

بدم



المعهد الإسلامي للدراسات والتدريب
البنية الإسلامية للتنمية



تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Shoria Consultancy

مؤتمر شورة الفقهي الخامس

5th Shura Fiqh Conference

12-11 صفر 1435هـ 17-16 ديسمبر 2013 م

فندق جيه دبليو ماريوت - دولة الكويت

البحث الأول:

أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية
والشخصية الاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات
المصرفية الإسلامية ونحوها
«دراسة فقهية مقارنة بالقانون»

لفضيلة الشيخ / أ. د. علي محيي الدين القره داغي

الراعي الذهبي

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank

الراعي الرئيسي

اتحاد مصارف الكويت
KBA Kuwait Banking Association

NCB الأهلي
together as one

الناقل الداخلي

ركاب
ReKab
تأجير السيارات

بنك بوبيان
Boubyan Bank

MASHAER
HOLDING COMPANY
مجموعة الماشاير
للخدمات المالية

anon
Real Estate Finance

رواحل
Rawahel Holding Co.



مجموعة البيوت الاستثمارية (قائمة)
Bayout Investment Group (holding)

الراعي الاعلامي

النور

شريك استراتيجي

الراسم
RASAMEEL
مجموعة الراسم للخدمات المالية

الناقل الخارجي

قبلة
Qiblah
للخدمات والتسوق



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الطيبين وصحبه
الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد...

فإن المستجدات وبخاصة في عالم الاقتصاد لا تنتهي، فعاملنا اليوم يعج بالنازلات، وتتجدد فيه الحوادث
التي لا تنقضي، لذلك تقع على الفقهاء مسؤولية كبيرة من حيث بيان أحكام هذه المستجدات مع
أدلتها وعللها وتوضيحها حتى يكون الناس على بينة من الأمر.

ومن هذه المستجدات : الشخصية الاعتبارية (أو المعنوية) التي ظهرت في العصور الأخيرة ، ولكن
تطبيقاتها تتجدد في مسائل كثيرة منها ما ورد في خطاب التكليف من أمانة المؤتمر حيث طلب مني
أن يكون مخطط البحث من مبحثين وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول: أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية و الشخصية الاعتبارية في المسائل التالية:

- ١- التنضيز الحكمي للودائع الاستثمارية.
- ٢- نظام المخصصات.
- ٣- لزوم عقد المضاربة.
- ٤- تأقيت عقد المضاربة.
- ٥- انفساخ المضاربة بالموت.
- ٦- القبض الحكمي في تعامل المصرف مع العملاء (في موضوعات الصرف/الحوالات المصرفية/
الشيكات المصرفية).
- ٧- نقل عبء الإثبات إلى المضاربين والوكلاء بالاستثمار (تحميل المصرف الإسلامي تبعة هلاك أو
خسارة الودائع الاستثمارية).
- ٨- قلب الدين.
- ٩- الاقتراض بفائدة.

المبحث الثاني: هل تسري أحكام الضرورة والحاجة الشديدة على الشخص الاعتباري ؟

فلو أشرفت شركة مالية أو صناعية على الإفلاس ما لم تقتض بالربا أو تقلب دينها للممولين - إعادة
جدولة ” أنظرنى أزدك ” - فهل يباح لها ذلك كإباحة أكل الميتة وشرب الخمر للمضطر؟ ويلاحظ أن
كثيراً من الشركات المالية الإسلامية أعادت جدولة ديونها للغير ، أو ديونها على الغير ، في ظل الأزمة



المالية ، وبعض المؤسسات الدائنة تفعل ذلك بحجة أنها لو أنظرت ميدنها فإن دائئنها لا ينظرونها.

وفي ضوء هذه القضية المطلوب مناقشة ما يلي:

أ- هل يصح قياس إفلاس شركة أو مؤسسة على هلاك الشخص الطبيعي لإباحة التمويل أو الجدولة بالربا ؟

ب- إن ترابط المديونيات بوصفها عقبة أمام إنظار المعسرين هي مشكلة حقيقية لا يمكن حلها إلا على مستوى بلد بأكمله ومن قبل السلطات النقدية والتنفيذية التي تستطيع أن تفرض (الإنظار) على الجميع ، كما تستطيع اللجوء لخيارات أخرى.

ج- هناك أحياناً مآلات اجتماعية خطيرة لإفلاس المؤسسات المالية الكبيرة لا نظير لها في حالة الشخص الطبيعي، هي خطر انتشار الذعر المالي وتداعياته على مؤسسات أخرى وعلى الاقتصاد برمته فهي (أضرار خارجية) تصيب غير المؤسسة المفلسة، وقد دفعت كثيراً من الحكومات إلى إتخاذ تدابير استثنائية، وهذا أمر قد يعتبر مبرراً كالضرورة أو الحاجة العامة، إذا غلب على ظن خبراء مستقلين احتمال وقوعه، والخبراء في هذا هم عادة السلطات النقدية في البلد المعني.

د- هب أن إدارة مؤسسة متعثرة أكدت لهيئتها الشرعية بأن إفلاسها جدير بأن يعد ضرورة تبرر قلب ديونها وإعادة جدولتها ، فهل يحسن بالهيئة أن تأذن ؟ ثم ماذا ستكتب في تقريرها السنوي عن مدى موافقة أعمال المؤسسة لأحكام الشريعة الإسلامية؟

ولكن بحث هذه المسائل الجزئية يحتاج إلى التأصيل الفقهي للشخصية الاعتبارية حتى تكون الاجابات متنسقة مع التأصيل، والفروع متناسقة مع التعليل، والمسائل الجزئية متناسقة مع مقاصد الشريعة والقواعد الكلية، ولذلك أضيف مبحثاً آخر أجعله المبحث الأول للتأصيل ليكون مخطط البحث من ثلاثة مباحث، تحقق الغرض المنشود بإذن الله تعالى.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً فيما نصبو إليه، وأن يكتب لنا التوفيق في شؤوننا كلها، والعصمة من الخطأ والخطيئة في عقيدتنا، والإخلاص في أقوالنا وأفعالنا، والقبول بفضله ومنه لبضاعتنا المرجاة، والعفو عن تقصيرنا، والمغفرة لزللاتنا، إنه حسبنا ومولانا، فنعم المولى ونعم الموفق والنصير.

كتبه الفقير إلى ربه

علي محيي الدين القره داغي

الدوحة / غرة ذي القعدة ١٤٣٤هـ



المبحث الأول:

التأصيل الفقهي للشخصية الاعتبارية

ويتضمن:

- التعريف بالشخصية الاعتبارية.
- عناصر الشخصية الاعتبارية.
- وتأصيل الشخصية الاعتبارية في القانون ، والفقه الاسلامي.

التعريف بالشخصية الاعتبارية (أو المعنوية):

لقد ذكرت تعريفات كثيرة^١ لا تخلو من ملاحظات ولذلك أختار التعريف الآتي، وهو:

أن الشخصية الاعتبارية هي جهة مقدرة لها أهلية مستقلة تمنحها السلطة المختصة لمجموعة من أشخاص أو أموال تتوافر فيها الشروط المطلوبة.

فقولنا (جهة): جنس شامل لكل الجهات ما عدا الإنسان.

وقولنا (مقدرة): يوضح حقيقة الشخصية الاعتبارية بأنها ليست حقيقية وطبيعية - كما هو الحال في الإنسان - وإنما قدرها القانون واعتبرها لما اقتضته الضرورة او الحاجة.

وقولنا (لها أهلية تمنحها السلطة المختصة): استكمال لحقيقة هذه الشخصية بأن السلطة هي التي تمنحها الأهلية التي لها صلاحيات الشخص الطبيعي في حدود الأغراض التي أنشئت لأجلها، وذلك عند اجتماع أشخاص أو أموال على أهداف معينة من إدارة الأموال أو الأشخاص او نحوهما، وحينئذ تكون لهذه الجهة ذمة مالية مستقلة ومنفصلة عن الشركاء.

فهذا التعريف في نظري جامع مانع بعيد عن الدور والتكرار .

وقد نصت المادة (٥٣) من القانون المدني المصري على أنه : ١- يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون .

١ . يراجع : الدكتور السنهوري : الوسيط ط. دار احياء التراث العربي (٢٨٨/٥) ود. علي حسن بونس : الشركات التجارية ص ٧٩ والدكتور فوزي محمد سامي ط. دار الثقافة بالادرن (٥١/٣) ود. محمد السيد الدسوقي : الشخصية الاعتبارية بين الفقه الاسلامي والقانون ، ط. قطر ص ٣٢٧ وما بعدها

٢- فيكون له : (أ) ذمة مالية مستقلة (ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون (ج) حق التقاضي (د) موطن مستقل ، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي مركزها الرئيسي في الخارج ، ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

٣- ويكون له نائب يعبر عن إرادته).

فالشركة إذن تعتبر شخصاً مستقلاً عن الشركاء، وكذلك الجمعيات ، والمؤسسات تعتبر شخصيات مستقلة عن أعضائها.

وعلى ضوء ذلك أصبح هناك شخصية معنوية يعترف بها القانون إلى جانب الشخصية الطبيعية للإنسان^٢.

وقد اختلف القانونيون في طبيعة الشخصية الاعتبارية : هل هي حقيقة واقعة أم افتراض ومجاز؟ ولا يسع المجال للخوض فيها ، ولكن الذي لا خلاف فيه هو أنه حقيقة قانونية فرضتها ضرورات الحياة الاقتصادية والاجتماعية^٣ وذلك بسبب وجود حقوق خاصة بهذه الشركات والمؤسسات ، وهذا يقتضي وجود شخصية تكون محلاً لهذه الحقوق ، إذ لا يمكن تصور حق دون أن يرتبط بشخص ما.

عناصر الشخصية الاعتبارية :

والشخصية المعنوية تحتاج إلى عنصرين هما :

١- عنصر موضوعي، وهو وجود جماعة من الأشخاص، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض محدد .

٢- عنصر شكلي، وهو اعتراف الدولة لتلك المجموعة بالشخصية المعنوية إما اعترافاً عاماً عندما تكتسب بقوة القانون ، أو خاصاً بكل شركة أو مؤسسة .

وقد نصت المادة (٥٠٦) من التقنين المدني المصري على ما يأتي: (١- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقرها القانون.

٢ . د. عبد المنعم البدراري : المدخل للعلوم القانونية ط. دار النهضة العربية / بيروت ١٩٦٦ ص ١٩٢ ، والدكتور فوزي محمد سامي ، المرجع السابق (٥١/٣)

٣ . يراجع لمزيد من التفصيل : د. عبد المنعم الصدة : أصول القانون ط. دار النهضة العربية ببيروت ١٩٧٨ ص ٤٧٤ ، والدكتور علي القره داغي : مبدأ الرضا في العقود ط. دار البشائر الاسلامية ببيروت (٣٤٩/١-٣٥٨)



٢- ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشرالمقررة أن يتمسك بشخصيتها).

ويوجد مثل هذا النص في معظم القوانين العربية الأخرى، مثل المادة (٤٧٤) من القانون المدني السوري ، والمادة (٦٢٧) من القانون المدني العراقي ، وكذلك الحال في القوانين الخليجية^٤ مثل المادة (٥١٤) من القانون المدني القطري ، ونصت المادة الثامنة من القانون التجاري العراقي على أنه : (فيما عدا شركة المحاصة ، لا تكون للشركة شخصية اعتبارية إلا بعد شهرها وفقاً لأحكام هذا القانون ، ويكون مديرو الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها بحسب الأحوال مسؤولين بالتضامن عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء عدم شهر الشركة).

بدء الشخصية المعنوية :

تبدأ الشخصية المعنوية للشركات المدنية والتجارية (عدا شركة المحاصة التي ليست لها شخصية معنوية) بعد الإجراءات القانونية التي يتطلبها القانون من موافقة الدولة، وشهر الشركة وإجراءات التسجيل ونحوها^٥.

وتظل هذه الشخصية قائمة ما دامت الشركة قائمة، ولذلك تنتهي بانقضاء الشركة، أو بحلها سواء أكان لسبب خاص ، أو لسبب عام^٦.

ويترتب على الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية نتائج مهمة منها :

(أ) ذمة الشركة :

حيث تصبح لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ويترتب على ذلك آثار كبيرة، منها:

١- أن ذمة الشركة هي الضمان العام لدائني الشركة دون دائني الشركاء كما أن ذمم الشركاء هي الضمان العام لدائنيهم الشخصيين إلا في شركة التضامن فإن ذممهم فيها ضامنة لديون الشركة جميعها .

٢- أن حصة الشريك تنقل إلى ذمة الشركة بمجرد أن يقدم الشريك حصته في رأس مال الشركة .

٣- أنه لا يجوز التمسك بالمقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء كما أن إفلاس الشركة أو الشركاء لا يستلزم منه إفلاس الآخر^٧.

٤ . المراجع القانونية السابقة

٥ . المراجع القانونية السابقة

٦ . الشركات التجارية للدكتور أبو زيد رضوان ص ١١٠ وقوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي للدكتور سعيد يحيى ص ٦٦

٧ . وقد صدرت بذلك نصوص قانونية مدنية وتجارية ، يراجع : الدكتور فوزي محمد سامي : المرجع السابق (٥٨/٣)



(ب) الاسم ، والعنوان التجاري :

حيث لا بدّ أن يكون للشركة اسم حسب قواعد وضوابط حددتها القوانين ، وبالنسبة للشركات التجارية لا بدّ أن يكون لها عنوان تجاري .

(ج) الموطن والجنسية :

حيث تتحقق للشركة أهلية قانونية من حيث الحقوق والالتزامات في الحدود التي يعينها سند إنشائها، أو التي يقرها القانون ، ولكن مسؤوليتها كقاعدة عامة هي مسؤولية مدنية إذ لا يمكن معاقبتها جنائياً إذا ارتكبت ما يوجب ذلك .

