقاولة محل كل من الاستصناع وإجارة الأعمال (الأجير المشترك أو العام) في التنظيم القانوني، وأصبحت منفصلة عن هذين العقدين. فإذا قدم المقاول العمل والمواد فهي كالاستصناع، وإن قدم المقاول العمل فقط فهي إجارة على العمل.

ولإبرام المقاولة صور؛ أهمها ثلاث: أن تتم مباشرة بين المقاول والمستفيد، أو تتم من الباطن (المقاول الثاني)، أو بوساطة مؤسسة مالية: بنك أو غيره، عن طريق ما يعرف بالاستصناع الموازي، وجميع هذه الصور جائزة شرعاً، مستمدة أحكامها من الفقه الحنفي.

أما المقاولة من حيث البديل فلها أيضاً صور ثلاث: إما أن يحدد البديل بمبلغ إجمالي، وهي الصورة الغالبة أو النمطية، وإما بالتكلفة وضم نسبة ربح للمقاول، وإما على أساس سعر الوحدة القياسية، وهذا كله جائز شرعاً لاعتماده على الاتفاق أو التراضي بين العاقدين. وجواز أخذ نسبة من الربح مأخوذ من المذهب الحنبلي وكذا الشافعي الذي يجيز ذلك في حالة نماء العين المؤجرة بالعمل، قياساً على المضاربة والمساقاة، ولا جهالة في ذلك عرفاً، ولا يثير ذلك إشكالاً أو منازعة.

وكل إضافة أو تعديل على بنود المقاولة يلزم صاحب العمل بدفع المقابل باتفاق جديد بين الطرفين .

وعقد المقاولة ينشئ التزامات متقابلة على كل من صاحب العمل ؛ كدفع البديل بعد تسلم العمل كله أو بعضه ، والمقاول كإنجاز العمل بنحو جيد في الوقت المحدد، وضمان الضرر أو الخسارة الناشئة عن فعله ضمن مدة عشر سنوات أو أطول منها .

وتنقضي المقاولة في حالات مشابهة لانتهاء الإجارة في المذهب الحنفي ، وهي إنجاز العمل المتفق عليه ، وفسخ العقد بالتراضي ، أو لعذر ، أو بسبب عجز المقاول عن إتمام العمل ، وموت المقاول .

* * *

ملخص البحث

ظهر في عالم التقنيات المدنية اصطلاح عقد المقاوله، عوضاً عن كل من عقد الاستصناع، وعقد إجارة الأعمال - استئجار الأجير . وذلك مراعاة للواقع، ومجاراة للأعراف السائدة، فيما لا يعارض القرآن الكريم والسنة النبوية، ورئي استعمال كلمة (البدل) عوضاً عن (الثمن) و(الأجر) واستعمال كلمة (المقاول) بدلاً عن كلمة (الأجير)، المشعرة بشيء من المهانة والدونية في العصر الحاضر .

وقد نُظّم عقد المقاوله في القوانين المدنية الوضعية والإسلامية على نحو جيد يتناسب مع أهمية هذا العقد في العصر الحاضر، لكثرة الاعتماد عليه، وتأثيره على العلاقات الاقتصادية والاجتماعية .

والمقاوله : عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر .

واستمدت أحكام المقاوله في الغالب من المذهب الحنفي في شأن حكم الاستصناع والإجارة على العمل (الأجير المشترك)، ومن المذهب الحنبلي . فإذا كان تقديم العمل والمواد من المقاول، كانت المقاوله أشبه بالاستصناع، وإذا قدم المقاول العمل فقط، كانت المقاوله أشبه بالإجارة على العمل .

وصور المقاوله تختلف باعتبارين : اعتبار طريقة إبرام العقد، واعتبار كيفية تحديد البدل، ولكل منهما صور ثلاث :

أما صور إبرام المقاوله فهي : أن يتم العقد مباشرة بين المقاول والمستفيد، أو يبرم العقد بين المقاول الأول وبين المقاول الثاني (المقاوله من الباطن)، أو يتم العقد بوساطة مؤسسة مالية بنك أو غيره لتنفيذ أعمال المقاوله بطريق غير مباشر؛ وهي عقد المقاوله الموازي على نسق عقد الاستصناع الموازي بالمواصفات والشروط نفسها في العقدين، بشرط استقلال الثاني عن الأول، وفي المدة المتفق عليها، ويتم تنفيذ العمل بمقتضى العقد الثاني قبل مدة بسيطة

عادة من نهاية مدة العقد الأول. وهذه الصور كلها جائزة شرعاً على أساس التراضي، وبمقتضى الإجارة من الباطن شرعاً، وإنجاز المطلوب في المقاولة، سواء من المقاول المتعهد الأصلي، أو بمقاول آخر، لأن العبرة بالنتائج ومراعاة الشروط والأوصاف.

وأما صور تحديد البدل في المقاولة فهي: إما أن يتحدد البدل بمبلغ إجمالي، وهي الصورة الغالبة أو النمطية المقررة بالتراضي، وإما أن يتحدد بمقدار التكلفة الفعلية للإنجاز مع إضافة نسبة ربح معين، وهذا ينسجم مع المقرر في المذهب الحنبلي والمذهب الشافعي في الإجارة، حيث يجوز الاتفاق على نسبة مئوية مما فيه نماء عمل، لا مطلقاً، لأن المطلق كإجارة راع لغنم بثلاث درهما ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه، لا يجوز لهجالة الأجرة، لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها، أما الإجارة إذا نمت من عمل في مدة معينة فتجوز الإجارة، كما إذا دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، قياساً على المضاربة والمساقاة.

وإما أن يتحدد البدل على أساس وحدة قياسية كالأمطار، لأن استحقاق الأجرة يجوز بعد إنجاز العمل كله أو بعد إنجاز بعضه أو جزء منه، ولا يثير ذلك أية منازعة أو إشكال.

أما الإضافات والتعديلات التي يطلبها صاحب العمل من المقاول فتخضع لاتفاق جديد، ويستحق المقاول البدل الجديد المتفق عليه، ولهذه الإضافات حالات ثلاث:

الأولى: حالة تعديل التصميم أو زيادة التكاليف لسبب يرجع إلى صاحب العمل، كتقديمه معلومات خطأ عن أبعاد البناء.

الثانية: إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة بإذن صاحب العمل.

الثالثة: حالة إقامة بناء أو إنشاء على أرض مقدمة من صاحب العمل إذا كانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة حدّاً يجعله غير صالح للاستعمال المقدر له، ويقتضي الأمر إزالته، والإزالة قد ترتب أضراراً بالغة للمقاول.

ولا مانع أيضاً من الاتفاق على تحديد دفعات البدل للمقاول بحسب

مراحل الإنجاز للمشروع، بدلاً من تواريخ محددة. وهذا مقبول فقهاً لأن أساسه التراضي الذي لا يتصادم مع مقتضى العقد.

وعقد المقاولة كأى عقد آخر ينشئ التزامات متقابلة على كل من طرفيه، أما التزامات صاحب العمل: فهي تسلم ما تم من العمل بعد إنجازه، ودفع الأجرة عند تسلم المعقود عليه.

وأما التزامات المقاول: فهي المسؤولية عن جودة مادة العمل، والحفاظ على مصلحة صاحب العمل، وتقديم ما يحتاجه إنجاز العمل من آلات وأدوات، وإنجاز العمل على وفق شروط العقد ومواصفاته، وضمان الضرر أو الخسارة مما يتولد عن فعله وصنعه، سواء أكان ذلك بتعدّيه أم بتقصيره أم لا، لأنه (كالأجير المشترك أو العام) في الاصطلاح الفقهي ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، إلا إذا وقع الضرر بسبب حادث لا يمكن التحرز عنه، عملاً بالقاعدة الشرعية: (كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه).

وإذا وجد مقاولان: أول وثان (المقاولة من الباطن) كانا مسؤولين بالتضامن في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو تصدع جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، إذا لم يتضمن العقد مدة أطول.

وإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ، كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، لأن (الخراج بالضمان) أو (الغرم بالغنم).

وهذا كله مأخوذ من الفقه الحنفي ومما قرره مجلة الأحكام العدلية. وتنقضي المقاولة في أحوال مشابهة لانتهاج الإجارة عند الحنفية؛ وهي خمسة: إنجاز العمل المتفق عليه، فسخ العقد بالتراضي أو بالقضاء، وفسخ العقد لعذر، وعجز المقاول عن إتمام العمل، وموت المقاول.

مشروع قرار المقاولة:

المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر. وأساسها التراضي أو الاتفاق الحاصل بين الطرفين

سواء في بدء إبرام العقد بصورة الثلاث، أو فيما يتعلق بتحديد البدل بصورة الثلاث أيضاً. ويعمل بالأعراف السائدة في أحكامها فيما لا يتصادم ذلك مع القرآن والسنة النبوية. علماً بأن كل إضافة أو تعديل خارج عن مواصفات العقد تكون على حساب صاحب العمل، ويمكن تحديد دفعات البدل بعد إنجاز المشروع كله أو بعضه بحسب مراحل الإنجاز. وتنقضي المقابلة بحالات مشابهة لانقضاء الإجارة.

والحمد لله رب العالمين.

* * *

عقد المقابلة

حقيقته، تكييفه، صورته

العرض والمناقشة

أولاً: العرض

الرئيس:

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين .

في هذه الجلسة المسائية المباركة - إن شاء الله تعالى - نستعرض الموضوع الثالث (عقد المقاوله والتعمير، حقيقته، تكييفه، صورته)، وفيه خمسة بحوث مقدّمة إليكم، والعارض هو الشيخ عجيل جاسم النشمي، والمقرر محمد جبر الألفي، ونظر أغيابه فقد عهد إلى الشيخ جاسم الشامسي .

* * *

الشيخ عجيل جاسم النشمي (العارض):

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد، هذه أبحاث في موضوع (عقد المقاوله) كتبت عن بعد دون تواطؤ؛ لثلاثاً يتأثر الباحث بما كتبه غيره . والباحثون هم:

- الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي .

- الدكتور قطب مصطفى سانو .

- الدكتور محمد جبر الألفي .

- الدكتور جاسم علي الشامسي .

- الدكتور عجيل جاسم النشمي .

ومهمتي باعتباري عارضاً للموضوع، أن أعمد إلى تجميع القضايا المتفق عليها، والمختلف فيها مع بيان الحجج عند الحاجة، كما سأذكر ما قد يتميز فيه

بحث من زيادة أو إضافة لها تأثير في الحكم . وسيقتصر العرض على المواضيع التي تم طلب الاستكتاب فيها من قبل الأمانة العامة للمجمع ، وأبدأ بالمقدمة بعد الحمد لله رب العالمين ، فأقول :

لم تعد إجارة الأشخاص عاملاً يستأجر لسقي زرع أو حمل متاع ، ولا أجيراً مشتركاً يخيظ ثوباً ، أو يخرزُ نعلًا ، أو يصنع إناء ، أو حتى عقاراً أو قصرًا مشيداً ، بل أصبح الإجراء شركات عملاقة تبني عمائر تنطح السحاب ، وحظائر ومصانع ضخمة تصنع الطائرات ، والبواخر والغواصات ، بعقود هي مقاولات واستناعات .

مواضيع الأبحاث وهي عشرة:

أولاً- تعريف المقابلة :

تقاربت تعريف الباحثين في نقلهم التعاريف من الكتب القانونية ، وكان أجمع التعاريف وأشملها هو ما أورده محمد جبر الألفي ، فاختار من تعريف المقابلة أنه : عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً ، أو يصنع شيئاً للطرف الآخر ، مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه .

وقد حدد الدكتور جاسم الشامسي أطراف العلاقة في عقد المقابلة فشملت : المهندس المعماري ، والمقاول ، ومالك البناء ، وإلى جانب هؤلاء هناك جهات الإشراف ، وهم الإدارة العامة سواء البلديات أو غيرها . ثم ذكر الدكتور جاسم خصائص عقد المقابلة بأنه عقد معاوضة رضائي وملزم للجانبين .

ثانياً- تكييف عقد المقابلة :

اتفق رأي الباحثين الدكتور وهبة الزحيلي ، والدكتور عجيل النشمي على أنه عقد استنناع أو عقد إجارة (أجير مشترك) ، وقد لخص الدكتور عجيل النشمي هذا التكييف أو الوصف وحدد العلائق بين الاستنناع والمقابلة بين الفقه والقانون ، فقال : المقابلة أعم من الاستنناع ، فكل استنناع مقابلة ولا عكس ، فبينهما عموم وخصوص مطلق ، يجتمعان فيما إذا كانت المادة والعمل من المقاول وهو الصانع ، فيكون عقد مقابلة في القانون واستنناعاً في الفقه ،

وتنفرد المقابولة فيما إذا كانت المادة من المستصنع والعمل من المقاول وهو الصانع، فهي مقابولة في القانون، إجارة على العمل في الفقه .

ويرى الدكتور قطب سانو أن حقيقة عقد الاستصناع تختلف عن حقيقة عقد المقابولة، ويبيّن في بحثه الفروق؛ وأهمها: أن عقد المقابولة عقد لازم وعقد الاستصناع عقد جائز عند أئمة الحنفية، وأن عقد المقابولة يعتبر من العقود الجديدة في هذا العصر وينتظم عمل الطبيب والرسام وغيرهم، كما أنه يقوم على اتفاق بين المقاول والمستفيد؛ يتعهد المقاول بتقديم المواد والعمل أو تقديم العمل دون المواد، وليس كذلك عقد الاستصناع. وبناء على هذا يرى الدكتور قطب تجاوز إعطاء حكم الاستصناع لعقد المقابولة، وبدلاً من ذلك ينبغي الاستناد إلى ذات الأصول والقواعد التي تثبت بها مشروعية عقد الاستصناع لإثبات مشروعية عقد المقابولة.

كما انتهى الدكتور جاسم الشامسي إلى القول بأن عقد المقابولة عقد خاص له أحكامه الخاصة به. وذلك بعد أن توسع في استعراض تكييفه فقهاً وقانوناً.

ويرى الدكتور جبر الألفي أن عقد المقابولة عقد مستقل يخضع لاتفاق الطرفين بما لا يخالف حكماً فقهياً مجتمعاً عليه، أو قاعدة أمره نص عليها نظام داخلي، أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

ثالثاً- المقابولة من الباطن:

أجاز الباحثون عقد المقابولة من الباطن بشرط ألا يشترط رب المال على المقاول الأصلي مباشرة العمل بنفسه، وألا تكون شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار عند رب المال. هذا ما قاله الباحثون، وقال الدكتور قطب: إنها جائزة لعدم وجود نص يعارضها، ولعدم تناقضها مع القواعد والأصول العامة التي تحكم العقود والشركات في الإسلام.

رابعاً- صور تحديد الثمن في عقد المقابولة:

الصورة الأولى: تحديد الثمن بمبلغ إجمالي محدد بناء على المواصفات المتفق عليها في العقد، وهذه الصورة وافق على جوازها الباحثون جميعاً.

الصورة الثانية: وهي تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح، أجازها الدكتور وهبة والدكتور الألفي والدكتور عجيل .

وقال الدكتور الألفي: إنها من صيغ المرابحة البسيطة، وهي جائزة إذا توافرت شروطها. وخرّجها الدكتور وهبة الزحيلي على المقرر في المذهب الحنبلي من مشروعية إعطاء نسبة مئوية من الربح في شركة المضاربة. ونقل نصّ ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء، لأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل المال وكثيره كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة».

والحنابلة ذهبوا إلى جواز ذلك إذا كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، تشبيهاً بالمضاربة والمساقاة، فيجوز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، والزرع أو النخل إلى من يعمل فيه بسدس ما يخرج منه، لأنه إذا شاهده علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم.

قال الإمام أحمد: لا بأس أن يحصد الزرع، ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه، وهو أحب إلي من المقاطعة، إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوماً، قال ابن قدامة: واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة؛ لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه، وههنا يكون أقل منه ضرورة.

وبمثل ذلك وزيادة خرّج الدكتور عجيل النشمي جواز هذه الصورة وقال: إن المالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير يتجهون وجهة الحنابلة، فيقولون: إن قال: احتطبه ولك النصف، فيجوز إن علم ما احتطبه بعادة. وعله الجواز العلم. ولو قال: احتطب، أو: احصد، ولك نصف ما احتطبت أو حصدت، فذلك جائز على أنه من قبيل الجعالة. وهي يتسامح فيها ما لا يتسامح في الإجارة.

وقد أورد الزيلعي الحنفي صورة من هذا القبيل، وهي أن يدفع إلى الحائك غزلاً ينسجه بالنصف، وقال: إن مشايخ بلخ يجوّزونه لحاجة الناس، لكن قال

في الفتاوى الهندية : الصحيح خلافه .

إلا أن هذه الصيغة وهي تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة من الربح لم يجزها الدكتور قطب سانو ؛ قال : لما فيها من غرر من شأنه أن يفضي إلى المنازعة في تقدير الربح . واقترح ضرورة تحديد الثمن وربط الربح بنسبة مئوية .

ولم يقبل هذه الصورة أيضاً الدكتور جاسم الشامسي ، معللاً بأن هذه الطريقة ستحمّل صاحب العمل مخاطر الزيادة في النفقات . والغالب الأعم أنها تختلف عما هو متوقع في الدراسات التقديرية لمن يضع هذا العقد . وعلى هذا فالعقد فيه غرر كثير فاحش يؤدي إلى المشاحنة والتزاع .

الصورة الثالثة : تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية بالمر المسطح أو المربع ونحو ذلك ، وقد صرح الباحثون الأربعة على جوازها ، وذكرها الدكتور جاسم الشامسي ، لكنه لم يبين حكمها الشرعي ورأيه فيها .

وقد علل الدكتور الألفي جواز هذه الصورة بأن جملة المبيع معلومة ، وجملة الثمن يمكن الوصول إليها ، وقد نص على جواز ذلك الصحابان من الحنفية .

خامساً - تحديد الدفعات على مراحل الإنجاز :

أجازها الباحثون ، وعلل الدكتور وهبة الجواز بأنه لا إشكال فيه ؛ لأن الدفعات قد تكون على أساس سعر وحدة قياسية معينة ، أو بحسب مقدار الإنجاز في أعمال المشروع ، لأن أساسه التراضي الذي لا يتصادم مع مقتضى العقد . وعلل الدكتور الألفي الجواز بقاعدة رفع الحرج لإدخال التيسير على الناس في معاملاتهم .

سادساً - عقد المقاوله مع تخلل مؤسسة مالية إسلامية :

وافق الباحثون على هذا التخلل ، وجواز إبرام عقد مقاوله بشرط انفصال عقد المقاوله الثاني عن العقد الأول . وتناولوا الكلام عن الاستصناع الموازي .

سابعاً - الشرط الجزائي :

اتفق الباحثون الخمسة على الأخذ به في عقد المقاوله بالشرط التي ذكرها

مجمع الفقه في قراره رقم (٧/٣/٦٥). وقد أورد الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور عجيل النشمي قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بجواز الشرط الجزائي في دورته الخامسة بتاريخ (٥ - ٢٢/٨/١٣٩٤ هـ). ونبّه الدكتور وهبة الزحيلي إلى أن هذا القرار وإن صدر مطلقاً فينبغي تقييده في تعويض الأضرار عن إنجاز الأعمال كالمقاولات، وليس في الديون أو التأخر عن سداد القروض، فذلك عين الربا حينئذ.

وقد أدرك ملحظ الإطلاق في القرار أيضاً الدكتور عجيل النشمي فقال: إن قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في جواز الشرط الجزائي وإن كان عاماً يشمل الشرط الجزائي بالغرامة على الديون، إلا أنها غير مقصودة للاتفاق على حرمتها، واعتذر عن ذلك للمجمع بأن الديون خرجت بالمنع في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الحادية عشرة المنعقدة في (١٣ رجب ١٤١٩ هـ) الذي يوافق (١٩ فبراير) في قراره الثامن، ونصّه: «إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو نسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما؛ فهو شرط أو فرض باطل ولا يجب الوفاء به، ولا يحل؛ سواء أكان الشارط هو المصرف أم غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه».

ثامناً - تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة بعدها:

اتفقت الأبحاث الخمسة على جواز تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة بعدها.

تاسعاً - الإضافات والتعديلات:

نصت أبحاث الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور جبر الألفي والدكتور عجيل النشمي على حالتين:

الأولى: إذا تكبد المقاول نفقات إضافية أو جهداً خاصاً نتيجة معلومات خاطئة قدمها صاحب العمل، فيحق للمقاول المطالبة بالنفقات بعد أن يثبت هذا الخطأ.

الثانية : إذا كانت النفقات نتيجة أمر لم يكن معروفاً من قبل فيجب على المقاول إبلاغ صاحب العمل وأخذ موافقته فيستحق المقاول النفقات . وإن لم يأخذ موافقة صاحب العمل اعتبر متبرعاً . وقد ذكر الدكتور عجيل النشمي حالات أكثر تفصيلاً في هذا الشأن .

وقد وافق الدكتور قطب سانو على الإضافات والتعديلات واشترط موافقة الطرفين .

عاشراً - شرط البراءة من العيوب :

اتجه الباحثون إلى تقرير عدم صحة اشتراط المقاول البراءة من العيوب في عقد المقاولة ، رفعا للضرر وحفظاً للنفوس ، وأنه لا يصلح حال الناس اليوم إلا هذا وقد نص على ذلك الدكتور الألفي والدكتور جاسم الشامسي والدكتور عجيل النشمي ، وقال الدكتور قطب سانو : إنه يجوز اشتراط المستفيد البراءة من العيوب ، وأن له خيار العيب في حال ظهوره ، وهذا لا خلاف عليه بالنسبة لرب المال . وإنما الخلاف في اشتراط المقاول البراءة من العيوب مطلقاً . وأما الدكتور وهبة فقد ذكر آراء الفقهاء ولم يرجح رأياً يناسب عقد المقاولة .

هذا تلخيص للأبحاث الخمسة ، وأقول قولي هذا وأستغفر الله لي ولكم .

* * *

ثانياً: المناقشة

الشيخ الصديق الضيرير:

بسم الله الرحمن الرحيم:

. . . تناولت البحوث الخمسة في مجموعها الموضوع من كل جوانبه ما عدا جانباً واحداً أهملته كل البحوث، وجاء بعضها مكملاً الآخر فيما تركه، فما تركه بعضها ذكره البعض الآخر وما أخطأ فيه بعضها صحّحه البعض الآخر. من ذلك قول بعضها بجواز تحديد البدل - أي الثمن - بالتكلفة ونسبة من الربح، نسبة منه للربح. أغلب البحوث أجازت هذا، وخالف بعضها فمنعه معللاً ذلك بالغرر، والمنع عندي هو الصواب. وتعليل المنع بالربا أولى عندي من تعليله بالغرر؛ لأن المقاول مغرض لرب العمل التكلفة أي ما دفعه من المال، ويطلب عليه ربحاً. هذا هو الأصل. أصل المبلغ المطلوب هو ما دفعه أو ما اشترى به المقاول الأدوات وما يحتاج إليه البناء؛ فهو مُغْرَضٌ بهذا المعنى، فإذا طلب نسبة مما دفعه فقد أربى.

ومما اختلف فيه أيضاً حكم الشرط الجزائي في المقابلة؛ فقد أجازه بعضهم بالنسبة للمقاول، وبالنسبة لرب العمل، وأجازه بعضهم بالنسبة للمقاول فقط، ومنعه بالنسبة لرب العمل، وهذا هو الصواب الذي صدر به قرار مجمع الفقه، وقد تحدث العارض عن هذا.

وقد اتفق أصحاب البحوث الخمسة على جواز عقد المقابلة في حالتيه: الحالة التي يُقَدَّم فيها المقاول العمل والمواد، والحالة التي يقدم فيها العمل فقط، وأوافقهم على جواز الحالة الثانية، أما الحالة التي يقدم فيها المقاول العمل والمواد فقد تركوا فيها جانباً هاماً لم يتعرّضوا إليه. من كيفها منهم على أنها استصناع، ومن كيفها على أنها عقد مستحدث مستقل. وقد عبّر الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي عن الجواز بهذه العبارة المحكمة، يقول: «يعتبر عقد المقابلة

الذي يلتزم فيه المفاوض بتقديم العمل والمواد عقداً مستقلاً ملزماً للطرفين يسمى عقد مقاوله الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين بما لا يخالف حكماً فقهيّاً مجعماً عليه، أو قاعدة أمرّة نص عليها نظام داخلي أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة للشرع».

عقد المقاوله متفق عليه على أنه عقد لازم، والجانب المتروك الذي تدخل منه الشبهة على عقد المقاوله بهذه الصفة القول بأن في عقد المقاوله هذا مخالفة لحكم فقهي مجمع عليه؛ هو بيع المقاول ما لا يملك على غير وجه السلم. المقاول يبيع المصنوع، يتفق على بناء المنزل حسب المواصفات أو حسب الخريطة، وهو لا يملك لا المواد ولا أي شيء منها، سيملكه فيما بعد ويبيعه من غير أن يقدم طالب العمل الثمن، وهذا يدخل في بيع ما لا يملك على غير وجه السلم، وهو ممنوع بالإجماع. أو بعبارة أخرى: عقد الاستصناع بهذا التكيف فيه تأجيل البدلين، وهذا أيضاً مُجمع على منعه. تأجيل البدلين اللذين هما الثمن في عقد البيع، وهنا تأجيل المتفق على المقاوله عليه هو الثمن أيضاً. وعبارة ثالثة: فيه ابتداء الدين بالدين، وهذا مجمع على منعه أيضاً، فما المخرج من هذا؟ لم يقل لنا أحد من الباحثين هذا المخرج، وهو ما أريد منهم أن يبينوه لنا إن شاء الله.

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد، وآله الطيبين الطاهرين، وصحبه الميامين.

لي بعض الملاحظات حول ما ذكره الدكتور قطب، أقول مختصراً: بالنسبة لما سمّاه (المقاوله من الباطن)، وأراد بها المقاوله التي لم ينص فيها على ضرورة قيام المقاول بتقديم المادة والعمل، أو العمل دون المادة؛ بل يُترك للمقاول الخيار في التعاقد مع مقاول آخر مثله ليقوم بتنفيذ ما تمّ الاتفاق عليه بين المقاول الأصلي والمستفيد، ويكون المقاول الثاني مسؤولاً قبلاً المقاول الأصلي ولا تربطه في الغالب - هكذا يقول - علاقة مباشرة بالمستفيد. هذه هي المقاوله المطلقة وإن أسماها الدكتور قطب بالمقاوله من الباطن. وقد أجاز هذه المقاوله.

أقول: إذا كان المقاول الأول لم يقم بأي عمل إجرائي لما أريد منه سوى

إبرامه عقد مقاولة أخرى مع مفاول آخر بأقل من الصفقة التي أقرت معه، ألا يكون هذا أكلاً للمال بالباطل، وأكلاً للمال بلا عمل في مجال الأعمال والتجارات وقد نهينا عنه: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]؟ فالربح بدون عمل ممنوع منه في الشريعة في مجال التجارة والأعمال.

ثم ورد عندنا نحن الإمامية نصوصٌ تحكم على هذه المقاولة التي تجرُّ للمقاول الأول مع الثاني ربحاً بدون أن يعمل عملاً، وردت نصوص تقول بالبطان. إذا لم يعمل عملاً فهو لا يستحق الربح بلا عمل، والربح بلا عمل في مجال الإجارة ممنوع. طبعاً في مجال أن يحول ماله إلى سلعة ثم يبيع تلك السلعة ويربح بها؛ فهذه هي التجارة المعلومة المعروفة، أما أن يؤجر داراً بمائة ثم يؤجرها إلى غيره بمائة وخمسين من دون أن يدخل عمل في ذلك؛ فهو ربح غير صحيح وأبطلته النصوص. نعم في المضاربات وردت النصوص بجواز هذه المضاربة التي يدخل فيها المضارب الأول مع مضارب آخر بأقل من المضاربة الأولى، وعلت النصوص جواز ذلك بأن الربح في المضاربة غير مضمون، أما في مقام الإجازات والمقاولات منها فهو ربح مضمون، والربح المضمون لا يكون بلا عمل. نعم لو كان المقاول الأول قد دخل في هذا العمل مدة من الزمان، وأنشأ شيئاً وأوجد شيئاً، ثم قاوول مقاولاً آخر أعلى أنقص من القيمة الأولى، فهو يستحق الفارق بين المقاولتين نتيجة عمله الذي عمله، وهذا هو الذي أرادته النصوص، فلم تُرد أن يربح بدون عمل ربحاً مضموناً، وأرادته أن يعمل في ربح.

ثم قال الدكتور قطب في مقام آخر: ولعل اللياذ بدليل الاستصحاب والإباحة الأصلية والعرف في هذا المجال - أي: مجال تصحيح عقود المقاولات - يكون أولى من غيره من الأدلة التبعية - ويقصد به القياس -.

أقول: صحيح هو لا يريد أن يستند في تصحيح عقد المقاولات إلى القياس. هذا رأيه ولعله صحيح، ولكن ما هو دخل الاستصحاب في صحة عقود المقاولات لأننا هنا نريد دليلاً على الصحة، فنشك في صحة العقد من أول وجوده. إذن، لم يمر زمان على صحة عقد حتى نشك في بقاء الصحة فنستصحب، وأركان الاستصحاب هو اليقين السابق بشيء، والشك في بقاءه. هنا لم يكن عندنا شيء

سابق أيقناً بصحته حتى نشك في بقاءه فنستصحب، على أن الاستصحاب هنا لو أراد أن يجري فهو يدل على عدم صحة المقابلة، وهو ما يسمى بالاستصحاب العدمي الذي كان موجوداً قبل عقد المقابلة، فللمقابل عمله ولصاحب المال ماله، فإذا شككنا في صحة المقابلة فهي تقتضي عدم النقل والانتقال وعدم صحة هذه المعاوضة.

ثم ما دخل الإباحة الأصلية مع وجود: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ الذي هو دليل صحة العقد إذا سمّاه العرف عقداً؟ .

الإباحة الأصلية هي تكون في الأعمال وفي الأعيان كحكم تكليفي، لا نعرف أن هذا العمل يجوز أو لا يجوز، ولا ندرى أن هذه العين يجوز استعمالها ويجوز أكلها أو شربها فتأتي الإباحة الأصلية، أما في العقود - وهو حكم وضعي نتظر منه الصحة - فلا دخل للإباحة الأصلية في العقود التي نتكلم عن حكمها الوضعي. طبعاً قد يقصد من الإباحة الأصلية قاعدة الصحة في العقود، وقاعدة الصحة في العقود تجري إذا كان العقد قد استكمل أركانه وشككنا في دخالة شيء زائد؛ فهنا تجري أصالة الصحة في العقود، ويحكم الفقهاء بصحة العقد، ولكن ليس هنا موردها لأننا نتكلم في صحة هذه المقابلة التي لا نعلم أن الأركان متوفرة فيها أم لا. والعرف الذي ذكره هنا أيضاً ليس له دخل إلا تسمية المقابلة عقداً، نعم العرف قد يسمى المقابلة عقداً فحينئذ يشملها: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فهو ليس مشروعاً وإنما هو يحقق موضوع ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ذكر أيضاً في موضع آخر بالنسبة إلى تحديد الثمن والأجرة عليه في عقد المقابلة، قال: هذه الصورة الأولى التي سمّاها بالمنطوية في تحديد الثمن أو الأجرة. فهو وإن كان يقول: إن الثمن هنا إجمالي، ولكن بعد ذلك يقول: محدّد، يجب على المستفيد سداه في حالة تقديم المقابل العمل دون المادة أو في حالة تقديم العمل والمادة معاً. هذه الصورة أشكل عليه بأنها غرر، ودليله على الغرر وهو إقدام المتعاقدين على الأجرة والعمل، هذا كيف يكون غرراً بينما الأجرة محددة والعمل محدداً مضبوطاً بالدقة، وهو أن المقابل يُقدّم ما يريد أن يعمل ويتفقان عليه، والأجرة محددة، فإذا كانت الأجرة محددة والعمل محدداً فأين الغرر في العقد؟ نعم، قد يخسر المقابل نتيجة أمور وقد يربح المقابل نتيجة

أمور أخرى إلا أن هذا شيء آخر خارج عن العقد، فالعقد ليس فيه أي غرر إذا أحكمت المقاوله، وهذا ليس غرراً حتى يقول: إنه غرر مغتفر أو لا يُتنازع فيه، لا يوجد غرر في عقد المقاولات لأن الثمن محدد، وما يُراد إنجازَه محدد بالدقة، فأين الغرر في هذه الأمور؟ .

هذا بعض ما أردنا بيانه، والحمد لله رب العالمين .

الشيخ حمزة الفعر:

بسم الله الرحمن الرحيم، أحمد الله وأثنى عليه وأصلّي وأسلم على نبيه .
أشكر للإخوة الباحثين هذا العمل الطيب الذي أتحنفونا به، وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يكتب التوفيق والسداد للجميع . .

لدي بعض الملحوظات:

أولها: ما أورده بعض الباحثين من تعريف لعقد المقاوله، أرى في نظري أن ما أورده فضيلة الدكتور وهبة من أنه (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الآخر)، أو كما قال الدكتور الألفي: (مقابل عوض) أن هذا هو التعريف الصحيح لعقد المقاوله، لأن عقد المقاوله كما تبين من الأبحاث يشمل حالين: حالاً يكون فيها عقد المقاوله استصناعاً، وحالاً يكون فيها إجارة. ولذلك فلا أرى ما ذكره الأخ الدكتور عجبل النشمي من قوله في تعريفه: (عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر) لأن هذا التعريف غير شامل لحالات المقاوله كلها، بل يقتصر على الحال التي تكون فيها المقاوله من باب الإجارة.

ملحوظة ثانية: في بحث الدكتور قطب سانو، قال: «وبناء على هذا فإننا نخلص إلى تقرير القول بأن عقد المقاوله عقد مشروع وجائز ولازم». وهذه العبارة مُوهمة، فإن كان القصد بالجائز المشروع؛ فهذا تكرار لا لزوم له، وإن كان قصده بالجائز ما يُقابل اللازم من العقود فهذا غير صحيح؛ لأن طبيعة عقد المقاوله أنه عقد لازم، كما أنه جَمْعٌ لوصفين متناقضين في شيء واحد (جائز ولازم). فلعل هذه اللفظة مقحمة (لفظة جائز)، فلماذا لو قال: (عقد مشروع لازم) لكان أولى إن شاء الله .

ملحوظة ثالثة: ذكرها أيضاً الدكتور قطب سانو في بحثه القيم . قال : « ولئن اشترط أهل العلم بالأصول في الأصل المقيس عليه أن يكون متفقاً عليه وثابتاً بالنص كتاباً أو سنة ، فإن التأمل في تكييف عقد المقاوله وإحاقه بعقد الاستصناع يُعدّ خروجاً على ذلك الشرط عند المحققين من الأصوليين » ، قال : « نعني أن عقد الاستصناع عقد مُختلفٌ في مشروعيته » ولا يشفع له كون جمهور الفقهاء يقولون بمشروعيته ، وبالتالي فإنه لا ينبغي قياس غيره عليه ما دام مُختلفاً في مشروعيته .

الحقيقة أن مسألة الاتفاق على الأصل المقيس عليه عند الأصوليين ليست كما ظهر من عبارة فضيلة الدكتور قطب سانو ، وإنما المقصود أن يكون متفقاً عليه بين القائسين . إذا كان الأصل متفقاً عليه بين القائسين فإنه يجوز القياس عليه حينئذ ، ولا يلزم أن يحصل الإجماع عليه بين جميع العلماء ، بل يكفي أن يكون متفقاً عليه بين القائسين .

ملحوظة رابعة وأخيرة: حول ما ذكره فضيلة الشيخ الصديق الضيرير من القول بمنع الصورة الثالثة من صور تحديد الثمن والأجرة في المقاوله ، والمتمثلة في تحديد الثمن على أساس التكلفة الفعلية ونسبة من الربح ، معللاً لذلك أن هذا من باب الربا . ورأي فضيلته في هذا سديد ، ولكن أرى أنه غير صحيح فيما إذا كان دفع التكاليف من قبيل المقاول ، وهذه مسألة يمكن أن نصحح بها الصورة الثالثة بأن نقول : بأنها تصح فيما إذا كان دفع التكاليف من قِبَل رب العمل ، أما إذا كانت من قِبَل المقاوله فهي كما قال فضيلته تكون من باب الربا .

وشكراً لكم ، وصلى الله على سيدنا محمد .

الشيخ أحمد الحداد:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد أبي القاسم الأمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فأشكر لرئاسة الدورة ومعالي الأمين العام هذا الجهد المبارك في إثراء الفقه الإسلامي ، كما أشكر الباحثين أجمعين ولا سيما الباحثين لهذا الموضوع الذي هو من الأهمية بمكان . فإن عقد المقاوله أصبح يهم الفرد والدولة

وجميع المؤسسات. ونحن بحاجة إلى تخريج هذا العقد تخريجاً فقهياً يتماشى مع فقهننا وتراثنا الإسلامي.

ومعلوم أن هذا العقد لا يخرج عن الاستصناع في أغلب أحواله، فأغلب أحوال عقد المقاولة هو استصناع، وقليلاً ما يكون من باب الإجارة، لأن أغلب المقاولين هم الذين يأتون بالمادة ثم يصنعون هذه المادة، وقليلاً ما يكون المقاول ينفذ العمل ويلتزم صاحب المنشأة بتوفير المواد. على هذا يكون هذا العقد هو عقد استصناع. ومجمعنا الموقر بحاجة إلى أن يُخرَج نوازِلنا على فقهننا وتراثنا. نحن بحاجة إلى أن نُؤَصِّل لهذه المستجدات من الفقه والتراث، ومعنى ذلك أننا نعيد كل النوازل التي تحدث بين الفينة والأخرى إلى تراثنا، فإن وجدنا لها أصلاً قلنا هذه المسألة من ذلك الأصل، وإذا احتجنا إلى أن نضبط هذه النازلة بشيء من الضبط أو بشيء من القواعد ومن التأصيل عمِلنا على تأصيل هذه النازلة بهذه الضوابط التي لا تخرج عن أصل المسألة، وهذا الأصل في هذه المسألة هو عقد الاستصناع في الغالب وعقد إجارة. وذلك حتى نرتي في أنفسنا وفي طلابنا وفي علمائنا وباحثينا ملكة الانتماء للتراث.

نحن بحاجة إلى تنمية هذه الفكرة وتنمية هذا الميل إلى تراثنا بحيث لا نقول بأن تراثنا وعلماءنا قد أخفقوا في تصوير كثير من المسائل والمستجدات؛ فإن كثيراً ما نسمع بأن الفقه الإسلامي لم يعد صالحاً في زماننا، لم يعد صالحاً لنوازِلنا، فالنوازل مستجدة والحوادث كثيرة والفقه لم يتطرق لذلك. نحن بحاجة إلى أن نسدّ هذه الثغرة أو هذا الاتهام ونقول بأن الفقه كامل، وهل غادر الشعراء من متردّم؟ كما يقول الشاعر. لأجل ذلك كله أرى أن يكتف هذا العقد بما تقتضيه قواعد الاستصناع، وكذلك نضبطه بقواعد الإجارة أحياناً، وبالتالي نكون قد وفقنا بين القديم والحديث، ثم لا مانع أن نسمي ذلك مقالة أو نسميه بما يتعارف الناس عليه ولا مشاحة في الاصطلاح.

فأنا أهيّب بسادتنا الباحثين وعلمائنا واللجنة المختصة التي سوف تُعقد لصياغة هذا الموضوع أن تُعيد هذه المسألة إلى أصلها حتى تكون أجدى وأنفع. والله تعالى أعلم.

الدكتور جعفر عبد السلام:

بسم الله الرحمن الرحيم .

في الواقع سأحدث في موضوعين أساسيين :

الموضوع الأول: يتصل بعقود المقاولات الدولية، وخاصة التي تُنفذ عن شرط P.O.T. والذي هو أن المقاول يعمل عملاً ككوبري أو مطار، ثم يأخذ حقه من العائد الذي يُدرّه هذا العمل . المهم أنه انتشر وأصبح موجوداً في العالم بشكل كثيف، وفي الواقع أنا حاولت أن أكتفه على ضوء البحوث ماذا يمكن أن يكون عليه هذا العقد؟ فلم أعرف، وأرجو الله أن يُعين مجمعنا على وضع تصور أساسي واضح له .

المسألة الثانية: وهي أيضاً مهمة، وهو أن هناك عقوداً دولية وضعتها لجان في مؤسسة أوروبية، وللأسف وضعت نماذج لكل العقود الدولية التي يتم التعامل بها، وطبعاً معظم دولنا الإسلامية تدخل في معاملات دولية ولا تملك إلا أن تُوقع مثل هذه العقود . وكثير من هذه العقود أو كلها فيها شروط غير شرعية كشرط الفائدة على رأس المال .

أنا أطالب هذا المجمع الموقر الذي يمثل أئمة وفقهاء العالم الإسلامي بأن يضع لنا نماذج للعقود المهمة التي يتم التعامل بها دولياً، وخاصة عقود المقاولات طالما أننا نبحث في هذا العقد الآن .

وأخيراً أثارني قضية وهي مسألة الشرط الجزائي . أنا لا أرى أن هناك ضرراً يمكن أن ينتج لصاحب العمل وأيضاً للمقاول إذا تأخر أي منهما عن تأدية عمله في الوقت المناسب . إذا لم يكن هناك مثل هذا الشرط فإنه لا يكون هناك جزاء على التأخر في الالتزامات، ولا يكون هناك جبر للضرر الذي قد يكون جسيماً . والشريعة تقوم على تلافي الضرر (لا ضرر ولا ضرار)، فإطلاق النص على أساس أن الشرط الجزائي لا يجوز سواء على المقاول أو على رب العمل (طالب المقولة)، أنا أعتقد أن فيه تجاوزاً على ضوء الدورات الفعلية التي يواجهها المتعاقدون الآن، والأضرار التي يمكن أن تنتج من التعاقد وضرورة جبرها .

وشكراً لكم .

نائب الرئيس (الدكتور إبراهيم الغويل):

لعل من المناسب الإشارة إلى أن عقد B.T.O؛ وهو أن يقوم المقاول بتدبير الأموال للقيام بالمشروع مثل المطار أو محطة الكهرباء، ويتولى إدارتها ليحصل على ما يحدده كمقاول، ثم يرجع ذلك المشروع بعد عدد من السنين، فهذا أمر جدير بأن يُبحث، لأنه بدأ يسري في كل أنحاء العالم ولعل البلاد الإسلامية بدأت تأخذ به، وكثير من البلاد الإسلامية يمكن أنها أقامت الكثير من المشاريع وفقاً لهذا العقد الذي يقوم على Bilt Oprite and Tilm Back. فهي يجب أن تبحث في الحقيقة ولاسيما ونحن نُعطي هذا الأمر أهمية، ويمكن أن يستفيد منه العالم الإسلامي.

بالنسبة لنماذج العقود التي أعدتها بعض المنظمات والتي ستسري أيضاً على أساس منظمات دولية؛ فلعل ذلك سيبحث ضمن عقود الإذعان لأنه يُراد به بناء على التوقعات، والتي أصبح ملتزماً بها أغلب الدول الإسلامية باعتبارها عضواً في الأمم المتحدة غير النماذج الجاهزة من بعض المنظمات الدولية الخاصة، فلذلك يستحق أيضاً أن يبحث ويكون محلّ نظر.

الأستاذ عبد اللطيف الجناحي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

الشكر الجزيل لإخواني الباحثين على بحوثهم الجيدة، وللعارض على حُسن العرض.

عقود المقاولات في هذا العصر متعددة؛ منها ما ذكر بعضها وهي التي تفضل بها أخي B.T.O، والتي معناها (ابن وتملك)، Obrite Trans Ferm يبني المشروع ويتملكه صاحب المشروع، ويكون المقاول يمتلك المشروع فترة زمنية بحيث يأخذ ريع المشروع ويستفيد منه ويديره، ولا يتدخل صاحب المشروع الأصلي في العملية أبداً ثم بعد فترة زمنية محددة يتحول المشروع إلى صاحبه الأصلي.

فإذن هناك في الحقيقة صور متعددة لا بد أن نتطرق لها وهي صور حديثة .
هذه الصور يتحمل المقاول جميع المتطلبات من تمويل وإنشاء . . . إلخ، إنما
هناك طبعاً مواصفات محددة لبناء السد أو الجسر، أو لبناء أي شيء من المباني،
وهناك عقد المقاولة البسيطة بحيث يتفق اثنان على أن يبني شخص عمارة أو أي
شيء آخر بكللفة محددة . كلفة الباب المركب كم تكون؟ كلفة الأدوات الصحية
كم تكون؟ فهناك جدول كميات تُذكر فيها هذه الكميات بالتفاصيل .

أنا عندما قرأت الأبحاث لم أجد تفصيلاً بالنسبة لـ Coust Plus أي:
الكلفة + هامش الربح، ولذلك يخلق هذا النوع من اللبس حيث فسره بعضهم على
أنه قرض فيه ربا . دعونا نوضح الصورة بعض الشيء حتى تتضح الأمور . في
قضية الـ Coust Plus مواصفات الكميات معروفة، ومن حق المالك أن يغير فيها
طبعاً، جهد المقاول . . . يعني: هذه البضاعة ليست موجودة في . . . تحتاج إلى
بحث، فهناك المقاول يذهب ويبحث عن البضاعة، ويتفاوض في السعر مع
البائع، وقد يكلف أكثر من شخص للقيام بذلك؛ فهناك جهد المقاول يبذله
لجلب هذه البضاعة إلى ساحة البناء .

كذلك بالنسبة للعمالة . العمال أيضاً ليسوا مبعثرين في الشارع، العامل يتم
اختياره، وهذا الاختيار يكون عن طريق مكتب، وهذا المكتب يأخذ أجوراً من
المقاول؛ فالعامل قد يكون من البلد أو من خارجه، وهناك حسب القوانين
إجازات مرضية وهناك إصابات عمل، وهناك الكثير من الجهد الذي يبذله
المقاول حتى يوفر هذا العامل في ساحة العمل وحتى يوفر هذه المادة الموجودة .
ولذلك ماذا يعمل المقاول هنا؟ يأخذ الكلفة ويضيف عليها نسبة (5% أو 10%)
حسب الاتفاق . هذا جهد بُذل، فهذه النسبة مقابل جهد قام به حتى يستطيع أن
يغطي كلفته الحياتية وغير ذلك . فإذا هي ليست قرصاً، هو لا يقرض صاحب
المشروع إنما يقوم بحجم من الأعمال تفوق قضية الراتب اليومي للعامل .

هناك Coust Plus ولا تحدد فيه أية قيمة . مثلاً: دور معينة من دور العبادة،
يصعب أحياناً تقويمها، لو أردنا أن نحدد داراً من دور العبادة الموجودة يصعب
التحديد، لأنها بُنيت بمواد خاصة قبل عشرين أو ثلاثين سنة، قد تكون متوفرة،

وقد تحتاج إلى تصنيع ولذلك هذه لا سقف لها. يعني: المهم عند صاحب المشروع أن تأتي بهذا النوع من الرخام، والذي يجب أن تكون مواصفاته موافقة للمواصفات الموجودة في دار العبادة أو الدُّور الأثرية؛ فهذه لا يمكن أن توضع لها قيمة محددة، لأن مبالغها متغيرة؛ فلذلك يتخذ فيها الكلفة زائد الربح.

ما أردت أن أوضحه أنها ليست قرصاً، هذا الربح مقابل جهد يقوم به المقاول. شكراً جزيلاً.

الشيخ قطب مصطفى سانو:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه.

شكراً جزيلاً للأستاذ العارض على عرضه الممتع المتميز، وللأساتذة الأفاضل على تعليقاتهم وتعقيباتهم.

في واقع الأمر عندي ملحوظة قصيرة، وأخرى مفصلة بعض الشيء حول قضية التكييف الذي انتهى إليه الباحثون، وتوصلوا إلى اعتبار المقاوله عقداً يكون استصناعاً إذا كانت المادة والعمل من المستفيد، أو يكون إيجاراً إذا كان العمل من العامل. وبالتالي تُخرَج المقاوله على أنها استصناع وإيجار في الوقت نفسه.

والمعهود في تراثنا الفقهي: أن هذه العقود التي توجد لها بعض هذه الحالات التي تشبه مثلاً العنان أو المفاوضة، تشبه العنان في جانب وتشبه مثلاً المضاربة في جانب آخر، لا يلجأ الفقهاء عادة إلى تكييف المفاوضة أو العنان بأنه عنان أو غيره. الذي وددت أن أقرره في هذه الدراسة هو أن تكييف هذه العقود يجب النظر إليه بوصفه عقداً قائماً ذا كيان مستقل وخصائص مستقلة تختلف عن عقد الاستصناع وعن عقد الإجارة. لئن اتفق هذا العقد في جانب ولكنه يختلف في جانب آخر، والعملية القياسية أهم ما فيها أن يكون الجامع بين الأصل والفرع مؤثراً تأثيراً كبيراً. إذا اعتبرته استصناعاً في الحالة التي يكون العمل فيه دون المادة، ثم اعتبرته إيجاراً فيبقى عقداً مذنباً غير مستقر ليس له كيانه. وكان الاقتراح أن يتم اللجوء واللياذ بدليل آخر في تراثنا، وهو دليل محترم ودليل متفق عليه حتى عند الظاهرية الذين ينكرون القياس لكنهم لا ينكرون الاستصحاب، وهو أن

الأصل في العقود الصحة، وهذا قرره شيخ الإسلام ابن تيمية في أكثر من موضع في كتابه، وأن أي عقد تتوفر فيه الأركان والشروط سواء كانت قديمة أو حديثة يُمتدّ بمشروعيته لا لأنه يشبه عناناً أو مفاوضة . . لأن العنان أو المفاوضة هذه شركات العقود بعضها مستجدة، عقد الاستصناع مستجد لم يكن في عصر النبي ﷺ، لكن أجزاه من أجزاه ربما من باب الحاجة، أو من باب أن الأركان أو الشروط التي يجب توفرها في العقود متوفرة في هذا العقد.

وما ذكره أستاذنا الفاضل الأستاذ حسن حول الاستصحاب، معلوم لأهل العلم بالأصول أن الاستصحاب أنواع، منه: استصحاب الأصل. والأصل المقصود به الأصول المقررة، الأصل في الأبضاع التحريم، الأصل في العبادات الحظر، الأصل في العقود الإذن. والعقود ليست العقود القديمة؛ تلك العقود التي وردت لها نصوص من كتاب الله أو سنّة الرسول ﷺ، حتى العقود التي تستجد في حياة الناس يُنظر في هذه العقود وماذا فيها. هذا استصحاب يسمونه استصحاب الأصل وليس استصحاب بمعنى الإباحة الأصلية فقط، إنما هو يرجع إلى الأصول المقررة لكثير من هذه. الأصل في العلاقة التي تربط بين رجل وامرأة التحريم، حتى يردّ دليل يرفع هذا التحريم عن طريق النكاح، أو أي شيء آخر من الأمور المعروفة في تراثنا. هذا الأصل هو استصحاب الأصل المقصود به وما قصدت أنه . . قد يكون هناك يقين ثابت على أن الأصل في العقود هو الجواز، وهو المشروعية، وهو الصحة.

قضية العمل: مفهوم العمل عند العلماء خاصة الذين يبحثون في الاقتصاد لا يُقصد بالعمل دائماً الجهد العضلي، وهو أن هذا الشخص يشقى ويتعب في رفع الأشياء، لكن الجهد الذهني يعتبر عملاً، التنظيم عمل، من عناصر الإنتاج عند الاقتصاديين التنظيم. المقاول من الباطن ليس نائماً، وكيف يكون نائماً ولم يشارك؟! يبحث عن مقاول يستطيع أن يقوم بالعمل ويتفاوض معه وينزل ويتحقق ويغامر ويخطط، هذا ليس نائماً، إذا كان العمل فقط يترتب أن يكون عضلياً أو جسمياً، بل العمل أشمل وأوسع، وأي عمل يُسهم في العملية الإنتاجية ينبغي أن يكون له نصيب في العائد الإنتاجي، سواء كان عملاً تنظيمياً أو عملاً عضلياً أو جسمياً، أو كان جسمياً ذهنياً. فالمقاول من الباطن ليس نائماً بهذه الصورة، لكنه

حاضر بفكره وطريقته وتنظيمه وإدارته وباستشاراته وبنائاته بمعرفته بالمقاول الذي يصلح، والذي يستطيع أن يؤدي هذا العمل بهذه الصورة.

القضية الأخرى: دائماً وارد في تراثنا النظر القياسي، محاولة البحث والتنقيب في كل العقود الجديدة هل يوجد لها شبيه قديم؟ كأن الأدلة التشريعية تكاد تنحصر في الدليل القياسي، والقياس رغم المكانة التي يكتنها العلماء له، لكن لا يصلح لكل شيء القياس؛ توجد قضايا لا تحتاج فيها إلى القياس، قد تحتاج إلى سد الذرائع، وقد تحتاج إلى الاستصحاب، وربما تحتاج إلى العرف، وربما تحتاج إلى نفي الأصل (البراءة الأصلية)، وغيرها من الأدلة الفرعية التي ذكرها الأصوليون والتي تزيد على سبعين دليلاً فرعياً، ولكن أصبح همّنا في معظم الأحيان أن نجد لكل عقد جديد شبيهاً قديماً، وهذه حقيقة مشكلة كبيرة، لأنها هي تدفعنا إلى التطويع أحياناً، وذلك أن نجعل العقد الجديد ينسجم مع العقد القديم، والعقد القديم نشأ بظروفه وخصائصه وغاياته، وربما كان فردياً ولم يكن مؤسسياً كما هو الحال في هذه العقود.

هذا ليس فيه إغفال أو عدم الاعتراف بتلكم الجهود الجبارة التي بذلها علماؤنا الأجلاء، وفقهاؤنا الأقدمون، بل فيه إحياء للمنهجية التي كانت تحركهم، ولم تكن منهجية جامدة، كان فقهاً واسعاً يتسع للحياة، ويستوعب كل المستجدات ويطوّعها ويوجهها توجيهاً إسلامياً. هذا هو المنهج الذي نحتاج إليه عند التعامل مع مستجدات العصر؛ إحياء لروح التراث أو المنهج الذي يحرك هؤلاء، ليس الوقوف عند التراث، أحياناً الوقوف عند التراث يؤدي إلى تكديسه، وتكديسه فيه نظر عند علماء العقيدة.

حقيقة الفقرة الأخيرة بالنسبة للصورة التي ذهب إليها الدكتور عجيل، وأجاز الصورة الثالثة في بحثه وهي الصورة التي تقوم على اتفاق بين المقاول والمستفيد على تحديد الثمن والأجر على أساس سعر التكلفة، أو ربح إجمالي للمشروع بكامله. بعض الناس يتساءلون: كيف يكون هذا الأمر جائزاً؟ والناس يختلفون في تحديد الأرباح، فقد يكون صاحب المشروع أو العامل أو المستثمر يقول: هذا العمل ربحه يجب أن يكون هكذا ولا يوافقه المستفيد، عندئذ يقع النزاع يجب أن يُسَدَّ، لأن هذا يؤدي إلى النزاع والتخاصم بين العامل وبين

المستفيد في هذا المجال . لذلك هنا التحفظ فيه لا يُترك ، قد أحتاج أنا إلى ألف كريح والمستفيد يقول هذا كثير ، فيجب أن يكون هنالك وضوح من حيث البداية بحيث لا يكون هنالك جور أو ظلم لأي طرف من هذه الأطراف في هذه المجالات .

أخيراً قضية الأصل المتفق عليه بين القائسين ، المقصود به هو الأصل الذي إذا كان ثابتاً بالنص أو ثابتاً بالكتاب هذا أصل يكون متفقاً عليه ، أو إذا كان الأصل مختلفاً فالأصل المقصود به هي الحادثة القديمة التي يراد إعطاء حكمها للحادثة الجديدة . يعني : الاستصناع لو اعتبرناه أصلاً للمقولة . إذن الاستصناع أصل ، والمقولة فرع ، والعلة الجامعة بينهما كذا وكذا . إذن إذا كان الاستصناع مختلف في مشروعيته هذا يسمونه المصادرة للمطلوب ، يعني أننا لم نتفق على الأصل فتلزمنا بالتبعية ، نحن ما اتفقنا على أن عقد الاستصناع بالنسبة لجميع العلماء الذين قيدوا في هذا . فليس الأصل المقصود به الاتفاق الذي يتم بين القائسين ، واتفاق القائسين على أصلية الشيء لا يعني أن الأصلي وارد له نص يقرره ويثبته من الكتاب أو السنة ، إذا لم يكن هناك نص فلا يُقاس على المختلف فيه ، يجب أن يكون المختلف الأصل الذي يعتمد ويُستند إليه في القياس أصلاً متفقاً عليه ، إذا اختلف فيه لا يلزم به الآخرون في هذا .

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، والسلام عليكم .

نائب الرئيس (الدكتور إبراهيم الغويل) :

في الحقيقة الأستاذ قطب يضعنا دائماً بأن ننظر إلى التطورات العصرية ، ففعلاً من ضمن الأعمال في العالم المعاصر الأعمال الفكرية ، بل بالعكس إن عملية المعرفة هي التي تحاول كل الدوائر في العالم الآن أن تحميها بالعلامات التجارية وبالبراءات وما إليها . هي عبارة عن أعمال فكرية وليست أعمالاً يدوية . الإدارة نفسها ثلاثة أرباعها ليست أعمالاً يدوية . يعني : عملية التخطيط أو عملية تدبّر الأمور ؛ كل هذه تعتبر أعمالاً ويتقاضى عليها الناس في العالم اليوم أعلى المبالغ .

الدكتور عبد الناصر أبو البصل:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين.

أريد أن أذكر بأن القوانين العربية قد بحثت موضوع عقد المقاوله. والمجامع الفقهيّة والندوات والمؤتمرات إنما تركّز على مسألة المستجدات، والمستجدات هذه تنبع ويُطرق إليها من خلال التطبيق، ولهذا ينبغي أن يُركّز البحث على ما يحتاجه الناس من خلال التطبيقات المعاصرة لما قرّر سابقاً، فيحتاجون إلى الفتوى فيه. ولهذا أريد أن أسأل: ما الجديد في هذه المسائل؟ يعني يُركّز القرار كتوصية على الجديد في المسائل المستجدة المتعلقة بحاجة الأمة اليوم لمعالجة القضايا المستجدة المتعلقة بعقود المقاولات.

من خلال قراءتي لبعض البحوث والاطلاع عليها كانت عناوين البحوث تتعلق بالمقاوله بمعنى الإنشاء والتعمير، وكان البحث ينصب فقط على مسائل الإنشاء والتعمير. الحقيقة التعريفات الواردة والبحوث والأحكام إنما هي عامة تتعلق بالإنشاء والتعمير وغيره. ولهذا أرى أن تُفرد مسائل المقاولات المتعلقة بالبناء أو ذات الخطورة الخاصة مثل مقاولات البناء حتى نستطيع أن نفردها بأحكام خاصة؛ مثل قضية البراءة من العيوب، فليست كل المقاولات يمكن أن نسحب عليها القرار بمنع اشتراط البراءة من العيوب. ثم عملية الأحكام تدخل الآن في بعض التكييفات القانونية المعاصرة التي تتعلق بالمستجدات المتعلقة ببعض عقود الحاسب الإلكتروني، وبعض قواعد البرمجة وأحكامها كُيفت على أنها من المقاولات؛ فهل تنطبق عليها هذه الأحكام، أحكام عامة كما قلت؟ لهذا السبب أفتح صياغة الأحكام المستجدة على شكل مواد لكل مسألة على حدة، ما يتعلق بالإنشاء والتعمير يُفرد بشكل خاص والبقية تفرد بشكل عام.

والله الموفق، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الشيخ علي محيي الدين القره داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم. السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

أشكر السيد الرئيس على إتاحة الفرصة لي وجزاه الله خيراً. لي بعض الملاحظات ولكن بعد الشكر الجزيل للإخوة الكرام الباحثين والعارض؛ فجزاهم الله خيراً على هذه البحوث القيّمة .

أولاً بالنسبة للتكييف الفقهي لعقد المقاولة لا أعتقد أننا نحتاج إلى القياس، وإنما ينطبق على عقد المقاولة عقد الإجارة كما قال الأساتذة الكرام أو معظم الباحثين الكرام، عقد الإجارة إذا كان عقد المقاولة بالعمل فقط، وعقد الاستصناع إذا كان هناك عمل وعين كما قال الإخوة الكرام، وبالتالي أعتقد أن هذا ليس من باب القياس وإنما من باب الانطباق، ينطبق عليه هذا الوصف ولا مشاحة في الأسماء والمصطلحات، وإنما العبرة بالحقائق والمحتويات، ولكن معظم الباحثين ذكروا أو خصصوا الإجارة حينما تحدثوا عن إجارة العمل؛ بأن المقاول بمثابة أجير مشترك، والحقيقة أن المقاول قد يكون أيضاً أجيراً خاصاً. ولذلك أرى أنه ينطبق عليه عقد إجارة العمل في حالة ما إذا كان موضوع المقاولة العمل فقط، وقد يكون أجيراً مشتركاً، وقد يكون أجيراً خاصاً في هذا المجال حسب التوصيف الفقهي للأجير الخاص والأجير المشترك (الأجير العام).

عندي في الحقيقة نوع من الإشكالية في مسألة الاتفاق على أجر مقطوع مع نسبة من مردود العمل المستأجر عليه. كذلك الاتفاق على أجر على أساس التكلفة بالإضافة إلى نسبة مئوية، هاتان صورتان ذكرهما فضيلة الدكتور عجيل، وأستاذنا الشيخ وهبة الزحيلي ذكر صورة واحدة، وذكر أيضاً فضيلة الدكتور قطب هذه الصورة، وحقيقة ما لي منع هذه الصورة، وأنا أميل إلى ما مال إليه. الصورة الأولى التي ذكرها فضيلة الدكتور وهبة الزحيلي، وكذلك فضيلة الدكتور عجيل النسبي الاتفاق على أجر مقطوع على أساس التكلفة بالإضافة إلى نسبة مئوية، هذا أقرب ما يكون إلى الاستصناع بالمرابحة، وإذا كانت المرابحة عادية لا بد من تحديد الثمن قبل العمل، ربما يكون هناك اتفاق أو اتفاقية التفاهم؛ هذه لا مانع منها، ولكن عند العقد لا بد أن يكون الثمن معلوماً. أما أننا نحن ننتظر ويكتمل المقاول العمل والمقاولة ثم بعد ذلك تأتي ونحسب، أنا أعتقد أن هذه المسألة في الحقيقة فيها فعلاً جهالة وفيها غرر وفيها احتمالات كثيرة جداً، ممكن هذا العمل أنشئ قسم منه ولم يكتمل. إلى كثير من الحالات.

وكذلك إذا كان هناك اتفاق على أجر مقطوع ويكون هذا أخطر مع بيان نسبة من مردود العمل؛ مثل ما ذكر فضيلة الدكتور عجيل من أن البيت الذي اكتمل بناؤه أو مصنعاً يكون للمقاول نسبة، هذا لا يمكن أن يُقاس على مسألة الزرع أو على مسألة واحد يستأجر شخصاً بما . . . يعني هذا شيء . . . يعني الثمرة موجودة ومحققة، بينما المبنى لم يصنع بعد، فكيف الشيء غير موجود؟ وكما يقولون الغرر في الوجود وفي الحصول وفي الزمان، وبالتالي عقد الإجارة حتى عقد الاستصناع فيه جانب إجارة لا شك في ذلك، وبالتالي الغرر إذا وصل إلى هذه المرحلة في الوجود أو في الحصول أو المقدار أو الزمن، أو إذا اجتمعت هذه الأنواع؛ أنا أعتقد أنه يؤدي إلى غرر فاحش وخطير، إضافة إلى احتمالية المنازعة وهي واردة جداً في مثل هذه الأمور. وبالتالي أنا أعتقد أن هاتين الصورتين تحتاجان إلى مزيد من الدراسة ولا أحسم بالحرمة أو بأي شيء من هذا القبيل، وإنما أقول: هاتان الصورتان فعلاً تحتاجان إلى مزيد من الدراسة والبحث.

بعض الإخوة قالوا: لو قلنا بالقياس. عقد الاستصناع على أساس أنه عقد غير ملزم، بينما في الحقيقة الرواية الراجحة عن أبي يوسف كما حققناها في البحث الذي قُدِّمَ إلى مجمع الفقه في وقته: أن الإمام أبا يوسف يرى في رواية ثابتة عنه أن عقد الاستصناع من حيث هو عقد لازم، وقد أخذت المجلة بذلك، ثم أخذ المجمع الفقهي الموقر بهذا التكييف الشرعي، وهو أنه عقد لازم، وبالتالي لزومية عقد الاستصناع أصبح نوعاً ما مقبولاً أو متفقاً عليه في وقتنا الحاضر، وقد يكون شيئاً مُختلفاً فيه في عصر من العصور، ثم يصبح نوعاً ما مجمعاً عليه أو متفقاً عليه عند الجمهور.

لذلك أرى أن هذه المسألة مسألة لزوم كون عقد المقاوله عقدًا لازماً وعقد الاستصناع غير لازم، أنا أعتقد أن هذا شيء لا يُضير هذا القياس إن قلنا بالقياس.

مسألة أخرى أيضاً: إذا صدر القرار الموقر لا بد أن يشير إلى ما ذكره المجمع في قراراته السابقة في الاستصناع، وكذلك ما ذكرته الندوات من مسألة الربط بين الاستصناع والاستصناع الموازي، وهنا أيضاً المقاوله والمقاوله من

الباطن . المقابلة من الباطن هي الاستصناع الموازي إذا كان هناك عمل ، فلا بد الأيربظ بينهما في العقد، والذي يجري عليه العمل مع الأسف الشديد أن العمليات في غالبيتها شكلية ، وأن العميل - إن صح التعبير - هو حقيقة يتصرف ويأمر وينهى بالنسبة للمقاول ويُرَبَّل ويضيف ويشرف ، إلى غير ذلك ، بل في بعض الأحيان هو الذي يُعَيِّن المكتب الاستشاري . أنا أعتقد إذا أردنا أن نكون واقعيين أن نزل إلى هذا الواقع ، وأن نعالجه إن شاء الله في لجنة الصياغة أو في القرارات التي تعودنا عليها دائماً في هذا المجمع الموقر بأنها دقيقة وعميقة .

وشكراً جزيلاً ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور حسين كامل فهمي:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدي ومولاي محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد ، شكراً للسيد الرئيس ، وشكراً للسادة الأفاضل العلماء على أبحاثهم القيمة ، وأريد أن أعلق على نقطة هامة أثيرت في بعض الأبحاث المقدمة ؛ وهي إجازة عمليات المقاولات على أساس تكييفها بأنها عقد من عقود الاستصناع وفقاً لقول علماء الحنفية ، وأن مثل هذه العمليات قد تتم بطريقة غير مباشرة عن طريق مقاول ثانٍ ، أو بواسطة مؤسسة مالية كالبنوك الإسلامية عن طريق ما يسمى بـ(الاستصناع الموازي) ، وأود في هذا الصدد أن ألفت النظر إلى كل من النقاط الأربع التالية :

أولاً: إن فقهاء الحنفية قصرُوا عقد الاستصناع على السلع البسيطة المنتشرة التعامل بها؛ كالحفّ والأدوات المنزلية المتعارف عليها والأوعية النحاسية والحديدية ، أما السلع الكبيرة كالمباني فقد أجمعوا بلا خلاف بينهم على أنها تخرج تماماً عن نطاق عقد الاستصناع ، لأن الأصل فيه الخيار للطرفين أو على الأقل ثبوت الخيار للمشتري لكونه يبيع على شيء معدوم .

ثانياً: إن الاستثناء الذي أشار إليه فقهاء الحنفية فيما يتعلق بشراء السلع السابق تصنيعها ، وتسليمها للعميل طالب الشراء (المستصنع) في شكلها النهائي ؛ إنما هو من باب الحالات الطارئة أو الاضطرارية ، ويمكن تصوّر

وقوعها عند تعذر الأمر على الصانع للانتهاء من تصنيع السلعة، أو عدم استطاعته توفيرها في الوقت المناسب لظروف خارجة عن إرادته، وهذه حالات نادرة لا يُصوّر تكرر حدوثها بشكل مستمر، لأن الأصل هو قيام الصانع بالمطلوب منه في الوقت المحدد، أما النادر فلا اعتبار له في الشرع ولا حكم له.

ثالثاً: إن إجازة فقهاء الحنفية للصانع أن يأتي بالسلعة مصنّعة قبل العقد، جاء باعتباره تعاقداً جديداً، بخلاف العقد الأول الخاص بالاستصناع، ويتضح ذلك من قول الإمام الكاساني: «وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي بها المستصنع؛ فإنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما». ويشير هذا القول إلى أن التعاقد ينصب على عقد بيع عادي جديد وليس استصناعاً في الذمة.

رابعاً: فيما يتعلق بالاستصناع الموازي كما يجري به العمل عند البنوك، فإن من شروط هذا العقد أن يكون التعاقد بين البنك وعميله مستقلاً تماماً عن العقد الذي يُبرمه البنك مع الجهة المصنّعة للسلعة. والسبب في ذلك يرجع إلى أن السلعة محل التعاقد تعتبر ديناً في ذمة المصنّع، إذا باعها البنك العميل للمشتري بموجب العقد المنشأ بينهما؛ فإنه يبيع ديناً، ويبيع الدين لغير من عليه الدين غير جائز عند جمهور العلماء إلا عند بعض متأخري الحنابلة كابن تيمية وتلميذه ابن القيم - رحمه الله عليهما -، ويشترط في هذه الحالة تعجيل الثمن ووقوعه في الحال تحاشياً لبيع الكالئ بالكالئ.

وحيث إن جميع عمليات البنوك تتم على أساس دفع العقد أو الثمن على أقساط آجلة، لذلك يفترض في فكرة عقد الاستصناع الموازي أن يكون العقد أو السلعة محل العقد بين العميل والبنك ليست هي نفس السلعة محل التعاقد في العقد الثاني بين البنك والمصنّع الذي سيصنع السلعة، لذلك اشترط عدم وجود صلة ربط بين هذين العقدتين المتوازيين، وذلك تحاشياً لشبهة الوقوع في تمويل ربوي أو حدوث غرر. إلا أنه بالأخذ في الاعتبار لأن معظم عمليات البنوك الإسلامية التي تقع في نطاق دائرة هذا الأسلوب (الاستصناع)، والتي تصل نسبتها إلى نحو (٩٠٪)، معظم هذه العمليات يختص بصفة أساسية بتمويل إنشاء مصانع أو منازل أو شقق تمليك أو مباني كالمطارات والجسور... الخ، ويتم ذكر

الموقع المراد التصنيع فيه في كل من هذين العقدين، وأما المشكلة هنا فهي أن الموقع المختار للبناء عليه في العقد الأول لا توجد بقعة أخرى على وجه الأرض كله يمكن أن تحل محلّه في العقد الثاني، بحيث يمكن الادعاء بأن محل التعاقد مختلف في العقدين، فإذا كان المتعاقد عليه هو أحد المطارات على سبيل المثال؛ فلا يمكن الادعاء بأن موقع هذا المطار الذي سيتعاقد البنك على إنشائه ليس هو موقع المطار الذي يتعاقد عليه البنك مع الشركة المصنعة، فالمطار واحد في كلا العقدين، وقطعة الأرض هي التي سينشأ عليها في العقد الثاني. ولا يبقى لفكرة الاستصناع الموازي إلا القول بأن الموصوف في العقد الأول ليس هو البناء الموصوف في العقد الثاني، وهذه حيلة واضحة ولا يجوز التمسك بها مخافة من الوقوع في مغبة التعامل بالعينة أو الربا.

وحاصل القول هو أن التمسك بفكرة الاستصناع الموازي وتكييف عمليات المقاولات على قوة هذا العقد فيها نظر إلى حد كبير، وأرجو أن يُعاد النظر فيها مرة أخرى. والله أعلى وأعلم.

الدكتور عبد الله السلمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه.

أشكر سعادة الرئيس على إتاحة هذه الفرصة، وملاحظاتي هي كالتالي:

أولاً - ما ذكره فضيلة الأستاذ الدكتور الألفي في بحثه عند حديثه عن المقالة في الباطن، تحدث عن مشروعيتها ثم قال: «عرّف فقهاء المذاهب المختلفة فكرة المقالة من الباطن واعتبروها مشروعاً إذا توافر فيها شرطان:

أولهما: ألا يشترط المستفيد على المقاتل الأصلي مباشرة العمل بنفسه.

والآخر: ألا تكون شخصية المقاتل الأصلي محل اعتبار عند المستفيد». وتعليقي على هذا هو قوله: «إن أئمة المذاهب اعتبروا المقالة من الباطن مشروطة بهذين الشرطين» فهذا الإطلاق محل نظر؛ لأن من المقالة من الباطن ما تكون مشروطة وملتزماً فيها المقاتل الثاني بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم

إسناده إلى المقاتل الأصلي . وهذه الصورة عقد سلم عند المالكية والشافعية ، أما المذهب عند الحنابلة فيمنعونها ؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ، وإن جوّز ذلك الحنفية كما في عقد الاستصناع . نعم ، صحيح أن المقاوله من الباطن إذا التزم فيها المقاتل الثاني بتقديم العمل فقط تكون في حكم الإجارة على العمل ، والإجارة على الأشخاص جائزة عند الفقهاء رحمهم الله .

أما ما ذكره فضيلة الدكتور قطب من أن عقد المقاوله عقد مستقل ، وذكر أدلة على ما ذهب إليه . وتعليقي هو أنه ذكر من أدلة ما ذهب إليه أن عقد الاستصناع عند جمهوره الحنفية عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين ، وأما عقد المقاوله فإنه يُعدّ عقداً لازماً بمجرد الاتفاق عليه . وهذا التفريق فيه نظر ، ذلك أن عقد المقاوله نفسه يسميه الحنفية المتأخرون عقد استصناع ، فمثلاً جاء في تعريف عقد الاستصناع من مجلة الأحكام العدلية ، (المادة ١٢٤) : «الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً ، فالعامل صانع ، والمشتري مستصنع ، والشيء مصنوع» .

ثانياً - أن قوله حفظه الله : «إن عقد الاستصناع عند جمهوره الحنفية عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين ، وأما عقد المقاوله فإنه يعدّ عقداً لازماً بمجرد الاتفاق عليه» فأقول : أولاً إن عقد الاستصناع ليس عقداً غير لازم عند جميع فقهاء الحنفية ، فالمتأخرون - وعليه العمل وعليه مذهب مجمع الفقه الإسلامي - أنهم يعتبرونه عقداً لازماً ، كما حقق ذلك بعض الباحثين ، وذكر نقلاً في المحيط البرهاني وهو الشيخ علي القره داغي . ثم إن قوله : «إن عقد المقاوله يعدّ عقداً لازماً» فيقال : ومن الذي جعله لازماً؟ إذا كان الفقهاء المعاصرون هم الذين اعتبروه لازماً أيضاً اعتبروا عقد الاستصناع عقداً لازماً ، فحينئذٍ فما ادّعي الفرق ليس بجيد ، بناء على القول بلزوم العقدين ، والأسماء لا تُغيّر من حقائق الأشياء ، رأيت لو قيل لك : بعني مائة صاع بر بعد سنة بمائة ريال ، فهل نعتبر هذا بيعاً يجوز فيه تأجيل البدلين لأنه بيع ، أم نسميه عقد استصناع لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؟ .

ثالثاً - ذكر بعض الباحثين ومنهم الدكتور محمد الألفي في بحثه مسألة تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية كالمتر أو المربع أو المكعب أو غير ذلك ،

ثم ذكر تقسيم أعمال المقاوله إلى مراحل، واستند إلى الجواز؛ بقول الصحابين بالجواز لأن جملة المبيع معلومة. وكذا الدكتور جاسم الشامسي عند حديثه عن طريقة الأجر بالنفع بالعملية الفعلية، والذي خلص إلى تحريمها لأجل الغرر، فأقول:

يمكن أن نستدل لهذه المسألة بأمور؛ منها:

أ - أن الجهالة إذا أمكن معرفتها في المآل فلا تعتبر مؤثرة في العقد؛ مثل مسألة (البيع بما ينقطع به السعر من غير تحديد الثمن وقت العقد)، ومن صورتها: «البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع، ويعطيه ثمنه» فهذه المسألة منعها أكثر الفقهاء، وجعلوا القبض به ناقلاً للملك، وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب لأنه عقد مقبوض بعقد فاسد.

ب - القول الثاني: جواز ذلك، وهو إحدى الروايتين لمذهب الإمام أحمد اختارها أبو العباس ابن تيمية وابن القيم، وقال فيه ابن القيم: «وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر، وكلهم إلا من شدد على نفسه يفعل ذلك ولا يجد منه بدءاً وهو يُفتي ببطلانه»، ويقول أبو العباس ابن تيمية في مسألة (البيع بما ينقطع به السعر): «وهو أطيب لطلب المشتري من المساومة يقول: لي أسوة بالناس؛ آخذ بما يأخذ به غيري» وقال: «والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه. وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل كالنكاح والغسل والخباز والملاح وقيّم الحمام، فغاية البيع بالسعر أن يكون يبعه بمثل الثمن فتجوز كما تجوز المعاوضة بمثل الثمن، في هذه الصورة وغيرها، فهذا هو القياس الصحيح ولا تقوم مصالح الناس إلا به».

ومن الأمثلة على تجويز مثل هذه الصورة أيضاً هو بيع الاستجرار، وهو أخذ الحوائج من البياع شيئاً فشيئاً، ودفع ثمنها بعد ذلك، كما في الموسوعة الفقهية الكويتية. وبيع الاستجرار منعه الشافعية، وقال النووي: «إنه باطل بلا خلاف»،

غير أن الغزالي في (الإحياء) سامح في ذلك بناء على العرف، وهو ظاهر قول أبي العباس ابن تيمية وابن القيم، والحنفية كرهوا ذلك، لأنه أعطاه إياه، ثم بعد ذلك يأخذ سلعة بجزء من الثمن فيكون حينئذ ملكه قرصاً جر به نفعاً، كما ذكر ذلك ابن الهمام - رحمه الله - وقالوا: «ينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه وديعة».

وعلى هذا؛ فإذا ثبت أن بيع الاستجرار مسألة خلاف؛ فيقاس عليها مسألتنا هذه.

ومن الأمثلة على ذلك؛ وهو أن الجهالة إذا أمكن معرفتها في المآل لا تعتبر مؤثرة في العقد، وهو مسألة بيع الضبيرة كل قفيز بدرهم، فقد جوزه الحنابلة وغيرهم، فهي وإن حصل عدم علم تام أثناء إبرام العقد، إلا أنه يمكن معرفته في المآل.

ومن الملاحظ أيضاً: أن الباحثين ذكروا في مسألة مدة الضمان بأن المقاول أو المهندس يضمن ما يحدث خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد خلال هذه الفترة في عيوب تُهدد متانة البناية وسلامتها، وانتهوا بجواز ذلك مطلقاً.

والذي أود أن أبيّنه هو أن الجواز ليس على الإطلاق، وذلك لأن عقد المقاوله أحياناً يكون فيه العمل والمادة من المقاول، وحينئذ فيجوز شرط الضمان إلى عشر سنوات أو أقل أو أكثر، لأن هذا التأمين أو الضمان - سمّه إن شئت - يعتبر شرطاً في عقد، فهو في حكم ضمان السلعة من بائعها سواء وُجد عيب أو حصل خلل ولو لم يكن ثمة عيب من المقاول. أما إذا كان عقد المقاوله على العمل فقط فإنه يضمن ما تعيّب بسببه أو حصل خلل من أجل العمل، أما أن يضمن مطلقاً بسبب عيب في السلع التي قدّمها له رب العمل، فتجوز ذلك إنما هو على القول بجواز التأمين التجاري على الأضرار، وأما على القول بتحريمه فهو ما ذهب إليه المجمع الموقر، فهذا يصعب أن نقول: إنه يجوز بهذا الإطلاق الذي ذكره الباحثون، خاصة وأن الأخطاء والخلل الهندسي الذي يوجد ربما لا يُعرف عيبه إلا بعد زمن كثير، ولم يحصل من المقاول على العمل فقط إفراط أو تفریط كما حصل في بعض البلاد الإسلامية كتركيا.

أخيراً - أحب أن ألفت الانتباه إلى أمر؛ وهو: هل في عقد المقاوله بيع ما ليس عند الإنسان أم لا؟ كما ذكر ذلك شيخنا الدكتور الضرير؟.

الحقيقة: أن هذا الإشكال موجود حتى في عقد الاستصناع الذي منعه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة. وشيخنا الدكتور الضرير في إشارته لمسألة بيع ما ليس عند الإنسان في هذه الجلسة بعدما انتهى قرار المجمع الموقر بأن عقد الاستصناع عقد مستقل لازم يُخالف عقد البيع وعقد الإجارة وعقد السلم، وإن كان يشابه بعض هذه العقود، وأنه يجوز تأجيل البديلين فيها، فشيخنا أعادها جذعة كما يقال؛ لأنه يرى فيما أفهم أن عقد الاستصناع عند الحنفية يجوز تأجيل البديلين في هذا العقد بناء على قول الصحابين: أن عقد الاستصناع ليس بلازم في الابتداء، إنما يلزم في الانتهاء إذا جاء به على نفس صفته، وحينئذٍ ليس داخلًا في مسألة ابتداء الدين بالدين؛ لأن عقد الاستصناع ابتداءً ليس بلازم. وأما على القول بأن عقد الاستصناع في الابتداء لازم فإنه يكون تجويزه من باب الاستحسان كما ذهب إلى ذلك صاحب المحيط البرهاني. وأما ما ذهب إليه المجمع الموقر وغالب الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية إن لم يكن كلها بجواز البديلين في عقد الاستصناع، وحينئذٍ بجواز البديلين في عقد المقاوله.

وعليه؛ فالفرق بين الاستصناع والسلم كما ذكر السرخسي - رحمه الله - في المبسوط بأن الاستصناع بيع على عمل وعلى موصوف في الذمة، وأما السلم فهو بيع على موصوف في الذمة خاصة، وأن عقد المقاوله يتم فيه ضبط المواد وصفاتها حسب المواصفات والمقاييس.

أسأل الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا لما سمعنا، وعذراً للإطالة والسرعة، وذلك لمحاولتي أن أذكر كل ملاحظاتي.

وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد.

الشيخ جاسم الشامسي:

بسم الله الرحمن الرحيم. السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

باعتباري مقرأ لهذا الموضوع أرى أن عند الشيخ عبد الله ورقة فلو زوّدنا بها حتى نضيفها ضمن الكلام. هذه نقطة.

النقطة الثانية والتي طلبت الحديث من أجلها، حقيقة: السادة القائمون على مجمع الفقه الإسلامي هم عندنا عنوانوا الموضوع موضوع المقابلة؛ قالوا: المقابلة تشييد البناء، وقد فطنوا لذلك، لأن هذه المسألة لها قواعد خاصة وأحكام خاصة ولها شروط خاصة... حتى ولو رجعنا إلى ما ذكره السلف الصالح في كتب الفقه لم نرَ ولا مثلاً قد مثلوا له بأن البناء هو من الاستصناع، ابحاثوا واستجدون أنه لا يوجد مثال لهذا الموضوع، وبالتالي البناء من الحكمة أن نضع له أحكاماً خاصة مستقلة. هناك من يقول: إجازة، وهناك من يقول... يعني: الأصل في العقود الإباحة، يعني: هل نحن لا نستطيع أن نأتي بعقود جديدة؟ مستجدات العصر ألا نستطيع أن نضع لها نحن الأحكام؟ أحكام عقد البيع ممكن أن تدخل في الهبة وفي القرض وفي غيره، ولكن ظل هناك بيع وهناك هبة وهناك قرض. وبالتالي يكون هناك عقد مقابلة البناء وخاصة لخطورة هذا الموضوع في هذا الزمان. هذه مسألة.

المسألة الأخرى ربما ذكرتها في بحثي، وذكرها كثير من الإخوان، وهي: العقود الدولية. يعني: العقد ليس فقط هو في صورته البسيطة. الظاهر أن الكلام معظمه يدور حول عقد المقابلة البسيطة. هناك عقود كثيرة؛ العقد الدولي والآن دولنا تبني وتجعل هناك مناقصة، والمناقصة يدخل فيها مقاولات من خارج الدولة التي طرحت المناقصة من إنشاءات ضخمة كالفنادق والمطارات أو غير ذلك مما ذكره السادة الحاضرون. وهذه المسألة يجب أن نبحث لها عن ضمانات للبشر... البناء ليس هو بيع سيارة أو طاولة بل هو بناء، والبناء يتطلب منه المقيمون فيه والممارين عليه والداخلين كلهم يتأثرون من هذا البناء، وبالتالي يجب أن نبحث هذه المسألة بتأنٍ ونجمع كما تفضل الأستاذ عبد السلام في مسألة أن يكون له عقد نموذج مهم، وخاصة أن المصارف الإسلامية تدخل في معاملات كثيرة من ضمنها العقود الدولية، وبالتالي هل نقول لمن تدخل معهم في هذه المسائل: أنتم تسمونها عقد مقابلة؛ سموها كما تشاؤون نحن سنضعها تحت موضوع آخر... يجب علينا نحن أن ننتبه وإذا كانت الحكمة ضالة المؤمن.

كذلك من العقود عقود الأشغال العامة، هي كذلك عقود بناء تقوم بها الإدارة وهي موجودة في القوانين وجميع الدول تقريباً تقوم بها. الإدارة تطلب

بناء معيناً، بعض الأحكام ليست في ذاتها في عقد المقاولة أو البناء، بحيث إنه كثير ما تطلب الإدارة في أمر تغييره كما يسمونه بأن تضيف شيئاً، وبأن لها الحق بإعادة منفردة أن تضيف ما تشاء من الأبنية، وطبعاً تعطي مقابلاً لذلك.

بالنسبة لشرط الضمان: شرط الضمان الآن كل الأنظمة والقوانين تضع عشر سنوات، والاتفاق على أقل منها باطل. . ليس البراءة من العيوب بل الاتفاق كما تذهب القوانين، الاتفاق مثلاً على عشر سنوات، أن تتفق على خمس سنوات أو تسع سنوات فهو باطل، ويلزمك لأنهم هم اعتبروه بحكم القانون، وبالتالي إذا كان هذا في مصلحة الناس لأنه يتصل بالبشر. الآن العبرة بالتجارب والواقع. هناك مساجد وهناك من المقاولين الكثير ممن يبنون مساجد وتتهمد على أصحابها، يعني ليس فقط المباني السكنية، وبالتالي هذه المراعاة فيها مصلحة عامة لا يجب أن نتحرّاهم ونأخذ بها. طيب شرط الضمان هذا في العقد المتوازي، طبعاً البنوك الإسلامية تدخل في الاستصناع (استصناع البناء) تدخل بعقد آخر، عقد توقعه مع الشخص أو صاحب العمل، وبالتالي هناك عقد آخر مع المقاول، رغم وجود العقد الذي يُختم ويقرر وهو لا يمكن لشخص أن يبني بناء دون أن يمرّ عن طريق إدارة البلديات أو غيرها، وبالتالي العقد الذي يُوقّع هو العقد بين صاحب العمل والمقاول.

فأنا أتكلّم عن مسألة شرط الضمان. . المصارف الإسلامية لعدم دخولها ممكن أن تشترط عدم الضمان لأنها أصلاً ليست هي العقد الأصلي، يكون الضمان - والذي هو الضمان العشري - يكون على المقاول وليس على المصارف. يمكن أن الجماعة لم يفرّقوا بين التنازل عن عقد المقاولة والمقاولة من الباطن، هناك شيء اسمه التنازل عن المقاولة، يتنازل المقاول عن كل المقاولة، فهذه ليست هي مقاولة من الباطن، إنما هو تخلّ، ويطبّق عليها قواعد حوالة الحق، هناك شيء اسمه مقاولة من الباطن، ولا يوجد شخص ما الآن يقوم به؛ لأن المقاول من الباطن يمكن أن يكون كهربائياً وأصحاب السباكة وغيرهم، وقواعد عقد العمل بالنسبة لهذه العقود دائماً أصحاب العمل يطلبون جزءاً من المبلغ كأدوات الصحية، هذه هم يشترونها، وهكذا البلاط وغيره، وبالتالي لا يوجد عقد حتى يكون جميع المواد هي من المقاول دائماً العقد فيه جزء أصغر أو أكبر من صاحب العمل. وشكراً.

الشيخ وهبة الزحيلي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

أنا دائماً لا أودّ الكلام إلا إذا توافرت الضرورة أو الحاجة، فلست ممن يُعونون بشهوة الكلام، وإنما أعنى ببيان الحقيقة. فما أثاره الشيخ الصديق الضرير وطالبنا أن نجيبه عن مسألتين:

المسألة الأولى: قوله بعدم جواز المقابلة بجزء من التكلفة، واعتبر في مبدأ الأمر أن هذا من قبيل الغرر، ثم رجّح أن هذا من قبيل الربا. والواقع هو ليس من الغرر كما قال فضيلة الشيخ الجواهري: «فليس في المقابلة غرراً» هذا شيء. والشيء الثاني أضيفه كما بيّن الأستاذ الجناحي ليس في هذا العقد شيء من الربا، لأن المقاول حينما يُقدّم النفقة إنما يتم ذلك بناء على أنه وكيل عن رب العمل، فيتفق مع رب العمل على أنه ينفق ويقدم له الفواتير ثم في نهاية الأمر يحاسبه على هذه المبالغ التي قدّمها، فهي خدمة، ومنّا إذا كلفناه بعمل أن يعمل مجاناً ثم لا يأخذ مقابل جهده وعمله؟ فهذا إغراق في القياس وعدم الأخذ بما قرره المذهب وهو مذهب الحنابلة وذلك بأنه يجوز أخذ جزء مُشاع من التكلفة، وليس بناء على قدر مقطوع من البذل أو المقابل. فیسعنا ما وسع مذهباً من المذاهب، فلماذا تُضيق على الناس؟ ونحن منهجنا في هذا المجمع أننا لا نتقيد برأي معين. صحيح جمهور الفقهاء قد يرون شيئاً ونرى المصلحة في غيره؛ وإلا لا يوجد مبرر لوجودنا أصلاً إذا لم نأخذ بهذه الرخص المقررة في مذهب معتبر مقرر.

المسألة الثانية: قول فضيلة الشيخ: إن عقد الاستصناع لا يجوز لأن فيه تأجيل البديلين، وحينئذ ينطبق عليه ما أجمع عليه العلماء من عدم جواز بيع بالدين أو عقد دين بدين. هذا الكلام في الواقع أيضاً كما بيّن الشيخ عبد الله خير ليس صحيحاً، لأن مقابلة البديلين - البذل بالبذل - هذا في غير هذا الجانب. الاستصناع يتم على تقديم أعيان منشأة ومصنوعات مقدّمة، وهذا ما قرره الحنفية. فعندنا قياس وعندنا استحسان، فهذا من قبيل الاستحسان. والاستحسان أحد القياسين كما يقرر ذلك الحنفية أنفسهم، فليس صحيحاً أن المقابلة من قبيل ما ليس عند الإنسان.

الموضوع الثالث : وهو ما أردت أن أبيّنه للأخ الدكتور قطب سانو وإن كان يُقدّم بحثاً مثلي في هذا الموضوع : أنه يجنح إلى اعتبار المقاوله عقداً مستقلاً ، وأن محاولة إلحاقها بعقد قائم بذاته كالاستصناع أو الإجارة على العمل لا داعي له . أذكره بضرورة التزام المنهجية في هذا الموضوع وهو أصولي ، والأصوليون يقولون : «الاستصحاب» الذي أراد أن يحتج به - وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة - لا يُلجأ إليه ، لأن الأصوليين قالوا : «الاستصحاب آخر مدار الفتوى» ، وبالتالي ما دام يمكننا أن نقيس المقاوله على الاستصناع أو الإجارة على عمل ؛ فما الداعي إلى اللجوء للقواعد العامة؟! نلجأ إلى القواعد العامة وقاعدة الإباحة حيث تعذرت كل المصادر التي تسبق هذا المبدأ وهو الاستصحاب . أخيراً ما أثاره الدكتور حسين فهمي أجيب عنه بسرعة في نقاطه الأربعة .

صحيح أن الحنفية أجازوا في مبدأ الأمر الاستصناع في الأشياء البسيطة ، لكنهم علّلوا بأن الاستصناع يجوز في كل ما جرى به العرف ، والعرف الآن عرف عام بمثابة الإجماع ، يعمل الناس بالاستصناع في كل أنحاء الدنيا ، وله أساس من السنة فالنبي عليه الصلاة والسلام استصنع خاتماً واستصنع بعض الأشياء ، فهذه الأشياء التي كانت بحسب بساطة الحياة ، اليوم استصنع طائرات وغواصات وحافلات ومصانع بكاملها ، فلا يضيق مذهب الحنفية باستيعاب هذا المبدأ لأنهم قالوا : «يصح الاستصناع في كل ما جرى به العرف» ، والأعراف العامة منذ عدة قرون على جواز هذه الأشياء .

أكتفي بهذا القدر ، وصلى الله على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه وسلم .

الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع:

بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله وسلم على رسول الله ، وعلى آله وأصحابه أجمعين .

وبعد ؛ أشكر سيادة الرئيس على إتاحتها الفرصة لي وإن كنت متأخراً في طلب الكلمة فجزاه الله خيراً .

أولاً : أكرر ما ذكره الإخوة في الثناء على البحوث التي قدّمت وأثّرت هذه

الجلسة مثل هذه المناقشات التي لها أثر كبير في أننا انتفعنا بالكثير منها، فجزاهم الله خيراً، وجزى الله كذلك العارض خيراً أفاد ولخص لنا تلخيصاً من شأنه أن نكون على معرفة جيدة بهذه البحوث فضلاً عما سبق لنا من مطالعات. في الواقع أنا أضمر صوتي إلى صوت الإخوة الذين قالوا بأن تكييف الاستصناع له حالان: إما أن يكون المستصنع والذي هو المالك قدّم الأدوات (المواد)، والصانع لم يكن منه غير العمل، فهذا واضح في أنه إجارة وتطبق عليه خصائص وأحكام الإجارة. أما إذا كان المستصنع لم يُقدّم شيئاً وإنما قام الصانع (المقاول) بجميع ما يتعلق بالعمل وبتأمين المواد؛ فهذا في الواقع لا شك أنه استصناع، والاستصناع سبق وأن صدر قرار مجمع الفقه باعتباره عقداً له اعتباره وهو جائز. ولا شك أنه يعتبر في الواقع بيعاً، لماذا؟ لأن الصانع نفسه الآن قدّم عمله مع المواد فهو بيع.

هناك تعقيب على ما ذكره شيخي وحببي الشيخ الصديق الضرير - حفظه الله - من القول: بأنه حينما يأخذ المقاول نسبة من التكاليف فهذا ربا، وإذا قيل بأنه كذلك غرر فقد يكون، ولكنه نفى أن يكون غرراً وإنما هو ربا، وقيل بأنه جهالة. فالقول بأنه جهالة ليس صحيحاً، لأن الجهالة المفسدة للعقود هي ما كانت جهالة مستمرة، وأما الجهالة التي مآلها العلم فهي في الواقع غير معتبرة في إفساد العقود.

ما يتعلق بما ذكر حبيينا وشيخنا الشيخ الصديق بأن هذا نوع من الربا، فنحن في الواقع لسنا في عقد معاوضة بين نقود ونقود، وإنما الصانع ملك ما صنع بمواد وعمله، فهو الآن يبيع هذا المملوك له للمستصنع، فإذا هو باع أصلاً ولم يبيع نقوداً بنقود، وإذا قال: إنني أبيعها بمثل ما خسرت أو بمثل ما أنفقت وبزيادة نسبة معينة فهذا نوع من الأنواع التي عليها مجموعة كبيرة من معاملات المؤسسات الإسلامية، وأعني بذلك المرابحة.

أما ما تفضل به الشيخ حسن الجواهري بقوله (ببطلان ربح المقاول حينما يعقد مقاوله من الباطن على آخر) ويقول: «لأنه في الواقع ربح ربحاً لم يبذل في سبيله شيء»، لا أبداً، بل هو في الواقع الآن ملك هذه السلعة التي اشتراها أو التي عقد عليها بالصناعة بأن يكون صانعاً لهذا المشروع، فهو عقد على موصوف في الذمة فقد ملكه، فله كذلك أن يعمل استصناعاً موازياً لا علاقة له بقصد الاستصناع

مع المستصنع الأول، بل هو ملك واستصنع استصناعاً جديداً، فليس هناك شيء يدعو إلى القول ببطلان ذلك. وما ذكره استشهاداً أو قياساً على ما يتعلق بالإجارة وقال: «إن المستأجر حينما يستأجر عيناً للارتفاع بها ثم بعد ذلك يؤجرها على غيره. ويقول: بأن هذا لا يجوز» لا، لماذا لا يجوز؟ هو في الواقع اشترى منفعة، ومعلوم لديكم - حفظكم الله - بأن المبيع لا يخلو أمره إما أن يكون المبيع أصلاً أو أن يكون منفعة. فبيع الأصل بيع، وبيع المنفعة وهو الإجارة كذلك، فهو في الواقع بيع، وقد عبّر عن ذلك مجموعة من الفقهاء وأخصّهم مجموعة من إخواننا المالكية. فإذاً قياسه بأن هذا من الربا أو من ربح ما لم يبذل في سبيله شيء، لا بدأً، نقول: ملك هذه المنفعة وله الحق في أن يبيعه بما شاء.

فيما يتعلق بالبراءة من العيب. لا شك أن النص في عقد المقاولة على البراءة من العيب نص معتبر له أثره، وله نتيجته؛ حيث إن المقاولات مبنية على مخططات ومواصفات تنتفي معها الجهالة، فأبي عيب ينتج عن مخالفة هذه المخططات والمواصفات فهو من مسؤولية المقاول، فلماذا نقول بأنه لا ينبغي وأن هذا ضمان مجهول ونحو ذلك؟ أماننا مخططات وأماننا مواصفات التزم بها بموجب العقد الجاري بينه وبين المستصنع نفسه، فإذاً الصانع هو مسؤول عن أي مخالفة من المخالفات.

سمعت من أحد إخواني - حفظ الله الجميع وحفظه على وجه الخصوص - القول بأن المقاولة هي استصناع وإجارة، وهذا قول غريب، وقول غير ظاهر. هل يمكن أن نتصور الليل والنهار يجتمعان في وقت واحد؟ الإجارة شيء والبيع آخر. فإذاً نحن نقول: الاستصناع يكون بيعاً أصلياً إذا كان الصانع قد التزم بالعمل وبالمواد، أما إذا التزم بالعمل فقط دون المواد فهي إجارة. فإذاً لا يُصوّر أن نقول بأن الاستصناع يجتمع فيه البيع والإجارة معاً، وإنما يكون بيعاً في حال أن يقوم الصانع بالعمل وبتأمين المواد، ويكون إجارة في حال أن يقوم الصانع نفسه بالعمل فقط.

هناك نقطة أحب في الواقع أن أنبّه إليها؛ وهي أن كثيراً من إخواننا يعبرون عن ثروتنا الفقهية التي وصلتنا عن طريق علمائنا الأفاضل وفقهائنا الأسبقين؛ هناك من يقول بأن هذا تراث. يا إخواني هذا ليس بتراث، هذه ثروة علمية فقهية

هي مصدرنا ومرجعيتنا في ذلك نرجع إليها، أما التراث فهو الآثار التاريخية التي يُراد منها العبرة والعظة.

حفظكم الله وشكر الله لكم.

الشيخ خليفة بابكر:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد؛ شكراً سيادة الرئيس، والشكر للسادة العلماء الأجلاء: الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، والأستاذ الدكتور جاسم علي الشامسي، وللأستاذ الدكتور جبر الأنفي، والأستاذ الدكتور قطب سانو، وأيضاً للأستاذ الدكتور عجيل النشمي على بحوثهم؛ وللأخير أيضاً على حُسن عرضه بالإضافة إلى إعداده للبحث.

وحقيقة الموضوع الذي أود التعليق عليه هو الموضوع الأساسي أو الموضوع المفصلي كما يقولون؛ وهو موضوع الإفتاء في مثل هذه المسائل: هل نعتد فيه على القواعد العامة مباشرة أو نعتد فيه القياس على آراء الفقهاء الأقدمين؟ إذا التزمنا فيه جانب القياس الفقهي المباشر على آراء الفقهاء كما هو الحال في كثير من الاجتهادات المعاصرة في شأن الاقتصاد وغيره، إذا اعتمدنا على هذا الجانب هنالك فعلاً مشكلة تنشأ. المشكلة التي تنشأ؛ تنشأ من أن طبيعة العقود التي نقيس عليها عقود برزت في زمان هو مختلف عن زماننا هذا، من ناحية سعة تلك العقود وقوة استيعابها لأنها وليدة ظروف الأحوال الاقتصادية فيها تماماً تُغيّر الأحوال الاقتصادية التي نحن عليها الآن. هذه هي السلبية في هذا الجانب.

الجانب الآخر وهو جانب أن نعتد على الأصول العامة (القواعد العامة)؛ أن ننظر على أن العقد عقد مركّب وجديد، وبالتالي نعرضه على الأصول العامة، فإذا كان خالياً من الغرر، وخالياً من الربا، وخالياً من القمار، وأيضاً لم يكن فيه ضرر وفيه مصلحة؛ يمكن أن نأخذ به. هذا الاتجاه أيضاً له سلبية، وسلبيته هو أننا لا نجد ضوابط مباشرة يمكن أن تكون ضابطة لنا حينما نُعطي رأياً في هذا العقد الجديد، لأن آراء الفقهاء تعتبر آراء، استثناسنا بها وقياسنا عليها يفيد في

هذا الإطار . يُفيد في أن يجعل العقد الذي نتجه إلى إعطاء الرأي فيه عقداً مسدداً، لأن الفقهاء كانوا فعلاً يبحثون المسائل بحثاً دقيقاً، وبعض هذه التساؤلات التي أثرت الآن كانوا هم أيضاً يشتغلون بها حينما يبحثون في مثل هذه العقود، هذا يمكن أن يترتب عليه من هذه الوجهة ربا ويمكن أن يترتب عليه من الوجهة الأخرى غرراً، وهكذا دواليك . فبهذا الاعتبار أيضاً نحن محتاجون لهذا الضبط .

ولهذا أنا - وقد ذكرت هذا بالأمس في حديثي - أرى أن نجتمع بين المنهجين، منهج الاعتماد على آراء الفقهاء والتخريج عليها، وهو ليس قياساً يا دكتور سانو، أنت ذكرت أن هذا قياس، وأنت تجد أن فيه توسعاً في استخراج القياس كثيراً، وأنا في هذا الجانب نستخدم القياس ولا نستخدم المصالح المرسله ولا نستخدم الاستحسان ولا نستخدم العرف إلى غير ذلك من المصادر . لا، المصالح المرسله والعرف والاستحسان تستخدم عند من يجتهد اجتهاداً مطلقاً، ولكننا نحن الآن لا نجتهد اجتهاداً مطلقاً، وإنما نحن نَحْمِلُ على آراء غيرنا ولهذا نستخدم القياس، وهو قياس ليس بالمعنى الأصولي بمعنى أن يكون هناك نص في المسألة، كما هو مشروط في الأصل أن يكون منصوفاً عليه في القرآن والسنة، وإنما هو قياس تخريجي، هذا هو التخريج المعروف عند الفقهاء .

فعلى كل حال ما أراه هو أن نجعل الأمرين متسقين يأتیان مع بعضهما، وهذا المنهج . . أمس في محاضرات وبحوث المسابقات كان هو المنهج المتبع، فريق من الباحثين اتجه الاتجاه الكلي العام واهتم بالقواعد وكانت لغته وطريقته وتفكيره تفكيراً فلسفياً عاماً، استقرائياً كما ذكرت أمس، والاتجاه الثاني كان اتجاهاً جزئياً فروعياً . أنا أرى أن نكون على ذلك وأن نُقَدِّمَ دائماً الفتوى في المسائل، والبحث فيها بهذين الإطارين؛ حتى نتمكن من خلال نظرتنا في الطريقتين من إعطاء الرأي الصحيح . هو طبيعي في بعض الأحيان إذا كان ما أمكناً أن نقيس على آراء الفقهاء سوف نلجأ بالضرورة إلى القواعد العامة، لا يوجد شك في ذلك، أو إذا وجدنا أن القياس ليس قياساً سليماً من كل الوجوه، في مثل هذه الحال نفرع إلى القواعد العامة فلا بد من أن تكون القواعد العامة أيضاً موجودة عندنا من ذوي القدرة على هذه القواعد العامة، وهذا الاتجاه اتجاهاً بشرياً موجوداً . في نظام السوابق القضائية، النظام الإنجليزي كما تعلمون قائم على نظام السوابق القضائية

وهو نظام قائم على القياس . القاضي يتجه إلى أنه لا يحكم في قضية إلا وينزل في سابقة يقيس عليها . وهذا أمر موجود على كل حال ؛ خلاصته وأراؤه أن نجتمع بين النظرين .

وشكر ألكم ، والسلام عليكم .

نائب الرئيس (الدكتور إبراهيم بشير الغويل) :

شكراً . الحقيقة بين الشيخ عبد الله المنيع وبين الدكتور خليفة بابكر أثير موضوع يتعلق بالمنهج وليس بإدلاء الرأي في الموضوع ، ولعل ذلك يكون مناسبة أن يكون في أحد جلسات المجمع التي تناقش هذا الأمر ، يعني مدى الاستئناس بالسوابق والذي لم يقبل أستاذنا الشيخ عبد الله المنيع أن نعتبره تراثاً ، وأيضاً التفرقة بين ما هو في الفقه الإسلامي وما هو في الشريعة كأصول ومراجع أولى ، وأول مرجوع إليه كما يقول الشاطبي هو القرآن الكريم ثم سنة رسول الله ﷺ . على كل حال هذا الموضوع خارج عن موضوعنا ، ولكنه يبحث عن المنهجية التي وراء هذه البحوث .

الشيخ محمد النجيمي :

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على نبينا محمد ﷺ ، وعلى آله وصحابه أجمعين .

أما بعد : فإن لي تعليقاً بسيطاً على موضوعنا هذا :

يجب أولاً في موضوع المقابلة أن نتصور هذه الموضوعات من خلال أهل الاختصاص وهم أهل القانون ، لأن هذا العقد هو عقد مستورد في الحقيقة من الغرب ، ومن هنا فيجب أولاً أن نتصوره من هذه الناحية ؛ لأننا إذا فهمناه وتصورناه من أهل الاختصاص سهّل علينا بعد ذلك البحث في هذا الموضوع ، وكما قال الدكتور عبد الناصر بالأمس يجب علينا في قضايا الترويج والتسويق أن نتصور ذلك من الناحية الاقتصادية أولاً ، ثم نبدأ بعد ذلك بتطبيق القواعد الفقهية والأصولية عليه . فهنا في موضوعنا هذا أيضاً نحن بحاجة إلى التصور الدقيق ، أعجبت ببحث فضيلة الدكتور محمد جبر الألفي وفضيلة الدكتور قطب لأنهما

اعتبرا هذا العقد عقداً جديداً مستقلاً يجب أن نحثه في هذه الناحية، وقد قال الإمام ابن القيم: «إن الفقهاء قد أتبعوا أنفسهم وأضاعوا أوقاتهم في أنهم يحاولون تخريج العقود المستحدثة على عقود قديمة، ولو اعتبروها عقوداً جديدة وبحثها من هذا الجانب لكان في ذلك اختصار للأوقات وحفظ للأوراق»، وأنا هنا لا أقول إننا نستأنس بأقوال الفقهاء القدامى، بل يجب أن نستأنس بأقوالهم دون الالتزام بالحرفية، لأنه كما شاهدنا وكما سمعنا من المتخصصين خاصة الدكتور حسين فهمي والأخ الدكتور الشامسي نجد بأن هناك محاولة من بعض الإخوان أن يُلصق هذا العقد حرفية بالعقود القديمة، فهو مرة استصناعاً ومرة إجارة، لدرجة أن البعض كما قال الشيخ عبد الله بن المنيع قال: إنه يجتمع فيه استصناع وإجارة في آن واحد، وهذا كله سببه محاولة التلفيق. فيجب أن نستأنس بالفقه وأقوال الفقهاء في هذا، ولكن ينبغي أن ننظر إلى هذا العقد على أنه عقد جديد نرجع فيه إلى القواعد العامة والضوابط الكلية، فهذا هو الطريق الأسلم.

والله أعلم وأعلى، وشكر ألكم.

الشيخ عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

واضح أن عقد المقاولة يمتد ويتسع التعامل به في مختلف المرافق، وعند العديد من فعاليات المجتمع، وممن يطبقه وزارات الأوقاف والشؤون الإسلامية على نطاق واسع في كثير من أعمالها. وقد دُرست تفاصيل هذا العقد وانتهى إلى أن هذا العقد بصرف النظر عن التسمية والتفاصيل هو عقد لا يُخالف أياً مما دعت الشريعة إلى الالتزام به، والأمر مستقر في ذلك.

يبدو أن نقاشنا يدور حول تخريج هذه الإجارة؛ هل هي في العقود السابقة أو نعتبره عقداً جديداً؟.

الواقع إذا استعرضنا تفاصيل هذا العقد ليس فقط ما طرحته الأبحاث ما هو جار عليه العمل؛ فإن فيها أيضاً آفاقاً أخرى وقضايا أخرى لم تشر إليها الأبحاث. مثلاً موضوع الأمر التغييري، في كثير من تفاصيل هذه العقود هنالك صلاحية

معطاة للذي طلب المقابلة أن يُغيّر ويُبَدل ضمن شروط معينة وينسب معينة، ماذا تقول عن ذلك؟ .

موضوع مسؤولية المهندس المشرف وصلحياته، وصلحياته بآته في كثير من الأحوال على الطرفين، إلى غير ذلك من قضايا تفصيلية في هذا العقد تدفنا إلى القول بأننا أمام معاملة جديدة. نعم فيها عدد كبير من العقود التي استقرت فقهاً وهذا يُقوّي القول بالجواز من أن لتفاصيل هذا العقد الجديد نظائر فيما عرفه فقهاؤنا إن كان في الاستصناع أو الإجارة أو في الوكالة في قضية المهندس المشرف، أو في الإقالة في قضية الأمر التغييرى، فكل هذه القضايا يجب أن تكون في الذهن ونحن نعالج هذه القضايا.

أما فيما يتعلق بالقضيتين اللتين أوقفتنا بعض الإخوة: قضية الكلفة+ الربح. حقيقة استغربت مثل هذا الوقوف عند هذه القضية؛ لأنه كما شرح بعض الإخوة العقد ليس هكذا مطلقاً: الكلفة+ الربح، وُضعت أسس في هذا العقد لتحديد كيف تُختار الأشياء وكيف تُحدّد أثمانها. يعني: لا بد للمقاول أن يقدم عينات وأن يطلع عليها صاحب المقابلة وأن يعتمد العينة، عند ذلك القضية محسوبة؛ كلفة هذا الشيء مع ربحه، ما الضير في ذلك؟ يشترها وتصبح ملك المقاول ثم يقدمها بربح ويضعها في بناء الذي طلب المقابلة.

أيضاً حتى لو طلب - كما أشار بعض الإخوة - صاحب المقابلة أن يقدم هو الأشياء؛ ما الضير في ذلك؟ الربح عند ذلك يكون أجرة لتركيبها ووضعها في البناء.

فواضح أن عند الدخول إلى تفصيلات هذا الأمر فإننا لا نجد ما يمنع منه شرعاً.

أما موضوع المقاول من الباطن، حقيقة فيه نقطة لم يُشر إليها. المقاولون من الباطن عادة مجموعة كبيرة من الأشخاص، هذا البناء يحتاج إلى كهربائيين ويحتاج للسباكة ويحتاج إلى فعاليات متعددة، فهو يجري عمليات توزيع للمقابلة الرئيسية إلى مقاولات فرعية، والعلاقة مستقرة بين المقاولين الفرعيين وبين المقاول الرئيسي، هذا إذا وزع المقابلة، وإذا دفعها إلى من هو أخبر منه بالتفاصيل؛

ما الضير في ذلك ما دام أن العلاقة التي تقوم مباشرة بين المقاول الرئيس أو الأول والمقاول الآخر؟ يعني: ليست هنالك عملية بيع للدين.

