



جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف:

الدكتور بمرزوق عبد القادر

من إعداد الطالبة:

سنيسنة فضيلة

لجنة المناقشة:

<u>الاسم واللقب:</u>	<u>الدرجة:</u>	<u>المؤسسة:</u>	<u>الصفة:</u>
- دايم بلقاسم	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
- بمرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة تلمسان	مشرفا مقرر
- خليفي مريم	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة بشار	مناقشا
- قوراري مجدوب	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة بشار	مناقشا

السنة الجامعية : 2018/2017

﴿١﴾ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿١﴾

﴿٢﴾ وَهَلْ أَتَاكَ نَبُؤُا الْخَصَمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ ﴿٢﴾ إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ
فَفَزِعَ مِنْهُمْ ۗ قَالُوا لَا تَخَفْ ۗ خَصَمَانِ بَغِي بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا
بِالْحَقِّ وَلَا تَشْطِطْ، وَأَهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ ﴿٣﴾ إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ
وَتِسْعُونَ نَعْجَةً، وَإِلَى نَعْجَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَالَ أَكْفَلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ ﴿٤﴾
قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَى نَعَاجِهِ ۗ . وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي
بِعَضُّهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۗ وَظَنَّ
دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّهٗ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ﴿٥﴾ ﴿٥﴾

﴿٦﴾ صدق الله العظيم ﴿٦﴾

الآيات 21-22-23-24 من سورة ص.

الإهداء

أهدي ثمرة عملي المتواضع إلى:
والدتي الكريمة، فما نالني من خير فهي سببه، بما أولتني
من حسن التربية، وكريم العون.
ورحم الله من كان سببا في وجودي، واختطفته المنية وأنا
بنت الثلاث سنين.
من شاركني دربي، من أقفد أمامه حاجزة عن تعداد
فضله، وتضحياته زوجي العزيز.
القلب الكبير المليء بالحب والخير، التي أصرت أن تسير
معني كل خطواتي دون شكوى أو ملل أختي الكبرى.
الذين كانوا سندا وعمدا، من رأيت في عيونهم الفرحة
بنجاحي إنوتي.
من أستمد من بعض إصراره إصراري زوج أختي.
فلذات كبدي أولادي.
الذين سررت علي نهجهم، ونهلت من بحر علمهم،
الذين أزالوا من طريقي كل عائق حتى وصلت
مبتغاي "أساتذتي الكرام".
إلى من أضى نفسه لمساعدتي وأثر لها الخفاء.

كلمة شكر

الحمد لله الذي أسبغ علي عباده نعمًا ظاهرة وباطنة لمن أراد أن يذكر أو أراد شكورًا. الحمد لله الذي أنار لي كل مسالك الخير فسرت فيها دون وجل أو تردد، أصيب في كل خطوة هدفًا نبيلًا وأقطف عند كل مقترق جنى طيبًا. فله سبحانه الحمد والشكر كثيرًا كما أنعم كثيرًا.

ثم وافق الشكر لمؤطري جامعة أبو بكر بالقائد بتلمسان وأساتذتها الكرام، لما بذلوا، وأعطوا.

و كل الشكر إلى جميع الزملاء الأساتذة في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة طاهري محمد ببشار.

و عظيم الامتنان لمن أسبغ علي من البذل لوقتته وجهده ما يجعلني دائمة النظر في معرفته، فلم يأل جهدًا في تقديم النصح والإرشاد "الدكتور بمرزوق عبد القادر"، فقد لقبني بخلق زكي، وعطاء علمي سخي، ومنحني شرفه إشرافه علي هذه الأطروحة، فله مني جزيل الشكر، وجميل الأذوثة، وصادق الدعاء، آتاه الله ثوابه الدنيا، وحسن ثوابه الآخرة، وجعله مباركًا أينما كان.

و الشكر لفصيلة الدكاترة المناقشين علي ما بذلوه من جهد في قراءة البحث وتصديحه وتقويمه. فجزيل الشكر لهم علي كريم خلقهم، وجميل صبرهم، وصادق نصيحتهم. وشكري لكل من أسدى إلي معروفًا وكان عونًا لي علي إتمام هذه الرسالة. أهلة أن يجعل الله عملي هذا مشمولًا بحسن القبول.

قائمة المختصرات:

أولاً: قائمة المختصرات باللغة العربية

- ج.ر.ج.ج: جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- ص: الصفحة
- ط: الطبعة
- ج: الجزء
- ع: العدد
- ف: الفقرة
- م.ق: المجلة القضائية
- ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ثانياً: قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

- Art : Article
- T : Tome
- N° : Numéro
- P : Page
- V : voir
- Op Cit : Opère Citato
- Ibid : Ibidem
- Jorf : journal officiel de la république française
- Ed : Edition
- LGDJ : librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- JCP : Juris Classeur Périodique
- RJDC : Revue de Jurisprudence de Droit Commercial
- Fasc : Fascicule
- Cass : Cour de Cassation

- Com : Commercial
- Soc : Sociale
- Req : Requête
- Rev: Revue
- Trim : Trimestriel
- CIV : civil
- Bull : Bulletin
- G : GENERAL
- D : Recueil Dalloz
- Jurisp : Jurisprudence
- SNC: Société en Nom Collectif
- SCS : Société en Commandité Simple
- SEP : Société en Participation
- E. U.R.L : Entreprise Unipersonnelle a Responsabilité Limite
- CNRS : Centre National de la Recherche Scientifique.

مقدمة

يقول عز وجل في كتابه الحكيم: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا...﴾¹

وقد ولي الإنسان بهذا الأمر لأنه الأقدر على عمارة الأرض، إلا أن عالم الأعمال بما يتضمنه من مشاريع ونشاطات تجارية وصناعية لم يعد مقتصرًا على جهد الأفراد، بل صار أكثر ارتباطًا بالمحرك الجماعي ويتكفل الجهود وتعاونها، فاهتدى الشخص الطبيعي في مجال ممارسته للتجارة إلى مشاركة غيره عبر قاعدة التعاون في إطار نظام قانوني هو الشركات التجارية، بعد أن مارس التجارة منفردًا، لا سيما وقد رأى ضعف نشاطه الفردي، وهو الراغب المتلهف للتجارة .

تعد الشركات التجارية إحدى أهم الآليات الاقتصادية التي تحكم عالم اليوم، إذ تجمع الجهود ورؤوس الأموال في يد شخص معنوي واحد يؤهلها لتكون التاجر الأكثر قوة للسيطرة على الأسواق الوطنية و الدولية، وبذلك فالشركة تلعب دورًا لا يستهان به في بناء الاقتصاد، فهي سبب لغنى الأمة وعمار البلاد.

ولتاريخ الشركة جذور عميقة في الماضي البعيد، وما توصلت إليه القوانين الحديثة من أنظمة تتعلق ببناء هذه الشركات لا يمكن تفسير معظمها إلا بتقصي مصادرها و تتبع أصولها وردها إلى الواقع الاقتصادي و الاجتماعي الذي فرض وجودها، حيث نجد الشرائع السماوية قد شرعت الشركة منذ آلاف السنين. و الإسلام باعتباره دين الحياة يحث مذهبًا و نظامًا على حفظ ما تقوم عليه حياة الناس من ضروريات بغية استقامة مصالحهم، ولن يتأتى ذلك إلا بحفظ الدين والنفس و العقل والمال والنسل.

ولما كان المال لا يملكه كل إنسان بما يتيح له الاشتراك به مع الغير، فقد خلق الله تعالى بعض الناس يملكون أموالًا لا يحسنون استثمارها، كما خلق أناسًا آخرين لهم خبرة في مجال المعاملات التجارية وقدره على تنمية المال لكن تنقصهم الأموال اللازمة، فشرعت بذلك الشركة لتجميع رؤوس الأموال و للاستفادة من أصحاب المواهب والخبرات.

¹. الآية 61 من سورة هود.

وفي حفظ المال يقول المولى عز وجل: ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا... ﴾¹ فقد سمى الله تعالى المال بأنه قيام للمجتمع الإسلامي، هذا يعني أن المجتمع لا يقوم إلا به. كما اهتم الإسلام بالعمل كوسيلة للكسب الشرعي، إذ يقول المولى عز وجل: ﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾².

وبذلك تتجلى أهمية الشركة وضرورتها كوسيلة للكسب المشروع، وكبديل للتعامل بالربا المحرم الذي أصبح داء عضالا في جسم المجتمع الإسلامي. وعن طريق المضاربة التجارية المنظمة فتح الباب لدخول البنك الإسلامي ساحة الاستثمار ومراعاة الحاجيات الأساسية التي يتطلبها الناس من يسرو سعة ودفع المشقة و الحرج، يقول المولى عز وجل: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾³. وقال تعالى أيضا: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ... ﴾⁴. إن أهم ما يحقق حفظ المال الذي به تستقيم مصالح الأفراد، والأمة جمعاء، ويدفع الحرج والمشقة عن الناس، ويبتغي فيه فضل الله ورزقه في إطار ما يقتضيه العرف الصالح في المعاملات ما قام على التعاون الخير تحقيقا لقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾⁵ وتجسيذا لقول الرسول الكريم: «يد الله مع الجماعة»⁶.

لا ريب أن إقرار الشركة تأكيدا وتفعيلا لمبدأ التعاون، إذ بالتعاون تستثمر الأموال، ويستفاد من التجارة، وتشتغل المواهب، وتشتغل الأيدي المتعطلة، ويحال دون اكتناز رؤوس الأموال المنهي عنها شرعا.

1. الآية 05 من سورة النساء.

2. الآية 105 من سورة التوبة.

3. الآية 78 من سورة الحج.

4. الآية 185 من سورة البقرة.

5. الآية 2 من سورة المائدة.

6. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره، صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 10.

من هذا المنطلق ظهرت الحاجة الملحة إلى قيام الشركات لاسيما شركات الأشخاص التي تعد المظهر الأمثل للتعاون بهدف تنمية النشاط الصناعي و التجاري، ناهيك عن كونها وسيلة فعالة لحفظ الأموال وتثميرها ووضعها في خدمة التنمية الاقتصادية.

هكذا تظهر أهمية دراسة موضوع شركات الأشخاص لأنه يعنى بدراسة جانب من المعاملات الرامية إلى استثمار الأموال وتنميتها من خلال ما تقوم به هذه الشركات من مشروعات إنمائية، وبما تفجره من طاقات بشرية سعيا لإنعاش الاقتصاد لمسايرة حركة التنمية الشاملة.

وبما أن دراستنا لموضوع شركات الأشخاص ستكون على الصعيدين الفقهي الإسلامي والقانون الوضعي فهي تكتسي أهمية بالغة من خلال ما تقدمه من فوائد علمية وعملية. فأما الفائدة العلمية فتبرز من خلال منهج البحث والدراسة، وعرض الثوابت العلمية مما ينمي الملكة الفقهية لدى الباحث من خلال محاولة إسقاط بحوث الفقهاء المسلمين في مجال شركات الأشخاص على مثيلتها في القانون الوضعي، فثمة، إذن، مساحة مناسبة لتقديم إضاءات هامة عن شركات الأشخاص في شريعة صالحة لكل زمان ومكان لما تشتمل عليه من قواعد كلية عامة تتسم بالمرونة، وعن قواعد وأحكام قانونية وضعت لتنظيم علاقة الشركاء في الشركة.

أما الفائدة العملية فتتجلى في تقديم شركات الأشخاص التجارية و العقود الإسلامية لاسيما شركة المضاربة بدائل شرعية للتعامل بالربا، حيث تقدم الشركات الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية نفس خدمات البنك التقليدي باستثناء الربا. وبذلك يكون أسلوب المشاركة قد ضمن أن توجه رؤوس الأموال التوجيه الأمثل بتحويلها إلى نشاط اقتصادي منتج، وبالتالي يتخلص المجتمع من داء حصر النشاط الاقتصادي لأصحاب رؤوس الأموال في الاتجار بالنقد والتي تعرف حاليا بنشاط البورصات والمصارف.

نظرا لكون موضوع شركات الأشخاص غاية في الأهمية فقها وواقعا فهي إحدى صور العمل الجماعي في مجال الاتجار والاستثمار، فقد عني الفقه بشركات الأشخاص

التجارية، وبأحكامها عناية كبيرة، ويظهر ذلك من النظر في المساحة الواسعة التي منحها الفقهاء للشركات تعريفا لها وذكرها لأنواعها، وأركانها، وشروطها، وأحكامها.

و لم يقصر القانون الوضعي في اهتمامه بشركات الأشخاص، يظهر ذلك في تنظيمه المحكم لنصوصها، والواقع يشهد بانصراف الناس إلى استثمار أموالهم في الشركات بأنواعها. وذلك بمساهمة كل فرد بما تحت يده، وبالشكل الذي يرضيه.

من هنا كان هدف البحث التعرف على تصنيفات شركات الأشخاص التجارية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ومحاولة الربط بين أحكام الفقه الإسلامي وما استقر عليه القانون في هذا المجال لخدمة المعرفة الأكاديمية. فضلا عن تلخيص تجربة بحثية تمزج بين التأصيل الفقهي الإسلامي والقراءة القانونية لشركات الأشخاص التجارية. لذلك فإن هذه الأطروحة تقترح مقارنة فقهية قانونية لموضوع بحث ظل بامتياز حقلًا للدراسات، يتطلب المتابعة المستمرة للنشاط الاقتصادي، وللاجتهاد والتجديد الفقهي ذي الصلة، عند الاقتضاء. ولقد انضم لأهمية الموضوع أسباب أخرى اقتضت اختياره تمثلت في إظهار سبق الشريعة الإسلامية في إقرار الشركات التجارية، وتنظيم أحكامها، وحرصها على تقدم المجتمعات، من خلال إسهامات فقهاء الشريعة في موضوع شركات الأعمال، حيث أجازوا تكوين شركات تعتمد على حصص عمل من جميع الشركاء، وهذا ما تتنادى به أحدث الآراء وترتفع به الأصوات حاليا، إذ تدعوا إلى تكوين شركات تقوم على العمل والخبرة من الشركاء باعتبار أن هذه الشركات من أحدث ما وصلت إليه التنظيمات القانونية المعاصرة.

كما أن موضوع البحث يقتضي تعاطيا أكاديميا، من شأنه تنمية الملكة الفقهية لذا الباحث من خلال مقارنة أحكام الفقه فيما استقر عليه منذ قرون طويلة بما يراه القانون في آخر ما وصل إليه، فالقانون باعتباره من وضع البشر قد يعتريه بعض القصور مما يستدعي دراسة مقارنة مع المنهج الرباني الصالح للتطبيق مهما اختلفت الحقب التاريخية، والفضاءات الجغرافية، وخصوصيات المجتمع.

من خلال الدراسة يمكن جني العديد من المكاسب، وذلك بالوقوف على مواطن القوة والضعف في القوانين المقررة في مجال شركات الأشخاص بعد تحليل النصوص القانونية

المنظمة لها، وإجراء نوع من المقاربة بقواعد الشركات في الفقه الإسلامي مما يؤدي إلى تفعيل منظومة الشراكة بين الأشخاص لأجل تحقيق هدفها المبتغى.

إضافة إلى ذلك فإن أسلمة البنوك واتخاذها للمشاركة التمويلية كأداة فاعلة في قيام هذه البنوك تستدعي الاستكشاف، ومن دون شك فإن أحكام شركات العقود لا سيما شركة المفاوضة والعنان والمضاربة جزء من نظام هذه البنوك. وبالتالي فإن كل مساهمة جادة في هذا الحقل الخصب ليست دون جدوى في التنظير وما يليه من تطبيق، على حد سواء.

من أجل ذلك كله تطرح إشكالية لهذه الدراسة تنطلق من ضرورة استكشاف مدى مساهمة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في بلورة الشركة. و إلى أي مدى يمكن اعتبار الأحكام التي دونها الفقهاء المسلمون في شركات العقود الإسلامية تنطبق على شركات الأشخاص المقررة في القوانين الوضعية في ظل التطورات الراهنة؟

هكذا يبدو ضروريا استكشاف هذه الأحكام والضوابط وتفصيل عناصرها، ثم تركيبها ضمن رؤية شاملة للموضوع، تصف وتحلل شركات الأشخاص التجارية، أنواع وأشكال، ضوابط مسؤولية الشركاء، مفاهيم، وقواعد قانونية، كل ذلك باتجاه محاولة لإيجاد إجابة للجدلية المعبر عنها في إشكالية هذا البحث.

ولمحاولة الإجابة على السؤال المركزي، الذي يعبر عن إشكالية البحث يمكن طرح الفرضيات التالية على بساط البحث:

1- ألا يمكن إسقاط أحكام شركات العقود في الفقه الإسلامي على شركات الأشخاص التجارية في القانون الوضعي. أم أن الصواب هو الاكتفاء بإبراز الملامح الخاصة بكل شركة، وأوجه الشبه التي تجمع بين شركات الأشخاص في الشريعة والقانون.

2- أم أنه لا يهم أن تخضع الشركات الإسلامية الشرعية لأحكام شركات الأشخاص في القانون فكل خصائصه المميزة، ولا مانع من الاستفادة مما قرره القانون مادام لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.

3- أم أن إبراز المركز القانوني الذي ينعم به كل شريك في شركات الأشخاص التجارية، وذكر حدودها، وضوابطها، وأحكام تطبيق ذلك على أنواع شركات العقد، والشركات المعاصرة تطبيقاً يراعي مسؤوليات الشريك الخاصة في كل شركة منها، ما يخدم جانب تصنيف الشركات التجارية.

ومهما اختلفت الفرضيات، فلن يتسنى لنا إثباتها أو نفيها إلا بمعرفة كيف تنشأ الشركة التجارية في منظور الشريعة والقانون وبعرض الأحكام الخاصة لكل شركة، غير أن هذا لا يعطينا من خوض جولة أفق سريعة في خضم الأحكام العامة التي تجمع بين مختلف الشركات سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي.

إن طبيعة موضوع البحث يقتضي دراسة وصفية والتي يقترح فيها من بين ما يقترح تحليل المحتوى للكشف عن أنواع الشركات وأحكامها. فكانت معالجتنا قراءة نظرية لموضوع البحث، مع توظيف المنهج المقارن لأجل المقاربة بين ما أقره الفقه الإسلامي وما أتت به التشريعات الوضعية. فقد رأينا وجوب الإشارة إلى أننا من منطلق الأمانة في إيفاء البحث المقارن حقه، حرصنا تتبع مواقف الفقه الإسلامي، وانتقاء ما جاءت به أقلام الفقهاء المسلمين لا سيما أئمة المذاهب الأربعة، وذلك حيث أمكننا العثور على مواقف واضحة لديهم دون أن نغفل عن التأكيد على مواطن التشابه أو التباين في تلك المواقف. أما عن القوانين الوضعية فلم نغفل المراجع الأجنبية وفي طليعتها التشريع الفرنسي كلما دعت الحاجة إلى الاستشهاد به باعتباره مصدر القانون الجزائري.

في ذات السياق، ينبغي الإشارة إلى أن منهجية البحث اقتضت عرض المسألة قبل بيان حكمها في التشريع الإسلامي ليتضح المقصود من دراستها، وإذا كانت المسألة متقفا على حكمها فإن ذلك يثبت بالأدلة المناسبة. أما إذا كانت المسألة خلافية، فتلك حالة تطلبت دراسة الخلاف، مع الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، ثم عرض موقف القانون. ورأي منظره، كل ذلك لتيسير بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

بقدر الصعوبات التي واجهتنا من جهة تشعب الموضوع وتعدد النصوص وتشتتها بين التقنين المدني والتجاري، وعلى اعتبار حداثة بعض النصوص التشريعية المنظمة للشركات، وهو أمر يلقي تفهما وتجاوبا متى علمنا أن بلادنا تتخوف من واقع اقتصادي صعب، ما جعل المشرع مواكبة منه للتطور إصدار تشريعات مناسبة، كما هو الحال فيما يخص جواز تقديم حصة من عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بعد أن كانت محظورة وهو بذلك يهدف إلى تحسين مؤشر مناخ الأعمال بالإضافة إلى تسهيل و تشجيع عمليات إنشاء المؤسسات في شكل الأشخاص المعنوية.

وبالرغم من ندرة المرجع الوطني الذي يتناول هذا الموضوع بالذات إن لم نقل انعدامه إلا أننا وجدنا ضاللتنا في أمهات الكتب ومصادرها، ونقصد بذلك الفقه الإسلامي لا سيما جانب المعاملات منه. كما أن اعتمادنا على النصوص التشريعية الجزائرية ومساندتها بمراجع عربية كان له ثماره في إثراء هذا العمل إيمانا منا أن المنبع الفقهي واحد، من جهة الأخذ من التشريع الفرنسي، واجتهادات القضاء الفرنسي.

كما نشير إلى أن الطبيعة الفاعلة للشركات التجارية في عالم الاقتصاد تتطلب استحداث مثل هذه الدراسات للوقوف على أهم النقائص في مجال الشركات، كما أن هذه الدراسة تزامنت مع التغيير الحاصل في القانون التجاري الجزائري بموجب القانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري¹، والذي ظهر من نصوصه تفعيل دور العمل كحصة مقدمة في الشركة.

ولإيفاء هذه الدراسة حقها من البحث، اشتملت على فصل تمهيدي للفصول اللاحقة، يتناول نشأة الشركات التجارية في الشريعة والقانون، من خلال مبحثين. خصص الأول لتعريف الشركة التجارية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، والثاني للحديث عن الأصل في ثبوت الشركة في الفقه الإسلامي، كما وجب علينا التوقف عند أبرز المحطات التاريخية لتطور الشركات التجارية لبيان مدى تجدر هذه الشركات وتأصلها.

¹. ج. ر. ج. ج. ع، 71، بتاريخ 30 ديسمبر 2015.

كما احتوت الدراسة بابين رئيسيين يتعلق الباب الأول بالأحكام العامة للشركات التجارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وينقسم إلى فصل للأركان العامة والخاصة للشركة في الشريعة والقانون، وآخر لانقضاء الشركات التجارية، وما يترتب عن هذا الانقضاء من آثار.

أما الباب الثاني فهو مخصّص ، للتعريف بأنواع شركات الأشخاص وتحديد المعايير المعتمدة لتصنيفها في الشريعة والقانون. وفي هذا السبيل، ندرج فصلين أولهما خاص بشركات للأشخاص في الشريعة الإسلامية، والثاني بشركات الأشخاص في القانون الوضعي. وهكذا يمكن تلخيص خطة الأطروحة وفقا للتصميم التالي:

مقدمة

الفصل التمهيدي: نشأة الشركات التجارية في منظور الشريعة والقانون.

الباب الأول: الأحكام العامة للشركات التجارية في الشريعة والقانون.

الفصل الأول: أركان الشركات التجارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد الشركة في الشريعة والقانون.

الباب الثاني: تصنيف شركات الأشخاص التجارية في الشريعة والقانون.

الفصل الأول: شركات الأشخاص في الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: شركات الأشخاص في القانون الوضعي.

خاتمة.

وقد استندنا في ترتيب الأبواب و فصول الموضوع المدروس على البدء من العام وصولا إلى الخاص، ومن الأصل إلى الفرع، وهو بذلك تبرير منطقي، إذ لا يمكن مثلا الحديث عن الأركان الخاصة بالشركات ما لم نعلم الأركان العامة لها، ولا يمكن نكر تصنيفات الشركات التجارية ما لم نقف على الضوابط والأسس التي كانت أساسا ومعيارا لتصنيف تلك الشركات. كما تضمنت الدراسة حالة تطبيقية تهدف إلى بيان مدى إمكانية

تطبيق نوع من شركات العقود والمسماة بالمضاربة على ساحة الواقع التجاري ومدى فاعليتها في هذا الميدان.

ونأمل في الأخير، أن تكون هذه الأطروحة قد قدمت إضاءات مفيدة، وعرضت إضافات معرفية ذات الصلة بشركات الأشخاص التجارية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لا سيما الجزائري، متناسبة مع أهمية الموضوع أكاديميا و آثاره على الحياة الاقتصادية والاجتماعية على حد سواء.

الفصل التمهيدي

تعدّ الشركات التجارية أهم الآليات التي تدير عجلة الاقتصاد، إذ تضطلع باعتبارها جميعاً لجهود الأشخاص، وأموالهم في يد شخص معنوي بالمشاريع الاقتصادية التي يقف الفرد عاجزاً أمام تحقيقها وتجسيدها على أرض الواقع.

فقد كانت الشركات التجارية بديلاً شرعياً للتعامل بالربا المحرّم، فهي تعمل على تجميع الأموال واستثمارها في إطار منظمّ مدروس قصد مواكبة ركب التطوّر الاقتصادي الحاصل، وهي ذات الشركة التي ورد ذكرها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

ولما كان المال مملوكاً لأشخاص لا يفقهون استثماره، ووهب الله أناساً آخرين دراية بالغة في مجال نماء الماء وتدويره، لا ينقصهم إلاّ الأموال لذلك شرعت الشركة، وندب الإسلام إليها ورغب فيها وقد ورد في قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَأَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾¹. والشركة طريق من طرق ابتغاء الفضل، وجرى التعامل بها على مرّ السنين، مما دفع فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون المعاصرين إلى تنظيمها، وتفصيل أحكامها، وبيان خصائصها، وما يميزها عن غيرها.

وقد كان للفقه الإسلامي نصيب الأسد في احتضان هذا المولود المعنوي بتنظيم أحكامه، حيث أباح التعامل بها، وأجازها، بل وكان معينا وموفقاً لأصحابها ما لم تدخلها الخيانة أو يدخلها غش من أحد الشركاء. ولم يقصر القانون الوضعي في تناوله لموضوع الشركات لما في هذا العقد من تعاون بين الشركاء، وتناوب بينهم في الأعمال، والتشاور والتفاهم على ما ينفع الشركة والشركاء.

قبل أن نستهلّ موضوعنا، يجدر بنا أن نذكر أساسيات تثير طريق القارئ ليخطو خطاً ثابتة، وهو بصدد قراءة هذا البحث، فقد تمت هيكلة هذا التمهيد في مبحثين أساسيين، فكان من البديهي التساؤل عن دلالة مصطلح الشركة حينما يتعلّق البحث عن شركات الأشخاص التي تعدّ نوع من أنواع الشركات التجارية، إلاّ أن طبيعة موضوع الأطروحة يدعو إلى عدم الاسترسال في عرض مفهوم الشركة كمصطلح عام وتعريفاته المتعددة.

فقمنا في مبحث أول من هذا التمهيد عرض مفهوم الشركة التجارية فقها وقانوناً، وذلك من خلال ذكر تعريفات وتحليلات لفقهاء ورجال القانون. ومن المنطقي محاولة ذكر تعاريف

¹. الآية 10 من سورة الجمعة.

فقهاء المذاهب الأربعة لأنهم رائدون بلا منازع تنظيرا وتطبيقا لمبادئ الشركات التجارية وقواعدها. ولا شك أن طرحهم كان محل انتقاد و إثراء من طرف مناهج أخرى. ومهما يكن، فإن إنصاف الرواد يعتبر من صميم البحث العلمي. كما سنرى تعريفات أخرى برؤية قانونية معاصرة.

ثم نجري مقارنة بين التعريفين الفقهي الإسلامي والقانوني للشركة التجارية محاولين بذلك وضع القارئ الكريم في موضع يستطيع من خلاله التمييز بين الشركة وما يشته به، ونتحدث في المبحث الثاني عن الأصل في مشروعية الشركة، حيث نعوص بالقارئ الكريم في أعماق الذكر الحكيم، وسنة رسولنا العظيم، لنثبت بذلك تأصل جذور الشركة في أرض الشريعة. ثم نحاول جاهدين سرد أبرز المراحل والمحطات، لتطور الشركات التجارية عبر مختلف الحقب التاريخية.

المبحث الأول: تعريف الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ومقارنتها بما يشته بها.

تطلق الشركة على العقد الخاص بها، كما قد تطلق على نصيب الشريك، إذ يقال لي نصيب في كذا، غير أنّ إطلاق الشركة على العقد المبرم بين الشركاء هو المراد والمقصود¹. وقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الشركة كل حسب مذهبه. كما تتنازع مفهومها قانونا فكرتا العقد و النظام ، إذ بالرغم من التسليم بأنّ الشركة تولد بناء على عمل قانوني اختياري من الشخص إلا أنّ التدخل من قبل القانون لتنظيم بعض أنواع الشركات بما يحدّ من حرية الأشخاص، جعل فكرة النظام تفرض نفسها على ساحة الشركات. فضلا عن التراجع عن فكرة العقد، وذلك بإقرار الشركة من شخص واحد والاعتراف لها بكامل الشخصية القانونية.

من خلال تعريف الشركة تتجلى خصائصها، وأركانها الخاصة، هذه الأخيرة التي يمكننا الاعتماد عليها كأساس أو معيار للتمييز بين عقد الشركة وما يشته به من عقود، كعقد القرض وعقد العمل وغيرها. كما نستطيع التفرقة كذلك بين ما يختلط بعقد الشركة من أنظمة قانونية كالجمعية والشيوخ وغيرها.

¹. محمد ابن إبراهيم الموسى، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، ط 1، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1997، ص 8.

لهذه المعطيات ولأجلها، ارتأينا أن نوضح في هذا المبحث معنى الشركة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي وذلك ضمن مطلب أول، ثم نتعرض لما يشتهر بها من عقود، ونحاول تمييزها عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى في مطلب ثان وذلك بإيجاز لا يخل بالمعنى.

المطلب الأول : تعريف الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الشركة هي الشكل القانوني الذي تجتمع فيه إرادة أكثر من شخص لممارسة عمل من الأعمال سواء مدني كان أو تجاري، والشركة بهذا الوصف هي الوسيلة التي يلجأ إليها الأفراد إذا عجزت القدرة الذاتية لكل فرد عن القيام بالمشروع الذي يرغب فيه¹. ونظرا للأهمية الكبرى التي يحظى بها هذا المحرك الجماعي للأعمال - الشركات - لاسيما التجارية منها باعتبارها جميعا لجهود الأفراد ولمدخراتهم في إطار استثماري منظم، تولت غالبية التشريعات وضع إطار تنظيمي بدءا بإعطاء تعريف لها يميزها عن باقي العقود والأنظمة المشابهة لها. ولم يدخر الفقه الإسلامي جهدا لإعطاء مفهوم للشركة سواء بمعناها العام أو لشركات العقود والمراد بها الشركات التجارية.

إن الوقوف على معنى الشركة يقتضي أن نوضح في هذا المطلب ما يفهم من الشركة لغة وشرعا وقانونا، ونعرج قليلا على المعنى الاصطلاحي العام لها، مع التذكير بأن المراد بالدراسة هي شركة العقد التي تعدّ قسما من أقسام الشركات بمعناها العام، هذا بالنسبة للفقه الإسلامي، أمّا عن القانون الوضعي فلم يورد أي تعريف للشركة بمعناها العام، وذلك أنه لم يعرف إلا شركات العقد (الشركات التجارية)، وفرق بينها وبين الشركات المدنية.

كما سنجري مقارنة بين التعريف الشرعي والقانوني للشركة، سعيا منّا إلى إجلاء المعنى وتوضيحه، فضلا عن إظهار وجه الشبه والاختلاف بين التعريفين.

الفرع الأول : المعنى اللغوي للشركة

¹. محمد مصطفى عبد الصادق، الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، ط 1، دار الفكر والقانون، 2012،

الشركة بكسر الشين وسكون الزاء، وقد تفتح الشين وتكسر الراء، والنطق الثاني هو المشهور وإن كان الأول هو الأصح¹. وأصل الشركة في اللغة توزيع الشيء بين اثنين فأكثر على جهة الشروع².

والشريك هو المشارك، وهو الداخل مع غيره في عمل أو أي أمر كان. ويجمع شريك على أشراك وشركاء³. ويقال شركتك في الأمر، وأشركتك فيه صرت شريكا فيه⁴. وقد ورد في هذا المعنى قول الله تعالى: ﴿ وَأَشْرِكُ فِي أَمْرِي... ﴾⁵. ويقال للشريك خليط والشركاء خطأ حيث فسر المفسرين⁶ والفقهاء⁷ معنى الخطاء في قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ... ﴾⁸ بأنهم الشركاء.

وهي اختلاط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما⁹. كما تعرف الشركة بالخلط، إذ ورد في قوله تعالى: ﴿ وَأَخْرُونَ أَعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا... ﴾¹⁰.

¹. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، المجلد الثاني، دار الصادر، بيروت، لبنان، ص 306.

². نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1، المعهد العالمي للفقه الإسلامي، سنة 1993، ص164.

³. محمد ابن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص22.

⁴. عبد الله بن عبد الرحمان البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ط 1، دار القبلة للثقافة الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1992، ص 121.

⁵. الآية 32 من سورة طه.

⁶. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (الشوكاني)، فتح القدير، ج5، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص 426.

⁷. ابن قدامة الحنبلي، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (بن قدامة)، المغني، تعليق محمد رشيد رضا، دار المنار، ج 5، ص 109.

⁸. الآية 24 من سورة ص.

⁹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ط 1، دار الفكر المعاصر، سورية، سنة 1984، ص 3875.

¹⁰. الآية 102 من سورة التوبة.

والخط من فعل الإنسان أما الاختلاط فهو صفة للمال¹. وأطلقت عند الجمهور على العقد الخاص بها، وإن لم يوجد اختلاط النصيين² لأنَّ العقد سبب الخط³. ويتّضح من هذا أنّ الشركة تطلق على الخط مطلقاً سواء أكان في المال أو في الأشخاص المشتركين أو العقد.

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي العام للشركة

إنّ الفقهاء في الشريعة الإسلامية عند تقسيمهم للشركة بمعناها العام انقسموا إلى فريقين⁴:

يقسّم الفريق الأوّل الشركة إلى قسمين هما: شركة الملك وشركة العقد لا ثالث لهما⁵. ويرجّح الفريق الثاني تقسيم الشركة إلى ثلاث أقسام وهي: شركة الإباحة وشركة الملك وشركة العقد، إذ نجد بعض الفقهاء عدّ اشتراك الناس في الأشياء العامّة نوعاً من الشركة، وهو شركة الإباحة⁶.

ويحتج الذين لا يرون أنّ شركة الإباحة من أقسام الشركة بأنّها ليست مستوفية لأركان وشروط الشركة⁷، كما أنّ الشركة إنّما تكون بالاشتراك بالأعيان أو الأموال وليست شركة الإباحة كذلك⁸.

¹ ابن نجيم زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، 1993، ص 179. حسني عبد السميع إبراهيم، استثمار الأموال في الشريعة الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، جامعة الأزهر، سنة 2009/008، ص 108.

² نزيه حماد، مرجع سابق، ص 164.

³ الشوكاني، مرجع سابق، ص 3.

⁴ محمد ابن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 25.

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3877. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996، ص 489.

⁶ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط 1، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان، سنة 1971، ص 5.

⁷ سيّتم الحديث عن أركان وشروط الشركة في الباب الأول من هذه الرسالة.

⁸ محمد ابن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 26.

في حين يستدل القائلين باعتبار شركة الإباحة قسماً من أقسام الشركة بحديث أبو هريرة رضي الله عنه أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " لا يمنع الماء والنار والكلأ".¹

ويستندون في قولهم بأنّ شركة الإباحة قسم معتبر من أقسام الشركة بالمعنى العام، لأنّ الأدلة على ذلك صريحة ومتعددة، تنهض بجملتها للاحتجاج بها على ذلك. وشركة الإباحة وإن لم تكن اشتراكاً في الأعيان والأموال فهي اشتراك في صلاحية الإحراز والتملك فمن أحرز شيئاً من ذلك فهو أحق به وهو ملك له دون سواه يجوز له تملكه بجميع وجوه التملك.²

فشركة الإباحة في الفقه الإسلامي تعني اشتراك عامّة الناس في صلاحية التملك للأشياء المباحة التي لا تعد في الأصل ملكاً لأحد.³ أو كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد.⁴ ويجمع الفقهاء خمسة مجالات تتناولها شركة الإباحة⁵ وهي جميع الأشياء التي يشترك الناس في ملكيتها، وأباح لهم الشارع استهلاكها أو استعمالها وهذه المجالات تتلخص في كل من: أ- الماء : ويشمل ماء البحر وماء الأودية العظيمة، كأنهار النيل ودجلة والفرات والأردن وغيرها، وماء الأودية الخاصة بقرية أو مدينة، وماء العيون والآبار في الأرض غير المملوكة لأحد.⁶

ب- الكلأ : وهو الحشيش أو العشب الذي ينبت في أرض غير مملوكة والنبات الذي ينبت بنفسه في أرض مملوكة ما لم يقطعه إنسان.⁷

1. حديث شريف أخرجه ابن ماجة وقال فيه ابن حجر إسناده صحيح، أنظر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 113.

2. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 27.

3. فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2005، ص 558.

4. نزيه حماد، مرجع سابق، ص 165.

5. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 37.

6. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 561.

7. الحطاب المالكي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت. ، ص 3.

- ج- النار: ويراد بها الحطب الذي يحتطبه الناس، وكل ما ينتفع به، استضاءة واصطلاء¹.
- د- المعادن: التي لا تنقطع، كالمح والنفط ومشتقاته، والكبريت وأحجار الرحي والرخام والكحل والياقوت وغيرها².
- هـ- المرافق العامة أو الانتفاعات المشتركة: التي تمنع اختصاص الفرد بحيازتها كالشوارع والمساجد والملاعب والمدارس وأشباه ذلك³.
- أما شركة الملك وهي القسم الثاني من أقسام الشركة بالمعنى العام، وهي أن يمتلك شخصان أو أكثر عينا من غير عقد الشركة⁴، وذلك كالشراء والهبة وقبول الوصية وهي نوعان :
- أ- شركة اختيار: وهي التي تنشأ بفعل الشريكين كأن يشتريا شيئا أو يوهب لهما شيء أو ملك⁵. فمثلا إذا اشترى اثنان بالاشتراك، مالا فيكون المال المذكور مشتركا بينهما بشركة اختيارية. كذلك لو أوصى أحد لأثنين بمال وقبلا الوصية، فيكون المال المذكور بعد موت الموصي مشتركا بينهما بشركة اختيارية⁶.
- ب- شركة جبر: الشركة الجبرية تنشأ بفعل غير الشركاء كأن يتوفى المورث، وتؤول الشركة إلى الورثة، وتختلط بعض أموال الشريكين بفعل الغير بحيث لا يمكن التمييز بينهما، أو يمكن التمييز بينهما بصعوبة⁷.
- وحكم هذه الشركة بنوعيتها: هو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه، إذ لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر⁸.

¹. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، القاهرة، سنة 1962، ص 6.

². ابن قدامة، مرجع سابق، ص 520.

³. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 561.

⁴. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3877.

⁵. وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

⁶. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 554.

⁷. علي محمد علي دروي، شركة الملك وفقا للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2006، ص 34.

⁸. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3878.

ورغم أن ما يعنينا في هذا البحث هو شركة العقد، إلا أنه يتعين علينا بيان موقف الفقهاء من الشركة بمعناها العام حسب اختلاف مذاهبهم.

أولاً : المالكية.

عَرَفَ المالكية الشركة بمعناها العام بأنّها: "استقرار متمول بين مالكين فأكثر ملكا فقط." ومعنى التعريف أنّ الشركة استقرار ملك شيء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر، فلكل واحد أن يتصرف فيه تصرف المالك¹.

وهي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع إبقاء حق التصرف لكل منهما².

أمّا النسب الثابت بين اثنين، وكذلك الولاية بين اثنين على مملوك فإنّ ذلك لا يكون شركة لأنّ تقرر ذلك ليس تقرر شيء مالي، وإذا أثبت الشيء المالي بين وصيين أو وكيلين فإنّ مال القاصر الموجود في يد الوصيين بمقتضى الوصايا لا يجعلهم شركاء فيه، لأنّه ليس ملكا لهما³.

وهذا التعريف يجمع جميع أنواع الشركة سواء كانت شركة إرث أو غنيمة أو شركة مال للتجارة، مفاوضة كانت أو عنانا، وتدخل كذلك شركة الأبدان باعتبار الفائدة المالية، التي تترتب عليها لأنها تكون مملوكة بينهما، أمّا شركة الذمم المعروفة بشركة الوجوه فهي ممنوعة عند المالكية⁴.

ثانياً : الحنفية.

عَرَفَ الحنفية الشركة بمعناها العام بأنّها: "عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح." ويلاحظ على هذا التعريف أنّه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد⁵.

¹. الخرخشي، أبو عبد الله محمد، شرح مختصر خليل، ج 6، دار صادر بيروت، ص38.

². وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص3875.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 23 و24.

⁴. محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع، ص 24.

⁵. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص3876.

ورود تعريف آخر للشركة بمعناها العام مفاده أنها "اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد" وبتأمل هذا التعريف يتبين أنه شامل لجميع أقسام الشركة، بقسميها الاختياري والجبري سواء كان عينا أو ديناً، وشركة العقد سواء كانت بالعمل أو المال أو الجاه¹.

ثالثاً : الشافعية.

عرّف الشافعية الشركة بمعناها العام بقولهم: "هي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ². وهذا التعريف شاملاً لأنواع الشركة كلها، فشركة الملك ثابتة لاثنين أو أكثر ثبوتاً مشاعاً، وكذلك شركة العقد ثابتة إلا أن ثبوتها إنما هو بالعقد³.

رابعاً : الحنابلة.

قال الحنابلة أنّ الشركة بمعناها العام هي: "الاجتماع في استحقاق أو تصرف"⁴، وهو تعريف جامع لأنواع الشركة، فقوله الاجتماع في استحقاق يشمل جميع أنواع شركة الملك سواء كان الاستحقاق بالإرث أو الوصية أو الهبة أو الغنيمة، أو كانت مالية أو بدنية، أو قائمة على التعامل بالجاه⁵.

إنّ ما تقدم كان تعريفاً اصطلاحياً للشركة بمعناها العام عند بعض الفقهاء المسلمين، وحيث أنّ موضوع الأطروحة "شركات الأشخاص التجارية"، وهي بطبيعة الحال من شركات العقد⁶، فإني لا أجد ضرورة للخوض في تفاصيل هذه التعاريف لما في ذلك من استطراد وتطويل قد يخرج بنا عمّا نريد البحث فيه.

هذا في الفقه الإسلامي، أمّا عن القانون الوضعي، فتقسم الشركات إلى قسمين: شركات مدنية وشركات تجارية⁷ وهذه الأخيرة هي شركة العقد في الفقه الإسلامي أمّا أقسام الشركة

¹. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 23.

². وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3876.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع السابق، ص 24.

⁴. ابن قدامة مرجع سابق، ص 109.

⁵. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 24.

⁶. يقصد بشركة العقد الشركة التجارية و سيأتي بيان مفهومها في موضعه.

⁷. اختلفت القوانين في معيار التمييز بين الشركات المدنية والتجارية، فبعض القوانين اتخذت المعيار الموضوعي الذي يعتمد على طبيعة العمل الذي تقوم به الشركة، فإن كان العمل تجارياً كانت الشركة تجارية، وإن كان العمل مدنياً كانت

الأخرى كشركة الملك والإباحة فلا يعتبرها شركة، وإنما يعتبر شركة الملك ملحقة بأحكام الشيوع¹، ويعتبر شركة الإباحة ملحقة بالأشياء العامة².

مجمل القول أنه اصطلاحاً تطلق الشركة على العقد الخاص بها، كما قد تطلق على نصيب الشريك كقول: لي شركة في كذا، أي نصيب فيه، وإطلاق الشركة على العقد الذي تم بين الشركاء هو المراد وإن لم يوجد اختلاط لأنصبة الشركاء لأن العقد سبب له. كما أن بعض أنواع الشركات ينشأ بدون خلط الأنصبة كشركة الأعمال والوجوه والمضاربة³. وعلى الساحة العملية، اصطلاحاً تطلق الشركة على الاتفاق بين اثنين أو أكثر قصد القيام بنشاط اقتصادي معين ابتغاء الربح. ويلاحظ على تعاريف الشركة، أنها تعاريف تعبر عن حقيقة الشركة بالنظر إلى هدفها و أثرها أو النتيجة المترتبة عليها. أما القانون الوضعي في معظم الدول العربية، فإنه لم يذكر تعريفاً اصطلاحياً للشركة بمعناها العام لأنه لا يعتبر منها إلاّ قسماً واحداً الذي هو شركة العقد، متأثرون في ذلك بالقانون الفرنسي.

ونشير إلى أنه تبيّن لنا من خلال تعريف الشركة لغة، أنّ للشركة ثلاث إطلاقات. فتطلق على الاختلاط والخلط والعقد نفسه، وكل هذه المعاني تتحقق في المعنى الاصطلاحي، فالشركة الشرعية لا تتحقق إلاّ بالاختلاط أو الخلط أو العقد⁴. فالشركة قد تقوم على مال، أو ضمان، أو جهد بدني. وعليه فالظاهر ممّا سبق بيانه إتحاد المعنى اللغوي والاصطلاحي للشركة.

الفرع الثالث: تعريف شركة العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية

الشركة مدنية، والبعض الآخر اتخذ المعيار الشكلي الذي يعتمد على الشكل الذي تتخذه الشركة، فالشركة تعتبر تجارية إذا اتخذت أحد الأشكال التي نص القانون على اعتبارها شركة تجارية مهما كانت طبيعة العمل الذي تقوم به.

¹. تنص المادة 713 من ق.م.ج على أنه: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك."

². محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 27. تنص ف2 من المادة 682 من ق.م.ج على أنه: "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيارتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية."

³. محمد أحمد بن عبد الرحمن الزرقا، حصة العمل في الشركة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، سنة 1978، ص10.

⁴. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 25.

المقصود بالشركة كما سبق هي شركة العقد. وهي الشركة التي تعتمد في تأسيسها على عقد شرعي يقع اختياراً بين اثنين فصاعداً¹. ومعنى ذلك أنّ شركة العقود هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في ماله وربحه بأن يقول أحد الشركاء لصاحبه: شاركتك في كذا ويقول الآخر: قبلت، وذلك هو المعنى العام الذي يتناول جميع أقسام شركة العقود².

و قد أورد فقهاء المذاهب في الفقه الإسلامي تعريفات لشركة العقد، نذكر بعضها.

البند الأول: تعريف شركة العقد عند المالكية

عرّف المالكية الشركة بتعريفات عديدة نقتصر على ثلاثة منها:

أ- التعريف الأول:

"هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما"³ ومعنى ذلك أن يأذن كل شريك للآخر في أن يتصرف في مال يمتلكانه، على أن كلا منهما يتصرف لنفسه وللآخر، فكل من الشريكين يعمل في مال الآخر لصاحبه ولنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعمل في مال الموكل وللموكل خاصة.

ويقول الدكتور عبد العزيز الخياط: "إنّ الظاهر من التعريف كون كل من الشريكين يعمل لنفسه في مال الآخر ولصاحبه معاً، وهذا هو معنى الإذن في الشركة، ولا يعني الإذن له بأن يعمل بالمال لنفسه، لأنّ هذا وكالة، إذ أنّ معنى الوكالة أن يعمل الموكل بالمال للموكل خاصة ولا يجوز أن يعمل كل منهما بالمال له ولصاحبه دون أن يمكّن أحدهما الآخر من العمل معه في حصته من المال، فلو قال كل واحد لصاحبه: "تصرف في هذا المال أنت وحدك على أن يكون الربح لي و لك " يشترط أن لا يتصرف كل واحد في مال نفسه، فليس ذلك بشركة⁴.

¹. أحمد لسان الحق، الوسيط في الاقتصاد السياسي الإسلامي والعصري ونظام الشركات الإسلامية والعصرية، ج 1 و 2،

ط 1، مركز الخدمات المتّحدة للطباعة والتفسير والتذهيب، الدار البيضاء، المغرب، سنة 1993، ص 279.

². عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، شركة الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ص 69.

³. الخطاب، مرجع سابق، ص 117.

⁴. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 42 و 43.

وحين عرفت أنها إذن في التصرف، وحذف المتصرف فيه، شمل المال، والعمل، والذمة، وبذلك يشمل أنواع الشركة كلها، شركة المال، والعمل، والذمم¹. إلا أنه يبقى تعريفا غير جامع، لخروج شركة الجبر لأنه لا إذن فيها في التصرف².

ب- التعريف الثاني:

وهو تعريف الشركة بالمعنى الأخص وهو "بيع ملك كل بعضه ببعض الآخر موجب صحة تصرفهما"³.

وهذا التعريف ناظر إلى عمق العقد لأنه يتضمن بيع كل واحد من الشريكين بعض ماله ببعض مال الآخر، مع بقاء حق كل واحد في التصرف فيما باع لشريكه، وفيما احتفظ به لنفسه، وبذلك يتصرف في الجميع، في نصيبه بالأصالة، وفي نصيب شريكه بالنيابة⁴.

ج- التعريف الثالث:

ما ورد من تعريف لشركة العقد بأنها "عقد مالكي مالين فأكثر على الاتجار فيهما معا، أو عقد على عمل بينهما والربح بينهما بما يدل عليه عرفا"⁵.
والواضح أن التعريف الثالث هو الأقرب إلى معنى "الشركة" لأنه ضمن تعريفه كون الشركة عقدا، فدلّ بذلك على كونها "شركة عقد" وبين أن الشركة تكون بالمال أو بالعمل. كما اعتبر العرف في تقسيم الأرباح.

البند الثاني: تعريف شركة العقد عند الشافعية

عرف الشافعية الشركة كذلك بتعريفات منها:

أ- التعريف الأول:

الشركة عقد يقتضي ثبوت الحق شائعا لاثنتين فأكثر¹. ويعني ذلك أنه إذا اشترك اثنان أو أكثر فإن حقهم فيما اشتركوا فيه ثابت بالعقد وإن كان هذا الحق ثابت على جهة الشيوخ

¹ محمد تأويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، بيروت لبنان، سنة 2009، ص 275.

² محمد تأويل، نفس المرجع والصفحة.

³ فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 566.

⁴ محمد تأويل، مرجع سابق، ص 274.

⁵ الدردير أحمد بن محمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة رحاب، الجزائر، سنة 1988، ص 143، 142.

أي غير معين. وهو تعريف لا يمنع دخول بعض صور شركة الملك فهي عقود توجب ثبوت حق في شيء شائع.

ب- التعريف الثاني:

هو ما أورده ابن حجر العسقلاني حيث قال: " الشركة هي ما يحدث باختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح². فالشركة بذلك تقوم برضا المشاركين قصد تحقيق الربح لكل الشركاء. والتعريف لا يشمل شركة العمل، بقوله لتحصيل الربح، فإن أجره العمل لا تسمى ربحا اصطلاحا³.

البند الثالث: تعريف شركة العقد عند الحنفية

عرف الأحناف الشركة بتعريفات منها:

أ- التعريف الأول:

عرّف الأحناف الشركة بأنها "العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه"⁴. يتضح من تعريف الحنفية للشركة أن العقد هو قيام الاشتراك بين اثنين أو أكثر حيث يدفع كل منهما حصته في رأس المال.

ويتضح أن هذا التعريف لا يشمل شركة العمل، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة.

ب- التعريف الثاني:

في تعريف آخر لشركة العقد في الفقه الحنفي ورد بأنها عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل و الربح⁵. وأما "الأصل والربح" في العقد بين المتشاركين، فالمقصود بالأصل:

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3876.

². أحمد بن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص 129.

³. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 275.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 69.

⁵. شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج 2، مطبعة دار السعادة، ص 714.

رأس المال أي يشترك اثنان أو أكثر في رأس المال بأن يخلط كل منهم رأس ماله برأس مال الآخر، فيصبحوا شركاء، وبالتالي يصبحون شركاء في الربح بحسب رؤوس الأموال أو بحسب الاتفاق وهو المراد بقوله " وفي الربح " ويتكون رأسمالهما من الحصة التي يقدمها كل شريك مساهمة منه في الشركة¹.

نص هذا التعريف على أن الشركة عقد لكنه ذكر أنها عقد بين المتشاركين في الأصل والربح، وهذا غير جامع فلا يشمل شركة المضاربة حيث يكون رأس المال من جانب أحد الشركاء والعمل من الشريك الآخر، فلم يشتركا في رأس المال. كما أن التعريف غير مانع إذ يدخل فيه أحد نوعي شركة الملك وهو ما كان بالاختيار كأن يتفق اثنان على شراء عمارة لتأجيرها، فهنا تحقق فيها الاشتراك في الأصل والربح وهي في الحقيقة عقد على تملك الشركاء للعمارة وليس ذلك من شركة العقد².

البند الرابع: تعريف شركة العقد عند الحنابلة

أما الفقه الحنبلي فيعرف الشركة بأنها اجتماع اثنين فأكثر في التصرف³. يقصد أن الشركة إنما تكون بالاجتماع والاشتراك بين المتشاركين في التصرف فلا يستبد بذلك أحدهما دون الآخر، وإنما يكون لكل منهما التصرف في الشركة بالبيع والشراء ونحوهما⁴. إن القول: " الاجتماع في التصرف " لا يفيد القصر على التصرف في الشركة فقد يكون الاجتماع بين اثنين في الوكالة وهذا ما يجعل التعريف غير مانع لدخول غير الشركة تحته. كما أنه لم ينص على الربح الذي هو الهدف من إنشاء الشركة⁵. كما يؤخذ على هذا التعريف خروج شركة المضاربة التي ينفرد العامل فيها بالتصرف وهي عند الحنابلة قسم من أقسام الشركة.

نشير إلى أن التعريفات المقدمة من طرف العلماء المحدثين لا تخرج عن تعريفات الفقهاء السابقين. ونذكر تعريفا أورده الشيخ علي الخفيف للشركة بأنها "عقد بين اثنين أو

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص42.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص37.

³. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 3. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 565.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص35.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع، ص38.

أكثر على الاشتراك في المال وربحه أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في أجر العمل، أو الاشتراك فيما يباع ويشترى دون أن يكون هناك رأس مال يتجر فيه.¹ كما عرفت شركة العقد بأنها عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم بالغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع.² ويظهر أن هذا التعريف ورد جامعا لتناوله لكل أقسام شركة العقد سواء كانت بالأموال أو الأعمال أو الوجاهة أو كانت شركة مضاربة لأنها تقوم على الجهد البدني والمالي معا، ولأنه تعريف مانع لعدم دخول غير أفراد المعرف في التعريف كأقسام شركة الملك، كما جاء مختصرا مع وفائه للمقصود وعدم إخلاله بالمعنى.

إلا أن الدكتور إبراهيم موسى يبدي ملاحظة على هذا التعريف مفادها أنه جعل توزيع الأرباح والخسائر بمقتضى اتفاق الشركاء، وبالنسبة لمسألة الربح فذلك مقبول. أمّا في مسألة الخسائر فإن توزيعها لا يجوز أن يكون كما ذكر في التعريف، إنّما يجب توزيعها حسب نصيب كل شريك في رأس مال الشركة لأن ذلك متفق عليه عند الفقهاء، ويمنعون أن يكون توزيعها حسب الاتفاق.³

ولأجل ذلك يمكن وضع تعريف لشركة العقد مفاده " شركة العقد عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم والغرم بينهما".

الفرع الرابع : تعريف الشركة في القانون الوضعي

يشير لفظ الشركة إلى قيام حالة من الارتباط بين الشركاء، هذا الارتباط يولد بينهم الشعور بالتعاون، تحقيقا لغرض مشترك يعود نفعه على الشركاء جميعا. والارتباط القائم بين الشركاء يعد السبب المباشر في ظهور وضع جديد بينهم ، يؤدي إلى ظهور كيان مستقل يعرف بالشركة ، وهي من وجهة نظر القانون ذلك المشروع الاقتصادي الذي يقوم باستغلاله شخصان فأكثر.

¹ علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 18، أنظر كذلك علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ج3، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996، ص489.

² فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 566 .

³ محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 38 و39.

ورغم اعتبار الشركة بمثابة الإطار القانوني للمشروع¹ إلا أن فقهاء القانون اختلفوا حول الماهية القانونية للشركة، أي عقد أم نظام قانوني؟
ظهرت إثر ذلك نظريتين تبيان الطبيعة القانونية للشركة، وهي النظرية العقدية، والنظرية النظامية أو اللائحية².

البند الأول: الشركة وفكرة العقد

يرى الفقه التقليدي أن المعيار المعتمد لتحديد الطبيعة القانونية للشركة يتجلى في العمل الإرادي المحدد للعلاقة بين الشركاء، وهذا العمل ليس سوى العقد الذي يخلق الشركة³.

يؤسس مؤيدي النظرية العقدية للشركة رأيهم على أن العقد هو الذي يمنح الشركاء صفتهم القانونية الجديدة، كما أن إرادة المتعاقدين هي المتحكمة أساسا في اختيار نوع الشركة، وتؤثر سلامة هذه الإرادة في صحة انعقادها.

وتصنع إرادة المتعاقدين القواعد التي تحكم نشاطها وتسييره وفقا للغرض المشترك، وتقوم عند الحاجة بتعديل هذه القواعد، وفقا لما تراه مناسبا مراعية أحكام القانون المتصلة بالنظام العام⁴.

تتجسد الحرية التعاقدية بوضوح في شركات الأشخاص على وجه الخصوص في شركة التضامن، حيث لا يمكن لشركة التضامن أن تظهر كشخص معنوي إلا بمقتضى عقد. ففكرة العقد إذن تجد تبريرا لها في هذا النوع من الشركات القائمة على الاعتبار الشخصي، توجد بوجوده وتزول بزواله.

كما أن رواج مبدأ سلطان الإرادة على الساحة القانونية، وهيمنة مبدأ الحرية الاقتصادية زاد في ترسيخ الفكرة التعاقدية للشركة.

¹ محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 1999، ص2.

² Saintourans , la flexibilité du droit des sociétés, rev .trim .civ.1987.p 457.

³ سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2003، ص223.

⁴ الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج1، سنة 1994، ص3.

غير أنه أمام التطور الكبير الذي طرأ على الحياة الاقتصادية والاجتماعية لم يعد مفهوم العقد قادراً على الإحاطة بكل تلك الآثار القانونية التي تترتب على تكوين الشركة مما أدى إلى تراجع فكرة العقد¹، فمن ناحية يتضح اختلاف الشركة عن العقود الأخرى، كالبيع والإيجار أين تتعارض المصالح وتتضارب كقاعدة عامة، حيث نجد مصالح الشركاء في الشركة ليست متحدة فحسب بل تهدف كلها إلى تحقيق هدف واحد هو تحقيق الربح، ومن ناحية أخرى فإن عقد الشركة ليس عقداً كغيره من العقود يقتصر أثره على ترتيب التزامات على عاتق الشركاء في الشركة بل هو عقد يتمخض عنه ميلاد شخص معنوي، تعامل مع الغير في إطار قانوني. فهذه الشخصية المعنوية التي تترتب على نشوء الكائن القانوني الجديد هي بيت القصيد في التمييز بين عقد الشركة وسائر العقود الأخرى، فإلى جانب أشخاص الشركاء، نجد هذا الشخص الذي يسيطر ويهيمن على الإيرادات الفردية التي اشتركت في تكوين العقد².

بما أن فكرة العقد لا تتماشى مع بعض أنواع الشركات القائمة على الاعتبار المالي، والتي تصح لأن تكون الإطار القانوني لمشروعات اقتصادية كبرى تستوجب توفر رؤوس أموال ضخمة أين يتدخل المشرع بنصوص آمرة لتنظيم مثل هذه الشركات قصد حماية الادخار العام ورعاية المصالح العامة، الأمر الذي أصبح معه تأسيسها بمثابة عمل شرطي Acte condition يختلف عن العقد بمفهومه التقليدي، لا تلعب فيه إرادة الشركاء دور يذكر، إذ تقتصر على الانضمام أو عدم الانضمام إليه³.

إن تدخل المشرع لتنظيم هذا النوع من الشركات يبرره كثرة عدد الشركاء، مما يؤدي إلى عدم معرفتهم لبعضهم البعض رغم اشتراكهم في شركة واحدة وهذا يتضح في فكرة العقد إذ يتوجب تعارف المتعاقدين.

¹. محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003، ص 257.

². الأمر الذي دفع فقهاء القانون إلى القول بأن " الشخصية المعنوية للشركة قد تدرت على العمل الإرادي المنشئ لها وطغت عليه تماماً " .

³. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 4.

ونشير إلى ظهور الشركات أحادية الشخص مما يؤثر على فكرة اعتبار الشركة عقد حيث لا يمكن للشخص أن يتعاقد مع نفسه كما في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد أو كما هو الحال عند تجمع كل الحصص في يد مساهم واحد بالنسبة للتشريعات التي تعرف الشركات ذات الأسهم وذات الشخص الوحيد¹.

البند الثاني: الشركة وفكرة النظام

على ضوء ما تقدم ندرك الأسباب التي من أجلها أنكر بعض الفقهاء على الشركة الطبيعة التعاقدية واعتبروها نظام أو تنظيم² قانوني "institution" أقرب إلى القانون منه إلى العقد، والمقصود بالنظام تلك القواعد القانونية التي تهدف إلى غرض مشترك، ومن خصائص هذا التنظيم أنه يرتكز على عنصر الاستمرار لتحقيق هذا الهدف عن طريق إخضاع مصالح الأعضاء الخاصة للغايات التي ينشدها³. وهذا التكيف هو الذي يفسر أن حقوق الشركاء لا تتحد بصفة نهائية بالعقد المنشئ للشركة، وإنما يمكن تعديلها إذا ما اقتضت مصلحة الشركة ذلك⁴. وهذا ما يبرر عدم اعتبار مدير الشركة مجرد وكيل عن بقية الشركاء، والنظر إليه باعتباره السلطة المكلفة قانوناً لتحقيق الهدف المشترك الذي تقوم عليه الشركة كشخص معنوي وكتنظيم قانوني⁵. حيث أنه إذا كان بالإمكان القبول بالوكالة في حال كان المدير غير شريك، فمن غير الجائز القول بأن المدير الشريك هو مجرد وكيل، لأنه في الواقع عضو في جسم الشركة وعنصر جوهري في تأسيسها فلا يمكن اعتباره طارئاً على حياة الشركة.

وما تقدم يتفق والرأي الراجح للفقهاء الذين يرون بأن واجبات مجلس الإدارة ورئيسها وكافة المدراء في الشركة ذات طبيعة وظيفية، تستند على المفهوم التنظيمي القانوني للشركة

¹. منها إيطاليا وألمانيا وأمريكا، وأخذ التشريع السويدي بهذه الآراء، فاعتبر الشركة المساهمة التي لا تضم إلا شريكاً واحداً شركة صحيحة. أنظر في هذا الصدد إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية الشاملة، ج2، الشركات التجارية، عويدات للنشر والطباعة، بيروت لبنان، 1999، ص 19.

². Yves Guyon, droit des affaires, T 1, 6 èm éd, 1990, p 91 " la société serait donc plus une institution qu'un contrat".

³. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 4.

⁴. محمد فريد العريني، نفس المرجع والصفحة.

⁵. George Ripert, traite élémentaire, de droit commercial 9è m éd, par René, Robert, p 676.

الذي يتطلب مجموعة من الوسائل القانونية والمادية والبشرية لممارسة نشاطه على النحو الصحيح. وطبقا لذلك، يعتبر المدير ممثلا للشخص المعنوي لا وكيلا عنه. وإذا كان المدير شريكا أو غير شريك فإنه عضو في جسم هذا المشروع، وإن تصرفاته الإدارية المتصلة بنشاط المشروع وإن كانت تعبر في حقيقة الأمر عن إرادته هو إلا أنها تعبر في ذات الوقت عن إرادة الشخص المعنوي، ولأنه لا يعبر عن إرادة موكل معين ذي أهلية وقدرة على التعبير.¹ وهذا ما جعل الصلاحيات الممنوحة لسلطات الإدارة لا يجب أن تخرج عما يصب في نشاط الشركة وتأمين هذا النشاط.

ورغم وجاهة فكرة النظام القانوني إلا أنه يعاب على هذه الفكرة افتقارها إلى التحديد حيث أن تدخل المشرع لا يمنع من أن الاتفاق على الشركة يرتكز على إرضاء الشركاء، ومن الممكن أن نفترض أن إقدام الشريك على الدخول في الشركة يتضمن رضاه بكافة القواعد التي تخضع لها سواء كانت اتفاقية يرتضيها بإرادته أو مفروضة يضطر إليها.²

الواقع أن ظاهرة تدخل المشرع لا تقتصر على عقد الشركة، وإنما هي عامة بالنسبة لسائر العقود التي تبلغ درجة معينة من الأهمية³، وعقود البيع الواقعة على العقار خير دليل على ذلك لما يفرضه المشرع من رسمية وإجراءات شهر يكون بدونها العقد عرضة للإبطال. وبمناسبة انقسام الفقهاء بين مؤيد للنظرية العقدية وبين معارض لها، يرى جانب من الفقه تقسيم العقد إلى عقد ذاتي (contract subjective) واتفاق منظم (convention institutional) فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحة متعارضتان وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما، مثال على ذلك عقد البيع، نرى فيه تعارضا بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري، والرابطة بين المتعاقدين ذاتية مقصورة عليهما، وهي لا تلبث أن تزول في أهم ما اشتملت عليه بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري⁴. أما الاتفاق المنظم كالشركة فعلى النقيض من العقد الذاتي يوجد مركزا قانونيا منظما هو أقرب إلى

¹ علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، الأعمال التجارية والتجار، شركات الأشخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999، ص 286.

² محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 5.

³ علي البارودي، مرجع سابق، ص 125.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ج 5، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998، ص 219.

القانون منه إلى العقد، فيسري على الغير كما يسري على الطرفين. ولا تعارض بين مصالح الشركاء في الشركة، بل لهم جميعاً غرض مشترك¹.

غير أن التمييز بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم يشوبه غموض، إذ أن هناك عقود ذاتية توجد رابطة مستمرة كعقد الإيجار. كما أن أثر هذه الرابطة قد يتجاوز المتعاقدين وينصرف إلى الغير ومثاله المشتري للعين المؤجرة، كذلك الوكالة وهي عقد ذاتي يتجاوز أثرها إلى الغير المتعامل مع الوكيل. ومن جهة أخرى الشركاء في الشركة وهي اتفاق منظم، لهم مصالح متعارضة عند تكوين الشركة حيث أن كل شريك يريد أن يعطي للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن، ومن ثم ندرك السبب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم، وجعل الشركة اتفاقاً منظماً لا عقداً ذاتياً، وهو تقسيم ابتدعه ديجيه في الفقه الإداري لم يسد في الفقه المدني².

إزاء هذه الانتقادات لكل من فكري "العقد والنظام" بالنسبة للشركة اتجه جانب من الفقهاء إلى القول بالطبيعة المزدوجة للشركة. فالشركة عقد تخضع في نواح كثيرة لجدية التعاقد، ويباح للشركاء تكييفها كما يشاءون، وهي نظام لأن أمور كثيرة يلحظها المشرع ويفرضها على الشركاء للتقيد بها³.

أو يمكن القول أن فكري العقد والنظام تتعايشان معاً داخل الشركة حيث يتباين تأثير كل منهما بحسب نوع الشركة، ففي شركة الأشخاص تطغى فكرة العقد على فكرة النظام، والدليل على ذلك يتمثل في أن تعديل العقد التأسيسي لهذا النوع من الشركات لا يكون إلا بإجماع الشركاء وفي أن العيوب التي تشوب إرادة أحد الشركاء من شأنها أن تؤدي إلى إمكانية القضاء بإبطال الشركة⁴، بينما في شركات الأموال فإن المفهوم التعاقدية يفسح المجال لفكرة النظام دون أن ينعدم أو يستبعد، ويطغى عنصر النظام على عنصر العقد. ويبدو ذلك جلياً

¹. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 220.

². عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998، ص 220.

³. سعيد يوسف البستاني، القانون التجاري العام، الشركات، المؤسسة التجارية، الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2004، ص 251.

⁴. محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999، ص 5.

في شركات المساهمة على وجه الخصوص حيث النصوص الآمرة المقيدة لإرادة المتعاقدين عديدة. وحيث يمكن لأغلبية الشركاء فرض إرادتها على الأقلية. حتى أصبح هذا النوع من الشركات ينشأ ويحيا وفقا لنظام موضوع لا وفقا لمشيئة المتعاقدين¹.
ويظهر نوعا من الصواب في الرأي القائل بأن الشركة في مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود في خصائصها، ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى النظام منها إلى العقد الذاتي لاسيما بعد أن تضيي الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بذواتهم².

وتبقى حرية الشريك في اختياره الانضمام للشركة أو عدمه، لكن بعد الاختيار ليس له إلا الانصياع للقواعد المنظمة لها. ولعل ما يخفف من حدة الجدل الفقهي بين ما إذا كانت الشركة عقد أم نظام ذكر التمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، ففي الأولى متسع لإرادة الأفراد في تنظيم الشركة أما في الثانية يتقلص سلطان الإرادة.

البند الثالث: تحديد مفهوم الشركة في القانون الوضعي

لتحديد مفهوم الشركة في القانون الجزائري لابد من الرجوع للمادة 416 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة . كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك."³

يتضح أن نص المادة يؤدي وظيفتين قانونيتين تتمثلان في:

- 1- تحديد مفهوم عقد الشركة المدنية.
- 2- نظرا لغياب النص التشريعي في القانون التجاري جاءت لتحديد مفهوم عقد الشركة التجارية.

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1997، ص 13.

². عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص 220.

³. وتقابلها المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي، وكذلك نص المادة 505 من القانون المدني المصري، ونص المادة 626 من القانون المدني العراقي .

يستفاد من نص المادة 416 المذكورة سابقا أنّ المشرع الجزائري في تحديده لمفهوم الشركة أخذ بالمعيار الأوّل، فقد اعتبر الشركة من قبيل العقود. غير أن هذا الحكم يؤخذ بتحفظ، إذ يجب الرجوع إلى الأحكام الخاصة بكل نوع من الشركات من أجل تحديد طبيعة الشركة أهي عقد أم نظام.

نلاحظ أن الصبغة التعاقدية لا تطبق على كل الشركات إذ تخرج من هذا النطاق المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد لسبب واحد هو أن المادة 416 من القانون المدني الجزائري التي تعتبر الشركة عقدا لا يمكن تطبيقها على المؤسسة التي تم إدراجها من قبل المشرع الجزائري ضمن قائمة الشركات التجارية بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.¹

فبعد أن كان تعدد الشركاء شرطا لقيام الشركة، وكان اجتماع كل حصص الشركاء في يد شريك واحد يؤدي إلى حل الشركة قضائياً²، صار باستطاعة الشخص بإرادته المنفردة أن يقطع جزءا من ذمته المالية لأجل استغلاله في شكل شركة تجارية. وبذلك يتضح عدم التجانس في المواد الحاصل بالنسبة لمشرعنا الجزائري فهو من جهة مازال يكرس مبدأ تعدد الشركاء، ومن جهة ثانية يجيز إمكانية تأسيس شركة بإرادة منفردة للشخص الوحيد. وهذا عكس ما نراه في القانون الفرنسي، الذي كان قد تبنى هذا النهج أي إمكانية تأسيس شركة بإرادة منفردة لشخص واحد سنة 1985 إلا أنه عاد إلى نصوص القانون المدني وعدّلها وأدخل عليها فقرة جديدة أجاز بمقتضاها إمكانية تأسيس شركة بالإرادة المنفردة لشخص وحيد³.

¹. تم تعديل وتتمة الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن للقانون التجاري الجزائري بالأمر رقم 96-

27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، أنظر ج.ر.ج.ج.ج. المؤرخة في 11 ديسمبر 1996، ع 77، ص 4.

². أنظر المادة 441 من ق.م.ج.

³. Art 1832 Modifié par Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.»

ونشير إلى أن المشرع الفرنسي سمح بتكوين شركة تضامن بشريك متضامن وحيد، ويبرر ذلك كون الدائن في شركة التضامن يرجع على رأس مال الشركة. ففي حالة كفاية رأس المال لا إشكال يذكر، أما إذا كان رأس المال غير كاف، فيرجع الدائن إلى الضمان الاحتياطي لتحصيل ديونه لأن رأس المال في شركة التضامن يعد ضمانا أصليا لكنه ليس الضمان الوحيد بل هناك إلى جانبه الضمان الاحتياطي الذي يحدده المركز القانوني للشريك المتضامن الذي يسأل مسؤولية شخصية غير محدودة ويسأل بالتضامن¹.

لذلك فإن التضامن في القانون التجاري "مفترض" أساسه العرف وليس التشريع، وهو غير واجب الإثبات. وعليه لا يستطيع المتضامن أن يدفع بتجزئة الدين ولا بتجريده منه. وعلى هذا الأساس يطرح السؤال التالي: لماذا لم يسمح المشرع الجزائري بإنشاء شركة ذات تضامن وحيد؟ رغم أن المشرع الجزائري يعتبر الشركة عقد كباقي العقود إلا أنه غالبا ما يتدخل بنصوص صريحة آمرة يقيد فيها حرية الشركاء في إبرام عقد الشركة، كما هو الحال في شركة المساهمة، إذ لم يكتف المشرع بالحد الأدنى للشركاء المنصوص عليه في القواعد العامة (المادة 416 من القانون المدني) إنما أشار إلى وجوب تضمين شركة المساهمة سبعة أشخاص كحد أدنى لعدد الشركاء².

كما نشيد بالتغيير الحاصل في إلغاء تحديد المقدار الأدنى لرأس مال الشركات ذات المسؤولية المحدودة³. لأن رأس المال قد لا يكون كافيا لسداد الديون، وقد أصاب المشرع الجزائري عندما ألغى الحد الأدنى لرأس المال وتركه لاتفاق الشركاء حسب طبيعة النشاط الممارس.

كما أجاز المشرع الجزائري للأغلبية في شركة المساهمة⁴ بأن تفرض إرادتها على الأقلية وتعديل من نصوص نظام الشركة¹، خلافا لما هو عليه الأمر في باقي العقود إذ لا

¹ دائن الشركة في حالة عدم كفاية رأس مال الشركة يستطيع الرجوع على أحد الشركاء المتضامنين.

² أنظر المادة 592، من ق.ت.ج.

³ أنظر المادة 566 من القانون رقم 15 - 20 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015 والمتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج.ج، العدد 71، ص 5.

⁴ أنظر المواد 563 مكرر 08 و 586 من ق.ت.ج. أنظر في هذا الصدد قرار رقم 79847 المؤرخ في

1991/06/30 المأخوذ عن القانون التجاري في ضوء الممارسة القضائية،"النص الكامل للقانون، وتعديلاته إلى غاية 6 فبراير 2005، مدعم بالاجتهاد القضائي، سنة 2006-2007، منشورات بيرتي، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه - لا

يجوز تعديلها إلا بالإجماع إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة²، كون الإنسان لا يلتزم إلا بمحض إرادته، وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها³. ولا يمكن أن يسمح القانون في مثل هذه العقود بأن تعلق إرادة بعض المتعاقدين ولو كثروا على إرادة البعض الآخر من ذوي المصالح المتعارضة⁴، مما جعل فكرة العقد لا تتماشى مع بعض أنواع الشركات كشركة المساهمة.

ويظهر تأثر المشرع الجزائري بفكرة النظام القانوني فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية للشركة، عندما اشترط العديد من البيانات التي يجب ذكرها في القانون الأساسي لأي شركة⁵، واشترطه للكتابة واعتبارها ركن من أركان الانعقاد⁶، وهذا ما يضيف الطابع النظامي على الشركات.

من هنا يمكن القول أن عقد الشركة لا يقتصر أثره على ما يرتبه من التزامات وما يولده من حقوق على عاتق الشركاء بل ما ينشأ عن هذا العقد وهو الشخص الاعتباري الجديد إلى جانب الشركاء، فكلمة شركة لها معنيين الأول هو العقد والثاني الشخص المعنوي المتولد عنه.

البند الرابع : المقارنة بين التعريف الشرعي والقانوني للشركة

بعد سردنا لمختلف التعاريف الخاصة بالشركة والتي جاءت على لسان فقهاء الشريعة، امتاز تعريف الفقه الحنفي للشركة بالإيجاز والوضوح، فهو تعريف مختصر اختصاراً لا يخل

يجوز إدخال أي تعديل على القانون الأساسي إلا بموافقة أغلبية الشركاء التي تمثل ثلاثة أرباع رأسمال الشركة ما لم يقض عقد التأسيس بخلاف ذلك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. لما كان من الثابت أن القانون الأساسي للشركة يشترط موافقة ثلاثة أرباع من حصص الشركاء فان قضاة الموضوع بموافقتهم على رفع رأسمال الشركة دون توفر النصاب القانوني خالفوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 13.

². تخضع العقود إلى النظرية العامة للعقد تعبر عنها المادة 106 من ق.م.ج التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" فالاتفاق هنا يأخذ مقام القانون.

³. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، سنة 2001، ص 38.

⁴. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 3.

⁵. أنظر المادة 546 من ق.ت.ج.

⁶. أنظر المادة 545 من ق.ت.ج.

بالمعنى المقصود لأنه جامع لأنواع شركات العقود ومانع لدخول غيرها فيها. أما التعريفات الأخرى فتدخل فيها شركتنا الملك والإباحة ولذلك اختار بعض الفقهاء المحدثين تعريف الحنفية¹.

وقد وضع الأحناف كلمة أصل بدل رأس المال وهي تصدق على المال وغيره من عمل وسمعة للشريك² خاصة وأن شركة العقد تنقسم شرعا إلى شركة مال وأعمال ووجوه.

أما تعريف القانون للشركة فهو وإن كان يقترب من التعريف الشرعي لها ويؤدي المعنى المراد إلا أنه لا يجمع أنواع الشركات المختلفة في القانون خاصة وأنه خير في تقديم حصة من مال أو عمل³.

نشير إلى أن المشرع الجزائري كان يمنع من تقديم العمل كحصة في شركات الأموال⁴، وبالتالي لم تكن داخلة في التعريف، إلا أنه تم تعديل ذلك بإدخال مادة في القانون التجاري الجزائري الحالي بموجب القانون 15-20 سالف الذكر، أين أجاز تقديم عمل كمساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة⁵.

كما يتضح من نص المادة 420 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: " لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو ما يتمتع به من ثقة مالية " أن القانون لا يعترف بنوع من أنواع الشركات التجارية المعترف بها في الشريعة الإسلامية وهي شركة الوجوه.

المطلب الثاني : تمييز الشركة عما يشته به

يبرر تعريف الشركة العناصر والأركان الأساسية لهذا العقد، مما يبسر مهمة التمييز بين عقد الشركة وما يشته به من عقود أو من أنظمة قانونية أخرى ووفقا لهذا التشابه الوارد سنحاول التفرقة بين الشركة وما يختلط بها استنادا إلى معايير واضحة ودقيقة تفي بالغرض.

¹. أنظر مثلا وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3879 .

². محمد عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 12.

³. أنظر المادة 416 من ق. م. ج.

⁴. تنص المادة 567 من الأمر 75 - 59 المتضمن ق.ت.ج سالف الذكر على أنه: "... ولا يجوز أن تمثل الحصص

بتقديم عمل..."

⁵. أنظر المادة 567 مكرر من القانون رقم 15-20 المتضمن ق.ت.ج سالف الذكر.

الفرع الأول : تمييز عقد الشركة عن بعض العقود الأخرى

يحدث وأن يختلط عقد الشركة بعقود أخرى تظهر مشابهة له، لكن باعتماد معايير دقيقة ينجلي هذا التشابه والاختلاط. ومن أهم المعايير المعتمدة للتمييز بين عقد الشركة والعقود الأخرى الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة خاصة ركني نية الاشتراك واقتسام الربح والخسارة. ولطالما استند الفقه والقضاء إلى هذين الركنين في التمييز بين عقد الشركة والعقود الأخرى.

إذ يختلف عقد الشركة عن باقي العقود من حيث تعاون المتعاقدين، ففي معظم العقود تكون مصالح المتعاقدين متعارضة إلا في عقد الشركة حيث تكون مصالحهم متطابقة مع بعضهم البعض.¹ فالشركاء في الشركة يقبلون عليها بملء إرادتهم قاصدين الاشتراك في الربح والخسارة.

البند الأول: الشركة وعقد القرض

يقصد بعقد القرض² تسليم شخص مبلغا من النقود لشخص آخر شريطة أن يرده له بعد مدة زمنية معينة. غير أنه قد يقرض شخص شخصا آخر مبلغا من النقود بغية استثماره في مشروع اقتصادي شريطة أن يتقاضى المقرض نسبة معينة مما يدره المشروع من أرباح، فيبدو عقد القرض كعقد الشركة من ناحية تقديم الحصص والمشاركة في الأرباح³، إذ يعدّ المقرض مقدّما لحصة مالية والآخر قام بالعمل. وهذه الحالة يلجأ إليها المقرض لتفادي الفوائد الربوية المحرّمة شرعا. ورغم ذلك فالاختلاف جلي وواضح بين الشركة وعقد القرض إذ لا يمكن أن نعتبر ما يحدث بين المقرض والمقرض شركة إذا كان المقرض لا يتدخل في إدارة المشروع، ولا يتحمل أي خسارة تتجم عنه⁴، خلافا لما يقوم به الشريك في الشركة من دور ايجابي.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج 5، مرجع سابق، ص 157.

² أنظر المادة 450 من ق.م.ج.

³ نادية فوزيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط 6، دار هومة، الجزائر، سنة 2006، ص 18.

⁴ لكونه بعيدا كل البعد عن سير المشروع وهو ما ساد في القرون الوسطى فمنعته الكنيسة مما أفضى إلى بروز شركة التوصية لاحقا.

وفي حالة حدوث لبس في العقد فإن التكيف القانوني للعقد يكون على أساس نية المتعاقدين وظروف التعاقد وهما مسألتا واقع يستقل قاضي الموضوع بتقديرهما¹. فإذا كان لصاحب الحصة المالية دور سلبي أو اشترط استرداد حصته سالمة من الخسارة، كان مقرضا، والعقد قرض يخضع لسعر الفائدة القانونية لكن من الناحية الشرعية لا يجوز الحصول على نسبة من الأرباح دون تحمّل الخسارة. وللمقرض أصل ماله فقط². أما إذا قام المقرض بدور ايجابي من تسيير وإدارة كتوقيع كشوف الأجر للمستخدمين ومراقبة الحسابات أو التفاوض مع بعض الموردين³ والمشاركة في الخسائر مقابل حصوله على نسبة من الأرباح عدّ شريكا. والعقد هنا شركة التوصية في القانون وشركة مضاربة في الشريعة⁴. وقد حكم بأنه متى تبين من نصوص العقد أن الرابطة بين الطرفين رابطة شركة وأنّ مقدّم النقود شريك فلا يجوز له أن يشترط استرداد رأس ماله سالما من الخسارة⁵. ويرى البعض أنّ هذا العقد باطل شرعا في كل الأوضاع، فإذا فسّر على أنّه قرض بفائدة فذلك محرّم شرعا لأنه ربا، وإذا فسّر على أنّه شركة مضاربة أو توصية فهو فاسد أيضا لأن نصيب الشريك في الربح يجب أن يكون شائعا غير محدّد⁶، كما أنّ الخسارة يتحمّلها رأس المال، ولا يجوز أن يشارك فيها الشريك العامل⁷.

¹ أنظر في هذا الصدد قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 10 ديسمبر 1959 الذي جاء فيه: " إذا كانت محكمة الموضوع قد وصفت العلاقة بين المفلس و المطعون عليهم بأنها مجرد علاقة مديونية وأنها تتأى عن نية المشاركة، وأنها نفت وجود شركة واقعية وذلك لاعتبارات سائغة أوردتها، وكان هذا الذي انتهت إليه كافيا لحمل قضائها برفض طلب امتداد التقلية إليهم لا يعيب حكمها ما يكون قد شابها خطأ أو قصور فيما استطردت إليه تزويدا. كما قضت ذات المحكمة في قرار لها بتاريخ 1987 بأن قيام الشركة يشترط وجوب توافر نية المشاركة في نشاط ذي تبعة و مساهمة كل شريك في الربح والخسارة وإلا كان قرض. أنظر سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة 6، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2014، ص 84.

² قال تعالى في الآية 279 من سورة البقرة: وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾

³ غير أنه لا يجب الخلط بين وضع الشريك في الشركة الذي يشارك في التسيير مع وضع المقرض الذي يعمل على ضمان أن أمواله توضع فعلا في التخصيص العقدي لها أي التخصيص المتفق عليه في العقد.

⁴ محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق ص 18.

⁵ مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج 1، المكتب المصري الحديث، سنة 1981 ص 249.

⁶ سنرى ذلك عند الوقوف على أحكام وشروط شركة المضاربة في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

⁷ عبد العزيز الخياط، الشركات، ج 1، مرجع سابق، ص 128 هامش 2.

ويمكن القول في هذا الشأن أن تكييف العقد على أنه شركة مستمد من ظروف التعاقد ونية¹ المتعاقدين فتطبق أحكام العقد طبقاً للتكييف الجديد، والقول بفساده كشركة مضاربة لأن الربح محدد و الخسارة على أصحاب المال غير مسلم به إلا إذا كان العقد قد تمّ على أنه مضاربة أما إذا عقد على أنه قرض ثم تحوّل إلى شركة مضاربة لتوفر خصائصها فيمكن إخضاعها لشروطها تصحيحاً للعقد ومنعاً للوقوع في الربا المحرم شرعاً، وقدوة ما يؤيد رأينا هو فعل عمر بن الخطاب مع ولديه رضي الله عنهم فقد أعطاهما أبو موسى الأشعري قرضاً من بيت المال فتاجرا فيه وربحاً، وأراد عمر أن يأخذ منهما المال والربح ويرده إلى بيت المال ولكن بعض الصحابة أشار عليه بأن يجعل العقد مضاربة، ويعطيها حصّة من الربح ففعل².

البند الثاني: الشركة وعقد العمل

قد يشتهر عقد العمل بعقد الشركة، فبينما لو أخذ العامل إضافة إلى الأجر المقدم له جراء عمله، نصيباً من الأرباح تشجيعاً له وحثاً على التفاني في العمل. فالعقد عقد عمل لا عقد شركة لأن العامل لا يشارك صاحب العمل في الخسارة، ولا يشارك في إدارة العمل، ولا يكون مسئولاً عن ديون صاحب العمل³.

معنى ذلك أنّ المقدم لحصة من عمل مساهمة منه في رأس مال الشركة يختلف عن العامل أو الأجير للشركة الذي يأخذ من أرباحها، ففي الحالة الأولى يسهم الشريك في أرباح الشركة وخسائرها، فإذا خسرت كانت مساهمته في الخسارة عمله الذي قدّمه للشركة إذ لا يأخذ عليه أجراً⁴، أمّا في الحالة الثانية فمساهمة العامل تكون في الربح دون الخسارة وذلك بتقاضيه لمبلغ معلوم. ولا يتوقف ذلك على حصول الربح أما المقدم لحصة من عمل في الشركة فيتعلق حقه في الربح، أي بالمال لا بزمّة صاحب المال. وفي حالة عدم حصول الربح فلا شيء له.

¹ أنظر المادة 111 من ق.م.ج.

² السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الجيل، بيروت، سنة 1995، ص 220.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص 276.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص 276.

وتطبيقا لذلك يعتبر العامل في المضاربة شريكا في الربح في المضاربة الصحيحة، فإذا فسدت كان أجيرا واستحق أجر المثل ولو لم يحصل الربح¹.

كما أن وجود رابطة التبعية و خضوع العامل لسلطة وأوامر صاحب العمل، تتنافى مع نية الاشتراك بين الشركاء التي تتقضي التعاون الايجابي بينهم على قدم المساواة من أجل تحقيق هدفهم المشترك المتمثل في الربح². وإذا انتقت علاقة التبعية واشترك العامل في الخسارة و كان له الحق في الإدارة جاز اعتبار العقد شركة .

وفي الفقه الإسلامي يرتبط العامل (الأجير) مع صاحب العمل بعقد إجارة الأشخاص (عقد العمل) ويتمثل حقه في أجر معلوم يحصل عليه مقابل العمل فلا يختلط هذا العقد مع عقد الشركة وإن شرطت للأجير نسبة من الربح لأن الأجير يخضع لصاحب العمل، أما العامل في شركة المضاربة فيستقل بالإدارة والتصرف³.

في هذا الإطار جاء رأي القضاء في الأجير الذي يتقلد مهام المسؤولية أو الذي يقوم بنشاط ذو طبيعية ذهنية يتمتع بالكثير من الاستقلالية في تنفيذ مهامه فهو بهذا يجمع بين وصف الشريك ووصف الأجير العامل في الشركة، وفي المقابل الشركاء الذين يقدمون حصة عينية يمكن أن يتلقوا توجيهات من الشركة فتكون صفتهم محل اختلاف بين شركاء وأجراء⁴.

هذا الوضع صار كثير الانتشار بسبب ازدياد المساهمة العمالية وقد يعمد أرباب العمل إلى التستر على عقود العمل وراء عقد الشركة هروبا من القوانين الملزمة في عقود العمل.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 24.

². Mohamed salah , les société commerciales , T1, 2005, p 29

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 2 فيفري 1973 بأن العبرة في تكييف العقد هي بما عناه العاقدان، وتكييف العقد بأنه عقد عمل لا عقد شركة لقيام عنصر التبعية لا ينال فيه تحديد أجر العامل بنسبة من الأرباح. نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 88.

³. عبد العزيز الخياط، مرجع السابق، ج 1، ص 129.

⁴. cass,soc, 22 mai 1995 Bull. Joly 1995, note Ph. Reigné.

نقلا عن بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، ج 1، دارالعلوم، عنابة الجزائر، سنة 2014، ص 74.

كما قد يطلق وصف عقد العمل من قبل الأطراف المتعاقدة حتى يمكنهم الانتساب إلى صندوق الضمان الاجتماعي للأجراء.

وقد اعتبر القضاء الوضع الذي يعهد فيه للشخص بمراقبة سير المؤسسة و المحاسبة مقابل نسبة من الأرباح لا يعد عقد عمل¹. كما وسع مفهوم الرابطة التبعية حين اعتبر أن رئيس الورشة كان مرتبطا بعقد عمل رغم تحمله شخصيا بعض مخاطر سوء العمل ودفعه قيمة عامة لأجره وأجر العمال الموضوعين تحت تصرفه من طرف المؤسسة².

البند الثالث : الشركة وعقد البيع

قد يحدث تشابه بين عقد الشركة وعقد البيع كما لو اتفق البائع والمشتري بخصوص بيع محل تجاري على أن يشمل المبيع زيادة على دفع مبلغ معين جزء من الأرباح المحققة من طرف المشتري، فوجود هذا الشرط ليس من شأنه أن يؤدي إلى تعديل طبيعة عقد البيع بمفرده، ويقع الخلاف أحيانا فيما إذا كان العقد بيعا أو شركة وعليه يجب البحث في وجود أو عدم وجود نية الاشتراك المميزة لعقد الشركة³.

وكان قرار محكمة النقض في ذلك بأن العقد الذي يستبعد المشاركة في الخسائر يعتبر بيعا وليس شركة ويدفع الثمن على دفعات بعد أن تبين أن شروط الاتفاق لا تسمح للبائعين بالتدخل في إدارة وتسيير المشروع إلى جانب أن الشروط المشترطة لحساب نصيب البائعين في الأرباح لا تسمح لهم هي الأخرى من المشاركة في انجاز حسابات الشركة⁴. يشكل أيضا بيعا وليس شركة العملية التي بموجبها يقوم مالك عقار بتقديمه إلى شركة ثم يتنازل عنه لصالح أحد الشركاء أو الغير، فهنا مقدم العقار لم يكن لديه نية أن يكون شريكا وإنما تغطية بيع تحت شكل تقديم حصة في شركة لأسباب عائلية وضريبية⁵.

¹.cass, com, 15, mars 1944, Rec,Jur,Soc .1931, Bull.Joly 1995.

².Cass, Com,6 Oct 1953.

³. لحسين بن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، سنة 2003، ص 156 ، 157.

⁴. قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية بتاريخ 29 مارس 1949 نقلا عن: لحسن بن الشيخ آث ملويا، نفس المرجع والصفحة.

⁵.Cass, Com 10 juin 1953.JCP,G,II n° 7908, note Bastin.

البند الرابع : الشركة وعقد الوكالة

يشتهر عقد الشركة بعقد الوكالة¹ فيما إذا فوض الدائن شخصا أن يقبض حقه من المدير في مقابل نسبة معينة من الدين، فالعقد في هذه الحالة وكالة مأجورة لا شركة لأن الوكيل لا يشارك الدائن في الخسارة، إذ لم يقبض الدين، بل هو يأخذ أجرا على وكالة نسبة معينة من الدين².

إن الشريك بالعمل قد يختلط بالوكيل في الوكالة بأجر خاصة وأن كل شريك يعدّ وكيلا عن صاحبه في التصرف إلا أنّ الشريك بالعمل يتميز عن الوكيل بالأجر بتوافر نية المشاركة والتعاون لدى الأول، أما الثاني فلا تتوفر لديه هذه النية، فهو أشبه بالأجير نظرا لأنه يقوم بالعمل موضوع الاتفاق فيحصل على الأجر المتفق عليه³.

والفارق الجوهرى بين الشريك بالعمل والوكيل بأجر، ذلك أنّ الأول يتمتع بقدر من الحرية في التصرف ولا يخضع لعلاقة التبعية لأحد من الشركاء بينما الوكيل بأجر فهو عبارة عن نائب يلتزم بأوامر موكله، ويتصرف بذلك في حدود وكالته.

البند الخامس: الشركة وعقد النشر

قد يتم الاتفاق بين المؤلف و الناشر على أن يحصل المؤلف على نسبة في الأرباح في هذه الحالة تتعدى نية الاشتراك، حيث نجد كل من الناشر والمؤلف يرغبان في أن يحقق المؤلف نجاحا كبيرا غير أن هذه الرغبة تختلف فالأول يريد النجاح المالى والتجاري، بينما يبحث الثاني عن رواج مؤلفه وتقدير المتخصصين. إلا أن الوضع يختلف عندما يشترك المؤلف بنسبة من تكاليف النشر والتوزيع (المادة 2/132 من قانون الملكية الفكرية الفرنسى) والذي يرى بأن هذا الفرض هو عبارة عن شركة محاصة⁴.

الفرع الثاني: تمييز الشركة عن بعض الأنظمة القانونية.

¹. أنظر المادة 571 من ق. م. ج.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص 998.

³. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 130.

⁴. Yves Guyon, Droit des affaires,t 1 , Edition Economica, 1994 , P 103

تظهر الوظيفة جلية لركن نية الاشتراك فهي لا تميّز عقد الشركة عن باقي العقود المشابهة له فحسب إنّما تضطلع بمهمة تمييز الشركة عن بعض الأنظمة القانونية التي تشتهر بها، كالجمعية وحالة الشيوخ وحق الشفعة .

البند الأول: الشركة والجمعية

يستفاد من نص المادة الثالثة¹ من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات المؤرخ في 12 يناير 2012 أن الضابط الذي يميّز الشركة عن الجمعية هو الغرض من إنشائها، فإذا كانت الشركة تهدف أساسا إلى تحقيق الربح وتوزيعه على الشركاء، فإن الجمعية ليست وجهتها الحصول على الربح، بل هدفها تحقيق غرض اجتماعي أو علمي أو ثقافي... الخ، وإذا حققت ربحا تخصصه لمباشرة نشاطها ولا يتم توزيعه على الشركاء، والواقع أنّ الفقه والقضاء جريا على أنّ توزيع الأرباح الناتجة عن العمل المشترك هو القصد الأساسي من قيام الشركة. وأيدهم في ذلك القانون²، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ الشركة وفقا لأحكام القانون التجاري الجزائري تتّصف بصفة التاجر إذا احترفت الأعمال التجارية فتخضع بذلك إلى قواعد القانون التجاري، وبالتالي يجوز شهر إفلاسها في حين لا تكتسب الجمعية صفة التاجر حتى ولو باشرت أعمالا تجارية كالجمعيات التعاونية للاستهلاك وبالتالي لا تخضع لقواعد القانون التجاري ومن ثمّ لا يجوز شهر إفلاسها، وعدم خضوعها لضريبة الأرباح التجارية والصناعية.

كما أنّه يحقّ لكل عضو في الجمعية أن ينسحب منها في أي وقت ما لم يوجد اتفاق يقضي بضرورة بقائه في الجمعية لمدة معينة، بينما تخضع الشركة لقواعد أخرى تختلف في شركات الأشخاص عنها في شركات الأموال.

وما يجمع الشركة والجمعية هو تمتّع كلاهما بالشخصية المعنوية، والاحتجاج بها في مواجهة الغير، كما أنّ إدارة الجمعية تخضع في الغالب لأحكام مماثلة كما هو متّبع في

¹ المادة 03 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات المؤرخ في 12 يناير 2012: "يحدد نشاط الجمعية بدقة:

"اجتماعي، ثقافي، خيري، إنساني".

² أنظر المادة 416 من ق.م.ج.

شركات المساهمة¹. ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أنّ الشركة تتميز بأنها تسعى لتحصيل المال بتميمته، أو بالحصول على أصله².

وأهم ما يجمع الجمعية والشركة كونهما ضربان من ضروب النشاط الجماعي، الذي يتعذر على الشخص مباشرته بمفرده.

البند الثاني: الشركة والشيوع

يقصد بالشيوع ذلك المال المعين بالذات المملوك لأكثر من شخص بحيث يكون حق كل شريك في الحصة الشائعة³ من المال، ومن ثم يكون محلّ حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة⁴.

إذ أن الشيوع هو ضرب من ضروب النشاط الجماعي المشترك، فقد يحدث أن يملك شخصان أو أكثر شيئاً على جهة الشيوع اختياراً كالشراء أو جبراً كالإرث، وهذا ما عبّر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بشركة الملك.

وتختلف الملكية الشائعة أو شركة الملك عن الشركة في أوجه نوجزها في النقاط الآتية:

1- تتمتع الشركات بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، وبالتالي استقلال ذمتها المالية عن باقي ذمم الشركاء مما يحول دون إمكانية تصرف الشريك في الحق الذي ساهم به في رأس مال الشركة، والذي سقط من ذمته وانتقل إلى ذمة الشخص المعنوي (الشركة). فالشركة وحدها لها حق التصرف فيه، نظراً لاستقلال الذمتين. بينما لمالك الحصة في الشيوع التصرف في حصته، ولدائنه أن ينفذ على حصته لإتحاد الذمة، فالذمة في حالة الملكية الشائعة بالنسبة لأحد المالكين واحدة.

2- وفقاً لنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري فإنّ الشركة تنشأ عن عقد أي بإرادة الشركاء، أمّا حالة الشيوع فتنشأ عادة بطريقة حتمية ومفروضة على الشركاء⁵ كالشركة الإرثية.

¹ علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1974، ص 7.

² الشوكاني، ج 5، مرجع سابق، ص 2.

³ أنظر المواد 713 و 714 من ق. م. ج.

⁴ أنظر في هذا المعنى، نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 15.

⁵ الشيوع حالة مفروضة بينما الشركة حالة مقصودة.

وإذا كانت الإرادة سببا في نشوء الملك الشائع فإن هذه الإرادة تتجلى في العقد الذي يبرمه الشركاء، دون أن تكون لديهم نية المشاركة التي تتوفر في الشركات¹. ونادرا ما تنشأ حالة الشيوخ بإرادة الأطراف كالشراء المشترك وحتى لو كان الشيوخ اختياريا كإجراء شخصين منزلا على الشيوخ فيما بينهما، فإنه يختلف عن الشركة في أنه لا ينطوي على رغبة في الاتحاد وتحمل المخاطر. ولهذا الاعتبار نظم المشرع قواعد الشيوخ بأحكام مخالفة لأحكام الشركة (المواد 713-742) من القانون المدني الجزائري.

3- يقتصر حق الشريك في الشركة على حق شخصي منقول ولو كانت الحصّة المقدّمة عقارا إذ يترجم هذا الحق في شكل أرباح تقدّم سنويا، أمّا في حال تصفية الشركة فينال حقه عن طريق اقتسام موجوداتها. وعليه فإنّ تنازل الشريك عن حصّته في الشركة لا يعدّ تنازلا عن المال في تكوين رأس مال الشركة، وإنّما يتنازل عن حقه الشخصي الذي يربط الشركاء بالشركة، أمّا في حالة الملك الشائع فإنّ الشريك إذا أراد التنازل عن حصّته، فإنه يتنازل عن جزء من ذات الملك الشائع².

4- خلافا لشركات الأشخاص فإنّ الشيوخ لا يقوم على الاعتبار الشخصي، فلا ينحلّ بالوفاة أو الحجر أو الإعسار أو الإفلاس.

5- لا يجوز الاتفاق على الاستمرار في الشيوخ أكثر من خمس سنوات³، ويجوز الاتفاق على تجديده⁴ فالملكية الشائعة حالة مؤقتة إذ يحقّ لكل من الشركاء طلب القسمة في أي وقت، أمّا الشركة فلها وضع ثابت ومستمر تتعين مدّتها في عقد التأسيس، وللشركاء الحرّية المطلقة في تحديد مدّة الشركة مع عدم التعارض مع نص المادة 546 من القانون التجاري الجزائري الذي وضع حدا أقصى لعمر الشركة وهو تسعة وتسعين سنة ويمكن القول بأنّ الشركة حالة ايجابية يعمل القانون على نموها وبقائها زمنا طويلا، أمّا الشيوخ فهو حالة سلبية مؤقتة يدعو القانون للتخلّص منها.

¹. علي محمد علي دروبي، مرجع سابق، ص 8،9.

². أنظر في ذات المعنى نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 16.

³. أنظر المادة 722 من ق. م. ج.

⁴. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، المرجع السابق، ص 16.

6- ليس للشيوخ الصفة التجارية لذا لا يعتبر شركة¹.

والفقه الإسلامي لا يعتبر الشيوخ شركة " عقد " أي شركة تجارية، وفي القانون تعتبر شركة المحاصة فقط هي التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية لذا فالشركاء فيها يملكون على الشيوخ².

رغم الاختلاف البين بين الشركة والشيوخ إلا أنه يمكن القول بأن الملكية الشائعة هي المصدر التاريخي للشركة إذ انبثقت الشركة عن الملكية الشائعة عند الرومان حيث كانت أموال الشركة تمثل ملكية مشتركة بين الورثة عند وفاة رب الأسرة فإذا اتفق الورثة على إدارة المال المشترك تحولت الملكية الشائعة إلى شركة، إذ أن الشركة لم تكن سوى عقد بين الشركاء يولد التزامات متقابلة ولا ينشأ عنه شخص اعتباري مستقل عن الشركاء، على أن هذا الوضع ما لبث أن تحول بدخول روما معترك التجارة فأخذ الناس يؤسسون الشركات بمعزل عن أي تركة³.

البند الثالث: الشركة ومجموع المشاريع

أحيانا يجتمع المقاولون حول صفقة أشغال عمومية فتشترط عليهم الإدارة - وفق دفتر الشروط- اختيار أحدهم مقاولا قائدا ليتلقى أوامر الإدارة ويتحمل مسؤولية الأعمال في الموقع . فيثور التساؤل حول هذه الاتفاقيات، فيما إذا كانت تشكل شركة فعلية ؟ في بعض الحالات تبحث المؤسسات عن تقادي الخسارة وليس السعي وراء الربح، وفي هذه الحالة ينعدم أحد الشروط المادية للشركة، كما تنعدم نية الاشتراك لأن الأمر لا يتعلق بشراء مشترك بل بأعمال مشتركة فكل مؤسسة تضمن الجزء الخاص بها من العمل ولها فائدة تختلف عن المخصصة لأعضاء المجموعة. وفي حالات أخرى تجتمع كل عناصر الشركة بما فيها نية الاشتراك والتي تظهر في الاتفاقية وفي الشروط المحددة لتوزيع ما ينتج من ربح وخسارة بين الأعضاء .

البند الرابع: الشركة المدنية والشركة التجارية

¹ . علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 7.

² . محمد عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 17.

³ . عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2015، ص 85.

مبدئياً يستمد التمييز بين الشركات التجارية والشركات المدنية أساسه من الغرض من الأعمال التي تمارسها الشركة، فالغرض من الشركة المدنية هو القيام بعمل مدني أما الشركة التجارية فموضوعها تجاري. ويثور التساؤل عن الحالة التي يكون فيها غرض الشركة مختلطاً أي خليط من الأعمال المدنية والأعمال التجارية كشركة لأعمال الزراعة ومن ضمن أغراضها تسويق المنتجات الزراعية، سواء عن طريق الشراء من أجل البيع، أو الوساطة في البيع بين المزارعين والتجار، فما نوع هذه الشركات فهل هي مدنية أم تجارية؟ هنا العبرة بالغرض الرئيسي للشركة. فإذا كان مدنياً كانت الشركة مدنية وإذا كان تجارياً كانت الشركة تجارية. وإذا تساوت أهمية كل من الغرض المدني والتجاري فالعبرة بالشكل الذي تتخذه الشركة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يكتف بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية، بل تبنى المعيار الشكلي¹. وترتب الشركات التجارية بحسب شكلها مشاكل عديدة عندما يكون لها غرض مدني (النشاطات العقارية، الزراعية، المهن الحرة...) فيوجد عندئذ تعارض بين الشكل والموضوع (الغرض)².

حيث يسفر عن التمييز بين الشركات التجارية والمدنية نتائج غاية في الأهمية نذكر منها:

- تخضع الشركات التجارية لأحكام القانون التجاري والأعراف التجارية وهي ملزمة وبالتسجيل في السجل التجاري الذي يكسبها الصفة التجارية³ و بمسك الدفاتر التجارية⁴,

¹. تنص المادة 3 من ق.ت.ج على أنه: " يعد عملاً تجارياً بحسب شكله ... الشركات التجارية ". وتنص المادة 544 من نفس القانون على أنه: " يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو موضوعها. تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحسب شكلها ومهما يكن موضوعها ".

². La loi du 31 Déc. 1990 sur les sociétés d'exercices libéral donne un exemple de ces hésitations. Elle décide, en effet, que ces sociétés bien que commerciales par la forme, relèvent de la compétence des juridictions civiles, mais elle revient ensuite à la commercialité en permettant le recours à la clause compromissoire (c.com. Art 631-1) Yves Guyon, droit des affaires, Op. Cit , P 216 .

³. تنص المادة 549 من ق.ت.ج على أنه: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري... "

⁴. تنص المادة 19 من ق.ت.ج على أنه: " يلزم بالتسجيل في السجل التجاري: ... كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو يكون موضوعه تجارياً ... "

والخضوع لأحكام الإفلاس، ونشير إلى أنه في حالة التوقف عن دفع الديون تخضع كل من الشركات التجارية والشركات المدنية لنظام الإفلاس والتسوية القضائية وهذا ما جاء في نص المادة 215 من القانون التجاري الجزائري.

- تكتسب الشركة المدنية الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها¹.
- في الشركات التجارية يكون مبدأ التضامن في مجال ديون الشركة مفترضا مع مراعاة مدى مسؤولية الشركاء حسب نوع الشركة ومركز الشريك فيها. أما في الشركات المدنية لا مجال للحديث عن التضامن ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك².
- تظهر أهمية التمييز بين الشركات المدنية والتجارية في تحديد الاختصاص القضائي بين الجهات المدنية أو الجهات التجارية.
- يتوقف نوع الضريبة المفروضة على الشركة على نوع الشركة إذا كانت تجارية أو مدنية، ويطرح هنا الإشكال فيما يخص الشركات ذات الشكل التجاري والموضوع المدني.

المبحث الثاني: الأصل في مشروعية الشركة وتطورها التاريخي

يقول المولى عز وجل في كتابه الحكيم: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ۗ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾³.

وكانت مشيئة الله عز وجل تفاضل الناس واختلاف قدراتهم العقلية والجسدية، قال تعالى: ﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ ۗ حُنَّ قَسَمًا لِّبَيْنِهِمْ مَعِيشَتِهِمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۗ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحِمْتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا تَجْمَعُونَ﴾⁴.

¹. تنص المادة 417 من ق.ت.ج على أنه: "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الإشهار التي ينص عليها القانون، ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية."

². تنص المادة 435 من ق.م.ج: "لا تضامن بين الشركاء فيما هم مسئولون عنه من ديون الشركة، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك."

³. الآية 15 من سورة الملك.

⁴. الآية 32 من سورة الزخرف.

تعددت مذاهب الناس في طلب الرزق فمنهم سالك لطريق الحق و الأمان، ومنهم تابع للباطل والشيطان. وحين سيطرت فكرة نماء الأموال والسعي لكسبها بشتى الطرق والأشكال كثرت طرق النصب والاحتيال، فظهرت المعاملات الربوية بتسميات مختلفة تنتستر تحت غطاءات بزّاقة كالأستثمار والتجارة. غير أن الرجوع لتعاليم شريعتنا الغراء يوقّر الملجأ في جميع الأحوال فوجد المسلم العاقل المطبّق لشرع الله بديلا شرعيا للتعامل بالربا في الشركات التجارية، أين تجمع رؤوس الأموال قصد استثمارها بطريق مشروع منظم ومدروس مضمون النتائج واضح الأهداف، لا ضرر فيه ولا ضرار. ولما كانت حاجة صاحب المال إلى من يجيد التصرف فيه بخبرته ودرايته في مجال التجارة ولم يكن المال مملوكا لكل الناس على حد سواء شرعت الشركة لرفع الحرج ودفع المشقة عن الناس فوردت آيات قرآنية عديدة تبارك إقرار الشركة وتؤكد مشروعيتها قال تعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴾¹. وفي الآية الكريمة دعوة للمسلمين لخلط أموالهم، وجمع جهودهم، والتعاون لتحقيق أكبر كسب في إطار إسلامي لا يتنافى ومبادئ الدين الإسلامي الحنيف.

ويروي أبو هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " قال الله تعالى في حديث قدسي " أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه."² وقد رغب الله فيها حيث جعلها سببا لبسط الحماية الإلهية على القائمين بها إذا ما روعيت في ذلك مبادئ وتعاليم الدين الإسلامي الحنيف كالصدق والأمانة. لذلك لم يدّخر علماء الفقه الإسلامي جهدا في تبيان أحكام الشركة، فاجتهدوا وكل أدلى بدلوه كل في مذهبه وفي اختلافهم حكمة ربانية، ويكونوا بذلك قد قدموا ما احتاج إليه مسلمو عصرهم من حل للمشكلات مستعينين في ذلك بالكتاب والسنة.

¹. الآية 24 من سورة ص.

². حديث شريف، رواه أبو داود وصححه البخاري، أنظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأختيار بشرح منتقى الأخبار، ج 5، دار الجيل، بيروت، سنة 1973، ص 282. أيضا أخرجه أبو داود في سننه أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، ج3، سنة 1988، ، كتاب البيوع، باب الشركة، حديث رقم 3383.

والباحث في تاريخ الشركات يجد أنها ليست حديثة النشأة، وإنما تمتد جذورها إلى آمام طويلة عبر الحضارات القديمة. فالإنسان منذ وجوده على سطح المعمورة وهو يكدح للقيام بأعمال فردية تسدّ حاجاته الأساسية إلا أن الإنسان بطبعه تهفو نفسه لتحصيل المال قصد تلبية ما ينقصه من حاجات ضرورية وكمالية أيضا، لاسيما في ظل التطور الحاصل الذي يفرض على الإنسان مواكبته.

وقد أظهر نشاط الحياة التجارية وحاجتها إلى رؤوس أموال ضخمة يعجز الإنسان بمفرده عن تحقيقها لمحدودية جهده الفردي وماله الخاص ضرورة خلق نوع من التعاون بين الأفراد لأجل تحقيق المراد. ولم يجد الفرد طريقة أنجح ولا أفضل من إقامة شراكة مع غيره في شكل شركات تجارية يناط بها مهمة مزاولة الأعمال الكبيرة والقيام بنفقاتها. وبهذا يتضح تجدرّ وقدم فكرة الشركة. بعد تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية للشعوب القديمة، إذ بدأت بسبب تعدّد الأسواق وتباعدها ممّا فرض ضرورة الانتقال للتجار والبيع، وإثر ذلك ظهرت فئة من الممولين تموّل الأشخاص بالمال لاستثماره عن طريق إقامة صفقات تجارية في الأسواق المتباعدة ليقتسم الربح بينهم، المضارب نتيجة جهده وعناء سفره، وصاحب المال نتيجة لما قدّمه من مال. وهكذا نشأ عقد المضاربة أو القراض، ثم تلت ذلك العديد من التشريعات الوضعية القديمة التي نظمت الشركة بموجب نصوص قانونية .

فالحضارة البابلية قدّمت للبشرية قبل حوالي ألف عام منذ مولد المسيح عليه السلام تقنيات عرفت باسم قانون حمورابي، وعرف الإغريق الشركات التجارية البحرية في القرن السادس قبل الميلاد .

كما عرف الرومان الشركة عن طريق الملكية العائلية التي نتجت عنها شركات التضامن فيما بعد وعرف العرب الشركة في جاهليتهم، وخير دليل ما كانت قريش تقوم به من تجارة صيفا إلى الشام وشتاء إلى اليمن .

ولما جاء الإسلام بيّن مشروعية الشركة وأقرّها وندب إليها لما تقوم عليه من مبدأ التعاون بين الأشخاص وما تحقّقه من مصالح فردية وجماعية، وبعد أن فتح الله على المسلمين في الفتوحات الإسلامية توسّع إنشاء الشركات آنذاك، ممّا دعي الأئمة المجتهدين من الفقهاء إلى تفصيل أحكام هذه الشركات وبيان أنواعها ومشروعيتها، وبدا واضحا تطوّر فكرة الشركة في بلاد الغرب خاصة بعد موقف الكنيسة رفض القرض بفائدة ممّا دفع

المقرضين إلى البحث عن وسيلة لاستغلال أموالهم، فظهرت إثر ذلك شركة التوصية، ثم انتشر ظهور الشركات في ربوع البلدان الأوربية، وكان للاستعمار دور في ظهور شركات الأموال التي تقوم على تجميع رؤوس أموال ضخمة لاستغلالها في مشاريع عجز الأفراد عن القيام بها .

لذلك سنتناول في هذا المبحث مطلبين نبحت في أولهما عن أصل مشروعية الشركة في شريعتنا الإسلامية الغراء، ونقوم في ثانيهما بجولة نقف من خلالها على أبرز المحطات في تاريخ الشركات التجارية.

المطلب الأول: الأصل في مشروعية الشركة

يوجد أناس يملكون الثروة المالية لكن تعوزهم المهارة الكافية لممارسة التجارة وتنميتها، وهم بذلك محتاجون لمن يستثمر أموالهم وينميها، وفي المقابل هناك طائفة أخرى لا تملك مالا للتجار به غير أنها تتمتع بمهارات عالية وخبرات واسعة، ولأجل استفادة فريق وإفادة الآخر بقدر من الربح، أفترت كافة المجتمعات على اختلاف ألوانها وألسنتها تكريس مبدأ التعاون في إطار شراكة بين جماعات من الأفراد .

وقد ثبتت مشروعية الشركة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع الأمة والمعقول.

الفرع الأول: الأصل الأول (القرآن الكريم)

وردت آيات عديدة تدلّ على مشروعية الشركة سنورد بعضها فيما يأتي:

أ- قال عزّ وجلّ على لسان فنية الكهف: ﴿ فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا ﴾¹.

جاء في تفسير القرطبي أن هذه الآية تضمنت جواز الشركة لأن الورق كان لهم جميعاً، وتضمنت جواز أكل الرفقاء وخلط طعامهم معا وإن كان بعضهم أكثر أكلا من الآخر.²

¹. الآية 19 من سورة الكهف .

². محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (تفسير) ط 3، ج 10، دار الكتاب العربي، القاهرة، ص 377.

ويوضح الدكتور عبد العزيز الخياط المعنى بقوله: "يتضح من الآيات الأنفة الذكر أنّ الشركة جائزة في المال والطعام باعتباره دلالة إشارة لا عبارة، لاسيما وأن التلازم ظاهر بين شرائهم الطعام واشتراكهم فيه¹.

ب- وقول المولى عز وجل: ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَكِّسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيَانِ مَثَلًا الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾². وهذه الآية تدل على إثبات الشركة في العبد المملوك حيث ذكر الله تعالى ذلك دون إنكار³.

في هذه الآية يرى الدكتور عبد العزيز الخياط أنها دللت على وجود الشركة في العقد، ويستفاد من ذلك جوازها لأن ضرب هذا المثل، وذكر فيه اشتراك الشركاء، في العقد دون أن ينكر عليهم هذه الشركة فيه وإن وصفهم سبحانه وتعالى بالمشاركين فكان دليلا على جواز الشركة⁴.

ج- ومنها قوله عز وجل في حكاية عن داود عليه السلام مع الخصمين الذين تسورا المحراب:

﴿ قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجْتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۗ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّهٗ فَأَسْتَغْفَرَ رَبَّهُ ۗ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ۗ ﴾⁵ و الخلطاء هم الشركاء⁶.

د- وقوله تعالى: ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ... ﴾⁷. ووجه الاستدلال هنا هو أن الله تعالى جعل الميراث مشتركا بين الإخوة لأم إذا كانوا اثنين فأكثر وهذا معنى الشركة⁸.

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 58.

². الآية 29 من سورة الزمر .

³. الخطاب، مرجع سابق، ص 122.

⁴. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 58.

⁵. الآية 24 من سورة ص.

⁶. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 2.

⁷. الآية 12 من سورة النساء.

⁸. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 2.

وقد وردت لفظة " شركاء " لحكمة دقيقة لا تحمل أي إبهام أو إشكال في إقرار الشريعة للشركة ولاسيما في مجال تحديد المواريث، التي تضمنتها السورة المباركة. هكذا يتّضح من الآيات الكريمة آفة الذكر مشروعية الشركة.

الفرع الثاني : الأصل الثاني (السنة النبوية المطهرة)

بما أن السنة النبوية المطهرة قد تكون إما سنة قوليه أو عملية أو تقريرية، فسنحاول تسليط الضوء على مشروعية الشركة في كل قسم من أقسام السنة النبوية الكريمة. أ- في السنة القولية:

لقد وردت جملة من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تدلّ على مشروعية الشركة منها:

1- الحديث القدسي الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الله تعالى: " أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانته خرجت من بينهما"¹. ومعنى الحديث أنّ الله تعالى يبارك الشريكين في مالهما ويمدّهما بالعون والرعاية شريطة عدم الخيانة فإذا وقعت الخيانة نزعنا البركة من مالهما والرعاية عنهما². ويقول الشيخ علي الخفيف أنّ هذا الحديث يدلّ على أن الشركة مشروعة وأنها فوق ذلك مطلوبة على وجه الندب عند الحاجة إليها، إذ جعلت سببا ووسيلة لما يمنحه الله للشريكين من معونة وتوفيق وفلاح لأن الله سبحانه وتعالى معهما، ولا يبارك الله ويحفظ إلا ما كان مشروعاً³.

ويؤخذ من الحديث أنه يدلّ على جواز عموم الشركات وفي أي عقد من العقود فجميع الشركات سواء كانت في الأموال، أو في الأبدان، أو في الوجوه، وسواء كانت مساهمة، أو محدودة أو تضامنية، أو غير ذلك فالأصل فيها الجواز ما لم يمنع ذلك مانع شرعي.

¹ حديث شريف رواه أبو داوود في سننه، مرجع سابق، ص 253.

² الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، مرجع سابق، ص 390.

³ علي الخفيف، الشركات، مرجع سابق، ص 21.

2- روى الحاكم في مستدركه¹ والبيهقي في سننه² عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا ، فإذا تخاونا محقت تجارتها فرفعت البركة منهما"³. وفي الحديث تأكيد على إقرار وجواز شركة العقد لورود لفظ التجارة، كما يظهر الحديث فضل الشركة كونها محلا للبركة وتنمية الرزق بفضل معونة وتأييد الخالق عز وجل.

3- في صحيح مسلم من حديث جابر: " نحرنا يوم الحديبية سبعين بدنة عن سبعة فقال صلى الله عليه وسلم: اشتركوا في الهدى"⁴، فدلّ إشراك النبي الأكرم عليه الصلاة والسلام، وأمره بالاشتراك في الهدى على جواز الشركة⁵.

ب- في السنة الفعلية:

أما عن الفعل فقد روي عن ابن ماجة وأبي داود وعن الحاكم الذي روى الحديث وصححه أن السائب بن أبي السائب أنه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم في أول الإسلام في التجارة فلما كان يوم فتح قال: "مرحبا بأخي وشريكي لا تداري ولا تماري"⁶. والحديث يدل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان شريكا للسائب، وهذا دلالة على أن النبي الأعظم قد باشر الشركة بنفسه.

ج- في السنة التقريرية:

1- يذكر الدكتور عبد العزيز الخياط في تفصيل المشروعات المتأتمية من السنة التقريرية التي تتمثل في إقرار النبي عليه الصلاة والسلام لأصحابه على تعاملهم بالشركة، أن نظام الشركة كان معروفا قبل الإسلام بتعامل الناس بها، وقد كان أهل مكة تجارا، وسميت "قريشا" لأنها كانت أشهر قبيلة تقوم بالتجارة في رحلتي الشتاء والصيف⁷.

1. الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري، المستدرک، مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض.

2. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشركة، ج1.

3. شرف الدين الحسين السياغي، الروض النضير في شرح مجموعة الفقه الكبير، ج2، ص 263.

4. الصنعاني، محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ج3، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص261.

5. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 61.

6. البيهقي، مرجع سابق، ص78. وقوله لا تداريني ولا تماريني، أي لا تمنعني ولا تحاورني، أنظر في ذلك: الشوكاني،

نيل الأوطار، ج5، مرجع سابق، ص 297.

7. أنظر الآية 1 من سورة قريش.

2- فيما يروى عن حياة الرسول صلى الله عليه وسلم أن عمّه أبو طالب كان يصحبه في تجارته وهو صبي. وما هو ثابت ولا خلاف فيه أنه خرج صلى الله عليه وسلم تاجرا بمال أم المؤمنين خديجة بنت خويلد قبل بعثته¹، حيث شارك خديجة مضاربة بمالها.

3- عن أبي المنهال أن زيد بن أرقم و البراء بن عازب كانا شريكين، فاشترى فضة بنقد ونسيئة، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه.² ووجه الدلالة حيث أقر الرسول صلى الله عليه وسلم الشركة بين زيد والبراء وبين ما يجوز وما لا يجوز في الشركة.

إن ما ورد ذكره من أحاديث سواء بالقول أو الفعل أو التقرير جاءت تأكيدا يتعدى الإقرار بمشروعية الشركة إلى كونها مندوبة لحاجة الناس إلى التعامل بها.

الفرع الثالث: الأصل الثالث (إجماع الأمة)

أما الإجماع فهو ما نراه من اشتراك المسلمين في التجارات منذ القرون الأولى وإلى يومنا هذا بدون إنكار من أحد حيث أجمع المسلمون على جواز الشركة بالجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها³.

وتعامل الناس بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير⁴.

الفرع الرابع: الأصل الرابع (المعقول)

يقول المولى عز وجل في كتابه الحكيم: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۗ ﴾⁵.

ويقول الحق تبارك وتعالى أيضا: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ... ﴾⁶، فالإسلام دين يسر وتيسير لا دين مشقة وتعسير، إذ يراعي الحاجيات الأساسية التي يتطلبها الناس من يسر

¹. ابن هشام، السيرة النبوية، دار المعرفة، لبنان، ج 1، ص 187.

². الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، مرجع سابق، ص 298.

³ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 3.

⁴. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج الحادي عشر، ط الثالثة، سنة 1978، ص 155.

⁵. الآية 78 من سورة الحج .

⁶. الآية 185 من سورة البقرة.

وسعة، ليبعدهم عن أسباب الضيق والمشقة. كما أنّ الإسلام دين التعاون والتكافل إذ يقول المولى عزّ وجلّ: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ... ﴾¹.

فالتعاون يتجسّد في اشتراك الأشخاص لتحقيق ما يصبون إليه، ولما كان الناس بحاجة إلى الاشتراك أقرّ الإسلام مشروعية الشركة حفظاً لمقاصد الشريعة الغراء من ضروريات²، وحاجيات³ إن فقدت عمّ الضيق والحرص وتحسينات⁴، لذلك شرعت الشركة.

إنّ من أهم ما يحقّق حفظ المال، ويدفع الحرج والمشقة عن الناس، ويقتضيه العرف الصالح في المعاملات، وبيتغي فيه فضل الله ورزقه، ما قام على التعاون الخير والعمل المثمر تحقيقاً لقول الرسول الأعظم: " يد الله مع الجماعة"⁵ وقوله عليه الصلاة والسلام: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشدّ بعضه بعضاً"⁶.

كما أنّ الإسلام دعى إلى ابتغاء الفضل لقول الله تعالى: ﴿ وَأَبْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ... ﴾⁷ والشركة طريق لابتغاء فضل الله.

وصفوة القول أنّ الشركة عامل من العوامل التي يتحقّق بها التعاون بين بني البشر، فيها تستثمر الأموال وتستغلّ المواهب، و بها تشتغل الأيدي العاطلة، ويحال دون اكتناز رؤوس الأموال، وتدويرها في التجارة فكيف لا تشرع وهي بهذه الأهمية البالغة.

¹. الآية 2 من سورة المائدة .

². الضروريات: هي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا وحل العقاب في الآخرة، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل. وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية بدمشق، ص 500.

³. الحاجيات: هي التي يحتاج إليها لرفع الحرج عنهم فقط بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة وقد شرع الشارع لها أصناف المعاملات من بيع وشراء ونحوها. وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، نفس المرجع والصفحة.

⁴. التحسينات: هي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق، والصدق في المعاملة، و الطهارات بالنسبة للصلوات وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، نفس المرجع والصفحة.

⁵. الترمذي، مرجع سابق، ص 10.

⁶. البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم، صحيح البخاري، ج8، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضاً، مطبعة الحلبي بمصر، ص14.

⁷. الآية 10 من سورة الجمعة

المطلب الثاني: التطور التاريخي للشركات التجارية

تأصلت جذور الشركة في العصور القديمة فهي قديمة قدم حاجة الإنسان للتعاون، والشراكة. وزادت الحاجة إلى توحيد الجهود وتجميع الأموال بعد الثورة الصناعية لأجل القيام بمشروعات كبيرة تتطلب طاقات مادية كبيرة، وخبرات دقيقة متنوعة لا يقدر الفرد على توفيرها. وفي هذا المضمار برزت صورة جديدة من صور التعامل التجاري تقوم على نفس الفكرة المتمثلة في تضافر مجموعة من الأشخاص والأموال للقيام بمشروع اقتصادي يقتسمون أرباحه ويتحملون خسائره، وهكذا إلى أن أوجب الواقع أن تنتظم فيه تلك المجموعة من الأموال والأشخاص مكونة ما يعرف بالشركة.

ولمعرفة أهم المفاهيم القانونية التي تنظم الشركات لابد من الوقوف على أهم المحطات التاريخية في عمر الشركات التجارية، بدءاً بالتشريعات القديمة مروراً بالعصور الوسطى وانتهاءً بالعصر الحاضر.

الفرع الأول : الشركات في التشريعات القديمة

إن فكرة ضم الجهود عرفته المجتمعات البدائية منذ القدم تجنباً للأخطار المحيطة بها، ولقد تطور هذا المفهوم تبعاً لمقتضيات مراحل المجتمع وبمرور الزمن بدأ منطق التعاون ينتقل إلى الميدان التجاري حتى تبلور في صورة الشركة. وترجع فكرة الشركة إلى عصور سحيقة ومعرفة جذورها التاريخية في النظم القانونية المختلفة يمهّد الطريق للوقوف على المفاهيم القانونية السائدة فيها بخصوص الشركات، وهذا يقتضي العودة قليلاً للعصور الأولى.

البند الأول: الشركة وقانون حمورابي

نظمت الشركة بموجب نصوص قانونية في شريعة حمورابي في عهد البابليين في العراق قبل حوالي ألفي عام من مولد المسيح عليه السلام، وقد نصّ على أن الشركة عقد يتفق بمقتضاه شخصان فأكثر على القيام بعمل أو بعدة أعمال قصد جني الربح¹. إذ تضمنت هذه الشريعة أربعاً وأربعين مادة تخصّ العقود التجارية، منها ثمان مواد تتعلق بعقد الشركة¹.

¹. محمد السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 117.

وقد كان أكثر الشركات رواجاً في بابل نوع يشبه إلى حد كبير شركات المضاربة التي نجدها عند العرب²، إذ يتعهد شخص بإعطاء مبلغ من المال إلى شخص آخر للتجار به على أن يتقاسم الربح بينهما، فإذا كان رأس المال نقوداً وجب على الشريك استعمال هذه النقود لشراء البضائع المتفق عليها من أجل بيعها في البلاد التي يؤمل الربح فيها. كما يلتزم بأن يردّ قيمة رأس المال إلى صاحبه ويقسم ما تبقى بينهما مناصفة، إذا لم ينص عقد الشركة على أنصبة مختلفة في الربح³.

وبعد ذلك جاء الفنقيون الذين استوطنوا سواحل لبنان واشتغلوا بالتجارة البحرية حتى أصبحوا سادة البحر الأبيض المتوسط، وامتدت تجارتهم إلى الكثير من دول البحر المتوسط وأسسوا الشركات الخاصة بتجهيز السفن⁴، وإليهم يرجع الفضل في التوصل إلى فكرة المساهمة في الخسارات البحرية المشتركة⁵.

البند الثاني : الشركة عند اليونان

عرّف اليونانيون الشركة بنوعها الشركة المدنية والشركة التجارية، وكانت أعمال الشركات آنذاك تتمثل في مشاريع النقل البحري، حيث ابتكروا في مجال النقل البحري عقد قرض المخاطر الجسيمة، الذي كان يستخدم في تجهيز السفن مقابل عائد مجز لصاحبه في حال نجاح الرحلة، على أن يتحمل وحده الخسارة في حال فشلها⁶. إضافة إلى التعدين و العمليات المصرفية⁷.

ولم تكن الشركة تحتاج في تأسيسها إلى أي شرط، حيث تنشأ بمجرد الاتفاق الشفوي دون حاجة إلى تحريره في سند مكتوب. أمّا عن إدارة الشركة فإذا لم يتفق على الشخص

1. عبد العزيز العكلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، ط 1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2008، ص 16.

2. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 6.

3. نادية فوضيل، نفس المرجع والصفحة.

4. محمد بدران، الفينقيون ونشاطهم الاقتصادي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، ع 1، 1975، ص 453.

5. ثروت عبد الرحيم، الخسارات البحرية المشتركة، منشورات جامعة الكويت، سنة 1974، ص 13، 14.

6. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 296.

7. وقد شاعت في عهدهم القروض بفائدة، مما أدى إلى تحرر التجارة وتداول الأموال بحرية وسرعة كبيرة، وبعد رواج تجارتهم الداخلية اتجهوا إلى التجارة الخارجية، فأسسوا أسطولاً بحرياً كبيراً. ول ديورانت، قصة الحضارة، ج 2، المجلد الثاني، ترجمة محمد بدران، منشورات جامعة الدول العربية، ص 75.

المكلف بإدارتها، جاز لكل شريك القيام بأعمال الإدارة، كما كانت ذمة الشركة مستقلة، ومنفصلة عن ذمم الشركاء، حيث لم يسمح لهم بالتصرف في موجودات الشركة. وقد توصل الفقهاء إلى أن الشركة في أثينا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية، وكانت الأرباح والخسائر توزع بين الشركاء بالنسبة لمساهمة كل منهم في تكوين رأس مال الشركة. إلا إذا تضمن الاتفاق خلاف ذلك¹.

مما يلاحظ على القانون اليوناني أنه لم يعرف شركات التوصية، وشركات المساهمة فكان كل شريك مسؤولاً عن ديون الشركة بجميع ما يملك². بمعنى أن جميع أموال كل شريك ضامنة لديون الشركة.

البند الثالث : الشركة في القانون الروماني

عرف الرومان الشركة على الرغم من أن اقتصاد روما كان اقتصاداً زراعياً، فقد كانوا ينشئون "الملكية العائلية" وهو نظام يجمع بين أفراد العائلة الواحدة ممن تجمع بينهم روابط الدم لاقتسام الغنم، والغرم الناتج عن هذه الشركة العائلية³.

يقال أن تطور هذا النوع هو الأصل التاريخي لشركات التضامن، إذ أن فكرة تضامن الشركاء نمت واستقرت في المدن الرومانية عندما أصبح تأسيس الشركة يتخذ الطابع العلني، بإيداع توقيعات الشركاء في المحكمة التجارية - كانت تسمى القنصلية - ومن هنا بدأ يصل إلى علم الغير وجود كيان له رأسمال مستقل عن أموال الشركاء، وذمة مالية مستقلة تتألف من مجموع الحصص المقدمة من الشركاء⁴، ومن هذا التاريخ بدأت خصائص شركة التضامن تطفو إلى السطح تدريجياً حتى استقرت على النحو المعروف الآن.

لكن الشركة بمفهومها الذي يعبر عن فكرة المضاربة، وتحقيق الربح لم تظهر إلا في القرن الثاني قبل الميلاد بظهور الجيوش، وحاجتها إلى الإمدادات، واتساع رقعة النشاط والأشغال العامة⁵.

¹. نادية فوزيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 7.

². نادية فوزيل، شركات الأشخاص، نفس المرجع والصفحة.

³. أنظر في هذا المعنى عبد العزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 17.

⁴. حمود محمد محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة سنة 1994، ص 16.

⁵. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 1970.

والشركات عند الرومان كانت على نوعين :

فهي إمّا شركة تجميع الأموال، وإمّا شركة في نوع من التجارات الخاصّة ك شراء الرقيق وبيعه¹. وكانت الشركة عند الرومان عقدا رضائيا لا ينشأ عنه شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء²، ولا ينتج إلا مجرد التزامات بين أطرافه فتعدّر على أحد الشركاء تمثيل الشركة اتجاه الغير إذا كان كل شريك مسؤولا شخصيا عن أعماله. وإذا قام الشركاء جميعهم بالعمل فُسم الالتزام بينهم بصورة حكيمة، بحيث لا يحق للغير مطالبة كل شريك إلا بما يصيبه من خسارة، كما لا يحق للشريك أن يطالب الغير إلا بقدر ما يصيبه من ربح. ويتمّ تعيين حصة الشريك في الربح والخسارة بالاتفاق المشترك، وفي حالة خلو النص من الاتفاق توزع الأرباح والخسائر بينهم بحصص متساوية.

وتتقضي الشركة لأسباب تتعلق بالشركاء ك وفاة أحدهم، أو إعساره. كما أعطى المشرّع الحق لكل شريك بأن يضع حدا لوجود الشركة بخروجه منها³.

البند الرابع: الشركات عند العرب

عرف العرب الشركة في جاهليتهم⁴ لحاجتهم إليها فقد كان الموسرون من قريش يدفعون أموالهم لمن يتاجرون لهم بها، وكانت رحلتهم للتجارة صيفا إلى الشام وشتاء إلى اليمن ليبيعونها للحجاج الوافدين إلى مكة وهذا ما سمي برحلة الشتاء والصيف الواردة ذكرها في القرآن الكريم.

وكانت المعاملات عندهم مبنية على التقاليد والعادات، فكان الناس يساهمون في الأموال التي تحملها القوافل، فإذا بيعت أخذ كل مساهم حصّته من الربح بنسبة رأس ماله بعد خصم النفقات وقد يشترك عدّة أشخاص بأعمال تجارية فيقدّم كل منهم جزءا من ماله يخلطه مع ما يقدّمه الشركاء، وتسمى الشركة هذه شركة عنان وفيها يقسمون الربح والخسارة. وكانت عندهم أنواع أخرى من الشركات كالمضاربة والمفاوضة⁵.

¹. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 10.

². عبد العزيز العكلي، مرجع سابق، ص 17.

³. نادية فوزيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق ص 8.

⁴. " وقت الجاهلية " عبارة تطلق على الوقت الذي قبل البعثة النبوية والقريب منها وقد وصف ذلك الزمن بزمن الجاهلية لاستيلاء الجهل على أصحابه.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 18.

لما جاء الإسلام أقرت الشريعة السماح فكرة الشركة وبيّنت مشروعيتها وندبت إليها وتناولها الفقهاء بالتحليل، والشرح، وبيان ما يحلّ منها وما لا يحلّ، خاصة بعد توسع الفتوحات الإسلامية وما نجم عنه من توسع في إنشاء الشركات حيث قسموا الشركات إلى قسمين شركة عقد، وشركة ملك، ومنهم من قسمها إلى ثلاثة أقسام، عقد وملك وإباحة، وقسموا شركة العقد بدورها إلى ثلاثة أنواع شركة الأموال، والأعمال والوجوه¹. ومهما تنوّعت الشركات في الشريعة الإسلامية إلاّ أنها بقيت عقوداً رضائية يقتصر أثرها على توليد الحقوق والالتزامات بين الشركاء ولا ينشأ عنها شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء له أهلية وذمة مستقلة².

وقد عرف المسلمون شركة المضاربة، وهي تشبه شركة التوصية، وسميت كذلك لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، وكان أهل يثرب يسمونها المقارضة، وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾³.

الفرع الثاني : الشركات في القرون الوسطى

ظهر تطور فكرة الشركة في القرون الوسطى بشكل واضح، ولعلّ من أسباب هذا التطور موقف الكنيسة من القرض بفائدة، إذ منعت وأمرت بتحريمه، ممّا دفع المقرضين إلى البحث عن وسيلة يستغلون بها أموالهم وكان ملجأهم التجارة البحرية. حيث يقدّم المقرض المال إلى ربّان السفينة مقابل الحصول على جزء كبير من الأرباح. ولم تمنع الكنيسة هذا القرض البحري لما فيه من مخاطر التي تتجم عن هلاك السفينة، أو غرقها فيضيع المال كله⁴.

انتشرت هذه القروض في القرن الرابع عشر، وكانت تعرف "بالكوماندا". ويقصد بها التوصية إذ يثق المرابي في المقرض ويسلّمه مبلغ القرض على أن يعيده إليه مع ثلاثة أرباح الربح⁵.

¹. سيأتي بيان هذه الأنواع في الباب الثاني من الأطروحة.

². علي الخفيف، الشركات، مرجع سابق ص 22.

³. الآية 20 من سورة المزمل.

⁴. أنظر في هذا الصدد، محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 19.

⁵. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع، هامش ص 19.

وامتدّ شيوع هذه القروض إلى التجارة البرية، ووافقت عليها الكنيسة باعتبارها قروضا لا يستعملها المدين في قضاء حاجاته الذاتية، وإنما يستغلها في تجارة تدر عليه ربحا، وإلى عقد الكوماندنا هذا يرجع أصل شركة التوصية، وشركة المحاصة¹.

كان بمقتضى هذه التوصية (contrat de commande) يقدم المال للتاجر، فيستغله تحت رقابة وإشراف صاحب رأس المال الذي لا يظهر للغير، ولا يسأل عن الخسارة إلا في حدود المال الذي قدمه أمّا في حالة الربح فعادة ما يستحوذ على ثلاثة أرباعه تاركا الربع فقط لمن ضارب له². ولجأ الأشراف ورجال الكنيسة وغيرهم ممن لم يكن لهم حق مزاولة التجارة، أو من يعتبرون أنفسهم أرفع من مزاولة التجارة باعتبارها مهنة محتقرة آنذاك إلى نظام التوصية سترا لأسمائهم، وحتى يظلوا مجهولين من الغير الذي لم يكن له إلا الرجوع على الشريك الظاهر³. وبذلك انتشر في القرون الوسطى نوعين من الشركات، شركة التوصية وشركة التضامن.

وكان لشركة التضامن مظهر خارجي يتم بإعلان قنصلية التجار، أمّا شركة التوصية فلم يكن لها هذا المظهر الخارجي، حيث أن الشريك المفوض فيها هو الذي يتعامل مع الغير، فيحصل على الأرباح، أو يتحمل الخسائر، ثم يسوي الحساب مع الشريك الموصي.

واستمر الحال كذلك إلى أن صدر الأمر الملكي الفرنسي الخاص بالتجارة البرية سنة 1673، وفرّق في الباب الرابع منه الخاص بالشركات التجارية بين شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة. فأطلق على الأولى اسم الشركة العامة، وفيها يكون الشركاء مسئولين مسؤولية شخصية تضامنية، ومطلقة عن ديون الشركة. ولهم وحدهم الحق في إدارة الشركة، أمّا الشركاء المفوضون فيسألون مسؤولية محدودة مقابل عدم تدخلهم في أعمال الإدارة⁴.

وهكذا برزت معالم شركات الأشخاص في هذا العصر وتحدّدت القواعد الخاصة بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة. إلا أننا نشير بأن شركة التوصية البسيطة تعدّ

¹ علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 333. وسيأتي بيان شركتي التوصية، والمحاصة في الباب الثاني.

² أنظر في هذا الصدد نادية فوضيل، مرجع سابق، ص 10.

³ أنظر الياس ناصيف، مرجع سابق، ج 1، ص 16.

⁴ الياس ناصيف، نفس المرجع، ج 1، ص 17.

تطبيقاً لشركة المضاربة التي سيأتي الحديث عنها والتي عرفها العرب قبل الإسلام وأقرّها فقهاء الشريعة الإسلامية الغزّاء.