(د) أهلية الشركة :

تتمتع الشركة عند اكتسابها الشخصية المعنوية بأهلية الأداء الكاملة للتصرف في الحدود التي حددها سند انشائها ، وهو عقد الشركة ونظامها الأساسي ، فلها حق التملك والتقاضي، والتصرفات القانونية باسمها ، وكذلك تترتب عليها المسؤولية المدنية الناتجة عن العقد ، أو عن تقصير أحد موظفيها ، أو القائمين على إدارتها إذا كان التقصير يخص الشركة ، كما تسأل عن الأضرار التي تسببها منتجاتها ، أو أدواتها، وكذلك يمكن مساءلة الشركة جزائياً ، ولكن لا تطبق عليها العقوبات البدنية^٨ .

(هـ) ممثل الشخصية المعنوية للشركة لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً يدير أعمالها وشؤونها وهو المدير ، أو مجلس الإدارة^٩ .

والشخصية المعنوية كانت مثار خلاف بين المعاصرين المهتمين بالفقه الإسلامي ولكنه استقر الأمر بينهم الآن على الاعتراف بها على أنها إجراء قائم على التراضي وعلى أن الفقه الإسلامي وإن لم يكن يعرف هذا المصطلح لكنه عالج آثاره بشكل يكاد يقر بنوع من استقلالية الذمة لبعض المؤسسات والجهات كالوقف وبيت المال ، كما أن الشركات تقوم على الوكالة من الطرفين ، وأن المالكين بمثابة مال واحد^{١٠} .

٨ . المرجع السابق (٥٩/٣)

٩ . يراجع: الشركات التجارية للدكتور أبو زيد رضوان ص ١١٠ وقوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي للدكتور سعيد يحيى ص ٦٦ وما بعدها ، والوسيط للسنتوري (٢٨٨/٥ ، ٠٠٠٠)

١٠ . يراجع لتفصيل ذلك : مبدأ الرضا في العقود للدكتور القره داغي (٣٥٨-٣٤٩/١)



الأشخاص الاعتبارية تشمل ما يأتي :

- ١- الدولة ، والمؤسسات العامة والوزارات، وغيرها من المنشآت والإداريات التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.
- ٢- المحافظات والبلديات التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية بالشروط التي يحددها.
- ٣- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف بها الدولة لشخصيتها الاعتبارية .
- ٤- الأوقاف ، وهذه الشخصية الاعتبارية لم يصل إليها القانون إلا في القرون الأخيرة في حين سبقه فقهاء الإسلام الوضعي في الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف ، حيث نظر الفقه الإسلامي إلى من يدير الوقف نظرة خاصة فرّق فيها بين شخصيته الطبيعية ، وشخصيته الاعتبارية كناظر للوقف، أو مدير له، وترتب على ذلك أن الوقف ينظر إليه كمؤسسة مستقلة عن أشخاصها الواقفين والناظرين ، لها ذمة مالية تترتب عليها الحقوق والالتزامات فقد قرر جماعة من الفقهاء منهم الشافعية^{١١} والحنابلة^{١٢} جواز انتقال الملك إلى جهة الوقف مثل الجهات العامة كالفقراء والعلماء ، والمدارس والمساجد ، كما ذكر فقهاء الحنفية والشافعية^{١٣} أنه يجوز للقيّم على الوقف أن يستدين على الوقف للمصلحة بإذن القاضي ، ثم يسترده من غلته، فهذا دليل على أن الوقف له نوع من الذمة المالية التي يستدان عليها ، ثم يسترد منها حين إدراك الغلة ، قال ابن نجيم : (أجر القيّم ، ثم عزل ، ونصب قيّم آخر، فقيل: أخذ الأجر للمعزول ، والأصح أنه للمنصوب، لأن المعزول أجره للوقف لا لنفسه)^{١٤} فهذا يدل على أن الوقف من حيث هو يقبل الإجارة ، حيث اعتبرت الإجارة له ، وهناك نصوص كثيرة تدل على إثبات معظم آثار الشخصية الاعتبارية في القانون الحديث للوقف^{١٥}.

- ١- الشركات التجارية ، وكذلك الشركات المدنية سوى شركة المحاصة (على تفصيل).
- ٢- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون .

هذه هي أهم أنواع الشخصية الاعتبارية حسب معظم القوانين العربية والغربية، وحتى القوانين الملزمة مثل قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ الملتمزم بتطبيق الشريعة ذكر هذه الأنواع في الفصل الرابع ، وكذلك نظام الشركات السعودي^{١٦} .

١١. الروضة للنووي (٣٤٢/٥)

١٢. المغني لابن قدامة (٦٠١/٥)

١٣. فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (٢٩٨/٣) ، والدرر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤٣٩/٤) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٩٤)، وتحفة المحتاج (٢٨٩/٦) ويراجع بحثنا : استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة ، قدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة عشرة بالكويت ٢٠٠٢م

١٤. البحر الرائق (٢٥٩/٥)

١٥. يراجع : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة ، ط. دار البشائر الإسلامية بيروت ١٩٨٥ (٠٠٠٣٥٣/١)

١٦. يراجع : د. صالح المرزوقي البقمي ، ط. جامعة أم القرى ١٤٠٦هـ ص ١٩٣



التأصيل الفقهي لمسائل البحث :

هذا الذي سبق يكاد يكون متفقاً عليه بين القوانين العربية والغربية في الوقت الحاضر ، في حين لم تكن الشخصية الاعتبارية محل اتفاق للشركات المدنية أو التجارية عند ظهورها مثلاً ، حيث كان الخلاف كبيراً بين فقهاء القانون الفرنسي ، ولذلك لم يتطرق القانون المصري القديم إليها حتى حسمها القضاء في عدة أحكام ففضى بها في عام ١٨٩١م ، ١٨٩٢ ، ١٨٩٤م ، ١٨٩٨م^{١٧} ، وقد اعترف بها القانون المصري الجديد في مادته ٥٠٦ حيث نصت صراحة على أن : (تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً).

وقد اتفقت القوانين والأنظمة في دول مجلس التعاون الخليجي على الاعتراف بالشخصية المعنوية لجميع الشركات المعترف بها قانوناً ما عدا شركة المحاصة^{١٨} .

ونحن هنا نذكر أهم الأحكام التي يتطلب البحث مع التأصيل الفقهي لها .

ثبوت الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي :

أ- الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي بصورة عامة :

لو تدبرنا في النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء القدامى لتوصلنا إلى أن هذه الفكرة موجودة وإن لم تُسمَّ بهذا الاسم ، في الأمثلة الآتية :

١- الأمة أو الأمة الإسلامية :

إن النصوص القرآنية تتحدث عن أمرين مهمين هما : الأفراد ، والأمة ، فوضع على كل واحد منهما مسؤولية وحقوقاً وحينما نتحدث عنها باعتبارها الأمة تخاطبها كياناً مستقلاً ، حيث يصفها بالخيرية إذا توافرت فيها الشروط المطلوبة (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ)^{١٩} فهذه الخيرية لمجموع الأمة ، وشخصيتها الاعتبارية ، ثم إن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم أثبت للأمة في مجموعها ذمة غير ذمة الأفراد في قوله صلى الله عليه وسلم: (المؤمنون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم)^{٢٠} وفي بعض الروايات الصحيحة أيضاً بلفظ (المسلمون تتكافأ ...) ^{٢١} فهذا الحديث دل بوضوح على إثبات الذمة للأمة من حيث كونها أمة ، وأن هذه الذمة لها يستطيع أحدهم أن يمنحها في أمان شخص وبالتالي تلتزم الأمة كلها بهذا الأمان ، فلا يجوز لأي فرد أن يكسر هذا الضمان ، والعهد والأمان^{٢٢} .

١٧ . الدكتور السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ط. دار احياء التراث العربي (٢٩١/٥) حيث ذكر مصادر هذه الأحكام القضائية

١٨ . د. سعيد يحيى : قوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي ، ط. المكتب العربي الحديث /الاسكندرية ١٩٩٢ ص ٦٥

١٩ . سورة آل عمران / الآية ١١٠

٢٠ . الحديث رواه أحمد في مسنده (١٩٨/٢) وقال أحمد شاكر (إسناده صحيح) وقال الألباني في الإرواء : (للحديث شواهد كثيرة) ورواه النسائي، وقال الألباني في صحيح النسائي : الحديث صحيح) الحديث ٤٧٩٠ ورواه ابن حبان ، قال الألباني في صحيح الموارد ، الحديث ١٤١٩ (حسن صحيح ، ورواه أبو داود الحديث ٢٧٥١

٢١ . رواه أحمد في مسنده (١٨٧/١١) وقال محققه أحمد شاكر (إسناده صحيح) وقال الألباني في الإرواء (٧٦٥/٧) (صحيح) ورواه أبو داود ، وقال الألباني في صحيح أبي داود الحديث ٢٧٥١ (حديث حسن صحيح) وقال ابن القيم في زاد المعاد (٨١/٥) حديث ثابت .

٢٢ . استدل الدكتور رزق الله الأنطاكي والدكتور نهاد السباعي في كتابهما (الوسيط في الحقوق التجارية والمدنية (٢٤٠/١) بهذا الحديث على الشخصية الاعتبارية وقالوا : إنها مستمدة منه .



وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم على أن الأمة في مجموعها كجسد واحد فقال: (مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ، إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عَضُوٌّ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَى)^{٣٣} حيث يفهم منه بوضوح أن الأمة كجسد، وأن الأفراد هم المكونات له ، فهذا الجسد هو الجسد المعنوي الذي له مكونات معنوية من الذمة والرأس والعقل والأعضاء .

٢- بيت المال :

إن بيت المال في ظل الدولة الإسلامية قد اكتسب من الحقوق والخصائص ما يمكن اعتبارها شخصية اعتبارية ، حيث صرح الفقهاء بأن أموال الدولة تدخل في بيت المال، وتكتب باسمه وأن له حقوقاً وعليه واجبات، وأن الذي يمثل بيت المال هو الخليفة (رئيس الدولة) أو من يفوضه مثل وزير بيت المال (وزير المالية) وأن أموال بيت المال لا تدخل في ذمة الخليفة ، يقول الماوردي : (وأما القسم الرابع فيما يختص ببيت المال من دخل وخرج فهو أن كل مال استحقه المسلمون ولم يتعين مالكة منهم فهو من حقوق بيت المال ، فإذا قبض صار بالقبض مضافاً إلى حقوق بيت المال سواء أدخل في حرزه ، أم لم يدخل ، لأن بيت المال عبارة عن الجهة ، لا عن المكان ، وكل ما وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال ...) ثم أفاض في حقوق بيت المال ما له وما عليه .

فهذا النص (وغيره من نصوص الفقهاء)^{٣٥} واضح في أن بيت المال : شخصية اعتبارية مستقلة عن الخليفة والوزراء والأمة ، حيث ذكر أن بيت المال جهة لا مكان ولا شخص، وإن له حقوقاً وإن وعليه التزامات وديوناً.

٣- الوقف :

إن النصوص الفقهية واضحة في الدلالة على أن للوقف شخصية اعتبارية (وإن لم يذكر هذا الاسم) حيث صرحت بجواز الوقف على الجهات الخيرية كالفقراء، والمساجد، والمستشفيات، وقر جماعة من الفقهاء (مثل الشافعية والحنابلة) جواز انتقال الملك إليها، حيث يدل بوضوح على جواز انتقال الملك إلى غير الإنسان، كما أجازوا أن يستدين الناظر لصالح الوقف إذا وجدت مصلحة، وأذن به القاضي، وحينئذ لا تكون ذمة الناظر مشغولة بهذا الدين ، بل ذمة الوقف ، ولا يسع المجال هنا لذكر الكثير من النصوص الفقهية^{٣٦}.

وهناك جهات أخرى أثبت الفقهاء لها ما يمكن عدّه شخصية اعتبارية مثل المسجد، والدولة^{٣٧} لا يسع المجال لذكرها هنا .

٣٣ . الأحكام السلطانية ط. التوفيقية بالقاهرة ص٢٤٢

٣٤ . الأحكام السلطانية ط. التوفيقية بالقاهرة ص٢٤٢ ، ويراجع : الخراج لأبي يوسف ط. السلفية ص ٢٢

٣٥ . يراجع : فتاوى قاضيخان (٢٩٣/٣) وحاشية ابن عابدين (٤٣٩/٤) والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٤ وروضة الطالبين (٣١٩/٥) والغني (٦١٠/٥)

٣٦ . يراجع : المصادر الفقهية والقانونية السابقة



ب- الشخصية الاعتبارية للشركات في الفقه الاسلامي :

ومع أن الفقه الاسلامي قد وصل في باب الشركات إلى بديل عن الشخصية الاعتبارية من خلال فكرة الوكالة ، وجعل الشريك الواحد اثنين (عن نفسه وعن شريكه)^{٢٨} لكنه أيضاً نجد فيه في باب الشركات بصورة عامة ، وفي باب المضاربة بصورة خاصة تأصيلاً فقهياً رائعاً رائداً لفكرة الشخصية الاعتبارية من خلال النقاط الموجزة الآتية :

١- من المسائل الدالة على استقلال ذمة صاحب المال في المضاربة عن ماله الذي دفعه للمضارب ما ذكره جماعة من الفقهاء (منهم الحنفية) ، أن المضارب إذا اشترى حصة شائعة من عقار بمال المضاربة ، وكان رب المال شريكاً ، أو جاراً - عند الحنفية - لمن اشترى منه ، استحق رب المال الشفعة ، قال الكاساني (ت٥٨٧هـ) في تحليل ذلك: (لأن المشتري وإن كان له في الحقيقة ، لكنه في الحكم كأنه ليس له بديل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ، ولهذا جاز شراؤه من المضارب) ويقول الكاساني أيضاً: (ولو أن أجنبياً اشترى داراً إلى جانب دار المضاربة فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة.... ، وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه ، لأن الشفعة وجبت للمضاربة ، وملك التصرف في المضاربة للمضارب...)^{٢٩} .

