Journal of Alasmarya University
Volume 1, June 2003

مجلة الجامعة الأسمرية
المجلد الأول، يونيو 2003

تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي

الدكتور
أيمن علي صالح
الجامعة الأسمرية

Journal of Alasmarya University
Volume 1, June 2003

مجلة الجامعة الأسمرية
المجلد الأول، يونيو 2003

تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي

تمهيد

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله ومن والاه، وبعد:

يتميز التشريع الإسلامي بصفة عامة، وفقه المعاملات منه بصفة خاصّة، بالمرونة، والاستجابة للمتغيرات، والقابلية للتكيف.

ولا تتمثل هذه المرونة، وهذه القابلية للتكيف، في قدرة التشريع على استيعاب كل ما يستجد من وقائع ومعاملات على ضوء من مقصد التشريع العام الرامي إلى حفظ المصالح على الناس ودفع المفاسد عنهم فحسب، بل في القدرة على التعامل والتأقلم مع ما هو قائم من عقود وتصرفات بحسب ما يرافق ويزامن إنشاء هذه العقود وهذه التصرفات، أو يطرأ عليها بعد إنشائها، من أمور قد تكون أثرت في طبيعتها، فأحدثت تغييرا في جوهرها وبنيتها، بحيث أُخرجت عن مسمَّاها.

وتبدو هذه المرونة وهذه القابلية للتكيف مع ما يرافق أو يطرأ من أمور مؤثرة في المعاملة محل التعاقد في قدرة التشريع وقابليته لتحول نوع من العقود، بصفات ومقتضيات خاصة، إلى نوع آخر، بصفات ومقتضيات جديدة.

ومن أظهر الأمثلة على هذا التحول ما نشهده في فعل عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، في القصة التالية:

روى مالك في الموطأ: «أن عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرّا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهّل، ثم قال: لو أقدر على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بل هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح، فقالا: وددنا، ففعل وكتب إلى عمر، رضي الله عنه، أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فربحا، فلما دفعا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أَكلُّ الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر: ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما، أدّيا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمِناه، فقال عمر: أدِّياه، فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا، فقال عمر: قد جعلته قراضا، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الربح»[1].

فالذي نلاحظه في هذه الواقعة أن الفاروق، رضي الله عنه، وبإشارة من أحد الصحابة ـ يُقال: إنه عبد الرحمن بن عوف، رضي الله عنه، كما أشار الزرقاني[2] ـ قد حول عقد القرض الذي أبرمه أبو موسى الأشعري، رضي الله عنه، مع ولديه عبد الله وعبيد الله، إلى عقد مضاربة، وما ذلك إلا لما رافق العقد الأول من المحاباة، التي بدا لعمر، رضي الله عنه، أنها

(1) أخرجه مالك في الموطأ، ج2، ص687، والبيهقي في السنن الكبرى، ج6، ص110، والدارقطني في السنن، ج3، ص63. وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير، ج3، ص57: إسناده صحيح.

(2) شرح الموطأ، ج3، ص437. وانظر: تلخيص الحبير لابن حجر، ج3، ص57.

مخلة بالعقد . وقد كان هذا الرأي، وهو قلب القرض إلى مضاربة، أكثرَ صوابا وعدلا من الرأي الذي بدا لعمر أولا، وهو نقض العقد الأول بالكلية، وعدم تحويله إلى بدل؛ وذلك لما تضمنه من عدم إهدار الحقوق على أصحابها، حق بيت المال في الربح، وحق عبد الله وعبيد الله فيه، جزاء ما تحمّلاه من ضمان مال العقد فيما لو هلك أو خسرا في التجارة . وهذا هو العدل بعينه.

فإذن، قلب العقد وتحويله من نوع إلى آخر، لأمر صاحب هذا العقد أو طرأ عليه، ما هو ـ غالباً ـ إلا وسيلة لتفادي الظلم والضرر الذي قد يترتب على نقض هذا العقد، وإبطاله، وردّ الأمر إلى ما كان قبل وجوده، أو ما هو ـ بعبارة أشمل ـ إلا وسيلة للحد من الآثار السلبية التي قد تنجم عن الإبطال الكلي للمعاملة، كما في اجتهاد عمر، رضي الله عنه، آنف الذكر.

وهذا، على سبيل المثال، يظهر غايةَ الظهور، في إطباق الفقهاء على تحويل عقد المضاربة إذا فسد إلى إجارة فاسدة، وما ذلك إلا لحفظ حق المضارب وحق رب المال على السواء: أما المضارب فلئلا يذهب عمله مجانا، وأما رب المال فلئلا يشاركه المضارب في الربح بمقتضى عقد فاسد.

ولعل نظرية «التحول» في العقود ـ إن جاز لنا وصفها بالنظرية ـ تستدعي منا في هذا الصدد النظر في العلاقة بينها وبين نظرية «الفساد» التي يقول بها الحنفية، وما ذلك إلا للاتحاد بينهما في الغرض الأساس الداعي للقول بكل منهما، ألا وهو التخفيف قدْر الإمكان من الآثار السلبية المترتبة على الإبطال والنقض الكلي للعقد . أما نظرية التحول فلِما بيّنّا، وأما نظرية الفساد؛ فلأن العقد الفاسد عند الحنفية بترتيبه بعض آثار العقد الصحيح دون البعض الآخر، كالملك، مثلا، وبالتالي عدم لزوم الفسخ إذا حدث ثمَ تغير أو تصرف في محل العقد، أو القابلية للصحة إذا أزيل سبب الفساد، وغير

ذلك، إنما كان وسيلة من الحنفية للتخلص قدْر الممكن من المفاسد التي تلزم عن النقض والإبطال الكليين.

والجمهور، إذ يقولون - إلى حد ما - بالتحول ولا يقولون بالفساد، إنما يخطون خطوة إلى الأمام باتجاه الحنفية؛ وذلك لالتفاتهم عند قولهم بالتحول إلى ما التفت إليه الحنفية عند قولهم بالفساد، ألا وهو إبطال المفاسد اللازمة عن الإبطال، ونقض المثالب اللازمة عن النقض.

والفرق بين النظريتين - نظرية التحول ونظرية الفساد - بغض النظر عن مدى قبول واعتبار كل منهما عند العلماء، يكمن في طريقة كل منهما في التخلص من المفاسد الناجمة عن الإبطال الكلي. ففي حين أن نظرية التحول تقلب العقد من شكل إلى آخر، ومن نوع ذي آثار ومقتضيات خاصة، إلى نوع جديد ذي آثار ومقتضيات أخرى، حفاظا على مصالح وحقوق المتعاقدين، فنظرية الفساد تُبقي بعض آثار العقد التي يستلزم بقاؤها الإبقاءَ على مصالح المتعاقدين وحقوقهم، كثبوت ملك المبيع للمشتري في العقد الفاسد، مثلا، الذي يحمي تصرفه في هذا المبيع من النقض والفسخ[3] وإن كانت تجب عليه قيمة المثل.

فالعلاقة، إذن، بين التحول والفساد علاقة وطيدة، تتمثل في وحدة المقصد ووحدة الوجهة، وإن اختلف أسلوب العمل.

وغرضي الآن، بعد طول الكلام، أن أسوق هذا البحث المتواضع في صفحاته، مضمّنا إياه ما أمكنني الوقوف عليه من أمثلةٍ لتحوُّل عقد الشركة في الفقه الإسلامي إلى عقد آخر، سواء أكان هذا التحول من عقد شركة إلى

(3) يرى الحنفية أن المشترى بعقد فاسد واجب الرد إلى البائع إلا إذا تصرف المشتري بالسلعة كأن باعها، أو غيّر فيها، كأن كانت دقيقا فحولها خبزا، فحينئذ يلزم العقد ولا يجب التراد والفسخ لتعلق حق الغير بالسلعة. انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام، ج6، ص459 وما بعدها.

عقد شركة أخرى، أم كان من عقد شركة إلى أي عقد آخر، مركِّزا النقاش ـ ما وجدت جهدا واستطعت إلى ذلك سبيلا ـ حول دلالة هذا التحول، وبعده المصلحي، وصوابية التبني له والعمل بمقتضاه.

هذا وتنبغي الإشارة إلى أن التحول يمثل مفهوما فقهيا وقانونيا عاما يبسط ظلاله على كافة العقود تقريبا، وإنما اقتصرنا في بحثنا هذا على التعرض للتحول في عقد الشركة خاصة لسببين:

أحدهما: أن توسيع البحث ليشمل كل العقود لا يتلاءم مع الاقتضاب والتخصصية الذي تقوم عليه الأبحاث العلمية المقدمة للنشر في الدوريات.

والثاني: أنا أردنا أن نضرب نموذجا من العقود يطاله التحول بشكل واسع فكان أن وقع اختيارنا على عقد الشركة.

وسيكون هذا البحث في مطلبين:

الأول: التعريف بالتحول في عقد الشركة.

والثاني: ـ وهو معقد الفرس ـ أمثلة التحول في عقد الشركة.

المطلب الأول
التعريف بالتحول في عقد الشركة

نستطيع أن نعرف التحول في عقد الشركة بأنه: قلب عقد الشركة أو انقلابه إلى عقد أو تصرف آخر بسبب أمور ترافق أو تطرأ على عقد الشركة.

وبتحليل هذا التعريف نجده يقوم على أوصاف أربعة:

الوصف الأول: عملية التحول أو التحويل.

والوصف الثاني: المتحوِّل، وهو عقد الشركة.

والوصف الثالث: المتحوَّل إليه، وهو العقد أو المعاملة الأخرى.

والوصف الرابع: ما يكون بسببه التحوُّل.

فأما بالنسبة إلى الوصف الأول، وهو عملية التحوّل:

فقد عبرنا عنه في التعريف بـ «القلب» و«الانقلاب»، وهي الألفاظ التي وجدناها مرادفة لـ «التحول» و«التحويل» بل ربما تكون أدق منها في التعبير عن عملية تغير عقد الشركة عما هو عليه إلى عقد أو تصرف آخر، وذلك لأن المادة اللغوية (قلب) توحي بسرعة التبدل والتغير . وهذا يتفق مع طبيعة التبدل في عقد الشركة إذ هو تبدل سريع ولحظي فور تحقق شروطه المعتبرة. أما المادة اللغوية (حول) فهي لا توحي بسرعة التغير كـ (قلب) فالتحول أو التحويل قد يكون سريعا وقد يكون بطيئا، أما القلب أو الانقلاب فهو في العادة سريع.

أما قولنا «تحول» أو «تحويل»، و«قلب» أو «انقلاب» فليس هو تشكيك وترديد في الحد، وإنما هو كما يقول أهل صناعة الحدود: تنويع، أي بيان للأنواع التي يشتمل عليها الحد؛ إذ إن عملية التغير والتبدل في عقد الشركة لها حالتان:

فإما أن تكون تلقائية، وذلك بأن طرأ طارئ لا دخل لأطراف عقد الشركة فيه فاستلزم تغيير عقد الشركة إلى عقد أو تصرف آخر، كما هو الحال فيما إذا مات أحد الشريكين بعد أن سلم مال الشركة إلى الآخر حيث يتحول عقد الشركة حينئذٍ تلقائيا إلى مجرد إيداع . وفي هذه الحالة من الأنسب أن نسمي عملية التغير بـ «التحول» أو «الانقلاب».

وإما أن لا تكون عملية التغير تلقائية وإنما بسبب تصرف مقصود لأحد العاقدين نجم عنه التغير المذكور، كما لو أنكر أحد الشريكين مال الشركة مما يحوِّل حيازته مال الشركة إلى غصب، ويحول وصفه التعاقدي من شريك إلى غاصب . وفي هذه الحالة، ولأن التغير إنما نتج عن تصرف مقصود لأحد العاقدين، كان من الأنسب أن نسمي ذلك بـ «التحويل» أو «القلب» . لكن، وعلى الرغم مما ذكرنا فإن «التحول» إذا أطلق في الاصطلاح القانوني فهو يشمل التحول التلقائي، والتحول المقصود كليهما،

وهو ما سنسير عليه في هذا البحث لأن تغيير الاصطلاح الشائع أو تعديله من غير سبب قوي يدعو إلى ذلك ليس من دأب المحققين فيما نرى.

وأما بالنسبة إلى الوصف الثاني، وهو المتحوِّل:

فإن الشركة في الفقه الإسلامي: إما أموال فقط، وإما أعمال فقط، وإما أموال وأعمال معا[4].

فأما شركة الأموال فنوعان: مفاوضة، وعنان.

فشركة المفاوضة هي: عقد بين اثنين أو أكثر على الشركة بشروط، أهمها التساوي في المال والتصرف والدَّيْن، وأن يكون كل شريك وكيلا وكفيلا عن الآخر في مزاولة أعمال الشركة، هذا تعريف الحنفية. وقال المالكية: هي أن يفوض كل من الشريكين الآخر في التصرف بالشركة.

وشركة العنان هي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما، ولا يشترط فيها المساواة في المال أو التصرف أو الربح.

وأما شركة الأعمال فنوعان أيضا: أبدان، ووجوه.

فشركة الأبدان: هي أن يتفق اثنان أو أكثر على أن يتقبلا عملا من الأعمال على أن تكون الأجرة بينهما حسب الاتفاق.

وشركة الوجوه: هي: أن يتفق اثنان فأكثر على الشراء من غير رأس مال اعتمادا على جاههم وثقة التجار بهم على أن يكون الربح بينهم.

وأما الشركة التي تجمع بين الأعمال والأموال فهي نوع واحد وهي المضاربة.

وشركة المضاربة هي أن يتفق اثنان على أن يدفع أحدهما للآخر مالا

(4) انظر في توثيق هذا وما بعده من تفصيل: الشركات، لعبد العزيز الخياط، ج2، ص8. وفقه السنة، للسيد سابق، ج3، ص379/ 380.

كي يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما حسب الشرط

وكل هذه الأنواع من الشركات تقبل التحوُّل.

وأما بالنسبة إلى الوصف الثالث، وهو المتحوَّل إليه:

فعقد الشركة قد يتحول من نوع إلى نوع آخر من أنواعها[5]:

1 ـ كشركة المفاوضة تتحول إلى عنان.

2 ـ وكشركة المضاربة تتحول إلى مضاربة وعنان.

3 ـ وكشركة المضاربة تتحول إلى مضاربة ووجوه.

وقد يتحول إلى نوع آخر من المعاملات: كالوديعة، والغصب، والقرض، والإبضاع[6]، والإجارة الفاسدة.

وأما بالنسبة إلى الوصف الرابع، وهو سبب التحول:

فهو نوعان:

الأول: سبب صاحب إنشاء العقد، كما إذا اشترط رب المال في المضاربة أن يكون الربح له وحده، فتتحول إلى إبضاع، أو اشترط العامل أن يكون الربح له وحده، فتتحول إلى قرض، أو كما إذا اشتُرِط في الشركات كلها شرط يعود على الربح بالجهالة أو بإبطال الشيوع، فتتحول إلى إجارة فاسدة.

والثاني: سبب طرأ على العقد، وذلك كالفسخ للشركة قبل التصرف ـ لأي سبب كان ـ الذي يحولها إلى وديعة، وكالمخالفة لشرط الشريك الذي يحولها إلى غصب، وكالاستدانة على الشركة بأكثر من رأس المال مما

(5) وسيأتي توضيح هذه الأمثلة والتي بعدها في المقصد الثالث إن شاء الله تعالى.

(6) الإبضاع هو أن يتجر الرجل في مال الغير متبرعا لا ربح له على أن يكون الضمان على رب المال لا عليه إلا في حالة التعدي أو التفريط فيضمن هو، وسيأتي.

يحولها - في الجزء الزائد على رأس المال - إلى شركة وجوه، وكخلط المضارب مال المضاربة بماله، مما يحولها إلى مضاربة وعنان إن كان بإذن رب المال أو تفويضه، وإلا تحولت إلى غصب، أو كجحود الشريك لمال الشركة المحول لها إلى غصب أيضا.

المطلب الثاني
أمثلة التحول في عقد الشركة

سبق القول في المطلب السابق إن الشركة:

إما أن تؤول، كنتيجة للتحول، إلى شركة أخرى، وإما أن تؤول إلى معاملة أخرى غير الشركات.

فهاهنا قسمان، سنتعرض إلى بحث أمثلة التحول من خلالهما:

القسم الأول: تحول الشركة إلى نوع آخر من أنواعها.

والقسم الثاني: تحول الشركة إلى معاملة أخرى غير الشركات.

وسيكون ذلك في مقصدين:

المقصد الأول: أمثلة تحول الشركة إلى نوع آخر من أنواعها.

والمقصد الثاني: أمثلة تحول الشركة إلى معاملة أخرى غير الشركات.

المقصد الأول
أمثلة تحول الشركة إلى نوع آخر من أنواعها

تحول الشركة إلى نوع آخر من أنواعها: إما أن يكون تحولا كليا، بأن تنتهي الشركة الأولى وتلغى مقتضياتها وخصائصها، وتنقلب إلى نوع جديد من الشركات ذي مقتضيات وخصائص أخرى.

وإما أن يكون تحولا جزئيا، بأن تبقى الشركة الأولى كما هي، وتنشأ إلى جوارها - كنتيجة لفعل أحد الشركاء - شركةٌ أخرى من نوع آخر.

فهاهنا نوعان:

النوع الأول: تحول الشركة الكلي.

النوع الثاني: تحول الشركة الجزئي.

النوع الأول: تحول الشركة الكلي إلى نوع آخر:

ولهذا النوع من التحول مثال واحد فقط، وهو:

تحول شركة المفاوضة إلى شركة عنان:

يرى القائلون بمشروعية شركة المفاوضة ـ وهم الحنفية والمالكية على خلاف بينهم في توصيف العقد[7] ـ أن هذه الشركة تتحول، عند اختلال شرط من شروطها الخاصة بها، إلى شركة عنان. قال صاحب الهداية: «في كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يُشترط ذلك في العنان، كانت عنانا لاستجماع شرائط العنان»[8].

---

(7) والحق أن التشابه بين الحنفية وبين المالكية في شركة المفاوضة إنما هو في الاسم فحسب، وذلك لأن المفاوضة عند الحنفية تقوم ـ في أعظم ما تقوم عليه ـ على أساسين هما:

المساواة: تصرفا ودينا وربحا ورأس مال.

الوكالة والكفالة.

و أيٌّ من هذه الأمور، عدا الوكالة، لا تشترط في المفاوضة عند المالكية، إذ إنها مأخوذة عندهم من التفويض، فلا يشترط فيها زيادة عما يشترط في العنان سوى هذا «التفويض»، فبينما يجوز عندهم للشريك المفاوض أن يتصرف في مال الشركة بدون إذن الشريك الآخر أو حضوره، فلا يجوز ذلك لشريك العنان إلا أن يحضر الشريك الآخر ويأذن له.

وأما ما قاله بعض الكتاب من اشتراط المالكية في شركة المفاوضة أن يكون الربح والعمل بنسبة رأس المال موهما بأن هذا الشرط خاص بالمفاوضة دون غيرها، فهو كلام تعوزه الدقّة والشرح، لأن هذا الشرط مطرد عندهم في جميع الشركات. انظر: مواهب الجليل، ج5، ص134.

(8) الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني الحنفي، ومعها شرح فتح القدير، ج6، ص160.

وذلك ـ وهذا عند الحنفية ـ كأن يختل شرط المساواة في رأس المال أو الملك ـ بأن يحصل لأحدهما مال غير مال الشركة كإرث أو هبة ـ أو الربح، أو الدين، أو كأن يقيّد أحد الشريكين صاحبه بنوع من التجارة، أو السلع، أو الأسواق، وغير ذلك، أو كأن يشترط عليه نفي الكفالة، وهكذا...

ويُستثنى في حالة التحول هذه من مفاوضة إلى عنان، ما لو كان المختل في المفاوضة أمرٌ جوهريٌّ يعود على العقد بالفساد الكلي، وذلك كأن تختل أهلية العاقدين، أو أحدهما، أو كأن يشترط أحدهما شرطا يعود على الربح بالجهالة، أو كأن يهلك رأس المال وهكذا...[9]، ففي هذه الحالات ومثلها تتحول شركة المفاوضة إلى إجارة فاسدة لا إلى عنان.

أما المالكية فقد قالوا بتحول المفاوضة إلى عنان في حالة واحدة فقط، وهي أن يشترط أحد المتفاوضين نفي استبداد الآخر بالتصرف، بأن لا يتصرف في مال الشركة إلا بالإذن. قال الشيخ خليل: «وإن اشترطا ـ أي المتفاوضين ـ نفي الاستبداد فعنان»[10]. أي فتتحول المفاوضة إلى عنان.

والذي يمكننا قوله هاهنا، في الأساس الذي يقوم عليه تحول عقد المفاوضة إلى عنان هو: إن الفقه الإسلامي، من خلال ما نراه من تفريعات الفقهاء، لا سيما الفقه الحنفي، يحاول قدر الإمكان تصحيح العقود التي يبرمها المكلفون، حفاظا على حقوقهم التي تعلقت بالعقد من ناحية، ونفيا للعبثية والفساد عن تصرفهم، إذا كان بالإمكان، ولو بضرب من التأويل، تصحيح تصرفهم هذا، أو ردُّه وقلبُه، عند تعذر ذلك، إلى عقد آخر صحيح يمت إلى العقد الأول بصلة، من ناحية أخرى.

(9) انظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام، ج6، ص160، وبدائع الصنائع ،ج6، ص61.

(10) مختصر خليل، ومعه مواهب الجليل، ج5، ص133.

النوع الثاني: تحول الشركة الجزئي إلى نوع آخر:

ولهذا النوع من التحول مثالان اثنان:

المثال الأول: تحول شركة المضاربة إلى مضاربة وعنان:

تتحول شركة المضاربة إلى مضاربة وعنان في حالة خلط المضارب مال المضاربة بماله، بإذن رب المال أو تفويضه، فيصبح حينئذ شريكا في رأس المال، يستحق على ذلك من الربح ما يوازي نسبة حصته من رأس المال عند القائلين بوجوب قسمة الربح في العنان بحسب الحصص، كالشافعية[11] والمالكية[12]، أو بحسب ما اتُّفق عليه من الشرط، حتى لو لم يكن موافقا لنسب الحصص من رأس المال، عند من يقول بذلك كالحنفية[13].

ويتضح ما سبق بالمثال، فلو دفع رجل إلى آخر مائة دينار ليعمل فيها مضاربة بالنصف، فخلطها المضارب، بعد الإذن، بخمسين من عنده، واتجر بالمال جميعه، فربح 60 دينارا، فتكون القسمة على النحو التالي:

إذا لم يكن ثمة شرط، كما هو الظاهر في المثال، قُسِّم الربح بحسب الحصص، فيستحق مال المضاربة ـ المائة ـ ثلثي الربح، وهو أربعون دينارا، وصاحب الخمسين ـ وهو المضارب ـ الثلث، وهو عشرون دينارا.

بعد ذلك نأتي إلى ربح مال المضاربة الذي ثبت في القسمة الأولى فنقسمه بين المضارب وبين رب المال بحسب الشرط، وهو النصف، فيأخذ المضارب، بالإضافة لما أخذه، نصف ربح مال المضاربة، وهو عشرون من أربعين، ويأخذ رب المال عشرين.

وعلى ذلك يكون مجموع ما أخذه المضارب أربعين دينارا من ستين، وما أخذه رب المال عشرين دينارا.

---

(11) انظر: مغني المحتاج، ج2، ص215.

(12) انظر: حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص338.

(13) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني الحنفي، ج6، ص60.

المثال الثاني: تحول شركة المضاربة إلى مضاربة ووجوه:

ولم يقل بهذا النوع من التحول سوى الحنفية[14]، وذلك في حالة ما إذا استدان المضارب على المضاربة بأكثر من رأس المال بإذن رب المال، فيصبح المضارب، بالإضافة لكونه مضاربا، شريكا لرب المال، فيما زاد على رأس مال المضاربة، شركة وجوه، وحينئذ يُقسَّم الربح بين الشركتين بنسبة حصصهما من رأس المال الكلي، ثم يُقسم ربح المضاربة بين المضارب ورب المال بحسب الشرط، ويُقسم ربح شركة الوجوه بينهما بالنصف، فلو كان رأس مال المضاربة مائة دينار، واشترى المضارب بإذن رب المال بضاعة بمائة وخمسين دينارا، ثم باعها فربح ستين دينارا، قُسم الربح، أولا: بين المائة والخمسين أثلاثا: للمائة أربعون دينارا، وهي ربح المضاربة يقسم بينهما حسب الشرط، وللخمسين عشرون دينارا، وهي ربح شركة الوجوه يقسم بينهما بالتساوي لأنهما شريكان في الثلث (الخمسين) بالتساوي شركة وجوه.

ولم تقل المذاهب الأخرى بهذا الذي قالته الحنفية، وإنما قالوا، على تفصيلات عندهم[15]، إن المضارب في مثل هذه الحالة يتحول إلى شريك لرب المال فيما زاده باستدانته على رأس المال، يختص بربح الزيادة وخسارتها، وعليه فيمكن القول: إن شركة المضاربة تتحول عندهم بالاستدانة إلى مضاربة وعنان: مضاربة فيما يخص مال المضاربة، وعنان فيما زاد على رأس مال المضاربة بالاستدانة.

ولو أردنا الترجيح في هذا المقام، لوجدنا أن الرأي الحنفي القائل بتحول المضاربة إلى وجوه بالنسبة لما زاد على رأس المال، إذا أذن رب

(14) انظر: المبسوط، للسرخسي، ج22، ص178.

(15) انظر تفصيلات هذه الأقوال في: عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، للدكتور عبد العظيم شرف الدين، ص35، 36.

المال بالاستدانة، أقرب إلى العدل من رأي الجمهور القائلين بتحول المضاربة إلى عنان، وذلك بشرط أن يكون المضارب قد استفاد من رأس مال المضاربة في إبرام الصفقة كاملة، كأن يكون مال المضاربة مائة فيشتري السلعة بمائة وخمسين، لأن المضارب في هذه الحالة يكون قد استغل مال المضاربة في عقد الاستدانة، فيستحق على ذلك رب المال نصيبا من الربح، أما لو انفصل عقد الاستدانة عن التصرف بمال المضاربة، كأن يشتري سلعة بمائة نقدا هي مال المضاربة، ثم يشتري بخمسين دينا سلعة أخرى، فالأقرب إلى العدل هاهنا هو رأي الجمهور، وذلك لأن العلة التي استحق بها رب المال نصيبا من الربح في الحالة الأولى غير متحققة في هذه الحالة؛ إذ إن المضارب لم يستفد من مال المضاربة في إبرام عقد الاستدانة بخلاف الحالة الأولى . وينبغي التنبيه هاهنا إلى أن الربح كما يجب نصيب منه لرب المال، وهو النصف، في الحالة الأولى، فإنه في المقابل يقع على عاتقه الضمان، في حالة الخسارة، بقدر ما استحق من الربح، وإلا ربح ما لم يضمن، وهو منهي عنه.

المقصد الثاني
أمثلة تحول الشركة إلى نوع آخر من المعاملات

نستطيع تقسيم هذه الأمثلة، بحسب نوع المعاملة التي تؤول وتتحول إليها الشركة، إلى خمسة أنواع:

تحول الشركة إلى وديعة.

تحول الشركة إلى غصب.

تحول الشركة إلى قرض.

تحول الشركة إلى إبضاع.

تحول الشركة إلى إجارة فاسدة.

النوع الأول: تحول الشركة إلى وديعة:

يؤول عقد الشركة، سواء أكانت مفاوضة أم عنانا أم مضاربة، أيلولة تامّة إلى وديعة، في حالة ما إذا انفسخ هذا العقد بعد وضع الشريك يده على مال الشركة، وقبل تصرفه بهذا المال بيعا وشراء.

وأسباب الفسخ عديدة، منها: موت أحد الشركاء، أو استقالته، أو خروجه عن أهلية التوكل أو التوكيل، بأن يجن أو يحجر عليه أو يرتد. ومنها أن يهلك مال أحد الشركاء بعينه، وهكذا ...

ففي كل ما سبق من الحالات يتحول ما في يد أحد الشركاء من مال الشركة إلى أمانة أو وديعة، لا يُضمن إلا بالتعدي.

وينبغي هاهنا التفريق بين تحول عقد الشركة تحولا كاملا إلى وديعة، وبين أخذه حكم الوديعة، فالتحول في الحالة الأولى هو تحول حقيقي، قَلَبَ العقد قلبا كاملا ونهائيا إلى عقد آخر، أما أَخْذ الشركة حكم الوديعة، وذلك بعد إبرام العقد وقبل التصرف، فهو تحول طبيعي يقتضيه عقد الشركة نفسه، من غير سبب مرافق للعقد أو طارئ عليه، ولذلك فهو إن سمي تحولا فهي تسمية مجازية؛ لأن عقد الشركة باق على حاله لم تشبه شائبة. ومثل هذا يقال في تحول الشركة إلى وكالة عند التصرف، ولذا فإني لم أدرجه في أنواع التحول.

والأساس الفقهي في تحول عقد الشركة إلى وديعة عند فسخ العقد قبل التصرف هو: أن الفسخ لعقد الشركة قبل التصرف قد يسفر عن حيازة مال تحت يد لا تملك هذا المال، وهذه الحيازة لا بد حتما أن تتصف بأحد وصفين: إما الضمان، فيكون صاحبها ضامنا المال في كل الحالات، وإما الأمانة فلا يضمن صاحبها إلا بالتعدي والتفريط. ولما كانت حيازة أحد الشريكين لمال الشركة قبل انفضاضها حيازة مشروعة كان الأولى أن تكون يده يد أمانة لا يد ضمان. وحتميّة اتصاف حيازة اليد لملك الغير بالضمان أو الأمانة نابعة من مبدأ التشريع العام، ألا وهو حفظ المال.

النوع الثاني: تحول الشركة إلى غصب:

ومعنى هذا التحول هو أن يد الشريك على مال الشركة ينقلب وصفها من الأمانة إلى الضمان.

وأسباب هذا التحول كثيرة يجمعها القول بأن الشريك تصرف في مال الشركة تصرفا لا ينبغي له: كأن يخالف شرط شريكه الآخر بالسفر، أو الاتِّجار بسلعة قد نهاه عن الاتجار بها، أو بالبيع نسيئة وقد نهاه عن ذلك، أو بأن يخلط مال المضاربة بمال آخر من غير إذن رب المال، وغير ذلك كثير...

فإذا ما حدث شيء من هذه المخالفات تحولت الشركة بما تحمله من مقتضى وصف الأمانة إلى غصب يقتضي الضمان.

والأصل في هذا التحول أن يكون نهائيا، بمعنى أن عقد الشركة لا يعود تلقائيا إلى وضعه السابق بعد تحوله إلى غصب، وإنما لا بد من عقد جديد، لكن الفقهاء استحسنوا عودته التلقائية إلى عقد شركة إذا ما زال سبب الغصب دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد[16].

وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على أن الشريك إذا فعل ما لا ينبغي له فإنه ضامن يتحمل الخسارة وحده دون شريكه الآخر، إلا أنهم اختلفوا في مصير الربح الذي قد يجتنيه الشريك جراء فعله هذا:

فقال الحنفية: يعود الربح للغاصب ـ الشريك المخالف ـ كما عادت الخسارة إليه، لكن لا يطيب للغاصب الانتفاع بهذا الربح في قول أبي حنيفة ومحمد، وإنما يجب التصدق به. وقال أبو يوسف بل يطيب له[17].

وقال المالكية: يقسم الربح على حسب الشرط بين الشريكين، وإن كانت الخسارة تعود على المخالف وحده[18].

---

(16) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني، ج6، ص110 وما بعدها.
(17) انظر: بدائع الصنائع، ج6، ص98.
(18) انظر: مواهب الجليل، ج5، ص366.

وللشافعية قولان: القديم أن الربح كله لرب المال، والجديد أنه كله للغاصب[19].

وعن أحمد روايتان: الأولى: أن الربح كله لرب المال، والثانية: يتصدق الشريكان بالربح على سبيل الورع[20].

والذي يبدوا لي راجحا من هذه الآراء هو رأي المالكية؛ لكونه يقع بينها في الوسط: فلا هو تطرف إلى جانب رب المال أو الشريك غير المخالف، فأعطاه كل الربح، من غير أن يتحمل شيئا من الضمان، ولا هو، في المقابل، تطرف إلى جانب الشريك المخالف أو المضارب المخالف، فأوجب له مقابل الضمان كل الربح، وإنما ابتغى بين الاثنين سبيلا، فلم يحابِ غير المخالف بإعطائه كل الربح من غير أن يضمن شيئا، ولم يكافئ المخالف بإعطائه كل الربح، وإنما جعل الربح بينهما على ما جرى عليه الاتفاق، وعاقب المخالف بأن أوجب عليه الضمان، والله أعلم.

النوع الثالث: تحول الشركة إلى قرض:

وهذا في شركة المضاربة فحسب؛ وذلك حالة ما إذا قال رب المال للمضارب اعمل في هذا المال مضاربة والربح كله لك، والسبب في ذلك أن الفقهاء اشترطوا في المضاربة أن يكون الربح مشتركا بين المضارب وبين رب المال وإلا لم تكن شركة، بل قرضا، على آخذه خُسْره، وإليه رِبْحُه، انطلاقا من القاعدة القائلة بأن العبرة في العقود للمعاني دون المباني . هذا هو رأي الجمهور[21].

(19) انظر: مغني المحتاج، ج2، ص314.

(20) انظر: المغني، ج5، ص34.

(21) الحنفية، والشافعية، والحنابلة، على تفصيلات عندهم، انظر: بدائع الصنائع، ج6، ص86، ومغني المحتاج، ج2، ص312، وكشاف القناع، للبهوتي، ج3، ص509.

وقال المالكية هو قرض إلا أن يصرح رب المال بلفظ القراض، أو أن يشترط العامل نفي الضمان، فيكون الربح في هاتين الحالتين للمضارب وحده والضمان على رب المال[22].

والحق أن نظرة المالكية هاهنا في الغاية من الدقة، والروعة، وذلك لأنها تمشت، وإلى أبعد حد، مع مقاصد العاقدين من العقد، ولم تلجأ إلى تحويل هذا العقد، وهو المضاربة، إلى عقد آخر غير مقصود للعاقدين[23]، وهو القرض، ما دام في الإمكان استيعاب صورة العقد على ما هو عليه، وفي هذه الحالة يُعدّ رب المال متصدقا بضمانه على المضارب، وليس هناك ما يمنع من ذلك، بل هو رفق وإحسان والله أعلم.

النوع الرابع: تحول الشركة إلى إبضاع:

وهذا أيضا في المضاربة فحسب، وذلك ـ على العكس من النوع الثالث ـ إذا قال رب المال للمضارب: اعمل في هذا المال مضاربة على أن الربح كله لي، وهذا ما لم يختلف فيه الفقهاء[24]، غير أن الشافعية ترددوا في إبطال هذا العقد إذا صرح رب المال بلفظ المضاربة[25].

والإبضاع هو أن يتجر الرجل في مال الغير متبرعا لا ربح له على أن يكون الضمان على رب المال لا عليه إلا في حالة التعدي أو التفريط فيضمن هو.

(22) انظر: مواهب الجليل، ج5، ص363.

(23) لا سيما إذا صرح أحدهما بنفي الضمان عن المضارب.

