



## مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت  
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

### البحث الأول

# التكيف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة اهي شركة ملك ام شركة عقد؟

فضيلة الشيخ / أ. د. نزيه كمال حماد

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي  
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موشنبيك  
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان  
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإلتياز  
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد  
ahli united bank



الأهلي  
NCB

النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات  
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي  
Kuwait Finance House



## بسم الله الرحمن الرحيم

### الشركة لغة:

١- الشركة في اللغة مشتقة من الشَّرِك، وهو النصيب والحصة. يقال شَرِكْتُ فلانا في الأمر والمال وشاركته، شَرِكًا وشَرِكَةً وشَرِكَةً، إذا كان لكل منهما فيه حصة ونصيب<sup>(١)</sup>

قال القاضي عياض: (الشَّرِك والشَّرِكَةُ والاشترَاك واحد)<sup>(٢)</sup>. وفي (معجم مقاييس اللغة) لابن فارس: (الشين والراء والكاف) (شرك) أصلان: أحدهما يدل على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدل على امتداد واستقامة، فالأول: الشَّرِكَةُ، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما. ويقال: شاركت فلانا في الشيء، إذا صرّت شريكه فيه. وأشركت فلانا: إذا جعلته شريكاً له. وأما الأصل الآخر: فالشَّرِك: لَقَمُ الطَّرِيق وهو شركة أيضا. وشرك النعل مَشَبَهُ بهذا. ومنه شَرِكُ الصائد، سمي بذلك لامتداده<sup>(٣)</sup>.

### الشركة اصطلاحا:

٢- وتطلق الشركة في الاصطلاح الفقهي - بمعناها العام - على الخلطة وثبوت الحصة<sup>(٤)</sup>.

وقيل: هي خلط النصيبين فصاعدا، بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر.

وجاء في م (١٠٤٥) من المجلة العدلية: (الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء، وامتيازهم به).

كما تطلق الشركة على العقد الذي يتم بسببه خلط المالين حقيقة أو حكما مجازا، من باب إطلاق اسم السبب على المسبب<sup>(٥)</sup>.

قال الخرشي: (وهي بكسر الشين وفتحها، وسكون الراء فيهما، وفتح الشين وكسر الراء، والأولى أفصحها)<sup>(٦)</sup>.

١- القاموس المحيط ص ١٢١٩، النهاية لابن الأثير ٢/٤٦٧، المعجم الوسيط ص ٤٨٠، أساس البلاغة ص ٢٣٤

٢- مشارق الأنوار ٢/٢٤٨

٣- معجم مقاييس اللغة ٣/٢٦٥

٤- الاختيار للموصلي ١١/٣

٥- تبين الحقائق ٣/٣١٢، حاشية الطحاوي على الدر ٣/٥١١، المعاملات المالية الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٦.

٦- الدر المنتقى ١/٧١٤، الخرشي ٦/٣٨، رد المحتار ٣/٣٢٢

٧- شرح الخرشي على خليل ٦/٣٧



### اقسام الشركة

٣- تنقسم الشركة عند الفقهاء إلى قسمين: شركة ملك، وشركة عقد.

فأما شركة العقد: فهي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه، أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن هناك رأس مال<sup>(٨)</sup>.

قال في الدر المختار: (وحكمها الشركة في الربح)<sup>(٩)</sup>.

وقد جاء في م (١٣٢٩) من المجلة العدلية: (شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهما). وقال الخرشي: (هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما أيضا)<sup>(١٠)</sup>

وجاء في م (٧٤٧) من مرشد الحيران (شركة العقد هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وفي الربح. وهي أنواع: شركة بالمال، وشركة بالأعمال، وشركة وجوه، وكل من هذه الثلاثة إما مفاوضة أو عنان)

وقد ناقش الفقيه البارع الدكتور إبراهيم عبد الحميد تعريفات الفقهاء المختلفة لشركة العقد، وانتهى إلى أن التعريف الجامع المانع لها هو أنها: (عقد بين اثنين فأكثر يقتضي إذن الجميع أو بعضهم في التصرف للجميع على أن يكون الربح بينهم جميعا)<sup>(١١)</sup>

٤- أما أبرز خصائص شركة العقد بأنواعها المختلفة في النظر الفقهي فهي:

أولاً: أن مقصودها الاشتراك في الربح والكسب المستفاد من تصرف الشركاء بمال الشركة أو أعمالها. ولهذا نص الفقهاء على أن حكمها وموجبها الشركة في الربح.