ولننظر أيضاً إلى أنه فرق بين ذمة المضارب من حيث هو فليس شريكاً ولا جاراً ، وبين ذمة رب المال في المسألتين ، وذمة المضاربة فأعطى الشفعة للمضاربة بالنص على هذه الكلمة حيث قالوا: (لأن الشفعة وجبت للمضاربة)^{٣٠} .

٢- ومما يؤكد هذه الاستقلالية لذمة المضاربة ما ذكره من : (أن المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها ، سواء كان فيه ربح ، أم لم يكن ، أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه ، لأن للمضارب فيه ملكاً ، ولا يجوز وطء الجارية المشتركة ، وإن لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك ، بديل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ، ولو مات كان للمضارب أن يبيعها....)^{٣١} .

والمثال واضح في الدلالة على أن هذا المال المملوك في الحقيقة وإن كان كله - في حالة عدم وجود ربح لرب المال ، لكنه حدث له شيء جديد وهو كونه مال المضاربة .

٣- وقد أوضح الفقهاء أن المضارب يختلف عن الوكيل فيما ذكرناه سابقاً ، حيث إن الوكيل سفير ومعبر عن الموكل ، وأنه يسند جميع التصرفات إليه ، حتى ولو لم يسندها الوكيل في الظاهر إليه ، فإنها تسند إليه ربحاً وخسارة ، وملكية كاملة ، وأن الموكل له الحق في منعه من التصرفات ، وله الحق في التدخل المباشر....

٢٨ - يراجع لشرح هذا البديل والفكرة : د. علي القره داغي : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة ط. دار البشائر الاسلامية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م الطبعة الأولى (٣٥٧-٣٥٥/١)

٢٩ - بدائع الصنائع للكاساني ط. دار احياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي / بيروت ١٤٢١هـ (١٤١/٥)

٣٠ - المصدر السابق (١٤٢/٥)

٣١ - بدائع الصنائع للكاساني ط. دار احياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي / بيروت ١٤٢١هـ (١٤١/٥) والمثال وإن كان قد انتهى مفعوله ، حيث انتهت هذه الفترة بفضل الله ، ولكن يدل على المقصود



أما المضارب فهو لا يعبر عن رب المال ، وليس سفيراً له ، وإنما يسعى لتحقيق مصلحة المضاربة وليس لرب المال منعه من التصرفات ، ولا التدخل في كيفية إدارته للمال ، بل لو اشترط أن يعمل معه رب المال فسد العقد عند الجمهور ما عدا رواية عن الحنابلة^{٣٢}.

ومن جانب آخر فإن حقوق العقد جميعها ترجع إلى المضارب في المضاربة^{٣٣} ، وترجع إلى الموكل في الوكالة (على تفصيل في بعضها).

٤- ومن المسائل المهمة الدالة على أن المضاربة لها ذمة مستقلة عن ذمة المضارب ، ورب المال ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية - ما عدا زفر ، والمالكية ، وأحمد في رواية)^{٣٤} إلى جواز شراء رب المال من المضارب ، وأجاز الحنفية شراء المضارب من رب المال أيضاً وإن لم يكن في المضاربة ربح في الحالين^{٣٥} ، غير أن المالكية أجازوا شراء رب المال من العامل شيئاً من مال المضاربة ، لصحة القصد ، بأن لا يتوصل إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة بأن يشتري منه كما يشتري من الناس^{٣٦} ، والحنابلة أجازوا للمضارب بأن يشتري من مال المضاربة قبل ظهور الربح على الصحيح في المذهب^{٣٧}.

ويقول الكاساني : (ويجوز شراء رب المال من المضارب ، وشراء المضارب من رب المال - أي من مال المضاربة - وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة ، وقال زفر : لا يجوز الشراء بينهما . ووجه قول زفر : أن هذا بيع ماله بماله ، وشراء ماله بماله ، إذ المالان جميعاً لرب المال ، وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل .

ولنا : أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة ، لا ملك تصرف ، وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي ، وللمضارب فيه ملك التصرف ، لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي ، حتى لا يملك رب المال منعه من التصرف ، فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كما الأجنبي ، لذلك جاز الشراء بينهما)^{٣٨}.

فهذا النص أيضاً واضح في أن ملكية مال المضاربة لها خصوصية ، وأن ذمة رب المال مفصولة عن ذمة المضاربة ، كما أن ذمة المضارب مفصولة عن مال المضاربة ، فمال المضاربة كمال الأجنبي بالنسبة لهما .

٥- ونص الفقهاء أيضاً على أنه تجوز المرابحة بين رب المال والمضارب بمال المضاربة بأن يشتري المضاربة مرابحة حتى ولو لم يكن فيه ربح ، لكن بشرط أن يبيعه رب المال على أقل الثمنين إلا إذا

٣٢ . تبين الحقائق (٥٩/٥) والشرح الصغير (٦٠٩/٣) وروضة الطالبين (١١٨/٥) والانصاف (٥٣٢/٥)

٣٣ . بدائع الصنائع للكاساني ط. دار احياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي / بيروت ١٤٢١هـ (١٢٥/٥)

٣٤ . بدائع الصنائع (١٤١/٥) حاشية الدسوقي (٥٢٨-٥٢٦/٣) والانصاف (٥٣٨-٥٣٩/٥) وكشاف القناع (٤١٥/٣)

٣٥ . بدائع الصنائع (١٤١/٥)

٣٦ . الدسوقي (٥٢٨-٥٢٦/٣) والانصاف (٥٣٨-٥٣٩/٥) وكشاف القناع (٤١٥/٣)

٣٧ . كشاف القناع (٤١٥/٣)

٣٨ . بدائع الصنائع (١٤١/٥)

بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء ، والسبب في هذا التقييد أن هناك تهمة ، وقد ذكروا لذلك مجموعة من الأمثلة^{٣٩} .

٦- وقد تكرر لدى الفقهاء كثيراً استعمال مال المضاربة، وأعطوا له خصوصية، فبالإضافة إلى ما ذكر سابقاً ، فإن الفقهاء يستعملون : النفقة من مال المضاربة ، أي أنها تؤخذ من هذا المال كله : رأس المال والربح المحقق ، وكذلك يقولون : إن الخسارة على مال المضاربة - رأس المال والربح - وأن المضارب إذا صرف شيئاً فإنه يكون من مال المضاربة ، قال الكاساني : (وأما ما فيه النفقة ، فالنفقة في مال المضاربة ، وله أن ينفق من مال نفسه ماله أن ينفق من مال المضاربة على نفسه ، ويكون ديناً في المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها)^{٤٠} .

فاستعمال الفقهاء (مال المضاربة) بالإضافة، في مقابل مال المضارب نفسه، ومال رب المال نفسه يعطي خصوصية لهذا المال ، وقد رأينا هذه الخصوصية في كثير من المسائل.

٧- أن الفقهاء ذكروا ما يدل على أن مسؤولية رب المال مسؤولية محدودة لا تتجاوز إلى بقية أمواله ، وهذه الصفة - اي المسؤولية المحدودة - من أهم الصفات والمميزات للشخصية الاعتبارية (المعنوية) كما يقول القانونيون^{٤١} .

وهذه الميزة نص عليها الفقهاء بالنسبة للمضاربة في مجال الاستدانة على مال المضاربة، أو الشراء بأكثر من مال المضاربة ، أو ما يترتب على تصرفات المضارب حيث لا تلحق برب المال إلا إذا أذن له إذناً خاصاً صريحاً ، وحينئذ يكون خارجاً عن موضوعنا، كما أن يد المضارب أيضاً يد أمانة لا يضمن إلا في حالات التعدي أو التقصير ، او مخالفة الشروط .

ونرى تعليلاً جميلاً ، بل تحليلاً اقتصادياً للإمام الكاساني : (و أما القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله إلا بالتصحيح عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ، ولو استدان لم يجر على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله ، لأن الاستدانة إثبات في رأس المال من غير رضا رب المال ، بل فيه اثبات ضمان على رب المال من غير رضاه ، لأن ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال ، بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ، ثم هلك المشتري قبل التسليم يرجع إلى رب المال بمثله ، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمنا زيادة ضمان لم يرض به ، وهذا لا يجوز)^{٤٢} ثم قال : (وكما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة ، حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها ، أو نقلها كان متبرعاً في ذلك كله.....)^{٤٣} .

٣٩ . بدائع الصنائع (١٤٣/٥)

٤٠ . بدائع الصنائع (١٤٩/٥)

٤١ . المراجع القانونية السابقة في بداية البحث

٤٢ . بدائع الصنائع (١٢٥/٥) وقال في (١٢٧/٥) : • يستوى فيه ما إذا قال رب المال : اعمل برأيك ، أو لم يقل ، لأن قوله : اعمل برأيك ، تفويض إليه فيما هو من المضاربة والاستدانة تم تدخل في عقد المضاربة ، فلا يملكها المضارب إلا بإذن رب المال بها نصاً)

٤٣ . بدائع الصنائع (١٢٧/٥)



فهذا النص دقيق وواضح في أن مسؤولية رب المال محدودة برأس المال ، ولذلك إذا وافق رب المال على الاستدانة ، فإن الدين يضم إلى رأس المال ويكون الضمان بقدره بعد الزيادة .

٨- ومن جانب آخر فإن الفقهاء قد نصوا على أن حقوق العقد في الشراء والبيع ترجع إلى المضارب لا إلى ربّ المال ، لأن المضارب هو العاقد فهو يطالب بتسليم المبيع ، ويطالب بتسليم الثمن ، ويقبض المبيع والثمن ، ويرد بالعيب ، ويرد عليه ، ويخصم ، ويخصم ، وما قلنا^{٤٤} .

٩- نص الفقهاء على أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال بناءً على أن ذلك استدانة ، ثم إنهم اختلفوا هل يصبح هذا العقد صحيحاً ويحسب آثاره على المضارب ، أم أنه يصبح عقداً فاسداً ، أم أنه إن كان بعين مال المضاربة فهو فاسد...؟ خلاف لا يسع الخوض فيه^{٤٥} .

١٠- إن أهم دليل شرعي يدل - في نظري - على الشخصية المعنوية (الاعتبارية) للشركاء هو الدليل الدال على مبدأ الخلطة^{٤٦} في زكاة الأنعام الثابت في أحاديث صحيحة ، حيث روى أنس عن أبي بكر رضي الله عنهما أنه كتب له التي فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ولا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع ، مخافة الصدقة ، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية)^{٤٧} وقد روى الحديث الإمام البخاري في كتاب الزكاة من صحيحه ، ثم أعاده في كتاب الشركة مما يدل على عدم خصوصية حكمه بالزكاة ، بل يطبق أيضاً في باب الزكاة ، قال ابن بطال: فقه الباب أن الشريكين إذا خلط رأس مالهما فالربح بينهما ، فمن أنفق من مال الشركة أكثر مما أنفق صاحبه تراجعاً عند القسمة بقدر ذلك ، لأنه عليه الصلاة والسلام أمر الخليطين في الغنم بالتراجع بينهما وهما شريكان ، فدل ذلك على أن كل شريكين في معناهما^{٤٨} ، وهذا القياس هنا يكون بطريق أولى ، لأن الخليطين في الصدقات ليسا شريكين شراكة مالية ، وإنما شراكتهما في الخلطة والجوار ، وقد اتفق الفقهاء على حكم الحديث ، ولكن اختلفوا في معنى الخليط ، فقال جمهور الفقهاء : إن المراد به هو خلطة الجوار بأن يكون مال كل واحد من الخليطين متعيناً ومتميزاً ، فهذا له عشرون ، أو أربعون ، وهذا الثاني له مثله ، أو أكثر أو أقل ، وليست خلطة شراكة مثل أن يموت الشخص ويترك الماشية ، فيشترك فيها بالشيوع الورثة ، أو أن يشتري اثنان أو أكثر قطعاً من المواشي ، في حين ذهب أبو حنيفة إلى أن المراد بالخلطة هنا هو خلطة الشيوع والاشتراك^{٤٩} .

وأياً ما كان فإن هذا الحديث يدل على أن حكماً خاصاً يظهر ويثبت بسبب خلطة الشيوع والاشتراك ، وبسبب خلطة الجوار عند جماهير فقهاء الأمصار .

٤٤. بدائع الصنائع (١٢٥/٥)

٤٥. تراجع : المقنع ، والشرح الكبير ، والانصاف ، بتحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالحسن التركي ط. هجر بالسعودية (٩٠/١٤) بدائع الصنائع (١٢٥/٥) والصادر السابقة

٤٦. تراجع لمزيد من التفصيل : بدائع الصنائع ط. زكريا علي يوسف بالقاهرة (٨٦٩/٢) والشرح الكبير مع الدسوقي (٤٣٩/١) والأم (١٣/٢) وروضة الطالبين ، والمغني لابن قدامة (٦٠٨/٢) والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢٤/٩) والشيخ يوسف القرضاوي : فقه الزكاة ط. هبة بالقاهرة الطبعة ٢٢ عام ١٤٢٢هـ (٢٣٨/١-٢٤٢)

٤٧. رواد البخاري في صحيحه. مع الفتح. ٣١٥-٣١٤/٣) (الترمذي في جماعه. معتحفة الأحوذى). (٣٥٤ . ٣٥٣/٣)

٤٨. صحيح البخاري ، كتاب الشركة. مع فتح الباري. (١٣٠/٥)

٤٩. المصادر الفقهية السابقة



وهذا الحكم الجديد هو أنه لو أن شخصين يملك كل واحد منهما عشرين شاة فلا تجب عليهما الزكاة ، ولكن لو خلطا بينهما بحيث اشتركا في الدلو والحوض والمراح والراعي والفحول المختلطة ونحوها وجبت عليهما شاة واحدة عند الشافعية والحنابلة وأصحاب الحديث ، ويتحمل كل واحد منهما نصيبه بقدر شياهه ، فلو دفعها أحدهما في مثالنا يراجع على الآخر بالنصف ، وعند مالك تؤثر الخلطة إذا بلغ نصيب كل واحد النصاب ، مثل أن يكون لكل واحد منهما مائة شاة ، وشاة ، فيخلطان بينهما فيجب عليهما ثلاث شياه ، أو يكون لكل واحد من خمسة أشخاص أربعون شاة ، حيث تجب فيها خمس شياه ، ولكن لو خلط بينها لوجبت فيها شاتان فقط ، وهكذا.

