



مؤتمر شورى الفقهاء الثامن 8th Shura Fiqh Conference

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

البحث الثالث

التكليف الفقهي لشركة المساهمة وأسهمها

فضيلة الشيخ / د. علي محمد نور

الرعاية الرئيسية



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاية الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاية الذهبية

الإمتياز
ALIMTIJAZ GROUP

الرعاية البنلانتينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



اتحاد مصارف الكويت
Kuwait Banking Association

بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مقدمة:

أُحْمَدُكَ رَبِّي عَلَى عَظِيمِ آلَائِكَ، وَأَشْكُرُكَ عَلَى تَوَالِي إِعْطَائِكَ، لَكَ الْحَمْدُ كُلُّهُ، وَلَكَ الشُّكْرُ كُلُّهُ، وَإِلَيْكَ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ، أَبْرَأُ إِلَيْكَ اللَّهُمَّ مِنْ حَوْلِي وَقَوْلِي إِلَى حَوْلِكَ وَقَوْلِكَ، وَحَدِّكَ لَا شَرِيكَ لَكَ، اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ؛ إِنَّكَ حَمِيدٌ مُجِيدٌ.

وبعد :

فإنه من المعلوم ما تحتله شركات المساهمة من أهمية بالغة في الواقع المعاصر؛ فهي تُعد إحدى أدوات النظام الاقتصادي المعاصر، ولها دورٌ كبيرٌ في القيام بالمشروعات الكبرى التي وُكِّبَ عصر الصناعة والاكتشافات الحديثة في كونها أداة (mechanism) لتوفير رأس المال الضروري للقيام بالمشروعات الكبرى.

وقد استقرَّ الاجتهادُ الفقهي المعاصر على القبول بشركة المساهمة من حيث الأصل، وبذلك صدرت قراراتُ المجمع الفقهي ومؤسسات الاجتهاد الجماعي، غير أن المستجدات المتعلقة بهذه الشركات أوجبت إعادة النظر في حقيقة شركة المساهمة وعلاقتها بالمساهمين والأطراف الأخرى (stakeholder)، والتكييف للأوراق المالية التي تُصدرها هذه الشركات، وقد ترتب على ذلك ظهور نظريات متعددة حول طبيعة هذه الشركة في القانون والاقتصاد والمحاسبة والفقهاء الإسلامي، والذي يقصد منه بيان واقعها، وما ينبغي أن يصدر بشأن هذه الشركات من تنظيمات وقوانين، كما يترتب عليه تنزيل الأحكام الشرعية على شركة المساهمة والأوراق المالية التي تُصدرها؛ إذ الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوُّره.

وقد رَغِبَتِ اللجنة العلمية لمؤتمر شورى الفقهي في إعادة موضوع (التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة)، الذي عرض في المؤتمر السادس؛ لاستكمال ما طرح في المؤتمر من بحوث محررة ومناقشات متينة؛ بهدف التوصل إلى تكييف وتأصيل فقهي سديد، يُعين على صحة تصوُّر ماهيته، وإدراك حقيقته، وحل الإشكالات المتعلقة به، وحسم النزاع في أحكام مسائله ومترقاتها.

وقد رأيتُ أن تحرير القول في تكييف الأسهم في شركة المساهمة يتوقف على التصور الدقيق لشركة المساهمة، وتحرير التكييف الفقهي لهذه الشركة. وما لم يتحرر القول في هذه المسألة فليس من اليسير الوصول إلى تحرير واضح لها، ولهذا رأيتُ أن يكون عنوان البحث:

(التَّكْيِيفُ الفِقهِيُّ لِشَرِكَةِ المِساهَمَةِ وَأَسْهُمِها).



وقد انتظم الكلام على هذا الموضوع فيما يلي:

المبحث الأول: حقيقة شركة المساهمة في الفقه والقانون.

أولاً: تعريف شركة المساهمة، وخصائصها.

ثانياً: حقيقة شركة المساهمة في القانون.

ثالثاً: التكييف الفقهي لشركة المساهمة.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للسهم.

أولاً: تعريف السهم، وخصائصه.

ثانياً: التكييف الفقهي للسهم.

والله أسأل أن ينفع بهذا البحث كاتبه وقارئه، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



المبحث الأول: حقيقة شركة المساهمة في الفقه والقانون

أولاً- تعريف شركة المساهمة:

يُعرَّف نظامُ الشركات السعودي في المادة الثانية والخمسين شركة المساهمة بأنها: «شركة رأس مالها مقسَّمٌ إلى أسهمٍ متساوية القيمة وقابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها».

وتتمتاز شركة المساهمة بعدد من الخصائص^(١):

١. أن شركة المساهمة شركة أموال، ولا أساس فيها للاعتبار الشخصي، فالغرض الرئيس من تكوين شركة المساهمة هو جمع المال اللازم للقيام بمشروع معين، بصرف النظر عن شخصية المساهمين فيها، وبمجرد طرح أسهم هذه الشركة للاكتتاب يستطيع كل شخص أن يكون مساهماً في هذه الشركة، بالمشاركة في رأس مالها، ولا أثر لإفلاس المساهم أو تنازله عن أسهمه أو وفاته - على حياة الشركة واستمرارها.
٢. المسؤولية المحدودة للمساهم، فمسؤولية المساهم تكون بقدر نصيبه من الأسهم، فلا تتعدى مسؤوليته هذا القدر من المال.
٣. اسم شركة المساهمة مستند من غرضها، ولا يُعنون لها باسم أحد الشركاء، إلا في حدود استثنائية جداً، وذلك إذا ألت مؤسسة تجارية أو شركة أشخاص إلى شركة مساهمة، وقررت الاحتفاظ بالاسم الفردي لهذه المنشأة.
٤. عدم اكتساب المساهم صفة التاجر، ويترتب على ذلك أنه لا يشترط في المساهم توافر أهلية احتراف التجارة، كما لا يلزم المساهم بالتزامات التجار؛ وهذا عائد إلى مسؤوليته المحدودة، رغم أن الدخول في شركة المساهمة يعد عملاً تجارياً كما هو الشأن بالنسبة للاشتراك في أي شركة تجارية.

ثانياً- حقيقة شركة المساهمة في القانون:

بالرغم من أن بدايات شركات المساهمة تعود إلى بدايات القرن الثامن عشر الميلادي فإنها ظلت في تطور مستمر من حيث قوانينها المنظمة لها، تبعاً لحاجات العصر ومتطلباته، فظهرت الشركات القابضة، وشركة الشخص الواحد، وتتجدد النظريات حول حقيقة شركات المساهمة تبعاً لهذا التطور في طبيعة هذه الشركة والقوانين المنظمة لها.

وتهدف هذه النظريات إلى تحديد الإطار الذي يُنظر به لهذه الشركات، والموقف الذي ينبغي أن يتخذه القانون من هذه الشركات؛ لضبط الحقوق والالتزامات مع الأطراف ذات الصلة.

وفيما يلي أهم هذه النظريات حول الشخصية الاعتبارية للشركات، وهي كالاتي:

١- ينظر: الشركات التجارية، سميحة القليوبي: ٥٩٧، الشركات التجارية، خالد الرويس: ٢٧٢.



النظرية الأولى: نظرية التخيل (Fiction Theory)^(٣):

وتُعدُّ هذه النظرية من أقدم النظريات في بيان الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة أو (corporation company)، وترجع أصولها إلى العصور الوسطى، التي كانت تعتمد فكرة القانون (الطبيعي - الإلهي)، وتبناها عددٌ من فقهاء القانون في بداية القرن التاسع عشر، من أبرزهم الفقيه الألماني سافيني (Savigny).

والمطلقُ الأساسي لهذه النظرية أن مفهوم الشخص القانوني لا يُتصوَّر إلا للشخص الطبيعي الذي له جسدٌ وله إرادة، وهو الذي تُتَبَّت له الحقوق والالتزامات.

وبناءً عليه، فإن شركة المساهمة من حيث هي، لا يمكن أن تكتسب الشخصية القانونية الحقيقية، وإن جاز أن يُضفى عليها تلك الوصفية، فذلك من قبيل الخيال أو المجاز القانوني (Legal Fiction)، وهي تعبر عن الأشخاص الطبيعيين المكوِّنين لها، وهم المساهمون، ولا تعدو ذمة الشخصية الاعتبارية للشركة إلا أن تكون مجموعَ ذمم المساهمين، غير أن القانون يُفترض هذه الشخصية التخيلية لتسهيل التعامل معها. ويُعد المساهمون وفقاً لهذه النظرية هم المالكين لهذه الشركة، وأن غرض هذه الشركة تحقيق الأرباح لهم وتعظيم ثروتهم^(٣).

وأما محدودية مسؤولية المساهم في شركة المساهمة بما قدَّمه في رأس مال الشركة، فهو أمرٌ مستقل عن إثبات الشخصية الاعتبارية، ولا يقتضي إثبات الشخصية الاعتبارية لهذه الشركة استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمم المساهمين؛ إذ القانون يعترف بالشخصية الاعتبارية لجميع الشركات، سواء الشركات المدنية أو الشركات التجارية ما عدا شركة المحاصة، بما فيها شركات الأشخاص، وإن كان ينظر إلى أن مسؤولية الشركاء في شركة التضامن من باب ضمان للشخصية الاعتبارية أمام دائئتها^(٤).

ويُنظر للمساهمين في هذه النظرية على أنهم الملاك لهذه الشركة، ويحقُّ لهم بناءً على ذلك اختيارُ مجلس الإدارة، والذين يُعدون وكلاء عنهم في إدارة الشركة، وللمساهمين حق المحاسبة والمراقبة على أداء مجالس الإدارة، وعليه يكون الهدف الذي تسعى إليه الشركة هو تعظيم أرباح المساهمين.

غير أن الواقع العملي لشركات المساهمة يجعل هذه الوكالة أمراً افتراضياً يصعب قبوله؛ إذ الوكالة تقتضي قدرة الموكل على التصرف بنفسه، وإلزام الموكل باتباع تعليماته، في حين أن المساهمين لا يملكون حق التصرف في أصول الشركة، وأعضاء مجلس الإدارة يتصرفون وفق تقديرهم الخاص بما يحقق غرض الشركة، وهو ما قد يترتب عليه تعارض بين مصلحة المنشأة مع مصلحة المساهمين، فلمجلس الإدارة تقديم صرف أرباح الشركة في التوسع في أعمال الشركة على توزيعها على المساهمين، الأمر الذي يجعل المديرين أقرب إلى كونهم أمناءً وأوصياء (Trustee) من كونهم وكلاء (Agents) عنهم^(٥).

٢- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديغي: ١٥٨-١٦٢، الاقتصاد والمجتمع: الاقتصاد والأنساق المجتمعية والقوى (تركة) القانون، ماكس فيبر: ٣١٩، أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة: ٤٧٦، المدخل إلى

القانون، حسن كيرة: ٦٢٢، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ٢.

٣- ٣٧٨ - ٤٣٧، see: The Fundamental Rights of the Sharholders, Velasco Julian

٤- ينظر: تاريخ النظام المالي العالمي، لاري ألين: ٤٥، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، القري: ١٤، ١٥.

٥- ٣٧٨ - ٤٣٧، see: The Fundamental Rights of the Sharholders, Velasco Julian



ولا يقتصر أصحاب هذه النظرية في تصوير الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة بأنها خيال قانوني، بل يسري القول فيها على جميع الأشخاص المعنوية، مثل الدولة؛ ولهذا أخذ عددٌ من الفلاسفة بهذا المبدأ في تفسير الدولة بأنها عقد اجتماعي، مثل جان جاك روسو وغيره من الفلاسفة؛ ولهذا تشبّه شركة المساهمة بأنها نموذجٌ للنظام الديمقراطي.

وتمتاز هذه النظرية بأنها تقوم على أساس تحليلي، وأنها أكثر مرونة، وتُساعد على تجاهل الشخصية الاعتبارية متى ما ظهرت الحاجة إلى ذلك، وهو ما يسمى برفع الحجاب (Lifting of the corporate veil)؛ ولهذا صدرت أحكام قضائية عدة بتحميل المساهمين أو مجلس الإدارة المسؤولية عن التزامات الشخصية المعنوية.

غير أن بعض أصحاب هذه النظرية اتجه إلى فرض نتائج معينة لا تُعدُّ لازمةً عند التحقيق؛ مثل اشتراط أن يعترف القانون بهذه الشخصية حتى يتم اعتبارها؛ وذلك لأغراضٍ غير علمية ليس من شأن هذا البحث الخوض فيها.

وقد انتقدت هذه النظرية بأنها لا تُفسّر شيئاً، فإما أن تكون الجماعات ليست لها إرادة تميّز عن إرادة أعضائها، وهي حينئذٍ لا تكون محللاً للحقوق، وإذا فلا يستطيع القانون مهما بلغ سلطانه أن يجعل للعدم وجوداً، وإما أن للجماعة في الواقع إرادة متميّزة عن أعضائها، وهي في هذه الحال تكون محللاً للحق من تلقاء نفسها، ولا تكون إذا ثمة فائدة من تدخل الشارع أو الحكومة؛ إذ لا معنى إطلاقاً لمنح ما هو لديها من قبل^(٧).

النظرية الثانية: نظرية الامتياز (Concession Theory)^(٧)؛

وهذه النظرية ترتبط بسيادة الدولة، وهي تعتمد على أن الشركة كيانٌ مصطنع (Artificial Entity) من قبل الدولة، وهي مجرد تنازل من الدولة لتحقيق غرض الشركة، ومنه تستمد قانونيتها.

