

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم الفقه وأصوله

تخصص فقه وأصوله

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قسنطينة

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل: .....

# شركات الأبحاث وطرق حل النزاعات المتعلقة بها في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة مع التشريع التجاري الجزائري  
والمغربي.

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد القادر جدي

إعداد الطالب:

أحمد علي أحمد الجعدي

أعضاء اللجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة	الصفة	الجامعة
أ.د/نذير حمادو	أستاذ	رئيساً	جامعة الأمير عبد القادر
أ.د/ عبد القادر جدي	أستاذ التعليم العالي	مشرفاً ومقرراً	جامعة الأمير عبد القادر
أ.د/ نجيب بو حنيك	أستاذ	عضواً	جامعة باتنة
د/ عبد القادر دواوي	أستاذ محاضر (أ)	عضواً	جامعة وهران
أ.د/ عبد القادر بن حرز الله	أستاذ	عضواً	جامعة باتنة
د/ وسيلة شريط	أستاذة محاضرة (أ)	عضواً	جامعة الأمير عبد القادر

السنة الجامعية: 1435 - 1436 هـ / 2013 - 2014 م.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## إهداء

إلى خير البرية ومعلمها، سيد الخلق أجمعين، وخاتم النبيين والمرسلين، **صلى الله عليه وسلم**،  
**النبى الأمين**، عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

إلى **أمي وأبي**، عقب الحب وشذى الحنان، الذين اتفياً ضلال رضاهما،  
واستظل بسحب دعائهما،، إلى من سهرت الليالي "**أمي الحبيبة الغالية**" أسأل  
الله أن يسبغ عليها ثوب الصحة والعافية.

إلى **زوجتي الغالية**، رفيقة الدرب، ونبض القلب، من تحملت عناء السفر  
معي أثناء دراستي.

إلى قرة عيني، وثمره فؤادي، "**رفيدة، ودعاء، ونهال**" من آثرن قربي، وكُنَّ  
نعم رفيق لي في سفري.

إلى **إخواني** وإلى **أخواتي** وأبنائهم جميعاً.

إلى كل من **علمناهم وأعانناهم** على إتمام دراستي.

إليهم جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع.

## شكر وتقدير

أحمدك اللهم حمداً يليق بجلال وجهك وعظيم سلطانتك، وأشكرك شكر عبدي معترف بفضلك وإحسانك، على ما يسرت وأعنت على إتمام هذا العمل الذي أرجو أن يكون خالصاً لوجهك الكريم.

ومن تمام شكر الله تعالى الاعتراف بالفضل والجميل لأهله، وهم كثيرون وعلى رأسهم أستاذي الجليل فضيلة الأستاذ الدكتور: **عبدالقادر جدي**، المشرف على هذه الرسالة، فله مني جزيل الشكر ووافر التقدير؛ على ما بذله معي من جهد ووقت، ونصح، وتوجيه.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، وعلى رأسها الأستاذ الدكتور: **عبدالله بوخلخال** مدير الجامعة.

والأستاذ الدكتور: **إسماعيل سامعي** عميد كلية التاريخ الحضارة الإسلامية.

والأستاذ الدكتور: **كمال لدرع** عميد كلية الشريعة والاقتصاد.

والدكتور: **مراد حشوف** نائب عميد كلية الشريعة والاقتصاد.

والأستاذ الدكتور: **نذير حمادو** رئيس المجلس العلمي بكلية الشريعة والاقتصاد

والدكتور: **بعداش بو بكر** رئيس قسم الفقه وأصوله.

كما أشكر **الشعب الجزائري** الشقيق على كرم الضيافة، وحسن المعاملة.

وكذلك أشكر كل من أسدى إليّ نصحاً، أو توجيهاً، من المشائخ الفضلاء،

والأخوة والزملاء، وكل من ساعدني على إخراج وإتمام هذا العمل. فجزاهم الله خير

الجزاء.

# المقدمة

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلّم على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:  
فإن مما تميّز به الفقه الإسلامي عن غيره من القوانين والتشريعات الوضعية، كماله،  
وشموليته لكافة جوانب الحياة المتعددة، قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ  
وَأَتَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ (سورة المائدة: الآية 3)، وقال الله عزّ  
وجل: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ (سورة الأنعام: الآية 38)، واقتضى هذا الشمول أن  
وضع الإسلام الأسس والقواعد العامة لمختلف جوانب الحياة العامة.

ومن ذلك جانب المعاملات المالية الذي شهد نمواً متزايداً، وتطوراً متسارعاً، حتى غدا  
اليوم في عالمنا المعاصر ثورة اقتصادية كبرى قامت عليها دول، وازدهرت بها أمم، وتطورت  
بها حضارات.

واتسع الأمر فنشأت الشركات الكبرى، وقامت المشاريع الاقتصادية العظيمة، بل إن  
اقتصاديات كثير من البلدان قد قامت على مثل هذه المشاريع؛ لما يمثله المال من الأهمية،  
فهو عصب الحياة، وأساس قيام الأعمال والمشاريع، وقد دعت الحاجة إلى هذا التنوع  
والتعدد، فظهرت شركات جديدة لم تكن معروفة عند الفقهاء المتقدمين؛ نظراً لتسارع الزمن،  
وحاجة الناس إليها، وكثرة المال، واكتشاف الثروات المتنوعة.

ونظراً لما تمثله شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي من أهمية واندماج كثير من الشركات  
ضمنها، فقد رغبت أن تكون عنوان بحثي؛ كون هذه الشركات قد قُننت لها القوانين،  
وصدرت لها التشريعات في أغلب البلدان الإسلامية باعتبارها شركات جديدة.

وقد اخترت بجانب دراستها الفقهية عرض التشريعين الجزائري واليميني، ومقارنتهما بما ورد  
في الفقه الإسلامي.

ثم إن هذه الشركات كغيرها من الشركات والأعمال قد يعترى القائمين عليها الخلاف  
والنزاع، فقد خصصت فصلاً ضمّنته الطرق البديلة لحلّ النزاعات المتعلقة بالشركات، راجياً  
من الله العون والقبول والسداد.

وقد رغبت في أن يكون هذا البحث بعنوان: "شركات الأشخاص وطرق حل النزاعات المتعلقة بها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع التشريع التجاري الجزائري واليميني".  
أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع فيما يلي:

- 1 - معالجته للجانب المالي: فنظراً لما يمثله المال من أهمية في حياة الإنسان وخاصة في عالمنا المعاصر، كان لهذا البحث أهمية عظيمة لكونه يعالج هذا الجانب المهم (شركات الأشخاص) خاصة في عالم تعددت فيه الشركات وتنوعت فيه المعاملات.
- 2- وتظهر أهمية الموضوع في كونه جمع بين شركات الأشخاص، مع ذكر الطرق البديلة لحلّ النزاعات المتعلقة بها.
- 3- وتبرز أهمية الموضوع في تناوله لشركات الأشخاص عند الفقهاء المتقدمين، وأنواع شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني.

#### أسباب اختيار الموضوع:

هناك عدّة أسباب دفعني لاختيار هذا الموضوع والتي هي:

- 1- أردت أن أتناول شركات الأشخاص وما يتعلق بها من أحكام، في الفقه والقانون.
- 2- ظهور بعض شركات الأشخاص المعاصرة التي لم تكن معروفة عند الفقهاء المتقدمين، ما دفعني لبحثها وبيان التكيف الفقهي لها.
- 3- كثرة المشاكل والنزاعات المتعلقة بالشركات؛ وذلك نتيجة لجهل أرباب الأموال بأحكام الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، وأيضاً لعدم الالتزام بالضوابط الشرعية، ولطغيان المال على الحياة العامة، وحب الأثرة والتسلط على حقوق الشركاء.
- 4- دعوة لإحياء التراث: وذلك بدعوة المفكرين من الفقهاء المسلمين المعاصرين لإحياء وبيان وإخراج التراث الإسلامي وأنه عالج جميع الجوانب وخاصة الجانب المالي منها.

#### أهداف الموضوع:

- 1- بيان أنواع شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، وإظهار مدى توافقهما واختلافهما.
- 2- معرفة الطرق البديلة لحلّ المنازعات في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

3- التعرف على نظام إفلاس شركات الأشخاص وآثاره على الشركاء والدائنين، في الفقه والقانون.

4- معرفة كيفية، انقضاء الشركة، وتصفيتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

5- بيان مدى سمو الشريعة الإسلامية على القانون الوضعي.

### إشكالية الموضوع:

ما من موضوع علمي إلا وهو يعالج مشكلة موضوعية معينة يبحث لها عن حل، ويبحث في جذورها وما يتعلق بها من قضايا؛ ليخرج في نهاية المطاف بتصوير كامل ومنهجي لما يعالجه، ويتوصل إلى حلول عملية وعلمية لما يبحثه ويعالجه.

والإشكالية التي يواجهها البحث هي بيان الجوانب المتعلقة بشركات الأشخاص من حيث الأركان، والأنواع، وطرق حلّ النزاعات المتعلقة بها، وما يلحق بهذه المواضيع من مسائل وخلاف وترجيح.

ولا يقتصر هذا على الفقه الإسلامي فقط بل يُعالج هذا الموضوع من وجهة النظر القانونية وكنموذج على ذلك اعتمدت التشريعين الجزائري واليميني.

ويمكن معرفة الإشكالية من خلال الآتي:

- 1- ما هي طبيعة الشركات في الفقه الإسلامي؟
- 2- ما هي أنواع شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني؟
- 3- ما هي الطرق البديلة لحلّ النزاعات المتعلقة بشركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني؟
- 4- ما هي الآثار المترتبة على إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني؟
- 5- ما هي الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء شركات الأشخاص وتصفيتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني؟



## الدراسات السابقة:

من خلال البحث والاطلاع في الدراسات والبحوث السابقة لموضوع شركات الأشخاص، تبين لي أن عدة كتب قد تحدثت عن هذا الموضوع على النحو التالي:

1- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون، لعبدالعزیز الحياط، تناول فيها الشركات في الفقه الإسلامي والقانون بقسميها، شركات الأموال، وشركات الأشخاص إجمالاً، من حيث الأركان، والأنواع، والبطلان.

2- شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، لمحمد بن إبراهيم الموسى، حيث قصر دراسته على الفقه الإسلامي والقانون السعودي، وتناول شركات الأشخاص من حيث التعريف، والأركان، والأنواع، ثم ختم دراسته بالحديث عن انتهاء شركات الأشخاص في الفقه والقانون السعودي.

3- شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصصة، لمحمد بن سالم البريكي، حيث تناول شركات الأشخاص من حيث التعريف، وبيان أركانها، وأنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي.

4- شركة المضاربة وتطبيقاتها المعاصرة، ليمينة سلماني، حيث تناولت تعريف الشركة وبيان أقسامها إجمالاً، ثم بيّنت معنى المضاربة وطبيعتها، وأوردت أدلة مشروعيتها، ثم بيان أحكام المضاربة ومبطلاتها، ثم ختمت بالتطبيق المعاصر للمضاربة كبديل عن الربا.

5- إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، لزياد صبحي ذياب، حيث تناول الباحث مفهوم الشركات إجمالاً، ثم بيّن مفهوم الإفلاس، ومشروعيته، وبيان آثاره على الدائنين والعاملين في الشركات، ثم ختم البحث بكيفية انتهاء الشركة وقسمة أموالها في الفقه الإسلامي والقانون الأردني.

ومن خلال ما سبق : يتبين الآتي:

- أن بعض هذه البحوث منها ما هو عام تناول الشركات في الفقه الإسلامي عموماً، ومنها ما هو خاص أفرد شركات الأشخاص في الفقه والقانون، ويلاحظ عليها ما يلي:

أ- لم يتطرق الباحثون إلى إفلاس شركات الأشخاص وأثر ذلك في الفقه والقانون، وهو ما تناولته في هذا البحث.

ب- أن الدراسات القانونية السابقة اقتصر على القانونين السعودي والإماراتي، أما الإفلاس فاقصر على القانون الأردني، في حين أن هذا البحث سيتناول شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريعين الجزائري واليميني.

ج- لم يبحثوا الطرق البديلة لحل المنازعات المتعلقة بشركات الأشخاص في الفقه والقانون، وهو ما أضفته.

### منهج البحث:

لي في هذا البحث عدة مناهج اتبعتها على النحو التالي:

1- **منهج الاستقراء:** وذلك من خلال استقراء الأدلة، وأقوال الفقهاء، والأحكام المتعلقة بالبحث، ثم مناقشة الأدلة والترجيح.

2- **منهج الاستنباط:** وذلك بالتأمل في هذه المسائل والنصوص والمصلحة المرعية، وإنزالها على موضوعات البحث المستمدة.

3- **المنهج المقارن:** وذلك بمقارنة وبيان أوجه الشبه والاختلاف بين ما ورد في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، أو ما انفرد به أحدهما.

### إجراءات الدراسة:

1- دراسة المسائل الفقهية المتعلقة بموضوع البحث دراسة فقهية متضمنة المذاهب الأربعة: (الحنفي، المالكي، الشافعي، الحنبلي).

2- الرجوع إلى المصادر الأصلية في كل مذهب للاطلاع على الآراء الفقهية المتعلقة بمسائل البحث، وتوثيق هذه الآراء من المصادر المعتمدة في المذاهب.

3- قمت بشرح تعاريف الفقهاء الواردة في البحث، وناقشتها مع اختيار أحدها، ما تيسر لي ذلك.

4- لم أكتفِ بعزو الأقوال إلى أصحابها بل حاولت جاهداً نقل النصوص الفقهية والقانونية ليتسنى للقارئ معرفة صحة العزو.

5- الاستعانة بالفقه القانوني لبيان وتوضيح ما قد يُشكل في التشريعين الجزائري واليميني.

6- بدأت بذكر أقوال الفقهاء في الفقه الإسلامي، ثم أوردت ما جاء في التشريعيين الجزائري واليميني.

7- الرجوع إلى المراجع اللغوية والاصطلاحية لبيان معاني المفردات والمصطلحات المتعلقة بالدراسة.

8- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في سور القرآن الكريم، معتمداً رواية حفص عن عاصم.

9- تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها، وبيان مدى درجة صحة الحديث ما أمكن ذلك، فإذا كان الحديث في البخاري ومسلم أو في أحدهما اكتفيت به، دون الإطالة في العزو إلى غيرهما من كتب السنة.

10- ترجمت للأعلام الذين وردت أسماءهم في البحث عند أول ذكرٍ لهم غالباً.

11- لم أتحيز لمذهبٍ معين بل أنظر في الأدلة، فأناقش وأرجح على أساس ما أراه أقوى دليلاً، وأوفق للعصر.

12- قمت بوضع خاتمة أبرزت فيها نتائج البحث، وذيلتها بجملة من التوصيات العامة، ثم أتبع ذلك ملخصاً باللغة العربية والإنجليزية والفرنسية.

13- قمت بعمل فهرس عام في آخر الرسالة على النحو التالي:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات العامة.

#### خطة البحث:

تشمل خطة البحث على مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة فصول، وخاتمة، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

**المقدمة:** وتشمل على: (إشكالية الموضوع، وأهميته، وأسباب اختياره، ثم ذكر أهداف الموضوع، ثم بيان الدراسات السابقة، ثم ذكر منهج البحث، وأخيراً الخطة العامة للبحث).

الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الأول: تعاريف البحث.

المطلب الأول: تعريف الشركة.

المطلب الثاني: تعريف شركات الأشخاص .

المطلب الثالث: تعريف المنازعات.

المبحث الثاني: مشروعية الشركة، وأركانها في الفقه والقانون.

المطلب الأول: مشروعية الشركة.

المطلب الثاني: أركان الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني

المبحث الثالث: أقسام الشركة.

المطلب الأول: أقسام الشركة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أقسام الشركة في القانون.

المطلب الثالث: مقارنة بين أقسام الشركة في الفقه والقانون.

الفصل الأول: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري

واليميني.

المبحث الأول: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: شركة الأموال.

المطلب الثاني: شركة الأعمال (الأبدان).

المطلب الثالث: شركة الوجوه.

المطلب الرابع: شركة المضاربة (القراض).

المبحث الثاني: شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني.

المطلب الأول: شركة التضامن.

المطلب الثاني: شركة التوصية البسيطة.

المطلب الثالث: شركة المحاصّة.

المطلب الرابع: مقارنة بين شركات الأشخاص في الفقه والقانون .

الفصل الثاني: الطرق البديلة لحل النزاعات المتعلقة بشركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

المبحث الأول: الوساطة.

المطلب الأول: تعريف الوساطة ومشروعيتها.

المطلب الثاني: خصائص الوساطة وأنواعها.

المطلب الثالث: الوسيط وشروطه ومهامه والتزاماته.

المطلب الرابع: شروط إجراءات الوساطة.

المطلب الخامس: آثار الوساطة وانتهاءها.

المبحث الثاني: الصلح.

المطلب الأول: تعريف الصلح ومشروعيته.

المطلب الثاني: خصائص عقد الصلح.

المطلب الثالث: أركان عقد الصلح.

المطلب الرابع: آثار عقد الصلح:

المطلب الخامس: انقضاء عقد الصلح.

المبحث الثالث: التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته.

المطلب الثاني: خصائص التحكيم وطبيعته.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم.

المطلب الرابع: أركان عقد التحكيم.

المطلب الخامس: شروط المحكم وحجية حكمه.

مقارنة بين الطرق البديلة في الفقه والقانون .

الفصل الثالث: إفلاس شركات الأشخاص، وانقضاؤها في الفقه الإسلامي

والتشريعين الجزائري واليميني.

المبحث الأول: إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري

واليميني.

المطلب الأول: مفهوم الإفلاس.

المطلب الثاني: مشروعية نظام الإفلاس.

المطلب الثالث: شروط الإفلاس.

المطلب الرابع: أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الخامس: مقارنة بين الإفلاس في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري

واليمني.

المطلب الأول: انقضاء الشركة في الفقه الاسلامي والتشريعين الجزائري واليمني .

المطلب الثاني: تصفية الشركة وقسمتها.

المطلب الثالث: مقارنة بين انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه والقانون.

وأُنهِت الدراسة بخاتمة تضمنتها نتائج البحث التي توصلت إليها، ثم أتبعها بجملة من

التوصيات، يتلوها الفهارس العامة.

هذا وأتقدم بالشكر الجزيل لفضيلة الأستاذ الدكتور: **عبدالقادر جدي**، على إشرافه

وتوجيهاته التي كان لها الأثر البالغ في توجيهه وتصويب مسار البحث.

كما أشكر كافة **أعضاء اللجنة الموقرة** التي تفرغت للاطلاع على البحث وأفادتني

بتوجيهاتها العلمية.

# الفصل التمهيدي:

جامعة الأميرة  
عبد القادر للعطوم الإسلامية

## الفصل التمهيدي: الأسس الرئيسية للبحث

تعتبر الشركة من المعاملات المالية في الفقه الإسلامي والتي تجددت واتسعت في عصرنا الحاضر، خاصة مع الثورة العلمية والتكنولوجية الحديثة، والتي شملت أنواع المعاملات المالية ومنها الشركات؛ ونظراً لأهميتها، وتنوعها، وكونها ركناً من أركان الاقتصاد المعاصر، رغبت في تعريفها، وبيان أركانها وأقسامها في الفقه والقانون.

### المبحث الأول: تعريف مصطلحات البحث.

مما علم بداهة أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وقبل أن نلج في غمار هذا البحث لا بدّ من التعريف بمصطلحاته؛ لنرسم صورة واضحة عنه، وذلك من خلال ثلاثة مطالب، حيث سيكون المطلب الأول خاصاً بتعريف الشركة لغة واصطلاحاً، والمطلب الثاني في تعريف شركات



الأشخاص لغة واصطلاحاً، والمطلب الثالث في تعريف المنازعات لغة واصطلاحاً، والطرق البديلة لحل المنازعات.

## المطلب الأول: تعريف الشركة.

سنتناول في هذا المطلب تعريف الشركة في اللغة، والاصطلاح، ثم نبين مفهوم الشركة في التشريعين الجزائري واليميني، وذلك من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول: تعريف الشركة في اللغة.

مصدر من شَرِكٌ يَشْرِكُ شِرْكَاً وشِرْكَةً، ثم خفف المصدر فيقال: شِرْكٌ وشِرْكَةٌ، وشركتُ بينهما في المال أو أشركته جعلته شريكاً<sup>(1)</sup>.

قال ابن فارس<sup>(2)</sup>: ("شرك" الشين والراء والكاف أصلان، أحدهما يدلُّ على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدلُّ على امتداد واستقامة، فالأول الشَّرْكَةُ، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا

---

1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية: بيروت، ج1، ص311، مادة (شرك).

2) ابن فارس: هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني المعروف بالرازي المالكي، أبو الحسين النحوي، نزيل همدان، من أئمة اللغة والادب، من تصانيفه (مقاييس اللغة، والمجمل)، توفي سنة 395هـ (شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي: سير أعلام النبلاء، تح: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (9) 1413هـ-1993م، ج17، ص103، وعبدالحى بن أحمد العكري الدمشقي بن العماد الحنبلي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية: بيروت، ج3، ص132).

ينفردُ به أحدهما. ويقال: شاركتُ فلاناً في الشيء، إذا صيرتُ شريكه، وأشركتُ فلاناً، إذا جعلته شريكاً لك<sup>(1)</sup>.

وقال ابن منظور<sup>(2)</sup>: (الشركة لغة: الاختلاط، أو خلط الشريكين)<sup>(3)</sup>.

- وأصل الشركة في لغة العرب هو: توزيع الشيء بين اثنين فأكثر على جهة الشيوخ، والشركة - بفتح فكسر، أو بكسر فسكون - من: أشركه شركة؛ إذ صار له شريكاً، وهو المشارك؛ أي الداخِل مع غيره في عمل أو أمر كان، ويجمع على: شركاء وأشراك<sup>(4)</sup>.  
والشركة: عبارة عن عقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك<sup>(5)</sup>.

● من خلال التعريف اللغوي يتبين أن الشركة مشترك لفظي، يطلق ويراد به معانٍ عديدة، منها:

الاختلاط الذي هو صفة للمال، وتطلق أيضاً على خلط الشريكين أي فعلهما، وتطلق كذلك على العقد نفسه؛ لأنه سبب الخلط، وتطلق أيضاً على المشاركة والشيوع بين شيئين مطلقاً.

## الفرع الثاني: تعريف الشركة في الفقه الإسلامي

عرّف الفقهاء الشركة بمعناها العام اصطلاحاً، بمجموعة من التعاريف، نذكر طرفاً منها، ثم نبين التعريف المختار، ومسوغات الاختيار فيما يلي:

● **تعريف الحنفية:** عرف الحنفية الشركة بعدة تعريفات منها:

**التعريف الأول:** (اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم بذلك الشيء)<sup>(6)</sup>.

- **شرح التعريف:** أي أن الاختصاص الحاصل بين اثنين أو أكثر، يمكن حدوثه في العين، أو المال، أو الجاه، أو العمل، وغير ذلك.

**التعريف الثاني:** هي (عقد بين المتشاركين في الأصل والربح)<sup>(7)</sup>.

- **شرح التعريف:** أن كل عقد بين متشاركين فأكثر في رأس المال وربحه يسمى شركة مطلقاً، وقد يتم الاتفاق على الشيء سواءً في شركة الملك كأن يشتري عقاراً ينتفعان بالإيجار منه، أو في شركة العقد.

● **تعريف المالكية:** عرف المالكية الشركة بمجموعة من التعاريف منها:

- 1) أحمد بن فارس بن زكريا: **مقاييس اللغة**، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: بيروت، 1399هـ-1979م، ج3، ص265.
- 2) ابن منظور: هو أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الأفريقي ثم المصري، الإمام اللغوي الحجة، صاحب لسان العرب، ولد سنة 630هـ وتوفي سنة 711هـ، (أحمد بن علي بن محمد العسقلاني: **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، تح: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية: الهند، 1392هـ-1972م، ج6، ص15، وخيرالدين بن محمود بن محمد الزركلي: **الأعلام**، دار العلم للملايين، ط (15) 2002م، ج7، ص108).
- 3) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: **لسان العرب**، دار صادر: بيروت، ط (3) 1419هـ، ج10، ص448.
- 4) علي جمعة محمد، ومحمد أحمد سراج، وأحمد جابر بدران: **موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية**، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة: القاهرة، ط (1) 2009م، ج3، ص17.
- 5) إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار: **المعجم الوسيط**، تح: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة: اسطنبول، ط (2) 1972م، ص480.
- 6) **مجلة الأحكام العدلية**، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (3) 1401هـ، ص202، المادة (1045)، وعلي حيدر: **درر الأحكام شرح مجلة الأحكام**، تح وتع: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية: بيروت، ج3، ص2.
- 7) محمد أمين بن عابدين: **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار الفكر: بيروت، 1421هـ-2000م، ج4، ص299، وعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخي زاده: **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، تح: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية: بيروت، 1419هـ-1998م، ج2، ص542.

**التعريف الأول:** عرّف خليل<sup>(1)</sup> الشركة بأنها: (إذن في التصرف لهما مع أنفسهما)<sup>(2)</sup>.

- **شرح التعريف:** قوله: "إذن في التصرف" بمنزلة الجنس فيشمل الوكالة والقراض.

وقوله: "لهما" يخرج به الوكالة؛ لأنها ليس فيها إذن من الموكل للوكيل في أن يتصرف في الشيء الموكل فيه لنفسه، وإنما هي إذن الموكل للوكيل في أن يتصرف في الشيء الموكل فيه للموكل وحده. وقوله: "مع أنفسهما" يخرج به القراض من الجانبين<sup>(3)</sup>، أي أن لكل من الشريكين أن يتصرف في المال له ولصاحبه.

قال الحطاب<sup>(4)</sup>: (يعني أن الشركة هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما أيضاً)<sup>(5)</sup>.

**التعريف الثاني:** عرفها ابن عرفة<sup>(6)</sup> بتعريفين على النحو التالي:

أحدهما عام وهو: (تقرّر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط)<sup>(7)</sup>.

- **شرح التعريف:** قوله: "تقرّر" والمراد به الثبوت.

وقوله: "متمول" أي كونه مال أو مما يمكن أخذ العوض عنه، والمراد أن يكون حق ثابت بين اثنين فأكثر ملكاً فقط.

وأخرج بقوله: "متمول" ما ليس كذلك كثبوت النسب بين الإخوة.

وقوله: "ملكاً" أخرج به ملك الانتفاع، كأن يوقف إنسان بيتاً على طلبة العلم يسكنونه، ففيه تمليك انتفاع، وليس فيه تمليك منفعة؛ لأن الانتفاع يكون بنفسه فقط وليس له أن يؤجر ولا أن يعيره لغيره، والمنفعة أعم من الانتفاع؛ لأن له فيها الانتفاع بنفسه أو بغيره.

**والثاني خاص وهو:** (بيع مالك بعض ماله ببعض كل الآخر، موجب صحة تصرفهما في الجميع)<sup>(8)</sup>.

- **شرح التعريف:** قوله: "بعض ماله ببعض" أخرج به ما إذا باع الكل بالكل، أو البعض بالكل فإنه ليس بشركة.

وقوله: "موجب صحة" وهذا القيد خاص بشركة التجار، واحتراز به من شركة غير التجار كما إذا خلطاً طعاماً للأكل في الرفقة، فإن ذلك لا يوجب التصرف المطلق للجميع.

وقوله: "تصرفهما" أي المالكين، وذلك يدل على أن كل واحد وكيل لصاحبه في تصرفه في ملكه.

ويدخل في الأول - في التعريف العام - شركة الإرث، والغنيمة، لا شركة التجار، وهما في الثانية على العكس، وشركة الأبدان، والحراث؛ باعتبار العمل في الثانية<sup>(9)</sup>.

1) خليل: هو ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى المصري المالكي المعروف بالجندي، كان يلبس زي الجندي المتقشفين، ذا دين وفضل، وزهد، وانقباض عن أهل الدنيا، جمع بين العلم والعمل، وأقبل على نشر العلم فنفع الله به المسلمين، تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك، (شرح مختصر ابن الحاجب، المختصر في الفقه) توفي سنة 776هـ في الأصب، (العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ج2، ص207، وابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ج1، ص357).

2) خليل بن إسحاق الجندي: مختصر العلامة خليل، تح: أجمد جاد، دار الحديث: القاهرة، ط (1) 1426هـ-2005م، ص178، ومحمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تح: محمد عيش، دار الفكر: بيروت، ج3، ص348، ومحمد عيش: منح الجليل، ج6، ص248، والعبدي المؤاق: التاج والإكليل، ج5، ص117، ومحمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تح: زكريا عميرات، دار عالم الكتب العلمية: بيروت، طبعة خاصة 1423هـ - 2003م، ج7، ص64، ومحمد الخرشني أبو عبدالله: الخرشني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر: بيروت، ج6، ص38.

3) الخرشني: شرح مختصر خليل، ج6، ص38.

4) الحطاب: هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب: فقيه مالكي، ولد بمكة، ومات بطرابلس الغرب، من كتبه (قرة العين بشرح ورفات إمام الحرمين، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل)، توفي سنة 954هـ (محمد بن مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص270).

5) الحطاب: مواهب الجليل، ج7، ص64.

6) ابن عرفة: هو محمد بن محمد بن عرفة بن حماد الورغمي المالكي، أبو عبدالله، فقيه تونس وإمامها، وعالمها، وخطيبها، تبحر في العلوم وفاق العلماء، ولم يخلف بعده مثله. من كتبه: (المبسوط في الفقه، والحدود في التعاريف الفقهية)، ولد بتونس سنة 716هـ، ومات بها سنة 803هـ، (إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمرى: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح: محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر: القاهرة، ج2، ص331، ومحمد بن محمد بن عمر مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي: بيروت، 1349هـ، ج1، ص227).

7) علي بن عبدالسلام التسولي أبو الحسن: البهجة في شرح التحفة، تح: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1418هـ-1998م، ج2، ص344، ومحمد عيش: منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، دار الفكر: بيروت، 1409هـ - 1989م، ج6، ص248، ومحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدي المؤاق: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر: بيروت، 1398هـ، ج5، ص117، ومحمد بن أحمد بن محمد المالكي: شرح ميارة الفاسي، تح: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، دار الكتب العلمية: بيروت، 1420هـ-2000م، ج2، ص205.

8) المراجع السابقة.

9) محمد المالكي: شرح ميارة الفاسي، ج2، ص205.

## ● تعريف الشافعية:

التعريف الأول: (عقد يقتضي) ثبوت الحق - في شيء - لاثنين فأكثر على جهة الشروع<sup>(1)</sup>.  
التعريف الثاني: (كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشروع يقال هو مشترك)<sup>(2)</sup>.  
- شرح التعريفين: قوله: "ثبوت الحق" شمل أنواع شركة الملك المتمثلة في عدة أمور، مثل الوصية، والهبة، والإرث، والغنيمة، وغيرها.  
كما أن قوله: "عقد يقتضي ثبوت" يتضمن شركة العقد بجميع أنواعها، وبهذا يكون التعريف شاملاً لجميع أنواع الشركة من ملك وعقد.  
والمراد بـ "ثبوت الحق" أي ثبوت الملك في عين مال، أو منفعة له أو لغيره.  
وقوله: "على الشروع" أي لا على جهة التعيين، كأن يملك اثنان فأكثر أرضاً، دون أن يتعين منها حصة كل واحد منهم.

## ● تعريف الحنابلة:

عرف الحنابلة الشركة بأنها: (اجتماع في استحقاق، واجتماع في تصرف)<sup>(3)</sup>.

### شرح التعريف:

قوله: "اجتماع في استحقاق" شمل أنواع شركة الملك، كاثنين ملكا عينا بمنافعها بإرث، أو شراء، أو هبة، ونحوها، أو ملكا الرقبة دون المنفعة، أو بالعكس.  
وقوله: "اجتماع في تصرف" شمل أنواع شركات العقد، المالية، أو البدنية، أو ما كانت قائمة على التعامل بالجاه<sup>(4)</sup>.

### - تعاريف المعاصرين:

جاء في تعريف الشركة بأنها: (اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر)<sup>(5)</sup>.

- وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي: (الشركة هي اجتماع في استحقاق، أو تصرف بين اثنين فأكثر)، كأن يشترك اثنان في استحقاق مالي كالإرث والعطية، أو تصرف كالبيع والشراء<sup>(1)</sup>.

### - مناقشة التعاريف:

#### بالنظر في التعاريف السابقة نجد الآتي:

- ما أورده الحنفية من تعاريف قد شمل بمجمله جميع أقسام الشركة، سواء شركة الملك بقسميها الجبري والاختياري، أو شركة العقد بجميع أنواعها (بالعمل أو بالمال أو بالجاه).

- 1) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية: بيروت، 1418هـ، ج1، ص369، وسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1417هـ-1996م، ج3، ص444، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تح: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1422هـ-2000م، ج2، ص252، ومحمد بن أحمد الرملي الأنصاري: غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار المعرفة: بيروت، ص206، ويحيى بن شرف النووي محيي الدين: المجموع شرح المذهب للشيرازي، تح: محمد نجيب المطيعي، دار عالم الكتب: الرياض، 1423هـ، ج14، ص62، ومحمد الشريبي الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر: بيروت، ج2، ص211، ومحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر: بيروت، 1404هـ - 1984م، ج5، ص8، وعثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المشهور بالبكري): إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1418هـ-1997م، ج3، ص124، ومحمد بن قاسم بن محمد بن محمد الغزي، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي: فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب (ويعرف بشرح ابن قاسم على متن أبي شجاع)، عناية: بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم: بيروت، ط (1) 1425هـ-2005م، ص181، ومحمد الزهري الغمراوي: السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة: بيروت، ص244، ومصطفى الخن، ومصطفى البغا، وعلي الشرجي: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع: دمشق، ط (4) 1413هـ - 1992م، ج7، ص57.
- 2) يحيى بن شرف الدين النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي: بيروت، ط (1) 1405هـ، ج4، ص275، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص252.
- 3) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تح: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط (1) 1419هـ، ج5، ص301، ومنصور بن يونس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، تح: سعيد محمد اللحام، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1390هـ، ص259، ومصطفى السيوطي الرحباني: مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي: دمشق، 1961م، ج3، ص494، وموسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي: زاد المستقنع في اختصار المقنع، تح: عبدالرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن: الرياض، ج1، ص124، ومحمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي: المطلع على أبواب الفقه، تح: محمد بشير الأدلي، المكتب الإسلامي: بيروت، 1401هـ-1981م، ص260.
- 4) منصور بن يونس البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، تح: هلال مصيلحي، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1402هـ، ج3، ص496، والرحباني: مطالب أولى النهي، ج3، ص494.
- 5) قاسم بن عبدالله بن أمير القونوي: أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تح: يحيى مراد، دار الكتب العلمية: بيروت، 1424هـ-2004م، ص68، وسعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر: دمشق، ط (2) 1408هـ-1988م، ص195.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

1) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجيري: موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط (1) 1430هـ-  
2009م، ج3، ص558.



- أما المالكية فنرى أن التعريف الأول قد جعل مطلق الإذن في التصرف هو الأساس لكونهما شريكين في الشيء، أما التعريف الثاني فنرى أنه اقتصر على المال دون غيره كونه أساس الشركة، لكن التعريفين مجتمعين قد شملا جميع أنواع الشركة.
- أما الشافعية فنرى أن كل حق ثابت بين اثنين فأكثر شيوعاً، يطلق عليه شركة مطلقاً، وهذا يشمل جميع أنواع الشركة، فشركة الملك ثابتة لاثنين أو أكثر ثبوتاً مشاعاً، وكذلك شركة العقد ثابتة إلا أنها لا تثبت بين الشركاء إلا بالعقد.
- أما تعريف الحنابلة فقد اشتمل على جميع أنواع الشركة، ونرى أنه قد جمع بين الملك والتصرف مطلقاً.
- أما تعاريف المعاصرين فنرى أن التعريف الأول لم يذكر ماهية الشركة بل ذكر صورة من صورها وهو اختلاط النصيبين، أما التعريف الثاني فهو لم يخرج عن تعريف الحنابلة للشركة. ومن خلال ما سبق من تعريفات للشركة، نرى اتفاقاً على وجود اثنين فأكثر؛ لثبوت الشركة مع اختلاط مال الشركاء، مما يثبت لهم حقاً في الشركة والتصرف فيها.

#### التعريف المختار:

- يتضح من خلال تعاريف الشركة عند الفقهاء أن تعريف الحنابلة للشركة بأنها: "اجتماع في استحقاق، واجتماع في تصرف" أقرب هذه التعاريف؛ وذلك للآتي:
- شموله لجميع أنواع الشركات، حيث أنه قد شمل شركة الملك بقوله: "اجتماع في استحقاق"، وشمل كذلك شركة العقد بقوله: "اجتماع في تصرف".
  - دقة ألفاظه، حيث احتوت على جميع أنواع الشركة في عبارات مختصرة موجزة.
  - مرونته وسعته؛ لأنه يمكن أن يدخل فيه عدد من الشركات المعاصرة، مثل: شركة التضامن، والتوصية البسيطة، وغيرهما.

#### الفرع الثالث: تعريف الشركة في التشريعين الجزائري واليميني

- نرى أن المشرع الجزائري قد عرّف الشركة في المادة (416) بفقرتها من القانون المدني الجزائري بأنها: (عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة).

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك<sup>(1)</sup>.

- وعرفت المادة (621) من القانون المدني اليميني الشركة بالمعنى العام أنها: (... عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال، أو عمل، واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة)<sup>(2)</sup>.

- بينما عرف قانون الشركات التجارية اليميني في الفقرة 1 من المادة (4) الشركة التجارية بأنها: (عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر يشترك كل منهم في مشاريع الشركة التجارية بحصة من مال أو عمل، ويقسم مع غيره ما ينشأ عن هذه المشاريع من ربح أو خسارة)<sup>(3)</sup>.

### شرح التعاريف:

- نرى أن التعاريف الثلاثة السابقة الذكر والتي وردت في الثلاث المواد قد ذكرت أن الشركة "عقد" يقوم كباقي العقود الأخرى على الأركان الموضوعية العامة، والخاصة.

- كذلك يلتزم كل شريك أو طرف بتقديم مساهمة أو حصة معينة، وأن الحصص على ثلاثة أنواع: حصة نقدية، وحصة عينية، وحصة بالعمل.

- اقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع أو النشاط من أرباح، وتحمل الخسائر.

### مناقشة التعاريف:

يتضح من خلال تعريف المشرعين الجزائري واليميني للشركة ما يلي:

- اتفاهما على أن الشركة عقد يتضمن التزام بين شخصين فأكثر في مشروع أو نشاط معين، يقوم على مساهمة الشركاء بصورها المختلفة؛ بهدف اقتسام الربح أو الخسارة بينهما.

- اختص تعريف الشركة لدى المشرع الجزائري بتحديد أطراف الشركة بكونهما شخصان طبيعيين أو اعتباريان، في حين نرى أن المشرع اليميني لم يذكر هذا التفصيل، بل أطلق بل أطلق لفظ شخصان ولم يفصل في ماهيتهما.

- اتحدّ التعريفان لدى المشرع الجزائري والمشرع اليميني في تعريف الشركة بمعناها العام، بينما انفرد المشرع اليميني في قانون الشركات التجارية بتعريف الشركات التجارية خاصة.

## الفرع الرابع: مقارنة بين تعاريف الشركة في الفقه والقانون

وبعد هذا العرض لتعاريف الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني نجد أن تعاريف الفقهاء بمحملها لا تختلف كثيراً عن تعريف الشركة في التشريعين الجزائري واليميني، حيث أنهما قد اتحدا في الآتي:

- 1- توصيف الشركة بكونها عقد بين متشاركين فأكثر.
  - 2- كون الشركة لا تتم إلا بين شريكين فأكثر وهو ما يعرف قانوناً بتعدد الشركاء.
  - 3- أن المشاركة تكون في الأصل والربح.
- في حين نرى أنهما قد اختلفا في الآتي:
- 1- أن المشرع الجزائري فصل في ماهية الشريكين، ونصّ على صحة كونهما شخصين طبيعيين أو اعتباريين، وهو ما انفرد به عن الفقه الإسلامي والقانون اليميني.
  - 2- أن المشرعين الجزائري واليميني نصّا على أن الحصة التي يقدمها الشركاء يصحّ أن تكون مالاً أو عملاً، في حين نرى أن التعاريف الفقهية لم تتعرض لهذا التفصيل، بل جعلت الشراكة في الأصل والربح مطلقاً.
  - 3- أن المشرعين الجزائري واليميني نصّا على أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه الشركاء بتقديم حصة معينة من المال أو العمل المشترك، في حين أن الشركة في الفقه الإسلامي قد تكون عبارة عن ثبوت الحق لاثنين أو أكثر على جهة الشيوخ، كأن يكون بينهما مالاً مشتركاً وراثاً، أو أهدي إليهما، أو أوصي لهما دون تقديم حصة معينة من مال أو عمل، كما هو الحال في القانون.

- 
- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 416.
  - 2) القانون المدني اليميني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 621.
  - 3) قانون الشركات التجارية اليميني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 1، المادة 4.

## المطلب الثاني: تعريف شركات الأشخاص

عرّفنا في المطلب الأول الشركة في اللغة والاصطلاح، وفي التشريعين الجزائري واليميني، وفي هذا المطلب سنبين مفهوم شركات الأشخاص وذلك على النحو التالي:

### أ- تعريف الأشخاص:

الأشخاص جمع شخص، والشخص: سواد الإنسان وغيره تراه من بعيد، وجمعه في القلة أشخص، وفي الكثرة شخوص، وأشخاص<sup>(1)</sup>.

وقيل: الشخص كل جسم له ارتفاع وظهور، وغلب في الإنسان<sup>(2)</sup>.

ولا يسمى شخصاً إلا جسم مؤلف له شخوص وارتفاع<sup>(3)</sup>.

قال ابن فارس: ("الشين والخاء والصاد" أصل واحد يدلّ على ارتفاع في شيء، ومن ذلك الشخص، وهو سواد الإنسان إذا سما لك من بعيد)، ويقال رجل شخصي أي جسيم<sup>(4)</sup>.

### ب- تعريف شركات الأشخاص:

مصطلح شركات الأشخاص مصطلح مستحدث، لم يُعرف عند الفقهاء المتقدمين، ولم نجد له تعريفاً لديهم، وقد عرفه المعاصرون على النحو التالي:

أ- عرف الزحيلي شركات الأشخاص بقوله هي: (الشركات التي يبرز فيها العنصر الشخصي، فتقوم على شخصية الشركاء والثقة المتبادلة بينهم، بصرف النظر عن المال الذي يقدمه كل شريك)<sup>(5)</sup>.

ب- عرفت موسوعة الفقه الإسلامي شركات الأشخاص بأنها: (الشركات التي تقوم على شخصية الشركاء، بصرف النظر عن المال الذي يقدمه كل شريك)<sup>(6)</sup>.

في حين نرى أن فقهاء القانون قد عرفوا شركات الأشخاص بتعريفات متقاربة مع ما ذكره الفقهاء المعاصرون ومن ذلك:

- شركات الأشخاص: هي الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي بين الشركاء والثقة المتبادلة فيما بينهم، وهي غالباً ما تقوم بين شخصين أو أكثر، تجمعهم في أكثر الأحيان صفة القرابة أو الصداقة<sup>(7)</sup>.

ويظهر من خلال تعريف شركات الأشخاص في الفقه والقانون ما يلي:

- اتحاد هذه التعاريف على أن شركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي، بصرف النظر عن المال المقدم من كل شريك.

- 1) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص45، مادة (شخص)، ومحمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (6) 1419هـ، ص802، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص475 باب الشين، ومحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، تح: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون: بيروت، 1415هـ-1995م، ص354، باب الشين، والفيومي: المصباح المنير، ج1، ص306، مادة (شخص)، ومحمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر: بيروت، ط (2) 1978م، ج18، ص7، مادة (شخص).
- 2) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص45، مادة (شخص)، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص475 باب الشين، والزبيدي: تاج العروس، ج18، ص7، مادة (شخص)، وسعدي أبو جيب: القاموس الفقهي، ص190.
- 3) الفيومي: المصباح المنير، ج1، ص306، مادة (شخص).
- 4) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج3، ص254.
- 5) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر: دمشق، ط (4) 1409هـ، ج5، ص3970.
- 6) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص568.
- 7) أنور مصباح سوبره: شركات استثمار الأموال من منظور إسلامي، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (1) 1425هـ-2004م، ص47، وعلي ندم الحمصي: الشركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع: بيروت، ط (1) 1424هـ-2003م، ص62، وعموره عمار: شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة: الجزائر، ص184، ومحمد بن إبراهيم الموسى: شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، دار العاصمة للنشر والتوزيع: الرياض، ط (2) 1998م، ص234، ومحمد بن سالم بن صالح البريكي: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات، دار البشائر الإسلامية: بيروت، ط (1) 1426هـ-2005م، ص191، وعبد المجيد بن صالح المنصور: إفلاس الشركات وأثره في الفقه والنظام، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع: الرياض، ط (1) 2012م، ج1، ص90، وعزيز العكيلى: الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط (1) 1428هـ-2007م، ص13.

- أن شركات الأشخاص قائمة في أساسها على الثقة المتبادلة بين الشركاء، وأنها غالباً ما تكون بين أطراف تربطهم صلة القرابة والنسب، أو الصداقة.

### المطلب الثالث: تعريف المنازعات.

في هذا المطلب سنبين مفهوم المنازعة ثم نتعرف على المصطلحات ذات الصلة، ثم نبين مفهوم طرق حلّ النزاعات وأنواعها، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول: تعريف المنازعة:

أولاً: المنازعة في اللغة:

نازعه منازعة ونزاعاً أي جاذبه في الخصومة، والتنازع التخاصم، وتنازع القوم اختصموا. وقيل: تنازع القوم اختلفوا، ويقال: تنازعوا في الشيء تجاذبوه، والنزاعة الخصومة. وبينهم نَزاعة أي خصومة في حق، فالمنازعة مجاذبة الحجج فيما يتنازع فيه الخصمان. وقيل: التنازع والمنازعة المجاذبة، ويعبر بهما عن المجادلة<sup>(1)</sup>.

ثانياً: المنازعة في الاصطلاح:

هي إقامة كل طرف من أطراف الخصومة الحجة على دعواه، ومجادلته بتلك الحجة؛ ليثبت ما ادعاه.

ويمكن تعريف النزاع بأنه: عبارة عن الوضع الناشئ عن اختلاف وجهات النظر بين طرفي النزاع - سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين -، أو تعارضت مصالحهما حول موضوع معين أو مسألة ما.

ثالثاً: تعريف حل النزاع:

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص914، والفيومي: المصباح المنير، ج2، ص600، والرازي: مختار الصحاح، ص688، مادة (نزع)، والزبيدي: تاج العروس، ج2، ص144.

هو عبارة عن جملة من الإجراءات التي يقوم بها طرف ثالث - الوسيط، أو المصلح، أو المحكم - من أجل مساعدة الطرفين على تجاوز الخلافات، بصورة تعاونية تحقق النجاح لهم جميعاً<sup>(1)</sup>.

ومن خلال هذا نرى أنه لا بدّ من وجود عدّة أمور، منها:

- وجود نزاع يستدعي التدخل لما يتوقع من آثار سلبية له على الأطراف المتنازعة.
- وجود طرف خارجي يسعى إلى إزالة أسباب النزاع والخلاف بين الطرفين.
- التعاون من قبل أطراف النزاع، وخاصة في الوساطة والمصلح، إذ يعتبر ذلك هو الأسلوب الأمثل الذي يحقق الرضا بين جميع الأطراف، ويعين على حل الخصومة.

### الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة:

أ- الخصومة:

الخصومة في اللغة:

قال ابن فارس: ( "خصم" (الهاء والصاد والميم) أصلان: أحدهما المنازعة، وهو الخصم الذي يخاصم، والذكر والأنثى فيه سواء، والخصام مصدر خاصمته مخاصمة وخصاماً<sup>(2)</sup>).

وتأتي الخصومة بمعان عدة، منها:

- الجدل: يقال: خاصمه خصاماً ومخاصمةً فخصمه غلبه بالحجة<sup>(3)</sup>، وقيل: غلبه في الخصومة، واختصم القوم، أي خاصم بعضهم بعضاً<sup>(4)</sup>.
- المنازعة: وأصل المخاصمة أن يتعلق كل واحد بخصم الآخر أي جانبه، وأن يجذب كل خصم صاحبه من الجوانب<sup>(5)</sup>.

فالخصومة في اللغة يقصد بها النزاع والجدال، والمنازعة لا تكون إلا فيمن ينكر المطلوب.

- الخصومة في الاصطلاح:

(اسم لكلام يجري بين اثنين أو أكثر على سبيل المنازعة والمشاحة)<sup>(6)</sup>.

والفرق بين المنازعة والخصومة:

- أن التنازع أعمّ من الخصومة؛ لأنه يشمل الاختلاف في الرأي وغيره<sup>(7)</sup>، والمنازعة لا تكون إلا فيما ينكر المطلوب، ولا يقع فيما يعترف به الخصمان منازعة<sup>(8)</sup>.
- أن المنازعة أمر متأخر عن الخصومة.

ب- العداوة:

- 1) فهد خليل زايد: المهارات الشخصية في حل النزاعات والخلافات بين الأفراد والجماعات، دار النفائس: الأردن، ط (1) 1429هـ-2009م، ص11.
- 2) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج2، ص187، مادة (خصم).
- 3) ابن منظور: لسان العرب، ج12، ص180، مادة (خصم).
- 4) الفيومي: المصباح المنير، ج2، ص171. وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص239.
- 5) محمود عبدالرحمن عبدالمنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، ج2، ص33.
- 6) محمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، تح: خليل محيي الدين لميس، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1421هـ-2000م، ج19، ص7.
- 7) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة: مصر، ط (1) 1404هـ، ج12، ص185.
- 8) أبو هلال العسكري: معجم الفروق اللغوية، تح: مؤسسة النشر الاسلامي بقم، ط (1) 1412هـ، ص498.



## العداوة في اللغة:

العداوة: اسم من المعادة<sup>(1)</sup>.

والعداوة هي: الظلم وتجاوز الحدّ، والعداوي الظالم، والعدو خلاف الصديق<sup>(2)</sup>.

والعداوة في الاصطلاح: "ما يتمكن في القلب من قصد الإضرار والانتقام، وأصله تجاوز

الحد في الشيء"<sup>(3)</sup>.

## الفرق بين المعادة والمنازعة:

أن المعادة عمل قلبي، ومرض باطني استحكم في قلب صاحبه وأورثه نزعة الانتقام وأراد به صاحبه إلحاق الضرر بالآخرين.

أما المنازعة فهي عمل يختص بجراحة اللسان، ويقصد منها المجادلة، وإقامة الحجة على إثبات الدعوى.

## والفرق بين المعادة والمخاصمة:

- أن المخاصمة من قبيل القول، والمعادة من أفعال القلوب، ويجوز أن يخاصم الانسان غيره من غير أن يعاديه، ويجوز أن يعاديه ولا يخاصمه<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثالث: تعريف طرق حلّ النزاعات:

نتناول في هذا الفرع تعريف الطرق، ثم نذكر طرق حلّ النزاعات في الفقه والقانون على النحو التالي:

### أولاً: الطرق لغة:

الطرق جمع طريق: وهو الممر الواسع الممتد، وقيل: الطريق هو السبيل<sup>(5)</sup>.

وطريقة القوم أي خيارهم، والطريقة: الطريق والسيرة<sup>(6)</sup>.

ويقال: طرق الطعن: أي الوسائل التي يلجأ إليها المحكوم عليه؛ ابتغاء إلغاء الحكم أو تعديله<sup>(7)</sup>.

### ثانياً: طرق حلّ النزاعات:

- (1) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص589.
- (2) ابن منظور: لسان العرب، ج15، ص31، والفيومي: المصباح المنير، ج2، ص398، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص589، ومحمود عبدالمنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، ص418.
- (3) علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، تح: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي: بيروت، ط (1) 1405هـ، ص162، ووزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج19، ص126.
- (4) أبو هلال العسكري: معجم الفروق اللغوية، ص488.
- (5) ابن منظور: لسان العرب، ج10، ص215، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص556.
- (6) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص556، والرازي: مختار الصحاح، ص403.
- (7) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص556.

حلّ النزاعات طرق ووسائل متعددة تعارف عليها الناس في القديم والحديث، ويمكن تقسيم هذه الطرق إلى قسمين:

#### (أ) - طرق أصلية:

والأصلية أصل الشيء وأساسه الذي يقوم عليه ومنشؤه، والأصلي ما كان أصلاً في معناه، ويقابل بالفرعي، أو الزائد، أو الاحتياطي<sup>(1)</sup>.

قال ابن فارس: ("أصل" الهمزة والصاد واللام ثلاثة أصول، أحدها: أساس الشيء)<sup>(2)</sup>.

- وقيل: الأصل في اللغة عبارة عما يُفتقر إليه، ولا يفتقر هو إلى غيره.
- وفي الشرع: عبارة عما يُبنى عليه غيره، ولا يُبنى هو على غيره، والأصل ما يثبت حكمه بنفسه<sup>(3)</sup>.

ويعتبر القضاء الشرعي هو الطريقة الأصلية لحلّ النزاعات؛ كونه المخوّل شرعاً وقانوناً في فضّ المنازعات، وفصل الخصومات، والبثّ في قضايا الناس المختلفة.

#### (ب) طرق بديلة:

والبديل في اللغة: الخلف والعوض، والبديل: البديل، وبدل الشيء غيره<sup>(4)</sup>.

قال ابن فارس: ("بدل" الباء والداد واللام أصل واحد وهو قيام الشيء مقام الشيء الذاهب، يقال: هذا بدل الشيء وبديله، ويقولون: بدّلت الشيء إذا غيرته)<sup>(5)</sup>.

- والطرق البديلة لحلّ النزاع هي: عبارة عن الوسائل التي تلجأ إليها الأطراف المتنازعة عوضاً عن القضاء الشرعي، عند نشوء خلاف بينها؛ بغية التوصل لحلّ ذلك الخلاف.

وبناء على هذا فيخرج القضاء عن إطار هذا التعريف؛ لأنه لا يعتبر وسيلة بديلة لحلّ النزاعات بل هو وسيلة أصلية، إذ أن الأصل في الأطراف اللجوء إلى المحاكم والقضاء.

ولقد أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحلّ النزاعات في وقتنا الحاضر أمراً مهماً؛ وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم وحدها قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، لا سيما مع التطور المستمر في المعاملات المالية المعاصرة، وما قد ينتج عن ذلك من تعقيدات فيها.

لذا نشأت الحاجة إلى وجود آليات ووسائل قانونية بديلة يمكن للأطراف المتنازعة من خلالها حلّ خلافاتهم بشكل سريع، وعادل، وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم، ما جعلها تلقى قبولاً واسعاً كوسائل بديلة واهتماماً متزايداً على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية.

- 
- 1) الفيومي: المصباح المنير، ج1، ص16، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص556.
  - 2) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج1، ص109.
  - 3) الجرجاني: التعريفات، ص45.
  - 4) ابن منظور: لسان العرب، ج11، ص48، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص44، والرازي: مختار الصحاح، ص73.
  - 5) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج1، ص210.

ومن هذا المنطلق فقد رغبت في أن يقتصر بحثي على الطرق البديلة لحل النزاعات، والتي منها:

1- الوساطة.

2- الصلح.

3- التحكيم.

وذلك لأهميتها، ولأنها الأساس في الطرق البديلة، ولكونها طرق تضمنتها القوانين، ووضعت لها معظم التشريعات المعاصرة القواعد والضوابط الخاصة بها.

## المبحث الثاني: مشروعية الشركة، وأركانها في الفقه والقانون.

بعد تعريفنا للشركة في الفقه والقانون، يجدر أن نتحدث عن الأسس الرئيسة في البحث، والتي تمثل عماد البحث التي يقوم عليها، ويقتضي ذلك بيان مشروعيتها، وأركانها، وذلك في مطلبين، حيث سيكون المطلب الأول عن مشروعية الشركة، والمطلب الثاني سيكون خاصاً بأركان الشركة.

### المطلب الأول: مشروعية الشركة.

ورد الدليل على ثبوت الشركة في الفقه الإسلامي في: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أولاً: من الكتاب العزيز:

استدل الفقهاء المسلمون على مشروعية الشركة بآيات كريمة منها:

(أ) - قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ

أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الآية الكريمة أفادت جواز الشركة بين المخلوقين.

قال القرطبي<sup>(1)</sup>: (هذه الآية أصل في الشركة بين المخلوقين؛ لافتقار بعضهم إلى بعض، ونفيها

عن الله سبحانه)<sup>(2)</sup>.

(ب) - قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الله عز وجل جعل في الآية الكريمة التركة مشتركة بين الورثة جميعاً<sup>(4)</sup>.

(ج) - قول المولى عز شأنه: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى

طَعَامًا﴾<sup>(5)</sup>.

(1) سورة الروم: الآية (28).

- 1) القرطبي: هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الأندلسي، أبو عبد الله: من كبار المفسرين، من العباد الصالحين والعلماء الورعين، رحل إلى الشرق واستقر في صعيد مصر وتوفي فيها، من كتبه (الجامع لأحكام القرآن، التذكرة)، توفي سنة 671هـ، (خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي: الوافي بالوفيات، تح: أحمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث: بيروت، 1420هـ-2000م، ج2، ص122، ومحمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص197).
- 2) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب: الرياض، 1423 هـ-2003م، ج14، ص23.
- 3) سورة النساء: الآية (11).
- 4) علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي: الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1414 هـ - 1994م، ج6، ص469.
- 5) سورة الكهف: الآية (19).

- وجه الاستشهاد: أن في الآية الكريمة دلالة على جواز خلط الورق والطعام، واشترك الجماعة فيه.

وقال الجصاص<sup>(1)</sup>: (إن هذه الآية تدل على جواز خلط دراهم الجماعة والشراء بها والأكل من الطعام)<sup>(2)</sup>.

قال القرطبي: (تضمنت هذه الآية جواز الشركة؛ لأن الورق كان لجميعهم)<sup>(3)</sup>.

وقال ابن العربي<sup>(4)</sup>: (وهذه الآية تفيد جواز الشركة في الطعام، وأكله على الإشاعة)<sup>(5)</sup>.

وقال القرافي<sup>(6)</sup>: (ومقتضاها الشركة في الطعام المشتري بالورق)<sup>(7)</sup>.

(د) - قول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾<sup>(8)</sup>.

- وجه الاستشهاد: في صريح الآية جواز الشركة، إذ أن الله تعالى جعل الإخوة لأُم شركاء في الثلث، يقتسمونه بينهم بالسوية<sup>(9)</sup>.

(هـ) - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾<sup>(10)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الآية الكريمة أفادت جواز مشاركة اليتيم في طعامه وشرابه، من غير ظلم له.

قال ابن كثير<sup>(11)</sup>: (فأباح لهم بذلك جواز مخالطة اليتيم، بمعنى مشاركته في طعامه وشرابه، بناءً على صلة الدين، وهذا تخفيف ورحمة من رب العالمين)<sup>(12)</sup>.

وقال ابن بطال<sup>(13)</sup>: (فأباح هذه الآية مخالطتهم ومشاركتهم بغير ظلم لهم)<sup>(1)</sup>.

(و) - قول الله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي

الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾<sup>(2)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الله تعالى جعل خمس الغنيمة مشتركاً بين أهل الخمس، وجعل الباقي مشتركاً بين الغانمين<sup>(3)</sup>.

(ز) - قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ

وَفِي الرِّقَابِ وَالْعَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الله عز وجل جعل أصناف الزكاة الثمانية شركاء في الصدقات جميعاً.

قال الماوردي<sup>(5)</sup>: (فجعل أهل السهام شركاء في الصدقات)<sup>(6)</sup>.

(ح) - قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾<sup>(7)</sup>.

- 1) الجصاص: هو أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، اشتهر في علوم القرآن وألّف كتاب: أحكام القرآن، سكن بغداد ومات فيها، توفي سنة 370هـ (محمد بن عبدالحلي اللكوني: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، مطبعة السعادة: مصر، ط (1) 1324هـ، ص 27، والزركلي: الأعلام، ج 1، ص 171).
- 2) أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، تح: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، 1405هـ، ج 5، ص 40.
- 3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 10، ص 377.
- 4) ابن العربي: هو محمد بن عبدالله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، أبو بكر، الإمام، الحافظ، القاضي، ختام علماء الأندلس، ممن أخذ عنه القاضي عياض، من كتبه: (أحكام القرآن، والناسخ والمنسوخ، والعواصم من القواصم)، مات بسنة 543هـ بالعدوة بفاس، (الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 2، ص 197، وشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي: تذكرة الحفاظ، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1419هـ - 1998م، ج 4، ص 61).
- 5) محمد بن عبدالله الأندلسي المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، تح: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية: بيروت، 1416هـ، ج 5، ص 322.
- 6) القرافي: هو أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين الصنهاجي البهنسي المصري، شهاب الدين أبو العباس، الإمام العلامة، وحيد دهره وفريد عصره، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله، كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول، من مصنفاته: (كتاب الذخيرة في الفقه من أجل كتب المالكية، وكتاب القواعد، وكتاب التنقيح في أصول الفقه)، توفي سنة 684هـ ودفن بالقرافة، (ابن فرحون: الديباج المذهب، ج 1، ص 237).
- 7) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، تح: محمد حجي، دار الغرب: بيروت، 1994م، ج 8، ص 18.
- 8) سورة النساء: الآية (12).
- 9) مصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 7، ص 58.
- 10) سورة البقرة: الآية (220).
- 11) ابن كثير: هو إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي القرشي الشافعي، أبو الفداء، حافظ، مؤرخ، فقيه، متقن، محقق، من كتبه (التفسير المشهور، والبداية والنهاية في التاريخ)، ولد سنة 701هـ، ومات بدمشق سنة 774هـ، (محمد بن علي بن الحسن الحسيني الدمشقي: ذيل تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1) 1419هـ - 1998م، ص 38).
- 12) إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي: تفسير القرآن العظيم، تح: سامي بن محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط (2) 1420هـ 1999م، ج 1، ص 356، والجصاص: أحكام القرآن، ج 1، ص 331.
- 13) ابن بطال: هو العلامة أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال البكري القرطبي ثم البنسي، ويعرف بابن اللحام، كان من أهل العلم والمعرفة والفهم، مليح الخط، جيد الضبط، عني بالحديث عناية تامة، شرح صحيح البخاري في عدة أسفار، محدث، ثقة، وحدث عنه جماعة من العلماء، توفي في صفر سنة 449هـ، (شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي: تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تح: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي: بيروت، ط (1) 1407هـ - 1987م، ج 30، ص 233، وزين الدين قاسم بن قُطْلُوبُغَا السُّوْدُوْنِي: الثقات



ممن لم يقع في الكتب الستة، تح: شادي بن محمد آل نعمان، مركز النعمان للبحوث والدراسات الإسلامية: صنعاء، ط (1) 1432هـ - 2011م، ج7، ص204).

(1) علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلان البكري القرطبي: شرح صحيح البخاري، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم مكتبة الرشد: الرياض، ط (2) 1423هـ - 2003م، ج7، ص15.

(2) سورة الأنفال: الآية (41).

(3) الماوردي: الحاوي، ج6، ص469.

(4) سورة التوبة: الآية (60).

(5) الماوردي: هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، والماوردي نسبة إلى بيع الماورد، وعمله، وهو بيع ماء الورد، أفضى القضاة، إمام رفيع الشأن ثقة، كان حافظاً لمذهب الشافعية، درس في البصرة وبغداد، من مصنفاته: (الحاوي في فقه الشافعي، والأحكام السلطانية، وأدب الدنيا والدين)، توفي ببغداد سنة 450هـ، (تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، تح: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلوي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط (2) 1413هـ، ج5، ص267، وأبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبه: طبقات الشافعية، تح: عبدالعليم خان، عالم الكتب: بيروت، ط (1) 1407هـ، ج1، ص230، وعلي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري: اللباب في تهذيب الأنساب، دار صادر: بيروت، 1400هـ - 1980م، ج3، ص156، وشمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تح: إحسان عباس، دار صادر: بيروت، ط (1) 1990م، ج3، ص282).

(6) الماوردي: الحاوي، ج6، ص469.

(7) سورة ص: الآية (24).

- وجه الاستشهاد: أن في الآية الكريمة جواز الخلطة والمشاركة في المال مطلقاً، وأن الألف واللام في "الخلطاء" تفيدان الجنس، كما دلت على المنع من ظلم الشريك لشريكه.  
قال القرطبي: (فالخلطاء يراد بهم الشركاء)<sup>(1)</sup>.

وقال الشوكاني<sup>(2)</sup>: (و"الخلطاء" هم الشركاء، واحدهم خليط، وهو المخالط في المال)<sup>(3)</sup>.  
(ط) - قوله سبحانه وتعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُونَ﴾<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الآية تفيد جواز الاشتراك في ملك اليمين.  
قال ابن كثير: (أي متنازعون في ذلك العبد المشترك بينهم)<sup>(5)</sup>.  
فهذه الآيات الكريمة تدل بمجموعها على مشروعية الشركة في الجملة، وأنها ثابتة بنص الكتاب العزيز بأوجه مختلفة، تدل على أن الأصل فيها الجواز.

ثانياً: من السنة المطهرة:

دلّت السنة النبوية على مشروعية الشركة في عدّة أحاديث منها:

(أ) - الحديث القدسي الشريف الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: إن الله تعالى يقول: ((أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانهُ خرجت من بينهما))<sup>(6)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن هذا الحديث أصل في جواز الشركة واستحبابها، وأن الله تعالى ثالث الشريكين يحيطهم بعونه، ما لم يخن أحدهما صاحبه.

جاء في عون المعبود: (وفيه استحباب الشركة، فإن البركة منصبة من الله تعالى فيها، بخلاف ما إذا كان منفرداً؛ لأن كل واحد من الشريكين يسعى في غبطة صاحبه)<sup>(7)</sup>.