فهذا الحديث - في نظري - هو الأصل في اعتبار الشخصية الاعتبارية والتقديرية لجهة معنوية مقدره غير الشركاء ، فلو نظرنا إلى ذمة الشريك وحدها لم تجب الزكاة عليه في المثال الأول ، ووجبت عليه الزكاة بشاة واحدة في المثال الثالث والأخير ، في حين أن الخلطة - وهي الشركة في أدنى صورها عند الجمهور ، أو في أعلى درجاتها عند أبي حنيفة - جاءت بحكم جديد ، وهو أنه تجب على مالكي أربعين شاة زكاة ، وتغيرت نسبة الواجب في المثال الثاني لغير صالحهما حيث وجبت عليهما ثلاث شياه بدل شاتين ، وفي المثال الثالث تغير الحكم لصالحهم ، حيث وجبت عليهم شاتان فقط بدل خمس شياه لو لم يكن هناك خلطة .

إذن للخلطة تأثير كبير في تقليل العدد، أو تكثيره - أو بعبارة أخرى : تقليل الواجب أو تكثيره عند جماهير الفقهاء وان كانت الخلطة : خلطة جوار ، فلها تأثير في تكميل النصاب كما في المثال الأول ، حيث كان لكل واحد منهما عشرين شاة ، فلم تجب عليهما زكاة لو لم تكن هناك خلطة ، وعندما تحققت الخلطة فقد وجبت عليهما الزكاة عند الشافعية والحنابلة ، وهذا يعني أن الخلطة أدت إلى إيجاب واجب لم يكن واجباً لو لم تكن هناك خلطة ، وهناك آثار أخرى^{٥٠} .

ثم إن الشافعية على الأظهر^{٥١} عمموا أحكام الخلطة لتشمل بالإضافة إلى الأنعام السائمة ، جميع الأموال الزكوية من الزروع والثمار ، وعروض التجارة ، والذهب والفضة ، وعلى هذا رواية عن أحمد اختارها الآجري ، وصححها ابن عقيل ، ووجهها القاضي بأن المؤمنة تخف فالملقح واحد، والحرث واحد ، والجريين واحد ، وكذا الدكان واحد ، والميزان والمخزن ، والبائع^{٥٢} وهو اختيار الإمام البخاري^{٥٣} ، حيث استدلوا بالحديث الصحيح : (ولا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع، مخافة الصدقة ، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية)^{٥٤} فهو حديث عام ، ليس هناك دليل على تخصيصه ، وأن وروده في حالة الأنعام لا يخصه ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، في حين ذهب المالكية ، وأحمد في رواية ، والشافعية في قول مرجوح إلى أنه خاص بالسوائم، ومستدلين بما رؤى عن النبي صلى الله عليه وسلم : (الخليطان ما اجتمعا على

٥٠. المصادر الفقهية السابقة ، ويراجع : الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢٧/١٩)

٥١. الوسيط ، تحقيق د. علي محيي الدين القره داغي ط. وزارة الأوقاف القطرية (١٠١١/٢)

٥٢. المغني لابن قدامة (٦١٩/٢)

٥٣. صحيح البخاري. مع الفتح. (١٣٠/٥)

٥٤. رواه البخاري في صحيحه. مع الفتح. (٣١٤/٣ - ٣١٥) والترمذي في جامعه. مع تحفة الأحوذى. (٣٥٤. ٣٥٣/٣)



الحوض والراعى والفحل)^{٥٥} ولكن هذا الحديث قال فيه أبو حاتم الرازي: (هذا حديث باطل)^{٥٦} إذن لا ينهض حجة.

والخلاصة أن لهذه الخلطة أثرًا في وجوب الزكاة ، وقدرها ، وأخذها ، وفي التقليل والتكثير ، لأنها أدت كما يقول العزالي - : (تنزيل المالكين منزلة مال واحد لمالك واحد)^{٥٧} وهذا المالك الواحد اعتباري وحكمي هو غير المالكين ، وهذا هو معنى الشخصية الاعتبارية أو المعنوية ، أو الحكمية.

خصائص وأحكام الشخصية الاعتبارية:

١- كون المسؤولية محددة ، وهذه الميزة ليست لها علاقة مباشرة بموضوع البحث ، لذلك لا نخوض فيها.

٢- إثبات الذمة المالية للشخصية الاعتبارية وما يترتب عليها من أحكام وآثار ، حيث نتحدث عن الذمة المالية في الشركات بالمقدار الذي يتعلق بموضوع البحث .

التعريف بالذمة المالية:

الذمة لغة: هي العقد والأمان^{٥٨} .

وفي اصطلاح الفقهاء : هي محل خلاف ، حيث أثبتها جمهورهم ، وجعلوها مناط الأهلية ، وعرفوها بأنها : وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه ، فقد قال العزّ بن عبد السلام : (الذمة هي تقدير أمر بالإنسان يصلح للالتزام والإلزام من غير تحقق له)^{٥٩} وهي خاصة بالإنسان^{٦٠} لقوله تعالى : (وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ)^{٦١} قالوا : فهذه الآية الكريمة إخبار عن عهد جرى بين الله وبين بني آدم ، والإشهاد عليهم دليل على أنهم يؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق الله تعالى عليهم ، فلا بدّ إذن من وصف يكونون به أهلاً للوجوب وهو الذمة بالمعنى اللغوي والشرعي ، وهو وصف خاص لهم دون غيرهم .

وقد أنكر بعض الأصوليين^{٦٢} إثبات الذمة قائلين بأنها أمر لا معنى له ولا حاجة إليه في الشرع ، وانه من مخترعات الفقهاء ، وأن الإنسان تلزمه الأحكام وتجب عليه ، أو له بوصفه إنساناً دون حاجة

٥٥ . واه الدارقطني في سننه (١٠٤/٢) ط. دار المحاسن

٥٦ . علل الحديث ط. السلفية (٢١٩/١)

٥٧ . الوسيط للعزالي (١٠١١/٢) بتحقيقنا ط. وزارة الأوقاف القطرية

٥٨ . القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة « ذم »

٥٩ . قواعد الأحكام (١١٤/٢)

٦٠ . يراجع : التوضيح (٣٢٣/٢-٣٢٤) والمستصفي (٨٤/١) وفتح الغفار بشرح المنار (٨٠/٣) ، قال ابن نجيم فيه : (وفسرها فخر الاسلام بالنفس والرقبة التي

لها عهد ، والمراد أنها العهد : فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من اطلاق الحال وإرادة المحل) ويراجع : كشف الأسرار (٣٢٨/٤) وأصول الرضى:

تحقيق أبي الوفاء الأصفهاني ط. دارالمعرفة ببيروت (٣٣٣/٢) ومرآة الأصول للاخسرو ط. دار الطباعة العامة ١٣٥٧هـ (٤٣٤/٢) والمغني في أصول الفقه للخبازي:

تحقيق د. محمد مطهر سقا ط. جامعة أم القرى ص ٣٦٢ والواقع أن بعضهم عرفوا الذمة بانها وصف ، وقسم عرفوها بانها نفس لها عهد ، والمؤدى واحد

٦١ . سورة الاعراف / الآية١٧٢

٦٢ . انظر التلويح على التوضيح (٣٢٣/٢-٣٢٤) وفتح الغفار بشرح المنار (٨٠/٣) ، والمصادر الفقهية السابقة



إلى تقدير وصف يصير به أهلاً لذلك ، فالإنسان أهل للإلزام والالتزام دون حاجة إلى هذا التقدير فعلى هذا تتوجه الخطابات التكليفية باعتبار ذاته دون الحاجة إلى تقدير وصف .

هذا هو المشهور بين جمهور الفقهاء والأصوليين في تعريف الذمة، وبيان العلاقة بينها وبين الأهلية ، واعتبارها مناهلاً ومبنى لأهلية الوجوب^{٦٣} ، غير أن الإمام القرافي قد اتخذ لنفسه مسلكاً فجعل الذمة خاصة بمن هو أهل للتكليف^{٦٤} ، وفسرها بقوله: (الذمة معنى شرعي منها البلوغ ، ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إزماءه أجر الإجازات، وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ، ويقبل التزامه ، إذا التزم شيئاً اختيارياً من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرطاً من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للالتزام ، والالتزام وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه الأجناس المسلم فيها مستقرة حتى يصح مقابلتها بالأعواز المقبوضة ناجزاً في ثمنها ، وفيه تقدر أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة ، وصدقات الأنكحة ، والديون في الحوالات والحقوق في الضمانات^{٦٥} ، ثم إن القرافي قد رد على من قال بأن الذمة هي أهلية التصرف ، والمعاملة رداً مفصلاً وفسر أهلية التصرف بأنها : (قبول يقدره صاحب الشرع في المحل ، وسبب هذا القبول المقدر التمييز)^{٦٦} فعلى ضوء هذا أن القرافي جعل التكليف شرطاً للذمة وادعى في ذلك عدم خلاف فيه ، غير أن هذا الادعاء غير مسلم ، بل إن جمهور الأصوليين والفقهاء جعلوا الذمة مناهلاً لأهلية الوجوب فتتحقق مع حياة الإنسان يقول صدر الشريعة : (فقبل الولادة له ذمة من وجه يصلح ليجب له الحق ، لا ليجب عليه ، فإذا ولد تصير ذمته مطلقة ...)^{٦٧} ويقول ابن نجيم : (والآدمي يولد وله ذمة مطلقة صحيحة للوجوب)^{٦٨} ويقول الغزالي : (وأما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فتستفاد من الانسانية ... وشرطها الحياة ...)^{٦٩} وكذلك قال غيرهم^{٧٠} .

وهذا الاصطلاح الخاص في معنى الذمة عند القرافي يعود في نظري إلى أنه نظر إليها باعتبارها ذمة مالية كما يقال في ذمة فلان دين أي انشغلت ذمته به بدليل أنه فرق بين التصرفات وقال في بعضها أنها لا تثبت في الذمة كالنكاح^{٧١} ، وفي بعضها الآخر أنه تثبت فيها أثمان البياعات ومهور الأنكحة...^{٧٢} كما أنه قد فسرها بالوصف المقدر في المحل القابل للالتزام والالتزام ، فعلى هذا فالخلاف لفظي ، لأن الجمهور لم يشترطوا في الذمة هذا المعنى ، ولا تحقق التكليف ، ولو فسروها بهذا المعنى ، أو فسرها القرافي بما فسرها به الجمهور لما وقع خلاف بينهم ولهذا انتقده ابن شاط المالكي ، ولم يرض بتعريفه^{٧٣} .

٦٣ . المصادر الفقهية السابقة جميعها ، وراجع على سبيل المثال : التلويح عى التوضيح (٢٢٣/٢) وفتح الغفار بشرح المنار (٨١/٣)

٦٤ . وقد تبعه في ذلك الشيخ محمد علي المالكي في اختصاره للفرق : تهذيب الفرق المطبوع بهامش الفرق (٢٢٧/٣)

٦٥ . الفرق ط. دار المعرفة / بيروت (٢٣٠-٢٣٢)

٦٦ . المصدر السابق (٢٣٢/٣)

٦٧ . التوضيح مع شرحه التلويح (٣٢٥/٢)

٦٨ . فتح الغفار (٨١/٣)

٦٩ . المستصفي (٨٤/١)

٧٠ . المصادر والمراجع السابقة

٧١ . الفرق (٢٢٣/٣)

٧٢ . الفرق (٢٣١/٣)

٧٣ . قال ابن شاط في ادرار الشقوق على أنوار الشقوق ، المطبوع مع الفرق ص ٢٢٦ : (وما قاله أي القرافي . من أن الصبي لا ذمة له فيه نظر ، فإن كانت

الذمة كون الانسان قابلاً للزوم الحقوق والتزامها شرعاً فالصبي لا ذمة له ، وان كانت الذمة كونه قابلاً للزوم الحقوق دون التزامها فالصبي له ذمة

للزوم الاروش وقيم المتلفات) أي أن القضية تعود إلى التعريف والاصطلاح فقط



الذمة في اصطلاح القانونيين : يقول الأستاذ السنهوري : إن الذمة - على النحو الذي صاغ به النظرية الفقيهان : أوبرى ، ورو - هي مجموع الحقوق الموجودة ، أو التي قد توجد ، والالتزامات الموجودة ، أو التي قد توجد لشخص معين ويستخلص من ذلك معنيان :

أولاً - أن الذمة مجموع من المال .

ثانياً : أن الذمة هي الشخصية القانونية ، فما دام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التي قد توجد ، فهي إذن : القابلة لكسب الحق ، وأترتيب التزام ، وهذه هي الشخصية القانونية^{٧٤} .

ويترتب على إثباتها ما يأتي :

أ- يكون للدائنين حق ضمان عام على مجموع أموال المدين الموجودة والتي ستوجد .

ب- ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين إلى تركته كمجموع من المال .

ج- تقوم نظرية الحلول العيني على فكرة المجموع ..^{٧٥}

ويتبين من هذا العرض أن الذمة في القانون تختلف عن الذمة في الفقه الإسلامي :

١- شمولية الذمة في الفقه الإسلامي لكل الحقوق والالتزامات المالية وغيرها أن في حين أنها في القانون خاصة بالأموال والحقوق المالية .