ثانياً: أنها تتضمن وكالة كل شريك لشريكه، أو إذنه في التصرف في نصيب شريكه، ليتحقق مقصود الشركة، إذ لا سبيل إلى ذلك إلا إذا كان كل واحد من الشريكين نائباً عن صاحبه في نصف ما تصرف فيه، وأصيلاً عن نفسه في نصفه الآخر<sup>(١٢)</sup>.

وعلى ذلك نصت م (٧٤٨) من مرشد الحيران: (يشترط لجواز شركة العقد أن يكون المقود عليه قابلاً للوكالة، وأن يكون الربح معلوم القدر، وأن يكون جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً).

وجاء في رد المحتار نقلاً عن الفتح: (كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه، وهو الاشتراك في الربح، إذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف، وأصيلاً في الآخر لا يكون المستفاد مشتركاً، لاختصاص المشتري بالمشتري)<sup>(١٣)</sup>.

٨- أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٤٥٨، وانظر: بدائع الصنائع ٦/ ٥٦، ٥٧، الاختيار ٣/ ١٢، رد المحتار ٣٢٧/ ٣، تبين الحقائق ٣/ ٣١٣، الدر المختار وحاشية الطحطاوي عليه ١١٣/ ٣

٩- الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ٣/ ٥١٤، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٢٧.

١٠- الخرشي على خليل ٦/ ٣٨، وانظر الزرقاني على خليل ٦/ ٤٠، منح الجليل ٣/ ٢٧٩، مواهب الجليل ٥/ ١١٧.

١١- الشركة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٣٥

١٢- انظر فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي ص ٢٢٢، الشركة لابراهيم عبد الحميد ص ٥٠ - ٥٢، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٤٥٨، المعاملات المالية الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٩.

١٣- رد المحتار لابن عابدين ٣/ ٣٢٧



وجاء في حاشية الشلبي: (عقد الشركة يتضمن الوكالة، لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة، والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق النطق أو الحكم، ولم توجد الولاية والنطق له بالتوكيل، فتعين الثالث لتحقيق الحكم المطلوب من الشركة، وهو الربح<sup>(١٤)</sup>).

ثالثاً- أن تكون حصة كل شريك من الربح أو الكسب محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة إلى جملة كالتصنيف والربح والعشر... الخ، فإذا تم العقد على أن يكون للشريك حصة من الربح من غير بيان المقدار، كان عقداً فاسداً، لأن الربح مقصود الشركة، فتفسد بجهالته، وكذلك إذا علم مقدار حصة الشريك في الربح، ولكن جهلت نسبتها إلى جملة، لأن هذا قد يؤدي إلى خلاف مقتضى العقد، وهو الاشتراك في الربح، فقد لا يحصل منه إلا ما جعل لأحد الشركاء، فيقع ملكاً خاصاً لواحد، لا شركة فيه لسواء، وذلك قاطع للشركة.

وأما شركة الملك: فهي أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر على الخصوص بسبب من أسباب التملك، كالشراء والهبة والوصية والميراث وخلق الأموال أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق<sup>(١٥)</sup>. وهي نوعان: اختيارية، وجبرية.

أ. فأما الشركة الاختيارية فهي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم.

ب. وأما الشركة الجبرية (الاضطرارية): فهي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بإرث، أو باختلاط المالكين بلا اختيار المالكين اختلاطاً لا يمكن معه تمييزهما حقيقة، بأن كانا متحدي الجنس، أو يمكن التمييز بينهما بمشقة وكلفة، بأن كانا مختلفين جنساً<sup>(١٦)</sup>.

هـ- أما أبرز خصائص شركة الملك فهي:

أولاً: اختصاص الشريكين أو الشركاء بمحل واحد وامتيازهم به<sup>(١٧)</sup>.

ثانياً: ليس المقصود بها الاشتراك في الربح أو الكسب المتولد نتيجة تصرف الشركاء في المال المشترك، الذي هو مقتضى شركة العقد.

ثالثاً: أن كل شريك فيها يعتبر أجنبياً في نصيب الآخر، حتى لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذن الآخر، كغير الشريك، وذلك لعدم تضمنها الوكالة أو الإذن بالتصرف فيه<sup>(١٨)</sup>. قال الطحطاوي في حاشيته على الدر عن شركة الملك: (وحكمها أن يكون المال مشتركاً، وكل واحد في نصيب الآخر كأجنبي، لا يجوز تصرفه فيه بدون إذن شريكه)<sup>(١٩)</sup>.