وقال الصنعاني<sup>(8)</sup>: (أي في الحفظ، والرعاية، والإمداد بمعونتهما في مالهما، وإنزال البركة في تجارتهم، فإذا حصلت الخيانة نزع البركة من مالهما، وفيه حث على التشارك مع عدم الخيانة، وتحذير منه معها)<sup>(9)</sup>.

(ب) - حديث أبي المنهال<sup>(10)</sup> رضي الله عنه قال: (اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب، فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: ((ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه))<sup>(11)</sup>.

- وجه الاستشهاد: في هذا الحديث دلالة على جواز الشركة في المال، وأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما تشاركهما، وإنما وجههما في الصرف.

- 1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج15، ص187.
- 2) الشوكاني: هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، له 114 مؤلفاً، منها: نيل الاوطار، وفتح القدير، وإرشاد الفحول، ولد سنة 1173هـ وتوفي سنة 1250هـ (الزركلي: الأعلام، ج6، ص298).
- 3) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية، دار المعرفة: بيروت، ج4، ص606.
- 4) سورة الزمر: الآية (29).
- 5) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج7، ص96.
- 6) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السِّجِّسْتَانِي: سنن أبي داود، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية: بيروت، ط (2) 1425هـ، كتاب البيوع، باب في الشركة، برقم 3383، ج3، ص256، وقال ابن الملتن في البدر المنير: جيد الإسناد، (عمر بن علي بن أحمد المعروف بابن الملتن: البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، تح: مصطفى أبو الغيط، وعبدالله بن سليمان، وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع: الرياض، ط (1) 1425هـ-2004م، كتاب الشركة، ج6، ص721).
- 7) محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (2) 1415هـ، ج9، ص170.
- 8) الصنعاني: هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف بابن الأمير الصنعاني، مجتهد، له نحو 100 مؤلف، من مصنفاته: (سبل السلام، ومنحة الغفار، والپواقيت في المواقيت)، ولد بمدينة كحلان سنة 1099هـ، وتوفي في صنعاء سنة 1182هـ، (الزركلي: الأعلام، ج6، ص38).
- 9) ابن الأمير الصنعاني: سبل السلام، ج3، ص64.
- 10) أبو المنهال: هو عبدالرحمن بن مطعم بن عبدالله البناني، أبو المنهال البصري، نزل مكة، ثقة، روى عن البراء بن عازب، وزيد بن أرقم، وابن عباس، وروى له الجماعة، (أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني: تقريب التهذيب، تح: محمد عوامة، دار الرشيد: سوريا، 1406هـ-1986م، ص350، ويوسف بن الزكي عبدالرحمن أبو الحجاج المزني: تهذيب الكمال، تح: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط(1) 1400هـ-1980م، ج17، ص406).
- 11) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري: صحيح البخاري، تح: محمد زهير الناصر، تع: مصطفى البغا، دار طوق النجاة: ط (1) 1422هـ، كتاب الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف، برقم 2497، ج3، ص140.

- قال ابن بطال: (أجمع العلماء على أن الشركة في الدنانير والدراهم جائزة)<sup>(1)</sup>.
- (ج) - حديث جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((من كان له شريك في ربة، أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك))<sup>(2)</sup>.
- وجه الاستشهاد: أن الحديث يفيد وقوع الشركة بطريق التملك في العقار والزروع.
- (د) - حديث أبي موسى الأشعري<sup>(3)</sup> رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: ((إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم))<sup>(4)</sup>.
- وجه الاستشهاد: أن الحديث الشريف أفاد جواز المشاركة في الطعام.
- جاء في منار القاري: (واستدل البخاري بهذا الحديث على جواز الشركة في النهدي<sup>(5)</sup>، أو في الطعام)<sup>(6)</sup>.
- (هـ) - حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: ((اشتركت أنا وعمار، وسعد، فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين، ولم أجد أنا وعمار بشيء))<sup>(7)</sup>.
- وجه الاستشهاد: ومعلوم أن مثل هذه الشركة في مثل هذا اليوم مع قلة الصحابة لا يخفى على النبي ﷺ<sup>(8)</sup>، وبالتالي يكون الحديث دليل على جواز شركة الأبدان والمكاسب، وتملك المباحات.
- جاء في عون المعبود: (واستدل بهذا الحديث على جواز شركة الأبدان)<sup>(9)</sup>.
- وقال الشوكاني: وهذا الحديث (حجة في شركة الأبدان وتملك المباحات)<sup>(10)</sup>.
- وقال الصنعاني: (وفيه دليل على صحة الشركة في المكاسب، وتسمى شركة الأبدان)<sup>(11)</sup>.
- وجاء في الحاشية: (وهذا يدل على جواز الشركة في الأموال المباحة)<sup>(12)</sup>.
- (و) - حديث السائب<sup>(13)</sup> رضي الله عنه أنه قال للنبي ﷺ: ((كنت شريكاً فكنت خير شريك، كنت لا تداري ولا تماري))<sup>(1)</sup>.
- وفي رواية: ((أنه كان شريك النبي ﷺ في أول الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح قال: مرحباً بأخي وشريك لا تداري ولا تماري))<sup>(2)</sup>.
- وجه الاستشهاد: أن الحديث دلّ على مشروعية الشركة، وأنها كانت ثابتة في الجاهلية فأقرها الإسلام، ووضع لها ضوابط وشروط كما هو معلوم.

- 1) ابن بطلال: شرح صحيح البخاري، ج7، ص17.
- 2) مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، كتاب المساقاة، باب الشفعة، برقم 1608، ج3، ص1229.
- 3) أبو موسى الأشعري: هو عبدالله بن قيس بن سليم الأشعري، الصحابي الجليل، أسلم بمكة وهاجر إلى الحبشة، ولآه عمر بن الخطاب البصرة، فتح الأهواز، توفي سنة 42هـ، (أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1404هـ، 1984م، ج3، ص234، ويوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، مطبعة السعادة: مصر، ط (1) 1328هـ، ج4، ص173).
- 4) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، برقم 2486، ج3، ص137.
- 5) النهْد: ما تخرجه الرفقة عند المناهدة إلى العدو، وهو أن يقسموا نفقتهم بينهم بالسوية؛ حتى لا يتغابوا ولا يكون لأحدهم على الآخر فضلٌ ومِنَّةٌ، (المبارك بن محمد الجزري: النهاية في غريب الحديث والأثر، تح: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية: بيروت، 1399هـ- 1979م، ج5، ص282).
- 6) حمزة محمد قاسم: منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، راجعه: عبدالقادر الأرناؤوط، مكتبة دار البيان: دمشق، ومكتبة المؤيد: الطائف، 1410هـ- 1990م، ج3، ص377.
- 7) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب الشركة على غير رأس مال، برقم 3388، ج3، ص257، والنسائي: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي: (سنن النسائي) المجتبى من السنن، تح: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية: حلب، ط (2) 1406هـ، 1986م، كتاب البيوع، باب شركة الأبدان، برقم 3937، ج7، ص57، واللفظ لأبي داود، وضعفه الألباني، (محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1405هـ- 1985م، ج5، ص295).
- 8) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط (1)، ص603.
- 9) أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج9، ص176.
- 10) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، تع: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، ج5، ص317.
- 11) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة مصطفى الباي الحلبي: مصر، ط (4) 1379هـ، 1960م، ج3، ص64.
- 12) نور الدين بن عبد الهادي أبو الحسن السندي: حاشية السندي على النسائي، تح: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية: حلب، ط (2) 1406هـ- 1986م، ج7، ص57.
- 13) السائب: هو صيفي بن عائد بن عبدالله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي، له صحبة، وهو من المؤلفات قلوبهم ومن حسن إسلامهم، وكان شريك النبي ﷺ في الجاهلية، روى له أبو داود والنسائي وغيرهما، (أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، تح: علي محمد الجاوي، دار الجليل: بيروت، ط (1) 1412هـ، ج3، ص22، وعلي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري، المعروف بابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، المكتبة الإسلامية: طهران، 1377هـ، ص414، وابن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، ج2، ص263).

1) أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (2) 1420هـ-1999م، حديث السائب رضي الله عنه ، برقم 15502، ج4، ص24، وأبو داود: سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في كراهية المرء، برقم 4836، ج4، ص260، ومحمد بن يزيد القزويني ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تح: محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر: بيروت، 1998م، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة، برقم 2287، ج2، ص768، واللفظ لأحمد، وصححه الألباني، (محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الجامع، المكتب الإسلامي: دمشق، برقم 1853).

2) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، السنن الكبرى، تح: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (3) 1424هـ، 2003م، كتاب الشركة، باب الاشتراك في الأموال والهدايا، برقم 11422، ج6، ص129، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، (محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تح: عبدالسلام محمد علوش، دار المعرفة: بيروت، ط (2) 1427هـ-2006، كتاب البيوع، باب الشركة في التجارة، ج2، ص374).

قال **الصنعاني**: (والحديث دليل على أن الشركة كانت ثابتة قبل الإسلام، ثم قررها الشرع على ما كانت)<sup>(1)</sup>.

(ز) - حديث ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: ((من أعتق شركاً له في مملوك، وجب عليه أن يعتق كله، إن كان له مال قدر ثمنه، يقام قيمة عدل، ويعطى شركاؤه حصتهم، ويخلى سبيل المعتق))<sup>(2)</sup>.

وجه الاستشهاد: هذا الحديث فيه دلالة صريحة على جواز الشركة في العبيد مطلقاً، وأنه إذا رغب أحد الشركاء في عتق نصيبه في شركة العبد وجب أن يعتقه كله.

(ح) - حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة))<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث دلالة على جواز الشركة في الأرضين وغيرها؛ ولذا بؤب الإمام البخاري في كتاب الشركة، فقال: باب الشركة في الأرضين وغيرها، وأورد حديث جابر رضي الله عنه فيه.

### ثالثاً: الإجماع:

أجمع الفقهاء على جواز الشركة في الجملة، وقد جاء في أقوال بعض الفقهاء ما يدل على انعقاد الإجماع على تعامل الناس بالشركة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير، ثم إن المسلمين أجمعوا على جواز الشركة<sup>(4)</sup>.

جاء في **تكملة المجموع**: (وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في جوازها)<sup>(1)</sup>.

وقد نقل الإجماع على ذلك **ابن المنذر**<sup>(2)</sup>،<sup>(3)</sup>.

- ثم إن الإسلام قد شرع أحكاماً كثيرة في مختلف أمور الحياة، تهدف إلى كفالة ما هو ضروري للناس بإيجاده وحفظه وحمايته، كما تقصد رعاية حاجاتهم برفع الحرج عنهم، والتيسير عليهم<sup>(4)</sup>،

(1) الصنعاني: سبل السلام، ج3، ص64.

(2) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الرقيق، برقم 2503، ج3، ص141.

(3) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الأرضين وغيرها، برقم 2495، ج3، ص140.

(4) أحمد بن غنيم بن سالم النفاوي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تح: رضا فرحات، مكتبة

الثقافة الدينية، ج3، ص1184، والسرخسي: المسوط، ج11، ص155، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14،

ص63، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص211، والرملی: نهاية المحتاج، ج5، ص3، وعبد الله أحمد بن قدامة

المقدسي: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1405هـ، ج5، ص109،



مصدّقاً لقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(5)</sup>، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾<sup>(6)</sup>.

وقد شرع الإسلام كثيراً من أنواع العقود والتصرفات التي تقتضيها حاجات الناس، كالبيع، والإيجارات، والشركات، والمضاربة؛ تحقيقاً للكسب المباح بوسائله المشروعة، وابتغاءً لفضل الله عن

---

وإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (7) 1409هـ-1989م، ج1، ص398، والرحياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص494، وعبدالرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي: العدة شرح العمدة، تح: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (2) 1426هـ-2005م، ج1، ص239.

(1) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص63.  
(2) ابن المنذر: هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، شيخ الحرم، الفقيه العلامة، كان إماماً، مجتهداً، حافظاً، ورعاً، صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها: (كالمبسوط، وكتاب الإجماع، والإشراف في اختلاف العلماء)، قال الذهبي: وكان مجتهداً لا يقلد أحداً، وقال: وعدّه أبو إسحاق الشيرازي في طبقات الشافعية. مات سنة 318هـ بمكة، (السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، ج3، ص102، والذهبي: تذكرة الحفاظ، ج3، ص5، وأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني: لسان الميزان، تح: دائرة المعارف النظامية: الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات: بيروت، ط (3) 1406هـ-1986م، ج5، ص27).

(3) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، تح: فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط (1) 1425هـ-2004م، ص32.

(4) عبدالوهاب خلاف: علم أصول الفقه، دار القلم: الكويت، ط (10) 1392هـ، ص202.

(5) سورة الحج: الآية (78).

(6) سورة البقرة: الآية (185).



طريق السعي والعمل، يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلْتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ﴾<sup>(1)</sup>، والشركة كما هو معلوم من طرق ابتغاء فضل الله، وطلب الرزق المشروع.

والإسلام دين التعاون يأمر بكل ما يحقق ذلك من مبادئ ومعاملات، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾<sup>(2)</sup>، وعن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (المؤمن للمؤمن كالبيان يشدّ بعضه بعضاً...)<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: (في هذه الحديث وغيره يحث الرسول ﷺ على التعاون بين المسلمين، وتعاون المؤمنين بعضهم بعضاً في أمور الدنيا والآخرة مندوب إليه بهذا الحديث، وذلك من مكارم الأخلاق)<sup>(4)</sup>.

ومن رحمة الله تعالى وتوسيعه على عباده أن أباح لهم عقود الشركة؛ وذلك أن الإنسان قد لا يستطيع الاستقلال باستغلال ملكه، فهذا رجل عنده أموال كثيرة، لكنه مشلول، أو زمن، أو أعمى، فيعطي غيره من هذا المال؛ لينتفع به ويتجر به، ويكون الربح بينهما<sup>(5)</sup>، كما أنه قد توجد طائفة من الناس لا يمتلكون المال اللازم للتجارة، إلا أنهم يتمتعون بمهارات وخبرات، وبالتقاء

1) سورة النحل: الآية (14).

2) سورة المائدة: الآية (2).

3) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضاً، برقم 6026، ج 8، ص 12، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم، برقم 2585، ج 4، ص 1999، واللفظ للبخاري.

4) ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج 9، ص 227.

5) محمد بن صالح بن محمد العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط (1) 1422هـ، ج 9، ص 399.

أصحاب الأموال وتعاونهم مع أصحاب الخبرات، يستفيد المجتمع، وتستطيع الأمة بناء اقتصاد قوي، يعود بالنفع والخير على المجتمع، أفراداً وجماعات.

وتمشياً مع نهج الإسلام الشامل فإن نظام الشركات - في الإسلام - تطبيق عملي لتعاليم الإسلام وتوجيهاته في نماء المال ورخاء المجتمع واستغلال المواهب والكفاءات، عن طريق التعاون والمشاركة، وهو أمرٌ يدعو إليه العقل السليم ويستوحبه الفكر السديد، وبخاصة في هذا العصر الذي تقدمت فيه الصناعات وراجت التجارات على نحو لا يستطيع الإنسان بمفرده النهوض بهما، فلا مناص إلا بالتعاون بين الأفراد في إطار الشركات تسهياً لهذه الممارسة الضرورية، وتمكيناً وسعياً إلى الوصول بالمجتمع الإسلامي إلى ما يرجى له من رقي ورفعة وتقدم.

## المطلب الثاني: أركان الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعيين

### الجزائري واليميني

للشركة أركان لا بد من توافرها حتى تكون صحيحة، ذات شخصية اعتبارية للشركاء فيما بينهم، أو تجاه الغير من دائنين وغير ذلك، وفي هذا المبحث سنقوم بدراسة أركان الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعيين الجزائري واليميني، من خلال الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: أركان الشركة في الفقه الإسلامي

للشركة في الفقه الإسلامي قواعد تحكمها، سواءً في أركانها الموضوعية العامة، أو في طبيعة عقد الشركة وما يترتب عليه، ومن خلال هذه القواعد والأركان يمكن الحكم على الشركة من حيث الصحة والقبول، أو البطلان والرد، مما يحتم علينا الوقوف على أركان الشركة واستعراضها من خلال الآتي:-

#### - خلاف الفقهاء في أركان الشركة:

أ- ذهب جمهور الفقهاء أن للشركة أربعة أركان هي: العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه، والذي يشتمل على: المال والعمل<sup>(1)</sup>.  
قال العبدري المواق<sup>(2)</sup>: (... وأركانها وهي: العاقدان، والصيغة، والمحل، وهو المال والأعمال)<sup>(3)</sup>.

وقال القرافي: (الأركان - أركان الشركة - وهي أربعة: الركن الأول والثاني: المتعاقدان، ... والركن الثالث: الصيغة الدالة على الإذن في التصرف، ... والركن الرابع: المحل...)<sup>(4)</sup>.

1) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص117، والقراقي: الذخيرة، ج8، ص20، والنفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1183، ومحمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، ص206، وركريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص369، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص275، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212، والبهوتي: الروض المربع، ص259.

2) العبدري المواق: هو محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله، الشهير بالمواق، فقيه مالكي، كان عالم غرناطة وإمامها وصالحها في وقته، من مصنفاته: (التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، وسنن المهتدين في مقامات الدين)، توفي سنة 897هـ، (عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين، دار إحياء التراث: بيروت، ومكتبة المثني: بيروت، ج12، ص133، الزركلي: الأعلام، ج7، ص154).

3) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص117.

4) القراقي: الذخيرة، ج8، ص20-21.

وقال النووي<sup>(1)</sup>: (ولها أركان، العاقدان: والمعتبر فيهما أهلية التوكيل والتوكل، .. والصيغة: ولا بد من لفظ يدل على الإذن في التجارة والتصرف،... والمعقود عليه...)<sup>(2)</sup>.  
وقال الشربيني<sup>(3)</sup>: (... وأركانها صيغة، وعاقدان، ومال، - وهو المعقود عليه-...)<sup>(4)</sup>.  
ب)- وذهب الحنفية إلى أن للشركة ركناً واحداً فقط هو الإيجاب والقبول، وأما غيره فتعتبر شروطاً لصحة الشركة<sup>(5)</sup>.

قال السيواسي<sup>(6)</sup>: (وركنها الإيجاب والقبول ... وهو أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا

وكذا، ويقول الآخر: قبلت أي في كذا من المال، وفي كذا من التجارات...)<sup>(7)</sup>.  
وجاء في الفتاوى الهندية: (وركنها الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا وكذا، ويقول الآخر: قبلت كذا...)<sup>(8)</sup>.

#### - الترجيح:

والراجح ما ذهب إليه الجمهور بأن أركان الشركة أربعة هي: العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه؛ لأن الشركة عقد كسائر العقود، ولا بدّ من توافر أركان العقد فيها وأركان العقد كما هو معلوم أنها تلك الأركان المذكورة آنفاً.

### البند الأول: صيغة العقد

#### أولاً: تعريف بأركان العقد:

**العقد هو:** التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول<sup>(9)</sup>.  
ونرى أن المادة (54) من القانون المدني الجزائري قد عرفت العقد بقولها: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص، نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما)<sup>(10)</sup>.

كما عرفت المادة (138) من القانون المدني اليمني العقد بما نصه: (العقد إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر، أو ما يدل عليهما، على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل)...)<sup>(11)</sup>.

**وصيغة العقد هي:** التعبير الصادر من كلٍّ من المتعاقدين بما يدل على إرادته التامة، وتتكون من: الإيجاب والقبول.

- 1) **النووي**: هو محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي، الحافظ، الزاهد، أحد الأعلام، محرر المذهب الشافعي ومنقحه، ولد بنوا قرية من قرى دمشق سنة 631هـ، وبها نشأ وقرأ القرآن، وقدم دمشق سنة 649هـ، كان صابراً على خشونة العيش عابداً، من مصنفاته: (منهاج الطالبين، وشرح مسلم، والأذكار)، مات سنة 676هـ، (السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، ج8، ص395، والذهبي: تذكرة الحفاظ، ج4، ص174، وابن العماد: شذرات الذهب، ج5، ص353، وابن شهية: طبقات الشافعية، ج2، ص153).
- 2) **النووي**: روضة الطالبين، ج4، ص275-276.
- 3) **الشرييني هو**: شمس الدين محمد بن محمد الشرييني الخطيب القاهري، فقيه شافعي، مفسر، له تصانيف، منها (تفسير السراج المنير، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ومغني المحتاج في شرح منهاج الطالبين)، توفي سنة 977هـ (ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، ج8، ص384، والأعلام: الزركلي، ج6، ص6).
- 4) **الشرييني: مغني المحتاج**، ج2، ص212.
- 5) **علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي: بيروت، 1982م، ج6، ص79، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص305، ومحمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام: شرح فتح القدير، دار الفكر: بيروت، ط (3) 1415هـ، ج6، ص154، وبرهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني: متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح: القاهرة، ص126، وعثمان بن علي الزيلعي الحنفي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1313هـ، ج3، ص313، والشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر: بيروت، 1411هـ- 1991م، ج2، ص301، وعبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني: اللباب في شرح الكتاب، تح: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي: بيروت، ص194.
- 6) **السيواسي**: هم محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، السيواسي، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، من علماء الحنفية، إمام علامة، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه، ولد بالإسكندرية سنة 790هـ، ونبغ في القاهرة، كان معظماً عند الملوك وأرباب الدولة، من كتبه (فتح القدير في شرح الهداية، والتحرير في أصول الفقه، والمسيرة في العقائد المنجية في الآخرة)، توفي بالقاهرة سنة 861هـ، (ابن العماد: شذرات الذهب، ج7، ص297، وعمر كحالة: معجم المؤلفين، ج10، ص264).
- 7) **السيواسي: شرح فتح القدير**، ج6، ص154.
- 8) **الشيخ نظام: الفتاوى الهندية**، ج2، ص301.
- 9) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة 103، ص26.
- 10) **القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م**، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 54.
- 11) **القانون المدني اليمني رقم 22**، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 138.

والإيجاب هو: أول كلام يصدر من أحد العاقدين؛ لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف.

والقبول هو: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد<sup>(1)</sup>. ويكون التعاقد بالألفاظ؛ لأن اللفظ هو الأصل في كشف قصد العاقدين وبيان رغبتهما، وما صدر ابتداء من الطرف الأول يسمى إيجاباً، وما صدر ثانياً من الطرف الثاني موجهاً إلى الطرف

الأستاذ الدكتور  
عبد القادر للعطوم الإسلامية

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة 102، ص26.

الأول يسمى قبولاً. وبيان ذلك كأن يقول رجل لآخر: شاركتك في كذا وكذا، ويقول الآخر: قبلت<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: ما يتم به العقد:**

(أ) - يتم العقد بصيغة الماضي، قال الكاساني<sup>(2)</sup>: (الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي، وقد يكون بصيغة الحال، أما بصيغة الماضي فيتم الركن)<sup>(3)</sup>.

وليس للإيجاب أو القبول لفظ معين، بل إن كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول انعقدت حينها الشركة، إلا أن بعض الألفاظ منها ما هو صريح مثل: شاركتك، فيقول: قبلت.

(ب) - ويجوز التعاقد بالكتابة، ويجوز التعبير عن الإرادة بالإشارة إذا كانت صادرة من الأخرس<sup>(4)</sup>، ويرى المالكية جواز انعقاد العقد بالإشارة ولو من غير الأخرس إذا كانت مفهومه<sup>(5)</sup>.

وقد بينت المادة (60) من القانون المدني الجزائري ما يصح به التعبير عن الإرادة فجاء فيها: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً...)<sup>(6)</sup>.

والأمر ذاته نراه في المادة (148) من القانون المدني اليمني حيث نصت على أن: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المفهومة، والمتداولة عرفاً...)<sup>(1)</sup>.

(ج) - التعاقد بالفعل؛ لقيامه مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على التراضي.

جاء في درر الحكام: ( ... إذا أو جب أحد بقوله لآخر: شاركتك بكذا درهماً للأخذ والإعطاء وقبل الآخر بقوله قبلت، فيما أهما إيجاب وقبول لفظاً فتنعقد الشركة، وإذا أعطى أحد

1 ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص305، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص358.

2 الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، نسبة إلى كاسان مدينة في أول بلاد تركستان وراء نهر سيحون، ويسمى (الكاشاني)، ملك العلماء، فقيه أصولي، مصنف بدائع الصنائع وهو من أجل كتب الحنفية، توفي في حلب سنة 587هـ ودفن داخل مقام إبراهيم الخليل، (محمد اللكوني: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص53، وعمر كحالة: معجم المؤلفين، ج3، ص75).

3 الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص133.

4 علي حيدر: درر الحكام، ج1، ص62، والمطيعي: تكملة المجموع، ج9، ص171، وعليش: منح الجليل، ج6، ص251.

5 الخطاب: مواهب الجليل، ج6، ص14، وأحمد الدردير: الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1415هـ، ج2، ص153.

6 القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 60.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 148.



ألف درهم لآخر وقال له: ضع أنت ألف درهم عليها، واشتر مالا، وفعل الآخر مثل ما قال له، فتنعقد الشركة؛ لكونه قبل معنى<sup>(1)</sup>.

**والراجح:** أن العقد يتم وينعقد بكل ما يدلّ عليه، لفظاً، أو كتابة، أو إشارة مفهومة، أو فعلاً ومعاطاة، أو حتى عرفاً.

قال **الدسوقي**<sup>(1)</sup>: (والحاصل أنها تلزم بكل ما دل عليه عرفاً، سواء كان قولاً فقط كاشتراكنا، أو فعلاً فقط كخلط المالين، والأولى إذا اجتمعاً)<sup>(2)</sup>.

وقال **ابن نجيم**<sup>(3)</sup>: (لأنها عقد من العقود، فينعقد بما يدل عليه، ولهذا لو دفع ألفاً إلى رجل وقال: اخرج مثلها، واشتر، وما كان من ربح فهو بيننا، وقبل الآخر وأخذها وفعل، انعقدت الشركة)<sup>(4)</sup>.

### البند الثاني: العاقدان

**العاقدان:** هما طرفا العقد اللذان لا يتم انعقاده إلا بهما، ولا بد أن يكون كل من العاقدين ممن يتوفر فيه أهلية الأداء، وذلك بأن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه. **ويُقصد بأهلية العاقدين:** (أن يكون كلٌّ منهما متمتعاً بالصفات التي تسوغ له شرعاً مباشرة العقد)<sup>(5)</sup>.

#### والأهلية نوعان:

**1- أهلية أداء:** وهي: صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً<sup>(6)</sup>.

**2- أهلية وجوب:** وهي: صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه معاً، أو له، أو عليه<sup>(7)</sup>.

ولابد من توفر صفات معينة في كل من العاقدين؛ لأن توفر تلك الصفات يكسب المتعاقد أهلية مباشرة العقد، ومن هذه الصفات:

**(1) - البلوغ:** إن أهلية الأداء تصبح كاملة إذا وصل الصبي إلى مرحلة يفترض فيها أنه قد استكمل عقله، وهذه المرحلة تسمى البلوغ.

1) علي حيدر: درر الحكام، ج1، ص358.

- 1) **الدسوقي:** هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من فقهاء المالكية، ولد في دسوق من قرى مصر، وقدم القاهرة وتعلم في ها، أحد المدرسين في الأزهر، ، من مؤلفاته: (الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، وحاشية على مغني اللبيب لابن هشام الانصاري في النحو، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل)، توفي سنة 1230هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج8، ص292، والزركلي: الأعلام، ج6، ص17).
- 2) **الدسوقي:** حاشية الدسوقي، ج3، ص348.
- 3) **ابن نجيم:** هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري، الشهير بابن نجيم اسم بعض أجداده، الفقيه الحنفي، ختام المحققين، فقيه أصولي، له تصانيف، منها: (الأشباه والنظائر، والبحر الرائق في شرح كنز الدقائق، وفتح الغفار في شرح المنار)، توفي سنة 970هـ، (ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ج8، ص358).
- 4) زين الدين ابن نجيم الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة: بيروت، ج5، ص181.
- 5) **الموسى:** شركات الأشخاص، ص65.
- 6) **وهبة الزحيلي:** الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2964.
- 7) **وزارة الأوقاف:** الموسوعة الكويتية، ج7، ص152.

- وهناك علامات يعرف بها البلوغ، اتفق الفقهاء عليها، وهي: والاحتلام، وإنزال المني، والإنبات عند المالكية والشافعية والحنابلة، وتختص الأنثى بالحيض، والحمل<sup>(1)</sup>.

قال الكاساني: (البلوغ في الغلام يُعرف بالاحتلام، والإحبال، والإنزال، وفي الجارية يعرف بالحيض، والاحتلام، والحَبَل)<sup>(2)</sup>.

وقال ابن عبد البر<sup>(3)</sup>: (وحد البلوغ عند مالك رحمه الله في الرجال الاحتلام، أو الإنبات، أو يأتي عليه من الزمان ما يعلم أنه لا يبلغه إلا محتملاً، وحد البلوغ في النساء الحيض، أو الاحتلام أيضاً، أو الإنبات، أو الحمل)<sup>(4)</sup>.

وقال الماوردي: (والبلوغ يكون بخمسة أشياء، ثلاثة منها يشترك فيها الرجال والنساء، وهي: الاحتلام، والإنبات، والسنن، وشيئان منها يختص بهما النساء دون الرجال، وهما: الحيض، والحمل)<sup>(5)</sup>.

وقال الزركشي<sup>(6)</sup>: (ويعرف البلوغ بواحد من ثلاثة أشياء: الاحتلام، .. وإنبات الشعر الخشن حول القبل، .. وبلوغ خمس عشرة سنة، .. وهذه العلامات يشترك فيها الذكر والأنثى، وتزيد

الأنثى بالحيض والحمل)<sup>(7)</sup>.

- وقد اختلف الفقهاء في تحديد السنِّ المعتمد للبلوغ على النحو التالي:

(أ) - ذهب الحنفية أن بلوغ الذكر يكون بإتمامه ثماني عشرة سنة، وبلوغ الأنثى يكون بإتمامها سبع عشرة سنة<sup>(8)</sup>.

قال ابن نجيم: (وبلوغ الغلام بالاحتلام، والاحبال، والإنزال، وإلا فحتى يتم ثمانية عشر سنة، والجارية بالاحتلام، أو الحيض، أو الحَبَل، وإلا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة)<sup>(1)</sup>.

(ب) - والمشهور عند المالكية إتمام ثماني عشرة سنة حداً لبلوغ الذكر والأنثى<sup>(2)</sup>.

قال الصاوي<sup>(3)</sup> في بلغة السالك: (... أو بلوغ السن ثماني عشرة سنة)<sup>(4)</sup>.

(ج) - اتفق الشافعية والحنابلة على تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة في الذكر والأنثى<sup>(5)</sup>؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: (عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال، وأنا ابن

أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني)<sup>(6)</sup>.

- 1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 8، ص 96، والكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 171، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 5، ص 61، وعلي بن الحسين بن محمد السعدي: النتف في الفتاوى، تح: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان: الأردن، ومؤسسة الرسالة: بيروت، 1404هـ-1984م، ج 1، ص 113، 1) ومالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني: المدونة الكبرى، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية: بيروت، ج 4، ص 492، والقرافي: الذخيرة، ج 12، ص 140، ويوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي أبو عمر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تح: محمد بن محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة: الرياض، ط (2) 1400هـ-1980م، ج 1، ص 331، وأحمد بن محمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تح: محمد عبدالسلام شاهين، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1415هـ-1995م، ج 3، ص 255، والعبدي المؤاقت: التاج والإكليل، ج 5، ص 59، والخطاب: مواهب الجليل، ج 6، ص 634، وعليش: منح الجليل، ج 6، ص 88، وعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي: التلقين في الفقه المالكي، تح: محمد بو خبزة الحسني، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1425هـ-2004م، ج 2، ص 168، والماوردي: الحاوي، ج 6، ص 343، ومحمد الشريبي الخطيب: الإقناع في حل ألفاظ أبي شعجاع، تح: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر: بيروت، 1415هـ، ج 2، ص 302، والمطيعي: تكملة المجموع، ج 15، ص 464، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص 551، والزركشي: شرح الزركشي، ج 3، ص 210، وعبدالقادر بن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني: نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تح: محمد سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح: الكويت، ط (1) 1403هـ-1983م، ج 1، ص 399، وأحمد الحراني: شرح العمدة، ص 47.
- 2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 171.
- 3) ابن عبد البر: هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري، الأندلسي، القرطبي، المالكي، الإمام العلامة، حافظ المغرب، شيخ الاسلام، صاحب التصانيف الفائقة، والتي منها: (كتاب الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار، والدرر في اختصار المغازي والسير، والاستيعاب، وجامع بيان العلم وفضله و بهجة المجالس وأنس المجالس) ولد سنة 368هـ، وتوفي سنة 463هـ، (الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 18، ص 153، والذهبي: تذكرة الحفاظ، ج 3، ص 217، وابن فرحون: الديباج المذهب، ج 2، ص 367).
- 4) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 1، ص 331.
- 5) الماوردي: الحاوي، ج 6، ص 343.
- 6) الزركشي: هو شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، المصري، الحنبلي، الشيخ الإمام العلامة، كان إماماً في المذهب، فقيه، له تصانيف مفيدة أشهرها شرح الخرقى لم يسبق إلى مثله، توفي بالقاهرة سنة 772هـ، (ابن العماد: شذرات الذهب، ج 6، ص 224، وعمر كحالة: معجم المؤلفين، ج 10، ص 239).
- 7) محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تح: عبدالمنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية: بيروت، 1423هـ-2002م، ج 3، ص 210.
- 8) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 6، ص 96، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 3، ص 68، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص 166، والزيلعي: تبيين الحقائق، ج 5، ص 203.

- (1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص96.
- (2) القرابي: الذخيرة، ج12، ص140، والنفرواني: الفواكه الدواني، ج1، ص181، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج1، ص333، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص255، ومحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده: مصر، ط (4) 1395هـ-1975م، ج2، ص405.
- (3) الصاوي: أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي، فقيه مالكي، نسبته إلى (صاء الحجر) في إقليم الغربية، بمصر. ولد سنة 1175هـ، من مصنفاته: (حاشية على تفسير الجلالين، وبلغة السالك لأقرب المسالك في فروع الفقه المالكي، والفرائد السننية شرح همزية البوصيري)، توفي بالمدينة المنورة سنة 1242هـ. (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج2، ص111، والزركلي: الأعلام، ج1، ص246).
- (4) الصاوي: بلغة السالك، ج3، ص255.
- (5) محمد بن إدريس الشافعي: الأم، دار المعرفة: بيروت، ط (2) 1393هـ، ج3، ص191، والماوردي: الحاوي، ج2، ص314، وابن قدامة: المغني، ج4، ص551، والزركشي: شرح الزركشي، ج3، ص210، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص443، وابن عثيمين: الشرح الممتع، ج9، ص296.
- (6) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان، برقم2664، ج3، ص177، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب سن البلوغ، برقم1868، ج3، ص1490، واللفظ لمسلم.

(2) - **الرشد:** وهو صلاح الشخص في دينه وماله<sup>(1)</sup>.

وجاء في المادة (59) من القانون المدني اليمني ما نصه: (الرشد هو حسن التصرف في المال...)<sup>(2)</sup>.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: (لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني، فإذا تحقق كونه رشيداً تدفع إليه أمواله حيث<sup>(3)</sup>)، وذلك عملاً بالآية الكريمة: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾<sup>(4)</sup>.

فمن بلغ سفيهاً<sup>(5)</sup> فإنه لا يصح منه عقد الشركة، غير أن أبا حنيفة يرى أنه يحجر عليه إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين من العمر؛ لأن منعه من التصرف وتسلم أمواله من باب التأديب له، وبعد بلوغه هذه المرحلة من العمر لا يجدي فيه التأديب؛ لأنه قد صلح أن يكون جداً.

قال ابن نجيم: (.. فإن بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة...)<sup>(6)</sup>. وخالف أبا حنيفة أصحابه فقالوا: لا يصح منه عقد الشركة حتى يتبين منه الرشد؛ لأنه سفيه فيحجر عليه كما لو لم يبلغ خمساً وعشرين سنة؛ لأن العلة التي حُجر عليه من أجلها هي السفه وهي موجودة<sup>(7)</sup>.

قال الكاساني: (... وإن بلغ سفيهاً مفسداً مبذراً، فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بالإجماع، فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع إليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعند صاحباه - لا يدفع إليه ما دام سفيهاً...)<sup>(8)</sup>.

وقد عرّفت المادة (63) من القانون المدني اليمني السفه بقولها: (السفه تبذير المال على خلاف ما يقضي به العقل والشرع، ويأخذ السفه حكم الصبي المميز من وقت الحكم عليه بالحجر)<sup>(9)</sup>.

ويعتبر السفه ناقص الأهلية حتى وإن بلغ سن الرشد، وهذا ما نصت عليه المادة (43) من القانون المدني الجزائري: (... وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون)<sup>(10)</sup>.

(3) - **العقل:** يعتبر العقل هو مناط التكليف، وركن أساسي من أركان الأهلية، فإذا انعدم من الإنسان أو نقص فإن تصرفاته لا يعتد بها.

ويشترط في من يباشر عقد الشركة أن يكون عاقلاً، فإذا باشر العقد غير عاقل فإن تصرفه لا يعتبر، ولا قيمة له، وغير العاقل كالصبي غير المميز، والمعتوه<sup>(11)</sup>، والمجنون جنوناً مطبقاً<sup>(12)</sup>، لا تعتبر أهليتهم.

وبناءً على ذلك فإن فقدان العقل، أو نقصانه لدى أحد الشركاء يؤدي إلى انعدام العقد وبطلانه، لانعدام الأهلية، التي هي من أحد أركان العقد.

(4)- الحرية: ويقصد بالحرية أن يكون كل من الشريكين حراً ليس بمملوك؛ لأن العبد لا يستقل بتصرفاته إلا بإذن سيده، وبما أنه مملوك فلا يستطيع أن يملك لذلك، ونرى أن بعض

- 1) مصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج8، ص259.
- 2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 59.
- 3) مجلة الأحكام العدلية، المادة (981)، ص190.
- 4) سورة النساء: الآية (6).
- 5) السفية هو: الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويذر في مصارفه، ويضيع أمواله، ويتلفها بالإسراف ... (مجلة الأحكام العدلية، المادة (946)، ص185).
- 6) ابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص91.
- 7) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص149، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص166، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص443، وأبو بكر الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الفكر: بيروت، ط (2)، ج3، ص7.
- 8) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص170.
- 9) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 63.
- 10) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 43.
- 11) المعنوه هو: الذي اختل شعوره، بأن كان فهمه قليلاً، وكلامه مختلطاً، وتدييره فاسداً، (مجلة الأحكام العدلية، المادة (945)، ص185).
- 12) المجنون المطبق هو: الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته، (مجلة الأحكام العدلية، المادة (944)، ص185).

الفقهاء قد اشتروا في الشركة أن يكون العاقد حراً؛ لأن الرق يجعله ناقص الأهلية، فلا تصح عندهم الشركة بين رقيقين، ولا بين رقيق وحر<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث: المعقود عليه

**المعقود عليه:** يقصد به ما تعتقد عليه الشركة من مال وعمل، ويسمى بمحل العقد، أو المعقود عليه.

والفقهاء متفقون على أنه يجوز أن يكون رأس مال الشركة من الدراهم أو الدينار؛ لأنها قيم الأموال وأثمان البيوع، والناس يتعاملون بهما من زمن الرسول ﷺ إلى الآن من غير أن ينكر أحد<sup>(2)</sup>.

ويدخل في حكم النقدين من الذهب والفضة كل نقد مسكوك لا يتعين بالتعيين كالفلوس التي لا يزال التعامل بها بين الناس جارياً؛ وذلك لجريان التعامل بها، كما أنه لا يؤثر اختلاف النقود ما

---

(1) الزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص247.

(2) ابن قدامة: المغني، ج5، ص18، والخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص123.



دامت قيمتها واحدة أو معروفة متعينة كالريالات اليمينية مع الدولارات أو الدينانير الجزائرية وغيرها<sup>(1)</sup>.

ولا بد أن يكون رأس مال الشركة موجوداً، فلا يجوز أن يكون ديناً ولا مالاً غائباً؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه لتحصيل مقصود الشركة وهو الربح، حيث لا يؤمن أداء الدين وحضور المال الغائب عند الحاجة إليه، وكذلك الحكم بالنسبة للمضاربة<sup>(2)</sup>، ولو كان الدين في ذمة المضارب.

وقد يكون محل الشركة غير الأثمان، فقد يكون عروضاً أو عملاً، وقد اختلف الفقهاء في جواز أن يكون رأس مال الشركة من العروض، فمنع ذلك الحنفية، والحنابلة في رواية، والظاهرية<sup>(3)</sup>.

قال الكاساني: (... لأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة؛ لأن رأس المال من الدينانير والدراهم عند القسمة عينها فلا يؤدي إلى جهالة

---

1) الموسى: شركات الأشخاص، ص71، والبريكي: شركات الأشخاص، ص91.  
2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص199، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص60، والدردير: الشرح الصغير، ج3، ص685، وشهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة: حاشية عميرة، تح: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر: بيروت، 1419هـ-1998م، ج2، ص418، وابن قدامة: المغني، ج5، ص73، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص303، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص239، والبهوتي: الروض المربع، ص259.

3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص198، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص59، وابن قدامة: المغني، ج5، ص16، وعلي بن أحمد بن حزم الظاهري: المحلى، تح: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة: بيروت، ج8، ص124.

الربح؛ ولأن النبي ﷺ نهي عن ربح ما لم يضمن، والشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن... (1).

- وفرق الشافعية فقالوا: أن العروض لا تخلو من أن تكون مثلية أو قيمية، فإن كانت مثلية كالحبوب والأدهان، فإنها تصح أن تكون رأس مال للشركة، أما إذا كانت قيمية كالحيوان والثياب، فلا يصح أن تكون رأس مال الشركة (2).

- وذهب المالكية، والأوزعي (3)، والحنابلة في رواية، إلى أنه يصح أن يكون رأس مال الشركة من العروض مطلقاً سواءً كانت مثلية أو قيمية، وتعتبر قيمة العروض يوم الاشتراك (4).

وجاء في التلقين: (ويجوز أن يكون رأس المال فيها عيناً وعرضاً، وتنعقد على قيمته دون ثمنه، كان العرض مما يتميز عينه كالرقيق، والحيوان أو مما لا يتميز عينه كالحنطة، والشعير) (5).  
ويجوز أن يكون رأس مال الشركة عملاً، سواءً كانت الشركة قائمة على المال والعمل معاً، كما في شركة الأموال، حيث يدفع كل شريك نصيبه في الشركة، ويعمل فيها الشركاء جميعاً، أو يعمل فيها بعضهم (6).

وقد تكون الشركة قائمة على المال من جانب والعمل من جانب آخر؛ وذلك في شركة المضاربة حيث يكون المال من رب المال والعمل على المضارب، وهذا جائز بالإجماع (7).  
وقد تكون الشركة قائمة على العمل من الشركاء دون الاشتراك بالأموال، وهذا القسم يشمل نوعين من الشركات هما: شركة الأبدان وشركة الوجوه (8).

### الفرع الثاني: أركان الشركة في التشريعين الجزائري واليميني.

بالنظر في القانون نجد أن فقهاء القانون قد قسموا أركان الشركة إلى أركان عامة، وأركان خاصة شكلية، وإذا تحققت هذه الأركان فإن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية الاعتبارية، وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا الفرع والذي سيقسم إلى ثلاثة بنود، وذلك على النحو الآتي:

#### البند الأول: الأركان العامة للشركة في التشريعين الجزائري واليميني.

والأركان الموضوعية العامة هي:

الرضا والمحل والسبب، الأهلية (9).

وستتكلّم عن هذه الأركان العامة على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: الرضا.

- 1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص59.
- 2) الشريبي: الإقناع، ج2، ص317، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص65، والرلسي: حاشية عميره، ج2، ص418، وأحمد بن محمد بن أحمد الضبي: اللباب في الفقه الشافعي، تح: عبدالكريم بن صنيان العمري، دار البخاري: المدينة المنورة، ط (1) 1416هـ، ج1، ص244، ومحمد بن محمد الغزالي أبو حامد: الوسيط في المذهب، تح: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام: القاهرة، 1417هـ، ج3، ص261.
- 3) الأوزاعي: هو عبدالرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي الدمشقي، أبو عمرو الحافظ شيخ الإسلام، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، ولد بعلبك وربي يتيماً، قال ابن حبان: هو أحد أئمة الدنيا فقهاً، وعلماً، وورعاً، وعباداً، وحفظاً، وفضلاً، وضبطاً مع زهادة، توفي ببيروت مرابطاً سنة 157هـ، (الذهبي: تذكرة الحفاظ، ج1، ص178، وإبراهيم بن علي الشيرازي: طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي: بيروت، ط (1) 1970م، ص76).
- 4) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص124، والنفرواني: الفواكه الدواني، ج3، ص186، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص78، والقزالي: الذخيرة، ج8، ص21، والدردير: الشرح الصغير، ج3، ص459، ومحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي: الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تح: عبدالله بن عبدالحسن التركي، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (1) 1424هـ-2003م، ج7، ص84، وابن مفلح برهان الدين أبي اسحاق إبراهيم بن محمد: المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب: الرياض، 1423هـ-2003م، ج4، ص269، وعبدالسلام بن عبدالله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف: الرياض، ط (2) 1404هـ-1984م، ج1، ص353.
- 5) عبدالوهاب الثعلبي: التلقين في الفقه المالكي، ج2، ص163.
- 6) بهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص240.
- 7) ابن المنذر: الإجماع، ص33، وعبدالله بن محمود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة: بيروت، ط (3) 1975م، ج3، ص19.
- 8) بهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص241.
- 9) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص128، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص31، والحمصي: الشركات المساهمة، ص21، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، لبنان، ط (3) 2008م، ج1، ص74، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص43، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص23 وما بعدها.

الرضا: هو الرغبة في فعل الشيء والميل إليه، وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين التي تتمثل في الإيجاب، أو العرض الصادر من الطرف الأول، وبالقبول الصادر عن الطرف الثاني. وعرفت المادة (147) من القانون المدني اليمني التراضي بأنه: (التراضي هو تعبير كل من طرفي العقد عن إرادته وأن تكون الإرادتان متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)<sup>(1)</sup>.

ويجب أن ينصّب الرضا على شروط العقد جميعها، كرأس المال، وموضوعها، ومركزها، وكيفية إدارتها، ويعتبر ركناً جوهرياً لعقد الشركة، فإذا انتفى لدى أحد الشركاء أو بعضهم، اعتبرت باطلة، ويجب أن يكون رضا الشريك صحيحاً، ونعني بصحة الرضا خلوه من العيوب.

**وعيوب الإرادة:** هي الأمور التي تحدث خللاً في الإرادة، أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد. وتسمى قانوناً عيوب الرضا. وهي ثلاثة أنواع رئيسية: الإكراه، الغلط، التدليس، ويختلف

---

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 147.

تأثيرها على العقد، فقد تجعله باطلاً، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف، والتدليس<sup>(1)</sup>.

**أولاً: الإكراه:** وهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه. وجاء في المادة (175) من القانون المدني اليمني أن الإكراه هو: (حمل القادر غيره على ما لا يرضاه قولاً، أو فعلاً، بحيث لو خلي ونفسه لما باشره،...)<sup>(2)</sup>. وينقسم الإكراه إلى قسمين:

1- **الإكراه الملجئ أو التام:** هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، بأن يهدده بالقتل، أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو، أو تلف جميع المال، وهذا النوع من الإكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار. وقد بينت المادة (175) من القانون المدني اليمني بم يكون التهديد في الإكراه بقولها: (... ويكون بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو، أو بإيذاء جسيم، أو بالتهديد بما يمس العرض، أو الشرف، أو بإتلاف مال)<sup>(3)</sup>.

2- **الإكراه الناقص أو غير الملجئ:** هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو، كالتهديد بالضرب اليسير، أو بالحبس، أو بإتلاف بعض المال، أو بإلحاق الظلم، كمنع الترقية، أو إنزال درجة الوظيفة، وهذا النوع من الإكراه يعدم الرضا، لكنه لا يفسد الاختيار<sup>(4)</sup>.

**ثانياً: التدليس:** هو إغراء العاقد وخديعته؛ ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك، ويكون باستعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد، لحمله على التعاقد<sup>(1)</sup>. والتدليس كثيراً ما يحدث في المعاملات، وقد يلجأ إليه المؤسسون لحمل غيرهم على الاشتراك في الشركة، ولكنه لا يبطل العقد إلا إذا كان صادراً من أحد المتعاقدين على متعاقد آخر، أو كان صادراً عن الغير، بشرط إثبات أن المتعاقد كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به،

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص128، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص31، والحمصي: الشركات المساهمة، ص21، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص74، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص43، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3063.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 175.

3) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 175.

4) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3064.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

1) محمد كامل ملش: الشركات التجارية، دار الكتاب العربي: القاهرة، 1950م، ص23، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3069.

وكان التدليس هو السبب الذي دفع المتعاقد المدّلس عليه للاشتراك في الشركة، ومما تجدر الإشارة إليه أن الإكراه نادر الوقوع في عقد الشركة، أما التدليس فكثير الحدوث، ويلجأ إليه المؤسسون لحمل غيرهم على الاشتراك في الشركة<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الغلط:

والغلط هو: (حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، بحيث لو تبينها المتعاقد لما أقدم على التعاقد).

والغلط الجوهرى هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع في الغلط، سواءً في ذلك أن يقع الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث<sup>(2)</sup>.

وقد اشترط المشرع لصحة عقد الشركة باعتباره عملاً إرادياً أن يتم برضا الشركاء بحيث تلتقي إرادتهما في عقد صحيح بإيجاب وقبول معتبرين، وأن تكون الإرادتان متطابقتين فيما يتصل بموضوع الشركة، وشكلها القانوني، وشروطها، وحصص كل شريك في رأس مالها، وإدارتها، وعنوانها، ومقرها الرئيسي، وفروعها، وكيفية توزيع الأرباح أو الخسائر الناشئة عنها، وبيان الأسباب التي تؤدي إلى حلها وتصفيتها، وكل ما يتصل بعقد الشركة من عناصر جوهرية، وتكون لازمة لاستقرارها وتدعيم بقائها.

ورضا الشركاء المعتبر قانوناً يشترط فيه أن يصدر عن إرادة حرة سليمة خالية من العيوب المعدمة أو المفسدة للرضا<sup>(3)</sup>، فإذا انعدم رضا أحد الشركاء كانت الشركة باطلة بطلاً مطلقاً<sup>(4)</sup>.

### الفقرة الثانية: المحلّ.

**المحل هو:** المشروع التجاري أو الصناعي المحدد في عقد تأسيس الشركة، ويشكل النشاط الاقتصادي الذي تقوم به.

- ويجب أن يكون محل الشركة ممكناً، ومشروعاً، ومعيناً، تعييناً ينفي الجهالة - أي يكون محددًا وواضحاً- كما يجب أن يكون محل الشركة جائزاً قانونياً للشريك، فإذا ما وجد مانع

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 129.

2) الموسى: شركات الأشخاص، ص 82.

3) الجدير بالذكر أن الإكراه أمر نادر الحدوث في الشركات أياً كان نوعها أو شكلها.

4) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 31.

قانوني أو مادي يحول دون ذلك فإن الشركة تكون باطلة، ولا يصح أن يكون محل الشركة نفوذاً سياسياً، أو تجارياً؛ لأنه قد يساء استعماله إلى حد الاستغلال<sup>(1)</sup>.

وقد نصت المادة (185) من القانون المدني اليمني على الشروط الواجب توافرها في محل العقد بقولها: (يشترط في محل العقد (المعقود عليه) ما يأتي:

1- أن يكون قابلاً لأحكام العقد شرعاً.

2- أن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقد إلا المسلم فيه أو ما في الذمة.

3- أن يكون معلوماً.

4- أن يكون مقدوراً على تسليمه أو القيام به<sup>(2)</sup>.

- كما يشترط في المحل أن يكون مشروعاً، وألا يكون مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة، تأكيداً لهذا الأمر نصت المادة (93) من القانون المدني الجزائري على المحل بقولها: (إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته، أو مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً)<sup>(3)</sup>.

وقد جاء في المادة (186) من القانون المدني اليمني ما نصه: (لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً، ولا فعل محرم شرعاً أو مخالف للنظام العام، أو الآداب العامة اللذين لا يخالفان أصول الشريعة الإسلامية)<sup>(4)</sup>.

#### الفقرة الثالثة: السبب.

السبب: هو الدافع الذي جعل الشريك يعقد الالتزام، وهو رغبة كل شريك في تحقيق الأرباح، وسبب قيام الشركة يتمثل في استثمار محلها وهو المشروع الاقتصادي الذي تأسست الشركة لاستغلاله، وبالتالي يجب أن يكون مشروعاً في الشرع والقانون، وموافقاً للنظام العام، والآداب

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص130، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص32، والحمصي: الشركات المساهمة، ص23، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص87، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص43، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، دار الفكر العربي: القاهرة، 1989م، ص51.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 185.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 93.

4) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 186.



العامة، وإلا كان باطلاً، وهذا ما نصت عليه المادة (97) من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام، أو للآداب، كان العقد باطلاً<sup>(1)</sup>).

ولهذا تعتبر الشركة باطلة إذا كانت تتعامل بسبب غير مشروع كالشركات التي تقرض بالربا الفاحش، أو تتعامل بالمخدرات؛ وذلك لمخالفتها للنظام العام، والآداب العامة<sup>(2)</sup>.  
وقد نصت المادة (194) من القانون المدني اليمني على أنه: (يلزم أن يكون في العقد نفع جائز شرعاً لعاقديه)<sup>(3)</sup>.

وكما هو معلوم إن محل الشركة يختلف عن سببها، فمحل الشركة هو النشاط الاقتصادي الذي قامت الشركة من أجل تحقيقه والذي يعجز كل شريك عن تحقيقه بمفرده، وأما سبب الشركة فهو يتمثل في أنجاز محلها بغية تحقيق الأرباح، واقتسامها فيما بين الشركاء عن طريق القيام بمشروع مالي، واستغلال فرع من فروع النشاط التجاري أو الصناعي.

وبالتالي فإن السبب الذي حمل الشركاء على تأسيس الشركة هو ما اتجهت إليه إراداتهم، ودفع بهم إلى تأسيس الشركة، وهو الحصول على الربح الناتج عن استغلال مشروع الشركة، وهذا في حد ذاته أمر مشروع<sup>(4)</sup>.

#### الفقرة الرابعة: الأهلية.

الأهلية هي: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه، والأهلية نوعان:-

(1)- أهلية وجوب: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، أو وجوبها عليه.

(2)- أهلية أداء: وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً، وهي ترادف المسؤولية<sup>(5)</sup>.

وقد نصت المادة (49) من القانون المدني اليمني على الأهلية بنوعيتها حيث جاء فيها:  
(الأهلية نوعان:

1- أهلية وجوب للحقوق الشرعية للشخص وعليه تثبت له منذ ولادته.

2- أهلية أداء بمقتضاها يباشر الإنسان حقوقه المدنية...)<sup>(6)</sup>.

وبالتأمل في القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري يعتبر الأهلية أمراً مهماً، حيث أنه لا يكفي وجود الرضا للقول بصحة عقد الشركة، بل ينبغي أيضاً أن يكون هذا الرضا صادراً عن

ذي أهلية، فالأهلية تمنح للشخص حق التصرف والالتزام، فإذا بلغ المتعاقد سن الرشد وهو سليم العقل لم يحجر عليه كان أهلاً لإبرام عقد الشركة، أما إذا تبين أنه مجنون فيكون عقد الشركة باطلاً بالنسبة إليه.

ويؤهل القاصر للتجارة إذا ما تحققت ثمة شروط نصت عليها المادة (5) من القانون التجاري الجزائري وهي كما يلي:

- يجب أن يرشد القاصر.
- يجب أن يكون قد اكتمل الثامنة عشر من عمره.
- يجب أن يؤذن له بالإتجار إما من قبل أبيه أو أمه وذلك في حالة وفاة الأب أو غيابه.
- يجب أن يقدم الإذن الكتابي بالإتجار مرفقاً بطلب تسجيل في السجل التجاري وذلك حماية لمصلحة من يتعامل مع القاصر<sup>(7)</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع اليمني والذي يرى في الأصل أن إبرام عقد الشركة من التصرفات القانونية التي ينشأ عنه مجموعة من الالتزامات على كل طرف من أطرافه، ومن ثم يجب أن يتوفر لكل شريك فيها الأهلية العامة للتصرف، وهي بلوغ الشخص خمس عشرة سنة كاملة، إذا بلغها متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها. وهذا ما نصت عليه المادة (50) من القانون المدني اليمني: (سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية، رشيداً في تصرفاته، يكون كامل الأهلية لمباشرة

- 
- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 97.
  - 2) أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، دار الكتاب العربي: القاهرة، 1989م، ص 52.
  - 3) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 194.
  - 4) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 131، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 33، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص 92، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص 52.
  - 5) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 2961.
  - 6) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 49.
  - 7) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 130.

حقوقه المدنية والتصرف فيها، ويجوز أن تشترط القوانين الخاصة سنأ أعلى يحق للشخص بموجبها ممارسة أية حقوق أخرى، أو التمتع بها<sup>(1)</sup>.

غير أن هذا الأصل ورد عليه استثناء يتصل بالشركات التجارية بحسب نوع الشركة، فالشريك المتضامن في شركة التضامن أو التوصية بنوعها يجب أن تتوافر فيه إضافة إلى أهلية التصرف، أهلية الالتزام، والأهلية اللازمة لمباشرة التجارة، وهذا ما نصت عليه المادة (23) من القانون التجاري اليمني والتي تنص على أنه: (كل يممي بلغ الثامنة عشرة ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها، يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة)<sup>(2)</sup>، وجاء

---

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 50.

2) القانون التجاري اليمني رقم 32 والصادر في 12 إبريل 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، المادة 23.

في المادة (28) من قانون الشركات التجاري اليمني أنه: (لا يجوز أن يكون شريكاً متضامناً من كانت سنه دون الثامنة عشرة...<sup>(1)</sup>).

وحفاظاً على استقرار المشروعات التجارية فلا يجوز للقاصر أن يشترك في تأسيس شركة تجارية حتى لا تتعرض للإبطال بناءً على طلبه، ومن باب أولى لا يصح إشراك عديم الأهلية، وإلا كانت الشركة باطلة بطلاناً مطلقاً<sup>(2)</sup>.

## البند الثاني: الأركان الخاصة والشكلية للشركة في التشريعين الجزائري

### واليمني.

بعد أن بينا الأركان العامة للشركة في التشريعين الجزائري واليمني، نذكر في هذا البند الأركان الخاصة والشكلية في التشريعين ذاتهما، على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: الأركان الخاصة للشركة في التشريعين الجزائري واليمني.

والأركان الخاصة للشركة في التشريعين أربعة وهي:

- 1- تعدد الشركاء.
- 2- نية المشاركة.
- 3- تقديم الحصص.
- 4- مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر<sup>(1)</sup>.

### أولاً: تعدد الشركاء:

لابد لانعقاد عقد الشركة من توفر أطراف العقد، وأقل ما يمكن ذلك به اثنان، وهو ما نصت عليه المادة (416) من القانون المدني الجزائري، وتضمنته الفقرة 1 من المادة (4) من القانون التجاري اليمني.

حيث اعتبر المشرع الجزائري أن من الشروط اللازمة لانعقاد عقد الشركة أن تتكون من شخصان أو أكثر كما هو واضح من تعريف الشركة في المادة (416) من القانون المدني

---

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، المادة 28.

2) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص34.

الجزائري: (يشترك به شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر) فالحد الأدنى شخصين، لأنه لا يمكن إنشاء عقد بغير هذا العدد، فالعقد التتقاء أكثر من إرادة، وهذا الأمر يطبق في جميع الشركات أياً كان نوعها، ويختلف عدد الشركاء في التشريع الجزائري باختلاف أشكال الشركات، ففي شركة المساهمة تشترط المادة (592) من القانون التجاري الجزائري أن لا يكون عدد الشركاء أقل من سبعة، أما في الشركات ذات المسؤولية المحدودة فنصت المادة (590) على أنه لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء عشرين شريكاً.

أما بالنسبة لشركة التوصية بالأسهم فتشترط المادة (715) أن لا يقل عدد الشركاء الموصين فيها عن ثلاثة، أما بالنسبة لشركة التضامن فلم ينص القانون التجاري الجزائري على عدد الشركاء وعلى ذلك يجب أن لا يقل عدد الشركاء عن اثنين<sup>(2)</sup>.

وفي الوقت ذاته نرى أن المشرع اليمني يرى أن التعدد أمر ضروري في كافة العقود، ومع ذلك حرص المشروع اليمني على ذكره في جانب الشركة؛ لأمرين هامين يتصلان بوحدة الذمة المالية للشركة كمشروع رأس مالي، وحماية الأوساط الاقتصادية من الشركات الوهمية.

حيث أن تعدد الشركاء فكرة لا تقتضيها طبيعة الشركة العقدية فحسب، بل يتطلبها موقف المشرع القائم على مبدأ وحدة الذمة المالية - ومقتضاها جعل جميع أموال الشخص محلاً لضمان دائنيه<sup>(3)</sup>.

وإذا كان الحد الأدنى لعدد الشركاء في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تقل عن اثنين، فإن المشرع اليمني اشترط لشركة المساهمة ألا يقل عدد الشركاء المساهمين فيها عن خمسة من قانون الشركات التجارية اليمني، ولا يقل عن ستة شركاء في شركة التوصية بالأسهم أحدهم شريك متضامن، وفي شركات المساهمة التي تزاوّل أعمال التأمين لا يجوز أن يقل عدد الشركاء فيها عن عشرة أشخاص.

ويلاحظ أن المشرع اليمني لم يضع حداً أقصى لعدد الشركاء، سوى في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث لا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها على ثلاثين شريكاً، حيث ورد في المادة

---

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص131، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص35، والحمصي: الشركات المساهمة، ص23، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص94، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص44، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص35.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص131.

3) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص36.

(242) من قانون الشركات التجارية اليمني أنه: (لا يجوز أن يقل عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن شريكين وأن لا يزيد على ثلاثين شريكاً<sup>(1)</sup>). ويجوز أن يكون الشريك طبيعياً أو معنوياً، فليس هناك ما يمنع من أن تشترك شركة تضامن في تأسيس شركة مساهمة أو العكس.

#### ثانياً: نية المشاركة:

وهو عنصر نفسي، ويعتبر قصد إرادي يجب أن يقوم في نفوس الشركاء، ويعرف بأنه: قيام رغبة الشركاء وأهداف إرادتهم، إلى التعاون الإيجابي؛ لتحقيق الربح، وذلك على أساس من المساواة بينهم<sup>(2)</sup>.

وقد اعتبر المشرع الجزائري نية الاشتراك ركن من الأركان الأساسية لعقد الشركة، بحيث من غير الممكن أن ينعقد العقد من دونه بل هو الركن الأول الواجب توافره قبل تقديم الحصص، وتقتضي نية الاشتراك أن تنصرف إرادة جميع الشركاء إلى التعاون الإيجابي فيما بينهم على قدم المساواة من أجل استغلال مشروع الشركة وتحقيق أهدافها.

إلا أن نية الاشتراك تختلف باختلاف نوع الشركة، حيث تكون أكثر ظهوراً في شركات الأشخاص بالتحديد في شركة التضامن التي تسود فيها الفكرة التعاقدية المبنية على الثقة المتبادلة والتعاون الإيجابي بين الشركاء من أجل تحقيق غرض الشركة<sup>(1)</sup>.

ونية المشاركة ليست سوى (الرغبة في الاتحاد وقبول المخاطر)، ويتجسد ذلك في الاستعداد النفسي التام والصادق لدى جميع الشركاء بتحمل مغارم المشروع تماماً كالاستفادة من المغانم، ويلزم فوق ذلك ضرورة توافر هذا الموقف من تاريخ قيام الشركة إلى وقت حلها وتصنيفها. إذاً فنية المشاركة هي التعاون القائم بين الشركاء على تقديم الحصص، وتوظيفها بمعرفتهم أو تحت إشرافهم؛ لاستغلال مشروع الشركة، وتحمل نتائج المشروع رجحاً أو خسارة<sup>(2)</sup>.

#### ثالثاً: تقديم الحصص:

إن التزام كل شريك بتقديم حصته في رأس مال الشركة، أمر تقتضيه طبيعة المشاركة، وفضلاً عن أنه ينبى عن توفر نية المساهمة في أرباح الشركة أو خسائرها، فإنه العنصر اللازم لقيام الشركة

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة242.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص135، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص53، والحمصي: الشركات المساهمة، ص26، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص143.

وتحقيق غرضها، ومن ثم لا يعتبر في نظر القانون شريكاً من لا يساهم بحصة في رأس مال الشركة حتى ولو قرر له العقد شيئاً من الربح، كالشريك في ما يعرف (بشركات الواجهة) لإضفاء المشروعية عليها<sup>(3)</sup>، ولا يشترط كذلك أن يكون مساهمة كل الشركاء متساوية في الكم أو في الطبيعة، ومحمل القول إن الحصة قد تكون مالياً، والمال قد يكون ذات طبيعة نقدية، أو عينية،

المجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

(1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص136.

(2) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص52-54.

(3) أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص32.



عقاراً أو منقولاً - مادياً أو معنوياً، أو تكون حصة الشريك عملاً يتصل بغرض الشركة، على النحو التالي:

1- **الحصة النقدية:** جرت العادة غالباً أن تكون حصص الشركاء مبلغاً نقدياً يقدم فوراً عند التأسيس، أو في الميعاد المتفق عليه، أو كما يحدده عقد الشركة، أو نظامها الأساسي، ومتى حددت مساهمة الشريك في الشركة ومواعيد الوفاء بها، تعين عليه الالتزام بذلك.

2- **الحصة العينية:** التزام الشريك في المساهمة برأس مال الشركة قد لا يكون مبلغاً نقدياً، بل حصة عينية، سواءً كانت عقاراً أم منقولاً، والمنقول قد يكون مادياً كالbضائع الآلات، أو معنوياً كبراءة اختراع، أو محلاً تجارياً، أو علامة تجارية، أو رسماً أو نماذج صناعية، أو حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية، التي تكون محلاً للمبادلات التجارية.