٢- وعلى هذا رأي الجمهور ، ولكن على ضوء ما قاله القرافي وغيره من المالكية في الذمة : أن القانون يتفق معهم في تعريف الذمة .

٣- وفي نطاق المال تبدأ الذمة المالية في الفقه الإسلامي بالشخص ثم تنتهي بالمال ، وأما في القانون فبالعكس .

٤- يذكر الأستاذ السنهوري : أن الفرق الجوهرية بين الفقهاء : هو أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال^{٧٦} .

وقد كان الاعتراف بالذمة المالية للإنسان ليس أمراً هيناً في الأفكار القانونية القديمة ، فكانت تستصعبه جداً ، إذ أن ذلك يعني فصل جسم الإنسان عن التزاماته وحقوقه ، والفكر القديم لا يتصور هذا الفصل بل كان ينفذ آثار التزاماته على جسمه إما بالتعذيب أو بالاسترقاق فقد كان القانون الروماني يرفض الاعتراف بالذمة للإنسان باعتباره إنساناً وإنما يعترف بها

٧٤ . الدكتور السنهوري:مصادر الحق ، طبع ونشر معهد البحوث والدراسات العربية التابعة لجامعة الدول العربية ١٩٦٧ (٢٢/١) (٢٤-٢٢)

٧٥ . المرجع السابق ، والدكتور علي حسن يونس : الشركة التجارية ص٤٩

٧٦ . المرجع السابقة

للمواطن الروماني فقط حيث يشترط لتحقيقها ثلاثة شروط أولها : أن يكون حراً ، وثانيها: أن يكون من المواطنين الرومان الأصليين ، وأما غيرهم حتى وإن كانوا تحت حكمهم فليس لهم ذمة الأداء ولا الوجوب ، وثالثها : أن يكون مستقلاً - أي غير خاضع لسلطة رب الأسرة - فالابن مثلاً يظل خاضعاً لرب الأسرة فهو وماله له ولا تكون له أي أهلية ولا ذمة إلى أن تزول هذه السلطة بأحد الأسباب التي يقرها القانون الروماني منها موت رب الأسرة ، هذا بالنسبة للذكور ، وأما الإناث فلا يكتسبن الشخصية القانونية المتكاملة ، بل هنَّ خاضعات حتماً للوصاية الدائمة (نظم جايوس : ١ ، ١٤٥)^{٧٧} .

وهكذا فلم تظهر نظرية الذمة المالية المتكاملة^{٧٨} - على حد تعبير بعض^{٧٩} - إلا على يدي الفقيهين الفرنسيين: أوبري ، ورو^{٨٠} حيث انتشرت أفكارهما حول الصياغة الأولى لهذه النظرية في أواخر القرن التاسع عشر ، والقرن العشرين ، وشاعت فيما بعد بالنظرية التقليدية للذمة^{٨١} .

اثبات الذمة للشخصية الاعتبارية (المعنوية):

وقد تبين لنا من خلال العرض السابق أن فكرة الذمة فكرة فقهية حكمية اعتبارية سبقت القوانين الوضعية ، توصل إليها الفقهاء لتسهيل الأمر وليست أصلاً منصوصاً عليه في الشريعة ، وإغما الأصل الشرعي هو أن الانسان هو مناط الأهلية ، سواء سميها محل الحقوق والالتزامات بالذمة ، أو بشيء آخر ، وما دام الأمر كذلك فلا مانع من اثبات الذمة المالية للشركات ، بل إننا رأينا في العرض السابق أن فقهاءنا ذكروا من مسائل في باب الشركات بصورة عامة ، وفي باب المضاربة بصورة خاصة ، ما يظهر منها بوضوح الاعتراف بذمة مالية مستقلة لمال المضاربة ، مستقلة عن ذمة المضارب ، وعن ذمة رب المال - كما سبق - .

وحتى لو اعتبرنا أن الذمة - من حيث هي - ثابتة بالشرع وأدلته ، فإن تفاصيلها اجتهادية ليست إلا تنظيمياً فقهياً يراد منها تنظيم المسائل ، وضبط الأحكام ، يقول أستاذنا الشيخ علي الخفيف : (وجملة القول في ذلك أن نظرية الذمة وما فرع عليها من الأحكام ليس إلا تنظيماً تشريعياً يراد منه ضبط الأحكام ، واتساقها ، ويصح أن يتغير ، ويتطور لمقتضيات المعاملات ، وتطورها إذا ما

٧٧ . أنظر تفصيل ذلك في: د. شفيق شحاتة ، نظرية الالتزام في القانون الروماني ص ٢٨٢-٢٨٧ ، ود. صوفي أبو طالب ، الوجيز في القانون الروماني ص ٢١٢-٢٤٦ هذا ووالأسرة في القانون الروماني تقوم على دعامتين : ارتباط أفرادها برابطة الدم والخضوع لسلطة رب الأسرة ، وهو يتمته بالأهلية دون غيره من أفراد الأسرة فهو الممثل الوحيد لها

٧٨ . راجع في موضوع الذمة: د. السنهوري: الوسيط (٢٢٤/٨) د. اسماعيل غانم ، دراسة نقدية لنظرية الذمة المالية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة باريس ١٩٥١ ط. القاهرة سنة ١٩٥٧ ود.عبد الرحمن حجازي ، نظرية الحق ص١٤٦ ود.حسام الدين الأهواني : مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق ط.دار النهضة العربية ١٩٧٢ ص٢٤٩ ود.منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ص١٤٦ ود. اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٣٥ وهناك عدة رسائل علمية في باريس بخصوص الذمة منها : رسالة Jallu سنة ١٩٠٢ ، ورسالة Plastara سنة ١٩٠٣ ورسالة Rimpler سنة ١٩١٠ ورسائل أخرى أشار إليها الدكتور السنهوري ، المرجع السابق (٢٢٤/٨) وراجع : د. محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، الطبعة ٣ (١٨٦/٣) وأستاذنا الدكتور محمد علي عمران مع دحسين النوري : مبادئ العلوم القانونية ط.مكتبة عين شمس ص٢٨١-٢٨٥ ود.عبدالمعتمد الصده ، مبادئ القانون ط.دار النهضة العربية ببيروت عام ١٩٧٧ ص ٢١٥

٧٩ . د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ص ٢٥٠

٨٠ . انظر كتابيهما المشار إليهما في: د. حسام الدين الأهواني ، المصدر السابق ص ٢٥٠-٢٥١

٨١ . د. السنهوري: الوسيط (٢٢٤/٨) ود. الأهواني ، المرجع السابق ص ٢٥٠



اقتضت المصلحة ذلك ، وليس فيما جاء به الكتاب ، ولا فيما أثر من السنة ما يمنع من أن تفرض الذمة لغير الانسان ، وتفسر تفسيراً يتسع لأن تثبت للشركات والمؤسسات ، والأموال العامة على أن يكون ما يثبت لهذه الجهات من الذمة دون ما يثبت للإنسان على درجة من الكمال تجعله أهلاً لأن يكلف بما هو عبادة ، ولأن تشغل بما هو واجب ديني ، وما يثبت لغيره دون ذلك فلا يتسع لغير الالتزامات المالية من ناحيتها السلبية والإيجابية^{٨٢}.

ثم أرجع الفرق بين القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي في إثبات الذمة إلى التعامل والعرف ، والاستجابة للتطور الاقتصادي والمعاملات الشائعة^{٨٣}.

وهذا التوجيه الذي ذكره الشيخ علي الخفيف في غاية من الوجاهة ، إذ أنه ليس بالضرورة أن تكون الذمة على مرتبة واحدة ، حيث أن مرتبتها في الإنسان تكون أعلى تسع التكاليف الشرعية والالتزامات المالية .

بل إن الذمة حتى في الانسان ليست على منزلة واحدة ، فذمة البالغ الرشيد غير ذمة البالغ السفيه المحجور عليه ، وغير ذمة الطفل الصغير ، وغير ذمة الصبي المميز ، وذمة الصحيح غير ذمة المريض مرض الموت ، حيث مراتب الأهلية أربع بالتدرج^{٨٤}.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن فقهاءنا أثبتوا الذمة المالية لبيت المال ، حيث قالوا : إن بيت المال وارث من لا وارث له ، وأن عليه التزامات وله حقوقاً ، وأن الوقف يخرج من ملكية الواقف - عند جمهورهم - لا إلى ملكية الموقوف عليه ، وإنما له ملكيته الخاصة ، ووجود مستقل عن الناظر أيضاً، وقالوا أيضاً إن المسجد يوقف عليه ، وأسندوا إليه المالكية ، جاء في أسنى المطالب : (ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له)^{٨٥} حيث تثبت له الشفعة ومثله ورد في كتب أخرى^{٨٦}.

ولكل ما ذكرناه نرى أن الاعتراف بالذمة المالية للشخصية الاعتبارية أمر مشروع تتسق مع أصل فكرة (الذمة) التي تقوم على الفرض والتقدير لتنظيم وضبط الأحكام واتساقها ، ولا سيما أن النتائج والآثار المترتبة عليها ترجع في حقيقتها ومآلاتها إلى الإنسان .

ولكن يثور التساؤل حول مرتبة هذه الذمة ، أو الأهلية حتى داخل الالتزامات المالية للشخصية الاعتبارية هل هي تصل إلى مرتبة أهلية الأداء الكاملة ؟

إن القوانين الوضعية التي اعترفت بها أعطت لها الأهلية الكاملة ، وأنها تتمتع بجميع الحقوق

٨٢ . الشيخ علي الخفيف : الشركات ط. دار انشر للجامعات المصرية بالقاهرة ١٩٦٢ ص ٢٦

٨٣ . المرجع السابق نفسه

٨٤ . يراجع لمزيد من التفصيل : أ.د. علي محيي الدين القره داغي : مبدأ الرضا في العقود (٣٦٢/١ - ٤٠٧) ط. دار البشائر الإسلامية بيروت ١٤٠٦هـ

٨٥ . أسنى المطالب على روض الطالب للقاضي زكريا الأنصاري (٢٦٥/٢)

٨٦ . منح الجليل للشيخ عليش المالكي (٥٨٤/٣) ويراجع : الدكتور عبدالعزيز الخياط : الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ط. مؤسسة الرسالة ١٤٠٣هـ (٢٢١-٢١٤/١)



إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك ضمن الأهداف والحدود التي رسمها لها القانون، فقد نصت المادة (٥٣) من القانون المدني المصري على :

١- الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون .

٢- فيكون له :

أ - ذمة مالية مستقلة

ب - أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه ، أو التي يقرها القانون .

ج - حق التقاضي

د - موطن مستقل ..

٣- ويكون له نائب يعبر عنه إرادته.

وهذه المادة متفق عليها بين جميع القوانين العربية والخليجية^{٨٧} ، حيث نجد نظيرتها في قانون الشركات التجارية القطري المادة (١) ، وفي نظام الشركات التجارية السعودي المادة (١٣) ، وقانون الشركات التجارية الكويتي المادة (٢) وقانون الشركات التجارية البحريني المادة (٧٧) ، وقانون الشركات الاماراتي المادة (١٢) ، وقانون الشركات التجارية العماني المادة (٣) .

وبناء على ذلك فإن الأموال التي قدمها المساهمون وما نتج عنها هي ملك للشركة ذاتها ، أي لشخصيتها الاعتبارية ، وليست ملكاً مباشراً للمساهمين ، ويترتب على ذلك أن ذمة الشركة مستقلة عن ذمم الشركاء فلا مقاصة بين ديونها وديونهم - إلا في شركة التضامن على تفصيل - يقول الأستاذ السنهوري : ٠ فلها - أي الشركة - أهلية الوجود ، وأهلية الأداء ، فتستطيع أن تمتلك بعوض ، أو بغير عوض ، وأن تتصرف في أموالها طبقاً للنظم المقررة في عقد تأسيسها ... ، ولا فرق في ذلك بين المعاوضات والتبرعات^{٨٨} .

هذا بالنسبة للقوانين وأهلها فلا يختلفون في الاعتراف للشركات - ما عدا شركة المحاصة - بأهلية أداء كاملة ، ولكن يمثلها مجلس الإدارة ، أو المدير حسب نوعية الشركة ، غير أن الخلاف دائر بين الفقهاء المعاصرين الذين تناولوا الموضوع ، حيث ذهب أكثرهم إلى ما ذهب إليه القانونيون في إثبات الأهلية الكاملة للشخصية الاعتبارية^{٨٩} .

٨٧ . يراجع : د. سعيد يحيى : قوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي ، ط. المكتب العربي الحديث / الاسكندرية ص ٦٥

٨٨ . السنهوري : الوسيط (٢٩٤/٥)

٨٩ . الشيخ علي الخفيف : المرجع السابق نفسه ، والدكتور الخياط ك المرجع السابق (٢٢١/١) والدكتور صالح المرزوقي البقمي : المرجع السابق ص ٢٢٤



رأي العلامة الشيخ الصديق الضيرير :

ذهب الشيخ الصديق الضيرير إلى إثبات أهلية الوجوب فقط للشخصية الاعتبارية فقال : (نخلص من هذا إلى أن الشخصية الاعتبارية « شركات المساهمة » لا تثبت لها أهلية الأداء ، وتثبت لها أهلية الوجوب بالقدر الذي يناسبها) ^{٩٠} .

ونحن لسنا مع الشيخ الجليل في هذا الرأي لما يأتي :

١- أن القانونين حينما أثبتوا الشخصية الاعتبارية للشركات أعطوا لها كل الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية في الحدود التي قررها القانون ، ولذلك أصبحت للشركة ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء إلخ ، فإذا قلنا : ان أهليتها هي أهلية الوجوب فإن ذلك يعني أنها : لا تثبت لها إلا الحقوق الايجابية ، ولا تقدر على تنفيذ الالتزامات لأنها ليست لها أهلية الأداء التي هي مناط صحة التصرفات كما يقول الفقهاء أيضاً ^{٩١} .