فيما يتعلق بموضوع B.O.T يجب أن ننتبه في الواقع بالنسبة لهذا الموضوع، وهو قطعاً موضوع مهم لكن لم تقدّم فيه بحوث تغطي هذه الآفاق. هو عقد مقاوله وتمويل، فإذا كان التمويل قائماً على أسس شرعية، يعني لم يُنص في العقد على تمويل مُحَرّم، بل لوحظ البعد الشرعي في ذلك فلا ضير أيضاً من هذا ما دام أن أي جهالة واردة في هذا العقد من حيث مستقبل التنفيذ والمبالغ التي ستدفع ليست مفضية للنزاع، إنما وضعت القواعد الكفيلة بإزالة النزاع عندما يقع؛ فلا خير في ذلك، لكن أمل أن يكتب في هذا الموضوع ويثرى ببحوث السادة العلماء. وشكراً.

نائب الرئيس (الدكتور إبراهيم الغويل):

بعد إذنكم لجنة عقد المقاوله ستكون كالعادة من العارض (الشيخ عجيل النشمي)، والمقرر (جاسم الشامسي)، والدكتور وهبة الزحيلي والدكتور الصديق الضيرير والشيخ حمزة الفعمر، وإذا رأيتم يمكن أن يُضاف الأستاذ عبد اللطيف الجناحي لأنه من الممكن أن يضع تصوراً عن هذه العقود وكيفية احتسابها، والشيخ علي القره داغي لأنه أيضاً ناقش هذا الجانب.

وبهذا ترفع الجلسة وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم ١٢٩ (١٤/٣)

بشأن

عقد المقاوله والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر)، من ٨ إلى ١٣
ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد
المقاوله والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته.

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع
وقواعده ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات.

ونظراً لما لأهمية عقد المقاوله ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح
مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

قرر ما يلي:

(١) عقد المقاوله - عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي
عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل
والمادة وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو
المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

(٢) إذا قدم المقاول المادة والعمل فينتطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥
(٧/٣) بشأن موضوع الاستصناع.

(٣) إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً .

(٤) يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية :

(أ) الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة .

(ب) الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها .

(ج) الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية. ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة، وبمواصفات محددة، بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها .

(٥) يجوز أن يتضمن عقد المفاوضة شرطاً جزائياً، بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة. ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (٣/١٢) .

(٦) يجوز في عقد المفاوضة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها .

(٧) يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات .

(٨) إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره، فللمقاول عوض مثله .

(٩) إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها، فلا يستحق عوضاً زائداً عن المسمى، ولا يستحق عوضاً على التعديلات أو الإضافات .

(١٠) يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها. ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة .

(١١) إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز

له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن .

(١٢) إذا لم يشرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداءه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء .

(١٣) المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد .

(١٤) لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول .

(١٥) يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة .

(١٦) لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد .

توصيات:

● يوصي المجمع بدراسة بعض صيغ عقود المقاولات من مثل ما يسمى B.O.T؛ أي: بناء وتملك وإدارة ونقل ملكية .

والله تعالى أعلم .

* * *

رابعاً

الشركات الحديثة الشركات القايضة وأحكامها الشرعية

البحوث

- ١ - بحث الدكتور قطب مصطفى سانو
 - ٢ - بحث الدكتور عبد العزيز الخياط
 - ٣ - بحث الشيخ محمد علي التسخيري ومرضى الترايبى
 - ٤ - بحث الدكتور حسين كامل فهمي
 - ٥ - بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة
 - ٦ - بحث الدكتور ناجي عجم
- العرض - المناقشة
 - القرار

الشركات الحديثة الشركات القابضة وأحكامها الشرعية

إعداد

أ. د. قطب مصطفى النانو

أستاذ الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية بماليزيا
وعضو المجمع المنتدب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

في مقدمة الدراسة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه، وبعد:

فهذه صفحات معدودات عينا بنسج خيوطها حول موضوع الشركات الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية، وقد بذلنا ما وسعنا من جهد في تتبع مسائلها وقضاياها، كما استفرغنا طاقتنا المحدودة في الوقوف على العديد من المعلومات حولها، وذلك عبر مختلف المصادر والمراجع وصفحات الإنترنت قصد الوصول إلى نتائج مفيدة إزاء هذا الموضوع السهل الممتنع. وانطلاقاً مما يشهده عالم الأموال والأعمال من تطور هائل وسريع في كافة المجالات، واعتداداً بأهمية إبراز قواعد الشرع العامة ومبادئه السامية التي ينبغي الاعتصام بها في خضم التعامل مع مستجدات العصر، لذلك، فقد حاولنا جاهدين أن نقدم تحليلاً ونقداً علميين متوازنين لما نُسج من آراء معاصرة حول الشركات والعقود الحديثة، وخاصة فيما يتعلق بتكيفاتها وبيان حكم الشرع الحنيف فيها.

وأما بالنسبة لما يُسمى اليوم بالشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات، فقد تناولناها بالتحقيق والتأصيل، وتعرضنا لكيفية تكيفها تكيفاً شرعياً مناسباً، كما ألقينا الضوء على أحكام الزكاة بالنسبة لها؛ مقررين بعدم وجود فرق جوهري بين أحكام زكاة أسهم الشركات المساهمة، وأسهم الشركات القابضة بحسبانها في الغالب نوعاً من أنواع الشركات المساهمة. وأما بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات، فقد أوسعنا مسائلها جانب التفصيل والتحقيق؛ مقررين بأن أحكام زكاتها تختلف باختلاف أساس تكوينها، فإذا كانت في أساسها مساهمة، كان لها أحكام زكاة المساهمة، وإذا كانت تضامناً، كانت لها أحكام زكاة التضامن، وهلمَّ جرّاً.

وقد وزّعنا موضوعات الدراسة ومباحثها على ستة مباحث :
كان أولها حديثاً مفصلاً عن مفهوم الشركة لغة، واصطلاحاً، وأقساماً في
الفقه الإسلامي .

وأما المبحث الثاني: فقد خصّصناه للتعريف بالشركات الحديثة
وأقسامها .

وتناولنا في المبحث الثالث تكييفات المعاصرين للشركات الحديثة .
واعتنى المبحث الرابع بإبراز ملحوظات منهجية على تلك التكييفات،
واقترح مبادئ علمية للتعامل مع الشركات، والعقود، والمعاملات الحديثة .

واختص المبحث الخامس بحديث مفصل عن المراد بالشركات القابضة
وأهم خصائصها، والشركات المتعددة الجنسيات .

وأما المبحث السادس: فقد خصصناه لبيان أحكام الزكاة بالنسبة للشركات
القابضة والشركات المتعددة الجنسيات .

ثم أودعنا الخاتمة أهم نتائجها .

متّبعين في ذلك كله المنهج التحليلي النقدي الاستنباطي المقارن في تناول
كافة المباحث والمسائل .

والله نسأل أن يكتب لنا التوفيق والسداد، إنه نعم المولى ونعم النصير .

* * *

المبحث الأول

في مصطلح الشركة وأقسامها في كتب الفقه

أولاً: الشركة لغة:

بالرجوع إلى المعاجم والقواميس اللغوية، نجد أن لفظ (شركة) اسم مصدر لفعل شارك يشارك مشاركة وشركة، ويطلق ويراد به الخلطة، وفي هذا يقول ابن منظور في لسان العرب: «.. والخلطة بالضم: الشركة، وبالكسر: العشرة. . والشركة والشَّرْكة والشَّرْكة سواء: مخالطة الشريكين. يقال: اشتركنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر. .»^(١)، ويذهب الزبيدي في تاجه إلى تقرير القول بأن: «.. الشَّرْكة والشركة بكسرهما وضم الثاني بمعنى واحد، وهو مخالطة الشريكين. . وفي الأثر: أن معاذاً أجاز بين أهل اليمن الشَّرْكة، أي: الاشتراك في الأرض. .»^(٢).

وبناء على هذا، فيمكننا الخلوص إلى القول بأن المراد بمصطلح الشركة في اللغة: الخلطة والاختلاط، ويسمى العقد الذي يتم بسببه الخلطة بين مالين، أو بين عمليين، أو بين مال وعمل: شركة؛ لصحة تصرف كل خليط في مال صاحبه، وقد أشار صاحب القاموس الفقهي إلى هذا الأمر، فقال: «.. الشركة: اختلاط النصيبين، فصاعداً بحيث لا يتميز، ثم أطلق اسم الشركة على العقد، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين. .»^(٣).

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور، (بيروت، دار صادر بدون تاريخ): ٢٩٧/٧، ٤٤٨/١٠.

(٢) انظر: تاج العروس، الزبيدي، (بدون معلومات عن دار النشر وتاريخه): ١٤٨/٧.

(٣) انظر: القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، (دمشق، دار الفكر، طبعة ١٩٨٢م)، ص ١٩٥.

ثانياً: في مصطلح الشركة شرعاً:

تزرخ المدونّات والدراسات الفقهيّة القديمة والحديثة بتعريفات اصطلاحية عديدة لمصطلح الشركة، منها التعريف الذي أورده الشربيني بقوله: إن الشركة «.. ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ..»^(١). وانتهى ابن قدامة إلى تعريفها بأنها: عبارة عن «.. الاجتماع في استحقاق أو تصرف..»^(٢). وذهب البابرّي إلى تعريفها بأنها: «.. عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر..»^(٣). وأما الخرشى، فانتهى إلى تعريفها بأنها: عبارة عن «.. تقرر متمول بين مالكين فأكثر..»^(٤).

بالنظر في هذه التعريفات نجد أنها تتفق على العناصر الأساسية التي يتكون منها مصطلح الشركة شرعاً، وتتمثل في الخلط بين مالين، أو عمليين، أو بين عمل ومال، كما تتمثل - ثانياً - في ثبوت حق التصرف لشخصين فأكثر في مال أو في حق أو في سواهما، وتتمثل - ثالثاً - في عدم انحصار دائرة المشاركين في عدد بعينه، وإنما توسع الشركة شخصين، وثلاثة، وأربعة.. إلخ؛ فهذه العناصر لا بد من توفرها في الشركة من المنظور الفقهي، غير أنه يؤخذ على هذه التعريفات، تجاوزها الإشارة إلى المصادر المعتبرة التي يلاذ بها لمعرفة مدى شرعية الخلط بين المالين، أو بين العمليين.. ولمعرفة مدى شرعية الاجتماع في استحقاق أو تصرف؛ إذ إنه من الوارد أن يكون ثمة اجتماع في استحقاق أو تصرف، بيد أن الشرع أو العرف الصحيح لا يعتد به، إما: لأن الاجتماع مخالف للشرع أو العرف الصحيح، أو لأن الاستحقاق مخالف لإرادة الشرع أو العرف الصحيح، وكذلك الحال في التصرف، فلا يخلو من أن يكون تصرفاً يقره الشرع أو العرف الصحيح،

(١) انظر: مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، (بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ): ٢١١/٢.

(٢) انظر: المغني شرح مختصر الخرقى، عبد الله محمد بن أحمد بن قدامة، (مطابع سجل العرب، بدون تاريخ): ٣/٥.

(٣) انظر: شرح العناية على الهداية، محمد بن محمود البابرّي، (بدون تاريخ): ٢/٥.

(٤) انظر: شرح الخرشى لمختصر خليل، محمد الخرشى، (مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، طبعة ثانية، ١٣١٧هـ): ٢٥٤/٤.

أو يكون تصرفاً لا يعترف به الشرع ولا العرف الصحيح .

وعلى العموم، ما كانت التعريفات لتخلو من تحديد المصادر التي تستمد منها الشركة مشروعيتها، والتي تنحصر في الكتاب والسنة، والأدلة المنبثقة عنهما، وخاصة العرف الصحيح الذي لا يتعارض مع أصول الشرع وكلياته. وقد كان حريّاً بها لفت النظر إلى هذا البعد، وخاصة أن الأصل في التعريفات الشرعية تقييد العمومات التي ترد في المعاني اللغوية أو العرفية، تمييزاً لها عن التعريفات اللغوية. وبناء على هذا، فإننا ننتهي إلى تقرير القول بأن ثمة حاجة إلى تقييد كافة تعريفات الشركة الواردة في المدونات والدراسات الفقهية القديمة والحديثة بقيد الشرع والعرف الصحيح، فتعرّف الشركة شرعاً بأنها عبارة عن الاجتماع المأذون فيه شرعاً أو عرفاً في استحقاق أو تصرف شرعيين، أو بتعبير آخر: يراد بها ثبوت الحق شرعاً أو عرفاً في شيء لاثنتين فأكثر من جهة الشيوخ.

ثالثاً: في أقسام الشركة في كتب الفقه:

دأب معظم أهل العلم بالفقه في المذاهب الإسلامية المختلفة على تقسيم الشركة إلى شركة ملك وشركة عقد، وتذهب طائفة من الباحثين إلى اعتبار شركة الإباحة قسماً ثالثاً من أقسام الشركة في الفقه الإسلامي، وذلك بحسبانها نوعاً خاصاً مختلفاً عن شركة الملك وشركة العقد. واعتباراً إلى أن عامة الفقهاء لا يؤثر عنهم اختلاف ذو بال حول كون الناس شركاء في الانتفاع بكل ما خلقه الله في هذا الكون من أشجار وأنهار وبحار وأودية وجبال، وسوى ذلك من المخلوقات التي لا دخل للإنسان في إيجادها، لذلك؛ فإن الحديث عن تفاصيل هذه الشركة لا يحظى بكبير اهتمام لدى الفقهاء عند حديثهم عن الشركات في الإسلام، وذلك لبداهتها، وكونها معروفة لدى عامة الناس قبل خاصتهم. ولهذا، فإننا سنتبع سنن الفقهاء في تناول موضوع الشركات في مدوناتهم، مكتفين بالحديث المفصل عن شركتي الملك والعقد بوصفهما أهم نوعي الشركة في الفقه الإسلامي.

١- في شركة الملك وأقسامها في المدونات الفقهية:

أ- في مفهوم شركة الملك:

يعرّف الفقهاء شركة الملك أو شركة الأملك بأن « . . يملك اثنان فأكثر عيناً

أو ديناً بسبب ما، كالإرث، والهبة، والشراء، وما أشبه ذلك . .^(١)، ويراد بها أيضاً: . . . أن يختص اثنان، فصاعداً، بشيء واحد، أو ما هو في حكمه . . . والذي في حكم الشيء الواحد هو المتعدد المختلط؛ بحيث يتعذر أو يتعسر تفريقه لتتمييز أنصباؤه . سواء في ذلك العين والدين وغيرهما^(٢)، وبتعبير آخر، تعني: . . . العين أو الدين يملكهما أكثر من واحد على الشيوع بسبب واحد، كالدار يرثها أخوان، أو توهب لهما، والمال يجب للشركاء في ذمة شخص ضمناً لشيء أتلفه لهم، ونحو ذلك . . .^(٣) . فهذه الشركة لا تخلو من أن تنشأ إما بفعل الشركاء، أو بغير فعلهم، وتعد الشركة في كلتا الحالتين شركة ملك باعتبار أن الشركاء يستوون في ملكية ما نشأ بسبب فعلهم أو بغير فعلهم دون وجود عقد سابق .

ب- في أقسام شركة الملك :

يقسم الفقهاء شركة الملك إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات متعددة، ويعد التقسيم الذي أورده الشيخ الخفيف أحد أهم تقسيماتها وأدقها، حيث إنه انتهى إلى القول بأن شركة الملك « . . . نوعان: نوع ينشأ بفعل الشركاء، والنوع الثاني يثبت من غير فعلهم، وإرادتهم . . . فأما النوع الأول الذي ينشأ بفعلهم، فهو ما كان أثراً لتصرف، أو فعل صادر منهم، كأن يشترك اثنان أو أكثر في شراء شيء واحد، أو يشتري شخص واحد جزءاً شائعاً من سلعة من السلع، أو توهب عين من الأعيان لاثنين، فأكثر، فيقبضوها . . . أو يستولي اثنان، فأكثر على مال مباح، أو يخلط إنسان ماله بمال غيره عن رضاً منه، فيمتنع التمييز بين المالكين أو يتعذر . . . وأما النوع الثاني الذي يثبت بغير فعل الشركاء، فقد يكون سببه الوراثة،

(١) انظر: رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين، (القاهرة، مطبعة مصطفى الحلبي، طبعة ١٩٦٦م): ٤/٢٩٩ - ٣٠٠ .

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية، (الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة أولى، ١٩٩٢م): ٢٦/٢٠ وما بعدها .

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية الميسرة، محمد رواس قلعجي، (بيروت، دار النفائس، طبعة أولى، عام ٢٠٠٠م): ٢/١١٤٠ .

كالشركة التي بين الورثة في المال الموروث، وقد يكون سببه الوصية في بعض صورها التي لا تتوقف على القبول كالوصية لحمل انفصل اثنين . . «^(١) .

وانتهت الموسوعة الفقهية إلى تبني تقسيمات أخرى لشركة الملك باعتبارين مختلفين، وهذا نص ما ذكرته: « . . تقسيم شركة الملك: أولاً: إلى شركة دين، وشركة غير الدين . فشركة الدين: أن يكون الدين مستحقاً لائنين فأكثر؛ كمائة دينار في ذمة تاجر تجزئة لأصحاب الشركة التي يعاملها . . وشركة غير الدين: هي الشركة الحاصلة في العين أو الحق أو المنفعة . كما هو الحال بالنسبة للسيارات والمنسوجات والمأكولات في المتجر المشترك، وحق سكنى الدار أو زراعة الأرض لمستأجرها على الشيوخ . . ثانياً: (أي التقسيم الثاني لشركة الملك): اختيارية واضطرابية . . وشركة الملك الاختيارية: هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء: سواء بوساطة عقد أو بدونه، وسواء وقع العقد مشتركاً منذ بدايته، أم طرأ عليه اشتراكهما، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد . . (ويراد بشركة الملك) الاضطرابية أو الجبرية: هي التي تكون دون إرادة أحد من الشريكين أو الشركاء، كما لو انفتقت الأكياس واختلط ما فيها مما يعسر - إن لم يتعذر - فصل بعضه عن بعض لتتميز أنصباؤه، كبعض الحبوب . . «^(٢) .

هذه هي أقسام شركة الملك في كتب الفقه .

٢ - في مفهوم شركة العقد وأقسامها في المدونات الفقهية:

أ - في مفهوم شركة العقد:

لئن تبدى لنا المراد بحقيقة شركة الملك وأهم أقسامها في الفقه الإسلامي، فإننا نُهرِّغُ إلى تقرير القول بأن المدونات والدراسات الفقهية القديمة والحديثة أوردت ولا تزال تورد تعريفات عديدة لشركة العقد، ومن أهمها، تعريفها بأنها عبارة عن: « . . عقد بين المتشاركين في الأصل والربح»، كما تعني: « . . بيع

(١) انظر: الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، (القاهرة، جامعة الدول العربية، طبعة معهد الدراسات العربية العالية)، ص ٦ - ٧ .

(٢) انظر: الموسوعة الكويتية، مرجع سابق: ٢٦/٢١ - ٢٣ باختصار وتصرف .

مالك كل بعض ببعض كل الآخر، موجب صحة تصرفهما في الجميع . . .»^(١) .
وبتعبير آخر؛ يراد بها: « . . . اجتماع مالكين فصاعداً في الشيء على سبيل
الشركة»^(٢) . فهذه الشركة تطبق على أي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في
المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال . وتسمى
في الحال الأولى بشركة الأموال، وفي الحال الثانية تسمى مضاربة أو قراضاً^(٣) .

ب- في أقسام شركة العقد في كتب الفقه:

تنقسم شركة العقد إلى أربعة أقسام؛ وهي: شركة الأموال، وشركة
الأعمال، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة، وهذا عرض لكل واحدة منها:

القسم الأول: في مفهوم شركة الأموال:

يراد بشركة الأموال: « . . . عقد بين اثنين فأكثر على أن يتجرّوا في رأس مال
لهم، ويكون الربح بينهما بنسبة معلومة، سواء علم مقدار رأس المال عند العقد
أم لا . . .»^(٤)، وبتعبير آخر عند الشيخ الخفيف يراد بها: « . . . أن يتعاقد اثنان أو
أكثر على أن يدفع كل منهم مقداراً معيناً من المال لتكوين رأس مال يتجرّون فيه،
على أن يكون ما ينتج من ربح بينهم على نسبة معينة يتفقون عليها . . .»^(٥) .
وسميت هذه الشركة بشركة الأموال لأن الشركاء يتفقون فيها على أن يدفع كل
واحد منهم مقداراً معلوماً من المال يسمى رأس المال، وذلك بغية الاتجار في
ذلك المال . وتتنظم شركة الأموال: شركة العنان، وشركة المفاوضة، وهذا
عرض للمراد بكل واحدة منها:

(أ) شركة العنان:

لشركة العنان تعريفات متعددة متقاربة، ومن أهمها التعريف الذي يقول:

-
- (١) انظر: الفواكه الدواني، مرجع سابق: ٢/٢٧١ .
 - (٢) انظر: المختصر النافع في فقه الإمامية، الحلبي، (النجف، مطبعة النعمان، طبعة
١٩٦٦م)، ص ١٧٣ .
 - (٣) انظر: الشركات في الفقه الإسلامي، الخفيف، ص ١٩ بتصرف .
 - (٤) انظر: الموسوعة الكويتية، مرجع سابق: ٢٦/٣٦ .
 - (٥) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٢٠ باختصار .

إنها تعني: «.. أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملوا فيه بأبدانهما، والربح بينهما..»، وبتعبير آخر، يراد بها: «.. أن يخرج كلُّ ماله، ويمزجها، ويشتركا العمل فيه بأبدانهما..»^(١).

(ب) شركة المفاوضة:

وأما بالنسبة لشركة المفاوضة، فإنها متعددة، ومتغيرة، حيث عرّفها كتب الحنفية بأنها تعني الشركة التي: «.. يتساوى فيها الشركاء في التصرف، وفي الدين، والمال الذي تصح فيه الشركة»^(٢). وبتعبير آخر؛ يراد بها: أن «.. يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم، ويحصل من غنم»^(٣). وعرّفها ابن رشد تعريفاً مغايراً بقوله: يراد بهذه الشركة أن «.. يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته، وحضوره.. في جميع أنواع الممتلكات»^(٤). ولا يشترط فيها التساوي في التصرف أو في الدين أو في المال أو غير ذلك، وإنما تطلق على الشركة التي تُبنى على تفويض الشريكين بعضها البعض في التصرف في مال الشركة بدون سابق إذن منه على ذلك، سواء في غيبته أم في حضوره. ولقد حاول ابن قدامة أن يجمع بين هذين المفهومين بحسبانهما نوعين، فقال: «.. وأما شركة المفاوضة، فنوعان: أحدهما: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان.. والثاني: أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث، أو يجده من ركاز أو لُقطة، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أَرش

(١) انظر: مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، محمد جواد الحسيني العاملي، (مطبعة الشورى، طبعة عام ١٣٢٣هـ): ٣٩٢/٧ باختصار.

(٢) انظر: المبسوط، محمد بن أحمد، (كراتشي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، طبعة ١٩٨٧م): ١٥٣/١١ باختصار؛ وانظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مسعود بن أحمد الكاساني، (القاهرة، مطبعة الجمالية، طبعة ١٣٢٧م): ٥٨/٦.

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، بإشراف: الشاويش، (بيروت، المكتب الإسلامي، طبعة ١٩٩١م): ٢٧٩/٤ - ٢٨٠.

(٤) انظر: بداية المجتهد، محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، (مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، طبعة خامسة، ١٩٨١م): ٢٥٤/٢.

جناية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة الضمان، أو كفالة . . «^(١) .

إننا نعتقد أن ثمة مفهومين للمفاوضة، وليس نوعين، فبالنسبة لما سمّاه النوع الأول، فإن الحنفية لا يعدونه تعريفاً للمفاوضة، ذلك لأن أي اختلال للشروط التي قرروها كشرط التساوي في التصرف وفي المال وفي الدين، تتقلب المفاوضة إلى عنان، ولا تسمى مفاوضة خلافاً للمالكية الذين يجعلون المفاوضة منصبّة على اتفاق المتعاقدين على تفويض كل واحد منهم في التصرف في المال غيبة وحضوراً، لا اعتداد بتساوي المال، والتصرف، والدين . وعليه، فلشركة المفاوضة مفهومين مختلفين، وليس نوعين، ويجب استحضار هذا البعد عند الهمّ ببيان حكمها شرعاً .

القسم الثاني من أقسام شركة العقد: شركة الأعمال :

يطلق معظم الفقهاء على شركة الأعمال شركة الأبدان، ويسمّيها فقهاء آخرون بشركة الصنائع، ويراد بها: « . . أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعاً معيناً من العمل أو أكثر، أو غير معين لكنه عام، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة، وذلك كالخياطة، والصبغة، والبناء . . »^(٢)، ويراد بها العقد الذي يتم بين شخصين فأكثر على « . . أن يعملوا بما يحذقونه من صناعات، فما كان لهم من أجور، فهو بينهم على حسب شرطهم كالنجارين، والخياطين، والأطباء، ونحوهم، يشتركون فيما يحصّلونه من أجور بينهم . . »^(٣) . فهذه الشركة لا تعدد بغير العمل كرأس مال لها، مما يعني اختصاصها بأصحاب المهن والصنائع دون غيرهم .

القسم الثالث من أقسام شركة العقد: شركة الوجوه :

يذهب بعض الفقهاء إلى تسمية هذه الشركة بشركة المفاليس، ويراد بها عند معظمهم « . . أن يتعاقد اثنان، فأكثر، بدون ذكر رأس مال، على أن يشتريا

(١) انظر: المغني شرح مختصر الخرفي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق: التركي

والحلو (القاهرة، هجر، طبعة ثانية، ١٩٨٩م): ١٣٧/٧ باختصار .

(٢) انظر: الموسوعة، مرجع سابق: ٣٦/٢٦-٣٧ باختصار .

(٣) انظر: الشركات، الخفيف، مرجع سابق، ص ٩٩ باختصار .

نسيئة، ويبيعا نقداً، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن . . .»^(١)، وباعتبار آخر يراد بها: « . . . أن يشترك اثنان أو أكثر دون أن يكون لهم رأس مال، فيتم الاتفاق والتعاقد بينهم على أن يشتروا بالنسيئة، وأن يشتره أيهم يكون مشتركاً بينهم بالتساوي، أو بالتفاضل على الوضع الذي يتم الاتفاق عليه، وعلى أن يبيعوا ما يشترونه، وما ينتج عن ذلك من ربح يكون بينهم . . .»^(٢). وسميت هذه الشركة بشركة الوجوه لأن الشركاء فيها لا يكونون في العادة إلا من وجوه الناس الذين هم موضع الثقة المالية، كما تسمى أيضاً بشركة المفاليس لأنها خالية من الفلوس والنقود. وبالنظر في كافة تعريفاتها الواردة في المدونات والدراسات الفقهية القديمة والحديثة، فإن المرء لا يجد خلافاً بينهم في ضبط المراد منها، وأما مشروعيتها، فقد كانت ولا تزال محل خلاف ونقاش بين الفقهاء قديماً وحديثاً.

القسم الرابع من أقسام شركة العقد: شركة المضاربة:

يراد بها عند معظم فقهاء الأمصار: ذلك العقد الذي يقوم على « . . . دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه، ويكون الربح بينهما على ما شرطاه فيكون الربح لرب المال بسبب ماله؛ لأنه نماء ماله، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح»^(٣). وباعتبار آخر؛ يراد بها: « . . . دفع مالكٍ مالاً من نقد مضروب مسلّم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربح قل أو كثير، بصيغة . . .»^(٤)، وباعتبار أدق عند صاحب مغني المحتاج يراد بها: أن « . . . يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك . . .»^(٥). ويسمى أهل الحجاز المضاربة قراضاً، وسميت قراضاً لأن

(١) انظر: الموسوعة، مرجع سابق: ٣٧/٢٦ باختصار.

(٢) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٧ باختصار.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، (بيروت، دار الكتب العلمية، طبعة أولى، ١٩٨٤م): ٣/١٩.

(٤) انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد بن محمد الدردير، (الإمارات العربية المتحدة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، طبعة ١٩٨٩م): ٣/٦٨٢.

(٥) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، =

« . . صاحب المال يقتطع من ماله قطعة ويسلمها إلى العامل ، ويقتطع له قطعة من الربح . . . »^(١).

هذه أهم تعريفات الفقهاء لشركة المضاربة ، ومن الملاحظ فيها أنها تكاد تتفق على العناصر الأساسية التي يجب توفرها في الشركة لتسمّى مضاربة أو قراضاً .

* * *

= (بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ): ٣٠٩/٢ .
(١) انظر: المغني، مرجع سابق: ١٣٢/٧ - ١٣٣ باختصار .

المبحث الثاني

في التعريف بالشركات الحديثة وأقسامها

لقد تبدّى لنا - فيما سبق - أهم أقسام الشركة، وحرّج بنا أن نوسع الشركات الحديثة وأقسامها جانب التفصيل والتحقيق، تمهيداً لبيان علاقاتها بالشركات الواردة في كتب الفقه، وخاصة شركة العنان والمضاربة والمفاوضة.

أولاً: في التعريف بالشركات الحديثة:

لا تعنى المدوّنات والدراسات الفقهية والاقتصادية الحديثة والقديمة بأدنى تحديد للمراد بمصطلح الشركات الحديثة، كما أن المرء لا يجد عند الباحثين في الاقتصاد الوضعي حديثاً ذا بال حول المراد بهذا المصطلح. ولعل مردّ ذلك إلى كون الحدائث والجدّة مسألتين نسبيتين نوعاً ما، إذ ليست هنالك فترة زمنية يمكن الاستناد إليها في ضبط ما يعد من الشركات حديثة، وما لا يعد منها حديثة، كما أنه من الوارد أن تكون شركة حديثة بالمقارنة بشركة أخرى، وتكون في الوقت نفسه قديمة بالمقارنة بسواها. وعليه، فإن المرجع والمستند في الحكم على شركة بالحدائث أو الجدّة يكاد ينحصر - في نظرنا - في مدى معرفة الشعوب بتلك الشركة، وتناول الباحثين إياها بصورة علمية موسعة، مما يعني أن العبرة ليست في الفترة الزمنية الممتدة في التاريخ، ولكنها في مدى معرفة ساحة المتعاملين بتلك الشركات. وانطلاقاً من هذا، فإنه يمكننا الانتهاء إلى القول بأن عامة الفقهاء يعتبرون كل الشركات التي لم يتناولها الأقدمون بالتحقيق والتأصيل شركات حديثة لا لأنها حديثة النشأة في حقيقة الأمر، ولكن لأنها نشأت بعد تدوين الشركات في الفقه الإسلامي في العصور الأولى، ولأنها لم تكن معروفة لأولئك الفقهاء الذين تحدّثوا في الشركات في تلك العصور.

وإنما انتهينا إلى تقرير هذا القول لأن بعض الشركات تسمى اليوم بالشركات الحديثة كشركة التضامن، وشركة المساهمة، وغيرها من الشركات التي يعود تاريخ نشأتها عند بعض المؤرّخين إلى العصور الوسطى، وقيل: إلى

القرن السادس قبل الميلاد. فباعتبار الفترة الزمنية تعتبر قديمة، ولكنها حديثة باعتبار معرفتها لدى فقهاءنا، وتناول الباحثين إياها بالدراسة والتحقيق والتأصيل.

وتأسيساً على هذا، فإننا نختلف إلى تحديد المراد بالشركات الحديثة، بأنها عبارة عن كل شركة نشأت بعد تدوين الفقه الإسلامي في نهاية القرن الرابع الهجري على وجه التحديد، ولم يتناولها الفقهاء الأقدمون بالدراسة والتحقيق؛ لأنها لم تكن معروفة لهم بأسمائها وخصائصها. مما يجعلها محل اجتهاد المتأخرين في ضوء إمكاناتهم الفكرية القائمة.

ثانياً: في أقسام الشركات الحديثة:

لئن تركزت اعتبارات الفقهاء في شركة الأموال والأعمال حول العنصرين المذكورين (المال والعمل)، فإن تصنيف الشركات في العصر الحديث لا يأخذ بعين الاعتبار هذين العنصرين، وإنما يعتدّ بمدى قيام الشركة على الخلط بين الأموال دون الأشخاص، أو الخلط بين الأموال والأشخاص معاً. فإذا قامت الشركة على المال فقط سُمّيت شركات أموال، وأما إذا قامت على اعتبار شخصيات الشركاء، فإنها تُسمّى شركات أشخاص. وبناء على هذا، فإن الشركات الحديثة تنقسم إلى قسمين، وهما شركات الأموال، وشركات الأشخاص، ولكل واحدة منها أقسام فرعية متعددة.

١ - في المراد بشركات الأموال وأهم خصائصها:

يراد بشركات الأموال في الاقتصاد الوضعي السائد، الشركات التي تعتمد في تكوينها وتشكلها على عنصر المال فقط بقطع النظر عن شخصية الشركاء، وبتعبير آخر: يراد بها الشركات التي «... لا يكون للشريك فيها وشخصيته أي اعتبار، بل يكون قيامها على المال فقط، فتطرح أموالها على الجمهور، ويستطيع أن يحصل عليها كل من يقدر على دفع قيمتها، فيكون اهتمام الشركة موجّهاً إلى جمع رأس المال اللازم لها دون بحث في شخصية الشركاء»^(١). وتشتمل هذه

(١) انظر: الشركات، الخفيف، مرجع سابق، ص ٩٣.

الشركات على شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وإنما سميت هذه الشركات بشركات الأموال لسيادة الاعتبار المالي فيها على الاعتبار الشخصي؛ لأن العبرة فيها ليست « . . . بشخصية الشريك وما تنطوي عليه من صفات، بل بما يقدمه هذا الشريك في رأس مالها. فائتمان هذه الشركات لا يتوقف على أشخاص الشركاء فيها، أو على ما يتمتعون به من ثقة لدى الغير المتعامل مع الشركة، بل يعتمد - وبصفة رئيسية - على رأس مالها، وما تكوّنه أثناء حياتها من تراكمات مالية. . . »^(١). وهذا عرض إجمالي لأقسامها:

أ- في مفهوم شركة المساهمة وأهم خصائصها:

يعرّف معظم شرّاح القوانين التجارية شركة المساهمة بأنها هي: « . . . الشركة التي يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال »^(٢). فرأس مال هذه الشركة يقسّم إلى « . . . أسهم متساوية القيمة، وتطرح هذه الأسهم في السوق لشرائها وتداولها، فيكون لكل شريك عدد منها بقدر ما يستطيع شراءه، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا في حدود أسهمه. . . »^(٣). وبالنسبة لعلاقة الشركاء بعضهم ببعض، فإن المشاركين فيها لا يعرفون بعضهم بعضاً، ولا يعرفون شيئاً عن إدارة الشركة التفصيلية على وجه التحديد. وأما العمل في هذه الشركة استثماراً وإدارة - فإنه يكون في الغالب من غير المساهمين، ويكون من قبل إدارة منتخبة خارج الشركة، ولا تمنع هذه الشركة من أن يكون بعض عمّالها ممن لهم أسهم فيها.

وبالنسبة لتحديد طرق استثمار أموال الشركاء، فإن ذلك متروك لمجلس إدارتها الذي ينتقي من الأساليب الاستثمارية المتاحة أكثرها جلباً للأرباح وأبعدها عن الخسارة والكساد. وأما رأس مالها، فهو مجموع ما يتحصّل عليه

(١) انظر: الشركات التجارية، محمد فريد العريني، (القاهرة، دار المطبوعات الجامعية، طبعة أولى، عام ٢٠٠٢م)، ص ١٩٣.

(٢) انظر: الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال، (. . . طبعة ١٩٦٦م) : ٢٥٩/١.

(٣) انظر: الشركات، الخفيف، مرجع سابق، ص ٩٦.

مجلس إدارتها من مساهمات أعضائها التي تعتبر الأسهم تعبيراً عن قدره وكميته .
وأما الأوراق المالية التي تصدرها هذه الشركة في أكثر الأحيان ، فهي الأسهم^(١) ،
والسندات^(٢) . إن كلاً من الأسهم والسندات في هذه الشركة قابلة للتداول ، فمن
حق مالكيها أن يبيعوها في أي وقت شاؤوا دونما انتظار لما ستحققه الشركة من
أرباح ، أو ما سيلحقها من خسائر .

وثمة فرق بين مواقع أرباب الأسهم وأصحاب السندات في هذه الشركة ،
فحاملو الأسهم يشاطرون الشركة ربحاً وخسارة ، بينما حاملو السندات يستحقون
قدراً محدداً من الربح في كل الأحوال ، سواء ربحت الشركة أم خسرت ، لأن
حقوقهم فيها بمثابة ديون ثابتة بفوائد محددة يجب على الشركة سدادها ، وليس
كذلك الحال في الأسهم التي تعني مجرد إثبات لحقوق حاملها عند تقسيم
الأرباح والأرباح (الخسائر) . ويعني هذا أن هذه الشركة تصدر نوعين من الأوراق
المالية ، إحداهما لإثبات حقوق حاملها (الأسهم) والأخرى للتأكيد على ديونها
للآخرين (السندات) ، وتتخذ هذه الشركة - غالباً - من تمويل المشاريع
الاستثمارية المختلفة في البنوك والمراكز طرقاً لاستثمار أموال المساهمين فيها
بعد تجميعها إياها قدراً كافياً من المدخرات للتنمية والتشجيع .

ب - في مفهوم شركة التوصية بالأسهم وأهم خصائصها :

يراد بها الشركة التي : « . يتكون رأس مالها من أسهم قابلة للتداول ،

(١) ويُراد بالأسهم : الصكوك التي تعطى للشركاء إثباتاً لحقوقهم ، وتحمل هذه الصكوك
قيماً معيّنة عن قدر رأس المال (الحصة) التي يشترك بها الشرك في تكوين هذه الشركة
وتشكيلها ، وقد يكون ذلك الرأسمال وتلك الحصة نقداً يدفعه الشرك إلى الشركة ،
وربما كان أيضاً عيناً يدفعها الشرك إلى الشركة لغرض ما . انظر : الشركات في ضوء
الإسلام ، عبد العزيز الخياط ، ص ٤٠ وما بعدها .

(٢) وأما السندات ، فإنه يراد بها الصكوك القابلة للتداول ، والتي تصدرها الشركة بوصفها
قروضاً طويلة الأجل عادة عن طريق الاكتتاب العام ، وتمثل هذه الصكوك السندية - في
واقع أمرها - حقوق دائني الشركة التي يجب على الشركة الوفاء بها حين حلول آجالها ،
بغض النظر عن تحقيق الشركة ربحاً أو خسارة ، فالشركة ملزمة بالوفاء بهذه الديون
(الصكوك) في كل الأحوال . انظر : المرجع السابق ، ص ٤٣ وما بعدها .

على خمسين شريكاً لا يكون كل منهم مسؤولاً إلا بقدر حصته، ولا يجوز تأسيس الشركة أو زيادة رأس مالها، أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، ولا يجوز إصدار أسهم وسندات قابلة للتداول»^(١).

وتتميز هذه الشركة بخصائص عديدة، من أهمها: كون مسؤولية الشركاء فيها محدودة بمقدار حصصهم التي قدّموها في رأس مال الشركة، ولا تمتد تلك المسؤولية إلى أموالهم الخاصة، كما تتميز بعدم جواز زيادة رأس مالها، أو الاقتراض لحساب الشركة عن طريق الاكتتاب العام، وإضافة إلى هذا، فإن هذه الشركة تتميّز بقلة عدد الشركاء فيها وتوقيعهم جميعاً على عقدها التأسيسي، فضلاً عن عدم جواز تمثيل الحصص بصكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية، أو التنازل عن الحصص للغير^(٢). ولقد ظهرت هذه الشركة تخفيفاً من بعض الإجراءات المعقدة التي كان يتطلبها إنشاء شركة مساهمة، ومواجهةً لبعض المشاكل الناجمة عن شركات التضامن. وعلى العموم، فإن هذه الشركة بمجملها تعتبر جمعاً بين محاسن شركة المساهمة وشركة التضامن، ولكنها في واقع أمرها لا تصلح للاستثمارات الضخمة الواسعة، وإنما يمكن الاستفادة منها في الاستثمارات القليلة لذوي الدخول المحدودة.

هذه هي أهم أنواع شركات الأموال الحديثة، وقد تبدّى لنا كونها شركات متداخلة ومتربطة، وكون شركة المساهمة الأساس للنوعين الآخرين.

٢- في المراد بشركات الأشخاص وأهم خصائصها:

تكاد كتب الاقتصاد والقانون التجاري تتفق على أن المراد بشركات الأشخاص، تلك الشركات التي: «... يقوم كيانها على أشخاص الشركاء فيها، ولشخصيتهم في وجودها اعتبار، بمعنى: أن الشركة إنما تكونت بين أشخاص يعرف بعضهم بعضاً، ويثق كلٌّ منهم في الآخر...»^(٣). وتنظم هذه الشركات في الدراسات الاقتصادية الحديثة ثلاثة أنواع من الشركات الحديثة، وهي: شركة

(١) انظر: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٦٣٣ باختصار.

(٢) لمزيد من المعلومات حول خصائص هذه الشركة، يراجع: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٦٣٤-٦٤٤.

(٣) المرجع السابق، ص ٩٢.

التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصصة، وتتميز هذه الشركات عن شركات الأموال بكونها شركات قائمة على الاعتبار الشخصي، والثقة المتبادلة بين الشركاء، مما يعني سيادة الاعتبار الشخصي على الاعتبار المالي، خلافاً لشركات الأموال. وهذا عرض مجمل لها وأهم خصائصها:

أ- في مفهوم شركة التضامن وأهم خصائصها:

يراد بها الشركة التي «... يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهم بعنوان مخصوص يكون اسماً لها، ويحدد لهذا النوع من الشركة رأس مال يساهم فيه الشركاء بحسب ما يتم الاتفاق عليه بينهم، ويكون توزيع الأرباح والخسائر بينهم على حسب ما يتم عليه الاتفاق بينهم على أن يكونوا جميعاً شركاء في ذلك»^(١). وتعبير آخر: يُراد بها الشركة التي: «... يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار في جميع أنواع التجارات أو في بعضها، ويكون الشركاء فيها مسؤولين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة، ليس في حدود رأس المال فقط، بل قد يتعدى ذلك إلى الأموال الخاصة لكل شريك...»^(٢) لتغطية ديون الشركة في حالة نفاذ أموال الشركة الأصلية.

إن هذه الشركة لا تقبل انتقال حصص الشركاء إلى الغير، كما أن تقدير أرباحها وخسائرها يخضع لاتفاق الشركاء، ولا علاقة له بمقدار ما يملكونه من حصص فيها، فإذا ما اتفقوا على أن يكون الربح والخسارة بينهم سواء؛ بغض النظر عن مقدار إسهامهم، فإن هذا الاتفاق ينبغي الصيرورة إليه، والعمل بمقتضاه. كما أنهم إذا اتفقوا على أن يكون العمل من أحدهم، والمال منهما جميعاً، أو من أحدهما، فإن هذا الاتفاق هو الآخر معتبر، ويجب الاعتداد به قانوناً.

ب- في مفهوم شركة التوصية البسيطة وأهم خصائصها:

تعرف هذه الشركة: بأنها الشركة التي: «... تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسؤولين ومتضامنين، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها،

(١) انظر: الشركات، الخفيف، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، (دمشق، دار الفكر، طبعة ثالثة، ١٩٨٩م): ٨٧٨/٤.

وخارجين عن الإدارة، ويسمّون موصين . . .»^(١). فهذه الشركة تضم نوعين من الشركاء: شركاء متضامنون يعدّون مسؤولين عن جميع تعهدات الشركة والتزاماتها بصفاتهم الشخصية، وشركاء موصون تتحدد مسؤولياتهم بمقدار الحصص التي يقدمونها عند تأسيس الشركة، مما يعني: أن المسؤولية لا تطل أموالهم الخاصة.

وتعتبر هذه الشركة من أقدم الشركات؛ حيث إن فكرتها الأولى ترجع إلى نظام (قرض المخاطرة الجسيمة) في القرن السادس قبل الميلاد عند الإغريق، وتتميز هذه الشركة بأن حصص الشركاء فيها غير قابلة للتداول، كما أن مسؤوليتهم فيها لا تتخطى أموالهم الخاصة، وتتحصر في مقدار حصصهم، فضلاً عن أن عنوان الشركة يتألف من أسماء الشركاء المتضامنين دون الموصين، ذلك لأن الشركاء الموصين مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية محدودة وبقدر الحصة التي يتعهّدون بتقديمها^(٢). إن هذه الشركة حظيت إبان نشأتها باعتراف الكنيسة وتشجيع الناس عليها، انطلاقاً من اعتبارها القروض التي كان يقدمها أصحاب رؤوس الأموال قروضاً إنتاجية غير محرّمة في دين الكنيسة.

جـ- في مفهوم شركة المحاصّة وأهم خصائصها:

يحدّد معظم الباحثين في القانون التجاري المراد بهذه الشركة: بأنها عبارة عن: «. . . شركة تعقد بين شخصين وأكثر للقيام بعمل واحد، أو سلسلة من الأعمال يؤدّيها أحد الشركاء باسمه، أو يشترك في القيام بها الشركاء جميعاً على حسب اتفاقهم، على أن يقسّم الربح والخسارة بين جميع الشركاء . . .»^(٣)، ويعرفها آخرون بأنها: «. . . شركة مستترة، ليست لها شخصية معنوية، تتعقد بين شخصين أو أكثر لاقتسام الأرباح والخسائر الناشئة عن عمل تجاري واحد أو أكثر، يقوم به أحد الشركاء باسمه الخاص . . .»^(٤). وتتميز هذه الشركة بين شركات

(١) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٤.

(٢) انظر: الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ١٦١-١٧٥.

(٣) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٤-٩٥.

(٤) انظر: الشركات التجارية، ص ١٧٥.

الأشخاص بكونها شركة موقوتة تنعقد لفترة مؤقتة، يكون غرضها القيام بعمل أو أعمال محدودة في وقت محدد، وتنفرد هذه الشركة أيضاً بانعدام الشخصية القانونية لها، مما يجعلها شركة عديمة الكينونة الذاتية أو الشخصية المعنوية، ليس لها وجود ظاهر أمام الغير، ويقتصر وجودها على الشركاء.

على أنه إذا أظهر أصحاب هذه الشركة أنفسهم في أي وقت من الأوقات؛ بأن أتوا بفعل ينبئ عن وجودها؛ كأن يعتمدوا لها عنواناً، تتحول حينئذ إلى شركة تضامنية، فتزول عنها صفة شركة المحاصة. وعلى العموم، تعود نشأة هذه الشركة إلى العصور الوسطى عندما عازمت الكنيسة على تحريم الربا، فكان أرباب الأموال يلجؤون إلى هذه الشركة للتحايل على أمر الكنيسة بطريقة سرية، اعتماداً على الثقة المتبادلة بين أطرافها^(١).

* * *

(١) انظر: المرجع السابق، ص ١٨٣ وما بعدها.

المبحث الثالث

في تكييف الشركات الحديثة وعلاقتها بشركة العنان

لئن كان ما سبق توضيحاً لمكوّنات الشركات الحديثة وأهم خصائصها، فإنه حريٌّ بنا أن ننصرف إلى تكييف هذه الشركات في ضوء الشركات الواردة في كتب الفقه .

أولاً: في تكييف شركات الأموال الحديثة في ضوء شركات العقد:

إن شركات الأموال - كما أسلفنا - تنظم شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وقد حاول العديد من الباحثين المعاصرين تكييف هذه الشركات في ضوء شركات العقد في الفقه، وعلى وجه الخصوص شركتي الأموال (العنان، والمفاوضة)، وشركة المضاربة (القراض). وهذا عرض لآرائهم:

أ- في تكييف شركة المساهمة:

يختلف المعاصرون في تكييف هذه الشركة، ويمكن حصر آرائهم في رأيين أساسيين:

أولهما: أن شركة المساهمة تعد قراضاً، أي: مضاربة، وينسب هذا التكييف إلى عدد من العلماء، وعلى رأسهم الشيخ الخفيف - رحمه الله - حيث قال: « . . . وقد وضع القانون قيوداً كثيرة في تأسيس شركات المساهمة، قصد بها حماية المساهمين، وحماية المتعاملين معها، ولا يجوز تأسيسها إلا بأمر يصدر من السلطة العامة. والعمل في مالها يكون عادة لغير أرباب الأموال فيها، ولذلك فهي تعد من قبيل القراض في هذه الحال. . . »^(١). واعترض الدكتور الخياط على هذا التكييف، فقال: « . . . وقد لجأ الأستاذ الخفيف في بيان أن شركة

(١) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٦.

المساهمة تخضع لقواعد شركة المضاربة، ولم يبيّن وجه الخضوع والاتفاق، ولم يذكر رأيه فيما يتعلق بالأسهم والسندات فيها، وإنما نظر إلى جانب واحد، وهو عمل المديرين بأموال المشتركين، فاعتبره من باب المضاربة . . .»^(١).

وأما الرأي الثاني: فإنه يرى أن شركة المساهمة تعد عناناً، ويعتبر الدكتور وهبة الزحيلي من أوائل العلماء المعاصرين الذين صرحوا بهذا الأمر بصورة واضحة، حيث قال ما نصه: « . . . هذه الشركة جائزة شرعاً؛ لأنها شركة عنان، لقيامها على أساس التراضي، وكون مجلس الإدارة متصرفاً في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين، ولا مانع من تعدد الشركاء، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مثابه لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة. ودوام الشركة أو استمرارها سائغ بسبب اتفاق الشركاء عليه، والمسلمون على شروطهم فيما هو حلال . . .»^(٢).

وأما الدكتور الخياط، فإنه مال في كتابه بصورة غير مباشرة إلى هذا الرأي، ولكن لم يصرّح به صراحة، إذ قال ما نصه: « . . . وشركة المساهمة تنطبق عليها قواعد شركة العنان من شركات الأموال في الفقه الإسلامي، فتقديم الحصة بالأسهم واشتراك المساهم في الجمعية العمومية للشركة، وممارسته حقه الذي يعطيه له النظام العام، واختلاط الأموال، وثبوت الشركة بهذا الاختلاط، أو بالشراء، أو بالبيع، أو بالتصرف بمال الشركة في حدود أغراضها، وقيام مجلس الإدارة، أو المدير الشريك بالتصرف في أمور الشركة بالوكالة عن بقية الشركاء . . . كل هذا ينطبق عليها محدودية مسؤولية الشركاء بحسب أموالهم في الشركة كما في شركة المضاربة . . .»^(٣).

إن هذين الرأيين هما الرأيان اللذان يؤثران عن الباحثين المعاصرين في تكييف شركة المساهمة الحديثة، ولم أقف على تكييف مخالفٍ لهما.

(١) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ١٦٧ .

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٤ / ٨٨١ .

(٣) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ٢٠٨ .

ب - في تكييف شركة التوصية بالأسهم :

لئن اختلفت وجهات نظر الباحثين المعاصرين إزاء تكييف شركة المساهمة، فإنهم يختلفون أيضاً في تكييف هذه الشركة، فيرى الدكتور الزحيلي: أن هذه الشركة « . . جائزة شرعاً لأنها نوع من شركات العنان التي يشترط فيها التضامن بين بعض الشركاء، وتلك كفالة جائزة، وحرية الشريك المتضامن بالتصرف مستمدة من إذن الشركاء الآخرين . وعمل المتضامنين في أموال المساهمين خاضع لأحكام شركة المضاربة، ولا مانع من كون بعض الشركاء مساهمين . . . لأن تقديم الحصة بالأسهم جائز شرعاً، خصوصاً إذا انحصر عدد المساهمين، وعرف بعضهم بعضاً . . »^(١) .

وأما الشيخ الخفيف ومعه الدكتور الخياط، فإنهم يرون أن هذه الشركة شركة تنطبق عليها قواعد العنان والمفاوضة في الجانب التضامني، كما تنطبق عليها قواعد المضاربة في جانب العمل في أموال الموصين، وفي هذا يقول الخياط: « . . واقع شركة التوصية أن لها ثلاثة جوانب: ١ - الجانب التضامني بين الشركاء المتضامنين الذين يشكلون الفئة الأولى من الشركاء . ٢ - جانب المساهمة من الموصين وهم الشركاء الذين يشكلون الفئة الثانية من الشركاء . ٣ - جانب العمل في أموال الشركاء الموصين من قبل الشركاء الموصين . أما الجانب التضامني . . فيخضع لقواعد الشريعة الإسلامية في شركتي المفاوضة والعنان . . وأما الجانب الثاني، فقد بيّنا في شركة المساهمة رأي علماء المسلمين المحدثين في المساهمة والأسهم . . وأما الجانب الثالث . . فهو خاضع لأحكام المضاربة . . »^(٢) .

بالنظر في هذين التكييفين المعاصرين، نجد أن أولهما يعد هذه الشركة عناناً ومضاربة، بينما يعتبرها التكييف الثاني عناناً ومفاوضة، مما يعني أنه ليست ثمة شركة واحدة قديمة تنطبق قواعدها على هذه الشركة، فهي من جانب عنان، ومن جانب آخر مفاوضة، ومن جانب ثالث مضاربة .

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٤/ ٨٨٢ باختصار .

(٢) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

ج- تكييف الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

يذهب الشيخ الخفيف إلى تكييف هذه الشركة بأنها من قبيل شركة المضاربة في حالة تعيين مدير أجنبي لها، أو في حالة تولي أحد الشركاء إدارتها، وهذا نص ما قاله: « . . وإذا عيّن لها مدير أجنبي كانت قراضاً، وإذا كان (أي: المدير المعيّن) من الشركاء فيها (أي: في الشركة) كان عمله في مال غيره قراضاً. »^(١). وأما الدكتور الخياط، فيرى أن هذه الشركة تنطبق عليها أحكام من شركة العنان، وشركة المضاربة، وفي هذا يقول: « . . بالإضافة إلى أن الشروط التي اشترطها الفقهاء منطبقة عليها، فهي شركة جائزة شرعاً لخضوعها لأحكام من شركة العنان وشركة المضاربة. »^(٢).

ويعارض الدكتور الخياط تكييف الشيخ الخفيف وخاصة فيما يتعلق بعمل المدير الأجنبي في هذه الشركة، فيقول: « . . وأعتقد أن عمل المدير الأجنبي فيها من باب التوظيف لا المضاربة، لأن المدير الأجنبي ليس شريكاً فيها، فهو يعمل بأجر بحكم التوظيف لا بحكم المشاركة، ولا يتحمل أية خسارة في الشركة ولا ينال أي ربح فيها، فلا يعدُّ عمله في الشركة مضاربة. وإذا كان المدير فيها شريكاً، فينظر، فإن كان يتقاضى أجراً على الإدارة، فهو يتقاضاه بحكم التوظيف، بينما يأخذ أرباحه بحكم المشاركة. وإن كان لا يتقاضى أجراً على الإدارة، فهو وكيل عن الشركاء في التصرف، وينطبق على الشركة حينئذ قواعد شركة العنان لا المضاربة، لأنه ساهم فيها بتقديم حصة مالية في رأس المال. »^(٣). وأما الدكتور الزحيلي، فإنه ينتهي إلى اعتبار هذه الشركة من « . . شركات العنان، وقد يكون فيها بعض خصائص المضاربة، كما في تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته، كما أن رب المال في المضاربة لا يسأل إلا في حدود رأسماله. »^(٤).

تأسيساً على هذا، يمكننا الخلوص إلى تقرير القول بأن هذه الشركة تعد من باب القراض عند الشيخ الخفيف، وتعد من باب العنان والمضاربة عند الخياط،

(١) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) انظر: المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٣) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ٢٤٠ بتصرف.

(٤) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٤/ ٨٨٢ وما بعدها.

ومن باب العنان عند الزحيلي .

هذه هي أهم تكييفات الفقهاء المعاصرين لشركات الأموال الحديثة، وجليّ فيها اتفاقهم على ضرورة اندراج هذه الشركات ضمن الشركات الواردة في كتب الفقه، وخاصة شركة العنان التي عدّها الدكتور الزحيلي الأصل الغالب لكافة شركات الأموال، حيث قال: « . . فشركات الأشخاص تعتبر جميعها من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي؛ مع اختلاف في بعض الأحكام بين الشريعة والقانون حسبما تقتضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور. وشركات الأموال تعتبر في الغالب من قبيل شركات العنان مع بعض أوصاف شركة المفاوضة في حال التضامن، أو أوصاف شركة المضاربة في حال تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته فقط. . . »^(١). وأياً ما كان الأمر، فلنهرع بعداً إلى الوقوف على تكييفات الفقهاء المعاصرين لشركات الأشخاص الحديثة.

ثانياً: تكييف شركات الأشخاص الحديثة في ضوء شركات العقد:

سبق أن قررنا بأن شركات الأشخاص الحديثة تتكوّن من: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة، وسميت هذه الشركة شركات أشخاص لقيامها على الاعتبار الشخصي، وكون الشركاء يعرف بعضهم بعضاً، ويثق كل منهم في الآخر. وقد حاول عدد من المعاصرين تكييف هذه الشركات، وهذا عرض مجمل لما أثر عنهم في ذلك:

أ- في تكييف شركة التضامن:

يختلف المعاصرون في تكييف هذه الشركة، فيرى الشيخ الخفيف بأنها من قبيل المضاربة، وخاصة في حالة تعيين مدير أجنبي للقيام بأعمال الشركة، وفي هذا يقول: « . . وعلى ذلك، إذا تم الاتفاق على أن يكون العمل عليه في المال وحده، أو بمن يستعين بهم، كان عمله في مال الشركاء الآخرين مقارضة أو مضاربة. . . أما إذا عيّن الشركاء للشركة مديراً أجنبياً، يقوم بجميع أعمالها، كان هذا النوع مقارضة من جميع الوجوه. . . »^(٢).

(١) انظر: المرجع السابق: ٤/ ٨٨٣ باختصار.

(٢) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٣ - ٩٤.

ويرى الدكتور الخياط - ومعه الدكتور قلعجي^(١) - أن هذه الشركة من قبيل شركة المفاوضة، وهذا نص ما قاله: « . . . وبإمعان النظر في شركة التضامن، نجد انطباق معنى شركة المفاوضة عند الحنفية على شركة التضامن؛ باستثناء شرط واحد من شروطها، وهو تساوي المالكين، أي: أن شروط أهلية الوكالة والكفالة في المتعاقدين منطبقة على الشريك المتضامن، والتزام الشركاء بديون الشركة في شركة المفاوضة منطبق على ضرورة إيفاء الدين من أموال الشركاء المتضامنين إذا لم تف شركة التضامن بذلك . . . »^(٢).

وأما الدكتور الزحيلي، فإنه يميل إلى الاعتداد بهذه الشركة من قبيل شركة المفاوضة والعنان معاً، فعنصر الضمان فيها يشبه ما تتميز به شركة المفاوضة، وعدم اشتراط المساواة في المال والتصرف والملة، ويحوّلها إلى شركة عنان^(٣) . . . وبناء على هذا، فإن شركة التضامن تكتيف على أنها من قبيل القراض عند الخفيف، ومن قبيل المفاوضة عند الخياط وقلعجي، ومن قبيل العنان انتهاء عند الزحيلي.

ب- شركة التوصية البسيطة:

يكاد الباحثون المعاصرون يتفقون على اعتبار هذه الشركة نوعاً من أنواع القراض (المضاربة)، وفي هذا يقول الدكتور الخياط: « . . . إذا رجعنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في شركة المضاربة، نجد أن شركة التوصية البسيطة لا تخرج عن كونها نوعاً من أنواع شركة المضاربة، وأن قواعد شركة المضاربة تنطبق على الخصائص البارزة لشركة التوصية البسيطة . . . »^(٤)، وقد ذهب الشيخ الخفيف إلى هذا الرأي قبل الدكتور الخياط عندما قال ما نصه: « . . . ومن هذا، يرى أن العمل في أموال الموصين يعدُّ من قبيل المضاربة، لأنه عمل في مال الغير، أما العمل في

(١) يتبنى الدكتور قلعجي هذا الرأي في موسوعته الفقهية الميسرة، حيث نص على أن شركة المفاوضة هي التضامن . . . انظر: الموسوعة الفقهية الميسرة، ص ١١٤١ .

(٢) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ١٣٥ .

(٣) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٨٧٨/٤ باختصار .

(٤) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ١٤٢ .

أموال الطائفة الأولى (أي: الشركاء المتضامنين) فقد أوضحنا نوعه فيما ذكرنا آنفاً عند شرحنا لشركة التضامن^(١)، لأن الوضع في المالين واحد. «^(٢). وقرر الدكتور الزحيلي هذا الرأي، فقال: «. والخلاصة: أن هذه الشركة تعتبر شركة مضاربة مع بعض الفروق الطفيفة بينهما في الأحكام الفقهية. «^(٣). فهذه الشركة تكاد تكون هي الشركة الحديثة الوحيدة التي اتفق على تكييفها بأنها من قبيل القراض.

ج- تكييف شركة المحاصة:

يرى الشيخ الخفيف أن هذه الشركة تعدُّ قراضاً إذا تم الاتفاق فيها على تسليم الحصص لأحد الشركاء لاستثمارها؛ مع احتفاظ كل شريك بملكته لحصته، أو على أن تكون الحصص شائعة الملكية بين الشركاء، وهذا نص ما قرره بهذا الصدد: «. وإما أن تسلّم الحصص لأحد الشركاء لاستثمارها مع احتفاظ كل شريك بملكته لحصته، وعندئذ يكون هذا الشريك وكلياً عنهم في استثمار هذا المال، وعلى ذلك يكون عمله في مال غيره قراضاً. . وقد يتفق الشركاء على أن تكون الحصص شائعة الملكية بين الشركاء، وفي هذه الحال، يكون عمل الشريك في مال غيره مقارضة. «^(٤).

وأما الدكتور الزحيلي، فإنه يقرر بأن هذه الشركة نوع من أنواع «. شركة العنان، ليست فيها مساواة، ولا تضامن، ولا تكافل، وهي معقودة على نوع

(١) يقصد: أن ذلك من باب القراض أيضاً، وهذا نص ما قاله في التضامن: «. وعلى ذلك، إذا تم الاتفاق على أن يكون العمل عليه في المال وحده، أو بمن يستعين بهم، كان عمله في مال الشركاء الآخرين مقارضة أو مضاربة. «. اهـ. الشركات، ص ٩٣. والجدير ذكره أن الدكتور الخياط نسب إلى الشيخ الخفيف بأنه يقول بانطباق حكم شركة العنان على الشريكين المتضامنين أو الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة، واعترض على هذا الرأي (انظر: الشركات، ص ١٤٤). والصحيح: أن الشيخ الخفيف لم يقل ما فهمه الدكتور الخياط، بل إنه أكد وقرر انطباق حكم شركة المقارضة على هذه الشركة، كما نقلنا عنه رأيه الصريح في هذا الأمر. فليتأمل!

(٢) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٤.

(٣) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٨٧٩/٤ وما بعدها.

(٤) انظر: الشركات، الخفيف، ص ٩٥-٩٦.

خاص من أنواع التجارات، والربح يوزَّع فيها حسب الاتفاق، والخسارة تكون حسب رؤوس الأموال التي استعملت فيها، وبصفة دقيقة تعد شركة المحاصة شركة عنان إذا كانت حصص الشركاء شائعة الملكية بين الشركاء. وتعد شركة عنان ومضاربة إذا احتفظ كل شريك بملكية حصته، لكنه سلّمها لواحد لاستثمارها مع بقية الحصص لمصلحة الكل، على أن يقتسموا الربح أو الخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص . . .»^(١).

ويرى الدكتور الخياط أن هذه الشركة في الحالة الأولى المشار إليها آنفاً تعد من باب القراض، وأما في الحالة الثانية، فإنها تعد من باب شركة العنان وليس القراض، وهذا نص ما قاله إزاء كلتا الحالتين: « . . . وأما صورتان الجائزتان، فهما: ١ - أن يحتفظ كل من الشركاء بملكية حصته، ويتفقون على تسليمها لأحدهم لاستثمارها لمصلحتهم على أن يقتسموا الربح والخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص. وهذا النوع من الشركة يخضع لقواعد شركة المضاربة والعنان. ٢ - أن يتفق الشركاء على أن تكون الحصص شائعة الملكية بين الشركاء، ويصبح كل واحد من الشركاء مالِكاً حصته على الشيوع . . . وهذا النوع من شركة المحاصة جائز شرعاً، فهو يخضع لقواعد شركة العنان . . . ولا أرى أنها شركة مضاربة . . .»^(٢).

بناء على هذا، فإن المحاصة إجمالاً تعد من قبيل شركة العنان عند الزحيلي، والصورتان الجائزتان من صورها، تنطبق عليهما قواعد القراض عند الخفيف، وقواعد العنان عند الخياط.

وبهذا نصل إلى نهاية عرضنا لأهم تكييفات الشركات الحديثة المعاصرة، ومن الجليّ أن هذه التكييفات برمتها تدور حول إلحاق هذه الشركات إما: بالعنان، أو بالمفاوضة، أو بالمضاربة، فهذه الشركات الثلاث تعد الأصول التي استند إليها المعاصرون الذين عنوا بتكييف هذه الشركات.

* * *

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٤/ ٨٨٠ باختصار.

(٢) انظر: الشركات، الخياط، القسم الثاني، ص ١٤٩ - ١٥٠ باختصار وتصرف.

المبحث الرابع

في ملحوظات منهجية على التكييفات ومبادئ مقترحة لتجاوزها

أولاً: في ملحوظات منهجية على تكييف الشركات والعقود الحديثة:

بعد التأمل والتمعن في كافة التكييفات التي أوردها فقهاؤنا المعاصرون الكرام للشركات الحديثة، فقد عنت لنا جملة حسنة من الملحوظات المنهجية والعملية على تلك التكييفات، ونرى أن نعرضها على السادة الفقهاء الأجلاء أعضاء المجمع، وذلك كالتالي:

١- إن النظر المتمعن في هذه التكييفات بحذافيرها، يهديننا إلى تقرير القول بأن معظمها يفتقر إلى النظرة الموضوعية والشمولية، لأنها انبنت على نظرة جزئية في هذه الشركات من خلال الاعتداد بجانب من جوانبها المتعددة التي تشبه فيه العنان، أو المضاربة، أو المفاوضة، ثم اتخاذ ذلك الجانب أساساً للحكم عليها إن عناناً أو مضاربة أو مفاوضة. ولهذا، فلا غرو أن يجد المرء سوق الاختلاف والتناقض رائجة في هذه التكييفات نتيجة اكتفاء كل باحث بالنظر إلى هذه الشركات من زاوية محدودة ومختلفة عن الزاوية التي اعتدَّ بها غيره. لقد كان حريّاً بهم أن يوسعوا جميع جوانب هذه الشركات بالتحقيق والتدقيق الشامل، بحيث يتم إلحاقها - إن كان لا بد من إلحاقها - بأكثر الشركات شبيهاً وتمائلاً، التزاماً بما هو معلوم عند أهل العلم بالأصول؛ بأن الفرع لا يلحق بالأصل لمجرد وجود شبه بينه وبين الأصل، بل لا بد من أن يكون ذلك الشبه بالأصل قوياً ومؤثراً، وإلا لم يعتدَّ به بتاتاً.

٢- إنه من المعلوم عند العالمين بالأصول ضرورة كون حكم الأصل الذي يراد إعطاؤه للفرع ثابتاً بنص صريح من الكتاب والسنة^(١)، بحيث إذا لم يرد

(١) وقد أكد هذا الأمر الإمام الزركشي عندما قال: «... رابعها: أن يكون الحكم ثابتاً بالنص، =

للأصل نص مباشر من الكتاب أو السنة، فإنه لا يصحُّ إلحاق غيره به. وتأسيساً على هذا المبدأ، فإن التأثُّل في كافة التكييفات التي أوردها الباحثون إزاء هذه الشركات، ومحاولاتهم الجادة في إلحاقها بشركات العنان، والمفاوضة، والمضاربة، لم يستحضروا هذا المبدأ الأصولي، صحيح أن الأمة مجمعة^(١) على مشروعية شركة العنان وشركة المضاربة، ومختلفة في شركة المفاوضة، بيد أنه صحيح أيضاً أنه ليست ثمة نصوص شرعية خاصة وردت إزاء هذه الشركات، فالنصوص الواردة إزاء كل واحدة منها لا تعدو أن تكون نصوصاً عامة تنطبق على تلك الشركات، كما تنطبق على غيرها من الشركات، وبالتالي فإن اتخاذ الشركات الواردة في كتب الفقه أصولاً لإلحاق غيرها بها لا يخلو من نظر وملحظ مادامت النصوص الواردة إزاءها غير مباشرة ولا خاصة بها وحدها دون غيرها.

٣ - إننا كنا نودُّ أن يتمَّ النفاذ إلى النصوص الواردة إزاء الشركات في الإسلام، وذلك من أجل توظيفها لإثبات مشروعية كافة الشركات الحديثة التي لا تخالف مقصداً من مقاصد الشرع السامية في المعاملات، ولا تخالف قاعدة من قواعده العظيمة في العقود والمعاملات، وبتعبير آخر: كان ينبغي الاعتداد بمشروعية هذه الشركات وغيرها بذات الأدلة والنصوص التي ثبتت بها مشروعية الشركات الواردة في كتب الفقه.

إن هذا الأمر أولى في نظري من الإصرار على ضرورة البحث والتنقيب في الشركات الحديثة لمعرفة مدى انطباق قواعد المضاربة أو قواعد العنان أو المفاوضة عليها، ثم الحكم عليها بالجواز والمشروعية أو بعدم الجواز وعدم

= وهو الكتاب والسنة. « .اهـ. انظر: البحر المحيط في أصول الفقه، بتحقيق مجموعة من العلماء (الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة ثانية، ١٩٩٢م): ٨٣/٥.

(١) ثمة خلاف بين الأصوليين في القياس على الأصل الثابت بالإجماع أو بالقياس، ونميل إلى عدم الجواز؛ ذلك لأن مستند الإجماع لا يخلو من أن يكون نصاً أو مصلحة أو عرفاً، فإذا كان نصاً، لم يحتاج إلى الإجماع، وأما إذا كان عرفاً أو مصلحة، فإنه من الممكن أن يتغير ذلك العرف وتلك المصلحة خلافاً لما ثبت حكمه بالنص. . ولمزيد من المعلومات، يراجع: البحر المحيط، مرجع سابق: ٨٦/٥ وما بعدها.

المشروعية. إننا لا نرى ضرورة علمية أو منهجية في اللياذ بقواعد العنان أو قواعد المضاربة من أجل إثبات مشروعية شركة المساهمة، أو غيرها من الشركات الحديثة التي جادت بها الأيام، ما دامت النصوص والأدلة الواردة في شأن شركات العنان والمضاربة والمفاوضة نصوصاً وأدلة عامة تصلح لهما ولغيرهما من المعاملات والشركات والعقود المستجدة في دنيا الناس.

على أنه من الحرِّيِّ بالتنبيه أن عدَّ بعض الباحثين بعض الشركات الحديثة من قبيل المفاوضة كما هو الحال في شركة التضامن، يعتبر هذا الأمر مخالفة صارخة للمبدأ الأصولي الذي يقرر ضرورة كون حكم الأصل المقيس عليه غير مختلف فيه^(١)، أعني: أن شركة المفاوضة مختلف في مشروعيتها وجوازها، فأني يستقيم اتخاذها والحال كذلك أصلاً لإثبات مشروعية شركة التضامن أو سواها!.

٤ - لئن انطبق بعض قواعد شركة العنان أو المفاوضة أو المضاربة على الشركات الحديثة، فإن الموضوعية والإنصاف يقتضيان ألا يلحق بأي واحدة منها على انفراد، مما يعني: أنه كان ينبغي تقرير القول بأن هذه الشركات الحديثة برمتها جامعة لقواعد العنان والمفاوضة، أو جامعة لقواعد العنان والمضاربة، وذلك لانطباق قواعد كل واحدة منها عليها، ولا يقال إن المساهمة عنان أو مضاربة، وإن التضامن مفاوضة أو مضاربة أو غير ذلك. وبناء على هذا، فليس من سديد الرأي - في نظرنا المتواضع - اعتبار هذه الشركات عناناً أو مفاوضة أو مضاربة، كما أنه ليس من الموضوعية اعتبارها عناناً ومضاربة في آن واحد.

٥ - إن النظر المتمعَّن في طبائع هذه الشركات الحديثة سواء منها شركات الأموال أو شركات الأشخاص، يهدي المرء إلى تقرير القول بأنها تختلف اختلافاً جوهرياً عن طبائع الشركات الواردة في كتب الفقه، مما يجعل أئمة محاولة رامية إلى إلحاقها بها تكلفاً وتطويلاً لا مبرر له في منطلق العلم. فحقيقة شركة المساهمة - على سبيل المثال - تختلف عن حقيقة شركة العنان والمضاربة، ولكل واحدة

(١) انظر ما قاله الإمام الزركشي في هذا الموضوع: البحر المحيط، مرجع سابق: ٨٦/٥ وما بعدها.

منها خصائص لا توجد في الأخرى، وكذلك الحال في علاقة شركة التضامن بشركة المفاوضة أو المضاربة، ومعلوم أن اختلاف طبائع الأشياء يتبعه اختلاف أحكامها، وخاصة إذا كان ذلك الاختلاف جوهرياً وعميقاً كما هو الحال في علاقة الشركات الحديثة بالشركات الواردة في كتب الفقه. وإذا الأمر كذلك، فلا وجه للإصرار على تكييف الشركات الحديثة في ضوء الشركات القديمة، ما دامت طبيعة كل واحدة منها تختلف عن طبيعة الأخرى.

٦ - إن هذه التكييفات التي توصل إليها فقهاؤنا المعاصرون تقوم على افتراض غير دقيق، ذلك لأنها تفترض أن مشروعية أية شركة تتوقف على مدى انطباق قواعد الشركات الواردة في كتب الفقه عليها، وأن الشركات الحديثة تعد مشروعاً إذا كانت من قبيل إحدى الشركات التي تحدّث عنها الفقهاء الأقدمون، مما يعني أنه لا قبول ولا اعتداد بمشروعية أية شركة يتعذر إدراجها - لأي سبب أو آخر - ضمن إحدى الشركات الواردة في كتب الفقه؛ بغض النظر عن أن تكون تلك الشركات الفقهية مختلفاً في مشروعيتها كما هو الحال في شركة المفاوضة والوجوه والأعمال.

إننا نتعتقد أن هذا الافتراض المضمون به في تكييفاتهم، تعوزه الدقة العلمية، ولا تقبله قواعد الشرع المرنة في المعاملات والعقود، فالشركات التي تناولها الفقهاء الأقدمون في كتبهم لا تعدو أن تكون عبارة عن الشركات التي كانت سائدة في تلك الأيام، ومعروفة لديهم آنذاك، ولا يعني ذلك - بأي حال من الأحوال - حصراً لأنواع الشركات الجائزة والمشروعة في تلك الشركات التي أوسعها جانب التحقيق والتأصيل.

وإذا الأمر كذلك، فإننا نميل إلى القول بأن الحاجة تمس اليوم إلى إعادة النظر في المنهج القائم على توقف الاعتماد بمشروعية الشركات الحديثة على مدى انطباق قواعد الشركات الواردة في كتب الفقه عليها، لا بد من تجاوز هذا المنهج؛ لأن الشرع الحنيف تجاوز حصر الشركات المشروعة والجائزة في شركات بعينها، واكتفى - بدلاً من ذلك - بإرساء القواعد والنصوص العامة التي ينبغي الاحتكام إليها عند الهمم ببيان حكم الشرع في الشركات والعقود المستجدة.

ورحم الله أهل العلم بالأصول الذين وسَّعوا دائرة الأدلة التبعيَّة، وتجاوزوا حصرها في أدلة بعينها، بل كانوا يزيّدون في عدد تلك الأدلة ومضامينها وحمولاتها بغية الاستعانة بها لتوجيه ما يستجدُّ في حياة الناس من قضايا ومسائل. فالاستحسان والاستصلاح والاستصحاب والاستقراء وسدُّ الذرائع، والعرف، والبراءة الأصلية، والإباحة الأصلية، والإلهام، وغيرها من الأدلة التبعيَّة التي نشأت - حتماً - بعد نشأة القياس، يعدُّ كلُّ أولئك خير دليل على هذا البعد، فقد أدركوا بأن القياس كل القياس ما كان له ليستوعب كافة مستجدات الحياة، ولذلك لا بد من اللياذ بغيره.

فها لا اقتفى فقهاؤنا المعاصرون هذا المنهج في النظر إلى مستجدات العصر، وهلاً استعلوا من شأن البعد المقاصديّ، والاعتصام بالقواعد والأصول والمبادئ الشرعية الكلية العامة في الحكم على تلك المستجدات، تخفيفاً من غلواء القياس كل القياس كما قال ابن رشد ذات يوم.

ثانياً: في مبادئ علمية مقترحة لتكييف الشركات والعقود الحديثة:

كان ما سبق جملة متواضعة من الملحوظات المنهجية التي توصلنا إليها من خلال التأمل في تكييفات المعاصرين للشركات الحديثة في ضوء الشركات القديمة. وعلى ضوءها: نبادر إلى اقتراح المبادئ التالية للتعامل مع كافة الشركات والمعاملات والعقود الحديثة التي يوجد بها الزمان بين الفينة والأخرى، وهي:

١ - إن مشروعية الشركات والعقود الحديثة لا ينبغي أن تتوقف على مدى وجود شبهة لها في الماضي السحيق، بل ينبغي اللياذ بمدى توفر قواعد الشرع في المعاملات والعقود فيها^(١)، ومدى توفر أركان العقود وشروطها المعتمدة فيها.

(١) ومن أهم تلك القواعد: قاعدة: (الأصل في المعاملات: الصحة، وفي العقود: لزوم)، وقاعدة: (الأصل في الأشياء: الإباحة)، وقاعدة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)، وقاعدة: (البياعات الفاسدة - فساداً ضعيفاً - تنقلب جائزة بحذف المفسد) تنطبق هذه القاعدة على العديد من المسائل المرتبطة بشركة المحاصة وشركة التضامن وسواهما، وقاعدة: (الأجر والضمان لا يجتمعان). . . وهناك قواعد عديدة يمكن الاستهداء بها في هذا المجال، وجزى الله الدكتور علي أحمد الندوي الذي جمع - لأول مرة - القواعد الفقهية في المعاملات المالية في مؤلف علمي متكامل ومتميز سماه: =

فتوفر الأركان والشروط في تلك الشركات والعقود مع خلوها من مخالفة قواعد الشرع، كافٍ للحكم بمشروعيتها وجوازها شرعاً. وبناء على هذا، فإن النظر المتمعن في كافة الشركات الحديثة نجد أنها تتوفر فيها الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود، ولذلك فإنها تعد مشروعاً وجائزة لا لأنها تشبه العنان أو القراض أو المفاوضة أو سواها، ولكن لأن أركان العقود وشروطها المعتمدة متوفرة فيها.

٢ - إن وجود مخالفات في بعض المسائل والقضايا المرتبطة بالشركات الحديثة لا ينبغي أن يحول ذلك دون الاعتداد بمشروعيتها وجوازها من حيث الأصل، وخاصة إذا كانت تلك المسائل والقضايا محل خلاف بين الفقهاء، ذلك لأنه ما من شركة قديمة إلا ويوجد في بعض مسائلها اختلاف بين الفقهاء، مما يوجب ضرورة التفريق بين مسائل هذه الشركات وحققاتها عند الحكم عليها، وقديماً قرّر الفقهاء بأن البياعات الفاسدة - فساداً ضعيفاً - تنقلب جائزة بحذف المفسد^(١). فضلاً عن هذا، فإنه يجب التفريق بين طرق استثمار أموال هذه الشركات وحقيقتها، فلا ينبغي اتخاذ تلك الطرق ذريعة للحكم بعدم مشروعيتها، ما دامت الأركان والشروط المعتمدة متوفرة فيها.

٣ - ينبغي الاستناد إلى النصوص الشرعية والأدلة العامة التي وردت في الشركات الواردة في كتب الفقه، وذلك لمعرفة مدى انطباقها على الشركات والعقود الحديثة، بدلاً من التحقق من مدى انطباق قواعد الشركات القديمة عليها، فالأصل أن النصوص الواردة في المعاملات والعقود تنتظم كافة الشركات التي تحدث عنها الفقهاء في كتبهم، كما تحتضن تلك الشركات والعقود التي لم يتعرض لها السابقون لنشأتها المتأخرة عن زمانهم، وبالتالي فإنه يمكن الانتهاء إلى تقرير القول بأن الشركات الحديثة التي تتوفر فيها الأركان والشروط تستمد

= جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية . . فقد استقصى في هذا المؤلف القواعد الفقهية المتعلقة بالمال والعقود، ثم رتبها ترتيباً علمياً وفقاً ومأجوراً - إن شاء الله . والكتاب من منشورات شركة الراجحي المصرفية .
(١) انظر: جمهرة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص ٣٤٧ وما بعدها.

مشروعيتها من ذات الأدلة والنصوص التي تستمد منها شركة العنان والقراض والمفاوضة مشروعيتها.

٤ - ينبغي تقديم دليل الاستصحاب على غيره من الأدلة التبعية عند البحث عن حكم الشرع في المعاملات والعقود والشركات الحديثة. فالإصرار على ضرورة إلحاق كافة الشركات والعقود الحديثة على الشركات والعقود القديمة، يقوم على تضييق لدائرة الاستدلال الفقهي والأصولي الواسع المرن، ذلك لأن القياس يعد أحد الأدلة الشرعية التبعية المعتبرة، ولكنه ليس هو الدليل التبعية الأوحد الذي يلجأ إليه عند الحكم على الشركات؛ إذ إن ثمة أدلة شرعية تبعية أخرى معتبرة هامة في مجال المعاملات والعقود، وعلى رأسها دليل الاستصحاب والقواعد الفقهية المنبثقة عنه، وكذلك دليل العرف والقواعد المتفرعة عنه.

ولهذا، فإننا - في هذا المقام - نرى أنه قد حان الأوان لأن يفسح المجال كل المجال للدليلي الاستصحاب والعرف للحكم على الشركات والعقود الحديثة، بدلاً من القياس الذي يفترض فيه أن يكون بين الأصل (الحادثة القديمة) والفرع (الحادثة الجديدة) شبه كبير ومؤثر، ويكاد هذا الأمر اليوم أن يتعذر في معظم الأحيان، ذلك لأن طبائع الشركات والعقود الحديثة تختلف عن طبائع الشركات والعقود التي كانت سائدة عندما دوّن الفقهاء الشركات.

إن التماثل الظاهري أو التشابه الهش الذي يجده المرء في بعض الأحيان بين الشركات الحديثة والشركات القديمة في بعض الجوانب، لا نخاله كافياً لإلحاق بعضها ببعض، وخاصة إذا علمنا بأن مثل ذلك التماثل والتشابه موجود بين الشركات القديمة ذاتها، ولكن مع ذلك فإن الفقهاء لم يلحقوا بعضها ببعض، وبتعبير آخر: إنه من المعلوم أن بعض قواعد العنان تنطبق على شركة المفاوضة والقراض، كما تنطبق بعض قواعد القراض على العنان والمفاوضة، بيد أنه لم يقل أحد من العالمين بأن المفاوضة مشروعاً لانطباق بعض قواعد العنان عليها، أو أن القراض مشروع لاشتماله على بعض قواعد المفاوضة أو العنان. وبناء على هذا، فهلا استعلينا فقهاؤنا المعاصرون من شأن دليلي الاستصحاب والعرف، وهلا لاذوا بهما كدليلين أوليين عند الهمم بصياغة حكم شرعي مناسب للشركات والعقود والمعاملات الحديثة.

٥ - إنه ينبغي الاعتماد بمشروعية كافة الشركات والعقود الحديثة التي تتوفر فيها الأركان والشروط المعتبرة بحسبانها شركات جديدة تنضاف إلى قائمة شركات العقود التي وردت في كتب الفقه قديماً، إحياء لما كان عليها فقهاؤنا العظام من استيعاب كافة المستجدات التي كانت تنزل بساحتهم، ثم توجيهها توجيهاً علمياً سليماً. وما نشأة المذاهب الفقهية والعقدية إلا تأكيد وتقرير لهذا الانفتاح والترحيب الذي كان عليه الفقه الإسلامي، فكلما جاد الزمان بمجدد أو إمام مجتهد مستقل قادر على تأسيس مذهب فقهي جديد، انفتح له الفقه واحتضنه واستوعبه، وغدا جزءاً لا يتجزأ من الفقه.

فما أحرى بالفقه الإسلامي اليوم أن يعيد تلك السيرة الأولى، فيفتح على مستجدات العقود والمعاملات، ويوسّع من دائرة الشركات والعقود التي تحدث عنها الفقهاء، لتشمل بالدراسة والتحقيق والتعميق كافة الشركات والعقود الحديثة. وإننا لعلّى قناعة تامة بأنه لو أن هذه الشركات نشأت أيام تدوين الفقهاء تلك الشركات التي درّنها، لعدوها - أيامئذٍ - أقساماً إضافية من أقسام شركة العقود أسوة بشركة العنان، والمفاوضة، والوجوه، والأعمال، والمضاربة، بيد أن عزاء الشركات والعقود الحديثة أنها نشأت بعد تدوين الشركات والعقود - بصورة شبه نهائية عند عامة المتأخرين من الفقهاء - بآلاف السنين، وبتعبير آخر: لم تعرف ساحة المسلمين هذه الشركات إلا في هذه العصور المتأخرة التي غدا فيها الهمُّ كل الهمِّ تحميل الأولين ما لا يحتملون من الآراء والأفكار رفضاً للإبداعية والاستيعاب والمواكبة التي تميز بها الفقه الإسلامي عبر العصور والدهور.

وفلذلكة القول: يحدونا أمل في أن تحظى هذه المبادئ المقترحة كريمة مراجعة أصحاب السماحة والفضيلة والسعادة أعضاء هذا المجمع الموقر، تخفيفاً من الاختلافات العقيمة إزاء تكييف الشركات والعقود الحديثة.

* * *

المبحث الخامس

في الشركات القابضة والمتعددة الجنسيات وخصائصها

تعد الشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات من إحدى الشركات التجارية في هذا العصر، ولا تزال الأبحاث والدراسات القانونية والاقتصادية المعاصرة تكشف يوماً بعد يوم عن كثير من الأحكام والقضايا المتعلقة بها. وأما الدراسات والأبحاث الشرعية الجادة إزاء هذه الشركات، فإنها تعاني شحاً وضحالة كبيرين، الأمر الذي ينبغي المبادرة إلى تداركه وتكثيف البحث فيها ضبطاً لحكم الشرع منها، ومن كافة ما يتعلق بها من مسائل وقضايا. ومن ثم، فإن هذه الورقة المتواضعة تحاول الإسهام - ولو بنقير - في هذا الأمر، بدءاً بتحديد المراد بالشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات، ووقفاً عند خصائصها، فعروجاً على التكيف الشرعي المناسب لها، ثم انتهاءً ببيان أحكامها بالنسبة للزكاة.

أولاً: في المراد بالشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات:

أ- في المراد بالشركات القابضة:

يراد بهذه الشركات عند بعض الباحثين في قضايا الشركات: الشركة التي « . . تملك السيطرة على شركة أخرى نتيجة لتملكها أسهماً في رأسمالها . . »^(١). ويرى آخرون: أنها عبارة عن « . . مجموعة شركات منفصلة قانوناً عن بعضها، وترتبط - في الوقت ذاته - كل منها بالأخرى، وتعتبر إحداها شركة أم (Société mère) أو شركة مهيمنة (Dominante)، لها القدرة في الواقع أو في القانون على فرض وحدة القرار على الشركات الأعضاء في المجموع التي تجدد نفسها في مركز

(١) انظر: مواقع في الإنترنت، وانظر: الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة، محمد حسين إسماعيل، (جامعة مؤتة، طبعة أولى، ١٩٩٠م)، ص ١١.

الخاضع (Dominées)؛ ذلك أنه يمكن للشركات أن تستخدم أموالها في شراء أسهم شركات أخرى، أو الاكتتاب فيها. «^(١).

وعرّفها بعض القوانين التجارية بأنها: «. شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة، أو أكثر من الشركات الأخرى تصبح تابعة لها، وذلك من خلال تملكها للأكثرية المطلقة على الأقل من أسهم تلك الشركة أو الشركات، سواء كانت من الشركات المساهمة العامة، أو من الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو من شركات التوصية بالأسهم. «^(٢).

وأخيراً، يذهب الدكتور محمد حسين إلى تعريفها: بأنها عبارة عن: «الشركة التي تملك أسهماً أو حصصاً في رأسمال شركة، أو شركات أخرى مستقلة عنها قانوناً بنسبة تمكنها في الواقع، أو في القانون من السيطرة على الإدارة والعمليات فيها. «^(٣).

هذه بعض تعريفات الشركة القابضة، وبإمعان النظر فيها، نجدتها متقاربة إلى حد كبير، وخاصة فيما يتعلق بأهم صفة مميزة لهذه الشركة، وهي السيطرة على غيرها من الشركات التي تعد تابعة لها بسبب تمكنها وقدرتها على تعيين أغلبية مجلس الإدارة فيها لامتلاكها أكبر حصص فيها.

وأما أهم خصائص هذه الشركة، فتتمثل في سيطرتها على عدد من الشركات التابعة لها مع سهولة استعمالها لتركيز السلطة وتوحيدها وممارستها على تلك الشركات المستقلة عنها قانوناً، ويعينها هذا الأمر على سهولة التخلص من ملكية أية شركة تابعة أو من مجموع الشركات التابعة لها، كما تختص هذه الشركة بكونها وسيلة هامة لربط شركات متعددة عند تعذر تحقيق اندماج بينها لأسباب قانونية أو ظرفية، وفضلاً عن هذا، فإن هذه الشركة تختص بقيامها على الإدارة اللامركزية للشركات التابعة لها، حيث إنها تقوم على الإبقاء على انفصال الشركات التابعة لها لتختص كل منها بنوع من التجارة، أو بمرحلة من مراحل الإنتاج. وثمة

(١) انظر: المرجع السابق، ص ١٢.

(٢) انظر: قانون الشركات الجديد الأردني، رقم ١، لعام ١٩٨٩م.

(٣) انظر: الشركة القابضة، مرجع سابق، ص ١٥.

خصائص عديدة لها لا يتسع المقام لسردها .

ب- في المراد بالشركات المتعددة الجنسيات :

لا يجد المرء ثمَّ اختلافاً كبيراً بين الباحثين الذين تعرضوا لبيان المراد بالشركات المتعددة الجنسيات، ويعرّفها الأكثرون بأنها عبارة عن: « . . الشركات التي تسيطر على الإنتاج والتوزيع والائتمان وغيره من الخدمات، خارج الدولة التي أُسِّست فيها . . »^(١). وبتعبير آخر: هذه الشركة عبارة - عند بعض الباحثين المعاصرين - عن « . . مشروع اقتصادي مترامي الأطراف، تتواجد وحداته في دول مختلفة، تهيمن على كل واحدة منها شركة محددة مستقلة في ذمتها وجنسياتها، وتابعة في الوقت ذاته لشركة أخرى، وتسيطر عليها جميعها شركة واحدة، تتولى فرض الخطوط الرئيسية لسياسة مجموع الشركات من حيث الإنتاج، والتوزيع، والائتمان . . »^(٢).

وبإمعان النظر في هذه التعريفات، يجد المرء أن هذه الشركات لا تختلف عن بقية الشركات سواء تلك التي تحدّث عنها الفقهاء في مدوّناتهم، أو التي صنّفها الباحثون المعاصرون في شركات أموال وشركات أشخاص، فمن الممكن أن تتحول أية واحدة من تلك الشركات إلى هذه الشركات إذا غدت لها فروع ووحدات في دول عديدة خارج الدولة التي أُسِّست فيها، أو يوجد بها مركزها الأساسي. وسمّيت هذه الشركات بمتعددة الجنسيات انطلاقاً من كون وحداتها في الدول المختلفة شركات مستقلة في ذمتها وجنسياتها، وخاضعة للقوانين التي تحكم الشركات في تلك الدول بغضّ النظر أن تكون تلك القوانين متوافقة مع القانون الذي تتبّعه الشركة الأم في مركزها الأساس .

ثانياً: في تكييف الشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات:

أ- في تكييف الشركات القابضة :

إن النظر المتمعّن في الشركات القابضة، يهدي المرء إلى تقرير القول بأنها

(١) مواقع في الإنترنت تحت عنوان (الشركات المتعددة الجنسيات).

(٢) انظر: الشركة القابضة، مرجع سابق، ص ٣- ٤ باختصار .

تصلح من حيث الأساس لأن تكون شركة مساهمة، أو شركة توصية بالأسهم، أو شركة ذات مسؤولية محدودة، كما تصلح لأن تكون شركة تضامن، وشركة توصية بسيطة، وشركة محاصّة، فثمة شركات قابضة قائمة على المساهمة، وهنالك شركات قابضة تقوم على التوصية بالأسهم، أو التضامن، وغير ذلك .

وانطلاقاً من هذا، فإننا نرى أن تكييف الشركات القابضة ينبغي أن يتم على مرحلتين متداخلتين: أولاًهما: تكييفها قبل ارتباطها بالشركات التابعة لها، والمرحلة الثانية: تكييفها بعد ارتباطها بالشركات التابعة لها .

وأما تكييفها قبل الارتباط بالشركات التابعة لها، فإنها لا تخلو أن تكون نوعاً من أنواع شركات الأموال أو شركات الأشخاص التي سبق الحديث المفصل عنها . وأما بعد ارتباطها بالشركات التابعة لها، فإنها تعد عند معظم الباحثين شركة مساهمة أو تكون شركة ذات مسؤولية محدودة، ولا تصلح أن تكون غير هاتين الشركتين، بل إن بعض الباحثين المعاصرين يقرّون أن الشركات القابضة لا تصلح إلا أن تكون شركة مساهمة فحسب، مما يعني ضرورة تأسيسها وإدارتها بموجب القواعد والأنظمة التي تحكم تأسيس أي شركة مساهمة، وفي هذا يقول الدكتور محمد حسين: « . القاعدة إذن: أن الشركة القابضة لا تكون إلا شركة مساهمة عامة، يتم تأسيسها وتنظيمها، وإدارتها بموجب القواعد اللازمة لإنشاء وتنظيم وإدارة أية شركة مساهمة عامة أخرى، مهما كان غرضها، وأياً كان المساهمون في رأسمالها أفراداً أو أشخاصاً معنوية (عامة أو خاصة) . »^(١) .

وبناء على هذا الاعتبار، واعتداداً بغلبة فكرة المساهمة على الشركات القابضة، فإننا نختلف إلى تقرير القول بأن هذه الشركات بحسبانها شركات مساهمة أو شركات ذات مسؤولية محدودة، ينبغي أن تكيّف بذات الطريقة التي تكيّف بها شركات المساهمة وسواها في الدراسات الفقهية الحديثة، نعني: أنه من الممكن - على سبيل المثال - أن تعدّ هذه الشركات القابضة من قبيل شركة العنان عند من اعتبر شركات المساهمة عتّاناً، كما يمكن أن تعد من قبيل المضاربة عند من عدّ المساهمة مضاربة .

(١) انظر: الشركة القابضة، مرجع سابق، ص ١٨ .

ولكننا نرجح أن يتم تكييفها بوصفها شركة من شركات العقود الجديدة التي جادت بها الأيام، واقتضاها التطور الحثيث الذي يشهده عالم الأموال والأعمال في هذا العصر، ولا حاجة إلى إلحاقها بسواها من شركات العقود التي وردت في كتب الفقه، وذلك لوجود اختلافات جوهرية بين طبائعها وطبائع تلك الشركات القديمة، كما ينبغي أن يتم النظر إلى المسائل والنشاطات الاستثمارية التي تمارسها الشركات الحديثة وفق الطريقة التي ينظر بها إلى الشركات التي تحدّث عنها الفقهاء في مدوّناتهم، فما وافق الشرع من تلك المسائل، تم اعتمادها، وما خالفها بُدِّ وُرِدَ ولم يعتدَّ به بتاتاً.

وصفوة القول: إن الشركات القابضة جائزة ومشروعة إذا توفرت فيها الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود والشركات، وانطبقت عليها كافة قواعد المعاملات المعتبرة في الشرع. وأما أحكام مسائلها المتعددة وقضاياها المتنوعة، فإنها تخضع لذات القواعد والضوابط التي تحكم وتضبط الشركات والعقود في الإسلام، فضلاً عن أن أساليب وطرق استثمار أموالها يسري عليها ما يسري على سائر أساليب وطرق استثمار الشركات في الإسلام.

ب- في تكييف الشركات المتعددة الجنسيات:

لئن كان ما سبق توضيحاً وتجلية عن تكييف الشركات القابضة في الفقه الإسلامي، فإن تكييف الشركات المتعددة الجنسيات، لم يعد أمراً عسيراً، وخاصة إذا عرفنا أن مصطلح (متعددة الجنسيات) يعد وصفاً للشركة، ويمكن لهذا الوصف أن يصدق على أية شركة أخرى من شركات الأموال أو شركات الأشخاص. نغني: أنه من الممكن أن تكون شركة المساهمة شركة متعددة الجنسيات، كما يمكن أن تكون شركة التضامن شركة متعددة الجنسيات، وكذلك الحال في شركة التوصية بالأسهم، وشركة التوصية البسيطة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

إن تعددية الجنسيات في الشركات لا تشكل جزءاً من تكوينها، كما أنها لا تمثل عنصراً هاماً في تكوين الشركات، بل يصدق هذا الوصف على أية شركة تكوّن لنفسها وحدات وفروعاً في دول مختلفة غير الدولة التي أسست فيها وكوّنت على أرضها.

وإذ الأمر كذلك، فإننا نقرر بأن تكييف الشركات المتعددة الجنسيات لا يختلف عن تكييف أية شركة أخرى من شركات الأموال وشركات الأشخاص، لأنها لا تنتمي إلى شركة بعينها، بل تصلح أن تكون نوعاً من أنواع شركات الأموال والأشخاص.

وبناء عليه، فإننا نخلص إلى القول بأنها تعد من الشركات المشروعة والجايزة في الإسلام إذا تم تأسيسها وتكوينها وفق الأركان والشروط العامة التي يجب توفرها في العقود والشركات في الإسلام سواء أكانت تلك العقود والشركات قديمة أم حديثة. وأما وجود وحدات وفروع لهذه الشركات في دول مختلفة، فإننا لا نرى لذلك تأثيراً أي تأثير على مشروعيتها وجوازها من المنظور الإسلامي ما دامت الأركان والشروط المعتمدة متوافرة فيها، وما دامت تلك الدول والأقطار تقبل بها عن رضا لا عن قهر وقسر وإكراه، وكل ما في الأمر أنه يجب على ملائكتها الالتزام بكافة القوانين والمبادئ المنظمة لسير الشركات وتأسيسها في الدول التي تتواجد فيها احتراماً لسيادة الدول، ووقوفاً عند الحدود التي ترسمها الدول وتفرضها.

* * *

المبحث السادس

أحكام الشركات القابضة بالنسبة للزكاة

أولاً - أحكام الزكاة بالنسبة للشركات القابضة:

لئن قرر معظم الباحثين أن الغالب في الشركات القابضة كونها شركات مساهمة، ولئن كانت شركة المساهمة نوعاً من أنواع شركات الأموال الحديثة، ونوعاً من أنواع شركة العقود (شركة الأموال) في الفقه الإسلامي من منظور هذه الدراسة، لذلك فإن أحكام الزكاة بالنسبة لهذه الشركات، لا تختلف في نظرنا عن أحكام الزكاة بالنسبة لغيرها من أنواع شركات المساهمة، نعني أنه كما تجب الزكاة في أسهم شركات المساهمة، كذلك تجب في أسهم الشركات القابضة بحسبانها شركة مساهمة. واعتباراً بأن للشركات القابضة شركات تابعة لها، لذلك، فإننا نرى أن وجوب الزكاة في أسهم الشركات القابضة الأم تمتد لتشمل أسهم الشركات التابعة لها بوصفها جزءاً لا يتجزأ من الشركة الأم، وبوصفها مع الشركة الأم شركة مساهمة.

وبناء على هذا، فإن على الهيئة الإدارية المشرفة على الشركات القابضة إخراج زكاة أسهمها كما تخرج زكاة أسهم الشركات المساهمة العادية. ونظراً إلى أنه قد سبق لمجلس المجمع الموقر أن أصدر قراراً إزاء زكاة أسهم الشركات المساهمة، وانطلاقاً من وجهة ذلك القرار وسداده، لذلك أراني مكتفياً بالإحالة إلى ذلك القرار ذي الرقم (٣) د/٠٨/٨٨ في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة السعودية من (١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ، الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م). فما ورد في هذا القرار من حكم إزاء زكاة أسهم الشركات، ينطبق على أسهم الشركات القابضة بوصفها شركة مساهمة عامة.

ثانياً - أحكام الزكاة بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات:

أما بالنسبة لأحكام الزكاة بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات، فإنها هي

الأخرى لا تختلف عن أحكام الزكاة لشركات المساهمة المشار إليها آنفاً، فكما تجب الزكاة في شركات المساهمة في حالة توفر شروط الوجوب فيها، كذلك تجب في أي نوع من أنواع الشركات المتعددة الجنسيات .

على أن كيفية إخراج زكاة الشركات تعتمد على نوعية الشركة التي تنتمي إليها، فإذا كانت شركة تضامن، وجب إخراج زكاتها كما تخرج زكاة شركة التضامن، وكذلك الحال إذا كانت شركة توصية بسيطة أو توصية بالأسهم أو سوى ذلك .

وصفوة القول: لا يوجد ثمَّ خلاف إزاء أحكام الزكاة بالنسبة للشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات، ويجري عليها من الأحكام ما يجري على شركات الأموال وشركات الأشخاص .

* * *

خاتمة الدراسة وأهم نتائجها

بفضل وتوفيق من الله، توصلت هذه الدراسة المتواضعة حول الشركات الحديثة وأحكامها الشرعية إلى جملة حسنة من النتائج، يجدر بنا تلخيصها في النقاط التالية:

أولاً: عرّفت الدراسة بالشركة لغة واصطلاحاً، وألقت الضوء على تقسيم الشركة إلى شركة ملك وشركة عقد، كما عنيت الدراسة ببيان المراد بالشركات الحديثة وأهم خصائصها، وتقسيمها إلى شركة أموال وشركة أشخاص.

ثانياً: استعرضت الدراسة تكييفات الباحثين المعاصرين للشركات الحديثة في ضوء الشركات القديمة، وأوضحت أن تكييفاتهم للشركات الحديثة تتراوح بين إلحاقهم إياها بشركة العنان، أو شركة المفاوضة، أو شركة المضاربة، وليس ثمة اتفاق بينهم في تلك التكييفات، إذ إن بعضهم يكتفيها بأنها من قبيل العنان، فإذا ببعض آخر يكتفيها بأنها من قبيل المضاربة، أو من قبيل المفاوضة.

رابعاً: أصّلت الدراسة القول في جملة من الملحوظات المنهجية الموضوعية على تكييفات الباحثين المعاصرين القائمة على الاكتفاء بالنظر إلى جانب من جوانب الشركات الحديثة، ثم الحكم عليها من خلال ذلك الجانب الذي لا يشكل في معظم الأحيان عناصر جوهرية في ماهية الشركة.

خامساً: انتهت الدراسة إلى تقرير القول بأن ما يجده المرء من تكييف للشركات الحديثة، ينبغي إعادة النظر فيها برمتها؛ ذلك لأنها تعوزه الدقة والموضوعية والنظرة الشمولية، كما يفتقر معظمها إلى الاعتصام بالمبادئ الأساسية التي ينبغي الانطلاق منها عند تكييف معاملة أو عقد أو شركة حديثة، فضلاً عن أن تكييفاتهم انبنت على أسس غير متينة كإصرارهم على ضرورة إلحاق الشركات الحديثة بالشركات الواردة في كتب الفقه، واكتفائهم بدليل القياس كأهم دليل لتحديد مشروعية الشركات الحديثة وعدم مشروعيّتها.

سادساً: اقترحت الدراسة جملة من المبادئ العلمية التي ينبغي الانطلاق منها عند الهمم بتكييف معاملة أو عقد أو شركة حديثة، وتتمثل أهم تلك المبادئ في ضرورة البحث والتحقق من مدى توفر أركان العقود وشروطها المعتبرة في العقود والشركات والمعاملات الحديثة، بدلاً من البحث والتنقيب عن مدى وجود عقد أو شركة شبيهة لها، كما ينبغي الاستناد إلى النصوص والقواعد العامة التي تحكم المعاملات والعقود في الشرع بغية النظر في مدى انطباقها على الشركات والعقود الحديثة. فضلاً عن هذا، دعت الدراسة إلى إعادة النظر في مكانة دليل الاستصحاب في منظومة الاستدلال الفقهي في مجال المعاملات، بحيث يتم تقديمه على كافة الأدلة التبعية وخاصة دليل القياس تغليظاً لقاعدة: (الأصل في المعاملات الإباحة)، وقاعدة: (الأصل في العقود الإذن)، وغيرها من القواعد العامة التي تحكم المعاملات في الشرع الحنيف.

سابعاً: ألفت الدراسة الضوء على مفهوم الشركات القابضة وأهم خصائصها، كما أوضحت المراد بمصطلح الشركات المتعددة الجنسيات، وتعرضت الدراسة لتكييف الشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات، وانتهت إلى تقرير القول بأن الشركات القابضة تعدّ من حيث الأصل والاستقلال مشروعة وجائزة، بحسبانها شركة تتوفر فيها الأركان والشروط المعتبرة التي يجب توفرها في الشركات والعقود في الإسلام، كما قررت الدراسة كونها مشروعة من حيث علاقتها بالشركات التابعة لها، لأن تلك الشركات مساهمة أو توصية أو ذات مسؤولية محدودة، تعد مشروعة وجائزة.

وأما الشركات المتعددة الجنسيات، فأكدت الدراسة على كونها مشروعة وجائزة إذا توفرت فيها الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود والشركات، وتعددية جنسيات الشركة لا تحول دون المشروعية أو الجواز، لأن ذلك لا يصادم نص كتاب أو سنّة، ولا يعارض قاعدة من القواعد المعتبرة في الشركات والعقود، فضلاً عن أن الغالب في هذه الشركات أن تكون من حيث النشأة والأصل مساهمة أو تضامناً أو توصية بالأسهم، أو توصية بسيطة، وكل هذه الشركات جائزة ومشروعة باتفاق أهل العلم بالفقه في هذا العصر.

ثامناً: أوضحت الدراسة أحكام الزكاة بالنسبة للشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات، وأكدت بأن أسهم الشركات القابضة ينبغي أن تزكى كما تزكى أسهم شركات المساهمة بحسابها نوعاً من أنواع شركات المساهمة، وأما بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات، أوضحت الدراسة أن أحكام الزكاة لها لا تختلف عن أحكام الزكاة بالنسبة لشركات الأموال وشركات الأشخاص، حيث إنها لا تخلو أن تكون نوعاً من أنواع تلك الشركات.

هذه أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة، وثمة نتائج أخرى، يمكن للقارئ أن يقف عليها أثناء قراءته المتمعنة في هذه الدراسة.

وبهذا نصل إلى نهاية هذه الدراسة آمليين في أن نكون قد وفّقنا فيما طرحناه من رأي إزاء هذه الشركات الحديثة، ولا ندّعي - والعياذ بالله - أننا قد أوفينا على النهاية، وإنما يكفينا أن نثير هذه القضايا لمناقشات أهل العلم والورع السادة أعضاء هذا المجمع، فعسى أن تحظى هذه الدراسة بمزيد من التنضيج والتصويب والتسديد، وما توفيقنا إلا بالله، عليه توكلنا وإليه أنبنا، وإليه المصير.

* * *

الشركات القابضة وأحكامها الشرعية

إعداد

أ.د. عبد العزيز عرت اخيتاط

المملكة الأردنية الهاشمية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله المبعوث رحمة للعالمين،
وعلى آله الطيبين وأصحابه الأكرمين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن البحث في الشركات الحديثة خصائصها وأحكامها الشرعية يحتاج إلى
توسع كبير لا يحتمله بحث واحد، وقد أتيت لي أن أولف كتاباً في جزأين^(١)
تناولت فيه الشركات في الفقه الإسلامي والشركات الحديثة، مقارنة بين التشريع
والقانون الوضعي، ومبيناً الأحكام الشرعية لها، واسم الكتاب (الشركات في
الشرعية الإسلامية والقانون الوضعي)، وقد طبع خمس مرات، وقرر مرجعاً أول
في الجامعات العربية والإسلامية، ولكنني سأقتصر في هذا البحث على تناول
الشركة القابضة وحكمها الشرعي، مع مقدمة للبحث أستعرض فيها بإيجاز
الشركات الحديثة، وأتعرض للشركات التي نشأت بهدف الاحتكار ومنها الشركة
القابضة.

* * *

(١) صدرت طبعته الأولى سنة ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م، وطبعته الخامسة سنة ١٩٩٢م.

مقدمة

الشركات في الفقه نوع من أنواع المعاملات التي أقرتها الشريعة الإسلامية كشركة العنان^(١)، والمضاربة^(٢)، والصنائع^(٣)، والوجوه^(٤)، والمفاوضة^(٥)، والجبر^(٦).

- (١) شركة العنان هي: أن يشترك اثنان أو أكثر ببعض المال، أو مع التساوي في المال، أو فضل مال أحدهما مع المساواة في الربح، أو الاختلاف فيه (كشأن اصطلاحات الفنون للشيخ محمد بن علي التهانوي: ١/٨٦٣ طبع إستانبول). وهي شركة متفق عليها عند جميع الفقهاء.
- (٢) وتسمى القراض أو المعاملة، وهي: عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من جانب آخر، والربح بينهما حسب الاتفاق. الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني: ١٤٨/٣.
- (٣) وهي أن يشترك صانعان أو أكثر متفقين في الصنعة أو مختلفين، على أن يتقبلوا الأعمال ويكون الكسب بينهم. (الاختيار لتعليل المختار لمجد الدين الموصلبي: ٢/٢٥).
- وتسمى شركة الأبدان أو العمل أو التضامن أو التقبل.
- (٤) وهي أن يشترك اثنان لا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما، ويبيعا نقداً ونسيئة، ويكون الربح بينهما. (الهداية شرح البداية للمرغيناني: ٣/٩). وتسمى شركة المفاليس أو الذمم.
- (٥) وتأتي بمعنيين: فعند الحنفية بمعنى (وهي أن يشترك اثنان أو أكثر بالمساواة مالاً ودينياً وربحاً)، أو (أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما، ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه، كما أنه وكيل عنه. لأنها شركة عامة في التجارات). (فتح القدير للكمال بن الهمام: ٥/٣٧٩). وهي عند المالكية: (أن يفوض كل واحد من الشريكين التصرف للآخر في حضوره وغيبته، ويلزمه كل ما يعمله شريكه). القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٧٣.
- (٦) وهي عبارة عن أن يشتري شخص سلعة بحضرة تاجر اعتاد التجارة في هذه السلعة، ولم يخطر أحداً بأنه يريد أن يشتريها لنفسه خاصة، ولم يتكلم في ذلك، فإن له الحق في أن يشترك فيها مع من اشتراها، ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر، وهي عند المالكية فقط بشروط ثلاثة في السلعة وثلاثة في الشخص، في السلعة: (١) أن تشتري من السوق الذي يبتاع فيه عادة. (٢) أن يكون شراؤها للتجارة، فإن كان لغيرها فلا حق =

وأما الشركات في القانون الوضعي فهي أنواع، فبالنسبة لغرضها نوعان:
(١) شركة تجارية^(١). و(٢) شركة مدنية^(٢).

وتكون الشركة في القانون: شركة أشخاص؛ وهي التي يكون العنصر الشخصي بارزاً فيها عند التكوين، أو شركة أموال؛ وهي التي يتضاءل فيها العنصر الشخصي، وإنما تكون الأهمية فيها للمال^(٣).

وتتنوع شركات الأشخاص في القانون إلى: شركة تضامن^(٤)، وشركة التوصية^(٥)، وشركة المحاصة^(٦).

= للغير فيها. (٣) أن يكون الاتجار بها في البلد الذي اشترت به، فإذا اشترها للسفر بها فلا يجبر على الشركة بها. وفي الشخص: (١) أن يكون حاضراً في السوق وقت شراء السلعة. (٢) أن يكون من تجار تلك السلعة. (٣) ألا يتكلم وقت الشراء. وهذه الشركة وشروطها غير منتشرة، وهي نتيجة عرف خاص.