3- **الحصة بالعمل:** ويجوز للشريك أن يقدم عمله كحصة في الشركة دون أن يساهم بحصة نقدية أو عينية، ويجب أن يكون العمل المقدم من قبل الشريك ذات أهمية واضحة في نجاح الشركة، وليس من الأعمال التافهة التي تؤدي من قبل أي شخص، وإذا قدم مثل هذا العمل فلا يكون صاحبه شريكاً إنما أجيراً أو عاملاً؛ ولذلك يشترط أن يكون العمل المقدم من الأعمال الفنية، كعمل المدير والمهندس وكالخبرة الفنية والتجارية.

والعمل المعتبر حصة في الشركة هو: العمل الفني الذي يتصل بنشاط الشركة، ويشترط فيه أن يكون عملاً جدياً، وفتياً منتجاً بحيث يمكن اعتباره أحد العناصر الأساسية التي تعتمد عليها الشركة في مشروعها الاقتصادي، كالإدارة الماهرة في شركات الخدمات، أو الخبرة العريقة في تسويق المنتجات وتصريفها، أو الابتكارات الصناعية والمتميزة التي تقوم الشركة باستثمارها.

ومتى قدم الشريك حصته عملاً في الشركة، وجب عليه أن يسخر قدراته العلمية، ومعارفه الفنية، وخبراته التجارية، ووقته المتفق عليه لمصلحة الشركة وفقاً لشروط العقد، وينبغي عليه أن يقدم ذلك العمل للشركة بصورة مستمرة ومنظمة<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر:

لا يكفي قصد الاشتراك لوحده لانعقاد عقد الشركة، أو تعدد أطرافه وتقديم الحصص، بل لا بد إضافة على ذلك أن تتوافر رغبة الشركاء في تحقيق الربح عن طريق استغلال المشروع لاقتسامه، وقابلية كل شريك في تحمل نصيب من الخسائر التي قد تنجر عن استغلال المشروع.

وعامل الربح هو الذي يميز الشخص التجاري عن الشخص المدني؛ لأن عنصر الربح هو المحرك للشركة والباعث لقيامها والدافع لنشاطها.



- ونجد أن المشرع اليميني يرى أن هذا الركن يتمثل في علاقة المساواة أمام النتائج المحتملة لمشروع الشركة، في اقتسام الأرباح أو الخسائر، وعلى ذلك فكل ما يخلّ بهذه المساواة يؤدي إلى بطلان عقد الشركة، كأثر لتخلف نية المشاركة.

وعليه: فإن الاتفاق على حرمان أحد الشركاء من الربح، أو إعفائه من الخسارة غير جائز؛ لأن ذلك يخل بتوازن المصالح المشتركة<sup>(2)</sup>.

ويرى القانون أن توزيع الربح وتحمل الخسارة يكونان على ما شرط العاقدان بناءً على أنه يرى أن الرضا هو شريعة المتعاقدين.

وهو في مسألة الربح يتفق مع بعض الفقهاء، واعترض البعض الآخر وقالوا بأن اقتسام الأرباح يكون بناءً على مقدار رأس المال في الشركة، كما أن تحمل الخسائر يكون كذلك.

ويخالف القانون الشريعة الإسلامية في تحمل الخسائر؛ لأن الشريعة الإسلامية تجعل الخسارة بحسب نصيب الشريك في رأس المال، والقانون يرى أنها بحسب الشرط والاتفاق.

والذي يترجح من ذلك هو جواز أن يكون الربح على ما شرط العاقدان، ووجوب أن تكون الخسارة على مقدار رأس المال.

ولا يخفى فساد ما ذهب إليه القانون من جعل الخسارة على ما شرط العاقدان كالربح؛ لأن الربح يختلف عن الخسارة من حيث كونه هو الأصل المقصود من الشركة بخلاف الخسارة، وكذلك

كيف يتحمل الشريك زيادة على نصيبه في رأس المال في الخسارة، وهذا فيه جور بهذا الشريك<sup>(3)</sup>.

**الفقرة الثانية: الأركان الشكلية للشركة في التشريعين الجزائري واليميني.**

**أولاً: الكتابة:**

اعتبر المشرع كتابة عقد الشركة ركناً شكلياً، فلا تصح الشركة بدون الكتابة، ويعتبر العقد غير المكتوب باطلاً فيما عدا شركة المحاصة، فقد نصت المادة (10) من قانون الشركات التجارية

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص132-135، وحمود شمسان: الشركات التجارية، 37-52،

والحمصي: الشركات المساهمة، ص24، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص94-117.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص138، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص55، والحمصي:

الشركات المساهمة، ص25، وإلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص130.

3) البريكي: شركات الأشخاص، ص112، والموسى: شركات الأشخاص، ص96.

اليمني بقولها: (يجب إثبات جميع الشركات التجارية باستثناء شركات المحاصصة بعقد مكتوب...<sup>(1)</sup>).

وكذلك نصت الفقرة 1 من المادة (418) القانون المدني الجزائري تحت عنوان أركان الشركة: (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد)<sup>(2)</sup>، ويؤخذ من

---

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، المادة 10.

2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 418.

هذا النص أن الكتابة شرط لانعقاد عقد الشركة سواء كانت هذه الشركة تجارية أم مدنية ومهما كان رأس مالها، بمعنى أن الكتابة أصبحت ركناً من أركان العقد لا تنعقد الشركة من دونه. وبما أن الكتابة لازمة لوجود العقد فهي بالضرورة لازمة لإثباته<sup>(1)</sup>.

كذلك اشترط المشرع اليمني الكتابة وهذا ما نراه واضحاً، في نص الفقرة 1 من المادة (17) من قانون الشركات التجارية اليمني على أنه: (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً إما على وثيقة عادية أو رسمية موثقة لدى جهة رسمية...<sup>(1)</sup>).

ويفهم من هذا النص وجوب كتابة عقد الشركة على نحو ما اشترطه القانون وإلا كانت باطلة ، ويكون باطلاً كذلك كل تعديل يدخل على عقد الشركة دون أن يفرغ في الشكل المكتوب. والكتابة هنا ليست للإثبات فحسب، بل هي ركن لصحة قيام الشركة من الناحية القانونية، وتكون الكتابة واجبة في كل الشركات مهما كان قيمة رأس مالها.

#### الحكمة من اشتراط الكتابة:

- 1- الكتابة وسيلة قانونية سهلة للإثبات.
- 2- الكتابة تمنح الشركاء فرصة للتفكير.
- 3- الكتابة وسيلة ضرورية لشهر الشركة.
- 4- الكتابة مرجعية هامة لحسم النزاع.
- 5- الكتابة وسيلة ضرورية لتحقيق الرقابة.
- 6- الكتابة وسيلة هامة لاستظهار نية المشاركة<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: إشهار عقد الشركة:

لا بد أن تخضع الشركات التجارية لإجراءات الإشهار المنصوص عليها في القانون، ويعتبر إشهار عقد الشركة أمر لازم للاحتجاج بشخصيتها القانونية على الغير.

وقد نصت المادة (548) من القانون التجاري الجزائري على أنه: (يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة)<sup>(3)</sup>.

وبناءً على هذه المادة يجب إشهار الشركات التجارية ليعلم بها الغير، والكتابة هي الخطوة الأولى في سبيل الإشهار، كما أوجب المشرع إشهار أي تعديل يطرأ على العقد التأسيسي للشركة

(1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص144.

ورتب على تخلف هذا الإجراء الجوهري جزءاً قاسياً يتمثل في بطلان الشركة ومن ثم يجوز لأبي شريك طلب تصفيتها بسبب عدم قانونيتها<sup>(4)</sup>.

وكما هو معلوم أن الشركة التجارية مشروع اقتصادي يرتبط بعلاقات قانونية متعددة مع الغير، وهذا الأخير قد يهيمه قبل الدخول في معاملات التجارية مع الشركة أن يكون على علم بكافة الشروط والأحكام الجوهرية للشركة، والذي يحقق ذلك هو الإعلان عن الشركة بقيدها في السجل التجاري، وإيداع عقدها الأصلي لدى إدارة الشركات.

وليس ذلك فحسب، بل إن لإشهار الشركة وظائف أخرى، تتمثل في تمتع الشركة للحماية القانونية التي يقرها القانون للشركات المشروعة، ومن ثم حماية كل حقوقها المادية والمعنوية، سواءً على المستوى المحلي أم الدولي، كما أن للإشهار وظيفة تخطيطية وأخرى رقابية، ولعل أبرز الوظائف القانونية للإشهار تتمثل في تمكين الشركاء من الاحتجاج بشخصية الشركة في مواجهة الغير وإعلانه بهذا الكائن القانوني الوليد.

وفي هذا الصدد نرى أن المادة (20) من قانون الشركات التجارية اليمني قد نصت على أنه: (يجب أن يسجل عقد تأسيس شركة التضامن وأي تعديلات تطرأ عليه، في سجل الشركات التضامنية بمراكز المحافظات، وتحفظ نسخة من العقد وأي تعديلات عليه لدى إدارة الشركات وأن

---

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 1، المادة 17.

2) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص62 وما بعدها.

3) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 548.

4) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص145.

يشهر في السجل التجاري في مركز المحافظة التي يكون فيها المركز الرئيسي للشركة، خلال شهر من تاريخ تسجيل عقد تأسيس الشركة أو تعديله<sup>(1)</sup>.

وهذا النص يوضح أن إجراءات الإشهار تتمثل في أمرين اثنين:

**الأول:** تسجيل عقد الشركة وكل ما يطرأ عليه من تعديل خلال المدة القانونية المحددة قانوناً لدى إدارة السجل التجاري.

**الثاني:** إيداع نسخة من العقد وتعديلاته لدى إدارة الشركات التجارية خلال نفس المدة، وكل إجراء لا يغني عن الآخر.

ويشترط أن يوقع مدير الشركة والشركاء على التعديلات لتمام إجراءات شهرها<sup>(2)</sup>، أما الفقهاء المسلمون فيرون أن كتابة عقد الشركة مستحب، لما فيه من التوثيق والاحتياط وحسم المنازعات والشقاق بين الشركاء<sup>(3)</sup>.

#### الفقرة الثالثة: الشخصية الاعتبارية الشركة.

يقصد بالشخصية المعنوية للشركة، أو الشخصية الاعتبارية: الاعتراف بمنح الشركة الأهلية؛ لاكتساب الحقوق، وتحمل الموجبات، بالاستقلال عن شخصية كل شريك من شركائها، فهي تتمتع بذمة مالية خاصة، متميزة عن ذمم أعضائها<sup>(4)</sup>.

وقيل أن الشخصية المعنوية هي: الأهلية القانونية المعترف بها لجماعة من الأشخاص؛ لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، على غرار الأهلية المعترف بها للشخص الطبيعي أو الإنسان<sup>(5)</sup>.

وقد اعتبر المشرعين الجزائري واليميني الشركات التجارية من الشخصيات الاعتبارية، فقد نصت

المادة (49) من القانون المدني الجزائري بقولها: (الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية، البلدية،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- الشركات المدنية والتجارية،
- الجمعيات والمؤسسات،
- الوقف،

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية<sup>(6)</sup>.

كما نصت المادة (87) من القانون المدني اليميني على الشخصيات المعنوية أو الاعتبارية

بقولها: (الأشخاص الاعتباريون هم:-

- 1- الدولة، والمحافظات، والمدن، والمديريات، بالشروط التي يحددها القانون والوزارات، والمصالح، وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.
- 2- الهيئات التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.
- 3- الأوقاف.
- 4- الشركات التجارية والمدنية.
- 5- الجمعيات، والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام الجمعيات، والمؤسسات المبينة في هذا القانون.
- 6- كل مجموعة من الأشخاص، أو الأموال التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى القانون<sup>(7)</sup>.

وقد اهتم الفقهاء بالشركات وبيان أحكامها، وفصلوا القول في ذلك وبينوه أتم بيان، إلا أنهم مع ذلك لم يجعلوا للشركة وجوداً مستقلاً عن وجود أعضائها، ولا يرون أن لها ذمة خاصة غير ذمم الشركاء، فلم يقولوا بوجود شخصية معنوية للشركة على الاصطلاح المعروف حديثاً؛ لأن الشركات الموجودة كانت قائمة على الاعتبار الشخصي أكثر، إذ لم يكن يشترك فيها أكثر من عدة أفراد يعدون على الأصابع يتعاونون على القيام بأعمالها وإدارة شئونها<sup>(8)</sup>.

أما في الوقت الحاضر فإن الشركات قد ازدهرت، وتطورت، وتنوعت إلى أنواع كثيرة؛ نتيجة لقيام المصانع والمشاريع العمرانية الكبيرة، وتطورت الأحوال الاقتصادية مما أدى إلى عجز الفرد أو الأفراد المعينين عن القيام بتمويلها، وتنفيذها على الوجه المناسب، وهذا الأمر لا تستطيعه إلا

- 
- 1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة 20.
  - 2) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص66-67.
  - 3) البريكي: شركات الأشخاص، ص114، والموسى: شركات الأشخاص، ص98.
  - 4) إلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص236.
  - 5) الحمصي: الشركات المساهمة، ص39.
  - 6) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 49.
  - 7) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 87.
  - 8) الموسى: شركات الأشخاص، ص113، والبريكي: شركات الأشخاص، ص128.

الدولة، أو اشتراك مجموعات كبيرة مما يوفر الأموال والخبرة اللازمة لذلك. واقتضى الأمر إيجاد مدير للشركة يتكلم باسمها ويطالب بحقوقها وتنفيذ التزاماتها؛ لعدم إمكان قيام الشركاء جميعاً بذلك؛ ونتيجة لذلك قال القانونيون بوجود شخصية معنوية للشركة<sup>(1)</sup>. وتكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بمجرد تأسيسها، غير أنه لا يحتج بها إلا بعد استكمال إجراءات إشهارها، وهذا ما نصت عليه المادة (417) من القانون المدني الجزائري بقولها:

الأمر عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

(1) الموسى: شركات الأشخاص، ص114.

(تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي نص عليها القانون...)(1).

وهو الأمر ذاته الذي نصت عليه المادة (622) من القانون المدني اليمني بقولها: (تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر وفقاً لما تنص عليه القوانين النافذة...)(2).

وقد رتب المشرع عدة نتائج على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية قرب فيها بين الشركة والشخص الطبيعي، حيث استلزم أن يكون للشركة اسماً وموطناً وأهلية، وأن تكتسب الشركة جنسية دولة معينة.

فقد ذكرت المادة (50) من القانون المدني الجزائري حقوق الشخص المعنوي أو الاعتباري بما نصه: (يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون. يكون لها خصوصاً:

- ذمة مالية،
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها، أو التي يقرها القانون،
- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،
- الشركات التي يكون مركز إدارتها في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر،
- نائب يعبر عن إرادتها،
- حق التقاضي)(3).

وكذلك نجد أن المادة (88) من القانون المدني اليمني قد أوردت حقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري، أو المعنوي بقولها: (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان الطبيعية فيكون له:-

- 1- ذمة مالية مستقلة.
- 2- أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون.
- 3- حق التقاضي.
- 4- موطن مستقل طبقاً لما هو مبين في قانون المرافعات.
- 5- نائب يعبر عن إرادته ويمثله في التقاضي وغيره)(4).



- 
- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 417.
- 2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 622.
- 3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 50.
- 4) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 88.

وبناءً عليه فإن الشخصية المعنوية للشركة تثبت بمجرد تكوينها، وباستيفاء الإجراءات تثبت لها شخصيتها الاعتبارية كاملة فيكون لها ذمة مالية مستقلة.

### الفرع الثالث: مقارنة أركان الشركة بين الفقه والقانون:

بالنظر في أركان الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني يتبين الآتي:

1- أن للشركة في الفقه الإسلامي أربعة أركان إجمالاً وهي: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه (محل العقد)، بينما نجد أو أركان الشركة في التشريعين الجزائري واليميني قد قسمت إلى أركان عامة، وخاصة، وشكلية.

2- أن ما ذكره المشرع الجزائري واليميني من تفصيل لأركان الشركة يدخل غالباً فيما أجمله الفقهاء من أركان فمثلاً:

- نصّ التشريعين الجزائري واليميني على أن الرضا والأهلية من الأركان العامة للشركة، واعتبر تعدد الشركاء من الأركان الخاصة، في حين أن هذه الأركان الفقه الإسلامي تندرج تحت ركن "العاقدين" حيث اشترط الفقه الإسلامي فيهما التعدد، والأهلية، والرضا، وانتفاء الموانع من إكراه وغرر وتدليس... الخ.
- اعتبر المشرع الجزائري واليميني أن من الأركان الخاصة للشركة تقديم الحصص من قبل الشركاء، والمساهمة في الأرباح والخسائر، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالمعقود عليه، أو محل العقد.

3- انفرد التشريعين الجزائري واليميني بالأركان الشكلية للشركة والتي هي الكتابة، وإشهار عقد الشركة في الجهات المختصة، في حين نرى أن الفقه الإسلامي لم يشترط ذلك حيث جعل الكتابة أمر مندوب إليه، بينما لم يتطرق إلى الإشهار من أساسه.

4- اعتبر التشريعين الجزائري واليميني بأن الشركة تكتسب الشخصية الاعتبارية أو المعنوية، وأن لها الأهلية في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وأنها تتمتع بذمة مالية خاصة مستقلة عن ذمة كل شريك، في حين أن الفقه الإسلامي لم يعتبر ذلك بل جعل الأهلية والذمة المالية للشركاء دون غيرهم.

### المبحث الثالث: أقسام الشركة.

تنقسم الشركة في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أقسام، في حين نرى أن التشريعين الجزائري واليميني قد قسما الشركات إلى قسمين، يندرج في كل قسم عدة أنواع من الشركات، نبينها في هذا المبحث من خلال الآتي:

## المطلب الأول: أقسام الشركة في الفقه الإسلامي:

تنقسم الشركة بمعناها العام عند جمهور الفقهاء إلى نوعين هما: شركة الملك، وشركة العقد<sup>(1)</sup>. وبعض الفقهاء عدّ اشتراك الناس في الأشياء العامة نوعاً ثالثاً من الشركة، وتسمى: بشركة الإباحة<sup>(2)</sup>.

ويحتج الذين لا يرون أن شركة الإباحة من أقسام الشركات بأنها ليست مستوفية لأركان وشروط الشركة، كما أن الشركة إنما تكون بالاشتراك بالأعيان أو الأموال، وليست شركة الإباحة كذلك<sup>(3)</sup>.

ومما سبق يتضح أن الشركة بمعناها العام تنقسم إلى ثلاثة أقسام: شركة ملك، وشركة عقد، وشركة إباحة.

### الفرع الأول: شركة الملك.

سبق أن ذكرنا أن جمهور الفقهاء قسموا الشركات إلى قسمين: شركة ملك، وشركة عقد، تشملهما الأدلة السابقة، وأن بعض الفقهاء أضاف نوعاً ثالثاً وهو: شركة الإباحة، وسنبداً بذكر شركة الملك، والعقد؛ لاتفاق الفقهاء عليهما، ثم نتحدث عن شركة الإباحة، ونورد الأدلة على اعتبارها.

وقد تعددت تعاريف الفقهاء لشركة الملك، وسنورد هذه التعاريف حسب المذاهب الفقهية، وذلك على النحو الآتي:

#### • تعريف الحنفية:

عرّف الحنفية شركة الملك بقولهم: (هي أن يملك اثنان عيناً إرثاً، أو شراءً) - أو اختلاطاً-<sup>(4)</sup>، وقيل: (أن يملك متعدد عيناً، أو ديناً)<sup>(5)</sup>.

- شرح التعريف: "أن يملك اثنان" أو أكثر عيناً كان أو ديناً، بسبب من أسباب الملك، - من غير عقد الشركة<sup>(6)</sup> - ، وذلك كالشراء، والهبة، وقبول الوصية، وغير ذلك<sup>(7)</sup>، أو اختلاط النصيبين بفعالهما، أو بغيره.

وقوله: "عيناً" كثوب ودار ونحوهما.

1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص179، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص56، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص301، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص194، والزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص313، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص299، والنفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1184، والماوردي: الحاوي، ج6، ص472، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص275، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص211، وعميرة: حاشية عميرة، ج2، ص416، وابن قدامة: المغني، ج5، ص109، موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تح: عبداللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة: بيروت، ج2، ص252، والبهوتي: الروض المربع، ص259، والزركشي: شرح الزركشي، ج2، ص143، والرحياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص494.

2) السرخسي: المبسوط، ج23، ص331، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج6، ص440، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص6، وعلي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي: القاهرة، 1430هـ-2009م، ص7، وعبدالعزیز الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (4) 1994م، ج1، ص34.

3) الموسى: شركات الأشخاص، ص26.

4) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص180، والزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص313.

5) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص180، وشيخ زاده: مجمع الأنهر، ج2، ص543.

6) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص301.

7) ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج6، ص460.

وقوله: "إرثاً، أو شراءً" مثال لا قيد، فلا يقتصر عليهما، بل تكون شركة الملك فيما إذا ملكا هبة، أو صدقة، أو وصية، أو غير ذلك.

وعبارة: "أو اختلاطاً" كما إذا اختلط مالهما من غير صنع أحدهما، أو اختلط بمخلطهما خلطاً يمنع التمييز أو يتعسر كالحنطة مع الشعير.

وقوله: "متعدد" اثنان فأكثر.

وقوله: "أو ديناً" أي أن يكون لهما دين في ذمة آخر يشتركون فيه، فلو دفع المديون لأحدهما فلا آخر الرجوع بنصف ما أخذ.

### - وشركة الملك عند الحنفية نوعان:

(أ) - شركة جبر: وهي الشركة الحاصلة بغير فعل المشاركين، سواء كان ذلك بأحد أسباب التملك، كالإرث، أو غيرها، كاختلاط مال أحدهما بمال الآخر قهراً بحيث لا يمكن تمييزهما.

(ب) - شركة اختيار: وهي أن يجتمعا في ملك عين باختيارهما، كما إذا خلطا مالهما بالاختيار، أو اشتريا عيناً بالاشتراك<sup>(1)</sup>.

قال الكاساني: (وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، كأن يشتريا شيئاً، أو يوهب لهما، أو يوصى لهما، أو يتصدق عليهما فيقبلا، ... ونوع يثبت بغير فعلهما، كالميراث، فيكون الموروث بينهما شركة ملك)<sup>(2)</sup>.

وركن شركة الملك عند الحنفية هو: اجتماع النصيبين، وخلط الأموال بحيث يتعسر تمييز الحصص عن بعضها، فمتى اجتمع نصيب شخص مع آخر، تحققت شركة الملك<sup>(3)</sup>.

### • تعريف المالكية:

يعرف المالكية شركة الملك بأنها: (ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعداً من الاختلاط؛ لتحصيل الربح، وقد يحصل بغير قصد كالإرث)<sup>(4)</sup>.

شرح التعريف: أي أنه شركة الملك عبارة عن شيء يحدث بين اثنين أو أكثر من الاختلاط في نوع من التجارة، عيناً كان أو نقداً، ويكون ذلك باختيار الشريكين ورضاهما، وقد يحصل هذا الاشتراك بغير قصدهما كالإرث مثلاً.

### • تعريف الشافعية:

يعرف الشافعية شركة الملك بأنها: (ثبوت الحق لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ، أو حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوخ)<sup>(5)</sup>.

- شرح التعريف: والمراد بهذا التعريف أن شركة الملك عبارة عن تملك اثنان فأكثر شيئاً واحداً، وقد يكون ذلك قهراً عنهما، أي بغير فعلهما، كما لو ورثاه معاً، وقد يكون

- 
- 1) الزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص313، والشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج2، ص301، وزاده: مجمع الأنهر، ج2، ص542.
  - 2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص65.
  - 3) ابن نجيم: البحر الرائق، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص301، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص152، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص5، وزاده: مجمع الأنهر، ج2، ص542.
  - 4) الخطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج7، ص64.
  - 5) زكريا الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، ص369، والنوي: روضة الطالبين، ج4، ص275، وسليمان البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج3، ص444.

اختيارياً، أي بفعل منهما ورغبتهما، كأن يشتري شيئاً واحداً معاً، أو يقبل هبته لهما من أحد ونحو ذلك<sup>(1)</sup>.

وقولهم: "على الشيوع" أي لا على جهة التعيين.

#### • تعريف الحنابلة:

شركة الملك هي: (اجتماع في استحقاق)<sup>(2)</sup>.

- شرح التعريف: ويكون "اجتماع في استحقاق" كتبوت الملك في عقار أو منفعة لاثنين فأكثر.

وقوله: "اجتماع" أي اثنين فأكثر.

وقوله: "في استحقاق" مالي، بشراء، أو هبة، أو إرث، أو غير ذلك، وكل واحد في نصيب شريكه كالأجنبي، لا يجوز له التصرف إلا بإذنه، فإن تصرف ببيع، أو هبة، أو رهن نفذ في حصته<sup>(3)</sup>.

#### - تعريف المعاصرين:

- عرف وهبة الزحيلي شركة الملك بقوله: (هي أن يملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد الشركة)<sup>(4)</sup>.

- عرفتها الموسوعة الكويتية شركة الملك بما نصه: (هي أن يختص اثنان فصاعداً بشيء واحد ، أو ما هو في حكمه)<sup>(5)</sup>.

- جاء في موسوعة الفقه الإسلامي أن شركة الملك هي: (أن يشترك اثنان فأكثر في استحقاق مالي) كالاتشارك في تملك عقار، أو مصنع، أو سيارة ونحو ذلك<sup>(6)</sup>.

#### - مناقشة التعاريف:

بالنظر في التعاريف السابقة لشركة الملك نجد أنها متقاربة المعنى، وأنها في مجملها تفيد أن كل ما يحصل من تملك بين اثنين فأكثر على جهة الشيوع من غير عقد الشركة، فهو شركة ملك.

#### - التعريف المختار:

من خلال عرض التعاريف السابقة يتبين أن تعريف الحنابلة أن شركة الملك هي: "اجتماع في استحقاق" أقرب التعاريف للآتي:

- لأنه يشمل كل اجتماع في استحقاق مطلقاً، فيدخل في ذلك كل صور الملك بجميع أنواعها.

- 1) مصطفى الخن وآخرون: **الفقه المنهجي**، ج7، ص58.
- 2) المرادوي: **الإنصاف**، ص5، ص301، والبهوتي: **كشاف القناع**، ج3، ص496.
- 3) عبدالرحمن بن ناصر بن عبدالله بن حمد آل سعدي: **منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين**، دار الوطن: السعودية، ط (2) 1423هـ-2002م، ص160.
- 4) الزحيلي: **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج5، ص3877.
- 5) وزارة الأوقاف: **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج26، ص20.
- 6) التويجري: **موسوعة الفقه الإسلامي**، ج3، ص559.



- لكون عباراته مختصرة وقوية وتوحي بالمعنى منها بشكل مباشر، ولا تحتاج إلى توضيح أكثر.

### الفرع الثاني: شركة العقد.

وشركة العقد هي المعنى المقصود للشركة عند إطلاقها في كلام الفقهاء، فعندما يطلقون الشركة إنما يريدون بذلك شركة العقد.

وقد عرفها الفقهاء بتعريفات عدّة، نوردّها حسب المذاهب الفقهية كما يلي:

#### • تعريف الحنفية:

**التعريف الأول:** (هي عبارة عن عقد بين المشاركين في الأصل والربح)<sup>(1)</sup>.

- **شرح التعريف:** قوله: "عقد" إي اتفاق بين اثنين فأكثر باختيارهما، وخرج بذلك شركة الملك والإباحة.

وقوله: "في الأصل والربح" وهذا يتحقق في شركة الأموال (العنان والمفاوضة)، ولا يتحقق في المضاربة حيث يكون الاشتراك في الربح دون رأس المال.

**التعريف الثاني:** (عبارة عن عقد شركة بين اثنين أو أكثر، على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهما)<sup>(2)</sup>.

- **شرح التعريف:** قوله: "كون رأس المال والربح مشتركاً" خرجت المضاربة التي يكون فيها الربح مشترك، ورأس المال غير مشترك.

- ويتضح من هذين التعريفين أن شركة العقد تتحقق عن طريق توافق إرادة الشريكين أو الشركاء، والتعبير عن ذلك كأن يقول أحدهما للآخر: شاركتك في كذا وكذا، ويقبل الآخر؛ لأن الشركة عقد من العقود فلا بد من الإشارة إليه صراحة بالكلام، أو بما يقوم مقامه، ويقوم الاشتراك بينهما في رأس المال والربح، حيث يدفع كل منهما حصته في رأس المال، فتكون الأرباح بين المتشاركين بحسب نصيبهما في رأس المال أو ما يتفقان عليه، وأما الخسائر فتكون بحسب نصيب كل شريك في رأس المال.

#### • تعريف المالكية:

شركة العقد هي: (إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما)<sup>(1)</sup>.

1) زاده: مجمع الأنهر، ج 2، ص 542، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج 6، ص 459.

2) علي حيدر: درر الحكام، ج 3، ص 357.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

1) خليل الجندي: مختصر خليل، ص178، والخرشي: شرح مختصر خليل، ج6، ص38، والخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص64.

- شرح التعريف: قوله: "إذن" أي في التصرف وهذا يشمل الوكالة والقراض، ويكون الإذن لكل طرف من الشركاء، وتكون نتيجة هذا التصرف منهما أو من أحدهما لهما حسب الاتفاق.

وهذا التعريف يفيد أن كلاً من الشريكين يقوم بالعمل لنفسه، ولصاحبه في مال الآخر وهذا هو مقصود الإذن في التعريف، كما أنه لا يحق لأحدهما عدم تمكين الآخر من العمل معه في حصته من المال.

#### • تعريف الشافعية:

عرف الشافعية شركة العقد بأنها: (ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ، أو هي عقد يقتضي ذلك)<sup>(1)</sup>.

- شرح التعريف: والمراد بذلك أن شركة العقد هي عبارة عن عقد بأن يشترك اثنان فأكثر في شيء ويكون هذا الشيء غير معين بل على جهة الشيوخ.

قولهم: "على جهة الشيوخ" أي لا على جهة التعيين، كأن يملك اثنان فأكثر أرضاً، دون أن تُعَيَّن منها حصة كل واحد منهم، وهذا يعني أن كل واحد من الشركاء يثبت له الحق فيما اشترك فيه بموجب العقد، ثبوت مشاع غير معين.

#### • تعريف الحنابلة:

عرف الحنابلة شركة العقد بأنها: (اجتماع في تصرف من مبيع ونحوه)<sup>(2)</sup>.

- شرح التعريف: أي اجتماع اثنين فأكثر في تصرف ببيع وشراء وغيرها، بسبب الاختلاط بين أموال الشركاء.

قوله: "اجتماع" أي اثنان فأكثر.

وقوله: "في تصرف" بمعنى: أن يجتمع شخصان في شيء يشتركا فيه، ولا تثبت إلا بعقد بين المتعاقدين<sup>(3)</sup>.

#### تعريف المعاصرين:

- عرّف الخفيف شركة العقد بقوله: (عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال)<sup>(4)</sup>.

- 
- 1) زكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص369، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص252، والشريبي: الإقناع، ج2، ص316، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص275، والرلسي: حاشية عميرة، ج2، ص416.
  - 2) المرادوي: الإنصاف، ج5، ص301، وابن قدامة: المغني، ج5، ص109، والبهوتي: الروض المربع، ج1، ص259، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص496، والرحيبي: مطالب أولى النهي، ج2، ص494.
  - 3) ابن عثيمين: الشرح الممتع، ج9، ص399.
  - 4) الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص26.

- وعرفها الزحيلي بقوله: (هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال ورجحه)<sup>(1)</sup>.

- عرفت الموسوعة الكويتية شركة العقد بأنها: (عقد يثبت به حق شائع في شيء لمتعدد)<sup>(2)</sup>.  
- مناقشة التعاريف:

من خلال التعاريف السابقة نجد أن جمهور الفقهاء قالوا أن الشركة يجب أن تتضمن عقداً بين اثنين في أصل المال ورجحه كما هو معلوم.

أما المالكية فقد جعلوا الإذن في التصرف هو المعتبر في شركة العقد، ولم يذكروا ماهية العقد كبقية الفقهاء.

أما المعاصرين فنرى أن الخفيف توسع في تعريفه قليلاً، وهو ما يظهر في الشرط الثاني من تعريفه حيث أفرد شركة المضاربة ونصّ على ذلك صراحة، أما بقية التعاريف فإنها لا تكاد تخرج عن تعاريف جمهور الفقهاء في الحملة.

#### - التعريف المختار:

من خلال النظر في التعاريف السابقة نرى أن تعريف الحنفية لشركة العقد بأنها: "عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح" هو التعريف المختار للآتي:

- لعمومه، حيث أفاد أن شركة العقد تتم بالمشاركة في الأصل والربح مطلقاً.
- لنصه على أن الشركة عقد بين متشاركين، والعقد يعني وجود اتفاق مكتمل الأركان، وهذا ما لم تنص عليه التعاريف الأخرى.
- أن التعاريف التي أوردها بقية الفقهاء اقتصر على الاجتماع والتصرف كما عند الحنابلة، أو الاجتماع والإذن كما عند المالكية، ومعلوم أن شركة العقد أعم من كونها اجتماع في تصرف أو إذن من أحد الشركاء، بل هي عقد ملزم بين شريكين أو أكثر في الأصل والربح على ما ذهب إليه الحنفية.

### الفرع الثالث: شركة الإباحة.

#### أولاً: تعريف شركة الإباحة:

شركة الإباحة: هي كل الأموال التي لم تصل إليها يد الإنسان فتحرزها، فالانتفاع بها مشترك بين الجميع، ولا يختص به فرد دون آخر، إلا أن يحرزها إنسان فتصير ملكاً له.

قال الخفيف: (وتكون فيما أبيح للناس أن يشتركوا فيه جميعاً)<sup>(3)</sup>.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية تعريف لشركة الإباحة: (هي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ، والإحراز، للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد، كالماء)<sup>(4)</sup>.

شرح التعريف: قوله: "العامة" أي جميع الناس.

وقوله: "التملك" إي الحيازة، والمقصود بذلك كون الناس مشتركين في صلاحية التملك بحيازة السلطة التي تمكن صاحبها من مباشرة استعمال الشيء في جميع وجوه الانتفاع، ويتضح من التعريف أن عامة الناس لهم الحق في استعمال ما أبيح لهم الانتفاع به، والاستفادة منه. - وشركة الإباحة وإن لم تكن اشتراكاً في الأعيان والأموال، لكنها اشتراك في صلاحية الإحراز والتملك، فمن أحرز شيئاً من ذلك فهو أحق به، وهو ملك له دون من سواه، يمتلكه بجميع وجوه التملك.

وجاء في درر الحكام: (والفرق بين شركة الملك وشركة العقد، وبين شركة الإباحة ظاهر، وهو أن ما به الاشتراك في شركة الملك والعقد هو الأعيان والأموال، وأما ما به الاشتراك في شركة المباحة فهو صلاحية الإحراز والتملك)<sup>(5)</sup>.

ثانياً: أدلة مشروعيتها: يستدل القائلون باعتبار شركة الإباحة بأدلة منها:

(أ) - قال الله سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾<sup>(6)</sup>.

(ب) - قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا

مِنْهُ﴾<sup>(7)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن مؤدى الخلق والتسخير في الآيتين أن الناس جميعاً يشتركون في حق الاستفادة من خيرات الأرض والسماء، وأن لكل إنسان حظه من منافع الكون بحسب طاقته

1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3878.

2) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج26، ص33.

3) الحنيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص7.

4) مجلة الأحكام العدلية، ص203، المادة (1045).

5) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص6.

6) سورة البقرة: الآية (29).

7) سورة الجاثية: الآية (13).

ومقدار سعيه. كما أنه ورد في القرآن الكريم كثير من الآيات التي تفيد إباحة الأشياء في غير ما لا يمنعه الدليل أو يحظره العقل<sup>(1)</sup>.

(ج) - حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((ثلاث لا يمنعن: الماء والكلاء والنار))<sup>(2)</sup>.  
(د) - حديث أبي خراش<sup>(3)</sup> عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلاء والماء والنار))<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن هذين الحديثين يفيدان جواز اشتراك العامة في الأشياء الضرورية للحياة، والنص في الحديثين السابقين على أشياء معينة ليس للحصر، وإنما المراد به ما كان ضرورياً للحياة في البيئة العربية في هذا الوقت؛ ولذلك فإنه يضاف إليها ما يكون في حكمها.  
جاء في عمدة القاري: (المراد شركة إباحة لا شركة ملك، فمن سبق إلى أخذ شيء منه في وعاء، أو غيره، وأحزره فهو أحق به وهو ملكه دون سواه)<sup>(5)</sup>.

وقال ابن عابدين<sup>(6)</sup>: (... "والناس شركاء في ثلاث:...." أي شركة إباحة لا شركة ملك، فمن سبق إلى شيء من ذلك في وعاء أو غيره، وأحزره فهو أحق به دون سواه، .. وما لم يسبق إليه أحد فهو لجماعة المسلمين مباح ليس لأحد منع من أراد أخذه)<sup>(7)</sup>.

#### ثالثاً: أنواع المباحات التي يشترك فيها الناس:

تشمل شركة الإباحة ما يكون ضرورياً لحياة الجماعة الإنسانية، وكفالة الوجود لأفرادها، ومن ذلك:

أ- ماء البحار، والأنهار، والأودية، وماء العيون، والآبار في الأرض، التي لا يملكها أحد من الناس<sup>(8)</sup>.

قال السرخسي<sup>(9)</sup>: (.. كنهر فرات، ودجلة، والنيل، فإن الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس والهواء، ويستوي في ذلك المسلمون، وغيرهم، وليس لأحد أن يمنع أحداً)<sup>(10)</sup>.

ب- النبات رطباً كان أو يابساً، متى كان في الأرض المباحة والجبال التي لم يحرزها أحد<sup>(11)</sup>.  
جاء في المبسوط: (... وإذا كانت لرجل أرض فيها مراعي فأجر مراعيها، أو باعها كل سنة بشيء مسمى، ترعى فيها غنم مسماة، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن المقصود هو الكلاء، وهو على أصل شركة الإباحة لا اختصاص لصاحب المرعى به،...)<sup>(12)</sup>.

ج- المعادن التي توجد في باطن الأرض، سواء أكانت صلبة، أو سائلة، مثل الملح والكبريت، والقار، والنفط، والياقوت، وما شابه ذلك من الأمور ذات النفع العام، وهي وديعة الله في أرضه، فلا يختص بها إنسان دون آخر<sup>(13)</sup>.

قال ابن قدامة<sup>(14)</sup>: (... وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة، ينتابها الناس وينتفعون بها، كالملاح، والكبريت، والقيصر، والمومياء، والنفط، والكحل، والبرام،

(1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج1، ص251، والخصاص: أحكام القرآن، ج1، ص33، وابن العربي: أحكام القرآن، ج1، ص24.

(2) ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث، برقم 2473، ج2، ص826، وقال ابن الملقن: اسناده على شرط الشيخين، (البدل المنير، كتاب إحياء الموات، برقم 20، ج7، ص76).

(3) أبو خراش: هو حدرد بن أبي حدرد أبو خراش السلمي، ويقال الأسلمي، له صحبة، يُعد في المدنيين، روى عن النبي ﷺ في الهجرة (ابن حجر: تهذيب التهذيب، ج1، ص453).

(4) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في منع الماء، برقم 3477، ج3، ص278، ورواه ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث، برقم 2472، ج2، ص826، واللفظ لأبي داود، وصححه الألباني، (محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف: الرياض، ط (1) 1421هـ-2000م، باب الترغيب في إطعام الطعام وسقي الماء، برقم 966، ج1، ص234).

(5) محمود بن أحمد العيني الحنفي: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده: مصر، ط (1) 1394هـ، ج19، ص5.

(6) ابن عابدين: هو محمد بن أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الحسيني الدمشقي، فقيه الشام، وإمام الحنفية في عصره، من مصنفاته: (رد المحتار، ومنحة الخالق، والعقود الدرّية)، ولد بدمشق، وتوفي بها سنة 1252هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج9، ص77، والزركلي: الأعلام، ج6، ص42).

(7) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج6، ص440.

(8) عثمان الزيلعي: تبين الحقائق، ج4، ص48، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص279، وزاده: مجمع الأنهر، ج4، ص236، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص466.

(9) السرخسي: هو أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل. كان عالماً أصولياً مناظراً، من أئمة الحنفية، من كتبه: (المبسوط (طبع في ثلاثين جزءاً) أملاه في السجن من غير مطالعة ولا مراجعة تعليق، وشرح السير الكبير)، مات في حدود سنة 490هـ، وقيل سنة 500هـ، (زين الدين قاسم بن فطلويعا السودوي: تاج التراجم، تح: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم: دمشق، ط (1) 1413هـ-1992م، ج1، ص234).

(10) السرخسي: المبسوط، ج23، ص291.

(11) السرخسي: المبسوط، ج23، ص291، والزيلعي: تبين الحقائق، ج4، ص49.

(12) السرخسي: المبسوط، ج23، ص331.

(13) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص386، والرحيبي: مطالب أولي النهي، ج3، ص24، وابن قدامة: المغني، ج6، ص173.

(14) ابن قدامة: هو عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين: فقيه، من أكابر الحنابلة، ولد سنة 541هـ، وتوفي بدمشق سنة 620هـ، (زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد الشهير بابن



والياقوت، ومقاطع الطين، وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم<sup>(1)</sup>.

(د) - المرافق العامة: كالطرق، والجسور، والخزانات، والشوارع، والمساجد، ومناخ الإبل، ومرتكض الخيل، ودواوين الدولة، والمدارس العامة، والمستشفيات الحكومية، وغير ذلك مما يدخل الانتفاعات المشتركة لجماعة المسلمين، ويمنع اختصاص الفرد بحيازتها<sup>(2)</sup>.

### الفرع الرابع: طبيعة الشركة في الفقه الإسلامي

المتأمل في كتب الفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء لم يفرقوا بين الشركات المدنية، والشركات التجارية، ولم يتطرقوا إلى تقسيم الشركات إلى شركات أشخاص، وشركات أموال كما هو الحال في القانون، وأن الاصطلاح الفقهي للشركات يقضي أن أعمال الشركات تتناول التجارة، والتي هي

---

رجب الحنبلي: الذيل على طبقات الحنابلة، مطبعة السنة المحمدية: مصر، 1952م، ج2، ص133، وشذرات الذهب، ج5، ص88).

(1) ابن قدامة: المغني، ج6، ص173، وعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، تح: عبدالعظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط (1) 1428هـ-2007م، ج8، ص305.

(2) الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص369، وعبد القادر التغلبي: نيل المآرب، ج1، ص390.

في عرف الشريعة عبارة عن البيع، والشراء، والمبادلة؛ لاستجلاب الربح في أي عمل من الأعمال<sup>(1)</sup>.

ولما كانت الشركات في عُرف الفقهاء المتقدمين في واقع تكوينها محدودة من حيث عدد الشركاء فيها، وأصل رأس المال فيها، فإنها أقرب إلى شركات الأشخاص من كونها شركات أموال؛ للمسوغات الآتية:

1- لأن هذه الشركات قامت في أصلها على الاعتبار الشخصي للشركاء، بمعنى أن كل شريك يعتمد على وجود غيره من الشركاء معه في الشركة، فإذا جُنَّ أحدهما جنوناً مطبقاً، أو مات بطل عقد الشركة.

جاء في **تكملة المجموع**: (وإن جُنَّ أو أحدهما، أو أغمى عليهما أو على أحدهما بطل؛ لأنه بالجنون والاعغاء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف؛ ولهذا تثبت الولاية عليه في المال، فبطل العقد كما لو مات)<sup>(2)</sup>.

**وقال السيواسي**: (وإذا مات أحد الشريكين، أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة)<sup>(1)</sup>.

2- لكون هذه الشركات تتأثر بوجود الشريك فيها، أو بانسحابه منها، بمعنى أن انسحاب أحد الشركاء من الشركة يؤثر في بقاء الشركة، بل قد يؤدي ذلك إلى فسخها، كما نصّ على ذلك الفقهاء كونهم اعتبروا أن من أسباب انقضاء الشركة انسحاب أحد الشركاء منها.

**قال الماوردي**: (قال المزني رحمته الله: "ومتى فسخ أحدهما الشركة انفسخت، ولم يكن لصاحبه أن يشتري ولا يبيع حتى يقسما")<sup>(2)</sup>.

**وجاء في درر الحكام**: (إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، تنفسخ الشركة)<sup>(3)</sup>.

3- أن هذا النوع من الشركات يعتمد على الثقة المتبادلة بين الشركاء، حيث يقوم غالباً بين شخصين أو أكثر تجمعهم ابتداءً رابطة قرابة، أو صداقة، وإن وجد في بعض هذه الشركات المال كشركة الوجوه، فإن وجوده قائم على ثقة رب المال في أحد الشريكين أو كليهما، ثقة تجعله يعطيها المال أو السلعة بثمن مؤجل باعتبار شخصي بينهما.

**قال ابن قدامة**: (فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال...)<sup>(4)</sup>.

1) الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص 121.

2) المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 89.

- 
- 1) السيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص194.
  - 2) الماوردي: الحاوي، ج6، ص484.
  - 3) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387.
  - 4) ابن قدامة: المغني، ج5، ص121.

4- أن هذه الشركات عادة ما تنشأ من أجل استثمار مشاريع صغيرة أو متوسطة، وبالتالي فإنها لا تتطلب وجود رأس مال كبير، وإنما تقوم على الجانب الشخصي أكثر من قيامها على الجانب المالي؛ كونها تهدف إلى زيادة دخل أشخاص أو شركاء محدودي العدد والمال غالباً.

5- أن بعض هذه الشركات الفقهية ليست قائمة على المال أصلاً، بل تقوم على العمل والجهود الشخصي المحض، والذي يعتبر هو رأس مالها، كما في شركة الأعمال أو الأبدان مثلاً. قال السرخسي: (وتسمى ... شركة الصنائع لأن رأس مالهما صنعتها)<sup>(1)</sup>.

وجاء في الفتاوى الهندية: (يشتركان من غير مال على أن يتقبلا الأعمال فيكون الكسب بينهما)<sup>(2)</sup>.

وقال الماوردي: (فغتم سعد بعيرين... واقتسموا هذه الشركة في الإبدان لا في الأموال)<sup>(3)</sup>. وعليه فإن طبيعة الشركات في الفقه الإسلامي وإن كانت في بعض أنواعها تقوم على الجانب المالي كشركة العنان مثلاً، فإنها في الأصل أقرب إلى وصفها شركة أشخاص للاعتبارات السابقة.

## المطلب الثاني: أقسام الشركة في القانون

تنقسم الشركات في القانون إلى شركات مدنية، وشركات تجارية، كما أن التجارية تقسم إلى أنواع مختلفة، وهذا ما سنبينه، بعد ذكر معيار التفرقة بين الشركات المدنية، والشركات التجارية، وأهميته.

### الفرع الأول: التمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية:

وضع القانونيون معياراً للتمييز بين الشركات المدنية، والشركات التجارية، يتضح من خلاله جوانب الفرق بينهما؛ لما تمثله من أهمية تترتب على هذه التفرقة بين هاتين الشريكتين، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع من خلال الآتي:

### البند الأول: معيار التمييز والتفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية:

إن المعيار أو الأساس الذي ينبغي الاعتماد عليه للتمييز والتفرقة بين الشركة المدنية، والشركة التجارية، يكمن في طبيعة موضوع الشركة، والعمل الرئيسي الذي تقوم به، فإذا كان هذا العمل مدنياً اعتبرت الشركة مدنية، وإذا كان تجارياً اعتبرت تجارية.

وقد نصت الفقرة 1 من المادة (544) من القانون التجاري الجزائري على ما يأتي: (يحدد الطابع التجاري لشركة، إما بشكلها أو موضوعها)<sup>(4)</sup>.

- 
- 1) السرخسي: المبسوط، ج11، ص277.
  - 2) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص328.
  - 3) الماوردي: الحاوي، ج6، ص479.
  - 4) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة544.

وهذا هو الضابط نفسه الذي يستعمل للترقية بين التاجر وغير التاجر من الأفراد، وعليه فإذا كان موضوع الشركة هو القيام بالأعمال التجارية كعمليات الشراء لأجل البيع، النقل، أو عمليات البنوك، أو الصناعة، فإن الشركة تكون تجارية، أما إذا كان موضوع الشركة هو امتحان الأعمال المدنية كالاستغلال الزراعي، أو كشركات المهندسين، أو المحامين فإن الشركة تكون مدنية.

ولا يعد بالأعمال التبعية للحكم عليها بأنها مدنية أو تجارية، بل العبرة بالموضوع الرئيسي للشركة، فإذا كان تجارياً اعتبرت الشركة تجارية، وإذا كان مدنياً اعتبرت مدنية<sup>(1)</sup>. وقد جاء في المادة (18) من القانون التجاري اليمني ما نصه: (... وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية، وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاوّل أعمالاً غير تجارية)<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: أهمية التفرقة بين الشركات المدنية والتجارية، والآثار المترتبة عليها:

إن للترقية بين الشركة المدنية والشركة التجارية أهمية قانونية بالغة، تتجلى في الأحكام القانونية التي يخضع لها كلا النوعين، وكذا الالتزامات والإجراءات القانونية الواقعة على عاتق كل شركة، تبعاً لبيئة وطبيعة وعمل كل منها، ويمكن إجمال الآثار المترتبة على هذه التفرقة بين الشركات فيما يلي:

- (1) - تخضع الشركة المدنية لأحكام القانون المدني، أما الشركة التجارية فتخضع لأحكام القانون التجاري.
- (2) - الشركات التجارية بمفردها دون الشركات المدنية تكتسب صفة التاجر، وتخضع للالتزامات المفروضة على التاجر، من مسك الدفاتر التجارية، والقيود في السجل التجاري، ودفع الضريبة على الأرباح الصناعية والتجارية.
- (3) - تتقدم الدعوى في الشركات التجارية بمضي خمس سنوات من انقضاء الشركة وحلّها، أما في الشركات المدنية فإن الدعوى تتقدم بمضي خمس عشرة سنة لدى المشرع الجزائري، وبعد مضي خمس وعشرين سنة عند المشرع اليمني.
- (4) - لا تتمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية إلا من يوم قيدها في السجل التجاري، أما الشركة المدنية فتتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر<sup>(3)</sup>.

- 1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص182، ونادية فضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، دار هومه: الجزائر، ص21، وحمود محمد شمسان: الشركات التجارية، الأمين للنشر والتوزيع: صنعاء، ط (4) 2010م، ص24، وأحمد حمد: فقه الشركات، دار القلم: الكويت، ط (1) 1404هـ-1984م، ص259، وزيايد صبحي ذياب: إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع: الأردن، ط (1) 1432هـ-2011م، ص29، والحمصي: الشركات المساهمة، ص58.
- 2) القانون التجاري اليمني رقم 32 والصادر في 12 إبريل 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد20، لسنة 1997م، المادة 18.
- 3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص183، ونادية فضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، دار هومه: الجزائر، ص21، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص24، والحمصي: الشركات المساهمة، ص59، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص86.

(5) - يختص القضاء التجاري بالدعاوى المرفوعة ضد الشركات التجارية، في حين يختص القضاء المدني بما يتصل بالشركات المدنية. والاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز لاتفاقات الشركاء المساس به<sup>(1)</sup>.

(6) - الشركات التجارية وحدها هي التي يشهر إفلاسها إذا توقفت عن دفع ديونها، ويجوز لها وحدها طلب الصلح الوافي من الإفلاس<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: أقسام الشركات في القانون:

قسم المشرع الجزائري واليميني الشركات من حيث الغرض من إنشائها، وطبيعة عملها، إلى نوعين هما:

### 1 - الشركات المدنية:

وهي الشركات التي تقوم لتحقيق أغراض تعود بالربح على الشركاء دون أن تدخل المشروعات المالية التي تقوم بها في أعمال التجارة.

وهي تنشأ بين أشخاص ليست لهم صفة التجار، والغرض الرئيسي من إنشائها التجارة، مثل الشركات الاستشارية، وشركات التدقيق، والمحاسبة، والإدارة، أو تلك الشركات التي تقوم بشراء الأراضي، وتقسيمها وبيعها؛ لتحقيق أغراض ربحية. والعبارة بطبيعة عمل الشركة وليس بالشركاء<sup>(3)</sup>.

### 2 - الشركات التجارية:

وهي الشركات التي موضوعها القيام بالأعمال التجارية، كعمليات الشراء لأجل البيع أو عمليات المصارف، أو الضمان، أو الصناعة، وهي أهم من الشركات المدنية؛ لأنها تقوم بدور

1) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 25. والحمصي: الشركات المساهمة، ص 59.

2) الحمصي: الشركات المساهمة، ص 59.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 183، ونادية فضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، دار هومه: الجزائر، ص 21، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 24، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص 46.



أساسي في الحياة الاقتصادية، والشركات التجارية تخضع للالتزامات المفروضة على التجار مثل: مسك الدفاتر، والقيود في السجل التجاري، وتحديد مسؤولية الشركاء بحسب نوع كل شركة<sup>(1)</sup>. وقد جاء تعريف الشركات التجارية في الفقرة 1 من المادة (4) من قانون الشركات التجارية اليمني بما نصه: (الشركات التجارية عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر، يشترك كل منهم في مشاريع الشركة التجارية بحصة من مال أو عمل، ويققسم مع غيره ينشأ عن هذه المشاريع من ربح أو خسارة)<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: أقسام الشركات التجارية:

تنقسم الشركات التجارية إلى ثلاثة أقسام تختلف كل واحدة عن الأخرى من حيث طبيعة تشكيلها، وهذه الأقسام هي:

#### (1) - شركات الأشخاص:

وهي الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء، أي أن كل شريك يعتمد على وجود غيره من الشركاء معه في مشروع الشركة، وتتأثر شركات الأشخاص بانتماء الشريك إليها، أو بانسحابه منها، وتعتمد هذه الشركة أيضاً على الثقة المتبادلة بين الشركاء، وتقوم بين شخصين أو أكثر تجمعهم رابطة الصداقة، وتقوم شركات الأشخاص عادة لاستغلال المشاريع

---

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص183، ونادية فضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، دار هومه: الجزائر، ص21، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص24، وأنور سويده: شركات استثمار الأموال، ص46، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص84، وأحمد حمد: فقه الشركات، ص265.

2) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة1، المادة4.

المتوسطة والصغيرة، وهي في العادة تتألف من أفراد يعرف بعضهم بعضاً، ويثق كل منهم بالآخر، وتجمعهم في الغالب صفة القرابة أو الصداقة<sup>(1)</sup>.

وتضم شركات الأشخاص ثلاث شركات هي: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة، وستكلم عن هذا النوع من الشركات التجارية في الفصل الأول من هذا البحث.

## (2) - شركات الأموال:

وهي الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي وحده دون الاعتبار الشخصي، ويكون النظر بما يقدمه كل شريك من مال دون مراعاة لشخصيته، وتستطيع شركات الأموال تجميع رؤوس أموال ضخمة، وتيسر للناس سبل استثمار أموالهم، وادّخارها، والقيام بالمشروعات الكبيرة التي يعجز عن القيام بها الأفراد، وقد تطورت هذه الشركة بتطور الثورة الصناعية، في هذه الشركة تكون العلاقة بين الشركاء متراخية إلى حدّ بعيد.

وشركات الأموال لا تتأثر بانتماء الشريك إليها أو بانسحابه منها؛ لأن ائتمان شركات الأموال يستمد من رأسمالها، وتكون حصة الشريك فيها قابلة للتداول بطرق أكثر سرعة، وسهولة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الشركاء<sup>(2)</sup>.

وقد ورد تقسيم الشركات إلى شركات أشخاص -وما تضمنه من أنواع-، وإلى شركات أموال -وما تحويه من أقسام- في المادة (9) من قانون الشركات التجارية اليمني حيث جاء فيها: (تتألف الشركات التجارية المشروعة بموجب هذا القانون من النوعين التاليين من الشركات: أ- شركات الأشخاص وتضم الشركات التالية:-

1- شركة التضامن. 2- شركة التوصية البسيطة.

3- شركة المحاصة.

ب- شركات الأموال وتضم الشركات التالية:-

1- شركة المساهمة. 2- شركة التوصية بالأسهم.

3- الشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>(3)</sup>.

ومن خلال المادة السابقة يظهر أن شركات الأموال لدى المشرع اليمني تضم ثلاث شركات هي: شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

في حين نرى أن المشرع الجزائري اعتبر الشركة ذات المسؤولية المحدودة من الشركات ذات الطبيعة المختلطة<sup>(4)</sup>.

(أ) - شركة المساهمة:

وتعتبر أهم أنواع شركات الأموال، وهي الشركة التي يُقسم فيها رأس المال إلى أجزاء صغيرة متساوية، يطلق على كل منها سهم، يكون قابلاً للتداول، غير قابل للتجزئة، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بقدر حصته في رأس المال، وهم ليسوا تجاراً، ولا تعنون الشركة باسم أحد

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الشركاء، ويكون اسمها مشتقاً من غرضها، ويناسب هذا النوع من الشركات المشروعات الاقتصادية الكبيرة التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة<sup>(5)</sup>.

وورد تعريف شركة المساهمة في الفقرة 1 من المادة (592) من القانون التجاري الجزائري بأنها: (شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم)<sup>(6)</sup>.

وعرفت المادة (59) من قانون الشركات التجارية اليمني بأنها: (الشركة التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول، ولا يسأل المساهمون فيها إلا بقدر حصصهم في رأس المال)<sup>(7)</sup>.

#### (ب) - شركة التوصية بالأسهم:

وهي شركة يقسم رأس مالها إلى أسهم قابلة للتداول، وتتضمن فئتين من الشركاء هما: فئة الشركاء المفوضين المسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة، ويقومون بإدارتها، وفئة الشركاء الموصين الذين يقدمون المال للشركة، ولا يترتب على دخولهم في الشركة اكتساب صفة التاجر، ولا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر حصصهم في رأس مال الشركة، ويخضعون للنظام القانوني الذي يطبق على المساهمين في شركات المساهمة.

ويمكن القول أن شركة التوصية بالأسهم هي عبارة عن شركة تضامن بالنسبة للشركاء المتضامنين، وشركة مساهمة بالنسبة للشركاء أصحاب الأسهم الموصين<sup>(8)</sup>.

وهذه الشركة تأخذ مواصفات شركة التوصية من شركات الأشخاص، وتختلف عنها بأن الشركاء الموصين يجزأ رأس مالهم إلى أسهم، ويخضعون لقانون شركة المحاصة<sup>(9)</sup>.

وقد عرفت المادة (222) من قانون الشركات التجارية اليمني شركة التوصية بالأسهم بقولها: (شركة التوصية بالأسهم هي الشركة التي تتكون من فئتين من الشركاء:

أحدهما: فئة الشركاء المتضامنين، المسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة. والأخرى: فئة الشركاء المساهمين الذين لا يسألون عن التزامات الشركة إلا بقدر حصصهم برأس المال)<sup>(10)</sup>.

#### (3) - الشركة ذات الطبيعة المختلطة، أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

وهي شركة ذات نظام مختلط تقوم على الاعتبار المالي والاعتبار الشخصي في نفس الوقت، وبالتالي فهي تجمع بين خصائص شركات الأموال وشركات الأشخاص، فهي تشبه شركات الأشخاص من حيث أن عدد الشركاء فيها يكون قليل لا يجوز أن يزيد عن 20 شريكاً في القانون التجاري الجزائري، ولا يزيد عن 30 شريكاً في قانون الشركات التجارية اليمني، وتشبه شركات الأموال تحديد مسؤولية كل شريك فيها عن ديون الشركة بمقدار حصته في رأس المال، ومن حيث نظام إدارتها، والرقابة عليها.

ومساهمة كل شريك في رأسمال الشركة تسمى حصة، وتكون غير قابلة للتداول بالطرق التجارية، ولكن يجوز التنازل عنها للغير بعد طرح هذا العرض على الشركاء للشراء، أو الموافقة

- 
- 5) التوجيهي: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص569، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3974، وعموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص186، ونادية فضيل: شركات الأموال في القانون الجزائري، ص151، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص21، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص51، والحمصي: الشركات المساهمة، ص101، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص90.
- 6) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة1، المادة592.
- 7) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة1997م، المادة59.
- 8) التوجيهي: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص569، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3975، ونادية فضيل: شركات الأموال في القانون التجاري، ص347، وعموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص186، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص22، والحمصي: الشركات المساهمة، ص145.
- 9) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص186، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص57.
- 10) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة1997م، المادة222.

على التنازل، ويخضع التنازل عن الحصص فيها لما يعرف بحق الاسترداد، ويناسب هذا النوع من الشركات المشروعات الصغيرة والمتوسطة<sup>(11)</sup>.

وقد ورد الحديث عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة في الفقرة 1 من المادة (564) من القانون التجاري الجزائري: (تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد، أو عدة أشخاص، لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص)<sup>(12)</sup>.

وقد عرف المشرع اليمني الشركة ذات المسؤولية المحدودة في المادة (240) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الشركة التي يكون فيها الشريك

---

11) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص570، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3976، ونادية فضيل: شركات الأموال في القانون الجزائري، ص30، وعموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص187، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص23، والحمصي: الشركات المساهمة، ص78، وأنور سوبره: شركات استثمار الأموال، ص57.

12) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة1، المادة 564.

مسئولاً فقط بحدود حصته في رأسمالها، إنما لا يقسم رأس مالها إلى أسهم قابلة للتداول، بل إلى حصص<sup>(13)</sup>.

### المطلب الثالث: مقارنة بين أقسام الشركة في الفقه والقانون

وبعد عرض أقسام الشركات في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني يتبين لنا الآتي:

- 1- أن الشركات في الفقه الإسلامي تنقسم إلى ثلاثة أقسام هي:
  - أ- شركة الملك: وهي عبارة عن اجتماع في استحقاق، وقد يكون برغبة الشريكين، أو قهراً عنهما، كما لو ورثا عقاراً مشتركاً.
  - ب- شركة العقد: وهي عبارة عن عقد واتفق بين المشاركين في الأصل والربح.
  - ج- شركة الإباحة: وتعني اشتراك العامة في كل مباح غير مملوك لأحد.
- 2- أن الشركات في التشريعين الجزائري واليميني تنقسم إجمالاً إلى قسمين هما:
  - أ- شركات مدنية تقوم على أساس مدني غالباً، كأن تكون متخصصة في العملية الاستشارية، أو الإدارية مثلاً، ولا يشترط أن يكون القائمون عليها تجاراً، وإن كانت الغاية منها جمع المال.
  - ب- شركات تجارية تقوم على العملية التجارية والغاية منها الربح، وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:
    - شركات أشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء.
    - شركات أموال تقوم على الاعتبار المالي فقط، دون النظر إلى الاعتبار الشخصي.
    - شركات ذات طبيعة مختلطة تقوم على الاعتبار الشخصي والمالي معاً.
- 3- أن شركة العقد في الفقه الإسلامي تتفق مع الشركات في التشريعين الجزائري واليميني، من حيث توافر الأركان والشروط؛ إذ أنها تقوم على التوافق بين شريكين أو أكثر في المساهمة برأس مال لاقتسام الربح، وتحمل ما قد ينتج عن ذلك من خسائر.
- 4- أن الشركة إذا أطلقت في الفقه الإسلامي فالمراد بها شركة العقد؛ إذ أنها تقوم أساساً لاستجلاب الربح، في حين أن شركة الملك قد تكون ميراثاً، أو هبة، أو وصية قد يصعب استثمارها أحياناً، كأن تكون داراً للسكنى الخاص بهم، أو غير ذلك.
- بينما نرى أن شركة الإباحة عبارة عن كل اشتراك في التملك والإحراز والانتفاع، ولو لم يقدم فيه رأس مال، أو عمل، أو يتحقق فيه رضا الأطراف والأهلية مثلاً.
- 5- أن الشركات في القانون إذا أطلقت فقد يراد بها الشركات التجارية غالباً؛ ذلك أنها تقوم على الأعمال التجارية لاستجلاب الربح سواء كانت باعتبار شخصي أو مالي أو مختلط، بينما

نجد أن الشركات المدنية عبارة عن تقديم أعمال وخدمات استشارية أو محاسبية، أو إدارية، أو غيرها.

(6) - أن الشركات في التشريعين الجزائري واليميني من حيث أعمالها أوسع من الشركات في الفقه الإسلامي؛ ذلك أنها تشمل الجانب المالي والمعنوي، ويصح أن يكون الشركاء فيها أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، وأن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية المستقلة عن الشركاء، في حين أن الشركات في الفقه الإسلامي لا تكون مستقلة عن الشركاء، وليس لها شخصية معنوية أو اعتبارية بذاتها.

# الفصل الأول:

---

13) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، المادة 240.



جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## الفصل الأول: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي

### والتشريعين الجزائري واليميني.

تحدثنا في الفصل التمهيدي عن الأسس الرئيسية في البحث، والتي تضمنت التعريف بمصطلحات البحث، ثم بيان أركان الشركة وأقسامها، وفي هذا الفصل سنتناول شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني - والتي هي ميدان بحثنا- وذلك من خلال التعريف بها، وذكر أنواعها، مع بيان حكم كل نوع منها، وسيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سيكون المبحث الأول في شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي، بينما يكون المبحث الثاني في شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني.

### المبحث الأول: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي.

نتناول في هذا المبحث أقسام شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي، وذلك بدراسة كل قسم في مطلب مستقل، نبين فيه تعريفها، وأحكامها، ويقتضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتي:

#### المطلب الأول: شركة الأموال.

ويقصد بها: أن يشترك فيها اثنان أو أكثر على أن يدفع كل منهم مبلغ معين في رأس المال؛ للتجارة، على أن يكون الربح أو الخسارة بينهما، بحسب الاتفاق.

قال الكاساني: (... وهي اشترك اثنان في رأس مال فيقولان: اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معاً، أو شتى، أو أطلقاً، على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا وكذا، أو يقول أحدهما ذلك، ويقول الآخر: نعم...) (14).