الفرع الثالث : الشركات في القرن الثامن عشر

مع بداية القرن السابع عشر، بدأ ظهور نوع جديد من الشركات وهي شركات الأموال، وصورتها المثلى شركات المساهمة التي تقوم على تجميع رؤوس أموال ضخمة لاستغلالها في مشاريع عجزت عن تحقيقها الأفراد. وكان السبب في ظهورها التوسّع الاستعماري، وانتشار السياسة الاستعمارية لاستغلال خيرات البلاد المستعمرة، والمكتشفة "كالقارة الأمريكية ورأس الرجاء الصالح"¹. فعمدت الدول الاستعمارية إلى تحويل تلك الشركات ذات الصلاحيات الواسعة التي تستطيع من خلالها توسيع نفوذها على البلاد المستعمرة وامتلاك خيراتها. فأنشأ التجار الانجليز "أخوية" شركة التجار المغامرين لاكتشاف المناطق والأقاليم والجزر المجهولة. ولقد كان أهم ما سعت إليه هذه الشركة هي التجارة مع البلاد الروسية. مع تعدد الرحلات وتراكم الأرباح أصبحت هذه الشركة - التي تعتبر أصل شركة المساهمة بصورتها الحالية- إحدى المؤسسات القانونية الرئيسية للرأسمالية التجارية².

ودفعت الأرباح الخيالية التي حققتها التجارة مع المستعمرات المكتشفة كثيراً من أصحاب الأموال في انجلترا، وهولندا، وفرنسا لتكوين شركات ضخمة على غرار "أخوية" التجار المغامرين الإنجليز. ففي سنة 1600 م، أنشئت في انجلترا شركة الهند الشرقية لاحتكار التجارة في الهند، وتلتها هولندا فأنشأت كذلك شركة الهند الشرقية للتجارة في الهند، وذلك عام 1602م، ثم أنشأت فرنسا شركة فرنسا الجديدة لاستعمار كندا. ولقد اندفع المستثمرون نحو هذه الشركات لأن مسؤولية الشريك فيها محدودة بقدر ما أسهم في رأس المال مع الحصول على أرباح طائلة، فأدى ذلك إلى وقوع كثير من المضاربات العنيفة، الأمر الذي كان من نتائجه سحب الثقة من هذه الشركات، فصدر في انجلترا قانون حرّم عملية طرح أسهم هذه الشركات نهائياً، إلا أنه في سنة 1807 صدرت المجموعة التجارية الفرنسية، وقد

¹. عبد العزيز العكلي، مرجع سابق، ص 20.

². محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 20 و 21.

تضمنت تنظيمًا قانونيًا لنوعين من شركات الأموال هما المساهمة والتوصية بالأسهم¹.
وصدور هذا القانون يهدف إلى حماية الأموال المستثمرة في هذه الشركات في مجال النشاط التجاري.

الفرع الرابع : الشركات في القوانين الحديثة

ظهرت الاكتشافات في منتصف القرن التاسع عشر التي أحدثت تغييرًا كبيرًا في التجارة والصناعة وتطلب استغلالها تجميع لرؤوس أموال ضخمة. وكان لذيوع مبادئ الحرية الاقتصادية في هذا الزمن الدور الكبير في عدول أغلب الدول عن ضرورة الحصول على ترخيص حكومي سابق لتأسيس شركات المساهمة، مما أدى إلى انتشارها.

وفي مستهل القرن العشرين بدأت الدول التدخل في تنظيم شركات المساهمة والتضييق بذلك من نطاق الحرية التعاقدية، تجسدها جزاءات متعددة، وكل ذلك حماية لمصالح المساهمين وكانت معظم القوانين التي تصدر في هذا الشأن تنبثق عن النظام الرأسمالي، حتى أصدرت الدولة العثمانية مجلة الأحكام العدلية في سنة 1305 هـ مقننة للفقهاء الإسلامي على المذهب الحنفي، وفيها تنظيم للشركات في الكتاب العاشر، وأصدرت قانون التجارة المنقول عن القانون التجاري الفرنسي في سنة 1850، ونظم قانون التجارة العثماني قواعد الشركات التجارية على حين نظمت المجلة قواعد الشركات المدنية².

وفي أعقاب الحرب العالمية الأولى بدأ رأس المال العام يدخل في شركات المساهمة، فنشأت شركات الاقتصاد المختلط كتوفيق بين الحرية الاقتصادية، والاشتراكية، وبعد الحرب العالمية الثانية انتشر التأمين³ انتشارًا واسعًا في كثير من الدول وترتب على ذلك ظهور شركات المساهمة العامة التي تمتلك الدول جميع أسهمها⁴ وقد تطورت أنماط الشركات التجارية تبعًا لتطور النشاط التجاري على المستوى الدولي بحيث ظهر نوع من الشركات تسيطر على قطاعات هامة من النشاط التجاري. وقد نقل كل من المشرع المصري والمشرع الجزائري

¹. محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع، ص 21.

². محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع، ص 21 و 22.

³. يقصد بالتأمين استيلاء الدولة على ملكية المشروعات التي يملكها الأفراد والشركات في مقابل تعويض أربابها عن الحقوق التي حصل الاستيلاء عليها.

⁴. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، مرجع سابق، ص 166.

أحكام الشركات التجارية من القانون الفرنسي، غير أنّ هذه الأحكام خضعت لمتطلبات النظام الاقتصادي القائم في كل دولة حسب الظروف و المؤشرات السياسية والاجتماعية لكل بلد على حدة¹.

نشير إلى أنّ المشرع الجزائري عند تنظيمه للشركات التجارية وسنّه لقوانين بخصوصها قد تأثر بقانون الشركات الفرنسي الصادر في 1966 في مجمل أحكامه. فأفرد بذلك لتنظيم الشركات التجارية الكتاب الخامس من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.

وقد تضمن هذا الكتاب 298 مادة جيء بها لتنظيم أحكام الشركات التجارية أي من المادة رقم 544 إلى المادة رقم 842. حيث اقتصر الأمر 75-59 على ثلاثة أنواع من الشركات وهي: شركة التضامن وشركة المسؤولية المحدودة، وشركة المساهمة.

وفي التسعينيات وبعد تطوّر الشركات أدخل المشرع الجزائري تعديلات أهمها :

- المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، والذي أدخلت بموجبه أنواعا أخرى من الشركات وهي شركة التوصية بنوعيتها البسيطة وبالأسهم، وشركة المحاصة.
- الأمر 96 - 27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996² الذي أضاف المؤسسة ذات الشخص الوحيد³ إلى أنواع الشركات التجارية.

إضافة إلى إدخال المشرع الجزائري لعدّة تعديلات على شركتي المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وبالتالي أصبح القانون الجزائري يعرف أنواعا مختلفة من الشركات، منها ما يقوم على اعتبارات شخصية، فيصنّف ضمن شركات الأشخاص وهي محل دراستنا ومنها ما يقوم على اعتبارات مالية، فيدخل ضمن شركات الأموال.

وصفوة القول أنّ لفظ الشركة قد جاء ذكره في القرآن الكريم، وهي تعني اشتراك اثنين فأكثر في عمل ما. وقد اختلف الفقهاء المسلمون حول أقسام الشركة بمعناها العام على

¹. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 11.

². أنظر الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 ديسمبر 1996 ع 77، ص 4.

³. *Entreprise unipersonnelle a responsabilité limite E. U.R.L.*

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح المؤسسة ذات الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحدودة هو مصطلح يستعمله المشرع الجزائري على عكس بعض التشريعات التي تطلق عليه شركة شخص الواحد.

مذهبين. الأول يرى أن للشركة قسمين هما شركة ملك وشركة عقد، ويرى القسم الثاني أن للشركة ثلاثة أقسام شركة ملك وشركة إباحة وشركة عقد.

أما القانون الوضعي فلم يعرف للشركة بمعناها العام تعريفاً، بل رأى أنها قسم واحد فقط وهو شركة العقد، وهو النوع المشمول بالدراسة في هذه الرسالة، والمعروف في القانون الوضعي بالشركات التجارية.

شركة العقد في الفقه الإسلامي هي عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم بالغرم بينهما.

أما في القانون الوضعي، فقد تنازعت تحديد الطبيعة القانونية للشركة فكرتا العقد والنظام، فمن جهة يرى الفقه التقليدي أن المعيار الذي يتحدّد بموجبه مصدر الالتزامات الناشئة بين الشركاء هو العقد الذي يبعث في مرحلة سابقة الشركة للحياة، فتترتب بصورة آلية آثار تعاقدية تتمثل في الحقوق والواجبات من جهة وينشئ شخصاً معنوياً من ناحية أخرى. ومن جهة أخرى اعتبر جانب من الفقه الشركة نظاماً قانونياً يتيح الالتفاف حول هدف معين مستنديين في ذلك إلى إمكانية تعديل حقوق الشركاء متى اقتضت المصلحة ذلك، إذ غالباً ما يتدخل المشرع لتنظيم الشركات بسنن لقوانين ووضعها لضوابط وقيود تقيد حرية الشركاء في الشركة.

تطغى فكرة العقد على فكرة النظام في شركات الأشخاص، بينما تظهر السيادة لفكرة النظام في شركات الأموال، حيث النصوص الآمرة المقيّدة لإرادة المتعاقدين، ويظهر صواب رأي فقهاء القانون على أن الشركة في مرحلة تكوينها تكون كباقي العقود، لكنها تصبح أقرب للنظام منها إلى العقد بعد اكتسابها للشخصية المعنوية. وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة النظام عند اشتراط العديد من البيانات الواجب ذكرها في القانون الأساسي لعقد الشركة، فضلاً عن التراجع عن فكرة اشتراط تكوين شركة من شخصين فأكثر، في حين لم يتخلى المشرع عن الفكرة النظامية للشركة ويظهر ذلك في شركات الأشخاص.

ونشير إلى أن التعريف الوارد للشركات التجارية في القانون الوضعي غير جامع لأنواع الشركات المختلفة فهو من جهة يخيّر بين تقديم عمل أو مال كحصّة للمساهمة في الشركة، ومن جهة أخرى يمنع جواز تقديم حصّة من عمل في شركات الأموال (شركة المساهمة).

وهو تعريف غير مانع أيضا لإمكانية دخول شركات الأعمال ضمن الشركات التجارية من خلال التعريف الوارد في النص القانوني.

قد يحدث تشابه بين عقد الشركة وعقود أخرى، أو تتداخل مع أنظمة قانونية كملكية المال على الشيوع واشتراك العمال في الأرباح والجمعيات ففي هذه الحال تتأط مهمة التمييز والتفرقة إلى الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة خاصة ركني نية الاشتراك واقتسام الأرباح والخسائر.

وتختلف الشركة عن ملكية المال على الشيوع، في كون الأخير عملا مفروضا على المشتركين بالشيوع نتيجة تملكهم مالا يقبل القسمة، بينما الشركة عمل إيجابي سعى إليه الشركاء بإرادتهم.

كما تختلف الشركة أيضا عن حالة اشتراك عمال المصنع عندما تكون الأجور حصّة من الأرباح، فلا يتحول المصنع إلى شركة، لانعدام مبدأ المساواة بين الشركاء، فالعمال يؤدّون عملهم بتوجيه وإشراف من صاحب العمل في حين يتساوى الشركاء في الشركة من حيث الحقوق.

وتختلف الشركة عن الجمعية في كون هدف الأولى تحقيق الربح، بينما تسعى الجمعية إلى توفير الخدمات والسلع إلى منتسبيها، ولم يكن الربح هدفها حتى لو حقّته.

كما أشرنا في هذا التمهيدي إلى التطور الملحوظ الذي عرفته الشركات التجارية تنظيرا وتطبيقا عبر الحقب التاريخية، ممّا يظهر امتداد جذور هذه الشركات إلى آماط طويلة عبر الحضارات القديمة.

وثبت بالدليل الشرعي مشروعية الشركة بل ورغّب الإسلام فيها، حيث جعلها سببا لبسط الحماية الإلهية على القائمين بها، ما لم يخالفوا تعاليم الدين الإسلامي الحنيف.

وطرح الفقهاء المسلمين موضوع الشركات التجارية على طاولة البحث والدراسة مستفيضين في ذلك كل باجتهاده قصد بيان ما احتاج إليه المسلمون مستهدين في ذلك بالكتاب والسنة.

وبعد أن تعاطينا، وصفا وتحليلا، نشأة الشركات التجارية فقها وقانونا، نحن بحاجة إلى

معرفة الأحكام الخاصّة والقواعد العامّة لهذه الشركات في الشريعة والقانون. بعبارة أخرى، ما

هي الأركان التي يبنى عليها عقد الشركة في العموم؟ وهل لعقد الشركة التجارية أركان

خاصة تميزه عن غيره؟

وإذا سلمنا بوجودها، فما أثر تخلف أي ركن منها على عقد الشركة ؟ هذا ما سنتناوله بالتحليل والدراسة في الباب الأول من هذه الأطروحة المعنون بالأحكام والقواعد العامة للشركات التجارية في الشريعة والقانون.

الباب الأول

تمهيد:

لقد تقدم أن القانون رقم 75-9 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم، حدد أنواع¹ الشركات التجارية وهي شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة، شركة المساهمة، شركة التوصية بالأسهم، الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمؤسسة ذات الشخص الوحيد محدودة المسؤولية، وأن لكل نوع من هذه الشركات قواعد وخصائص تمتاز بها عن غيرها. لكن على الرغم من انفراد كل شركة بخصائصها المختلفة عن الشركات الأخرى، فإن لجميع الشركات التجارية أركاناً وقواعد مشتركة تجعلها تشترك في خضوعها لأحكام عامة موحدة بين كل الشركات، إن هذه الأركان التي تشترك فيها كل الشركات التجارية تستند إليها الشركة في تكييفها على أنها عقد بين الشركاء من ناحية، وشخصاً معنوياً مستقلاً من ناحية أخرى .

كما تقدم في تعريف الشركة لاسيما المادة 416 من القانون المدني الجزائري التي تعرفها بأنها عقد، فهي بذلك تتطلب توافر الأركان العامة لصحة العقود، وهي الرضا والمحل والسبب.

وإلى جانب الأركان العامة التي يتوجب توفرها في العقود، هنالك أركان موضوعية خاصة بعقد الشركة. هذه الأركان التي تناط بها مهمتان في غاية الأهمية تتمثل الأولى في صحة عقد الشركة، إذ لا تقوم له قائمة إلا بها والثانية باعتبارها معايير تمييز الشركة عما يشته به من عقود وأنظمة قانونية.

يمكن استنباط الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة من نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، ومن جوهر العقد ذاته. وهي تعدد الشركاء، نية المشاركة، تقديم الحصص، ومساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر. فركن تعدد الشركاء يعد المبدأ العام في الشركات،

¹. نشير إلى الاختلاف الوارد بين أشكال وأنواع الشركات التجارية، إذ نميز بين (المادة 1 والمادة 3) من ق.ت.ج، فالأشكال ستة، وهي محددة في نص المادة 544 من ق.ت.ج، والأنواع سبعة حيث يضاف للأشكال الستة المذكورة في القانون التجاري شركة المحاصة، فهذه الأخيرة تعتبر نوعاً من الشركات التجارية لا شكلاً. والمعياران المعتمدان في هذا التصنيف هما المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي. أي نحدد نوع الشركة بالنظر إلى غرضها الذي يبينه عقدها التأسيسي، أو بالشكل القانوني الذي ارتضت أن تخضع نفسها له. ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يكتف بالمعيار الشكلي أو الموضوعي مستقلاً بل جمع في الأخذ بهما ويستفاد ذلك من صريح المادة 544 من ق.ت.ج.

إلا أن إقرار بعض التشريعات نظرية تخصيص جانب من الذمة المالية لمالك الشركة الوحيد لكي يشكل ذمة مالية خاصة بشركته، قد شكل استثناءا لهذه القاعدة. ويجوز أن يكون الشريك شخصا طبيعيا أو معنويا غير أنه لا يجوز أن يكون شريكا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة سوى أشخاص طبيعيين.

كما ينبغي أن يقوم كل متعاقد في الشركة بتقديم الحصة التي تعهد بها لأجل الانعقاد الصحيح للعقد، فيسهم بتقديم أموال وأعمال إذ لا توجد شركة دون حصص يقدمها الشركاء، والحصة قد تكون نقدية أو عينية، أو عملا، أو دينا في ذمة الغير. ولا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية وهذا بنص القانون.

ويرافق ركن تقديم الحصة الرغبة الإرادية للشريك التي تدفعه إلى التعاقد عن طريق التعاون الإيجابي لتحقيق مشروع تجاري يدر ربحا على الشركاء. وينتج عن ذلك قبول كل شريك تحمل جزء من الخسارة الحاصلة جراء سوء استغلال المشروع، وبالمقابل حصوله على نصيب من الربح في حال تحققه، ويترك تنظيم توزيع الربح والخسارة لاتفاق الشركاء.

كما يعتبر القانون كتابة عقد الشركة وشهره من الأركان الشكلية التي لا يصح عقد الشركة بدونها باستثناء شركة المحاصة بالنظر لطبيعتها الخاصة . وعليه إذا انتفى ركن من الأركان آنفة الذكر تنقضي الشركة بالبطان .

يجب التفرقة بين انحلال الشركة وابطالها، فالشركة تنقضي بالبطان لغياب أحد أركانها العامة أو الخاصة، بينما انحلال الشركة يأتي عن قيام سبب خلال تسيير الشركة يؤدي إلى انحلالها وقد يكون هذا السبب من الأسباب العامة التي تنقضي بها كل الشركات مهما كان نوعها، كما قد يكون من الأسباب الخاصة تعزى إلى زوال الاعتبارات الشخصية، التي تشكل العنصر الأساسي لقيام هذا النوع من الشركات. إذ بتوفر سبب واحد منها تزول شركات الأشخاص. ولا يكون ذلك ساريا في حق الغير إلا إذا تم الإعلان عنه بالطرق القانونية .

بعد شهر الانقضاء تكون الشركة قد انتهت في حق الشركاء أو الغير ولا يبقى إلا إجراء تصفية الشركة وقسمة موجوداتها.

غير أنه بالرغم من انقضاء الشركة فإن هذا الانقضاء لا يؤدي إلى إبطال الشخصية القانونية للشركة باعتبارها الضامن الأساسي لاستيفاء دائني الشركة حقوقهم .
بذلك لا يموت الشخص الاعتباري إلا باستكمال مجموع العمليات الخاصة بالتصفية،
وحينها يجب الإعلان عن نهاية هذه العملية وبعد الإعلان عن قفل التصفية وزوال
الشخصية القانونية للشركة، تحول كافة موجوداتها إلى أصول نقدية وجب الانتقال إلى
المرحلة الأخيرة في انقضاء الشركة وهي قسمة أموالها. وبفضل هذه العملية يتمكن كل شريك
من حقه في أموال الشركة المنحلة.

وبانقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية لا يتحرر الشركاء المسؤولون، بل تظل
مسؤوليتهم عن ديون الشركة قائمة إلى إن توفى تلك الديون أو يبرؤون منها أو يطالهم
التقادم .

هذا بالنسبة للقانون الوضعي، أما عن الشريعة الإسلامية فقد ذكر فقهاؤها أركاناً عامة
للشركة وهي لا تختلف كثيراً عن الأركان العامة التي أجمع القانونيون عليها وإن اختلفت
التسميات .

أما الأركان الخاصة فلم يصرحوا بها ولم يفرّدوا لها بحثاً مستقلاً، وإنما تم تناولها في
خضم كلامهم عن الشركات، ومثالها اشتراط شروط لشركات العقود، منها ما هو عام لكل
أنواع شركات العقود، ومنها ما هو خاص بكل نوع على حدة. وتتفق الشريعة والقانون في
ركن تعدد الشركاء، فالشركة في الفقه الإسلامي لا تصح من جانب واحد بل لا بد من
اشتراك اثنين أو أكثر إلا أن هذا المبدأ العام في نشأة الشركة لم يعد سائداً بعدما اعترف
القانون بإمكانية تكوين شركة بشخص واحد.

كما جعلت الشريعة الإسلامية للنية أهميتها بل وجعلتها المعول عليها في الأعمال
حيث قال الرسول الكريم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى"¹، وهذا الحديث
يعتبر قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية التي جعلت الأعمال مرتبطة بالنية. وعليه فالشركة
لا أساس لها ولا اعتبار ما لم تكن قائمة على نية الاشتراك.

ويتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في وجوب تقديم كل شريك لحصة يساهم بها في
الشركة، إذ لا يعتبر شريكاً من لم يقدم نصيبه في الشركة فلا بد من الإسهام في الشركة إما

¹ . حديث شريف أخرجه البخاري في صحيحه.

بمال أو عمل، ولا تكون الشركة مع عدم الإسهام بهذه الحصص لخلوها من المعنى الحقيقي للاشتراك .

والاختلاف الوارد في هذا المجال بين الشريعة والقانون يكمن في أن القانون يرى جواز جعل حصة الشريك في الشركة ماله من دين في ذمة الغير في حين أن الفقهاء المسلمون يرون عدم جواز ذلك، فضلا عن جواز أن تكون حصة أحد الشركاء الثقة التجارية التي يتمتع بها.

أمّا عن ركن مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر فإن الشريعة تؤيد ذلك وتقره بل وكانت سبّاقة في ذلك، فالقاعدة الفقهية تقول " الغرم بالغنم " .

وبذلك يتقاسم الشركاء الأرباح بينهم وبالمقابل يتحملون ما ينتج عن الشركة من خسائر . ونلاحظ أن الفقه الإسلامي لم يذكر أركاناً شكلية لعقد الشركة، لأن الركن جزء من الماهية، وهذه ليست جزءاً من ماهية الشركة، ولا يتوقف تكوين الشركة عليها.

إلا أن بعض الفقهاء قال باستحباب كتابة عقد الشركة مع اختلافهم في كتابة الديون المأمور بها في آية المداينة، هل هو أمر وجوبي أم مستحب .

أمّا عن مبطلات الشركة في الشريعة الإسلامية فقد أجمع الفقهاء على أن هناك مبطلات تعم كل الشركات ومبطلات تخص بعضها دون بعض. وإذا بطلت الشركة وانفسخ عقدها تترتب أحكام على هذا الانفساخ.

ولابد أن نلفت إلى أن هذا البحث عبارة عن دراسة تفصيلية لشركات الأشخاص التجارية، فضلا عن إجراء مقارنة بين ما ثبت في الشريعة الإسلامية الغراء من تقسيمات للشركات التجارية وما يقابلها في القانون الوضعي. لكن رصد هذه الأطروحة لا يعفينا من عرض للأحكام العامة لهذه الشركات سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي.

من هنا سنحرص على تقديم ما نجيز لأنفسنا تسميته " جولة أفق سريعة " للأحكام

العامة للشركات التجارية في نقاط ضمن فصلين اثنين يكونان على التوالي:

الفصل الأول: ونخصه لأركان الشركة في الشريعة و القانون .

أما الفصل الثاني: فنتناول فيه آثار عقد الشركة في الشريعة والقانون

الفصل الأول: أركان الشركة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

نظرا لكون الشركة عقد، فلا بد أن يشتمل هذا العقد على الأركان العامة التي تتطلبها باقي العقود، لاسيما وأن هذا العقد هو التصرف المنشئ لتاجر سيدخل السوق، ويقوم بكافة الأعمال التجارية التي تقتضي تميزها بالسرعة والائتمان. ولا تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي في وجوب توافر عقد الشركة على أركان عامة، إذ ينجم على عدم توافرها بطلان عقد الشركة. وعليه سنتناول توضيح أركان عقد الشركة، فنبداً أولاً بدراسة الأركان العامة لعقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك في مبحث أول، ثم نليه بمبحث ثانٍ نتطرق فيه للأركان الخاصة للشركة من أركان موضوعية خاصة وأركان شكلية.

المبحث الأول : الأركان العامة لعقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تقدم أن الشريعة الإسلامية تعتبر أن الشركة عقداً، وعليه لا بد لأجل انعقاد هذا العقد وصحته، من توافر الأركان العامة لذلك العقد. ولا يختلف القانون والشريعة الإسلامية كثيراً فيما يخص الأركان العامة للشركة، إذ نجد أن الفقهاء المسلمين قد ذكروا للشركة أركاناً عامة رغم اختلافهم في تحديدها فمنهم من يراها ركناً واحداً وهو الإيجاب والقبول وما تبقى لا يعد أركاناً إنما هي شروط لصحة العقد ومنهم من يراها ثلاثة وهي الصيغة والعاقدان، والمعقود عليه وهو المحل، وجعلوا لكل ركن شروط منها ما يتعلق بالصيغة وبعضها يتعلق بالمحل. والمحل عندهم شيئان المال والأعمال.

أما القانونيين فالأركان العامة لعقد الشركة عندهم لا تخرج عن الأركان التي تتطلبها وجود وصحة العقود بوجه عام، والمتفق عليه أن العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول قصد إحداث أثر قانوني معين وهو ما عبرت عنه المادة 54 من القانون المدني الجزائري¹. ولأجل بيان الأركان العامة لعقد الشركة ارتئينا أن نبدأ بتوضيح ما أقره الفقه الإسلامي في هذا الشأن أولاً ثم نبين الأركان العامة للشركة في القانون الوضعي ثانياً.

¹. تنص المادة 54 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن ق.م.ج على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

المطلب الأول : الأركان والشروط العامة للشركة في الفقه الإسلامي

يجد الباحث في الفقه الإسلامي أن فقهاء المسلمين قد ذكروا للشركة أركاناً عامة، غير أنهم اختلفوا في تحديدها، فمنهم القائل بأن للشركة ركناً واحداً فقط متمثلاً في الإيجاب والقبول وهو الذي يتحقق به عقد الشركة، وما عداه فإنما هي شروط للصحة، وليست أركاناً لأنها ليست داخلية في تكوين الشركة، ولا يتحقق بها عقد الشركة، ومنهم من يرى بأن للشركة ثلاثة أركان وهي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه، وهو المحل. ومنهم من يرى أن للشركة أربعة أركان العاقدان والصيغة والمعقود عليه والعمل، وهم بذلك يجعلون العمل ركناً مستقلاً. وسنورد فيما يأتي بإيجاز لا يخل بالمعنى أقوال أئمة المذاهب ورأي الجمهور في هذا الشأن.

الفرع الأول: الأركان العامة للشركة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في تحديد الأركان العامة لعقد الشركة على أقوال هي:

أولاً: رأي الحنفية في الأركان العامة لعقد الشركة

يرى الحنفية أن للشركة ركناً واحداً لا غير وهو الإيجاب والقبول لأن الإيجاب والقبول هو الذي يتحقق به العقد¹، ويجعلون العاقدين، والمعقود عليهما شروطاً لصحة الشركة² وليست أركاناً³ لأنها ليست داخلية في تكوين الشركة فهي خارجة عن ماهية العقد⁴ ولا يتحقق بها عقد الشركة⁵. وهو أن يقول أحد الشريكين للآخر شاركتك في كذا ويقول الآخر قبلت، فيما أنها إيجاب وقبول لفظاً، فتتعقد الشركة. وإذا أعطى أحد ألف درهم لآخر وقال له: ضع أنت ألف درهم عليها واشتر مالاً، وفعل الآخر مثل ما قال له، فتتعقد الشركة لكونه قبل قبول معنى⁶.

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 76.

². وسيأتي بيان الشروط العامة في شركات العقود بعد بيان أركانها

³. ركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه كأركان البيت، والركن في اصطلاح الفقهاء: هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءاً داخلياً في ماهيته. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار الفكر.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 82.

⁵. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج 6، دار الكتب العلمية، ص 145. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 287.

⁶. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 567.

ثانيا: الأركان العامة للشركة عند الجمهور

يرى الجمهور من المالكية والحنابلة وغيرهم أن عقد الشركة لابد أن يبنى على أركان، وهي عاقدان ومعقود عليه وصيغة العقد. فيتفق الحنفية مع الجمهور على اعتبار الصيغة " الإيجاب والقبول" ركن من أركان العقد، ويختلفون معهم في كون الجمهور يعتبر العاقدين ومحل العقد من الأركان، ويبررون ذلك بقولهم أن العاقدان ومحل العقد وإن لم تكن داخلة في تكوين الشركة إلا أن وجود العقد وقيامه لا يتأتى بدونها، ولا يتم انعقاده إلا بها¹.

ثالثا: الأركان العامة للشركة عند الشافعية

من الشافعية من يرى أن أركان الشركة ثلاثة، أي يوافق الجمهور في ذلك، وهي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه². ومنهم من يرى أن أركان الشركة أربعة وذلك لاعتبارهم العمل ركنا مستقلا وليس تابعا للمعقود عليه³.

في حين يجعله غيرهم تابعا للمعقود عليه، حيث يشمل المعقود عليه المال والعمل معا⁴. فالأركان عندهم أربعة عاقدان ومعقود عليه وعمل وصيغة.

وعليه ستكون دراستنا للأركان العامة للشركة وفق رأي الجمهور ومن تبعهم في اعتبارهم الأركان الثلاثة للشركة هي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه لرجوح هذا الرأي في التقسيم العلمي والبحث.

البند الأول : الصيغة

يقصد بصيغة العقد ذلك التعبير الصادر عن أطراف العقد (المتعاقدين)، الذي يؤكد إرادتهما على إنشاء العقد، وتتكون صيغة العقد من إيجاب وقبول.

أ-الإيجاب: وهو العرض الصادر من شخص، يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام أو إنشاء عقد معين.

ب- القبول: هو التعبير عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بالموافقة، وهو الإرادة الثانية في العقد.

¹. الدردير، مرجع سابق، ص 18.

². محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 58.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع والصفحة.

⁴. الخطاب، ج 5، مرجع سابق، ص 123.

وقد عرّف الفقهاء الإيجاب والقبول كما يلي:¹

- الإيجاب: هو " ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخرا".

- القبول: هو " ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً".

وخالف الأحناف: فقالوا بأن الإيجاب هو " الكلام الذي يصدر أولاً عن أحد المتعاقدين، بينما القبول هو الكلام الذي يصدر ثانياً عن أحد المتعاقدين"². ومرد الخلاف بين الأحناف والجمهور إلى اعتبار ما صدر عن المالك وما صدر عن غيره عند الجمهور وما صدر أولاً وصدر ثانياً عند الأحناف.

والأولى في التعبير عن الإرادة في إنشاء عقد الشركة استعمال اللفظ لما في ذلك من بيان لقصد المتعاقد، ويتفق الفقهاء على أن عقد الشركة ينعقد بصيغة الماضي ذلك لأنها المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة. أمّا صيغ المضارع والأمر والاستفهام فإنها تحمل الحال والاستقبال، فلذلك وجب الرجوع إلى الظروف والملابسات، فإن دلت الصيغة على الحال انعقد العقد³، وأما عن صيغة الحال فهي " أن يقول البائع للمشتري أبيع لك هذا الشيء بكذا ونوى المشتري الإيجاب فقال المشتري اشتريت ... يتم الركن وينعقد العقد⁴. ومثله الشركة، فلو قال أحد الشريكين للآخر: أشترك وإياك شركة كذا، ونوى الإيجاب وقال الآخر اشتركتنا فإنه ينعقد عقد الشركة⁵.

وليس للإيجاب والقبول لفظ معين، فكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع إلاّ أنفي الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت، وأمّا الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجرد ما ينزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع⁶.

¹. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 58

². ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج6، دار الفكر بيروت، سنة 1995، ص474.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 58.

⁴. محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع، ص 59 .

⁵. الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت ج5، ص 133.

⁶. الحطاب، مرجع سابق، ص229.

ولا فرق أن يذكر نوعا خاصا، كأن يقول له شاركتك في القمح أو القطن أو يذكر له شيئا عاما كأن يقول له، شاركتك في عموم أنواع التجارة، وإذا لم يذكر لفظ الشركة بأن قال أحدهما: ما اشتريت اليوم من أصناف التجارة فهو بيني وبينك، فقبل صاحبه فإنه يكون شركة¹.

كما يجوز التعاقد بالكتابة سواء كان المتعاقدان يقدران على اللفظ أم يعجزان عنه، أو كان أحدهما قادرا والآخر عاجزا². و يجوز التعبير عن الإرادة بالإشارة إذا كانت صادرة عن عاجز عن النطق عجزا أصليا بأن ولد أخرس، أما إذا كان قادرا على النطق فلا يجوز عند جمهور الفقهاء³. ويرى المالكية جواز انعقاد العقد بالإشارة ولو من غير الأخرس إذا كانت مفهومة⁴.

وقال الحنابلة: "فإن عجز عن الإشارة والكتابة قام وليه مقامه"⁵. أما التعاقد بالفعل فيجوز عند الفقهاء لقيامه مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على التراضي، وقال في هذا الصدد شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الشركة تتعقد بكل ما دل عليه مقصودها من قول أو فعل"⁶. وهو رأي المالكية. وجاء في فتح القدير: "لو دفع ألفا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة"⁷. أما الشافعية فلا يجيزون انعقاد الشركة بالفعل إذ، يشترطون صدور لفظ يدل على الإذن في التجارة و التصرف⁸، ويفهم من ذلك أن ما عدا اللفظ الصريح لا ينعقد به عقد الشركة سواء كان إشارة أو فعل.

¹. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 292.

². محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 60.

³. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

⁴. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 369.

⁵. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس (البهوتي)، كشاف القناع، ج3، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، ص 201.

⁶. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 61.

⁷. ابن الهمام، فتح القدير، ج5، مرجع سابق، ص 4.

⁸. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 61.

والمضاربة تتعد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز وبالمضاربة، وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى فجاز بما يدل عليه".¹
وحتى يصح الإيجاب والقبول يجب أن يكون:

1- الإيجاب والقبول واضحي الدلالة على مراد العاقدين، ومفهومين لكل منهما، فلا ينعد العقد إذا كان الإيجاب لا يتضح منه مراد الموجب، أو كان بلغة لا يفهمها المتعاقد الآخر.²

2- اتصال القبول بالإيجاب، والاتصال المشروط عند جمهور الفقهاء يتم بصور القبول في نفس المجلس الذي صدر فيه الإيجاب لأن المجلس الواحد يجمع الأمور المتفرقة.³

ويقول الشيخ علي الخفيف: " يجب اتحاد مجلس الإيجاب والقبول⁴ ، لأنها من العقود المالية".⁵ وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم ينشغلا بما يقطعه⁶ وإلا فلا.⁷ ونرى وجه الاتفاق بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي فيما يخص هذه المسألة.⁸ يقول الدكتور السنهوري في هذا الشأن: "ليس من الضروري أن يكون القبول فوراً، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة بشرطين، الأول أن يبقى كل من المتعاقدين

1. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيرز آبادي (الشيرازي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج1، مطبعة الحلبي، مصر، ص 392.

2. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 62.

3. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

4. المراد باتحاد المجلس اتحاد الزمان والوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد فلا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي كإعراض القابل عن الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد، أو يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول. بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 372.

5. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 489.

6. الإعراض الذي ينهي المجلس صورته الفقهاء بأن يقوم أحدهما من المجلس بعد أن كان قاعدا قبل القبول، أو ينتقل إلى حديث آخر، ولا شك أن هذا التصوير تعبير عما كان عليه عرف الناس في عصرهم، والأولى أن يحكم العرف فيما يكون إعراضاً عن العقد وما لا يكون، فالذي يعتبره العرف إعراضاً أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون قاطعاً لمجلس العقد، وما لا يعتبره إعراضاً لا يكون قرر ذلك فقهاء المالكية. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، سنة 1995، ص4.

7. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 62.

8. أنظر ف2 من المادة 64 من ق.م.ج

منشغلا بالتعاقد، فإذا انصرف واحد منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب، والثاني أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً¹.

وجاء في فتح القدير: "وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس فلا ينعقد"².

أما عن الاتصال المشروط عند الشافعية فيشترط في صحة العقد أن يقع القبول بعد الإيجاب على الفور، فلا يصح على التراخي لكن لا يضر الفصل اليسير، وما دام القبول لم يتصل بالإيجاب فإنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه. لأن الموجب لم ينشئ التزاماً مطلقاً بل مقيداً بقبول الطرف الآخر ومعلقاً عليه فمادام لم يتحقق القبول لم يكن هناك التزام إنما مجرد عرض ليس فيه إثبات حق للآخر، لأن صحته مقيدة ببقاء عرض الموجب بما أوجب³.

و يعتبر القبول بعد انقضاء المجلس إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول الطرف الأول، ويكون الإيجاب الأول ملغى، إلا إذا كان الإيجاب الصادر لإنشاء الشركة قد حددت له مدة معينة، كما يحدث عند إنشاء الشركات بفتح باب الاكتتاب لمدة معينة ويتم الإعلان عن ذلك فيعتبر المجلس متصلاً طوال تلك المدة⁴.

3- يجب أن يطابق القبول الإيجاب بأن يصدر القبول من الطرف الثاني موافقاً لموضوع الإيجاب ومطابقاً له، وهو ما يعبر عنه باتحاد الإرادات أو النيات في الاشتراك إذ لا بد أن يوافق القبول الإيجاب في موضوع الشركة التي صدر الإيجاب بها فلو قال له: شاركتك على أن نتاجر بألفي دولار أمريكي يدفع كل منا نصفها فقبل الآخر في أن يشاركه في شراء قطعة زراعية لا يتم التعاقد لأن القبول لم يطابق الإيجاب⁵.
ونتساءل متى يبطل الإيجاب؟

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 27.

² ابن الهمام، فتح القدير، ج5، مرجع سابق، ص 78.

³ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص375.

⁴ محمد فهم الجندي، المفاوضة في الشركة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، سنة 1991. ص133.

⁵ عبد العزيز الخياط، الشركات، ج1، مرجع سابق، ص 81.

إذا صدر الإيجاب ولم يقبل الطرف الآخر فإن هناك أمورا تؤدي إلى إبطال الإيجاب، وإسقاطه، ونجملها فيما يأتي¹:

- أ- رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر.
- ب- خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بموت أو جنون.
- ج- رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمنا بإعراضه عنه.
- د- هلاك العين من مبيع، أو رأس مال شركة كما إذا كان عرضا أو حصة عينية من عقار ونحوه، وذلك بعد صدور الإيجاب وقبل القبول.
- هـ- انتهاء مجلس العقد باتفاق المتعاقدين على انتهاء العقد أو بافتراق الطرفين أو إعراض أحدهما².

أيجوز تقدّم القبول على الإيجاب ؟

قد يتقدم القبول على الإيجاب، ولا يمنع الفقهاء ذلك في عقد البيع الذي يكون فيه مالك وممتلك، أمّا فيما يخص عقد الشركة فلا وجود لمالك وممتلك، وإنما الجميع مشتركون في تملك الشركة وبالتالي فالكلام الصادر من أحد المتعاقدين أوّلا يعد إيجابا، والكلام الصادر من الآخر ثانيا يعد قبولا. ولأجل ذلك فلا يوجد قبول يتقدم على الإيجاب³. وهذا رأي الأحناف بناء على تعريفهم للإيجاب والقبول.

أما المالكية فيرون أن تقدم القبول على الإيجاب يتم به انعقاد العقد إذا صدرت الموافقة من الطرف الآخر، فالإيجاب عندهم هو "ما يدل على الرضا من البائع، والقبول ما يدل على الرضا من المشتري، وينعقد البيع بقول المشتري للبائع بعني سلعتك بكذا إذا قال البائع: بعتك أو صدر منه شيء يدل على الرضا من قول أو فعل"⁴.

ويرى الشافعية صحة انعقاد العقد في حال تقدم القبول على الإيجاب ثم تبعه الإيجاب حيث أنه سواء تقدم البائع أو قول المشتري اشترت فقال البائع بعده بعته فيصح البيع في الحالين بلا خلاف لحصول المقصود⁵.

¹. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 63.

². بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 362.

³. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 63.

⁴. الخطاب، مرجع سابق، ص 228.

⁵. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 64.

أما الحنابلة فإنهم يرون "أن تقدّم القبول على الإيجاب يتم به انعقاد العقد إذا تبعه الإيجاب لأن المعنى حاصل به وهذا إذا وجد ما يدل على البيع فلو قال ابتداء قبلت ثم قال بعثك لم ينعقد"¹.

البند الثاني : العاقدان

يعتبر العاقدان طرفا العقد، إذ لا يتم العقد إلا بهما، ويجب أن يتمتع كل منهما بأهلية الأداء حتى يتمكن من مباشرة العقد، وذلك بأن يكون كل منهما بالغاً، عاقلاً، رشيداً، غير محجور عليه².

وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً³. وحتى يكتسب العاقد الأهلية لمباشرة عقد الشركة يجب أن تتوفر فيه صفات نوجزها فيما يأتي :

أولاً : البلوغ

يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاحتلام وإنزال المني عند الذكر والأنثى، واختصاص الأنثى بالحيض والحمل من علامات البلوغ. و يختلفون في بعض الأمور الأخرى، حيث يعتبر المالكية والشافعية والحنابلة أن نبات الشعر الخشن حول قبل الذكر أو الأنثى من علامات البلوغ⁴.

أما أبو حنيفة فلا يذهب مذهبهم، إذ يعتبر نبات الشعر في هذه المناطق أشبه بنبات شعر سائر البدن. و ينفرد المالكية في اعتبارهم أن نتن الإبط وغلظ الصوت من علامات البلوغ، ويخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك. فإذا لم يكن شيء من تلك العلامات المذكورة، فانفاق الفقهاء على أن البلوغ يكون بالسن، وقد اختلفوا في سن البلوغ، إذ يرى أبو حنيفة أن سن البلوغ عند الذكر بإتمامه الثامنة عشر سنة وعند الأنثى بإتمامها سبع عشرة سنة. أما المالكية فيعتبرون سن الثامنة عشر هو سن بلوغ الذكر والأنثى معاً⁵.

¹ ابن قدامة شمس الدين، أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مطبوع بنيل المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1972، ص 116.

² محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 64.

³ وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 171.

⁴ وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

⁵ محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 65.

وأما الشافعية والحنابلة فيتفقون على تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة للذكر وللأنثى¹ لحديث بن عمر رضي الله عنه قال : عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا بن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا بن خمس عشرة سنة فأجازني².

ثانيا : العقل

لابد أن يكون من يباشر عقد الشركة عاقلا وإلا اعتبر العقد باطلا، فالصبي غير المميز والمعتوه³ والمجنون جنونا مطبقا⁴. كل أولئك لا اعتبار لأهليتهم عند الفقهاء. أما المجنون الذي يجنّ مرة ويفيق أخرى، فقد اختلف الفقهاء في حكم العقد المبرم من طرفه. إذ يرى أبو حنيفة أن العقد الذي يبرمه موقوف على إجازة وليه إن رأى فيه مصلحة أمضاه وإلا رده⁵. أما بقية الفقهاء فيرون عدم صحة هذا العقد⁶. و الصبي المميز لا يجوز له إبرام عقد الشركة إلا بإذن وليه، لأن عقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر، والتي تكون موقوفة على إجازة الولي لها.

¹. الخطاب، ج5، مرجع سابق، ص 59.

². حديث شريف أخرجه مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.

³. العته: هو نقص في العقل يضعف الفهم فينشأ عنه فساد التدبير وضياع الإدراك والتمييز أو الخلل فيهما، و المصاب بالعتة إما يكون له بعض التمييز والعقل فيسمى بالمعتوه المميز وحكمه حكم الصبي المميز، وإما أن يكون معدوم التمييز فيسمى بالمعتوه غير المميز ويلحق بالصبي غير المميز في أحكام عقوده.أنظر: محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص153.

⁴. الجنون هو اختلال العقل تماما فسواء كان عارضا أو أصليا يزيل أهلية الأداء فلا تعتبر عبارة المجنون ولا يترتب عليها آثارها ولا يصح أي تصرف من تصرفاته. أما أهلية الوجوب فإنها تثبت للمجنون وهي كأهلية الصبي غير المميز تماما وأحكامها واحدة في كل شيء فكل المطلوبات المالية التي تجب على الصبي غير المميز تجب على المجنون لأنه لا منافاة بينهما وبين الجنون لأن هذه الأهلية محلها الذمة ولا منافاة بين الذمة والجنون لأنها تثبت لكل مولود بين البشر فأساسها الحياة لا التمييز كما في أهلية الأداء .أنظر: محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص153.

⁵. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 66.

⁶. البهوتي، مرجع سابق، ص 454.

ثالثا: الرشد¹

هو حسن التصرف سواء في المال أو في غيره. ويقول الشافعي: "إن الرشد هو صلاحه في دينه وماله"² ولا يمكن اعتبار شخصا رشيدا بمجرد بلوغه، بل لابد من ثبوت الرشد بعد اختبار³ فمن بلغ وهو سفيه⁴، فلا يجوز له إبرام عقد الشركة. إلا أن أبا حنيفة يرى أنه يحجر عليه إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين من العمر، ثم بعد ذلك تطلق له حرية التصرف، وتسلم إليه أمواله من باب التأديب له، وبعد بلوغه هذه المرحلة من العمر لا يُجدي فيه التأديب لأنه قد صلح لأن يكون جدا⁵. وخالف أبا حنيفة أصحابه فقالوا لا يصح منه العقد ولو بلغ مائة سنة حتى يتبين منه الرشد وهذا هو قول الجمهور لأنه سفيه فيحجر عليه كما لو لم يبلغ خمسا وعشرين سنة، لأن العلة التي حجر عليه من أجلها هي السفه وهي موجودة.⁶

رابعا: الحرية

المقصود بالحرية أن لا يكون المتعاقدان مملوكان أي أن يكونا أحرارا، فالعبد لا يصح منه عقد الشركة لأنه مملوك فلا يملك إلا إذا أجاز سيده تصرفه⁷، غير أن أبا حنيفة منع العبد ولو كان مآذونا، وكذلك الصبي من عقد الشركة في المفاوضة⁸، ذلك لأن شرط

¹. يقول الله تعالى في الآية 6 من سورة النساء: ﴿وَابْتَلُوا الَّتِي تَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ يقول الإمام مالك: "الرشد هو تمييز المال وإصلاحه" وأراد بالتمييز ما يقصد به الاستثمار اليوم. أنظر: علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، سنة 1985، ص 353.

². الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الغد العربي، 1990.

³. ويمكن معرفة الرشد بالتميزين على البيع والشراء فإذا عرفت مهارته فهو رشيد، وهذا هو الاختبار المذكور في الآية "وابتلوا اليتامى" أنظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 516.

⁴. السفه في اللغة: الخفة، وعند الفقهاء خفة تبعث الإنسان على العبث في ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلاله. أنظر: محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 67.

⁵. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

⁶. البهوتي، مرجع سابق، ص 343.

⁷. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 85.

⁸. شركة المفاوضة نوع من أنواع الشركات التجارية في الشريعة الإسلامية سيأتي بيانها في الباب الثاني .

المفاوضة أن يكون كل من العاقدين من أهل الوكالة والكفالة¹. يكون الشريك كفيلا وذلك بثلاثة شروط:²

1- كونه ممن يصح تبرعه، وهو جائز التصرف.

2- كون عقد الشركة يقتضي الكفالة.

3- كون ما لزم المكفول عنه من ضمان ناتجا عن التجارة، وليس الجنائية.

وتصح وكالة الشريك بشرطين:³

1- كون عقد الشركة يخوله التصرف في نصيب شريكه.

2- توفر شروط التوكيل في الموكل، وشروط التوكل في الوكيل.

وتترتب على هذا الاعتبار الأحكام الآتية:⁴

الحكم الأول: لا يضمن الشريك الوكيل إلا إذا فرط أو تعدى.

الحكم الثاني: يجب على الشريك الوكيل تحقيق أمرين:

الأول: العمل على تحقيق مقصود الشركة وهو الربح.

الثاني: التصرف في نصيب الشريك الموكل بالأصلح، وذلك في ثلاثة أمور: الثمن،

والسلعة، والطرف المتعامل معه.

ونشير إلى أن الإسلام كان له الفضل الكبير في إزالة الرق، والاستعباد بفضل الدعوة إلى

إعتاق الرقاب، وبالتالي المناداة بحرية الإنسان، حرية الفكر والرأي والتصرف.

خامسا: الدين

يقصد بالدين مساواة العاقدين في الدين فقد ورد اختلاف الفقهاء في هذا الشأن، إذ نجد

جمهور الفقهاء لم يعتبروا المساواة في الدين شرطا لانعقاد الشركة، فيجوز للمسلم أن يشارك

الذمي ونحوه وهذا هو مذهب الأحناف في غير شركة المفاوضة⁵. فقد جاء في المغني:

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 84.

². خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، مسؤولية الشريك في الشركة، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، قسم الفقه، المملكة العربية السعودية، سنة 1422-1423 هـ، ص 182.

³. خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، مرجع سابق، ص 182.

⁴. خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، نفس المرجع، ص 183.

⁵. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 3.

ويشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا".¹

أما الشافعية كرهوا مشاركة الذمي وقيل في ذلك: "يكره للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما معا لأنهم لا يمتنعون من الربا ومن بيع الخمر، ولا يؤمن أن يكون ماله الذي عقد عليه الشركة من ذلك".²

وقد اشترط المالكية لجواز مشاركة المسلم للذمي أن يكون التصرف بيد المسلم، أو لا يغيب الذمي على بيع ولا شراء إلا بحضور المسلم، وإذا توفر هذا الشرط فالشركة عند المالكية جائزة بدون كراهة، لأنه لم يأت قرآن ولا سنة بالمنع من ذلك.³

وقال الحنابلة بالجواز مع الكراهة، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم فلا تكره. والعلة في الكراهة معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير.⁴

مما تقدم يتبين أن من الفقهاء من يجيز مشاركة المسلم للذمي على أن يكون التعامل بالأشياء المباحة شرعا، وفريق آخر يجيز ذلك مع الكراهة، وهناك من يرى إجازة ذلك باستثناء شركة المفاوضة⁵، ويؤسسون رأيهم على أن المفاوضة تبنى على المساواة، ولا مساواة بين المسلم و الذمي لا في التصرف ولا في محل التصرف وهو المال.⁶

والاعتقاد أن الحاجة في هذا العصر أصبحت تحتم في كثير من الأحيان إلى مساهمة غير المسلم، إذا كانت مساهمته تساعد في نجاح المشروع وتعينه على تحقيق أغراضه، كأن تكون لديه تكنولوجيا متقدمة يحتاج إليها المشروع أو خبرة في مجال النشاط الذي يمارسه هذا الأخير.⁷ ومتى كان الداعي للكراهة هو الخوف من التعامل بالمعاملات المحرمة شرعا فيمكن الاحتراز عن هذا الاحتمال بأن يشترط في العقد أن يكون وفق الشريعة الإسلامية.⁸

¹. ابن قدامة، ج5 مرجع سابق، ص 3.

². محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 69.

³. الخطاب، ج5، مرجع سابق، ص 118.

⁴. محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص 157.

⁵. سيأتي بيان شركة المفاوضة في الباب الثاني.

⁶. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 69.

⁷. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مشروعات المشاركة الإسلامية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

سنة 1988، ص 45.

⁸. محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص 158.

ويعتبر الفقه الإسلامي كل شريكٍ مخولٍ بقبض مال الشركة أميناً عليه، له حكم الأمين، وعلى هذا تترتب الأحكام الآتية:¹

أولاً: يجب عليه حفظ مال الشركة الذي قبضه، بوضعه في حرز مثله.

ثانياً: لا يجوز له التصرف فيه بغير الحفظ.

ثالثاً: لا يضمن تلفه، أو ضياعه، إلا أن يفرض، أو يتعدى.

والمسئولية التي تلحق الشريك نوعان: مسئولية مالية، وبدنية². وكل منهما تتعدد تبعاتها على الشريك بحسب نوع الشركة.

مسئولية الشريك المالية تلحق به التبعات المالية الآتية :

الأولى: تسليم الحصة المالية للشركة.

الثانية: تحمل خسارة رأس مال الشركة، أو بعضه، أو تلفه، أو ضياعه، بالشروط المذكورة في موضعها.

الثالثة: نفقة الشريك العامل إذا اشترطها، أو اقتضاها العرف.

الرابعة: نفقات المتاجرة برأس المال.

الخامسة: الضرائب المفروضة على التجارة.

السادسة: الغرامات المالية على المخالفة التي تقع فيها الشركة.

ولكل من هذه التبعات شروط تشترط لتقع مسئوليتها على الشريك، كما أن مسئولية الشركاء عنها تختلف بحسب نوع مسئوليتهم، فقد تكون محدودة بخصصهم، وقد تكون غير محدودة.

ومسئولية الشريك البدنية تلحق به التبعات الآتية:³

- إتباع شروط عقد الشركة .
- حفظ مال الشركة .
- قيامه بالتجارة في مال الشركة بنفسه حسب العرف.
- المطالبة بمال الشركة.
- الكف عما لا يبيح عقد الشركة فعله من التصرفات. ومنها ما يأتي :

¹. خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، مرجع سابق، ص 169.

². خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، نفس المرجع والصفحة.

³. خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، نفس المرجع والصفحة.

- التبرع بمال الشركة بالهبة، أو القرض .

- الاستدانة على مال الشركة .

- شراء ما لا يملك بالقبض .

- إبرام أحد الشركاء عقد شركة بمال الشركة .

ونشير إلى أنه لا يجوز في الشريعة أن تكون الشركة دون تعدد الشركاء فالفقهاء متفقون على أن الشركة لا تكون من جانب واحد، فلا بد من اشتراك اثنين أو أكثر خلافا لبعض القوانين الوضعية التي تجيز أن تكون الشركة من طرف واحد ويسمونها المؤسسة ذات الشخص الوحيد.

البند الثالث : المعقود عليه " المحل "

المعقود عليه أو محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد وظهرت فيه أحكام العقد وأثاره

والمعقود عليه أو محل العقد في الشركة يمكن أن يكون إما :

أولاً: المال

يكون في شركة الأموال وينقسم المال عند الفقهاء إلى:

أ- مال نقدي¹:

يقصد بالمال النقدي العملة النقدية المتداولة، ويجمع الفقهاء على جواز كون رأس مال الشركة من الدراهم لأنها ثمن للبيوع، والناس يتعاملون بها منذ زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى الآن ولم ينكر أحد ذلك². ويدخل في حكم النقد من الذهب والفضة و ما في حكمهما من أوراق نقدية، كما يدخل في ذلك ما يجدي التعامل به حالياً من دنائير ودولارات وجنيهاً وغيرها. ولا يؤثر اختلاف سكة النقود مادامت قيمتها واحدة أو معروفة متعينة، فلو كان المحل دنائير أردنية أو عراقية أو جنيهاً مصرية أو إسترلينييه أو غيرها فإنها تتحدد بسعر النقد في البلد المقصودة فيها الشركة³.

¹.النقود هي المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال حيث تستعمل كوسيط للتبادل وكمعيار للقيمة ، ومن حيث قانونيتها لها

القدرة على إبراء الذمة . أنظر محمد فهمي الجندي، مرجع سابق، ص159.

².ابن الهمام، ج5، مرجع سابق، ص15.

³.ابن الهمام، ج5، مرجع سابق، ص15.

أيضا لا تشترط المجانسة في رأس المال، فلو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير جازت الشركة¹.

واشترط المالكية في الذهب والفضة التساوي في الوزن والصرف ويغفر الاختلاف اليسير². أما الشافعية قالوا بعدم صحة الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد، بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد³.

وبما أنه لا يؤثر اختلاف سكة النقود مادامت قيمتها واحدة، أو معروفة متعينة⁴، فالظاهر أنه يجوز التعامل بالشيكات كرأس مال في الشركة لأنها في قوة النقود لإمكان الصرف بها بمجرد عرضها على المصرف⁵.

كما يجب أن يكون رأس مال الشركة موجودا لا دينا لعدم القدرة في التصرف فيه وبذلك لا يحصل مراد الشركة وهو تحقيق الربح، إذ لا يمكن الجزم بأداء الدين عند الحاجة إلى ذلك المال⁶.

وجاء في بدائع الصنائع: " أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينا ولا مالا غائبا، فإن كان، لا تجوز عنانا⁷ كانت أو مفاوضة لأن المقصود من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود⁸."

ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي عليك⁹. وبالتالي منع جعل الدين رأس مال مضاربة وهو قول الفقهاء الأربعة مع اختلافهم في علة المنع¹⁰.

1. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص19.

2. الحطاب، ج5، مرجع سابق، ص 123.

3. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 19

4. ابن قدامة، نفس المرجع، ص18.

5. محمد فهمي الجندي، مرجع سابق، ص 161.

6. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 86.

7. شركة العنان نوع من أنواع الشركات التجارية في الشريعة الإسلامية سيأتي بيانها في الباب الثاني.

8. الكاساني، ج6، مرجع سابق، ص 60.

9. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 73.

10. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد القرطبي)، بديهة المجتهد ونهاية المقتصد، أعده سالم الجزائري، ط1،

مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت لبنان، سنة 2010، ص 682.

فالإمام مالك يرى أن العلة في المنع هي مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه.¹

أما الإمام أبو حنيفة فيمنع ذلك بناء على أصله، وهو أن من وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح حتى ولو اشترى لا يبرأ عما في ذمته، وإذا لم يصح الأمر بالشراء بما في الذمة لم تصح إضافة المضاربة إلى ما في الذمة.²

ويرى الشافعية والحنابلة أن وجه المنع في ذلك أن المال الذي في يد من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض هنا.³

ب- مال عيني:

وهي العروض⁴، وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة الاشتراك بالحصة العينية تحت عنوان الشركة بالعروض، وهي في منطق الفقهاء هو كل ما عدا المال النقدي وعلى ذلك يدخل فيها الآلات والأجهزة والمواد الأولية والبضائع والمباني والأراضي... الخ، وبذلك يلتقي التعريف القانوني للحصة العينية مع التعريف الشرعي لها حيث يعرفها القانونين بأنها كل أموال لا تأخذ صورة النقود.⁵

والمال العيني يتفرع عند الفقهاء إلى:

1- مال عيني مثلي:

المثليات هي ما تماثلت أجزاؤها، ولم تتفاوت تفاوتاً يقيد به بحيث يمكن أن يحل بعضها محل الآخر دون فرق كالمكيات والموزونات أي ما له مثل من الأشياء كالحبوب بأنواعها، القمح والشعير مثلاً.⁶

2- مال عيني قيمي:

القيميات هي ما تفاوتت أجزاؤها تفاوتاً جوهرياً بحيث لا يمكن أن يقوم بعضها مكان

¹. ابن رشد، مرجع سابق، ص 682.

². محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 73.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع والصفحة.

⁴. العروض جمع عرض (بسكون الراء) وهو ما ليس بنقد والعروض قيميّة أو مثلية.

⁵. تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة الاشتراك بالحصة العينية تحت عنوان الشركة بالعروض، والعروض في منطق الفقهاء هو كل ما عدا المال النقدي.

⁶. بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 292.

البعض الآخر، كأنواع الثياب والتحف والحيوان، المواشي مثلا¹.

وقد اختلف الفقهاء في جواز أن يكون رأس مال الشركة من العروض:

فذهب الحنفية والحنابلة في رواية إلى عدم جواز أن يكون رأس مال الشركة من العروض، سواء كانت من المثليات أو القيميات². ودليلهم في ذلك أن العروض تظل قبل التصرف فيها مملوكة لصاحبها، والشركة تتضمن الوكالة أي أن كل شريك وكيل عن صاحبه ولا يصح للإنسان إذا ما تصرف في عروض مملوكة له وحده أن يكون وكيلًا عن غيره في هذا التصرف إذ إن الولاية له دون غيره، وعلى ذلك لا تصح الوكالة التي هي من مقتضيات الشركة وبالتالي لا تصح الشركة. ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة في الربح عند القسمة لأن رأس المال يكون قيمة العروض والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالظن فيصير الربح مجهولًا فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الحصة النقدية³.

أما المالكية فأجازوا الشركة فيها بحسب قيمتها عند الخلط لا قيمتها عند البيع كما في العروض، لأن خلط الطعامين مثلا يجعل من المتعذر فصلهما بخلاف العروض، فإنه يمكن تمييز كل عرض عن غيره⁴. ويقولون في ذلك أن مقصود الشركة هو التصرف في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تصح الشركة بها كالأثمان ثم إن رأس المال في الشركة معلوم وهو قيمة العروض فكانت كالنقود⁵.

وتوسط الشافعية بين الفريقين فقالوا بجواز الشركة في المثليات من العروض ولا تصح في القيميات لأنهم جعلوا العدييات المتقاربة من المثليات فتصح الشركة فيها على الأظهر عندهم، ولأن المكيل أو الموزون إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييز بينهما، فأشبهه النقدين⁶.

¹. بدران أبو العيين، نفس المرجع، ص 292.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3895.

³. الكاساني، ج 6، مرجع سابق، ص 59.

⁴. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3895.

⁵. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 17.

⁶. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3894.

والخاط غير ممكن في القيميات، وربما يتلف مال أحدهما ويبقى مال الآخر فلا يمكن اعتباره تالفا عليهما، أما في المثليات فيكون التالف تالفا عليهما جميعاً¹.

ثانياً: العمل

يتفق الفقهاء على جواز أن يكون العمل رأس مال الشركة²، سواء قامت الشركة على المال أو المال والعمل معا كما هو في شركة الأموال حيث يدفع كل شريك نصيبه في الشركة ويعمل فيها الشركاء جميعاً أو يعمل فيها بعضهم كما هو الحال في شركة المضاربة، حيث يكون فيها المال من رب المال والعمل على المضارب. وقد يكون العمل رأس مال الشركة، دون الإشتراك بالأموال كما هو الحال في شركة الأعمال أو الأبدان القائمة على العمل من الشركاء دون الإشتراك بالأموال. و شركة الوجوه بالاشتراك بما يشتري بثقة التجار بالشريكين دون أن يكون لهما رأس مال، إلا أن العمل في شركة الوجوه أساسي للتصرف في ما اشتراه الشركاء بجاههما.

الفرع الثاني: الشروط العامة للشركة عند فقهاء المسلمين

بعد تطرقنا للأركان العامة لعقد الشركة في المذاهب الفقهية يمكن استخلاص الشروط العامة لصحة الشركة، والتي تتعلق بكل ركن من الأركان العامة. كما نشير إلى أن هذه الشروط تنطبق على كل أنواع شركات العقود. وهناك شروط خاصة بكل نوع بمفرده سيأتي ذكرها في موضعها.

وقد اختلف الفقهاء عندما تناولوا شروط الشركة بالتفصيل، وسنورد فيما يأتي تقسيمات الفقهاء الأربعة لهذه الشروط.

البند الأول: الشروط العامة للشركة عند المالكية

- تتعلق الشروط عند المالكية بالأركان وهي الصيغة والعاقدان والمحل أو رأس لمال.
- أ- اشترطوا في الصيغة أن تكون بما يدل على الشركة عرفاً سواء كان قولاً أو فعلاً.
 - ب- اشترطوا بالنسبة للعاقدين الحرية والرشد والبلوغ، وأن يكونا من أهل التوكيل والتوكل.
 - ج- اشترطوا في المحل اتحاد المالين في الصرف والوزن والجودة والرداءة.

¹ ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، المكتب البخاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص 125.

² محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 77.

د- اشترطوا أن يكون رأس المال حاضرا، فلا يجوز أن يكون بمال غائب، ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال، وهو مقصود الشركة. أما إذا كان مال أحدهما حاضرا والآخر غائبا غيبة قريبة جاز، وإن كان المال الغائب بعيدا فإنه لا يصح¹.

هـ- اشترطوا أن يكون اقتسام الربح وتحمل الخسارة مبنيا على مقدار رأس المال².

البند الثاني: الشروط العامة للشركة عند الشافعية

يعتبر الشافعية شركة العنان النوع الوحيد الجائز فقط أما غيرها من الأنواع الأخرى فهو باطل لذلك قصروا الشروط على شركة العنان، وتعلقت الشروط عندهم بأركان الشركة: أ- اشترطوا في الصيغة أن تشتمل على ما يفيد الإذن بالتصرف لمن يتصرف منهما بالبيع والشراء ونحوهما³.

ب- فاشترطوا في العاقدين الرشد والبلوغ والحرية⁴.

ج- أما المحل فاشترطوا فيه أموراً⁵:

1- أن يكون مثليا.

2- اختلاط المالين قبل العقد بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر.

3- اتحاد المالين جنسا وصفة بحيث لو خلطا لم يتميزا، فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهباً والآخر فضة.

4- أن يكون الربح بينهما على مقدار رأس المال كالخسارة وهم في ذلك كالمالكية.

البند الثالث: الشروط العامة للشركة عند الحنفية

يرى الحنفية أن الشروط المتعلقة بالشركة تنقسم إلى أربعة أقسام⁶:

أ- القسم الأول:

يتعلق بجميع أنواع الشركة سواء كانت بالمال أو بغيره.

ب- القسم الثاني:

¹. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 105.

². الخطاب، ج5، مرجع سابق، ص 118.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 105.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 111.

⁵. عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 111-112.

⁶. عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 103.

يتعلق بشركة المال سواء كانت مفاوضة أو عنان وهي الشروط التي تتصل بالمحل (رأس المال) من حيث جواز أن يكون حصة نقدية وعدم الجواز فيما سواهما، ومن حيث حضور رأس المال أو غيابه أو كونه ديناً، ومن حيث الربح والخسارة وكيفية توزيعهما.

ج- القسم الثالث:

يتعلق بشركة المفاوضة بأنواعها.

د- القسم الرابع:

يتعلق بشركة العنان بأنواعها.

والقسم الأول عند الحنفية هو الذي يتناول الشروط العامة للشركة، وهذا ما سنتناوله أما الشروط الأخرى فسنرجئ الكلام عنها إلى حينها لأنها تتعلق ببعض أنواع الشركة دون البعض.

والشروط العامة للشركة عند الأحناف هي:

1- أهلية الوكالة: تستلزم الشركة الوكالة، والوكالة لا تصح إلا من ذي أهلية، فكان لا بد من توفر أهلية الوكالة في الشركة، لأن كل واحد من الشريكين وكيل صاحبه في التصرف بالبيع والشراء وتقبل الأعمال، ولا بد أن يكون المعقود عليه قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما، فإذا اشترك اثنان في الاصطياد أو الاحتطاب وبيع ذلك فإن العقد غير صحيح، لأن هذه الأشياء مباحة فلا ينعقد فيها التوكيل لأن ملكها يثبت لمن يباشرها وليس لغيره ملك فيه حتى يتصور أن يوكله في التصرف فيما يملكه¹.

2- أن يكون الربح معلوم القدر كالنصف أو الثلث أو نحوهما. فإن كان الربح مجهولاً أو جزافاً فسدت الشركة. لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة ولا يمكن الرجوع مع الجهل والجزاف².

3- أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة، ولا يجوز أن يكون معيناً بعشرة أو مائة أو نحو ذلك، فالتعيين يفسد الشركة، لأن العقد يقتضي الاشتراك في الربح، والتعيين يقطع الشركة لجواز ألا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما فلا تتحقق الشركة في الربح³.

¹. ابن همام، ج5، مرجع سابق، ص5.

². عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص113.

³. الكاساني، ج6، مرجع سابق، ص58.

البند الرابع: الشروط العامة للشركة عند الحنابلة

تنقسم شروط الشركة عند الحنابلة إلى ثلاثة أقسام:

أ- القسم الأول: شروط صحيحة

هي ما لا يترتب على اشتراطها ضرر على الشركاء ولا يتوقف عليها انعقاد العقد، مثل أن يشترط أن لا يتاجرا إلا في نوع من البضاعة أو أن تكون التجارة محصورة في بلد بعينه أو أن لا يسافرا بالمال أو أن لا يبيعا إلا بنقد كذا¹.

ب- القسم الثاني: الشروط الفاسدة

وهي ما يترتب على اشتراطها ضرر للشركاء وهي على ثلاثة أقسام :

1- اشتراط ما يعود بجهالة الربح كاشتراط دراهم معلومة لأحد الشريكين فهذا الشرط فاسد يؤدي إلى فساد الشركة لأنه يفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو على فواته كلية فيفضي إلى التنازع والاختلاف ومن شروط الشركة أن يكون الربح معلوما².

2- ما ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط لزوم الشركة أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أن لا يبيع إلا ممن اشترى منه فهذه شروط فاسدة لأنها تفوت المقصود من الشركة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل³.

3- اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه كأن يشترط الضمان إن تلف المال، أو أن تكون الخسارة أكثر من رأس المال ونحو ذلك من الشروط. فهذه الشروط فاسدة إلا أنها لا تفسد عقد الشركة لأنه عقد على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة⁴.

ج- القسم الثالث: شروط صحة عقد الشركة

هي الشروط التي يتوقف عليها صحة عقد الشركة وهي شروط عامة⁵، وهي التي تعيننا هنا وتتلخص فيما يلي:

1- أن يكون كل من العاقدين جائز التصرف⁶.

¹. البهوتي، ج3، مرجع سابق، ص504.

². عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 112 - 113.

³. عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع والصفحات.

⁴. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 107.

⁵. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص19.

⁶. ابن همام، ج5، مرجع سابق، ص5.

2- أن يكون المالين معلومين للشريكين فلا يجوز أن يكونا مجهولين لأنه لا بد من الرجوع بهما عند المفاصلة ولا يمكن مع جهالتهما¹.

3- حضور المالين فلا تصح بمال غائب ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة².

4- أن يشترط لكل واحد منهما جزء من الربح مشاع معلوم كالنصف والثلث ونحوهما³. وبعد وقوفنا على الشروط العامة للشركة في المذاهب الأربعة يمكننا استخلاص الشروط العامة لصحة الشركة، وهي نوعان نوع متفق عليه بين المذاهب ونوع مختلف فيه عند الفقهاء هل يعتبر شرطا أم لا ؟ فالمتفق عليه من هذه الشروط هو:

أ- أن يكون كل من العاقدين أهلا للتوكيل والتوكل، وذلك بتوفر الحرية والبلوغ والرشد لكل منهما، لأن كلاهما يعتبر أصيلا بالنسبة لحصته هو ووكيلا في التصرف عن شريكه. ولا بد أن يكون المعقود عليه قابلا للوكالة ليكون تصرف كل شريك في نصيب شريكه صحيحا، ولذلك لا يجوز عقد الشركة على الأشياء المباحة بل يكون ما يأخذه كل منهما له، وذلك لأنها مباحة والوكالة لا تتعقد في المباحات، والشركة تتضمن معنى الوكالة فلا تتعقد في المباحات كذلك، هذا عند الحنفية⁴.

أما المالكية والحنابلة فعندهم الاشتراك في المباحات جائز لا شيء فيه⁵. ويخالف الشافعية في ذلك إذ يرون أن شركة الأبدان غير جائزة مطلقا لا في اكتساب المباحات ولا في غيرها لأنها شركة في غير مال، ولكثرة الغرر فيها. فلذلك يقولون بمنعها⁶. ب- أن يكون رأس مال الشركة معلوما للرجوع إليه عند المفاصلة.

ج- أن يكون رأس مال الشركة حاضرا لا غائبا ولا دينا لإمكانية التصرف فيه في الحال وذلك هدف الشركة.

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 113.

². ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص19.

³. الكاساني، ج6، مرجع سابق، ص59.

⁴. ابن همام، ج5، مرجع سابق، ص 5.

⁵. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 107.

⁶. محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع، ص 108.

د- أن يكون الربح معلوما فجهالته تؤدي إلى فساد الشركة.
هـ- أن يكون الربح جزءا شائعا في الجملة كالنصف فإن كان معينا فسدت الشركة لأن الشركة تتطلب الاشتراك في الربح والتعيين يلغي الاشتراك حيث أنه قد لا ترباح الشركة إلا المقدار الذي عين لأحدهما فلا يكون هناك اشتراك في الربح.
أما الشروط المختلف فيها هي:

أ- اشتراط الشافعية في الصيغة صدور لفظ يشتمل على الإذن في التصرف، في حين لا يشترط ذلك الفقهاء الآخرون بل يكفي في الصيغة ما يدل على مقصودها من قول أو فعل.
ب- اشتراط الشافعية في رأس المال أن يكون مثليا، أما غيره من الفقهاء فلا يشترط ذلك، فالحنفية والحنابلة في رواية أن رأس مال الشركة لا بد أن يكون من الأثمان ولا يجوز غيره من العروض ولو كان مثليا. والمالكية والحنابلة في رواية أخرى لا يشترط أن يكون رأس المال مثليا بل يجوز حتى في العروض.

ج- يشترط الشافعية لصحة الشركة اختلاط المالين فيها، ويشترط خلط المالين خلطا لا يمكن معه التمييز أي حتى لا يميز أحدهما ماله من مال الآخر . أما إذا لم يخلط المالين فمن الباطل أن يكون لزيد ما ابتاع بمال عمر أو ما ربح في مال غيره، فهم يرون أنه إذا لم يحصل خلط للمالين فان مال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه، أو يزيد له دون صاحبه فلم تتعد الشركة، لأن عقد الشركة يستوجب الاشتراك في الربح وهو متوقف على الخلط¹. ويخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك إذ يرون أن اختلاط المالين ليس شرطا لصحة الشركة، لكن الحنفية يرون أنه متى تلف أحد المالين قبل الخلط فهو من ضمان صاحبه لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء، أما إذا هلك بعد الشراء كان الهالك من المالين جميعا. لأنه هلك بعد تمام العقد².

ويرى المالكية أن الخلط إنما هو شرط في الضمان فقط دون الصحة. ومعنى ذلك أن ما هلك قبل الخلط فهو من ضمان صاحبه أما إذا هلك بعده فالهالك على الجميع، وهم بهذا يتفقون مع الحنفية، والخلط المقصود عندهم هو الخلط الحسي أو الحكمي وذلك بأن يكون

¹. ابن حزم، المحلى، ج8، مرجع سابق، ص545.

². الكاساني، ج6، مرجع سابق، ص60.

المالان في حيازة أحد الشريكين¹.

د- يشترط الشافعية لصحة الشركة اتفاق المالين في الجنس كذهب وذهب مثله، وذلك بناء على أنه يشترط خلط المالين في الشركة، ولا يأتي ذلك إلا في المال الواحد². ويخالفهم الجمهور في ذلك فلا يرون ذلك شرطا بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير مثلا، ذلك لأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد³. ويرى المالكية أن الشركة في النقد يشترط فيها الاتفاق في أمور هي: الوزن والصرف و الصفة جودة أو رداءة⁴.

هـ- يشترط الشافعية في اقتسام الربح أن يبنى على مقدار نصيب كل شريك في رأس مال الشركة وهذا ما ذهب إليه المالكية. ويخالفهم الحنابلة والأحناف فيرون أن قسمة الربح لا يشترط فيها قسمتها على مقدار نصيب كل شريك في رأس مال الشركة بل يجوز أن تكون قسمته مبنية على اشتراط الشركاء في عقد الشركة⁵.

المطلب الثاني: الأركان العامة لعقد الشركة في القانون الوضعي

تقدم أن المشرع عرّف الشركة بأنها عقد، ويؤكد ذلك نص المادة 416 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم. فهي بذلك تقوم على أركان عامة كسائر العقود وهذه الأركان⁶ هي: الرضا الصحيح الصادر عن ذي أهلية والمحل والسبب. ونص عليها القانون الفرنسي بموجب المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي⁷. و سنتناول كل ركن بالتفصيل على الترتيب الذي ورد ذكره في التقنين المدني الجزائري.

¹. الخطاب، ج5، ص 125.

². محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 111.

³. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 15.

⁴. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 111.

⁵. ابن حزم، ج8، مرجع سابق، ص 145.

⁶. نص المشرع الجزائري على أركان العقد من المادة 59 إلى المادة 98 من ق.م.ج، وسماها بشروط العقد.

⁷. Article 1128 Modifié par Ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 –art 3 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1- Le consentement des parties ;
- 2- Leur capacité de contracter ;
- 3- Un contenu licite et certain .

الفرع الأول: التراضي¹

لا تتعقد الشركة إلا بتراضي الشركاء، فلا بد من التراضي على موضوع الشركة، وحصّة كل شريك وفقاً للقواعد المقررة في نظرية العقد فإذا لم يتفق الشركاء على تقديم الحصص مثلاً أو على محل الشركة فلا قيام لها. ويعتبر القانون الوضعي التراضي ركناً هاماً تقوم عليه أي علاقة تبادلية فهو تطابق إرادتين على إحداث الأثر القانوني الذي يقصدانه² ويعبر عن الإرادتين بالإيجاب والقبول.

و فضلاً عن وجود التراضي في عقد الشركة يجب أن يكون سليماً خالياً من العيوب لذا وجب التمييز بين وجود التراضي وصحته.

البند الأول: وجود التراضي (نظرية الإيجاب والقبول)

بما أن الشركة عقداً بين الشركاء فلا يمكن تصور وجود رابطة عقدية بينهم إلا بتراضيهم على الشروط التي يتضمنها عقد الشركة، كغرض الشركة ورأس مالها وشكلها ومقدار حصّة كل شريك، والأحكام الخاصة بإدارتها وشخص الشريك في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي. وفي هذا الصدد نلاحظ أن القانون لا يختلف مع الشريعة في جانب الإيجاب والقبول، إذ ما قيل بالنسبة للشريعة الإسلامية في هذا المجال ينطبق على القانون الوضعي، ويتضح ذلك في المواد المنظمة للإيجاب والقبول الواردة في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من الأمر 58/75 المتضمن للقانون المدني الجزائري المعدل والمتمم³.

¹. نشير أن لفظ " الرضا " لا يعبر بدقة عن الركن الأول للعقد وقد حدث خطأ بالترجمة le consentement والعبارة بالفرنسية تعني توافق أو تطابق الإرادتين، وعليه يستحسن استعمال لفظ التراضي بدلاً عن الرضا خاصة وأن التراضي يقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل مما يهيئ التعبير عن الإيجاب والقبول أنظر في هذا الصدد: علي فيلاي، مرجع سابق.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 112 - 113.

³. أنظر المواد من 59 إلى المادة 68 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.ج، الصادر ب.ج. ر.ج.ج، ع 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

وركن الإيجاب والقبول هو المعبر عنه عند الفقهاء المسلمين بالصيغة، كما أن إطلاق لفظي الإيجاب والقبول أوضح تعبيراً من لفظي إرادتين متطابقتين¹. والشريعة الإسلامية كان لها السبق على كل القوانين الوضعية في نظرية الإيجاب والقبول.

يعرف الإيجاب بأنه: "العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين". أما القبول فهو "التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب"².

ويوجد الرضا بتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين³. ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة و بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع الظروف أي شك في دلالاته على هدف صاحبه⁴.

وتتاول القانون الوضعي الإيجاب الذي لا يصح للموجب أن يرجع عنه وذلك في حالة تعيين أجل للقبول فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة التعامل⁵. وهذا النص وإن أفاد لزوم الإيجاب في هذه الحالة فإنه يفيد أنه غير لازم فيما سواها، وهذا ما أوضحه نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري، فإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب و القبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد⁶. وفي هذا الصدد يتفق القانون الوضعي مع رأي الجمهور⁷ من فقهاء المذاهب

¹. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 80.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 213.

³. أنظر المادة 59 من ق.م.ج.

⁴. أنظر المادة 60 من ق.م.ج.

⁵. أنظر المادة 63 من ق.م.ج.

⁶. أنظر ف2 من المادة 63 من ق.م.ج.

⁷. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 273.

الإسلامية. ولم يختر القانون العمل بالمذهب الشافعي القائل بالفورية لما ينطوي عليه من ضيق وخرج لأن الفورية هذه تضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل¹. يتضح مما سبق بيانه اتفاق القانون مع الشريعة في معنى الإيجاب والقبول، وفي اتحاد مجلس العقد، وفي وجوب تطابق الإيجاب والقبول.

البند الثاني: صحة التراضي

إذا تطابق الإيجاب والقبول انعقد العقد، لكن قد يشوب التراضي أحد العيوب التي تفسده²، وتمنع انعقاد العقد. وقد أطلق عليها القانون الوضعي عيوب الإرادة وحصرها في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولم يفعل ذلك الفقه الإسلامي وإنما تعرض لبعض أحكامها في ثنايا أخرى. إذن لا بد أن يكون التراضي صحيحا صادرا عن إرادة حرة واعية فإذا شاب عيب رضا الشركاء كان عقد الشركة قابلا للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه.

أولا: الغلط

يعرف الغلط على أنه وهم يقوم في ذهن شخص يحمله على اعتقاد غير الواقع³، بحيث لو تبينها المتعاقد لما أقدم على التعاقد. وهو درجات متفاوتة، منه ما يؤثر على سلامة الرضا، ومنه ما هو دون ذلك، وقد قسم الفقه الغلط إلى غلط معيب وغلط مانع. والغلط قد يكون بالنسبة لمادة الشيء أو الصفة الجوهرية فيه حيث يؤثر ذلك في صحة الشركة، كأن تتعقد الشركة بالإيجاب والقبول على أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير ثم يتبين أن القبول كان على العروض فيكون هذا الغلط مانعا من صحة الإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي⁴. أما إذا لم يبلغ حدا من الجسامه فإن هذا الغلط لا يؤثر في صحة العقد. ويمثل الفقهاء للغلط البسيط الذي لا يؤثر في صحة العقد أن يشتركا

¹. عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع والصفحة.

². نظم المشرع الجزائري عيوب التراضي من المادة 81 إلى المادة 89 من الأمر 75_58 سالف الذكر، والمادة 90 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن ق.م.ج .

³. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1999، ص 100.

⁴. عبد العزيز الخياط، المرجع السابق، ص 83.

بالفلوس ثم يتبين أنها كاسدة فيصح عقد الشركة إن كانت تتفق في عرف البلدة التي تأسست فيها الشركة وإلا بطل عقد الشركة¹.

أما المشرع الجزائري فلم يأخذ بهذا التقسيم بل اكتفى بالنص على الغلط الجوهري²، والذي يعرض العقد للإبطال. ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ درجة من الجسامة، يمتنع معها العاقد من إبرام العقد لولا وقوعه في هذا الغلط.

وقد يقع الغلط في ذات المتعاقد، أو في صفته³. أو في صفة جوهرية للشيء، كما قد يكون في القيمة أو الباعث أو في القانون⁴.

يشترط للتمسك بالغلط حسن النية⁵، وأن لا يكون نتيجة إهمال حتى لا يصبح الغلط ذريعة لإسقاط الالتزامات العقدية⁶.

وقد يقع الغلط في شكل الشركة، ومثال ذلك إذا تعاقد أحد الشركاء ظنا منه أن العقد خاص بشركة محدودة المسؤولية، فإذا بها شركة تضامن، حيث المسؤولية فيها مطلقة. وهذا النوع من الغلط يبطل الشركة⁷.

أما في جانب الفقه الإسلامي، وإن لم يتناول الفقهاء الغلط بالدراسة باعتباره عيبا من عيوب الرضا، إلا أنهم نظروا من ناحية الجهل النافي للنية الحقيقية، واعتبروه سببا لإبطال التصرفات في كثير من الأحوال وبهذا يكون الغلط نوعا من الجهل، فجاء تعريفه بأنه "الشعور بالشيء على خلاف ما هو به"⁸

ويقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الغلط إلى قسمين⁹:

1. محمد فهم الجندي، المرجع السابق، ص 142.

2. أنظر المادة 82 من ق.م.ج.

3. يكون الغلط في ذات المتعاقدين سببا في إبطال عقد الشركة وذلك في شركات الأشخاص، لأن الاعتبار الشخصي فيها يشكل عنصرا جوهريا.

4. أنظر المادة 83 من ق.م.ج.

5. تنص المادة 86 من ق.م.ج على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد."

6. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 254.

7. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 142.

8. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 83.

9. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

أ- الغلط الواقع على جنس المعقود عليه كما لو باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج.
ب- الغلط في الوصف المرغوب كما لو باع بقرة على أنها حلوب فبانت بخلاف ذلك فللمشتري خيار الوصف إما فسخ العقد أو الاستمرار فيه، أما القسم الأول فإن البيع يكون باطل.

يتبين مما سبق اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على إبطال عقد الشركة إذا كان الغلط واقعا في صفة جوهرية. أما الغلط البسيط وغير الجوهرية، فإنه لا يؤثر في الشركة .

ثانيا: التدليس¹

هو استعمال طرق احتيالية قصد خداع وتضليل المتعاقد لحمله على التعاقد، إذ كثيرا ما يلجأ مؤسسو الشركات إلى استعمال وسائل احتيالية لحمل الآخرين على الاشتراك، كنشر الدعاية والترويج للشركة بأنها ناجحة، ثم سرعان ما يتضح خلاف ذلك، كما قد يقع التدليس في الاكتتاب في أسهم الشركات التي تطرح أسهمها للاكتتاب بطرق احتيالية لولاها لما رضوا بالدخول كأن تقدم الشركة ميزانية غير صحيحة، أو يكتم عن الشريك عمدا ديون الشركة. يترتب على التدليس إبطال عقد الشركة، إذ أن هذا التدليس هو الدافع إلى التعاقد، وإذا كان صادرا من الغير يشترط إثبات أن المتعاقد كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به.²

وفي الفقه الإسلامي يطلق لفظ التغيرير على التدليس، ويعرف بأنه "الإغراء بوسيلة قوليه أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه"³.
أما التغيرير في اللغة هو الخداع، ويقسمه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تدليس فعلي وهو ما كان الغش فيه ناتجا عن فعل للتغيرير في الوصف كصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد. وتدليس قولي وهو ما نتج من القول كالتغيرير في السعر مثل أن يقول البائع للمشتري أن

¹.أنظر المادة 86 من ق.م.ج.

².أنظر المادة 87 من ق.م.ج.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 82. ويعرفه الدكتور بدران أبو العينين بدران بأته "إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه وهو يظن أنه في صلحته بينما هو خلاف ذلك في واقع الأمر". أنظر بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، مرجع سابق، ص517.

ثمن السلعة كذا ولن تجد أقل منه فيكون كلاما منافيا للواقع، حيث استغله وغرر به ليستفيد من عدم خبرته بالسوق على حين أنه يستطيع أخذ سلعة مثلها أقل منها ثمنا بكثير. وقد نص ديننا الحنيف على حرمة التدليس سواء بالقول كما في النجش¹. أو بالفعل كما في التصرية² ونحوها. لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له"³.

ومثال التدليس في الشركة أن يشتركا في عروض وعند بيع أحدهما نصف حصته لشريكه يغرر به في ثمنها بأن يزين له أنها أجود وأعلى ثمنا وهي ليست كذلك⁴. ويشترط في تأثير التغيرير أو التدليس على الرضا بالعيب أن يكون صادرا عن أحد المتعاقدين ومؤثرا في العقاد الآخر، وبذلك يؤدي إلى إبطال العقد⁵.

ثالثا: الإكراه

الإكراه هو ضغط يتعرض له العقاد فيولد في نفسه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد⁶، والإكراه نوعين مادي ومعنوي، وهو نادر الوقوع في إبرام عقد الشركة⁷. ويقول الدكتور السنهوري: "أن المكره الذي وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة مختارة، وإنما يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على الالتزام، وفي حالة فساد الإرادة يكون العقد قابلا للإبطال، أما في حالة انعدام الإرادة فإن العقد يكون باطلا"⁸.

قد يصدر الإكراه عن طرف في العقد كما قد يكون صادرا عن أجنبي عنه، شريطة إثبات علم المستفيد بهذا الإكراه. أي يجب أن يثبت المتعاقد المكره (بفتح الراء) أن المتعاقد

¹. النجش هو المزايدة ممن لا يريد الشراء.

². التصرية هي حبس الحليب في ضرع الحيوان ليظهر أنه حلوب.

³. حديث شريف رواه أحمد والحاكم أنظر محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج5، مرجع سابق ص 212.

⁴. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 144.

⁵. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 82.

⁶. راجع المادة 88 من ق.م.ج.

⁷. نادية فوضيل، مرجع سابق، ص 28.

⁸. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 443.

الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه، ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفترض حتما أن يعلم به واختار المتعاقد المكره إبطال العقد فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحا فيقوم في هذه الحالة لا على أساس من الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض¹.

ولقد أفرد فقهاء الشريعة الإسلامية بحوثا مستقلة للإكراه، حيث عرّف الإكراه في الفقه الإسلامي بأنه: " فعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره"². والإكراه في الفقه الإسلامي قسمان: إكراه تام أو ملجئ وهو ما يكون فيه التهديد بالقتل أو إتلاف عضو أو الضرب الشديد الذي قد يؤدي غالبا إلى تلف النفس، وهو ما يسمى بالإكراه الحسي عند القانونيين، وحكم هذا النوع أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار ومن ثم يصلح للإعفاء من المسؤولية ويبطل به عقد الشركة³. وإكراه ناقص أو غير ملجئ وهو التهديد بإتلاف بعض المال أو بالضرب الذي لا يؤدي غالبا إلى تلف عضو من الأعضاء، أو بالحبس لمدة قصيرة وحكم هذا النوع أنه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، لأن المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به⁴.

وقد تميّز الفقه الإسلامي على القانون فيما يخص التفصيل في الإكراه، إذ يقول الدكتور السنهوري: "والفقه الإسلامي عندما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويفيض في تفصيلاتها حتى أنه ليطمئز عن الفقه الغربي في هذه النظرية بأنه جعل الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى، ويفصل كي يرجع العاقد الذي وقع عليه بالإكراه المكره بالضمان جزاء إكراهه"⁵.

على العموم فإن الإكراه نادر الوقوع في عقد الشركة، ولاسيما شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي حيث يختار الشركاء بعضهم البعض .

¹. عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 471.

². محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 82.

³. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 146.

⁴. بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 512. للتفصيل في هذا الموضوع أنظر السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، ط3، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1967.

⁵. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 184 .

رابعاً : الاستغلال

الاستغلال¹ أمر نفسي، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد بها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف. والاستغلال نادر الوقوع في الشركات².

أما عن الغبن وقد ورد النص عليه في المادة 91 من القانون المدني الجزائري، فقد يتناول قيمة الحصص التي يقدمها الشركاء الآخرون أو بنسبة مساهمتهم في الربح والخسارة. ومع ذلك ونظراً لصعوبة الإثبات فقد استبعدت بعض الاجتهادات الفرنسية إبطال الشركة للغبن بالنسبة مثلاً للعقار المقدم في شركة، وجعلت تقدير قيمته نافذاً بين الشركاء³. ونقول أنه من أهم المعالم الأساسية للمنهج الإسلامي في الشركات قيامها على القيم والأخلاق والمبادئ، ولذلك حرم الإسلام الحيل والغش والاستغلال والتدليس.

الفرع الثاني : الأهلية⁴

تعد الأهلية الركن الثاني من الأركان العامة للشركة إذ لا يكفي التراضي لإبرام عقد الشركة فمن باب أولى أن ينبع هذا الرضا عن من هو أهل لإصداره.

1. تنص المادة 90 من ق.م.ج على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخرين قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقدين المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد."

2. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 16.

3. الحكيم جاك يوسف، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، 2000، ص 60.

4. مناط الأهلية عند الفقهاء (الذمة) وهي صفة شرعية يقدرها المشرع في الشخص يصير بها أهلاً لثبوت الحقوق له أو عليه. وهي نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء، وكل منهما تنقسم إلى قسمين ناقصة وكاملة.

- أهلية الوجوب الناقصة هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له دون أن تلزمه حقوق لغيره وتثبت للجنين قبل الولادة - أما أهلية الوجوب الكاملة فهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق وتحمل الواجبات التي يجوز للولي أو الوصي أداؤها بالنيابة عنه كالحقوق المالية مثل ثمن شيء وضمان سلف ونفقة قريب محتاج وتثبت للإنسان من ولادته إلى موته.

- أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً وهي نوعان: كاملة وناقصة فمتى كان الشخص تمييزه كاملاً وعقله كاملاً كانت له أهلية أداء كاملة وأما إن كان ناقص التمييز أو العقل فتكون له أهلية أداء ناقصة. و أهلية الأداء لا وجود لها في الطفل قبل التمييز والقدرة على فهم الخطاب التشريعي إجمالاً. أنظر محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 148.

والمراد بالأهلية في الاصطلاح الشرعي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يقيد به شرعا¹.
والأهلية اللازمة لإبرام عقد الشركة هي أهلية التصرف أو الأداء، إذ يلتزم الشريك فيها بتقديم حصة في الشركة مقابل حصوله على نسبة من الربح وتحمل جزءا مما قد يصيب الشركة من خسارة.

حدد المشرع الجزائري أهلية التصرف القانوني في المواد من 40 إلى 44 من القانون المدني الجزائري وتكون ببلوغ الشخص سن الرشد المقدر بـ19 سنة مع تمتعه بكامل قواه العقلية مع عدم الحجر عليه، وبذلك لا يجوز للقاصر وهو من لم يبلغ التاسعة عشر من عمره، ومن هو في حكمه بسبب عوارض الأهلية أن يكون طرفا في عقد الشركة، لاسيما و أن عقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر. غير أن المادة الخامسة من التقنين التجاري الجزائري تجيز للولي- بترخيص من المحكمة- أن يسلم للقاصر المميز² البالغ ثمانية عشر سنة كاملة مقدارا من المال، ويأذن له في التجارة إذا أراد الاتجار.

من خلال المادتين الخامسة³ والسادسة⁴ من القانون التجاري الجزائري يتضح أن المشرع يراعي مصلحة القاصر بافتراضه قليل الخبرة في مجال الاتجار المقدم على التجارة ضمن مجموعة من الشركاء من خلال شركة يكتسب إثرها صفة التاجر، وبالتالي تترتب عليه مسؤولية مع بقية الشركاء كما هو الشأن في شركة الأشخاص، إذ يلتزم الشريك بعقد

¹. محمد فهم الجندي، نفس المرجع والصفحة.

². أنظر ف2 من المادة 42 من ق.م.ج، التي تحدد سن التمييز بـ13 سنة.

³. تنص المادة 5 من ق.ت.ج على أنه: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكر أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحاله عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم.

ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

⁴. تنص المادة 6 من ق.ت.ج على أنه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5 أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية."

الشركة وبديونها في ماله الخاص¹. أما في الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشريك محدودة كشركات الأموال، حيث لا يسأل عن ديون الشركة في أمواله الخاصة، فيمكن للقاصر توظيف أمواله بعد أن يتم استئذان المحكمة في ذلك .

يقول الدكتور السنهوري: "ويستوي أن يكون الصبي المميز مأذونا له في إدارة أمواله أو غير مأذون له، فهو في الحالتين لا يكون أهلا لعقد الشركة لأنه يحصل بالإذن على أهلية الإدارة دون أهلية الالتزام، والشريك يجب أن تتوفر فيه أهلية الالتزام. وإذا دخل ناقص الأهلية² عقد الشركة، كان هذا العقد قابلا للبطلان لمصلحة ناقص الأهلية، وترد عليه الإجازة وفقا للقواعد المقررة في قابلية العقد للإبطال"³.

هذا ما يتفق مع ما اشترط الحنفية في أن يكون الشريك في شركة المقارضة من أهل الكفالة، فلا تصح مشاركة الصبي والعبد ولو كان مأذونا لهما، لأنهما ليسا من أهل الكفالة⁴. وبهذا يتضح أن القانون يتفق مع الشريعة الإسلامية في وجوب تمتع من يباشر عقد الشركة بأهلية الأداء، أي أهلية التصرف⁵، بأن يكون بالغا عاقلا ورشيدا غير محجور عليه لسفه أو غفلة⁶.

يظهر كذلك وجه الاتفاق بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية في مسألة أهلية التجارة اللازمة للشريك في شركة التضامن أو شريكا متضامنا في شركة التوصية البسيطة والتي يقصد بها أهلية الكفالة ما جاء به الحنابلة بخصوص شركة الوجوه إذ قالوا أن كل واحد من الشركاء وكيل عن صاحبه في عملية الشراء والبيع وكفيل عنه بثمن ما يشتريه في

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 251.

² الأصل أنه يجوز لكل شخص احترام التجارة إذا توافرت لديه الأهلية اللازمة لذلك، وهذا ما يجسد مبدأ حرية التجارة ويوجي بوجود مساواة بين المواطنين أمام القانون، غير أن هذه الحرية وإن كانت حقا مشروعاً لكل مواطن قد يساء استخدامه لذلك وجب على المشرع التدخل بهدف فرض قيود على مباشرة التجارة لاسيما وأنها تتعلق باقتصاد الدول أي بالمصلحة العامة، ففرض قيود كضرورة الحصول على شهادة معينة، أو بحظر بعض أنواع التجارة على الأفراد، أو منع فئة من الأشخاص من مزاولتها. وبذلك الشخص قد تتوفر فيه الأهلية التجارية ومع ذلك يكون ممنوعاً في بعض الأحوال واستثناء من مباشرة التجارة لاعتبارات المصلحة العامة، لذلك نميز بين انعدام ونقص الأهلية التجارية .

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 351.

⁴ محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 87.

⁵ كالوضع الذي تكون فيه حصة الشريك تقتضي نقل الملكية أو حق عيني.

⁶ ذو الغفلة يعرف بأنه الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحية المفيدة، فيغبن في المعاملات لسلامة نيته.

الذمة، أي أن كل منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن لأن الشركة مبنية على الوكالة والكفالة¹.

ويظهر وجه الإخلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون فيما يخص تحديد سن الرشد فالقانون يحدده ب 19 سنة²، أما في الشريعة الإسلامية فرغم إخلاف الفقهاء إلا أنهم أجمعوا الرأي أن من بلغ سن الثامنة عشر فهو عاقل رشيد تصح منه جميع التصرفات ومنها العقود³.

وما رفع المشرع لسن الرشد إلى 19 سنة إلا نتيجة لما نراه في الوقت الراهن من طيش شباب قد يتعدى الخامسة والعشرين.

الفرع الثالث: المحل

يقصد بمحل العقد تلك العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، وقد نص المشرع الجزائري على المحل في المواد 92 إلى 95 من القانون المدني الجزائري. وقد انقسم فقهاء القانون قسماً بمناسبة بيان المقصود بالمحل في عقد الشركة، حيث ذهب أنصار الاتجاه الأول إلى القول بأن المحل في عقد الشركة هو غرضها، أي المشروع الاقتصادي الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه. أما الاتجاه الثاني، فيعرفه على أساس رأس المال مجزأً إلى حصص يلتزم كل شريك بتقديمها⁴.

غير أن المفهوم الأول لا يتحقق إلا إذا أسهم كل شريك بحصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة، لذلك يشرع أن تكون حصص الشركاء مشروعة وممكنة و إلا كانت باطلة ولو كان محلها، أي غرضها مشروعاً⁵. ومثالها لو قدم أحد الشركاء نفوذه أو ما يتمتع به من ثقة مالية. وفي هذا الجانب يتضح اتفاق القانون مع الشريعة الإسلامية في صلاحية أن يكون محل الشركة مالا أو عملاً، وعدم

¹. البهوتي، مرجع سابق، ص 526.

². تنص ف 2 من المادة 40 من ق.م.ج على أن: "سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

³. محمد بن إبراهيم الموسى، لمرجع سابق، ص 87.

⁴. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 20.

⁵. عبد العزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 34.

صلاحية كون النفوذ المالي والسياسي محلا للشركة¹ لأن ذلك لا يمكن تقويمه بمال ولا يرد عليه الملك، فلا يصح أن يكون رأس مال في الشركة².

وإذا كان محل عقد الشركة هو غرضها، وهو بهذا المعنى يختلف عن محل إلزام كل شريك المتمثل في تقديم حصة من مال أو عمل، إلا أن هنالك تلازم بينهما بحيث يترتب على عدم مشروعية أحدهما بطلان عقد الشركة³.

كما يشترط أن يكون محل الشركة مشروع ممكن قابل للتحقيق وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا نشأت شركة مثلا لاستغلال منجم قد نفذ ما به من مواد خام فالشركة باطلة. ويطرح الإشكال حول تطبيق هذه الشروط بالنسبة للمحل الوارد في العقد التأسيسي أو المحل الحقيقي الممارس فعلا؟

في هذا الصدد يأخذ القضاء الفرنسي بالمحل الفعلي الممارس فعلا، وذلك فيما يخص أعمال الشركة خارج مجال المحل الوارد في العقد التأسيسي لأنه لو أعطي للمحل المفهوم الخاص به في العقود في هذه الحالة يعني كل ما يقدمه الشركاء، لكن من جهة أخرى يقصد بالمحل السبب الذي نشأت من أجله الشركة لقيامها بنشاطات محددة في العقد التأسيسي للشركة⁴. ويجب عدم الخلط بين محل الشركة وأغراضها وبين المصلحة المشتركة فهذه الأخيرة لا تعني فقط مصلحة الشركاء، بل تمتد كذلك لتشمل مصلحة الشركة ذاتها سواء في علاقتها مع موظفيها وعمالها أو مع دائئتها، وأي تصرف يخالف المصلحة المشتركة يمكن الطعن فيه بالبطلان⁵.

الفرع الرابع: السبب

سبب عقد الشركة هو الباعث والدافع إلى التعاقد، وهو الرغبة في الحصول على الربح جزاء مشروع الشركة⁶. وهو بذلك يختلط بمحل العقد من الناحية العملية⁷. ويرجع التداخل

¹. أنظر المادة 420 من ق.م.ج.

². محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 84.

³. أنظر هذا المعنى عبد العزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 34.

⁴. George Ripert, René Roblot. Traité élémentaire de droit commercial, T 2, éd Economica, p465.

⁵. محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 22.

⁶. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 33.

⁷. سميحة القليوبي، نفس المرجع والصفحة.

بين السبب والمحل في عقد الشركة إلى تنوع آراء الفقهاء لتقديم مفهوم موحد لتعريف غرض المشروع الذي أنشئت لأجله الشركة، إذ نجد الرأي الذي يبنى على فكرة محل الالتزام l'objet de l'obligation استنادا للقانون المدني الفرنسي¹، الذي يفرض وجود محل معين يكون مادة للالتزام. وحينها يكون غرض الشركة هو مجموع الأموال المقدمة من الشركاء. أما الفريق الثاني، فإنه يعتبر الغرض ذلك الاستغلال الذي تقوم به الشركة، وأنه سبب الالتزام لكل شريك. وباعتبار كافة الأطراف تساهم بهدف الحصول على الأرباح من خلال نشاط المشروع واستثماراته التجارية أو الصناعية². ومهما اختلفت الآراء، فالجميع يتفق بأن الغرض ما هو إلا ذلك الاستغلال الاقتصادي الذي تمارسه الشركة، وبالتالي يحدث التقارب بين الغرض و نشاط الشركة. و قد نص المشرع الجزائري على السبب في المواد 96 إلى 98 من القانون المدني الجزائري، وأوجب أن يكون السبب حقيقيا لا صوريا مشروعا، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان عقد الشركة باطلا، كالشركات التي تتعامل بالربا الفاحش.

يوجب الفقه الإسلامي في العقد وجود سبب منسوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه صحّ وإن تخلف عنه مقصوده بطل، فكل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع³. وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن القانون الوضعي يتفق مع الشريعة الإسلامية الغراء في وجوب مشروعية السبب الذي تقوم الشركة لأجله، إلا أنهما يختلفان عند التطبيق، فقد يبيح القانون ما يراه الشرع محرما وقد يمنع القانون ما تراه الشريعة مباحا ومثال ذلك أن الربا محرم قليلا وكثيره شرعا لقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا..."⁴ ويتفق القانون مع الشريعة في أنه يعتبر التعامل بالربا الفاحش يبطل كثيره⁵.

¹Article 1108 Modifié par Ordonnance n° 2016 - 131 du 10 février 2016 – art 2 : « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit »

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 32.

³ محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 85.

⁴ الآية 275 من سورة البقرة.

⁵ محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 85.

المبحث الثاني: الأركان الخاصة لعقد الشركة

إن توفر الأركان العامة لعقد الشركة من رضا وأهلية ومحل وسبب لا يكفي لقيام عقد الشركة، وإنما يجب أن تتوفر أيضا الأركان الخاصة بهذا العقد التي تتماشى وخصوصية هذا العقد من ناحية وطبيعة المعاملات التجارية من ناحية أخرى.

وتستمد هذه الأركان الخاصة من جوهر عقد الشركة ذاته الذي يفترض التعاون الايجابي بين أشخاص اتحدت مصالحهم لتحقيق مشروع معين، فالمتعاقدون تلتقي إرادتهم على هدف واحد وهو الربح المشروع، ولذلك يعملون على توحيد جهودهم وزيادة عددهم، وتجمع إمكانياتهم المادية والمعنوية، إذ كلما زاد الشركاء في العدد وكبر حجم أموالهم كلما كانت فرصة الربح أكبر، فإذا اتحد الهدف والمصالح اتحد الشركاء واشتركوا في تحمل الخسائر والمخاطر الناجمة عن الشركة حيث يقع عليهم جميعهم عبء الخسائر، كما يستفيدون من الأرباح المحققة طبقا لما هو مقرر شرعا الغرم بالغنم والغلة بالضمان، والمبرر الشرعي للحصول على الربح هو تقديم حصة في الشركة تتمثل في المال أو العمل، وبالنسبة للفقهاء الإسلامي يضاف الضمان كحصة يجوز تقديمها للمساهمة في الشركة، بينما في القانون الوضعي لا يجوز تقديم الضمان كحصة.

هذا ويتطلب القانون كتابة عقد الشركة، وشهره، و الإعلان عنه تحت طائلة البطلان باستثناء شركة المحاصة لما لها من طابع خاص. أما الفقهاء فيرون في كتابة عقد الشركة أمر مستحب لما فيه من التوثيق والاحتياط لتفادي الخلاف بين الشركاء، وحفاظا على استمرارية هذا الشخص المعنوي الجديد.

ونشير إلى أننا أثرنا تقسيم أركان الشركة إلى أركان عامة وأركان خاصة، وأدرجنا الأركان الشكلية لعقد الشركة والمتمثلة في الكتابة والشهر ضمن الأركان الخاصة لعقد الشركة، حيث قسمنا الأركان الخاصة إلى أركان موضوعية خاصة وأركان شكلية. ونبرر تقسيمنا هذا بأن الأركان الشكلية لعقد الشركة فهي من جهة تدرج ضمن الأركان الخاصة لعقد الشركة، إذ لا يوجب المشرع الكتابة والشهر في كل العقود، فالشركة تختص بهذه الميزة التي تميزها عن بعض العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها وصحتها تراضي الشركاء. ونفرقها من جهة أخرى عن الأركان الموضوعية الخاصة التي لا تعد أركاننا لازمة لانعقاد

عقد الشركة فحسب، و إنما هي شروط للإثبات أيضا وبهذا فهي تتميز عن الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة.

فضلا على أن انعدام الأركان الموضوعية الخاصة يترتب عليه بطلان عقد الشركة في حين يترتب على انعدام الأركان الشكلية لعقد الشركة بطلان من نوع خاص حيث يطلب إتمام إجراءات الشهر حماية للغير المتعامل مع الشركة، ولعدم إهدار المشروع التجاري الذي قامت الشركة لأجله.

وعليه سنتناول أولا الأركان الموضوعية الخاصة التي تميز الشركة عن سائر العقود، ثم نتطرق للأركان الشكلية لعقد الشركة، مع ذكر نقاط التقاء القانون بالشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

المطلب الأول: الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة

تزدوج الوظيفة التي تقوم بها الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة، إذ لا تعد مجرد أركان تقوم عليها الشركة وتتعدم بانعدامها، إنما هي بمثابة معايير يستند إليها للتمييز بين عقد الشركة والعقود الأخرى التي تشبه بها من حيث كونها عقدا، وهي بذلك تبرز خصوصية هذا العقد وبين الشركة باعتبارها نظاما قانونيا وما يختلط بها من أنظمة قانونية. وللشركة كما يستخلص من تعريفها أربعة شروط موضوعية خاصة، وهي تعدد الشركاء ونية المشاركة وتقديم الحصص، فضلا عن اقتسام الأرباح والخسائر.

الفرع الأول: تعدد الشركاء

يعد مبدأ تعدد الشركاء المبدأ العام في الشركات، تمليه فكرة الإشارك والتعاون بين أشخاص اتحدت مصالحهم لتحقيق مشروع اقتصادي.

فالاشترك إذا يقتضي بدهة تعدد المشاركين، لذلك يشترط لإبرام عقد الشركة توفر شريكين على الأقل وهذا ما يستفاد من نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

طبقا للمادة آنفة الذكر لا يجوز أن ينفرد شخص واحد بإنشاء شركة. و ذلك بتخصيص جزء من أمواله لهذا الغرض، بحيث تكون أمواله الأخرى في مأمن من رجوع دائتي الشركة عليها لمعارضة ذلك لمبدأ وحدة الذمة المالية، الذي يقضي أن تكون جميع

أموال المدين ضامنة لجميع ديونه دون تفرقة. هذا المبدأ الذي تجسده المادة 188 من القانون المدني الجزائري¹، وفي هذا المبدأ تعزيز وتقوية لضمان الدائنين . كما يظهر جليا من نص المادة 441 من نفس القانون أن ركن تعدد الشركاء يضطلع بمهمتين. وذلك باعتباره ركن لقيام الشركة وركن لبقائها واستمرارها. فاجتماع الحصص في يد شريك واحد يؤدي إلى الحل القضائي للشركة².

غير أن بعض التشريعات أجازت تكوين شركة الشخص الواحد بناء على مبدأ تجزئة الذمة³، والذي بمقتضاه يستطيع الشخص أن يقطع جزءا من ثروته ويخصه لاستغلال مشروع معين، وفي هذه الحالة لا يجوز لدائنه التنفيذ على أمواله إلا تلك المخصصة للمشروع⁴، وبذلك يكون لشخص واحد أكثر من ذمة، وصولا إلى العمل بمبدأ المسؤولية المحدودة المعمول بها في بعض الشركات والذي يعني تحديد مسؤولية الشريك عن ديون الشركة بقدر حصته من رأس مالها، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

- 1- يتحمل الشريك نصيبه من التبعات المالية التي تلزم الشركة في حصته من رأس مالها، دون سائر أمواله.
- 2- ليس من حق المتعاملين مع الشركة الرجوع على الشريك محدود المسؤولية مباشرة، بل رجوعهم على الشركة.
- 3- لا يكون الشريك محدود المسؤولية كفيلا لشريكه، لأن الكفالة تقتضي الضمان، وقد يتجاوز مقدار الضمان حصة الشريك الكفيل.

¹. تنص المادة 188 من الأمر 75 - 58 المتضمن ق.م.ج على أن: "أموال المدني جميعها ضامنة لوفاء ديونه."

². تنص المادة 441 من ق.م.ج على أنه: "يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي، بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء الشريك بما تعهد، أو بأي سبب آخر ليس هو من فعل أحد الشركاء، ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة، ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك."

³. ذمة الشخص في الفقه الإسلامي واحدة لا تتعدد، وهي كذلك في القانون من حيث الأصل. إلا أن بعض التشريعات أجازت تكوين شركة بشخص واحد مثل المشرع الجزائري، أنظر المادة 564 من الأمر 96-27 سالف الذكر التي تنص على أنه: "تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص ..."

⁴. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر سنة 2000، ص 151.

4- لا يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشريك محدود المسؤولية، لأنه لا يخسر في هذه الحال إلا حصته في الشركة.

وقد أباح المشرع الجزائري إمكانية تكوين شركة بشخص وحيد بموجب الأمر 27/96 المذكور سابقا، وهو في ذلك قد سائر أغلب التشريعات منها المشرع الفرنسي، إلا أننا نشير بأن المشرع الجزائري بإجازته لتكوين شركة بإرادة منفردة أحدث تناقضا، لاسيما وأنه ترك المادة 416 من القانون المدني على حالها، ولم يورد استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بضرورة تعدد الشركاء المجسدة في الفقرة الأولى من نفس المادة. في حين نجد القانون الفرنسي أورد استثناء في نص المادة تجيز تكوين شركة بشخص واحد¹.

يمكن القول أن هذه الاستثناءات الواردة على ركن تعدد الشركاء، وإن تعارضت مع الفكرة التعاقدية للشركة، إلا أنها وجدت متنفسا لها في أحضان النظرية النظامية أو اللائحية، التي فرضت نفسها على الساحة القانونية بسبب ما تتطلبه الشركات ذات رؤوس الأموال الضخمة من تدخل تشريعي لتنظيمها حفاظا على اقتصاد البلاد ومصالح الأفراد. وبما أن عدد الشركاء في الشركات التجارية، وطبيعة كل شريك تختلف باختلاف الشركات، وتتحدد بنوعها نستهل حديثنا في هذا الركن ببيان طبيعة الشركاء، ثم نتطرق بعدها إلى عدد الشركاء في كل شركة.

البند الأول: طبيعة الشركاء

يراد بطبيعة الشريك في الشركة ما إذا كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ومن قراءتنا للمادة 416 سألنا الذكر يتضح أن نص المادة يطرح إشكالا يدور حول إذا كان يجوز للشخص المعنوي أن يكون شريكا في كل الشركات التجارية أم لا يجوز ذلك؟

¹.Art 1832 : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne....» <http://codes.droit.org>. le 16/06/2017.

وللإجابة على هذا التساؤل الوارد نفرق بين الشريك كشخص طبيعي، والشريك كشخص معنوي

أولاً: الشريك شخص طبيعي

إن مشاركة شخص طبيعي في الشركات التجارية لا يثير أي إشكال، وعليه تكون مشاركة الشخص الطبيعي في شتى أنواع الشركات التجارية سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال استناداً إلى نصوص مواد القانون التجاري المنظمة للشركات التجارية في القانون الجزائري حيث نجد أن الشخص الطبيعي في إطار القواعد العامة المنظمة للشركات تجوز مشاركته في كل الشركات¹. وتؤكد ذلك القواعد الخاصة بكل شركة، إذ لا تستبعد أي مادة من مواد القانون التجاري المتعلقة بالشركات مشاركة الشخص الطبيعي في الشركة.

ثانياً: الشريك شخص معنوي

وهنا يثار الإشكال فالقاعدة العامة توحى بأن المشرع الجزائري أجاز للشخص المعنوي أن يكون شريكاً في أي شركة تجارية، وذلك بموجب المادة 416 من القانون المدني، أما في إطار القواعد الخاصة، فهناك نوعين من الشركات لا يجيز فيهما المشرع للشخص المعنوي أن يكون شريكاً، وهما شركة المحاصة²، وذات المسؤولية المحدودة فيما يخص مشاركة شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة ذات الشريك الواحد³، والعلّة في ذلك تختلف، ففي شركة المسؤولية المحدودة سبب منع مشاركة الشخص المعنوي يكمن في الحفاظ على الحجم المصغر للمشروع أما في شركة المحاصة فالعلّة في المنع هو الحفاظ على طابع الخفاء الذي هو من أهم مميزات شركة المحاصة. هذه الأخيرة التي يميزها عدم تمتعها بالشخصية المعنوية فلا اسم خاص بها ولا موطن ولا جنسية ولا رأس مال فهي غير ظاهرة للغير⁴.

وجاءت المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري⁵ مؤكدة على عدم جواز اشتراك الشخص المعنوي في هذه الشركات، إذ لم تنص إلا على مشاركة الأشخاص

¹. أنظر المادة 416 من ق.م.ج.

². أنظر المادة 795 مكرر 1 من ق.ت.ج.

³. أنظر المادة 590 مكرر 2 من ق.ت.ج.

⁴. شركة المحاصة إذا علم بها الغير تحولت إلى شركة تضامن متى اتخذت إجراءات الشهر.

⁵. تنص المادة 795 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 على أنه "يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى انجاز عمليات تجارية".

الطبيعيين. إلا أن هناك من يرى بجواز إشراك شخص معنوي كشركة تضامن، أو شركة ذات مسؤولية محدودة في شركة المحاصة، وفي حالة تولي الشخص المعنوي إدارة شركة المحاصة من خلال مديره المسئول سواء أكان اتفاقي أو غير اتفاقي، فإن آثار التصرفات التي أبرمها هذا المدير تنصرف قانونيا إلى ذمة الشخص المعنوي، وتترتب مسؤولية الشركاء المكونين له تبعا لما إذا كان الشخص المعنوي حالا في شركة تضامن أو توصية بسيطة أو شركة ذات المسؤولية المحدودة¹ وفيما يتعلق بالشركاء المحاصيين فلا يدخلون في علاقة مع الشخص المعنوي الشريك. أما عن علاقة الشركاء المحاصيين فيما بينهم، فتحكمها الشروط المتفق عليها فيما بينهم كتقديم الحصص، ومسؤولية كل شريك وتوزيع الأرباح والخسائر. وللشريك الذي يتعامل مع الغير أن يوجه مطالبه مباشرة إلى باقي الشركاء معه لإلزامهم لما عساه أن يكون قد تحمله، زائداً على القدر الذي يخصصه في التزامات الشركة، فهو في حقيقة الأمر يتصرف لحساب الشركاء جميعا وفقا لعقد الشركة².

أما عن شركة التضامن فلم يأت المشرع الجزائري بنص قانوني يمنع به مشاركة الشخص المعنوي من أن يكون شريكا في شركة التضامن، فقد يكون الشريك هو شركة تضامن أخرى ويسأل جميع الشركاء مسؤولية شخصية تضامنية عن ديون الشركة. أما إذا تمثل الشخص المعنوي في شركة توصية بسيطة فإن مبدأ المسؤولية الشخصية والتضامنية يمتد ليطول الشركاء المتضامنين في هذه الشركة، وكذا الشركة ذاتها كشخص معنوي دون الشركاء الموصين لأن مسؤوليتهم محدودة بقدر حصتهم في رأس مال الشركة، وبالتالي لا يصح تمدد مسؤوليتهم بمجرد أن الشركة التي تضمهم أصبحت شريكا في شركة تضامن أخرى³.

وفي الحالة التي يكون فيها الشريك في شركة التضامن عبارة عن شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة، فالشركتين تلتزمان بديون شركة التضامن الشريكة لهما مسؤولية تضامنية ومطلقة، أما الشركاء فيها والمحدودة مسؤوليتهم بقدر حصتهم أو مساهمتهم في

¹ عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2002، ص 166.

² عباس مصطفى المصري، نفس المرجع والصفحة.

³ عباس مصطفى المصري، نفس المرجع، ص 90.

رأس المال فقط، فلا يسألون إلا في حدود حصتهم، وعن شركة المساهمة فالمشرع لا يشترط كون المساهمين من الأشخاص الطبيعيين، وعليه يمكن للأشخاص المعنوية الإشتراك في تأسيس شركة المساهمة .

أما شركة التوصية بالأسهم فهي تخضع لما تخضع له شركة المساهمة، وبالتالي يجوز للشخص المعنوي أن يكون شريكا فيها خاصة وأن المشرع الجزائري لم يأت بأي نص يمنع ذلك.

و يجوز في الشركة محدودة المسؤولية أن يشارك بها أشخاص معنوية باستثناء ما جاء في نص المادة 590 مكرر 2 من ق.ت.ج¹. غير أن التسليم بقبول الأشخاص المعنوية كشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يعتبر وسيلة لتركيز المشروعات، ويؤدي إلى عواقب وخيمة تتمثل في قيام شركة عملاقة بالمشاركة في رأس مال العديد من الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي يتكامل نشاطها مع مشروع الشركة المذكورة أفقيا و رأسيا وبالتالي السيطرة على مقدراتها².

أما عن الشركة محدودة المسؤولية ذات الشريك الوحيد، فهي تتكون من شخص واحد إما طبيعى أو معنوي ولا تمتد المسؤولية عن التزامات المشروع إلى الأموال الشخصية لصاحب المشروع³ .

ونشير إلى أن المشرع قد اشترط أن يكون مدير الشركة محدودة المسؤولية شخصا طبيعيا، والحكمة في ذلك أن المدير الشخص الطبيعي هو الذي يتحمل المسؤولية عند حدوث ما يستوجبها.

مما سبق يؤخذ على النص الجديد للمادة 416 من القانون المدني الجزائري بموجب القانون 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988 أنه بمناسبة تحديده لطبيعة الشركاء لم يكن جامعا لكل الاحتمالات التي قد يشترك فيها الشخص الطبيعي بالشخص المعنوي، في حين نجد المادة القديمة قبل التعديل كانت تفي بالمعنى المقصود لأن الشركة بإمكانها أن تتكون

¹. نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2003 ، ص 32، 33.

². محمد فريد العريني، ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 737.

³. أنظر المادة 564 من ق.ت.ج.

من أشخاص طبيعية أو تتكون من أشخاص معنوية، كما يمكن للشخص المعنوي أن يكون شريكا مع أشخاص طبيعية أو معنوية.

ويجوز في الفقه الإسلامي أن يكون الشخص المعنوي شريكا في شركة مع أشخاص طبيعيين، حيث أجاز بعض الفقهاء اشتراك الشريك في شركة أخرى¹

البند الثاني : عدد الشركاء

يجب الرجوع إلى القواعد العامة عند الحديث عن عدد الشركاء، حيث حدد المشرع عدد الشركاء باثنين فأكثر في نص المادة 416 سالفه الذكر، لكن يجب البحث في مدى سريان نص هذه المادة على أنواع الشركات التجارية ؟

بما أن المشرع الجزائري تبنى تقسيم الشركات التقسيم الثنائي أي شركات أشخاص، وشركات أموال فنتناول عدد الأشخاص في شركات الأشخاص، ثم في شركات الأموال.

أولاً: عدد الشركاء في شركات الأشخاص

يندرج تحت هذا النوع من الشركات شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة ففي شركة التضامن لم ينص المشرع الجزائري على الحد الأدنى لعدد الشركاء المتضامنين، وبالتالي نرجع للقاعدة العامة في تحديد الحد الأدنى لعدد الشركاء. والقاعدة العامة تجسدها المادة 416 من ق.م.ج، والتي تقضي بوجود توفر شريكين اثنين على الأقل، كما لم يحدد المشرع الجزائري الحد الأقصى بالنسبة لعدد الشركاء في شركة التضامن، وكان الأمر كذلك بالنسبة لشركة التوصية البسيطة حيث لم ينص المشرع لا على الحد الأدنى ولا على الحد الأقصى لعدد الشركاء في هذه الشركة، وبالتالي يكون المرجع في ذلك الأحكام المستنبطة من نص المادة 416 من القانون المدني فيما يخص الحد الأدنى للشركاء في هذه الشركة. أما عن شركة المحاصة فقد حدد المشرع الحد الأدنى بشخصين²، ولم يحدد الحد الأقصى لعدد الشركاء في هذه الشركة.

¹. محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص192.

². أنظر المادة 795 مكرر 1 من ق.ت.ج.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يضع الحد الأقصى لعدد الشركاء، إذا تعلق الأمر بشركات الأشخاص. بينما حددت بعض التشريعات عدد الشركاء في شركة التضامن كالتشريع الأردني¹.

ثانياً: عدد الشركاء في شركات الأموال

يشمل هذا النوع بالدرجة الأولى شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة محدودة المسؤولية، والمؤسسة محدودة المسؤولية ذات الشخص الوحيد. لم يكتف المشرع في شركة المساهمة بالحد الأدنى لعدد الشركاء المنصوص عليه في القواعد العامة بل نص على أن لا يقل عدد الشركاء عن سبعة².

ذلك أن شركة المساهمة هي الشكل القانوني الذي يناسب المشروعات الضخمة فهي المثل الأمثل لشركات الأموال، إلا أنه يجوز إذا قل عدد المشاركين عن سبعة أشخاص من أن تتحول شركة المساهمة إلى شركة من نوع آخر كشركة التوصية البسيطة أو شركة تضامن أو شركة ذات المسؤولية المحدودة تماشياً مع نظرية تحول العقد³. وهذا الحد الأدنى المنصوص عليه لتكوين شركة المساهمة تبرره الحاجة في مرحلة تأسيس الشركة قبل ميلاد المشروع بالفعل إلى حماية الغير بخاصة إزاء المسؤولية المحدودة للمساهم⁴.

أما ما يخص الحد الأقصى لعدد الشركاء لم يحدد المشرع الجزائري ذلك لأن من خصوصيات شركة المساهمة العدد الهائل من المساهمين.

لم يقف المشرع عند الحد الأدنى المنصوص عليه في القواعد العامة بخصوص شركة التوصية بالأسهم، بل اشترط ألا يقل عدد الشركاء عن أربعة، ثلاثة منهم شركاء موصون⁵ و واحد شريك متضامن⁶.

¹ تنص المادة 9 من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 المعدل والمتمم بالقانون رقم 57 لسنة 2006 على أنه:

" تتألف شركة التضامن من عدد من الشركاء الطبيعيين لا يقل عن اثنين ولا يزيد على 20 إلا إذا طرأت الزيادة على ذلك نتيجة للإرث."

² أنظر المادة 592 من ق.ت.ج.

³ مراد منير فهميم، نحو قانون واحد للشركات، دراسة في التشريع الراهن بين القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1999، ص 139.

⁴ مراد منير فهميم، نفس المرجع والصفحة.

⁵ الشركاء الموصون هم الشركاء الذين لا يتحملون ديون الشركة إلا في حدود حصصهم المقدمة في رأس مال الشركة.

⁶ أنظر المادة 715 من ق.ت.ج.

أما فيما يخص الشركة محدودة المسؤولية بتعدد الشركاء، فالحد الأدنى يرجع فيه إلى القاعدة العامة أي ضرورة وجود شريكين على الأقل، والحد الأقصى حدده المشرع بموجب المادة 590 المعدلة من ق.ت.ج بخمسين شريكا بعدما كان عشرون شريكا، فإذا زاد عدد الشركاء عن ذلك أعطاها المشرع مدة سنة من أجل تحويلها إلى شكل قانوني آخر وهو شركة المساهمة، وعند عدم القيام بذلك تنحل الشركة ما لم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا لخمسين شريكا أو أقل¹.

والحكمة من رفع الحد الأقصى لعدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تكمن في تسهيل وتشجيع عمليات إنشاء المؤسسات في شكل أشخاص معنوية وخاصة الشركات ذات المسؤولية المحدودة، الذي يبقى غير كاف بالجزائر. أمّا عن المؤسسة محدودة المسؤولية بشريك وحيد فيشترط فيها شريك وحيد كحد أدنى وحد أقصى، وإذا زاد عدد الشركاء عن الشريك الواحد، تحولت إلى شركة ذات مسؤولية محدودة متعددة الشركاء. ويعد جواز إمكانية تكوين شركة بشريك واحد² استثناء على ركن موضوعي خاص من أركان عقد الشركة، وهو ركن تعدد الشركاء، فبعدما كانت الشركة لا تقوم لها قائمة إلا بشريكين فأكثر أصبح بإمكان الشخص الوحيد أن يقطع جزءا من ذمته المالية بإرادته المنفردة لاستغلاله في مشروع اقتصادي يحقق من وراءه ربحا. وذلك دون ضرورة اللجوء إلى شريك ثان.

لكن ما حكم الشركة لو توفر ركن التعدد عند تأسيس الشركة ثم زال بعد إتمام تأسيسها واكتسابها الشخصية المعنوية، كما لو اجتمعت كل الحصص أو الأسهم في يد شخص واحد، أيا كان السبب المؤدي إلى ذلك؟

من البديهي القول بانقضاء الشركة لأن التعدد يعد شرط لاستمرار الشركة وليس لتأسيسها فقط، وإلا سمحنا بتجزئة الذمة المالية، وهو ما يتعارض ووحدتها المستقرة كمبدأ أساسي، ولذلك يعد انتفاء التعدد سببا من أسباب انقضاء الشخصية المعنوية للشركة مما يلزم البدء

¹. أنظر المادة 590 من الأمر 75-59 المعدلة بموجب القانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، المتضمن

ق.ت.ج الصادر ب: ج. ر.ج. عدد 71 بتاريخ 30 ديسمبر 2015.

². أنظر المادة 564 من الأمر 96-27 سالف الذكر.

في إجراءات تصفيته، لتتحول إلى مشروع فردي في حالة استمرار النشاط، يتحمل تبعته من آلت إليه حصص وأسهم الشركة.

هذا ما سار عيه القانون الفرنسي إلى غاية صدور قانون الشركات الفرنسي عام 1966 حيث نص على أن اجتماع الحصص أو الأسهم في يد واحدة لا يؤدي إلى حل الشركة بقوة القانون. وفي هذا الشأن أكدت المادة 590 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري حيث نصت على عدم تطبيق أحكام المادة 441 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بالحل القضائي في حالة تجمع الحصص في يد شريك وحيد¹ على الشركة ذات المسؤولية المحدودة. وبذلك يكون المشرع قد حصر إمكانية تكوين شركة بشخص وحيد على نوع واحد من الشركات وهو الشركة محدودة المسؤولية.

هذا ونشير إلى أن الفقه الإسلامي لم يحدد الحد الأدنى لعدد الشركاء فيجوز بذلك إنشاء عقد الشركة بين شخصين، وقد تتسع دائرة المشتركين فيجمع العقد أكثر من شخصين. فهو يجيز التحديد بأي عدد للشركاء أو جعله مفتوحا مادام في مصلحة الشركة².

إلا أن الشركة في الفقه الإسلامي لا تصحّ من جانب واحد بل لابد من اشتراك اثنين فأكثر لأنه لابد لانعقاد عقد الشركة توافر أطراف العقد. وأقل ما يمكن ذلك به اثنان، ولا يتصور أن تكون شركة دون أن يتعدد الشركاء لأن الإيجاب والقبول وهما طريقا التعبير عن الرضا لا يتمان إلا من طرفين تتوافق إرادتهما على عقد الشركة.

الفرع الثاني : نية المشاركة

يسيع نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري استخلاص "نية الاشتراك" كركن موضوعي خاص من أركان عقد الشركة باعتبار أن " اشتراك شخصين أو عدة أشخاص" عبارة تتضمن حكما نية الاشتراك المتبادل في عقد الشركة. وتعرف نية المشاركة على أنها الرغبة الإرادية³ التي تجمع بين الشركاء قصد التعاون لتحقيق هدف قامت لأجله الشركة بينهم.

¹. تنص المادة 590 مكرر 1 من الأمر 96-27 السالف الذكر على أنه : " لا تطبق أحكام المادة 441 من القانون

المدني والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة ".

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 194.

³. أنظر في هذا المعنى محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 285.

وقد أعطت الغرفة التجارية لحكمة النقض الفرنسية في 3 جوان 1986¹ إذ اعتبرتها:

«L'affectio Societatis suppose que les associés collaborent de façon effectives à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux perte. »

بهذا التعريف بنت محكمة النقض نيتها في مراقبة نية الاشتراك، وذلك بإعطائها تعريفاً أولياً أدنى لنية المشاركة.²

ويعبر الفقه الإسلامي عن هذا الركن بالهدف الذي يجمع الشركاء، فتقف لأجله مصالحهم ولا تتعارض حيث يجمعهم التعاون على تحقيق الغرض الذي قامت لأجله الشركة بالطرق الشرعية.

تكون هذه النية عند التعاقد³، وتظهر آثارها في تعاون الشركاء ومباشرتهم لأعمالهم، وأول مظهر لهذا التعاون هو ما يعطي للشركاء حق الإدارة والإشراف على سير أعمالها وهو ما عبر عنه الاجتهاد الفرنسي بالقول: " لا وجود لشركة دون وجود لإرادة اشتراك"⁴. نستنتج من ذلك أن نية المشاركة تتكون من ثلاثة عناصر هي: الرغبة الإرادية، والتعاون الإيجابي بين الشركاء، والمساواة بينهم⁵.

فالعنصر الأول يعني أن المشاركة لا تنشأ عرضاً أو اضطراراً، وإنما من خلال رغبة أفراد، فهي إذن حالة إرادية " تقوم على الثقة والأمل في نفوس الشركاء" وهي تختلف عن حالة الشروع التي تنشأ عن سبب لا دخل لإرادة أصحاب المال الشائع⁶ كالوفاة مثلاً.

أما العنصر الثاني وهو الرغبة في التعامل الإيجابي بين الشركاء قصد تحقيق الهدف المشترك، كتقديم الحصص وتنظيم للإدارة من إشراف ورقابة وقبول للمخاطر لهذا يجب أن لا يكون للشريك ميل سلبي يتمثل في أن يدفع مثلاً حصته و ينتظر بعد ذلك أن يتبين له نصيبه من الأرباح والخسائر، وإنما يجب على كل واحد المشاركة بطريقة إيجابية في البحث

¹. Cass. Com, 9 Avr 1996, Rev. Soc. 1997, p81 . Benac-shmidt.

².Jeantin,Sociétés commerciales, 3 eme éd , montgrestien,1994,n° 37 .

³. هناك جانب من الفقه في القانون يرى بأن نية المشاركة هي نفسها اقتسام الأرباح والخسائر، غير أن نية الاشتراك تكون في العقد التأسيسي أما اقتسام الأرباح و الخسائر فيكون بعد عمل الشركة.

⁴. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 267.

⁵. أنظر محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 285.

⁶. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 267.

عن الأرباح لأن الشركة موضوع انشغال الجميع فهي تفرض على كل الشركاء إرادة التعاون والتضافر.¹

ويفهم من العنصر الثالث أن تكون هذه الرغبة والتضافر بين الشركاء على قدم المساواة. ويقصد بها المساواة بين الشركاء في المراكز القانونية، فلا يكون بينهم تابع ولا متبوع ولا عامل ولا رب عمل، ولا يعمل أحدهم لحساب الآخر، وإنما يتعاون الجميع بغية تحقيق الهدف المقصود من خلق الشخص المعنوي الجديد.²

ويختلف هذا التعاون بحسب ما إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص أو شركات الأموال، إذ يظهر جليا في الأولى ويخف في الثانية ذلك لأن الحرص على نجاح المشروع وبذل العناية في تحصيل مصالح الشركة ظاهر وجلي في شركات التضامن والتوصية البسيطة والمضاربة، و المفاوضة، ويتضح أن عنصر المساواة هو ما يميز عقد الشركة عن عقد العمل مع الاشتراك في الأرباح أين يبقى العامل تابعا لرب العمل.³

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن نية الاشتراك تولد في النفس، وتظهر آثارها عند مباشرة الشركة لنشاطها، إذ يتصرف كل شريك بدافع من المصلحة المشتركة التي تملى عليه الحرص والحفظ والأمانة، كما لو كان يتصرف في أمواله الخاصة⁴. ويتحقق التطبيق العملي لنية الاشتراك في جميع أنواع الشركات في الفقه الإسلامي، إذ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى".

هذا الحديث قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية، حيث ربطت الأعمال بالنية، والشركة لا تقوم إذ لم تكن هناك نية الاشتراك.

ونشير إلى أن النية في المشاركة فضلا عن كونها ركن من الأركان الموضوعية الخاصة لقيام الشركة، فهي تعد الضابط الذي يميز عقد الشركة عن الكثير من العقود التي

¹. لحسين ابن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 147.

². عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ط الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1992، ص 17.

³. للحصول على تكييف دقيق لنية المشاركة أنظر محاولات الفقه الفرنسي في تكييفه لنية الاشتراك الواردة في:

Yves Guyon, droit des affaires, T1, 7^{ém} éd. 1992 economica Paris

وأیضا : سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 48.

⁴. محمد بن عبد الرحمان الزرقا، مرجع سابق، ص 147.

تشبه به، كما هو الحال في التمييز بين الجمعية والشركة وكذلك بين الشركة والشروع، كما أشرنا سابقا.

أما في الفقه الإسلامي لم يعتبر الفقهاء نية المشاركة ركنا كما اعتبره القانونيون اكتفاء بالصيغة لأن الأصل في اللفظ ونحوه أن يدل على قصد المتكلم إلا أن يقوم دليل على خلافه كأن يأتي بلفظ الشركة هازلا أو مكرها، أو يشترط في العقد ما يدل على أن المراد عقد آخر فإنها لا تعتبر شركة مثل أن يشترط الربح كله للعامل فإنه يكون قرضا لا شركة¹. وإذا عبر في عقد الشركة بلفظ يتبادر منه غيرها وأراد به الشركة فلا بد من قرينة تدل على ذلك مثل أن يتفق صاحب محل مع أحد العمال على إعطائه جزءا من الأرباح نظير عمله، وكذلك إذا كانت صيغة العقد محتملة لشركة الملك وشركة العقد فلا بد من نية أو قرينة تعين المراد².

الفرع الثالث : تقديم الحصص

يعرف ركن تقديم الحصص بأنه قيام شريك بوضع ماله أو عمله أو كلاهما معا تحت تصرف الشركة التجارية من أجل تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، ويتلقى مقابل ذلك أرباحا³.

وكل مقدم لحصص في الشركات التجارية يتمتع بصفة الشريك، وهذا بغض النظر عن طبيعة المال موضوع الحصص المقدمة إلى الشركة⁴.

نشير إلى أن لفظ الركن قد يحتمل عدة معان في إطار اللغة المستعملة، ففي الفقه العربي قد يعني تقديم الحصص كركن أو التزام يقع على عاتق كل شريك، أو يعد تصرفا قانونيا يتمثل في تحديد الحصص، وقد يعتبر المال محل الحصص المقدمة.

أما في اللغة الفرنسية الركن يعبر عنه، *L'apports en société* وقد اعتبر المشرع تقديم الحصص ركنا والعلّة في ذلك أن تقديم الحصص يؤدي إلى خلق كيان قانوني يتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء. إذن ففكرة اعتبار تقديم

¹. البهوتي، مرجع سابق، ص 509.

². محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص 183.

³. George. Ripert, traité de droit commercial, 1996, Paris, p 543.

⁴. أنظر في هذا المعنى، فوزي فتات الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون

الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، سنة 2007، ص8.

الحصص كركن مرتبطة في القانون الجزائري بفكرة الشخصية المعنوية للشركات إذا ما أنشأت إنشاء صحيحاً¹.

تعتبر الحصص المقدمة في الشركة بمثابة عناصر جوهرية لأحكام الوعد بالمشاركة يجب تحديدها، إذ تسري على الوعد بالشركة القواعد العامة في الوعد للتعاقد الواردة في المادة 72 من القانون المدني الجزائري. ويخلص من هذا النص أنه إذا وعد شخص بأن يدخل في شركة وجب أن يتضمن الوعد جميع أركان الشركة، من شركاء ورأس مال وحصص كل شريك فيها، والأعمال التي تقوم بها الشركة وغير ذلك من شروط². فالوعد بالمشاركة ليس مجرد مرحلة من مراحل تكوين الشركة³.

البند الأول: ضرورة تقديم الحصص في كل الشركات التجارية

يشترط القانون على الشركاء وجوب تقديم حصص إلى الشركة من أجل تكوين رأس مالها⁴، فلا يمكن للشركة القيام بالأعمال المنوطة بها دون تقديم حصص، فهي بذلك ركن جوهري في تكوين عقد الشركة، إذ تشكل مورداً يمول الشركة لتحقيق الهدف منها. غير أن السؤال المطروح في هذا الصدد هو هل هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الشريك - من تقديم للحصص - ينطبق على جميع الشركات التجارية؟

لقد ظهر هذا الإشكال بعد ظهور المرسوم التشريعي 93-08 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري، الذي جاء بثلاثة أنواع من الشركات منها شركة المحاصة. وبما أن شركة المحاصة لها خصوصيات ومميزات، فهي تصنف ضمن الشركات التجارية على أساس المعيار الموضوعي لا الشكلي أي بالنظر إلى طبيعة النشاط الذي تقوم به هذه الشركة. كما أن المشرع عندما اعترف بالوجود الفعلي لشركة المحاصة امتنع عن الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية، فوجود الشركة ينحصر على الشركاء فقط ولا يتعدى ذلك الغير⁵.

¹. أنظر المادة 417 ق.م.ج.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 245.

³. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

⁴. V. George. Ripert, .Roblot, Droit commercial T 1, 16^{ème} éd, paris, L.G.D.J., 1996, n°669,p 512

⁵. أنظر المادة 795 مكرر 2 من ق.ت.ج.

إذن يبدأ الإشكال في ظل انعدام الشخصية المعنوية لشركة المحاصة، فهل يلتزم الشريك المحاص في شركة المحاصة بتقديم الحصة كما يلتزم الشريك في باقي الشركات التجارية الأخرى؟

هنا اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى أن تقديم الحصة لا يعتبر ركنا أساسيا في الشركات التجارية التي لا شخصية معنوية لها، وبذلك لا يكون تقديم الحصة شرطا لصحة عقد شركة المحاصة. إذ يمكن أن تنشأ شركة المحاصة دون تقديم الحصة أو التعهد بتقديمها شريطة أن يقع هذا التعهد بالمساهمة في تحمل ما قد يترتب من خسائر¹.

ويرجع مؤيدو هذا الرأي إلى كون شكل شركة المحاصة لا شخصية معنوية لها، ومن ثم لا رأس مال ولا ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، هذا ما أدّى بالتفكير إلى عدم حاجتها إلى الحصة حتى ولو كانت صناعية².