(24) انظر بدائع الصنائع، ج6 ص5، وكشاف القناع، ج3، ص508، ومواهب الجليل، ج5، ص363.

(25) انظر: مغني المحتاج، ج2، ص313.

النوع الخامس: تحول الشركة إلى إجارة فاسدة:

ذهب الفقهاء[26]، بشكل عام، إلى أن الشريك، لا سيّما المضارب، يستحق، عند فساد عقد الشركة، أجرة المثل، ربحت الشركة أم خسرت، معللين ذلك بأن الشركة إذا فسدت تحولت إلى إجارة فاسدة ـ والمستحَق في الإجارة الفاسدة هو أجر المثل ـ وذلك لأن المضارب لم يرضَ بالعمل مجانا.

إلا إن المالكية ـ كعادتهم في هذا الباب ـ خرجوا عن هذا النهج، وردوا القراض الفاسد إلى قراض المثل في غالب حالات الفساد[27].

و الفرق بين المنهجين: منهج الجمهور في رد القراض إلى إجارة فاسدة، ومنهج المالكية في رده إلى قراض المثل، هو أن المضارب على مذهب الجمهور يستحق الأجر بغض النظر عن ربح المضاربة أو خسارتها، أما على مذهب المالكية فهو يستحق جزءاً من الربح ـ يترك تحديده للعرف ـ حالة ما إذا ربحت المضاربة وإلا فلا يستحق شيئا.

والعدالة في مذهب المالكية بادية للعيان، إذ إنهم لم يريدوا في حالة الخسارة أن يجمعوا على رب المال مصيبتين: مصيبة تحمل الخسارة من ماله، ومصيبة التكفل بأجرة المضارب، وهو مذهب حق وقسط . ثم إنهم ـ على منهجهم في سد الذرائع ـ لم يريدوا فتح المجال أمام المضارب إذا خسرت تجارته أن يحاول إفساد الشركة، بأي طريق كان، حتى يستحق الأجر، وهذا منهج صحيح في إبطال الحيل ومعاملة المخالف بنقيض قصده.

ولعل أبا يوسف تلميذ أبي حنيفة، رحمهما الله، بما مارسه من القضاء، قد لحظ هذا الاتزان والقوة في مذهب المالكية، فخطا نحو مذهبهم

(26) انظر: بدائع الصنائع، ج6، ص89، ومغني المحتاج، ج2، ص317.

(27) انظر: مواهب الجليل، ج5، ص359/ 360.

خطوة، بأن خالف صاحبيه الموجبين للمضارب أجرة المثل، بالغة ما بلغت، حالة فساد الشركة، ربحت أم خسرت، مفرقا بين حالتي الربح وعدمه، حيث أوجب للمضارب، حالة الربح، أجر المثل، بشرط أن لا يزيد عن المسمى في شرط رب المال عند عقد الشركة، وفي حالة الخسارة أو عدم الربح، لم يوجب للمضارب شيئا[28]، وهو مذهب قريب من مذهب المالكية.

الخاتمة

بدا لنا من خلال هذا البحث مدى المرونة التي يتمتع بها التشريع الإسلامي الخالد، وذلك باستعراضنا، على عجل، قابلية هذا التشريع لتحول عقود الشركات، من شكل إلى آخر، ومن طبيعة إلى أخرى، وذلك ابتغاء تحقيق العدالة، وإقامة «القسط» الذي أمر الله به بين الناس في شؤون حياتهم كلها لا سيما المالية منها.

ثم بدا لنا أيضا، من مقاصد الشارع، مقصده في حفظ أموال الناس من الضياع، والانتقال إلى أيدي الغير، بغير وجه حق منعا لأكلها بالباطل.

وبدا لنا أيضا ما يتمتع به من قدرة على التكيف مع ما يرافق العقود أو يطرأ عليها من أمور مؤثرة في طبيعة هذه العقود ومقتضياتها.

وأخيرا بدت لنا العقلية الفذة، والرائدة، التي كان يتمتع بها فقهاء الإسلام على اختلاف مذاهبهم، وطرائقهم في الاجتهاد، مما أسفر عن هذا الفقه العظيم الذي لا يحتاج منا إلا إلى الدرس والفهم والفرز ثم التطبيق والامتثال.

(28) انظر: بدائع الصنائع: ج6، ص89.

مصادر ومراجع البحث

1. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت.
2. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الله المدني، المدينة المنورة، 1384هـ/ 1964م.
3. حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م.
4. السنن، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ/ 1966م.
5. السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ/ 1994م.
6. شرح فتح القدير على الهداية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام الحنفي ،دار الفكر، بيروت.
7. شرح الموطأ، محمد بن عبد الباقي الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ.
8. عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، د. عبد العظيم شرف الدين، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط1، 1974م.
9. فقه السنة، السيد سابق، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة.
10. كشاف القناع عن متن القناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي

الحنبلي، عالم الكتب، بيروت، 1983م.

11. المبسوط، محمد بن سهل السرخسي، مطبعة البابي الحلبي، مصر.

12. المغني على مختصر الخرقي، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م.

13. مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

14. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد، المعروف بالحطّاب المالكي، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992م.

15. الموطأ، مالك بن أنس تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر.

◆◆◆