وعرّف الزحيلي شركة الأموال بقوله: (هي أن يشترك اثنان في مال، فيقولان: اشتركنا فيه على أن نبيع ونشترى معاً، أو أطلقاً "أي لم يحدد البيع أو الشراء"، على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا، أو يقول أحدهما ذلك، ويقول الآخر: قبلت) (15).

وجاء في الموسوعة الكويتية أن شركة الأموال هي: (عقد بين اثنين فأكثر، على أن يتجروا في رأس مال لهم، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة) (16).

14) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص56.

---

15) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3880.

16) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج26، ص35.

وتنقسم شركة الأموال إلى قسمين: عنان ومفاوضة، وسنبين كل قسم منهما في فرع خاص به، على النحو التالي:

### الفرع الأول: شركة العنان.

سيكون الكلام في هذا الفرع عن تعريف شركة العنان لغة واصطلاحاً، ثم بيان حكمها، كما يأتي:

**البند الأول: تعريف شركة العنان لغة واصطلاحاً:**

**الفقرة الأولى: تعريف شركة العنان لغة:**

قيل أصلها من الشيء إذا ظهر أمامك؛ وذلك لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه، وقيل: أصلها من العنّ وهو الإعراض، وقيل: من المعانعة وهي المعارضة؛ لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله، ويقال: بينهما شركة عنان، إذا اشتركا على السواء<sup>(17)</sup>.

وشركة العنان: أن يخرج كل واحد من الشريكين دراهم مثل ما يُخرج صاحبه ويخلطها<sup>(18)</sup>.

**الفقرة الثانية: تعريف شركة العنان اصطلاحاً:**

لهذه الشركة أكثر من تعريف عند الفقهاء، ومن ذلك ما يلي:

• **تعريف الحنفية:** عرّف الحنفية شركة العنان بأكثر من تعريف، ومنها:

**التعريف الأول:** (أن يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما، ولا بدّ من ذلك)<sup>(19)</sup>.

- **شرح التعريف:** معناه أن يشترك اثنان فأكثر، ويكون اشتراكهما برأس مال.

وقوله: "برأس مال يحضره" فالشركة عندهم لا تجوز برأس مال غائب، أو دين.

وقوله: "كل واحد منهما" أي من الشريكين.

وقوله: "ولا بدّ من ذلك" أي من المساهمة بالمال، إما عند العقد، أو عند الشراء.

**التعريف الثاني:** (هي أن يشتركا في نوع بُر أو طعام، أو يشتركا في عموم التجارات، ولا يذكران الكفالة)<sup>(20)</sup>.

- **شرح التعريف:** أن يشترك اثنان فأكثر في نوع خاص معين من التجارة، كأن يتاجرا في

بُر أو نوع آخر من الطعام، أو أن تكون الشركة في عموم التجارة وليست مقتصرة على

نوع معين، ولا يذكران عند العقد الكفالة.

وقوله: "ولا يذكران الكفالة" لأن الكفالة خاصة بشركة المفاوضة، أما شركة العنان فإنها تنعقد على الوكالة دون الكفالة.

• تعريف المالكية:

التعريف الأول: هي (الاشتراك في نوع مخصوص من أنواع التجارة)<sup>(21)</sup>.

- شرح التعريف: أي أن يشترك اثنان أو أكثر في نوع معين وخاص، أو أن يشتركا في شيء بعينه يعني كتوب واحد، أو دابة واحدة مثلاً.

التعريف الثاني: (هي أن يشترط كل منهما نفي الاستبداد، بأن لا يقبل أحدهما شيئاً حتى يشاركه فيه الآخر)<sup>(22)</sup>.

- شرح التعريف: (يعني أن كل واحد من الشريكين يجوز تصرفه في مال الشركة في حضرة صاحبه ومع غيبته، فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه، وموافقته على ذلك وهو معنى: "نفي الاستبداد" لزم الشرط، وتسمى شركة عنان، وظاهر كلامه

17) ابن منظور: لسان العرب، ج13، ص292، والزبيدي: تاج العروس، ج35، ص415، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص633.

18) ابن منظور: لسان العرب، ج13، ص292، والزبيدي: تاج العروس، ج35، ص415.

19) السرخسي: المبسوط: ج11، ص278.

20) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص62، وعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني: الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية: بيروت، ط (1) 1410هـ، ج3، ص7، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص319، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص176.

21) الخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص90، وعليش: منح الجليل، ج6، ص281.

22) خليل الجندي: مختصر خليل، ص179، والخرشي: شرح الخرشي، ج6، ص49، ومحمد عlish: منح الجليل، ج6، ص281، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص133، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص206.

أنه يكفي في تسميتها بهذا الاسم حصول الشرط المذكور، سواء كانت في نوع من المتاجر، أو لا<sup>(23)</sup>.

#### • تعريف الشافعية:

عرّف الشافعية شركة العنان بقولهم: (هي أن يشتركا في مال لهما ليتجرا فيه)<sup>(24)</sup>، وقيل: (أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما)<sup>(25)</sup>.

- شرح التعريف: أي أن يخرج كل واحد منهما مالاً مثل صاحبه، ثم يخلطاه فلا يتميز، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال، على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين، والخسران كذلك<sup>(26)</sup>.

ويشترط أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته<sup>(27)</sup>، فإن كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير لم تصح الشركة، وقيل: أن يكون مال أحدهما مثل مال الآخر في

---

23) الخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص90.

24) الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212، والرملّي: نهاية المحتاج، ج5، ص5، والبكري الدميّاطي: إعانة الطالبين، ج3، ص124، والغمراوي: السراج الوهاج، ص245.

25) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص67، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص61.

26) الماوردي: الحاوي، ج6، ص473.

27) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص66، وإبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي: التنبيه في الفقه الشافعي، تح: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب: بيروت، 1403هـ، ص107.

القدر، ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، فما حصل من الربح أو الخسران يكون بينهما أو عليهما على قدر المالين.

#### • تعريف الحنابلة:

عرّف الحنابلة شركة العنان بقولهم: (أن يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل فيهما ببدنهما وربحه بينهما، أو يعمل أحدهما ويكون له من الربح أكثر من ربح الآخر)<sup>(28)</sup>.

- شرح التعريف: قوله: "أن يشترك اثنان فأكثر بماليهما" خرج به المضاربة؛ لأن المال فيها من جانب والعمل من آخر.

وقوله: "يعملا فيه" أي المال.

وقوله: "ببدنيهما وربحه بينهما" على حسب ما اشترطاه.

وقوله: "أو يعمل أحدهما ويكون له" أي العامل، "من الربح أكثر من ربح الآخر" أي يكون الجزء الزائد من الربح نظير عمله في مال شريكه.

#### تعريف المعاصرين:

- عرف الخفيف وغيره شركة العنان بأنها: (عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به، على أن يكون الربح بينهم على حسب أموالهم أو على نسبة يتفقون عليها)<sup>(29)</sup>.

- وعرفها الزحيلي بقوله: (أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهم)<sup>(30)</sup>.

- وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي تعريف شركة العنان بأنها: (أن شترك اثنان فأكثر ببدنيهما وماليهما المعلوم، ولو متفاوتاً؛ ليعملا فيه ببدنهما أو يعمل فيه أحدهما، ويكون له من الربح أكثر من الآخر حسب الاتفاق)<sup>(31)</sup>.

#### - مناقشة التعاريف:

بالنظر في التعاريف السابقة يتضح اختلاف الفقهاء في تعريفهم لهذا النوع من الشركة، والعلة في ذلك قد تكون في اختلافهم في سبب تسميتها بهذا الاسم، وفي الضوابط التي تتحقق بها هذه الشركة.

وقد يظهر وجود شيء من التقارب بين بعض هذه التعاريف وبعضها الآخر، كما في التعريف الثاني للأحناف والتعريف الأول للمالكية، حيث نرى أنهما اشتركا في جواز حدوث الشركة في نوع خاص من التجارة، أو في عموم وسائر أنواع التجارات.

- 
- 28) موسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص252، والمرادوي: الإنصاف، ج5، ص301، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص267، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص497، والزركشي: شرح الزركشي، ج2، ص143، وصالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: الملخص الفقهي، دار العاصمة: الرياض، ط (1) 1423هـ، ج2، ص126، وعبدالرحمن آل سعدي: منهج السالكين، ص160، وبهاد الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص239.
- 29) الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص42، ورشاد حسن خليل: الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد للنشر والتوزيع، ط (3) 1401هـ-1981م، ص115.
- 30) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3880.
- 31) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص563.



كما نرى تقارباً بين تعريفى الشافعية والحنابلة في عدم قصر هذه الشركة على نوع معين من التجارات، وإنما يظهر من خلال التعريفين أن هذه الشركة تنعقد على حسب ما يريده الشركاء من أنواع التجارة سواءً كان عاماً، أو خاصاً. أما تعاريف المعاصرين فإنها لا تكاد تخرج عن التعاريف التي أوردتها المتقدمون، غير أنها توسعت نوعاً ما في بيان حقيقة شركة العنان.

### التعريف المختار:

بعد عرض تعاريف الفقهاء يتبين أن تعريف الحنابلة لشركة العنان بقولهم: "هي أن يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل فيهما بينهما وربح بينهما، أو يعمل أحدهما ويكون له من الربح أكثر من ربح الآخر"، أقرب التعاريف وأوضحها، وأشملها؛ حيث أنه جمع صور التعاريف السابقة جميعها تقريباً، وبيّن كيفية المشاركة بأدق عبارة وأخصرها، ما جعلني أميل إليه.

### البند الثاني: حكم شركة العنان:

اتفق الفقهاء على جواز هذا النوع من الشركة<sup>(32)</sup>؛ لأنها تقتضي الوكالة في التصرف عن كل واحد لصاحبه، والوكالة جائزة باتفاق الفقهاء. وقد نقلت بعض الكتب الإجماع على مشروعية هذه الشركة<sup>(33)</sup>، كما نقله ابن المنذر<sup>(34)</sup>.

### الفرع الثاني: شركة المفاوضة.

سنتعرف من خلال هذا الفرع على مفهوم شركة المفاوضة لغة واصطلاحاً، ثم نبين حكمها، كما يأتي:

#### البند الأول: تعريف شركة المفاوضة:

#### الفقرة الأولى: تعريف شركة المفاوضة لغة:

أصل المفاوضة في اللغة: التفويض، يقال: فوّض الأمر إليه، أي رده وسلمه إليه، وجعله الحاكم فيه، ومنه قوله تعالى عن مؤمن آل فرعون: ﴿وَأَفْوُضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ﴾<sup>(35)</sup>، والمفاوضة: المساواة

(32) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58، وابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص183، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص319، والمرغيباني: الهداية شرح البداية، ج3، ص7، والقراي: الذخيرة، ج8، ص54، والخرشبي: شرح مختصر خليل، ج6، ص49، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص253، والمورددي: الحاوي، ج6،

والمشاركة، وسميت هذه الشركة بالمفاوضة؛ لأن كل واحد من الشريكين يفوض أمر التصرف في مال الشركة إلى الآخر<sup>(4)</sup>.

### الفقرة الثانية: تعريف شركة المفاوضة اصطلاحاً:

تعددت تعاريف فقهاء المذاهب لشركة المفاوضة، نوردتها على النحو التالي:

#### • تعريف الحنفية:

عرّف الحنفية شركة المفاوضة بقولهم: (هي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما). وهي شركة عامة في جميع التجارات، بأن يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه<sup>(5)</sup>.

- شرح التعريف: أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه، كما أنه وكيل عنه؛ لأنها شركة عامة يفوض كل منهما إلى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات؛ لأن

---

ص473، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص66، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص261، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص245، وأحمد الضبي: اللباب في الفقه الشافعي، ص244، والرلسي: حاشية عميرة، ج2، ص417، وابن قدامة: المغني، ج5، ص121، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص308، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص398، والزركشي: شرح الزركشي، ج2، ص143، وعبدالقادر التعلبي: نيل المآرب، ج1، ص412.

1) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص251، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص133، والشربيني: مغني مغني المحتاج، ج2، ص212، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص267، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص239، والفوزان: الملخص الفقهي، ج2، ص251.

2) ابن المنذر: الإجماع، ص32.

3) سورة غافر: الآية (44).

4) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص210، والزبيدي: تاج العروس، ج5، ص71، والفيومي: المصباح المنير، ج2، ص483، والرازي: مختار الصحاح، ص517، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص706.

5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص156، والفرغاني المرغيناني: بداية المبتدي، ص126، والزبلي: تبيين الحقائق، ج3، ص313، والمرغيناني: الهداية شرح البداية، ج3، ص3، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص194، وزاده: مجمع الأنهر، ج1، ص261، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص400.

المفاوضة المساواة، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه، فعم التساوي في ذلك<sup>(1)</sup>.  
قال الكاساني: (سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه، في رأس المال،  
والربح، والتصرف، وغير ذلك)<sup>(2)</sup>.

وقال محمد بن الحسن<sup>(3)</sup>: (المفاوضة شركة متساويين مالاً، وحرية، وعقلاً، وديناً، ويتضمن  
الوكالة فكل واحد منهما كفيل للآخر ووكيله، ولما كان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى  
صاحبه على الإطلاق سميت مفاوضة؛ لأنها مشتقة من التفويض)<sup>(4)</sup>.

#### • تعريف المالكية:

عرّف المالكية شركة المفاوضة بقولهم: (هي أن يفوض كل واحد منهما لصاحبه التصرف في  
ماله) مع غيبته وحضوره، في البيع والشراء، والكراء والاكتراء<sup>(5)</sup>.

- شرح التعريف: والمراد بذلك أن يُفوض كل واحد من الشريكين لصاحبه التصرف في  
البيع، والشراء، والضمان، والكفالة، والتوكيل، والقراض، وتكون يده كيده، وما فعله لزم  
الآخر، إن كان عائداً إلى تجارتهما، ولا يكونان شريكين إلا فيما يعقدان عليه الشركة من

1) السيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص156.

2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58.

3) محمد بن الحسن: هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الإمام الرباني صاحب أبي حنيفة رحمهما الله، ولد سنة  
131هـ على الأصح، أصله دمشقي من أهل قرية حرستا، أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وروى لمالك والثوري وغيرهما، وهو  
الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه، ولي قضاء الرقة في عهد الرشيد، ثم قضاء الري، وبها مات سنة 189هـ، من  
مصنفاته: (الأصل، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والآثار)، (ابن العماد: شذرات الذهب، ج1، ص315، وابن  
حجر: لسان الميزان، ج5، ص121، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج4، ص184).

4) محمد بن الحسن الشيباني: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، عالم الكتب: بيروت، 1406هـ، ص375.

5) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص315، والعبدي المؤاق: التاج والإكليل، ج5، ص126، وابن رشد:  
بداية المجتهد، ج2، ص254، وعلي التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص345، وأبو الحسن المالكي:  
كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تح: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر: بيروت، 1412هـ، ج2،  
ص264، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص783، والقراي: الذخيرة، ج8، ص53،  
وعبد الوهاب الثعلبي: التلقين في الفقه المالكي، ج2، ص163.

أموالهما دون ما ينفرد به كل واحد من ماله، سواءً اشتركا في كل ما يملكانه أو بعضه<sup>(1)</sup>، أو في نوع واحد من التجارات، أو جميع أنواعها.

#### • تعريف الشافعية:

**التعريف الأول:** (أن يشترك اثنان أو أكثر ليكون بينهما كسبهما، وإليهما ما يعرض من غرم)<sup>(2)</sup>.

- **شرح التعريف:** والمراد بذلك أن يعقد اثنان أو أكثر الشركة، على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر، سواء كان بغصب، أو بيع فاسد، أو ضمان أو غير ذلك.

وقوله: "ليكون بينهما كسبهما" ببدن أو مال من غير خلط، أو معه.

وقوله: "وعليهما" أي على المشتركين.

وقوله: "ما يعرض من غرم" سواءً كان بغصب، أو إتلاف، أو بيع فاسد، أو غير ذلك.

**التعريف الثاني:** (أن يشتركا في الناض من أموالهما كله دون العروض؛ ليرد كل واحد منهما على صاحبه نصف كسبه من المال وغيره)<sup>(3)</sup>.

وقوله: "في الناض" أي ما كان نقداً، دون العروض.

#### • تعريف الحنابلة:

عرفها الحنابلة بقولهم: (أن يفوض كلٌ إلى صاحبه كل تصرف مالي وبديني)<sup>(4)</sup>، ويشتركا في كل ما يثبت لهما وعليهما<sup>(5)</sup>، والربح على ما شرطاه والوضيعة بقدر المال)<sup>(6)</sup>.

- **شرح التعريف:** والمراد أن يكون التفويض للشريك الآخر بيعاً، وشراءً، ومضاربةً،

وتوكيلاً، وابتاعاً في الذمة، ومسافرةً بالمال، وارتحاناً، وضمناً ما يرى من الأعمال، وأن

يشتركا في كل ما يثبت لهما وعليهما.

وقوله: "والربح على ما شرطاه"؛ لأنه ربما يشترطان لأحدهما أكثر من ربح ماله لكونه حاذقاً

في البيع والشراء، وقد يكون أقوى عملاً، وأوثق عند الناس من صاحبه.

وقوله: "الوضيعة" أي الخسارة في الشركة على كل واحد منهما بقدر رأس ماله.

وهي عند الحنابلة نوعان:

**النوع الأول:** تفويض كل شريك إلى صاحبه شراءً وبيعاً مضاربةً، وتوكيلاً، ومسافرةً بالمال،

وارتحاناً، وضمناً ما يرى من الأعمال، وهذه شركة صحيحة، وكذا لو اشتركا فيما يثبت لهما أو

عليهما، إن لم يدخلا فيها كسبا نادراً، أو غرامة.

- 1) القراني: الذخيرة، ج8، ص53، وعبدالوهاب الثعلبي: التلقين في الفقه المالكي، ج2، ص163.
- 2) النووي: منهاج الطالبين، ص63، والشريبي: الإقناع، ج2، ص316، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص255، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212، والرمللي: نهاية المحتاج، ص5، ص4، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص244، وإبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي: التنبية في الفقه الشافعي، تح: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب: بيروت، 1403هـ، ص107، ومحمد الرمللي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص206، وعبدالمملك الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج7، ص23، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص61.
- 3) الماوردي: الحاوي، ج6، ص475.
- 4) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص273، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص531، وابن قدامة: المغني، ج5، ص138، والرحياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص553، والفوزان: الملخص الفقهي، ج2، ص135.
- 5) المرادوي: الإنصاف، ج5، ص343، ومحمد بن بدر الدين بن بليان الدمشقي: أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تح: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية: بيروت، 1416هـ، ص184.
- 6) موسى أبو النجا: زاد المستقنع، ص125، والمرادوي: الإنصاف، ج5، ص343، والبهوتي: الروض المربع، ص262، وابن عثيمين: الشرح الممتع، ج9، ص438.

**النوع الثاني:** أن يدخل في الشركة الأكساب النادرة، كوجود لقطة، أو ركاز، أو ما يحصل لهما من ميراث، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية ونحو ذلك وهذا فاسد<sup>(1)</sup>.

### تعريف المعاصرين:

- عرّف الزحيلي شركة المفاوضة بقوله: (هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل)<sup>(2)</sup>.

- وعرفتها موسوعة الفقه الإسلامي المفاوضة: (أن يفوض كل واحد من الشركاء إلى صاحبه كل تصرف مالي وبدني في الشركة، بالبيع والشراء والتأجير ونحو ذلك)<sup>(3)</sup>.

### مناقشة التعاريف:

بالنظر في التعاريف السابقة لشركة المفاوضة، نجد أن تعريف الأحناف يتفق مع المعنى اللغوي للمفاوضة، والذي يشمل التفويض، والمساواة، فالتفويض متحقق لأن كل واحد من الشريكين يفوض أمر التصرف إلى صاحبه، والمساواة مطلوبة في كل من الشركاء في المال، والتصرف، والدين.

ونرى أنهم اشترطوا في الشريكين التساوي في المال، والاتحاد في التصرف، والاشتراك في الملة والدين، وهذه شروط قد تجعل من انعقاد الشركة شيئاً من الصعوبة.

أما تعريف المالكية فنرى أنه قد اقتصر على التفويض بإطلاق التصرف لكل شريك، ولم يذكر التساوي في رأس المال بينهما.

وتعريف الشافعية للمفاوضة فيه غموض؛ ما دفعهم للقول ببطان هذه الشركة وعدم جوازها؛ لاشتمالها على الغرر والجهالة.

وتعريف الحنابلة للنوع الأول من شركة المفاوضة قد شمل أكثر أنواع الشركات عند الفقهاء، ونرى أيضاً أنه ذكر أن الربح يكون حسب الاتفاق والشرط، لا على حسب رأس المال، أما النوع الثاني فهو بعيد من ماهيتها؛ ولذلك نرى أنهم قالوا بفساد وبطالان المفاوضة على هذا النوع، وفي هذا الرأي تقارب مع الشافعية.

### التعريف المختار:

من خلال عرض التعاريف السابقة ومناقشتها يتبين أن تعريف المالكية لشركة المفاوضة بأنها: "أن يفوض كل واحد منهما لصاحبه التصرف في ماله"، أقرب التعاريف وأشملها؛ ما يقتضي رجحانه على ما سواه.

### البند الثاني: حكم شركة المفاوضة:

اختلف الفقهاء في حكم شركة المفاوضة على قولين:

- أ- القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية في رواية عنهم وإحدى الروايات عند الحنابلة إلى أن شركة المفاوضة جائزة<sup>(4)</sup>، واستدلوا بما يلي:
- أ- الاستحسان: قال السيواسي: (... وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمهم الله استحساناً... وجه الاستحسان أمران، أحدهما: ما روى عنه عليه السلام أنه قال: "فاوضوا فإنه أعظم للبركة" أي أن عقد المفاوضة أعظم للبركة...<sup>(5)</sup>.
- ب- الإجماع السكوتي: وذلك أن الناس يتعاملون بهذه الشركة من زمن الرسول عليه السلام إلى يومنا هذا، من غير إنكار.
- قال السيواسي: ... (والآخر: ما ذكره من أن الناس تعاملوا بها من غير نكير .. لأن التعامل كالإجماع)<sup>(6)</sup>.
- ج- أن المفاوضة مشتملة على الوكالة والكفالة وهما جائزان، والمشمول على الجائز جائز.
- قال الكاساني: (ولأنها مشتملة على أمرين جائزين، وهما: الوكالة والكفالة؛ لأن كل واحد منها جائزة حال الانفراد، وكذا حالة الاجتماع، كالعنان)<sup>(7)</sup>.
- د- أن المفاوضة من وسائل استثمار المال وزيادته، ولحاجة الناس إليه.

- 
- 1) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 2، ص 273، والمرداوي: الإنصاف، ج 5، ص 343، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 531، وابن قدامة: المغني، ج 5، ص 138، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج 4، ص 305-306.
- 2) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3884.
- 3) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج 3، ص 564.
- 4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص 59، والسرخسي: المبسوط، ج 11، ص 297، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج 6، ص 157، وزاده: مجمع الأنهر، ج 2، ص 546، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج 5، ص 126، وابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 254، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 2، ص 783، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 2، ص 274، والمرداوي: الإنصاف، ج 5، ص 343، وابن قدامة: المغني، ج 5، ص 138، والرحيبي: مطالب أولي النهى، ج 3، ص 553، والبهوتي: الروض المربع، ص 262، وابن بليان: أخصر المختصرات، ص 184.
- 5) السيواسي: شرح فتح القدير، ج 6، ص 157.
- 6) المرجع السابق، ج 6، ص 158.
- 7) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 5، ص 58.



جاء في البدائع: (ولأنها طريق استنماء المال، أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة، فكانت جائزة كالعنان)<sup>(1)</sup>.

- القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم جواز المفاوضة<sup>(2)</sup>، قال الشافعي في كتاب الأم: (شركة المفاوضة باطل، ولا أعلم في الدنيا شيئاً باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً، ... ولا أعلم القمار إلا هذا)<sup>(3)</sup>.

وتبعهم المالكية في إحدى القولين عنهم<sup>(4)</sup>، والحنابلة في الرواية الأخرى فقالوا: يمنع المفاوضة على التفسير الآخر للمفاوضة عندهم<sup>(5)</sup>، للآتي:  
أ- لأن فيها غرراً.

جاء في تكملة المجموع: (دليلنا أن النبي ﷺ نهي عن الغرر وهذا غرر، والنهي يقتضى فساد

المنهي عنه، ولأنها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة، كالشركة في العروض)<sup>(6)</sup>.  
وقال الشريبي: (وهذه الأنواع باطلة ... ولكثرة الغرر فيها لا سيما شركة المفاوضة)<sup>(7)</sup>.  
وقال الماوردي: (ودليلنا نهي ﷺ عن الغرر، ولا غرر أعظم من المفاوضة، فيما يدخل كسباً، أو يخرج غرماً؛ لأنها شركة لا تصح مع تفاضل المال، فوجب أن لا تصح مع تساوي أصله)<sup>(8)</sup>.  
ب- لما شابها من الجهالة.

1) المرجع السابق، ج5، ص58.

2) محمد بن إدريس الشافعي: الأم، دار المعرفة: بيروت، 1393هـ، ج3، ص231، والماوردي: الحاوي، ج6، ص473، والنووي: المجموع، ج14، ص68، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص262، والشريبي: الإقناع، ج2، ص317، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص255.

3) الشافعي: الأم، ج3، ص231.

4) القرابي: الذخيرة، ج8، ص54، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255.

5) ابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص305، وابن قدامة: المغني، ج5، ص138.

6) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص74.

7) الشريبي: الإقناع، ج2، ص317.

8) الماوردي: الحاوي، ج6، ص475.



قال زكريا الأنصاري<sup>(1)</sup>: (... ولهذا قال الشافعي رحمه الله: إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا، إشارة إلى كثرة الغرر والجهالات...)<sup>(2)</sup>.

وبجواب على أدلة المانعين بالآتي:

- 1- أن القول بأن في شركة المفاوضة غرر فيه نظر؛ لأن الشركة لا تقوم إلا بالتراضي التام بين الشركاء، وبتحققه يزول الغرر، وبالتالي فإن الشركة إذا انعقدت مستوفية الأركان فهي صحيحة.
- 2- أما قولهم أن فيها جهالة، فيردّ عليهم بأن جهالة الربح والكسب لا يؤدي إلى فساد هذه الشركة؛ لأن الكسب مجهول في كل الشركات بلا استثناء، ومع ذلك فإن هذه الجهالة لا تمنع من صحتها؛ لأن العبرة إنما هي في معرفة النسبة من الربح، لا تحديد المقدار بالحساب.

**الراجع:**

يعتبر القول الأول هو الراجح، والذي يقضي بجواز شركة المفاوضة، وذلك للآتي:

- أ- لجريان العمل عليها من غير نكير.
- ب- لما فيها من مصالح متحققة، خاصة مع الثورة الصناعية التي يشهدها العالم اليوم.
- ج- لأن فيها تيسيراً على العباد، والأخذ بالأيسر في أمور المعاملات واردة؛ لأن الأصل الإباحة.

---

1) زكريا الأنصاري: هو زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الانصاري المصري الأزهري الشافعي، أبو يحيى: شيخ الاسلام، وعمدة العلماء، قاض مفسر، من حفاظ الحديث، ولد في سنيكة بشرقية مصر سنة 823هـ، وتعلم في القاهرة وكف بصره سنة 906 هـ، أفق ودرّس وتصدر، من مصنفاته: (شرح الروض، وشرح البهجة، والمنهج وشرحه، وغيرها)، توفي بالقاهرة سنة 926هـ، (ابن العماد: شذرات الذهب، ج8، ص133).

2) زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص255.

## المطلب الثاني: شركة الأعمال (الأبدان).

سنخصص الحديث في هذا المطلب عن شركة الأعمال، وسنقوم ببيان مفهومها لغة واصطلاحاً، ثم نبين أحكام هذه الشركة، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: تعريف شركة الأعمال (الأبدان) لغة واصطلاحاً.

#### البند الأول: تعريف شركة الأعمال لغة:

العمل هو المهنة والفعل، وجمعه أعمال، يقال: عمل عملاً، بمعنى فعل فعلاً عن قصد، ومهن وصنع، وعامله تصرف معه في بيع ونحوه.

والعامل من يعمل في مهنة أو صنعة، قال الله تعالى: ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾<sup>(1)</sup>، ويطلق العامل على من يتولى أمور الرجل في ماله وملكه وعمله<sup>(2)</sup>.

وشركة الأعمال تسمى أيضاً بشركة الأبدان، وشركة الصنائع، وشركة التقبل، ووجه التسمية أنها سميت بشركة الأعمال؛ لأن رأس المال فيها من عمل المشتركين.

وبشركة الأبدان؛ لأن المشتركين فيها يعملون بأبدانهم.

وبشركة الصنائع؛ لأن رأس المال فيها هو الصنعة.

وبشركة التقبل؛ لأن ما تقبل كل واحد من الشركاء لزم الآخر، أو لأن من صورها أن أحدهما يتقبل والآخر يعمل<sup>(3)</sup>.

#### البند الثاني: تعريف شركة الأعمال اصطلاحاً:

ذكر الفقهاء عدة تعريفات لشركة الأعمال وذلك على النحو التالي:

#### • تعريف الحنفية:

عرّف الحنفية شركة الأعمال بقولهم: (هي أن يشترك صانعان على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما)، كالخياطة ونحو ذلك<sup>(4)</sup>.

قال الكاساني: (هي أن يشتركا على عمل من الخياطة ونحوه، ويقولان: اشتركتنا على أن نعمل فيه، على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا)<sup>(5)</sup>.

- شرح التعريف: قوله: "يشترك صانعان" أي بدون مال.

وقوله: "يتقبلا" وتسمى شركة صنائع وأعمال وأبدان.

وقوله: "على أن يتقبلا الأعمال" التي يمكن استحقاق الأجرة عليها، كالخياطة والحدادة والصبغة وغيرها.

- 1) سورة التوبة: الآية (60).
- 2) إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص628.
- 3) خليل: الشركات في الفقه الإسلامي، ص127.
- 4) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص195، والسرخسي: المبسوط، ج11، ص277، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص328، والزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص320، وزاده: مجمع الأنهر، ج2، ص556، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص196، وعلي السعدي: التنف في الفتاوى، ص535، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص322، والمرغيباني: الهداية شرح البداية، ج3، ص10، و علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية: بيروت، 1405هـ- 1984م، ج3، ص11.
- 5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص57.

وقوله: "ويكون الكسب بينهما" أي تكون الأجرة بين الشريكين.

#### • تعريف المالكية:

التعريف الأول: (هي الشركة في العمل)<sup>(1)</sup>.

التعريف الثاني: (اتفاق شخصين فأكثر متحدي الصنعة، أو متقاربيها على العمل، وما يحصل يكون بينهما حسب العمل)<sup>(2)</sup>.

- شرح التعريفين: أي أن يتفق اثنان فأكثر على العمل بأبدانهما، والريح بينهما حسب العمل، بشرط أن تكون الصنعة متحدة كحدادين، أو أن يتلازم عمل أحدهما مع الآخر، وأن يتساويا في العمل، أو يتقاربا فيه.

وقوله: "متحدي الصنعة" كحدادين أو نجارين أو خياطين، فإذا اختلفت الصنعة اختلافاً بعيداً كحداد وخياط فلا يجوز؛ لاحتمال رواج صنعة أحدهما دون الآخر، فيأكل أحدهما استحقات الآخر.

وقوله: "أو" يكون عملها "متقارباً" كما إذا كان أحدهما يجهز الدقيق، والآخر يعجن أو يجبز.

#### • تعريف الشافعية:

التعريف الأول: (أن يتفق محترفان على أن ما يكتسبان بأبدانهما بينهما متساوياً، أو متفاوتاً)<sup>(3)</sup>.

التعريف الثاني: (أن يشترك اثنان ليكون كسبهما بينهما)<sup>(4)</sup>.

- شرح التعريفين: أن يشترك اثنان أو أكثر لا مال لهما، على أن يتقبلوا أعمالاً، ويقوموا بها، "ليكون كسبهما بينهما" بيدتهما أو بحرفتيهما متساوياً كان أو متفاوتاً مع اتفاق الحرفة كنجار ونجار، أو اختلافها كخياط ونجار<sup>(5)</sup>.

وقوله: "محترفان" أي صانعان صاحباً حرفة.

#### • تعريف الحنابلة:

التعريف الأول: (هي أن يشتركا فيما يتقبلان بأبدانهما في ذمتها من العمل)<sup>(6)</sup>.

التعريف الثاني: (أن يشتركا فيما يمتلكانه بأبدانهما من مباح)<sup>(7)</sup>.

- 1) محمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص206.
- 2) النفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1185.
- 3) زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص255، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص72، والماوردي: الحاوي، ج6، ص479.
- 4) النووي: منهاج الطالبين، ص63، والشريبي: الإقناع، ج2، ص316، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص262، والبكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج3، ص124، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212.
- 5) محمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص244، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص61.
- 6) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص271، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص339، وعبد السلام الحراني: المحرر في الفقه، ص353، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص527، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص405، وعبد القادر التغلبي: نيل المآرب، ج1، ص419.
- 7) ابن بلبان: أخصر المختصرات، ص184، والبهوتي: الروض المربع، ص262، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص240، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص405.

- شرح التعريفين: أن يشترك اثنان لا مال لهما، على أن يعملوا بأبدانهما في أي مباح كان، وما اكتسبه الشريكين بأيديهما يكون بينهما.

قال البهوتي<sup>(1)</sup>: (وشركة الأبدان نوعان، أحدهما: أن يشتركا فيما يملكان بأبدانهما من مباح كاحتشاش، واصطياد، ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال، والثاني: أن يشتركا فيما يتقبلان في ذمهما من عمل كحدادة، وقصارة، وخياطة...) (2).

#### - تعاريف المعاصرين:

(أ) - عرّف الزحيلي شركة الأعمال بقوله: (أن يشترك اثنان على أن يتقبلا في ذمتها عملاً من الأعمال، ويكون الكسب بينهما كالخياطة والحدادة والصبغة ونحوها) (3).

(ب) - عرّفها الموسوعة الكويتية بقولها: (هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلا نوعاً معيناً من العمل أو أكثر، ويكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة) (4).

(ج) - وفي موسوعة الفقه الإسلامي جاء في تعريفها -: (أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبان بأبدانهما، سواء كان الاشتراك في الحرف والمهن كالحدادة والنجارة، أو في المباح كالاحتطاب، وما رزق الله فهو بينهما حسب الاتفاق والتراضي) (5).

#### - مناقشة التعاريف:

بالنظر في تعاريف شركة الأعمال، نرى أنها جميعاً متقاربة المعنى، إلا أن بعضها لم يذكر الاشتراك في العمل في المباحات، والبعض الآخر جاء مشتملاً على الشروط، والآخر جاء خالياً منها.

فتعريف الأحناف اقتصر على جزء من شركة الأعمال وهو الشركة بالصناعة والحرفة، ولم يذكر الاشتراك في المباحات من احتطاب وغيره.

وتعريف المالكية الثاني جاء مشتملاً على الشروط والقيود اللازمة لشركة الأعمال عندهم، من اتحاد الصناعة، أو التقارب في العمل، ولم يذكر حقيقة الشركة وماهيتها، ولم يذكر الاشتراك في المباحات مع أنهم يقولون بذلك.

أما تعريف الشافعية لشركة الأعمال فقد جاء لبيان الشركة التي يقولون بمنعها؛ لأنهم يقولون أنها باطلة؛ لما فيها من الغرر والجهالة، ولم يتطرقوا إلى الاشتراك في العمل المباح في تعريفهم.

ونرى أن تعريف الحنابلة لم يذكر الشروط والقيود التي ذكرها المالكية، إلا أنه قد جمع بين الاشتراك في الصناعة والاشتراك في المباحات، وبالتالي نرى أنهم يقولون باعتبار الشركة في الأمرين.

- (1) **البهوتي**: هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ولد سنة 1000هـ، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر، من مصنفاته: (الروض المربع في شرح زاد المستقنع، عمدة الطالب لنيل المآرب، كشف القناع)، وكلها في فروع الفقه الحنبلي، توفي سنة 1051هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج13، ص22، والزركلي: الأعلام، ج7، ص307).
- (2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: عالم الكتب: بيروت، 1996م، ج2، ص229.
- (3) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3885.
- (4) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج26، ص37.
- (5) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص564.

أما تعاريف المعاصرين فنرى أنها لم تخرج في الجملة عما ذكره فقهاء المذاهب من تعاريف، وبرى أنها قد ذكرت الاشتراك في الصنعة فقط كالحنفية والمالكية، كما في التعريفين الأولين، في حين نرى أن التعريف الثالث جمع بين الاشتراك في الصنعة والاشتراك في المباحات كالحنبالية.

### التعريف المختار:

من خلال عرض ودراسة التعاريف السابقة، يتضح أن تعريف المالكية الأول لشركة الأعمال هو التعريف الأنسب والأقوى، والذي يقول أن شركة الأعمال هي: "الشركة في العمل"؛ لاشتماله على أغلب التعاريف، وعلى أنواع الشركة في الأعمال من صنعة، أو مباح، ولكونه أدقها في بيان المقصود، لا سيما هذه الأيام في عصر الثورة المالية، وتعدد الاشتراك بين الناس، سواء في جهد عملي، أو فكري، أو مباح، أو غير ذلك.

## الفرع الثاني: أحكام شركة الأعمال (الأبدان).

### البند الأول: شروط شركة الأعمال (الأبدان).

يشترط المالكية في شركة الأعمال الشروط التالية:

- اتحاد الصنعة، كاشتراك خياطين، أو بتلازم عملهما، وذلك بأن يكون عمل أحدهما متوقفاً على عمل الآخر، كأن ينسج أحدهما ويصبغ الآخر.
- أن يكون لكل من الشركاء من الربح بقدر عمله ولا يضّر التبرع بعد العقد.
- أن يتحد مكان عمل الشركاء، كأن يكونا في دكان واحد، فإذا اختلف لم تصح الشركة.
- أن يشتركا في الآلات التي يعملان بها إما بملك أو إجازة، فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز (1).

قال القرافي: (وشركة الأبدان تجوز بخمسة شروط: اتحاد الصنعة، وتساوي السرعة والإبطاء، والجودة الرداءة أو يتقاربان، واتحاد الموضع، والشركة في الأداة) (2).

وجاء في البهجة: (وشركة الأبدان تجوز بخمسة شروط: أن تكون الصنعة واحدة، وحركتهما في السرعة والإبطاء واحدة، وكذلك الجودة والدناءة واحدة أو متقاربة، ويعملان في موضع واحد، والآلة بينهما على السواء) (3).

وذهب الحنفية والحنبالية إلى عدم اشتراط أي من هذه الشروط (4).

### البند الثاني: حكم شركة الأعمال (الأبدان).



- 1) مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج5، ص46، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص784، والقرايبي: الذخيرة، ج8، ص31، وعبد الوهاب الثعلبي: التلقين في الفقه المالكي، ج2، ص163، والعبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص136، وعلي التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص354، ومحمد عليش: منح الجليل، ج6، ص286، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255، ومحمد بن أحمد بن رشد القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تعج: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1408هـ - 1988م، ج12، ص14.
- 2) القرايبي: الذخيرة، ج8، ص31.
- 3) علي التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص354.
- 4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص62، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص339، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص240.

اختلف الفقهاء في حكم شركة الأعمال إلى قولين:

- **القول الأول:** اتفق الجمهور<sup>(1)</sup> على جواز هذه الشركة، واختلفوا في بعض أحكامها وأنواعها، واستدلوا بالآتي:

(أ) - حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: ((اشتركت أنا وعمار، وسعد، فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين، ولم أجد أنا وعمار بشيء))<sup>(1)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن في الحديث دلالة على صحة الشركة في المكاسب، وتسمى شركة الأبدان<sup>(2)</sup>.

جاء في **عون المعبود:** (واستدل بهذا الحديث على جواز شركة الأبدان)<sup>(3)</sup>.

(ب) - تعامل الناس بهذه الشركة من زمن الرسول ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار من أحد.

(ج) - ثم إن هذه الشركة تتضمن الوكالة، والوكالة جائزة والمشمول على الجائز جائز<sup>(4)</sup>.

قال الكاساني: (والناس يتعاملون بهذا النوع من الشركات في سائر الأعصار من غير إنكار أحد عليهم، ... ولأنها مشتملة على الوكالة، والوكالة جائزة، والمشمول على الجائز جائز...)<sup>(5)</sup>.

- **القول الثاني:** ذهب الشافعية إلى أن شركة الأعمال باطلة<sup>(6)</sup>، واستدلوا ب:

(أ) - حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)<sup>(7)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن اشتراط المشاركة في الكسب باطل؛ لأن عمل كل واحد منهما مختص بنفسه، فلا يصح أن يكون محلاً للمشاركة، وأن هذا العقد وما تضمنه من شروط لم يرد جوازه في كتاب الله.

جاء في **تكملة المجموع:** (وأما شركة الأبدان، وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانها فهي باطلة، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو

1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص 58، وعلاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج 3، ص 11، والزليعي: تبيين الحقائق، ج 3، ص 320، ومالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج 5، ص 49، وابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 255، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 2، ص 784، وعلي التسولي: البهجة في شرح السحفة، ج 2، ص 354، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج 5، ص 136، وابن رشد: البيان والتحصيل، ج 12، ص 14، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 271، وابن قدامة: المغني، ج 5، ص 122،

- والمرادوي: الإنصاف، ج5، ص339، والبهوتي: الروض المربع، ص262، وابن بلبان: أخصر المختصرات، ص184، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص240.
- (1) سبق تخرجه ص25.
- (2) الصنعاني: سبل السلام، ج3، ص64.
- (3) أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج9، ص176.
- (4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255، وابن قدامة: المغني، ج5، ص121.
- (5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58.
- (6) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص72، والشرييني: الإقناع، ج2، ص92، والماوردي: الحاوي، ج6، ص479، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص262، والرمللي: نهاية المحتاج، ج5، ص4، وأحمد الضبي: اللباب في الفقه الشافعي، ص244، والشرييني: مغني المحتاج، ج4، ص432، وعبدالمملك الجويني: نهاية المطلب، ج7، ص25، ومصطفى الحن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص62.
- (7) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الولا، برقم 2729، ج3، ص192.

باطل"، وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى. فوجب أن يكون باطلا، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يحز أن يشاركه الآخر في بدله<sup>(1)</sup>.

(ب) - أن الشركة أساسها الاختلاط ولا تتعقد إلا بخلط المالكين، وشركة الأعمال لا يوجد فيها مال ك رأس مال، بل تعتمد على العمل بالبدن.

(ج) - أن شركة الأعمال تنطوي على غرر كثير وجهالة؛ لأن عمل كل من الشركاء مجهول عند صاحبه.

قال الماوردي: (ودليلنا نهي ﷺ عن الغرر، وشركة الأبدان غرر؛ لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر؛ ولأنها شركة عريت عن مشترك في الحال، فوجب أن تكون باطلة)<sup>(2)</sup>.

وقال الشرييني: (وهي باطلة... لعدم المال فيها، ولما فيها من الغرر إذ لا يدري أن صاحبه يكسب أم لا، ولأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده...)<sup>(3)</sup>.

وقال الرملي<sup>(4)</sup>: (... وهي باطلة؛ لما فيها من الغرر والجهالة...)<sup>(5)</sup>.

- ويجاب على أدلة المانعين بالآتي:

1- أن الحديث لا يدلّ على بطلان شركة الأعمال؛ لأن الأصل في العقود الجواز ما لم يرد دليل على تحريمها، وعلى المسلم الوفاء والالتزام بالعقود المباحة التي أبرمها، والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(6)</sup>، ثم إن شركة الأعمال لم يرد دليل على تحريمها.

2- أما قولهم أن شركة الأعمال لا تتعقد لخلوها من المال، فنقول: ويجاب عن هذا الاستدلال بكلام الكاساني والذي قال فيه: (... وقوله إن الشركة شرعت لاستئناء المال فيستدعي أصلاً يستتمى، فنقول: الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال، وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه فما

1) المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 72.

2) الماوردي: الحاوي، ج 6، ص 479.

3) الشرييني: مغني المحتاج، ج 2، ص 212.

4) الرملي: هو محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، شمس الدين فقيه الديار المصرية في عصره، يقال له: الشافعي الصغير. نسبته إلى الرملة في المنوفية بمصر، وصنف شروحات وحواشي كثيرة، منها: (عمدة الرابح شرح على هدية الناصح، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج)، ولد بالقاهرة سنة 919هـ، وتوفي بها سنة 1004هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج 8، ص 255، والزركلي: الأعلام، ج 6، ص 9).

5) الرملي: نهاية المحتاج، ج 5، ص 4.

6) سورة المائدة: الآية (1).

شرعت لتنمية المال، بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فما شرعت لتحصيل الوصف، فلأن تشريع لتحصيل الأصل أولى...<sup>(1)</sup>.

3- وقولهم أن شركة الأعمال فيها غرر وجهالة، فيرد عليهم بنفس الرد السابق في الأمر ذاته، وهو أن الغرر ينتفي بانعقاد الشركة على تراضي الأطراف فيها، وعلم كل شريك فيها بحقيقة العمل، وعند ذلك لا مجال لوجود الغرر.

أما الجهالة فقد تكون موجودة ولكن بشكل يسير، وهو أن كل شريك يجهل قد يجهل مقدار ربحه، وهذا أمر قد يرد على كل شركة؛ لكونه من أمور الغيب.

### الراجع:

الراجع هو القول الأول، والقائل بجواز وصحة شركة الأعمال (الأبدان)، وذلك للآتي:

- لقوة الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا المذهب.

- لتعامل الناس بهذه الشركة منذ أزمان طويلة من غير نكير.

- لأن هذه الشركة أصبحت ضرورة لا بد منها في حياة الناس.

- لما فيها من التيسير على الناس.

ولو قلنا بمنع هذه الشركة لأدى ذلك إلى تعطيل كثير من أعمال الناس التي تعارفوها، ولفاتت كثير من مصالحهم، ثم إن التعاون على الخير مطلوب مرغّب فيه، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾<sup>(2)</sup>، والشركة في الأعمال من التعاون المطلوب لتحقيق الخير وتقديم الاقتصاد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: شركة الوجوه.

نبين في هذا المطلب تعريف شركة الوجوه لغة واصطلاحاً، ثم نذكر حكمها، وذلك في فرعين على النحو التالي:

#### الفرع الأول: تعريف شركة الوجوه لغة واصطلاحاً.

##### البند الأول: تعريف شركة الوجوه لغة:

يُقَال: وجه فلان وجاهة صار ذا قدر ورتبة، ورجل وجهه ذو وجاهة، وقد وجّه الرجل صار وجهياً، وأوجهه الله أي صيره وجهياً، وأوجهه السلطان شرفه، ووجوه البلد أشرفه<sup>(2)</sup>.

قال ابن قدامة: (وسميت هذه شركة الوجوه لأنهما يشتركان فيما يشتركان بجاههما)<sup>(3)</sup>.

1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58.

2) سورة المائدة: الآية (2).

- 
- 1) خليل: الشركات في الفقه الإسلامي، ص138، والموسى: شركات الأشخاص، ص177، والبريكي: شركات الأشخاص، ص169.
  - 2) ابن منظور: لسان العرب، ج13، ص555، والفيومي: المصباح المنير، ج2، ص649، والرازي: مختار الصحاح، ص740، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص1015.
  - 3) ابن قدامة: المغني، ج5، ص121.

ويسمي هذا النوع بشركة الوجوه؛ لأنه لا يباع بالنسيئة إلا لوجيه من الناس عادة، وهي معروفة بالشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال، وهذه الشركة تقوم على أساس وجاهة الشريكين، وثقة التجار فيهما.

### البند الثاني: تعريف شركة الوجوه اصطلاحاً:

#### • تعريف الحنفية:

عرف الحنفية شركة الوجوه بقولهم: (وشركة الوجوه هي: أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا - بوجوههما - بالنسيئة ويبيعا)، وتسمى هذه الشركة أيضاً عندهم بشركة المفاليس<sup>(1)</sup>.  
- شرح التعريف: أن يشتركا وليس لهما مال، لكن لهما وجاهة، فيقولان: اشتركتنا على أن نشترى بالنسيئة، ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وكذا<sup>(2)</sup>.

وقوله: "شركة الوجوه" سميت بذلك لأنه لا يشتري إلا من له وجاهة عند الناس.  
وقوله: "ولا مال لهما على أن يشتريا" نوعاً أو أكثر، "بوجوههما" نسيئة بمؤجل.  
وقوله: "ويبيعا" فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن ما اشتريا، وما بقي يقسم بينهما.

#### • تعريف المالكية:

التعريف الأول: (أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، فيكون له نصيبه أو بعضه)<sup>(3)</sup>.  
- شرح التعريف: المراد بهذا التعريف أن يبيع الرجل الوجيه الذي يرغب الناس في الشراء منه مال شخص لا يرغب الناس في التعامل معه، على أن يكون له جزء معين من الربح.  
وقوله: "وجيه" المراد به الإنسان الذي يرغب الناس في الشراء منه، والتعامل معه.  
وقوله: "خامل" بخاء معجمة أي خفي بين الناس، أو أن الناس لا يرغبون في شراء عروضه، والتعامل معه.

التعريف الثاني: (هي الشركة على الذمم من غير مال ولا صنعة، على ما اشترياه يكون في ذمتها وربحه بينهما)<sup>(4)</sup>.

- شرح التعريف: قوله: "الذمم" بكسر الهمزة والفتح المعجمة جمع ذمة، وتكون بأن يشترك اثنان من دون رأس مال، ولا صنعة أو حرفة، ويتفقا على أن "يشتريا" ما تيسر لهما أو أحدهما، بلا مال مشترك بينهما، يدفعان منه ثمن ما يشتريانه أو أحدهما، ويكون ثمنه ديناً بذمتها، والربح الصافي لهما حسب الاتفاق.

- 1) السرخسي: المبسوط، ج11، ص277، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص197، والفرغاني المرغيناني: متن بداية المبتدي، ص128، والمرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، ص11، والسعدي: التنف في الفتاوى، ج1، ص534، وعلاء السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3، ص11.
- 2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص57، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص327.
- 3) خليل الجندي: مختصر خليل، ص179، والنفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1188، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص142، والقراي: الذخيرة، ج8، ص48، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص303، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص206، وأبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، ج2، ص263، والخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص103، وعليش: منح الجليل، ج6، ص299.
- 4) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255، والكشناوي: أسهل المدارك، ج1، ص157، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص142، ومحمد عيش: منح الجليل، ج6، ص298، وعبدالوهاب الثعلبي: التلقين في الفقه المالكي، ج2، ص162.



وصفة هذه الشركة: أن يتجرا بوجوههما ويشتريا في ذمتهما، ويكون ما حصل من كسب بينهما وما حصل من ضمان عليهما.

• تعريف الشافعية:

التعريف الأول: (هي أن يشترك وجيهان لبيتاع كل منهما بمؤجل لهما، فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان بينهما)<sup>(1)</sup>.

- شرح التعريف:

قوله: "أن يشترك وجيهان" عند الناس، "لبيتاع كل منهما" أي أن يشتري كل منهما، "بمؤجل" لا يدفعون سعر السلعة إلا عند بيعها، "لهما" يكون الشيء الذي اشترياه لهما، "فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان" المبتاع بها، "بينهما".

التعريف الثاني: (هي أن يبتاع وجيه في ذمته ويفوض بيعه لخامل والربح بينهما)<sup>(2)</sup>.

شرح التعريف: قوله: "أن يبتاع وجيه في ذمته" أي يشتري شخص له وجاهة من أحد التجار سلعة نسيئة.

وقوله: "وفوض بيعه لخامل" أي يعطي السلعة لشخص غير معروف عند التجار لبيعها.

وقوله: "والربح بينهما" حسب ما يتفقان عليه.

• تعريف الحنابلة:

التعريف الأول: (أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما ديناً، والربح بينهما)<sup>(3)</sup>.

التعريف الثاني:

قال الخرقى<sup>(4)</sup>: وشركة الوجوه: (هي أن يشترك اثنان بمال غيرهما)<sup>(5)</sup>.

- شرح التعريفين: أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما، وثقة التجار بهما<sup>(6)</sup>،

من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما بحسب اتفاقهما، وبيعان ذلك، فما قسم الله تعالى من الربح فهو بينهما.

تعريف المعاصرين:

(أ) - ذكر وهبة الزحيلي تعريفاً لها مبيّناً طريقتها بقوله: (هي أن يشترك وجيهان عند الناس، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشترى في ذمهما بمؤجل، بما لهما من وجاهة عند

1) زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص255، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص280، والرملي: نهاية المحتاج، ج5، ص4، الشريبي: الإقناع، ج2، ص317، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص255، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص262، ومحمد الأنصاري: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص206، والبكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج3، ص125، وسليمان البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج3، ص446، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص245.

2) الرملي: نهاية المحتاج، ج5، ص4.

3) المرادوي: الإنصاف، ج5، ص338، وبهاء الدين المقدسي: العدة في شرح العمدة، ج1، ص239، والزركشي: شرح الزركشي، ج2، ص144.

4) الخرقى: هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى الفقيه الحنبلي، والخرقى: نسبة إلى بيع الخرق والثياب، كان من أعيان الفقهاء الحنابلة، وصنف في مذهبهم كتباً كثيرة لكنها احترقت، وبقي منها المختصر في الفقه الذي شرحه ابن قدامة في المغني، توفي بدمشق، 334هـ. (محمد بن محمد ابن أبي يعلى: طبقات الحنابلة، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت، ج2، ص75، والشيرازي: طبقات الفقهاء، ص172، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج3، ص441).

5) المرادوي: الإنصاف، ج5، ص338.

6) موسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص270، وابن قدامة: المغني، ج5، ص121، وعبدالرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير، دار الكتاب العربي: بيروت، 1972م، ج5، ص184، والبهوتي: الروض المربع، ص262، وبهاء الدين المقدسي: العدة في شرح العمدة، ج1، ص239، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص300، وابن بلبان: أخصر المختصرات، ص184، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص228، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص404.

الناس، ويبيعا بالنقد، فيقولوا: اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح، فهو بيننا على شرط كذا<sup>(1)</sup>.

(ب) - عزفتها الموسوعة الكويتية بقولها: (هي أن يتعاقد اثنان فأكثر بدون ذكر رأس مال، على أن يشتريا نسيئة ويبيعا نقداً، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن)<sup>(2)</sup>.

(ج) - وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي أن شركة الوجوه هي: (أن يشترك وحيهان عند الناس من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد، بما لهما من وجهة عند الناس، وما رزق الله من ربح فهو بينهما، وما حصل من خسارة فهو عليهما)<sup>(3)</sup>.

### مناقشة التعريف:

بالنظر في تعاريف الفقهاء السابقة لشركة الوجوه، نجد أن تعريف الحنفية والحنبلة، والتعريفين الأول للمالكية والشافعية، متفقة في المعنى تقريباً.

فقد أفادت جميعها أن شركة الوجوه يتحقق وجودها بأن يشتري الشريكين أو أحدهما نسيئة من التجار بناءً على وجاهتها والثقة فيهما، دون أن يكون لهما رأس مال أو صنعة لتقوم عليه الشركة.

وكذلك نرى اتفاقاً في التعريف الثاني للمالكية مع التعريف الثاني أيضاً للشافعية؛ لاشتغالهما على إحدى صور شركة الوجوه، وذلك بأن يكون عند أحد التجار غير المشهورين سلعة أو أكثر، ثم يدفعها إلى رجل وجيه ومشهور عند الناس بالسمعة الطيبة، واشتغاله في السلع الجيدة، فيبيعها، ويأخذ جزءاً من الربح.

وأما تعاريف المعاصرين فنرى أنهم ذكروا تعريفاً للشركة وبينوا ماهيتها لكن ما يظهر منها أن فيها شيئاً من الإسهاب والتطويل، رغم أنها بينت المقصود والكيفية.

وبالنظر في هذه التعاريف والمعاني التي احتوتها، يظهر أن التعريف الأول عند جميع المذاهب هو المشهور لشركة الوجوه.

### التعريف المختار:

من خلال عرض جميع التعاريف لشركة الوجوه، يظهر أن تعريف الشافعية الأول لشركة الوجوه بقولهم: "أن يشترك وحيهان لبيتاع كل منهما بمؤجل لهما، فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان بينهما" أدق التعاريف، وأقربها إلى معرفة المقصود من غيره؛ لاشتماله على بيان الماهية، وأنه تندرج فيه أكثر من صورة من صور شركة الوجوه.

### الفرع الثاني: حكم شركة الوجوه.

- 
- 1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3885.
  - 2) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج26، ص37.
  - 3) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص563.

اختلف الفقهاء في حكم شركة الوجوه على قولين:

- **القول الأول:** ذهب الحنفية والحنابلة إلى القول بجوازها<sup>(1)</sup>، واستدلوا بالآتي:

(أ) - تعامل الناس بهذه الشركة من غير إنكار أحد عليهم.

قال الكاساني: (والناس يتعاملون بهذا النوع من الشركات في سائر الأعصار من غير إنكار أحد عليهم...)<sup>(2)</sup>.

(ب) - أن شركة الوجوه تشتمل على مصلحة من غير مفسدة.

قال البهوتي: (وهي جائزة... لاشتمالها على مصلحة من غير مفسدة)<sup>(3)</sup>.

(ج) - أن هذه الشركة تتضمن وكالة كل من الشركاء للآخر في البيع والشراء، والوكالة جائزة.

قال الكاساني: (... ولأنها مشتملة على الوكالة، والوكالة جائزة، والمشتمل على الجائز جائز...)<sup>(4)</sup>.

(د) - كما أنها تتضمن الكفالة بالثمن، والكفالة جائزة؛ فلذلك تجوز الشركة بالوجوه؛

لاشتمالها على الوكالة والكفالة، وهما جائزان، والمشتمل على الجائز جائز<sup>(5)</sup>.

قال البهوتي: (... وهي جائزة؛ إذ معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء، والبيع، والكفالة بالثمن)<sup>(6)</sup>.

- **القول الثاني:** ذهب المالكية والشافعية والظاهرية إلى القول بعدم جوازها<sup>(7)</sup>، واستدلوا

بالآتي:

(أ) - أن الشركة لا بد أن تقوم على أحد أمرين: المال أو العمل، وكلاهما معدومان في هذه

الشركة<sup>(8)</sup>.

قال ابن رشد<sup>(9)</sup>: (وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل،

وكلاهما معدومان في هذه المسألة، مع ما في ذلك من الغرر؛ لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه

بكسب غير محدود، بصناعة ولا عمل مخصوص)<sup>(10)</sup>.

وقال القرافي: (... والأصل عدم مشروعيتها، لأن حقيقة الشركة أن يشتركا في شيء عند

العقد إما مال، أو بدن، ولا واحد منهما...)<sup>(11)</sup>.

وقال الماوردي: (وهي شركة باطلة... ودليلنا: أنها شركة في غير مال فوجب أن تكون

باطلة)<sup>(12)</sup>.

- 1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص57، وعلاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3، ص11، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج4، ص323، والسعدي: النتف في الفتاوى، ج1، ص538، والموصلي: الاختيار، ص27، وابن قدامة: المغني، ج5، ص121، والزركشي: شرح الزركشي، ج2، ص144، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص526، والفوزان: الملخص الفقهي، ج2، ص132.
- 2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58.
- 3) البهوتي: كشف القناع، ج3، ص526.
- 4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص58.
- 5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص57، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص526.
- 6) البهوتي: كشف القناع، ج3، ص526.
- 7) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255، والعبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص134، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص364، ومحمد عليش: منح الجليل، ج6، ص264، وعبدالوهاب الثعلبي: التلقين في الفقه المالكي، ج2، ص162، والنفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1188، وعلي التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص348، والقراي: الذخيرة، ج8، ص48، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص206، وأبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، ج2، ص263، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص64، والماوردي: الحاوي، ج6، ص478، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص262، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212، والرمللي: نهاية المحتاج، ج5، ص5، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص245، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص281، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص62، وابن حزم: المحلى، ج8، ص122.
- 8) القراي: الذخيرة، ج8، ص48، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص212، والماوردي: الحاوي، ج6، ص478، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص281، والرمللي: نهاية المحتاج، ج5، ص5، وابن حزم: المحلى، ج8، ص122.
- 9) ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد، الشهير بالحفيد، من أهل قرطبة، يكنى أبا الوليد، درس الفقه الأصول وعلم الكلام ولم ينشأ بالأندلس مثله: كمالاً، وعلماً، وفضلاً، وله أكثر من ستمين مؤلفاً، منها: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد، والكليات في الطب ومختصر المستصفي في الأصول) توفي سنة 595هـ، (ابن فرحون: الديباج المذهب، ج2، ص257، وابن العماد: شذرات الذهب، ج4، ص367).
- 10) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255.
- 11) القراي: الذخيرة، ج8، ص48.
- 12) الماوردي: الحاوي، ج6، ص478.

وقال الشريبي: (وهي باطلة ... لعدم المال المشترك فيها الذي يرجع إليه عند انفساخ العقد...) (1).

(ب) - لأن هذه الشركة مشتملة على الغرر.

قال القرافي: (... والمعارضة بنهيه عليه الصلاة والسلام عن الغرر، وهذا غرر) (2).

(ج) - أن في هذه الشركة جهالة وتدليس على الغير.

قال النفراوي (3) في الفواكه الدواني: (ووجه فسادهما ما فيها من الإجارة المجهولة والتدليس على

الغير؛ لأن غالب الناس لا يحب البيع أو الشراء إلا من الأملياء أو من سلع غير الخامل) (4).

وقال الصاوي في بلغة السالك: (فهي فاسدة للجهل بالأجرة، وللغرر بالتدليس...) (5).

- **ويجاب على أدلة المانعين بالآتي:**

1- أن القول بعدم صحة شركة الوجوه لعدم قيامها على المال، لا يمنع من صحتها؛ لأن الحاجة إلى طلب أصل المال وإيجاد رأس المال، أقوى من الحاجة إلى طلب استثماره وحصول الربح منه.

أما القول بأن هذه الشركة خالية من عنصر العمل فهو غير صحيح؛ لأن هذه الشركة تقوم على مجموعة تصرفات مثل: البيع، والشراء، والتسويق الترويج، وعرض السلعة، والدين والوفاء به، وهذه في مجموعها عبارة عن أعمال، وبالتالي فإن العمل عنصر أساسي في هذه الشركة.

2- أن القول بأن شركة الوجوه فيها غرر، فيردُّ عليه بنفس الرد السابق وهو أن من أركان قيام الشركة وانعقادها وجود التراضي بين أطراف الشركة، وهذا التراضي يزيل الغرر ويمنع وجوده.

3- أما قولهم بأن في هذه الشركة جهالة وتدليس على الغير، فنرى أنهما منعدمان؛ لأن المشتري غالباً لا يشترط أن يعرف من صاحب السلعة، بقدر ما يهتمه توفر السلعة ونوعها.

**الراجح:**

يتبين أن الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة وهو جواز شركة الوجوه، وذلك للآتي:

- لتعامل الناس بهذه الشركة منذ أزمان طويلة من غير نكير.
- لأن من الناس من تتوفر فيهم الأمانة والخبرة في مجال التجارة، وتنمية المال، ولكن قد ينقصهم وجود أصل المال، فنقول بجواز هذه الشركة حتى لا تبقى هذه الطاقات معطلة لعدم تملكها المال.

- كما أن في إجازتها مصالح كثيرة على مستوى الفرد والجماعة (6).

- 1) الشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص212.
- 2) القراني: الذخيرة، ج8، ص49.
- 3) النفراوي: أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم بن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، فقيه من بلدة نفري، بمصر، ولد سنة 1044هـ، ونشأ بها وتفقه. له كتب، منها: (الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وشرح الرسالة النورية)، توفي في القاهرة سنة 1126هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج2، ص40، والزركلي: الأعلام، ج1، ص192).
- 4) النفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1188.
- 5) الصاوي: بلغة السالك، ج3، ص303.
- 6) البريكي: شركات الأشخاص، ص172، والموسى: شركات الأشخاص، ص187.



## المطلب الرابع: شركة المضاربة (القراض).

نبين في هذا المطلب تعريف شركة المضاربة في اللغة، ثم في الفقه الإسلامي، ثم نورد بعض الأدلة على مشروعية المضاربة، ثم نبين أحكام هذه الشركة، وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: تعريف شركة المضاربة أو القراض لغةً واصطلاحاً.

#### البند الأول: تعريف شركة المضاربة لغةً:

المضاربة مشتقة من الضرب، وقد ورد في ذلك معنيان، فقيل: لأن العامل يضرب في الأرض بالسفر فيها للتجارة فيستحق الربح بسعيه وعمله، وهذا من قول الله تعالى: ﴿وَأَخْرُوجُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾<sup>(1)</sup>، وقيل: لأن كلاً من الشريكين يضرب بسهم في الربح<sup>(2)</sup>. قال ابن منظور: (والمضاربة: أن تعطي إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح)<sup>(3)</sup>.

ولهذه الشركة في اللغة إطلاقان:

- فيطلق عليها أهل العراق المضاربة، فهي من ضرب ضرباً ومضرباً، أي سار على الأرض وخرج تاجراً أو غازياً، أو خرج في ابتغاء الرزق<sup>(4)</sup>، قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾<sup>(5)</sup>.
- ويطلق عليه أهل الحجاز لفظ القراض، وذلك من القرض وهو القطع، يقال: قرض قرضاً، أي: قطعه؛ وذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله وأعطاهها له مقارضة ليتجر فيها، والقراض والمقارضة في التجارة: أن يدفع رب المال إلى العامل مالاً ليتجر

1) سورة المزمل: الآية (20).

2) الفيومي: المصباح المنير، ج2، ص359، والزبيدي: تاج العروس، ج3، ص239.

3) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص543.

4) نفس المصدر.

5) سورة النساء: الآية (101).