ويعتقد البعض الآخر من الفقهاء، وهو الرأي الغالب أن تقديم الحصة شرط ضروري لقيام شركة المحاصة، ويرفض استبعاد تقديم الحصة في هذا النوع من الشركات، ويؤكد أن الشريك المحاص ملزم بتقديم الحصة التي تعهد بها عند إبرام عقد الشركة، كما أن هذا الالتزام يقع على عاتق كل الشركاء بالنسبة لباقي الشركات التجارية³.

يتضح أنه يجب تقديم الحصة بشركة المحاصة على غرار باقي الشركات التجارية الأخرى، إذ أن عدم تمتع هذه الأخيرة بالشركة الاعتبارية لا يعفي الشركاء من تقديم الحصة لكون شركة المحاصة شركة هدفها استغلال مشروع مالي ومن المستحيل أن تبلغ هدفها دون مساهمة الشركاء بتقديمهم للحصص.

وما يؤكد ذلك أن المشرع الجزائري عندما عرّف الشركة في المادة 416 السالفة الذكر عرفها على أساس أنها عقد، وحدد مقوماتها بما في ذلك تقديم الحصة، ويتضح أن نطاق تطبيق 416 هو كل الشركات التجارية بما في ذلك شركة المحاصة لأن المشرع قد اعتبرها عقد

¹. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 16.

². أنظر في ذلك فوزي فتات، نفس المرجع والصفحة.

³. فوزي فتات، نفس المرجع والصفحة.

شركة، فالعامل المشترك إذا هو فكرة العقد، ويظهر ذلك في نصي المادتين 416 من القانون المدني الجزائري، و795 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري.

ونجد أن المادة 416 تلزم الشريك في الشركة بتقديم حصته، وبالتالي كذلك الشريك في شركة المحاصة يلتزم بتقديم حصته لمسألة مهمة جدا وهي أن القانون الجزائري أقام الصلة والارتباط بين الالتزام بتقديم حصة من طرف الشريك والشركة كعقد وليس كشخص معنوي، وعليه فإن تقديم الحصة سائد في كل الشركات دون استثناء.

غير أن التسليم بما سبق ذكره يولد ويثير تساؤلا جديدا وهو ما فائدة الشخصية المعنوية إذا؟ وهل هناك فرق في تقديم الحصص بين الشركة التي تتمتع بالشخصية المعنوية والتي لا تتمتع بها؟

نقول أن فكرة الشخصية المعنوية للشركة لا تؤثر على التزام الشريك بتقديم الحصة وإنما تؤثر على كيفية وطريقة تقديم الحصص. فبالنسبة للشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية القاعدة أن طرق تقديم الحصص لا تخرج عن طريقتين .
الطريقة الأولى: أن الحصة تقدم على سبيل التملك من الشريك إلى الشركة وهو المبدأ العام.

الطريقة الثانية: هي تقديم الحصص على سبيل الانتفاع وهو استثناء .
ويعني ذلك أن الشريك الذي يريد تقديم حصة للشركة الأصل أن يقدمها على سبيل التملك، كما بإمكانه تقديمها على سبيل الانتفاع، فإذا أراد الطريقة الثانية لأبد من توضيح ذلك بالنظام الأساسي للشركة فيكون في شكل بند.

وفي حالة خلو النظام الأساسي من تحديد الطريقة المقدمة بها الحصة، يفترض المشرع في إطار القواعد العامة أنها قدّمت على سبيل التملك وهذه الطرق محددة وفق نصوص قانونية خاصة¹.

وصفوة القول أن التزام الشريك بتقديم الحصص هو التزام فرضه المشرع على كل شريك في جميع أنواع الشركات بدون استثناء، بمعنى أن قاعدة وجود الوفاء بالحصة هي قاعدة مطلقة لا يرد عليها استثناء على الأقل في القانون الجزائري.

¹. أنظر المادة 419 من ق.م.ج .

والتزام الشريك بتقديم الحصة يجد أساسا له في مقدار أو حجم مسؤولية الشريك بصرف النظر الاعتبارات التي تقوم عليها الشركة مالية كانت أو شخصية .

وعملية تكوين رأس المال بواسطة الحصص التي يقدمها الشركاء موضع اتفاق بين المذاهب الإسلامية ورجال القانون الوضعي، وإن لم يذهب بعض الفقهاء إلى أنه ركن من أركان الشركة لكنهم متفقون على أنه لا يعد شريكا من لم يسهم في الشركة بنصيب¹.

كذلك يتفق القانون الوضعي مع بعض المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية لاسيما المذهب الشافعي عندما اشترط أن يساهم كل شريك بحصته في رأس المال، حيث قضى ببطان شركة الأعمال لأنها لا تقوم على رأس مال². أما شركة الوجوه فيمكن اعتبارها في القانون الوضعي شركة صحيحة رغم عدم اعترافه بها في غالبية التشريعات ، وهذا إذا ما نظرنا إليها من وجهة تقديم الحصص على أساس أن لها رأس مال وهو ما يشتري من السلع نسيئة في ذمة الشركاء³.

وتقديم الحصص هو الذي يبرر حصول الشركاء على نصيبهم في الأرباح⁴. وقد نصّ المشرع الجزائري على ركن تقديم الحصص بصريح العبارة، وذلك في نص المادة 416 سالفه الذكر عند تعريفه للشركة.

ويربط بعض الفقهاء بين محل عقد الشركة، وركن تقديم الحصص، إذ يرون أن محل الشركة هو موضوع عقد الشركة، الذي يتمثل في المشروع المالي الذي يرغب الشركاء في تحقيقه⁵، وهو كذلك رأس مالها المقسم إلى حصص، لكل شريك حصة، ويعتبر كذلك محلا للشركة الأعمال التي تقوم بها لاستغلال رأس المال⁶.

فإذا كان محل الشركة هو الحصص المقدمة من طرف الشركاء، فيمكن القول أن عدم تقديم الشركاء لحصصهم في الشركة يؤدي إلى إبطال هذا العقد لانعدام ركن المحل.

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 133.

². علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 30.

³. علي الخفيف، نفس المرجع والصفحة.

⁴. أنظر الياس ناصيف، الأحكام العامة للشركات، مرجع سابق، ص 94.

⁵. أنظر في هذا السياق، نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 31.

⁶. أنظر المادة 416 من ق.م.ج.

ولما كان رأس المال يمثل عنصرا أساسيا بل ضروريا في تكوين الشركة، فإن التشريعات غالبا ما تتضمن إيضاح رأس المال في العقد التأسيسي للشركة، علاوة على ما تشترطه هذه التشريعات من ضرورة ألا يقل رأس المال عن حد معين يجب مراعاته عند تكوين بعض الشركات .

البند الثاني: إلزام كل الشركاء بتقديم الحصص في الشركات التجارية

من الناحية القانونية يلتزم الشريك بتقديمه لحصته بمجرد دخوله أو انضمامه إلى أي شركة بموجب المادة 416 السالفة الذكر، فالحصة تمثل أحد العناصر الجوهرية في عقد الشركة.¹

أما من الناحية الفقهية، فالفقه الفرنسي يلزم الشريك بتقديم حصته على أساس أن الالتزام بتقديم الحصة يعتبر من الشروط الأساسية لاكتساب صفة الشريك، مما يرتبط بهذه الصفة من جملة من الحقوق ومنها حق الشريك في الأرباح. ولا يعتبر الشريك شريكا إلا إذا تقدم بحصته في رأس المال.²

إن التزام الشريك بتقديم الحصة يجد أساسا له في مقدار أو حجم مسؤولية الشريك بصرف النظر الاعتبارات التي تقوم عليها الشركة مالية كانت أو شخصية. وعليه فإن نطاق التزام الشريك بتقديم الحصة يزداد قوة وإلحاحا في الشركات التي تعتبر فيها المسؤولية محدودة.³ فالشريك الذي لم يقدم أي حصة يساهم بها في تكوين رأس مال الشركة انعدمت مشاركته كذلك في الخسارة، وعدم مساهمته في الخسائر يؤدي إلى بطلان الشركة.⁴ ويعني ذلك أن أهمية الالتزام بتقديم الحصة تظهر أكثر في شركات الأموال لسبب وحيد هو أن الشريك الذي لم يقدم حصة في شركة الأموال لا يبقى أي احتمال في مساهمته في الخسائر، وهو ما يناقض نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، والمادة 426 من

¹. زيد أنيس محمد نصير، مركز شريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1984، ص153.

². أنظر ذات المعنى، زيد أنيس محمد نصير، نفس المرجع والصفحة.

³. كما هو الشأن بالنسبة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والشريك الموصي في شركة التوصية بنوعيتها، وكذلك المساهم في شركة المساهمة.

⁴. أنظر المادة 426 من ق.م.ج.

ذات القانون باعتبار المساهمة في الأرباح والخسائر يعتبر شرطا من الشروط الموضوعية الخاصة كما سيأتي بيانه.

ونشير إلى أن التزام الشريك بتقديم الحصة يبقى دائما في كل مراحل الشركة، أي مرحلة التأسيس، والتكوين، ومرحلة حياة الشركة إلى مرحلة انقضاءها، وكذلك الحال بعد صدور حكم يقضي بإفلاس الشركة التجارية وذلك لتحصيل أموالها لأجل سداد الديون التي عليها، ويملك وكيل التفليسة صلاحية مطالبة الشركاء بدفع حصصهم دون أن يكون ملزما ببيان أسباب هذه المطالبة¹.

وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي نجد أن الشريك يبقى ملتزما بتقديم حتى بعد صدور الحكم الذي يقضي بانقضاءها، ويجب التمييز في هذه الحالة بين شركات الأشخاص والأموال، حيث يمكن تصورها في شركة التضامن لأن المشرع في القانون الجزائري ألزم الشريك المتضامن بتقديم الحصة ولكن ليس وقت إبرام العقد التأسيسي².

فالمشرع ترك فاصل زمني بين الالتزام بتقديم الحصة والوفاء الفعلي بالحصة، فيقوم الشريك بتقديم الحصة عند الحاجة أي حينما يطلب منه ذلك، وبصفة عامة يمكن تصور ذلك في شركات الأشخاص أما شركات الأموال كقاعدة عامة المشرع لم يترك ذلك الفاصل الزمني بين تقديم الحصص والوفاء بها، إنما اشترط الوفاء الفعلي للحصة وقت إبرام العقد التأسيسي، بسبب أن الحصة تدخل في تكوين رأس المال، وهي تمثل الضمان العام للشركة. ونشير أن أساس التزام الشريك بتقديم الحصة تستمد من خصائص عقد الشركة، بحيث يعتبر عقد الشركة من قبيل عقود المعاوضة طبقا للقاعدة الفقهية "الغرم بالغنم"، وهو ما يسميه الفقه بالعقد الملزم لجانبين بين الشركاء من جهة و بين الشركة من جهة أخرى. ومن بين التزامات الشريك هو تقديم حصة في الشركة التجارية .

¹. أنظر في هذا الصدد فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون

الجزائري، مرجع سابق، ص 28 .

². خص المشرع لفظ التعهد بتقديم الحصص بشركات الأشخاص أما شركات الأموال فعبر عن هذا المصطلح بالاكنتاب.

ويستساغ أن عدم تقديم الحصص في الشركات التجارية يحول دون انعقادها، وعليه فإن سلطة الأفراد محدودة في مسألة تكييف العقد، إذ ليس في مقدورهم أن يطلقوا اسم شركة على عقد لم ينص فيه على تقديم الحصص¹.

البند الثالث: ضرورة تقديم حصة حقيقية

يرى الفقهاء أن الحصة تكون صورية إذا لم تكن لها أية قيمة حقيقية، أو محققة أو في حالة إذا لم تأخذ بعين الاعتبار في تحديد مقدار رأس المال، وإذا لم تعد بالفائدة على الشركة².

ويضيف الفقهاء إلى وجوب أن تكون الحصة المقدمة ذات قيمة اقتصادية، بمعنى أن تكون قابلة للتقويم كالحصة النقدية المقومة بطبيعتها أو الحصة العينية القابلة للتقويم، كما هو الحال بالنسبة للحصة من عمل . وعليه فإن كانت الحصة خالية من هذه القيمة تعتبر صورية، ومثالها الحصة المتمثلة في براءة الاختراع الباطلة، فالحصة تدخل في تكوين رأس مال الشركة الذي يعتبر أول مكونات الذمة المالية للشخص الاعتباري³.

وحتى لا يحرم الشخص من حقوقه عليه أن يقدم حصة حقيقية قابلة للتقويم ويؤخذ بعين الاعتبار صورية الحصة إذا كانت لها قيمة مالية لكن تافهة.

يجب أن تتوفر في الحصة المقدمة من طرف الشريك صفة الجدية، فلا يجوز تقديم حصة صورية مراعاة لمصلحة الغير المتعامل مع الشركة، وكذلك مراعاة للشركاء الذين قدّموا حصصاً حقيقية.

فإذا قدم الشريك حصصاً صورية يجب التمييز بين مختلف الشركات، فإذا تعلق الأمر بشركات الأشخاص فتقوم الشركة التجارية بين الشركاء الذين قدموا حصصاً حقيقية فقط دون الحصص الصورية إلا إذا كانت الحصة الصورية ذات أهمية في نشاط الشركة وبدونها لا تتعدّد الشركة⁴.

¹. زيد أنيس محمد نصير، مرجع سابق، ص 153.

². فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص39.

³. عبد الحليم أكمون، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، قصر الكتاب، البليدة سنة 2006، ص 117.

⁴. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص

وتبطل الشركة إذا كانت الشركة من شركات الأموال بسبب عدم حصول الاكتتاب في كل رأس مالها فيما يخص شركات المساهمة¹. وبسبب عدم الوفاء بكل رأس المال عند تكوين الشركة إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة².

إلا أنه يمكن إصلاح هذا العيب حتى بعد رفع دعوى البطلان ولكن قبل صدور الحكم الذي يقضي بالبطلان³. فإذا تعلق الأمر بحصة نقدية وجب طرحها للاكتتاب من جديد. أما إذا تعلق بحصة عينية فيجب تقديم حصة عينية أخرى مماثلة⁴.

لكن متى تكون الحصص المقدمة من طرف الشريك حقيقية ومتى تكون صورية ؟

لم يحدد المشرع المواصفات، والمقاييس الواجب توافرها في الحصة الجدية، فلم يتناول الحصص الصورية والجدية، وعليه إذا ثار إشكال في هذا الصدد يرجع في ذلك إلى سلطة قاضي الموضوع. وهذا نقص يجب تداركه من قبل مشرعنا، وذلك بتعريفه للحصة الحقيقية مع إدراج شروط تميزها عن الحصة الصورية.

وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي نجد أنه اشترط جملة من الشروط لكي تكون الحصة

حقيقية وهذه الشروط هي :

1- أن تكون الحصة مملوكة لمقدمها :

وفقا للقاعدة العامة فإن الشريك الذي يقدم حصة يفترض أن يكون مالكا لها⁵، ففقد

الشيء لا يعطيه وتستوي في ذلك طريقة تملك الشخص لهذه الحصة.

غير أن هذا الشرط يؤخذ بتحفظ، بمعنى أن الأمر يختلف باختلاف الطرق التي تقدم

بها الحصة، إذا ما قدمت الحصة على سبيل التملك أو على سبيل الانتفاع، فالشريك الذي

¹. أنظر نص المادة 596 من ق.ت.ج وهي خاصة بشركة المساهمة وتطبق على شركة التوصية بالأسمم إعمالا بنص المادة 715 ثالثا من ق.ت.ج.

². أنظر نص المادة 567 من ق.ت.ج.

³. تنص المادة 735 من ق.ت.ج على أنه: " تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان هذا البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة."

⁴. فوزي فتات، فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 46.

⁵. الوسيلة التي يمتلك بها الشريك للحصة لا تؤثر على صحتها، فقد تكون ناتجة عن هبة أو قرض شريطة أن يكون قرضا حقيقيا لا صوريا. أنظر فوزي فتات، فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 43.

يلتزم بتقديم حصته على سبيل التملك يلتزم بنقل الحصة من ملكيته إلى ملكية الشركة، كما يلتزم البائع في مواجهة المشتري فهو بذلك ينوي التخلي عن عناصر الملكية، وبالتالي تدخل هذه الحصة في موجودات الشركة. ويمكن لهذا الشريك أن يسترد حصته إذا ما أراد ذلك بشروط وهي :

- أن تكون الحصة لا تزال ضمن موجودات الشركة ولم تتصرف فيها.
 - وأن ترد له بعد استرداد أصحاب الحصص العينية المقدمة على سبيل الانتفاع لخصصهم.
 - أن ترد له بعد استيفاء دائن الشركة لحقوقه.
- فلو اجتمعت هذه الشروط يمكن أن تقوم الشركة بإرجاع الحصة للشريك الذي قدمها على سبيل التملك.

أما الشريك الذي يقدم حصته على سبيل الانتفاع، فهو بذلك لا يتنازل عن ملكيته للصحة، وإنما كل ما في الأمر أنه يضع الحصة تحت تصرف الشركة لتنتفع بها انتفاعاً كاملاً وهادئاً، ولكن بمجرد انتهاء فترة الانتفاع لا بد من رد الحصة للشريك كما قدمها¹. في هذه الحالة لا يشترط أن يكون الشريك مالكا حقيقيا للحصة، وبالتالي يستطيع أن يقدم مالا غير مملوك له كأن يحضر مالا من شخص أجنبي عن الشركة يقدمه على سبيل الانتفاع وبعد الانتهاء يرد تلك الحصة إلى الشخص الأجنبي، ويظهر مثال ذلك في اتفاق ضمني بين الشريك والشخص الأجنبي، ويكيّف هذا الاتفاق على أساس شركة المحاصة.

2- أن لا تكون الحصة مثقلة بديون معتبرة :

لا تساهم الحصة المثقلة بالديون في رأس مال الشركة، غير أنه لا يفهم من ذلك أن كل حصة مثقلة بالدين هي حصة صورية، بمعنى أنه يمكن أن تكون هذه الحصة حقيقية إذا كانت هذه الديون تستغرق جزءا من الحصة، أمّا إذا استغرقت الديون كامل الحصة أو معظمها فهي صورية. ويعتبر كذلك من قبيل الحصص الصورية قيام الشركة بتقديم ذمتها ككل كحصة لها في شركة تجارية أخرى على أن خصومها أكثر بكثير من أصولها².

¹. الحصة المقدمة على سبيل الانتفاع حق مطلق يمكن للشريك المطالبة باسترجاعه من دون شرط أو قيد، أما الحصة المقدمة على سبيل التملك فهو حق غير مطلق.

². أنظر في ذلك فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص، مرجع سابق، ص 42 .

وعليه إذا قدم أحد الشركاء حصصاً صورية إلى جانب حصص حقيقية، ففي شركات الأشخاص تقوم الشركة بين الشركاء الذين قدموا حصصاً حقيقية فقط، كذلك في حالة ما إذا كانت الحصص الصورية تساهم في نشاط الشركة وبدونها لا تنعقد الشركة¹.
أما بالنسبة لشركات الأموال كشركة المساهمة، تعتبر الشركة باطلة بسبب حصول الاكتتاب في كل رأس مالها وهذا ما تؤكدته المادة 596 من القانون التجاري الجزائري². وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة تعتبر الشركة باطلة لعدم الوفاء بكل رأس مالها عند تكوينها³.

وتتنوع مساهمة الشركاء في القانون الوضعي، ويطلق على ما يقدمه الشركاء حصة وبهذا تتنوع الحصص في الشركة إلى ثلاثة أنواع فقد تكون مبلغاً من النقود أو عينا أو عملاً⁴.

كما تتنوع الحصص في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أنواع، هي المال والعمل والضمان⁵. فالحصة المالية تتضمن كل من الحصة النقدية و العينية ، أما الضمان كحصة مقدمة في الشركة لا يعترف بها القانون الوضعي خلافاً للفقه الإسلامي الذي يجيز ما يتمتع به الشريك من ثقة وضمان كحصة في الشركة. وسنتعرض لكل نوع من أنواع الحصص المقدمة في الشركة وفقاً لما يراه الفقه الإسلامي وما استقر عليه القانون الوضعي.

البند الرابع: الأحكام الخاصة بركن تقديم الحصص

إن ما يقدمه الشريك من حصص في الشركة التجارية يعد فكرة أصلية، قد يعبر عنها بمصطلحين إما بالتزام الشريك بتقديم حصة في الشركة، أو بالتزامه بمساهمة في رأس مال الشركة، والمعنى يختلف في كلتا الحالتين والسبب في ذلك أنه ليس كل ما يقدمه الشريك من حصص يدخل في رأس مال الشركة إنما هناك حصص يقدمها الشريك ليساهم في تكوين الشركة وليس في رأس مالها.

¹. فوزي فتات نفس المرجع، ص 27.

². تنص المادة 596 من ق.ت.ج على أنه: "يجب أن يكتب رأس المال بكامله، وتكون الأسهم المالية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة 1/4 على الأقل من قيمتها الاسمية."

³. أنظر المادة 567 من ق.ت.ج.

⁴. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 22.

⁵. محمد عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 45.

وبمناسبة دراسة الأحكام الخاصة بكل حصة، نفرق بين أنواع الحصص المقدمة، فالحصص التي تدخل في تكوين رأس مال الشركة تشمل الحصص النقدية والحصص العينية المقدمة على سبيل التملك، أما الزمرة الثانية فتضم الحصص التي لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، وتضم الحصص العينية المقدمة على سبيل الانتفاع والحصص بالعمل.

تختلف الأركان الخاصة لركن تقديم الحصص باختلاف طبيعة الحصة المقدمة، وبهذا فإن الحصص المقدمة تصنف إلى حصة مالية نقدية و عينية و حصة من عمل.

أولاً : الحصة المالية

اتفق الفقهاء على أن المال المقدم في رأس مال الشركة هو النقد المتداول الذي يجري التعامل به وتقاس به قيمة الأشياء وتعرف به أثمانها، وهي العملة المتداولة.

ولا يجوز تقديم الأشياء العينية - المثلية أو القيمة - من غير النقد، كالعقار والمنقول والمسماة بالعروض، إلا إذا اتفقت أوصاف الحصص بأن كانت عقارا أو منقولا من نوع واحد، أو باع الشريك نصف نصيبه للآخر فيتم تقويم الحصص، وتقدير أثمانها، ويتملكها الشركاء على الشيوع فتحصل شركة الملك ثم يعقدون عقد الشركة، ويجب أن يكون للشركة مالا نقديا مباشر به نشاطها، وفي المضاربة لا يجوز أن يكون رأس مالها غير النقد¹.

وبذلك تكون الحصة المالية المقدمة للاشتراك في الشركة إما نقدا أو عينا.

أ- الحصة النقدية:

غالبا ما يسهم الشريك بحصة نقدية لكونها لا تطرح إشكالا من حيث تقويمها، وهي مبلغ من النقود يلتزم الشريك بدفعه للشركة في الميعاد المتفق عليه في عقد التأسيس². ويطبق على الالتزام بدفع الحصة النقدية القواعد العامة الخاصة بتنفيذ الالتزام الذي محله مبلغا من النقود.

إن الحصة النقدية هي الوحيدة من بين الحصص التي تقترب من مبلغ القرض، الذي يقدمه المقرض للشركة. ويظهر ذلك في تشابه مركز الشريك الذي يتقدم بها للشركة مع

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص45.

². عبد العزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 38.

مركز المقرض الذي يتقدم أيضا بالنقود¹. والفارق الوحيد بين عقد القرض النقدي والحصة النقدية هو الدور الذي يقوم به مقدم المبلغ النقدي، فمتى كان دوره سلبيا اتجاه المشروع اعتبر ما قدمه من قبيل القرض، أما إذا كانت له مشاركة ايجابية خاصة في إدارة المشروع اعتبر شريكا، وما قدمه للشركة من قبل الحصة النقدية².

والوضع الغالب هو تقديم مبلغ من النقود كحصة في الشركة³، وفي هذه الحالة يجعل القانون الوضعي العلاقة بين الشريك والشركة علاقة المدين بدائنه⁴ حيث يلتزم الشريك بدفع المبلغ الذي تعهد بتقديمه كحصة في الشركة وإلا وجب عليه التعويض⁵. والحكمة هنا يبررها لفظ التعويض الوارد في نص المادة وهي تجنب المصاريف التي قد تصرفها الشركة و دفع الشركاء على احترام تضامنهم وكذلك حاجة الشركة لهذه الحصص حتى تباشر نشاطها منذ لحظة تكوينها وإلا توقف نشاطها وضاعت عليها فرص كثيرة.

ويجوز أن يتم الوفاء بمقتضى شيكات أو بواسطة تحويل بنكي أو بريدي، كما يجوز أن يكون الأداء بواسطة سندات لأمر متى اقترن تاريخ استحقاقها بتاريخ الدفع. وبالمقابل يكون الوفاء بالمقاصة مع التذكير أن الشركة التجارية في هذه المرحلة هي في طور التأسيس ولأن أعمال هذه التقنية يقتضي أن يكون الشريك دائما للشركة بمبلغ مالي يعادل الحصة التي يجب تقديمها، في حين أن الشركة لم تتكون بعد، وليس لها أي وجود قانوني وبالتالي لا يمكن اعتبارها لا دائنة ولا مدينة. بينما يجوز الوفاء بالحصة النقدية عن طريق المقاصة وذلك عند زيادة رأس مال الشركة التجارية. إذ يمكن الوفاء بقيمة الأسهم الجديدة عن طريق المقاصة بديون تتحقق على الشركة⁶.

¹. زيد أنيس، مرجع سابق، ص 157.

². فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص، مرجع سابق ص 30 .

³. أنظر المادة 416 ق.م.ج. والمادة 421 من نفس القانون.

⁴. محمد فهيم الجندي، المرجع السابق، ص 198.

⁵. تنص المادة 421 من ق.م.ج على أنه: "إذا كانت حصة الشريك مبلغا من النقود يقدمها للشركة ولم يقدم هذا المبلغ ففي هذه الحالة يلزمه التعويض".

⁶. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 50.

ويرى الفقه الإسلامي أن الشركة لا يصح عقدها إذا لم تدفع الحصة النقدية كاملة عند العقد إذ لا يصح أن يكون رأس مال الشركة ديناً ولا مالا غائباً، لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن ذلك في الدين ولا في المال الغائب فلا يحصل المقصود¹. وقد سبق وأن تطرقنا لهذه المسألة عند دراسة محل الشركة.

وقد وضع المشرع نظاماً يجب احترامه في تأسيس شركات الأموال ففي الشركة ذات المسؤولية المحدودة يجب أن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء، ويجب أن تدفع الحصص النقدية بقيمة لا تقل عن خمس مبلغ رأس المال التأسيسي ويدفع المبلغ المتبقي من مرحلة واحدة أو عدة مراحل بأمر من مسير الشركة وذلك في مدة أقصاها خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة لدى السجل التجاري. كما يجب أن تدفع حصص رأس المال الاجتماعي كاملة قبل أي اكتتاب لحصص نقدية جديدة وذلك تحت طائلة بطلان العملية².

أما بالنسبة لشركة المساهمة فحسب نص المادة 596 من ق.ت.ج يجب أن يكتتب رأس المال بكامله، وتكون الأسهم المالية المدفوعة عند الاكتتاب بنسبة الربع على الأقل من قيمتها الاسمية، ويتم وفاء الزيادة مرة واحدة أو عدة مرات بناء على قرار من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب كل حالة، في أجل لا يتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ تسجيل الشركة في السجل التجاري. وفي حالة زيادة رأس المال تكون الأسهم المكتتب فيها نقداً واجبة الوفاء إجبارياً عند الاكتتاب بنسبة الربع على الأقل من قيمتها الاسمية وعند الاقتضاء بكامل علاوة الإصدار³. وما تحديد المدّة إلا لتمكين الشركة من تحصيل رأس المال المعتبر في هذا النوع من الشركات.

وإذا كان الأصل أن الحصة النقدية تقدم على سبيل التملك فإنه لا يوجد مانع أن تكون حصة الشريك ليست هي ملكية المبلغ من النقود بل حق الانتفاع به⁴. فكثيراً ما يفضل الشريك تقديم حصته النقدية في الشركة التجارية على سبيل الانتفاع وليس على سبيل

¹. ابن قدامة ، مرجع سابق، ص19.

². أنظر المادة 567 المعدلة بموجب القانون 15-20 سالف الذكر.

³. أنظر المادة 596 من ق.ت.ج.

⁴. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش ص 262.

التمليك، وذلك حتى يسترد الشريك المبلغ كاملا. وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء أن الحصة النقدية المقدمة على سبيل الانتفاع لا تعتبر حصة نقدية ولكن تعتبر حصة عينية لأن التفرقة بين الحصة المقدمة على سبيل التمليك والحصة المقدمة على سبيل الانتفاع لا تنطبق إلا على الحصص العينية فقط¹.

ويثار السؤال حول صحة الحصة النقدية المقدمة على سبيل الانتفاع من طرف الشريك محدود المسؤولية؟ هل يساهم هذا الأخير في خسائر الشركة أم لا؟ ذهب البعض إلى أن الشريك الذي يقدم حصة نقدية على سبيل الانتفاع في الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشريك محدودة لا يساهم في خسائرها، فلكي يساهم هذا الأخير في خسائر الشركة عليه أن يتخلى عن كل أو جزء من حصته للشركة ليصبح حق خالص لدائني الشركة ودون أن يكون له الأمل في استرداده².

بينما ذهب جانب من الفقه إلى أن الشريك الذي يقدم حصة نقدية على سبيل الانتفاع في الشركات محدودة المسؤولية والتي لم تجني أرباح، يساهم في خسائرها، إذ أنه حرم من الأرباح التي كان من المنتظر أن تجلبها له هذه الحصة وكما يقول الفقيه الفرنسي هتكار " إن عدم حصول الشريك على أرباح يساوي مشاركته في تحمل الخسائر.

«³ den des vaut participation aux pertes l'absence de divi »

ويجيز القانون الوضعي أن تكون حصة الشريك ديونا له في ذمة الغير، وفي هذه الحالة لا ينقضي التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون، ويكون الشريك فوق ذلك مسئولا عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها⁴. ومقتضى ذلك أن الشريك في هذه الحالة لا يضمن فقط وجود الحق قبل الغير بل استيفاء هذا الحق⁵. أي أن

¹. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 53.

². فوزي فتات، نفس المرجع، ص 54.

³. فوزي فتات، نفس المرجع والصفحة.

⁴. أنظر المادة 424 من ق.م.ج.

⁵. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 56.

الشريك ضامن ليسار مدينه في الحال والاستقبال، وهذا يخالف القاعدة العامة وهي أن المحيل لا يسأل إلا عن وجود الحق المحال به وقت الحوالة¹.

غير أن هذا الحكم يمكن تبريره بأن الشريك الذي تعهد بتقديم حصته ديونا له في ذمة الغير يعتبر ضامنا وجود الحق وقت الحوالة ويضمن وفاء المدين عند تاريخ الاستحقاق، لأن الشركة في حاجة إلى استكمال كل عناصر رأس مالها دون تأخير، وقد يصيب الشركة ضرر، وذلك عندما يقع الغش من الشريك إذا وفي حصته النقدية عن طريق ديون له قبل الغير يستحيل استيفاؤها².

أما موقف الفقه الإسلامي من الحصة عندما تكون دينا في ذمة الغير، فإنه كما سبق توضيحه لا يجوز شرعا أن تكون حصة الشريك دينا في ذمة الغير، بمعنى أنه يجب أن يكون المال (قيمة الحصة) حاضرا عند الشراء لا عند العقد، لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده، هذا رأي الحنفية وإليه ذهب الجمهور من الفقهاء³. كما أجازوا ما في معنى الحضور كما لو قال: اقبض ديني الذي على فلان ثم ضارب به ، أو قال: اقبض وديعتي من زيد وضارب بها لأنه وكله في القبض وعلق المضاربة على القبض⁴.

وفي الفقه المالكي إجازة التأخير القصير في الوفاء بالحصص المالية، حيث أجازوا الشركة بالمال الغائب إذا كانا لا يتجران إلا بعد قبض المال الغائب، فأما إن كانا يتجران إلى أن يقبضا فلا يجوز، وقيل بالجواز إذا لم تكن الغيبة بعيدة جدا، وتحددت الغيبة البعيدة جدا إذا كان المال على مسافة عشرة أيام⁵.

وبذلك يتضح جواز المشاركة بالدين في شركة المضاربة عند الحنفية والحنابلة، وكذلك جواز المشاركة بالمال الغائب عند المالكية هو محل اتفاق مع القانون الوضعي عندما أجاز المشرع الوضعي أن تكون حصة الشريك دينا في ذمة الغير، وفي ذلك فتح مجال للذين

¹. بما أن الحق في هذه الحالة ينقل إلى الشركة التجارية عن طريق حوالة الحق فإن القواعد المنصوص عليها في المواد من 239 إلى 250 من ق.م.ج تسري في هذا الشأن.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 334.

³. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 19.

⁴. البهوتي، مرجع سابق، ص 512.

⁵. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 202.

يريدون المشاركة ولهم حقوق لدى الغير حالة الأداء أو يحل أداؤها قريبا خاصة وأن بعض الفقهاء لم يشترطوا حضور رأس مال الشركة وقت العقد بل اشترطوا وجوده وقت الشراء.

ب- الحصة العينية

يجوز قانونا أن يتقدم الشريك بحصة عينية (كالعقار أو المال المنقول)¹. والمال المنقول قد يكون مادي كالآلات والبضائع، أو معنوي كبراءات الاختراع أو محلا تجاريا. وهذه الحصة العينية إما يتقدم بها الشريك على سبيل التملك وهو المبدأ العام، أي ينقل أو يتعهد بنقل ملكيتها إلى الشركة، أو أن تكون لمجرد الانتفاع فقط وهو الاستثناء. والأصل أن الحصص العينية تقدم على سبيل التملك لا على سبيل الانتفاع، غير أنه إذا لم ينص في عقد الشركة على طريقة تقديم الحصص، فيفترض أن الحصة المقدمة تكون على سبيل التملك. أن تتصرف فيها².

1- الحصة العينية المقدمة على سبيل التملك:

الأصل أن الحصص العينية تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك فإذا لم ينص عقد الشركة على طريقة تقديم الحصص فيفترض أن الحصة العينية مقدمة على سبيل التملك لا على سبيل الانتفاع فقط³. فإذا قدمت الحصة على سبيل التملك تدخل في ذمة الشركة كشخص معنوي، ويترتب على ذلك أن هذه الحصة تدخل في إطار الضمان العام لدائني الشركة، وبالتالي يجوز لهم الحجز عليها لاستيفاء ديونهم.

¹ اتفق الفقهاء على أن المال إذا كان مما لا يمكن نقله و تحويله من مكان إلى آخر يسمى عقارا كالأرض، فإذا كان بالإمكان نقله و تحويله من مكان لآخر مع بقاء صورته وهيبته على ما كانت عليه فإنه يسمى منقولاً وذلك كالسيارات والسفن والأثاث. لكنهم اختلفوا فيما يتم نقله و تحويله من مكان إلى آخر مع تغيير صورته وهيبته بسبب النقل و التحويل كالبناء و الشجر فقال الحنفية : إنه من قبيل المنقول وقال المالكية : من قبيل العقار. غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعاً له وهو البناء و الفراش فهما يدخلان في العقار تبعاً في بعض العقود و التصرفات الشرعية لأنهما يتصلان به اتصال قرار و ثبات لا حاجة للنص عليهما لإدخالهما في ضمن ما يشملهما العقد. ويميل القانون الوضعي إلى الأخذ برأي المالكية في تحديد معنى العقار و المنقول، و يعتبر المنقولات التي توضع في العقار لخدمته و استغلاله من العقار و تسمى عقارا بالتخصيص. أنظر محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 204.

² سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 45.

³ هذا ما تؤكدته المادة 419 من ق.م.ج.

نشير إلى أن كل الأموال التي تقدم على سبيل التملك يمكن تقديمها على سبيل الانتفاع سواء كانت هذه الأموال مادية أو معنوية¹.

وعند تقديم الحصة العينية على وجه التملك فإنها تشبه البيع في كل ما يتعلق به من نقل الملكية، وإن كانت لا تشبه البيع في دفع الثمن مقابل نقل الملكية، إذ أن نقل ملكية الحصة للشركة يقابله حق الشريك الاحتمالي في الأرباح التي قد تنتج عن الشركة². غير أنه أحيانا قد يقدم الشريك حصة عينية على سبيل التملك ولكنه يتلقى في مقابل ذلك مجموعة من الحقوق في الشركة وثمنا نقديا في آن واحد، والحصة في هذه الحالة تسمى بالحصة المختلطة³.

ورغم ذلك فقد أنزل المشرع الجزائري حكم القواعد العامة المتعلقة بالبيع على تقديم الحصة العينية على سبيل التملك⁴. كما أن الأحكام التي تسري على عقد البيع باعتباره تصرفا بعوض هي التي تمتد لتطبق على تقديم الحصص في الشركة. أما القواعد التي تطبق على عقد البيع والتي لا يمكن تبريرها إلا بالثمن، فإن تطبيقها يكون مستبعدا في مجال تقديم الحصص في الشركات التجارية⁵.

ولما كان مقدم الحصة شريكا وليس بائعا، فإنه لا يتمتع بامتياز البائع بسبب المبالغ التي قد تلتزم بها الشركة قبله، فضلا عن أن تقديم عقار كحصة في الشركة لا يبرر الأخذ

¹. فوزي العطوي، مرجع سابق، ص 46.

². مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 24.

³. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 61.

⁴. تنص المادة 422 من ق.م.ج على أنه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك."

⁵. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 62.

بالشفعة¹. كما أنه لا يفيد من قواعد الغبن عندما يقدم عقارا كحصة في الشركة²، ولا يستفيد كذلك من الحق في الحبس³.

وعليه لا تعد الشركة مالكة للعين إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر المقررة، فإذا كانت حصة الشريك هي ملكية عقار أو أي حق عيني آخر على العقار، وجب التسجيل حتى تنتقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة⁴. فابتداء من تاريخ القيد في السجل التجاري تكتسب الشركة التجارية الشخصية المعنوية⁵، وتكون لها بذلك ذمة مالية يمكن للحصة المقدمة من قبل الشريك أن تنتقل إليها.

ويثار الإشكال بالنسبة لشركة المحاصة وهي من شركات الأشخاص التجارية إلا أنها تختلف عن باقي الشركات التجارية لكونها لا تنعم بالشخصية المعنوية⁶، وبذلك لا ذمة مالية مستقلة عن الشركاء لها. فالسؤال يطرح هل تنتقل لها ملكية الحصص المقدمة كرأس مال في هذه الشركة؟ وكيف يتم تقديم الحصة في شركة المحاصة في ظل غياب الشخصية المعنوية؟

إن انعدام الشخصية المعنوية والذمة المالية لا يعني الشركاء في هذه الشركة من تقديم الحصص التي تسهم في استغلال المشروع الاقتصادي، إلا أن الحصص المقدمة في شركة المحاصة لا تنتقل ملكيتها بسبب انعدام الذمة المالية. وفي هذا الصدد يجب أن يتفق الشركاء على طريقة تقديم الحصص⁷. فإما أن يحتفظ كل شريك بملكيته للحصة، أو تنتقل

1. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 24

2. تنص المادة 358 من ق.م.ج على قواعد الغبن إذا كان المبيع عقارا .

3. تنص المواد من 200 إلى 202 من ق.م.ج على الحق في الحبس.

4. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 59.

5. أنظر المادة 549 من ق.ت.ج .

6. يراجع في هذا الشأن نص المادة 795 مكرر 2 من ق.ت.ج، التي تنص على أنه: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير. فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل.

لا تطبق أحكام الفصل التمهيدي وأحكام الباب الأول وأحكام الفصل الرابع من هذا الكتاب، على شركة المحاصة."

7. ونشير هنا إلى قلة النصوص المنظمة لشركة المحاصة، وقد أغفل المشرع الجزائري الكثير من المسائل المتعلقة بهذه الشركة، ومن بين الإشكالات التي انعدم فيها النص هي كيفية تقديم الحصص في شركة المحاصة، والمشرع الجزائري لم

ملكية الحصص إلى مدير شركة المحاصة، أو أن يتفق الشركاء على أن تكون الحصص مملوكة بينهم جميعا على وجه الشروع¹. وسيأتي بيان ذلك في الباب الثاني من هذه الرسالة. وإذا لم يوجد اتفاق بين الشركاء في شأن طريقة تقديم الحصص، فيفترض أن كل شريك احتفظ بملكية حصته، وهذا خلافا للأصل العام الذي يفترض أن الحصص المقدمة للشركة تكون على سبيل التملك وليس على سبيل الانتفاع².

كذلك يلزم إتباع الإجراءات المقررة في التنازل عن بعض الحقوق المنقولة كإعلان المدين المحال عليه حوالة الحقوق الشخصية³، أو الإجراءات اللازمة للتنازل عن شهادة الاختراع والمحل التجاري⁴. وهذه الأشياء كبراءة الاختراع أو العلامة التجارية أشياء مستحدثة وليدة التطور التجاري لم تكن معروفة لدى فقهاء المسلمين، وإن كانوا قد عرفوا الحق المالي والحق غير المالي (المنفعة)⁵.

فمن المصلحة إقرار ملكية هذه الحقوق لأصحابها لأن فيه تشجيع على الإبداع والاختراع، وهو ما تشجع عليه الشريعة الإسلامية ولكي يعلم من يبذل جهده أنه يختص باستثمار إبداعه وابتكاره، وأنه سيكون محميا من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة جهده، إذن يجوز شرعا بيع الحق المعنوي وهبته والمشاركة به⁶.

وعلى ذلك يمكن القول أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على أن ما يصلح أن يكون محلا للالتزام يصلح أن يكون حصة في الشركة، والحق المعنوي يصلح أن يكون محلا للالتزام فيصلح بذلك أن يكون حصة في الشركة.

أما عن كيفية انتقال ملكية الحصة للشركة فنفرق إذا كانت الحصة عبارة عن مال منقول معين بالذات فإنها تنتقل إلى الشركة التجارية فورا وبمجرد العقد. أما إذا كانت حصة

يجب عن هذا التساؤل وبالتالي لا نجد مفر من الرجوع إلى القانون الفرنسي الذي حدد بوضوح الطرق التي تقدم بموجبها الحصص في شركات المحاصة، وهي الطرق الثلاثة المذكورة في المتن.

¹. George Ripert, traité de droit commercial, Paris 1996 , p 677.

². محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 515.

³. أنظر المادة 241 من ق.م.ج .

⁴. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 206.

⁵. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع، ص 207.

⁶. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع، ص 209.

الشريك عبارة عن مال منقول معين بنوعه فإن ملكية الحصة تنتقل إلى الشركة التجارية بالإفراز¹. أما إذا كانت الحصة عبارة عن عقار فإن ملكية الحصة لا تنتقل إلى الشركة التجارية إلا بالإجراءات التي يستلزمها القانون.

كما تخضع الحصة العينية المقدمة على سبيل التمليك لقواعد عقد البيع فيما يتعلق بتبعية الهلاك حيث أن تبعية الهلاك تكون على عاتق الشريك قبل تسليم الحصة، وعلى عاتق الشركة بعد التسليم². وهذا له نظيره في الفقه الإسلامي حيث قال المالكية: "إن خلط الحصص شرط في الضمان، لا في الانعقاد، أي أن الخلط يكون بمثابة تسليم الحصة للشركة، فإن كان ثمة تلف فيكون على الشركة³.

وإذا أصاب الحصة تلف ونقصت قيمتها قبل تسليمه جاز للشركة إما أن ترفض الحصة في حالة ما إذا كان النقص جسيماً وإما أن يبقى عليها مع إنقاص قيمة الحصة بقدر النقص في قيمتها⁴.

كما يلتزم الشريك المقدم للحصة في عقد الشركة بالضمان المتمثل في عدم التعرض للشركة في الانتفاع بالحصة وكذلك في منع تعرض الغير لها⁵، فضلاً عن ضمان ما خفا من عيوب بإمكانها من إنقاص قيمة الحصة المقدمة للشركة⁶.

ويجدر الذكر أن انتقال ملكية العين التي يقدمها الشريك للشركة وإجراءات نقل الملكية وملكيتهما من قبل الشركة هو موضع اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي⁷، إلا أن الفرق بينهما أن البيع و التمليك في الفقه الإسلامي يقع بين الشركاء بالطريقة التي لجأ إليها بعض الفقهاء وهي أن يبيع كل منهم نصف عرضه بنصف عرض الشريك الآخر، أو بتقدير القيمة عند من يجيز الشركة بالعروض⁸.

¹. هذا ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة 166 من ق.م.ج. ويقصد بالإفراز تحديد المال لجعله معيناً بالذات.

². أنظر المادة 422 من ق.م.ج.

³. الخطاب، مرجع سابق، ص 125.

⁴. أنظر المادة 370 من ق.م.ج.

⁵. أنظر المادة 371 من ق.م.ج.

⁶. أنظر المادة 379 من ق.م.ج.

⁷. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 140.

⁸. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 17.

بينما في القانون الوضعي يتم التملك من الشريك للشركة على أن لها شخصية معنوية مستقلة عن الشركاء، لها ما للشريك من حقوق، أموالها مستقلة عن أموال الشركاء، وتعتبر ضمانا عاما لدائنيها وحدهم. كما تخرج حصة الشريك في الشركة عن ملكه وتصبح مملوكة للشركة ولا يكون له إلا مجرد حق في نسبة معينة من الأرباح ولا يجوز لدائنيه أن يحجزوا على شيء من أموال الشركة حتى ولو كان مدينهم هو الذي قدمه إليها كحصة في رأسمالها¹.

2- الحصة العينية المقدمة على سبيل الانتفاع:

قد تتصرف الشركة في الحصة المقدمة على سبيل التملك بالبيع، كما قد ينتج عن توزيع أموال الشركة منح هذه الحصة إلى شريك آخر، بل أكثر من ذلك فقد لا يسترد الشريك صاحب الحصة العينية المقدمة على سبيل التملك ما يعادل حصته لأن أموال الشركة لا توزع بين الشركاء إلا بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم. وحتى يضمن الشريك استرداد حصته عليه أن يقدمها على سبيل الانتفاع أي يمكّن الشركة من الانتفاع بالمال محل الحصة لمدة معينة غالبا ما تكون هي مدة بقاء الشركة على قيد الحياة مع احتفاظ الشريك بملكية المال محل الحصة. فتكون مجموع المنافع التي تحصل عليها الشركة من هذا المال حصة له في الشركة التجارية².

ولقد أجاز المشرع الجزائري للشريك تقديم حصته العينية على سبيل الانتفاع في الشركات التجارية. غير أن العبارات الواردة في المادة 419 من ق.م.ج لا تحت على إتباع هذه الطريقة، وبذلك فهي نادرة الوقوع³.

إذا كانت الحصة المقدمة على سبيل الانتفاع فقط، في هذه الحالة يجب التفريق بين ما إذا كان المقصود تقرير حق انتفاع عيني على الحصة أم مجرد تقرير حق شخصي عليها.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 329.

² فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 74.

³ تنص المادة 419 من ق.م.ج على أنه: "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وأنها تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك."

الحالة الأولى: تقرير حق انتفاع عيني على الحصة

يحتفظ مقدم الحصة بملكية الرقبة ويستردها عند نهاية الشركة ولا يجوز للشركة التصرف فيها، كما لا يجوز لدائنها توقيع الحجز عليها وإذا هلكت بعد التسليم هلكت على الشركة وليس على الشريك لأن العلاقة بين الشريك والشركة يحكمها عقد البيع¹. ويبقى حق الشريك في قبض الأرباح كما لو كانت الحصة لم تهلك وإذا ظهر في الحصة عيب أو عجز تطبق أحكام ضمان الاستحقاق أو العيوب الخفية. وإذا انقضت الشركة فإن المال لا يعود للشريك الذي قدمه بل يوزع ثمنه على الشركاء جميعاً².

الحالة الثانية: تقرير حق انتفاع شخصي على حصة الشريك

في هذه الحالة يكون تقديم الحصة على سبيل الانتفاع بالعين مع احتفاظ مقدم الحصة بالملكية فإن أحكام عقد الإيجار هي التي تسري، وتقدر حصة الشريك بقيمة إيجار الشيء المقدم طوال مدة الشركة، وإذا هلكت الحصة في هذه الحالة فإنها تهلك على الشريك، ذلك لأن الشيء يهلك على مالكة³. وتزول عنه صفة الشريك ما لم يسارع ويقدم حصة أخرى، لأنه كالمؤجر يجب أن يقدم الانتفاع فالشريك في حكم المؤجر والشركة في حكم المستأجر⁴. تسري أحكام الإيجار على العلاقة بين الشريك والشركة وعلى هذا الأساس يجب على الشريك أن يضمن للشركة الانتفاع بالمال محل الحصة كما يلتزم بضمان جميع العيوب التي تمنع من الانتفاع بها⁵.

وإذا كانت الحصة المقدمة من الشريك على سبيل الانتفاع مما يهلك بالاستعمال كالبيضائع والمواد الأولية فإن للشركة حق استعمال هذا الشيء والتصرف فيه كلية وفي هذه الحالة

¹. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 59.

². مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 25.

³. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 60. أنظر المادة 850 من ق.م.ج.

⁴. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 25.

⁵. تنص المادة 488 من ق.م.ج على أنه: "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع نقصاً محسوباً ولكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها ويكون مسئولاً عن عدم وجود الصفات التي تعهد بها صراحة أو خلوها من صفات ضرورية للانتفاع بها، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد.

تطبق أحكام شبه الانتفاع بحق عيني فتمتلك الشركة وإذا هلكت الحصة كان الهلاك على الشركة¹.

وتلزم الشركة برد العين ذاتها إلى الشريك بعد انتهاء مدة الشركة سواء كانت الحصة تقرير انتفاع عيني أو مجرد تقرير حق انتفاع شخصي عليها².

كما تجدر الإشارة إلى أن جميع الأموال التي يمكن تقديمها على سبيل التملك يمكن أن تقدم أيضا على سبيل الانتفاع، سواء كانت هذه الأموال مادية كالعقارات والمنقولات أو أموال معنوية كبراءة الاختراع أو محلات تجارية أو أحد عناصرها المعنوية³.

ويجب أن تقدر الحصة العينية تقديرا دقيقا فور تقديمها حتى يتحدد نصيب كل شريك في رأس المال حماية لمصالح الشركاء ومصالح الغير⁴. وغالبا ما تضع التشريعات قيودا خاصة لهذا التقدير خاصة في شركات الأموال خشية الإضرار بالدائنين بما أن رأس المال فيها هو الضمان الأساسي لهم⁵.

أما عن رأي الفقه الإسلامي في الاشتراك بحصة مقدمة على سبيل الانتفاع فقد اختلف الفقهاء في حكمها على رأيين:

الأول: قال بالجواز وهو مذهب الحنابلة و المالكية⁶. واستدلوا على ذلك بأنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في الزراعة.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 60.

². سميحة القليوبي، نفس المرجع والصفحة.

³. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 75.

⁴. توضح المادة 425 من ق.م.ج على أنه في حالة سكوت القانون الأساسي عن تحديد نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر فإن نصيب كل واحد يتحدد بنسبة حصته في رأس المال.

⁵. تنص المادة 568 من ق.ت.ج على أنه: " يجب أن يتضمن القانون الأساسي ذكر قيمة الحصة العينية المقدمة من الشركاء ويتم ذلك بعد الاطلاع على تقرير ملحق بالقانون الأساسي يحرره تحت مسؤوليته المندوب المختص بالحصص والمعين بأمر من المحكمة من بين الخبراء المعتمدين.

ويكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدّة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة."

⁶. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 109.

الثاني: قال بالمنع وهو مذهب الحنفية والشافعية¹.

والذي يتفق مع قواعد الفقه الإسلامي حول تقديم الحصة للانتفاع، أنه ما دامت الحصة العينية المقدمة لمجرد الانتفاع لا تهلك بالاستعمال، فإنها تكون قابلة للنماء بالعمل بها، وهذا النماء مقدر بالقيمة عند العقد فتجوز الشركة بها تيسيرا على الناس ودرء للمشقة، فإنه يجوز أن أذفع محلا لآخر يتخذه معرضا ويكون حصة لي في شركة بيني وبينه. أما إذا كانت الحصة محل الانتفاع مما يهلك بالاستعمال كالمواد الأولية فمن المقرر أن تقرير حق الانتفاع عليها يؤدي حتما إلى نقل ملكيتها إلى الشركة، وتدخل في ذمتها ويكون لها التصرف فيها، وعند انتهاء الشركة يكون لمقدم مثل هذه الحصة حق استرداد ما يقابلها في موجودات الشركة وهذا لا يمكن إلا بشراء الشركة مثل العين المقدمة وتسليمها لصاحبها². وهذا معناه تملك العين لا المنفعة وذلك باتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ثانيا: الحصة بالعمل³

يجوز للشريك أن يقدم عمله كحصة في الشركة⁴، كالخبرة الفنية في نشاط الشركة أو إدارة المصنع أو القيام بعمليات البيع، بحيث يبذل مجهودا ذهنيا أو يدويا يساعد على نجاح الشركة، ويساهم في تحقيق الأرباح. وهذا هو العمل الجدي الذي يعبر به عن حصته في الشركة، ويعطي للشريك حق الحصول على نصيبه في الربح.

والفقه الفرنسي يستبعد من نطاق الحصة بالعمل المجهود العضلي، لأن الشركة إذا كانت بحاجة إليه تستطيع أن تحصل عليه بموجب عقد الخدمات (عقود عمل)، لكن الراجح أن كل عمل يقدمه الشريك للشركة تتخذه في نشاطها سواء كانت هذه الأعمال من طبيعة فنية أو تجارية أو إدارية، وبهذا العمل يصبح الشريك شريكا في الشركة، ويتلقى مقابل ذلك

¹. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 212.

². محمد فهم الجندي، نفس المرجع، ص 214.

³. يجمع الفقه الفرنسي على تعريف الحصة بالعمل كالتالي:

« L'apport en industrie consiste en l'engagement pris par un associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales, par la mise à disposition de son travail, de son talent, de ses compétences et connaissances techniques ou professionnelles. » V, DANA DEMARET (S) ; « Théorie des apports en industrie » J.C.L.SOC, fasc11,1992,p2 .

⁴. أنظر المادة 416 من ق.م.ج.

مجموعة من الحقوق¹ شريطة أن يكون العمل جديا يساهم في نجاح الشركة، فالعبرة ليست بطبيعة العمل وإنما بمدى أهميته بالنسبة لنشاط الشركة.

أما إذا كان العمل تافها لا يعود على الشركة بأي نفع عدّ صاحبه أجيرا يحصل على أجره في صورة جزء من الربح.

ويلتزم الشريك بالعمل بالقيام بالخدمات التي تعهد بها. وعليه القيام بالعمل المتفق عليه في المواعيد المتفق عليها، وأن يكرس جهده لهذا العمل، وأن لا يدخل في منافسة للشركة التي يعمل بها بأن يباشر نشاطها لحساب نفسه أو لحساب الغير بحيث يضر بها، فإذا قام بالأعمال التي تعهد بها وكسب أجرا من الغير وجب عليه أن يقدم حسابا عما يكون قد كسبه من وقت قيام الشركة بمزاولة العمل الذي قدمه كحصة لها². ولا يكون الشريك بحصة من عمل ملزما بأن يقدم للشركة ما حصل عليه من حق اختراع إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك³.

أ- خصائص حصة العمل:

حتى تكون حصة العمل جائزة لتقديمها كحصة في الشركة يراعى فيها ثلاث شروط وهي على التوالي:

1- أن تكون مشروعة:

هذا الشرط يصدق على جميع أنواع الحصص مالا كانت أو عملا، كما أنه شرط مأخوذ من نهى المولى عزّ وجلّ عن أكل أموال الناس بالباطل وذلك في قوله تعالى: وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ... ﴿١٨٨﴾⁴.

كما يفهم من هذا الشرط أن لا يتعامل الشريك بما حرّمه الله، وقد نصّ القانون على هذا الشرط وعبر عنه بأن لا يكون العمل مخالفا للنظام العام والآداب العامة⁵. ولو أن هذا

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 52.

². أنظر ف1 من نص المادة 423 من ق.م.ج.

³. أنظر ف2 من نص المادة 423 من ق.م.ج.

⁴. الآية 188 من سورة البقرة.

⁵. من أمثلة الأعمال غير المشروعة قيام الشريك بالعمل بالترويج لمشروع وهمي أو استغلاله لنفوذه السياسي أو الوظيفي.

المعيار منتقد من طرف فقهاء المسلمين لأنه غير منضبط ويتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص، في حين نجد أن الضابط الشرعي محكم ومعلوم لا يتغير ولا يتبدل. كذلك لا يصح أن تتمثل حصة الشريك بالعمل في مجرد ما يتمتع به من سمعة تجارية أو ثقة مالية وهذا بالنسبة للقانون الوضعي¹، أما الفقه الإسلامي فيجيز هذه الحصة للاشتراك في الشركة كما سنرى في الباب الثاني من هذه الرسالة في معرض الحديث عن شركة الوجوه.

2 - يشترط الجدية في العمل المقدم:

بمعنى أن يكون العمل ذا قيمة نافعة للشركة نتيجة للدور الهام الذي يناط بحصة العمل، إذ به تتجج الشركة، وتتألق سمعتها والعمل هو أساس تحصيل الربح لأن المال لا يتأتى بالمال وإنما بالمجهود الإنساني، وهذا ما يفسر جعل الفقهاء يقرون إعطاء الشريك حصة زائدة من الربح مقابل مهارته في عمله وإتقانه خلافا لغيره من الشركاء. فضلا عن سماحهم لشركات الأعمال بأن تقوم على حصص عمل فقط. ويؤيد القانون هذا الرأي إذ يعتبر العمل جديا إذا انطوى على التخصص بالنسبة لطبيعة نشاط الشركة وليست العبرة بالنسبة لطبيعة العمل في ذاته، بل المهم هو ما يحققه من نفع للشركة، فقد يكون عملا قليل الشأن في الظاهر لكن له أهمية في نشاط الشركة².

ومن الضروري حتى نكون بصدد حصة عمل بالمعنى الدقيق أن يقدم الشريك مجهودا شخصيا جادا ومفيدا تنتفع به الشركة في تحقيق أغراضها، فإذا انعدم هذا المجهود أو إذا انعدم النفع الذي يعود من ورائه فإن ما يقدمه الشريك لا يصلح حصة في الشركة خاصة إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية تقرر أن الربح لا يستحق إلا بعمل أو مال.

3- يجب أن يتصف العمل بالاستمرار و الدوام:

تختلف حصة العمل عن كل الحصص النقدية والعينية في أنها التزام مستمر³، ودوري التنفيذ فبينما يمكن تقديم كل من الحصتين النقدية والعينية دفعة واحدة، بحيث يتخلص الشريك بعد ذلك من أي التزام قبل الشركة، فإن حصة العمل بطبيعتها لا يمكن تقديمها إلا

¹. أنظر نص المادة 420 من ق.م.ج.

². محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 162.

³. Philippe Merle, n° 34, Droit commercial, sociétés commercial; Dalloz1988.

على دفعات متتابعة ومتعاقبة تنفذ يوماً بيوم وتستمر طوال حياة الشركة. فلا يتصور تقديم العمل دفعة واحدة إلا إذا كان في شكل خدمة تقدم إلى الشركة، دون أن يقصد منها انتفاعها المستمر بهذه الخدمة، وهنا لا نكون بصدد حصة عمل بمعناها الدقيق، لأن حصة العمل هي التي يكون الزمن عنصر أساسي في تقديمها وتحديد حجمها، سواء تحددت المدة صراحة في عقد الشركة أو تم تحديدها بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد العمل الذي تزعم الشركة انجازه¹.

وينتج عن الطبيعة المستقبلية للخدمات المكونة لحصة العمل صعوبة تحديد قيمتها بطريقة واضحة وأكيدة وقت تقديمها إلى الشركة، الأمر الذي يضيفي الصفة الاحتمالية على هذه الحصة ويتعارض مع دخولها عنصراً في رأس المال²

ويترتب على خاصية التتابع والاستمرار لحصة العمل عدة نتائج أهمها³:

- حصة العمل على خلاف غيرها من الحصص النقدية والعينية ليست قابلة للوفاء الحال أو الكلي بل لا بد أن يتم وفائها بصفة متتابعة.

- إذا انقضت الشركة قبل الميعاد المحدد لانقضائها يجب أن يقابل ذلك إنقاص نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسائر بنسبة المدة التي انقضت فيها الشركة قبل موعدها المحدد، فمثلاً لو انقضت الشركة بعد ثلاث سنوات وكانت المدة المحددة لانقضائها هي أربع سنوات، فإن نصيب الشريك بالعمل في الأرباح والخسائر يقل عن الشركاء الآخرين مقدمي الحصص النقدية والعينية بنسبة الربع.

- إذا هلكت حصة العمل سواء بوفاة الشريك بالعمل أو بعجزه الدائم عن أداء العمل المتفق عليه، فإن الحصة تهلك على مقدمها وليس على الشركة، وذلك من وقت هلاكها، بحيث لا يكون من حق الشريك بالعمل الحق في المشاركة في أرباح الشركة أو تحمل خسائرها من وقت توقفه عن أداء العمل الذي التزم بتقديمه، أما الأرباح السابق تحقيقها على ذلك التوقف فمن حقه الحصول على نصيبه فيها لأنه شارك بجهده في تحقيقها. ومن جهة أخرى تتحل

¹ محمد بهجت عبد الله أمين قايد، حصة العمل في الشركة - دراسة مقارنة - ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 36،37.

² محمد بهجت عبد الله أمين قايد، نفس المرجع، ص 37.

³ محمد بهجت عبد الله أمين قايد، نفس المرجع، ص 40.

الشركة في المستقبل بالنسبة للشريك بالعمل فيفقد عضويته فيها وذلك بسبب تخلفه عن أداء حصته.

4- حصة العمل حصة شخصية:

الحصة بالعمل هي حصة شخصية بمعنى أن الشريك الذي يقدمها يتعهد بالعمل شخصياً دون وساطة أو تدخل من شخص آخر فهي تتوقف أساساً على القدرات الذاتية فإذا عجز عن أدائه نتيجة الوفاة أو الاستقالة أو المرض والعجز انحلت الشركة، لأن الشريك تتوقف عن تقديم حصته ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك¹. وحق كل شريك في طلب حل الشركة عند تخلف أحد الشركاء عن أداء ما تعهد به يعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز حرمانه منه وكل اتفاق على خلاف ذلك مصيره البطلان، ولكن من حق الشركاء أن يتفقوا على حل آخر عند تخلف الشريك بالعمل عن أداء العمل المطلوب منه أو عند استحالة تقديمه ومن بين هذه الحلول يمكن الاتفاق على ما يلي²:

- حل الشركة بالنسبة للشريك بالعمل وحده واستمرارها مع بقية الشركاء مقدمي الحصص النقدية والعينية، وخاصة أن حصة العمل لا تدخل في تكوين رأس المال فلا يؤثر استبعادها على حجم رأس المال بالنقصان.

- عدم حل الشركة سواء بالنسبة للشريك بالعمل أو بالنسبة لبقية الشركاء مع التزام الشريك بالعمل بتقديم حصة أخرى تحل محل حصة العمل سواء كانت حصة نقدية أو عينية إذا كان في مقدور الشريك بالعمل القيام بذلك.

- عدم حل الشركة بالنسبة للشريك بالعمل أو بالنسبة لبقية الشركاء مع تعهد الشريك بالعمل على سبيل الاستثناء وبموافقة جميع الشركاء بتقديم بديل عنه يقوم بنفس العمل الذي كان يؤديه إلى الشركة، ويحدث هذا الحل في الحالات التي تكون فيها علاقة قرابة أو صداقة قوية بين الشريك بالعمل وبقية الشركاء تكون الباعث الأساسي للتخلي عن الصفة الشخصية لحصة العمل من قبل بقية الشركاء هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن يكون

¹ حل الشركة هنا يكون تطبيقاً لنص المادة 441 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "يجوز أن تحل الشركة بحكم

قضائي بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء الشريك بما تعهد أو بأي سبب آخر ليس هو من فعل أحد الشركاء، ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة."

² محمد بهجت عبد الله أمين قايد، المرجع السابق، ص 44.

العمل موضوع الحصة من الأعمال التي يمكن القيام بها من أي شخص آخر أي يمكن الحلول فيها بسهولة كعمل محاسب أو أي مهني عادي.

وإذا كانت الصفة الشخصية لحصة العمل هي الأصل، هل يحتمل هذا الأصل استثناء تفقد فيه حصة العمل صفتها الشخصية و يكون بإمكان الشخص المعنوي تقديم حصة عمل في شركة ؟

يجوز أن يقدم الشخص المعنوي حصة عمل إلى شركة بغية الاشتراك فيها، كما هو الحال في الخبرة الفنية حيث تمكنت محكمة النقض بخصوص نزاع بين هيئة بنكية ومجموعة مؤسسات من استنباط وجود شركة ناتجة من الواقع بين ثلاثة شركات أشغال عمومية والتي قدمت كل منها خبرتها الفنية وبصورة أوضح كل مكونات نشاطاتهم تباعا ووجهتها للتعاون المشترك¹.

5 - استقلال حصة العمل عن رأس المال:

ما يميز حصة العمل أن مقدمها لا يساهم في تكوين رأس مال² الشركات التجارية. ويعتبر استبعاد حصة العمل³ من رأس مال الشركة أحد الخصائص السلبية لهذه الحصة والتي ترتبط بشدة بالخصائص الإيجابية الأخرى لها⁴. والسبب في عدم دخول حصة العمل في تكوين رأس المال هو عدم المعرفة الكاملة لقيمة حصة العمل أو صعوبة التقدير الدقيق للحصة بسبب طبيعتها المتتابعة وما يحيط بها من عنصر الاحتمال، الأمر الذي يمنعها من تقديم ضمان كاف لدائني الشركة عند الاقتضاء. ثم أن الطابع الشخصي لحصة العمل والذي يجعلها غير قابلة للتنازل يخرجها من قائمة الحصص المكونة لرأس مال الشركة.

¹. Cass, Com, 17 Nov.1970, D, 1971, Jurisp.p206.

². يعرف فقه القانون التجاري رأس المال بأنه مجموع قيم الحصص المقدمة من طرف الشركاء على سبيل التملك، أي أن الحصص المقدمة على سبيل الانتفاع والحصص بالعمل لا تسهم في تكوينه.

Le capital social peut se définir comme la somme des valeurs apportées par les associés à la société mais seuls y entrent évidemment les apports effectués en propriété, que ce soit en nature ou en numéraire, les apports en jouissance ou en industrie ne contribuent pas à sa formation. V, George Ripert ,OP, CIT, P 546 .

³. تنص المادة 567 مكرر المعدلة بموجب القانون 15- 20 سالف الذكر على أنه: " يمكن أن تكون المساهمة في الشركة

ذات المسؤولية المحدودة تقديم عمل تحدد كميّات تقدير قيمته وما يخوله من أرباح ضمن القانون الأساسي للشركة ولا يدخل في رأس مال الشركة."

⁴. محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 45.

كما أن عدم إمكانية الحجز على حصة العمل يعتبر من بين الأسباب التي تمنع دخولها في تكوين رأس مال الشركة، هذا الأخير الذي يتشكل من عناصر قابلة للحجز كما هو الحال بالنسبة للحصة النقدية والعينية¹.

ب- نطاق حصة العمل:

يبرز الإشكال من الناحية القانونية بشأن تحديد نطاق الحصة بالعمل في مختلف الشركات التجارية في القانون الجزائري، ولو أردنا قراءة مختلف النصوص التي نظم بها المشرع مختلف الشركات التجارية، قراءة متأنية لوجدنا أنه وضع أحكاما خاصة بالحصة بالعمل في بعض الشركات دون أخرى، وبالتالي يطرح تساؤل مفاده: ما هي الشركات التجارية في القانون الجزائري التي يسمح فيها للشريك أن يقدم حصة من عمل؟ لإيضاح ذلك نتبنى التقسيم الثنائي المعتمد في القانون الوضعي في تصنيف الشركات التجارية من شركات أشخاص وشركات أموال.

1- الحصة من عمل في شركات الأشخاص:

فيما يخص شركة التضامن المشرع الجزائري لم يأت بنص قانوني يمنع الشريك بتقديم حصة من عمل، وبما أن الأصل في الأشياء الإباحة، فلا إشكال في شركة التضامن، إذ كل نوع من أنواع الحصص قابلة للتقديم كحصة في مثل هذه الشركات.

أما عن شركة التوصية البسيطة، فالشريك المتضامن له أن يقدم حصته من عمل. لكن الإشكال يثار إذا ما كان مقدم الحصة بالعمل هو شريك موصي، وفي ذلك منعه المشرع وفقا لنص المادة 563 مكرر¹ من تقديم حصة العمل وذلك لاعتبارات كثيرة، من بينها أن المشرع أسند مهمة الإدارة والتسيير للشريك المتضامن وليس للشريك الموصي، وهذه المسألة مرتبطة بالثقة لأن الموصي مسؤوليته محدودة فقط بقدر ما قدم من حصص عكس الشريك المتضامن، وعلى ذلك يجوز أن تكون عملا، حيث يترتب على ذلك تدخله في إدارة الشركة وهو مقصي منها³.

¹. محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 29.

². تنص المادة 63 5 مكرر 1 من المرسوم التشريعي 93-08 المتضمن ق.ت.ج سالف الذكر في فقرتها الثانية على

أنه: "يلتزم الشركاء الموصون بديون الشركة فقط في حدود قيمة حصصهم التي لا يمكن أن تكون على شكل تقديم عمل"

³. أنظر فوزي فتات وفوزي النعيمي، نظريات قانونية مختلفة، نطاق الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون

الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية العدد 2004 ص 56.

وفي هذا الصدد نشير إلى التناقض الوارد في المادتين 563 مكرر 1 و563 مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري، ففي المادة الأولى يمنع المشرع الشريك الموصي من تقديم حصة من عمل بموجب نص صريح واضح وبات، في المقابل يأتي في المادة الثانية ويمنع الموصي من التسيير الخارجي. وبمفهوم المخالفة يفهم من نص المادة أنه يجوز للشريك الموصي التسيير الداخلي للشركة، وهو مظهر من مظاهر الحصة بالعمل. ويرجع منع الشريك الموصي من تقديم حصة من عمل للخوف من تكوين شركة دون رأس مال². أما في شركة المحاصة فيجوز تقديم كل أنواع الحصص من نقدية وعينية وحصة من عمل. وبالتالي فإن الحصة من عمل جائز تقديمها في شركات الأشخاص، باستثناء الشريك الموصي الذي لا يجوز له تقديم حصة من عمل إلا في إطار الإدارة الداخلية للشركة فقط.

2- الحصة من عمل في شركات الأموال:

عند الحديث عن جواز تقديم حصة من عمل في شركات الأموال، يطرح الإشكال بالنسبة للقانون الجزائري، إذ لا وجود لنص قانوني صريح بعبارات تدل دلالة واضحة على عدم جواز تقديم الحصة من عمل من طرف الشركاء في شركات الأموال، إلا أن المشرع الجزائري قد بدأ في بلورة موقفه من الحصة بالعمل، إذ لم يسمح للمساهم في شركة المساهمة من تقديم حصة من عمل لأسباب عديدة منها:

- يرجع بعض الفقهاء سبب إقصاء الحصة بالعمل من شركات الأموال إلى أن مقدم الحصة لا يساهم في خسائر الشركة، فهذا الشريك يسترد حصته عند انتهاء الشركة وذلك باسترجاع حريته في التصرف في وقته وعمله.

- من الأسباب التي تؤدي إلى منع تقديم الحصة بالعمل في شركات الأموال، مشكلة تقويم الحصة بالعمل³. وذلك لما تتطلبه الحصة من عمل إلى تدقيق صيانة للحقوق.

- مبدأ وجوب الوفاء الفوري والكلي للحصص وتعارضه مع الطابع المستمر للعمل، حيث يشترط المشرع الجزائري أن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء في الشركة

¹. تنص المادة 563 مكرر 5 من ق.ت.ج على أنه: "لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة".

². فوزي فتات وفوزي النعيمي، مرجع سابق، ص 56.

³. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص، مرجع سابق ص 61.

ذات المسؤولية المحدودة، وأن تدفع قيمتها كاملة¹. كما يجب أن يتم الاكتتاب في رأس مال شركة المساهمة بكامله، وأن تدفع الأسهم العينية والوفاء بها كاملة وقت إبرام العقد².
- الضمان الوحيد لدائني شركات الأموال هو رأس مال هذه الشركات، والحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، لأنها صعبة التقويم، ويرى جانب من الفقه أن الحصة بالعمل ممكن تقويمها. فالحصة بالعمل لها قيمة، ولا يمكن الجدل في ذلك، حيث أنها تتكون من مجهود والمجهود له قيمة يتقوم بها³.

يخالف بعض الفقهاء هذا الرأي، حيث يرى جواز حصة العمل في شركات الأموال بالنسبة للشريك المتضامن، نظرا لمسؤوليته في جميع أمواله، وقد يكتتب هذا الشريك في الأسهم فتضم حصته مالا وعملا⁴.

وقد أجاز المشرع الجزائري إمكانية المساهمة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بحصة من عمل بعدما كانت محظورة⁵. ويبرر ذلك أن الشريك بالعمل في هذه الشركات لا يستلم مقابل حصته حصصا اجتماعية لأنه لا يجوز إدراج حصة العمل في رأس مال هذه الشركة لأنه يستحيل على الغير متابعة هذه الحصص ويستلم الشريك في المقابل حصة انتفاع تمكنه من المشاركة في الأرباح⁶.

وتكاد تتعدم حصة العمل في شركات المساهمة، وفي فرنسا يكثر تقديم هذا النوع من الحصص في بعض الشركات الخاصة مثل شركات المساهمة ذات المشاركة العمالية *société civile professionnelle* وفي هذا النوع من الشركات تمثل الحصص العمالية بحصة انتفاع، وتلعب هذه الحصص الدور الأساسي في تكوين ربح هذه الشركات⁷.

هذا عن موقف القانون من الحصة بالعمل في شركات الأشخاص والأموال. أما الفقه الإسلامي فالرأي الغالب والراجح فيه قد أجاز حصة العمل في شركات الأموال كما أقرها في

¹. أنظر المادة 567 من ق.ت.ج.

². أنظر المادة 596 من ق.ت.ج.

³. فوزي فئات وفوزي نعيمة، مرجع سابق، ص 62.

⁴. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 184.

⁵. أنظر المادة 567 مكرر المعدلة بموجب القانون 15-20 المتضمن ق.ت.ج. السالف الذكر، في حين تنص المادة

القديمة على أنه: "لا يجوز أن تمثل الحصص بتقديم عمل".

⁶. مصطفى كمال طه، الشركات لتجارية، مرجع سابق، ص 28.

⁷. Yves Guyon, Société Civile professionnelle ; Ency.Dalloz , n° 50.

شركات الأعمال، وكما اتفق الجميع على شركة المضاربة التي تجمع بين المال والعمل، وقد أجاز الفقهاء عقد المزارعة واعتبروها شركة تكون حصة العمل جائزة فيها. مما سبق نرى أن الفقه الإسلامي قد أجاز حصة العمل في شركات الأموال طبقاً للرأي الراجح، والقانون يتفق مع المذهب الشافعي الذي لا يجيز العمل كحصة تستحق نصيباً زائداً من الربح في هذه الشركات. ولكن يلاحظ أنه لا فرق بين إجازة العمل في المضاربة وإجازته في شركة الأموال، كما يرد على القانون بأن ضمان حقوق الدائنين مكفول في الحصاص المالية، ومن يتعامل مع صاحب حصة العمل إذا كان مديراً يجب أن يعلم مسبقاً وصفه في الشركة ونطاق مسؤوليته، فلا مانع من قبول العمل كحصة مع حصة المال في شركات الأموال¹.

ج- العمل كحصة وحيدة في الشركة:

قد تكون الحصاص المقدمة للمساهمة في رأس مال الشركة حصة من عمل وحصاص مالية، لكن ما موقف القانون الوضعي عندما تكون جميع الحصاص المقدمة في الشركة من عمل فقط دون رأس مال نقدي؟

لقد اختلف القانون الوضعي في ذلك وأسفر هذا الاختلاف عن الانقسام على رأيين:

الرأي الأول:

وهو الرأي الغالب في الفقه الوضعي، ومنهم الفقيه الفرنسي Ripert حيث لا يجوز مطلقاً أن تؤسس شركة على العمل فقط، ويبررون رأيهم بأنه لا يتصور أن تكون حصاص جميع الشركاء في الشركة من العمل فحسب إذ لا يكون لمثل هذه الشركة رأس مال نقدي تعتمد عليه في تسيير أمورها، ويعتمد عليه دائئوها في ضمان الوفاء بديونهم². كما يرى الفقيه Rodier بأنه لا يمكن أن نتصور شركة تجارية دون رأس مال والشركة التي يكون رأس مالها مكوّن من العمل فقط ليست شركة تجارية³.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 185، 186.

². George Ripert, OP. CIT, p 429.

³. Il ne peut y avoir de société commerciale sans capital social, une société qui serait formé par des apports en industrie seulement ne peut pas être une société commerciale. V RODIERE René, et OPPETIT, précis Dalloz, droit commercial, 10^{ème} éd, 1980, p 16-17.

والمشرع الجزائري لم يسمح بتكوين شركة تجارية دون رأس المال سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال¹.

بناء على هذا الرأي فإن القانون لا يقر ما أقره الفقه الإسلامي من جواز شركات الأعمال التي تقوم على الصنعة والحرفة دون رأس مال.

الرأي الثاني:

هناك تشريعات أجازت تكوين شركة تجارية دون رأس المال مثل المشرع اللبناني، يقول الأستاذ علي البارودي من الطريف أن القانون اللبناني يسمح بتكوين شركة يقدم الشركاء حصص العمل فقط بل يرى أن شركة العمل هذه يمكن أن تتجح في مشروعات كالمسرة والوكالة بالعمولة وذلك بأن تقترض الشركة المبلغ المناسب للإنشاء الأول ثم تقوم بتسديده من الأرباح التي تحققها بعد ذلك².

غير أن الأستاذ محمد فريد العريني يرى أن هذا الخروج من المشرع اللبناني لا ينطبق إلا على الشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية كشركة المحاصة³.

ويذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنه ما عدا الشركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة، من الممكن أن يتكون رأس المال كله من حصص العمل وذلك متصور في نظر البعض في شركات التضامن فإنه يجوز أن تكون الحصص جميعها من العمل ويكفي أن يقدم أحد الشركاء مبلغاً نقدياً على سبيل القرض للشركة تستفيد به على ممارسة عملها⁴.

وعلى هذا الرأي من الفقه المصري الدكتورة سميحة القليوبي حيث ترى: "أنه لا مانع من تكوين شركات تضامن من حصص عمل فقط وذلك لوجود ضمان عام هو الذمة المالية الخاصة للشركاء، فإذا كانت الحكمة من عدم قبول الحصة في شركات الأموال أنها لا تمثل

¹ وهذا ما يؤكد نص المادة 546 من ق.ت.ج والتي وردت تحت عنوان الأحكام العامة، تنص على ما يلي:

"يحدد شكل الشركة ومدتها التي لا تتجاوز 99 سنة، وكذلك عنوانها أو اسمه ومركزها وموضوعها ومبلغ رأس مالها في قانونها الأساسي."

² علي البارودي، مرجع سابق ص 140، هامش 3.

³ محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 247.

⁴ محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 219.

الضمان للدائنين على خلاف الحصاص النقدي فإن هذه الحكمة غير متوفرة في شركات التضامن حيث يوجد الضمان العام في جميع أموال الشركاء¹.

د- تقويم حصة العمل:

إن تقويم حصة العمل في شركات الأموال في الفقه الإسلامي لا يعني أن تقويم الحصة بالنقود تدخل في تكوين رأس المال، غاية ما هناك أنها تدخل في تكوين الشركة دون أن تدخل في تكوين رأس مالها الذي يظل ممثلاً في صورة حصص ملكاً لأصحابه، فالتقويم الذي يلائم الحصة بالعمل هو التقويم الضمني لا التقويم النقدي الصريح². لأن الغرض من التقويم هو تحديد نصيب هذه الحصة من الأرباح. أما التقويم النقدي الصريح وذلك بتقدير قيمة الحصة بالنقود فهو على فرض إمكانه³ غير ملائم إذ من شأنه أن يحولها إلى حصة مالية تدخل في رأس مال الشركة وهي ليست كذلك، فهي ليست مالا يؤدي للشركة بل عمل ومجهود ونشاط، وبالجملة فعدم دخول حصة العمل في رأس المال مبدأ استقر عليه القانون الوضعي⁴ ومعه يتفق الفقه الإسلامي⁵.

وقد أخذ الفقه الإسلامي بمبدأ التقويم الضمني لحصة العمل والدليل على ذلك:

- يرى الفقه الإسلامي ضرورة تقدير نصيب حصة العمل من الربح فقال الفقهاء إن المضارب يستحق الربح بالشرط، فتقدير النصيب من الأرباح لا يتم جزافاً ولكن على أساس تقدير مدى العمل المنتظر من حيث كفه وكيفه، ومدى ما يعود على الشركة من نفع نتيجة له، والشرط الذي يحدد نصيب حصة العمل من الربح ليس إلا اتفاقاً، ولا يمكن أن يوجد اتفاق دون أن توجد الأسس التي يتم إرساؤه عليها، تلك الأسس هي تقويم الأطراف لقيمة العمل وتراضيتهم بعد مشاورات ومساومات بين أطراف العقد فإذا تم الاتفاق مثلاً على أن لصاحب العمل ثلث الربح فمعنى ذلك أن الحصة تم تقويمها بما يعادل ثلث الحصاص المالية المقدمة للشركة وإن لم يذكروا ذلك صراحة⁶.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 30.

². عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 361.

³. علي البارودي، مرجع سابق، ص 140.

⁴. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 30.

⁵. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 226.

⁶. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 361.

- في حالة تعدد الحصص بالعمل، إذ يجوز الاتفاق على تفاوت نسبة كل حصة منها في الربح تبعا لقيمة العمل المؤدى وتبعا لاختلاف المضاربين أصحاب هذه الحصص من حيث الخبرة والمقدرة، لأن رب المال شرط على كل مضارب جزءا معلوما من الربح وفاضل بينهم لتفاوتهم في الهداية في التجارة المربحة. لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابل عمله¹. ومعنى ذلك أن الفقه الإسلامي يقوم حصص العمل حسب تفاوت خبرة مقدميها ومقدرتهم وكفاءتهم وهذا هو التقويم الضمني للحصة.

- في حالة فساد الشركة التي تحتوي على حصة بالعمل يكون معيار تقسيم الأرباح وتحمل الخسائر هو الرجوع إلى قراض المثل أو أجر المثل². ومعنى الرجوع إلى قراض المثل أن يكون نصيب صاحب حصة العمل من الأرباح مساويا لما أخذه صاحب حصة عمل أخرى في شركة أخرى مماثلة وهذا معناه أن يتم تقويم حصة العمل حتى يمكن الوصول إلى حصة مماثلة لها من حيث الكم والكيف وتعطي أرباحا تعادل ما تحصل عليه تلك الأخيرة. أما الرجوع إلى أجر المثل فمعناه اعتبار صاحب حصة العمل أجيرا ويكون له من الأجر ما يعطي عادة لمن يماثله في الخبرة والكفاءة إذا قام بنفس العمل وهنا أيضا لا بد من تقويم العمل حتى تتوصل إلى المثل الذي يقاس عليه. وفي الحالين لا بد أن يكون المثل من حيث العمل كما وكيفا، ومن حيث الكفاءة والخبرة قد سبق تقدير عمله، وتقويمه وإلا فلا سبيل إلى الوصول إلى التحقيق من وجود التماثل بين العاملين والشخصين من حيث الكفاءة في الأداء³.

وبذلك نجد أن حصص العمل قابلة للتقويم بل والتقويم النقدي وإن لم يأت التقويم النقدي صراحة وإنما يذكر أنه قدر من الربح لكن هذا التقدير يتضمن بذاته التقويم النقدي للحصة بالعمل.

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 31.

². عبد العظيم شرف الدين، عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، مكتبة الكليات الأزهرية، سنة 1974، ص 137.

³. السيد علي السيد، الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، سنة 1973، ص 177، 178.

يجب أن يتضمن عقد الشركة قيمة كل الحصص، وفي حالة خلوه من ذلك أورد المشرع الجزائري بموجب نص المادة 419 من ق.م.ج قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس تتمثل في تساوي الحصص¹.

أما عن تقويم حصص العمل في القانون الوضعي فتسجل صعوبة التقدير الدقيق للحصة، أو يصعب تقويمها نقداً². وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه بأنه لا يوجد مانع من تقويم حصة العمل، فهي تحمل قيمة مادية حيث أنها تتكون من مجهود، والمجهود له قيمة يتقوم بها. كما أنه إذا كان بالإمكان تقويم الأعمال التي تقابلها أجور، فلا يجوز القول بأن الحصة بالعمل غير قابلة للتقويم بالنقود³.

وما يلاحظ عن الحصة بالعمل في الفقه الإسلامي أن كل ما سبق ذكره عن الحصة بالعمل في القانون الوضعي هو عين ما يراه فقهاء الشريعة الإسلامية، فنشاط الشريك بالعمل الذي يقبله الفقه الإسلامي كحصة في شركة لا يجوز أن يكون عملاً عادياً أو تافهاً، بل يجب أن يكون عملاً قائماً على خبرة ودراية بمسائل التجارة والاهتداء إلى الربح.

كما يجيز الفقه الإسلامي أن تكون حصة الشريك عملاً يقوم به من غير فرق بين أن يكون العمل من الشركاء جميعاً كما في شركة الأعمال والوجوه، أو يكون العمل من جانب واحد والمال من جانب آخر كما في شركة المضاربة، أو من بعضهم كما في شركة المفاوضة والعنان، فالشركة عند الفقهاء إذن في التصرف في المال⁴، فكان العمل جائزاً لكل من الشركاء بناء على هذا الإذن. وهذا هو الأصل فإذا عمل بعضهم ولم يعمل البعض الآخر، أو عملوا جميعاً أو اشترطوا أن يكون العمل من جانب أكثر من الجانب الآخر لمهارته جاز ذلك عند جمهور الفقهاء. وعلى ذلك يكون الفقه الإسلامي قد اعتبر العمل حصة في رأس المال في كل أنواع الشركات⁵. بخلاف بعض القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري الذي قصرها على شركة التضامن والشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة

¹. تنص المادة 419 من ق.م.ج على أنه: "تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وأنها تخص ملكية المال لا مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق وعرف يخالف ذلك".

². مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 157.

³. السيد علي السيد، مرجع سابق، ص 175.

⁴. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 3.

⁵. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 146.

وشركة المحاصة. والشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب التعديل الأخير للقانون التجاري الجزائري¹.

البند الخامس: أهم الفروق بين الحصة بالعمل والحصة بالمال

قبل أن نخوض في حصة الائتمان للمساهمة بها في الشركة، رأينا ضرورة ذكر الفروق المميزة لحصة العمل وحصة المال، ويمكن أن نجعلهما في ثلاثة فروق جوهرية يتمثل أولها في طريقة الوفاء بالحصة وثانيهما في جواز الإعفاء من الخسارة، وثالثها في نوع الحصة والشركة.

الفارق الأول: طريقة الوفاء بالحصة

تختلف طريقة وفاء الشريك بحصته حسب نوعها، فإذا كانت نقدا فيتم تسليمه تسليمًا ماديًا للشركة. مع ملاحظة أن القانون أجاز الحصة العينية المتمثلة في المنقول المادي أو المعنوي والعقار، ويتم الوفاء بها عن طريق البيع أو الإيجار.

حسب القانون التجاري الجزائري يجب أن توزع الحصص بين الشركاء في القانون الأساسي للشركة، وأن يتم الاكتتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء و أن تدفع قيمتها كاملة فيما يخص الحصص العينية. كما يجب أن تدفع الحصص النقدية بقيمة لا تقل عن خمس مبلغ رأس المال التأسيسي ويدفع المبلغ المتبقي من مرحلة واحدة أو عدة مراحل بأمر من مسير الشركة وذلك في مدة أقصاها خمس سنوات من تاريخ تسجيل الشركة لدى السجل التجاري². ويجب أيضا أن تدفع حصص رأس المال الاجتماعي كاملة قبل أي اكتتاب لحصص نقدية جديدة وذلك تحت طائلة البطلان حسب نفس المادة. هذا بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، أما شركة المساهمة فيجب الاكتتاب برأس المال بكامله وأن يتم دفع الأسهم النقدية عند الاكتتاب بنسبة الربع على الأقل من قيمتها الاسمية. أما الأسهم العينية فيجب الوفاء بها بكاملها وقت إبرام العقد³.

¹. القانون رقم 15-20، المتضمن ق.ت.ج، سالف الذكر.

². أنظر نص المادة 567 المعدلة بموجب القانون رقم 15-20، المتضمن ق.ت.ج، سالف الذكر.

³. أنظر نص المادة 596 من ق.ت.ج.

أما حصة العمل فتختلف في طبيعتها عن الحصة المالية خاصة وأن العمل عنصر معنوي لذلك فالوفاء به يتصل بالزمن ويبقى مستمرا مادامت الشركة مستمرة، وذلك يتتافى مع مبدأ وجوب الوفاء الفوري والكامل بقيمة الحصص.

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الوفاء الفوري والكامل قد اشترطه القانون بالنسبة للحصص النقدية والعينية فقط. لذلك فلا سبيل إلى اشتراطه بالنسبة للحصة بالعمل، طالما أنها لا تدخل في تكوين رأس المال. كما أن القانون لم يقصد وجوب توفير كل الأموال التي تحتاجها الشركة وقت تكوينها، ذلك أن كثرة هذه الأموال قد يشكل عائقا هاما للشركة، فقد لا تعرف أحيانا كيف تتصرف فيها في بداية تكوينها. ولهذا فإن وجوب الوفاء الفوري والكامل بقيمة الحصص لا يمكن اعتباره عائقا يحول دون قبول حصة العمل في شركات الأموال بل وأنه يمكن الوفاء بهذه الحصة ذات الطابع المستمر ويكون الوفاء فوريا، كلما كان التنفيذ عاديا للالتزامات المتتابعة المكونة لحصة العمل، من طرف الشريك¹.

الفارق الثاني: الإعفاء من الخسارة

كما سيأتي بيانه في ركن اقتسام الأرباح والخسائر بخصوص حكم إعفاء الشريك بالعمل من تحمل الخسارة، فالأصل أنه كما يشارك الشريك بالعمل في الأرباح عليه أن يتحمل خسائر الشركة عملا بقاعدة الغرم بالغنم، وحتى يتوافر بالنسبة له كغيره من الشركاء أهم مقومات الشركة وهو اقتسام الأرباح والخسائر، ولكن نظرا لأن الشريك بالعمل لا يقدم حصة نقدية أو عينية وإنما يقدم عمله وخبرته فقد أجازت التشريعات إعفاء الشريك بالعمل من تحمل الخسائر رغم الاحتفاظ بحقه في الحصول على نصيبه من الأرباح.

وإعفاء الشريك بالعمل من المشاركة في الخسائر مشروط بشرتين²:

أولا: أن لا يكون الشريك بالعمل قدم للشركة شيئا آخر غير عمله، فإذا قدم بالإضافة إلى عمله حصة نقدية أو عينية أخرى فيجب عليه أن يتحمل في خسائر الشركة بقدر حصته النقدية والعينية مثله مثل باقي الشركاء.

¹. فوزي فنتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 94.

². محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 124.

ثانياً: إذا كان الشريك لم يقدم للشركة سوى عمله فيشترط لإعفائه من الخسائر ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله، أما إذا قرر له أجر عن عمله بجانب حصوله على حقه في الأرباح في نهاية كل عام مثلاً، هنا يحرم الشريك بالعمل من الإعفاء من الخسائر، ويجب أن يساهم بقدر من هذا الأجر فيما ينجم من خسارة.

فكذلك هو الحال بالنسبة للشريك المضارب فقد أعفاه الفقه من الاشتراك في الخسارة أما الحصة المالية فلا يجوز إعفائها من الخسارة.

وتجد قاعدة إعفاء الشريك بالعمل مبرراتها في أن الشريك الذي قدم عمله وخبرته دون حصوله على شيء لا يعني ذلك أنه أصبح بمنأى عن تحمل الخسارة، بل هو في الواقع قد تحمل نصيبه في الخسارة مثل بقية الشركاء مقدمي الحصص النقدية والعينية، كل ما في الأمر أن خسارته اتخذت شكلاً آخر يتفق وطبيعة حصته، هذه الخسارة تمثلت في ضياع وقته وجهده اللذان قدمهما للشركة دون مقابل¹.

الفارق الثالث: نوع الحصة والشركة

أعطى الفقه الإسلامي حق الاشتراك بالعمل في كل أنواع الشركات التجارية، ولم يفرق بين العمل والمال في ذلك، فيجوز بذلك الاشتراك بحصة من عمل في جميع الشركات دون استثناء.

أما القانون فلكونه مستمداً من النظام الرأسمالي. فقد منع جواز المشاركة بحصة من عمل في شركات المساهمة. كما لم يعترف بالشركات القائمة على حصص عمل فقط، ويؤيده في ذلك رأي الشافعية إذ ليس للعمل عندهم مكان إلا في المضاربة.

بذلك نستطيع وضع مفهوم واضح لحصة العمل، فهي ما يقوم به الشريك من مجهود عقلي أو جسمي، أو ما يقدمه من خبرة لصالح الشركة بما يساعد على تحقيق منفعة لها. ولا يتقاضى من ذلك أجراً باعتباره عاملاً أو أجيراً بل يحصل على نسبة معينة من أرباحها باعتباره شريكاً².

¹. يظهر أنه تجاوز في التعبير أن يقال إعفاء الشريك بالعمل من تحمل الخسائر لأن الشريك بالعمل الذي لا يتقاضى أجراً عن عمله يكون قد شارك في الخسارة عن طريق فقدان الربح المأمول تحققه من المشروع الخاسر، فضلاً عن ضياع وقته وجهده دون مقابل. للتفصيل أكثر أنظر: محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 126.

². محمد بن عبد الرحمان الزرقا، مرجع سابق، ص 152.

ونشير إلى أن الفقهاء المسلمين حين تناولوا الشركة بأنواعها، وتكلموا عن العمل، لم يستعملوا اصطلاح حصة العمل كما هو الشأن في القانون، وذلك لأنهم يعتبرونها متعلقة بشخصية الشريك، ولا تدخل في رأس مال الشركة كما هو مقرر قانونا. وبالتالي ليس عنصرا فيه أو جزءا منه. ولذلك أثر فقهاء الشريعة الإسلامية إطلاق لفظ العمل أو الصنعة، أما الحصة فترد في كلامهم عن الربح وحصة الشريك فيه¹.

إن الشريك بالعمل يقدم مجهوده وخبرته حصة في الشركة إلى جانب تقديمه لحصة مالية، وهو بذلك يتميز عن غيره من الشركاء الذين تقتصر مشاركتهم على تقديم حصة مالية في الشركات المالية في الفقه الإسلامي، في حين لم يجر القانون تقديم حصة العمل إلا في شركة التضامن، وفي شركة التوصية البسيطة من الشريك المتضامن فقط. وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب القانون رقم 15-20 المتضمن القانون التجاري.

ويبقى القول أن مبدأ منع تقديم حصص العمل في شركات الأموال لن يصمد طويلا نظرا لما يشهده مجال الاقتصاد من تحولات تتمن مشاركة العنصر البشري وأمثلة دليل على السير نحو التخلي عن هذا المبدأ إشراك المشرع الجزائري مقدم لحصة عمل في الإسهام في الشركة ذات المسؤولية المحدودة وهي شركة أموال بموجب تعديل المادة 567 من ق.ت.ج والتي كانت تمنع الشريك في هذه الشركة من تقديم حصة عمل فأصبحت تجيزها وتعدّها من الحصص المقدمة للاشتراك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

البند السادس: تمييز الحصة بالعمل عما يختلط بها

في معرض الحديث عن حصة العمل وجب التمييز بينها وبين بعض الحصص كحصص التأسيس وأسهم التمتع.

أولا: تمييز حصة العمل عن حصص التأسيس

حصص التأسيس هي عبارة عن سندات قابلة للتداول، ليس لها قيمة اسمية، تخول حاملها حقا يتمثل في الحصول على جزء من أرباح الشركة مقابل ما قدموه من خدمات أثناء تأسيس الشركة².

تتميز حصص التأسيس بخصائص معينة تتحصر فيما يلي:

¹. محمد بن عبد الرحمان الزرقا، مرجع سابق، ص 150.

². محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 130.

أ- تصدر حصص التأسيس على شكل صكوك ليس لها قيمة، لأنها لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة¹. على عكس السهم الذي يحمل بياناً بقيمته الاسمية بحيث لا يجوز إصداره بأقل أو بأعلى من هذه القيمة.

ب- لا تدخل حصص التأسيس في تكوين رأس مال الشركة لأن أصحابها لم يحصلوا عليها نظير مساهمتهم في رأس مال الشركة بحصص نقدية أو عينية، بل ما بذلوه من مجهودات ساعدت على تأسيس الشركة. وفي هذا تختلف حصص التأسيس عن الأسهم، إذ تمثل هذه الأخيرة حصصاً نقدية أو عينية دخلت بالفعل في تركيب رأس مال الشركة².

ج- لا تخول حصص التأسيس أصحابها الحق في إدارة الشركة، وبذلك تتميز عن السهم الذي يعطي لحامله هذا الحق عن طريق ممارسة حقه في التصويت داخل الجمعيات العامة للشركة³.

إن تتفق حصة العمل مع حصص التأسيس في أن كلا منهما لا يدخل في تكوين رأس مال الشركة التجارية. وتختلفان في أن حصص التأسيس لا تخول أصحابها الحق في إدارة الشركة بينما الشريك بالعمل يشارك في إدارة الشركة. كذلك الشريك المقدم لحصة عمل يساهم في أرباح الشركة وخسائرها. أما مقدم حصة التأسيس يساهم في أرباح الشركة ولكنه لا يتحمل نصيباً من الخسائر⁴.

ثانياً: تمييز حصة العمل عن أسهم التمتع

أسهم⁵ التمتع هي الأسهم التي استهلكت قيمتها، أو هي تلك التي تعطى للمساهم الذي استهلكت قيمة أسهمه في رأس المال خلال حياة الشركة. واستهلاك السهم هو قيام الشركة بدفع القيمة الاسمية للمساهم أثناء حياة الشركة وقبل انقضائها. ويبقى المساهم في هذه الحالة محتفظاً بصفته كمساهم ولا تتقطع علاقته بالشركة التجارية⁶. وفي هذا الإطار تنص

¹. سامي محمد فوزي، شرح القانون التجاري، ج4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997، ص70.

². محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 130.

³. محمد فريد العريني، نفس المرجع والصفحة.

⁴. السيد علي السيد، مرجع سابق، ص 102.

⁵. عرف المشرع الجزائري السهم على أنه سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأس مالها . أنظر

نص المادة 715 من ق.ت.ج.

⁶. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 87.

المادة 709 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " يتم استهلاك رأس المال بموجب حكم في القانون الأساسي أو قرار من الجمعية العامة غير العادية وبواسطة مبالغ قابلة للتوزيع. ولا يمكن تحقيق هذا الاستهلاك إلا عن طريق التسديد المتساوي عن كل سهم من نفس الصنف ولا يترتب عنه تخفيض في رأس المال. وتعتبر الأسهم المستهلكة كلية أسهما انتفاعية."

وتختلف حصة العمل عن أسهم التمتع من حيث الأرباح، إذ أن حامل سهم التمتع لا يستحق نصيبه في الأرباح إلا بعد توزيع أولي على الأسهم الأخرى، في حين أن صاحب الحصة بالعمل يتساوى مع باقي الشركاء أصحاب الحصص المالية من حيث أولوية التوزيع¹. كما أن أسهم التمتع هي أسهم قابلة للتداول، في حين أن الحصة بالعمل غير قابلة للتداول بطبيعتها.

ولا بد لنا قبل الانتهاء من دراسة الحصص التي تقدم من الشريك معرفة ما إذا كان الاعتبار الشخصي أو الثقة المالية التي يتمتع بها الشخص يمكن تقديمها كحصة في تكوين رأس مال الشركة أم لا؟

البند السابع: التمييز بين رأس المال وأصول الشركة

يتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية، أما حصص العمل فلا تدخل في تركيبة رأس المال لأنها غير قابلة للتنفيذ عليها من قبل دائني الشركة ومن ثم فهي غير صالحة لأن تكون محلاً لضمان عام. أما أصول الشركة فهي مجموع الأموال التي تتشكل منها الذمة المالية للشركة أثناء حياتها. وهذه الأموال هي عبارة عن الحقوق التي اكتسبتها الشركة في مواجهة الغير نتيجة ممارستها لنشاطها وكذلك في الأموال المنقولة والثابتة².

ونميز بين رأس مال الشركة و أصولها فيما يلي:

- رأس مال الشركة يكون مساوياً لأصولها عند التأسيس ، لكن هذه المساواة تختفي عند ممارسة الشركة لنشاطها. فإذا زاولت الشركة نشاطها وحققت أرباحاً فإن أصول الشركة تتزايد

¹. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1989، ص 540.

². سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال ، النظرية العامة للشركات ، شركات الأشخاص، ط 3، دار النهضة العربية ، سنة 2004 ، ص، 51.

وتفوق رأس المال لأن أرباح الشركة لا توزع بالكامل على الشركاء، بل يوضع جزءا منها في الاحتياطات أو تقوم الشركة باستثمار لتوسيع نشاطها. وبالمقابل قد تتعرض الشركة لخسائر فتصبح ذمتها مثقلة بالديون خاصة ما تحتاجه الشركة من مصاريف لاستمرارها فهنا تصبح أصول الشركة أقل من قيمة رأس مالها، لهذا فإن رأس المال لا يكشف عن المركز المالي للشركة وإنما أصول الشركة هي التي تحدد حقيقة الوضع المالي للشركة .

ومن ناحية محاسبية وميزانية مالية يظهر رأس المال في خانة الخصوم على اعتبار أنه يشكل مختلف الحصص المقدمة من الشركاء، والتي يكون على الشركة ردها إلى أصحابها (الدائنين الاجتماعيين أو الشركاء) في حال حل الشركة أو تصفيتها¹.

- تعد أصول الشركة الضمان الحقيقي لدائني الشركة لذلك وجب أن لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال وقت إنشاء الشركة. كما يعتبر رأس المال الحد الأدنى لهذا الضمان فلا يجوز المساس به وهذا ما يعرف بمبدأ ثبات رأس المال². ويجوز تخفيض رأس مال الشركة بشرط أن لا يقل عن الحد الأدنى المنصوص عليه قانونا ، ويخضع هذا التخفيض لإجراءات الشهر حماية للغير المتعامل مع الشركة. ويجب أن يكون هذا التخفيض مبررا قانونا بخسائر وإلا كان للدائنين الحق في أن يرفعوا معارضة في هذا التخفيض في أجل شهر ابتداء من تاريخ الإيداع، ويحكم القاضي برفض المعارضة أو يأمر إما بتسديد الديون أو تقديم ضمانات كافية في حال عرضتها الشركة على الدائنين ، ولا يمكن أن تبدأ عمليات تخفيض رأس المال خلال المعارضة³. ويحضر على الشركة شراء حصصها الاجتماعية أو أسهمها إما بصفة مباشرة أو بواسطة شخص يتصرف باسمه ولحساب الشركة ذلك أن رأس المال في هذه الحالة يكون سوريا ولا يوفر أية ضمانات تذكر للدائنين، غير أنه يجوز المطالبة بتخفيض رأس المال من دون تبرير ذلك بخسائر بأن تأذن لمسيرتها بشراء عدد معين من الحصص الاجتماعية أو الأسهم لإبطالها⁴.

¹.yves Guyon , Droit des Affaires, O p . Cit, p 106.

². يعني ذلك أنه لا يجوز للشركة توزيع رأس المال على الشركاء كأرباح، وإلا صارت مرتكبة لجنحة توزيع أرباح صورية، وتتعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة 800 من ق.ت.ج.فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، والمادة 811 بالنسبة لشركة المساهمة.

³. أنظر المواد 575 و 713 من ق.ت.ج.

⁴.yves Guyon , Droit des Affaires, O p . Cit, p 108.

- يظهر رأس المال كمفرد من مفردات الجانب السلبي من ميزانية الشركة (الخصوم) وذلك لأن الشركة تعد مدينة للشركاء بالقيمة الاسمية للحصص النقدية والعينية، أما أصول الشركة فتظهر في الجانب الايجابي من الميزانية (الأصول) لأنها تعد أموال ثابتة وحقوق للشركة في مواجهة الغير¹.

البند الثامن: الثقة والنفوذ كحصة في الشركات التجارية

كثيرا ما يثار التساؤل عن مدى قبول السمعة والنفوذ كحصة في الشركة. فهل يكون ذلك مبررا لحصول صاحبها على حصة في الربح؟

يلاحظ أن السمعة والثقة والنفوذ والانتماء ألفاظ يراد بها قدرة الشخص على التأثير في مجريات الحياة، وفي معاملات الناس نتيجة لمركز تجاري أو سياسي أو وظيفة عامة. ويقصد بحصة الائتمان سمعة الشخص في مجال التجارة، وما يتمتع به من ثقة وضمأن.

ولقد اختلفت الآراء حول قبول الثقة والائتمان كحصة في الشركة، فمنهم من يرى جوازها لما لها من فائدة كبرى لأنها تسهل عمل الشركة وذلك بانضمام شخص ذو ثراء أو شخص اكتسب شهرة كبيرة في الميدان التجاري². وفي هذا الإطار يرى الدكتور مصطفى كمال طه أن الشخص ذو الثقة المالية الذي يسمح بذكر اسمه في عنوان الشركة ويتحمل المخاطر المترتبة على ذلك دون أن يتعاون إيجابيا يعتبر أنه قدم حصة كافية³.

ومنهم من يرى عدم جواز اقتصار حصة الشريك على ما يتمتع به من ثقة لأن ذلك لا يمكن تقويمه بالمال، ولا يرد عليه الملك فلا يصح أن يكون رأس مال في الشركة⁴. ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في نفس الاتجاه أن الحصة لا يمكن أن تكون إلا مالا أو عملا وإذا كانت السمعة التجارية هي ثمرة العمل والنزاهة فإنها مع ذلك ليست بمال فهي لا يمكن تقديرها نقدا وليست قابلة للتملك ولا تعتبر حصة إلا إذا انضم إليها مجهود الشخص ونشاطه⁵.

¹ علي سيد قاسم، قانون الأعمال، ج2، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي (الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، سنة 2001، ص 53.

² أنظر في هذا المعنى فوزي فتات، مرجع سابق ص 49.

³ مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 221، 222.

⁴ أنظر في هذا الصدد فوزي فتات، مرجع سابق، ص 49.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، مرجع سابق، ص 269.

وقد رأينا توافق رأي المشرع الجزائري مع هذا الاتجاه الفقهي. حيث تنص المادة 420 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز أن تقصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية".¹

والمشرع الجزائري بهذا لا يسمح للشريك أن يقدم إلا ما كان من مال أو عمل كحصة يشارك بها في الشركة التجارية. ويمنع تقديم النفوذ كحصة في الشركة. ويقصد بالنفوذ هو ما يتمتع به رجل السياسة وموظف الحكومة وقدرته على التأثير المباشر أو بالواسطة، وهذا النوع من النفوذ لا خلاف في عدم جواز استغلاله كحصة في الشركة. والحكمة من ذلك واضحة وهي مراعاة العدالة، أما النوع الثاني من النفوذ الشخصي فهو نابع من الخبرة في ميدان التجارة والسمعة الواسعة في مجال المعاملات، وهو ما يسمى بالسمعة التجارية وقد عرفها البعض بأنها "السهولة التي يستطيع بها شخص معروف إيجاد أناس يقبلون إقراضه نقوداً، أو يمنحونه كل ثقة".²

هناك من يرى بجواز تقديم الثقة المالية والتجارية كحصة في الشركة بشروط يجب توفرها في الحصة محل التقديم، وأخرى في الشريك المقدم لهذه الحصة. أما شروط المتعلقة بالحصة فيجب أن تكون مشروعة وحقيقية لا صورية، أي يجب على الشريك مقدم الحصة أن يكون قد اكتسب حقيقة شهرة كافية بحيث أن وجوده بين باقي الشركاء يسهل علاقات الشركة بالغير.³

¹. يثور إشكال في صياغة هذه المادة، فبالرغم من حظر قبول النفوذ السياسي أو الثقة المالية كحصة في الشركة، إلا أن النص القانوني المجسد في المادة 420 من ق.م.ج لم يكن حاسماً في الصياغة إذ استعمل عبارة "لا يجوز أن تقتصر...". لجواز قبول حصة السمعة التجارية إذا اقترنت بحصة عمل مثلاً، لأنه يفهم من كلمة "لا يجوز أن تقتصر على..." أن حصة النفوذ السياسي أو السمعة التجارية وحدهما محظورتان، أما إذا اقترنتا أو أضيف إلى أي منهما وعلى الأخص الثقة المالية مجهود الشخص وخبرته فيمكن قبول هذه الأخيرة كحصة في الشركة. وكان الأولى أن تكون صياغة المادة التي تحظر هذا النوع من الحصص كالتالي: "لا يجوز أن تكون... وبذلك يمنع أو يستبعد كل تحايل حول جواز قبول هذه الحصة سواء كانت منفردة أو بمعية حصة أخرى.

². محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 165.

³. فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع

سابق، ص 82.

أما عن الشروط الواجب توفرها في مقدم هذه الحصة، فلا يشترط فيه سوى شرط واحد وهو أن يكون مسئولاً عن ديون الشركة مسؤولية غير محدودة. ولهذا لا يصح تقديم الثقة كحصة في الشركة إلا من قبل الشريك المتضامن¹.

و عن النفوذ² كحصة في الشركة التجارية وسواء أكان نفوذاً سياسياً أو اجتماعياً فإنه لا يجوز أن يكون حصة في الشركة وذلك تقادياً للاستغلال غير المشروع للنفوذ مما قد يشكل مخالفة يعاقب عليها القانون، وتقادياً لسيطرة أصحاب النفوذ على المشروعات الاقتصادية دون أن يتحملوا فيها مخاطر حقيقية³.

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق في الحكم على الثقة المالية والنفوذ، مع أنه كان من الأفضل أن يفرق بينهما. ويسمح أن تكون حصة الشريك ممثلة في الثقة المالية والتجارية⁴.

وحظر النفوذ السياسي كحصة في الشركة ليس هو موقف القانون الوضعي فقط، وإنما هو أيضاً موقف الفقه الإسلامي لأنه اشتراك بغير مال أو عمل ولا يمكن القول بمشروعيته قياساً على إجازة الفقهاء المسلمين لشركة الوجوه لأن شركة الوجوه تتضمن عملاً يأتيه الشركاء بجانب ثقة الغير بهم وتعاملهم معهم، فهي عبارة عن اشتراك عدة شركاء فيما سيشترونه من بضائع بالنسيئة من تجار الجملة اعتماداً على وجاهتهم⁵ أو وجاهة أحدهم، فكل شريك يلتزم بما سيشتري وهذه البضائع عبارة عن رأس المال مقسومة قيمتها عليهم، ثم أنهم لا يكتفون بوجاهتهم بل يعملون فيها ببيعها وتصريفها⁶.

¹ محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 275.

² النفوذ السياسي Le crédit politique أو كما يسميه الفرنسيون Traffic d'influence أو النفوذ الوظيفي يراد به علاقة الشريك صاحب النفوذ بالهيئات والأفراد الذين سوف تتصل الشركة بهم في أعمالها وتحرص على ضمان تعاونهم وعدم تعويق مصالحها. أنظر : محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 50.

³ محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 50.

⁴ الثقة المالية والتجارية ويطلق عليها الائتمان التجاري أو حصة الضمان، ويقصد بها ما يتمتع به الشريك من حسن سمعة وأمانة ويسار تدعو الغير إلى التعامل مع الشركة والثقة فيها. أنظر: فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 83. محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 54.

⁵ عبّر الفقه الإسلامي عن مصطلح السمعة التجارية بالوجاهة والثقة والضمان.

⁶ محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مرجع سابق، ص 53.

الفرع الرابع: مساهمة الشركاء في الأرباح والخسائر

لا جدال يذكر في كون الغرض الأساسي الذي يدفع الشريك لأن يساهم في الشركة بتقديمه لحصة تجعله شريكا سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي هو الحصول على نصيب من الأرباح التي تحققها، كما أن الشركة قد تخفق وتبوء بالفشل والخسران، فالخسارة إذن متوقعة وعلى الشريك حين حدوث هذه الخسارة أن يتحمل جزءا منها تطبيقا لقاعدة " الغنم بالغرم" أو الربح والخسارة. فاقترسام الأرباح والخسائر يعد ركنا جوهريا من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة لا تقوم لها قائمة إلا بوجوده.

ولقد تبلور هذا الركن فيما كان يعرف - قديما - بحق الأخوة الذي كانت تعتمد عليه الشركة في القانون الروماني وكان مقتضى هذا الحق أن تكون المساواة مطلقة بين الشركاء في اقتسام الأرباح والخسائر، غير أن المشرع الحديث هجر هذا المبدأ فلم يعد يشترط المساواة التامة، بل أصبح يأخذ بمبدأ آخر أقل تشددا هو أن يكون نصيب الشركاء في الأرباح بحسب حصصهم في رأس المال.

فلا يجب أن يفهم أن هذا الركن يقتضي مساواة الشركاء في الربح والخسارة، لأنه يجوز الاتفاق على اختلاف النسب لكل من الشركاء، على ألا يترتب على هذه الاتفاقات أن تفقد الشركة أهم خصائصها وهي اشتراك الجميع في الربح والخسارة¹.

وفضلا على ذلك فإن المشرع لم يشأ فرض هذه القاعدة على الشركاء، وإنما ترك لهم حرية الاتفاق على ما يخالفها دون الإخلال بما يفرضه القانون.

أما الفقه الإسلامي فقد كان سباقا لتقرير ذلك بجعله الربح على ما اشترطوا والوضعية أو الخسارة على قدر المالين. ولا يجوز بأي حال أن تتجه نية الشركاء إلى الحصول على الربح دون تحمل للخسائر وكل شرط يخرج عن هذا الإطار يقع باطلا، وهذا ما اتفق عليه كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أما عن بطلان العقد المتضمن لمثل هذا الشرط هناك اختلاف بين مبطل للشرط دون العقد وبين مبطل لعقد الشركة المتضمن لهذا الشرط.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص71.

سنحاول فيما يأتي تقديم إضاءة أولية لقسمة الأرباح والخسائر ضمن مقاربة فقهية قانونية نوضح من خلالها القواعد التي تحكم عملية توزيع الأرباح والخسائر، وإلى أي مدى يتفق الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في ضوابط هذه العملية.

البند الأول: الربح في الشركة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

يعد الربح من العناصر الأساسية في بناء النشاط التجاري والاقتصادي للمنشآت والشركات على حد سواء، على اعتبار أن عقد الشركة لا تتعارض فيه المصالح بين الشركاء عكس ما نجده في باقي العقود كعقد البيع مثلا وإنما الهدف الأساسي والمشارك من إنشاء أي شركة هو اقتسام ما ينتج عنها من أرباح توزع بين أعضائها.

والربح هو القدر النامي في المال لأنه من الطبيعي أن تتركز فكرة الربح على النمو والزيادة في القيمة فيتحدد الربح بالقدر النامي في المال وبالزيادة على رأس المال¹.

ولما كان موضوع هذا الجزء من البحث متعلقا بتوزيع الأرباح والخسائر عند أهل الشريعة والقانون كان من المناسب بيان حقيقة الربح والخسارة حتى يتسنى لنا إدراك أحكام توزيعهما.

أولاً: مفهوم الربح في عقد الشركة

ورد ذكر الربح في القرآن الكريم مقرونا بالتجارة فقال الله تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا

الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين﴾².

بعض المفسرين تناولوا الربح على أنه الزيادة على رأس المال بعد سلامة رأس المال المستخدم في التجارة، ذلك أن قصد التجارة هو سلامة رأس المال وتحقيق الربح³. فلا ربح إلا بعد سلامة رأس المال، فلا يقال لمن لم يسلم له رأس ماله قد ربحت⁴. والربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون الربح له جابرا فيخرج بذلك عن أن يكون ربحا⁵.

¹. مقدمة ابن خلدون، الفصل 9، في معنى التجارة ومذاهبها و أصنافها، سنة 1930، ص 331.

². الآية 16 من سورة البقرة.

³. يقول الإمام الرازي بخصوص الآية 16 من سورة البقرة: " أن الذي يطلبه التجار في تصرفاتهم أمرين سلامة رأس المال و الربح ". أنظر الإمام الرازي (عبد الله بن عمر)، مفاتيح الغيب المشهور بالتفسير الكبير، ج 2، دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1981، ص 80.

⁴. الإمام الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (الطبري)، جامع البيان في تفسير القرآن، ج 1، سورة البقرة، ص 106.

⁵. ابن قدامه، ج 5، مرجع سابق، ص 47.

وقد استعمل الإمام الغزالي مفهومي الربح ورأس المال للتشبيه والتمييز بين العدل والإحسان، فالعدل سبب النجاة وهو يجري من التجارة مجرى رأس المال والإحسان سبب الفوز ونيل السعادة وهو يجري من التجارة مجرى الربح¹.

فقد يختلط مفهوم الربح بالنماء إلا أن النماء أعم من الربح لأنه يتضمن الربح والفائدة والغلة². ونشير إلى أن الإسلام لا يقتصر على الربح فقط وهو فرق بين الإيرادات والتكاليف والمصروفات كحق للشريك ولكنه يقرر له حق الفائدة³ وحق الغلة⁴، فإذا انسحب شريك أصلي مؤسس وأخذ مع رأس ماله الربح، أخذ أيضا نصيبه في الارتفاع في ثمن الأصول الثابتة والمتداولة وهما الغلة والفائدة، ويلاحظ أن المؤسسات الإسلامية المعاصرة لا تعطي للمشارك مشاركة تمويلية إلا الربح وهذا سر تضخم أرباحها لاستفادتها من معامل التضخم وارتفاع الأسعار⁵.

ولا يستحق الربح في الفقه الإسلامي إلا بثلاث بمال أو عمل أو ضمان، فهو يستحق بالمال لأنه نماؤه فيكون لمالكه، ومن هنا استحقه رب المال في المضاربة، ويستحق بالعمل حين يكون العمل سببه كنصيب المضارب في ربح المضاربة، ويستحق بالضمان كما في شركة الوجوه أي من ضمن شيئاً فله غلته⁶.

أما القانون فقد عرّف الربح تعريفا مستمدا من تعريف محكمة النقض الفرنسية له، فالربح هو "الكسب النقدي أو المادي يضاف إلى ثروة الشركاء"⁷. هناك من أخذ بالمفهوم الضيق للربح واعتبره المبلغ النقدي الذي يوزع على الشركاء في نهاية السنة المالية واخذ

¹ عبد الحميد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2، ط2، مطبعة دار الخير، سنة 1993. ص 74 .

² الخرشبي، محمد بن عبد الله (الخرشي المالكي)، شرح الخرشبي، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، ص 185.

³ الفائدة هي الزيادة في رأس المال من عروض القنية كالعقار والحيوان إذا بيع بأكثر من ثمن الأصل فهي لا تعتبر ربحا وإنما هي فائدة لأن العائد الزائد ناتج عن زيادة طبيعية، أو متولدة من الأصل. أنظر عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس، الأردن، سنة 2007، ص 57.

⁴ الغلة هي المتجدد من العروض التجارية بلا بيع لتلك العروض كثمر النخل المشتري للتجارة. أنظر: عيسى ضيف الله المنصور، نفس المرجع ص57، 58.

⁵ عيسى ضيف الله المنصور، نفس المرجع، ص59، 58.

⁶ ابن قدامة، مرجع سابق، ص 140 . محمد حسين قنديل، تحديد الربح وأثره على صحة عقود المشاركات في الفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، سنة 2005، ص134.

⁷ Yves Guyon, droit des affaire, T 1, economica, p112.

فريق بالمفهوم الموسع للربح ويرى بأنه فائدة ايجابية تضاف إلى ذم الشركاء ويمكن تقويمها بمال أو سلبية تقتصر على تخفيف عبء الشركاء أو دفع ضرر عنهم¹. ويستحق الربح في القانون الوضعي بالمال أو بالتنظيم والابتكار هذا الأخير الذي يقابل مبدأ استحقاق الربح بالعمل في الفقه الإسلامي.

من هنا يتضح عدم الاختلاف بين الفقه والقانون في معنى الربح، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا ينظرون إلى الربح من حيث كونه كسب ناشئ عن رأس المال أو أجر ناتج عن العمل، فهم لم ينظروا إلى نوعه ومادته، كما أنهم لم يعتبروا كون الربح يزيد ثروة الشريك أولاً، فهذا أمر يخضع لقيمة النقود وسعر الصرف. أما القانونيون يعرفون الربح بمرادفه، وأيضاً قد يحدث ربح ولا يضاف نظراً لانخفاض قيمة النقود، وقد لا يتحقق ربح ويتم توزيع الحصص المالية فتضاف إلى ثروة الشركاء نظراً لارتفاع سعرها أو زيادة قيمة النقود². ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في أسباب استحقاق الربح المتمثلة في المال والعمل إلا أن الفقه الإسلامي عرف سبباً ثالثاً لاستحقاق الربح لا يعترف به القانون الوضعي وهو الضمان.

ثانياً : توزيع الربح بين الشركاء في القانون الوضعي

توزع الأرباح الصافية لا الإجمالية على الشركاء، ويقصد بالأرباح الصافية الأرباح الإجمالية مخصوماً منها تكاليف الشركة والمصاريف العامة. وإذا تم جرد موجودات الشركة ووجدت زيادة في الأصول³ عن الخصوم⁴ يمكن تحديد الربح المحقق ومعرفة مقداره⁵. الأصل أن المشرع ترك الحرية للشركاء في تحديد نصيب الشريك في الأرباح مع عدم الإخلال بما يوجبه القانون. وإذا ما اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الخسارة دون تعيين نصيبه في الربح، يكون هذا الأخير مساوياً لنصيبه في الخسارة حتى ولو

¹. عمار عمورة ، مرجع سابق، ص 160 و161.

². Chamouland, Trapiers, Droit des affaires relation de l'entreprise commercial, collection dirigée par Claude Iombos, Bréal, France, 2003, p 13.

³. الأصول هو ما يعبر عنه بالجانب الايجابي ويندرج فيه ممتلكات الشركة من أموال منقولة وعقارات أو حقوق لدى الغير.

⁴. الخصوم هو ما يعبر عنه بالجانب السلبي وتدرج فيه جميع ديون الشركة من ديون مستحقة للغير وأجور العاملين والقروض التي حصلت عليها كما يدون في هذا الجانب السلبي رأس مال الشركة على اعتبار أنه للشركاء لدى الشركة.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 107، 108.

لم يتناسب مع قيمة حصة الشريك في رأس المال¹. وإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك في الربح، فالمفترض أن يكون نصيبه بنسبة حصته في رأس المال²، وهذا بعد تقويم الحصص الذي يكون في العقد التأسيسي للشركة. وإذا قام شك في التقويم قسّمت الأرباح بين الشركاء بالتساوي³.

أما إذا كانت الحصة المقدمة هي حصة عمل وسكت العقد عن تعيين نصيب الشريك في الربح حيث أن العمل تقدر قيمته تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل، ويقدر هذه القيمة تكون حصته في رأس المال. يتضح أن المعيار في تقويم حصة العمل بالنسبة للقانون الجزائري هي الفائدة التي تفيدها الشركة من هذه الحصة. وفي حالة ما قدم الشريك فوق حصته من العمل نقوداً أو أي شيء آخر كحصة في رأس مال الشركة يكون له نصيبه من الربح نتيجة لعمله، ونصيب آخر في الربح عما قدمه زيادة عن عمله⁴. ويكون دفع الأرباح خلال أجل أقصاه تسعة أشهر من تاريخ إقفال السنة المالية، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بقرار قضائي⁵.

بذلك ليس للشركة أن تسترجع الأرباح الموزعة لأنها تصبح بمجرد توزيعها حقا مكتسبا للشركاء حتى ولو منيت الشركة بخسائر في السنوات التالية للتوزيع، وقد يحدث أن لا تحقق الشركة أي أرباح في بعض السنوات أو تمنى بخسائر متتابعة فتتنزل أصول الشركة عن خصومها وفي مثل هذا الوضع يمنع على الشركة أن تقوم بتوزيع أرباح على أن يتم تعويض مقدار الخسائر التي منيت بها إلى أن يعود رأس المال للقدر الموجود قبل الخسائر⁶. فإذا لم تحترم الشركة هذه القواعد ووزعت أرباحاً على الشركاء لإيهام المتعاملين مع الشركة بقوة مركزها المالي، فإن هذه الأرباح تعتبر صورية لا تشكل حقا مكتسبا للشركاء وللشركة

¹. المادة 425 من ق.م.ج.

². المادة 423 من ق.م.ج.

³. أنظر في هذا الصدد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 285، 286.

⁴. ف3 من المادة 425 من ق.م.ج.

⁵. المادة 724 ق.م.ج.

⁶. بلعيساوي محمد الطاهر، مرجع سابق، ص44.

ولدائنيها إجبار الشركاء على رد هذه الأرباح¹ تطبيقاً لمبدأ ثبات رأس المال². لأن الأرباح المدفوعة تكون قد دفعت من رأس مال الشركة، وهو مخصص لضمان حقوق الدائنين. ويستتبع توزيع الأرباح الصورية نوعين من النتائج: فعلى الصعيد الجنائي يتعرض مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة إلى عقوبات قد تكون الحبس والغرامة المالية في حالة ما إذا قاموا بتوزيع أرباح صورية على الشركاء، لأن هذا التوزيع يدخل في إطار النصب.

وعلى المستوى المدني تحصل الشركاء على ربح بغير وجه حق أو دفع غير مستحق وفق القواعد العامة، ولذلك وجب عليهم رده وإدخاله في الخزينة الاجتماعية للشركة قصد إعادة تكوين ضمان للدائنين، ويفترض في هذا الإرجاع علم الشركاء بأن هذه الأرباح صورية وأن التوزيع غير قانوني، أولم يكن من الممكن عدم جهلهم بهذا استناداً لوضوحه بحسب الظروف المحيطة، وبالعكس في حالة حسن النية أو الجهل بالحقيقة يمكن للشركاء الاحتفاظ بهذه الأرباح³.

ثالثاً: توزيع الربح في الفقه الإسلامي

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية أسباب استحقاق الربح في أنواع الشركات إلى ثلاثة أسباب هي المال، العمل أو الضمان⁴. فأما استحقاق الربح بالمال فلأنه يعد نماء له⁵. وقد حرم الله تعالى الربا و أحل التجارة وبالتالي فإن الربح لا يولد من المال الجامد بل من المال المتحرك الذي يخصص لمباشرة نشاط أو مشروع تجاري.

وقد اتفق الفقهاء على أن الربح تابع لرأس المال، وعلى ذلك يوزع الربح بين الشركاء بنسبة حصة كل شريك في رأس المال⁶. وعليه يستحق كل من الشريك في شركات الأموال¹، أو

¹. سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 57.

². بلعيساوي محمد الطاهر، مرجع سابق، ص 44.

³. Yves Guyon, droit des affaire, opcit, p 118, 119.

⁴. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3901. محمد حسين قنديل، مرجع سابق، ص 134.

⁵. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3901.

⁶. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 696. وعبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 153.

صاحب المال في شركة المضاربة، نصيبه من الربح نتيجة لما خصصه من مال وقدمه للشركة ووضعه تحت تصرفها.

وإن لم يحدد عقد الشركة طريقة توزيع الربح ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة على رأي ووافقهم القانون الوضعي إلى أن توزيع الربح يكون بنسبة رأس المال بناء على أن سكوت الشركاء يستفاد منه الاتفاق الضمني على إخضاعهم نسب الربح لنسب رأس المال² لأنه الأصل.

أما بخصوص استحقاق الربح بسبب العمل ذلك لأن الأساس في الربح هو العمل ولا يمكن أن يتحقق بدونه، كان الفقه الإسلامي سابقا في تقرير ذلك حيث نجد في شركات الأعمال أنه يتم تحديد نصيب حصة العمل في الربح طبقا لأهمية العمل ومهارة العامل وإذا لم تحدد للعمل حصة في الربح فسدت الشركة لأن الربح هنا هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد عند جمهور الفقهاء³.

وفي المضاربة الشريك العامل في عقد المضاربة يجب أن يعين له حصة شائعة من الربح فإذا اشترط له جميع الربح كان العقد قرضا عند الحنفية والحنابلة، وهو مضاربة فاسدة عند الشافعية، وحينئذ يكون للعامل أجره مثل عمله⁴، لأن مقتضى المضاربة الاشتراك في الربح فإذا شرط استئثار العامل بالربح كان الشرط فاسدا⁵، أما إذا حرم منه وأشترط كله لصاحب المال كان العقد بضاعة والعامل متبرع بالعمل.

والشافعية يقولون بنفاذ العقد مع الشرط الفاسد وتقسيم الربح بنسبة الحصص المالية وللعامل أجره عمله من شريكه⁶.

¹ شركات العقود في الفقه الإسلامي تنقسم إلى شركات الأموال و شركات الأعمال وشركات الوجوه وشركة المضاربة. وسياتي تفصيلها في الباب الثاني من هذه الرسالة.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ص 37. محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص 237.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3890. محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص 337. ومحمد حسين قنديل، مرجع سابق ص 140.

⁴ كل شرط يوجب جهالة في الربح ينتج عنه فساد الشرط والعقد، ويصبح المضارب أجيرا يستحق أجر المثل.

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3939.

⁶ وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

ويرى المالكية أن الشرط الفاسد الذي يترتب عليه حرمان الشريك العامل من ربحه أو عدم حصوله على حصة منه لا تتناسب مع ما يبذله من العمل سينتج عنه فسخ العقد للبطلان إذا لم تباشر الشركة نشاطها أما إذا عمل الشركاء في الشركة واتضح البطلان بعد ذلك قسم الربح بمقدار رأس المال الذي دفعه كل شريك وللشريك الذي قدم حصة عمل زائدة أجره عمله، أما إذا شرط العامل الربح كله له فقال الإمام مالك يجوز لأنه إحسان وتطوع من صاحب المال¹.

وذهب الأحناف والحنابلة إلى أن الشركاء يجوز لهم أن يجعلوا الربح على قدر المال كما يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في رأس المال هذا في جميع أنواع الشركة². ويرون أن شركة العنان³ يكون فيها الربح على ما شرط العاقدان فيجوز زيادة نصيب أحدهما من الربح مقابل عمله وتوزيع الربح متروك لاتفاق الشركاء⁴.

ورد في المضارب وفي الشريكين "الربح على ما اصطلاحا عليه"⁵ ولا خلاف في ذلك في المضاربة أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه، أو ما يجمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء⁶.

أما المالكية والشافعية يرون أن الربح يجب أن يكون تابعا لرأس مال الشركة، فيكون متساويا بين الشركاء إذا كان رأس المال متساويا، ويكون متفاضلا على حسب حصة كل شريك من رأس مال الشركة عند اختلافه وتفاوته، فإن اشترط تساوي الربح والخسران مع تفاضل أموال الشركة، فسد عقد الشركة لمنافاته لوضع الشركة⁷.

بذلك يكون القانون الوضعي قد وافق الفقه الإسلامي في الرأي الأول أي رأي الأحناف والحنابلة القائل بالتفاوت في مسألة الربح، وخالف الفقه الإسلامي في الرأي الثاني

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ص 107.

². ابن قدامة، مرجع سابق، ص 30. و محمد حسين قنديل، مرجع سابق، ص 135.

³. شركة العنان من شركات الأموال في الفقه الإسلامي ولا يشترط فيها المساواة في المال ولا في التصرف. وسيأتي بيانها في الباب الثاني من هذه الرسالة.

⁴. الزرقا، مرجع سابق، ص 177. الشوكاني، فتح القدير، مرجع سابق، ص 21. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 55.

⁵. لسان الحق، مرجع سابق، ص 308، 309.

⁶. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 30. و محمد حسين قنديل، مرجع سابق، ص 135.

⁷. ابن حزم، مرجع سابق، ص 962.

وهو رأي المالكية والشافعية الذي يمنع التفاوت في الربح ويربطه بحصص رأس المال، فالمهم عند القانونيين أن ينال كل شريك نصيبه في الأرباح. ولا يتضمن العقد شرطا يحرم أيا من الشركاء من الأرباح¹.

أما عن استحقاق الربح بالضمان طبقا للقاعدة "الخراج بالضمان"² وهذا الضمان إما أن يكون ضمانا للمال أو ضمانا للعمل³. ولذا جاز للشخص أن يتقبل العمل من الأعمال كخياطة ثوب ويتعهد بانجازه لقاء أجر معلوم ثم يتفق مع آخر على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول ويربح هو فرق ما بينهما حلالا طيبا لمجرد أنه ضمن العمل، دون أن يقوم به، وقد لا يكون له مال أصلا⁴.

إن يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في أن الربح يستحقه الشريك بالمال أو بالعمل الذي يقدمه من حصة في الشركة⁵، أما ما زاده فقهاء الشريعة الإسلامية هو الضمان كسبب ثالث لاستحقاق الربح.

كما يشترط الفقه الإسلامي أن يكون لكل شريك حصة شائعة من الربح أي أن تكون حصة كل شريك من الربح محددة بجزء شائع منه معلوم بالنسبة إلى جملته كنصفه وثلثه وربعه و كل شرط يوجب جهالة في الربح ينتج عنه فساد الشرط والعقد⁶. وأوجب أن لا يكون الربح معيناً لأحدهما كعشرة أو مئة وإلا فسدت الشركة لأن العقد يقتضي تحقق الاشتراك في الربح، ومن الجائز ألا يتحقق الربح إلا في القدر المعين لأحد الشريكين، فكان التعيين منافياً لمقتضى عقد الشركة⁷.

ويعتبر الفقهاء المسلمون الربح الناتج من التجارة بمال الشركة وقاية لرأس مالها وحفظ له من النقص وهذا ما رأيناه بالنسبة للقانون الوضعي ذلك بأن يجبر من الربح كل ما يقع

¹. هذا ما يتفق مع ما يعرف بشرط الأسد في القانون الوضعي.

². العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر (العسقلاني)، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، بيروت، مؤسسة قرطبة، مكة المكرمة، ط 1، 1995. ص 22.

³. الزرقا، مرجع سابق، ص 110.

⁴. محمد حسين قنديل، مرجع سابق، ص 134.

⁵. يتضح ذلك من نص المادة 416 من ق.م.ج.

⁶. الزرقا، مرجع سابق، ص 117.

⁷. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3890. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 494.

على الشركة من تبعات مالية ولو أدى إلى فوات الربح كله، فإذا لم يف الربح بها أكمل النقص من رأس مال الشركة، وذلك بشروط ثلاثة:¹

1- كون التبعة لحقت رأس المال قبل استقرار ملك كل شريك على ما بيده من الربح وإلا فلا ويحصل الاستقرار بانتهاء عقد الشركة، أو بفسخه.

2- كونها لم تحصل بسبب تفريط من أحد الشركاء أو تعدد، وإلا ضمنها من رأس ماله هو، لأن هذا هو حكم الأمين والوكيل على ما بأيديهما من مال الشركة.

3- كون التبعة حصلت ورأس المال بيد الشريك العامل، فان سلمه إلى المالك فقبضه، ثم خسر فلا ضمان على العامل، ولا يكون نصيبه من الربح وقاية لرأس مال المالك، لأن ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض.

البند الثاني: تحمل الخسائر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

كان ما تقدم عن الأرباح المستحقة للشريك جزاء ما حققته الشركة التي ساهم بحصته فيها أما عن تحمل الخسائر الناتجة عن الشركة فيجب الاشتراك في تحملها لأنه الدليل الملموس على رغبة الشركاء في العمل معا في السراء والضراء وتعريض جهودهم وأموالهم لمخاطر المشروع واشتراكهم في مغانمه ومفارمه.

أولاً: مفهوم الخسائر التي يتحملها الشركاء

الوضعية هي الخسارة، سواء كانت لتلف أو نقصان ثمن أو غيره². والخسارة عكس الربح ومن ثم فإذا كان الربح هو كل كسب مادي أو مالي يؤدي إلى زيادة ثروة الشركاء، فإن الخسارة هي كل خسارة مادية أو مالية تؤدي إلى نقص ثروة الشركاء، وعلى ذلك يشترط أن تكون الخسارة مادية أو مالية، تؤدي إلى نقص في قيمة أصول الشركة عن خصومها³.

بمفهوم المخالفة لا تعد خسارة يقنسم تحملها الشركاء الخسارة التي لا ينتج عنها نقص قيمة الأصول عن قيمة الخصوم مثالها خسارة شركة للأغذية والمشروبات لصفقة توريد وجبات مدرسية إلى مدرسة في هذه الحالة الخسارة ليست ايجابية أدت إلى نقص في قيمة

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 212.

². وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3913.

³. سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 59.

الأصول عن الخصوم، وإنما خسارة سلبية نتج عنها عدم زيادة ثروة الشركاء ولكن لم تؤد إلى نقصانها.

و الخسائر مثلها مثل الأرباح، غالبا ما يتفق الشركاء على توزيعها عند انقضاء الشركة لأي سبب من أسباب الانقضاء.

ثانيا : تحمل الخسائر في الفقه الإسلامي

القاعدة أن يلتزم كل شريك أيا كانت حصته بتحمل جزء من الخسارة حيث يتم توزيعها بين الشركاء عملا بالمبدأ الشرعي " الغرم بالغنم". ويلتقي القانون مع الفقه في اشتراط تحمل الشريك جزءا من الخسارة¹ استنادا إلى أن وجود نية الاشتراك يعد من أركان الشركة، هذه النية التي تعني الرغبة في تحصيل الربح، وفي المقابل الإسهام في جزء من الخسارة.

ولأجل هذا اشترط الفقهاء في الشركة شرط المشاركة في الربح والخسارة، ومع اختلافهم في حكم التوزيع بالنسبة للربح اتفقوا في توزيع الخسارة، فقالوا: توزع الخسارة في شركات الأموال بنسبة الحصص المالية أي على قدر المال، " الربح على ما اشترطا والوضيعة على قدر المالكين"²، أي تقسم بنسبة رأس المال لأن الخسارة تطلق على الجزء الهالك من المال لذا تقدر بقدره، لكن لو شرطت الخسارة بخلاف قدر رأس المال فالحنفية قالوا بصحة العقد وبطلان الشرط وبهذا قال الحنابلة وإلى هذا ذهب الشافعية. في حين يرى المالكية فساد العقد لأن الشركة تفسد بشرط التفاوت في الربح والخسران.³

والخسارة في شركة الوجوه⁴ يتحملها الشريك بقدر ما يملكه في الشركة، والشريك في شركات الأعمال يجب أن يتحمل الخسارة حسب الاتفاق بين الشركاء.⁵

¹. تنص ف2 من المادة 416 من ق.م.ج على أنه: "... كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك." وتقابلها الفقرة الثالثة من المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على:

« Les associés s'engagent à contribuer aux pertes »

². ابن قدامة ، مرجع سابق، ص 22.

³. ابن قدامة، نفس المرجع، ص 51.

⁴. شركة الوجوه هي من شركات العقود في الفقه الإسلامي سيأتي بيانها في الباب الثاني.

⁵. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 110.

وقد استثنى الفقه الإسلامي الشريك بالعمل من الاشتراك في الخسارة في شركة المضاربة ويبدو أن هذا الاستثناء يتلاءم وطبيعة عقد الشركة، حيث يقدم الشريك عمله فقط ولا يملك غيره فيها، ومع ذلك فهذا لا يعني عدم تحميله للخسارة فهو يشارك في تحملها وإن كان ذلك لا يظهر بطريقة مباشرة، إذ لم يقدم سوى عمله والعمل شيء معنوي يصعب تقييمه بالنقود، ويصعب تقدير الخسارة من شيء معنوي، لكن يكفي أن يضيع عليه نتيجة عمله فيفقد ثمرة جهده طوال الوقت الذي يمارس فيه أعمال المضاربة¹، فلا مجال لتحميله فوق ذلك خصوصاً إذا كان لا يملك سوى عمله². هذا فضلاً عن صعوبة تقييم الخسارة بالنقود لاتصال العمل بحرية المضارب المكفولة شرعاً وقانوناً.