وتُعد هذه النظرية امتداداً لنظرية الخيال، وقد أخذ بها القانون البريطاني في أوائل القرن التاسع عشر إلى ١٨٥٠م تقريباً، حيث كان ينظر إلى كبرى الشركات كهيئات دولة، ثم انتقل تطبيق هذه النظرية إلى الشركات الأمريكية، حيث كانت هذه النظرية تعكس بدقة الشركات في ذلك الوقت، وهي الشركات التي حصلت على امتيازات الدولة؛ مثل: المرافق العامة، والبنوك، وشركات التأمين، وأعمال المياه، وكان ينظر إليها على أنها بحاجة لتنظيم خاص خارج نظام السوق.

ولم تُعن هذه النظرية بتقديم تفسير لواقع الشركة بقدر عنايتها بمصدر الشركة، التي كانت نتيجة في ذلك الوقت للسلطة المركزية للتاج الملكي في بريطانيا، الذي كان يُنظر إليه على أنه حكم إلهي؛ لهذا لم تُقدر على مواكبة التطور مع توسع العمل بالشركات، ولا سيما مع الثورة الصناعية التي أصبحت فيها الشركات الشكل القانوني الأمثل لمزاولة الصناعة والتجارة.

٦- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديجي: ١٦٢.

٧- ينظر: الاقتصاد والمجتمع: الاقتصاد والأنساق المجتمعية والقوى (تركة) القانون، ماكس فيبر: ٣٤٤-٣٥٠.

The Fundamental Rights of the Shareholder, Julian Velasco. ٩٥٤ :



النظرية الثالثة: نظرية المسؤولية الاجتماعية (Social Responsibility Theory)⁽⁸⁾:

وظهرت هذه النظرية في ثلاثينيات القرن العشرين (١٩٣٠م تقريباً) على يد عدد من أساتذة القانون، منهم البروفيسور أدلوف. أ. بيرل الابن (Adolf A. Berle, Jr) من جامعة كولومبيا (Columbia Law School)، والبروفيسور (E. Merrick Dodd, Jr) من كلية القانون بجامعة هارفرد (Harvard Law School).

وتُعد هذه النظرية امتداداً لنظرية الامتياز وتطويراً لها، حيث اعتُبر أصحاب هذه النظرية المفاهيم الحديثة للدولة مع أخذهم بمفهوم الامتياز الذي تمنحه الدولة، التي تُعد عقداً اجتماعياً، وعليه فإنه عندما تُعلن مجموعة من المساهمين الاستفادة من نموذج الشركات الذي تُنظمه وتحميه الدولة لتحقيق مكاسب اقتصادية، فإن ذلك يتضمن تعاقداً ضمنيّاً على تحقيق مصالح المجتمع والخضوع لقوانينه وأنظمتها.

وهذه النظرية تُرفض أولوية حقوق المساهمين على غيرهم من المتعاملين مع الشركة، أو اعتبارهم المالكين للشركة دون غيرهم، وتؤكد على حقوق هذه الشركات تجاه المجتمع، التي تتمثل في الضرائب، والخضوع للقوانين والأنظمة.

ويُنظر إلى أن هذه النظرية يُبعدها الاجتماعيُّ تعدد طموحة أكثر من كونها عملية.

النظرية الرابعة: النظرية الاقتصادية الحديثة

(The New Economic Theory) أو النظرية العقدية (Contractarian Theory)⁽⁹⁾:

وهذه النظرية تعد امتداداً لنظرية الخيال وتطويراً لها، وحاصلها أن شركة المساهمة يُنظر إليها على أنها شبكة من العقود (nexus of contracts)، وهذه العقود قد تكون صريحة أو ضمنية، ويساهم كل من أصحاب المصلحة لتقديم مساهماتهم في الشركة مقابل حقوق تجب لهم من الشركة.

وبناءً على هذه النظرية، فليس ثمة حاجة لإثبات مالك للشركة، ويُنظر للمساهمين على أنهم مستثمرون في الشركة، وهذا من شأنه أن يساهم في تيسير التعامل مع بعض الأوراق المالية الهجينة، التي تجمع بين خصائص الأسهم والسندات، والتي قد يُعسر تصنيفها ضمن حقوق الملكية أو الدائنين، وهذا ما أخذت به نشرة مفاهيم المحاسبة المالية رقم ٨ الصادر في ٢٠١٠ من قِبَل مجلس معايير المحاسبة المالية (FASB) في الولايات المتحدة الأمريكية.

وتصنيف هذه النظرية أن العاملين بالشركة مُساهمون في هذه الشركة مقابل حقوقهم ضمن شبكة العقود، وكذلك يساهم الموردون في هذه الشركة بالإيرادات مقابل المنتجات والخدمات التي يحصلون عليها، كما تساهم المجتمعات في مختلف الخدمات المدنية والبنية التحتية مقابل إيرادات الضرائب والعمالة لمواطنيها.

8- see: The Fundamental Rights of the Shareholder, Julian Velasco: 459. Corporate Social Responsibility & Concession Theory: Stefan J. Padfield: William & Mary Business Law Review.

9- see: The Fundamental Rights of the Shareholder, Julian Velasco: 459.



والمديرون في هذه الشركة ممثلون للشركة، وليسوا ممثلين للمساهمين أو غيرهم من الأطراف ذوي المصلحة في الشركة، ويجب عليهم مراعاة مصالح الأطراف ذوي المصلحة في الشركة؛ ولهذا يكون لغير المساهمين الحق في المشاركة في إدارة الشركة كأعضاء مستقلين في مجلس الإدارة.

ووفقاً لهذه النظرية، فإنَّ الهدف من تنظيم قوانين الشركات هو تسهيل المعاملات بين هذه الأطراف، وتمكينهم من الدخول في علاقات تعاقدية على النحو الذي يروونه مناسباً، وليس هدفها التنظيم من خلال قواعد أمرية لا يجوز الخروج عنها.

وهذه النظرية أكثر عدالة في إعطاء الأطراف ذوي العلاقة حقوقهم في الاطلاع على واقع الشركة، وإن كانت العدالة لا تعني مساواة المساهمين والدائنين بغيرهم من حيث الحقوق.

النظرية الخامسة: نظريات الشخصية الحقيقية لشركة المساهمة^(١):

ظهر هذا الاتجاه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، مع انحسار نظام الإقطاع في أوروبا وازدهار الثورة الصناعية، مما نتج عنه ظهور مجموعات متألّفة من الأفراد لتباشر نشاطاً ملحوظاً في الحياة الاقتصادية، وأصبحت الشركة نموذجاً شائعاً لمزاولة الصناعة والتجارة.

ويقول أصحاب هذه النظرية: إن الشخص القانوني ليس هو الجسد أو الروح أو الإرادة بالمفهوم الفسيولوجي؛ وإنما هي الصلاحية للإسهام بدور في الحياة القانونية، واكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

والقانون حين يمنح الشخصية ويثبتها لكائن أو يمنعها عن آخر، إنما يُراعي في ذلك مصلحة المجتمع وتحقيق أهدافه، متى ما وُجدت المصلحة المشروعة، فلا غرابة أن يمنح القانون الشخصية لغير الإنسان الطبيعي إذا وُجد في ذلك تحقيق مصلحة مشروعة جديرة بالحماية، وهذه المصلحة ينهض القانون لحمايتها عن طريق الاعتراف لها بقدرة الإرادة التي تمثلها وتدافع عنها، والذي يمكن استخلاصه من خلال تنظيم يعبر عن تلك المصلحة ويدافع عنها.

وقد تبنّى هذا الاتجاه بعض أصحاب الفلسفة الوضعية التي ترفض قبول الميتافيزيقا من الإيمان بالآديان والغيبيات؛ مما لا يمكن إثباته بالمنهج التجريبي، والذين لا يؤمنون بفكرة الحق في القانون التي منها حق الملكية، وإنما يكتفون بإثبات المركز القانوني الذي يقبل الإلزام والالتزام، والقانون بناءً على هذه الفلسفة لا يقوم على فكرة الحقوق؛ وإنما يقوم على فكرة التضامن الاجتماعي.

وبناء عليه؛ فيُنظر إلى أن الشخصية قائمة بنفسها على جهة الحقيقة، ولا تفتقر إلى اعتراف القانون لإثباتها، بل يجب على القانون أن يعترف بها؛ لثبوتها على الحقيقة.

وهذا الاتجاه يتفق مع الاتجاه الحديث في القانون اللاتيني، لكن هناك عدّة نظريات في محاولة تفسير حقيقة هذه الشخصية، وهي تمثل نظريات مستقلة، يمكن تلخيصها فيما يأتي:

١٠- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديجي: ١٥٨-١٦٣، أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة: ٤٧٨، المدخل إلى القانون، حسن كبيرة: ٦٥٢، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ٢.



أولاً- نظرية العضو (Organ Theory)^(١١):

وقد قصّدت هذه النظرية إلى إثبات حقيقة الشخص المعنوي من خلال إثبات مشابهته للشخص الطبيعي، وحاصلها أنه متى اكتسبت الشركة الشخصية القانونية، فإنها تعمل عن طريق عضو أو أكثر يتشابه مع أعضاء الجسم البشري، وتتجسد فيه حياة الشخص المعنوي، ويُعبّر هذا العضو عن إرادة الشخص المعنوي، وتتسبب إليه تصرفات هذا العضو ما دام هذا العضو قد عمل في حدود وظيفته.

وقد أخذ على هذه النظرية مبالغتها في إثبات حقيقة الشركة من خلال مشابهة الكائن البيولوجي، حتى زعم بعض أصحاب النظرية أنه يمكن إثبات ذكورية الشخص الاعتباري وأنوثته.

ثانياً- نظرية الشخصية الجماعية (Group Personality Theory) أو الحقيقة الاجتماعية (Realist Sociological Theory)^(١٢):

وهذه النظرية تأثرت بالتقدم في علم الاجتماع، الذي مهد للفكر القانوني أرضاً جديدة في دراسة الشخص المعنوي، وحاصل هذه النظرية: أن الجماعات والهيئات الإنسانية ما هي إلا كائنات اجتماعية كالفرد تماماً، فهي تتمتع بحياة خاصة، ولها إرادة جماعية تكفي لاكتسابها الوجود القانوني دون الحاجة إلى تدخل مشرع، وتشكل جسداً مستقلاً عما تتكون منه من عناصر بشرية ومادية^(١٣).

غير أنه مما أخذ على هذه النظرية أن الإرادة المشتركة لا وجود لها على الحقيقة، أو على الأقل لا يستطيع أحد أن يؤكد وجودها، والحديث عن إرادة مشتركة - تجمع هؤلاء المساهمين أو غيرهم من الجماعات كالأقاليم والشركات - تجوز وتوسع في الإصطلاح، وهي في الحقيقة إرادة فردية ممن له حق التصرف عن الجماعة، غير أنها مدفوعة بغرض مشترك، والقانون في الحقيقة متوجه في حمايته وضمانه إلى الغرض المشترك الذي تشده الإرادة الفردية^(١٤).

ثالثاً- نظرية النظام القانوني (Legal Regime) أو نظرية المؤسسة (Institution)^(١٥):

وتقصد هذه النظرية إلى تفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي، ومما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة، وهي تقصد بالنظام: وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة، وتُعطيها كياناً أو هيئة اجتماعية مستقلة، لها حياتها أداخلية، ونشاطها الخارجي^(١٦).

١١- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ٧-٨، أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة:

٤٧٨، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٥.

١٢- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١، أصول القانون، د. عبد المنعم

الصدّة: ٤٧٨، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٦.

١٣- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١.

١٤- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديجي: ١٦٧.

١٥- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١، أصول القانون، د. عبد المنعم

الصدّة: ٤٧٩، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٨.

١٦- ينظر: المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٨.



فالنظام القانوني أو المؤسسة تمثل أحد الأجساد الاجتماعية، ويتوقف إعلان حقيقة هذا الكائن المعنوي على توافر عدة شروط، أهمها^(١٧):

أولاً- وجود فكرة عمل أو مشروع يخلق بالضرورة رابطة اجتماعية ما .

ثانياً- وجود جماعة إنسانية يهتما بتحقيق هذه الفكرة.

ثالثاً- وجود تنظيم، ويعني ذلك ضرورة وجود كافة الوسائل التي يمكن باستخدامها تحقيق الغاية المنشودة.

رابعاً- وضوح وجود قدر مشترك من تطابق الأفكار بين جمهور أعضاء تلك الجماعة وأجهزتها التنفيذية.

ويترتب على توافر تلك الشروط مجتمعة أن يظهر كائن اجتماعي حقيقي، يمكن اكتسابه للحقوق، وتحمله للالتزامات.

وقد أخذت به العديد من القوانين العربية، وعلى رأسها القانون المصري، ونظام الشركات السعودي في تكييف العلاقة بين المساهمين في شركة المساهمة؛ ولهذا يتم استخدام مصطلح النظام الأساسي للشركة، ولا يستخدم العقد الأساسي للشركة.

وبالرغم من أن هذه النظرية حاولت تجنب عدد من الإشكالات في النظريات السابقة، فإنه مما أخذ عليها أنها تقتصر إلى الدقة في تحديد المعيار الذي تثبت به الشخصية الاعتبارية؛ لأنها تعتمد على معيار نفسي اجتماعي، ولا تستند إلى معيار ملموس؛ ولهذا نجد أبنية قانونية لا تتمتع بالشخصية القانونية مثل نظام الزواج، كما يؤخذ على تطبيق فكرة النظام على الشركة الخلط بين الشركة والمشروع^(١٨).