٢- إذا لم تثبت للشخصية الاعتبارية أهلية الأداء إذن فكيف يكون لنائبها الحق في إنشاء العقود والالتزامات والتبرعات باسمها ، فصحة تصرفات النائب فرع لصحة تصرفات المنيب ، إلا في حالات الضرورة الخاصة بولاية الوالدين على أموال القصر وهي ولاية شرعية تثبت بالشرع ، وحتى في هذه الحالة فإنهما لا يستطيعان التصرف في أموالهم بما يضرهما ، مثل التبرعات ، في حين أن نائب الشخصية المعنوية له الحق في كل التصرفات الناتجة من أهلية الأداء الكاملة في حدود ما رسمه القانون .

لذلك لو قبل برأي الشيخ الضيرير لفقدت الشخصية المعنوية (الاعتبارية) فائدتها وتوصيفها الذي من خلاله توصل القانون إلى تنظيم أمور الشركة بالشكل المطلوب .

٩٠. بحثه عن زكاة الشخصية الاعتبارية ، المنشور في موقع المشكاة الإسلامية .
٩١. مبدأ الرضا في العقود (١/٢٧١٠٠٠) ط. دار البشائر الإسلامية بيروت ١٤٠٦هـ .



المبحث الثاني

أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية

أولاً - تمهيد في الفروق الجوهرية بين الشخصيتين

ثانياً - ثم الولوج في المسائل المطلوبة :

- ١- التنضيز الحكمي للودائع الاستثمارية .
- ٢- نظام المخصصات .
- ٣- لزوم عقد المضاربة .
- ٤- تأقيت عقد المضاربة .
- ٥- انفساخ المضاربة بالموت.
- ٦- القبض الحكمي في تعامل المصرف مع العملاء (في موضوعات الصرف / الحوالات المصرفية / الشيكات المصرفية) .
- ٧- نقل عبء الاثبات إلى المضارين والوكلاء بالاستثمار (تحميل المصرف الاسلامي تبعة هلاك أو خسارة الودائع الاستثمارية) .
- ٨- قلب الدين .
- ٩- الاقتراض بفائدة .

أولاً - تمهيد في الفروق الجوهرية بين الشخصيتين :

ذكرنا في المبحث الأول أن كلاً من الشريعة والقوانين الوضعية قد اعترف بالشخصية الاعتبارية ، وأن لها ذمة مالية مستقلة ، ومنفصلة عن ذمم الشركاء إلى آخر ما ذكرناه .

والذي يهمننا في هذا التمهيد هو بيان الفروق الجوهرية بين الشخصيتين ، وأوجه التشابه بينهما أيضاً بإيجاز لنستفيد من الفروق والتشابه في استنباط الأحكام أو ترجيحها ..



أ - أوجه التشابه :

تتفق الشخصيتان فيما يأتي :

- ١ - أن لكل واحدة منهما الأهلية التي تحقق لها أغراضها ، حسب توافر الشروط المطلوبة .
- ٢ - أن لكل واحدة منهما ذمة مالية مستقلة منفصلة ، فلها حقوقها وأموالها ، وعليها التزاماتها وديونها...إلخ.
- ٣ - أن لكل واحدة منهما اسماً ، وجنسية ، ووطناً ، وبداية ، ونهاية .
- ٤ - أن لكل واحدة منهما حق تقاضي الآخرين لحقوقها ، كما أن للآخرين حق تقاضيها لأداء حقوقهم .

ب - الفروق بينهما :

أولاً: أن الشخصية الاعتبارية أخص من الشخصية الطبيعية للإنسان من حيث :

- ١ - إنها لا تشمل الجوانب الخاصة بالإنسان مثل أهلية الزواج والطلاق ، والحقوق الأسرية من النفقة ونحوها .
- ٢ - وإن الإدراك والتمييز (العقل) غير متوافر في الشخصية الاعتبارية ، في حين يعد العقل من خصائص الإنسان ، ويترب على ذلك أن الشخصية الاعتبارية يجب أن يكون لها ممثل يعبر عن إرادتها ، ويدير شؤونها ، ويكون الناطق باسمها مثل مجلس الإدارة ، أو المدير .
- ٣ - وإن الشخصية الاعتبارية محددة بما قرره القانون في حين أن الشخصية الطبيعية ليست محددة بما قرره القانون .

وذلك ما عبّرت عنه المادة (٥٣) من القانون المدني المصري: (يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان ملازماً ولصيماً للإنسان ، وذلك في الحدود التي يقرها القانون).

ثانياً: أن الشخص الاعتباري تقديري معنوي له وجود قانوني فقط وليس له وجود مادي محسوس ، على عكس الشخص الطبيعي .

ثالثاً: أن الشخص الطبيعي (إذا كان عاقلاً) فهو مكلف بالتكاليف الشرعية كلها من العبادات ، وأما الشخص الاعتباري فليس مكلفاً بها .

رابعاً: أن الشخص الطبيعي تثبت له أهلية الوجوب الناقصة وهو جنين في بطن أمه ثم أهلية الوجوب الكاملة بمجرد الولادة ، ثم أهلية الأداء الناقصة عند التمييز ، وأهلية الأداء الكاملة عند الرشد والبلوغ .فهذه الأطوار غير موجودة في الشخص الاعتباري ، حيث تثبت له الأهلية مرة واحدة عن طريق اعتراف القانون بها .



خامساً : أن الشخص الطبيعي لا ينحصر نشاطه في أهداف محددة ، بل يستطيع أن يمارس كافة الأنشطة ، فهو حر في نشاطاته إلا ما كان محرماً حسب أحكام الشريعة ، أو مخالفاً للنظام العام حسب القوانين . وأما الشخص الاعتباري فليس حرّاً في ذلك ، بل هو مقيد بالغرض ، أو الأغراض التي أنشئ لأجلها .

سادساً : الشخص الطبيعي مستقل بنفسه لتحقيق مصالح فردية خاصة به ، وأما الشخص الاعتباري فهو يسعى إلى تحقيق مصالح جماعية تعود إلى مجموعة من الأشخاص أو الأموال^{٩٢} .

سابعاً : إن نهاية الشخص الطبيعي بموته ، وأما نهاية الشخص الاعتباري بانتهاء مدته التي حددها القانون .

ثامناً : أن مسؤولية الشخص الاعتباري محددة ، في حين أن مسؤولية الشخص الطبيعي غير محددة .

تاسعاً : أن الزكاة تجب على الشخص الطبيعي إذا توافرت الشروط المطلوبة لوجوب الزكاة ، ولا تجب على الشخص الاعتباري (الشركات) من حيث هو عند جماهير المعاصرين إلا إذا فوضه المساهمون أو صدر بذلك قانون أو نحو ذلك^{٩٣} وذلك لأن ملكية الشخص الاعتباري ليست ملكية حقيقية كاملة .

عاشراً : أن الشخص الاعتباري الثابت للوقف أو الدولة ، أو بيت المال أو المساجد ، أو الجهات الخيرية لا تجب عليه الزكاة ، في حين أن الزكاة تجب على الشخص الطبيعي في جميع أمواله إذا توافرت فيها الشروط المطلوبة ، في حين أن الزكاة تجب في الوقف المعين أو ما يسمى بالوقف الأهلي^{٩٤} .

حادي عشر : لا تقطع اليد في سرقة أموال الشخص الاعتباري العام مثل أموال الدولة ، وإن كان السارق يعاقب بعقوبات أخرى ، في حين أن اليد تقطع في الأموال الخاصة للأفراد والشركات المملوكة للأفراد .

ثاني عشر: أن مدة التقادم أمام القضاء لسماع الدعوى في شأن الشخص الطبيعي ١٥ سنة ، وفي حق الشخص الاعتباري ٩ سنوات (المادة ١٧٢ ، ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٨٧ ، ١٨٧ ، ٤٧٤ ، ٣٨٨ من القانون المدني المصري).

الخلاصة : أن هناك فروقاً جوهرية بين الشخص الطبيعي ، والشخص الاعتباري تظهر آثارها في الأحكام الفقهية الآتية ، وفي غيرها مما لم يسع المجال لذكرها هنا .

٩٢ د . عبد المنعم فرح الصدة : أصول القانون ص ٤٨٢ ، ود . عبد الحي حجازي : نظرية الحق ص ٥٠٨ ، وأستاذنا مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامي في توبه الجديد ص ٢٨٤ ، والشيخ خالد بن عبد العزيز الجريد : بحثه المنشور في مجلة العدل العدد ٢٩ محرم ١٤٢٧ هـ ص ٨٠ بعنوان : الشخصية الاعتبارية .
٩٣ يراجع للمزيد من التفصيل : الحقيبة الاقتصادية للدكتور علي محيي الدين القره داغي (١١/٢٦٠-٣١٨) ط. دار البشائر الإسلامية / بيروت
٩٤ المرجع السابق



ثانياً - أثر الاختلاف بين الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية في المسائل الآتية

١ - التضيض الحكمي للودائع الاستثمارية :

أولاً : التمهيد :

١ - التضيض لغة من : نَضَّ الثمن إذا نقد ، ومعنى الإظهار فيقال : خذ صدقة مما نَضَّ من أموالهم، أي ما ظهر وحصل ، ويطلق على الدراهم والدنانير النض ، والناض ، وله معان أخرى^{٩٥} .

والتضيض في الاصطلاح : هو تحويل العروض إلى النقود من خلال بيعها بالنقود ، وبلغة أهل العصر : التضيض هو التسييل للأصول من السلع والمنافع والعروض ونحوهما^{٩٦} .

فالتضيض : هو تحويل السلع والمنافع ونحوهما - مما هو تحت تصرف المضارب ، أو الشريك - إلى نقود .

وهذا لا يتحقق على سبيل الحقيقة إلا بالبيع ونحوه من التصرفات التي ينشأ منها التسييل ، بحيث إذا تحولت العروض والمنافع والحقوق إلى نقود أو ما في حكمها تحقق التضيض الحقيقي .

وأما إذا لم يتحقق ذلك في كله ، أو بعضه ، ولكن توصلنا إليه من خلال تقدير القيمة النقدية للأعيان والمنافع والحقوق وفقاً لمقاييس محددة ومعايير منضبطة فهذا يسمى التضيض الحكمي .

وحتى لا نخوض في تفاصيل التضيض نكتفي هنا بما ذكره المعيار الشرعي رقم (٤٠) الخاص بتوزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة حيث ينص البند (١/٣) على أنه :

(١/٣) يشترط لتحقيق الأرباح القابلة للتوزيع ما يأتي:

١/١/٣ سلامة رأس المال : لا يتحقق الربح في حسابات الاستثمار إلا بعد وقاية رأس المال. وما يوزع قبل التأكد من ذلك فليس ربحاً مستحقاً، وإنما هو مبلغ تحت الحساب. وينظر البند ٣/٥، ويعتبر الربح المفوض باستثماره بعد انتهاء فترة الاستثمار جزءاً من رأس المال في الفترة التالية.

٢/١/٣ التضيض الحقيقي أو الحكمي لا يتحقق الربح في حسابات الاستثمار إلا بعد القيام بما يلي :

١ / ٢ / ١ / ٣ تضيض (تسييل) موجودات المضاربة، سواء كان حقيقياً بتحويل جميع الموجودات إلى نقود، وتحصيل جميع الديون، أم حكماً بالتقويم للموجودات غير النقدية من قبل أهل الخبرة، وتقويم الدين من حيث إمكان التحصيل وتكوين مخصصات للديون المشكوك في تحصيلها، أما النقود فتثبت بمبالغها .

٩٥ . يراجع : لسان العرب ، والقاموس المحيط ، ومختار الصحاح ، والمعجم الوسيط مادة « نضض » .

٩٦ . د. حسين شحاته بحثه عن : الأحكام الفقهية ، والأسس المحاسبية للتضيض الحكمي ص ٢١ و كتابه أصول المحاسبة المالية ، ط. جامعة الأزهر ١٩٩٦ م ، ص ٢٣ وما بعدها ود. شوقي إسماعيل شحاته : المبادئ الإسلامية في نظريات التقويم في المحاسبة ، ط ٩٥ ، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات ، سلسلة الدراسات والبحوث فقرة ٩٦ ، ٩٧ ، د. محمود لاشين : التضيض الحكمي المقدم إلى رابطة العالم الإسلامي ، ص ٧٥ .



٢/٢/١/٣ تغطية المصروفات الآتية :

أ- المصروفات الخاصة بتوظيف أرصدة حسابات الاستثمار بتحميل كل عملية تكاليفها المباشرة اللازمة لتنفيذها.

ب- ما يخص عمليات توظيف أرصدة حسابات الاستثمار من المصروفات المشتركة، دون ما يتعلق بالنشاط الخاص بالمؤسسة .

ولا تتحمل حسابات الاستثمار مصروفات الأعمال التي يجب على المضارب القيام بها . وهي مصروفات إدارات الاستثمار وأجهزة اعتماد قراراتها، ومصروفات إدارتي المتابعة والمحاسبة، ويجوز وضع سقف للمصروفات بحيث يتحمل المضارب ما زاد عنه .

٣/٢/١/٣ اقتطاع المخصصات والاحتياطيات المتعلقة بالاستثمار من إيرادات الاستثمار، للوصول إلى الربح القابل للتوزيع مثل مخصص الديون المشكوك في تحصيلها واحتياطي معدل الأرباح وهما يقتطعان من الربح الإجمالي، أما احتياطي مخاطر الاستثمار فيقتطع بعد استبعاد نصيب المضارب)^{٩٧} .