فيه ويكون الربح بينهما على ما يشترطان<sup>(1)</sup>، ويتضح من ذلك أن المعنى متحد وإن اختلف الإطلاق اللغوي.

### البند الثاني: تعريف شركة المضاربة اصطلاحاً:

ذكر الفقهاء عدّة تعاريف لشركة المضاربة، نوردتها حسب المذاهب الفقهية، على النحو التالي:

- تعريف الحنفية:

التعريف الأول: (عقد على شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب آخر)<sup>(2)</sup>.

- شرح التعريف: قوله: "عقد" أي اتفاق، ويجب فيه توافر أركان العقد حتى يكون صحيحاً.

وقوله: "في الربح" فإن لم يشتركا في الربح خرج العقد إلى القرض.

وقوله: "بمال من جانب" أي مدفوع من رب المال.

وقوله: "وعمل من جانب" أي الشخص المضارب.

التعريف الثاني: (دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه، ويكون الربح بينهما على ما شرط)<sup>(3)</sup>.

- شرح التعريف: أن يدفع الطرف الأول ويسمى رب المال، إلى الطرف الآخر ويسمى المضارب، مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح حسب الاتفاق.

وقوله: "ويكون الربح بينهما" والمعنى: فيكون الربح لرب المال بسبب ماله؛ لأنه نماء ماله، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح.

### • تعريف المالكية:

التعريف الأول: عرفها ابن عرفة بقوله هي: (تمكين مالٍ لمن يتجر فيه بجزء من ربحه)<sup>(1)</sup>.

التعريف الثاني: (توكيل على تجرٍ بنقد مضروب مُسَلَّم بجزء من ربحه)<sup>(2)</sup>.

- شرح التعريفين: والمراد بذلك أن يدفع رجل إلى رجل دراهم أو دنانير؛ ليتجر فيها، ويبتغي رزق الله فيها، يضرب في الأرض إن شاء، أو يتجر في الحضر، فما أفاء الله في

(1) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص216.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص263، الزيلعي: تبين الحقائق، ج5، ص52، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج5، ص645، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص198، والفرغاني المرغيناني: بداية المبتدي، ص178، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص443.

(3) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3، ص19.

- 
- (1) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص355، والنفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1189، والخرشي: شرح مختصر خليل، ج6، ص202، وأبو الحسن التسولي: البهجة، ج2، ص356، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص215، والخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص440، ومحمد عليش: منح الجليل، ج7، ص319.
- (2) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص523، ومحمد عليش: منح الجليل، ج7، ص319.

ذلك المال من ربح فهو بينهما على شرطهما، نصفاً كان أو ثلثاً، أو ربعاً، أو جزءاً معلوماً<sup>(1)</sup>.

وقوله في التعريف الأول: "تمكين مال" أي إعطاء المال لمن يتجر به؛ لأجل أن يستفيد رب المال، والعامل من ربح يحصل فيه جزءاً معلوماً، كنصف لكل منهما، أو ربع للعامل، والباقي لرب المال.

وقوله في التعريف الثاني: "توكيل" شمل كل توكيل.

وقوله: "على تجر" - بفتح الفوقية وسكون الجيم - أي شراء وبيع؛ لحصول ربح.

وقوله: "بنقد" أي بذهب أو فضة، فخرج التوكيل بعرض، أو رقيق، أو حيوان.

وقوله: "مُسَلَّم" أي مدفوع من رب المال للعامل.

وقوله: "بجزء من ربحه" أي ليس الربح جميعه.

#### ● تعريف الشافعية:

التعريف الأول: (أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما)<sup>(2)</sup>.

التعريف الثاني: هي (توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه والربح مشترك بينهما)<sup>(3)</sup>.

- شرح التعريفين: أن يدفع المالك أو رب المال ماله، إلى شخص آخر يسمى المضارب أو

العامل؛ ليعمل فيه أو يتجر ويضارب به، والربح بينهما حسب الاتفاق.

وقوله: "أن يدفع مالاً" المراد به أن يدفع المالك رب المال.

وقوله: "ليتجر فيه" فيه إشارة لتمكينه من التصرف فيه بالعمل.

وقوله: "بيد آخر" وهو العامل أو المضارب.

وقوله: "والربح مشترك بينهما" حسب الاتفاق، وخرج به اختصاص أحدهما بالربح وهذا لا

يصح.

#### ● تعريف الحنابلة:

عرّف الحنابلة المضاربة بأنها: (دفع مال معلوم لمن يتجر فيه بجزء معلوم مشاع من ربحه).

وقيل هو: (دفع مال وما في معناه، معين معلوم قدره، إلى من يتجر فيه بجزء معلوم مشاع من

ربحه)<sup>(4)</sup>.

- شرح التعريفين: قوله: "دفع مال" أي نقد مضروب خال من الغش.

- (1) ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص771.
- (2) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص358، والنووي: روضة الطالبين، ج5، ص117، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص279، والبكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج3، ص34، ومحمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص220، والنووي: منهاج الطالبين، ص73، ومحمد ابن قاسم: فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، ص192.
- (3) الشريبي: الإقناع، ج2، ص341، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص114، والرملي: نهاية المحتاج، ج5، ص220.
- (4) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص259، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص316، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص507، والبهوتي: الروض المربع، ص260، وابن بلبان: أخصر المختصرات، ص183، وعبد السلام الحراني: المحرر في الفقه، ج1، ص351، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ح1، ص240، وابن مفلح الراميني: الفروع، ج7، ص82.

وقوله: "وما في معناه" أي معنى الدفع، بأن كان له عند إنسان مال كوديعة مثلاً.  
وقوله: "معين معلوم قدره" فلا تصح على صبرة نقود لجهالتها أو لما فيها من إبهام.  
وقوله: "إلى من يتجر فيه" أي المال متعلق بدفع، وسواء كان المدفوع إليه واحداً أو أكثر.  
وقوله: "مشاع من ربحه" أي أن الربح غير معين ومحدد بالعدد، وإنما نسبة مشاعة كالنصف أو الربع، ونحو ذلك.

#### - تعاريف المعاصرين:

- (أ) - عرّف وهبة الزحيلي المضاربة بقوله: (هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطاً)<sup>(1)</sup>.  
(ب) - عرّفها الموسوعة الكويتية المضاربة بقولها: (أن يدفع الرجل إلى الرجل نقداً ليتجر به، على أن الربح بينهما على ما يتشارطانه)<sup>(2)</sup>.  
(ج) - وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي أن المضاربة هي: (أن يدفع أحد الشريكين مالاً للآخر، فيتجر فيه بجزء معلوم من ربحه كالربع أو الثلث ونحوهما، والباقي لصاحب المال)<sup>(3)</sup>.

#### مناقشة التعاريف:

بالنظر في التعاريف السابقة للمضاربة نجد أن الأحناف في التعريف الأول قد نصوا على أن شركة المضاربة عبارة عن عقد، ثم بينوا صورتها بأن المال من جانب، والعمل من جانب آخر، ولم يذكروا كيفية توزيع الربح بينهما، وهو ما ذكره التعريف الثاني على أنه حسب ما شرطاه.  
ونرى أن التعريفين الأول للمالكية والشافعية قد ذكرا ما يجب فعله في المضاربة من تمكين المال ودفعه إلى المضارب، وبيّن كيفية توزيع الأرباح بينهما، ومع أنهما لم يذكرا كلمة عقد صراحة إلا أنه من البدهة ألا يتم تمكين المضارب من المال ودفعه إليه، إلا بعقد واتفاق.

أما التعريفين الآخرين للمالكية والشافعية فنرى أنهما قد نصّا على أن المضاربة توكيل، وكما هو معلوم أن هناك فرقاً بين الوكيل والمضارب، فالوكيل لا يستحق شيئاً من الربح؛ لأن له أجره معلومة سواء حصل ربح أم لم يحصل، بخلاف المضارب فإنه يأخذ من الربح نسبة معلومة مشاعة، وإذا لم يحصل ربح فلا شيء له.

وأما تعريف الحنابلة فنرى أنه قد بيّن عملية المضاربة وصورتها، وأن توزيع الأرباح بين الشريكين يكون على حسب الاتفاق، إلا أنه لم ينصّ صراحة على كلمة عقد في التعريف.

#### التعريف المختار:

- 
- 1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3924.
  - 2) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج33، ص112.
  - 3) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص560.

بعد عرض تعاريف الفقهاء لشركة المضاربة، يتضح أن تعاريف الفقهاء جاءت متقاربة في المعنى حيث أفادت أن المضاربة دفع مال من جانب، والعمل من جانب آخر. وعليه فإنه من الأفضل أن يكون التعريف على النحو التالي: شركة المضاربة هي: (عقد بدفع مال معلوم قدره، إلى من يتجر فيه، بجزء معلوم مشاع من ربحه).

## الفرع الثاني: مشروعية المضاربة.

المضاربة مشروععة بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أولاً: الكتاب العزيز:

ورد في الكتاب الكريم آيات تدل على جواز المضاربة ومشروعيتها وهي:

(أ) - قول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾<sup>(1)</sup>.

(ب) - وقول الله تعالى: ﴿وَمَا آخَرُونَ يُضْرَبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾<sup>(2)</sup>.

(ج) - وقول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضلاً مِّن رَّبِّكُمْ﴾<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن هذه الآيات تبين أن المضاربة نوع من ابتغاء فضل الله؛ وأن المضارب يضرب في الأرض بيتعي من فضل الله عز وجل، وأن الشركة ابتغاء الفضل<sup>(4)</sup>.  
قال الماوردي: (والأصل في إحلال القراض وإباحته عموم هذه الآية)<sup>(5)</sup>.  
فتكون هذه الآيات دالة على مشروعية المضاربة، وجوازها إجمالاً لعموم النصوص.  
ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

ورد في السنة أحاديث وآثار تدل على مشروعية المضاربة نذكر منها:

- 1- حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: (كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ، فأجازه)<sup>(6)</sup>.
  - 2- حديث عروة<sup>(7)</sup> أن حكيم بن حزام رضي الله عنه صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة: (أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به في بطن مسيل، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي)<sup>(8)</sup>.
- وجه الاستشهاد: أن هذين الحديثين قد دلّا على جواز المضاربة في المال والاتجار به.



قال **الصنعاني**: (ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام)<sup>(9)</sup>.

3- خرج عبدالله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرًا على أبي موسى الأشعري، فرحّب بهما وسهّل، وهو أمير البصرة، فقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى، ها هنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق فتبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح، فقالا: وددنا، ففعلا، فكتب إلى عمر رضي الله عنه يأخذ منهما المال، فلما قدما المدينة باعا وربحا، فلما رفعا ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال: (أكلُ الجيش أسلفه كما أسلفكما)؟ قالوا: لا، قال عمر رضي الله عنه: (ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أدّيا المال وربحه)، فأما عبدالله فسلم، وأما عبيد الله فقال: لا ينبغي لك يا أمير المؤمنين، هذا لو هلك المال، أو نقص لضمناه، قال: (أدّياه)، فسكت عبدالله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر بن الخطاب: يا أمير المؤمنين، لو

1) سورة الجمعة: الآية (10).

2) سورة المزمل: الآية (20).

3) سورة البقرة: الآية (198).

4) شيخ زاده: مجمع الأنهر، ج2، ص542.

5) الماوردي: الحاوي، ج7، ص305.

6) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب القراض، برقم 11611، ج6، ص184، وعلي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدارقطني: سنن الدارقطني، تح وتع: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (1) 1424 هـ-2004م، كتاب البيوع، برقم 3081، ج4، ص52، واللفظ للبيهقي، وقال ابن الملقن: وأما أثر ابن عباس فغريب عنه، (البدر المنير، كتاب القراض، ج7، ص26)، وقال الهيثمي: وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب (نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تح: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي: القاهرة، 1414 هـ-1994م، باب المضاربة وشروطها، برقم6811، ج4، ص161).

7) عروة: هو أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، ولد في أوائل خلافة عمر الفاروق، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، توفي سنة 94هـ على الصحيح، (ابن حجر: تهذيب التهذيب، ج7، ص180، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج3، ص255).

8) الدارقطني: سنن الدارقطني، كتاب البيوع، برقم 3033، ج4، ص23، وقال الألباني: صحيح على شرط الشيخين، (الألباني: إرواء الغليل، كتاب الشركة، فصل في المضاربة، ج5، ص293).

9) الصنعاني: سبل السلام، ج3، ص77.

جعلته قراضاً، فقال: (قد جعلته قراضاً)، فأخذ عمر رضي الله عنه المال ونصف ربحه، وأخذ عبدالله وعبيد الله نصف ربح المال معنى حديثهما سواء، إلا أن الشافعي قال في روايته: فلما قفلا مرًا على عامل لعمر<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث دلالة على جواز القراض<sup>(2)</sup>، حيث عمل بها عمر رضي الله عنه لما قيل له "لو جعلته قراضاً" ولم ينكر عليه أحد في ذلك.

### ثالثاً: الإجماع:

ويدلّ عليه تعامل المسلمون به من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير، وأن الصحابة رضي الله عنهم قد تعاملوا بالمضاربة ولم يكن فيهم مخالف لذلك ولا منكر، وقد نقل إجماع الصحابة على ذلك<sup>(3)</sup>، كما نقل بعض الأئمة الإجماع على جواز المضاربة<sup>(4)</sup>، وحكاها ابن

### المنذر أيضاً<sup>(5)</sup>.

- ثم إن المصلحة تقتضي جواز هذه المعاملة لحاجة الناس إليها، فإن منهم من يملك المال ولا يعرف كيف يتصرف فيه، أو يتاجر به ولا يجسن استغلاله والعمل به، ومن الناس من له خبرة في التجارة أو استغلال المال ولا مال لديه، فكانت الحاجة ماسة إلى أن يأخذ هذا مال ذاك فيتصرف فيه لمصلحة الطرفين ولمصلحة الناس جميعاً، إذ في ذلك تنشيط للتجارة والاقتصاد وفائدة تعود على الجميع.

## الفرع الثالث: أحكام شركة المضاربة.

### البند الأول: أركان شركة المضاربة:

الركن الأساسي لشركة المضاربة هو الإيجاب والقبول، كأن يقول رب المال: (خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون الربح بيننا نصفين، أو اتجر به أو اعمل فيه)، فإذا قال الآخر: قبلتُ ورضيتُ، وتسلمَّ المال، انعقدت المضاربة.

وذهب الشافعية إلى أن أركان المضاربة خمسة وهي: رأس المال، والعمل، والصيغة، والعاقدان: رب المال، والمضارب<sup>(6)</sup>.

- رأس المال: ذهب الجمهور إلى أن رأس مال المضاربة يجب أن يكون من النقدين، ولا يجوز أن يكون من غيرهما كالعروض؛ لما فيها من غرر<sup>(7)</sup>.

ووجهة المميزين أن تكون العروض رأس المال في المضاربة هو أن المقصود من المضاربة إنما هو جواز التصرف في رأس المال، وكون الربح الناتج عن ذلك بين رب المال والعامل، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح المضاربة في ذلك كالأثمان، وتجعل قيمتها وقت

1) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب القراض، برقم 11605، ج6، ص183، وقال الألباني: إسناده صحيح، (محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الشركة، فصل في المضاربة، ج5، ص291، برقم1470).

2) الحسين بن مسعود البغوي: شرح السنة للإمام البغوي، تح: شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي: دمشق، وبيروت، ط(2) 1403هـ-1983م، ج8، ص259.

3) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص79، والزرکشي: شرح الزرکشي، ج2، ص144، والنوي: روضة الطالبين، ج5، ص117، والرلسي: حاشية عميرة، ج3، ص52، وأحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي: حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، تح: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر: بيروت، 1419هـ-1998م، ج3، ص53، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص507، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص215، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص400.

4) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص449، والنفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص1189، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص380، والماوردي: الحاوي، ج7، ص306، والشريبي: الإقناع، ج2، ص341، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص400، وابن قدامة: المغني، ج5، ص134، وابن مفلح: شرح المقنع، ج4، ص281، والزرکشي: شرح الزرکشي، ج2، ص144، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص240.

5) ابن المنذر: الإجماع، ص33.

6) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص357.

7) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص82، ومحمد بن الحسن الشيباني: الحججة على أهل المدينة، تح: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب: بيروت، 1403هـ، ج3، ص19، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص198، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص771، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص236، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص357، والماوردي: الحاوي، ج7، ص305، والبهوتي: الروض المربع، ص261، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص253، وابن مفلح الراميني: الفروع، ج7، ص82، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص308، وبهاء الدين المقدسي: العدة شرح العمدة، ج1، ص240، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص507، وابن حزم: المحلى، ج8، ص247.

العقد رأس المال في المضاربة، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما جعل نصاب زكاة العروض قيمتها<sup>(1)</sup>.

- **العمل:** والمقصود من العمل هو التجارة، أي البيع والشراء وتوابعها.

والمضاربة بالنسبة للعمل تنقسم إلى قسمين:

**مطلقة:** وهي أن يدفع المال مضاربة من غير أن يعين له العمل، والمكان، والزمان، وصفة

العمل، ومن يتعامل معه المضارب.

ومقيدة: وهي أن يعين شيئاً من ذلك<sup>(2)</sup>.

- **الصيغة:** وهي كل لفظ يدل على انعقاد المضاربة، ويتضمن الإيجاب والقبول، كأن يقول

واحد لآخر: قارضتك أو عاملتك أو ضاربتك، ويوافق الآخر على ذلك.

- **العاقدان:** وهما رب المال والمضارب، وهما كالوكيل والموكل، ويشترط أهليتهما.

**البند الثاني: شروط المضاربة:**

- أن يكون رأس المال من النقدين: الدراهم والدينانير، لا من العروض عند الجمهور.

- معرفة رأس المال عند العقد، ويسلم إلى المضارب حقيقة، ويمكن من التصرف فيه.

- أن يكون الربح شائعاً بينهما، فلا يجوز أن يكون لأحدهما نصيب مسمى من الربح، وإنما

بالنسبة كالنصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك.

- أن يكون المشروط من الربح لا من رأس المال<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني: شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري

### واليمني

عرفنا في المبحث السابق أن أنواع شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي أربعة أنواع هي:

شركة الأموال، وشركة الأعمال أو الأبدان، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة أو القراض، وفي هذا

المبحث سنتناول أنواع شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليمني، وسيتم تقسيم هذا

(1) ابن قدامة: المغني، ج5، ص121.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص338.

---

1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص82، والشيباني: الحجة على أهل المدينة، ج3، ص19، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص771، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص357، والماوردي: الحاوي، ج7، ص305، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص308، والبهوتي: الروض المربع، ص261، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص253، ص240، والموسى: شركات الأشخاص، ص210.

المبحث إلى أربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول شركة التضامن، وفي المطلب الثاني شركة التوصية البسيطة، وسيكون المطلب الثالث في شركة المحاصة، ثم نختتم بمقارنة بين شركات الأشخاص في الفقه والقانون.

## المطلب الأول: شركة التضامن.

نتناول في هذا المطلب شركة التضامن من حيث بيان مفهومها، وذكر خصائصها، ثم نبين طريقة تكوينها، وإدارتها، ثم نذكر التكييف الفقهي لها، وذلك من خلال ثلاثة فروع كما يأتي:

### الفرع الأول: تعريف شركة التضامن وبيان خصائصها.

#### البند الأول: تعريف شركة التضامن:

جاء في تعريف شركة التضامن بأنها: (الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد تحقيق هدف اقتصادي، على أن يتحملوا ديون الشركة، وتعهداتها والتزاماتها فيما بينهم)<sup>(1)</sup>.

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها: (الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الإبحار في جميع أنواع التجارات أو في بعضها، ويكون الشركاء فيها مسؤولين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة، ليس في حدود رأس المال فقط، بل قد يتعدى ذلك إلى الأموال الخاصة لكل شريك)<sup>(2)</sup>.

في حين عرفتها موسوعة الفقه الإسلامي بأنها: (الشركة التي يعقدها اثنان فأكثر بقصد التجارة ويكون الشركاء فيها متضامنون في جميع أعمال الشركة على حد سواء)<sup>(3)</sup>.

ولم يذكر المشرع الجزائري تعريفاً لشركة التضامن وهذا على خلاف التشريعات العربية، فقد عرفها المشرع المصري في المادة (20) تجاري بما يلي: (الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الإبحار على وجه الشركة بينهم بعنوان مخصص يكون اسماً لها)<sup>(4)</sup>.

كما عرفها المشرع الإماراتي في المادة (23) بأنها: (الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر يكونون مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة)<sup>(5)</sup>.

وقد عرفت المادة (14) من قانون الشركات التجارية اليمني شركة التضامن بأنها: (الشركة التي يكون جميع الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية وبالتضامن والتكافل عن ديون الشركة وجميع عقودها والتزاماتها)<sup>(6)</sup>.

#### البند الثاني: خصائص شركة التضامن:

تمتع شركة التضامن بعدة خصائص ومميزات، وهي:

#### 1- اكتساب الشريك صفة التاجر:

يكتسب كل شريك في شركة التضامن صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى الشركة؛ وذلك لأنه يسأل عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة، فإذا لم تكن له هذه الصفة قبل انضمامه إلى الشركة، فإنه يكتسبها بمجرد التوقيع على عقد الشركة التأسيسي.

وقد جاء في الفقرة 1 من المادة (551) من القانون التجاري الجزائري أن: (للشركاء بالتضامن صفة التاجر...)<sup>(7)</sup>.

ويترتب على اكتساب الشريك صفة التاجر خضوعه لالتزامات التاجر كإمسك الدفاتر التجارية، والقيود في السجل التجاري، وإذا أشهرت الشركة إفلاسها أدى ذلك إلى إفلاس جميع الشركاء فيها؛ لأنهم مسؤولون مسؤولية تضامنية عن ديون الشركة<sup>(8)</sup>.

## 2-المسؤولية الشخصية والتضامنية لجميع الشركاء عن ديون الشركة والتزاماتها:

القاعدة العامة في شركات التضامن، أن جميع الشركاء مسؤولون مسؤولية شخصية بالتضامن والتكافل في مواجهة الغير، عن ديون الشركة وجميع التزاماتها، وقد جاء في الفقرة 1 من المادة

- 
- 1) أحمد حمد: فقه الشركات، ص 265.
  - 2) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3971.
  - 3) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج 3، ص 568.
  - 4) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 188.
  - 5) فايز نعيم: الشركات التجارية في الإمارات، ط (1) 1989م، ص 136.
  - 6) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، المادة 14.
  - 7) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 551.
  - 8) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 193، وفضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، ص 113، والحمصي: الشركات المساهمة، ص 64، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص 109.



(551) من القانون التجاري الجزائري ما نصه: (... وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة)<sup>(1)</sup>.

كما جاء في المادة (14) من قانون الشركات التجارية اليمني ما نصه: (... يكون جميع الشركاء - في شركة التضامن - مسؤولين بصفة شخصية وبالتضامن والتكافل عن ديون الشركة وجميع عقودها والتزاماتها)<sup>(2)</sup>.

وكل شخص غير شريك يقبل بإدراج اسمه في اسم الشركة، يكون مسؤولاً بالتضامن مع سائر الشركاء عن جميع ديون الشركة<sup>(3)</sup>.

### 3- عدم قابلية الحصص في شركة التضامن للتداول:

جرى العمل في شركة التضامن وشركات الأشخاص بوجه عام، على تقسيم رأس مالها إلى حصص متساوية القيمة، وهذه الحصص لا تقبل التداول بالطرق التجارية، كما هو حال الأسهم والسندات في شركات الأموال. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحد الشركاء عرض حصصه للبيع في أسواق البورصة، أو التنازل عنها للغير بعوض أو بدون عوض؛ نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الشركة، ولا يجوز كذلك انتقالها إلى الورثة بحسب الأصل؛ لأنه يترتب على وفاة الشريك انقضاء الشركة بقوة القانون، ما لم يتفق الشركاء قبل الوفاة على استمرارها رغم ذلك.

ويرجع السبب في عدم قابلية رأس مال شركة التضامن وشركات الأشخاص بوجه عام للتداول إلى الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه هذه الشركات، والمستمد من شخصية الشركاء، ذلك أن قيام مثل هذه الشركة روعي فيه اعتبارات محددة في شخصية كل شريك، ولا يقبل إجبار الشركاء

1) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 551.

2) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، المادة 14.

3) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 171، عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 189، والحمصي: الشركات المساهمة، ص 64.



على قبول شريك جديد لا تتوافر فيه الاعتبارات التي اعتمد عليها الشركاء حين تأسيس الشركة<sup>(1)</sup>.

#### 4- اسم شركة التضامن:

أصبح لاسم الشركة في عالم التجارة أهمية خاصة؛ باعتباره من الحقوق المعنوية المحمية قانوناً، بل إنه الواجهة القانونية التي يمكن بواسطته تعريف الغير بها، ويختلف شكل الاسم من شركة إلى أخرى بحسب نوعها، والاعتبارات القائمة عليها.

وقد نصت المادة (552) من القانون التجاري الجزائري على عنوان شركة التضامن بقولها: (يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء، أو من اسم أحدهم، أو أكثر متبوع بكلمة "وشركاؤهم")<sup>(2)</sup>؛ لكي يتسنى للغير معرفة شخصية الشركاء الذين تتألف منهم الشركة، والذين يكمل ائمتانهم ائتمان الشركة كشخص معنوي، ما دامت أموالهم ضامنة للوفاء بديونها<sup>(3)</sup>.

وقد نصت الفقرة 1 من المادة (15) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (يتألف اسم شركة التضامن من أسماء جميع الشركاء وألقابهم، أو من ألقابهم فقط، أو من أسماء وألقاب عدد منهم، مع إضافة عبارة (وشركاه) أو وشركاؤهم، أو ما هو في معناها، ويجب على الدوام أن يتوافق اسم الشركة مع واقعها ونشاطها وهيئتها الحالية)<sup>(4)</sup>.

وسبب هذه التسمية هو المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء في هذه الشركة؛ وذلك كي يتسنى إعلام الغير بشخصيتهم حتى يطمئن الغير إلى التعامل مع الشركة، ومن ثم فلا يجوز أن يتضمن اسم الشركة عبارة (محدودة) أو (محدودة المسؤولية، أو ما في معناها)، ويجوز لإدارة السجل التجاري رفض تسجيل مثل هذه الشركة في سجل قيد الشركات في إدارة السجل التجاري، وهو ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة (16) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (لا يجوز

---

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص196، وفضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، ص111، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص174، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص104، والحمصي: الشركات المساهمة، ص63.

2) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 552.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص192، وفضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، ص112، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص176، والحمصي: الشركات المساهمة، ص63.

4) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة1، المادة 15.

أن يتضمن اسم شركة التضامن عبارة (محدودة)، أو محدودة المسؤولية، أو (محدودة بالتضامن) أو ما في معناها، ولا يجوز تسجيل شركة التضامن في سجل الشركات أو شهرها في السجل التجاري إذا تضمن اسمها مثل هذه العبارات<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني: تكوين شركة التضامن وإدارتها.

### البند الأول: تكوين شركة التضامن:

تخضع شركة التضامن في تأسيسها وتكوينها، مثلها مثل غيرها من الشركات للأحكام العامة لانعقاد سائر العقود، فيشترط لقيامها توافر الأركان الموضوعية العامة. حيث يجب أن يتحقق الإيجاب والقبول من طرفي العقد، مقترباً برضاها التام، ويشترط في الرضا أن يكون صادراً عن إرادة حرة حتى يكون معتبراً شرعاً وقانوناً، وأن ينصب على جميع شروط عقد الشركة وغرضها ونظامها الإرادي، وأن يكون خالياً من العيوب، فإذا لحق رضا الشركاء أحد عيوب الإرادة كالغلط، أو التدليس، أو الإكراه، كانت الشركة قابلة للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه، وتكون الشركة باطلة بطلاناً مطلقاً في حالة انعدام الرضا كلية.

ويشترط كذلك، أن يكون للشركة محلاً مشروعاً وممكناً من الناحية المادية والقانونية تقوم في الأصل لاستغلاله، واستثماره، فإذا كان محل الشركة غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، أو كان غير ممكن تحقيقه، كان عقد الشركة باطلاً بطلاناً مطلقاً كما سبق بيانه، ويشترط

(1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة1، المادة16.

تبعاً لذلك أن يكون سبب قيام الشركة أي الباعث على قيامها مشروعاً، وإلا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً<sup>(1)</sup>.

ويلزم كذلك لتأسيس شركة التضامن أن يكون الشركاء متمتعين بالأهلية اللازمة لاحتراق الأعمال التجارية، وإلا كانت باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة ناقص الأهلية، أو باطلة بطلاناً مطلقاً إذا انعدمت أهلية أحد الشركاء.

كما يشترط لتكوين شركة التضامن توافر الأركان الموضوعية الخاصة، فيلزم توافر شخصين فأكثر، ولا مجال لقيام شركة من شخص واحد، ويجب أن يقدم كل منهم حصة من مال أو عمل جدّي يدخل في غرض الشركة، كما سبق، وفوق ذلك، يشترط قبولهم تحمل مغارم الشركة ومغانمها، وما تغله من أرباح أو خسائر على نحو ما سلف بيانه.

وتخلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة يجعل عقد الشركة باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما تقدم. وزيادة على ذلك يشترط لصحة قيام شركة التضامن، توافر الأركان الشكلية، حيث يجب إفراغ عقدها في قالب مكتوب، كذلك يجب شهر عقد هذه الشركة لدى الجهات الرسمية المختصة، ويتربط على تخلف أحد الأركان الشكلية بطلان الشركة بطلاناً خاصاً<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: إدارة شركة التضامن.

من المقرر أن تكوين الشركة إنما تم للنهوض بالمشروع الاقتصادي الذي أسست الشركة للقيام به، والشركة كشخص معنوي بعد ميلادها إلى السطح القانوني، تحتاج إلى من يقوم باستثمار رأس مالها وتصريف شئونها والتحدث باسمها.

ولما كانت إدارة الشركة تعتبر الإدارة الفاعلة في تسيير شئونها والمدخل الطبيعي لقيام مشروع اقتصادي سليم، فإنه لا بد من تعيين مدير أو مديرين لتصريف أعمالها. وفي حالة عدم تعيين المدير، يعتبر الجميع بحكم المديرين، ولا شك أن هذا الحكم سيؤدي إلى اضطراب أحوال الشركة خصوصاً إذا كان عدد الشركاء غير قليل.

ويعود الحق في إدارة شركة التضامن بحسب الأصل إلى الشركاء، ولكن لا يوجد ما يمنع من تعيين مدير للشركة من غير الشركاء، ويكون لهم حق ممارسة الرقابة على أعماله<sup>(3)</sup>.

### النظام القانوني لإدارة شركة التضامن:

نظم القانون التجاري الجزائري إدارة شركتي التضامن والتوصية البسيطة من المادة (551) إلى المادة (563)، كما نظم قانون الشركات التجارية اليميني إدارة شركتي التضامن والتوصية البسيطة

في المواد (30، 36، 37، 38، 39)، كما تناول القانون المدني هذه الأحكام في المواد (631، 635).

### الفقرة الأولى: تعيين المدير وعزله.

المدير هو: الشخص صاحب الصفة القانونية في تصريف شؤون الشركة والتحدث باسمها، وغالباً ما يعهد بإدارة شركة التضامن - أو التوصية البسيطة - إلى مدير واحد أو أكثر بحسب الحاجة<sup>(4)</sup>.

والمدير في شركة التضامن قد يكون أحد الشركاء أو من الغير، وقد يتم تعيينه في عقد الشركة ويعرف بالمدير الاتفاقي، أو في وثيقة مستقلة عن العقد ويعرف بالمدير غير الاتفاقي.

### أولاً: تعيين المدير أو المديرين:

لم يضع المشرع قيوداً على حرية الشركاء في تعيين من يدير الشركة، سواء من الشركاء أو من الغير، وقد يكون واحداً أو أكثر، فإذا لم يسمَّ المدير في عقد الشركة أو في وثيقة مستقلة، فإن أعمال الإدارة تصبح من حق الشركاء جميعاً وهو ما ورد في الفقرة 1 من المادة (36) من قانون الشركات التجارية اليمني.

وإذا لم يعين مدير لشركة التضامن انعقدت إدارة الشركة لجميع الشركاء ما لم يشترط في العقد التأسيسي خلاف ذلك، وهو ما يفهم من المادة (553) من القانون التجاري الجزائري<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: عزل المدير:

القاعدة العامة أن المدير يعزل بالطريقة وبالكيفية التي عين بها، فقد نصت الفقرة 2 من المادة (36) من قانون الشركات التجارية اليمني على ذلك بقوله: (يعزل مديروا الشركة بالطريقة التي

---

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 197، وفضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، ص 102، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 170، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص 111، والحمصي: الشركات المساهمة، ص 66.

2) المراجع السابقة.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 201، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 189، والحمصي: الشركات المساهمة، ص 66.

4) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 190.

5) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 201، وفضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، ص 123، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 191، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص 120.

عُينوا بها...<sup>(1)</sup>، وكل من عيّن شخصاً يملك عزله، ولذلك يرتبط البحث في عزل المدير بمصدر تعيينه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يعود سبب العزل إلى إخلاله بإدارة الشركة، إضافة إلى أنه توجد أسباب تجعل وظيفة المدير متعذرة مما يعني وجوب عزله.

ويحق لكل شريك في شركة التضامن أن يطلب عزل المدير، سواء أكان المدير شريكاً أم أجنبياً عن الشركة، نظامياً أم غير نظامي؛ وذلك في حال وجود مبرر شرعي لعزله، كإخلاله بالتزاماته نحو الشركة، أو ارتكابه لعمل من أعمال الخيانة، أو عدم القدرة على العمل<sup>(2)</sup>، ويحق للمدير إذا عزل دون مبرر شرعي المطالبة بالتعويض وتقضي له المحكمة بذلك إذا رأت ذلك بعد رفع الأمر إليها، هو ما أشارت إليه الفقرة 5 من المادة (559) من القانون التجاري الجزائري بقولها: (وإذا كان هذا العزل مقررًا من دون سبب مشروع، فإنه قد يكون موجباً لتعويض الضرر اللاحق)<sup>(3)</sup>، ونفس

---

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 2، المادة 36.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص201، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص191.

3) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة5، المادة 559.

الأمر أشارت إليه الفقرة 2 من المادة 36 من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (... وإذا كان العزل تعسفياً يحق للمعزول المطالبة بالتعويض وفق أحكام القانون المدني المطبق)<sup>(1)</sup>.

### الفقرة الثانية: سلطات المدير أو المديرين

المدير هو صاحب الصفة القانونية في إدارة الشركة وفي تمثيلها في مواجهة الغير في نطاق سلطته، وفي حدود الهدف الذي قامت لتحقيقه، وانفراد المدير وحده بشئون الشركة هو الأثر القانوني المباشر لقرار تفويضه بإدارتها، يستوي في ذلك المدير الاتفاقي الشريك والأجنبي عن الشركة، أو غير الاتفاقي من الشركاء أو من الغير.

ويقتضي ذلك امتناع باقي الشركاء عن التدخل في أعمال الشركة، وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز لهم الاتفاق على خلافه، وإلا كان باطلاً. وللشركاء غير المديرين حق الاطلاع على حسابات الشركة ودفاتها للتأكد من سير أعمالها على النحو المرسوم لها<sup>(2)</sup>.

وشركة التضامن التجارية قد يتولى إدارتها شخص واحد، وإذا كانت أعمالها واسعة وكثيرة فقد يعين لها أكثر من شخص بحسب الحاجة.

### أولاً: سلطات المدير الواحد:

يجري العمل غالباً على تعيين مدير واحد للشركة يناط به وحده القيام بأعمال الإدارة وإبرام التصرفات القانونية لصالحها، وإنشاء ما يقتضيه تحقيق غرضها من التزامات، وهو الذي يمثلها قانوناً في دوائر القضاء سواء كانت الشركة مدعية أم مدعى عليها.

والأصل أن يبين عقد الشركة الحدود التي يعمل فيها المدير، وهنا يجب عليه الالتزام بحدود السلطات المخولة له، حتى تعتبر تصرفاته صحيحة وملزمة للشركة، ولا يجوز له الخروج عن الحدود

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، الفقرة 2، المادة 36.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 202، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 194، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص 122.

المرسومة له، ما لم تكن هناك حالة عاجلة يترتب على عدم القيام بها تفويت مصلحة محققة للشركة<sup>(1)</sup>.

### القيود الواردة على سلطات المدير:

الأصل أن سلطات المدير محددة في وثيقة تعيينيه، ومن ثم يجب عليه الالتزام بها وعدم تجاوزها إلا بما يحقق غرض الشركة. ذلك أن سلطات المدير يجب أن تتجه إلى استثمار رأس مال الشركة وتنميته، ومن ثم فلا يجوز له التبرع بأموالها؛ لأنه يناقض أهداف قيامها، ويلحق بذلك عدم جواز بيع عقارات الشركة وأموالها المعنوية أو رهنها، أو الاقتراض بضمان أصولها، أو يقرر بإرادته المنفردة حل الشركة وتصفيته، ولا يجوز لمدير الشركة كذلك ممارسة أي نشاط يلحق الضرر بالشركة.

### ثانياً: سلطات المديرين في حالة تعددهم:

تقتضي طبيعة عمل بعض الشركات التجارية، تعيين أكثر من مدير لتولي شؤونها، وفي هذه الحالة قد يتفق الشركاء على تحديد اختصاص كل منهم بشكل مستقل عن الآخر، أو على أن تتم أعمال الشركة بموافقة المديرين جميعاً أو أغلبهم، أو قد يأتي عقد تعيينهم خالياً من تحديد اختصاص أي منهم.

### 1- تحديد سلطة كل مدير في الشركة:

إذا اتفق الشركاء في وثيقة تعيين المديرين أو في اتفاق لاحق على تحديد سلطة كل مدير وجب احترام هذا التحديد، فلو عين أحدهم للشؤون المالية وآخر للشؤون الإدارية، وثالث للشؤون

(1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص203، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص198.



التجارية، ورابع لشئون التسويق وهكذا، فإنه يتعين على كل منهم أن يمارس اختصاصه منفرداً عن بقية المديرين في نطاق السياسة العامة للشركة<sup>(1)</sup>.

## 2- الإدارة الجماعية للشركة:

قد ينص نظام الشركة على تعيين عدة مديرين، ويقضي العقد على أن يقوم المديرون مجتمعين بتصريف شؤون الشركة، أو بالأغلبية العددية حسب الاتفاق. ويجب على المديرين في هذه الحالة الالتزام بالإدارة الجماعية للشركة، ولا يجوز لأحدهم الانفراد بعمل ما لحساب الشركة، إلا إذا وجدت ظروف حرجة تبرر ذلك.

## 3- خلو عقد الشركة من تحديد سلطات المديرين:

إذا عيّنت الشركة عدة مديرين ولكن جاء عقد الشركة خالياً من تحديد سلطة كل مدير، ولم ينظم عقد تعيينهم طريقه اتخاذ القرارات، كان لكل مدير مباشرة أي عمل من أعمال الإدارة دون الرجوع إلى غيره من المديرين وينصرف أثره إليها<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثالث: شركة التضامن في الفقه الإسلامي.

تكلمنا في الفرعين السابقين عن شركة التضامن في التشريعين الجزائري واليميني، وعرفنا القواعد العامة لتلك الشركة ولطبيعة تكوينها وإدارتها، أما في هذا الفرع فستحدث عن شركة التضامن في الفقه الإسلامي.

اختلف المعاصرون في شركة التضامن على عدة أقوال، نوردتها على النحو التالي:

**القول الاول:** ذهب بعض المعاصرين وعلى رأسهم الخفيف إلى أنها من قبيل المضاربة، وخاصة في حالة تعيين مدير أجنبي للقيام بأعمال الشركة؛ وذلك باعتبار أن لهذا الشركة ذمة منفصلة وشخصية اعتبارية مستقلة، ويمثلها شخص طبيعي، فإذا تم الاتفاق على أن يكون العمل على الممثل في المال وحده، أو بمن يستعين بهم كان عمله في حال الشركاء الآخرين مقارضة أو

(1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص204، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص200.

(2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص204، وفضيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري، ص126، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص201، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص132.



مضاربة، حيث يكون المال من الجميع والعمل من بعضهم، أما إذا عيّن الشركاء للشركة مديراً أجنبياً يقوم بجميع أعمالها كان هذا النوع مضاربة<sup>(1)</sup>.

**الرد على هذا القول:** كما هو معلوم عند الفقهاء أن المضارب يعتبر وكيلًا (وليس كفيلاً) عن رب المال، ويده يد أمانة، ولا يضمن وضعية الشركة، بينما نجد من أهم خصائص شركة التضامن قيامها على التضامن لا الوكالة بحيث يتحمل كل شريك مسؤولية خسارة الشركة مسؤولية مطلقة، وهذا ما يتعارض مع مفهوم المضاربة، وعليه فلا نجد تطابقاً بين الشركتين في أهم خصائصهما.

**القول الثاني:** ذهب فريق ثان من المعاصرين ومنهم الخياط والتوبجيري إلى أنها من قبيل شركة المفاوضة<sup>(2)</sup>، ووجه هذا القول هو أن الشركتين تتفقان في مبدأ التضامن والكفالة، حيث يجب على الشركاء جميعاً في شركة المفاوضة تحمل الخسارة وإيفاء ديونها، ويحق للدائن مطالبة أي الشركاء فيها، وهذا ما نراه في شركة التضامن، فتتطابق المفاوضة والتضامن في هذه الخاصية، وبالتالي تكون شركة التضامن أقرب ما تكون شبيهاً بشركة المفاوضة.

**الرد على هذا القول بأنه:** وإن كان هناك تطابق بين الشركتين في هذه الخاصية إلا أن هناك خصائص أخرى لشركة المفاوضة غير متحققة في شركة التضامن، والعكس صحيح. كما أن من قواعد شركة التضامن في القانون جواز توزيع الخسارة حسب الاتفاق بينهما، وليس حسب رأس المال، وهو مخالف للإجماع.

**القول الثالث:** ذهب فريق ثالث من المعاصرين ومنهم وهبة الزحيلي إلى أنها من قبيل شركة العنان والمفاوضة معاً، فخاصية الضمان في شركة التضامن تشبه ما تتميز به شركة المفاوضة، وعدم اشتراط المساواة في المال والتصرف يحولها إلى شركة العنان<sup>(3)</sup>. ويمكن الرد على هذا القول بمجموع الرد على القولين السابقين.

**القول الرابع:** ذهب قطب سانو إلى أن جميع الشركات الحديثة لا تدخل تحت أي نوع من أنواع الشركات الفقهية، بل تعتبر شركات جديدة تضاف إلى قائمة شركات العقود التي وردت في

1) الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص 93-94.

2) الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون، ج 2، ص 135، والتوبجيري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج 3، ص 568.

3) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3971.

كتب الفقه إذا توافر فيها الأركان والشروط المعتبرة<sup>(1)</sup>، وأن الأولى هو القول بمشروعية هذه الشركات وغيرها بذات الأدلة والنصوص التي ثبتت بها مشروعيتها الشركات الواردة في كتب الفقه؛ لأنها نصوص وأدلة عامة تصلح لكثير من المعاملات والشركات والعقود المستجدة في حياة الناس<sup>(2)</sup>.

وهذا القول هو الذي يفهم من قرار المجمع الإسلامي رقم 130(14/4) في دورته الرابعة عشر بالدوحة في عام 1423هـ، حيث اعتبرها شركات حديثة، ولم يلحقها بأحد أنواع الشركات الفقهية، ويؤيد هذا الأمر أنه جاء فيه: (... والأصل في الشركات الجواز إذا خلت من المحرمات والموانع الشرعية في نشاطاتها، فإن كان أصل نشاطها حراماً كالبنوك الربوية، أو الشركات التي تتعامل بالمحرمات كالمتاجرة في المخدرات، والأعراض، والخنازير، في كلٍّ أو بعض معاملاتها فهي شركات محرمة، ولا يجوز تملك أسهمها ولا المتاجرة بها، كما يتعين أن تخلو من الغرر والجهالة

1) قطب سانو: الشركات الحديثة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة(14)، ج2، ص326.

2) مجلة الفقه الإسلامي، الدورة(14)، ج2، ص327-328.

المفضية للنزاع، وأي من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى بطلان الشركة أو فسادها في الشريعة<sup>(1)</sup>.

#### - الراجع:

إن القول بعدم إلحاق شركة التضامن بأي نوع من الشركات الفقهية السابقة قول وجيه، شريطة أن تطبق قواعد وشروط الشركات الصحيحة شرعاً على كل شركة جديدة<sup>(2)</sup>، ومن أهم القواعد في هذا الباب ما يلي:

- (الأصل في المعاملات الحل)<sup>(3)</sup>.

- (الأصل في العقود الصحة)<sup>(4)</sup>.

- (الأصل في العقود اللزوم)<sup>(5)</sup>.

- (الأصل بقاء ما كان على ما كان)<sup>(6)</sup>.

- (الأجر والضمان لا يجتمعان)<sup>(7)</sup>.

وكما هو معلوم أن البيعات الفاسدة - فساداً ضعيفاً - تنقلب جائزة بحذف المفسد، وغيرها من القواعد التي يمكن الاستشهاد بها في هذا الباب.

وكذلك يترجح هذا القول للآتي:

1- أن هذه الشركات لم تعرف عند المتقدمين من الفقهاء وبكيفية المعاصرة.

2- رغم وجود بعض أوجه التشابه في هذه الشركات المعاصرة مع الشركات التي ذكرها وقعد لها الفقهاء، إلا أن هنالك أوجه اختلاف، مما يقتضي الاختلاف بينهما في الحكم، وعدم إلحاقها بها.

3- أن الشريعة وضعت قواعد وضوابط عامة يتم من خلالها الحكم على الشركة بالصحة والبطلان، ولم تحدد نمطاً واحداً لا يجوز الخروج عنه أو قياس غيره عليه.

4- أن هذه الأنواع من الشركات تدخل ضمن القواعد الفقهية والعامة في الشريعة، كقاعدة الأصل في المعاملات الحل، وقاعدة الأصل في العقود الصحة واللزوم.

5- أن سعة الشريعة وشمولها التي اتسمت بهما، تجعل هذه الشركات تدخل ضمن أدلتها وقواعدها العامة.

## المطلب الثاني: شركة التوصية البسيطة.

تناولنا في المطلب السابق شركة التضامن من حيث بيان مفهومها، وخصائصها، وتكوينها، ثم تكييفها الفقهي، وفي هذا المطلب نخصص الحديث عن شركة التوصية البسيطة وذلك بالحديث عن تعريفها، وذكر خصائصها، وكيفية تكوينها، وطريقة إدارتها، ثم نبين حكمها عند المعاصرين من خلال ثلاثة فروع كما يأتي:

### الفرع الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وبيان خصائصها.

#### البند الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة:

عرّف وهبة الزحيلي هذه الشركة بقوله: (هي الشركة التي تعقد بين شركاء بعضهم متضامنون، وبعضهم موصون، فالمتضامنون هم الذين لهم أموال ويقومون بأعمال إدارة الشركة، وهم مسؤولون

(1) المرجع السابق.

(2) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص323 وما بعدها.

(3) ابن أمير الحاج: التقرير والتحرير في علم الأصول، دار الفكر: بيروت، 1417هـ-1996م، ج2، ص205.

(4) عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي أبو الفرج: القواعد في الفقه الإسلامي، تح: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية: القاهرة، ط (1) 1391هـ-1971م، ص370، وعبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي السبكي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1411 هـ - 1991م، ج1، ص275.

(5) عبدالعزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تح: عبدالله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1418هـ-1997م، ج4، ص501.

(6) زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية: بيروت، 1400هـ-1980م، ص57، وبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، تح: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية: بيروت، 1421هـ-2000م، ج1، ص12، وعلي بن عبد الكافي السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تح: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1404هـ-، ج1، ص286، ومحمد بن أحمد بن عبدالعزيز الفتوحي المعروف بابن النجار: شرح الكوكب المنير، تح: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان: السعودية، ط (2) 1418هـ-1997م، ج1، ص39.

(7) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص365.

عن الإدارة، متحملون لالتزاماتها، متضامنون في هذه المسؤولية وفي إيفاء ديون الشركة. والموصون: يقدمون المال، ولا يسألون عن إدارتها، ولا يتحملون التزاماتها<sup>(1)</sup>.

وعرفتها موسوعة الفقه الإسلامي بقولها: (وهي التي تُعقد بين شركاء بعضهم متضامنون، وبعضهم موصون، فجميعهم يقدمون المال، لكن المتضامنين يقومون بأعمال إدارة الشركة، والموصون ليس لهم علاقة بأعمال الشركة)<sup>(2)</sup>.

ولم يعرف المشرع الجزائري شركة التوصية البسيطة، في حين نرى أن المشرع المصري قد عرفها في المادة (23) من القانون التجاري بقوله هي: (الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين)<sup>(3)</sup>.

كما عرفها المشرع الإماراتي في المادة (47) من قانون الشركات الاتحادي بأنها: (الشركة التي تتكون من شريك متضامن أو أكثر يكون مسئولاً في جميع أمواله عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته من المال)<sup>(4)</sup>.

وقد تكلمت المادة (51) من قانون الشركات التجارية اليمني عن شركة التوصية البسيطة بقولها: (شركة التوصية البسيطة هي شركة أشخاص تشمل فئتين من الشركاء هما:-  
أ- فئة الشركاء المتضامين: وتسري عليهم أحكام الشركاء المتضامين في شركات التضامن، ويكونون مسئولين بالتضامن عن جميع التزاماتها في أموالهم الخاصة، كما لهم دون غيرهم إدارة الشركة وفقاً لأحكام عقدها.

ب- فئة الشركاء الموصيين: وهم الذين يقدمون المال للشركة وتكون مسئوليتهم محدودة بما قدّموه للشركة من مال فقط، كل بنسبة حصته من رأس مال الشركة)<sup>(5)</sup>.

وتصنّف شركة التوصية البسيطة ضمن شركات الأشخاص؛ لأنها تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء القائمين عليها والمشاركين فيها، وعلى فكرة الثقة والتعاون بينهم مثلها مثل شركة

1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3972.

2) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص568.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص214.

4) فايز نعيم: الشركات التجارية في الإمارات، ص175.

5) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1،

لسنة 1997م المادة 51.

التضامن، ولكنها تختلف عنها في بعض الأحكام الخاصة بسبب وجود شركاء موصين إلى جانب الشركاء المتضامين<sup>(1)</sup>، وقد نصت في هذا الصدد المادة (563) مكرر من القانون التجاري الجزائري بقولها: (تطبق الأحكام المتعلقة بشركة التضامن على شركات التوصية البسيطة مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل)<sup>(2)</sup>.

ونرى أن المشرع اليمني قد بيّن أنه تسري على شركة التوصية البسيطة الأحكام العامة لعقد الشركة بوجه عام، كما تسري عليها القواعد الخاصة بشركة التضامن، حيث نصت المادة (54) من قانون الشركات التجارية اليمني على أنه: (1- تطبق على تأسيس شركة التوصية وحلها حتى فيما يختص بالشركاء الموصيين القواعد الموضوعية لتأسيس شركات التضامن وحلها.

2- تخضع شركة التوصية بصورة عامة للقواعد المطبقة على شركات التضامن في كل ما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون)<sup>(3)</sup>.

#### البند الثاني: خصائص شركة التوصية البسيطة:

تتمتع شركة التوصية البسيطة بعدة خصائص ومميزات، هي:

#### 1- عدم اكتساب الشريك الموصي صفة التاجر:

إن الشريك الموصي قَبِلَ من أول الأمر بتحديد مسؤوليته عن ديون الشركة والتزاماتها، ولذا لم يشأ المغامرة بكامل ذمته المالية في مخاطر النشاط التجاري، ومن ثم فلا يكون جديراً باكتساب

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص214.

2) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 563 مكرر.

3) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة 54.

صفة التاجر؛ وذلك لافتقاره إلى شرط أساسي من شروط اكتساب الصفة التجارية وهو الدخول كليا في معترك النشاط السياسي، واستعداده الكامل لتحمل النتائج المحتملة لذلك النشاط<sup>(1)</sup>.

## 2- تمتاز شركة التوصية البسيطة بأنها تتكون من نوعين من الشركاء:

**النوع الأول:** شركاء متضامنون: يُسألون في كل أموالهم مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة عن ديون الشركة، وتنطبق عليهم كافة الأحكام التي تنطبق على الشركاء في شركة التضامن.

**والنوع الثاني:** الشركاء الموصون: لا يُسألون إلا في حدود حصتهم، ولا يتدخلون في إدارة الشركة، كما أن إفلاس الشركة لا يعني إفلاس الشركاء الموصيين<sup>(2)</sup>.

**3- اسم الشركة:** تعمل شركة التوصية البسيطة بعنوان يكون اسماً تجارياً لها، ويتكون من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسؤولين بالتضامن مقروناً بما يدل على وجود الشركة، وبالتالي فإنه لا يجوز أن يدخل اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة، ومن ثم فإن ظهور اسم الشريك الموصي على اسم الشركة أو عنوانها، يغير من طبيعة مسؤوليته المحدودة، وتصبح مسؤوليته مطلقة عن ديون الشركة والتزاماتها كشريك متضامن<sup>(3)</sup>، وقد نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة 563

---

1) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 217، والحمصي: شركات المساهمة، ص 70، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص 162.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 215، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص 162، والحمصي: شركات المساهمة، ص 70.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 217، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 216.



مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري بقولها: (وإذا كان عنوان الشركة يتألف من اسم شريك موصٍ، فيلتزم هذا الأخير ومن غير تحديد وبالتضامن، بديون الشركة)<sup>(1)</sup>.

كما نصت على ذلك الفقرة 4 من المادة (52) من قانون الشركات التجارية اليمني والتي جاء فيها: (إذا أذن الشريك الموصي بإدراج اسمه في اسم الشركة، أصبح مسئولاً كشريك متضامن عن ديون الشركة وتعهداتها أما الغير حسن النية)<sup>(2)</sup>.

#### 4- عدم قابلية حصة الشريك الموصي للتداول:

لما كانت شركة التوصية البسيطة من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي، والثقة في الشركاء أيًا كان مركزهم، فإنه يترتب على ذلك عدم جواز تنازل الشريك الموصي عن حصته للغير أو إلى ورثته، إلا بالموافقة الجماعية للشركاء، أو بالأغلبية التي يحددها العقد<sup>(3)</sup>.

ونرى أن الفقرة 1 من المادة (563) مكرر 7 من القانون التجاري الجزائري قد نصت على أنه: ( لا يجوز تنازل عن حصص الشركاء، إلا بموافقة كل الشركاء)<sup>(4)</sup>.

#### 5- المسؤولية المحدودة للشريك الموصي:

إن النظام القانوني لشركة التوصية البسيطة، يجعل الشريك الموصي مسئولاً مسئولية محدودة في حدود حصته في رأس مال الشركة، ولا يكون مسئولاً فيما دون ذلك، إلا إذا تبقى شيء من الحصة لم يف به، ولمدير الشركة باعتباره الممثل القانوني لها، الحق في مطالبة الشريك الموصي بالوفاء، بل يجوز لدائني الشركة الحق في استعمال الدعوى غير المباشرة لمطالبة ذلك الشريك بالوفاء،

---

(1) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في

الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة 2، المادة 563 مكرر 2.

(2) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، الفقرة 4، المادة 52.

(3) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 218، والحمصي: شركات المساهمة، ص 71.

(4) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في

الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 563 مكرر 7.



وسند ذلك أن حصة الموصي جزء من مال الشركة الذي يجب المحافظة عليه باعتباره الضمان العام لدائني الشركة<sup>(1)</sup>.

وقد نصت الفقرة 2 من المادة (563) مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري على مسؤولية الشريك الموصي المحدودة بقولها: (يلتزم الشركاء الموصون بديون الشركة، فقط في حدود قيمة حصصهم...)<sup>(2)</sup>.

كما نصت المادة (51) من قانون الشركات التجارية اليمني أيضاً على مسؤولية الشريك الموصي المحدودة بقولها: (... وتكون مسؤوليتهم محدودة بما قدّموه للشركة من مال فقط، كل بنسبة حصته من رأس مال الشركة)<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني: تكوين شركة التوصية البسيطة وإدارتها.

### البند الأول: تكوين شركة التوصية البسيطة:

تخضع شركة التوصية البسيطة فيما يتعلق بتكوينها وتأسيسها وشهرها للقواعد والأركان التي تخضع لها شركة التضامن، وهذا ما نصت عليه المادة (563) مكرر من القانون التجاري الجزائري بقولها: (تطبق الأحكام المتعلقة بشركات التضامن على شركات التوصية البسيطة مع مراعاة القواعد المنصوص عليها...)<sup>(4)</sup>، وهو ما ذكرته الفقرة 1 من المادة (54) من قانون الشركات التجارية

---

(1) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 218.

(2) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة 2، المادة 563 مكرر 1.

(3) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م المادة 51.

(4) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 563 مكرر.

اليمني بقولها: (تطبق على تأسيس شركة التوصية البسيطة وحلّها حتى فيما يختص بالشركاء الموصيين القواعد الموضوعة لتأسيس شركة التضامن وحلّها)<sup>(1)</sup>.

غير أن شركة التوصية البسيطة تختص فيما يتعلق بملخص عقدها الذي يشهر بما يأتي:

(1)- يجب أن يكون ملخص عقد شركة التوصية البسيطة الذي يشهر في السجل التجاري مقتصرًا على أسماء الشركاء المتضامين، فلا يذكر فيه أسماء الشركاء الموصيين.

(2)- يجب أن يتضمن الملخص الذي يشهر مقدار رأس المال، ومقدار المدفوع فيه والمبالغ المتبقية<sup>(2)</sup>.

وقد بينت المادة (563) مكرر 3 من القانون التجاري الجزائري ما يجب أن يتضمنه القانون الأساسي لشركة التوصية البسيطة وهي:

(1)- مبلغ أو قيمة حصص كل الشركاء

(2)- حصة كل شريك متضامن أو شريك موصٍ في هذا المبلغ أو القيمة،

(3)- الحصة الإجمالية للشركاء المتضامين وحصتهم في الأرباح، وكذا حصتهم في الفائض من التصفية<sup>(3)</sup>.

أما مسألة توزيع الأرباح والخسائر فيتقاسم الشركاء المتضامنون والموصون الأرباح بحسب الاتفاق في العقد التأسيسي، أما الخسائر فلا يسأل عنها الشريك الموصي إلا بمقدار حصته في رأس المال، ويسأل الشريك المتضامن بغير تحديد<sup>(4)</sup>.

**البند الثاني: إدارة شركة التوصية البسيطة.**

تخضع إدارة شركة التوصية البسيطة لنفس الأحكام والقواعد التي تسري على شركة التضامن، من حيث تعيين المديرين وعزلهم وسلطاتهم ومسئولياتهم، بحيث تعود إدارة الشركة لكافة الشركاء المتضامين ما لم يشترط القانون الأساسي للشركة على خلاف ذلك، كما يجوز تعيين مدير أو أكثر من الشركاء المتضامين أو من غير الشركاء ماعدا الشركاء الموصيين، ويجب أخذ موافقة الشريك الموصي عند تعيين المديرين أو عزلهم، سواء كانوا من الشركاء أو من الغير.

غير أن أحكام قانون الشركات تقضي بمنع الشريك الموصي من مزاوله أعمال إدارة الشركة، أو التدخل في الإدارة الخارجية للشركة ولو كان ذلك بناءً على توكيل، وقصر هذا الحق على الشريك المتضامن<sup>(5)</sup>.

وفي هذا الشأن نصت الفقرة 1 من المادة (563) مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري بقولها: (لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة)<sup>(6)</sup>.

وقد نصت الفقرة (2) من المادة (53) من قانون الشركات التجارية اليمني على أنه: (لا يجوز للشريك الموصي أن يتدخل في إدارة أعمال الشركة ولو كان تدخله بموجب توكيل، وإذا خالف هذا الحكم أصبح مسئولاً بالتضامن مع الشركاء المتضامنين عن الالتزامات الناشئة عن

- 
- 1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 1، المادة 54.
  - 2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص218، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص215، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص277، وملش: الشركات، ص110.
  - 3) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 563 مكرر 3.
  - 4) الحمصي: شركات المساهمة، ص71.
  - 5) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص218، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص219، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص277.
  - 6) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 563 مكرر 5.

الأعمال الإدارية التي قام بها، كما يجوز إلزامه بكل الدين أو بعضه الناشئ عن الأعمال غير المرخص له بها، وذلك حسب حسامة العمل الذي قام به أو الخطأ الذي ارتكبه<sup>(1)</sup>.

وهذه المسؤولية التي يتحملها الشريك الموصي بكونه مسئولاً بالتضامن عن ديون الشركة لمخالفته إنما يكون في معاملة الغير، أما بالنسبة لعلاقته مع الشركاء فتظل صفته كشريك موصي لا يسأل إلا في حدود حصته<sup>(2)</sup>.

وللشركاء الموصين الحق في الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وفي طرح اسئلة كتابية حول تسيير الشركة، وتكون الإجابة عنها كتابياً أيضاً.

ويمكن للشريك الموصي أن يشغل بعض الوظائف في الشركة بشرط أن لا تخوله حق تمثيلها أمام الغير<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: شركة التوصية البسيطة في الفقه الإسلامي.

تعرفنا في الفرعين السابقين على شركة التوصية البسيطة في التشريعين الجزائري واليميني، وبيّنا مفهومها، والخصائص العامة لها، وتكوينها، وإدارتها، وفي هذا الفرع سنتناول شركة التوصية البسيطة في الفقه الإسلامي.

من خلال النظر نجد أن هناك قولان في هذا الأمر، وذلك على النحو الآتي:

**القول الأول:** ذهب أكثر المعاصرين ومنهم الخفيف، والخياط، والزحيلي، والتويجري، إلى أن شركة التوصية البسيطة نوع من أنواع المضاربة (القراض).

وحجتهم في ذلك: أن العمل في أموال الموصين يعتبر من قبيل المضاربة؛ لأنه عمل في مال الغير، وكما هو معلوم فإن شركة المضاربة تجمع بين المال والعمل، فصاحب المال لا يقدم عملاً، وصاحب العمل لا يشترط عليه تقديم المال، والربح فيها يحدد بالاتفاق، وهو ما تتميز به شركة التوصية البسيطة عن غيرها، إذ تتكون من نوعين من الشركاء، شريك متضامن (ويمثل العامل وهو

---

1) قانون الشركات التجارية اليميني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة2، المادة 53.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص219، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص219، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص288، والبريكي: شركات الأشخاص، ص221.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص219.

مدير الشركة) وشريك موصي (ويمثل صاحب المال)، ومن ثم فإن عنصري هذه الشركة هما ذات عنصري شركة المضاربة، مما يجعل التوصية البسيطة نوعاً من هذه الشركة<sup>(1)</sup>.

**ويمكن الرد عليهم بعدة أوجه:**

**الأول:** نرى أن هناك اختلافاً بين المضاربة وبين التوصية البسيطة، وهو أن المضاربة تنعقد على الوكالة والأمانة، فيكون المضارب وكياً عن المالك في تصرفه، وتصرف الوكيل هنا في شركة التوصية البسيطة صحيح؛ لأنه تصرف وقع بإذن المالك وذلك يحقق معنى الوكالة.

**الثاني:** والمضارب يكون أميناً في التعاقد ورأس المال في يده أمانة؛ لأنه قبضه بإذن المالك، فإذا هلك من غير تعدٍ أو تقصير في حفظه وصيانته فإنه لا يضمن، بينما الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة يعتبر مسؤولاً مسؤولية مطلقة في جميع أموالها سواء هلك المال بتعدٍ أو من غير تعدٍ؛ لأن وجود الشريك المتضامن على رأس الشركة كمسؤول عنها هو الذي يقوي ائتمان الشركة لدى الغير المتعامل معها، والجدير بالحماية في نظر القانون، وهذا بعكس المضارب الذي وإن كان يأخذ مركز الشريك المتضامن إلا أنه لا يسأل إلا إذا ثبت تقصيره أو تفريطه في حفظ المال أو تعديه عليه.

**الثالث:** ثم إن الشريك (المتضامن) في شركة التوصية البسيطة لا يقتصر دوره على مجرد العمل فحسب (كالمضارب) في شركة المضاربة، وإنما يتضمن عقد شركة التوصية البسيطة أن يشارك المتضامن في تكوين رأس المال<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** وهو ما ذهب إليه قطب سانو والذي يقول بعدم قياس وإلحاق هذه الشركة على أي نوع من أنواع الشركات التي عرفها الفقهاء سابقاً، وإنما يجب اعتبارها من الشركات الحديثة، والتي الأصل فيها الحِلّ، ومن ثم تُطبق عليها القواعد الشرعية العامة للعقود والشركات، وهو ما يفهم من قرار مجمع الفقه الإسلامي.

**الراجع:**

والقول الثاني والذي يقول بعدم قياسها على أي نوع من الشركات، بل أن الأصل فيها الجواز، هو الذي تميل إليه النفس؛ لأنه أضبط وأسلم، وقد تكلمنا عن هذا الرأي في شركة التضامن، وبينا مسوغاته.

## المطلب الثالث: شركة المحاصّة.

نتناول في هذا المطلب شركة المحاصّة من حيث بيان مفهومها، وذكر خصائصها، ونبين طريقة تكوينها، وإدارتها، ونختتمه نذكر التكييف الفقهي لها، وذلك من خلال الثلاثة الفروع الآتية:

### الفرع الأول: تعريف شركة المحاصّة وبيان خصائصها.

#### البند الأول: تعريف شركة المحاصّة:

جاء في موسوعة الفقه الإسلامي أن شركة المحاصّة: (هي عقد يلتزم فيه شخصان فأكثر بأن يساهم كل منهما في مشروع مالي، بتقديم حصة من المال أو العمل، ويقتسمان الربح، ويتحملان

---

1) الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص94، والخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون، ج2، ص143، والزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3971، والتوجيهي: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص568.

2) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص336.

الخسارة على حسب ماليهما كالمشاركة في مزاد، أو صفقة وقتية، تُصَفَى الأرباح في الحال وتنتهي<sup>(1)</sup>.