١٤- حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٣ / ٢١٢

١٥- وقد سميت شركة ملك لحصولها بأحد أسبابه. انظر: رد المحتار ٣ / ٢٢٣. تبين الحقائق ٣ / ٢١٣، فتاوى النوازل للسمرقندي ص ٢٢٢، حاشية الطحطاوي على الدر ٣ / ٥١١، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٦، مجلة الأحكام العدلية م ١٠٦٠، مرشد الحيران م ٧٤٥.

١٦- م ٧٤٦ من مرشد الحيران، و م ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤ من المجلة العدلية، رد المحتار ٣ / ٢٢٣، الشركة لابراهيم عبد الحميد ص ١٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ص ٢٠ - ٢٢

١٧- الدر المنتقى ١ / ٧١٤، رد المحتار ٣ / ٢٢٣

١٨- مجمع الأنهر ١ / ٧١٥، تبين الحقائق ٣ / ٢١٢

١٩- حاشية الطحطاوي ٣ / ٥١٠



### تخريج مسألة الشركة في المشاركة المتناقصة:

٦. بناء على ما تقدم في بيان حقيقة وخصائص كل من شركة العقد وشركة الملك في النظر الفقهي، فإن اتفاق الشريكين في المنظومة الموسومة بـ (المشاركة المتناقصة) على بنائها على أساس الاشتراك في تملك عقار أو غيره من المستغلات، لا يترتب عليه ولا ينشأ عنه شركة عقد بحسب المفهوم الاصطلاحي لها، وإنما يتولد عنه شركة اختيارية بملك، وذلك لأمرين:

**أحدهما:** أن تلك الشركة ليس المقصود بها الربح أو الكسب الذي ينشأ عن تصرفات وأعمال شركات العقد، كما أنها لا تتطوي على وكالة من أي شريك لشريكه أو إذن بالتصرف في ماله من أجل تحقيق الربح والاشتراك فيه، وكذلك لا يشترط فيها أن تكون حصة كل شريك من الربح أو الكسب محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة الى جملته.

**والثاني:** أنه لا فرق في النظر الفقهي بالنسبة إلى شركة الملك الاختيارية بين أن يقع تملك شخصين فأكثر عينا مالية على التعاقب أو مصادفة دون اتفاق أو تراض مسبق بينهما، وبين أن يقع في عقد واحد أو صفقة واحدة، بناء على اتفاق أو تراض متقدم بينهم، حيث ان الفارق بين هذه الأحوال غير مؤثر في الحكم الشرعي على ذلك الاشتراك بانه شركة ملك لا شركة عقد. وقد نبه العديد من الفقهاء على اختلاف مذاهبهم إلى هذا المعنى في نصوص واضحة صريحة، منها:

أ. قول الكاساني: (شركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما. فأما الذي يثبت بفعلهما، فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما، فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك، وأما الذي يثبت بغير فعلهما: فالميراث، بأن ورثا شيئاً، فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك)<sup>(٢٠)</sup>.

ب. تعريف السعدي، قاضي القضاة، ورئيس الحنفية في بخارى في القرن الخامس الهجري لشركة الملك - التي كان يطلق عليها في بخارى في عصره شركة الخاص، نظرا لكون الملك فيها مخصوصا بالشركاء - بقوله (هي أن يرثا ميراثا، أو يقبلا وصية، أو توهب لهما هبة متساوية بينهما، أو يشتريا مالا، عبداً أو دابة أو غيرهما بصفقة واحدة. وهذه شركة وقعت لهما فيما ذكرنا ليست بشركة عقد يعقدان عليها)<sup>(٢١)</sup>.

ج. نص م (١٠٦٠) من (مجلة الاحكام العدلية) على أن شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين أكثر من واحد، أي مخصوصا بهم، بسبب من أسباب التملك، كالاشتراء، والاتهاب وقبول الوصية، والتوارث، أو بخلط أموالهم أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق، كأن اشترى اثنان مثلاً مالا، أو وهبه أحد لهما، أو أوصى به وقبلا، أو ورث اثنان مالا، فيصير ذلك المال مشتركا بينهما، ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال).

قال العلامة علي حيدر في شرح هذه المادة: (مثلاً: لو اشترى اثنان أو أكثر مالا بعقد واحد أو بعقود متعددة، أو وهبها أحد مالا، أو أوصى به، أو تصدق به عليهما، أو اهداه لهما، فقبلا الهبة أو الوصية أو الصدقة أو الهدية، أو ورث اثنان أو أكثر مالا، يكون ذلك



المال مشتركاً بينهما، ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال، ومشاركين فيه، ويكون كل واحد منهما شريك الآخر فيه، ويسمى المال مشتركاً، ومشاركاً فيه، بصيغة اسم المفعول، ويسمى أصحاب المال مشاركين ومشاركين ومشاركين وذوي نصيب<sup>(٢٢)</sup>.