بل إن هذا الإشكال يبرز في شركة المساهمة ذاتها، وذلك في التفريق بين عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، مع اشتراك عقد التأسيس والنظام الأساسي في الخصائص السابقة، إلا أنه لا يوجد معيار حاسم يفصل في الفرق بين عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة؛ ولهذا يقول السنهوري في مقاربة غير جازمة لتسوية هذا التفريق:

«من الممكن القول: إن الشركة في مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود في خصائصها، ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى نظام منها إلى عقد ذاتي، لا سيما بعد أن تُضفي الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بذواتهم»^(١٩).

رابعاً- نظرية المصلحة الجماعية^(٢٠):

وتعد هذه النظرية من النظريات التي حظيت باهتمام في القانون، وقد سعى (L. Michoud) صاحب هذه النظرية إلى أن يجرد مفهوم الشخصية القانونية من أي معطيات

١٧- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١.

١٨- الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري ٥ : ٢٢٠، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٠، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٣.

١٩- الوسيط في شرح القانون المدني ٥ : ٢٢٠.

٢٠- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون دييجي: ١٦٤-١٦٥، ٢٤٥-٢٤٨، أصول القانون، عبد المنعم الصدة: ٤٧٩، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٦، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو

زيد رضوان: ١٣-٢٠.



بيولوجية أو اجتماعية، وأن يستند في تقرير حقيقة الشخصية المعنوية إلى أساس قانوني محض، فاهتم أساساً ببيان دور الشخصية في البناء القانوني، وأن المهم في بناء الشخص القانوني ليس هو الجسد أو الروح أو الإرادة بمفهومها الفسيولوجي؛ وإنما الصلاحية للقيام بدور في الحياة القانونية، وقابليته للإلزام والالتزام.

وما دام الأمر كذلك، فإن الركيزة القانونية في الحق الشخصي هي المصلحة المشروعة؛ وعليه فالشخص القانوني هو ذلك الكائن (فرداً كان أو مجموعة أفراد) صاحب المصلحة المشروعة، وهذه المصلحة هي التي ينهض القانون لحمايتها عن طريق الاعتراف لها بقدرة الإرادة التي تمثلها وتدافع عنها، ولا يلزم في فقه هذه النظرية أن تكون الإرادة التي تمثل تلك المصلحة، وتدافع عنها يمتلكها الشخص القانوني نفسه، بل يكفي أن تنسب إليه اجتماعياً وعملياً، ويعتبرها التشريع كأنها صادرة عنه.

ومتى اكتسبت الشخصية القانونية لهذا الكائن المعنوي، فإنها تعمل في المسرح القانوني عن طريق عضو أو أكثر تجسد فيه حياة الشخص المعنوي بأسرها، ويُعبّر هذا العضو عن إرادة الشخص المعنوي، ويحظى بقبول المجتمع الذي فيه، وتعد التصرفات القانونية والوقائع المادية التي باشرها العضو كما لو باشرها الشخص المعنوي بذاته، ما دام هذا العضو قد عمل داخل حدود وظيفته.

وبناءً عليه؛ تكون الشركات والجمعيات والمؤسسات كالأفراد الطبيعيين، بشرط وجود المصلحة المشروعة، وأن يكون لهذه الجماعة تنظيم يمكنه استخلاص إرادة جماعية تستطيع التعبير عن تلك المصلحة والدفاع عنها.

وبرغم ما حظيت به هذه النظرية من اهتمام في الوسط القانوني وحظيت به من أنصار، فإنها لم تخل من عدد من الانتقادات عليها، يمكن إيجازها فيما يلي:

١. أن هذه النظرية وإن كانت طرحت المصلحة الجماعية معياراً لإثبات الشخصية الاعتبارية، وهو يمثل قيمة نظرية لا جدال بشأنها، إلا أنه يصعب اعتبارها معياراً عملياً دقيقاً؛ لكونها مفهوماً اجتماعياً يتغير تبعاً لتطور المجتمع^(٢١).

٢. أن هذه النظرية تؤكد على ضرورة أن تكون هناك إرادة، وأن هذه الإرادة تنسب للكيان المعنوي اجتماعياً وعملياً، لكنها جعلت صدور الإرادة على الحقيقة من عضو تجسد فيها حياة الكائن المعنوي، وتكون معه كلاً واحداً، وهذا يؤول بهذه النظرية إما إلى نظرية التخيل (المجاز)، وإما إلى نظرية العضو^(٢٢).

التعليق على نظريات شركة المساهمة:

لا شك أن ما تقدّم من نظريات حول طبيعة شركة المساهمة وشخصيتها الاعتبارية يُعدُّ أحد أهم المجالات التي حظيت بجدل قانوني على مرّ السنين، وقد اعتوّر هذا النقاش تأثيرات سياسية واجتماعية حادت به عن النهج العلمي والموضوعي؛ للوصول إلى نتائج ليست متوقفة على أحد هذين الاتجاهين، وكفي لا يتشعب الحديث حول هذه النظرية؛ أودّ التعليق على هذه النظريات في النقاط التالية:

٢١- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٦.

٢٢- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون دييجي: ١٦٤-١٦٥.



أولاً: أن ممَّا لا ينبغي أن يُخْتَلَفَ فيه أن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقةً واقعية اجتماعية، كان على القانون أن يُسَلِّمَ بها، ثم أصبحت حقيقةً قانونيةً لا مجال فيها للافتراض، وإذا كان الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي، فإن هذا لا يعني القانون في قليل أو كثير^(٢٣).

ولتجاوز الخلاف حول حقيقة هذا الشخص المعنوي يُرَجَّحُ بعضُ القانونيين مصطلح «الشخصية المعنوية» على «الشخصية الاعتبارية»: لما يُشعرُه مصطلح الاعتبار من معنى الافتراض^(٢٤).

وليس ثمَّ حاجةٌ في إثبات حقيقة الشخص المعنوي إلى تشبيه الشخص المعنوي بالشخص الطبيعي (الإنسان البيولوجي)، وهو ما لم تتمكَّن النظريات التي اعتمدت على إثبات حقيقة الشخص المعنوي من التخلص من أسره، بل يكفي القبول الاجتماعي له.

لكن تتميز نظريات التخيل في قدرتها على تفسير طبيعة الشخصية المعنوية بشكل عام، وشركة المساهمة على سبيل الخصوص، بما يمكن الفقيه من تنزيل الأحكام المناسبة لهذه الشخصية باعتبارها شخصية مستقلة تارة، أو بالتعامل مع حقيقة الأشخاص المعنوية متى ما اقتضى الأمر ذلك، وهو ما يمنح هذه النظرية مرونة في الأحكام، وقدرة أكبر على التحليل، وهو ما يصدق عليه قول القرائ في قاعدة التقديرات الشرعية: «المقدرات لا تنافي المحققات، بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه وأحكامه»^(٢٥).

وقد تقدَّم أن النظرية الاقتصادية الحديثة اعتمدت على نظرية التخيل (المجاز)، ونظرت إلى شركة المساهمة على أنها شبكة من العقود، وفيه إشارة إلى اشتراك هذه العقود - على اختلافها - في تحقيق غرض الشركة، والموازنة بين أصحاب هذه الحقوق ومصالحهم، وهذه النظرية على تميزها في التحليل.

ثانياً: أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشخصية الاعتبارية بالمعنى القانوني، وهذا لا يعني بالضرورة عدم قبوله إذا لم يترتب عليه محظور شرعي؛ ولهذا لم يجد الاجتهاد الفقهي المعاصر غضاضة في قبول الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة أو لغيرها من الأشخاص المعنوية، آخذين في الاعتبار عدداً من النظائر الفقهية التي اعتبرت فيها الفقهاء بعض خصائص الشخصية الاعتبارية في عدد من المسائل؛ مثل الوقف، وبيت المال.

والتاريخ القانوني في الفقه القانوني الغربي يُثبت تأثير هذه التطبيقات الإسلامية في تشكيل مفهوم الشخصية القانونية في الفقه القانوني الغربي وتطور تطبيقاتها^(٢٦).

ثالثاً: أن الفقه الإسلامي أثبت للوقف وبيت المال وغيره من النظائر أحكاماً تدل على نوع استقلال لهذه الأشخاص المعنوية؛ إذ يُثبت لها حق التملك، وحق إنشاء التصرفات المالية المستقلة من خلال ممثلها وفق قيود وضوابط تناسب طبيعة هذه الشخصيات، إلا أنهم اعتبروا كذلك حقائق هذه الشخصيات المعنوية، وعلاقتها بالأشخاص الطبيعيين الذين هم

٢٣- أصول القانون، د. الصدة: ٤٨٠ بتصرف يسير.

٢٤- المدخل إلى القانون: ٦٢٠.

٢٥- الفروق ١: ٧١.

٢٦- ينظر: الاقتصاد والمجتمع: الاقتصاد والأنساق المجتمعية والقوى (تركة) القانون: ماكس فيبر: ٣٣١، ٣٥٢.



محلُّ التكليف الشرعي، وترتيب الأحكام المناسبة لذلك؛ ففي الوقف مثلاً نجد الفقهاء يُبْتون له شخصية مستقلة تمنحه التصرف بالبيع والشراء والتملك، إلا أنهم يختلفون في حقيقة ملكية الأصل الموقوف، وهل هو في ملك الواقف، أو في ملك الموقوف عليه، أو في حكم ملك الله؟ وهذا الخلاف له أثره في عدد من المسائل الخلافية في باب الوقف؛ منها: حكم الوقف على النفس، وحكم الوقف المؤقت، وزكاة الوقف.

وكذلك في بيت المال، بالرغم من اعتبار الفقهاء له ذمّة مالية مستقلة، تمنحه حق التصرف والبيع والشراء والمنح، فإنهم أثبتوا ملكيته لعموم المسلمين لفهم طبيعة هذه الشخصية، وتجاوزوا استقلال هذا الشخص المعنوي متى ظهر لهذا المعنى حاجة للنظر في حقيقته، وذلك في مثل اعتبار هذه الملكية شبهة لدرء الحد في السرقة من بيت المال.

وبذلك يظهر أن المنهج الأسلم في التعامل مع الأشخاص المعنوية هو اعتبارها من قاعدة التقديرات الشرعية، فتعامل على أنها شخص معنوي مستقل حكماً في التصرفات التي تحقق المقصود من هذا الشخص، ولا يمنع ذلك من اعتبار حقيقتها في تنزيل بعض الأحكام، وهو ما يصدق عليه قول القرائي في قاعدة التقديرات الشرعية: «المقدّرات لا تنافي في المحقّقات، بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه وأحكامه»^(٢٧).

ولا ريب أن التعاقد مع الأشخاص المعنوية يترتب عليه من الأحكام ما يختلف عن التعاقد مع الأشخاص الطبيعيين، وهذا الاختلاف يُقر به الاجتهاد المعاصر، كما جاء في توصيات مؤتمر شوري الخامس، وهذا ما ينبغي مراعاته في تكييف التعاقد مع الشخص المعنوي لشركة المساهمة، وهو ما أدى إلى الخلاف حول تكييف الفقهي لشركة المساهمة، وهو ما أمل أن يتضح من خلال المبحث الثاني في التوصيف الفقهي لشركة المساهمة.

ثالثاً: التوصيف الفقهي لشركة المساهمة:

يختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف شركات المساهمة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن شركة المساهمة شركة عنان:

إلى هذا التخريج ذهب عدد من الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور وهبة الزحيلي، وهو من أوائل الفقهاء المعاصرين الذين صرحوا بهذا الأمر بصورة واضحة، حيث قال ما نصه:

«هذه الشركة جائزة شرعاً؛ لأنها شركة عنان؛ لقيامها على أساس التراضي، ويكون مجلس الإدارة متصرفاً في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين، ولا مانع من تعدد الشركاء، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابهة لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة، ودوام الشركة أو استمرارها سائغ بسبب اتفاق الشركاء عليه، والمسلمون على شروطهم فيما هو حلال»^(٢٨).

وقريب منه ما ذهب إليه الدكتور عبد العزيز الخياط في كتابه الشركات؛ حيث ذهب إلى أنها نوع جديد من أنواع الشركات، وينطبق عليها كثير من أحكام شركة العنان، وينطبق عليها أحكام شركة المضاربة من حيث المسؤولية المحدودة^(٢٩).

٢٧- الفروق ١ : ٧١.

٢٨- الفقه الإسلامي وأدلته ٤ : ٨٨١.

٢٩- الشركات، الخياط ٢ : ٢٠٨.



وبهذا أخذ المعيارَ الشرعيُّ رقم (١٢) بشأن «الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة»، الذي جاء فيه: «شركة المساهمة هي الشركة التي يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال، وهي من شركات الأموال، ولها أحكام شركة العنان إلا ما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء، وامتناع الفسخ من أحد الشركاء».

كما أخذ بذلك نظام المحكمة التجارية بالمملكة العربية السعودية الصادر عام ١٣٥٠هـ، فقد جاء في المادة (١٤): «من فروع شركة العنان المساهمة، وهي الشركة المنعقدة على رأس مال معلوم يُقسَّم إلى أسهم، والأسهم إلى حصص متساوية المبالغ من غير تسمية أصحاب الحصص، ويتولى إدارتها وكلاء مختارون، ويجوز تعيينهم وعزلهم ونصبتهم، والمديرون هم المسؤولون عن الأعمال الموكولة إلى عهدتهم، وليسوا بمديونين ولا كافرين تعهدات الشركة».

مناقشة هذا الترخيح:

يُشكل على هذا الترخيح أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على أن شركة العنان لا يصح فيها اشتراط خلوص اليد لأحدهما، وإذا شرط أن يكون العمل على أحد الشريكين دون الآخر، كان مال غير العامل في يد العامل مضاربة إن كان الربح الناتج منه شركة بينهما، وبضاعة إن كان ربحه له كله^(٣٠).

قال في النهر الفائق: «اعلم أنهما إذا شرط العمل عليهما، وتساويا مالا، وتفاوتا ربحاً، جاز عند علمائنا الثلاثة - خلافاً للزفر - والربح بينهما على ما شرط، وإن عمل أحدهما فقط. وإن شرطه على أحدهما، فإن شرط الربح بينهما بمقدار رأس مالهما جاز، ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل، له ربحه وعليه وضيعته. وإن شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله، جاز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة؛ لكل واحد منهما بربح ماله، والوضعية بينهما على قدر رأس مالهما أبداً»^(٣١).

وفي المدونة: «في الشركة بالمالين يشترط أحدهما أن يعمل ولا يعمل الآخر، قلت: هل يجوز أن أخرج ألف درهم، ورجل آخر ألف درهم، فنشترك علي أن الربح بيننا نصفين والوضعية علينا نصفين، على أن يعمل أحدهما دون صاحبه؟ قال مالك: لا تجوز هذه الشركة بينهما، إلا أن يستويا في رأس المال وفي العمل... قال: وأصل هذا أن الشركة لا تجوز عند مالك إلا أن يجتمعا في العمل، يتكافأ في فيه على قدر رؤوس أموالهما»^(٣٢).

وقال في الشرح الصغير: «(والعمل): بينهما في مال الشركة يجب أن يكون بينهما بقدر المالين، (والربح والخسر) يكون بينهما (بقدر المالين) مناصفة وغيرها. وصحت الشركة إن دخل على ذلك أو سكتا، ويقضي عليهما بذلك. (وفسدت بشرط التفاوت) في ذلك عند العقد. ويفسخ إن اطلع على ذلك قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فض الربح على قدر المالين، (ورجع كل) منهما على صاحبه (بما) يثبت (له عند الآخر من أجر عمل أو ربح)»^(٣٣).

ويجوز عند الشافعية أن تتعقد الشركة على أن يعمل أحدهما؛ لأنه متى ما وقعت الشركة لم يجز أن يكون للعمل أثر في الربح، لكن ذلك لا يمنع من عمل الشريك في حصته، فإن اشترط

٣٠- الشركات، علي الخفيف: ٥٧.

٣١- النهر الفائق ٣: ٣٠٠ - ٣٠١، وينظر: الأصل ٤: ٥٢، رد المحتار ٤: ٣١٢.

٣٢- المدونة ٣: ٦٠٩.

٣٣- بلغة السالك ٣: ٤٦٨.



على الشريك ألا يتصرف في نصيبه، لم تصح، قال في نهاية المحتاج: «(ويشترط فيها لفظ) صريح من كل للأخر (يدل على الإذن) للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما (في التصرف)؛ أي: التجارة بالبيع والشراء، أو كناية تشعر بذلك... فلو أذن أحدهما فقط، تصرف المأذون في الكل، والأذن في نصيبه خاصة، فإن شرط عدم تصرفه في نصيبه، لم تصح»^(٢٤).

وللعنابة ثلاثة أقوال في تكييف الشركة التي يشترط أن يكون العمل من أحد الشركاء بالمال، وهي:

الأول: أنها شركة عنان ومضاربة، بشرط أن يكون للعامل من الربح أكثر من ربح حصته، فإن أخذ من الربح بقدر ماله، فليس بشركة؛ وإنما هو إبطاع، وهو دفع المال لمن يتجر فيه تبرعاً، ويكون الربح كله لرب المال^(٢٥). قال في شرح المنتهى: «وتكون الشركة إذا تعافدا على أن يعمل بعضهم كذلك عنانا، من حيث إحضار كل منهم لماله، ومضاربة؛ لأن ما يأخذه العامل زائداً عن ربح ماله في نظير عمل»^(٢٦).

وهذا القول هو المعتمد في المذهب عند المتأخرين، واعتمده المرادوي في التقيح، وابن النجار في المنتهى^(٢٧). قال في حواشي التقيح: «قولنا: يكون عنانا ومضاربة: صرح به في التلخيص والمغني، والزركشي والكاية، وشرح المحرر»^(٢٨).

الثاني: أنها شركة عنان، وصححه ابن مفلح في الفروع^(٢٩)، والمرادوي في الإنصاف^(٣٠)، واعتمده في الإقناع^(٣١).

والثالث: أنها مضاربة، كقول الجمهور^(٣٢)، وهو الذي يظهر من عبارة الموفق في المغني والإكافي والشارح بأنها: «شركة ومضاربة»^(٣٣)، أو أن المراد بقوله: «شركة»: شركة الملك؛ بسبب الشيوع في الملك، يدل عليه قوله: «فإن قيل: فكيف تجوز المضاربة، ورأس المال مشاع؟ قلنا: إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل؛ لأنها تمنعه من التصرف؛ بخلاف ما إذا كانت مع العامل، فإنها لا تمنعه من التصرف، فلا تمنع من صحة المضاربة. فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط، فمال صاحبه بضاعة في يده، وليست بمضاربة؛ لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما»^(٣٤)، وأيضاً فإنه أورد هذه المسألة في مسائل المضاربة في كتابه «الكاية»، ونص على أنها شركة ومضاربة^(٣٥).

٢٤- نهاية المحتاج ٥ : ٥-٦، فتوحات الوهاب ٣ : ٢٩٥، تحفة المحتاج ٥ : ٢٨٤.

٢٥- ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، نزيه حماد: ١٥.

٢٦- شرح منتهى الإرادات ٣ : ٥٤٨، ومطالب أولي النهى ٣ : ٤٩٨-٤٩٩.

٢٧- ينظر: التقيح المشيع: ٢٦٦.

٢٨- الذي في المغني أنها شركة ومضاربة، ولم يذكر أنها عنان، ولو حمل قوله: (شركة) على أنها شركة ملك مع الإذن بخلط المال: لكان أولى.

٢٩- الفروع ٧ : ١٠٦.

٤٠- الإنصاف ١٤ : ١٠.

٤١- ينظر: كشف القناع ٨ : ٤٧٨.

٤٢- الإنصاف ١٤ : ١٠.

٤٣- الإنصاف ١٤ : ١٠.

٤٤- المغني ٧ : ١٣٥.

٤٥- الكاية ٣ : ٣٥٦.



وشركة الملك ثابتة هنا مع الإذن للعامل بالخلط، سواءً أخذ علي عمله ربحاً أو تبرّع بالعمل؛ ولهذا اقتصر ابن قدامة في الحال التي لا يأخذ فيها العامل ربحاً على عمله على نفي المضاربة، بخلاف طريقة المتأخرين الذين نفوا كونها شركة، كما في شرح المنتهى؛ حيث قال: «ولا تصحُّ إنَّ أحضر كل منهم مالا على أن يعمل فيه بعضهم، وله من الربح بقدره، أي: قدر ماله؛ لأنه إبطاع، لا شركة»^(٤٦).

والزركشي في شرحه لمختصر الخرقى جعل هذه الصورة من قبيل اجتماع شركة العنان والمضاربة على سبيل المشابهة، فقال: «وهذا يجمع شركة ومضاربة، فمن حيث إن من كل واحد منهما المال، يشبه شركة العنان، ومن حيث إن أحدهما يعمل في مال صاحبه بجزء من الربح هو مضاربة»^(٤٧).

والحكم بالمشابهة غير التخريج الفقهي للمسألة؛ لأن المشابهة تكون من بعض الأوجه، بل كلامه يدل على أن شركة العنان موضوعة على تقديم العمل والمال من الطرفين، ولا تصح مع اشتراط عدم العمل من أحدهما، كما في تعليقه نفي شركة العنان والمضاربة إذا لم يأخذ العامل ربحاً على عمله؛ «إذ شركة العنان وضعها الشركة في المال والعمل، وقد فات العمل من أحدهما، والمضاربة وضعها جعل جزء من الربح في مقابل عمل العامل، وقد فات الجعل، فيكون إبطاعاً»^(٤٨).

ويظهر في الشركة التي يكون فيها تقديم المال من الشريكين، والعمل من أحدهما = أنها شركة مضاربة مع خلط المضارب ماله بمال المضاربة، والجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة علي أن العامل يملك التصرف في المضاربة المطلقة، كأن يقول له: اعمل برأيك، فإن له حينئذ خلط ماله بمال المضاربة؛ لأنه فوض إليه الرأي في التصرف في التجارة، وقد يرى المصلحة في هذا^(٤٩)، ويمنع المالكية اشتراط الخلط؛ كأن يقول: خذ ألفاً، وتفسد بذلك، ويثبت له أجره مثله.

وأما الشافعية - وهم أضيّق المذاهب في الشركة - فهم يذهبون إلى جواز أن تكون المضاربة على حصة رب المال في المال المشاع؛ كأن تكون بينه وبين غيره دراهم، فيقول: قارضتك على نصيب، فإنها تصح؛ لأنه ليس فيه إلا الإشاعة، وهي لا تمنع صحة التصرف، غير أن العامل ليس له عند الإطلاق أن يخلط ماله بمال المضاربة، فإذا فعل ضمن، ولا يمنع ذلك تصرفه في المال^(٥٠).

القول الثاني: أن شركة المساهمة تُعدُّ قراضاً؛ أي: مضاربة.

ويُنسب هذا التكييف إلى عدد من العلماء، وعلى رأسهم الشيخ علي الخفيف رحمه الله؛ لقوله: «والعمل في ماله يكون عادةً لغير أرباب الأموال فيها؛ ولذلك فهي تُعد من قبيل القراض في هذه الحال»^(٥١).

٤٦- شرح منتهى الإرادات ٤: ٥٤٨، وينظر: مطالب أولي النهى ٣: ٤٩٨-٤٩٩.

٤٧- شرح الزركشي ٤: ١٣٠.

٤٨- شرح الزركشي ٤: ١٣١.

٤٩- ينظر: تبين الحقائق ٥: ٥٨، مجمع الأنهر ٢: ٢٣٥، الشرح الكبير ٢: ٥٢٢، الشرح الصغير ٣: ٦٩٣، ٣٩٢.

٥٠- ينظر: الحاوي الكبير ٩: ١١٩، تحفة المحتاج ٦: ٩٧، أسنى المطالب ٢: ٣٩٢.

٥١- الشركات، الخفيف: ٩٦.



ويمكن إرجاع المقاربة بين شركة المساهمة والمضاربة إلى وجهين:

الوجه الأول: الفصل بين الملكية والإدارة في شركة المساهمة، فالمساهمون يقدمون أموالهم، وتتولى شركة المساهمة بمجلس إدارتها والعاملين فيها تسيير هذا المال، وهذا يتفق مع أصول شركة المضاربة؛ التي يكون التصرف فيها للمضارب فقط، دون رب المال.

وما ذكره الشيخ علي الخفيف من أن العمل عادةً لغير أرباب الأموال، فإن كان المقصود مجموع العاملين في الشركة، فهذا صحيح، وفيه مناقشة، وإن كان المقصود مجلس الإدارة، فهذا يخالف ما عليه واقع الشركات في الوقت الحاضر؛ فهي تتكوّن من أعضاء مساهمين في الشركة، ومن أعضاء مستقلين وفقاً لقواعد حوكمة الشركات^(٥٢).

فإن قصد بالعمل الذي يكون من العاملين بالشركة، فلا يستقيم اعتبارهم مضاربين؛ لأنهم في الغالب يأخذون مقابل عملهم أجره محدّد؛ والإجماع منعقد على فساد المضاربة إذا اشترط فيها للمضارب مبالغ محدّدة، قال ابن المنذر: «أجمّع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معدودة»^(٥٣).

والشيخ الخفيف رحمه الله - وهو العالم الفقيه - لا يخفى عليه هذا؛ لهذا كان احترازه دقيقاً حين قال: إنها من قبيل المضاربة.

أما إن كان المقصود أعضاء مجلس الإدارة، فهذا يُشكّل عليه أن أعضاء مجالس الإدارة لهم مكافآت مقابل عملهم، وهي تجمع في الغالب بين مكافأة حضور الاجتماعات بالإضافة إلى نسبة من صافي الأرباح، كما جاء في الفقرة (١) من المادة (٧٦) من نظام الشركات السعودي، الذي جاء فيه: «يُنظّم نظام الشركة الأساس طريقة مكافأة أعضاء مجلس الإدارة، ويجوز أن تكون هذه المكافأة مبلغاً معيناً، أو بدّل حضور عن الجلسات، أو مزايا عينية، أو نسبة معينة من صافي الأرباح، ويجوز الجمع بين اثنتين أو أكثر من هذه المزايا».

وهذا الوجه هو الذي اعتمد عليه كثير من الفقهاء المعاصرين في تخريج عمل مجلس الإدارة على أنه مضاربة، إذا كانت مكافآتهم محدّدة بنسبة من صافي الربح.

لكن يُشكّل عليه أن النظام يفرض سقفاً أعلى للمكافأة أيّاً كان طريق تقديرها، وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٧٦) من نظام الشركات: «في جميع الأحوال؛ لا يتجاوز مجموع ما يحصل عليه عضو مجلس الإدارة من مكافآت ومزايا مالية أو عينية مبلغ خمسمائة ألف ريال سنوياً، وفق الضوابط التي تضعها الجهة المختصة».

ويمكن الجواب عن هذا الإشكال بأن هذا السقف الذي فرضه النظام لا يقطع المشاركة في الربح في المضاربة، فلا يمنع من القول بصحته؛ ويعد ذلك إسقاطاً لما زاد من الربح على المبلغ الذي حدّده نظام الشركات، ويُغتفر في الإسقاطات ما لا يُغتفر في غيرها من الجهالة؛ كشرط الإبراء من العيوب.

وقد جاء في المعيار الشرعي رقم (٤٠) بشأن «توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة» في البند ٤/٤: «إذا شرط أحد الطرفين مبلغاً مقطوعاً، فسدت المضاربة».

٥٢- ينظر: المادة (١٦) من لائحة حوكمة الشركات، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية، بتاريخ ١٦/٥/١٤٢٨هـ، والمعدّلة بتاريخ ١٥/٩/١٤٤٠هـ.

٥٣- الإجماع: ١٤٠، وينظر: الأوسط ١٠: ٥٦٧.



ولا يشمل هذا المنع إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة أو عن مؤشر معين، فإن أحد طرفي المضاربة يختص بالريح الزائد عن تلك النسبة أو ذلك المؤشر، فإن كانت الأرباح بتلك النسبة أو المؤشر أو دونها، فتوزع الأرباح على ما اتفقا عليه».

أما في الأحوال التي تقدّر فيها المكافأة بمكافأة محدّدة، أو يُجمع بينها وبين نسبة من الأرباح، فيكون لها شبه المضاربة من حيث اختصاص الشركة بالتصرف دون المساهمين، لكن لا يصح اعتبارها مضاربة؛ لما تقدّم من الإجماع على عدم جواز اشتراط المضارب مبلغاً معلوماً.

الوجه الثاني: المسؤولية المحدودة للمساهم: وهي تشبه مسؤولية ربّ المال في شركة المضاربة؛ حيث تقتصر مسؤولية ربّ المال بمقدار ما قدّم من مال، وهذا الوجه لم يذكره الشيخ علي الخفيف رحمه الله، وإنما ذكره الدكتور عبد العزيز الخياط رحمه الله، حيث قال: «وتحديد مسؤولية الشركاء بمقدار حصصهم متفق مع قواعد شركة المضاربة؛ إذ إن ربّ المال فيها لا يُسأل إلا بما قدّم من رأس المال»^(٥٤).

وما ذكره الدكتور الخياط محلّ تأمل؛ إذ إنّ تحديد مسؤولية ربّ المال في شركة المضاربة بمقدار ما قدّمه من مال مقيّد بالأجل يأذن للمضارب بالاستدانة أو الشراء بالأجل بأكثّر من مال الشركة، فإذا افترض المضارب أو اشترى بالأجل بأكثّر من مال المضاربة، فإن الدّين يلزم المضارب دون ربّ المال باتفاق المذاهب الأربعة، كما قال في المغني: «وإن اشترى في الذمة، لزم العامل دون رب المال؛ إلا أن يجيزه، فيكون له»^(٥٥).

ومن المعلوم أن ممثلي الشركة من التنفيذيين ومجلس الإدارة لهم حق الاستدانة والبيع بأكثّر من رأس المال، فلا يكون ثبوت المسؤولية المحدودة للمساهمين من هذا الوجه؛ وإنما بالشرط العربيّ الذي تنظمه قوانين الشركات بأن مسؤولية شركة المساهمة غير محدودة أمام دائئتها، بخلاف مسؤولية المساهمين في هذه الشركة؛ فهي لا تتجاوز مقدار أسهمهم^(٥٦)، وهذا الشرط وإن كان مخالفاً للقواعد العامة في الشريعة وفي القانون أيضاً - لما يترتب عليه من الغرر - فإنه يُعدّ مغتفراً؛ لما يترتب على هذه الشركات من مصالح في تحقيق التنمية والقيام بالمشروعات الكبرى، الأمر الذي يجعل القول بالجواز يقتصر على القبول في الشركات التجارية، ولا يُقبل في التعاملات في غير هذه الشركات^(٥٧).

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٧/١/٦٥): «لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسؤولية محدودة برأس مالها؛ لأن ذلك معلوم للمتعاملين مع الشركة، وبحصول العلم ينتفي الغرر عمّن يتعامل مع الشركة»^(٥٨)، وفي المعيار الشرعيّ رقم (١٢) بشأن «الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة»، في البند ٩/٢/١/٤: «يجوز تحديد مسؤولية الشركة برأس مالها إذا تم إشهار ذلك؛ بحيث يكون معلوماً للمتعاملين مع الشركة، فينتفي التفرير بهم».

٥٤- الشركات، الخياط ٢ : ٢٣٩.

٥٥- المغني ٧ : ١٥١، وينظر: المسؤولية المحدودة في الشركات، للدكتور مساعد الحقيّل: ٣٤٧-٣٤٩.

٥٦- وبالرجوع إلى النشأة التاريخية، نجد أن القانون بعد قبوله لهذا المبدأ فرّض على شركات المساهمة إثبات هذا الشرط في جميع تعاقباتها مع المتعاملين مع الشركة، ثم استقر الأمر ليكون عرفاً تجارياً لهذا النوع من الشركات كشرط في العقود.

٥٧- ينظر: الخدمات الاستثمارية، يوسف الشيبلي ١ : ٢٢٧، مسؤولية الشريك في الشركة، د. خالد الماجد: ٢٥٣، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، عبد الله الحمادي: ٣٧٩، المسؤولية المحدودة في الشركات، مساعد الحقيّل: ٣٤٧-٣٤٩.

٥٨- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ : ٧١٤.



القول الثالث: أن شركة المساهمة لها حكمُ شركة العنان والمضاربة، فإذا كان مجلس الإدارة يعمل مقابل مكافأة محدّدة، فتُكيّف على أنها شركة عنان، ويكون مجلس الإدارة وكيلا عن المساهمين، وإن كان مقابل حصة من الربح، فتُكيّف على أنها شركة مضاربة، ويكون المساهمون ربّ المال.

وذهب إلى هذا عددٌ من الفقهاء المعاصرين، منهم د. صالح المرزوقي.

وهذا القول قصد إلى تلافي ما ورد على تكييف شركة المساهمة أنها مضاربة، لكنه يردُّ عليه ما تقدّم من الإشكال في تكييف شركة المساهمة أنها شركة عنان، وأنه لا يصح اعتبارُ مكافأة أعضاء مجلس الإدارة أصلاً في تكييف العلاقة بين الشخص المعنوي والمساهمين.

وهذا القول وما تقدّمه من أقوال تختزل الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة في مجلس الإدارة، وعليه فإنها تجعل من مكافآت مجلس المديرين الأصل في تخريج شركة المساهمة، وهذا - فيما يظهر - لا يستقيم؛ لأن الشخصية الاعتبارية كما تقدّم تمثل شبكة العقود التي تشمل مجلس الإدارة والعاملين بها، ومن تتعاقد معهم من غيرهم على أعمالها؛ ولا يصح اعتبار الجزء أصلاً في الحكم على الكل.

القول الرابع: أنها صورة مستجدّة من الشركات الحديثة، ولا يلزم إرجاعها إلى الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، وأنه «ينبغي الاعتداد بمشروعية هذه الشركات وغيرها بذات الأدلة والنصوص التي ثبتت بها مشروعيتها الشركات الواردة في كتب الفقه»^(٥٩).

ويرى أصحاب هذا القول - كالدكتور قطب سانو - أن هذه التكييفات للشركات الحديثة «أبنت على نظرة جزئية في هذه الشركات من خلال الاعتداد بجانب من جوانبها المتعددة التي تشبه فيها العنان أو المضاربة أو المفاوضة، ثم اتخاذ ذلك الجانب أساساً للحكم عليها؛ إن عاناً، أو مضاربة، أو مفاوضة»^(٦٠)؛ ولهذا احتيج إلى الاستثناء في هذه التكييفات كما تقدّم، فيقال: شركة المساهمة شركة عنان، إلا في المسؤولية المحدودة، فإنها تشبه شركة مضاربة.

ولما لم يكن «قمةً نصوصاً شرعية خاصة وردت إزاء هذه الشركات، فالنصوص الواردة إزاء كل واحدة منها لا تعدو أن تكون نصوصاً عامة تنطبق على تلك الشركات، كما تنطبق على غيرها»، فدالشرع الحنيف تجاوز حصر الشركات المشروعة والجائزة في شركات بعينها، واكتفى - بدلاً من ذلك - بإرساء القواعد والنصوص العامة التي ينبغي الاحتكام إليها عند الهمّ ببيان حكم الشرع في الشركات والعقود المستجدة»^(٦١).

وهذا التوجّه وإن كان قد يبدو أنه أبعد عن التكلّف، لكن اعتبار شركة المساهمة من شركات الأموال في الفقه الإسلامي يحتاج إلى التحقق من موافقتها لأصول الشركة وقواعدها التي قررها الفقهاء لشركات الأموال في الفقه.

والفقهاء في المدونات العلمية نظروا إلي الشركات وفق ترتيب علمي، يحصر أنواع ما تتعدّد عليه الشركة من الأموال والأعمال والذمم، ثم أصلوا لقواعد مهمة يمكن التأسيس بها لأي نوع من أنواع الشركات، من حيث إطلاق التصرف للشركاء في مال الشركة، وما يصح أن

٥٩- الشركات الحديثة: قطب مصطفى سانو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر ٢: ٢٢٦ - ٢٢٣.

٦٠- ينظر: الشركات الحديثة: قطب مصطفى سانو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٤/٢٢٦-٢٣٣).

٦١- المرجع السابق، أحكام الاكتتاب، حسان السيف: ٤٥، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان الديبان ١٣: ٩٩.



يتفقوا عليه من الشروط، وأُسُس توزيع الأرباح وتحْمُل الخسارة، والفقهُ يقتضي الصدورَ عن هذه الأصول، والإفادَةَ منها .

ومن المهم التحقُّقُ من موافقة شركة المساهمة لهذه القواعد؛ حتى يصحَّ ما ترتبَ عليها من نتائج، لا تقتصر على ملكية المساهمين لصافي الموجودات، بل وعلى عددٍ من الأحكام الأخرى.

وبالتأمُّل في خصائص شركة المساهمة وأحكامها وما ذكره الفقهاء المتقدمون في شروط الشركات؛ يظهر أن شركة المساهمة لا يصحُّ تخريجُها على شركة العنان ولا شركة المضاربة، ولا تتوافق مع أصول شركة العقد في الفقه الإسلامي، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: أن الشخصية المعنوية لشركة المساهمة شخصيةً مستقلة عن المساهمين، ولها ذمَّة مالية مستقلة تؤهلها للإلزام والالتزام بالأصالة عن نفسها، وأن هذه الشخصية تعني أصالة بتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وأنها - في سبيل ذلك - تتعاقد بشبكة من العقود مع المساهمين والعاملين، والموردين والمشتريين؛ لتحقيق أهدافها، وأنها تمول نفسها بالتعاقد مع المساهمين الذين يستثمرون أموالهم ومدخراتهم مع هذه الشخصية الاعتبارية، ويثبت لهم حقوق على هذا الشخص المعنوي، والتي يُعبَّر عنها بأنها حقوق ملكية، دون أن ترتب عليهم التزامات بما يتجاوز رأس مالهم الذي شاركوا فيه.

ثانياً: أنه ليس بين المساهمين شركة عقد، بل كل واحد منهم أجنبي عن صاحبه، وإنما يشتركون في التعاقد مع الشخصية الاعتبارية، مع الإذن بخلط أموالهم مع أموال غيرهم، فهم من هذه الناحية أقرب إلى الصناديق الاستثمارية المعاصرة، والتي تكون فيها العلاقة بين مُلاك الوحدات الاستثمارية وبين مدير الصندوق، وينشأ بينهم شركة ملك؛ بسبب إذن كل واحد منهم بخلط أمواله مع أموال غيره من المستثمرين، والتي يترتب عليها شيوخ في الملك.

ثالثاً: تكيف العلاقة بين المساهمين والشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة بأنها من أنواع النيابة في التصرفات، أشبه بتصرفات الولي والوصي بقصد تتمير أموال المساهمين بما يُحقق لهم عوائد تتمثل في التوزيعات النقدية وفي الأرباح الرأسمالية للسهم، فهي وكالة خاصة من حيث عدم القدرة على التصرف في الأصل، ويتحمل المساهمون أجره العاملين وأعضاء مجلس الإدارة، والذين هم عاملون للشركة.

ومن المعلوم أن تصرفات الوصي والولي والناظر تُنسب إليه من حيث الحل والحُرمة، وليس إلى من يتولى التصرف عنه، وبناءً عليه يُخرَج جواز الاستئثار في الشركات المختلطة إذا كان نشاطها مباحاً من حيث الأصل، ويغلب على تعاملاتها الحل والإباحة؛ لعدم مشاركة المساهم في فعل المحرم، وإن كان ذلك لا يبيح للمساهمين العوائد المحرمة على هذه الاستثمارات.



المبحث الثاني: التكيف الفقهي للسهم

أولاً- تعريف السهم وخصائصه:

يُعرف السهم في القانون التجاري بأنه: «الْحِصَّةُ التي يُدَمِّمها الشريك في شركات المساهمة، ويمثل جزءاً معيناً من رأس مال الشركة، ويمثل السهم في صك يُعطى للمساهم، ويكون وسيلته في إثبات حقوقه في الشركة».

وتتميز الأسهم التي تصدرها شركات المساهمة بعدد من الميزات؛ من أهمها: أنها متساوية القيمة، وأنها قابلة للتداول، وأنها غير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة، بالإضافة للسمة الأساسية في شركات الأموال، وهي المسؤولية المحدودة للمساهم، فلا تتجاوز مسؤوليته قيمة ما يملكه من أسهم الشركة.

والسهم قد يمثل حصة نقدية في رأس مال الشركة إذا كان ما قدمه الشريك نقداً، وقد يمثل حصة عينية إذا قدم الشريك عيناً منقولاً أو عقاراً، والسهم سواء كان نقدياً أو عينياً يُعتبر مالا منقولاً، ولو كانت الشركة تعمل في العقارات، ولو كانت الحصة التي قدمها الشريك عقاراً.

وشركات الأموال - كما هو معلوم - لا تقوم على شخصية المساهمين، كما هو الشأن في شركات الأشخاص، بل تقوم على شخصية اعتبارية ذات مسؤولية محدودة، مستقلة عن شخصية المساهمين وذمتهم المالية، بل إن تعدد الشركاء لا يعدُّ مرتكزاً في تكوينها؛ إذ إنها قد تكون مملوكة لشخص واحد، كما أقره النظام الجديد للشركات^(١٢).

وقد لاحظت كثير من القوانين هذا الاستقلال للشخصية الاعتبارية عن المساهمين، ففرصت ضريبة الدخل أو الأرباح على الشركات بشكل منفصل عن ضريبة الدخل على الأفراد؛ فالشركة تدفع ضريبة على مجموع أرباحها، سواء وزعتها أم لم توزعها، والمستثمر يدفع ضريبة أيضاً عما حصل عليه من أرباح موزعة، دون أن يُعتبر ذلك ازدواجاً ضريبياً؛ لأن الشركة أو الصندوق الاستثماري شخصية قانونية وذمة مالية، مستقلة عن المستثمرين أفراداً أو مجتمعين^(١٣).

ثانياً- التكيف الفقهي للسهم:

للفقهاء المعاصرين أقوال في التكيف الفقهي للأسهم، وهي في الجملة ترجع إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: أن السهم وثيقة تمثل ملكية حصة نسبية شائعة في جميع موجودات الشركة التي أصدرته، من عروض ومنافع وديون.

٦٢- ينظر: الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال: ١٩٢ و ٣٠٠ وما بعدها، القانون التجاري، الشركات التجارية، علي حسن يونس: ١١٢، ١٦١، ١٧٥، الوسيط في شرح القانون المدني ٥: ٢٢٢ - ٢٢٣، القانون التجاري السعودي، د. محمد

حسن الجبر: ٢٨٩ وما بعدها، الشركات التجارية، د. خالد الرويس: ٢١٨.

٦٣- ينظر: زكاة الأسهم والسندات، الشبلي، ضمن: أبحاث وأعمال ندوة زكاة الأسهم والصناديق الاستثمارية، الهيئة الإسلامية للاقتصاد والتمويل.



وقد أخذ بهذا القول أكثرُ الفقهاء المعاصرين، وبه صدرت قراراتُ مؤسسات الاجتهاد الجماعي، ومن ذلك:

١/ قرار مجمعِ الفقه الإسلامي الدولي بجدّة في قراره رقم ٦٣ (٧/١)، الذي جاء فيه ما نصّه: «إنّ المحلّ المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة في أصول الشركة. وشهادة السهم عبارة عن الحقّ في تلك الحصة».

٢/ قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في قراره الرابع في الدورة الخامسة عشرة عام ١٤١٥هـ، الذي جاء فيه: «السهم يمثل حصة شائعة في رأس مال الشركة، والمساهم يملك حصة شائعة في موجودات الشركة».

٣/ المعيار الشرعي رقم (٢١) الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث عرّف السهم في البند (٨/٢) بأنه: «وثيقة تثبت شرعاً ملكية المساهم لحصة شائعة في موجودات الشركة».

ثم جاء في البند (١/٣): «يُمثّل السهم حصة شائعة في رأس مال الشركة المساهمة، كما يمثّل حصة شائعة في موجوداتها، وما يترتب عليها من حقوق عند تحوّل رأس المال إلى أعيانٍ ومنافعٍ وديونٍ ونحوها، ومحل العقد عند تداول الأسهم هو هذه الحصة الشائعة».

ويستند هذا القول إلى ما يلي:

أولاً: أن شركة المساهمة لا تخرُج عن الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، والمساهم في شركة المساهمة شريك يملك حصته من موجودات الشركة، وكون الشركة لها شخصية اعتبارية لا يُبطل حق المساهم في تملك موجوداتها^(٦٤)، وأن قبول الفقهاء المعاصرين لشركة المساهمة لا يعني قبول جميع الأحكام التي يُقرّها قانون هذه الشركات، وينبغي أن يُستبعد منها ما يخالف القواعد الشرعية، ونفي ملكية المساهمين لهذه الموجودات مما لا يقبل في هذه الحال، كما لم يقبل الاجتهاد المعاصر بسائر أحكام القانون لعقد الإيجار التمويلي ولا بتكييفه القانوني^(٦٥).

ثانياً: أن الفقهاء المعاصرين بمن فيهم المخالفون في التكييف الفقهي للسهم = يتفقون على عدم جواز الاستثمار في أسهم الشركات ذات النشاط المحرّم، مما يدل على ارتباط الأسهم بهذه الموجودات، وأنها مملوكة لهم.

ثالثاً: أن القيود التي تتعلق بتصرف المساهم في هذه الموجودات لا تؤثر على ملكيته لهذه الموجودات؛ إذ السبب في هذه القيود هو شيوع الملكية بين المساهمين، وهو أمر يُقره الفقه الإسلامي، كما في منع الورثة من التصرف في التركة قبل قسمتها؛ وذلك لا ينفي ملكيتهم لتركة المورث، مع أن عدداً من القوانين المعاصرة تنفي هذه الملكية قبل قسمة هذه التركة.

ومن المتقرّر في الفقه الإسلامي أنه لا يلزم من نفي التصرف نفي الملكية، كما في منع الراهن من التصرف في الرهن لحق المرتهن، ومثل ذلك يُقال في تصرف الصغير والمحجور عليه لسفقه؛ فإن ذلك لا ينفي ملكيتهم له.

٦٤- ينظر: الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف: ١٢٧، الشركات في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الخياط

٢ : ١٥٩، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الديبان ١٣ : ١١٨.

٦٥- ينظر: أعمال الندوة الحادية عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة: ٢٦، الملتقيات الفقهية: ٦٨-٦٩.



ولهذا ذهب بعض الفقهاء إلى أن ملكية الواقف لا تزال على الأصل الموقوف، وإن كان ممنوعاً من التصرف في الوقف بما يخالف شرطه، وهو المشهور من مذهب المالكية، ويوافقهم في ذلك بعض الحنفية، مثل: ابن الهمام وابن عابدين عليهم رحمة الله.

مناقشة هذا الاتجاه:

اعترض على هذا الاتجاه بأنه لم يعتبر الخصائص الرئيسية لشركة المساهمة في التكيف الفقهي للسهم وشركة المساهمة، والتي تجعل شركة المساهمة لا تمت للشركة الفقهية إلا في اسم الشركة، والذي هو ترجمة خاطئة، ولا يعدو كونه مُشاكلةً لفظية لا تمت لحقيقة الشركة بصلة.

وفي ذلك يقول الدكتور القري: «اعتمدت جميع الفتاوى المعاصرة حول شركات المساهمة، وكذلك الأبحاث الفقهية في الموضوع تعريفاً مفادُه أن السهم حصةٌ مُشاعة في موجودات الشركة. وهذا تعريفٌ صحيحٌ للسهم في شركة العنان، لكنه ليس كذلك في شركة المساهمة الحديثة، ومردُّ هذا الاختلاف أن صفة المسؤولية المحدودة فيها تؤدي إلى توليد شخصية اعتبارية مستقلة عن حملة الأسهم، وإلى عزل الملكية عن الإرادة... وهذه النقطة في شركات المساهمة أغفلتها كل الدراسات الفقهية المعاصرة، وهي في نظرنا أهم عنصر في المسألة يترتب عليه آثارٌ بالغة الأهمية»^(٦٦).

وقد استدلل على عدم توافق الشركة الفقهية مع شركة المساهمة بعدد من الأحكام والخصائص المتعلقة بشركة المساهمة، ومنها ما يلي:

١. أن تعدد الشركاء لم يعد من مقتضيات شركة المساهمة؛ إذ يجوز أن تؤول ملكية شركة المساهمة إلى مساهم واحد، كما يجوز أن تؤسس شركة مملوكة بالكامل لشخص واحد، وهي الشركة ذات الشخص الواحد، وهو أمرٌ يخالف أساس الشركة الفقهية؛ ما يدل على أن المقصود بالشركة هو الكيان القائم المتمثل في الشخصية الاعتبارية.

٢. أن شركة المساهمة قائمة على الاعتبار المالي، ولا تقوم على الاعتبار الشخصي للمساهم، بل النظر فيها إلى ما يقدمه كل مساهم؛ ولهذا لا يعرف المساهمون بعضهم بعضاً، وليس لديهم أي التزام تجاه بعض، بخلاف الشركات الفقهية، فإنها تقوم على الاعتبار الشخصي، ولا يصح عقدها دون معرفة للشركاء بعضهم بعض.

٣. أن شركة المساهمة قائمة على الفصل بين الإدارة والملكية، ومجلس الإدارة الذي يتولى التصرف في الشركة إنما هو ممثل للشركة بشخصيتها الاعتبارية، ومقتضى عمله تحقيق أغراض الشركة، ولو كان ذلك معارضاً لرغبة المساهمين الحاليين، فيتخذ القرار -مثلاً- بشأن توزيع الأرباح بما تقتضيه مصلحة الشركة، وليس بناءً على رغبة المساهمين؛ ولهذا لا يعد مجلس الإدارة وكيلاً عن المساهمين.

٤. انتهاء علاقة المساهم بما قدمه من مال في رأس شركة المساهمة بعد ولادة الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، ولا يبقى له أي حق في عين ما قدمه من رأس مال الشركة، ويثبت ذلك كله لشركة المساهمة بشخصيتها الاعتبارية مما يدل على انتقال ملكية هذه الأموال لها، ولا يثبت له أي من الحقوق المتعلقة بهذه الأموال مثل حق الشفعة، ويملك في



المقابل سهمه الذي تُمثله حقوقه في التوزيعات النقدية وفي تصفية الموجودات، وهو أمرٌ لا يتوافق مع الشركات الفقهية التي يملك الشريك فيها حصة مشاعة من موجوداتها، ولا في النظائر الفقهية التي يتقيد فيها التصرف بسبب شيوع الملكية.

٥. أن الشخصية الاعتبارية هي المسؤولية عن التزاماتها أمام الآخرين، ومسؤوليتها في ذلك غير محدودة، في حين أن مسؤولية المساهم محدودة بما قدمه من رأس مال؛ وذلك لكونه مستثمرًا في هذه الشركة، وهو أمرٌ لا يُعرف في الشركة الفقهية.

٦. أن الشركات التابعة للشركة المساهمة تعد شركةً مستقلة عن الشركة الأم، ولا يؤدي اشتراكهما في الملكية وفي مجلس إدارة واحد إلى اندماج الشخصيتين أو اتحاد الذمتين، بل لكل شركة شخصية مستقلة عن أخرى في نظر القانون في القضاء، وكل من الشركتين ذمة مالية مستقلة أمام دائنيها، وليس لأيٍّ من دائني إحدى الشركتين مطالبة الشركة الأخرى.

٧. أن مالك أسهم الشركة يجوز أن يكون دائئًا للشركة، ويكون أسوة بغرمائها، كما يجوز أن يكون له أولوية على غيره من الدائنين إذا كان الدين موثقًا برهن.

٨. أن الأسهم تصدر في الأسواق العالمية بدون قيمة اسمية للأسهم، فيكون نصيب المساهم في رأس مال الشركة يُحدد من قبل المساهم، مما يدل على أنه مُعاوضة عن هذا الحق في شركة المساهمة.

٩. أن شركة المساهمة ليست عقدًا، ولا تنشأ بموجب للعقد، وإنما تظهر للوجود بقرار من الجهة المختصة بعد استكمال الشركة للمتطلبات النظامية.

الاتجاه الثاني: أن السهم ورقة مالية لا تُمثل موجودات الشركة، ومالك السهم لا يملك تلك الموجودات، ولا حق له فيها، وإنما هي مملوكة للشركة بشخصيتها الاعتبارية.

ويُعدُّ الدكتور محمد القري من أول من اعتنى بتأصيل هذا القول من الناحية الفقهية والقانونية، وذلك في بحثه «الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة»^(٦٧).

ويتفق أصحاب هذا الاتجاه أن شركة المساهمة تختلف عن الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، مثل شركة العنان، ولا يمكن تطبيق ذلك على شركة المساهمة.

ويوضح د. القري أن توافقًا مع النظرة القانونية لا يعني تحكيم القانون على الأدلة الشرعية، فيقول: «ليست القوانين الوضعية بحجة علينا، ونحن في الرجوع إليها لا نقول بها ولا نبتئها بديلاً عن شريعتنا السمحة، لكن صيغة شركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة نازلة وأمرٌ مستحدث يحتاج إلى نظر؛ للتوصل فيه إلى حكم الشريعة»^(٦٨).

٦٧- وقد نشره في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الخامس، العدد ٢، عام ١٤١٩هـ، وقد عرض تكيفه لهذه المسألة في مناقشات مجمع الفقه الإسلامي عام ١٤١٨هـ، ينظر: مجلة المجمع العدد الثالث عشر ٢: ٣٩٧، وقدم بذلك ورقة إلى مؤتمر شورى الفقهي الخامس في عام ١٤٣٥هـ بعنوان: «أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية».

كما قدم ورقة علمية لمؤتمر شورى الفقهي السادس عام ١٤٣٥هـ، بعنوان: «التكليف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة».

٦٨- الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، دراسة فقهية اقتصادية: ١٩.



وقد حظي هذا الاتجاه باهتمام العديد من الفقهاء المعاصرين، وظهرت كتابات تتفق مع هذا التكييف الفقهي لبعض الفقهاء المعاصرين، مثل: الدكتور نزيه حماد^(٦٩)، والشيخ محمد المختار السلامي^(٧٠)، والشيخ نظام يعقوبي^(٧١)، والشيخ يوسف الشبيلي.

ويتفق أصحاب هذا الاتجاه في النفي، ويختلفون في الإثبات؛ فهم يتفقون على أن السهم لا يمثل حصة في موجودات الشركة، غير أنهم اختلفوا في الحقيقة التي تنبئ لهذه الأسهم، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن السهم يمثل حصة من الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، وأن شركة المساهمة هي التي تستقل في تملك هذه الموجودات، وأن شركة المساهمة بطرح أسهمها للاكتتاب تباع نفسها للمساهمين في صورة أسهم، وأن المساهمين باكتتابهم في هذه الأسهم يمتلكون حصة في شركة المساهمة، دون أن يترتب عليه نقل ملكية المساهمين لهذه الموجودات.

وهذا ما قرره الدكتور القري أولاً في بحثه المنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، وقد استند فيه على أصل فقهي، وهو ملكية السيد للعبد المأذون له بالتجارة، على قول من قال من الفقهاء: إنه يتملك بالتملك، فالعبد حينئذ يستقل بالملك والتصرف فيما يملك من الأموال، دون أن يكون هذا المال مملوكاً للمالك، وفي نفس الوقت لا يتحمل التزامات العبد التجارية فيما يزيد على قيمة العبد^(٧٢).

ويعد هذا القياس أحد الحجج القانونية التي ساهمت في إثبات المسؤولية المحدودة للمساهمين في شركة المساهمة، كما يدل عليه التاريخ القانوني لشركة المساهمة وتطورها.

وقد اعترض د. نزيه حماد، وهو من الموافقين للدكتور القري في نفي ملكية المساهمين لموجودات الشركة، على هذا الاستدلال بعدد من الاعتراضات، وهي:

١. أن ثبوت أهلية العبد للتملك بالإذن من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء؛ ولو سلم بذلك فإن جواز ذلك معتبره في العبد أنه شخص طبيعي، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بكونه آدمياً حياً، وأن إذن مالك العبد يُزيل أثر الوصف الطارئ عليه (وهو العبودية) والذي كان يحول دون أهليته الكاملة للتملك، ومن المعلوم أن شركة المساهمة شخص معنوي، فافتراقاً.

٢. أنه لو سلم بملكية العبد لماله، فهي ملكية ناقصة؛ لافتقارها للإذن من المالك في ثبوتها، وغير مستقرة بسبب قدرة حق المالك على التسلط عليها، ومثل هذا لا يقال في شركة المساهمة؛ فملكها على الموجودات مستقر.

٣. أن العبودية لا تثبت في الشريعة الإسلامية ابتداءً بالبيع، فالحر لا يبيع نفسه، ولا يملك أحدٌ ببيع، فالقول بأن شركة المساهمة تباع نفسها يُعارض الأصل المقيس عليه.

٦٩- وذلك في بحثه «التكييف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة»، والمقدم لمؤتمر شورى الفقهي السادس، في عام ٤٣٧هـ.

٧٠- وذلك في بحثه «المتاجرة بأسهم شركات غرضها ونشاطها مباح، لكنها تُقرض وتُقرض بفائدة»، والمقدم للندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي حيث قال: «السهم ورقة مالية تمثل حق ملكية مشاعة في رأس مال الشركة وما يتبعه من حقوق... لكن صاحب السهم لا يملك مقداراً نصيبه من موجودات الشركة». ينظر: ندوات بيت التمويل الكويتي ٥ : ١٤.

٧١- ينظر: ندوات بيت التمويل الكويتي ٥ : ٧٦.

٧٢- ينظر: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، دراسة فقهية اقتصادية: ٣٥.



ويظهر أن هذه الاعتراضات -على وجهاتها- تصحُّ لو كان قياسُ شركة المساهمة على مسألة العبد المأذون له قياسٌ علة، بيد أن القياس الذي قصد إليه د. القري هو قياسُ شبهه، ومن المعلوم أن قياسَ الشبه لا يُطلب فيه الطردُ والعكس الذي يُطلب في قياس العلة، بل يلحق المجتهدُ الفرعُ بالأصل؛ لما يراه من الشبه بين الأصل والفرع في الحكم الذي يقصد الاستدلال له، دون الالتزام بإلحاق الفرع بالأصل في سائر أحكام الأصل طرداً وعكساً، ويمثّل الأصوليون لقياس الشبه بالعبد، وهل يلحق بالإدمي الحر، أو يلحق بالأموال، فالفقهاء يلحِقون العبد تارةً بالحر وتارةً بالمال؛ بحسب ما يلحظه المجتهد من الشبه الحكمي في المسألة التي ينظر فيها. غير أن ذلك لا يمنع من الاعتراف بضعف قياس الشبه في الاستدلال من حيث الجملة، مقارنة بغير من أصول الاستدلال والقياس، فلا يقوى على الفصل في المسائل التي يكثر النزاع بشأنها، كما هو الشأن في هذه المسألة.

ولهذا وغيره؛ فقد اختار د. محمد القرى الإعراض عن الاستدلال بقياس شركة المساهمة على العبد المأذون له، وما ترتب عليه من القول بأن شركة المساهمة تباع نفسها في البحث المقدم إلى مؤتمر شوري، كما اختار الدكتور نزيه حماد الإعراض عن الانتقاد له في بحثه بعد تحريره ضمن (عيون المستجدات)، وانتهى كل منهما إلى:

القول الثاني، وهو: أن السهم - كما عرّفه د. القري - «حق في الحصول على حصة من الربح، إذا قرّر مجلس إدارة الشركة توزيعه على حملة الأسهم، وعلى نصيب من قيمة تصفية أصول الشركة عند تصفيتها».

وهو ما يعبر عنه الدكتور نزيه بقوله: «ورقة مالية مثلية غير قابلة للتجزئة، منفصلة ومستقلة عن موجودات الشركة التي تصدره، قابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل وتثبت لحاملها حقاً في نصيبه (حصته النسبية) في أمرين (أحدهما) أرباحها، أي: ربيعها عندما تقرر توزيعها على حملة الأسهم، (والثاني) موجوداتها في حال تصفيتها».

ويقول د. القري بشأن ملكية الشخصية الاعتبارية للمساهمين: «يمكن لشخص واحد أن يملكها كما يمكن لشخصية اعتبارية أخرى أن تملكها، بل إن نموذج الشركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة يحتمل ألا يكون لها مالك أصلاً».

ويقرر د. القري أن هذا الحق لا يمثّل ملكية في أصول الشركة، وإنما يعد من الحقوق الشخصية، وهو يشبه الدين، وإن لم يكن ديناً، ويتضمن منافع يجوز معاوضة عليه، وأن هذا الحق مال تجوز المعاوضة عليه بالبيع والشراء، وهو ما يقصده المتداولون لهذه الأسهم بالبيع والشراء.

مناقشة هذا القول:

اعتراض على هذا التوصيف بأنه يقتضي أن الحقوق التي تثبت للمساهم إنما هي بسبب ما قدّمه من مال عند اكتتابه في شركة الشركة، فمنحته الشركة هذه الحقوق مقابل ذلك بعقد بيع، فهذا يشكّل عليه ما يلي:

أولاً: ألا يظهر مناسبة عقد البيع في تكيف المعاوضة بين قيمة الأسهم التي أكتتب بها المساهم بالحقوق في التوزيعات عن عوائد الاستثمار في الشركة، وفي صايف الموجودات عند التصفية؛ لأن هذا من شأن عقود المشاركات أو الوكالة بالاستثمار.



ثانياً: ولو سُلم بصحة المعاوضة على هذه الحقوق من حيث الأصل، فإن المعاوضة عليها يُشكل عليها الجهالة في عوائد هذه الحقوق، وهي المقصود أصالةً بالمعاوضة للمتعاقدين، ولو كان عقد مشاركة أو استثمار لم يكن لجهالة العوائد وصايف أصول الشركة بعد التصفية أثر في المنع من هذه المعاملة.

ثالثاً: أنه لا يُسلم أن القانون يَنْفي ملكية هذه الموجودات، وما ذُكر من التعريفات القانونية التي تنص على أن السهم يُمثل الحق في التوزيعات النقدية وفي صايف أصول الشركة عند تصفيتها، وعلى انتقال أصول المساهمين إلى شركة المساهمة؛ فإنه لا يدل على نفي الملكية، وليس هذا مما تعنى القوانين بتقريره؛ إذ القانون يقتصر القانون على ذكر الأحكام التي يظهر أثرها في الواقع العملي، ويجعل المجال للفقه القانوني في التحليل والتفسير والتكييف، وفقهاء القانون لا يتفقون على نفي ملكية أصول الشركة للمساهمين، ولو اتفقوا فإن ذلك لا يقضي بوجود الخضوع لنظرياتهم أو أحكامهم؛ لأن ذلك لا يُعد جزءاً من تصور الواقع.

القول الثالث: وهو أن السهم ورقة مالية يُمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة، وهذه الشخصية الاعتبارية لها ذمة مالية مستقلة عن ملاكها، وهم المساهمون، ولها أهلية كاملة، فهي قابلة للإلزام والالتزام، وإجراء العقود والتصرفات، وتحمل الديون والإلتزامات، والأضرار الواقعة على الغير في حدود ذمتها فقط، ولا يتعداها إلى المساهمين، وكل ما يتبنت لها أو عليها فهو بالأصالة، لا على سبيل الوكالة عن المساهمين.

وعلى هذا؛ فإن مالك السهم بامتلاكه حصة في هذه الشخصية، فإنه يملك موجوداتها الحسية والمعنوية على سبيل التبعية، وهذه الملكية ناقصة، فلا يملك التصرف بشيء منها، ولو زادت قيمة هذه الموجودات عن قيمة أسهمه فليس له حق المطالبة بها، كما أنه لا يتحمل في ماله الخاص الديون أو الأضرار التي قد تقع بسببها على الآخرين؛ لأنه لا يملك هذه الموجودات ملكاً مباشراً، وليست يد الشركة عليها بالوكالة عنه.

وقد ذهب إلى هذا التكييف الدكتور يوسف الشبيلي في بحثه في «زكاة الأسهم»^(٧٣).

حيث ذكر أن هذا التكييف بالإضافة إلى توافقه مع النظرة القانونية، فهو يتوافق مع ما ذكره بعض الفقهاء في نظير الشخصية الاعتبارية للشركة المساهمة، وهو الشخصية الاعتبارية للموقوف على معين؛ فإن الوقف له شخصية وذمة مالية، مستقلة عن الواقف والموقوف، ومع ذلك فقد ذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى انتقال ملكية الوقف إلى الموقوف عليهم^(٧٤).

مناقشة هذا القول:

نُقش هذا القول بأنه في مؤداه يؤول إلى القول بنفي الملكية، وأن الأولى منه إثبات الملكية للشخصية وصايف موجوداتها، وهذا لا يناه في اعتبار الشخصية الاعتبارية في الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة.

٧٣- وقد قدمه لدعوة الأسهم والصناديق الاستثمارية الذي نظّمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل عام ١٤٣٠هـ، كما قدم الدكتور بحثاً بعنوان «إصدار وتداول الأسهم والصكوك» عام ١٤٢١هـ، كما قدم بحثاً بعنوان «التوصيف الشرعي للأسهم والأثار المترتبة عليه» مؤتمر شوري الفقهي السادس عام ١٤٢٧هـ.

٧٤- أبحاث وأعمال ندوة زكاة الأسهم والصناديق الاستثمارية: ١٥٢، وينظر: شرح المنتهى ٢: ٤٠٨، والحاوي الكبير ٧: ٥١٦.



القول الرابع: أن السهم يُشبه العملات النقدية التي تُصدرها البنوك المركزية، والتي تُستند في قوتها واعتبارها على القوة الاقتصادية للدولة، وما تملكه من الموجودات من الذهب والفضة والعملات الأجنبية، دون أن تمثل هذه العملات حصة منها.

وقد قال به الدكتور محمد عبد الغفار الشريف في تعقيبه على أوراق الندوة.

مناقشة هذا القول:

يُظهر أن هذا القول في حقيقته يجعل الأسهم بمثابة العملات التي لا قيمة لها في نفسها، وإنما بحسب ما تُظهره الأسواق المالية من العرض والطلب على هذه العملات بالنظر إلى المركز المالي لشركة المساهمة وما يتوقعه.

ويُشكل عليه أمران:

الأول: أن عدَّ الأسهم بمثابة العملات لا يُناسب طبيعة هذه الأسهم التي يستحق المساهم فيها حصة من التوزيعات النقدية، ولا استحقاق حصة من أصول الشركة عند تصفيتها. كما أنها لا تتمتع بسائر خصائص العملات من كونه وسيطاً في التعامل ومِعياراً للقيمة، فتَضَعُفُ عن إلحاقها بالأوراق النقدية في جريان الربا بها.