**وقال الزحيلي:** (هي عقد كباقي العقود، بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال، أو من عمل؛ لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة، إلا أنها تمتاز بخفائها عن الجمهور)<sup>(2)</sup>.

ولم يذكر المشرع الجزائري شركة المحاصّة ضمن الشركات التجارية بحسب الشكل وإنما اعتبرها شركة بحسب الموضوع، ولم يتطرق إلى تعريفها<sup>(3)</sup>.

بينما عرفت الفقرة 1 من المادة (55) من قانون الشركات التجارية اليمني شركة المحاصّة بقولها: (شركة المحاصّة شركة مستترة غير ظاهرة ينحصر كيانها بين المتعاقدين لصفقة أو صفقات محدودة)<sup>(4)</sup>.

ونرى أن بعض التشريعات الأخرى قد عرفت شركة المحاصّة وتطرت إليها، فمثلاً عرّفت المادة (56) من القانون الاتحادي رقم (8) لسنة (1984م) بشأن الشركات التجارية في الإمارات شركة المحاصّة بأنها: (الشركة التي تنعقد بين شركتين أو أكثر، لاقتسام الأرباح والخسائر عن عمل تجاري أو أكثر يقوم به أحد الشركاء باسمه الخاص).

وتكون الشركة مقصورة على العلاقات بين الشركاء ولا تسري في حق الغير، ويجوز إثبات شركة المحاصّة بكل طرق الإثبات<sup>(5)</sup>.

وقد نصت المادة (795) مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري بقولها: (يجوز تأسيس شركات محاصّة بين شخصين طبيعيين أو أكثر، تتولى إنجاز عمليات تجارية)<sup>(6)</sup>. ولم يحدد المشرع مدة بقاء شركة المحاصّة؛ لأنها تقوم غالباً لممارسة عمل واحد مؤقت ولفترة قصيرة، ومن ثم تنتهي بمجرد انتهاء العمل التجاري الذي أنشأت من أجله<sup>(7)</sup>.

### **البند الثاني: خصائص شركة المحاصّة:**

تتمتع شركة المحاصّة بعدة خصائص ومميزات، هي:

#### **1 - المحاصّة شركة مستترة:**

تتميز شركة المحاصّة بصفقتها المستترة، ونعني بالاستتار هنا الاستتار القانوني أي أنها لا تكشف للغير، بوصفها شركة تتكون في الخفاء لا يعلم الغير عن تكوينها أو الشركاء فيها، ولذلك لا تخضع شركة المحاصّة للأركان الشكلية المتمثلة في ضرورة كتابة عقد الشركة.

والاستتار التي تتميز به شركة المحاصّة له جانبان:

**الأول: جانب إداري؛** لأن الشركاء أبرموا عقد الشركة وقرروا حجبه عن الغير؛ لأنهم لا يريدون تكوين شخص معنوي مستقل عنهم، ولا يريدون التضامن في المسؤولية.

**الثاني: جانب قانوني:** إن استتار شركة المحاصصة له جانب قانوني؛ لأنها لا تخضع لإجراءات القيد في السجل التجاري أو إجراءات الشهر والعلانية التي يفرضها القانون على الشركات الأخرى، كما تنص على ذلك الفقرة 2 من المادة (55) من قانون الشركات التجارية اليمني:

- 1) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص569.
- 2) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص9372.
- 3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص221.
- 4) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة1997م، الفقرة1، المادة55.
- 5) فايز نعيم: الشركات التجارية في الإمارات، ص201، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص305.
- 6) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 795 مكرر1.
- 7) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص222.



(لا تخضع شركة المحاصصة لمعاملات الشهر المفروضة على الشركات التجارية الأخرى)<sup>(1)</sup>، وبالتالي فالمشرع يؤكد أن هذه الشركة مستترة من الناحية القانونية<sup>(2)</sup>.

## 2- عدم تمتع شركة المحاصصة بالشخصية المعنوية:

عندما يتفق شخصان أو أكثر على تكوين شركة لاستثمار أموالهم في مشروع اقتصادي، فقد أعطى المشرع لهذه الشركة شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء؛ لتسهيل تعامل الشركة مع الغير، ولذا فقد ربط المشرع منح الشخصية المعنوية للشركة بإتمام إجراءات العلانية وإعلام الغير بالشخص المعنوي الجديد، فإذا لم يرد الشركاء إعلام الغير بالشركة التي يزعمون استثمار أموالهم من خلالها فلا تتمتع بالشخصية المعنوية.

وهذا هو شأن شركة المحاصصة، حيث لا تخضع للإجراءات الشكلية والعلانية التي تخضع لها سائر الشركات التجارية.

ويترتب على عدم الاعتراف بالشخصية المعنوية لشركة المحاصصة، أن من يتعامل مع الشركة فإنه لا يعرف سوى الشريك الذي يتعامل معه، وهذا الأخير يتعاقد باسمه دون اسم الشركة حيث لا وجود لها في مواجهة الغير، وإذا قام بإدارة الشركة عدة شركاء كان كل منهم في تعامله مع الغير قائم بعمل لحسابه الشخصي، ويسأل في مواجهة الغير على هذا الأساس.

وقد أكدت على ذلك الفقرة 1 من المادة (795) مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري فيما نصه: (لا تكون شركة المحاصصة إلا في العلاقات الموجودة بين الشركاء ولا تكشف للغير، فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع للإشهار، ويمكن إثباتها بكل الوسائل)<sup>(3)</sup>.

كما أكدت على ذلك الفقرة 3 من المادة (55) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (ليس لشركة المحاصصة شخصية اعتبارية، ولا يكون للغير رابطة قانونية، إلا بالشريك الذي تم التعاقد معه)<sup>(4)</sup>.

كما يترتب على انعدام الشخصية المعنوية لشركة المحاصصة نتائج قانونية متعددة تتميز بها شركة المحاصصة، فالغير لا يعلم قانوناً بوجود شركة المحاصصة ويقتصر تعامله مع الشريك الخاص.

ولذلك لا تحتاج شركة المحاصصة إلى عنوان، أو اسم تتعامل به مع الغير، كما لا تتمتع شركة المحاصصة بذمة مالية مستقلة، بل تظل الحصة المقدمة من الشريك ملكاً له لا تنتقل إلى ملكية الشركة.

كما لا تتمتع شركة المحاصّة بجنسية دولة معينة وليس لها موطن، وطالما أن شركة المحاصّة لا تخضع لإجراءات الشهر فلا حاجة لشهرها بالقيود في السجل التجاري، ويترب على ذلك عدم جواز شهر إفلاس شركة المحاصّة حيث أنّها موجودة فقط في العلاقة بين الشركاء، وليس لها وجود قانوني أمام الغير ولو علم بما من الناحية الواقعية<sup>(5)</sup>.

### (3) - عدم إشهار شركة المحاصّة:

لما كانت هذه الشركة لا وجود لها في الأصل إلا بين الأفراد المكونين لها دون سواهم، فإنه لا يلزم إشهارها لإعلام الغير بتأسيسها، وقد نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة (55) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (لا تخضع شركة المحاصّة لمعاملات الشهر المفروضة على

- 
- 1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 2، المادة 55.
  - 2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص223، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص225، وملش: الشركات، ص272، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص307، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص162، والحمصي: شركات المساهمة، ص73.
  - 3) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة1، المادة 795 مكرر2.
  - 4) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 3، المادة 55.
  - 5) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص223، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص225، وفايز نعيم: الشركات التجارية، ص206، ص81، وملش: الشركات، ص272، والحمصي: الشركات المساهمة، ص73.

الشركات التجارية الأخرى<sup>(1)</sup>، ويترتب على هذا الوضع عدم إمكان قيام شركة فعلية قبل الغير<sup>(1)</sup>.

#### 4 - المحاصصة شركة أشخاص:

تتكون شركة المحاصصة من عدد قليل من الشركاء تتوافر بينهم الثقة الكاملة؛ ولذلك تؤسس شركة المحاصصة على الاعتبار الشخصي بين الشركاء، وتعتبر شركة المحاصصة من أكثر شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء.

ويترتب على ذلك تأثر الشركة بوفاة أحد الشركاء، أو إفلاسه، أو إعساره، أو الحجز عليه، ويحظر على الشركاء تداول هذه الحصص بغير موافقة جميع الشركاء أو أغلبهم حسب الاتفاق مع مراعاة القيود المنصوص عليها في عقد الشركة<sup>(2)</sup>.

ولا يجوز لشركة المحاصصة أن تصدر أسهماً أو سندات قابلة للتداول، وهذا ما قضت به المادة (795) مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري بقولها: (لا يمكن تمثيل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول، ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن)<sup>(3)</sup>.

ونصت على ذلك المادة (58) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (لا يجوز لشركة المحاصصة أن تصدر أسهماً أو سندات قابلة للتداول)<sup>(4)</sup>.

#### 5 - عدم اكتساب الشركاء المحاصصون وصف التاجر ما لم يقوموا بالعمليات التجارية بأنفسهم:

إن الخصيصة التي تميز شركة المحاصصة عن الشركات الأخرى، هي أنها شركة مستترة ينحصر كيانها بين الشركاء ولا وجود لها بالنسبة للغير، وبالتالي فإن هذا الاستتار والخفاء يترتب عليه عدم اكتسابها شخصية معنوية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين لها.

واستتار شركة المحاصصة لا يعني أنه يلزم أن ينجح الشركاء في إبقاء الشركة في طي الخفاء، بل يعني أن شركة المحاصصة شركة مستترة قانوناً، وأنها تظل محتفظة بصفتها كشركة محاصصة ولو علم الغير بوجودها فعلاً، ما دام أنه لم يصدر من الشركاء أي عمل من شأنه إبراز الشركة كشخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء.

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 2، المادة 55.

- 1) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص225.
- 2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص222، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص226، وملش: الشركات، ص273، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص305، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص162، والحمصي: الشركات المساهمة، ص74.
- 3) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 795 مكرر5.
- 4) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة58.

أما إذا صدر من الشركاء ما من شأنه إعلام الغير بوجود الشركة كشخص معنوي، كما لو اتخذت لها عنواناً وتعاقداً أحدهم مع الغير بهذا العنوان، فهنا تفقد الشركة صفة الاستتار، وتظهر بمظهر شركة تضامن لم تستوف إجراءات الإشهار بالنسبة لها<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني: تكوين شركة المحاصة، وإدارتها.

### البند الأول: تكوين شركة المحاصة:

تخضع شركة المحاصة في تأسيسها وتكوينها، كغيرها من الشركات للأحكام العامة لانعقاد سائر العقود، فيشترط لقيامها توافر الأركان الموضوعية العامة، والتي منها:

- أن يحصل الإيجاب والقبول من طرفي العقد، مقترباً برضائهما التام، وأن ينصب الرضا على جميع شروط عقد الشركة وغرضها ونظامها الإرادي، وأن يكون خالياً من العيوب.

- ويشترط كذلك، أن يكون للشركة محلاً مشروعاً وممكناً من الناحية المادية والقانونية تقوم في الأصل لاستغلاله، واستثماره، فإذا كان محل الشركة غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، أو كان غير ممكن تحقيقه، كان عقد الشركة باطلاً بطلاناً مطلقاً كما سبق بيانه، ويشترط تبعاً لذلك أن يكون سبب قيام الشركة أي الباعث على قيامها مشروعاً، وإلا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً.

- ويلزم أن يكون الشركاء متمتعين بالأهلية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية، وإلا كانت باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة ناقص الأهلية، أو باطلة بطلاناً مطلقاً إذا انعدمت أهلية أحد الشركاء<sup>(2)</sup>.

- كما يشترط توافر الأركان الموضوعية الخاصة، فيلزم توافر شريكين فأكثر، ويجب أن يقدم كل منهم حصة المساهمة في رأس المال، ويشترط قبولهم تحمل مغارم الشركة ومغانمها، وما تغله من أرباح أو خسائر، وتختلف أحد الأركان الموضوعية الخاصة يجعل عقد الشركة باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما تقدم.

إلا أن شركة المحاصة تفتقد لشيء أساسي وهو توافر الأركان الشكلية، حيث لا يلزم في هذه الشركة إتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى، ومن ثم لا يلزم لانعقاد شركة المحاصة التجارية

1) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص 225، وفايز نعيم: الشركات التجارية، ص 129، وملش: الشركات، ص 272، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص 306.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 226، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 227، والحمصي: الشركات المساهمة، ص 74.

تحرير سند كتابي، وبالتالي لا يخضع عقدهما للقيود في السجل التجاري ولا العلانية، وبناءً عليه فإنه لا تطبق عليها المادة (418) من القانون التجاري الجزائري التي تستوجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً، وهذا ناتج عن افتقار شركة المحاصة للشخصية المعنوية؛ لأنها شركة خفية ومستترة، وقد نصت على ذلك الفقرة 2 من المادة (55) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (لا تخضع شركة المحاصة لمعاملات الشهر المفروضة على الشركات التجارية الأخرى)<sup>(1)</sup>، ويترتب على ذلك عدم جواز شهر عقد شركة المحاصة حتى لا يعلم به الغير وإلا فقدت الشركة صفتها كشركة محاصة.

رغم أن هذا لا يمنع الشركاء من أن يقوموا بكتابة العقد حفاظاً على حقوقهم، ولبيان الالتزامات التي رتبها العقد على كل منهم، أما ما يتعلق بإثبات شركة المحاصة، فإن هذه الشركة يجوز إثباتها بكافة طرق ووسائل الإثبات ومنها إبراز الدفاتر والخطابات، وغير ذلك من طرق الإثبات<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: إدارة شركة المحاصة.

عرفنا أن شركة المحاصة لا تتمتع بشخصية قانونية مع ما يترتب على ذلك من انعدام الذمة المالية المستقلة لشركة المحاصة؛ ولذا فإن الشركاء يتفقون فيما بينهم على طريقة إدارة الشركة، وقد تكون طريقة الإدارة التي يتفق عليها الشركاء من عدة صور وأشكال، منها:

(1) - اختيار أحد الشركاء مديراً للشركة: قد يتفق الشركاء في شركة المحاصة على اختيار أحدهم ليقوم بأعمال الإدارة نيابة عنهم جميعاً، ويسمى الشريك المدير في هذه الحالة (مدير المحاصة)، ويقوم مدير المحاصة بأعمال الإدارة باسمه الشخصي، ولكن لحساب باقي الشركاء، ويتعاقد مدير المحاصة مع الغير وكأنه يتعاقد لنفسه، ولكن يلتزم بعد ذلك بنقل آثار هذا التعاقد إلى بقية الشركاء.

(2) - قيام الشركاء جميعاً بإدارة الشركة: وقد يتفق الشركاء في شركة المحاصة على أن يقوموا جميعاً بإدارة الشركة دون انفراد أحدهم، وفي هذه الحالة يسأل جميع الشركاء في مواجهة

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 2، المادة 55.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص226، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص227، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص313، وملش: الشركات، ص270، والحمصي: الشركات المساهمة، ص74.

الغير، باعتبارهم متضامنين معاً للوفاء بالديون وفقاً للقواعد العامة في افتراض التضامن في المواد التجارية، وتتفق هذه الصورة مع امتلاك الشركاء للحصص على الشيوع.

(3) - قيام كل شريك بإدارة حصته في الشركة: وقد يتفق الشركاء فيما بينهم على أن يختص كل شريك بإدارة جزء من أعمال الشركة، كما إذا اتفقوا على أن يعمل كل شريك بإدارة حصته التي يملكها على حدة، ثم يعود بعد ذلك يقدم كل منهم حساب عن نتائج هذه العمليات لباقي الشركاء، واقتسام ما ينتج عنها من ربح أو خسارة، وفي هذه الحالة يتعامل الشريك مع الغير مستقلاً عن غيره من الشركاء، وكل شريك يتعاقد باسمه، ثم يلتزم بنقل آثار هذا التعاقد لصالح الشركاء جميعاً وفقاً للاتفاق المبرم بينهم<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: شركة المحاصة في الفقه الإسلامي.

سبق أن تحدثنا عن شركة المحاصة في التشريعين الجزائري واليميني، وعرفنا القواعد العامة لتلك الشركة، أما في هذا الفرع فسيكون الحديث عن شركة المحاصة في الفقه الإسلامي على النحو التالي:

اختلف الفقهاء المعاصرون في شركة المحاصة على قولين، هما:

#### القول الأول:

والذي يرى إلحاق هذه الشركة بإحدى الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي بشيء من التفصيل.

فترى أن الزحيلي والتويجري يقولان أن شركة المحاصة تعتبر نوعاً من أنواع شركة العنان؛ لأنها ليست فيها مساواة، ولا تضامن، ولا تكافل، وهي معقودة على نوع خاص من أنواع التجارات، والربح يوزع فيها بحسب الاتفاق، والخسارة تكون بحسب رؤوس الأموال التي استعملت فيها<sup>(2)</sup>. ويمكن الردّ على هذا بأن شركة المحاصة ليست خاصة بنوع واحد من التجارات كما في شركة العنان، فيمكن أن تقوم بعمل تجاري واحد أو أكثر، وقد يتوسع نشاطها أكثر مما قامت عليه، وقد يطول أمدها.

كما يرى الزحيلي أن شركة المحاصة قد تكون شركة عنان ومضاربة إذا احتفظ كل شريك بملكية حصته، لكنه إذا سلمها لواحد لاستثمارها مع بقية الحصص لمصلحة الكل، على أن

(1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص228، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص227، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص322، والبريكي: شركات الأشخاص، ص258.

(2) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3973، والتويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص569.



يقتسموا الربح أو الخسارة فيما بينهما بحسب الاتفاق أو الحصص، فالمال المقدم من أصحابه إلى أحدهم يعد مضاربة، ويكون الشريك المتصرف مضارباً، كما أنه إذا تصرف معه بعض الشركاء في إدارة الشركة، كانت الشركة شركة عنان بينهم، وأما الذين لم يساهموا في الإدارة فهم شركاء مضاربون<sup>(1)</sup>.

ويمكن الردّ على هذا بأن شركة المضاربة يكون المال مقدماً من جانب، والعمل من الجانب الآخر، أما في شركة المحاصة فقد يقدم المدير مالاً بالإضافة إلى عمله، وبالتالي لا تكون متفقة مع المضاربة.

### القول الثاني:

يرى هذا القول أنه لا حاجة إلى إلحاق هذه الشركة وغيرها من الشركات الحديثة بإحدى الشركات الفقهية المعروفة، وإنما يجب اعتبارها شركة جديدة تُطبق عليها القواعد العامة في قواعد العقود والمعاملات، وكما هو معلوم أن العقود على نوعين: عقود قديمة، وهي المعروفة والمستقرة عند الفقهاء، وعقود مستحدثة، وهي التي ليس لها وجود عند الفقهاء السابقين، وإنما استحدثت لتغير الزمان والأحوال، والتطور العلمي الحديث.

وينادي أصحاب هذا القول بعدم القياس على أصل الشركات الفقهية المعروفة، وإنما يقولون بجواز هذه الشركات الحديثة انطلاقاً من أن الأصل في المعاملات الحِلّ وفي العقود الحِلّ والصحة،

(1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص3973.



وهذا القول يعتمد على عدد من الأمور والقواعد التي ذكرناها سابقاً في شركة التضامن، والتي يتم من خلالها الحكم على الشركات والعقود الحديثة<sup>(1)</sup>.

### الترجيح:

سبق وأن قررنا القول الثاني واعتمدناه عند الحديث عن شركة التضامن، وهو ذاته الذي يترجح هنا؛ لأن هذه النظرة للشركات الحديثة أسلم من النظرة الأولى؛ وأسهل لحل مشكلات الشركات الحديثة وحالاتها.

## المطلب الرابع: مقارنة بين شركات الأشخاص في الفقه والقانون

بالمقارنة بين شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني يتضح الآتي:

1- أن شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي تنقسم إلى أربعة أقسام وهي: شركة الأموال بقسميها العنان والمفاوضة، وشركة الأعمال أو الأبدان، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة.

بينما تنقسم شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني إلى ثلاثة أقسام وهي: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصصة.

2- أن بين شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني تقارباً في أمور منها:

أ- أن الغاية من تكوين شركات الأشخاص في الفقه والقانون هي جلب الأرباح واستثمار الأموال بقصد الربح.

ب- قيام هذه الشركات على الوكالة والكفالة معاً، أو على أحدهما، ما يعني أن المسؤولية في الشركات تضامنية غالباً.

ج- أن شركة المضاربة في الفقه الإسلامي تقوم على دفع المال من أحد الشركاء، على أن يكون العمل على الطرف الآخر، والربح بينهما على ما يتفقان عليه.

وهو ما يتفق مع أنواع شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني، حيث يشترط المشرع في شركات الأشخاص بأنواعها أن يقدم كل شريك حصة من مال، أو عمل لتحقيق شراكته.

(1) قطب سانو: الشركات الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة(14)، ج2، ص330-333.

د- أن أصحاب الأموال في شركة المضاربة في الفقه الإسلامي لا يشترط أن يكونوا معروفين، وإن كانوا هم الأساس في قيام الشركة، وهذا الجانب ما يتفق مع الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة.

ه- أن شركة الأموال في الفقه الإسلامي بقسميها العنان والمفاوضة تقوم على الجانب المالي، حيث يقدم كل شريك فيها حصة معينة من المال، وهو ما يتفق مع أنواع شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني، حيث يشترط المشرع أن يقدم كل شريك حصة معينة من مال أو عمل.

و- أن شركة الأعمال (الأبدان) في الفقه الإسلامي تقوم على الشراكة في العمل، فيكون رأس مال الشركة عبارة عن عمل يقدمه الشركاء دون المال، وهو ما يتفق مع شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني، حيث يصح أن يكون رأس المال فيها عبارة عن حصة عمل كما أسلفنا.

3- انفرد الفقه الإسلامي عن التشريعين الجزائري واليميني في شركات الأشخاص بشركة الوجوه، حيث أنها لا تقوم على المال ولا العمل، وإنما أساسها الثقة المتبادلة بين شريكين فأكثر يقومان من خلال هذه الثقة بالشراء نسيئة بوجههما، في حين أن القانون يشترط في الشركة تقديم حصة من مال أو عمل، وهو ما لا نراه موجوداً في هذه الشركة.

4- أن الفقه الإسلامي وضع ضوابط وقواعد عامة لقيام الشركات، إذا تحققت هذه القواعد والضوابط صحت الشركة، من دون اعتبار للزمن، أو التسمية، أو الشركاء، وهذا يظهر مدى شمولية الإسلام واستيعابه للمتغيرات والمستجدات في جانب المعاملات المعاصرة. وبهذا الميزان نستطيع الحكم على أي شركة قد تنشأ في أي زمن، وبهذه الضوابط نستطيع تصحيح مسار الشركات المالية، وبهذه المرونة نستوعب كل جديد في المعاملات المالية المعاصرة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

# الفصل الثاني

## الفصل الثاني: الطرق البديلة لحلّ النزاعات المتعلقة

### بشركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعيين

#### الجزائري واليميني

تكلّمنا في الفصل السابق عن شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعيين الجزائري واليميني، وعرفنا أن شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي تنقسم إلى أربعة أقسام هي: شركة الأموال، وشركة الأعمال (الأبدان)، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة (القراض)، ثم بيّنا أن شركات الأشخاص في التشريعيين الجزائري واليميني تنقسم إلى ثلاثة أقسام، وهي: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصّة.

وفي هذا الفصل سيقوم الباحث بدراسة الوسائل والطرق البديلة لحلّ النزاعات في الفقه الإسلامي والتشريعيين الجزائري واليميني، والطرق البديلة لحلّ النزاعات هي: الوسائل التي تلجأ إليها الأطراف عند نشوء خلاف بينهم، عوضاً عن القضاء الشرعي؛ بغية التوصل لحلّ لذلك الخلاف، وانطلاقاً من هذا المعنى يخرج التقاضي أمام المحاكم؛ لأنه لا يعدّ وسيلة بديلة لحلّ الخلافات بل وسيلة أصيلة، إذ أن الأصل في الأطراف اللجوء إلى المحاكم الشرعية لإزالة النزاع ورفعها.

وسيكون الحديث مقتصرّاً على الطرق البديلة لحلّ النزاعات والتي من أهمها: الوساطة، والصلح، والتحكيم؛ وذلك في عدّة مباحث، نتناول في المبحث الأول الوساطة، وفي المبحث الثاني الصلح، ونتكلّم في المبحث الثالث عن التحكيم، ثم نختم بمقارنة بين الطرق البديلة في الفقه والتشريعيين الجزائري واليميني.

#### المبحث الأول: الوساطة.

عنيّت الشريعة الإسلامية الغراء بكل وسيلة مشروعة يمكنها أن تقطع المنازعة، وتنتهي الخصومة، وتؤدي إلى نشر المودة والوئام بين أفراد المجتمع؛ ولذا نرى أن الإسلام يحث أتباعه على

إصلاح ذات البين باستخدام الطرق البديلة لرفع المنازعات من القيام بالوساطة بين الأطراف المتنازعة، ثم التوصل إلى صلح واتفق ينهي هذا النزاع.

وتعتبر الوساطة أول عمل يقوم به الشخص الذي يريد أن يسعى بين أطراف النزاع لحلهم على تركه، وللتوصل إلى الصلح، أو ينصحهم باللجوء إلى التحكيم، أو القضاء الشرعي إن لزم الأمر، وهذا كله نراه في الفقه الإسلامي وهو ما اعتمده القانون.

ثم إن الوساطة قبل أن تكون قانوناً فقد كانت ولا تزال خلقاً، وعرفاً، وسلوكاً، متأصلاً في مجتمعنا، وقد جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لهذا الأمر ومرغبة فيه؛ كونه محبباً للنفس البشرية، التي ترفض بطبيعتها فرض الأحكام عليها.

**وعليه:** فإن الوساطة إحدى الطرق الفاعلة من حيث تقريب وجهات النظر، من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات؛ بغية الوصول إلى تسوية وديّة، ومرضية لكل الأطراف.

وفي هذا المبحث سنتناول الوساطة كإحدى الطرق البديلة لحل النزاعات، والذي يحتوي عدّة مطالب، نخصص المطلب الأول للحديث عن تعريف الوساطة، ومشروعيتها، والمطلب الثاني سيكون عن خصائص الوساطة، وأنواعها، وسنتناول في المطلب الثالث الوسيط، والتزاماته، وسيكون الحديث في المطلب الرابع عن شروط إجراءات الوساطة، ونختتم المطلب الخامس ببيان آثار الوساطة، وكيفية انتهائها.

## **المطلب الأول: تعريف الوساطة ومشروعيتها.**

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الوساطة في اللغة، والفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، ثم نستعرض مشروعيتها من خلال الآيات والأحاديث، وذلك في الفرعين الآتيين على النحو التالي:

### **الفرع الأول: تعريف الوساطة.**

#### **البند الأول: تعريف الوساطة في اللغة:**

**الْوَسَاطَةُ** - بفتح أوله - مصدر، والفعل **وَسَطَ** و**وَسَطَ** - بضم عين الفعل وفتحها-، والاسم: الوسيط، وقد وسط وساطة فهو وسيط<sup>(1)</sup>.

جاء في معجم مقاييس اللغة: (**وَسَطَ**) الواو والسين والطاء: بناء صحيح يدل على العدل والنصف، وأعدّل الشّيء: أوسطه ووسّطه، قال الله عزّ وجلّ: ﴿أُمَّةً وَسَطًا﴾<sup>(2)</sup>،<sup>(3)</sup>.

وللوساطة معانٍ منها:

- 
- (1) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص430، مادة (وسط)، والفيومي: المصباح المنير، ص659، مادة (وسط).
  - (2) سورة البقرة: الآية (143).
  - (3) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج6، ص108، مادة (وسط).

- التوسط في الحق والعدل، وفي الحسب والنسب والشرف، يقال: رجل وسيط، أي حسيب في قومه.

- التوسط بين الناس من الوساطة، وتوسط بينهم: عمل الوساطة.

- وتطلق الوساطة على العمل الذي يقوم به الوسيط، يقال: توسط بينهم أي عمل الوساطة، كإصلاح بين المتخاصمين، إذ يطلق الوسيط على المصلح، والمتوسط بين المتخاصمين، وفيهم وساطة: توسط بينهم بالحق والعدل<sup>(1)</sup>.

والمعنى الأخير للوساطة هو المناسب لموضوعنا، كما يتضح أيضاً: أن الوساطة هي عمل الوسيط، ويدل لفظها على أن هناك أطرافاً أخرى يعمل الوسيط بينها.

### البند الثاني: تعريف الوساطة في الفقه الإسلامي:

عرفت الوساطة بأنها: (عبارة عن الشفاعة بين شخصين أو أكثر، بما فيه منفعة لأحدهم أو جميعهم)<sup>(1)</sup>.

ويمكن تعريف الوساطة على أنها: (بذل جهد يقوم به طرف خارجي للتقريب بين متنازعين في مسألة مالية).

إن ما يقوم به الوسيط أو الوسطاء هو عمل هدفه احتواء الخلاف، والتقليل من نتائجه قدر المستطاع، والتقريب بين المتخاصمين، وإزالة عوامل الخلاف وأسبابه، ثم الوصول بعد ذلك إلى إصلاح ذات البين ابتغاء مرضات الله.

### البند الثالث: تعريف الوساطة في القانون:

من خلال النظر في التشريعين الجزائري واليميني نجد أنهما لم يقدموا تعريفاً للوساطة وإنما تركا أمر تعريفها لفقهاء القانون، ومن ذلك:

- عرّفها كارل سيليكو بأنها: (عملية يساعد من خلالها طرف ثالث شخصين أو أكثر

على التوصل إلى حل نابع منهم بشأن قضية أو أكثر من القضايا المتنازع عليها)<sup>(2)</sup>.

- وكذلك ورد تعريف للوساطة بأنها: (وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث

نزيه، وحيادي، ومستقل، يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب

---

(1) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص430، مادة (وسط)، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص894، باب الواو، والزبيدي: تاج العروس، ج20، ص128، مادة (وسط)، والرازي: مختار الصحاح، ص740، باب الواو، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص1031، باب الواو.

وجهات نظر المتنازعين؛ بهدف إيجاد صيغة توافقية، وبدون أن يفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً<sup>(3)</sup>.

- ويعرفها الأحذب على أنها: (إجراء مفاده أن يقوم شخص من خارج النزاع بتقريب وجهات النظر بين الخصوم، وإيجاد الحلّ الملائم للنزاع المطروح)<sup>(4)</sup>.

- ومنهم من عرف الوساطة على أنها: (وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع، ويختارون خلالها إجراءات، وأسلوب الوساطة؛ من أجل فهم موضوع النزاع، ووضع الحلول المناسبة له)<sup>(5)</sup>.

- وجاء في تعريف الوساطة أيضاً بأنها: (وسيلة اختيارية، وودية وسرية لحل النزاعات، تتم عبر تدخل طرف ثالث محايد لحل النزاع، يسمى الوسيط، ويتوفر فيه الحياد وعدم التحيز. وتهدف الوساطة إلى مساعدة جميع أطراف النزاع على الوصول إلى حل متفاوض بشأنه ومقبول من جميع الأطراف)<sup>(6)</sup>.

ونرى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد أخرج الوساطة من سلطة الأطراف، وألحقها بسلطات قاضي الدعوى، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (994) بقولها: (يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا

---

1) سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي: الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية: الرياض، ط 1427هـ، ص 763.

2) كارل سيليكويو: الوساطة في حلّ النزاعات، ترجمة: علاء عبدالمنعم، مراجعة: فائزة حكيم، الدار الدولية للنشر والتوزيع: مصر، ص 21.

3) عروي عبدالكريم: الطرق البديلة في حلّ النزاعات القضائية، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بجامعة الجزائر 1: الجزائر، 2012م، ص 78.

4) جلال الأحذب: دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وقانون المرافعات الفرنسي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص 2009م، ص 21.

5) عمر مشهور الجازي: الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، بحث قدمه الباحث في ندوة عقدت في جامعة اليرموك: الأردن، بتاريخ 28 كانون الأول 2004م، ص 3.

6) منظمة البحث عن أرضية مشتركة بالتعاون مع وزارة العدل المغربية: دليل الوساطة، ص 3.



شؤون الأسرة، والقضايا العمالية، وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام<sup>(1)</sup>، وهذا ما يمكن أن يسمى بالوساطة القضائية.

مما سبق يتبين أن الوساطة إحدى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات بعيداً عن التقاضي، من خلال إجراءات سريعة وسريّة يقوم بها شخص ثالث محايد، يعمل على تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، بهدف الوصول إلى تسوية للنزاع تكون مرضية عند جميع الأطراف، بحيث يساهم كل طرف في النزاع للوصول إلى الهدف منها.

#### البند الرابع: تمييز المصطلحات ذات الصلة بالوساطة:

في ضوء الحديث عن الوساطة ينبغي أن نُميّز بينها وبين المصطلحات المشابهة له، والتي من شأنها أن تنتهي النزاع وتزيله بطرق وديّة دون اللجوء إلى القضاء، مع الأخذ بنظر الاعتبار أننا لا نتناول هذه التصرفات بشكل مفصّل، بل سنتطرق إلى الجانب الذي يهمنا وهو إظهار أوجه الاختلاف بين الوساطة وهذه التصرفات، وإن كان يشترك معها في العمل على إنهاء النزاع، ومن هذه التصرفات ما يلي:

##### 1- الصلح:

كما هو معلوم أن الصلح يعتبر من أحد الطرق البديلة والأساسية لحل المنازعات بين الأفراد أو الشركات، وأن الهدف منه إزالة النزاع ورفع الخلاف بين الأطراف، وهو ما يتفق فيه الصلح مع الوساطة، إضافة إلى ذلك فإنه يتوقف وجودهما على قبول أطراف النزاع وموافقتهما. ويختلف الصلح عن الوساطة في أن الوساطة عبارة عن وسيلة يتم العمل بها بغية الوصول إلى تحقيق هدف رفع النزاع، وذلك باتفاق الطرفين وتصالجهما، أما الصلح فقد يكون هو غاية في ذاته عند أطراف النزاع<sup>(2)</sup>.

##### 2- التحكيم:

يعتبر التحكيم أحد الطرق البديلة لحل النزاعات وهدفه الجوهري هو إزالة النزاع، ثم إن المشرع قد قيّد التحكيم ومنعه من النظر في القضايا الأسرية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام، وبالتالي فإن هذه هي أوجه الاتفاق بين التحكيم والوساطة.

#### لكنهما يختلفان في عدة أوجه منها:

أ- أن مهمة الوسيط لا تتجاوز تقريب وجهات النظر، واتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل ذلك، إضافة إلى أن رأي الوسيط غير ملزم للأطراف و ليس له سلطة عليهم، أما المحكم فمهمته

- 
- 1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 1، مادة 994.
- 2) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، رسالة دكتوراه بجامعة الحاج لخضر بباتنة: الجزائر، 1433هـ، ص 90، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص 83.

تكمّن في إصدار قرار بموضوع النزاع المعروض عليه، بعد معاينة وتدقيق الأدلة والوقائع، أما قراره فملزم.

(ب) - إحالة النزاع للتحكيم يكون قبل اللجوء للقضاء، أما الوساطة القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري فإنها لا تعرض إلا بعد طرح النزاع أمام القضاء.

(ج) - جعل المشرع الجزائري سلطة تعيين الوسيط للقاضي بعد موافقة الأطراف على إجراء الوساطة، في حين أن المحكّم يتم تعيينه من قبل أطراف النزاع أنفسهم<sup>(1)</sup>.

### 3- التوفيق:

إن التوفيق كوسيلة من وسائل حلّ النزاع البديلة يتم بواسطة شخص ثالث حيادي ونزيه، يحاول التقريب بين أطراف النزاع بعد تحديد مسائل الخلاف بينهم، ثم بعد ذلك يقترح اتفاقاً صلحياً يعرضه على المتخاصمين، ومتى وافق إرادتهم وحظي بقبولهم كان منهيّاً للنزاع.

ويتفق التوفيق مع الوساطة في أنهما متوقفان على موافقة أطراف النزاع، وأنهما مستقلين من خارج أطراف النزاع، وأن كلاً منهما ليست له سلطة على أطراف النزاع كالقاضي أو المحكّم، وليس للوسيط أو الموقّق ولاية كالقاضي، وإنما يستمدان ولايتهما من أطراف النزاع.

وهناك أمر جوهري هو ما يمكن أن نفرق به بين الوساطة والتوفيق، وهو من حيث مهمتهما، فمهمة الوسيط الأساسية هي تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، بينما الموقّق يسعى لاستعراض الحلول الممكنة، واقتراح بعضها على الخصوم<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية الوساطة.

تعتبر الوساطة من وسائل تحقيق السلم الاجتماعي والوقاية من الاضطرابات في المجتمع الإسلامي، وهي سبيل لنشر روح التسامح بين المسلمين، إلى حوار العفو والصفح والصلح بين الناس وغيرها مما دعا إليه الإسلام، وتأكيداً على إصلاح العلاقة بين المتخاصمين، والتي قد يفسدها حب التملك والاستيلاء على مال الغير وغير ذلك.

وليس من الخير أن يستقيم المسلم في حياته فحسب ويترك الفوضى والخراب يدبّان إلى غيره من المسلمين، بل الخير أن يعيش المجتمع كله في خير وأمان، بعيداً عن الشحناء والبغضاء والقطيعة، وبالتالي فلا بدّ على المسلم أن يسعى إلى الإصلاح بين الناس والتسوية بينهم عن طريق الوساطة لرفع العداوة عنهم.

ثم إن ترك النزاع بين شخصين مثلاً قد ينمو ويمتدّ إلى دائرة الأقرباء ثم العشيرة، وقد يفضي إلى سفك للدماء، ومما لا شك فيه أن السعي لمنع حدوث مثل هذا أو غيره من أجمل الخصال؛ لأنه سيحافظ على الأخوة الإسلامية.

والتي قال الله تعالى عنها: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾<sup>(3)</sup>، وهذه الآية فيها أمر من الله بالإصلاح بين المسلمين<sup>(4)</sup>.

بل إن الإسلام دعا أتباعه إلى الإصلاح بين طوائف المؤمنين فقال الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي

- 1) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، رسالة دكتوراه بجامعة الحاج لخضر بباتنة: الجزائر، 1433هـ، ص86، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص81.
- 2) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص91.
- 3) سورة الحجرات: الآية (10).
- 4) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج7، ص373.

حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ  
الْمُقْسِطِينَ ﴿١﴾.

ومما يترتب على الأخوة الإيمانية أن يكون الحب والسلام والتعاون والوحدة هي الأصل في  
الجماعة المسلمة، وأن يكون الخلاف أو القتال هو الاستثناء الذي يجب أن يرد إلى الأصل فور  
وقوعه، والوساطة بين الناس هي الطريقة المثلى لتحقيق ما ذكر سالفًا من المحبة والتعاون والوحدة  
وإحقاق الحقوق.

كما دعا الإسلام إلى الإصلاح بين الزوجين فقال الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ  
وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (2).

ويبين الله سبحانه وتعالى ثواب الإصلاح بين الناس بهذه الآية الكريمة، فقال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ  
فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ  
ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ (3).

- وقد وردت أحاديث عدّة في السنة النبوية تدل بمجموعها على مشروعية الوساطة، ومن  
هذه الأحاديث ما يأتي:

(1) - حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: (إن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث، كأني أنظر إليه  
يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس: (يا عباس ألا تعجب من

1) سورة الحجرات: الآية (9).

2) سورة النساء: الآية (35).

3) سورة النساء: الآية (114).

حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً؟ فقال النبي ﷺ: (لو راجعته) قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: (إنما أنا أشفع) قالت: لا حاجة لي فيه<sup>(1)</sup>.

**وجه الاستشهاد:** أن هذا الحديث أصل في الوساطة ومشروعيتها؛ لأن النبي ﷺ سعى بالوساطة بنفسه بين بريرة وزوجها مغيث.

**قال ابن بطال:** (وفيه من الفقه جواز استشفاع العالم والخليفة في الحوائج والرغبة إلى أهلها في الإسعاف لسائلها، وأن ذلك من مكارم الأخلاق)<sup>(2)</sup>.

**وجاء في إرشاد الساري:** (وفي هذا الحديث جواز الشفاعة من الحاكم عند الخصم في خصمه إذا ظهر حقه، وإشارته عليه بالصلح أو الترك)<sup>(3)</sup>.

(2) - حديث أبي أمامة الباهلي<sup>(4)</sup> قال: قال رسول الله ﷺ لأبي أيوب بن زيد: (يا أبا أيوب ألا أدلك على عمل يرضاه الله ورسوله؟) قال: بلى، قال: (تصلح بين الناس إذا تفاسدوا، وتقارب بينهم إذا تباعدوا)<sup>(5)</sup>.

**وجه الاستشهاد:** أن الوساطة هي تقريب وجهات النظر بين المتخاصمين، وقد جاء اللفظ هنا بقوله ﷺ وتقارب بينهم إذا تباعدوا، وهذا هو ما يقوم به الوسيط.

(3) - حديث عروة بن مسعود قال: أن الزبير بن العوف كان يحدث: أنه خاصم رجلاً من الأنصار قد شهد بداراً إلى رسول الله ﷺ في شراج من الحرة، كانا يسقيان به كلاهما، فقال رسول الله ﷺ للزبير:

(1) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة، برقم 5283، ج 7، ص 48.

(2) ابن بطال البكري: شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ج 7، ص 431.

(3) أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، المطبعة الكبرى الأميرية: مصر، ط (7) 1323 هـ، ج 8، ص 155.

(4) أبو أمامة الباهلي: هو صدي بن عجلان بن الحارث، ويقال: بن وهب الباهلي، السهمي، أبو أمامة، غلبت كنيته على اسمه، كان ممن بايع تحت الشجرة، روى عن النبي ﷺ فأكثر، له في الصحيحين 250 حديثاً، آخر من مات بالشام من الصحابة، توفي سنة 81هـ، (ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج 3، ص 420، وابن الأثير: أسد الغابة، ص 516، وابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج 1، ص 221).

(5) سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني: المعجم الكبير، تح: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم: الموصل، ط (2) 1404هـ-1983م، برقم، 7999، ج 8، ص 257، وأبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي: شعب الإيمان، تح: محمد السعيد بسبوني زغلول، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1410هـ، باب الإصلاح بين الناس، برقم 11094، ج 7، ص 490، واللفظ للطبراني، وقال الألباني: حسن لغيره، (محمد الألباني: صحيح الترغيب والترهيب، كتاب الأدب وغيره، باب الترغيب في الإصلاح بين الناس، برقم 2820، ج 3، ص 46).

(اسق يا زبير، ثم أرسل إلى جارك)، فغضب الأنصاري، فقال: يا رسول الله، إن كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: (اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر)، فاستوعى (1) رسول الله ﷺ حينئذ للزبير حقه، وكان رسول الله ﷺ قبل ذلك أشار على الزبير برأي سعة (2) له وللأنصاري، فلما أحفظ الأنصاري رسول الله ﷺ، استوعى للزبير حقه في صريح الحكم، قال عروة: قال الزبير: والله ما أحسب هذه الآية نزلت إلا في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (3)، (4).

وجه الاستشهاد: أن الرسول ﷺ قام أول الأمر بالوساطة والصلح بين الزبير والأنصاري، وأشار بأمر في سعة، فلما قال الأنصاري ما قال، قضى رسول الله بالحكم الصريح بصفته الحاكم. قال الشوكاني: (وكان رسول الله ﷺ قبل ذلك أشار على الزبير برأي أراد فيه سعة له وللأنصاري، فلما أحفظ الأنصاري رسول الله استوعى للزبير حقه في صريح الحكم) (5).

وقال القرطبي: (وفي هذا الحديث إرشاد للحاكم إلى الإصلاح بين الخصوم وإن ظهر الحق) (6).

4- حديث كعب بن مالك (7) أنه تقاضى ابن أبي حذرد (8) ديناً كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج

1 قوله: "فاستوعى" أي استوفى، (البدر العيني: عمدة القاري، ج20، ص441).

2 قوله: "سعة له" بالنصب يعني: مسامحة لهما، وتوسيعا عليهما، على سبيل الصلح، (البدر العيني: عمدة القاري، ج20، ص441).

3 سورة النساء: الآية (65).

4 البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى، حكم عليه بالحكم البين، برقم 2708، ج3، ص187، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب الفضائل: باب وجوب اتباعه ﷺ، برقم 2357، ج4، ص1829، واللفظ للبخاري.

5 الشوكاني: فتح القدير، ج1، ص729.

6 القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص268.

7 كعب بن مالك: هو كعب بن مالك بن عمرو بن القين، الأنصاري السلمي، صحابي، كان في الإسلام من شعراء النبي ﷺ، أحد الثلاثة الذين خلفوا، عمي في آخر عمره وعاش سبعاً وسبعين سنة، توفي سنة 50هـ، (الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج20، ص23).

8 ابن أبي حذرد: هو عبد الله بن سلامة بن عمير الأسلمي، أبو محمد، له صحبة ولأبيه، أول مشاهدة الحديبية، ومن بايع تحت الشجرة، توفي سنة 71هـ، (ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج1، ص280، وابن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، ج4، ص54).

إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سحف<sup>(1)</sup> حجرته، ونادى كعب بن مالك فقال: (يا كعب) فقال: لبيك يا رسول الله، (فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك)، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: (قم فاقضه)<sup>(2)</sup>.

وجه الاستشهاد: هذا الحديث الشريف يدل على أن رسول الله ﷺ قام بالوساطة والصلح بنفسه بين المسلمين، وفي ذلك دلالة واضحة على مشروعيتها، وإلا لما قام به النبي ﷺ.

جاء في منار القاري: ("قال ضع من دينك" أي تنازل عن بعض دينك تخفيفاً عليه، ورفعاً بحاله، "وأوماً إليه أي الشطر" أي وأشار إليه إشارة تفسيرها، ومعناها تنازل عن نصف الدين، وخذ منه النصف. ولم يقصد بذلك ﷺ أن يأمره أمر إلزام، وإنما هي مجرد وساطة وشفاعة وإصلاح بين المتخاصمين، له أن يقبلها، أو يعتذر عنها)<sup>(3)</sup>.

5- حديث أبي الدرداء<sup>(4)</sup> قال: قال رسول الله ﷺ: (ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟) قالوا: بلى يا رسول الله، قال: (إصلاح ذات البين وفساد ذات

البين الحالقة)<sup>(5)</sup>.

وجه الاستشهاد: (أن في هذا الحديث حث وترغيب في إصلاح ذات البين، واجتناب عن الإفساد فيها؛ لأن الإصلاح سبب للاعتصام بحبل الله، وعدم التفرق بين المسلمين، وفساد ذات

1) السَّحْف: السَّتر (ابن الجزري: النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2، ص856).

2) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد، برقم 457، ج1، ص99، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، برقم 1558، ج3، ص1192، واللفظ لمسلم.

3) حمزة محمد قاسم: منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، ج2، ص31.

4) أبو الدرداء: هو عويمر بن ثعلبة بن قيس بن زيد بن أمية الانصاري الخزرجي، صحابي، شهد الخندق وما بعدها، من الحكماء الفرسان القضاة، ولأه معاوية قضاء دمشق بأمر عمر بن الخطاب، وروى عنه أهل الحديث 179 حديثاً، توفي سنة32هـ، (ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج1، ص380).

5) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في إصلاح ذات البين، برقم 4919، ج4، ص280، وصححه الألباني، (محمد الألباني: صحيح الترغيب والترهيب، ج3، ص70، برقم2814).



البين ثلثة في الدين فمن تعاطى إصلاحها ورفع فسادها نال درجة فوق ما يناله الصائم القائم المشتغل بخويصة نفسه<sup>(1)</sup>.

ويتبين مما سبق: إن هذه الأحاديث الشريفة بمجموعها تدل على مشروعية الوساطة في الخير وإصلاح ذات البين؛ ولأهميتها وسمو مقامها فقد فضلت على نوافل العبادات، وكما هو معلوم أن الإصلاح بين الناس لا يتم إلا بالتوسط بينهم، والسعي لدى أطراف النزاع بالخير؛ لإزالة الخلاف والنزاع.

وقد كان الخلفاء الراشدون يحثون الناس على تسوية المنازعات والخلافات بينهم بطرق ودية بدلاً من عرضها على القضاء.

ومن ذلك ما أثر عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (ردوا الخصوم حتى يصلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن)<sup>(2)</sup>.

فترى أن عمر رضي الله عنه أمر برد الخصوم وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد.

وكما هو معلوم أن الوساطة تؤدي إلى العمل على رفع المنازعات والاقبال من الخصومات، والحصول على بعض الحقوق إن تعذر الحصول على جميعها، وقيام المودة بين المسلمين، ثم إن الوساطة رافعة للفساد الواقع، والخلاف الناشئ بين الناس، وهي دافعة بقدر الإمكان للنزاع

(1) أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، باب في إصلاح ذات البين، ج13، ص178.

(2) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب ما جاء في التحلل وما يحتج به من أجاز الصلح على الإنكار، برقم 11360، ج6، ص109، وعبدالله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي: مصنف ابن أبي شيبة، تح: محمد عوامة، مكتبة الرشد: الرياض، ط (1) 1409هـ، باب في الصلح بين الخصوم، برقم 23349، ج7، ص213، وعبدالرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني: المصنف، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1403هـ، برقم 15304، ج8، ص303.

والخلاف المتوقع، فالنزاع هو سبب الفساد والوساطة تخدمه وترفعه؛ ولذا كانت الوساطة مشروعة وضرورية بين الناس<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني: خصائص الوساطة وأنواعها.

تميّزت الوساطة بخصائص ميزتها عن غيرها من وسائل حل النزاعات، وهناك أنواع عديدة للوساطة تختلف باختلاف نوع الوساطة، والشخص الذي يقوم بعمل الوساطة، وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول: خصائص الوساطة.

تتمتع الوساطة بمجموعة من السمات والخصائص جعلتها في مقدمة وسائل حل النزاع، هذه الخصائص أصبحت مقبولة وفعّالة في حسم النزاعات، وتنعكس آثارها إيجاباً على الأطراف المتنازعة بشكل خاص، وعلى الجهات القضائية بشكل عام، ومن هذه الخصائص والسمات ما يأتي:

#### أولاً: سرعة الفصل في النزاع وقلة التكاليف:

يهتم كل من يريد الوصول إلى الحق وإنهاء النزاع بأن يكون طريقه في ذلك مبني على السرعة، وعدم التكلفة بالمال، والجهد في الوصول إلى حقه، وهذا الأمر قد لا يتوفر بسهولة في القضايا التي تعرض أمام القضاء؛ إذ تتكدس القضايا، وتطول إجراءات البت فيها؛ ولذا فإن الوساطة تساعد وبشكل ملموس في التخلص من هذه العقبات؛ لأنها تمتاز بالسرعة في فصل النزاع، كما أنّها لا تكلف الأطراف مشقة التنقل والنفقات الباهظة؛ لقصر زمن التقاضي.

ثم إنه ومن خلال التأمل نرى أن السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث، لذلك نجد أن عملية الوساطة تخدم وبشكل كبير هذا الاتجاه، أي سرعة الفصل في النزاعات، خلافاً للنزاعات التي تُعرض أمام القضاء، ويظهر ذلك من خلال تحديد المشرع للمدة التي تنجز خلالها الوساطة بعكس القضاء الذي لم تحدد له مدة.

وقد قيّد المشرع الجزائري مدة الوساطة على أن لا تزيد على ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ إحالة النزاع إلى الوسيط، وهذا ما نراه جلياً في المادة (996) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث نصت على أنه: (لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر).

(1) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص61.

ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم<sup>(1)</sup>، كل هذا لأجل ضمان سرعة حل النزاعات؛ لأن التأخير في حسمها قد يضيع حقوق الأطراف المتنازعة، ويفوت عليهم فرصاً قد لا تعوض خاصة في المجال التجاري<sup>(2)</sup>.

ثانياً: تخفيف العبء عن القضاء:

إن الوساطة باعتبارها أحد الطرق البديلة لحل النزاعات بين الأطراف المتنازعة خارج مرفق القضاء، فإنها وبلا شك تساهم وبشكل كبير في تخفيف العبء عن القضاء؛ وذلك عن طريق

---

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 996.

2) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص71-72، ومحمد أحمد القطوانة: الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2008م، ص103، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص87.

حل نزاعات كانت ستحلّ بالتقاضي، سيما إذا علمنا أن حجم القضايا التي تعرض على المحاكم في تزايد مستمر مما يشكل ضغطاً متزايداً على القضاء<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: استمرار العلاقات الودية بين أطراف النزاع:

تعمل الوساطة على إنهاء النزاع بتضييق مجال الخصومة، وإبقاء علاقات ودية بين أطراف النزاع قدر الإمكان؛ لأنها توفر للأطراف المتنازعة فرصة للالتقاء، وعرض وجهات النظر، ومحاولة لإزالة الإشكالات بين الأطراف، والتوصل لحل يرضي جميع الأطراف غالباً، عن طريق تقريب وجهات النظر المتباعدة، والخروج بمصالحة تزيل كافة الخلافات.

وفي المقابل نرى أنه وفي ظل اللجوء إلى القضاء يبتعد الأطراف أكثر عن بعضهم البعض، مما قد يوسّع فجوة الخلاف بينهم؛ لأنه في نهاية الدعوى يحكم القضاء غالباً بانتصار طرف وخسارة الآخر، مما يؤدي إلى فقدان العلاقات الودية بين الأطراف، وتولد التشاحن والبغضاء<sup>(2)</sup>.

وكما جاء في الأثر أن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (ردوا الخصوم حتى يصلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن)<sup>(3)</sup>.

### رابعاً: المرونة:

إن من أسباب اللجوء إلى الوساطة كبديل عن القضاء لحل النزاعات وجود الإجراءات المعقدة، والشكليات الرسمية الملزمة لطرفي النزاع في إجراءات سير المرافعات؛ مما قد يشكل قيوداً على كاهل

(1) عروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص86، وعلاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص74،

(2) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص75، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص88.

(3) سبق تخريجه، ص166.

المتقاضين، بعكس الوساطة التي تتميز بالمرونة؛ لعدم وجود فيها أي إجراء يترتب عليه البطلان إذا ما تم إغفاله أو تجاوزه<sup>(1)</sup>.

كما تظهر سمة مرونة الوساطة أكثر في إمكانية قصرها على جزء من النزاع، أو جعلها تشمل كل النزاع، وهذا ما ذهبت إليه الفقرة الأولى من المادة (995) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو إلى جزء منه)<sup>(2)</sup>.

#### خامسا : السرية في عرض النزاع وإجراءاته:

إن علنية الجلسات التي تجري في أروقة المحاكم تعد واحدة من ضمانات العدالة، وهذا لاشك فيه، إلا أنها في المقابل قد تسبب حرجاً كبيراً عند كثير من الناس، وقد تؤدي بهم إلى التخلي عن المطالبة بحقوقهم خوفاً من إذاعة أسرارهم ونزاعاتهم، بسبب مكانتهم الاجتماعية، أو المالية، إذ يرون أن من المصلحة تجنب النزاعات القضائية العلنية؛ لأنها قد تسيء إلى سمعتهم، وتؤثر على تعاملاتهم، وبالتالي فإن الوساطة تخدم أطراف النزاع لما تقوم به من سرية الإجراءات، وعدم إشاعة

1) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص72، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص87.

2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 995.

أسباب النزاع أو نتائجه، مما يضيف جانباً من الثقة في اللجوء إلى هذه الوسيلة، والاطمئنان إليها أكثر من غيرها<sup>(1)</sup>.

ونرى أن المشرع الجزائري قد حرص على هذه الخاصية وألزم الوسيط بحفظ الأسرار وعدم إفشائها للغير، وهذا ما نصت عليه المادة (1005) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير)<sup>(2)</sup>.

### سادساً: التنفيذ الرضائي للاتفاق:

إن قوام اللجوء إلى الوساطة يرتكز على رضا الأطراف بقبول تسوية الخصومة عن طريق الوساطة، فالرضا يبدأ من لحظة موافقة الأطراف على حل النزاع القائم بينهم من خلال الاحتكام لإجراءات الوساطة، وعليه فإن الرضا يمتد إلى تنفيذ اتفاق التسوية؛ لأنه في الأصل من صنع أطراف النزاع، وسيتم تنفيذه على الأغلب برضا الأطراف أنفسهم، وذلك على خلاف الحكم القضائي التي يتم تنفيذه جبراً.

وبحسب هذه الميزة فإن الوسيط ليس بمقدوره إلزام الفرقاء بتسوية النزاع بطريق الوساطة، ولكن دوره يقتصر على بذل قصارى جهده ومهارته وحنكته في استخدام أساليب الاتصال الفعالة، ليصل إلى تسوية النزاع كلياً أو جزئياً حسب مقتضى الحال<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع الوساطة.

تقوم الوساطة على إيجاد حلول ودية للنزاع خارج دائرة القضاء كما سبق الإشارة إليه، وهناك عدة أنواع من الوساطة نذكر منها الأكثر رواجاً واستعمالاً، وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: الوساطة التجارية:

يعتبر ميدان التجارة وعالم المال والاستثمار مجالاً خصباً للوساطة باعتبارها الحل الأمثل في فض النزاعات والتقريب بين الأطراف في وجهات النظر، وقد عرفت الشريعة الإسلامية نظام الوساطة التجارية ولم تقصرها على البيع والشراء، بل تعدتها إلى جميع أنواع المعاملات، فشملت بذلك البيوع والايجازات والهبات وغير ذلك.

وقد ورد ذكر الوساطة التجارية عند الفقهاء المسلمين بلفظ السمسرة، أو الدلالة، أو نحوهما، وتُعرف الوساطة التجارية على أنها: (عقد على عوض معلوم للوسيط مقابل عمل يُجرى بين طرفين، لا نيابة عن أحدهما)<sup>(4)</sup>.

وقد جرى عمل المسلمين على ممارستها وتفضيلها على كثير من الحرف؛ لما فيها من تنشيط للحركة الاقتصادية، وتنمية للدخل القومي، والتقريب بين الطرفين بقصد الربح، وتخفيض تكلفة التبادل أو التعامل بين الوحدات التجارية والاقتصادية، وما يترتب على ذلك من تشجيع للعمل والإنتاج والتجارة عموماً<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: الوساطة القضائية:

هو إجراء تقوم به الجهات القضائية المختصة بعد قيد الدعوى لديها وقبل الفصل في موضوعها، وذلك بأن تقترح على الخصوم اللجوء إلى الوساطة بداية، وقد ذكر المشرع الجزائري هذا النوع من الوساطة حيث نصت المادة (994) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بفقرتها على أنه: (يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمسّ بالنظام العام. إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم، ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حلٍ للنزاع)<sup>(6)</sup>.

ومن خلال هذا النص يظهر أن الوساطة القضائية وجوبية بالنسبة للقاضي واختيارية بالنسبة لأطراف الخصومة، إذ أن المشرع الجزائري ألزم القاضي بضرورة عرض إجراء الوساطة على الخصوم،

---

1) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص76، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص89، والقطاونة: الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، ص104.

2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادة 1005.

3) القطاونة: الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، ص105، وعلاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص78.

4) عبدالرحمن بن صالح الأطرم: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار إشبيلية: الرياض، ط (1) 1416هـ، ص43 وما بعدها.

5) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص103.

6) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 994.

فإذا قبلوا بها عين القاضي وسيطاً، وذلك في جميع المواد ما عدا القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، أو القضايا العمالية، أو كل ما من شأنه أن يمسّ بالنظام العام<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الوساطة الاتفاقية:

ونعني بها اتفاق الأطراف المتنازعة على إحالة النزاع إلى شخص ثالث يتم الاتفاق على اختياره، بعد حدوث النزاع، أو بموجب اتفاق تعاقدى سابق.

وفي هذا النوع من الوساطة يتم اختيار الوسيط من قبل الأطراف أنفسهم باختيارهم، حيث يجمعون على تسمية وسيط معين يرون فيه القدرة الكافية، والكفاءة لحل النزاع. ويظهر أن هذا النوع هو الأقدم والأقدر على نزع الخلاف؛ لما تلعبه الإرادة المشتركة لطرفي النزاع من تحديد الشخص الوسيط والسلطات المخولة له، وقد تكون الوساطة الاتفاقية مهنية محضة، أو حرة تخضع في عملها لإرادة الأطراف، أو مؤسساتيه أي تخضع لنظام الوساطة المقترحة من طرف مؤسسة ما<sup>(2)</sup>.

### رابعاً: الوساطة الخاصة:

تعتبر الوساطة الخاصة نوع من أنواع الوساطة، لكن مجال تطبيقها يكاد ينحصر في القضايا البدائية والصلحية والتي يكون فيها الوسطاء خصوصيين من القضاة المتقاعدين، والمحامين، والمهنيين من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحيدة والنزاهة<sup>(3)</sup>، وتسمى بوساطة من نوع خاص نسبة إلى من يُسند إليه القيام بهذه الوساطة.

هذه هي أنواع الوساطة الأكثر رواجاً، إلى جانب بعض الأنواع التي تعرف تطبيقاتها في مختلف التشريعات، كالوساطة الاستشارية التي يطلب فيها الأطراف من محام أو خبير الاستشارة في موضوع النزاع، ثم يطلبون منه التدخل كوسيط، والوساطة التحكيمية وهي بند في العقد يقضي بأنه في حال نشوب نزاع بين الأطراف يتم عرضه على الوسيط، وفي حال فشل الوساطة يتحول الوسيط إلى مُحكِّم، وكذلك الوساطة السياسية والتي يتم إجراؤها على مستوى الدولة بين الفرقاء السياسيين، أو على المستوى الإقليمي لإنهاء نزاعات الدول فيما بينها، والوساطة الإلكترونية والتي

1) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص111، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص85.

2) القطاونة: الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، ص14، وعلاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص109، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص87.

3) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص106.



تم عن طريق توفير قاعدة بيانات متكاملة، وقنوات اتصال آمنة؛ لإرسال رسائل إلكترونية لطرفي النزاع حيث يتم التفاوض وتقديم المقترحات والأدلة والطلبات عن بُعد وغيرها من الأنواع<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: الوسيط وشروطه ومهامه والتزاماته.

نستعرض في هذا المطلب مفهوم الوسيط، ثم نبين الشروط اللازم توفرها فيه، ونتبعها بذكر مهام الوسيط، والتزاماته، وذلك من خلال الفرعين الآتين، على النحو التالي:

#### الفرع الأول: الوسيط وشروطه.

يلعب الوسيط دوراً أساسياً ومهماً في مسار الوساطة عبر جميع مراحلها، إذ يتحمّل الدور الأكبر في تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع؛ للوصول إلى حلّ نهائي يرضي جميع الأطراف، وبالتالي رفع النزاع وإنهاءه، الأمر الذي يقودنا أن معرفة الوسيط وشروطه من خلال البندين الآتين:

#### البند الأول: تعريف الوسيط:

(أ) - **الوسيط في اللغة** هو: المتوسط بين المتخاصمين، والمتوسط بين المتعاملين، والمعتدل بين شيئين، ويطلق الوسيط على المصلح، ويقال هو وسيط فيهم أي: أوسطهم نسبا وأرفعهم محلاً ومجداً.

ورجل وسيط، أي حسيب في قومه، وصار شريفاً وحسيباً فهو وسيط<sup>(2)</sup>.

(ب) - **أما الاصطلاح** فلم يفرق الفقه الإسلامي بين القاضي، أو الحكّم والحاكم، أو الوسيط، ولم يرد فيه تعريف خاص للوسيط مستقل عن غيره.

أما عند فقهاء القانون فهناك من عرّف الوسيط بأنه: الشخص الذي تناط به مسألة التوفيق بين مصلحة المدعي والمدعى عليه، أو الجاني والمجني عليه.

أو هو: الشخص الذي يتميز بمواصفات وشروط معينة تمكنه من تولي مهمة التوفيق بين المصالح المتعارضة بين أطراف الخصومة القضائية في النزاعات المدنية<sup>(3)</sup>.

ويمكن القول بأن الوسيط شخص من الغير ليس له علاقة بالنزاع، غير أنه يحظى بقبول واحترام لدى أطراف النزاع، ولديه القدرة على المناقشة، وتقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع، والخروج بحلّ مرضي لجميع الأطراف.

وقد ألزم المشرع الجزائري أن يكون الوسيط شخصاً طبيعياً، وفي حال أسندت الوساطة لجمعية فإن على رئيسها أن يعيّن أحد أعضائها لممارسة الوساطة باسمها وهو ما تضمنته المادة (997)

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث جاء فيها: (تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية. عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك)<sup>(4)</sup>.

### البند الثاني: شروط الوسيط:

يعتبر الوسيط العنصر الأساسي في عملية التسوية الودية لرفع وإزالة النزاع عن طريق اتباع إجراءات عملية الوساطة.

وقد اجتهد فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الصفات المطلوب توافرها في الشخص الذي يتدخل لحل النزاع، أو إعادة حق مسلوب، أو رفع الظلم عن المظلوم؛ ليكون متصدر هذا الأمر أهلاً لحمل هذه المهمة النبيلة، ومن هذه الصفات مثلاً: العقل، والتجربة، والعلم بأحكام الشريعة،

---

1) القطوانة: الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، ص15، وعلاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص107-111، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص85.

2) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص430، مادة (وسط)، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص894، باب الواو، والزيدي: تاج العروس، ج20، ص128، مادة (وسط)، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص1031، باب الواو.

3) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص115.

4) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 997.

والحلم، وكظم الغيظ، وسعة الصدر، والفصاحة وقوة البيان، والهيبة والوقار وغير ذلك من الصفات<sup>(1)</sup>.

بينما في القانون نرى أن المشرع قد اشترط في الوسيط عدّة شروط، وهو ما يظهر جلياً في المادة (998) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي جاء فيها: (يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيه الشروط الآتية:

1- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلفة بالشرف، وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية،

2- أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه،

3- أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة،

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم<sup>(2)</sup>.

ومن خلال النظر في المادة السابقة يظهر شروط تعيين واختيار الوسيط في القانون والتي منها ما يلي:

- أن يكون من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السيرة والاستقامة، فثقة الأطراف في الوسيط عامل أساسي لنجاح مهمته، كما أن المسألة تتعلق بحقوق الأطراف التي لا يمكن أن توضع إلا في أياد أمينة قادرة على حفظ هذه الحقوق<sup>(3)</sup>.