يتفق هذا المعنى مع ما يراه القانون من جواز إعفاء من لم يقدم سوى عمله كحصة من المساهمة في الخسائر شريطة أن لا يكون قد تقرر له أجر عن عمله³، حتى لا يجمع بين الأجر والإعفاء و إلا كان ذلك من شروط الأسد. والحكمة المتوخاة من إعفائه من الخسارة، هي حتى لا تجتمع عليه نائبتين، ضياع عمله وتحمل الخسارة فيه. وهذا ما أقره الفقه الإسلامي للشريك العامل في شركة العنان إلى جانب المضارب في شركة المضاربة. وما يكشف عن ميزة الفقه الإسلامي أنه إلى جانب وضوحه في تقرير شرط الإعفاء من الخسارة، قد راعى العدالة في توزيعها فهي تحسب أولاً من الأرباح ثم من رأس المال. يقول الإمام مالك: "رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فهلك منه رأس المال، لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه، ثم يقتسمان ما بقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض"⁴. ويضع الفقهاء المسلمين قاعدة مفادها أنه لا يضمن الشريك لشريكه خسارة رأس المال، ولا بعضه، ولا يضمن له فوات الربح، ما لم يفرض، أو يتعدى⁵، ذلك كأن يشترط صاحب رأس

¹. وبالتالي لا يعد هذا استثناء من مبدأ حضر شروط الأسد إنما هو تجسيدا وتطبيقاً له، أنظر في هذا المعنى كمال طه مبادئ القانون التجاري، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، سنة 1981، ص 146.

². علي الخفيف، الشركات، مرجع سابق، ص 85.

³. أنظر نص المادة 426 من ق.م.ج في فقرتها الثانية.

⁴. مالك بن أنس الأصبحي (الإمام مالك)، الموطأ، ج 1-2، ط 2، اعتنى به عادل خضر، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، سنة 2004 ص 361.

⁵. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 68. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 682. و المقصود بالتعدي كل تصرف من شأنه الإضرار بالآخرين وهو منهي عنه شرعاً تطبيقاً للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار".

المال في شركة المضاربة على المضارب أو العامل أن يضمن له رأس المال في حال الخسارة وهذه المسألة مبنوثة في كتب الفقه تحت عنوان : هل يضمن رأس المال في شركة المضاربة من قبل العامل؟ يقول المالكية لا يجوز القراض¹ وهو فاسد، وبه قال الشافعية، وقال الحنفية : القراض جائز والشرط باطل والحنابلة يتفقون مع رأي أبي حنيفة و أصحابه². إذن الأصل المجمع عليه بين الفقهاء في المضاربة عدم الضمان من المضارب للمال حال الخسارة ما لم يقصر في العمل ويتعمد إتلاف المال، وكذلك هو الحال بالنسبة للشريك في الشركات الأخرى.

أما عن اشتراط تحمل المضارب للخسارة يقول الفقه الإسلامي في هذا المجال أن كل شرط يوجب جهالة في الربح ينتج عنه فساد الشرط³ والعقد⁴، حيث يشترط لصحة شركة العقد أن يكون الربح معلوم القدر بجزء محدد كما سبقت الإشارة إلى ذلك في معرض الحديث عن الربح، ومثال ذلك إذا قال صاحب المال للمضارب لك نصف الربح أو ثلثه بشرط أن تعطيني أرضك سنة لأزرعها، فإن العقد يفسد لاختلال مقصوده وهو الربح، حيث جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الأرض، أما الشرط الذي لا يوجب جهالة في الربح فلا يفسد العقد ويبطل الشرط فقط كاشتراط تحمل المضارب الخسارة⁵. والسبب في أن شرط الخسارة عليه شرط فاسد، هو أن الخسارة تعتبر جزءا هالكا من المال فلا يكون إلا على رب المال، لا لأنه يؤدي إلى جهالة الربح فيؤثر في العقد فيجعله فاسدا⁶.

¹. القراض هي المضاربة وسبب الاختلاف في اللفظ يرجع إلى أن مصطلح القراض مستعمل في الحجاز بينما مصطلح المضاربة مستعمل في العراق وبعض أجزاء الشام. أنظر عجة الجليلي ، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية بين الفقه الإسلامي والتقنيات المصرفية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، سنة 2006، ص58.

². ابن رشد، مرجع سابق، ص 238 . وابن قدامة، مرجع سابق، ص68.

³. الشرط الفاسد هو ما خرج عن الأوصاف الأربعة الآتية:

1- ما يقتضيه العقد.

2- ما ورد الشرع بجوازه.

3- ما يلائم مقتضى العقد.

4- ما جرى العرف به.

أنظر في ذلك وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 1 347.

⁴. الزرقا، مرجع سابق، ص 113.

⁵. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 163.

⁶. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3938.

ويرى الحنفية أنه في الشركات الأخرى غير المضاربة يفسد الشرط ويصح العقد، كشرط حرمان الشريك بالعمل من الربح أو عدم تعيين حصته منه فيتم تقسيم الربح بنسبة الحصص المالية أو العمل أو الضمان¹.

وعليه يعد الشرط الذي يقضي بعدم اشتراك أحد الشركاء في الخسارة شرطا فاسدا طبقا لرأي الأحناف والحنابلة ولا يبطل به العقد لأنه شرط لا يؤدي إلى جهالة في الربح فيبطل وحده².

ثالثا: تحمل الخسائر في القانون الوضعي

سواء قلّ هذا النصيب أم كثر يؤيد القانون الوضعي رأي الفقه الإسلامي، حيث يعطي الحرية للشركاء في اقتسام أرباح وخسائر الشركة، وتحديد هذا النصاب في العقد التأسيسي شريطة عدم تضمين عقد الشركة شرطا يقضي بحرمان أحد الشركاء من الأرباح أو بإعفائه من الخسائر وهذا ما يعرف في القانون بشرط الأسد³.

ومن مظاهر هذا الشرط حرمان الشريك من الربح وتخصيصه لأحد الشركاء أو لبعضهم دون البعض الآخر وكذا إعفائه من تحمل الخسائر⁴.

والشركة التي يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد⁵. ويعتبر الفقه أنه من قبيل شرط الأسد الاتفاق الذي لا يذهب إلى حد حرمان أحد الشركاء حرمانا مطلقا من الأرباح وإنما تقرر حصته من الأرباح، ولكن كل ما في الأمر أن هذا النصيب يكون تافها أي غير جدي، ومن المقرر أن لمحكمة الموضوع سلطة استظهار حقيقة الوقائع وبيان ما إذا كان الشرط هو من قبيل شرط الأسد أم لا⁶. فلا يعد باطلا قيام

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 107.

². الزرقا، مرجع سابق، ص 143.

³. Schodermeier. Clause Leonine et renonciation total ou partielle de participer a la répartition des dividendes, bulletin, joly, 1993, p 1231

⁴. تنص المادة 426 من ق.م.ج على أنه: "إذا وقع الاتفاق على أن احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا".

V: L'alinéa 2 de l'article 1844-1 du Code Civil Français considère comme léonine, donc nulle, toute stipulation attribuant à un associé la totalité du profit dégagé par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes.

⁵. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 282.

⁶. فوزي فتات، الاتفاقات الممنوعة في مجال توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص 27، 28.

أحد الشركاء بالتأمين على حصته ضد الخسائر المتوقعة أو قيام أحد الشركاء بضمان شريك آخر ضد أية خسارة مستقبلية، ذلك أن طبيعة مثل هذه الشروط أنها شروط ضمان وليست شروط أسد¹.

كما يعد من مظاهر شرط الأسد الاتفاق على تحميل أحد الشركاء كل خسائر الشركة، أو إعفاء أحد الشركاء من الخسائر مطلقا، أو الاتفاق على استرداد أحد الشركاء لحصته سالمة من كل خسارة، وهذا بغض النظر عن الظروف المالية للشركة التجارية².

نجد المادة 426 من القانون المدني تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجره ثمن عمله". ذلك لأن جهده الذي بدله لم يتلق عنه مقابلا ماديا، أي أنه عمل بلا مقابل وهذا في حد ذاته خسارة وبذلك يكون قد ساهم في تحمل الخسائر تجسيدا لحضر شرط الأسد. أما المادة 425 من القانون المدني في فقرتها الثالثة تنص على أنه: "إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة بحسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيء آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه".

وليس ما يمنع في ظل هذا النص ونص المادة 426 من القانون المدني من الاتفاق في عقد الشركة على أن يحصل الشريك الذي لم يقدم سوى عمله على مبلغ ثابت، بصفة دورية اقتطاعا من أرباحه في الشركة تحت شرط رد هذا المبلغ إلى الشركة في حالة الخسائر. وهذا هو القصد من نص المادة 426 من القانون المدني، فإذا قام الشريك بالعمل برد ما قبضه من أرباح إلى الشركة في حالة الخسائر فإنه يكون قد ساهم في الخسائر بفقده لمجهوده، لذا تعد المادة 426 من القانون المدني تطبيقا خاصا لتحريم شرط الأسد، ولا تتضمن بالتالي استثناء له من هذا التحريم³.

وفي القانون الوضعي عدم نجاح مشروع الشركة يؤدي إلى تحمل الشركاء نصيبهم من الخسائر التي توزع عليهم حسب اتفاقهم. وعليه فإن تحديد نصيب الشركاء في الخسائر

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 72.

². فوزي فتات، الاتفاقات الممنوعة، مرجع سابق، ص 28.

³. فوزي فتات، نفس المرجع، ص 28، 29.

يكون حسب ما نص عليه في العقد التأسيسي للشركة وذلك في حالة اتفاقهم. وبذلك يكون العقد التأسيسي هو الضابط في مجال توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، إذ يحدد طرق وقواعد توزيعها.

وإذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح فقط يكون نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح¹.

بعد أن بيّننا المقصود من شرط الأسد وأظهرنا مظاهره، من الضروري توضيح موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط.

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من شرط الأسد

يستخلص من نص المادة 426 من التقنين المدني الجزائري أن إدراج شرط من شروط الأسد في عقد الشركة يقضي ببطلانها، وبحكم التشابه الوارد بين الشركات المدنية وشركات الأشخاص التجارية يبقى الحكم صالحاً للتطبيق على شركات الأشخاص القائمة على الاعتبار الشخصي.

فضلاً عن كون القانون المدني هو الشريعة العامة، يرجع إليه في حالة عدم وجود نص في القانون التجاري، فالعام يؤخذ على إطلاقه، وبالتالي إذا ما أدرج شرط الأسد في عقد شركات الأشخاص التجارية بطلت الشركة وبطل العقد كذلك لأن هذا الشرط يهدم أحد الأركان الجوهرية لعقد الشركة وهو نية الاشتراك وهو المبدأ الذي تنهض عليه فكرة الشركة .

غير أن الأمر يختلف بالنسبة لشركات الأموال التجارية القائمة على الاعتبار المالي، حيث قيّد المشرع الجزائري المادة 426 من القانون المدني الجزائري القاضية ببطلان عقد الشركة والشرط معاً بنص المادة 2733² من القانون التجاري الجزائري، حيث يقضي ببطلان الشرط المحظور مع بقاء العقد صحيحاً، وبما أن العام يؤخذ على إطلاقه حتى يرد ما يقيد، والخاص يقيد العام، فإن الحكم الوارد في المادة 426 والقاضي ببطلان عقد الشركة لبطلان الشرط لا يمتد تطبيقه على شركات الأموال. وبذلك يتضح أن ما جاءت به المادة 733 من

¹. أنظر نص المادة 425 من ق.م.ج.

². تنص المادة 733 من ق.ت.ج على أنه: "لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود. وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد في الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني".

القانون التجاري الجزائري يخالف المنطق القانوني¹ لأن إدراج شرط الأسد في عقد الشركة يمس بركن من أركانها الموضوعية الخاصة، ولو تخلف هذا الركن لأثر ذلك لا محالة على كيان الشركة وبالتالي لا يصح العقد لعدم صحة الاتفاق المدرج.

وقبل أن نغادر هذا الركن المهم من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة نذكر أن ركن اقتسام الأرباح والخسائر هو تمام الأركان الموضوعية الخاصة الأربعة لعقد الشركة، وفيه يتحمل كل شريك ما ينجم عن عقد الشركة من خسائر كما ينعم بما يحصل عليه من أرباح.

ويرى القانون أن توزيع الأرباح والخسائر يكونان على ما شرط العاقدان استنادا إلى أن العقد شريعة المتعاقدين.

فالقانون يتفق مع الحنفية والحنابلة في أن توزيع الأرباح تكون على ما اتفق عليه الشركاء، إلا في شركة المفاوضة عند الحنفية فإنهم يشترطون المساواة في الربح نظرا لاعتماد شركة المفاوضة على المساواة التامة في رأس المال وكذا في التصرف. ويخالف هذا الرأي المالكية والشافعية إذ يجعلون اقتسام الأرباح والخسائر مبنية على رأس المال في الشركة.

وتجعل الشريعة الإسلامية تحمل الخسارة بحسب نصيب الشريك في رأس المال، وهي تخالف في ذلك القانون الذي يرى أن الخسارة تكون حسب الاتفاق كالربح، وفي قولهم هذا يظهر نوع من المخالفة للمنطق في جعلهم الربح كالخسارة في اقتسامهما ذلك لأن الربح يختلف عن الخسارة، إذ أن الربح هو الأصل المقصود من الشركة عكس الخسارة. كما أن الربح يتعلق بالمال أو العمل أو الضمان في الشريعة الإسلامية، أما الخسارة فهي لا تتعلق إلا بالمال، فضلا عن كون التفاضل في الربح قد يكون بناء على التفاوت في بعض الصفات التي تميز شريكا عن الآخر كموهبتة في التجارة مثلا.

أما الخسارة فلا يمكن قبول تحمل شريك الخسارة زيادة على نصيبه في رأس المال، مما في ذلك من إجحاف بحق الشريك. والراجح جواز كون الربح على ما اتفق عليه الشركاء ووجوب أن تكون الخسارة على مقدار رأس المال لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم:

¹ يقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد: إن الشرط القاضي بعدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في الخسارة يخالف النظام العام، وينفي نية الشركة عند الشريك الذي يقبل هذا الشرط. أنظر عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص354.

المسلمون على شروطهم¹ وتأسيسا على أن الربح على ما اصطلاحا عليه والوضيعة على قدر رؤوس الأموال².

كما يعد الشرط الذي يقضي بعدم اشتراك أحد الشركاء في الخسارة شرطا فاسدا، طبقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي، ولا يبطل به العقد لأنه شرط لا يؤدي إلى جهالة في الربح فيبطله وحده³.

أما بالنسبة للقانون بخصوص شرط الأسد فقد أظهر المشرع الجزائري تناقضا وتضاربا في المواد فتارة يبطل العقد والشرط كما هو الحال في شركات الأشخاص، وتارة يقول بإبطال الشرط فقط وصحة العقد كما هو الحال في شركات الأموال، ولا نرى مبررا لذلك في حين نرى الفقه الإسلامي كان واضحا بهذا الشأن، إذ جعل الشرط الذي يؤدي إلى جهالة في الربح هو الشرط الذي يبطل به العقد، وما سواه من شروط فاسدة، لا تبطل العقد، إنما يبطل ذلك الشرط فقط.

المطلب الثاني: الأركان الشكلية لعقد الشركة

سبق وأن ذكرنا بأن بعض القانونيون يقسمون أركان الشركة إلى أركان عامة وأركان خاصة وأركان شكلية، لكن أثنا القسيم الثنائي المكون من أركان عامة وأركان خاصة، والأركان الشكلية تندرج ضمن قسم الأركان الخاصة بعقد الشركة. وسميت هذه الأركان بالأركان الشكلية لعدم دخولها في ماهية العقد وتكوينه⁴.

إن تمخض عقد الشركة عن مولود معنوي يعد بمثابة كائن قانوني له حقوق وعليه واجبات يوجب أن يكون لهذا الشخص المعنوي مظهرا خارجيا يطلع عليه الغير قبل قبول التعامل معه⁵.

¹ حديث شريف رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة. رواه الترمذي في باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح، مرجع سابق.

² محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 96.

³ محمد بن إبراهيم الموسى، نفس المرجع والصفحة.

⁴ ولهذا السبب لم يذكر الفقه الإسلامي أركانا شكلية لعقد الشركة لاسيما وأن الركن جزء من الماهية .

⁵ نشير إلى الدور الذي يلعبه القائم بعمليات التأسيس على اعتباره هو من يتكفل بتجميع مختلف الأركان لتصبح الشركة موضع التنفيذ، وفي مقابل الدور الذي يلعبه المؤسسون في تحديد مختلف الأوضاع المتعلقة بالشركة وفي تحرير العقود التأسيسية وإكمال الشكليات الأساسية لتأسيس الشركة، يتحمل المؤسسون مسؤولية أفعالهم. أنظر:

وهذا المظهر الخارجي يتجسد في الأركان الشكلية للشركة والتي لا تصح الشركة إلاّ بها. وهذه الأركان هي الكتابة والشهر، إذ لم يكتف المشرّع برضائية عقد الشركة وإنما اشترط ركن الشكلية نظرا للأهمية الكبرى لهذا الكائن القانوني المتمثل في الشركة. وقد تضمن التشريع الجزائري النص على هذا الركن، ورتّب البطلان لعقد الشركة كجزاء لعدم توفر هذه الأركان.

تبدأ الإجراءات الشكلية منذ مرحلة المفاوضات بين الشركاء وتسفر عن اتفاق مكتوب وبعد المفاوضات يتم شهر نظام الشركة، لذلك سنتعرض أولا لركن الكتابة، ثم نشير بعدها إلى وجوب شهر عقد الشركة.

الفرع الأول: كتابة عقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لما كانت الشركة الوعاء الاقتصادي المنظم الذي يجمع الشركاء قصد نماء أموالهم، فمن باب أولى أن يعرف الشركاء المؤسسون ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات. لذلك وجب كتابة عقد الشركة ليكون المرجع الرسمي الذي يرجع إليه عند الحاجة. كما أن الغير المتعامل مع الشركة يحتاج لهذا السند الكتابي ليسهل عليه الاطلاع على أمور الشركة التي سيتعامل معها. ولأجل ذلك لم يقصر القانون الوضعي في تأطير هذه المسألة بنصوص قانونية. على غرار الفقه الإسلامي الذي اهتم بدوره بتوثيق العقود. ولبيان ذلك سنتناول كتابة عقد الشركة في الشريعة الإسلامية أولا ثم في القانون الوضعي ثانيا.

البند الأول: كتابة عقد الشركة في الشريعة الإسلامية

اهتم الإسلام بتوثيق العقود بالكتابة خاصة ما تعلق منها بعقود الدين ذات الآجال الطويلة، منعا للتنازع وتحقيقا للعدل في حال الاختلاف. وقد نزلت أطول آية في القرآن الكريم مفصلة في هذا الشأن، يقول المولى عزّ وجلّ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ

بِذَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... 1

Jean marc Bahans, publicités des Société, Généralité, publicité liée à la naissance des société, JCP,Soc. Fasc.27-40, version,4/2004, JCP éd.

1. الآية 282 من سورة البقرة. ذهب جمهور الفقهاء والمفسرين إلى أن الأمر في هذه الآية من باب الندب لما فيه من حفظ الأموال وإزالة الريب بين المتعاملين. ومما يؤكد كون الأمر في الآية للندب قوله تعالى بعد ذلك في الآية 283 من

وبذلك يرى الفقهاء استحباب كتابة عقد الشركة لأنه عقد يدوم ويمتد فضلا عن كونه يرتب حقوقا والتزامات (ديونا) فتستحب كتابته لما في ذلك من توثيق واحتياط لتكون الكتابة حكما عند الشقاق والنزاع¹. كما أن الشركة تعد للبقاء زمنا طويلا بحيث يصعب على الشهود بعد فوات الزمن تذكر دقائق ما جرى وقت إبرام العقد فضلا عما يحويه العقد من شروط كثيرة. وهو نفس السبب الذي من أجله اشترط القانون الوضعي كتابة عقد الشركة.

أما عن صيغ كتابة عقد الشركة فقد ذكر بعض الفقهاء المسلمين صفة كتابة عقد الشركة :

- " هذا ما اشترك عليه فلان وفلان، اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة، وعلى رأس مال قدره كذا يدفعه فلان ورأس مال قدره كذا يدفعه فلان، وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان مجتمعين ومنفردين ويعمل كل منهما برأيه ويبيعان بالنقد والتأجيل، فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رأس المال ثم يكتب التاريخ في شهر كذا من سنة كذا."²

- وورد كذلك في صفة كتابة عقد شركة التفاوض: " تشارك فلان وفلان بأن جعل فلان كذا وكذا دينارا من الذهب وفلان مثلها أو فلان عروضاً قيمتها كذا وفلان مثلها من الدنانير وخطا ذلك ليتجرا بها فيما يراه من أنواع المتاجر أو في سوق كذا وعلى كل واحد منهما العمل والتصرف مثل ما على الآخر ولكل واحد منهما الربح وعليه من الوضعية بقدر حظه من جميع المالين شركة صحيحة عرفا قدرها، وكل منهما مفوض إليه فيما يتصرف فيه من أمور الشركة المذكورة من البيع والقبض وغير ذلك مدة الشركة، وعليهما بتقوى الله وأداء الأمانة في ذلك، وبذل المجهود والنصيحة، وشهد عليهما بذلك في كذا."³

- ويكتب في شركة العنان: " تشارك فلان وفلان بأن جعل فلان كذا دينارا وفلان مثلها وخطاها وانتقا على التجارة بها في سوق كذا فما أفاء الله عليهما من ربح فيكون بينهما على

سورة البقرة: ﴿ فَإِنَّ أَمِنْ بَعْضِكُمْ بَعْضًا ... ﴾ أي فإن أمن بعض الدائنين بعض المدنين لحسن ظنه به فلم يكتب عليه فليؤد المدين دينه وليتق الله ربه فلا يخون الأمانة. أنظر: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (القرطبي)، الجامع لأحكام القرآن، دار الغد العربي، القاهرة، ص 1303.

¹. القرطبي، نفس المرجع والصفحة.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 99.

³. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع، ص 100.

السواء وكذلك ما يكون عليهما من الوضعية وعلى أن يكونا معا في ذلك لا يستبد واحد منهما بفعل دون صاحبه من أمور الشركة شركة صحيحة عرفا قدرها وعلى كل واحد منهما بتقوى الله في ذلك وأداء الأمانة وبذل النصيحة وشهد عليهما بذلك، في كذا.¹

أما صيغة فسخ عقد الشركة فهي على هذا الوجه: " هذا ما شهد (ويذكر الشهود)، أن فلانا وفلانا كانا شريكين شركة مفاوضة وكانا عليها كذا سنة وكان لفلان رأس مال كذا ولفلان كذا وعملا بذلك من المدة كذا ثم أرادا فسخ الشركة وقسمة ما بينهما من جميع الأموال فقسماها وقبض كل واحد منهما حسابه على وجه حتى وقف كل واحد منهما على جميع ذلك وعرفه على حقيقته قسمة صحيحة جائزة لا فساد فيها ولا خيار والأموال كلها حاضرة ليست بمشغولة بدين ولا يمين وبرئ كل واحد منهما إلى صاحبه من ذلك فلم يبق لكل واحد منهما قبل صاحبه حق ولا دعوى بعد هذا الكتاب."²

ويلاحظ على صيغة عقد الشركة كما أوردها الفقهاء أنها تماثل تماما كتابة عقد الشركة في القانون الوضعي، وإن كان الفقه الإسلامي له السبق في هذا المجال. ففي القانون الوضعي ينص العقد على نظام الشركة وسلطات المديرين. كذلك في الفقه الإسلامي نجد الفقهاء بعد ذكرهم لرأس المال يتعمدون النص على تصرفات الشركاء والمديرين ونحو قولهم: " يشتريان ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه من بيع بالنقد والنسيئة."³ استنادا إلى ما سبق بيانه إن الفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون عقد الشركة مكتوبا حتى ينعقد عقد الشركة، إلا أنه يفضل أن تأخذ شركة العقود الصفة الرسمية باتفاق مكتوب بشهادة شهود يبين الشروط والأوضاع المتفق عليها بما يتفق تماما مع تعاليم القرآن في الديون.

البند الثاني: كتابة عقد الشركة في القانون الوضعي

اعتبر القانون كتابة عقد الشركة ركنا شكليا، لا تصح الشركة بدونه، وهو ركن لازم في جميع الشركات مهما كان نوعها أو شكلها القانوني⁴، فيما عدا شركة المحاصة لكون هذه

¹. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 246.

³. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع و الصفحة.

⁴. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص 308.

الشركة ذات طابع خاص حدده المشرع بالمادة 795 مكرر 2 من ق.ت.ج: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء، ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للشهر ويمكن إثباتها بكل الوسائل".

وقد أراد المشرع باشتراطه كتابة عقد الشركة أن يحمل الشركاء على التفكير قبل الإقدام على تكوين شركة لمدة طويلة، قد ينبني عليها تعريض ثرواتهم للخطر¹، فضلا عن دور الكتابة في التقليل من عدد المنازعات التي قد تحدث في غياب السند الكتابي.

كما أن عقد الشركة من العقود الطويلة بالنسبة لمدة حياتها، وما قد يحدث من نسيان نتيجة طول الوقت وتضييع بذلك حقوق المتعاملين مع الشركة، وقد يعود سبب اشتراط الكتابة إلى تراجع النظرية العقدية للشركة وهيمنة النظرية النظامية لما للشركة من تأثير على اقتصاد المجتمع. كما أن الكتابة تعتبر الخطوة الأولى لمولود يوجب عليه القانون أن يشهر للغير.

إلا أن البعض يرى بأن هذه الأسباب كلها ليست مبررا حقيقيا لكتابة عقد الشركة². ويؤسسون أقوالهم على أنه لو كان ذلك هو سبب اشتراط الكتابة لكان اشتراطها للإثبات فقط وليس للانعقاد.

ويرجع هؤلاء السبب في كتابة عقد الشركة إلى كونها تنشئ شخصا معنويا له وجود مستقل عن باقي الشركاء، مما يفرض على المتعامل مع هذا الكيان القانوني أن يعرف خفاياه ولا يكون ذلك إلا إذا ظهر عقد الشركة في سند مكتوب. ويبدو أن هذا التحليل الأخير سليما يؤكد ما أقره المشرع بخصوص شركة المحاصة إذ لا يلزم مؤسسها بكتابة عقد الشركة باعتبارها شركة خفية لا تظهر ولا تتمتع بالشخصية المعنوية.

و تنص الفقرة الأولى من المادة 418 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا ما يدخل على العقد من تعديلات إذ لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه العقد..."

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 32 ، 34.

². عبد العزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 48.

يتضح من نص المادة أن المشرع أوجب إبطال عقد الشركة إن لم يكن مكتوباً، والنص هنا عام يشمل الشركات المدنية والشركات التجارية أياً كان رأس مالها وعدد شركائها، فالكتابة شرط صحّة، وتخلّفها يرتب جزءاً قانونياً يتمثل في بطلان العقد.

إن كتابة عقد الشركة يهّم الغير المتعامل معها بقدر ما تهّم الشركاء أنفسهم، وكل تغيير في بنود العقد من زيادة أو نقصان في رأس المال أو في موضوع النشاط أو العنوان أو كل ما يتعلق بالشركة يجب أن يكتب ويلحق بالعقد التأسيسي للشركة وإلا كان التعديل باطلاً¹. كما لو غير الشركاء مقر الشركة الاجتماعي، أو أرادوا الزيادة في رأس مالها.

وغالباً ما يشترط حداً أدنى من البيانات الواجب تضمينها في عقد تأسيس الشركة، إلا أن القانون لم يشترط ذكر بيانات معينة، إلا أنه يقاس في هذا المجال على النصوص التي توضح البيانات واجبة الشهر كتسمية الشركة متبوعة برمزها، شكلها وموضوعها، مبلغ رأسمال الشركة المقر الاجتماعي لها، ذكر الشركاء أو اسم أحدهم متبوعاً بالمختصرات المشترطة قانوناً في بعض أنواع الشركات، كيفية الإدارة، طريقة توزيع الأرباح والخسائر، الشروط المتفق عليها بين الشركاء، مدّة استمرار الشركة التي لا تتجاوز 99 سنة كحد أقصى².

ويتضح من نص المادة 545³ من القانون التجاري الجزائري أن المشرع في الشركة التجارية يوجب الكتابة الرسمية كوسيلة للإثبات، وبذلك تكون كتابة عقد الشركة ليست ركناً في العقد فحسب بل شرطاً للإثبات، وفي هذا الشأن جاء قرار المحكمة العليا⁴ الحامل لرقم 142806 الصادر بتاريخ 1999/03/26 القاضي بأنه: "من المستقر قانوناً أن إنشاء

¹. المادة 418 من ق.م.ج.

². على سبيل الاستدلال أنظر المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 1995، المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات.

V. Art 1835 Créé par Loi 78-9 1978-01-04 : « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement.»

³. تنص المادة 545 من ق.ت.ج على أنه: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة".

⁴. أنظر قرار المحكمة العليا في القضية رقم 142806 الصادر ب 1996/03/26 الوارد ب م.ق لسنة 1999 عدد خاص ص 141، 142، 143، 144، مأخوذ عن القانون التجاري في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي ص 197.

واثبات عقد الشركة بعقد رسمي وإلا كان باطلا ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادات الشهود يكونون قد خرقوا أحكام المادة 418 من القانون المدني التي تشترط أن يكون عقد إنشاء الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا وكذلك المادة 545 من القانون التجاري الجزائري التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه: "من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة بعقد رسمي أولا وإلا كان باطلا. ولما كان ثابتا في قضية الحال إن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعي إنشاؤها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس عقد الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا. ومتى كان ذلك استوجب الرفض"¹.

ويعد اعتبار الكتابة الرسمية في الشركة كدليل للإثبات خروجاً على القاعدة العامة في المعاملات التجارية، وهو مبدأ حرية الإثبات، ويرجع ذلك للأهمية الكبرى لعقد الشركة وما يتضمنه من معلومات كتقديم الحصص النقدية والعينية وموضوع الشركة واقتسام الأرباح والخسائر إلى غير ذلك من المعلومات التي يجب أن يتضمنها.

خلاصة القول أن المشرع الجزائري أوجب أن يحدد عقد الشركة بشكلها وموضوعها وعنوانها ومركزها واسمها ومقدار رأس مالها وفقا للمادة 546 من القانون التجاري الجزائري. وعند إثبات الشركة يجب التمييز بين مركز الشركاء ومركز الغير.

بالنسبة للشركاء فيما بينهم فإن الشركة لا تثبت إلا بالكتابة، إذ أنه متى كانت الكتابة لازمة لوجود العقد فهي لازمة لإثباته من باب أولى، لأن الإثبات مرتبط بالشكل². وأنه لا يمكن تعويضها في إثبات العقد بطرق الإثبات الأخرى كالإقرار واليمين، وكما سبق وأن ذكرنا أن شركة المحاصة مستثناة من كتابة العقد فإنه يمكن إثباتها بالقرينة³. إلا أنه لما كان تخلف

¹. قضية رقم 148423، قرار صادر في 18/03/1997م. ق. سنة 1999، عدد خاص، ص 145، 146، 147، مأخوذ عن القانون التجاري في ضوء الممارسة القضائية، نفس المرجع، ص 198.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 242.

³. تنص المادة 795 مكرر 2 من ق.ت. ج على أنه: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير. فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، لا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل".

الكتابة يؤدي إلى بطلان الشركة، وهذا البطلان لا يكون إلا من وقت طلبه¹ حسب الفقرة الثانية من المادة 418 من ق.م.ج" غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان". فإن الشركة تكون واقعية أو فعلية بين الشركاء رغم عدم وجود سند كتابي، فإنه يجوز للشركاء إثبات قيام هذه الشركة الفعلية بكافة طرق الإثبات، وحتى يمكن تصفية الروابط بين الشركاء في الماضي، وحتى لا يستغل أحد الشركاء أو بعضهم عدم كتابة الشركة وعدم جواز إثباتها ليستأثر دون الباقيين بأرباحها عن هذه الفترة².

أما بالنسبة للغير فلا يجوز للشركاء إثبات الشركة تجاه الغير إلا بالكتابة، في حين أنه يجوز للغير إثبات وجود الشركة، بكافة طرق الإثبات، وهذا ما تؤكدته الفقرة الثالثة من نص المادة 545 من ق.ت.ج حيث جاء فيها: " يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء".

والسبب في ذلك أن الشركة بالنسبة للغير تعد واقعية فالشركة الباطلة تنشئ شخصا معنويا تجري بينه وبين الغير معاملات رغم عدم استناد هذا الشخص المعنوي إلى وجود قانوني، لأن العقد الذي أدى إلى ظهوره باطل، إلا أنه يتمتع مع ذلك بوجود فعلي فلا مناص من الاعتداد بهذا الوجود الفعلي عندما لا يوجد تعارض أصيل مع سبب البطلان، ومن هذا يتبين أن بطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب يجوز أن يحتج به الغير اتجاه الشركة ولكن لا يجوز للشركة أن تحتج به اتجاه الغير³.

ونشير إلى أن عدم كتابة عقد الشركة يترتب عليه البطلان، غير أن هذا البطلان هو من نوع خاص وذلك لأن عدم كتابة عقد الشركة وشهره عن طريق القيد في السجل التجاري،

¹ قرار المحكمة العليا في قضية رقم 63999 بين (س ت) و(د ح) الصادر في 1990/12/20 جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء ببطلان عقد الشركة إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بتصريحهم بعدم وجود الشركة وقيامها وعدم مناقشتهم للوثائق المقدمة إليهم وإبداء رأيهم فيها يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

² مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ص 165.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 309.

لا يمنع أن يرتب عقد الشركة آثاره بين الشركاء أنفسهم كما لا يمس ذلك بحق الغير المتعامل مع الشركة.

إذن يمكن القول أن المشرع اشترط وجوب كتابة عقد الشركة ابتداء من توقيع الشركاء و مروراً بتدوين البيانات التفصيلية وانتهاءً بالموافقة على تأسيس الشركة، ليكون ذلك بمثابة القانون المرجعي لكل من الشركاء والغير.

الفرع الثاني : شهر الشركة في الشريعة والقانون

إذا كانت كتابة عقد الشركة شرط لانعقادها فيما بين الشركاء، ولاكتسابها الشخصية المعنوية، فإن الشركاء لا يمكنهم الاحتجاج بوجود هذا الشخص المعنوي في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانوناً. هذا فيما يخص القانون الوضعي أما في الفقه الإسلامي فالشهر ليس أمر جوهري تتوقف عليه صحة الشركة إلا أنه لا يعارض ذلك خدمة للصالح العام .

ولتفصيل ذلك سوف نتعرض لشهر عقد الشركة في الشريعة الإسلامية أولاً ثم في القانون الوضعي ثانياً، ونبين التوافق بين الشريعة والقانون في هذا الأمر.

البند الأول: شهر عقد الشركة في الشريعة الإسلامية

لم يعرف الفقهاء ما يعرف بشهر عقد الشركة، وقد سبق أن عرفنا أن كتابة عقد الشركة أمر مستحب فالشركة تعتبر نافذة وصحيحة عندما يتم الإيجاب والقبول، فإن العقد بذلك يكون قد استوفى أركانه فالعبرة باللفظ في العقود، وبذلك ليست كتابة ولا شهر الشركة أمراً جوهرياً يتوقف عليه صحة الشركة في الفقه الإسلامي، وإنما كانت الكتابة وإشهار عقد الشركة من باب التنظيم الإداري الذي طالما اهتم به القانون الوضعي. وعليه فإن الفقه الإسلامي لا يعارض كتابة عقد الشركة وشهره ما دام أن ذلك يتعلق بالنظام العام الذي يحافظ على مصلحة الشركاء.

يظهر التوافق بين القانون الوضعي في حالة إغفال شهر شركات الأشخاص (مفاوضة- تضامن) ففي هذه الحالة لا تعتبر الشركة باطلة شرعاً فشهر الشركة في الفقه الإسلامي ليس بالأمر الجوهري وليس من متطلبات الشريعة الإسلامية. وفي القانون الوضعي نجد أن أثر الإغفال هو البطلان ولكن هذا البطلان إذا كان يستتبع زوال الشركة

من الناحية القانونية فإنه لا يمنع من أن يكون للشركة وجود في عالم الواقع¹ منذ إبرام عقد الشركة إلى حين الحكم ببطلانه. بمعنى أن زوال الشركة من الناحية القانونية لا ينبغي أن يؤثر على التصرفات التي أبرمتها قبل زوالها، لأنها تصرفات أبرمت مع شخص كان قائما حقيقة ولقد قضى العرف التجاري بوجود حمايته من أجل اطمئنان الغير إلى هذا الوضع².

البند الثاني: شهر عقد الشركة في القانون الوضعي

طبقا للمادة 417 من القانون المدني الجزائري تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا يتمتع بالشخصية المعنوية التي تستقل بها الشركة عن شخصية الشركاء المشاركين بها. وبهذه الشخصية يصبح للشركة ذمة مالية مستقلة خاصة بها، غير أنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الشخصية في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي نصّ عليها القانون، باعتبار أن شهر الشركات التجارية أمر يتعلق بالنظام العام³.

وتعرف المادة 12 من القانون 04-08 المؤرخ في 27 أوت سنة 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية الإشهار القانوني للشخص الاعتباري: "يقصد بالإشهار القانوني، بالنسبة للأشخاص الاعتباريين إطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات، وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة ورهون الحيازة وإيجار التسيير وبيع القاعدة التجارية، وكذا الحسابات والإشعارات المالية...".

كما تؤكد المادة 11 من ذات القانون على ضرورة شهر عقد الشركة التجارية على أنه: "يجب على كل شركة تجارية أو أي مؤسسة أخرى خاضعة للتسجيل التجاري إجراء الإشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.....".

وإذا كانت الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها فإن الشركة التجارية لا تتمتع بهذه الشخصية إلا بعد إتباع إجراءات الشهر طبقا لنص المادة 4549 من القانون التجاري الجزائري.

وتتمثل إجراءات الشهر في :

¹. نظرية الشركة الفعلية .

². قاسم عبد الحميد الوتيدي، العرف التجاري وتطبيقاته في الشريعة والقانون، ط 1، سنة 1984، ص 183.

³. وهذه القاعدة مقررة لصالح الغير فله أن يتمسك بوجود الشركة رغم عدم الشهر.

⁴. تنص المادة 549 من ق.ت.ج. على أنه: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل

التجاري.....".

- 1- إيداع نسخة من ملخص العقد التأسيسي للشركة في السجل التجاري لأجل تسجيله وقيدته¹
 - 2- نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية²
 - 3- نشر ملخص العقد التأسيسي في جريدة يومية وطنية³.
- وهذه الإجراءات هي ذاتها المتبعة عند أي تعديل في الشركة حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

كما تنص المادة 16 من القانون 04-08 سالف الذكر على أنه: "يجوز لكل شخص يهمله الأمر وعلى نفقته الحصول من المركز الوطني للسجل التجاري على كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي أو اعتباري مسجل في السجل التجاري".

ويخول القانون لأشخاص ذوو الاختصاص عملية توثيق وشهر عقد الشركة، لما تتضمنه هذه العملية من تعقيد وصعوبة وأهمية، وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 2 من القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم⁴ حيث جاء فيها: "يتعين على كل عضو مؤسس يتمتع بحقوقه المدنية وكان قد حصل على وكالة من الشركة أن يتوجه إلى الموثق قصد تحرير العقد الرسمي للشركة والمصادقة على قانونها الأساسي".

ونشير إلى أن شرطي الكتابة والشهر بالنسبة لعقد الشركة ينطبقان على كل الشركات ما عدا شركة المحاصة لتمييزها بطابع خاص. ويترتب على عدم إتباع الإجراءات الشكلية المقررة قانونا لعقد الشركة من كتابة وشهر بطلان عقد الشركة وفقا لنص المادة 418 من القانون المدني الجزائري ولا يجوز الاحتجاج بالبطلان لعدم الكتابة في مواجهة الغير⁵ إذ لا يقبل إفادة الشريك من تقصيره ويجوز التمسك به سواء:

- من الشركاء على بعضهم البعض: وهذا البطلان لا ينصرف إلى الماضي، ويعد تطبيقا صريحا لنظرية الشركة الفعلية ومثال ذلك لو طالب أحد الشركاء غيره في الشركة بتقديم حصة، فيجوز لهذا الأخير في هذه الحالة الإحجام عن تقديمها بحجة بطلان الشركة على

¹. أنظر نص المادة 548 من ق.ت.ج.

². أنظر المادة 13 من القانون 04-08 المؤرخ في 14 أوت سنة 2004 يتعلق بممارسة الأنشطة التجارية.

³. أنظر المادة 14 من القانون 04-08 السالف الذكر.

⁴. www.Commerce.gov.dz.le: 05/02/2016.

⁵. أنظر المادة 418 من ق.م.ج.

أساس تخلف ركن الكتابة ، ويقتصر أثر هذا البطلان على وقت طلب الحكم بالبطلان ولا يسري بأثر رجعي.

- بالنسبة للغير: يجوز له التمسك ببطلان الشركة لعدم الكتابة، وكذلك الأمر لو أدخلت تعديلات على العقد كزيادة رأس المال أو تغيير نشاط الشركة، ولم تخضع تلك التعديلات للشكل المطلوب.

يعد البطلان المترتب على تخلف الأركان الشكلية بطلانا من نوع خاص، فلا هو البطلان النسبي الخالص ولا هو بالبطلان المطلق الخالص، فهو يخضع لأحكام البطلان النسبي من حيث أن كتابة العقد بعد تكوين الشركة تمنع الشركاء من طلب البطلان ولا تجعل للغير المتعامل مع الشركة وجها للاحتجاج به، كما يجوز للغير الذي تعامل مع الشركة قبل كتابة العقد التمسك بالبطلان. ومعنى ذلك يجوز الاحتجاج بوجودها على الرغم من اشتراط البطلان عند عدم الكتابة.

كما يخضع هذا البطلان لبعض أحكام البطلان المطلق من حيث أن أثره لا يقتصر على الشخص الذي يطلبه، فمتى حصل التمسك به فإنه يهدم كيان العقد. وبناء على ذلك إذا انعدمت الأركان الشكلية ولاسيما ركن الشهر فالمقرر طلب إتمام إجراءات الشهر من أحد الشركاء حماية للمشروع التجاري من الانهيار، فالمحكمة إذن لا تقضي بالبطلان إذا لم يوجد غش أو تدليس¹. لأن مصلحة المشرع استمرار المشروع التجاري لما في ذلك من نفع للبلاد، كما أن المحكمة تنتظر شهرين من تاريخ رفع الدعوى حتى تحكم بالبطلان². وفي ذلك إعطاء مهلة ومنح فرصة لإتمام إجراءات الشهر الخاصة بعقد الشركة³.

¹. أنظر المادة 734 من ق.ت.ج.

². أنظر المادة 736 من ق.ت.ج.

³. أنظر المادة 734 من ق.ت.ج.

البند الثالث: الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بخصوص الأركان الشكلية
لقد كان موقف الفقه الإسلامي من الأركان الشكلية لعقد الشركة مشابهاً لموقف القانون
منها، حيث يرى أن عدم النشر لا يمنع الغير من التمسك بشخصية الشركة والشريعة
الإسلامية لا تمنع ما ينظمه القانون في شأن الشركة والإعلان عنها¹.
أما عن رأي الفقهاء المسلمين في الكتابة، فيرون أن كتابة عقد الشركة مستحب لما فيه من
التوثيق والاحتياط وحسم المنازعات والخلاف بين الشركاء.

وقد اختلف الفقهاء في شأن كتابة الديون المأمور بها في آية المداينة أين رغب الله
تعالى في حفظ المال، حيث أمر بالكتابة والإشهار والرهن، والعقل يؤيد ذلك². فذهب
الجمهور إلى أن كتابة الديون من باب الندب لما فيه من حفظ الأموال وإزالة الريب وإن كان
الغريم تقياً³.

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن الأمر بالكتابة للوجوب، ويستندون في ذلك إلى آية
المداينة الواردة في سورة البقرة. ولكن الراجح من ذلك هو أن الأمر بكتابة الديون للندب لما
فيه من التوثيق والحيطة في حفظ الحقوق⁴. ويستندون في ذلك على قول الله تعالى " فان أمن
بعضكم بعضاً".

ويفسر جعل كتابة عقد الشركة في الشريعة الإسلامية مستحباً باعتماد فقهاء المسلمين
على الوازع الديني والإيماني الذي يوفر الصدق والأمانة في المعاملة.
إلا أن النصوص التي أوردها بعض الفقهاء التي تتضمن صفة عقد كتابة الشركة خير
دليل على أن الفقهاء المسلمين قد اعتنوا بكتابة عقد الشركة لما في ذلك من احتياط، وعدم
النسيان خاصة وأن الشركة تبقى بعد تكوينها مدة طويلة مما قد يساعد على نسيان بعض
عناصرها المهمة أو إضاعة الشهود.

ويلاحظ أن تصدير الكتابة بالتقوى والأمانة فيه تذكير للمتعاقد بمراقبة الله له، وفي
ذلك تحفيز له على أداء ما يطلب منه، وترهيباً له من الوقوع في المحرمات.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 50.

². يقول المولى عز وجل: "يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُمُ بَدَيْنَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴿٢٤٦﴾

³. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 98.

⁴. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد الشركة في الشريعة والقانون

إذا اكتملت أركان الشركة نشأ عن هذا العقد كائن قانوني جديد له ذمة مالية خاصة مستقلة عن الشركاء. والشخصية المعنوية للشركة وسيلة للتشبيه بينها وبين الشخصية الطبيعية للأفراد، ذلك أنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات¹. ونتيجة لهذه الشخصية المعنوية يحق للشركة أن تباشر نشاطها من بيع وشراء ورهن وإيجار، كما أنها تصبح في موضع المسئول عن جميع الأعمال سواء التعاقدية وغير التعاقدية إذا ما ألحقت ضررا للغير وفقا لأحكام المسؤولية. فضلا عن إمكانية مقاضاتها باعتبارها شخص معنوي مستقل. هذا بخصوص القانون الوضعي أما الفقه الإسلامي الذي عني بالبحث في الشركة وتفصيل أحكامها لم تظهر فيه هذه الفكرة .

ويترتب على تخلف أحد أركان عقد الشركة السابق ذكرها أو حدوث خلل فيه البطلان ويختلف نوع البطلان من مطلق إلى نسبي إلى خاص حسب كل حالة. والفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في ذلك، إلا أنه يختلف معه في تحديد أنواع البطلان.

إذا توفرت أسباب معينة يقرها القانون أو الشريعة الإسلامية الغراء تنقضي الشركة. وباعتبار الشركة عقد تنقضي بما تنقضي به العقود مع مراعات ما يتميز به عقد الشركة من خصائص كشركات الأشخاص التي تعتمد أساسا على الاعتبار الشخصي للشركاء. ومتى تم انقضاء الشركة ترتب عليه دخول الشركة مرحلة جديدة هي التصفية التي تتبع بإجراء القسمة بين الشركاء.

وتشمل دراسة النظام القانوني لعقد الشركة بيان المقصود بالشخصية المعنوية مع إبراز أهم الآثار المترتبة على اكتساب الشركة لها في مبحث أول، ثم التطرق لبطلان الشركة وانقضائها سواء في الشريعة أو القانون ضمن مبحث ثان.

المبحث الأول: الشخصية المعنوية للشركة في الشريعة والقانون

عندما يطرح السؤال حول أنواع الشركات، فإن ثمة سؤال آخر موازيا يطرح حول مدى اكتساب الشركات على تعددها تبعا لتعدد المعايير المعتمدة للتمييز فيما بينها، "الشخصية المعنوية" أو ما يسمى أيضا الشخصية الاعتبارية أو الشخصية الحكيمة.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 115.

هذا المعيار المستند إليه في تصنيف الشركات التجارية يعتمد على مدى تمتع الشركة بالشخصية المعنوية، وهي حالة جميع الشركات التجارية عدا شركة المحاصة طالما أن تكوينها جاء على وجه صحيح. فما هو المقصود بالشخصية المعنوية؟ وما هي النتائج المترتبة عن اكتسابها؟ وهل يعترف الفقه الإسلامي على غرار القانون الوضعي بالشخصية المعنوية. وهذا ما سنراه على التوالي من خلال المطلبين الآتيين .

المطلب الأول: الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي

تعرض الفقهاء المسلمون للشركة بالدراسة وبينوا أحكامها إلا أنهم لم يجعلوا للشركة وجودا مستقلا عن الشركاء، ولا يرون لها ذمة خاصة بها غير ذم الشركاء. إلا أنهم قد أثبتوا حقوقا لبعض الجهات كالوقف والمسجد وبيت المال وغيرها عندما وجدوا أن العديد من أحكامها يستوجب القول بذمة مستقلة للشركة.

الفرع الأول: ثبوت الشخصية المعنوية للشخص الاعتباري في الفقه الإسلامي

ثبت في الفقه الإسلامي أنه أجاز لكل من الوقف والمسجد وبيت المال أن يكتسب الحقوق وأن يتحمل التزامات، وقد بنوا أحكامهم في ذلك على أساس نظرية الشخصية المعنوية وما يترتب عليها من الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي، وإن كانوا لم يصرحوا بهذه النظرية أو بمعنى أدق باسمها الذي عرفت به في القانون الوضعي. فقد ورد تصريح بعض الفقهاء أن الوقف ليس له ذمة مالية، لأنه ليس شخصا طبيعيا، ولكن هذا الأصل يجوز الخروج عليه عند الضرورة فاعتبر الوقف كالشخص الطبيعي له ذمة مالية معتبرة بالمصلحة التي اقتضت الخروج على الأصل. وهذا الحكم مقرر في كتب المذاهب الإسلامية المختلفة حيث صرح الفقهاء أن المسجد يملك وأنه بمنزلة الحر في الملك وأنه يوقف عليه و يوهب له¹.

وقرر الفقهاء أن لبيت المال حقوقا وعليه واجبات، فكل ما استحقه المسلمون ولم يتعين مالكة فهو من حقوق بيت المال فإذا قبض صار بالقبض مضافا إلى حقوق بيت المال،

¹ الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين (الرملي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984،

وكل مال وجب صرفه في صالح المسلمين فهو على بيت المال¹. وأيضاً أجازوا لولي الأمر الاستدانة على بيت المال ما يصرفه في الديون دون الارتفاق إذا خاف الفساد². وجاء في المغني لابن قدامة: "وإذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب، سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره..."³ فهذا النص يتناول الناحية الجنائية في المسؤولية التي قد تقع على الوقف وكذلك ما يجب له من تعويض نتيجة الجناية عليه. ولما كان الوقف لا يمكن تصور وقوع العقوبة البدنية عليه فإنه يتحمل بالعقوبة المالية ولذلك كان التعويض الذي يجب للغير واقعا في ريع الوقف، وكذلك الحال لو أن الوقف تعرض لأضرار ونتيجة لخطأ الغير فإنه يتقاضى التعويض فإذا كان الضرر الواقع يهلك أعيان الوقف استعمل التعويض في شراء أعيان أخرى توقف محل الوقف المجني عليه⁴.

إذن ليس من الغلو إذا قلنا أن أساس فكرة الشخصية المعنوية قد وردت في أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية وأن هذه النظرية لا يمكن اعتبارها غريبة على الفقه الإسلامي. ويقول الأستاذ علي الخفيف: "إن نظرية الذمة المالية وما فرع عليها من الأحكام ليست إلا تنظيماً تشريعياً فقهيّاً لا يراد منه إلا ضبط الأحكام واتساقها، وليس إلا أمراً اجتهادياً يصح أن يتغير ويتطور لمقتضيات المعاملات وتطورها إذا ما اقتضت المصلحة والعرف ذلك وليس فيما جاء به الكتاب ولا فيما أثر من السنة ما يمنع من أن تفرض الذمة لغير الإنسان وتفسر تفسيراً يتسع لأن تثبت للشركاء والمؤسسات العامة. فاختلاف الشرع الوضعي عن الفقه الإسلامي في إثبات الذمة للشركات مرده إلى مراعاة التعامل والعرف والاستجابة للتطور الاقتصادي والمعاملات الشائعة بين الناس في الأزمان الأخيرة وليس اختلافاً جوهرياً يرجع إلى اختلاف في أصول الفقهاء⁵."

ويقول الدكتور عبد العزيز الخياط: "من الواجب جرياً مع مقتضيات المصلحة العامة أن تعطى الشركة تبعاً لنوعها شخصية اعتبارية، وتكون لها ذمة مستقلة ووجود مستقل فيكون

¹. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 291.

². محمد فهم الجندي، نفس المرجع والصفحة.

³. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 636، 637.

⁴. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 292.

⁵. علي الخفيف، مرجع سابق، ص 26.

لها اسم وموطن وجنسية يترتب عليها مسؤولية وليس في الشرع من كتاب أو سنة ما يحول دون ذلك والعرف والمصلحة والضرورة تقضي به لتقسيم معاملات الناس¹.

بناء على ما جاء به الفقهاء وما أكده الباحثون المعاصرون بخصوص الشخصية المعنوية للأشخاص غير الطبيعيين يتأكد وجودها بل ويرغب في ذلك في ظل التطورات الحديثة وما نجم عنها من ضخامة حجم المشروعات سواء من جهة رؤوس الأموال المستثمرة أو من ناحية عدد الشركاء وما ينجم عن ذلك من مشاكل قانونية ومحاسبية يصعب التغلب عليها في غيبة اعتبار الشخصية المعنوية للشركات.

أما الشخصية المعنوية فهي مقررة في الفقه لجميع أنواع الشركات، فهم يعبرون عن رأس مال الشركة وانفصاله عن ملكية الشركاء، ثم بقاء الربح على ذمة الشركة حتى يقسمه الشركاء.

الفرع الثاني: الذمة المالية في الفقه الإسلامي

في الفقه الإسلامي فإنه يبني على استقلال ذمة الشركة أن ما يترتب من ديون على تصرف أي شريك في الشركة لا يقتصر وفاؤه على رأس المال بل يتجاوز إلى أموال الشركاء الخاصة الخارجة عن عقد الاشتراك، إذ أن الدين عند ثبوته يثبت في ذمة المتصرف باعتباره وكيلًا عن أصحابه فكان له بناء على هذه الوكالة حق الرجوع على أصحابه بما يخصهم من الدين، وهذا عند فقهاء المذاهب الإسلامية جميعًا بناء على أنه ليس للشركة ذمة².

ووجب التنبيه إلى أن قاعدة اعتبار الشريك وكيلًا عن باقي الشركاء إنما هي قاعدة عامة في جميع أنواع شركات الفقه الإسلامي، إلا أن شركة المفاوضة وهي إحدى صورتي شركة المال تقوم على الوكالة وكذلك على الكفالة فعند الحنفية جميع ما يلزم أحد الشركاء من دين بسبب التجارة والمعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والإجارة يلزم الشريك الآخر بناء على كفالته له بمقتضى عقد الشركة لتضمنه الوكالة والكفالة³.

كما لا يجوز عمل مقاصة بين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء الشخصي، لأن شرط الشركة المدخول عليه أن لا ينقضي دين الشركاء من رأس مال الشركة إلا إذا كانت

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 221.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 301.

³. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع والصفحة.

الشركة مفاوضة فيكون الشريك هو المتصرف نفسه فتقع معه مقاصة، ولكن الظاهر من تصرفات الشريك المنصوص عليها أنه لا يعمل إلا في حدود مصلحة الشركة فلو تصرف في غير مصلحة الشركة فالشركة رد تصرفه، ومعنى هذا أن المقاصة الودية لا تصح بغير إذن الشريك فإن حكم بها حاكم نفذت في نصيبه كما في الإفلاس المحكوم به فإن حصة الشريك المفلس تباع وتصفى نفاذا للحكم وسداد للدين¹.

وبذلك يوجد اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالنسبة لعدم جواز المقاصة بين دائني الشركة وبين دين نفس الشركاء في غير شركة المفاوضة حيث يسمح عقدها بعمل المقاصة.

الفرع الثالث: أهلية الشركة في الفقه الإسلامي

سبق الذكر أن فكرة الشخصية المعنوية قد وجدت جذورها عند فقهاء الفقه الإسلامي، وهم وإن لم يصرحوا بالشخصية المعنوية فإنهم يقولون بها مع عدم استخدام هذا المصطلح، فليس ما جاء به الكتاب والسنة ما يمنع من أن تفرض الذمة لغير الإنسان، وتفسر تفسيراً يتسع لأن تثبت للشركات، ومن ثم تكون لها أهلية للإلزام والالتزام في الحقوق والواجبات فقد نص الفقهاء على أن الشريك المأذون بالتصرف له حق التعاقد وأن يعمل ما هو من أعمال التجارة عرفاً، فله أن يبيع ويشترى ويقبض ويؤجر ويستأجر. ولكل من الشركاء أن يعمل ما هو من مصلحة التجارة.

أما المشاركة في شركة أخرى فقد منعها الفقهاء إلا بإذن شريكه، وعند المالكية يجوز للشريك أن يشارك في شيء من مال الشركة بغير إذن شريكه. والهبة بغير عوض للشركة جائزة، لأنه مادامت الهبة تصح للأفراد فلا مانع من الهبة لهم مجتمعين، والهبة للشركة هي حقيقتها هبة للشركاء، كما أن الهبة جائزة شرعاً للأشخاص المعنوية كالوقف أو مسجد أو مدرسة. أما تبرعات الشركة فقد قال الفقهاء أنه ليس للشريك إجراء شيء من التبرعات من مال الشركة، كالقروض والهبة إلا بإذن الشركاء².

أما ما يتعلق بالمسؤولية الجنائية فإن الشريعة الإسلامية ترى بحق تطبيقها على مرتكب الجريمة ولا يعقل تطبيقها على الشركة نفسها، أو على أي شخص معنوي آخر، ومن

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 118..

². الكاساني، مرجع سابق، ص 72.

ارتكب عملا يستحق عقابه حدا تعزيرا سواء كان مدير الشركة أو عاملا من عمالها فالجميع مقيد بالأحكام الشرعية. وكل ما كان مخالف للنظام العام ولا يتفق مع الآداب الشرعية فهم منهيون عنه لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق".¹

فإذا كان الجزاء بدنيا، فإن مرتكبه ينال عقابه الذي تنص عليه الشريعة الإسلامية وإذا كان الجزاء ماليا ينظر فإن كان قد ارتكب الجريمة دون أن يكلف من قبل الشركة، فإنه يكون مسئولا عنه، ولا تتحمل الشركة أية مسؤولية. أما إذا كان بحسب نظامها أو كان قد كلف به من قبل الشركاء أو الإدارة وله دخل في التعويض أو كان غرامة لمخالفة الأنظمة فإن الشركة تتحمل الجزاء المالي شرعا، بناء على القول بالشخصية الاعتبارية².

أما عن حق التقاضي بالنسبة للشركة جائز شرعا، وهو لازم لمصلحة الشركة والشركاء ومن الثابت شرعا أن الشركة مبنية على الوكالة. فالشركاء يوكلون من يمثلهم سواء أكان مدير الشركة أم نائبها وقد نص الفقهاء على أن لكل من الشركاء المطالبة بالدين والخصومة فيه، وما دام قد ثبت اعتراف الفقه الإسلامي بالشخصية المعنوية وأنه يمثل هذه الشخصية مدير الشركة فالتقاضي حق ثابت للشركة شرعا³.

الفرع الرابع: مقر الشركة وجنسيته في الفقه الإسلامي

أولا: مقر الشركة

قسم الفقهاء المسلمون الموطن إلى ثلاثة أقسام⁴:

- 1- الموطن الأصلي ويسمى بوطن الفطرة والقرار وهو موطن ولادة الإنسان، أو مكان توطن فيه، أي عزم على القرار فيه وعدم الارتحال عنه.
- 2- وطن الإقامة وهو المكان الصالح للإقامة الذي يقصد المسافر الإقامة فيه خمسة عشر يوما أو أكثر على نية أن يسافر بعد ذلك.
- 3- وطن السكنى وهو المكان الذي يقصد المسافر المقام فيه أقل من خمسة عشر يوما.

¹ حديث شريف رواه الإمام أحمد في مسنده، ج 2، تحقيق أحمد شاكر رقم الحديث 1095 ، ص428.

² محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 308.

³ محمد فهيم الجندي، نفس المرجع والصفحة.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ص 103.

وبناء على ذلك يكون موطن الشركة في الأصل هو موطن الشركاء وهو مكان التقاضي ورفع الدعاوى ولما كان الفقه الإسلامي لا يمنع الأخذ بالشخصية الاعتبارية للشركة فيكون موطن الشركة شرعا الموطن الذي وجدت فيه وهو الذي يكون مركزها الرئيسي حيث تدار أعمالها، ويمكن للشركة أن تنتقل إلى موطن آخر ويسمى موطن إقامة يعتبر موطنا آخر للشركة، فالفقه الإسلامي لا يمنع تعدد الموطن الأصلي. وقياسا على الشخص الطبيعي يجوز أن يكون للشخص الاعتباري وهو الشركة أكثر من موطن بحسب فروعها والأماكن التي تمارس فيها نشاطها، قياسا على محل الولاية القضائية على جهة الوقف وبيت المال¹.

ثانيا: جنسية الشركة

لم يبحث الفقهاء المسلمون في جنسية الشركة لأنهم كما سبق لم يتوسعوا في الشخصية المعنوية بمفهومها الآن لكنهم ذكروا ما يفيد التمييز بين الشخص وبين أمواله، ومن ثم يمكننا الأخذ بالتفريق بين أموال الشركاء وبين الشركاء في الجنسية وبالتالي بين الشركة والشركاء. فيصح أن تتخذ الشركة جنسية غير جنسية الشركاء ما دامت الشركة تقوم على الأموال وذمتها مستقلة عن ذمم الشركاء إذ لا يوجد في الفقه الإسلامي نص شرعي يمنع أن تتخذ الشركة جنسيتها للدولة التي تمارس فيها نشاطها، أو تبعا للدولة التي فيها مقر الإدارة².

إذا كان من آثار الجنسية تحديد الرابطة التي تربط بين الشخص المعنوي ودولة ما وإظهار تبعية لها وتنفيذه لسياساتها وإخضاعه لقانونها وتمتعه بحمايتها تميزا له عن الأشخاص التي تتبع الدول الأخرى كنا بصدد مصلحة لا تعارض قواعد الشرع ولا مانع من اعتبارها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن أحكام الفقه الإسلامي تسلم بمنح الشركات والكيانات القانونية شخصية معنوية، ولما كانت الجنسية نتيجة من نتائج تلك الشخصية المعنوية فإنها تعتبر مسلما بها أيضا، لأن الاعتراف بالأصل يشمل الاعتراف بالفرع لاحق بأصله³.

¹. الكاساني، نفس المرجع، ص 103-104.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 317.

³. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع والصفحة.

المطلب الثاني: الشخصية المعنوية في القانون الوضعي

أخذ القانون الوضعي بفكرة الشخص المعنوي بالنسبة للشركات التجارية، إلا أن تطور هذه الفكرة استغرق حقبة طويلة من الزمن، فعقد الشركة عند الرومان كان في بادئ الأمر عقدا رضائيا يولد حقوق والتزامات بالنسبة للمتعاقدين فيما بينهم، ولم يكن لهذا العقد أثر بالنسبة للغير، كما لم يكن للشركة وجود قانوني ولا ذمة مالية منفصلة عن ذمم الشركاء.¹ وربما كان مرد ذلك إلى ما كان سائدا آنذاك من أن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة هي مسؤولية شخصية وغير محدودة يمنع تعذر الفصل بين شخصية الشركة وذمتها من ناحية وبين شخصية الشركاء وذممهم من ناحية أخرى.²

لكن ظهور شركات التوصية البسيطة في القرون الوسطى، وما تبع ذلك من مسؤولية الشركاء الموصين عن ديون الشركة مسؤولية محدودة قد أظهر الحاجة إلى النظر إلى الشركة باعتبارها شخصية مستقلة تتمتع باستقلال الذمة المالية وتصبح أموالها هي الضمان العام لدائنيها، وقد كان لهذا الفتح في القرون الوسطى أثره فيما بعد على الاعتراف لكل الشركات بالشخصية المعنوية فيما عدا شركة المحاصة.³

و لكي نلم بأهم أجزاء الشخصية المعنوية نركز على بيان المقصود بالشخصية المعنوية ونتعرف على طبيعتها القانونية في فرع أول ثم نسلط الضوء على النتائج المترتبة على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية في فرع ثان.

الفرع الأول: المقصود بالشخصية المعنوية

الشخصية المعنوية أو الاعتبارية للشركة هي المكنة أو الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات، وهذه الميزة لا تخص فقط الشخص الطبيعي لكن تمتد أيضا لكل التجمعات والهيئات التي تعرف بالأشخاص المعنوية.⁴

والمشرع يحدد صراحة التجمعات التي تتمتع بالشخصية المعنوية. ويظهر عجز تعريف الشخصية المعنوية التقليدي عن أن يكون جامعا مانعا، خاصة عندما تم إدخال شركة

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 55.

². محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 278.

³. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 110، 111.

⁴. Yves Guyon, La personnalité Morale, J. Cl. Soc., fasc., 27, E1E2.

الشخص الوحيد، حيث لم يكن بالإمكان الحديث عن وصف الشخصية المعنوية بتجمع أشخاص¹. وهذا يؤدي بنا إلى اعتبار أن الشخصية المعنوية ليست بالضرورة تجمع لأشخاص وأموال، فهي كيان ينشأ من شخص طبيعي أو أكثر². وبهذا الخصوص يظهر القانون الألماني أكثر إقناعاً حيث يميز أهلية الشخص المعنوي فلا يعترف بالشخصية المعنوية، والتي هي أشكال مقارنة لشركتي التضامن بالنسبة للأولى والتوصية البسيطة بالنسبة للثانية، وفي النظام الألماني وجود الذمة المالية الاجتماعية لا يرتبط بمفهوم الذمة المالية المخصصة وليس بمفهوم الشخصية المعنوية³.

والوضع كذلك في القانون الانجليزي الذي يعرف نظام المشاركة Partnership وهو تجمع شركاء لهم مسؤولية محدودة ولا يمكنهم التنازل عن حصصهم من غير استبعاد لفكرة الشخصية المعنوية. وكان لابد من تجاوز المساوي العملية لخطأ الشخصية المعنوية عن طريق السماح بالتمثيل للشركات أمام القضاء من طرف المسيرين مع قبول الاعتراف بالانفصال للذمة المالية لصالح الشركاء الاجتماعيين⁴.

في حين التصور الفرنسي للشخصية المعنوية والذمة المالية يرتبطان بالرغم من أن المسؤولية في شركات الأشخاص مسؤولية غير محدودة وتضامنية بالنسبة لديون الشركة، وهو اعتراف ضمني بأنه لا ذمة مالية مستقلة لهم. والشخصية المعنوية ليست مستقلة تماماً عن شخصية كل واحد من الشركاء، فإذا ما توقفت الشركة عن الدفع فكل الشركاء يتم إعلانهم في حالة تسوية قضائية أو إفلاس في نفس الوقت الذي يتم فيه ذلك بالنسبة للشركة⁵.

هذا الخط يرجع لعدم التوافق بين الظاهر والواقع، فبعض الشركات ما هي إلا ظاهر قانوني والذي يخفي في الحقيقة مؤسسات فردية. وفي حالات أخرى فالوضع يكون معكوساً ففي الظاهر لا توجد شخصية معنوية رغم أن الحقيقة الاقتصادية تكشف عن وجود هدف

¹. Helens Pearels, Le dépassement de la personnalité morale, Tése Doctorat, Université Lille, 2008, p 4.

². لم يتمكن قانون الشخصية المعنوية من تجاوز الأزمة منذ العشرة الأخيرة فهو كما قيل:

« Il erre comme un bateau ivre, sur un océan de contradiction ».

V. Yves Guon , La personnalité morale, fasc 28-10, op. cit .

³. Yves Guon , La personnalité morale, fasc 28-10, op. cit .

⁴. George Ripert, Rene Roblot, Op. Cit , n° 824 .

⁵. بلعيساوي محمد الطاهر، مرجع سابق، ص 114.

اجتماعي مميز لأعضاء هذا المجموع الظاهري، سواء عن قصد أو غير قصد كما هو الحال في الشركة الفعلية والشركة الناتجة عن الواقع¹. وبالتالي يكون المشرع الفرنسي وغيره ممن حدوا حدوه قد أطر بعض التجمعات التي لا تستند على الشخصية المعنوية مثل شركة المحاصة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية

غني عن البيان أن الضرورات التي أملتها الحياة الاقتصادية والاجتماعية أدت إلى ميلاد الشخصية القانونية ترافق الشخصية المعنوية للإنسان. فالقانون يخاطب كل من باستطاعته تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات.

لهذا فليس من المتيقن أن تقتصر الشخصية القانونية على الإنسان وحده وإنما يجب الاعتراف بها، فوق ذلك لأي جماعة تكونت لغرض معين لأنها تصبح حينئذ صالحة لاكتساب الحقوق ولتحمل الواجبات، فالشخصية الاعتبارية هي حقيقة واقعة لا بد من التسليم بها².

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الطبيعة القانونية للشخص المعنوي لا يؤيدها الواقع بل هي مجرد خيال وذلك لأن الشخصية القانونية لا تكون إلا للإنسان، صاحب الإرادة الشاعرة المدركة. وبذلك فإن الشخصية القانونية عبارة عن مجاز قانوني قصد به رجال القانون تبسيط الأمور من الناحية العملية³.

على عكس النظرية المجازية أو الافتراضية فإن نظرية الشخصية الحقيقية ترى أن تلك الشخصية القانونية هي حقيقة واقعة لا افتراض فيها، فهي تحيا حياة خاصة ولها وجود ملموس لا تختلف فيه عن الشخص الطبيعي، وتستقل الشخصية المعنوية عن العناصر البشرية والمادية الداخلة في تكوينها، وتكون لها إرادة حقيقية شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعيين، ويقتصر دور المشرع على الاعتراف بهذه الشخصية، كما هو الشأن في حال اعترافه بميلاد الشخص الطبيعي⁴.

¹. « L'univers quotidien est peuplé de société qui n'ont cure de la personnalité morale, de groupements qui l'évitent sciemment et d'associations qui s'en passent bruyamment, sans que pour autant, qu'ils s'assignent. » V. Yves Guyon, La Personnalité morale, fasc. 28-10, Op. Cit.

². فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، 1999، ص 37.

³. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 279.

⁴. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 112.

واتجه آخرون إلى الاستعاضة عن الشخصية المعنوية بفكرة الملكية المشتركة¹، وهذا نوع من أنواع الملكية الجماعية أين يكون المال مملوكا لمجموعة من الأشخاص، لكل منهم فيه حصة شائعة، دون أن يتمتع هذا الجمع بالشخصية المعنوية.

وأيا كان الاختلاف حول الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية فإن هذه الأخيرة فرضت نفسها لتمكن تجمعات الأموال والأشخاص من تحقيق الغرض الذي تجمعت لأجله، ولم يكن للمشروع حيالها إلا الاعتراف بها بغض النظر عن التماثل بين طبيعتها وطبيعة الشخص الطبيعي.

و إن تكوين الشخصية المعنوية يستوجب توافر عنصرين اثنين:

العنصر الأول: موضوعي ويستمد من تعريف الشخصية المعنوية بحيث لا بد من وجود جماعة من الأشخاص والأموال لتحقيق هدف معين.

العنصر الثاني: شكلي وهو مستمد من كون ثبوت الشخصية المعنوية مرتبط باعتراف الدولة لتلك المجموعة من الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية اعترافا خاصا أو عاما صريحا أو ضمنيا.

الفرع الثالث: اكتساب الشخصية المعنوية

اعترف المشرع الجزائري للشركات التجارية ماعدا شركة المحاصة بالشخصية المعنوية وذلك بمقتضى المادة 417 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون".

فالقانون إذن يؤكد على انه بمجرد نشوء الشركة واستكمال شروط تكوينها فإنها تكتسب الشخصية المعنوية علما بأن استكمال جميع الشروط، بما فيها استيفاء إجراءات التسجيل والشهر وفقا لما يقرره القانون، شرط لإمكانية الاحتجاج بوجود الشخص المعنوي تجاه الغير. إلا أنه وحسب نص المادة 549 من القانون التجاري التي تقضي في مضمونها أن الشركة التجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من يوم قيدها في السجل التجاري، وتقوم المسؤولية التضامنية على عاتق الأشخاص، وحجة المشرع في ذلك هو ضرورة التحقق من

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 49.

قيد الشركة وشهرها، وهما يشكلان ضماناً قيامها فعلياً، وبالتالي حماية الغير في تعاملهم معها.

ويرى الفقه الفرنسي أن هذا النظام يجعل جميع الشركات تحت رقابة سابقة على تكوينها وذلك عند تقديم طلب الشهر بالسجل التجاري، كما يترتب عليه معرفة الشركاء والغير اللحظة التي تنشأ فيها فعلاً وقانوناً الشخصية المعنوية للشركة. وهذا الحل يؤدي إلى صعوبة في التعليل القانوني لتأسيس الشركة قبل القيد إذ تعتبر جميع التصرفات التي يجريها المؤسسون وكأنها صادرة منهم شخصياً يلتزمون بمقتضاها مسؤولية شخصية وتضامنية فيما بينهم ما لم تستعيدها الشركة بعد اكتسابها الشخصية المعنوية بالشهر بقيدتها في السجل التجاري فتعتبر وكأنها صادرة عن الشركة منذ بدايتها ما لم يترتب على هذه التصرفات جرائم، حيث يرى الفقه والقضاء التزام المؤسسين، شخصياً بهذه التصرفات¹.

في هذا الإطار تنص المادة 549 من ق.ت.ج على أنه: " لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدتها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة . فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها."

ومتى اكتسبت الشركة الشخصية المعنوية احتفظت بها طوال فترة وجودها. أما عند انحلالها فإن الشخصية المعنوية تبقى قائمة طوال فترة التصفية²، ويبرر الفقه التجاري احتفاظ الشركة خلال مدة التصفية بشخصيتها المعنوية بالقول: " إن بقاء شخصية الشركة هو وحده الذي يتفق واحترام الحقوق المكتسبة لدائتي الشركة الذين تعاملوا مع شخص معنوي له ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء"³.

لكن متى يمكن الاحتجاج بالشخصية المعنوية على الغير؟

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 119، 121، 120.

². تنص المادة 444 من ق.ت.ج على أنه: " تنتهي مهام المتصرفين عند انحلال الشركة أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية".

³. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 52.

لا يجوز الاحتجاج بالشخصية المعنوية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي نص عليها القانون، ومع ذلك للغير أن يحتج بالشخصية المعنوية للشركة حتى لو لم تكن إجراءات الشهر قد استوفيت حتى لا يضار ذلك الغير من إهمال الشركاء المديرين.

الفرع الرابع: النتائج المترتبة على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية

تنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون....."

ويتفرع عن ذلك أن للشركة ذمة مالية مستقلة ولها أهلية في حدود الغرض الذي أنشئت لأجله، ولها موطن مستقل، واسم تتميز به عن غيرها وممثلين يباشرون حقوقها. وسنتناول كل أثر من الآثار المترتبة عن الشخصية المعنوية فيما يلي.

البند الأول : الذمة المالية¹

تعتبر الذمة المالية المستقلة أهم أثر من الآثار المترتبة عن اعتبار الشركة شخصاً معنوياً، فتعد بذلك الأموال ملكاً للشركة لا ملكاً شائعاً بين الشركاء. حيث تستقل أموال الشركة عن أموال الشركاء، وفي ذلك ضمان كبير لدائني الشركة إذ يستقلون دون الدائنين الشخصيين للشركاء في التنفيذ عليها وإن كان يجب أن يراعى أن لدائن الشركة الحق في مطالبة الشريك المتضامن بديون الشركة، فرغم استقلال ذمة الشركة المالية عن ذم الشركاء إلا أن تضامن الشريك يجعله في مركز الضامن لجميع ديون الشركة وذلك في أمواله الخاصة².

لذلك فإنه إذا كانت الذمة المالية للشركة تحول دون رجوع دائنيها الشخصيين على الشركاء محدودية المسؤولية قبل الشريك الموصي في شركة التوصية بنوعيتها والشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمساهم في شركة المساهمة، فإنها لا تحول دون رجوع هؤلاء الدائنين بديونهم على الشركاء المتضامين. الأمر الذي يجعل فكرة الشخصية المعنوية تقل بدرجة كبيرة بالنسبة لشركاء شركات الأشخاص، ولعل اشتراط ذكر اسم الشريك في عنوان

¹. الذمة نوعان من حيث صاحبها، ذمة الشخص الحقيقي، وذمة الشخص الحكمي.

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 59.

شركة الأشخاص خير دليل على تفسير فكرة عدم استقلال الذمة المالية للشركة عنها في الشريك¹.

كما أنه بالفصل بين أموال الشركة وأموال الشركاء يمكن تحقيق الغرض الذي وجدت الشركة لأجله.

والذمة المالية للشركة تتكون من جانب ايجابي يتمثل في حصص الشركاء من أموال ومنقولات تكتسبها الشركة عند بداية نشاطها والجانب السلبي يتمثل عادة في ديون الشركة والتي تنشأ عن معاملتها.

وينتج عن تمتع الشركة بالذمة المالية ما يلي:

1- تصبح الحصص المقدمة من الشركاء ملكا للشركة. ويمنع عن الدائنين الشخصيين للشركاء الحجز عليها أو استيفاء ديونهم منها إلا بعد إجراءات التصفية بتوقيع الحجز التحفظي على نصيب مدينهم، وهذا ما جاء في نص المادة 436 من القانون المدني الجزائري.

إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا ديونهم إلا من نصيب ذلك الشريك في الأرباح دون نصيبه في رأس المال ولكن لهم أن يتقاضوا ديونهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد تصفيتها وطرح ديونها، على أنه يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظي على نصيب مدينهم. ويرجع هذا الحكم إلى ذمة الشركة التي تمثل الضمان العام لدائني الشركة وحدهم دون دائني الشركاء الشخصيين.

2- عندما يكون رأس المال ملكا للشركة فإنه يمنع المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء².

3- تعدد واستقلالية التفليسات، إذ أن الأصل العام أن إفلاس الشركة لا يعني إفلاس الشركاء، وإفلاس الشركاء لا يعني إفلاس الشركة، وهذا استنادا إلى مبدأ استقلالية الذمم، أما إذا كنا بصدد شركات الأشخاص، فالأصل أن الشركاء في هذه الحالة مسئولون مسئولية تضامنية وشخصية عن ديون الشركة وبذلك إفلاس الشركة يترتب إفلاس الشركاء المتضامنين.

¹. أنظر مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 173.

². نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 59.

4- يجوز للشركة أن تكون هي ذاتها شريكا في شركة أخرى دون أن يكون الشركاء في الشركة الأولى شركاء في الشركة الثانية.

5- عند وفاة أحد الشركاء ليس لورثته أن يدعوا أن لهم حق على الأموال التي تتشكل منها الذمة المالية للشركة.

البند الثاني: أهلية الشركة

بناء على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة يثبت لها أهلية، لكن هذه الأهلية ليست مطلقة بل في حدود الغرض الذي أنشئت من أجله وهذا وفقا لما رسمه لها العقد التأسيسي ونطاقها القانوني. و في حالة ما أرادت الشركة مباشرة نوع آخر من الأعمال، فعليها تعديل العقد أو النظام الأساسي للشركة.

هذا وباكتساب الشركة للأهلية تتحمل المسؤولية المدنية عن جميع أفعالها الضارة التي تصدر عن ممثليها أو موظفيها، وأيضا تسأل عن الحيوانات والأشياء التي في حراستها مسؤولية تقصيرية فضلا عن المسؤولية العقدية¹.

وتكتسب الشركة اسما خاصا بها يميزها عن غيرها من الشركات، يكون في شركات الأشخاص بكتابة اسم أحد الشركاء أو أسمائهم كلهم مع تحديد طبيعة الشركة. وفي شركات الأموال بكتابة اسم معين يكون مشتق من الغرض الذي قامت من أجله مع تحديد نوع الشركة .

كما تكتسب الشركة صفة التاجر لممارستها النشاط التجاري وبالتالي تلتزم بالتزامات التاجر مثل مسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري.² كما يمكن شهر إفلاسها.

وحسب رأي بعض الفقهاء فإنه لا يمكن مساءلتها جنائيا، أي بالحبس أو السجن وبالتالي تتم مساءلتها بتوقيع غرامات مالية والتي لا تحمل معنى العقوبة بصفة بحتة، بل المراد منها جبر الضرر والتعويض³.

¹. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، نفس المرجع، ص 60.

². أنظر نص المادة 4 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم السالف الذكر.

³. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 60.

البند الثالث: موطن الشركة

إن للشركة موطن مستقل عن موطن الشركاء ويقصد به المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي، أو المكان الذي توجد فيه هيئات الشركة الرئيسية. هذا الموطن بالنسبة لشركات الأشخاص هو المكان الذي يباشر فيه المدير عمله وبالنسبة لشركات الأموال المكان الذي يوجد به مقر مجلس الإدارة والجمعية العمومية للشركاء¹ وهذا ما نصت عليه المادة 50 من القانون المنى الجزائري. مع العلم أن نص هذه المادة يطبق ولو نصت هذه الشركات الأجنبية في عقود تأسيسها على خلاف ذلك. وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 547 من القانون التجاري الجزائري والتي أخضعت الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر إلى القانون الجزائري.

إن تحديد موطن الشركة يفيد في أمور عدة منها: رفع الدعاوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر إدارة الشركة، سواء في الدعاوى التي يرفعها الغير أو الشركاء على الشركة، أو الدعاوى التي ترفعها هي على أحد الشركاء، أو الدعاوى التي يرفعها شريك على شريك آخر، وتعلن الشركة في مقرها بالأوراق القضائية والرسمية. وإذا كان للشركة فروع متعددة في أماكن مختلفة فالمحكمة المختصة هي محكمة موطن الفرع أو الوكالة محل الدعوى، وتخضع الشركات التي تنشط في الجزائر إلى التشريع الجزائري وهو ما جاء في المادة 547 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: " يكون موطن الشركة في مركز الشركة، تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري".

البند الرابع: جنسية الشركة

إن للشركة جنسية خاصة بها منفصلة عن جنسية الشركاء² إذ أن تمتع الشركة بالجنسية أمر هام وضروري حيث يوفر معرفة الحقوق التي يتمتع بها الشخص المعنوي، إذا ما كان حاملا لجنسية بلد ما كحق الحصول على إعانات مالية أو حق الإعفاء من

¹. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص78.

². اعترف غالبية الفقه بجنسية الأشخاص المعنوية غير أن بعضهم ومن بينهم الفقيه Neboyet يرى أن استعمال مصطلح الجنسية بالنسبة للشركات غير لائق لأن الجنسية تعبر عن وجود علاقة سياسية بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها، وأن عقدا يحكمه القانون الخاص لا يستطيع أن يصنع وطنا . أنظر:

. Georg Ripert, René Roblot Op. Cit ; p 620

الضرائب، ولتحديد الدولة التي تقوم بحماية الشركة في المجال الدولي، والنظام القانوني الذي تنتمي إليه أو يخضع له عقد تأسيسها¹.

كما أن حقوق تمنح للأجانب ولا تمنح للمواطنين كقانون الاستثمار الجزائري مثلا فيما يخص منح بعض الامتيازات للأجانب قصد جلب الاستثمار الأجنبي. و القاضي عند تصديه لدعوى ويكون أحد أفرادها أجنبي وجب عليه معرفة القانون الواجب التطبيق ولن يتأتى ذلك إلا بمعرفة الجنسية.

وقد اختلف الفقهاء حول المعيار الرئيسي الذي يمكن من خلاله تحديد جنسية الشركة. فيرى جانب من الفقه ضرورة الاعتماد على معيار مكان التأسيس بينما يرى جانب ثان ضرورة الاستناد إلى معيار مكان الاستغلال الرئيسي. بينما ذهب جانب فقهي ثالث إلى الاعتماد على معيار الرقابة، والمصالح المسيطرة على الشركة².

أما المشرع الجزائري فقد تبنى كقاعدة عامة معيار المركز الرئيسي رغم عدم النص عليه صراحة في نص المادة 547³ من القانون التجاري الجزائري. واستثناء تبنى معيار مركز الاستغلال أو النشاط المادي⁴. وعليه فإن جنسية الشركة تحدد القانون الواجب التطبيق فيما يخص إنشاء الشركات وأهليتها وإفلاسها، وإن فقدان الشركة لجنسيتها يوجب حلها مباشرة وتصفيتها وقسمة موجوداتها.

البند الخامس: الممثل القانوني

إن الشركة باعتبارها شخصا معنويا، فإن لها معاملات مع الغير، شأنها شأن الأشخاص الطبيعيين لكنها لا تقدر على ممارسة هذا النشاط بنفسها، بل مفروض عليها أن يباشر هذا النشاط غيرها من الأشخاص الطبيعيين، إذ يقومون بتمثيلها والعمل باسمها ولحسابها في الحياة القانونية⁵.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 133.

². سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 134

³. تنص ف2 من المادة 547 من ق.ت.ج على أنه: " تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري."

⁴. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 65.

⁵. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 79.

يتمثل هؤلاء الأشخاص في المدير الذي يعبر عن إرادتهم أمام القضاء بصفة مدع أو مدعا عليه، ويمارس جميع الأعمال المتعلقة بنشاطها من بيع وشراء و إيجار وتأمين¹. هذا في شركات الأشخاص أما في شركات الأموال فيمثلها عدّة مديرين يشكلون مجلس إدارة.

ويعبر المدير أو مجلس الإدارة عن إرادة الشركة فيرفع باسمها الدعاوى ويطلب بكافة الحقوق التي للشركة قبل الغير. كما ترفع هذه الشركة الدعاوى وتطالب بكافة ما عليها من ديون والتزامات ممثلة في هذا المدير أو مجلس الإدارة². ولا أثر لما يطرأ على شخصية ممثل الشركة من تغيير فيما يخص شخصية الشركة، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في طعن رقم 3251 بجلسة 20 فبراير سنة 2013 بأنه: "متى كانت للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية من يمثلها قانوناً، وكانت هي المقصودة بذاتها بالخصوص فلا تتأثر بما يطرأ على شخصية هذا الممثل من تغيير"³.

وسلطة المدير هي سلطة خاصة يحددها القانون وله أن يباشرها بالرغم من معارضة الشركاء، وهذا ما يؤكد نص المادة 427 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين بأعمال الإدارة، وبالتصرفات التي تدخل في نطاق نشاط الشركة العادي على شرط أن تكون أعمال الإدارة والتصرفات خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من وظيفة المتصرف بدون مبرر ما دامت الشركة قائمة."

البند السادس: اسم الشركة

تتميز الشركة عن غيرها من الشركات باسم وتوقع به الشركة على المعاملات التي تكون لحسابها.

وما هو جدير بالذكر أن هذا الاسم قد يختلف حسب نوع الشركة، فنجد في شركات الأشخاص مثل شركة التضامن⁴ والتوصية البسيطة¹ يتكون من أسماء الشركاء المتضامنين، والذين يسألون مسؤولية شخصية عن ديون الشركة أي في أموالهم الخاصة.

¹. أنظر نص المادة 50 من ق.م.ج في فقرتيها 6 و7.

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 121

³. سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 122.

⁴. تنص المادة 552 من ق.ت.ج على أنه: "يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم أحدهم أو أكثر متبوع بكلمة "شركاؤهم".

غالبا ما يذكر في عنوان هذا النوع من الشركات ، اسم أحد الشركاء المتضامنين مع إضافة عبارة وشركائه للدلالة على شخصية الشركة المستقلة عن شخصية الشركاء .
أما في شركات الأموال وكما هو الحال في شركات المساهمة²، فليس للشركة سوى اسم تجاري Une dénomination commercial مستمد من غرضها .
وفي الشركات محدودة المسؤولية³ فيجوز لاسمها أو عنوانها أن يكون تجاري وذلك حسب رغبة الشركاء .

البند السابع: تحمل المسؤولية

قد تسفر بعض أعمال الشركة عن أضرار تلحق الغير وهذا ما يوجب مسألتها إما مدنيا أو جنائيا على الرغم من كونها شخص اعتباري افتراضي .
قد تثبت المسؤولية المدنية للشركة بشقيها المسؤولية التقصيرية أو العقدية وذلك بتحقق شروط كل منهما . ويمكن أن يتابع الشخص المعنوي مباشرة من غير ضرورة الإقحام المسبق لمسؤولية المسير أو المتسبب في الضرر . ويعني ذلك أن مسؤولية الشخص المعنوي يمكن أن تزوج مع باقي الهيئات، وهو ما يسمح للضحية بالحصول على التعويض بالتضامن أي يمكن للضحية الاختيار حسب الحالة بمتابعة المتسببين في الضرر المسؤولين أو أحدهم، ويبقى لمن قام بتحمل مسؤولية التعويض الرجوع على باقي المسؤولين كل بحسب نصيبه⁴ .

أما عن المسؤولية الجزائية لم يكن يسأل الشخص المعنوي جزائيا لأنه يصعب أن يثبت الركن المعنوي للجريمة و يوصف الشخص المعنوي بصاحب الإرادة الجرمية، فضلا عن استحالة أن يكون هذا الشخص المعنوي محلا لتسليط عقوبة سالبة للحرية .

¹ . تنص المادة 563 مكرر 2 من ق.ت.ج على أنه: " يتألف عنوان الشركة من أسماء كل الشركاء المتضامنين أو من اسم أحدهم أو أكثر متبوع في كل الحالات بعبارة " وشركاؤهم " .

² . تنص المادة 593 من ق.ت.ج على أنه: " يطلق على شركة المساهمة تسمية الشركة، ويجب أن تكون مسبقة أو متبوعة بذكر شكل الشركة ومبلغ رأس مالها .

يجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة ."

³ . تنص ف4 من المادة 564 من ق.ت.ج على أنه: " وتعين بعنوان للشركة يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبقة أو متبوعة بكلمات " شركة ذات مسؤولية محدودة " أو الأحرف الأولى منها أي " ش.م.م " وبين رأس مال الشركة ."

⁴ . بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 124 .

غير أن الوضع اختلف بعد القانون الجنائي الفرنسي الجديد حيث تنص المادة 121 في فقرتها الثانية على أنه:

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'état, son responsables pénalement, selon les distinction des articles 121-4 à 121-7 ,des infraction commises, pour leur compte , par leurs organes ou représentants.(...) la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits... »¹

أما عن المشرع الجزائري إلى غاية 2004 لم يأخذ صراحة بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، حيث استبعدتها القضاء صراحة²، و تم إقرار هذا النوع من المسؤولية ضمن نصوص قانونية متفرقة كالأمر 96 - 22 الخاص بقمع مخالفات التشريع والتنظيم الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال³. ثم جاء القانون 04 - 15 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري⁴ حيث نصت المادة 51 مكرر منه بأن تكون الأشخاص المعنوية مسئولة جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.

المبحث الثاني: بطلان الشركة وانقضائها في الشريعة والقانون

لقد تبين مما تقدم أن الشركة كائن قانوني مستقل بذاته، له ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء الذين ساهموا في تكوينها إذا ما وجدت وصحت أركانها العامة والخاصة وهي بذلك بإمكانها إقامة علاقات قانونية مع الشركاء المكونين لها.

غير أنه قد يحدث خلل في أحد الأركان سواء العامة منها أو الخاصة ويترتب على ذلك بطلان عقد الشركة ويكون هذا البطلان إما بطلاناً نسبياً أو مطلقاً أو من نوع خاص. كما أن هذه الشركة قد يطرأ عليها طارئ يؤدي إلى انحلال عقدها وتحل بذلك العلاقة القانونية التي تجمع بين الشركاء. وهذه الطوارئ ما هي إلا أسباب ودواعي تؤدي إلى حل

¹. Art 121-2 Modifié par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004- art 54 jorf 10 mars 2004 en vigueur le 31 décembre 2005.

². قرار غرف الجرح والمخالفات، القسم الثالث، المؤرخ في 22 / 12 / 1997 ملف رقم 1555884 والملف 122336 المؤرخ في 04 / 12 / 1994 .

³.الأمر 96 - 22 المؤرخ في 9 جويلية 1996 ، المتعلق بقمع مخالفات التشريع والتنظيم الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال المعدل والمتمم

⁴.القانون 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.

الشركة منها ما هو عام تنقضي به جميع الشركات ومنها ما هو خاص بنوع معين من الشركات وهي شركات الأشخاص.

وتجدر الإشارة إلى التفرقة بين انحلال الشركة الذي تطبق عليه النظرية العامة للعقود وانحلال الشخص المعنوي الذي يجسد الشركة وموتها القانوني وعليه فإن انحلال الشركة يقصد به موت الشخص المعنوي وزواله كشخص مخاطب بأحكام القانون *Sujet de droit* وليس انحلال عقد الشركة الذي هو محل للحق *Objet de droit*.

أما المشرع في إطار صلاحيته في التنظيم عكف على تنظيم موضوع انقضاء الشركة من خلال جملة من النصوص، حيث أورد جملة منها للأسباب العامة لانقضاء الشركة وهي تخص انحلال الشركات في عمومها مهما كان نوعها، ثم تحدث عن أسباب خاصة لانحلال الشركة وهي تتعلق بانقضاء شركات الأشخاص دون سواها. وتتناول أساساً زوال الاعتبار الشخصي الذي هو عماد هذا النوع من الشركات إذ بتوفر سبب واحد منها تزول شركات الأشخاص، ولا يكون ذلك سارياً في حق الغير إلا إذا تم الإعلان عنه بالطرق القانونية، والقانون الوضعي في ذلك لا يختلف عن الفقه الإسلامي حيث أعطى تسمية مبطلات الشركة لكل الأسباب التي تؤدي إلى انحلالها، وجعل منها ما هو خاص يخص بعضها دون البعض الآخر ومنها ما هو عام يعم كل الشركات.

وقصد الإحاطة بالأحكام المقررة لبطلان الشركة وانقضائها يتعين التطرق إلى بطلان الشركة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مطلب أول ثم إلى انقضاء الشركة فقها وقانوناً في مطلب ثان.

المطلب الأول: بطلان الشركة بين الشريعة والقانون

تبطل الشركة إذا حدث خلل في أركان الشركة - خاصة أو عامة- ويختلف هذا البطلان بحسب الأحوال فقد يكون بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً أو بطلاناً لا هو بالنسبي، ولا هو بالمطلق هو بطلان خاص. والفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في معنى

البطلان المطلق ويختلف معه في تحديد أنواع البطلان الأخرى فالعقود الإسلامية قد تكون صحيحة أو موقوفة أو باطلة، وقد تكون صحيحة أو فاسدة أو باطلة¹.

وللتفصيل أكثر في موضوع بطلان الشركات التجارية سنتطرق إلى بطلان الشركة في الشريعة الإسلامية في فرع أول ثم إلى بطلان الشركة في القانون الوضعي في فرع ثان.

الفرع الأول: بطلان الشركة في الفقه الإسلامي

ينقسم العقد عند الحنفية إلى صحيح وفساد وباطل. أما الجمهور فقد قسموه إلى صحيح وغير صحيح². العقد الصحيح هو ما سلمت أركانه وأوصافه من الخل، أو ما كان مستوفيا لأصله ووصفه بحيث يكون متطابقا مع الوجه الذي شرع به³.

وينقسم العقد الصحيح إلى قسمين نافذ وموقوف.

فالنافذ: هو ما صدر من شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه في ماله أو يعقده الوصي أو الولي للقاصر أو يعقده من وكله غيره توكيلا صحيحا.

والموقوف: هو ما يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره كالعقد الذي يصدر من الفضولي أو من الصبي المميز ومن في حكمه إذا كان من العقود التي لا بد فيها من رأي وليه أو وصيه.

ومبدأ الأخذ بالعقد الموقوف غير مجمع عليه في كل مذاهب الفقه الإسلامي، منه من ينكره كالشافعية، فالعقد عندهم إما صحيح وإما باطل والصحيح نافذ دائما⁴.

ويقابل البطلان النسبي في القانون الوضعي العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ومن ثم لا يعتبر البطلان النسبي بطلانا في الفقه الإسلامي ولا يقابل الفساد في الشركة وإنما هو عقد صحيح غير نافذ (موقوف)⁵. وحكم هذا العقد أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازته من

¹ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1983، ص 550.

² محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 263.

³ محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 314.

⁴ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 550.

⁵ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 554، هامش 1.

يملك إصداره إجازة صحيحة، فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد وكأنه لم يكن¹، فهما على طرفي نقيض فالعقد الباطل بطلانا نسبيا (القابل للإبطال) عقد صحيح منتج لكل آثاره حتى يبطل فإذا أبطل زالت آثاره بأثر رجعي من يوم عقده، في حين أن العقد الموقوف لا ينتج أثرا إلا إذا أجاز. مع العلم بأن عبارة العقد الموقوف أكثر دقة في الصياغة القانونية من عبارة البطلان النسبي²، حيث أن لفظ البطلان النسبي ربط حالاته بالبطلان ومن ثم وجدت فكرة تدرج البطلان من بطلان مطلق إلى بطلان نسبي، وقد اعترض على فكرة تدرج البطلان بأن البطلان عدم والعدم لا يتحمل التدرج³.

فالعقد الموقوف في الفقه الإسلامي المعنى مطابق للفظ تماما، فالعقد يعتبر موقوفا إذا شاب الرضاء عيب من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو إذا كان الرضا صادرا عن ناقص الأهلية حتى يجيزه المتعاقد ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، أو يجيزه المتعاقد الذي شاب رضاه عيب من عيوب الرضاء. ومع ذلك لم يحدد الفقه الإسلامي فترة محددة للإجازة⁴.

جعل فقهاء الحنفية عقد الشركة الذي شاب رضاه عيب التدليس أو الغلط أو الإكراه فاسد غير لازم. أي قابل للإبطال بإرادة الطرف المتضرر ويصبح هذا الطرف مخيرا بين الإبطال والإمضاء⁵، وهذا هو الرأي الراجح عند الشافعية والمالكية والحنابلة⁶.
وذهب أيضا الحنفية أن العيب بالتدليس يجعل الحق للشريك المتضرر أن يأخذ تعويضا بقدر الضرر الذي أصابه ويبقى عقد الشركة نافذا⁷.

أما العقد غير الصحيح هو الذي لم يستوف شرائطه ولا أركانه هذا عند الجمهور، ثم اختلف الفقهاء في غير الصحيح هل هو نوع واحد أو أنه أنواع؟ على قولين للفقهاء⁸ :

1. محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 557.

2. محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 54.

3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 646.

4. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 269.

5. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع، ص 269.

6. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 686.

7. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 270.

8. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 314.

1- يذهب الجمهور من الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن العقد غير الصحيح قسم واحد لا غير، فهو باطل أو فاسد ولا فرق بينهما، سواء كان الخلل في الركن أو في شروط الانعقاد أو في الوصف فالنتيجة واحدة وهي البطلان.

2- يذهب الحنفية والحنابلة إلى أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى قسمين فهو إما باطل أو فاسد. وذلك أنه إذا كان الخلل قد حدث في ركن العقد فهو باطل لا يترتب عليه أي أثر لعدم وجود السبب. أما إذا كان الخلل قد حدث في شرط من الشروط المتعلقة بالحكم، أي في وصف من الأوصاف فقد انعقد السبب وترتب عليه بعض الآثار لأن الأساس في الآثار هو السبب أولاً والشروط مكملة لهذا، وبحصول الخلل فيها يكون العقد فاسداً ولا يكون باطلاً.

والفرق بين بطلان الشركة وفسادها يظهر في أن البطلان لا يترتب عليه آثار ونتائج سوى انعدام الشركة، لأن العقد معدوم أصلاً والمعدوم لا ينبنى عليه حكم بخلاف الفاسد فإنه تترتب عليه آثار ونتائج مثال ذلك: لو اشترك اثنان أحدهما فاقد الأهلية كالمجنون كانت الشركة باطلة ويسترد كل من الشريكين رأس ماله أما لو كانت الشركة بين جماعة ولم يعينوا ربها فإن توزيع الربح يجري بعد ذلك بحسب حصص رأس المال ولا تبطل الشركة وإنما تعتبر فاسدة ويرتفع هذا الفساد بتعيين الربح وطريقة توزيعه¹.

بذلك ينقسم العقد عند الأحناف إلى ثلاثة أقسام: صحيح وباطل وفاسد. فالعقد الباطل ما اختل ركنه، والعقد الفاسد ما اختل شرطه، أما العقد الصحيح هو ما توافر الركن والشرط فيه.

ويبطل عقد الشركة في افقه الإسلامي إذا اختل العقد، وكان الخلل راجعاً إلى أمر أساسي فيه كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد². كالاتجار في الميتة، أو كان سببه غير مشروع كالاشتراك في بيع الخنزير للمسلم، أو صنع الخمر، فإن الخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد. فالعقد الباطل غير منعقد ولا وجود له شرعاً فهو كما عرفه الفقهاء " ما لم يشرع

¹. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 554، هامش 1 .

². محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 552.

بأصله ولا بوصفه"¹. بمعنى أن الشارع لا يعتبره موجودا وإن كانت صورته موجودة محسوسة في الخارج فلا يترتب عليه أثر من الآثار المقررة للعقد الصحيح².

يقابل ذلك في القانون الوضعي البطلان المطلق وهو ما كان راجعا إلى عدم مشروعية النشاط الذي قامت من أجاه الشركة، أو انعدام الرضا كلية، أو تخلف أحد الأركان الخاصة لعقد الشركة. وهكذا نجد اتفاق في معنى بطلان الشركة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وإن اختلفا في بعض الفروع المؤدية إلى البطلان.

من أمثلة الاتفاق أن الشركة تبطل إذا فقدت ركن القبول أو كان أحد المتعاقدين فاقد الأهلية كالمجنون أو كان السبب غير مشروع، كما لو تكونت شركة للمتاجرة في مواد محظورة. أما أمثلة الاختلاف فالشركة التي تتاجر في لحم الخنزير عقدها باطل شرعا، لكون المحل غير قابل لحكم العقد³، وليس باطلا في القانون، وعقد الشركة على العروض باطل عند الحنفية⁴ وليس باطلا قانونا.

وإذا بطل عقد الشركة استعاد كل شريك حصته في رأس المال وإذا هلك شيء من رأس المال فإنما يهلك على صاحبه، وإذا كانت الشركة قد باشرت أعمالا مع كونها باطلة فإنه يجب إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل مباشرة الشركة العمل، وعلى الشركاء الذين تصرفوا أن يتحملوا نتيجة تصرفاتهم ويدفعوا ما على الشركة من التزامات⁵.

أما عن عدم كتابة عقد الشركة وشهره فلا يترتب على ذلك بطلان الشركة في الفقه الإسلامي فليست كتابة وشهر الشركة أمرا جوهريا يتوقف عليه عقدها، بل هو مجرد تنظيم إداري لإثبات الحق عند المنازعة فيه.

ويجب التفرقة بين فساد عقد الشركة وانفاساها.

يفسد عقد الشركة ثلاثة أمور هي:

1- اشتراط ما يوجب الجهالة في الربح.

2- اشتراط ما يخالف مقتضى العقد.

¹. بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 485.

². أنظر محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 553 .

³. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 268.

⁴. الكاساني، مرجع سابق، ص 60.

⁵. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 310.

3- تخلف شرط من شروط صحة الشركة.

وإذا فسدت الشركة انفسخ عقدها واعتبرت إجارة فاسدة لها أحكام الإجارة الفاسدة، وانفساخ الشركة يعني انقضائها ويكون هذا الانقضاء بأسباب عامة تعني جميع الشركات وأسباب خاصة تخص نوع دون آخر .

الفرع الثاني: بطلان عقد الشركة في القانون الوضعي

يترتب على تخلف أحد الأركان العامة أو الخاصة بطلان عقد الشركة. وهذا البطلان يختلف نوعه وأهميته بحسب نوع وأهمية الركن المتخلف، فقد يكون بطلانا مطلقا في حالة انعدام الأهلية أو التراضي، وعدم مشروعية السبب أو المحل، وفي حالة انعدام أحد الأركان الموضوعية الخاصة، وقد يكون البطلان نسبيا في حال نقص الأهلية أو عدم صحة التراضي، كما قد يكون البطلان خاصا إذا تخلف أحد الأركان الشكلية¹.

سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا أو من نوع خاص فالحكم به يؤدي إلى زوال عقد الشركة وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد²، وهذا ما يسمى بالأثر الرجعي للبطلان³. ولما كان تطبيق هذا الأثر الرجعي في مجال الشركات سوف يؤدي إلى نتائج

¹ هذا التقسيم الثلاثي للبطلان تقول به النظرية التقليدية و هناك من الفقهاء من يذهب على النقيض من ذلك ويرى أن هذا التقسيم الثلاثي ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات. وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطا للعقد حتى ينتج آثارا معينة وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين، فإذا اختل شرط كان العقد باطلا في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعا للأغراض التي توخاها القانون. أنظر محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 262.

ويقول الدكتور السنهوري: إن الوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من أن نشئت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار، وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلانا مطلقا وعقد باطل بطلانا نسبيا، بل وخير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق ذلك لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا يمر بمرحلتين، الأولى قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل فينتج كل الآثار القانونية التي تترتب عليه لو نشأ صحيحا. والثانية يلي أحد المصيرين فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشأ لجميع آثاره فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح ، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 648، 650.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 103 من ق.م.ج على أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله..."

³ استبعد القضاء الفرنسي منذ 1817 فكرة الأثر الرجعي لبطلان الشركات أنظر:

خطيرة وأضرار بالغة تلحق بالغير الذي تعامل مع الشركة، فإن القضاء مؤيد ومدعوم من الفقه قد ابتدع نظرية الشركة الفعلية *société de fait* للحد من الأثر الرجعي للبطلان¹. وقبل أن نخوض في أنواع البطلان نشير إلى اهتمام المشرع بصورة أساسية بالشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية. و في مجال البطلان الأصل أن هناك أسباب بطلان خاصة بكل الشركات إلا إذا وجد نص يخالف ذلك²، إلا أن المشرع الجزائري يخلو من النصوص الخاصة المطبقة على الشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية كشركة المحاصة، وهذا ما يصعب الأمر بخصوص أسباب بطلان هذا النوع من الشركات فمن الإشكالات التي تثار هل وجود شروط الأسد في شركة المحاصة يؤدي إلى بطلان الشرط فقط أم يبطل الشرط والعقد معا ؟

وهنا يلزم ظهور الشركة لكي يتم اكتشاف وجود شرط الأسد، وينجم عن هذا طرح تساؤل آخر مفاده ما إذا كان ظهور الشركة في هذه الحالة يعد سببا للبطلان لمعارضة نص المادة 795 مكرر 2 من ق.ت.ج على اعتبارها في هذه الحالة تأخذ وصف الشركة الفعلية ؟ كما يطرح الإشكال بالنسبة لبطلان للشركات التي تكون في طور التأسيس أي بين التأسيس والقيود في السجل التجاري إذا ما كان بطلانها في هذه الفترة يخضع للنظام الخاص بالشركات المنصوص عليه في القانون التجاري أم يخضع للقواعد العامة ؟ وفي المجال التطبيقي ظهر إشكالا آخر تمثل في نوعين من الشركات في طور التأسيس، الشركات التي تقوم بالأعمال التحضيرية لبدأ النشاط وهي في انتظار القيد في السجل التجاري، والشركات التي بادرت بممارسة النشاط فعلا والتي أخضعها القانون الفرنسي إلى نظام شركة المحاصة³.

إن يظهر وجوب عند تحديد القواعد العامة للبطلان والقواعد الخاصة المقررة لكل نوع من الشركات في مجال البطلان استبعاد القواعد التي تدخل الشخصية المعنوية، لأن الشركة في طور التأسيس تكون في مرحلة انتقالية تنتظر فيها اكتسابها للشخصية المعنوية.

Cass. Req.2 juil 1817 Cité par Jean pierre Legros.

¹. سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 83.

². أنظر المادة 733 من ق.ت.ج.

³. Ripert, Roblot., Op. Cit. n° 1055.

ولتوضيح أنواع البطلان المقررة في القانون الوضعي سنتطرق للبطلان المطلق في البند الأول والبطلان النسبي في بند ثان والبطلان الخاص في بند ثالث ثم نظرية الشركة الفعلية في بند رابع.

البند الأول: البطلان المطلق

يعتبر عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا إذا انعدم الرضا، أو إذا كان محل¹ الشركة أو سببها² غير مشروع كما إذا كان القصد من تكوين الشركة الاتجار في المخدرات أو العقاقير الممنوعة أو البضائع الممنوع التعامل فيها أو إدارة منازل للدعارة أو القيام بنشاط محظور على الشركة³.

كما يبطل عقد الشركة بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من الأركان الخاصة للشركة، كما إذا لم يتعدد الشركاء فنص المادة 416 من ق.م. ج توجب لانعقاد عقد الشركة أن يتعدد الشركاء باستثناء المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الواحد التي أدخلت بموجب الأمر 96-27 المتضمن تعديل القانون التجاري الجزائري. كما اشترط المشرع في بعض الشركات حدا أدنى من الشركاء لا تتعد الشركة إذا قل هذا العدد كما هو الحال في شركة المساهمة إذ يوجب القانون أن لا يقل عدد الشركاء عن سبعة شركاء⁴. واشترط في الشركة ذات المسؤولية المحدودة الحد الأقصى للشركاء والذين لا يجوز أن يتجاوز عددهم خمسين شريكا⁵.

وتبطل الشركة إذا لم يقدم الشركاء الحصص، فهي بمثابة الضمان العام للمتعاملين مع الشركة، وقد حدد المشرع الجزائري حدا أدنى في بعض الشركات، فلا يجوز أن يقل رأسمال

¹. أنظر المادة 93 من ق.م.ج.

². أنظر المادة 97 من ق.م.ج. أنظر قرار المحكمة العليا في قضية رقم 43098 بين (ب س) و(أع) في 12/04/1987 م.ق سنة 1990، عدد 4، ص 85،86،87، جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازع عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

³. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 96.

⁴. أنظر المادة 592 من ق.ت.ج.

⁵. أنظر المادة 590 المعدلة بموجب 15-20 المتضمن ق.ت.ج السالف الذكر.

شركة المساهمة عن 1 مليون دينار جزائري بدون اللجوء العلني للادخار ولا عن 5 مليون دينار جزائري عند اللجوء العلني للادخار¹.

كما تبطل الشركة إذا انعدمت نية المشاركة، فالشركة تقوم على نية الشركاء في الاشتراك في العمل، فإذا انعدمت هذه النية فلا مجال للحديث عن الشركة والشريك.

ولو اتخذت الشركة طابع شركة الأسد بحرمان أحد الشركاء من الأرباح أو بإعفائه من أية خسارة، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 426 من القانون التجاري الجزائري، مع الاختلاف في أن هذا البطلان يكون مطلقا في شركات الأشخاص ولا يكون كذلك في شركات الأموال، أين يبطل الشرط ولا يبطل عقد الشركة، ويكون لكل ذي مصلحة أن يثير هذا البطلان ويكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها².

يعتبر البطلان في هذا الخصوص من النوع المطلق³ الذي يجيز للشركاء، كما يجيز للغير التمسك به، بل للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما لا تصححه الإجازة أو ممارسة الشركة لنشاطها⁴.

ولا تسقط دعوى البطلان إلا بمضي 15 سنة من تاريخ العقد⁵. وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 735 من ق.ت.ج: "تتقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا إلا إذا كان هذا البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة."

كما يجوز للشركاء التمسك بهذا البطلان في مواجهة الغير إذا كان يعلم بهذا البطلان. أما إذا كان الغير لا يعلم بعدم المشروعية، وكان العقد الذي تم بينه وبين الشركة يقوم على سبب مشروع فالرأي الراجح عدم الاحتجاج بالبطلان عليه⁶.

¹. أنظر المادة 594 من ق.ت.ج.

². Yves Guyon , Droit Des Affaires, Op. Cit, p159.

³. تنص الفقرة الأولى من المادة 102 من ق.م.ج على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

⁴. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، مرجع سابق، ص 354.

⁵. أنظر المادة 102 من ق.م.ج.

⁶. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 97.

إن أثر البطلان المطلق بالنسبة للشركاء هو انهيار العقد بالكامل واعتباره كأن لم يكن ويعود المتعاقدون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد¹. ولا توجد صعوبة إذا صدر الحكم بالبطلان قبل أن تبدأ الشركة نشاطها، ولم يكن الشركاء قد قدموا حصصهم بعد، وإنما الصعوبة إذا كانت الشركة قد بدأت نشاطها قبل الحكم بالبطلان فحقت أرباحاً أو منيت بخسائر وتم توزيعها، فإن الوضع يظل كما هو ولا يلزم الشركاء برد ما حصلوا عليه من الربح. أما إذا كانت الأرباح والخسائر لم توزع بعد فإنه يجب توزيع الخسائر والأرباح بنسبة حصص رأس المال ولا يعتد في هذه الحالة بالتوزيع الاتفاقي المنصوص عليه في عقد الشركة، لأن العقد باطل².

البند الثاني: البطلان النسبي

يلحق البطلان النسبي العقد بسبب عيب من عيوب الرضا مثل الغلط³ والإكراه والتدليس⁴ أو بسبب نقص أهلية الشريك⁵. وفي هذه الحالة يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه فيجوز له التمسك بالبطلان⁶. ولا يجوز التمسك به إلا ممن تقرر لمصلحته ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁷. إلا أن حقه في الإبطال إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد⁸.

1. أنظر المادة 103 من ق.م.ج.

2. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 264.

3. أنظر المادة 81 من ق.م.ج.

4. أنظر المادة 86 من ق.م.ج.

5. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 647.

6. أنظر المادتين 99، 100 من ق.م.ج.

7. Yves Guyon , Droit Des Affaires, Op. Cit, p 155.

8. أنظر المادة 101 من ق.م.ج. جاء في قرار المحكمة العليا في قضية رقم 136433 الصادر في 13/11/1996 م.ق

سنة 1997، عدد 1، ص 17، 18، 19، 20: "من المقرر قانوناً أنه يسقط الحق في طلب إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب. ولما كان ثابتاً أن قضاة الموضوع لما قضوا بإبطال العقد العرفي المتنازع من أجله، رغم أن المطعون ضدهم لم يتمسكوا بإبطاله

ويمكن للإجازة اللاحقة أن تصحح العقد القابل للإبطال¹. وإذا قضي بالبطلان النسبي اعتبر عقد الشركة كأن لم يكن بالنسبة للشريك الذي طلبه وبأثر رجعي من تاريخ دخوله الشركة فيفقد صفة الشريك ويسترد حصته سالمة من كل خسارة، فإذا كان ذلك مستحيلا قضي له بتعويض معادل²، كما أن عليه أن يرد ما قبضه من أرباح قبل الحكم بالبطلان لأنه يلتزم برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد³.

أما أثر هذا البطلان على بقية الشركاء فيترتب عليه حل شركات الأشخاص استنادا إلى كونها تقوم على الاعتبار الشخصي بخلاف شركات الأموال فإن الشركة تستمر بالنسبة للباقيين⁴، ويقتصر أثر البطلان على إعادة طرح أسهم الشريك للاكتتاب ما لم يترتب على خروج الشريك الذي تقرر البطلان لصالحه عدم توافر الحد الأدنى لعدد الشركاء، أو الحد الأدنى لرأس المال في الشركات التي يشترط فيها المشرع ذلك⁵.

البند الثالث: البطلان الخاص

يقع هذا البطلان في حالة تخلف ركن الشكل، وذلك إذا تخلف شرط الكتابة أو القيام بإجراءات الشهر التي يتطلبها القانون⁶. وبالرجوع إلى نصوص المواد 545-548-549 من القانون التجاري الجزائري يتضح أن المشرع أوجب في عقد الشركات التجارية الكتابة الرسمية والإشهار والقيود في السجل التجاري.

وتنص الفقرة الثانية من المادة 418 من ق.م.ج في حالة تخلف الكتابة على أنه: "لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

خلال المدة المذكورة، كما أن أصغرهم سنا عندما بلغ سن الرشد لم يتمسك به هو الآخر وعليه فإن حقهم في طلب إبطال العقد قد سقط بحكم القانون.

¹. أنظر المادة 100 من ق.م.ج.

². أنظر ف1 من المادة 103 من ق.م.ج.

³. أنظر ف2 من المادة 103 من ق.م.ج.

⁴. وهو ما نصت عليه الملة 733 من ق.ت.ج.

⁵. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 95.

⁶. تقضي ف1 من المادة 418 من ق.م.ج بأنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون

باطلا ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي اكتسبه ذلك العقد."

يفهم من هذا النص أن هذا البطلان من نوع خاص فلا هو بطلان مطلق ولا بطلان نسبي، وأنه يخضع لأحكام خاصة هي:

1- لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل لا بد من طلبه من أحد الشركاء أو من الغير¹.

2- لا يجوز للشركاء أن يتمسكوا به قبل الغير، لأن عدم كتابة العقد إهمال منهم لا يجوز أن يستفيدوا منه²، فإذا طالب دائن الشركة بدين عليها لم يكن للشركاء التمسك ببطلان الشركة لعدم الكتابة تخلصاً وهروباً من وفاء الالتزام في حين يجوز للشركاء أن يتمسكوا بالبطلان فيما بينهم.

3- أن مصير عقد الشركة يختلف باختلاف من يطالب به فإذا قضي بالبطلان بناء على طلب أحد الشركاء فلا يرتب البطلان أثره إلا من وقت الحكم به، لأن البطلان ليس راجعاً إلى سبب فيه بل إلى سبب خارج عنه، وهو عدم الكتابة. لكن إذا أبطل العقد بناء على طلب الغير كان بأثر رجعي. غير أنه من المستقر عليه أن البطلان لا يعدم بأثر رجعي الشخص المعنوي، وبالتالي تعتبر الشركة قائمة في الفترة السابقة على تقريره وتكون بذلك شركة فعلية.

البند الرابع: بطلان عقد الشركة ونظرية الشركة الفعلية

يقصد بالشركة الفعلية Société de fait الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع ثم حكم ببطلانها لتخلف أحد أركانها³.

وقد لجأ القضاء⁴ إلى فكرة الشركة الفعلية والتي على أساسها يمكن اعتبار الشركة موجودة فعلاً لا قانوناً في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها. ويستند القضاء في الأخذ

¹. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 96.

². لا يقبل إفادة الشريك من تقصيره.

³. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 40.

⁴. في قرار صدر عن محكمة باريس في 8 أبريل سنة 1825، رفض القضاء نتائج الأثر الرجعي للبطلان، حيث استخدمت المحكمة ولأول مرة اصطلاح " شركة فعلية " حيث قررت المحكمة صحة الأعمال التي قامت بها الشركة قبل صدور الحكم بالبطلان . أنظر سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 101. أنظر أيضا :

Cozian et autre, Droit Commercial, 5^{ème} éd - paris, p500.

واعترف القضاء في معظم الدول العربية بنظرية الشركة الفعلية ، أنظر قرار محكمة استئناف مصر المختلطة، قرار مؤرخ في 1899/02/08 مذكور في مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية، رسالة دكتوراه، كلية

بهذه النظرية إلى فكرة حماية الوضع الظاهر واستقرار المراكز القانونية التي تمت فعلاً¹.
وبعبارة أخرى لم يستهدف القضاء من وراء الشركة الفعلية التحايل على الأحكام التشريعية
لبطلان الشركات بقدر ما تستهدفه التهذيب من آثارها حفاظاً على حقوق الغير ورغبة في
عدم زعزعة المراكز القانونية التي استقرت².

ومن الاجتهادات التي تعترف بالوجود الواقعي للشركة قرار المحكمة العليا المؤرخ في
1985/06/15 حيث جاء فيه: "متى كان من المقرر قانوناً أنه يجب أن يكون عقد الشركة
مكتوباً وإلا كان باطلاً، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان ومن ثم فإن
القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

إذا كان الثابت أن البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء... فإن المجلس القضائي لما
قضى بإبطال الدعوى مع وجود شركة فعلية غير منازع فيها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق
أحكام المادة 418 من ق.م.ج...³ يلاحظ أن هذا القرار استعمل مصطلح الشركة الفعلية
تأسيساً على نص المادة 418 ق.م.ج.

أيضاً قرار المحكمة العليا والمؤرخ في 2005/11/09 الذي جاء فيه: "إن البطلان
الناجم عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلاناً مطلقاً ولا ينتج أثر إلا من
تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة، مع الإشارة أن الالتزامات الناشئة بين الطرفين لها كامل
الآثار القانونية."⁴

تحتفظ الشركة كشخص معنوي في ظل الشركة الفعلية بشخصيتها المعنوية، وتخضع
لالتزامات التجار، ويجوز شهر إفلاسها. وتعتبر كل التصرفات التي قامت بها الشركة مع
الغير صحيحة ومنتجة لآثارها حتى تاريخ بطلانها، كما يجوز لدائني الشركة التمسك ببقائها
لتجنب مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء.

الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، ص 45. وفي القضاء الأردني محكمة التمييز الأردنية رقم 36 لسنة 1986 والذي
اعترف بنظرية الشركة الفعلية.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 102.

². مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 115.

³. قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1985/06/15، م.ق. عدد 04، سنة 1989، ص 414.

⁴. قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2005/11/19، نشرة القضاء، عدد 59، ص 279. وأنظر أيضاً: قرار المحكمة العليا
مؤرخ في 2002/09/07، م.ق. عدد 01، سنة 2004، ص 175.

وفي حالة توقف الشركة عن دفع ديونها أثناء فترة التصفية فمن حق الدائنين طلب شهر إفلاس الشركة وتقسيم أموالها لاستيفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس.

وفي التشريع الجزائري يمكن الاستناد بخصوص نظرية الشركات الفعلية على نص المادة 418 من ق.م.ج سالف الذكر التي تقرر بطلان عقد الشركة إذا لم يكن مكتوباً حيث تقضي بأن هذا البطلان لا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان¹.

كما كرست نظرية الشركة الفعلية في القانون التجاري من خلال المادة 545 التي رغم اشتراطها الكتابة الرسمية لصحة عقد الشركة التجارية، إلا أنها لم تجعل للبطلان أثر رجعي، لأن المشرع أجاز للغير إثبات وجود الشركة التجارية بكافة طرق الإثبات، كما لم يجز للشركاء إثبات وجود الشركة فيما بينهم إذا تجاوز أو خالف مضمون الشركة.

ولم يعترف القضاء بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان فهناك أسباب للبطلان رفض فيها القضاء الاعتراف بوجود الشركة فعلاً أو قانوناً نوجزها فيما يلي²:

- 1- إذا كان البطلان مؤسساً على عدم مشروعية الغرض .
 - 2- إذا كان البطلان مؤسساً على عدم توافر الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة .
- ومن الاجتهادات الراضية لفكرة الشركة الفعلية القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1997/03/18 هو من بين القرارات الراضية لنظرية الشركة الفعلية فقد جاء فيه: "من المستقر عليه قانوناً أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلاً. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع قرروا بأن الشركة المدعى إنشاؤها لم تثبت قيامها بعقد رسمي واستبعدوا الوثائق الموجودة بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه الشكلية في تأسيس الشركة تحت طائلة البطلان فإنهم أسسوا قرارهم تأسيساً قانونياً ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"³.

¹ . وكذلك التشريع الفرنسي أنظر المواد 368 و369 من قانون الشركات الفرنسي، والمادة 15/844 من القانون المدني الفرنسي.

أما في التشريعات المقارنة نجد المادة 507 من القانون المدني المصري، والمادة 584 من القانون المدني الأردني، والمادة 628 من القانون المدني العراقي .

² . مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 110، سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 105، 104.

³ . قرار مؤرخ في 1997/03/18، مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص، ص 145.

يظهر من نص هذا القرار أنه يرفض نظرية الشركة الفعلية باعتبار الشكلية من النظام العام وفقا للمادتين 418 من ق.م.ج و 545 من ق.ت.ج.
لكن ما يلاحظ على هذا الاجتهاد أن المادة 418 المذكورة أعلاه وإن كانت قد رتبت البطلان على عدم كتابة عقد الشركة إلا أن الفقرة الثانية منها لم تجعل البطلان يسري بأثر رجعي وهو بذلك ليس من النظام العام عكس ما جاء في قرار المحكمة العليا. كذلك المادة 545 التي أعطت الحق للغير أن يتمسك بوجود الشركة التجارية في مواجهة الشركاء بكل طرق الإثبات¹، وهذا ما يعد اعترافا بالوجود الفعلي والواقعي للشركة.

كما نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1990/12/20 هو أيضا رفض الاعتراف بالشركة الفعلية حيث جاء فيه: " من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي وشهادات الشهود يكونوا قد خرقوا المادة 418 من ق.م.ج التي تشترط أن يكون عقد الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا وكذلك المادة 545 ق.ت.ج التي تنص على أنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."²

وفيما يلاحظ على هذا الاجتهاد أنه يستند على نص المادة 418 سالفة الذكر وهو لا يشير إلى نوع الكتابة المطلوبة في إثبات الشركة، علما أن الكتابة قد تكون رسمية أو عرفية. وحتى وإن افترضنا أن تكون الكتابة رسمية فالفقرة الثانية من نفس المادة لم ترتب البطلان من نوع خاص وليس البطلان المطلق.

وقبل أن نغادر أحكام الشركة الفعلية نذكر موقف الفقه الإسلامي من هذه الشركة. يتضح أنه لا وجود للشركة الفعلية في اجتهادات الفقهاء ولا تعتبر الشركة الفاسدة من الشركات الفعلية لأنها شركة صحيحة في أصلها اعترافا فساد في وصفها، والأسباب التي أدت إلى بطلان الشركة نسبيا واعتبارها شركة فعلية إذا باشرت أعمالها لا تعتبر أسبابا تؤدي إلى بطلان الشركة بل لكل من هذه الأسباب حكم خاص. فإذا كان البطلان في نظر القانون

¹ . وله في ذلك أن يثبت بإقرار الشركاء، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 2003/04/18، م.ق. عدد 03، ص 120.

² . قرار مؤرخ في 1990/12/20، م.ق. عدد 04 سنة 1991، ص 50.

نشأ عن نقص الأهلية أو عيب في الإرادة كان عقد الشركة في نظر الفقه الإسلامي صحيحاً ولكنه موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي في الشركة التي اشترك فيها ناقص الأهلية. وإن كان نشأ عن مخالفة بعض قواعد التأسيس فينظر فإن كانت المخالفة في عدم تسجيل أو كتابة أو شهر عقد الشركة فلا يقدح ذلك شرعاً في عقدها بل تعتبر صحيحة نافذة لأن العقد قد تم بلفظ الإيجاب والقبول واستوفى أركانه والعبارة باللفظ في العقود وليست الكتابة ركناً ولا شرطاً في صحة العقد بل أمر مستحب¹.

وإن كانت المخالفة لعدم الوفاء بتقديم الحصص فإن الشركة تعتبر باطلة في نظر الفقهاء لفقدان المحل وهو ركن عند جمهور الأئمة ما لم يقر الشركاء بتقديم نصيبهم المتفق عليه لأن لشركة لا تصح بدين ولا مال غائب بل يجب أن تكون بمال حاضر².

البند الخامس: تصحيح العيوب وتقادم دعاوى البطلان

أجاز المشرع تصحيح أو إزالة سبب البطلان نظراً لما تفرضه الحياة التجارية من سرعة وائتمان، وحفاظاً على المراكز القانونية وكذا حماية للغير المتعامل مع الشركة. حيث نصت المادة 735 من ق.ت.ج على أنه: "تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائياً إلا إذا كان هذا البطلان مبنيًا على عدم قانونية موضوع الشركة."

يتضح من نص المادة أنه يمكن تصحيح العيب بإزالته ما عدا الأسباب غير المشروعة، فإن كان عقد الشركة غير مكتوب أو لم تكتمل إجراءات التسجيل³ أو لم يكتمل النصاب القانوني للشركاء، فإنه يجوز التصحيح بكتابة العقد ونشره أو بتقديم الحصص أو بإكمال النصاب القانوني وهذا حتى يوم نظر الدعوى ويكون على القاضي الحكم بانقضاء الدعوى لزوال سببها⁴.

¹. محمد فهمي الجندي، مرجع سابق، ص 273، 274.

². الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 60. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 19.

³. تنص المادة 739 من ق.ت.ج على أنه: "إذا كان بطلان أعمال و مداوات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيًا على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمله أمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين يوماً. وإذا لم يقع التصحيح في هذا الأجل فيجوز لكل شخص يهمله الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء."

⁴. Yves Guyon , Droit Des Affaires, Op. Cit, p 159.

بذلك يكون المشرع قد سعى لتقليص حالات البطلان، حيث نجد المادة 736 تنص على أنه: "يجوز للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان. ولا يسوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى.

وتأكيدا لذلك جاءت المادة 738 من القانون التجاري الجزائري كالتالي: "في حالة بطلان شركة أو أعمال أو مداوات لاحقة لتأسيسها مبني على عيب في الرضاء أو فقد في أهلية شريك، وإذا كان التصحيح ممكنا، يجوز لكل شخص يهمله الأمر أن ينذر الشخص الجدير بهذا الإجراء، إما بالقيام بالتصحيح أو برفع دعوى البطلان في أجل ستة أشهر تحت طائلة انقضاء الميعاد ويتعين إبلاغ الشركة بهذا الإنذار." يتضح أن المشرع أراد الإبقاء على الشركة حتى في حالة ما إذا شاب رضاء أحد الشركاء عيب أو كان ناقص الأهلية وذلك عن طريق التصحيح.

فضلا عن ذلك، فرض المشرع مدة زمنية قدرها شهرين ولو كان سبب البطلان قائما لكل من يهمله أمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح¹. وهذا ما قضت به المادة 736 من ق.ت.ج.².

وأخضع المشرع دعوى البطلان لتقادم قصير المدى وذلك لاستقرار المعاملات التجارية وبالتالي الحد من حالات البطلان، وهذا ما أشار إليه نص المادة 740 من ق.ت.ج حيث جاء فيها: "تتقادم دعاوى بطلان الشركة أو الأعمال أو المداوات اللاحقة لتأسيسها بانقضاء أجل ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان وذلك من دون إخلال بانقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 738."

أما بالنسبة لدعاوى المسؤولية الناجمة عن بطلان الشركة فيسري تقادمها ابتداء من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي فيه وهذا ما جاء به نص المادة 743 من ق.ت.ج: "تتقادم دعوى المسؤولية المبنية على إبطال الشركة أو الأعمال و

¹. أنظر المادة 739 من ق.ت.ج.

². قضت ف1 من المادة 736 من ق.ت.ج على أنه: "يجوز للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان. ولا يسوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى.

المداولات اللاحقة لتأسيسها بثلاثة أعوام اعتباراً من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي به لا يحول زوال سبب البطلان دون ممارسة دعوى التعويض الرامية إلى تعويض الضرر اللاحق من العيب الذي كانت الشركة أو العمل أو المداولة مشوبة به. وتتقدم هذه الدعوى بمرور ثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ كشف البطلان.

نشير كذلك إلى أن المشرع منع كل من الشركة والشركاء من التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع حسن النية إذ تنص المادة 742 من ق.ت.ج على أنه: "لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية. غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير من طرف عديم الأهلية وممثليه الشرعيين، أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف."

واستناداً على ما سبق بيانه يتضح مسعى المشرع نحو التقليل من حالات البطلان رامياً بذلك إلى دعم واستقرار الائتمان التجاري.

المطلب الثاني: انقضاء عقد الشركة والآثار المترتبة عليه بين الشريعة والقانون

لا بد أن نشير من البداية أننا في تقسيمنا المعتمد في دراسة شركات الأشخاص التجارية سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي سوف نتعرض لتفاصيل كل من هذه الشركات وانقضاءها وتصنيفاتها في الباب الثاني من هذه الأطروحة عند تفصيل كل نوع من أنواع شركات الأشخاص .

غير أن القوانين المدنية والتجارية ومنها القانون الجزائري، قد تضمنت أسباباً عامة وشاملة لحل الشركات وانقضائها، إضافة إلى أسباب أخرى خاصة بانقضاء شركات الأشخاص، وهذه الأسباب تعزى إلى زوال الاعتبارات الشخصية التي تشكل العنصر الأساسي لقيام هذا النوع من الشركات.

وكان للشريعة الإسلامية نفس المنحى في تقسيمها لأسباب انقضاء شركات العقود إلى أسباب عامة تعم كل الشركات وأسباب تخص بعضها دون البعض.

فعند انقضاء الشركة وانحلال الرابطة القانونية بين الشركاء والإعلان عن ذلك بالطرق القانونية تعتبر الشركة منقضية سواء بين الشركاء أو بين الشركة والغير، ويستتبع ذلك تصفية الشركة وقسمة موجوداتها بين الشركاء. لذا نركز في دراسة هذا المطلب على فرعين

يختص الأول بأسباب انقضاء الشركات في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي أما الثاني وفيه نتعرض إلى الآثار التي تتجم عن انقضاء الشركة وفي هذا المسعى ندرج تصفية الشركة وقسمة أموالها.

الفرع الأول: انقضاء الشركة في الشريعة والقانون

إن المتأمل فيما أورده الفقه الإسلامي و القانون الوضعي من أسباب انقضاء الشركة يجد أن هناك أسباب عامة لانقضاء الشركات جميعا كانهاء المدة أو انقضاء العمل الذي قامت الشركة من أجله أو هلاك أموالها، وهناك أسباب خاصة لانقضاء شركات الأشخاص وهي الشركات التي تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء ولذلك تنتهي الشركة إذا انهار هذا الاعتبار الشخصي ويكون ذلك عادة بسبب وفاة أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه أو انسحابه من الشركة أو إذا قضت المحكمة بإخراجه أو فصله منها أو إذا وجدت أسباب قوية يستحيل معها سير الشركة وحسن قيام العلاقات بين الشركاء.

البند الأول: أسباب انقضاء الشركة في الشريعة الإسلامية

تجدر الإشارة إلى أن عقد الشركة جائز غير لازم لتضمنه الوكالة والتي هي عقد غير لازم¹ هذا بالنسبة للحنفية. فيجوز بذلك لكل شريك أن يفسخ العقد، إلا أن من شروط جواز فسخ العقد أن يكون بعلم الشريك الآخر، لأن في عدم علمه إضرارا به، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه². وبما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل هو شرط من شروط جواز عزل الوكيل وبذلك يشترط العلم في الوكالة التي تضمنتها الشركة.

أما عند المالكية فيرجع في ذلك إلى خلط أموال الشركاء. واختلف الفقهاء في ذلك

على النحو الآتي:

1- يرى الإمام الشافعي أن خلط رأس مال الشركة شرط لصحتها ، فلا تصح حتى يخلط المالكين وأوجب خلط المالكين خلطا لا يمكن معه التمييز بين المالكين³ ويرون في عدم خلط المالكين عدم انعقاد الشركة لان عقد الشركة يستوجب الاشتراك في الربح وهو متوقف على الخلط.

¹. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ج3، ص 492.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3914.

³. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 109.

2- يرى جمهور الفقهاء أن اختلاط المالين ليس شرطاً لصحة عقد الشركة لكن أبا حنيفة يرى أنه متى تلف أحد المالين قبل الخلط فهو من ضمان صاحبه لان الشركة لا تتم إلا بالشراء أما إذا هلك بعد الشراء كان الهالك من المالين جميعاً، لأنه هلك بعد تمام العقد¹.

3- يرى المالكية أن الخلط إنما هو شرط في الضمان فقط دون الصحة ومعنى ذلك أن ما هلك قبل الخلط فهو من ضمان صاحبه، أما إذا هلك بعده فالهالك على الجميع وهم بهذا يتفقون مع الحنفية، والخلط المقصود عندهم هو الخلط الحسي أو الحكمي وذلك بأن يكون المالان في حيازة احد الشريكين².

4- بما أن الشركة تشتمل على الوكالة وان ما جاز فيه التوكيل جازت فيه الشركة والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط إذن كذلك الشركة.

وإن المقصود من عقد الشركة إنما هو الربح فلا يشترط الخلط لأن الربح يحصل من غير خلط. كما أن عقد المضاربة المقصود به الربح وليس من شروطه³.

والخلاصة أن الشركة في المذهب المعتمد لدى المالكية عقد لازم إذا كانت شركة أموال. أما شركة الأعمال فلا تلتزم بالعقد بل بالعمل⁴.

بعد هذا التفصيل عن لزوم عقد الشركة نتطرق للأسباب العامة ثم للأسباب الخاصة التي تؤدي إلى انقضاء الشركة وانفاسخها في الشريعة الإسلامية.

أولاً: المبطلات العامة لعقد الشركة

تنفسخ الشركة بأحد ثلاثة أسباب:

الأول: رغبة الطرفين، أو احدهما في الرجوع عن عقد الشركة وفسخه فعند الجمهور هذا جائز لأن عقد الشركة غير لازم عندهم.

أما عند المالكية فلا تنفسخ الشركة إلا باتفاق الطرفين على الفسخ لأنها عقد لازم عندهم. وقال الحنابلة: من قال من الشركاء عزلت شريكي ولم ينض المال انعزل ويتصرف المعزول في قدر نصيبه ولو قال : فسخت الشركة انعزلا فلا يتصرف كل شريك إلا قدر نصيبه⁵.

1. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 110.

2. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

3. محمد بن إبراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

4. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3914.

5. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 3915.

الثاني: ارتداد احد الشريكين ولحاقه بدار الحرب، لان ذلك بمنزلة الموت¹.

الثالث: أسباب خارجة من إرادة الطرفين كإصابة طرفي العقد أو احدهما بعارض من عوارض الأهلية كالجنون المطبق أو الوسوسة أو الإغماء أو الحجر على احد الطرفين لسفه².

عند موت احد الشريكين تنفسخ الشركة لبطلان الملك وزوال أهلية التصرف بالموت سواء علم الشريك الآخر بالموت أو لم يعلم، لأن كل شريك وكيل عن صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل سواء علم به أم لم يعلم، لان الموت يعتبر عزل حكمي³.

أما عن جنون الشريك جنونا مطبقا لكون بالجنون يخرج الوكيل عن الوكالة ونعلم أن الشركة تتضمن الوكالة وما ينطبق على الجنون ينطبق على الإغماء بالنسبة للشافعية⁴. فإذا انفسخت الشركة ترتبت الأحكام الآتية :

الحكم الأول: لكل واحد من الشركاء الرجوع على رأس مال الشركة بنسبة حصته التي دفعها قدرًا، وجنسًا، وصفة، وما زاد على ذلك من مال فهو ربح، يقسم بين الشركاء، على حسب الشرط في عقد الشركة.

الحكم الثاني: للشريك العامل أجرة عمله في نصيب شريكه، إن كان الفسخ بسبب من الشريك.

الحكم الثالث: لا يضمن أحد الشركاء ما تلف بيده من مال الشركة المفسوخة، إلا بتعدٍ منه، أو تفريطٍ؛ لأنه أمين عليه، ويده يد أمانة، والأمين لا يضمن ما تلف بيده، إلا بتعدٍ، أو تفريطٍ، كعقد الشركة الفاسد.

الحكم الرابع: يضمن كل شريك المسئوليات المالية المتبقية على الشركة المفسوخة، أو الناشئة عن الفسخ، بنسبة تساوي نسبة حصته من رأس مال الشركة؛ قياساً على عقد الشركة الفاسد .

الحكم الخامس: الراجح أنه ينعزل الشريك عن التصرف في نصيب شريكه، إلا إذا كان

¹. وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 3916.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 339.

³. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع، ص 338.

⁴. البهوتي، مرجع سابق، ص 506.

التصرف لتضيض المال فإن له ذلك.

الحكم السادس: يلزم الشريك العامل استيفاء مال الشركة، الذي تصرف فيه بالإذن، سواء أكان رأس مال، أم ربحاً، ولو كان الفسخ بسبب من الشريك الآخر، وذلك بشرط كون المال نقداً، وكون الاستيفاء بطلب من شريكه.

ثانياً: المبطلات الخاصة لعقد الشركة

وهي مبطلات تخص بعض الشركات دون البعض وهي:

أ- هلاك المال:

الحكم في الفقه الإسلامي أن الشركة تبطل بهلاك الأموال لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع. وكذلك إذا هلك مال أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله وإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فبطل العقد لعدم فائدته¹.

وللهلاك في الفقه الإسلامي حالات:

1- أن يهلك المال قبل أن تقوم الشركة باستلامه، وفي تلك الحالة يكون الهلاك على صاحب المال الهالك فإن قدم غيره بدله وإلا انحلت الشركة وعلى هذا تتفق الشريعة الإسلامية والقانون، ذلك أن التسليم شرط معتبر في المال، ولما لم يحدث تسليم فإن هلاكه يكون على صاحبه لأنه هو الذي يتحمل نتائج تصرفاته².

وهلاك مال الشركة كله أو مال احد الشريكين قبل القيام بشراء شيء في شركة الأموال، سواء أكان المالان من جنسين أم من جنس واحد قبل خلط المالين. والسبب فيه هو أن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال، والمال في الشركة يتعين بالتعيين وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في عقد البيع³ هذا إذا هلك مال الشركة.

أما إذا هلك أحد مالي الشريكين فتبطل الشركة أيضاً، لان الشريك لم يرض بشركة صاحبه إلا ليشركه في ماله، فإذا هلك ماله لم يكن راضياً بشركته عند العقد فيبطل العقد لعدم

¹.محمد فهمم الجندي، مرجع سابق، ص 391.

². الكاساني، مرجع سابق، ص 60.

³. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3916.