كما نصت البنود الآتية على بعض أحكام التنضيز وهي :

٣/٥ يجوز توزيع مبالغ تحت الحساب، قبل التنضيز الحقيقي أو الحكمي، على أن تتم التسوية لاحقاً مع الالتزام بإضافة النقص أو استرداد الزيادة عن المقدار المستحق فعلا بعد التنضيز الحقيقي أو الحكمي.

٤/٥ ينص في عقود الحسابات الاستثمارية المشتركة القائمة على أساس المضاربة التي يقع فيها التخارج على مبدأ المبرأة الذي يقتضي إبراء المتخارج لأصحاب الحسابات الاستثمارية (المودعين) عند التخارج من أي ربح لم يوزع أو لم يظهر وإبراءهم له من أي خسارة لم تظهر بعد، وعمما يتبقى من احتياطيات مخاطر الاستثمار ومعدل الأرباح ومخصصات الديون الناتجة عنه لباقي المستثمرين، كما ينص على التبرع بما يبقى لصالح وجوه الخير عند تصفية الوعاء الاستثماري.

٥/٥ على المؤسسات أن تقوم بتنضيز المضاربة وتوزيع الربح المتحقق بين المضارب وأصحاب حسابات الاستثمار حسب شروط عقد المضاربة.

٦/٥ إذا تنازل المساهمون بصفتهم مضارباً عن حصة من أرباحهم لصالح أصحاب الحسابات الاستثمارية بعد التنضيز وإجراء حساب الربح والخسارة فإن على المؤسسة أن تفصح عن ذلك^{٩٨}.

٩٧ . يراجع : المعيار الشرعي رقم (٤٠) : المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٥٥٠
٩٨ . يراجع : المعيار الشرعي رقم (٤٠) : المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٥٥٣



٢- الودائع الاستثمارية :

عرفها البند (١/٢) من المعيار الشرعي رقم (٤٠) بأنها : (المبالغ التي تتلقاها المؤسسة من المستثمرين على أساس المضاربة المشتركة ويفوز أصحابها المؤسسة باستثمارها على أساس المضاربة، وتنقسم حسابات الاستثمار إلى حسابات الاستثمار التي تدار على أساس المضاربة المطلقة التي يفوز فيها المضارب باستثمار المال فيما يراه، وحسابات الاستثمار التي تدار على أساس المضاربة المقيدة التي يقيد فيها المضارب بنوع أو كيفية مخصوصة من الاستثمار يعينها رب المال، و العلاقة بين أصحاب هذه الحسابات وبين المؤسسة علاقة المضارب برب المال، وهي حالة وحدة المضارب وتعدد أرباب المال.

١/١/٢ حسابات الاستثمار المطلقة : هي المبالغ التي تتلقاها المؤسسة من المستثمرين ويفوز أصحابها المؤسسة باستثمارها على أساس المضاربة المطلقة دون الربط بمشروع أو برنامج استثماري معين، ويشترك أصحاب الحسابات والمؤسسة في الأرباح إن وجدت حسب النسب التي تحدد لكل منهما إما في عقد المضاربة أو في طلب فتح الحساب الموافق عليه من المؤسسة ويتحمل أصحاب الحسابات جميع الخسارة بنسبة حصصهم في رأس المال إلا ما نتج عن التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط فتتحملها المؤسسة .

٢/١/٢ حسابات الاستثمار المقيدة : هي المبالغ التي يفوز أصحابها المؤسسة باستثمارها على أساس المضاربة المقيدة بمشروع محدد، أو برنامج استثماري معين (يمكن أن تدار حسابات الاستثمار المقيدة على أساس الوكالة بالاستثمار) وتشترك المؤسسة وصاحب هذا الحساب في الأرباح - إن وجدت - حسب النسبة التي تحدد لكل منهما في عقد المضاربة أو طلب فتح الحساب الموافق عليه من المؤسسة، ويتحمل صاحب كل حساب الخسارة بنسبة حصته في رأس المال التي تخص حسابه إلا ما نتج عن التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط فتتحملها المؤسسة) ^{٩٩} .

ثانياً : حكم التنضيز للودائع الاستثمارية في ظل الشخص الاعتباري :

كان التنضيز في السابق يقوم به الشخص الطبيعي (المحاسب) للشخص الطبيعي (المضارب أو الشريك) واليوم يقوم به الشخص الاعتباري المتمثل بشركات التدقيق الخارجي للشخص الاعتباري المتمثل بالمؤسسات المالية الإسلامية .

وما دمنّا قد اعترفنا بالشخصية الاعتبارية فلا فرق بينها وبين الشخص الاعتباري في الحالتين ، وإمّا يأتي الاختلاف في حالة تعارض المصالح وهو عام لجميع الحالات وليس خاصاً بالتنضيز .

ومثال حالة تعارض المصالح في هذه المسألة أن يكون - المصرف - مثلاً هو المضارب ، وهو يملك



مؤسسة للتدقيق الخارجي ، أو للتقييم ، فيستعين بها لتحقيق ذلك الهدف ، أو أن يكون الأمر بالعكس بأن تملك المؤسسة المصرف . حيث ينظر في هاتين الحالتين إلى متى يتحقق تعارض المصالح؟

للإجابة عن ذلك نقول : إن هذه المسألة تحتاج إلى تفصيل ذكرناه في بحثنا المقدم إلى ندوة البركة^{١٠٠} ولا يسع المجال للخوض فيه هنا ، وإنما أكتفي بالفتوى (٤/٢٧) التي صدرت عن ندوة البركة (٢٧) رمضان ١٤٢٧ هـ = سبتمبر ٢٠٠٦ م التي تمخضت من هذا البحث ومن بحوث أخرى ومدخلات الحاضرين وهي :

أ / تقع بين الشركات تصرفات يختلف حكمها ، كما سيأتي ، منها : الإقراض والاقتراض ، وعمليات التمويل المؤجلة من مرابحات وإجازات ... إلخ والاستثمار من شركة بأسهم شركة أخرى وإن الصفات المؤثرة في صحة أو بطلان تلك العلاقات تدور بين استقلال الشخصية الاعتبارية ، انفصال الذمة المالية والملكية كلياً أو جزئياً ، السيطرة .

ب / لا أثر للشخصية الاعتبارية المستقلة لشركتين ولا لانفصال ذمتها المالية ، لأنها يثبتان بالقانون أو العرف أو القرارات المنظمة من مالكي الشركتين وهو أمر خارجي لا عبرة به في الحكم على مشروعية العلاقات البيئية وكذلك لا أثر للسيطرة لأنها هي السلطة القوية لبعض مالكي الشركة في اتخاذ القرارات .

ج / إن الحكم على العلاقات بين المؤسسات واعتبارها بمثابة طرف واحد أو طرفين هو للملكية بنسبة الثلث فأكثر ، ويترتب على ذلك :

١ / تتحقق العينة بالشراء بالأجل من مؤسسة ثم بيع السلعة نفسها إلى مؤسسة أخرى بينهما ملكية مشتركة بنسبة الثلث فأكثر .

٢ / لا يتحقق الاستصناع أو السلم الموازيان في التعامل بين مؤسستين بينهما ملكية بنسبة الثلث فأكثر ، بل يكون من قيام المستصنع نفسه بدور الصانع وهو ممنوع .

٣ / تقديم الضمان من شركة لأخرى في المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار لا يجوز إذا كانت الملكية المشتركة الثلث فأكثر .

٤ / يحتاط في إقراض النفس بفائدة فلا يقبل إلا إذا كان بنسب متفقة مع نسب ملكية الشركاء في الشركة أو كان بين مؤسستين مملوكتين بالكامل لمؤسسة قابضة ، أو كان بين مؤسسة أم وأخرى مملوكة لها بالكامل ...

١٠٠ . بحثنا بعنوان : الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات (الشخصية الاعتبارية ، الذمة المالية ، الملكية ، السيطرة) المقدم إلى ندوة البركة (٢٧) للاقتصاد الإسلامي والمنشور في حولية البركة ، العدد ٩ رمضان ١٤٢٨ هـ سبتمبر ٢٠٠٧ م ، ص ١٦١ وما بعدها .



١٥ / للشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحددة تأثير في استقلال موجودات الشركة عن موجودات الشركاء ، في ضوء قرار المجمع بهذا الشأن بشأن تحديد المسؤولية في الشركات المساهمة (قرار رقم ٦٣ (٧/١) البند ١٢)^{١٠١}.

وبناءً على ذلك فإن كان المصرف يملك أقل من الثلث من أسهم المؤسسة المدفقة أو المقومة (أو بالعكس) فإنه حينئذ لا مانع من قيام المؤسسة بالتقييم والتنضيق الحكمي ، وإلا فلا يجوز ذلك ولا يصح بناءً على عدم الاستقلالية .

وفي نظري أنه ينبغي مراعاة الجانب الإداري أيضاً ، بحيث إذا كانت المؤسسة المقومة تدار من خلال إدارة المصرف فإن المنع قائم أيضاً درءاً لتعارض المصالح حتى ولو كانت الملكية أقل من الثلث .
بالإضافة إلى مسألة أخرى وهي التواطؤ بين شركتين متواطئتين^{١٠٢} .

ففي هذه الحالات الثلاث لا تعتبر الشخصية الاعتبارية مستقلة عن الشركة أو المؤسسة التي أسستها ومن هنا تأتي مسألة التعارض في المصالح أو نحوها .

ففي هذه الحالات ظهر أثر الخلاف بين الشخصيتين الشخصية الاعتبارية ، والشخصية الطبيعية ، كما يظهر ذلك عندما توجد شركتان مملوكتان لشخص واحد حيث لا يوجد بينهما الربا حتى ولو وجدت في العقود الظاهرية الربا ، فإن هذا الربا صوري لا يؤثر ، كما سيأتي .

فائدة مهمة :

فهذه الاختلافات بين الشخصيتين التي يعترف بها الفقه الإسلامي تدل بوضوح على أن الاعتراف بشخصية منفصلة مستقلة للشركات والمؤسسات ليس على إطلاقه فحينما تكون ملكية الشركة تصل إلى الثلث فأكثر فإن الشخصية الاعتبارية للشركة المملوكة بتلك النسبة ليست مستقلة استقلالاً كاملاً ولا منفصلة انفصلاً تاماً كما رأينا في فتوى البركة وما ذكرناه هنا أيضاً .

وربما يكون ما ذكرته آنفاً هو أحد الفروق الجوهرية بين الفقه الإسلامي الذي يلاحظ ذلك وبين القانون الذي يعترف بالشخصية الاعتبارية إذا توافرت شروطها دون فرق بين نوعية الملكية أو كميتها ، ولكن القانون أيضاً يلاحظ مسألة تعارض المصالح والتواطؤ .

١٠١ . الفتوى رقم (٤/٢٧) الصادرة بعنوان : الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات (الشخصية الاعتبارية ، الذمة المالية ، الملكية ، السيطرة) ، قرارات وتوصيات ، ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي من الندوة الأولى حتى الندوة الثلاثين إعداد د. عبد الستار أبو غدة ص ٢١٣ - ٢١٤ .
١٠٢ . يراجع بحثنا السابق ، وفتاوى ندوة البركة ص ١٤٠ .



٣- الاقتراض بفائدة :

لا فرق بين الشخصية الطبيعية ، والشخصية الاعتبارية في مسائل الاقتراض بفائدة إلا في حالتين هما :

حالة التواطؤ والتحايل من خلال شركات مثل (V.P.S) وحالة ما إذا كانت الشركتان مملوكتين لشخص واحد ، وهذا ما صدرت فيه فتوى ندوة البركة (٩/٨) حيث تنص على :

(١-) إذا اقتضت شركة من شركة أخرى بفائدة لغرض الاستفادة من الإعفاءات الضريبية أو لغير ذلك من الأغراض المشروعة بعيدا عن أخذ الربا وإعطائه حقيقة ، فإن هذا الاقتراض لا يعد ربا إذا كانت الشركتان مملوكتين لمالك واحد ، لأن هذه المعاملة صورية ، لاتحاد الذمة المالية للشركتين ، وهي من تعامل الشخص مع نفسه .

٢- إذا كانت إحدى الشركتين مملوكة جزئيا لمالك معين ، واقتضت بفائدة من الشركة الأخرى المملوكة له كليا أو جزئيا ، فإن الربا يتحقق ، لاختلاف الذمة المالية بين المقرض والمقترض)^{١٠٢}.

٤ - نظام المخصصات .. إلخ

وما ذكرته ورقة الأمانة من بيان أثر الاختلاف بين الشخصية الاعتبارية ، والشخصية الطبيعية في نظام المخصصات ، ولزوم عقد المضاربة ، وانفساخ المضاربة بالموت ، والقبض الحكمي في تعامل المصرف مع العملاء ، ونقل عبء الإثبات إلى المضاربين والوكلاء .

كل هذه المسائل ينطبق عليها ما ذكرته في الفقرة الأولى الخاصة بالتنقيض .

١٠٢ . يراجع : فتاوى ندوة البركة ، فتوى رقم (٩/٨) ص ١٤١ .



المبحث الثالث : مدى سريان أحكام الضرورة والحاجة الشديدة على الشخص الاعتباري ؟

الذي يظهر لنا من الأدلة الدالة على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية أنه لا توجد تفرقة بينها وبين الشخصية الطبيعية في مجال الضرورات والحاجيات إذا تحققتا فعلاً ، لأنهما تعمان الفرد والجماعة ، وكما أن الشخصية الاعتبارية تؤول في جوهرها وحقيقتها إلى الأشخاص فهي تمثل الأشخاص مباشرة ، أو تمثل أموالهم وممتلكاتهم وحقوقهم ، وبالتالي فوجود هذه الواسطة لن تغير من الحقيقة شيئاً فالضرورات والحاجيات والمحسنات تعم الفرد والجماعة والأمة ، والشخصية الاعتبارية .