- وكذلك يشترط في الوسيط ألا يكون قد تعرض لعقوبة عن جريمة مخلفة بالشرف، وأن لا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية، وأن يكون مؤهلاً بنظر المنازعة المعروضة عليه، فيفترض تعيين الوسيط القادر على فهم طبيعة النزاع، وأن يكون على دراية ومعرفة كافية بجوانبه، وبالتالي فلا بد أن يكون الوسيط مدربين على أعمال الوساطة، وأن يكونوا على خبرة بهذا المجال، ليتم كسب ثقة الناس بهم واللجوء إليهم لحلّ نزاعاتهم.

- ومن الشروط أيضاً أن يكون الوسيط محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة، ويقصد بالحيد أن يراعي الوسيط مبدأ المساواة بين أطراف النزاع و ضمان عدم التحيز لأي طرف من الأطراف،

1) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص118- ص120.

2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 998.

3) عروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص101.

أما الاستقلالية فهي: انتفاء أي صلة أو مصلحة للشخص المكلف بحل النزاع بموضوع النزاع، ويجب أن تظل هذه الصفة ملازمة للوسيط خلال سير الإجراءات وحتى الوصول إلى الحل النهائي له، ولأجل ضمان ذلك فإنه يجب على الوسيط أو أحد أطراف النزاع إخطار القاضي بأي وضعية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

يمكن أن تشكل مساساً لحياد الوسيط أو استقلاليته، وإذا تأكد القاضي من وجود ذلك الأمر فله أن يتخذ الإجراءات التي تضمن الحياد كاستبدال الوسيط بغيره مثلاً<sup>(1)</sup>.

ثم إن المشرع جعل لأطراف النزاع الحق في قبول الوساطة أو رفضها؛ ذلك أن الوساطة حل رضائي لا يمكن قيامها إلا بقبول الخصوم لها، وكذلك حدد المشرع للوسيط مدة ثلاثة أشهر تبدأ من أول ممارسته لعمله، وهذا كله يجب أن يكون منصوصاً عليه في أمر القاضي بتعيين الوسيط، وهو ما ورد في المادة (999) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: (يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي:

- 1- موافقة الخصوم،
- 2- تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة)<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني: مهام الوسيط والتزاماته.

### البند الأول: مهام الوسيط:

أساس الوساطة هو التفاوض البناء الذي يُوصل في نهاية المطاف إلى حلّ النزاع في أقصر وقت وأقلّ جهد وتكلفة، إذ بمؤازرة الوسيط تقرر الأطراف ما تمخض عن الوساطة من حلول للنزاع والرضى بها كأحسن الحلول.

ومما لا شك فيه أن الوساطة تلعب دوراً مهماً في تقريب الأطراف، وتهدئة النفوس، وهذا يتطلب من الوسيط القيام ببعض المهام والأعمال التي من شأنها أن تخدم الهدف من الوساطة، وهو إنها النزاع ورفعته بحيث يشعر طرفي النزاع أنّهما راجحين.

وتبدأ مهمة الوسيط فور موافقته على أن يقوم بالوساطة بين أطراف النزاع، ويجب عليه إخطار القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ومن مهامه ما يأتي:

- تكون أول مهامه القيام بدعوة الأطراف إلى انعقاد أول لقاء، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (1000) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة)<sup>(2)</sup>.

(1) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص119، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص102- ص103.

- ومن مهام الوسيط تحديد زمان ومكان الاجتماع وقد يكون ذلك بالاتفاق مع أطراف النزاع.

- ومن مهامه أيضاً تحديد جدول أعمال الاجتماع، وأياً من الجلسات تكون مشتركة أو مغلقة.

وقد وسّع المشرع من مهام الوسيط حيث جعل له صلاحية سماع كل شخص يقبل أن يسمع منه إذا وافق الخصوم على سماعه، ورأى الوسيط أن سماعه لهذا الشخص سيكون مفيداً لتسوية النزاع، وإذا اعترضت الوسيط صعوبات أو اشكالات فعليه إخطار القاضي بهذه العقبات والصعوبات<sup>(3)</sup>، وهذا ما تضمنته المادة(1001) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث جاء فيها: (يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك، ويرى أن في سماعه فائدة لتسوية النزاع، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته)<sup>(4)</sup>.

#### البند الثاني: التزامات الوسيط:

عند قيام الوسيط بمهامه وأعماله التي تخدم الوساطة فإنه يجب عليه الالتزام ببعض الواجبات أثناء وبعد ممارسته إجراءات إزالة ورفع النزاع من خلال عملية الوساطة، ومن هذه الالتزامات ما يأتي:

- الحفاظ على السر إزاء الغير؛ لأن من صفات وخصائص الوساطة كما سبق أنها تحفظ أسرار وخصوصيات أطراف النزاع، بل قد تكون من ضمن أسباب قبول الأطراف للوساطة، وقد نصت

---

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 999.

2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 2، المادة 1000.

3) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص 127، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص 109.

4) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادة 1001.

المادة(1005) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ذلك صراحة بقولها:  
(يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير)<sup>(1)</sup>.

- إخبار القاضي كتابياً بما توصل إليه الحضور من اتفاق أو اختلاف، وذلك عند الانتهاء من عملية الوساطة في المدة المحددة.

أما في حالة الاتفاق فإنه يجب على الوسيط أن يحرر محظراً يتضمن محتوى الاتفاق وبنوده، مديلاً بتوقيعه وتوقيع أطراف النزاع<sup>(2)</sup>، وهذا ما نصت عليه الفقرتين الأولى والثانية من المادة (1003) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضراً يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم)<sup>(3)</sup>.

### المطلب الرابع: شروط إجراءات الوساطة.

عرفنا أن الوساطة إحدى الطرق البديلة لحل المنازعات سواء بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، بالوسائل الودية والمرضية لجميع أطراف النزاع، وأن ما ينتهي إليه الأطراف هو من

---

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، مادة 1005.

2) علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص130، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص107.

3) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرتين 1-2، المادة 1003.

صنعهم؛ لأنهم مشاركون في صياغة الاتفاق مع الوسيط، وكما هو معلوم أن الحلّ الرضائي لا يتم إلا بعد مفاوضات وتواصل بناء مع أطراف النزاع لتقريب وجهات النظر، وتبديد الخلاف، والقضاء على النزاع.

وبما أن الوساطة عقد رضائي واتفاقي لم يرد بشأنه تنظيم خاص فإنه تسري على انعقاده القواعد العامة لنظرية العقد، وحتى يكون الفعل صحيحاً وقانونياً فإنه يشترط فيه عدة شروط منها:

- يجب أن تتوافر في أطراف المنازعة الأهلية اللازمة لحل النزاع عن طريق الوساطة في جميع مراحلها، وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب التي قد تشوب الإرادة وتؤثر عليها.  
- يشترط أن يكون الدافع والباعث لإجراء الوساطة مشروعاً وذلك حتى يكون الفعل صحيحاً وقانونياً.

- ومن شروط الوساطة والبدء في مباشرة إجراءاتها أن يكون المحلّ والموضوع الذي تدخل فيه من المواضيع التي يصح أن تكون مجالاً للوساطة شرعاً، فإذا كان محلّ الوساطة غير مشروع فلا تصح الوساطة بغض النظر عن شخص الوسيط.

وهذا ما نراه جلياً في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن قریشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم رسول الله ﷺ؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد<sup>(1)</sup>، حب رسول الله ﷺ، فكلمه أسامة، فقال رسول الله ﷺ: (أتشفع في حد من حدود الله؟) ثم قام فاختطب، فقال: أيها الناس، إنما أهلك الذين قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم

---

1) أسامة بن زيد: هو أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل بن كعب، من كنانة عوف، أبو محمد: صحابي جليل. ولد بمكة، ونشأ على الإسلام؛ لأن أباه كان من أول الناس إسلاماً وكان رسول الله ﷺ يحبه حباً عاماً، وأمره رسول الله ﷺ قبل أن يبلغ العشرين من عمره، توفي بالمدينة سنة 54هـ، له في كتب الحديث 128 حديثاً، (ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج1، ص24، وابن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، ج1، ص49).



الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدّ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها<sup>(1)</sup>.

وجه الاستشهاد: في هذا الحديث دلالة على منع الوساطة إذا كان موضوعها أو محلها غير مشروع، وهو ما نراه في كلام النبي ﷺ بعد ما قام به أسامة بن زيد.

وبالتالي فإن الوساطة التي تخالف الشرع مرفوضة وباطلة ومردودة في الشرع الحنيف. وكذلك يشترط القانون في الوساطة أن يكون محلّها وموضوعها صحيحاً ومشروعاً، ولهذا نرى أن المشرع الجزائري قد استثنى بعض القضايا من أن تكون مجالاً للوساطة فمثلاً أن لا تكون في قضايا النسب، وشؤون الأسرة، أو في قضايا النظام العام، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (994) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام)<sup>(2)</sup>.

ونرى أن المشرع قد حصر الأمور التي لا تدخلها الوساطة في عدة أمور، والأولى ما ذهب إليه الشرع من أن الوساطة يجب أن يكون محلها موافقاً للشرع، وأن كل ما خالف الشرع فهو باطل ولا يجوز أن يكون محلاً للوساطة.

كما أن المشرع اشترط في الوساطة القضائية أن تكون هناك خصومة قائمة بكامل أركانها أمام القضاء، وأن يحضر جميع الخصوم أو موكلهم إلى المحكمة حتى يتم عرض الوساطة على الخصوم، وبالتالي يجب أن يُقرّوا صراحة بقبولهم إجراء الوساطة وعندها يتم تعيين الوسيط، وبالتالي فإن المشرع ألزم القاضي بعرض الوساطة على الخصوم، ثم يبقى اللجوء إليها والعمل بها موقوف على

---

(1) البخاري: صحيح البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، برقم 3475، ج4، ص175، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، برقم 1688، ج3، ص1315، واللفظ لمسلم.

(2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 1، المادة 994.

موافقة الخصوم، وهذا ما نراه في الفقرة الثانية من المادة (994) حيث ورد فيها: (إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطاً....)(1).

وبعد موافقة الخصوم يقوم القاضي بتعيين الوسيط، وذلك بإصدار أمر قضائي مع مراعاة اشتماله على موافقة الخصوم على الوساطة، ويتم تحديد المدة الزمنية لعمل الوسيط في الأمر ذاته، والتي تبدأ منذ بداية مباشرته لإجراءات الوساطة.

وبعد الانتهاء من الوساطة والتوصل إلى اتفاق يزيل النزاع ويرفع الخلاف يقوم الوسيط بكتابة محضر الاتفاق متضمناً النتيجة مديلاً بتوقيعه وتوقيع أطراف النزاع، وبعد ذلك لا بد من التصديق على هذا الاتفاق في المحكمة، وبهذا يكون محضر اتفاق الوساطة بعد التصديق عليه في المحكمة غير قابل للطعن، بل ويكتسب حجة قانونية وقضائية ويعتبر سنداً تنفيذياً(2).

## المطلب الخامس: آثار الوساطة وانتهائها.

بعد أن ذكرنا شروط الوساطة وإجراءاتها، نستعرض في هذا المطلب آثار الوساطة، ثم نختم الحديث عن انتهاءها، وذلك في فرعين، على النحو التالي:

### الفرع الأول: آثار الوساطة.

عندما يتوصل الوسيط لاتفاق ويُجَرَّر محضراً بذلك، فإن القضية ترجع إلى القاضي والذي يقوم بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر يكون غير قابل للطعن، وهذا ما نصت عليه المادة (1004) من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري بقولها: (يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعدّ محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً)(3). أي أن الاتفاقية المصادق عليها تصبح بمثابة حكم قطعي، غير قابل للطعن، وبناءً على ذلك فإن الوساطة تعطي حلاً نهائياً للنزاع.

ولعل السبب في ذلك هو أن المشرع الجزائري اعتبر هذه الاتفاقية عبارة عن تحقيق لإرادة الأطراف الحرة، والتي قام الأطراف بصياغتها والاتفاق عليها؛ ولذا ترتب عليها عدم خضوعها

---

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 2، المادة 994.

2) علاوة هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، ص 129، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص 111.

3) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادة 1004.

لأي طرق من طرق الطعن، إلا بحسب الطرق القانونية التي نص عليها القانون فيما يتعلق بالعقود وهي البطلان أو الفسخ<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: انتهاء الوساطة.

هناك حالتان تنتهي فيهما الوساطة، فقد تنتهي الوساطة من طرف القاضي وبأمره، كما أنها قد تنتهي من طرف الوسيط، وذلك عند انتهائه من مهمته، أو بانتهاء المدة المحددة له في القانون ولم يعمل شيء خلالها، أو لم يتوصل إلى نتيجة، وهذا ما سنعرفه على النحو الآتي:

#### البند الأول: إنهاء الوساطة من طرف القاضي:

يمكن للقاضي التدخل لإنهاء الوساطة، سواء بطلب من الخصوم، أو الوسيط، كما يمكن له إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها، وهذا ما أشارت إليه الفقرتين الأولى والثانية من المادة (1002) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة، بطلب من الوسيط أو من الخصوم، يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً، عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها)<sup>(2)</sup>.

والظاهر من النص أن الوسيط إذا توصل إلى قناعة باستحالة القيام بمهامه فيمكنه طلب إنهاء الوساطة، وكذلك الأمر بالنسبة للخصوم، وفي الحالة التي يقتنع فيها القاضي باستحالة السير الحسن للوساطة سواء بتلاعب الوسيط في إنجاز المهمة، أو في ممانعة الخصوم أو أحدهم بعدم الحضور أمام الوسيط والتعاون معه، وعليه فإن للقاضي التدخل وإنهاء الوساطة، وذلك حفاظاً على السير الحسن للعدالة<sup>(3)</sup>، وفي هذه الحالة ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعي الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط حسب نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (1002) من

1) عروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص114-ص115.

2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 1-2، المادة 1002.

3) عروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص112.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة، ويستدعى الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط)<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: إنهاء الوساطة من طرف الوسيط:

تنتهي الوساطة عند إنهاء الوسيط لمهمته حسب نص الفقرة الأولى من المادة (1003) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: (عند إنهاء الوسيط لمهمته يخبر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه)<sup>(2)</sup>.

ومن خلال المادة السابق يظهر أنه وبمرور المدة المحددة لقيام الوسيط بمهمته وهي ثلاثة أشهر ما لم يتم تجديدها، ومن البديهي أن انتهاء المدة يعني الوصول إلى نتيجة معينة أما بانتهاء النزاع وحسمه بين أطراف الخصومة، أو استمراره بين المتخاصمين.

كما ألزم المشرع الجزائري الوسيط في حالة نجاحه في الوساطة، وتوصله إلى اتفاق يزيل النزاع، ويرفع الخلاف، أن يقوم بتحرير وبكتابة محضر الاتفاق متضمناً النتيجة مديلاً بتوقيعه، وتوقيع أطراف النزاع، وبعد ذلك لا بدّ من التصديق على هذا الاتفاق في المحكمة<sup>(3)</sup>، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (1003) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 3، المادة 1002.

2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 1، المادة 1003.

3) عروي عبدالكريم: الطرق البديلة، ص 113.

نصت على أنه: (في حال الاتفاق يجرر الوسيط محضراً يضمه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم)<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني: الصلح.

لا يخفى على كل ذي لب أهمية المعاملات المالية في الحياة اليومية؛ لما لها من تأثير قوي ومباشر على العلاقة بين الناس، فلا غنى لأحد عن البيع والشراء، والإجارة، وغيرها من المعاملات التي أساسها المال، وقد يحصل خلاف ونزاع بين الناس من خلال تعاملاتهم المالية، فكان لا بدّ من حلّ هذا النزاع وإنهائه؛ حتى تستقر الحياة، وتستمر العلاقة الطيبة بين الناس التي أمرنا بها الإسلام، وخير ما يحافظ على هذه العلاقة هو الصلح بين الأطراف المتنازعة؛ لأن ذلك من شأنه أن ينشر المحبة بين الناس، ويزيل من نفوسهم الأحقاد، فلو لجأ الخصوم إلى القضاء ليفصل بينهم في مسألة ما، فرمما تحل القضية في الظاهر ويفصل بينهم القاضي، ولكن تبقى الشحنة وعدم الرضا هما المتحكمان في القلوب، أما عن طريق الصلح فيزول كل حقد وكره؛ لأنه عندما يعطي طرف لآخر شيئاً فهو يعطيه إياه عن طيب نفس وقبول منه.

والصلح كما يقال عنه أنه سيد الأحكام؛ لأنه لا يفصل بين الخصوم ويفض النزاعات فحسب، بل يقضي على كل أسباب الضغينة والكرهية، ويسد الطريق على كل من يحاول أن يسعى بالإفساد بين الناس.

وفي هذا المبحث سنتناول الصلح كإحدى الطرق البديلة لحلّ النزاعات، والذي سيحتوي على عدّة مطالب، نتناول في المطلب الأول تعريف الصلح ومشروعيته، وفي المطلب الثاني خصائص عقد الصلح، بينما سنخصص المطلب الثالث للحديث عن أركان عقد الصلح، في حين أن المطلب الرابع سيكون آثار عقد الصلح، ونختتم المطلب الخامس ببيان كيفية انقضاء عقد الصلح.

### المطلب الأول: تعريف الصلح ومشروعيته.

سيقوم الباحث بتعريف الصلح في اللغة، والفقهاء الإسلامي، وبيّن مفهومه في القانون، ويذكر المصطلحات ذات الصلة بالصلح، ثم يستعرض أدلة مشروعية الصلح، وذلك في الفرعين الآتيين، على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: تعريف الصلح.

##### البند الأول: تعريف الصلح لغة:

---

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 2، المادة 1003.  
= ملحوظة: لم أجد نصوصاً قانونية تتعلق بالوساطة لدى المشرع اليمني.

الصُّلْحُ: بالضم وسكون اللام اسم من المصالحة خلاف المخاصمة، يقال: صلَّح الشيء وصلَّح صلوحاً، فهو صالح، من الصلاح الذي هو خلاف الفساد، وأصلَّح الشيء: ضد أفسده، وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه<sup>(1)</sup>.

قال ابن فارس: صلح (الصاد واللام والحاء) أصل واحد يدل على خلاف الفساد<sup>(2)</sup>.  
والصُّلْحُ بالضم هو: التوفيق<sup>(3)</sup>.

والصلح: السِّلْمُ، وصالحه على الشيء: سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق.  
واصطلح القوم أي زال ما بينهم من خلاف، والصلح إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب<sup>(4)</sup>.  
والصلح: قطع النزاع، وأصلح بين الرجلين: أزال ما بينهما من عداوة<sup>(5)</sup>.  
فالصلح إذاً قطع المنازعة، واسم للمصالحة خلاف المخاصمة، والصلح: إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب.

### البند الثاني: تعريف الصلح في الفقه الإسلامي:

ذكر الفقهاء عدّة تعاريف للصلح، نذكرها على النحو التالي:

#### • تعريف الحنفية:

عرف الحنفية الصلح بأنه: (عقد يرفع النزاع - ويقطع الخصومة-)<sup>(6)</sup>.  
جاء في مجلة الأحكام العدلية: الصلح: (هو عقد يرفع النزاع بالتراضي، وينعقد بالإيجاب والقبول)<sup>(7)</sup>.

#### تعريف المالكية:

عرف المالكية الصلح بقول ابن عرفه بأنه: (انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه)<sup>(8)</sup>.

- شرح التعريف: قوله: "انتقال عن حق" يدخل فيه الصلح عن إقرار.

وقوله: "أو دعوى" يدخل فيه صلح الإنكار.

وقوله: "بعوض" يخرج به الانتقال بغير عوض، فلا يقال له صلح.

وقوله: "لرفع نزاع" يخرج به غير النزاع، كبيع الدين ونحوه.

وقوله: "لرفع نزاع أو خوف وقوعه" يدخل فيه الصلح عن إقرار وإنكار لصدق الحد على

كل منهما.

#### • تعريف الشافعية:

التعريف الأول: (عقد يحصل به قطع النزاع)<sup>(9)</sup>.

- 1) ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص516، مادة (صلح)، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص293، مادة (صلح)، والرازي: مختار الصحاح، ص375، مادة (صلح).
- 2) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج3، ص303.
- 3) الفيومي: المصباح المنير، ج1، ص472، مادة (صلح).
- 4) الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص293، مادة (صلح)، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص520، مادة (صلح).
- 5) الرازي: مختار الصحاح، ص375، مادة (صلح).
- 6) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص255، والزليعي: تبين الحقائق، ج5، ص29، ووابن عابدين: حاشية رد المختار، ج5، ص639، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص215، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص422.
- 7) مجلة الأحكام العدلية: المادة (1531)، ص297.
- 8) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج5، ص81، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص256، ومحمد عlish: منح الجليل، ج6، ص135، وعلي التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص350، والحطاب: مواهب الجليل، ج7، ص3، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج1، ص227.
- 9) الشربيني: الإقناع، ج2، ص304، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص233، والرلسي: حاشية عميرة، ج2، ص382، والرملّي: نهاية المحتاج، ج4، ص382، زكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص354، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص177، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص214، والبكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج3، ص97، ومحمد الرملّي: غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، ص200، والقليوبي: حاشية قليوبي، ج2، ص382، وابن قاسم: فتح القريب المجيب، ص157.



التعريف الثاني: (عقد ينقطع به خصومة المتخاصمين)<sup>(1)</sup>.

• تعريف الحنايلة:

عرّف الحنايلة الصلح بأنه: (معاقدة - عقد - يتوصل بها إلى إصلاح أو موافقه بين مختلفين أو متخاصمين)<sup>(2)</sup>.

ولا يقع غالباً إلا بأقل من المدعى به على سبيل المداراة؛ لبلوغ الغرض.

- التعاريف المعاصرة:

(أ) - عرف الزحيلي الصلح بقوله: (الصلح هو عقد وضع لرفع المنازعة)<sup>(3)</sup>.

(ب) - عرفت الموسوعة الكويتية الصلح بأنه: (عقد به يرفع النزاع وتقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما)<sup>(4)</sup>.

(ج) - وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي أن الصلح هو: (عقد يحصل به قطع النزاع بين المتخاصمين)<sup>(5)</sup>.

مناقشة التعاريف:

من خلال النظر في التعاريف السابقة نجد أنها لا تختلف كثيراً عن بعضها، فهي بمجموعها تدل على أن الصلح عقد من العقود التي ترفع النزاع القائم بين المتخاصمين. إلا أن المالكية توسعوا في تعريفهم للصلح بأن أدخلوا فيه الصلح فيما يحتمل وقوعه من النزاع والخلاف.

وأيضاً نرى أنهم أدخلوا في تعريفهم العوض مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء من حقه.

التعريف المختار:

نرى أن تعريف المالكية للصلح بأنه: "انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه" هو التعريف المختار، وذلك للمسوغات الآتية:

- شموله لجميع أنواع الصلح.
- اتفاه مع تعريف الصلح لدى التشريعين الجزائري واليميني.
- أنه دخل في التعريف كلاً من النزاع القائم، والنزاع المحتمل وقوعه، وهذا ما جعل التعريف أعمّ من تعاريف الآخرين لاقتصارها على النزاع القائم فقط.

البند الثالث: تعريف الصلح في القانون:

1) النووي: روضة الطالبين، ج4، ص193، وتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي: كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، تح: علي عبدالحميد بلطحي، ومحمد وهي سليمان، دار الخير: دمشق، 1994م، ص260.

2) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص192، وعبدالرحمن بن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص2، وابن قدامة: المغني، ج5، ص3، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص390، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص174، والرحياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص334، وعبدالقادر التعلبي: نيل المآرب، ج1، ص384، ومحمد البعلبي: المطلع على أبواب الفقه، ص250، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص139، والبهوتي: الروض المربع، ص247، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص162، والفوزان: الملخص الفقهي، ج2، ص104.

3) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4330.

4) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج1، ص144.

5) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص647.

نرى أن المادة (459) من القانون المدني الجزائري قد عرّفت الصلح بأنه: (الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كلٌ منهما على وجه التبادل عن حقه)<sup>(1)</sup>.

بينما نرى أن المادة (668) من القانون المدني اليمني قد عرفت الصلح على أنه: (الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه)<sup>(2)</sup>.

#### البند الرابع: تمييز المصطلحات ذات الصلة بالصلح:

في ضوء الحديث عن الصلح ينبغي أن نُميّز بين عقد الصلح والتصرفات القانونية المشابهة له والتي من شأنها أن تنهي النزاع وتزيله بطرق ودية دون اللجوء إلى القضاء، مع الأخذ بنظر الاعتبار أننا لا نتناول هذه التصرفات بشكل مفصّل، ولكن سنتطرق إلى الجانب الذي يهمنا، وهو إظهار أوجه الاختلاف بين الصلح وهذه التصرفات، وإن كان يشترك معها في العمل على إنهاء النزاع، ومن هذه التصرفات ما يلي:

##### 1- التحكيم:

يتفق الصلح مع التحكيم في أن كل منهما يستند إلى إرادة أطراف النزاع، كما يتفقا في أن كل منهما يهدف إلى حسم النزاع وإنهائه دون اللجوء إلى القضاء، إلا أنهما يختلفان في عدة أمور لعلّ أهمها هو: أنه في الصلح يتنازل الطرفان عن جزء من الحق، أما التحكيم فلا يقتضي بالضرورة ذلك، كذلك قد يقوم أحد أطراف النزاع بالصلح وتقريب وجهات النظر بينه وبين خصمه، أما في التحكيم فإن المحكّم طرف ثالث من خارج النزاع، كذلك فإن المصالح يعلم ما سيقدمه من تنازل في مقابل حسم النزاع بخلاف المحكّم، فإنه عندما أعطى المحكّم سلطة الفصل في النزاع لم يعد له دور أو معرفة بنتيجة التحكيم.

##### 2- الوساطة:

الصلح يشبه الوساطة في الهدف منهما وهو إنهاء الخصومة بطرق ودية، كما يتشابهان أيضاً في أن من يقوم بهما غالباً ما يكون طرف ثالث محايد، ويختلفان من حيث أن المشرع ألزم القاضي عرض الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة، والقضايا العمالية، وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام، أما الصلح فهو إجراء جوازي يتم من الخصوم، أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة.

##### 3- ترك الخصومة:

يشترك الصلح مع ترك الخصومة في أمر جوهري وهو إنهاء النزاع ورفعها، ويقصد بترك الخصومة: تنازل المدعي عن الحق الذي طالب به في عريضة الدعوى، فالمدعي بالرغم من أنه هو الذي بدأ الخصومة القضائية قد يرى أحياناً أن من مصلحته تركها وإنهاؤها دون حكم في الموضوع؛ لكونه ربما تسرع في رفع الدعوى قبل أن تكتمل لديه الأدلة التي تمكنه من كسبها، أو الكشف عنها. وقد ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار التنازل على الخصومة إجراءً مخولاً للمدعي؛ لإنهاء الخصومة، حيث جاء في المادة (231) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: (التنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة...)، إلا أنه قيده بقبول المدعي عليه لهذا التنازل وذلك في المادة (232) من القانون بقوله: (يكون تنازل المدعي معلقاً على قبول المدعي عليه...)<sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإن التنازل عن الخصومة يكون من طرف واحد وهو المدعي، أما في الصلح فإن التنازل يكون متبادلاً من جميع أطراف النزاع ولو بنسب متفاوتة، ويختلفان كذلك في أن الطرف

- 
- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 459.
  - 2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 668.
  - 3) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادتين 231، و232.

الذي تنازل عن الخصومة يمكنه الرجوع مرة أخرى لمعاودتها ورفعها أمام القضاء، بينما لا يمكن للمتصالح العودة إلى النزاع الذي أنهى بموجب الصلح<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية الصلح.

الصلح أمر مندوب إليه في الشريعة الإسلامية، وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع. أولاً: من الكتاب العزيز:

أ- قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>(2)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الآية فيها دلالة على أن الصلح خير مطلقاً، إلا ما اختص بدليل. قال القرطبي: ("والصلح خير" لفظ عام يقتضي أن الصلح الذي تسكن إليه النفوس، ويزول به الخلاف، خير على الإطلاق)<sup>(3)</sup>.

وقال الجصاص: ("والصلح خير" وهذا عام يدل على جواز الصلح في سائر الأشياء إلا ما خصه الدليل، ويدل على جواز الصلح عن إنكار، والصلح من المجهول)<sup>(4)</sup>.

ب- قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾<sup>(5)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذه الآية الكريمة الأمر بإصلاح ذات البين؛ لما فيه من رأب الصدع، وجمع الكلمة، وتطيب النفوس، وقطع لدابر الشر، فكان مرغباً فيه.

قال وابن العربي والقرطبي: (والأمر بالإصلاح - بين الناس - مخاطب به جميع الناس، من ذكر أو أنثى، حر أو عبد)<sup>(6)</sup>.

وجاء في تكملة المجموع: فدلّت هذه الآيات على جواز الصلح<sup>(7)</sup>.

ج- قال الله تعالى: ﴿فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾<sup>(8)</sup>.

- وجه الاستشهاد: في الآية أمر بإصلاح ذات البين بين المسلمين إذا تخاصموا مطلقاً.

قال القرطبي: (أصلحوا بين كل مسلمين تخاصموا)<sup>(9)</sup>.

وقال الجصاص: ("أصلحوا بين أخويكم" يدل على أن من رجا صلاح ما بين متعادين من المؤمنين، أن عليه الإصلاح بينهما)<sup>(10)</sup>.

د- قال الله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾<sup>(11)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الآية الكريمة أمرٌ بالتقوى وإصلاح ذات البين<sup>(12)</sup>.

قال ابن كثير: (أي اتقوا الله في أموركم وأصلحوا فيما بينكم)<sup>(13)</sup>.

وقال الجصاص: (وفي صلاح ذات البين، صلاح أمر الدنيا والدين)<sup>(14)</sup>.

- 
- 1) شيماء محمد البدراني: أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط (1) 2003م، ص 37 وما بعدها، وعروي عبدالكريم: الطرق البديلة في حل النزاعات، ص 23.
- 2) سورة النساء: الآية (128).
- 3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 406.
- 4) الجصاص: أحكام القرآن، ج 3، ص 270.
- 5) سورة الحجرات: الآية (9).
- 6) ابن العربي: أحكام القرآن، ج 6، ص 345، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 14، ص 180.
- 7) المطيعي: تكملة المجموع، ج 13، ص 385.
- 8) سورة الحجرات: الآية (10).
- 9) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 16، ص 323.
- 10) الجصاص: أحكام القرآن، ج 5، ص 285.
- 11) سورة الأنفال: الآية (1).
- 12) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 7، ص 364.
- 13) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 4، ص 10.
- 14) الجصاص: أحكام القرآن، ج 5، ص 290.

هـ) - قال الله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذه الآية بيان فضل الإصلاح بين الناس، وأن الصلح أمر مندوب إليه، وفيه قطع النزاع والخصومات<sup>(2)</sup>.

قال القرطبي: ( "أو إصلاح بين الناس" وهو عام في الدماء والأموال والأعراض، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين، وفي كل كلام يراد به وجه الله تعالى)<sup>(3)</sup>.

و) - قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ﴾<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الآية الكريمة المبادرة إلى السعي في الإصلاح بينهم، فإذا وقع الصلح سقط الإثم عن المصلح<sup>(5)</sup>.

فهذه الآيات السابقة تدل دلالة قاطعة وواضحة لا لبس فيها على مشروعية الصلح.

ثانياً: من السنة النبوية:

1) - حديث سهل بن سعد<sup>(6)</sup> رضي الله عنه: أن أهل قباء اختلفوا حتى تراموا بالحجارة، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال: ( اذهبوا بنا نصلح بينهم)<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: دلّ الحديث على مشروعية خروج الإمام عند حدوث النزاع والخصام وتفاقم الأمر؛ للإصلاح بين الطرفين المتنازعين<sup>(2)</sup>.

قال ابن بطال: وفي هذا الحديث خروج الإمام مع أصحابه؛ للإصلاح بين الناس عند تفاقم أمورهم، وشدة تنازعهم، وفيه ما كان عليه النبي صلى الله عليه وسلم من التواضع، والخضوع، والحرص على قطع الخلاف، وحسم دواعي الفرقة عن أمته كما وصفه الله تعالى<sup>(3)</sup>.

2) - حديث كعب بن مالك رضي الله عنه أنه تقاضى ابن أبي حذردب ديناً كان له عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما

1) سورة النساء: الآية (114).

2) بدر الدين العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج20، ص388.

3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص384.

4) سورة البقرة: الآية (182).

5) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص270، وابن العربي: أحكام القرآن، ج1، ص137.

6) سهل بن سعد: هو سهل بن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة الخزرجي، الأنصاري، الساعدي، كنيته أبا العباس، من مشاهير الصحابة، يقال كان اسمه حزناً فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلاً، عاش وطال عمره حتى بلغ 100 سنة، آخر

- 
- من مات من الصحابة بالمدينة، توفي سنة 91هـ، (ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج3، ص200، وابن الأثير: أسد الغابة، ص486، وابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج1، ص200).
- 1) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب قول الإمام لأصحابه: اذهبوا بنا نصلح، برقم2693، ج3، ص183.
- 2) القسطلاني: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج4، ص419، وحمزة قاسم: منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، ج4، ص53.
- 3) ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج8، ص83.



رسول الله ﷺ حتى كشف سحف حجرته، ونادى كعب بن مالك فقال: (يا كعب) فقال: لبيك يا رسول الله، (فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك)، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: (قم فاقضه)<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث الشريف دلالة على أن الرسول ﷺ لم يأمر بالصلح فحسب بل مارسه بنفسه بين المسلمين، وفي ذلك دلالة واضحة على مشروعية الصلح، وإلا لما قام به رسول الله ﷺ.

قال ابن رجب<sup>(2)</sup> في فتح الباري: (فأزال المشاجرة بينهما، وأصلح ذات بينهما)<sup>(3)</sup>.  
وجاء في عون المعبود: (وفيه الإرشاد إلى الصلح والشفاعة)<sup>(1)</sup>.

وجاء في شرح السنة: (وهذا يدل على أن للقاضي أن يصلح بين الخصمين، وإن الصلح على حطّ بعض الحق جائز)<sup>(2)</sup>.

3- حديث أبي هريرة ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً)<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ما دام لم يخرج عن النطاق الذي حدده الشارع الحكيم، فلا نستحل به حرامًا ولا نحرم به حلالاً.  
جاء في فيض القدير: (وهذا أصل عظيم في الصلح)<sup>(4)</sup>.

4- حديث أبي الدرداء ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: (ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟) قالوا: بلى يا رسول الله، قال: (إصلاح ذات البين وفساد ذات البين الحالفة)<sup>(5)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث حث وترغيب في إصلاح ذات البين، واجتناب عن الإفساد فيها؛ لأن الإصلاح سبب للاعتصام بحبل الله، وعدم التفرق بين المسلمين، وفساد ذات

1) سبق تخريجه، ص 165.

2) ابن رجب: هو عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن بن محمد بن مسعود السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، الإمام، الحافظ، المحدث، الفقيه، الواعظ، زين الدين، وُلد في بغداد 706هـ، من مصنفاته: (شرح العلل، وفتح الباري شرح قطعة من البخاري، وطبقات الحنابلة)، مات في رجب سنة 79هـ، (العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ج 3، ص 108).

3) زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب: فتح الباري لابن رجب، تح: طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن الجوزي: الدمام، ط (2) 1422هـ، ح 2، ص 570.

- 1) أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، باب في الصلح، ح9، ص374.
- 2) البغوي: شرح السنة، ج8، ص208.
- 3) محمد بن حبان بن أحمد التميمي: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تح: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (2) 1414هـ - 1993م، كتاب الصلح، باب ذكر الإخبار عن جواز الصلح بين المسلمين ما لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، برقم5091، ج11، ص488، وأبو داود: سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، برقم3594، ج3، ص304، واللفظ لابن حبان، وقال الألباني: حديث حسن، (محمد الألباني: إرواء الغليل، باب الصلح، ج5، ص250).
- 4) عبدالرؤوف المناوي: فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1415هـ - 1994م، ج4، ص315.
- 5) سبق تخريجه، ص165.

البين ثلثة في الدين فمن تعاطى إصلاحها، ورفع فسادها نال درجة فوق ما يناله الصائم القائم المشتغل بخويصة نفسه<sup>(1)</sup>.

5- حديث أم كلثوم بنت عقبة<sup>(1)</sup> رضي الله عنها أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول: (ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيراً أو يقول خيراً)<sup>(2)</sup>.

- وجه الاستشهاد: (أن هذا الحديث دلّ على الترغيب في الإصلاح بين الناس، وإزالة الخصومات فيما بينهم، سواء كانت في القضايا المالية، أو في الأحوال الشخصية،...)<sup>(3)</sup>.

جاء في عمدة القاري: (ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس؛ لأن فيه دفع المفسدة، وقمع الشرور، ومعناه أن هذا الكذب لا يعد كذباً؛ بسبب الإصلاح، مع أنه لا يخرج من حقيقته)<sup>(4)</sup>. فهذه الأحاديث الشريفة تدلّ على مشروعية الصلح؛ لورود النص في ذلك صراحة؛ ولقيام النبي ﷺ بممارستها بنفسه؛ ولتفضيل الصلح على نوافل العبادات كالصلاة والصيام والصدقة، وليس ذلك فحسب بل أجاز الإسلام الكذب والذي هو محرم شرعاً في بعض المواطن ومن ضمنها الكذب في سبيل التوصل إلى الإصلاح بين الناس، واستئصال ما في قلوبهم من أحقاد وضغائن، وزرع المودة والمحبة بدلاً منها.

وقد أثر عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (ردوا الخصوم حتى يسطلحوا؛ فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن)<sup>(5)</sup>.

فرى أن عمر رضي الله أمر برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم على مشروعية الصلح<sup>(6)</sup>.

وقال الأوزاعي: (ما خطوة أحب إلى الله عزّ وجل، من خطوة في إصلاح ذات البين)<sup>(7)</sup>.  
ثالثاً: الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على جواز الصلح مطلقاً<sup>(8)</sup>.

جاء في تكملة المجموع: (وأما الاجماع فإن الامة أجمعت على جواز الصلح)<sup>(9)</sup>.

وقال الماوردي: (وأما الاتفاق فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح وإباحته بالشرع)<sup>(10)</sup>.

وقال ابن قدامة: (وأجمعت الأئمة على جواز الصلح)<sup>(11)</sup>.

بل إن بعض الفقهاء اعتبر قول عمر رضي الله في حضور الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، بأن ذلك إجماع منهم على مشروعية الصلح<sup>(12)</sup>.

1) أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، باب في إصلاح ذات البين، ج13، ص178.

- 1) أم كلثوم بنت عقبة: هي أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط وأسم أبي معيط أبان بن ذكوان، صحابية، أول من هاجر من النساء إلى المدينة بعد هجرة النبي ﷺ، أسلمت بمكة قديماً، وصلت القبلتين، وبايعت النبي ﷺ، وهاجرت ماشية إلى المدينة، توفيت نحو سنة 33هـ، (ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج8، ص291، وابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج2، ص134، وابن الأثير: أسد الغابة، ص1459).
- 2) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، برقم 2692، ج3، ص183.
- 3) حمزة قاسم: منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، ج4، ص52.
- 4) محمود العيني: عمدة القاري، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، ج20، ص395.
- 5) سبق تخريجه، ص166.
- 6) ابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص2، ومصطفى الحن وآخرون: الفقه المنهجي، ج6، ص170.
- 7) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص385.
- 8) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40، والسمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3، ص294، والمطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص385، والماوردي: الحاوي، ج6، ص366، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص177، وابن قدامة: المغني، ج5، ص3، والرحيبي: مطالب أولي النهى، ج3، ص333، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص367، والزركشي: شرح الزركشي، ج2، ص135، ووالبهوتي: الروض المربع، ج5، ص128، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص161، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص139، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص390.
- 9) المطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص385.
- 10) الماوردي: الحاوي، ج6، ص366.
- 11) ابن قدامة: المغني، ج5، ص3.
- 12) ابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص2، ومصطفى الحن وآخرون: الفقه المنهجي، ج6، ص170.

وجاء في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته: وقد أجمع الفقهاء على مشروعية الصلح، وذلك لكونه من أكثر العقود فائدة لما فيه من قطع للنزاع والشقاق، ولا يقع الصلح في الغالب إلا من رتبة لما هو دونها على سبيل المداراة للوصول إلى بعض الحق<sup>(1)</sup>.

وكما هو معلوم أن الصلح يؤدي إلى ترك المنازعات والاقبال من الخصومات، والحصول على بعض الحقوق إن تعذر الحصول على جميعها، وقيام المودة بين المسلمين، ثم إن الصلح رافع للخلاف الواقع بين الناس، وهو دافع بقدر الإمكان للنزاع والخلاف المتوقع، فالنزاع هو سبب الفساد والصلح يهدمه ويرفعه؛ ولذا كان الصلح مشروعاً وضرورياً بين الناس.

## المطلب الثاني: خصائص عقد الصلح.

في هذا المطلب سنتناول خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي ومن ثم في القوانين الوضعية وذلك من خلال الفرعين الآتيين، كما يأتي:

### الفرع الأول: خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي.

#### 1- الصلح عقد من عقود المعاوضة<sup>(2)</sup> أو التبرع:

والمقصود بذلك أن كل طرف من المتعاقدين المتصلحين يقدم تنازلاً على شكل تبرع أو مقابل عوض، وكون عقد الصلح من عقود التبرع التي يكون فيها من غير مقابل، فإن المتبرع لا يأخذ عوضاً عما قدمه كالهبة، والإعارة، والقرض دون مقابل، وإبراء الدين مما عليه تجاه الدائن لكي لا يبقى لهذا الأخير حق في مطالبته.

وعلى ذلك فإنه يمكن أن يكون الصلح من عقود المعاوضة إذا حصل كل طرف على شيء فيه عوض عما تنازل عنه، وقد يكون ذلك مقابل تنازل الطرف الآخر، وقد كون الصلح تبرعاً، وذلك فيما إذا كان قائماً على تبرع أحد المتخاصمين بهبة أو إبراء من دين، ويعتبر من عقود التبرع.

#### 2- الصلح عقد رضائي:

أي يقوم على أساس اقتران الإيجاب بالقبول، والثابت في الفقه الإسلامي أن عقد الصلح يعتبر من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد اقتران إرادتين متطابقتين، وتطابقهما دون أن يشوبهما ما يخل بالتراضي<sup>(3)</sup>.

- 
- 1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4331.
  - 2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص41، والتسولي: البهجة شرح التحفة، ج1، ص350، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص79، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص256، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص310، والشربيني: الإقناع، ج2، ص305، والماوردي: الحاوي، ج6، ص367.
  - 3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص255، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج4، ص228.

### (3)- الصلح عقد لازم:

يعتبر عقد الصلح غير ملزم ابتداءً، فإذا وقع واتفق الأطراف عليه فإنه يعتبر ملزم للطرفين، ولا يصح الرجوع عنه، أو المطالبة بفسخه إلا بتراضي الطرفين، قال الزحيلي: (وعقد الصلح أيضاً ملزم للطرفين بعد وقوعه)<sup>(1)</sup>، فلا يجوز الرجوع فيه.

### (4)- عقد الصلح قد يكون منجزاً أو غير منجز:

فقد الصلح قد يكون منجزاً أي يترتب أثره في الحال، وقد يكون غير منجز بمعنى أن أثره لا يترتب في الحال وإنما يتأجل إلى زمن المستقبل<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: خصائص عقد الصلح في القانون.

### (1)- عقد الصلح من عقود التراضي:

إن الصلح من العقود الرضائية التي لا يشترط فيها القانون نوعاً خاصاً، بل يعتبر قائماً بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين بالإيجاب القبول، أما ما تشترطه التشريعات من كتابة عقد الصلح فهي للإثبات وليست لصحة الانعقاد، كما سيأتي.

### (2)- عقد الصلح عقد لازم ملزم للجانبين:

إذ يلتزم كل من الطرفين بالنزول عن جزء من حقوقه المدعى بها في مقابل تنازل الآخر عن جزء يقابله، ويسقط في جانب كل من الطرفين المتصالحين الادعاء الذي نزل عنه، ويبقى الجزء الذي لم ينزل عنه ملزماً للطرف الآخر، وقد يكون التنازل أو الالتزام بإعطاء شيء، أو بعمل شيء، أو الامتناع عن العمل.

وهو عقد ملزم لا يحق لأحد الأطراف فسخه أو الرجوع عنه منفرداً، وقد بينت المادة (144) من القانون المدني اليمني ما هو العقد اللازم بقولها: (العقد اللازم هو الذي لا يحق لأحد الطرفين بعد تمامه فسخه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة...)<sup>(3)</sup>.

### (3)- عقد الصلح من عقود المعاوضة:

يعتبر الصلح من عقود المعاوضة؛ لأن كل متعاقد فيه يتنازل للآخر عن جزء من حقوقه التي يدعيها مقابل نزول المتعاقد الآخر عن جزء مما يدعيه كذلك، وبعبارة أخرى أن ينال كل من

1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3201.

2) شيماء البدراني: أحكام عقد الصلح، ص33.

3) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 144.

المتعاقدين مصلحة أو جزء منها بقدر ما يتنازل لخصمه عن مصالحه، وبالرجوع إلى القواعد العامة للعقود فإن المادة (58) من القانون المدني الجزائري نصت على عقود المعاوضة بقولها: (العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما)<sup>(1)</sup>.

#### 4- الصلح عقد من العقود الفورية:

عقد الصلح من العقود الفورية، بمعنى أن عنصر الزمن ليس عنصراً جوهرياً مؤثراً في العقد؛ لأنه عقد فوري حتى وإن كانت الالتزامات الناتجة عنه مؤجلة إلى أجل معلوم؛ لأن الأجل لا شأن له في تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد.

#### 5- عقد الصلح من العقود المحددة أو الاحتمالية:

يعتبر عقد الصلح من العقود المحددة أو الاحتمالية، بحسب طبيعة التضحيات المتبادلة، فيكون عقداً محدداً إذا عرف كل طرف فيه مقدار ما يأخذ، ومقدار ما يعطي وقت التعاقد، وقد يكون عقداً احتمالياً كما لو كان عقد الصلح مرتباً مدى الحياة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: أركان عقد الصلح.

يخضع عقد الصلح للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث ضرورة توافر الأركان، وشروط الانعقاد، والصحة، ويعتبر التراضي هو الركن الأساسي لعقد الصلح، وبعد إبرام عقد الصلح لا بد من إثباته، وبذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: التراضي في عقد الصلح.

لا خلاف في اشتراط التراضي بين العاقدين لصحة عقد الصلح؛ لأن المقصود من العقد هو إنهاء الخصومة وقطع النزاع، وفي حالة انعدام التراضي يفوت الغرض الأصلي من عقد الصلح ويظل النزاع قائماً.

والتراضي يدل على وجود إرادتين متطابقتين، تظهر وقت التعبير عنها، وهو ما يعرف بالإيجاب من أحد المتعاقدين، والقبول من الطرف الآخر، وكما هو معلوم أن ركن التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول.

- وقد اعتبر الحنفية أن ركن الصلح هو الإيجاب والقبول<sup>(2)</sup>، قال الكاساني : (وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول، وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا، أو من دعواك

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 58.



كذا على كذا، ويقول الآخر قبلت، أو رضيت، أو ما يدل على قبوله ورضاه، فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تمّ عقد الصلح<sup>(3)</sup>.

وقد اشترط المشرع التراضي لانعقاد عقد الصلح، وقد عرفت المادة (147) من القانون المدني اليمني التراضي بقولها: (التراضي هو تعبير كل من طرفي العقد عن إرادته، وأن تكون الإرادتان متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)<sup>(4)</sup>، فيكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول بين المتصالحين، وتسري على انعقاد الصلح بتوافق الإيجاب والقبول القواعد العامة في نظرية العقد، وبالتالي فإن الصلح ينعقد بأي لفظ يدل عليه

---

(1) شيماء البدراي: أحكام عقد الصلح، ص34.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص255، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص228.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40.

(4) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 147.

من أحد الأطراف وهو ما يسمى بالإيجاب، أما القبول فهو تعبير عن الإرادة يصدر من الطرف الثاني بقبول ما عرضه الطرف الأول.

ويتم التراضي بالإيجاب والقبول، فالإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد الطرفين سواءً أكان مدعياً أم مدعى عليه، أما القبول فهو تعبير عن الإرادة يصدر من الطرف الثاني بقبول ما عرضه الطرف الأول.

- ويشترط لصحة التراضي توافق الإيجاب والقبول، وأن تكون الصيغة منجزة، وهذا ما نصت عليه المادة (152) من القانون المدني اليمني بقولها: (يشترط لصحة التراضي ما يأتي: - أولاً: توافق الإيجاب والقبول ولو ضمناً.

ثانياً: أن تكون الصيغة منجزة فيما لا يجيز القانون الشرعي إضافته إلى أجل أو تعليقه على شرط...<sup>(1)</sup>.

- ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة، وهذا ما نصت عليه المادة (148) من القانون المدني اليمني بقولها: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة والمتداولة عرفاً...)<sup>(2)</sup>.

- ويشترط لصحة الرضا أن يكون العاقدان متمتعين بالأهلية الكاملة؛ لذا فإنه يشترط أن يكون المصالح عاقلاً فلا يصح صلح المجنون والصبي غير المميز؛ لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل<sup>(3)</sup>.

**قال الكاساني:** (... أن يكون عاقلاً، وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها، فلا يصح صلح المجنون، والصبي الذي لا يعقل؛ لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل...)<sup>(1)</sup>.  
وقد جاء في المادة (1593) من مجلة الأحكام العدلية: (يشترط أن يكون المصالح عاقلاً...)<sup>(2)</sup>.

وقد اتفق المشرعين الجزائري واليمني مع الفقه الإسلامي في ذلك، فنرى أنهما اشترطا توافر الأهلية في المتصلحين، وخلو إرادة كل منهما من العيوب، وبالتالي نرى أن المشرع قد اشترط

---

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 152.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 148.

3) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40، وعلي حيدر: درر الحكام، ج4، ص13.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40.

(2) مجلة الأحكام العدلية: المادة (1593)، ص298.

الأهلية في أطراف الصلح، وفي من يقوم بعملية الصلح، فقد نصت المادة (460) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يشترط فيمن يصلح أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح)<sup>(1)</sup>.

فالأهلية الواجب توافرها في كل من المتصلحين هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي يتم التصالح عليها؛ لأن كلاً منهما ينزل عن جزء من ادعائه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل، والنزول بمقابل عن حق مدعى به هو تصرف بعوض.

وكذلك نصت المادة (670) من القانون المدني اليمني على اشتراط الأهلية في الصلح بقولها: (يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف في الحقوق التي يشملها الصلح)<sup>(2)</sup>.

وجاء في المادة (671) من القانون المدني اليمني ما نصه: (لا يصح الصلح ممن لا يملك التبرع، كالصبي المأذون له، وولي الصغير، وناظر الوقف، ومن إليهم إلا في حالتين:

1- إذا كان مدعياً لمن يمثله وكان المدعى عليه منكرًا ولا بينة للمدعي فله أن يتصلح على بعض الحق ولا تبرأ ذمة الغريم من الباقي.

2- إذا كان من يمثله مدعى عليه ولدى المدعي بينة وحكم بثبوت الحق فيصالح عنه بما أمكنه.)<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني: المحل والسبب في عقد الصلح.

المحل والسبب هما مضمون التراضي في عقد الصلح، ويتوقف وجوده عليهما كأبي عقد آخر، ولكنهما خارجان عن ماهيته فهما بذلك شرطان لانعقاده، وسيتم دراسة هذا الأمر على النحو الآتي:

### البند الأول: المحل والسبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي:

#### 1- المحل:

هو الحق المتنازع فيه، ويطلق عليه الفقهاء المعقود عليه، وقد يكون محل عقد الصلح عيناً، أو ديناً، أو منفعة، أو حقاً من الحقوق ليس بعين ولا دين ولا منفعة، ويُسمى (المصالح عنه) وهو على نوعين:

أولاً: حق الله تعالى: لا خلاف في عدم جواز الصلح عن حقوق الله سبحانه وتعالى؛ إذ أنه لا يجوز عقد الصلح عن حد الزنا، أو السرقة، أو شرب الخمر وغيرها، وإلا فإن عقد الصلح يكون باطلاً<sup>(4)</sup>.

قال الكاساني: (أن يكون حق العبد لا حق الله عزّ وجلّ، سواءً كان مالاً عيناً، أو ديناً، أو حقاً ليس بمال عين ولا دين، حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقه وشرب الخمر ... ولا

- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 460.
- 2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 670.
- 3) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 671.
- 4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص48، والمرغيباني: الهداية شرح البداية، ج3، ص200، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص215، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج4، ص230، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص430، والفرغاني المرغيناني: متن بداية المبتدي، ص176، وإبراهيم بن شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الغرب الإسلامي: بيروت، 1989م، ج3، ص464، والقراي: الذخيرة، ج5، ص341، والمطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص388، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص216، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج6، ص177، وابن قدامة: المغني، ج5، ص33، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص198، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص371، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص145، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص401، وموسى أبو النجا: زاد المستقنع، ص119، وعبد السلام الحراني: المحرر في الفقه، ج1، ص342، والبهوتي: الروض المربع، ص249، وعبد القادر التغلي: نيل المآرب، ج1، ص388، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص173.

يجوز الصلح من حقوق الله تعالى؛ لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه، إما باستيفاء كل حقه، أو باستيفاء البعض، أو إسقاط الباقي، أو بالمعاوضة، وكل ذلك لا يجوز في حقه...<sup>(1)</sup>.  
**وقال ابن فرحون<sup>(2)</sup>:** (قال أشهب: الحدود التي لا يجوز الصلح فيها هي ما لا يجوز فيه العفو، كالسرقة والزنا...<sup>(3)</sup>).

وجاء في **تكملة المجموع:** (... فبطل كالصلح على حد القذف)<sup>(4)</sup>.

**وقال ابن قدامة:** (وإن صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح؛ لأنه إن كان الله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبهه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل...<sup>(5)</sup>).

**وقال البهوتي:** (ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه ... وإن صالح قاذف "مقدوناً" عن حد القذف لم يصح)، وقال أيضاً: (ولا يصح الصلح بعوض عن حد سرقة وقذف أو غيرهما؛ لأنه ليس بمال ولا يؤول إليه...<sup>(6)</sup>).

- وبالتالي فإنه لا يصح الصلح عن الحدود؛ لأنها شرعت للزجر، ولأنها حق لله تعالى وحق للمجتمع؛ فالصلح عنها يبطلها، ويحرم المجتمع من فائدتها، ويفسح المجال للمفسدين والعابثين<sup>(7)</sup>.

**ثانياً: حق العبد:** وهو الذي يصح الصلح عنه إذا تحققت شروطه عند الفقهاء وهي:

- أن يكون المصالح عنه معلوماً إذا احتاج إلى التسليم، فلا يصح عقد الصلح عن المجهول عند الجمهور<sup>(8)</sup>، وأجاز الحنابلة الصلح عن المجهول في إحدى رواياتهم<sup>(9)</sup>.

- أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في المحل، وعلى ذلك فإن الشيء الذي لم يكن حقاً ثابتاً في المحل لا يجوز الصلح عنه.

- ملكية المتصالح للمصالح عنه، يشترط أن يكون المصالح عنه حقاً خالصاً للمصالح وإلا كان الصلح باطلاً.

- وجود ولاية للمصالح على المصالح عنه، فإذا ثبت للمصالح حق تملك في الولاية على المصالح عنه فإن هذا الحق لا يسقط بالتنازل عنه بموجب الصلح، أي لا يمكن التنازل بموجب الصلح على حق الولاية التابعة للمصالح عنه.

- أن يكون مما يصح الاعتياض عنه، أي يكون مما يجوز أخذ البدل والعوض عنه، سواء أكان مما يجوز بيعه أم لا يجوز، وسواء أكان مالاً أم غير مال<sup>(10)</sup>.

**(2)- السبب:**

والسبب هو ما يقصده المتعاقد من العقد الذي أنشأ التزامات وحقوقاً في ذمته، وبالتالي فإنه لا عبارة بالسبب إذا لم يكن موصولاً ومرتبطاً بإرادة العاقد.

وقد يكون من أسباب عقد الصلح إنهاء النزاع بين الأطراف؛ فعقد الصلح وُجد من أجل رفع النزاع بين المتخاصمين، وعليه يكون سبب عقد الصلح هو إنهاء النزاع؛ لأنه غاية المتصالحين.

وقد يكون من أسباب عقد الصلح أيضاً تنازل المصالح عن جزء من حقوقه سبب لالتزام المصالح الآخر؛ لأن سبب الالتزام التعاقدى هو التزام المتعاقد الآخر<sup>(11)</sup>.

## البند الثاني: المحل والسبب في عقد الصلح في القانون:

### 1- المحل:

محل عقد الصلح هو الحق المتنازع فيه، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في هذا الحق في مقابل مال يؤديه للطرف الآخر، فيكون هذا المال هو بدل الصلح، فيدخل بدل الصلح

- 1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص48.
- 2) ابن فرحون: هو أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد اليعمرى المالكي، ولد بالمدينة ونشأ بها وولي قضاءها، تفقه وبرع، من مصنفاته ( تبصرة الحكام، الديات المذهب)، أصيب بالفالج في شقه الأيسر فمات بعلته عن نحو 70 عاماً، مات سنة 799هـ ودفن بالبقيع، (مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص222، وابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، ج6، ص357).
- 3) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج3، ص464.
- 4) المطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص388.
- 5) ابن قدامة: المغني، ج5، ص33.
- 6) البهوتي: كشف القناع، ج3، ص399-401، والبهوتي: الروض المربع، ص249.
- 7) الفوزان: الفقه المنهجي، ج2، ص110.
- 8) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص255، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص48، والصابوي: بلغة السالك، ج3، ص264، والشافعي: الأم، ج3، ص221، والمطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص383، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج4، ص49، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص216.
- 9) المرادوي: الإنصاف، ج5، ص181، وابن قدامة: المغني، ج5، ص25، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص142، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص396، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص168، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص8.
- 10) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص255، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص425، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص41، وعلي السعدي: التنف في الفتاوى، ج1، ص505.
- 11) شيماء البدراني: أحكام عقد الصلح، ص57.

ليكون هو أيضاً محل الصلح، وأياً كان محل الصلح فإنه يجب أن تتوفر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام، ومنها:

أن يكون المحل موجوداً، وممكناً، ومعيناً، أو قابلاً للتعيين، ويجب بوجه خاص أن يكون مشروعاً، فلا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام، وتنص المادة (461) من القانون المدني الجزائري في هذا الصدد على ما يأتي: (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية)<sup>(1)</sup>.

وبالتالي فإنه يبطل الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية، فالحالة الشخصية للإنسان وكذا الأهلية من النظام العام، فليس لأحد باتفاق خاص أن يعدل من أحكامها وقد نصت المادة (45) من القانون المدني الجزائري على أنه: (ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها)<sup>(2)</sup>، فلا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالأهلية، وكذلك لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وإنما يكون الصلح في المصالح المالية الناتجة عن الحالة الشخصية.

أما في القانون اليمني فإن محل عقد الصلح ظاهر في المادة (669) من القانون المدني اليمني حيث نصت على أنه: (يتم الصلح بالتراضي في الدماء، والأموال، والحقوق، على أن لا يحل حراماً ولا يجرم حلالاً، ولا يثبت نسباً، أو يسقط حداً، ويجوز مع الإقرار، والسكوت،

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 461.

2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 45.



والإنكار<sup>(1)</sup>، وفي ذات الصدد نصت المادة (673) من القانون ذاته على أنه: (يجوز الصلح عن المسائل المالية التي تترتب عن الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم)<sup>(2)</sup>.

## 2- السبب:

نصت المادة (98) من القانون المدني الجزائري على سبب العقد بقولها: (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه)<sup>(3)</sup>.

وهو ما نصت عليه المادة (197) من القانون المدني اليمني بقولها: (يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه)<sup>(1)</sup>.

وهناك نظريتان لدى القانونيون في سبب عقد الصلح هما:

### أ- سبب عقد الصلح حسب النظرية التقليدية:

فالسبب في عقد الصلح هو الغرض المباشر الذي من أجله التزم المدين، فيكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه، وعلى هذا الوجه يختلط السبب بالمحل اختلاطاً تاماً.

وهناك من يجعل السبب في عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو محتمل، فإذا لم يكن هناك نزاع، أو كان النزاع قد حسمه حكم نهائي، فالصلح يكون باطلاً لانعدام السبب.

### ب- سبب عقد الصلح حسب النظرية الحديثة:

والمتمثل في الباعث والدافع للمتصالحين على إبرام الصلح، فهناك من يدفعه إلى الصلح خشيته أن يخسر دعواه، أو عزوفه عن التقاضي، أو خوفه من العلانية والتشهير، وقد يكون الدافع هو

---

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 669.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 673.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 98.

الإبقاء على صلة الرحم، أو على صداقة قديمة، أو غير ذلك من البواعث المشروعة، فالصلح الذي يكون على شيء مشروع، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، يكون مشروعاً، وإذا كان على شيء غير مشروع فإنه باطل وغير صحيح، وهذا ما نراه في المادة (186) من القانون المدني اليمني والذي نصت على أنه: (لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً، ولا فعل محرم شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة للذين لا يخالفان أصول الشريعة الإسلامية)<sup>(2)</sup>، أما إذا كان سببه غير مشروع فإنه يكون باطلاً، وفي هذا الصدد تنص المادة (97) من القانون

---

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 671.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 186.

المدني الجزائري على أنه: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً)<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: إثبات عقد الصلح.

أخضع الفقه الإسلامي إثبات عقد الصلح للقواعد العامة إذ لا نجد نصوصاً خاصة بإثبات عقد الصلح، على العكس من ذلك في التشريعات الوضعية والتي أخضعت لقاعدة خاصة به، وهذا ما سنوضحه في الآتي:

#### البند الأول: إثبات عقد الصلح في الفقه الإسلامي:

إن إثبات عقد الصلح في الفقه الإسلامي قد أخضع للقواعد العامة في الإثبات أو ما يطلق عليه مصطلح طرق القضاء، أو الحجج الشرعية، ومن هذه الطرق ما يلي:

1- الإقرار: وهو الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير<sup>(2)</sup>، وتكون حجية الإقرار مقتصرة على المقر فقط، بمعنى أن الإقرار يلزم صاحبه ولا يتعدى إلى غيره.

قال ابن فرحون: (وحكمه اللزوم، وهو أبلغ من الشهادة، قال أشهب: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره)<sup>(3)</sup>.

2- البينة أو شهادة الشهود: والبينة تطلق في الأصل على كل ما يبين الشيء أو الحق ويظهره<sup>(4)</sup>، ولكنها غالباً ما تكون مقتصرة على شهادة الشهود؛ لما لها من أهمية كبيرة في إثبات جميع الدعاوى إذا تحقق نصابها.

والشهادة هي: إخبار الشخص بحق على غيره<sup>(5)</sup>، قال ابن نجيم: (والشهادة هي إخبار عن مشاهدة وعيان، لا عن تخمين وحسبان)<sup>(6)</sup>.

3- الكتابة: وهي (إثبات الحق بواسطة دليل كتابي معد مسبقاً)<sup>(1)</sup>، وتعتبر من وسائل الإثبات أيضاً، يقول الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>(2)</sup>، وتقوم مقام

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 97.

2) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج3، ص472.

3) المرجع نفسه.

4) المرجع السابق، ج2، ص80.

5) الماوردي: الحاوي، ج7، ص4.

6) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص55.

---

(1) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص6285.

(2) سورة البقرة: الآية (282).

اللفظ إذا كانت دالة على المقصود، إذ أنه يمكن عن طريقها إثبات جميع الوقائع القانونية سواءً أكان تصرفاً قانونياً، أم عملاً مادياً، فضلاً عن ذلك كونها ملزمة إذا كان معترفاً بها من قبل الخصوم.

4- اليمين والنكول عنه: والمراد باليمين: الحلف بالله تعالى أمام القاضي لإثبات الحق أو الفعل، أو نفيهما، واليمين قد تكون لرفع الدعوى كالمدعى عليه بما لفينكره، وقد تكون لتصحيح الدعوى كاليمين مع الشاهد، وقد تكون لإيقافها كالحلف على نفي حق (1).

أما النكول عن اليمين: فهو عبارة عن امتناع من وُجِّهت إليه اليمين عن أدائها، قال ابن فرحون: ( ونعني به نكول المدعى عليه، أو المدعي إذا توجهت عليه اليمين فنكل عنها.. ) (2). ويتم اللجوء إليها في حالة الإنكار مع عدم وجود بينة حاضرة في مجلس القضاء، وألا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى، فإذا امتنع عن اليمين ففي هذه الحالة يتحقق النكول ويخسر دعواه، وهذه الأحكام تنطبق على إثبات عقد الصلح في الفقه الإسلامي (3).

5- القرائن: والقريضة: هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه (4)، وتعتمد القرائن على ذكاء القاضي، وفراسته، واجتهاده بملاحظة الظروف المقارنة للواقعة. قال ابن فرحون: ( فمتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها ) (5).

وقال العبدري: (... ويعتمد على القرائن المغلبة للظن) (6).

وقال البهوتي: (... وعمل بالقرائن فإن قويت حكم بموجبها) (7).

#### البند الثاني: إثبات عقد الصلح في القانون:

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالصلح نرى أن المشرعين الجزائري واليميني لم يذكر أي استثناء يتعلق بإثبات الصلح، في حين نرى أن بعض القوانين قد تكلمت عن إثبات الصلح، وبهذا يتم تطبيق القواعد العامة في الإثبات على الصلح، وقد نصت المادة (13) من قانون الإثبات اليميني على طرق الإثبات بقولها: ( طرق الإثبات هي :-

1- شهادة الشهود،

2- الإقرار،

3- الكتابة،

4- اليمين وردها والنكول عنها،

5- القرائن الشرعية والقضائية، (... ) (8)، وسنستعرض بعض هذه الطرق على النحو التالي:

1)- الكتابة: وهي إحدى وسائل الإثبات وطرقه، وقد قسم المشرع المحررات والوثائق إلى

نوعين:

أ- محررات رسمية وقانونية: وهي التي تم توثيقها في الجهات المختصة واعتمادها، ويطلق عليها العقد الرسمي، وتعتبر المحررات الرسمية حجة قانونية، وهذا ما نراه في الفقرة 1 من المادة

---

1) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص6285، وابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص9.