فأئذته، ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه لأنه إذا كان المال في يده، فالأمر ظاهر، وإذا كان في يد صاحبه فإنه أمانة في يده.¹

يقول الشيخ علي الخفيف عن تعيين محل العقد: أما في الشركة فلا يجب فيها قبض وعليه لا سبيل إلى تعيين محل العقد فيها إلا بالعقد، فكانت النقود بذلك متعينة بناء على العقد عليها، فيعد هلاكها قبل القبض في يد الشريك الآخر وبعده سواء في أنه مبطل للعقد فيها.²

2- قد يكون هلاك المال بعد التسليم لكنه قبل القيام بخلط الأموال أو الشراء فعندها يتفق الفقهاء المسلمون على القول ببطان الشركة وانتهائها لكن في تلك الحال من يتحمل ضمان المال الهالك؟

- يرى الحنفية أن الهالك يكون من نصيب صاحبه قبل الخلط أما بعده فعلى الشركاء. وتبطل الشركة بهلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء، لأن المعقود عليه فيها هو المال ويبطل العقد بهلاك المعقود عليه، والهالك على مالكه قبل الخلط وعليهما بعده.³

- أما الحنابلة فيرون أن الهالك من نصيب الشركاء جميعا ولو لم يحصل خلط، وإن تلف أحد المالكين فهو من ضمانهما إذا خلط المالك وإن لم يخلط فذلك لأن العقد اقتضى أن يكون المالكين كالمال الواحد فذلك في الضمان كحال الخلط.⁴

- وأما الشافعية فقد جعلوا الخلط في الأموال شرط صحة للشركة ولهذا يعتبرون تلف المال قبل ذلك على صاحبه، اشترط خلط المالكين خلطا لا يمكن معه التمييز فإن لم يفعلا فتلف مال أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه فقط.⁵

- و المالكية فيذهبون إلى ما ذهب إليه الشافعية.⁶ وإذا حصل الهلاك بعد خلط المالكين، فالمال يهلك على الشركة، لا على أحد الشركاء، لأنه لا يتميز مالهما عن بعضهما، فيجعل الهلاك من المالكين وكذلك إذا اشترى أحد الشريكين

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3916.

². علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 113.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 356.

⁴. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 119.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 356.

⁶. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

بماله. وهلك مال الآخر بعد الشراء قبل أن يشتري به شيئاً فإن المشتري يكون بين الشريكين بحسب ما شرطاً لأن تملك الشيء المشتري حيث حدث الثراء حدث مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الثراء فلا يتغير حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعدئذ¹.

وإن هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بماله الذي لديه فهنا يجب النظر إذا ما صرحا بالوكالة في عقد الشركة كأن ينص العقد على أن " ما اشتراه كل منهما بماله يكون مشتركاً بينهما".

فالشئ المشتري بينهما على ما شرطاً، لأن الشركة وان بطلت فالوكالة المصرح بها في العقد قائمة، فتكون بذلك شركة ملك².

أما إذا لم يصرح بالوكالة في العقد وذكر مجرد الشركة كان الشئ المشتري للذي اشتراه خاصة، لأن الشركة لما بطلت بطل ما في ضمنها من وكالة³.

بذلك نرى أن الفقهاء في الفقه الإسلامي منهم من يرى أن الضمان على صاحب المال ومنهم من يرى أنه على الشركاء جميعاً لأن المعتبر إنما هو العقد فقط وقد تحقق⁴. أما في القانون الوضعي فالضمان يكون على الشركة لأن لها ذمة مستقلة وشخصية اعتبارية فهو في هذا يتفق مع الرأي الثاني في الفقه الإسلامي القائل بأن الضمان على الشركاء جميعاً.

3- وقد يكون هلاك مال الشركة ناتجاً عن تعدد من أحد الشركاء حيث تجاوز ما نص عليه في العقد أو ارتكب مخالفة للنظام. وهذه الحالة تؤدي إلى انقضاء الشركة في الشريعة الإسلامية لأن المحل في الشركة غير موجود، وانعدام المحل يبطل الشركة. أما في مسألة الضمان فينظر في تصرفات الشريك فإن كانت غير ما رسم له فإنه يضمن ما نتج عن عمله وإن كان الشريك يعتبر أميناً لأن تعدي الأمين يحمله الضمان. لكن إذا دفع الشريك ذلك ورضي الشركاء باستمرار الشركة فلا مانع من ذلك⁵.

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3917.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 3918.

³. أنظر فتح القدير، ج 5، مرجع سابق، ص 23، 24.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 356.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع، ص 357.

ب- عدم تحقق المساواة:

إذا لم تتحقق المساواة بين رأسي المال في شركة المفاوضة بعد وجودها في ابتداء العقد¹، لأن وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد شرط في انعقاد هذا العقد، فيكون بقاء تلك المساواة شرطاً لبقاء هذه الشركة.

البند الثاني: انقضاء الشركة في القانون الوضعي

هناك أسباب عامة تنقضي بها جميع الشركات كانقضاء الأجل المحدد لعقد الشركة أو انتهاء الغرض الذي أنشئت من أجله... غير أن هناك بعض العوارض التي تؤثر في الشركة فتؤدي إلى انقضائها قبل الأجل المحدد لها وتكون خاصة، وحينها تطبق على شركات الأشخاص التي يعتمد أساس تكوينها على الاعتبار الشخصي كموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه أو انسحاب أحد الشركاء من الشركة محددة المدة. هذا وقد تنقضي الشركة قضاء.

وسنورد فيما يأتي الأسباب العامة لانقضاء الشركة ثم نتطرق للأسباب الخاصة لانقضاء الشركة.

أولاً: الأسباب العامة لانقضاء الشركة

كما أسلفنا سابقاً فإن هذه الأسباب هي أسباب مشتركة بين جميع الشركات على السواء (شركات أشخاص وشركات أموال). ويمكن عرض هذه الأسباب كما يلي:
أ- انتهاء الأجل المحدد للشركة:

تنقضي المادة 437 من القانون المدني الجزائري بأن تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها، فتنتهي بقوة القانون إذا انقضى الأجل المحدد لها بالعقد التأسيسي. وقد أشار المشرع التجاري في نص المادة 546 من القانون التجاري الجزائري أن مدة الشركة لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة. وتقابلها المادة 1838 من القانون الفرنسي².

غير أنه يمكن استمرار الشركة بين الشركاء رغم انتهاء المدة بالشخصية المعنوية الأولى التي تكونت بها:

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 391

². Art 1838: « La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans. »

- إذا كان أجل الشركة محددًا على وجه التقريب، فيستمر العقد حسب نية المتعاقدين¹.
- إذا كان هناك إجماع على هذا التمديد ما لم يقض العقد على أغلبية محددة².
وتقوم شركة جديدة:

- إذا كان هناك اتفاق صريح بين الشركاء على الاستمرار في الشركة مدة معينة بعد انقضائها³.

- إذا استمر الشركاء في العمل بعد انقضاء مدتها فيتم تجديدها سنة فسنة ويكون امتداد الشركة صراحة أو ضمناً⁴. ولكن هذا التجديد ينتج عنه ضرر لدائن الشركاء بحيث لا يمكنه التنفيذ على حصة مدينه، فيجوز له الاعتراض على هذا التمديد ويترتب على ذلك عدم تجديدها في مواجهته⁵، وبالتالي يستطيع الحجر والتنفيذ على نصيبه فيما يتعلق بموجودات الشركة على اعتبارها انقضت، أما بالنسبة للشركاء الآخرين، فتبقى الشركة قائمة فيما بينهم ومتى قام هذا الاعتراض تعين تصفية الشركة، غير أن الشريك هنا يلتزم بتعويض الشركة عن الحصة التي تم التنفيذ عليها⁶.

وفي الفقه الإسلامي أجاز الحنابلة جواز تأقيت جميع أنواع الشركات ما عدا المضاربة بمدة معينة، أما المذهب الحنفي فيوجد فيه رأيان أحدهما على الجواز والآخر على المنع⁷. وحجة من يقول بجواز التوقيت أن الشركة على الوكالة عقد يصح توقيته فما يقوم عليه يصح توقيته لذلك وعليه فإن الشركات تتحل بالوقت المحدد لوجودها⁸. وهذا ما يسمى بالمشاركة الثابتة المنتهية التي أوضحها تجربة نظام المشاركة في المصارف الإسلامية فهي مشاركة ثابتة في ملكية المشروع والحقوق المترتبة على ذلك إلا أن الاتفاق بين البنك

¹. إذا ربط انتهاء العمل بمدة تقريبية كمدة لحياة الشركة وانتهت المدة دون إتمام العمل فلا تنقضي الشركة وذلك لأن المدة المقررة للشركة حددت بناء على أجلين إنتهاء المدة أو انتهاء العمل. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، ج5، مرجع سابق، ص 354.

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 147.

³. سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 148.

⁴. أنظر ف2 من المادة 437 من ق.م.ج.

⁵. أنظر ف3 من نفس المادة.

⁶. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 148.

⁷. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 15.

⁸. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 388.

والشركاء يتضمن توقيتا معيناً للتحويل مثل دورة نشاط تجاري أو دورة مالية أو عملية مقاولات أو توريد صفقة معينة.

ب- انتهاء الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله:

إذا قامت الشركة بإنجاز العمل الذي أنشئت من أجله كأن تؤسس شركة لإنشاء مجموعة محلات مثلا، فتنتهي بانتهاء العمل.

ومن المتصور أن يستمر الشركاء في نفس النشاط كما لو انتهت الشركة من صرف الطريق المحدد في عقدها، ثم بدأت في صرف آخر¹، فهنا ينطبق ما سبق توضيحه بصدد انتهاء المدة، أن الشركة تجدد سنة فسنة. ولكن إذا مددت الشركة عقدها فيحق لدائن الشركة الاعتراض على هذا الامتداد².

لكن قد يصبح الهدف الأساسي للشركة مستحيلا، فما حكم ذلك؟ ففي هذه الحالة تتحول الشركة إلى هدف آخر مقرر في العقد التأسيسي أو يستشف من عمومية واتساع الهدف الرئيسي المحقق وتتجنب الحل³.

والواقع أن تحقق الغرض الذي أنشأت الشركة لأجله مسألة نادرة الوقوع حيث أنه حتى لو تحقق هدف الشركة تعمد الشركة إلى موضوع آخر يكون محددًا في عقدها التأسيسي لتتقاضي انقضائها.

ج- اتفاق بين الشركاء على انقضاء الشركة:

إذا اتفق الشركاء جميعهم⁴ أو بموجب أغلبية⁵ معينة في العقد على انقضاء الشركة فيما بينهم انقضت الشركة⁶. و يتضح أن الإجماع واجب لانقضاء الشركة ما لم يوجد نص في القانون يخالف ذلك.

¹. سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 142.

². أنظر المادة 437 من ق.م.ج.

³. مثالها شركة قناة السويس La compagnie Du canal de Suez حين قامت السلطات المصرية بتأميمها، واستمرت ممارسة عمليات تسيير النشاطات المالية والمتمثلة في وضع الأموال التي أعطيت لها على سبيل البديل . ونص على هذا التحويل بموجب القانون 1 جوان 1957 أنظر:

Yves Guyon , Droit Des Affaires, Op. Cit, p200.

⁴. الإجماع $\frac{3}{4}$.

⁵. الأغلبية تقدر ب 51%.

⁶. انظر المادة 440 في فقرتها الثانية.

كما نصت المادة 715 مكرر 18 من ق.ت.ج على أنه: "تتخذ الجمعية العامة غير العادية قرار حل شركة المساهمة الذي يتم قبل حلول الأجل". ويشترط لإعمال ذلك قدرة الشركة على الوفاء بكافة التزاماتها، أما إذا كانت في حالة توقف فعلى عن دفع ديونها، فلا يعتد بذلك الحل¹. والمغزى من ذلك حماية للغير حتى لا تهرب الشركة من الحكم بشهر إفلاسها.

د- هلاك مال الشركة أو جزء كبير منه:

تتقضي الشركة بقوة القانون إذا هلك مالها أو جزء كبير منه، بحيث تصبح معه الشركة عاجزة عن الاستمرار في نشاطها. والهلاك هذا قد يكون ماديا كحدوث غرق سفينة تجارية تابعة للشركة تكون موضوع نشاطها فيؤدي ذلك إلى انقضاء الشركة بقوة القانون². وقد يكون هلاكا معنويا كأن تحتكر الدولة النشاط الذي كانت تقوم به الشركة.

الهلاك الذي نتحدث عنه المادة 438 من القانون المدني الجزائري إما أن يكون هلاكا كلياً لموجوداتها أو هلاكا جزئياً، وفي هذه الحالة الأخيرة يعتد بالجزء المتبقي من موجودات الشركة، وهل بإمكانه ضمان استمرار نشاط الشركة أو يتعذر به ذلك وترجع مهمة التقدير هنا إلى قاضي الموضوع³ الذي يقرر إما انقضاء الشركة لاستحالة نشاطها أو باطراد الشركة في الاستمرار في عملها لما يوفره الجزء المتبقي من الموجودات من إمكانية استمرار نشاطها.

وحماية لمبدأ الثقة والائتمان الذي تقوم عليه الحياة التجارية نص المشرع على حل الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا منيت بخسارة ثلاثة أرباع رأس مالها⁴. إلا أنه غالباً ما لا يعتد بهلاك أموال الشركة وأصولها سواء كان ذلك الهلاك جزئياً أو كلياً إذا كانت الشركة مؤمنة حيث يغطي المبلغ الحاصل من التعويض المدفوع من قبل شركة التأمين ما خسرت الشركة لمزاولة نشاطها⁵. ونشير إلى أن الشركة في حال هلاك موجوداتها

¹. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 154.

². أنظر المادة 438 من ق.م.ج.

³. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، مرجع السابق، ص 446.

⁴. أنظر ف2 من نص المادة 589 من ق.ت.ج.

⁵. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 152.

قد تحل بقوة العقد التأسيسي ومفاد ذلك أنه غالبا ما ينص في العقد التأسيسي على بند يوجب حل الشركة عندما تبلغ نسبة الهلاك حدا معيناً¹.

كما نشير إلى أنه إذا ما تعهد أحد الشركاء بتقديم حصته عينا (شاحنة) مثلا وهلك هذه الحصة قبل تقديمه إياها للمشاركة فإن هذه الشركة تعتبر منحلة ويسري هذا الانقضاء في مواجهة باقي الشركاء والغير والسبب في ذلك أن غياب حصة أحد الشركاء إخلال بركن جوهرى من أركان الشركة الموضوعية الخاصة وهو ركن تقديم الحصص².

لكن هذا لا يمنع أن يتفق باقي الشركاء على بقاء الشركة فيما بينهم بالرغم من انسحاب الشريك الذي هلك حصته، بل لا يوجد ما يمنع من الاتفاق مع هذا الشريك على أن يبقى ويقدم حصة بدلا من الحصة التي هلكت³.

هـ- اجتماع الحصص في يد شريك واحد:

إذا اجتمعت حصص الشركاء في يد شريك واحد تخلف ركن من أركان الشركة باستثناء الشركة ذات المسؤولية المحدودة فلا تتحل، وبالتالي يترتب على ذلك أن " لا تطبق أحكام المادة 441 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة، هذا ما قضى به نص المادة 590 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري.

أما المشرع الفرنسي فإنه لا يعتبر اجتماع الحصص في يد شخص واحد سببا في انقضاء الشركة تلقائيا بقوة القانون بل أمهل ذوي الشأن سنة كاملة لتصحيح الوضعية، ولكل ذي مصلحة مراعاة مهلة السنة قبل التوجه إلى القضاء للمطالبة بحلها، والقضاء بدوره يمكنه منح مهلة إضافية تقدر بستة أشهر من أجل تصحيح وضعية الشركة، وليس للقاضي أن

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، مرجع سابق، ص 446

² أنظر: المادة 438 من ق.م.ج في فقرتها الثانية. قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 32208 بتاريخ 1985/5/4 جاء فيه: "متى نص القانون على أن الشركة تنتهي بهلاك جميع مالها أو جزء منه بحيث لا تبقى فائدة في استمراره. ومتى نص على أنه إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بتقديم حصته شيئا معيناً بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون وتأسيسا على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي رفض دعوى المستأنف الرامية إلى تصحيح بحل الشركة التجارية.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، مرجع سابق، ص 448.

يحكم بحل الشركة إذا قامت بتصحيح وضعيتها في اليوم الذي تجتمع فيه المحكمة للتقرير في موضوع الحل¹.

وعن الفقه الإسلامي بخصوص اجتماع الحصص في يد شريك واحد، فيعد هذا السبب من الأسباب العامة لانقضاء الشركات وذلك لأن من أركان الشركة العاقدين وكون الحصص لشخص واحد يندم هذا الركن الأساسي، وبفقدانه تبطل الشركة وتنتهي، ذلك أن جمهور الفقهاء قد اعتبروا أن أركان الشركة أربعة ومن بينها العاقدان. أما الحنفية فإنهم وإن كانوا قد اعتبروا أن ركن الشركة هو الإيجاب والقبول، فإنه معلوم أن العقد لا يتأتى أن يكون بين الإنسان ونفسه بل لابد أن يكون الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر بالنسبة للشركة².

و- اندماج³ الشركة:

ومن التطورات المهمة في القانون التجاري نجد سن القوانين المتزايدة لتنظيم اندماج الشركات في مجموعات كبيرة، وهذا النظام القانوني يسمح باندماج عدد من الشركات لتكوين شركة واحدة كبيرة، أو انضمام شركة إلى أخرى أكبر منها حجماً وقدرة مالية أو فنية أو تجارية تصبح جزءاً من حلقات نشاطها أو فرعاً تابعاً لها. إن مبدأ الاندماج معيار اقتصادي يصبو إلى خلق مؤسسة كبيرة تتمتع بالإمكانات المالية والتجارية والفنية قصد أداء نشاطها على مستوى من التنافس الوطني و الدولي⁴. ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الاندماج في المواد من 744 إلى 764 من القانون التجاري الجزائري، بحيث تنقضي الشركة قبل انتهاء الميعاد إذا ما قرر الشركاء إدماجها في شركة أخرى ويتم ذلك:

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 157.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 360.

³. يقصد بالاندماج لغة: "دمج الشيء في الشيء إذا دخل فيه واستحكم." أنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 295.

⁴. Champaud, nouvelle technique de concentration, librairie technique, Montpellier, 1971.

1- بطريقة الضم:

بحيث تبقى الشركة الدامجة هي القائمة والمتمتعة وحدها بالشخصية المعنوية¹، وتنقل الشركة المدمجة بكافة حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة²، وتضاف الذمة المالية للشركة المدمجة إلى الشركة الدامجة لتصبح الضمان العام لجميع الديون. وتعد هذه الصورة للاندماج هي الأكثر ذيوعا وانتشارا لسهولة الإجراءات التي تمر بها عملية الاندماج وقلة النفقات فلا يقتضي الأمر إنشاء شركة جديدة³.

وقد أجاز المشرع الجزائري الدمج بين مختلف الشركات وهذا ما نصت عليه المادة 745 من ق.ت.ج حيث جاء فيها: " يسوغ تحقيق العمليات المشار إليها في المادة المتقدمة بين شركات ذات شكل مختلف. و يجب أن تقررها كل واحدة من الشركات المعنية حسب الشروط المطلوبة في تعديل قوانينها الأساسية. إذا كانت العملية تتضمن إحداث شركات جديدة، يتعين تأسيس كل واحدة منها حسب القواعد الخاصة بكل شكل من الشركة الموافق عليها. "

2- بطريقة المزج:

ويتم ذلك بمزج عدة شركات قائمة لإنشاء شركة جديدة بمجموع رأس مال الشركات المنضمة، وفي هذه الصورة تنشأ شخصية معنوية جديدة تختلف تماما عن شخصية كل شركة من الشركات المندمجة قبل الاندماج⁴.

وأشار المشرع الجزائري لهذا النوع من الاندماج في المادة 744 من ق.ت.ج حيث جاء فيها " للشركة ولو في حالة تصفيتها¹، أن تدمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريق الدمج .

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 171.

². Cass.civ.30 Avril 2003 N° 01-16- 697 Bull .civ N° 88.

في هذا الحكم طلبت محكمة النقض الفرنسية إقرار بالنقض وإلغاء طلب عقد إيجار بتاريخ 14 ديسمبر 2001 بين الشركة BROUD مؤجرة لعقارات وبين شركة SEM مستأجرة والتي اندمجت مع شركة ذات مسؤولية محدودة Garage Braud الشركة الدامجة والتي أرادت التخلي عن حقوق التأجير بدون موافقة الشركاء SEM المندمجة .

³. بن نولي زرزور، الطبيعة القانونية لاندماج الشركات -دراسة مقارنة- ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، سنة 2017، ص17.

⁴. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 171. أنظر أيضا: عبد الوهاب عبد الله المعمرى، اندماج الشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 84.

كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريقة الإدماج والانفصال."

وهذه الفقرة الثانية عبر فيها المشرع الجزائري عن التقارب بين الاندماج والنقل الجزئي للأصول²، وان وقفت العملية على هذا الشكل لا يمكن إغفال إتباع الإجراءات القانونية اللازمة حسب القواعد الخاصة بشكل كل شركة من الشركات الموافق عليها³.

الظاهر أن المشرع الجزائري منح للشركات التجارية الحق في الاندماج كأصل عام لكن من الناحية العملية قد يطرأ تغيير على المراكز القانونية للشركاء وبذلك تتغير مسؤولياتهم نتيجة الاندماج وتتعدّد بذلك الإجراءات بشأن شكل الشركة، لذلك اشترط الإجماع لاتخاذ قرار الاندماج في حالة زيادة التعهدات بالنسبة للشركاء أو المساهمين⁴.

ولا يمكن للاندماج أن يكون صحيحا وكاملا حتى يتمكن المساهمون في الشركات المندمجة الحصول على مقابل الأصول الصافية للشركات المندمجة والتي تكون عبارة عن أسهم تصدرها الشركة الدامجة وتوزع عليهم بمقدار حقوقهم في الشركات التي تم إدماجها كما لا يجوز أن يتجسد مقابل الاندماج الذي يحصل عليه الشركاء أو المساهمون في صكوك أخرى مثل السندات أو حصص التأسيس التي قد تكون مدرجة في حافظة الشركة الدامجة⁵.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فقد ورد ما يبين صحة الجمع بين أنواع من الشركات كالجمع بين العنان والمضاربة والأبدان وغيرها، وما دام يجوز الجمع بينهما ابتداء فكذلك يجوز الجمع بينهما بطريق الضم، وقد ورد ما يدل على ذلك في المغني حيث قال في

¹ . وهو ما نص عليه المشرع المصري في قانون الشركات الصادر سنة 1981 حيث نص على أنه : " يجوز أن يتم الاندماج حتى ولو كانت الشركة المندمجة في مرحلة التصفية بشرط موافقة الهيئات المختصة في هذه الشركة على إلغاء التصفية."

² . النقل الجزئي للأصول هو قيام شركة بتقديم حصة تمثل جانب من ذمتها المالية إلى شركة قائمة أو قد تنشأ لغرض تلقي هذه الحصة .

³ . Coquelet portée de l'effet substitutif processuel attaché a la transmission universel de patrimoine résultant d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, Revue droit des sociétés n° 4 Avril 2010, commentaire n° 65 , p10- 11, Paris.

⁴ . أنظر المادة 746 من ق.ت.ج.

⁵ . Nany Elodie Mabika , L'utilité du capitale sociale (étude de droit française) doctorat en droit privé 2010, paris .

تعريف المفاوضة:" أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره ."¹ وهذا يدل على الجمع بين أنواع الشركات المختلفة سواء كان الجمع بينها ابتداء أو بطريق انضمام بعض الشركات إلى بعض.

ونشير إلى أنه إذا كان لاندماج الشركات التجارية مزايا عدّة باعتباره الضمان الأفضل لاستمرار الشركة، إلا أنه يطرح إشكالية الاحتكار ويضع نهاية للمنافسة بين الشركات المندمجة مما يؤدي إلى ارتفاع أسعار المنتجات. لذلك وضعت العديد من التشريعات قيودا على كل أنواع الاندماج بسبب ظهور تكتلات اقتصادية وشركات كبرى احتكارية أضعفت المنافسة وهيئت الفرصة لظهور الاحتكار والتحكم في الأسواق.²

ز - التأميم :

يقتضي التأميم حلول الدولة محل المساهمين في ملكية الشركة بواسطة مؤسساتها العامة، كما قد يكون التأميم جزئيا مقابل تعويض يدفع لأصحابها. ويتخذ التأميم إحدى صورتين الأولى: نقل المشروع بالكامل إلى الملكية العامة عندما يكون في شكل شركة وليس مشروعاً فردياً، ويذوب في الشكل الجديد سواء كان هذا الأخير شركة عامة أو مؤسسة أو هيئة. وفي حالة نشأة شخصية جديدة للتأميم في هذه الصورة فإنه وإن كان من المنطقي عدم مسؤولية هذا الشخص عن ديون الشخصية المعنوية بالتأميم، إلا أن التشريعات غالباً ما تشير إلى مسؤولية المشروع الجديد عن ديون الشركة المؤممة السابقة على التأميم ولكن في حدود ما آل إلى الدولة وذلك حرصاً على مصالح الدائنين.³ أما الصورة الأخرى فهي نقل ملكية أسهم الشركة المؤممة مع استمرار المشروع بشكله السابق على التأميم وذلك سواء كان التأميم كلياً أو جزئياً.⁴

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 29.

². للمزيد من الاطلاع أنظر: لينا حسن زكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، القاهرة، سنة 2004، ص 37.

³. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 158.

⁴. سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 160.

ح- إفلاس الشركة:

يعتبر هذا السبب من الأسباب العامة لانقضاء الشركات جميعا لأنه يدل على عدم قدرتها على مواجهة التزاماتها، ويستتبع إفلاس الشركة إفلاس الشركاء في شركات الأشخاص.

قد تنقضي الشركة في هذا النوع من الشركات عندما يشهر إفلاس الشريك، وذلك للاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه الشركات¹.

ويترتب على إفلاس الشركة تصفيتها وتوزيع المبالغ الناتجة عن التصفية على الدائنين قسمة غرماء.

ثانيا: الأسباب الخاصة لانقضاء الشركة

يقصد بالأسباب الخاصة لانقضاء الشركة هو زوال الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه بعض أنواع الشركات وهي شركات الأشخاص تحديدا وقد تكون هذه الأسباب إرادية كانسحاب الشريك من الشركة بإرادته وقد تكون غير إرادية كوفاة أحد الشركاء أو فقده لأهليته بالواقع كالجنون وبالقضاء كالحجر عليه.

أ- الأسباب الإرادية لانقضاء شركات الأشخاص:

هي أسباب يكون لإرادة الشركاء دور مهم فيها نجملها فيما يلي:

1- انسحاب الشريك:

لا يمكن كقاعدة عامة للشريك طلب الخروج من الشركة في أي وقت، فحقه مقيد بعدة أمور منها ألا تكون الشركة محددة المدة، كما ينبغي أن يكون انسحابه منها في وقت لائق ولا يكون صادرا عن غش. هذا وقد أشار نص المادة 440 من القانون المدني الجزائري إلى انتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير محددة.

ومن بين الأسباب التي أدت بالمشرع إلى منح حق الانسحاب للشريك هو طول مدة الشركة أو قد لا يستطيع الشريك في بعض الأحيان الالتزام بهذه المدة.

2- خروج الشريك من الشركة محددة المدة:

يكون ذلك تطبيقا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون " ولذلك فالأصل أن الشريك يبقى ملتزما بعقد

¹أنظر المادة 563 من ق.ت.ج.

الشركة طوال المدة المحددة به، إلا أنه ورد بنص المادة 442 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية أنه يجوز للشريك إذا كانت الشركة معينة الأجل أن يطلب من القضاء إخراجه منها إذا استند إلى أسباب معقولة، كما إذا كان يمر بضائقة مالية ويريد التصرف في حصته.

وإذا قبلت المحكمة خروجه انحلت الشركة بالنسبة لباقي الشركاء مالم يتفق على استمرارها.

3- خروج الشريك من الشركة غير محددة المدة:

يأخذ حكم العقد غير محدد المدة عقد الشركة الذي ينص على مدة طويلة تتعدى حياة الإنسان حيث يلتزم هذا الأخير بالتزام يقيد حريته لمدى الحياة لأن ذلك يتنافى ومبدأ حرية العمل ويتنافى كذلك مع الحرية الشخصية التي تعد من النظام العام وإذا استعمل الشريك حقه في هذه الحالة فينبغي عليه أن:

- يعلن إرادته إلى سائر الشركاء، قبل حصوله بأي طريق إذ لا تشترط الكتابة وفقا لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية¹.
- أن لا يكون انسحابه منطويا على غش أي مقترنا بسوء نية، أو وقع في وقت غير لائق وللمحكمة سلطة تقدير الوقت وأسباب الانسحاب².
- أن لا يكون العقد التأسيسي أو العقود اللاحقة عليه تتضمن بندا يجيز للشريك التنازل عن حصته.

ويترتب على هذا الانسحاب انقضاء الشركة بقوة القضاء.

ب- الأسباب غير الإرادية لانقضاء شركة الأشخاص:

وهي أسباب خارجة عن إرادة الشريك وتتمثل في:

1- وفاة الشريك³:

يعتبر انقضاء الشركة في هذه الحالة من الآثار المنطقية نظرا لاعتماد شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي، ولكن نجد غالبا ما تقرر التشريعات جواز الاتفاق بين

¹. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 465.

². سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 164.

³. أنظر نص المادة 439 من ق.ت.ج.

الشركاء على استمرار الشركة بين الشركاء وحدهم أو مع ورثة الشريك المتوفى حتى ولو كانوا قسراً، وفي هذه الحالة الأخيرة يرى جانب من الفقه انه ينبغي النص على تحول الشركة إلى شركة توصية بسيطة ليأخذ القاصر مركز الشريك الموصي¹ فلا يكتسب صفة التاجر ولا يُسأل عن أعمال الشركة إلا في حدود الحصة التي آلت إليه بالميراث.

والمتمتعن في نص المادة 439 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية يجد أن المشرع قد أجاز بصراحة استمرار الشركة مع الورثة القصر بالرغم مما تثيره هذه المسألة من إشكالات التي ترد أساساً أن القاصر متى التحق بشركة الأشخاص فإنه يكتسب صفة التاجر ويسأل شأنه في ذلك شأن الشريك البالغ عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية تصل إلى حد أمواله الخاصة الخارجة عن الشركة مما يستتبع شهر إفلاسه متى توقفت الشركة عن الدفع وأشهر إفلاسها. كل هذا يتعارض مع الحماية القانونية التي يقرها المشرع للقاصر.

أما إذا اتفق الشركاء على استمرار الشركة فيما بينهم فقط حال وفاة احدهم فينبغي حينذاك تقديم تعويض لورثة الشريك المتوفى بنصيب من أموال الشركة تقدر قيمته نقداً يوم الوفاة، ولا يكون لهم نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون هذه الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة عن الوفاة².

وفي الفقه الإسلامي نجد نفس القاعدة المطبقة في القانون فموت أحد الشركاء ينتج عنه الإنهاء الفوري للشركة مفاوضة أو عناناً³. بغض النظر عما إذا كان الشريك الباقي على قيد الحياة قد علم بموت شريكه أو لم يعلم⁴. فشركة المفاوضة تقتضي وجود الشريك بنفسه لأن كل واحد صرح لشريكه بالتصرف مع تصرفه هو، فوجود الشريك ملحوظ في تكوين الشركة، وفي شركة العنان كل منهما يمنع صاحبه من التصرف إلا مع وجود

¹. تقضي المادة 21 من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1966 في فقرتها الثانية بتحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة خلال سنة على الأكثر تحت طائلة البطلان متى كان القاصر شريكاً فيها فيصبح شريكاً موصياً ومخاطباً بأحكام شركة التوصية البسيطة.

². أنظر المادة 439 من ق.م.ج في فقرتها الثالثة.

³. ابن الهمام، ج 5، مرجع سابق، ص 34.

⁴. ابن الهمام، نفس المرجع والصفحة.

صاحبه، فوجود الشريك نفسه ملحوظ في الشركة، وفي شركة الأعمال ظاهر فيه وجود الشريك وكذلك شركة الوجوه¹.

وإنما عدت وفاة الشريك من أسباب الانتهاء في الفقه الإسلامي لأن كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر². ويقرر الفقه الإسلامي إجازة استمرار الشركة إذا توفي أحد الشركاء سواء بين بقية الشركاء فقط أو معهم ومع الورثة إذا أرادوا الاستمرار في الارتباط مع الشركاء الباقين وكل ما عليهم أن يتفاوضوا من أجل عقد و اتفاق جديد تماما في حالة فقد الوارث أهليته، فإن وليه يقوم نائبا عنه، ويعمل لحسابه³.

وجاء في المغني: " فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فإن كان موليا عليه قام وليه مقامه في ذلك، إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصي له كالوارث فيما ذكر⁴."

كما جاء في نهاية المحتاج: " ولو كان الوارث غير رشيد فعلى وليه المجنون استئنافها ولو بلفظ التقرير عند الغبطة فيها وإلا فعليه القسمة وحيث كان على الميت دين أو وصية لم يجز الاستئناف من الوارث الرشيد وولى غيره إلا بعد قضاء الدين ووصيته غير المعيبة لأن المال حينئذ كالمرهون والشركة في المرهون باطلة والمعين كوارث فله أولوية استئنافها مع الوارث أو وليه⁵."

يتضح من هذه النصوص أن مبدأ بقاء الشركة مع الورثة بعد وفاة أحد الشركاء أمر مقرر في الفقه الإسلامي باتفاق مع القانون الوضعي، وأنه ليس هناك حاجة إلى اتفاق الشركاء إذا كان استمرار الشركة سيكون بين الباقين منهم فقط، وأن هذا الاتفاق يكون مشترطا في حالة استمرار الشركة مع الورثة.

وإذا كان الأصل كمال أهلية الورثة فإنه في حالة عدم كمال أهلية هؤلاء الورثة ينوب عنهم وليهم رعاية لحقوقهم في الشركة، كما هو الأمر في القانون الوضعي.

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 394.

². ابن الهمام، ج 5، مرجع سابق، ص 34.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 355.

⁴. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 25.

⁵. الرملي، مرجع سابق، ص 11.

2- الحجر على الشريك أو إعساره أو إفلاسه:

تتقضي الشركة بالحجر على أحد الشركاء، مما يؤدي إلى زوال الثقة في الشريك الذي فقد الأهلية بالحجر عليه وقد يكون هذا الحجر إما قانونياً، وذلك بحرمانه من مباشرة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية أو قضائياً كصدور حكم يقضي بالعتة أو السفه أو الجنون، أو كأن يصاب أحد الشركاء بالإعسار أو الإفلاس.

غير أنه يجوز الاتفاق على استمرار الشركة بين باقي الشركاء كما هو الحال عند وفاة الشريك، ويقدر نصيب الشريك المفلس أو المعتوه أو المحجور عليه، ويدفع له نقداً حال وقوع الحادث الذي أدى إلى خروج الشريك. وقد ألحقت 439 من القانون المدني هذه الأسباب من إعسار أحد الشركاء أو إفلاسه أو الحجر عليه بالوفاة، لأنه وهو بين يديها يستحيل عليه الوفاء بتعهداته إزاء البقية، فضلاً عن كون وضعه هذا يهدم الثقة القائمة والمتطلبة في الشريك مما يمس بالاعتبار الشخصي الذي هو أساس الشركة.

إلا أن هذا الانقضاء المنصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه يمكن مداراته إذا اتفق باقي الشركاء على الاستمرار في الشركة، ويصبح الاتفاق في هذه الحالة لعدم تعلقه بالنظام العام، وبذلك لا يرى انحلال الشركة إلا في حق الشريك المفلس أو المعسر أو المحجور عليه دون سواه من الشركاء، ولا يكون له إلا نصيباً في أموال الشركة وقت خروجه منها بقوة القانون.

وما تجدر الإشارة إليه أن إفلاس الشركة ذاتها لا يؤدي بالضرورة إلى انقضائها لجواز الصلح بين الشركة و دائئها، فتواصل بذلك نشاطها. أما إذا انتهت إجراءات التقلية وصفت أموال الشركة هنا تتقضي الشركة نتيجة هلاك مالها.

وفي الفقه الإسلامي يعتبر الحجر على أحد الشركاء لجنون أو سفه وإفلاس مبطلاً للشركة¹. لأن الجنون يخرج به الوكيل عن الوكالة ينهي الشركة، والحجر على الشريك لسفه يقتضي إسقاط وكالة الشركاء الباقين عنه². والحجر على الشريك لإفلاسه يترتب عليه إيقاف التصرف لجميع أمواله ومنها حصته في الشركة، ومعنى ذلك خروج هذا الشريك من الشركة

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 24.

². ابن قدامة، نفس المرجع، ص 124.

وخروجه انتهاء لها، إلا إذا كان في الإمكان أن تبقى الشركة بعد خروجه وتسوية حصته¹. وقد اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ذلك.

ونشير إلى أن الأسباب العامة لانقضاء الشركة تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها عكس الأسباب الخاصة لانقضاء الشركة والتي ليست من النظام العام وبذلك يجوز الاتفاق على مخالفتها.

في هذا الشأن إذا كانت المادة 439 من القانون المدني والتي تجيز انتقال حصة الشريك المتوفى إلى ورثته أو اتفاق الشركاء في نشاط الشركة بعد خروج الشريك المعسر أو المفلس أو المحجور عليه فإنه من الجائز الاتفاق على ما يخالف أحكام الانقضاء التي جاءت في ذات المادة وجعل هذه الأسباب من النظام العام قد يؤثر على الشركة والشركاء لاسيما إذا أسست لمدة طويلة أو لإنشاء مشروع طويل المدى وهذا لم يكن ليتحقق لولا حكمة المشرع ومرونة النص.

ج- الأسباب القضائية لانقضاء الشركة:

يقال الحل القضائي، حيث يجوز لكل شريك طلب فصل شريك آخر قضاء إذا رأى سببا مشروعاً لذلك، كأن يقوم بتصرفات من شأنها إعاقة مشروع الشركة ونجاحه². وللقاضي أن يحكم بفصل الشريك إذا ما تحقق من صحة الادعاء ضده، وإذا حكم بفصل الشريك فإن الشركة تستمر ولا تحل بين باقي الشركاء، وتقدر حصة الشريك المفصول بحسب قيمتها وقت صدور الحكم بفصله، ويدفع له قيمة حصته نقداً.

في شركات الأموال (شركة المساهمة مثلاً) طبقاً لنص المادة 715 مكرر 19 من القانون التجاري الجزائري فإن عدم توافر الحد الأدنى للمساهمين الذي استوجبه المشرع من الشركاء وهو 07 المنصوص عليه في المادة 592 من ق.ت.ج، يجوز في هذه الحالة لكل ذي مصلحة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بحل الشركة، كما يجوز للشركة أن تمنح أجلاً أقصاه 06 أشهر لاستكمال النصاب القانوني لعدد الشركاء وإلا أصدرت قرارها بحل الشركة. وكذلك في شركات المساهمة إذا انخفض رأس مال الشركة عن 5 ملايين د.ج في حالة لجوئها علنية للادخار فإنه يجب تصحيح هذا الوضع خلال سنة أو تحول الشركة إلى

¹. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 400.

².أنظر المادة 442 من ق.م.ج في فقرتها الثانية.

نوع آخر من الشركات، وفي حالة عدم حصول التصحيح أو التحويل في هذه الحالة يجوز لكل من يهمله الأمر إنذار ممثلها بتسوية الوضعية أو طلب حل الشركة قضاء¹. وفي الشركات ذات المسؤولية المحدودة إذا أصيبت بخسارة تقدر ب 3/4 من رأس مالها فإنه يجب على المديرين استشارة الشركاء للنظر فيما إذا كان يتعين إصدار قرار بحلها².

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على انقضاء الشركة في الشريعة والقانون

إذا انقضت الشركة لسبب من الأسباب التي ورد ذكرها دخلت الشركة طور التصفية وتبقى حينها محتفظة بشخصيتها المعنوية بالقدر اللازم لهذه التصفية التي تليها مرحلة قسمة موجودات الشركة المحصلة من عملية التصفية بين الشركاء.

أما الفقه الإسلامي فقد جمع بين التصفية والقسمة، وجعل القاسم هو المصفي بينما فرق القانون بين أعمال التصفية وأعمال القسمة وذلك لأن الشركات في الفقه الإسلامي تقوم على الاعتبار الشخصي، فمتى اتفق الشركاء على فسخ الشركة، وانقضائها، أو تعلقت إرادة أحدهم بذلك انقضت الشركة وقام الشركاء بفضها وتصفيتها وقسمتها خاصة وأن عدد الشركاء غالباً ما يكون قليل والثقة موجودة عكس ما إذا كان الشركاء كثيرون وأعمال الشركة واسعة ورأس مالها ضخم وفروعها متعددة.

ويجب شهر انقضاء الشركة متى حلت وانقضت إما للأسباب العامة أو الخاصة، والحكمة من شهر انقضاء الشركة هي إعلام الغير بانتهاء الشركة ويقصد بالغير كل المتعاملين معها (الدائنين).

ويتبع في شهر انقضاء الشركة نفس الإجراءات التي يتطلبها القانون في شهر العقد التأسيسي. وعليه لا يمكن الاحتجاج بانقضاء الشركة في مواجهة الغير إذا لم يكن شهر الانقضاء صحيحاً.

غير أنه يجوز عدم شهر انقضاء الشركة المحددة المدة أو إنتهاء الغرض الذي أنشئت لأجله فيكون بذلك إعلام الغير بانقضائها ضمناً لأنه يفترض فيه العلم بأجلها وغرضها وهذه قرينة على انقضاء الشركة بقوة القانون.

¹. أنظر المادة 594 من ق. ت. ج.

². أنظر المادة 589 من ق. م. ج في فقرتها الثانية.

أما إذا قرر الشركاء الاستمرار في الشركة رغم قيام أحد أسباب انقضاءها فيجب أن يثبتوا هذا الاتفاق بعقد ملحق بالعقد التأسيسي مع وجوب شهر هذا الإجراء وإلا كان باطلاً. إذا تم شهر الانقضاء فلا يكون الغير مخاطباً بهذا الانقضاء إلا من تاريخ إتمام الشهر وبذلك فليس للانقضاء أثر رجعي بمعنى لا يكون نافداً في مواجهة الغير منذ يوم وقوع الانقضاء. فالمدة التي تكون بين وقت وقوع الحادثة التي أدت إلى الانقضاء ويوم تمام شهر الانقضاء تبقى خلالها تعاملات الغير حسن النية صحيحة وحقوقه قائمة.

وبما أن أول إجراء بعد شهر انقضاء الشركة هو تصفيتها لاستيفاء الحقوق وأداء الديون درجنا في دراستنا للآثار المترتبة على انقضاء الشركة إلى بيان المقصود بالتصفية وكيف تتم هذه التصفية، وماذا يترتب على هذه العملية في بند أول ثم نتناول في البند الثاني قسمة أموال الشركة، وفي الأخير نتطرق إلى مسألة تقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة بعد انقضائها في بند ثالث.

البند الأول: تصفية الشركة¹

لقد عرّف علماء القانون التصفية باجتهادات تختلف فمنهم من عرّفها بأنها " مجموعة الأعمال التي تهدف إلى إنهاء العمليات الجارية للشركة وتسوية كافة حقوقها وديونها، بقصد تحديد الصافي من أموالها لقسمته بين الشركاء"².

أو هي: " كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموالها الذي يوزع على الشركاء بطريقة القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون."³

كما عرفت بأنها مجموع الأعمال التي تؤدي إلى إنهاء نشاط الشركة واستيفاء حقوقها وحصر موجوداتها وسداد ديونها، أو بمعنى آخر تسوية المراكز القانونية للشركة بهدف تقسيم ما تبقى من الأموال بين الشركاء⁴.

¹ تصفية الشركة عملية تتوسط بين حل الشركة وقسمتها. ولغة التصفية مصدر صقّي يصفو تصفية، والأصل في معنى الصفاء خلوص الشيء من الشوب. أنظر الأصفهاني، أبو القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات، دار المعرفة بيروت، ص 283.

² محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 100.

³ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، نفس المرجع والصفحة.

⁴ أحمد محرز، الشركات التجارية، ط الأولى، النسر الذهبي، القاهرة، سنة 2000، ص 247.

وكذلك عرفت بأنها " استيفاء حقوق الشركة وحصر موجوداتها ثم تسديد ديونها، وما تبقى من أموال تقسم بين الشركاء "1.

من خلال التعاريف السابقة يمكن تحديد طبيعة التصفية ومعناها، ويربط الفقه والقضاء بين التصفية والقسمة، وأن التصفية معدة أصلاً للقسمة لمصلحة الشركاء، أي لا يستطيع الشركاء الاتفاق على عدم إجرائها، مثل أن يتفق الشركاء فيما بينهم على توزيع أموال الشركة دون سداد الديون التي في ذمة الشركة هذا لا يجوز، وبذلك فقد عرفت محكمة النقض المصرية التصفية بقرارها الصادر بتاريخ 1985/12/16 على أنها: " كافة العمليات اللازمة لتحديد صافي أموالها الذي يوزع على الشركاء بطريق القسمة بعد استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع مال الشركة منقولاً وعقاراً"2.

بذلك فإن للتصفية طابع إجباري لا اختياري وان عملية التصفية ليس هدفها القسمة في حد ذاتها، وإنما هدفها تسوية الالتزامات اتجاه الدائنين لمنحهم حقوقهم .

والأصل العام أن تكون التصفية بالطريقة التي نص عليها العقد التأسيسي للشركة وفي حال إغفال العقد عنها يكون القانون هو الفيصل في ذلك وتجدر الإشارة إلى أن عملية التصفية تنطبق على جميع أنواع الشركات ما عدا شركة واحدة وهي الشركة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، إذ لا ذمة مالية لها وبالتالي تتعذر تصفيتها بالمعنى القانوني، وتبقى تصفيتها رهينة اتفاق الشركاء .

غير أن القضاء الفرنسي³ يرى أنه يمكن في بعض الأحوال تعيين مصفي لشركة المحاصة شريطة أن لا تمنح له سلطات تتعارض مع الطبيعة القانونية والخصائص الأساسية لهذه الشركة.

أما الفقه الإسلامي فالواضح أن الفقهاء لم يتناولوا التصفية، وإنما تناولوا أمر القسمة في هذا الصدد فقررروا أن الشركة إذا انتهت يقوم القاسم بتوزيع رأس مالها بين الشركاء ولكنهم أثناء ذكرهم القسمة تعرضوا لبعض إجراءات التصفية وأهمها هو بيع سلع الشركة و

¹ فوزي سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة - دراسة مقارنة - الأردن سنة 1999، ص 58.

² حمود محمد محمد شمسان، مرجع سابق، ص 64.

³ نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 80.

موجوداتها¹، واستيفاء الديون المستحقة لها على الغير سواء كان ذلك الاستيفاء تراضياً أو تقاضياً².

وإن كان ثمة فرق بين التصفية والقسمة، فالتصفية حصر موجودات الشركة واستيفاء ديونها والوفاء بالتزاماتها وتحويل ما فيها من العروض إلى أموال سائلة، والقسمة عبارة عن فرز الحقوق وتمييز أحد النصيبين عن الآخر.

وقبل أن نخوض في الآثار المترتبة على عملية التصفية ارتأينا التمييز بين مفهومين قد يختلطان وهما: تصفية الشركات وإفلاسها.

فالإفلاس قانوناً هو الطريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، يهدف إلى تنشيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات التجارية وذلك بسلسلة من الإجراءات والقواعد تهدف إلى حماية مصالح الدائنين، وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما تبقى من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لكي لا تترك له فرصة تهريب أمواله إضراراً بهم³. وتختلف أحكام تصفية الشركة عن أحكام إفلاسها في وجوه عديدة منها⁴:

- 1- الشركة التي تخضع للتصفية يكون بإمكانها دفع ديونها، والوفاء بالتزاماتها، ولم تتوقف عن سداد تلك الديون. كما تستطيع المحكمة تقرير تصفيتها في حال عجزت عن سداد ديونها. أما في حالة الإفلاس تكون الشركة غير قادرة على دفع ديونها وسداد التزاماتها.
- 2- عندما تكون الشركة في حالة تصفية فإنه لا يتم وقف الدعاوى المرفوعة بحقها، ويبقى لكل دائن الحق في مطالبة الشركة بماله من حقوق اتجاهها، على خلاف حالة الإفلاس حيث لا يحق للدائنين رفع أية دعوى أو اتخاذ أي إجراء قانوني ضد الشركة ابتداءً من تاريخ إعلان إفلاسها.

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 20.

². علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 8.

³. عبد العزيز العكيلي، أحكام الإفلاس والصلح الواقي - دراسة مقارنة - الأردن، الدار العلمية للنشر والتوزيع، سنة 1992، ص 9.

⁴. حمود محمد محمد شمسان، مرجع سابق، ص 88 إلى ص 91.

3- في حالة تصفية الشركة والبدء في إجراءات التصفية لا تسقط آجال الديون المترتبة على الشركة، أما في حال الإفلاس تسقط جميع الديون وتصبح مستحقة الأداء فور الإعلان عن إفلاس الشركة.

4- إذا ما صفيت الشركة وانقضت فلا يجوز لها معاودة نشاطها من جديد أما في حالة الإفلاس فإن الأمر يتوقف على نتيجة التقلية، فإن انتهت بالصلح فإن الشركة تعاود نشاطها من جديد.

وأهم ما يترتب على التصفية آثاران أساسيان هما، أثر التصفية على الشخصية المعنوية للشركة، وتعيين المصفي وتحديد سلطاته ومهامه.

أولاً : أثر التصفية على الشخصية المعنوية للشركة

لا يطل انقضاء الشركة الشخصية القانونية لها حتى وان كان انقضاء فعلياً وفي ذلك ضمان لاستيفاء دائني الشركة ديونهم. إذ تنص المادة 444 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تنتهي مهام المتصرفين عند انحلال الشركة أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية".

وعليه لا يموت الشخص الاعتباري المتمثل في الشركة إلا بعد استكمال جميع العمليات الخاصة بالتصفية¹.

ويؤكد ذلك نص المادة 766 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الثانية التي تنص على أنه: "تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها". ويترتب على ذلك عدة نتائج نوجزها فيما يلي:

- 1- احتفاظ الشركة بذمتها المالية المستقلة عن ذمة باقي الشركاء².
- 2- احتفاظ الشركة باسمها وعنوانها التجاري مضافاً إليه عبارة " تحت التصفية"³.
- 3- الاحتفاظ بموطنها القانوني وجنسيته⁴.

¹ تشبه الشركة ودائنيها في فترة التصفية بالتركة ودائني المورث، فكما تستمر شخصية المورث ممثلة في التركة حتى تصفى، كذلك تستمر شخصية الشركة المنحلة ممثلة في أموالها إلى أن تنتهي أعمال التصفية. أنظر: محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 413.

² مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 106.

³ أنظر المادة 766 من ق.ت.ج.

⁴ مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 108.

- 4- تحديد مصف لها ينوب عنها تجاه الشركاء أو الغير .
- 5- جواز شهر إفلاس الشركة إذا ما توقفت عن دفع ديونها، ويستوي في ذلك التوقف عن دفع الديون السابقة أو اللاحقة على انحلالها¹.
- 6- تعتبر أموالها ضمانا عاما لدائني الشركة دون مزاحمة دائني الشركاء الشخصيين لدائني الشركة في التنفيذ على هذه الأموال.
- 7- ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها فإن استمرار الشخصية المعنوية للشركة في حال التصفية تنحصر في حدود هذه العملية فقط، حيث لا يجوز أن تباشر الشركة أعمال جديدة واستثناء يمكنها أن تواصل إيجار العقارات المستعملة لنشاط الشركة².
- 8- تستطيع الشركة أن تلج باب القضاء مدعية أو مدعى عليها ويمثلها في ذلك المصفي باعتباره نائبا قانونيا عنها وليس نائبا عن الشركاء، كما أنه ليس وكيلًا عن دائنيها³.

ثانيا : المصفي وأعمال التصفية

المصفي هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه مباشرة العمليات اللازمة لتصفية الشركة وتنص المادة 445 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تتم التصفية عند الحاجة إما على يد مصف واحد أو أكثر يعينهم أغلبية الشركاء، وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي فيعيّنه القاضي بناء على طلب أحدهم وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة فإن المحكمة تعين المصفي..."

ويعتبر المصفي وكيلًا عن الشركة لا عن الشركاء ولا عن دائني الشركة، ويترتب على كونه ليس وكيلًا عن الشركاء أنه لا يجوز أن يمثلهم فيما يرفع منهم وعليهم من الدعاوى شخصيا، وإن كانت له صفة مطالبة الشركاء ومقاضاتهم ولكن ليس بأكثر مما يجب عليهم سدا للشرية نفسها⁴.

ويترتب على كونه ليس وكيلًا عن الدائنين أنه لا يمثلهم سواء في علاقاتهم مع الشركة أو الشركاء فلا تقبل منه الدعاوى باسم الدائنين على الشركاء المتضامنين مثلا بدفع ما زاد من

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 246.

². أنظر المادة 769 من ق.ت.ج.

³. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 184.

⁴. محمد فهمي الجندي، مرجع سابق، ص 418.

ديون الشركة على أموالها، أو بطلب ما استولوا عليه من أموالها بدون وجه حق، كما لو حصلت قسمتها بينهم قبل انتهاء التصفية وعلى الدائنين أن يرفعوا مثل هذه الدعاوى منهم أو بوكيل عنهم يعينونه هم¹.

وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المسيرون بالنسبة للغير في حكم المصفين. هذا وقد أشارت المادة 782 من القانون التجاري الجزائري إلى أنه: "يعين مصف واحد أو أكثر من طرف الشركاء إذا حصل الانحلال مما تضمنه القانون الأساسي أو إذا قرره الشركاء. يعين المصفي :

1- بإجماع الشركاء في شركات التضامن.

2- بأغلبية رأس المال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

3- وبشروط النصاب القانونية فيما يخص الجمعية العامة العادية في شركات المساهمة وفي حالة لم تتحقق الحالات المنصوص عليها بالمادة المذكورة أعلاه فإننا نكون قد دخلنا نطاق المادة 783 من ذات القانون التي أشارت إلى الحالة التي يتعذر فيها على الشركاء تعيين مصفي، وهنا يرجع تعيينه إلى أمر من رئيس المحكمة بعد فصله في العريضة.

ويكون القائمون بالإدارة وحتى تعيين المصفي من قبل القاضي هم القائمون بأعمال التصفية حتى تعيين المصفي حسب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 445 من ق.م.ج. وتشير المادة 783 من ق.ت.ج على أنه يجوز لكل من يهمله الأمر أن يرفع معارضة في أجل 15 يوما اعتبارا من تاريخ نشر الأمر.

كما تقضي المادة 767 من القانون التجاري على أنه: "ينشر أمر تعيين المصفي مهما كان شكله في أجل شهر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية للولاية التي يوجد بها مقر الشركة...". وقد أوردت المادة البيانات الواجب توفرها في هذا الأمر.

خلاصة لما ذكر فإن الأصل في تعيين المصفي يرجع إلى الشركاء، وطريقة تعيينه تختلف باختلاف أنواع الشركات، أما إذا لم يتفق الشركاء على تعيينه فإن الأمر يعود

¹. محمد فهم لجندي، مرجع سابق، ص 418.

للمحكمة، ويبقى على كل من يهمله الأمر أن يرفع معارضة في أجل 15 يوما من تاريخ نشر تعيين المصفي.

وفي حالة انعدام الشروط المدرجة في القانون الأساسي أو الاتفاق الصريح بين الأطراف فطبقا لنص المادة 778 يتم اللجوء إلى القضاء للحكم بصفة استعجاليه بتصفية الشركة¹.

ويؤيد الفقه الإسلامي الاتفاق على طريقة تعيين المصفي لأن التراضي أمر لا يتناقض مع الشريعة. كما يقرر الفقه الإسلامي في هذا الصدد جواز قيام الشركاء بكل الإجراءات المتعلقة بالقسمة والتوزيع، كما أن الأصل أن يتولوا إدارة الشركة. هذا إذا كانت لهم خبرة ودراية وتوفر بينهم التراضي، لكن إذا لم يتمكنوا من ذلك جاز أن يعينوا مصفيا للشركة².

جاء في المغني: " ويجوز للشريكين أن يقتسما بأنفسهما وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما، فإن نصب الحاكم قاسما لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذي حق حقه...وإن نصبا قاسما بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة و المعرفة³.

ويتضح من هذا النص أن الفقه الإسلامي يشترط في من يتولى عملية القسمة أو المصفي أن يكون عدلا أمينا ذو خبرة في شؤون التصفية.

والفقه الإسلامي يعبر القسام حكاما، ويجعل تعيين القاسم من عمل الدولة، لأن عمله من جملة المصالح العامة، وأنه بمثابة الوظيفة الثابتة لقسمة الأموال المشتركة سواء أكانت بسبب الميراث أو بعقد الشركة، ويجعل رزقه من بيت المال، لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعات فأشبهه رزق القاضي⁴.

كما نص الفقهاء على أن القاضي يلزم على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجدى فيه الجبر كما في قضاء الدين، وهذا لأن

¹.أنظر نص المادة 778 ق. ت.ج.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 419.

³. ابن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 125.

⁴. ابن قدامة، ج 9، نفس المرجع، ص 126.

أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته¹.

وهكذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في أن يكون المصفي من الشركاء أنفسهم أو من غيرهم أو أن يكون تعيينه من قبل القضاء.

أما بالنسبة لعزل المصفي، تقضي المادة 786 من القانون التجاري الجزائري بأن يعزل المصفي ويستخلف حسب الأوضاع المقررة لتسميته.

والذي يملك عزل المصفي هو الجهة التي عينته سواء كان ذلك بأغلبية الشركاء أو بواسطة القضاء باتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. وذلك إذا أتى المصفي بما يسوغ عزله، كأن ارتكب غشا أو خطأ أو ظهر عجزه أو حجر عليه، فإذا كانت أغلبية الشركاء هي التي عينته، فإن هذه الأغلبية نفسها تملك عزله، وإذا كان القضاء هو الذي عينه، فإن القضاء أيضا يملك عزله بناء على طلب أحد الشركاء، ولكن يجوز دائما لأي من الشركاء أن يطلب إلى القضاء عزل المصفي لأسباب تسوغ ذلك حتى لو كان الذي عين المصفي هو أغلبية الشركاء².

كما يمكن حصر مهامه بنص المادة 788 من ذات القانون إذ تناط به مهمة بيع الأصول، وتكون له أهلية تسديد الديون، وتوزيع الرصيد الباقي وكذا متابعة الدعاوى الجارية، والقيام بدعاوى جديدة لصالح التصفية في حالة ما إذا أذن له بذلك من قبل الشركاء، أو بقرار قضائي إذا كان قد عين بذات الطريقة.

وطبقا للفقرة الأولى من المادة 446 من ق.م.ج لا يجوز للمصفي أن يباشر أعمالا جديدة بإرادته لأن ذلك يتنافى وغرض التصفية ومع ذلك يجوز له مباشرة أعمال جديدة متى كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة³، لكن عليه استدعاء جمعية الشركاء عملا بنص المادة 792 من ق.ت.ج.

¹. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 421.

². عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج5، مرجع سابق، ص496.

³. إذا كانت الشركة مثلا شركة نشر وطبع فإن المصفي يملك التعاقد على طبع الكتاب حتى يتم العمل الذي بدأ قبل حل الشركة. أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، مرجع سابق، ص 503.

ويحضر التنازل عن كل أو جزء من مال الشركة التي توجد في حالة تصفية إلى المصفي أو إلى مستخدميه أو أزواجهم أو أصوله أو فروعه. هذا وينبغي أن يقوم المصفي بمهامه كالرجل المعتاد ليسأل عن النتائج الضارة الحاصلة عن أخطائه¹.

أما أجر المصفي، يتم تحديده في قرار تعيينه، وإذا لم يقدر في ذلك تولت المحكمة تقديره. وبخصوص مدة التصفية، فيحدد بعقد الشركة أو قرار تعيين المصفي مدة إنائها. هذا وأشار نص المادة 785 من القانون التجاري الجزائري على أن لا يجوز أن تتجاوز وكالة المصفي ثلاثة أعوام استثناء...

ثالثا: تصفية الذمة المالية للشركة

حسب نص المادة 744 من ق.ت.ج يمكن للشركة ولو في حال التصفية أن تدمج في شركة أخرى، حيث تنتقل مجمل ذمتها من أصول وخصوم إلى الشركة المدمجة. كما يمكن للشركة في حال التصفية أن تقدم رأس مالها إلى شركة أخرى بطريقة الانفصال، وهو ما جاء في المادة 744 من ق.ت.ج كما لها أن تقدم رأس مالها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريق الإدماج والانفصال. وتشبه تصفية الشركة تصفية التركة² في أن الموجب لهما واحد فتصفية الشركة يرجع إلى حلها، وتصفية التركة يعود إلى وفاة المورث، وحل الشركة في معنى الوفاة، كما لا يترتب على كل منهما سقوط آجال الديون.

حسب نص المادة 446 من ق.م.ج يقوم المصفي ببيع أموال الشركة إما بالمزاد وإما بالتراضي وبعد تحصيل الأصول يقوم بجرد الخصوم (الديون) حسب طبيعتها عادية أو ممتازة. ثم يدفع الديون لدائني الشركة، وطرح المبالغ اللازمة لقضاء الديون التي لم يحل أجلها أو الديون المتنازع فيها، ويرد المصاريف والقروض المقدمة من طرف أحد الشركاء للشركة. والمصفي غير ملزم بتسديد الديون الممتازة قبل الديون العادية لأن عمل المصفي ليس تصفية قضائية للشركة.

¹. أنظر نص المادة 776 من ق.ت.ج.

². تنص المادة 448 من ق.م.ج على أنه: " يطبق في قسمة الشركات القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع."

رابعاً: نهاية التصفية والإعلان عنها

أ- نهاية التصفية:

عند انتهاء التصفية يكون المصفي قد قام باستيفاء كل حق للشركة ويكون قد وفى بالتزاماتها وديونها اتجاه الغير، ويعد بعدها قائمة لجرد وإحصاء لكامل الموجودات، وبهذا تقفل التصفية وتنتهي بذلك مهام المصفي، وتنتهي الشخصية المعنوية للشركة كذلك، غير أن المصفي يبقى رهين مصادقة جمعية الشركاء على عمله، فإن صادق هؤلاء عليه يكون بذلك قد أدى مهمته على أكمل وجه وبذلك يعفى من الوكالة التي أهلته لمهمة التصفية.

أما إذا لم يجتمع الشركاء للبحث في نتيجة التصفية كان من حق كل شريك رفع دعوى أمام القضاء الإستعجالي يلتمس من خلالها تعيين وكيل يقوم مقام المصفي وهذا ما يفهم من نص المادة 773 من القانون التجاري الجزائري. أما في حالة إذا لم يتمكن جماعة الشركاء من الاجتماع بعد استدعاء الوكيل المعين بموجب أمر استعجالي كما سبق بيانه أو إذا اجتمعت الجمعية ورفضت التصديق على الحسابات الختامية للمصفي آل اختصاص حلول القضاء محل جماعة الشركاء بتصديقه على حسابات المصفي، والحكم بإقفال التصفية. ولا يقرر القضاء التصديق من تلقاء نفسه ولكن يكون استجابة لطلب المصفي أو كل ذي مصلحة إذ غاب دور الجمعية العامة للشركاء في اتخاذ قرار المصادقة وفي سبيل ذلك تودع حسابات التصفية بعلم كتابة ضبط المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها المقر الرئيسي للشركة، وذلك حتى يتمكن كل من يهمه الأمر من الاطلاع عليها عملاً بأحكام المادة 774 من القانون التجاري الجزائري.

ب- الإعلان عن نهاية التصفية:

تقضي المادة 775 من القانون التجاري على ضرورة نشر إعلان إقفال التصفية بعد التوقيع عليه من طرف المصفي، ثم يقدم طلباً لنشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو في جريدة معتمدة لتلقي الإعلانات¹.

وتوكل هذه المهمة للمصفي. ويجب تضمين هذا الإعلان البيانات التالية:

1- العنوان أو التسمية التجارية المتبوعة عند الاقتضاء بمختصر اسم الشركة.

2- نوع الشركة متبوع ببيان في حالة التصفية.

¹. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 90.

3- مبلغ رأس مالها.

4- عنوان المقر الرئيسي.

5- أرقام قيد الشركة في السجل التجاري.

6- أسماء المصفين وألقابهم وموطنهم.

7- تاريخ ومحل انعقاد الجمعية المكلفة بالإقفال إذا كانت هي التي وافقت على حسابات

المصفين أو عند عدم ذلك، تاريخ الحكم القضائي المنصوص عليه في المادة 747

من القانون التجاري. وكذلك بيان المحكمة التي أصدرت الحكم.

8- ذكر كتابة المحكمة التي أودعت فيها حسابات المصفين.

ونشير إلى أن انتهاء التصفية يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية، وبذلك لا يكون

لدائني الشركة الحق في رفع دعوى مباشرة ضدها. ولكن هناك إمكانية رفع دعوى مباشرة

ضد الشركاء غير المصفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم قبل مرور خمس سنوات اعتبارا من

نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري وهو ما جاء في نص المادة 777 من القانون

التجاري.

وبانتهاء التصفية تصبح موجودات الشركة أموالا شائعة قابلة للقسمة بين الشركاء.

البند الثاني : قسمة أموال الشركة

بعد الإعلان عن قفل التصفية وزوال الشخصية المعنوية للشركة وتحول كافة

موجوداتها إلى أصول نقدية وجب الانتقال إلى آخر مرحلة في انقضاء الشركة وهي قسمة

أموالها.

أولا: معنى القسمة

القسمة هي العملية اللاحقة للتصفية ويقصد بها تمكين كل شريك من حقه في أموال

الشركة المنحلة وغالبا ما ينتدب الشركاء نفس الشخص الذي قام بالتصفية للقيام بالقسمة

بناء على أن القسمة هي الامتداد الطبيعي لعملية التصفية. وفي هذه الحالة يعتبر وكيلا عن

الشركاء لا عن الشركة.

ويجوز للشركاء مباشرة عملية القسمة بأنفسهم، أما في حالة عدم اتفاقهم جاز لكل شريك ولكل دائن باعتباره صاحب مصلحة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالقسمة بعد إعلام المصفي بذلك¹.

وينشر قرار توزيع أموال الشركة بالأشكال والإجراءات التي ينص عليها القانون وتبليغ ذات القرار إلى كل شريك على انفراد.

ثانيا: كيفية إجراء القسمة

كقاعدة عامة فإن قسمة أموال الشركة تخضع لاتفاق الشركاء في العقد التأسيسي للشركة وإذا لم تذكر فيه طريقة القسمة وجب الرجوع إلى أحكام القانون ولما خلى القانون التجاري من أحكام القسمة لزم الرجوع إلى الشريعة العامة وهو القانون المدني لتطبيق ما جاء في نصوص مواده من أحكام لقسمة المال الشائع والذي نظمه المشرع في القسم الرابع من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري في المواد من 713 إلى 742. إلا أن المادة 794 من القانون التجاري الجزائري تنص على أنه:

"تودع المبالغ المخصصة للتوزيع بين الشركاء والدائنين في أجل 15 يوما ابتداء من قرار التوزيع في بنك باسم الشركة الموضوعة تحت التصفية ويجوز سحب المبالغ بمجرد توقيع مصف واحد وتحت مسؤوليته".

أما عن تقنيات المقاسمة فتكون كالآتي:

- 1- يختص كل شريك بمبلغ يعادل الحصة المقدمة عند تأسيس الشركة.
- إذا كانت الحصة نقدية يسترجع الشريك ما يدفعه إلى الشركة.
- إذا كانت هذه الحصة عينية يسترجع الشريك قيمتها كما هو مشار إليه في العقد التأسيسي أو ما يعادل قيمتها وقت تسليمها إذا لم تتبين قيمتها في العقد التأسيسي للشركة.
- إذا كانت الحصة عينا قدمت كحصة بغرض الانتفاع فيكون له الحق في استردادها ذاتها قبل القسمة.
- إذا كانت الحصة المقدمة عملا أو جهدا فإن العامل يتحرر من هذا الالتزام.

¹. أنظر المادة 794 من ق.ت.ج في فقرتها الثانية.

2- وإذا كان هناك فائض بعد استرداد كل شريك لحصته، أعتبر ذلك من الأرباح وقسم طبقاً لما نص عليه العقد التأسيسي للشركة وإلا فتوزع وفقاً لمبدأ التوزيع القانوني للأرباح، أي بنفس نسبة مساهمة كل شريك في رأس مال الشركة¹.

3- وفي حالة عدم استيعاب موجودات الشركة بعد التصفية لحصص الشركاء، وذلك يعني خسارة الشركة بما أن رأس مالها قد نقص، هنا يقسم صافي موجودات الشركة حسب ما نص عليه العقد التأسيسي للشركة و إذا تعذر ذلك وزعت الخسارة بينهم بنسبة حصة كل شريك في رأس مال الشركة عملاً بنص المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

أما في الفقه الإسلامي فقد تناول الفقهاء هذه المسألة² فقرروا بأنه إذا انقضت الشركة فإن رأس مالها يقسم بين الشركاء فيأخذ كل شريك قدر حصته من رأس المال، أو ما يعادل قيمتها وقت العقد إذا كان المال ناضاً³. أما إذا كان رأس مال الشركة وقت انتهاء عروضها أو غيره فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشركة تظل باقية حكماً حتى ينض المال بتصرف الشركاء في العروض بالبيع ليظهر المال⁴. إلا أن بعض المالكية يرون جواز اقتسام الشركاء للعروض أو غيرها من موجودات الشركة⁵.

ويفهم من كلام جمهور الفقهاء أن رأس المال إذا كان عند الانتهاء ليس ناضاً بأن كان عروضاً أو أشياء عينية فإن الشركة تظل باقية حكماً إلى أن ينض المال ولو بتصرف الشركاء في بيع العروض والأشياء العينية ليصير المال ناضاً ويوزع عليهم⁶.

¹. يلاحظ تناقض نص المادة 793 من ق.ت.ج مع المادة 447 من ق.م.ج التي توجب توزيع الفائض بنسبة نصيب كل واحد في الأرباح. بينما تقضي المادة 793 سالف الذكر بتوزيع الفائض بنفس نسبة مساهمتهم في رأس المال. والأصح أن تكون القسمة بنسبة حصة الشريك في الأرباح حتى لا يكون هناك إجحاف في حق ذوي الحصص الصغيرة. إضافة إلى الإشكال الذي سوف يثور فيما يخص مقدم حصة عمل كحصة للاشتراك في الشركة إذا ما جعلنا توزيع المال المتبقي وفق ما جاء في نص المادة 793 من ق.ت.ج.

². ما يؤكد أن الفقه الإسلامي عرف مسألة القسمة أن جمهور الفقهاء ذهب إلى أن المضارب في شركة المضاربة لا يملك حصته من الربح بمجرد الظهور وإنما يتوقف ذلك على القسمة. سيفصل في ذلك في الباب الثاني من هذه الرسالة في معرض الحديث عن أحكام المضاربة.

³. التنضيض هو تحويل العروض إلى أموال سائلة.

⁴. الكاساني، مرجع سابق، ص 88. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 25.

⁵. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 711.

⁶. محمد فهمي الجندي، مرجع سابق، ص 416.

وإذا كان للشركة ديون فقام أحد الشريكين بقبضه كله أو بعضه أعطى نصيب شريكه فيه، وإذا لم يعط القابض حصة شريكه لم تبرأ ذمة المدين بهذا الدفع إلا من حصة القابض، وكان على المدين أن يعطي الشريك الآخر حصته من الدين ثم يعود على الشريك الذي استوفى كل الدين بحصة شريكه منه، لأن الأساس عند الفقهاء عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه¹.

والقسمة في الفقه الإسلامي تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك وتسمى قسمة تفريق، كأن يكون المال المشترك أرضاً وداراً ومقداراً من القمح فيقسم كل من الأرض والدار والقمح، وقد تتم بجعل نصيب أحد الشريكين وجمعه في بعض آحاد المال كأن يكون المال المشترك أرضاً وداراً فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار وتسمى هذه قسمة جمع. وكل منهما قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها فتسمى حينئذ قسمة قضاء، وتكون أمام القاضي بناء على طلب بعض الشركاء، وإبائه بعضهم الآخر، وقد تتم بالتراضي بين الشركاء وتسمى قسمة تراض².

أما إجراء القسمة فقد اتبع الفقهاء طريقة الإفراز³ في المكيلات والموزونات والمعدودات لعدم التفاوت فيما بينها وطريقة المبادلة⁴ في الحيوانات والعروض للتفاوت بينها⁵. فإذا اشترى اثنان كتابين شركة بينهما لكل منهما النصف كان كل كتاب من هذين الكتابين مشتركاً بينهما لكل منهما نصفه شائعاً فيه، فإذا اقتسما فأخذ كل واحد كتاباً فقد أخذ عين حقه في هذا الكتاب وهو نصفه، وكان ذلك إفرازاً لبعض ملكه عن ملك صاحبه، وأخذ النصف الآخر من شريكه بدلاً عما يملكه في الكتاب الآخر وهو نصفه وذلك معنى المبادلة، إذ يتم بذلك بين الشريكين تبادل و معاوضة في نصفي الكتابين، وبهذا يملك كل شريك كتاباً معيناً، نصفه كان ملكاً له من قبل، ونصفه تملكه بمقتضى هذه المبادلة⁶.

¹. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 12 ، 13.

². علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 499.

³. أن يأخذ الشريك عين حقه.

⁴. أن يأخذ الشريك عوض حقه.

⁵. ابن قدامة، ج 9 مرجع سابق، ص 113.

⁶. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 498.

أما الأعيان فإن المصفي يفرزها بالعدل ثم يقرع عليها بين الشركاء، وإن تبين بعد التصفية وجود أرباح فإنها توزع على الشركاء على حسب الشروط التي اتفقوا عليها، وإذا وجدت خسارة على الشركة فإنها توزع على الشركاء بحسب حصة كل واحد منهم في رأس مال الشركة¹.

وجاء في المغني: "وينبغي أن يكون التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال².

وإذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزمتم، فلا يجوز لأحدهم العدول عنها لأنها لازمة إلا إذا أثبت فيها غبنا أو خطأ³. كما لا يجوز للشريك المدير أو المضارب أن ينشئ عملا يطيل به حياة الشركة⁴، وفي هذا الصدد يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كما سبق وأن بيّنا.

البند الثالث: تقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة

أشارت إليها المادة 777 من القانون التجاري الجزائري حيث نصت على أنه: "تتقادم كل الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين أو ورثتهم أو ذوي حقوقهم بمرور خمس سنوات اعتبارا من انحلال الشركة بالسجل التجاري".

أولا: استمرار مسؤولية الشريك بعد زوال الشخصية القانونية للشركة

إن انقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية لا يمنع دون بقاء مسؤولية الشركاء قائمة اتجاه دائني الشركة .

ويمكن أن تظل هذه المسؤولية وفقا للقواعد العامة تثقل كاهل الشريك إلى أن تسقط بالتقادم، أو توفى هذه الديون أو يبرؤون منها.

إلا أن هذا التقادم المسقط لا ينقضي إلا بمرور 15 سنة⁵، وكما يبدو أن هذا التقادم طويل الأمد قد يؤثر سلبا على المعاملات التجارية التي عمادها السرعة والائتمان، كما أن الدائن

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 123.

². ابن قدامة، نفس المرجع، ص 25.

³. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 502. أنظر كذلك للتفصيل أكثر: بداية المجتهد ونهاية

المقتصد، للإمام أبي الوليد بن رشد، مرجع سابق، كتاب القسمة، ص 708 إلى 714.

⁴. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 369.

⁵. أنظر المادة 308 من ق.م.ج.

المهمل ليس جديرا بالاهتمام الكبير من المشرع، هذا ما جعل المشرع التجاري يخفف من وطأة هذا التقادم الطويل المدى الذي يتعارض ومقتضيات الحياة التجارية بإصداره لنص خاص بالتقادم في مسائل دعاوى الشركات.

ثانيا : التقادم الخمسي

هو تقادم قصير المدى، يسمى بالتقادم المانع، ويتحدد بخمس سنوات وهذا ما جاء به نص المادة 777 المذكورة أعلاه.

وتطبق أحكام هذا التقادم على جميع أنواع الشركات باستثناء شركة المحاصة لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية، ويبقى في هذه الشركة المدير وحده هو المسؤول اتجاه الغير وتطبق عليه أحكام المادة 308 من القانون المدني الجزائري.

والتقادم الخمسي مقرر لكل من الشركاء أو ورثتهم وذلك من تاريخ تسجيل انحلال الشركة بالسجل التجاري.

وقد أثار هذا التقادم قصير المدى جدلا بين الفقهاء فمنهم من يرى أن هذا التقادم لا يتقرر إلا لفائدة الشركاء في شركة الأشخاص بسبب مسؤوليتهم الشخصية عن ديون الشركة بقدر مساهمتهم في رأس مال الشركة فيجب ألا يغرمهم نفس الامتياز إلا إذا كانوا قد وفوا حصصهم كاملة في الشركة أما إذا تقاعسوا عن الوفاء بحصصهم كاملة فيخضعون للتقادم الطويل المذكور في القواعد العامة .

ويرى البعض الآخر أنه مادام النص جاء عاما فهو يطبق بحذافيره، ويستفيد منه كل الشركاء دون استثناء.

كما يرى البعض أن الشركات المدنية لا تستفيد من هذا التقادم الخمسي لأن النص جاء ضمن القانون التجاري، فهو خاص ولا يجوز التوسع في نطاقه وعليه تكون الدعاوى الخاضعة للتقادم الخمسي كالآتي:

1- الدعاوى المباشرة التي يرفعها دائني الشركة على الشركاء للمطالبة برد ما حصل عيه الشركاء من أرباح صورية، أو لرد ما حصلوا عليه من قسمة صافي موجودات الشركة.

2- الدعاوى المباشرة التي يرفعها الغير من دائني الشركة على الشركة بصفتهم الشخصية أو ورثتهم للمطالبة بدين مستحق لدى الشركة.

3- الدعاوى التي يرفعها الغير من دائني الشركة على الشركاء بالوفاء بحصصهم كاملة للشركة أو ما تبقى منها لديهم ولم يقدم.

ولا يبدأ سريان التقادم الخمسي الذي نصت عليه المادة 777 من القانون التجاري الجزائري إلا بتوافر شروط هي¹:

1- أن تكون الشركة المنحلة شركة تجارية.

2- أن تكون الشركة في حكم البطلان أو تكون قد انحلت، وإلا فإن مسؤولية الشركاء عن ديونها تبقى قائمة.

3- يجب أن يكون هذا الانقضاء محل شهر وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانون.

أما إذا لم يتطلب المشرع في الانقضاء شهرا ، فيحسب التقادم من تاريخ الانقضاء، ويكون ذلك من وقت انتهاء مدة الشركة أو انتهاء الغرض الذي أنشئت من أجله المذكور. أما إذا كان الحق المطالب به قد نشأ خلال فترة التصفية أو أثناء القسمة، فيكون تاريخ التقادم الخمسي هو نشوء ذلك الحق أو الدين، إذ لا يعقل احتساب تاريخ التقادم من تاريخ الانقضاء أو الشهر، لأن الحق أو الدين لم ينشئ بعد. كما أن الدعوى الناجمة عن عملية التصفية أو القسمة يسري في حقها التقادم من تاريخ انتهاء التصفية أو انتهاء القسمة لأن نهايتها مشهرتان.

ويخضع التقادم الخمسي للأحكام العامة للوقف والانقطاع التي تسري على التقادم المسقط طبقا للمواد 317 و318 من القانون المدني الجزائري، وهو بذلك ينقطع بالمطالبة القضائية وبالتبني وبالجزء. كما ينقطع التقادم بإقرار الشريك بواقعة دين بحق الدائن صراحة أو ضمنا.

أما عن التقادم الجديد فتتص المادة 319 من القانون المدني على أنه: "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدة التقادم الأول". بمعنى أن التقادم الجديد يكون خمسيا كذلك، وتجدر الإشارة إلى أن التقادم الخمسي يكون حجة على الغير من دائني الشركة ولو كان عديم الأهلية أو غائبا أو محكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائبا قانونيا. هذا ما نصت عليه المادة 316 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية.

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 112، 113.

أما الدعاوى التي لا يسري التقادم القصير عليها هي¹:

- 1- الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن باسم الشركة لمطالبة الشريك بتقديم حصته.
 - 2- دعاوى الشركاء على بعضهم البعض كدعوى الرجوع التي يرفعها الشريك على الآخر لمطالبته بما يخصه في ديون الشركة التي قام بدفعها.
 - 3- الدعاوى التي يرفعها الشركاء على المصفي شريكا أو غير شريك لتقديم الحساب أو تسليم المستندات الممثلة لحصصهم، أو رد أموال احجزها دون وجه حق، أو لتعويضهم عن ضرر لحق بهم بسبب خطأ ارتكبه أثناء ممارسته لعمليات التصفية.
 - 4- الدعاوى التي يرفعها المصفي على الشركاء لمطالبتهم بديون له استحققت عليهم من مصاريف أنفقتها على أعمال التصفية أو مقابل أتعابه.
 - 5- الدعاوى التي يرفعها المصفي على الغير لمطالبته بالوفاء بما في ذمته للشركة.
- وعن حكم الشريك المصفي وهو ما يحدث كثيرا في شركات الأشخاص وفي شركة التضامن على الأخص فإن المصفين الشركاء لهم صفتان: صفة الشريك وصفة المصفي فإذا رفعت عليه الدعوى بصفته كشريك لمطالبته بدين على الشركة فإنه يستطيع بصفته هذه أن يستفيد من التقادم القصير شأنه في ذلك شأن باقي الشركاء².
- ولا يسري التقادم الخمسي على شركات المحاصة، لأنها شركة مستترة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا يعرف تاريخ انقضاءها أو حلها، وأن كل من يتعامل مع أحد شركائها إنما يتعامل مع تاجر فرد على فرض عدم وجود شركة. وبالتالي تخضع دعاوى الغير ضد أي شريك في شركة المحاصة لقواعد التقادم الطويل وهو 15 سنة.
- والفقه الإسلامي لا يفرق بين التقادم المسقط والتقادم المكسب³ لأن التقادم المسقط لحق أحد الأفراد يعتبر تقادما مكسبا لفرد آخر في حين أن الإسلام يمنع الاعتداء على حقوق الغير أو أخذ غير المستحق.

والقاعدة العامة في الفقه الإسلامي أنه لا يسقط الحق بتقادم الزمان، ذلك لأن الشريعة حددت أسباب انتقال الأموال وتملكها، ولم تعتبر مرور الزمان سببا لوجود الملك ولا يسقط

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 111.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 430.

³. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 433.

الدين الثابت في الذمة إلا بأداء أو إبراء¹. ولكن وجهة النظر الفقهية اختلفت في هذه المسألة :

فالفقه المالكي قال بسقوط الدين بمرور الزمان (التقادم) مع حضور رب المال وتمكنه من المطالبة، وإن كان هناك رأي فيه يقول بعدم سقوط الدين أصلاً². وفي الفقه الحنفي نجد أن مرور الزمان (التقادم) لا يؤدي إلى سقوط الحق وإنما يكون مانعاً من سماع الدعوى به. وقد نهج الحنابلة نهج الحنفية³.

إن هذا هو موقف الفقه الإسلامي من تقادم الدعاوى ضد الشركاء بسبب الديون مع ملاحظة أن سقوط الدين أو بطلانه في الفقه الإسلامي يقوم على أساس قرينة الوفاء به، في حين التقادم المسقط في القانون الوضعي يقوم على أساس الزمن فقط، فيترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن مع ذلك إن تخلف في ذمة المدين التزام طبيعي فلا يزول مهما طال الزمن⁴. تماماً كما يقرر فقهاء الفقه الإسلامي.

كذلك المادة 321 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائئيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به. فقد يجوز أن يحكم القضاء ببراءة ذمة المدين الذي استطاع بوسيلة أو بأخرى إقناع القاضي ببراءة ذمته وهو في الحقيقة مدين للمدعي ولذلك وضع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - القاعدة المشهورة التي تقضي بأن حكم القضاء لا يبرئ ذمة المدعي إلا إذا كان تعبيراً عن الواقع حيث قال:

" إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي بنحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار."⁵

¹. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 414.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 424.

³. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع، ص 436.

⁴. أنظر المادة 320 من ق.م.ج.

⁵. الشوكاني، نيل الأوطار، ج 8، المرجع السابق، ص 278.

الباب الثاني

تمهيد

اختلف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أساس تقسيم الشركة التجارية إذ يعتمد الفقهاء المسلمون في تقسيمهم على نوع الحصة المقدمة، هل هي مال أم عمل أم ضمان؟ فلكي تباشر الشركة نشاطها وتحقق غرضها، يجب أن يقدم لها جميع الشركاء أو بعضهم حصصاً مالية تعتبر رأس مال لها، هذا ما اشترطه الفقهاء بالنسبة لشركات الأموال، المفاوضة والعنان، وشركة المضاربة القائمة على مال من شخص وعمل من آخر وهذه ليست قاعدة عند جميع الفقهاء.

فقد أجاز غالبية الفقهاء المسلمون الشركات القائمة على مال من جميع الشركاء، والشركات التي تجمع المال والعمل، والشركات التي تقوم على العمل وحده. ولكن الشافعية في رواية لهم أجازوا فقط الشركات التي تقوم على حصص مالية أو على المال والعمل¹.

هذا ما نص عليه القانون في شركات الأموال. كما أجاز المال والعمل في شركات الأشخاص. لكن الشريعة الإسلامية تفردت بنوعين من الشركات لم يقرها القانون حتى الآن هي الشركات القائمة على حصص عمل فقط وهي شركات الأعمال والشركات المعتمدة على سمعة الشركاء ووجهتهم وهي شركات الوجوه.

وبذلك تكون الشركات في الفقه الإسلامي شركة أموال وشركة أعمال وشركة وجوه وشركة مضاربة.

فإذا كانت الحصة المقدمة من شريك هي حصة مالية، ويقوم الشركاء بالعمل في رأس المال، قصد تقسيم الربح سميت بشركة أموال وهي إما عنان أو مفاوضة. أما إذا عقد الشركة أشخاص على الاشتراك بدون مال وإنما يقدمون عملهم وخبرتهم فيقبلون العمل من الغير ويقتسمون الكسب الحاصل بينهم حسب الاتفاق فالشركة شركة أعمال أو صنائع.

وإذا عقدت الشركة دون مال أو عمل وإنما اعتمدت على وجهة الشركاء وسمعتهم التجارية، حيث يقومون بعقد صفقات تجارية بثمن مؤجل في ذمتهم ويبيعونها بثمن حال، والربح الحاصل يقتسمونه بينهم حسب ضمان كل منهم فالشركة شركة وجوه.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 153.

في حين إذا تضمنت الشركة شريكا يقدم رأس المال وشريكا يقوم بالعمل والإدارة، ويتم اقتسام الربح حسب الاشتراط، فتكون بذلك شركة مضاربة.

أما القانون الوضعي فيعتمد في تصنيف الشركات التجارية على المعيار الغالب فيها، فيقسم الشركة على أساس اعتماده على شخصية الشريك والعلاقة بين الشركاء في شركات الأشخاص، فإذا كانت الغلبة للاعتبار الشخصي المبني على الثقة المتبادلة بين الشركاء، وعلى الدور الذي تلعبه شخصية الشريك في الشركة، كانت الشركة شركة أشخاص.

وإذا لم تكن شخصية الشريك محل اعتبار، وكانت الغلبة للاعتبار المالي المستند إلى تجميع رؤوس الأموال، كانت الشركة شركة أموال.

في هذا الصدد قسم فقهاء القانون الشركات التجارية إلى شركات أشخاص وشركات أموال والشركات ذات الطبيعة المختلطة، غير أن فقهاء القانون اتفقوا على أن شركات المجموعة الثالثة والتي يمتزج فيها الاعتبار الشخصي بالاعتبار المالي أقرب إلى شركات الأموال منها إلى شركات الأشخاص فقسما الشركات إلى مجموعتين هما شركات الأشخاص وشركات الأموال.

كما يرى البعض أن الشركة تنقسم بحسب مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة إلى شركة تضامن وشركة توصية وشركة مساهمة.

غير أن القانون الوضعي استقر على التقسيم الثنائي للشركات، شركات أشخاص وشركات أموال نظرا للاختلاف الوارد بين الفئتين حسب الدور الذي تلعبه شخصية الشريك ومسؤولية هذا الشريك عن ديونها، وهو المعيار الغالب والمعتمد من قبل المشرع الجزائري وباقي التشريعات. وصور شركات الأشخاص - وهي المقصودة بالدراسة - شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة.

فشركة التضامن هي الشركة التي تضم شركاء يسألون بالتضامن عن ديون الشركة في جميع أموالهم ويكتسبون جميعا صفة التاجر.

وشركة التوصية البسيطة فيها نوعان من الشركاء، شريك أو أكثر يسألون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة وشريك أو أكثر يسألون في حدود ما قدموه من حصة مالية ويسمون

بالشركاء الموصون ولا يكتسبون صفة التاجر وتمنع عليهم إدارة الشركة. أما الشركاء المتضامنون في هذه الشركة فهم في نفس مركز الشركاء في شركة التضامن. أما شركة المحاصة، فهي شركة مستترة بالنسبة للغير، ولا وجود لها إلا بين الشركاء وهي النوع الوحيد الذي لا يتمتع بالشخصية المعنوية. وتتحصّر صور شركات الأموال في شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة محدودة المسؤولية ذات الشخص الواحد. والصورة المثلى لشركات الأموال هي شركة المساهمة، وفيها يقسم رأس المال إلى أسهم متساوية القيمة وتكون مسؤولية الشركاء فيها مسؤولية محدودة. وشركة التوصية بالأسهم وتتكون من طائفتين من الشركاء، شريك متضامن أو أكثر، مسؤوليتهم تضامنية مطلقة عن ديون الشركة وشركاء مساهمون يسأل كل منهم في حدود حصته. وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مسؤولية الشريك محدودة بمقدار حصته، ونظام إدارتها يتقارب مع نظام الإدارة في شركات الأشخاص في اعتبارها للطابع الشخصي، ويخضع تداول الحصص لقيود خاصة فهي غير قابلة للتداول بالطرق التجارية. أما الشركة المحدودة المسؤولية ذات الشخص الواحد فهي استثناء وارد على ركن تعدد الشركاء، وهي شركة تستعير أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة من حيث المسؤولية، ويطلق عليها في بعض التشريعات " مشروع الشخص الواحد". ويفضل البعض هذه التسمية على إطلاق مصطلح شركة لأن هذه الأخيرة تتطلب الاشتراك. ونشير إلى أن شركات الأموال تخرج عن نطاق دراستنا المخصصة لشركات الأشخاص. وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في أولهما شركات الأشخاص التجارية في الشريعة الإسلامية ونتطرق في ثانيهما إلى الأشكال المقررة قانوناً لشركات الأشخاص التجارية مع إجراء مقارنة بين الشركات في الفقه الإسلامي وشركات الأشخاص في القانون الوضعي.

الفصل الأول: شركات الأشخاص في الشريعة الإسلامية

بعد ظهور الإسلام أقرت الشريعة فكرة الشركة واهتم فقهاء المسلمون بشركة العقد وسال بشأنها حبر أقلام الفقهاء الأربعة ومن تبعهم فتناولوها بالشرح والتحليل وقسموها إلى أربعة أنواع شركة الأموال وشركة الأعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة.

وتعددت المعايير المعتمدة لتصنيف شركات العقد حيث كانت موضع اهتمام جميع الفقهاء المسلمين، فقد قام فقهاء المذاهب الأربعة بتصنيفها كل حسب مذهبه ورأيه. إذ اعتمدوا في الغالب معيار وصف العقد وشروط التعاقد والعلاقة بين الشركاء، كما كان لنوع الحصّة المقدّمة الحظ الأوفر في هذا التصنيف، وقسموها بذلك إلى شركة في الأموال أو في الأعمال أو في الوجوه أوفي المال والعمل.

كما تنقسم الشركة عند العلماء باعتبارات مختلفة أهمها أربعة إلى أنواع متعددة ومتباينة هي:

- التقسيم الأول للشركة باعتبار محلها وأنواعها أربعة وهي: شركة الأموال وشركة الأعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة.

- التقسيم الثاني للشركة باعتبار التساوي والتفاوت في متعلقاتها وأنواعها اثنان وهي: شركة العنان وشركة المفاوضة .

- التقسيم الثالث للشركة باعتبار العموم والخصوص في متعلقاتها وأنواعها اثنان وهي: الشركة المطلقة والشركة المقيدة .

وكانت شركة العقد موضع اهتمام جميع الفقهاء المسلمين حيث اهتموا بتنظيمها وتصنيفها لاسيما فقهاء المذاهب الأربعة.

حيث يرى المالكية أن شركة العقد تنقسم إلى شركة العنان وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة الذمم أو الوجوه¹.

أما الشافعية فيرون أن الشركة أنواع أربعة ثلاثة منها باطلة وهي:المفاوضة والأعمال والوجوه، والنوع الرابع من الشركات هو الصحيح، وهو شركة العنان.

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3878.

ويصنف الحنفية شركة العقود إلى ثلاثة أنواع لأنها إما بالمال أو بالأبدان أو بالوجوه وكل واحد من الثلاثة ينقسم إلى قسمين مفاوضة وعنانا فالأقسام ستة. ولم يعد الحنفية المضاربة قسما من أقسام الشركة لأنها إنما تكون شركة إذا حصل الربح، أما إذا لم يحصل ربح فيختلف تكييفها.

كما قسم الحنابلة الشركة الناشئة عن العقد إلى خمسة أقسام وهي: شركة العنان، وشركة الوجوه، وشركة المفاوضة وشركة المضاربة وشركة الأبدان وهي المسماة بشركة العمل أو الصنائع.

وقد صنفت الشركات التجارية حسب نوع الحصة المقدمة، كما سبق وأن ذكرنا بأن قيام الشركة من عدمه يبقى مرهونا بما يقدمه الشركاء من حصص لتكوينها، إذ تتنوع مساهمة الشركاء، فقد يقدم البعض خبرته وعمله لصالح الشركة وقد يقدم الشريك ضمانه وسمعته التجارية، كما قد يقدم أموالا. ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن الربح يستحقه الشريك بالمال أو بالعمل الذي يقدم حصة في الشركة، يستفاد ذلك من خلال تعريف القانون للشركة، ومن اعتبار شراح القانون أن المبرر للحصول على الربح هو تقديم حصة مالية أو حصة من عمل.

أما ما زاده الفقهاء هو الضمان كسبب ثالث لاستحقاق الربح فلم يجزه القانون ولم ينص عليه. وبما أن الحصة في الفقه الإسلامي تتنوع إلى ثلاثة أنواع هي: المال والعمل والضمان كان المعيار المعتمد في التصنيف هو نوع الحصة المقدمة، فجاءت بذلك التقسيمات الثلاثة كالآتي:

- التصنيف الأول: يضم شركات الأموال بما أن الحصة المقدمة هي المال، ويقصد بها الشركات التي يشترك فيها جميع الشركاء بحصص مالية ويقوم فيها جميع الشركاء بالعمل في رأس المال مجتمعين أو منفردين، أو يقوم به بعضهم بقصد الربح وتقسيمه.

وبمعنى آخر أن يتفق اثنان فأكثر على أن يدفع كل واحد منهما مبلغا من المال لاستثماره بالعمل فيه، ولكل واحد من الشركاء جزء معين من الربح¹ وبذلك تشكل شركة الأموال تعبيرا فقها عن الشركات التي يتراضى فيها اثنان أو أكثر على أن يشترك كل

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 73.

منهم بمبلغ معين في رأس المال للتجارة على أن يكون الربح والخسارة بينهما¹. و تنقسم شركة الأموال إلى قسمين شركة عنان وشركة مفاوضة وقد تبنى الفقهاء هذا النوع وأقروه لاسيما وأن المال سبب من أسباب استحقاق الربح.

- التصنيف الثاني: يضم الشركات القائمة دون رأس مال، وهذا النوع يضم نوعين من الحصص المقدمة، حصص من عمل وحصص من ضمان.

يفهم من المعنى السائد للشركات ضرورة تقديم حصة من مال لمباشرة الشركة نشاطها، فتكون بذلك للشركة ذمة مالية تضمن حق الغير وتبعث فيه الاطمئنان تجاه الشركة التي يتعامل معها، وهذا ما يستدعي عدم تصور قيام الشركة دون رأس مال وهذا ما نص عليه القانون وقال به بعض الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسي ريبير Ripert حيث يؤكد على عدم جواز تكوين شركة دون تقديم حصص وأن حصة على الأقل من هذه الحصص يجب أن تكون نقدية من أجل تكوين الذمة المالية للشركة التجارية².

إلا أن الشريعة الإسلامية أجازت تكوين شركات دون رأس مال، تعتمد على حصص من عمل من طرف جميع الشركاء. أو شركات تعتمد على ما يملكه الشخص من سمعته في مجال التجارة وهي معروفة بحصة الضمان.

فقد أجاز فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية تكوين شركات تعتمد على حصص عمل من جميع الشركاء في حين لم يجزها القانون بل اشترط أن يكون للشركة رأس مال يتم الإعلان عنه لضمان حقوق الغير. كما يرى الفقيه روديير بأنه لا يمكن أن تتصور شركة تجارية دون رأس مال والشركة التي يكون رأس مالها مكون من العمل فقط ليست شركة تجارية³.

أما عن الشركات القائمة على الثقة التجارية، فقد قلنا سابقا أن أسباب استحقاق الربح هي المال والعمل. لكن يثار سؤال يتطلب الإجابة هو: هل تصلح السمعة والنفوذ حصة في الشركة بحيث تكون مبررا لحصول صاحبها على حصة في الربح...؟

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 73.

².George Ripert, traité de droit commercial ,Paris,1966 , p 429

³.Rodiere René et Oppetit ,précis Dalloz , droit commercial 10^{ème} éd,1980,p16-17.

ويلاحظ أن السمعة والثقة والنفوذ والائتمان ألفاظ يراد بها قدرة الشخص على التأثير في معاملات الناس نظرا لما يتمتع به من مركز تجاري أو سياسي. وقد منع القانون جواز تقديم أي من هذه الأمور كحصة في الشركة.

غير أن هذا الأمر يحتاج إلى توضيح. إذ أن الثقة تنقسم إلى نوعين سياسية وتجارية وتتعلق الأولى بالنفوذ الذي يتمتع به رجل السياسة وقدرته على التأثير، وهذا النوع من الثقة لا يصلح أن يكون حصة في الشركة والحكمة في ذلك واضحة وهي تفادي الاستغلال غير المشروع للنفوذ.¹

أما النوع الثاني من النفوذ وهو نابع من الخبرة التجارية وهو ما يسمى بالثقة التجارية وقد عرفها البعض بأنها " السهولة التي يستطيع بها شخص معروف إيجاد أناس يقبلون إقراضه نقودا أو يمنحونه كل الثقة " ². و يراد بهذه الثقة ما يتمتع به الشخص من شهرة كبيرة في ميدان التجارة بحيث يكون مجرد ذكر اسمه كافيا للشعور بالأمان في المجال الذي اشتهر فيه.

ووضعت الشريعة الإسلامية للثقة التجارية ضمانات كافية ونظمتها في شكل شركات وجوه قائمة على الوجاهة والعمل المقترن بها.³

أما التصنيف الثالث يضم الشركات التي تجمع حصصا من مال وحصصا من عمل، كما هو الحال في شركة المضاربة وهي شركة تضم شريكا يقدم رأس المال وشريكا يقوم بالعمل والإدارة، ويتم اقتسام الربح حسب الاشتراط.

وسنفصل كل ذلك ضمن مباحث أربعة نخصص المبحث الأول لشركات الأموال من عنان ومفاوضة، والمبحث الثاني لشركات الأعمال والمبحث الثالث لشركات الوجوه، أما المبحث الرابع فنسلط فيه الضوء على شركة المضاربة كنموذج للشركات التي تجمع بين العمل والمال كحصة مقدمة للاشتراك في الشركة.

¹. محمد فريد العريني، ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 279.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 165.

³. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 146.

المبحث الأول: شركتا العنان والمفاوضة

شركات الأموال عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر يتاجرون كلهم أو بعضهم بالأموال المقدم منهم أو من بعضهم على أن يقتسموا الأرباح بينهم¹.

ويجب أن يكون رأس مالها من الأثمان المطلقة، وهي النقود المتداولة وذلك عند عامة الفقهاء فلا تصح الشركة بالعروض²، عدا المالكية حيث قالوا أنه يصح أن يكون رأس مال الشركة من العروض مطلقاً³.

كما يلزم أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا ولا يجوز أن يكون دينا ولا مالا غائبا لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن فيهما فيؤدي إلى انعدام المقصود، والحنفية إنما يشترطون الحضور عند الشراء لا عند العقد لأن عقد الشركة يتم عندهم بالشراء⁴.

ولا يشترط في شركة الأموال خلط أموال الشركاء ولا تسليمها بل تتم بالتعاقد. فإذا تصرف أحد الشركاء في حصته كان تصرفه لحساب الشركة بناء على التعاقد الذي صار به وكيلا عنهم وإذا حصل ربح كان بينهم على حسب الاشتراط، أما الخسارة فيجب أن تكون على حساب ما لكل منهم في رأس المال، وإن شرط غير ذلك كان شرطا لاغيا⁵. يكون لكل شريك في هذه الشركة أن يتصرف على حسب اتفاق الشركاء في العقد فلا يخرج عن ذلك إلا برضاهم إذ أنه وكيل عنهم فيتقيد بما يقيدون به فإن خالف كان التصرف له خاصة ولم ينفذ على الشركاء⁶.

وتنقسم شركة الأموال إلى قسمين: عنان ومفاوضة، وسنجعل كل قسم منها تحت مطلب مستقل نتناوله بالتفصيل، ثم نبرز أهم الفروق بين شركتي المفاوضة والعنان.

1. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 73.

2. محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 145.

3. سبق بيان ذلك في الباب الأول.

4. الكاساني، ج 6، مرجع سابق، ص 59.

5. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 491.

6. علي الخفيف، نفس المرجع، ص 491.

المطلب الأول: شركة العنان

يقصد بشركة العنان أن يشترك بدنان بماليهما والربح بينهما¹. ويعني ذلك أن يشترك اثنان أو أكثر في رأس مال أو في عمل على أن يكون الربح الناتج مشتركا بينهما وهي جائزة بالإجماع².

وكان الاختلاف بين الفقهاء في بعض شروطها و علة تسميتها، فقيل إن كلمة عنان مشتقة من عن الشيء، أي عرض فالعنان في اللغة من عن يعن إذا ظهر أمامك، وشركة العنان شركة في شيء خاص دون سائر أموالها كأنه عن لهما شيء فاشترياه واشتركا فيه. فسميت عنانا لأن كل شريك عن له أن يشارك صاحبه³، أو لأنها أظهر أنواع الشركة⁴. وإما مأخوذة من عنان الفرس وهي ما تقاد به، كأن كل واحد من الشريكين أخذ بعنان صاحبه لا يطلقه يتصرف حيث شاء⁵.

تبنى شركة العنان على الوكالة والأمانة لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه، وبذلك أمنه وأذن له في التصرف، وبإذنه له بالتصرف وكله، فإن أذن له مطلقا في جميع التجارات، تصرف فيها وإن عين له جنسا أو نوعا أو بلدا تصرف فيه دون غيره لأنه متصرف بالإذن فوقف عليه كالوكيل⁶.

يذكر كذلك أنها سميت بالعنان تشبيها باستواء مال الشريكين استواء عنان الفرس بالآخر إذا سارا متساويين، اعتبارا لما اشترطه بعض الفقهاء من أن تتساوى حصص الشركاء في رأس المال تساويهم في مقادير العمل، انطلاقا من تساوي الأنصبة عند اقتسام الربح. ويفهم من هذا أن الشركة لا تجوز إلا إذا كان الشريكان متساويان في المال التفاتا إلى العمل، وإلا كان هناك غبن على أحدهما⁷.

1. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 315.

2. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3880.

3. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 292.

4. محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 147.

5. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 490.

6. أحمد لسان الحق، ص 315.

7. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 697.

ورأي آخر لا يشترط المساواة لا في المال ولا في التصرف، فيجوز أن يكون مال أحد الشريكين أكثر من الآخر، كما يجيزون أن يكون أحدهما مسئولاً عن الشركة والآخر غير مسئول¹.

ويقولون بعدم تضمنها الكفالة، إذ لا يطالب أحدهما إلا بما عقده بنفسه من التصرفات، وأما تصرفات شريكه فهو غير مسئول عنها، ويجيزون مع ذلك إمكان اختلافهما في الربح. أو أن يتساويا فيه، فيوزع الربح بينهما حسب الشرط الذي اتفقا عليه أما الخسارة فتكون بنسبة رأس المال فحسب عملاً بقاعدة "الربح على ما شرطاً، والوضيعة على قدر المالين"².

الفرع الأول: تعريف فقهاء المذاهب الأربعة لشركة العنان

اختلف الفقهاء في تعريف شركة العنان على النحو التالي:

أ- المالكية:

للمالية في تعريف شركة العنان قولان:

الأول: أن يشتركا على ألا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه و موافقته³.

الثاني: أن شركة العنان هي الاشتراك في نوع خاص من أنواع التجارة⁴.

ب- الشافعية:

عرف الشافعية شركة العنان بأنها: أن يشترك اثنان فأكثر في مال لهما ليتجرا فيه

ويكون الربح بينهم بنسبة أموالهم بشرائط مخصوصة. أو أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما⁵.

¹. وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، مرجع سابق، ص 3881.

². وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 148.

⁴. الخطاب، ج 5، مرجع سابق، ص 134.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 148.

ج- الحنفية:

عرف الحنفية شركة العنان بقولهم: هي أن يشتركا في نوع بر أو طعام، أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة، فشركة العنان إنما تتعقد عندهم على الوكالة دون الكفالة¹.

د- الحنابلة:

شركة العنان عند الحنابلة هي أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملوا فيه بأبدانها والربح بينهما، أو يشترك اثنان بماليهما على أن يعمل فيه أحدهما بشرط أن يكون له من الربح أكثر من ربح ماله².

ويلاحظ من التعريفات السابقة اتفاق المذاهب الأربعة حول تعريف شركة العنان غير أنهم اختلفوا في كيفية توزيع الربح بين الشركاء هل يكون على حسب اتفاق الشركاء بينهم أم بحسب حصة كل منهم في رأس المال؟

يظهر أن الحنفية والحنابلة يجيزون قسمة الأرباح بحسب النسبة التي يتفق عليها الشركاء فيما بينهم، أما المالكية والشافعية فلا يجيزون أن يكون توزيع الأرباح بحسب الاتفاق بين الشركاء وإنما يقولون بوجوب أن يكون الربح بين الشركاء بحسب رأس مال كل منهم كالخسارة.

يقول الدكتور محمد بن ابراهيم الموسى: يكون التعريف متفقا عليه بين المذاهب إذا كان على النحو التالي: "شركة العنان هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به على أن يكون الربح بينهم على حسب أموالهم أو على نسبة يتفقون عليها"³.

وعن حكم شركة العنان فقد اتفق الفقهاء على مشروعيتها وجوازها⁴. وجاء في المغني: "وهي جائزة بالإجماع"⁵.

¹. ابن همام، فتح القدير، ج 6، مرجع سابق، ص 164.

². البهوتي، ج 3، مرجع سابق، ص 497.

³. محمد بن ابراهيم الموسى، نفس المرجع والصفحة.

⁴. ابن رشد، مرجع سابق، ص 695.

⁵. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 16.

يستدل الأحناف على جواز شركة العنان بأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استئمان المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئمان فكان مشروعاً، وكذلك فإن هذه الشركة تشتمل على الوكالة، والوكالة جائزة إجماعاً¹.

الفرع الثاني: شروط شركة العنان وأحكامها

لشركة العنان شروط وأحكامها نجملها فيما يلي:

- 1- أن يكون رأس المال من النقدين أو ما يقوم مقامهما واتفقوا على جوازها مع اتحاد الجنس أي بالدنانير أو الدراهم من صنف واحد، وهذا مذهب الشافعي².
واختلفوا حول أن تكون دراهم من جهة ودنانير من جهة لاختلاف القيم³ وقد أجاز الإمام أحمد "لا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير"⁴. وأجاز المالكية أن يكون رأس المال من العروض كما سبق بيانه.
- 2- أن يكون رأس المال حاضراً حال العقد، وهذا ما يميزها عن شركة الوجوه التي تقوم على الذمم، فشركة العنان تقوم على الأموال ويشترط حضور رأس المال على اختلاف بين الفقهاء فمنهم من يشترط حضوره عند العقد ومنهم من يكتفي بهذا عند الشراء⁵. فهي لا تصح بالمرهون أو بالدين، ولا بالوديعة قبل أن ترد إلى أصحابها والحكمة في ذلك أن المال الغائب أو الدين لا يمكن التصرف فيه والشركة تقوم على التصرف بالمال⁶.
- 3- أن يكون رأس المال معلوماً بوصف يمنع الجهالة فلا تتعقد بمجهول، وذلك كأن يقول أحدهما للآخر: أشاركك بما في هذا الكيس فلا تصح بذلك لما يحتمله رأس المال من جهالة.

4- تتضمن شركة العنان عند الحنفية الوكالة لذلك فهي تصح من أهل التوكيل. وجاء في كتاب "الفرق على المذاهب الأربعة" أنها تتضمن الوكالة لا الكفالة وبذلك تجوز بين المسلم والكافر والصبي والمأذون له في التجارة و البالغ... الخ ولا يشترط التساوي في رأس

¹. الكاساني، ج 6، مرجع سابق، ص 58.

². أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 318.

³. ابن رشد، مرجع سابق، ص 695.

⁴. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 318.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 153.

⁶. الخطاب، ج 5، مرجع سابق، ص 118.

المال¹. وتصح الشركة عندهم ولو لم يكن خلط في الأموال وذلك لاستناد الشركة في الربح إلى العقد لا إلى المال، فلم يشترطوا مساواة ولا خلط في المالين².

5- يشترط الشافعية في شركة العنان أن يصدر لفظ صريح من كل شريك للآخر يدل على الإذن في التصرف. كما يشترطون لصحتها خلط المالين فلا تتعد الشركة إلا به، ويرون أن توزيع الأرباح على قدر المالين³.

6- تفسخ شركة العنان إما لبطلان العقد أو لأحد أسباب البطلان العامة و التي سبق ذكرها من موت الشريك أو جنونه أو الحجر عليه. كما تفسخ إذا أراد أحد الشريكين ذلك لأنها من العقود الجائزة لا اللازمة.

7- يكون الربح في شركة العنان حسب الاتفاق بين المشاركين بالأموال والأعمال ويتحمل كل شريك نصيبه في الخسارة على قدر مساهمته في رأس المال، مقابل نصيبه في الربح إما بتساوي الأنصبة، تبعاً لتساوي مقدار المساهمة أو حسب الاتفاق على التساوي أو عدمه⁴.

يقول في ذلك الإمام القاضي ابن رشد: "فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعاً لرؤوس الأموال، أعني: إن كان أصل مالي الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين، واختلفوا: هل يجوز أن تختلف رؤوس أموالهما ويستويان في الربح؟ فقال مالك والشافعي بعدم الجواز وعلّة المنع هو تشبيه الربح بالخسران. فكما لو أنه اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم يجز، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً من ماله"⁵.

يبدو أن التساوي لا يشترط طبقاً لما رآه المذهب الحنبلي، فلا يشترط التساوي في مقادير الأموال ولا مقادير الأعمال. وتقسم الأرباح على نسبة الأعمال والأموال أو حسب الاتفاق، والاتفاق ما كان يتم لولا تراضي الشركاء. و يتضح أن شرط عدم التساوي يفتح

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 152.

³. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع و الصفحة.

⁴. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 326.

⁵. ابن رشد، مرجع سابق، ص 697.

باب المشاركة في تأسيس مثل هذه الشركات على مصراعيه، وذلك أن يشارك كل فرد بما لديه.

8- أما خسارتها فهي دائماً حسب المشاركة في رأس المال استناداً إلى "الوضعية على قدر رأس المال" ويعني ذلك أن الخسران في الشركة على كل واحد بقدر ماله، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.

ويقام اعتبار للأعمال في تقسيم الخسارة إنما تكون على قدر الأموال وتتعلق الخسارة بدم الشركاء لا بأسهمهم وفي ذلك ضمان لحق الدائنين ومنعاً للتحايل بدعوى الإفلاس وهذه ميزة العقود الإسلامية.¹

9- أما عن حق الشريك في التصرف، فيحق له التصرف باسمه تصرفاً يعود على الشريكين بالنفع، فله أن يبيع مساومة أو مزايدة أو مراجعة حسب ما يراه مصلحة لهما فيما جرت به أعراف التجارة.²

وحول الإنفاق فإن نفقتهم وكسوتهم من مال الشركة إذا تقارباً في العيال، ولم يخرجوا عن نفقة مثلهم.³ ويقصد بنفقة مثلهم ما يعبر به قانوناً عن احتياجات الرجل العادي.

10- ويكتفي المالكية في ترتيب الأثر في انعقاد شركة العنان على مجرد العقد وهو الرأي المعتمد عندهم وذلك أنه بعد عقد الشركة، فإن الشركاء يلتزمون ما ينتج عن ذلك من آثار، فإذا هلك أحد المالكين هلك على الشركاء جميعاً وهذا هو رأي الحنابلة.⁴ ويذهب الحنفية إلى أن ترتيب الأثر لا يكون إلا بعد التصرف بالشراء بمال الشركة، أما قبله فإذا هلك أحد المالكين هلك على صاحبه دون الآخر. وشركة العنان مبناه على الوكالة والأمانة فكل شريك أمين بما في يده لا يضمنه إلا بتعد منه.⁵

¹. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 329.

². أحمد لسان الحق، نفس المرجع، ص 330.

³. أحمد لسان الحق، نفس المرجع و الصفحة.

⁴. الخطاب، مرجع سابق، ج 5، ص 122.

⁵. الكاساني، ج 6، مرجع سابق، ص 60.

المطلب الثاني: شركة المفاوضة

المفاوضة بفتح الواو وهي من التفويض، فوض إليه الأمر رده إليه وجعله الحاكم فيه¹. ومنه قوله تعالى: ﴿ فَسَتَذَكُرُونَ مَا أَقُولُ لَكُمْ وَأَفَوضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ... ﴾². وقيل اشتقاقها من المساواة، يقال قوم فوضى أي متساوون لا رئيس لهم³. وقيل مأخوذة من الفوض⁴ بمعنى الانتشار يقال فاض الماء إذا انتشر، واستفاض الخبر يستفيض إذا شاع، فلما كان العقد مبنيًا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سميت مفاوضة⁵.

والمفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله سواء كان حاضرا أو غائبا في جميع التجارات كونها شركة عامة. وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال، والربح و في القدرة على التصرف⁶. واصطلاحا تعني أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل يشترط أن يكونا متساويين في مالهما وتصرفهما وملتهما، ويكون كل واحد كفيلا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع كما أنه وكيل عنه فيما له⁷. أي ما يجب لأحدهما يجب للآخر فهما بذلك متضامنان في الحقوق والواجبات المتعلقة بتجارتهما. فإذا عقد الشركاء عقد الشركة بينهم بشرط المساواة التامة وكانت حصصهم متساوية في رأس المال والربح انعقد عقد المفاوضة. أما إذا عقدها دون اشتراط المساواة التامة تحولت الشركة إلى عنان لعدم تحقق المساواة.

¹. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 75.

². الآية 44 من سورة غافر.

³. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 75.

⁴. ابن منظور، نفس المرجع، و الصفحة.

⁵. محمد فهمي الجندي، مرجع سابق، ص 2.

⁶. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3881.

⁷. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 73.

الفرع الأول: تعريف المفاوضة في المذاهب الفقهية الأربعة

لم تتفق المذاهب الفقهية في تحديد ماهية المفاوضة، ولذا كان اختلافهم في تعاريفها على النحو التالي:

البند الأول: تعريف المفاوضة عند المالكية

عرف المالكية المفاوضة بأنها: " أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في مال الشركة مع غيبته وحضوره بيعا و شراء وضمانا وكفالة وتوكيلا وقراضا، وما فعله أحدهما لزم الآخر إذا كان عائدا إلى تجارتهما وذلك واقع في جميع أنواع الممتلكات¹. ولا تكون إلا فيما تم العقد عليه من أموالهم، دون ما ينفرد به كل منهم من مال لم يدخله في الشركة². وهي صحيحة سواء اشتركا في كل ما يملكانه أو في بعض أموالهما³.

يظهر من هذا التعريف مفهوم المفاوضة عند المالكية فهي تتمثل في التفويض بأن يجيز كل من الشريكين لصاحبه التصرف في جميع الأنواع، ودون بحث في كون المتشاركين متساويين في الأمور التي ذكرها الحنفية، أو غير متساويين فيها فالمساواة بين الشركاء ليست مؤثرة عند المالكية، فلا يشترط أن يكون رأس المال متساويا. ولا يشترط المالكية المساواة في الدين لصحة المفاوضة بل تصح بين المسلم والذمي عندهم بشرطهم وهو أن لا يغيب الذمي على بيع أو شراء ولا قضاء أو اقتضاء إلا بحضور المسلم⁴.

المفاوضة عندهم نوعان، مفاوضة عامة، ومفاوضة خاصة. فالمفاوضة العامة هي التي تكون حرية التصرف المخولة للشريك حرية عامة في جميع أنواع البضائع، لا تختص بنوع دون نوع⁵. والخاصة هي التي يختص التفويض فيها ببضاعة من البضائع دون غيرها، كأن يتفاوضا في تجارة الشاي فقط، أو السيارات خاصة، أو مواد البناء دون

¹. ابن رشد، مرجع سابق، ص 697.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3884.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 157.

⁴. الخطاب، ج 5، مرجع سابق، ص 118.

⁵. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 374.

غيرها، كما يجوز أن يفوض كل واحد للآخر في بضاعة خاصة غير البضاعة التي يتجر فيها هو: كأن يتجر أحدهما في الكتب، ويتجر الآخر في الملابس مثلاً¹. وسواء كان الإطلاق صريحاً في جميع الأنواع، أو بعضها، أو بواسطة القرائن مع وجود ما يدل عرف على إطلاق التصرف أو تخصيصه بنوع ما².

ولا تختلف المفاوضة عن شركة العنان في نظر المالكية إلا في استقلال كل شريك بالتصرف في حضرة صاحبه وكذلك في غيبته. فإن كان أحدهما يجوز له التصرف في جميع الأعمال حضر الآخر أو غاب ويلزمه تصرفه فهي المفاوضة. ولو اشترط أنه لا يتصرف واحد منهما بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى نفى حرية التصرف لزم الشرط وتسمى شركة عنان³.

كما لم يشترط المالكية خلط الأموال حساً بحيث لا يتميز مال أحدهما عن مال الآخر وإنما كتفوا بالخلط الحكمي ومعناه عندهم: أن يكون رأس مال الشركة في حيازة الشريكين أو وكيل للشركاء⁴.

ولم يقل المالكية بالكفالة التي تتضمنها شركة المفاوضة عند الحنفية⁵. وبذلك فإن شركة المفاوضة بوجه عام ليست عند المالكية إلا شكلاً من أشكال شركة العنان عند الحنفية تزيد فيه سلطات الشريك.

البند الثاني: تعريف شركة المفاوضة عند الشافعية

قال الشافعية ببطان شركة المفاوضة ومعناها عندهم: أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان⁶.

1. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 7.

2. محمد فهيم الجندي، نفس المرجع والصفحة.

3. الخطاب، ج 5، مرجع سابق، ص 134.

4. الخطاب، نفس المرجع، ص 125.

5. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 8.

6. الرملي، ج 5، مرجع سابق، ص 4.

البند الثالث: تعريف المفاوضة عند الحنفية

عرف الحنفية المفاوضة بقولهم: هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط أن يكونا متساويين في مالهما وتصرفهما وملتهما ويكون كل واحد منهما كفيلا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع كما أنه وكيل عنه فيما له¹. ويفهم من هذا التعريف وجوب التساوي في رأس المال وفي التصرف.

وحيث أن شركة المفاوضة تتميز بالطابع الشمولي إذ يقوم الشركاء فيها بالتصرف في جميع الصفقات التجارية اشترط فقهاء الحنفية المساواة بين الشركاء في الدين، وفيه خلاف عندهم. فذهب بعضهم إلى عدم ضرورة التساوي فيه مع الكراهة ، وذهب الآخر إلى ضرورة التساوي فيه².

وللمفاوضة شروط عند الحنفية هي:

أ- أن يتساوى الشركاء في رأس المال، فلا يجوز أن يزيد ما يقدمه أحد الشركاء عما يقدمه غيره من أموال³.

ب- أن يتساوى الشركاء في التصرف ولذلك فإنها لا تصح إلا بين أشخاص كاملي الأهلية ببلوغهم راشدين، فلو عقدت بين بالغ رشد وصبي مميز ولو كان مأدونا له في التجارة لم تصح لإخلال ذلك بشرط المساواة⁴.

ج- أن يكون لكل من الشركاء أهلية الوكالة فيكون كل واحد من الشركاء الآخرين في الشراء والبيع وتقبل الأعمال وغير ذلك⁵.

د- أن يكون لكل من الشركاء أهلية الكفالة، فكل شريك كفيلا عن شريكه فيما لزمه من التجارة⁶.

وبمقتضى هذه الكفالة إذا أقر أحدهما بدين بسبب الشركة أخذ الآخر بهذا الإقرار، وصار ملتزما بما يتضمنه¹.

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 73.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3882.

³. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 73.

⁴. ابن همام، ج 5، مرجع سابق، ص 7، 8.

⁵. الكاساني، ج 6، مرجع سابق، ص 58، 59.

⁶. الكاساني، نفس المرجع، ص 61.

ه يجوز أن تكون في عموم التجارات، وقد تكون في واحدة منها أي في نوع واحد منها، ولكن لا يجوز أن يختص أحد الشريكين أو الشركاء بتجارة دون الآخر لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة².

وجاء في بداية المجتهد للإمام ابن رشد: "قال أبو حنيفة في المفاوضة لا يكون لأحدهما شيء إلا أن يدخل في الشركة"، وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضي هذين الأمرين، تساوي المالين، وتعميم ملكهما³.

إن على هذا النحو تتعد شركة المفاوضة عند الحنفية على أساس الاشتراك فيما يملكه كل شريك من مال يصح رأس مال للشركة، مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال، وعلى أن يعمل كل شريك في مال صاحبه.

وإن مبدأ التكافؤ والمساواة بين الشركاء في جميع المجالات هو ركن شركة المفاوضة في المذهب الحنفي⁴، وهذا لا ينطبق فقط على مقدار استثمار كل واحد من الشركاء، وعلى اقتسام الأرباح والخسائر فيما بينهم، ولكن أيضا على الملكية الشخصية للشركاء فيجب أن يشترك الشركاء وتكون أموالهم الخاصة ورؤوس أموالهم في الشركة والحصة المخصصة للربح وحقهم في الإدارة بالتساوي، فالمساواة الكاملة في جميع الأمور المالية شرط في شركة المفاوضة تؤدي مخالفته إلى انتهاء المفاوضة وصيرورتها عانا. هذا على اعتبار أن المساواة ركن من المفاوضة فيجب أن تتحقق بينهما في رأس المال، والربح. فإذا اختص أحد الشركاء فيها بملك مال يصلح أن يكون رأس مال لشركة العقد كالنقود لا تكون مفاوضة، وإن عقدت بلفظها، لانعدام المساواة في المال، ولكن إذا اختص أحدهم بملك عرض أو دين على إنسان، أو بملك عقار فالشركة بينهما مفاوضة، لأن كل ذلك لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة، فكان كاختصاص الشريك فيها بالزوجة⁵.

¹. محمد فهم الجندي، مرجع سابق، ص 47.

². الكاساني، مرجع سابق، ص 61.

³. ابن رشد، مرجع سابق، ص 697.

⁴. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3882.

⁵. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 3883.

والواقع أن شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية غير متيسرة الوجود ولا تكاد تتحقق في الواقع التجاري، لتعسر اجتماع هذه الشروط في الغالب، وإذا ما توفرت في النادر فإنها سرعان ما يطرأ عليها ما يبطلها من تخلف شرط بعد وجوده، إلا أنها في تلك الحالات تبطل المفاوضة دون أصل الشركة، حيث تتحول تلقائياً إلى شركة عنان عندهم¹.

البند الرابع: تعريف المفاوضة عند الحنابلة

يقسم الحنابلة المفاوضة قسمين:

القسم الأول:

تفويض كل منهما إلى صاحبه شراء وبيعاً ومضاربة وتوكيلاً وابتيعاً في الذمة ومسافرة بالمال وارتهاناً وضمناً أو تقبل ما يرى من الأعمال وهو الصحيح².

القسم الثاني:

أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من الأرباح النادرة كاللقطة أو ما يحصل للشريكين من ميراث ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش³ جناية وضمنان غصب وقيمة متلف وهذا النوع فاسد، لما فيه من كثرة الغرر، لأنه قد يلزم فيه ما لا يقدر الشريك عليه⁴.

ولا يشترط الحنابلة تساوي المالين في القدر ولا الاتحاد في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير⁵.

ولا يقول الحنابلة بخلط المالين، لأنه عقد على التصرف فلم يكن من شروط الخلط كالوكالة، وما تلف من مالهما أو زاد فهو لهما، لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لها⁶.

¹. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 3885.

². البهوتي، مرجع سابق، ص 531.

³. الأرش هو التعويض المحدد شرعاً لما دون النفس بسبب الجناية على عضو مثلاً. أنظر وهبة الزحيلي، الفقه

الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، هامش ص 3883.

⁴. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 30.

⁵. ابن قدامة، نفس المرجع، ص 20.

⁶. ابن قدامة، نفس المرجع، ص 19.

وخلاصة القول أنه بالتأمل في التعريفات السابقة لشركة المفاوضة نجد أن التعريف اللغوي للمفاوضة والذي يتمثل في (التفويض) قد تضمنه تعريف الحنفية بالتفويض يظهر لأن كل شريك يفوض أمر التصرف إلى الآخر. وكذلك (الفوضى) فإنها واردة في المساواة في المال و الربح والتصرف. وأيضا معنى (الفوض) يتضمنه التعريف لظهورها في جميع التصرفات.

كما تضمن التعريف كل من الوكالة والكفالة، وجوازها في عموم التجارات، والمساواة التامة في كل المجالات ك رأس المال وتوزيع الربح والخسارة وأعمال الإدارة. وسبق وأن أشرنا إلى أن تعريف الحنفية ينفرد عن تعريفات المذاهب الأخرى وذلك باشتراطه المساواة بين الشركاء فيما يملكه من المال. وهذا الشرط أمر يصعب تحقيقه حتى وإن أمكن تحقيقه في بداية الشركة فلا يمكن استمراره كحال أن يرث أحد الشركاء مالا.

كما أن اشتراط المساواة على هذا النحو يخلط بين الحصة المقدمة من الشريك وضمان الشريك أو مدى مسؤوليته عن التزامات الشركة فالضمان بالنسبة لهذا الشريك كما هو الحال بالنسبة للشريك المتضامن في القانون يشمل كافة ماله من أموال ولكن حصته في الشركة محددة بما قدمه، أو تعهد بتقديمه للشركة.

لذا فإن ما يعنيه شرط المساواة في المفاوضة أن يكون ما قدمه أحد الشركاء في الشركة مساويا لما قدمه الشريك الآخر، فهذا أمر يمكن أن يتحقق في بعض أنواع من الشركات إذا أرادت أن تتخذ شكل المفاوضة. أما اشتراط استمرار المساواة في كل شيء بين الشركاء فهو أمر يمكن القول باستحالته فقد يحصل الشريك على مال ولا يرغب في تقديمه للشركة، أو قد يمرض أحد الشركاء فيضعف عمله مقارنة بشريكه.

أما عن تعريف المذهب المالكي لشركة المفاوضة فقد جاء التعريف محصورا على التفويض بمعنى إطلاق التصرف كل شريك للآخر، وهو في هذا يتفق مع تعريف الحنفية. ولم يشترط المساواة في رأس المال ويختلف في ذلك مع الحنفية.

أما الحنابلة فقد ذكروا في القسم الأول والصحيح عندهم تعريفا لشركة المفاوضة يتفق مع تعريف المالكية ومع أحد جوانب تعريف الحنفية وهو جانب التفويض.

أما تعريفهم للقسم الثاني من المفاوضة وهو القسم الفاسد عندهم فيتنفق مع تعريف الشافعية لشركة المفاوضة.

أما الشافعية فيقولون ببطلانها وعدم جوازها لاشتمالها على الغرر¹. ومنشأ الخلاف أن الشافعية يرون أن الشركة إنما تطلق على اختلاط الأموال فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها. وأما أن يشترط كل واحد من الشريكين ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك غرر فلا يجوز وهذه الصفة التي تقع عليها المفاوضة. وذلك بناء منه على أن الشركة ليست بيعاً ووكالة².

أما المالكية فيرون أنها بيع ووكالة، فكل شريك قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه، ثم وكل كل منهما صاحبه على إدارة الجزء الذي بقي في يده والتصرف فيه. وعليه فلم يشترط كل منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه حتى يكون غرراً كما قال الشافعية.

وعند الحنفية والحنابلة أن الشركة تتضمن الوكالة والتوكيل، والوكالة في المالين جائزة قبل الخلط وثبوت الوكالة فيهما أثر من آثار انعقاد عقد الشركة وقيامه قبل الخلط ولا يلزم أن يكون من آثارها اشتراك في ملك المالين قبل التصرف³.

الفرع الثاني: حكم شركة المفاوضة

رأينا فيما سبق أن شركة المفاوضة ليست محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الإسلامية فمنهم من يرى جوازها ومنهم من يرى خلاف ذلك، ويرجع هذا الاختلاف في الحكم إلى اختلافهم في تعريفها فمن عرفها بتعريف لا يتضمن شيئاً من أنواع الغرر حكم بجوازها ومشروعيتها ومن أشار في تعريفها إلى أنها تجمع أنواعاً من الغرر حكم ببطلانها. وسنورد فيما يلي مواقف المذاهب الفقهية المؤيدة و المعارضة لهذه الشركة.

¹ الغرر: التعريض للهلكة، وبيع الغرر بيع ما جهله المتبايعان، أو ما لا يوثق بتسلمه، كبيع السمك في الماء، أو الطير في الهواء، وحبل غرر: غير موثوق به. أنظر: معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، سنة 2004.

² ابن رشد، مرجع سابق، ص 697.

³ محمد فهيم الجندي، نفس المرجع، ص 15.

البند الأول: حكم شركة المفاوضة في الفقه المالكي

يجيز المذهب المالكي شركة المفاوضة¹ بشرط أن يطلق كل من الشركاء للآخرين حرية التصرف في البيع والشراء و الكراء والاكتراء والغيبة والحضور في جميع أنواع التجارة².

البند الثاني: حكم شركة المفاوضة في الفقه الحنفي

يجيز الأحناف شركة المفاوضة³ بشروط، إذ لا بد من التساوي في الأداء ابتداء وانتهاء، ويبررون ذلك بأن لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لفات التساوي. كما يشترطون التساوي في رأس المال، وقد اختلفوا في الدين وضرورة التساوي فيه.

البند الثالث: حكم شركة المفاوضة في الفقه الحنبلي

لقد كان للحنابلة موقفان اتجاه شركة المفاوضة، فبعضهم يرى أن شركة المفاوضة نوعان، نوع جائز ونوع غير جائز، والبعض الآخر لا يجيز هذه الشركة. أما البعض القائل بوجود نوعين، فيرى أن النوع الجائز هو أن يشترك الشريكان في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمع الشركاء بين شركة العنان وشركة الوجوه والأعمال، لأن كل نوع يصح على الانفراد، فصَحَّ مع غيره⁴.

أما النوع غير الجائز، فهو إدخال الشريكان بينهما في الشركة ما يحصل من ميراث أو ما يجده الشركاء من لقطة أو غير ذلك⁵. إذن فالحنابلة يمنعون شركة المفاوضة في بعض صورها.

البند الرابع: حكم شركة المفاوضة في الفقه الشافعي

يرى الفقه الشافعي عدم جواز شركة المفاوضة وينكرونها إنكاراً مطلقاً⁶. وحجة المنكرين لشركة المفاوضة أنه لا دليل على صحتها، فانعقاد الشركة حكم شرعي يحتاج إلى دلالة شرعية¹. ولأن شركة المفاوضة غرر وقد نهى الرسول صلى الله عليه

¹. ابن رشد، مرجع سابق، ص 697.

². فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 573.

³. ابن رشد، مرجع سابق، ص 697.

⁴. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 574.

⁵. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 26.

⁶. ابن رشد، مرجع السابق، ص 697.

وسلم عن الغرر، والغرر فيها أن يلزم كل واحد ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر عليه². بالإضافة إلى مشاركته فيما يملكه من أموال، وهو أيضا مجهول العين والقدر³. والرأي الذي تبناه بعض الفقهاء المحدثين، هو جواز شركة المفاوضة لأنه ليس في نصوص الشريعة الإسلامية ما يدل على تحريمها، والغرر غير متحقق فيها، إذ أن كل من الشركاء راض بأن يلتزم بالحقوق التي يلتزم بها شريكه وأن يقوم بما تتطلبه الشركة⁴. ويستبعد استمرار شركة المفاوضة إذا وجدت، لأن اشتراط تساوي الأموال في القيمة وعدم اختصاص كل شريك بمال يصح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها لا يبقي عليها زمنا طويلا لاحتمال زيادة في أموال كل من الشركاء⁵. إلا أن هذا الاستبعاد لاستمرارها لا يمنع شرعية وجودها وجوازها، وقد يكون شرط التساوي في الأموال الخاصة⁶.

ونشير إلى أن وضع الشركاء في شركة المفاوضة يشبه وضع الشركاء في شركة التضامن وهي إحدى شركات الأشخاص في القانون الوضعي. ويقول الدكتور عبد العزيز الخياط: " وبإمعان النظر في شركة التضامن نجد انطباق معنى شركة المفاوضة عند الأحناف على شركة التضامن باستثناء شرط واحد من شروطها وهو تساوي المالكين⁷."

الفرع الثالث: التمييز بين شركتي المفاوضة والعنان

إن ما يميز شركة المفاوضة عن شركة العنان هو اشتراط المساواة في التصرف والمال والربح. وسنتطرق أولا للأمر التي تشترط فيها المساواة، ثم نتناول أهم الفروقات بين شركتي المفاوضة والعنان.

1. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 24.

2. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 30.

3. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 159.

4. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 36.

5. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 3.

6. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 37.

7. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 135.

البند الأول: الأمور التي تشترط فيها المساواة

1- المساواة في التصرف:

يقصد بذلك أن يكون كل شريك قادرا على ما يقدر عليه الشريك الآخر من العمل. وإن لم يتوفر هذا الشرط لا تحصل المساواة بينهما وبذلك لا يجوز عقد شركة مفاوضة بين الصبي والبالغ، لأن البالغ قادر على التصرف بنفسه أما الصبي فغير قادر على التصرف بنفسه إنما تصرفه موقوف على إذن وليه¹.

كما يشترط أن يكون الشريك الأول قادرا على شراء الشيء الذي اشتراه الثاني، وهذا يقصر عمر الشركة ويجعلها قليلة الوجود، إلا أن قلة الوقوع وندرة الحدوث لا يحول دون إعطائها الحكم الشرعي بالجواز².

2- المساواة في المال:

وفي ذلك إدخال جميع أموال الشركاء التي تصلح كحصة في رأس المال، ويشترط تساوي هذا المال من حيث القيمة. وعليه لو كان لأحد الشركاء مال غير المال الذي جعلوه رأس مال للشركة صالح لاتخاذ رأس مال، فلا تصلح شركة المفاوضة لإخلال ذلك المال بشرط المساواة في رأس المال³.

كما يشترط في هذه الشركة المساواة التامة في الابتداء وفي الانتهاء، أي في مدة البقاء، وكلمة المفاوضة في اللغة تقتضي المساواة: يقال: فاوض يفاوض أي ساوى يساوي، ومن هنا كان لا بد في أخذها اسم المفاوضة من تحقيق المساواة فيها ابتداء وأثناء وانتهاء⁴. وعليه إذا وجد بعد العقد أو حينه مال للشريكين بطريقة الهبة أو الإرث فلا تكون شركة مفاوضة بل تكون شركة عنان، إذا وجدت شروطها⁵.

3- المساواة في الربح:

إذا شرط لأحدهما نصيب من الربح أكثر من الآخر، فتكون الشركة شركة عنان⁶.

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 577.

². عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 30.

³. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 79.

⁴. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 578.

⁵. الكاساني، مرجع سابق، ص 60، 62.

⁶. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، مرجع سابق، ص 3882.

البند الثاني: أهم الفروق بين شركتي المفاوضة والعنان

- هناك فروق بين شركتي المفاوضة والعنان، يمكن إيجازها فيما يلي: لا يشترط في شركة العنان التساوي في رأس مال الشريكين، ويجوز أن يكون رأس مال أحدهما أكبر من رأس مال الآخر، كما يجوز تساويهما أما شركة المفاوضة فالتساوي شرط في رأس المال¹.
- 1- لا يجبر الشريك في شركة العنان على إدخال جميع ماله الصالح لاتخاذ رأس مال شركة، في رأس المال، أما في شركة المفاوضة فكل مال للشريكين يصلح أن يكون رأس مال للشركة يجب إدخاله في رأس مالها².
 - 2- يجوز أن يكون رأس مال الشريكين في شركة العنان متفاوتا في القيمة ومختلفا في الجنس، مع أنه في شركة المفاوضة، إذا كان رأس المال مختلف الجنس، فيشترط التساوي في قيمته³.
 - 3- يشترط في شركة المفاوضة تقسيم الربح بالتساوي، أما في شركة العنان لا يشترط ذلك، ويصح الاتفاق بين الشريكين على تقسيم الربح بالتفاضل⁴.
 - 4- تكون شركة العنان على عموم التجارات، كما تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة، أما شركة المفاوضة فتتعقد على عموم التجارات، ولا تعقد على نوع خاص من أنواع التجارة⁵.
 - 5- أما عند المالكية فالشريك في شركة المفاوضة لا بد أن يكون مطلق التصرف بخلاف شركة العنان فإن تصرفه مقيد بإذن الآخر و موافقته⁶.
 - 6- وقد تتحول الشركة من مفاوضة إلى عنان إذا فقدت أحد شروطها أو تضمنت شرطا فاسدا، فإنها تنقلب إلى شركة عنان ، وذلك لأن أصل شركة العنان لا يبطل بالشرط الفاسد¹.

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 163.

². فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 585.

³. فوزي عطوي، نفس المرجع ص، 586.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 163.

⁵. الكاساني، مرجع سابق، ص 62.

⁶. الحطاب، مرجع سابق، ص 134.

ومن الأمثلة التي يقدمها الفقهاء على هذا التحول:²

أ- لو تفاوت الوصف في المالين، انعدم التساوي المطلوب في شركة المفاوضة فتقلب عنانا.

ب- لو شرط أحدهما على الآخر في شركة المفاوضة أن لا يتصرف إلا بمحضره لزم الشرط وانقلبت الشركة شركة عنان.

ج- إذا كان المالان المشترك بهما في رأس المال متساويين في الشركة صحّت المفاوضة، ثم صار في يد أحدهما فضل قبل أن يشتريا بأن زادت قيمة أحد النقدين بعد عقد المفاوضة قبل الشراء، انقضت المفاوضة وصارت شركة عنان.

د- إذا كان لأحد الشركاء دين، صحّت المفاوضة إلى أن يقبض الدين نقدا فإذا قبضه صارت عنانا.

المبحث الثاني: شركة الأعمال

قد يتبادر إلى الأذهان وفقا للمفهوم السائد للشركات، ضرورة تقديم حصص مالية من طرف الشركاء، أو شريك واحد على الأقل يقدم حصة مالية تبعث الاطمئنان في الغير يضمن بها حقه.

بهذا فإن عدم تصور قيام شركة بدون حصص مالية وارد وهذا ما جاء به القانون الوضعي حيث لم ينص على وجود شركة دون حصص مالية تقدم فيها.

إلا ان نظرة الشريعة الإسلامية للعمل كانت أكثر بعدا، وأوسع دراية بقيمته. فأجازوا تكوين شركات تعتمد على حصص من عمل مقدمة من قبل جميع الشركاء.

لأجل ذلك سوف نتناول شركة الأعمال بالوصف والتحليل في هذا الفرع ونبين بذلك مشروعيتها في الفقه الإسلامي، ونرى كيف عرضها ونظمها بصورة تبعث على الاعتزاز والفخر بما جاء به ديننا الحنيف، وما كان سباقا إليه من توفير سبل تحصيل المال لمختلف فئات المجتمع.

¹. وهي بذلك تشبه شركات الأموال في القانون الوضعي والتي لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف شركات الأشخاص التي يبطل فيها الشرط والعقد معا.

². عبد العزيز الخياط، الشركات، مرجع سابق، ص، 24.

لذلك ارتأينا أن نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لمعرفة المقصود بشركة الأعمال، وتقصي أحكامها ومشروعيتها. أما المطلب الثاني فنحاول من خلاله معرفة موقف القانون من شركة الأعمال ونقارنه بما ورد في الشريعة الإسلامية في هذا المجال، مرجحين في ذلك الرأي الغالب.

المطلب الأول: تعريف شركة الأعمال وحكمها

شركة الأعمال هي النوع الثاني من شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي، وهي الشركة التي تقوم في إنشائها على الحرفة والصناعة وضمن العمل. وقبل أن نتطرق إلى شروط شركة الأعمال وأحكامها لابد وأن نعرف بهذه الشركة.

الفرع الأول: تعريف شركة الأعمال

لغة يقال عمل عملا بمعنى فعل فعلا عن قصد، ومهن وصنع، وعامله تصرف معه في بيع ونحوه، والعمل: المهنة والفعل، جمعه أعمال، والعامل من يعمل في مهنة أو صناعة، ويطلق العامل على من يتولى أمور الرجل في ماله وملكه وعمله¹. ويطلق على شركة الأعمال شركة الصنائع أو المحترفة أو التقبل أو الأبدان². وهي أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبان بأبدانها من مباح أو يشتركان فيما يتقبلانه من عمل³.

بذلك تكون شركة الأعمال تلك الشركة التي تعتمد على الجهد البدني أو الفكري، ويراد بها تلك الشركة التي لا تضم حصصا مالية، وإنما يدخل كل شريك بعمله وخبرته وجهده، ويلتزم بتقبل العمل وأدائه كاشتراك صانعان فأكثر كنجارين وحدادين، أو أحدهما نجار والآخر حداد على أن يشتركا من غير مال على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما⁴.

¹. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 502.

². علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 491.

³. عبد الله البسام، مرجع سابق، ص 122.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74 .

وقد عبّر عنها الحنفية بشركة الصنائع أو التقبل فقالوا: "هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما كخياطان أو صباغ وخياط."¹
وعرفها الحنابلة: "أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصنائع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم"².
كما يعرفها الشافعية بأنها: "الاشتراك بين محترفين على أن كسبهما بينهما متساويا أو متفاوتا مع اتفاق الصنعة أو اختلافها"³.

أما شركة الأبدان عند المالكية هي: "أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملوا معا ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة كحدادين أو أن يتلازم عمل أحدهما مع عمل الآخر وأن يتساويا في العمل أو يتقاربا فيه"⁴.
وعرفها الشيخ علي الخفيف في كتابه الشركات في الفقه الإسلامي بأنها: "هي أن يشترك اثنان أو أكثر على أن يعملوا فيما يحذقونه من صناعات، فما كان لهم من أجورهم فهو بينهم على حسب شرطهم"⁵.

باستقراء تعريفات الفقهاء لشركة الأعمال يتضح تقاربها في المعنى غير أن بعضهم يورد قيودا تلزم لصحة هذا النوع من الشركات، وبعضهم لا يرى ذلك. وسنفصل في هذه الشروط بعد أن نقف على حكم شركة الأعمال.

الفرع الثاني: حكم شركة الأعمال

عند الحديث عن حكم شركة الأعمال فإننا نبحث في مشروعية تقديم حصص من عمل فقط وفي هذا الشأن لم يرد إجماع بين فقهاء المذاهب الإسلامية حول جواز شركة الأعمال أو حول بطلانها. فقد اختلف الفقهاء بشأن جوازها إلى فريقين، الأول أجازها والثاني منعها. والفريق المجيز لها اختلف في بعض شروطها.

¹. ابن الهمام، مرجع سابق، ج 5، ص 28.

². محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 192.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 166.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع والصفحة.

⁵. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 99.

البند الأول: المجيزون لشركة الأعمال

اتفق الجمهور على جواز هذه الشركة، إلا أنهم اختلفوا في بعض أحكامها وشروطها وأنواعها. ويستدلون على ذلك بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول وتعامل المسلمين. ويقول المجيزون لشركة الأعمال أنه ليس من طبيعة القرآن الكريم أن ينص على كل مسألة أو جزئية تقع للناس، بل سكت القرآن الكريم عن كثير من المسائل رحمة بهذه الأمة كما ورد في النهي عن السؤال في كل مسألة في قوله عز وجل: ﴿أَمْ تُرِيدُونَ أَنْ تَسْأَلُوا رَسُولَكُمْ كَمَا سَأَلَ مُوسَىٰ مِنْ قَبْلُ...﴾¹. وليس كل مسكوت عنه حرام، بل هو على أصله من الحل².

أما عن الدليل من السنة النبوية المطهرة، فيستدل المالكية باشتراك الغانمين في الغنيمة، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل، وما روي من أن "بن مسعود شارك سعدا يوم بدر، فأصاب سعد فرسين، ولم يصب ابن مسعود شيئا، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك"³.

ويستدلون بالإجماع على جواز شركة الأعمال، بإجماع الفقهاء على جواز المضاربة وهي تتعد على العمل فجاز بذلك أن تتعد عليه شركة الأعمال قياسا عليها⁴.

ويستدلون بالمعقول، كون الربح يستحق بالمال وبالعمل وبالضمان، وشركة العمل تشتمل على العمل والضمان، فتجوز قياسا على شركة المال والمضاربة⁵.

أما عن الاستدلال بالتعامل مع المسلمين فقد أجمع الناس على التعامل بها من غير نكير⁶. كما تدعو الحاجة إلى إقرار شركة الأعمال وهذا مبتغى الشريعة الإسلامية التي جاءت لتحقيق مصالح العباد.

¹. الآية 108 من سورة البقرة.

². فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 591.

³. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 5.

⁴. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

⁵. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 195.

⁶. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 41.

كما أن المجيزون لشركة الأعمال يستندون إلى كون هذه الشركة تحقق المقصود منها إذ أن غرض الشركة هو استثمار المال وتحقيق الربح وما شرعت الشركة إلا لاستئمان المال، وهي بذلك تحتاج إلى أصل يستتمى وهو المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال هي فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شرعت الشركة القائمة على المال لتحصيل الوصف، جاز من باب أولى في الشركة المؤسسة على العمل، لأن العمل هو الأصل في تحصيل المال، فهو كما ينمي الحال، هو أيضا يحصل أصل المال ويكونه، وإذا كانت شركة الأعمال تحقق هذا الغرض فلا مانع شرعا من إقرارها، لأن هذه الشركة تشمل على الوكالة وهي جائزة، والمشمول على الجائز جائز¹.

واستنادا منهم إلى الأدلة العقلية أن شركة الأعمال تتضمن الوكالة، وتوكيل كل من الشريكين للآخر بتقبل العمل صحيح وصحة الوكالة وجوازها يدل على صحة الشركة بالأعمال لأن المشتمل على الجائز جائز².

البند الثاني: المانعون لشركة الأعمال

لقد منع الشافعية هذه الشركة وحكموا ببطانها³ واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- كون الشركة تبنى على الاختلاط، وهو شرط لجوازها وبدونه لا تتعد ولا يقع الاختلاط إلا في الأموال، لأن الشركة إنما شرعت أصلا لاستئمان المال بالتجارة، ولا بد من أصل يستتمى ولا يوجد أصل في شركة الأعمال لأنها تعتمد على الأبدان⁴ فلا يحصل ما وضعت له الشركة الأمر الذي يجعلها غير جائزة⁵.

2- ثم إن في شركة الأعمال كثيرا من الغرر لأن الأعمال لا تتضبط وعمل كل شريك مجهول عند صاحبه، وهو ملك له يختص بفوائده ولا يجوز أن يشاركه فيه غيره⁶.

1. أنظر في هذا المعنى محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 196، فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 593.

2. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 3.

3. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

4. أبطل القانون الوضعي هذه الشركات لأنها لا تقوم على رأس مال، فلا يقبل القانون أن يكون رأس مال الشركة عملا فقط .

5. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 172.

6. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

3- كما يقولون أن الربح مجهول وقد لا يحصل لجواز تعذر العمل، وإذا عمل أحدهما دون الآخر ثم اقتسما الربح، كان حصول من لم يعمل على ربح بسبب غير مشروع نظراً لعدم وجود مال ولا عمل¹.

4- يستدل بعض الفقهاء على منع شركة الأعمال بأن العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية، وليس في الشرع ما يدل على صحة شركة الأبدان².

5- يستدلون بقول المولى عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾³. ويقولون أن هذه ليست تجارة أصلاً، فهي أكل مال بالباطل⁴.

بعد ذكر المانعون والمجيزون لشركة الأعمال وحججهم، نورد فيما يأتي ما ردّ به كل فريق على الفريق الآخر.

أولاً: يرد المانعون على المجيزين بما يأتي

1- لم يسلم المجيزون لشركة الأعمال بما استدلوا به من حديث ابن مسعود، فضعفوا الاستشهاد به، وطعنوا فيه بالانقطاع⁵.

2- وعلى افتراض صحة الحديث يعتبرونه حجة على من قال بصحة شركة الأعمال، لأن إجماع المسلمين قائم على أن الشركة في الغنيمة لا تجوز ولو كانت جائزة في غزوة بدر التي روي بشأنها الحديث، فقد أبطلها الله بسورة الأنفال التي شرعت تقسيم الغنائم، ولكن الحنابلة يردون على هذا الزعم بصحة إسناد الحديث فهو من رواية أبي داود بإسناده عن أبي عبد الله بن مسعود وقد كانت غنائم بدر قبل نزول آيات الأنفال. فكان ذلك من قبيل المباحات والمعروف أن الحنابلة يستدلون بهذا الحديث على جواز الشركة في الأشياء المباحة، ويقيسون عليها الشركة في أعمال الصناعة⁶.

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 36.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 171.

³. الآية 29 من سورة النساء.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 172. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 593.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 173.

⁶. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 197.

ثانيا: يرد المجيزون على المانعين لهذه الشركة بما يلي

1- أن ما استدل به المانعون من عدم جواز الاشتراك في الربح غير مسلم به إذ يجوز الاشتراك في الربح في الأنواع الأخرى من الشركات مع أنه ثمره مال وعمل مشترك، وأيضا ما استدل به الشافعية من عدم وجود دليل شرعي يجيز شركة الأعمال لا يفيد المنع، لأن الأصل في العقود الإباحة ما لم تخالف الشرع، والاشتراك في كسب هذه الشركة يماثل المضاربة فلا وجه للمنع¹.

2- لما كان المال لازما أصلا حتى يمكن تنميته وزيادته بالتجارة وعمل الشركاء أبيحت شركة الأعمال، لأن العمل يوجد المال من العدم عن طريق بذل الجهد ومن مجموع الأجور المتحصلة يتكون رأس مال الشركة يوجد كسبا يوزع بعد ذلك بين الشركاء، وهذا هو ردهم على القائلين بحاجة الشركة إلى أموال واختلاطها².

3- إن الادعاء بالغرر غير مسلم به، إذ أن شركة العنان والمضاربة العمل فيهما غير منضبط، والربح غير معلوم وهما جائزتان بالاتفاق³.

4- وعلى افتراض حصول الغرر فهو يسير لا يؤثر. والربح في هذه الشركة لا يستحق بنفس العمل بل بضمان العمل والتزامه، فكان حصول الشريك الذي لم يعمل على ربح بسبب مشروع، ويقاس على المضارب الذي يستحق نصيبه في الربح ولو لم يصل بنفسه بل استأجر عليه آخر أو أعانه صاحب المال⁴.

5- ويرد على الاستدلال بقوله تعالى: " يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ " أنه استدلال لا صحة له، لأن أخذ كل من الشركاء المال في شركة الأعمال ليس من أكل أموال الناس بالباطل بل هو أخذ بالحق، ولذلك فإن الاستثناء في الآية يرد عليه استدلاله، ذلك أن المنهي عنه المحرم أكل المال بالباطل لكن إذا كان عن تراض من المتعاقدين فهو جائز لا مانع منه ولا يدخل تحت أكل الأموال بالباطل⁵.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، نفس المرجع والصفحة.

². الكاساني، مرجع سابق، ص 59.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 175.

⁴. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 198.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 176.

بعد هذه الردود التي جاءت لدحض حجة المانعين لشركة الأبدان، وتماشيا مع ما تتطلبه الحياة التجارية من استثمار في شتى المجالات، تكون العودة إلى الرأي المجيز لهذا النوع من الشركات وهو رأي الجمهور، كما أن الحاجة إلى مثل هذا النوع من الشركات يبرر جوازها لاسيما وإنما لا تقوم على محرم بل والعمل مباح ومطلوب إذ يقول المولى عز وجل في كتابه العزيز: ﴿ وَقُلِ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عِلْمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾¹.

والتعاون مرغوب ومندوب إليه إذ يقول تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ... ﴾².

ويقول الدكتور عبد العزيز الخياط في شأن جواز شركات الأعمال: "والذي يظهر لنا القول بجواز هذه الشركة لقوة أدلة المجيزين وضعف أدلة المانعين، ولأن هذه الشركة ضرورة لآبد منها، ولو قلنا بمنعها لأدى ذلك إلى تعطيل كثير من أعمال الناس التي تعارفوها من غير نكير، والشركة في الأعمال من التعاون المطلوب لتحقيق الخير وتقديم الاقتصاد."³ صفة القول أن الفقهاء أجمعوا على جواز هذا النوع من الشركات القائمة على حصص من عمل، وأكدوا أنه يمكن تجاوز مشكلة المال اللازم لمباشرة الشركة لنشاطها عن طريق الاقتراض ويسد الدين بعد ذلك من الأرباح.

وما كان خلافهم إلا بشأن تنظيم هذه الشركات كاشتراط اتفاق الشركاء في نوع العمل حيث يرى المالكية أن شرط اتحاد الصنعة أو تلازم الصنائع لحصة هذه الشركة واجب تجنباً لزيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان،⁴ وذلك كون هذا التلازم يحقق غرض الشركة وسيساعد على سرعة إنجاز الأعمال.

ويرى بعضهم بعدم ضرورة اتحاد الصنعة بل يكفي التجانس والتوافق بين الصنائع كالغزل والنسج مثلا، أو الطب والصيدلة بحيث تكون خبرة الشركاء في مجال واحد.⁵

¹. الآية 105 من سورة التوبة.

². الآية 2 من سورة المائدة.

³. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 35.

⁴. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

⁵. ابن رشد، نفس المرجع والصفحة.

والشريعة الإسلامية لم تقف عند حد إجازة هذه الشركة بل سعى الفقهاء إلى تنظيمها حتى تظهر بالمظهر اللائق لكل من يريد تكوين مثل هذه الشركات.

المطلب الثاني: شروط شركات الأعمال وأحكامها

سنعرض في هذا المطلب إلى الشروط المقررة لشركة الأعمال من قبل فقهاء الفقه الإسلامي ثم نقف على أحكام هذا النوع من الشركات.

الفرع الأول: شروط شركات الأعمال

اشترط المالكية لشركات الأعمال شروطا تتمثل في:

1- إتحاد الصنعة:

وجب إتحاد الصنعة إذ لا تجوز بين مختلفي الصنائع إلا إذا كان عمل الشريكين متلازما، كأن يتوقف عمل أحدهما على وجود عمل الآخر كنساج و غزال. ولا يتصور وجود هذه الشركة بين طبيب وخباط لعجز كل منهما عن أداء عمل الآخر ومنعا للغرر لأنه قد تروج صنعة أحدهما دون صنعة الآخر.¹

أن مقتضى شركة العمل أن ما يتقبله أحدهما يلزم شريكه عمله معه²، ولرب العمل أن يطالب أيهما شاء بإنجاز العمل، وإذا كان العملا مختلفين فكيف لأحدهما أن ينجز ما تقبله شريكه مما لا يعرفه، ولا هو من صنعته، ولا من اختصاصه، وكيف تصح مطالبة النجار بما تقبله شريكه الطبيب مثلا³.

ولم يشترط الحنفية هذا الشرط وأجازوا شركة الأعمال مطلقا، اتفقت الأعمال أو اختلفت، تلازمت أو تباينت، فأجازوا الشركة بين النجار والطبيب، وبين المهندس والحمال مثلا⁴. وهم بذلك يستندون على أن العمل بنفسه غير لازم له، وإنما يلزمه أصل العمل، ولا يلزمه مباشرته بنفسه، ويمكنه استئجار من يعمله⁵.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 201.

². ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 4.

³. ابن قدامة، نفس المرجع، ص 4،5.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 68.

⁵. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 4،5.

وللحنابلة قولان بشرطه وعدمه، والمشهور أن لا يشترط، وتجاوز بين الصنائع المختلفة عندهم¹. كما أن الحنابلة لا يشترطون معرفة الصنعة لواحد منهم: فلو اشترك شخصان لا يعرفان الخياطة في تقبلها، ثم يدفعان ما يتقبلانه لمن يعمله وما بقي لهما من الأجرة، فإن ذلك يكون صحيحاً².

2- اتحاد المكان:

أي عدم اختلاف مكان عملهما بمعنى أن يكونا في دكان واحدة وقال الحنفية بأن اختلاف مكان العمل لا يضر³. ويضيف بعض الفقهاء المسلمين شروطاً أخرى لصحة شركة الأعمال وهي تكملة للشرطين السابقين:

3- أن يكون العمل حلالاً فلو عقد اثنان شركة على إجراء محرمات كسرقة الأموال مثلاً فلا تصح⁴.

4- أن يشتركا في الآلات التي يعملان بها إما بملك أو إجارة فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز ويقسم الشركاء الربح بينهم بالسوية، في حين يجوز جعل الربح عند الحنابلة بحسب الشرط لأن بعض الشركاء قد يكون احذق من الآخر فلا يرضى بمساواته له⁵.

ويغترف التفاوت اليسير في العمل ككون عمل أحدهما أقل من النصف قليلاً وعمل الآخر أكثر منه قليلاً، ويلزم كل من الشركاء ما قبله صاحبه ويلزمه ضمانه وإن لم يكن قبله بإذنه لأنهما صارا كالرجل الواحد فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معاً⁶.

5- أن يكون المعقود عليه في الشركة قابلاً للتوكيل وبذلك لا تجوز الشركة في الأعمال التي لا يصح التوكيل فيها، كأن يعقد العقد على الشهادة في المحاكم أو السؤال من الناس لأنه لا يجوز الاستئجار للشهادة كما لا يجوز عقد الشركة للسؤال. وكذلك لا تصح الشركة

¹. ابن قدامة، نفس المرجع، ص 4.

². البهوتي، ج 2، مرجع سابق، ص 272.

³. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 205.

⁴. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 595.

⁵. محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 180.

⁶. محمد بن ابراهيم الموسى، نفس المرجع، ص 179.

على الاحتطاب والاصطياد، وعلى جمع الأثمار من الجبال المباحة وعلى تحري وأخذ الأحجار الكريمة والجواهر من الأماكن التي لم تكن بتصرف أحد¹، وكان هذا رأي الحنفية وخالفهم الحنابلة في ذلك إذ أباحوا الشركة في المباح لأن الحصول على الشيء المباح يتم بالعمل والحرفة كالصيد والعمل يستحق به الربح أيضا كما في المضاربة².

يبدو أن رأي الحنفية كان متأثرا بطبيعة العصر وظروف المكان، فنظروا إلى الأشياء المباحة على أنها تافهة متروكة مسموح بها لكل شخص دون أن يتوقف ذلك على إذن من الحكومة أو تصريح منها، لكن الأمر اختلف وأصبح للمعادن قيمة وللصيد شأن وأصبحت الحكومة تسيطر على مكان وجود هذه الأشياء. وبالتالي فالشركة في الصيد واستخراج المعادن وغيرهما كان يسمى مباحا جائزة شرعا، على أن يكون العمل فيها قابلا للتوكيل فلا يكون الشيء تافها ومشتملا على الجهد والخبرة³.

6- تختلف الشروط عند الحنفية في شركة الأعمال في كون الشركة مفاوضة أو عنانا. فإذا كانت شركة الأعمال مفاوضة، فيشترط فيها شروط المفاوضة السابق ذكرها، مثل أهلية الكفالة، والتساوي في الأجر، ومراعاة لفظ المفاوضة أو معناه عند العقد. أما إذا كانت الشركة عنانا فلا يشترط فيها شيء من شروط المفاوضة وإنما تشترط أهلية الوكالة فقط⁴.

الفرع الثاني: أحكام شركات الأعمال

ونتحدث في هذا المجال عن طبيعة عقد الشركة ومتى يكون لازما، والالتزام بالديون واقتسام الأرباح.

أولا: لزوم عقد الشركة

شركة العقد جائزة ولا تصبح لازمة بمجرد العقد بل بتقبل العمل كما يرى الحنفية، وبالشرع فيه كما يرى المالكية⁵.

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 596.

². ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 6.

³. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 201.

⁴. الكاساني، ج6، مرجع سابق، ص 63.

⁵. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 205 .

وفي شركة الأعمال يتضامن الشركاء ويظهر ذلك في أن كل شريك يصبح وكيلًا عن الآخرين في تقبل العمل والقيام به، وفي المطالبة بأجرة العمل واقتضائها كما يسأل كل شريك عن ديون الشركة.

وقال الحنفية: الشركة عقد جائز لكل شريك أن يفسخه بشرط إعلام الآخر، ومثله قول الحنابلة¹.

ثانياً: مظاهر تضامن الشركاء

وتتلخص في الالتزام بالعمل و ضمانه، والمطالبة بالأجر.

1- الالتزام بالعمل و ضمانه:

المشهور في المذهب المالكي أن الشركاء في شركة الأعمال يلتزمون بتقبل العمل وأدائه، لأن الشركة مبنية على الضمان والوكالة، فالمستأجر له أن يطلب إيفاء العمل الذي تقبله أحد الشريكين من أيهما شاء ويكون كل واحد منهما مجبراً على إيفاء ذلك العمل². بمعنى أنه ليس لأحد الشركاء أن يقول: أن هذا العمل تقبله شريكي فليفه هو، ولا دخل لي فيه ما لم يكن قد شرط أن يعمله أحد الشريكين بنفسه ولذلك قال الحنفية: " عنان شركة الأعمال في حكم المفاوضة في ضمان العمل"³.

ومثال شركة المفاوضة في الأعمال أن يشترك صانعان مثلاً في أن يتقبل كل منهما الأعمال وإن يضمنا جميعاً العمل على التساوي وأن يتساويا في الربح والخسارة، وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما لزمه بسبب هذه الشركة. أما شركة الأبدان عنانا فهي أن يشترطاً التفاوت في العمل و الأجر بأن يقولوا إن على أحدهما الثلثين من العمل وعلى الآخر الثلث مثلاً والربح والخسارة بينهما على نسبة ذلك وكذلك إذا ذكرا لفظة عنان⁴.

وللحنابلة قولان:

¹. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 21.

². فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 598.

³. أنظر في هذا المعنى وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3910.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74.

أحدهما : كقول المالكية، وأن كل ما يتقبله أحدهما يلزم الآخر عمله، لأن الشركة تتضمن ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه¹.

والقول الثاني: أنه لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر من العمل².

ويتصل بضمن العمل، ضمان الشيء محل العمل، إذ يعتبر كل شريك ضامنا للشيء إذا تلف في يد أحد الشركاء سواء كان ذلك قبل توزيع العمل بين الشركاء أو بعده.

وقال الحنفية: ما جنته يد أحدهما فالضمان عليهما، ولصاحب العمل مؤاخذة أيهما شاء بجميع ذلك، ومتى كانت الشركة عنانا فإنما يطالب به من باشر السبب، دون صاحبه³.

وقال الحنابلة ما تلف في يد أحدهما من غير تفریط فهو منهما معا، وضمانه عليهما، وما تلف بتعدي أحدهما أو تفریطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فضمانه عليه وحده⁴.

2- اقتضاء البذل:

يحق لكل شريك سواء كان الذي تعهد بالعمل وأوفاه أو شريك آخر، وسواء كانت الشركة مفاوضة أو عنانا مطالبة المستأجر بكل الأجرة وإذا دفعها المستأجر لأيهم يبرأ من دينه وبهذا يكون التضامن من الشركاء في اقتضاء بدل العمل⁵.

يرى المالكية أنه لا بد من توزيع المداخل بحسب الأعمال وقيمتها، ويمنع التفاوت إلا أن يكون قليلا، فإذا كان عمل كل منهما قدر عملا لآخر، مساويا له في قيمته، فإن الأجرة تكون بينهما أنصافا. وإذا كانت قيمة عمل أحدهما الثلث، وقيمة عمل الآخر الثلثين، وجب أن يأخذ صاحب الثلث ثلث الأجرة، وصاحب ثلثي العمل ثلثي الأجرة، وهكذا⁶.

ثالثا: اقتسام الربح في شركة الأعمال

¹. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 5.

². ابن قدامة، نفس المرجع والصفحة.

³. الكاساني، ج 6، مرجع سابق، ص 76.

⁴. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 5.

⁵. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 599.

⁶. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 488.

يكون اقتسام الربح في هذه الشركة بحسب الضمان لا بالعمل حقيقة وهذا رأي الحنفية والحنابلة فإذا عمل أحد الشريكين دون الآخر بأن مرض أو سافر فالأجر بينهما بحسب ما شرطاً لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل فعلاً، لأن العمل قد يكون من نفس الشريك، وقد يكون من غيره كالخياط إذا استعان برجل على الخياطة فإنه يستحق الأجر، وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه، ويكفي اشتراط العمل عليهما¹.

وأعطى الحنابلة لمن عمل حق طلب الفسخ، أو أن يطلب ممن لم يعمل لعذر أن يقيم من يعمل مقامه².

يبدو أن المالكية كانوا أكثر إنصافاً فهم يرون أن الشركاء يشتركون في أجرة العمل إذا قبل الشريك العمل في حضور صاحبه أو في غيبته أو مرضه القريبين بحيث لا تزيد مدة المرض أو الغيبة عن يومين فإن زادت كان لمن قام بالعمل أجرة مثل عمله ويرجع بها على صاحبه الغائب أو المريض فيستعمل نصيبه فيها ثم يقسمان الأجرة الأصلية الحاصلة من العمل بينهما أو صافيتها بعد خصم أجرة المثل، والضمان عليهما، ويطبق هذا الحكم بشرطين أولهما أن يكون الشريكان قد قبلوا العمل ثم طرأ المرض أو الغيبة لأحدهما أو قبله أحدهما في حضور الآخر أو طول مرضه فالأجرة الأصلية كلها لمن قبل العمل، وثانيهما أن يكون العمل محل الالتزام مما لا يتكرر يومياً، فإن كان مما يتكرر اختص العامل بجمع الأجرة كالبناء والتجارة³.

ونشير إلى أن ما يأخذه الشريك في هذه الشركة ليس ربها حقيقة لأن الربح يكون عند اتحاد جنس الأصل والنماء كما في شركة الأموال، إذ نجد فيها رأس مال وربح وهما من جنس واحد، لكن في شركة الأعمال نجد عمل وربح، فلا مجانسة وإطلاق الربح عليه مجاز، وإنما هو بدل العمل⁴.

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3912.

². محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 209.

³. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، نفس المرجع، ص 210.

⁴. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، نفس المرجع والصفحة.

ويقول الحنفية أنه إذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل في الواقع، كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل فلو كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر جاز، لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل¹.
ويذكر الفقهاء وجوب مراعاة العدالة في تقسيم الربح بحيث يوجد تقارب بين العمل وحصّة الربح حتى لا يكون هناك إضرار بالشركاء، ولا يحصل شريك على ربح لا يستحقه فتكون الزيادة التي يأخذها مقابل مهارته وإتقانه لصنعتة أو في مقابل زيادة ضمانه.
كما يرجع الفقهاء قول المالكية في حال انقطاع الشريك عن العمل لمرض أو الغيبة مع ترك تحديد المدة المعتبرة لقاضي الموضوع الذي يقدرها استنادا إلى الوقائع وظروف الحال .

رابعاً: اقتسام الخسارة في شركة الأعمال

و أما الوضعية²، وتكون أيضا على قدر الضمان، حتى إنه لو شرط الشريكان ما يتقبلانه من أعمال ثلثاه على أحدهما، وثلثه على الآخر والخسارة بينهما نصفان، كان هذا الشرط العائد للخسارة باطلا، والشركة جائزة على ما شرطا على كل واحد منهما من ضمان العمل، لأن الربح إذا انقسم على قدر الضمان، كانت الوضعية على قدر الضمان أيضا³.

المطلب الثالث: أنواع شركات الأعمال ومجالات تطبيقها

سننترق فيما يلي إلى أنواع شركات الأعمال ثم نبين موضوعات شركات الأعمال من خلال التعرف على مجالات تطبيقها.

الفرع الأول: أنواع شركات الأعمال

تنقسم شركات الأعمال إلى قسمين مفاوضة وعنان، فتكون مفاوضة إذا كانت مستوفية لشروط المفاوضة، وتكون عنانا إذا لم تستوف تلك الشروط.

النوع الأول: المفاوضة في شركة الأعمال

تكون شركة الأعمال مفاوضة إذا استوفت الشروط المقررة لشركة المفاوضة، وذلك بأن يذكر فيها لفظ المفاوضة، وأن يشترط الصانعان أن يتقبلا الأعمال على التساوي وأن

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3913.

² الوضعية هي الخسران، سواء تلف أو نقصان ثمن أو غيره. أنظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3913.

يكون كل من الشريكين حرا عاقلا، أي كل واحد منهما يكون بمنزلة الكفيل فيما يجب على صاحبه، كما أنه يجب أن يتساويا في الأجر الناتج عن عملهما هذا عند الحنفية¹. أما المالكية والحنابلة فيرون أنها تكون مفاوضة بإطلاق كل شريك لصاحبه حرية التصرف وتفويضه بذلك².

النوع الثاني: العنان في شركة الأعمال

العنان في شركة الأعمال لا يشترط لها شيء من تلك الشروط اللازمة في المفاوضة، فإذا اتفقا على التفاوت في العمل أو في الأجر أو لم يكن الشريكان من أهل الكفالة. أو عقداها بلفظ العنان فإنها تكون عنانا عند الحنفية³. أما المالكية فتكون شركة الأعمال عندهم عنانا إذا اشترط الشركاء أن لا يستقل أحدهم بتصرف دون إذن شركائه⁴.

والحنابلة كالمالكية في ذلك تكون شركة الأعمال عنانا إذا لم يفوض كل شريك صاحبه في التصرف بيعا وشراء وارتهاناً ونحو ذلك⁵.

الفرع الثاني: مجالات تطبيق شركات الأعمال

إذا كان موضوع الشركات الإسلامية ينقسم إلى قسمين رئيسيين: الاتجار والعمل واختص موضوع الاتجار بشركات المضاربة والعنان، والمفاوضة والوجوه، فإن موضوع شركة الأعمال ينقسم إلى الشركة من أجل الكسب أو الصناعة أو النقل.

أ- الشركة من أجل الكسب:

تندرج تحتها كل نشاط تقوم به الشركات من أجل الكسب المباح ويكون الكسب المباح في إحدى الصور الثلاثة الآتية:

1- شركة الكسب عن طريق المحاولة:

¹. الكاساني، مرجع سابق، ص 60.

². البهوتي، ج 3، مرجع السابق، ص 531.

³. الكاساني، مرجع سابق، ص 65.

⁴. الحطاب، مرجع سابق، ص 133.

⁵. البهوتي، ج 3، مرجع سابق، ص 531.

تكون بالبحث عن خبايا الأرض و ثروات البحار كالصناعات الإستخراجية حالياً، وقد تكون في التعليم أو في الطب وقد استدل أبو داوود بما أخرجه البخاري حول الأمير الذي لدغته عقرب فعالجه ركب من أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم بعوض حيث اشتركوا فيما أخذوه.

2- شركة الكسب عن طريق إنجاز مشاريع عمرانية:

مثل شق الطرق وتشبيد السدود، وبناء القناطر والمعامل... إلخ. ويكون العمل فيها عن طريق الإجارة كما في قوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكَحَكَ إِحْدَى أَبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجْجٍ ط فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ط وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ج سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنْ الصَّالِحِينَ ١٧ ﴾¹.

أو أن تقع بالأمتار أو نحوها بدل الزمن، وإما أن تكون عن طريق الجعل فينجز المشروع بثمان يتفق عليه، كما جاء في قوله تعالى عن ذي القرنين: ﴿ فَهَلْ لَّجَعْلُ لَكَ خَرْجًا عَلَيَّ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ٢٤ ﴾².

ب- شركة الأعمال الصناعية:

وقد كان الإسلام كعادته سابقاً إلى إقرار هذا النوع حيث شجع التصنيع ودعا إلى إتقان الصناعة، وروى البخاري في شرف العمل ومنزلته عند الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده"

وكان نبي الله داوود يصنع الدروع الحربية وقال فيه المولى عز وجل: ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُودَ مِنَّا فَضْلًا ط يَنْجِبَالُ أَوْبَى مَعَهُ وَالطَّيْرُ ط وَاللَّوْنُ لَهُ الْحَدِيدُ ١٠ ﴾ أن أَعْمَلُ سَبِغْتِ وَقَدَّرَ فِي السَّرْدِ ط وَأَعْمَلُوا صَالِحًا ط إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ١١ ﴾³.

¹. الآية 27 من سورة القصص.

². الآية 94 من سورة الكهف.

³. الآيتان 10 و11 من سورة سبأ.

ويقول عزّ من قائل في آية أخرى: ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾¹.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كان زكريا عليه السلام نجارا"²

وفي هذه الآيات والأحاديث حث المسلمين على ولوج دائرة الصناعة والتصنيع لأجل ازدهار الاقتصاد وعمار البلاد .

تشتمل شركة الأعمال الصناعية على ميادين المهن الحرة والصناعات الكبيرة والمتوسطة والغيرة وتنقسم في نشاطها إلى ما يصنع بأجرة كالصياغة والخياطة أو ما يصنع لأجل البيع وهو في الغالب ما تنتجه المعامل.

ج- شركة الأعمال للحمل والنقل:

سواء نقل البضائع أو الأشخاص، وتشمل النقل الجوي والبري والبحري ويؤكد ذلك

قول الله تعالى: ﴿ أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ ﴾³.

وقد أجاز القانون السوداني هذا النوع من الشركات بنص المادة 262 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 حيث جاء فيها: " يصح عقد شركة الأعمال على تقبل حمل الأشياء ونقلها ولا اعتبار لتفاوت وسائل النقل العائدة لكل شريك في نوعها وفي قدرتها على الحمل ما دام كل شريك ضامنا للعمل".

المطلب الرابع: موقف القانون من شركات الأعمال

لم يجز القانون الجزائري الشركة القائمة على حصص عمل، فقد اشترط أن يكون للشركة رأس مال يتم الإعلان عنه لضمان حقوق الغير، وكان اختلاف الفقه في القانون الوضعي في ذلك وذهبوا مذهبين.

الفرع الأول: الرأي الأول

¹. الآية 80، سورة الأنبياء .

². حديث شريف رواه مسلم في صحيحه، مرجع سابق.

³. الآية 79 من سورة الكهف .

وهو الغالب في الفقه الوضعي ذهب إلى منع هذه الشركة وقال بضرورة تقديم أحد الشركاء - على الأقل - حصة مالية، حتى يمكن أن تكون للشركة ذمة مالية .
فلا شركة بدون رأس مال لديهم، وعليه حسب رأي هذا الفريق لا وجود للشركة من الناحية القانونية إذا كان كل ما قدمه الشركاء جميعا سوى حصصا من عمل.
ويستندون في ذلك إلى أن الحصة من العمل لا تدخل في تقويم رأس مال الشركة. وبالتالي لا يمكن التنفيذ عليها، وهذا ما ينقص من ضمان دائني الشركة¹.
كما يؤسسون دعواهم القائلة بعدم جواز شركة الأعمال إلى أن العمل أمر معنوي، والشركة في بدايتها بحاجة إلى مال لمباشرة نشاطها.
ولما كان رأس مال الشركة هو الضمان العام للدائنين فلا يجوز أن تكون حصص جميع الشركاء عملا.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشركة التي تعتمد في تكوينها على أعمال فقط فهي باطلة. وبذلك إذا ما تعاون اثنان أو أكثر على إنتاج عمل فإنه لا شركة بينهما. وما نتج من جراء عملهما معا يكون ملكا شائعا بينهما يطبق عليه أحكام وقواعد الملكية الشائعة².
بناء على هذا الرأي فإن الفقه الوضعي لا يقر ما أقره الفقه الإسلامي من جواز شركات الأعمال التي تقوم على الصنعة والحرفة دون رأس مال لهذه الشركات.

الفرع الثاني: الرأي الثاني

ذهب رأي آخر إلى إمكانية تكوين شركة بحصص من عمل مقدمة من قبل الشركاء، وأن رأس المال ليس ضروريا لقيامها.
وإذا ما قدم جميع الشركاء حصصهم من عمل، هذا لا يتعارض مع مفهومها ففي شركة التضامن، يجوز أن يكون جميع الشركاء المتضامنين شركاء بالعمل³. وهذا رأي بعض الفقه الفرنسي.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن المال ليس من مستلزمات قيام الشركة حتى يمكن إنشائها بدون حصص مالية إذ يمكن التعليق على ذلك عن طريق الاقتراض من الغير، ثم يسدد

¹. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 67.

². محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 218.

³. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 190.

القرض من الأرباح المحققة فيما بعد. كما أن وجود شريك متضامن على الأقل في شركات الأشخاص يضمن حقوق دائني الشركة. وبذلك يجوز تكوين شركة مدنية بين محامين أو أطباء أو شركة تجارية يلتزم فيها كل الشركاء بتقديم عملهم فقط.

وعلى هذا الرأي من الفقه المصري الدكتورة سميحة القليوبي حيث ترى أن ذلك متصور من الناحية العملية، كما لو اشترك عدد من الأفراد لديهم خبرة معينة في مجال معين يعتمدون أساساً على مجهودهم في بداية العمل مثل عدد من الوكلاء بالعمولة أو السماسرة في تكوين شركة تضامن أو عدد من المتخصصين في صناعة الموبيليات حيث يلتزم كل منهم بتقديم عمله في الشركة وتبدأ نشاطها على ما يطلبه الجمهور منها من أعمال ودفع جزء من هذه القيمة مقدماً¹.

وقد أخذت بهذا الاتجاه بعض التشريعات العربية مثل المشرع اللبناني، وأخذ أيضاً قانون المعاملات المدنية السوداني بشركة الأعمال في الصناعات، وهذا يتضح من تعريف القانون لشركة الأعمال بأنها "عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على التزام العمل وضمانه للغير لقاء لأجر سواء أكانوا متساويين أم متفاضلين"².

يتضح من التعريف أن القانون السوداني أخذ بصورتي شركة الأعمال (المفاوضة والعنان) ونص القانون السوداني على التزام كل من الشركاء في (شركة الأعمال) بأداء العمل الذي تقبله أو تعهده أحدهم، وأنه يحق لكل من الشركاء اقتضاء الأجر المتفق عليه وتبرأ ذمة صاحب العمل بدفعه إلى أي منهم، كما نص على أنه لا يجيز الشريك على إيفاء ما تقبله من العمل بنفسه فله أن يعطيه إلى شريكه أو إلى آخر من غير الشركاء إلا إذا شرط عليه صاحب العمل أن يقوم به بنفسه³.

كما أن القانون السوداني نص على أن يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه، ويجوز التفاضل في الربح ولو اشترط التساوي في العمل وأن الشركاء متضامنون في إيفاء العمل ويستحق كل منهم حصته من الربح ولو لم يعمل، كما نص على أنه إذا أتلّف

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 66.

². المادة 258 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.

³. المادة 259 من نفس القانون.

الشيء الذي يجب العمل منه أو تغيب بفضل أحد الشركاء جاز لصاحب العمل أن يضمن ماله أي شريك شاء وتقسم الخسارة بين الشركاء بقدر ضمان كل منهم. ويتضح مما تقدم أن القانون السوداني تأثر بالفقه الإسلامي وأخذ بصورتي شركة الأعمال (المفاوضة والعنان).

واقتبس القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي أحكام شركة الأعمال، حيث عرفها بقوله: " شركة الأعمال هي شركة على تقبل الأعمال والتعهد به للغير على أن تقسم الأجرة بين الشركاء سواء أكانوا متساويين أم متفاضلين. وكل واحد من الشركاء وكيل للآخرين في تقبل الأعمال ولصاحب العمل أن يطلب إيفاءه من أي شريك، ولكل واحد من الشركاء مطالبة صاحب العمل بتمام الأجر إذا دفعه صاحب العمل إلى أيهم برئ، وغير ذلك من الأحكام المأخوذة من الفقه الإسلامي. و يكون بذلك القانون السوداني قد استمد أحكامه بخصوص هذا النوع من الشركات من الشريعة الإسلامية الغراء.

والفقه الإسلامي قد خطى خطوات سريعة بالنسبة لشركة الأعمال، إذا لم يكتف بإقرارها، بل وسارع إلى تنظيمها حتى تكون ملاذ كل من يريد النهوض باقتصاد هذه البلاد، في حين نرى تتأقل القانون الوضعي في هذا الصدد إذ لا يزال يخطو خطوات بطيئة بشأن إدراج شركات الأعمال ضمن قائمة الشركات المقررة قانوناً.

المبحث الثالث: شركة الوجوه

شركة الوجوه هي القسم الثالث من شركات الأشخاص في الشريعة الإسلامية، وهي أن يشترك وجهان عند الناس، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشترى في ذممهما بالنسيئة (أي بمؤجل) ويبيعا نقداً بما لهما من وجاهة عند الناس، فيقولوا اشتركتنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزقنا الله سبحانه من ربح بيننا بشرط كذا¹. فهي شركة تقوم على أساس وجاهة الشريكين ومالهما من جاه عند الناس فضلاً عن ثقة التجار بهما.

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3886 ، 3887.

وسمي هذا النوع شركة الوجوه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا لوجيه من الناس عادة وهي معروفة بالشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال.¹

المطلب الأول: تعريف شركة الوجوه وحكمها

تتميز شركة الوجوه عن شركة المال و شركة العمل، فهي شركة خالية من رأس المال، فكيف تكون هذه الشركة؟ وما هو حكمها؟

الفرع الأول: تعريف شركة الوجوه

يقال وجه فلان وجاهة صار ذا قدر ورتبة، ورجل وجيه، ذو وجاهة، وقد وجه الرجل بالضم صار وجيها أي ذا جاه وقدر وأوجهه السلطان شرفه. وأوجهه الله أي صيره وجيها.² قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ ءَادُوا مُوسَىٰ فَبَرَأهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهًا﴾³.

تسمى شركة الوجوه بشركة المفاليس⁴، لأنها تقوم بين من لا مال لهما، أو لهما مال قليل تافه على أن يشتريا بالدين ما وجدا من سلع، على أن كل واحد منهما ضامن للآخر، فيما يشتريانه، أو يشتريه أحدهما، والربح لهما، والخسارة عليهما بحسب ما يتفقان عليه.⁵ وعرف الفقهاء شركة الوجوه بتعريفات نذكرها فيما يلي:

أ- المالكية:

عرف المالكية شركة الوجوه بأنها هي أن يشتركا على غير مال ولا عمل وهي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال.⁶

¹. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 3887.

². ابن منظور، مرجع سابق، ص 502.

³. الآية 69 من سورة الأحزاب.

⁴. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 492.

⁵. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 509، 510.

⁶. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

وهي الشركة التي يبيع فيها الوجيه مال خامل بجزء من ربحه، أو أن يتفق وجيهه وخامل على أن يشتري الوجيه في الذمة ويبيع الخامل ويكون الربح بينهما¹.

ب- الشافعية:

يعرف الشافعية شركة الوجوه بأنها: أن يشترك وجيهان يبتاعان في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما يبيعه ويؤديان الأثمان فما فضل فهو بينهما. أو أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل على أن يكون الربح بينهما².

ج- الحنفية:

عرف الحنفية شركة الوجوه بقولهم: هي أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا، وسميت بذلك لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس³.

د- الحنابلة:

ويعرف الحنابلة شركة الوجوه بأنها: هي أن يشترك اثنان فيما يشتريانه بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشتريا بينهما نصفين أو ثلاثا ويبيعان فما قسم الله تعالى فهو بينهما⁴.

باستقراء التعريفات السابقة يتضح اتفاقها في كون شركة الوجوه هي اشتراك في البيع والشراء بناء على ما يتمتع به الشركاء من وجاهة وثقة التجار بهم من غير رأس مال أو عمل.

الفرع الثاني: حكم شركة الوجوه

لم يتفق الفقهاء على رأي واحد حول مشروعية هذه الشركة، فبعض الفقهاء أجازها، ومنهم الفقه الحنفي والحنبلي، والبعض الآخر أبطلها ومنهم الفقه المالكي والشافعي.

أولاً: المجيزون لشركة الوجوه و أدلتهم

¹.الخطاب، ج 5، مرجع سابق، ص 142.

². الرملي، مرجع سابق، ص 5.

³.ابن همام، ج 5، مرجع سابق، ص 30.

⁴. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 15.

شركة الوجوه جائزة عند الحنفية والحنابلة، وقد قسمها الحنفية إلى مفاوضة وعنان، لكن الحنابلة جعلوا شركة الوجوه نوعا واحدا يقوم على تضامن الشركاء في الدين واقتسامهم الربح والخسارة حسب الاتفاق كشركة عنان¹. وقد استدل أنصار هذا الرأي بما يلي:

أ- أن الناس قد تعاملوا بها في سائر الأمصار من غير أن ينكر أحد ذلك وذلك يعتبر بمثابة إجماع منهم².

ب- الحاجة والضرورة تقتضي التعامل بها، فبعض الناس لا يملكون مالا للمشاركة، فلا مانع شرعا من تعاملهم بمقتضى سمعتهم³.

ج- شركة الوجوه تشتمل العمل، وهي وإن كانت تقوم على الأمانة، ويستند الربح فيها إلى الضمان، فالشريك يمارس أعمال التجارة بالإضافة إلى ما يتمتع به من سمعة، بمعنى أن ما اتفقا عليه الشركاء في شركة الوجوه يعد عملا من الأعمال، فيجوز أن تتعقد عليه الشركة⁴.

د- تتضمن شركة الوجوه وكالة كل من الشركاء للآخر في البيع والشراء أي توكيل الشريك لصاحبه في التصرف، كما أنها تتضمن الكفالة بالثمن، وكل من الوكالة والكفالة من الأعمال الجائزة شرعا والمشتمل على الجائز جائز⁵.

ثانيا: المانعون لشركة الوجوه وأدلتهم

وأما المانعين لجواز شركة الوجوه من المالكية والشافعية فلم يستدلوا لاتهم:

أ- قال المالكية بفساد شركة الوجوه لما تتضمنه من غرر، لأن كل واحد من الشريكين عاوض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة، ولا عمل مخصوص⁶، فلم يكن الربح نماء للمال، ولا مقابلا للعمل، فلا يستحق⁷.

¹. ابن قدامة، نفس المرجع، ص 12.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 3886.

³. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 170.

⁴. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

⁵. الكاساني، مرجع سابق، ص 57. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 46.

⁶. ابن رشد، مرجع سابق، ص 698.

⁷. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 3886.

فهي فاسدة، ولأنها اشترك بالذمم والاشترك بالذمم لا يجوز، فهي من باب " تحمل عني وأتحمل عنك و أسلفني وأسلفك" فهي من باب ضمان بجعل وسلف يجر نفعا¹. وهم بذلك اشترطوا لتحقق الفساد في شركة الوجوه أن يتم شراء شيء غير معين وشرط تحمل كل شريك ما يكون على صاحبه. و لذلك فبمفهوم المخالفة فهم يجيزونها إذا تعاقد الشركاء على شراء شيء معين وتساويا في الضمان.

ب- الشافعية قالوا ببطلان هذه الشركة ويستدلون على ذلك بما يلي :

أنها شركة لا تقوم على مال ولا عمل وكلاهما معدومان في هذه المسألة²، ومفهوم الشركة عند الشافعية يبنى على اختلاط الأموال، ولا يقع الاختلاط إلا في الأموال، وهذه الشركة ليس فيها مال، فما يعمل كل واحد منهما يملك ثمرته، فلا يشاركه الآخر في ربحه³.

ثالثا: رأي الفقهاء المحدثون

يرد العلماء المحدثون على استدلالات من لم يجز شركة الوجوه، ويرجعون جوازها كما فعل الأحناف والحنابلة، ويستندون إلى ما يلي:

1- يرى العلماء المحدثون أن الغرر غير وارد في شركة الوجوه، كما قال المالكية لأنها شركة كشركة الأعمال أو أية شركة أخرى، يكون الكسب فيها مجهولا ولا يعلم إلا بحصوله، ومع ذلك لم يمنع من صحتها لأن العبرة إنما هي بمعرفة مقدار النصيب من الربح، والعلم بالكسب لا يكون إلا بعد حصوله، وجهالة ذلك لا يؤدي إلى فساد الشركة لأنها جهالة يسيرة فتغتفر⁴.

ويقول بعض الفقهاء أن المالكية يجيزون شركة الوجوه بالمعنى الذي قال به الحنفية، ولا يجيزون شركة الوجوه بمعنى آخر، وهو أن يتفق ذو وجهة مع رجل خمل⁵ لا نباهة له ولا وجهة عنده، على أن يبيع الوجيه تجارة الرجل الخمل، وله مقابل ذلك جزء من الربح،

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 603.

². ويتفق المالكية مع الشافعية في هذه المسألة، أنظر: ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 698.

³. على الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 98.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 187.

⁵. رجل خمل: غير نبيه خامل الذهن، أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق.

فهذه جعلوا فيها التغيير، لأن الناس يثقون بالوجيه فيشترون تجارته، ولذلك فهم يجعلون للوجيه أجر المثل في هذه الحالة، ولا تكون الشركة شركة¹.

2- يظهر أن هذه الشركة تشبه شركة المضاربة - التي ستم معالجتها بعد شركة الوجوه - فإن الرجل الخمل، دفع ماله عروضاً إلى شخص آخر ليعمل به، وهو معنى المضاربة²، والعمل هنا هو البيع والشراء والأخذ والعطاء، فكان العمل عنصراً رئيسياً في قيامها. وعدم قيامها على المال لا يمنع صحتها لأن الحاجة إلى طلب أصل المال أشد من الحاجة إلى استغلاله وطلب الربح فيه³.

3- أن سمعة الشخص ووجاهته في مجال التجارة لا تتبع من فراغ، ولا تقوم على غير أساس فهي غالباً ما تكون ثمرة لحسن التعامل، والشهرة بالأمانة وضمن الحقوق⁴.

4- أن الربح الذي يستحقه يكون بسبب ضمان الدين وبذلك يكون الشريك قد قدم عملاً وضمناً إلى جانب ثقته التجارية، فكيف يمنع صاحب هذه الحصة من المشاركة في الشركة.

على ضوء ما تقدم يذهب العلماء المحدثون إلى جواز هذا العقد المتمثل في شركة الوجوه، لما فيها من خدمة لمصالح العباد. وحاجتهم لتحصيل أصل المال، خاصة وأنه لم يرد نص شرعي يمنع جوازها لأن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص التحريم. وعليه يمكن اعتبار حصص الشركاء في شركة الوجوه حصصاً جائزة لاقتربها بالائتمان وبالتالي تعطي لأصحابها حق الحصول على الربح وهذا ما يراه الحنابلة حيث يدخلون عنصر العمل على هذه الحصة ويشبهون الشركة بشركة العنان في توزيع الأرباح والخسائر.

صفوة القول أن فقهاء الشريعة يرون بأن الثقة التي يتمتع بها الشخص في مجال التجارة تصلح وتجاوز بأن تكون حصة مما قد يساعد على تحقيق أغراض الشركة. فكثيراً

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 47.

². ويختلف عن المضاربة في كون المال في يد الخامل لا يسلمه إلى الوجيه، في حين من شروط صحة المضاربة كما سنرى تسليم صاحب المال إلى المضارب للعمل به لتحقيق الربح.

³. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 186.

⁴. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 171.

ما يكون من مصلحة الشركاء في الشركات التجارية أن ينظم إليهم شخص ذو ثراء أو شخص اكتسب شهرة كبيرة في الميدان التجاري¹.

كما أن في إجازة شركة الوجوه والعمل بها فوائد كثيرة على مستوى الفرد والجماعة، فأما الفرد فكثيرا ما يكون بعض الأشخاص لا يملك المال، وهو مع ذلك يتمتع بجانب كبير من الخبرة وحسن التصرف في المجال التجاري فضلا عن الثقة التي يمتاز بها بين الناس نظرا لوجهته وأخلاقه، وبهذا فمن الإنصاف له أن يمنح فرصة للانتفاع بما وهبه الله ما دام ذلك لا يتعارض مع ما توجبه الشريعة الإسلامية، بل نقول تماشيا مع تحت عليه الشريعة الإسلامية من السعي في طلب الرزق.

أما الفائدة التي تعود على المجتمع تظهر في التعاون بين أفراد المجتمع بعد الاشتراك كل بما لديه سعيا منهم للنهوض بالمجتمع والمساهمة في بناء الاقتصاد.

المطلب الثاني: شروط شركة الوجوه وأحكامها

قصد الإحاطة بشركة الوجوه يتعين التطرق أولا إلى شروطها ثم الإلمام بأحكامها.

الفرع الأول: شروط شركة الوجوه

لشركة الوجوه شروط يجب مراعاتها لصحة هذه الشركة نوجزها فيما يلي:

1- لا يشترط التساوي في حصة الشريكين في المال المشترك فكما يجوز أن يكون ما اشتراه الشريكان من المال مناصفة بينهما فيجوز أيضا أن يكون ثلثين أو ثلثا². وينبغي التمييز في هذا المجال بين ما إذا كانت شركة الوجوه عنانا أو شركة مفاوضة فالتساوي لا يشترط في حصة الشريكين اللذين عقدا شركة الوجوه عنانا في المال المشترى كأن يشتري أحدهما ربع السلع والآخر باقيها، أو لم يذكر شيئا يدل على المفاوضة³. أما شركة الوجوه مفاوضة فهي أن يكونا من أهل الكفالة وأن يكون المشترى بينهما نصفين، وعلى كل واحد منهما ثمنه، وأن يتساويا في الربح ويتلفظا بالمفاوضة ويذكر معنى تقصيتها، فتتحقق وكالة كل واحد منهما عن صاحبه فيما له وكفالاته فيما عليه⁴.

¹ فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص، مرجع سابق، ص 49.

² فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 604.

³ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 74.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 44.

كما تجوز شركة الوجوه على نوع واحد من أنواع التجارة، فتجوز أيضا على عموم أنواع التجارات، وتسمى الأولى شركة وجوه خاصة وتسمى الثانية شركة وجوه عامة¹.

2- استحقاق الربح في شركة الوجوه إنما هو بالضمان، ويقصد بالضمان ثمن المال المشتري ويكون هذا الضمان بنسبة حصة الشريكين فيه². وبالتالي إذا اشترطا أن يكون المال المشتري مشتركا مناصفة بينهما، يكون حينها ثمن المال المشتري دينا على الشريكين مناصفة.

3- أن تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشتري بما أن ضمان ثمن المشتري هو بحسب ما لكل شريك فيه من حصة، فإذا شرط لأحدهم زيادة كان الشرط لاغيا³. ويكون اشتراط الزيادة له داخلا في ربح ما لم يضمن، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن⁴.

4- أن الضرر والخسارة يقسمان في كل حال بنسبة مقدار حصة الشريكين في المال المشتري سواء باشرا عقد الشراء معا أو باشره أحدهما فقط⁵. و مثال ذلك إذا حدثت خسارة وتضرر شريكا في شركة الوجوه سواء في بيعهما أو شرائهما، فإذا عقدا الشركة على أن يكون المال المشتري مناصفة بينهما، فيقسم الضرر والخسارة بالتساوي أيضا. أما إذا عقدا الشركة على أن حصة المال المشتري ثلثين و ثلثا أي (لا مناصفة فيهما)، فيقسم الضرر والخسارة أيضا ثلثين وثلثا سواء اشترى المال الذي خسرا فيه معا أو اشتراه أحدهما، لأن المشتري هنا يكون وكيلا عن الآخر.

وقبل أن نغادر شروط هذه الشركة إلى أحكامها، رأينا أن نبين أن المذهب المالكي منع شركة الذمم بشروط خاصة، فلو انتفت هذه الشروط صحت الشركة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي⁶:

1. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 605.

2. فوزي عطوي، نفس المرجع والصفحة.

3. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 492.

4. رواه أبو دود والترمذي وصححه النسائي وابن ماجه، أنظر نيل الأوطار، ج5، مرجع سابق، ص175.

5. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 492.

6. محمد تأويل، مرجع سابق، ص517، 519، 518.

1- أن يتفقا على الشراء بلا مال، أو مال قليل تافه لا يكفي للتجارة فيما عزموا على الاتجار فيه.

2- أن يتم الاتفاق على شراء سلع غير معينة بالذات بأن يفوض كل واحد للآخر في شراء ما يشاء من السلع، أو في نوع خاص دون سواه، يتفقان على الاتجار فيه، كأن يأخذ كل واحد من المعمل أو من التجار الكبار سلعا بالدين يبيعانها، ويقسمان الربح.

فإن كان الاتفاق على شراء سلعة بعينها، حاضرة عند العقد أو غائبة، اشتريها بالدين، وكل منهما ضامن للآخر فيما ينوبه من الثمن، جاز ذلك في مذهب مالك. مثل أن يشتريا شاحنة، أو جرارا، أو بقرة أو غير ذلك بالدين شركة بينهما، إلا أنه يشترط التساوي في الضمان، بأن يضمن كل واحد صاحبه في قدر ما ضمنه هو فيه، فإذا كانت السلعة أنصافا ضمن كل واحد منهما الآخر في نصف الثمن، وإذا كانت بينهما أثلاثا ضمن صاحب الثلث شريكه في ثلث الدين، وضمنه صاحب الثلثين في الثلث، وهكذا، فإن اتفقا على أن يضمن صاحب الثلث شريكه في الثلثين، ليضمنه هو الآخر في الثلث لم يجز.

بخلاف ما لو ضمن أحدهما صاحبه فقط، أو لم يضمن أحدهما الآخر، فإن ذلك يجوز بالأحرى من صورة التساوي في الضمان لانتفاء العلة التي هي أضمني وأضمنك، وقد ستشكل التفريق بين السلع المعينة وغير المعينة لوجود علة المنع في الجميع، وهي اضمني وأضمنك، وأسلفني وأسلفك. فإما أن تجوز الشركة في الجميع كما يقول الحنابلة والحنفية، وإما أن تمنع في الجميع كما يقول الشافعية. ولا تبطل في بعض دون بعض كما يراه المالكية، إلا أن بعض المالكية أجاب بأن شراء المعينات بالدين ثابت عن السلف، وهو رخصة لا يقاس عليها.

3- الشرط الثالث لفساد هذه الشركة أن يتم الاتفاق بين الشريكين على أن كل واحد منهما ضامن للآخر في كل ما يشتريه من السلع.

ومقتضى هذا أنه إذا لم يضمن أحدهما الآخر، واتفقا على أن كل واحد يضمن نصيبه فقط، فإن الشركة تكون صحيحة لانتفاء علة المنع التي هي تبادل الضمان والسلف. وكذلك إذا ضمن أحدهما صاحبه بأن كان الضمان من أحدهما فقط.

الخلاصة أن الاشتراك في التجارة بلا رأس مال أو مال قليل ممنوعة في مذهب الإمام مالك إلا في حالتين:

- 1- إذا كانت السلعة معينة وضمن كل واحد شريكه في قدر ما ضمنه الآخر.
- 2- أو كان الضمان من أحدهما فقط، أو لم يضمن أي واحد منهما الآخر.

الفرع الثاني: أحكام شركة الوجوه

ولشركة الوجوه أحكام يجب لزومها وهي كالاتي:

- 1- للبائع أن يطالب بالثمن الشريك المشتري باعتباره عاقداً، ويرجع الشريك المشتري بعد الأداء بالنصف على شريكه. وإذا شرطت المثلثة في المال المشتري، فيلزم مثلثة أيضاً والاشتراك بصور أخرى يقاس على نفس النحو الذي ذكر.
- 2- بما أن حصة كل شريك في الربح بقدر حصته في المال المشتري فإن شرط لأحدهما زيادة عن حصته في المال المشتري فالشرط لغو ويقسم الربح بينهما بنسبة مقدار حصة كل منهما في المال المشتري¹، ومثال ذلك إذا شرط أن تكون الأشياء المشتراة مناصفة بينهما فيكون كذلك الربح مناصفة، وإن شرط أن تكون ربعين وربعاً فيكون الربح أيضاً ربعين وربعاً. ولكن إن شرط تقسيم الربح ربعين وربعاً مع كون قد شرط أن تكون مناصفة بينهما. فلا يعتد بهذا الشرط ويقسم الربح بينهما مناصفة. وعلة ما تقدم أي لاعتبار الشرط لا غيا أن الزيادة في هذه الحالة تكون ربح ما لم يضمن، وأما العقد فيبقى صحيحاً². مع العلم أنه في شركة الأموال عنانا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال كما قلنا سابقاً.

- 3- ويرى الحنابلة أن هذه الشركة تترتب عليها كل الآثار المترتبة على الشركة الصحيحة، كشركة العنان، وأن الربح فيها على ما اتفقا عليه من تساو أو تفاضل، على الأصح عندهم، قياساً على سائر الشركات³.

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 605.

². فوزي عطوي، نفس المرجع، ص 606.

³. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 27.

4- لقد تقدم أن الأحناف قد قسموا شركة الوجوه إلى مفاوضة وعنان، إلا أن الحنابلة أجازوا شركة الوجوه ولكن قصرها على ما إذا كانت الشركة شركة عنان، أما إذا كانت شركة مفاوضة فلا تجوز عندهم مطلقاً، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله، لما فيها من الغرر فلم يصح كبيع الغرر¹. ووجه الغرر أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء ليس في مقدوره فعله.

وفي مطلق الأحوال فإن شركة الوجوه مفاوضة أو عنان، هي من الشركات الجائزة على أرجح الآراء، لأنها تقوم العمل إلى جانب الثقة التجارية والتغريب غير واضح كما يقول بعض الفقهاء المحدثين، كما أن التراضي واضح وقائم بين الشريكين، فلا يحدث استغلال أحدهما للآخر إلا نادراً والنادر لا يقاس عليه إذ الأصل هو العدل والمساواة بينهما نتيجة لمراعاتهما وأمر المولى عز وجل من تجنب الغش والتدليس والاستغلال وكل ما يمكنه الإساءة إلى الطرف الآخر وكما يقول الدكتور عبد العزيز الخياط: " والمنطق أن الشيء لا يحرم لمجرد احتمال وقوع الغرر فيه، إذ لم يتحقق، كما أن البيع لا يمنع بمجرد احتمال الغش فيه"²

المطلب الثالث: أقسام شركة الوجوه

شركة الوجوه عند الحنابلة نوع واحد وهي اشتراك في الشراء بالدين والربح بينهما³.
وعند الشافعية ثلاثة أنواع⁴:

- 1- أن يشترك وجيهان في الشراء بالدين لهما والربح بينهما.
 - 2- أن يشتري الوجيه في ذمته ويفوض بيعه لخامل، والربح بينهما.
 - 3- أن يشترك وجيه لا مال له وخامل له مال، ليكون المال من هذا، والعمل من الخامل، من غير تسليم المال إليه، والربح بينهما.
- وشركة الوجوه عند الحنفية قسمان مفاوضة وعنان.

القسم الأول: شركة الوجوه مفاوضة

¹. أنظر في هذا المعنى وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3910.

². أنظر عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 49.

³. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 12.

⁴. محمد تأويل، مرجع سابق، ص 525.

تكون شركة الوجوه مفاوضة إذا تحققت فيها الشروط اللازمة للمفاوضة، وذلك بأن يكون الشريكان من أهل الكفالة، وأن يكون المشتري بينهما نصفين وعلى كل واحد منهم أن يتكفل بتسديد الثمن، وأن يتساويا في الربح، ويتلفظا بالمفاوضة أو يذكرها معنى يقتضيها فتتحقق وكالة كل واحد منهما عن صاحبه فيما له وكفالاته فيما عليه هذا عند الحنفية¹. وتكون مفاوضة عند الحنابلة إذا فوض كل شريك صاحبه في حرية التصرف، بيعا وشراء ومضاربة وتوكيلا وارتهانا وضمانا².

القسم الثاني: شركة الوجوه عنانا

تكون شركة الوجوه عنانا عندما يفوت شيء من هذه القيود كأن لا يكونا من أهل الكفالة أو يتفاضلا فيما يشتريانه كأن يشتري أحدهما ربع السلع والآخر باقيها أو لم يذكر شيئا يدل على المفاوضة³. فيكون ضمان المشتري بينهما على قدر ملكيهما فيه والربح بينهما على قدر الضمان⁴.

أما الحنابلة فتكون شركة الوجوه عنانا عندهم إذا لم يفوض كل شريك صاحبه في التصرف، أو اشترط الشركاء أن لا يباشر كل منهم تصرفات معينة⁵.

المطلب الرابع: موقف القانون من شركة الوجوه

سبق وأن أشرنا إلى أنه لا شركة دون حصص مقدمة والحصص التي يجوز تقديمها للمساهمة في الشركة تكون إما حصصا مالية أو عملا وهذا باتفاق الفقه الإسلامي والقانون.

غير أن السؤال يثور حول ما إذا كانت الثقة والنفوذ تصلح أن تكون حصة مقدمة للشركة أم لا؟

للإجابة عن هذا السؤال سنورد ما جاء به القانون لنرى آخر ما توصل إليه بعد أن تعرفنا على رأي الفقه الإسلامي فيما استقر عليه منذ أمد بعيد في هذا المجال.

¹. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74.

². البهوتي، ج3، مرجع سابق، ص531.

³. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74

⁴. الكاساني، مرجع سابق، ص 65.

⁵. البهوتي، ج3، مرجع سابق، ص 496.

وكما سبق وأن أشرنا أن السمعة والثقة والنفوذ والائتمان ألفاظ يراد بها قدرة الشخص على التأثير في مجريات الحياة، وفي معاملات الناس نتيجة لمركز تجاري أو سياسي أو وظيفة عامة¹.

وقد أكدت المادة 420 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر على عدم جواز اقتصار حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية. وقبل أن نخوض في غمار الحديث عن هذه الحصة المقدمة يجب أن نوضح ما يقصد بالثقة المالية، حيث تقسم الثقة المالية إلى قسمين سياسية وتجارية. فالثقة السياسية هي ما يتمتع به الشخص من نفوذ في مجال السياسة وهو بذلك قادر على التأثير بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كاستعمال وساطة. وهذا النوع من الثقة لا خلاف في عدم جوازه، وذلك تقاديا للاستغلال غير المشروع للنفوذ²، لأنه في الواقع استغلال النفوذ يجافي النظام العام والآداب العامة.

أما الثقة التجارية هي النابعة من الخبرة والدراية في مجال المعاملات التجارية. وقد عرفها البعض بأنها: "السهولة التي يستطيع بها شخص معروف إيجاد أناس يقبلون إقراضه نقودا أو يمنحونه كل الثقة"³. إن مجرد ذكر اسم شخص ما يكون كافيا في الشعور بالأمان في المجال الذي اشتهر فيه وفي نطاق ما تباشره الشركة من نشاط. وهذا ما تبنى عليه شركات الوجوه في الفقه الإسلامي.

اختلفت آراء الفقهاء في حكم هذا النوع من الثقة فمنهم من يرى أنه لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يتمتع به من ثقة لأن ذلك لا يمكن تقويمه بالمال ولا يرد عليه الملك، فلا يصح أن يكون رأس مال في الشركة.⁴

وما يستفاد من نص المادة 420 من القانون المدني الجزائري عدم جواز الثقة المالية حصة في الشركة، هذا إذا اعتمد الشخص على هذه الثقة وحدها دون أن يقوم بأي عمل أو يبذل أي جهد، أما إذا أضاف الشخص على هذه الثقة عملا جديا كان هذا حصة.

¹. محمد بن عبد الرحمان الزرقا، مرجع سابق، ص 164.

². محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 279.

³. محمد بن عبد الرحمان الزرقا، مرجع سابق، ص 165.

⁴. أنظر فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص، مرجع سابق، ص 49.

بينما نجد اتجاه فقهي آخر يجيز أن تكون الثقة التجارية التي يتمتع بها أحد الشركاء حصة معتمدة لتكوين شركة، فهذه الثقة قد يكون لها فائدة كبرى بأن تسهل للشركة الحصول على الائتمان.

يستند أنصار هذا الرأي إلى الواقع فيرون أنه مادام سببها على التنازل عن الاسم التجاري خسارة للشخص وكسبا للشركة والكسب والخسارة هما مظهر تشخيص الحصة، فهذه الثقة لها قيمة مالية من جهة ويمكنها أن تساهم في نجاح الشركة من جهة أخرى. ومن مؤيدي هذا الرأي من يشترط لذلك أن يسأل صاحبها عن ديون الشركة مسؤولية غير محدودة في أمواله فلا يصح أن يكون شريكا موصيا¹.

ويرد أصحاب الرأي الأول قائلين: بأن مجرد تصريح الشخص صاحب الاسم التجاري باستعمال اسمه وإعلانه بين الشركاء لا يعد حصة لأنه ليس مالا ولا عملا خصوصا وأن القانون قد نص على الطريقة التي يتم بها استغلال شخصية الشريك وهي حصة العمل. أما الشريعة الإسلامية فلا تعرف طريقة للحصول على الربح بغير جهد وعمل أو مشاركة بالمال وما يسمى بالنفوذ السياسي فهو ممنوع شرعا ولا يجوز كحصة في الشركة وإن أسباب الحصول على الربح محصورة في المال والعمل والضمان وهو ما يسمى بالسمعة التجارية.

المبحث الرابع: شركة المضاربة أو القراض²

شركة المضاربة هي القسم الرابع من أقسام شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي، وهي شركة تجمع بين المال المقدم من طرف رب المال والجهد البدني المقدم من قبل المضارب. وهناك من الفقهاء من يعتبرها من جنس الإجازات نظرا لكون العمل والربح غير معلومين فيها.

وحتى نستفيض في هذا النوع من الشركات وجب دراسة شركة المضاربة وتأصيلها الشرعي فضلا عن بيان شروطها والوقوف على أحكامها كجانب نظري، ثم الخروج بهذه الشركة إلى فضاء الواقع العملي قصد إبراز الدور الفعال لهذا النوع من الشركات في مجال الاستثمار.

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص166.

². أنظر الملحق رقم 1.

المطلب الأول: تعريف شركة المضاربة وحكمها

المضاربة نوع من الشركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر، وهي من العقود المالية الدائرة بين النفع و الضرر¹. وللتعرف على تفاصيل هذه الشركة لابد من التعريف بها لتمييزها عن باقي الشركات المقررة في الشريعة الإسلامية، ثم الوقوف على أحكامها.

الفرع الأول: تعريف شركة المضاربة

المضاربة لغة أهل العراق، والقراض لغة أهل الحجاز وهما بمعنى واحد².

ويقال ضارب مضاربة، وقارضه قراضاً أو مقارضة. والقراض مشتق من القرض وهو القطع³. فالمالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها، ويعطيه قطعة من الربح⁴. أما المقارضة فهي المساواة لتساويها في استحقاق الربح، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل، وهي لهذا تشبه الإجارة، لأن العامل فيها يستحق حصته من الربح جزاء عمله في المال⁵.

معنى المضاربة مأخوذ من الضرب في الأرض، وهو السير فيها⁶، وقد يكون للغزو أو بغرض التجارة وطلب الرزق⁷، قال تعالى: "وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله"⁸، وقيل مأخوذ من الضرب في المال بمعنى التصرف، قصد الاتجار فيه⁹.

ويتضح من ذلك أن المعنى متحد وإن اختلف الإطلاق اللغوي.

وقد أورد الفقهاء الأربعة تعريفات لشركة المضاربة هي كالتالي:

¹. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 493.

². المقارضة لغة بمعنى المقاطعة، من قرض الفأر الثوب، إذ قطعه. أنظر: مادتي (ضرب وقرض) في لسان العرب لابن منظور، ص 544، مرجع سابق

³. وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، ج 5، ص 3923.

⁴. مالك بن أنس، الموطأ، ج 1، 2، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2004، ص 354، هامش 1.

⁵. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 283 .

⁶. السير فيها بمعنى السفر، والسفر يسمى ضرب في الأرض. أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، ج 5، ص 3923.

⁷. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 2000، ص 09.

⁸. الآية 20 من سورة المزمل.

⁹. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 283.

أ- المالكية:

يعرف الإمام مالك بن أنس عقد المضاربة أو القراض بأنه: " أن يدفع إليه مالا يتجر فيه، والربح مشترك بينهما"¹.

يعرف الإمام وليد بن رشد عقد القراض بأن: " صفته أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال، أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا، أو ربعا، أو نصفاً"².

ب- الشافعية:

يعرف الشافعية القراض بأنه: " هو أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما" أو هو عقد يتضمن دفع مال لآخر ليتجر فيه والربح بينهما"³.

بعد سرد تعريفات الفقهاء الأربعة لشركة المضاربة يتضح أن التعريف المتفق عليه بين الفقهاء هو أن المضاربة: عقد على الشركة بين اثنين أو أكثر يقدم أحدهما مالا والآخر عملا ويكون الربح بينهما حسب الاتفاق والشرط.

ج- الحنفية:

عرفها الحنفية بقولهم: " هي عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين، وعمل من الآخر."⁴

ويرى الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني أن المقصود من عقد القراض هو تنمية المال عن طريق الزيادة والتمير"⁵.

د- الحنابلة:

عرّف الحنابلة شركة المضاربة بأنها: " أن يدفع صاحب المال قدرا معيناً إلى من يتجر فيه بجزء معلوم مشاع من ربحه". أو: " هي أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه"⁶.

¹. مالك بن أنس، الموطأ، ج 1، 2، مرجع سابق، ص 354.

². ابن رشد، مرجع سابق، ص 681.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 192.

⁴. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3932.

⁵. الكاساني، مرجع سابق، ص 27.

⁶. ابن قدامة، ج7، مرجع سابق، ص132.

الفرع الثاني: حكم شركة المضاربة

لقد شرعت شركة المضاربة باتفاق أئمة المذاهب وذلك لورود أدلة من القرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس والدليل العقلي، وقال الإمام ابن رشد: "ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام".¹

أولاً: القرآن الكريم

يقول الله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾²

وقال عز وجل: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾³

وقال تبارك وتعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾⁴

ويظهر من الآيات الكريمت أن الغالب على شركة المضاربة هو سفر العامل طلباً لرزق الله في المكاسب والمتاجر وهذه الآيات بعمومها تتناول إطلاق العمل في المال بالمضاربة⁵.

ثانياً: السنة المطهرة

ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه"⁶

¹. ابن رشد، مرجع سابق، ص 681

². الآية 20 من سورة المزمل.

³. الآية 101 من سورة النساء.

⁴. الآية 198 من سورة البقرة.

⁵. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3925.

⁶. أخرجه البيهقي باسناد ضعيف والطبراني، أنظر : الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، مرجع سابق، ص 300.

ومن السنة المطهرة أيضا ما رواه ابن هشام في سيرته عن ابن إسحاق ما أخبره عن استئجار خديجة بنت خويلد أم المؤمنين للرجال في مالها تضاربهم إياه بشيء تجعله لهم. وما ثبت عن خروج النبي صلى الله عليه وسلم بتجارتها إلى الشام¹. وكان ذلك قبل البعثة المحمدية ثم أقر النبي صلى الله عليه وسلم هذه المعاملة.

ووردت آثار عن الصحابة تدل على مشروعية المضاربة منها :

جاء في باب القراض في الموطأ للإمام مالك: " عن زيد بن أسلم، عن أبيه، أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك، ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه. فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر: قد جعلته قراضا، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال².

وهذا يدل على جواز القراض ومشروعيته حيث عمل به أمير المؤمنين عمر لما قيل له لو جعلته قراضا ولم ينكر عليه أحد ذلك³.

وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه عن جده، أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما⁴.

¹. سيرة ابن هشام، مرجع سابق، ص 203.

². مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 354.

³. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع البق، ص 197.

⁴. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 354.

ثالثاً: الإجماع

ما روي عن جماعة من الصحابة أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة ولم ينكر عليهم أحد ذلك، فكان إجماعاً¹.

وقد أثبت الإمام ابن تيمية مشروعية المضاربة بالإجماع القائم على النص، فإن المضاربة كانت مشهورة بينهم في الجاهلية لاسيما قریش، وإن الأغلب كان عليهم التجارة، وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قد سافر بمال غيره قبل النبوة، كما سافر بمال خديجة، والعيبر التي كان فيها أبو سفيان كان أكثرها مضاربة مع أبي سفيان وغيره، فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أصحابه يسافرون بمال غيرهم مضاربة ولم ينه عن ذلك، والسنة قوله وفعله وإقراره، فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة².

رابعاً: القياس

قيست المضاربة على المساقاة³ لحاجة الناس إليها، لأن الناس بين غني وفقير، و في تشريع هذا العقد تحقيق للحاجة والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم⁴.

يرى جمهور الفقهاء أن المضاربة وإن كانت مشروعة وجائزة فإنها قد شرعت على خلاف القياس، فالقياس لا يجيزها لأن القياس يقتضي عدم جواز الاستئجار بأجر مجهول،

¹. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 613.

². وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3926.

³. المساقاة لغة مأخوذة من السقي، سقى الحيوان أو النبات. والمساقاة هي عقد على دفع الشجر أو الكرم أو ما في حكمهما إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر، وتسمى كذلك معاملة ومناصفة. والمراد بالشجر وما في حكمه كل ما ينبت في الأرض ويبقى بها للاستثمار سنة في الابتداء وشركة في الانتهاء. أنظر: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 460.

⁴. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 614 وكذلك وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته.

أو بأجر معدوم ولعمل مجهول، وقد ترك هذا القياس للأدلة السابقة من الكتاب والسنة والإجماع¹.

خامسا: الدليل العقلي

إن من أدلة جواز عقد المضاربة شرعا الحاجة إلى هذا العقد، فصاحب المال قد لا يهتدي إلى التصرف المريح، والمهتدي إلى التصرف قد لا يكون له مال² ويحصل الربح باجتماع المال والتصرف معا، ويتحقق بذلك التعاون بينهم وضم الخبرات والمهارات إلى رؤوس الأموال.

القراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فاضطر فيه إلى استئابة غيره ولعله لا يجد من يعمل له فيه والمقارضة كما سبق هي المضاربة، ووجه الفائدة فيها وجود عمل للعاطل الفقير بمال غيره حينما يشتركان فيكون من هذا المال ومن الآخر العمل، وما حصل من ربح اقتسماه على حسب ما اشترطاه فكل منهما استفاد، والغالب أنهما لم يقدم على هذه الشركة إلا في حالة يكون صاحب رأس المال غير قادر على العمل ويكون العامل قادر على العمل ويحسنه لكنه عاطل بلا عمل فتحصل المنفعة المطلوبة.

المطلب الثاني: شروط شركة المضاربة وأحكامها

اشترط الفقهاء في شركة المضاربة شروط وجب توفرها لصحة هذا العقد، ولما كانت المضاربة فيها شبه بعدة عقود خصها الفقهاء بأحكام تتناسب مع ما يشبهها من تلك العقود.

الفرع الأول: شروط شركة المضاربة

وضع الفقهاء للمضاربة شروطا وهي:

¹. محمد بن ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 199.

². عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 54.

أ- يشترط توفر أهلية رب المال للتوكيل وأهلية المضارب للوكالة وهو ما أسلفنا ذكره، فالمضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل ولا يشترط كونهما مسلمين فتصح المضاربة بين المسلم والذمي والمستأمن في دار الإسلام والمذهب عند المالكية الكراهة بين مسلم وذمي إذا لم يعمل بمحرم كالربا¹.

ب- أن يكون رأس المال من الأثمان بمعنى أن يكون من النقود الرائجة أي الدراهم والدنانير، فلا تجوز المضاربة بالعروض من عقار أو منقول عند جمهور العلماء وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً²، لأن المضاربة تؤدي حينئذ إلى جهالة الربح وقت القسمة³، لأنه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ما، ويرده وهو يساوي قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولاً⁴. والجهالة تقضي إلى المنازعة والمنازعة تقضي إلى الفساد⁵. والجهالة المفسدة هي الجهالة التي يعبر عنها الفقهاء بالجهالة الفاحشة⁶، أمّا الجهالة اليسيرة فلا تفسد لأنها ترتفع عند الرؤية ولا تقضي إلى النزاع لثبوت خيار الرؤية عند عدم الرضا⁷.

وقال الإمام مالك: لا يصلح القراض إلا في العين من الذهب، أو الورق، ولا يكون في شيء من العروض والسلع، ومن البيوع ما يجوز إذا تفاوت أمره وتفاش رده، فأما الربا، فإنه لا يكون فيه إلا الرد أبد، ولا يجوز منه قليل، ولا كثير، ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: " وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون." الآية 279 من سورة البقرة.⁸

¹. وهبة الزحيلي مرجع سابق، ص 3926.

². ابن رشد، مرجع سابق، ص 681.

³. حيث لا يعلم المشتري علماً تفصيلياً بحقيقة محتوى السهم.

⁴. ابن رشد، مرجع سابق، ص 681.

⁵. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق، ص 3932.

⁶. علي القره داغي مرجع سابق، ص 673.

⁷. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 405.

⁸. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 355.

ج- أن يكون رأس المال معلوما عند العاقدين، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح¹.

د- أن يكون رأس المال عينا حاضرة لا ديناً، كما سبق وأن قلنا، فلا تصح المضاربة على دين ولا على مال غائب². قال الإمام مالك: "إذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضاً: إن ذلك يكره حتى يقبض ماله، ثم يقارضه بعد، و يمسك، وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله، فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه."³

هـ- أن يسلم رأس المال إلى المضارب، لأن العمل مطلوب من المضارب، فإذا لم يسلم إليه رأس المال على وجه الكمال، فلا يتمكن المضارب من العمل في رأس المال⁴.

فالمضارب في شركة المضاربة يستقلّ بالعمل، وليس لصاحب المال مشاركته فيه⁵، وعليه أن يسلمه المال ليتصرف فيه حسب الاتفاق، فهو الذي يظهر أمام الغير، وهو المسؤول عن الحقوق المتعلقة بالشركة.

إلا أنه في سبيل حفظ مال صاحب المال أجاز الفقهاء وضع بعض القيود للحد من حرية المضارب في التصرف وقد قسمها الحنفية إلى أربعة أنواع: التقييد بالزمان، والمكان، وبالنوع موضوع التصرف، وبالشخص الطرف الآخر في التصرف. ومخالفة المضارب لهذه القيود يجعله غاصباً فيضمن⁶.

لذلك إذا شرط حفظ رأس المال كل ليلة عند المالك، تفسد المضاربة. كما أنه إذا شرط عمل رب العمل أثناء عقد العمل، تفسد المضاربة أيضاً⁷. لأن ذلك يخل بكمال التسليم والمراد أن لا يعمل صاحب المال مع المضارب فيه كما أن لا يعمل صاحب

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 210.

². علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 493.

³. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 355.

⁴. أنظر في ذات المعنى، علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 493.

⁵. وفي ذلك تشابه مع الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة أين يستقل بالإدارة وليس للشريك الموصي التدخل في أعمال الإدارة الخارجية.

⁶. وبالمثل إذا اتفق الشركاء في شركة التوصية البسيطة أو شركة التضامن على تقييد حرية الشريك المتضامن القائم

بأعمال الإدارة في التصرف جاز ذلك لأنّ العقد - كما هو مقرر - شريعة المتعاقدين.

⁷. فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 633.

الأرض مع المزارع. ولكن لو دفع الأب أو الوصي مال موليه مضاربة وجعل كل منهما لنفسه أن يعمل جاز، إذ يجوز لكل منهما أن يضارب بمال موليه ولا مانع من تعدد المضارب¹.

و- يشترط أن تكون حصة المضارب وحصة رب المال من الربح معلومة عند العقد فلا تصح في مجهول تجنباً للمنازعة². كما يجب أن يكون الربح شائعاً³.

ويكون توزيع الربح بينهما بحسب الشرط الذي يتفقان عليه، أما الخسارة فتكون على رب المال في جميع الأحوال ولا يصح إشراك العامل في الخسارة، واشتراط رب المال ذلك على العامل غير صحيح، جاء في المغني: "والربح على ما اصطلاحاً عليه ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضنة⁴.

وقال الإمام مالك: "لا يصح لمن دفع إلى رجل مالا قراضاً أن يشترط عليه الزكاة في حصته من الربح خاصة، لأن رب المال إذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلاً من الربح ثابتاً فيما سقط عنه من حصة الزكاة التي تصيبه من حصته⁵.

واختلف الفقهاء فيما إذا اشترط العامل الربح كله له، فقال المالكية: يجوز، وقال الشافعية: لا يجوز، وقال الحنفية: هو قرض لا قراض، فالمالكية رأوا أنه إحسان من رب المال، وتطوع، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير، والشافعية رأوا أنه غرر، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال، وبهذا يفارق القرض، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء⁶.

ز- ولا يجوز عند المالكية أن يضرب أجل العمل وذلك بأن يحدد بوقت معين كسنة مثلاً. يقول الإمام مالك: "لا يجوز للذي يأخذ المال قراضاً أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع

¹. على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 494.

². على الخفيف، نفس المرجع والصفحة.

³. ويعني ذلك بيان نصيب كل من رب المال و المضارب، أنظر في ذات المعنى، على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 494.

⁴. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 30.

⁵. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 357.

⁶. ابن رشد، مرجع سابق، ص 682.

منه. قال: ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط أنك لا تردده إليّ سنين، لأجل يسميانه، لأن القراض لا يكون إلى أجل¹.

ولا يجوز الأجل في القراض عند الجمهور، وأجازه الأحناف إلا أن يتفاسخا، فمن لم يجزه، رأى أن في ذلك تضيقا على العامل يدخل عليه مزيد من الغرر، لأنه ربما بارت عنده سلع، فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها، فيلحقه في ذلك ضرر، ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة².

ح- أن لا يجبر على العمل فيقتصر على سلعة واحدة، قال الإمام مالك: " في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به إلا نخلا، أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل، أو نسل الدواب ويحبس رقابها، قال مالك: لا يجوز هذا، وليس هذا من سنة المسلمين في القراض، إلا أن يشتري ذلك، ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع³.

ط- لا يجوز اشتراط الضمان على العامل. قال الإمام مالك: " في الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان قال: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه، وما مضى من سنة المسلمين فيه، فإن نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان، وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه على غير ضمان، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذ ضمانا، لأن شرط الضمان في القراض باطل⁴.

إن قال المالكية لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعية، وقال الحنفية: القراض جائز، والشرط باطل، وعلّة المالكية أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد، أما الحنفية فشبهوه بالشرط الفاسد في البيع، على رأي أن البيع جائز والشرط باطل⁵.

الفرع الثاني: أحكام شركة المضاربة

¹. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 356.

². ابن رشد، مرجع سابق، ص 683.

³. مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص 357.

⁴. مالك بن أنس، نفس المرجع والصفحة.

⁵. ابن رشد، مرجع سابق، ص 683.

أحكام المضاربة منها ما هي أحكام القراض الصحيح، ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد، وأحكام القراض الصحيح، منها ما هي من موجبات العقد، أي أنها تابعة لموجب العقد، ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مثل التعدي، والاختلاف¹، ونذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند الفقهاء.

1- أجمع الفقهاء أن عقد المضاربة عقد جائز غير لازم²، وأن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وأن لكل واحد منهما فسخه³. ذلك أن المضاربة نوع من الشركات، وعقد الشركات عقد جائز⁴.

غير أن الملكية يرون أن لكل من الشريكين فسخ العقد ما لم يشرع العامل في القراض⁵. ويختلف المالكية مع الجمهور بعد شروع العامل في مباشرة التصرفات فيرون أنه عقد لازم كما يرون أنه عقد يورث، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين⁶.

ويقول الحنفية بجواز الفسخ شريطة علم شريكه بذلك⁷، ويشترطون كذلك كون رأس المال عينا وقت الفسخ، فلا يجوز أن يكون عروضاً⁸. وقال الشافعية والحنفية بأنه ليس عقد يورث، وهو عقد يبطل بموت أحدهما. فالمالكية ألزموه بعد الشروع في العمل، لما فيه من ضرر، ورأوه من العقود المورثة⁹، وذلك ارتكاباً لأخف الضررين، ضرر الورثة في فسخ عقد المضاربة فقد لا يحققون ربحاً من عمل مورثهم كما إذا كانت السلعة عروضاً، وكذا ضرر رب المال في إبقاء المال عندهم يضاربون به إن كانوا أمناء وإلا أتوا بأمين يضارب عنهم لأن بقاء المال عندهم قد يضر بصاحب المال حيث لا يرضى تصرف غيره في

1. ابن رشد، نفس المرجع، ص 684.

2. العقد غير اللازم هو العقد القابل للفسخ بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، بمعنى أنه لا يلزم الأطراف بالتنفيذ الجبري.

3. ابن رشد، مرجع سابق، ص 684.

4. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 219.

5. ابن رشد، مرجع سابق، ص 684.

6. ابن رشد، نفس المرجع والصفحة.

7. الكاساني، مرجع سابق، ج 8، ص 3655.

8. الكاساني، نفس المرجع والصفحة.

9. ابن رشد، مرجع سابق، ص 684.

ماله. والمالكية يرون أن ضرر الورثة أشد من ضرر رب المال وذلك خشية ضياع حقهم في عمل مورثهم¹.

2- المضاربة تنعقد على الأمانة والوكالة معا²، بمعنى أن المضارب يصير بالعقد وكيلًا عن رب رأس المال إذا عمل، ويصير المال في يده أمانة بتسلمه، لأن ذلك شأن الوكيل، ولذا يضمنه إذا توفى، وإذا ظهر ربح كان شريكا فيه على مقتضى الشرط، وإذا ظهرت خسارة كانت على رب رأس المال وحده، واحتسبت أولا من الربح إن كان المال قد ربح، لأنه تابع للمال³.

3- ولا خلاف بين الفقهاء أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض⁴ جميع رأس المال، وأنه إن خسر، ثم اتجر، ثم ربح، جبر الخسران من الربح⁵.

4- يذهب جمهور الفقهاء إلى أن المضارب لا يملك حصته من الربح بمجرد الظهور وإنما يتوقف ذلك على القسمة، لأن المضارب لو ملك حصته من الربح قبل القسمة لاختص بربحها فكان شريكا لرب المال شركة عنان فلو هلك شيء هلك من المالكين. وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل رأس المال، لأن الربح زيادة والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل⁶. وقال الإمام مالك: لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبوا ويتفاضلوا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيعطى صاحب المال رأس ماله ثم يقنتمان الربح على شرطهما⁷.

¹ محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 220.

² فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 634.

³ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 494.

⁴ سبقت الإشارة إلى هذا اللفظ في الباب الأول، نض المال ينض إذا تحول نقدا بعد أن كان متاعا. موطأ الإمام مالك، مرجع سابق، ص 356.

⁵ ابن رشد، مرجع سابق، ص 684.

⁶ الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 107.

⁷ مالك بن أنس، مرجع سابق، ص 361.

بينما يذهب الحنابلة والشافعية في قولهم إلى أن المضارب يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره دون توقف على قسمة الربح كرب المال لأن هذا الجزء مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة¹. وجاء في هذا الشأن أن الراجح من ذلك هو القول بأن المضارب يملك حصته من الربح بمجرد الظهور بأي كيفية ظهر ذلك لكن هذا الملك لا يستقر إلا بالمقاسمة والمحاسبة التامة لأنه لا يؤمن أن تخسر الشركة فيكون جبر الخسران بهذا الربح الظاهر، ولعل في هذا جمعا بين القولين حيث أن المضارب يملك حصته من الربح بمجرد الظهور لكن لا يستقر ملكه استقرارا تاما إلا بالقسمة ويجعل ما ظهر من المال أنه ربح وقاية لرأس المال. فإذا أدى رأس المال إلى المالك وبقي بعد ذلك شيء فإنه يقسم بينهما على حسب الاتفاق والشرط².

5- كل ما يجوز للشريك في شركة العنان أن يفعله، فيجوز أيضا للمضارب أن يفعله، وبالتالي كل ما يمنع منه الشريك في شركة العنان يمنع منه المضارب أيضا³. وقد سبق بيان ما يجوز لشريك العنان وما لا يجوز .

6- يكون التصرف من المضارب وهو الأصل في المضاربة، وإذا اشترط رب المال أن يكون له حق التصرف، كان الشرط باطلا، لأن العمل من حق المضارب لكي يتمكن من تحقيق الربح، غير أن الفقهاء أجازوا تصرف رب العمل بإذن من المضارب، أما إذا لم يأن له، فالمالكية على المنع، إلا أن غير المالكية أجازوا ذلك على سبيل الإعانة للمضارب وبشرط أن لا يبيع السلعة بأقل من قيمتها⁴.

ومن الفقهاء من رجحوا رأي الجمهور لأن إقامة الوكيل في التصرف لا يسلب حق الموكل في مباشرته⁵. غير أن من حق المضارب أن يمنع المالك من التصرف في مال المضاربة إذا رأى في تصرفه ضررا للشركة بعد مباشرته العمل فيها. أما إذا لم يكن قد باشر الشراء،

¹. البهوتي، كشاف القناع، ج3، مرجع سابق، ص 520.

². محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 223.

³. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 23.

⁴. الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 100.

⁵. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص76.

فلرب المال أن يتصرف في ماله، وليس للمضارب أن يمنعه، وإنما تنفسخ المضاربة في هذه الحال¹.

7- إذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب كاشتراط قدر محدد من الربح لرب المال وعمل المضارب فيها كان أجيرا في المال وأمينا عليه، فيستحق أجرا مثله سواء أربح أم لم يربح²، ولا يستحق ما أعطي له بفساد العقد وإنما استحق أجره وإن لم يربح لأنه لم يرض بالعمل مجانا ورب المال استعمله مدة في عمله، فكان عليه أجر العمل، وينفذ تصرف العامل والربح للمالك³ لأن الربح نماء ملكه، ولم يستحق المضارب منه شيئا نتيجة لفساد العقد كما أن الخسارة تكون على رب العمل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية أما الحنابلة والشافعية فهم يذهبون مذهب الحنفية في المضاربة الفاسدة إلا أنهم قالوا: " إذا تصرف المضارب نفذ تصرفه لأنه أذن له فيه . فإذا بطل العقد بقي الإذن" فملك به التصرف كما في الوكالة الفاسدة وهذا بخلاف البيع فإنه لو فسد لا ينفذ تصرف المشتري، مع أن البائع قد أذن له في التصرف، والفرق هو أن المشتري إنما يتصرف بالملك لا بالإذن، ولا ملك في البيع الفاسد⁴.

والربح في هذين المذهبين حين الفساد لرب المال وعليه الخسارة أيضا وقال المالكية: "يرد العامل في جميع أحكام المضاربة الفاسدة إلى قراض مثله في الربح والخسارة وغيرها في أحوال معدودة، وله أجر مثل عمله في غيرها من الحالات. وعليه إذا حدث ربح في الحالات الأولى، فيثبت حق المضارب في الربح نفسه لا في ذمة رب المال حتى إذا لم يكن للمضارب شيء وإذا لم يكن ربح فلا شيء له"⁵.

والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل: أن الأجرة في أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن. و قراض المثل هو على سنة القراض إذا كان فيه ربح كان للعامل منه وإلا فلا شيء له⁶.

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 63.

². على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 495.

³. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3941.

⁴. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 3942.

⁵. ابن رشد، مرجع سابق، ص 686. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 3942.

⁶. ابن رشد، نفس المرجع والصفحة.

ومن حالات رد المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل حالة جهالة الربح وحالة توقيت القراض خاصة عند الإمامين مالك والشافعي. ومن حالات وجوب أجره المثل سواء حصل الربح أم لا في المضاربة الفاسدة اشتراط مشاركة رب المال مع العامل في البيع والشراء أو اشتراط مشاورته عند البيع والشراء بحيث لا يعمل عملا إلا بإذنه¹.

8- إذا وقع نزاع بين العامل ورب المال، فقال المالكية القول قول العامل لأنه في الشرع أمين ولأن رب العمل لم يأت منه، حتى وضع فيه ثقته والثقة والائتمان مع عدم التصديق لا يجتمعان خاصة أن الأمانة لا يضمنون إذ أن الخيانة من إحدى آيات المنافقين².

وإذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه، قال الحنفية القول قول رب المال، وقال الشافعية يتحالفان و يتقاسخان، ويكون له أجره مثله. و سبب اختلاف المالكية والحنفية بسبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه، هل ذلك لأنه مدعى عليه، أو لأنه في الأغلب أقوى شبهة؟ فمن قال: لأنه مدعى عليه، قال: القول قول رب المال، ومن قال: لأنه أقواهم شبهة في الأغلب، قال القول قول العامل، لأنه عنده مؤتمن، وأما الشافعي: فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة³.

9- ولا يضمن رأس المال إلا بالتعدي، فلا ضمان على من شورك في الربح، فإن فعل ما نهي عنه أو تعدى ما ليس من عمل المضاربة أو أهمل في مسألة صيانة المال، فقد توجب عليه حينئذ ضمان رأس المال، نظرا لتقصيره، ولأنه متصرف في مال غيره بغير إذنه⁴.

10- نفقات المضارب واجبة في مالها وتشمل الطعام والكسوة والركوب ونفقة المبيت، يصرف منه في سبيل ذلك بالمعروف، أما في حال إقامته فنفقته في مال نفسه⁵. قال الإمام مالك: " في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا إنه إذا كان المال كثيرا يحمل النفقة، فإذا شخص فيه العامل فإن له أن يأكل منه ويكتسي بالمعروف من قدر المال، ويستأجر من

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 3943.

². ابن رشد، مرجع سابق، ص 687. أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 303.

³. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 687.

⁴. ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 49.

⁵. على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 495.

المال إذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنثه...وليس للمقارض أن يستتفق من المال، ولا يكتسي منه ما كان مقيما في أهله¹.

وقال: " في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال: يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال².

المطلب الثالث: أنواع المضاربة

المضاربة نوعان إما مطلقة أو مقيدة³.

الفرع الأول: المضاربة المطلقة

هي التي لم تقيد بقيد، يدفع فيها فيها المالك المال مضاربة إلى العامل من غير تقييد العمل والمكان والزمان ومن يتعامل المضارب معه⁴.

ولهذا النوع ثلاث حالات⁵:

أ- الحالة الأولى: أن يدفع رب المال إلى العامل مال المضاربة ويقول له خذ هذا المال واعمل به مضاربة على أن ما رزق الله من ربح فهو مشترك بيننا. وفي هذه الحالة للمضارب أن يتصرف بمال المضاربة بما يتناوله عرف التجار في التجارة من البيع والشراء ونحوها.

ب- الحالة الثانية: أن يدفع المالك المال إلى المضارب ويقول لها عمل فيها برأيك، فإنه في هذه الحالة قد خوله العمل بمقتضى رأيه، فله أن يعمل ما يدخل تحت التجارة من الأعمال مما ليس له أن يباشره بمقتضى إطلاق التصرف فله أن يشارك غيره ويضارب بمال المضاربة وله خلطه بماله، لأن ذلك هو مقتضى تفويض التصرف إليه.

ج- الحالة الثالثة: أن يدفع إليه المال ولم يأذن له إذنا صريحا بمباشرة بعض التصرفات كالهبة والصدقة ونحوها ففي تلك الحال لا يجوز له أن يباشرها لأن هذه الأعمال ليست

¹. مالك بن أنس، مرجع سابق، ص 359.

². مالك بن أنس، نفس المرجع والصفحة.

³. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3928

⁴. وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 204، 205.

من التجارة. والمضاربة إنما تتعقد على التجارة، لكن إذا نص صريحاً للمضاربة بمباشرة هذه التصرفات فإنه يجوز له مباشرتها¹.

الفرع الثاني: المضاربة المقيدة

هي التي يدفع المالك المال فيها إلى العامل مضاربة ويعين له العمل أو المكان أو الزمان أو من يتعامل معه المضارب². ونبين ذلك على الوجه الآتي:

أ- التقييد بنوع من البضاعة معين:

إذا قيد المالك العامل في المضاربة بأن لا يضارب إلا في نوع معين من البضائع. فإن الفقهاء يجيزون ذلك لأنه تقييد مفيد فيجب التزامه لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض. لكن المالكية والشافعية يشترطون أن لا يكون التقييد بنوع من السلع التي لا يعم وجودها³.

ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام فليس له أن يشتري به سوى الطعام، والأصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره لأنه شرط مفيد، لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض⁴. ولا يجوز أن يشترط عليه شراء متاع معين أو نوع يندر وجوده، أو يوجد تارة ويعدم أخرى⁵.

يفهم من تلك النصوص الفقهية أن الفقهاء يتفقون كلهم على جواز التقييد بنوع من البضاعة معين إذا كان يعم وجودها وليست نادرة الوجود. أما إذا كانت نادرة الوجود فلا يجيزها كل من المالكية و الشافعية .

ب- التقييد بنوع من البيع:

إذا اشترط المالك على المضارب نوعاً معيناً من البيع كأن لا يبيع إلا بالنقد فإن ذلك صحيح عند الفقهاء لأنه تقييد مفيد فيجب التزامه⁶.

¹. الكاساني، مرجع سابق، ج6، مرجع سابق، ص 87.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3928.

³. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 3929.

⁴. الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 99.

⁵. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 206.

⁶. الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 100.

ولا يتصرف نسيئة بلا إذن لأنه ربما هلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك فيتضرر فيكون التزامه بالتقييد في ذلك أولى¹.

ج- التقييد بالمكان:

إذا دفع رجل مالا مضاربة إلى آخر على أن يعمل بهفي مدينة معينة فإن الفقهاء يختلفون في ذلك:

1- يرى الحنفية والحنابلة التزام ذلك لأنه قيد مفيد، فإذا دفع رجل إلى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لأنه شرط مفيد لأن الأماكن تختلف بالرخص و الغلاء². أو أن لا يتجر إلا في بلد بعينه فهذا صحيح³.

2- يرى المالكية أن ذلك القيد جائز لما فيه من التضييق على العامل في المضاربة لتحصيل الربح.

3- أما الشافعية فيرون أن تقييد ذلك بسوق عام جائز وصحيح أما تقييده بديكان معين فممنوع لأن فيه تضييق على العامل⁴.

د- التقييد بمعاملة شخص بعينه:

إذا قيد المالك المضارب بأن يكون تعامله بيعا أو شراء مع شخص معين فإن الفقهاء يختلفون في ذلك:

1- يرى الحنفية جواز ذلك، كما لو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره، لأن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيدا⁵.

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 206.

². الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 100.

³. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 184.

⁴. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 207.

⁵. الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 100.

2- يرى الحنابلة جواز التقييد في الشراء وفي البيع بشرط أن لا يكون التقييد بمعاملة شخص واحد في مسألتى البيع والشراء، كقوله لا تبع إلا من زيد ولا تشتتر إلا منه. ولو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح¹.

3- يرى المالكية والشافعية عدم جواز التقييد بمعاملة شخص بعينه لأن فيه تضييقاً على العامل في تحصيل الربح وهو المقصود من المضاربة، ولا يجوز له أن يشترط بمعاملة شخص بعينه مثل لا تبع إلا لزيد أو لا تشتري إلا منه لإخلاله بالمقصود لأن الشخص المعين قد لا يعامله².

بذلك يظهر أن الحنفية والحنابلة يجيزون التقييد لأنه عندهم قيد من ورائه فائدة كحفظ مال المضاربة وتأمين مخاطر هلاك رأس المال أو يفيد في تحسين المردود وبذلك يجب التزامه، في حين يرى الشافعية والمالكية عدم صحة ذلك القيد لأن فيه تضييق على العامل وغل ليد في التصرف بأموال المضاربة فلا يحقق الربح المنشود منها.

المطلب الرابع: التكييف الشرعي لعقد المضاربة

تتميز المضاربة بمجموعة من الخصائص تميزها عن باقي المعاملات ولذلك تناولها معظم الفقهاء في عقد مستقل عن عقود الشركات³، ومن أهم هذه الخصائص ما يلي:

1- تضم المضاربة شريكاً بالمال وشريكاً بالعمل، أما الشركة فيقدم فيها جميع الشركاء المال أو العمل أو الثقة التجارية.

2- في الشركة يقسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر أما في المضاربة تحسب الخسارة من رأس المال، والعامل لا يشترك فيها.

3- العامل في المضاربة مستقل بالعمل والإدارة، أما في الشركة فحق الإدارة مقرر لجميع الشركاء. ولأجل ذلك لا يعد الحنفية المضاربة قسماً من أقسام الشركة وإنما تكون شركة إذا حصل الربح، أما إذا لم يحصل ربح فتختلف باختلاف الأحوال والأوصاف⁴.

¹. ابن قدامة، ج5، مرجع سابق، ص 185.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 208.

³. على سبيل المثال فقد تناول موطأ الإمام مالك شركة المضاربة في كتاب عنوانه بالقراض، وتناولها الإمام أبو الوليد ابن رشد في بداية الجتهد ونهاية المقتصد ضمن كتاب عنوانه بالقراض منفصل عن كتاب الشركة. أنظر موطأ الإمام مالك، مرجع سابق. و بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد، مرجع سابق.

⁴. أنظر في هذا المعنى عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74.

وقد أعطى الحنفية للمضاربة أوصافا مختلفة وأخضع كل وصف لأحكام مناسبة له. فالمضاربة عندهم أمانة قبل العمل والمضارب أمين¹، وعند مباشرة العمل هو وكالة والمضارب وكيل²، وعند حصول الربح هو شركة والمضارب شريك³، وعند الفساد هو إجارة والمضارب أجير⁴، وعند المخالفة هو غصب⁵ والمضارب غاصب يضمن المال⁶. ويقول الإمام ابن القيم: "المضارب أمين وأجير ووكيل وشريك، فأمين إذا قبض المال ووكيل إذا تصرف فيه وأجير فيما يباشره بنفسه من العمل وشريك إذا ظهر الربح"⁷.

بذلك يتضح أن الحنفية يعتبرون المضاربة شركة، وما إفرادهم لها في باب خاص باسم مشتق عن الشركة وأقسامها وبأحكام خاصة إلا للطبيعة الخاصة التي يكتسبها عقد المضاربة.

كما يرجع بعض الفقهاء هذا الإفراد لشركة المضاربة في باب خاص إلى إنها جاءت على غير القياس بخلاف باقي الشركات التي جاءت على القياس⁸. وقيل القياس لا يجوز في القراض لأنه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول⁹.

ومن تعريف الشافعية للمضاربة حيث قالوا: "المقارضة أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما".

1. وذلك في حال قبض المضارب المال بعد العقد وقبل الشروع في العمل، فرأس المال في يد المضارب حينئذ أمانة عنده يجب حفظه ورده عند طلب المالك وليس عليه الضمان إذا فقد منه شيء، لأنه أمين ولا ضمان على مؤتمن. أنظر: محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 208.

2. لأن المضارب وكيل عن صاحب المال في مباشرة التصرفات، لأنه تصرف في مال غيره بأمره.

3. فيكون المضارب شريكا لصاحب المال يشترك معه في الربح حسب الشرط لأن الربح حصل بسبب المال والعمل

4. إذا فسدت المضاربة، يكون المضارب كالأجير فيؤول الربح كله لصاحب المال وكذلك الخسارة، أما المضارب فيعطى أجر مثله.

5. الغصب من الاغتصاب، وهو لغة أخذ الشيء ظلما وقهرا، واصطلاحا الاستيلاء على حق الغير قهرا بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة، راجع في ذلك عبد الله البسام، توضيح الأحكام في بلوغ المرام، مرجع سابق، ص 156.

6. وإذا خالف المضارب شرطا من شروط صاحب المال يكون كالغاصب، ويجب عليه رد ما اغتصب وعليه ضمانه. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 22.

7. عبد الله البسام، مرجع سابق، ص 190.

8. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74، 75.

9. الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 79.

يلاحظ أنهم يتفقون مع الأحناف في كون المضاربة شركة في الربح، ويستفاد من التعريف أنها شركة تتعقد بالمال من أحد الشركاء والعمل من آخر.

وقد اعتبرها الحنابلة كذلك نوعا من أنواع الشركة، وهذا هو ما ذهب إليه الفقهاء المحدثون إذ يؤسسون رأيهم على ما يلي:

1- أن عقد المضاربة يتفق مع الأنواع المختلفة للشركات في الغرض المتمثل في الربح.
2- يتحمل جميع الشركاء الخسارة في الشركات، وفي المضاربة إذا حدثت خسارة فهي من رأس المال على المالك والعامل أو المضارب لا نقول بعدم تحمله للخسارة إذ خسارته ضياع عمله و جهده¹.

3- أنها شركة جائزة بالمال من أحدهما والعمل من الآخر، خاصة أن هناك شركة أموال، وشركة أعمال والمزج بينهما شركة بين المال والعمل، والقاعدة أن ما جاز متفرقا يجوز مجتمعا، فيكون ما سموه بالمضاربة المحضة شركة تبعا للقول: " كل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة، وما جاز في المضاربة جاز في الشركة، وما منع في أحدهما منع في الأخرى لأن المضاربة شركة².

كما أن بعض القانونيين يعتبرون المضاربة هي الأصل الذي استمدت منه شركة التوصية البسيطة أحكامها³. وأن القانون التجاري الفرنسي، الذي استمد منه القانون الجزائري أحكامه قد جعل المضاربة أساسا لإقرار هذا النوع من الشركات التي يقدم فيها أحد الشريكين المال ويقدم الآخر العمل. كما اختلفوا أيضا فهي في التجارة فقط، أم تشمل الأنشطة الأخرى، كما قال بذلك الحنابلة والمالكية والحنفية، وهو ما تعمل به البنوك الإسلامية⁴.

بما أن الرأي الراجح هو اعتبار المضاربة عقد شركة تماشيا مع فقهاء الشريعة الإسلامية سواء من عالجا منفردة كالحنفية والشافعية أو من ذكرها كنوع من أنواع الشركة

¹. أنظر في هذا المعنى عبد الله البسام، مرجع سابق، ص 190.

². أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 285.

³. أنظر في هذا المعنى نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 9.

⁴. أنظر تفصيل ذلك في: عبد الرحيم العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، سنة 1981، ص 210-212

كالحنابلة، فضلا عن كون القانون يعتبرها أساسا لشركة التوصية البسيطة وسنرجى الحديث عن التشابه الوارد بين شركتي المضاربة والتوصية البسيطة إلى حين الحديث عن شركات الأشخاص في القانون الوضعي لاسيما شركة التوصية البسيطة- فالسؤال المطروح:

ما مدى اعتبار المضارب شريكا بالعمل؟

نستطيع القول بأن المضارب شريك بالعمل في شركة المضاربة، فهو يقدم عمله وجهده ويضارب في المال الذي يقدمه الشريك الآخر ويقتسم معه الربح الحاصل بحسب الاتفاق.

وعليه يمكن تطبيق قواعد وأحكام الشريك بالعمل على المضارب من حيث الالتزامات والحقوق مع مراعاة أن الفقهاء لا يجيزون اشتراك المضارب وإنما يضمنونه فقط في حالة مخالفته لأوامر صاحب المال أو تعديه أو إهماله فيعتبر غاصبا ويضمن، أو في حالة الاتفاق على تضامنه مع صاحب المال في الخسارة، أو قبوله لضمان مال الشركة إذا هلك¹.

والفرق بين المضارب والشريك بالعمل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لا يكاد يذكر إلا في أمرين:

الأمر الأول يتعلق بنطاق الاشتراك:

يلاحظ أن الفقه الإسلامي قد أعطى للمضارب آفاقا واسعة ومجالا رحبا وحرية أوسع إذ يبيح له المشاركة في جميع أنواع الشركات دون استثناء. أما القانون فلا يجيز للشريك بالعمل الاشتراك إلا في شركتي التضامن والتوصية البسيطة كشريك متضامن.

الأمر الثاني يتعلق بالضمان:

بخلاف القانون الوضعي لا يشترك الفقه الإسلامي المضارب في الخسارة وإنما تحسب من رأس المال. وليس على المضارب في الفقه الإسلامي الضمان إلا عند التعدي. وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد أحدث توافقا محمودا بين المضارب وصاحب المال والغير إذ يعطي للمضارب حق الاستقلال بالعمل ومنع صاحب العمل من التدخل فيه،

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 71.

ويمنحه حق المشاركة في الربح وإن فسدت المضاربة فله أجر المثل (تصبح المضاربة عقد أجرة) ويصبح المضارب أجيرا.

أما صاحب المال فيجيز له الشرع تقييد تصرفات المضارب في حدود مصلحة المضاربة، وإذا خالف ذلك المضارب أصبح ضامنا. أما الغير فيقتضي حقه من أرباح المضاربة ثم من رأس المال، كما أن له اقتضاء حقه من مال المضارب عند حدوث التعدي.¹

وما يؤكد اعتبار المضارب شريكا بالعمل كونه:

1- يقدم حصة متمثلة في جهده وخبرته في عقد المضاربة ومثله الشريك بالعمل الذي يقدم عمله في الشركة.

2- يجيز الفقهاء تعدد أرباب المال وتعدد المضاربين². وفي المقابل يتعدد الشركاء في شركات الأعمال، كما أن القانون قد أجاز تعدد الشركاء بالعمل المتضامنين في شركة التوصية البسيطة³.

3- كل من الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة، والمضارب في المضاربة له حق الإدارة، فالشريك المتضامن هو الذي يظهر للغير وهو المسؤول عن الحقوق المتعلقة بالشركة وليس الشريك الموصي. والمضارب كذلك يسأل عن أعمال الشركة باعتباره وكيلًا أمام الغير.

4- يعطي الفقه الإسلامي الحرية للمضارب إذ لا يتدخل رب المال باشتراطه مشاركته في العمل. إلا أن الفقهاء أجازوا بعض القيود التي تحد من حرية المضارب في التصرف وقد قسم الحنفية هذه القيود إلى أنواع أربعة وهي:

التقييد بالزمان والمكان، وبالنوع موضوع التصرف، وبالشخص الطرف الآخر في التصرف. وكل مخالفة من المضارب لقيود من هذه القيود يجعله غاصبا فيضمن⁴.

كذلك الحال في شركة التوصية البسيطة أو شركة التضامن إذا اتفق الشركاء على تقييد حرية الشريك المتضامن الذي يقوم بأعمال الإدارة جاز ذلك لكون العقد شريعة المتعاقدين.

¹. انظر في هذا المعنى محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 72.

². علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 65.

³. عبد العزيز الخياط مرجع سابق، ص 144.

⁴. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 74.

5- يتفق المضارب مع الشريك بالعمل في بذل الجهد قصد الاشتراك في الربح ويعتبر الفقهاء المضاربة شركة في الربح، لأن الربح يحصل باشتراك عمل المضارب ومال رب المال، وهذا ما يبرر حصولهما على الربح.

ويقول الشيخ عبد الرحمن الجزيري في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة: "من شروط المضاربة المشاركة في الربح وكونه حصة شائعة معلومة كالنصف أو الثلث"¹. وهذا ما يتفق والقانون الوضعي الذي جعل اقتسام الأرباح والخسائر ركنا موضوعيا لا تقوم الشركة بدونه.

6- يقول الفقهاء بعدم تحمل المضارب للخسارة ولا يجوز اشتراطها عليه سواء كلها أو جزء منها وتحسب هذه الخسارة من الربح ثم من رأس مال المضاربة. وفي الواقع أن المضارب يتحمل الخسارة ويشارك فيها وذلك لأنه قد أضع جهده ووقته الثمين كما أنه لم يجن ثمرة عمله طوال هذا الوقت، أليس هذا بتحمل للخسارة؟ بل وليس من العدل تحميله أكثر من ذلك.

هذا ما يقترب مما يراه القانون الوضعي في جواز إعفاء الشريك بالعمل من الخسارة شريطة أن لا يكون قد تقاضى أجرا مقابل عمله. و كما أسلفنا في معالجتنا للأحكام العامة للشركات أن هذا لا يعد استثناء من منع شروط الأسد. بل يعد تطبيقا لمنعها حيث أن تحميل الشريك بالعمل جزءا من الخسارة إضافة إلى ضياع وقته وجهده وثمره عمله فهذا إجحاف في حقه، وتحميله خسارتين في وقت واحد.

وقد أجاز البعض تضمين المضارب في ماله الخاص ما زاد من الخسارة على رأس مال المضاربة وهذا ما يتفق مع ما قرره القانون من مسؤولية شخصية تضامنية للشريك المتضامن، بمعنى أن يضمن في جميع أمواله ويمكن قبول ذلك في الوقت الراهن نظرا لاتساع التعاملات التي تقوم بها الشركة ولتعدد الشركاء فيها .

7- وقد قاس البعض الشريك بالعمل إذا سافر بالمال على المضارب في استحقاق النفقة، إذ أن المضارب لا يعقل أن يسافر بمال الغير بفائدة محتملة مع الإنفاق من ماله الخاص،

¹. عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 46 و 47.

فلو لم يقرر له حق الإنفاق من مال المضاربة لامتنع عن قبول هذا العقد، فضلا عن أن الهدف من السفر للمضاربة هو تسهيل استثمار المال وتحصيل الربح الشرعي¹. والشريك بالعمل ينطبق عليه نفس الحكم. ونرى في ذلك تميز الشريك بالعمل والمضارب عن الأجير الذي يعمل ببدل يعطيه له صاحب العمل، فهو لا يستحق النفقة سواء حصل الربح أم لم يحصل.

وبذلك لا يمكن إرغام المضارب والشريك بالعمل على النفقة على السفر الذي يقصد منه الحصول على ربح لا يعلمه إلا الله وإن حصل هذا الربح استفاد منه الجميع، يقول المولى عز وجل: " وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا ^ط " ^٢.

صفوة القول أن المضارب في المضاربة والشريك بالعمل في العنان يتفق مع الشريك بالعمل في القانون الوضعي في قيامه بأعمال الإدارة، وفي نوع الحصة المقدمة. ونشير إلى أن التمويل الاستثماري التجاري الإسلامي الذي من صورته شركة المضاربة، والذي يهدف إلى تحقيق النماء في الأموال عن طريق الأرباح والعوائد الناتجة عن الجهد المشترك بين رأس المال والإدارة ذات الخبرة في التشغيل والتجارة، ليس إلا ضرورة حيّة عن البديل الربوي الذي تتعامل به البنوك التجارية في الوقت الراهن، وهو كما أسلفنا يأخذ شكلا من أشكال المشاركة التي يسهم فيها رب المال بالمال أو أي من عناصر الإنتاج التي تسلّم للطرف الآخر باعتباره صاحب المشروع والمدير المسئول عن ذلك على أن يكون الربح بينهما على نسبة معلومة وشائعة.

وعليه فإنّ المشاركة، في شكل التمويل الاستثماري التجاري تعدّ مساهمة فاعلة في تنشيط المال وتداوله وتحقيق المقاصد العليا للشريعة الإسلامية التي تهدف إلى الرفاه الاقتصادي والعدالة الاجتماعية والاستقرار في التعامل النقدي والقضاء على البطالة وتشغيل أكبر عدد ممكن من أصحاب رؤوس الأموال والخبرات والعمّال بطريقة تؤمن عائدا عادلا للجميع وبصورة بعيدة عن الاستغلال والاحتكار الرأسمالي.

المطلب الخامس : المضاربة بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الحديث

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 77.

². الآية 34 من سورة لقمان.

بعد أن خلص الفقهاء الأوائل إلى تعريف المضاربة بتعريفات متقاربة في مفرداتها ومضامينها، فإن ثمة باحثين وكتابا معاصرين عنوا بتعريفات منفصلة، ولكنها لا تخرج في جوهرها عن التعريفات التي ذكرها الفقهاء السابقون ومن هذه التعريفات تعريف الأستاذ باقر الصدر، الذي عرف المضاربة بقوله: "المضاربة عقد خاص بين مالك رأس المال والمستثمر على إنشاء تجارة يكون رأس مالها من الأموال والعمل من آخر، ويحددان حصة كل منهما من الربح بنسبة مئوية، فإن ربح المشروع تقاسم الربح وفقا للنسبة المتفق عليها، وإن ظل رأس المال كما هو لم يزد ولم ينقص لم يكن لصاحب المال إلا رأس ماله وليس للعمل شيء، وإن خسر المشروع وضاع جزء من رأس المال كله، تحمل صاحب المال الخسارة، ولا يجوز تحميل العامل الخسارة وجعله ضامنا لرأس المال إلا بأن تتحول العملية إلى إقراض من صاحب رأس المال، وحينئذ لا يستحق صاحب رأس المال شيئا من الربح¹."

ويضيف الأستاذ باقر الصدر تعريفا آخر لعقد المضاربة جاء فيه: "أنه عقد يتم بين من يملك المال وهو البنك ولا يستطيع أن يستثمره بنفسه لعجزه عن ذلك فيلجأ هذا الشخص لآخر تكون له خبرة في التجارة أو الصناعة ويعطيه ماله ويكون الأمر شركة بين رب المال والعامل فيه ويتفقان على نسبة معينة يقسم بها صافي الربح الناتج من المال بينهما"².

قريبا من هذا التعريف انتهى الدكتور حسن عبد الله الأمين إلى تعريف المضاربة قائلا: "المضاربة أو القراض هي اتفاق بين طرفين يبذل أحدهما فيه ماله ويبذل الآخر جهده ونشاطه في الاتجار والعمل بهذا المال على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان من النصف أو الثلث أو الربع... وإذا لم ترباح الشركة لم يكن لصاحب المال غير رأسماله، وضاع على المضارب كده وجهده، لأن الشركة بينهما في الربح، أما إذا خسرت الشركة فتكون على صاحب المال وحده. و لا يتحمل عامل المضاربة شيئا منها

¹. محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام دار المعارف للطبوعات، بيروت، سنة 1990، ص 43.

². محمد باقر الصدر، نفس المرجع، ص 43.

مقابل ضياع جهده وعمله، إذ ليس من العدل أن يضيع عليه جهده وعمله ثم يطالب بمشاركة رب المال فيما ضاع من ماله ما دام ذلك لم يكن عن تقصير أو إهمال.¹ أما الأستاذ أبو اليزيد متيت فيرى أن المضاربة المصرفية عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين وليكن مصرف بأن يدفع للطرف الآخر مبلغ من المال ليتجر فيه على تقاسم الربح بينهما حسب شروط العقد.²

ويعرفها الأستاذ أحمد عادل كمال على أنها: "عقد قائم على تقديم المال من جانب رب المال (المصرف) والعمل من جانب المضارب (العميل) ويقوم المضارب بالاتجار فيه وفق ما أحل الله وما يرزق الله من ربح بينهما"³.

بينما يرى الأستاذ إبراهيم لطفي: أن المضاربة في العمل المصرفي ليست بمعنى المقامرة أو المغامرة التي يجري التعامل بها في نشاطات بورصات المال، لكن المضاربة هي التي تعني الضراب، وهي صفة لصاحب النشاط الذي يضرب في الأرض قصد الإلتجار واستثمار المال.⁴

أما الأستاذة Stéphanie Parigi فتري أن عقد المضاربة هو اتفاق يصطلح عليه إسم القراض ويهتم بالنشاط المصرفي المطابق للشريعة الإسلامية، ويعتبر هذا القراض حسب الأستاذة ستيفاني " شركة سلبية حيث تكتفي المصارف الإسلامية بتقديم المال لمشروع المضاربة وتترك مسائل التسيير والإدارة للمضارب"⁵.

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ لسان الحق أن القراض أو المضاربة هي توظيف المصرف لأمواله عن طريق استثمار الأموال المودعة لديه، ويعتمد على تقسيم الربح بينه وبين أصحاب الودائع الاستثمارية.⁶ وتتم المضاربة المصرفية عمليا " تقديم المصرف الأموال

¹. حسن عبد الله الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ، مطبعة الشرق، سنة 1987، ص 7.

². أبو اليزيد المتيت، ضمانات القروض في البنوك الإسلامية، مجلة البنوك الإسلامية، القاهرة، ع 50 ، أكتوبر 1986.

³. أحمد عادل كمال، دور البنوك الإسلامية في تمويل التنمية الاقتصادية ، مجلة البنوك الإسلامية، ع 227، القاهرة، 1986.

⁴. إبراهيم لطفي ، التمويل بالمشاركة مشاكل التطبيق والحلول، مجلة البنوك الإسلامية، ع 2، ماي 1987.

⁵Stéphanie Parigi, Des banques islamiques, éd Ramsay, Paris, 1989, p75 .

⁶. أحمد لسان الحق، منهج الاقتصاد الإسلامي في إنتاج الثروة واستهلاكها، ج2، الدار البيضاء، المغرب الأقصى، ص

لأرباب المهن و التجارات وأصحاب الخبرات لإقامة مشروعاتهم ويتفق معهم على نسبة من الربح¹.

مما سبق يظهر أن تعريفات الباحثين المعاصرين لا تختلف عن تعريفات الفقهاء، ولقد اعتمدت البنوك الإسلامية منذ قيامها إلى الآن على هذا العقد من جهة تعبئة الأموال القابلة للاستثمار، وذلك بعد أن تم تطويره إلى ما يسمى بالمضاربة المختلطة أو الجماعية أو المشتركة حتى يتلاءم مع الأعداد الكبيرة من العملاء.

هذا ما سنحاول بسط الحديث عنه في مستهل إبراز مدى نجاعة تطبيق هذا النوع من الصيغ التمويلية الإسلامية في المؤسسات المالية الحالية، وبالتالي اعتمادها كبديل يغني عن التعامل بالصيغ الربوية.

الفرع الأول: التطبيق العملي لشركة المضاربة من خلال المؤسسات المالية المعاصرة

بعد أن صارت تجربة المؤسسات المالية الإسلامية قيد التطبيق وأضحت واقعا عمليا، بادر العاملين إلى استخراج أحكام العقود الشرعية على النحو الوارد في كتب الفقه و محاولة تكييفها مع ما يلائم ظروف العصر الحالي. فالمؤسسة المالية الإسلامية إذا أرادت الدخول في معاملة على أساس المشاركة فسيبيلها إلى ذلك صياغتها وفق إحدى صور الشركات في الفقه الإسلامي وترتيب أحكامها عليها، و أن تجد الصيغة القانونية الملائمة لها أو القريبة منها من بين صيغ الشركات التي نظمها القانون.

وإن اختارت المؤسسة المالية الإسلامية إحدى صور هذه الشركات فإنها تخضع للأحكام القانونية الخاصة بها . وليس للأحكام الفقهية الخاصة بالشركة التي أرادتتها. فإذا كانت المؤسسة مثلا تريد إنشاء شركة مضاربة، فإنها تختار صورة شركة التوصية، لأنها أقرب الصور القانونية إلى شركة المضاربة. و في هذه الحالة تكون المؤسسة خاضعة إلى أحكام القانون الخاصة بشركة التوصية و ليس بأحكام الفقه الخاصة بشركة المضاربة.

و يبدو أن الحل الوحيد إذا أرادت المؤسسة المالية أن تخضع لأحكام شركة المضاربة هو أن تختار عقد شركة محاصة بما أنها لا تكتسب الشخصية القانونية، ويمثل أحد الشركاء الشريك الظاهر فيها الذي يناط به التعامل معه الناس وينظم علاقته بباقي الشركاء بواسطة

¹. أحمد لسان الحق، نفس المرجع، ص 112.

عقد خاص ينص فيه الشركاء على ما يشاؤون من أحكام على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين.

وكنموذج للتطبيق العملي لشركات الأشخاص التجارية، الذي يخرجها من دائرة التجريد إلى فضاء الواقع، ولفهم أحكامها واقعيًا. رأينا ضرورة الوقوف على المضاربة، وهي على بساط المعاملات المصرفية الحالية، سعيًا منا للكشف عن مدى إمكانية التطبيق العملي لهذه الشركة من خلال المؤسسات المالية المعاصرة كصيغة من الصيغ التمويلية الإسلامية بدلا من الصيغ التقليدية الربوية لخلق بيئة متكاملة من التعاملات المالية و التجارية الإسلامية.

البند الأول: المضاربة المشتركة كصورة مصرفية مستحدثة لشركة المضاربة

لا وجود لمصطلح المضاربة المشتركة في المدونات الفقهية القديمة، لأنه مصطلح مستحدث يرتبط بنشأة المصارف والشركات الاستثمارية الإسلامية المعاصرة. وقد أكد هذا الأمر الدكتور سامي حمود الذي استعمل هذا المصطلح في الدراسات الاقتصادية الإسلامية الحديثة، حيث يقول: " إذا كان المضارب الذي بحث أمره الفقه الإسلامي هو مضارب خاص يعمل لمالك المال، ويخضع لشروطه فإن المسألة تحتاج في العصر الحاضر إلى إيجاد شكل آخر من المضاربة، حيث يكون المضارب مشتركًا يأخذ الأموال من الكافة كالأجير المشترك ويعمل فيها بشروط تخضع للتنظيم الذي يضعه هذا المضارب المشترك حتى يمكن تسيير الاستثمار براحة و أمان".¹

لهذا اتخذ عقد المضاربة شكلا ملائما للطبيعة الخاصة للعمل المصرفي تمثل في نظام شهادات المضاربة². و شهادات المضاربة هي عبارة عن قيم منقولة تطرحها المصارف الإسلامية في السوق المالي بغرض الاكتتاب فيها مقابل حصول حامل الشهادات على عائد مالي متغير يسمى الربح. ويرجع أصل هذه الشهادات إلى فكرة المضاربة المشتركة،

¹. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط 2، مطبعة الشرق، عمان، سنة 1982

ص76.

².Azziz Al Kazza , Les capitaux de l'islam, l'islamisation du système bancaire et du système de financement aux capitaux CNRS, paris, 1990, p110 .

التي تقوم على خلط أموال المودعين بحيث يعتبرون في مجموعهم رب المال، ويعد المصرف في هذه الحالة بمثابة مضارب¹.

بذلك يمكن اعتبار المضاربة المشتركة عبارة عن عقد ثلاثي يتم عبر مرحلتين بين ثلاث أطراف وهم أرباب الأموال، والعاملون في هذه الأموال أو المضاربون و الجهة الوسيطة أو المضارب المشترك بينهما².

تتمثل المرحلة الأولى في عقد بين الجهة الوسيطة و مالكي الأموال، والمرحلة الثانية تتمثل في عقد بين العاملين والجهة الوسيطة، وبموجب هذين العقدين يكون للجهة الوسيطة أو المضارب المشترك تحديد الشروط التي تتلائم مع نظام الاستثمار الجماعي و لها نصيب من الربح نظير عملها. ويجب عليها مقابل ذلك ضمان أموال المستثمرين في حالة الخسارة إذا ثبت التعدي أو التقصير³.

وإنما سمي هذا الشكل الجديد للمضاربة بالمضاربة المشتركة، لأن المضارب يعتبر عاملاً مشتركاً لأكثر من رب مال في آن واحد، ولا يختص بعمله مؤجر واحد.

ومما سبق يتبين أن المؤسسات المالية المعاصرة في تطبيقها للمضاربة المشتركة تقوم بإبرام عقد بينها وبين عدد من أرباب الأموال أو المودعين، حيث تتلقى بموجبه أموالهم على أساس تشغيلها في المضاربة، ثم تبرم عقداً ثانياً منفصلاً بينها وبين عدد من المستثمرين وهم العاملون الفعليون، فتدفع بموجبه الأموال التي تلقتها من المودعين لهؤلاء المستثمرين ليقوموا باستثمارها في مختلف الأنشطة التجارية المتاحة التي يرتجى منها تحصيل أرباح لها وللمودعين وللمستثمرين، مع ضمان تلك المؤسسات الأموال عند تلفها وخسارتها إذ اثبت تقصيرها. كما تتولى وضع الشروط بنفسها وفقاً للضوابط التي تتلاءم مع الاستثمار الجماعي الحديث.

البند الثاني: مشروعية المضاربة المشتركة

¹ عجة الجبالي، مرجع سابق، ص 106.

² محمد عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس، الأردن، 2001، ص 44.

³ محمد عبد الكريم أحمد إرشيد، نفس المرجع والصفحة.

إن المضاربة المشتركة أو الجماعية وإن لم تكن موجودة في صورتها المعاصرة إلا أن الفقهاء ذكروا صوراً لتعدد أرباب الأموال في المضاربة. وقد حاول الفقهاء المعاصرون قياسها على المضاربة الفردية محاولين تأكيد مشروعيتها. وقال الإمام ابن رشد: "فكذلك هذان المالان له أن يخلطهما بعد إذن صاحبيهما تحرياً للعدل فيهما ولما يرجو من استقرار الربح بخلطهما واستئذانهما أحسن إذ قد يكره كل واحد منهما ذلك لما يعتقد أنه ماله أطيب من مال الآخر، فإن خلطه بغير اختيار صاحبيهما لم يلزمه في ذلك ضمان إذ لا ضرر في خلطهما على واحد منهما ولا وجه من وجوه التضييع".¹

و يقول الأستاذ وهبة الزحيلي: "إنني أؤيد وبكل شدة مشروعية المضاربة المشتركة لا من حيث إقرار واقعها فقد يكون الواقع ظالماً. ولكن من حيث تطبيق جزئيات المفاهيم التي قامت عليها هذه المضاربة بالاعتماد على ما هو تلفيق مشروع من مختلف الآراء المذهبية، فكل جزئية من جزئيات المضاربة المشتركة يمكن أن نجد لها تخريجا واضح المعالم ومنه يمكن القول بسهولة بمشروعية هذا النوع الجديد الذي اقتضته الحياة المعاصرة، والذي حقق نجاحا واضحا، خصوصا فيما يتعلق بتعدد المشاركين وإسهام المضارب بماله بالإضافة إلى جهده، وكأن هذه الناحية فقط يمكن أن تجر المضاربة المشتركة إلى شركة عنان وهذا ما أميل إليه وسواء كيفنا أنها شركة عنان أو مضاربة مشتركة فالمهم هو النتائج ولا يهمننا تكييف العقد كثيرا".²

كما أن المضاربة المشتركة القائمة على نظام الشهادات تحقق المركز القانوني المزدوج للمصرف بحيث يعتبر كمضارب بالنسبة لأصحاب الشهادات وصاحب مال بالنسبة للمستثمر أو المضارب الثاني وبناء على ذلك يصبح هذا العقد الأكثر انسجاما مع متطلبات العمل المصرفي الحديث.³

البند الثالث: صور المضاربة المشتركة

للمضاربة المشتركة ثلاث صور هي:

¹. ابن رشد، مرجع سابق، ص 685.

². وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 2854.

³. عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 109.

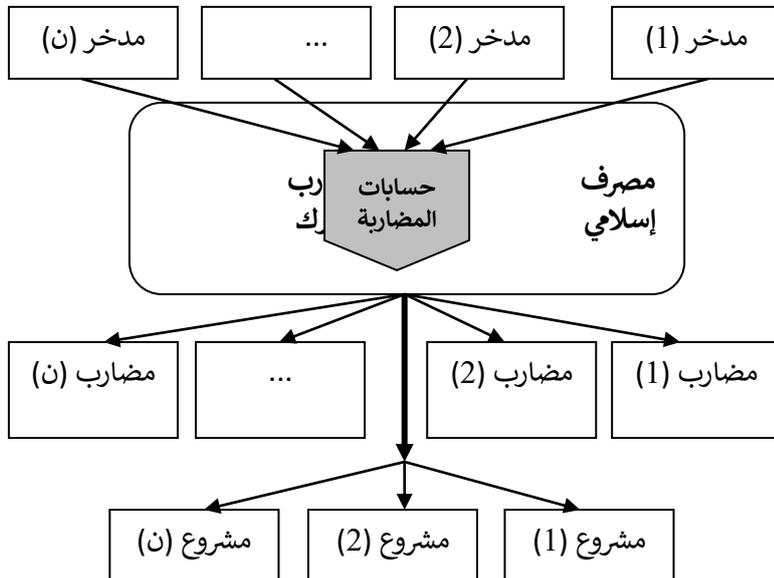
أ- أن يكون المال واحدا والعامل متعددا، كأن يضارب لرب المال جماعة من الخبراء في إدارة المال واستثماره، و يعملوا فيه مجتمعين، ويكون لهم نصيب معين مشاع من الربح يقتسمونه بينهم. أو يضارب لرب المال واحد ويأذن رب المال له بالاستعانة بغيره، فيتفق المضارب مع واحد أو أكثر ليعملوا معه في هذا المال، ويكون لهم معه نصيب معين من الربح.

ب- أن يكون كل من رب المال والعامل متعددين.

ج- أن يكون المضارب واحدا ويكون أرباب الأموال متعددين . كأن يضارب لرب المال عامل ثم يأتي رب مال آخر فيضارب له العامل ذاته ثم يأتي رب مال ثالث ورابع.... و في هذه الحالة يكون أمام المضارب وضعين، فقد يعمل بالمال الثاني في مضاربة جديدة بحيث يتم التمييز بين المالين في مضاربتين مختلفتين، و قد يضيف المال الثاني في نفس المضاربة الأولى بحيث يتم الخلط بين المالين ويعمل بهما في مضاربة واحدة.

هذه هي صور المضاربة المشتركة التي طرحها بساط الاستثمار المالي الإسلامي بديلا عن الاستثمار الربوي . أما الصورة الأولى وهي تعدد العمال ورب المال واحد فليست هي المرادة في هذه الدراسة، وهي قريبة جدا من المضاربة الفردية.

و الصورة الثانية تعد من صور المضاربة المشتركة. إلا أن معظم المؤسسات المالية الإسلامية لا تتعامل بها، بل تتعامل وفقا للصورة الثالثة وهي مضاربة جماعية بتعدد أرباب المال.



المصرف كمضارب مشترك

البند الرابع: أهم الفوارق بين المضاربة المشتركة و بين صور المضاربة الفردية.

تتضمن المضاربة المشتركة التي تقوم بها المصارف الإسلامية جميع السمات الأساسية التي تتسم بها المضاربة في الفقه الإسلامي، والمنصبة على المضاربة الفردية، وتختلف عنها من عدة وجوه وهي :

- أ- المضاربة المشتركة لها ثلاثة أطراف وهم صاحب المال والمضارب المستثمر، المصرف الإسلامي، وجميعهم يستحقون الأرباح، في حين أن المضاربة الفردية لها طرفان.
- ب- المضاربة المشتركة تتصف بالجماعية، وتتمثل في خلط الأموال المستثمرة في المضاربة، في حين أن المضاربة الفردية تقوم على أساس عدم خلط الأموال.
- ج- المضاربة المشتركة تقوم على أساس استمرارية الشركة ومن أبرز معالم الاستمرارية في المضاربة المشتركة:

- جبران الخسارة في المضاربة الأولى بالربح في المضاربة الثانية.

- توزيع الربح يناط بالزمن أي بالتوقيت لا بالتضيض (تحويل الأعيان إلى نقود) على الأصل، لأنه لا بد من التضيض في المضاربة الثنائية في الفقه الإسلامي ليظهر الربح كما بينا سابقاً، لكن في المضاربة المشتركة بما أنها مضاربة مستمرة لأن من صفاتها ما ينتهي بانتهاء السنة المالية، ومنها ما يحتاج إلى أكثر من ذلك، ولذلك يصعب القيام بتضيض جميع أموالها وإنهاء عقد المضاربة في نهاية السنة المالية لذلك يلجأ للتضيض التقديري كل عام، ومن ثم المضي في هذه المضاربة لأنه يصعب تضيض كل الأموال الداخلة في الاستثمارات المختلفة¹.

- انسحاب أي شخص من أصحاب الأموال لا يؤثر في استمرارية الشركة ولا يؤدي إلى فسخها.

د- في المضاربة المشتركة يضمن رأس المال من قبل المضارب لصاحبه، في حين أن ضمان رأس المال في المضاربة الفردية يفسدها.

¹. محمد عبد الكريم أحمد إرشيد، مرجع سابق، ص 46.

البند الخامس: الخطوات العملية لإجراء عمليات المضاربة في المصارف الإسلامية:

لنجاح عملية التمويل عن طريق المضاربة يتعين مراعات المراحل التالية:¹

الخطوة الأولى:

استكشاف العمليات: وتتمثل في البحث عن الفرص المتاحة في مختلف المجالات الاستثمارية والترويج لها قصد جلب المستثمرين نحوها.

الخطوة الثانية:

اختيار الملفات: ويتم ذلك بتفحص الملفات المقدمة (في إطار المضاربة) والاتصال بأصحابها في حالة الضرورة لطلب توضيحات حول مشاريعهم.

الخطوة الثالثة:

تقويم ودراسة الملفات المرشحة للتمويل من كافة جوانب الجدوى: الاقتصادية، الفنية والمالية. وتعد هذه الخطوة حاسمة في اتخاذ قرار التمويل.