الثاني: أنه يُؤدي إلى نتائج ليس من اليسير الالتزام بها، ولا سيما إذا قلنا: إنه يجري فيها الربا كما في الأوراق النقدية، لكن يمكن أن يُقال: إن هذا القول لا يلزم منه إلحاق هذه الأوراق بالعملات الورقية في جريان الربا بها؛ وذلك لكونها ليست بديلاً عن الذهب والفضة، وليس رائجاً رواج العملات المعاصرة.

والذي يُظهر في هذه المسألة أن السهم يُمثل حصةً من موجودات الشركة، كما أخذ بذلك الاجتهاد الجماعي في هذه المسألة، وهو الذي يتفق مع ما تقدّم من النظرية الاقتصادية الحديثة في حقيقة شركة المساهمة، وأما ما تذكّره القوانين المعاصرة من انتقال ملكية الأموال التي يساهم بها المساهمون إلى الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة فلا يُقصد منه نفي ملكية هذه الأعيان على الحقيقة؛ بدليل ظهور هذه الملكية عند تصفية الشركة لأموالها.

وفي ذلك يقول د. علي حسن يونس: «إن الشركة وإن كانت شخصاً معنوياً مستقلاً عن أشخاص المساهمين، إلا أن هذا الاستقلال لا يعني إقصاء الآخرين إقصاء تاماً، ولا يُرتب انتفاء كل أثر لوجودهم، ولكنهم من خلف الشركة تُشَفُّ عنهم شخصيتها، فإذا اختفت هذه الشركة في ميدان الدفاع عن مصالحها ظهرت شخصية المساهم»^(٧٥).

وإنما يُقصد أساساً بانتقال ملكية هذه الأصول إلى الشركة: نفي قدرة المساهمين على التصرف في أعيان هذه الأموال؛ لانتقال حق التصرف بالكامل إلى الشركة بشخصيتها الاعتبارية، وإن كان نماءً هذه الأصول هو للمساهمين، ومن المعلوم أن عدم القدرة على التصرف لا يلزم منه نفي الملك من حيث الأصل، كما في المحجور عليه، فإنه لا يملك التصرف، لكن ذلك لا يَنفي ملكيته لأمواله.



لكن يرد مثل هذا الإشكال في التردد في إثبات الملكية أو نفيه عند عدم القدرة على التصرف على نحو دائم، كما في منع الواقف من التصرف في الوقف، أو المنع من بيع أمهات الأولاد، فإنه يحصل التردد في إثبات الملكية في هذه الأحوال.

والنظر السليم يقتضي عدم نفي الملكية للمساهمين بنفي قدرتهم على التصرف؛ وذلك لعدم الأصل الناقل، فضلاً عن استحقاقهم للنماء، وظهور هذه الملكية عند تصفية الشركة، وبناء عليه فإن هذه الأصول مملوكة للمساهمين على سبيل الشيوخ، وأن السهم يمثل حصة شائعة في أصول الشركة، وهو الذي عليه قرارات الاجتهاد الجماعي.

وقد ذكر الإمام ابن تيمية أن هذه القيود التي ترد على الملكية قد تكون مثاراً للخلاف في إثبات الملك أو عدم إثباته؛ لخروجه عن قياس الملك المطلق، وخروجه عن قياس زوال الملك، مثل خلافهم في ملك الهدى المعين، والمال المنذور التصديق بعينه، والمال الموقوف على معين، هل يكون في حكم ملك الله، أو يكون باقياً في ملك الواقف، أو ينتقل إلى الموقوف عنه^(٧٦).

ويخلص الإمام ابن تيمية من ذلك كله إلى نتيجة مهمة، وهي أن للناس أن يتواضعوا في تعاملاتهم على ملكية يتقيد فيها تصرفهم على النحو الذي يحقق مقاصد ومصالح المتعاملين، فيكون انتقال ملك المال مقيداً في التصرف، وهو ما قصده بقوله: «إِذَا كَانَ الْمَلِكُ يَتَنَوَّعُ أَنْوَاعاً، وَفِيهِ مِنَ الْإِطْلَاقِ وَالتَّقْيِيدِ مَا وَصَفْتَهُ وَمَا لَمْ أَصِفْهُ لَمْ يَمْتَنِعْ أَنْ يَكُونَ ثَبُوتُ ذَلِكَ مُفَوَّضاً إِلَى الْإِنْسَانِ، يُثَبَّتْ مِنْهُ مَا رَأَى فِيهِ مَصْلِحَةً لَهُ، وَيَمْتَنِعُ مِنْ إِثْبَاتِ مَا لَا مَصْلِحَةَ فِيهِ. وَالشَّارِعُ لَا يَحْظُرُ عَلَى الْإِنْسَانِ إِلَّا مَا فِيهِ فَسَادٌ رَاجِحٌ أَوْ مُحَضٌّ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَسَادٌ، أَوْ كَانَ فَسَادُهُ مَغْمُوراً، لَمْ يَحْظُرْهُ أَبَداً»^(٧٧).

وما ذكره الإمام ابن تيمية رحمه الله يطبق على حقوق المساهمين في شركات المساهمة؛ فهم يملكون هذه الموجودات التي تمثلها أسهمهم ملكاً مجرداً من أي حق في التصرف فيها، سوى بيع هذه الأسهم التي تمثل حقوقهم في هذه الشركة على جهة الشيوخ، ويستحقون بموجب هذه الحصة ما يترتب عليها من أرباح توزعها الشركة، كما يحق لهم اختيار مديري الشركة، والمشاركة في القرارات المهمة للشركة، وقد تواضعوا على أن تنتقل ملكية هذه الأصول مقيدةً بهذه القيود.

هذا ما ظهر لي في هذه المسألة، وأسأل الله عز وجل أن أكون وُفِّقْتُ فيه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

٧٦- ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩: ١٧٨-١٧٩.

٧٧- ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩: ١٨٠.

ملخص البحث

يمكن تلخيص أهم ما انتهى إليه البحث من نتائج فيما يلي:

١. أن الشخصية المعنوية لشركة المساهمة شخصية مستقلة عن المساهمين، ولها ذمة مالية مستقلة تؤهلها للالتزام والالتزام بالأصالة عن نفسها، وأن هذه الشخصية تعنى أصالة بتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وأنها - في سبيل ذلك - تتعاقد بمجموعة من التعاقدات مع المساهمين والعاملين والموردين والمشتريين، وهي تؤمّل نفسها بالتعاقد مع المساهمين الذين يستثمرون أموالهم ومدخراتهم مع هذه الشخصية الاعتبارية، ويتبّت لهم حقوق على هذا الشخص المعنوي، والتي يُعبّر عنها بأنها حقوق ملكية، دون أن تترتب عليهم التزامات بما يتجاوز رأس مالهم الذي شاركوا فيه.

ولهذا أجازت القوانين المعاصرة أن تؤمّل ملكية الأسهم في شركة المساهمة إلى مساهم واحد، أو تؤسس شركة ذات شخص واحد، وأن يكون هذا المساهم دائماً بعقد آخر لهذه الشركة مع كونه المساهم فيها.

٢. أن الشخص المعنوي في شركة المساهمة ليس مملوكاً للمساهمين ولا لغيرهم؛ فهو مستقل عن المؤسسين له، وله غرض يحدده النظام الرئيس للشركة يسعى إلى تحقيقه من قبل الممثلين له، كسائر الشخصيات المعنوية، كالدولة، والهيئات والمؤسسات العامة، والجمعيات الأهلية.

٣. أنه لا يصح تخريج شركة المساهمة على شركة العنان لقيامها على الفصل بين الملكية والإدارة (العمل)، وهو يخالف ما قرره الفقهاء من أن شركة العنان قائمة على الوكالة والأمانة، وقد قرر فقهاء الحنفية والمالكية أنه متى ما اشترط تفرد أحد الشركاء بالعمل فإنها تبطل لمخالفتها مقتضى شركة العنان، كما تبطل عند الشافعية إذا اشترط عدم تصرف غير العامل في ملكه في شركة العنان، وقد اختلف الحنابلة في تكييف العقد حينئذ، والأقرب أن مذهبهم كمذهب الحنفية والمالكية كما هو ظاهر كلام الإمام ابن قدامة.

٤. أنه لا يصح تخريج شركة المساهمة على أنها شركة مضاربة؛ لكون العمل في شركة المساهمة من مجموع العاملين ومجلس الإدارة، وهم يأخذون على ذلك - في الجملة - أجرة معينة، وقد انعقد الإجماع على عدم جواز المضاربة مع اشتراط مبلغ معين للعامل، ولا يصح اعتبار مكافأة مجلس الإدارة الأساس الوحيد في تكييف عقد المساهمين مع الشركة؛ لأن العمل في الشركة لا يقتصر على مجلس الإدارة، فالعاملون في الشركة يأخذون أجرتهم من المساهمين وليس من مجلس الإدارة.

٥. تكيّف العلاقة بين المساهمين والشخص المعنوي لشركة المساهمة بأنها من أنواع النيابة في التصرفات لتثمين أموال المساهمين، غير أنها أشبه بتصرفات الولي والوصي، والذين يتصرفون لمصلحة غيرهم وليس بالوكالة عنهم.

وتصرفات الوصي والولي والناظر تُنسب إليه من حيث الحُل والحُرمة، وليس إلى من يتولى التصرف له، ويجب في اختيار الولي والوصي اختيار الأتمل في الأتمل، ويعتبر



في ذلك عموم البلوى، وبناءً عليه يُخَرَّج جواز الاستثمار في الشركات المختلطة إذا كان نشاطها مباحاً من حيث الأصل، ويغلب على تعاملاتها الحل والإباحة؛ لعدم مشاركة المساهم في فعل المحرم، وإن كان ذلك لا يُبيح للمساهمين العوائد المحرمة على هذه الاستثمارات.

٦. أنه ليس بين المساهمين شركة عقد، بل كل واحد منهم أجنبي عن صاحبه، وإنما يشتركون في التعاقد مع الشخص المعنوي لتتيمر أموالهم كل بمفرده، بما يُحقق لهم عوائد تتمثل في التوزيعات النقدية وفي الأرباح الرأسمالية للسهم، ويتربط على ذلك أن تنشأ بين المساهمين شركة ملك؛ بسبب إذن كل واحد منهم بخلط أمواله مع أموال غيره من المستثمرين، فهم من هذه الناحية أقرب إلى الصناديق الاستثمارية المعاصرة، والتي تكون فيها العلاقة بين ملاك الوحدات الاستثمارية وبين مدير الصندوق، وهذا يتوافق مع أهم خصائص شركة المساهمة، وهو قيامها على الاعتبار المالي، وأن المساهمين لا يعرف بعضهم بعضاً.

٧. أن الأسهم التي تُصدرها شركة المساهمة تمثل حصة من صافي أصول الشركة بعد خصم ما عليها من التزامات، غير أن ملك هذه الحصة لا يثبت للمساهمين حق المطالبة بهذه الأصول أو الشفعة فيها بناءً على نظام الشركة، الذي قبل المساهم الدخول في هذه العلاقة التعاقدية بناءً عليه، ويحق لهم في المقابل بيع السهم الذي يمثل هذه الحقوق، والذي يعد الحق الرئيس للمساهم في هذه الشركة.

وأما ما تذكره القوانين المعاصرة من انتقال ملكية الأموال التي يساهم بها المساهمون إلى الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، فلا يقصد منه نفي ملكية هذه الأعيان على الحقيقة؛ بدليل ظهور هذه الملكية عند تصفية الشركة لأموالها، وإنما يقصد به نفي قدرتهم على التصرف في هذه الأموال.

٨. أن الأصل في الأحكام المتعلقة بالسهم اعتبار ما يمثله السهم من صافي موجودات الشركة من ديون ونقود؛ غير أنه يسوغ للمجتهد العدول عن هذا الأصل، فينزل السهم منزلة العرض دون اعتبار ما يمثله من صافي الموجودات إذا كان مقصود التعاملين -أصالة- الاستثمار في نشاط السهم والحقوق التي يملك المساهم التصرف، كما في المسائل التالية:

أ. زكاة السهم بنية المتاجرة فتقدر زكاته باعتباره عروض تجارة دون اعتبار لموجوداته، كما أخذ بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وذلك في الحال التي لا يعلم المساهم ما يمثله السهم من موجودات زكوية.

ب. تداول أسهم الشركات من المؤسسات المالية دون اعتبار ما يمثله من موجودات، كما أخذ بذلك المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن «بيع الدين».

ج. إقراض السهم والسلم فيه إذا كان إلى مدة يغلب على الظن بقاء الشركة واستمرار مركزها المالي بشكل مقبول لطرفي التعاقد، واستمرار تداول أسهم الشركة، كما أخذ بذلك أكثر المشاركين في ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي العاشرة عام ٢٠١٧م.



وبكل حال يجب اعتبار موجودات السهم في مشروعية تداول السهم إذا كان نشاط الشركة محرماً أو كان المحرم منه كثيراً لا يسوغ معه الاستثمار في هذه الأسهم.

ولا يلزم القول بأن السهم حصة من الموجودات طرد هذا في سائر أحكامها؛ لأن إعطاءها حكم العرض في هذه المسائل من باب التقديرات الشرعية، وكما يقول القرافي في قاعدة التقديرات الشرعية: «المقدرات لا تنافي المحققات، بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه وأحكامه».

وبهذا يتبين أنه لا يتوقف القول في شيء من هذه المسائل على القول بأن السهم حصة من صافي الموجودات أو أنه يمثل حقاً في العوائد وفي صافي أصول الشركة بعد تصفيتها. وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.