(١) الشركة التجارية: هي التي تنشأ لتقوم بأعمال تجارية.

(٢) هي الشركة التي تنشأ لتحقيق أغراض تعود بالربح على الشركاء دون أن تدخل المشروعات المالية التي تقوم بها في أعمال تجارية؛ كشركة محامين، أو شركة بين مهندسين معماريين.

(٣) عبد العزيز الخياط، الشركات بين الشريعة والقانون: ٩٢/٢ الطبعة الخامسة، ١٩٩٥م.

(٤) هي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر بقصد التجارة، ويكون فيها جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة في أموالهم العامة والخاصة. وهي مثيلة شركة المفاوضة عند الحنفية. ومثيلة الشركة العادية، أو غير محدودة المسؤولية في القانون الإنجليزي.

(٥) وهي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر من جانب، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن إدارة الشركة، ويسمون شركاء متضامين. وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية، ولا يسألون إلا بمقدار حصصهم، ولا يتدخلون في إدارة الشركة، ويسمون شركاء موصين. وهي قريبة الشبه بشركة المضاربة في الفقه الإسلامي.

(٦) وهي شركة تقوم بين الشركاء وحدهم، ولا وجود لها بالنسبة للآخرين، فمن عقد من الشركة المحاصين عقداً مع الغير يكون مسؤولاً عنه وحده، والأرباح والخسائر بينهما بحسب الاتفاق. يراجع في ذلك كله كتابي: الشركات: ٢٣/٢.

وتتنوع شركات الأموال إلى: شركة المساهمة^(١)، وشركة التوصية بالأسهم^(٢)، والشركة ذات المسؤولية المحدودة^(٣).

وقانون الشركات الأردني قسم الشركات القانونية في المادة (٦) إلى: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة المساهمة العامة، وجعل الحق في الفقرة (ج) من المادة (٧) للشركات المدنية أن تسجل بأي شكل من أقسام الشركات السابقة.

وذكر القانون المدني الأردني ثلاثة أنواع من أنواع الشركات، وهي: شركة الأعمال مادة (٦١١)، وشركة الوجوه مادة (٦١٩)، وشركة المضاربة مادة (٦٢١)، وهي من الشركات التي تعرض لها الفقه الإسلامي.

ولما كانت الشركات التي وجدت عند الغرب هي التي انتشرت في عالمنا الإسلامي ومنه العربي في فترة الهيمنة الغربية على اقتصادنا، فرض على حياتنا بحكم السيطرة السياسية إنشاء الشركات على النمط الغربي، بينما ظل التعامل بأشكال الشركات الإسلامية بصورة تعامل غير رسمي بين أفراد المسلمين. ولم يكن تأسيس الشركات حسب التقسيم الغربي ولا تعاملها خاضعاً للضوابط الإسلامية أو التقيد بالأحكام الشرعية، وأهمها التعامل بالربا والاحتكار.

وفي بواكير التخلص من التبعية السياسية والفتح الإسلامي ومواجهة العالم الإسلامي للحضارة والمفاهيم الغربية، حاول العلماء المسلمون بيان الرأي الشرعي في الأنماط الاقتصادية الغربية، وتقييدها بأحكام الإسلام، بإبعاد ما هو محرم فيها، وبيّنوا أن الإسلام لم يمنع الاشتراك مطلقاً، وإنما صان الشركات بقيود هي نعمة من نعم الله تبارك وتعالى على الإنسان، حتى تتحقق المصلحة الشرعية في وجودها، وحتى لا يطغى غني على فقير، ولا تستبدّ فئة من

(١) وهي الشركة التي يقسم فيها رأس المال إلى أسهم تكون متساوية القيمة، ويكون لكل شريك عدد من الأسهم.

(٢) وهي شركة توصية تشبه شركة المساهمة بالحصص، مع بقاء معنى شركة التوصية.

(٣) وهي شركة لها خصائص الشركات، ولكنها تمتاز بأنها أعميت من أكثر قيود شركات المساهمة، وبقيت فيها مسؤولية الشركاء بمقدار حصصهم.

أصحاب الأموال بثروات البلاد، يتحكّمون في مصائرهما ويوجهونها لمصالحهم الخاصة، فتنطفي على المصالح العامة، ويضحى بها من أجل مصالح الفئة القليلة أصحاب الشركات الكبرى، كما نشاهد في واقع النظام الرأسمالي الطبقي.

والإسلام وضع القيود والضوابط منعاً للاستغلال، وحماية للمصالح العام، وحجزاً عن وقوع الضرر العام، وذلك لأن الغرض الذي يبعث الناس على إنشاء الشركات هو الربح، سواء أكان للقطاع الخاص أم القطاع العام، وهذا الربح موجه ومحدد بقيود هي أوامر الله ونواهيه، فلا تتعامل الشركة بالمحرم، ولا تستخرج الربح من سحت كالاحتكار والربا، ولا تقوم على استعباد العامل أو الفلاح، أو استغلال الثروات العامة لصالح الأشخاص أو القطاع الخاص كالخصخصة^(١). والحافز للمسلم على الاشتراك وإن كان هو تحصيل الربح أصلاً إلا أنه يتغني في ذلك مرضاة الله سبحانه، ومرضاة الله تقتضي أن يتقيد بأوامره ويجتنب ما نهى عنه، وذلك يستلزم أن يتعد عن الربا والغش والاحتكار والضرر والغرر، ولا ينشئ شركة تتقاضى ربحاً فيه معصية لله، ويستلزم أيضاً أن يكون صالح الجماعة رائده، وازدهار اقتصاد أمته غايته، وتنمية موارد بلده هدفه، وهذا هو فرق ما بين نظرة الإسلام ونظرة غيره إلى الشركات.

وقد يعترض بعضهم فيقول: «إن الغربيين يعملون ويدعون في شركاتهم، وهم وإن كان هدفهم مصالحهم الخاصة، لكنهم يرتقون بمصالح أمتهم وينمون مواردهم تبعاً لذلك». والجواب على هذا: «أن الغاية من تأسيس الشركات عندهم هو تحقيق المنفعة بغض النظر عن الوسيلة التي يتوصلون بها إلى الربح، أو أكبر قدر من الربح، والمتنفع الأكبر من هذه الشركات هم القائمون عليها يستغلونها لمصالحهم، ولا ينال العاملون فيها ما يناله المساهمون الكبار، وليس هناك أي قيد يقيدهم عملاً إلا القيود التي توضع في القوانين التي يسنها أصحاب

(١) هذا رأي الحنفية في الاشتراك في المباحات العامة كالاحتشاش من الكلال، أو الاحتطاب من الغابات، أو أخذ الثمار من الجبال وليست مملوكة لأحد، لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل. فتح التقدير على الهداية للكمال بن الهمام: ٤٠٩/٥.

المصالح لتحقيق مصالحهم، وهذا ما نشاهده في واقعنا، وقيام رؤساء بعض الدول الكبرى بمحاربة الفساد دليل حي على ما نقول، وآخرها قضايا الفساد الكبرى في بريطانيا ثم اليابان ثم في أمريكا، ومحاكمة أكبر شركة في الاحتكار والفساد جارية حتى الآن في الولايات المتحدة، وهي شركة (وورلد كوم WORLD COM)، ولعل من المفيد أن أذكر أضخم الشركات الكبرى التي أفلست بسبب عدم القيود، والفساد، وبسبب التعامل الربوي، وهي:

الشركة	السنة	رأس المال
وورلد كوم	٢٠٠٢	١٠٣,٨ مليار دولار
إنرون	٢٠٠١	٣٥,٩ مليار دولار
فايننشيل كوربوريش أف أمريكا	١٩٩٨	٣٣,٩ مليار دولار
غلوبل كروسينغ	٢٠٠٢	٢٥,٥ مليار دولار
الفيا كوميونيكيشن	٢٠٠٢	٢٤,٤ مليار دولار
باسيفيك غازاند الكتريك كو	٢٠٠١	٢١,٥ مليار دولار
أم كورب	١٩٨٩	٢٠,٢ مليار دولار
كمارت كورب	٢٠٠٢	١٧ مليار دولار

وصدق الله تبارك وتعالى: ﴿يَمْحُ اللَّهُ الزُّبُورَ وَيُزِي الأَصْدَاقَتِ﴾ [البقرة]:

[٢٧٦].

وليس الأمر كذلك بالنسبة للشركات في الإسلام، إذ إن تحقيق الربح مقيد بأحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة الثابتة التي أشرنا إليها سابقاً، حتى لا يكون الهمم الأكبر هو تحقيق أكبر ربح ممكن، ولو أدى ذلك إلى ضرر المجتمع كما يحصل في انتشار التعامل الربوي المقيت، أو الاحتكار لتحقيق الربح الفاحش وإيقاع الضرر بالمواطنين.

وتقييد الإسلام لإنشاء الشركات وتحديد موضوعها وغايتها وطريقة عملها أمر لا بد منه، فلا يجوز لكل مجموعة من الناس تريد أن تنشئ شركة أن تنشئها في أي غرض وكما تريد؛ كشركة بين المسلمين أو في بلد إسلامي لتقطير الخمر، أو للبغاء، أو نادٍ للقمار، مع أنها قد تحقق ربحاً أكثر من إنشاء شركة لبسترة

الألبان، وهذا فرق كبير بين سياسة توظيف المال في الإسلام وبين غيره من الأنظمة.

ومن خلال هذه النظرة نرى أن الإسلام لا يبيح شركات قصدها تحقيق الربح بالاستغلال والاحتكار، مثل شركة (المنشأة الواحدة) أو (الكتلة الواحدة)؛ ولها ثلاثة صور:

١ - صورة الأمانة (Trust): وهي تتألف من مشتركين يسمون أنفسهم (هيئة الأمانة)، وتقوم هذه الشركة بشراء أسهم الشركات المنتجة لسلعة معينة، وتتمكن بذلك من السيطرة على أعمال هذه الشركات واستغلالها لمصلحتها، كما حصل لشركة البترول (Standard Oil Co.): سنة ١٦٧٩م التي اشترت أسهم شركات البترول الأخرى واحتكرتها لنفسها، وأخذت تستغل الشعب الأمريكي، حتى تدخل البرلمان الأمريكي سنة ١٨٩٠م، وأصدر قانوناً يحد من عمل هذه الشركات^(١)، وقد نشأ هذا النوع من الشركات في الغرب واضطرت الدول للتدخل لمنع أضراره بأحكام القضاء وسن القوانين^(٢).

٢ - الشركة القابضة (Holding Company): وهي موضوع هذا البحث.

٣ - الاندماج (Mergence): وهو «اتحاد شركتين أو أكثر، وهو جائز ما لم يكن القصد منه الاحتكار والاستغلال، وإيقاع الضرر بالمواطنين، ويظهر ذلك من قصد الشركة الدامجة، ومن أعمال الشركة المتحدة التي تنشأ منها، ومنها ما يسمى بالوضع الاحتكاري بمنشآت متعددة (Multiple-Unit Mo.)، وتتخذ أشكالاً متعددة منها:

أ - اتفاقات الأثمان (Price Agreement): وهي «أن يتفق المنتجون على تحديد الأثمان أو كمية الإنتاج للحصول على أكثر ربح». وهذا حرام قطعاً؛ لأنه من باب الاحتكار ورفع السعر على المستهلكين للربح الفاحش غبناً بغير حق، ومن باب التسعير الذي نهى النبي ﷺ عنه.

(١) دائرة المعارف البريطانية تحت كلمة (Monopoly).

(٢) كتابي (الشركات): ١/٣٩٧، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩٥م.

ب - قيادة الأثمان (Price Leadership): وهي «أن تحدد شركة كبرى أثمان سلع معينة، فيقتدي بها باقي المنتجين أو الشركات الصغرى، فإذا خالفوا الشركة الكبرى استطاعت هذه الشركة أن تخفض أسعارها (أثمان السلعة) إلى درجة كلفة الإنتاج أو أقل، وتحمل الخسارة مؤقتاً لكي تستطيع أن توقع الإفلاس بالشركات الصغرى ثم ترفع الأسعار بعد ذلك وتعوض ما خسرت»، وهذا مخالف للشرع، والقاعدة الشرعية تقرر أن (لا ضرر ولا ضرار).

ج - البول^(١) (Pool): وهي «تجميع إمكانيات فئة من المنتجين يتمثل نشاطهم الإنتاجي، وإحصاء هذه الإمكانيات، واتفاقهم على عدم التنافس فيما بينهم بتخفيض الأسعار، بل يحدد السعر بحيث يتيح لهم جميعاً الفوز بنصيب كبير من الربح»، وهذا بالطبع محرم شرعاً لأن فيه غبناً في الأسعار، وفيه تحديد للسعر بقصد الاحتكار، والأمور بقصودها، فهو ممنوع لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «المحتكر ملعون»^(٢)، وقوله: «لا تسعروا»^(٣)، وقوله: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).

د - الكارتل^(٥) (Cartel): وهي أحد أسلوبيين:

(أ) «أن يتعاون منتجون في شركة يتفق فيها على بيع منتجاتهم، وتحديد ثمن هذه المنتجات بأن تشتري جميع ما أنتجه الأعضاء بعد تحديد الحصص التي ينتجها كل عضو، ثم تتولى هي بيع كل الإنتاج بالثمن المتفق عليه، ثم توزع الأرباح بمقدار نصيب كل عضو في الإنتاج».

وهذه الشركة غير محرمة في رأيي لعدم الغبن فيها وعدم الاحتكار.

(ب) «أن تتوسّع الشركة في أعمالها، فتتناول الأوضاع الاقتصادية، ولا

(١) معناها: اشتراك شركات أو مؤسسات في صندوق أو تجمع.

(٢) رواه البيهقي والحاكم.

(٣) كشف الخفاء للمجلوني الجراحي: ٣٥٣/٢.

(٤) رواه ابن حنبل والدارقطني وابن ماجه.

(٥) معناها: تحالف أو اتفاق.

سيما التي تمتد خارج حدود الدولة التي هي فيها وتعمل في النطاق الدولي، وتسمى (International Cartels)، «وكثيراً ما ترتبط الكارتلات في بلد مع مثيلاتها في البلد الآخر، وتتعاون على تصريف المنتجات».

وقد أثر ذلك على الاقتصاد المحلي، وعلى المجهود الحربي في كثير من البلدان كالولايات المتحدة الأمريكية، وقد تكون مصدر خطر على سلامة بعض الدول، وهي حتماً خطر جاثم على الدول النامية^(١).

* * *

(١) بحث للدكتور عبد الله العربي عضو مجمع البحوث الإسلامية بعنوان (الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد المعاصر)، منشور في المجموعة الثالثة للمجمع، سنة ١٣٨٦ هـ. التقرير الذي قدمه (Gowin Edward) إلى لجنة مجلس الشيوخ الأمريكي عن التبعئة الحربية، وما قاله إدجار دالاس نائب رئيس الولايات المتحدة الأسبق. وذلك في كتاب (Gese)، صفحة ٣١-٣٢.

الشركة القابضة (Holding Company)

صنفتنا الشركة القابضة من أنواع الشركات الحديثة التي نشأت في مبدئها بقصد الاستغلال والاحتكار، وستحدث عن ماهية هذه الشركة وتاريخها وأنواعها وأحكامها، ونعرضها على قواعد الشريعة الغراء، ونستخلص حكم الشرع فيها بمشيئة الله .

ماهية الشركة القابضة:

عرّف قانون الشركات الأردني الشركة القابضة في المادة (٢٣٢) بأنها: «شركة مساهمة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى التي تصبح تابعة لها، وذلك من خلال تملكها للأكثرية المطلقة من أسهم تلك الشركة أو الشركات، سواء أكانت من الشركات المساهمة العامة، أو من الشركات ذات المسؤولية المحدودة، أو شركات التوصية بالأسهم».

ونصت المادة المذكورة على أنه لا بد من إضافة عبارة (شركة قابضة) إلى جانب اسم الشركة في جميع أوراقها وإعلاناتها والوثائق الأخرى الصادرة عنها. وقد اختار القانون الأردني هذا التعريف الموضح لماهية الشركة القابضة، وعرّفها آخرون بأنها: «هيئة جديدة تشتري من أسهم الشركات كميات تمكنها من السيطرة على الشركات الأعضاء واحتكارها لمصلحتها»^(١)، بينما يرى عدد من الباحثين: أن ليس لهذه الشركة تعريف متفق عليه، ولكنها كلها تركز على فكرة واحدة تميزها عن غيرها من الشركات، وهي أن الشركة القابضة هي الشركة التي لها سيطرة معينة على شركة أو شركات أخرى، تسمى (تابعة)، بحيث تستطيع الشركة القابضة أن تقرر من يتولى إدارة الشركات التابعة، أو أن تؤثر على القرارات التي

(١) عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: ٣١١/٢.

تتخذها الهيئة العامة للشركة^(١).

وقد منعت القوانين التي تعرضت لذكر الشركة القابضة أن تمتلك أسهم شركات التضامن، وشركة التوصية البسيطة، فقد ورد في الفقرة (ب) من المادة (٢٣٢) من قانون الشركات الأردني: «لا يجوز للشركة القابضة تملك حصص في شركات التضامن أو في شركات التوصية البسيطة».

ويتضح من هذا: أن الشركة القابضة شركة جديدة تتكون من رأس مال جديد ولها هيئة عامة، وتشتري مقداراً من أسهم شركات أخرى بحيث تمتلك غالبية أسهمها أو كلها، مع بقاء الشخصية الاعتبارية للشركات التابعة، فلا تكون فروعاً لها، ولها السيطرة على الشركات التابعة.

تاريخ وجودها:

استعمل بعض الاقتصاديين في منتصف القرن التاسع عشر أساليب مختلفة للسيطرة على قطاعات من التجارة، أو فرض سعر موحد على سلع معينة واحتكارها والتحكم فيها، مما دفع بحكومة الولايات المتحدة إلى التدخل لحماية المستهلكين وضمان حرية التجارة، فأصدرت قانوناً يحرم الاحتكار سنة ١٩٨٠م سمي قانون شيرمان (Sherman Antitrust Act)، ومنع هذا القانون الانفاقات التي تقيد حرية التجارة والمنافسة. وفي سنة ١٩١٤م صدر قانون كلايتون (Clayton Act)، الذي منع شراء سلعة مقرون بيعها بسلعة أخرى لأنها تؤدي إلى إجبار المستهلك على شراء السلعة الأخرى، وربما بسعر مرتفع، وفيها تقييد لحرية المستهلك^(٢)، ثم صدرت قوانين تمنع التلاعب بالأسعار لسلعة واحدة والتمييز بينها، مما حدا بالشركات الكبرى إلى اللجوء إلى وسيلة دمج الشركات (Fusion)، أو شراء الشركة الكبرى الشركات الصغيرة، أو شراء معظم أسهمها، لتحقيق مصالح أكبر واحتكار السلع، فنشأ عن ذلك الشركة القابضة.

(١) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، ص ٥٦٣؛ حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، ص ٧، ٤٨.

(٢) ذكرني هذا بقصة عربية قديمة في العهد العباسي: حين عرض رجل شراء جمل بدرهم ومعه قط بألف درهم مشتركاً شراءهما معاً، فكان موضع استهزاء الناس به وتعجبهم من هذا الشرط.

أهدافها:

تهدف الشركة القابضة إلى ما يلي :

١ - إدارة الشركات التابعة لها، أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها .

٢- استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية .

٣- تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات، وغيرها من الحقوق المعنوية، واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها ولغيرها .

٤- تملك أموال منقولة وغير منقولة لازمة لمصلحة الشركة .

وهذا هو الوجه البريء من أهدافها وإن كان لا يخلو من المعاملات الربوية المحرمة، ولكن الهدف الظاهر والباطن من تأسيسها هو :

١- السيطرة على الشركات وجعلها تابعة للشركة الأم .

٢- التحكم في الأسعار بقصد الربح الأوفر .

٣- الاحتكار المتمثل في السيطرة الكاملة لرجال الأعمال الرأسماليين على أكبر مجموعة من الشركات المنفصلة المستقلة، وذلك يجلب الضرر الاقتصادي والاجتماعي، مما حدا بالحكومة البريطانية أن تضع حظراً في قانون الشركات الإنجليزي سنة ١٩٦٧م على الشركات الكبيرة من هذا النوع، سواء في حصر التجارة فيها، أو تحديد السعر للشركات للسلعة أو السلع، ومنع التنافس الشريف بين الشركات^(١) .

٤ - تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها والاقتراض من البنوك .

وقد برّزت بعض المصادر هذه السيطرة بأسباب؛ منها:

١ - تدعيم المركز التنافسي للشركة القابضة، وذلك بامتلاك رأس المال

(١) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، ص ٥٦٤ .

للشركة المنافسة، أو جزء منه، وبالتالي تقل المنافسة في السوق.

٢ - تأمين مصدر توريد ثابت للمواد الخام عن طريق السيطرة على شركة موردة تابعة.

٣ - مساعدة الشركات التابعة بمبلغ يغطي بالكامل نفقات مشروع استثماري ليس لدى الشركة التابعة ما يغطيه.

٤ - التخلُّص من الضريبة الكبيرة بتوزيع الاستحقاق الضريبي على الشركات التابعة.

٥ - الرغبة في زيادة حجم التعامل عن طريق استخدام القنوات التسويقية للشركات التابعة.

٦ - استخدام شركة تابعة أو أكثر وسيطة لسيطرة الشركة القابضة على شركة أخرى^(١).

خصائص الشركة القابضة:

نعرض خصائص الشركة القابضة وفقاً لما جاء في القوانين التي أجازت تأسيسها، لاسيما القانون الإنجليزي والأردني والمصري بما يلي:

١ - الشركة القابضة: شركة مساهمة عامة، ولا يجوز أن تتخذ أي شكل قانوني من أشكال الشركات الأخرى.

٢ - إدارة الشركات التابعة لها أو المشاركة في إدارة الشركات التي تساهم فيها.

٣ - استثمار أموالها في شراء أسهم الشركات المساهمة أو بيعها أو المساهمة في رأسمالها.

٤ - تكوين محفظة أوراق مالية للشركة وإدارتها بما تتضمنه من أسهم وسندات وأصول مالية أخرى.

(١) محمد الجليلاتي، محاسبة شركات الأموال، ص ٣١٤.

- ٥- تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها .
 - ٦ - تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية ، واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها ولغيرها .
 - ٧ - تأسيس شركات مساهمة بمفردها أو بالاشتراك مع الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، أو الأفراد، غاياتها نفس غاية الشركة قابضة^(١) .
 - ٨- تعديل غايات شركة عامة مساهمة قائمة إلى شركة قابضة^(٢) .
 - ٩ - يختص مجلس إدارة الشركة القابضة الذي ينتخب من الهيئة العامة بوضع السياسات العامة ، وبما ورد في البنود ٢- ٨ .
- ونلاحظ تداخل بعض خصائص الشركة القابضة مع أهدافها .

أنواع الشركة القابضة:

الشركة القابضة من حيث ماهيتها واحدة ، ولكن النظرة لها تختلف بحسب أهدافها ، فإن كان الهدف منها تحويل بعض مجموعات من وحدات القطاع العام الاقتصادية ، أو امتلاك بعض الشركات الصغيرة وتكوين شركة قابضة بهدف تحقيق استقلالية عن الحكومة فيما يتعلق بالقطاع العام ، وإدارة ذاتية للمشروعات وتجميعها تحت مظلة واحدة ، فهذا نوع .

وإن كان الهدف السعي للاحتكار والسيطرة على السوق عن طريق تأسيس وحدة اقتصادية كبيرة تسيطر على قطاعات واسعة من التجارة ، فهذا نوع ثان .

وإن كان الهدف احتكار إنتاج سلع معينة واحتكار بيعها بسياسة محددة للسيطرة على السوق وتحقيق ربح فاحش فهذا نوع ثالث . وسنبين الحكم الشرعي في كل منها .

* * *

(١) المادة ٢٣٤ ، الفقرة (أ) من قانون الشركات الأردني .
(٢) المادة ٢٣٤ ، الفقرة (ب) من قانون الشركات الأردني .

الحكم الشرعي في الشركة القابضة

النقاط الرئيسة التي تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي هي :

- ١- تأسيس الشركة القابضة .
 - ٢ - امتلاك أسهم شركات مساهمة لها نفس الغاية التي تأسست الشركة القابضة لتحقيقها ، ماعدا شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة .
 - ٣- إدارة الشركات التابعة لها .
 - ٤ - استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية .
 - ٥ - تقديم القروض والتمويل للشركات التابعة لها ، والاقتراض من البنوك لمساعدتها في الاستثمار وتكوين صناديق استثمار .
 - ٦ - تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات ، وغيرها من الحقوق المعنوية ، واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها ولغيرها .
- وأهم غاياتها التي تحتاج إلى بحث من ناحية شرعية هي :
- أ- السيطرة على الشركات وجعلها تابعة للشركة الأم .

ب - التحكم بالأسعار من أجل الربح الأوفر . والاحتكار المتمثل في الهيمنة الكاملة لرجال الأعمال الرأسماليين على أكبر مجموعة من الشركات المنفصلة المستقلة ، بحصر التجارة بالشركة القابضة وتحديد الأسعار للسلع التي تنتجها مما يجلب الضرر الاقتصادي والاجتماعي .

ج- التخلص من الضريبة الكبيرة .

١- الحكم الشرعي في تأسيس الشركة:

الشركة القابضة شركة مساهمة عامة؛ تنشأ بهيئة تأسيسية تنفق على إنشائها بحسب قانون الشركات ، وتؤسس كباقي الشركات المساهمة بقيام جماعة فكروا

في إنشاء هذه الشركة من ثلاثة فأكثر، وأجروا دراسة الجدوى والدراسات اللازمة لتأسيسها، ثم يحرر عقد التأسيس شاملاً أسماء الشركاء وعناوينهم، ونوع الشركة القابضة، والغرض من إنشائها، ومركزها، ومدتها، ومقدار رأسمالها، وقيمة السهم ونوعه، وتعهد المؤسسين بالقيام بالإجراءات اللازمة لتصبح الشركة قانونية، وتقوم لجنة تأسيس يختارها الشركاء منهم للقيام بالإجراءات. ويعتبر هذا العقد عقداً نهائياً ملزماً لجميع الأطراف. ويوضع نظام للشركة يفصل ما ورد في عقد التأسيس، ويزيد بأن يبين كيفية تسيير الشركة وإدارتها وتوزيع أرباحها، ويدعى بعد ذلك للاكتتاب العام^(١).

وكل هذه الإجراءات المستحدثة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فقد أجاز الإسلام عقد الشركة بين اثنين وأكثر، قال تعالى على لسان أحد أصحاب الكهف: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾ [الكهف: ١٩]، وتدل هذه الآية على جواز الشركة في المال والطعام دلالة إشارة لا عبارة^(٢)، والتلازم ظاهر بين شرائهم للطعام واشتراكهم فيه، قال الجصاص: «يدل على حفظ دراهم الجماعة والشري بها، والأكل في الطعام الذي بينهم بالشركة، وإن كان بعضهم يأكل أكثر مما يأكل غيره»^(٣)، وذكر ابن العربي استشهاد علماء المالكية بهذه الآية على جواز الاشتراك في الطعام وأكله على الإشاعة^(٤).

وقال تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِرَجُلٍ فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَكِّسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيَانِ مَثَلًا لَلْحَمْدِ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٢٩]، دلت هذه الآية على جواز الشركة في العبد شركة عين، فجوازها في العين يستفاد منها جوازها في

(١) قانون الشركات المصري، وقانون الشركات الأردني، وقانون التجارة السوري، وتكاد تتفق جميع قوانين الشركات على هذه الإجراءات.

(٢) دلالة الإشارة هي: دلالة اللفظ على ما لم يسبق له أصلاً، أو الحكم المستفاد من اللفظ إن كان غير مسوق له. ودلالة العبارة هي: الحكم المستفاد من النظم إن كان مسوقاً له، أي: دلالة اللفظ على المعنى مقصوداً أصلياً.

(٣) الجصاص، أحكام القرآن: ٣/٢١٣.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن: ٤٧/٢.

غيره، ومثلها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا﴾ أي: الورثة ﴿أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ [النساء: ١٢]، وإن كان خاصة في العين؛ فيستفاد منها جواز الشركة عموماً ومنها العقد، وهذا رأينا خلافاً للكمال بن الهمام^(١).

وأما دليل جوازها في السنّة؛ فمنها القولي كقوله عليه الصلاة والسلام: «يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا، فإذا تخاونا محقت تجارتهما فرفعت البركة منهما»^(٢)، وقوله في الحديث القدسي: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما»^(٣) ومنها التقريري؛ فقد أقر عليه الصلاة والسلام تعامل الناس بالشركة^(٤).

ولا يمنع الشرع من تكوين الشركة من عدة شركاء، إذ لا تكون شركة إلا إذا كانت مكونة من شريكين فأكثر، والشركة المساهمة بعد تخريجها على أصول وقواعد الشرع، ومناقشة حجج المانعين لها، تبين مشروعيتها للأسباب التالية:

أول أركان الشركة الإيجاب والقبول، وحين نعمن النظر في واقع الشركات المساهمة نجد أن تأسيس الشركة نبت في ذهن شخص أولاً، فدعا آخرين إلى الاشتراك معه، فكان الإيجاب ممن دعا إلى تأسيس الشركة والقبول من الآخرين الذين استجابوا لدعوته، وبذلك يتم تأسيس الشركة بإيجاب وقبول وهما الركنان الأساسيان اللذين يعبران عن لزوم العقد، ويكتفى بهما عند الحنفية، وعند الشافعية والمالكية والحنابلة اعتبروا الأركان أربعة هي: العقدان والصيغة والمحّل، وزاد بعض الشافعية العمل ركناً خامساً، لكن ابن رشد ذكر أن العمل تابع للمال فلا يعتبر ركناً بنفسه^(٥).

وقد عرف لدى المؤسسين العاقدان ومحل الشركة وموضوعها، فيتحقق

(١) فتح القدير: ٣٧٥/٥.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه؛ والحاكم في مستدركه؛ والبيهقي في سننه.

(٣) سبل السلام للصنعاني: ٨٦/٣.

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للشيخ زاده: ٢٢/١.

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٥٧/٢؛ ملا خسرو، الدرر الحكام: ٣١٩/٢؛

الكمال بن الهمام، فتح القدير: ٧٥/٥؛ البجيرمي، سليمان، حاشية على شرح منهاج

الطلاب: ٤٥/٣؛ فتاوى ابن تيمية: ٢٨٦/٣.

معنى العقد الذي التزم المؤسسون بموجبه المساهمة في المشروع المالي، والتزموا اقتسام الربح وتحمل الخسارة، وبذلك استوفت الشركة أركانها وشروطها، والدعوة إلى المساهمة بالاككتاب دعوة لزيادة الشركاء فهو إيجاب، والاككتاب قبول، وكل ذلك جائز شرعاً^(١).

وقد احتج المانعون لشركة المساهمة بأن المؤسسين لا يعتبرون بموجب اتفاقهم قد اشتركوا فعلاً، ولا يجعلهم ملتزمين بهذا الاتفاق على الشروط، بل يجوز لكل منهم أن يترك ولا يشترك بعد الاتفاق وكتابة صكه، وهو غير ملزم بما جاء فيه إلا بعد توقيعه، فلا يعتبر الصك قبل التوقيع عقداً. ويحتج المانعون أيضاً بأن الاتفاق على الشروط لا يعتبر إيجاباً ولا قبولاً.

وهذه الحجة واهية؛ لأن العقد في الشرع التزام شفوي من الجانبين قبل أن يكون كتابياً، وكتابة العقد مستحبة، فإذا أوجبته الدولة لمنع الإنكار وقطع الخصومات في المستقبل؛ فليس في الشرع ما يمنع ذلك، ما لم يكن في معصية، ولا يمنع الشرع للاستيثاق ألا يتم العقد إلا بعد توقيع كل الشركاء على صك العقد، كما استوثق الشرع في ذلك في عقد الزواج.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القواعد الفقهية تجعل الشركة من العقود الجائزة؛ أي: يجوز لكل شريك أن يترك الشركة ولا يلزم بالبقاء فيها ما لم يحدث ضرراً للشركاء، ولا يترتب على عقد الشركة أثره شرعاً إلا بعد أن تختلط الأموال أو يتم البيع والشراء ولو حصل الإيجاب والقبول، ولو هلكت حصة أحد الشركاء قبل التسليم أو اختلاط الأموال أو الشراء فإنما تهلك على صاحبها. وهذا الرأي أكثر احتياطاً من ترتيب الأثر على توقيع الصك في القانون، فكيف يعتبر المانعون ذلك حجة في عدم وجود العقد؟!.

يضاف إلى ذلك أن دعوة الناس إلى الاككتاب يعتبر إيجاباً، واستجابة الآخرين للمساهمة في الشركة يعتبر قبولاً. لا سيما أن الغرض يتحقق ببيان نظام الشركة وأسماء الشركاء، ويتم الإيجاب والقبول بالاككتاب بالفعل.

(١) يرجع لكتابنا (الشركات) في الجزء الأول، ففيه مناقشة الموضوع مناقشة وافية.

٢ - الحكم الشرعي في امتلاك أسهم شركات لها نفس غاية الشركة القباضة:

نص الفقهاء على جواز أن تكون الحصة في رأس المال متساوية، أو غير متساوية، وقد أجازت جمهرة الفقهاء المحدثين شركة المساهمة عامة أو خاصة، وشراء أسهم الشركات المساهمة إذا كانت غاية الشركة مشروعاً خالية من التعامل الربوي، وتتساوى قيمة السهم الاسمية، ويجوز أن يتفاوت عدد الأسهم بالنسبة لممتلكها، وهي في حقيقتها حصص المشتركين في رأس المال، وهي عرضة للربح والخسارة، ولذلك جَوَّزَ الفقهاء إصدارها والتعامل بها^(١)، قال الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر في أوائل الخمسينات، في كتابه (الفتاوى): «أما الأسهم فهي أنصبة في رأس المال، فيغتم حاملها في حالة الربح، ويغرم في الخسارة، فليس فيها مخالفة للشرع». ولا شك في جواز مساهمة شركة في شركات أخرى أو امتلاك جميع أسهمها أو إدماج شركة بأخرى متشابهة في أغراضها، أو قيام شركة محل أخرى وفق إجراءات معينة، وذلك لغايات مختلفة كالإنقاذ من الانهيار الاقتصادي أو منع التنافس أو التوسع في الإنتاج.

والجواز مبني على قواعد الشريعة، وأهمها قاعدة الرضا، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقول النبي ﷺ: «البيع عن تراض»، وقاعدة: (الشركة تنعقد على عرف التجار)، أي: تحكيم العرف التجاري في العقود، ما لم يكن السبب غير مشروع، كأن تكون الغاية من ذلك الاحتكار أو الاستغلال أو الربح الفاحش أو منع التنافس أو فيه تعامل ربوي فذلك غير جائز، لتحريم الاحتكار والاستغلال والربح الفاحش، ولإطلاق الحرية في التجارة، ولتحريم الربا. وبناء على القاعدة الشرعية في السبب: (كل ما أجازته الشرع جاز أن يكون سبباً مشروعاً للشركة، وإن لم يجزه الشرع بطلت الشركة فيه). وقد بحث الفقهاء في تفرع شركة عن أخرى شريطة أن تكون الشركة

(١) الشيخ محمود شلتوت، كتاب الفتاوى، ص ٣١٧، طباعة الأزهر؛ د. محمد يوسف موسى، الإسلام ومشكلاتنا المعاصرة، ص ٥٨، طبع القاهرة.

المتفرعة دون الشركة المتفرع عنها، لأن الشيء يستتبع ما هو دونه، ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله، ولذلك قالوا بجواز تفرع شركة عنان أو مضاربة عن شركة مفاوضة؛ لأن شركتي العنان والمضاربة دون المفاوضة^(١).

وإذا نظرنا في أنواع الشركات في الإسلام نجد أنها مختلفة في اختلافات جوهرية في معظمها؛ فقد يصعب اندماج إحداها في الأخرى ما لم تنشأ شركة جديدة، أما اندماج شركة من نوع واحد في أخرى من نفس النوع ولنفس الغرض؛ فإن قواعد الشرع لا تمنع منه ما دام ذلك باتفاق الشركاء وتراضيمهم، وما دام ذلك لا يؤدي إلى تضييع حقوق المتعاملين مع الشركات، وما دامت المصلحة تتحقق في الاندماج أو بشراء أسهم الشركات الأخرى، وليس فيه شيء مما حرمه الإسلام من التعامل.

وعلى هذا فيجوز في الشركة القابضة امتلاك أسهم شركات أخرى لها نفس الغاية التي تأسست الشركة لتحقيقها.

وقد استثنوا من ذلك شركتي التضامن والتوصية البسيطة، لأن شركة التضامن تشتمل على تعاقد اثنين أو أكثر يلتزمون بالتضامن والتكافل فيما بينهم بجميع تعهدات الشركة قبل الغير، ويفرزون من أموالهم الخاصة ما نقص من ديونها بعد نفاذ أموالها، ولأن شركة التوصية البسيطة تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسؤولين ومتضامنين من جهة، وبين شريك أو أكثر يكونون أصحاب الأموال فيها وخارجين عن الإدارة، وبهذا تختلفان عن الشركة القابضة التي تتكوّن من شركة قابضة مهيمنة، وشركات تابعة؛ لكل منها ميزانيتها واستقلالها، وعلاقتها مع الشركة القابضة التوجيه ومساهمتها فيها وإدارتها.

٣- إدارة الشركات التابعة للشركة القابضة:

لا يمنع الإسلام في إدارة الشركات أي تشريع تنظيمي لإدارة الشركات؛ سواء الشركة القابضة أو الشركات التابعة ما دام يقصده حمايتها واستثمار أموالها بالطرق المشروعة لتحقيق الغرض المشروع لها، استناداً إلى أن الأصل في

(١) السرخسي، المبسوط: ١٧٦/١١.

الأشياء أو الأفعال الإباحة ما لم يرد دليل التحريم، بمعنى أن الفعل مباح إن لم يتعارض مع نص شرعي، وقاعدة شرعية من قواعد الحنابلة تقول: (حيثما تكون المصلحة فثم شرع الله)، مع تقييدها بعدم مخالفة نص شرعي، ويعتمد عرف التجار في الإدارة استحساناً^(١)، إلا أن الإدارة تقوم في الشريعة على الخبرة والدراية والأمانة، وهي أهم سبب في نجاح الشركة، فلا بد أن تتوفر في الشركة القابضة لتحسن إدارة الشركات التابعة وتحسن الاستثمار فيها.

٤ - استثمار أموال الشركة القابضة في الأسهم والسندات والأوراق المالية:

الشركة القابضة - ككل الشركات - لها أن تتعامل بالأسهم والسندات والأوراق المالية، ولا بد قبل أن نبين الحكم الشرعي في هذا التعامل من أن نبين ماذا يراد بهذه الأنواع وخصائصها حتى يسهل الحكم عليها وفي التعامل معها.

فالسهم له معنيان:

١ - معنى حصة الشريك في شركة الأموال، مقابل حصة الشريك في شركات الأشخاص.

٢ - معنى الصك الذي يعطى للشريك إثباتاً لحقه.

وقد طغى المعنى الثاني على المعنى الأول في التعامل التجاري.

ومن خصائص الأسهم تساوي قيمتها، وتساوي الحقوق التي يمنحها السهم، وذلك لتحديد الأرباح والخسائر، وتحديد مسؤولية الشركاء بحسب قيمة السهم، فلا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بمقدار أسهمه التي يملكها. ومن خصائص السهم أنه لا يقبل التجزئة ويقبل التداول^(٢).

والأسهم أنواع، فمن حيث الحقوق نوعان: هما:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٦٩/٦.

(٢) الدكتوران الأنطاكي والسباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية: ٤٥٥/١؛ مصطفى

طه، الوجيز في القانون التجاري: ٢٨٧/١.

١- أسهم عادية، وهي التي تساوى في قيمتها وحقوقها.

٢- أسهم ممتازة، وهي التي تختص بمزايا كحق الأولوية في الحصول على الأرباح وبنسبة لا تقل عن (٥٪)، وحق الأولوية في الاكتتاب عند زيادة رأس المال، واستيفاء فائدة سنوية ثابتة، وحق استعادة قيمة الأسهم كاملة عند تصفية الشركة قبل القسمة، وأن يكون له أكثر من صوت في الجمعية العمومية.

ومن حيث إرجاعها إلى صاحبها نوعان:

١- أسهم رأس المال، وهي التي لم تستهلك قيمتها.

٢- أسهم تمتع، وهي التي استهلكت قيمتها قبل انقضاء الشركة بأي سبب من الأسباب، فيعطى المساهم سهم تمتع له الحق في ربح من الشركة أقل من ربح رأس المال، كما يحق له التصويت في الجمعية العمومية^(١).

وتنقسم الأسهم من حيث القيمة إلى أربعة أنواع:

١- قيمة اسمية: وهي القيمة التي تكون للسهم يوم إصداره مطابقة للمبلغ الذي دفعه المساهم.

٢- قيمة إصدار: وهي القيمة التي تقدر للسهم بأقل من قيمته الاسمية بقصد زيادة رأس المال لإنقاذ الشركة أو لضعفها أو بقصد التوسع في أعمالها.

٣- القيمة الحقيقية للسهم: وهي النصيب الذي يستحقه السهم في صافي أموال الشركة.

٤- القيمة السوقية: وهي قيمة السهم عند عرضه للبيع في الأسواق التجارية.

● معنى السند:

السند من الأوراق المالية التي تصدرها الشركات أو المؤسسات، وهو

(١) د. محمد صالح، شركة المساهمة: ١/١٤٠؛ د. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: ١٣١/٢.

الصك القابل للتداول، ويمثل قرضاً طويلاً الأجل يعقد عادة عن طريق الاكتتاب، ويسترده صاحبه عند انتهاء الأجل المعين.

● معنى الأوراق المالية:

الورقة المالية: صك لإثبات الحق، ويعبر عنه بالشهادة أو بالوثيقة أو بالسند المشارك في الربح والخسارة، تميز أله عن السند الذي يحقق فائدة^(١).
والحكم الشرعي في تعامل الشركة القابضة بالأسهم والسندات والأوراق المالية:

● أما حكم الأسهم من ناحية شرعية، فهو كما يلي:

الأسهم العادية جائزة شرعاً كما بينا، والحجة قائمة على المحرّمين لها، قال النووي: «المال إما دين وإما عين، والعين ضربان: أمانة ومضمون، أما الأمانة فيجوز للبايع بيع جميع الأمانات قبل قبضها؛ لأن الملك فيها تام، وهي كالوديعة في يد المودع، ومال الشركة والقرض في يد الشريك أو العامل»^(٢).

الأسهم الممتازة: الحكم فيها، إذا كان الامتياز في الأسهم هو حق الأولوية في الأرباح أو أخذ نسبة (٥٪) مثلاً زيادة على الأسهم العادية، أنه لا يجوز شرعاً؛ لأن الأسهم متساوية وليس لأصحاب الأسهم الممتازة مال^(٣) أو عمل^(٤)، أو ضمان^(٥) يستحقون بها هذه الزيادة في الربح. وإذا كان الامتياز بتقرير فائدة سنوية ثابتة ربحت الشركة أو خسرت، فهذا باطل شرعاً؛ لأن هذه الفائدة ربا، والربا محرم. وإذا كان الامتياز هو منح بعض أصحاب الأسهم حق استرجاع قيمة الأسهم بكاملها عند تصفية الشركة وقبل القسمة بين الشركاء، فهذا باطل شرعاً؛

(١) حسين شحادة، الأوراق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٩١٥/٣/٤.

(٢) النووي، المجموع: ٣٦٥/٩؛ ابن رجب، القواعد، ص ٧٤.

(٣) استحقاق الربح بالمال لأنه يعد نماء له.

(٤) استحقاق الربح بالعمل جائز؛ لأن العمل سبب في تفاضل الربح كما في المضاربة لو اشترط.

(٥) استحقاق الربح بالضمان لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان».

لأن الشركة تقوم على المخاطرة؛ فإما ربح وإما خسارة، والخسارة تكون من رأس المال، فإذا ضمن لأصحاب هذه الأسهم حق استرجاع قيمتها كان ذلك منافياً لمعنى الشركة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشركة إذا خسرت استرد أصحاب هذه الأسهم الممتازة وفاء أسهمهم من الأسهم الآخرين، وهذا أيضاً منافٍ للعدالة وظلم للمشاركين الآخرين وهو غير جائز شرعاً^(١).

أسهم التمتع: منها ما هو جائز، ومنها ما هو غير جائز، فأما الجائز فهو إعطاء الشريك القيمة الحقيقية للسهم عند سحب الشركة جزءاً من الأسهم، وتنتهي صلته بالشركة. وإن أعطي الشريك القيمة الاسمية؛ فإذا كانت أقل من قيمتها الحقيقية؛ فإن علاقة الشريك المساهم بالشركة (وهي هنا الشركة القابضة) تظل قائمة؛ لأن المساهم أخذ فقط رأس ماله المدفوع للشركة، فيبقى حقه في موجودات الشركة وفي رأسمالها الاحتياطي وفي أي حق آخر. وإن كانت القيمة الاسمية أعلى من القيمة الحقيقية؛ فإن التراضي يؤخذ بعين الاعتبار وتنتهي صلته بالشركة.

وأما السهم بقيمة الإصدار: فلا يجوز إصداره شرعاً إذا تساوى مع السهم الاسمي في اقتسام الربح، لأنه لا عمل ولا ضمان ولا مال مقابل الربح الذي سيأخذه، وسهمه أقل من سهم المساهم الآخر؛ فكيف يتساوى معه في الربح؟! ثم إن أخذ ربحاً زائداً عما يستحق فيه إضرار بالمساهمين الآخرين، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول: «لا ضرر ولا ضرار».

وأخذ القيمة الحقيقية والسوقية: جائزة شرعاً ليس فيها مخالفة لأحكام الشرع.

وكل هذا ينطبق على تداول الشركة القابضة للأسهم.

وأما السندات، فيصح أن تكون قابلة للتداول، وأن تسترد كاملة قبل المساهمين إذا وفّت أموال الشركة بالديون؛ لأنها دين، والدين يسترد قبل حقوق المساهمين، وأما أخذ الفائدة فلا يجوز لأنها ربا نسيئة، وهو حرام شرعاً.

(١) عبد العزيز الخياط، الأسهم والسندات من منظور إسلامي، ص ٤١ وما بعدها.

وأما الأوراق المالية، فإنها تمثل حصة شائعة في ملكية مال الشركة فلها حصيلة الاستثمار ربحاً أو خسارة، فالشركة القابضة تتحمل ذلك .

٥ - تقديم القروض والتمويل للشركات التابعة لها والاقتراض من البنوك لمساعدتها في الاستثمار:

القرض المقترن بفائدة مشروطة حرام، وقد صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية في القاهرة في اعتبار الفائدة على جميع أنواع القروض رباً محرماً، لا فرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الإنتاجي الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي، لأن نصوص الكتاب والسنة قاطعة في تحريم النوعين، وإن كثير الربا وقليله حرام، كما يشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠]، ولأن الإقراض بالربا محرّم لا تبيحه حاجة ولا ضرورة، والاقتراض بالربا محرم كذلك، إلا أن المجمع أجاز الاقتراض لضرورة يترك تقديرها لدين المقترض .

غير أن القرض الذي يجزى نفعاً غير مشروط جائز، فهو من قبيل المكافأة أو إعطاء بعض الربح إذا كان قد استثمر المال المقترض، وقاعدة: (كل قرض جزّ نفعاً فهو ربا) التي اعتمد عليها بعض الفقهاء وجرت على السنة العامة قاعدة ليس لها أصول، وقد زعم أنها حديث؛ وهو منكر رده علماء الحديث، فلا أصل له ولا يعمل به، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن علي، وإسناده ساقط . وكذلك رواية: (كل قرض جز نفعاً فهو ربا) لأن في إسناده سوار بن مصعب الهمداني المؤذن الأعمى وهو متروك، ورواية: (كل قرض جز نفعاً فهو وجه من وجوه الربا) غير صحيحة^(١) .

فالزيادة من غير شرط جائزة كما ذكرت، لما روى جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ لبلال: «أعطه أوقية من ذهب وزده» قال: «فأعطاني أوقية من ذهب وزادني قيراطاً»^(٢)، ورواية البخاري: «فوزن لي بلال فأرجح في الميزان» .

(١) الشيخ رشيد رضا، الربا والمعاملات في الإسلام، ص ٢٠ .

(٢) أخرجه الشيخان .

وصح عن النبي ﷺ إعطاء الزيادة في قرض الحيوان كما في حديث أبي رافع الذي أخرجه مالك في الموطأ ومسلم والأربعة، قال: استسلف رسول الله ﷺ بكرة، فجاءته إبل من الصدقة، قال أبو رافع: فأمر لي أن أقضي الرجل بكرة، فقلت: «لا أجد إلا جملاً خيارياً رباعياً»، فقال رسول الله ﷺ: «أعطه إياه؛ فإن خير الناس أحسنهم قضاء»، وحديث أبي هريرة قال: أتى رجل رسول الله ﷺ بسلف، فاستسلف له رسول الله ﷺ نصف وسق فأعطاه إياه، فجاء الرجل يتقاضاه فأعطاه وسقاً، وقال: «نصف لك قضاء، ونصف لك نائل من عندي»^(١)، وغيرها من الأحاديث الصحيحة.

وعلى هذا فإن الشركة القابضة إذا قامت بتقديم القروض للشركات التابعة من غير اشتراط فائدة على القرض فجائز، ولو أن الشركة التابعة أدت للشركة الأم مالا طوعية فهو حلال، لأنه زيادة غير مشروطة. وكذلك إذا مؤلت الشركة القابضة الأم بالمال، إما تمويلاً بدون اشتراط فائدة فهو جائز لخلوه من الربا، وإما تمويلاً تشترك به مع الشركة التابعة في الاستثمار فهو استثمار حلال.

وأما الاقتراض من البنوك لمساعدة الشركات التابعة، فإن كان بفائدة مشروطة فهو غير جائز لأنه ربا، وإن كان بطريق المرابحة أو بطريق المضاربة فهو جائز، ولا يسمى حينئذ اقتراضاً، وإنما هو بيع مرابحة أو مشاركة، وكلاهما استثمار حلال، وكذلك بأي طريق من طرق الاستثمار المشروعة.

٦ - تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها، وتأجيرها للشركات التابعة لها ولغيرها:

براءات الاختراع والامتيازات من الحقوق المعنوية، ويرى بعض الفقهاء أنها من الملكية الفكرية، لأن الحق المعنوي «سلطة مقررّة لشخص على شيء معنوي كالأفكار والمخترعات»^(٢)، ومثل برامج الكمبيوتر، يقول الشيخ علي الخفيف: «أما الحقوق المعنوية فهي التي ترد وتنصب على أشياء معنوية لا تدرك

(١) أخرجه البيهقي برجال الصحيح في السنن الكبرى.

(٢) عبد السلام العبادي، الملكية الفكرية في الشريعة الإسلامية: ١/ ١٣٤.

بحاسة من الحواس، وإنما تدرك بالعقل والفكر كالأفكار والاختراعات، ولذا كان الحق المعنوي سلطة على شيء غير مادي هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه، كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية وهكذا. وهذا الحق يعد فرعاً خاصاً من الملكية، إذ إنه - كما تقدم - عبارة عن سلطة تنصبُّ على شيء ويخوَّل صاحبه حق الاستغلال والتصرف^(١).

ويستهدى في ذلك بأحكام الشريعة التي نصت على أن من أذهب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها يعتبر جانياً، وتجب الدية في هذه المعاني كحاسة الشم أو الذوق، كما أن التعزير يمكن أن يكون في مثل هذه الأمور المعنوية ويمكن فرض تعويضات وغرامات مالية على جانيتها^(٢).

ولهذا نرى أن حق تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وسائر الحقوق المعنوية حق مشروع للشركة القابضة كما هو مشروع للأفراد، ويمكن استغلال ملكية هذه الأمور المعنوية بالبيع أو بالتأجير أو سائر الاستثمارات المتاحة الملائمة والحلال للشركة القابضة والشركات التابعة لها.

* * *

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية: ١٦/١.

(٢) هناك عدد من التشريعات والاتفاقات الدولية لحماية الملكية الفكرية منذ القرن التاسع عشر، وأهمها: قانون حق المؤلف العثماني الذي كان ساري المفعول حتى سنة ١٩٠٦م حين استبدل بشريعات واتفاقيات دولية لحماية حق المؤلف. وأيضاً اتفاقيات الجات، والتي أقرت الولايات المتحدة والقوى الغربية فيها موضوع الملكية الفكرية (اتفاقية تريس)، وموضوع تحرير التجارة في الخدمات لغاية إيجاد واقع جديد يتيح لمالكي المعرفة والكفاءة الاستفادة من جميع الأسواق العالمية وتعزيز استثماراتهم فيها، وفعالاً تحقق هذا بإقرار اتفاقية تريس بشأن الملكية الفكرية ليوجد لأول مرة منذ أكثر من مائة عام مركز آخر للملكية الفكرية غير المنظمة العالمية (الوايو)، ولتصبح اتفاقية تريس الإطار الأكثر شمولية لمعالجة جميع مسائل الملكية الفكرية. (نقلاً عن مقال لرئيس فريق خبراء المركز العربي للقانون والتقنية العالية، المحامي يونس عرب، جريدة عرب اليوم، ٢٠٠١/٨/١٩م).

غايات الشركة القابضة

سبق أن ذكرنا غايات الشركة وأعمالها، وقد بيّنا الحكم الشرعي في بعضها، وقلنا: إن بعض هذه الغايات يحتاج إلى بحث من ناحية شرعية.

فأولها: السيطرة على الشركات وجعلها تابعة للشركة الأم:

سيطرة الشركة الأم:

١ - إما أن تكون بقصد إحسان إدارة الشركات التابعة، وتحسين أدائها واستثمار أموالها، وإنقاذها من الضعف أو الإفلاس.

٢ - وإما أن تكون بقصد تدعيم المركز التنافسي للشركة القابضة.

٣ - وإما بقصد تأمين مصدر توريد ثابت للمواد الخام للشركة القابضة.

٤ - وإما بقصد إنشاء مشروع إضافي يقوم بإنجاز الطاقة الإنتاجية ذاتها للشركة التابعة مما يؤدي إلى استثمار مبلغ يحقق الهدف الخاص بالسيطرة يقل عن المبلغ اللازم استثماره لإنشاء الشركة التابعة بالكامل عن طريق الشركة القابضة.

٥ - وإما أن يحقق مزايا ضريبية معينة في ظل امتلاك استثمارات في مشروعات متفرقة بدلاً من تركيزها في مشروع واحد كبير الحجم.

٦ - وإما بقصد الرغبة في زيادة حجم التعامل مع الشركة القابضة، عن طريق ترويج إنتاجها باستخدام القنوات التسويقية للشركات التابعة.

٧ - وإما بقصد تمثيل الشركة القابضة في مجالس إدارة الشركات التابعة التي تستثمر جزءاً من أموالها لديها، مما يحقق نسبياً سيطرتها على قرارات الشركة التابعة^(١).

(١) محمد الجليلاتي، محاسبة شركات الأموال، ص ٣١٤.

من الناحية الشرعية: لا أرى مانعاً من هذه المقاصد العامة لسيطرة الشركة القابضة، ولا تعني كلمة (السيطرة) هنا الاستيلاء على الشركات واستغلالها لمصلحة الشركة الأم، بل أرى أنها تعني تولّي إدارتها لمصلحة الشركة الأم والشركات التابعة واستثمار أموالها، ما دام هذا قائماً على التراضي والقصد الحسن وعدم النية السيئة في السيطرة، وقد يقال: إن التراضي غير حاصل؛ لأن الشركة تشتري الأسهم من السوق المالي المفتوح للبيع والشراء، ويرد عليه بأن شراء الأسهم لا يتم إلا برضا أصحابها، أو برضا مجالس إدارة الشركات التابعة، فلا بد من وجود التراضي وانتفاء العوارض التي تمنع صحة التراضي، وبهذا يرتفع الظلم في المعاملة. وهذه القصود يراد بها الاستثمار، قال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، وقال سبحانه في مدح المستثمرين: ﴿وَأَخْرُوجَ بَصُرْتُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وقال ﷺ: «البيع عن تراضٍ»^(١)، وقال: «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى»^(٢). قال الحموي في شرح قواعد ابن نجيم: «فالصواب تفسيرها (أي: النية) بتوجه القلب نحو إيجاد فعل أو تركه، موافق لغرض جلب نفع أو دفع ضرر، حالاً أو مآلاً، والمراد بالعزم إرادة الفعل»^(٣).

وسواء أكان القصد تدعيم المركز التنافسي للشركة القابضة، أو تأمين مصدر ثابت للمواد الخام للشركة القابضة، أو غير ذلك من غايات السيطرة؛ فذلك جائز لما فيها من ترسيخ المنافسة في الصناعة أو التجارة، أو تعاون الشركات على التوسع في الاستثمار وتحسينه وتوسيع قنوات التسويق، وتشديد الرقابة على إنتاج الشركات، فذلك مما لا أرى ما يمنعه من أحكام الشريعة، فالأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل التحريم.

وإذا كان قصد السيطرة الاستفادة من التهرب من دفع الضرائب التي تفرضها الدولة المسلمة على إنتاج الشركات؛ فلا يجوز هذا القصد لأنها نية سيئة،

(١) رواه ابن ماجه وابن حنبل وابن حبان.

(٢) رواه الستة.

(٣) الحموي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٥١/١.

بخلاف ما إذا كان استثمار المشروعات المتعدد يؤدي إلى مزايا تفرق الضريبة كتخفيفها في المحاسبة فجاز، لأنه يساعد على تحسين الإنتاج وتسويقه .

ونذكر هنا الحكم الشرعي للنوع الأول من الشركة القابضة، وهو تحويل بعض مجموعات من وحدات القطاع العام الاقتصادية لإصلاح أحوالها وتحقيق استقلاليتها، والانطلاق بها إلى آفاق جديدة أكثر رحابة لقدرة أعلى في ظل آليات السوق، والتخلص من بعض القيود والعقليات الإدارية الجامدة التي لا تحاول مواكبة التطور في أساليب التجارة والصناعة. فلا أرى ما يمنع شرعاً من هذا التحويل، بل أستحسنه للنهوض بالتجارة أو الصناعة وتحسينهما والاسترباح فيهما، ما دامت تتقيد بالضوابط الشرعية، وأهمها عدم الاستغلال بالربح الفاحش والاحتكار .

وثانيها: التحكم بالأسعار من أجل الربح الأوفر، والاحتكار المتمثل في الهيمنة الكاملة على الشركات التابعة، وحصر التجارة بالشركة القابضة، أو تحديد الأسعار للسلع التي تنتجها مما يجلب الضرر الاقتصادي والاجتماعي .

أقول: إن الأصل في الشريعة الإسلامية أن لكل إنسان الحرية في أن يبيع سلعته بالسعر الذي يراه أوفق له، إلا أن للحرية حدوداً تقيدها، أهمها التزام مصلحة الجماعة لا تتجاوزها وعدم التعدي على حريات الآخرين، وعدم الإضرار بالناس، فالحرية يجب أن تكون منضبطة بالضوابط الشرعية، ولذلك نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن التسعير، فقد ورد عن أنس رضي الله عنه قال: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس: يا رسول الله! غلا السعر فسعّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»^(١) .

والتسعير هو: «تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً لسلعهم ويجبرهم على التبايع به»^(٢) . أي: تحديد الحكومة أسعار السلع للناس، وفي الروض المربع:

(١) رواه أبو داود في سننه؛ والبيهقي وابن حنبل والترمذي وابن ماجه وابن حبان بالفاظ متعددة.

(٢) الرحيباني، مطالب أولي النهى: ١٥٩/٣ .

«التسعير هو منع الناس البيع بزيادة على ثمن يقدره»^(١)، وقد اختلفت آراء الفقهاء فيه، فمنهم من حرّمه مطلقاً كالظاهرية والشوكاني ومتقدمي الحنابلة وكثير من المالكية والشافعية^(٢)، ومنهم من أجاز التسعير مطلقاً كما نقل عن سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري وبعض المالكية والشافعية، ولو في الأحوال التي لا غلاء فيها ولا تحكّم من التجار ولا ظلم منهم، بل يخضع لظروف العرض والطلب^(٣)، ومنهم من كره التسعير كالحنفية^(٤)، ومنهم من قال بحرمة التسعير ولكنه أجازهُ استثناءً كبعض المالكية والشافعية في حالة الغلاء، تحقيقاً لمصلحة الناس ورفعاً للتضييق عليهم. وهذا الرأي هو الذي رجّحه الفقهاء المحدثون، كفتحي الدريني ومحمد يوسف موسى وسيد سابق ومحمد النبهان ووهبة الزحيلي ومحمد سلامة مذكور وغيرهم^(٥). وأرى أنه الأوفق لمصلحة الناس.

وإن للتسعير أسباباً:

منها: حاجة الناس إلى السلعة، يقول ابن تيمية: «لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه»^(٦).

ومنها: مغالاة التجار في الربح فتغلو الأسعار ويدخل الضرر على الفقراء، ولا سيما في الأشياء الضرورية لهم.

ومنها: الاحتكار، وهو من أهم أسباب التسعير، وهو: (اشتراط طعام

- (١) البهوتي، الروض المربع: ٥٦/٢.
- (٢) ابن حزم، المحلى: ٤٠/٩؛ الشوكاني، نيل الأوطار: ٢٤٨/٥؛ ابن قدامة، المغني: ٢١٧/٤؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٨١.
- (٣) ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، ص ٤٩؛ الفتاوى: ٩٣/٢٨؛ الباجي، المنتقى: ١٨/٥؛ النووي، المجموع: ٣٧/١٣.
- (٤) الحصكفي، الدر المختار: ٣/٣٩٥؛ الكاساني، بدائع الصنائع: ١٢٥/٥.
- (٥) فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص ١٨٠-١٨٣؛ محمد النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي، ص ٣٨٣؛ محمد يوسف موسى، تاريخ الفقه الإسلامي، ص ١١٣؛ سيد سابق، فقه السنة: ١٠٦/٣.
- (٦) الحسبة في الإسلام، ص ٢٣.

ونحوه وحبسه إلى الغلاء»^(١)، وبتعريف أدق هو (الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق)^(٢)، أي: حبس السلع ترئبصاً للغلاء مع حاجة الناس إليها.

والاحتكار غير جائز لقوله عليه الصلاة والسلام: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»^(٣)، وقال: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٤)، وسواء أكان الاحتكار في الأقوات أو غيرها؛ وهو الرأي الأرجح للضرر الحاصل من الاحتكار في الجميع كما ذكر الشوكاني^(٥).

ولهذا لا يجوز أن تنشأ الشركة القابضة وأن تسيطر على الشركات التابعة بقصد التحكم في الأسعار والاحتكار، لما في ذلك من التسعير الملحق الضرر بعامة الناس، والضرر والإضرار حرام لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٦)، وهو من قواعد الشريعة الهامة، ولحرمة الاحتكار كما بيّنا.

ويتضح مما قدّمنا أن النوع الثاني من الشركة القابضة؛ وهي التي تنشأ بهدف الاحتكار والسيطرة لا يجوز، لتحريم الاحتكار والاستغلال والتحكم بالسوق لاحتكار السلع.

كما تبين عدم جواز النوع الثالث من الشركة القابضة التي تهدف إلى أن تحتكر السوق وتتحكم بالأسعار طلباً للربح الفاحش.

والله سبحانه وتعالى أعلم، وأستغفر الله من الخطأ والزلل، وهو حسبي وبالله التوفيق.

* * *

-
- (١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار: ٣/٣٩٨.
 - (٢) الباجي، الملتقى: ٥/١٥. وقد استثنى الباجي الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار.
 - (٣) رواه ابن ماجه والبيهقي.
 - (٤) رواه مسلم وابن حنبل وأبو داود.
 - (٥) نيل الأوطار: ٥/٢٣٥.
 - (٦) رواه ابن حنبل وابن ماجه والدارقطني.

اشْرَكَ فِي الْفِقْرِ وَالْقَانُونِ

إِعْدَاد

اَلشَّيْخُ آيَةُ اللهِ مُحَمَّدٌ عَلِيُّ التَّسْنِيْمِي

الْأَمِينُ الْعَامُّ لِلْمَجْمَعِ الْعَالَمِيِّ لِلتَّقْرِيبِ بَيْنَ الْمَذَاهِبِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِإِيرَانَ

وَالشَّيْخُ مَرْتَضَى التَّسْرَابِي

مقدمة وتعريف

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين.

طبيعة خلود الشريعة الإسلامية المقدسة، واستمرارية أحكامها، ثم شموليتها لمناحي الحياة؛ دفع بالفقهاء أن يبحثوا عن الحلول الشرعية المناسبة للمسائل والأسئلة المطروحة نتيجة تطور العلاقات الاجتماعية والاقتصادية على مرّ الزمان، لأن مسؤولية الفقهاء هي بيان حكم الله تعالى فيما يهم من أمور وشؤون في كل ميدان من ميادين الحياة.

ومن أهم ميادين الحياة تطوراً الميدان الاقتصادي؛ وذلك لتشعب المعاملات واتساعها، وابتكار عقود جديدة تختلف عن العقود المعروفة ماهية وتسمية، وقد تشاركها في التسمية فقط إلا أنها تخالفها حقيقة وماهية.

من هنا تبدو الشركات الحديثة كأحد الظواهر التي اكتسحت الساحة الاقتصادية والتجارية، حتى أصبحت أحد أسباب حفظ المال وتنميته، وتشكل في الوقت نفسه أحد أهم الآليات التي تثرى التقدم الصناعي والزراعي والتجاري لما فيها من سهولة تمويل المشاريع الكبيرة في تلك الحقول، ولذا فإن البحث الفقهي في الشركات الحديثة من الضرورات التي تحتل الأولوية في الأبحاث المرتبطة بالمسائل المستحدثة.

هذا ومن المعلوم أن معرفة الأحكام الفقهية المرتبطة بها يستلزم:

أولاً: الوقوف على القواعد الفقهية والأحكام الشرعية ذات الصلة بها.

وثانياً: معرفة حقيقة الشركات الحديثة وتطبيق القواعد عليها.

وقبل الخوض في تفاصيل تلك الأمور لا بد من تعريف الشركة وأقسامها،

ثم استعراض بعض الأحكام المتعلقة بها .

ولأجل اتضاح وجوه الفرق بين الشركات الحديثة مع عقد الشركة المطروحة في الكتب الفقهية نبدأ البحث بتعريف الشركة في الفقه .

تعريف الشركة:

الشركة بكسر الشين وإسكان الراء ويفتح الشين وكسر الراء لغة : مخالطة الشريكين^(١) .

أما في اصطلاح الفقهاء : «فتعني اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع»^{(٢)(٣)} .

لا يخفى أن تعريف عقد الشركة المذكور في المصادر الفقهية لا يشمل الشركات الحديثة ؛ خصوصاً الشركات التجارية غير شركة المحاصة^(٤) ؛ لأن الملكية في الشركات التجارية الحديثة ليست بالشيوع، وإنما الملكية فيها مفرزة، وصاحب الملك فيها هو الشخصية المعنوية للشركة، أي: المؤسسة الحاصلة باسم الشركة نتيجة العقد وإقرار القانون عليها. ومالك السهم في الشركات الحديثة إنما هو صاحب حق في أخذ الربح لو حصل للشركة ربح؛ فليس السهم (شهادة اكتاب أو مساهمة : certificate of stock التي تعطيها الشركة للدلالة على

(١) راجع لسان العرب، المادة (شرك).

(٢) تذكرة الفقهاء: ٢/٢١٩ .

(٣) فالشركة تطلق على كل ما تحقق فيه المخالطة من الأمور التكوينية والاعتبارية في باب المعاملات وغيرها، والأول كالشركة في الحفر أو الرأي، والثاني كالشركة في المال، والثالث كالشركة في الرياسة. ولذا ذكر السيد الخوئي رحمه الله أن المعنى الاصطلاحي لها حصّة من المعنى اللغوي. راجع: مباني العروة الوثقى، ص ٢٣٣ .

(٤) أما شركة المحاصة: فهي داخله في التعريف الفقهي للشركة، وذلك لعدم كونها موجبة للشخصية المعنوية، بل هي شركة عقدية فحسب. ويفترق عن الشركة المدنية بكون موضوعها الأعمال التجارية باصطلاح القانون على ما يأتي توضيحه. أما الشركات المدنية فقد اختلف علماء القانون في ماهيتها. فبناءً على كونها مجرد عقد غير موجبة للشخصية المعنوية تكون داخله في التعريف الفقهي للشركة أيضاً كشركة المحاصة .

أن للمشار إليه عدداً معيناً من الأسهم أو الحصص) بمعنى كون مالكة يملك شيئاً بنحو الإشاعة في أموال الشركة، بل إنما هي لبيان حقه في أخذ الربح لو حصل ذلك ولالتزامه بسائر الحقوق والتكاليف^(١).

* * *

(١) نعم يمكن فرض تحقق الشركة في المقام في نفس هذا الحق؛ أي: أخذ الربح من الشركة من دون النظر إلى أموال الشركة، نظير اجتماع حقوق الفقراء في الزكاة أو حقوق الداخلين في عنوان خاص في الاستفادة من أرباح ما وقف على ذلك العنوان. وعلى هذا تكون الشركات الحديثة من الشركة في الحقوق لا الأموال.

الشركة عقدية وغير عقدية (ملكية)

١- الشركة العقدية:

الشركة إذا تحققت بعقد مختصّ بها تسمى عقدية، كما لو اتفق شخصان أو أكثر بجعل مالهما مشاعاً بينهما بقصد الاسترباح أو بدونه، وأجريا على ذلك العقد بقول: شاركتك أو تشاركنا، ونحوهما مما يدلُّ على الشركة، ثم مزجا ماليهما^(١).

(١) أما تعريف الشركة العقدية: «بعقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياح» فلا يخلو عن مسامحة. وذلك لأن إنشاء الإذن ليس من العقود، بل هو من الإيقاع، ولا يرتبط بمفهوم الشركة. نعم يمكن أن يكون المراد: الاشتراك المنشئ بالعقد بشرط الإذن لهما في التصرف، ولكن يرد عليه أنه لا مجال لتخصيص الشركة العقدية به، فكما يمكن الشركة العقدية بشرط الإذن في التصرف منهما، كذلك يصحُّ الشركة العقدية بشرط أن يكون التصرف لثالث أو لأحدهما بعينه، أو غير ذلك من الشروط. وكل هذه الصور مشمول لعمومات الصحة؛ فيكون داخلأ في الشركة العقدية. إلا أن يكون مرادهم بذلك ذكر نوع خاص من الشركة العقدية؛ وهي الشركة لأجل الاسترباح، وهي التي لا تخلو من الإذن في التصرف لأجل الاسترباح وتخصيص هذا النوع من الشركة العقدية بتعريف خاص لأجل كونه موضوعاً لأحكام خاصة في الفقه. راجع مستمسك العروة الوثقى: ١٣/١٢-١٣.

أما اعتبار المزج في حصول الشركة العقدية فالدليل عليه هو الإجماع إن تمَّ. نعم الإجماع المدعى مختص ببعض أقسام الشركة العقدية، وهو شركة العنان المقصود به الاسترباح المتضمن للإذن لهما في التصرف، كما يظهر ذلك من الشيخ في الخلاف، وإن كان استفادة الإجماع من كلامه لا يخلو من إشكال، إذ غاية ما يدل عليه كلامه هو انعقاد الإجماع على صحة الشركة مع الامتزاج، لا بطلانها مع عدمه، وبينهما بون بعيد. نعم اعتبر ابن حمزة في الوسيلة الامتزاج في الشركة وادعى عليه الإجماع. واستدل الشيخ في المبسوط لاعتباره بأن الاشتراك هو الاختلاط لغة، فينبغي أن يراعى معنى الاختلاط في الشركة. راجع المستمسك: ٢٥/١٣؛ مبانى العروة، ص ٢٥٤؛ المبسوط: ٣٤٧/٢.

٢ - الشركة الملكية:

إذا تحققت الشركة بسبب من الأسباب القهرية - كالإرث أو المزج القهري - أو الاختيارية؛ تسمى بالشركة غير العقدية. والسبب الاختياري قد يكون عقداً - غير عقد الشركة - كبيع حصة مشاع من ماله للآخر، وقد يكون غير عقد كالمزج الاختياري أو الحيازة.

ولا يخفى أن المعنى الاصطلاحي المذكور للشركة شامل لكل قسمي الشركة العقدية والملكية لأن الشركة الملكية؛ إنما تختلف عن الشركة العقدية في السبب دون النتيجة التي هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل المشاع.

هذا وقد أنكر بعض الفقهاء^(١) الشركة العقدية بمعنى وجود عقد خاص للشركة، فحصرها أسباب الشركة (أي: اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع) في الأسباب القهرية، والأسباب الاختيارية الغير العقدية، والأسباب الاختيارية العقدية غير عقد الشركة.

لكن الصحيح ما تبناه أكثر الفقهاء؛ وهو تحقق الشركة بالعقد الخاص بها. قال الشهيد الثاني:

«واعلم أن الشركة كما تُطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة، كذلك تُطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود، وقبلت الحكم بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول.

ثمرة القول بالشركة العقدية:

مما قد يشكل في القول بإنشاء الشركة بالعقد بأنه لا بد في صحة الشركة من مزج المالين، والمزج بنفسه يقتضي الشركة، فالعقد معه يكون لغواً محضاً، سواء تأخر المزج من العقد أم لا^(٢).

(١) ومن صرح بذلك المحقق الأردبيلي والمحقق البحراني.

(٢) ودعوى أن المزج المتأخر يكون كاشفاً عن تحقق الشركة بالعقد السابق فلا يكون لغواً؛ =

ولذا قد تصدى القائلون بالشركة العقدية إلى ذكر الآثار الخاصة المترتبة على الشركة العقدية فقط .

والآثار المذكورة في كلامهم كما يلي :

١ - انصاف الشركة العقدية بالصحة والفساد دون الشركة الملكية :

قال الشهيد الثاني في المسالك : «هذا المعنى (الشركة العقدية) الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة والبطلان . أما الشركة بمعنى اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع التي هي نتيجة تحقق أحد أسباب الشركة عقداً كانت أو غير عقد؛ فلا تتصف بالصحة والبطلان، بل تتصف بالوجود تارة وبالعدم أخرى»^(١) .

أما المنكرون للشركة العقدية؛ فأدّعوا أن المراد من الحكم بصحة أو بطلان الشركة في كلام الفقهاء هو صحة أو بطلان الإذن في التصرف^(٢) .

٢ - جواز تصرف الملاك في المال المشترك :

يستفاد ذلك من تعريفهم للشركة العقدية بأنها: عقد ثمرته تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشيع^(٣) .

ويمكن استفادته أيضاً من كلام صاحب الرياض حيث استدل على الشركة العقدية بما ملخصه :

= تكلف بلا موجب، وحمل لكلمات الفقهاء على خلاف ظاهرها؛ فإن ظاهر كلمات المعبرين للمزج عدم تحقق الشركة إلا بعده . ومعها فلا موجب لحمله على الكاشفية، بل يكون هو تمام السبب فلا يكون العقد السابق إلا لغواً محضاً . راجع : مباني العروة الوثقى، ص ٢٥٥ .

(١) مسالك الإفهام: ٣٠١/٤ .

(٢) راجع مجمع الفائدة للمحقق الأردبيلي: ١٩٨/١٠، حيث قال: وأما الأحكام فيترتب بالإذن في التصرف...؛ وراجع: جواهر الكلام: ٢٨٤/٢٦ نقله عن فخر المحققين والشهيد الأول.

(٣) قد عرف الشركة العقدية به في جامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض .

«الأصل حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، فيقتصر فيها على القدر المتيقن؛ وهو ما دلّ عليها صريحاً من الجانبين، كما نبّه عليه في التذكرة، وعليه يصح إطلاق العقد عليه، وأما الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة والألفاظ غير الصريحة فلا دليل عليه».

ولكن يشكل ذلك أولاً: بعدم دلالة الصيغ الأصلية لإنشاء المشاركة كاشتراكنا ونحوه على الإذن في التصرف؛ لإمكان تفكيك إنشاء عقد المشاركة عن إنشاء الإذن لأحد المشاركين، وقد أشار إليه صاحب الجواهر في كلامه:

«إذ لا دلالة في قول: اشتراكنا؛ على الإذن بوجه من الوجوه، كما أنه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما على عقد، وليس من مقومات الشركة حصولها، إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلاً، لغرض من الأغراض»^(١).

وثانياً: أن مجرد الإذن الصريح في التصرف من الجانبين لا يتحقق معه العقدية إذا لم يكن هناك إناطة لأحد الإذنين بالآخر. بل ومجرد الإناطة أيضاً لا يكفي في تحقق مفهوم الشركة بدون قصدتهما إنشاء مفهوم الشركة، كما لو أنشأ الوكالة في التصرف من الجانبين فإنه لا يوجب تحقق مفهوم الشركة.

بل ادعى السيد البروجردى في المقام: أن منشأ جواز التصرف دائماً في الشركة هو التوكيل، وإن كان ذلك بلفظ: تشاركنا، ونحوه^(٢).

أقول: يرد على ما ذكره البروجردى: أن الإذن في التصرف وإن كان قابلاً للإنشاء بنحو التوكيل أو الإباحة في التصرف، إلا أن الظاهر من إنشاء المشاركة هو إرادة نفس هذا العنوان المستتبع للإذن في التصرف. وحمله على إرادة إنشاء الوكالة خلاف الظاهر لمغايرة مفهوم المشاركة مع التوكيل عند العرف قطعاً، فلا يحمل أحدهما على الآخر بدون القرينة.

(١) جواهر الكلام: ٢٦/٢٨٨.

(٢) راجع: كتاب فقه الشركة للسيد عبد الكريم الأردبيلي، ص ٣٣.

٣ - تحقق الإشاعة الواقعية في الشركة المقدية والإشاعة الظاهرية في

الشركة غير المقدية :

قال صاحب الجواهر : «فالتحقيق أن يقال حينئذ بعد الإجماع على كونها عقداً: إن قولنا: اشتركنا؛ لإنشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالين بينهما على الإشاعة إلا أنه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعد، إن لم يكن، فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل نحو القبض في الوقف أو أنه جزء السبب . أما المزج القهري مجرداً عن إرادة إنشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الأثر، وإنما يفيد الاشتباه في أجزاء المال الممزوج، إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري . فله حينئذ إيقاع عقد الشركة بعد وقوعه (المزج) كي يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعاً»^(١).

هذا وقد أشكل السيد الخوئي على القول بكون الشركة في المزج القهري ظاهرياً قائلاً: «إنه لا معنى للشركة الظاهرية قهرية كانت أم اختيارية بعد العلم بعدم الاشتراك واقعاً، فإن الأحكام الظاهرية إنما هي مجعولة في فرض الشك والجهل بالحكم الواقعي، فلا معنى لثبوتها مع العلم به»^(٢).

أقول: يتوجه على ما ذكره في المقام: بأن الحكم الظاهري غير منحصر بموارد الجهل بالحكم الواقعي، بل يمكن للشارع أن يجعل حكماً ظاهرياً في بعض موارد العلم بالحكم الواقعي أيضاً من باب التوسعة، كما هو ظاهر المنقول من كلام كاشف الغطاء وصاحب الجواهر في بعض الموارد التي يتمسك فيها بقاعدة الإلزام^(٣).

ويضاف إلى ذلك: أن محل البحث من موارد العلم الإجمالي لا التفصيلي، وقد ذهب بعض المحققين كالخراساني إلى كون مرتبة الحكم الظاهري محفوظة

(١) جواهر الكلام: ٢٦/٢٨٩.

(٢) مباني العروة الوثقى، ص ٢٣٦.

(٣) راجع: جواهر الكلام: ٢٢/٨٩؛ وبحوث فقهية، محاضرات الشيخ الحسين الحلبي، ص ٢٧٧.

مع العلم الإجمالي، ولهذا ذهب إلى إمكان الترخيص في جميع أطراف العلم الإجمالي^(١).

وفي المقام متعلق الملكية الشخصية بعد الامتزاج القهري غير معلوم بالتفصيل كما كان معلوماً قبل الامتزاج. فالحكم بحصول الملكية المشاعة في الشارع حكم ظاهري في مورد العلم الإجمالي بتعلق حقه الملكي بالمال بعد الامتزاج، ولا يفرق فيه بين كون الشيء الحاصل بالامتزاج شيئاً ثالثاً أم لا، إذ في كلا الصورتين تعلق الحق الملكي بذلك الشيء معلوم بالإجمال غير معلوم بالتفصيل.

ثانياً سلّمنا ولكن لا شك في أن الحكم الواقعي في المقام واقعي ثانوي، ومنوط بقاؤه ببقاء حالة المزج، فإذا اتفق تفكيكهما بحكم يكون كل من المالين مختصاً بصاحبه. وهذا المقدار من الفرق بين الشركة الحاصلة بالمزج القهري مع الشركة الحاصلة بالعقد، يكفي في ترتب الثمرة.

٤ - حصول الشركة بدون المزج بناء على عدم اشتراط المزج في تحققها:

قد أشرنا إلى أنه ادّعي الإجماع على عدم تحقق الشركة إلا بالمزج وكون المزج بنفسه مقتضياً لها سواء كان هناك عقد أم لا، فحينئذ يتوجه الإشكال بأن العقد معه يكون لغواً. أما بناء على عدم اعتبار المزج في تحقق الشركة فلا يبقى إشكال في البين، بل يكون أثر العقد هو حصول الشركة وإن لم يكن ثمة مزج بين المالين.

يمكن استفادة القول بعدم اعتبار المزج من ابن الجنيّد؛ حيث ذهب إلى صحة شركة الوجوه مع عدم وجود مال فيها بالفعل حتى يتصور فيها المزج. وقوى عدم اعتبار المزج بعض المحققين من المتأخرين كالسيد الطباطبائي في العروة، والسيد الخوئي في المباني، وقد يفهم ذلك من الأردبيلي أيضاً.

قد اتضح من خلال ما ذكرناه أن إنشاء الشركة بالعقد ليس لغواً، بل يترتب عليه بعض الثمرات المذكورة، وعليه فإن الصحيح وهو تحقق الشركة بالعقد

(١) راجع: كفاية الأصول، ص ٢٧٢ (الأمر السابع في بيان أحكام القطع).

الخاص بها فتكون الشركة على قسمين : الشركة الملكية : وهي التي تحصل نتيجة أحد الأسباب الموجبة لحصول الملكية المشاعة في المال الواحد من المزج القهري أو الإرث، أو عقد من العقود الموجبة لانتقال حصة مشاعة من الملك للآخر من دون إنشاء عنوان المشاركة . الشركة العقدية : وهي التي تتحقق فيها الملكية المشاعة بين اثنين فصاعداً بإنشاء عنوان المشاركة .

منشأ الخلاف في المسألة:

والذي يبدو في النظر أن منشأ الخلاف في وجود الشركة العقدية وعدمه هو عدم اتضاح المراد من الشركة العقدية في كلامهم .

وبيان ذلك : أن الشركة العقدية يمكن تصويرها على نوعين :

الأول : مجرد إنشاء الشيوخ في الملكية .

الثاني : إنشاء الشركة بمعنى الشيوخ لأجل الاسترباح .

فإن عمدة نظر المنكرين للشركة العقدية يتركز في النوع الأول لعدم ظهور ثمرة مهمة في إنشائه بالعقد، إذ بناءً على القول بتوقف حصول الشركة بمعنى الشيوخ في الملكية على المزج وحصوله به من دون توقف على شيء آخر، يكون إنشاء الشركة العقدية بالمعنى الأول مما لا تترتب عليه ثمرة مهمة، إلا ما ذكره صاحب الجواهر من أن الشركة إذا حصلت مع التراضي والعقد تكون واقعية، أما إذا حصلت بالمزج القهري ونحوه بدون دالٍّ على التراضي تكون ظاهرية .

أما الشركة بالمعنى الثاني؛ أي: ما يُنشأ لأجل الاسترباح؛ فالتحقيق أنه مفهوم إنشائي مستقل معروف عند العرف بعنوانه المستقل، وهو عقد الشركة . وتترتب عليه الثمرات المذكورة مع كونها موضوعاً للأحكام الخاصة بها . ومحط كلام المثبتين للشركة العقدية هو هذا المعنى^(١) .

(١) قال المحقق الكركي: إن المقصود الأصل بالشركة هو التجارة والاستئماء، والأخبار شاهدة بذلك، مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام: «شاركوا من أقبل عليه الرزق فإنه أجلب للرزق»، وهي الدائرة على ألسنة الفقهاء، ويدخلون البحث عنها في جملة البحث عن العقود، ويجعلونها من أقسامها، ويحكمون بتوارد الصحة والبطالان عليها . =

وتوهم إمكان الوصول إلى النتيجة المتوقعة من هذا العقد بإنشاء الوكالة لأحد المشاركين، أو لثالث في التصرف في المال المشترك لأجل الاسترباح مثلاً، فلا حاجة معه إلى إنشاء الشركة بعنوانه، مردود بأن مجرد إمكان الوصول إلى نتيجة متوقعة من عقد بعقد آخر لا يوجب عدم تخصيص عنوان اعتباري خاص به. فإنه يمكن الوصول إلى نتيجة الإجارة بالجعالة أو إلى نتيجة البيع بالهبة المعوضة أو الصلح. مع أن ذلك لا يوجب اتحادهما في مقام الاعتبار والإنشاء. فمجرد ترتب أثر واحد على إنشاءين لا يجعلهما متحدين في الإنشاء.

ولعل عدم الفرق بين هذين النوعين من الشركة العقدية هو الذي أوجب عدم اتضاح محل النزاع بين المنكرين للشركة العقدية والمثبتين لها.

* * *

= ولولا ذلك لم يصح شيء من ذلك. راجع: جامع المقاصد، المحقق الكركي: ١٤/٨. وقد أشار إلى جوهرية هذا الفرق علماء القانون أيضاً؛ حيث صرحوا بأن قصد التجارة هو الفارق الأساسي بين الشركة التجارية مع الشركة بمعنى الشيع، وإلا فإن الشركة بمعنى الشيع في الملك قد تحصل بالعقد أيضاً. قال السنهوري: وليس الفرق بين الشركة والشيوخ كما كان يقال: أن الشركة عقد والشيوخ غير عقد؛ فالشيوخ قد يكون مصدره العقد كالشركة، ولكن الشيوخ سواء كان مصدره العقد أو الميراث أو غير ذلك مال مشترك لشركاء يستغلونه بحسب طبيعته. أما الشركة فلا بد من أن تكون عند الشركاء نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة يأملون من ورائه الربح، ولكن قد يعود عليهم بالخسارة ولا يقتضرون على مجرد استثمار مال مشترك بحسب طبيعته كما هو الحال في الشيوخ. راجع: الوسيط: ٢٢٢/٥.

الشركات الصحيحة والباطلة في فقه الإمامية

١ - الشركات الصحيحة:

الشركة بمعنى الملكية المشاعة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة، وقد تكون في حق. الشركة في الأعيان كالشركة في الذهب والفضة، وتحقق في الأثمان كما في المثالين، أو في العروض كالأدهان^(١)، والشركة في المنافع كالاشتراك في منفعة العين المستأجرة؛ كما لو استأجر اثنان معاً داراً، فهما مشتركان في منفعة الدار. وأما الشركة في الحقوق كالاشتراك في الخيار، والشفعة والقصاص، والرهن والحد.

أسباب الشركة:

أما أسباب الشركة فقد تكون إرثاً وهو يجري في الأقسام الثلاثة السابقة، بأن يرثا مالاً، أو يرثا منفعة دار استأجرها مورثهم، أو يرثا حق شفعة أو خيار أو رهن، وقد يكون سببها عقداً^(٢). وهذا يجري أيضاً في الأقسام الثلاثة المذكورة، فجريانه في العين بأن يشتري داراً، وفي المنفعة بأن يستأجرها، وفي الحق بأن يشتري بخيار.

ولا يخفى أن حصول الشركة بعقد تخصصها كقوله: تشاركنا أو أشاركك؛ يختص بالقسم الأول؛ أي: الأعيان بناء على اعتبار الامتزاج في عقد الشركة، كما عليه المشهور. أما بناء على عدم اعتباره كما لم يستبعده صاحب العروة

(١) نعم بناء على اشتراط الامتزاج في الشركة العقدية فإنه يشترط كون المالكين من المتماثلين في الجنس والصفة، لكي يتحقق المزج الرافع للامتياز. أما ما لا مثل له كالثوب والخشب فلا تتحقق فيه الشركة العقدية المشترط فيه المزج، ولا الشركة المزجية القهرية، نعم قد تحصل الشركة فيه بالإرث، أو أحد العقود الناقلة كالابتعا والاسْتِهَاب. راجع: جواهر الكلام: ٢٩٤/٢٦.

(٢) غير عقد الشركة؛ فإن الشركة العقدية لا تصح إلا في أعيان بناء على اعتبار الامتزاج.

وصاحب المباني فيصح الشركة في المنافع، كما لو أوقعا العقد على الشركة في المنفعة المعلومة؛ كقابلية الدارين للسكنى في المدة المعلومة، أو خياطة الشريكين في مدة معينة مثلاً دون الأجرة الحاصلة منهما. ولا يلزم فيه إشكال تملك ما لا يملكه بالفعل؛ لأن المنفعة مملوكة بالفعل^(١).

وقد يكون حيازة، وهو إنما يتصور في العين خاصة، بأن يشتركا في نصب حباله الصيد المشترك، ورمي السهم المثبت له فيشتركان في ملكه، أو بأن يقتلعا شجرة أو يغترفوا ماء دفعة واحدة، فتتحقق الشركة بذلك في الجملة، إلا أنه يكون لكل منهما من ذلك المٌحاز بنسبة عمله، ويختلف ذلك بالقوة والضعف، ولو اشتهب مقدار كل واحد فطريق التخلص الصلح.

وقد يكون مزجاً، وهذا أيضاً لا يتصور إلا في العين خاصة، وينبغي أن يعلم أن سببية المزج في الشركة أعم من أن يكون المزج اختيارياً، أو وقع ذلك اتفاقاً، بأن وقع أحد المالكين على الآخر وامتزجا على الوجه المعبر في الشركة، فثبتت بذلك الشركة^(٢).

٢ - الشركات الباطلة:

صرح فقهاء الإمامية ببطلان بعض أنواع الشركات العقدية. وأهمها ما يلي:

أ - شركة المفاوضة:

وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما^(٣).

والدليل على بطلانه من وجوه:

الأول: الإجماع، قد استدل بالإجماع غير واحد من الفقهاء كما في

(١) راجع: مباني العروة الوثقى، ص ٢٤٥.

(٢) ويمكن فرضه في المنفعة؛ بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزيين بها، حيث نجوزه، ثم

امتزجت بحيث لا يتميز. راجع: الرياض: ٢١٦/٩.

(٣) مستمسك العروة الوثقى: ٢١/١٣.

السرائر والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد . وفي الجواهر الإجماع بقسميه على فسادها .

الثاني : أنه تملك لما لا يملكه بالفعل ، وهو باطل إلا فيما قام دليل خاص على صحته^(١) .

الثالث : اشتغالها على الغرر ، وذلك لعدم معلومية ما يحصل لأحدهما .

قال الشيخ الطوسي : « وهذا غرر ، بدلالة أن كل واحد منهما لا يدري أيكسب صاحبه شيئاً أم لا يكسب؟ وكم مقدار ما يكسبه؟ وقد يلزمه غرامة ، فيحتاج أن يشاركه فيها على حسب ما دخل عليه في العقد ، وهذا غرر عظيم^(٢) .

ب- شركة الوجوه :

وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يتتاع كل منهما لنفسه بضمن في ذمته إلى أجل ، على أن يكون الربح بينهما^(٣) . ووجه البطلان فيها نفس الوجوه المذكورة في شركة المفاوضة .

وما ذكرناه في معنى شركة الوجوه هو أظهر الوجوه الأربعة المذكورة في

(١) راجع مباني العروة الوثقى ، ص ٢٤٦ .

(٢) راجع الخلاف ، الشيخ الطوسي : ٣ / ٣٣٠ ؛ وكشف الرموز ، الفاضل الآبي : ٨ / ٢ .

قد يشكل في الاستدلال بالغرر باختصاص دليبه بباب البيع ، فلا يكون الغرر موجباً للفساد في المعاملات الأخرى إلا أن يقال : إن الشركة الموجبة للغرر العظيم لا يعد من المعاملات العقلانية ، ولا أقل من الشك في ذلك ، ومعه لا يمكن الرجوع إلى عموم : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ وغيره من الأدلة العامة لإثبات صحته شرعاً ؛ لأن موضوع تلك الأدلة إنما هو العقود الصحيحة عرفاً ، وأما العقود السفهية فلا تشملها تلك الأدلة . نعم يمكن فرض معلومية الأرباح والخسائر في بعض صور شركة المفاوضة ، كما لو أمكن تحديد ذلك بالتجارب وحساب الاحتمالات التي يتتني بعض العقود الحديثة كعقد التأمين وغيره عليها ، ومعه لا يبقى فيها إشكال من ناحية الغرر ، أما الاستدلال على بطلانها بالإجماع فيمكن الإشكال فيه بكونه محتمل المدركية ، وأما الاستدلال بكونه تملكاً لما لا يملكه بالفعل فيمكن الخدش فيه بشمول إطلاقات الشركة لها ، فراجع وتأمل .

(٣) راجع : مستمسك العروة الوثقى : ١٩ / ١٣ . وقريب منه ما في التذكرة والمسالك

والعروة وغيرها .

تفسيرها. وقيل: هي أن يتناع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما. وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له، وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه، والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما. وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له^(١).

ذهب السيد الحكيم إلى أن الإجماع على بطلان شركة الوجوه لا مجال للاعتماد عليه لجهالة معقده، إذ معقد الإجماع مردد بين هذه المعاني الأربع، ثم ذكر أنه لا دليل على بطلان شركة الوجوه بالمعنى المشهور؛ أي: المعنى الأول، إلا الوجه الذي اعتمد هو عليه في الحكم بالبطلان في شركة الأبدان؛ من أن الربح يتبع الأصل بمقتضى المعاملة فلا يمكن أن يجعل لغير المالك إلا بدليل خاص وهو مفقود في المقام، فلا بد من الحكم بالبطلان. واختار القول بالصحة في المعنى الثالث من شركة الوجوه لكونه نوع مضاربة. وذكر أيضاً أن المعنى الثاني والرابع داخل في الجعالة، ولا دليل على بطلانها إلا الوجه المشار إليه في المعنى الأول^(٢).

أقول: ما ذكره من إرجاع بعض المعاني المذكورة لشركة الوجوه إلى المضاربة أو الجعالة مشكل لكون المعاملات عناوين قضدية تتبع كيفية الإنشاء والقصد. فبناء على أن لعقد الشركة حقيقة مستقلة كسائر العقود؛ فإنها تتحقق بقصدها. فإذا قصدها المنشئ يترتب عليه آثاره لا آثار سائر العقود، ولذا أشكل صاحب الجواهر على من أراد تصحيح بعض أنحاء شركة الوجوه من باب الوكالة، قال: «محل البحث بين الأصحاب ومن أجاز ذلك من العامة مشروعية عقد الشركة على أحد الوجوه الثلاثة على حسب شركة العنان وعدمه، واتفاق مصداق من مصاديقه مع مصداق الوكالة لا يقضي بجوازها مع عدم قصد الوكالة وعدم إرادتها، وإنما المراد عقد الشركة على هذا الوجه الذي يصح أن يكون مورداً للوكالة لو قصدت به»^(٣).

(١) راجع: جواهر الكلام: ٢٦/٢٩٨.

(٢) راجع: مستمسك العروة الوثقى: ٢٣/٢١.

(٣) جواهر الكلام: ٢٦/٢٩٩.

ج- شركة الأعمال :

وتسمى شركة الأبدان أيضاً؛ وهي: أن يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو عمل أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما^(١).

وجه البطلان فيها عندهم هي نفس الوجوه التي ذكرناها في شركة المفاوضة. إلا أن السيد الخوئي قد فصل في المقام بين كون متعلق العقد هو الشركة في الأجرتين التي تحصل لهما من عملهما كما هو غير بعيد من ظاهر كلماتهم فحكم بالبطلان فيه، لكونه من تمليك ما لا يملكه بالفعل، وبين كون متعلق الشركة نفس المنفعة بأن يشتركا في خياطتهما مثلاً في زمان معين، فاختار الصحة فيه بناء على عدم اعتبار الامتزاج إن لم يتم إجماع على البطلان^(٢).

نعم لا بد من كون المنفعة محدودة ومعينة، وإلا يكون العقد باطلاً للجهالة والغرر وعدم معلومية مقدار المنفعة المملوكة.

وذهب الأردبيلي إلى صحة شركة الأعمال إن لم يتم إجماع على البطلان. قال: «ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع؛ فإن كان فهو، وإلا فلا مانع»^(٣).

هذا ويمكن الوصول إلى نتيجة الشركة في الأعمال بالصلح ويكون صحيحاً؛ وذلك بأن يصلح أحدها الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً بنصف منفعته بذلك العوض^(٤).

هذا تمام الكلام في تعريف الشركة وأقسامها في الفقه.

* * *

(١) العروة الوثقى، كتاب الشركة، المسألة (١).

(٢) راجع: مباني العروة الوثقى، ص ٢٤٥.

(٣) مجمع الفائدة، المحقق الأردبيلي: ١٠/١٩٣.

(٤) راجع: العروة الوثقى، كتاب الشركة، المسألة (١).

الشركات الحديثة

قد أشرنا إلى بعض مميزات الشركات الحديثة في أثناء الكلام عن التعريف الفقهي للشركة، ولكن لأجل الحصول على صورة واضحة عن الموضوع لا بد من ذكر أنحاء الشركات التجارية الحديثة، وتعريف كل واحدة منها وفقاً لما ذكره علماء القانون، ثم التعرض للأحكام الشرعية لها.

الشركات الحديثة المطروحة في كتب القانون تقسم إلى قسمين رئيسيين:

١- الشركات التجارية.

٢- الشركات المدنية.

والمقصود بالبحث في هذا المقام هو الشركات التجارية فحسب. أما الشركات المدنية فبناء على تحقق الشخصية المعنوية فيها كما عليه التقنين الفرنسي والمصري؛ فلا يكون اختلافها مع الشركات التجارية اختلافاً جوهرياً، بل تكونان متحدتين من ناحية الحكم الشرعي إلا في بعض المسائل الفرعية. وإما بناء على نفي تحقق الشخصية المعنوية فيها، كما عليه التقنين الإيراني واللبناني، فيكون اختلافهما جوهرياً وتدخل الشركات المدنية حينئذ في الشركة العقدية المعهودة في كتب الفقه، وتطبق عليها أحكامها. وعلى أي حال فالشركات المدنية خارجة عن البحث فعلاً^(١).

(١) تعتبر الشركة مدنية أو تجارية بأحد معيارين: المعيار الموضوعي والمعياري الشكلي. أما المعيار الموضوعي الذي يعتمد عليها أكثر التقنينات العربية في التجارة، هو أنه لا يعتبر شركة تجارية إلا إذا كانت تمارس العمل التجاري بصورة فعلية. فالشركات التي يكون موضوعها الأعمال التجارية المحددة بالقانون تعتبر شركات تجارية، والشركات التي موضوعها عمل لا يكون داخلياً في الأعمال التجارية تعتبر مدنية. وأهم الأعمال التجارية وفقاً لبعض القوانين التجارية هي شراء البضائع والسلع لأجل بيعها أو تأجيرها، وعقود المقاولات المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البري والجوي، وعقود التوريد ومعاملات المصارف والأعمال المتعلقة بالكيمياء والسندات والصرافة والسمسرة، =

الشركات التجارية:

تعريف الشركة التجارية :

لم تعرّض بعض القوانين كالقانون الفرنسي لتعريف الشركة التجارية، بل اكتفى بتعريفه للشركة المدنية^(١). وجرت على هذا النمط القوانين التجارية التي اتخذت القانون الفرنسي مصدراً لها. والسنهوري أيضاً ذكر تعريف الشركة المدنية كتعريف جامع للشركة من دون تعرض لتعريف الشركة التجارية بالخصوص. لعل ذلك لعدم الفرق عندهم بين الشركات المدنية والتجارية في الأركان والخصائص الأصلية لهما. ككونهما معاً موجبتان للشخصية المعنوية. ولكن الصحيح هو التفكيك بينهما في التعريف؛ لأن تحقق الشخصية المعنوية في الشركات التجارية مسلم عند الكل، أما تحققها في الشركات المدنية فليس موضع وفاق. فإن بعض القوانين التجارية كقانون الجمهورية الإسلامية الإيرانية واللبنانية رفض تحقق الشخصية المعنوية في الشركات المدنية. والقانون

= والمقاولات المتعلقة بإنشاء مباني متى كان المقاول متعهداً بتوريد الأدوات، والأعمال المتعلقة بالسفن من إنشاء أو شراء أو بيع أو إيجار أو إقراض أو تأمين أو استخدام للبحرين، والأعمال غير التجارية التي بها تقوم الشركات المدنية هي كل عمل لا يكون داخلاً في الأعمال التي تعد تجارية وفقاً للقانون التجاري، وأهم الأعمال المدنية؛ هي: الأعمال المتعلقة بالعقارات وبالمحصولات الزراعية وبالمناجم والمقاولات الخاصة بالأراضي، وبالأعمال الفنية والعلمية والرياضية، فتكون الشركات التي تقوم بشراء الأراضي وبيعها واستغلالها، وبناء الدور وبيعها واستغلالها شركات مدنية. أما المعيار الشكلي فهو الذي يكفي بالشكل الذي تعتمده الشركة لإضفاء الصفة التجارية عليها. غالب التقنيات العربية اعتمد على المعيار الأول، بينما بعض القوانين الأخرى كالتقنين الإيراني قد اعتمد على طبيعة العمل والشكل معاً، أما القانون الفرنسي فقد اعتمد شكل الشركة أياً كان موضوع نشاطها لتحديد صفتها التجارية، فاعتبر شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحدودة المسؤولية والمساهمة تجارية، بصرف النظر عن موضوع النشاط الذي تمارسه، حتى ولو كانت تقوم بأعمال مدنية متميزة عن الأعمال التجارية كالتعليم أو الزراعة أو غيرها. راجع: موسوعة الشركات التجارية: ٤٣/١ - ٤٤؛ الوسيط: ٢١٧/٥.

(١) راجع: حقوق تجارت ربيعا اسكينبي: ١٥/١.

الفرنسي والمصري أيضاً كانا لا يقران بذلك في السابق . ولعله لذلك لم تبرز هذه الخصوصية في تعريف الشركة المدنية حتى في القانون الفرنسي . فتعريف الشركة المدنية ناقص من هذه الناحية، خصوصاً إذا كان المقصود هو تعميم تعريفها للشركات التجارية أيضاً التي لا شك في كون الشخصية المعنوية الاعتبارية فيها هي من أبرز خصائصها .

وعلى أي حال فقد عرف السنهوري الشركة المدنية وفقاً للقانون المصري بما يلي: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة» .

فهذا التعريف كما ذكرنا قد أغفل إيراد الشخصية الاعتبارية للشركة كخاصة لها، ولذا اقترح بعض الباحثين إضافة قيد لهذا التعريف لإبراز هذه الخصوصية^(١) .

هذا وقد ذكرنا للشركات التجارية عدة تعريفات تشير إلى بعضها:

فقد عرّفها البعض: بأنها مؤسسة تنشأ بين شخصين أو أكثر للقيام بأعمال تجارية مع التزام المتعاقدين بأن يقدم كل منهما حصة من نقود أو عروض أو عمل للمؤسسة لاقتسام ما قد ينشأ من أعمالها من المنافع أو الأضرار^(٢) .

الإشكال الذي يرد على هذا التعريف هو إغفال جانب العقدية للشركة .

والحال أن الشركة هي عقد قبل كل شيء^(٣) .

(١) قال الدكتور جاك يوسف الحكيم: «ما زالت معظم القوانين تعرف الشركة بأنها عقد . وتغفل في تعريفها الشخصية الاعتبارية، وإن كانت تورد تلك الشخصية كخاصة من خصائصها أو أثر من آثارها؛ فلا بد من التركيز على هذا الوجه الآخر في الشركة، الذي يوضح أهميتها ويبرز معظم خصائصها» . ثم اقترح هذا القائل إضافة: «كما أنها الشخص الاعتباري الذي ينشأ عن العقد المذكور» إلى آخر التعريف القانوني للشركات المدنية لإبراز هذه الخصوصية . راجع: الشركات التجارية، الدكتور جاك يوسف الحكيم، ص ١٤-١٦ من منشورات جامعة دمشق .

(٢) حقوق تجارة، للدكتور ستوده تهراني: ١/ ١٧٢ . نشر جامعة طهران .

(٣) لا يخفى أن فكرة العقدية للشركة وقعت محلاً للنقاش بين علماء القانون؛ فهناك من يرى=

والبعض الآخر عرّفها: بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يتاجروا بالمشاركة بما يقدمونه من الأموال لاقتسام ما قد ينشأ من ربح^(١).

الإشكال الذي يرد على هذا التعريف: هو إغفال جانب الشخصية الاعتبارية للشركات التجارية كتعريف الشركات المدنية.

والصحيح في التعريف هو لحاظ كلا الجانبين معاً، وعلى هذا الأساس فقد عرّفها بعضهم بما يلي:

«الشركة التجارية عقد بمقتضاه يحصل توافق من جانب شخص واحد أو أكثر لإيجاد رأس مال مستقل يتحقق من مدّخراتهم، واختصاص ذلك لمؤسسة

= التحليل العقدي للشركة صالحاً لتفسير عدد من الآثار المترتبة على تكوينها، منها:

- ١ - انعدام التناقص المصلحي في الشركات مع كونه من مميزات العقود.
- ٢ - نشوء كائن جديد وهو الشركة ذاتها تدخل إلى المحيط القانوني كشخص معنوي مستقل عن العناصر البشرية والمادية التي يتألف منها المشروع، ويتعامل مع الغير بمختلف صور التعامل، ويكسب منهم الحقوق، ويتحمل إزاءهم بالالتزامات، وتكون له مصالح متميزة عن مصالح الشركاء والتي قد تتعارض معها، الأمر الذي دفع جانباً من الفقه الفرنسي الحديث، إلى القول: إن الشخصية المعنوية للشركة قد تدرت على العمل الإرادي. ومما يدل على ذلك أنه يكفي لتعديل عقد الشركة وتحديد آثاره موافقة أغلبية الشركاء من دون أخذ رأي الأقلية، وهذا يتنافى مع فكرة العقد. ويتجلى ذلك أيضاً في بقاء الشخصية المعنوية قائمة في مرحلة التصفية بالرغم من انحلال الشركة وانتهاء العقد.
- ٣ - اعتراف بعض القوانين التجارية بشركة الشخص الواحد الذي يعارض مع المفهوم العقد.

- ٤ - تدخل المشرّع بأحكام آمرة لتنظيم الشركة كاشتراط الكتابة وغيرها، مما أثر في ضعف فكرة العقدية في الشركات التجارية وبشكل خاص في شركة الأموال.
- ولكل الأسباب التي تقدم ذكرها أنكر جانب من الفقه الحديث على الشركة صبغتها التعاقدية واعتبرها نظاماً، وأخذوا يطبقون عليها نظرية النظام. ولكن مع ذلك كله فكرة العقدية للشركات لا تزال هذه الفكرة السائدة عند علماء القانون والتقنيات الموجودة.
- راجع: شركة الشخص الواحد، ص ٢٤٦ - ٢٤٠ ت. د، فيروز سامي عمرو الريماوي، دار البشير، بيروت.

(١) تعريف شركة تجاري، د. منصور سنقرى: ١٨٥/٢، نشر جامعة طهران.

قد شكلت لغرض خاص لاقتسام ما قد ينشأ من أعمالها من المنافع أو الأضرار»^(١).

أنواع الشركات التجارية:

الشركات التجارية تنقسم إلى نوعين رئيسيين وهما:

أ- شركات الأموال (sociétés de capitaux):

فهي التي تستمد اعتمادها المالي من موجوداتها لا من شخصية الشركاء وملاءتهم، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا في حدود الأسهم والحصص التي يملكها^(٢).

ب- شركات الأشخاص (société de personnes):

هي التي تتكون بالنظر للاعتبار الشخصي للشركاء من حيث هويتهم وجنسياتهم وملاءتهم وصفاتهم ومؤهلاتهم. ونظراً لأهمية الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص لا يسوغ لأي من الشركاء التفرغ عن حصته إلى الغير دون موافقة الآخرين. ويؤدي أي تغيير في شخصية أحد الشركاء أو أهليته أو ملاءته إلى تعديل الشركة أو حلها. ويكون جميع الشركاء (كما في شركة التضامن) أو بعضهم (كما في شركة التوصية) ملتزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة

(١) راجع حقوق تجارة، للدكتور ربيعا اسكيني، ص ١٧. هذا التعريف جامع لخصوصية العقدية للشركة وكونها موجبة للشخصية المعنوية معاً. فلا يتوجه عليها إشكال من هذه الناحية، إلا أنها تنص على تحقق الشركة بقرار شخص واحد، وهو أمر لم يقر عليه إلا بعض القوانين التجارية كالقانون الفرنسي، أما التقنينات العربية والإيرانية فتشترط وجود عنصرين على الأقل لتحقيق الشركة. على أن هذا التعريف غير واضح من ناحية السبب المنشئ للشخصية الاعتبارية؛ هل هو العقد أو الاعتبار القانوني؟ فلاحتراز عن هذه الإشكالات يمكن تعريف الشركة بما يلي: «الشركة التجارية عقد بمقتضاه تنشأ مؤسسة بين شخصين أو أكثر للقيام بأعمال تجارية مع التزام المتعاقدين بأن يقدم كل منهما حصة من مال (نقود أو عروض) أو عمل للمؤسسة لاقتسام ما قد ينشأ من أعمالها من المنافع أو الأضرار».

(٢) الشركات التجارية للدكتور جاك يوسف حكيم، ص ٤٢ - ٤٣.

حتى في أموالهم الخاصة^(١).

أ- أهم شركات الأموال:

١- شركة المساهمة العامة:

وهي الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول، ويكون لكل شريك عدد من هذه الأسهم، ولا يكون كل شريك مسؤولاً إلا في حدود الأسهم التي يملكها، ويجب ألا يقل عدد المؤسسين عن عشرة (أو ما يقرره القانون)، ويجب أن يكون رأس مال الشركة المساهمة العامة كافياً لتحقيق أغراضها، وهو مقدار يحدده القانون.

٢- شركة المساهمة الخاصة:

وهي الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول، ويكون لكل شريك عدد من هذه الأسهم، ولا يكون كل شريك مسؤولاً إلا في حدود الأسهم التي يملكها، وتؤسس بواسطة عدد لا يقل عن ثلاثة أشخاص ولا يسمح للجمهور باكتساب الأسهم. ورأس مالها لا بد من ألا يقل عن المبلغ المحدد في القانون يدفعه المؤسسون بالكامل.

٣- الشركة ذات المسؤولية المحدودة (société a responsabilité limitée):

وهي الشركة التي يتراوح عدد الشركاء فيها من اثنين إلى خمسين شريكاً. ولا يقل رأس مال الشركة عن المقدار المحدد في القانون ويُقسّم إلى أسهم غير قابلة للتداول. ومسؤولية الشركاء محددة بنسبة مساهمتهم في رأس المال.

ب- أهم شركات الأشخاص:

١- شركة التضامن (société collective):

هي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر، ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة. وحصص الشركاء غير قابلة للتداول.

(١) المصدر السابق نفسه.

٢- شركة التوصية البسيطة (société en commandite simple) :

هي الشركة التي تتعقد بين شريك واحد أو أكثر، ويكونون مسؤولين بالتضامن - كما في شركة التضامن - وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية فيها خارجين عن الإدارة، ولا يكونون مسؤولين إلا في حدود حصصهم من رأس المال .

٣- شركة التوصية بالأسهم (société en commandite par action) :

هي الشركة التي تتكون من شركاء متضامنين، يكونون مسؤولين في ممتلكاتهم الخاصة عن أي دين على الشركة، وشركاء مساهمين مسؤولين بنسبة حصتهم في رأس المال، ويقسم رأس المال إلى أسهم قابلة للتداول ذات قيمة متساوية .

٤- شركة المحاصة (société participation) :

وهي شركة تعقد بين شخصين أو أكثر، على أن تكون الشركة مقصورة على العلاقة بين الشركاء، فلا تسري في حق الغير . ولا يتم تسجيل اتفاقية شركة المحاصة في السجل التجاري، ولا يتم إشهارها، ويجب أن يدير أحد الشركاء العمل باسمه الخاص، ولا يكون للشركة اسم تجاري أو عنوان أو ذمة مالية بخلاف ذمة الشركة، وتنقسم الأرباح والخسائر التي تنشأ من أعمالهم بين الشركاء حسب الشروط المتفق عليها في عقد الشركة، سواء حصلت تلك الأرباح أو الخسائر من قبلهم منفردين أو مجتمعين .

وليس لشركة المحاصة شخصية معنوية، ولا يكون للغير رابطة قانونية في أعمال الشركة إلا مع الشريك أو الشركاء الذين تعاقد معهم، فمن عقد من الشركاء المحاصنين عقداً مع الغير يكون مسؤولاً عنه وحده، نعم إذا تعاملت الشركة مع الغير بهذه الصفة (صفة الشركة) يجوز للغير أن يمسك بعقد الشركة كشخصية اعتبارية .

الشخصية المعنوية للشركات والآثار المترتبة عليها:

قد صرح علماء القانون: أن الشركات التجارية كلها غير شركة المحاصة

ذات شخصية معنوية اعتبارية، تملك بها الأموال المقدمة من قبل الشركاء، ولها ذمة كالأشخاص الحقيقيين .

هنا سؤال قد يثور في الذهن؛ وهو أنه ما هي حاجة الشركة إلى الشخصية المعنوية وإلى وجود ذمة لها وأملاك؟ ولئن كانت الشركة راجعة إلى جماعة ما يعود نفعها إليهم وضررها عليهم؛ فلم لا يكتفى بدمم وتملكات المشتركين كما هو الحال في الشركات العادية؟ وأي قيمة تبقى لافتراض قانونية الشركة؟ .

والجواب على ذلك يكون بإبراز النتائج التي تترتب على ثبوت الملك والذمة للشركة فقهاً وقانونياً، وهي من قبيل:

١ - لدائتي الشركة حق مباشر على مال الشركة في أن يستوفوا حقوقهم من هذا المال دون أن يراحمهم فيه الدائنون الشخصيون للشركاء، بينما لو فرض مال الشركة ملكاً شائعاً للشركاء لا ملكاً للشخصية المعنوية للشركة؛ فمعنى ذلك: أن دائن الشركة هو دائن الشركاء، وحاله حال الدائنين الشخصيين للشركاء، وعند التفليس لا يفرق بين هذا الدائن والدَّيَّان الشخصيين، بل كل ما يملكه المفلس في الشركة وغيرها يوزع على حصص الديون بالسوية^(١).

٢ - لا تقع المقاصة بين دين شخصي على الشريك ودين للشريك، فإذا كان دائن شخصي للشريك مديناً للشركة لم يحق له إسقاط دينه للشركة بالمقابلة مع ماله على الشريك؛ لأنه دائن لشخص حقيقي مدين لشخص آخر معنوي لا لذلك الشخص كي يتم التقاص. وكذلك لو كان المدين الشخصي للشريك دائناً للشركة ليس له الامتناع عن أداء حق الشريك بحجة التقاص مع دين الشركة^(٢).

٣ - لا يكون على الشركاء زكاة أموال الشركة إن كانت مما يتعلق بها زكاة كالنقدين أو غيرهما من الأموال الزكوية. لعدم كون أموال الشركة مملوكة لهم، بل هي مملوكة للعنوان والجهة الاعتبارية وهو الشركة. أما وجوبها على مدير الشركة لكونه هو المعبر عن الشخصية المعنوية لها والنائب عنها كمتولي الوقف؛

(١) راجع الوسيط: ٢٩٣/٥ .

(٢) المصدر السابق: ٢٩٣/٥ - ٢٩٤ .

فمبني على شمول أدلة وجوب الزكاة لها .

نعم على المقدمين لشراء الأسهم عند تأسيس الشركة أن يزكوا أموالهم إن كان مما يتعلق بها الزكاة ، أما بعد تأسيس الشركة فلا يكونون مسؤولين عن ازدياد أموال الشركة . وعلى المشاركين أيضاً أن يزكوا ما يأخذونه من الأرباح من الشركة لكونه ملكاً حقيقياً لهم ، فيزكوه وفق شرائط وجوب أو استحباب الزكاة .
أما حكم تزكية نفس الأسهم فسوف نتعرض إليه في البحث عن كيفية تعلق الزكاة بالأسهم .

٤ - بناء على وجود الشخصية المعنوية للشركة ليس السهم - شهادة اكتتاب أو مساهمة : (certificate of stock) - سند يدل على كون من بيده هذه الشهادة مالاً لسهم مشاع في أموال الشركة ؛ لأن المفروض أن تلك الأموال مملوكة للشخصية المعنوية للشركة ، أما السهم فهو تعبير عن حق أو مال قابل للنقل كما صرح به علماء القانون^(١) .

هذا كله مع أن اتفاق علماء القانون على كون الشركات الحديثة موجبة لوجود شخصية معنوية لها بموجب العقد والقانون ، وليس هي مجرد شركة في الأموال على نحو الشيوع في الملكية كما في شركة العنان ، كافٍ في المقام . وعليه لا بد أن يكون البحث الفقهي متوجهاً لبيان الأحكام الشرعية لما هو متحقق في الواقع ؛ سواء كان لإنشاء الشركة كذلك أثر أم لا .

* * *

(١) قال السنهوري : «والشريك لا يملك في الشيوع مال الشركة ما دامت الشركة قائمة ، فإذا انحلت كان مالاً في الشيوع . . . أما لو كانت الشركة ليست لها شخصية معنوية فإن الشريك يعتبر مالاً في الشيوع لمال الشركة من وقت تكوّنها» .

الجهات القابلة للبحث الفقهي في الشركات الحديثة

أهم الجهات القابلة للبحث في الشركات الحديثة من الناحية الفقهية كما يلي:

- ١- تكييف عقد الشركات الحديثة من الناحية الفقهية .
 - ٢- حقيقة السهم هل هو مال أو سند يعبر عن مال أو حق .
 - ٣- كيفية تعلق الزكاة بأموال الشركة وبأسهم .
 - ٤- مشروعية النظام الإداري للشركات التي يفرض عليها القانون .
 - ٥- الإجراءات القانونية في حالة انفساخ الشركة .
- لكن المقصود من البحث في هذا المقال إنما هو الجهة الأولى والثانية والثالثة المتعلقة بحقيقة الشركات الحديثة والأسهم وبعض أحكامها .
- أما الأبحاث الأخرى المرتبطة بالبحث عن النظام الداخلي للشركات والقوانين التجارية فيحتاج إلى بحث مستقل .

أولاً- تكييف عقد الشركة الحديثة من الناحية الفقهية:

الشركة المدنية بناء على عدم القول بتحقيق الشخصية المعنوية فيها وكذلك شركة المحاصة؛ داخلتان في شركة العنان لكونهما من المشاركة العادية لأجل الاسترباح . وإنما الكلام في الشركات التجارية (غير شركة المحاصة) فإنها بناء على تحقق الشخصية المعنوية فيها كما يوافق ذلك تصريحات علماء القانون والنصوص القانونية المعترف بها في كافة الدول . فلا بد من البحث في مشروعيتها، إذ حينئذ لا تدخل في شركة العنان ولا غيرها من الشركات المعهودة في الفقه^(١) .

(١) نعم بناء على عدم القول بوجود الشخصية المعنوية فيها تدخل الشركات التجارية أيضاً في العنان (الشركة العقدية لأجل الاسترباح)، فتجري فيها أحكام شركة العنان، ولكن =

وعلى هذا نقول: إن الإشكال في مشروعية عقد الشركات الحديثة يرد من ناحيتين:

الأولى: عدم كونها معهودة في عهد الشارع المقدس؛ لأنها وإن كانت تشبه عقد الشركة في الفقه في التسمية ولكنها مختلفة عنها في الماهية.

والثانية: اشتغالها على عناصر تشريعية خاصة كاعتبار الشركة شخصية معنوية لها حق التملك والذمة في قبال الشركاء مع عدم دليل على صحتها من الناحية الفقهية.

أما الإشكال من الناحية الأولى: فجوابه يظهر مما ذكره غير واحد من الفقهاء من أن العمومات الواردة في الكتاب والسنة في الوفاء بالعقود والشروط وجواز أكل المال بالتجارة شامل لكل عقد عقلائي، وغير مشتمل على ما هو موجب للبطلان شرعاً كالربا أو الغرر، سواء كان العقد من العقود المعهودة أم لا.

وعليه فكل عقد مستحدث إذا لم يكن فيه عنصر منهي عنه شرعاً كالربا أو الغرر مع صدق العقد عليه عرفاً؛ يكون مشمولاً لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وسائر الأدلة.

وما يقال من أن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إنما يثبت لزوم ووجوب الوفاء في العقود المشروعة، ولا دلالة فيها على مشروعية العقود، يمكن الجواب عنه: أن المراد من العقد - بعد نفي احتمال إرادة الإهمال أو العقود الباطلة أو الأعم منها ومن الصحيحة - العقود الصحيحة والمشروعة عرفاً، لأن إرادة العقود الصحيحة شرعاً يوجب الإجمال في المعنى، وهو لا يتلاءم مع كون الآية الكريمة في مقام بيان القاعدة الكلية؛ فالظاهر هو إرادة الصحيح العرفي، نعم خرج بعض العقود الصحيحة عرفاً كالبيع الربوي والمعاملات الغررية عن شمول الآية بدليل خاص؛ كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وكنهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

= هذا القول يخالف تصريحات علماء القانون والنصوص القانونية المعترف بها في كافة الدول حول تحقق الشخصية المعنوية الاعتبارية للشركات التجارية.

أما الإشكال من الناحية الثانية : وهو أن عقد الشركات التجارية الحديثة مشتمل على العناصر غير المعلوم صحتها شرعاً؛ وأهم تلك العناصر هي : إنشاء شخصية معنوية باسم الشركة، وفرضه مالكاً للأموال المقدمة من قبل الشركاء، وكون الشركاء أصحاب حق فقط في أرباح الشركة لو حصل ربح . وبعبارة أخرى : إن فرض الشخصية المعنوية للمؤسسة الحاصلة بقرار الشركاء مع إمضاء القانون له تشريع خاص في مجال الأموال والحقوق لم يسبق له نظير في المعاملات الراضجة عند العقلاء حتى القرون الأخيرة ؛ فهو باطل ما دام لم يثبت إمضاء الشارع له . إذ شمول أدلة الوفاء بالعقود المستحدثة ليس معناه صحة التشريع بالعقد .

والجواب عن الإشكال يتضمن عدة وجوه :

منها : ما ذكره البعض^(١) من أن مالكية الشخصية المعنوية للأموال أمر عقلاني، وقد أقر الشرع المقدس بعض مصاديقها، كما في مملوكية الموقوف للجهة الموقوف لها، ومملوكية الزكاة للفقراء، والخمس لهاشميين .

ولكن يرد على هذا الوجه : أن إقرار مالكية العنوان الاعتباري في بعض الموارد الخاصة بدليل خاص شرعاً لا يثبت مالكيته في الموارد الأخرى إلا على القياس الممنوع في مذهب أهل البيت عليهم السلام . على أن الموارد الثابتة فيها المالكية للعنوان الاعتباري مختصة بباب الصدقات بالمعنى الأعم ؛ فالتعدي عنها إلى غير الصدقات مما لا يصار إليه . ولم يكن ذلك أمراً شائعاً عرفياً كي يقال : عدم ردع الشارع عنها دليل على إمضاها على نحو العموم .

ومنها : القول بأن الشارع ليست له رؤية خاصة في الأمور العقلانية ؛ ففي كل مورد يكون من العقلاء حكم في الأمور الاجتماعية والمالية غير مشتمل على منهي من منهيات الشرع لا مانع من الالتزام به . أي أن زمان المعاملات من حيث أنواعها وكمياتها وشروطها وقيودها أعطيت بيد العقلاء، والشارع إنما أتى ببعض القيود وأبان عن بعض المحذورات والمحرّمات، وأما فيما سوى ذلك فقد جعل الناس أحراراً في تصرفاتهم، ولولا ذلك لبين الشارع ذلك بياناً صريحاً، ولأصبح

(١) راجع : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد : ٣ / ٣٠٩ - ٣٠٩ .

المسلمون يتوقفون في كل ما يتعلق من أمور معاملاتهم حتى يأتي من الشارع حكم في ذلك، والحال أن المسلمين لم يكن دأبهم على ذلك، ولم يرد في الشرع ما يكون رادعاً عن تلك السيرة.

لو تمَّ هذا البيان يمكن إثبات صحة أي تدخل عقلائي في مجالات المعاملات ما لم يلازم ذلك اجتياز الحدود التي بيَّنها الشارع من حرمة الربا والغرر والمعاملة على المبيعات المحرمة كالخمر والخزير... فتكون تلك التدخلات والاعتبارات صحيحة شرعاً، لوجود الإمضاء العام من قبل الشارع بتفويض أمر المعاملات إلى العقلاء.

وقد يقال لإثبات إمضاء الشارع لهذا النوع من الاعتبارات العقلانية والمعاملات المستحدثة: أنَّ النبي الأكرم صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة المعصومين من بعده كانوا عارفين بإذن الله تعالى بحال الناس، وما يجري عليهم في مختلف الأزمان، فلو لم يكن وقوع الناس في المعاملات المستحدثة المشتمة على مثل هذه الاعتبارات مرضية للشارع لكان عليهم الردع، ومنع الأمم الجائئة عن العمل بهذه الطريقة، وقد أخبروا بإذن الله تعالى عن كثير من الأمور التي لم يكن يوم ذاك عنها عين ولا أثر. فعدم وضعهم لقواعد وأحكام تردع المكلفين عن مثل هذه الممارسات في زمانهم دليل على إمضاءها.

لكن هذا البيان مخدوش نظراً إلى الضرورة الفقهية القائلة بأن الله تعالى في كل واقعة حكماً يشترك فيه العالم والجاهل^(١). فالقول بأن أمور المعاملات مفضولة إلى العقلاء يناقضه. على أن ذلك يخالف ما عليه عامة الفقهاء من التماس دليل شرعي يدل على صحة المعاملات المسماة والمستجددة على نحو العموم، أو الخصوص. فالقول بأن المعاملات خارجة عن نطاق الأدلة الشرعية إلا في بعض القيود والشرائط يوجب تأسيس فقه جديد، ولا يمكن الالتزام به.

ومنها: التمسك بأصالة الحل بناء على جريانها في الحكم الوضعي كالحكم التكليفي^(٢). ولكن يلاحظ عليه أولاً: أنها تجري في الشبهات

(١) راجع: الحدائق الناضرة: ٤٥/١.

(٢) كما قوّاه صاحب العروة. راجع: ملحقات العروة الوثقى: ٢١/١.

الموضوعية دون الحكمية. وثانياً: أصالة عدم ترتب الأثر، وعدم حصول انتقال المال من مالكة الأول حاكمة عليها.

ومنها: التمسك بحديث: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١).

ووجه الاستدلال: أن الحديث المزبور قد دلّ على أن كل أحد مسلط على التصرف في أمواله بأنحاء التصرفات، سواء في ذلك التصرفات الخارجية أو الاعتبارية، ومن التصرفات الاعتبارية جعل ماله لمؤسسة اعتبارية بحيث يرجع ربحه إليه.

ويتوجه على هذا الاستدلال: أولاً: أن الحديث المزبور ضعيف السند وغير مذكور في كتب الشيعة إلا مرسلًا. وثانياً: إن الحديث لم يرد في مقام التشريع، وإنما ورد لإثبات السلطنة للمالك في الجهاد المشروعة. فإنه يتكفل ببيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة، وعدم كونه محجوراً عن التصرف في تلك الجهات، وليس لغيره أن يزاخمه في ذلك، وأما احتياج نفوذ موجبات النقل الاعتباري إلى قيود أخرى. فهو لا ربط له بها. فلو شك في جواز تصرف خاص فإنه لا يجوز التمسك في مشروعية ذلك بحديث السلطنة^(٢).

وبالجملة لو تم أحد هذه الوجوه، أو جاء دليل آخر^(٣) لتصحيح الشخصية المعنوية للشركات فلا إشكال، وإلا فلا بد من البحث عن حكم العقود التي يتوصل بها لتأسيس الشركات التجارية ذات الشخصية المعنوية، وعليه فهل تكون تلك العقود باطلة من رأسها، وتكون أموال الشركة مشتركاً بين الشركاء بالشركة الملكية إن حصل المزج الموجب لذلك؟ أو تكون صحيحة وداخلية في الشركة العقدية (شركة العنان)؟.

لعل الصحيح هو الثاني، لأن إيجاد الشخصية المعنوية للشركة لا يذكر في

(١) عوالي اللآلي: ١/ ٢٢٢.

(٢) راجع: ثلاث رسائل، دروس الأعلام ونقدها، السيد مصطفى الخميني، ص ٨.

(٣) راجع: فقه العقود للسيد الكاظم الحائري: ١/ ٩٠-١٠٦.

عقد تأسيس الشركات التجارية على نحو القيدية ولا الشرطية، وإنما هو أمر يفرضه القانون على من أقدم على إنشاء الشركات التجارية الرسمية. إذ الغالب عند المشاركين في تأسيس الشركات التجارية أنهم يريدون أصل الشركة العقدية على كل حال، وأما كون الشركة ذات شخصية معنوية ليست مراداً لهم بالأصالة. نعم قد يكون ذلك دخلياً في إقدامهم على المعاملة بنحو الداعي والغرض، وتختلف الداعي لا يوجب سقوط الإنشاء عن التأثير؛ نظير ما لو أقدم المتعاقدان على عقد ظانين ترتب أثر شرعي خاص عليه من الخيار أو عدمه، ثم تبين عدم ترتبه عليه^(١).

ثانياً - حقيقة السهم؛ هل هو مال أو سند يعبر عن مال أو حق؟:

تقدم أنه بناء على وجود الشخصية المعنوية للشركة ليس السهم سنداً يدل على كون صاحبه مالكاً لسهم مشاع في أموال الشركة، وذلك لأن فرض كون صاحب السهم مالكاً لجزء من أجزاء أموال الشركة مشاعاً، يوجب كون نفس تلك الأموال مملوكة لمالكين في زمان واحد؛ وهما الشخصية المعنوية للشركة وصاحب الأسهم^(٢). وعلى هذا فلا بد من البحث عن حقيقة السهم، وأنه أي نوع من أنواع المال؟.

لا شك أن ماليته ليست ذاتية كالمأكل والمشروب وما شاكل. كما أنه ليست ماليته يجعل عام يشترك فيه جميع عامة البشر باختلاف عصورهم كالذهب والفضة وسائر الأحجار الكريمة. وكذلك ليست ماليته يجعل خاص من قبل الدولة أو البنك ليقوم مقام الأموال بالمعنى الأول في المعاملات كالأوراق

(١) هذا كله مبني على الفكرة العقدية للشركة؛ إما بناء على اعتبارها نظاماً أو مؤسسة، فلا بد من تركيز البحث في المشروعية على دائرة صلاحيات النظام والحكومة في التقنين، وهو يحتاج إلى بحث مستقل.

(٢) ومن هنا يعرف الإشكال في كلام بعض الباحثين؛ حيث قال: الأسهم في حقيقتها هي أصول الشركة وأجزاء تقابل أصولها وموجوداتها، وهي وإن كانت صكوكاً مكتوبة لكنها يعنى بها ما يقابلها. راجع: بحث الأسواق المالية للدكتور علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، ص ٩٠.

النقدية . وهذا كله واضح . نعم يمكن أن يقال : إن مالية السهم من قبيل الأوراق التي تكون ماليتها باعتبارها ذات أثر خاص في المجتمع كطوابع البريد وبطاقات القطار . فإن ورقة الطابع مثلاً لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالتها بأن توصل الرسالة إلى أي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع . ويفترق هذا النحو من المال عن مثل الأوراق النقدية؛ إذ إن الأوراق المالية قد أصبحت بالفعل مالاً بوساطة الجعل والاعتبار ، أما مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد مثلاً إنما كان بالاعتبار للأثر المترتب عليها^(١) .

ولكن التحقيق أن مالية السهم ليست من هذا القسم الأخير أيضاً وذلك لأن طوابع البريد وما شاكلها من الأوراق يمكن عدّها من الحقوق العينية نظراً إلى كون الفوائد المترتبة عليها مضمونة من قبل المرجع القانوني المختص بها ، والحال أن السهم حق مالي شخصي وليس بحق عيني .

فالصحيح أن السهم في التحليل الفقهي هو نوع حق قابل للنقل كحق التحجير ، وليس بملك ، وكونه حقاً لا ملكاً لأن الملك رابطة اعتبارية بين المالك والمملوك؛ فلا بد من أن يكون هناك مملوك بالفعل لتحقق الملك ، والحال أن صاحب السهم لا يملك مملوكاً بالفعل . وإنما له الحق في أخذ مقدار معين من أرباح الشركة إن كان لها ربح . وهذا الرأي يوافق أحد الاتجاهين في الفقه الوضعي لبيان مالية الأسهم .

قال أحد الباحثين في الشركات التجارية :

«يؤثر الفقهاء المحدثون (ريبير وروبلوف ٧٦٣) عد حق الشريك حقاً فكرياً واردة على منقول غير مادي أسوة بحق صاحب المتجر في متجره والملكية الصناعية والفنية»^(٢) .

وهناك اتجاه آخر يرى اعتبار حق الشريك (السهم) حق دائنية ، وعلى هذا يعد الشريك دائماً للشركة بما قد يستحق له من أرباح من جهة ، وبما قد يترتب له

(١) راجع : بحوث فقهية ، محاضرات الشيخ الحسين الحلبي ، ص ٧٨ - ٨٠ .

(٢) الشركات التجارية لجاك يوسف الحكيم ، ص ١٦٦ .

عند تصنيفتها من حصة في رأس المال وفي الأرباح غير الموزعة من جهة أخرى . وهذا القول ينسب السنهاوري إلى القضاء الفرنسي^(١) .

وأقول : إن كان مرادهم من كونها حق دائنية أن السهم سند للدلالة على كون الشركة مدينة لصاحب السهم ، كما يوافق ذلك تعبيرهم عنها بالحق الشخصي ، فغير صحيح . لأن الدين والقرض متقوّم ببقاء أصل المال مضموناً على المقرض ؛ سواء حصل للمقرض ربح أم خسارة ، وهذا بخلاف السهم في الشركات فإن الربح ومقداره وكذلك أصل المال فيها غير مضمون . ولو التزم أحد بهذا المعنى ، يلزمه القول بحرمة الاسترباح بالأسهم مطلقاً ؛ لكونها حينئذ من الربا القرضي المحرم .

ثالثاً - كيفية تعلق الزكاة بأموال الشركة والأسهم :

لا يخفى أن الزكاة الواجبة في فقه الإمامية منحصرة في تسعة أشياء ؛ وهي الغلات الأربع ، أي : الحنطة والشعير والتمر والزبيب . والأنعام الثلاثة ، أي : الإبل والبقر والغنم ، والذهب والفضة . أما زكاة مال التجارة فمستحب عند المشهور من الإمامية ، نعم نسب إلى البعض القول بالوجوب فيها ، لكنه قول ضعيف لا يعأ به^(٢) .

وعلى هذا فإن وجوب الزكاة في أموال الشركات ينحصر بما إذا كانت تلك الأموال من الأعيان التي تتعلق بها الزكاة وجوباً . وإلا فالأموال المجتمعة من الأفراد عند الشركة أو الأموال التي تفتنيها الشركة لعملية التجارة والاستثمار من غير تلك الأعيان لا تجب الزكاة فيها ؛ إنما تستحب ، وذلك لصدق مال التجارة عليها .

(١) قال السنهاوري : كانت حصة الشريك تعتبر مالاً معنوياً ، ولكن القضاء الفرنسي انتهى إلى اعتبارها حق دائنية (droit de creance) للشريك على الشركة . راجع : الوسيط : ٢٩٣/٥ .

(٢) راجع جواهر الكلام ، كتاب الزكاة . . . ، مقال زكاة الزراعة ، زكاة الأسهم في الشركات ، للسيد الجزائري .

وبعد اتضاح ذلك نقول: إنه إما أن نقول بتحقق الشخصية المعنوية للشركات الحديثة وكون أموال الشركة مملوكة لها، أو لا نقول به، وعلى كل من الفرضين يقع البحث تارة في الأموال المجتمعة عند الشركة، وأخرى في تعلق الزكاة على نفس الأسهم والحصص الموجودة عند المشاركين. فيقع البحث في أربع مواطن:

الأول: تعلق الزكاة بأموال الشركة على القول بتحقق الشخصية المعنوية للشركة.

الثاني: تعلق الزكاة بها بناء على إنكار الشخصية المعنوية للشركة.

الثالث: تعلق الزكاة بالأسهم.

الرابع: تعلق الزكاة بالأرباح الحاصلة من النشاطات التجارية للشركة.

أما البحث الأول: فالظاهر كما مر في بيان الآثار المترتبة على القول بالشخصية المعنوية للشركة عدم تعلق الزكاة بها ما دامت ملكية الشركة مستمرة. وذلك لأن قوله تعالى: ﴿حُذِّ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً...﴾ [التوبة: ١٠٣] ظاهر في كون المال المزكى مملوكاً لمالك معين بمقتضى مقابلة الجمع بالجمع (أموالهم)، أي: من كان ذا مال تتعلق بماله الزكاة وغير المالك غير مأمور بشيء. كما في الوقف على العنوان والجهات العامة، فلو بلغ نماؤه حد التصاب لا تجب فيه الزكاة لعدم كونه مملوكاً لشخص معين^(١).

البحث الثاني: لا إشكال حينئذ في كون الأموال المجتمعة عند الشركة أموالاً لملاك الأسهم على نحو الإشاعة، فتجب الزكاة فيها إذا بلغ نصيب كل

(١) راجع مستند العروة الوثقى، كتاب الزكاة: ١/ ٣٥. لكن الإنصاف أن احتمال الفرق بين الشخص الحقيقي والشخص الاعتباري في تعلق الزكاة بعيد، بل مناسبة الحكم والموضوع يقتضي تعميم الزكاة لكل مال يجتمع فيه شرائط الزكاة، إلا ما خرج بالدليل، خصوصاً أن الشخصية الاعتبارية للشركات تابعة لوجود الأشخاص عقلاً و عرفاً، وليس لها وجود منحاز في نظر العرف كما في بعض الشخصيات الاعتبارية، مثل الحكومة التي قد يعتبر لها وجود منحاز عن الأمة في نظر العرف.

منهم النصاب . وإن بلغ نصيب بعضهم وجبت عليه فقط . وأما إن كان المجموع نصاباً ، وكان نصيب كل منهم أقل لم يجب على واحد منهم .

أما وجه وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب ؛ فلعدم اعتبار الإفراز في تعلق الزكاة بمقتضى إطلاق الأدلة . وأما إذا لم يبلغ نصيب كل منهم النصاب ؛ وإن كان المجموع بالغاً حد النصاب فلا زكاة فيه قطعاً بل الإجماع عليه بقسميه كما في الجواهر ، ووجه ظاهر ؛ فإن الخطاب بالزكاة انحلالي كما في سائر الأحكام ، وتقدير النصاب ملحوظ بالإضافة إلى مال من خوطب بالزكاة دون غيره ، فكل مكلف يراعي مال نفسه مع مال غيره ، ويشهد له ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام : «قلت له : مائتي درهم بين خمسة أناس أو عشرة ، حال عليها الحول وهي عندهم ؛ أوجب عليهم زكاتها؟ قال : لا ؛ هي بمنزلة تلك - يعني : جوابه في الحرث - ليس عليهم شيء حتى يتم لكل إنسان منهم مائتا درهم . قلت : وكذلك في الشاة والإبل والبقر والذهب والفضة وجميع الأموال ، قال : نعم»^(١) .

ولعل ذلك هو المراد مما في صحيح محمد بن قيس من قوله عليه السلام : «ولا يفرق بين مجتمع ، ولا يجمع بين متفرق»^(٢) أي : المجتمع والمتفرق في الملك ، فكما أن الأموال المتفرقة في الأماكن المتعددة كالبلدان المختلفة التي يجمعها أن الكل لمالك واحد لا يفرق بينها ، أي : يعتبر بلوغ المجموع حد النصاب وإن كان لكل واحد بحياله دونه ، فكذا الأموال المجتمعة التي تفرق في الملك لتعدد ملاكها كالمال المشترك ، فإنه لا يجمع بين هذه المتفرقات في الملك في لحاظ النصاب ، بل لا بد من بلوغ حصة كل مالك بخصوصه حد النصاب^(٣) .

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن القرار الصادر من المجمع الفقهي في تعلق

-
- (١) الوسائل : جزء ٦ ، باب ٥ من أبواب زكاة الذهب والفضة ، ح ٢ .
 - (٢) المصدر السابق : جزء ٦ ، باب ١١ من أبواب زكاة الأنعام ، ح ١ .
 - (٣) راجع : مستند العروة الوثقى . كتاب الزكاة : ١ / ١٨١ .

الزكاة بأموال الشركات (قرار رقم ٢٨/٣/٤٥ بشأن زكاة أسهم الشركات) مبني على أصل الاختلاط؛ أي: افتراض الأموال المشاعة كأموال شخص واحد في الوصول إلى حد النصاب وتعلق الزكاة بها، وهذا ما يرفضه فقه الإمامية كما بيناه. والظاهر أنه مبني أيضاً على عدم القول بتحقيق الشخصية المعنوية للشركة، وكون أموال الشركة مملوكة لملاك الأسهم على نحو الإشاعة.

البحث الثالث: بناء على قبول الشخصية المعنوية للشركة، واعتبار المالية للسهم إما باعتبار نفسه أو باعتبار كونه تعبيراً عن حق مالي قابل للنقل؛ يستحب على الشركاء أن يزكوا نفس الأسهم التي يملكونها لكونها من أموال التجارة التي يستحب تزكيتها. أما بناء على عدم قبول الشخصية المعنوية للشركات والقول بأن الأسهم أسناد تعبر عن كون صاحبه شريكاً في أموال الشركة من دون أن يكون لهذه الأسهم مالية مستقلة، فلا تتعلق الزكاة حينئذ إلا على أموال الشركة دون الأسهم.

البحث الرابع: تتعلق الزكاة بالأرباح الحاصلة للشركة بعد التوزيع إذا تحققت شرائط تعلق الزكاة فيها من تحقق النصاب واتخاذها مالاً للتجارة. أما قبل التوزيع فيأتي فيه الأبحاث السابقة من كونها مملوكة للشركة، أي: الشخصية الاعتبارية، فلا زكاة فيها، أو مملوكة لملاك الأسهم فتستحب الزكاة فيها على من وصل نصيبه من الربح حد النصاب.

* * *

الشركات القابضة (Holding Company)

تعريف الشركة القابضة:

هي شركة مساهمة عامة (ويمكن اختيار شكل آخر من أشكال الشركات التجارية وفقاً لقانون التجارة) تكون غايتها الوحيدة تملك الأسهم في شركات أخرى (باستثناء شركات التضامن والتوصية البسيطة)، وإدارة هذه الشركات. وتقديم القروض والكفالات والتمويل لها، بالإضافة إلى استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية. ويطبق على الأحكام المتعلقة بإدارة هذه الشركة ومسؤولية الشركاء في هذه الشركة القواعد المطبقة على الشركات التي اتخذت منها القابضة شكلاً لها.

وتنقسم الشركات القابضة إلى نوعين:

١ - الشركات القابضة غير العاملة (Pure Holding Company).

وهي التي ينحصر عملها التجاري في إدارة الشركات الأخرى.

٢ - الشركات القابضة العاملة (Operation Holding Company).

وهي التي تقوم بنشاطات وأعمال تجارية بنفسها، مثل سائر الشركات المساهمة مع إدارة الشركات التي تملك فيها حصص شراكة أو مساهمة^(١).

يجوز للشركة القابضة أن تباشر الأنشطة التالية، كلاً منها أو بعضها:

١ - إقراض الشركات التي تملك فيها أسهماً، وكفالتها لدى الغير إذا كانت حصتها في رأس مال الشركة المقترضة لا تقل عن نسبة معينة وفقاً للقانون.

(١) بعض التقنيات كالقانون اللبناني ترفض هذا النوع من الشركات القابضة التي تتوجه مباشرة بنشاط تجاري أو صناعي إلى جنب تملك أسهم أو حصص في الشركات الأخرى، بينما تقنيات بعض الدول الأخرى كاليابان وكوريا الجنوبية تسمح لها، ولكنها تضيق نطاق الشركة القابضة غير العاملة، وذلك لتجنب عن سيطرتها على الاقتصاد.

ويتم الإقراض بموجب عقد بين الشركة القابضة والشركة التي تملك فيها حصص شراكة أو مساهمة، وبمقتضى هذا العقد تسلم الشركة الأولى للثانية مبلغاً من النقود فتلتزم هذه الأخيرة برده في الوقت المحدد مع الفائدة المتفق عليها، ولها أن تلجأ إلى اشتراط وضع ضمانات كافية .

أما الكفالة فتتم بموجب اتفاق بين الشركة القابضة الكفيلة والشركة المكفولة عن طريق قبول الشركة القابضة خطياً بكفالة الشركة الأخرى تجاه الغير، على أن تتقاضى الشركة القابضة عمولة لقاء هذه الكفالة، وتبقى كفالة الشركة القابضة للشركة التي تملك فيها حصص شراكة أو مساهمة قائمة حتى انتهاء أجلها .

٢ - تملك حقوق الملكية الصناعية من براءات اختراع أو علامات تجارية صناعية أو رسوم صناعية أو أية حقوق أخرى تتعلق بذلك، وتأجيرها لشركات أخرى لاستغلالها سواء في داخل البلد أو خارجه .

٣ - تملك المتقولات والعقارات اللازمة لمباشرة نشاطها في الحدود المسموح بها وفقاً للقانون .

٤ - إدارة الشركات التي تملك فيها حصص شراكة أو مساهمة عن طريق الاشتراك بمجلس الإدارة، فتشارك في إدارة الشركة حتى تنفرد في وضع التخطيط والتوجيه لأعمال الشركة . وقيامها بدور المدير العام الذي يتولى بوساطة معاوني الشركة القابضة أو موظفيه تنفيذ الأعمال اليومية وقرارات مجلس الإدارة أو الجمعيات العمومية أو جمعيات الشركاء .

وقد أجازت بعض القوانين للشركة القابضة أن تقترض من المصارف، وأن تصدر سندات دين من أجل القيام بعمليات الإقراض والكفالة، على ألا يتجاوز مجموع قيمة السندات المصدرة في أي وقت من الأوقات نسبة محددة من قيمة رأس مال الشركة القابضة، مضافاً إليه الاحتياطات وفقاً لآخر ميزانية جرت الموافقة عليها .

مشروعية الشركات القابضة:

يقع البحث فيها من جهتين: موضوع العقد وشكله .

صحة كل عقد ومنها الشركة القابضة، منوطة بعدم كون موضوعه العمل المحرم والتعامل في الحرام، فكل عقد موضوعه التعامل في الحرام، أو كان التعامل في الحرام مأخوذاً فيه على نحو تكون الإرادة العقدية مقيدة به غير صحيح شرعاً. وذلك لعدم شمول أدلة صحة العقد ولزوم الوفاء بالعقد له. إذ الأمر بالوفاء به من قبل الشرع يتناقض مع تحريم ذلك الفعل من قبله^(١).

وعلى هذا الشركة القابضة التي يوجد نص في نظامها الأساسي على التعامل بالحرام كالربا إقراضاً أو اقتراضاً باطلة شرعاً. نعم لو كان الإقراض والاقتراض غير قائم على الربا، كما لو كان هناك تصريح في العقد على إيقاع الإقراض والاقتراض على النحو الشرعي، أو أطلق ذلك في العقد مع إمكان إيقاعه على النحويين مع عدم انصرافه إلى القرض الربوي، يقع العقد صحيحاً. ولا فرق في هذا الحكم بين المشاركة في تأسيس الشركة وشراء بعض أسهمها حين التأسيس. أو شراء أسهم الشركة القائمة بالفعل؛ لأن شراء السهم إما هو إنشاء لعقد مشاركة بين المساهم الجديد مع سائر المساهمين، بناء على عدم وجود الشخصية الاعتبارية للشركة، أو هو شراء لحق مالي غير معترف بها شرعاً بناء على وجود الشخصية الاعتبارية للشركة.

نعم لو كانت الشركة القابضة التي تنصّ في نظامها الأساسي على التعامل بالحرام تم تأسيسها من قبل غير المسلمين، وكان المدير والهيئة الإدارية للشركة أيضاً منهم، وقلنا بتحقيق الشخصية الاعتبارية للشركة، أي كون الأسهم مملوكة للشخصية الاعتبارية للشركة دون المساهمين فيها، فإنه حينئذ يمكن القول بصحة شراء أسهمها. لأن السهم ورقة لها مالية يأخذها المسلم من يد الكافر مع عدم كون المسلم مكلفاً بإحراز أن الكافر قد كسبه من الحلال أم لا؟ إذ يصح التعامل مع الكفار حتى مع العلم بكون كسبهم من الحرام عندنا. إلا أنه يشكل في المقام

(١) أما لو أخذ التعامل في الحرام على نحو الشرط يأتي فيه البحث عن أن بطلان الشرط يوجب بطلان العقد معه، أم يبطل الشرط وحده.

أن هذا إنما يصحح التعامل مع الكافر في الأموال والأرباح التي حصل عليها ولو عن طريق الدخول في الكسب الحرام، ومنها تأسيس الشركات التي تتعامل بالربا، أما شراء أسهم تلك الشركة من قبل المسلم فلا يجوز؛ لأنه بشرائها تخرج الأسهم عن كونها كسباً للكافر، بل يكون كسباً للمسلم نفسه حتى وإن قلنا بالشخصية الاعتبارية للشركة؛ لأن شخصيتها تابعاً لشخصية المساهمين، فبشراء المسلم بعض أسهمها يكون جزء من تلك الشخصية الاعتبارية للشركة تابعاً للمسلم، ويكون من كسب المسلم الذي لا يملك بالمعاملات الربوية شيئاً. نعم إذا كانت نسبة مساهمة المسلم ضئيلة جداً بحيث لا تنسب أعمال الشركة إليه عرفاً؛ أمكن القول بجواز تلك المساهمة لعدم صدق التعاون على الإثم حينئذٍ.

وأما شكل العقد:

الإشكال المهم في المقام هو أن الشركة متقومة بوجود مال مشترك بين الشركاء والمقروض أنه ليس في الشركة إلا الأموال الحقيقية المجمعة عند الشركات التابعة، وتلك الأموال موضوع لتحقق الشركات التابعة، فكيف تكون هي موضوعاً لتحقق شركة أخرى باسم الشركة القابضة؟ (إذ بعد أن تم شراء أسهم الشركات التابعة من قبل الشركة القابضة قد لا يبقى للشركة القابضة مال حقيقي غير أسهم الشركات التابعة).

والجواب عن هذا الإشكال أنه بناءً على القول بتحقيق الشخصية المعنوية للشركة وكون الشركة مالكة لأموالها، والمساهمون إنما هم يملكون الأسهم فقط سوف لا يكون هناك إشكال من ناحية وحدة الأموال المشاعة، إذ حينئذ تكون الشركة القابضة مالكة لأسهم الشركات التابعة لها لأموالها الحقيقية الأخرى، والأسهم هي كما ذكرنا ورقة تعبر عن حق له مالية مستقلة. أما الشركات التابعة فهي تملك الأموال الحقيقية المجمعة عند تأسيسها. فهناك شخصيتان اعتباريتان كل منهما تملكان أموالهما. نعم أموال إحدى الشخصيتين (الشركة القابضة) إنما هي أوراق لها مالية اعتبارية (ولو باعتبار تعبيرها عن حق مالي قابل للنقل) التي أصدرتها الشركات التابعة^(١). هذا بالنسبة إلى الشركتين: القابضة والتابعة، أما

(١) قال السنهوري: لا يعتبر المال المملوك للشركة رأس المال ونمائاً ملكاً شائعاً بين =

المساهمون في الشركة القابضة فهم يملكون الأسهم التي تصدرها الشركة القابضة .

أما بناء على نفي الشخصية المعنوية الاعتبارية للشركات والقول بأن المساهمين هم يملكون الأموال المجتمعة عند الشركات؛ فيشكل الجواب عن هذا الإشكال وذلك لأنه بعد أن اشترى مدير الشركة القابضة بالأموال المجتمعة لديها أسهم الشركات الأخرى يكون المساهمون في الشركات القابضة هم المالكون بالإشاعة أموال الشركة التابعة التي تملك الشركة القابضة سهامها . وهذا معناه عدم بقاء أي موضوع (مال مشترك) للشركات التابعة .

نعم يمكن تصحيح ذلك بطريق آخر، وهو كون مدير الشركة القابضة وكيلاً عن المساهمين في الشركة القابضة في الاتجار بهذه الأموال بنفسه أو بتوكيل أشخاص آخرين، فيكون مديرو الشركات التابعة وكلاء من قبل الوكيل، أو أن مدير الشركة القابضة ومدير الشركة التابعة يكونون وكلاء المالك معاً للاتجار بأموالهم، وإن كانت الأموال متحدة كما في اجتماع مضاربتين على المال لواحد؛ لأن ذلك من باب التوكيل ولا مانع من توكيل المتعديدين في العمل الواحد . وعلى أي حال لا يكون هناك مشاركتان بل شركة واحدة، والمتعدد إنما هو الوكلاء، ويترتب على هذا عدم صحة إقراض الشركة القابضة للشركة التابعة لها، بل يكون هو من باب نقل مال من وكيل لشخص إلى وكيله الآخر، فلا يتحقق قرض أصلاً، ولا يكون ضامناً لتلفه عنده . لأن الوكيلين كليهما أمينان، والأمين لا يضمن .

كيفية تعلق الزكاة بأموال الشركة القابضة:

فإنه بناء على القول بالشخصية المعنوية للشركات يتحقق هناك ثلاثة أنواع من المال بين الشركة القابضة والشركة التابعة لها .

= الشركاء بل هي ملك للشركة ذاتها؛ إذ هي شخص معنوي كما قدمنا، ويترتب على ذلك الأمور الآتية؛ منها: . . . يجوز للشركة أن تكون هي ذاتها شريكاً في شركة أخرى دون أن يكون الشركاء في الأولى شركاء في الشركة الأخرى . راجع الوسيط ١/ ٢٩٢ - ٢٩٤ .

الأول: الأموال الحقيقية المجتمعة عند الشركات التابعة، وهي ملك للشركة التابعة.

الثاني: الأموال الحقيقية للشركة القابضة إن كانت لها أموال حقيقية، وأسهم الشركات التابعة التي تملكها الشركة القابضة.

الثالث: أسهم الشركات القابضة التي هي ملك للمساهمين في الشركة القابضة.

والزكاة إنما تتعلق بالقسم الأخير؛ أي: أسهم الشركة القابضة باعتبارها مالاً للتجارة مملوكاً لأشخاص حقيقيين. أما القسم الأول والثاني فتعلق الزكاة بهما بيتنى على القول بشمول أدلة الزكاة لأموال الشخصيات الاعتبارية كأموال الوقف. وقد مضى بعض الأبحاث حوله.

أما بناء على عدم القول بالشخصية المعنوية للشركات؛ فليس الملاك إلا المساهمون في الشركة القابضة، وهم يملكون الأموال المجتمعة في الشركات التابعة مشاعاً، والأموال الحقيقية المجتمعة عند الشركة القابضة نفسها، والزكاة تتعلق بنصيب من وصلت حصته حد النصاب دون غيرهم.

هذا تمام الكلام في المقام. أما البحث عن مسألة الضمان والمسؤولية المحدودة في الشركات فلا ندخله لكونه مرتبطاً بالبحث عن النظام الأساسي للشركات، وشرعية قوانين التجارة الحديثة، وهو يحتاج إلى دراسة مستقلة.

* * *

الشركات الحديثة والشركات القابضة

إعداد

د. حسين كامل فسيحي
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير المرسلين، نبينا
محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين . وبعد :

فموضوع هذا البحث عن :

(الشركات الحديثة، والشركات القابضة في الشريعة الإسلامية).

وهو موضوع له أهميته الخاصة، في ظل التطور السريع الذي حدث مؤخراً
في أنشطة الشركات، وفي القوانين التي تحكمها على مستوى العالم الإسلامي،
وفي إطار تكوينات مؤسسية، لم تكن معروفة من قبل في الفقه الإسلامي . وقد
استلزم ذلك مني التعرف على أهم أنواع هذه الشركات، والتعرض لأساليب
تعاملها من خلال المنظار الشرعي، للتأكد من توافق أحكامها مع الضوابط
والأحكام الخاصة بشريعتنا الإسلامية الغراء . ومحاولة اقتراح حلول شرعية
لتعديل هياكل بعض منها، رأيت أنها خرجت عن هذا الإطار، وذلك في محاولة
لتوفيق أوضاعها، بما يتمشى مع الأحكام التي اتفق عليها الفقهاء بالنسبة لهذا
القطاع الهام من المعاملات .

وقد أعددت هذا البحث لتحقيق هذا الهدف، والتقدم به إلى الدورة
الرابعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الموقر . وتقيدت فيه بالعناصر
الأساسية التي حددها تفصيلاً . فضلاً عن تناول كافة النقاط التي تأجل النظر فيها
في بعض الدورات السابقة، والتي تتعلق بنفس هذا الموضوع، وترتبط به ارتباطاً
وثيقاً .

فقد أشار المجمع في قراره رقم ٣٠ (٤/٥) الصادر عن دورته الرابعة
المنعقدة بجدة في (١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ) إلى القواعد الشرعية

المنظمة لإصدار صكوك وسندات للاستثمار على قوة عقد شركة المضاربة .
(انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورات ١ - ١٠). إلا
أن القرار المذكور أجل مسألة واحدة تتعلق بهذا الموضوع، وهي الحكم على
تداول أسهم وصكوك الشركات والمؤسسات التي اختلقت فيها الأصول النقدية
والديون مع الأصول العينية؛ وكان الغالب على هذه الأصول هو الديون والنقود؛
كما هو الوضع في حالة البنوك .

ومن ناحية أخرى أصدر المجمع أيضاً القرار رقم ٦٣ (٧/١) الصادر عن
دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من (٧ - ١٢ ذي القعدة
١٤١٢ هـ، الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م)، بخصوص موضوع (الأسواق
المالية)، والتعامل في أسهم الشركات . وقد ورد في الجزء الأول من هذا القرار
كثير من الأحكام الخاصة بالشركات الحديثة، وبصفة خاصة الشركات
المساهمة . إلا أنه أجل البت في بعض المسائل، وهي على وجه التحديد:

أ- الإسهام في شركات أصل تعاملها في الحلال، إلا أنها تتعامل في بعض
الأيام بالربا المحرم .

ب- ضمان الشركة شراء الأسهم .

ج- حق الأولوية .

د- شهادة حق التملك .

لذلك فإن هذا البحث سيتناول بالتحليل كافة الأبعاد المتعلقة بالشركات
الحديثة والشركات القابضة، التي حددها المجمع للمناقشة في هذه الدورة . مع
بيان رأي الشرع في كل منها؛ وبصفة خاصة البعد المتعلق بمدى صحة التكيف
القانوني بكون المساهم يملك حقاً، ولا يملك حصة من موجودات الشركة .
وبالإضافة إلى ذلك سيتناول أيضاً بشيء من التفصيل، كافة الأبعاد التي أجل
المجمع النظر فيها في الدورتين المذكورتين .

وبناء عليه تم تقسيم البحث إلى مقدمة وخمسة أجزاء رئيسة . فبعد هذه
المقدمة القصيرة، يأتي الجزء الأول ليتناول عرضاً تفصيلياً عن التعريف بالشركة

وأنواعها من وجهة النظر الشرعية. في حين يتناول الجزء الثاني عرضاً آخر عن أهم الشركات الحديثة، وما يتعلق بها من أحكام وعلاقتها بشركة العنان. أما الجزء الثالث فيشرح بالتفصيل كيفية مواثمة أحكام شركة المساهمة لأحكام الشريعة (مقارنة بشركة العنان). ثم يأتي الجزء الرابع ليستعرض أهم الأحكام الخاصة ببعض الشركات التي ظهرت خلال العقود الأخيرة؛ وهي على وجه التحديد: الشركات القابضة، والشركات المتعددة الجنسية، والشركة المتناقصة التي استحدثتها البنوك الإسلامية. وأخيراً يأتي الجزء الخامس والأخير لاستعراض أهم النتائج والتوصيات.

وما يكون في هذا البحث من صواب فهو من الله، وفضله وتوفيقه لي؛ وما فيه من خطأ فهو مني، وأرجو عنه عفو ربي، ومغفرته، إنه هو الغفور الرحيم.

* * *

الجزء الأول

التعريف بالشركة وأنواعها من وجهة النظر الشرعية

الشركة: وهي بكسر الشين المعجمة وسكون الراء، ويفتح الأولى وكسر الثانية، وفتح فسكون. في اللغة: الاختلاط. فالشَّرِكَةُ والشَّرِكَةُ سواء. وشَارَكْتُ فلاناً: صِرْتُ شَرِيكَهُ. وقوله تعالى: ﴿ وَأَشْرِكُ فِي أَمْرِي ﴾ [طه: ٣٢]، أي: اجعله شريكى فيه^(١).

وفي الشرع: عَرَفَهَا الحنابلة بأنها: (الاجتماع في استحقاق أو تصرف)^(٢). وعَرَفَهَا الشافعية بأنها: (ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخص فصاعداً على وجه الشيوخ)^(٣). وعَرَفَهَا الحنفية بأنها: (عقد بين المتشاركين في الأصل والربح)^(٤). وعَرَفَهَا المالكية بأنها: (عَقْدُ مالِكَيْنِ مالين فأكثر على التجر فيهما معاً)^(٥).

والأدلة على مشروعيتها: وردت في كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ. ففي كتاب الله تعالى وردت عدة أدلة، مثل قوله تعالى: ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبَتِ السَّبِيلِ ﴾ [الأنفال: ٤١]. ومن أمثلة الأدلة الواردة في السنة المشرفة: ما رواه أبو هريرة عن رسول ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى يقول: أنا ثالث الشريكين، ما لم يَخُنْ أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما»^(٦).

والشركة قسمان: شركة ملك، وشركة عقد. ويقصد بشركة الملك:

(١) ابن منظور، لسان العرب: ٤/٢٢٤٨.

(٢) ابن قدامة، المغني: ٣/٥.

(٣) النووي، الروضة: ٤/٢٧٥.

(٤) ابن عابدين، الحاشية: ٤/٢٩٩.

(٥) العلامة الدردير، الشرح الصغير: ٣/٤٥٥.

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع؛ والبيهقي؛ وصححه الحاكم.

الاستحقاق المشترك بين الطرفين في المنافع والرقاب. أما شركة العقد، فيقصد بها: التصرف المشترك من الطرفين بقصد تحقيق الربح.

أ- شركة الملك: وهي أيضاً قسمان:

- قسم يثبت بفعل الشريكين (اختياري): وهي أن يمتلك شخصان أو أكثر عيناً من الأعيان بأحد أسباب الملك، كأن يشتريا شيئاً، أو يوهب لهما أو يوصى لهما، فيقبلا، فتصير العين مشتركة بينهما شركة ملك^(١).

- وقسم يثبت بغير فعلهما (اضطراري): وهي أن يختلط مالهما بدون إرادة مسبقة منهما، والمثال على ذلك: الميراث، فإذا ورثا معاً شيئاً، فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك.

ب- شركة العقد: وهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر على الاشتراك في رأس المال، و(أو) في العمل، على أن يقتسما الربح بينهما^(٢).

ومن هذا التعريف يتضح أن من أهم ما يميز شركة العقد عن شركة الملك ما يلي:

(١) أن شركة العقد تتكون بمحض إرادة المتعاقدين.

(٢) أن الغرض الأساسي من إنشاء الشركة هو الاتجار وتحمل المخاطر من أجل تحقيق الربح، وليس لمجرد امتلاك أصل من الأصول أو عين من الأعيان.

(٣) التعاون بين الشركاء سواء في العمل أو في الإدارة، مقابل توزيع الأرباح أو الخسائر بينهما.

وتختلف طرق التقسيم بين أنواع شركات العقود وفقاً للمذاهب الفقهية المختلفة.

فعند الحنفية: تنقسم الشركات إلى شركة أموال، وشركة أبدان، وشركة

(١) الكاساني، البدائع: ٣٥٣١/٧.

(٢) انظر على سبيل المثال: ابن قدامة، المغني: المرجع السابق نفسه.

وجوه. وكل نوع من هذه الأنواع ينقسم بدوره إلى نوعين آخرين هما: شركة
مفاوضة، وشركة عنان. وجميع هذه الأنواع من الشركات تعتبر جائزة عندهم،
وفقاً لشروط كل منها^(١).

وعند الشافعية: المعتمد جواز شركة العنان فقط. أما الأنواع الثلاثة
الأخرى: الأبدان، والوجوه، والمفاوضة؛ فجميعها فاسدة عندهم^(٢).

أما عند المالكية: فقد وردت في كتبهم عدة تقسيمات لمفهوم الشركة، من
أهمها التقسيم الذي قال به العلامة أحمد الصاوي في حاشيته على الدردير بأنها
تنقسم إلى ستة أقسام هي: المفاوضة، والعنان، والجبر، والعمل، والذم،
والمضاربة^(٣). إلا أن المالكية جميعاً يعتبرون شركة الوجوه باطلة^(٤).

وأما الحنابلة: فيقسمون الشركات إلى خمسة أنواع هي: شركة العنان،
وشركة الوجوه، وشركة الأبدان، وشركة المضاربة، وشركة المفاوضة. وجميع
هذه الأنواع جائزة عندهم، باستثناء شركة المفاوضة، فإنهم يقسمونها إلى
قسمين: قسم يجوزونه، وآخر لا يجوزونه حسب التفصيل الذي سيرد بعد
ذلك^(٥).

ويتضح من التقسيم السابق أن جميع المذاهب المعتمدة تتفق على الرأي

(١) ابن عابدين، ردالمحتار: ٣٠٦/٤.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج: ٢١٢/٢.

(٣) هناك تقسيمات أخرى لمفهوم الشركة؛ فقد قسمها ابن جزى إلى ثلاثة أنواع هي: شركة
الأموال، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه. وشركة الأموال وفقاً لهذا التقسيم، تنقسم
بدورها إلى نوعين، هما: شركة العنان، وشركة المفاوضة. ولم يدخل في هذا التقسيم
شركة المضاربة. في حين قسمها العلامة التسولي في (البهجة) إلى: شركة أموال،
وشركة أبدان، وشركة ذم (وجوه)، وشركة جبر. وتنقسم شركة الأموال وفقاً لهذا
التقسيم إلى: شركة مضاربة، ومفاوضة، وعنان. (ابن جزى: القوانين الفقهية،
ص ١٨٧؛ أبو الحسن التسولي: البهجة في شرح التحفة: ٢/٣٤٥).

(٤) العلامة الصاوي، الحاشية على الشرح الصغير للدردير: ٤٧١/٣؛ ابن رشد: بداية
المجتهد: ٢٥٤/٢.

(٥) ابن قدامة، المغني: ٢٢/٥.

باعتبار شركة العنان من الشركات الجائزة شرعاً. وأن ثلاثة أنواع من هذه الشركات مختلف على جوازها بين المذاهب، وهي: الوجوه، والأبدان، والمفاوضة. كما يتضح أيضاً أن اثنين من المذاهب الأربعة المعتمدة؛ هما: الحنفية، والشافعية، لا تدخل عقد المضاربة ضمن عقود الشركات. في حين يدخلها الحنابلة والمالكية ضمن هذا التقسيم.

تعريف بأنواع الشركات المختلفة:

١- شركة العنان:

هي أن يتعاقد الشريكان على أن يخرج كل واحد مالا، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر فيه، فيما رأى من صنوف العروض، على أن يكون الربح بينهما، والخسران على قدر المالين^(١). وسيأتي مزيد من التفاصيل عن هذا النوع من الشركات في الفقرات القادمة.

٢- شركة الأبدان:

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأبدانهم أو بأيديهم؛ كالصانع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، فما رزقهم الله تعالى فهو بينهم.

وهي جائزة عند المالكية إذا كانا متفقي الصنعة، أو أن تكون صنعة كل منهما متلازمة أو مكتملة لصنعة الآخر، ولا تجوز إذا كانت الصنعتان مختلفتين وغير متلازمتين.

وعند الحنفية - باستثناء زفر - تجوز سواء مع اتفاق الصنعة أم مع اختلافها. لأن استحقاق الأجر في هذه الشركة عندهم يكون بضمان العمل، والعمل مضمون عليهما، اتفقت نوعية العملاق أو اختلفت^(٢)، إلا أنها لا تجوز عندهم في الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتطاب.

(١) الكاساني: ٣٥٣١/٧؛ ابن رشد: بداية المجتهد: ٢/٢٥١؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٢/٢٠٨. وسيأتي مزيد من التفاصيل عن هذا النوع من الشركات في الفقرات القادمة.

(٢) الدردير، الشرح الصغير: ٣/٤٥٦؛ الكاساني، البدائع: ٧/٣٥٥٠.

وعند الحنابلة هي نوعان، أحدهما: أن يشتركا فيما يتملكان بأبدانهما من مباح كاحتشاش واصطياد وسلب من يقتلانه بدار الحرب، ونحوه. والثاني: أن يشتركا فيما يتقبلان في ذمهما من عمل، كحدادة وقصارة وخياطة. ويجوز عندهم في هذه الحالة أن يتقبل أحدهما العمل، بحيث يقوم الآخر بأدائه، والأجرة بينهما، فتكون في حكم المضاربة. ويُطالَبُ كل واحد منهما بما يتقبله زميله من عمل، لأن مبناها على الضمان.

ولا يشترط عند الحنابلة لصحة الشركة معرفة الصنعة لواحد منهما، ولا أن تتفق صنعتهم؛ فلو اشترك شخصان لا يعرفان الخياطة في تقبلها، ويدفعان ما تقبلانه لمن يعمل، وما بقي من الأجرة لهما؛ صحَّ. ويلزم غير عارف للصنعة إقامة عارف مقامه في العمل ليعمل ما يلزمه للمستأجر. كما أنه لو اشترك حداد ونجار أو خياط وقصار فيما يتقبلان في ذمهما من أعمال صحَّ، لا اشتراكهما في عمل مباح^(١).

٣- شركة الوجوه:

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة؛ إلا أنها باطلة عند كل من المالكية والشافعية، على أساس أنها شركة بغير مال ولا صناعة، والشركة عندهم لا تصح إلا إذا كانت بالمال.

ومعناها: أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما، وثقة التجار بهما، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما حسب ما يتفقان عليه. فلا يوجد رأس مال نقدي لهذه الشركة، وإنما تتولد النقدية تدريجياً من الإيرادات المترتبة على عمليات الاتجار. فهما يشتريان بالأجل من أطراف خارجية، ويضمنان سويّاً العمل والديون المترتبة عليه. ثم يتم توزيع الربح بحسب النسبة المتفق عليها بينهما (الحنابلة)، أو حسب نسبة ما يضمنه كل منهما من المشتريات (الحنفية)، أما الوضعية فهي عندهما (الحنفية والحنابلة) على قدر ملكيهما في المشتري، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن^(٢).

(١) البهوتي، شرح منتهى الإيرادات: ٢٣٠/٢.

(٢) ابن قدامة، المغني: ٢٣/٥ و٢٨، القاضي عبد الوهاب، الإشراف: ٦٠٥/٢ =

٤- شركة المفاوضة :

سمي هذا النوع من الشركات مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال، والربح والتصرف، وغير ذلك. وقيل: هي من التفويض، لأن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال. وشركة المفاوضة عند الحنفية يشترط فيها المساواة بين الشريكين في رؤوس الأموال^(١)، أما عند المالكية فتجوز عندهم دون اشتراك المساواة تشبهاً بشركة العنان^(٢). ويشترط فيها عند من يجيزها، أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة، لأن من أحكام المفاوضة أن يكون كل واحد منهما، فيما وجب على صاحبه، بمنزلة الكفيل عنه.

وأما عند الحنابلة، فإنهم يقسمونها قسمين: أحدهما: يشترك فيها الطرفان في جميع أنواع الشركة، كأن يجمعاً بين العنان، والوجوه، والأبدان، فذلك جائز عندهم. وقسم ثان: يدخلان فيه كل ما قد يحصل لأي واحد منهما من ميراث، أو يجده في كسب نادر كركاز، أو لقطه. ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنائية، وضمان غصب، وقيمة متلف وغرامة الضمان، أو كفالة؛ فهذا فاسد عندهم^(٣). وعند الشافعية هي غير جائزة بالكلية.

٥- شركة المضاربة :

وهي عقد يتم بموجبه اتفاق بين شريكين (أو أكثر) لغرض التجارة وتحقيق الربح؛ بحيث يقدم أحد الشريكين رأس المال، ويقدم الآخر العمل، ويكون الربح بينهما حسب ما شرطاً. وعند إيداع أصحاب رأس المال أموالهم لدى الشريك بعمله (عامل المضاربة) فهو أمين عليها، ولا تنتقل ملكيتها إليه، وإنما يظل محتفظاً بها لصالح أصحاب رأس المال. فإذا بدأ النشاط وتصرف عامل

= الشريبي الخطيب، مغني المحتاج: ٢/٢١٢؛ المرغيناني، الهداية (مع فتح القدير): ٤٧/٦.

(١) ابن الهمام، فتح القدير: ١٥٤/٦.

(٢) القاضي عبد الوهاب، الإشراف: ٢/٦٠٥.

(٣) ابن قدامة، المغني: المرجع السابق نفسه؛ البهوتي، منتهى الإرادات: ٢/٢٣٢.

المضاربة في الأموال كان وكيلاً عن أصحاب رأس المال في أموالهم، فإذا نضج المال وظهر الربح أصبح شريكاً لهم، ويقتسم معهم الربح حسب النسبة المتفق عليها. أما الخسارة فيتحملها صاحب رأس المال، إلا إذا ثبت تعدد أو تقصير من العامل أثناء تنفيذ العقد؛ ففي هذه الحالة فقط يتحمل الخسائر وحده.

٦- شركة المزارعة:

المزارعة لغة: هي مفاعلة من الزرع، وهو الإنبات. أما شرعاً: فقد اختلف الفقهاء في تعريفها:

فعرّفها الشافعية: بأنها استكراء (إجارة) الأرض لزراعتها ببعض ما يخرج منها (وهي عندهم غير جائزة في الأصل. إلا أن الشافعي يجيزها بصفة استثنائية إذا أدمجت ضمن عقد المساقاة للحاجة، بحيث تكون الأرض المطلوب زراعتها مجرد بقع بيضاء صغيرة المساحة واقعة بين الشجر المراد سقايته)^(١)، وعرّفها المالكية: بأنها الشركة في الزرع (وهي جائزة عندهم بشرط تقديم البذر وسائر الاحتياجات الأخرى اللازمة للزراعة من كلا الطرفين مع التماثل بينهما في كل ما يقدمانه)^(٢)، وعرّفها الحنابلة: بأنها دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما (جائزة بشرط أن يكون البذر على صاحب الأرض)^(٣)، وعرّفها الحنفية: بأنها زراعة الأرض ببعض الخارج منها، وبأنها إجارة ابتداء شركة انتهاء (وهي غير جائزة عندهم)^(٤).

٧- المساقاة:

هي أن يدفع الرجل شجره إلى آخر، ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم من ثمره. وسميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي. وهي جائزة عند جمهور الفقهاء من الشافعية، والحنابلة، والمالكية. والخلاف بينهم يقع فيما إذا كان الجواز شاملاً لجميع أنواع الشجر المثمر: (الحنابلة، والمالكية،

(١) انظر: الماوردي، الحاوي الكبير: ٢٨٧/٩.

(٢) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٨٠.

(٣) ابن قدامة، المغني: ٣٠٩/٥.

(٤) الكاساني: ٣٨٠٧/٨.

وأبو يوسف، ومحمد من الحنفية)، أم أنه قاصر على النخيل والكرم (الشافعية). أما عند أبي حنيفة وزفر فهي غير جائزة بحال، لأنها عندهما إجارة بثمره لم تخلق^(١).

٨- المغارسة :

المغارسة : هي أن يدفع الرجل أرضه لشخص آخر ليغرس له فيها شجراً، مقابل أجر أو جعل محدد، أو على أن يتم توزيع الناتج من الشجر النامي بالإضافة إلى الأرض المزروع عليها بينهما. وهي بهذا الشكل الأخير غير جائزة عند جمهور الفقهاء (حنفية - شافعية - حنابلة)، باستثناء المالكية، فيجوزونها بشروط^(٢).

تفصيلات عن شركة العنان:

سبق التعريف بشركة العنان بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان، أو أكثر؛ بأن يسهم كل منهم بدفع حصة معينة من رأس مال يتاجرون به على أن يكون الربح بينهم على حسب نسبة يتفقون عليها. وحيث إن المذاهب الأربعة جميعاً، تجيز هذا النوع من الشركات، فسناحاول بسط الكلام عنه، لبيان أهم الأحكام المتعلقة به. ثم نتلو ذلك في جزء تالٍ بيان العلاقة بين هذا النوع من الشركات وبعض الشركات الحديثة السابق، واستعراض أنواعها المختلفة.

الأحكام المختلفة لشركة العنان:

فيما يلي أهم الأحكام الخاصة بشركة العنان:

١- أركان شركة العنان:

شركة العنان لها أركان ثلاثة:

أ- العاقدان: يشترط في كل من العاقدين استيفاء شروط الوكالة، لما يتميز به هذا العقد (كغيره من عقود الشركات) بأنه عقد على التصرف بين الشركاء.

(١) الدردير، الشرح الصغير: ٧١٢/٣؛ ابن قدامة، المغني: ٢٩١/٥؛ الشربيني

الخطيب: ٣٢٢/٢؛ الكاساني، البدائع: ٣٨٣١/٨.

(٢) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٨٥.

وبذلك يترتب عليه معنى الوكالة، لأن كل واحد من الشريكين بدفعه المال إلى صاحبه قد أمنه. ثم بإذنه له في التصرف قد وكله.

ب - الصيغة: يشترط لصحة عقد الشركة الإذن؛ بمعنى أن يأذن كل واحد من الشريكين للآخر في التصرف.

ج - رأس المال: الأصل أنه لا تجوز شركة العنان عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة (في ظاهر المذهب)، إلا بالأثمان المطلقة. وللشافعية قول آخر يجيز استخدام ما يتماثل أجزاءه كالحبوب في رأس المال. كما أن هناك قولاً للإمام محمد من الحنفية بجواز الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة، وكذا العدديات المتقاربة التي لا تتفاوت، بشرط الخلط بينهما لأنها تتعين بالتعيين. أما التبر والحلي والسبائك، والدرهم المغشوشة، والفلوس؛ ففي جواز استخدامها كـرأس مال اختلاف بين العلماء، وبصفة خاصة عند الحنفية^(١).

أما عند المالكية فتجوز الشركة بالعروض إذا كانت مقدمة من أحدهما أو كانا مشتركين فيها. وفي هذه الحالة يتم تقويم العروض حسب قيمتها في السوق يوم العقد^(٢). كما أن هناك رواية أخرى عند الإمام أحمد: أن كلاً من الشركة والمضاربة تجوز بالعروض، بحيث يجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع، قال: جائز، فظاهر هذا صحة الشركة بها^(٣).

والحيلة عند الشافعية والحنفية في حالة لو كان من أحدهم دراهم والآخر عروض، أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقاضا، ويخلطاً جميعاً حتى تصير الدراهم والعروض بينهما، ثم يعقدان عليهما عقد الشركة^(٤).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير: ١٥٨/٨؛ الكاساني، مرجع سابق، ص ٣٥٣٩؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٢٠٨/٢؛ الشوكاني، نيل الأوطار: ٢٦٥/٥.

(٢) القاضي عبد الوهاب، الإشراف: ٦٠٣؛ الدردير، الشرح الصغير: ٤٦٠/٣.

(٣) ابن قدامة، المغني: ١٣/٥.

(٤) النووي، الروضة: ٢٧٧/٤؛ الكاساني، نفس المرجع السابق، ص ٣٥٣٨.

والأصل عند المذاهب الأربعة هو ضرورة كون رأس المال عيناً حاضراً لا ديناً، ولا مالاً غائباً، ولا في الذمة. إلا أنَّ هناك اختلاف عند المالكية - حكاه اللخمي - بشأن الشركة بمالين حاضر وغائب، فأجازها مالك وابن القاسم، ومنعه سحنون على أصله أنها مبايعة^(١).

ومن ناحية أخرى: فإنه وفقاً لرأي الجمهور من كل من الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية: لا يشترط في عقد شركة العنان المساواة بين الشركاء في المال. فيجوز أن يكون نصيب أحد الشركاء أكثر من الآخرين^(٢).

ولا يشترط عند الحنابلة الخلط بين المالين، سواء قبل التصرف أو بعده. بشرط إحضاره وقت التعاقد. ولا يشترط أن يكون بعد ذلك بأيدي الشركاء، لأنها عقد على التصرف كالوكالة، ولأن مورد العقد على العمل والمال تبع. وما يتلف من الشركاء قبل الخلط فهو من ضمان الجميع طالما وقع التلف بعد العقد^(٣)، في حين يشترط عند الشافعية خلط المالين قبل التصرف، فإذا هلك أحدهما قبل الخلط كان من ضمان صاحبه.

أما عند المالكية فيشترط اشتراك الشريكين من التصرف في المال. فلا تصح الشركة عندهم إذا انفرد كل واحد بمال نفسه من غير أن يكون يد الآخر عليه، حتى يكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في تابوتها أو حانوتها، أو على يد وكيلهما، فتصح حينئذ الشركة. واشترط يد كل من الشريكين على المالين يفوق عندهم ما يتيح شرط الخلط قبل التصرف الذي تشترطه الشافعية. إلا أنهم في نفس الوقت يشترطون أنه إذا تلف مال أحدهما قبل الخلط فضمانه قاصر على صاحبه^(٤).

(١) الكاساني، البدائع: ٣٥٤٠/٧؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٢٠٨/٢؛ النووي، الروضة: ٢٧٧/٤؛ القرافي: الذخيرة: ٢٧/٨.

(٢) ابن قدامة، المغني: ١٥/٥؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٧؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٣١٣/٤؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج: ٢١٤/٢.

(٣) البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٢٠٩/٢.

(٤) الدردير، الشرح الصغير: ٤٦٢/٣.

أما عند الحنفية فتصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما في يده، إذا عينا المال وأحضره^(١).

٢- أنواع التصرفات المسموح بها في شركة العنان:

لأن شركة العنان مبنية على الوكالة، فيجوز لكل من الشريكين البيع والشراء، بإذن الشريك الآخر، بأموال الشركة جميعاً مساومة، ومراحة، وتولية، ومواضعة، وكيف رأى المصلحة، سواء بالنقد أو نسيئة، لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة، قلّ الثمن أو أكثر، إلا بما لا يتغابن الناس في مثله، فهو غير معفو عنه. فإن فعل أحدهما ذلك، كان الشراء في حق الشريك الآخر باطلاً. فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها، وإن عين له جنساً، أو نوعاً، أو بلداً تصرف فيها دون غيره. وهذا الرأي تتفق عليه المذاهب الفقهية الأربعة.

وله أن يودع وأن يبيع لأن ذلك من عادة التجار. ولكل منهما أن يرهن بالدين الذي عليهما، أو بالدين الذي لهما. وله أن يقبض المبيع، والثن، ويقبضهما. ويخاصم في الدين، ويطالب به، ويحيل، ويحتال، ويرد بالعيب فيما وليه هو، وفيما ولي صاحبه. وله أن يستأجر من رأس مال الشركة، ويؤجر؛ لأن المنافع أجريت مجرى العيان، فصار كالشراء والبيع، والمطالبة لهما وعليهما؛ لأن حقوق العقد لا تختص العاقد. ولكل منهما أن يوكل شخصاً، وأن يعزل الوكيل الذي وكله صاحبه^(٢).

وليس للشريك أن يقرض ولا يحايي، لأنه تبرع، وليس له أن يخلط مال الشركة بماله، ولا مال غيره، لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال، وليس ذلك من التجارة المأذون فيها. وليس له أن يحط من ثمن المبيع ابتداء، ولا أن يسقط ديناً، وإلا لزم في حقه، لأنه من جنس التبرع. وليس له المشاركة في شركات

(١) الكاساني، البدائع، نفس المرجع السابق، ص ٣٥٤٠.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير: ١٦٩/٨؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٧؛ ابن

قدامة: ١٦/٥؛ الكاساني، البدائع: ٣٥٥٨/٧.

أخرى أو الدخول في مضاربة، إلا بإذن شريكه الآخر. كما ليس له أن يستدين على مال الشركة إلا بإذن خاص، فإن فعل ذلك بدون إذن، فله ربح ما استدان له، وعليه وضيعته. وليس له أن يشتري نساء إلا أن يكون عنده ما يكفي من النقد للسداد. أما إذا لم يكن عنده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى، أو اضطر إلى الاستدانة، فالشراء عليه، وضمانه عليه. وليس له أن يسافر بمال الشركة، وإلا ضمن نصيب شريكه. فإن قال له: اعمل برأيك، جاز له أن يفعل كل ما يتعلق بالتجارة، أما التمليك بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق فليس له فعله^(١).

ويكره مشاركة اليهودي والنصراني إلا إذا كان المسلم هو الذي بيده زمام الأمر. وممن كره ذلك ابن عباس، وهو قول الحسن وعطاء ومالك وأحمد. وكره الشافعي ذلك مطلقاً^(٢).

٣- المسؤولية عن إدارة الشركة:

ويجوز عند كل من الحنابلة والحنفية، وفي وجه عند الشافعية، أن يكون أحدهما مسؤولاً عن إدارة الشركة بالكامل بتفويض من الآخر. وينبغي ذلك عند الحنابلة والحنفية، على جواز الجمع عندهم بين شركة العنان وشركة المضاربة في آن واحد. ولا يعني هذا انتفاء حق سائر الشركاء - في حالة تعددهم - في مساءلة الشريك الذي سيتولى الإدارة عن تصرفاته في أموال الشركة. كما لا يعني أيضاً سلب حقهم في الاشتراك في تحديد الخطوط العريضة للنشاط المقرر القيام به؛ لأن التفويض الذي سيحصل عليه منهم هو نوع من أنواع الوكالة التي تسع حقوق الموكل فيها لكل هذه الأبعاد وغيرها^(٣).

أما عند الشافعية: فالقول الراجح عندهم في هذا الشأن هو المنع. لأن

(١) ابن قدامة، المغني: ١٦/٥ - ١٨؛ الشريبي الخطيب، مغني المحتاج: ٢/٢١٥؛ الكاساني: البدائع: ٧/٣٥٦٠.

(٢) ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم: ٢/٢٠.

(٣) ابن قدامة، المغني: ٥/٢٣؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٢/٢١٠؛ الكاساني، البدائع: ٧/٣٥٤٥.

العمل عندهم ليس له عوض . وإنما للشريك صاحب العمل : أن يرجع على الآخر بأجر المثل ، لعدم جواز الجمع بين الأجر المحدد بمبلغ مقطوع وبين الربح كنسبة شائعة، منعاً من قطع الشركة ؛ إلا أن الشافعية لهم وجه ثان مرجوح ، يجيز انفراد أحد الشريكين بالإدارة . وينبغي على كل من الحقيقتين التاليتين :

(أ) إذا شرط أن ينفرد أحدهما بالتجارة جاز ، وكانت هذه شركة مضاربة بالبدن ؛ لأنه إذا فرض أنهما اشترطا التفاضل في رأس المال مع التساوي في الربح ، فإن هذا الشرط رغم ضعفه ، إلا أنه لا يوجب بطلان الإذن بالتصرف . فإذا كان ثلث المال لأحد الشريكين ، وثلاثه للآخر ، فشرط أن يكون الربح بينهما نصفين على أن ينفرد بالتجارة صاحب الثلث وحده ، جاز ؛ لأن العامل يأخذ الثلث بملكه ، وتمام النصف بعمله ، وخرجت الشركة بذلك إلى حكم الشركة مع المضاربة .

(ب) أن التصرف في ملك الغير بحق النيابة ، إنما يكون وكالة ، والوكالة لا تصح إلا بلفظ صريح ، فإذا أذن الأول للثاني في التصرف ، بينما لم يأذن الثاني للأول ، فيكون للثاني (للمأذون له) أن يتصرف في جميع المال على حسب عموم الإذن وخصوصه ، أما الثاني فلا يصح تصرفه في هذه الحالة ، إلا في قدر نصيبه^(١) .

٤ - توزيع الربح :

يتعين أن يتم توزيع الربح بين الشريكين على أساس نسبة شائعة ومعلنة بينهما ، بحيث يعرف كل شريك النسبة المخصصة له . أما إذا أطلقا النسبة ولم يذكر الربح ، كان بينهما على قدر المالين .

ولا يجوز عند الشافعية والمالكية اختصاص أحد الشركاء بحصة من الربح أكبر من حصته في رأس المال الموزع بينهم ، وإن اشترطا ذلك فسد العقد . ويعني ذلك ضمناً تساوي كل منهما في رأس المال والعمل . أما إذا تساويا في رأس

(١) الرافعي ، العزيز شرح الوجيز : ١٩٦/٥ ؛ الماوردي ، الحاوي الكبير : ١٦٢/٨ ، ١٦٩ ؛ النووي ، الروضة : ٢٨٤/٤ .

المال، مع تفاضل أحدهما في العمل، فيرجع صاحب النصيب الأكبر من العمل بأجرة المثل على شريكه في مقابل ما عمل به في ماله، بعقد منفصل. إلا أنه يجوز عند المالكية أن يتبرع أحد الشريكين لصاحبه بعد العقد بشيء من الربح أو العمل. كما له كذلك أن يهبه، أو يسلفه شيئاً بعد العقد^(١).

أما عند الحنابلة والحنفية فيجوز تساوي جميع الشركاء في الربح، أو أن يختلفوا فيه بينهم حسب الشرط الذي اتفقوا عليه؛ لأن العمل مما يستحق به الربح عندهم، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع تساوي رأس مال كل منهما، لاختلاف حجم العمل بينهما. ويفسر ذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر. ويشترط في هذه الحالة أنه إذا شرطا العمل على الذي له فضل في نسبة الربح، جاز، والربح بينهما على الشرط، فيستحق ربح رأس ماله بماله، والفضل بعمله. أما إذا شرطاه على أقلهما ربحاً لم يجز، لأن الذي شرطا له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان؛ والربح لا يستحق عندهم إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة.

٥ - استحقاق الربح:

يحكم استحقاق الربح عند العلماء أصلاً متفق عليهما؛ وقد أشار إليهما العلماء بصفة خاصة في عقد المضاربة، دون عقد الشركة، إلا أنه يمكن القياس عليهما في حالة الشركة؛ لأن ما ينطبق على عقد المضاربة يمكن تطبيقه على عقد الشركة، لاتحاد جنس المشاركة في كليهما. وهذان الأصلان هما:

أ - أن الربح وقاية لرأس المال: فلو حدثت خسارة فإنها تجبر بالربح المتحقق في فترات لاحقة أو سابقة، ما أمكن ذلك؛ إلا أن يقبض المال صاحبه، ثم يردده ويقول: اعمل به ثانية، فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الأول. وكذلك الحال لو لم يسحب صاحب المال رأس ماله بعد خسارة بنسبة معينة،

(١) الماوردي، مرجع سابق، ص ١٥٧؛ النووي، الروضة: ٤/٢٨٤؛ ابن المنذر: الإشراف: ١٧/٢؛ ابن جزى، مرجع سابق، ص ١٨٧؛ القرافي، الذخيرة: ٨/٥٢؛ الدردير، الشرح الصغير: ٣/٤٦٨، ٤٦٩.

وتحاسباً على ذلك، ثم عنَّ له أن يستمر في المضاربة (بعد المحاسبة)، فإن أرى ربح يتحقق بعد ذلك يوزع بالكامل بين الطرفين حسب ما اتفقا، ولا تجبر به الخسارة المتحققة خلال الفترة السابقة.

ب - أن العامل لا يملك حق التصرف في نصيبه من الربح إلا بعد نضُّ المال: فتتفق المذاهب الأربعة على أنه لا يحق لعامل المضاربة التصرف في الربح إلا بعد نضُّ المال والتقاسم وردَّ رأس المال، لأن الربح وقاية لرأس المال كما ذكرنا. ورغم ذلك اختلفوا فيما بينهم بشأن: هل يملك العامل نصيبه فور الظهور أم يملكه بالقسمة بعد نضُّ المال؟ قالت الشافعية في القول الأظهر عندهم، والمالكية في المشهور: إن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور، لأنه لو ملك به لكان شريكاً في المال، ولأن سبب الاستحقاق العمل، فلا يستحق نصيبه إلا بعده^(١)، وقالت الحنفية: إنما يظهر الربح بالقسمة، وشرط جواز القسمة قبض رأس المال، فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال. وإذا اقتسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال، ثم هلك رأس المال في يد المضارب؛ فإن القسمة الأولى لا تصح، وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله، وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفي رب المال رأس ماله.

أما الحنابلة فإنهم يرون أن العامل يملك حصته في الربح بالظهور لا بالقسمة، لأنه في قدرته المطالبة بها في أي وقت. إلا أن ملكه على حصته غير مستقر حتى يتم التحاسب ونض المال. فلو وقعت خسارة قبل المحاسبة جبرت بالربح المحقق قبل أو بعد ذلك، حيث يظل ما قبضه العامل من ربح كدين عليه لصاحب رأس المال حتى يستوفي رأسماله ويقبضه^(٢).

٦ - توزيع الخسارة:

أما الخسارة فتوزع على الشركاء بنسبة رأس مال كل شريك إلى إجمالي

(١) الرملي، نهاية المحتاج: ٨٩/٥؛ القرافي، الذخيرة: ٢٣٦/٦.

(٢) ابن قدامة، المغني: ٤١/٥؛ الكاساني، البدائع: ٣٦٥٢/٨.

رأس المال؛ لأن هذا تقتضيه أصول الشركة، ومبدأ العُثم بالغُرم، وعملاً بالأثر الذي أورده بعض علماء الحنفية عن علي رضي الله عنه^(١)، بأن الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر رأس المال. وفضلاً عن هذا فإن علماء الأمة قد تلقوه بالقبول، حيث لم يبتين لي أي اختلاف عليه في الرأي بينهم في جميع المذاهب. فلو اشترط الشريكان التفاوت بينهما في الخسران، فالشرط يلغو ويتوزع الخسران على قدر رأس المال.

فيقول الشربيني الخطيب من الشافعية: «والربح والخسران على قدر المالكين باعتبار القيمة، لا الأجزاء، شرطاً ذلك أو لا، تساويًا - أي: الشريكان - في العمل، أو تفاوتاً فيه؛ لأن ذلك ثمرتهما، فكان على قدرهما، كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فتنتجت. فإن شرطاً خلافه، بأن شرطاً التساوي في الربح والخسران مع التفاضل في المالكين، أو التفاضل في الربح والخسران مع التساوي في المالكين، فسد العقد، لأنه مخالف لموضوع الشركة»^(٢).

ويقول ابن المنذر في مسألة شريكين أخرج أحدهما ألف درهم، وأخرج الآخر ألفي درهم، واشترط أن الربح والوضيعة عليهما شطران. قال: «اختلفوا في المسألة، فكان الشعبي يقول: الربح على ما اصطلحا عليه. والوضيعة على المال. وقال أصحاب الرأي، وأبو ثور: هذه شركة فاسدة لا يجوز أن يكون على صاحب الألف من الوضيعة أكثر من رأس ماله».

ويقول العلامة عليش من المالكية: «والربح في مال الشركة والخسر فيه يقسم بين الشريكين بقدر أصل المالكين المشترك بهما، وجوباً، تساويًا أو لا، وتفسد الشركة بشرط - أي: اشتراط - التفاوت، أي: قسمة الربح والخسر بغير قدر المالكين في عقدها»^(٣).

(١) انظر على سبيل المثال: ابن الهمام، شرح فتح القدير: ١٦٥/٦. والحديث قال عنه الزيلعي في (نصب الراية): غريب جداً: ٤٧٥/٤؛ وقال عنه ابن حجر في (الدرية): لم أجده: ١٤٤/٢.

(٢) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: ٢١٥/٢.

(٣) العلامة الشيخ محمد عليش، شرح منح الجليل: ٢٩٥/٣.

ويقول ابن قدامة: «الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان مالهما متساوياً في القدر، فالخسران بينهما بالنصف، وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً. لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم»^(١).

ويقول العلامة الكاساني من الحنفية: «الوضيعة على قدر المالين متساوياً ومتفاضلاً، لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال»^(٢).

ولكن يبقى سؤال هام: هل تعتبر مسؤولية كل شريك محدودة في قيمة حصته فقط التي أسهم بها في رأس مال الشركة؟ أم أنها غير محدودة، وتمتد إلى جميع أمواله الخاصة، سواء الحاضر منها أو ما قد يدخل منها في وعاء التفليس فيما بعد إعلان إفلاسه؟

نقول وبالله التوفيق: إن الفقهاء لم يذكروا شيئاً يتعلق بهذه المسألة صراحة في كتبهم، وإنما يمكن استخلاصه بطريقة غير مباشرة، من واقع النصوص الخاصة بالسماح للشركاء بالتصرف في أموال الشركة بالاستدانة أو الاقتراض، أو الشراء نساء (إن لم يكن لدى الشريك نقد حاضر أو مثلي من جنس الثمن يكفي لمواجهة السداد بعد ذلك). فمراجعة تلك النصوص (البند ٣)، سيلاحظ أنها تفيد أن الأصل في الإذن الممنوح لكل شريك، بموجب عقد الشركة، أنه لا يبيح له القيام بمثل هذه التصرفات. أما إذا قال كل منهما للآخر: اعمل برأيك. ففي هذه الحالة فقط يستطيع كل شريك القيام بكافة هذه الأنشطة. ويستوي الأمر في ذلك بالنسبة لحالة كل من شركة العنان وشركة المضاربة، بدون استثناء.

ومن ذلك يمكن الاستنتاج، بأنه إذا اقتصر العقد بين الشريكين على الحالة العامة التي لا يؤذن فيها بالاستدانة أو الشراء بالنساء، أو الاقتراض على أموال الشركة، فإن تلك الأموال تكون محصورة فقط في قدر رأس المال. ولا يمكن، في هذه الحالة، تصور زيادة ديون الشركة أو خسائرها عن هذا القدر. وبالتالي

(١) ابن المنذر، الإشراف: ١٧/٢؛ النووي، الروضة: ٢٨٤/٤؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٢١٠/٢؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير: ١٦٥/٦؛ القرافي، الذخيرة: ٥٢/٨؛ ابن قدامة: المغني: ٢٧/٥.

(٢) البدائع: ٣٥٤٥/٨.

تصبح مسؤولية كل شريك محدودة فقط في قدر حصته في رأس المال .

أما في الحالة الثانية، وهي التي يأذن فيها كل شريك للآخر بالاستدانة أو الاقتراض أو الشراء بالنساء، على أموال الشركة، فإنه يمكن في هذه الحالة تصور زيادة الديون أو الخسائر التي تواجه الشركة عن مقدار رأس المال في أي وقت من الأوقات . وبالتالي تخضع مسؤولية كل شريك تجاه حصته من تلك الديون والخسائر للقواعد الشرعية العامة التي تحكم حقوق الدائن العادي في أموال المدين . فيعتبر كل شريك مسؤولاً ومسؤولية غير محدودة في جميع أمواله الشخصية عن حصته في الديون أو الخسائر التي تواجه الشركة . فإذا أعلن الشريكان عدم قدرتهما على السداد فإنه يحجر عليهما . وتقسم أموالهما المذكورة (سواء في الشركة أو في خارجها) على الدائنين قسمة غراماً .

٧- فساد ضمان الشريك لحصه شريكه :

لا يجوز ضمان أحد الشريكين لحصه الشريك الآخر في حالة عدم التعدي . كما لا يجوز اشتراط دراهم مسماة من الربح لأحدهما، لما يترتب على ذلك من قطع الشركة .

ويعلق على هذا القول الإمام ابن عابدين في الحاشية بقوله : «وبيان القطع أن اشتراط عشرة دراهم مثلاً من الربح لأحدهما يستلزم اشتراط جميع الربح له على تقدير ألا يظهر ربح إلا العشرة، والشركة تقتضي الاشتراك في الربح، وذلك يقطعها فتخرج إلى القرض»^(١) .

ويقول الإمام ابن قدامة الحنبلي : «ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم . وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً، وعشرة دراهم، بطلت الشركة»^(٢) .

ويقول الإمام الماوردي من الشافعية : «أما اليد الأمينة، فيد الوكيل،

(١) الحاشية: ٣١٦/٤ .

(٢) المغني: ٢٨/٥ .

والمضارب، والشريك، والمودع، والمستأجر، والمرتهن . . فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا»^(١).

ويقول الإمام السرخسي الحنفي أيضاً في الشركة: «وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه، واشتراط الضمان على الأمين باطل. ألا ترى أن في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضعية على المضارب»^(٢).

ويقول الإمام القرافي من المالكية: «يد كل واحد من الشريكين يد أمانة فيما يدعيه من تلف أو خسران ما لم يظهر كذبه، لأن كل واحد وكيل للآخر»^(٣).

٨- عقد الشركة جائز غير لازم (فسخ العقد):

وعقد الشركة عند جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة من العقود الجائزة، فيجوز لكل واحد من الشريكين فسخ العقد متى شاء. فإذا اتفقا على فسخ الشركة، انعزل كل منهما، ومعنى ذلك: أن الإذن بالتصرف قد بطل بينهما. إلا أنه يصح تصرف كل منهما في نصيبه. أما عند المالكية، فالأمر فيه خلاف بينهم؛ فمنهم من يقول بلزوم العقد، ومنهم من يعتبره غير ملزم، ومنهم من يفصل في الأمر حسب شكل رأس المال^(٤).

ورغم أن العقد عند الحنفية يعتبر جائزاً؛ فإنه يشترط لنفاذ الفسخ أن يكون بحضرة شريكه، أي: بعلمه. فإذا فسخ أحدهما العقد في غياب صاحبه، وعلم الثاني بالفسخ، جاز، وإلا فلا^(٥). وعند الحنابلة يقول ابن قدامة: «وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول، فلم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه، وللعازل التصرف في الجميع؛ لأن المعزول لم يرجع عن إذنه، هذا إذا كان المال ناضاً. وإن كان عرضاً، فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد: أنه لا ينعزل بالعزل،

(١) الإمام الماوردي، الحاوي الكبير: ١٩١/٨.

(٢) المبسوط: ١٥٧/١١.

(٣) الفروق: ٦٦/٨.

(٤) القرافي، الذخيرة: ٥١-٥٠/٨.

(٥) الكاساني، البدائع: ٣٥٧٩/٧.

وله التصرف حتى ينض المال، كالمضارب إذا عزله رب المال. وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال^(١).

كما يفسخ العقد بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه. فإن لم يكن هناك دين ولا وصية، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة، إن كان رشيداً.

وإذا كان للشريكين بعد فسخ الشركة ديون معلقة من مال الشركة في ذمم شتى. فقال البعض: يجوز اقتسامهما، إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه، بحيث يأخذ حصته فيها. لقول ابن عباس: «لا بأس أن يتخارج أهل الميراث من الدين بعضهم من بعض». وأهم القائلين بهذا الرأي: الحسن البصري، وإسحاق بن راهويه، وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهم الله جميعاً.

ولا يجوز ذلك في المذهب عند كل من الحنابلة والشافعية والحنفية والمالكية، إلا بمراعاة قواعد الصرف، وبيع الدين. وعلى سبيل المثال، يقول الإمام الماوردي: إذا اقتسم الشريكان في الديون، وأخذ كل واحد منهما بحصته فيها، كانت قسمة باطلة؛ لأن القسمة تصح في الأعيان دون الذمم. ويقول القرافي: «وتمتع مصالحة الشريك شريكه بدنانير على دنانير ودراهم وفلوس وعروض بينهما، لأنه صرف ما في الذمة وبيع»^(٢).

٩- اشتراط توقيت عقد الشركة:

لم يذكر الفقهاء شيئاً حول توقيت عقد شركة العنان. ومضمون كلامهم عن جواز العقد وعدم لزومه، يمكن حمله ضمناً على أن الأصل هو استدامة العقد، وعدم جواز توقيته، إلا أن يرغب أي من الطرفين التخارج في أي وقت، فله ذلك بالشروط المبينة عند كل مذهب. فالمقصد الأساسي من الشركة إذاً هو استدامة

(١) ابن قدامة، المغني: ١٨/٥.

(٢) الماوردي، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ القرافي، الذخيرة: ٣٥٠/٥؛ البهوتي، مرجع سابق، ص ٢١٠، ٢١٢؛ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم: ٢٠/٢؛ الكاساني: ٣٥٨٠/٧.

العمل لتحقيق الثمرة منها، وهي جلب الريح للطرفين . وهذا لا يتعارض مع حقيقة أن لكل من الشريكين الحق في فسخ العقد، والتخارج في أي وقت .

إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم بشأن صحة توقيت عقد المضاربة . فذهب الشافعية إلى عدم جواز التوقيت إلى أجل محدد أو إلى مدة معلومة لا يفسخها قبلها، لأنه بذلك يكون منافياً لمقصود عقد المضاربة، وبصفة خاصة في حق عامل المضاربة، وهو الاستدامة لتحقيق الريح . بالإضافة إلى أن المضاربة من العقود الجائزة كعقد الوكالة وهو متضمنٌ لمعناها . أما عند المالكية فعقد المضاربة لازم بعد البدء فيه^(١) .

أما الحنفية والحنابلة فقد ذهبوا إلى جواز توقيت عقد المضاربة . يقول الإمام ابن قدامة: «ولنا: أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع . فجاز توقيته في الزمان، كالوكالة» . ويقول الإمام الكاساني: «ولنا أن المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت»^(٢) .

* * *

(١) انظر الشيخ محمد عlish، شرح منح الجليل: ٣/٦٧٠؛ النووي، الروضة: ١٢١/٥ .

(٢) ابن قدامة، المغني: ٥/٥٠؛ الكاساني، البدائع: ٣٦٣٣/٨ .

الجزء الثاني

الشركات الحديثة وما يتعلق بها من أحكام

يقصد بالشركات الحديثة، تلك التي استحدثت في العصر الحالي، وبالتالي لم تخضع أحكامها لرأي فقهاء الشريعة الإسلامية الأولين، من أي مذهب من المذاهب الفقهية بصفة عامة.

تعريف الشركة في القانون:

عرفت المادة (٥٠٥) من القانون المدني في جمهورية مصر العربية (الشركة) بأنها: عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

وفي جمهورية مصر العربية قسم رجال القانون الشركات، إلى: شركات تجارية، وشركات مدنية. واعتبر الفیصل الأساسي للفرقة بين هذين النوعين، هو طبيعة الغرض الرئيس الذي أنشئت الشركة من أجله. وقد حدد القانون التجاري أنواعاً معينة تختص بها الشركات التجارية، من أهمها: شراء البضائع والسلع لأجل بيعها أو تأجيرها، وعقود الأنشطة المتعلقة بالمصنوعات والتجارة، والنقل البري والبحري، وعقود التوريد، ومعاملات المصارف. فإذا دخل الغرض الرئيس المحدد للشركة في إطار هذه الأهداف اعتبرت الشركة تجارية، أما إذا خرج الغرض الرئيس عن هذه الأهداف، اعتبرت الشركة مدنية. ومن أهم المجالات التي تختص بها الشركات المدنية، مجال النشاط الزراعي، وأعمال المقاولات الإنشائية والمباني^(١).

وتأخذ الشركات التجارية أشكالاً مختلفة، وفقاً للدور الذي تلعبه شخصية

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: ٢٩٠/٥.

الشريك . فإذا كان لشخصية الشريك دور أساسي في تكوين الشركة ، أطلق عليها شركات أشخاص . أما إذا لم يكن لشخصية الشريك دور في تكوين الشركة ؛ فيطلق عليها حينئذ شركات أموال . أما إذا جمعت الشركة بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال ، فيطلق عليها شركات ذات طبيعة مختلطة^(١) .

أما أهم الفروق بين الشركات التجارية والشركات المدنية ، فتتلخص في الآتي :

● يتعين على الشركات التجارية الالتزام بإجراءات معينة تستهدف إثبات نشأتها ونشاطها تجاه الغير ، وتوفير قدر كافٍ من الشفافية للمتعاملين معها ، كضرورة قيدها في السجل التجاري ، وإشهار إفلاسها في حالة تعثرها عن سداد ديونها ، وإسائها بدفاتر وسجلات منتظمة . أما الشركات المدنية فلا يلزمها القانون بذلك .

● يعتبر الشركاء في شركات الأموال ، والشركاء غير المتضامنين في الشركات الشخصية التجارية ، كشركة التضامن والتوصية بالأسهم ، مسؤولين مسؤولية محدودة تجاه الدائنين ، بقدر حصصهم التي يسهمون بها في الشركة فقط . أما الشركاء في الشركات المدنية ، فهم مسؤولون مسؤولية شخصية وتضامنية بينهم جميعاً في جميع أموالهم أمام الدائنين .

● تختلف عادة فترة التقادم في المطالبة بالحقوق والديون الخاصة بالمتعاملين مع الشركة حسب نوعها . ففي الشركات التجارية تتقادم الدعاوى الخاصة بالحقوق بعد خمس سنوات من تاريخ انحلال الشركة ، بينما تتقادم الدعاوى الخاصة بالشركات المدنية بعد خمس عشرة سنة .

وحسب التوجهات الخاصة بمجمع الفقه الموقر ، فإن هذا البحث سيستعرض باختصار أهم الأحكام القانونية الخاصة بالشركات التجارية ، بعد تقسيمها إلى شركات أموال (أعمال) ، وشركات أشخاص ، وشركات مختلطة . ثم التعليق على هذه الأحكام من وجهة النظر الشرعية ، وبصفة خاصة على ضوء

(١) د . فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية ، ص ٢٣ .

الأحكام الخاصة بشركة العنان السابق استعراضها في الجزء الأول . وفقاً للتفصيل التالي :

أولاً: شركات الأشخاص:

وهذه الشركات تقوم في الغالب على الطابع الشخصي بين الشركاء ، بحيث يكون لشخصية الشريك اعتبار في الشركة . فإذا تخارج الشريك أو مات أو أفلس ، ترتب على ذلك فسخ الشركة . كما أن أنصبة الشركاء وحصصهم في رأس المال لا يسمح بتداولها بين الناس إلا بموافقة الشركاء الآخرين جميعاً . أما إدارة الشركة فيتولاها مدير ، يتم اختياره في الغالب من بين الشركاء .

وفيما يلي أهم هذا النوع من الشركات :

١ - شركة التضامن :

هي اتفاق بين شخصين أو أكثر بقصد الاتجار ؛ على أن يقتسموا رأس المال بينهم ، ويكونون مسؤولين مسؤولية شخصية وتضامنية في جميع أموالهم الخاصة أمام الدائنين . وهي تقوم بصفة أساسية على المعرفة الشخصية بين الشركاء^(١) .

وهذه الشركة تتفق مع شركة المفاوضة ، في جوانبها الإيجابية ، وتخالفها في سلبياتها . فالتزام الشركاء في تعاملهم يرتبط برأس مال الشركة فقط ، ولا يدخل فيها تبعاً كل ما قد يدخل في ملكية الشركاء من أموال أو إرث أو لقطة . . . إلخ ، كما هو مشروط في عقد شركة المفاوضة . وهي بهذا الشكل تعتبر جائزة من الناحية الشرعية ، وفقاً لرأي جمهور الفقهاء من كل من المالكية والحنفية والحنابلة .

٢ - شركة التوصية البسيطة :

تتضمن هذه الشركة نوعين من الشركاء . يتكون النوع الأول من شركاء متضامين ومسؤولين مسؤولية تضامنية (تكافلية) غير محدودة ، في جميع أموالهم تجاه ديون الشركة ، وهؤلاء الشركاء هم المسؤولون عن إدارة الشركة ،

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط : ٢٩٣ / ٥ .

ومواجهة كافة شؤونها تجاه الغير . أما النوع الثاني فيسمون شركاء موصون، وهم مسؤولون مسؤولية محدودة، عن ديون الشركة، فلا يلتزمون بها، إلا في حدود ما أسهموا به في رأس المال. كما أنهم لا يتدخلون في إدارة الشركة^(١). وهذا العقد يشابه عقد شركة المضاربة المندمج مع عقد المفاوضة.

وفي هذه الحالة، إذا فرض أن زادت ديون الشركة أو خسائرها في أي وقت من الأوقات عن مقدار رأس المال، فسيترتب على ذلك تفرقة في المعاملة بين الشركاء فيما يتعلق بتوزيع الخسائر؛ فالشركاء الموصون لن يتحمل كل منهم من الخسائر، إلا بقدر حصته في رأس المال. أما ما يفرض عن ذلك، فسيضطر النوع الثاني من الشركاء (المتضامنون)، إلى تحمله بالكامل. وهذا يعني زيادة نصيب كل منهم من الخسائر عن نصيب قرنائهم من الشركاء الموصين؛ وهذا الوضع يفسد الشركة، لتعارضه مع مقتضى الحكم الذي اتفق عليه الفقهاء من جميع المذاهب، بأن توزيع الخسائر، لا يتم إلا بقدر حصة كل شريك في رأس المال^(٢). ونورد فيما يلي، على سبيل المثال، قول كل من الكاساني الحنفية، وعليش من المالكية في هذا الشأن:

فيقول العلامة الكاساني: «والوضيعة على قدر المالين متساوياً ومتفاضلاً، لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال، فيتقدر بقدر المال»^(٣).

ويقول العلامة عليش: «والريح في مال الشركة والخسر فيه يقسم بين الشريكين بقدر أصل المالين المشترك بهما، وجوباً، تساويًا أو لا. وتفسد الشركة بشرط - أي: اشتراط - التفاوت، أي: قسمة الربح والخسر بغير قدر المالين في عقدها»^(٤).

والحل المقترح بالنسبة لهذا النوع من الشركات، هو فرض المسؤولية غير المحدودة على جميع الشركاء بدون استثناء، تجاه الديون، والخسائر التي قد

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق نفسه.

(٢) راجع أقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة حول هذه النقطة، ص ٤٤٢ من هذا البحث.

(٣) البدائع: ٣٥٤٥/٨.

(٤) شرح منح الجليل: ٢٩٥/٣.

تواجهها الشركة . وسيأتي تفصيل آخر بشأن المسؤولية غير المحدودة في الفقرات التالية .

٣- شركة المحاصصة :

وهي شركة تقوم بطريقة مستترة بين الشركاء وحدهم، ولا تخضع لإجراءات الشهر القانوني، ولا تكون شركة في حق الغير . وهي تتكون من عدد قليل من الشركاء يتوافر بينهم الثقة الكاملة، وقد يقوم كل شريك بالتصرف بصفته الشخصية في حصته، أو يقوم الشركاء جميعاً بتقديم حصصهم إلى الشريك المحاصص، الذي يسمى المدير المحاصص، لاستثمارها في العمل الذي أسست الشركة من أجله، وهذا هو الغالب الذي يجري العمل عليه في الحياة العملية، ويحظر على الشركاء في هذه الشركة تداول حصصهم في السوق، بغير موافقة جميع الشركاء أو الغالبية المتفق عليها في عقد الشركة.

وإذا تعامل أي من الشركاء مع الغير، فهو يتعامل باسمه ومسؤولاً أمامهم وحده، دون غيره من الشركاء الآخرين؛ فلا يحق للغير رفع دعوى مباشرة على سائر الشركاء الآخرين من أجل تصرفات المدير . كما لا يحق للشركاء الآخرين رفع دعوى على الغير لعدم ارتباطهم من الأصل به في إطار علاقات قانونية . ولا يكون لهذه الشركة اسم، ولا سجل تجاري، ولا جنسية، ولا عنوان، وبالتالي لا يثبت لها شخصية اعتبارية في حكم القانون . وفي النهاية يقسم الشركاء الربح والخسارة بينهم حسب النتائج التي تحققت^(١).

والرأي بالنسبة لهذا النوع من العقود، يستلزم التفرقة بين الأساس الذي يحكم العلاقات التعاقدية بين الشركاء، وبين ما يحكم العلاقات التعاقدية بين الشركة والغير . فالإطار العام الذي تقوم عليه العلاقات بين الشركاء أنفسهم، يتشابه إلى حد كبير مع شركة المضاربة الشرعية، أو شركة العنان . فإذا افترضنا أن الشركاء سيتعاقدون فيما بينهم، على أساس توكيل أحدهم لتحقيق الأهداف التي يطمعون في تحقيقها، من خلال عقد المضاربة . فإن الشركة في هذه الحالة تصبح

(١) د . فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ص ٢٦٥ .

قائمة، ويصبح التعاقد صحيحاً من الناحية الشرعية، وناهداً ومرتباً لآثاره المختلفة، سواء أكان ذلك بين الشركاء بعضهم مع البعض، أم كان فيما بينهم وبين الغير، على أساس القواعد التي تحكم عقد المضاربة .

أما فيما يتعلق بأن الشركة تعمل بدون اسم أو تسجيل، أو شخصية اعتبارية؛ فهذا كله رغم أنه غير مندوب شرعاً، لما قد يترتب عليه في عصرنا الحالي من عدم توثيق الحقوق، وعدم ضمان قدر كافٍ من الحماية ضد التلاعب . إلا أنه لا يؤثر على صحة التعاقد من الناحية الشرعية، ولا على ترتب آثاره فيما بين الأطراف المتعاقدة . شريطة أن يصدر الإيجاب والقبول في التعاقد بين الشركاء بالطريقة المعتمدة شرعاً، وبما يتفق مع الشروط التي اتفق عليها الفقهاء، حتى ولو كان ذلك بمجرد اللفظ .

وأما فيما يتعلق بأن مدير الشركة، يتعامل مع الغير باسمه فقط، دون الإعلان عن الشركة، فهذا نوع من التدليس على الغير، وله أبعاده الخاصة به، ولكنه لا يؤثر على حقيقة أن الشركة قائمة بالفعل .

وأخيراً إذا لم يكن الاتفاق بين الشركاء في شركة المحاصة مستنداً إلى عقد محدد، فيصبح الإطار الذي يتعاملون من خلاله فاسداً، لانعدام الأساس الشرعي الذي يمكن الاحتكام إليه عند ظهور أي نزاع أو مشكلة من المشكلات .

ثانياً: شركات الأموال (الأعمال):

١ - الشركات المساهمة :

هي شركات تقوم على اعتبار الأموال المساهمة في المشروع وليس على الاعتبار الشخصي للمؤسسين؛ حيث يتكون كل منها من رأس مال ضخم، يقسم إلى عدد كبير من الأسهم، المتساوية في قيمتها الاسمية؛ حيث يتم تداول هذه الأسهم في سوق رأس المال . ولا يكون لشخصية المساهم اعتبار بقدر ما يكون لمقدرة الشركة من تجميع الأموال المطلوبة للبدء في تنفيذ المشروع، التي أسست من أجله . ولهذا السبب فإن هذه الشركات لا تنقضي بوفاة أحد المساهمين أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه . وتعتبر الشركة المساهمة النموذج البارز لشركات الأموال في عصرنا الحالي، نتيجة انتشار العمل بها بشكل لم يسبق له

مثيل، في جميع أنحاء العالم. وسيأتي في الصفحات التالية بيان أكثر تفصيلاً عن هذه الشركة، والأحكام الشرعية المتعلقة بها^(١).

٢ - الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

هذه الشركة تتشابه في بعض الخصائص التي تختص بها شركات الأشخاص في حين تختلف عنها في البعض الآخر، لتتشابه فيه مع شركات الأموال؛ فهي تتشابه مع شركات الأشخاص في أنه يشترط ألا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً، ولا يقل عن اثنين. وتسمى أنصبة الشركاء فيها حصصاً وليس أسهماً، ولا يجوز تداولها في السوق إلا بإعلان الرغبة عن التنازل إلى الشركاء لاستردادها.

أما تشابهها مع شركات الأموال، فلأن مسؤولية جميع الشركاء فيها تجاه ديون الشركة، مسؤولية محدودة تقتصر فقط على حصصهم في رأس المال. كما أن وفاة أحد الشركاء لا يؤثر على استمرار الشركة، إذ يمكن انتقال حصته إلى الورثة. وحيث أن يكون لهم الخيار؛ إما الاستمرار في الشركة، أو التخرج منها^(٢)

أما الحكم الشرعي على هذه الشركة فهو مطابق للحكم الذي سيرد بمزيد من التفصيل بعد ذلك عن الشركات المساهمة.

ثالثاً: الشركات ذات الطبيعة المختلطة:

هذه الشركات لها سمات معينة، تجمع بين خصائص كل من شركات الأموال، وشركات الأشخاص، والمتواجد منها:

شركة التوصية بالأسهم:

وهذه الشركة تشابه إلى حد كبير شركة التوصية البسيطة، من حيث إنها تجمع بين فئتين من الشركاء:

الأولى: الشركاء المتضامنون؛ وهم الذين يديرون الشركة، وهم

(١) محمد علوان، الشركات المساهمة في التشريع المصري: ٣٠/١.

(٢) د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ص ٢٣١.

مسؤولون مسؤولية تضامنية في أموالهم، عن جميع ديون الشركة.

والثانية: الشركاء الموصون؛ وتتكون حصصهم من عدد من الأسهم القابلة للتداول، كما هو الحال في الشركات المساهمة، وتتحدد مسؤوليتهم بقدر ما أسهموا به في رأس المال فقط.

وتنطبق على هذه الشركة نفس الأحكام السابق الإشارة إليها في حالة شركات التوصية البسيطة؛ فهي لا تجوز شرعاً، إلا إذا تساوت المسؤولية بين جميع الشركاء في تحمل الخسائر على أساس المسؤولية غير المحدودة، على النحو السابق ذكره.

* * *

الجزء الثالث

مواثمة أحكام الشركات المساهمة

بالأحكام الشرعية (مقارنة بشركات العنان)

كما سبقت الإشارة إليه، فإن الشركات المساهمة تعتبر النموذج الشائع لشركات الأموال. ويرجع ذلك إلى طبيعة تكوين هذه الشركات، إذ تتكون من مساهمين متعددين يجمع بينهم هدفين: الهدف الأول: هو إنشاء المشروع المنتظر القيام به. والهدف الثاني هو التكاثر من أجل توفير الحجم المطلوب من رأس المال. ولقد نظم قانون الشركات التجارية في مصر رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م نوعين من الشركات المساهمة، أحدهما عام، وهو الشركات التي طرح أسهمها للاكتتاب العام، والآخر خاص، وهو الشركات التي يكتب في أسهمها المؤسسون فقط دون طرح أسهمها على الجمهور للاكتتاب العام.

السمات العامة للشركات المساهمة وأهم ميزاتها:

من السمات العامة التي تختص بها الشركات المساهمة، أن رأس مالها موزع على عدد كبير من الأسهم، تبلغ قيمة كل سهم منها مبلغاً ضئيلاً نسبياً من النقود. كما أن مسؤولية جميع الشركاء فيها تجاه الديون والخسائر التي قد تواجه الشركة، محدودة بقيمة الأسهم التي يمتلكها كل شريك، مثلها في ذلك مثل الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

أما الميزات التي تتيحها الشركة المساهمة بصفة عامة، سواء على مستوى الأفراد، أو الشركات، أو الدولة ككل، فهي كما يلي:

- ١ - انخفاض قيمة السهم نتيجة توزيع رأس المال المطلوب على أعداد كبيرة جداً من الأسهم، بما يتماشى مع قدرات الأفراد من محدودى الدخل.
- ٢ - التمكن من تعبئة أحجام كبيرة من رؤوس الأموال، بما يلزم لإنشاء المشروعات الصناعية والتجارية الضخمة التي استحدثت في عصرنا الحالي.

٣ - أن الشركة المساهمة قائمة على مبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء . وهذا المبدأ يتيح نوعاً من الطمأنينة في قلوب صغار المساهمين ، لعدم تعرضهم للمسؤولية بدرجة كبيرة ، في حال مواجهة الشركة لأزمات طاحنة .

٤ - أن الأصل في الأسهم هو قابليتها للتداول في أسواق رأس المال . وهذه السمة تتيح للمساهم فرصة التخلص من أسهمه في أي وقت ، والحصول على رأس ماله ، دون الحاجة إلى الانتظار إلى وقت تصفية الشركة .

٥ - أنها تتيح لكل من المدّخر والمستثمر إدارة محافظ مدخراتهم بالتنقل بين الفرص الاستثمارية المختلفة التي تتيحها المشروعات ، سعياً وراء تعظيم الربح والعائد .

٦ - لا يخفى أن جميع العوامل السابقة ، تتيح ميزة أخرى على المستوى القومي ، وهي حث الأفراد على زيادة الادخار ، بما يساعد على دفع عجلة النمو الاقتصادي في البلاد .

مواءمة الأحكام الخاصة بالشركات المساهمة للشريعة:

فيما يلي بعض الأبعاد التحليلية التي تعكس رأي الشرع في الأحكام القانونية للشركات المساهمة ، ومدى إمكانية توافقها مع الشريعة :

البعد الأول : تقسيم رأس المال إلى حصص :

إن مسألة تقسيم رأس مال الشركة إلى حصص متساوية في شكل أسهم يمكن تداولها في سوق رأس المال تعتبر بلا شك موائمة لمقصود العقد ولا تتنافى معه . فإصدار أسهم الشركات - وبصفة خاصة المساهمة - بهذا الشكل هو عرف مطّرد جرت عليه العادة بين الناس من التجار ورجال الأعمال منذ زمن بعيد ، ولا يعارضه دليل شرعي من الكتاب أو من سنة الرسول ﷺ . وحيث إن العرف يعتبر أصلاً من أصول الاستدلال ، فإن إصدار الأسهم بهذا الشكل يأتي متمشياً مع آراء جميع الفقهاء فيما يتعلق بإنشاء عقود جديدة ، أو اشتراط شروط مستحدثة . بل إن لفظي (السهم) و (الحصّة) جرى استخدامهما في كثير من المسائل الشرعية التي تعرض لها الفقهاء منذ زمن بعيد .

الثاني : شراء سهم من الشركة :

يتضح من الأحكام الشرعية الأخرى الخاصة بشركات العنان، أن معظمها قابل للتطبيق على الشركات المساهمة الحديثة؛ فعلى سبيل المثال: يعتبر شراء أي شخص لسهم من هذه الأسهم، كتعاقد بينه وبين باقي الشركاء على امتلاك حصة على المشاع في إجمالي قيمة الأصول التي تمتلكها الشركة، وكذا في الاحتياطات والأرباح المتراكمة التي كونتها خلال فترة نشاطها بعد مزولتها للنشاط الذي أنشئت من أجله.

الثالث : التخارج واستمرار عقد الشركة :

يلاحظ من الأحكام الخاصة بشركات العنان، أن التخارج معناه فسخ العقد. كما أن من أحد شروطها الأساسية، شرط الاستمرار، مع التحرز بقدر المستطاع من خلط أموال جديدة بالأموال القديمة التي بدأ بها النشاط، منعاً للتغابن بين الشركاء القدامى والجدد أثناء فترة النشاط. ويتصور استمرار ذلك حتى ينضّ المال ويتم تقويم حصص الشركاء في هذه الشركة.

ومع مراعاة ما تمليه الطبيعة الخاصة والمستحدثة للشركات المساهمة، من أن عدد المساهمين فيها كبير، بالمقارنة بالعدد المفترض في شركات العنان الموروثة. فإنه يقترح ألا يترتب على تخارج أي شريك من الشركاء، انفساخ عقد الشركة نفسها. وإنما يسمح بتخارج الشريك، بفسخ عقده بصفة فردية، وفقاً للطرق التالية:

- استرداد الشريك لأمواله من الشركة مباشرة؛ إذا لم يترتب على ذلك ضرر على سائر الشركاء الآخرين، وتوافرت السيولة اللازمة لذلك. مع خفض قيمة رأس المال في حينه.

- إحلال شريك آخر محل الشريك المتخارج، ببيع الشريك لأسهمه في رأس المال إلى شريك جديد بالقيمة السوقية (بشرط أن يكون ذلك عن طريق الشركة).

- شراء الشركة لأسهم الشريك المتخارج وفقاً للقيمة السوقية، وتخصيصها

للشركاء القدامى بشرط موافقة سائر الشركاء على ذلك، منعاً من وقوع أي ضرر عليهم.

- الانتظار إلى التصفية النهائية للشركة، والتخارج مع باقي الشركاء في النهاية.

وهكذا، يتصور بقاء رأس مال الشركة الذي اكتتب فيه مع بداية حياتها العملية دون مساس، إلى حين انتهاء الأجل الافتراضي للشركة ونض رأس المال نضاً فعلياً. أو إلى حين الاتفاق بين الشركاء جميعاً على فسخها لأي سبب من الأسباب.

ومن هذا المنطلق فإن تقسيم رأس مال الشركات المساهمة إلى حصص أو أسهم تكون قابلة للتداول بين الناس في الأسواق المالية، ويغدو متمشياً مع طبيعة عمل الشركات المساهمة، ويحقق أهدافها. وذلك لأنه يسهل عملية خروج ودخول شركاء جدد في الشركة دون المساس برأس المال الأصلي أو تعرضه للخلط بأموال جديدة.

الرابع: تحديد أجل للشركة:

لا مانع من تحديد أجل طويل المدى لفترة نشاط الشركة المساهمة وفقاً للطبيعة المستمرة السابق الإشارة إليها في شركة العنان. ولا شك أن ذلك يسهل عملية تداول أسهم الشركات المساهمة، من حيث إمكان تحديد فترة طويلة الأجل مسبقاً بحيث يكتمل خلالها النشاط الأصلي للشركة.

الخامس: زيادة رأس المال:

في حالة إذا رأت إدارة الشركة ضرورة زيادة رأس المال الحالي لمقابلة حاجات ملحة، كالرغبة في التوسع في حجم النشاط، أو مقابلة انخفاض في حجم السيولة، بالشكل الذي تصب فيه زيادة رأس المال المصرح به أمراً ملحاً وهاماً، فإن ذلك يتطلب مراعاة بعدين على جانب كبير من الأهمية، هما:

١ - إن دخول أموال جديدة في الوعاء المالي للشركة بعد بدء النشاط، قد يؤدي إلى غبن للشركاء القدامى في حالة إذا كان نشاط الشركة مزدهراً، وتراكت

على أثره احتياطات تخصُّ هؤلاء الشركاء . لذلك يتعين في هذه الحالة إصدار الأسهم الجديدة بعلاوة إصدار تتسق في قيمتها مع حجم الاحتياطات المتراكمة بالفعل، وتضاف إليها، بما يمنع هذا الغبن . والحكم بالنسبة لهذه العلاوة هو أنها لا تتعارض مع أي أصل من الأصول الشرعية الخاصة بأحكام شركات العنان السابق الإشارة إليها، بل إنه يتعيّن العمل بهذه العلاوة دفعاً لمفسدة الغبن المشار إليها؛ وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وعلى العكس من ذلك، في حالة وجود خسائر محققة، يجب على الشركة الإعلان عن هذه الخسائر، والامتناع عن إصدار أسهم جديدة، منعاً من وقوع الغبن على الشركاء الجدد .

٢ - أن دخول الأموال الجديدة في وعاء الشركة، قد يترتب عليه غرر للشركاء الجدد إذا كان المركز المالي للشركة متخماً بالديون؛ كما هو واضح وضوحاً جلياً في حالة الشركات والمؤسسات المالية والمصرفية . وحيث إن كل إسهام جديد في وعاء الشركة، هو بمثابة شراء حصة شائعة في الأصول القائمة في المركز المالي، لذلك يتعيّن في هذه الحالة مراعاة قواعد بيع الدين . وسيأتي تفصيل آخر في الفقرات القادمة بشأن هذا الموضوع .

السادس: ضمان الشركة لقيمة الأسهم:

سبقَت الإشارة إلى أنه لا يجوز ضمان أحد الشريكين لحصة الشريك الآخر في حالة عدم التعدي، كما لا يجوز اشتراط دراهم مسماة من الربح لأحدهما، لما يترتب على ذلك من قطع الشركة . كما أن ذلك قد يجر إلى بيع العينة، والتعامل بالربا . وما ينطبق على أحد الشريكين تجاه الشريك الآخر، ينطبق أيضاً على سائر الشركاء في إطار الشركة، تجاه أحد الشركاء الجدد . وسيأتي مزيد من التفصيل عن هذا الموضوع في الجزء الرابع، فيما يتعلق بعقد الشركة المتناقصة^(١) .

السابع: حق الأولوية:

في نطاق التعامل في أسواق الأوراق المالية، قد تطلق عبارة (حق

(١) انظر أقوال الفقهاء من مختلف المذاهب حول هذا الموضوع، ص ٤٤٣ من البحث .

الأولوية) على نوعين من التعامل :

النوع الأول: يقصد به تخصيص الإصدارات الجديدة من الأسهم التي تصدرها الشركات، للمساهمين القدامى . أو إعطاؤهم الأولوية في اقتناء تلك الأسهم، قبل أي مساهم جديد. فقد ترغب بعض الشركات في زيادة رأس مالها، فتصدر أسهماً جديدة مشروطة بأن تكون أولوية الشراء للمساهمين الحاليين؛ وذلك كميزة لهم، أو تحاشياً من دخول مساهمين جدد إلى الشركة . وهذا الإجراء لا حرج عليه من الناحية الشرعية، لأنه يعتبر نوعاً من أنواع التنظيم الداخلي للشركة، وبالتالي يخضع لنظامها الأساسي . ومن المعلوم أن القرار النهائي في هذا الشأن يرجع إلى المساهمين الأصليين أنفسهم، طالما أن عملية البيع والشراء تتم وفقاً للأحكام والقواعد الشرعية، ولا تصطدم بأي مخالفة شرعية .

النوع الثاني: ويقصد به إصدار أسهم ممتازة، يكون لحامليها أولوية استرداد أموالهم عند التصفية، أو الأولوية في تحصيل الأرباح، أو الأولوية في التصويت . وكل هذا لا يجوز شرعاً . والسبب في ذلك أن أولوية استرداد الأموال، تتنافى مع قاعدة توزيع الخسائر، التي اتفق الفقهاء على أن تكون بين جميع الشركاء حسب حصة كل منهم في رأس المال . فيتميز بذلك بعض الشركاء، على حساب البعض الآخر، بما قد يؤدي إلى حرمان البعض من استرداد حصته نهائياً . وكذلك الحال بالنسبة لأولوية الحصول على الأرباح، لما قد يترتب عليه من قطع الشركة، وعدم حصول البعض على أي نصيب منها . ونفس الشيء يقال بالنسبة لتمييز بعض المساهمين بحق الأولوية في التصويت، دون البعض الآخر . لما يؤديه ذلك من احتكار للسلطة، وتركز اتخاذ القرارات في أيدي عدد قليل من المساهمين، مع حرمان الباقي منها .

الثامن: مبدأ المسؤولية المحدودة في الشركات المساهمة :

لقد أشرت في الفقرات السابقة إلى أن من أهم المبادئ المطبقة في الشركات المساهمة، مبدأ المسؤولية المحدودة للشركاء . حيث تتحدد مسؤولية كل شريك في الديون والخسائر التي قد تواجه الشركة في أي وقت من الأوقات، في قيمة الأسهم التي شارك بها في رأس المال، ولا تتعدى هذا القدر بأي حال من الأحوال .

وباستعراض الأحكام الفقهية المختلفة الخاصة بشركة العنان، وبصفة خاصة ما يختص منها بكيفية توزيع الخسائر بين الشركاء^(١)، يتضح أن فكرة تحديد مسؤولية الشركاء في الشركات التي ورد ذكرها في كتب الفقه ترتبط بعامل أساسي، وهو اشتراط الشركاء عدم التعامل مع الغير بالاستدانة، سواء بالاقراض، أو بالشراء بالنَّساء عن طريق الدين بما يزيد عن قيمة رأس مال الشركة^(٢). وهذا الشرط أصل من الأصول التي يقوم عليها عقد الشركة.

وبناء على ذلك، يمكن توضيح صفة المسؤولية المتعلقة بدمم الشركاء، فيما يختص بديون الشركة، على النحو التالي:

أ- إذا اشترط الشركاء في الشركات المساهمة عدم التعامل بالاستدانة من الغير بأكثر من قيمة رأس المال؛ فإن مسؤولياتهم عن ديون الشركة تكون محدودة بطريقة تلقائية، ولا تعدى في هذه الحالة قيمة حصصهم رأس المال، بأي حال من الأحوال.

ب- إذا اشترط الشركاء التعامل بالاستدانة، أو الاقراض، أو الشراء بالنَّساء زيادة على رأس مال الشركة؛ فإن القاعدة التي تحكم تعاملهم مع الغير في هذه الحالة، هي نفس القاعدة العامة التي تحكم تصرفات المدين العادي تجاه دائنيه. إذ تمتد في هذه الحالة مسؤوليتهم عن ديون الشركة إلى جميع أموالهم الخاصة، سواء الحاضرة، أم المتوقع تحصيلها في القريب العاجل بدون استثناء.

ومن ناحية أخرى: فقد تعمّدت الإشارة إلى أهم المزايا التي يتيحها مبدأ المسؤولية المحدودة بالنسبة لنشاط الشركات المساهمة بصفة عامة. ومن أهم ذلك أنها تضيي نوعاً من الأمان لصغار المدخرين، حيث تشجعهم على الادخار دون تحمل تبعه الخسائر والتقلبات الضخمة التي قد تتعرض لها هذه الشركات،

(١) ص ٤٤١-٤٤٤ من هذا البحث.

(٢) وهذا يعني أن ما قد يقوم به الشركاء من استدانة مؤقتة لمواجهة نقص مؤقت في السيولة، بما لا يزيد عن حجم رأس المال المتاح لهم، فهو مقبول، وجائز، ولا يحتاج حصول الشريك على إذن خاص من شريكه الآخر على ذلك. (انظر: ابن قدامة، المغني: ١٠/٥).

كما يحدث في جميع الأسواق العالمية . إلا أن هناك مفاصد محتملة ناتجة بصفة أساسية عن تطبيق فكرة المسؤولية المحدودة على الشركاء في الخسائر والديون التي قد تنبئى بها الشركات ، وهي كالتالي :

١ - وقوع غرر بصفة دائمة على فئة الدائنين المتعاملين مع الشركات . والسبب في ذلك هو أن تحديد مسؤولية الشركاء بما لا يزيد عن قدر حصتهم في رأس المال ، مع السماح في نفس الوقت للشركة بالاستدانة من الغير أو الاقتراض بما يزيد عن قيمة رأس المال ، يعني احتمال وقوع ضرر عند التعاقد ، بصفة دائمة ، بالألا يسترد الدائنون أموالهم - أو على الأقل جزءاً منها - التي أقرضوها للشركة . وهذا الوضع ينطوي على غرر كبير للدائنين ، يتنافى مع المقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية ، التي ترفض الظلم ، والخيانة في التعامل . ومن المعروف أن وجود الغرر يفسد العقد تلقائياً ، حتى لو كان معلناً ومتفقاً عليه من قبل ، أو وقع بتراضٍ ضمنى بين المتعاقدين ، أو منصوباً عليه صراحةً في العقد .

٢ - تمادي فئة المدراء في زيادة نسبة الديون والقروض التي تحملها الشركة إلى إجمالي حجم الأموال المستثمرة (رأس المال + الاحتياطيات + الديون) ، وهو ما يسمى بالرافعة . والسبب في ذلك هو رغبة هذه الفئة في توفير جزء من الأرباح التي قد تضطر الشركة إلى توزيعها على المساهمين الجدد في ظل ارتفاع معدل العائد على الأسهم عادة بالمقارنة بمعدل العائد المدفوع على الديون (كديون المرابحة مثلاً) . فضلاً عن تقليل عدد الأصوات المؤثرة في القرارات الإدارية ، ومنع مزيد من التدخل في السلطة ، وهو الذي يحدث غالباً نتيجة تفضيل زيادة عدد المساهمين ، بدلاً من الالتجاء إلى القروض أو المدابنة .

٣ - ميل معظم المساهمين إلى عدم الاهتمام بتطور الأحوال الإدارية والمالية للشركة بصفة عامة ، نتيجة محدودية مسؤوليتهم ، وتضاؤل نيتهم للمشاركة الفعالة .

٤ - عدم تحديد المسؤولية ، يشجع فئات معينة من المساهمين على الدخول في عمليات مضاربة غير مشروعة على أسعار الأسهم ، سعياً وراء تحقيق أرباح سهلة ، بدلاً من الاهتمام بمتابعة نشاط الشركة ، والتأكد من كفاءة أدائها .

٥ - إن عدم تحديد المسؤولية للشركاء، يشجع على انتشار ظاهرة التركيز العائلي للملكية؛ وهي ظاهرة سلبية انتشرت في كثير من الشركات المساهمة في مختلف دول العالم؛ حيث تتركز أعداد كبيرة من الأسهم في أيدي عدد قليل جداً من المساهمين القادرين، أو في أيدي أقاربهم أو معارفهم؛ بما يؤدي إلى احتكار عملية اتخاذ القرارات في تلك الشركات، وانحسارها في عدد قليل جداً من الأفراد في كل شركة من هذه الشركات.

وعلى العكس من ذلك، فإن الأخذ باقتراح المسؤولية غير المحدودة يترتب عليه عدد من المصالح المعتبرة، كما يمكن تذييل جميع الصعوبات التي قد تواجه هذا الاقتراح، ومن ذلك:

١ - أنه يوافق الرأي الذي اتفق عليه العلماء من مختلف المذاهب الفقهية، بالنسبة لهذا الموضوع، وعدم الخروج عنه.

٢ - عدم تركُّز أعداد كبيرة من الأسهم في أيدي عدد قليل من فئة كبار المساهمين؛ لأن حرص أي مساهم من هذه الفئة على تجميع مزيد من الأسهم في يده، سيترتب عليه زيادة المخاطرة عليه نتيجة تحمله بقدر كبير من الخسائر، في حال وقوعها. ولا شك أن هذا يؤدي إلى إجحام هؤلاء عن اقتناء مزيد من الأسهم وتملكها.

٣ - حثُّ فئة المؤسسين وأعضاء مجالس الإدارات على زيادة الحرص وتوخي الدقة في إدارة أعمال الشركات التابعين لها.

٤ - أنه يحارب حالات عدم الأمانة والخيانة، من جانب بعض الشركاء، خاصة في عصرنا الحالي الذي تعددت فيه أسباب الانحراف، والبعد عن الدين. وبالتالي يعالج أسباب الفساد، وضياع الأموال، وهو أحد المقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية الغراء.

٥ - أنه يحث المدراء على عدم التماذي في زيادة حجم الديون على الشركة، بما ينأى بها عن احتمالات الفشل والعسر المالي.

٦ - أن الأخذ بمبدأ المسؤولية غير المحدودة، وتحمل صغار المساهمين

الخسائر بمقدار قد يزيد قليلاً عن قيمة الأسهم التي يمتلكونها، لا يتوقع معه إجماعهم عن التعامل في الأسهم (بيعاً وشراءً). لأنه في حالة وقوع خسائر للشركة، سيظل القدر الذي يخصهم منها مقيداً في جميع الأحوال بنسبة حصصهم إلى إجمالي رأس المال، وهي نسبة ضئيلة من الأصل. وجليد بالذكر أنه يمكن التخفيف من الأعباء التي قد يتحملها المساهم الفرد، بأن تشترط السلطات الحكومية ضرورة الاكتتاب في حد أدنى معتبر من رأس المال لأي شركة جديدة تريد البدء في نشاطها الاستثماري، بحيث يختلف هذا الحد مع اختلاف طبيعة نشاط الشركة، ونسبة المخاطرة في هذا النوع من النشاط. كما يمكن من ناحية أخرى فرض حد أعلى لعدد الأسهم التي يمتلكها كل فرد، بحيث تتوزع المخاطر على أكبر عدد ممكن من المساهمين.

٧- أن الأخذ بمبدأ المسؤولية غير المحدودة لن يؤثر على باقي المزايا التي تحققها الشركات المساهمة، لعدم ارتباط تلك المزايا، بموضوع المسؤولية المحدودة من الأصل. فيمكن استمرار تداول الأسهم في أسواق رأس المال بطريقة عادية، بعد إضافة شرط بسيط جداً، وهو أن يتم تسجيل عملية الشراء الجديدة لأي سهم عن طريق الشركة، وهو شرط يتم تطبيقه في كثير من الشركات المساهمة في عصرنا الحالي. وجليد بالذكر أن هذا الشرط يتوافق مع أحد الشروط الهامة التي اشترطها الفقهاء في شركة العنان، وهو معرفة كافة الشركاء بعضهم لبعض. ومن ناحية أخرى فإن قدرة الشركات على تعبئة أحجام كبيرة من رؤوس الأموال ستظل كما هي دون تغيير، وكذلك تستمر القدرة على التخلص من السهم بالبيع في أي وقت في السوق.

وباستعراض كل من المصالح والمفاسد التي قد تترتب على قرار تحديد مسؤولية المساهم في تغطية ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال، فإنني أرجح العمل بالرأي القائل بتطبيق مبدأ المسؤولية غير المحدودة، على جميع المساهمين بدون استثناء. وذلك تغيلاً للمصالح التي أرى أنها معتبرة، من كل من الناحيتين الشرعية والعملية.

التاسع: شهادة حق التملك:

جرت العادة أن تصدر الشركات أسهمها للمتعاملين معها، إما بأمر

الشخص المساهم، وباسمه، أو لحامله. وفي هذه الحالة الثانية، تكون شخصية المساهم غير معلومة لدى الشركة. كما تكون ملكية الحصّة الشائعة في أصول الشركة، قابلة للتداول بين الناس جميعاً في السوق المالية.

وأخذاً في الاعتبار لكافة الاعتبارات التي تم مناقشتها بالتفصيل في البند السابق (التاسع)، بخصوص عدم جواز تحديد مسؤولية الشركاء في الديون والخسائر التي قد تواجه الشركة؛ مع ضرورة تعرف الشركاء على شخصية كل مساهم جديد في الشركة. وهو الرأي الذي يتفق مع ما هو معمول به في كل من المذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة. فإنني أرى ضرورة أن يكون إصدار السهم - الذي يمثل شهادة حق تملك حصّة في أصول الشركة - بأمر الشخص المساهم، وعدم جواز إصداره لحامله.

العاشر: مشكلة غلبة الديون على المراكز المالية للبنوك:

لا شك أن تخصص المؤسسات المالية، وفي مقدمتها البنوك الإسلامية، في نشاط منح الائتمان (الديون) من خلال الأدوات المختلفة للبيع الآجل، كبيع المرابحة، والمشاركة المتناقصة، والإجارة المنتهية بالتملك، والاستصناع، والتورق؛ والاعتماد على ذلك بصفة أساسية لتحقيق الربح؛ قد ترتب عليه تراكم حجم كبير من أرصدة الديون في المراكز المالية لهذه المؤسسات. وزاد من حدة هذا التراكم، استخدام البنوك لأساليب القبض الحكمي بشكل عام على جميع أنواع السلع، بدلاً من محاولة قبضها قبضاً حقيقياً، كما هو مشروط في عقود البيع الخاصة بأنواع كثيرة من السلع. وأصبح الشكل الشائع لجميع المراكز المالية الخاص بالبنوك الإسلامية، خلوها من أي نوع من أنواع السلع الحقيقية. في حين بلغ متوسط حجم أرصدة الديون المستحقة على العملاء المستثمرين ما بين (٧٠ - ٩٠٪) من إجمالي حجم تلك المراكز على مستوى جميع البنوك الإسلامية. وهكذا أصبحت البنوك الإسلامية نموذجاً معبراً عن المشكلة التي أشار إليها قرار المجمع سالف الذكر.

فكل شراء جديد لصك أو سهم من الأسهم التي يصدرها أي بنك من هذه البنوك، وكذا كل إبداع جديد فيه، يعتبر حصّة شائعة في الأصول التي يمتلكها

ذلك البنك، والمعلنة في مركزه المالي (الميزانية) في تاريخ عملية البيع. وحيث إن النسبة الغالبة من تلك الأصول (٧٠ - ٩٠٪)، تمثل في أي وقت من الأوقات ديوناً معلقة على عملاء البنك من المستثمرين، نتيجة عقود البيع الآجلة التي تبرمها البنوك معهم، فهي بطبيعتها غير مؤكدة السداد أو الوجود في تاريخ الشراء. كما أن شراء أسهم من البنك بواسطة أشخاص من غير فئة المستثمرين المستفيدين من التسهيلات الائتمانية للبنك، يعتبر بيع دين لغير من هو عليه الدين؛ لذلك يغدو تداول تلك الأسهم في أسواق رأس المال بالبيع والشراء، فاسداً وغير جائز باتفاق المذاهب الأربعة^(١)، والسبب في ذلك هو الغرر الموجود في عقد البيع. وكما سبقت الإشارة إليه، فإن طبيعة الغرر في العقود تختلف عن طبيعة وقوع الغبن فيها، لأن الغرر يبطل العقد بداية، سواء رضي كل من الطرفين أم لم يرضيا.

أ- مناقشة الحلول والمعايير المقترحة لمشكلة غلبة الديون:

لقد حاول عدد من العلماء الأفاضل إيجاد مبررات وحلول علمية لمشكلة غلبة حجم الديون على إجمالي حجم الأرصدة الأخرى التي تكاد تنحصر في بعض المباني وبعض الإسهامات في شركات محدودة. وقد عرض الموضوع في عدد من الندوات المتتالية، كان آخرها ندوة الطائف التي نظمتها أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار بتاريخ (١٢/٥/١٤٢٢هـ)، بعنوان: (تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونفود). وفيما يلي عرض مختصر لأهم الحلول والآراء التي ناقشتها هذه الندوة:

● إن المعيار الواجب أخذه في الاعتبار بالنسبة للحكم بجواز أو عدم جواز تداول الأسهم والصكوك التي تصدرها البنوك الإسلامية وصناديق الاستثمار، هو

(١) انظر القول الخاص بالحنفية (الكاساني، البدائع: ١٤٨/٥)؛ وعند الحنابلة (ابن قدامة، المغني: ٢٢٥/٤). أما بالنسبة لرأي كل من المالكية والشافعية، فرغم أن المالكية، في القول الراجح في المذهب، والشافعية، في أحد قولين عندهم، يجوزون بيع الدين، إلا أنهم يشترطون لذلك شروطاً معينة (التناجز في القبض في حالة تماثل نوع المبيع مع الثمن مع كونهما من جنس الأثمان)، يصعب تحقيقها في حالة أنشطة البنوك الإسلامية، بما يحال معه الحكم بالجواز. (انظر على سبيل المثال: الشيخ الدردير، الشرح الصغير: ٩٨/٣ - ١٠٠؛ والنووي، المجموع: ٢٦٤/٩).

معيار القلة والكثرة . فإذا كان حجم الديون والنقود في الأسهم قليلاً، كان وجودها الضمني مغتفراً، والعكس صحيح . ما لم تكن الديون والنقود تابعة للأعيان والمنافع والحقوق، وفقاً للمعيار التالي . أما حد القلة والكثرة فيترك لتقدير الخبراء، وأهل العرف (د. نزيه حماد).

● إن المعيار الواجب الاعتداد به هو الشيء المقصود أصالة من بيع تلك الأسهم؛ فإذا كان المقصود هو أصولاً عينية ومنافع متقومة، كان تداول الأسهم جائزاً . أما إذا كانت النقود والديون في وعاء الشركة أو الصندوق مقصودة أصالة، كما إذا كان وعاء الصندوق مشتملاً على ديون ومرايحات بنسبة (٨٠٪)، وأصول عينية بنسبة (٢٠٪)، فلا شك في هذه الحالة في عدم جواز التداول . (د. نزيه حماد، د. محيي الدين القره داغي). والمعياران معاً: «الأول والثاني»، يمثلان في رأيي الأساس السليم للتعرف على أبعاد هذه المشكلة .

● إن العبرة في الحكم على قابلية أو عدم قابلية السهم للتداول، هي نشاط الشركة وإنتاجها، ومن ثم الحصول على أرباحها . أما الديون والنقود فهي تابعة غير مقصودة، لا ينظر إلى الأحكام الخاصة بها . (رأي سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ في فتوى له تختص بتداول أسهم الشركات الإنتاجية والخدمية، كشركات الأسمنت، وغيرها . . . إلخ).

● إن العبرة في التداول هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية التي يشتمل عليها الصندوق أو الشركة، مهما بلغت نسبة هذه الأعيان (قليلة أو كثيرة) . وأن السهم أو الحصة المباعة من الشركة يجب أن تشتمل على كافة أنواع الأصول كوحدة متكاملة لا تتجزأ . فالنقود والديون هي جزء من الوعاء المشترك، ولا يمكن إيقاع العقود عليها وحدها . فالفصل والتمييز بينها في حالة الاختلاط ينافي مقتضى الشركة، وإذا حصل الفصل فإنه ينهاها عن طريق القسمة وإزالة الشبوح بالتقويم للموجودات واختصاص كل شريك بما يقع الاتفاق على اختصاصه به . لذلك يجب عدم التفرقة بين الأصول التي يشتمل عليها السهم المتداول (د. عبد الستار أبو غدة).

● إنه يجوز التعامل بأسهم البنوك والشركات وصناديق الاستثمار بناء على جواز تخارج أحد الشركاء من الشركة؛ حيث لم يثر القائلون بجواز التخارج

موضوع اشتغال التركة على ديون أو نقود، ونسبة هذه إلى بقية عناصر الشركة من الأعيان والمنافع. (د. عبد الستار أبو غدة، د. حسين حامد حسان).

وتستند معظم الأقوال السابقة على بعض الأحاديث الواردة عن الرسول ﷺ، وبعض القواعد الفقهية الواردة حول موضوع التبعية.

فمن أهم الأحاديث المستند إليها في هذا الموضوع:

● ما رواه البخاري: عن سالم بن عبد الله، عن أبيه رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ ابْتِاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تَوَابَرَ، فَتَمَرَّتْهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُتَبَاعُ. وَمَنْ ابْتِاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُتَبَاعُ»^(١).

ومن القواعد الفقهية:

- التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصير مقصوداً^(٢).
- يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع^(٣).
- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام. واستثنى منها السيوطي حالات، منها حالة: لو كان الحرام مستهلكاً أو قريباً منه^(٤).
- المغلوب في حكم المستهلك، سواء كان الغالب من جنسه أو من خلاف جنسه^(٥).

ب- أما الرد على هذه الاقتراحات والحلول سالفه الذكر، فنعرضه باختصار في الآتي:

● إن المطلع على المراكز المالية للبنوك الإسلامية على مدى الخمسة

(١) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي.

(٢) الزركشي، المنشور: ١/١٢٨.

(٣) السيوطي، ص ١٣٠.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٢١.

(٥) السرخسي، المبسوط: ٨/١٤٨.

والعشرين عاماً الماضية، سيلاحظ بطريقة واضحة وتلقائية، أن نسبة حجم أرصدة الديون والنقود إلى إجمالي حجم ميزانية أي بنك من هذه البنوك، تكاد لا تختلف ولا تتغير كثيراً في أي سنة من السنين طوال هذه الفترة، لتبلغ في المتوسط ما لا يقل عن (٧٠ - ٩٠٪). أما الأرصدة المتبقية فتتعلق ببعض الإسهامات القليلة والمباني والمنشآت التابعة للبنك. ولا عجب في ذلك إذا علم أن جميع الأدوات التمويلية التي تستخدمها تلك البنوك تمثل عمليات تسهيلات ائتمانية عن طريق البيع للأمر بالشراء، سواء كان ذلك من خلال عمليات المرابحة، أو المشاركة المتناقصة، أو الإجارة المنتهية بالتملك، أو التورق، أو الاستصناع من البنك لعملائه. أما السلع العينية نفسها، فإنها لا تدخل مبانى البنك من الأصل. لذلك فإنه وفقاً للقاعدة المعروفة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، وقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»^(١)، فالمشاهد والمتعارف على ثبوته بطريقة قطعية لدى جميع المراقبين المصرفيين، أن البند الغالب والمستحوذ على نسبة الأكثرية على أرصدة البنوك الإسلامية طوال فترة حياتها السابقة، من واقع كافة مراكزها المالية المعلنة (سواء سنوية أو نصف سنوية أو حتى ربع سنوية)، هو بند الديون. وما عُرِفَ ثبوته فالأصل بقاءه. أما من يدعي خلاف ذلك فعليه إثبات ما يدعيه بالدليل.

ويترب على ذلك أنه لو طبقت قاعدة التبعية، وقاعدة المقصود بالأصالة، على حالة البنوك الإسلامية، فلا مفر من الوصول في النهاية إلى نتيجة حتمية، وهي أن أرصدة الديون مضافاً إليها النقدية، هي التي يجب الاعتداد بها كأصل متبوع ومقصود في حد ذاته، وأن سائر الأرصدة الأخرى هي أصول تابعة. كما أنه لو طبقت قاعدة الأكثرية والقلة وفقاً لرأي د. نزيه حماد، فلا شك أيضاً أن بند الديون والنقود هو الذي سترجح كفته.

● من الواضح تماماً أن الفتوى التي أصدرها سماحة الشيخ مفتي الديار السعودية، تختص بشركات إنتاجية يغلب على أصولها الجانب السلعي أو الخدمي، كبضاعة أول المدة، والبضاعة المشتراة أثناء العام، وبضاعة آخر

(١) السيوطي، ص ٥٦.

المدة، وبضاعة الأمانة... إلخ. أما أرصدة الديون فتأتي كبند تابع، وصغير نسبياً بالمقارنة بأرصدة البضاعة، نتيجة لأن الأصل في التعامل الخاص بهذه الشركات، أنه يقوم على البيع النقدي، وليس البيع الآجل. وبالتالي تصبح الفتوى التي أصدرها سماحته، بأن الأعيان والمنافع هي الأصل المقصود في مثل هذه الشركات، صحيحة ومتسقة تماماً مع الأحوال الخاصة بهذه الشركات.

إلا أن المحاولة الجارية حالياً لتعميم هذه الفتوى على سائر الشركات المالية والبنوك والشركات الاستثمارية، التي تسود فيها أرصدة الديون والنقود، في مراكزها المالية، على كافة الأرصدة الأخرى؛ تصبح قياساً مع الفارق لوجود فارق كبير في طريقة التعامل، وفي نوع الأرصدة المتبقية في المراكز المالية.

● هناك سببان آخران، واضحان، يرجحان القول: بأن الأصول المحفوظ بها لدى البنوك والمنشآت الاستثمارية أو المصرفية، هي الأصل المقصود في الأساس الأول من عملية شراء الأسهم الصادرة على قوة هذه البنوك، والمؤسسات المالية، وهما:

أولاً: ضرورة خضوع عملية اختيار الأسهم عند الشراء للمنظار الشرعي، للتأكد من توافق الأصول التي يتعامل بها البنك (أو المؤسسة) صاحب الأسهم للأحكام الشرعية. فلا يجوز، على سبيل المثال، شراء أسهم لأي بنك، أو شركة، أو مؤسسة، جميع أصولها ناتجة عن عمليات إقراض بالربا أو عن عمليات تجارة في سلع محرمة كالخمر.

ثانياً: ضرورة التعرف على متانة المركز المالي للشركة وحقبة الأرباح أو الخسائر التي حققتها. فرغم أن مؤشر الأرباح يعتبر من ضمن المؤشرات المستخدمة في هذا الشأن، إلا أنه ليس كل شيء. وإنما هناك عديد من المؤشرات الأخرى التي يتعين الرجوع إليها، بل وتأتي في سلم الأولويات والأهمية، قبل مؤشر الأرباح؛ فهناك مؤشر الودائع، ورأس المال، وكفاية الاحتياطيات، ونسب السيولة، والكفاءة في تشغيل الأصول، وكفاية رأس المال، والمواءمة بين مصادر الموارد واستخداماتها... إلخ. وجميع هذه المؤشرات لا يمكن التوصل إليها إلا بالتعرف على نوعية الأصول والخصوم في المركز المالي للشركة محل التقويم قبل البت في عملية الشراء.

ومن المعروف أن كثيراً من حالات الكوارث والفسل المالي، التي أصابت شركات كبيرة وعالمية في مختلف أنحاء العالم، قد كشفت النقاب في النهاية عن أن تلك الشركات كانت تعتمد الإعلان عن أرباح وهمية ضخمة، قبل أن ينتهي مصيرها فجأة إلى الفشل والسقوط، نتيجة ضعف الأصول التي تفتنيها. ولعل تجارب الفسل التي نسمع عنها حالياً عن الشركات الأمريكية، كشركة وولدركوم، وشريبنون... إلخ هي خير مثال على ذلك. كما أن الكارثة التي أحلت بأكثر من (١٩٠) شركة توظيف أموال مصرية في منتصف الثمانينات للدليل قوي وليس بعيد عنا، ويمكن الاستئناس به أيضاً للاستدلال على أهمية الأصول والخصوم بالنسبة لمشتري السهم؛ فمشتري السهم يشتري أصولاً وخصوماً في الأساس الأول، وليس اسماً ومظهراً قد يكتشف في النهاية أنه واهٍ أو فارغ من الداخل.

● ما أشار إليه فضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة من أنه في حالة بيع أصول البنك، فإن تلك الأصول يجب النظر إليها كوحدة واحدة، وبالتالي فإن الديون والنقود، وهي جزء من الوعاء الاستثماري، لا يمكن النظر إليها بصفة مستقلة، لأن الفصل والتمييز بينها وبين الأصول الأخرى ينافي مقتضى الشركة.

أقول وبالله التوفيق: إن هذا الرد يتعلق بقضية كلية مخصوصة تتعلق بالسؤال عن الأصول التي يقوم عليها الوعاء الاستثماري في البنك أو الشركة. وكذا في الاستفسار عن الحالة التي يمكن أن يباع بها هذا الوعاء؛ هل يمكن أن يقع البيع على أصل متكامل - منفرد ومستقل بذاته - من الأصول التي يشتمل عليها الوعاء، أم يجب أن يشمل البيع أجزاء شائعة من جميع الأصول التي بداخل الوعاء؟ ولا اعتراض في هذه الحالة على الإجابة التي تقدم بها د. عبد الستار في هذا الشأن؛ فهو كما لو سألنا عن أي من الأعمدة التي ترتكز عليها منضدة معينة؟ فالإجابة عن ذلك هي أن جميع مفردات الأعمدة ترتكز عليها المنضدة. ولا يمكن بيع المنضدة إلا ومعها أعمدتها مجتمعة.

أما السؤال المتعلق بالمشكلة موضوع المناقشة، فيتعلق بقضية أخرى تستقل بذاتها تماماً؛ فهي تتعلق بالاستفسار عن نوع معين من الأصول التي تشتمل عليها بالفعل حصة الملكية المطلوب بيعها للعميل (المساهم)، ونسبة هذا النوع إلى إجمالي الأنواع الأخرى من هذه الأصول، وأثر ذلك على شرعية التعامل في

تلك الحصّة بالبيع والشراء؟ ففي سؤالنا هذا يفترض التسليم من البداية، أن الحصّة المباعة نفسها غير قابلة للتجزئة، وأنها تشتمل على نسبة معينة، ومنتشرة في كل أصل من الأصول التي يشتمل عليها الوعاء الاستثماري.

أما الاستفسار نفسه، فيتعلق بالسؤال عن أي جزء من هذه الأجزاء (داخل الحصّة نفسها) يفوق الأجزاء الأخرى، بحيث يكون له الغلبة والاعتبار عند النظر في شرعية أو عدم شرعية البيع؟ ففي هذه الحالة يجب التفصيل فيما يتعلق بالمكونات الداخلية لهذه الحصّة؛ هل الغالب عليها الديون والنقود أم أن الغالب عليها الأصول العينية؟ فلو أن شخصاً يمتلك أسهماً في شركتين: إحداهما تمتلك أصولاً نقدية وديوناً بنسبة (٩٩٪) من مجموع أصولها، والأخرى تمتلك أصولاً عينية بنسبة (٩٩٪) من مجموع أصولها؛ فمع التسليم بأن الملكية التي يختص بها هذا الشخص في كل شركة من الشركتين تتضمّن أجزاءً بنسبة معينة من كافة الأصول التي تقوم عليها كل شركة من هاتين الشركتين. إلا أنه من الواضح أن نسبة النقدية والديون في الحصّة الخاصة بالشركة الأولى، تختلف عن نسبة النقود والنقدية التي تشتمل عليها الحصّة في الشركة الثانية. فالحصّة من الأصول في الحالة الأولى يغلب عليها تماماً صفة الديون والنقود. في حين أن الحصّة من الأصول في الحالة الثانية يغلب عليها صفة العينية. وينبغي على ذلك اختلاف الحكم الشرعي المترتب على الحصتين، من حيث جواز أو عدم جواز بيع كل واحدة منهما.

لذلك يتعين في حالتنا هذه تحكيم معيار الكثرة والغلبة للتعرف على نوع وطبيعة الأصول الغالبة على المراكز المالية للبنوك الإسلامية، وكذا المؤسسات المالية الأخرى، بما يمكن معه الحكم بجواز أو عدم جواز تداول الحصص والأسهم والصكوك الخاصة بكل منها.

● بالنسبة للقول بأنه يمكن قياس بيع السهم على تخارج أحد الشركاء من التركة، وقبولهم القسمة؛ فلنارُدّ على هذا القول يتلخص في نقطتين، هما:

أ- أنه بالرجوع إلى جميع كتب الفقه في أبواب الصلح والقسمة، فسيتبين أن القول المعمول به في المذاهب الأربعة، هو خضوع تخارج الورثة لقواعد الصرف وأحكام الديون في حالة تضمّن التركة لديون. وهذه الحقيقة قد سبقت

الإشارة إليها عند الكلام على الأحكام الخاصة بشركات العنان . أما محاولة حصر الخلاف بين الورثة من خلال مبدأ التراضي، فهو أمر آخر . وفي نهاية الأمر، قد يترتب على هذا الوضع قبول الأطراف للتحكيم، أو عدم قبولهم له . وفي هذه الحالة الأخيرة، يرجع الأمر إلى أصل الأحكام التي تتعلق بالصرف وبيع الدين .

فعلی سبیل المثال یقول الإمام المرغینانی فی کتاب الصلح : «وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه، ويكون الدين له؛ فالصلح باطلٌ لأن فيه تملك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح»^(١).

ب - أن المشكلة الكبرى بالنسبة للبنوك الإسلامية لا تقتصر فقط على تخارج الشركاء من وعاء المضاربة، ولكن تتعلق أيضاً، وبدرجة أكبر، في التدفق المستمر للودائع على الحسابات الاستثمارية (وعاء المضاربة)، بما يعني استمرار عملية بيع الحصص الشائعة من أصول البنك بصفة يومية لا تنتهي . وبالتالي فإن كل عملية إيداع (أو شراء سهم أو صك من الصكوك التي يصدرها البنك تباعاً) تعتبر بيعاً لجزء كبير من الديون المعلقة، الغير معلوم مصيرها . فالوضع القائم عند شراء السهم قد يتفجر عنه مفسدة كبيرة في أي يوم تالي ليوم الشراء، وقد لا يمكن الانفكاك عن تلك المفسدة بعد ذلك؛ وهي تعرض المشتري لخسائر نتيجة اقتنائه لأرصدة ديون غير معلوم مصيرها سواء الآن أو في المستقبل . لذلك وجب تعلق الحكم بفساد العقد من عدمه، بالحالة المتواجدة عليها مكونات السهم بالفعل في وقت الشراء .

ولا يعقل القول: إن الأصل في نية المساهم هو التعامل العيني؛ أو إن تعاملات البنك عند بداية نشاطه هو الشراء والبيع لسلع عينية، وإن ما قد يترتب من خسائر فادحة نتيجة شراء أرصدة ديون مبهمة المصير هو أمر طارئ؛ لأن موضوع الشراء يتعلق بحال الأصول في مجلس العقد (أي: عند إمضاء عقد الشراء)، وهو في الغالب معلن لدى جميع الأطراف، ويشير دائماً إلى غلبة

(١) الهداية للمرغيناني، مع تكملة شرح القدير: ٤٦٣/٨؛ وانظر أيضاً: مغني المحتاج: ١٧٨/٢؛ حاشية الدسوقي: ٣/٣١٥؛ منتهى الإرادات: ٢/٢٦٢.

أرصدة الديون على المراكز المالية لتلك البنوك؛ فالمساهم إذن سيشتري ديوناً وليس سلعاً. والقاعدة الأصولية، المرتبطة بذلك تقول: العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟ وبلفظ آخر: أن العلة تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا، فحيث وجدت العلة، وجد الحكم، وحيث تنتفي العلة ينتفي الحكم^(١). فطالما أن هناك ديوناً غالبية، ظهرت مفسدة الغرر، وترتب على ذلك الحكم بعدم جواز تداول السهم. أما إذا اختفت الديون - ونحن ندعي بأن هذا لم ولن يحدث طالما أننا ننظر من نافذة التعامل المصرفي، وأنشطة منح التسهيلات الائتمانية - فستختفي المفسدة، وتختفي معها العلة، ويتغير الحكم. وكما سبقت الإشارة إليه في البنود السابقة، فإن القاعدة تقول: إن الأصل في الأمور أن ما ثبت وجوده، فهو على ما هو عليه، حتى يتم إثبات غيره. أو بمعنى آخر: ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه، إلا إذا ثبت عكس ذلك بالبينة.

● إنه من الأجدى، وقبل محاول إيجاد تخريجات فقهية مختلفة لهذه المشكلة، البحث عن أصل السبب وراء حدوثها. والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا الشأن هو: هل غلبة أرصدة الديون على الأرصدة العينية كالسلع والخدمات في كثير من البنوك الإسلامية، هو أمر ملجئ اضطرت إليه هذه البنوك، أم أن هذه الغلبة بسبب من البنوك نفسها؟.

الواقع الذي يفرض نفسه، هو أن الأحكام الشرعية الخاصة بعقود البيع تحتم التأكد من تمام القبض لأنواع كثيرة جداً من السلع؛ وبصفة خاصة سلع الغذاء من الموزون والمكيل. وأن استعجال بعض البنوك في التصرف في السلعة المشتراة، وإمضاء عقدي الشراء والبيع في نفس اللحظة، ليتسنى لها التفرغ لأنشطة منح التسهيلات الائتمانية، قبل التأكد من تحقق طريقة القبض الشرعي لهذه السلع، هو الذي أدى إلى خلو مراكزها المالية من أي نوع من أنواع السلع، وليس شيء آخر^(٢).

(١) انظر على سبيل المثال: الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (القاعدة السادسة)، ص ١٤٦؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ٢/ ١٤٠.

(٢) انظر: د. حسين فهمي، «الحاجة إلى قرارات تنظيمية لإعادة هيكلة البنوك الإسلامية، هل البنك الضيق هو الحل؟»، ص ٣٥. ١٤٢٣هـ.

والسؤال الثاني الذي يفرض نفسه أيضاً في هذا الشأن هو: أليس في مقدرة تلك البنوك أن تلتزم بما أمر به الشارع من تطبيق قواعد القبض؛ وأن تسلك مسلك التجار، فتتاجر متاجرة عادية، كما هو مطابق للأحكام الشرعية، وبالتالي تنفك عقدة هذه المشكلة من أساسها؟ الإجابة على هذا السؤال هي: أنها، بدون أدنى شك، أن جميع هذه البنوك تستطيع تحقيق كل ذلك بكل يسر وبساطة إذا أرادت.

وحاصل القول هو: إنه يتَّضح من التحليل السابق أن مشكلة غلبة أرصدة الديون على المراكز المالية للبنوك والمؤسسات المالية، هي مشكلة حقيقية وقائمة بالفعل، ولا مخرج لها إلا من خلال المبادرة التي قد تقدم عليها البنوك الإسلامية بنفسها لعلاج هذا الموقف.

أما ما أراه بشأن تداول أسهم المؤسسات المالية التي تعاني من مثل هذه المشكلة، فهو أنه في ظل حجم أرصدة الديون المعلنة في جانب الأصول من المراكز المالية للبنوك والمؤسسات المالية، والذي يتراوح ما بين (٧٠ - ٩٠٪) من إجمالي حجم الميزانية، فإن هذا القدر من الديون يكفي للحكم بعدم جواز تداول هذه الأسهم (بيعاً وشراءً)، إلا بالشروط التي نصَّ عليها فقهاء المالكية بشأن بيع الدين لغير من عليه الدين.

وبناء عليه، يُقترح على البنوك إعادة النظر في الأدوات والأساليب التمويلية التي تستخدمها، وكذا الكيفية التي تستخدم بها، مع مراجعة الكيفية التي يتم بها شراء مختلف السلع، واستيفاء ما قد يحتاج منها إلى شروط معينة للقبض، قبل البيع.

الحادي عشر: هل السهم يمثل حقاً لصاحبه، أم أنه يمثل حصة شائعة في ملكية أصول الشركة؟.

لقد اقترح بعض العلماء والخبراء من الاقتصاديين المعاصرين حلولاً نظرية أخرى لمشكلة عدم جواز تداول أسهم البنوك والمؤسسات المالية الأخرى، نتيجة لغلبة أرصدة الديون على مراكزها المالية. إلا أنهم أشاروا إلى إمكانية استخدام هذه الحلول أيضاً في التغلب على بعض المشكلات الأخرى التي ما زالت البنوك الإسلامية تعاني منها حتى الآن، ولم يصل الفقهاء إلى حل قاطع

بالنسبة لها. ومن أهم تلك المشكلات: ما يختص بتعامل البنوك مع شركات الأصل في تعاملها هو الحلال، إلا أنها تضطر في بعض الأحيان إلى التعامل بالربا.

ومن أهم الحلول المقترحة التي قدمت في هذا الشأن، ما يلي:

● أن المعيار الواجب الاحتكام إليه في هذا الموضوع هو النظر إلى السهم نفسه، من حيث إنه يمثل حقاً مالياً ومعنوياً للمساهم في ذمة الشركة بما لديها من شخصية اعتبارية، وذمة مالية مستقلة تماماً عن أموال المساهمين فيها (الشركاء). فالشخصية الاعتبارية للشركة لها أن تملك، ولها أن تتصرف كالأفراد الطبيعيين، وتجب لها الحقوق، وتلتزمها الواجبات، وتنتقل إليها ملكية الأموال والأصول التي يسهم بها الشركاء. فالشخصية الاعتبارية ليست أعياناً ومنافع وديوناً ونقوداً، بل هي شخصية معنوية، كالدولة، وبيت المال، وملكية الوقف للمستحقين فيه أو لله تعالى، وإن كان الوقف نفسه يملك أعياناً وحقوقاً وديوناً ومنافع^(١). فالسهم إذن حصة في الشركة، وليس حصة في مفردات أصولها وفقاً لهذا الرأي، لأن الأصول مملوكة للشركة، وليس لحملة الأسهم، بدليل أن المساهم لا يملك التصرف في أعيان الشركة أو منافع أعيانها بمقدار حصته، لا بالبيع ولا بالرهن، ولا بالانتفاع، ولا بغيرهما. وينطبق هذا المعيار تماماً مع التكييف القانوني المعمول به في جميع الشركات التجارية في الوقت الحالي؛ فالشركة لها شخصيتها الاعتبارية، وذمتها المالية التي تستقل تماماً عن شخصيات وذمم الشركاء المكونين لها. والسهم بهذا الشكل جزء من الشخصية الاعتبارية للشركة، ويرغب الناس في بيعه وشرائه بقصد الاسترباح. وبناءً عليه لا يلتفت مطلقاً إلى ما في وعاء الشركة من دين أو نقد أو موجودات أخرى لأنها تابعة^(٢).

● رغم أن التكييف القانوني الذي يقول بأن المساهم يملك حقاً مالياً، وليس حصة شائعة في موجودات الشركة وأصولها، قد يتعارض مع الأحكام الفقهية التي تختص بعقد الشركة، والتي نص عليها الفقهاء من قبل بخصوص هذا

(١) د. حسين حامد حسان، قابلية تداول أسهم الشركات والمؤسسات المصرفية، ص ٤٤.

(٢) د. حسين حامد حسان، نفس المرجع السابق، ص ٥٢.

العقد. إلا أنه يجب عدم إغفال الميزات المتعددة التي يوفرها هذا التكييف للشركات المساهمة الحديثة، وذلك من خلال مفهوم كل من الشخصية الاعتبارية للشركة، والمسؤولية المحدودة لها. لذلك فإنه لقبول الإطار المعاصر التي تعمل به حالياً الشركات المساهمة في جميع أنحاء العالم؛ يجب البحث في التراث الفقهي الإسلامي، عن مبرر واقعي يُسوِّغ العمل بمقتضى هذين المفهومين.

ويشير د. محمد القري بن عيد (صاحب الاقتراح)، بأن أنسب حل لتحقيق هذا المطلب هو قياس مفهوم الشخصية الاعتبارية للشركات الحديثة، وما تمتلكه من أصول، على الأحكام الشرعية التي أقرّها بعض الفقهاء للعلاقة بين العبد وسيدته، وما قد يمتلكه ذلك العبد - من سيده - من أموال. فالشخصية الاعتبارية قد تختلف عن شخصية العبد من حيث إن الأولى وهمية، بينما الثانية طبيعية - تمثل الإنسان - إلا إن كليهما - في رأي د. القري - نتاج القانون. فكما أن القانون هو الذي خلق الشخصية الاعتبارية، فكذلك نظام الرق هو وليد التشريع الذي جعل هذا الإنسان ملكاً لآخر.

وتعتمد فكرة هذا الحل على رأي السادة فقهاء المالكية، من أن العبد له أن يمتلك أموالاً. وبأنه رغم أن السيد يمتلكه، إلا أنه (السيد) لا يملك المال التابع للعبد ملكية تامة؛ وإنما يملكه ملكية ناقصة؛ فالعبد له حرية التصرف في أمواله طوال الفترة التي يقع فيها المال تحت حوزته، سواء كان ذلك بالهبة، أو البيع، أو خلافه، دون تدخل من السيد. ومن الناحية الأخرى، فإن العبد نفسه لا يملك المال الذي في حوزته ملكية كاملة، وإنما يمتلكه ملكية ناقصة، لأن السيد يستطيع نزع منه في أي وقت، إذا أراد بيعه. فكذلك صاحب السهم في الشركات المساهمة المعاصرة لا يمتلك الأصول الداخلة في الشركة إلا ملكية ناقصة، لكونها قد انتقلت إلى الشخصية الاعتبارية للشركة. فلا يستطيع انتزاعها منها طوال الفترة التي تقع فيها الأصول تحت حوزة الشركة، هو الشركة نفسها بشخصيتها الاعتبارية، وليس الشركاء. هذا، رغم أن الشخصية الاعتبارية تمتلك الأصول التي بحوزتها ملكية ناقصة غير مستقرة، نظراً لاستطاعة المساهم نزع أموالها منها عند تخارجه في النهاية، أو لأي سبب آخر قد يتفق عليه مع باقي الشركاء.

وبناء عليه يمكن قياس الشخصية الاعتبارية للشركة (وما في حوزتها من أموال وأصول)، على العبد المملوك (وما في حوزته من أموال). فصاحب السهم لا يستطيع التصرف في الأموال التي ملَّكها للشركة بما لها من شخصية اعتبارية، وكذلك فإن السيد (مالك العبد)، لا يستطيع التصرف في المال الذي ملَّكه للعبد^(١).

والخلاصة المستفادة من الرأيين السابقين: هي أن المساهم إنما يشتري حقوقاً على الشخصية الاعتبارية وليس حصة من أصول الشركة في حد ذاتها. ويعني هذا: أن ما قد تتضمنه أصول الشركة من ديون أو نقود أو أعيان، ليس له أي تأثير على جواز أو عدم جواز تداول السهم الخاص بها بالبيع والشراء في سوق رأس المال.

وفيما يلي رد مفصل على ما جاء بالافتراحين المقدمين تجاه هذه المشكلة:

١ - إن الفقهاء عند كلامهم عن الشركة ثنائية الأطراف في الفقه الموروث لم يغفلوا حقيقة أن هذه الشركة سترتب عليها كيان جديد يختلف عن الكيان الشخصي لكل من الشريكين المكونين لها؛ وهو الأمر الذي يطلق عليه رجال القانون المعاصرون اسم (الشخصية الاعتبارية)، ويتضح ذلك جلياً بالنظر في طريقة كلام الفقهاء القدامى عن الالتزامات الواقعة على كل شريك من الشريكين في الشركة الثنائية؛ سواء كان ذلك تجاه كل منهما أو تجاه الغير، فعلى سبيل المثال يقول العلامة الكاساني من الحنفية، في مسألة شراء رب المال من مال المضاربة: «ويجوز شراء رب المال من المضارب، وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في المضاربة ربح في أقوال أصحابنا الثلاثة، . . . ولنا: أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقية، لا ملك تصرف، وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي، وللمضارب فيه ملك التصرف، لا الرقية، فكان في ملك الرقية كملك الأجنبي، حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف؛ فكان مال المضاربة

(١) د. محمد علي القرني بن عيد، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، ١٤١٩هـ، ص ٦٠.

في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي ، لذلك جاز الشراء بينهما^(١) .

ويتضح من ذلك : أن فقهاء الحنفية قد فصلوا بالفعل بين مال المضاربة وأموال رب المال ، إيماءً منهم بأن مال الشركة يخضع للأحكام والشروط التي اشترطها الشارع لهذا العقد . كما يتضح أن ملك التصرف للمضارب يأتي من منطلق ما يخوله له عقد المضاربة من وكالة عن صاحب المال ؛ فالمضارب أمين ثم وكيل ثم شريك ، حسب كل مرحلة من مراحل عقد المضاربة .

وفي عقد شركة العنان ، يقول القاضي عبد الوهاب من المالكية : « لا تصح الشركة إذا انفرد كل واحد بمال نفسه من غير أن يكون يد الآخر عليه حتى تكون أيديهما عليه ، بأن يجعلاه في تابوتها ، أو حانوتها ، أو على يد وكيلهما ، فتصح حينئذ الشركة ، وإن لم يخلطاه ، وإن كانت أعيانه متميزة^(٢) . ثم يبرر قوله هذا للرد على قول الحنفية ، فيقول : « فدلينا على أبي حنيفة أن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال ، وإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة ، لأنهما على ما كانا عليه من انفراد المالين ، فلم يحصل منهما إلا القول ، ومجرد القول لا تأثير له^(٣) .

ويؤكد الإمام القرافي هذا المعنى فيقول : « إذا صرَّ كُلُّ واحد ماله على حدة ، وجعلاهما عند أحدهما فضاع أحدهما ، هو منهما ، ولو بقي مال كل واحد بيده فضمامه منه حتى يخلطأ أو يجعلاهما عند أحدهما . . . ثم يستطرد في الشرح فيقول : إن الشركة الاختلاط ، فإذا لم يخلط ، لم يحصل مسمى الشركة^(٤) .

ويقول الإمام ابن قدامة من الحنابلة : « ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحز في مال الشركة^(٥) ، وهو ما يمكن الاستدلال به على تصور الفقهاء لوجود كيان جديد للشركة مستقل بذاته ، ومال يخصها .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٥ / ٣٦٣٧ .

(٢) الإشراف : ٢ / ٦٠٣ .

(٣) المرجع السابق : ٢ / ٦٠٤ .

(٤) القرافي ، الذخيرة : ٤٧ / ٨ .

(٥) المغني : ٤٣ / ٥ .

٢ - رغم أن الفقهاء قد تصوّروا ترتب كيان جديد للشركة، إلا أنهم لم يسمحوا بإلغاء أو نزع صفة ملكية الأموال عن الشركاء. بل أثبتوها لهم مقيدة حسب شروط وطبيعة عقد الشركة المتعاقد عليه.

ويمكن إثبات ذلك بتتبع أقوال الفقهاء في مسائل متفرقة تختصُّ بالعلاقات التعاقدية بين الشركاء :

أ- بالنظر في قول الإمام الكاساني نفسه على سبيل المثال، وهو يتكلم عن حدود تصرف المضارب في أموال شركة المضاربة نراه يقول: «وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه، فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب، وأراد إمساكه حتى يجد ربحاً، فإن المضارب يُجبرُ على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه على رب المال، لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم، وهو الربح، لا سبيل له»^(١).

ويشير هذا القول إلى أن الحنفية رغم إقرارهم بظهور كيان جديد لشركة المضاربة؛ إلا أن سلطة صاحب رأس المال على ماله عندهم، تظل باقية، ولم تلغُ كلية كما يطالب بذلك رجال القانون المعاصرون؛ إذ لصاحب رأس المال حرية توجيه العامل إلى المصلحة التي يراها راجحة للطرفين.

ب - يمكن الاستدلال على إقرار الفقهاء باحتفاظ الشركاء بملكيتهم لرقبة رؤوس أموالهم في الشركة وعدم انفصالها عنهم، بما اتفقوا عليه من أن الزكاة لا تفرض إلا على شخص يمتلك المال الذي ستفرض عليه الزكاة بالفعل، وإلا فلا زكاة مستحقة على هذا المال. وفي هذا الشأن نقول، وبالله التوفيق: إنه مع عدم اختلاف الفقهاء على ضرورة توافر شرط الملكية للمال المزكى، فإن الجمهور منهم (الحنابلة والمالكية والحنفية، وأحد قولين للشافعي)، على الرأي بأن مبدأ زكاة الخلطة لا يسري إلا على زكاة الماشية، فلا ينطبق على زكاة الشركاء في أموال التجارة. بمعنى: أن الزكاة لا تفرض على أموال الشركة مجتمعة، وإنما يجب فرضها على كل شريك على حدة، بصفته مالكاً للمال المفروض عليه الزكاة.

(١) بدائع الصنائع: ٣٦٣٦/٨.

ووجه الاستدلال: هو أنه لو أن هؤلاء الفقهاء رأوا أن ملكية الأموال تنتقل إلى الشركة تلقائياً، بمجرد إنشائها، لما اشترطوا فرض الزكاة على أموال الشركاء بصفة فردية متفرقة. وسيأتي تفصيل آخر من أقوال الفقهاء حول هذه النقطة، في الجزء الرابع من هذا البحث.

ج- يمكن الاستدلال أيضاً على إقرار الفقهاء باحتفاظ الشركاء بملكيتهم لرقبة رؤوس أموالهم في الشركة وعدم انفصالها انفصلاً تاماً عنهم، بما اتفقوا عليه من أن الديون على الشركة تدخل في ذمم الشركاء، ويكونون مسؤولين عنها مسؤولية شخصية في جميع أموالهم. فإثبات المديونية في ذمم الشركاء تشير إلى اعتراف الفقهاء بملكية الأموال لهم. لأن دخول الديون في الذمة المالية للشخص الأدمي يتعلق بأصل الملك له.

د- إن الفقهاء أجمعوا على أن يد الشريك يد أمانة، كيد الوكيل، حيث إن كل واحد منهما وكيل للآخر. فعلى سبيل المثال يقول الإمام القرافي: «يد كل واحد من الشريكين يد أمانة فيما يدعيه من تلف أو خسران، ما لم يظهر كذبه، لأن كل واحد وكيل للآخر»^(١). كما يقول الإمام الماوردي من الشافعية: أما اليد الأمانة، فيد الوكيل، والمضارب، والشريك، والمودع، والمستأجر، والمرتهن^(٢).

ويدل ذلك على أن ملكية كل واحد من الشريكين على ماله باقية، وإن كانت مقيدة بالشروط التي تمنعه من التصرف فيه، إلا فيما يخص مصالح الشركة، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك.

ووجه الاستدلال في ذلك هو: أنه لو كان من آثار إنشاء الشركة الجديدة، رفع أيدي الشركاء تماماً عن أموال الشركة، وفصل أموال الشركة عن أموال الشركاء الخاصة تماماً، وتحويل ملكية الأموال للشخصية الاعتبارية الجديدة التي نشأت مع إنشاء الشركة، وإبطال صفة ملكية الرقبة عن الشركاء، لما اعتبر

(١) الذخيرة: ٦٦/٨.

(٢) الحاوي: ١٩١/٨.

كل شريك موكلاً للشريك الآخر من ماله؛ لأن من الشروط الواجب توافرها في الموكل في عقد الوكالة، أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه، إذ التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره. وهو لا يملك التصرف في المال إلا إذا كان المال ملكه.

هـ - يمكن الاستدلال على اهتمام الفقهاء بالحفاظ على كيان الملكية للشركاء على أموالهم، بما ذهب إليه كل من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، بالحكم بعدم جواز خلط أموال المضاربة بعد بدء النشاط، وذلك منعاً من تداخل أنصبة الشركاء في الربح، وأكل بعضهم لأموال وحقوق البعض الآخر^(١).

وجه الاستدلال: هو أنه لو رأى الفقهاء أن إنشاء الشركة في كيانها الجديد يستلزم نقل ملكية الأموال المودعة من أصحابها إلى الكيان الجديد الذي تم إنشاؤه لما استلزم الأمر منع أي أموال جديدة من الخلط بالأموال القديمة في وعاء المضاربة، لانتفاء الحكمة من وراء هذا المنع.

ومن هذه الأقوال كلها يتضح أنه رغم ما أقره الفقهاء من إمكان تعدد الشركاء ومن قيام كيان جديد أطلقوا عليه اسم الشركة، فإن ذلك لم يسوغ لهم إلغاء صفة الملكية للشركاء على أموالهم المستغلة في الشركة.

٣ - القول بأن الوضع الخاص بالشركات المساهمة الحديثة، يعتبر من الأمور المستجدة التي لم يشملها بحث الفقهاء الأولين في الماضي، نظراً لما يتضمنه هذا النوع من الشركات من أعداد كبيرة من الشركاء؛ فيه نظر إلى حد بعيد. والدليل على ذلك هو التعريفات المختلفة التي أوردها الفقهاء عن عقود الشركة بمختلف أنواعها، كما هو موضح في بداية هذا البحث؛ وكذا في طريقة تناولهم للأحكام التفصيلية الخاصة بهذه الشركات. فهم لم يقتصروا في تعريفاتهم على حالة الشركة الثنائية الأطراف فقط، وإنما تعمّدوا المرونة في صياغة تلك التعريفات، بما يسمح بدخول أعداد أخرى محتملة من الشركاء في التعريف، سواء أكانت الأعداد محصورة أم غير محصورة. فعلى سبيل المثال، نجد ذلك

(١) انظر الإمام مالك، المدونة: ٦٠/٤؛ النووي، روضة الطالبين: ١٤٨/٥؛ ابن قدامة، المغني: ٤٤/٥.

واضحاً في تعريف فقهاء الشافعية للشركة، بقولهم عنها: «ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخص واحد فصاعداً على وجه الشروع»^(١).

وكذلك في تعريف المالكية لها بأنها: «عَقْدُ مَالِكِيٍّ مَالِينَ فَأَكْثَرُ عَلَى التَّجَرُّ فِيهِمَا مَعاً»^(٢). ويتضح ذلك أيضاً من تعريف العلامة ابن قدامة في تعريفه لشركة الأبدان: «وشركة الأبدان جائزة، ومعنى شركة الأبدان: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، كالصناعات يعملون في صناعتهم؛ فما رزقهم الله تعالى فهو بينهم»^(٣). وفي موضع آخر يقول: «فإن اشترك ثلاثة: من أحدهم دابة، ومن آخر راوية، ومن الثالث العمل، على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم، صح في قياس قول أحمد»^(٤).

ورغم هذا التعدد الذي أشار إليه الفقهاء، فإنهم لم يغيروا من قرارهم الذي توصلوا إليه، بأن مسؤولية الشركاء في أموالهم تجاه الديون أو الخسائر التي قد تتبلى بها الشركة، هي مسؤولية غير محدودة. كما أنهم لم ينادوا ببناء شخصية اعتبارية جديدة تنتقل إليها ملكية هذه الأموال. مما يدل على أن ما تختص به الشركات الثنائية من أحكام عندهم، ينطبق أيضاً على الشركات في حالة تعدد الشركاء المكونين لكل منها، وبأن الإشارة إلى الشركات الثنائية عند بعض الفقهاء هو على سبيل ضرب المثال، لشرح مفهوم الشركة، وليس على سبيل الحصر.

٤- إن قول القانونيين بوجود انتقال ملكية الأموال التي أسهم بها الشركاء إلى الشخصية الاعتبارية للشركة، هو قول فيه نظر إلى حد كبير، ويجب تمحيصه بدقة من البداية. ويمكن توضيح أوجه الاعتراض على هذا القول، كالتالي:

أ- بالرجوع إلى الحدود الخاصة بكل من الملكية، والشخصية الاعتبارية، يتضح استحالة إضفاء صفة الملكية في الشريعة الإسلامية على الشخصية الاعتبارية.

(١) النووي، الروضة: ٤/٢٧٥.

(٢) العلامة الدردير: الشرح الصغير: ٣/٤٥٥.

(٣) المغني: ٤/٥.

(٤) المرجع السابق، ص ٦.

فالمملكية يعرّفها العلامة القرافي رحمه الله بأنها: «حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه، من انتفاعه بالمملوك والعيوض عنه، من حيث هو كذلك»، ويقول: «أما قولنا: حكم شرعي؛ فبالإجماع، وأما أنه مقدر؛ فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع»^(١). ويعلق العلامة ابن الشاط على هذا التعريف، في حاشيته على فروق القرافي، مركزاً على واحدة من المفردات، التي ذكرها القرافي في حده للملكية، وهي أن الملك في حد ذاته لا يقتضي التمكين من الانتفاع، بل المقتضي لذلك كلام الشارع^(٢).

ومن التعريفات الأخرى للملك، والملكية، تعريف الكمال بن الهمام الحنفي: «بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداءً إلا لمانع»^(٣) وكذا تعريف ابن حسين المكي المالكي: «أنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة، ومن أخذ العوض عنهما»^(٤).

وهكذا يلاحظ أن جميع التعاريف التي أوردها الفقهاء حول الملكية توصّفها بأنها حكم شرعي، أو وصف شرعي، أو قدرة شرعية. وهو ما يفيد أنها حق أثبتته الشارع لأربابه، ولا يترتب عليها من الآثار والأحكام إلا ما رتبته الشارع عليها.

أما الشخصية الاعتبارية: فهي مجرد كيان فرضي، لا يمت إلى الإنسان بصلة - قدره بعض القانونيين كوسيلة للتشبيه بينها وبين الشخصية الطبيعية للأفراد، لتسهيل الإجراءات القانونية والإدارية المتعلقة بأنشطة الشركات على اختلاف أنواعها^(٥).

-
- (١) القرافي، الفروق: ٢٠٨/٣.
 - (٢) ابن الشاط، أنواء البروق على أنوار الفروق، حاشية على كتاب الفروق للقرافي: ٢٠٩/٣.
 - (٣) ابن الهمام، فتح القدير، أول كتاب البيع، ص ٦٥.
 - (٤) تهذيب الفروق: ٢٣٢/٣.
 - (٥) انظر: د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ص ٩٨؛ السنهوري، الوسيط: ٢٦٢/٥.

فإذا علم أيضاً أن الملكية (أسباب الملك) هي حكم شرعي يزدوج فيه خطاب الوضع وخطاب التكليف، لزم القول بضرورة تعلقها بالإنسان (الشخص الطبيعي) دون غيره من الشخصيات أو المخلوقات، كالشخصية الاعتبارية المزعومة، أو غير ذلك من المخلوقات من البهائم أو الجماد. والسبب في ذلك: هو أن خطاب التكليف الشرعي يختص بالإنسان فقط، وليس سائر المخلوقات الأخرى. ولعل هذا يتضح جلياً من قول العلامة الآمدي رحمه الله في هذا الشأن؛ حيث قال: «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً؛ لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، كالجماد والبهيمة»^(١).

ويؤكد العلامة القرافي على هذا الأمر، قائلاً: «إن أسباب الملكية مستثناة من خطاب الوضع، لما يشترط فيها من العلم والقدرة والفهم، وهي جميعاً أمور تختص بخطاب (حكم) التكليف»، انتهى كلام القرافي.

إلا أن العلامة ابن الشاط المالكي يعلّق على ذلك أيضاً بقوله: «قلت: وهذه القاعدة أيضاً ليست بمستثناة من خطاب الوضع، ولكن ازدوج فيها الخطابان (الوضع والتكليف). أما خطاب الوضع فظاهر، وأما خطاب التكليف، فمن جهة إباحة تلك التصرفات؛ ولكنها لم تبيح تلك التصرفات إلا مع العلم والاختيار والرشد. فإذا وقعت عارية غير مصاحبة لتلك الأوصاف المشترطة في إباحة التصرف لم تترتب عليها مسبباتها من وجوه انتقال الملكية»^(٢).

ومن هذا كله يمكن التوصل إلى استنتاج عام هام، مفاده هو: عدم جواز تملك الشخصية الاعتبارية - بصفتها كيان فرضي - غير آدمي، ولا وجود له في الحقيقة، لأموال الشركاء التي جمعت للبدء في نشاط استثماري أو تجاري.

وقد يثار التساؤل في هذا الصدد: ما بال كل من بيت المال والمسجد والرباط؛ ألا يملكون ما يؤول إليهم من أموال أو أوقاف موقوفة عليهم؟ والرد

(١) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام: ٢١٥/١.

(٢) القرافي، الفروق، الفرق السادس والعشرون: ١٦٢/١؛ وانظر: تعليق العلامة ابن الشاط عليه، نفس المرجع المذكور.

على ذلك : هو أنه بالنسبة لبيت المال ، فإنه يعبر عن الجهات التي ترد منها الأموال (الخمس ، والفيء ، والخراج . . . إلخ) ، وليس المكان ، أما المكان الذي توضع فيه الأموال الخاصة ببيت المال ، فهو مجرد وعاء فارغ ، لا يملك شيئاً . وكل ما في بيت المال من أموال فهو ملك للمسلمين عامة^(١) . بل إن معظم ما يدخل بيت المال قد تعينت مصارفه من البداية بموجب نصوص شرعية (كالزكاة ، وأربعة أحماس الفيء ، وأربعة أحماس خمس الفيء . . . إلخ) . أما الأموال التي لم تتعين مصارفها ، والتي يسميها الفقهاء المرصد للمصالح (خمس خمس الفيء ، وخمس خمس الغنائم ، وكذلك الأموال الضائعة التي لا وارث لها) ، فهي أيضاً ميراث للمسلمين جميعاً (من الأملاك العامة) ، ومصروفة في مصالحهم . ويتحدد دور الإمام في هذه الأموال جميعاً ، كولي اليتيم ، لا يجوز له التصرف في شيء منها إلا إذا كانت لمصلحة المسلمين ، وبالتالي هي أحسن^(٢) . ألا ترى أنه لو كانت الأموال في بيت المال ملكاً حقيقياً لبيت المال لاستحق عليها الزكاة . ولتناقضت الأحكام الخاصة بهذا المورد ، وغيره من الموارد المختلفة الخاصة بالدولة .

أما الوقف على المسجد والرباط ، فيتبع الملك فيه نفس هذا المنطق عند جمهور الفقهاء ؛ فمع التسليم بأنهما شخصيتان اعتباريتان ، إلا أن هذا لا يعني تملكهما للأموال التي تؤول إليهما تملكاً حقيقياً . وذلك للأسباب التالية :

- أن هناك شرطاً عاماً متفق عليه بين الفقهاء من جميع المذاهب بالنسبة للجهة الموقوف عليها ، وهو أن تكون صالحة للتملك ؛ وكل من المسجد

(١) انظر : الحافظ تقي الدين البلاطُني الشافعي : تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال ، ص ١٣٩ .

الحافظ تقي الدين البلاطُني الشافعي : هو محمد بن محمد بن عبد الله بن أبي بكر البلاطُني ، ويلقب بتقي الدين ، الشافعي المذهب ، والبلاطُني بفتحين ثم ضميتين ، نسبة إلى بلاطُنس ، حصن مقابل اللاذقية ، كان علماً من أعلام عصره في المذهب الشافعي ؛ وكان محققاً ناقداً مجتهداً في المذهب . (شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي : ٢١٣ / ٨٠ ؛ والكواكب السائرة لنجم الدين الغزي : ٨٧ / ٢ - ٨٨) .

(٢) الجويني : غياث الأمم ، ص ١٥١ .

والرباط يخرجان عن نطاق صفة الإنسانية^(١). لذلك نجد الفقهاء يكييفون الوقف على المسجد والرباط بطرق مختلفة، كما يلي:

- عند الحنابلة: الوقف على المساجد المعينة ونحوها كالرباط جائز، ولكنه للمسلمين، أي: ملك للمسلمين عامة. يقول ابن قدامة: «قال أحمد فيمن وقف على ممالئكه: لا يصح الوقف حتى يعتقهم، وذلك لأن الوقف تملك، فلا يصح على من لا يملك، فإن قيل: قد جوزتم الوقف على المساجد، والسقايات، وأشباهاها، وهي لا تملك، قلنا: الوقف هناك على المسلمين، إلا أنه عُتِنَ في نفع خاص لهم»^(٢).

- عند الحنفية: القول المعمول به في المذهب، هو أن الوقف تملك الأصل للموقوف عليه، دون أن يكون له حق التصرف فيه بالبيع ولا الشراء، ولكنه في حالة إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة، فهو فك عن الملك نهائياً، لكونه قرابة إلى الله، ويعني: خروج الوقف من ملك الواقف، إلى ملك الله سبحانه وتعالى كلية^(٣).

- عند الشافعية: الوقف فيه ثلاثة أقوال ذكرها الرافعي:

القول الأول: وهو الراجع والأظهر في المذهب؛ فهو نفس ما ذهب إليه الحنفية: أن تزول فيه ملكية الواقف تماماً، وينتقل الوقف إلى الله تعالى، لأنه إزالة ملك عن العين، والمنفعة، على وجه القرابة، بتمليك المنفعة، فانتقل الملك إلى الله تعالى.

والقول الثاني: فهو مماثل لرأي الحنابلة، بأن الوقف تملك للموقوف عليه، ولكنه في حالة إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة، فهو فك عن الملك نهائياً، لكونه قرابة إلى الله، كتحرير الرقبة، بحيث ينقطع عن الوقف اختصاصات الأدميين بصفة نهائية. وقد استبعد الغزالي نقل الملكية إلى الموقوف عليه في

(١) انظر الماوردي، الحاوي الكبير: ٣٨٤/٩؛ ابن قدامة، المغني: ٦/٦؛ الفتاوى الهندية: ٣٥٢-٣٥٤؛ القرافي، الذخيرة: ٣٠٢/٦.

(٢) ابن قدامة، المغني: ٣٨/٦؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات: ٤٠٤/٢.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣٥١/٢.

حالة الجهات العامة. ويعلل الإمام الرافعي ذلك، بقوله: «واستبعد... نقل الملك إلى الموقوف عليه في الجهات العامة، لأن الوقف قد يكون على الرباطات، والقناطر، وما لا ينسب إليه ملك، هكذا وجه في الوسيط»، انتهى كلام الرافعي.

وأما القول الثالث المرجوح: فهو أن المسجد، والرباط قد يكون لهما ملك حكماً، كما يكون عليهما وقف. وثبوته بالشاهد واليمين، لأن المقصود منه إظهار استحقاق المنفعة، لا لأن الرقبة ملك له^(١). ويقول الإمام الرملي: إن وقف على جهة قرينة كخدمة مسجد أو رباط صح الوقف عليه، لأن القصد تلك الجهة^(٢).

- عند المالكية: يعتبر المسجد والقنطرة وما شابه ذلك عندهم أهلاً للملك حكماً، وليس حقيقة^(٣). إلا أن الوقف عند المالكية لا يترتب عليه انتقال ملكية الأموال الموقوفة إلى الموقوف عليه، وإنما تبقى للواقف، لقول رسول الله ﷺ، في بعض الروايات الواردة في حديث عمر رضي الله عنه: «حبس الأصل وسبل الثمرة»^(٤). وتحبب الأصل لا يقتضي خروجه عن ملك الواقف، كما أن تسبيل الثمرة، تعني التصرف في غلات الأعيان الموقوفة، فلا تقتضي أيضاً خروج ملك الأعيان عن صاحبها. وبذلك يتضح أن معنى تملك المسجد للوقف تملكاً حكماً عند المالكية، أنه مجرد نوع من أنواع التنظيم الإداري، الذي يهدف إلى تسهيل إجراءات الإدارة والتصرف في الأصل الموقوف، ليس أكثر من ذلك.

وهكذا فإن الرأي الراجح، والمعمول به عند الفقهاء جميعاً من الحنابلة والحنفية والشافعية والمالكية، هو أن المسجد والرباط لا يملكان الوقف تملكاً حقيقياً، كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي، ووفقاً لما يفترضه د. حسين حامد حسان، وأن المخرج عند الفقهاء لهذه المشكلة هو إما إسناد الملك لله سبحانه وتعالى، أو لعامة المسلمين، أو اعتباره مجرد تملك حكمي لمراعاة

(١) الرافعي، العزيز شرح الوجيز: ٦/ ٢٨٤.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج: ٥/ ٣٦٥.

(٣) الزرقاني على مختصر خليل: ٧/ ٧٦؛ الخرشي على سيدي خليل: ٧/ ٨٠.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى: ٦/ ١٦٤.

الشكل التنظيمي أو الإداري، لكون كليهما جهة قرينة.

ب- أنه حتى إذا أخذنا بالرأي المرجوح عند الشافعية، بأن المسجد والرباط أهل للتملك حكماً، فإن ذلك لا يسوغ لنا قياس حالة الشخصية الاعتبارية للشركة عليهما.

والسبب في ذلك: أن الأموال المرصودة لهما تنتقل ملكيتها نهائياً من الواقف، بموجب عقد الوقف نفسه، لكونه في حكم الهبة أو التبرع، أو الرصد لأوجه البر. أما أموال الشركاء المودعة لدى الشركة، فإن عملية الإيداع أو الاكتتاب في حد ذاتها، لا يترتب عليها ما يبرر إلغاء ملكيتهم لها، أو انتقال هذه الملكية إلى الشخصية الاعتبارية. فالأصل هو بقاء الملكية ثابتة لهم، ثم استردادهم لها بعد انتهاء النشاط؛ ما لم يستجد طارئ معين يستلزم خروج هذه الأموال من ملكيتهم بعد الإيداع. وهو ما لا يتوافر له الدليل في هذه الحالة. والقاعدة تقول: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، حتى يثبت عكس ذلك بدليل شرعي واضح. لذلك فإنه من غير المستساغ القول بإلغاء ملكية الشركاء لأموالهم، أو انتقالها بطريقة تلقائية إلى الشركة فور إيداعهم لها. خاصة وأن منع الشركاء من التصرف لا يمنع ثبوت ملكية الرقبة لهم في جميع الأحوال.

ج- أخذاً في الاعتبار بأن اعتراض الأساسي ينصب على القول بأن أموال المساهمين تنتقل إلى ملكية الشخصية الاعتبارية، وليس في فكرة الشخصية الاعتبارية نفسها، فإنني أضيف أنه بإمكان أحد الشركاء (المدير التنفيذي) في الشركة، تمثيل كافة الشركاء الآخرين أمام الغير، في جميع التصرفات التعاقدية وغير التعاقدية والمنازعات القضائية، وخلاف ذلك من المسائل القانونية الواردة في حقهم، دون الحاجة إلى انتقال ملكية أموالهم إلى الشخصية المعنوية الجديدة للشركة.

ثم إنه لا يوجد أي شيء يمنع من اكتساب الشركة لشخصية معنوية، واسماً وعنواناً، وجنسية تابعة للدولة التي يقع فيها نشاطها (على النحو الذي سيتم مناقشته في الفصل الثالث من البحث)، دون أن تنتقل ملكية الأموال الخاصة بالشركاء إليها. فوجود الشخصية الاعتبارية لا محل له إلا من حيث الإطار الشكلي أو التنظيمي بغية تيسير العلاقات العامة، والقانونية للشركة مع الغير. وهذا ما

يمكن قبوله بالنسبة لفكرة هذه الشخصية الاعتبارية .

٥ - إن فكرة انتقال ملكية الأموال إلى الشخصية الاعتبارية وانتفاء صفة الملكية عن الشركاء تماماً، يترتب عليها مفساد وتناقضات مع الأحكام الفقهية التي استقر الرأي عليها بين الفقهاء بالنسبة للشركات على اختلاف أنواعها . كما أن إضفاء صفة الملكية على الشخصية الاعتبارية، ومنحها حق الملكية الكاملة، معناه إلغاء كثير من الأحكام التي اتفق عليها الفقهاء من قبل دون أي وجه حق لذلك . بل إن ذلك يؤدي في مجموعه إلى إنشاء تشريع جديد لم يسمح به الفقهاء من قبل . وتفسير ذلك، مع بيان بعض الأمثلة عليه، هو كالآتي :

أ - إن إضفاء صفة الشرعية على الشخصية الاعتبارية، معناه الاضطرار إلى إصدار سيل من الأحكام الشرعية، يشمل جميع التصرفات التي ستنسب إلى هذه الشخصية الجديدة . والمحصلة النهائية لذلك هي إصدار أحكام مكررة - ومرفوضة من الفقهاء من البداية - للأحكام الخاصة بالشخصية الطبيعية . ولعل من أحد الأمثلة على ذلك هو الحالة التي أمامنا .

فوق تصرفات متعددة ومتنوعة منسوبة إلى الشركة القائمة بالفعل بين الأفراد المؤسسين لها، لم تغب عن أذهان الفقهاء الأولين، إلا أنهم نسبوا جميع الآثار والأحكام الشرعية المترتبة على تلك التصرفات، إلى الشركاء أنفسهم، متقيدين في ذلك بالأصل الكلي العام السابق الإشارة إليه، وهو أن خطاب الله (الحكم التكليفي) يختص بجنس الإنسان فقط . وبذلك رفضوا، من البداية، إضفاء أحكام شرعية على تصرفات كل ما يخرج عن كونه إنسان .

أما اكتساب صفة الملكية للشخصية الاعتبارية، فمعناه إلغاء الحكم الذي أقرّه جميع الفقهاء للشركاء بأحقيتهم في ملكية الرقبة على أموالهم المحتفظ بها في الشركة، فضلاً عن تمتع كل منهم بحق التصرف في ماله (في حدود مصالح الشركة)، وكذا مال شريكه بصفته وكيلاً عنه . وهذا يعني إزالة الملك عن صاحبه من غير تصرف موجب للزوال، وبدون وجه حق؛ وهذا غير مقبول عقلاً ولا شرعاً .

ب - وقوع غبن وغرر على عملاء البنوك الإسلامية، نتيجة استخدام فكرة

الشخصية الاعتبارية للبنك، والزعم بانتقال ملكية الأموال التي يسهم بها المودعون في وعاء البنك. وذلك نتيجة السماح بخلط الأموال في أوعية المضاربة التي تنشأها البنوك والمؤسسات المالية، بعد بدء النشاط، محاكاة لما يجري عليه العمل في البنوك التقليدية. رغم اختلاف التكييف الفقهي بين العقد الخاص بالحسابات الاستثمارية في البنوك التقليدية، وبين قرينه المفتوح في البنوك الإسلامية. فالأول: يعتبر عقد قرض، والثاني: يعتبر عقد شركة مضاربة.

ويتم ذلك بالسماح بالتدفق المستمر للودائع الجديدة في تلك الأوعية والحسابات الاستثمارية الخاصة بها، رغم أن الحكم عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، هو عدم جواز هذا الخلط صراحة، سواء أذن أصحاب الأموال بذلك، أم لم يأذنوا. كما أن الحكم عند فقهاء الحنفية بالنسبة لهذه المسألة، هو عدم جواز الخلط بداية إلا بإذن خاص من أصحاب رأس المال. لما قد يترتب على ذلك من احتمالات وقوع غبن وغرر على المودعين الجدد. وبذلك تكون المحصلة النهائية لاستغلال فكرة الشخصية الاعتبارية، هي إلغاء جميع هذه الأحكام من جذورها، رغم أن الشواهد العملية في كثير من بلدان العالم تشير إلى وقوع أحداث مأساوية نتيجة هذا الخلط، كما حدث خلال فترة الثمانينات في مصر أثناء الأزمة المعروفة بشركات التوظيف، وفي التسعينيات في فنزويلا، وغيرهما.

ج - إخفاء طبيعة وحجم أرصدة الديون التي تحتفظ بها البنوك والمؤسسات المالية في مراكزها المالية. ويؤدي ذلك إلى مفسدة عظيمة، تتمثل في وقوع غرر على كل مساهم أو مودع جديد في تلك المؤسسات. فكما سبقت الإشارة إليه في الفقرات السابقة، فإن معظم الأرصدة التي تحتفظ بها هذه البنوك تأخذ شكل الديون. بما يترتب عليه عدم جواز تداول الأسهم التي تصدرها، وكذا الإيداعات التي تستقبلها في الحسابات الاستثمارية المفتوحة لديها؛ لأن ذلك بمثابة بيع الدين لغير من عليه الدين^(١). والسبب في المنع هو تعرض المساهمين وكذا المودعين الجدد للغرر الفاحش في عمليات شراء الأسهم أو الإيداع في الحسابات

(١) انظر: ص ٤٧٦ من هذا البحث.

الاستثمارية، خاصة وأن بعض البنوك تحتفظ في الوقت الحالي بما يزيد عن (٧٠٪) من أرصدها في شكل ديون مشكوك فيها .

د - الادّعاء في كثير من الأحوال باستقلال الشخصية الاعتبارية للشركات القابضة عن الشخصية الاعتبارية للشركات التابعة لها، للإعلان عن ضمان الشركة الأم لقيمة الأسهم التي تطرحها الشركات التابعة للتداول بين الناس . رغم أن الشركة الأم تمتلك غالبية رأس مال الشركات التابعة . وهذا يتناقض مع الحكم المجمع عليه بين الفقهاء من جميع المذاهب بعدم جواز ضمان أحد الشركاء لرأس مال أي من الشركاء الآخرين^(١) .

هـ - إضفاء صفة الشرعية على تعامل بعض الشركات أحياناً بالربا . وتقوم هذه الفكرة على إقرار العمل بكل من فكرة المسؤولية المحدودة للشركاء، واستقلال الشخصية الاعتبارية للشركة عن شخصية الشركاء فيها . وسيرد تفصيل أكثر بشأن هذه المشكلة في الفقرات التالية .

و - محاولة إضفاء صفة الشرعية على تحصيل عمولات على خطابات الضمان التي تصدرها البنوك الإسلامية لعملائها . بدعوى أن النهي عن تحصيل مثل هذه العمولات يخص الشخص الطبيعي ، وهو يختلف في طبيعته عن طبيعة الشخص الاعتباري . لأن الضمان والكفالة عن الغير يُعد في حق الأول من أعمال البر بالصديق في وقت الضيق ، وخطاب الشارع فيه موجه للأفراد بصفة خاصة . أما الشركات ، فهي كيانات جديدة ، لها شخصياتها الاعتبارية المنفصلة تماماً عن الأفراد المكونين لها . وبما أن إصدار خطابات الضمان يعتبر من صميم الأعمال التي تتخصّص فيه هذه الشركات ، وتكتسب من ورائها نسبة كبيرة من دخلها . لذلك فإن تحصيلها لعمولات على الضمان أو الكفالة ، في رأي أصحاب هذه الفكرة ، هو من الأمور الجائزة .

ز - إن تطبيق فكرة الشخصية الاعتبارية يؤدي إلى التناقض مع الأحكام الشرعية للتفليس التي اتفق عليها الفقهاء من جميع المذاهب ، وذلك من ناحيتين :

(١) انظر، ص ٤٤٥ من البحث .

- منع دائني الشركة من الوقوع على الأموال الأخرى للشركاء، الخارجية عن نطاق رأس مال الشركة المساهمة، بحجة أن مسؤولية الشركاء محدودة في قيمة رأس المال فقط. رغم أن من أحكام التفليس التي أقرها الفقهاء في جميع المذاهب الإباحة للدائنين الغرماء مد أيديهم إلى جميع ممتلكات الشركاء بدون استثناء، سواء متوافرة حالياً أو مرتقبة.

- منع الدائنين الشخصيين للشركاء أنفسهم، عن تعاملات لا ترتبط بالشركة، من الحجز على أموال الشركة المساهمة؛ فالدائنون الشخصيون ليس لهم حقوق مباشرة على مال الشركة، فلا يجوز لهم أخذ اختصاص على هذا المال، أو الحجر عليه^(١). هذا رغم أن الأحكام الشرعية للتفليس تبيح للغرماء الحجر على المدين المفلس، بحيث يترك له من ماله بقدر ما يقوم به معاشه؛ أما الباقي، بجميع أشكاله، فيمنع من التصرف فيه، إلا إذا تعلق به حق الغير. ومن المعلوم أن للشريك بصفة عامة حق التخارج من الشركة في أي وقت لعدم لزوم ذلك العقد؛ فكذلك في حالة الحجر عليه يجوز للحاكم فسخ العقد وحصر ما له من أموال سواء نقدية أو عينية، وتوزيعها على الغرماء، إيفاء لمستحقاتهم في التفليسة.

٦ - بالأخذ في الاعتبار لما تم إثباته في الفقرات السابقة، من عدم صحة القول بثبوت الملكية للشخصية الاعتبارية، وبكونها لا تزيد عن شكل من أشكال التنظيمات الإدارية، أو وعاء تصوري فارغ تماماً من أي شيء. فإنه يمكن القول بأن قياس الشخصية الاعتبارية للشركة الجديدة على العبد ذي المال، وقياس مال ذلك العبد على الأصول التي تمتلكها الشركة هو قياس مع الفارق؛ لأنه إذا كان الرأي الراجح عند المالكية هو عدم تأثر صفقة بيع العبد بالمال الذي يمتلكه، حتى لو كان هذا المال من الأثمان؛ فإن هذا الرأي يبنى على أن العبد هو المقصود من البيع بالأصالة، وأن المال تابع في صفقة البيع، غير مقصود بذاته. وهذا الوصف قاصر فقط على حالة العبد والمال التابع له، فلا يمكن تعديده إلى الحالة الشخصية الاعتبارية للشركة بأي حال من الأحوال؛ لماذا؟ لأنه لما كان العبد يُقْتَنَى غالباً للانتفاع به وبما لديه من قدرات معينة (كالقوة، ودماثة الخلق، والصبر على

(١) السنهوري، الوسيط: ٣٦٤/٥.

المشاق... إلخ) تفيد سيده أثناء تشغيله والانتفاع بخدماته، فإن هذه الصفة تناسبه من حيث كونه المقصود أصالة من عملية الشراء وكون المال تابعاً له. أما الشخصية الاعتبارية للشركة، فبالأخذ في الاعتبار لما سبق إثباته فإنه من المحال أن تكون هي المقصودة أصالة في عملية الشراء، إذ ليس لها في حد ذاتها أية قيمة مادية.

أما القيمة الحقيقية للشركة - سواء أكانت إنتاجية أو مصرفية أو خدمية - فتختص بقيمة الأصول المادية والمعنوية التي يمتلكها الشركاء، ومدى إنتاجية هذه الأصول والقدرة على تسهيلها في الوقت الملائم... إلخ. وبدون هذه الأصول، لا يمكن إثبات أي قيمة لهذه الشركة؛ على النحو السابق ذكره سالفاً.

وبناءً على ذلك، يمكن القول بأن محاولة قياس الشخصية الاعتبارية على العبد، تتضمن فارقاً كبيراً بين الفرع والأصل المراد القياس عليه. وبالتالي هي قياس مع الفارق، لا يصح التعويل عليه. كما نضيف وبالله التوفيق، بأن قول د. القري: «إن الشخصية الاعتبارية ونظام الرق الذي صيّر الإنسان ملكاً لآخر، كلاهما وليد التشريع»، فيه نظر إلى حد كبير؛ فهناك فارق كبير بين التشريع الإسلامي الذي ينظم علاقة العبد بسيده، وبين القانون الوضعي الذي قد يسن من الأحكام والقواعد ما لا يتفق مع شريعتنا الإسلامية الغراء. وعلينا في هذه الحالة اختيار ما يناسبنا، ونبذ ما يتعارض مع أحكامنا.

٧- أنه لا يمكن قبول الأسس القانونية التي استند إليها القانون الوضعي في تقنين أحكام الشركات بصفة عامة، كأساس للتطبيق على الشركات الإسلامية دون تمحيصها من الناحية الشرعية؛ خاصة وأن هذه الأسس يعترها كثير من النقاط التي تتعارض مع الأحكام الشرعية المنبثقة من ديننا الإسلامي الحنيف. فعلى سبيل المثال، مع التسليم بأن الأحكام الخاصة بالشخصية الاعتبارية التي استحدثها علماء القانون المعاصر تؤدي إلى الفصل بين كيان الشركة الجديدة المنشأة، وبين أموال الشركاء المؤسسين لها. إلا أنه بعرض الكيفية التي توصل بها القانونيون إلى هذا الفصل على منظار الشريعة الإسلامية الغراء يتضح أنها تقوم على أسس متناقضة، ولا يمكن قبولها بأي حال من الأحوال من الناحية الشرعية.

فوفقاً لما يراه فقهاء القانون الوضعي، يترتب على إنشاء أي شركة جديدة شخص اعتباري يتمتع بجميع الحقوق التي يعينها له سند إنشاء هذه الشركة، أو التي يقرها له القانون^(١). . . فيكون له ذمة مالية مستقلة، وموطن خاص، وجنسية، وأهلية، وحق للتقاضي . . . إلخ. إلا أنهم رتبوا على ذلك أحكاماً أخرى من أهمها: أنه لا يعتبر رأس مال الشركة ونماؤه مملوكاً ملكاً شائعاً بين الشركاء، بل هو ملك للشركة ذاتها بصفة أنها شخصية معنوية لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء أنفسهم كما سبق بيانه. وتعتبر هذه الأموال ضماناً لدائتي الشركة وحدها دون دائتي الشركاء المكونين لها. ولا يحق للشركاء طوال فترة حياة الشركة التصرف في رأس المال نتيجة انفصاله عن دائرة ملكهم. ويستمر هذا الفصل حتى يتم تصفية الشركة؛ فحينئذ فقط يعتبر كل شريك مالِكاً لحصة على المشاع في رأس مال الشركة.

إلا أن ذلك استلزم من ناحية أخرى إيجاب تكييف قانوني لنوع العلاقة المترتبة على انتقال ملكية حصة الشركاء في رأس المال إلى الشركة نفسها بصفتها شخصاً جديداً مستقلاً بذاته؛ فكان الحل المناسب من وجهة نظرهم هو إضفاء صفة المديونية المتبادلة بين الشركاء والشركة؛ فالشركة مديونة للشركاء بقيمة رؤوس أموالهم، وكذا الأرباح التي قد تغلها؛ بحيث تلتزم بسداد هذه الأرباح لهم تبعاً في حالة تحققها طوال فترة حياتها. ومن الناحية الأخرى: فإن الشركاء يعتبرون مدينين للشركة بقيمة حصة كل منهم في رأس المال، وعليهم سداد هذه القيمة للشركة عند طلبها. وفي حالة تأخرهم عن السداد يضطرون إلى دفع فوائد عن الفترة محل التأخير^(٢).

ويتضح مما سبق أن النحو الذي نحاه رجال القانون في تفسير نوع العلاقة بين الشركاء والشركة قد تم بطريقة متناقضة تختلط بها فكرة الربا، وهو ما لا يتسق شكلاً ولا موضوعاً مع روح الشريعة الإسلامية؛ فإضفاء صفة الدائنية للشركاء على أموالهم المودعة في الشركة مع إقرار حق لهم في الحصول على إيراد، حتى

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: ٢٦٣/٥.

(٢) فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ١٩٩٤م.

ولو لم يكن منتظماً، يعكس صورة من صور القرض الذي جرّ نفعاً، وهو غير قابل للتصور من الناحية الشرعية لمنافاته لأحكام عقود الصرف بإجماع أهل العلم^(١).

ومن ناحية ثانية فإنهم يعتبرون صك السهم نفسه، في حالة الشركات المساهمة، قد اندمجت فيه قيمته النقدية صورياً، فأصبح منقولاً معنوياً مملوكاً للمساهم، يبيحون تداوله ببيعاً وشراءً بأقل أو بأكثر من قيمته الاسمية، رغم افتراض أن رأس المال ما زال ديناً على الشركة نفسها بشخصيتها المعنوية المستقلة^(٢). ومن الواضح أن في ذلك كله تناقضاً يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأنه وفقاً للتكييف الذي أضفوه على العلاقة بين المساهم (الشريك) والشخصية الاعتبارية الجديدة سيعتبر بيع الشريك لحصته في رأس المال المودع لدى الشركة بمثابة بيع للدين، وبالتالي يخضع من الناحية الشرعية للأحكام المنظمة لبيع الدين التي لا تجيز مثل هذا البيع إلا في الحال وبالقيمة الاسمية. وهذا يعني بطريقة تلقائية عدم جواز تداول جميع الأسهم التي تصدرها الشركات المساهمة في أسواق رأس المال إلا بقيمتها الاسمية التي صدرت بها، وإلا ترتب على ذلك وقوع الربا في التعامل المذكور. وهذا يناقض تماماً ما يجري به التعامل بين الناس في الأسهم في جميع أسواق رأس المال على مستوى العالم.

وبذلك يخلص الباحث، بالنسبة لموضوع الاستفسار عن صحة التكييف القانوني، القائل: (إن المساهم يملك حقاً، ولا يملك حصة من موجودات الشركة)، إلى كل من النتائج المهمة التالية:

الثاني عشر: مشكلة شراء أسهم لشركات تتعامل في الأصل في المبيحات إلا أنها تتعامل أحياناً بالربا:

هذه المسألة تم مناقشتها عدة مرات سواء في الدورات التي ينظمها مجمع الفقه الإسلامي أو في مؤتمرات وندوات أخرى. إلا أنه حتى الآن لم يصدر بشأنها قرار نهائي من حيث الحل أو الحرمة، وإنما أشار إليها القرار رقم (٧/١/٦٥)

(١) ابن المنذر، الإجماع، ص ١٢٠.

(٢) د. فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص ٤٩، ٥١، ٤٠٩.

عام ١٤١٢هـ الصادر في دورة المؤتمر السابع لمجمع الفقه الإسلامي بتاريخ ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ. والذي نصه كما يلي: (الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة).

وسبب عدم صدور رأي نهائي حول هذا الموضوع هو ما ذهب إليه فريق من الفقهاء المعاصرين، من جواز الإسهام في مثل هذه الشركات، لكل من الأدلة والاعتبارات التالية:

١ - أنه من النادر في عصرنا الحالي تواجد شركات يخلو نشاطها تماماً من أي نوع من أنواع التعامل الربوي. لذا فإنه من المهم بمكان النظر إلى هذه المشكلة على أنها تشكل حالة من حالات الضرورة، أو الحاجة التي يجب أن تنزل منزلة الضرورة بحيث يباح معها التعامل في المحرمات. وإلا فإن النشاط الاقتصادي للدول الإسلامية سيكون معرضاً للانحيار. وهذا الأمر يتنافى مع المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية التي تحث على توفير سبل القوة والاستقرار الاقتصادي للدولة الإسلامية، وتضع ذلك ضمن الأهداف الرئيسة التي يتعين على المسؤولين العمل على تحقيقها^(١).

٢ - أن اختلاط جزء محرم من المال لا يجعل مجموع المال محرماً عند الكثيرين. ويستدل على ذلك بقول شيخ الإسلام ابن تيمية، بأن الحرام لكسبه - كالمأخوذ غصباً أو بعقد فاسد - إذا اختلط بالحلال لم يحرمه، خاصة إذا كانت الدراهم الحلال كثيرة، والحرام قليلة. فإذا اختلط بماله الحلال والحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال له^(٢). كما استدل على ذلك ببعض القواعد الفقهية مثل: يجوز تبعاً، ما لا يجوز استقلالاً؛ وللاكثر حكم الكل. فهذا النوع من الأسهم وإن كان فيه نسبة بسيطة من الحرام لكنها جاءت تبعاً. ورغم أن العمل بالربا غير جائز، إلا أنه لا يجعل بقية الأموال والتصرفات المباحة الأخرى

(١) د. محيي الدين القره داغي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ١٤١٢هـ، ص ٩٥.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى: ٢٩/٢٧٢، ٢٧٦.

محرومة. وهو أيضاً عمل تبعي، ليس مقصوداً في حد ذاته، ولا الذي أنشئت الشركة من أجله^(١).

٣- أن أقصى حد وصل إليه الحكم - عند جميع المذاهب الفقهية - بالنسبة لموضوع مشاركة المسلم للذمي، أو لمن اشتهر بالتعامل بالربا، هو الكراهة. فلماذا نحاول إضفاء صفة التحريم على الحالة محل النقاش، رغم أنها لا تزيد بأي حال في أبعادها عن هذا الحد؟

٤- أنه يمكن إيجاد حل لمشكلة تعامل بعض الشركات أحياناً بالربا، وذلك بقياس ملكية المساهم للأسهم على ملكية السيد للعبد الخائن أو الذي يتعامل بالربا. ويستند هذا الرأي على ما ورد في القول التالي لبعض فقهاء المالكية، كالفراحي، وابن شاس: «لا ينبغي الإذن بالتجارة لغير المأمون ومتعاطي الربا، فإن فعل وكان يعمل بالربا، تصدق السيد بالربح، وإن جهل ما يدخل عليه من الفساد في البيع استحب التصدق بالربح لعدم يقين الفساد»^(٢).

ووجه الاستدلال: هو أن الفقهاء أفتوا بأن مالك العبد إذا علم ما يدخل عليه من الفساد، فإن غاية ما يطلب منه في هذه الحالة، هو التصدق بالربح. وأما إذا لم يعلم بما يدخل عليه استحب له التصدق بالربح على سبيل الاستحباب، من غير إجبار. وهكذا يمكن قياس الشركة بما لها من شخصية اعتبارية، بالعبد ومالك السهم بالسيد مالك العبد. فإن أقصى ما قد يطالب به المساهم في حالة تعامله مع الشركة التي تتعامل بالربا، هو التصدق بالفضل الذي يعلم أن مصدره الربا، دون حاجة إلى تحريم الاستثمار في الشركة، أو تحريم ملكية أسهمها^(٣).

ولا شك أن هذا القول يكرر فكرة أن الشركة التي تتعامل بالربا أحياناً، لها شخصيتها الاعتبارية، وأموالها المستقلة عن الشركاء تماماً. كما أن مسؤولية الشركاء فيها تعتبر محدودة، وقاصرة على قيمة الأسهم التي يمتلكها كل شريك، دون أن يمتد ذلك إلى التصرفات غير المشروعة (كالتعامل بالربا)، للمدراء

(١) د. محيي الدين القره داغي، نفس المرجع السابق.

(٢) الفراحي، الذخيرة: ٣١٩/٥؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة: ٥٣٨/٢.

(٣) د. محمد علي القرني، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

المعينين في الشركة .

٥ - أن المفسدة بارتكاب الربا، أو الإعانة عليه، متحققة في التعامل مع الشركات التي تتعامل أحياناً بالربا، إلا أن ترك التعامل مع هذه الشركات يعتبر مفسدة أكبر؛ لذلك وجب اتباع القاعدة الشرعية المقررة في هذه الحالة، وهي: (ارتكاب المفسدة الأخف لدرء المفسدة الأعظم). وكذا قاعدة: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة، في استباحة ما تدعو إليه الحاجة)^(١).

إلا أنه يمكن الرد على هذه الأقوال في إطارها العام من عدة نواحي، كالآتي:

١ - أن الطريق الذي سلكه المجوزون للحكم على المشكلة محل الخلاف، قد جمع بين عدد من المسائل المتباينة في آن واحد؛ يختص كل منها بحكم مستقل، يختلف عن الحكم الخاص بكل مسألة من المسائل الأخرى. وللتوصل إلى رأي محدد بشأن المسألة التي نحن بصدد مناقشتها، وهي: (إسهام مستثمر مسلم في شركة تتعامل - بالفعل - أحياناً بالربا، رغم أن نشاطها الأساسي حلال)، يجب أولاً تحرير محل الخلاف الذي يدور حوله النقاش.

وفي هذا الصدد أقول وبالله التوفيق: إنه يجب التفرقة بين كل من المسائل التالية:

أ- التعامل السلعي العادي، بالبيع والشراء مع من يتعامل بالربا.

ب- التفكير في الإسهام في شركة جديدة، لم تنشأ بعد، مع شخص معلوم عنه أنه يتعامل بالربا، كاليهودي أو النصراني، أو من يستحل التعامل بالربا.

ج- تشكك أحد الشركاء، في شركة قائمة بالفعل، بأنها تتعامل بالربا في الخفاء.

د- التفكير في المشاركة في شركة قائمة بالفعل، يتعامل القائمون عليها أحياناً بالربا.

(١) د. حمزة بن حسين الفهر، ١٤١٨هـ، ص ٤٥.

فالمسألة الأولى: هي التي قاس عليها المجوزون الحالة محل النقاش، وذهبوا بشأنها إلى القول بجواز الإسهام في شركات تتعامل بالربا أحياناً. واستدلوا، في جانب من رأيهم هذا، بما أفتى به شيخ الإسلام ابن تيمية بجواز التعامل مع الذين يغلب على أموالهم الحرام، مثل المكَّاسين، وأكلة الربا. في حين أن نص السؤال الذي رد عليه شيخ الإسلام، اقتص بالاستفسار عن مدى حليّة أخذ طعام مثل هؤلاء الناس بالمعاملة!^(١)

فهذه الحالة تختلف تماماً، في أبعادها، وفي الآثار المترتبة عليها، عن حالة مشاركة من يتعامل بالربا. فبينما ذهب بعض الفقهاء إلى كراهة هذا الشراء تورعاً، فإنه لم يقل أحد من أهل العلم بأن التعامل بالبيع والشراء، مع هذا الصنف من الناس حرام، إلا إذا تعلق البيع بشيء يُعلم يقيناً بأنه حرام. وقد ورد في الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها: (أن النبي ﷺ اشترى من يهوديّ، طعاماً إلى أجل، ورهنه درعه)^(٢).

أما المسألة الثانية: وقد قدمها المجوزون كدليل على صحة رأيهم، إلا أنها أيضاً مختلفة عن المسألة محل الخلاف؛ لأنه يجب حملها على حالة تطلع أحد المسلمين إلى مشاركة اليهودي، أو النصراني، أو من علم عنه أنه يتعامل بالربا - قبل إنشاء الشركة بالفعل. ففي هذه الحالة، لا يوجد أي تعامل ربوي واقع. ورغم هذا ذهب جمهور الفقهاء إلى كراهة مشاركة المسلم فيها من البداية (أي قبل وقوعها)، درءاً للمفاسد المحتملة، وسدّاً للذرائع؛ إلا أن يكون الشريك المسلم بيده زمام الأمر؛ لأنه مع التسليم بأن الأصل فيما لم يثبت فساده بدليل، أو خفي أمره، من المعاملات، هو الإباحة والحلية؛ تمثيلاً مع قاعدتي: (أن اليقين لا يزول بالشك)؛ (وأن الأصل براءة الذمة). إلا أن الأصل أيضاً في تلك الأصناف من الناس استحلالهم التعامل بالربا. فيكون هناك احتمال وارد بصفة دائمة لوقوع التعامل الربوي؛ لذلك جاء الحكم على هذا النوع من المشاركة بالكراهة.

(١) انظر: ابن تيمية، الفتاوى: ٢٩/٢٧٢، وقارن نص السؤال الموجه إلى شيخ الإسلام في

هذه المسألة، بنص الاستدلال الوارد في بحث د. القره داغي، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري: ٥/٤٢.

أما إذا كان البيع والشراء بيد المسلم؛ ففي هذه الحالة تنتفي أية احتمالات لوقوع مثل هذا التعامل؛ ويكون الحكم على المشاركة فيها بالجواز. ويستند من يجيز ذلك من الفقهاء إلى الحديث الذي رواه عطاء، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودي، والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم». وكذلك إلى ما رواه الأثرم، عن أبي حمزة، عن ابن عباس: أنه قال: «لا تشاركن يهودياً، ولا نصرانياً، ولا مجوسياً، لأنهم يربون، وإن الربا لا يحل»^(١).

وأما المسألة الثالثة: فهي تلك التي حاول د. القري قياسها على حالة العبد الذي يتعامل بالربا. وهي تختص بحالة إنسان مسلم، شارك بالفعل في شركة تتعامل بالربا في الخفاء، أو أن قيادتها من اليهود أو النصارى، أو ممن يعلم عنهم عدم التحرز من التعامل بالربا، مع عدم وجود ما يثبت ذلك عليهم صراحة. وهذه الحالة تختلف تماماً عن المشكلة محل البحث؛ كما تختلف قليلاً عن المسألة السابقة؛ لأن الشريك المسلم هنا شارك بالفعل في الشركة التي تتعامل بالربا في الخفاء، ولأنه لا يوجد ما يثبت صراحة وقوع هذا التعامل، سواء مسبقاً، أو حالياً، رغم أن صاحبنا المسلم يشك في تعامل هذه الشركة. ففي هذه الحالة، يكون قد اختار مسلماً مكرهاً عند الفقهاء، خاصة أنه معلوم لديه أن مدراء هذه الشركة من النصارى، أو اليهود، أو ممن لا يتحرزون من التعامل الربوي؛ وأن زمام الأمر ليس بيده. ولكنه لا يأثم لذلك، لعدم ثبوت التعامل بالربا صراحة. فهنا يتعلق تصرفه بالحكم السابق الإشارة إليه في الحالة السابقة، إلا أنه يختلف عنه اختلافاً طفيفاً. وهو أن الفقهاء في هذه الحالة يوصون بتصدق هذا الإنسان بالربح الناتج عن عملية المشاركة اختياراً منه، وليس إلزاماً عليه؛ لوجود المسوغ لذلك، وهو عدم التيقن من وقوع الربا. وهذا الحكم مطابق للكلام الذي ورد بالفقرة الأولى من قول كل من العلامة القرافي، وابن شاس؛ الذي استدل به د. القري لمساندة رأيه، وقاس عليه. ويتضح بذلك أنه قياس مع الفارق.

المسألة الرابعة: وهي المسألة محل هذا النقاش. وهي تختلف عن سائر الحالات السابقة، وذلك للأسباب التالية:

(١) انظر على سبيل المثال: ابن قدامة، المغني: ٤/٥.

أ - أن المشارك في هذه الحالة لديه علم سابق، ومدعم بالأدلة المؤكدة، بأن الشركة محل النقاش تتعامل بالربا.

ب - أن الفعل المطلوب الحكم عليه في هذه الحالة لا يتعلق، في حد ذاته، بنوع المنتجات التي تتعامل فيها هذه الشركة ببيعاً وشراءً وإنما يتعلق بشراء المساهم (الشريك الجديد)، لحصة شائعة في صافي أصول الشركة القائمة. وهذه الحصة تتضمّن في جزء منها، بعض القروض التي حصلت عليها الشركة من خلال سندات أصدرتها، وكذا ودائع ربوية تحتفظ بها، بناء على تعاقدات مع بنوك تقليدية. فضلاً عن اشتغالها على جزء من أرباح غير موزعة واحتياطيات متراكمة، تشتمل بدورها على نسبة من الفوائد الربوية الناتجة عن الحسابات والقروض سائلة الذكر.

ج - أن الفعل المطلوب الحكم عليه يتعلق أيضاً بحقيقة دامغة، وهي أن إمضاء الشريك الجديد لعقد الشركة (شراء للسهم)، يعني إصداره إذناً لسائر الشركاء الآخرين بالتصرف في أمواله التي أسهم بها في الشركة بصفته طرفاً من أطراف التعاقد. ويعكس هذا الأمر، أبعاد المسؤولية التي تلازم هذا المشارك المسلم - طوال فترة مشاركته من بدايتها إلى نهايتها. فهو إذناً قبل المشاركة مختاراً، أصبح مسؤولاً أمام الله عن التصرفات التي تقع من جميع الشركاء الآخرين بموجب الإذن الذي منحه إياهم، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد الشركة نفسه، أو صادراً بصفة محددة لبعض الحالات الخاصة. وهو ما سبقت الإشارة إليه، على سبيل المثال، في الجزء الأول من هذا البحث، بخصوص أركان شركة العنان؛ فإن كل شريك فيها يعتبر وكيلاً للشركاء الآخرين، وله حق التصرف في مال الشركة ككل، بإذن من سائر الشركاء الآخرين. كما يصبح كل منهم في هذه الحالة، مسؤولاً عن التصرفات الصادرة من الآخرين.

وهذه الأبعاد، يترتب عليها كل من الاستنتاجات التالية:

● فساد عقد الشراء للأسهم المطروحة للبيع. لأن السهم يمثل حصة شائعة ومنتشرة في جميع الأصول التي تمتلكها الشركة بدون استثناء، ويقوم عليها نشاطها^(١)، وحيث إن أجزاءً من هذه الأصول قائمة على عقود ربوية فاسدة من

(١) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص ١٣٣.

الأصل (كسندات القروض والودائع لدى بنوك ربوية)، كما أن أجزاءً أخرى منها يختلط بها عين الربا المحض؛ فيصبح محل عقد البيع للسهم نفسه فاسداً، لاشتماله على بعض العناصر الفاسدة. واختلال هذا الركن يترتب عليه فساد العقد بأكمله، وتأثيم الأطراف المتعاقدة.

● إذا قَبِلَ هذا الإنسان المسلم الإسهام في الشركة التي تتعامل بالربا مختاراً، وغير عابئ بفساد العقد، وبما قد يقع فيه من ربا؛ فإنه يأثم لمشاركته الآخرين وإصداره إذناً لهم بهذا التعامل، بصفتهم وكلاء له في التصرف في أمواله. وكذلك الحال إذا فرض قبوله المشاركة في الشركة، والاستمرار فيها، ولم يكن قادراً على التغيير، سواء رضي بهذا التعامل وأذن به أو لم يرضَ، فإنه أيضاً يأثم لا محالة؛ لأن مجرد إسهامه واستمراره في هذه الشركة يعتبر دعماً منه بجزء من ماله، لنماء هذا النشاط الربوي، وهو محرّم؛ لأن ما لا يتم الحرام إلا به فهو حرام غالباً، وخاصة إذا تعلق بتعامل ربوي. وكذلك فإن ما يحرم أخذه يحرم عطاؤه. فجميع العقود والوسائل المؤدية إلى الربا ممنوعة، ومحرّم التعامل بها سواء بيعاً أو شراءً. وكذلك فإن جميع المشاركين في هذه العقود يشملهم الإثم واللوم.

ويتضح ذلك جلياً من قول الرسول ﷺ، في الحديث الذي أخرجه الإمام أحمد، والنسائي رحمهما الله، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «لعن الله أكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه. قال: وقال: ما ظهر في قوم الربا والزنا إلا أحلوا بأنفسهم عقاب الله عزَّ وجلَّ»^(١). وكذا من قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث الذي أخرجه الإمام البيهقي في سننه، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «من اشترى سرقة، وهو يعلم أنها سرقة، فقد أشرك في عارها وإثمها»^(٢). فقد قيد الإثم بالعلم بالسرقه، ولم يقيده بالاشتراك في السرقه. فكذلك الحال، لمن يشتري أسهماً في شركة تشتمل

(١) مسند الإمام أحمد: ٤٠٢/١.

(٢) البيهقي، كتاب البيوع، باب كراهية مبايعه من أكثر ماله من الربا أو من ثمن محرّم:

أصولها على قروض أو ودائع ربوية، وهو يعلم بوجود هذا النوع من الأصول . فهو يشترك في الإثم، واللعن، حتى لو كان حجم الربا المترتب على تلك الأصول صغيراً وليس غالباً؛ لأن قليل الربا وكثيره حرام . ويقول الإمام القرطبي في هذا الشأن: روى الدارقطني عن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة، أن النبي ﷺ قال: «درهم ربا أشد عند الله تعالى من ست وثلاثين زنية في الخطيئة»^(١).

● ولكن هل يكفي للمشاركة بأمواله في الشركة التي تتعامل بالربا أن يطهر أمواله بالتصدق بجزء من الربح الذي قد يؤول إليه منها؟ بمعنى: أنه يستمر في مشاركته، بحيث كلما آلت إليه أرباح، تصدق بجزء منها يعادل نسبة الربا إلى إجمالي قيمة أصول الشركة؟ الإجابة على ذلك بالنفي، لأن مجرد المشاركة في هذه الشركة يترتب عليه الإثم؛ والتوبة من هذا الإثم يتطلب شيئين:

أولهما: الإقلاع عن الذنب نفسه، وهو لا يتأتى إلا بترك هذه الشركة نهائياً.

والثاني: تطهير ماله من الربا بالتصدق بالفوائد الربوية التي حصل عليها.

● أن القول بأن الشركة التي تتعامل بالربا أحياناً، لها شخصيتها الاعتبارية، وأموالها المستقلة عن الشركاء تماماً. كما أن مسؤولية الشركاء فيها تعتبر محدودة، وقاصرة على قيمة الأسهم التي يمتلكها كل شريك، دون أن يمتد ذلك إلى التصرفات غير المشروعة (كالتعامل بالربا)، للمدراء المعيّنين في الشركة؛ فيه أيضاً نظر إلى حدٍّ كبير. وقد سبق الرد بالتفصيل عن حقيقة فكرة الشخصية الاعتبارية، ودحض الحجج التي تساند القول بضرورة انتقال ملكية أموال الشركاء إليها؛ لأنها بهذا الشكل تعتبر سائراً يخفي وراءه مفسد عظيمة، منها التعامل بالربا محلّ المسألة التي نناقشها الآن.

ونضيف هنا القول: بأنه لا شك أن أعضاء مجلس الإدارة هم وكلاء عن سائر الشركاء (المساهمين)، ومن صميم سلطاتهم ومسؤولياتهم تعيين العضو التنفيذي، وكذا البتّ في التعيينات الخاصة بكبار المدراء، ومتابعة أعمالهم،

(١) القرطبي، تفسير القرطبي: ٣/٣٦٤.

ومساءلتهم عن جميع تصرفاتهم، وإصدار الأوامر اللازمة لإنهاء خدماتهم، إذا لزم الأمر لذلك في أي وقت. لذلك، لا يمكن بأي حال قبول فكرة الشخصية الاعتبارية كساتر، للتغاضي عن التعاملات الربوية التي قد تقع فيها بعض الشركات المعاصرة نتيجة تهاون بعض المدراء فيها.

● أن المعنى الوارد بالجزء الأول من القول الذي أفتى به كل من القرافي، وابن شاس رحمهما الله؛ والذي حاول د. القري الاستدلال به على صحة رأيه بجواز التعامل مع الشركات التي تتعامل بالربا أحياناً، يعتبر مطابقاً للاستنتاج الذي توصلنا إليه هنا، بحرمة التعامل مع مثل هذه الشركات. وبالتالي يتناقض تماماً مع القياس الذي قام به د. القري؛ فمن الواضح أن العبارة الواردة بالفقرة الأولى من هذا القول، تنهى عن إعطاء الإذن بالتجارة للعبد الذي يتعامل بالربا. كما أن الفقرة الثانية منه تشير إلى ضرورة التصديق بجميع الفاضل، في حالة إعطاء الإذن لهذا العبد بالتجارة. ويعتبر ذلك أحد المطلبين الأساسيين، المفروض توافرها لكي يتوب الله على مقترف تلك الكبيرة.

فمن الواضح أن التصديق لا يكفي في حد ذاته لتحقيق التوبة؛ مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتَغُوا فَلَئِمَّتْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. لأن الآية تفيد وقوع الإثم على من تعامل بالربا، من جراء هذا التعامل؛ لأن التوبة لا تأتي إلا بعد إثم ارتكبه فاعله، وأن رفع هذا الإثم بالتوبة، يتطلب من العبد في هذه الحالة، شيئين:

أولاً: الكف والإقلاع تماماً عن التعامل بالربا.

وثانياً: التصديق بالربا الفاضل عن رأس المال.

ويقول الإمام الطبري في هذا الشأن من خلال تفسيره لهذه الآية الكريمة: «إن تبتم فركنتم أكل الربا، وأنبتم إلى الله عز وجل، فلكم رؤوس أموالكم من الديون التي لكم على الناس، دون الزيادة التي أحدثتموها على ذلك»^(١).

كما يعزز الإمام القرطبي هذا الكلام، بوصف الناس الذين يتعاملون

(١) الطبري: ١٠٨/٣.

بالربا، قائلاً: «وقد قال ابن عباس أيضاً: من كان مقيماً على الربا لا يتزع عنه، فحق على إمام المسلمين أن يستتبه، فإن نزع، وإلا ضرب عنقه. وقال قتادة: أوعد الله أهل الربا بالقتل فجعلهم بهرجاً^(١) أينما ثقفوا^(٢) . . . ، وقال ابن خوزين منداد: ولو أن بلدأ اصطلحوا على الربا استحللاً كانوا مرتدين، والحكم فيهم كالحكم في أهل الردة، وإن لم يكن ذلك منهم استحللاً، جاز للإمام محاربتهم. ألا ترى أن الله تعالى قد أذن في ذلك فقال: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(٣) .

ويتضح من ذلك بأن الرأي الذي يقول بجواز الإسهام، بل والاستمرار في مشاركة الشركات التي تتعامل بالربا بالفعل، مقابل الاقتصار على التصديق بما يقابل الفوائد الربوية التي يتم تحصيلها منهم؛ مع ترك الشركات نفسها للتعامل بالربا بحريتها، يعتبر مناقضاً تماماً للأحكام التي أفتى بها الفقهاء والمفسرون. بل إن التمسك بهذا الرأي يعني ضمناً: أن بعض علماء المالكية - القرافي وابن شاس - يقرون بجواز تعامل الناس بالربا صراحة، وهو أمر لم يقل به أحد من العلماء، ومن الصعب جداً تصوره في حق هذين العالمين الجليلين.

٢ - أن موضوع الخلاف يتعلق بأحد الأمور المنهي عنها نهياً مغلطاً، وهو الوقوع في إثم التعامل بالربا؛ فأكل الربا والتعامل به يعتبر من الموبقات السبع التي حذرنا الرسول ﷺ من ارتكابها. والدليل عليه هو الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم رحمهما الله، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: أنه قال: «اجتنبوا السبع الموبقات». قالوا: يا رسول الله، وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»^(٤).

كما أن الله سبحانه وتعالى قد توعد آكلي الربا بحرب منه ومن رسوله إن لم

(١) البهرج: الشيء المباح.

(٢) ثقفه: ظفر به وحذقه.

(٣) تفسير القرطبي: ٣/٣٦٣-٣٦٤.

(٤) رواه البخاري: ٣/١٠١٧؛ ومسلم؛ وأصحاب السنن.

ينتوها عما يفعلون، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَكَيْفَ لَهُ مِنَّكُمْ أَتُؤَلِّمُونَ وَلَا تُظَلِّمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩].

وجه الدلالة: أنه إذا كان الله يتوعد آكلي الربا بحرب، فواجب علينا التصرف معهم بما يتفق مع فداحة هذا العمل؛ فلا نتساهل في تعاملنا معهم، لعلهم يتراجعون عما هم فيه.

ولا شك أن حفظ الدين والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإرشاد الناس إلى ما أحله الله، وما حرمه هو من أهم المقاصد التي عني الشارع بأمر تحققها؛ فجعلها فرض عين على كل من هو أهل لها؛ فالواجب إذن تنبيه الناس إلى ما نهى الله عنه، واعتبره مفسدة من المفاصد العظيمة، وأجمع العلماء على ضرورة منعه؛ وتقديم ذلك على المصالح الدنيوية، خاصة إذا كانت هذه المصالح غير راجحة، أو غير مؤكدة تحققها، أو كان هناك طرق حلال بديلة لتحقيقها غير تلك المفاصد.

٣- أن القول بأن مفسدة ارتكاب الربا، أو الإعانة عليه، متحققة في التعامل مع تلك الشركات، إلا أن ترك التعامل معها يعتبر مفسدة أكبر، فيه نظر من عدة جوانب:

أ- أن المفسدة المترتبة على ترك التعامل مع الشركات المذكورة ليست محققة الثبوت، وإنما هي محتملة، بل ومشكوك جداً في أمر تحققها، وذلك لسببين:

أولاً: لأننا لا نستطيع الجزم حتماً بتخلي الناس عن الشركة فور صدور الفتوى بحرمة التعامل معها. والمثال على ذلك واضح من حالة البنوك التقليدية. فرغم ما أصدرته كافة المجامع الفقهية، وهيئات الرقابة الشرعية، في معظم بلدان العالم الإسلامي، وعلى مدى أكثر من ربع قرن، من فتاوى تحرم التعامل مع هذه البنوك. إلا أنها لا تزال تمارس نشاطها بكامل قواها، وعافيتها، وقد يكون الإقبال عليها الآن، أكثر من أي وقت مضى.

وثانياً: أننا لا نستطيع التنبؤ بما قد يحدث في المستقبل، أو بما قد يفيض

الله به رحمة ومغفرة على عباده . فقد يشاء الله أن تنصاع الشركات جميعاً - أو على الأقل عدد كافٍ منها - للفتوى التي يصدرها المجمع بالتحريم، فور صدورها، وتذر هذا التعامل؛ بأن يهدي الله القائمين عليها إلى الصواب، وإلى طريقه المستقيم .

فإذا أخذنا في الاعتبار بأن مفسدة تعامل الشركات بالربا، هي من أعظم المفساد على الإطلاق عند الله، كما سبق بيانه، وأنها واقعة بالفعل، ومتحقق ثبوتها؛ فإن الترجيح بين المفسدتين، يحتم درء المفسدة الأعظم، وهي التعامل بالربا، وليس العكس .

ب - أن هذه الشركات نفسها التي تتعامل أحياناً بالربا، والتي نبحت حالتها الآن؛ تصدر العديد من السندات الربوية للحصول على سيولة نقدية، تدعم بها رأس مالها العامل . كما أنها، من الناحية الأخرى، تستثمر جزءاً كبيراً من أموالها في شكل حسابات استثمارية لدى بنوك تقليدية، أو في شكل سندات تصدرها شركات أخرى بفوائد ربوية . وقد أصدر مجمع الفقه الموقر عدداً من الفتاوى، في الدوريتين الثانية، والسادسة، تفيد حرمة التعامل المصرفي بالفوائد كلية، وكذا حرمة شراء وبيع السندات الربوية بجميع أشكالها . فإذا علم أن هذه الودائع والسندات تمثل أجزاءً شائعة، تدخل ضمن مكونات الأسهم نفسها محل هذا النقاش؛ فإنه يحق لنا التساؤل عن سبب قبولنا تحريم التعامل في الودائع والسندات الربوية، في الوقت الذي نطالب فيه بإباحة شراء وبيع الأسهم المذكورة التي تشتمل على هذه الودائع والسندات؟! .

ج - أن الضرورة لها أحكام وضوابط؛ ومن أهم ذلك: أنها تقدر بقدرها . ويعني ذلك بالنسبة لحالتنا هذه أنه لا يجوز السماح بشراء أسهم الشركات التي تتعامل في جزء من نشاطها بالربا إلا بالقدر اللازم فقط لدرء مخاطر شديدة وجسيمة قد تواجه اقتصاديات الدول الإسلامية لا قدر الله . وبالتالي لا يجوز الاستمرار في استخدامها في جميع الأوقات، خاصة إذا كانت الأنشطة الاقتصادية في حالتها العادية المستقرة؛ بمعنى أنها لا تواجه أي أزمات أو محن . وهذا الشرط يخالفه الواقع الفعلي الذي تعكسه نتائج وأوضاع النشاط الاقتصادي للدول الإسلامية في الوقت الحالي . ومن البديهي أن ما ينطبق على حالات الضرورة من

شروط في هذا المجال ينطبق أيضاً على حالات الحاجيات التي تنزل منزلة الضرورة.

د - أن الأخذ بمبدأ الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة لإباحة شراء الأسهم والسندات التي تعتبر في أصلها محرمة شرعاً، يستلزم معه أن تكون هذه الأدوات لازمة. بمعنى: أن تكون هذه الأداة الاستثمارية، هي الوحيدة التي يمكن اللجوء إليها بعد انقطاع كل السبل الأخرى جميعها. بما يعني اختفاء أي بديل استثماري آخر يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا الوضع يناقشه وجود شركات إسلامية كثيرة في مختلف المجالات الإنتاجية والخدمية. بل إن هناك مئات، من الشركات التي يتقدم أصحابها يومياً إلى البنوك الإسلامية - على مستوى العالم الإسلامي - لطلب المشاركة في رأس مالها. لذلك يمكن الإدراك بسهولة بأنه ليس هناك ضرورة ملجئة أو حاجة ملحة إلى انتهاج الأسلوب الآخر المحرم شرعاً، وهو الإسهام في شركات تتعامل بالربا.

هـ - أن تحقيق معدلات نمو عالية للنتائج القومي في الدول الإسلامية لا يتأتى إلا من خلال الاستثمارات الحقيقية التي تتعطش إليها هذه الدول، ولا يكون ذلك إلا بإنشاء شركات إنتاجية وخدمية جديدة، وليس من خلال تحويل ملكية أسهم لشركات قائمة ثم إعادة بيعها لمجرد تحقيق أرباح سريعة.

ومن ذلك كله يتضح أن الحجج التي يستند إليها المجوزون لشراء أسهم الشركات التي تتعامل أحياناً بالربا، تعتبر مرجوحة، ولا تكفي لإقرار هذا المبدأ. ولأن التعامل بالربا؛ قليله وكثيره، يعتبر من المفاصد العظيمة عند الله. فإن الرأي الذي نخلص إليه في هذا الشأن، هو عدم جواز شراء تلك الأسهم.

* * *

الجزء الرابع

بعض الشركات الحديثة الأخرى

أولاً: الشركات القابضة:

تتجه معظم الشركات الكبرى في جميع أنحاء العالم نحو التوسع، سعياً وراء تحقيق الربح؛ وحماية مصالحها الخاصة في ظل نظام العولمة والانفتاح. ومن أهم السياسات التي تتبعها هذه الشركات حالياً هي سياسة الاندماج تحت مظلة مجموعة مالية واحدة.

وفي هذا الصدد، تقوم الشركة بتأسيس شركات أخرى، أو شراء كامل أسهم بعض الشركات عن طريق الاندماج. وعندئذ تسمى الشركة الأولى الشركة الأم وتصبح الشركات الأخرى شركات تابعة. وقد لا تلجأ الشركة إلى الاندماج، وإنما تحقق هدفها من خلال السيطرة المالية والإدارية على تلك الشركات بامتلاك غالبية أسهمها (أكثر من ٥٠٪). وعندئذ تسمى الشركة الأولى بالشركة القابضة، والشركات الأخرى بالشركات التابعة^(١).

تعريف الشركة القابضة:

لا يوجد تعريف متفق عليه للشركة القابضة، فقد صدرت تعريفات متعددة بشأنها، ومن أهم هذه التعاريف: هي الشركة التي لها سيطرة معينة على شركة أخرى، تسمى بالشركة التابعة، بحيث تستطيع الأولى أن تؤثر على القرارات التي تتخذها الجمعية العمومية للشركة الثانية^(٢). كما عرفتها المادة (٢٩٨) من القانون التجاري البحريني من خلال تحديد الأهداف التي تقوم عليها، فنصت على أنها: (شركة، الهدف من تأسيسها تملك أسهم في شركات مساهمة بحرينية أو

(١) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، ص ٥٦٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٥٣.

أجنبية، وكذلك تملك أسهم أو حصص في شركات ذات مسؤولية محدودة بحرينية أو أجنبية، أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات بنوعها، والعمل على إدارتها وإقراضها وكفالتها لدى الغير^(١).

وقد نصت قوانين الشركات في كل من الأردن والبحرين، على الأحكام الخاصة بالشركات القابضة بصفة عامة. أما في مصر فقد صدر القانون (٢٠٣) لسنة ١٩٩١م بشأن شركات قطاع الأعمال العام، حيث نصت المادة الثانية منه على: (أن تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣م. كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هذه الهيئات). وبذلك تحولت هيئات القطاع العام وشركاته إلى شركات قابضة، وشركات تابعة لها، في شكل شركات مساهمة. ويجري الآن تحول بعض الشركات التابعة من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

أما عن إدارة الشركة القابضة للشركة التابعة فإن الأولى مستقلة عن الثانية بتنظيمها الإداري وإن كانت الشركة القابضة المسيطرة على إدارة تلك الشركة عن طريق السيطرة على أجهزتها الإدارية، ووفقاً للقوانين المعمول بها في البلدان المذكورة، فإن للشركة التابعة شخصية اعتبارية، وذمة مالية مستقلة عن الشركة القابضة، ولها استقلاليتها في التعامل مع الغير. ونشاطها الاقتصادي إما مماثل لنشاط الشركة القابضة أو مكمل لها. وعادة تصدر القوانين المنظمة للشركات القابضة، بحيث يحظر على الشركة التابعة تملك أسهم أو حصص في الشركة القابضة. وتقوم الشركة القابضة بتعيين ممثلها في مجالس إدارة الشركات التابعة بنسبة مساهمتها أو ما يتفق عليه مع المساهمين أو الشركاء الآخرين في الشركة التابعة.

وتتمثل أهم الأنشطة المتبادلة التي تقوم بها الشركات القابضة في الآتي:

(أ) إدارة الشركات التابعة لها، أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها، وتوفير الدعم اللازم لها.

(١) القانون التجاري البحريني.

ب) تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها .

ج) تملك حقوق الملكية الصناعية من براءات الاختراع والعلامات التجارية والصناعية، وحقوق الامتياز، وغيرها من الحقوق المعنوية، واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها .

وتُعَدُّ الشركة القابضة في نهاية كل سنة مالية ميزانية مجمعة، وبيانات الأرباح والخسائر لها ولجميع الشركات التابعة لها، مع الإيضاحات والبيانات المقررة وفقاً لما تتطلبه الأسس المحاسبية الدولية .

ويلاحظ في هذا الصدد: أن هناك اختلافاً بين الشركة التابعة والفرع، لأن فرع الشركة لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركة التي يتبعها، وليس له ذمة مالية مستقلة ولا موطن ولا جنسية، وإنما يعتبر جزءاً من الشركة الأصلية .

أهم الأحكام الفقهية المتعلقة بالشركات القابضة :

١- التحويل والاندماج :

يقصد بالتحويل من الناحية القانونية تغيير الشركة لشكلها القانوني^(١)، ومن الناحية الشرعية يقصد بذلك تغيير نوع الشركة من نوع معين إلى نوع آخر، كالتغيير من شركة مفاوضة إلى شركة عنان، أو العكس^(٢) . ويقصد بالاندماج ضم إحدى شركتين لشركة أخرى، أو بإنشاء شركة جديدة تشمل الشركتين، وذلك عن طريق انقضاء الشركات القائمة . وبناء على ذلك تنتقل صافي الأصول، وكذا كافة الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة (القابضة) . وفي القانون يشترط حصول موافقة المساهمين بالأغلبية على التعديل أو الدمج إذا كان منصوصاً على ذلك في عقد الشركة أو قانونها الأساسي . أما إذا لم يكن منصوصاً عليه فيشترط في هذه الحالة الحصول على موافقة جميع المساهمين^(٣) .

(١) د . فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص ١٠٦ .

(٢) د . عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية : ١/ ٢٩٤ .

(٣) د . فايز نعيم رضوان، نفس المرجع السابق، د . عبد العزيز الخياط، نفس المرجع السابق، ص ٢٩٩ .

وهناك بعض الأصول الشرعية التي يمكن الاستناد إليها عند النظر في مسألتي تحويل ودمج شركة من الشركات مع شركة أخرى، وهذه الأصول، كالتالي:

أ - التراضي بين الشركاء في الشركة المحولة، في حالة التحويل، أو في كلتا الشركتين في حالة الدمج.

ب - استيفاء الشروط والأركان الشرعية الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات المطلوب تحويلها أو دمجها.

ج - مراعاة قواعد شراء وبيع الأسهم الخاصة بالشركة المندمجة، وما قد يستلزمه ذلك من تطبيق أركان وشروط عقود الصرف، وبيع الدين.

د - مراعاة حقوق الدائنين للشركة المندمجة.

هـ - مراعاة استيفاء إجراءات الشهر والتوثيق للشركة الجديدة.

فإذا كان التحويل في إطار نوع واحد من الشركات، فإن الأمر يتطلب الحصول على موافقة الشركاء، في الشركة المطلوب تحويل نوعها، على إجراءات التحويل. أما إذا كان التحويل من نوع إلى نوع آخر من الشركات، فإنه بالإضافة إلى شرط الحصول على موافقة سائر الشركاء، فإن الأمر يتطلب مراعاة شروط وأركان النوع الجديد من الشركات، للتأكد من استيفاء شروط التفرع. فشركة المفاوضة أعم من العنان، لأنها تستلزم التكافل بين الشركاء في ديون ونتائج الشركة، في حين أن العنان لا تستلزم ذلك. كما أن كل ما يجوز أن يفعله الشريك في شركة العنان، فجوازه لشريك المفاوضة أولى، وليس العكس^(١).

ومن ناحية أخرى: يجب عند الرغبة في التحويل، مراعاة الرأي الذي انتهينا إليه في الجزء الثاني من هذا البحث، وهو عدم جواز كل من شركة المسؤولية المحدودة، وشركة التوصية بالأسهم؛ ما لم يراعَ في كل من هذه الشركات ما يلي:

(١) الكاساني، البدائع، ص ٣٥٦٨.

- تطبيق نفس المعيار في توزيع الخسائر على جميع الشركاء بدون تمييز .
- ويكون ذلك حسب ما أجمع عليه الفقهاء ، بقدر حصة كل منهم في رأس المال .
- عدم جواز اقتصار مسؤولية الشركاء على حصة رأس مال كل منهم فقط .
- عدم جواز نقل ملكية رؤوس أموال الشركاء إلى ما يسمى بالشخصية الاعتبارية .

أما إذا تعلق الأمر بدمج شركتين ، أو إنشاء شركة جديدة ، وكانت من نفس النوع ، أو من نوعين مختلفين ، فبالإضافة إلى ضرورة موافقة الشركاء ، فإن الأمر يستلزم مراعاة أركان وشروط بيع الدين وقواعد الصرف ، خاصة إذا اشتملت أصول الشركة المندمجة على حجم معتبر من النقود (و/ أو) الديون للغير .

ويلاحظ هنا أنه إذا تعلق الأمر بإنشاء شركة من شركات المضاربة ، متفرعة من شركة مضاربة أخرى ؛ بمعنى : أن يدخل عامل المضاربة في مضاربة جديدة ، مع مضارب ثانٍ ، وإنشاء شركة جديدة لهذا الغرض ؛ فإن الرأي المعمول به في هذه الحالة ، هو رأي كل من المالكية ، والحنفية . لذلك يجب مراعاة الشروط التفصيلية الواردة عندهم بشأن كيفية توزيع الأرباح بين الأطراف الثلاثة (صاحب رأس المال ، والمضارب الأول ، والمضارب الثاني) . أما عند كل من الشافعية والحنابلة ، فإن المضارب الأول لا يستحق شيئاً من الربح ، حتى لو كان ذلك بإذن خاص من صاحب رأس المال^(١) .

٢ - طبيعة التصرفات في الشركة القابضة :

يلاحظ أن الأصل في الشركات القابضة أنها شركات مساهمة ، وبالتالي فإن جميع التصرفات المسموح بها للشركاء في شركات العنان ، تنصرف أيضاً إلى الشركاء في الشركات القابضة ؛ كالوكالة ، والبيع والشراء بأموال الشركة جميعاً مساومة ، ومراحة ، وتولية ، ومواضعة ، وكيف رأى المصلحة ، سواء بالنقد أو نسيئة . . . إلخ . وفقاً لما سبق ذكره بالتفصيل في الجزأين الأول والثاني .

(١) انظر : ابن قدامة ، المغني : ٣٦/٥ ؛ النووي ، الروضة : ١٣٢/٥ .

٣- خلط الأموال :

الأصل في شركات العنان: الاتفاق بين الفقهاء على ألا يتم خلط أموال جديدة بأموال الشركة القائمة، بعد بدء النشاط، إلا بموافقة صريحة من صاحب رأس المال^(١)، بينما الأصل في شركات المضاربة، هو جواز مثل هذا الخلط عند الحنفية فقط، وبشرط الحصول على موافقة الشركاء جميعاً. أما جمهور الفقهاء من الشافعية، والمالكية، والحنابلة فلا يجوز هذا الخلط عندهم حتى لو تم الحصول على موافقة صريحة من الشركاء على ذلك، منعاً من وقوع غبن على الشركاء القدامى.

وفي جميع الأحوال فإنه إذا تم الدمج أو شراء صافي أصول شركة قائمة، فيجب مراعاة إعادة تقويم المركز المالي للشركة المندمجة في تاريخ الدمج، ليتعرف سائر الشركاء على حقيقة موقفها المالي. كما يتعين مراعاة قواعد الصرف وبيع الدين.

٤- البيع والشراء بين الشركة القابضة والشركة التابعة :

يمكن حمل هذه المسألة على حالة إذا اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً؛ فإنه يبطل في قدر حقه من المال. وهل يصح في حصة شريكه؟ اختلف الفقهاء في ذلك. وتخرج المسألة في الجميع بناء على أنه: هل يجوز لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه أم لا؟ فذهب كل من الحنفية والمالكية، والقول المرجوح عند الحنابلة إلى جواز ذلك، بناء على أن لعامل المضاربة حقاً في المال حتى وإن لم يكن في المضاربة ربح، وكذا تشبيهاً بالمقاسمة وتفريق الصفقة. أما عند الشافعية، وزفر من الحنفية، والقول الراجح عند أحمد فإنه لا يجوز ذلك؛ لأن المال مملوك لصاحب رأس المال، ولم يزل عنه، ولا يملك العامل فيه شيئاً، إلا بظهور الربح^(٢). وما يجري عليه العمل في الحياة العملية،

(١) ص ٤٤٤ من هذا البحث.

(٢) ابن قدامة، المغني: ٤٣/٥؛ الكاساني، البدائع: ٣٦٣٧/٨؛ القرافي، الذخيرة:

في حالة شراء الشركات القابضة من الشركات التابعة، خاصة إذا كانت مملوكة لها بالكامل، أن تتعامل كل منهما مع الأخرى على أساس الأسعار الحسابية أو أسعار الظل؛ لمجرد فرض نوع من الرقابة على العمليات التجارية والمالية بينهما.

٥ - ضمان الشركة القابضة للشركة التابعة :

تمت الإشارة في الجزء الأول من البحث عن الحكم الذي أجمع عليه العلماء من المذاهب الأربعة المعتمدة، بعدم جواز ضمان أحد الشركاء، أو مجموعة من الشركاء، لرأس مال شريك جديد. وبيّنا أن السبب في ذلك، هو ما يؤديه هذا الضمان من قطع للشركة، وبالتالي تعرض التعامل فيها للربا. ولا شك أن المنع الذي يسري على ضمان أحد الشركاء لشريكه، يسري أيضاً وبنفس الدرجة على ضمان الشركة القابضة لأحد الشركات التابعة لها؛ وذلك لتواجد نفس الشركاء في كلتا الشركتين، أو على أقل تقدير تحكم الشركة القابضة في السياسات الإدارية والمالية الخاصة بالشركة التابعة؛ مما يجعل الكيان الخاص بإحدهما، هو نفس الكيان الخاص بالشركة الأخرى. وكأن الضامن في هذه الحالة هو نفس الشركة المصدرة للأسهم المضمونة.

٦ - كيفية فرض الزكاة على الشركة القابضة :

لقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الموقر القرار رقم ٢٨ (٤/٣) في دورة مؤتمره الرابع بجدة، بتاريخ (١٨ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ) بشأن زكاة الأسهم في الشركات، واستكماله بالقرار رقم ١٢٠ (١٣/٣) الصادر عن دورته الثالثة عشرة بدولة الكويت، بتاريخ (٧ شوال ١٤٢٢ هـ). وقد أوضح القرار بالتفصيل كل ما يتعلّق بإخراج الزكاة المستحقة على المساهمين في الشركات المساهمة العادية.

أما بالنسبة لحالة الشركات القابضة، فأودّ الإشارة إلى ما جاء في قرار المجمع رقم ٢٨ (٤/٣) سالف الذكر، أن الأصل هو وجوب الزكاة على أصحابها، وهو الأمر الذي أقرّه هنا بالنسبة لحالة الشركة القابضة. أما ما أود أن أضيفه في هذا الشأن، فهو المطالبة بأن تكون الأولوية لصاحب السهم نفسه في دفع الزكاة لمستحقيها، وليست للشركة.

ويحتاج هذا القول إلى مزيد من التفصيل لبيان أسبابه ومبرراته . وسألخص ذلك في ثلاث نقاط محددة كالتالي :

١ - صعوبة احتساب الزكاة من خلال المراكز المالية المجمعة للشركة القابضة :

تمت الإشارة إلى أن كل من الشركة القابضة والشركات التابعة تشكل وحدة مستقلة في حد ذاتها؛ إلا أنه في نهاية كل سنة مالية يتم تجميع الحسابات المالية لمجموع تلك الشركات، وينتج حينئذ ما يسمى بالقوائم المجمعة للميزانية والحسابات والخسائر. وهذه الميزانية تمثل مجموع بنود الأصول والخصوم (الاستخدامات والموارد) المتشابهة في كل من الشركة القابضة، والشركات التابعة لها. وكذا بنود حساب الأرباح والخسائر المتشابهة للمجموع ككل. ومن خلال تلك القوائم يتبلور الوضع المالي المجمع، والنتائج التي حققتها المجموعة ككل (الشركة القابضة نفسها، وكذا الشركات التابعة لها). وللبحث عن مدى إمكانية احتساب الزكاة من خلال تلك القوائم، فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الشركة الأم تمتلك رؤوس أموال جميع الشركات التابعة بالكامل (١٠٠٪)؛ ففي هذه الحالة يمكن حساب الزكاة المستحقة على رأس المال والأرباح عن كل عام مالي، واحتساب ما يخص السهم الواحد منها بالطريقة المبينة بقراري المجمع سالف الذكر. ويكون ذلك كتمهيد لحساب كل مساهم للزكاة المستحقة عليه من واقع عدد الأسهم التي يمتلكها.

الحالة الثانية: ألا تكون الشركة الأم مالكة لرؤوس أموال الشركات التابعة لها بالكامل، وهي الحالة الغالبة، والأعم؛ ففي هذه الحالة، يصعب على المساهمين الاعتماد على الميزانية المجمعة للشركة القابضة لاحتساب مقدار الزكاة المستحقة على كل منهم؛ لاندماج الأصول الخاصة بأكثر من شركة تحت بند واحد، وبالتالي يتعين عليهم الرجوع إلى الميزانيات التفصيلية الخاصة بكل شركة من الشركات التابعة. وينتج عن ذلك العودة إلى تفرق الأموال التي هي وعاء للزكاة.

٢- من الذي يجب عليه دفع الزكاة؟ :

لقد سبقت الإشارة في الجزء السابق من هذا البحث إلى عدم واقعية فكرة انتقال ملكية أموال المساهمين إلى ما يسمى بالشخصية الاعتبارية للشركة، وأن الملاك الحقيقيين للأموال هم المساهمون أنفسهم. والزكاة لا تفرض إلا على شخص طبيعي يمتلك المال الذي ستفرض عليه الزكاة بالفعل، وإلا فلا زكاة مستحقة على هذا المال.

ونضيف هنا، وبالله التوفيق: أن جمهور الفقهاء من الحنابلة والمالكية والحنفية، وأحد القولين للشافعي، على الرأي بأن مبدأ زكاة الخلطة لا يسري إلا على زكاة الماشية، فلا ينطبق على زكاة الشركاء في أموال التجارة. فيقول ابن قدامة في (المغني): «والصحيح أنّ الخلطة لا تؤثر في غير الماشية، لقول النبي ﷺ: «والخيلتان ما اشتركا في الحوض والفحل والراعي»، فدلّ على أن ما لم يوجد فيه ذلك لا يكون في الماشية. وقول النبي ﷺ: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة» إنما يكون في الماشية؛ لأن الزكاة تقل بجمعها تارة، وتكثر أخرى، وسائر الأموال تجب فيها فيما زاد على النصاب، بحسابه، فلا أثر لجمعها، ولأن الخلطة في الماشية تؤثر في النفع تارة، وفي الضرر أخرى، ولو اعتبرناها في غير الماشية أثرت ضرراً محضاً برب المال، فلا يجوز اعتبارها»^(١).

ويقول القرافي من المالكية في حقيقة زكاة الخلطة: «وهي ضم الماشيتين لنوع من الرفق، وفي الجواهر: لا تأثير لها في شيء من الأموال سوى الماشية في جملة أنواعها»^(٢).

ويقول ابن الهمام الحنفي شارحاً أن زكاة الخلطة لا تجب مطلقاً في جميع الأحوال عندهم من حيث المبدأ: «ذلك إذا كان النصاب بين شركاء وصحت الخلطة بينهم باتحاد المسرح والمرعى والمراح والراعي والفحل والمحلّب تجب الزكاة فيه عنده، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يجمع بين متفرق...»

(١) المغني: ٤٦٣/٢.

(٢) القرافي، الذخيرة: ١٢٧/٣.

الحديث . وعندنا لا تجب ، وإلا لوجبت على كل واحد فيما دون النصاب»^(١) .

ويقول ابن رشد المالكي مؤكداً هذا المعنى : «فإن عند مالك وأبي حنيفة أن الشريكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب»^(٢) .

أما عند الشافعية : فإن القول القديم يمنع أيضاً الجمع بين النصابين للشركاء في شركات التجارة . أما القول الجديد فيجيز ذلك ، إلا أن هذا القول لا يستند في قريب أو بعيد إلى موضوع الشخصية الاعتبارية للشركة ، وانتقال ملكية أموال الشركاء إليها ، كما يظن بعض الباحثين المعاصرين ، ومن المحاسبين في مجال الشركات . وإنما يتعلق بمجرد مراعاة الفرق بالشركاء .

ويقول الإمام الرافعي في هذا الشأن : «لا خلاف عندنا في تأثير الخلطة في المواشي . وهل تؤثر في غير المواشي من الثمار والزررع ، والنقدين ، وأموال التجارة؟ أما خلطة المشاركة ففيها قولان : القديم : وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين ، إنه لا تثبت ، بخلاف المواشي . والجديد : أنها تثبت ؛ لأنها كما يرتفقان بالخلطة في المواشي ، لخفة المؤنة باتحاد المرافق ، كذلك يرتفقان في غيرهما باتحاد الجرين والناطور ، والدكان والحارس ، والمتعهد ، وكراء البيت وغير ذلك»^(٣) .

وأرى أن قول الجمهور قد يكون أرجح ، من حيث ضرورة عدم ثبوت الخلطة في حالة زكاة التجارة في الشركة ، لأنه مهما افرقت أموال الشركاء ، فإن معدل الزكاة المفروض باقٍ لا يتغير في جميع الأحوال وهو (٥ ، ٢٪) ، ولكن لو فرضت الزكاة على الأموال وهي مجتمعة ، فكثيراً ما يقل مجموع ما يمتلكه أحد الشريكين ، بما فيها حصته من رأس المال ، عن حد النصاب . وبالتالي يقع عليه ظلم .

٣- أنه من الأجدى ترك الحرية لكل شريك في صرف زكاته بنفسه ليتأكد من وصولها إلى مستحقيها ، وإلى من هم أجدر بالحصول عليها .

(١) شرح فتح القدير : ١٨٣ / ٢ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد : ٢٥٨ / ١ .

(٣) الرافعي ، العزيز شرح الوجيز : ٥٦٠ / ٢ .

هذا، وفي جميع الأحوال يجب عدم التفرقة بين الشركات التجارية والشركات الصناعية، من حيث استحقاق الزكاة بنسبة (٥, ٢٪) على الجزء من رأس المال الذي يمثل بضاعة، ومنتجات مخصصة للبيع، بالإضافة إلى الأرباح التي قد تغفلها الشركة. فلا مفر من حقيقة أن كلا النوعين من الشركات يخصص جزءاً من رأسماله في أصول ثابتة لا تفرض عليه الزكاة، وجزءاً آخر في شكل بضاعة مخصصة للبيع تفرض عليه الزكاة. ففي حالة شركات تصنيع الطائرات العملاقة على سبيل المثال، تعتبر الطائرات نفسها بضاعة قابلة للبيع، ويجب احتساب الزكاة على قيمتها.

وبطبيعة الحال يفترض أن كل شركة من الشركات التابعة ستعلن عن قيمة الزكاة المقدّرة على كل سهم، بحيث يعتمد عليها المساهمون في احتساب إجمالي مبالغ الزكاة المستحق على كل منهم، أو أن يضطروا، في حالة نقص هذه المعلومة إلى تقدير ذلك على أساس القيمة السوقية للسهم، واحتساب الزكاة بناءً على ذلك.

ثانياً: الشركات المتعددة الجنسية:

يمكن تعريف الشركات المتعددة الجنسية: بأنها مشروع يتكوّن من مجموعة من الوحدات الفرعية، لها مركز أصلي يقع في إحدى الدول، بينما تقع الوحدات التابعة في دول أخرى مختلفة، وتكتسب في الغالب جنسيتها. ويرتبط المركز مع الوحدات من خلال استراتيجية اقتصادية متكاملة تهدف إلى تحقيق أهداف استثمارية معينة^(١).

وقد شهدت الفترة خلال النصف الثاني من القرن السابق نمواً كبيراً ومتزايداً في حجم وأنشطة هذه الشركات. وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي خاضت هذه التجربة، حيث بدأت الشركات الأمريكية في فتح فروع لها في الدول النامية الغنية بالنفط، سعياً وراء الربح، فبلغ متوسط حجم الاستثمارات الخارجية للشركات الأمريكية خلال الستينيات نحو (٣٢) بليون دولار، ثم ارتفع حتى بلغ نحو (١٤٩) بليون دولار في نهاية عام ١٩٧٧م، ثم بدأ

(١) د. مصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسية، ص ٥.

التوسع الخارجي ينتشر بعد ذلك في كثير من الشركات العالمية التابعة لعدد من الدول الأخرى المتقدمة، وفي كافة المجالات الصناعية والخدمية، وبصفة خاصة في مجال الإلكترونيات، والسيارات، والفنادق. وذلك لاستغلال الطاقات البشرية قليلة التكلفة في الدول النامية، فضلاً عن فتح أسواق جديدة، لدعم الطلب على منتجات هذه الشركات بصفة عامة.

الأحكام الشرعية الخاصة بالشركات المتعددة الجنسية:

١- التصرفات الشرعية الخاصة بالشركاء:

لا شك أن جميع ما ثبت إقراره من تصرفات شرعية في حق الشركات القابضة، فإنه يسري أيضاً على الشركات المتعددة الجنسية، والسبب هو أن هذه الشركات من جنس الشركات القابضة، وهي بدورها من جنس الشركات المساهمة. وبالتالي تثبت لها أيضاً جميع التصرفات المسموح بها للشركاء في شركات العنان، ويدخل في ذلك أعمال الوكالة، والبيع والشراء، بأموال الشركة جميعاً مساومة، ومرابحة، وتولية، ومواضعة، وكيف رأى المصلحة، سواء بال نقد أو نسيئة. . . الخ. وفقاً لما سبق ذكره بالتفصيل في الجزأين الأول والثاني.

٢- تحديد موطن للشركة:

تنضح الأهمية من وراء تحديد موطن معين للشركة، في عدد من الأمور القانونية؛ من أهمها: تحديد المحاكم المختصة لنظر الدعاوى التي ترفع على الشركة.

وفي مصر نصت المادة (١) من القانون (١٥٩) لسنة ١٩٨١م، على أن تسري أحكام هذا القانون على الشركات التي تؤسس في الدولة لأنها تلتزم بأن تتخذ من الدولة موطناً لها. وبالنسبة للشركات التي يكون مركز إدارتها الرئيسي بالخارج، وتمارس نشاطها في مصر، فقد ألزمتها المادة (٣٠٩) من اللائحة التنفيذية للقانون (١٥٩) لسنة ١٩٨١م بإنشاء فرع لها في الدولة يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة الأم، وبالتالي يعتبر موطناً للشركة في مصر بالنسبة للنشاط الذي تمارسه في البلاد.

ومن الناحية الشرعية: فإنه يجب مراعاة أن جميع الشركات تعمل في بلدان إسلامية يخضع تحت إدارتها عدد كبير من العاملين المسلمين. فمن الأولى، والحال كذلك، أن تختص المحاكم الشرعية بالقضايا الخاصة بالمسلمين، وبالتالي يتعين تحديد موطن الشركة بالبلد الإسلامي التي يقع مركز إدارتها، أو مركز نشاطها الرئيس فيه.

٣- تحديد جنسية الشركة:

تظهر أهمية تحديد جنسية معينة للشركة، في تحديد القانون الواجب تطبيقه عندما يكون الشركاء أمام مشاكل قانونية مع أطراف أجنبية. وموضوع الجنسية يمثل علاقة ولاء بين هذا الشخص والدولة التابع لها، وبصفة خاصة من ناحية الحقوق والواجبات التي تشملها رعاية الدولة السياسية^(١).

وقد اختلفت المعايير التي استخدمتها الدول في تحديد جنسية الشركات العاملة بها، فمنهم من يطبق معيار الدولة التي تأسست فيها الشركة، ومنهم من يأخذ بمعيار مكان مركز إدارتها الرئيس، ومنهم كذلك من يأخذ بمعيار جنسية الدولة التي ينتمي إليها الشركاء الذين يملكون حق الرقابة والإدارة عليها واتخاذ القرارات الرئيسة بشأنها.

وحيث إن الحكم في أي بلد إسلامي واحد لا يتغير، من حيث كونه خاضعاً للشرعية الإسلامية؛ وإن الحكم الخاص بمشاركة أشخاص من اليهود أو النصارى أو ممن يتعاملون بالربا، هو الكراهة، إلا إذا كان زمام الأمر في أيدي الشركاء المسلمين. فإنه يتعين أيضاً الأخذ بالرأي الذي يقول بأن جنسية الشركة يجب أن تتبع جنسية الشركاء المسلمين القائمين على إدارتها، ومن لهم حق إصدار القرار فيها، بما يضمن في جميع الأحوال الرجوع في المنازعات التي أحد طرفيها شريك مسلم إلى أحكام شريعتنا الإسلامية.

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط: ٣٧٠/٥؛ د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ص ١١٦.

٤ - ضرورة التحكّم في العمليات الاستثمارية للشركات المتعددة الجنسية :

من أهم المسائل المتعلقة بالشركات المتعددة الجنسية، مسألة التحكم في عمليات الاستثمار التي تقوم بها هذه الشركات داخل البلدان الإسلامية، فرغم ما لهذه الشركات من مميزات معينة قد تفيد البلدان المضيفة في بعض الجوانب، كتنقل المستويات الحديثة من التكنولوجيا إلى البلاد، وزيادة حجم الاستثمار الصناعي؛ إلا أنه من المعروف أنّ هذه الشركات لها مشكلاتها، وتكلفتها الاجتماعية قد تعاني منها البلدان الإسلامية المضيفة.

ومن الأمثلة المعروفة في ذلك: عدم القدرة في كثير من الأحيان على التحكم في أنشطة هذه الشركات بالشكل الذي يخدم مصالح هذه الدول، نظراً للإمكانيات الضخمة التي تتمتع بها. فالإلى جانب السيطرة الاقتصادية، فإنها تستنزف موارد هذه الدول من العملات الحرة بتحويل إيراداتها وأرباحها إلى الخارج، وتغري ذوي الكفاءات فيها على الهجرة إلى خارج بلادهم، وتستخدم إمكانياتها الضخمة في الدعاية لتشجيع سلع استهلاكية ترفية، تضر بالاقتصاد القومي، كما يؤدي تفوقها التكنولوجي إلى فشل كثير من الوحدات الإنتاجية المحلية، لعدم القدرة على مواجهة التنافس.

ومن ناحية أخرى: فإنّ معظم هذه الشركات لا تنفك عن التعامل بالربا المحرّم، ناهيك عن أن كثيراً منها تتخصص من الأصل في العمل المصرفي التقليدي، بما يزيد من حجم التعامل الربوي داخل البلاد. وفضلاً عن ذلك فإنه قد يترتب على السماح لهذه الشركات بالعمل في البلدان الإسلامية، دخول أنماط اجتماعية وقيم أخلاقية، غريبة تماماً عن قيمنا ومبادئنا المنبثقة من شريعتنا الإسلامية الغراء.

ولهذا السبب قامت بعض المحاولات، في دول غير إسلامية، لتقنين وتنظيم أنشطة الشركات المتعددة الجنسية داخل البلدان المضيفة، ومن أهم هذه المحاولات، ما قامت به دول مجموعة الأنديز (الإكوادور، شيلي، كولومبيا، بوليفيا) من إصدار تقنين دولي لسلوك الاستثمارات الأجنبية. ويهدف هذا التقنين إلى عدد من الأهداف التي تراعي مصالح الدول صاحبة هذه المبادرة، ومن أهم ذلك:

أ - إزالة الاستثمارات والسيطرة الأجنبية في القطاعات الاقتصادية الحيوية .

ب - الوصول بنسبة المساهمة والسيطرة الأجنبية في المشروعات المحلية إلى وضع الأقلية .

ج - تأكيد فعالية الرقابة على أعمال الشركات المتعددة الجنسية .

ولا شك أن الحاجة ملحة لتكاتف الدول الإسلامية التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي، من خلال التعاون المشترك بينها، لإصدار تشريع مماثل خاص بها، بما يمكن معه تقنين أعمال وأنشطة الشركات المتعددة الجنسية داخل البلدان الإسلامية . بحيث يراعى في هذا التقنين الأهداف المشتركة ذات الطابع الشرعي والاقتصادي، كمرعاة شرعية الاستثمارات والمنتجات التي تقوم بها هذه الشركات، ونبذ التعامل المصرفي الربوي بجميع أشكاله، والحفاظ على النمط الاجتماعي والثقافي الخاص بكل دولة من الدول الإسلامية المشتركة في هذا التقنين . فضلاً عن اشتراط تقديم أنواع الاستثمار الذي يحقق مصالح الدول الإسلامية، ويشجع صادراتها .

٥ - كيفية فرض الزكاة على الشركات متعددة الجنسية :

قد يتعرض إعداد مركز مالي مجمع للشركة القابضة صعوبات عندما تكون الشركات التابعة موجودة في دول أجنبية - حالة تعدد الجنسية - مما يؤدي إلى تضيق أكبر في القدرة على سيطرة الشركة القابضة على موجودات الشركة التابعة وعملياتها . في هذه الحالة تظهر في ميزانية الشركة القابضة فقط المبالغ المستثمرة في الشركات التابعة والأرباح والخسائر التي نتجت عنها .

وهكذا فإن ما سبق ذكره بالنسبة للشركات القابضة ينطبق حرفياً على حالة الشركات المتعددة الجنسية، وتصبح الحاجة إلى تولي كل شريك صرف الزكاة المستحقة عليه بعد تقدير قيمتها، إما حسب ما تعلنه كل شركة عن قيمة الزكاة المستحقة على السهم، أو باللجوء إلى تقدير قيمة هذا السهم في السوق، واحتساب الزكاة على هذا الأساس .

ثالثاً: الشركة المتناقصة:

هذا النوع من الشركات استحدثته البنوك الإسلامية لتمويل استثماراتها قصيرة الأجل. وقبل البدء في مناقشة وتحليل الأبعاد المختلفة الخاصة بهذه الشركة، أودّ أن أشير هنا إلى حكّمين يختصان بعقد الشركة بصفة عامة، سبق الإشارة إليهما في بداية هذا البحث^(١)، وسيحتاج لهما هنا في مناقشة هذا الموضوع، وهما:

- أنّ عقد الشركة من العقود الجائزة غير اللازمة، بمعنى: أن لكل واحد من الشريكين التخارج منها وفسخ العقد في أي وقت شاء.
- عدم جواز ضمان أحد الشريكين لحصة الشريك الآخر في حالة عدم التعدي.

وعلى سبيل المثال يقول الإمام ابن المنذر في كتابه (الإجماع) عن المضاربة وهي من نفس جنس الشركة بصفة عامة: «وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة»^(٢).

ويُستدلّ منه على عدم جواز ضمان أحد طرفي الشركة رأس مال الطرف الآخر، أو جزء منه، في حالات عدم التعدي، فهو قول يندرج تحته بطلان أي صورة من صور اشتراط الضمان من أحد الشركاء، على الشريك الآخر، سواء تعلّق ذلك برأس المال نفسه، أو بالربح الذي قد ينتج عن دورانه. والمقصود هنا هو الضمان في حالة عدم التعدي. والإجماع في حدّ ذاته هو دليل وأصل من أصول الاستدلال.

وتطبق البنوك الإسلامية هذا النوع من عقود الشركات بقيام البنك بشراء أصل من الأصول، بناء على طلب العميل المستثمر، ثم تقسيم القيمة الإجمالية لهذا الأصل إلى عدد معين من الحصص أو الأسهم. ويقدم العميل وعداً محرراً على نفسه فور التعاقد - سواء داخل العقد نفسه (وهو الغالب)، أو بصفة مستقلة

(١) انظر: ص ٤٤٥.

(٢) ابن المنذر، الإجماع، ص ١٢٤. ويمكن مراجعة الأقوال الأخرى للفقهاء من المذاهب الأربعة بالنسبة لهذه النقطة، ص ٤٤٥-٤٤٦ من هذا البحث.

عنه ولكنه ملحق به - بإعادة شراء الأسهم التي يمتلكها البنك تدريجياً عن طريق دفع أقساط دورية، حتى تؤول حصة البنك بالكامل في النهاية إلى العميل^(١).

أما توزيع الربح المحقق بين الطرفين، فيفترض أنه يتم على أساس نسبة الحصة التي يمتلكها كل منهما إلى إجمالي قيمة الأصل. ويعني ذلك: أن نصيب البنك في الربح يأخذ في التناقص تدريجياً على أثر سداد العميل للأقساط الدورية، حتى يصل إلى الصفر. في نفس الوقت الذي يتزايد فيه نصيب العميل من الصفر حتى يصل في النهاية إلى كامل الربح بعد تملكه للأصل. وقد يطلب البنك ضمانات معينة من عميله كعقد الملكية للأصل المشتري للتأكد من انتظام طريقة السداد من قبله.

ويتضح من مقارنة الخطوات التنفيذية لعمليات الائتمان التي تجريها البنوك الإسلامية من خلال عقد المشاركة المتناقصة، مع الشروط الواجب توافرها في عقد الشركة بصفة عامة، ومن أهمها شرط عدم ضمان أحد الشريكين لحصة الشريك الآخر في رأس المال بصفة خاصة، أن المقصد الحقيقي من وراء عقد المشاركة المتناقصة إنما هو حصول العميل على قرض (سلف) من البنك لإنهاء نوع معين من النشاط، أو لشراء أصل من الأصول يريده لنفسه.

فمن الواضح أنه لا البنك ولا عميله يريدان في واقع الأمر مشاركة كل منهما الآخر. والدليل على ذلك يتضح من نفس العنوان الذي اختاره المؤيدون لهذه الفكرة، وهو «المشاركة المتناقصة»، والذي يتبلور في شكل شرط أساسي داخل العقد نفسه يقتضي تخارج البنك من الشركة فور تقديم التمويل المطلوب مباشرة. فمن الواضح أن هذا العنوان ينطوي على معانٍ تتناقض تماماً مع المقصد الأصلي لعقد الشركة، كما أشار إليه الفقهاء من كونه عقداً بين المشاركين لتحقيق الربح^(٢).

وهذا المقصد لا يتحقق (في أغلب الحالات) إلا بافتراض الاستدامة والاستمرار في المشاركة. فكما أن الشركة تعني اشتراط طرفي التعاقد في رأس

(١) انظر: التقارير السنوية الصادرة عن البنوك الإسلامية، وكذا النشرات التعريفية الصادرة عنهم.

(٢) انظر: ص ٤٤٦ من هذا البحث.

المال، فإنها تعني أيضاً اشتراكهما في العمل لتحقيق الربح^(١)؛ وهذا يتناقض مع الهدف من العقد الذي أمامنا؛ إذ إن النية مبيّنة فيه من البداية على أن يبدأ تخارج البنك من التعامل فور شرائه للأصل من البائع الأول، ثم تنتهي عملية المشاركة بأكملها بين الطرفين بمجرد حصول كل منهما على الغرض الأصلي المنشئ لهذا التعامل، وهو التمويل (أو القرض) بالنسبة للعميل المستثمر، والعائد على هذا القرض (مع استرداد أصله) بالنسبة للبنك.

وبهذا الشكل يمكن تصوّر وصفين مختلفين لعقد المشاركة المتناقضة، كلٌّ منهما في حدّ ذاته فاسد، إلا أنهما يفترقان فيما بينهما حسب طبيعة المشاركة التي يطلبها العميل من البنك، كالتالي:

أولاً: أن يختص الطلب بإسهام البنك في استكمال رأس مال نقدي لمشروع غير قائم، سيتم إنشاؤه في المستقبل القريب. ويتعهد (عن طريق الوعد الملزم) بشراء حصة البنك النقدية، بقيمتها الاسمية، تدريجياً على أقساط، مع اشتراط حصول البنك على عائد بنسبة معينة مما سيغله المشروع في المستقبل. (وسنفترض للتبسيط أن العميل نجح في سداد حصة البنك بالكامل قبل بداية الإنشاء).

ثانياً: أن يختص الطلب بإسهام البنك في شراء حصة شائعة من أصل رأسمالي قائم بالفعل، كشقة للتملك في عمارة سكنية، على أساس تعهد العميل بشراء هذه الحصة بقيمتها الاسمية، نقداً على أقساط تدريجية من البنك، مع سداد عائد للبنك بنسبة معينة مما يغله الأصل حالياً (تحت أي مسمى).

أما تعليقنا على الحالتين، فهو كالتالي:

بالنسبة للحالة الأولى: في هذه الحالة لا يوجد أصل عيني قائم من البداية، بحيث يقال: إن تمويل البنك سيمثل شراء حصة شائعة فيه؛ فما هو الحكم على مثل هذا النوع من التمويل، أو على هذا العقد؟.

(١) انظر على سبيل المثال: ابن عابدين، رد المحتار: ٣٠٥/٤. ويقول العلامة ابن عابدين في هذا الشأن: «إنّ كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه، وهو الاشتراك في الربح».

الإجابة على ذلك باختصار شديد هي : أنّ هذا العقد هو عقد قرض نقدي ربوي محض ، لأن تعهد العميل بشراء حصة البنك بقيمتها الاسمية ، ما هو إلا ضمان واضح منه لحصة البنك في المشاركة ، بما يؤدي إلى قطع المشاركة من بدايتها ، وتحول العقد إلى عقد قرض محض . فإذا حصل الشريك الممول (البنك) على أي عائد نقدي بالزيادة على القيمة الاسمية لهذا القرض (تحت أي مسمى) ، كان ذلك بمثابة قرض قد جرّ نفعاً . وهو ما يؤول إلى الربا .

بالنسبة للحالة الثانية : لا شك أن هذه الحالة تعتبر مثلاً حياً ومجسداً لأحد نماذج بيوع العينة التي نهى الفقهاء عنها . فعقد المشاركة بطبيعته يمكن إدراجه ضمن جنس البيوع ، لكونه يعبر عن شراء حصة على المشاع في أصل من الأصول ، فإذا أراد أحد الشركاء التخرج من الشركة ، فهو يبيع حصته الشائعة التي امتلكها إما للغير ، وإما إلى باقي الشركاء المستمرين في الشركة . فإذا اشترط أحد الشريكين على الشريك الآخر ، في العقد نفسه من البداية ، ضمان حصته في رأس المال بقيمته الاسمية ، دون تعدّد ، فسد العقد عند من يقول من الفقهاء : بأن الشرط الفاسد يفسد الشركة ، وفسد الشرط لقطع الشركة عند من يقول : بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد . والسبب في ذلك هو تناقض هذا الشرط مع مقتضى العقد ، وهو المشاركة في الربح وتحمل الخسارة وفقاً لمبدأ العُنْم بِالْعُرْم .

وإذا كان الإمام الشافعي رحمه الله قد أجاز بيوع العينة بصفة عامة ، إلا أنه استثنى من ذلك حالة واحدة فقط ، وهي حالة إذا نُصَّ صراحةً في عقد البيع على أن يعيد المشتري بيع الأصل الذي اشتراه إلى نفس البائع (المالك الأصلي) . وهي نفس حالة عقد المشاركة المتناقضة المعروضة للمناقشة بين أيدينا الآن .

ويوضح الإمام السبكي الشافعي هذا الكلام في معرض كلامه عن مسألة بيع العينة مع وجود شرط مسبق بين الطرفين على إعادة بيع السلعة المشتراة إلى البائع ، فيقول : «فإن فُرِضَ الشرط مقارناً للعقد بطل بلا خلاف ، وليس محل الكلام ، وإنما محل الكلام إذا لم يكن مشروطاً في العقد ، وذلك من الواضحات»^(١) .

(١) الإمام السبكي ، المجموع : ١٣٠ / ١٠ .

ويلاحظ هنا أمران هامان :

أولهما: أن هذه الحقيقة التي أثبتناها لا يدحضها إطلاقاً القول: بأن عقد الشركة هو من العقود غير اللازمة، فهناك فارق واضح بين أن تكون النية مبيتة من البداية للتخارج، ومرتب لها، ومنصوص عليها كشرط أساسي داخل العقد نفسه، وبين أن يعنّ لأحد الشركاء التخارج بعد بداية النشاط لوقوع أحداث جديدة لم يكن يتوقعها من قبل. فلا شك أن كلا الشريكين في عقد الشركة يحق لهما إبداء الرغبة في التخارج في أي وقت شاء بعد بداية التعاقد، وهو الذي سبقت الإشارة إليه في بداية الكلام بالقول: «إنّ هذا العقد جائز وغير لازم». أما أن ينص على هذا التخارج وعلى بيع حصة أحد الشريكين للشريك الآخر بنفس القيمة الاسمية كشرط مسبق داخل العقد نفسه، أو في إقرار أو في وعد مصاحب له، من البداية، فهذا ضمان واضح من الشريك المشتري للشريك المتخارج، وهو ما يأباه عقد الشركة باتفاق العلماء في كل عصر ومصر.

ثانيهما: أنه لا يدحض هذه الحقيقة أيضاً القول: بأن سداد عميل البنك للأقساط المستحقة عليه (إعادة الشراء) هي بمثابة بيع تدريجي لحصص متتالية من الجزء الذي امتلكه البنك من الأصل محل العقد؛ حتى لو تم ذلك بعقود يفصل كل منها عن الآخر، طالما أن هذا البيع تم اشتراطه من البداية، سواء داخل العقد نفسه، أو في ورقة منفصلة عنه، أو كان صادراً في صورة وعد ملزم من العميل طالب الائتمان، فجميع هذه الأشكال تتعلّق بمحل واحد، وعقد واحد، هو عقد المشاركة الأصلي. وأي منها ينظر إليه من كلا الطرفين على أنه جزء لا يتجزأ من التعاقد نفسه.

لذلك نقول وبالله التوفيق: إن انفصال العقد عن الوعد لا يعفي التعاقد بكامل صورته من شبهة التواطؤ، ويكفي في هذا الشأن الإشارة إلى ما قال الإمام ابن القيم - رحمه الله - في كتابه (إعلام الموقعين): فصل: (حيل باطلة لتجويز العينة)، حيث قال: «ومنها أن تكون السلعة قابلة للتجزئة، فيمسك منها جزءاً ما، ويبيعه بقيتها»^(١).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٢/٢٢٣.

وبطبيعة الحال يضاف إلى كل ذلك أن اشتراط البيع التدريجي في بداية العقد، يعني ضمناً الدخول في عقود مضافة إلى المستقبل، أو معلقة على شروط معينة، أو بيع البنك لما ليس عنده.

وفي واقع الأمر فإن من يجيز عقد المشاركة المتناقصة، فكأنه يتغاضى تماماً عن بعض الثوابت المعروفة لدى الفقهاء، والتي من أهمها:

● أن العبرة في أي نوع من أنواع المعاملات والعقود المبرمة بين الناس بصفة عامة تتوقف - من حيث القبول أو الرد من وجهة نظر الشريعة - على ما تتضمنه من معانٍ ومقاصد، وليس على ما تحمله من أسماء أو مبانٍ.

● أن هناك نهياً عن إجراء بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف. للحديث الذي أخرجه مسلم عن عبد الله بن عمرو: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ رَيْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَعَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ»^(١). وللحديث الذي أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكُسُهُمَا أَوْ الرِّبَا»^(٢).

ويتبقى لنا في هذا التحليل الخاص بعقد الشركة المتناقصة نقطة واحدة هامة، هي كالتالي:

لقد أعدت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً سيتم تطبيقه اعتباراً من غرة المحرم ١٤٢٤ هـ عن عقد الشركة المتناقصة، وجوزت فيه إمضاء هذا العقد بشروط معينة هي كالتالي^(٣):

١ - جواز حصول البنك على وعد ملزم من عميله على شراء حصة البنك في المشاركة تدريجياً من خلال عقد بيع عند الشراء، وبحسب القيمة السوقية في كل حين، أو بالقيمة التي يُتفقُ عليها عند الشراء.

(١) صحيح مسلم: ١٨/٥.

(٢) سنن أبي داود: ٣/٢٧٤.

(٣) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة، مرجع سابق، ص ١٨، ١٩.

٢ - يشترط أن يكون الوعد منفصلاً عن عقد الشركة نفسه . وأن يكون عقد البيع منفصلاً أيضاً عن عقد الشركة .

٣ - ألا يحدّد ثمن بيع الحصة في الوعد المحرّر من أي من الطرفين .

٤ - لا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية لما في ذلك من ضمان حصة البنك .

٥ - لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي أيّاً من طرفي المشاركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة .

٦ - لا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح لأحد الطرفين .

أما تعليقنا على هذه الاقتراحات والشروط : هو أنه من الأفضل اتخاذ قرار برفض هذا العقد وإلغائه كلية من التعامل من البداية . والسبب في هذا يمكن توضيحه من خلال البعدين التاليين :

البعد الأول : أنّ الشروط المذكورة قد تركت ثغرة يمكن الولوج منها لتحقيق أهداف بيع العينة بالكامل ؛ فمعيار الهيئة ينص على جواز إصدار أحد الشريكين وعداً ملزماً يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجياً من خلال عقد بيع عند الشراء . وهذا يعني تحول العقد بطريقة تلقائية إلى عقد بيع عينة ، لأن الوعد الملزم يضارع تماماً في آثاره الشرط المفروض على العميل لشرائه حصة البنك قبل بداية التعامل ، وهو الذي اتفق الفقهاء على فساده ، وعدم جوازه .

ومن ناحية أخرى : فإن هذه النتيجة يساندها ، ويدعمها ، حقيقة : أن قرار الهيئة ترك الباب مفتوحاً للشريكين لاختيار طريقة تحديد ثمن الشراء في العقد المستقبلي ، فنص المعيار على جواز تحديد ذلك : إما بالقيمة السوقية ، أو بالقيمة التي قد يتفق عليها كل منهما عند الشراء . وحيث إن البنك هو صاحب اليد العليا في هذا العقد ، فإن أغلب الظن هو اتجاه الطرفين نحو تحديد ذلك الثمن بالقيمة الاسمية ، تحقيقاً لمصلحة البنك وإرضاءً له . فسدُّ الذرائع مطلوب في مثل هذه الحالة تغليباً لمصلحة الدين ، خاصة وقد علمنا القصد من استخدام هذا العقد بوضوح من خلال تجارب البنوك على مدى عشر سنوات بأكملها ، كما أنّه واضح أن العقد يشمل بيعاً وسلفاً ، أو بيعتين في بيعه .

البعد الثاني: أنه حتى إذا افترضنا أن هيئة المحاسبة والمراجعة قد ألغت قرارها الخاص بجواز حصول البنك على وعد ملزم من عميله بشراء حصة البنك؛ وأن إعادة شراء هذه الحصة لا يسمح بالإفصاح عنها - بأي حال من الأحوال - إلا مستقبلاً، وبالقيمة السوقية فقط. فإن المحصلة النهائية لجميع هذه الشروط التي اشترطتها الهيئة - بما فيها هذان الشرطان - هي إلغاء عقد المشاركة المتناقصة بالكامل واستبداله بعقد الشركة الطبيعي الموروث. ويبقى سؤال يحتاج إلى إجابة قاطعة، وهو: ما هي الفائدة إذن من إجازة هذا العقد أو إقرار العمل به، أليس من الواجب إلغاؤه من الأصل سداً للذرائع؟.

وتفصيل ذلك يمكن شرحه بطريقة أخرى من خلال الخطوات المتتالية التالية:

١ - أن الشروط المختلفة التي تحددها قرارات الهيئة تلزم القول: بأن عقد المشاركة المتناقصة في أصله (بالشكل المطبق حالياً في البنوك الإسلامية جميعاً، والذي استمرّ العمل به لفترة لا تقل عن عشر سنوات)، يعتبر فاسداً، ولو لم يكن فاسداً ما احتاج الأمر إلى اشتراط كل هذه الشروط من الأصل^(١).

٢ - أنه إذا فرض أن جميع البنوك الإسلامية على قلب رجل واحد قد التزمت بحرفية هذه الشروط جميعاً، وطبقتها كما هي، فما هو مصير عقد المشاركة المتناقصة الذي نحن بصده الآن، لا شك أنه سيؤول بالضرورة إلى عقد الشركة العادي الذي اتفق عليه الفقهاء بالإجماع، وبدون استثناء في كل عصر ومصر. والسبب في ذلك: هو أن ثمن حصة البنك لن تباع بقيمتها الاسمية، وإنما ستكون خاضعة لسعر السوق، ولن يكون هناك شرط، ولا وعد من العميل لشراء حصة البنك عند التعاقد.

٣ - أنه يترتب على بند (٢) السابق، توافر عقدين أمام الجهات التشريعية

(١) وللأسف الشديد أن هذا الاستنتاج يبني عليه استنتاج آخر أخطر منه، وهو أن المعاملات التي قامت بها البنوك الإسلامية من خلال هذا العقد، على مدى عشر سنوات سابقة، تعتبر بهذا الشكل ربوية مائة في المائة، وتفسير ذلك هو: أن عقد المشاركة المتناقصة ما زال يطبق في البنوك حتى الآن دون مراعاة لكافة الشروط التي تشترطها هيئة المحاسبة والمراجعة.

(كمجمع الفقه الإسلامي الموقر) لتقر أحدها للعمل به في البنوك . العقد الأول وهو عقد الشركة الأصلي المأخوذ من التراث الفقهي المتواتر على صحته جيلاً بعد جيل ، والعقد الثاني هو عقد فاسد في أصله ، وهو عقد المشاركة المتناقضة ، ويتعيّن للوصول إلى عقد الشركة الأصلي ، الالتزام بعدد كبير من الشروط ، فضلاً عن أنه ما زال يتعلق به شبهة قاطعة من كونه يجمع بين بيع وسلف .

٤ - أنه في حالة التزام البنوك حرفياً بجميع الشروط التي تفرضها الهيئة (ومنها: عدم جواز إصدار وعد ملزم من عميل البنك بشراء حصة البنك ، وعدم جواز اشتراط إصدار عقد البيع الجديد بالقيمة الاسمية لحصة البنك) ، فإنّ كلا العقدين سيتماثلان تماماً من حيث الشروط والأركان ، بحيث يمكن لأي منهما تحقيق نفس النتائج والأهداف بالكامل التي يؤديها العقد الآخر . ويدعم هذه النتيجة حقيقة أخرى ، هي : أن عقد الشركة الموروث هو عقد غير لازم ، بمعنى أن لكلا الطرفين الحق في التخارج منه وفسخه بعد بدايته ، بدون حاجة إلى شرط مسبق ، حتى لو كان ذلك بعد البداية مباشرة .

٥ - إذا أخذنا في الاعتبار بأن العقود المختلفة التي يقرها مجمع الفقه الإسلامي ، لا يقتصر نطاق تطبيقها على البنوك الإسلامية فقط ، وإنما يتسع هذا النطاق ليشمل كافة الوحدات الاقتصادية والإنتاجية والخدمية بصفة عامة ، سواء أكانت كبيرة على مستوى المؤسسات والشركات العملاقة داخل الدول الإسلامية جميعاً ، أم كانت وحدات صغيرة ، على مستوى التعاقد الفردي بين الأشخاص والتجار العاديين . وأن المسؤولين عن هذه الوحدات ، منهم من هو مؤمن وتقي وورع ، ومطلع على أمور دينه ، ومنهم - بدون شك - من هو دون ذلك بكثير ، ممن قد لا يهتم إطلاقاً بتطبيق الشروط سالفه الذكر .

فإذا كان الأمر كذلك ، فإننا نصل إلى استنتاج عام وهام ، مفاده أنه يتعيّن إصدار قرار برفض عقد المشاركة المتناقضة كلية ، باعتباره عقداً فاسداً في أصله ، وأنه ما زال يتعلق به شبهة قاطعة وهي أنه يجمع بين عقدي بيع وسلف ، مع التزام البنوك وغيرها من المؤسسات المالية ، بعقد الشركة الطبيعي الموروث ، سداً للذرائع ، ومنعاً من استخدام عقود مشبوهة .

* * *

الجزء الخامس

أهم النتائج والاستنتاجات

لقد استعرض هذا البحث أهم الأحكام المتعلقة بالشركات الحديثة، بعد تفصيل أنواعها المختلفة ومقارنتها بالأحكام الشرعية الخاصة بالشركات التي ورد ذكرها في الفقه الإسلامي بصفة عامة. وتهدف هذه المحاولة إلى تكييف أوضاع هذه الشركات مع الطبيعة الشرعية للشركات الموروثة، وذلك بمواءمتها مع القواعد والأحكام التي اتفق عليها الفقهاء في هذا الشأن. وفضلاً عن ذلك عمد الباحث إلى تحليل بعض النقاط التي ظهر فيها خلاف بين الفقهاء المعاصرين، وبيان رأيه بشأنها، بما يخدم قضية الشركات الحديثة، وتعاملها مع المستجدات المعاصرة.

وفيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي خرج بها الباحث من هذا البحث:

١ - شركة التضامن تتفق مع شركة المفوضة في جوانبها الإيجابية، وتخالفها في سلبياتها. وهي بهذا الشكل تعتبر جائزة من الناحية الشرعية، وفقاً لرأي جمهور الفقهاء من كلٍّ من المالكية والحنفية والحنابلة.

٢ - شركة المحاصة تتشابه إلى حدٍّ كبير مع أحكام شركة المضاربة، إلا أنها لا تستند إلى عقد معين بذاته. وبالتالي يلزم تحديد تكييف شرعي محدد لها، وإلا يصبح الإطار الذي يتعامل الشركاء من خلاله فاسداً؛ لانعدام الأساس الشرعي الذي يمكن الاحتكام إليه عند ظهور أي نزاع أو مشكلة من المشكلات.

٣ - إنَّ كلاً من شركة التوصية البسيطة، والتوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، تعتبر جميعها فاسدة، لعدم توافقها مع الشرط الذي اتفق عليه العلماء في جميع المذاهب، وهو عدم تحميل أي شريك نصيب من الخسائر، يفوق نسبة حصته من رأس المال، إلى إجمالي حصص الشركاء الآخرين. ولذلك يقترح فرض المسؤولية غير المحدودة على جميع الشركاء بدون استثناء

تجاه الديون والخسائر التي قد تتعرض لها الشركة .

٤ - لا يجوز ضمان أحد الشريكين - في جميع الشركات - لحصة الشريك الآخر في حالة عدم التعدي، كما لا يجوز اشتراط دراهم مسماة من الربح لأحدهما، لما يترتب على ذلك من قطع الشركة . كما أن ذلك قد يجر إلى بيع العينة، والتعامل بالربا . وما ينطبق على أحد الشركاء تجاه الشريك الآخر، ينطبق أيضاً على سائر الشركاء في الشركة، تجاه أحد الشركاء الجدد .

- يقترح ألا يترتب على تخارج أي شريك من الشركاء انفساخ عقد الشركة نفسها، وإنما يسمح بتخارج الشريك بفسخ عقده بصفة فردية .

وهكذا، يتصور بقاء رأس مال الشركة الذي اكتتب فيه مع بداية حياتها العملية دون مساس، إلى حين انتهاء الأجل الافتراضي للشركة، ونص رأس المال نصاً فعلياً . أو إلى حين فسخ الشركة من قبل جميع المساهمين، لأي سبب من الأسباب .

٥ - لا مانع من تحديد أجل طويل المدى لفترة نشاط الشركة المساهمة، وفقاً للطبيعة المستمرة الخاصة بشركة العنان .

٦ - لا مانع من تخصيص الإصدارات الجديدة من الأسهم التي تصدرها الشركات للمساهمين القدامى، أو إعطائهم الأولوية في اقتناء تلك الأسهم، قبل أي مساهم جديد .

٧ - باستعراض كل من المصالح والمفاسد التي قد تترتب على قرار تحديد مسؤولية المساهم في تغطية ديون الشركة بقدر حصته فقط في رأس المال، يرى الباحث ترجيح العمل بالرأي القائل بتطبيق مبدأ المسؤولية غير المحدودة، على جميع المساهمين بدون استثناء، وذلك تغليبا للمصالح التي يرى أنها معتبرة، من كل من الناحيتين الشرعية والعملية .

٨ - إنه بالأخذ في الاعتبار لكافة الاعتبارات الخاصة بعدم جواز تحديد مسؤولية الشركاء في الديون والخسائر التي قد تواجه الشركة؛ مع ضرورة تعرف الشركاء على شخصية كل مساهم جديد في الشركة . وهو الرأي الذي يتفق مع ما هو معمول به في كل من المذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة . يرى الباحث

ضرورة إصدار السهم - الذي يمثل شهادة حق تملك حصة في أصول الشركة - بأمر الشخص المساهم، وعدم جواز إصداره لحامله، بحيث يتم التداول مروراً عن طريق الشركة المصدرة للأسهم .

٩ - إن أنسب المعايير التي يمكن استخدامها للحكم على مشكلة غلبة أرصدة الديون على المراكز المالية لبعض المؤسسات المالية والمصرفية؛ هو معيار المقصود أصلاً من بيع أسهم تلك المؤسسات، ومعيار القلة أو الكثرة لأرصدة الديون والنقدية في مراكزها المالية، ويتضح من التحليل الذي أجراه الباحث أن مشكلة غلبة أرصدة الديون على المراكز المالية للبنوك والمؤسسات المالية، هي مشكلة حقيقية وقائمة بالفعل، ولا مخرج لها إلا من خلال المبادرة التي قد تقدم عليها البنوك الإسلامية بنفسها لعلاج هذا الموقف . أما بشأن تداول أسهم المؤسسات المالية التي تعاني من مثل هذه المشكلة، فهو أنه في ظل حجم أرصدة الديون المعلنة في جانب الأصول من مراكزها المالية، والذي يتراوح ما بين (٧٠ - ٩٠٪) من إجمالي حجم الميزانية، فإن هذا القدر من الديون يكفي للحكم بعدم جواز تداول هذه الأسهم (بيعاً وشراءً) إلا بالشروط التي نصّ عليها فقهاء المالكية بشأن بيع الدين لغير من عليه الدين .

١٠ - ضرورة الاعتراف بواقعية الآراء المنقولة عن جمهور الفقهاء من المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية، من أن ملكية المساهم (أو الشريك) لا تنفصل عن أصول الشركة، وإنما تظلّ باقية في صورة حصة شائعة في مجموع أصول الشركة، ويتضمن ذلك احتفاظ كل مساهم أثناء فترة التشغيل بملكية الرقبة للأموال التي أسهم بها في الشركة - رغم كونها ملكية ناقصة أو مقيدة . وتظل هذه الملكية باقية طوال فترة مشاركته في الشركة . ولا شك أن الاعتراف باحتفاظ الشركاء لملكية الرقبة على أموالهم ينعكس بطريقة تلقائية على معنى السهم . فهو بهذا الشكل يمثل وثيقة تثبت حصة ملك شائعة في الأصول التي تتعامل فيها الشركة . وهذا الرأي هو الذي انتهى إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي في البند (أولاً) من قراره رقم ٣٠ (٤/٥) سالف الذكر .

١١ - يقترح اقتصار دور الشخصية الاعتبارية في الشركات الحديثة على الإطار الشكلي أو التنظيمي المحض المجرد من أي ملكية .

١٢ - من واقع الأدلة المتعددة التي تقدم بها الباحث بخصوص مسألة شراء أسهم الشركات التي تتعامل أحياناً بالربا، فإن الرأي الذي يخلص إليه في هذا الشأن، هو عدم جواز شراء تلك الأسهم .

١٣ - إنه من الأجدى ترك أولوية الحرية لكل شريك في الشركات القابضة، والشركات المتعددة الجنسية في صرف زكاته بنفسه إلى مصارفها . وذلك لصعوبة احتساب الزكاة المستحقة على الشركاء في كل من الشركة القابضة، والشركات التابعة، كل على حدة، من واقع القوائم المجمعة لكل من المركز المالي وحساب الأرباح والخسائر . فضلاً عن تلبية رغبة كثير من المساهمين في التأكد بأنفسهم من وصول الزكاة إلى مستحقيها، وإلى من هم أجدر بالحصول عليها . وأخيراً، لأن ذلك يوافق رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والحنفية، وأحد القولين عند الشافعية .

١٤ - إن عقد المشاركة المتناقصة هو عقد فاسد في أصله، وإنه يشوبه في جميع الأحوال شبهة الجمع بين عقدي بيع وسلف (التمويل) . فضلاً عن تضمينه شرطاً مسبقاً بضرورة سداد العميل للتمويل الذي حصل عليه من البنك بقيمة الاسمية، مع إضافة عائد على أصل مبلغ التمويل، أما محاولة الإبقاء على هذا الشرط على أن يكون السداد بالقيمة السوقية للتمويل، فهي محاولة تكتنفها مخاطر الوقوع في دائرة بيع العينة، أو التعامل الربوي، لاستمرار شبهة وجود عقد بيع مع سلف . لذلك يوصي الباحث برفض عقد المشاركة المتناقصة كلية، والتزام البنوك والمؤسسات المالية بعقد الشركة الطبيعي الموروث، سداً للذرائع، ومنعاً من استخدام عقود مشبوهة، خاصة وأن أقصى ما يمكن أن يترتب على التعديلات والشروط المقترحة حالياً لتلافي عيوب هذا العقد، هو تحوله تلقائياً إلى عقد الشركة الموروث .

والله أعلى وأعلم، وهو حسبي ونعم الوكيل .

* * *

قائمة بأهم المراجع المستخدمة في البحث

أولاً: أهم المراجع العربية:

- ١ - الآمدي، سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
- ٢ - ابن العربي، أبو محمد بن عبد الله، الإمام الحافظ، عارضة الأهودي بشرح صحيح الترمذي، دار الوحي المحمدي (بدون سنة إصدار).
- ٣ - ابن المنذر، أبو بكر بن محمد بن إبراهيم، الإجماع، دار طيبة، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.
- ٤ - ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإشراف على مذاهب أهل العلم، دار الفكر- بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
- ٥ - ابن تيمية، شيخ الإسلام تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى الكبرى، مكتبة ابن تيمية- القاهرة، ١٩٨٢م.
- ٦ - ابن تيمية، شيخ الإسلام تقي الدين أحمد، القواعد النورانية الفقهية، دار الندوة الجديدة- بيروت، لبنان، ١٣٧١هـ/ ١٩٥١م.
- ٧ - ابن جزى، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية (بدون تاريخ).
- ٨ - ابن حنبل، الإمام أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة دار الفكر العربي، د.ت.
- ٩ - ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.
- ١٠ - ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.
- ١١ - ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ١٩٧٨م.

- ١٢ - ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، ١٩٨٠ م.
- ١٣ - أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، ١٩٧٦ م.
- ١٤ - أبو زهرة، محمد، الوقف، دار الفكر العربي، ١٩٧٧ م.
- ١٥ - الباجي، سليمان، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، مطبعة السعادة - القاهرة، ١٣٣٢ هـ.
- ١٦ - ابن بية، عبد الله المحفوظ، الاشتراك في شركات مساهمة تتعامل بالربا أحياناً، حلقة عمل حول الإسهام في شركات مساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة، ١٤١٩ هـ.
- ١٧ - جمعة محمد، علي، اختلاف الأحكام الفقهية باختلاف الشخصيتين الاعتبارية والطبعية، حلقة عمل حول الإسهام في شركات مساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة، ١٤١٩ هـ.
- ١٨ - حسان، حسين حامد، قابلية تداول أسهم الشركات والمؤسسات المصرفية، بحث مقدم لندوة الصناعة المالية الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - الإسكندرية، رجب، ١٤٢١ هـ / أكتوبر ٢٠٠٠ م.
- ١٩ - حسين، مصطفى سلامة، التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسية، دار النهضة العربية - مصر، ١٩٨٢ م.
- ٢٠ - حماد، نزيه، حصر شامل للأدلة التي احتجّ بها المانعون من المساهمة في الشركات المساهمة التي تتعامل بالحلال المختلط أحياناً بالحرام، حلقة عمل حول الإسهام في شركات مساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة، ١٤١٩ هـ.
- ٢١ - الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي - مصر، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م.
- ٢٢ - الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي - مصر، د. ت.

- ٢٣- الخفيف، علي، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية- مصر، د. ت.
- ٢٤- الخطيب، محمد الشرييني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م.
- ٢٥- الخياط، عبد العزيز، الشركات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٧م.
- ٢٦- داغي، علي محيي الدين القره، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ج ١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
- ٢٧- الدردير، أبو البركات أحمد، الشرح الصغير، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، دولة الإمارات العربية، ١٤١٠هـ/ ١٩٨٩م.
- ٢٨- الرفاعي، أبو القاسم عبد الكريم، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
- ٢٩- رضوان، فايز نعيم، الشركات التجارية، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٤م.
- ٣٠- الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر- دمشق، ١٩٦٨م.
- ٣١- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، المثنور في القواعد، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٣٢- الزرقاني، عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر- بيروت، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
- ٣٣- زيادات، حمد، وعموش، إبراهيم، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، معهد الدراسات المصرفية- عمان، ١٩٩٥م.
- ٣٤- سامي، فوزي محمد، الشركات التجارية- الأحكام العامة والخاصة (دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، الأردن، ط ١، ١٩٩٩م.

- ٣٥- السلامي، محمد المختار، المتاجرة بأسهم شركات غرضها ونشاطها مباح لكنها تقترض وتقترض بالربا، حلقة عمل حول الإسهام في شركات مساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-جدة، ١٤١٩هـ.
- ٣٦- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، دار النهضة العربية-مصر، ١٩٨٧م.
- ٣٧- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
- ٣٨- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الأحكام، دار الفكر، د.ت.
- ٣٩- شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، الأوراق الخاصة بندوة: «تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود» - الطائف، ١٢/٥/١٤٢٢هـ.
- ٤٠- الضير، الصديق محمد الأمين، الفرغ في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، سلسلة محاضرات العلماء البارزين، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
- ٤١- الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل القرآن، مطبعة دار المعارف-مصر، د.ت.
- ٤٢- عبد الله، أحمد علي، مفهوم المسؤولية المحدودة، في عقود تكوين البنوك الإسلامية والشركات الإسلامية، ورأي الشريعة فيها، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الاجتماع الخامس للجنة خبراء البنوك المركزية والبنوك الإسلامية، مارس، ١٩٨٩م.
- ٤٣- عبد الله، أحمد علي، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، الدار السوداني للكتب-الخرطوم، د.ت.
- ٤٤- عبد السلام، عز الدين، فتاوى الشيخ عز الدين، مؤسسة الرسالة - بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

- ٤٥ - عبد الوهاب، القاضي أبو محمد، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
- ٤٦ - العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري لشرح أحاديث البخاري، مطبعة المكتبة السلفية، ١٩٧٤م.
- ٤٧ - علوان، محمد، الشركات المساهمة في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
- ٤٨ - الفتاوى الهندية (العالمكيرية)، (أعدتها لجنة من كبار علماء الهند الحنفية عام ١١٠٠هـ تقريباً) - بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر.
- ٤٩ - الفعر، حمزة بن حسين، حكم تملك أسهم الشركات المساهمة التي تتعامل بالحلال المختلط بالحرام أحياناً، والضوابط الشرعية التي لا بد من توافرها للقول بالجواز، حلقة عمل حول الإسهام في شركات مساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة، ١٤١٩هـ.
- ٥٠ - فهمي، حسين كامل، نحو إعادة هيكلة النظام المصرفي الإسلامي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد (٤)، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
- ٥١ - فهمي، حسين كامل، الحسابات المصرفية، بحث مقدّم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشرة - الكويت، شوال، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- ٥٢ - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٥٣ - القره داغي، علي محيي الدين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الثاني، الصفحة ٣٨١.
- ٥٤ - القرى، محمد بن علي، نحو تصور جديد للشركة المساهمة الحديثة وتداول الأسهم، دراسة قانونية فقهية، حلقة عمل حول الإسهام في شركات مساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة، ١٤١٩هـ.

- ٥٥ - القري، محمد بن علي، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، المجلد الخامس، العدد الثاني، محرم، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م.
- ٥٦ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، مكتبة زكريا علي يوسف.
- ٥٧ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الفكر، بدون تاريخ.
- ٥٨ - الماوردي، أبو الحسن علي، الحاوي الكبير، دار الفكر، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٥٩ - مجمع الفقه الإسلامي، مجلدات الدورات المختلفة للمجمع.
- ٦٠ - محمد، شمس الحق آبادي، أبو الطيب، عون المعبود شرح سنن أبي داود، المكتبة السلفية - المدينة المنورة، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- ٦١ - المقدسي، ابن قدامة، المغني، طبعة مكتبة القاهرة، ١٩٦٩م.
- ٦٢ - النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المتقين، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دمشق، ١٩٦٩م.
- ٦٣ - النووي، أبو زكريا يحيى شرف، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي.

ثانياً: أهم المراجع الأجنبية:

- 1 - Elton Gruber, Modern Portofolio Theory And Investment Analysis, Fifth Edition John Wiley & Sons Inc. 1995.
- 2 - Robert W. Kolp & Ricardo J. Rodriguez, Principles of Finance, Second Edition, DC Heath and Company Massachusetts 1992.
- 3 - Levi, Maurice. International Finance, Mc Graw- Hill International Book Company, 1983.
- 4 - Sporonck, Lambert H. Managing Multinational Corporations, John Wiley & Sons, Inc, USA, 1980.

5 - David B. Zenoff, ed, Corporate Finance In Multinational Companies
Euromoney Publications, London, 1986.

6 - Eiteman, Daved K, & Al, Multinational Business Finance, Addison
Wesley Pub. Co. USA, 2000.

* * *

الشركات الحديثة
الشركات القابضة وأحكامها الشرعية

إعداد
د. عبد الستار أبو غدة

تمهيد عن المشاركات

صيغة المشاركة - باعتبارها صيغة استثمارية - مرغَّب فيها في الشريعة ؛ لأنها تقوم على أساس التعاون وجمع الجهود للاستثمار والتنمية الفردية والاجتماعية، فالشركة تهدف إلى تمكين أصحاب رؤوس الأموال الصغيرة من استثمارها في مجالات واسعة تحقق أرباحاً وفيرة.

في حين لو أن كل واحد منهم حاول أن يستثمر ماله على حدة فإنه لا يستطيع أن يطرق المجالات الكبيرة التي تحتاج إلى تمويل ضخم ولها أعباء إدارية وإجرائية وحسابية يعجز عنها الأفراد. كما أن رؤوس الأموال الصغيرة لا يمكنها أن تدخل مجالات اقتصادية تنموية مطلوبة للجميع، مثل الصناعات الثقيلة والمشاريع الكبرى.

إن أسلوب المشاركات يعتبر أساسياً بالنسبة إلى تطبيقات الاقتصاد الإسلامي في هذا العصر، وهي البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، لأنها تعتمد على آلية استقطاب الأموال مهما كان حجمها وتوفير فرص الاستثمار الجماعية بما يمكن أصحاب الخبرات الذين لا يملكون رؤوس أموال أصلاً أو أصحاب الأموال المحدودة، من استخدام خبراتهم وتطوير إمكاناتهم.

تعريف الشركة لغة واصطلاحاً:

معنى الشركة في اللغة: الخلط، والاختلاط، وتطلق (الشركة) على العقد نفسه مجازاً^(١). ولها في الاصطلاح تعريفات كثيرة متشابهة، تبعاً للمذاهب الفقهية، وأوضح تلك التعريفات تعريف اللببرتي^(٢) للشركة: بأنها «عبرة عن

(١) لسان العرب، مادة (شرك): ٤٤٨/١٠.

(٢) العناية شرح الهداية، لللببرتي (بهامش فتح القدير): ٢/٥.

اختلاط نصيبين فصاعداً، بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر». وتعريف ابن قدامة الذي ألمح فيه لكل من شركتي الملك والعقد على التوالي؛ وهو: «الاجتماع في استحقاق أو تصرف»^(١).

ويمكن أن نستخلص من التعريفات العديدة لكل من شركتي العقد والملك التعريف التالي للشركة بنوعيتها، وهو أن الشركة أو المشاركة: خلط اثنين أو أكثر ماليهما أو عمليهما أو التزاميهما في الذمة بقصد الاسترباح. أو اختلاط ذلك للمشاركة في استحقاق الربح أو الارتفاع في القيمة.

تقسيم الشركة إلى شركة ملك وشركة عقد:

انطلاقاً من المعنى اللغوي الذي يدور بين الخلط والاختلاط تنقسم الشركة إلى شركة ملك وشركة عقد:

١ - شركة الملك:

شركة الملك هي: أن يملك اثنان أو أكثر عيناً أو ديناً بسبب ما، كالإرث والهبة والشراء وما أشبه ذلك^(٢). وهي إما أن تنشأ نتيجة فعل من الشركاء يترتب عليه الاختلاط، كشراء شخص جزءاً من عين، وشراء آخر بقيتها، وتسمى (شركة الملك الاختيارية)، أو أن تنشأ من غير فعل الشركاء، مثل الإرث أو الوصية وتسمى (شركة الملك الجبرية)، ومن آثار شركة الملك أن تصرف الإنسان معها يعتبر تصرفاً مطلقاً، أي: حينما يتصرف الإنسان في حصته من هذا المال فلا يعتبر متعدياً ولا يحتاج إلى إذن من الشركاء^(٣)، فهذه الشركة تقوم على عنصر الحيابة والانتفاع المشترك، وليست فيها وكالة كما هو الحال في شركة العقد. وتنتهي هذه الشركة بطريقتين:

أ - التقسيم (القسمة): والتقسيم هو إزالة الشبوع، بحيث يأخذ كل واحد

(١) المغني: ٣/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٩٩/٤.

(٣) لكنه ليس له التسليم إلا بإذن شريكه، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا مخلوط بنصيب شريكه (البهجة على التحفة: ٢/٢١٦).

نصيبه ويتصرف فيه كيف يشاء .

ب - المهاية (قسمة المنافع) : والمهاية هي أن يتفق الشركاء على تقسيم منفعة الملك بحسب الزمان أو المكان مع بقاء شيوخ الملك ، كأن يتفق اثنان يملكان سيارة على أن يستخدم كل واحد منهما السيارة لمدة أسبوع وهكذا .

٢ - شركة العقد :

شركة العقد هي : الشركة التي تنشأ بإدارة الطرفين ، ومن هنا سميت شركة عقد ؛ لأنها لا توجد إلا بعقد يقصد فيه الطرفان خلط أموالهما التي كانت متميزة فتصبح بالخلط شائعة . ومن التعريفات الواضحة لشركة العقد ما عرفها به الشيخ أحمد أبو الفتح ؛ وهو قوله : تعاقد اثنين فأكثر على العمل للكسب ، بواسطة الأموال ، أو الأعمال ، أو الوجاهة ، ليكون العُنْمُ بالعُرمِ بينهما حسب الاتفاق المشروع^(١) .

أساس شركة العقد :

شركات العقد أساسها الوكالة^(٢) ، فكل واحد من الشركاء يعتبر في تصرفه بمال الشركة وكلياً عن الآخرين ، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بين الشركاء ، ليتحقق حكم الشركة المطلوب من عقدها وهو الاشتراك في الربح ، إذ لو لم يكن كل واحد منهم وكلياً عن غيره في حقه وأصيلاً في حق نفسه لا يكون الربح المستفاد مشتركاً لاختصاص من اشتراه بربحه .

وفي شركة المفاوضة - وبعض الشركات الحديثة - يتوافر معنى الكفالة^(٣) أيضاً ، كما سيأتي .

تقوم المشاركات على المبادلة بين ما كان يملكه كل طرف حيث تنتقل أموال الشركاء من التميز إلى الشيوخ ، فيملك كل شريك جزءاً شائعاً مما كان

(١) المعاملات الشرعية ، أحمد أبو الفتح : ٤٦٦/٢ ؛ والشركات في الشريعة الإسلامية ، د .

عبد العزيز الخياط : ٤١/١ .

(٢) الموسوعة الفقهية : ٤٣ ، ٣٥/٢٦ .

(٣) المرجع السابق : ٤٦/٢٦ .

ينفرد بملكه الشريك الآخر . وهذه المبادلة التي تبدأ بها الشركة تنتهي بها أيضاً بالقسمة التي عرفوها بأن فيها معنى المبادلة وإن كانت أحياناً مجرد إفراز . . . والشركات المعروفة في كتب الفقه تضم شركات الأموال (المفاوضة والعنان)، وشركة الوجوه، وشركة الأعمال (الصنائع).

* * *

التعريف المجمل بالشركات المعروفة في المدونات الفقهية

شركة المفاوضة

تعريفها وتسميتها:

المفاوضة من التفويض، أو من الفوض: الانتشار^(١). هي شركة تقوم على أساس المساواة بين الشريكين في المال والتصرف والدين. وسميت بذلك لأن كل واحد من الشركاء يفوض أمر التصرف في الشركة إلى صاحبه على الإطلاق، فهي مشتقة من التفويض، أو من الفوض بمعنى التساوي، لاستواء الشريكين في التصرف والمال والضمان والربح، أو من الفوض بمعنى الانتشار، لأنها مبنية على الانتشار والظهور في جميع التصرفات^(٢).

مشروعيتها، وحكمة تشريعها، ومجالها:

شركة المفاوضة مشروعة بالإجماع؛ لتعامل الناس بها من زمن الرسول ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وهذا من الإجماع السكوتي بالرغم من عدم أخذ بعض الفقهاء بها (بعد استقرار عمل الفقهاء عليها) وسبب ذلك تعذر تحقيقها، والواقع أنها لا تتعذر بل يندر وقوعها، فيجوز اعتماداً على إمكان وجودها ولو نادراً. وهي تشتمل على الوكالة والكفالة، وهما أمران جائزان في حال الانفراد فكذلك يجوزان في حال الاجتماع.

وحكمة مشروعيتها: أنها طريقة لتنمية المال على وجه وثير؛ لأن كل طاقات الشركاء تصب فيها، وبالتالي الإدماج التام لثرواتها التجارية بشتى أنواعها كما تتناسب مع حالات توارث الإخوة لثروة أبيهم، ورغبتهم في بقاء المال مجتمعاً ليستثمر مشتركاً بينهم.

(١) تاج العروس، مادة (فوض).

(٢) فتح القدير: ٦/٥.

وتجري هذه الشركة في عموم التجارات، وهذا من طبيعتها التي تقوم عليها، فلا يصح تخصيصها بنوع معين من التجارة.

رأس مال الشركة:

ينطبق عليه ما يجب في رأس مال شركة العنان من وجوب كونه حاضراً حتى يمكن استعماله في عمل الشركة. . الخ.

وتختلف عن شركة العنان بأنه لا بد أن تكون كل أموال الشركاء (الصالحة لأن تكون رأس مال للشركة) داخلة في الشركة، فلا يجوز أن ينفرد أحد الشركاء بتملك مال يصلح أن يكون رأس مال للشركة. فإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة، كالعقار والعروض والدين جازت الشركة.

شروطها:

يشترط في شركة المفاوضة، بالإضافة إلى الشروط العامة للتعاقد:

أ- أن تتوافر في كل الشركاء أهلية الكفالة، لأنها تتضمن كفالة واحد منهم للآخر في ضمان التجارة.

ب- أن يتساوى الشركاء في الدين، فلا تصح بين المسلم وغير المسلم.

ج- أن تكون بلفظ المفاوضة، ويغني عن استخدام هذا اللفظ ذكر شروطها كلها، أو كون الشركاء على علم بمعنى هذه الشركة وطبيعتها، لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ، فإذا نقص شرط من شروط المفاوضة اعتبرت الشركة شركة عنان^(١).

* * *

(١) الموسوعة الفقهية: ٥١/٢٦ - ٥٣؛ والمبسوط للسرخسي: ١١/١٥٢؛ والشركات في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الخياط: ٢٢/٢.

شركة العنان^(١)

تعريفها وتسميتها:

هي أن يشترك اثنان - أو أكثر - بحصة معينة في رأس مال يتجران به كلاهما، والربح بينهما على حسب أموالهما، أو على نسبة يتفقان عليها عند العقد^(٢).

وسميت بذلك لأن الشريكين يتساويان في التصرف، تشبيهاً لهما بالفارسين إذا تساويا في السير، لأن عنان فرسيهما يكونان سواء. أو لأن كلاً من الشركاء أعطى عنان التصرف لشركائه، فهي كالأخذ بعنان الفرس من كل شريك^(٣).

ولا يشترط في شركة العنان تساوي حصص الشركاء في رأس المال^(٤).

مشروعيتها، وحكمة تشريعها، ومجالها:

قال الإمام الكاساني: «ثبتت مشروعية شركة العنان بالسنة التقريرية، فقد بُعث الرسول ﷺ والناس يتعاملون بهذه الشركة، فقررهم على ذلك؛ حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم، والتقرير أحد وجوه السنة»^(٥)، كما أن العمل بها استمر في جميع العصور دون تكثير من فقهاء الأمة، فهي مشروعة أيضاً بالإجماع.

وحكمة تشريعها: أن في عقد الشركة دفع حاجة الناس، وتحقيق مصالح العباد، لاستنماء المال بشكل أوسع؛ لأن الاشتراك في المتاجرة يختصر كثيراً من النفقات المتكررة لو عمل كل شخص على حدة.

والشركات بوجه عام - وبخاصة شركة العنان لسهولة تطبيقها - مظهر من

(١) لقد اشتمل الكلام عن شركة العنان على بعض التفصيلات؛ لأن هذه الشركة هي الأصل الذي يمكن أن ترد إليه الشركات الحديثة، كما سيأتي.

(٢) مستخلص من تعاريف عديدة. انظر المغني: ١/٥، ١٦؛ والشركات للشيخ علي الخفيف، ص ٣١.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١٥٢/١١؛ والمغني مع الشرح الكبير: ١٤٥/٥.

(٤) المغني: ٢٠/٥؛ والمهذب للشيرازي: ٨٣/١٣.

(٥) البدائع للكاساني: ٥١/٦.

مظاهر التعاون، ولذا كانت محل تشجيع وترغيب. يدل على ذلك ما جاء في الحديث القدسي: يقول الله تعالى: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانته خرجتُ من بينهما»^(١).

رأس مال الشركة:^(٢)

الأصل اختلاط أموال الشركاء حقيقة بضم بعضها إلى بعض، أو حكماً بأن يعتبر المال المخصص للشركة من كل واحد منهم مالملاً مشتركاً بين جميع الشركاء، فيشتركون في الربح والخسارة، ولو تحققنا أن ذلك ناشئ عن المال المقدم من أحدهم.

كذلك لا يشترط وضع أيدي الشركاء على مال الشركة، فيكفي التخصيص بوضع مال الشركة في حساب بنكي أو في يد وكيل للشركة أو ممن توكل إليه الإدارة، لأن مقصود الشركة - كما قال الإمام ابن قدامة - «نفوذ تصرف الشريكين في المال المشترك، وكون ربحه بينهما».

وكما يصح أن يكون الإسهام في رأس مال الشركة بالنقود يجوز - باتفاق الشركاء الإسهام من بعضهم أو كلهم بالعروض (السلع التجارية) بعد تقويمها لمعرفة مقدار الحصة بالنقود لحساب الربح والخسارة، ولتحديد الاستحقاق عند التصفية. وسواء تم بيع العروض للمتاجرة بثمنها، أو تم الاحتفاظ بها في صورة أصول ثابتة أو معدات، وتنسلك ملكية من قدمها عنها، ويتحول حقه إلى حصة شائعة في رأس مال الشركة مهما تغيرت صورته.

وإذا كان رأس مال الشركة من عملات مختلفة فإنه يجب تقويمها بالعملة المحددة في الشركة بسعر الصرف السائد يوم الأداء، وذلك لتحديد حصص الشركاء والتزاماتهم.

شروطها:^(٣)

يشترط لصحة شركة العنان:

(١) أخرجه أبو داود (نيل الأوطار: ٣٩٠/٥).

(٢) الموسوعة الفقهية: ٤٨/٢٦ - ٥١.

(٣) المغني: ١٩/٥؛ والبدائع: ٦٠/٦.

أ- تحديد حصة كل من الشركاء في رأس مال الشركة .

ب - كون المال المقدم للإسهام في الشركة حاضراً، لا غائباً، ولا ديناً يحتاج للتحويل، لأن المقصود من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرف، ولا يمكن التصرف في المال الغائب أو في الدين، فلا تبدأ المساهمة إلا بعد تحصيله وإمكان التصرف فيه .

ج - تحديد نسبة شائعة لكل شريك في الربح (%) ولا يجوز تحديد مبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال، لأن جهالة الربح تؤدي لفساد عقد الشركة، كما أن تحديد مبلغ معين من الربح يقطع الشركة، لاحتمال ألا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحد الشركاء فلا يتحقق الاشتراك في الربح، ويجوز أن تكون نسبة الربح متوافقة مع نسبة الحصة في رأس المال، ويجوز اختلاف نسبة الربح عن نسبة المشاركة .

إدارة الشركة:

هذه الشركة - وبقية أنواع الشركات - أساسها الوكالة، فكل واحد من الشركاء يعتبر في تصرفه بمال الشركة وكيلاً عن الآخرين، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بين الشركاء ليتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه، وهو الاشتراك في الربح، إذ لو لم يكن كل واحد منهم وكيلاً عن غيره في حقه، وأصيلاً في حق نفسه، لا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص من اشتراه به .

والأصل: أن لكل شريك حق التصرف بالشراء والبيع والقبض والدفع والمطالبة بالدين والمخاصمة والاستئجار والحوالة، وكل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة، وليس لأحد من الشركاء التصرف بما لا تعود منفعته على الشركة أو بما فيه ضرر، ومن ذلك إقراض المال أو التبرع به، لأنه ليس الغرض من الشركة .

ويد الشريك على مال الشركة يد أمانة، فلا ضمان عليه فيما يتلف إذا لم يتجاوز صلاحية التصرف المخولة له، أو يهمل أو يعتمد ما فيه تلف . ولا يجوز اشتراط ضمان أحد الشركاء لمال الشركة أو لنصيب شريك آخر؛ لأن هذا ينافي مقتضى الشركة، وهو الاشتراك في الربح والخسارة على أنه يجوز اتفاق الشركاء

على حصر إدارة الشركة بأحدهم، وعليهم الالتزام بما ألزموا به أنفسهم من الامتناع عن التصرف .

توزيع الربح وتحميل الخسارة:

عند تحقيق ربح فإنه يوزع بحسب المتفق عليه عند بداية عقد الشركة، سواء كان الاتفاق على ربط نسبة الربح بنسبة الحصة في رأس مال الشركة، وهو مذهب المالكية والشافعية، أو باختيار نسبة ربح مختلفة وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة وبعض المالكية على تفصيل ينظر في كتبهم^(١).

وأما عند وقوع خسارة فإنها توزع بحسب حصص التمويل تماماً، ولا يجوز الاتفاق على تحميل الخسارة بنسب مختلفة عن نسب المشاركة .

إنهاء أو انتهاء الشركة:

الشركة في الأصل من العقود غير اللازمة، فيحق لأي من الشركاء الفسخ بعلم بقية الشركاء، وقد يلزم الشركاء أنفسهم ببقاء الشركة مدة معينة، كما قد يتفقون على إنهاؤها قبل مدتها، ولا أثر للفسخ على التصرفات القائمة قبله، فإن أثرها يستمر دعفاً للضرر عن بقية الشركاء .

وعند انتهاء الشركة تتم تصفيتها بتوزيع رأس المال أولاً، ثم توزيع الأرباح بحسب الاتفاق، وإذا كانت هناك خسارة فإنها تحمل على الشركاء بمقدار حصصهم في التمويل، وتنخفض مساهماتهم المستردة بمقدار الخسارة، وهذا ما يسمى (قسمة الغرماء).

هذا، وقد تولدت من شركة العنان الشركة المتناقصة، وقد سبق عرضها على المجمع ومناقشتها وإرجاؤها لمزيد من البحث، كما أن جميع الشركات الحديثة قائمة على أساس شركة العنان، كما سيأتي بيان ذلك في موطنه .

إدارة الشركة:

الأصل أن لكل شريك حق التصرف بالشراء والبيع بالثمن الحال أو

(١) البدائع: ٥٩/٦؛ والموسوعة الفقهية: ٧٨-٧٩.

المؤجل، والقبض والدفع، والإيداع والرهن والارتهان، والمطالبة بالدين والإقرار به، والمرافعة والمقاضاة، والإقالة والرد بالعيب، والاستئجار والحوالة والاستقراض، وكل ما هو من مصلحة التجارة والمتعارف عليه، وليس للشريك التصرف بما لا تعود منفعة على الشركة أو بما فيه ضرر مثل الهبة أو الإقراض إلا بإذن الشركاء، أو بالمبالغ اليسيرة وللمدد القصيرة حسب العرف، ومع هذا فإنه يجوز تعيين مدير من غير الشركاء بأجر محدد يحتسب من مصروفات الشركة، ويجوز أن تخصص له نسبة من أرباح الشركة بالإضافة للأجر المحدد حافزاً له.

لا يجوز تخصيص أجر محدد في عقد الشركة لمن يستعان به من الشركاء في الإدارة أو في مهمات أخرى مثل المحاسبة، ولكن يجوز زيادة نصيبه من الأرباح على حصته في رأس مال الشركة.

ويجوز تكليف أحد الشركاء بأعمال ليست مطلوبة منه بحكم الشركة، على أن يكون ذلك بعقد منفصل عن عقد الشركة بحيث يمكن عزله دون أن يترتب على ذلك تعديل عقد الشركة أو فسخه، وحينئذ يجوز تخصيص أجر محدد له، وهذا مانص عليه الحنابلة، كما في شرح منتهى الإرادات.

صفة مال الشركة:

من المقرر في الفقه أن يد الشركاء على مال الشركة يد أمانة^(١)، فلا ضمان على الشريك إلا بالتعدي أو التقصير. ولا يجوز تقديم ضمان من أي شريك لرأس مال شريك آخر، ومع هذا يجوز أن يشترط أحد الطرفين في الشركة على الطرف الآخر تقديم كفيل أو رهن لضمان التعدي أو التقصير أو مخالفة قيود الشركة.

على أنه طبقاً للقرار الصادر من المجمع^(٢): يجوز التعهد من طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن أطراف الشركة بتحمل الخسارة، شريطة أن يكون التعهد التزاماً مستقلاً عن عقد المشاركة، ومن دون مقابل، وشريطة ألا

(١) الموسوعة الفقهية: ٥٨/٢٦، ومن مراجعها: رد المحتار: ٣/٣٥٦؛ والخرشي:

٤/٢٦٢؛ ونهاية المحتاج: ٥/١٢؛ ومطالب أولى النهي: ٣/٣٠٥.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٥) من الدورة الرابعة.

يكون الطرف الثالث (المتعهد بالتعهد بالضمان) جهة مالكة أو مملوكة بما زاد عن النصف للجهة المتعهد الدفع ببطان الشركة، أو الامتناع عن الوفاء بالتزامه بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في عقد الشركة. وهذا التعهد - وإن سمي ضمان الطرف الثالث - ليس ضماناً، وإنما هو وعد بالهبة.

توزيع الربح وتحميل الخسارة^(١):

يجب النص في عقد الشركة على كيفية توزيع الأرباح بين أطراف الشركة، وأن يكون التحديد بنسب شائعة في الأرباح، وليس بمبلغ مقطوع أو بنسبة من رأس المال. ولا يجوز تأجيل تحديد نسب الأرباح لأطراف الشركة إلى ما بعد حصول الربح، بل يجب تحديدها عند إبرام الشركة.

والأصل أن تكون نسبة الربح متوافقة مع نسبة الحصص في رأس المال، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية وذهب الحنفية والحنابلة وبعض المالكية إلى أنه يجوز لأطراف الشركة الاتفاق على نسبة مختلفة عن حصص الشركاء في رأس المال، على ألا تكون النسبة الزائدة عن الحصص لمن اشترط عدم العمل، أما من لم يشترط عدم العمل فله اشتراط الزيادة ولو لم يعمل.

أما الخسارة فيجب أن تتفق نسبتها مع نسبة المساهمة في رأس المال ولا يجوز الاتفاق على تحمل أحد الأطراف لها كاملة أو تحميلها للشركاء بنسبة مختلفة عن حصصهم في رأس المال، ولا مانع عند حصول الخسارة من قيام أحد الأطراف بتحملها دون اشتراط سابق.

يجوز الاتفاق على أية طريقة لتوزيع الربح ثابتة أو متغيرة لفترات زمنية: بنسبة كذا للأولى، وكذا للثانية، تبعاً لاختلاف الفترة أو بحسب كمية الأرباح المحققة، شريطة ألا تؤدي إلى احتمال قطع اشتراك أحد الأطراف في الربح.

لا يجوز توزيع الربح بين أطراف الشركة بشكل نهائي إلا بعد حسم المصروفات والتنفقات والرسوم والضرائب، والتمكن من استرداد رأس المال.

(١) المراجع السابقة بشأن شركة المفاوضة.

لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك في الربح، فإن وقع كان العقد باطلاً، ومثال ذلك: أن يشترط لأحد الشركاء مبلغ محدد من الربح، أو نسبة من رأس المال، لأنه قد لا يتحقق ربح أكثر من ذلك، فينقطع الاشتراك من الربح.

يجوز الاتفاق على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد أطراف الشركة يأخذها، ويأخذ الآخر الزيادة، أو يختص أحدهما بالربح الزائد عن تلك النسبة^(١). فإن كانت الأرباح بمقدار تلك النسبة أو دونها فتوزع الأرباح على ما اتفقا عليه يجوز توزيع مبالغ تحت الحساب، قبل التنضيق الحقيقي أو الحكمي، على أن تتم التسوية لاحقاً مع الالتزام برد الزيادة عن المقدار المستحق فعلاً بعد التنضيق الحقيقي أو الحكمي، ويطبق مبدأ التوزيع تحت الحساب بشأن الشركات التي محلها موجودات مقتناة للتأجير (مستغلات) تحقق غلة أو خدمات تحقق إيراداً، فإن ما يوزع من عائدها الدوري على الشركاء يعد مبلغاً تحت الحساب، ويكون خاضعاً للتسوية النهائية.

يحق لأي من الشركاء الفسخ (الانسحاب من الشركة) بعلم بقية الشركاء، ولا يستلزم ذلك فسخ الشركة فيما بين الباقيين. كما يجوز أن يتعهد الشركاء تعهداً ملزماً لهم بقاء الشركة مدة معينة، ويجوز في هذه الحالة الاتفاق على إنهاؤها قبل انتهاء مدتها. وفي جميع الأحوال لا أثر للفسخ على التصرفات القائمة قبله، حيث يستمر أثرها^(٢).

* * *

(١) البحر الزخار: ٨٢/٤.

(٢) الموسوعة الفقهية: ٥٧/٢٦؛ وقرار المجمع بشأن حسابات المضاربة.

شركة الوجوه

تعريفها، وتسميتها:

شركة الوجوه هي: اشتراك اثنين أو أكثر على أن يشتريا بجاههما سلعاً بالدين، على أن ما يربحانه يكون بينهما بالتساوي أو بحسب النسبة التي يحددها. وسميت بذلك لأن الشركاء ليس لديهم رأس مال إلا ما يحصلون عليه بالاستدانة بوجاهتهم لدى من يبيعهم بالأجل، قال الإمام شمس الدين السرخسي: «إن رأس مالهما وجههما؛ فإنه لا يباع بالنسيئة إلا ممن له في الناس وجه، وتسمى شركة المفاليس» وتسمى هذه الشركة أيضاً (شركة الذمم). قال ابن رشد: «شركة الوجوه: هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال»^(١).

مشروعيتها، وحكمة تشريعها، ومجالها:

ثبتت مشروعية هذه الشركة بالسنة التقريرية، وهي أن الناس تعاملوا بها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، بالرغم من عدم أخذ بعض الفقهاء بها، وهي في حقيقتها لا تخرج عن الجمع بين الوكالة والكفالة، ففيها وكالة كل شريك لشريكه في شراء السلعة والكفالة بثمنها، والوكالة والكفالة جائزتان، فما اشتمل عليهما فهو جائز أيضاً، وهي تدخل في أن الأصل في المعاملات الإباحة، وليس استحقاق الربح مرتبطاً بوجود رأس المال فهو يستحق أيضاً بالعمل، أو بالضمان كما في شركة الوجوه.

وحكمة مشروعيتها: أنها حاجة تسد أولئك الذين لا يجدون رأس مال للتجارة به، ولهم سمعة حسنة بين التجار، فيلجؤون للشراء بالأجل على سبيل الاشتراك مما يطمئن البائعين لهم أكثر مما لو كان البيع بالأجل للشخص الواحد، لأنه في شركة الوجوه يثبت الدين في أكثر من ذمة. . وتشريعها ثم تطبيقها على هذا النحو يكشف عن التقدير المناسب للأمناء الثقات.

(١) المسوط، السرخسي: ١٥٢/١١؛ وبداية المجتهد: ٢٥٥/٢.

وتجري شركة الوجوه في جميع السلع، فلا يشترط لعقدها تعيين النوع الذي ستتم المتاجرة به، بل لكل شريك شراء ما يراه مناسباً. قال ابن قدامة: «هي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره، أو قال ما اشترت من شيء فهو بيننا^(١)». وكذلك يشترط تحديد القدر الذي يشتره كل شريك. أو المدة التي يجري فيها الشراء.

هذا، وليس لشركة الوجوه رأس مال نقدي؛ لأن محل المشاركة فيها هو الالتزام في الذمة، أي: الضمان المبني غالباً على الوجاهة (السمعة المتميزة)، وهو ضمان الشركاء أداء الديون الناشئة عن الشراء بالأجل بصفتها ذمماً على الشركاء، ويجب الاتفاق على النسبة التي يتحملها كل شريك من ضمان أداء الديون.

ويجب تحديد نسبة ما سيتحمله كل شريك فيها من الضمان، ويجوز أن يكون ذلك بالتساوي أو بالتفضيل بأن يضمن أحد الشركاء (٦٠٪)، ويضمن الآخر (٤٠٪) مثلاً.

ويتم توزيع الربح والخسارة إن حصلت بشكل متفق مع نسبة الضمان الخاصة بكل شريك، ولا يجوز عند جمهور الفقهاء أن يشترط هنا لأحد الشركاء نسبة من الربح زائدة عن النسبة التي تحمّلها من الضمان، فإن وقع الشرط اعتبر لاغياً ويقسم الربح على الشركاء بحسب مقدار حصصهم من ضمان السلع المشتراة.

ويرى الحنابلة جواز التفاوت بين نسبة الضمان، لأن التجارة تختلف باختلاف القائمين بها نشاطاً وخبرة، فلا حرج من التشارك على مخالفة نسبة الربح لنسبة الضمان.

أما إذا خسرت الشركة فتقسم الخسارة على مقدار حصص الشركاء في الضمان، وهي قاعدة عامة في جميع الشركات في تحميل الخسارة بحسب حصص الملك، وينوب عن الملك هنا الضمان.

* * *

(١) المغني لابن قدامة: ١٥/٥.

شركة الأعمال (الصنائع) (١)

تعريفها وتسميتها:

شركة الأعمال لغة: شركة المهن والأفعال، يقال: عمل عملاً: كمعنى فعل فعلاً عن قصد (٢).

شركة الأعمال هي: اتفاق اثنين أو أكثر من أرباب الأعمال والمهن على أن يشتركوا في تقبل الأعمال من الناس، وأن يعملوا أو يصنعوا على الاشتراك فيما يكتسبانه من أرباح (٣).

وتسمى شركة الأعمال، لأن العمل هو أساس المشاركة فيما بين الشركاء، إذ ليس فيها رأس مال يشتركان فيه، وإنما يشتركان بعمل البدن، ولذا تسمى أيضاً شركة الصنائع؛ لأن رأس مال الشريكين فيها هو صنعتهما (٤).

مشروعيتها، وحكمة مشروعيتها، ومجالها:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها مشروعة؛ لإقرار النبي ﷺ بعض الصحابة عليها. قال عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه): اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نُصيبُ يوم بدر، فجاء سعد بأسيرين، ولم أجد أنا وعمار بشيء (٥). وقد أقرهم ﷺ على ذلك. قال المجد بن تيمية: وهو حجة في شركة الأبدان، كما أنه وقع تعامل الناس عليها في سائر العصور من غير إنكار، بالرغم من عدم أخذ بعض المذاهب بها كالشافعية وابن حزم بعد استقرار الإجماع على مشروعيتها (٦).

(١) الموسوعة الفقهية: ٧٧/٢٦.

(٢) لسان العرب، مادة (عمل).

(٣) مستخلص من المغني لابن قدامة: ٥/٥؛ والمبسوط للسرخسي: ١٥٢/١١.

(٤) فتح القدير لابن همام: ١٨٦/٦.

(٥) أخرجه أبو داود: ٢٤٦/٩؛ والنسائي: ٣١٩/٧.

(٦) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: ٣٧٤/٢.

وهي تقوم على أساس الوكالة، إذ يوكل كل واحد من الشريكين الآخر لتقبل الأعمال، والوكالة جائزة، فما يشتمل عليها جائز أيضاً.

والشركات كما شرعت لتنمية المال القائم بيد الشريكين فهي أيضاً مشروعة لتحصيل المال. قال الكاساني: «الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال، وأما الشركة بالأعمال فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شرعت الشركات لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولى»^(١).

وحكمة مشروعيتها: أنها كثيراً ما تكون المهنة نمطية لا يتفاوت من يزاولونها، أو تكون هناك أعمال يمكن توحيدها لاختصار الجهود في إجراءات العمل، ولا سيما استقبال الأعمال وتسليمها بما يقلل المصروفات، ولتبادل الخبرات بماوابة تطور الصنائع، وتنوع أصنافها، وتعدد مجالاتها، أحياناً يرغب صاحب مهنة في توسيع نشاطه ولا يمكنه ذلك بمفرده، فينضم إلى أمثاله ليتعاونوا في مزاولة المهنة بشكل واسع يزيد من أرباحهم.

وتجري شركة الأعمال في حال اتفاق صناعات الشركاء فيها أو اختلافها، إذ لا تقتضي المشاركة في تقبل الأعمال أن يقوم الشريك نفسه بالعمل؛ فمن الممكن أن يستعين بشخص آخر عند عجزه عن القيام بالعمل بنفسه، وهذا إذا اقتضى الأمر قيامه بالعمل فيما ليس من صناعته. مع أنه قد تتطلب الأمور قيام كل شريك بالصناعة التي يحسنها ويكفي ذلك، قال الإمام السرخسي: «العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك وممن لا يحسن، لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيده، بل له أن يقيمة بأعوانه وأجرائه»^(٢).

كما تجري الشركة أيضاً في حال تفاوت خبرة الشركاء في العمل، أو مقدرة بعضهم على ما لا يقدر عليه الآخر من العمل نفسه. قال ابن قدامة: «إن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله، ولم يمنع صحتها، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان. وإذا قال

(١) البدائع: ٥٦/٦.

(٢) بداية المجتهد: ٢٥٥/٢.

أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل، والأجرة بيني وبينك؛ صحت الشركة^(١). ولا يخفى أن استقطاب الأعمال والاتفاق مع الزبائن والتعامل معهم من أهم أعمال هذه الشركة، والمتقبل للعمل يتحمل ضمان العمل مثل الذي يعمل بيده^(٢).

وقد توسع بعض الفقهاء فذهب إلى: أن شركة الأعمال تجوز في مجال اكتساب المباحات كالاكتساب والتنقيب عن المعادن. وبالرغم من أن تحصيل المباحات لا يحتاج لتوكيل من شريكه لتملكها فإنه يصح استنابة أحد الشركاء لغيره لتحصيلها^(٣).

رأس مال شركة الأعمال:

رأس مال هذه الشركة هو العمل، وإذا كانت الأعمال تقتضي وجود أصول ثابتة وأجهزة فإنه إما أن يقدم كل شريك ما يحتاج إليه ويبقى على ملكه، أو تشتري هذه الأشياء من أحدهم وتؤجر - أو تعار - لنشاط الشركة، أو تكون مملوكة على الشيوع بينهم بقدر ما أنفق كل منهم في اقتنائها ولا تكون محلاً للشركة، بل تكون محل شركة ملك بينهم.

شروطها:

أ - تحديد نسبة ربح كل واحد من الشركاء.

ب - كون الربح جزءاً مشاعاً بالنسبة، وليس مبلغاً مقطوعاً.

ج - عدم ضمان أحد الشريكين لربح الشريك الآخر، أو انفراده بالضمان لما يتلف، لأن يد الشريك يد أمانة إلا في حال التعدي أو التقصير.

د - وجوب قيام كل من الشركاء بالعمل، فإن ترك أحدهما العمل بسبب العجز أو غيره فلاآخر مطالبته بالعمل أو بإقامة من يعمل عنه، فإن امتنع كان له اللجوء لفسخ عقد الشركة.

* * *

(١) المغني: ٧/٥.

(٢) تبين الحقائق: ٣/٣٢٠؛ بلغة المسالك: ٢/٦٩٨؛ كشاف القناع: ٣/٥٢٧؛ الشركات في الفقه الإسلامي، د. رشاد حسن، ص ١٣٧.

(٣) المغني: ٦/٥؛ نيل الأوطار: ٥/٣٩٣.

مدى صحة التكييف القانوني

بكون المساهم يملك حقاً ولا يملك حصة من موجودات الشركة

إن التكييف القانوني الشائع لشركات المساهمة التي تقوم على أساس الشخصية الاعتبارية، وتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء هو: أن موجودات الشركة لا يملكها المساهمون مباشرة، وإنما يملكون حقوقاً في تلك الشخصية الاعتبارية التي هي المالكة لموجودات الشركة^(١). . . وسبب اللجوء لهذا التكييف هو الاعتراف بالشخصية الاعتبارية عن حملة الأسهم، ولا معنى لوجودها مستقلة إلا أنها مالكة للموجودات، وتبقى علامة المساهم هي ملكية الأسهم في الشركة فحسب، وهو يخولهم استحقاق الربح أو تحمل الخسارة، كما يعطيهم الحق عند التصفية، ولكنهم لا يملكون الإدارة، فهي الشخصية المعنوية، وتمثل في مجلس الإدارة.

وقد تلقى بعض الباحثين هذه الفكرة بالقبول، ووجد لها نظيراً في حالة الرقيق المأذون له بالتجارة، إذ إنه هو المالك للسلع محل التجارة، والسيد يملكه ولا يملك ماله (كما جاء في هذا التصور) ويستحق دخله^(٢). . . ودلل على ذلك بمنع المساهم من التصرف بالموجودات، ولا يملك ماله (كما جاء في هذا التصور).

(١) شرح القانون التجاري، د. محمد فوزي محمد سامي: ٣/ ٥٥؛ الوسيط، للدكتور عبد الرزاق السنهوري: ٥/ ٢٩٠.

(٢) الدكتور محمد القرني، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد ٥، العدد الثاني، محرم ١٤١٩هـ؛ ومكونات الأسهم، للدكتور حسين حامد حسان، بحث مقدم لندوة البركة العشرين، ص ٤٦؛ وبحث الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة لعلي القره داغي، مقدم للندوة الأولى للشركة الأولى للاستثمار، ص ٩ وما بعدها، وقد استقصى هذه المسألة وناقش رأي من ذهب إلى تأييد التكييف القانوني، وكذلك تحقيق الصديق محمد الأمين الضرير على بحث الدكتور القرني في المجلة المشار إليها في ص ٧١.

وهذا التكييف ليس مسلماً به؛ لأنه يهمل جوانب مقررة شرعاً؛ وهي أن الملكية وتحمل التبعة (الضمان) هي المسوغ لاستحقاق الربح، فإذا انتفت ملكية المساهمين للموجودات؛ فكيف يستحقون ربحها أو الحصول على نصيب عند تصفيتها، ثم إن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية أمر حكمي لتسهيل القيام بنشاط الشركة دون تدخل مباشر من المساهمين، ولتحقيق محدودية مسؤوليتهم عنها بموجوداتها دون أموالهم الخاصة، كما أن عدم تمكن المساهم من التصرف في الموجودات لا ينفي الملك، إذ قد ينفك التصرف عن الملك كما في المضاربة بالنسبة لرب المال، ووجود الشخصية الاعتبارية ليس أمراً جوهرياً تتغير به الحقيقة المقررة وهي ملكية المساهم لما اشترى بأمواله من موجودات.

على أن التكييف القانوني لا يلزم التمسك به، ولو كانت الشركة المساهمة من معطيات القانون، فكم من صيغة أو مقولة قانونية تم اقتباسها بعد تعديل تكييفها أو محتواها، وذلك مثل التأجير المنتهي بالتمليك، حيث تمت تنقيته من الشوائب التي توجد في التطبيق القانوني له.

* * *

الشركات الحديثة المخرّجة فقهيّاً وغير المبيّنة في المدونات الفقهية

أشكال الشركات الحديثة:

الشركات التجارية أنواع؛ تختلف أحكامها اختلافاً بيّناً، بيد أنه يمكن تقسيمها إلى قسمين مميزين: الأول: شركات الأشخاص، والثاني: شركات الأموال.

وركيّزة هذا التقسيم الدور الذي تؤدّيه شخصية الشريك في الشركة، أو مدى مسؤوليته عن ديون الشركة، وذلك في العلاقات بين الشركاء فيما بينهم من ناحية، وفي علاقات الشركة مع الغير من ناحية أخرى.

يجمع بين خصائص شركات الأشخاص وبعض خصائص شركات الأموال^(١).

فشركات الأشخاص هي التي تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء، أما شركات الأموال فهي التي لا تعتمد على أشخاص الشركاء، ولكنها تهدف إلى تجميع رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق أغراض الشركة.

أولاً: شركات الأشخاص:

تتخذ شركات الأشخاص أشكالاً ثلاثة هي:

١- شركة التضامن.

٢- شركة التوصية البسيطة أو بالحصص.

٣- شركة المحاصّة.

(١) الشركات التجارية لكل من: د. معوض عبد التواب (٤٣)، والدكتور أبو زيد رضوان (٣٦)، والدكتور علي يونس (١٩).

وهذه الشركات الثلاث يجمع بينها صفات مشتركة ؛ أهمها ما يلي :

- ١ - شخصية الشريك فيها محل اعتبار .
- ٢ - أنصبة الشركاء فيها عبارة عن حصص .
- ٣ - إبطال الشركة لعيب في إدارة أحد الشركاء يؤدي إلى إنهاء الشركة .
- ٤ - لا يجوز تعديل عقد الشركة إلا بموافقة جميع الشركاء .
- ٥ - يتولى إدارة الشركة شخص أو أكثر يختار غالباً من الشركاء .

ثانياً : شركات الأموال :

تتخذ هذه الشركات أشكالاً ثلاثة هي :

- ١ - شركة المساهمة .
 - ٢ - شركة التوصية بالأسهم .
 - ٣ - الشركة ذات المسؤولية المحدودة .
- وبعض الباحثين يجعل الشريكتين الأخيرتين شركات مختلطة ؛ لجمعها بين بعض خصائص شركات الأشخاص ، وشركات الأموال .

لما كانت الحياة متجددة، متطورة، نامية، والمجتمعات متغيرة، كان الإسلام حريصاً على أن يطبع المسلمين بطابعه، وقد نشأ عن هذا التطور والتغيير معاملات جديدة وأنماط جديدة من الشركات، وكان من بين هذه الشركات شركات المساهمة، وأصبح من الواجب دراسة هذه الشركات، والتعرف إلى القواعد الأساسية التي تحكمها، والتي سادت في القوانين الوضعية، مع عرضها على القواعد الشرعية، لمعرفة ما يؤخذ منها وما يترك، وما تتفق مع القواعد الشرعية العامة أو القواعد الخاصة بالشركات، وما لا تتفق .

المقارنة بين الشركات المعروفة في الفقه، والشركات الحديثة:

لقد أصبح التحويل على بعض هذه الشركات في هذا الزمان قليلاً، ونشأت شركات جديدة على أسس فيها تجريد، وفيها نظرة اعتبارية، فأكثر الشركات

الحديثة لا ينظر فيها إلى شخص الشريك، ولكن ينظر إلى نصيبه أو إسهامه في الشركة، حيث ينصب الاهتمام على أن هناك حصّة، وأحياناً هذه الحصص تنقل من فرد إلى آخر عن طريق بيع الأسهم في السوق. وهذه الشركات تقوم على فكرة الشخصية الاعتبارية التي عرفها الفقه الإسلامي في مجالات كثيرة غير مجال الشركة، ومن الأمثلة على ذلك موضوع بيت المال والوقف^(١).

والشركات في الفقه الإسلامي ذات قواعد وأصول واضحة ومنضبطة، ولو أن بعض هذه الشركات غير مطبق في وقتنا الحالي، ولكن هذه القواعد الكلية والضوابط العامة المنظمة لها تصلح لتنظيم أي شركة يستحدثها الفكر الإنساني، ويبتدعها الفكر الاقتصادي والتجاري، فمهما استجدت الأمور ومهما تعددت الأنظمة والوسائل، فالشريعة الإسلامية بقواعدها الراسخة كفيلة بتنظيم أية أداة استثمارية وأية وسيلة تمويل يستحدثها الفكر البشري؛ لأن هذه القواعد مستمدة من شرع الله خالق الكون والبشر.

ولا تخرج الشركات الحديثة عن الضوابط المتبعة في الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، لأنها تقوم أيضاً على مبدأ الوكالة في التصرف بين الشركاء، أو الوكالة والكفالة في حالة الشركاء المتضامنين، كما يطبق مبدأ المضاربة حيث يحصر العمل في بعض الشركاء دون بعض بالإضافة إلى تحديد المسؤولية في حالة إشهار ذلك بما ينتفي معه التغيرير بالمتعاملين.

وأما القيود والتنظيمات الإجرائية الكثيرة في إنشاء الشركات المساهمة وإدارتها وتداول أسهمها؛ فإنها من المهام المنوطة بولي الأمر لحماية الشركاء والمتعاملين، ومع هذا فإن أي تطبيق يتنافى مع خصائص المشاركات وأحكامها العامة، ولا سيما في توزيع الربح أو تحميل المسؤولية، فهو غير معتبر شرعاً لأنه يندرج في أكل المال بالباطل، والكسب الخبيث.

وشركة العنان هي أصل كل الشركات المعاصرة؛ الشركات المساهمة التي هي شركة عنان، أدخلت عليها تنظيمات وإجراءات تساعد على تسهيل إدارتها.

الشركات الحديثة، هي:

(١) الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، د. أحمد علي عبد الله، ص ٢١٧.

أولاً: شركات المساهمة:

التعريف بالشركات المساهمة وخصائصها :

لقد عرفت الشركة المساهمة الحديثة في القانون: بأنها الشركة التي يقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية للتداول، ولا يسأل فيها كل شريك إلا بمقدار أسهمه، على ألا يقل عدد الشركاء فيها عن حد معين، وعلى أن يتولى إدارتها وكلاء مختارون من المساهمين .

وتسمى أيضاً: الشركة المغفلة، لإغفال الاعتبار الشخصي فيها، حتى لا يجوز أن تسمى باسم أحد الشركاء فيها .

شركة المساهمة تثبت لها الشخصية الاعتبارية من خلال الإشهار القانوني لها، بحيث ينتفي التفرير بمن يتعامل معها، ويترتب على ذلك استقلال ذمتها المالية عن ذمم الشركاء المساهمين، وثبوت الأهلية لها بالحدود التي تتطلبها الحاجة المنظمة قانوناً - بصرف النظر عن أهلية الشركاء - ويكون لها حق التقاضي من خلال من يمثلها، وتكون العبرة في الاختصاص القضائي بموطن تسجيل الشركة .

ورأس المال فيها الذي قدّمه الشركاء يمكن أن يكون نقوداً أو منقولات أو عقارات أو منافع .

ويجب أن يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، حيث تكون قيمة كل سهم لا تزيد ولا تنقص عن قيمة أي سهم آخر فيها .

والأصل: أن تكون هذه الأسهم قابلة للتداول وغير مجمدة، فيمكن بيعها بقيمتها أو بأقل أو أكثر حسب العرض والطلب .

كما أن الأصل في المسؤولية التي تقع على الشركة: أن تحمّل على الشركاء المساهمين فيها، بحيث يتحمل كل منهم المسؤولية بقدر أسهمه، فليس لدائتي الشركة مطالبة المساهمين بسداد ديونها من أموالهم الخاصة .

ويتضح من التعريف أن الخصائص المميزة لشركة المساهمة كما يلي :

١ - يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية، وغير قابلة للتجزئة،

وتكون قابلة للتداول - كما ذكر في التعريف - بالطرق التجارية .

٢ - تجمع شركة المساهمة عدداً كبيراً من الشركاء ، للتمكن من تغطية رأس المال المطلوب لها لتنفيذ مشاريعها ، وتحقيق أهدافها وأرباحها ، ولكثرة عدد الشركاء فيها ، فإن أغلبهم لا يعرف بعضهم بعضاً .

٣ - شركة المساهمة تستمد اسمها من الغرض أو المشروع الذي أنشئت من أجله ، فلا تعنون باسم الشركاء أو باسم أحدهم ، لأنه لو صح ذلك لانتفت فيها طبيعة الشركة ، فيمكن مثلاً أن تسمى (شركة المقاولات - أو شركة الزجاج) ونحو ذلك .

٤ - يضمن رأس مال شركة المساهمة الوفاء بالديون التي تقع عليها ، وكل مساهم ضامن للوفاء بهذه الديون في حدود الأسهم التي اشترك فيها ، ولا تكون الأموال الخاصة لكل منهم ضامنة للوفاء بهذه الديون .

٥ - لا تقوم شركة المساهمة على الثقة الشخصية بين أعضائها ، وإنما تقوم على أساس المجموع لتنفيذ غرض معين ، ولذلك فهي لا تفلس بإفلاس أحد الشركاء ، ولا تنتهي بموت أحدهم .

٦ - لا تجيز القوانين الوضعية إنشاء شركات المساهمة إلا بعد تسجيلها أو صدور قرار من الوزير المختص ، أو مرسوم بإنشائها ، حتى تتمكن السلطات الإدارية من مراقبتها .

كيفية إنشاء الشركات المساهمة ومراحل تأسيسها :

إن إنشاء الشركات المساهمة لاستكمالها لا تتم إلا إذا مرت بعدة مراحل وإجراءات مادية وقانونية ؛ نجملها فيما يلي :

١ - فكرة تأسيسها : إذ إنها تبدأ في الغالب بفكرة لدى بعض الأشخاص يعتقدون فائدة مشروع معين ، وأن تكون جماعة لا تقل عن ثلاثة .

٢ - تحرير العقد الابتدائي ونظام الشركة ، وهذا العقد يعتبر نهائياً بالنسبة للمؤسسين وملزماً لهم .

٣ - طلب الترخيص من الجهات المختصة .

٤ - شهر الشركة .

٥ - الاكتتاب في رأس المال إذا كان المؤسسون لم يقدموا جميع رأس المال .

٦ - الجمعية التأسيسية التي تختار من جميع المكتتبين من خلال جمعية عمومية .

أهمية مشروعات شركات المساهمة :

الشركات المساهمة ذات أهمية في الميدان الاقتصادي، لأنها تمكن من القيام بالمشروعات الكبيرة، ذات الأثر الكبير العائد على الدولة والشعوب بالرفع، وعلى المساهمين بالفائدة المادية . فتخرج الأموال المجددة لدى الجماهير لتجد سبيلها بواسطة هذه الشركات إلى عامة الناس من التجار والمزارعين والعاملين وجميع المنتجين، فترتفع نسبة الإنتاج ويتحسن، وتزداد الحركة التجارية، وتتوافر المواد الأولية التي يحتاجها الجمهور، وهذا من أهم المبادئ الإسلامية، لأن الإسلام يحث على العمل والتجارة وعدم تعطيل الأموال، وتقوية الأمة وزيادة قدراتها .

كما أنها تزيد من دخول المساهمين، وتنمي ثرواتهم بقدر زيادة الأرباح الناتجة من زيادة الإنتاج ورواج الاستهلاك .

ومما يساعد على انتشار هذا النوع من الشركات أنها تقوم على استثمار الأموال دون وجود أصحابها، مما يسمح للكثيرين بالمساهمة فيها، دون إشغالهم عن أعمالهم الأصلية .

وساعد على ذلك أيضاً إعطاء شركة المساهمة صفة الشخصية الاعتبارية، فلم تعنون باسم أحد ولا باسم جماعة معينة، وإنما تعنون باسم المشروع أو المشاريع التي ستقوم بها، فجعلت مستقلة عن الشركاء، مسؤوليتهم نحوها تكون في حدود الأسهم التي اكتتبوا بها .

الحكم الشرعي للشركات المساهمة الحديثة :

الشركات المساهمة الحديثة جائزة شرعاً، لأن معنى الشركة متحقق فيها، فالشركاء يقدمون أسهمهم حصصاً في رأس المال، فهم شركاء في رأس المال،

ويتقاسمون الأرباح والخسائر كل حسب أسهمه فيكونون شركاء فيها .

والقول بجواز شركة المساهمة لانطباقها على شركة العنان، أو العنان والمضاربة لا يعني جواز جميع ما فيها من شروط أو أوراق مالية، لأن السندات التي تشتمل على الفوائد الربوية حرام ولا شك في ذلك، ولا تجوز شرعاً بأي حال من الأحوال، فتجنب التفرقة في الحكم بين ما هو داخل في صلب تكوين الشركة أو شروط عقدها، كنقص الأهلية، أو عدم مشروعية السبب، لأن ذلك يمنع وجودها شرعاً، أما ما يوجد فيها من شروط مخالفة للمشرع الحنيف، كالسندات وغير ذلك مما يكون التعامل فيه من الربا، فهو أمر خارج عن ماهية الشركة، فإذا شرط ذلك في نظام الشركة، أو في عقد الشركة كان صحيحاً، إلا إذا شرط فيها ربهاً معيناً^(١).

وهذا النوع من الشركات (شركات المساهمة) هو معاملة جديدة ينطبق عليها شركة العنان، أو العنان والمضاربة، إلا أنه قد وجدت فيها شروط لم تكن موجودة في الشركات الأخرى، وهي: أنها تجوز إذا لم تحل حراماً، أو تحرم حلالاً لحديث: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢). ولأن الأصل في العقود الإباحة، فإذا لم يرد نص بالتحريم أو لم يرق دليل شرعي على حكم معين في الشركة، أو في نوع منها، كان عقدها والتصرف فيها مباحاً، لقول رسول الله ﷺ: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدد حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها»^(٣).

فجواز قيام هذه الشركات المساهمة التي خلقت أعمالها من الربويات جائزة شرعاً لما سبق .

أهم الأحكام الشرعية المستنبطة لشركة المساهمة :

أ - عقد شركة المساهمة لازم طيلة المدة المحدودة لها بالتعهد في نظامها

(١) الدر المختار وحاشيته، لابن عابدين : ٢٢٩/٤ .

(٢) رواه الترمذي، شرح ابن العربي : ١/١ ، المطبعة العصرية بالأزهر بمصر .

(٣) حديث حسن رواه الدارقطني (جامع العلوم والحكم، لابن رجب، ص ٢٤٢) .

بعدم حل الشركة إلا بموافقة غالبية الشركاء، وعليه لا يملك أحد الشركاء حل الشركة (الفسخ) بالنسبة لحصته، ولكن يحق له بيع أسهمه أو التنازل عنها لغيره.

ب - يجوز إضافة نسبة معينة مع قيمة السهم عند الاكتتاب، لتغطية مصروفات الإصدار ما دامت تلك النسبة مقدرة تقديراً مناسباً.

ج - يجوز إصدار أسهم جديدة لزيادة رأس مال الشركة إذا أصدرت بالقيمة العادلة للأسهم القديمة، حسب تقويم الخبراء لموجودات الشركة، أي: بعلاوة إصدار، أو حسم إصدار، أو بالقيمة السوقية.

د - يجوز ضمان الإصدار إذا كان بدون مقابل لقاء الضمان، وهو الاتفاق عند تأسيس الشركة مع من يلتزم بشراء جميع الإصدار من الأسهم أو جزء من ذلك الإصدار، وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الاسمية في كل ما تبقى مما لم يكتتب فيه غيره، ويجوز الحصول على مقابل عن العمل غير الضمان؛ مثل: إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم.

هـ - يجوز تقسيط قيمة السهم عند الاكتتاب بأداء قسط وتأجيل سداد بقية الأقساط، فيعتبر المكتتب مشتركاً بما عجل دفعه، وملتزماً بزيادة رأس ماله في الشركة، شريطة أن يكون التقسيط شاملاً لجميع الأسهم، وأن تبقى مسؤولية الشركة بقيمة الأسهم المكتتب بها.

و- لا يجوز شراء الأسهم بقرض ربوي من السمسار أو غيره لقاء رهن السهم.

ز - لا يجوز بيع أسهم لا يملكها البائع، ولا أثر لتلقي وعد من السمسار بإقراضه إياها في موعد التسليم، ولا سيما إذا اشترط السمسار قبض الثمن لينتفع بإيداعه بفائدة للحصول على مقابل الإقراض.

ح - يجوز للجهات الرسمية المختصة تنظيم تداول بعض الأسهم بالأ يتم إلا بواسطة سماسرة مخصوصين ومرخصين بذلك العمل، لتحقيق مصالح مشروعة.

ط - يجوز تحديد مسؤولية الشركة برأس مالها إذا تم إشهار ذلك بحيث يكون معلوماً للمتعاملين مع الشركة فينتفي التغيير بهم.

ي - يجوز بيع الأسهم مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة مما لا يخالف أحكام الشريعة ، مثل أولوية المساهمين في الشراء .

ك - يجوز رهن الأسهم ، وهذا إذا لم يمنع نظام الشركة من رهن أصحاب المساهمين لحصصهم المشاعة في الشركة .

ل - يجوز أن يكون السهم للأمر ، ويجوز أن يكون السهم لحامله ، ويتم تسليم سند الحق الممثل للحصة وتسلم الثمن أو سنده ، ويكون المساهم المالك للحصة الشائعة الممثلة في السهم هو حامل شهادة السهم في كل حين .

م - لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى إعطائها الأولوية عند التصفية أو عند توزيع الأرباح ، ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية ، بالإضافة إلى حقوق الأسهم العادية مثل حق التصويت .

ن - لا يجوز إصدار أسهم التمتع ، وهي التي تطفأ تدريجياً من خلال توزيع الأرباح ، ويؤدي ذلك إلى استردادها من المساهم قبل انقضاء الشركة .

ثانياً: الشركات ذات المسؤولية المحدودة:

تعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

هي : نوع من الشركات تكون مسؤولية الشريك فيها محدودة بقدر ما يمتلك من حصص ، وتتكون هذه الشركة من عدد محدود من الشركاء لا يجوز أن يزيد عن خمسين شريكاً على الأكثر ، ويخضع تداول الحصص فيها لشروط معينة ، كما لا يجوز لها أن تلجأ للاكتتاب العام سواء في تكوين رأس مال أو اقتراضها ، ولعل هذا ما يقربها من شركات الأشخاص ، ولكنها تقترب من شركات الأموال من حيث تحديد مسؤولية كل فيها بقدر حصته .

الأحكام الشرعية للشركة ذات المسؤولية المحدودة:

لا تكاد تختلف الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن شركة المساهمة إلا في تحديد عدد الشركاء فيها ، وفي تحديد المسؤولية وهو أمر إجرائي تنظيمي يرجع فيه الشأن إلى مؤسسي تلك الشركة . وأما تحديد مسؤولية الشركاء بما

قدموه من حصص دون تعلق بالالتزامات بذمم الشركاء شخصياً ولأموالهم الخاصة، فإنه - كما في الشركة المساهمة سائغ شرعاً استثنائياً بشركة المضاربة، وتحديد مسؤولية أرباب المال بما قدموه في رأس المال، وليس في ذلك إضرار بالغير ولا تغيير به، لأنه يتم إشهارها، بل يقترن باسمها رمز (ذ. م. م) الدال على تحديد مسؤوليتها. وقد صدر بشأن تحديد المسؤولية قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٣ (١/٧).

ثالثاً: شركة التوصية بالأسهم:

تعريف شركة التوصية بالأسهم:

شركة التوصية بالأسهم هي: من شركات الأموال، والاكنتاب فيها يكون بالأسهم المتماثلة في المقدار، وتضم شركاء متضامين وشركاء موصين، والشركاء المتضامنون شأنهم شأن المتضامين في شركات الأشخاص، أما الشركاء الموصون فإنهم لا يسألون إلا بمقدار حصصهم التي يشتركون بها في الشركة، وتكون هذه الحصص مقسمة إلى أسهم، وتسري عليها أحكام المساهمة إلا ما استثني بنص خاص.

الأحكام الشرعية المستنبطة لشركة التوصية بالأسهم:

أ- الشركاء المتضامنون في شركة التوصية بالأسهم مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية على وجه التضامن، وهم في حكم المضارب بعمله المشارك بماله، والشركاء الموصون تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الأسهم التي يملكها ولا تتعدى مسؤوليته إلى أملاكه الخاصة، وهم في حكم أرباب المال في المضاربة. ويجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين بدون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم، فيكون في الشركة شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية.

ب- لا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة، بل لا يسوغ قانوناً ذكر أسمائهم عند إشهارها غالباً، ويكتفى بذكر المبالغ المحصلة من الشركاء الموصين.

ج- إدارة شركة التوصية بالأسهم يعهد بها إلى أحد الشركاء المتضامين،

أو إلى مدير من غير الشركاء . ولا يحق للشركاء الموصين إدارة الشركة .

د - توزع الأرباح بحسب المساهمة، مع استحقاق الشركاء المتضامنين حصة شائعة معلومة زائدة من الربح في مقابل عملهم؛ أما الخسائر فلا يسأل عنها الشركاء الموصون إلا بنسبة حصصهم في رأس مال الشركة . ويسأل عنها الشركاء المتضامنون بغير تحديد .

هـ- لا يجوز اشتراط أرباح بنسبة من رأس المال أو بمبلغ مقطوع للشريك الموصي .

رابعاً: شركة التضامن:

تعريف شركة التضامن:

شركة التضامن هي: من شركات الأشخاص، ولا بد من إشهارها بعنوان مخصوص، ولشركة التضامن شخصية اعتبارية، وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ومع هذا فإن الشركاء مسؤولون عن التزامات الشركة بصفة شخصية في أموالهم الخاصة إذا لم تفِ أموال الشركة بها، وعلى الشركاء في شركة التضامن تنظيم دفاتر تجارية لأعمالهم الأخرى خارج الشركة، بالإضافة لدفاتر الشركة .

الأحكام الشرعية المستنبطة لشركة التضامن:

أ - يحق لمن له التزامات على شركة التضامن مطالبة أي من الشركاء بها كلها أو بجزء منها حسب رغبته، ولا يتقيد حقه في المطالبة بوجوب مطالبة الشركة أولاً .

ب - عقد شركة التضامن غير لازم، ويحق للشريك الانسحاب منها بالشروط الآتية:

- عدم اتفاق الشركاء على تحديد مدة للشركة، وإلا فعليهم الالتزام بها .
- إعلام الشريك ببقية الشركاء برغبته في الانسحاب .
- ألا يترتب على ذلك ضرر ببقية الشركاء .
- ج - لا يحق للشريك التخارج مع الغير إلا باتفاق جميع الشركاء .

خامساً: شركة التوصية البسيطة:

تعريف شركة التوصية البسيطة :

شركة التوصية البسيطة هي : من شركات الأشخاص، لأن شخص الشريك المتضامن ملحوظ فيها من حيث ثقة الشريك الموصى به، ولأن هناك اختلافاً في كيفية تحديد ملكية الشركاء فيها، حيث تقدر بالحصص - وهي متفاوتة - وليس بالأسهم الموحدة في المقدار .

وشركة التوصية البسيطة تضم شركاء متضامنين مسؤولين عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية وعلى وجه التضامن، وشركاء موصين تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الحصة التي يملكها، ولا تتعدى مسؤوليته إلى أملاكه الخاصة . ويجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين بدون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم، فيكون في الشركة شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية .

هذا ولا يحق للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة، ولا يسوغ قانوناً ذكر أسمائهم عند إشهارها غالباً، بل يكتفى بذكر المبالغ المحصلة من الشركاء الموصين، أما إدارة شركة التوصية البسيطة فإنها تعهد بها إلى أحد الشركاء المتضامنين أو إلى مدير من غير الشركاء . ولا يحق للشركاء الموصين إدارة الشركة .

الأحكام الشرعية المستنبطة لشركة التوصية البسيطة :

أ - توزيع الأرباح بحسب الحصص، أو بحسب الاتفاق . أما الخسائر فيتحملها الشركاء المتضامنون بغض النظر عن حصصهم في رأس مال الشركة . أما الشركاء الموصون فلا يتحملون منها إلا بمقدار نسب حصصهم في رأس مال الشركة .

ب - لا يجوز اشتراط أرباح بنسبة من رأس المال، أو بمبلغ مقطوع للشريك الموصي .

سادساً: شركة المحاصة:

تعريف شركة المحاصة :

يطبق على شركة المحاصة التعريف الوارد في شركة العنان . وشركة

المحاصّة مدرجة ضمن شركات الأشخاص لمراعاة شخص الشريك من حيث
الملاءة والمسؤولية في أمواله الشخصية .

ليس لشركة المحاصّة شخصية معنوية، وليس لها ذمة مالية مستقلة .

الأحكام الشرعية لشركة المحاصّة :

أ- لا تختلف شركة المحاصة في تكييفها وأحكامها عن شركة العنان .

ب- الشركاء متضامنون ومسؤولون عن التزامات شركة المحاصة حتى في
أموالهم الخاصة .

ج- عقد شركة المحاصّة غير لازم، لكن إذا اتفق الشركاء على تحديد مدة
لها فعليهم الالتزام بذلك . .

د- يحق لأحد الشركاء الفسخ بشرط إعلام بقية الشركاء، وعدم الإضرار
بهم أو بالمتعاملين مع الشركة، ويتم إنهاء مشاركته طبقاً لتنضيم موجودات
الشركة حقيقة أو حكماً .

* * *

الشركات القابضة

تعريف الشركة القابضة:

الشركة القابضة هي: أيُّ شركة مساهمة عامة تنحصر غاياتها في المشاركة بأسهم أو حصص رأسمال شركات أخرى (شركات تابعة)، وفي إدارة وتنمية تلك الشركات، من خلال تملك أكثر من نصف رأسمالها، أو السيطرة عليها بتكوين مجلس إدارتها، وهذا هو التعريف الذي أتى به مشروع قانون الشركات الأردني، وقد عدّله بعض الباحثين لإصلاح بعض ثغراته، فعرف الشركة القابضة بأنها: (الشركة التي تملك أسهماً وحصصاً في رأس مال شركة أو شركات أخرى، مستقلة عنها قانوناً، بنسبة تمكنها في الواقع أو في القانون من السيطرة على الإدارة والعمليات فيها)^(١).

وهناك أربعة شروط لتحقيق الوصف لشركة ما بأنها شركة قابضة؛ وهي:

١- بيان نوع الشركة المطلوب وصفها بالقابضة:

أي: هل هي شركة أموال (بالمعنى القانوني) أو شركة أشخاص؟ وبين القانونيين خلاف في أنه هل تصلح لذلك شركات الأشخاص، كالتضامن مثلاً؟ والقاعدة المتبعة أن الشركة القابضة لا تكون إلا شركة مساهمة عامة، مع مراعاة أن يذكر بجانب اسمها (شركة قابضة).

٢- أن توجد شركة تابعة:

وقد سبق في التعريف بيان المراد بالتبعية، ولا يخفى أن من ضرورة كون الشركة قابضة أن تتبعها شركة أو شركات أخرى.

٣- أن تسيطر الشركة القابضة على الشركة التابعة:

والمراد بذلك أن تملك الشركة القابضة حق الإدارة والإشراف على

(١) مشروع قانون الشركات الأردني، المادة (٢٥٥).

الشركات التابعة، وذلك من خلال تكوينها مجلس إدارات تلك الشركات . . . إلخ، ويترتب على هذا الغرض وهو السيطرة أن تمتنع القابضة عن ممارسة أي نشاط صناعي أو تجاري، وهذا القيد في بعض القوانين، وهناك قوانين تسمح لها - إلى جانب دورها الإداري الإشرافي - بممارسة تلك الأنشطة .

٤ - أن تكون الشركة التابعة مستقلة عن الشركة القابضة :

وهذا الشرط يحقق التفرقة بين الشركة التابعة والفرع للشركة، ويجب أن تكون الشركة التابعة منفصلة في الذمة المالية أيضاً، فلكل من الشركتين (القابضة والتابعة) دائنوها، وموجودات كل منهما محل حق أولئك الدائنين في الضمان العام .

وتتميز الشركة القابضة عن شركة الاستثمار التي تتعامل مع أسهم شركات كثيرة، وعن المشروع المتعدد الجنسيات، والاتفاق بين الشركات المستقلة، والشركات الشقيقة والترست TRUST واندماج الشركات .

وللشركات القابضة مزايا كثيرة؛ أهمها: إنجاز المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى شركات متخصصة بالأشكال المختلفة من طبيعة المشروع، كما أن لها بعض المحاذير، مثل: التفرقة في السياسات بسبب اللامركزية، وتنشأ الشركة القابضة بصور متعددة، منها: المشاركة بالاككتاب، وشراء أسهم في رأسمال شركة قائمة . . . إلخ .

وقد تبين مما سبق: أن الشركة القابضة لا تختلف من حيث كونها شركة، أي: من حيث تكوينها وتنظيمها وإدارتها وتصفيته وإفلاسها عن أي شركة أخرى، ولكن لأن لها غرضاً متميزاً يتمثل في السيطرة على شركات أخرى، لا لمجرد السيطرة عليها فقط، وإنما لأنها تتولى مشروعاً اقتصادياً كبيراً، مترامي الأطراف، متعدد المراحل والحلقات، لا تستطيع شركة عادية الغرض بمفردها أن تحيط به، لذلك وجدت الشركة القابضة وتدخل المشرع لتنظيمها، وقد تبين من هذا أنه لا يمكن لأي شركة أن تكون قابضة إلا إذا وجدت شركة أو شركات أخرى، وكان للأولى سيطرة على الأخيرة من خلال تملك نسبة عالية من رأسمالها، على الآ تؤدي هذه السيطرة إلى عدم استقلال كل منها عن الأخرى، أو زوال الشخصية

القانونية لكل منها، كذلك لا توجد شركة تابعة إلا إذا كانت خاضعة لسيطرة غيرها، فاصطلاح الشركة القابضة يفترض وجود شركتين على الأقل، إحداهما: تسيطر على الأخرى بموجب قواعد قانون الشركات، ولذلك تسمى الشركة المسيطرة بالشركة القابضة، والثانية: هي الشركة المسيطر عليها، وتسمى شركة تابعة.

ويجري إنشاء الشركة القابضة لتتركز فيها الإدارة العليا التي ينحصر عملها في الإدارة، وليس في التنفيذ المباشر للمشروع، أي: ينحصر في وضع المبادئ العامة والخطوط العريضة ورسم الاستراتيجية للمشروع الاقتصادي الكبير ككل لا يتجزأ، ثم وضع خطط تفصيلية يجري تنفيذها من خلال ممثلها في إدارة شركاتها التابعة، التي تعتبر كل منها كياناً قانونياً مستقلاً قانوناً، منفصلاً باسمه وموطنه وجنسيته وذمته عن الشركة القابضة.

الأحكام المتعلقة بالشركات القابضة، وأحكام زكاتها:

مع أنه لا حاجة لمعرفة أحكام الشركات القابضة على حدة؛ لأنها تنطبق عليها أحكام شركات المساهمة، هناك مسألة مهمة يتأثر بها حكم زكاة الشركات القابضة؛ وهي تعلق الديون الناتجة من نشاط الشركات التابعة بذمة الشركة القابضة، وهنا يقرر القانونيون: أن الاستقلال بين القابضة والتابعة استقلال قانوني لا يستند إلى الواقع، وذلك لوجود السيطرة التي سبقت الإشارة إليها، ولأن الشركة القابضة تدير مشروعاً اقتصادياً كبيراً تنقسمه شركاتها التابعة التي تلتزم بتنفيذ الاستراتيجية العليا التي تفرضها الشركة القابضة، والتبعية ينتج عنها التدخل في الشؤون الإدارية للتابعة، وإظهار الأوضاع المالية للتابعة في ميزانية الشركة القابضة، ومسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة، ويهمننا هذا الأمر الأخير، وقد ثار جدل بين القانونيين بشأنه.

ففي القوانين اللاتينية تم استثناء عدة حالات اعتبرت فيها الشركة القابضة مسؤولة عن الديون التي على الشركات التابعة، وهي ما إذا كان ظاهر الشركتين يدل على وحدة المصالح، كالاشتراك في المقر والإدارة، أو وحدة الأشخاص المديرين للشركتين، ولا تظهر للغير إشارة على انفصال الذمتين، وكذلك حالة الغش بأن كان تكوين الشركة التابعة هو للتهرب من المسؤولية عن ديون القابضة؛

وهي حالة الصورية، أو على أساس الوجود الفعلي لوحدة الذمتين . أو في القوانين الأنجلو أمريكية، فالأصل أن ديون الشركات التابعة إنما هي منفصلة لتسبب كل منها في ترتيب تلك الديون، وليس هناك مسؤولية مشتركة، لكن سوء الإدارة تؤثر على ضمان حقوق الدائنين، فضلاً عن الضرر على المساهمين، للدور الذي قد تقوم به الشركة القابضة من خلال قرارات تحول أموال أو تجارة الشركة التابعة . وذهب بعض الباحثين إلى أن مشروع قانون الشركات الأردني في مغزاه يقبل فكرة المسؤولية عن أعمال الغش أو قرائن الظهور بمظهر الوحدة أو وحدة المصلحة أو الصورية^(١) .

ويمكن هنا - في ضوء الفقه الإسلامي - التمييز بين المسؤولية المباشرة عن الدين، بانشغال الذمة به لمعاملة مدينة، أو بسبب الكفالة (وضم الذمة) والمسؤولية الناشئة عن التقصير أو التعدي، لأن هذه الأخيرة هي من قبيل درء الضرر أو ضمان الإلتلاف وهي حقوق، وقد تسمى ديوناً مجازاً لتوجه المطالبة بها، كما أنها لم تنشأ عن تعامل الغير مع الشركة، بل طرأت بسبب التعدي أو التقصير (سوء الإدارة بما هو خارج عن العرف)؛ وعليه فلا تأثير لهذه الديون على وجوب الزكاة .

أما الوعاء الزكوي للشركات القابضة فإنه لا وجود له إذا كانت قد نشأت في ظل الأنظمة التي تمنعها من مزاولة النشاط الصناعي أو التجاري، وتحصر الغرض منها في تملك الأسهم أو الحصص في رأس مال الشركات التابعة، وعليها أن تزكي تلك الأسهم المملوكة لها فقط تبعاً للغرض من التملك، وهو - بحسب طبيعتها - الاقتناء لتحصيل الربح وليس المتاجرة، وهذا إذا لم تقم الشركات التابعة بإخراجها - طبقاً للحالات الأربع (القانون، أو النظام الأساسي، وقرار الجمعية العمومية، أو التوكيل).

* * *

(١) الشركة القابضة، د. محمد حسين إسماعيل، ص ٨٧ فما بعدها.

الشركات المتعددة الجنسية

تعريفها:

الشركة المتعددة الجنسية هي: الشركة القابضة التي تنشأ في دولة ما، وتنشأ شركاتها التابعة في دولة أو دول أخرى، وبعبارة أخرى هي: المشروع الاقتصادي الذي يجري تنفيذه بواسطة وحدات قانونية تقع في أكثر من دولة، ولا يقصد أن الشركة تحمل جنسيات متعددة كما هو الحال في الشخص الطبيعي، لأن أي شركة تنشأ وفقاً لقانون دولة، ويكون مقرها فيها؛ فإنها تتمتع بجنسيتها فقط.

والشركة المتعددة الجنسية أوسع نطاقاً من الشركة القابضة الوحيدة الجنسية، بالرغم من أن صفة القابضة هي إحدى وسائل إنشاء الشركة المتعددة الجنسية، وقد تنشأ هذه طبقاً للقانون الدولي، أو بالاندماج بين شركتين مختلفتي الجنسية، أو بعلاقة نظامية وفقاً لقواعد الشركات، أو بعلاقة تعاقدية مع تحديد مركز رئيسي لها، والراجع عند الباحثين القانونيين أن يتمتع المركز والوحدات المنتشرة في الدول الأخرى بالشخصية المعنوية، فهي كيانات متعددة لكل منها هويته المستقلة وموطنه المستقل، مع الارتباط بواسطة إدارة مركزية^(١).

الأحكام المتعلقة بالشركات المتعددة الجنسية، وأحكام زكاتها:

ينطبق على الشركات المتعددة الجنسية ما سبق بيانه بشأن الشركات القابضة؛ من حيث عدم اختصاصها بأحكام تختلف عن شركة المساهمة إلا

(١) الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، د. محمد حسين إسماعيل، ص ٣٧-٣٨، نشر جامعة مؤتة، ١٩٩٠م؛ ومراجعة: مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٥م، ص ٥٥؛ ومراجعة: المشروع متعدد القوميات، للدكتور سمير الشراوي؛ والمشروع ذو القوميات المتعددة، للدكتور محسن شفيق، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٧م، ص ٢٣٧ - ٢٥٢؛ والشركات المتعددة القوميات، للدكتور حسام عيسى، ص ٨٨، المؤسسة العربية - بيروت.

بكونها تتعدد الدول التي تنشأ فيها وحداتها، أما من حيث الزكاة فإن من المقرر أن العبرة بوحدة الذمة للمزكي إذا كان شخصاً طبيعياً، فيزكي من له مال في مناطق متعددة جميع ما يملك فيها، وفي حكمها في حساب النصاب أنها وعاء واحد، فلا يعتبر نصاب لكل منها على حدة. وفي الحديث: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة». ثم إن العبرة في حكم نقل الزكاة هي لمقرر المال.

أما الشخص المعنوي؛ وهو هنا الشركات المتعددة الجنسية، فبالرغم من أنها - بحسب النظر القانوني - مستقلة في شخصيتها وذمتها المالية، فإن العبرة بوحدة الملكية، لأن منحها الذمة المستقلة إنما هو أمر تنظيمي إجرائي لتسهيل تعاملاتها، ولا يغير من الصفة الشرعية لها بأنها مملوكة لجهة واحدة، وعلى تلك الجهة جمع موجودات الشركات المتعددة الجنسية وإخراج زكاتها.

على أنه إذا كانت هناك قوانين محلية لجمع الزكاة على وجه الإلزام، وقضت بإيتاء الزكاة في دولة مقر شركة من الشركات المتعددة الجنسية؛ فإن ذلك لا يؤدي إلى نقص الواجب؛ لأنه لا أثر لهذا الجمع أو التفريق في شأن النصاب، فأموال أي شركة منها أكثر من النصاب، كما لا يؤثر في إسقاط الديون، وإنما يتعلق الأمر بمكان إخراج الزكاة، وهي مسألة خلافية كما سبقت الإشارة عند الكلام عن الشخص الطبيعي، والله أعلم وهو الموفق.

والحمد لله رب العالمين .

* * *

الشركات الحديثة
الشركات القابضة وأحكامها الشرعية

إعداد

الدكتور ناجي بن محمد شفيق عجم
جامعة الملك عبد العزيز بمكة. قسم الدراسات الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد إمام الأنبياء والمرسلين ، وبعد :

فإن لبيان المراد من الشركات الحديثة، والشركات القابضة وأحكامها الشرعية؛ أقول وبالله التوفيق :

الشركة: يقال: أشرك فلاناً في الأمر شركاً، وشركة، وشركة: كان لكل منهما نصيب، فهو شريك، والشركة عقد بين اثنين للقيام بعمل مشترك^(١).

والشركة: خلط المالين، وشركة العقد إضافة بيانية توضح سبب قيام الشركة.

وأصل الشركة في اللغة: توزيع الشيء بين اثنين فأكثر على جهة الشروع.

وفي الاصطلاح الفقهي: هي اختلاط نصيبين فصاعداً، بحيث لا يتميز أحدهما عن غيره. ثم أطلق اسم الشركة على العقد، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين وقيل: (هي اجتماع شخصين فأكثر في استحقاق أو تصرف)^(٢).

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي تعريف للشركة بأنها: (الاجتماع في استحقاق أو تصرف).

وهو تعريف جامع يشمل جميع أنواع الشركات، فقلوه: (الاجتماع في استحقاق) يشمل استحقاق من العين بالإرث أو الشراء أو الهبة أو الغنيمة أو الوصية

(١) انظر: المعجم الوسيط، مادة: (شرك).

(٢) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، ص ٢٠١، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ، نشر الدار العالمية للكتاب الإسلامي - الرياض؛ الشركات في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الخياط، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت: ٣٣/١.

أو نحو ذلك، ولا فرق بين أن يملك الشركاء العين والمنفعة، أو العين دون منفعتها، أو منفعتها دون عينها. وقوله: الاجتماع في تصرف؛ يشمل شركات العقود جميعها سواء كانت شركات أموال، أو أعمال، أو وجوه، أو أموال وأعمال معاً؛ كشركة المضاربة^(١).

وتنقسم الشركة عند الفقهاء إلى قسمين رئيسيين: شركة ملك، وشركة عقد.

فشركة الملك: هي أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين أو أكثر من أسباب التملك، كالشراء والهبة والوصية والميراث، أو خلط الأموال أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق. وتنقسم شركة الملك إلى: شركة ذين، وشركة غيره من عين أو حق أو غيرهما.

وشركة العقد: هي عقد بين متشاركين في الأصل والربح. وتنقسم باعتبار التساوي والتفاوت في المال والتصرف والذّين إلى قسمين: شركة مفاوضة، وشركة عنان.

وتنقسم باعتبار رأس مالها إلى ثلاثة أنواع: شركة أموال، وشركة أعمال، وشركة وجوه.

شركة الإباحة:

وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد؛ كالماء والكلأ والأشجار النابتة في الجبال المباحة.

شركة الأبدان:

قال الشيرازي: شركة الأبدان هي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما. وعرفها الحنابلة بأنها: «اشتراك اثنين فأكثر فيما يمتلكانه بأبدانهما من مباح، أو يتقبلانه في ذمهما من عمل». قالوا: وصفتها أن يشترك اثنان فأكثر بدون رأس مال في تقبل الأعمال في ذمهما بالأجرة، أو في تملك المباحات كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب، على أن يكون الكسب بينهما أنصافاً أو أثلاثاً أو أرباعاً

(١) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، طبع دار الفكر - بيروت، ١٤٠٤هـ: ١٠٩/٥.

أو غير ذلك . سميت بذلك لاشتراكهما في عمل أبدانهما .

الشركة الاختيارية:

تنقسم شركة الملك في الاصطلاح الفقهي إلى قسمين : اختيارية ، وجبرية (اضطرابية) .

فالاختيارية : هي التي تكون بإدارة الشريكين أو الشركاء ، سواء بواسطة عقد أم بدونه ، وسواء وقع العقد مشتركاً منذ بدايته ، أم طرأ عليه اشتراكهما ، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد .

- فمثال ما كان بواسطة عقد مشترك منذ البدء : ما لو اشترى اثنان سيارة للنقل أو الشحن أو بضاعة يتجران بها .

- ومثال ما كان بواسطة عقد طرأ اشتراكه أو الاشتراك في المال بعده : أن يقع الشراء من واحد ، ثم يشرك معه آخر ، فيقبل الآخر الشركة بعوض أو بدونه .

- ومثال ما كان بدون عقد : ما لو اصطاد اثنان صيداً بشرك نصباه ، أو اغترفا ماء بدلو أدلياه ثم رفعا ، أو أحبباً معاً أرضاً مواتاً . ونحو ذلك .

وعلى ذلك عرف الفقهاء الشركة الاختيارية بقولهم : (هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالاً بشراء أو هبة أو وصية ، أو خلط لأموالهم باختيارهم) .

شركة الأعمال:

وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعاً معيناً من العمل أو أكثر ، أو غير معين لكنه عام ، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة . وذلك كالخياطة والصبغة والبناء وتركيب الأدوات الصحية وغير ذلك .

وتسمى هذه الشركة أيضاً : شركة الصنائع والتقبل .

شركة الأموال:

وهي عقد بين اثنين فأكثر على أن يتجرأوا في رأس مال لهم ، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة ، سواء علم مقدار رأس المال عند العقد أم لا ، لأنه يعلم عند الشراء ، وسواء شرطوا أن يشتركوا جميعاً في كل شراء وبيع ، أم شرطوا أن ينفرد

كل واحد بصفقاته، أم أطلقوا. هذا مفهومهما عند الحنفية. وقال الحنابلة: (شركة المال هي الاجتماع في استحقاق عين بمنافعها، أو دون منافعها، أو في استحقاق المنافع دون العين).

الشركة الجبرية:

تنقسم شركة الملك في الاصطلاح الفقهي إلى: اختيارية، وجبرية (اضطرابية). فالجبرية: هي التي تكون دون إرادة أحد الشريكين أو الشركاء، كما في اشتراك الورثة في التركة، وكما إذا ما انفتقت الأكياس واختلط ما فيها مما يعسر فصل بعضه عن بعض لتمييز أنصباؤه، كبعض الحبوب والنقود المملوكة لشخصين أو أكثر. وعلى ذلك عرّف الفقهاء الشركة الجبرية (الاضطرابية) بقولهم: (هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالاً يارث أو باختلاط المالكين بلا اختيار المالكين اختلاطاً لا يمكن معه تميزهما حقيقة، بأن كانا متحدي الجنس، أو يمكن التمييز بينهما بمشقة وكلفة، بأن كانا مختلفين جنساً).

شركة الخمّاس:

وهي عقد مزارعة بين رب الأرض والعامل (الخمّاس) على أن يقدم الأول جميع ما تحتاج إليه الزراعة من أرض وبذر وآلة، ويبدل الآخر عمل يده فقط، ويكون الخارج بينهما بالحصص، فيأخذ العامل الخمس مثلاً، والآخر الذي أعطى الأرض والبذر والآلة ما بقي من المحصول، وما تجمّع من الغلة.

وهذا المصطلح مستعمل ومعروف عند المالكية - دون سائر المذاهب - والأصل فيها عندهم الحظر لمخالفتها لقواعد الشرع، نظراً لجهالة قدر الأجرة إن تم الزرع، ووجود الغرر إن وقعت جائحة، ولكن أجازها كثير من فقهاءهم لداعي الضرورة، وجرى بها عمل أهل الأندلس وفاس.

شركة الدّين:

تنقسم شركة الملك عند الفقهاء إلى شركة: دّين، وشركة غيره (من عين أو حق أو منفعة). فأما شركة الدّين: فهي أن يكون الدّين مستحقاً لاثنتين فأكثر، كمائة دينار في ذمة تاجر تجزئة لأصحاب الشركة التي يعاملها. وعلى ذلك عرّفها الفقهاء بقولهم: (هي أن يملك اثنان فأكثر دّيناً بسبب من أسباب الملك).

شركة العنان:

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر في نوع من أنواع التجارة أو في عموم التجارات، بحيث يلتزم المتعاقدون فيها بأن يدفع كل منهم حصة معينة من رأس المال، ويكون الربح بينهم بحسب ما يتفقون عليه، والوضعية على قدر المال المدفوع. هذا مفهومها عند الحنفية.

وعرّفها الحنابلة بقولهم: (شركة العنان: هي عقد شركة بين عدد على رأس مال معلوم، لكل منهم قدر معين ليعمل فيه جميعهم، على أن يكون لكل منهم من الربح جزء مشاع معلوم).

شركة العين:

شركة العين في المصطلح الفقهي تعني: (أن يملك اثنان فأكثر عيناً بسبب من أسباب الملك، كبيت وسيارة ومصنع؛ ونحو ذلك).

وأصل ذلك أن شركة الملك عند الفقهاء نوعان: شركة دَيْن، وشركة غيره (من عين أو حق أو منفعة). فشركة غير الدَيْن: هي الشركة الحاصلة في العين أو الحق أو المنفعة، كما هو الحال بالنسبة للسيارات أو المنسوجات أو المأكولات في المتجر المشترك، وبالنسبة لحق شفعة الشريكين فيما باعه ثالثهما، وحق سكنى الدار أو زراعة الأرض لمستأجرها على الشيوخ.

شركة المفاوضة:

هي كل شركة يتساوى فيها الشركاء في المال والتصرف والدَيْن من ابتداء الشركة إلى انتهائها. وعلى ذلك عرّفها الشيرازي بقوله: (هي أن يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان). وقال الجرجاني: (هي ما تضمنت وكالة وكفالة، وتساويا مالا وتصرفاً ودَيْناً).

وقد جاء في (١٧٧٨م) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد:
شركة المفاوضة نوعان:

(النوع الأول) تفويض كل من الشريكين صاحبه شراء وبيعاً ومضاربة

وتوكيلاً ومسافرةً بالمال، وارتهاناً وضماناً، وتقبل ما يرى من الأعمال. وهذا النوع جمع بين جميع أنواع الشركة.

(والنوع الثاني) هو الاشتراك في كل ما يثبت لهما أو عليهما.

شركة الوجوه:

هي أن يتعاقد اثنان فأكثر بدون ذكر رأس مال على أن يشتريا نسيئة ويبعيا نقدًا ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن. وقد عرفتها (م ١٧٧٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بأنها: (اشتراك شخصين فأكثر في ربح ما يشتريانه في ذمهما بجاههما).

ووجه اشتراط الفقهاء فيما جعل الربح على قدر ما ضمن من الثمن: الاحتراز عن ربح مال لم يضمن.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى: أن الربح في شركة الوجوه على ما تشارط الشريكان بغض النظر عن قدر ضمان كل واحد منهما للثمن^(١).

شركة المضاربة:

وتسمى القراض والمعاملة. وهي شركة في الربح لا في رأس المال. وهي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من جانب آخر، والعمل يكون بالتجارة، والربح بينهما بجزء شائع معلوم، ويُقال لصاحب رأس المال: رب المال، أو المالك. ويقال للشريك الذي يقدم عمله: العامل، أو المقارض، أو المضارب^(٢).

* * *

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٢٠١-٢٠٧.

(٢) تسمى شركة مضاربة من الضرب في الأرض، من قوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا بِضُرْبِهِ مِنَ الْأَرْضِ يَبْتَئُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]. ولأن المضارب يستحق الربح بعمله وسعيه، أو لأن كلاً من الشريكين يضرب بسهم من الربح. وتسمى بالقراض من القرض وهو القطع؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها، وقطعة من الربح، وتسمى بالمعاملة لما فيها من عمل الشريك الآخر.

الشخصية المعنوية للشركة

وتسمى بالشخصية الاعتبارية والشخصية الحكيمة أيضاً.

وتطلق على مجموعة من الأشخاص أو من الأموال؛ (وقف، مسجد، وصية، تركة قبل قسمتها، بيت المال، فلها ذمة مستقلة في الإسلام ووجود مستقل) يجمعهم تحقيق هدف معين، وهذه المجموعة تعتبر شخصاً واحداً لها كيان مستقل عن الأشخاص أو الأموال المكونين لها.

فالشركة مثلاً تعتبر شخصاً مستقلاً عن الشركات والجمعيات، وتعتبر شخصاً مستقلاً عن أعضائها، وكذلك الأموال التي تخصص لتحقيق هدف معين تسمى بالمؤسسة، كالجامعة لها شخصية مستقلة لغرض التعليم، وكذلك المستشفى له شخصية مستقلة؛ لتقديم العلاج.

وهذه الشخصية أوجدتها ضرورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وبالتالي أصبح لها شخصية قانونية إلى جانب الشخصية الطبيعية (الإنسان) في تلقي الحقوق وتحمل الواجبات.

والشخصية الاعتبارية يكون لها ذمة مالية مستقلة عن شخصية الأشخاص المكونين لها، وهذه الذمة تكون الضمانة العامة لدائني الشركة وليس الشريك، فلا يجوز لدائني الشركة التنفيذ على أموال الشريك، ولا يجوز لدائني الشريك التنفيذ على أموال الشركة إلا في شركة التضامن، فيجوز لدائنها التنفيذ على أموال الشركاء الخاصة لتحصيل دينه بعد قيامه بالتنفيذ على أموال الشركة، وعدم كفايتها لسداد دينه.

ويكون للشركة اسم تجاري وعنوان وأهلية في حق التملك والتقاضي والمسؤولية عن تقصير أحد موظفيها بمقتضى العقد معها، كما تسأل الشركة عن الأضرار التي تسببها منتجاتها أو أدواتها للغير، ولكل شركة موطن مستقل عن مواطن الأشخاص أو الأموال المكونين لها، وهو المكان الذي فيه مركز إدارة

الشركة، وتحديد الموطن له أهمية خاصة في معرفة تحديد جنسية الشركة وفي تحديد المحكمة المختصة في نظر الدعاوى التي تقام على الشركة وتمثيل الشركة، ويكون مديرها نائباً عن الشخصية المعنوية للشركة.

* * *

أنواع الشركات

أولاً: شركات مدنية وشركات تجارية:

الشركات التجارية للمصانع والتجارة بالسلع بقصد الربح .

أما الشركات المدنية: فهي الشركة بين بعض أصحاب المهن التي تعتمد على الكفاءة العلمية والتضامنية؛ كالمحامين والأطباء والمهندسين، فهي شركة مدنية .

ثانياً: شركات بالحصص وشركات بالأسهم:

يستند هذا التقسيم إلى كيفية تكوين رأس مال الشركة، يتكون من حصص وهي أجزاء متساوية من رأس المال، ويمكن التنازل عنها للغير أو الشريك، وتمثل الحصة جزءاً شائعاً من رأس مال الشركة .

وهناك شركات بالأسهم، والأسهم تمثل أجزاءً متساوية من رأس المال لها قيمة اسمية وقابلة للتداول، وتعتبر الأسهم من الأوراق المالية التي يمكن التصرف بها بنقل ملكيتها أو رهنها كما يمكن الحجز عليها وبيعها .

وبموجب هذا التقسيم تعتبر شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة والشركة ذات المسؤولية المحدودة شركات بالحصص .

أما الشركات بالأسهم فهي الشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم .

ثالثاً: شركات تتمتع بالشخصية المعنوية وشركات ليس لها شخصية معنوية:

التي تتمتع بالشخصية المعنوية: هي الشركات التجارية والمدنية بعد تكوينها على الوجه الصحيح، والتي تخضع لأحكام وإجراءات التسجيل والترخيص .

أما الشركات التي لا تخضع لإجراءات التسجيل والترخيص، فلا تتمتع

بالشخصية المعنوية، مثل شركات المحاصة^(١).

رابعاً: شركات أشخاص وشركات أموال:

أ - شركات الأشخاص: وهي التي يبرز فيها العنصر الشخصي عند التكوين، وهي شركات التضامن والتوصية والمحاصة.

ب - شركات أموال: وهي التي تكون الأهمية للمال في استغلال موضوع الشركة، ويتضاءل فيها العنصر الشخصي.

وهي شركة المساهمة، والتوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وسوف أختصر التعريف بشركات الأشخاص والأموال لتكون تمهيداً لمعرفة الشركة القابضة.

أولاً - أنواع شركات الأشخاص:

أ - شركة التضامن:

وهي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر بقصد التجارة، ويكون فيها جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة وديونها في أموالهم العامة والخاصة.

فكل الشركاء مسؤولون بوجه التضامن والتكافل عن التزامات الشركة، ولذلك يكون اختيار الشركاء لبعضهم على أساس الثقة المتبادلة، وغالباً ما تكون بين الأقارب والأصدقاء.

والححص فيها غير قابلة للتفرغ إلا بموافقة جميع الشركاء، وتتميز بأمرين:

١ - اكتساب الشركاء صفة التاجر في شركة التضامن، بينما الشريك الموصي في شركة التوصية والشركاء في شركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة لا يكتسب وصف التاجر بمشاركته في شركة تجارية.

(١) الشركات التجارية، د. فوزي محمد سامي، (٦٧ - ٧١) بتصرف، نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م.

٢ - مسؤولية الشركاء في التضامن في جميع أموالهم، بينما مسؤولية الشريك في شركة المساهمة في حدود حصته .

ب- شركة التوصية البسيطة :

وهي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر من جانب، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن إدارة الشركة، ويسمون شركاء متضامنين، وبين شريك واحد أو أكثر يكون أصحاب حصص مالية، ولا يسألون إلا بمقدار حصصهم ولا يتدخلون في إدارة الشركة، ويسمون (شركاء موصون)، فتشتمل الشركة على نوعين من الشركاء :

النوع الأول: شركاء متضامنون، وهم الذين يقومون بأعمال الإدارة، وهم المسؤولون بصفتهم الشخصية والتضامنية عن إيفاء ديون الشركة، وهم الذين يكتسبون صفة التاجر، ويشترط فيهم أهلية التجارة .

النوع الثاني: شركاء موصون، يقدمون المال، ولا يلزم كل منهم بوفاء ديون الشركة إلا في حدود الحصة التي قدمها، وليس لهم الحق في الإدارة، ولا تدخل أسماؤهم في عنوان الشركة .

ج- شركة المحاصة :

وهي شركة تقوم بين الشركاء وحدهم، ولا وجود لها بالنسبة للآخرين، فمن عقد من الشركاء المحاصنين عقداً مع الغير يكون مسؤولاً عنه وحده، والأرباح والخسائر بينهم بحسب الاتفاق .

فالاستتار أمام الغير، وعدم تمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية؛ هما أهم ما يميز به شركة المحاصة، ولذلك فإن المتعامل أمام الناس هو أحد الشركاء، وهو الملتزم أمامهم بديون الشركة وتعهداتها، فهي شركة موجودة في الواقع غير معروفة من الغير .

وإذا أثبت في اتفاقها قصر مسؤولية بعض الشركاء على الحصة المقدمة؛ كانت شركة توصية بسيطة، ولا يجوز التنازل في شركة المحاصة عن حصته للآخرين إلا بموافقة الشركاء، وتنحل بوفاء أحد الشركاء أو إفلاسه أو إعساره أو

الحجر عليه، إلا إذا اتفق على غير ذلك .

وصورها كأن يتفق شخصان أو أكثر على مخلفات الجيش وبيعها وتقسيم الأرباح والخسائر بينهم، أو أن يتفقا على تسويق القمح وبيعه وتقسيم الربح أو الخسارة، أو أن يتفق مهندس معماري مع صاحب مال على تشييد المباني وبيعها واقتسام الربح فيها والخسارة، أو أن يتفق اثنان على طباعة كتب وبيعها .

وهذه الشركة ليس لها شخصية اعتبارية ولا اسم تجاري ولا عنوان ولا مركز ولا جنسية ولا ذمة مالية، ولها رأس مال من الشركاء، ولكن لا يظهرون به أمام الغير .

ثانياً- أنواع شركات الأموال :

وهي شركات يقل فيها تأثير العنصر الشخصي، ويبرز فيها عنصر المال، فلا يشترط معرفة الشركاء بعضهم بعضاً، ولا تنسخ بموت أحدهم أو جنونه أو فسخه أو موته أو الحجر عليه، ويصح فيها التنازل للغير عن حصة الشريك .

أ- الشركة المساهمة :

وهي شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، ويكون لكل شريك عدد من الأسهم، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر حصصهم في رأس المال . وتنعقد هذه الشركة على الوكالة دون الكفالة، حيث يوكل المساهمون (أي: الشركاء) أناساً مخصوصين من بينهم أو من غيرهم في تصريف أمور الشركة نيابة عنهم .

وتسمى الشركة المغفلة؛ لإغفال الاعتبار الشخصي، فلا تُعْتَوَّن باسم أحد الشركاء، وهذا لا يعني عدم وجود اسم للشركة، بل يجب أن يكون لها اسم تجاري يميزها عن غيرها باعتبارها شخصاً معنوياً له شخصية اعتبارية، وقد يحمل هذا الاسم الغرض من إنشائها؛ كشركة السكر والدباغة، أو الفوسفات . . . وإفلاس هذه الشركة لا يترتب عليه إفلاس الشركاء .

وللسهم قيمة اسمية وهي قيمته المبيّنة في الصكّ، ويكون حساب رأس مال الشركة وفقاً للقيمة الاسمية بمجموع الأسهم . وقيمة الإصدار : هي القيمة التي يصدر بها السهم عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال . والقيمة الحقيقية :

هي النصيب الذي يستحقه السهم في صافي أموال الشركة بعد خصم ديونها، فإذا ربحت الشركة وأصبح لها أموال احتياطية ارتفعت قيمة السهم الحقيقية وأصبحت أعلى من القيمة الاسمية. والقيمة السوقية: تكون مهزوزة عادة بحسب العرض والطلب والمضاربات الاقتصادية. وإذا منع تداول الأسهم - وهذه أهم خاصة - فقدت الشركة صفة المساهمة.

وتنقسم الأسهم من حيث الحقوق التي تعطى لها لصاحبها إلى قسمين:

١ - أسهم عادية: وهي التي تتساوى في قيمتها، وتخول المساهمين حقوقاً متساوية.

٢ - أسهم ممتازة: وهي الأسهم التي تختص بمزايا لا تتمتع بها الأسهم العادية، وذلك أن الشركة قد ترغب في زيادة رأس مالها فتعطي الأسهم الجديدة امتيازات لا تتمتع بها الأسهم العادية القديمة لتشويق الجمهور إلى الاكتتاب بها، ومن هذه المزايا: حق الأولوية في الحصول على الأرباح، كأن تختص الأسهم الممتازة بحصة في الأرباح لا تقل عن (٥٪) من قيمتها، وتوزع باقي الأرباح على الأسهم جميعاً بالتساوي، أو استيفاء فائدة سنوية ثابتة، سواء ربحت الشركة أو خسرت، ومنها حق استعادة قيمة الأسهم بكاملها عند تصفية الشركة قبل إجراء القسمة بين سائر المساهمين، ومنها أن يكون للسهم الممتاز أكثر من صوت واحد في الجمعية العمومية، ومنها إعطاء المساهمين القدامى حق الأولوية في الاكتتاب عند تقرير زيادة رأس المال.

والأسهم الممتازة بجميع أنواعها لا تجوز شرعاً.

وتنقسم الأسهم من حيث إرجاعها إلى صاحبها أو عدم إرجاعها إلى قسمين:

أ- أسهم رأس المال: وهي الأسهم التي لم تستهلك قيمتها.

ب- أسهم تمتع: وهي الأسهم التي استهلك قيمتها بأن ردت قيمة السهم إلى المساهم قبل انقضاء الشركة، وهو معنى الاستهلاك، ويكون الاستهلاك بطرق متعددة؛ منها: أن تشتري الشركة جزءاً من الأسهم، أو تسحب الشركة من التداول في كل سنة بطريق القرعة عدداً من الأسهم وتدفع قيمتها لأصحابها من

الأرباح، ويحصل المساهم الذي استهلك سهمه على قيمة السهم الاسمية، ويعطى بدل ذلك سهم يسمى (سهم تمتع) يخوِّله حقاً في أرباح الشركة أقل من الحق المقرر لسهم رأس المال، ويمنحه حق التصويت في الجمعية العمومية^(١).

وأسهام التمتع لا تجوز شرعاً في جميع الصور، واستهلاك الأسهم لا معنى له، ولا يجوز شرعاً إلا في صورة، وهي أن تستهلك جميع الأسهم تدريجياً بنسبة معينة مثل (٥٪) أو (١٠٪) من قيمة السهم حتى يتم استهلاك جميع الأسهم في وقت واحد، وبهذا تتم المساواة والعدالة بين جميع الشركاء، ويتم صرف الأرباح بنسبة واحدة على أن يأخذ كل نصيبه من موجودات الشركة عند التصفية، وعلى ألا تستبدل بأسهم تمتع^(٢).

وعليه شركة المساهمة الخالية من الربا والشروط المحرمة جائزة شرعاً وتنطبق عليها قواعد شركة العنان، وهي إما عنان بحتة، وإما عنان ومضاربة.

والسندات على الشركات المساهمة، وهي وثيقة بقرض طويل الأجل ذات قيمة اسمية قابلة للتداول تعطي صاحبها حق استرداد القيمة التي سجلت عليها، وحق الحصول على فائدة محددة^(٣).

وجاء في حكمها قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٠ (٦/١١):

«إن السندات التي تمثل التزاماً يدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية، سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة، ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوك استثمارية أو ادخارية، أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بهاربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً»^(٤).

(١) الشركات، د. خياط، مرجع سابق: ٧١/٢-٩٩.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، تأليف الدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي، مطابع الصفا بمكة المكرمة، ص ٣٧١.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، تأليف: د. محمد رواس قلعه جي، طبع دار النفائس - بيروت، ١٩٩٩م، ص ٦٦.

(٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، =

ب- شركة التوصية بالأسهم :

وهي شركة تشبه شركة التوصية البسيطة؛ لأن فيها نوعين من الشركاء : شركاء متضامنين ، وشركاء موصين لا يسألون إلا بمقدار حصصهم ، وتشبه شركة المساهمة؛ لأن الحصص تقسم إلى أسهم .

وهي شركة أموال إذا نظرنا إلى المساهمين؛ إذ إن الشركاء المساهمين يكونون مسؤولين في حدود حصصهم ولا يكتسبون صفة التاجر، ولا يجوز لهم التدخل في إدارة الشركة، وتكون حصصهم ممثلة في أسهم قابلة للتداول .

وتسري أحكام شركة المساهمة في التأسيس والإدارة والمراقبة والجمعية العمومية على شركة التوصية بالأسهم .

ج- الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

وهي شركة لها خصائص الشركات، ولكنها تمتاز بأنها أعفيت من أكثر قيود شركات المساهمة، وبقيت فيها مسؤولية الشركاء محدودة بمقدار الحصص التي يملكونها .

فهي شركة تجارية تتألف من شريكين أو أكثر يكون كل منهم مسؤولاً بقدر حصته في رأس المال، ولا تؤسس بطريق الاكتتاب العام، ولا يقسم المال إلى أسهم قابلة للتداول، ولا يجوز للشركة أن تصدر سندات، ويكون انتقال الحصص خاضعاً لاسترداد الشركاء بالشروط التي بينت بها .

وتعتبر من شركات الأموال للأسباب التالية :

- ١- أن رأس المال يقسم إلى حصص متساوية في القيمة .
- ٢- أن المسؤولية فيها محدودة بمقدار الحصة .
- ٣- أن لكل حصة صوت في جمعيتها العمومية .
- ٤- لا يكتسب الشريك فيها صفة التاجر .

= الدورات (١ - ١٠)، الطبعة الثانية لقرارات الدورات (٢ - ١٠)، طبع دار القلم بدمشق، ١٩٩٨م .

٥ - كثيراً ما ينتفي الاعتبار الشخصي إذا بلغ عدد المساهمين الخمسين من الشركاء أو قارب هذا العدد^(١).

* * *

(١) الشركات، د. الخياط، مرجع سابق: ١١١/٢-١١٨ بتصرف.

الشركة القابضة وأحكامها الشرعية

الشركة القابضة:

هي: شركة تملك شركة أو شركات أخرى ملكية جزئية أو كاملة لأغراض فرض الرقابة عليها^(١).

تعريف آخر: شركة تملك أسهماً في عدة شركات أخرى تسمى بالشركات التابعة، بالقدر الكافي الذي يمكنها من السيطرة على إدارة الشركة بتقرير من الذي يتولى إدارة الشركات التابعة، وكيفية تسيير وإدارة أمور الشركات الأخرى.

تعريف آخر: (شركة يكون نشاطها الرئيسي تملك وإدارة محفظة أوراق مالية تمثل مشاركتها في رأس مال شركات أخرى، لذا يطلق على الشركات التابعة مسمى الشركات الوليدة)، ومساهمتها في الشركات الوليدة يكون بغرض السيطرة عليها، أي تكون الشركة القابضة هي مركز السيطرة، أو مخ وعقل مجموعة الشركات الوليدة، وتكون هي بمثابة الأم^(٢).

وعرّفها فهد بن حمود الحقباني:

الشركة القابضة: هي التي تملك محفظة أوراق مالية تمثل مشاركتها في رأس مال شركة أخرى بالقدر الذي تتحقق فيه سيطرتها على إدارة تلك الشركة.

والشركة التابعة: هي التي تسيطر على إدارتها شركة أخرى سيطرة مباشرة يحددها القانون^(٣).

(١) موسوعة المصطلحات الاقتصادية، دكتور حسين عمر، الطبعة الثالثة، دار الشروق - جدة ١٩٧٩م، ص ١٣٩.

(٢) مدى مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركائها الوليدة في مجموعة الشركات مع إشارة خاصة للشركات متعددة القوميات، دكتور حسن محمد هند، ١٩٩٧م، ص ٥١-٥٢.

(٣) الشركات القابضة ووضعها النظامي في المملكة العربية السعودية، بحث لإكمال =

لمحة تاريخية عن الشركات القابضة:

منذ أكثر من قرن بدأت ظاهرة وجود وحدات اقتصادية عملاقة تحاول السيطرة على قطاعات واسعة من التجارة، وذلك بالسعي إلى الاحتكار والسيطرة على السوق عن طريق عقد اتفاقات بين عدة شركات، هدفها احتكار إنتاج سلع معينة أو تسويقها أو وضع سياسة موحدة للأسعار.

وظهرت قوانين أمريكية تهدف إلى إيجاد التوازن بين مصالح مختلفة، مصلحة المستهلكين وحمايتهم ضد سيطرة الشركات الكبرى من جهة، وضمناً حرية التجارة من جهة أخرى.

بعد هذا لجأت الشركات الكبرى إلى طريقة الاندماج، وذلك باندماج عدة شركات تنتمي إلى مجموعة مالية واحدة في شركة واحدة. أو أن شركة واحدة تؤسس شركات أخرى، أو تشتري كامل أسهم الشركات الأخرى، وعندئذ تسمى الشركة الأولى: الشركة الأم، وتصبح الشركات الأخرى تابعة أو وليدة.

أو أن الشركة الأم تشتري أكثر الأسهم في الشركة التابعة أو تستطيع توجيه قرارات الشركة التابعة لتحقيق مصالحها، وذلك باتفاقها مع غالبية المساهمين أو غالبية أعضاء الهيئة العامة عند اجتماعها، فيكون لها السيطرة الإدارية أو السيطرة العقديّة.

وقد تكون الشركة التابعة مسيطرة بوسيلة من وسائل السيطرة السابقة على شركة ثالثة، فلو حدّدنا بأن الشركة القابضة (أ)، والتابعة (ب)، وشركة ثالثة (ج) تتبع (ب)، فتكون شركة (أ) شركة قابضة على شركة (ج).

خصائص الشركة القابضة:

الشركة القابضة تتخذ شكل شركة مساهمة عامة ولا يجوز أن تكون نوعاً آخر من الشركات، والشركة هذه يجب أن تؤسس لتحقيق غايات تنحصر في أحد الأمور التالية:

= متطلبات درجة الماجستير في الأنظمة، إعداد فهد بن حمود الناييف الحقباني، إشراف الأستاذ الدكتور سعيد يحيى، جامعة الملك عبد العزيز - كلية الاقتصاد، ص ٢٠، ٢٤.

أ- إدارة الشركات التابعة لها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها .

ب- استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية .

ج- تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها .

د - تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية ، واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها .

هذا بالإضافة إلى ما سبق من غاياتها: تأسيس شركات تابعة لها، أو تملك أسهم أو حصص في شركات مساهمة عامة، أو في شركات محدودة المسؤولية، أو في شركات توصية بالأسهم للقيام بتلك الغايات .

ثم إن السيطرة المالية أو الإدارية للشركة القابضة على الشركة التابعة لا يعني ضمور شخصية الشركة التابعة وانصهارها في شخصية الشركة، وإنما تبقى للشركة التابعة شخصيتها القانونية وذمتها^(١) .

الأحكام الشرعية لأعمال الشركة القابضة:

الأصل في الاسترباح الحرية في الوسائل، إلا إذا كانت الوسائل تؤدي إلى مفساد فردية أو اجتماعية، وقد لخصها الإسلام بـ:

١ - ربح ما لا يضمن: أي كل ما لا تتحمل خسارته إذا خسر أو تلفه إذا تلف، ولا يجوز لك أخذ ربحه؛ لأن النبي ﷺ يقول: «الخراج بالضمان»^(٢)، وأبرز مثال على ذلك الربا، يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٧﴾ فَإِن لَّمْ تَقْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَلَکُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِکُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨-٢٧٩] .

٢ - الاعتماد على مجرد الحظ والمصادفة: فلا يجوز أن يترك الرزق

(١) الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٥٦١-٥٧٢ بتصرف .

(٢) الفتح الكبير في ضم الزيادة للجامع الصغير، للجلال السيوطي، للشيخ يوسف النبهاني، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، ١٣٥٠هـ: ١٠٥/٢، رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم .

للمصادفة المحضة، أي مجرد الحظ والمصادفة، وإنما ينبغي أن يكون في الأصل على الحذق والمهارة والكفاءة، وأظهر مثال على الكسب بالحظ والمصادفة: القمار، يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَصْنَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠ - ٩١].

٣ - الإضرار بالفرد أو المجتمع: وكل ما حرّمه الله يكون ضاراً أو يغلب ضرره على نفعه، وإن لم يدرك وجه الضرر فيه، وعليه فكل كسب وتملك عن طريق محرم هو كسب وتملك غير مشروع، مثل الأجر على الجرائم والبغاء، وبيع المخدرات والخمر، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

٤ - الغش: مثل وصف السلعة بغير ما هي عليه قولاً أو فعلاً، وإخفاء العيوب، والإخلال بالموصفات الباطنة في المادة المصنعة.

٥ - أخذ مال الغير بغير إذنه ولا رضاه: مثل السرقة والغصب والاختلاس.

٦ - أخذ مال الغير بإذن مالكة ظلماً بغير وجه حق: كالرشوة وهي: أخذ المال لإحقاق باطل أو إبطال حق، والمصانعة وهي: أخذ المال على إحقاق الحق وإبطال الباطل، كدفع المظلوم مالاً للظالم ليدفع ظلمه عنه^(٢).

هذه خلاصة الكسب الحرام، وباستعراض ما ورد في أعمال الشركة القابضة، فإذا أصدرت الشركة القابضة أو التابعة لها سندات اقتراض بفائدة محددة حرم هذا النوع من الكسب، وكذلك تقديم القروض للشركات التابعة لها بزيادة محددة، وكذلك استثمارها هي أو ما يتبعها لأموالها في البنوك الربوية وأخذ الفائدة عليها.

وكذلك تملك الشركة القابضة للأسهم الممتازة، أو أسهم التمتع في

(١) الفتح الكبير، مرجع سابق: ٣/٣٤٦.

(٢) مباحث في الاقتصاد الإسلامي، د. محمد رواس قلعة جي، طبع دار النفائس - بيروت، ١٩٩١م، ص ١١٤ - ١١٦ بتصرف.

الشركات التابعة لها، والتمتع بامتيازاتها، وقد نوقش تحريمها عند استعراض أعمال الشركة المساهمة .

وإذا خلت أعمال الشركة القابضة من هذه المحرمات وكان نشاطها في سلع مباحة أو خدمات مباحة ليس فيها مثلاً ملاهي أو شركات تنتج سلعاً محرمة شرعاً، فلا حرج على الكيفية في استثمار الأموال وإدارتها؛ سواءً كان بشركة قابضة أو غيرها .

* * *

الشركات المتعددة الجنسية

أنتجت العديد من الشركات الرأسمالية المتعددة القوميات إلى إنشاء وحدات إنتاجية كبيرة في دول صغيرة كسنغافورة أو جزر موشوس أو تايوان أو في مدينة هونج كونج، لا لخدمة الاقتصادات المحلية لهذه البلاد؛ إذ إن صغر حجم السوق الداخلية في هذه البلاد لا يسمح بإنشاء مثل هذه الوحدات الكبيرة، ولكن لخدمة أسواق دول أخرى أو حتى سوق الدولة الأم نفسها في بعض الأحيان.

زكاة الأسهم في هذه الشركات:

الزكاة واجبة على مالكي الأسهم في الشركات، ولا زكاة على سهم يملكه نصراني ولا جمعية خيرية، ويجب أن تبلغ قيمة ما يملكه المالك من الأسهم النصاب، وأن يحول الحول على امتلاكه أصل السهم.

فلو ملك شخص في أول شهر محرم ألف سهم، ثم ملك بعد ثلاثة أشهر ألف سهم أخرى في الشركة نفسها أو في شركة أخرى من جنسها، فإنه إذا جاء شهر محرم من العام التالي، يخرج الزكاة عن الألفي سهم التي يملكها، وليس على الألف الأولى فحسب، لأن الأموال تضم بعضها إلى بعض في حساب الحول في الزكاة إذا اتحدت أجناسها^(١)، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بقراره رقم ٢٨ (٤/٣) فقال:

«أولاً: تجب زكاة الأسهم على أصحابها، وتخرج إدارة الشركة نيابة عنهم إذا نص في نظامها الأساسي على ذلك، أو صدر به قرار من الجمعية العمومية، أو كان قانون الدولة يلزم الشركات بإخراج الزكاة، أو حصل تفويض من صاحب الأسهم لإخراج إدارة الشركة زكاة أسهمه.

ثانياً: تخرج إدارة الشركة زكاة الأسهم كما يخرج الشخص الطبيعي زكاة

(١) المعاملات المالية المعاصرة، ص ٦٦، مرجع سابق.

أمواله، بمعنى: أن تعتبر جميع أموال المساهمين بمثابة أموال شخص واحد، وتفرض عليها الزكاة بهذا الاعتبار من حيث نوع المال الذي تجب فيه الزكاة، ومن حيث النصاب، ومن حيث المقدار الذي يؤخذ، وغير ذلك مما يراعى في زكاة الشخص الطبيعي، وذلك أخذاً بمبدأ الخلطة عند من عمّمه من الفقهاء في جميع الأموال.

ويطرح نصيب الأسهم التي لا تجب فيها الزكاة؛ ومنها: أسهم الخزائنة العامة، وأسهم الوقف الخيري، وأسهم الجهات الخيرية، وكذلك أسهم غير المسلمين.

ثالثاً: إذا لم تترك الشركة أموالها لأي سبب من الأسباب، فالواجب على المساهمين زكاة أسهمهم، فإذا استطاع المساهم أن يعرف من حسابات الشركة ما يخص أسهمه من الزكاة، لو زكت الشركة أموالها على النحو المشار إليه، زكى أسهمه على هذا الاعتبار، لأنه الأصل في كيفية زكاة الأسهم.

وإن لم يستطع المساهم معرفة ذلك:

فإن كان ساهم في الشركة بقصد الاستفادة من ريع الأسهم السنوي، وليس بقصد التجارة فإنه يزكيها زكاة المستغلات، وتمشياً مع ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية بالنسبة لزكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية، فإن صاحب هذه الأسهم لا زكاة عليه في أصل السهم، وإنما تجب الزكاة في الربيع، وهي ربيع العشر بعد دوران الحول من يوم قبض الربيع مع اعتبار توافر شروط الزكاة وانتفاء الموانع.

وإن كان المساهم قد اقتنى الأسهم بقصد التجارة زكاهها زكاة عروض التجارة؛ فإذا جاء حول زكاته وهي في ملكه، زكى قيمتها السوقية، وإذا لم يكن لها سوق؛ زكى قيمتها بتقويم أهل الخبرة، فيخرج ربيع العشر (٥، ٢٪) من تلك القيمة ومن الربح، إذا كان للأسهم ربح.

رابعاً: إذا باع المساهم أسهمه في أثناء الحول ضم ثمنها إلى ماله وزكاه معه عندما يجيء حول زكاته. أما المشتري فيزكي الأسهم التي اشتراها على النحو

زكاة السندات:

تزكى في كل عام حين يحول الحول، سواء قبضها مالكها أم لم يقبضها؛ لأنها دَين على مليء باذل، والدولة أو الشركة المصدرة للسند هي مدين مليء معترف بالدين وباذل له في وقته المحدد وفاؤه فيه.

وبإمكان صاحب السند أن يبيع سنده في كل حين، وأما وجوب زكاتها في كل عام فلهبها بأموال التجارة؛ فهي أموال مستثمرة، وكون ثمرتها محرمة لا يمنع دفع الزكاة عنها كل عام عند حولان الحول، فحامل السند كالتاجر الذي يغش في بيعه، ومن يغش في بيعه تجب عليه الزكاة في كل عام، مع ملاحظة تحريم الغش، وتحريم المال الذي حصل عليه من الغش^(٢).

والله ولي التوفيق.

* * *

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي، ص ٦٤.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦٩، ٧٠ بتصرف.

الشركات الحديثة
الشركات القابضة وأحكامها الشرعية

العرض - المناقشة

أولاً: العرض

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

في هذه الجلسة الصباحية ليوم الإثنين نتناول موضوع (الشركات الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية).

العارض هو الشيخ قطب مصطفى سانو، والمقرر الشيخ حسين كامل فهمي.

* * *

العارض الشيخ قطب مصطفى سانو:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

اللهمَّ إنَّ للسان زلّاتٍ فاغفر زلّاتٍ ألسنتنا، وللکلام سقطاتٍ فاعفُ عن سقطات كلامنا، وللحديث هفواتٍ فاعف عن هفوات حديثنا، وأنت المثبّت بالقول الثابت في الحياة الدنيا، واجعل لنا في سائر أمورنا خيراً.

صاحب الفضيلة الشيخ الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، رئيس مجمع الفقه الإسلامي، صاحب المعالي الشيخ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة، الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي.

أصحاب المعالي، والسماحة، والفضيلة، الأساتذة الأفاضل، سلام الله تعالى عليكم ورحمته وبركاته.

وإنّي أحمد الله جلّ جلاله إليکم على هذه النعمة وعلى هذا التشريف والتكليف، وشكري الجزيل موصول لدولة قطر في هذه الدوحة التي تفضّلت

حكومتها الرشيدة باستضافة هذه الدورة، فجزاها الله خيراً وزادها أمناً واستقراراً ورفاهية.

لقد كُلفت بعرض الأبحاث القيّمة التي أعدّها الأساتذة الأفاضل حول الشركات الحديثة، والأبحاث في مجموعها ستة، أولها البحث القيم الذي ألفه فضيلة الشيخ الدكتور عبد العزيز الخياط، حول (الشركة القابضة وأحكامها الشرعية)، والبحث الآخر (الشركات الحديثة والشركات القابضة)، للدكتور حسين كامل فهمي، والبحث الثالث بعنوان (الشركة في الفقه والقانون) لفضيلة الشيخ آية الله محمد علي التسخيري، والبحث الرابع (الشركات الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية)، أعدّها فضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة، والبحث الخامس (الشركات الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية)، أعدّها فضيلة الدكتور ناجي محمد شفيق عجم، والبحث الأخير أعدّه العبد الفقير قطب مصطفى سانو.

أما العرض فإنه يتكوّن من جزأين أساسيين:

أولهما: عرض مفصّل للأبحاث رغبة في توصيل المعلومات الأساسية التي تفضّل بها الأساتذة الأكارم.

ثانيهما: يتمحور على أوجه الاتفاق والاختلاف بين الأبحاث المقدّمة.

فاسمحوا لي أيها الأساتذة الأفاضل أن أقدم تلخيصاً إخاله أميناً - إن شاء الله - لهذه الأبحاث بدءاً بالبحث القيم الذي أعدّه فضيلة الدكتور عبد العزيز الخياط، حفظه الله.

وهذا البحث في حقيقته يتكون من مقدّمة وموضوعات شتى؛ تحدث فيها عن الشركات الحديثة، ثم تطرق إلى الشركات التي نشأت بهدف الاحتكار في هذا العصر، وكان يعني بها الشركات القابضة.

واستهل حديثه بالإشارة الموجزة إلى الشركات التي تحدث عنها الفقهاء من عنان ومضاربة، وصناعات، ووجوه، ومفاوضة. كما تناول بالحديث المختصر أنواع الشركات في القانون الوضعي وانقسامها إلى شركات تجارية وشركات مدنية، وعرّف بأنواع الشركات، وأشار إلى موقف المشرع الأردني وتقسيمه

الشركات الحديثة إلى شركات التضامن والتوصية البسيطة، وذات المسؤولية المحدودة، والتوصية بالأسهم، والمساهمة العامة.

ثم تطرق فضيلته - حفظه الله - للحديث عن أثر الهيمنة الغربية على اقتصاد العالم الإسلامي وأشار بصورة مجملة إلى القيود والضوابط التي وضعها الإسلام إزاء تلك الشركات الغربية المنشأ منعاً للاستغلال وحمايةً للصالح العام.

وأكد أنَّ الإسلام لا يبيح للشركات أن تكون قصدها تحقيق الربح بالاستغلال والاحتكار، وأبرز الصور الحالية لشركة المنشأة الواحدة أو الكتلة الواحدة وهي ثلاثة: صورة الأمانة (Trust)، والشركات القابضة (Holding)، والشركات التي تتم عن طريق الاندماج.

وهذه الشركات التي تتخذ أشكالاً عديدة من اتفاقات الأثمان وقيادة الأثمان والكارتر، ويبيّن أن هذه الشركة بمجملها ليست طرُقاً لعدم الغبن وعدم الاحتكار، وأنها شركات قُصد منها الاحتكار.

ثم انتقل فضيلته حفظه الله، إلى تعريف قانون الشركات الأردني لها، وذكر موقف المشرع الأردني من الشركات القابضة المتمثل في منع امتلاك أسهم شركات التضامن، والتوصية البسيطة، وأكد بأن هذه الشركة (الشركة القابضة) شركة جديدة. وأن تاريخ وجودها، يعود إلى القانون الأمريكي الصادر ١٩٨٠م، وقُصد منه تحريم الاحتكار، والشركات القابضة تتمثل أهدافها في إدارة الشركات التابعة، واستثمار أموالها في الأسهم والسندات، وتملّك براءة الاختراع وامتلاك الأموال المنقولة. ثم تطرق فضيلته إلى ذكر أهم خصائص هذه الشركة، ولخصها في تسع خصائص.

وأما أنواع هذه الشركة، فانتهى فضيلته إلى القول: بأنها من حيث الماهية واحدة، ولكنها تختلف بحسب أهدافها، ذلك لأن الهدف منها لا يخلو من أن يكون تحويلاً لبعض المجموعات من وحدات القطاع العام الاقتصادية، أو امتلاك بعض الشركات الصغيرة وتكوين شركة قابضة بهدف تحقيق استقلالية عن الحكومة فيما يتعلق بالقطاع العام، وربما كان الهدف منها السعي للاحتكار والسيطرة.

وبعد حديث مقتضب عن الشركة القابضة أنواعاً وأهدافاً، فزع فضيلته إلى

بيان حكم الشرع فيها من حيث تأسيسها، وامتلاك أسهم شركات مساهمة، وإدارة الشركات التابعة، واستثمار أموالها في الأسهم والسندات وتقديم القروض والتمويل للشركات التابعة. وانتهى فضيلته إلى الاعتداد بمشروعية تأسيسها، وأن الإجراءات المستحدثة في تأسيسها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن هذا من باب الشركة بين اثنين فأكثر، واستشهد بقصة أصحاب الكهف الدالة على جواز الشركة في المال والطعام. وقرر أنّ الشرع لا يمنع من تكوين الشركة من عدة شركاء، وشركة المساهمة تعدّ بعد تخريجها للأصول من الشركات الجائزة أو من الشركات المشروعة.

وأما حكم الشرع في امتلاك أسهم شركات لها نفس غاية الشركات القابضة، فقد أجازها فضيلته إذا كانت غاية الشركة خالية من التعامل الربوي، وهذا الجواز مبني على قواعد الشريعة؛ وأهمها قاعدة الرضا.

وأما بالنسبة لإدارة الشركات التابعة فقد أجازها كذلك فضيلته، وأشار إلى أن الإسلام لا يمنع أي تشريع تنظيمي لإدارة الشركات القابضة أو التابعة، وبالنسبة لاستثمار أموال الشركة القابضة، فكغيرها من الشركات، وأشار إلى أنواع الأسهم وأحكامها المتروحة بين الجواز والمنع.

وبالنسبة لتقديم القروض والتمويل للشركات التابعة فقد أوضح فضيلته أن القرض المقترن بفائدة مشروطة حرام، وأما القرض الذي يجزّ نفعاً غير مشروط فهو حلال وهو من قبيل المكافأة.

وأخيراً تطرّق فضيلته لبيان حكم التحكم بالأسعار من أجل الربح الأوفر والاحتكار المتمثل في الهيمنة الكاملة على الشركات التابعة، واستعرض مواقف الفقهاء من التسعير، وانتهى إلى أنه لا يجوز إنشاء شركة قابضة بقصد التحكم في الأسعار والاحتكار، لما في ذلك من التسعير الملحق الضرر بعامة الناس.

وأما بحث فضيلة آية الله التسخيري، فقد انتظم تعريفاً بمصطلح الشركة، وقرر منذ البداية بأن عقد الشركة المذكور في المصادر الفقهية لا يشمل الشركات الحديثة وخصوصاً الشركات التجارية غير شركة المحاصّة. وبيّن فضيلته الفرق بين الشركة العقدية وغير العقدية (الملكية)، وأشار إلى إنكار بعض الفقهاء

لشركة العقد، ورجح رأي الأغلبية الذي يجوز عقد الشركة العقدية، وتطرق إلى بيان ثمره القول بالشركة العقدية، كما أصل القول في منشأ الخلاف في وجود الشركة العقدية وعدمه، ثم انتقل فضيلته - حفظه الله - إلى بيان أنواع الشركات الباطلة وأهمها: شركة المفاوضة، وشركة الوجوه، وشركة الأعمال.

وبالنسبة للشركات الحديثة، فقد عني فضيلته بعرض ما ذكر فيها من تعريفات وتقسيمات، وتطرق لمسألة الشخصية المعنوية للشركات التجارية والآثار المترتبة عليها، كما بين حاجة الشركة إلى الشخصية المعنوية. ثم انتقل فضيلته إلى تكييف عقد الشركات الحديثة من الناحية الفقهية، وأكد وجود إشكال في مشروعية عقد الشركات الحديثة لكونها غير معهودة في عهد الشارع المقدس، ولاشتمالها على عناصر تشريعية خاصة. وبالنسبة للإشكال الأول، فقد حاول حلّه؛ فقال: إن العمومات الواردة في الكتاب والسنة في الوفاء بالعقود والشروط، وجواز أكل المال بالتجارة شامل لكل عقد عقلائي، وغير مشتمل على ما هو موجب للبطلان. وعليه، فكل عقد مستحدث إذا لم يكن فيه أمر منهي عنه شرعاً كالربا أو الغرر، مع صدق العقد عليه عرفاً يكون مشمولاً؛ لقوله جلّ جلاله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وكذلك ردّ فضيلته على الإشكال الآخر، واعتصم بأصالة الحلّ، وأصالة عدم ترتّب الأثر عليه.

وبالنسبة لحقيقة السهم من حيث كونه مالاً أو سنداً مُعبّراً عن مال أو حق، قرّر أن ماليته ليست من قبيل الأوراق المالية التي تكون ماليتها باعتبارها ذات أثر خاص في المجتمع، ولكن ماليته من باب كونه نوع حق قابل للنقل كحقّ التحجير.

وأما ما يتعلق بزكاة أموال الشركة والأسهم، فقد انتهى فضيلته إلى بيان موقف الإمامية في الأشياء التسعة التي تجب فيها الزكاة. وبناءً عليه قرر بأن وجوب الزكاة في أموال الشركات القابضة ينحصر فيما إذا كانت تلك الأموال والأعيان التي تتعلق بها الزكاة وجوباً. وإلا فالأموال المجتمعة من الأفراد عند الشركة، أو الأموال التي تكتنئها الشركة لعملية التجارة والاستثمار من غير الأعيان لا تجب الزكاة فيها وإنما تستحبُّ، وذلك لصدق مال التجارة عليها. وأشار

فضيلته إلى القرار الصادر من المجمع الفقهي الإسلامي بشأن زكاة أسهم الشركات .

وبالنسبة للشركة القابضة، عُنِي بتعريفها، وبيّن انقسامها إلى شركة قابضة عاملة وغير عاملة، وأن عمل الشركات القابضة غير العاملة ينحصر في إدارة الشركات الأخرى، وأما عمل الشركة القابضة العاملة فإنها تقوم بنشاطات وأعمال تجارية كغيرها من الشركات المساهمة . وأشار إلى جواز مباشرة الشركة أنشطة معينة .

وأما حكم الشركة القابضة، فقد توصل فضيلته إلى أنّ مشروعيتها منوطة بعدم كون موضوعها عملاً محرّماً، أو تعاملاً في الحرام، فالشركة القابضة التي يوجد نص في نظامها الأساسي على التعامل بالحرام باطلة شرعاً، ولا فرق في هذا الحكم بين المشاركة في تأسيس الشركة، وشراء بعض أسهمها، أو شراء أسهم الشركة القائمة بالفعل . وأوضح أنّه من الممكن القول بمشروعية شراء أسهمها إذا كان مؤسسها غير مسلم . وتطرق إلى صحة التعامل مع الكفار في الأموال والأرباح . وأما تعلق الزكاة بأموال الشركة القابضة، فإنها تتعلق بأسهم الشركة القابضة التي هي ملك للمساهمين في الشركة القابضة، ولا تتعلق بالأموال الحقيقية للشركة، ولا بالأموال المجتمعة عند الشركات التابعة لها . ولم يتعرض فضيلته لبحث الشركات المتعددة الجنسيات .

وأما البحث الثالث فهو لفضيلة الدكتور حسين كامل فهمي، وهو بحث حجمه كبير ويقع في حدود مائة صفحة . ويتكون هذا البحث من أربعة أجزاء ونتائج وتوصيات :

الجزء الأول : تناول فيه فضيلته تعريفاً بالشركة وأنواعها من وجهة النظر الشرعية، وبيّن آراء الفقهاء في مختلف أنواع الشركات الواردة في كتب الفقه . وأشار إلى اعتبار الشافعية الشركات المفاوضة والوجوه والصنائع (الأبدان) باطلة غير مشروعة، كما تطرق إلى الحديث عن عقود الزراعة كالمغارة والمساقاة والمزارعة . وتناول بعض الجزئيات المتعلقة بشركة العنان كأنواع التصرفات المسموح بها في شركة العنان، وتوزيع الربح والخسارة واستحقاقهما، فضلاً عن آراء الفقهاء إزاء جائزة هذه الشركة من عدمها .

وتناول في الجزء الثاني: الشركات الحديثة بدءاً بالتعريف بالشركة في القانون، وتقسيمها إلى شركات تجارية، وشركان مدنية، والفروق القائمة بين هذين النوعين من الشركات.

وتناول في الجزء الثالث: مسألة مواءمة أحكام الشركات المساهمة بالأحكام الشرعية وبين أهم سمات الشركات المساهمة العامة. وأما بالنسبة لجانب المواءمة، فقد تناولها تحت أبعاد متعددة، خلص منها إلى الاعتداد بمشروعية تقسيم رأس المال إلى حصص، ومشروعية شراء سهم من الشركة، والتخارج، وتحديد أجل للشركة، وزيادة رأس المال، وناقش مسألة ضمان الشركة لقيمة الأسهم وحق الأولوية ومبدأ المسؤولية وسوى ذلك من الموضوعات المتعلقة، وتحدث عن مشكلة غلبة الديون على المراكز المالية للبنوك الإسلامية، وناقش الحلول والمعايير المقترحة لهذه المشكلة، وردّ على تلك الاقتراحات.

وأما ما يتعلق بمدى كون السهم حقاً لصاحبه أو حصة شائعة في ملكية أصول الشركة، فقد أشار إلى أن التكييف القانوني الذي يقوم على اعتباره حقاً مالياً للمساهم اعتبره تكييفاً صحيحاً، وتوقف الباحث طويلاً عند الاقتراح الذي قدمه فضيلة الدكتور محمد القري إزاء هذه المسألة، وبالف في مناقشته لهذا الموضوع، حيث إنه استغرق صفحات طويلة، وخلص إلى أنّ المساهم يملك حقاً، ولا يملك حصة من موجودات الشركة.

وبالنسبة لشراء أسهم شركات تتعامل في الأصل في المباحات وتتعامل أحياناً بالربا، توصل فضيلته إلى تحريم شراء أسهم تلك الشركات، واعتبر رأي القائلين بمشروعية التعامل مع تلك الشركات والتصديق بما يأتي منها من فوائد ربوية، اعتبر هذا الرأي مناقضاً للأحكام التي أفتى بها الفقهاء والمفسرون على حدّ تعبيره، وأكد أن الرأي الذي انتهى إليه هو عدم جواز شراء تلك الأسهم.

وتناول في الجزء الرابع: الشركات القابضة معرّفاً بها ومحدداً أهم أنشطتها، ولم يرَ بأساً في مسألة التحويل والاندماج، كما اعتبر طبيعة التصرفات فيها من قبيل التصرفات المسموح بها في شركة العنان. وكذلك الحال في مسألة

خلط الأموال. وبالنسبة لفرض الزكاة على الشركة القابضة، وانتهى إلى أنه إذا كانت الشركة الأم تمتلك رؤوس أموال جميع الشركات التابعة، ففي هذه الحالة يملك حساب الشركة.

وبالنسبة للشركات المتعددة الجنسية، عرّفها، وقرر أن التصرفات الشرعية الخاصة بالشركاء فيها لا تختلف عن الشركات القابضة بحساباتها من جنس الشركات القابضة.

وأما تحديد موطن الشركة وعلاقتها بالأمر القانونية، فقد قرر فضيلته ضرورة مراعاة اختصاص المحاكم الشرعية بالنظر في قضاياها إذا كان الموطن إسلامياً.

(وأشار إلى ضرورة التحكم في العمليات الاستثمارية للشركات المتعددة الجنسيات، وبالنسبة لكيفية فرض الزكاة على هذه الشركات، فإنّ على كل شريك أن يصرف الزكاة المستحقة عليه بعد تقدير قيمتها).

وبالنسبة للشركة المتناقصة، عرّفها، وعلّق على حالتين من حالات المشاركة المتناقصة، واقترح ضرورة الاستغناء عن هذا العقد، ورفض رفضاً باتاً المعيار الذي أعدته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن هذه الشركة، وألحّ على ضرورة إصدار قرار برفض عقد المشاركة المتناقصة كلية باعتباره - في تصوره - عقداً فاسداً في أصله.

وأما البحث الرابع فهو لفضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة، فقد تناول في بحثه حديثاً مقتضباً عن الغاية المثلى من وراء فكرة الشركات في الإسلام، وحدد المراد بمصطلح الشركة وتقسيمها إلى شركة ملك وشركة عقد، وبيّن أساس العقد المتمثل في الوكالة والكفالة. وأشار إلى أن الشركات المعروفة في كتب الفقه تنتظم المفاوضة والعنان والوجوه والأعمال.

وتطرّق فضيلته لتعريف مجمل بالشركات الواردة في كتب الفقه؛ بدءاً بشركة المفاوضة التي اعتبرها مشروعاً بالإجماع لتعامل الناس بها، وأشار إلى أن هذه الشركة تجري في عموم التجارب وبيّن شروطها، وكذلك تناول شركة العنان والصنائع تعريفاً، ومشروعياً وحكمةً، ومجالاً وشروطاً، وإدارة، وتعرض لشركة الوجوه تعريفاً ومشروعياً، وحكمةً ومجالاً.

وبالنسبة لمسألة مدى صحة التكييف القانوني كون المساهم يملك حقاً ولا يملك حصة من موجودات الشركة، خلص إلى أنّ هذا التكييف القانوني غير مسلم به، لأنه يهمل جوانب مقررة شرعاً.

وأما أشكال الشركات الحديثة، فقد تناولها بصورة موجزة، حيث إنه لخص تلك الأشكال، وعرف بشركات المساهمة وخصائصها، وكيفية إنشائها، وأهميتها، وخلص إلى القول بجواز الشركات المساهمة الحديثة؛ لأنّ معنى الشركة متحقق فيها. على أنّ هذا الجواز لا يعني بالضرورة جواز جميع ما فيها من شروط أو أوراق مالية، واعتبرها - فضيلته - من قبيل الشركة التي تنطبق عليها قواعد شركة العنان، والمضاربة، وتعرّض لبيان أهم الأحكام الشرعية المتعلقة بها، وتناول أيضاً بالقول الموجز الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والتوصية بالأسهم والتضامن. والتوصية البسيطة والمحاصة، وبيّن أهمّ الأحكام المتعلقة بها.

وبالنسبة للشركات القابضة، عرّف بها، وبيّن الشروط التي يجب توافرها في شركة تسمى قابضةً، وتحدّث عن مزاياها، وأما ما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالشركات القابضة، فقد انتهى إلى القول بأنه لا حاجة لمعرفة أحكام الشركات القابضة على حدة، لأنها تنطبق عليها أحكام شركات المساهمة، وأشار إلى وجود مسألة مهمة يتأثر بها حكم زكاة الشركات القابضة وهي تعلق الديون الناتجة من نشاطات الشركات التابعة.

وأخيراً تناول الشركات المتعددة الجنسيات بالتعريف، وخلص إلى أن الأحكام المتعلقة بها وأحكام زكاتها لا تختلف عن الشركات القابضة، إذ إنها لا تختلف عن المساهمة إلا بكونها تعدد الدول التي تنشأ فيها.

وأما البحث الخامس: فهو لفضية الدكتور ناجي محمد شفيق عجم، عرّف بالشركة لغةً واصطلاحاً، وذكر أقسامها المتعددة التي تندرج تحت مفهوم الشركة، وتحدّث عن شركة الأبدان وشركة الدّين، ولم يلتزم في ذلك بالمنهج العلمي المتبع في تقسيم الشركات إلى أموال وأعمال، وتناول أنواع الشركات الحديثة بتقسيمها إلى شركات مدنية وتجارية، وشركات بالحصص وشركات بالأسهم، وشركات تتمتع بالشخصية المعنوية، وشركات ليس لها شخصية معنوية، وشركات أموال، وبيّن المراد بكلّ واحدة من هذه الشركات.

وبالنسبة للشركة القابضة، استعرض ما ورد فيها من تعريف، وأعاد نشأتها إلى قرن ويزيد، ورأى أن هذه الشركة قديمة وليست كما انتهى إليه الدكتور عبد العزيز الخياط من أنها في عام ١٩٨٠م، وتعرض لخصائصها، وإلى الأحكام الشرعية لأعمالها، فقد أشار إلى المبادئ الإسلامية التي يجب مراعاتها في الاستثمار والاسترباح، وخلص إلى القول بأنه إذا أصدرت الشركات القابضة سندات اقتراض بفائدة محددة حرم ذلك النوع من الكسب الحرام وكذلك القروض المشفوعة بزيادة محددة، أما إذا خلعت أعمال هذه الشركة من المحرمات وكان نشاطها في سلع مباحة أو خدمات مباحة، فلا حرج فيها. وفي نهاية الدراسة تناول فضيلته - حفظه الله - الشركات المتعددة الجنسيات، وتحدث عن زكاة أسهمها، وأشار إلى قرار المجمع الخاص بزكاة الأسهم.

وأما البحث الأخير للعبد الفقير فقد تعرّض فيه، للتعريف بالشركة لغة، واصطلاحاً، واستعرض تكييفات الباحثين للشركات الحديثة في ضوء الشركات القديمة، وأوضح أن تكييفاتهم للشركات الحديثة تتراوح بين إلحاقهم إياها بشركة العنان وشركة المفاوضة أو شركة المضاربة. وانتهى إلى القول بأنه ليس هنالك اتفاق في تكييف الشركات الحديثة؛ إذ إن بعضهم أحياناً يكتيف شركة بأنها من قبيل العنان، فإذا ببعض آخر يكتيفها بأنها من قبيل المضاربة أو من قبيل المفاوضة. وحاول الباحث أن يؤصل القول في جملة من الملحوظات المنهجية على تلكم التكييفات التي جاد بها فقهاؤنا المعاصرون وعلى الاكتفاء بالنظر إلى جانب من جوانب هذه الشركات، ثم الحكم عليها من خلال ذلك الجانب الذي لا يشكّل في معظم الأحيان عناصر جوهرية في ماهية الشركة.

وتوصّل الباحث كذلك إلى أن الاعتصام بالمبادئ الأساسية التي ينبغي الانطلاق منها عند تكييف عقد أو شركة حديثة على أسس لم تكن واضحة وبصورة واضحة.

لذلك اقترح الباحث جملة من المبادئ العلمية التي ينبغي الانطلاق منها عند الهمّ بتكييف معاملة أو عقد أو شركة حديثة، وتتمثل تلكم المبادئ في ضرورة البحث والتحقق من مدى توافر أركان العقود وشروطها في العقود والشركات والمعاملات الحديثة. كما ينبغي الاستناد إلى النصوص والقواعد

العامّة التي تحكم المعاملات والعقود في شرعنا بغية النظر في مدى انطباقها على الشركات والعقود الحديثة. بل دعت الدراسة إلى إعادة النظر في مكانة دليل الاستصحاب. في منظومة الاستدلال الفقهي في مجال المعاملات.

وانتهت الدراسة إلى إلقاء الضوء على مفهوم الشركات القابضة، وبيّن أهم خصائصها، وكذلك تعرّض لمصطلح الشركات المتعددة الجنسيات، وتعرّض لتكثيف الشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات، وانتهت إلى تقرير القول بأن الشركات القابضة تُعدّ من حيث الأصل والاستقلال مشروعاً وجائزة بحسبانها شركة تتوافر فيها الأركان والشروط المعتبرة التي يجب توافرها في الشركات والعقود في الإسلام، كما قرّرت أنها مشروعاً من حيث علاقتها بالشركات التابعة لها؛ لأن تلك الشركات مساهمة أو توصية تُعدّ مشروعاً وجائزة. وأما الشركات المتعددة الجنسيات أكدت الدراسة على كونها مشروعاً وجائزة إذا توفّرت فيها الأركان والشروط التي يجب توفّرها في العقود. وتعددية جنسيات الشركة لا تحول دون المشروعية أو الجواز، لأن ذلك لا يُصادم نصّ كتاب أو سنّة، ولا يُعارض قاعدة من القواعد المعتبرة في الشركات والعقود، فضلاً أن الغالب في هذه الشركة أن تكون من حيث النشأة والأصل مساهمة أو تضامناً أو توصيةً بالأسهم أو توصية بسيطة.

وبالنسبة لأحكام الزكاة للشركات القابضة وللشركات المتعددة الجنسيات؛ أكدت الدراسة بأن أسهم تلك الشركات ينبغي أن تُركّى؛ أسهم الشركات المساهمة التزاماً بالقرار الصادر من مجمع الفقه الإسلامي، وذلك بحسبانها كذلك نوعاً من أنواع شركات المساهمة، وبالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات بيّنت الدراسة أن أحكام الزكاة لها لا تختلف عن أحكام الزكاة بالنسبة لشركات الأموال وشركات الأشخاص؛ حيث إنها لا تخلو من أن تكون نوعاً من هذه الأنواع.

هذا عرض موجز لهذه البحوث التي بين أيديكم، وحاولت في النهاية أن أقدم مقارنة مبسطة بين هذه الأبحاث؛ بيّنت فيها أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بين البحوث.

أوجه الاتفاق بين البحوث المقدمة:

أولاً: لا تختلف تعريفات الشركات وتقسيماتها الواردة في هذه البحوث،

ولا يكاد بحث ينفرد بإيراد تعريف مختلف عن تعريفات الآخرين .

ثانياً: تتفق البحوث بصورة إجمالية على مشروعية معظم الشركات الحديثة إذا خلت من المعاملات الربوية، أو الغرر، أو سوى ذلك .

ثالثاً: ليس ثمة خلاف بين الباحثين على مشروعية الشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات إذا خلت تلكم الشركات من المعاملات الربوية، وذلك بحسبانها نوعاً من الشركات المساهمة التي يرى الباحثون مشروعيتها .

أوجه الاختلاف بين الأبحاث:

أولاً: تختلف البحوث في تكييفاتها للشركات الحديثة، حيث إن فضيلة الدكتور عبد العزيز الخياط، والدكتور حسين فهمي، يميلون إلى تخريج الشركات الحديثة بوصفها شركات من قبيل العنان، والمضاربة، والمفاوضة، وتجاوز الدكتور ناجي عن تكييف معظم الشركات ماعدا الشركات المساهمة .

وأما فضيلة الشيخ آية الله التسخيري، فإنه يجنح إلى الاعتداد بالعمومات الواردة في الكتاب والسنة في الوفاء بالعقود والشروط، ولا يميل إلى تخريج هذه الشركات بأنها من قبيل العنان أو المفاوضة . ولا يرى أن هذه الشركات الحديثة من جنس الشركات القديمة؛ ذلك لأنها لم تكن معهودة، ولأنها تشتمل على عناصر تشريعية خاصة بها .

ويرى العبد الفقير قطب رأياً قريباً من هذا الرأي، ولا يرى مبرراً لإلحاق هذه الشركات الجديدة بالشركات القديمة، وأن بينها بوناً شاسعاً، واختلافات جوهرية لا يستقيم معه القول بأن هذه الشركات الحديثة من جنس الشركات القديمة، وبدلاً من ذلك، فإن العبد الفقير كان يرى ضرورة النظر في مدى انطباق قواعد الشرع العامة وأركان العقود وشروطها على هذه الشركات، ولا ضير من الاعتداد بها بحسبانها شركات جديدة ذات خصائص ومزايا، وينبغي أن تكون لها أحكامها الخاصة بها في ضوء مقررات وقواعد شرعنا الحنيف . علماً بأن معظم الشركات تنطبق عليها بعض قواعد العنان، والمفاوضة، والمضاربة . وتخصيصها بإحدى هذه الشركات دون الأخرى فيه نظر . وخروجاً من الخلاف، واستعادةً لروح الانفتاح والاستيعاب التي تميز بها الفقه الإسلامي في عصوره الزاهرة، لا بد من تجاوز التكييفات التطوعية لما فيها من تكلفٍ يابأه منطوق

المرونة والسعة في ديننا الحنيف .

ثانياً: انفرد فضيلة الدكتور حسين بالدعوة إلى رفض المشاركة المتناقضة، وضرورة تجاوز ذلك المعيار الذي أعدته هيئة المحاسبة والمراجعة، ولكنه لم يقدم بديلاً لهذه الشركة .

ثالثاً: انفرد بحث فضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة باعتبار شركة المفاوضة مشروعاً بالإجماع، وعدّها فضيلة الشيخ التسخيري من الشركات الباطلة، كما أوضح العبد الفقير قطباً أنّ خلافاً لما قرره فقهاء الشافعية، الإمام الشافعي في الأم قال: إذا لم تكن المفاوضة باطلة فلا أعلم باطلاً في الدنيا. فكيف ينعقد إجماع مع غياب الإمام الشافعي؟! .

فإذن لم ينعقد الإجماع في هذا رغم أن فضيلة الشيخ علي التسخيري - حفظه الله - يرى أن المفاوضة من الشركات الباطلة، وأنها من الشركات التي لا تصح عندهم .

ويرى العبد الفقير أن المفاوضة لها مفهومان: مفهوم عند الحنفية، وآخر عند المالكية. ومفهومها عند المالكية يكاد يكون محل اتفاق ليس بدرجة الإجماع لكن عند جمهور القائلين به إذا قصد بالمفاوضة مطلق التصرف أو مفاوضة . . . التصرف في المال .

رابعاً: رأى فضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة أنّ التكييف القانوني يكون للمساهم يملك حقاً لا حصة غير سديد، ولا يسلم به، وأما فضيلة الدكتور حسين كامل فهمي، فإنّه رأى أنّ ذلك التكييف سديدٌ، ولم تتطرق معظم الأبحاث لهذه الجزئية .

هذا أهم ما جادت به قريحتنا المتواضعة إزاء هذه الأبحاث القيّمة، وأعتذر للأساتذة وأصحاب الفضيلة والمعالي عن أي تقصير في عرض هذه الأبحاث .
وأسأل الله عزّ وجلّ التوفيق، وأقول ما تسمعون، وأستغفر الله لي ولكم .
والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

* * *

ثانياً: المناقشة

الدكتور إبراهيم بشير الغويل (نائب الرئيس):

بسم الله الرحمن الرحيم، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

قبل أن نبدأ بتسجيل الأسماء، وبعد إذن السيد الرئيس الذي استأذنته في هذا الأمر فإن هناك ملاحظات على سير المناقشات أبداها بعض الإخوة من أصحاب البحوث. نحن تعودنا أن يبدأ العارض فيقدم هذا العرض الذي نرجو - رغم أنه وجيز - أن يكون وافياً لموضوعه واضحاً أمام الإخوة المناقشين، ولكن يبدو أن بعض الباحثين يشعر أن هناك بعض النقاط التي فاتت العارض، لذلك إذا رأيتم فلعلنا نعطي فرصة لأي من الباحثين حينما يرى أن هناك جانب من الجوانب المهمة قد فاتت العارض أن يكون من أول الأسماء التي تُعطى الكلمة دون أن نعطيه التعقيب في الأخير، لأننا نحن هنا لا نُعقب على بعضنا بعضاً، الباحثون يقدمون هذا العرض ويمهدون للنقاش، ثم يدلي كلُّ برأيه، ثم تكون هناك لجنة تقدم المقترح الختامي لكي يوضح ويوضح بين أيدي الإخوة الأعضاء وتتخذ القرارات، فإذا رأيتم ذلك فلعلنا الآن ونحن نبدأ بتسجيل أسماء المناقشين أو الذين يودون المساهمة في هذه المناقشة، نبدأ أولاً بالباحثين إن كان لديهم ملاحظات.

الشيخ آية الله محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله

وصحبه.

قبل كل شيء أودّ أن أشكر الأستاذ العارض على هذا العرض الجميل، وأشكر السيد الرئيس ونائبه على المنهج الذي اقترح، يعني قبل كل تعقيب يجب أن يُفسح المجال لأصحاب البحوث ليكملوا الصورة التي عُرضت لعلها لا تنسجم مع ما أرادوه ثم تبدأ التعقيبات. فأنا أؤيد منهجكم يا سيادة الرئيس. عندي نقاط سأوردها بسرعة:

الشركة الحديثة أعتبرها من باب الشركة في الحقوق لا الأموال . ونحن نعلم أن الشركة تتحقق إما بالعقد أو بسبب غير العقد، هذا السبب قد يكون قهرياً كالإرث، أو اختيارياً كالمزج، ورأيت بعض الفقهاء عندنا ينكرون الشركة العقدية ولا يرونها شركة صحيحة، ولكني أرى إنكارهم في غير محلّه، وقد بينت في حديثي النقاط التي يمتاز بها القول بصحة الشركة العقدية من حيث الالتصاق بالصحة والفساد، وجواز تصرف الملاك في المال المشترك، وتحقق الإشاعة الواقعية، وحصول الشركة بلا حاجة للمزج كما يشترط البعض . فهنا إذن في هذه النقطة وأكد صحة الشركة العقدية رغم الخلاف مع بعض الفقهاء، حفظهم الله .

النقطة الأخرى: عند الإمامية هناك شركات نُقل الإجماع على بطلانها، وهي:

شركة المفاوضات، شركة الوجوه، وشركة الأعمال والأبدان، وأعتقد أن هناك خلافاً في المصطلح حول المفاوضات . المقصود من المفاوضات هنا أن يتفق شخصان على اقتسام ما يحصل لهما من ربح، ويعملان بشكل مستقل . والوجوه: أن يشترك وجيهان لا مال لهما على أن يتناع كل منهما في الذمة إلى أجل . وشركة الأعمال: أن يعمل عاملان في محل واحد كلُّ بعمله، ثم يتقاسمان الأرباح .

استدل القائلون ببطلان هذه الوجوه بأدلة؛ منها: الإجماع؛ وهو إجماع منقول لا أعتدّ به . ولذلك أنا شخصياً - يعني كراي شخصي وليس كراي إمامي عام - أعتقد صحة كل هذه، ولا أرى الأدلة كافية في ذلك .

الشركة الحديثة قُسمت إلى تجارية ومدنية، واختلفت القوانين في وجود الشخصية الاعتبارية للشركة غير شخصية المشاركين، فبعض القوانين كالقانون الإيراني واليوناني لم يقلوا بالشخصية المعنوية الاعتبارية للشركة مستقلاً، والقانون الفرنسي وبعض القوانين التابعة قالت بالشخصية الاعتبارية .

أريد أن أقول: إن أهم نقطة في الشركة الحديثة وجود الشخصية الاعتبارية، فهل تضرّ في صحة هذه الشركة الحديثة؟ يعني الشخصية المستقلة عن العناصر المشاركة . فإذا كان أحد القوانين لا يقول بالشخصية الاعتبارية فلا مانع . يعني هذا العقد كعقد الشركة لدينا، أما إذا طُرحت الشخصية الاعتبارية فقد رأيت إشكاليين يطرحان حول وجود الشخصية الاعتبارية في الشركة:

الإشكال الأول: أنه لم يكن معهوداً في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام.

والإشكال الثاني: أنه لا دليل على صحتها.

أما مسألة عدم المعهودية، حُلَّت تقريباً فقهيّاً. قلنا: إن النظر في ﴿أَوْثُوقاً بِالْعُقُودِ﴾ إلى العقود العرفية المتعارفة، والشارع وضع نقاطاً قال: إذا توفرت في العقود هذه النقاط فهي عقود باطلة، مثل مسألة الغرر، ومسألة الغبن، إذا قيل بإبطاله للعقد، وإن كان الصحيح أنه... مسألة الظلم، ومسألة أكل المال بالباطل، إلى آخره. فإذا لم تتوفر هذه الأموال فالعقد عُرفي وصحيح ومقبول شرعاً. فمسألة عدم المعهودية لا أراها مشكلة.

بقي: هل هناك دليل على صحة أن يتفق المشاركون على شخصية اعتبارية للشركة؟.

استدلَّ البعض على بطلانها لعدم وجود دليل على المشروعية، والحقيقة أن أدلة القائلين بصحة هذا المعنى أراها قوية، فهم يقولون: إن ملكية الشخصية المعنوية عندنا أمر عقلائي، وقد أقرَّ الشارع بعض الموارد المشابهة، يعني عندنا: ملكية الجهة، ملكية الوقف، مملوكية الفقراء في قضية الزكاة، والزكاة للفقراء. الجهة تملك هنا وليس الفرد يملك. فهناك إذن موارد في هذا المعنى. وطبعاً أشكلوا وقالوا: هذه الموارد لها أدلة خاصة. أنا أرى أن نفس تعارف الأمر عند الشارع يعطيه نوعاً من المشروعية بعد أن قَبِلَ العقود العرفية.

الشيء الآخر: الشارع أجاز تصرفات العرف والعقلاء ما لم تُبتلى بالمحاذير، وهذه الشركة لا تُبتلى بالمحاذير المذكورة.

تمسك البعض بأصالة الحِلِّ، حَلِيَّة هذه العقود. لا أرى هذا التمسك صحيحاً لأنه يعارض بأصالة استصحاب عدم حصول الأثر العقدي، وعدم انتقال المال.

هناك تمسك جيد بقاعدة (الناس مسلطون على أموالهم)، وناقشها البعض بأنها واردة في التصرفات في العين وليس التصرفات العقدية، ولا أرى تخصيص هذا المعنى بالتصرفات العينية في الموضوع. فالتمسك بهذه القاعدة أمر صحيح. وبالتالي أقول في خلاصة البحث:

إن الشخصية الاعتبارية إذا لم تعتبر فلا مانع من الشركة، وإذا أُعتبرت في الشركة الحديثة فأنا أيضاً أرى أنه لا مانع منها بعد أن كانت مقصودة عقلاً، ومشمولة بأدلة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولم نجد عنها نهياً لدى الشارع.

شكراً جزيلاً، وأعتذر.

الشيخ عبد العزيز الخياط:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. إخواني الكرام أصحاب الفضيلة والسماحة:

بالأمس لم أستطع حضور الجلسات ولا أول أمس بسبب قاهر عارض، ولذلك لي ملاحظة بسيطة ليسمح لي فضيلة الرئيس أن أقولها بالنسبة لبعض الأبحاث أمس، ملاحظات بسيطة:

إن بحثي بالأمس حول الحقوق والقانون الإنساني والشريعة الإسلامية، تعرّضت لمسألة الإرهاب، ولا أدري إن كان ذكرت أم لم تذكر في التلخيص؛ قلت: إن الإرهاب الممنوع في الإسلام إرهابان: الإرهاب بمعنى الإفساد في الأرض الوارد في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا...﴾ [المائدة: ٣٣]، فهذا الإرهاب يمنعه الإسلام؛ من قطع الطرق، والاعتداء على الناس، إلى آخر ذلك. والإرهاب الممنوع كذلك إرهاب الوصاية الفكرية التي يُريد بعض الناس أن يفرضوها على الناس بالقوة، والإسلام حتى في الدين قال: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦]. والفكر الإسلامي واسع، والفقهاء والعلماء اختلفوا في حدود الشريعة الإسلامية.

ثم لي كلمة بسيطة فيما يتعلق ببحث الدكتور جعفر عبد السلام، هي ناحية تاريخية؛ ذكر أن قتيبة بن مسلم الباهلي دخل سمرقند دون أن يتقيد بالإنذار الذي أرسله لهم، وأنه في زمن عمر بن عبد العزيز رحمه الله، اشتكوا إليه فأمر أن ينسحبوا من مدينة سمرقند، وأن تُعرض القضية على قاضي الجند، فعُرضت وأمرهم بالانسحاب منها ثم وضعوا... الواقع ورد في بحثه أن قتيبة، رحمه الله، انسحب بأمر عمر بن عبد العزيز بواسطة القاضي، الواقع أن قتيبة بن مسلم الباهلي قُتل في زمن سليمان بن عبد الملك سنة ٩٦هـ، وأن عمر بن عبد العزيز

تولى الخلافة سنة ٩٩هـ، فالذي انسحب من سمرقند في زمن عمر هو قائد الجند في ذلك الوقت، لهذا لزم التنويه.

فيما يتعلق ببحثي في الشركة القابضة أنا أشكر الدكتور مصطفى سانو على تلخيصه القِيم، لكن فيه بعض كلمات أحب أن أنبّه إليها:

أولاً: لم أقل: إن سنة ١٩٨٠م صدرت بها القانون، الواقع خطأ مطبعي، والصواب هو ١٨٩٠م.

ثانياً: بعض الإخوة الباحثين ذكروا أن الشركات الحديثة مجموعها جائزة، والواقع أنه لا بد من التفصيل في هذا الأمر، وهذا التفصيل أوردته أيضاً في الشركة القابضة. فالشركة القابضة ليس على إطلاقها في جوازها، فكل أسهمها أن نقول من حيث كونها مساهمة جائزة وذلك بشكل عام، لكن ليس كل أسهمها صحيحة، فالأسهم الممتازة أسهم تعتبر باطلة وحراماً إذا كانت هذه الأسهم المقصود بها الامتياز على الأسهم الأخرى، وهذا الامتياز إنما يكون بزيادة، فبعضهم يزيد (٥٪) لصاحب السهم الممتاز، وبعضهم يزيد أكثر من ذلك، وبعضهم له حق أن ينتخب مرتان - يعني له صوتان في الانتخاب - وهذا باطل؛ لأن الأسهم ينبغي أن تكون متساوية؛ لأنه ليس هناك مالا ولا عملاً، وليس هناك ضماناً يستحقون به هذه الزيادة. ثم من ناحية أخرى وهي حق استرجاع الأسهم بكاملها دون خسارة لا تجوز، هذه الأسهم الممتازة.

ومن الأسهم كذلك توجد أسهم التمتع؛ وهي أسهم أيضاً لا يجوز إصدارها. لذلك لا بد أن نبين هذه النواحي ونشير إليها.

ثم بعد ذلك لا أدري من أين أتى الدكتور سانو بقوله: إنني أطبق قواعد شركة العنان والمفاوضة على الشركة القابضة. الواقع أنني لم أتحذث بهذه القواعد ولم أطبقها، إنما قلت: جوازها من حيث الشركة، جوازها وضع مالي إذا خلت من الربا. وجواز أسهمها إذا كانت هذه الأسهم ليست أسهماً ممتازة ولا أسهم تمتع. كذلك إذا أصدرت سندات من السندات التي يبيعها الإنسان الخالية من الربا.

ثم من ناحية أخرى ليسمح لي الأستاذ التسخيري وهو أخونا وأستاذنا أن

أقول له : اختلاف الرأي لا يفسد للودّ قضية .

شركة المفاوضة أجازها الحنفية على أساس التساوي بالأسهم ، وفي حال الخسارة يعودون على أموالهم الخاصة ، فلذلك أقرّها الحنفية وأنا معهم .

ثم شركة الوجوه كذلك ، أقرّها الحنفية بالصفة التي قالوا بها ، ولذلك اقتضى التنويه منّي .

وأشكركم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ الدكتور حسين كامل فهمي:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : شكراً للدكتور سانو على العرض الجيّد ، ولكن أودّ أن أنبّه إلى نقاط عديدة لم تذكر في الملخص الذي عرضه ، ومن أهم هذه النقاط :

أولاً: ذكرتُ أن شركة المحاصّة تشابه إلى حد كبير مع أحكام شركة المضاربة إلا أنها لا تستند إلى عقد معيّن بذاته ، وبالتالي يلزم تحديد تكييف شرعي محدد لها ، وإلا يُصبح الإطار الذي يتعامل الشركاء من خلاله فاسداً .

ثانياً: ذكرتُ أن كلاً من شركة التوصية البسيطة ، والتوصية بالأسهم ، والشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ تعتبر جميعها فاسدة على خلاف ما قاله الدكتور سانو ، وسبب ذلك هو عدم توافقها مع الشرط الذي اتفق عليه العلماء في جميع المذاهب ، إجماعاً تقريباً ، وهو: عدم تحميل أي شريك بنصيب من الخسائر يفوق نسبة حصته في رأس المال .

ثالثاً: أيضاً بعد استعراضي لكل من المصالح والمفاسد المترتبة على قرار تحديد مسؤولية المساهم في تغطية ديون الشركة بقدر حصته فقط في رأس المال؛ رأيت ترجيح العمل بالرأي القائل بتطبيق مبدأ المسؤولية غير المحدودة على جميع المساهمين بدون استثناء منعاً للظلم .

رابعاً: إنه بالأخذ في الاعتبار لكافة الاعتبارات الخاصة بعدم جواز تحديد مسؤولية الشركاء في الديون والخسائر التي قد تواجه الشركة ، مع ضرورة تعرّف

الشركاء على شخصية كل مساهم جديد في الشركة؛ وهو الرأي الذي يتفق مع ما هو معمول به في كلٍّ من المذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة؛ يرى الباحث ضرورة إصدار السهم الذي يُمثّل شهادة حق تملك حصة في أصول الشركة بأمر الشخص المساهم وعدم جواز إصداره لحامله .

خامساً: فصلتُ تفصيلاً طويلاً في موضوع الشخصية الاعتبارية، ومدى إمكانية اعتماد القول الذي يقول به القانون في انتقال ملكية أموال الشركاء إلى هذه الشخصية، واعترضت على ذلك شكلاً وموضوعاً، ووضحت ذلك تفصيلاً، وانتهيت باقتراح اقتصار دور الشخصية الاعتبارية في الشركات الحديثة على الإطار الشكلي فقط أو التنظيمي المحض المجرد من أي ملكية. وبناءً عليه ذكرت أنه يجب الاعتراف بواقعية الآراء المنقولة عن جمهور الفقهاء في المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية من أن ملكية المساهم أو الشريك لا تنفصل بأي حال من الأحوال عن أصول الشركة، وإنما تظل باقية في صورة حصة شائعة في مجموع أصول الشركة .

سادساً: فصلتُ في موضوع أسهم الشركات التي تتعامل أحياناً بالربا، ورأيت فيها ترجيح القول بعدم جواز شراء تلك الأسهم .

سابعاً: ذكرت أنه من الأجدى ترك أولوية الحرية لكل شريك في الشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسية في صرف الزكاة بنفسه إلى مصارفها، واستندت في ذلك إلى رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والحنفية وأحد قولين عند الشافعية، فضلاً عن أن هناك صعوبة في احتساب الزكاة المستحقة على الشركاء في كل من الشركة القابضة والشركات التابعة لها كلٌّ على حدة من واقع القوائم المجمعة لكل من المركز المالي وحساب الأرباح والخسائر، فضلاً عن تلبية رغبة كثير من المساهمين في التأكد بأنفسهم من وصول الزكاة إلى مستحقيها .

وشكراً لكم، وجزاكم الله كل خير .

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم صلّ وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه . السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

شكراً سيدي الرئيس لما أتحتمُّ لي من إلحاق ما قر في نفسي، وأنا أتابع مناقشات يوم أمس للموضوع الذي دُرس بعد الظهر، والذي أورد فيه فضيلة الدكتور الصديق الضرير فيه اعتراضاً، هو اعتراضٌ واقع ما له من دافع، فقد اعتبر حسب التكييف المقدم أنه في هذا العقد فيه سلفٌ ينشأ عنه زيادة وهو ربا. وأورد فيه أن فيه تعميم الذمتين، أو ما يُعبَّر عنه الفقهاء بابتداء الدَّيْنِ بالدَّيْنِ، وكلاهما محرّمٌ مُفسدٌ للعقد. ومع هذا فإنِّي أقول بصحة العقد، وإن الخطأ إنما وقع في تصوير العقد، ذلك أن عقد المقاول هو عقد يُعطى فيه العاقد الأول (المالك) الأرض ليقم عليها المقاول إما بناءً وإما مطاراً وإما طرقاتاً سريعة وإما جبلاً ليهده أو ليبني نفقاً، فملكية العاقد هي ملكية دائمة، والمقاول عندما يأتي لإحداث شيء فيه هو يُسلم في كل لحظة من اللحظات ما يقوم به من أعمال وما يقدمه من مواد أولية وما يُضاف إلى ذلك من عمل الصُّنَاع؛ فلا يكون في هذا العقد ذمة بذمة، ولكنه عقد يقبل فيه المقاول في ذمته أن يقوم بهذه الأعمال وهو يُقدمها شيئاً فشيئاً؛ ثم يقع الحساب بعد مدة معيّنة ليأخذ المستحقات التي قدمها. وبناءً على هذا فانتفى أن يكون هناك ذمتان، وإنما هي فقط ذمة صاحب الأرض التي هي معترّة بالمقدار المالي الذي عليه أن يدفعه للمقاول، ويدفعه له شيئاً فشيئاً حسب تقدّم الأشغال.

وبناءً على هذا فإن العقد صحيح، والتكييف الذي كُيِّفَ به وقُدِّمَ به، والتصوير الذي صُوِّرَ به من العارضين هو تصوير تنقصه الذمة.

أما القضية الثانية؛ وهي المقاول من الباطن؛ يُقال فيها بالنظر العام: هي مقاول من الباطن ولكنها في الحقيقة مجموعة من المقاولات، ذلك أن هذه البناءات الحديثة فيها قسم للكهرباء، فيها قسم إلكتروني، فيها قسم لمنع نزول الصواعق، فيها قسم للهواتف، فيها قسم للصوت ولا بد منه، بالنسبة للطرق فيها حفظ الطريق وحفظ المارة فيه، فهذه كلّها لها اختصاصات معيّنة ولا توجد شركة مهما عظمت ومهما كبرت تستطيع بمفردها أن تقوم بجميع ما يجب.

ولهذا حضرت مع بعض هؤلاء المقاولين الكبار في جلساتهم هم يستدعون قبل أن يُقدموا على قبول المقاوله يستدعون شركات أخرى لها اختصاص ويتحدّثون معها، ثم إنهم يقيّمون القيمة الإجمالية على أساس ما يتفقون عليه مع

هذه الشركات الخاصة . فإذا أخذ هو في ذاته القيام بالعمل فربُّ الأرض لم يشترط عليه أن يقوم بها بنفسه ، وإنما هو يقوم به بواسطة أعوان ، هؤلاء الأعوان منهم أعوان للبناء ، ومنهم أعوان للكهرباء تتكفل بهم شركة ويتفق معها ، ومنهم أعوان في التجهيزات الهاتفية يتحدّث معهم ويقومون بالعمل . فالمقاوله من الباطن - كما اصطلح عليها - ليس فيها أرباحٌ تأتي بغير حق ، ولكنه هو مجهود قام به صاحب العمل (المقاول) وتخيّر من بين الشركات من هو أصلح على تنفيذ الشروط وعلى القيمة التي تتناسب مع القيمة الجمليّة التي أخذ بها مجموعة المقاوله . فالربح الذي يحققه هو حلال ، وكذلك صاحب الشركة من الباطن ما دامت العقود بينهما عقوداً صحيحة .

والله أعلم ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ ناجي محمد شفيق عجم:

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين .

أشكر أولاً الدكتور قطب سانو على عرضه لهذه الأبحاث ، وأقول : إن موضوعنا اليوم في الشركات الحديثة ، وأما الشركات التي ذكرها الفقهاء بألوانها وإعطائها أسماء ما ، كفانا الفقهاء بأحكامها .

نتكلم في الشركات الحديثة بأنواعها وأسمائها الجديدة ، وأرى أن هذه الشركات مهما حملت من أسماء فهي وسائل استباحية ، ولا ننظر إلى الأسماء ولا إلى الشكل وإنما ننظر إلى المضمون ، وهذا المضمون إن كان فيه ما يخالف الشرع بيّناته وبيّنات البديل . من استعراضي لنشاط الشركات الاستباحية الحديثة سواء كانت المساهمة أو التوصية البسيطة أو التوصية بالأسهم أو المحاصة أو ذات المسؤولية أو غيرها ، حتى القابضة ، فإنما هي أسماء ، ننظر في أصل تعاملها وجوهر نشاطها ؛ فإن كان مباحاً فهو مباح ، وإن كان محرّماً كشركات اللهو أو كشركات تصنيع المواد المحرّمة كالخمر وغير ذلك فنعترض على ذلك . فما أرى في قضية الشركات الحديثة أن نتوقّف عند الأسماء وإنما عند المضمون ، فالذي رأته من الأعمال المحرّمة في هذه الشركات الحديثة أن بعضها يتعامل بالربا

إقراضاً واستقراضاً، وأن بعضها لها وسائل لا تتفق مع العدل؛ كإصدار أسهم التمتع وأسهم الامتياز، وكذلك التعامل بسندات الاستقراض وتداول هذه المستندات، فهذه هي الأمور التي ينبغي أن يُوصى بأنها محرمة.

وهناك قضية أخرى أشرت إليها، وكنت أتمنى من العارض أن يوضحها؛ وهي أن هذه الشركات فعلاً لها شخصية اعتبارية حكومية، ذمة مالية مستقلة، وهذا الأمر قد حسمه الفقهاء؛ مثل الأوقاف ذمتها مستقلة عن الواقف والموقوف لهم، فلا ينبغي التوقف في هذه القضية ما دام أن الإسلام قد حسمها، وانتقل إلى غيرها.

موضوع الزكاة أو الشركات المتعددة الجنسيات، يعني هذه كذلك تبقى عندها وسيلة لأن يتخلص بعض أصحاب الشركات من الضرائب في بعض الدول، أو يستفيدون من الأيدي العاملة الرخيصة، أو ينشؤون شركات في أماكن المواد الخام تكون فيها رخيصة، ويوفروا فيها نقل هذه المواد الخام، فهذه الشركة جائزة لا اعتراض عليها. أما قضية الزكاة فهذا المجلس الكريم قد حسم القضية في زكاة الأسهم في الشركات، ويمكن أن تقوم الشركة بنفسها بإخراج الزكاة، وإذا لم تقم فيقوم أصحاب الأسهم (ملأك الأسهم) بإخراج هذه الزكاة إن كانوا قصدوا بها التجارة فترزكى كلها، وإن لم يقصدوا بها التجارة وقصدوا بها الاستغلال أو الاسترباح فحينئذ تكون الزكاة على الجزء التجاري من نصيب السهم والأرباح.

والله أعلم.

الشيخ محمد الفجيمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد ﷺ، وعلى آله وصحابه أجمعين.

أما بعد: بداية هناك ملاحظة منهجية على الأبحاث؛ كلها ليس لها خاتمة ولا نتائج إلا بحث فضيلة الدكتور قطب مصطفى سانو، وهذا أمر مُتعب، فإن الإنسان يريد أن يخرج بنتيجة عامة، فيضطر إلى أن يقرأ البحث ويقوم هو بتلخيصه.

لي على فضيلة الشيخ التسخيري ملاحظة؛ أتمنى لو ذكر المذاهب الأخرى غير الإمامية في بحثه القيم حتى يظهر الرأي الفقهي المقارن في النهاية.

وقد أكد فضيلته على نقطة رائعة وممتازة؛ وهي أنه قال: إن الشركات الحديثة مصدرها غربي، وطالما أن مصدرها غربي فمن الخطأ أن نبحث عن قياسها على الشركات القديمة، بل ننطلق كما أكد الدكتور قطب، وكما قلنا بالأمس في بحثنا في موضوع عقود المقاوله... بأن هذه الشركات صناعة غربية، ونحن استوردناها من الغرب وجئنا بها كما استوردنا كثيراً من الأمور. فهي وُضعت في بيئة معيّنة ونشأت في بيئة غربية معينة؛ فقياس هذه الشركات على الشركات القديمة فيه نوع من الصعوبة ونوع من التلفيق، لدرجة أن فضيلة الدكتور سانو قال: إن بعض الباحثين قد جعل بعض الشركات عنان ومفاوضة في آن واحد، وهذا أمر طبعاً مستحيل، والسبب الذي أوقعنا في هذا محاولة التلفيق، أما لو بحثناها على أنها شركات حديثة - كما قال ابن القيم كما ذكرنا كلامه بالأمس - أن نتحدث عن هذه الشركات بأنها شركات حديثة، وننطلق من الأركان والشروط والقواعد العامة؛ لوصلنا إلى نتيجة.

أيضاً الدكتور سانو لي على فضيلته ملاحظتان أتمنى أن يتقبل الملاحظتين بصدر رحب. ففضيلته قال: «وما نشأة المذاهب الفقهية والعقدية»، الحقيقة الفقه نعم، الخلاف فيه محمود، أما الخلاف في العقيدة هو مذموم، ونحن نريد أن نعتصم بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ في مجال العقيدة، أما الفقه فكلُّ يؤخذ من قوله ويُرد، أما العقيدة فلا ينبغي إلا أن يكون لها مصدران وحيدان فقط هما: الكتاب والسنة.

أيضاً فضيلة الدكتور يُنكر على الفقهاء المتأخرين أن يقيسوا على الشركات القديمة، ولكنه لما جاء في الشركة القابضة أيضاً قال: إنها إما أن تكون مساهمة، وإما أن تكون توصية، وإما أن تكون محدودة، فهو أيضاً وقع فيما نهى عنه، وكنت أتمنى أيضاً أن يتعرّض للشركة القابضة على أنها شركة حديثة ومختلفة عما سبقها من الشركات حتى الحديثه ويتحدث عنها بشكل مستقل، علماً أن فضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة وفضيلة الدكتور ناجي جزما بأنها شركة مساهمة، وهذا هو الذي يظهر لي بأن الأغلبية الساحقة يرون القابضة هي عبارة عن شركة مساهمة.

هذا ما أردت أن أقوله، والله الموفق والهادي إلى سواء الصراط المستقيم.

الدكتور إبراهيم الغويل (نائب الرئيس):

لي ملحوظة قانونية (Holding Company) والتي هي (القابضة)؛ من الممكن أن تكون بأي شكل من أشكال الشركات؛ غرضها يكون متوجّهاً إلى الاستثمار في غيرها من الشركات وليست مباشرة العمل.

الشيخ علي السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله.

شكر الله لإخواننا الباحثين على ما بذلوه، وعلى ما بذله الأخ الكريم العارض. يوجد اتجاه إلى أن نردّ الشركات إلى أصلها في الفقه الإسلامي، واتجاه آخر إلى أن ننسخ من تراثنا وأن نبدأ النظر من جديد. والذين قالوا بأننا يمكن أن نردّ هذا إلى الشركات في الإسلام أعتقد أنهم أصابوا؛ فكل شركة يمكن أن ننظر إليها في ضوء الشركات السابقة التي تقوم على أساس العمل والمال والضمان. الشركات الحديثة أيضاً المشروعة تقوم على هذا. ولذلك لا يوجد صعوبة في أن نردّ الشركات المعاصرة إلى أصلها، وبذلك نستطيع أن نعرف الحِلّ والحرمة. يعني: مسألة الأصل في المعاملات الإباحة، نعم، لكن ليس كل معاملة مباحة وبالذات في الشركات المعاصرة والتي تقوم على الربا والميسر والحرام، هذه شركات ممنوعة.

بالنسبة للشركات القابضة، أرجو أن ننظر إلى أهدافها ونشاطها، فأحياناً يكون الهدف هو الإضرار بشركات صغيرة، أو الاحتكار، فإذاً لا بدّ أن ننظر إلى الهدف: هل هو جائز أم غير جائز؟ ثم النشاط، معروف النشاط في أسهم وسندات أوراق مالية، النشاط الغالب كما ذكر الإخوة الباحثون في الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، والأسهم والسندات لها حكم خاص معروف. بالنسبة للسندات ذات الفوائد الربوية معلوم أن هذا لا يجوز، والأسهم أيضاً لا تجوز إذا كانت تشتمل على شيء محرّم، ولذلك القرار الذي اتخذته مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بأن الشركات التي نشاطها حلال لكنها تتعامل بالربا

لا يجوز التعامل في أسهمها، ويَبَيِّن السبب؛ وذلك لأن المساهم شريك، فكل عملية ربوية هو شريك فيها. ولذلك تُرَجِّح أيضاً قول القائلين بأن المساهم يملك حصة شائعة وليس مال الشركة مثل الوقف، الوقف غير مملوك لأحد فهو حبس للعين وتسييل للثمرة إنما هنا العين نفسها مملوكة لأصحابها، فإذا هنا يُطَبَّق على الشركات المساهمة أن المساهم يملك حصة شائعة في هذه الشركة، وبذلك يكون التحليل والتحرير يرجع إلى طبيعة عمل الشركة.

بالنسبة لتحرير أصول شركة المصارف الإسلامية لأن الديون أكثر، هذا يحتاج في الحقيقة إلى بحث موسَّع وإلى اتخاذ قرار، لأنه إذا قلنا بأن أسهم المصارف الإسلامية غير جائزة؛ لم يبقَ عندنا أسهم جائزة لأن باقي الأسهم تتعامل بالربا والميسر، لكن هنا نحدِّد الهدف من تملك السهم، الذي يمتلك سهم مصرف إسلامي ما الهدف؟ هل هدفه شراء الديون؟ هذا ما خطر بذهنه، بل لا يعرف الديون التي على الشركة، هذا يختلف عن القرار بالنسبة لصكوك المقارضة، لأن صكوك المقارضة محصورة في مشروع معين، فالداخل داخل من أجل المشروع، إنما المشتري لسهم بنك إسلامي لم ينظر إلى الديون الموجودة، وما نظر إلى الأعيان الموجودة، وإنما نظر إلى ما يحققه المصرف من أرباح وإلى مدى نجاحه. فإذا هنا أرجو من المجمع الموقر أن يتخذ فيها قراراً لأنها قضية خطيرة إذا قلنا بتحرير التجارة في أسهم الشركات الإسلامية.

الشركة المتناقضة المنتهية بالتمليك: القول بتحريرها على إطلاق؛ قول فيه نظر، لأن هناك قواعد معينة ما التزمت أصبحت هذه الشركة جائزة، وفعلاً في التطبيق العملي موجود هذا التطبيق بالنسبة للشركات المتناقضة.

مسألة الزكاة في عروض التجارة والنقود الورقية، وحصر الزكاة في الحبوب والأنعام والذهب والفضة، أعتقد هذا القول تجاوزناه، لم نعد بحاجة إلى أن نقول بأن الزكاة في عروض التجارة جائزة، والزكاة في النقود الورقية أن لها ما للذهب والفضة من أحكام، أعتقد أن هذا القول تجاوزناه ولا نعود لمثل هذا القول، وإنما يمكن أن القرار يؤكد.

وأرجو في القرار تأكيد أن الشركات التي تتعامل بالاقتراض من البنوك الربوية، أو الإيداع في البنوك الربوية، وبالذات بعد أن شاع مؤخراً أن هذه البنوك

ليست ربوية وإنما البنوك الإسلامية هي أبعد عن الإسلام وهذه أقرب للإسلام، أرجو أيضاً أن نتخذ من بحث الشركات قراراً يُرَدُّ فيه بطريقة غير مباشرة على ما بدأ يشيع في وقتنا الأخير.

والحمد لله ، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله .

الشيخ جاسم الشامسي:

بسم الله الرحمن الرحيم ، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

كما أظن أن أهم الشركات التي طُرقت هي شركات الأموال؛ وأهمها شركات المساهمة . شركات المساهمة فيها إشكاليات كثيرة قد تُطرح، منها: معرفة هل هو صواب أم خطأ بالنسبة للحيل التي تكثر في هذه الشركات؟ مثلاً قد تكون الشركة في حالة مالية - كالبنوك طبعاً باعتبارها شركة مساهمة - تكون أرباحها ضئيلة بالنسبة للشركات في الدولة أو في القطاع العام؛ هنا تقوم بحيلة كأن تطلب من المساهمين التنازل عن ربحيتهم للمودعين من أجل جذبهم وعدم سحب أموالهم، ما مدى جواز ذلك؟ .

كذلك شركات المساهمة التي تحاول التغلب على بعض الشروط، فتقوم بتسجيل نفسها في دول تقبل التسجيل بمقابل مالي، يعني مجرد حيلة .

كذلك ما يدخل في شركات المساهمة الكبيرة من غسل للأموال، وهذه كلها إشكاليات وحيل . كيف تُحل هذه الأمور من منظور الفقه الإسلامي؟ .

كذلك من الموضوعات التي أريد أن أطرحها مسألة تحديد الذمة للمشاركين، وانفصال ذمة الشركة عن الذم المالية الشخصية، خاصة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة . هذه المسألة حتى في المحاكم والقضاء يمدون مسؤولية الشريك في الشركات ذات المسؤولية المحدودة حتى لأمواله الخاصة، ما موقف أحكام الشرع الإسلامي من هذه المسائل رغم واقعيتها؟ .

كذلك نريد طرح مسألة: في شركات مالية كالشركات المساهمة وغيرها تُحوّل نشاطها المالي مما يعتبر حراماً إلى حلال كالمصارف وغيرها، وكذلك استقطاع جزء من نشاطها الكلي المشبوه إلى نشاط جزئي حلال، فما هي الحلول لهذه الشركات؟ .

كذلك طرق التمويل والتخلص من الحرام، وهذا الأمر مثار الآن بين الناس .

المسألة الأخيرة وهي دخول المسلمين في الشركات المساهمة، وإذا أرادت أن تتخذ نشاطاً أو أمراً غير متفق مع الدين الإسلامي، وطُرح ذلك في اجتماع جمعياتها العمومية، واعترض الشريك المسلم أو من يتورع ويخاف الله على ذلك ولكن الغلبة لغيره، فهل يتحتّم عليه الخروج من الشركة أو أن اعتراضه في الاجتماع يُبرّؤه من الإثم؟ .

نريد البحث في هذه المسائل، وشكراً .

الشيخ حمداتي ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد .

لي ملاحظة على جلسة أمس؛ المرجو من المنصة أن تتقبلها كنقطة نظام، وهذه النقطة سبب تدخلني اليوم .

فيما يرجع للملاحظة: إن موضوع أمس موضوع هامٌ يشغل بال المسلمين في ارتباطاتهم مع العالم، موضوع حقوق الإنسان والإرهاب والارتداد والجهاد والكفاح الوطني من أجل التحرر والاعتناق. هذه حالات تتطلب منا تحديد المصطلحات وتمييز بعضها عن البعض، ثم تتطلب منا أيضاً شرح الإسلام لحقوق الإنسان؛ وهو الذي مهدها ووضع قواعدها قبل كل القوانين وكل الضوابط الموجودة بعدة قرون، فينبغي أن نوضح كمسلمين للعالم هذا الموضوع، وأن نبين أن الذي احترم الإنسان وأعطاه فوق الحق أعطاه التكريم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: 70]، والتكريم فوق الحق؛ هو الإسلام، ولكن نحن غبنا عن الساحة، وتركنا غيرنا يقدّمنا لأعدائنا وهو عدو لنا، هذا لا ينبغي أن يُجعل موضوعاً استطرادياً تخصص له نقطة من بين النقاط التي تدارسها، هذا ينبغي أن يكون موضوع مؤتمر لهذا المجمع تدرس فيه كل هذه الأحوال، فما ينزل بالمسلمين اليوم من الجماهيرية العظمى إلى الشيشان إلى فلسطين إلى لبنان إلى الشعب العراقي إلى كل مسلم في أي بلد، هذا يتطلب منا أن نعقد مؤتمراً إسلامياً نحدّد فيه موقف الإسلام من هذه الأمور بكل جرأة وبكل وضوح وبكل أمانة، لأن

لدينا ما يرفع رأسنا في العالم . إذن ما كان ينبغي أن تكون نقطة حقوق الإنسان ، ونقطة تحديد مفهوم الجهاد، ونقطة تحديد مفهوم الدفاع عن النفس في إطار المقاومة الوطنية؛ نقطة عابرة نعطي الكلمة لزيد ونمنعها من عمرو، ونترك لعمرو يُعقب، وعمرو لا يعقب، لأن المسألة أكبر من حجمنا كدول مسلمة .

هذه هي ملاحظتي على ما وقع بالأمس أرجو من المنصة أن تتقبلها بصدور رحب، وأرجو أيضاً أن تضع هذا الاقتراح في موضوع الدرس حتى لا يبقى المسلمون يُحكمون بقواعد غير قواعدهم ومن محللين غير مسلمين .

أما النقطة التي أردت أن أتكلّم عنها . . . أسماء وأشكال تكوين الشركات، لكن فيه نقطة واحدة تجمعها كلها وتشكل قاسماً مشتركاً بينها؛ هو أن الإسلام يشترط في الشركة إذا كان طرف من أطرافها غير مسلم أن تكون الإدارة للمسلم، والقضية فيها حديث موقوف على عبد الله بن عمر، وفيها حديث عن حذيفة بن اليمان، فهذه الآثار كان ينبغي أن يُشار إليها؛ لأن مالكاؤهم هذه الشركات سدّاً لذريعة الاتجار بالمحرّمات وسدّاً لذريعة الربا، بينما الشافعي أجازها إذا كانت الإدارة بيد المسلم .

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ إبراهيم الغويل (نائب الرئيس):

شكراً للأخ حمداتي، والحقيقة أمس حاولنا بالنسبة للموضوع الذي أشار إليه تكلم فيه أكبر عدد من المتحدثين، وحاولنا أن نحصل لهم على حصة من الجلسة المسائية، ولكن ذلك لم يكن مطلوباً أو مرغوباً من الإخوة المشاركين الآخرين، أيضاً أودّ أن ألاحظ أن موضوع حقوق الإنسان وكل هذه القضايا من الممكن أنها ستكون أمامنا في الموضوع السابع فيما يتعلق بالنظام العالمي الجديد، والعولمة، والتكتلات وما يتعلق بها، ووضع العالم الإسلامي في ظل هذه الأمور من النظام العالمي الجديد والعولمة، وموضع العالم الإسلامي كموضوع اتهم، فلعلّ ذلك يتيح فرصة أوسع، ولعلّ الإخوة أخذوا ذلك في الاعتبار .

أيضاً من الممكن أن تكون اللجنة، ومن الممكن أن يكون الإخوة الأعضاء يُصدرون توصياتهم بعقد مؤتمر خاص لهذا الأمر أو ندوة حول هذا الأمر . وشكراً .

الشيخ عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

واضح أن الموضوع المطروح للحوار والنقاش هو (الشركات القابضة)، لكن يلاحظ على بعض البحوث أنها خرجت عن هذا الموضوع ودخلت في قضايا عديدة، حتى بعضها قد استقرت أمور الفهم الفقهي لها؛ فيما يتعلق مثلاً بموضوع الشخصية الاعتبارية ومحاولة بعض البحوث أن تطرح فكرةً جديدةً، وأن تُطالب - مثل بحث الدكتور حسين كامل فهمي - بالفصل بين الملكية في الشخصية الاعتبارية وبين الإطار الشكلي أو التنظيم المحض لها، والمطالبة بأن تكون الشخصية الاعتبارية إطاراً شكلياً أو تنظيمياً، ولا أدري عند ذلك ما معنى الشخصية الاعتبارية؟ وما فائدتها؟ الشخصية الاعتبارية هي أساسها الجهة، أو ملكية الجهة وحتى في عنوانها (ملكية الجهة)، يعني: الجهة تملك، وبالتالي تتصرف في إطار المعايير المقررة لكل نوع من أنواع الملكية التي تملكها الجهة بحسبها .

ثم أيضاً محاولة التعميم في قضية الشركات للوصول إلى موضوع المشاركة المتناقضة بموقف عابر وسريع بأنها شركة فاسدة، رغم أن هذا الموضوع عُرض في الدورة الماضية، وكنا نأمل في الواقع - لأنه أجل (موضوع المشاركة المتناقضة) - أن يكون أحد الموضوعات المدرجة على جدول أعمال هذه الدورة، وبخاصة أنه كتب فيه عدد كبير من الإخوة، ولم يكن هنالك إلا بحث واحد يتحفظ على هذا العقد، ولا أدري لماذا لم يُدرج في هذه الدورة على أهميته وجريان العمل به على نطاق واسع في البنوك الإسلامية، واستقرار الأمر عند كثير من العلماء الكبار في تأصيل قواعده وبيان ما يتعلق به؟! .

فليس من المناسب أن تنشر مثل هذه البحوث فيما بعد، وتحسم هذه القضايا بهذه الطريقة دون أن يكون هنالك مجال لمناقشتها وحوارها وما يتعلق بها؛ لأنه عند ذلك نشر مثل هذا الكلام دون أن يأخذ حقه من التمحيص والدراسة والتأصيل قد يسيء إلى الخط الذي يتبناه المجمع؛ من حيث إنه يصل إلى قراراته بعد بحث واستقصاء وتعريف، قد يقال: إن المجمع مسؤول عن قراراته، لكن المجمع أيضاً مسؤول عما ينشر من بحوث في مجلته ويعرضها للكافة، وبالتالي

إذا لم تكن هذه البحوث قد نالت حقها في كل جزئياتها من المناقشة؛ وإلا فليلتزم كل باحث بالموضوع المطروح، ويجعل بحثه في القضية المطلوب البحث فيها؛ لأنه حولها يدور النقاش، ولا يمكن أن يقبل الدخول إلى آفاق عديدة لتحرير آراء مسبقة دون أن تأخذ حقها من النقاش والحوار.

فيما يتعلق باقتراح أن تكون مسؤولية الشركاء في الشركات الحديثة غير محدودة لما يملكون؛ نحن أمام صيغ يجري عليها العمل، وهي المطلوب بيان الرأي فيها، أما اقتراح أشياء نظيرية لا تمس الواقع ولا تعالجه فهذا في الواقع يخرج بالمجموع عن رسالته.

أما فيما يتعلق بموضوعنا؛ فواضح أن المسار العام للبحوث هو إقرار هذه الشركة في قواعدها وأصولها، لكن لا بد من قيود على هذه الشركة بمنع ما هو محرم. لذلك لا يُقبل في الواقع في العبارات التي أُطلقت في بعض البحوث أنها شركات أنشئت من أجل الاحتكار؛ إذا أنشئت من أجل الاحتكار يجب أن تُحرّمها وننتهي منها من البداية، لكن عندما نذهب وننظر في أغراضها وما تُنشأ من أجله وما تقوم به؛ فكثير منها مقبول ومشروع وفيه مصلحة للمجتمع، ويحقق رفقاً لآليات الاقتصاد وفعالياته، وبالتالي لا ضير ما دام لا يخالط أعمالها ما هو محرم، شأنها شأن أي شركة قلنا بحلّها؛ كموضوع الشركات المساهمة بصفة عامة.

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ الدكتور محمد شبير:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.

أما بعد، الشكر موصول للإدارة والمنظمين والعارض للبحوث وأصحاب البحوث على بحوثهم القيّمة.

أنا لم أقرأ إلا بحثين في الحقيقة؛ لأن البحوث الأخرى لم تصلني، والبحث الأول هو لفضيلة الأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط، لي بعض الاستفسارات على هذا البحث.

أولاً: جاء في البحث: استثمار الشركة لأموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية، وأفرد لكل واحد بحثاً مستقلاً ولو كان مختصراً؛ فهل الأوراق المالية مُعايرة للأسهم والسندات، أم أنها تجمع بين الأسهم والسندات؟ فإذا كانت تجمع بين الأسهم والسندات فإذن لا داعي لبحث الأوراق المالية ببحث مستقل، ويكفي بحث الأسهم والسندات؛ لأن الأوراق المالية كما هو معروف هي الصكوك التي تصدرها الشركات أو الدول من أسهم وسندات كما هو معروف في الأنظمة المعاصرة.

وأما الاستفسار الثاني: فهو يتعلق بأسهم التمتع، وقد رأينا فضيلة الأستاذ قد قسّم أسهم التمتع إلى قسمين: قسم جائز، وقسم غير جائز، مع أن المعروف أن أسهم التمتع هي التي تستهلكها الشركة بأن تردّ قيمتها كاملة إلى المساهم، ويبقى صاحب الأسهم شريكاً وله الحصول على الأرباح وحضور الجمعية العمومية والتصويت، فكيف يكون شريكاً وقد استردّ قيمة مادفعه وكل الأموال التي دفعها؟! فأسهم التمتع هي تنحصر في ردّ قيمة الأسهم إلى المساهم وبقائه شريكاً في الأرباح والتصويت وغير ذلك. هذا بالنسبة لبحث الدكتور عبد العزيز الخياط.

البحث الثاني بحث الدكتور قطب مصطفى سانو، لي نقطة منهجية على البحث. الباحث تكلم وتوسّع في المقدمات مع أن الأصل في البحوث التي تُعرض في مثل هذه المؤتمرات أن تركز على النقطة الأساسية المراد بحثها؛ فالقضية المطروحة هي: الشركة القابضة، فينبغي في الحقيقة أن ندخل في صلب الموضوع مباشرة ولا داعي لذكر أنواع الشركات في الفقه الإسلامي، وأنواع الشركات في القانون المعاصر، وغير ذلك، والتكليف، أربعة وعشرون صفحة كلّها خارجة عن الموضوع، ثم بعد ذلك حينما جاء يتكلم عن موضوع الشركة القابضة اختصرها اختصاراً شديداً، وتكلم عن زكاة هذه الشركات، وهل تجب فيها الزكاة أم لا؟ أيضاً هذا خارج عن موضوعنا؛ لأن الموضوع هو تأصيل الشركة القابضة، هل هي جائزة أم غير جائزة؟ وبيان التكليف الشرعي لها.

كان الأولى في الحقيقة بمن يكتب في هذه البحوث أن يُركّز على أمور معيّنة، هذه الأمور: لا بد من إبراز العناصر الأساسية لكل شركة، ولا بد من بيان العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، ولا بد من بيان القصد من هذه الشركات،

والتركيز على القصد؛ لأنه يُعين في تكييف الشركة، ويؤدي إلى الوصول إلى الحكم الشرعي فيها.

إذا نظرنا إلى الشركة القابضة نجد أن قصدها الهيمنة على الشركات، وهذا منهج يتنافى مع الشريعة الإسلامية. الهيمنة بحيث يكون لها السيطرة والقدرة على التحكم في الاقتصاد والاحتكار وغير ذلك، هذا بالإضافة إلى أن الشركة القابضة تستثمر أموالها في أشياء محرّمة: في البنوك الربوية، وفي الأسهم المحرّمة، والتي غير معروف مصدرها من حلال أو حرام أو غير ذلك. فينبغي في الحقيقة أن نبين الحكم الشرعي من خلال العناصر الأساسية والمقصد الأساسي من هذه الشركة.

وشكرآلكم.

الشيخ الدكتور إبراهيم الغويل (نائب الرئيس):

الحقيقة: إن التعريف بهذه الشركات قد يفتد أحياناً؛ لأن البعض يريد أن يعرف كل الأنواع، إنما الشركة القابضة لا تختلف عن باقي الشركات، وقد تكون بأي نوع من أنواع الشركات ولكن تختلف في غرضها وهدفها الأساسي، وهذا هو الأمر الذي كنت أود أن يكون هو محل المناقشة، أيضاً الشركات المتعددة الجنسيات ليس المقصود من ورائها أن تتعدد الجنسية في الشركات، الشركات المتعددة الجنسيات إنما أنشئت لتكون في بعض بلاد العالم الثالث، أو العالم الذي يُستثمر ويستغل؛ بحيث إنها تأتي في نفس هذه المناطق، وتستطيع أن تستفيد من اليد العاملة الرخيصة وتستفيد من المواد الأولية الرخيصة في موقعها، وتحتفظ بنفس الأثمان ونفس الأسعار مما يحقق استغلالاً وأرباحاً كبيرة لأصحاب الشركات التي الأصل فيها إنما أنشئت في ذلك المجتمع الذي هو وراء كل هذا النظام، لكن المناقشات تجري حول هذا النظام الذي غزا العالم الإسلامي، ونحن لا نبحت في بديل، لأننا لو بحثنا في بديل لتغيرت الفلسفة الأصلية في الرؤيا لهذه المواضيع. لذلك يبدو أن الأمر أحياناً قد يستدعي توضيح كل أنواع الشركات والدخول في كل هذه الأمور، والمرور على الشركة القابضة مروراً عابراً لأنها نوع من تلك الشركات؛ ولكنها تحدّد غرضاً أو هدفاً معيناً في هذا الأمر.

على كل حال لأننا نحن لم نفكر في البحث عن بديل أو نظام اقتصادي بديل لهذا النظام الرأسمالي؛ فهذه كلها فروع لذلك النظام الذي يُبيح لرأس المال أن يحقق أرباحاً بذاته بعيداً عن أي جهدٍ من صاحبه .

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين، وصحبه الميامين .

ملاحظات طفيفة أختصرها بثلاث :

النقطة الأولى: بالنسبة لما ذكره الدكتور عبد الستار أبو غدة في شركة الملك، يقول: من آثار شركة الملك أن يتصرف الإنسان معها يعتبر تصرفاً مطلقاً، أي: حينما يتصرف الإنسان في حصته من هذا المال فلا يعتبر متعدياً ولا يحتاج إلى إذن من الشركاء .

أقول: موضوعنا هو الشركة في الملك، والشركة الحقيقية التامة من جميع الجهات تستوجب أن تكون الشركة في العين وفي المال معاً. إذا كانت هذه هي الشركة إذن لا يجوز لأحد أن يتصرف بدون إذن الشريك، وكيف تكون شركة على نحو الإشاعة وهو يقول: (يتصرف في حصته من هذا المال)؟ إذن أين الشركة المشاعة؟ طبعاً الشركة الحقيقية التامة هي المشاعة في العين وفي المالية، وحتى لو كانت الشركة في المالية فقط فأيضاً لا يجوز لأحد الشركاء التصرف من دون إذن الشريك. والفرق بين الشركة التامة (المشاعة) وبين الشركة في المالية؛ هو أن الشريك لو أُعطي في الشركة التامة (المشاعة) المال فله حق أن يعترض ويقول: لي الحق في المال والعين، أما إذا أُعطي في الشركة المالية حصته من المال فقط ليس له الاعتراض، ولكن كلتا الشركتين تتفقان على عدم جواز أن يتصرف الإنسان في مال الشركة بدون إذن الشريك. نعم، في الزكاة التي فيها شركة حق الفقراء مع حق المالك هنا ورد الدليل على جواز أن يفرز المالك حصة الفقراء ويتصرف في الباقي، هذا عليه الدليل، فهو وليّ على فرز حصة الفقراء وتصرفه في الباقي، هذا دَلٌّ عليه الدليل فيخرج عن هذه القاعدة، وما عداه الشركة العينية التامة (المشاعة) ليس لأحد الشركاء أن يتصرف بدون إذن .

النقطة الثانية: التي ذكرها الأستاذ عبد الستار أيضاً، يقول بالنسبة إلى تحديد نسبة شائعة لكل شريك في الربح (نسبة مئوية): ولا يجوز تحديد مبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال؛ لأن جهالة الربح تؤدي إلى فساد عقد الشركة، كما أن تحديد مبلغ معين من الربح يقطع الشركة.

طبعاً أنا أقول: نعم، ولا يجوز تحديد مبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال، ولكن عدم الجواز هذا يكون مستنده انقلاب الشركة إلى عقد قرض جرّ نفعاً لا لما ذكره الدكتور أبو غدة، لأنها باشرط أن يكون الربح مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من رأس المال انتقلت هذه الشركة إلى عقد قرض، وعقد القرض فيه ضمان المال مع طلب الربح؛ فهو ربا القرض، لأن صاحبنا الذي يشترط ربحاً معيناً معنى ذلك أنه اشترط أن يكون ماله محفوظاً بإضافة الربح المعين، وهذا خرج عن كونه شركة؛ لأن الشركة معناها: إن وُجِدَ ربح فلك منه عشرة أو عشرون في المائة، وإن لم يوجد ربح وُجِدَت خسارة فيتحملها كل من دخل فيها. أما اشترط ربح معين أو نسبة معينة هذا معناه انقلاب عقد الشركة إلى عقد قرض، فإنه اشترط ضمان المال مع إضافة ربح، فإذا اشترط ضمان المال مع إضافة ربح معين معناه هو القرض، لأن القرض تملك مع الضمان، فإذا اشترط فيه زيادة في الربح فهو الربا. هذا هو التكييف الصحيح.

ذكر أيضاً وقال: يجوز اختلاف نسبة الربح عن نسبة المشاركة، فهذا أيضاً ذهبت إليه بعض المذاهب الإسلامية.

أقول: يُتَأَمَّلُ فيه، لأن النماء تابع للأصل، فإذا جَوَزْنَا اختلاف نسبة الربح عن نسبة المشاركة فهو على خلاف معنى الشركة، وخلاف معنى قاعدة أن النماء تابع للأصل، هذا شبيه بقولنا: (أشترى المتاع ولكن يملكه غيري)، فهو خلاف معنى المعاوضة. حينما نقول: عندنا معاوضة أو عندنا شركة؛ فلا بد أن نلتزم بمعانيها. المعاوضة: من يخرج منه الثمن يدخل إليه المُثْمَن. فإذا اشترطت في عقد معاوضة أن يكون المُثْمَن لغيري وأنا أدفع الثمن، يملك المُثْمَن غيري وأنا أدفع الثمن، فهو خلاف عقد المعاوضة ولا يصح. هنا أيضاً كذلك، الشركة معناها من يدخل برأس مال قدره (٪١٠)؛ فله من الأرباح (٪١٠)، ومن كان له من المال (٪٥٠)؛ فربحه (٪٥٠). اشترط غير هذا؛ أي: اختلاف نسبة الربح عن نسبة المشاركة خلاف معنى

الشركة، وخلاف القاعدة القائلة: (إن النماء تابع للأصل)، إلا أنه يصح في صورة واحدة، يصح إذا كان أحدهما يعمل والآخر لا يعمل، أو أحدهما يعمل أكثر من الآخر؛ فله الحق في أن يأخذ نسبة من الأرباح أكثر مما أدخله في هذه الشركة لقاء عمله، وهذا شيء آخر جائر لكنه ليس موجوداً في العبارة.

نقطة أخيرة: يقول: لا يجوز اشتراط ضمان أحد الشركاء لمال الشركة أو لنصيب شريك آخر، لأن هذا ينافي مقتضى الشركة وهو الاشتراط في الربح والخسارة؛ وهو كلام صحيح، ولكن أريد أن أشير إلى شيء آخر؛ وهو: لو اشترط على الشريك الآخر أن يدفع عند الخسارة ما خسره الشريك الأول، يعني: الضمان والخسارة على الشريك، ولكن الشريك الآخر يُشترط عليه أن يجبر خسارة الطرف الذي خسِر، هذا جبران الخسارة لا ضمان الخسارة، الضمان يكون على الشريك، ولكن جبرانها يُشترط في متن عقد الشركة، هذا ليس معناه ضمان الخسارة على الشريك، بل الخسارة تقع على صاحب المال، ولكن يشترط صاحب المال على الآخر أن يجبر خسارته، وهو شرط فعل لم يحلّ حراماً ولم يُحرّم حلالاً، فهل لنا أن نقول بصحته لدخوله تحت الحديث المعروف المقبول: (المسلمون عند شروطهم)؟ هذا الشرط إن قُبِلَ نتيجة عموم: (المسلمون عند شروطهم) فهو ينفع لمن يتخوَّف أن يشارك، مع أن الشريك الآخر يقطع بحصول الربح من الشركة، فيتمكّن أن يشترط له جبر الخسارة. وهذا شيء قد يقبله الدكتور عبد الستار أبو غدة لأنه قال: «ولا مانع عند حصول الخسارة من قيام أحد الأطراف بتحملها دون اشتراط سابق»، أقول: إن صحّ هذا الكلام - يعني: صحّ أن يتحمل أحد الشركاء خسارة شريكه ويجبرها من دون شرط سابق - إذن يجوز هذا بالشرط، لأن الشرط وظيفته هو الإلزام بالأمر الجائر. نعم، الخسارة في الشركة على أحد الشركاء لا يجوز لدليله الذي يُدكر، أما جبر الخسارة فإن كان جائزاً بلا شرط كما قال الدكتور، إذن: ما هو الذي يمنع منه مع الشرط مع وجود الدليل عليه، وهو عموم (المسلمون عند شروطهم)؟.

والحمد لله رب العالمين .

الدكتور معبد الجارحي:

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله العليّ القدير، والصلاة والسلام على

البشير النذير وآله وصحبه .

شكراً للرئاسة، وشكراً لأمانة المجمع، وشكراً للقطب الذي قدّم البحوث، وشكراً أيضاً للأقطاب الذين أعدّوا الأبحاث .

أودّ أن أذكر بعض النقاط الاقتصادية التي تتصل بهذا الموضوع . وأشكر سيادة الرئيس في تسميتي بشيخ وأنا اقتصادي، وكما تعلمون من الصعب الجمع بين المشيخة وبين التخصص في الاقتصاد .

أقول : إن من أهم أغراض الشركة القابضة هو تجميع موارد ضخمة لكي يكون من الممكن تمويل أنشطة مهمة في البحوث والتطوير، وبالتالي تُستحدث تقنيات جديدة، وتُستحدث اختراعات، ومن الممكن الاستفادة من هذه التقنيات في تخفيض تكلفة الإنتاج . وأيضاً تسعى الشركة القابضة إلى تنويع الاستثمار من فروع مختلفة، وإلى الاستفادة من وفور السوق والحجم الكبير بالتعامل على مستوى السوق الوطنية والسوق العالمية أيضاً . أما الاحتكار فيأتي كل مُنتج سواء كان صغيراً أو كبيراً يحاول أن يحتكر، والاحتكار تنظّمه الدولة، تمنعه الدولة أو تنظّمه، وليس لصيقاً بحجم المنتج وإن كان المنتج الأكبر حجماً أكثر قدرة على الاحتكار، ولكن الدولة تستطيع أن تمنعه من ذلك أو تُنظّم نشاطه الاحتكاري .

نأتي أيضاً إلى نقطة ثانية : وهي أن هناك مصلحة كبيرة للمسلمين في إنشاء وتملك الشركات المساهمة، ذلك أن إبتعاد المسلمين عن هذا المجال سوف يُضعفهم اقتصادياً . القوة الاقتصادية - يا إخواني - للشعوب لا تتحقق إلا من خلال إنشاء شركات كبيرة الحجم؛ سواء كانت شركات مساهمة صرفة أو شركات قابضة، وإن حرمان المسلمين من هذا المجال أو إبعادهم عن هذا المجال سوف يضعفنا وسيترك الساحة مفتوحة لغير المسلمين . ولذلك فإنني أناشدكم التيسير على المسلمين في هذا المجال في حدود قواعد الشريعة السمحاء .

النقطة التالية : أنه بالنسبة للشركات القابضة وشركات المساهمة عموماً أودّ أن تتعرض الأبحاث لبعض القضايا المهمة؛ أولها : واجبات الشركة تجاه المساهمين : إن من أهم واجبات الشركة المساهمة سواء كانت قابضة أم غير قابضة الشفافية؛ وهي أن تبثّ عن نفسها معلومات دقيقة وصحيحة عن موقفها المالي وعن حركة تشغيلها حتى يكون المساهم على بينة، لأن المساهم بعيد كل

البعد عن إدارة الشركة، ووسيلته الوحيدة للردّ على أخطاء الشركة هو التخلّص أو بيع سهمه، ووسيلته الوحيدة لمكافأة الإدارة هو اقتناء المزيد من الأسهم، وهذا لا يتأتّى كقرار رشيد إلا من خلال الحصول على المعلومات اللازمة. ولذلك أظنّ أنه من الممكن أن نقول: إن بثّ هذه البيانات والشفافية يجب أن تكون واجباً شرعياً على من يقومون بإدارة هذه الشركات.

أيضاً الشركات القابضة كثيراً ما تكتشف أساليب للتصنيع وللإنتاج وللاختراعات مهمة جداً وتحتاج لحماية اختراعاتها حتى لا تُسرق. وكما تعلمون فإن ما يسمّى بالتجسس الصناعي منتشر في جميع أنحاء العالم حتى فيما بين الدول الصناعية نفسها، ولذلك كيف نستطيع أن نساعد، وما هي القواعد الفقهية التي تتصل بحماية حقوق الشركة فيما تقوم به من اختراعات وما تكتشفه من منتجات جديدة؟ أيضاً متى تحتاج الشركة إلى تكوين هيئة للرقابة الشرعية، أي: في أي الأحوال؟ هل كل شركة تحتاج إلى رقابة شرعية؟ نحن نعلم أن المصارف قد يكون هناك اتفاق لمصرف لكي يكون إسلامياً لا بد أن تكون له هيئة رقابة شرعية، ولكن هل بقيّة الشركات كذلك أم لا؟ أيضاً العلاقة بين هيئة الرقابة الشرعية ومثل قضايا حماية حقوق المساهمين أو حماية حقوق المودعين في المصارف، عندما تكون هناك شبهة لسوء الإدارة أو لتعمّد إضاعة أموال الناس كما يحدث أحياناً في بعض الشركات وفي بعض البنوك.

وشكراً جزيلاً، والحمد لله رب العالمين.

الدكتور جعفر عبد السلام:

بسم الله الرحمن الرحيم.

في الواقع إن الشركات القابضة وبالذات الشركات المتعددة الجنسيات تحتاج إلى دراسات مستقلة تُبيّن المشكلات الدولية الحديثة المرتبطة بها، فنحن نعلم جميعاً أن هذه الشركات هي أداة الاستعمار في إفريقيا، وأداة صنع المشكلات في كثير من الدول. وتوجد دراسات عديدة أرجعت ما جرى في نيكاراغوا في كثير من المناطق إلى هذه الشركات التي تحاول استغلال المواد الأولية الموجودة في هذه الدول بأبخس الأثمان.

الواقع أن الشركات المتعددة الجنسيات تثير مشكلات عديدة ذات طابع شرعي وقانوني ويجب أن يتصدى المجمع لها، وأيضاً دور إرشادي يجب أن يكون للمسلمين في التعامل مع هذه الشركات. الشركات تحاول أن تحافظ على حقوق ملكيتها الفكرية - صغرت أم كبرت - بوسائل عديدة، وتهدد صناعات الدواء والصناعات الناشئة في كثير من دولنا التي استطاعت أن تستفيد ببعض حقوق الملكية الفكرية بشكل أو بآخر.

أنا ألاحظ أن اتفاقيات (الجات) التي دخلناها؛ في الواقع إننا لم نتخذ موقفاً إسلامياً موحداً في كثير من القضايا التي فيها، وبالتالي هناك غبن شديد على الدول الإسلامية، ولم نستطع مثلاً أن نستفيد من بعض المزايا التي تحتاج إلى دراسات وثيقة متأنية قبل الانضمام إلى هذه الاتفاقيات. فكرة الإتاوة مثلاً، وأنا أدعو المجمع الموقر إلى دراستها. فكل منتج مثل كنتاكي، بيسي كولا، كل هذا مهما أنتج في دولنا فهناك إتاوة وهناك حق يصل إلى الشركة الأساسية المنتجة له، هل هذه الإتاوة شرعية؟ أنا شخصياً أرى أنه لا بد أن يوضع لها ضوابط؛ فلا يمكن قبول إتاوة إلى الأبد للشركة. أهنك حق ملكية يمكن أن يستوفى بعد عدد من السنين؟ هناك دراسات كثيرة في هذا الشأن أرجو أن تكون أمام نظر المجمع الموقر؛ لأننا بالفعل أمام أكبر أداة للهيمنة الاقتصادية أو ما يسمى الآن بالعمولة الاقتصادية.

أتحدث مرة ثانية عن فكرة النموذج؛ فنحن الآن فيما يتصل بهذه الشركات القابضة وغير القابضة أمام نماذج معدة، بعضها دولي وبعضها داخلي. في الدول كلها أو معظمها هناك نماذج لهذه الشركات. أنا عملت دراسة للشروط المعتادة في النماذج، وأوضح عدم الشرعية في بعضها. مثلاً فرض فوائد على من يتأخر في دفع باقي أسهمه، أنا أعتقد أنها غير شرعية، ويمكن أن يصدر قرار من المجمع لحسم هذه القضية.

قضية أن كل الشركات تقريباً وفقاً للنماذج الحديثة تُصدر سندات، والسند دَين على الشركة محدد فائدته بـ(5٪) أو (6٪) أو (7٪)، وأعتقد أن الحرمة أيضاً تتصل بمثل هذه الشروط.

كذلك كثير من الشروط الأخرى، ربما تكون هذه أهم ما لاحظته فيها،

وأرى أن يقوم المجمع الموقر بعمل نماذج تستهدي بها الدول الإسلامية، وبدلاً من أن تتخذ النماذج من لوائح غربية، يكون المرجع الرئيسي للفتوى في العالم الإسلامي هو هذا المجمع الموقر، وهو الذي يُعدّ هذه النماذج وتكون لها قوة أدبية وقوة شرعية كبيرة.

أخيراً أريد أن أتحدث عن بعض الأفكار التي قيلت اليوم؛ أنا لا يمكن أن أقبل بأنه لا توجد شخصية معنوية للشركة وإلا فإنه لا توجد شركة من الأساس. مثلاً شركة مساهمة فيها عشرة آلاف مساهم؛ كيف أكون أنا المكتتب في سهم أو اثنين أتحمّل في كل أموالى أخطاء يقوم بها أعضاء مجلس الإدارة؟ ففكرة عدم تحديد مسؤولية الشخص لما يملكه من أسهم فكرة ضارة جداً بالأفراد، وأعتقد أنها لا تتفق مع فلسفة إقامة الشركات، ويجب النظر في مثل هذه المسائل. وشكراً جزيلاً لكم.

الدكتور إبراهيم الغويل (نائب الرئيس):

شكراً للأخ جعفر. أنا سأجمع بين هذه الأمور، وسبق أن أبدى بعض الإخوة أهمية أن يهتم المجمع بدراسة بعض النقاط، فأنا أتمنى من الإخوة الذين يقترحون مثل هذه المقترحات أن يتقدموا بها مكتوبة إلى أمانة المجمع؛ بحيث إنه من الممكن أن تعقد لها ندوات، والحقيقة أنا أشعر أننا في هذه الدورة نبحث ثلاثة أمور تكاد تكون مرتبطة ببعضها، وتمثل أخطر القضايا التي تواجه العالم الإسلامي سواء ما بحثناه فيما يتعلق بموضوع الشركات، أو ما سنبحثه في موضوع عقود الإذعان، وهي متصلة بفكرة العولمة والسيطرة. وإذا كان أخي جعفر عبد السلام يشير إلى ذلك كنماذج وقراءات؛ فأنا قُدّر لي ألا أكون معجّز قارئ وقانوني وباحث اقتصادي في هذه المواضيع، إنما أيضاً عشت إلى جانب بعض هذه الشركات متعددة الجنسيات التي تتكون من (Holding Company) الشركة القابضة، وحوالي ستمائة وأربعين تفرع شركات لأنواع مختلفة في أنحاء إفريقيا، وأدركت تماماً ما يتم من استغلال ليس للمواد الأولية فقط، بل لليد العاملة مع تحديد الأسعار وفقاً للفائدة المضافة أو القيمة المضافة التي يأخذها الرأسماليون. فهذه قضايا أعتقد أنها من الأهمية بمكان أن ينظر لها في ضمن هذا الإطار المتعلق بالنظام العالمي الجديد، والعولمة، سواء بالنسبة لعقود الإذعان

أو الشركة القابضة، أو متعلقاتها؛ لأنها هي التي تمثل الخطر الذي يهدد العالم الإسلامي. فلذلك أنا أتمنى على إخوتي الذين يقترحون النقاط التي يجب أن نوليها الاهتمام أن يحاولوا أن يجمعوا مثل هذه القضايا كما جُمعت في هذه الدورة التي أعتقد أنها تعالج قضايا من أخطر القضايا التي تواجه العالم الإسلامي.

الأستاذ سيدي محمد يوسف جيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الحقيقة كانت عندي ملاحظات معينة واستيضاحات كثيرة، لكن الإخوان الذين سبقوني في الكلام قد دخلوا في تفصيلها وشعبها، وأرى أنه لا مزيد أطلبه أو أضيفه.

وشكراً لكم.

الشيخ عكرمة صبري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكراً للإخوان في المنصة، وشكراً للإخوة الباحثين والعارض.

وأقول: حينما نبحت أي موضوع جديد مستحدث لا بد وأن نعود إلى أصولنا الفقهية، وكلما توسعنا في دراسة الشركات الواردة في الفقه كلما تبلورت لنا الصورة بشأن الشركات الحديثة حلاً أو حرمة. وعليه؛ فنحن بحاجة إلى التأصيل وإلى الامتداد الفقهي؛ لأنه هو المرجعية لنا. وأرى ألا نُغفل القياس باعتباره مصدراً من مصادر التشريع، فهو أول مرحلة ينبغي أن تنتهجها في البحث بشأن الأمور المستجدة؛ فإن وجدنا التشابه والتقايس حكمنا حينئذٍ بالمشروعية، وإن لم نجد حكمنا بالحرمة.

وأرى أن معظم الشركات الجديدة نستطيع أن نتلمس مشروعيتها من خلال القياس، لكن هناك محاذير اقتصادية وسياسية مع الأسف نحن لم نتمكن من مواجهتها لعدم وجود المبادرة الذاتية للنهضة الاقتصادية. إن لم نجد تشابهاً ولا تقاسماً لهذه الشركات عمدنا إلى القواعد الفقهية العامة مثل: (المسلمون عند شروطهم) و(العقد شريعة المتعاقدين).

أما موضوع التعامل بالربا؛ فإن المعاملات الربوية برأيي تُمثّل أمراً عارضاً وليست جزءاً أصيلاً في عقود الشركات، فيمكن أن نُجَنَّب أي شركة من التعامل بالربا، وكذلك موضوع الاحتكار، اعتبره أيضاً أمراً عارضاً. ومن مصلحة مجتمعنا التوسّع في أشكال وصور الشركات، وذلك للمساهمة في النهضة الاقتصادية، أما أن نبقي النظر إلى الأخطار تُحدِّق بنا ولا نتحرك؛ فهذا لا يجوز لنا كطلبة علم.

وعليه؛ أطالب المجمع الفقهي توجيه خطاب إلى أصحاب رؤوس الأموال في العالم بالمبادرة بإقامة شركات ضخمة على أسس مشروعة وسليمة، ولا يجوز أن تكون أموالنا تحت رحمة غيرنا من الدول الغربية، فلا بدّ نحن أن نبادر لا أن نقع فريسة للشركات القابضة التي تعتبر مجموعة من استثمارات متنوّعة ومتعددة، فلا نجلس ونقبع لتنتلّق الضربات، بل علينا أن نبادر في أن ننشئ لأنفسنا شخصية اعتبارية مستقلّة سواء على المستوى الاقتصادي أو غير الاقتصادي.

وشكراً لكم.

الشيخ عبد الله بن منيع:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أكرر شكري وتقديري وفق ما سبقني به إخواني على المجهودات التي بذلها أصحاب هذه البحوث القيمة، وعلى ما قدّمه لنا العارض من تلخيص له قيمته واعتباره وهو أصل تصوّر هذه البحوث. فشكر الله للجميع وبارك فيهم.

... وفي نفس الموضوع لأننا نحن الآن في محور الشركة القابضة وما يتعلّق بها من خصائص وأحكام وفوارق ونحو ذلك؛ ومع هذا في الواقع لم أجد في البحوث تعريفاً شأنه أن يُميّز الشركة القابضة عن غيرها. ففي الواقع لا شك أن الشركة القابضة لها مميزات ولها خصائص وفي نفس الأمر كذلك لها شخصية اعتبارية قائمة، وهل هذه الشخصية الاعتبارية تكفي عن الشخصيات الاعتبارية للشركات المتفرعة عنها، أو أن لكل شركة شخصية اعتبارية، ولهذه الشركة القابضة والتي هم الأم شخصية شاملة عامة؟ هي في الواقع تحكي مسؤوليتها عن

أعمال هذه الشركات . فأتمنى لو أن الموضوع اعتني به العناية التامة، لأنه في الواقع نرى أن الأمر تطرّق إلى ما يتعلّق بالشركات ومقارنتها بالشركات الإسلامية المنصوص عليها لدى فقهاءنا الأوائل، وفي نفس الأمر كذلك رأينا حديثهم عن الزكاة وما يتعلق بهذا، وهذا شيء طيب، صحيح أنه في الواقع من فروع الموضوع لكن ينبغي أن نعطي أصل الموضوع ما يستحقه من النظر والتصور، وما يتعلّق به من حكم في سبيل صحته أو عدم صحته، ثم بعد ذلك نأتي على الفروع المتعلقة بهذا.

نقطة أخرى: وهي ما سمعته، وفي الواقع هو رأي أطلّ علينا، ومع الأسف الشديد نرى أن هذا الرأي يتضح أكثر أو يعرض نفسه أكثر، وهو رأي خطير، وهو اعتبار السهم حقاً لمالكه، وليس لمالكه حق في تملك موجودات الشركة. يا إخواني هذا إذا كان كذلك فهذا هو في الواقع السند. أنا اشتريت الآن السهم بمائة ريال، ليس لي إلا مائة ريال في هذا الشيء، وإذا زاد فزيادة السند المبني على الربا ونحوه، فهذا يعني في الواقع أن أسهم الشركات تحوّلت إلى أن تكون سندات، وفي نفس الأمر معروف حكم السند والتعامل به؛ لاشك أنه من أنواع الربا، فينبغي لنا أن ننظر. وهذا في الواقع فضلاً عن أنه يوقع الأمة في حرج من حيث المتاجرة بالأسهم لأنه لا يجوز المتاجرة بالسندات، وفي نفس الأمر كذلك هذا بعيد عن القصد وعن الحقيقة وعن الأسهم، فأنا الآن مشتري لسهم، وهذا السهم حصّة معيّنة بقدر السهم مُشاعة في كيان الشركة، القصد أنني لم أشتري دراهم بدراهم، وإنما أنا اشتركت في هذه الشركة من حيث موجوداتها. فينبغي في الواقع أن يكون لدينا مزيد من التأمل في خطورة هذا الرأي.

ما يتعلّق - حفظكم الله - بالشخصية الاعتبارية للشركة؛ لاشك في الواقع أن لكل شركة من الشركات القائمة بغض النظر عن جنسها ونوعها ونوع نشاطها؛ لاشك أنّ لها شخصية اعتبارية، والشخصية الاعتبارية لها كيان قائم من حيث إننا نجد قيمة سهم شركة من الشركات، نجد أن القيمة الدفترية لهذا السهم مثلاً مائة ريال، وفي نفس الأمر نجد أن القيمة السوقية له ثلاثمائة ريال أو مائتي ريال أو أقل أو أكثر، لكن هذا الفارق أليس هذا هو في الواقع للقيمة المعنوية للشركة؟ كل شركة لها شخصية اعتبارية، وهذه الشخصية الاعتبارية لها ذمّة من حيث إنها

عليها واجبات ولها التزامات. والشخصية الاعتبارية موجودة والحمد لله في الكيان الإسلامي، عندنا الوقف، وعندنا كذلك الدولة نفسها، وعندنا المؤسسات المتفرعة عن الدولة، وعندنا كذلك مؤسسات سواء كانت مؤسسات مراكز ثقافية أو مؤسسات خيرية، كلّها في الواقع لها شخصية اعتبارية ومسؤوليتها تابعة لكيان هذه الشركة، دون أن يتحمّل مالكوها ما يزيد عن مساهماتهم فيها.

هذا ما أحببت الحديث عنه، وشكراً لكم.

الشيخ خليل الميس:

بسم الله الرحمن الرحيم.

في الحقيقة كل الأبحاث الجليلة التي عُرضت فاتها شيء وهو من بعض منسيات إخواننا الدارسين في الاقتصاد والفقّه الإسلامي: أن الشركة إنما تكون في الربح لا في رأس المال. يكون الشريك شريكاً إذا ربحت خلط الأموال بعضها مع بعض، وإلا كل مالك له رأس ماله القائم بذاته، ويطلق عليها شركة من باب إطلاق السبب على المسبب.

أمر آخر: الآن تعلم أن عندنا شعارات في عالمنا مثل: أسلمة المعرفة، أسلمة الاقتصاد، أسلمة النظام. اليوم لا مكان للصغار في حلبة الصراع العالمي، لا الصغار مالياً ولا الصغار سياسياً، ولذلك ونحن نعرض لأحكام هذه الشركة العملاقة؛ لماذا لا ندخل في عملاقة الاقتصاد نحن المسلمين؟ لماذا نبقي وكأن هذا الشيء هو عدو هاجم علينا؟ لماذا في العالم الإسلامي بعضنا يملك المال وبعضنا يملك المعرفة، لماذا لا نؤسلم - إن صح التعبير - مثل هذه الشركات؟ ونقول: إن هذه الشركات هي استعمارية، طيب فلتنفضّل نحن بنظامنا الإسلامي ولا نكون استعماريين! هذا ما أحببت أن أقول، علينا أن نقول: لا، دائماً لأنها جاءت من الغرب، نناصبها العداة! مطلوب منا أن نخوض بعد عصر العولمة في شركات عملاقة معولمة وإلا... نعلم هذا الأمر؛ إما أن نفتحم أو يُفتحم علينا. فلنكن من المقتحمين وعندنا العدة لمثل هذا.

وشكراً لكم.

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم .

البحوث المقدّمة هي بحوث سنّة، تفرّد بحث معالي الدكتور عبد العزيز الخياط بعنوان هو: (الشركة القابضة)، وأما بقية البحوث الخمسة فتحدّثت عن الشركات الحديثة ومنها الشركة القابضة. ولما تحدّثوا عن الشركات الحديثة فمن جملة الشركات الحديثة التي وقع الحديث عنها هي الشركات الخفيّة الاسم، وهذه الشركة تطوّرت أخيراً تطوراً فأصبحت في كثير من الدول القوانين تُبيح أن تكون هذه الشركة لشخص واحد، وأخذوا من التحوّطات ما يناسب ذلك حتى لا يقع التعدي على أموال الآخرين، فلا بد من أن هذه الطريقة المستحدثة في إحداث هذه الشركة كان من الأولى أن نستمع إلى وجهة النظر الإسلامية فيها بعد بحثها والتعمق فيها.

وشكراً.

الشيخ الدكتور علي محيي الدين القره داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله. أولاً الشكر موصول للإخوة الكرام الباحثين على بحوثهم القيّمة، وكذلك العارض على عرضه الطيّب. ولي بعض التوضيحات وليست ملاحظات.

وجدت أن هناك اختلافاً بين مسألة الاعتماد الكلي على هذه القاعدة العامّة: (الأصل في العقود والشروط الإباحة)، وبالتالي لسنا بحاجة إلى الكثير من العناية في العودة إلى التراث الفقهي، وبين التمسك الكبير بما ذكره فقهاؤنا العظام. أنا أعتقد أن المنهج المفضّل هو الجمع بين الأصالة والمعاصرة، وبالتالي إذا وجدنا تأصيلاً فقهيّاً لماذا لا نعتد عليه؟ وهذا لا يعني المطابقة الكلية بل في المبادئ العامّة. يعني مثلاً بالنسبة للشركات المساهمة لا تخلو في قواعدها العامّة عن شركة العنان؛ ربما أضيفت إليها بعض الأمور الإجرائية والإدارية وبالأخص مسائل المسؤولية المحدودة التي مع الأسف الشديد الأستاذ الدكتور حسين كامل

فهني لا يريد أن يعترف بالمسؤولية المحدودة؛ وهي في الحقيقة في غاية الأهمية، والاعتراف بالشخصية المعنوية، وبالتالي كون المساهمين مسؤوليتهم محدودة هي التي أدت إلى تطوير الشركات وفتحت الآفاق للناس في الدخول في هذه الشركات، بينما لو كانت المسؤولية غير محدودة لا يمكن أن يدخل في مثل هذه الشركات وتظل هذه الشركات غير مطوّرة خوفاً من أن تقع مشكلة، وبالتالي يكون كل الناس المساهمين وقد ابتلوا بهذه المسألة. ومن هذا المنطلق أقول: لا ينبغي أننا يعني بنينا واعترفنا بالشخصية المعنوية والمسؤولية المحدودة، نعود مرة أخرى وننقضها ببساطة.

الأمر الآخر، فضيلة الأخ الدكتور قطب سانو ردّ على فضيلة الأخ عبد الستار أبو غدة بأن ما قاله فضيلته من أن شركة المفاوضة محل إجماع، يعني كيف يدعي الإجماع وقد خالفه في ذلك الإمام الشافعي؟ من حُسن الحظ عندي كتاب في هذا الموضوع، حققت قول الإمام الشافعي كما قاله الإمام الماوردي، وذكر أن الشركات عند الشافعية على ستة أنواع، وشرّح المفاوضة المحرّمة بأنها عبارة عن التفويض الكلّي في جميع الأموال التي يحصل عليها الإنسان، سواء كان عن طريق الإرث أو غير الإرث، أو ما أشبه ذلك. فهذه المفاوضة التي حرّمها ولم يصححها الإمام الشافعي؛ هذا ما نصّ عليه الإمام السخاوي، أظن في الجزء الخامس.

كذلك بالمناسبة: الشركة المفاوضة التي استعملت في المذاهب الأربعة، وكلّ مذهب أراد بها شيئاً؛ ما أرادها الحنفية محل إجماع، انظر الغرابة حيث معظم الإخوان يقولون: إن شركة العنان مجمع على صحتها وجوازها!! شركة المفاوضة بالمفهوم الحنفي جزء من شركة العنان، واشترطت فيها شروط، ولذلك إذا لم تتعقد مفاوضة تتعقد عناناً.

وبالتالي شركة المفاوضة بالمفهوم الحنفي محل إجماع لدى جميع الفقهاء. أما عند الحنابلة فلهم مفهوم آخر وله نوعان، وعند المالكية أيضاً حيث إنهم أقلّ توسّعاً، وقريب من مذهب الحنفية ولكن لم يشترطوا التساوي، وكما قلت عند الشافعية؛ فكلّ مذهب يُعرّف المفاوضة بتعريف، ولكن التعريف الذي ذكره الحنفية محل إجماع؛ فإذا نكح الدكتور أبو غدة كلام صحيح، وادعاؤه للإجماع في محلّه.

بالنسبة لمسألة توزيع الربح؛ بعض الباحثين الكرام ذكروا وهم يتكلمون عن الشركة المساهمة نسوا قرأراً للمجمع في موضوع توزيع الربح، بأن شركة المساهمة لا يجوز أن تكون هناك زيادة في المال؛ لأن هذا ما يسمى بأسهم الامتياز. وما ذكره الحنفية والحنابلة في جواز الفرق - في إجازة الزيادة - علّوه بأن هذا يعود إلى العمل، بينما المساهمون ليس لهم دور في هذا المجال، وبالتالي فلا ينبغي أن يربط رأي الحنفية والحنابلة في مسألة إجازة الفرق بين مساهم ومساهم آخر بالشركة المساهمة التي صدر قرار بأن أسهم الامتياز المالية غير جائزة.

أسهم البنوك الإسلامية: أثارَ بعض الإخوة الكرام بأنها غير جائزة لعدّة أشياء على أساس النقود والديون، وقد نوقشت هذه المسألة أيضاً في مجموعة من الندوات القيّمة، ووصلنا فيها إلى أن هذه المسألة الراجح فيها مسألة الأصالة والتبعية، وأن الأصالة والتبعية لها شرح، وأنا كتبت فيها بحثاً مفصلاً ونوقش في شركة الراجحي، ثم نوقش في الكويت، وصدر بها قرار.

وبالتالي في الحقيقة لا ينبغي التعميم على أن أسهم البنوك الإسلامية بما أن نسبة الديون فيها تصل إلى (٩٠٪) أو كذا، من خلال المراجحات، لا يجوز القول بعدم جواز التداول فيها.

كنت أودّ كما قال فضيلة الأستاذ إبراهيم الغويل أن يكون تركيزها على الشركات القابضة، والشركات القابضة في اعتقادي لا تختلف أبداً باختلاف كونها قابضة، وإنما تختلف باختلاف نوعيتها، هل هي شركة مال أم هي شركة تابعة لشركة مالية؟ جميع أنواع الشركات المالية والشخصية، الأنواع الستة الموجودة في القانون تنطبق على الشركات القابضة، بالتالي الشركة القابضة ليست شيئاً جديداً، إنما الجديد في أنها تابعة إما بنسبة (١٠٠٪) للشركة الأم أو (٥٠٪) أو (٥١٪)، وبالتالي كما قال الأستاذ إبراهيم هذا هو صحيح، أما أننا نأتي بتفريعات على الشركات القابضة وهي كأنها شيء جديد؛ أنا أعتقد ما كان ينبغي هذا.

وأشكركم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور إبراهيم الغويل (نائب الرئيس):

نظراً لانتهاء الوقت؛ فأرى أن تؤلف لجنة من العارض الدكتور قطب سانو، والمقرر الدكتور حسين كامل فهمي، والشيخ عبد العزيز الخياط، والأستاذ الجناحي، والشيخ ناجي عجم، والدكتور عبد السلام العبادي، والشيخ عبد الله ابن منيع.

وبهذا ترفع الجلسة، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم ١٣٠ (٤/١٤)

بشأن

الشركات الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ - ١٣ ذو
القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الشركات
الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية، وبعد استماعه إلى المناقشات
التي دارت حوله.

قرر مايلي:

أولاً- التعريف بالشركات الحديثة:

١- شركات الأموال: هي الشركات التي تعتمد في تكوينها وتشكيلها على
رؤوس أموال الشركاء، بغض النظر عن الشخصية المستقلة لكل مساهم، وتكون
أسهمها قابلة للتداول. وتنقسم إلى:

أ- شركة المساهمة: هي الشركة التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم
متساوية قابلة للتداول، ويكون كل شريك فيها مسؤولاً بمقدار حصته في رأس
المال.

ب- شركة التوصية بالأسهم: هي الشركة التي يتكون رأس مالها من أسهم
قابلة للتداول، ويكون الشركاء فيها قسمين: شركاء متضامنين ومسؤولين

مسؤولية تضامنية كاملة عن ديون الشركة، وشركاء موصين مسؤوليتهم محدودة بمقدار حصصهم .

ج- الشركة ذات المسؤولية المحدودة: هي الشركة التي يكون رأسمالها مملوكاً لعدد محدود من الشركاء لا يزيد عن عدد معين (يختلف ذلك باختلاف القوانين)، وتحدّد مسؤولية الشركاء فيها بمقدار حصة كل واحد منهم في رأس المال، ولا تكون أسهمها قابلة للتداول .

٢ - شركات الأشخاص: هي الشركات التي يقوم كيانها على أشخاص الشركاء فيها، حيث يكون لأشخاصهم اعتبار، ويعرف بعضهم بعضاً، ويثق كل واحد منهم في الآخر . وتنقسم إلى :

أ - شركة التضامن: هي الشركة التي تعقد بين شخصين أو أكثر بقصد الاتجار، على أن يقتسموا رأس المال بينهم، ويكونون مسؤولين مسؤولية شخصية وتضامنية في جميع أموالهم الخاصة أمام الدائنين . وهي تقوم بصفة أساسية على المعرفة الشخصية بين الشركاء .

ب - شركة التوصية البسيطة : هي الشركة التي تعقد بين شريك أو أكثر، يكونون مسؤولين ومتضامنين، وبين شريك واحد أو أكثر، يكونون أصحاب حصص خارجين عن الإدارة ويسمون شركاء موصين، ومسؤوليتهم محدودة بمقدار حصصهم في رأس المال .

ج- شركة المحاصة: هي شركة مستترة ليس لها شخصية قانونية، وتتعقد بين شخصين أو أكثر يكون لكل منهم حصة معلومة في رأس المال، ويتفقون على اقتسام الأرباح والخسائر الناشئة عن عمل تجاري واحد أو أكثر يقوم به الشركاء أو أحدهم باسمه الخاص، وتكون المسؤولية محدودة في حق مباشر العمل فيها .

٣ - الشركة القابضة: هي الشركة التي تملك أسهماً أو حصصاً في رأسمال شركة أو شركات أخرى مستقلة عنها، بنسبة تمكنها قانوناً من السيطرة على إدارتها، ورسم خططها العامة .

٤ - الشركة متعددة الجنسيات: هي شركة تتكون من مجموعة من الشركات الفرعية، لها مركز أصلي يقع في إحدى الدول، بينما تقع الشركات

التابعة له في دول أخرى مختلفة، وتكتسب في الغالب جنسيتها. ويرتبط المركز مع الشركات الفرعية من خلال استراتيجية اقتصادية متكاملة تهدف إلى تحقيق أهداف استثمارية معينة.

ثانياً: الأصل في الشركات الجواز إذا خلت من المحرمات والموانع الشرعية في نشاطاتها، فإن كان أصل نشاطها حراماً كالبنوك الربوية أو الشركات التي تتعامل بالمحرمات كالمتاجرة في المخدرات والأعراض والخنازير في كل أو بعض معاملاتها، فهي شركات محرمة لا يجوز تملك أسهمها ولا المتاجرة بها. كما يتعين أن تخلو من الغرر والجهالة المفضية للنزاع، وأي من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى بطلان الشركة أو فسادها في الشريعة.

ثالثاً: يحرم على الشركة أن تصدر أسهم تمتع أو أسهم امتياز أو سندات قرض.

رابعاً: في حالة وقوع خسارة لرأس المال؛ فإنه يجب أن يتحمل كلُّ شريك حصته من الخسارة بنسبة مساهمته في رأس المال.

خامساً: إن المساهم في الشركة يملك حصّة شائعة من موجوداتها بمقدار ما يملكه من أسهم. وتبقى ملكية الرقبة له إلى أن تنتقل إلى غيره لأي سبب من الأسباب، من تخارج أو غيره.

سادساً: فيما يتعلق بطريقة تحصيل زكاة الأسهم من الشركاء في الشركات القابضة والشركات متعددة الجنسيات، يراجع في ذلك قرارا المجمع رقم: ٢٨ (٤/٣) في دورته الرابعة، ورقم: ١٢٠ (١٣/٣) في دورته الثالثة عشرة.

والله تعالى أعلم.

* * *

محتوى الجزء الثاني من العدد الرابع عشر

الموضوع الصفحة

ثالثاً

عقود المقاوله

حقيقته، تكييفه، صورته

- البحوث ٧
- ١- بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي ٩
- ٢- بحث الدكتور جاسم علي الشامسي ٨٥
- ٣- بحث الدكتور محمد جبر الألفي ١٣٧
- ٤- بحث الدكتور قطب مصطفى سانو ١٧٩
- ٥- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٢٠٩
- العرض- المناقشة ٢٣٩
- القرار ٢٨٥

رابعاً

الشركات الحديثة

الشركات القابضة، وأحكامها الشرعية

- البحوث ٢٩٣
- ١- بحث الدكتور قطب مصطفى سانو ٢٩٥
- ٢- بحث الدكتور عبد العزيز الخياط ٣٤٥

- ٣- بحث الدكتور محمد علي التسخيري والشيخ مرتضى الترابي . . ٣٧٩
- ٤- بحث الدكتور حسين كامل فهمي ٤٢٣
- ٥- بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة ٥٤٧
- ٦- بحث الدكتور ناجي عجم ٥٨٩
- العرض- المناقشة ٦١٥
- القرار ٦٦٥
- محتوى الجزء الثاني من العدد الرابع عشر ٦٧١

* * *