وقد تطرق بعض فقهاءنا العظام إلى أن ضرورات الجماعة وحاجيتها فوق ضرورات الأفراد وحاجياتهم^{١٠٤} ، حيث تحدث إمام الحرمين رحمه الله عن ضرورات الأمة ، أو الدولة فيبين بأن ضروريات الأمة أو الدولة أكبر من ضروريات الفرد وحاجياته فقال : (بل إن الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر)^{١٠٥} .

وبناء على ذلك فإن الشخصية الاعتبارية (الشركة أو المؤسسة) إذا اضطرت إلى الاقتراض بالفائدة من البنوك الربوية فيرخص لها ذلك بالشروط الآتية :

- ١- أن لا تجد المؤسسة أي تمويل إسلامي يدفع الضرورة .
 - ٢- أن يترتب على عدم الاقتراض بفائدة إضرار فعلي حقيقي ، وليس مجرد التوقع .
 - ٣- أن يقدر هذه الضرورة خبراء لهم وزنهم وتجاربهم ، بحيث يكتبون تقريراً معللاً بالحجج والبراهين بأن المؤسسة تتضرر فعلاً إذا لم تقم بالاقتراض بفائدة^{١٠٦} .
 - ٤- وأن تقدر هذه الضرورة - أيضاً بقدرها - فلا يتجاوز إلى غيرها .
- وبناء على ما سبق فإننا نجيب على الأسئلة التي طرحتها الأمانة العامة للمؤتمر ، والتي جاءت على النحو الآتي : فلو أشرفت شركة مالية أو صناعية على الافلاس ما لم تقتض بالربا أو تقلب دينها للممولين - إعادة جدولة « أنظري أزدك » - فهل يباح لها ذلك كإباحة أكل الميتة وشرب الخمر للمضطر ؟ ولاحظ أن كثيراً من الشركات المالية الإسلامية أعادت جدولة ديونها للغير ، أو ديونها على الغير ، في ظل الأزمة المالية ، وبعض المؤسسات الدائنة تفعل ذلك بحجة أنها لو أنظرت ميدنها فإن دائيتها لا ينظرونها .

١٠٤ . يراجع : بحثنا المقدم إلى الدورة العشرين للمجلس الأوروبي للافتاء والبحوث في الفترة ٢٦-٣٠ يونيو ٢٠١٢ باستنبول ، بعنوان : الضروريات والحاجيات المنزلة منزلة الضرورة للأقليات المسلمة ، ومصادره المعتمدة

١٠٥ . الغياثي لإمام الحرمين ط. دار المنهاج ، تحقيق أ. د. عبدالعظيم الديب ص ٥٣١

١٠٦ . بحثنا السابق الإشارة إليه



وفي ضوء هذه القضية المطلوبة للمناقشة ما يلي :

أ- هل يصح قياس إفلاس شركة أو مؤسسة على هلاك الشخص الطبيعي لإباحة التمول أو الجدولة بالربا ؟

الجواب :

في نظري أن إفلاس شركة أو مؤسسة لا يقاس على هلاك شخص طبيعي - وبالتالي جواز الاقتراض بالربا- لأن الشخص الطبيعي إنسان حيّ فيه الروح والحياة...الخ، وبالتالي فإن الحفاظ على روحه وجسده واجب وضروري إسلامياً وإنسانياً، ولذلك فإن كل ما يؤدي إلى هلاكه يجب منعه، وإن الحفاظ على روحه ونفسه وبدنه وأعضائه من الضروريات الشرعية والطبيعية .

وأما الشخص الاعتباري فلا روح فيه ولا إحساس، ولا ألم ولا أذى، وأن كل ما يصيبه هو الإفلاس، فالتصفية، وهو في حقيقته ضرر يصيب المساهمين في الشركة والمتعاملين معها، ولذلك ينبغي النظر إلى هذه الآثار والمآلات بالنسبة للمساهمين والمتعاملين .

والخلاصة أن الإفلاس (فالتصفية) ليس مثل هلاك الشخص الطبيعي في إباحة المحظورات في علة جامعة مؤثرة، وبالتالي فلا يقاس إفلاس الشخص الاعتباري على هلاك الشخص الطبيعي (موته أو فقد أعضائه..). ولكن يُقاس إفلاسه على إفلاس الشخص الطبيعي، بل هو أقل منه تأثيراً، إذ أن إفلاس الشخص الاعتباري لا يترتب عليه إفلاس المساهمين لأن ذمته المالية مستقلة ومنفصلة عنهم، فقد يكونون أغنياء أثرياء، والشخص الاعتباري الذي أسسوه يفسد، بينما الشخص الطبيعي له ذمة مالية واحدة فإذا أفلس فهذا يعني أن ديونه والتزامته أصبحت مستغرقة لجميع أمواله وحقوقه، وأن ذمته غير قادرة على الوفاء، وحينئذ يعلن إفلاسه .

ومن جانب آخر فإن إفلاس الشخص الاعتباري اليوم وفي ظل القوانين المرعية قد لا يكون سلبياً بل قد يكون هروباً من الالتزامات التي تفوق ذمة الشخص الاعتباري، وذلك لأن مسؤوليته محدودة (إلا في شركات التضامن) وبالتالي فإن الدائنين للشركة ليس لهم حق إلا في موجودات الشركة بعد تصفيتها، وليس لهم أي حق في أموال المساهمين حيث إنها بمنأى عن المسؤولية^{١٧} .

وكل ما يمكن النظر فيه لحالة إفلاس الشخص الاعتباري هو مدى تأثيره على الأشخاص المساهمين، وذلك يختلف حسب الحاليتين الآتيتين :

الحالة الأولى : إذا كان الشخص الاعتباري ذات مسؤولية محدودة، ففي هذه الحالة لا يتأثر إفلاسه على المساهمين - كما سبق - إلا في حالات نادرة نذكرها فيما بعد.



الحالة الثانية : إذا لم تكن مسؤولية الشخص الاعتباري محدودة - كما هو الحال في شركات التضامن - فإن آثار إفلاسه تتجاوز أموال الشركة إلى أموال المساهمين المتضامنين ، وفي هذه الحالة ينظر إلى قوة تلك الآثار ، فمثلاً لو أن الشخص الاعتباري أعلن إفلاسه ، وأن ديونه من الكثرة بحيث لا يتمكن المساهمون المتضامنون من أدائها وبالتالي يترتب عليه السجن ، ولم يجدوا أي تمويل إسلامي، وتوافرت بقية شروط الضرورة ، ففي هذه الحالة يرخص للشركة أن تقتض بفائدة ، أو جدول ديونها بفائدة في حدود الضرورات التي تقدر بقدرها .

وأما الآثار التي تترتب على إفلاس الشخصيات الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة فهي في الغالب غير مؤثرة - كما سبق - ولكنها قد تكون مؤثرة كما في السؤال (ج) .

ب- إن ترابط المديونيات بوصفها عقبة أمام إنظار المعسرين هي مشكلة حقيقية لا يمكن حلها إلا على مستوى بلد بأكمله ومن قبل السلطات النقدية والتنفيذية التي تستطيع أن تفرض (الإنظار) على الجميع ، كما تستطيع اللجوء لخيارات أخرى .

الجواب :

إن الدولة تتحمل المسؤولية في هذا الشأن وإن كانت الشركات من القطاع الخاص ، ولذلك يجب عليها التحرك لحماية هذه الشركات من الانهيار أو الإفلاس ، أو الاضعاف من البداية بالرقابة والتشريعات ، وفي النهاية بالدعم والمعونات ، لأن آثار انهيارها ستكون على الجميع ، على الدولة والاقتصاد ، والأفراد ، وقد رأينا كيف تدخلت الحكومة الأمريكية في شأن الشركات وحمّت الشركات المؤثرة عن الإفلاس مثل شركة جنرال موتورز مع أن النظام الرأسمالي يجعل الدولة بعيدة عن التدخل، حتى إن أمريكا ضخت مئات المليارات من الدولارات في هذه الشركات في البنوك والبورصات حتى لا تنهار .

لذلك أرى أن يكون للدولة دور إيجابي في حماية الشركات والبنوك التي لها تأثير على الاقتصاد والمجتمع.

ويدل على ذلك ما شرعه الله تعالى من تخصيص مصرف مستقل للغارمين ضمن المصارف الثمانية للزكاة ، وهم المدينون الذي لا يقدر على أداء ديونهم ، وبالإضافة إلى ذلك فإن الدولة الإسلامية تقع على عاتقها مسؤولية الديون ما دامت قادرة على أدائها ، حيث لن تترك المدينين المعذورين غير القادرين دون رعاية وعناية ما دام بيت المال قادراً على ذلك ، وفيه من أموال الفيء ونحوه، حيث يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : (أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي وعليه دين فعليّ قضاؤه...)^{١٠٨} وقد ذكر النووي أن العلماء مختلفون في هذه المسألة حيث قال: (واختلف أصحابنا في قضاء دين من مات وعليه دين ، فقيل : يجب قضاؤه من بيت المال ، وقيل : لا يجب)^{١٠٩} قال

١٠٨ - صحيح مسلم الحديث ١٦١٩ ، والخديث رقم ٨٦٧ ، ورواه البخاري بلفظ (لا ضياعاً)

١٠٩ - يراجع : شرح الإمام النووي على صحيح مسلم ، كتاب الفرائض ، با : من ترك مالا فلورثته ، الحديث ١٦١٩



الخطابي : (هذا الحديث فيمن ترك دَيْناً لا وفاء له في ماله ، فإنه يُقضى دينه من الفيء ، فأما من ترك وفاء فإن دينه مقضي منه ، ثم بقية ماله بعد ذلك مقسومة بين ورثته)^{١١٠} وهذا الأخير هو ما بينه القرآن الكريم : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)^{١١١} .

ج- هناك أحياناً مآلات اجتماعية خطيرة لإفلاس المؤسسات المالية الكبيرة لا نظير لها في حالة الشخص الطبيعي ، هي خطر انتشار الذعر المالي وتداعياته على مؤسسات أخرى وعلى الاقتصاد برمته فهي (أضرار خارجية) تصيب غير المؤسسة المفلسة ، وقد دفعت كثيراً من الحكومات إلى إتخاذ تدابير استثنائية ، وهذا أمر قد يعتبر مبرراً كالضرورة أو الحاجة العامة ، إذا غلب على ظن خبراء مستقلين احتمال وقوعه ، والخبراء في هذا هم عادة السلطات النقدية في البلد المعني .

الجواب :

في مثل هذه الحالات التي ذكرت في السؤال ، نرى أن من واجب الدولة التدخل الإيجابي من الناحية الشرعية حماية لأموال المجتمع ودرءاً للأضرار الناجمة عن الإفلاسات الجماعية بالإضافة إلى أن الإفلاسات إذا زادت أو عمت فإن من آثارها البطالة ، أو الزيادة منها ، ومن المعلوم ان من حقوق الأمة على الدولة السعي الجاد لتوفير العمل لكل من هو قادر على العمل ، وحينئذ يكون دعمها لتلك المؤسسات دعماً لبرامج الدولة نفسها .

ولا أرى مانعاً أن تتخذ الحكومات تدابير استثنائية مشروعة ، لأن هذا من باب السياسة الشرعية التي تبني على تحقيق المصالح ، ودرء المفاسد ، حيث يمكن للحكومات في ظل الأحوال والمبررات المذكورة في السؤال أن تتخذ الاجراءات الآتية :

١. وضع قيود على حرية السحوبات ، وعلى السياسة النقدية ، وأدواتها .
 ٢. وضع قيود على التعامل في البورصة وبخاصة في أسهم الشركات المهتدة بالإفلاس .
 ٣. ضمان الدولة للمساهمين برؤس أموالهم والمتعاملين مع الشركة ، وهذا يعطي اطمئناناً لهم .
 ٤. إصدار تشريعات وقوانين ، أو لوائح لضبط القضايا الاقتصادية ، والسوق ، وتحقيق توازن في السياسات المالية والنقدية ، والمالية .
- بالإضافة إلى ضرورة الدعم المالي الذي ذكرناها سابقاً .



ولكن هل يجيز ما ذكر في السؤال : للشخص الاعتباري أن يقتض بالفائدة (الربا) أو يجدول ديونه بالفائدة ؟

الجواب :

في رأي أن ما ذكر ليس كافياً للترخيص بالفائدة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة التي ذكرناها في السابق.

د- هب أن إدارة مؤسسة متعثرة أكدت لهيئتها الشرعية بأن إفلاسها جدير بأن يعد ضرورة تبرر قلب ديونها وإعادة جدولتها ، فهل يحسن بالهيئة أن تأذن ؟ ثم ماذا ستكتب في تقريرها السنوي عن مدى موافقة أعمال المؤسسة لأحكام الشريعة الإسلامية ؟

الجواب :

يجب على الهيئة الشرعية التأكد بنفسها من توافر شروط الضرورة وضوابطها وذلك من خلال النظر إلى تقارير الخبراء ، والاستماع إليهم وسؤالهم عن مدى تحقق الضرورة الشرعية بضوابطها ، بحيث ننظر في الموضوع بدقة وأمانة وشفافية ومهنية ، ثم تحكم وتقرر القرار الذي تراه صحيحاً، ثم تكتب تقريرها بما يرضي الله تعالى وحده ، فتكتب بكل أمانة ما توصلت إليه ، فإن كانت الإدارة قد التزمت فيها ونعمت ، وإلا فستكتب تقريرها بالمخالفات ، وتقدمه إلى مجلس الإدارة، وإذا لم تلتزم ، أو تراجع فسترفع تقريرها المفصل الملعل المدلل إلى الجمعية العمومية ، وإذا لم يعرض تقريرها على الجمعية العمومية ، أو لم تأخذ به ، فعليها ان تستقيل وتوضح ذلك لجمهور المساهمين بالطرق المناسبة ، وكذلك للجهات الرقابية .

هذا والله أعلم وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين