توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

سنيسنة فضيلة
أستاذ مساعد قسم "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق
جامعة طاهري محمد بشار

ملخص:

تتعرض الشركة في واقعها الاستثماري للربح والخسارة، فإذا كان الربح هو الهدف المرجو من قبل الشركاء فإن الخسارة أمر لابد منه. لذلك أوجب الفقه الاسلامي قسمة الأرباح حسب الحصص المشارك بها في رأس المال ، ومن باب أولى أن يطبق ذلك على الخسارة وهذا ما ذهب إليه القانون الوضعي في هذا المجال. كما أعطى كل من الفقه والقانون الحرية للشركاء في تحديد نصيب كل شريك من الربح والخسارة شريطة أن لا يتضمن عقد الشركة شرطا من شروط الأسد. وأكد الفقه الاسلامي على أن الشرط الذي يؤدي إلى جهالة في الربح يبطل العقد وما سواه من شروط فاسدة لا تبطل العقد إنما يبطل الشرط فقط.

Résumé

Le profit joue un rôle fondamental dans la théorie de la société si le profit est le but recherché par les partenaires, alors l pertes sera inévitable .c'est pourquoi la loi islamique a exiger de devisée les bénéfices d'après les quotas enrôlé dans le capital social fortement sa devrez s'appliquer a des pertes ce ci c'est le point de vue du droit positif. En outre que se soi la loi ou le jurisprudence a également donné la liberté de déterminer la part de chaque partenaire des profits et pertes, à condition que le contrat d la société ne comprend pas une exigence maximal,dans ce domaine la loi islamique a exiger que la condition qui mène à l'ignorance des gains annule le contrat et d'autre condition invalide n'annule pas le contrat mais elle annule seulement la condition.

المنارة للاستشارات

مقدمة:

لا جدال يذكر في كون الغرض الأساسي الذي يدفع الشريك لأن يساهم في الشركة بتقديمه لحصة تجعله شريكا سواء في الفقه الاسلامي أو القانون الوضعي هوالحصول على نصيب من الأرباح التي تحققها، كما أن الشركة قد تخفق وتبوء بالفشل والخسران، فالخسارة إذن متوقعة وعلى الشريك حين حدوث هذه الخسارة أن يتحمل جزءا منها تطبيقا لقاعدة " الغنم بالغرم" أو الربح والخسارة.فاقتسام الأرباح والخسائر يعد ركنا جوهريا من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة لا تقوم لها قائمة إلا بوجوده.ولقد تبلور هذا الركن فيما كان يعرف – قديما – بحق الأخوة الذي كانت تعتمد عليه الشركة في القانون الروماني وكان مقتضى هذا الحق أن تكون المساواة مطلقة بين الشركاء في اقتسام الأرباح والخسائر، غير أن المشرع الحديث هجرهذا المبدأ فلم يعد يشترط المساواة التامة، بل أصبح يأخذ بمبدأ آخر أقل تشددا هو أن يكون نصيب الشركاء في الأرباح بحسب حصصهم في رأس المال، وفضلا على دلك فإن المشرع لم يشأ فرض هذه القاعدة على الشركاء، وإنما ترك لهم حرية الاتفاق على ما يخالفها دون الاخلال بما يفرضه القانون. أما الفقه الاسلامي فقد كان سباقا لتقرير ذلك بجعله الربح على ما اشترطا والوضيعة أو الخسارة على قدر المالين.ولا يجوز بأي حال أن تتجه نية الشركاء إلى الحصول على الربح دون تحمل للخسائروكل شرط يخرج عن هذا الاطار يقع باطلا، وهذا ما اتفق عليه كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أما عن بطلان العقد المتضمن لمثل هذا الشرط هناك اختلاف بين مبطل للشرط دون العقد وبين مبطل لعقد الشركة المتضمن لهذا الشرط.

نحاول في هذه الورقة البحثية تقديم إضاءة أولية لقسمة الأرباح والخسائر ضمن مقاربة فقهية قانونية نوضح من خلالها القواعد التي تحكم عملية توزيع الأرباح والخسائر، وإلى أي مدى يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في ضوابط هذه العملية.

المطلب الأول: الربح في الشركة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

يعد الربح من العناصر الأساسية في بناء النشاط التجاري والاقتصادي للمنشآت والشركات على حد سواء على اعتبار أن عقد الشركة لا تتعارض فيه المصالح بين الشركاء

المنارة للاستشارات

عكس ما نجده في باقي العقود كعقد البيع مثلا وإنما الهدف الأساسي والمشترك من انشاء أي شركة هو اقتسام ما ينتج عنها من أرباح توزع بين اعضائها.

والربح هو القدر النامي في المال لأنه من الطبيعي أن ترتكز فكرة الربح على النمو والزيادة في القيمة فيتحدد الربح بالقدر النامي في المال وبالزيادة على رأس المال[1].

ولما كان موضوع البحث متعلقا بتوزيع الأرباح والخسائرعند أهل الشريعة والقانون كان من المناسب بيان حقيقة الربح والخسارة حتى يتسنى لنا ادراك أحكام توزيعهما التي هي غرض هذه الدراسة .

الفرع الأول: مفهوم الربح في عقد الشركة

ورد ذكر الربح في القرآن الكريم مقرونا بالتجارة فقال الله تعالى" أولائك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين"[2]. بعض المفسرين تناولوا الربح على أنه الزيادة على رأس المال بعد سلامة رأس المال المستخدم في التجارة، ذلك أن قصد التجارة هو سلامة رأس المال وتحقيق الربح[3]، فلا ربح إلا بعد سلامة رأس المال، فلا يقال لمن لم يسلم له رأس ماله قد ربحت [4]. والربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون الربح له جابرا فيخرج بذلك عن أن يكون ربحا[5]؛ وقد استعمل الإمام الغزالي مفهومي الربح ورأس المال للتشبيه والتمييز بين العدل والإحسان، فالعدل سبب النجاة وهو يجري من التجارة مجرى رأس المال والإحسان سبب الفوز ونيل السعادة وهو يجري من التجارة مجرى الربح [6].

وقد يختلط مفهوم الربح بالنماء إلا أن النماء أعم من الربح لأنه يتضمن الربح والفائدة والغلة[7]. ونشير إلى أن الإسلام لا يقتصر على الربح فقط وهو فرق بين الايرادات والتكاليف والمصروفات كحق للشريك ولكنه يقرر له حق الفائدة[8] وحق الغلة[9] ، فاذا انسحب شريك أصلي مؤسس وأخذ مع رأس ماله الربح، أخذ أيضا نصيبه في الارتفاع في ثمن الأصول الثابتة والمتداولة وهما الغلة والفائدة، ويلاحظ أن المؤسسات الاسلامية المعاصرة لا تعطي للمشترك مشاركة تمويلية إلا الربح وهذا سر تضخم أرباحها لاستفادتها من معامل التضخم وارتفاع الأسعار[10].

ولا يستحق الربح في الفقه الاسلامي إلا بثلاث بمال أو عمل أو ضمان ، فهو يستحق بالمال لأنه نماؤه فيكون لمالكه ، ومن هنا استحقه رب المال في المضاربة ،

المنارة للاستشارات

ويستحق بالعمل حين يكون العمل سببه كنصيب المضارب في ربح المضاربة ، ويستحق بالضمان كما في شركة الوجوه أي من ضمن شيئا فله غلته[11].

أماالقانون فقد عرف الربح تعريفا مستمدا من تعريف محكمة النقض الفرنسية له، فالربح هو"الكسب النقدي أو المادي يضاف إلى ثروة الشركاء"[12].هناك من أخذ بالمفهوم الضيق للربح واعتبره المبلغ النقدي الذي يوزع على الشركاء في نهاية السنة المالية وأخذ فريق بالمفهوم الموسع للربح ويرى بأنه فائدة ايجابية تضاف إلى ذمم الشركاء ويمكن تقويمها بمال أو سليبة تقتصر على تخفيف عبء الشركاء أو دفع ضررعنهم[13]. ويستحق الربح في القانون الوضعي بالمال أو بالتنظيم والابتكارهذا الاخير الذي يقابل مبدأ استحقاق الربح بالعمل في الفقه الاسلامي .

ومن هنا يتضح عدم الاختلاف بين الفقه والقانون في معنى الربح، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا ينظرون إلى الربح من حيث كونه كسب ناشئ عن رأس المال أو أجر ناتج عن العمل، فهم لم ينظروا إلى نوعه ومادته، كما أنهم لم يعتبرو كون الربح يزيد ثروة الشريك أولا، فهذا أمريخضع لقيمة النقود وسعرالصرف. أما القانونيون يعرفون الربح بمرادفه، وأيضا قد يحدث ربح ولا يضاف نظرا لانخفاض قيمة النقود، وقد لا يتحقق ربح ويتم توزيع الحصص المالية فتضاف إلى ثروة الشركاء نظرا لارتفاع سعرها أوزيادة قيمة النقود[14]. ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في أسباب استحقاق الربح المتمثلة في المال والعمل إلا أن الفقه الاسلامي عرف سببا ثالثا لاستحقاق الربح لا يعترف به القانون الوضعي وهو الضمان.

الفرع الثاني :توزيع الربح بين الشركاء في القانون الوضعي:

توزع الأرباح الصافية لا الإجمالية على الشركاء، ويقصد بالأرباح الصافية الأرباح الإجمالية مخصوما منها تكاليف الشركة والمصاريف العامة. وإذا تم جرد موجودات الشركة ووجدت زيادة في الأصول[15] عن الخصوم[16] يمكن تحديد الربح المحقق ومعرفة مقداره[17].

الأصل أن المشرع ترك الحرية للشركاء في تحديد نصيب الشريك في الأرباح مع عدم الإخلال بما يوجبه القانون. وإذا ما اقتصرعقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الخسارة دون تعيين نصيبه في الربح، يكون هذا الأخير مساويا لنصيبه في الخسارة حتى

المنارة للاستشارات

ولو لم يتناسب مع قيمة حصة الشريك في رأس المال[18]. وإذا سكت عقد الشركة عن تعيين نصيب الشريك في الربح، فالمفترض أن يكون نصيبه بنسبة حصته في رأس المال[19]، وهذا بعد تقويم الحصص الذي يكون في العقد التأسيسي للشركة. وإذا قام شك في التقويم قسمت الأرباح بين الشركاء بالتساوي[20].

أما إذا كانت الحصة المقدمة هي حصة عمل وسكت العقد عن تعيين نصيب الشريك في الربح حيث أن العمل تقدر قيمته تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل، وبقدر هذه القيمة تكون حصته في رأس المال. يتضح أن المعيار في تقويم حصة العمل بالنسبة للقانون الجزائري هي الفائدة التي تفيدها الشركة من هذه الحصة. وفي حالة ما قدم الشريك فوق حصته من العمل نقودا أو أي شيء آخر كحصة في رأس مال الشركة يكون له نصيبه من الربح نتيجة لعمله، ونصيب آخر في الربح عما قدمه زيادة عن عمله[21]. ويكون دفع الأرباح خلال أجل أقصاه تسعة أشهر من تاريخ إقفال السنة المالية، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بقرار قضائي[22].

وليس للشركة أن تسترجع الأرباح الموزعة لأنها تصبح بمجرد توزيعها حقا مكتسبا للشركاء حتى ولو منيت الشركة بخسائر في السنوات التالية للتوزيع، وقد يحدث أن لا تحقق الشركة أي أرباح في بعض السنوات أو تمنى بخسائر متتابعة فتنزل أصول الشركة عن خصومها وفي مثل هذا الوضع يمنع على الشركة أن تقوم بتوزيع أرباح على أن يتم تعويض مقدارالخسائر التي منيت بها إلى أن يعود رأس المال للقدرالموجود قبل الخسائر[23]. فاذا لم تحترم الشركة هذه القواعد ووزعت أرباحا على الشركاء لإيهام المتعاملين مع الشركة بقوة مركزها المالي ، فإن هذه الأرباح تعتبر صورية لا تشكل حقا مكتسبا للشركاء وللشركة ولدائنيها اجبار الشركاء على ردهذه الارباح[24] تطبيقا لمبدأ ثبات رأس المال[25].لأن الأرباح المدفوعة تكون قد دفعت من رأس مال الشركة، وهو مخصص لضمان حقوق الدائنين.

ويستتبع توزيع الأرباح الصورية نوعين من النتائج: فعلى الصعيد الجنائي يتعرض مسيري الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة إلى عقوبات قد تكون الحبس والغرامة المالية في حالة ما إذا قاموا بتوزيع أرباح صورية على الشركاء، لأن هذا التوزيع يدخل في إطار النصب، وعلى المستوى المدني تحصل الشركاء على ربح بغيروجه حق أودفع غير مستحق وفق القواعد العامة، ولذلك وجب عليهم رده وادخاله في الخزينة

المنارة للاستشارات

الاجتماعية للشركة قصد إعادة تكوين ضمان للدائنين، ويفترض في هذا الارجاع علم الشركاء بأن هذه الأرباح صورية وأن التوزيع غير قانوني، أولم يكن من الممكن عدم جهلهم بهذا استنادا لوضوحه بحسب الظروف المحيطة وبالعكس في حالة حسن النية أو الجهل بالحقيقة يمكن للشركاء الاحتفاظ بهذه الأرباح[26].

الفرع الثالث : توزيع الربح في الفقه الاسلامي:

هذا بخصوص الربح في القانون الوضعي، أما عن الربح في الفقه الإسلامي فقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية أسباب استحقاق الربح في أنواع الشركات إلى ثلاثة أسباب هي المال، العمل أو الضمان[27].

فأما استحقاق الربح بالمال فلأنه يعد نماء له[28]. وقد حرم الله تعالى الربا و أحل التجارة وبالتالي فإن الربح لا يولد من المال الجامد بل من المال المتحرك الذي يخصص لمباشرة نشاط أو مشروع تجاري.

وقد اتفق الفقهاء على أن الربح تابع لرأس المال، وعلى ذلك يوزع الربح بين الشركاء بنسبة حصة كل شريك في رأس المال [29]. وعليه يستحق كل من الشريك في شركات الأموال[30] أو صاحب المال في شركة المضاربة[31] نصيبه من الربح نتيجة لما خصصه من مال وقدمه للشركة ووضعه تحت تصرفها.

وإن لم يحدد عقد الشركة طريقة توزيع الربح ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة على رأي ووافقهم القانون الوضعي إلى أن توزيع الربح يكون بنسبة رأس المال بناءا على أن سكوت الشركاء يستفاد منه الاتفاق الضمني على إخضاعهم نسب الربح لنسب رأس المال[32] لأنه الأصل.

أما بخصوص استحقاق الربح بسبب العمل ذلك لأن الأساس في الربح هو العمل ولا يمكن أن يتحقق بدونه، كان الفقه الإسلامي سباقا في تقرير ذلك حيث نجد في شركات الأعمال[33] أنه يتم تحديد نصيب حصة العمل في الربح طبقا لأهمية العمل ومهارة العامل وإذا لم تحدد للعمل حصة في الربح فسدت الشركة لأن الربح هنا هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد عند جمهور الفقهاء[34].

وفي المضاربة الشريك العامل في عقد المضاربة يجب أن يعين له حصة شائعة من الربح فإذا اشترط له جميع الربح كان العقد قرضا عند الحنفية والحنابلة، وهو مضاربة

المنارة للاستشارات

فاسدة عند الشافعية، وحينئذ يكون للعامل أجرة مثل عمله[35] ، لأن مقتضى المضاربة الاشتراك في الربح فإذا شرط استئثار العامل بالربح كان الشرط فاسدا[36]، أما إذا حرم منه وأشترط كله لصاحب المال كان العقد بضاعة والعامل متبرع بالعمل، والشافعية يقولون بنفاذ العقد مع الشرط الفاسد وتقسيم الربح بنسبة الحصص المالية وللعامل أجرة عمله من شريكه[37]. ويرى المالكية أن الشرط الفاسد الذي يترتب عليه حرمان الشريك العامل من ربحه أو عدم حصوله على حصة منه لا تتناسب مع ما يبذله من العمل سينتج عنه فسخ العقد للبطلان إذا لم تباشر الشركة نشاطها أما إذا عمل الشركاء في الشركة واتضح البطلان بعد ذلك قسم الربح بمقدار رأس المال الذي دفعه كل شريك وللشريك الذي قدم حصة عمل زائدة أجرة عمله، أما إذا شرط العامل الربح كله له فقال الإمام مالك يجوز لأنه إحسان وتطوع من صاحب المال[38].

وذهب الأحناف والحنابلة الى أن الشركاء يجوز لهم أن يجعلوا الربح على قدر المال كما يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في رأس المال هذا في جميع أنواع الشركة.[39]ويرى أبو حنيفة أن شركة العنان[40] يكون فيها الربح على ما شرط العاقدان فيجوز زيادة نصيب احدهما من الربح مقابل عمله وتوزيع الربح متروك لاتفاق الشركاء[41]. وورد في المضارب وفي الشريكين الربح على ما اصطلحا عليه.[42] ولا خلاف في ذلك في المضاربة أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أونصفه، أوما يجمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء[43].

أماالمالكية والشافعية والظاهرية يرون أن الربح يجب أن يكون تابعا لرأس مال الشركة، فيكون متساويا بين الشركاء إذا كان رأس المال متساويا، ويكون متفاضلا على حسب حصة كل شريك من رأس مال الشركة عند اختلافه وتفاوته، فإن اشترط تساوي الربح والخسران مع تفاضل أموال الشركة، فسد عقد الشركة لمنافاته لوضع الشركة[44].

وبذلك يكون القانون الوضعي قد وافق الفقه الاسلامي في الرأي الأول أي رأي الأحناف والحنابلة القائل بالتفاوت في مسألة الربح، وخالف الفقه الاسلامي في الرأي الثاني وهو رأي المالكية والشافعية والظاهرية الذي يمنع التفاوت في الربح ويربطه بحصص رأس المال فالمهم عند القانونيين أن ينال كل شريك نصيبه في الأرباح ولا يتضمن العقد شرطا يحرم أيا من الشركاء من الأرباح أو الخسائر[45].

المنارة للاستشارات

أما عن استحقاق الربح بالضمان طبقا للقاعدة " الخراج بالضمان"[46] وهذا الضمان إما أن يكون ضمانا للمال أو ضمانا للعمل[47]. ولذا ساغ للشخص أن يتقبل العمل من الأعمال كخياطة ثوب ويتعهد بانجازه لقاء أجر معلوم ثم يتفق مع آخر على القيام بهذا العمل بأجرأقل من الأجر الأول ويربح هو فرق ما بينهما حلالا طيبا لمجرد أنه ضمن العمل، دون أن يقوم به، وقد لا يكون له مال أصلا[48]. إذن يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في أن الربح يستحقه الشريك بالمال أو بالعمل الذي يقدمه من حصة في الشركة[49]، أما ما زاده فقهاء الشريعة الإسلامية هو الضمان كسبب ثالث لاستحقاق الربح.