الخطوة الرابعة:

تحديد رأس المال: أي اتخاذ القرار بشأن حجم رأس المال الذي سيتدخل به البنك في تمويل المشروع المطلوب تمويله، انطلاقاً من مبدأ العائد والمخاطرة.

الخطوة الخامسة:

تقديم التمويل ومتابعة العملية: بعد منح المبلغ المحدد في الخطوة الرابعة للمستفيد (المضارب) يبقى على البنك متابعة العملية من خلال طلب تقارير دورية حول مجريات المشروع موضوع التمويل، وذلك من أجل التأكد من السير الحسن وتقادي حالات التعثر والانحراف.

الخطوة السادسة:

1. Med Ali Chekir , "Les aspects pratiques du financement moudharaba", communication présentée dans un séminaire organisé conjointement par l'institut islamique de recherches et de formation et la banque al-Baraka mauritanienne islamique, 5-6 déc. 1992, in : Actes de séminaire n° 37 , intitulé : Introduction aux techniques islamiques de financement, pp61-70

مسألة الضمانات: ولا يتعلق الأمر هنا بالضمانات العينية أو الشخصية، ولكن تلك الضمانات المرتبطة بالمنتج والسوق وشخصية المقاول، والتي يتوجب الحرص على مراعاتها.

البند السادس: طبيعة العلاقة بين أطراف المضاربة المشتركة

يشمل عقد المضاربة المشتركة ثلاثة أطراف¹:

الأول : أصحاب الأموال.

الثاني: المؤسسة الاستثمارية الإسلامية.

الثالث: التجار المتعاملون مع المؤسسة الإسلامية الذين يقومون بتنمية هذه الأموال.

فأما العلاقة بين أرباب الأموال هي شركة عقد على أساس العنان فتطبق عليهم أحكامها. واعتبر المالكية أن هذه العلاقة شركة ملك لأنهم لم يشترطوا على المضارب إذا أخذ المال من رجلين أن يستأذنها، وإنما جعلوا الاستئذان من المستحبات².

فالمضارب عند المالكية إن لم يستأذن بخلط مال رب المال بمال رجل آخر لم يجعلوه ضامنا وهذا يدل على أن الشركة بين صاحبي المال شركة اضطرارية ولا تحدث مثل هذه الشركة إلا في شركة الملك .

فكل ما يحصل من ربح على هذا المال المشترك المخلوط يقسم على قدر ملك كل واحد منهما في رأس المال فلا يجوز انقسام الربح فيما بين أرباب الأموال إلا بنسبة مساهمتهم في الوعاء ولا يجوز التفاوت في النسب.

أما عند الحنفية والحنابلة فيجوز تفاوت نسب أرباح أرباب الأموال باعتبار الشركة فيما بينهم شركة عقد. وعلى هذا يجوز ما تعرفه البنوك من إعطاء أوزان مختلفة لأنواع مختلفة من الودائع.

والعلاقة بين المؤسسة الإسلامية وبين التجار المتعاملين هي علاقة مضاربة فردية باتفاق عامة الفقهاء المعاصرين. وهي مشروعة بالاتفاق كما سبق تفصيله في حكم المضاربة و مشروعيتها.

¹. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ط 1، دار النفائس، الأردن، سنة 1996، ص 306.

². ابن قدامة، ج 5، مرجع سابق، ص 136.

أما العلاقة بين المؤسسة الإسلامية المالية وأصحاب الأموال فهي محل خلاف بين الفقهاء، فهي من جهة نفس المضاربة التي تحدث عنها الفقهاء ومن جهة أخرى هناك جملة من التغييرات طرأت على المسائل المرتبطة بها الأمر الذي يستلزم اجتهادات متجددة لبيان موقف الشرع من تلك المسائل في ضوء الواقع الذي نعيش فيه.

إتجه أكثر المعاصرين من الفقهاء إلى أن المضاربة المشتركة هي مضاربة فردية مطورة، حيث تقوم المؤسسة الإسلامية مقام العامل المضارب والفوارق بينهما فوارق غير مؤثرة. في حين ذهب آخرون إلى أن أصحاب الأموال شركاء للمؤسسة المالية، والعقد بينهما عقد شركة أموال لا عقد مضاربة. حيث أن المؤسسة تضيف أموال أرباب الأموال إلى أموالها وتتجر بالجميع معا مع اقتسام الربح.

واتجه فريق ثالث إلى أن العلاقة بين أرباب الأموال والمؤسسة الإسلامية علاقة إجارة، فأرباب الأموال مستأجرون والمؤسسة أجير مشترك يدير المال لهم بأمرهم. مقابل ما يأخذه منهم في حصة الربح.

خلاصة الأمر أن تحديد طبيعة العلاقة بين أطراف المضاربة المشتركة مسألة خاضعة لتنظيم المؤسسة المالية، إذ من حقها أن تعتبر الإدارة التنفيذية مع مجلس الإدارة هي العامل. والجدير بالذكر في هذا المقام أن مسألة الربط بين أطراف المضاربة شديدة الصلة بمسألة الضمان وقد حسم قرار مجمع الفقه الإسلامي هذه المسألة بقرار صادر عن مجلسه ونصه:

" المستثمرون بمجموعهم أرباب المال، والعلاقة بينهم هي المشاركة بما فيهم المضارب إذا خلط ماله بما لهم. و المتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة. لأنه هو المخول باتخاذ قرارات الاستثمار والإدارة والتنظيم وإذا عهد المضارب إلى طرف ثالث بالاستثمار فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال"¹.

البند السابع: الضمان في المضاربة المشتركة

¹. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، سنة 1998.

لاشك أن مسألة تضمين المضارب المشترك مال المضاربة بمحض إرادته من أهم المشكلات التي واجهت الفقهاء المعاصرين ومن ثم المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيقها للمضاربة المشتركة، ومن أجل ذلك انكبت هم الفقهاء المعاصرين على تحرير محل النزاع بصورة علمية دقيقة وتحقيق القول في الآثار المترتبة عليه وعدمه في ضوء الواقع الذي تطبق فيه المضاربة استنادا إلى المصلحة الزمنية أو ضرورات الواقع.

إن الالتزام الممنوع في عقد المضاربة هو ضمان العامل للخسارة، حتى لا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه وخسارة رأس المال، ما لم يكن مخالفا لشرط أو مقصرا أو متعديا.

فإذا اشترط رب المال على المضارب ضمان ما يقع من خسارة أو تلف في رأس المال فالشرط باطل و أما العقد فهو صحيح عند الحنفية والحنابلة وفاسد عند المالكية والشافعية كما سبق وأن بينا.

ووصف المضاربة بأنها مشتركة لا يقتضي جواز اشتراط الضمان حسب ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين قياسا على الإجارة المشتركة لأن هذا الوصف لا يغير من جوهر المضاربة بأنها من المشاركات¹.

واشترط الضمان فيها يجعلها تعاملها ربويا بضمان المال والحصول على ربح المشاركة، أما الإجارة فهي من المعاوضات يصح الضمان فيها إذا كانت مشتركة للإجماع على تضمين الصناع، أما المضاربة المشتركة فقد تم الإجماع على منع الضمان فيها.

والمشكلة في مسألة تضمين المضارب تكمن في أن المؤسسات الربوية تضمن الودائع لأصحابها إذا ضاعت أو خسرت لذا يود بعض الفقهاء المعاصرين إعطاء المؤسسات المالية للاستثمار هذه الميزة أيضا لكي لا يكون هذا الفارق بينهما صارفا لبعض أصحاب الأموال عن التعامل مع المؤسسات الإسلامية، حيث مال بعض الفقهاء المعاصرين إلى تضمين المؤسسات الإسلامية الخسارة والتلف إذا شرط عليها ذلك قياسا على الأجير المشترك إلا أن الكثير منهم رد هذا القياس لأسباب كثيرة أهمها أن القياس شرطه أن يكون المقيس عليه ثابتا بنص و الضمان في الإجارة المشتركة ليس كذلك.

¹. غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامي، ص 198.

وتتص قاعدة العدالة الشرعية على الاشتراك في المغرم و المغنم في مواجهة النتائج عند الاستثمار حتى لا تكون شركة الاستثمار بين البنك والمودعين قد تميزت بالاشتراك في الربح وحده، بينما يتحمل البنك وحده الخسارة في حالة حدوثها و هو ما يعرف في القوانين التجارية بشرط الأسد الذي سبق الحديث عنه و هو شرط مرفوض لتنافيه مع مبدأ المشاركة و الاستثمار الذي يتضمن المخاطرة، و مع العدالة التي تتسم بها أحكام الشريعة. إن اقتراح فرض الضمان على المؤسسات المالية الإسلامية يترتب عليه التعامل بالربا في جميع أنشطة هذه المؤسسات، لأن ضمان المؤسسة المالية الإسلامية للأموال التي يودعها العملاء لديها تعني ثبات هذه الأموال في ذمة المؤسسة المالية فتصير ديناً عليه كسائر الديون الأخرى التي تتشغل بها ذمته. وبهذا يخرج من كونه أمانة في يد المؤسسة ليصبح في حكم القرض، و من أجل ذلك فالحكم الذي انتهى إليه جمهور الفقهاء بالنسبة لفرض شرط الضمان على المضارب هو فساد العقد برمته أو فساد شرط المضاربة. و في هذه الحالة يستحق عامل المضاربة أجر المثل .

ولأن من الشروط الأساسية المدرجة في أصل عقد المضاربة بين البنك وعملائه شرطاً يلزم البنك بسداد جزء من الأرباح إلى عملائه وفقاً للنسبة المتفق عليها، فإنه إذا تم إدراج شرط الضمان في العقد وحصل العميل في أي عام من الأعوام على قدر من الأرباح فوق قيمة وديعته المضمونة في ذمة البنك أصبحت هذه الوديعة وكأنها قرض جر نفعاً. وهذا مما سيفقد مصداقية عمل المؤسسات المالية الإسلامية أمام المتعاملين معها، مما يؤدي إلى تراجع الإقبال عليها .

لهذا فإن مبدأ العمل المصرفي الإسلامي يقوم على قاعدة الغنم بالغرم أي بالمشاركة في الربح والخسارة مما يمثل سمة تنافسية أساسية ترتكن إليها البنوك الإسلامية في تنافسها مع البنوك التقليدية. وعلى ذلك فإن قبول مبدأ الضمان على البنوك الإسلامية سيؤدي إلى طمس أحد الفروق الجوهرية التي تميز العمل المصرفي الإسلامي.

ويشير أحد الخبراء في البنك الدولي في تقويمه لتجربة البنوك الإسلامية الماليزية أن مشكلة الضمان تبقى واحدة من أهم معوقات تطبيق عقد المضاربة حيث طبقت البنوك الماليزية نظام الضمان للودائع المضاربة الأمر الذي يعرض النظام المصرفي للخطر في حالة زيادة تلك الإيداعات الأمر الذي يعني تراجع البنوك عن ضمانها مما أدى إلى تراجع

ثقة الجمهور بالنظام المصرفي في ذلك البلد ويذهب صاحب الدراسة إلى القول أن الضمان ينبغي أن يبرر في حالة سوء تصرف البنك بأموال المودعين.¹

الفرع الثاني: إنجازات المضاربة و العقبات التي تعترض المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيقها للمضاربة المشتركة.

تسهم المضاربة في توفير فرص التشغيل لكل من العامل ورأس المال. وبذلك تسهم في معالجة عدم استخدام الموارد والبطالة وهي الحالة الواسعة الانتشار في الدول الإسلامية سواء ما كان منها ظاهراً أو مقنعاً، بسبب محدودية النشاطات الاقتصادية التي لا تتيح الإمكانية للاستخدام بشكل يؤدي إلى توسيع درجة استخدام الموارد الاقتصادية و هي المال والعمل.

كما تسمح المضاربة بإقامة النشاطات الاقتصادية مما يسهم في تلافي المساوئ التي ترافق التعامل عن طريق المؤسسات الربوية التي لا تتعامل إلا بالفوائد الربوية، كما تجنب الأفراد نهج السلوك غير العقلاني والرشيد الذي يمثله الاكتناز لتحرير الموارد المالية المكتنزة و إعادتها إلى دورة النشاطات الاقتصادية.

إن المضاربة تسهم في توفير درجة كفاءة أكبر في استخدام الموارد سواء كانت رأس المال أو العمل أو المستلزمات التي تتطلبها عملية القيام بالنشاطات الاقتصادية. حيث يقوم المضاربون بهذه النشاطات، والذين يفترض امتلاكهم للقدرة والخبرة التي تتيح لهم أداء هذه النشاطات بأفضل طريقة و كيفية ممكنة مما يحقق أقصى كفاءة ممكنة وأعلى عائد ممكن، مع تخفيض كلفة ممارسة النشاط و زيادة الإنتاج.

تظهر بوضوح العدالة في مجال تشغيل الأموال واستثمارها عن طريق شركة القراض أو المضاربة، حيث يساهم الشريك برأس المال والمؤسسة المالية بالمال والعمل و يقسم الربح بينهما بالتراضي أما الخسارة فتكون بنسبة رأس المال إلا إذا كانت بسبب التعدي و التقصير. ولا ضمان في هذه المعاملة على المضارب حتى يتم الاشتراك بين الطرفين في الغنم و الغرم.

¹.Juan sote ,introducing Islamic Banks into conventional Banking systems working paper,july.2007,p19.

وتتيح المضاربة تحقيق التعاون والتكافل الاجتماعي من خلال ارتباط المال والعمل، وبذلك يتجنب المجتمع حالات الصراع و التخاص و عدم الانسجام بين عنصري العمل ورأس المال عند ممارسة النشاطات الاقتصادية بشكلها التقليدي.

وهذا الصراع بين العاملين والرأسماليين هو الأساس الذي شكل إحدى الأسس المهمة للنظرية الاشتراكية وبالذات الماركسية. و الذي أوجدته الرأسمالية من خلال تركيزها على تجميع رأس المال وزيادته على حساب العاملين بافتقارهم وبؤسهم . والمضاربة بشكلها المعاصر يمكن أن تقضي على هذا الصراع أو تخفف من حدته عن طريق المشاركة برأس المال والعمل، لتحقيق التكافل والانسجام الاجتماعي.

إلا أن المضاربة المشتركة على ما توفره من مصالح لأرباب المال والعاملين خاصة، وللمجتمع عامة في نطاق الاستثمار الإسلامي لم تتج من كثير من العقبات التي تفرضها التيارات الاقتصادية المعاصرة. وهذه الإخفاقات والعوائق تختلف من حيث مداها من مؤسسة إلى أخرى ومن مجتمع إلى آخر، ونذكر منها:

- الصعوبات والمشاكل التي تتصل بممارسة المؤسسات المالية في بيئة غير مناسبة لطبيعتها.

- إن الأصل في ممارسة المضاربة هو ارتباطها بممارسة النشاطات التجارية أي أن معظم عمليات المضاربة نشأت أصلاً للقيام بالمعاملات التجارية، وتركيز المضاربة على هذا النوع من المعاملات لا يمكنها من أداء دورها الاقتصادي بدرجة كافية. إذ لا يوجد ما يمنع من استخدام المضاربة في القيام بالنشاطات الاقتصادية الأخرى في الزراعة و الصناعة والخدمات، خاصة وأن المضاربة يمكن أن تتيح هذه الفرصة للحرفيين والفنيين والفلاحين وأصحاب الخبرات العملية بالشكل الذي يمكن من توسيع النشاطات الاقتصادية اعتماداً على قدراتهم و خبراتهم.

- أخفقت العديد من المؤسسات المالية في تكوين قدرات إدارية و تنظيمية و تطوير للعاملين بالدرجة الكافية رغم المحاولات الجادة في هذا الجانب. وهو الأمر الذي يؤكد النقص في ذلك سواء المرتبط منه بالجانب الكمي أو النوعي، ويرتبط بهذا القصور في اختيار الإداريين والعاملين وتدريبهم مهنياً وتوعيتهم دينياً وبما يتماشى ويتناسب مع طبيعة المعاملات المالية الإسلامية.

- ينبغي التنويه إلى أن المضاربة تتضمن درجة مخاطرة عالية، وذلك لأن صاحب المال يسلم ماله إلى المضارب الذي يقوم بممارسة العمل وإدارته ولا يكون ضامنا للمال حسب نظام المضاربة الشرعية التي تفترض أن المضارب أمين على المال، وليس ضامنا، إلا إذا تعدى أو أهمل أو قصر.

- إن أسلوب المضاربة الشرعية بالرغم من أنه يوفر الإطار الشرعي للعمل المصرفي، عن طريق الاشتراك في العائد الربحي بين طرفيه بدلا عن نظام الفائدة الربوية على رأس المال، إلا أنه في ظل نظام الضرائب السائد اليوم في أغلب البلاد الإسلامية يخضع العمل المصرفي لنظام الضرائب التصاعدية، مما يقلل فرص العائد الربحي، كما أنه لا يحتسب في ربح المضارب مع المصروفات، وإنما يعتبر من الأرباح، وهذا يقتضي وضع مقابل له احتياطات البنك، لدى البنك المركزي، مما يعطل على المصرف بعض المال عن مجال الاستثمار¹.

ونقول أن التصحيح طريق للكفاءة، وأن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية باب واسع يلجبه الفقهاء المسلمون لحل كل المشاكل التي تواجه الأمة وإيجاد البدائل المناسبة لطبيعة العصر وضروراته، وهذا ما يتبين بوضوح في ما توصل إليه الفقهاء في موضوع المضاربة المشتركة. وبذلك إن الباب لازال مفتوحا لتذليل العقبات، وأمور ينبغي البحث لها عن مخارج لإنهاء المشكلات التي تعترض تطبيق المؤسسات المالية المعاصرة للمضاربة المشتركة.

و في ضوء هذه الدراسة يمكن اقتراح التوصيات التالية :

- ضرورة التحديد العلمي الدقيق للتعدي أو التقصير الموجب للضمان، حيث أن المشكلة المطروحة في مسألة التعدي والتقصير أن مفهومهما في الاقتصاد الإسلامي المعاصر لازال غامضا ويحتاج إلى مزيد من الدرس و التحليل.

- إن مسألة ضمان المال يمكن توفير بديل عنها في شركات التأمين الإسلامي التي أصبحت تقوم بتأمين أموال البنوك الإسلامية، أو يمكن أن يكون هذا البديل في صناديق

¹. حسن عبد الله الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، البنك الإسلامي للتنمية، ط3، جدة، سنة 2000،

التأمين التعاوني التي درست في ندوات البركة . ولعل في هذه التدابير ما يغني عن ضمان المضاربة، و يسد مكانه ويزيل هذا العائق في تطبيق المضاربة الشرعية¹.
لكن يجب الانتباه إلى أن أقساط هذا التأمين التعاوني لا ينبغي أن تكون من الربح المشترك بين المصرف والمستثمرين حتى لا يتحمل البنك جزءا منها، وهو عامل المضاربة، فيكون بذلك ضامنا من حيث أردنا أن نجنبه ذلك. وإنما ينبغي أن يتحمل المستثمرون أصحاب الأموال هذه الأقساط من نصيبهم في الربح تأميناً لرؤوس أموالهم، وإن اقتضى ذلك ترفع نسبة حصصهم من الأرباح منذ بداية التعاقد مراعاة لهذا الاعتبار².
- تشكيل لجنة لحماية حقوق أرباب المال.

- التأكيد على قاعدة العدالة الشرعية التي تنص على الاشتراك في مواجهة النتائج في باب الاستثمار مغارم كانت أو مغام حتى لا تكون شركة الاستثمار بين البنك والمودعين قد تميزت بالاشتراك وحده بينما يتحمل البنك وحده الخسارة في حالة حدوثها، وهو ما يعرف في القوانين التجارية بشرط الأسد وهو شرط مرفوض لتنافيه مع مبدأ المشاركة والاستثمار الذي يتضمن المخاطرة، ومع العدالة التي تتسم بها أحكام الشريعة الإسلامية.
- يجب إنشاء مراكز للتدريب تتولى إعداد عناصر بشرية مؤهلة للعمل مهنيا.
- ولتقليل مخاطر المضاربة، يجب تقييد عمل المضارب، وذلك بفرض نوع من الرقابة عليه.

المطلب السادس: شركة المضاربة بين شركات الأشخاص وشركات الأموال

تعدّ شركات الأشخاص في القانون الوضعي المتمثلة في شركة التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة جميعها من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف بعض الأحكام بين الشريعة والقانون حسب ما تقتضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور.
ففي شركة التضامن حيث يكون المال من جميع الشركاء، والعمل من بعضهم، يكون حينها العامل مضاربا في مال غيره.

¹. حسن عبد الله الأمين، مرجع سابق، ص 63 ، 64.

². حسن عبد الله الأمين، نفس المرجع، ص 64. للتفصيل أكثر في هذا الموضوع أنظر: زكريا محمد الفالح القضاة، السلم والمضاربة من عوامل التسيير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 1984. .

أما في شركة التوصية البسيطة حيث تتكون الشركة من شركاء متضامنين مسئولين عن التزامات الشركة، وشركاء موصين تنحصر مسؤولية كل واحد فيما يقدمه من حصة في المال، تكون الشركة مضاربة في مال الموصين.

وفي شركة المحاصة، إذا سلّمت الحصة لأحد الشركاء لاستثمارها، يكون هذا الشريك وكيفا عنهم في استثمار هذا المال، وبالتالي عمله في مال غيره يكون مضاربة. وشركات الأموال أو المساهمة حيث يكون العمل فيها عادة لغير أرباب الأموال، تعدّ من قبيل المضاربة.

وكذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة يكون عمل المدير فيها مضاربة، كما يرى الأستاذ علي الخفيف. ويقول الأستاذ وهبة الزحيلي في هذا الشأن: "والأدق أن يعتبر عمله من باب التوظّف، فهو يعمل بأجر بحكم التوظّف لا بحكم المشاركة. ولا مانع شرعا في شركة المساهمة وشركة التضامن من اعتبار مدير الشركة أجيّرا موظّفا على العمل، ولا مانع من وجود صفتي الشركة و الإجارة في شيء واحد، لأنّ المنع من وجود عقدين أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكمته وهو عدم إثارة النزاع والخلاف، وعدم التنازع جرى عليه العرف والعادة فلم يعد شرطا مفسدا."¹

الفصل الثاني: شركات الأشخاص في القانون الوضعي

الشركات التجارية المعتبرة قانونا على ستة أنواع، كما سبق وأن أشرنا وهذه الأنواع الستة وردت على سبيل الحصر وتتعلق بالنظام العام. بمعنى إذا تكونت شركة في غير هذه الأنواع القانونية الستة تكون باطلة. ويمكن رد هذه الأنواع الست تبعا لدرجة الرابطة التي تقوم بين الشركاء إلى قسمين رئيسيين هما: شركات الأشخاص وشركات الأموال. حيث يتخذ الاعتبار السائد في الشركة أساسا في هذا التقسيم. فإذا كان الاعتبار المالي هو المهيمن في تكوين الشركة ونشاطها تكون الشركة من شركات الأموال، وأما إذا

¹. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3931، 3930.

كان الاعتبار المالي أمراً ثانوياً وكان الاعتبار الشخصي للشركاء هو الغالب في الشركة و يؤثر هذا الاعتبار في نشاط الشركة حينها تصنف الشركة ضمن شركات الأشخاص.

كما تقدم فإن شركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء بصرف النظر عن المال الذي يقدمه كل شريك. وهي غالباً شركات صغيرة تتكون من أفراد يتعارفون فيما بينهم وغالباً ما تجمعهم صلة القرابة أو الصداقة. و بذلك تكون العلاقة بين الشركاء في شركات الأشخاص قوية جداً، ويترتب على ذلك الاعتبارات التالية:

1- لا يجوز لأحد الشركاء أن يتنازل عن حصته في الشركة للغير دون رضا بقية الشركاء لأنه يؤدي إلى دخول شخص غريب عن بقية الشركاء.

2- تتحل الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إشهار إفلاسه الذي لا يؤدي إلى إفلاس الشركة، ما لم ينص في عقد الشركة على خلاف ذلك.

وهاتان النتيجتان مترتبتان على أن للاعتبار الشخصي مكاناً كبيراً في شركات الأشخاص.

3- مسؤولية الشريك في الغالب غير محدودة فالشركاء المتضامنون في شركة التضامن أو شركة التوصية يعتبرون مسؤولين بالتضامن عن ديون لشركة.

تتميز شركات الأشخاص ببساطة في إجراءات التأسيس مقارنة بشركات الأموال، كما لا يتطلب فيها المشرع حداً أدنى لرأس المال ولا عدداً محدداً من الشركاء.

ولا يتدخل المشرع في تنظيم هذه الشركات إلا استثناءً للمحافظة على النظام العام، فهي تخضع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني إضافة إلى الأحكام الخاصة بالشركات الواردة في القانون التجاري.

وتنقسم هذه الشركات بدورها إلى ثلاثة أنواع هي: شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة وهي محددة في الفقرة الثانية من المادة 544 من القانون التجاري الجزائري. و نشير إلى أن لشركات الأشخاص خصائص وقواعد مشتركة ومع ذلك فإن كل نوع منها يمتاز بخصائص تميزه عن باقي الشركات مما يستلزم دراسة كل منها على انفراد ضمن مباحث مستقلة.

المبحث الأول: شركة التضامن¹

1. أنظر الملحق رقم 2.

شركة التضامن (SNC) La société en nom collectif النموذج الأمثل لشركات الأشخاص وقد سميت بشركة التضامن بسبب تضامن الشركاء ومسؤوليتهم الشخصية التضامنية والمطلقة عن ديون الشركة فلا يسأل الشريك من قبل دائني الشركة بقدر حصته في رأس مال الشركة فقط وإنما يسأل أيضا عن ديون الشركة في أمواله الخاصة كلها وليس في حصته التي يشارك بها في هذه الشركة.

يلاحظ أن المصطلح الفرنسي في تسمية هذه الشركة لا يؤدي المعنى المراد في التسمية العربية وإنما يعني الشركة ذات الاسم الجماعي أو (الجامل)¹ أي أن مباشرة نشاط الشركة المذكورة يكون باسم الشركاء جميعا².

وهذا النوع من الشركات أكثر الأنواع انتشارا لملائمتها للمشروعات الصغيرة وغالبا ما تقوم بين أفراد عائلة واحدة يقدمون أموالا يكونون بها رأس مال الشركة كما يبذلون جهودهم لتحقيق مشروعهم التجاري.

وهناك خلاف بين الفقهاء حول الأصل التاريخي لهذه الشركة إذ يرجع بعضهم أصلها إلى نظام الملكية المشتركة لأفراد العائلة الواحدة عند الرومان، بينما يرى البعض الآخر أن أصل شركة التضامن يعود للقرون الوسطى أثناء ازدهار التجارة في الجمهوريات الإيطالية حيث كان الورثة يستمرون في تجارة مورثهم بعد وفاته ويكونون مسؤولين عن تلك التجارة مسؤولية شخصية وتضامنية، ثم لم يعد أمر هذه الشركات التضامنية حكرًا

¹ . la société en nom collectif est une entreprise dans laquelle les associés qui sont tous commerçants, sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales. Sauf dispositions contraires des statuts, tous les associés sont gérants et peuvent agir au nom de la société, soit conjointement, soit séparément. Les limitations au pouvoir de chacun d'eux ne sont pas opposables aux tiers La société ne peut émettre de titres négociables et les parts ne sont transférables qu'en la forme des cessions de créances. La gestion financière de l'entreprise peut être contrôlée par des Commissaires aux comptes. Cette désignation est obligatoire lorsque ces sociétés atteignent une certaine importance évaluée selon des critères et des valeurs fixés par Décret.

². فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الأردني، الجزء الثالث في الشركات التجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996، ص 99

على الأخوة والأبناء وإنما امتد إلى المعارف والأصدقاء¹. وقد لعبت فكرة الوكالة التبادلية دورا هاما في تقرير المسؤولية الشخصية التضامنية لأعضاء هذه الشركة أمام الغير². فنظام الشركاء في المسؤولية عن ديون الشركة لا تبرره سوى الثقة المتبادلة بين أشخاص تجمعهم رابطة الدم أو العمل في مكان واحد أب يشترك مع ابنه، صاحب عمل يتخذ من أهم عامل عنده شريكا، أو أصدقاء يثق كل منهم بالآخر³. وبظهور عقد الشركة وإقامة نظام شهرها لم تعد الحاجة ملحة إلى الالتجاء لفكرة الوكالة التبادلية وأصبح في مقدور كل شريك أن يلزم الشريك الآخر في مواجهة الغير لمجرد كونه عضوا معه في الشركة⁴. ورغم الاختلاف حول أصل شركة التضامن فإنه من الثابت أنها تعد أقدم الشركات ظهورا مع أن التسمية التي سميت بها حديثة نسبيا، ذلك أنه لما صدرت مجموعة جاك سافاري Jaque Savary في فرنسا سنة 1673 كان يطلق عليها الشركة العامة أو الشركة العادية كما كان يطلق عليها الشركة الحرة ثم أطلق عليها بعد ذلك شركة التضامن أو الشركة ذات الاسم الجماعي ووصفها في كتابه الشهير التاجر الكامل le parfait négociant بكونها الشركة التي يباشر فيها الشركاء التجارة باسمهم جميعا⁵. ولا يقتصر هذا النوع من الشركات على القوانين اللاتينية بل يوجد في القانون الانجليزي (Partnerships) ولكن الشركة في هذا التشريع لا تكتسب شخصية معنوية، وإنما هي مجرد تنظيم تعاقدى للعلاقات بين الشركاء⁶.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام شركة التضامن في المواد 551 إلى 563 من القانون التجاري، إلا أنه لم يعرف هذه الشركة، وإنما اكتفى بالتطرق إلى خصائصها ولا ضير في ذلك إذ بخصائصها تتضح الأشياء.

¹. انظر في هذا المعنى فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 99 . وكذلك عبد العزيز العكيلي، الوسيط في الشركات

التجارية، مرجع سابق، ص 95

². أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 216.

³. محمد فهيم الجندي، مرجع سابق، ص 63.

⁴. أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 216.

⁵. محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 240.

⁶. Lieberman and Siedel, Business law the legal environment, p 910 .

يمكننا وضع تعريف لشركة التضامن كما يلي: " شركة التضامن عقد بين شريكين أو أكثر على ممارسة نشاط تجاري، حيث يسألون مسؤولية تضامنية في جميع أموالهم عن ديون الشركة".

وتخضع شركة التضامن للقواعد العامة التي تحكم الشركات عموما وهي بالإضافة إلى ذلك تتفرد بخصائص تميزها عن بقية الشركات، ولهذا سنتناول في دراستنا لشركة التضامن خصائص هذه الشركة وتكوينها ونشاطها وانقضائها.

المطلب الأول: خصائص شركة التضامن

تتميز شركة التضامن¹ بخصائص أربع، سنتناولها على التوالي:

الفرع الأول: اكتساب الشريك صفة التاجر

يكتسب الشريك في شركة التضامن صفة التاجر ولو لم يكن قد احترف التجارة بمجرد دخوله الشركة² وسواء كان مساهما فعليا في إدارة الشركة أو لم يكن. ذلك أن شركة التضامن شركة تجارية بحسب الشكل. وقد نصت المادة 551 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر...". ذلك لأنه مسئول مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة الناتجة من الأعمال التي تجريها مما يجعله في مركز لا يختلف عن مركز من يقوم بهذه الأعمال باسمه الخاص، كما أن انتمان الشركة يتوقف على الانتمان والثقة التي يوليها العملاء لأشخاص الشركاء أنفسهم³.

يترتب على ذلك أن الشخص لا يمكن أن يصبح شريكا في الشركة إلا إذا كانت لديه الأهلية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية⁴. وفي هذا الشأن لنا وقفة إزاء موقف المشرع

1. [http:// www.iedj.dz.Org](http://www.iedj.dz.Org),le 13/06/2017.

2. La Chambre Soc de la cour de cass, dans son arrêt n° 14-10960 rendu le 14 octobre 2015, les haut majistrats de la cour de cassation, un associé d'une SNC étant un commerçant répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales. un associé d'une SNC reste commerçant avant tout.

3. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 70.

4. باستثناء حالة وفاة الشريك مع قرار بالإجماع بين الشركاء أو شرط في العقد التأسيسي للشركة ببقاء الشركة قائمة مع القصر من ورثة الشريك عملا بالمادة 562 من ق.ت.ج. وفي هذه الحالة يكون الشركاء القصر من ورثة الشريك غير مسئولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم استنادا إلى الفقرة الثانية من نفس المادة.

الجزائري، حيث أنه عَرَفَ التاجر من خلال عدد من الشروط تتمثل في ممارسته للأعمال التجارية و احترافها¹.

لكن هل هذه الشروط كافية لاكتساب صفة التاجر؟

نلاحظ أن نص المادة الأولى تتضمن قاعدة نسبية وبالتالي فالشروط المذكورة غير كافية لاكتساب صفة التاجر، وكان على المشرع ذكر الشروط الأخرى في نص قانوني بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في نص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري.

والشروط الأخرى التي كان على المشرع ذكرها تتمثل في:

1- شرط الأهلية اللازمة للتجار.

2- شروط عدم تحديد المسؤولية.

3- شرط القيد في السجل التجاري، ونشير إلى أن هذا الشرط لم يتكلم عنه في القانون التجاري في المادة الأولى مع الشروط إنما نصّ عليه في المادة 19 من القانون التجاري الجزائري.

ما يهمنا في هذا المجال هو شرط الأهلية اللازمة للتجار. فالمشرع الجزائري لم ينص على الأهلية فيما يخص التاجر الشخص الطبيعي فالمادة الخامسة من القانون التجاري الجزائري تخاطب زمرة من الأشخاص ما بين 18 و 19 سنة إذا كان لهم ميول في ممارسة النشاط التجاري، وخضوعهم لمجموعة من الشروط².

وعليه يجب الرجوع فيما يخص أهلية ممارسة الأعمال التجارية إلى القواعد العامة طبقاً لنص المادة الأولى مكرر من القانون التجاري الجزائري³. هذا ويجب على الشريك ألا يعتريه عارض من عوارض الأهلية.

وإذا تعاقد الشريك في شركة التضامن فعليه أن يلتزم بالتزامات التجار المهنية وهي القيد في السجل التجاري وكذا مسك الدفاتر التجارية⁴. وإن كان العرف قد جرى على عدم

¹. تنص المادة الأولى من ق.ت.ج على أنه: " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة مختارة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

². أنظر نص المادة 5 من ق.ت.ج.

³. تنص المادة 1 مكرر من ق.ت.ج على أنه: " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار وفي حالة عدم وجود نص يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء".

⁴. أنظر المادة 9 من ق.ت.ج.

إلزام الشركاء المتضامنين بإمسك دفاتر تجارية مستقلة عن دفاتر الشركة أخذا بالرأي القائل بالاكْتفاء بدفاتر الشركة ولا يلزم التاجر بمسك دفاتر خاصة به لأن هذه العملية ليست إلا تكرارا لدفاتر الشركة. إلا أن رأيا آخر يرى أنه من الأجدر إمساك الشريك دفاتر خاصة به يقيد فيها عملياته الخاصة حتى إذا اتهم بالتدليس أو بالتقصير كانت له حجة يثبت من خلالها حسن نيته.

أما بخصوص القيد في السجل التجاري فالأرجح الاكْتفاء بقيد الشركة لأن أسماء الشركاء قد تم ذكرهم وإذا دخل شريك جديد يقيد، وإذا خرج شريك يشطب.

نشير في هذا الصدد أن القيد في السجل التجاري كان يعتبر التزاما بموجب نص المادة 19 من الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر المتضمن القانون التجاري الجزائري، بمعنى أن الشخص يكتسب صفة التاجر بموجب الشروط المذكورة آنفا ويقع عليه التزام القيد فيما بعد يؤكد ذلك اعتبار القيد كإجراء قانوني قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها ثم أصبح القيد قرينة قاطعة على تمتع الشخص بهذه الصفة¹، وبالتالي فهو شرط من الشروط.

إن أصبح القيد في السجل التجاري كإجراء قانوني هو الذي يحدد الأهلية اللازمة للتاجر فالأهلية أصبح لها شرطين أولهما يستمد من القواعد العامة أي بلوغ الشخص 19 سنة وتمتعه بقواه العقلية طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وثانيهما القيد في السجل التجاري.

وبمناسبة قيام الشريك المتضامن بواجبات التاجر ومدى اتفاق ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية يقول الدكتور عبد العزيز الخياط في كتابه الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أن " ما يشترطه القانونيون من أن الشريك المتضامن يكتسب صفة التاجر، وأنه لا بد من أن يمسك دفاتر تجارية لشخصه مستقلة عن دفاتر الشركة وهذا متفق مع قواعد الشرع، لأن التصرف في أمور الشركة في الشرع للشركاء جميعا في شركتي المفاوضة والعنان... والتصرف في أمور الشركة يعطي صفة التاجر للشريك. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه يلزم الشركاء بتسجيل مالهم وما عليهم من أموالهم في دفاتر

¹. أنظر المادة 21 من الأمر 96-27 السالف الذكر.

خاصة خوفا من تهرب الشركاء المتضامنين من الوفاء بديون الشركة بإخفاء أموالهم الخاصة أو تهريبها، وهذا أي اكتساب صفة التاجر أمر يقره الشرع ويدعو إليه.¹ وفي حالة إفلاس الشريك أو منعه من ممارسة التجارة أو فقده لأهليته تنحل الشركة ما لم ينص القانون الأساسي للشركة على استمرارها أو أن يقرر ذلك باقي الشركاء بالإجماع وهو ما تؤكدته المادة 563 من القانون التجاري الجزائري. وإفلاس أحد الشركاء لا يؤدي إلى إعلان إفلاس الشركة لأن الشركة لا تتحمل ديون الشريك الشخصية، وإن ترتب على هذا حل الشركة وانقضائها ما لم يتفق الشركاء الباقين على استمرارها، كما سبق وأن أشرنا.

أما إذا أفلست شركة التضامن بسبب توقفها عن الدفع فسيؤدي ذلك إلى إفلاس الشركاء جميعا باعتبارهم تجارا ومسؤولين مسؤولية تضامنية عن ديون الشركة. ولذلك من حق الشريك المتضامن أن يطعن في الحكم الصادر بشهر إفلاس شركة التضامن الذي هو شريك فيها.²

وليس هناك ما يمنع من أن يكون الشريك المتضامن شخصا معنويا أو أن يكون الشخص الطبيعي أو المعنوي شريكا في أكثر من شركة تضامن.³

الفرع الثاني: المسؤولية الشخصية والمطلقة والتضامنية عن ديون الشركة

إن جميع الشركاء في شركة التضامن مسئولون مسؤولية مطلقة وتضامنية عن ديون الشركة⁴ حسب ما نصت عليه المادة 551 من القانون التجاري في فقرتها الأولى: " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسئولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة..."⁵.

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 136 و137.

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 328.

³. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 113.

⁴. وهي قاعدة بارزة وأصلية في تحديد المركز القانوني للشريك المتضامن.

⁵. ويسري على هذا التضامن الأحكام الخاصة بالتضامن المنصوص عليها في القانون المدني بالمواد 217 إلى 235

جاء كذلك في نص المادة 26 من القانون الأردني: "يعتبر الشريك في شركة التضامن مسؤولاً بالتضامن والتكافل مع سائر شركائه عن الديون والالتزامات التي ترتبت على الشركة أثناء وجوده شريكاً فيها، ويكون ضامناً بأمواله الشخصية لتلك الديون والالتزامات، وتنتقل هذه المسؤولية والضمانة إلى ورثته بعد وفاته في حدود تركته."¹

فشركة التضامن تتميز بتضامن جميع الشركاء وتحمل مسؤوليتهم عن ديون الشركة، وهذه المسؤولية غير محددة بمقدار حصة الشريك في رأس مال الشركة مهما بلغت حتى وإن استغرقت قيمة تلك الديون جميع الأموال الخاصة للشريك، فذمة الشريك ضامنة لهذه الديون، كما أنه ملزم بالتسديد عند المطالبة بتسديدها كلياً لأنه متضامن مع الشركة، وقد يتم الرجوع على جميع الشركاء مجتمعين.

وفي هذا الإطار يعلل الفقه القانوني لمسؤولية الشريك المطلقة والشخصية بأن التوقيع على تعهدات الشركة والتزاماتها يتم بعنوان الشركة الذي تتضمن أسماء الشركاء الأمر الذي يجعل كل شريك قد تعهد بما تعهدت به الشركة من التزامات فلا يشترط إذن أن يوقع الشريك شخصياً على العقد، أو أن يكون اسمه وارد بالذات في عنوان الشركة.²

بينما يذهب البعض في تعليل تلك المسؤولية الشخصية للشريك في شركة التضامن أنها تتكون من مجموعة من الشركاء لهم صفة التجار الذين يضمنون نشاطهم ويعملون معاً، فلا يمكن أن ينشأ عن ذلك شخص معنوي تقوم حواجز منيعة بين ذمته وضمم الشركاء،³ بمعنى أن آثار الشخصية المعنوية تتلاشى بدرجة كبيرة حتى لا يمكن التمييز بين الذمة المالية الخاصة بالشخصية المعنوية والذمة المالية الخاصة بكل فرد من أعضاء هذه الشخصية.

إن أحداً لا يستطيع إنكار الشخصية المعنوية للشركة كذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، وأن هذه الذمة مخصصة لوفاء دائني الشركة الذين يتقرر لهم حق خاص على أموالها يجعل لهم الأولوية في استيفاء حقوقهم وذلك أنه إذا كانت فكرة الشخصية المعنوية المستقلة للشركة وما يستتبعها من استقلال ذمته عن الذمم المالية للشركة تبدو غير واضحة في

¹. قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997، المعدل والمتمم بالقانون رقم 57 لسنة 2006.

². علي يونس، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 249.

³. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 319.

علاقة دائني الشركة بالشركاء، فإنها تبدو واضحة بالنسبة لعلاقة الدائن الشخصي للشريك بالشركة، ولا يمكن الاستغناء عن تلك الشخصية حتى لا يستطيع الدائن الشخصي للشريك مزاحمة دائن الشركة¹.

معنى ذلك أنه في حالة وجود دائنين شخصيين لأحد الشركاء كان لدائني الشركة مزاحمتهم في الرجوع على أموال الشريك الخاصة أما الدائنون الشخصيون للشريك فليس لهم أثناء قيام الشركة تقاضي حقوقهم مما يخص هذا الشريك في رأس مال الشركة، ولكن ذلك لا يمنع الدائن الشخصي للشريك من تقاضي دينه من أرباح حصة هذا الشريك في الشركة، ويكون له أيضا تقاضي دينه بعد تصفية الشركة وخصم ديونها من نصيب مدينهم، وذلك لأنه بعد تصفية الشركة تنتهي شخصيتها المعنوية، ويعود نصيب الشريك إلى ذمته المالية².

ويمكن القول أن الصفة غير المحددة للالتزام الملقى على عاتق الشريك في شركة التضامن تتجسد في صفتها الشخصية، فهي تعني وجوب تحمل كل شريك جميع الديون المتعلقة بالشركة، كما إن هذا الالتزام لا يمكن تحديده بجزء من هذه الخصوم (الديون) كالديون الناشئة بعد فترة معينة من دخوله في الشركة، أو على فئة معينة من الديون مع الأخذ في الاعتبار عدم وجود أي علاقة بين الالتزام بالديون وقيمة الحصص، أو طبيعتها فإن الشريك بالعمل يكون هو الآخر مسؤولا عن الديون بنفس شروط الشركاء الآخرين. كما أن الشركة قد تعجز عن تسديد كامل ديونها والتزاماتها ويعجز أحد الشركاء الذي تمت مطالبته بتسديد ديونها وبالتالي على باقي الشركاء أن يتولوا وفاء تلك الديون والالتزامات، فهم بمثابة الكفلاء للشركة³. وبذلك فإن لدائني الشركة ضمانا عاما على أموال الشركة بصفة أصلية وعلى أموال الشركاء بصفة احتياطية.

¹. سميحة القليوبي، نفس المرجع والصفحة.

². سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 320.

³. الشركاء في شركة التضامن كفلاء متضامنون لا كفلاء عاديون، أنظر نص المادة 661 من ق.م.ج مقارنة مع نص

المادة 665 من ق.م.ج

غير أنه لا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور 15 يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي¹، وهذا حتى لا يؤكد أحد دائني الشركة بأحد الشركاء للتشهير به، وحسنا فعل المشرع وذلك حتى لا يكون هناك إجحاف على عاتق الشركاء لأن الأصل في الدائن انه لا يطلب ديون الشركة من الشركاء، لكن استثناء في المسؤولية الشخصية والتضامنية في شركة التضامن.

وتعد المسؤولية التضامنية من قواعد النظام العام فلا يجوز للشركاء المتضامنين استبعادها أو تحديدها بشرط خاص² في عقد الشركة فمثل هذا الشرط يقع باطلا ولا يحتج به على الغير وتبقى هذه المسؤولية التضامنية قائمة حتى وإن كانت الشركة تحت التصفية وكذا في حالة بطلان الشركة لعدم اكتمال إجراءات التأسيس وذلك طبقا لنظرية الشركة الفعلية.

هذا ونرى فيما يلي نطاق تطبيق مسؤولية الشريك الشخصية والتضامنية.

1- مسؤولية الشريك المتمثل في شخص معنوي:

إذا كان بين الشركاء شخص معنوي في شركة التضامن فكيف تتحدد مسؤوليته؟ هنا لا بد من التفرقة بين ما إذا كان الشخص المعنوي الشريك شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو ذات مسؤولية محدودة أو مساهمة.

فإذا كان الشخص المعنوي شركة تضامن فلا يختلف الوضع وتطبق أحكام المسؤولية الشخصية والتضامنية بالنسبة لهذا الشخص المعنوي وجميع ما به من شركاء عن ديون شركة التضامن التي يعتبر فيها الشخص المعنوي شريكا³.

أما إذا كان الشخص المعنوي شركة توصية بسيطة فهنا نفرق بين الشركاء المتضامنين والموصين، فالشركاء المتضامنون في الشخص المعنوي الشريك يسألون مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة التي هم شركاء فيها أما بالنسبة للشركاء الموصين فلا يسألون إلا في حدود نصيبهم فقط.

¹. أنظر نص المادة 551 من ق.ت.ج في فقرتها الثانية.

². كشرط أو اتفاق يعفي الشريك من التضامن .

³. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 322.

أما في حالة ما إذا كان الشخص المعنوي الشريك شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة ودخلت بجزء فقط من رأس مالها في شركة التضامن فإن مسؤوليتها تتحدد ليس فقط بالجزء الذي اشتركت به، ولكن في كل رأس مالها المعلن عنه كشركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة أو ما تحويه ذمتها المالية، حتى ولو قامت بسداد حصتها بالكامل في شركة التضامن. وهذا يتفق مع المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء في شركة التضامن، وهي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها. ولكن لا تمتد هذه المسؤولية إلى الذمة المالية للشركاء في الشخص المعنوي الشريك فلا يسألون عن ديون شركة التضامن في أموالهم الخاصة ذلك أن صفة الشريك المتضامن تتصرف فقط إلى الشخص المعنوي (الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، المساهمة) والذي يكتسب صفة التاجر في هذه الحالة الشخص المعنوي دون الشركاء، والحال هكذا أيضا إذا ما دخلت الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو المساهمة بكل رأس مالها في شركة التضامن¹.

2- مسؤولية الشريك الذي ينسحب من الشركة:

يبقى هذا الشريك مسؤولا عن الديون التي نشأت قبل خروجه منها إلى أن يتم شهر هذا الانسحاب وكذلك حذف اسمه من عنوانها. وفي حالة بقي اسم الشريك المنسحب واردا في عنوان الشركة ولم يعترض على ذلك بقي مسؤولا قبل الغير عن تعهدات الشركة. ويجب شهر الانسحاب حتى يحتج به في مواجهة الغير، وحتى لا يظل الغير معتمدا على استمرار الشريك في الشركة الأمر الذي يؤثر على ائتمان الشركة².

3- مسؤولية الشريك الجديد:

لا شك في أن الشريك مسؤول عن ديون الشركة أثناء المدة التي يكون فيها عضوا في الشركة . لكن هل يسأل عن الأعمال التي قامت بها الشركة قبل دخوله فيها؟ يكون الشريك مسؤولا مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة قبل الغير السابقة على دخوله أو اللاحقة، لأنه دخل إلى الشركة بمحض إرادته، واشترك فيها بحالتها الراهنة

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، نفس المرجع، ص 323.

². وقد قنن المشرع الجزائري هذا الأمر في 2 من المادة 561 من ق.ت.ج..

بما لها من حقوق وما عليها من التزامات، ولكن يجوز اشتراط انتفاء مسؤوليته عن الديون السابقة ازائها بشرط إشهار ذلك¹ حتى يمكن الاحتجاج به على الغير.

4- مسؤولية الشريك المتنازل عن حصته:

يجوز هذا التنازل وفقا لنص المادة 560 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه "لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضاء جميع الشركاء".

يستفاد من هذه المادة أن الأصل هو عدم جواز تداول الحصص لكن استثناءا يمكن التنازل بموافقة إجماع الشركاء .

وزيادة على هذا الاستثناء أضاف الفقه والقضاء استثناءا ثانيا وهو إقرار أو موافقة دائن الشركة وفقا لنص المادة 252 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى حيث جاء فيها: " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها"².

الفرع الثالث: عنوان الشركة

تنص المادة 552 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم أحدهم أو أكثر متبوع بكلمة وشركائهم " يستفاد من هذه المادة أن اسم شركة التضامن يتكون إما من أسماء جميع الشركاء وهو أمر ممكن وسهل إذا كانت تتكون من شريكين أو ثلاثة. لكن إذا كانت هذه الشركة تتكون من عدد كبير من الشركاء يكون من الصعب ذكر جميع أسماء الشركاء، فحينئذ يصعب ذكر أسمائهم جميعا ولهذا يجوز الاكتفاء باسم واحد أو اثنين من الشركاء مع إضافة كلمة وشركائه كشركة "حمود بوعلام وشركائه" حتى يفهم أن هناك شركاء آخرين . ويجب أن يكون اسم شركة التضامن معبرا عن حقيقة الواقع، فإذا كانت الشركة بين أفراد العائلة الواحدة فيجوز الاكتفاء باسم العائلة كعنوان للشركة مع الإشارة إلى نوع القرابة التي تربط بين الشركاء مثل (شركة أحمد وإخوانه) .

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 73.

². معنى ذلك أنه إذا تنازل شريك لآخر عن حصته وتم إنشاء هذا التنازل بموجب عقد رسمي والتأشير به في السجل التجاري فلا يسأل الشريك المتنازل عن التزامات الشركة التي تعلق بتبذمتها بعد إتمام التنازل، أما الالتزامات التي وجدت قبل إتمام التنازل فهنا تجب موافقة دائني الشركة على حلول المتنازل إليه محل المتنازل في الالتزام بتلك الديون.

أما عن إضافة أشخاص غير الشركاء إلى عنوان الشركة فهذا أمر غير جائز ولو كان مديرها طالما ليست له صفة الشريك في الشركة، لما لهذا العنوان من أثر على الغير في تعامله مع الشركة، فإذا ظهر اسم أحد الأشخاص في عنوان الشركة بعلمه ودون اعتراض منه عدّ مسئولاً بالتضامن مع الشركاء عن ديون الشركة¹. ولكن المسؤولية في هذا المجال لا تكون على أساس أنه شريك إنما على أساس أنه ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير وهو الغلط في اسم الشركة وتكون مسؤوليته التضامنية عن ديون الشركة بمثابة تعويض عن هذا الضرر.

أما إذا تم إضافة أسماء إلى عنوان الشركة سواء كانت أسماء وهمية أو أسماء ذات نفوذ وسمعة تجارية لزيادة الثقة في الشركة دون علم هؤلاء الأشخاص، فإن ذلك من قبيل النصب والاحتيال.

يجوز لمن أدرج اسمه بعنوان الشركة دون علمه أن يطلب من الشركاء التعويض على ما لحقه من أضرار. أما في حالة دخول شريك جديد أو خروج شريك فيجب إشهار ذلك حتى يعلم الغير بهذا الدخول أو الخروج للشريك. ويتم تغيير عنوان الشركة بإضافة اسم الشريك الجديد وحذف اسم الشريك القديم إذا كان اسمه موجوداً ضمن عنوان الشركة حتى يكون اسم الشركة معبراً عن الحقيقة².

و يستعمل عنوان الشركة في التوقيع على جميع العقود التي تبرمها مع الغير، فمدير الشركة عندما يتعامل مع الغير لا يوقع باسمه الشخصي، وإنما بعنوان الشركة التي يمثلها قانوناً، ويترتب على ذلك انصراف آثار التصرفات إلى ذمة الشركة.

الفرع الرابع: عدم قابلية الحصص للتداول

هنا يظهر جلياً أن شركة التضامن تقوم على الاعتبار الشخصي لذا يشترط القانون ألا تمثل الحصص في سندات قابلة للتداول فيطمئن كل شريك لوجود الشريك الآخر، كما يطمئن الغير في تعامله مع الشريك .

فالأصل أن انضمام الشركاء لتكوين شركة كان أساسه الثقة الكاملة بين كل واحد منهم، فلا يمكن إجبارهم قبول شريك جديد لا يتقنون به عن طريق التصرف للغير بالحصصة،

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 69.

². انظر في هذا المعنى عبد العزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 109.

كما أن تغيير أشخاص الشركاء يؤدي إلى تعديل التوازن الذي كان قائما بين الشركاء في عقد الشركة¹.

فضلا على أن وفاة الشريك لا يترتب عليه انتقال الحصة إلى الورثة حيث أن هؤلاء لا يتوافر فيهم الاعتبار الشخصي الذي جمع بين مورثهم وبقية الشركاء ولذلك تنقضي الشركة.

إلا أن الاعتبار الشخصي لا يمس طبيعة الشركة بمقدار ما يتعلق بمصلحة الشركاء أنفسهم، ولذلك فحرمان الشريك من التصرف في حصته ليس من النظام العام فيستطيع الشركاء الاتفاق في العقد التأسيسي على جواز التنازل عن الحصة². على أن يكون هذا التنازل مقيدا بالقيود الذي جاءت به المادة 560 من القانون التجاري. وهو إجماع الشركاء على الموافقة، كما يمكن للشركاء الاتفاق في عقد الشركة على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفى ولو كانوا قصرا حسب ما نصت عليه المادة 522 من القانون التجاري الجزائري مع مراعاة الوضع القانوني للشركة كما سبق وأن أوضحنا.

وإذا تم التنازل عن حصة الشريك إلى الغير من غير موافقة باقي الشركاء وبدون التقيد بالشروط التي قد تتضمنها العقود التأسيسية للشركة³ فإن هذا التنازل يسري بين الشريك والغير الذي تم التنازل له عن الحصة، ويكون هذا الأخير شريك الشريك أو ما يعرف "بالرديف" ولكن تبقى المسؤولية التضامنية على الشريك دون الآخر⁴.

المطلب الثاني: تأسيس شركة التضامن

لأجل تكوين شركة التضامن يشترط توافر الشروط العامة، و الشروط الموضوعية الخاصة، كما يجب أن تثبت الشركة بعقد رسمي، وإلا كانت باطلة طبقا للمادة 545 من القانون التجاري الجزائري. وأن يتضمن عقد الشركة الحد الأدنى من المعلومات اللازمة

¹ فوزي فتات، أحكام التنازل عن الحصص وانتقالها في شركة التضامن في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة

أدرار، العدد السادس، ماي سنة 2005، ص 244

² أنظر في ذات المعنى، عبد العزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 104.

³ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 306.

⁴ محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 243.

كأسماء الشركاء وألقابهم، العنوان التجاري للشركة... الخ، بالإضافة إلى ضرورة شهرها طبقاً لنص المادة 548 من القانون التجاري الجزائري.

هذا ورتب المشرع التجاري على تخلف هذا الإجراء جزاء أورده بنص المادة 734 من القانون التجاري الجزائري: " طلب في شركات التضامن، وإلا كان باطلاً إتمام إجراءات النشر... " والبطلان المترتب عن إهمال إجراءات الشهر هو بطلان من نوع خاص كما سبق وأن أشرنا إليه في الباب الأول من هذه الرسالة، لأنه لا يقع بقوة القانون، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها كما هو الحال في البطلان المطلق، وإنما ينبغي طلبه من كل من يهمله الأمر.

ولا يعتبر بطلاناً نسبياً حتى وإن أمكن تصحيحه وهذا ما قضت به المادة 736 من القانون التجاري الجزائري التي لا تجيز للمحكمة أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى.

ويطرح السؤال: من يحق له التمسك بالبطلان لعدم الشهر؟

1- الشركاء:

في حالة إذا كان يريد التخلص من التزامه بتقديم حصته. إلا أن المادة 418 من القانون المدني الجزائري تشير إلى عدم جواز الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير فهو يقتصر على التمسك به في مواجهة الشركاء فحسب.

2- دائنو الشركة:

لهم الخيار بين التمسك ببطلانها أو الإحجام عنه ولكن غالباً ما تكون مصلحة دائني الشركة في الإبقاء عليها لكي لا يزلحهم الدائنون الشخصيون للشركاء في استيفاء ديونهم، ولكن في حالة تمسك بعض دائني الشركة بالإبقاء عليها وأعرض الباقيون (أي تمسكوا بإبطالها) ففي هذه الحالة ينبغي الحكم بالبطلان لأنه الأصل.

3- الدائنون الشخصيون للشركاء:

ذلك لأن بطلان الشركة يؤدي إلى إرجاع حصة الشريك من موجودات الشركة إلى ذمته فتدخل في الضمان العام للدائن بحيث يستطيع التنفيذ عليها.

4- مدينو الشركة:

متى كانت لهم مصلحة في ذلك كما لو كان مدين الشركة دائئا لأحد الشركاء وأراد التمسك بالمقاصة بين ماله وما لدى الشريك، وما عليه لدى الشركة لأن حالة بطلان الشركة وزوال الشخصية المعنوية لها وقسمتها أمكن وقوع المقاصة.

هذا و تعتبر الشركة الباطلة لعدم الشهر قائمة بين الشركاء في الفترة ما بين العقد وطلب البطلان بحكم الواقع. ويقتصر أثر البطلان على المستقبل فقط.

بما أننا سبق و أن ذكرنا الأركان العامة في الباب الأول التي يجب توافرها في عقد الشركة وشركة التضامن لا تخرج عن هذه القواعد ولذلك سوف نقتصر على ذكر البيانات التي يجب أن يشتمل عليها عقد تأسيس الشركة.

إذ يتطلب لتأسيس شركة التضامن وجود عقد تأسيسي يبرم بين الشركاء ويكتب هذا العقد في محرر رسمي ويتضمن بيانات معينة يتعامل الغير مع الشركة بناء على تلك البيانات التي تم شهرها والتي يجب أن تتضمن حدا أدنى من المعلومات منها :

أسماء الشركاء المتضامنين وألقابهم وصفاتهم وعناوينهم الشخصية، أسماء المديرين ومن له حق التوقيع باسم الشركة، مقدار رأس المال، عنوان الشركة، اسمها التجاري، مركزها الرئيسي، الغرض الذي تأسست من أجله، مدة حياة الشركة، كيفية توزيع الأرباح والخسائر.

وإن وقع أي تعديل يجب أن يشهر. غير أن إجراءات الشهر لا تغني عن إجراءات التسجيل لدى المركز الوطني للسجل التجاري وهذا ما أكدته المادة 548 من القانون التجاري، وإن انقضت الشركة لأي سبب كان يجب أن يشهر ذلك الانقضاء وبنفس الطريقة التي تم بها عقدها التأسيسي وهذا ما نصت عليه المادة 550 من القانون التجاري الجزائري بقولها: "يتعين نشر انحلال الشركة حسب نفس شروط وأجال العقد التأسيسي ذاته".

أما عن الأركان الموضوعية العامة فقد اشترط المشرع أن لا يقل عدد الشركاء عن شريكين من غير تحديد للحد الأقصى لهم، وإذا قل العدد عن شريكين فلا تؤسس، وإن وجدت تتحل لهذا السبب إلا إذا اتفق الشركاء على بقائها إذا ما كان النقص راجع لوفاة أحد الشركاء مع الاتفاق على استمرارها مع ورثة الشريك المتوفي.

كما يلزم الشركاء بتقديم حصص يشتركون بها في الشركة، ولم يحدد المشرع حداً أدنى لرأس المال حتى تقوم شركة التضامن. وتتنوع الحصص المقدمة بين حصص نقدية وعينية وحصص عمل هذه الأخيرة التي تكثر في مثل هذه الشركات لأنها عادة ما تكون بين أفراد العائلة الواحدة.

وتوفر نية المشاركة أمر ضروري لقيام شركة التضامن، فضلاً عن ضرورة اقتسام الأرباح والخسائر. ويظهر ذلك من خلال الطابع الشخصي الذي تمتاز به هذه الشركات.

المطلب الثالث: إدارة شركة التضامن

سبق وأن عرفنا أن الشركة شخص معنوي، فهو بذلك لا يمكنه ممارسة حقوقه وتنفيذ التزاماته إلا بواسطة أشخاص طبيعيين يقومون بالأعمال التي أنشئت من أجلها الشركة. فشركة التضامن لا تستطيع القيام بأعمالها القانونية إلا بواسطة المدير وهو الممثل القانوني للشخص المعنوي، يخول له رفع الدعاوى باسم الشركة على الغير والمطالبة بحقوقها، كما يمثل الشركة قانوناً إذا ما رفعت عليها دعوى من الغير. والأصل أن يتفق الشركاء عند إبرام العقد التأسيسي لشركة التضامن على كيفية إدارتها¹.

غير أنه قد يتفق الشركاء على كيفية إدارة الشركة في العقد التأسيسي أو في عقد لاحق، وقد يعين المدير من الشركاء أو من الغير. ولذلك سنتعرض لكيفية تعيين المدير، وما هي سلطاته وحدودها وكيفية عزله.

الفرع الأول: تعيين المدير

من النادر أن يعين المدير شخصاً أجنبياً عن الشركة، وإنما غالباً ما يكون شريكاً من الشركاء، بل ويكون أهم الشركاء وأكبرهم نصيباً وأكثرهم ملائمة واقتداراً وجلباً للاتمان².

وإذا اتفق الشركاء على تعيين المدير سواء كان من الشركاء أو من الغير يكون مديراً اتفاقياً أو نظامياً "Gérant statuaire".

¹. أنظر نص المادة 553 من ق.ت.ج.

². سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق.

أما إذا لم ينص في العقد التأسيسي على تعيين المدير فيه، يقوم الشركاء بموجب عقد لاحق لنظام الشركة بتعيينه ويسمى عندها المدير غير الاتفاقي، أو غير النظامي Gérant non statuaire

و الأصل أن يكون تعيين المدير سواء كان اتفاقيا أو غير اتفاقي بموافقة جميع الشركاء ما لم يشترط في العقد التأسيسي للشركة على خلاف ذلك، فقد يرى الشركاء إدراج شرط في العقد التأسيسي تحدد به الأغلبية اللازمة لتعيين المدير سواء بأغلبية الشركاء أو بأغلبية الحصص أو بهما معا.¹

يتولى المدير المعين شريكا كان أو اتفاقيا أعمال الإدارة في الشركة في حدود السلطات الممنوحة له من قبل الشركاء. وفي حال عدم تحديد الشركاء لسلطات المدير في القانون الأساسي للشركة، جاز له القيام بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة.²

أما القرارات التي تتجاوز السلطات المعترف بها للمديرين تعرض على الشركاء ويتم الفصل فيها بالإجماع. ويمكن أن ينص العقد الأساسي على أن تتخذ بعض القرارات بالأغلبية المحددة من قبلهم في القانون الأساسي حيث جاء في المادة 556 من القانون التجاري الجزائري: "تؤخذ القرارات التي تتجاوز السلطات المعترف بها للمديرين بإجماع الشركاء غير أنه يمكن أن ينص القانون الأساسي على أن تؤخذ القرارات عن طريق استشارة كتابية إذا لم يطلب أحد عقد اجتماع الشركاء."

وعند تعدد المديرين يجب التمييز بين ثلاث حالات:

1- إذا عين اختصاص كل من المديرين، كأن يختص أحدهم بالشراء والآخر بالبيع، أو كأن يختص أحدهم بإدارة المصانع والآخر بالأمر التقنية. حينها يجب على كل مدير التقيد بالاختصاص المقرر له.

2- في حالة لم يعين اختصاص كل من المديرين ولم يرد النص على عدم جواز انفراد أي منهم بالإدارة، أي دون الإشارة إلى العمل الجماعي و في هذه الحالة يجوز لكل مدير الانفراد بأي عمل من أعمال الإدارة المختلفة. كما أن لكل مدير الحق في أن يعترض على

¹ نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 143.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 554 من ق.ت.ج على أنه: "يجوز للمدير، في العلاقات بين الشركاء، وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي، أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة."

كل عمل قبل إبرامه وهذا عن طريق عرض الأمر على المديرين مجتمعين قصد الفصل فيه بالأغلبية وهذا الاعتراض لا يسري في مواجهة الغير ما لم يثبت أنه كان عالما بها¹. وحسب ما ورد بالفقرة الثانية من المادة 554 من القانون التجاري الجزائري: "وعند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفردا بالسلطات المنصوص عليها في الفقرة المتقدمة، ويحق لكل واحد منهم أن يعارض في كل عملية قبل إبرامها."

على أن حق الاعتراض ليس مطلقا، بل يجوز لأغلبية الشركاء المنتدبين أن يرفضوا هذا الاعتراض فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعا².

3- أما إذا نص على أن المديرين يعملون بالإجماع أو بالأغلبية، فيجمع المديرون في هيئة مجلس واحد وتتخذ القرارات المتعلقة بإدارة الشركة عن طريق الإجماع أو بالأغلبية، حينها يجب موافقة جميع المديرين أغلبيتهم غير أنه يمكن الخروج على هذا الحكم إذا كان ذلك لأمر عاجل يترتب على إغفاله خسارة جسيمة لا تعوض كبيع بضاعة معرضة للتلف³.

و يشترط في المدير أن يكون كامل الأهلية سواء كان شريكا أو أجنبيا، ولا يكتسب المدير غير الشريك صفة التاجر لمجرد إدارته لشركة التضامن ولذلك وجب عدم ظهور اسمه بعنوان الشركة.

وإذا انعدم تعيين المدير في العقد التأسيسي أو بعقد لاحق جاز لكل شريك أن يباشر أعمال الإدارة دون الرجوع لبقية الشركاء استنادا لنص المادة 553 من القانون التجاري الجزائري التي جاء فيها: "تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء...". ويكون في هذه الحالة لكل شريك الحق في الاعتراض على العمل قبل تمامه ويكون لأغلبية الشركاء رفض هذا الاعتراض، هذا ما يؤكد نص المادة 431 من القانون المدني الجزائري: "إذا لم يوجد نص خاص على طريقة الإدارة اعتبر كل شريك مفوضا من طرف الآخرين لإدارة الشركة ويسوغ له أن يباشر أعمال الشركة دون الرجوع إلى غيره على أن يكون للشركاء الحق في الاعتراض على أي عمل قبل إنجازه ولأغلبية الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض."

¹ أنظر ف1 من المادة 554 من ق.ت.ج. وكذلك ف 2و3 من نص المادة 555 من ذات القانون.

² أنظر المادة 428 من ق.م.ج.

³ ف2 من المادة 428 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: أجر المدير

يتقاضى المدير أجرا نظير قيامه بأعمال الإدارة لحساب الشركة ويتفق عادة على أجر المدير في عقد تعيينه. وإذا لم يتضمن العقد تحديدا لأجر المدير فإنه يرجع للقاضي في تحديد الأجر حسب طبيعة عمل المدير وما يقضى به العرف¹. لكل مدير حق في الأجر سواء كان شريكا في الشركة أو كان من الغير. وفي حالة كونه شريكا بحصة نقدية أو عينية فإنه يتقاضى أجرا مقابل الإدارة علاوة على نصيبه في الربح عن الحصة منه وفقا لما هو موضح بعقد الشركة. وإذا كانت حصة الشريك المدير حصة عمل، فإن نصيبه في الربح هو الأجر مقابل الإدارة وتمثيل الشركة في مواجهة الغير، وذلك ما لم يتفق على منحه أجرا ثابتا عن الإدارة بالإضافة إلى نصيب في الأرباح، مقابل حصته بالعمل. وفي هذه الحالة الأخيرة يعتبر الأجر من نفقات المشروع ويخصم من الأرباح قبل توزيعها².

الفرع الثالث: المسؤولية الناتجة عن أعمال مدير الشركة

ينتج عن أعمال المدير نوعان من المسؤولية، مسؤولية الشركة عن أعمال المدير أمام الغير ومسؤوليته عن أعماله في مواجهة الشركة.

أ- مسؤولية مدير الشركة

يعتبر مدير الشركة مسئولا عن إدارة أعمالها فعليه بذل عناية في تحقيق مصالح الشركة سواء كان شريكا أو غير شريك لأنه يتقاضى أجر معلوم نظير إدارته، فضلا عما يأخذه من أرباح في الشركة إذا كان شريكا فيها. وبذلك يتحمل كل ما يقع منه من أخطاء متعلقة بالإدارة، فإذا أساء الإدارة وألحق أضرارا بالشركة، أو تجاوز حدود اختصاصاته، أو تعدى الغرض الذي نشأت من أجله الشركة، كان مسئولا في مواجهة الشركة، مسؤولية عقدية، تبعا للعقد الذي يربطه بالشركة. ويطلب بالتعويض عن الضرر لذي يصيب الشركة أو الشركاء نتيجة خطئه أو مخالفته شروط عقد الشركة.

¹. يعتبر الفقه والقضاء في حالة عدم الاتفاق على أجر المدير على اعتبار المدير من أعمال الوكالة بأجر على خلاف القاعدة العامة التي تقضي باعتبار الوكالة تبرعية. أنظر: سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 350.

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، نفس المرجع، ص 351.

ويسأل المدير جنائيا عما يرتكبه من جرائم أثناء إدارته للشركة كارتكابه جريمة خيانة الأمانة، إفشاء أسرار الأعمال أو الاختلاس، أو في حالة الإفلاس بالتدليس¹. كما يلتزم المدير بتقديم حسابا مدعما بالسندات عن إدارته لكي يمكن الشركاء من ممارسة حقهم في الرقابة، والإشراف على أعماله استنادا إلى نص المادة 558 من ق.ت.ج التي جاء فيها: " للشركاء غير المديرين الحق في أن يطلعوا بأنفسهم مرتين في السنة في مركز الشركة على سجلات التجارة والحسابات والعقود والفواتير والمرسلات والمحاضر وبوجه العموم على كل وثيقة موضوعة من الشركة أو مستلمة منها. ويتبع حق الاطلاع الحق في أخذ النسخ. يمكن للشريك أثناء ممارسة حقوقه أن يستعين بخبير معتمد."

كما أوجب نص المادة 557 أن يعرض التقرير الصادر عن عمليات السنة المالية وإجراء الجرد وحساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح والميزانية الموضوعة من المديرين على جمعية الشركاء للمصادقة عليها، وذلك في أجل ستة أشهر ابتداء من قفل السنة المالية.

وفي حالة تعدد المديرين كانوا مسئولين بالتضامن قبل الشركة عن أخطائهم كما هي الحال في تعدد الوكلاء².

ب- مسؤولية الشركة عن أعمال المدير:

نصت الفقرة الأولى من المادة 555 من ق.ت.ج على أنه: " تكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة، وذلك في علاقاتها مع الغير." وتتص نفس المادة في فقرتها الأخيرة: " لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة."

يفهم من خلال نص المادة لاسيما في فقرتها الأولى والأخيرة أن الشركة باعتبارها شخصا معنويا تلتزم بجميع الأعمال التي تصدر عن المدير المتعلقة بموضوع الشركة، فإذا تجاوز المدير حدود اختصاصاته تحملت الشركة خطأه في مواجهة الغير حسن النية طالما

¹. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 89.

². نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 132.

كانت داخلة في غرض الشركة¹. وفي ذلك توسيع في المسؤولية تجاه الغير و لو كان في هذا تحميل للشركة فوق طاقتها وكان أولى أن يتحمل ذلك المدير نتيجة خطأه وحتى لا يكون في ذلك تهاونا من طرف المدير إذ لو عرف أن المسؤولية تقع على عاتقه لاتخذ الحيطة والحذر اللازمين .

وتسأل الشركة عن أعمال المدير إما مسؤولية عقدية أو تقصيرية فالأولى تكون في كافة العقود التي يبرمها المدير باسم الشركة ولحسابها والتي وقعت بعنوان الشركة. وإذا أساء المدير استخدام سلطته أو أبرم عقدا لحساب الشركة ووقع عليه باسمه الخاص كان ذلك قرينة على أن العقد تم لمصلحته وإن كانت هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها².

هذا ولا تنتهي مسؤولية الشركة عند العقود والتصرفات التي يبرمها المدير بل تتعدى ذلك وتسأل الشركة مسؤولية تقصيرية عن أعمال المدير التي تسبب ضررا للغير والتي أداها أثناء ممارسته وظيفته أو بسببها .

الفرع الرابع: عزل المدير

تتوقف طريقة عزل المدير في شركة التضامن على كيفية تعيينه وهذا ما يتضح من نص المادة 559 من القانون التجاري الجزائري. وبذلك إذا عين المدير في العقد التأسيسي للشركة فإن عزله يكون عن طريق إجماع الشركاء. ويترتب على ذلك حل الشركة ما لم ينص في العقد التأسيس على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء حل الشركة بالإجماع، وعندئذ يمكن للمدير الشريك الذي تم عزله أن ينسحب من الشركة، ويمكن له المطالبة بحقوقه التي تقدر قيمتها يوم قرار العزل من طرف خبير يعين من طرف الشركاء. وفي حالة عدم الاتفاق على تعيين خبير فيرجع أمر تعيينه إلى المحكمة المختصة في الأمور المستعجلة³.

¹. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، نفس المرجع، ص 130.

². نادية فوضيل، شركات الأشخاص، نفس المرجع، ص 131.

³. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، نفس المرجع، ص 124.

وإذا عزل المدير المعين في العقد التأسيسي أي المدير الاتفاقي¹ بإجماع الشركاء، فإن ذلك يعد تعديلا لعقد الشركة²، وبذلك يجب تعيين مدير جديد إذا رغب الشركاء في الاستمرار في الشركة ويجب شهر ذلك حتى يمكن الاحتجاج بما يطرأ من تعديل في الشركة كما ذكرنا سابقا.

وإذا كان المدير الاتفاقي يحمل في آن واحد صفة الشريك لا يجوز له اعتزال أعمال الإدارة إلا بموافقة جميع الشركاء، ولكن إذا وقعت أسباب قوية تبرر استقالته كحالة مرض أو عجز جاز له ذلك³.

كما يحق لكل شريك عزل المدير قضائيا إذا وجد شيئا قانونيا وجديا كعدم قدرة المدير على تسيير إدارة الشركة أو استغلاله نشاط الشركة لمصلحته الخاصة أو ارتكب خطأ جسيما أدى إلى الإضرار بمصالح الشركة والشركاء، وتختص بالنظر في مسألة العزل محكمة الموضوع التي تكون لها سلطة تقديرية في تقييم الأسباب والأدلة التي تؤدي إلى عزل المدير دون أن تخضع لرقابة المحكمة العليا⁴.

أما إذا كان المدير غير الاتفاقي شريكا، فيتم عزله طبقا لما تضمنه العقد التأسيسي للشركة وإذا لم تكن هناك أحكام تنظم حالة عزل المدير الشريك، فإن عزله يكون بإجماع الشركاء⁵.

ويجوز للمدير أن يعتزل الإدارة طبقا لأحكام الوكالة، على أن يكون ذلك في وقت مناسب وإلا كان مخلا بالتزامه. وفي حالة حدوث أضرار يلتزم بتعويضها⁶.

ولا يؤدي خروج هذا الشريك من الإدارة إلى حل الشركة لأنه لا يعتبر عضوا في جسم الشركة ولا يعتبر تعيينه جزءا من عقد الشركة⁷.

¹ ونعني بالمدير الاتفاقي ذلك المدير الذي يتم تعيينه في العقود التأسيسية أو بموجب عقد لاحق. أنظر:

Henri Huguet, société en nom collectif et en commodité simple, fasc.G-10.JCP.Septembre 2000.

² محمد فريد العريني، الشركات، مرجع سابق، ص 316.

³ نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 125.

⁴ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج2، الشركات التجارية، جامعة قسنطينة، الجزائر، مطابع سجل العرب، سنة 1979، ص 165.

⁵ نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 125.

⁶ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 363.

⁷ محمد فريد العريني، الشركات، مرجع سابق، ص 317.

أما إذا كان المدير غير الاتفاقي من الغير أي أجنبي عن الشركاء، فيتم عزله طبقاً لأحكام القانون الأساسي، فإذا خلا العقد من أحكام عزله فيتم بقرار صادر بأغلبية أصوات الشركاء وهذا ما قضت به المادة 559 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الرابعة حيث جاء فيها: "يجوز عزل المدير في الشركة حسب الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي، فإن لم يكن ذلك، فبقرار صادر من الشركاء بأغلبية الأصوات"¹. هذا وإذا كان عزل المدير لسبب غير مشروع، مهما كانت صفة المدير ومهما كانت طريقة تعيينه يترتب عن ذلك تعويض هذا المدير المعزول عن الضرر الذي أصابه وفقاً لنص المادة 559 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الثالثة.

المطلب الرابع: توزيع الأرباح والخسائر

يتفق الشركاء على توزيع الأرباح والخسائر في نهاية كل سنة مالية للشركة أين تظهر الأرباح الإجمالية للشركة وهي ما يبقى بعد طرح الأرصدة المدينة من الأرصدة الدائنة. وتوزع الأرباح الصافية على الشركاء.

وتقضي المادة 716 من القانون التجاري الجزائري بأن يضع مجلس الإدارة جرداً بمختلف عناصر الأصول والديون الموجودة في ذلك التاريخ ويضعون حساب للاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح والميزانية وكذلك وضع تقرير مكتوب عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة.

فإذا تبين للشركة أن الأصول زادت عن الخصوم فإن ما كان من زيادة يعد أرباحاً وتسمى بالأرباح الإجمالية² Bénéfices bruts، وهي أرباح لا توزع بل يتم توزيع الأرباح الصافية³. بعد طرح جميع الاستهلاكات والتكاليف التي تحتاجها الشركة¹.

¹ ملاحظة: سقطت كلمة غير الشريك في ف3 من نص المادة 559 من ق.ت.ج لتصبح العبارة الصحيحة " ويجوز

عزل المدير غير الشريك...." أنظر العبارة بالفرنسية le gérant non associé.

² علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 492.

³ أنظر نص المادة 720 من ق.ت.ج.

ومتى وزعت الأرباح الصافية على الشركاء وكانت حقيقية أصبحت حقا مكتسبا للشركاء لا يجوز استردادها منهم ولو منيت الشركة بعد ذلك بخسائر². أما إذا كانت الأرباح التي وزعت على الشركاء صورية، إنما هي جزء من رأس مال الشركة وزع في صورة أرباح على الشركاء، فلا يكتسب الشركاء حقا على هذه الأرباح، وبذلك يحق لدائني الشركة مطالبة الشركاء بإرجاع هذه المبالغ بما أنها جزء من رأس المال الذي يعد بدوره الضمان العام لدائني الشركة، استنادا لمبدأ ثبات رأس المال.

إلا أن مسألة صورية الأرباح قد لا تثار في شركات التضامن بحكم مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية عن التزامات الشركة في جميع أموالهم، فلا يضار دائنو الشركة من اقتطاع جزء من رأس المال يوزع على الشركاء في صورة أرباح، مادام ضمان دائني الشركة لا يقتصر كما تقدم على رأس مال الشركة، وإنما يمتد إلى أموال الشركاء الخاصة³.

أما إذا زادت خصوم الشركة عن أصولها فهذا يعني أنها وقعت في الخسارة، وبمقتضى العادة فإن الشركة تعوض ما نقص من رأس مالها من أرباح السنوات التالية، فإذا لم تحقق الشركة أرباحا في السنوات التالية استمرت الخسائر حتى لم تستطع الشركة النهوض بمسؤولياتها بسبب ذهاب رأس مالها أو جزء كبير منه فعندئذ لا تبقى هناك فائدة في استمرارها فيجب حلها وتصفيته⁴.

وتوزع الخسائر في شركة التضامن بموجب الاتفاق بين الشركاء إذا كان هناك اتفاق وإلا بنسبة الأنصبة في رأس المال. ويتدخل المشرع ليمنع شروط الأسد التي تقضي بإعفاء أحد الشركاء من الخسائر. وقد سبق أن بحثنا توزيع الأرباح والخسائر بصورة مفصلة في الباب الأول من هذه الرسالة عند بحث الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة.

المطلب الخامس: انقضاء شركة التضامن

¹. أنظر في ذات المعنى نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 133.

². عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 137.

³. عزيز العكيلي، نفس المرجع، ص 438.

⁴. محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 256.

تحل شركة التضامن عند توفر سبب من الأسباب التي تؤدي إلى حل الشركات بوجه عام، إما بقوة القانون أو بإرادة الشركاء أو بحكم قضائي. وقد سبق دراسة هذه الأسباب في القواعد العامة للشركات.

كما تنقضي شركة التضامن بأسباب الانقضاء الخاصة بشركات الأشخاص التي تم ذكرها سابقا من وفاة أحد الشركاء أو إفلاسه أو الحجر عليه.

ونظيف لأسباب الانقضاء الخاصة التي سبق شرحها عزل المدير الاتفاقي الشريك حيث نصت المادة 559 من القانون التجاري الجزائري في فقرتها الأولى: "إذا كان جميع الشركاء مديرين أو كان قد عين مدير واحد أو عدة مديرين مختارين من بين الشركاء في القانون الأساسي، فإنه لا يجوز عزل أحدهم من مهامه إلا بإجماع أراء الشركاء الآخرين، ويترتب على هذا العزل حل الشركة ما لم ينص على استمرارها في القانون الأساسي أو أن يقرر الشركاء الآخرون حل الشركة بالإجماع، وحينئذ يمكن للشريك المعزول الانسحاب من الشركة مع طلبه استيفاء حقوقه في الشركة والمقدر قيمتها يوم قرار العزل من طرف خبير معتمد ومعين إما من قبل الأطراف وإما عند عدم اتفاقهم بأمر من المحكمة النازرة في القضايا المستعجلة وكل اشتراط مخالف لا يحتج به على الدائنين."

كما تنقضي المادة 563 من القانون التجاري الجزائري: "في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدانه أهليته لتحل الشركة، ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء."

ويبدو أن استمرار الشركة في هذه الحال يكون وفق الفرضيتين التاليتين:

1- أن تتحول الشركة إلى نوع آخر يسمح بالإبقاء على الشريك فاقد الأهلية كشركة ذات مسؤولية محدودة¹.

2- أن تقوم الشركة بتعويض الشريك بقيمة حصته المقدمة².

وفي حالة الاختلاف يتم التعويض استنادا إلى المادة 559 السالفة الذكر من القانون التجاري الجزائري باللجوء إلى خبير لتقدير قيمة الحصة سواء تم تعيين هذا الخبير بالاتفاق أو بموجب أمر من المحكمة.

1. Yves Guyon, Droit Des Affaires, Op . Cit . p 264.

2. Ibid, p 264.

أما عن انقضاء الشركة بوفاة أحد الشركاء، وهذا بناء على الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركات الأشخاص. لكن إمكانية استمرارها مع ورثة الشريك طبقاً للفقرة الأولى من نص المادة 562 من القانون التجاري الجزائري يثير إشكالية الورثة القصر خاصة بشركة التضامن، أين يكتسب الشركاء صفة التاجر بينما الورثة القصر لا يمكنهم ذلك. وهذا ما دفع بالمشروع إلى تحديد مسؤوليتهم في حدود ما يملكه مورثهم في الشركة، وبذلك يرحب المشروع حماية القصر على مصلحة الغير المتعامل مع الشركة.

تنص الفقرة الثالثة من المادة 30 من قانون الشركات الأردني على أنه: "إذا كان بين ورثة الشريك المتوفى قاصراً أو فاقداً للأهلية القانونية، فينضم إلى الشركة بصفة شريك موصي وتتحول عندها الشركة حكماً إلى شركة توصية بسيطة".¹

ويبقى أن نقول أن شركة التضامن لها عدة مزايا تتمثل فيما يلي²:

- إتاحة الفرصة لعدد من الخبراء للاشتراك في تأسيسها بحيث يختص كل منهم بعمل متخصص يتقنه.
- اشتراك أكثر من شخص في اتخاذ القرارات المتعلقة بنشاط الشركة، يجعل تلك القرارات تميل إلى جانب الرشد على عكس الحال في المشروعات الفردية.
- تكوين رأس مال الشركة وفقاً لقدرات الشركاء وليس وفقاً لقدرة الشخص الواحد كما هو الحال في المشروعات الفردية.

¹. المادة 30 من قانون الشركات الأردني السالف الذكر.

². La société en nom collectif (SNC) est une société commerciale. Elle présente néanmoins certains avantages :

- les associés sont protégés de façon très efficace contre toute prise de participation d'un tiers : les cessions de parts nécessitent l'accord unanime des associés ;
- elle est utilisée pour bâtir des montages juridiques complexes par des groupes de sociétés qui désirent former une holding ;
- elle permet de séduire les créanciers car cette forme sociale est très protectrice de leurs intérêts : en effet, les associés de SNC répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales
- c'est la seule société commerciale de droit français qui ne soit pas soumise à publication de ses comptes quel que soit le montant de son chiffre d'affaire ou de ses bénéfices (sauf si tous les associés sont des personnes morales) ; elle est donc appréciée des personnes recherchant une certaine discrétion. V : www.legifrance.gouv.fr 20/07/2017.

- يتمتع الشركاء في شركة التضامن بقدر كبير من الحرية في تحرير عقودها التأسيسية، كما أن مصالح الغير محمية بالقدر الكافي بالنظر إلى المسؤولية غير المحدودة والتضامنية للشركاء.

وعلاوة على اعتبار شركة التضامن أهم شركات الأشخاص و أكثرها شيوعا. بل وصار الاقتصاد في بلادنا و بلاد كثيرة يشجع على خلق الكثير من هذه الشركات، لكونها من جهة أكثر ملائمة لصغار التجار ذوي الثراء المحدود الذين يتعاونون فيما بينهم للقيام بالمشاريع الصغيرة أو المتوسطة. ومن جهة أخرى لانسجامها و التجارة العائلية التي تنشأ بين أفراد الأسرة الواحدة أو التي تضم أصدقاء و معارف تربطهم مشاعر المودة و يأنس كل منهم للآخر فيوليه ثقته.

كما لا تسلم شركة التضامن من العيوب والتي نذكر منها:

- اتساع نطاق المخاطرة المترتبين على المسؤولية المطلقة لكل شريك من عدم توفر المرونة الكافية التي يتميز بها المشروع الفردي.
- رأس مال الشركة محدود بقدرات الشركاء المالية.
- كما قد تنشأ مشاكل مع وفاة أحد الشركاء أو انسحابه أو فقدانه للأهلية، يعرض حياة الشركة للانتهاة.

- شركات التضامن لا تكون مناسبة للمشروعات التي تتسم بتنوع النشاط نسبيا.

المطلب السادس: المقارنة بين شركة التضامن و الشركات في الفقه الإسلامي

بعد دراستنا لشركة التضامن في القانون يتضح أنها تشبه بعض الشركات في الفقه الإسلامي في قواعدها الأساسية كما أن فيها اختلاف في بعض الأمور الأخرى، وسنبين ذلك من خلال التعرض لأهم قواعد شركة التضامن ونحاول إجراء مقارنة بين قواعد الشركات في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: المقارنة بين خصائص شركة التضامن والقواعد المماثلة في شركات الفقه الإسلامي

1- أهم خاصية في شركة التضامن أنها من شركات الأشخاص لقيامها على الاعتبار الشخصي، وبذلك لا يجوز انتقال الحصص إلا بإجماع الشركاء واتفقهم على ذلك. وبالرجوع إلى الشركات في الفقه الإسلامي لاسيما شركة المفاوضة والعنان نجدهما تقومان

على الاعتبار الشخصي للشريك والثقة المتبادلة بين الشركاء، فلا يجوز فيهما انتقال الحصص إلى الآخرين إلا بإذن الشركاء.

بهذا تتفق شركة التضامن في القانون الوضعي مع شركتي العنان والمفاوضة في الفقه الإسلامي في عدم جواز انتقال الحصص إلا بموافقة الشركاء.

2- يسأل الشركاء في شركة التضامن عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية فيما بينهم بحيث يلتزم كل منهم بتعهدات الشركة. ولا يجوز الاتفاق بين الشركاء على غير ذلك. كما أن مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة تكون شخصية كما لو كانت دينا على الشريك نفسه خاصة ويترتب على هذا مطالبة دائن الشركة لأي من الشركاء بدينه إذا لم تستطع الشركة تسديد ذلك.

وعند دراستنا للشركات في الفقه الإسلامي رأينا أن شركة المفاوضة هي الشركة التي تقوم على الكفالة بين الشركاء أي عنصر الالتزام، وذلك بأن يلتزم كل منهم بتعهدات الشركة التزاما شخصيا في كل ما له على تفسير الفقه الحنفي حينما اشترط في شركة المفاوضة أن يكون كل من الشركاء من أهل الكفالة¹، أما شركة العنان فلا يشترط فيها عند أي من الفقهاء أن تقوم على الكفالة والتزام كل من الشركاء بالوفاء بديون الشركة، وإنما تقوم على الوكالة فقط حيث يشترط فيها كون الشريك من أهل الوكالة. وشركة المفاوضة كما سبق وأن أشرنا نادرة الوجود نظرا لصعوبة تحقيق المساواة التامة بين الشركاء، وبذلك تتقلب شركة المفاوضة إلى شركة عنان.

وفي المضاربة كذلك لا يوجد مسؤولية شخصية وتضامنية بين صاحب المال والعامل بالتزام ديون الشركة. وإنما يتحمل الديون صاحب المال فقط كما سبق وأن رأينا. فتكون بذلك مسؤولية الشريك محدودة.

وبذلك تتفق شركة التضامن مع شركة المفاوضة في اشتراط كون الشريك من أهل الكفالة عند الأحناف هو معنى الالتزام بالمسؤولية بين الشركاء التزاما شخصيا وتضامنيا في القانون الوضعي.

هكذا يتوحد رأي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول هذه الخاصية.

¹. الكاساني، ، ج 6، مرجع سابق ص 60.

3- يكتسب الشريك في شركة التضامن صفة التاجر، وهذه الخاصية نجدها في شركة العنان حيث يشترط أن يكون الشريك فيها من أهل الوكالة حتى يحق له البيع والشراء وهذا ما يكسب الشريك صفة التاجر.

أما في المضاربة فيشترط أهلية التوكيل في رب المال وأهلية التوكل في المضارب لكي يصح تصرف كل منهما، هذا يدفع ماله إلى العامل والآخر بالتصرف بالمال أخذا وعطاء وتصرف العامل هذا يكسبه وصف التاجر¹.

4- تحل شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء، ولا يجوز انتقال حصته إلى الورثة إلا باتفاق جميع الشركاء على ذلك، و هكذا يجوز الاتفاق بين الشركاء الباقين على استمرار الشركة. وفي شركتي العنان والمفاوضة تتحل الشركة لنفس السبب. ولا يتم نقل الحصص إلا بموافقة الشركاء. وشركة التضامن تتفق في ذلك مع شركتي المفاوضة والعنان

الفرع الثاني: الاختلاف بين شركة التضامن و شركات الفقه الإسلامي

تبين لنا مما سبق الاتفاق بين شركة التضامن والشركات في الفقه الإسلامي في الخصائص الأساسية. ورغم ذلك يوجد اختلاف يظهر فيما يلي:

1- يشترط القانون شهر شركة التضامن وذكر اسمها وبياناتها التي تهم المتعاملين معها تحت طائلة البطلان. أما في الفقه الإسلامي كما سبق وأن رأينا لا تبطل الشركة لعدم الشهر.

لكن نقول أن هذا الاختلاف جاء نتيجة أن المسلمون في السابق لم يكونوا بحاجة إلى شهر الشركة لتمسكهم الصحيح بدينهم وعدم التحايل، أما الوقت الحاضر فقد غلب عليه الغش والمكر خاصة في مجال التجارة. ولذلك أصبح شهر الشركة لتظهر للغير أمر لا جدال فيه. والإسلام لا يعترض على هذا التنظيم ما دام يخدم الصالح العام².

¹ محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 281.

² " الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها. وكل ما يؤيد المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلبا قويا أو ضعيفا بحسب موقعها في تلك الأقسام الثلاثة - الضروريات

2- توزع الأرباح والخسائر بين الشركاء في القانون بحسب ما اشترطه الشركاء في عقد الشركة دون التقييد بنصيب كل منهم في رأس المال. أما في الفقه الإسلامي فإن توزيع الأرباح يكون بناء على ما اشترطه الشركاء في عقد الشركة عند بعض الفقهاء، أما البعض الآخر فيرى أن ذلك يكون على حسب نصيب كل منهم في رأس المال¹. أما الخسائر فقد أجمع الفقهاء على أن تكون بحسب نصيب كل شريك من الشركاء في رأس المال.

بذلك يتضح أن القانون يوافق الفقه الإسلامي بخصوص توزيع الأرباح ويخالفه في تحمل الخسائر.

ويلاحظ أن شركة التضامن تتفق مع الفقه الإسلامي في كون الخسارة توزع على حسب نصيب كل شريك في رأس المال، حيث أن الخسائر في شركة التضامن توزع حسب رأس المال في حالة لم يكن هناك اتفاق بين الشركاء.

3- تختلف شركة التضامن مع شركة المفاوضة في اشتراط المساواة التامة بين الشركاء في رأس المال في شركة المفاوضة، أما شركة التضامن فلا يشترط التساوي بين أموال الشركاء، فتتفق بذلك مع شركة العنان، ومع شركة المفاوضة عند غير الحنفية أين لا يشترط المساواة في رأس المال

4- يشترط في شركة المفاوضة أن تكون في عموم التجارات أما شركة التضامن فلا يشترط ذلك بل تكون إما في عموم التجارة أو في نوع خاص حسب الاتفاق.

يمكن القول أن شركة التضامن تتفق إلى حد كبير مع شركة المفاوضة في أهم خاصية لها وهي المسؤولية الشخصية والتضامنية بين الشركاء في ديون الشركة. وإن كانت تتفق كذلك في بعض قواعدها مع كل من شركة العنان والمضاربة.

يرى في هذا الشأن الدكتور عبد العزيز الخياط: " أنه بإمعان النظر في شركة التضامن نجد انطباق معنى شركة المفاوضة عند الأحناف على شركة التضامن باستثناء شرط واحد من شروطها وهو تساوي المالين أي أن شروط أهلية الوكالة في المتعاقدين

والحاجيات والتحسينات- وجلب المصالح وهي الأمور التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أقوم أساس."

أنظر: محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 284.

¹. سبق ذلك في الباب الأول من هذه الأطروحة في معرض الحديث عن توزيع الربح في الفقه الإسلامي.

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. وقد نص على أنه يتبع في التضامن من جميع الأحكام المتعلقة بالكفالة والوكالة. ويصح في شركة التضامن أن تكون في عموم التجارات فهي تخضع لأحكام شركة المفاوضة أيضا.¹

ولا تخرج قواعد شركة التضامن عن قواعد الشركات في الفقه الإسلامي إلا في بعض الأمور الشكلية التي يراد بها تنظيم المعاملات التجارية بين الشركاء ومع الغير المتعامل مع الشركة.

ولما كانت مسؤولية الشركاء في شركة التضامن مسؤولية تضامنية ومطلقة وهم بمثابة التجار وبذلك قد يشهر إفلاسهم نتيجة إفلاس الشركة، فهم غالبا ما يحجمون عن الانضمام إلى هذا النوع من الشركات. وهذا ما أدى إلى تكوين نوع آخر من الشركات تكون فيه المسؤولية محدودة. وهذا النوع هو شركات التوصية البسيطة، فما المقصود بها؟ وكيف تكون مسؤولية الشريك فيها؟

المبحث الثاني: شركة التوصية البسيطة²

تعتبر شركة التوصية البسيطة (SCS) société en commandite simple أقدم شركة عرفت البشرية، حيث كان نظامها أول نظام قانوني في الشركات، وتشير الدراسات التاريخية بأن جذورها تعود إلى ستة آلاف سنة قبل التاريخ، في بلاد ما بين النهرين عند السومريين والأكاديين³.

انتشرت شركة التوصية البسيطة انتشارا واسعا في العصور الوسطى خاصة في الجمهوريات الإيطالية بطريقة مستترة، كوسيلة للتحايل على تحريم الربا وقد سبق وأن أشرنا لذلك في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية عقدا شبيها بعقد التوصية وهو المضاربة وهي شركة من شركات الفقه الإسلامي كما تقدم، يقدم فيها أحد الشركاء المال والآخر العمل.

¹. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 135.

². أنظر الملحق رقم 3.

³. زيد أنيس محمد نصير، مرجع سابق، ص 3.

ويساعد هذا النوع من الشركات إلى إيجاد روابط بين العمل وصاحب رأس المال، حيث يقدم صاحب المال رأس المال للعامل للعمل فيه قصد تحقيق الربح. كما يمكن للأشخاص المحظورين من ممارسة التجارة الدخول في هذا النوع من الشركات بصفتهم شركاء موصين لا يكتسبون صفة التاجر.

كما ذكرنا سابقا فإن التشريع الفرنسي هو أول من نظم الشركات التجارية بالتفصيل ومنها شركة التوصية البسيطة وقد استمد المشرع الجزائري أحكام الشركات من هذا النظام. حيث أقر المشرع الجزائري، شركة التوصية البسيطة بنوعيتها البسيطة وبالأسهم بموجب المرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 وقد نص على شركة التوصية البسيطة في الفصل الأول مكرر من المادة 563 مكرر إلى المادة 563 مكرر 10، مع الإحالة إلى بعض أحكام شركة التضامن وذلك لاحتوائها على شركاء متضامين.

المطلب الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وبيان خصائصها

تجد شركة التوصية البسيطة جذورا لها في شركة المضاربة التي عرفت في الشريعة الإسلامية ونظمتها وبينت أحكامها. وتعد شركة التوصية البسيطة من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي وتختلف عن شركات التضامن في التركيبة البشرية، إذ تضم نوعين من الشركاء، شركاء متضامنون وشركاء موصون.

هذا ويجوز للشريك المتضامن أن يشترك بحصة أو أكثر كشريك موصي، على أن هذا لا يؤثر على مسؤوليته الشخصية كشريك متضامن.

كما تناسب هذه الشركة أصحاب المشروعات المتوسطة، التي لا تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، والتي تتطلب التعاون من أجل القيام بمشاريع اقتصادية ناجحة.

الفرع الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة

تعني كلمة "Commandite" الثقة التي يضعها الشريك الموصي في الشريك المتضامن، من حيث قدرته وكفاءته في إدارة الشركة، كما يثق المتضامن في الشريك الموصي الذي يقدم له المال اللازم ولا يشترك في الإدارة¹.

هناك عدة تعريفات لشركة التوصية البسيطة عند فقهاء الغرب فيعرفها ريبير روبلو على أنها: "شركة تجمع بين شريك أو أكثر ذو صفات مختلفة: شركاء متضامنين يكتسبون صفة التاجر، لهم نفس وضعية الشركاء في شركة التضامن، وشريك أو أكثر من الشركاء الموصيين، لا يسألون إلا بقدر حصصهم المقدمة إلى الشركة وليست لهم صفة التاجر"² ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف شركة التوصية البسيطة بخلاف المشرع الأردني الذي عرفها في المادة 41 من تشريع الشركات الأردني بأنها: "تتألف شركة التوصية البسيطة من الفئتين التاليتين من الشركاء وتدرج وجوبا أسماء الشركاء في كل منها في عقد الشركة،

أ- الشركاء المتضامنون وهم الذين يتولون إدارة الشركة وممارسة أعمالها، ويكونون مسؤولين بالتضامن والتكافل عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها في أموالهم الخاصة،

ب- الشركاء الموصون ويشاركون في رأس ملا الشركة دون أن يحق لهم إدارة الشركة أو ممارسة أعمالها، ويكون كل منهم مسؤولا عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها بمقدار حصته في رأس مال الشركة."

من خلال هذا التعريف يظهر أن شركة التوصية البسيطة تتميز بخصائص شركات الأشخاص وأخرى تنفرد بها. وسنفصل ذلك فيما يلي:

الفرع الثاني: خصائص شركة التوصية البسيطة

إن ما يميز شركة التوصية البسيطة يرجع أساسا إلى التركيبة الخاصة لهذه الشركة إذ تتكون من فئتين من الشركاء، شركاء متضامنين يتولون إدارة الشركة، وشركاء موصين، يمنعون من تقديم أي عمل، ويسألون مسؤولية محدودة عن ديون الشركة.

¹. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 150.

². George Ripert et René Roblot , traité de droit commercial ,T 1, 16^{ème} éd ,par mirchel Germain , LGDJ, 1996, Paris, pp659,660.

1- مركز الشريك في شركة التوصية البسيطة :

وهم الشركاء المتضامنون، و لشركاء الموصون. فالفئة الأولى تتمتع بنفس المركز القانوني للشريك في شركة التضامن¹. فمسئوليتهم إذن تكون مسؤولية مطلقة وتضامنية إذ أن الشريك يسأل شخصيا عن ديون الشركة وفي جميع أمواله. ويكتسبون صفة التاجر، وتدرج أسماؤهم في عنوان الشركة. والحكم بإفلاس الشركة يستتبع شهر إفلاسهم الشخصي. كما تسيطر هذه الفئة على إدارة الشركة.

أما الفئة الثانية، وهم الشركاء الموصون وهذا النوع من الشركاء هو الذي تتميز به شركة التوصية البسيطة عن شركة التضامن، ومسئوليتهم تكون في حدود الحصة التي قدموها². وللشركاء الموصين نفس الحقوق والواجبات التي للشركاء المتضامنين إلا أنه لا يجوز لهم ممارسة أعمال الإدارة³، ويجب أن لا يذكر اسم أحدهم في عنوان الشركة. ونشير إلى أن الشريك الموصي ليست له صفة التاجر لاختلاف مركزه القانوني مع شروط اكتساب صفة التاجر. وبذلك فهو لا يخضع للإفلاس في حال توقف الشركة عن سداد ديونها وشهر إفلاسها، وقد يتعرض للإفلاس في حالة ما إذا كان يزاول تجارة مستقلة عن الشركة⁴.

ويمكن للقصر أن يكونوا شركاء موصين سواء في حالة وفاة أحد الشركاء وتقرير بقاء قيام الشركة مع وراثته ولو كانوا قسرا، أو بقيام الولي أو الوصي باستثمار أموالهم في هذا النوع من الشركات.

وقد ثار خلاف حول طبيعة التزام الشريك الموصي من حيث كونه تجاري أو مدني، فهناك جانب من الفقه يرى أنه التزام مدني تأسيسا على المسؤولية المحدودة، وأن الاشتراك

¹. تنص ف1 من المادة 563 مكرر 1 من ق.ت.ج على أنه : " يسري على الشركاء المتضامنين القانون الأساسي للشركاء بالتضامن "

². أنظر ف2 من المادة 563 مكرر 1 من ق.ت.ج.

³. أنظر المدة 563 مكرر 1 من ق.ت.ج. وتقابلها المادة 222 من قانون التجارة الفرنسي:

Art222 : « Les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif
Les associés commanditaires répondent des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leur apport. Celui-ci ne peut être un apport en industrie. »

⁴. إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة، ج4 مرجع سابق، ص 48.

في شركة توصية كشريك موصي إنما يتم بقصد استثمار الأموال وتوظيفها¹. وعلى العكس يرى جانب آخر من الفقه والقضاء الفرنسي أن التزام الشريك الموصي هو التزام تجاري على اعتبار أن الاشتراك في الشركات التجارية هو عمل تجاري بحسب الشكل وبغرض الحصول على الربح وبذلك لا مجال للقول بمدنية الاشتراك في شركات التوصية البسيطة². ونشير إلى أنه قد يقع خلط بين الشريك الموصي والمقرض إذا اشترط هذا الأخير زيادة على حصته من الأرباح، الحصول على فائدة إضافية وفي هذه الحالة ذهب الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أنه لا بد من الرجوع إلى نية المتعاقد، فإذا كان ينوي المشاركة والتدخل في الرقابة والإشراف على الشركة، والإطلاع على أوراقها ومستنداتها، فإنه يعتبر بذلك شريك موصي³.

2- عنوان شركة التوصية البسيطة :

تنص المادة 563 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 93-08 المعدل لأحكام القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يتألف عنوان الشركة من أسماء كل الشركاء المتضامنين أو اسم أحدهم أو أكثر متبوع في كل الحالات بعبارة "وشركاؤهم". وإذا كان عنوان الشركة يتألف من اسم شريك موصي فيلتزم هذا الأخير من غير تحديد وبالتضامن، بديون الشركة."

ويستفاد من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع قد منع الشريك الموصي من ذكر اسمه في عنوان الشركة، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط أن يشتمل اسم الشركة على عبارة "شركة توصية بسيطة" سواء ذكر اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة أم لم يذكر⁴.

¹. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 373.

². George Ripert, Rene Roblot, Op. Cit. p 664.

³. راجع نص المادة 563 مكرر 6 من المرسوم التشريعي 93-08 السالف الذكر.

⁴. المادة 25 من قانون الشركات الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1989.

حتى لا يندفع الغير أي يتعامل مع الشركة فيوليها ثقته وائتمانه اعتمادا على أموال الموصي الذي ذكر اسمه في عنوان الشركة¹.

أما إذا ذكر اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة سواء بعلمه أو دون ذلك، فيسأل مسؤولية شخصية تضامنية عن ديون الشركة، إذ لم يميز المشرع الجزائري بين ورود اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة بعلمه أو بغير علمه .

ويرى البعض أنه إذا ورد اسم الشريك في عنوان الشركة بعلمه ففي هذه الحالة يسأل مسؤولية تضامنية ومطلقة، إلا أنه يظل شريكا موصيا، في مواجهة الشركاء المتضامنين، ويحق له بذلك الرجوع على هؤلاء².

أما إذا ورد اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة بغير علمه، أو بعلمه مع اعتراضه ففي هذه الحالة يبقى محتفظا بصفته في مواجهة الغير وعليه إثبات علمه وتحذير الغير من التعامل مع الشركة استنادا إلى اسمه المذكور في العنوان وإلا ترتب عليه الجزاء المقرر سابقا³.

ونتيجة لهذا الشبه الوارد بين عنواني شركة التضامن والتوصية البسيطة، يرى الفقه الفرنسي لاسيما في القانون رقم 89/1008 الصادر سنة 1989 في المادة 25 منه⁴، أن عنوان شركة التوصية البسيطة يشتمل كل اسم شريك أو أكثر متبوع بعبارة " شركة توصية بسيطة" وبذلك حتى يميز هذا العنوان بين شركة التوصية البسيطة وباقي الشركات الأخرى⁵.

ويرى البعض أنه يترتب على ذلك احتفاظ الشريك الموصي بصفته، و تحديد مسؤوليته⁶.

¹. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري و البحري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، سنة 2006 ص 182 ، 183 .

². أحمد محرز، مرجع سابق، ص 344 .

³. أحمد أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الكتاب الأول التجار و الشركات والمحال التجارية، الدار الجامعية، ص 152 .

⁴ .Art 222-3 "la société en commandite simple est désignée par une dénomination sociale a laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés et qui soit être précédée suivie immédiatement des mots: société en commandite simple

⁵. الياس ناصيف، ج4، مرجع سابق، ص 71- 72 .

⁶. Francis lemeunier, droit des sociétés ,11^{ème} éd, Delmas, p 84.

3- تتميز شركة التوصية البسيطة بازدواج الأحكام المطبقة عليها فهي تمزج بين الأحكام الخاصة بشركة التضامن فيما يتعلق بالشركاء المتضامنين وأحكام شركات الأموال فيما يتعلق بالشركاء الموصين.

المطلب الثاني : تكوين شركة التوصية البسيطة

إن تكوين شركة التوصية البسيطة تكويناً صحيحاً يتطلب ضرورة توافر جميع الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة بوجه عام، وبذلك فهي لا تخرج في تكوينها عما تتطلب الشركات التجارية وبناء على ذلك فإن تكوين شركة التوصية البسيطة يخضع للقواعد العامة التي تسري على الشركات غير أن حصة الشريك الموصي لا يجوز أن تكون من عمل، هذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 563 مكرر 1 من القانون التجاري¹.

ويبرر البعض هذا الحكم بالرجوع إلى الأصل التاريخي لهذه الشركة عندما كان المقرض أي الموصي دائماً في الخفاء ولا يشترك في الإدارة. بينما يبرر البعض الآخر هذا الحكم بالحظر القانوني الملقى على عاتق الشريك الموصي والمتمثل في منعه من القيام بأي عمل يتعلق بالإدارة.

ولا يمكن أن تمثل حصة الشريك في أسهم قابلة للتداول أو بالتالي لا يجوز التنازل عنها سواء للغير أو للشريك إلا بموافقة جميع الشركاء².

غير أن المشرع قد أجاز أن يتضمن العقد التأسيسي للشركة شروطاً للتنازل هي:

1- يجوز التنازل عن حصص الشركاء الموصين بكل حرية بين الشركاء³. وهذه الحالة لا تشكل خطراً على مصالح الشركة، لأن كل شريك يثق في الشريك الآخر ويعرف مدى انتمائه لذا يكون التنازل بدون قيد سواء تم التنازل عن حصة الشريك الموصي لشريك موصي آخر أو لشريك متضامن⁴.

¹. تنص ف 2 من المادة 563 مكرر 1 من ق.ت.ج على أنه: "يلتزم الشركاء الموصون بديون الشركة فقط في حدود قيمة حصصهم التي لا يمكن أن تكون على شكل تقديم عمل "ونشير في هذا المقام إلى وجوب تعديل نص هذه المادة لتجنب التناقض الوارد بينها وبين نص المادة 563 مكرر 5 من نفس القانون.

². أنظر المادة 563 مكرر 7 من ق.ت.ج.

³. أنظر المادة 563 مكرر 7 من ق.ت.ج.

⁴. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 139.

2. لا يجوز التنازل عن حصة الشريك الموصي لشخص أجنبي عن الشركة إلا بموافقة كل الشركاء المتضامنين، والشركاء الموصين الذين تمثل حصصهم أغلبية رأس المال¹. وذلك احتياطاً من الأجنبي الذي لا يتمتع بائتمان مما قد يعرض الشركة للخطر.

3. يمكن للشريك المتضامن التنازل عن جزء من حصته إلى شريك موص أو إلى شخص أجنبي عن الشركة ويشترط لذلك موافقة جميع الشركاء المتضامنين والموصين الممثلين لأغلبية رأس مال الشركة. وذلك لتخوف المشرع من أن تكون الشركة تتضمن شريك وحيد متضامن.

ولهذا لا يجوز للشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة إلا بيع جزء فقط من حصته حتى يبقى شريك متضامن حيث نصت المادة 563 مكرر 8 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "يمكن تقرير تعديل القوانين الأساسية بموافقة كل الشركاء المتضامنين وكذلك الشركاء الموصين الممثلين لأغلبية رأس المال".

كما أن الأهلية اللازمة لصحة عقد الشركة تختلف تبعاً لنوع كل شركة، ففي شركة التضامن يلزم أن يكون الشريك بالتضامن ذو أهلية كاملة للتصرف ومباشرة التجارة باعتباره تاجراً و مسؤولاً بصفة شخصية ومطلقة عن ديون الشركة، وهو ما ينطبق على الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة². ونتيجة لذلك القاصر المرشد والمأذون له بممارسة التجارة لا يستطيع أن يكون شريكاً متضامناً³ حتى لا يسأل مسؤولية شخصية تضامنية. غير أن هناك من يرى أن القاصر المرشد والمؤهل للتجارة ببلوغه سن 18 سنة والذي حصل على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، يستطيع أن يكون شريكاً متضامناً مسئولاً في أمواله الخاصة وبالتضامن مع باقي الشركاء.

¹. أنظر ف2 من المادة 563 مكرر 7 من ق.ت.ج.

². قاسم عبد الحميد الوتيدي، شركة التوصية البسيطة، دراسة قانونية مقارنة في ضوء أحكام شركة المضاربة في الفقه الإسلامي، الإدارة العامة للبحوث سنة 1988.

³. Francis lemeunier, op.cit, p 84

أما بالنسبة للشريك الموصي فلا يشترط تمتعه بالأهلية الكاملة لأنه لا يسأل مسؤولية غير محدودة عن ديون الشركة ولا يكتسب صفة التاجر وبالتالي فإن إفلاس الشركة لا يؤدي إلى إفلاسه¹.

إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه يشترط في الشريك الموصي الأهلية الكاملة باعتبار أن التزام هذا الشريك هو التزام تجاري وهو من قبيل التصرفات القانونية وبالتالي يلزم لانعقادها الأهلية الكاملة².

ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى لعدد الشركاء في شركة التوصية البسيطة ولكن بالرجوع إلى الأحكام العامة في نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري نجد أن الحد الأدنى لعدد الشركاء هو شخصين طبيعيين أو اعتباريين، شريك متضامن وشريك موصي باعتبارها تتميز بوجود طائفتين من الشركاء.

أما الحد الأقصى لعدد الشركاء فلم يحدده المشرع الجزائري كذلك. إلا أن اعتماد هذه الشركة على الاعتبار الشخصي على غرار باقي شركات الأشخاص يفرض تحديد الحد الأقصى لعدد الشركاء.

ويكون تحديد رأس مال شركة التوصية البسيطة من اختصاص الشركاء، فيشاركون بكل أنواع الحصص إلا أنه لا يجب أن تكون حصة الشريك الموصي حصة من عمل وهو ما يستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة 563 مكرر 1. ويرجع البعض ذلك إلى أن حصة العمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، ولا يمكن تقييمها.

أما عن الشروط الشكلية فيجب إ فراغ العقد في الشكل الرسمي وشهر ملخص العقد كما هو الحال في كل الشركات إلا أن المشرع يشترط في المادة 563 مكرر 3 من القانون التجاري الجزائري أن يتضمن العقد التأسيسي لشركة التوصية البسيطة بيانات تختلف عن تلك التي تشترط في شركة التضامن، ويرجع ذلك للتركيب البشرية المتنوعة لهذه الشركة كما ذكرنا سابقا إذ كل فئة تخضع لنظام قانوني يختلف عن الآخر. ويجب أن يتضمن العقد التأسيسي لشركة التوصية البسيطة ما يلي:

1- مبلغ أو قيمة الحصص.

¹. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 179.

². الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج4، مرجع سابق، ص 58.

2- حصة كل شريك متضامن أو موصي في هذا المبلغ أو القيمة.

3- الحصة الإجمالية للشركاء المتضامنين وحصتهم في الأرباح وكذا حصتهم في الفائض من التصفية.

وتتوزع الأرباح والخسائر في شركة التوصية البسيطة كما توزع في باقي الشركات التجارية وقد أعطى المشرع للشركاء كامل الحرية للاتفاق حول هذه النسبة. ويشترط ظهور ذلك في العقد التأسيسي للشركة حسب ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 563 مكرر 3 من القانون التجاري الجزائري. وتوزع الأرباح بقدر الحصة في الشركة ويضاف للشريك المتضامن نسبة تقرر في العقد التأسيسي على توليه لإدارة الشركة¹.

كما قد يدرج شرط في العقد التأسيسي لشركة التوصية البسيطة يعرف بشرط الفائدة الثابتة Clause D'intérêt fixe ويعني هذا الشرط أن الشريك الموصي يتحصل على فائدة ثابتة لأمواله التي شارك بها في الشركة ويقبل المتضامنون هذا الشرط لتشجيع أصحاب الأموال على الاشتراك معهم في الشركة². كذلك لأن الشركة قلما تحقق أرباحا في سنواتها الأولى فيكون تعويض أصحاب الأموال أمرا ضروريا لقبولهم الاشتراك في الشركة كشركاء موصين.

ومع التسليم بأن عدم تحقيق الشركة لأرباح، مسألة واقعية يصدقها العمل، فإنه لا يمكن تجاهل حقيقة أنه يصعب على الشركاء، خصوصا إذا كانوا موصين في شركة توصية تقبل فكرة أن تظل حصصهم غير منتجة لفترة طويلة³.

يتخذ شرط الفائدة الثابتة صورا عديدة فتارة يقصد بالشرط أن تدفع الفوائد متى حققت الشركة أرباحا. فإذا حققت الشركة ربحا، حصل الشركاء المستحقون للفائدة على فائدتهم، ثم زاحموا باقي الشركاء في اقتسام ما يتبقى من الأرباح بحسب شروط العقد، لأن الفوائد المشروطة تعتبر حدا أدنى لما يحصل عليه الشركاء وليس مبلغا جزافيا⁴.

ولا يعتبر مثل هذا الشرط من قبيل شروط الأسد ولو ترتب عليه حرمان الشركاء من الأرباح في بعض السنين، وذلك لأن الشرط لا يؤدي إلى حرمان باقي الشركاء من الأرباح

¹.George Ripert, Rene Roblot, Op. Cit, p 668.

².Ibid, p 670.

³. فتات فوزي، الاتفاقات الممنوعة، مرجع سابق، ص 30.

⁴. فتات فوزي، الاتفاقات الممنوعة، نفس المرجع، ص 31.

وإنما مجرد ضمان حد أدنى من الأرباح للشريك الموصي. ويختلف ذلك عن شرط إعادة حصة الشريك الموصي في نهاية الشركة كاملة سواء حققت الشركة أرباحا أو لم تحقق حيث يعد مثل هذا الشرط باطلا لانقضاء نية المشاركة ولعدم المشاركة في الخسائر¹.

أما الصورة الثانية تتمثل في دفع هذا النصيب من الأرباح سواء حققت الشركة أرباحا أو لم تحقق. وهذا هو الشرط الذي يطلق عليه في العمل " بتوزيع فائدة عند عدم تحقيق أرباح² " Clause de repartition d'intérêts en l'absence de bénéfices

وهذه الصورة تثير خلافات حول مدى صحة هذا الشرط في حالة عدم تحقيق الأرباح، ذلك أنه في هذه الحالة تلزم الشركة بدفع الحد الأدنى المتفق عليه من رأس المال نفسه وفي ذلك مخالفة لمبدأ ثبات رأس المال الذي هو بحسب الأصل، مخصص لضمان حقوق الدائنين³.

وفي القانون الجزائري المشرع لم يسمح بتضمين عقد الشركة شرط الفائدة الثابتة، وإذا ورد مثل هذا الشرط فإنه يعتبر، وفقا لنص المادة 725 من القانون التجاري كأنه لم يكن حيث تنص على أنه: " يحظر اشتراط فائدة ثانية أو إضافية لصالح الشركاء. ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن... "

أما بخصوص توزيع الخسائر في شركة التوصية البسيطة، فتكون بقدر الحصة في رأس المال.

المطلب الثالث: إدارة شركة التوصية البسيطة

تخضع إدارة شركة التوصية البسيطة لنفس الأحكام العامة لإدارة الشركة عموما إذ تخول الإدارة إلى مدير أو أكثر ويجوز أن يكون هذا المدير شريكا موصيا، ويخضع تعيين المدير وعزله وتحديد مهامه لنفس الأحكام السالفة الذكر في شركة التضامن. غير أن اختلاف المراكز القانونية للشركاء في شركة التوصية البسيطة ينعكس على طريقة تسيير هذه الشركة. فنجد أن المشرع منع الشريك الموصي من تولي إدارة الشركة وهذا المبدأ

¹. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 396.

². فتات فوزي، الاتفاقات الممنوعة، مرجع سابق، ص 30.

³. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 396. فتات فوزي، الاتفاقات الممنوعة، مرجع سابق، ص 33.

يعتبر أحد المبادئ الأساسية في شركات المضاربة في الشريعة الإسلامية¹. إذ يستقل المضارب بالعمل وليس لصاحب المال مشاركته فيه.

وجاء في المادة 563 مكرر 5 ما يلي: "لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة"².

في حالة مخالفة هذا المنع يتحمل الشريك الموصي بالتضامن مع الشركاء المتضامنين ديون الشركة والتزاماتها المترتبة عن الأعمال الممنوعة ويمكن أن يلتزم بالتضامن بكل التزامات الشركة أو بعضها فقط حسب عدد أو أهمية هذه الأعمال الممنوعة.³

يفهم من نص المادة أنه يحظر على الشريك الموصي أن يشتري أو يبيع باسم الشركة أو يعقد قروضا باسمها أو يوقع على أوراق تجارية نيابة عنها، وبهذا تكون إدارة الشركة للشريك المتضامن. وقد ثار خلاف حول الأساس القانوني الذي بني عليه هذا المنع، إذ يرى فريق أن سبب منع الشريك الموصي من القيام بأعمال الإدارة هو حماية الشركاء المتضامنين حيث أنه لو سمح للشريك الموصي بإدارة الشركة قد يورطها بعقده لصفقات تفوق إمكانياتها المادية لاسيما وأن مسؤوليته محدودة اتجاه ديون الشركة بينما مسؤولية الشركاء المتضامنين مسؤولية شخصية تضامنية.

إلا أننا نقول بأنه لو كان الغرض من منع الشريك الموصي من إدارة الشركة هو حماية الشركاء المتضامنين لمنع المشرع الشريك الموصي من أعمال الإدارة الداخلية

¹. عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2002، ص 142.

². وتقابلها المادة 28 من قانون الشركات الفرنسي التي تنص على ما يلي:

L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe même d'une procuration.
كما تنص ف أ من المادة 43 من قانون الشركات الأردني السالف الذكر على أنه: "ليس للشريك الموصي أن يشترك في إدارة شؤون شركة التوصية البسيطة وليس له سلطة إلزامها، إنما يجوز له أن يطلع على دفاترها وحساباتها والسجلات الخاصة بالقرارات المتخذة في سياق إدارتها وأن يستوضح عن حالتها وأمورها ويتداول والشركاء الآخرين بشأنها."

³. وتقابلها ف ب من المادة 43 من قانون الشركات الأردني السالف الذكر التي جاء فيها: "إذا اشترك الشريك الموصي في إدارة أمور شركة التوصية البسيطة فيكون مسؤولاً عن جميع الديون والالتزامات التي تحملتها الشركة أثناء اشتراكه في إدارتها كأنه شريك متضامن."

والخارجية على السواء، لكنه بنص المادة المذكورة سابقا يمنع الشريك الموصي من أعمال الإدارة الخارجية فقط وبمفهوم المخالفة تباح له ممارسة أعمال الإدارة الداخلية.

يرى فريق آخر أن سبب منع الشريك الموصي من أعمال الإدارة هو حماية الغير الذي ينخدع بظهور هذا الشريك في الإدارة فيعتقد أنه من الشركاء المتضامنين المسؤولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، فيطمئن إلى ما قد يكون لدى هذا الشريك من ثقة وملاءة ويتعامل معه على هذا الأساس¹.

يظهر أن هذا الرأي الأخير هو الأرجح لملائمته لما قضت به المادة من منع لأعمال الإدارة الداخلية، تلك الأعمال التي تتصل بنشاط الشركة دون أن يتأثر الغير بها ومن هذه الأعمال الاطلاع على سجلات الشركة، والرقابة وإبداء الرأي في كل ما يتعلق بشؤون الشركة.

كما قد تتمثل أعمال الإدارة الداخلية في إجراء تفتيش على أموال الشركة وحساباتها، وله في سبيل ذلك الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها دون أن يترتب على ذلك إلزامه بشيء. كما له الحق في طلب صورة من حساب الأرباح والخسائر والميزانية وأن يتحقق من صحة ما ورد بهما، وله هذا الحق بنفسه أو بوكيل. وغني عن البيان أن استعمال الشريك الموصي لهذه الحقوق مشروط بعدم تعطيل أعمال الشركة أو الإضرار بها².

وقد نصت المادة 563 مكرر 6 على أن: "للشركاء الموصين الحق مرتين خلال السنة، في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها، وفي طرح أسئلة كتابية حول تسيير الشركة، وتكون الإجابة عنها كتابيا أيضا".

أما أعمال الإدارة الخارجية وهي تلك الأعمال التي تتطلب تمثيل الشركة أمام الغير وعليه يمنع الشريك الموصي من أن يتولى منصب مدير الشركة، أو أن يكون مديرا لأحد فروعها حتى وإن وافق على ذلك جميع الشركاء.

ولا يقتصر المنع في أن يكون مديرا للشركة وإنما عليه أن يمتنع عن القيام بأية عملية مع الغير باسم الشركة حتى وإن تم توكيله من مدير الشركة.

¹. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 315.

². سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 388.

إلا أن هناك بعض الأعمال التي تعتبر أعمالاً خارجية لكن يمكن أن يقوم بها الشريك الموصي إذا وكل للقيام بها دون أن يؤثر ذلك على ائتمان الغير كأن يكون محامياً يوكل عن الشركة في إقامة الدعوى على الغير¹.

وللتمييز بين أعمال الإدارة الداخلية وأعمال الإدارة الخارجية مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع².

هذا وفي حالة مخالفة هذا الحظر الذي جاء في المادة 563 مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري يطبق على الشريك الموصي جزاءان يتمثلان في:

1- جزاء إجباري يقع بقوة القانون، حيث يسأل الشريك الموصي مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون وتعهدات الشركة التي تترتب جراء هذه الأعمال الممنوعة التي قام بها الشريك الموصي، وما عدا هذه الأعمال فلا يكون مسئولاً إلا في حدود حصته. ولا تكون للقاضي أية سلطة تقديرية في هذا الموضوع.

2- جزاء جوازي أو اختياري يلزم فيه الشريك على وجه التضامن من جميع ديون الشركة وتعهداتها ولو لم تكن ناتجة عن الأعمال التي قام بها، فتكون للقاضي سلطة تقديرية في توقيع هذا الجزاء عليه وهذا حسب عدد وأهمية الأعمال التي تدخل في دائرة الحظر.

يمكن القول أن المسؤولية الشخصية والتضامنية للموصي بسبب تدخله في أعمال الإدارة الخارجية تكون في العلاقة ما بين الشريك الموصي والغير، أما بالنسبة إلى الشركاء فيظل الموصي محتفظاً بصفته كشريك موصي لا يسأل إلا في حدود حصته إلا إذا قام بهذه الأعمال بناء على توكيل ففي هذه الحالة يرجع عليهم بما دفعه الغير إضافة عن حصته³.

بذلك يتضح أن منع الشريك الموصي من أعمال الإدارة الخارجية تقرر لحماية الغير المتعامل معها.

وبما أن شركة التوصية البسيطة من شركات الأشخاص، يراعى في اتخاذ القرارات المتعلقة بها وتعديلها جميع الأحكام المتعلقة بشركات التضامن، هذا إذا لم يتم تنظيمها في

¹. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 187.

². علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 188.

³. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، مرجع سابق، ص 186.

القانون الأساسي للشركة حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 563 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " تتخذ القرارات وفق الشروط المحددة في القانون الأساسي." إضافة إلى الاجتماع السنوي المنعقد بين الشركاء لأجل اعتماد التقرير المالي للشركة.¹ وحسب الفقرة الثانية من المادة 563 مكرر 4 من القانون التجاري الجزائري لا يكون انعقاد الجمعية العامة للشركاء قانونيا إلا إذا طالب بها شريك متضامن أو الشركاء الموصون الذين يمثلون ربع رأس مال شركة التوصية البسيطة..

المطلب الرابع: انقضاء شركة التوصية البسيطة

تنقضي شركة التوصية البسيطة بطرق الانقضاء العامة التي تنقضي بها الشركة عموما. ولما كانت شركة التوصية البسيطة من شركات الأشخاص التي تعتمد على الاعتبار الشخصي، فإنها تنقضي بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه أو انسحابه، ولا فرق في ذلك بين الشركاء الموصين والمتضامنين.

يسري على شركة التوصية البسيطة فيما يخص شهر الانقضاء وآثاره تصفية الشركة وقسمتها وسقوط حق الدائنين بمضي خمس سنوات على الانقضاء وجميع القواعد العامة التي سبق ذكرها.

إلا أنه يجب التنويه إلى أن الأخذ بالاعتبار الشخصي في حل شركة التوصية البسيطة لا يتميز بنفس الحدة في شركة التضامن، وهذا ما تؤكد المادة 563 مكرر 9 من القانون التجاري التي نصت على ما يلي: "تستمر الشركة، رغم وفاة شريك موص، وإذا اشترط أنه رغم وفاة أحد الشركاء المتضامنين، فإن الشركة تستمر مع ورثته، فإن هؤلاء يصبحون شركاء موصين إذا كانوا قصرا غير راشدين. وإذا كان المتوفى هو الشريك المتضامن الوحيد، وكان ورثته كلهم قصرا غير راشدين، يجب تعويضه بشريك متضامن جديد أو تحويل الشركة في أجل سنة ابتداء من تاريخ الوفاة، وإلا حلت الشركة بقوة القانون عند انقضاء هذا الأجل."

وتناولت المادة 563 مكرر 10 من القانون التجاري الجزائري حالة إفلاس الشركة حيث جاء فيها: " تحل الشركة في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية لأحد الشركاء المتضامنين أو المنع من ممارسة مهنة تجارية أو عدم قدرة أحد الشركاء المتضامنين. غير

¹. Ibid, p 667.

أنه عند وجود شريك متضامن أو أكثر، يمكن الشركاء أن يقرروا في هذه الحالة، بالإجماع، استمرار الشركة فيما بينهم، وتطبق أحكام المادة 563 أعلاه عليهم."

نقول في الأخير أن لشركة التوصية البسيطة مزايا، حيث يمكنها التوسع في رأس المال، وزيادته عن طريق ضم عدد أكبر من الشركاء الموصين الذين يرغبون في المخاطرة بما يزيد عن حصة كل واحد منهم في رأس المال. فضلا عن زيادة ثقة البنوك والموردين، فيمدونها بالقروض أو يمنحونها تسهيلات تمكنها من زيادة التوسع في نشاطها.

كما أن الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة لا يكتسب صفة التاجر، ولا يسأل إلا في حدود قيمة الأسهم التي اكتتب فيها.

ولشركة التوصية البسيطة عيوب إذ تواجه نفس المشكلات التي تواجه شركة التضامن والتي سبق الإشارة إليها. كما أن حصص الشركاء الموصين غير قابلة للتداول ولا يتم بيعها إلا بموافقة الشركاء جميعا. فضلا عن كون هذا النوع من الشركات يناسب المشروعات التي تحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة.

وتجدر الإشارة إلى التعارض الواقع بين نص المادة 563 مكرر 5 من المرسوم التشريعي 93-08 المعدل لأحكام القانون التجاري السابقة الذكر، والتي تمنع الشريك الموصي من القيام بأعمال الإدارة الخارجية، وبالتالي يكون قد أجاز له القيام بأعمال الإدارة الداخلية والتي تعتبر مظهرا من مظاهر الحصة بعمل. هذه الأخيرة التي منع المشرع الجزائري الشريك الموصي من تقديمها كحصة طبقا لنص المادة 563 مكرر 1 من نفس المرسوم التشريعي. إذن التناقض واضح فمن جهة يمنع المشرع الجزائري الشريك الموصي من تقديم حصته بالعمل، ومن جهة أخرى يبيح له القيام بأعمال الإدارة الداخلية في الشركة.

المطلب الخامس: المقارنة بين خصائص شركة التوصية البسيطة وما يماثلها من قواعد الشركات في الفقه الإسلامي

1- تضم شركة التوصية البسيطة نوعين من الشركاء:

أ- شركاء متضامنون ويسألون عن ديون الشركة مسئولية شخصية وتضامنية في أموالهم، ويأخذون حكم الشركاء في شركة التضامن.

ب- شركاء موصون يساهمون في الشركة بأموالهم وتكون مسؤوليتهم عن ديون الشركة محدودة بقدر حصصهم فيها، وليس لهم حق التدخل في إدارة الشركة، ولا يكتسبون صفة التاجر كما أن إفلاس الشركة لا يعني إفلاس الشركاء الموصين.

وتعتبر هذه الخاصية السمة الرئيسية لشركة التوصية، وفي الفقه الإسلامي نجد شركة العنان تحمل تفسيران أحدهما هو اشتراك الشركاء كلهم برأس المال وعملهم به.¹ وشركة التوصية البسيطة لا تتفق مع هذا التفسير.

أما التفسير الثاني والمتمثل في اشتراك الشركاء في رأس المال جميعا وعمل البعض به. ونصه عندهم: " أن يشترك اثنان بمالهما على أن يعمل فيه أحدهما بشرط أن يكون له من ربح ماله."²

وشركة التوصية تتفق مع هذا التفسير، ذلك أن الشركاء قد اتفقوا على الاشتراك في رأس المال وانفرد البعض بالعمل. وبذلك فقد أجاز الفقه الإسلامي في شركة العنان أن يشترط العمل لأحد الشريكين، ويسأل عنه دون غيره، ويجوز بناء على ذلك أن تشترط زيادة الربح للعامل، أو يقدر له مرتب خاص، ويكون أجيرا.³

والمالكية في تفسيرهم للعنان قالوا : هو أن يشتركا على ألا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه وموافقته. جعلوا تصرف أحد الشركاء مقيدا بإذن صاحبه وموافقته. وشركة التوصية البسيطة لا تشبه هذا، ذلك أن الشركاء العاملين لا يتوقف تصرفهم على إذن الموصين وموافقتهم.

2- لا فرق بين أن يكون المسئول عن إدارة شركة العنان شريكا واحدا أو أكثر، وغير المسئول واحدا أو أكثر، فاشتراط الكفالة والمسؤولية بين الفريق الأول دون الثاني جائز. وهذا ينطبق على شركة التوصية البسيطة.⁴

3- يمنع الشريك الموصي من التدخل في الإدارة، نظرا لمسؤوليته المحدودة في الشركة. وإذا رجعنا للشركات في الفقه الإسلامي وجدنا أنه يمكن إلحاق ذلك بشركة المضاربة فإن

¹. وهو مقتضى تفسير الحنفية والشافعية والحنابلة.

². البهوتي، ج 3، مرجع سابق، ص 397. وهذا التفسير هو ثاني التفسيرين للعنان عند الحنابلة.

³. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3973 .

⁴. وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة.

صاحب المال فيها لا يجوز له التدخل في إدارة الشركة، بل يجب ترك المضارب ليتصرف في المال، كما أن مسؤولية صاحب المال محدودة بقدر المال الذي دفعه رأس مال للشركة فهو يشبه الشريك لموصي في شركة التوصية البسيطة.

أما في شركتي العنان والمفاوضة فإن الشريك لا يمنع من التدخل في الإدارة، إلا على التفسير الثاني للعنان عند الحنابلة لأن العمل لبعض الشركاء، وتدخل غير العاملين في الإدارة ربما يؤثر على الشركة بالفشل، لأن من يباشر العمل أدرى من غيره بمصلحة الشركة وعلى ذلك فيمكن منعه لأنه رضي أساسا بإسناد العمل إلى غيره من الشركاء¹.

بذلك يمكن القول أن شركة التوصية البسيطة تتفق مع شركة المضاربة في منع تدخل كل من الشريك الموصي ورب المال في الإدارة. ويمكن إلحاق هذا بالعنان على التفسير الثاني للعنان عند الحنابلة.

4- من خصائص شركة التوصية البسيطة اتخاذها لعنوان يشتمل على اسم الشركاء المتضامنين أو أحدهم. أما الشريك الموصي فلا يجوز أن يظهر اسمه في عنوان الشركة، ذلك لأن مسؤولية الموصي محدودة. وهذا يتنافى مع إعلان اسمه لأن في ذلك إيهاما للمتعاملين مع الشركة بأنه شريك متضامن بينما هو شريك موصي محدود المسؤولية.

هذه القاعدة وإن لم يصرح بها في الفقه الإسلامي إلا أنها صحيحة مقبولة إذ القصد من ذلك المحافظة على حقوق الغير وحماية مصالحهم، وليس في هذا مخالفة للشريعة الإسلامية، وإنما هو من الأمور التنظيمية المحققة للمصلحة فلا مانع لاشتماله على المصلحة وخلوه من المصرة².

5- لا تختلف شركة التوصية البسيطة عن شركة التضامن في توزيع الأرباح وفي غيرها من الشركات في القانون الوضعي لأن قاعدة توزيع الأرباح والخسائر في القانون واحدة لجميع الشركات، فهي مبنية على اشتراط الشركاء في عقد الشركة. إلا أن شركة التوصية البسيطة تختلف عن شركة التضامن في اشتراط الفائدة الثابتة كما سبق وأن بيّنا.

وهذا الشرط لم يجعله القانون مقيدا بحالة معينة بل جعله مطلقا سواء حصلت الشركة على أرباح أو لم تحصل، فهذا الشرط إذا شرط غير صحيح شرعا ذلك أن مقتضى الشركة هو

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 294.

². محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص 294..

الاشتراك في الأرباح والخسائر وفي هذه الحالة لا يشترك الموصي في خسارة الشركة وإنما يكون ربحه مضمونا وثابتا على حساب الشركاء الآخرين¹.

يقول الدكتور محمد بن إبراهيم موسى: " وهذا الشرط يتنافى مع العدالة وإنما يجوز تحديد نسبة معلومة من الربح لا من رأس المال، والفائدة الثابتة نسبة مئوية من رأس المال. أما إذا جعلت الفائدة الثابتة من الربح فإن ذلك جائز وصحيح لأنها كتحديد نسبة الثلث والربع. ومن شروط الربح كونه معلوم القدر وأن يكون جزءا شائعا في الجملة وهو منطبق على تلك النسبة في هذه الحالة."²

وشركة التوصية البسيطة تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية في الشركات بالنسبة لتوزيع الأرباح، أما الخسائر فتختلف عن القاعدة المماثلة لها في شركات الفقه الإسلامي. لكن إذا جعلنا تحمل الخسائر مبنيا على مقدار نصيب كل شريك في رأس مال الشركة فهذا يجعلها متماشية مع القواعد الشرعية في تلك الناحية.

وبذلك يكون توزيع الأرباح والخسائر في شركة التوصية البسيطة متفق معها في الشركات في الفقه الإسلامي.

وصفة القول أن شركة التوصية البسيطة تأخذ حكم شركة العنان، حيث يشترك الجميع برأس المال وينفرد بعضهم بالعمل. وتأخذ شركة التوصية حكم المضاربة إذا عمل المتضامنون في أموال الموصين و لم يساهم المتضامنون في رأس المال، وحكم شركة العنان بالنسبة لعمل المتضامين فيما بينهم إذا كانوا قد ساهموا برأس مال الشركة. أما إذا لم يساهموا واكتفوا بعملهم فيها فتأخذ حكم شركة الأعمال، وفي حالة تعدد العامل ينطبق عليهم حكم المضاربة.

ويلاحظ أنه إذا كان سبب التفريق بين شركة التوصية البسيطة وشركة المضاربة هو أن المضاربة لا ضمان فيها على المضارب والعامل في خسارة الشركة وإنما الضمان من رأس مال الشركة فليست مسؤولية الشركاء في ذلك مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة بخلاف شركة التوصية فالعاملون فيها متضامنون في ذلك، فيمكن تطبيق حكم شركة المفاوضات عند الحنفية على شركة التوصية في هذه الناحية. والشركاء المتضامنين

¹. محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع، ص 295.

². محمد بن ابراهيم موسى، نفس المرجع، ص 294.

الذين يعملون في الشركة قد اتفقوا ورضوا بأن تكون مسؤوليتهم عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية وشخصية فيكون هذا الاتفاق صحيحا للأمر بالوفاء بالعقود وإنفاذ الشروط التي تكون بين المتعاملين ما دامت لم تخالف النصوص والقواعد الشرعية.¹

المطلب السادس: بين شركة المضاربة الإسلامية والتوصية البسيطة العصرية

كما تقدم أن بعض القانونيين يعتبرون المضاربة هي الأصل الذي استمدت منه شركة التوصية البسيطة أحكامها، وأن القانون التجاري الفرنسي الذي تأثرت به القوانين التجارية العربية ومن بينها القانون التجاري الجزائري قد جعل المضاربة أساسا لإقرار هذا النوع من الشركات، وإن كانت قد حدثت تعديلات مغايرة لأحكام المضاربة الشرعية.

وقد اعتبر هذا النوع من الشركات نوعا من أنواع شركة المضاربة، وعدّ الشريك الموصي هو رب المال في شركة المضاربة، وهو غير مسئول عن إدارة الشركة، ولا يضمن لأصحاب الحقوق المتعاملين مع الشركة حقوقهم، ولا يتحمّل من الالتزامات إلاّ خسارة رأس المال عند الخسارة. والشريك المتضامن هو المضارب، المتصرّف في الشركة، المسئول عن الحقوق المتعلقة بها أمام الغير. ولا يسأل عن الخسارة فيما يسمح له من تصرفات، وهو حرّ التصرف حسب ما يقتضيه عرف التجار. ويتمّ توزيع الأرباح حسب اتفاق الشركاء في شركة المضاربة.²

ويلاحظ أن عمل الشركاء المتضامنين بمال الموصين يعتبر من باب المضاربة. فتطبق أحكام المضاربة في هذه الناحية. أما بالنسبة لعمل الشركاء المتضامنين فيما بينهم فتأخذ حكم شركة العنان، لأن المال من الجميع والعمل من البعض.