د- ما جاء في م (٩٨٧١) من (مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد) في بيان صفة شركة الملك، ونصه: (إذا تملك اثنان فأكثر عينا أو منفعة بسبب من أسباب الملك أو عقد واحد، كشراء، واتهاب، وإرث، واستتجار، وقبول وصية ونحو ذلك فتلك العين أو المنفعة مشتركة بينهما شركة ملك).

ه- ما جاء في م (٤٤٧) من (مرشد الحيران) ونصها: (الشركة على نوعين): شركة بملك، وشركة بعقد). وم (٥٤٧) منه ونصها: (شركة الملك هي أن يملك اثنان فأكثر عينا أو دينا بسبب من أسباب الملك). وم (٦٤٧) منه ونصها: (شركة الملك نوعان: شركة اختيارية، وشركة جبرية. فالشركة الاختيارية هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم. والشركة الجبرية: هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بآرث أو باختلاط المالكين اختلاطاً لا يمكن معه تمييزهما حقيقة بأن كانا متحدي الجنس أو يمكن التمييز بينهما بمسقة وكلفة، بأن كانا مختلفين جنساً).

و- تنبيه الشيخ عليش المالكي في معرض تعريفه لشركة العقد<sup>(٢٣)</sup> الى أن شركة المبتاعين شيئاً بينهما ليست بشركة عقد، إذ لا إذن لهما في التصرف به. ومراده بذلك أن اجتماع شريكين فأكثر في ملك عين باختيارهما في عموم الأحوال إنما يُشكّل شركة ملك، لا شركة عقد<sup>(٢٤)</sup>.

ز- تعريف وبيان الفقيه المحقق الدكتور إبراهيم عبد الحميد لشركة الملك الاختيارية بقوله: (هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء، سواء بواسطة عقد أم بدونه، وسواء وقع العقد مشتركاً منذ بدايته، أم طرأ عليه اشتراكهما، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد.

فمثال ما كان بواسطة عقد مشترك منذ البدء: ما لو اشترى اثنان دابة للجر أو الركوب، أو بهيمة للعمل أو اللبن، أو سيارة للشحن أو غيره، أو بضاعة يتجران فيها، وكالشراء قبول هبة شيء من ذلك أو غيره، أو الوصية أو التصديق به.

ومثال ما كان بواسطة عقد طرأ اشتراكه أو الاشتراك في المال بعده: أن يقع الشراء أو قبول الهبة أو الوصية من واحد، ثم يُشرك معه آخر، فيقبل الآخر الشركة بعوض أو بدونه.

ومثال ما كان بدون عقد: ما لو خلط اثنان ماليهما، وما لو اصطاد اثنان صيدا بشرك نصباه، أو أحياها أرضاً مواتاً<sup>(٢٥)</sup>.

٢٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١١ / ٣

٢٣- بأنها (إذن كل واحد من المشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما أيضاً)

٢٤- منح الجليل ٢ / ٢٧٩

٢٥- الشركة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ١٨، ١٩، ونص كلامه جاء أيضاً في الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦ / ٢١،

نظراً لكونه كاتب موضوعي (الشركة) و (شركة العقد) فيها.



ح- التحقيق النفيس والتحرير البديع الذي لخصه أستاذنا العلامة الثبت المحقق مصطفى الزرقا رحمه الله بقوله:

(إن الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك، فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك تسمى (شركة ملك) وتقالها (شركة العقد) وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل، واقتسام الربح، كما في الشركات التجارية أو الصناعية)<sup>(٢٦)</sup>.

ثم قال: (الشركة في ذاتها قد تكون شركة في ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً. وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل، ويشتركون في نتائجه.

**فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع، وليست من العقود، وان كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فانه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح)<sup>(٢٧)</sup>.**

وختاماً أقول: لقد دلت النصوص الفقهية المتقدمة على نحو لا يدع مجالاً للشك على أن من صور شركة الملك الاختيارية ما وقع بواسطة عقد شراء مشترك لعين مالية جرى الاتفاق عليه بين طرفين منذ البدء، وهي مطابقة للصورة التي يجري عليها العمل في المنظومة التمويلية الموسومة بـ (المشاركة المتناقصة) فليتأمل.