كما يشترط الفقه الإسلامي أن يكون لكل شريك حصة شائعة من الربح أي أن تكون حصة كل شريك من الربح محددة بجزء شائع منه معلوم بالنسبة إلى جملته كنصفه وثلثه وربعه و كل شرط يوجب جهالة في الربح ينتج عنه فساد الشرط والعقد[50]. كما أوجب أن لا يكون الربح معينا لأحدهما كعشرة أو مئة وإلا فسدت الشركة لأن العقد يقتضي تحقق الاشتراك في الربح ، ومن الجائزألا يتحقق الربح إلا في القدر المعين لأحد الشريكين، فكان التعيين منافيا لمقتضى عقد الشركة[51].

ويعتبر الفقهاء المسلمون الربح الناتج من التجارة بمال الشركة وقاية لرأس مالها وحفظ له من النقص وهذا ما رأيناه بالنسبة للقانون الوضعي ذلك بأن يجبر من الربح كل ما يقع على الشركة من تبعات مالية ولو أدى إلى فوات الربح كله، فإذا لم يف الربح بها أكمل النقص من رأس مال الشركة، وذلك بشروط ثلاثة:[52]

1. كون التبعة لحقت رأس المال قبل استقرار ملك كل شريك على ما بيده من الربح وإلا فلا ويحصل الاستقراربانتهاء عقد الشركة، أو بفسخه.
2. كونها لم تحصل بسبب تفريط من أحد الشركاء أو تعد، و إلا ضمنها من رأس ماله هو، لأن هذا هو حكم الأمين والوكيل على ما بأيديهما من مال الشركة.
3. كون التبعة حصلت ورأس المال بيد الشريك العامل، فان سلمه إلى المالك فقبضه، ثم خسر فلا ضمان على العامل، ولا يكون نصيبه من الربح وقاية لرأس مال المالك، لأن ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض.

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني :تحمل الخسائر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

كان ما تقدم عن الأرباح المستحقة للشريك جراء ما حققته الشركة التي ساهم بحصته فيها أما عن تحمل الخسائر الناتجة عن الشركة فيجب الاشتراك في تحملها لأنه الدليل الملموس على رغبة الشركاء في العمل معا في السراء والضراء وتعريض جهودهم وأموالهم لمخاطر المشروع واشتراكهم في مغانمه ومغارمه.

الفرع الأول : مفهوم الخسائر التي يتحملها الشركاء

الوضيعة هي الخسارة، سواء كانت لتلف أونقصان ثمن أو غيره[53]. والخسارة عكس الربح ومن ثم فاذا كان الربح هوكل كسب مادي أو مالي يؤدي إلى زيادة ثروة الشركاء، فإن الخسارة هي كل خسارة مادية أومالية تؤدي إلى نقص ثروة الشركاء، وعلى ذلك يشترط أن تكون الخسارة مادية أو مالية، تؤدي إلى نقص في قيمة أصول الشركة عن خصومها [54]. بمفهوم المخالفة لا تعد خسارة يقتسم تحملها الشركاء الخسارة التي لا ينتج عنها نقص قيمة الأصول عن قيمة الخصوم مثالها خسارة شركة للأغدية والمشروبات لصفقة توريد وجبات مدرسية إلى مدرسة في هذه الحالة الخسارة ليست ايجابية أدت إلى نقص في قيمة الأصول عن الخصوم، وإنما خسارة سلبية نتج عنها عدم زيادة ثروة الشركاء ولكن لم تؤد إلى نقصانها.

والخسائر مثلها مثل الارباح، غالبا ما يتفق الشركاء على توزيعها عند انقضاء الشركة لأي سبب من أسباب الانقضاء .

الفرع الثاني :تحمل الخسائر في الفقه الاسلامي

القاعدة أن يلتزم كل شريك أيا كانت حصته بتحمل جزء من الخسارة حيث يتم توزيعها بين الشركاء عملا بالمبدأ الشرعي " الغرم بالغنم". ويلتقي القانون مع الفقه في اشتراط تحمل الشريك جزءا من الخسارة استنادا إلى أن وجود نية الاشتراك يعد من أركان الشركة، هذه النية التي تعني الرغبة في تحصيل الربح، وفي المقابل الإسهام في جزء من الخسارة.

ولأجل هذا اشترط الفقهاء في الشركة شرط المشاركة في الربح والخسارة، ومع اختلافهم في حكم التوزيع بالنسبة للربح اتفقوا في توزيع الخسارة، فقالوا: توزع الخسارة في شركات الأموال بنسبة الحصص المالية أي على قدر المال، الربح على ما اشترطا

المنارة للاستشارات

والوضيعة على قدر المالين[55]، أي تقسم بنسبة رأس المال لأن الخسارة تطلق على الجزء الهالك من المال لذا تقدر بقدره، لكن لو شرطت الخسارة بخلاف قدر رأس المال فالحنفية قالوا بصحة العقد وبطلان الشرط وبهذا قال الحنابلة وإلى هذا ذهب الشافعية وبه قال ابن حزم في حين يرى المالكية فساد العقد لأن الشركة تفسد بشرط التفاوت في الربح والخسران.[56]

والخسارة في شركة الوجوه[57] يتحملها الشريك بقدر ما يملكه في الشركة، والشريك في شركات الأعمال يجب أن يتحمل الخسارة حسب الاتفاق بين الشركاء[58].

وقد استثنى الفقه الإسلامي الشريك بالعمل من الاشتراك في الخسارة في شركة المضاربة ويبدو أن هذا الاستثناء يتلاءم وطبيعة عقد الشركة، حيث يقدم الشريك عمله فقط ولا يملك غيره فيها، ومع ذلك فهذا لا يعني عدم تحمله للخسارة فهو يشارك في تحملها وإن كان ذلك لا يظهر بطريقة مباشرة، إذ لم يقدم سوى عمله والعمل شيء معنوي يصعب تقويمه بالنقود، ويصعب تقدير الخسارة من شيء معنوي، لكن يكفي أن يضيع عليه نتيجة عمله فيفقد ثمرة جهده طوال الوقت الذي يمارس فيه أعمال المضاربة[59]، فلا مجال لتحميله فوق ذلك خصوصا إذا كان لا يملك سوى عمله[60]. هذا فضلا عن صعوبة تقويم الخسارة بالنقود لاتصال العمل بحرية المضارب المكفولة شرعا وقانونا.

ويتفق هذا المعنى مع ما يراه القانون من جواز إعفاء من لم يقدم سوى عمله كحصة من المساهمة في الخسائر شريطة أن لا يكون قد تقرر له أجر عن عمله[61]، حتى لا يجمع بين الأجر والإعفاء و إلاكان ذلك من شروط الأسد. والحكمة المتوخاة من إعفائه من الخسارة، هي حتى لا تجتمع عليه نائبتين، ضياع عمله وتحمل الخسارة فيه. وهذا ما أقره الفقه الإسلامي للشريك العامل في شركة العنان إلى جانب المضارب في شركة المضاربة.

وما يكشف عن ميزة الفقه الإسلامي أنه إلى جانب وضوحه في تقرير شرط الإعفاء من الخسارة، قد راعى العدالة في توزيعها فهي تحسب أولا من الأرباح ثم من رأس المال. يقول الإمام مالك: "رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فهلك منه رأس المال، لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه، ثم يقتسمان ما بقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض[62].

المنارة للاستشارات

ويضع الفقهاء المسلمين قاعدة مفادها أنه لا يضمن الشريك لشريكه خسارة رأس المال، ولا بعضه، ولا يضمن له فوات الربح، ما لم يفرط، أو يتعدى[63]، ذلك كأن يشترط صاحب رأس المال في شركة المضاربة على المضارب أو العامل أن يضمن له رأس المال في حال الخسارة وهذه المسألة مبثوثة في كتب الفقه تحت عنوان : هل يضمن رأس المال في شركة المضاربة من قبل العامل؟ يقول المالكية لا يجوز القراض[64] وهو فاسد، وبه قال الشافعية، وقال أبوحنيفة وأصحابه : القراض جائز والشرط باطل والحنابلة يتفقون مع رأي أبي حنيفة و أصحابه[65]. إذن الأصل المجمع عليه بين الفقهاء في المضاربة عدم الضمان من المضارب للمال حال الخسارة ما لم يقصر في العمل ويتعمد اتلاف المال، وكذلك هو الحال بالنسبة للشريك في الشركات الأخرى.

أما عن اشتراط تحمل المضارب للخسارة يقول الفقه الاسلامي في هذا المجال أن كل شرط يوجب الجهالة في الربح ينتج عنه فساد الشرط[66] والعقد[67]، حيث يشترط لصحة شركة العقد أن يكون الربح معلوم القدربجزء محدد كما سبقت الاشارة الى ذلك في معرض الحديث عن الربح، ومثال ذلك إذا قال صاحب المال للمضارب لك نصف الربح أو ثلثه بشرط أن تعطيني أرضك سنة لأزرعها، فإن العقد يفسد لاختلال مقصوده وهو الربح، حيث جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الأرض، أما الشرط الذي لا يوجب جهالة في الربح فلا يفسد العقد ويبطل الشرط فقط كاشتراط تحمل المضارب الخسارة[68]. والسبب في أن شرط الخسارة عليه شرط فاسد، هو أن الخسارة تعتبر جزءا هالكا من المال فلا يكون إلا على رب المال، لا لأنه يؤدي إلى جهالة الربح فيؤثر في العقد فيجعله فاسدا[69]. يرى الحنفية أنه في الشركات الأخرى غير المضاربة يفسد الشرط ويصح العقد، كشرط حرمان الشريك بالعمل من الربح أو عدم تعيين حصته منه فيتم تقسيم الربح بنسبة الحصص المالية أو العمل أو الضمان[70].

وعليه يعد الشرط الذي يقضي بعدم اشتراك أحد الشركاء في الخسارة شرطا فاسدا طبقا لرأي الأحناف والحنابلة ولا يبطل به العقد لأنه شرط لا يؤدي إلى جهالة في الربح فيبطل وحده[71].

المنارة للاستشارات

الفرع الثالث: تحمل الخسائر في القانون الوضعي

سواء قل هذا النصيب أم كثر يؤيد القانون الوضعي رأي الفقه الإسلامي، حيث يعطي الحرية للشركاء في اقتسام أرباح وخسار الشركة وتحديد هذا النصاب في العقد التأسيسي شريطة عدم تضمين عقد الشركة شرطا يقضي بحرمان أحد الشركاء من الأرباح أو بإعفائه من الخسائر وهذا ما يعرف في القانون بشرط الأسد.[72]

ومن مظاهر هذا الشرط حرمان الشريك من الربح وتخصيصه لأحد الشركاء أو لبعضهم دون البعض الآخر وكذا إعفاءه من تحمل الخسائر[73].

والشركة التي يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد[74]. ويعتبر الفقه أنه من قبيل شرط الأسد الاتفاق الذي لا يذهب إلى حد حرمان أحد الشركاء حرمانا مطلقا من الأرباح وإنما تقرر حصته من الأرباح، ولكن كل ما في الأمر أن هذا النصيب يكون تافها أي غير جدي، ومن المقرر أن لمحكمة الموضوع سلطة استظهار حقيقة الوقائع وبيان ما إذا كان الشرط هو من قبيل شرط الأسد أم لا [75].

كما يعد من مظاهر شرط الأسد الاتفاق على تحميل أحد الشركاء كل خسائر الشركة، أو اعفاء أحد الشركاء من الخسائر مطلقا، أوالاتفاق على استرداد أحد الشركاء لحصته سالمة من كل خسارة، وهذا بغض النظر عن الظروف المالية للشركة التجارية[76].

نجد المادة 426 من القانون المدني تنص على أنه" :"يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله". ذلك لأن جهده الذي بدله لم يتلق عنه مقابلا ماديا أي أنه عمل بلا مقابل وهذا في حد ذاته خسارة وبذلك يكون قد ساهم في تحمل الخسائر تجسيدا لحضر شرط الأسد.

أما المادة 425 من القانون المدني في فقرتها الثالثة تنص على أنه:"اذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة بحسب ما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقودا أو شيء آخر كان له نصيب عن العمل وآخرعما قدمه فوقه"وليس ما يمنع في ظل هذا النص ونص المادة 426 من القانون المدني من الاتفاق في عقد الشركة على أن يحصل الشريك الذي لم يقدم سوى عمله على مبلغ ثابت، بصفة دورية اقتطاعا من أرباحه في الشركة تحت شرط رد هذا المبلغ إلى الشركة في حالة الخسائر. وهذا هو القصد من نص المادة 426 من القانون

المنارة للاستشارات

المدني، فإذا قام الشريك بالعمل برد ما قبضه من أرباح إلى الشركة في حالة الخسائر فانه يكون قد ساهم في الخسائر بفقده لمجهوده ، لذا تعد المادة 426 من القانون المدني تطبيقا خاصا لتحريم شرط الأسد، ولا تتضمن بالتالي استثناءا له من هذا التحريم[77].

وفي القانون الوضعي عدم نجاح مشروع الشركة يؤدي إلى تحمل الشركاء نصيبهم من الخسائر التي توزع عليهم حسب اتفاقهم. وعليه فإن تحديد نصيب الشركاء في الخسائر يكون حسب ما نص عليه في العقد التأسيسي للشركة وذلك في حالة اتفاقهم. وبذلك يكون العقد التأسيسي هو الضابط في مجال توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، إذ يحدد طرق وقواعد توزيعها. وإذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح فقط يكون نصيبه في الخسارة معادلا لنصيبه في الربح[78].

وبعد أن بينا المقصود من شرط الأسد وأظهرنا مظاهره، من الضروري توضيح موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط. يستخلص من نص المادة 426 من القانون المدني الجزائري أن إدراج شرط من شروط الأسد في عقد الشركة يقضي ببطلانها، وبحكم التشابه الوارد بين الشركات المدنية وشركات الأشخاص التجارية يبقى الحكم صالحا للتطبيق على شركات الأشخاص القائمة على الاعتبار الشخصي.

فضلا عن كون القانون المدني هو الشريعة العامة، يرجع إليه في حالة عدم وجود نص في القانون التجاري، فالعام يؤخذ على إطلاقه، وبالتالي إذا ما أدرج شرط الأسد في عقد شركات الأشخاص التجارية بـ طلت الشركة وبطل العقد كذلك لأن هذا الشرط يهدم أحد الأركان الجوهرية لعقد الشركة وهو نية الاشتراك وهو المبدأ الذي تنهض عليه فكرة الشركة.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة لشركات الأموال التجارية القائمة على الاعتبار المالي، حيث قيد المشرع الجزائري المادة 426 من القانون المدني الجزائري القاضية ببطلان عقد الشركة والشرط معا بنص المادة 733[79] من القانون التجاري الجزائري، حيث يقضي ببطلان الشرط المحظور مع بقاء العقد صحيحا، وبما أن العام يؤخذ على إطلاقه حتى يرد ما يقيده، والخاص يقيد العام، فإن الحكم الوارد في المادة 426 والقاضي ببطلان عقد الشركة لبطلان الشرط لا يمتد تطبيقه على شركات الأموال. وبذلك يتضح أن ما جاءت به المادة 733 من القانون التجاري الجزائري يخالف المنطق القانوني[80] لأن إدراج شرط الأسد في عقد الشركة يمس بركن من أركانها الموضوعية الخاصة، ولو تخلف هذا

المنارة للاستشارات

الركن لأن ذلك لا محالة على كيان الشركة وبالتالي لا يصح العقد لعدم صحة الاتفاق المدرج.

الخاتمة:

إن ركن اقتسام الأرباح والخسائر هو تمام الأركان الموضوعية الخاصة الأربعة لعقد الشركة، وفيه يتحمل كل شريك ما ينجم عن عقد الشركة من خسائر كما ينعم بما يحصل عليه من أرباح.

والربح هو النماء في التجارة لأنها سببه والوسيلة اليه[81]. وهذا المعنى الذي أورده القرآن الكريم للربح هو ذات المعنى الذي استعمله الفقهاء، وهذا يدل على أنهم يجيزون تقسيم الربح بعد سلامة رأس مال الشركة. وفكرة الربح في القانون الوضعي تعني كل فائدة مادية مقومة بمبالغ نقدية كذلك أي مكسب ايجابي كتقليل النفقات.[82]

ويرى القانون أن توزيع الأرباح والخسائر يكونان على ما شرط العاقدان استنادا إلى أن العقد شريعة المتعاقدين فهي رهينة اتفاق الشركاء مع مراعاة عدم تضمين العقد شرطا من شروط الأسد،وللشركاء كامل الحرية في تحديد النصاب الذي سيعود إلى كل واحد منهم، المهم أن يأخذ كل واحد نصيبه في الأرباح ويتحمل جزءا من الخسائر.

ويتفق القانون مع الحنفية والحنابلة في أن توزيع الأرباح تكون على ما اتفق عليه الشركاء إلا في شركة المفاوضة عند الحنفية فإنهم يشترطون المساواة في الربح نظرا لاعتماد شركة المفاوضة على المساواة التامة في رأس المال وكذا في التصرف. ويخالف هذا الرأي المالكية والشافعية إذ يجعلون اقتسام الأرباح والخسائر مبنية على رأس المال في الشركة.

وتجعل الشريعة الإسلامية تحمل الخسارة بحسب نصيب الشريك في رأس المال، وهي تخالف في ذلك القانون الذي يرى أن الخسارة تكون حسب الاتفاق كالربح، وفي قولهم هذا يظهرأنهم جعلوا الربح كالخسارة في اقتسامهما إلا أن الربح يختلف عن الخسارة، إذ أن الربح هو الأصل المقصود من الشركة عكس الخسارة. كما أن الربح يتعلق بالمال أو العمل أو الضمان في الشريعة الإسلامية، أما الخسارة فهي لا تتعلق إلا بالمال، فضلا عن كون التفاضل في الربح قد يكون بناء على التفاوت في بعض الصفات التي تميز شريكا عن الآخر كموهبته في التجارة مثلا.

المنارة للاستشارات

أما الخسارة فلا يمكن قبول تحمل شريك الخسارة زيادة على نصيبه في رأس المال، مما في ذلك من إجحاف بحق الشريك. والراجح جواز كون الربح على ما اتفق عليه الشركاء ووجوب أن تكون الخسارة على مقدار رأس المال لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم:" المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما "[83].والربح يكون على ما اصطلحا عليه والوضيعة على قدررؤوس الأموال"[84].

ويعد الشرط الذي يقضي بعدم اشتراك أحد الشركاء في الخسارة شرطا فاسدا، طبقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي، ولا يبطل به العقد لأنه شرط لا يؤدي إلى جهالة في الربح فيبطله وحده[85].

أما بالنسبة للقانون بخصوص شرط الأسد فقد أظهر المشرع الجزائري اختلافا في المواد فتارة يبطل العقد والشرط كما هو الحال في شركات الأشخاص، وتارة يقول بإبطال الشرط فقط وصحة العقد كما هو الحال في شركات الأموال، في حين نرى الفقه الإسلامي كان واضحا بهذا الشأن، إذ جعل الشرط الذي يؤدي إلى جهالة في الربح هو الشرط الذي يبطل به العقد، وما سواه من شروط فاسدة، لا تبطل العقد، إنما يبطل ذلك الشرط فقط.

وقد اتفق الفقهاء على أن الربح تابع لرأس المال، وعلى ذلك يوزع الربح بين الشركاء بنسبة حصة كل شريك في رأس المال، فإن كانت الحصص متساوية كان الربح بينهم بالتساوي، وإن اختلفت الحصص كان التوزيع حسب القاعدة السابقة .

واختلف الفقهاء في جواز اختلاف رؤوس الاموال مع التساوي في الربح أو التفاضل في الربح مع التساوي في رأس المال.

الهوامش

1. ابن خلدون (عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الخضرمي)، مقدمة ابن خلدون، دار يعرب، 2004، ص331.
2. الآية 16 من سورة البقرة.

المنارة للاستشارات

3. يعلق الامام الرازي على الآية 16 من سورة البقرة قائلا : "أن الذي يطلبه التجار في تصرفاتهم أمرين سلامة رأس المال و الربح". أنظر الامام الرازي (عبد الله بن عمرالرازي)، مفاتيح الغيب المشهور بالتفسير الكبير، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر،1981 ، ص 80.
4. الامام الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير الطبري)، جامع البيان في تفسير القرآن، الجزء الأول ، سورة البقرة، ص106.
5. ابن قدامة (عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة) ، الجزء5 ، مكتبة ابن تيمية ، ص 47.
6. عبد الحميد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، مطبعة دار الخير ، الطبعة الثانية، 1993. ص 74 .
7. الخرشي (محمد بن عبد الله الخرشي المالكي) ، شرح الخرشي ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية بيروت، ص185.
8. الفائدة هي الزيادة في رأس المال من عروض القنية كالعقار والحيوان إذا بيع بأكثر من ثمن الأصل فهي لا تعتبر ربحا وإنما هي فائدة لأن العائد الزائد ناتج عن زيادة طبيعية ، أو متولدة من الأصل . أنظر عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الاسلامية ، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ،2007 ،ص 57.
9. الغلة هي المتجدد من العروض التجارية بلابيع لتلك العروض كثمر النخل المشترى للتجارة.انظرعيسى ضيف الله المنصور، مرجع سابق ص57، 58.
10. عيسى ضيف الله المنصور، مرجع سابق، ص58و59.
11. ابن قدامة (عبد الله بن أحمد بن قدامة) ، المغني ، الجزء الخامس، تعليق محمد رشيد رضا، اصدار دار المنار، ، ص 140 .و محمد حسين قنديل، تحديد الربح واثره على صحة عقود المشاركات في الفقه الاسلامي، دار النهضة ، القاهرة ،2005، ، ص134.
12. yves guyon,droit des affaire ;tome 1economica,p112

المنارة للاستشارات

13. عمار عمورة ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر 2000 ص 160 و 161.

14. chamouland(A), Trapiers(G), Droit des affaires relation de l'entreprise commercial, collection dirigée par Claude lombois, Bréal, France, 2003, p 13.

15. الاصول هو ما يعبر عنه بالجانب الايجابي ويندرج فيه ممتلكات الشركة من أموال منقولة وعقارات أو حقوق لدى الغير.

16. الخصوم هو ما يعبر عنه بالجانب السلبي وتدرج فيه جميع ديون الشركة من ديون مستحقة للغير وأجور العاملين والقروض التي حصلت عليها كما يدون في هدا الجانب السلبي رأس مال الشركة على اعتبار أنه للشركاء لدى الشركة .

17. الزرقا (محمد بن عبد الرحمن الزرقا)، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الأولى، سنة 1997، ص 107و 108.

18. المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

19. المادة 423 من القانون المدني الجزائري.

20. أنظر في هذا الصدد عبد الرزاق السنهوري، ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء5 ، 1987، ص 285 و286.

21. الفقرة الثالثة من المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

22. المادة 724 من القانون المدني الجزائري.

23. بلعيساوي محمد الطاهر ، الشركات التجارية ، النظرية العامة وشركات الاشخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ،الجزء الأول 2014، ص44.

المنارة للاستشارات

24. سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال ، النظرية العامة للشركات ، شركات الأشخاص، دار النهضة العربية ،الطبعة الثالثة، 2004 ص57.
25. بلعيساوي محمد الطاهر، مرجع سابق، ص44.
26. .yves guyon ,droit des affaire , op/cit , p118,119 .
27. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر دمشق سورية ، 1997، ص3901. محمد حسين قنديل، تحديد الربح واثره على صحة عقود المشاركات في الفقه الاسلامي دارالنهضة، القاهرة ،2005، ص134.
28. وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص3901.
29. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 2، دار الكتب الحديثة، ص250 . وعبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، الجزء الاول، ص153.
30. شركة العقود في الفقه الاسلامي تنقسم الى شركات الأموال و شركات الأعمال وشركات الوجوه وشركة المضاربة والمقصود بشركة الأموال الشركات التي يتراضى فيها اثنان او أكثر على أن يشترك كل منهم بمبلغ معين في رأس المال للتجارة على أن يكون الربح والخسارة بينهما . أنظر ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص248. و فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى، 2005، ص 73 . وشركات الأموال إما مفاوضة أوعنان . أنظر وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 3880.
31. المضاربة نوع من الشركة يكون فيها رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر أنظر علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الجزء الثالث، دارالفكر العربي، الطبعة الأولى، 1996، القاهرة ص493 .
32. ابن قدامةمرجع سابق، ص 37. محمد فهيم الجندي ،مرجع سابق، ص237.
33. شركة الأعمال ويسمى هدا النوع أيضا شركة الأبدان ، ويراد بها أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب المهن والأعمال على الاشتراك في تقبل الأعمال من

المنارة للاستشارات

الناس على أن يكون ربح هذه الأعمال مشتركة بينهم على حسب ما يتفقون عليه. أنظر علي الخفيف، مرجع سابق، ص 491 . ولم يعترف القانون الوضعي بهذا النوع من الشركات لأنها لا تقوم على رأس مال ، فلا يجوز أن يكون رأس مال الشركة عبارة عن مجرد أعمال الشركاء، وانما يجب أن يتضمن جزءا ماديا.

34. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 3890. ومحمد فهيم الجندي ، المفاوضة في الشركة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1991، ص337. ومحمد حسين قنديل، مرجع سابق ص 140.

35. كل شرط يوجب جهالة في الربح ينتج عنه فساد الشرط والعقد، ويصبح المضارب أجيرا يستحق أجر المثل.

36. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص3939.

37. وهبة الزحيلي ، نفس المرجع، ص3939.

38. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلّد الثالث ، شركة الأرقم بن أبي الأرقم ،بيروت، لبنان ، ص 107.

39. ابن قدامة ، مرجع سابق ، ص 30 . و محمد حسين قنديل ، مرجع سابق، ص135.

40. شركة العنان من شركات الأموال في الفقه الاسلامي ولا يشترط فيها المساواة في المال ولا في التصرف . أنظر وهبة الزحيلي ص3881.

41. الزرقا، المرجع السابق، ص 177. الشوكاني، فتح القدير، الجزء الخامس، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، ص21 . علي الخفيف ، الشركات في الفقه الاسلامي ، ص 55.

42. لسان الحق، الوسيطفي الاقتصاد السياسي الإسلامي والعصري ونظام الشركات الإسلامية والعصرية، الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، مركز الخدمات المتّحدة للطباعة والتفسير والتذهيب، الدار البيضاء، المغرب، 1993، ص 308 و 309.

المنارة للاستشارات

43. ابن قدامة، مرجع سابق ، ص 30 . و محمد حسين قنديل ، مرجع سابق، ص 135.
44. ابن حزم (ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم)، المحلى ، دار الكتب العلمية ، ص 962.
45. هذا ما يتفق مع ما يعرف بشرط الأسد في القانون الوضعي.
46. العسقلاني(أحمد بن علي بن حجر العسقلاني)، التلخيص الحبير ، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية ،ص22.
47. الزرقا، مرجع سابق، ص 110.
48. محمد حسين قنديل ، مرجع سابق ،ص 134.
49. يتضح دلك من نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري.
50. الزرقا، مرجع سابق، ص 117
51. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص3890. علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ،ص 494.
52. ابن قدامة، مرجع سابق، ص 212.
53. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص3913.
54. سامي عبد الباقي أبو صالح ، مرجع سابق ، ص 59.
55. ابن قدامة ، مرجع سابق ،ص 22.
56. ابن قدامة ، مرجع سابق، ص 51.
57. شركة الوجوه هي شركة في الفقه الاسلامي وهي غير جائزة عند الشافعية والمالكية، و لا يعترف بها القانون الوضعي، وهي أن يشترك وجيهان عند الناس ، من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن يشتريا في دممهما بالنسيئة (أي بمؤجل) ويبيعا بالنقد ، بما لهما من وجاهة عند الناس على أن يكون الربح بينهم . وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص 3886.
58. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 110.

المنارة للاستشارات

59. وبالتالي لا يعد هذا استثناءا من مبدأ حضر شروط الأسد إنما هو تجسيدا وتطبيقا له، أنظر في هذا المعنى كمال طه ، مبادئ القانون التجاري ، الجزء الأول، المكتب المصري الحديث، سنة 1981 ، ص 146.

60. علي الخفيف ، الشركات ، مرجع سابق ، ص 85.

61. أنظر نص المادة 426 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية.

62. الإمام مالك (مالك بن أنس الأصبحي) ،الموطأ، ج1– 2، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2004، ص 684 – 689.

63. ابن قدامة، مرجع سابق ، ص 68 . ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد الجزء 2 ص 238. و المقصود بالتعدي كل تصرف من شأنه الاضرار بالآخرين وهو منهي عنه شرعا تطبيقا للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار.

64. القراض هي المضاربة وسبب الاختلاف في اللفظ يرجع إلى أن مصطلح القراض مستعمل في الحجاز بينما مصطلح المضاربة مستعمل في العراق وبعض أجزاء الشام. أنظر عجة الجيلالي ، عقد المضاربة في المصارف الاسلامية بين الفقه الاسلامي والتقنينات المصرفية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2006، ص58.

65. ابن رشد ، مرجع سابق، ص 238 . وابن قدامة ، مرجع سابق، ص68.

66. الشرط الفاسد هو ما خرج عن الأوصاف الأربعة الآتية:

1- ما يقتضيه العقد.

2- ما ورد الشرع بجوازه.

3- ما يلائم مقتضى العقد.

4- ما جرى العرف به.

أنظر في ذلك وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 1 347.

67. الزرقا،مرجع سابق، ص 113.

68. عبد العزيز الخياط، مرجع سابق ، ص 163.

69. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 3938.

70. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 107.

المنارة للاستشارات

71. الزرقا، مرجع سابق، ص 143.

72. . Schodermeier .Clause Léonine et renunciation totaleoupartielle de participer a la répartition des dividendes, bulletin,joly,1993,p 1231

73. تنص المادة 426 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا وقع الاتفاق على أن احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا " .

74. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 282.

75. فوزي فتات، الاتفاقات الممنوعة في مجال توزيع الأرباح وتحمل الخسائر في الشركات التجارية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونيةوالإدارية، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص 27 و 28.

76. فوزي فتات ، مرجع سابق، ص 28.

77. فوزي فتات، مرجع سابق، ص 28 و29.

78. أنظر نص المادة 425 من القانون المدني الجزائري.

79. تنص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري على أنه:" لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود. وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد في الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني".

80. يقول السنهوري في هذا الصدد : إن الشرط القاضي بعدم مساهمة الشريك في الأرباح أو في الخسارة يخالف النظام العام ، وينفي نية الشركة عند الشريك الذي يقبل هدا الشرط. أنظر عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص354.

81. الزرقا، مرجع سابق، ص 106.

82. سميحة القليوبي، القانون التجاري ، 2000،ص105.

المنارة للاستشارات

83. حديث شريف رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة أنظر الشوكاني (محمد بن علي بن محمد الشوكاني)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الجزء الخامس ، مكتبة التراث الاسلامي، ص 254.

84. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 96.

85. محمد بن إبراهيم الموسى، مرجع سابق، ص 96.

المنارة للاستشارات