ويذهب الدكتور عبد العزيز الخياط إلى أن شركة التوصية البسيطة تأخذ حكم المضاربة حيث قال: "وإذا رجعنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في شركة المضاربة نجد أن شركة التوصية البسيطة لا تخرج عن كونها نوعا من أنواع شركة المضاربة وأن قواعد شركة المضاربة تنطبق على الخصائص البارزة لشركة التوصية البسيطة."³

¹. محمد بن ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص300.

². أنظر في هذا المعنى: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص3973.

³. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص142.

وقد ربط بينهما بالمقارنة التالية:¹

1- الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة بمنزلة المضارب، والشريك الموصي فيها بمنزلة رب المال. حيث أن الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة ورب المال في شركة المضاربة كلاهما يساهم في الشركة بتقديمه رأس المال فيها وتكون مسؤولية كل منهما محدودة بقدر حصته في الشركة، والمضارب والمتضامن كل منهما هو الذي يتصرف في الشركة ويتحمل المسؤولية أمام الغير.

2- كل من الموصي ورب المال لا يتدخل في إدارة الشركة، وإنما الإدارة من حق المضارب والمتضامن.

3- الأصل في التصرف الشرعي في شركة المضاربة أن كل ما هو من عادة التجار في التصرف فإنه يجوز للمضارب أن يتصرف فيه في المضاربة. وكذلك الحكم بالنسبة لشركة التوصية.

4- يمنع المضارب من ممارسة بعض التصرفات كالاستدانة على مال المضاربة والإقراض من مالها وهذا مقرر كذلك في شركة التوصية البسيطة.

5- جواز تعدد رب المال في المضاربة وكذلك المضارب وهذا ينطبق على شركة التوصية البسيطة ففيها يجوز تعدد الشركاء الموصين والمتضامنين كذلك.

6- يشترط في كل من المضاربة والتوصية كون رأس المال معروفا فلا يصح كونه مجهولا
7- وتتفق المضاربة وشركة التوصية على فساد الشرط الذي يقضي بضمان إرجاع رأس المال إلى رب المال والموصي لأن هذا يشبه شرط الأسد في الربح ويتنافى مع معنى الشركة.

بعد هذه المقارنة يتضح وجود شبه بين شركة المضاربة وشركة التوصية البسيطة، غير أنه توجد فروق جوهرية بين شركتي المضاربة والتوصية البسيطة طبقا للنظام القانوني نجملها فيما يلي:

أ- المسؤولية:

¹. عبد العزيز الخياط، نفس المرجع، ص 145 ، 146.

في شركة التوصية البسيطة يوجد شريك متضامن يسأل مسؤولية شخصية ومطلقة عن ديون الشركة، وشريك موصي يسأل مسؤولية محدودة في حدود ما قدم من مال. وشريك العمل لا يتحمل خسارة الشركة إلا بفقد نتيجة عمله، ولكن إذا قبل أن يكون متضامنا جاز ذلك ويسأل عما زاد من الديون عن رأس المال ولا يرجع عليه إلا فيما زاد¹. أما في المضاربة فالمسؤولية على رب المال في ماله الذي قدمه للشركة إذا كانت تلك الخسارة قد نتجت عن تصرف المضارب بما هو من حقه في إدارة الشركة. أما إذا كانت الخسارة قد حدثت بسبب تصرفه تصرفا ليس من حقه فإن العامل هو الذي يضمن تلك الخسارة.

ب- حرية الاشتراك:

يحظر القانون على الشريك المقدم لحصة من عمل أن يكون شريكا موصيا، لأن هذا الأخير ممنوع من الإدارة. أما في المضاربة فالمضارب لا يمنع عليه الاشتراك لأن الأصل في هذه الشركة هو الجمع بين صاحب المال والعمل.

ج- الإدارة:

يقوم بها الشريك المتضامن وحده إذا قدم حصة مالية أو عمل، أما الشريك الموصي فيمنع من الإدارة وفي المضاربة المضارب يشتغل بالإدارة وليس لصاحب المال التدخل فيها.

المبحث الثالث: شركة المحاصة²

شركة المحاصة (SEP) société en participation هي النوع الثالث من أنواع شركات الأشخاص في القانون، ولقد عاصرت شركة المحاصة في نشأتها شركة التوصية البسيطة وذلك أن عقد الكوماندا قد انتهى في آخر مراحل تطوره ليكون شكل شركة التوصية. وقد كانت شركة تتم في الخفاء بين من يقدم المال ومن يقوم بالعمل فيه نتيجة لتحريم الكنيسة ووقفها في وجه القرض بفائدة باعتباره نوعا من الربا. ولما جاء القرن

¹. محمد بن عبد الرحمن الزرقا، مرجع سابق، ص 24.

². أنظر الملحق رقم 4.

الثامن عشر واتخذت شركة التوصية عنوانا لها ونظاما لشهرها وظهورها بصفة علنية، وبقيت الصورة البدائية لعقد القرض باعتباره شركة خفية لتتولد عنها شركة المحاصة¹. ينتشر هذا النوع من الشركات كثيرا في الحياة العملية لصفحتها المستترة، وهي عادة تتعد بين شركائها بعمل واحد معين أو أعمال قليلة متفرقة، كإجراء صفقة بضائع وبيعها وتوزيع ما ينتج من ربح أو خسارة وانتهاء الشركة بعدها، أو الاتفاق على شراء أنقاض مبان وبيعها أو شراء ثمار حديقة فواكه وإعادة بيعها واقتسام الربح أو الخسارة². وتحظى شركة المحاصة في القانون الفرنسي بأهمية بالغة في الحياة العملية حيث تصلح كإطار قانوني للمشاركة بين المشروعات الصناعية للقيام بعمل محدد، كإجراء بحوث مشتركة أو الاتفاق على بناء مشروع معين، فهذا الشكل يصلح للتكتلات الاقتصادية المؤقتة، وتعطى لأطرافه مرونة في العمل وسرعة في التنفيذ دون المساس بحقوق الغير³.

المطلب الأول: تعريف شركة المحاصة و خصائصها

تعرف شركة المحاصة على أنها عقد بين شخصين أو أكثر يساهم كل منهم في مشروع تجاري بنصيب معين من المال أو العمل، واقتسام ما ينتج عن هذا المشروع من أرباح أو خسائر، ويقوم بنشاط المشروع أحد الشركاء باسمه الخاص في مواجهة الغير⁴. كما عرّف الفقه شركة المحاصة بأنها شركة مستترة تنعقد بين شخص يتعامل مع الغير وشخص آخر أو أكثر ويقدم كل منهم حصة من مال أو عمل للقيام بعمل واحد أو عدد من الأعمال قصد اقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء⁵.

وقد أدخل المشرع الجزائري نوعا آخر من الشركات التجارية بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، وهي تعتبر نوع من الشركات لا شكل من أشكالها فهي شركة تجارية بحسب الموضوع لا بحسب الشكل. ونجد أن المشرع الجزائري أدرج شركة المحاصة بعد شركة الأموال وبعد التصفية وذلك لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للتصفية.

¹. محمد بن ابراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 269.

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 399.

³. <http://droit.finances.commentcamarche.net. le 25/05/2017>.

⁴. سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 398. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 149.

⁵. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 149.

ولم يعرف المشرع الجزائري شركة المحاصة، إنما ورد في نص المادة 795 مكرر 1 على أنه:

"يجوز تأسيس شركات محاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى انجاز عمليات تجارية".

وقد أورد المشرع الأردني تعريفا لشركة المحاصة يقضي بأنها " شركة تجارية تتعقد بين شخصين أو أكثر، يمارس أعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الغير بحيث تكون الشركة مقتصرة على العلاقة الخاصة بين الشركاء على أنه يجوز إثبات الشركة بين الشركاء بجميع طرق الإثبات. ولا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ولا تخضع لأحكام وإجراءات التسجيل والترخيص.¹"

ولشركة المحاصة خصائص تميزها عن بقية الشركات يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- المحاصة شركة أشخاص:

تستند في تكوين شركة المحاصة واستمرارها على توافر الثقة والمعرفة بين الأشخاص المكونين لها.

وهذه الصفة تبدو أكثر وضوحا في هذه الشركة عن باقي شركات الأشخاص نظرا لأن الشركاء لا يظهرون في مواجهة الغير، ويقدمون حصصهم غالبا ملكا للشريك المدير المحاص، ويعتمدون في نتائج أعمال الشركة على مجرد الثقة فيمن تلقى حصصهم ويتعامل باسمه الخاص.²

وعليه لا يجوز للشريك المحاص التنازل عن حصته للغير إلا بموافقة جميع الشركاء، ولا يجوز تمثيل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن حيث نصت المادة 795 مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " لا يمكن أن تمثل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن".

وتنقضي الشركة بإحدى الحالات المؤدية لانقضاء شركات الأشخاص، كوفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه، أو انسحابه ما لم يقض عقد الشركة بخلاف ذلك.

2- المحاصة شركة مستترة:

¹ . المادة 49 من قانون الشركات الأردني .

² . سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 412.

تتميز شركة المحاصة عن الشركات الأخرى بأن كيانها محصور بين المتعاقدين وأنها غير معدة لاطلاع الغير عليها¹. وذلك لأنها لا تخضع لإجراءات التسجيل والشهر وبالتالي ليس من الضروري كتابة عقد الشركة حيث يجوز إثبات وجودها بكافة طرق الإثبات، وجاء في نص المادة 795 مكرر 2 من المرسوم التشريعي 93-08: "لا تكون شركة المحاصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير. فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل".²

يستند في إثبات شركة المحاصة بكافة طرق الإثبات إلى نص المادة 30 من القانون المدني الجزائري التي تحدثت عن حرية الإثبات. وهذا بخلاف شركة المحاصة المدنية التي يشترط لإثباتها الكتابة وإلا كانت باطلة وهذا ما نصت عليه المادة 418 من القانون المدني الجزائري.

وإن تمت كتابة شركة المحاصة فإن ذلك يكون فيما بين الشركاء ولا يعلن للغير³. ويظهر فيها فقط المدير المحاص الذي يتعامل مع الغير باسمه و باقي الشركاء مجهولين، والذين لا يمكن اتخاذ إجراءات ضدهم.

بذلك فإن شركة المحاصة ليس لها وجود تجاه الغير وأن ما يقوم به الشركاء من أعمال تعود نتائجها القانونية على شخص الشريك لا على مجموع الشركاء. و نصت المادة 795 مكرر 4: "يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم".

ويترتب على عدم تمتع شركة المحاصة بالشخصية المعنوية نتيجة لصفاتها المستترة أنه ليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء ولا موطن لها ولا جنسية ولا عنوان تجاري.

¹. مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الوكالة والشركات، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2001، ص 284.

². Art :1871Loi 78-9 1978-01-04

Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors " société en participation ". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens. v aussi : Bruno, pierre Normand, La société d'exercice libéral : un bilan dan la profession vétérinaire après dix années d'existence, Thèse pour le Doctorat vétérinaire, Faculté de Médecine De CRETEILLE.

³. George Ripert, Rene Roblot, Op. Cit, p 673.

واستتار شركة المحاصة يقصد به الاستتار القانوني لا الاستتار الواقعي فقد تفقد الشركة صفتها المستترة من الناحية الواقعية متى علم الغير بوجودها ومع ذلك تظل محتفظة بطبيعتها كشركة محاصة ما دامت محتفظة بصفتها المستترة من الناحية القانونية أي ما دام لم يصدر من الشركاء تعبير عن إرادتهم صراحة أو ضمناً ينبئ عن وجود الشركة في مواجهة الغير كشخص معنوي كسهرها أو التعامل بعنوان لها، فإذا صدر من الشركاء تعبير عن إرادتهم بوجود الشركة تفقد هذه الأخيرة طبيعتها كشركة محاصة وتعد شركة تضامن فعلية لم تستوف شروطها الشكلية¹.

وقد ميز القانون الفرنسي بين نوعين من شركات المحاصة وهما شركة المحاصة الخفية Occulte والمحاصة الظاهرة Ostensible. وتكون المحاصة الظاهرة بين شخصين أو أكثر ويظهر الشركاء للغير في ممارستهم لنشاط الشركة دون إتمام إجراءات النشر والإعلان لتتمتع شركتهم بالشخصية المعنوية.

ويلاحظ أن شركة المحاصة الظاهرة تقترب كثيراً من الشركة الناتجة من الواقع² Société crée de Fait ولو كانت تختلف عنها في نية الاشتراك المطلوبة في الشركات التجارية.

هذا ما جعل المشرع الفرنسي يمد تطبيق المادة 1873 من القانون المدني الفرنسي إلى الشركات الناتجة من الواقع رغم أنها تتعلق بشركات المحاصة الظاهرة³.

3- عدم اكتساب الشريك فيها صفة التاجر:

¹. عبد العزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 171.

². الشركة من خلق الواقع تنشأ نتيجة اشتراك عدة أشخاص لتحقيق غرض اقتصادي معين، وتتفق مع الشركة الفعلية في توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة للشركة، وتخضع لذات الأحكام التي تسري على شركات المحاصة فلا تتمتع بالشخصية المعنوية، والفارق الجوهرى بين الشركة الفعلية والشركة من خلق الواقع يكمن في إرادة الشركاء أو نية تكوين الشركة حيث تتجه في الشركة الفعلية صراحة نحو تأسيس شكل معين للشركة، في حين أن إرادة الشركاء في الشركة من خلق الواقع لم تهدف منذ البداية إلى تأسيس شكل معين لأي شركة، ويتم ذلك في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على تنفيذ مشروع معين بذاته دون رغبة في الاستمرار في أنشطة أخرى.

3. Merle Phillippe, droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 8^{ème} éd, 2001, pp614,615.

V aussi :.Bordeaux, 14 mai 1990, rev, soc,1990, p 591.Cass. Com. 23Nov.2004, n°02-14262 . legifrance.gouv.fr.

³. George Ripert, Rene Roblot, Op. Cit. p 673.

لا يكتسب الشريك المحاص صفة التاجر بمجرد اشتراكه في شركة المحاصة، ولو كانت الشركة تجارية وإنما قد يكتسب هذه الصفة إذا مارس التجارة واتخذها مهنة له¹. ووفقا للفقهاء الفرنسيين السائد يكتسب الشركاء المحاصين صفة التاجر إذا كانت شركة المحاصة ظاهرة للغير ostensible وتقوم بنشاط تجاري حيث يظهر جميع الشركاء أمام الغير بصفتهم قائمين بعمل تجاري مشترك. وهذا يعني أن الفقهاء الفرنسيين لا يرى في الشريك المحاص في الشركات المستترة occulte تاجرا².

4- شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية:

من أهم خصائص شركة المحاصة عدم اكتسابها للشخصية الاعتبارية فليست لها شخصية مستقلة عن الشركاء. والغير بالنسبة لهذه الشركة لا يعرف سوى الشريك الذي يتعاقد معه، وهذا الأخير يتعاقد باسمه دون اسم الشركة، حيث لا وجود لها في مواجهة الغير، وإذا قام بإدارة الشركة عدة شركاء، كان لكل منهم في تعامله مع الغير قائم بعمل لحسابه الشخصي ويسأل في مواجهة الغير على هذا الأساس³. ويعتبر عدم وجود الشخصية المعنوية لشركة المحاصة أهم ما يميزها عن الشركات الأخرى خاصة شركات التضامن الباطلة لعدم إتباع إجراءات الشهر القانونية. فهذه الأخيرة قصد الشركاء فيها وجود شخص معنوي والتعامل مع الغير على أساس وجود شخصية مستقلة عن شخصية كل شريك على حدة، ولهذه الشخصية المستقلة اسم تجاري وذمة مالية ورأس مال، غاية الأمر أن الشركاء في هذه الشركة لم يتبعوا الإجراءات الشكلية. وفي هذه الحالة الأخيرة يشترك عنصر الخفاء مع شركة المحاصة وتصبح الشخصية المعنوية هي المميز الوحيد ومعيار التفرقة بين شركة المحاصة وشركة التضامن الباطلة لعدم إتباع الإجراءات الشكلية⁴.

¹. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 196

². سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، هامش 1 ص 413.

³. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 406 ، 407.

⁴. سميحة القليوبي، نفس المرجع والصفحة.

وينتج عن فكرة عدم تمتع شركة المحاصة بالشخصية المعنوية أن لا تكون لها ذمة مالية مستقلة، حيث أن الذمة المالية هنا لا تكون منفصلة عن ذم الأشخاص الطبيعيين المكونين لها، وتظل الحصة المقدمة من الشريك المحاص ملكا له لا تنتقل إلى ملكية الشركة. ويترتب على ذلك عدم وجود ضمان عام للدائنين في هذه الشركة، إنما يركز ضمان الدائنين على الذمة المالية للشريك المحاص الذي تعامل معهم.

5- عدم وجود عنوان تجاري تتعامل به الشركة:

شركة المحاصة ليس لها عنوان يتم التعامل به. لأنها شركة مستترة في الخفاء. ويتعاقد مدير شركة المحاصة باسمه الشخصي، ويتعاقد كل شريك من الشركاء مع الغير باسمه الخاص ولحسابه لعدم وجود شخص معنوي مستقل يتعاقد باسمه، كما لا يلزم بهذا التعاقد باقي الشركاء إلا في حدود الاتفاق المبرم بين الشركاء بعضهم البعض¹.

6- شركة المحاصة ليس لها موطن:

إن الموطن الذي يعتد به في حالة تكوين شركة محاصة هو موطن مدير المحاصة أو الشريك الذي يتعاقد مع الغير. وبالتالي يكون باطلا الإعلان المقدم في موطن الشريك الذي لم يتعامل مع الغير لعدم وجود أية علاقة بينه وبين الغير فالعلاقة تنحصر بين الشركاء المتعاملين كل على حدا مع الغير².

7- ليس لشركة المحاصة اسم تجاري أو مركز، أو جنسية على اعتبار انعدام الشخصية المعنوية.

8- لا تقبل الدعوى المقامة باسم الشركة، على اعتبار انعدام أهليتها القانونية كشخص معنوي ولا يجوز مقاضاتها، بل تقام الدعوى من الشريك أو عليه بصفته الشخصية.

9- لا يمكن شهر إفلاس الشركة، بل يترتب على التوقف عن دفع الديون إفلاس الشريك الذي تعاقد مع الغير إذا كانت له صفة التاجر.

10- وبما أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، فلا ذمة مالية مستقلة، ولا يجوز الحكم بتصفيتها.

المطلب الثاني: تكوين شركة المحاصة وإدارتها

¹. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 411.

². محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 121.

شركة المحاصة من أسهل الشركات التجارية وأكثرها شيوعا في الأوساط الشعبية نتيجة السهولة وعدم التعقيد في تكوينها، لأن القانون لم يشترط لوجودها شكلا معيناً ولا عقداً مكتوباً ولا تلزم بالقيود في السجل التجاري ولا بالشهر وبالتالي فلا شخصية معنوية لها.

تكوين شركة المحاصة يتوقف على إرادة الشركاء وهو مضمون نص المادة 795 مكرر 3 من القانون التجاري الجزائري: " يتفق الشركاء بكل حرية على موضوع الفائدة أو شكلها أو نسبتها وعلى شروط شركة المحاصة." و هذا بخلاف ما هي عليه الشركات التجارية الأخرى التي تدخل المشرع فيها لتنظيمها كتحديد رأس مالها والمسيرين فيها. ويجب لانعقاد شركة المحاصة توافر الأركان الموضوعية العامة وهي الرضا و المحل والسبب والأهلية. والأركان الموضوعية الخاصة .

وحسب نص المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري: " يجوز تأسيس شركات المحاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، تتولى إنجاز عمليات تجارية. تقدم حصص الشركاء التي قد تكون مالا أو حصة من عمل. لكن ما تجدر الإشارة إليه أنه نظرا لانعدام الشخصية المعنوية وما يترتب عليها من آثار كعدم وجود ذمة مالية خاصة بالشركة تجعل الحصة في هذا النوع من الشركات تتمتع بخصوصية معينة¹. تتفرد الحصص المقدمة في شركة المحاصة بخصوصية حيث يقدم الشريك حصته المراد الاشتراك بها في الشركة مع احتفاظه بملكيتها.

ويطرح السؤال لمعرفة من يستقبل حصص الشركاء؟

الفرع الأول: طرق تنظيم إدارة الشركة

ينظم الشركاء ملكية الحصص في العقد التأسيسي، فيختارون طريقة لتنظيم إدارة الشركة، ولا يخلو الأمر من ثلاثة فروض:

الفرض الأول: احتفاظ كل شريك بملكية حصته

في هذا الفرض، إما يقوم كل شريك باستغلال حصته لحساب جميع الشركاء وفقا للغرض الذي تكونت الشركة لأجله، ويقتسم جميع الشركاء ما ينتج عن هذا الاستغلال من ربح أو خسارة وفقا للشروط المتفق عليها في العقد التأسيسي، وإما أن يسلم الشركاء

¹. George Ripert, Rene Roblot, Op. Cit. p 677.

حصصهم إلى مدير شركة المحاصة الذي يعين من قبلهم لاستغلال هذه الحصص لحساب جميع الشركاء¹.

الفرض الثاني: نقل ملكية الحصص إلى مدير المحاصة

قد يتفق الشركاء على نقل ملكية الحصص إلى مدير المحاصة قصد استثمارها وفقا لغرض الشركة.

في هذه الحالة يتعين على الشركاء اتخاذ الإجراءات القانونية الخاصة بنقل ملكية الحصص إلى مدير المحاصة بحسب طبيعة كل حصة إذ تختلف هذه الإجراءات بحسب ما إذا كانت الحصة العينية عقارا أم منقولاً مادياً أو معنوياً².

ويتعامل مدير المحاصة مع الغير بصفته الشخصية، فيكون وحده المسئول اتجاه الغير. و يعد نائبا عن الشركة لا وكيلا عن الشركاء، طالما أنه يظهر بمظهر المالك حماية للوضع الظاهر وحسن النية في المعاملات ويكون على مالك الحصة في حالة إفلاس الشريك المسير الموضوعة وهنا لا تنشأ أية علاقة مباشرة أو غير مباشرة بين الغير وباقي الشركاء، لأنه لم يتعاقد معهم باسم الشركة، ويكون له أن يعود على باقي الشركاء استنادا إلى عقد الشركة.

الفرض الثالث: ملكية الحصص على الشيوع

قد يتفق الشركاء على أن تكون الحصص ملكا شائعا بينهم ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريحا لأن المحاصة بطبيعتها لا تفترض الشيوع بل الأصل أن يظل الشريك المحاص محتفظا بملكية حصته وذلك لانعدام الشخصية المعنوية³. وتطبق حينئذ أحكام الشيوع. وإذا لم يتفق الشركاء على طريقة لتنظيم ملكية الحصص فيحتفظ كل شريك بملكيته لحصته فلا تنتقل ملكيتها إلى الشركة لأن العقد كما تقدم لا ينشئ شخصا قانونيا يجوز له أن يمتلك الأشياء.

¹ عبد العزيز العكلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 173.

² عبد العزيز العكلي، نفس المرجع، ص 175.

³ نادية فوزيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 152.

وبما أن شركة المحاصة تعتبر من شركات الأشخاص، فيطبق على الحصص النظام المتعلق بشركات الأشخاص فلا يمكن تمثيلها في سندات قابلة للتداول وكل شرط يخالف ذلك يعد باطلا¹.

أما عن إدارة شركة المحاصة، تنظم هذه شركة بناء على اتفاق الشركاء فقد يعهدون بهذه المهمة إلى أحد الشركاء، أو إلى شخص أجنبي عن الشركة وقد يتعدد الشركاء الذين يكلفون بإدارة الشركة²، ويحق للمدير أن يدير أعمالها كما لو كان يدير أعماله الخاصة، ويظهر للغير وكأنه يتعاقد لشخصه حيث يتم التعامل باسمه الشخصي، فيصبح بذلك دائما أو مدينا³. ويلتزم المدير المختار من قبل الشركاء بأن ينقل إلى شركة المحاصة آثار العقود التي أجراها لمصلحة الشركة. وفي هذه الحالة لا يكون للغير أن يرجع على بقية الشركاء المحاصيين ما لم يتخذوا إجراء يفصح عن رغبتهم في إبراز وجود الشركة كشخص معنوي.

والشريك المدير في شركة المحاصة يتعامل مع الغير أصالة عن نفسه نيابة عن باقي الشركاء وتكون له كافة الصلاحيات التي يتطلبها تحقيق غرض الشركة ولكنه يلتزم بتقديم حساب إلى الشركاء عن الأعمال التي قام بها باسمه لحساب الشركة ومن حقهم عزله إذا وجدوا مصلحتهم في ذلك.

قد يتفق الشركاء على أن يقوم كل منهم باسمه الشخصي ببعض الأعمال ثم يقدمون حسابا أو تقريرا مفصلا عن الأعمال التي قاموا بها بعد مدة معينة يحددها العقد، ويكون كل شريك حينها وحده المسئول مسؤولية شخصية عما يترتب عن نتائج الأعمال التي باشرها حتى ولو تم الكشف عن أسماء باقي الشركاء، وهذا ما يؤكد نص المادة 795 مكرر 4 حيث جاء فيها: "يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين ودون موافقتهم".

كما قد يتفق الشركاء في عقد الشركة على أن تدار أعمال الشركة من قبل جميع الشركاء مجتمعين فتبرم العقود والتصرفات باسم جميع الشركاء فيلتزمون جميعا على وجه

¹. أنظر المادة 795 مكرر 5 من ق.ت.ج.

². فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 199.

³. أنظر المادة 795 مكرر 4 من ق.ت.ج.

التضامن¹. لو لم يتقرر ذلك في العقد المبرم بينهم، لأن التضامن مفترض في المواد التجارية ولا يزول إلا بنص صريح. وهذه الحالة فيها شبه كبير بالشركة الفعلية.

وفي هذا الإطار نبرز أهم أوجه الاختلاف بين شركة المحاصة والشركة الفعلية:

1- تتفرد شركة المحاصة بميزة الاستتار والخفاء، وليست مطالبة بالقيود في السجل التجاري والشهر، وبذلك لا شخصية معنوية لها. أما الشركة الفعلية فالأصل أنها مطالبة بالقيود بالسجل التجاري والشهر إلا أنها لم تقيد ولم تشهر.

2- تتعامل شركة المحاصة مع الغير من خلال أحد الشركاء كشخص طبيعي على أساس عدم تمتعها بالشخصية المعنوية. أما الشركة الفعلية فتعاملها يكون على أساس أنها شركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

ولابد من التمييز بين الإقرار الفعلي والإقرار القانوني، فالإقرار الفعلي لا يؤثر على طبيعة الشركة كشركة محاصة، ولا يترتب عنه أية حقوق مباشرة في مواجهة الشركاء، لأن الشريك المتعاقد مع الغير باسمه الخاص ملزم أمام الغير حتى ولو تم الكشف عن باقي الشركاء، لأن خفاء شركة المحاصة خفاء قانوني. أما الإقرار القانوني فيحدث آثار قانونية بالنسبة لطبيعة الشركة أو مسؤولية الشركاء المحاصيين، وتظهر به الشركة كشخص معنوي بعد إشهارها.

أما علاقة الشركاء بالمدير وعلاقاتهم ببعضهم البعض فتبقى خاضعة لشروط التعاقد². وتقسم الأرباح والخسائر بينهم سواء حصلت عن أعمالهم مجتمعين أو منفردين.

وكما سبق لابد من توفر نية الاشتراك لتكوين عقد الشركة، ويعتمد على نية الاشتراك في تمييز شركة المحاصة عن بعض الوضعيات المشابهة لها كعقد القرض مع شرط الاشتراك في الأرباح، وعن عقد العمل مع الاشتراك في الحصول على الربح.

ويتولى المدير توزيع الأرباح والخسائر وفق ما حدده الشركاء في العقد التأسيسي. والأصل أن يسأل كل شريك محاص عن خسائر الشركة في كل أمواله ما لم يتفق على تحديد المسؤولية بقيمة الحصص. ولا يترتب على عدم النص على توزيع الأرباح والخسائر إبطال الشركة. فإن لم يتعرض العقد التأسيسي لهذه المسألة، يرجع للقواعد العامة المنصوص

¹. عبد العزيز العكلي، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 177.

². أحمد لسان الحق، مرجع سابق، ص 426.

عليها في المادة 425 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: " إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال.

فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة. وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيئا آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه."

الفرع الثاني: مسؤولية المدير المحاص إذا كان شخصا معنويا

قد يكون أحد الشركاء في شركة المحاصة شخصا معنويا¹، كشركة تضامن أو ذات مسؤولية محدودة. إلا أننا نشير أن المشرع الجزائري إطار القواعد الخاصة، لا يجيز للشخص المعنوي أن يكون شريكا في شركة المحاصة². والعلّة في المنع هو الحفاظ على طابع الخفاء الذي هو من أهم مميزات شركة المحاصة.

غير أن هناك من يرى بجواز إشراك شخص معنوي كشركة تضامن، أو شركة ذات مسؤولية محدودة في شركة المحاصة، فإذا اشترك الشخص المعنوي في شركة المحاصة فلا مانع من الناحية العملية أو القانونية أن يقوم هذا الشخص المعنوي في هذه الحالة بإدارة شركة المحاصة، والظهور أمام الغير باسمه وعنوانه التجاري الذي يتمتع به قبل اشتراكه في شركة المحاصة. ولا يعتبر هذا بمثابة ظهور أو كشف عن شركة المحاصة في مواجهة الغير³. لأن الشخص المعنوي يعتبر كأنه يقوم بالأعمال التجارية لحسابه وحده، ويسأل في مواجهة الغير دون بقية الشركاء.

¹. La répartition des bénéfices et le fonctionnement interne de La société en participation sont définis librement par les associés, qui, au nombre de deux minimum, peuvent être des personnes physiques ou morales. Aucun besoin d'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, plus de lettre recommandée, ni de registres officiels. <http://droit-finances.commentcamarche.net> :15/06/2017.

². هذا ما يؤكد نص المادة 795 مكرر 1 من ق.ت.ج.

³. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 415.

وتتحدد مسؤولية الشخص المعنوي في هذه الحالة حسب الشكل القانوني للشركة (القائمة بالإدارة)، فقد يسأل مسؤولية تضامنية وغير محدودة إذا ما كان يمثل شركة أشخاص، وقد يسأل مسؤولية محدودة في مواجهة الغير نتيجة أعمال الإدارة إذا كان يمثل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة¹.

الفرع الثالث: موضع شركة المحاصة في التشريع الجزائري

موقف القانون التجاري الجزائري لا يخلو من ضعف إذ اعترف بها وأقرها دون أن ينظمها حيث نجد المواد المتعلقة بشركة المحاصة تعد على الأصابع وهي خمسة مواد لا سادس لها.

المعروف أن شركة المحاصة التي يقرها القانون هي التي تكتسب شخصية معنوية بعد توافر الأركان العامة والخاصة التي يوجبها القانون. وتعتبر بذلك الشركة لمجرد تكوينها شخصا اعتباريا لكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقرها القانون فنلاحظ أن القانون قد أعفى شركة المحاصة من كل الإجراءات القانونية ورغم ذلك أقرها وصنفها ضمن الشركات التجارية. كما يفرض على القضاء التعامل مع التزام كل شريك على حدا ويجوز إثباتها أمام القضاء بكافة وسائل الإثبات وهو استثناء من قاعدة الإثبات بالنسبة للشركات التجارية.

ويشترط استتارها وفي المقابل ألا يعد إثباتها لدى المحاكم إظهارا لها؟

وبعد إثباتها، هل تبقى محاصة أم تنتقل إلى شركة تضامن؟ وهل يكفي بنفس العقد

عند انتقالها إلى شركة تضامن أم يلزم عقد جديد؟

وكيف يتعامل القضاء مع الالتزامات الواقعة قبل إثباتها وبعده؟

هذا ويتضح أن أحكام هذه الشركة قد نجد له مصدرا في العرف أكثر منه في القانون

المكتوب، هذا الأمر الذي أغفل ذكره رغم أن العرف قد عرف طريقه إلى كافة فروع

القانون، ويؤخذ به كمصدر ثالث للتشريع إذا لم يوجد نص تشريعي².

المطلب الثالث: انقضاء شركة المحاصة

¹. سميحة القليوبي، نفس المرجع، ص 416.

². أنظر المادة الأولى من ق.م.ج.

تتقضي شركة المحاصة بالأسباب العامة لانقضاء الشركات، كما تتقضي بالأسباب الخاصة لانقضاء شركات الأشخاص، التي سبق بيانها في الأحكام العامة للشركات. ونظرا للطبيعة الخاصة لشركة المحاصة، إذ يقتصر وجودها على الشركاء لا وجود لها أمام الغير فإن بعض أسباب الانقضاء العامة لا مجال لتطبيقها على شركة المحاصة، كاندماجها بشركة أخرى وحلها بقرار قضائي¹.

أما عن تصفية شركة المحاصة فتختلف عن تصفية الشركات الأخرى بسبب طبيعتها المستترة وعدم اكتسابها للشخصية المعنوية وبالتالي لا ذمة مالية لها يباشر تصفيتها، وإنما يتم تقديم حساب بين الشركاء عن نشاط الشركة وعن أرباحها وخسائرها، ومن ثم إرجاع الأموال العينية إلى أصحابها أن وجدت و إرجاع المبالغ التي دفعت إلى المدير كحصة في الشركة. وفي هذه الحالة يعتبر المدير مدينا للشركاء بما تبقى من الحصص التي سلمت إليه عند تكوين الشركة²

وفي حالة وقوع نزاع يتولى تقدير الحساب خبير تعينه المحكمة المختصة³ ويستساغ عمليا تعيين مصف لهذه الشركة. يقوم بالأعمال التي تتناسب مع طبيعة هذه الشركة المستترة، فهو ينظم العلاقة بين الشركاء بعضهم البعض، ويرجع على الشركاء لاقتضاء حقوق الشركة.

كما يطالب المصفي الغير نيابة عن المدير في شركة المحاصة، ويمكنه الرجوع على أي شخص تعامل مع أحد الشركاء⁴ بوصفه وكيفا عن أي منهم، وليس بوصفه ممثلا للشركة.

وللغير الرجوع على المدير المحاص أو الشريك الذي يتعامل معه مباشرة، كما يمكنه الرجوع على المصفي⁵ بوصفه وكيفا عن المدير المحاص أو الشريك الذي تعامل معه وليس بوصفه ممثلا لشركة في حالة تصفية.

¹. أنظر في ذات المعنى، فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 201 .

². فوزي محمد سامي، نفس المرجع، ص202.

³. نادية فوضيل، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 155.

⁴. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 427.

⁵. سميحة القليوبي، نفس المرجع والصفحة.

يتعين على مدير شركة المحاصة رد الحصص التي قدمها الشركاء إذا ما حققت الشركة أرباحاً وظلت الحصص كما هي، فإذا كانت الحصة عينية فتظل على ملك صاحبها الشريك ترد إليه في نهاية الشركة. أما إذا كانت الحصة قابلة للاستهلاك كالتقود فإن صاحبها يعتبر دائماً بقدر هذا المبلغ ويسترده عند انقضاء الشركة¹. وبعد اقتسام الأرباح إن وجدت تنقضي الشركة، وتنتهي العلاقة بين الشركاء، ولا يتم الإعلان عن انتهاء الشركة لأنها لم تكن معلنة للغير.

ونشير إلى أن التقادم الخمسي الذي نصت عليه المادة 777 من ق.ت.ج والذي سبق بيانه لا يسرى على الدعاوى التي يرفعها الغير على من تعامل معه من الشركاء، لأن هذا التقادم خاص بالشركات التجارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية. ومن ثم فإن حق الغير في إقامته الدعوى يظل قائماً إلى أن ينقضي وفقاً للقواعد العامة. وإذا كان التقادم الخمسي لا يطبق بالنسبة لدائني الشركاء المفترض أنهم من الغير الذين لا علم لهم بالشركة، فالأمر يختلف إزاء الدعاوى التي يقيمها الشركاء بعضهم على البعض الآخر، في حال نشوب نزاع حول الحساب الختامي واقتسام الأرباح أو الخسائر إذ يصبح المجال متاحاً في هذه الحالة لتطبيق التقادم الخمسي وفقاً لأحكام المادة 777 من القانون التجاري الجزائري التي تحدد سريان التقادم المذكور منذ تاريخ النشر أي الإعلان عن انقضاء الشركة.

ورغم أن شركة المحاصة هي عقد رضائي كما تقدم لا يخضع لإجراءات النشر التي تخضع لها العقود المكتوبة الأخرى فقد استند القضاء اللبناني إلى المنطق وحسن الاستنتاج من دون أن يتقيد بحرفية النص القانوني عندما قرر سريان التقادم الخمسي يبدأ من تاريخ انقضاء الشركة² وليس من تاريخ الإعلان عن الانقضاء بسبب هذا الإعلان غير وارد بالنسبة لشركة المحاصة أولاً وانسجاماً مع المبدأ القانوني الذي يفرض على القاضي عدم الامتناع عن إصدار حكمه وإلا اعتبر منكراً للعدالة

¹. سميحة القليوبي، نفس المرجع والصفحة.

². قرار محكمة بداية بيروت بتاريخ 7 كانون الأول 1962 مأخوذ من كتاب فوزي عطوي، مرجع سابق، ص 107.

وهذا ما يلزم مشرعنا بتدارك الفراغ التشريعي بإجراء تعديل يعني بسريان التقادم الخمسي على المنازعات بين الشركاء في شركة المحاصة فيما يخص الحساب الختامي واقتسام الأرباح والخسائر الناتجة عن أعمال الشركة .

المطلب الرابع: المقارنة بين خصائص شركة المحاصة والقواعد الشرعية في الفقه الإسلامي

بعد أن درسنا شركة المحاصة وخصائصها وجميع ما يتعلق بها سنحاول ربط ذلك بما يشابهه من قواعد في شركات الفقه الإسلامي.

1- لقد سبق في معرض الحديث عن الشخصية الاعتبارية للشركات أن الفقهاء المسلمين لم يصرحوا بوجود شخصية اعتبارية وذمة منفصلة للشركة، وهذا ما ينطبق على شركة المحاصة، غير أن الشريعة الإسلامية لا تمنع وجود تلك الشخصية.

2- تتسم شركة المحاصة بالاستتار فلا وجود لها أمام الغير، فهي شركة بين الشركاء فقط وهذا ما يجعلها لا تخضع لإجراءات الشهر المقررة للشركات الأخرى . و المتتبع للشركات في الفقه الإسلامي يجد أنه ليس هناك ما يلزم إظهار الشركة وإعلانها، وبذلك لا مانع من استتار الشركة.

3- إن شركة المحاصة من شركات الأشخاص لأنها تقوم على الاعتبار الشخصي للشريك، فلا يجوز انتقال الحصص إلى الغير بالتنازل أو بموت أحد الشركاء إلا بموافقة بقية الشركاء. وهذا يشبه القواعد المقررة في الفقه الإسلامي للشركات حيث تنتهي الشركة بالموت ونحوه ولا تنتقل حصة أحد الشركاء إلى الآخر إلا بإجماع الشركاء الآخرين.

ويمكن القول أن شركة المحاصة نوع من أنواع شركة العنان، ليست فيها مساواة، ولا تضامن، ولا تكافل، وهي معقودة على نوع خاص من أنواع التجارات، والربح يوزع فيها بحسب الاتفاق، والخسارة تكون بحسب رؤوس الأموال التي استعملت فيها.

و إذا أردنا إسقاط أحكام شركات العقود الإسلامية على هذه الشركة، فنجد أنها شركة عنان ومضاربة إذا احتفظ كل شريك بملكية حصته، لكنّه سلّمها لشخص قصد استثمارها

مع الحصص الأخرى لفائدة الجميع، شريطة اقتسام الربح و الخسارة بينهم حسب الاتفاق أو الحصص المقدّمة. فالمال المقدم من مالكيه إلى الغير يعدّ مضاربة، والشريك المتصرف في المال يعدّ مضارباً، لكنّه لما شارك بحصة من رأس المال فهو عنان أيضاً. وإذا تصرف معه بعض الشركاء في إدارة الشركة، كانت الشركة شركة عنان بينهم. وأمّا الذين لم يساهموا في الإدارة فهم شركاء مضاربون. ومن المعلوم أنّ شركة المفاوضة هي اشتراك أنواع من شركة العنان والوجوه والأبدان، لأن ما صحّ بانفراده، صحّ مع غيره. فيجوز بناء عليه تعدد أنواع الشركات في شركة واحدة.¹

¹. وهبة الزحيلي، نفس المرجع والصفحة .

الخاتمة

تقوم الحياة على التعاون حيث يؤدي كل فرد فيها ما يجيده من عمل، أو إسهام بمال أو جهد فكري، فالنشاط التجاري لا يقتصر على مشاركة الأفراد بل يتعداه إلى الأشخاص المعنوية. ومع قيام المشاريع الكبيرة التي تتطلب رأس مال ضخم تنوعت الأعمال التجارية مما استدعى تعاون عدة أفراد في مثل هذه المشاريع سواء بتقديم الأموال أو بالجهود الجبارة، أو بالبحث عن ممولين يشتركون معهم في الأرباح وتحمل الخسائر، وذلك في إطار عقد مشترك، هو ما نسميه "شركة" هذه الأخيرة باعتبارها هيكل اقتصادي متكامل البنية أصبحت مركز اهتمام قانون الأعمال التجارية بشكل عام".

وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى إقرار الشركة وبيان مشروعيتها والترغيب فيها والهدف منها هو تحقيق التعاون بين الناس لقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا

عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ ﴾ . وأيضا تحقيق قدر من الربح للمشاركين، فضلا عن القيام

بمشروعات ضخمة التي تحقق تنمية اقتصادية للدولة. ويسعى الإسلام كذلك إلى التنبيه أن الجماعة لا تخلو من البركة، و إلى إمكانية التكامل بين المال والخبرة والعمل لتحقيق التقدم.

كما تسعى الشريعة إلى الحيلولة دون اكتناز الأموال، فأصحاب الأموال القليلة أو أصحاب الخبرات المحدودة يمكنهم شراء أسهم الشركات الكبرى والمساهمة فيها عن طريق استثمار أموالهم والاستفادة من ربحها.

في سياق هذه الدراسة تم التوصل إلى العديد من النتائج بعضها يرتبط بما جاد به فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال شركات العقود الإسلامية، والبعض الآخر يرتبط بشركات الأشخاص في القانون الوضعي وإمكان رد هذه الشركات بأشكالها المختلفة التي نص عليها القانون إلى أنواع الشركات في الفقه الإسلامي. ولعل أهم هذه النتائج ما يأتي:

- اهتم الفقه الإسلامي بشركات العقود وجعلها من أفضل طرق الكسب وأوسعها وأحاطها بسياج من المبادئ والضوابط التي تجعل منها نموذجا للاشتراك قصد تحقيق الربح للفرد والمجتمع.
- للشركة في الفقه الإسلامي معنى اصطلاحى عام، وآخر خاص، والمراد بالبحث المعنى الخاص وهو شركة العقد. أما القانون الوضعي في معظم الدول العربية لم يذكر تعريفا اصطلاحيا للشركة بمعناها العام باعتبارها قسما واحدا، الذي هو شركة العقد تأثرا بالقانون الفرنسي.
- وضع فقهاء المسلمين تعريفا جامعا مانعا موجزا وواضحا يتناول كل أنواع الشركات المقررة شرعا. حيث تعرف بأنها: «عقد بين اثنين فأكثر على المتاجرة بمالهما أو عملهما، أو مال أحدهما وعمل الآخر، أو جاههما باتفاق مشروع». ويتضح أن التعريف القانوني للشركة وإن اقترب من التعريف الشرعي إلا أنه غير مانع من دخول الشركات القائمة على حصص عمل فقط.
- كل شركة من شركات الأشخاص في القانون الوضعي تحققت فيها شروط الشركة الصحيحة في الفقه الإسلامي فهي جائزة عند الفقهاء المحدثين، لأن الأصل في التعامل الحل، فليست الشركات محصورة في الشركات المعروفة عند الفقهاء المسلمين، ولا يلزم لجواز العمل بشركة من الشركات المعاصرة ردها إلى نوع من شركات العقد في الفقه الإسلامي، فبعضها لا يمكن ردها إلى أي شركة سابقة.
- أركان الشركة عند جمهور الفقهاء هي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه وأضاف بعض الشافعية العمل. بينما عند الأحناف للشركة ركن واحد هو الصيغة أو الإيجاب والقبول. والقانون الوضعي لا يخالف الشريعة في ذلك، إذ تقوم الشركة على أركان عامة لا تتعدى إلا بتوفرها هي الرضا والأهلية والمحل والسبب.
- لا يجيز الفقه الإسلامي تأخير الوفاء بالحصصة النقدية عند تكوين رأس المال لأن ذلك يعني أن يكون رأس المال أو جزء منه ديناً في ذمة الغير، والدين لا يصح أن يكون حصة في الشركة لأنه لا يمكن التصرف فيه باعتباره مالا غائبا.

- يميز عقد الشركة خصائص تتبع من طبيعته والغرض منه، أين تلتقي إرادة الشركاء على هدف هو ربح المشروع فيستفيدون جميعهم من الأرباح، وتقع الخسائر على الشركاء جميعا، فالغرم بالغنم والغلة بالضمان كما هو مقرر شرعا.
- خالف القانون الفقه الإسلامي في مسألة الخسارة فهي عند الفقهاء على قدر رأس المال، أما في القانون فتكون حسب الاتفاق.
- يكون الاتفاق على تحصين أحد الشركاء من الخسارة، أو حرمانه من الربح منافيا لطبيعة الشركة وخصائصها، ويسمى ذلك في القانون الوضعي بشرط الأسد، وهو شرط فاسد طبقا للفقه الإسلامي، لا يبطل به العقد إذ لم يؤدي لجهالة في الربح، ويبطل حينها الشرط وحده.
- أما القانونيون فقد اختلفوا في أثر وجود هذا الشرط على العقد فمنهم القائل ببطلان الشرط وحده وصحة العقد ومنهم من يرى بطلان الشرط والعقد معا.
- وتجدر الإشارة بخصوص الإنفاقات المحظورة المسماة بشروط الأسد بمظاهره المختلفة إلى أن وجود مثل هذه الشروط في عقود شركات الأشخاص يأخذ نفس الحكم المنصوص عليه في المادة 426 من القانون المدني الجزائري المطبقة على الشركات المدنية بحكم قيامهما على الاعتبار الشخصي. غير أن هذا الحكم غير صالح للتطبيق على شركات الأموال، ولا يمتد إليها وذلك لأن المشرع قد قيد نص المادة 426 المذكورة بنص خاص وهو نص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري، وبذلك وجود شرط الأسد في شركات الأموال يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا. ولا نرى منطقا في هذا، لأن الشرط القاضي بحرمان أحد الشركاء إما من الأرباح أو الخسائر يكون قد مس بركن من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة، فتخلفه يؤثر على كيان الشركة، وبالتالي يبطل العقد لبطلان الشرط. لذلك نلتمس من المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري لما يحمله من عدم صحة في الحكم.
- ألقى الفقه الإسلامي المضارب في شركة مضاربة من تحمل الخسارة، فلا يجوز اشتراطها عليه، وإنما تحسب من الربح ثم من رأس المال، وهذا لا يعني عدم تحمله

لها، فهو يشارك في الخسارة، وإن لم يكن بشكل مباشر في ماله الخاص، لأنه لم يقدم سوى عمله، ولا يمكن حساب الخسارة من شيء معنوي، فيكفي أنه ضيع عليه نتيجة عمله، و جهده ووقته، فلا نحمله خسارتان في آن واحد، ويقترّب هذا مع ما يراه القانون الوضعي من جواز إعفاء الشريك بالعمل من نصيبه في الخسارة شرط عدم تقاضيه أجراً على عمله.

وهذا الإعفاء ليس استثناء من مبدأ حظر شروط الأسد وإنما هو أمر بديهي يتماشى والعقد والواقع، وهو متوافق مع الفقه الإسلامي بشأن المضارب في شركة المضاربة والشريك العامل في شركة العنان.

- تميز الفقه الإسلامي أنه إلى جانب وضوحه في تقرير شرط الإعفاء من الخسارة قد راعى العدالة في توزيعها، فهي تحسب من الأرباح ثم من رأس المال.

- أجاز بعض الفقهاء تضمين المضارب في رأس ماله الخاص ما زاد من الخسارة على رأس مال المضاربة، فاتفق هذا مع ما قرره القانون من أن الشريك المتضامن العامل يضمن في جميع أمواله وهذا منطقي لاتساع التعاملات وتعدد الشركاء وضعف الوازع الديني.

- المبرر الشرعي للحصول على الربح هو تقديم حصة في الشركة تتمثل في المال والعمل ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن الشريك يستحق الربح بالمال أو بالعمل وما زاده الفقهاء هو الضمان كسب الثالث لاستحقاق الربح فلم ينص عليه القانون صراحة، وهذا يدل على بعد نظرة الشريعة واتساع أفق نظر الفقهاء المسلمون مما يدعوننا إلى الالتفات إلى الضمان وجعله سبب من أسباب استحقاق الربح في الشركة.

- القانون الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحصة المقدمة للاشتراك في الشركة، ولأجل ذلك كان على المشرع أن ينير سبيل قاضي الموضوع بتعريفه للحصة الحقيقية الواجب تقديمها في الشركة بإدراج شروط ومميزات تميزها عن الحصة الصورية.

- أما حصر نطاق الاشتراك بالعمل فيحبد الأخذ برأي الفقهاء الذي يجيزه في جميع أنواع الشركات، وهو الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إذ أعطى حصة العمل مجالا وحرية أوسع في الأنواع المختلفة للشركات على عكس القانون الذي جعل المال هو صاحب السيطرة، وجعل العمل غير مسموح له إلا في حدود ضيقة وهذا لا شك عيب. إلا أننا نلاحظ أن القانون أصبح يحدو حدو الشريعة الإسلامية خاصة بعد سماح المشرع التجاري الجزائري بتقديم حصة من عمل في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و نأمل أن يعمم ذلك على باقي الشركات في القانون الوضعي، ونتمنى أن يولي القانون وجهه شطر الشريعة الإسلامية لينعم بخيرها ويجني ثمارها. ولأجل ذلك نقترح إضافة مادة قانونية تكون صياغتها كالآتي:

" يجوز أن تمثل الحصة بالعمل في شركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة بصكوك اسمية غير قابلة للتداول."

- من المقرر شرعا أن لجميع الشركاء حق الإشراف على شؤون الشركة ورعاية مصالحها، ومباشرة تصرفاتها، وقد قال المولى عز وجل: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ". وتماشيا مع هذه الآية الكريمة أعطى الفقهاء حق الاشتراك في الإدارة لكل شريك في شركات الأموال والأعمال والوجوه. وهذا باتفاق مع القانون الوضعي. إلا أنه في شركة المضاربة كان الحق في الإدارة للمضارب وحده وذلك لما تتميز به هذه الشركة من جمع بين المال والعمل، ولأن اشتراك صاحب المال مع المضارب في الإدارة يخل بشرط استقلال المضارب بالعمل، وكذلك الشريك بالعمل المتضامن في شركة التوصية البسيطة يستقل بالإدارة وليس للشريك الموصي التدخل في أعمال للإدارة الخارجية.

- بخصوص التناقض الوارد في نص المادة 563 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري ونص المادة 563 مكرر 5 من نفس القانون، إذ يتضح من نص المادة الأولى عدم جواز تقديم حصة من عمل من طرف الشريك الموصي ويستفاد من نص المادة الثانية بمفهوم المخالفة أنه يجوز للشريك الموصي القيام بأي عمل تسيير داخلي وهو مظهر من مظاهر الحصة بالعمل، وهذا تناقض صارخ بين نصي

المادتين. ولعل الصواب لتفادي التعارض تعديل المادة 563 مكررا 1 لتصبح كالآتي: " يسري على الشركاء المتضامنين القانون الأساسي للشركاء بالتضامن. ويلزم الشركاء الموصون بديون الشركة فقط في حدود قيمة حصصهم التي يمكن أن تكون على شكل عمل من أعمال الإدارة الداخلية فقط."

- إذا تصرف المدير في حدود غرض الشركة وفي الإطار المرسوم له في العقد التأسيسي للشركة فلا مسؤولية ولا ضمان عليه في الخسارة أو التلف وهذا باتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

- كان موقف الشريعة الإسلامية من النفوذ الوظيفي أو ما يسمى بالانتماء السياسي واضح فهو ممنوع شرعا، ومحظور كحصة في الشركة لأن أسباب الحصول على الربح محصورة في المال والعمل والضمان، فالشرع لا يعرف طريقا للحصول على الربح بغير جهد أو عمل أو مشاركة بالمال، وكان ذلك هو موقف القانون أيضا.

أما السمعة التجارية، فقد سبق الفقه الإسلامي وتناولها ووضع الضمانات الكافية لذلك ونظمها في شكل شركات الوجوه القائمة على الوجاهة والثقة التجارية والعمل المقترن بها، إذ يمكن اعتبار حصص الشركاء فيها مقترنة بالضمان ولذا تعطي لأصحابها حق الحصول على الربح.

وأمام سكوت القانون عن الموقف من السمعة التجارية يرى البعض أنه لا مجال لاعتمادها كحصة يمكن أن يقدمها الشريك خشية التداخل مع ما يتمتع به من نفوذ اجتماعي وسياسي، لكن في تقديرنا أن ذلك ليس مبرر لحرمان الشركة من حصة قد تسمو بها وترفع من شأنها وتسير بها في طريق الرفاه و الازدهار. ولأجل ذلك نلتمس من مشرعنا إعادة النظر في قبوله لما يتمتع به الشخص من ثقة تجارية ومالية كحصة في الشركة على أن يكون اقتراح تعديل المادة 420 من القانون المدني الجزائري كالآتي: " يجوز أن يقدم الشريك كحصة في الشركة ما يتمتع به من ثقة مالية أو تجارية. غير أنه لا يجوز اعتبار ما يتمتع به من نفوذ كحصة في الشركة."

- الذمة نوعان من حيث صاحبها، ذمة الشخص الحقيقي وذمة الشخص الحكمي. وذمة الشخص في الفقه الإسلامي واحدة لا تتعدد، وهي كذلك في القانون من حيث الأصل إذ يعد ركن تعدد الشركاء المبدأ العام في الشركات، إلا أن إقرار التشريعات العربية والأجنبية لشركة الشخص الواحد، واعتمادها لنظرية تخصيص جانب من الذمة المالية لمالك الشركة الوحيد لكي يشكل ذمة مالية خاصة بشركته قد يشكل استثناء لقاعدة تعدد الشركاء، ولمسألة تحديد الحد الأدنى والحد الأقصى لعدد الشركاء.

-أخذ المشرع بفكرة العقد في تحديده لمفهوم الشركة، ويظهر ذلك من استقراءنا لنص المادة 416 من القانون المدني الجزائري، إلا أن هذا القول يؤخذ بتحفظ، إذ يحتاج نص المادة المذكورة إلى فقرة ثانية تكرر الاستثناء المتمثل في إمكانية تكوين شركة تجارية بالإرادة منفردة و في هذا المقام نقترح تعديل نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري لتصبح كالآتي: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج، أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تتجر عن ذلك. إلا أنه يجوز إنشاء شركة في الحالات التي نص عليها القانون بإرادة شخص واحد عند تخصيصه للأموال اللازمة لممارسة نشاط محدود."

ومن الأهمية الإشارة إلى أن وحده الذمة المالية من شأنه خلق قيود تعطل تطور المشروعات لاسيما بالنظر إلى المخاطر التي قد يتعرض لها التاجر في ممارسة نشاطه، وأهمها الإفلاس التام، مما يؤثر على عدم الدخول في معاملات ومبادلات تجارية واسعة. إذ لا يعقل أن يغامر مالك المشروع بأمواله الشخصية المنقولة وغير المنقولة لكونها ستكون ضمانا لدائنه حال إفلاسه. طبقا لما تقتضيه القاعدة "جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه." وبالتالي تستطيع الشركة أن تمارس أعمالها التجارية بشكل طبيعي. وهذا من التطور الحاصل حسب مقتضيات العصر، والحاجة فالمبدأ يخالف الفقه الإسلامي في وحدة الذمة المالية للشخص الطبيعي فعلى خلاف

ذلك قد منحت الأنظمة القانونية في الدول الأوروبية نظام المشروع التجاري ذمة مالية مستقلة وذات مسؤولية محدودة، مما يجعل هذه الشركة قادرة على الدخول في منافسات تجارية وإن كانت بسيطة ولكنها تدعم المبادرات الفردية وتشجع الأفراد لتأسيس وحدات اقتصادية مشابهة. إلا أن إقرار الفقه الإسلامي لوحدة الذمة المالية وعدم تجزئتها، له دوافعه و دواعيه في محاولة الحفاظ على حقوق الغير المتمثلة في استيفاء الدائن لدينه من المدين في كامل ما يملك، والفقه الإسلامي بذلك لا يسعى إلى هدم أعمال ومشاريع الشريك المدين، حيث يضع البدائل لذلك ومن أهمها إقرار مبدأ " نظرة إلى ميسرة " لمن كان معسرا، وبذلك يبقى السؤال مطروحا؟ هل يمكن الاجتهاد لإقرار مبدأ تجزئة الذمة، مراعاة وخدمة وتشجيعا للمبادرات الفردية لتأسيس شركات تدعم الاقتصاد وتسمو بالبلاد مع ضرورة فرض شروط مقيدة على مؤسس الشركة الواحد في حالة عجزه عن دفع ديونه قبل إفلاسه؟.

- يتضح ضرورة تحديد الحد الأقصى للأشخاص المشاركين في شركات الأشخاص، وذلك للمحافظة على الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه مثل هذه الشركات، إذ كل ما زاد عدد الشركاء كلما زادت الهوة والتباعد بينهم، حيث تتمتع هذه الشركات بالهدوء النسبي والاستقرار لكون الثقة والمعرفة جوهر تكوينها.

- تأثر مشرنا الجزائري بفكرة النظام القانوني عند اشتراطه العديد من البيانات التي يجب ذكرها في العقد التأسيسي لأي شركة فضلا عن اشتراط كتابة العقد واعتبارها ركن من أركان الانعقاد، وهذا ما يضيف الطابع النظامي على كل الشركات فضلا عن التراجع عن فكرة اشتراط تكوين شركة من شخص فأكثر.

- يتطلب القانون كتابة عقد الشركة وشهرها، ولا يمنع الفقه الإسلامي أو يعارض ما ينظمه القانون في شأن كتابة عقد الشركة والإعلان عنها. وقد رغب الله تعالى في حفظ المال في آية المداينة حيث أمر بالكتابة والإشهاد.

- يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن عدم شهر الشركة لا يمنع الغير من التمسك بشخصية الشركة، فهي موجودة بمجرد التعاقد بين الشركاء.

- الشخصية المعنوية للشركة مقررة في الفقه الإسلامي لجميع أنواع الشركات، فهم يعبرون عن رأس مال الشركة وانفصاله عن ملكية الشركاء، ثم بقاء الربح على ذمة الشركة حتى يقسمه الشركاء، وهذا هو رأي القانون إذ تقوم هذه الفكرة على أساس مقتضاه أن للشركة شخصية معنوية مستقلة منذ لحظة تكوينها، ويستمر وجودها طوال مدة بقاء الشركة لكنها لا تختفي بانقضائها وانحلالها بل تبقى بعد ذلك في حدود قاصرة بالقدر اللازم للتصفية إلى أن تنتهي هذه الأخيرة.

- ثبت من خلال الدراسة أن تقسيم الشركة عند المذاهب الفقهية ينبني على ضوابط تتمثل في المال، العمل، والضمان وفي هذا المجال تباينت آراء المذاهب الفقهية حول قبول أو رفض بعض أنواع الشركات نتيجة اختلافهم حول هذه الضوابط. فالشافعية الذين لم يعتبروا من الضوابط إلا المال لم يقبلوا من أنواع الشركة إلا شركة الأموال وأنكروا شركة الوجوه والأعمال.

و المالكية الذين لم يعتبروا من الضوابط إلا المال والعمل لم يقبلوا من أنواع الشركة إلا شركة الأموال وشركة الأعمال وأنكروا شركة الوجوه.

على خلاف الحنابلة والأحناف الذين اعتبروا الضوابط الثلاثة لذلك قبلوا جميع أنواع الشركات وفق شروط وقيود اختلفوا فيها من مذهب لآخر.

- وقد قسم الفقه الإسلامي الشركات التجارية حسب نوع الحصة المقدمة، فكانت شركات أموال، وتنقسم بدورها إلى شركة العنان، شركة المفاوضة. ووضح أن شركة المفاوضة بما تتضمن من شروط وقواعد إنما هي الشكل ذو المسؤولية المشددة والسلطات الواسعة، أما العنان فهي الشكل الأكثر بساطة من حيث المسؤولية والأضيق نطاقا من حيث السلطات التي تخول للشركاء.

وشركات تقوم بدون رأس مال وهي نوعان:

أ- شركة الأعمال أو الأبدان، وقد أقر الفقه الإسلامي هذا النوع من شركات العقود، أما القانون فلكونه مستمد من النظام الرأسمالي، فقد قصر نشاطه على شركات الأشخاص والأموال ولم يعترف حتى الآن بالشركات القائمة على حصص عمل فقط، اللهم القلة القليلة من التشريعات الوضعية التي تعترف بهذا النوع من أنواع

الشركات، والقانون بذلك يتفق مع رأي الشافعية في عدم القبول بشركات الأعمال، وليس للعمل عندهم مجال إلا في المضاربة فقط التي تجمع بين المال والعمل.

ولما كانت الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال واستثماره وتحقيق الربح، ولما جاز ذلك في الشركة القائمة على رأس المال، جاز من باب أولى في الشركة المؤسسة على العمل، لأن الشركة بالأعمال فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال، وكما يقول فقهاء الإسلام، الحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، وفي هذا المقام نقترح على مشرعنا إضافة نوع آخر من الشركات التجارية تقوم على حصص من عمل فقط، يستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية الغراء، ومن المذهب الحنبلي والحنفي خاصة بحكم أنهما المذهبان اللذان نظما أحكام هذه الشركة بالتفصيل، ولأجل ذلك نقترح إضافة نص قانوني مفاده الآتي: " يجوز أن تقتصر الحصص المقدمة من قبل الشركاء في الشركات التجارية من عمل فقط شريطة أن:

1- يلتزم الشركاء بالعمل وضمانه للغير لقاء أجر سواء كانوا متساوين أو منفصلين.

2- يلتزم كل من الشركاء بأداء العمل الذي تعهده به أحدهم.

3- لا يجبر الشريك على الوفاء بما تعهد به من عمل بنفسه، فله أن يعطيه إلى شريكه أو إلى آخر من غير الشركاء إلا إذا شرط عليه صاحب العمل أن يقوم به بنفسه.

4- يقسم الربح بين الشركاء على الوجه المتفق عليه.

5- يكون الشركاء متضامنون في إيفاء العمل.

ب- شركة الوجوه، وشرعت هذه الشركة لتحصيل أصل المال، وبما أن الفقه الإسلامي قد انفرد بإقراره لهذه الشركة، نلتمس من مشرعنا الجزائري أن يولي إهتماماً لهذا النوع من الشركات. و في هذا المقام نقترح إضافة مادة قانونية تكرر وجود هذا النوع من الشركات يكون نصها كالآتي:

" شركة الوجوه عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على شراء مال نسيئة بمالهم من اعتبار، ثم يبيعه على أن يكونوا شركاء في الربح.

و يضمن الشركاء ثمن المال المشتري كل بنسبة حصته فيه سواء بأشروا الشراء معا أم منفردين.

ويوزع الربح والخسارة على الشركاء بنسبة كل ما ضمنه كل منهم من المال الذي اشتروه نسيئة ما لم يتفق على غير ذلك"

أما النوع الثالث يتجسد في الشركات التي تجمع المال والعمل، وتتجسد في شركة المضاربة التي يعتبرها القانون المرجعية التاريخية لشركة التوصية البسيطة والأصل الذي استمدت منه شركة التوصية البسيطة أحكامها. و نشير إلى أن القانون الفرنسي الذي طالما تأثر به القانون الجزائري وغيره قد جعل المضاربة أساسا لإقرار هذا النوع من الشركات وإن كان قد أحدث تعديلات كثيرة مغايرة لأحكام المضاربة الشرعية.

- يقسم فقهاء القانون الشركات التجارية إلى قسمين رئيسيين هما شركات الأشخاص، وشركات الأموال، وأساس هذا التقسيم هو العنصر الغالب اعتباره والعلاقة بين الشركاء فشركات الأشخاص_ وهي محل الدراسة _ تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة التي يضعها كل شريك في الآخر. وهذا الأساس الذي تقوم عليه شركات الأشخاص يجد ما يقابله في شركات العقد في الفقه الإسلامي.

- وعن تقسيم القانون للشركات التجارية إلى شركات أشخاص وشركات أموال، فيمكن أن نجد ما يقابله في الفقه الإسلامي، فشركة العنان تعتمد على تجميع أموال من الشركاء ومسؤولية كل شريك في حدود حصته المالية، فهي لا تقوم على التضامن. ولشخصية الشريك اعتبار كبير في شركة الوجوه التي تعتمد على الثقة والسمعة المتوفرة في الشريك ويتضامن الشركاء في المسؤولية عن ديون الشركة فهي شركة أشخاص. ويمكننا أن نعتبر شركة المضاربة مختلطة لأنها تجمع بين شركات الأموال حيث تحدد مسؤولية صاحب المال في حدود حصته المالية ولشخصية المضارب اعتبار كبير حيث يقوم بالعمل ويسأل في مواجهة الغير عن ديون الشركة.

- شركة التضامن النموذج الأمثل لشركات الأشخاص نظرا لمسؤولية الشركاء الشخصية التضامنية غير المحدودة في أموالهم. وهذه الشركة تؤثر بشكل مباشر على عجلة الاقتصاد لتمتعها بالهدوء النسبي والاستقرار لكون الثقة والمعرفة جوهر

تكوينها، ولامتصاصها نزيف البطالة التي تفرق مقل الشباب، وعليه حسب ما سبق يتوضح لنا ضرورة مسارعة الدولة لدعم هذا النوع من الشركات قانونيا وماديا.

- بخصوص التضامن بين الشركاء فإنه لا تضامن إلا بين الشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص ولا تضامن في شركات الفقه الإسلامي إلا في الشركات التي تأخذ شكل المفاوضة، وكذلك إذا اتفق الشركاء على التضامن في الشركات التي تتخذ شكل العنان، وهذا أصل الفكر القانوني بالنسبة للتضامن الذي يرى أن التضامن لا يفترض إنما يقره القانون أو الاتفاق.

- تبين أن شركة التوصية التطبيق الحديث و التجسيد الأمثل لشركة المضاربة لتطابق أحكامها القانونية مع الأحكام الشرعية للمضاربة .

- شركة المحاصة، ولها طبيعة خاصة تميزها عن باقي الشركات. أنها شركة مستترة، ولا تتمتع بالشخصية المعنوية. ويعتبر الشريك المتصرف في المحاصة مضارب عند مشاركته بحصته في رأس المال.

- في شركات الأشخاص لا يعتبر رأس المال الضمان الوحيد لدائني الشركة بسبب إمكانية رجوع الدائنين على الشركاء بناء على مسؤوليتهم الشخصية التضامنية غير المحدودة في أموالهم.

هذا مع التسليم بأن التقسيم إلى شركات أشخاص وشركات أموال يكتنفه بعض الغموض فمن الصعب وضع حدود مميزة لكل منهما، هذا بالنسبة للقانون، أما في الفقه فشخصية الشريك ليست محل إهمال في الشركة، لكن الاهتمام بها يتفاوت ضعفا وقوة من شركة لأخرى، فعنصر المال لا يلغي شخصية الشريك.

- أما التقسيم القانوني إلى الشركة التضامن وتوصية ومحاصة فلا جدوى من مطابقته بالتقسيم الفقهي إلى مفاوضة وعنان وأعمال ووجوه ومضاربة، ذلك أن لكل تقسيم ضوابط مميزة، وبالتالي فلا يجب أن نخضع أي تقسيم منها للآخر لكن فقط نقارب بينهما قدر الإمكان، فشركة التضامن تقترب من شركة المفاوضة من حيث المسؤولية المطلقة عن جميع ديون الشركة ولأن شركة المفاوضة سواء كانت بالأموال أو بالأبدان أو بالوجوه تتضمن الكفالة بآثار تتسع للتضامن المعروف في شركات

القانون، وإن كانت شركة التضامن تقتصر على حصة مال أو عمل من الشريك، وشركة المفاوضة تشمل جميع أموال الشركاء التي تجوز الشركة فيها. وشركة المحاصة تشتهر مع الشركات في الفقه الإسلامي من حيث عدم اكتسابها للشخصية المعنوية. وفي هذا المقام ننبه أن إضفاء الشخصية المعنوية على الشركات في القانون عدا شركة المحاصة لا يعني عدم تمتع الشركات في الفقه بهذه الميزة بل هي موجودة، فللشركة في الفقه الإسلامي شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء، ذلك أن لها ذمة مالية مستقلة، وكيان خاص ووجود متميز أمام الغير، وما أحدثه القانون هو إجراءات الشهر والإعلان عن الشركة، والفقه الإسلامي يقبل كل تطوير ويستهدف نجاح الشركة، ولا يرفض أي تنظيم تتماشى أحكامه والمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية.

- تجري تصفية الشركة في القانون الوضعي وفق قواعد عامة في القانون المدني من حيث تعيين المصفي وسلطته والأجرة المقررة له والأعمال التي يقوم بها، إلا أن الفقه الإسلامي جمع بين التصفية والقسمة وجعل القاسم هو المصفي، ويعود ذلك إلى أن الشركات في الفقه الإسلامي تقوم على الاعتبار الشخصي فمتى اتفق الشركاء على فسخ عقد الشركة وانقضائها قام الشركاء أنفسهم بفض الشركة وتصفيتها وقسمتها.

بهذا يظهر أن شركات الأشخاص التي أقرها القانون الوضعي ليست غريبة عن قواعد الفقه الإسلامي، وإنما هي منسجمة مع أنظمة الشركات التي عرفها فقهاؤنا، وما تطورها إلا لحاجة العصر وعرفه، فشركات الأشخاص تعتبر جميعها من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف الأحكام بين الشريعة والقانون حسبما تقتضيه طبيعة التطور وحاجات الناس.

وبذلك يتضح أن الاقتصاد الإسلامي في مبادئه وقوانينه قد استوعب كل مناحي الحياة التي تهم المسلمين كمسلمين، وفتح باب تأسيس أنواع الشركات على مصراعيه، ووضع مسؤولية التخلف على أعناق المسلمين، إذ لم يترك أي شركة عصرية مباحة دون أن يضع الحجر الأساس لمشروعيتها، كما يشجع الإسلام قيام

أية شركات لتنفيذ تعاليمه في تشجيع المبادرات الفردية على العمل والإنتاج المؤمن القوي القادر وذلك طالما توافرت الشروط الآتية:

1. عدم التعامل في أشياء محرمة.

2. عدم التعامل بالفائدة أخذا وعطاءا.

3. أن يؤدي قيام الشركة إلى تعظيم الإنتاج وزيادة الموارد.

بناء على ما سبق نرى ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي خاصة موضوع الشركات التجارية، للنهوض بالاقتصاد ولأجل ذلك يجب تجنيد عقول نيرة لأساتذة فقه وقانون على السواء بغية استخلاص الدرر القيمة الكامنة في بحر فقه شريعتنا الإسلامية الغراء، وصياغتها صياغة صالحة للتطبيق في زمننا المعاصر.

وجدير بالتنويه أن موضوع الدراسة كان مشوقا للغاية لما ينطوي عليه من تنوع في معطيات على تنوع الشركات المتناولة، ومن جوانب فقهية، قانونية واقتصادية لازمة الفائدة.

هذا علاوة أنه أتاح لنا فرصة المراجعة والرجوع بتعمق في جوانب القانون المدني خصوصا النظرية العامة للالتزامات والعقود، فضلا عن الغوص في أعماق بحور الفقه الإسلامي الثري، وكل ذلك عاد علينا بعظيم الفائدة.

وأخيرا نرجو أن نكون قد أعطينا الموضوع ولو جزءا بسيطا من حقه في البحث والنقصي، وكذا قسطه من الاجتهاد والإثراء، وكل أملنا أن تكون هذه الدراسة المقاربة، مستجدة ووافية ذات فائدة لطلبة الجامعة ومكثتها في موضوع شركات الأشخاص التجارية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية في ظل ندرة إن لم نقل غياب المرجع الوطني.

الملاحق

ملحق رقم 1

عقد مضاربة - قراض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿١﴾

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن

تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ ﴿٢﴾

بعون الله وتوفيقه، أنه بتاريخ/..../.. قد تم الاتفاق بين:

صاحب المال المصرفالتجاري

طرف أول

والمضارب السيد/ السادة.....طرف ثان

على ما يلي:

1- قيام الطرفان الأول بتمويل تجارة السلع التي يقوم الطرف الثاني بالإتجار فيها بمبلغ

وقدره.....على أن يضارب فيه ضمن أموال تجارته.

2- يتعهد الطرف الثاني بالأ يستعمل المال المقدم إلا في الأغراض التجارية التي يتعامل

فيها وما يلزمه من مصاريف لتسيير التجارة ويكون مسؤولاً عن كل مخالفة أو ضرر أو تعهد

أو تقصير.

3- مدة الاتجار بهذا المالشهرًا من تاريخ توقيع هذا العقد ويتعهد الطرف

الثاني بتقديم الحساب الختامي للطرف الأول في نهاية هذه المدّة أو عند طلب الطرف الأول

ولا تبرأ ذمة الطرف الثاني إلا بعد الوفاء بحقوق الطرف الأول، ويجوز للطرف الأول متى

يشاء أن يطلب تصفية المضاربة إذا تبين له عدم الاستمرار فيها أو إذا خالف الطرف الثاني شروط هذا العقد وذلك دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو مراجعة قضائية.

4- يكون الطرف الثاني أميناً على رأس المال وشريكا في الربح.

5- يوزع صافي الأرباح بعد خصم نسبة..... للطرف الثاني لقاء إدارته لأموال

المضاربة والباقي يوزع بين الطرفين بنسبة مساهمة كل منهم في رأس المال المتجر به.

6- يحق للطرف الثاني التصرف المطلق في المال المضارب فيه ولا يكون مسؤولاً إلا في

حالة التقصير والتعدي.

7- تسري أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون البنك المركزي وقانون الشركات فيما لم

يرد به نص في هذا العقد.

8- إذا نشأ خلاف عند تطبيق أحكام هذا العقد أو ما يتعلق به يحق للطرف الأول عرض

الخلاف على ثلاثة محكمين يتم اختيارهم على الوجه التالي:

حكم يختاره الطرف الأول

حكم يختاره الطرف الثاني

حكم يختار من قبل مسجل الشركات أو البنك المركزي.

على أن يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية ويكون حكمهم ملزماً للطرفين

وغير قابل للطعن.

9- يلتزم الطرف الثاني بفتح حساب للسحب والإيداع للسلع التي يتّجر فيها كما يلزم الطرف الأول بإيداع المال المضارب به في هذا الحساب.

10- يلتزم الطرف الثاني بالتقيد بالميزانية التقديرية للمبيعات والمشتريات والمصروفات وكذا بالميزانية التقديرية للتدفقات النقدية وإعطاء تقارير دورية للطرف الأول عن واقع هذه الميزانيات. وتحديد أسباب انحرافات الميزانية التقديرية عن الحسابات الفعلية.

11- يلتزم الطرف الثاني بالسماح لمن يعينهم الطرف الأول من موظفيه أو من غيرهم بالاطلاع والتدقيق على مستنداته والدفاتر المحاسبية الخاصة به وفي حالة امتناعه فان للطرف الأول الحق في طلب تصفية المضاربة.

الطرف الثاني

الطرف الأول

المضارب

المصرف

ملحق رقم 2.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مكتب التوثيق ببشار

الأستاذ:

العنوان:

رقم الفهرس:

عقد تأسيس شركة تضامن المسماة:.....

S.N.C

----- لدى الأستاذ.....الموثق بمكتب التوثيق ببشار-----

* حضر *

السيد: ص المولود في حسب شهادة الميلاد رقم الصادرة ببلدية بشار في الساكن والحامل لبطاقة التعريف رقم الصادرة
----- بدائرة بشار في من جنسية جزائري-----

السيد: ص المولود في حسب شهادة الميلاد رقم الصادرة ببلدية بشار في الساكن والحامل لبطاقة التعريف رقم الصادرة
----- بدائرة بشار في من جنسية جزائري-----

- تم إنشاء فيما بينهما شركة تضامن وطلبا من الموثق الممضي أسفله إبرام العقد الأساسي لهما الذي حدد كما يلي--

* الباب الأول *

الشكل- الموضوع- التسمية- المقر- المدة

المادة الأولى: الشكل

- تم بموجب هذا العقد بين المائلين وجميع الشركاء الجدد الذين يمكن إلتحاقهم فيما بعد، إنشاء شركة تضامن تخضع
للقوانين و التنظيمات السارية المفعول وخاصة المادة 551 وما يليها من الأمر رقم 76-59 المؤرخ في السادس والعشرون
سبتمبر ستة وسبعين تسعمائة وألف المتضمن القانون التجاري ولهذا القانون الأساسي-----

المادة الثانية: الموضوع

- مثل موضوع الشركة وبصفة شاملة كافة العمليات التجارية المالية، الصناعية المنقولة والعقارية المرتبطة بصورة مباشرة
أو غير مباشرة بموضوع الشركة أو بموضوع آخر مماثل-----

المادة الثالثة: التسمية

شركة التضامن: *.....*

ويجب أن تظهر هذه التسمية مكتوبة وبأحرف كاملة وبارزة في جميع تصرفات الشركة وفواتيرها وجداول إرسالياتها وكذا كافة الأوراق الخاصة بها وبمعاملاتها مع الغير

المادة الرابعة: المقر

- حدد مقر الشركة : ويمكن تحويله إلى أي مكان آخر عند الاقتضاء بموجب مقرر من الجمعية العامة غير العادية للشركاء بالطرق المعمول بها وقت ذلك

المادة الخامسة: المدّة

- حددت مدة الشركة ب: تسعة وتسعون 99 سنة ابتداء من تاريخ قيدها بالسجل التجاري واكتسابها الشخصية الاعتبارية المتعارف عليها في مثل هذا الشأن كما يمكن حلها قبل هذا التاريخ متى دعت الضرورة لذلك وبنفس الكيفية التي أنشئت بها -

الباب الثاني

الأسهم - رأس المال والحصص الاجتماعية - زيادة وخفض رأس المال

المادة السادسة : الأسهم

1- قدم السيد: ص مبلغ قدره اثنان وعشرون ألف دينار جزائري

.....22.000.00 دج

2- قدم السيد: ر مبلغ مالي قدره ثمانية آلاف دينار جزائري

.....8.000.00 دج

وهذه الأسهم محررة كلها حيث سددت قيمتها كما سيرد بيانه بعد --

المادة السابعة : رأس المال

حدد رأس مال الشركة بمبلغ قدره ثلاثين ألف دينار جزائري 30.000.00 دج

قسم رأس المال إلى ثلاثين حصة 30 لكل حصة ألف دينار 100 دج مقومة بقيمة اسمية وقد أسندت إل المشاركين كما يلي

1- للسيد : ص اثنان وعشرون حصة مرقمة من واحد إلى إثنان وعشرون

.....من 01 إلى 22

2- للسيد : ر ثمانية حصص مرقمة من ثلاثة وعشرون إلى ثلاثون

- ورأس المال هذا دفع كله نقدا وبالعملة المتداولة قانونا بين يدي الموثق الممضي طبقا للقوانين السارية المفعول والذي سيودعه بحساب المكتب المفتوح لدى خزانة الولاية حيث يمكن سحبه حال توفر الشروط الضرورية لذلك بصك للخزينة يحرر باسم الشركة بعد فتح حساب لها بأحد البنوك الوطنية -----

المادة الثامنة : زيادة رأس المال

- يمكن زيادة رأس مال الشركة باتفاق كافة الشركاء مرة واحدة أو عدة مرات وتتم هذه الزيادة بكل الوسائل والأساليب القانونية وخاصة بإنشاء أسهم جديدة سواء كانت أسهم عادية أو ممتازة تتمثل في حصص نقدية أو بإضافة بعض أو كل الفوائد إليه أو بواسطة أية إيرادات أخرى من أي نوع كان أو برفع القيم الاسمية للأسهم الموجودة وقت إنشاء الشركة --

المادة التاسعة : خفض رأس المال

- كما يمكن تخفيض رأس مال الشركة بمقرر من الجمعية العامة غير العادية للشركاء وخاصة عن طريق استيفاء مبلغ الحصص للشركاء المنسحبين منها أو خفض القيم الاسمية للأسهم المكونة لرأس المال -----

* الباب الثالث *

الإدارة- التسبيقات -الاقتطاع

المادة العاشرة : الإدارة

- تدار الشركة وتسير طوال فترة حياتها من طرف مدير أو أكثر يختاره الشركاء سواء من بينهم أو من الغير وفي الوقت الراهن عين السيد ص مسيرا لها لمدة غير محددة -----

يتولى المدير التصرف باسم الشركة لكن هذا مشروط بأن يكون في خدمة الشركة ولصالحها وإلا كانت تصرفاته المخالفة لهذا الشرط باطلة وغير سارية المفعول في حق الشركة ويتحمل مسؤولية تصرفاته الخارجة عن هذا النطاق -----

- يتمتع المدير في مواجهة الغير بأوسع السلطات لتمثيل الشركة، والقيام بكل العمليات التي تدخل في ميدان اختصاصه بما فيها الحسابات الجارية باسمها في أي بنك أو مؤسسة قرض أو إدارة الصكوك البريدية وكذا إيداع وسحب أي مبلغ كان وتوقيع وتظهير الصكوك الدائنة أو المدينة ،ودفع أية مبالغ مستحقة وتسوية كل حساب والقيام بأعمال شراء المواد الأولية وبيع ما للشركة من منقولات غير قابلة للتأخير، وإبرام جميع الصفقات سواء المنفذة فورا أو بعد أجل و الاكتتاب بحرية في الأوراق التجارية وتظهيرها وتلقي أو تسديد مبالغها، ومتابعة أي منازعة قضائية سواء بصفته مدعيا باسم الشركة أو مدافعا عنها والتنازل عن أي حق وتمثيل الشركة في أي إجراء يتعلق برفع اليد أو التسجيل أو المصادرة أو أي قيد كان سواء قبل أو بعد الدفع وكذا القيام بمعالجة أي مشكل وإبرام أية مصالح أو اتفاقية أو تعهد سواء كان موضوعه خدمات أو توريدات مع أي طرف خاص أو مؤسسة عمومية. وتوقيع أي إيجار لممتلكات الشركة أو لفانيتها من الغير غير انه بالنسبة لعملية الاقتراض. وكذا كل شراء أو بيع او مبادلة لعقار أو محل تجاري ملك للشركة وكل ترتيب لرهون رسمية على عقارات الشركة أو لرهون عادية على محلاتها التجارية وكذا الدخول بجزء أو بكل أموال الشركة في شركة أخرى أو مؤسسة لا يمكن تحقيقها إلا بإجماع الشركاء

المادة الحادية عشرة : التسبيقات .

- يجوز لكل شريك متى وافق بقية الشركاء أن يودع مبالغ بصندوق الشركة في شكل تسبيقات سواء كانت مبالغ جديدة أو بتركه للشركة في إطار حصته من الأرباح المحصلة عن المدّة الفارطة وبالمقابل لا يستطيع أي شريك سحب مبالغ من أموال الشركة ولأي سبب كان وإذا ما تحتم ذلك عليه إشعار بقية الشركاء برغبته هته في أجل ثلاثة أشهر على الأقل قبل إجراء العملية ما لم يتم الاتفاق على خلاف هذا الشرط صراحة حال تقديم تلك المبالغ ويتم الإشعار برسالة مسجلة مع وصل إستلام حتى يتسنى للشركة في هاته الفترة مدة كافية لملائمة وموازنة أعمالها بصورة عادية ومنتظمة بحيث لا تتأثر بهذا السحب

المادة الثانية عشرة : الاقتطاع

- لكل شريك الحق في المطالبة في اقتطاع مبلغ معين مستحق لتغطية نفقات التنقل والأسفار وكذا نفقات التمثيل التي تصرف لفائدة شؤون الشركة بعد تقديم هذا الأخير وثائق تحمل توقيعه تبين فيها نفقات التي تدرج ضمن المصاريف العامة للشركة

*الباب الرابع *

التنازل عن الحصص - ملكية أموال الشركة - الوفاة- الحل المسبق

المادة الثالثة عشرة : التنازل عن الحصص

يتم التنازل عن بعض أو كل الحصص فيما بين الشركاء بكل حرية بينما لا يستطيع أي شريك أن يتنازل تحت أي عنوان كان عن بعض أو كل حصصه لشخص أجنبي عن الشركة إلا بعد الموافقة الصريحة لجميع بقية الشركاء وإلا كان هذا التنازل باطلا في حق الشركة المادة 560 من ق.ت.ج ولكي يكون هذا التنازل للغير صحيحا في مواجهة الشركاء المدرجين في العقد التأسيسي أو في عقد تكميلي لاحق يجب أن يبلغ لهم الشريك العازم عن التنازل ورغبته في ذلك خلال مهلة مقبولة قانونا حتى يتمكنوا من ترتيب أوضاعهم المادية لرد هذه الحصص أو يبدون رفضهم. ويتم التبليغ برسالة مضمونة الوصول مصحوبة بوصول إستلام وإذا فات الأجل القانوني لهذا التبليغ ولم يتقدم أي شريك لاقتناء الحصص المعروضة للتنازل أو أظهروا عدم رغبتهم فيها بوثيقة شرعية يكون وقتها حر التصرف وجب إثبات إحالة الحصص بعقد رسمي المادة 561 من ق.ت.ج

المادة الرابعة عشرة: ملكية أموال الشركة

- الشركة وحدها هي المالكة لمجموع الرصيد المكون لأموالها وبالتالي فإنه ليس للدائنين الشخصيين لأحد الشركاء أن يحجزوا على أموال الشركة أو توقفها عن العمل أو إجراء جرد قضائي لأموالها أو أي عمل من شأنه أن يعيق سيرها وكل ما يستطيعون عمله في هذا الصدد هو أن يقدموا تحفظاتهم لبقية الشركاء ضد الشريك المدين كما لهم أن يطلعوا على آخر وثائق الجرد والحسابات ذات الطابع التجاري الموضوعة من طرف الشركة حفاظا على ديونهم

المادة الخامسة عشرة : الوفاة.

- خلافا لأحكام الفقرة الأولى للمادة 562 من الأمر 75-95 السابق الإشارة إليه لا تنحل الشركة بسبب وفاة أحد الشركاء فيها بل تستمر قائمة في ما بين الشركاء الباقيين وورثة أو ممثلي الشريك المتوفى . إما الحجز على أحد

الشركاء أو إعساره أو إفلاسه أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدة أهليته المدنية أو لحقوقه الوطنية فيؤدي
حتما إلى حل الشركة المادة 563 من ذات الأمر-----

المادة السادسة عشرة : الحل المسبق

- وفي جميع الحالات وطبقا لما هو موضوع بالمادة الخامسة من هذا القانون الأساسي يمكن حل الشركة قبل
أجلها المحدد باقتراح جميع الشركاء إذا ما رأوا أن المصلحة العامة تقتضي ذلك -----
*الباب الخامس *

الدفاتر الحسابية - السنة المالية - الجرد - الأرباح - الإطلاع

المادة السابعة عشرة : الدفاتر الحسابية

- تسجل جميع عمليات الشركة في دفاتر وسجلات خاصة تمسك ضمن الشروط المحددة قانونا ووفقا للنصوص
والأعراف التجارية تمسك هذه الدفاتر والسجلات إلزاميا من طرف الإدارة العامة للشركة أو من طرف خبير
حسابات معتمد تختاره الإدارة لهذا الغرض لكن على عهدة الشركة وتحت مسؤوليتها ولكل شريك الحق في مراقبة
الصندوق والسجلات والدفاتر متى ظهر له ذلك -----

المادة الثامنة عشرة : السنة المالية

-تبدأ السنة المالية للشركة من أول جانفي وتنتهي في الواحد والثلاثين ديسمبر من كل سنة واستثناء لهذه القاعدة
فإن السنة المالية الأولى للشركة الحالية تبتدئ من قيامها بموجب هذا العقد وتنتهي في الواحد والثلاثين ديسمبر
من السنة الجارية باتفاق المائلين -----

المادة التاسعة عشرة: الجرد

- يتولى المدير الرقابة العامة على حسابات الشركة لتسيير بصورة عادية ومنتظمة طبقا للقوانين السارية المفعول
وهذا القانون الأساسي ويلتزم بتسجيل كل العمليات ويضع جردا سنويا لأصول وخصوم الشركة كما يعد ميزانية
يوجد فيها هذا الجرد وحساب للأرباح والخسائر وينقل الجرد على سجل خاص يوقعه الشركاء المديرون ويعرض
التقرير الذي يضعه المدير أو الخبير المختص تحت مسؤولية هذا المدير عن عمليات السنة المالية وإجراء الجرد
وحساب الخسائر و الأرباح و الميزانية العامة على الشركاء للمصادقة عليه-----

المادة العشرون : الأرباح

- إن الناتج السنوي الصافي بعد خصم النفقات العامة وجميع أعباء الشركة يمثل الأرباح السنوية التي تعود
للشركاء بنسب الحصص التي قدموها للشركة سواء كانت حصص أصلية أو إضافية كما يتحمل نفس الشركاء
الخسائر إن وجدت وبذات النسب . إن الأرباح المحققة في كل سنة مالية توجه بالدرجة الأولى لتغطية النفقات
العامة والخسائر إن وجدت حتى يمكن المحافظة على رأس مال الشركة سالما للمحافظة على سائر موجوداتها
واستمرارها بصورة عادية . إن حصة كل شريك من الأرباح الصافية يمكن سحبها بكل حرية من قبل الشريك المعني
كما يمكنه استبقاؤها لتكون على شكل حصص إضافية أو تسبيقات عامة كما سبق بيانه -----

المادة الواحدة والعشرون: الإطلاع

- وفقا لأحكام المادة 558 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري يحق لكل شريك غير مدير أن يطلع بنفسه مرتين في السنة وفي مركز الشركة على سجلات التجارة والحسابات والعقود و الفواتير وبوجه عام الإطلاع على كل الوثائق الموجودة بالشركة أو المسلمة منها كما له الحق في المطالبة بأخذ النسخ-----

*الباب السادس *

تغيير الشكل -التمديد- التصفية- المنازعات

المادة الثانية والعشرون : تغيير الشكل

- يمكن باتفاق جماعي للشركاء تغيير هذه الشركة إلى شركة من نوع آخر في أي وقت شاءوا دون أن يترتب على هذا التغيير 'نشأ شخص معنوي جديد كما يمكن بنفس الكيفية إجراء أي تعديل للقوانين الأساسية-----

المادة الثالثة والعشرون: التمديد

- قبل سنة على الأقل من الانتهاء القانوني لأمد الشركة ينبغي أن يعقد اجتماع بمبادرة من هيئة التسيير يضم جميع الشركاء للتقرير فيما إذا كانت الشركة ستمدد لفترة تالية أم لا وإذا لم تبادر هيئة التسيير لعقد هذا الاجتماع يكون لكل شريك الحق في أن يوجه له إنذار من أجل القيام بهذه المبادرة ويوجه الإنذار عن طريق رسالة مسجلة وفي حالة إذا لم يكن لهذا الإنذار جدوى أجاز للشريك الذي قدمه أن يطلب من رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مقر الشركة أن يكلفه بالاتصال بها واستدراج الإدارة لاتخاذ قرار في هذا الشأن -----

المادة الرابعة والعشرون : التصفية

- إذا قرر الشركاء مجتمعين في إطار الشروط المحددة قانونا عدم تمديد الشركة أو في حالة الحل المسبق و الاختياري لها تبدأ إجراءات التصفية من اليوم الذي ينتهي فيه وجود الشركة القانوني أو الإتفاقي وتتم التصفية سواء بواسطة شريكين معا أو الشريك الأقدر مديرا كان أو غير مدير أو خبير حسابات باتفاق جماعي بين الشركاء يكون للمصفي أو المصفين أوسع السلطات في هذا المجال وخاصة سلطة بيع موجودات الشركة سواء بالتراضي أو بالمزاد العلني لجميع الحقوق والأسهم والأموال المنقولة أو العقارية وسواء بالجملة او بالتجزئة. كذا سلطة الإتفاق أو التصالح أو منح أي تنازل أو رفع اليد بمقابل أو بدونه وأيضا سلطة الدخول في أي خصومة قضائية قبل إجراء القسمة على أن يوزع الباقي الصافي إن وجد بعد طرح كل التكاليف العامة بما فيها أجور المصفين على الشركاء بحسب نسب تقديماتهم في رأسمالها كما سبقت الإشارة إليه سابقا-----

المادة الخامسة والعشرون: المنازعات

- كل المنازعات التي تتعلق بأعمال الشركة سواء كانت بين الشركاء أثناء حياة الشركة او بين الشركاء والإدارة أو بين الشركة والغير أو خلال فترة التصفية تكون خاضعة للاختصاص الإقليمي لمقر المحكمة الكائن بدائرتها مقر الشركة وعليه فإن جميع الشركاء ملزمون باختيار مواطن لهم في نطاق الدائرة القضائية لهذه الشركة حيث توجد كافة التبليغات و الإستدعاءات لهذه العناوين-----

*أعمال ختامية *

الموطن- النشر - النفقات

المادة السادسة والعشرون: الموطن

- من أجل تنفيذ هذا العقد وجميع توابعه القانونية اختار كل واحد من طرفيه سكنه المذكور أعلاه موطننا معتادا له
يمكن مخاطبته فيه وبصورة اعتيادية عند الحاجة-----

المادة السابعة والعشرون: النشر

- يخول لكل حامل نسخة من هذا العقد الأساسي جميع الصلاحيات للقيام بإجراءات الإيداع والنشر التي يتطلبها
القانون-----

المادة الثامنة والعشرون: النفقات

- إن التكاليف العامة والحقوق والرسوم التوثيقية الخاصة لهذا العقد تتحملها الشركة وتدرج في مصاريف التكوين
*إثباتا لما ذكر *

----- حرر وانعقد بمكتب الموثق الموقع أدناه-----

سنة:

في اليوم:

وبعد التلاوة وقع الأطراف مع الموثق .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مكتب التوثيق ببشار

حي 62 مسكن وسط المدينة رقم 55

رقم الفهرس :

مقرها : حي الفتح رقم 108 الدبابة ولاية بشار

- رأسمالها 30.000.00 دج

----- لدى.....الموثق بمكتب التوثيق ببشار-----

ملحق رقم 3

نموذج لعقد شركة توصية بسيطة

لدى الأستاذ.....موثق

السيد.....

مولود ب.....

من جنسية جزائرية

صفة الشريك.....شريك موصي

السيد:

السيد:

السيد:

صفة الشريك.....شريك متضامن

السيد:

السيد:

السيد:

صفة الشريك.....شريك موصي

السيد:

السيد:

السيد:

صفة الشريك.....شريك متضامن

والذين اتفقوا وتراضوا على تأسيس شركة توصية بسيطة تخضع لهذا القانون التأسيسي والقوانين السارية المفعول.

لا تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه حتى ولو كان شريكا متضامنا وفي هذه الحالة لا يكون لورثته إلا نصيبه في أملاك الشركة ويقدر هذا النصيب طبقا لآخر ميزانية معتمدة ويدفع له نقدا ويختار الشركاء من بينهم شريكا متضامنا في خلو الشركة من مثل هذا الشريك لأي سبب من الأسباب.

يخول لكل حامل نسخة من هذا العقد الأساسي جميع الصلاحيات للقيام بإجراءات الإيداع والنشر التي يتطلبها القانون.

- إثباتا لما ذكر -

حرر وانعقد بمكتب الموثق الممضي أسفله، لسنة

وفي يوم.....

وبعد التلاوة والشرح وقع الشريكان بالأصل معنا نحن الموثق.

ملحق رقم 4

عقد شركة محاصة

بعون الله وتوفيقه تم الاتفاق يوم.....

السيد.....

مولود ب.....

من جنسية جزائرية.

السيد.....

مولود ب.....

من جنسية جزائرية.

اتفق الطرفين المذكورين على تكوين شركة محاصة وفقاً للأمر رقم 59-75

المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل

والمتم لا سيما المادة 795 مكرر 1.

أولاً : اسم الشركة الظاهر للغير :

مؤسسة.....

ثانياً : غرض الشركة :

إن الأغراض التي كونت الشركة لأجلها هي :

1.....

2.....

3.....

ثالثاً : المركز الرئيسي للشركة

يكون المركز الرئيسي للشركة في الجزائر العاصمة ويمكن تغيير المركز متى اقتضت مصلحة الشركة وذلك بموافقة الشريكين.

خامساً : مدة الشركة

تأسست الشركة لمدة تبدأ من تاريخ / / وتجدد لمدد أخرى مماثلة ما لم يخطر أحد الشركاء برغبته في عدم الاستمرار ويكون ذلك قبل نهاية المدة الأصلية بمدة..... بخطاب مسجل على عنوان الشريك الآخر.

سادساً : رأس المال :

حدد رأس مال الشركة ب (.....) المبلغ كتابة مقسم إلى..... حصة عينية/ مالية متساوية القيمة قيمة كل حصة تم توزيعها على الشريكين كالآتي:

الاسم	عدد الحصص	قيمة الحصة	الإجمالي
الإجمالي			

سابعاً : زيادة أو تخفيض رأس المال

يجوز بموافقة جميع الشركاء زيادة رأسمال الشركة إذا تمت الزيادة في رأسمال الشركة عن طريق رفع القيمة الاسمية لحصص الشركاء. أو إذا تمت الزيادة في رأس المال عن طريق إصدار حصص جديدة مع إلزام الشريكين دفع قيمتها بنسبة مشاركة كل منهم في رأسمال الشركة. وباستثناء الحالتين المشار إليهما يجوز زيادة رأسمال الشركة بموافقة الطرف الأول والطرف الثاني .

ثامناً : الحصص

الحصص قابلة للانتقال بين الشركاء وكذلك إلى ورثتهم الشرعيين ولا يجوز لأي شريك التنازل عن حصة أو أكثر من حصصه للغير بعوض أو بغير عوض إلا

بموافقة الشريك الاخر ومع ذلك يجوز لباقي الشركاء استرداد الحصة أو الحصص التي يرغب أحد الشركاء في التنازل .

تاسعاً :إدارة الشركة

يدير الشركة السيد /وله في ذلك جميع الصلاحيات اللازمة لإدارتها وتمثيلها في علاقتها مع الغير وأمام القضاء وله حق توكيل الغير في المرافعة والمدافعة عن الشركة وإنابة الغير في بعض صلاحياتهما.

عزل المدير : يجوز للشركاء عزل المدير المعين في عقد الشركة دون إخلال بحقه في التعويض إذا وقع العزل بغير مبرر مقبول أو في وقت غير لائق.

عاشراً : الحسابات

يكون للشركة محاسب يختاره المدير ويجب أن يطبق عقد الشركة وفق نظام الشركات وعليه مراجعة قوائم الجرد والحسابات الختامية السنوية وفحص الميزانية وتقديم تقرير سنوي عن ذلك إلى الشركاء وله الاطلاع على جميع دفاتر الشركة ووثائقها والعقود التي تبرمها مع الغير وله أن يطلب الإيضاحات والبيانات التي يرى ضرورة الحصول عليها.

الحادي عشر: السنة المالية

تبدأ السنة المالية للشركة من أول جانفي وتنتهي في الواحد والثلاثين ديسمبر من كل سنة واستثناء لهذه القاعدة فإن السنة المالية الأولى للشركة الحالية تبتدئ من تاريخ قيامها بموجب هذا العقد وتنتهي في الواحد والثلاثين ديسمبر من السنة الجارية باتفاق المائلين.

الثاني عشر : الأرباح والخسائر

توزع أرباح الشركة السنوية الصافية بعد خصم المصروفات العمومية والتكاليف على النحو التالي:

أ- تجنب نسبة قدرها ...% من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي ويجوز للشركة أن توقف تجنيب هذا الاحتياطي متى بلغ نصف رأس المال.

ب- الباقي يوزع على الشركاء بنسبة حصص كل منهم في رأس المال ما لم يقرر الشركاء تكوين احتياطات أخرى أو ترحيل رصيد الأرباح كلياً أو جزئياً للسنة المالية التالية .

ج- في حالة تحقيق خسائر يتحملها الشركاء بنسبة ما يمتلكه كل منهم من حصص في رأس المال أو يتم ترحيلها للسنة المالية التالية ولا يتم توزيع أرباح إلا بعد استهلاك تلك الخسائر .

الثالث عشر : انقضاء الشركة وتصفيتها

تنقضي الشركة بأحد أسباب الانقضاء الواردة في القانون التجاري بانقضائها تدخل في دور التصفية وفقاً لأحكام شركات الأشخاص مع مراعاة أنه في حالة التصفية الاختيارية يلتزم اتخاذ الآتي :

1- إعداد مركز مالي للشركة في تاريخ صدور قرار الشريكين بحل وتصفية الشركة.

2- سداد كافة حقوق الدائنين أو إبرام صلح معهم.

الرابع عشر : حظر المنافسة

لا يجوز أي من الشريكين أن يمارس لحسابه أو لحساب الغير نشاطاً من نوع نشاط الشركة ولا أن يكون شريكاً في شركة تنافسها.

الخامس عشر : أحكام عامة

1- تخضع الشركة لكافة الأنظمة بالجزائر

2- كل ما لم يرد فيه نص في هذا العقد يطبق بشأنه أحكام شركات الأشخاص.

السادس عشر : نسخ العقد

حرر هذا العقد من عشر نسخ استلم كل شريك نسخة منه للعمل بموجبها.

والله الموفق

الطرف الثاني

الطرف الأول

قائمة المراجع

* المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الحديث النبوي الشريف.

1- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج8، مطبعة الحلبي مصر، ص14.

2- مسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة مناهل العرفان بيروت.

ثالثاً: أمهات الكتب في الشريعة الإسلامية

أ- كتب التفسير:

1- الرازي، عبد الله بن عمر، مفاتيح الغيب المشهور بالتفسير الكبير، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، سنة1981.

2- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ج5، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

3- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، ج1 دار المعارف، مصر.

4- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط3، ج10، دار الكتاب العربي، القاهرة.

ب- كتب الحديث:

1- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج3، دار الحديث، القاهرة، سنة1988.

2- أحمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، ج2، تحقيق أحمد شاكر.

3- ابن هشام، الروض الأنف في السيرة النبوية، المجلد الأول، ج1، دار الفكر.

4- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره، صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية بيروت.

5- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک، مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض.

- 6- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار بشرح منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت، سنة 1973.
- 7- العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، بيروت، مؤسسة قرطبة، مكة المكرمة، ط 1، سنة 1995.
- 8- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير، ج3، دار الكتب العلمية.
- 9- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 10- مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، ط 1، مؤسسة المعارف بيروت لبنان، سنة 2004.
- ج- كتب الفقه الإسلامي:
- 1- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، سنة 1995.
- 2- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج6، دار الكتب العلمية.
- 3- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، المكتب البخاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
- 4- ابن عابدين، محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج6، دار الفكر، بيروت، سنة 1995.
- 5- ابن قدامة شمس الدين، أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، مطبوع بذييل المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1972.
- 6- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 5 تعليق محمد رشيد رضا، دار المنار.

- 7- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، أعده سالم الجزائري، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، سنة 2010.
- 8- ابن نجيم زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، سنة 1993.
- 9- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
- 10- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى.
- 11 - الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.
- 12- الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل، ج6، دار الصادر، بيروت.
- 13- الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، سنة 1984.
- 14- السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج 11، ط 3، سنة 1978 .
- 15- السياغي، شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجيل بيروت.
- 16- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الجيل، بيروت، سنة 1995.
- 17- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الغد العربي، سنة 1990.
- 18- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيرز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج1، مطبعة الحلبي، مصر.
- 19- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

20- الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتاب العربي، بيروت.

21- قاضي زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج 2، مطبعة دار السعادة.

* المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- معاجم اللغة العربية:

1- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الثاني، دار الصادر، بيروت، لبنان.

2- الأصفهاني، أبو القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات، دار المعرفة بيروت.

3- نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1، المعهد العالمي للفقه الإسلامي، سنة 1993.

4- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، سنة 2004.

2- المؤلفات:

أ- المؤلفات العامة:

1- ابن خلدون، المقدمة، دار الكتاب اللبناني للطباعة، بيروت.

2- أحمد أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الكتاب الأول، التجار والشركات والمحال التجارية.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة، والقرض، والدخل الدائم والصلح، ج5، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت سنة 1998.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت سنة 1998.

- 5- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط3، معهد البحوث والدراسات العربية.
- 6- أحمد لسان الحق، منهج الاقتصاد الإسلامي في إنتاج الثروة واستهلاكها، ج2، الدار البيضاء، المغرب الأقصى.
- 7- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج2، الشركات التجارية، مطابع سجل العرب، الجزائر، سنة 1979.
- 8- أحمد محرز، النظام القانوني لشركات المساهمة، جامعة القاهرة، سنة 1996.
- 9- البسام، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج4، ط1، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، سنة 1992.
- 10- السيد علي السيد، الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، سنة 1973.
- 11- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، ج1، سنة 1994.
- 12- بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- 13- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
- 14- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1999.
- 15- بن نولي زرزور، الطبيعة القانونية لاندماج الشركات - دراسة قانونية- ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2017.
- 16- ثروت عبد الرحيم، الخسارات البحرية المشتركة، منشورات جامعة الكويت، سنة 1974.
- 17- حسن عبد الله الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، البنك الإسلامي للتنمية، ط3، جدة، سنة 2000.

- 18- حسني عبد السميع إبراهيم، استثمار الأموال في الشريعة الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، جامعة الأزهر، سنة 2009/008.
- 19- سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2، مطبعة الشرق، عمان، سنة 1982 .
- 20- سامي محمد فوزي، شرح القانون التجاري، ج4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1997.
- 21- سامي محمد فوزي، شرح القانون التجاري الأردني دراسة مقارنة في الشركات التجارية، ج3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1996.
- 22- سعيد يوسف البستاني، القانون التجاري العام، الشركات، المؤسسة التجارية، الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2004.
- 23- سليمان بوزياب، مبادئ القانون التجاري - دراسة مقارنة - التجارة، التاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 2003.
- 24- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2014.
- 25- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1992.
- 26- عبد الحليم أكمون، لوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، سنة 2006.
- 27- عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1997.
- 28- عبد الحميد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2، ط2، مطبعة دار الخير، سنة 1993.
- 29- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، شركة الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 30- عبد الرحيم العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، سنة 1981.

- 31- عبد المنعم محمد أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، سنة 2000 .
- 32- عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، الأعمال التجارية، نظرية التاجر، المحل التجاري، الشركات التجارية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 33- عبد الوهاب عبد الله المعمري، اندماج الشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- 34- عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس والصلح الواقي- دراسة مقارنة - دار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1992.
- 35- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية- دراسة فقهية قضائية مقارنة- في الأحكام العامة والخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008.
- 36- علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، الأعمال التجارية والتجار، شركات الأشخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999.
- 37- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ج3، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996.
- 38- علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود- دراسة مقارنة- جامعة الأزهر، سنة 1985.
- 39- علي محمد علي دروبي، شركة الملك وفقا للقانون الوضعي و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2006.
- 40- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، سنة 2001.
- 41- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2000.
- 42- عواد مفلح القضاة، الشركة ذات مسؤولية محدودة، وشركة الشخص الواحد- دراسة مقارنة- مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1998.
- 43- عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، ط 1، دار النفائس، الأردن، سنة 2007.

- 44- غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامي، دار الشروق.
- 45- فوزي فتات، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص وانتقالها في الشركات التجارية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، سنة 2007.
- 46- قاسم عبد الحميد الوتيدي، العرف التجاري وتطبيقاته في الشريعة والقانون، ط1، سنة 1984.
- 47- لحسين بن الشيخ آث ملوية، بحوث في القانون، دار هومة، سنة 2003.
- 48- محمد السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 49- محمد فريد العريني، القانون التجاري، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999.
- 50- محمد فريد العريني ومحمد سيد الفقي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، سنة 2003.
- 51- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، سنة 1983.
- 52- محمد بهجت عبد الله أمين قايد، حصة العمل في الشركة - دراسة مقارنة - ط2، دار النهضة العربية.
- 53- محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، سنة 1990.
- 54- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، سنة 1996.
- 55- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار النفائس، الأردن، سنة 1996.
- 56- مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري - دراسة مقارنة - ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006.
- 57- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار الفكر.
- 58- محمد عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس، الأردن، سنة 2001.

- 59- مصطفى كمال طه، مبادئ القانون التجاري، ج1، المكتب المصري الحديث، سنة 1981.
- 60- منير فهم مراد، نحو قانون واحد للشركات، دراسة في التشريع الراهن بين القانون المصري و الفرنسي، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1991.
- 61- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني- دراسة مقارنة- الوكالة والشركات، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2001.
- 62- مصطفى عباس المصري، تنظيم الشركات التجارية، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2002.
- 63- ول ديورانت، قصة الحضارة، ج2، المجلد الثاني، ترجمة محمد بدران، منشورات جامعة الدول العربية.
- 64- وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق.
- 65- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ط1، دار الفكر المعاصر، سورية، سنة 1984.
- 66- نادية فوزيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003.
- 67- القانون التجاري في ضوء الممارسة القضائية،"النص الكامل للقانون، وتعديلاته إلى غاية 6 فبراير 2005، مدعم بالاجتهاد القضائي، سنة 2006-2007، منشورات بيرتي.
- 68- زكريا محمد الفالح القضاة، السلم والمضاربة من عوامل التسيير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 1984.
- ب- المؤلفات المتخصصة:**
- 1- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1989.
- 2- أحمد لسان الحق، الوسيط في الاقتصاد السياسي الإسلامي والعصري ونظام الشركات الإسلامية والعصرية، ج1 و2، ط1، مركز الخدمات المتحدة للطباعة والتفسير والتهديب، الدار البيضاء، المغرب، سنة 1993.
- 3- أحمد محرز، الشركات التجارية، ط1، النسر الذهبي، القاهرة، سنة 2000.

- 4- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة، ج4، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006.
- 5- العظيم شرف الدين، عقد المضاربة بين الشريعة و القانون، مكتبة الكليات الأزهرية، سنة 1974.
- 6- بلعيساوي محمد الطاهر، الشركات التجارية، النظرية العامة وشركات الأشخاص، ج1، دار العلوم، سنة 2014.
- 7- سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص، ط3، دار النهضة العربية، سنة 2004.
- 8- سامي محمد فوزي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة - دراسة مقارنة- الأردن، سنة 1999.
- 9- عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات دراسة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، بيروت، سنة 1983.
- 10- عجة الجبالي، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية بين الفقه الإسلامي والتقنيات المصرفية، دار الخلدونية، سنة 2006.
- 11- علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربية، القاهرة، سنة 1962.
- 12- علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1974.
- 13- علي سيد قاسم، قانون الأعمال، ج2، التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي (الشركات التجارية)، دار النهضة العربية، سنة 2001.
- 14- فوزي عطوي، الشركات التجارية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2005.
- 15- محمد تأويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، ط1، دار ابن حزم، سنة 2009.
- 16- محمد مصطفى عبد الصادق، الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، ط1، دار الفكر والقانون، سنة 2012.

- 17- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات، شركات الأشخاص، شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1997.
- 18- نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط6، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
- 19- يوسف جاك الحكيم، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، سنة 2000.

ج - الأطروحات العلمية:

- 1- حمود محمد محمد شمسان، تصفية شركات الأشخاص التجارية - دراسة مقارنة- أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، سنة 1994.
- 2- خالد بن محمد بن عبد الله الماجد، مسؤولية الشريك في الشركة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، السعودية، سنة 1422-1423هـ.
- 3- زيد أنيس محمد نصير، مركز الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1984.
- 4- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مشروعات المشاركة الإسلامية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1988.
- 5- قاسم عبد الحميد الوتيدي، شركة التوصية البسيطة، دراسة قانونية في ضوء أحكام شركة المضاربة في الفقه الإسلامي، دكتوراه دولة، السعودية، سنة 1988.
- 6- لينا حسن زكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة مواجهتها، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، القاهرة، سنة 2004.
- 7- محمد فهم الجندي، المفاوضة في الشركة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، سنة 1991.
- 8- مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1985.

- 9- محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، حصة العمل في الشركة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، سنة 1978.
- 10- محمد بن ابراهيم موسى، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، ط1، مطبوعات جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، سنة 1997.

د- المقالات والمدخلات العلمية:

- 1- إبراهيم لطفي، مقال بعنوان: التمويل بالمشاركة مشاكل التطبيق والحلول، مجلة البنوك الإسلامية، ع 2، ماي 1987.
- 2- أبو اليزيد المتيت، مقال بعنوان: ضمانات القروض في البنوك الإسلامية، مجلة البنوك الإسلامية، القاهرة، ع 50، أكتوبر 1986.
- 3- أحمد عادل كمال، مقال بعنوان: دور البنوك الإسلامية في تمويل التنمية الاقتصادية، مجلة البنوك الإسلامية، ع 227، القاهرة 1986.
- 4- محمد بدران، مقال بعنوان: الفينيقيون ونشاطهم الاقتصادي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، ع 1، 1975.
- 5- محمد حسين قنديل، مقال بعنوان: تحديد الربح وأثره على صحة عقود المشاركات في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر دمنهور، 2005.
- 6- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، 1998.
- 7- فوزي فتات، مقال بعنوان: الاتفاقات الممنوعة في مجال توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الادارية، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ع 2، 2005.
- 8- فوزي فتات، مقال بعنوان: أحكام التنازل عن الحصص وانتقالها في شركة التضامن في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ع6، 2005.

- 9- فوزي فتات و فوزي النعيمي، مقال بعنوان: نظريات قانونية مختلفة حول نطاق الحصة بالعمل في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان ع4، 2004.
- هـ- النصوص القانونية:
- 1- القانون 88-14، المؤرخ في 3 ماي 1988، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج. ع 18.
 - 2- القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد 36 بتاريخ 22 أوت 1990.
 - 2- القانون 04-15، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ج.ج. ع 71.
 - 3- القانون 04-08، المؤرخ في 14 أوت سنة 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ج.ر.ج.ج. ع 52، سنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-06 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2013، ج.ر.ج.ج. ع 39 بتاريخ 31 جويلية 2013 .
 - 4- القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر.ج.ج. ع 44.
 - 5- القانون رقم 12-06، المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالجمعيات ج.ر.ج.ج. ع 02، بتاريخ 15 يناير 2012.
 - 6- القانون 15-20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج.ج. ع 71، بتاريخ 30 ديسمبر 2015.
 - 7- الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج. ع 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
 - 8- الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر.ج.ج. ع 07 المعدل والمتمم.
 - 9- الأمر 96-22، المؤرخ في 9 جويلية 1996، المتعلق بقمع مخالفات التشريع والتنظيم الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال، ج.ر.ج.ج. ع 77، بتاريخ 11 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم.

- 10- الأمر 96-27، المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 المتضمن القانون التجاري الجزائري. ج.ر.ج.ج ع 77 بتاريخ 11 ديسمبر 1996.
- 11- المرسوم التشريعي رقم 93-08، المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج ع 02.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 95-438 المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 1995، المتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج.ر.ج.ج ع 80.
- 13- قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997، المعدل والمتمم بالقانون رقم 57 لسنة 2006.
- 14- قانون الشركات المصري لسنة 1981.
- 15- قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 المعدل والمتمم بالقانون رقم 57 لسنة 2006.
- 16- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.
- 17- القانون المدني المصري.
- 18- القانون المدني العراقي.

القرارات القضائية:

- 1- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 15/06/1985، م. ق عدد 04، سنة 1989، ص 414.
- 2- قرار المحكمة العليا مؤرخ في: 20/12/1990، م. ق عدد 04، سنة 1991، ص 50.
- 3- قرار المحكمة العليا مؤرخ في: 18/03/1997، م. ق عدد خاص، ص 145.
- 4- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 07/09/2002، م. ق عدد 01، سنة 2004، ص 175.
- 5- قرار المحكمة العليا مؤرخ في: 19/11/2005، نشرة القضاء، عدد 59، ص 279.
- 6- قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 18/04/2003، م. ق عدد 03، ص 120.
- 7- قرار المحكمة العليا رقم 79847 المؤرخ في: 30/06/1991، م. ق عدد 54، ص 02.

- 8- قرار المحكمة العليا في القضية رقم 142806، المؤرخ في: 1996/03/26 م.ق عدد خاص، سنة 1999، ص 141، 142، 143، 144.
- 9- قرار المحكمة العليا في قضية رقم:148423، المؤرخ في: 1997/03/18، م.ق عدد خاص، سنة 1999، ص 145، 146، 147.
- 10- قرار المحكمة العليا في قضية رقم 63999، بين (س ت) و(د ح) المؤرخ في 1990/12/20. م.ق عدد خاص، سنة 1992.
- 11- قرار غرف الجرح والمخالفات، القسم الثالث، المؤرخ في: 1997 /12 /22 ملف رقم 1555884.
- 12- قرار غرف الجرح والمخالفات، القسم الثالث المؤرخ في: 1994/12 /04، الملف 122336.
- 13- قرار المحكمة العليا في قضية رقم 43098 بين(ب س) و(أ ع) المؤرخ في: 1987/04/12، م.ق عدد 4، سنة 1990، ص 85،86،87.
- 14- قرار المحكمة العليا في قضية رقم 136433، المؤرخ في: 1996/11/13 م.ق عدد 1، سنة 1997، ص 17،18،19،20.
- 15- قرار المجلس الأعلى رقم 32208، المؤرخ في: 1985/5/4، م.ق عدد03، سنة1986.

المواقع الإلكترونية:

- [http:// www.iedj dz. Org](http://www.iedj.dz.Org), le : 13/06/2017.
- www.legifrance.gouv.fr, le : 20/07/2017.
- <http://codes.droit.org>, le :16/06/2017.
- <http://droit-finances.commentcamarche.net>, le : 25/05/2017
- www.Commerce.gov.dz.le: 05/02/2016.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

Les ouvrages:

- 1- Azziz Al Kazza , Les capitaux de l'islam ,l'islamisation du système bancaire et du système de financement aux capitaux ,CNRS paris, 1990.
- 2- Champaud, nouvelle technique de concentration, librairie technique, Montpellier, 1971.
- 3- Cozian et autre, droit Commercial, ^{ème} éd, paris.
- 4- Francis le meunier, droit des société ,11 ^{ème} éd , Delmas.
- 5- George Ripert, René Roblot, Droit commercial, T 1, 16 ^{ème} éd paris, L.G.D.J, 1996.
- 6- George Ripert, René Roblot,Traité élémentaire de droit commercial, T 2, éd Economica.
- 7- George Ripert, traite élémentaire de droit commercial, 19 ^{ème} éd paris.
- 8- Philippe Merle, droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 8 ^{ème} éd, paris, 2001.
- 9 -Jeantin, Sociétés commerciales, 3 ^{ème} éd ,montgrestien,1994.
- 10 -Mohammed Salah, les sociétés commerciales, T1, Algérie 2005.
- 11-Rodier René, et Oppetit , précis Dalloz, droit commercial,10 ^{ème} éd, paris,1980.
- 12 - Stéphanie Parigi, Des banques islamiques, éd Ramsay, Paris, 1989.
- 13 -Yves Guyon, Droit des affaires, T1, éd Economica, Paris, 1994.

- Les Thèses :

- 1- Bruno, pierre Normand, La société d'exercice libéral : un bilan dan la profession vétérinaire après dix années d'existence, Thèse pour le Doctorat vétérinaire, Faculté de Médecine De Creteille .
- 2- Hellens Pearels, Le dépassement de la personnalité morale, Thèse Doctorat, Université Lille, 2008.
- 3- Nany Elodie Mabika, L'utilité du capitale sociale (étude de droit française) doctorat en droit privé, 2010, paris .

-Les Périodiques :

- 1- Coquelet portée de l'effet substitutif processuel attaché a la transmission universel de patrimoine résultant d'un apport partiel

- d'actif soumis au régime des scissions, Revue droit des sociétés n° 4 Avril 2010, Paris.
- 2-Bordeaux,14 mai 1990, rev, soc,1990.
- 3- Chamouland, Trapiers, Droit des affaires relation de l'entreprise commercial, collection dirigée par Claude lombois, Bréal, France, 2003.
- 4-Dana Demaret , Théorie des apports en industrie J.C.p.SOC, fasc11,1992.
- 5- Henri Huguet, société en nom collectif et en commodité simple, fasc.G-10.J.C.P.Septembre, 2000 .
- 6- Jean marc Bahans, publicités des Société, Généralité, publicité liée à la naissance des société, J.C.P, Soc. Fasc.27-40,version,4/2004.
- 7-Juan sote, introducing Islamic Banks into conventional Banking systems working paper, july,2007.
- 8- Lieberman and Siedel, Business law the legal environment.
- 9- Mohammed Ali Chekir , Les aspects pratiques du financement moudharaba, communication présentée dans un séminaire organisé conjointement par l'institut islamique de recherches et de formation et la banque al-Baraka mauritanienne islamique, 5-6 déc, 1992, in : Actes de séminaire n° 37 , intitulé : Introduction aux techniques islamiques de financement.
- 10- Saintourans, la flexibilité du droit des sociétés, rev .trim civ. paris 1987.
- 11-Schodermeier .Clause Léonine et renunciation total ou partielle de participer a la répartition des dividendes, bulletin ,joly,1993.
- 12- Yves Guyon , La personnalité morale, fasc 28-10.
- 13- Yves Guyon, Société Civile professionnelle, Ency .Dalloz .

- Les lois :

- 1- Code civil français.
- 2- Code de commerce français.

- Les jurisprudences :

- 1- Cass. Com, 15, mars 1944, Rec,Jur,Soc .1931, Bull. Joly 1995.
- 2- Cass. Com, 9 Avril 1996, Rev. Soc. 1997. note Benac-shmidt.

- 3- Cass. Com 10 juin 1953, JCP,G,II n° 7908, note Bastin.
- 4- Cass. Com, 6 Octobre 1953. legifrance.gouv.fr
- 5- Cass. Com, 17 Novembre.1970,D,1971, Jurisp.
- 6- Cass. Com. 23Novembre.2004, n°02-14262 . legifrance.gouv.fr
- 7-Cass.Soc, 22 mai 1995.Bull. Joly 1995, note Ph. Reigné.
- 8-Cass. Req.2 juilt 1817 Cité par Jean pierre Legros.
- 9- Cass.Soc, 14 Octobre 2015, n°14-10960. . legifrance.gouv.fr
- 10- Cass.civ.30 Avril 2003, N° 01-16- 697 Bull .civ N° 88.
- 11- Cass.Soc.14 octobre 2015, n° 14-10960. legifrance.gouv.fr

الفهرس

الفهرس:

1مقدمة.
11الفصل التمهيدي: نشأة الشركات التجارية في منظور الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
12المبحث الأول: تعريف الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ومقارنتها بما يشتهر بها.
13المطلب الأول: تعريف الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
14الفرع الأول: المعنى اللغوي للشركة.
15الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي العام للشركة.
20الفرع الثالث: تعريف شركة العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية.
21البند الأول: تعريف شركة العقد عند المالكية.
22البند الثاني: تعريف شركة العقد عند الشافعية.
23البند الثالث: تعريف شركة العقد عند الحنفية.
24البند الرابع: تعريف شركة العقد عند الحنابلة.
25الفرع الرابع: تعريف الشركة في القانون الوضعي.
26البند الأول: الشركة و فكرة العقد.
28البند الثاني: الشركة وفكرة النظام.
31البند الثالث: تحديد مفهوم الشركة في القانون الوضعي.
34البند الرابع: المقارنة بين التعريف الشرعي والقانوني للشركة.
35المطلب الثاني: تمييز الشركة عما يشتهر بها.
36الفرع الأول: تمييز عقد الشركة عن بعض العقود الأخرى.
36البند الأول: الشركة وعقد القرض.
38البند الثاني: الشركة وعقد العمل.
40البند الثالث: الشركة وعقد البيع.
41البند الرابع: الشركة وعقد الوكالة.
41البند الخامس: الشركة وعقد النشر.
42الفرع الثاني: تمييز الشركة عن بعض الأنظمة القانونية.

42البند الأول: الشركة والجمعية.
43البند الثاني: الشركة والشيوع.
45البند الثالث: الشركة ومجموع المشاريع.
46البند الرابع: الشركة المدنية والشركة التجارية.
47المبحث الثاني: الأصل في مشروعية الشركة وتطورها التاريخي.
50المطلب الأول: الأصل في مشروعية الشركة.
50الفرع الأول: الأصل الأول (القرآن الكريم).
52الفرع الثاني: الأصل الثاني (السنة النبوية المطهرة).
54الفرع الثالث: الأصل الثالث (إجماع الأمة).
54الفرع الرابع: الأصل الرابع (المعقول).
56المطلب الثاني: التطور التاريخي للشركات التجارية.
56الفرع الأول: الشركات في التشريعات القديمة.
56البند الأول: الشركة وقانون حمورابي.
57البند الثاني: الشركة عند اليونان.
58البند الثالث: الشركة في القانون الروماني.
59البند الرابع: الشركات عند العرب.
60الفرع الثاني: الشركات في القرون الوسطى.
62الفرع الثالث: الشركات في القرن الثامن عشر.
63الفرع الرابع: الشركات في القوانين الحديثة.
69الباب الأول: الأحكام العامة للشركات التجارية في الشريعة والقانون.
69تمهيد.
73الفصل الأول: أركان الشركة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
73المبحث الأول: الأركان العامة لعقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
74المطلب الأول: الأركان والشروط العامة للشركة في الفقه الإسلامي.
74الفرع الأول: الأركان العامة للشركة في الفقه الإسلامي.

75البند الأول: الصيغة.
81البند الثاني: العاقدان.
87البند الثالث: المعقود عليه " المحل " .
91الفرع الثاني: الشروط العامة للشركة عند فقهاء المسلمين.
91البند الأول: الشروط العامة للشركة عند المالكية.
92البند الثاني: الشروط العامة للشركة عند الشافعية.
92البند الثالث: الشروط العامة للشركة عند الحنفية.
94البند الرابع: الشروط العامة للشركة عند الحنابلة.
97المطلب الثاني: الأركان العامة لعقد الشركة في القانون الوضعي.
98الفرع الأول: التراضي.
98البند الأول: وجود التراضي (نظرية الإيجاب والقبول).
100البند الثاني: صحة التراضي.
105الفرع الثاني: الأهلية.
108الفرع الثالث: المحل.
109الفرع الرابع: السبب.
111المبحث الثاني: الأركان الخاصة لعقد الشركة.
112المطلب الأول: الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة.
112الفرع الأول: تعدد الشركاء.
114البند الأول: طبيعة الشركاء.
118البند الثاني: عدد الشركاء.
121الفرع الثاني: نية المشاركة.
124الفرع الثالث: تقديم الحصص.
125البند الأول: ضرورة تقديم الحصص في كل الشركات التجارية.
129البند الثاني: إلزام كل الشركاء بتقديم الحصص في الشركات التجارية.
131البند الثالث: ضرورة تقديم حصة حقيقية.

134البند الرابع: الأحكام الخاصة بركن تقديم الحصص
162البند الخامس: أهم الفروق بين الحصة بالعمل والحصة بالمال
165البند السادس: تمييز الحصة بالعمل عما يختلط بها
167البند السابع: التمييز بين رأس المال وأصول الشركة
169البند الثامن: الثقة والنفوذ كحصة في الشركات التجارية
172الفرع الرابع: مساهمة الشركاء في الأرباح والخسائر
173البند الأول: الربح في الشركة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي
181البند الثاني: تحمل الخسائر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي
187البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من شرط الأسد
189المطلب الثاني: الأركان الشكلية لعقد الشركة
190الفرع الأول: كتابة عقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
190البند الأول: كتابة عقد الشركة في الشريعة الإسلامية
192البند الثاني: كتابة عقد الشركة في القانون الوضعي
197الفرع الثاني: شهر الشركة في الشريعة والقانون
197البند الأول: شهر عقد الشركة في الشريعة الإسلامية
198البند الثاني: شهر عقد الشركة في القانون الوضعي
201البند الثالث: الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بخصوص الأركان الشكلية
202الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد الشركة في الشريعة والقانون
202المبحث الأول: الشخصية المعنوية للشركة في الشريعة والقانون
203المطلب الأول: الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي
203الفرع الأول: ثبوت الشخصية المعنوية للشخص الاعتباري في الفقه الإسلامي
205الفرع الثاني: الذمة المالية في الفقه الإسلامي
206الفرع الثالث: أهلية الشركة في الفقه الإسلامي
207الفرع الرابع: مقر الشركة وجنسيته في الفقه الإسلامي
209المطلب الثاني: الشخصية المعنوية في القانون الوضعي

209الفرع الأول: المقصود بالشخصية المعنوية.
211الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية.
212الفرع الثالث: اكتساب الشخصية المعنوية.
214الفرع الرابع: النتائج المترتبة على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية.
214البند الأول: الذمة المالية.
216البند الثاني: أهلية الشركة..
217البند الثالث: موطن الشركة..
217البند الرابع: جنسية الشركة.
218البند الخامس: الممثل القانوني.
219البند السادس: اسم الشركة.
220البند السابع: تحمل المسؤولية.
221المبحث الثاني: بطلان الشركة وانقضاءها في الشريعة والقانون.
222المطلب الأول: بطلان الشركة بين الشريعة والقانون.
223الفرع الأول: بطلان الشركة في الفقه الإسلامي.
227الفرع الثاني: بطلان عقد الشركة في القانون الوضعي.
229البند الأول: البطلان المطلق.
231البند الثاني: البطلان النسبي.
232البند الثالث: البطلان الخاص.
233البند الرابع: بطلان عقد الشركة ونظرية الشركة الفعلية.
237البند الخامس: تصحيح العيوب وتقادم دعاوى البطلان.
239المطلب الثاني: انقضاء عقد الشركة والآثار المترتبة عليه بين الشريعة والقانون.
240الفرع الأول: انقضاء الشركة في الشريعة والقانون.
240البند الأول: أسباب انقضاء الشركة في الشريعة الإسلامية.
246البند الثاني: انقضاء الشركة في القانون الوضعي.
261الفرع الثاني: الآثار المترتبة على انقضاء الشركة في الشريعة والقانون.

262البند الأول: تصفية الشركة.
272البند الثاني: قسمة أموال الشركة.
276البند الثالث: تقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة.
282الباب الثاني: تصنيف شركات الأشخاص التجارية في الشريعة والقانون.
282تمهيد.
285الفصل الأول: شركات الأشخاص في الشريعة الإسلامية.
289المبحث الأول: شركتا العنان والمفاوضة.
290المطلب الأول: شركة العنان.
291الفرع الأول: تعريف فقهاء المذاهب الأربعة لشركة العنان.
293الفرع الثاني: شروط شركة العنان وأحكامها.
296المطلب الثاني: شركة المفاوضة.
297الفرع الأول: تعريف المفاوضة في المذاهب الفقهية الأربعة.
297البند الأول: تعريف المفاوضة عند المالكية.
298البند الثاني: تعريف المفاوضة عند الشافعية.
299البند الثالث: تعريف المفاوضة عند الحنفية.
301البند الرابع: تعريف المفاوضة عند الحنابلة.
303الفرع الثاني: حكم شركة المفاوضة.
304البند الأول: حكم شركة المفاوضة في الفقه المالكي.
304البند الثاني: حكم شركة المفاوضة في الفقه الحنفي.
304البند الثالث: حكم شركة المفاوضة في الفقه الحنبلي.
304البند الرابع: حكم شركة المفاوضة في الفقه الشافعي.
305الفرع الثالث: التمييز بين شركتي المفاوضة و العنان.
306البند الأول: الأمور التي تشترط فيها المساواة.
307البند الثاني: أهم الفروق بين شركتي المفاوضة والعنان.
308المبحث الثاني: شركة الأعمال.

309المطلب الأول: تعريف شركة الأعمال وحكمها.
309الفرع الأول: تعريف شركة الأعمال.
310الفرع الثاني: حكم شركة الأعمال.
311البند الأول: المجيزون لشركة الأعمال.
312البند الثاني: المانعون لشركة الأعمال.
316المطلب الثاني: شروط شركات الأعمال وأحكامها.
316الفرع الأول: شروط شركات الأعمال.
318الفرع الثاني: أحكام شركات الأعمال.
322المطلب الثالث: أنواع شركات الأعمال ومجالات تطبيقها.
322الفرع الأول: أنواع شركات الأعمال.
323الفرع الثاني: مجالات تطبيق شركات الأعمال.
325المطلب الرابع: موقف القانون من شركات الأعمال.
325الفرع الأول: الرأي الأول.
326الفرع الثاني: الرأي الثاني.
328المبحث الثالث: شركة الوجوه.
328المطلب الأول: تعريف شركة الوجوه وحكمها.
329الفرع الأول: تعريف شركة الوجوه.
330الفرع الثاني: حكم شركة الوجوه.
334المطلب الثاني: شروط شركة الوجوه وأحكامها.
334الفرع الأول: شروط شركة الوجوه.
337الفرع الثاني: أحكام شركة الوجوه.
338المطلب الثالث: أقسام شركة الوجوه.
339المطلب الرابع: موقف القانون من شركة الوجوه.
341المبحث الرابع: شركة المضاربة أو القراض.
341المطلب الأول: تعريف شركة المضاربة وحكمها.

342 الفرع الأول: تعريف شركة المضاربة.
344 الفرع الثاني: حكم شركة المضاربة.
347 المطلب الثاني: شروط شركة المضاربة وأحكامها.
347 الفرع الأول: شروط شركة المضاربة.
351 الفرع الثاني: أحكام شركة المضاربة.
357 المطلب الثالث: أنواع المضاربة.
357 الفرع الأول: المضاربة المطلقة.
357 الفرع الثاني: المضاربة المقيدة.
360 المطلب الرابع: التكييف الشرعي لعقد المضاربة.
366 المطلب الخامس: المضاربة بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الحديث.
369 الفرع الأول: التطبيق العملي لشركة المضاربة من خلال المؤسسات المالية المعاصرة.
370 البند الأول: المضاربة المشتركة كصورة مصرفية مستحدثة لشركة المضاربة.
371 البند الثاني: مشروعية المضاربة المشتركة.
372 البند الثالث: صور المضاربة المشتركة.
373 البند الرابع: أهم الفوارق بين المضاربة المشتركة وبين صور المضاربة الفردية.
374 البند الخامس: الخطوات العملية لإجراء عمليات المضاربة في المصارف الإسلامية.
375 البند السادس: طبيعة العلاقة بين أطراف المضاربة المشتركة.
377 البند السابع: الضمان في المضاربة المشتركة.
 الفرع الثاني: إنجازات المضاربة والعقبات التي تعترض المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيقها
379 للمضاربة المشتركة.
383 المطلب السادس: شركة المضاربة بين شركات الأشخاص وشركات الأموال.
384 الفصل الثاني: شركات الأشخاص في القانون الوضعي.
385 المبحث الأول: شركة التضامن.
387 المطلب الأول: خصائص شركة التضامن.
387 الفرع الأول: اكتساب الشريك صفة التاجر.

391الفرع الثاني: المسؤولية الشخصية والمطلقة والتضامنية عن ديون الشركة.
395الفرع الثالث: عنوان الشركة.
397الفرع الرابع: عدم قابلية الحصص للتداول.
398المطلب الثاني: تأسيس شركة التضامن.
400المطلب الثالث: إدارة شركة التضامن.
401الفرع الأول: تعيين المدير.
403الفرع الثاني: أجر المدير.
404الفرع الثالث: المسؤولية الناتجة عن أعمال مدير الشركة.
406الفرع الرابع: عزل المدير.
408المطلب الرابع: توزيع الأرباح والخسائر.
409المطلب الخامس: انقضاء شركة التضامن.
412المطلب السادس: المقارنة بين شركة التضامن والشركات في الفقه الإسلامي.
412الفرع الأول: المقارنة بين خصائص شركة التضامن والقواعد المماثلة في شركات الفقه الإسلامي...
414الفرع الثاني: الاختلاف بين شركة التضامن وشركات الفقه الإسلامي.
416المبحث الثاني: شركة التوصية البسيطة.
417المطلب الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وبيان خصائصها.
417الفرع الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة.
418الفرع الثاني: خصائص شركة التوصية البسيطة.
421المطلب الثاني: تكوين شركة التوصية البسيطة.
426المطلب الثالث: إدارة شركة التوصية البسيطة.
429المطلب الرابع: انقضاء شركة التوصية البسيطة.
المطلب الخامس: المقارنة بين خصائص شركة التوصية البسيطة وما يماثلها من قواعد الشركات
431فيالفقهالإسلامي.
434المطلب السادس: بين شركة المضاربة الإسلامية والتوصية البسيطة العصرية.
437المبحث الثالث: شركة المحاصة.

438	المطلب الأول: تعريف شركة المحاصة وخصائصها.....
443	المطلب الثاني: تكوين شركة المحاصة وإدارتها.....
444	الفرع الأول: طرق تنظيم إدارة الشركة.....
448	الفرع الثاني: مسؤولية المدير المحاص إذا كان شخصا معنويا.....
449	الفرع الثالث: موضع شركة المحاصة في التشريع الجزائري.....
449	المطلب الثالث: انقضاء شركة المحاصة.....
452	المطلب الرابع: المقارنة بين خصائص شركة المحاصة والقواعد الشرعية في الفقه الإسلامي
455	الخاتمة.....
470	قائمة المراجع.....
489	الفهرس.....

الملخص :

إن الهدف الذي تسعى إليه كل من شركات العقود الإسلامية وشركات الأشخاص التجارية المقررة في القانون الوضعي لينبثق من مشكاة واحدة، إذ تهدف كل منها إلى تحصيل الربح سواء بتنمية المال أو بتحصيل أصله. والمتصفح لما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام تنظم شركات العقود يجد أن شركات الأشخاص في القانون الوضعي تستمد قواعدها من شركة المضاربة الإسلامية، فشركة التضامن تقترب من المضاربة حين يقدم العمل من بعضهم، فيكون حينها الشريك بالعمل مضاربا في مال غيره. أما شركة التوصية البسيطة تعد صورة تطبيقية لشركة المضاربة حيث يعمل الشريك المتضامن مضاربة في مال الشريك الموصي. وفي شركة المحاصة، إذا سلمت الحصص لأحد الشركاء لاستثمارها، يكون هذا الشريك وكيلًا عنهم في استثمار هذا المال، وبالتالي عمله في مال غيره يكون مضاربة. الكلمات المفتاحية: شركات الأشخاص، شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة المحاصة، شركة المضاربة الإسلامية، العقد، الأموال، رؤوس الأموال، الاستثمار.

Résumé :

L'objectif commun des sociétés commerciales de personnes au nom de la loi et de celles des contrats islamiques, est de faire du bénéfice soit en investissant des fonds ou en les collectant.

En consultant brièvement les lois de la charia islamique et surtout les exigences qui régissent les sociétés à contrats, on constate que la société de personnes dans les différentes lois, tire ses fondements de la société de brokerage islamique. Ainsi, la société en nom collectif, ressemble à celle-ci du fait que les capitaux sont fournis par tous les associés, tandis que le travail est assuré seulement par quelques uns d'entre eux qui seraient, ainsi, broker de fonds d'autrui. D'autre part, la société en commandité simple est une sorte d'application de la société de brokerage islamique, du moment où l'associé commanditaire gère les fonds de l'autre associé. Enfin, dans la société en participation, si les parts sont données à un associé pour investissement, celui-ci les représente et son travail avec les fonds d'autrui est une forme de brokerage.

Mots Clés : Société commerciale de personnes-La société en nom collectif- La société en commandité simple - La société en participation-La société de brokerage islamique- Le contrat- les fonds- les capitaux- investissement.

Abstract :

The common objective of commercial companies in the name of the law and of Islamic contracts is to make a profit either by investing funds or by collecting them.

By briefly consulting the laws of the Islamic Sharia, it can be seen that the partnership in the various law, is based on the brokerage company Islamic. On the other hand, the limited partnership is a kind of application of the Islamic brokerage company. Finally, in the joint venture, if the shares are given to a partner for investment, he represents them and his work with the funds of others is a form of brokerage.

Key words: Commercial partnership - partnership simple - partnership joint venture – The Islamic brokerage – The contract – Funds –Investment capital.