2) المرجع السابق، ج2، ص34.

3) شيماء البدراني: أحكام عقد الصلح، ص64.

4) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص6285.

5) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص81.

6) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج6، ص161.

7) البهوتي: كشف القناع، ج6، ص438.

8) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6،

ج3، لسنة 1992م، المادة 13.

(324) مكرر 7 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: (يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف، حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، ...) (1).

وهو الأمر الذي نصت عليه المادة (100) من قانون الإثبات اليمني بقولها: (المحررات الرسمية حجة بما جاء فيها من أمور...) (2).

ب- محررات عرفية: وهي التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم، ويجوز لهم تعميدها وتوثيقها في الجهات المختصة، حسب الضوابط المعمول بها في القانون، فإذا تم توثيقها لدى الجهات المختصة قد أصبحت محرراً رسمياً.

ويعتبر المحرر العرفي حجة ما لم ينكر صاحبه ذلك، وهو ما نصت عليه المادة (327) من القانون المدني الجزائري بقولها: (يعتبر العقد العرفي صادراً من كتبه، أو وقعه، أو وضع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...) (3).

أما المشرع اليمني فقد قسم المحررات العرفية إلى ثلاثة أقسام، حسب ما ورد في المادة (103) من قانون الإثبات اليمني: (المحررات العرفية أقسام ثلاثة:-

أ- محررات مكتوبة بخط الخصم وموقع عليها منه.

ب- محررات مكتوبة بخط الغير وموقع عليها من الخصم.

ج- محررات مكتوبة بخط الغير، وليس عليها توقيع للخصم، ويكون التوقيع على المحرر إما بالخط، أو بالختم، أو بصمة الاصبع (4)، ويعتبر النوعين الأول والثاني حجة على الخصم ما لم ينكر ذلك صراحة، أما النوع الثالث فلا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه.

2- الشهادة: وتعتبر شهادة الشهود من أهم طرق الإثبات، وقد عرفت المادة (26) من

قانون الإثبات اليمني الشهادة بقولها: (الشهادة إخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 324 مكرر 7.

2) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 100.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 327.

4) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 103.

الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره<sup>(1)</sup>، وقد اعتبر المشرع الجزائري الإثبات بالشهود في المادة (335) من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: (يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة...<sup>(2)</sup>).

3- الإقرار: وهو إخبار الشخص بحق عليه للآخر، وقد عرّفت المادة (341) من القانون المدني الجزائري الإقرار بما يلي: (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بما الواقعة)<sup>(3)</sup>.

أما المادة (78) من قانون الإثبات اليمني فتعرف الإقرار بقولها: (الإقرار هو إخبار الإنسان شفاهاً أو كتابة، عن ثبوت حق لغيره على نفسه)<sup>(4)</sup>.

ويعتبر الإقرار حجة في الإثبات، وفي هذا الصدد نصت الفقرة 1 من المادة (342) من القانون المدني الجزائري على أن: (الإقرار حجة قاطعة على المقر)<sup>(5)</sup>.

وكذلك جاءت المادة (87) من قانون الإثبات اليمني والتي نصت على: (الاقرار حجة قاطعة على المقر، ويجب إلزامه بما أقر به...<sup>(1)</sup>)، وقد أتفق القانونيون على جواز إثبات عقد الصلح بالإقرار.

وبالتالي فإن الإقرار يعتبر من أدلة وطرق إثبات الصلح؛ لأنه لا يقل أهمية عن الكتابة والبيئة أو الشهادة، ولقطعيته في الإثبات والدلالة.

4- اليمين: وتعتبر اليمين من طرق الإثبات حيث نصت الفقرة 1 من المادة (343) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى

---

1) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 26.

2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 335.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 341.

4) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 78.

5) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 342.



الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك<sup>(2)</sup>.

وكذلك نصت المادة (139) من قانون الإثبات اليمني على اليمين، وذلك بقولها: (للمدعي أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعى عليه، وللمدعى عليه أن يردّها على المدعي، ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها، أن يرجع في ذلك متى قبل خصه الحلف)<sup>(3)</sup>.

(5) - القرائن: وتعتبر القرائن من طرق الإثبات أيضاً؛ لأنها وسيلة لا شك في دلالتها لإثبات الصلح، وقد عرّفت المادة (154) من قانون الإثبات اليمني القرينة، وبينت أنها من وسائل

---

1) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 87.

2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 343.

3) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 139.

الإثبات، بقولها: (القرينة هي الأمارات التي تدل على إثبات ما خفي من الوقائع، ودلائل الحال المصاحبة للواقعة، المراد إثباتها...<sup>(1)</sup>)

وقد جعل المشرع القرائن من وسائل الإثبات، وهذا ما نصت عليه المادة (337) من القانون المدني الجزائري بقولها: (القرينة القانونية تُغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات...<sup>(2)</sup>)، وهذا النص يدل على جواز الإثبات بالقرائن القانونية.

كما نصت المادة (156) من قانون الإثبات اليمني على اعتبار القرينة القانونية أيضاً، والأخذ بها بقولها: (كل قرينة قاطعة قانونية لا يجوز نقضها، ويتعين الأخذ بها والحكم بمقتضاها)<sup>(3)</sup>.

### المطلب الرابع: آثار عقد الصلح:

لعقد الصلح آثار تترتب عليه في الفقه الإسلامي، والتشريعين الجزائري واليمني، وهذا ما سنقوم ببيانه في هذا المطلب، من خلال الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول: آثار عقد الصلح في الفقه الإسلامي.

ينقسم الصلح عند الفقهاء إلى ثلاثة أقسام وهي: صلح عن إقرار، و صلح عن إنكار، و صلح عن سكوت، ويختلف الفقهاء في اعتبارها وجوازها، فمنهم من أجاز الأنواع الثلاثة وهم الجمهور، ومهم من أجاز بعضها ومنع الآخر وهم الشافعية، وسنبين مفهوم كل نوع من أنواع الصلح، ثم نوضح حكمه عند الفقهاء، على النحو الآتي:

- **الصلح عن إقرار:** وهو الصلح الواقع بعد إقرار المدعى عليه بالمدعى به سواء أكان الإقرار صريحاً أم ضمناً، ويكون هذا الصلح معاوضة، وحكمه كالبيع إذا وقع عن مال.
- **الصلح عن إنكار:** وهو عقد الصلح الواقع عن إنكار المدعى عليه، ويعتبر هذا الصلح في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه؛ افتداء لليمين وقطع الخصومة.
- **الصلح عن سكوت:** كما لو سكت المدعى عليه لا يقر ولا ينكر ولكنه عرض الصلح على المدعي قبله منه، ويأخذ حكم الصلح عن إنكار<sup>(4)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار أنواع الصلح الثلاثة إلى أقوال، نبينها على النحو التالي:

#### 1- الصلح عن الإقرار:

وهو الصلح الواقع بعد إقرار المدعى عليه بالمدعى به سواء أكان الإقرار صريحاً أم ضمناً، وقد اتفق الفقهاء على جواز هذا النوع<sup>(5)</sup>، واستدلوا بالآتي:

- 1) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 154.
- 2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 337.
- 3) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 156.
- 4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص294، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص180، وابن قدامة: المغني، ج5، ص10، والزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4336.
- 5) المرغيباني: الهداية شرح البداية، ج3، ص192، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40، والفرغاني المرعينياني: متن بداية المتدي، ص175، والسمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3، ص423، وعلي السعدي: النتف في الفتاوى، ج1، ص504، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص423، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص215، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج3، ص229، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ص878، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص256، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص294، وخليل: مختصر العلامة خليل، ص174، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص83، وأبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، ج2، ص459، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص309، ومحمد عليش: منح الجليل، ج6، ص135، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج1، ص230، والشافعي: الأم، ج3، ص102، والشربيني: الإقناع، ج24، ص304، وعبد الملك الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج6، ص452، ومحمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص200، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص356، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص178، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص215، والرلسي: حاشية عميرة، ج2، ص386، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص198، ويحيى بن شرف النووي أبو زكريا: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة: بيروت، ص60، وابن بلبان: أخصر المختصرات، ص177، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص181، وموسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص196، وابن قدامة: المغني، ج5، ص10، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص367، وعبد القادر التعلبي: نيل المآرب، ص384، والفوزان: الملخص الفقهي، ج2، ص107، وابن حزم: المحلى، ج8، ص160.

(أ) - قول الله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الله تعالى وصف الصلح بأنه خير من غيره على العموم، فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما خالف نصاً شرعياً.

(ب) - حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ما دام لم يخرج عن النطاق الذي حدده الشارع الحكيم، فلا نستحل به حراماً ولا نحرم به حلالاً.

(2) - الصلح عن الإنكار وعن السكوت:

قد ينكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي أو يسكت، فيصلح به من دعواه على شيء، وقد اختلف الفقهاء في جواز هذين النوعين من الصلح على قولين هما:

- القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>(2)</sup> إلى جواز الصلح عن الإنكار، وجواز الصلح عن سكوت، واستدلوا بالآتي:

(أ) - قول الله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الآية دلالة إلى عموم خيرية الصلح بجميع أنواعه؛ وقالوا بأن عدم ورود نص خاص يمنع الأخذ بالصلح عن الإنكار وعن السكوت يفتح السبيل لاعتمادهما على وجه الآية الكريمة.

(ب) - قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن التجارة عن التراضي بين الأطراف جائزة، حيث اعتبروا الصلح عن إنكار وعن السكوت من قبيل التجارة عن التراضي بين الأطراف.

(ج) - حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)<sup>(5)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الحديث عام في أنواع الصلح كلها دون تحديد أو تقييد.

- القول الثاني: ذهب الشافعية والظاهرية إلى عدم جواز الصلح عن الإنكار وعن السكوت<sup>(6)</sup>.

(1) سورة النساء: الآية (128).

- (1) سبق تخريجه، ص 191.
- (2) المرغياني: الهداية شرح البداية، ج 3، ص 192، والكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص 40، والفرغاني المرعينياني: متن بداية المتدي، ص 175، والسمرقندي: تحفة الفقهاء، ج 3، ص 423، وعلي السعدي: التنف في الفتاوى، ج 1، ص 504، وزاده: مجمع الأنهر، ج 3، ص 423، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص 215، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 3، ص 229، وابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج 2، ص 878، والصاوي: بلغة السالك، ج 3، ص 256، وابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 294، وخليل: مختصر خليل، ص 174، والعبدي المؤاق: التاج والإكليل، ج 5، ص 83، وأبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، ج 2، ص 459، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج 3، ص 309، ومحمد عليش: منح الجليل، ج 6، ص 135، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج 1، ص 230، وابن بلبان: أخصر المختصرات، ص 177، والمرداوي: الإنصاف، ج 5، ص 181، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 196، وابن قدامة: المغني، ج 5، ص 10، وابن ضويان: منار السبيل، ج 1، ص 367، وعبد السلام الحراني: المحرر في الفقه، ج 1، ص 341، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج 4، ص 169، والزركشي: شرح الزركشي، ج 2، ص 135، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج 2، ص 139، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 397، وعبد القادر التغلي: نيل المآرب، ص 384، والفوزان: الملخص الفقهي، ج 2، ص 107.
- (3) سورة النساء: الآية (128).
- (4) سورة النساء: الآية (29).
- (5) سبق تخريجه، ص 191.
- (6) الماوردي: الحاوي، ج 6، ص 369، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص 234، والمطيعي: تكملة المجموع، ج 13، ص 390، والوسيط، ج 4، ص 51، والبكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج 3، ص 97، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج 2، ص 215، والشريبي: الإقناع، ج 2، ص 304، وعبد الملك الجويني: نهاية المطالب في دراية المذهب، ج 6، ص 452، ومحمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص 200، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج 1، ص 356، والشريبي: مغني المحتاج، ج 2، ص 178، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج 2، ص 215، والرلسي: حاشية عميرة، ج 2، ص 386، والنووي: روضة الطالبين، ج 4، ص 198، والنووي: منهاج الطالبين، ص 60، والقلبيوي: حاشية قليوبي، ج 2، ص 386، وابن حزم: المحلى، ج 8، ص 160.

قال ابن حزم: (لا يجلّ الصلح البتّة على الإنكار، ولا على السكوت الذي لا إنكار معه ولا إقرار)<sup>(1)</sup>.

واستدل الشافعية والظاهرية على قولهم بالآتي:

(أ) - قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الآية الكريمة نهي عن أكل أموال الناس بالباطل.

فترى أن الشافعية والظاهرية اعتبروا هذين النوعين من الصلح يدخل في جملة أكل أموال الناس بالباطل، على أساس أن المدعى عليه إذا أنكر الدعوى فإن الأمر المدعى به لا يثبت للمدعي، ومن ثم فإن وقوع صلح مع إنكار المدعى عليه يكون به نيل المدعي لما ادعاه، غير أنه كسب دعواه بأكل أموال الناس بالباطل وهذا حرام.

قال الماوردي: (والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل؛ لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه...) <sup>(2)</sup>.

وجاء في تكملة المجموع: (دليلنا: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(3)</sup>، والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل؛ لأن من ادعى على غيره داراً في يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض، فقد ابتاع ماله بماله، وهذا لا يجوز)<sup>(4)</sup>.

(ب) - حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)<sup>(5)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الحديث استثناء في الصلح وهو ما حرّم الحلال، أو أحلّ الحرام، وقالوا أن هذين النوعين من الصلح داخل في الاستثناء الذي ورد في الحديث، أي أنهما يجرمان الحلال، ويحلّان الحرام<sup>(6)</sup>.

قال الماوردي: (والصلح على الإنكار محرّم للحلال ومحلّ للحرام؛ لأنه يجلّ المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام، ويُجرّم على المدعي باقي حقه وذلك حلال؛ ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً)<sup>(7)</sup>.

وجاء في تكملة المجموع: (... وهذا المدعى لا يخلو إما أن يكون كاذباً أو صادقاً، فإن كان كاذباً فهذا الصلح الذي يصالح به يجلّ له ما هو حرام عليه، وإن كان صادقاً فإنه يستحق

(1) ابن حزم: المحلى، ج8، ص160.

- 
- 1) سورة النساء: الآية (29).
  - 2) الماوردي: الحاوي، ج6، ص369-370.
  - 3) سورة النساء: الآية (29).
  - 4) المطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص390.
  - 5) سبق تخرجه، ص191.
  - 6) المطيعي: تكملة المجموع، ج13، ص383، والماوردي: الحاوي، ج6، ص369-370، والشريبي: الإقناع، ج2، ص304، والنووي: منهاج الطالبين، ص60.
  - 7) الماوردي: الحاوي، ج6، ص369-370.

جميع ما يدعيه، فإذا أخذ بعضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقي الذي كان حلالاً له، فوجب أن لا يجوز<sup>(1)</sup>.

#### - الرد على أدلة المانعين:

يمكن الرد على أدلة المانعين من خلال الآتي:

- أن الصلح خير مطلقاً، وهذا ما نراه في عموم الآية ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>(1)</sup>.
- وصف جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، ما يجعل كل صلح مشروع بظاهر هذا النص، إلا ما خصّ بدليل<sup>(2)</sup>.
- أن الصلح عن إنكار أو سكوت عقد رضائي، يتم بتراضي جميع الأطراف، وبالتالي فلا يدخل في أكل أموال الناس بالباطل.

#### - الراجع:

ومما سبق يتبين أن الراجع هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز الصلح مع الإنكار ومع السكوت؛ لأن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعها عند الإنكار أولى من الحاجة إلى قطعها عند الإقرار<sup>(3)</sup>.

#### - الأثر العام لعقد الصلح:

والمراد به الحكم الشرعي المترتب على عقد الصلح أي كان نوعه، ويعتبر الأثر الشرعي قطع المنازعة بين الأطراف المتنازعة، وسقوط دعوى المدعي فلا يستطيع تجديدها، وذلك متى وقع الصلح مستوفياً لجميع أركانه وشروطه.

قال الكاساني: (أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعين شرعاً، حتى لا تسمع دعواتهما بعد ذلك...)<sup>(4)</sup>.

ومن خلال هذا الأمر فإن الهدف هو سقوط الدعوى، وإنهاء النزاع، وقطع سبيل العودة إليه.

### الفرع الثاني: آثار عقد الصلح في القانون.

مما يميّز الصلح عن غيره من العقود والتصرفات أنه يحقق الصلح، وينهي النزاع بين الطرفين المتخاصمين بنزاع قائم، أو يتقاربان بنزاع محتمل، وبعد إنهاء النزاع وإزالته، يلزم عدم إمكانية تجديده وعودته، وهو ما يتم أيضاً في القضاء.

1) المطيعي: تكملة المجموع، ج 13، ص 390.



وإذا أبرم صلح بين طرفين فإن هذا الصلح يحسم النزاع بينهما عن طريق انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين، ويستطيع كل منهما أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح، أو يطلب فسخ الصلح إذا لم يقم الطرف الآخر بما التزم به، وقد نصت المادة (462) بفقرتها من القانون المدني الجزائري على أنه: (ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها.

ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية)<sup>(5)</sup>.

وفي ذات الصدد نصت المادة (677) من القانون المدني اليمني بقولها: (يحسم الصلح المنازعات التي تناولها، ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أي من الطرفين تنازلاً نهائياً)<sup>(6)</sup>.

ويظهر من نص المادتين السابقتين أن الصلح بإنهائه للنزاع بين الأطراف فإن ذلك يرتب إسقاط كل متصلح للحقوق والادعاءات التي كانت محلاً للنزاع، وذلك بالتخلي عنها وتركها، بحيث تنقضي نهائياً على وجه عدم الاستمرار، وبعبارة أخرى فإن هذه الحقوق التي يسقطها الصلح ويتنازل عنها الطرفين، لا يمكن الادعاء بها من جديد.

وكذلك فإن إسقاط الحقوق والادعاءات المتنازع عليها يستوجب وضع البديل لهذه الحقوق، وهذا ما يوفره الصلح للمتعاقدين، إذ أن نزول كل متعاقد للآخر عن حقوقه وادعاءاته يستلزم بالضرورة أن يتمكن كل متصلح مما تنازل عنه المتعاقد الآخر، أي تصير الحقوق الناشئة عن الصلح ثابتة للمتعاقدين.

وإذا تم حسم النزاع بالصلح وذلك بأن تنقضي الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها كل من الطرفين فإنه يجب أن يُفسّر هذا التنازل تفسيراً ضيقاً ومحددًا في نطاق الحقوق التي كانت محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح، وهذا ما نصت عليه المادة (464) من القانون المدني الجزائري بقولها: (يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً أيّاً كانت تلك

1) سورة النساء: الآية (128).

2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص40.

3) المرجع نفسه.

4) المرجع السابق، ج6، ص53.

5) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 462.

6) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 677.

العبارات، فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح<sup>(1)</sup>.

وهو الأمر ذاته الذي ورد في المادة (678) من القانون المدني اليمني والتي نصّت على أنه: (يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً محدداً، وأن لا تنصب إلا على الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح)<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فإنه يجب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذي تناوله، دون أن يمتد إلى أي شيء آخر، فالعقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه، وعلى المحل الذي تناوله.

### المطلب الخامس: انقضاء عقد الصلح.

بعد أن فرغنا من الحديث عن آثار عقد الصلح في الفقه والقانون، نستعرض في هذا المطلب انقضاء عقد الصلح في الفقه والقانون، وذلك في فرعين على النحو التالي:

#### الفرع الأول: انقضاء عقد الصلح في الفقه الإسلامي.

قد ينقضي الصلح وينتهي برضاء الطرفين وهذا يكون في الإقالة، وإما بغير رضائهما، كأن يظهر مانع من انعقاد العقد لم يعلماه من قبل، وقد يكون عقد الصلح باطلاً وذلك من خلال النظر في الأركان والشروط، فإذا كانت غير متوفرة أو غير مكتملة فإن الصلح يكون باطلاً، حكمه كغيره من العقود التي يلحقها البطلان في حال تخلف أحد الأركان والشروط.

- وبالنظر في أركان عقد الصلح وشروطه، وبناءً على التراضي القائم على صحة الإيجاب والقبول، والأهلية، وأن يكون سبب قيام الصلح مشروعاً، وغيرها من العناصر والأركان اللازم توافرها لصحة وتمام عقد الصلح، سواءً في أطراف الصلح، أو محله، أو سببه، فإذا توافرت هذه العناصر فإن الصلح يصح ويقوم، وإذا تخلف أحدهما بطل الصلح.

- وهناك عدّة أمور يبطل بها عقد الصلح وينفسخ ومنها الإقالة، ولحاق المرتد بدار الحرب، والردّ بخيار العيب أو الرؤية، والاستحقاق، وهلاك أحد المتعاقدين (المتصالحين) في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدّة<sup>(3)</sup>.

قال الكاساني: (ما يبطل به الصلح أشياء منها الإقالة فيما سوى القصاص... ومنها لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة،... ومنها الردّ بخيار العيب والرؤية؛ لأنه يفسخ العقد...

ومنها الاستحقاق، وأنه ليس إبطاً حقيقة بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلاً لا أنه بطل بعد الصحة... ومنها هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة...<sup>(4)</sup>.

- وإذا بطل عقد الصلح يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار، وإذا كان الصلح مع الإقرار: رجح المدعي على المدعى عليه بالمدعى به لا غيره؛ لأن بطلان الصلح جعله كأن لم يكن، وعاد الأمر إلى ما كان عليه قبل الصلح<sup>(5)</sup>.

قال الكاساني: (وأما حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعي إلى أصل دعواه، إن كان الصلح عن إنكار، وإن كان عن إقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره)<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثاني: انقضاء عقد الصلح في القانون.

الصلح باعتباره عقد ملزم للجانبين فإنه كسائر العقود ينقضي بالفسخ أو بالبطلان وفقاً للتواعد العامة، وعادة ما يرد الفسخ على العقود باعتباره نتيجة لعدم تنفيذ طرفي العقد لالتزاماتهما المتفق عليها فيعتبر كأنه لم ينعقد ويؤول كل أثر.

بل إن المشرع أجاز الاتفاق على فسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء به، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (120) من القانون المدني الجزائري بقولها: (يجوز الاتفاق

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 464.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 678.

3) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص54، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج6، ص185، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4366.

4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص54.

5) مصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج6، ص185، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4366.

6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص55.

على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي<sup>(1)</sup>.

وهو ما جاء في المادة (222) من القانون المدني اليمني حيث نصت على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ودون حاجة إلى حكم قضائي...)<sup>(2)</sup>.

وإذا انفسخ العقد أو بطل فإن أطراف الصلح تعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض لطالب الفسخ طبقاً لنص المادة (122) من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض)<sup>(3)</sup>.

وهو ما نراه المادة (219) من القانون اليمني المدني والتي نصت على: (... ويطرب على الفسخ إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض من غرم)<sup>(4)</sup>، وله أن يسترد ما قضي به، وبالتالي يعود النزاع الذي أنهاه الصلح إلى الظهور ويعود الأطراف إلى الحالة التي كانت قبل إبرام العقد، واسترداد كل متعاقد لما أعطاه وإنما يكون على أساس ما دفع دون حق، وكل ذلك تطبيق للقواعد العامة التي تقوم عليها نظرية الفسخ.

وتنص الفقرة الأولى من المادة (466) من القانون المدني الجزائري على أن: (الصلح لا يتجزأ فبطان جزء منه يقتضي بطان العقد كله)<sup>(5)</sup>.

وكذلك نصت المادة (680) من القانون المدني اليمني على ذلك بقولها: (الصلح لا يتجزأ فبطان جزء منه يبطل العقد كله، إلا إذا تبين من عبارات العقد، أو من الظروف أن المتصالحين

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 120.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 222.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 122.

4) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 219.

5) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 466.

قد أُنْفِقَا عَلَى أَنْ أَجْزَاءَ الْعَقْدِ مُسْتَقْلِلَةٌ عَنْ الْبَعْضِ الْآخَرَ، وَيَشْكَلُ كُلُّ مِنْهَا صِلْحًا مُنْفَرِدًا<sup>(1)</sup>.

وَمِنْ خِلَالِ النَّظَرِ إِلَى الْمَادَتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ نَجِدُ أَنَّ الصِّلْحَ لَا يَتَجَزَأُ، فَبَطْلَانِ جِزْءٍ مِنْهُ يَقْتَضِي بَطْلَانَ الْعَقْدِ كُلِّهِ، فَيَكُونُ الصِّلْحُ وَحْدَهُ لَا يَتَجَزَأُ، وَهَذِهِ الْوَحْدَةُ تَكُونُ فِي كُلِّ بِنُودِهِ وَشُرُوطِهِ وَبِالنِّسْبَةِ لِجَمِيعِ أَطْرَافِهِ، فَبَطْلَانِ جِزْءٍ مِنْهُ أَوْ لَطَرْفٍ مِنْهُ يَقْضِي عَلَيْهِ بِأَكْمَلِهِ وَفِي كُلِّ أَجْزَائِهِ.

إِلَّا أَنَّهُ يُجُوزُ أَنْ تَتَجَهَّ نِيَّةُ الْمُتَعَاقِدِينَ صِرَاحَةً أَوْ ضَمْنِيًّا إِلَى اعْتِبَارِ أَجْزَاءِ الصِّلْحِ مُسْتَقْلِلَةً عَنْ بَعْضِهَا الْبَعْضَ، فَإِذَا بَطَلَ جِزْءٌ مِنْهُ بَقِيَتْ الْأَجْزَاءُ الْآخَرَى قَائِمَةً؛ لِأَنَّهَا مُسْتَقْلِلَةٌ عَنِ الْجِزْءِ الْبَاطِلِ، وَبِذَلِكَ يُمْكِنُ أَنْ يَتَجَزَأَ الصِّلْحُ طَبَقًا لِإِرَادَةِ الطَّرْفَيْنِ، وَهَذَا مَا أَكَدَتْهُ الْفُقَرَةُ الثَّانِيَّةُ مِنَ الْمَادَةِ (466) مِنَ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ الْجَزَائِرِيِّ بِقَوْلِهَا: (عَلَى أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ لَا يَسْرِي إِذَا تَبَيَّنَ مِنْ

---

(1) الْقَانُونُ الْمَدْنِيُّ الْيَمْنِيُّ رَقْمَ 22، الصَّادِرُ فِي تَارِيخِ 10 إِبْرَيْلِ 2002م، وَالْمَنْشُورُ فِي الْجَرِيدَةِ الرَّسْمِيَّةِ، الْعَدَدُ 7، ج1، لِسَنَةِ 2002م، الْمَادَةُ 680.

عبارات العقد أو من قرائن الاحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض<sup>(1)</sup>.

وهو ما نراه جلياً في الجزء الأخير من المادة (680) من القانون المدني اليمني والتي ورد فيها هذا الاستثناء: (... إلا إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتصلحين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر ويشكل كل منها صلحاً منفرداً)<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثالث: التحكيم.

لما أباح الله تعالى للناس السعي في الأرض والأكل من طبيعتها، لم يترك أمر علاقاتهم في ابتغاء الحصول على هذه الطيبات والانتفاع بخيرات الأرض دون ترتيب أو تنظيم؛ ولذا كان مما وجه إليه الحق عباده أن تحكم علاقة هذه التعاملات أطر شرعية تقوم على الحق والعدل، فإذا مالت عن منهج الله وقع الظلم والنزاع، فوجب في مقابل ذلك رفع الظلم وإقامة العدل بأي وسيلة توصل للمطلوب شريطة أن تكون موافقة لمنهج الشرع الحنيف.

ويعتبر التحكيم سبيلاً من السُّبل البديلة لفض المنازعات والخصومات، وطريقاً من طرق رفع الظلم وإقامة العدل؛ لأنه يُتيح للأفراد فرصة لفضّ منازعاتهم في وقت قصير، بعيداً عن الإجراءات القضائية المطولة؛ ولما في اللجوء إليه من تخفيف العبء عن القاضي.

كما أن التحكيم يُعتبر طريقاً لإيصال الحقوق إلى أهلها في الدعاوى التي لا تُسمع أمام القضاء لمرور المدّة الزمنية، إضافة إلى ذلك فإنه يؤدي إلى الإصلاح بين الخصوم والمحافظة على العلاقات الإنسانية، والنسيج الاجتماعي بين الأفراد والمجتمع.

وفي هذا المبحث سنتناول التحكيم كإحدى الطرق البديلة لحل النزاعات، والذي سيحتوي على عدّة مطالب، نتناول في المطلب الأول تعريف التحكيم ومشروعيته، وفي المطلب الثاني خصائص التحكيم، وسيكون المطلب الثالث في أنواع التحكيم، أما المطلب الرابع فسيكون الحديث فيه عن أركان عقد التحكيم، وسنختم بالمطلب الخامس حيث سنتناول فيه شروط المحكم وحجية حكمه.

## المطلب الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته.

- 
- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 2، المادة 466.
- 2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 680.

سأقوم بتعريف التحكيم في اللغة، والفقهاء الإسلامي، وأبين مفهومه في القانون، وأذكر المصطلحات ذات الصلة بالتحكيم، ثم أستعرض أدلة مشروعية التحكيم، وذلك في الفرعين الآتيين، على النحو الآتي:

## الفرع الأول: تعريف التحكيم.

### البند الأول: تعريف التحكيم لغة:

التحكيم مصدر حَكَّم يقال حَكَّمته في مالي فاحتكم، واستحکم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه<sup>(1)</sup>.

**والْحُكْمُ** - بضم الحاء وسكون الكاف - القضاء والفصل بين الخصوم.  
**والمَحْكَمُ** - بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف مع الفتح - الذي يفوض إليه الحكم في الشيء.

ويقال: حاكمه إلى الحاكم: أي دعاه وخاصمه، والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم<sup>(2)</sup>.  
وحكمت الرجل وأحكمته: إذا منعتة مما أراد، ومنه سمي الحاكم حاكماً؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم.

**قال ابن فارس:** (الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع)، وأول ذلك الحكم وهو المنع من الظلم<sup>(3)</sup>.

واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم إذا رفعوا أمرهم إليه، وقيل التحكيم لغة هو: التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم، وأحكم، فاستحكم<sup>(4)</sup>.

**والحَكْمُ** بفتح الحاء والكاف - هو الذي يختار للفصل بين الخصوم.  
ويتضح مما سبق أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين، فهو رفع الخصومة لمن يُجعل الأمر إليه.

### البند الثاني: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

نرى أن الفقهاء قد عرفوا التحكيم بعدة تعريفات، مباشرة أو غير مباشرة، وذلك كالآتي:

#### ● تعريف الحنفية:

عرف الحنفية التحكيم بأنه: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما)<sup>(5)</sup>.

- **شرح التعريف:** المراد أن التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاها؛ لفصل خصومتها ودعواها<sup>(6)</sup>.



- (1) الرازي: مختار الصحاح، مادة(حكم)، ص167، والزيدي: تاج العروس، ج8 ص252.
- (2) ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص151، والرازي: مختار الصحاح، مادة(حكم)، ص167.
- (3) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج2، ص91.
- (4) الرازي: مختار الصحاح، ص167، وإبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص190.
- (5) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص24، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج5، ص428.
- (6) مجلة الأحكام العدلية: المادة (1790)، ص365، وحيدر علي: درر الحكام، ج4، ص523.

قوله: "تولية" أي رفع الأمر إليه ليحكم فيه.

وقوله: "الخصمين" الفريقين المتخاصمين أي المدعي والمدعى عليه، فيشمل ما لو تعدد الفريقان.

وقوله: "حاكماً" المراد به ما يعم الواحد والمتعدد.

#### • تعريف المالكية:

قال ابن فرحون: (إن الخصمين إذا حكَّما بينهما رجلاً وارتضياه؛ لأن يحكم بينهما جاز)<sup>(1)</sup>. وقال الصاوي في بلغة السالك: (الحاكم ما كان مقاماً من طرف السلطان، والمحكَّم ما كان مقاماً من طرف الأخصام)<sup>(1)</sup>.

#### • تعريف الشافعية:

عرّف الشافعية التحكيم بقولهم: (هو تحكيم الخصمين شخصاً من الرعية دون القاضي ليقضي بينهما فيما تنازعا)<sup>(2)</sup>.

- شرح التعريف: أن يقوم الطرفان بتفويض شخص محايد من الناس يتفقا عليه، ليحكم بينهما في محل النزاع، شريطة ألا يكون هذا الشخص أحد القضاة.

#### • تعريف الحنابلة:

جاء عند الحنابلة: (وإذا تحاكم رجلان أو شخصان إلى رجل فحكَّماه بينهما ورضياه، وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز)<sup>(3)</sup>.

#### - تعاريف المعاصرين:

- عرف مجمع الفقه الإسلامي التحكيم بأنه: (اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعةٍ بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية)<sup>(4)</sup>.

- وجاء في الموسوعة الجنائية الإسلامية أن التحكيم هو: (اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها؛ لفصل خصومتها ودعواها)<sup>(5)</sup>.

- وقيل أن التحكيم هو: (عقد تولية وتقليد من طرفي الخصومة إلى طرف ثالث؛ ليفصل فيما تنازعا فيه)<sup>(6)</sup>.

#### - مناقشة التعاريف:

من خلال النظر في التعاريف السابقة يتبين الآتي:

(1) ابن فرحون: تبصرة الحكَّام، ج1، ص140.

- 1) الصاوي: بلغة السالك، ج4، ص69.
- 2) الماوردي: الحاوي، ج16، ص325.
- 3) ابن قدامة: المغني، ج11، ص484، والمرداوي: الإنصاف، ج11، ص148، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج11، ص392، والبهوتي: كشف القناع، ج6، ص308، وابن ضويان: منار السبيل، ج2، ص459، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص495، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج10، ص20، والراميني: الفروع وتصحيح الفروع، ج11، ص129، وعبدالقادر التغلي: نيل المآرب، ج2، ص448.
- 4) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ج1، ص149، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص5257.
- 5) العتبي: الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة، ص228.
- 6) قدرى محمد محمود: التحكيم في ضوء أحكام الشرعية الإسلامية، دار الصميعة للنشر والتوزيع: الرياض، ط (1) 2009م، ص20.

أن الحنفية والشافعية أوردوا تعريفاً للتحكيم يتضمن اتفاق الخصمين على تفويض أو توكيل شخص آخر يحكم بينهما في النزاع القائم، غير أن الشافعية خصوا ذلك الشخص المحكم بأن يكون غير القاضي، بينما أطلق الحنفية ذلك الأمر ولم يقيدوه بشيء. أما المالكية والحنابلة فلم يذكروا تعريفاً للتحكيم، وإنما ذكروا صورة التحكيم العملية، وحكمها الشرعي، دون التطرق إلى بيان ماهية التحكيم.

أما المعاصرون فنرى أنهم لم يختلفوا كثيراً في تعريفهم للتحكيم عن تعريف الحنفية والشافعية.

#### - التعريف المختار:

من خلال النظر في التعاريف السابقة للتحكيم يتضح أن التعريف الذي أورده الشافعية للتحكيم بأنه: "تحكيم الخصمين شخصاً من الرعية دون القاضي ليقضي بينهما فيما تنازعا" هو التعريف المختار، للآتي:

- لشموله لجميع أركان التحكيم.
- حصرهم مهمة الشخص المحكم وجعلها لغير القاضي.
- تخصيصهم محلّ التحكيم في الخصومة.

#### البند الثالث: تعريف التحكيم في القانون:

لم تضع غالبية التشريعات تعريفاً للتحكيم، ومنها المشرع الجزائري، وذلك تلافياً لصعوبات وضع التعريف، واكتفت بالإشارة إلى عناصر التحكيم، مما فتح الباب أمام اجتهادات الفقه<sup>(1)</sup>. في حين نرى أن قانون التحكيم اليمني قد عرّف التحكيم في المادة (2) بأنه: (اختيار الطرفين برضائهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهم من خلافات أو نزاعات)<sup>(2)</sup>.

أما فقهاء القانون فقد تعددت تعاريفهم للتحكيم ومنها:

1- التحكيم هو: (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين؛ ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)<sup>(3)</sup>.

2- وعرفه الدوري بأنه: (الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يُسمون محكمين؛ ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص)<sup>(4)</sup>.

3- وهناك من عرّف التحكيم بأنه: (نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف وبارادتهم قضاتهم، ويجولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ

- 1) لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، دار هومو: الجزائر، ص16.
- 2) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة 2.
- 3) أحمد أبو الوفاء: عقد التحكيم واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، ط (4) 2007م، ص15.
- 4) قحطان الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود: بغداد، ط (1) 1985م، ص21.

بينهم بخصوص علاقاتهم العقدية أو غير العقدية، وفقاً لمبادئ وأحكام القانون والعدالة، بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع<sup>(1)</sup>.

4- وقيل أن التحكيم هو: (الاتفاق على طرح نزاع على أشخاص معينة يسمون بالمحكمين، ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة)<sup>(2)</sup>.

- ونرى أن قانون التحكيم اليمني قد عرّف التحكيم التجاري بأنه: (أي تحكيم تكون أطرافه أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يمارسون أعمالاً تجارية أو اقتصادية أو استثمارية، أياً كان نوعها سواء كان يمينيين أم عرب أو أجنبي)<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ أن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية وتعريف فقهاء القانون يتفقان على وجود العناصر الآتية:

- أن التحكيم يكون باتفاق بين الأطراف المتنازعة (بين الخصمين).  
- أن هيئة التحكيم قد تكون واحداً أو أكثر.

- أن محل التحكيم هو فض النزاع الذي نشأ بين الخصوم<sup>(4)</sup>.  
- أن أطراف النزاع يلجأون إلى التحكيم بدلاً من القضاء المختص.  
ويختلفان في عدم النص صراحة على الأمور الآتية:

حيث ورد في تعريف الفقهاء: اشتراط الأهلية في الحكم، وأن الحكم ملزم بأن يفصل في النزاع وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ولم ينص التعريف على إلزامية حكم المحكم لأطراف النزاع، أما القانونيون فقد نصوا على إلزامية حكم المحكم لأطراف النزاع<sup>(5)</sup>.

#### البند الرابع: تمييز المصطلحات ذات الصلة بالتحكيم:

يتشابه نظام التحكيم مع بعض من المصطلحات الأخرى والتي تجمعها به علاقة من ناحية أو أخرى، فقد تشترك هذه المصطلحات مع التحكيم في بعض العناصر، وتختلف في البعض الآخر، وقد تتفق مع التحكيم من حيث النشأة الاتفاقية، ومن حيث الهدف وهو السعي إلى إزالة النزاع المعروف، غير أن بعضها قد لا يكون ملزماً لأطراف النزاع فيمكن لهم قبولها أو رفضها، على عكس التحكيم والقضاء مثلاً والذين قد يكونا ملزمين للأطراف، وبالتالي كان لا بدّ من بيان هذه المصطلحات والتي هي:

#### 1- القضاء:

يُطلق لفظ القضاء في اللغة ويراد به معانٍ عديدة كالإلزام والفراغ من العمل والحكم والحاكمة، وقد عرفه الشربيني بقوله: (وهو لغة: إمضاء الشيء وإحكامه، وشرعاً: فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى)<sup>(6)</sup>، والقضاء هو الأصل والتحكيم يعتبر نوعاً من أنواع القضاء؛ لما فيه من فصل الخصومة، وبيان الحكم الشرعي، والقاضي هو: الذات الذي نُصّب وعيّن من قِبَل السلطان؛ لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة<sup>(7)</sup>.

ومع أن كلاً من القضاء والتحكيم بينهما شبه كبير في جوانب متعددة كقوة الإلزام، وحجية القرار الصادر عنهما، وسلطة القاضي والمحكم، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في أن القاضي يلتزم بالقواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، أما في التحكيم فلا نرى الالتزام بهذه القواعد، كما أن للقاضي النظر في جميع القضايا التي تعرض عليه، أما المحكم فتكون ولايته مقصورة على قضية المتخاصمين وموضوع النزاع.

كذلك نرى أن القاضي مقيّد بالحكم في حدود ولايته التي حددها له القانون ونطاقها، بخلاف المحكم فله أن يحكم في البلاد كلها، وكما هو معلوم أن ولاية المحكم تنتهي بالحكم في القضية موضوع التحكيم بينما تستمر ولاية القاضي حتى يعزله ولي الأمر، والقاضي موظف عام له ولاية قضائية، ويتقاضى أجره من ميزانية الدولة، أما التحكيم فهو نظام خاص ينشأ بموجب اتفاق

1) لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص 18.

2) عمرو عيسى الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتبة القانونية والمكتب الجامعي الحديث: الاسكندرية، 2003م، ص 16.

3) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج 4، لسنة 1992م، المادة 2.

4) الدوري: عقد التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقانون، ص 30.

5) محمود علي السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر: عمان، ط (1) 2007، ص 11.

6) الشربيني: الإقناع، ج 2، ص 612.

7) مجلة الأحكام العدلية: المادة (1785)، ص 364.

الأطراف، ويقوم به شخص عادي له ولاية الفصل في النزاع بموجب اتفاق الأطراف، ويتلقى مقابل أتعابه من الخصوم<sup>(1)</sup>.

## (2) - الصلح:

يشبه الصلح التحكيم في أنهما عقدين اختياريين يقومان على التراضي؛ لإنهاء النزاع بين الأطراف بالموثقة، وكذلك يتفقان في أن كل منهما ينشأ بعقد واتفاق، غير أنهما قد يختلفان في أن المحكم يصدر حكمه دون أن يعلم طرفي النزاع ما سيقضي به وفي صالح أي من الطرفين سيكون الحكم، أما في الصلح فإن كل الأطراف يكون على علم وبيّنة مما سيتم التنازل عنه وما سيكون له، وكذلك يختلفان في أنه لا يمكن الطعن في حكم عقد الصلح؛ لأنه يتم برضا الطرفين، أما حكم المحكم فيجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في القانون، وأيضاً يختلفان في أن التحكيم قد ينتهي بصدور حكم يفصل في النزاع أما الصلح فقد ينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل بين الأطراف، وكذلك في الصلح يتنازل كل طرف عن جزء من مطالبه مقابل تنازل الطرف الآخر، أما التحكيم فلا يوجد تنازل وإنما يوجد تفويض للمحكم لفض النزاع بما يراه عدلاً<sup>(2)</sup>.

## (3) - الخبرة:

والخبرة هي: العلم بواطن الأمور، والخبير هو: الشخص الذي ضلع في معرفة موضوع معيّن، ويكلف بإبداء الرأي فيما يُعرض عليه من مسائل معينة<sup>(3)</sup>.

والخبير لا يصدر قراراً ولا يكلف بالفصل في النزاع، وإنما يبدي رأياً فنياً بناءً على خبرته في الموضوع، ولا يترتب على رأيه فصل النزاع، ورأي الخبير لا يكون ملزماً لأحد، أما في التحكيم فالمحكم يُصدر حكماً يحسم النزاع، وملزم للأطراف، كذلك نرى أن المحكم يصدر حكمه وفقاً لما يقدمه الأطراف من وثائق ومستندات، وما يبذونه من مرافعات، أما الخبير فهو يعتمد على معلوماته وخبراته الشخصية، وبالتالي فيمكنه إبداء رأيه دون الرجوع لأطراف النزاع، وهو ما لا

---

(1) السرطاوي: التحكيم في الشرعية الإسلامية، ص13، وسونا عمر علي عبادي: التحكيم في الصناعة المالية بين الفقه الإسلامي والقانون النموذجي، دار النفائس للنشر والتوزيع: الأردن، ط (1) 1434هـ، ص24، ولزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص42.

(2) السرطاوي: التحكيم في الشرعية الإسلامية، ص15، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص24، ولزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص43.

(3) السرطاوي: التحكيم في الشرعية الإسلامية، ص15.



يتسنى للمحكم الذي يتحتم عليه تحويل الخصوم تقديم مستنداتهم، ويحق لكل طرف الاطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر<sup>(1)</sup>.

#### 4- الوساطة:

تعتبر الوساطة أحد الطرق الودية لحل النزاعات بين الأطراف، وعن طريقها يقوم الأطراف بأنفسهم أو بواسطة غيرهم بالاجتماع، والتشاور للوصول إلى حل ينهي النزاع ويرضي الخصوم، والوساطة تتفق مع التحكيم في الهدف الرئيسي وهو فض النزاع وإزالته.

وتختلف الوساطة عن التحكيم في أن التحكيم تنظيم قضائي ينتهي بحكم له آثار الأحكام القضائية من حيث الالتزام والتنفيذ، أما الوساطة فإنها لا تنتهي بحكم بل باقتراح لتقرب وجهات النظر، ولا تكون له آثار الالتزام والحجية.

كما أن في الوساطة قد يتم تقديم تنازلات من طرفي النزاع؛ حتى يتسنى الوصول إلى حل وسط للنزاع القائم، أما التحكيم فلا يهدف إلى التوصل إلى حل وسط بل يمكن للمحكم تلبية أحد طلبات الخصوم، ورفض طلبات الخصم الآخر<sup>(2)</sup>.

#### 5- الوكالة:

والوكالة هي: تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل، ويقال لذلك الشخص موكل، ولمن أقامه وكيل، ولذلك الأمر موكل به.

ويتفق التحكيم مع الوكالة في أنه يبدأ بتفويض شخص لآخر؛ ليقوم بعمل يحقق فيه مصلحة الموكل، ويختلفان في أن الوكيل في الوكالة يقوم بالعمل لخدمة مصلحة الموكل، وبالتالي ينحاز إلى جانب موكله في تحقيق الهدف من توكيله، أما المحكم فيجب أن يكون محايداً، ولا يجوز له أن

(1) لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص 45.

(2) المرجع السابق، ص 44.

ينحاز إلى مصلحة أحد الخصوم، وإلا كان ذلك طعناً في نزاهته، ثم أن الوكيل ليس له سلطة على موكله، بخلاف المحكم الذي يمتلك سلطة ولاية على الخصوم فيما يقضي به<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية التحكيم.

ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة والإجماع، وما جرى عليه العمل بين الصحابة والناس من بعدهم.

أولاً: الكتاب العزيز:

1- قال الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾<sup>(2)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الآية الكريمة حث على بعث الحكّمين للإصلاح بينهما، وهذا دليل على مشروعية التحكيم.

قال القرطبي: (وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم)<sup>(3)</sup>.

2- قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن من قتل الصيد وهو مُحْرَمٌ لزمه مثل ما قتل، يحكم به عدل، وهذا فيه إشارة إلى جواز التحكيم.

قال ابن العربي: (وهذا دليل على التحكيم)<sup>(5)</sup>.

ثانياً: السنة النبوية:

1- إجازة رسول الله ﷺ لتحكيم سعد بن معاذ<sup>(1)</sup> في بني قريظة.

فمن أبي سعيد الخدري<sup>(2)</sup> قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي ﷺ إلى سعد فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد قال للأنصار: (قوموا إلى سيدكم، أو خيركم)،

1) سونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص 25.

2) سورة النساء: الآية (35).

3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 179.

4) سورة المائدة: الآية (95).

5) ابن العربي: أحكام القرآن، ج 3، ص 287.

فقال: (هؤلاء نزلوا على حكمك)، فقال: تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذراريهم، قال: (قضيت بحكم الله، وربما قال: بجكم الملك)<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في الحديث دلالة على لزوم حكم المحكم برضى الخصمين سواء كان في أمور الحرب أو غيرها، وأن التحاكم إلى رجل معلوم الصلاح والخير لازم للمتحاكمين<sup>(4)</sup>.

قال ابن بطلال: (فيه جواز التحكيم في أمر الحرب وغيره، وذلك رد على الخوارج الذين أنكروا التحكيم على - علي بن أبي طالب عليه السلام -، وفيه: أن التحاكم في الدنيا إلى رجل معلوم الصلاح والخير لازم للمتحاكمين)<sup>(5)</sup>.

وقال النووي: (وفيه جواز التحكيم في أمور المسلمين)<sup>(6)</sup>.

2- ما روي عن شريح بن هانئ<sup>(7)</sup> عن أبيه (أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، سمعه وهم يكون هانئاً أبا الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: (إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟) قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، قال:

1) سعد بن معاذ: هو سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس، الأوسي الانصاري، من أهل المدينة، كانت له سيادة الأوس، وحمل لواءهم يوم بدر، رمي بسهم يوم الخندق فمات من أثر جرحه، توفي سنة 5هـ ودفن بالبقيع، وعمره سبع وثلاثون سنة، (ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج2، ص37، وابن الأثير: أسد الغابة، ص442).

2) أبو سعيد الخدري: هو سعد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري الخزرجي، أبو سعيد، صحابي جليل، أول مشاهدة الخندق، كان من ملازمي النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنه 1170 حديثاً، توفي في المدينة سنة 74هـ، (ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، وابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج2، ص35).

3) البخاري: صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إياهم، رقم 4121، ج5، ص112.

4) العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج22، ص120.

5) ابن بطلال: شرح صحيح البخاري، ج5، ص201.

6) يحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (شرح النووي على صحيح مسلم)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط (2) 1392هـ، ج12، ص92.

7) شريح بن هانئ: هو شريح بن هانئ بن يزيد بن الحارث بن كعب الحارثي، أدرك النبي صلى الله عليه وسلم ودعا له، وبه كنى النبي صلى الله عليه وسلم أباه أبا شريح، ولأبيه صحبة، وكان شريح يكنى أبا المقدم، توفي سنة 78هـ، (ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج3، ص382، وابن الأثير: أسد الغابة، ص504).

(ما أحسن من هذا، فما لك من الولد؟) قلت له: شريح، وعبد الله، ومسلم، قال: (فمن أكبرهم؟) قلت: شريح، قال: (فأنت أبو شريح) فدعا له ولولده<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ قد أجاز تحكيم أبا شريح في قومه واستحسنه، ولم ينكر عليه أو ينهاه.

قال الماوردي: (فلم يردّ عليه - أي لم ينكر عليه-)، ولا نراه عنه من بعد<sup>(2)</sup>.

3- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: (اشترى رجل من رجل عقاراً، له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني، إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب، وقال الذي له الأرض: إنما بعثك الأرض وما فيها، فتحاكما إلى رجل، فقال الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ قال

---

1) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في تغيير الاسم القبيح، برقم 4955، ج4، ص289، والنسائي: سنن النسائي، كتاب آداب القضاة، باب إذا حكموا رجلاً ففضى بينهم، برقم 5387، ج8، ص226، والحاكم: المستدرک، كتاب الأدب، باب رخصة النبي صلى الله عليه وسلم في الاسم والكنية، ج4، ص279، واللفظ للنسائي، وصححه الألباني، (محمد الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج8، ص355).

2) الماوردي: الحاوي، ج11، ص133.

أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية، قال: انكحوا الغلام الجارية وأنفقوا على أنفسهما منه، وتصدقاً<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث إشارة إلى جواز التحكيم<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: عمل الصحابة رضوان الله عليهم: وهي حوادث كثيرة نذكر منها:

(1)- كان بين عمر رضي الله عنه وأبي بن كعب<sup>(3)</sup> خصومة في حائط، فقال عمر رضي الله عنه: (بيني

وبينك زيد بن ثابت<sup>(4)</sup> رضي الله عنه، فانطلقا فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته ففتح الباب، فقال:

يا أمير المؤمنين، ألا بعثت إليّ حتى آتيك؟ فقال: في بيته يؤتى الحكم<sup>(5)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان أمير للمؤمنين أثناء هذه الحادثة، فقام بنفسه وطلب من زيد بن ثابت رضي الله عنه أن يحكم في الأمر، فدللّ فعله على أن التحكيم مشروع، وأنه أمر معمول به عند الناس.

(2)- حكّم أهل الشورى عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه، لما حضرت عمر بن الخطاب رضي الله عنه الوفاة، حيث جعل الأمر إلى عثمان، وعلي، والزبير، وطلحة، وسعداً، وعبدالرحمن بن عوف رضي الله عنهم، فحكّموا عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه، فبايع عثمان رضي الله عنه فبايعه علي، والمسلمون<sup>(1)</sup>.

رابعاً: الإجماع:

نقل بعض الفقهاء ما أسماه بإجماع الصحابة على جواز التحكيم، ومن ذلك ما حكاه السرخسي فقال: (والصحابه رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم)<sup>(2)</sup>، وقد نقل

---

(1) البخاري: صحيح البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، برقم 3472، ج4، ص174، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب استحباب إصلاح الحاكم بين الخصمين، برقم 1721، ج3، ص1345، واللفظ للبخاري.

(2) العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج23، ص486.

(3) أبي بن كعب: هو أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد النجار الأنصاري الخزرجي، سيد القراء، كان من أصحاب بيعة العقبة الثانية، شهد بدرًا والمشاهد كلها، توفي في خلافة عثمان سنة 30هـ بالمدينة، (ابن الأثير: أسد الغابة، ص49، وابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج1، ص27).

(4) زيد بن ثابت: هو زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري الخزرجي، أبو خارجة، من أكابر الصحابة، وأحد كتاب الوحي، ولد في المدينة، تعلم وتفقه في الدين، فكان رأساً بالمدينة في القضاء والفتوى والفرائض، توفي بالمدينة سنة 45هـ، (ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ج1، ص551، وابن الأثير: أسد الغابة، ص393).

(5) البيهقي: السنن الكبرى، كتب آداب القاضي، باب ما جاء في التحكيم، برقم 20512، ج10، ص243.

- 
- (1) خبر أهل الشورى رواه البخاري: صحيح البخاري، كتاب أصحاب النبي ﷺ، باب قصة البيعة والاتفاق على عثمان بن عفان ؓ، برقم 3700، ج 5، ص 15.
- (2) السرخسي: الميسوط، ج 21، ص 111.

بعض الفقهاء الإجماع على مشروعية التحكيم<sup>(1)</sup>، كما نرى أن بعض الفقهاء قد ذكر جواز التحكيم ومن ذلك ما يلي:

جاء في بداية المبتدي: (وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز)<sup>(2)</sup>.  
وجاء في شرح مختصر خليل: (فلو أن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما، أمضاه القاضي ولا يرده، إلا أن يكون جوراً بيناً)<sup>(3)</sup>.

وقال الماوردي: (وإذا حكم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا، في بلد فيه قاضٍ، أو ليس فيه قاضٍ، جاز)<sup>(4)</sup>.

وجاء في تكملة المجموع: (فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكماً ليحكم بينهما، جاز)<sup>(5)</sup>.

وقال ابن قدامة: (وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما، ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك، ونفذ حكمه عليهما)<sup>(6)</sup>.

### المطلب الثاني: خصائص التحكيم وطبيعته.

أختص التحكيم بعدة خصائص ومميزات، تميز بها عن غيره من الوسائل البديلة لحل النزاعات، وفي هذا المطلب سأحدث عن بعض هذه الخصائص، ثم أبين طبيعته، وذلك في فرعين على النحو التالي:

#### الفرع الأول: خصائص التحكيم.

إذا كان التحكيم قد لاقى قبولاً؛ فما ذلك إلا لفوائده وسماته التي جعلته مميّزاً عن باقي أساليب فض المنازعات، إلا أن هذه المميزات والسمات متجددة بتجدد التعامل بالتحكيم، وبتجدد الأعراف السائدة وفق التطور الزمني، وآليات كل عصر في استحداث المعاملات والتشريعات التي تنظم أمور الناس ومصالحهم بها، وتتمثل هذه الخصائص في الأمور التالية:

أولاً: احترام إرادة الأطراف (الخصوم) في اختيار الوسيلة التي يرتضونها لفضّ النزاع: قد يتحرج الكثير من طرق أبواب القضاء لعرض نزاعاتهم؛ لما في القضاء من اجتماع خصومات متعددة تطيل أمد التقاضي، وإجراءات قد لا تتفق مع ظروف الخصوم، أو أحوالهم في اللجوء إلى القاضي للفصل في نزاعهم، فكان التراضي على التحكيم لفضّ النزاع إقرار لهذه الإرادة في اختيار وسيلة فض النزاع بأنفسهم دون حرج.

وتتعدى مرحلة احترام الإرادة من اختيار الوسيلة في التقاضي إلى اختيار المحكم، وهذا من الفروق الجوهرية بين التحكيم والقضاء<sup>(7)</sup>؛ ذلك أن اللجوء إلى القضاء لا يقع فيه اختيار للقاضي الذي يحكم؛ لأن تولية القاضي وفصله لنزاع الخصوم لا تخضع لرضا الخصوم، وإنما هي ولاية يستمدّها من الدولة، بخلاف التحكيم الذي يكون فيه تولية المحكم موكول بإرادة الأطراف في اختياره.

#### ثانياً: تشجيع الاستثمارات الأجنبية ودعم عملية التنمية الاقتصادية الشاملة:

أصبح قضاء الدولة غير مناسب بنظمه وقواعد عمله لتسوية منازعات التجارة الحديثة، وقد أثبت الواقع أن البديل الملائم هو التحكيم الذي عمل على ترسيخ مجموعة من الحلول، التي تتجاوز مع خصوصية المشكلات التجارية وعقودها.

فالتحكيم وسيلة للإشراف والرقابة في منازعات عقود التنمية الاقتصادية والدولية، وأحياناً نرى أن المستثمرين الأجانب يفرضون شروطهم حتى يأتوا للاستثمار، ومن بينها إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن الاستثمارات للتحكيم بدلاً من القضاء<sup>(8)</sup>.

#### ثالثاً: السرعة في إنهاء الخصومة وقلّة التكاليف:

يهتم كل من يريد الوصول إلى الحق وإنهاء الخصومة بأن يكون طريقه في ذلك مبني على السرعة، وعدم التكلفة بالمال والجهد في الوصول إلى حقه، وهذا الأمر قد لا يتوفر بسهولة في تنظيمات القضاء الذي تتكسب فيه القضايا، وتطول إجراءات البت في الخصومة؛ ولذا كان

- 1) الزيلعي: تبين الحقائق، ج4، ص193، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج7، ص315، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص241، وعلي حيدر: درر الحكام، ج4، ص639، والرملّي: نهاية المحتاج، ج8، ص242.
- 2) الفرغاني الميرغياي: متن بداية المبتدي، ص151، والمرغياي: الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، ص108.
- 3) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج6، ص112، ومحمد عليش: منح الجليل، ج8، ص283.
- 4) الماوردّي: الحاوي، ج16، ص325.
- 5) المطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127.
- 6) ابن قدامة: المغني، ج11، ص484.
- 7) لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص39، وسونا عبّادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص28.
- 8) لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص36.



التحكيم يساعد في التخلص من هذه العقبات؛ لأنه يمتاز بالسرعة في فصل النزاع، كما أنه لا يكلف الخصوم مشقة التنقل والنفقات الباهظة؛ لقصر زمن التقاضي<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: السرية في عرض النزاع وإجراءاته:

إن علنية الجلسات التي تجري في أوراق المحاكم تعد واحدة من ضمانات العدالة، إلا أنها في المقابل تسبب حرجاً كبيراً عند كثير من الناس، قد تؤدي بهم إلى التخلي عن المطالبة بحقوقهم خوفاً من إذاعة أسرارهم ونزاعاتهم، مهما كانت بسيطة، وأحياناً تتفاوت مسألة الرغبة عند الخصوم في عدم إطلاع الآخرين على موضوع النزاع، خصوصاً في ظل المعاملات المالية الحديثة التي تدخل في سلكها كيانات اقتصادية وتجارية ومصرفية، قد تكون هناك مخاطر كبيرة من انتشار أي شيء يتعلق بأسرار تنظيماتها، فالتحكيم يخدم أطراف النزاع؛ لما يقوم على سرية الإجراءات، وعدم إشاعة أسباب النزاع أو نتائجه، مما يضيف جانباً من الثقة في اللجوء إلى هذه الوسيلة والاطمئنان إليها أكثر من غيرها<sup>(2)</sup>.

وقد نصت المادة (1025) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن تكون جلسات التحكيم سرية بقولها: (تكون مداوات المحكمين سرية)<sup>(3)</sup>، وهو ما نصت عليه المادة (38) من قانون التحكيم اليمني بقولها: (... وتكون الجلسات سرية...)<sup>(4)</sup>.

#### خامساً: الوصول إلى الحكم بطريقة مرضية غالباً:

إن نجاح العملية التحكيمية يقوم على فكرة إنهاء النزاع بطريق تضيق فيه مجال الخصومة، وتورث بدلاً منه علاقات ودّية بين أطراف النزاع؛ لأن التحكيم في هذا المجال يشبه الصلح في إمكانية وجود الحلول الوسط، وهي من الميزات التي تجذب الخصوم للجوء إليها؛ لأن الخصمين أمام القضاء يغلب ادعاء أحدهما على الآخر ثم يصرفهما غريمين، أحدهما رابح والآخر خاسر، بينما التحكيم يتميز بأنه صاحب العلاقات المتصلة فيجاء إليه الطرفان باتفاقهما والعلاقات

1) عمرو الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، ص18، ولزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص35.

2) لزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص37، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص30.

3) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادة 1025.

4) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج4، لسنة 1992م، المادة (38).

قائمة بينهما، وينصرفان ولا تزال العلاقات قائمة وقد زال ما كان بينهما من خلاف<sup>(1)</sup>، وهو هدف التحكيم.

## الفرع الثاني: طبيعة التحكيم.

يختلف الفقهاء والقانونيون في تحديد طبيعة التحكيم تبعاً لاختلافهم في نشأة التحكيم، فابتداء التحكيم يكون باتفاق بين الخصوم لتولية من يفصل بينهم في الخصومة، ثم ينتج عن عملية التحكيم حكماً يوازي الحكم الصادر عن القاضي، وبناءً على هذه الصورة وقع الخلاف بين الفقهاء في تحديد طبيعة التحكيم.

### البند الأول: طبيعة التحكيم في الفقه الإسلامي:

ذهب الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة إلى أن التحكيم عقد من العقود غير اللازمة<sup>(2)</sup> التي يحكم إطارها أركان وشروط الاتفاقات العقدية، وأن الحكم الصادر من المحكم أثر من آثار هذا الاتفاق، وبالتالي فإن التزام الخصوم بتنفيذه يكون منطلقاً من الالتزام العقدي تجاه العقد المبرم بين

(1) سونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص31.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص26، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص3، والمواردي: الحاوي، ج11، ص326، والنووي: روضة الطالبين، ج11، ص199، وابن قدامة: المغني، ج11، ص484، وابن ضويان: منار السبيل، ج2، ص459.

أطرافه، قياساً على المضاربة والوكالة، وأثر هذا الرأي يظهر في أن أطراف النزاع يجوز لهم نقض الاتفاق في أي مرحلة من مراحل التحكيم، وهذا ما يسمى بالاتجاه العقدي<sup>(1)</sup>.  
وذهب المالكية وبعض الحنابلة<sup>(2)</sup> إلى أن اتفاق الخصوم أثبت ولاية الحكم للمحكم، وأنشأ له سلطة النظر في الخصومة كالقاضي المولى، فهو يقوم بوظيفة القاضي، وبالتالي فهو ملزم ولا يجوز لأحد أطراف النزاع نقض الاتفاق، وهذا ما يسمى بالاتجاه القضائي<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني: طبيعة التحكيم في القانون:

- اختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة التحكيم إلى عدة نظريات وهي:
- 1- النظرية العقدية: وذلك بالنظر إلى الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، فالمحكم يستمد ولايته من إرادة الخصوم واتفاقهم على جعله حكماً بينهم.
  - 2- النظرية القضائية: وتقوم هذه النظرية على أساس أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً.
  - 3- النظرية المختلطة: أي أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، والأصوب هو الجمع بينهما، واعتبار نظام التحكيم له طبيعة مزدوجة أو مشتركة، نرصد من خلالها التأثير المزدوج في نظام التحكيم القائم بالأمرين: الأول العقد: نتيجة احترام سلطان الإرادة، وأن فكرة العقد هي التي تجسد مبدأ سلطان الإرادة، والثاني فكرة القضاء: من حيث اقتضاء الحق في حالة نشوب نزاع بين الخصوم عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة.
  - 4- النظرية المستقلة: ويرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات، ولها نظام مستقل قائم بذاته، وتبنى هذه النظرية على النظر إلى الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من اللجوء إلى التحكيم، ألا وهو الوصول إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم

1) سونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص31.

2) القراني: الذخيرة، ج10، ص35، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص140، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج6، ص471، والمرداوي: الإنصاف، ج11، ص148.

3) سونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص31.

التقليدي لها أمام المحاكم، وبالتالي فالتحكيم نظام مستقل له طبيعته الخاصة، وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود وعن أحكام القضاء<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثالث: أنواع التحكيم.

لا توجد تقسيمات شكلية للتحكيم في الفقه الإسلامي، ولا يهتم عند الفقهاء الاعتبار الذي تخرج فيه بصورته؛ لأن التحكيم عند الفقهاء مادام تم وفق الشروط الشرعية فإنه يكون منعقدًا ومرتبًا لجميع آثاره، ثم إن التعاملات التي تتطلب ذلك التنوع الذي نشهده في العصر الحالي للتحكيم بأشكاله، إنما استدعاه الواقع الحديث للتطور العلمي والفني والتقني لصناعة المال؛ مما دفع بالحاجة إلى تنظيم اللجوء إلى التحكيم وفق نوعيّة النزاع المطروح، ولا تتعارض هذه التقسيمات مع أصول التشريع الإسلامي؛ لأن المصلحة والضرورة تفرضها<sup>(2)</sup>.

وللتحكيم أنواع متعددة عن فقهاء القانون، نذكر أهمها كما يأتي:

### أولاً: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

أساس هذا التقسيم أن أسلوب نظام التحكيم يُصاغ في ضوء اختيار أطراف النزاع لآلية تشكيل الهيئة والقواعد والإجراءات التابعة لها.

**فالتحكيم الحر:** هو التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف أنفسهم باختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم وإجراءاته، بعيداً عن أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، وللتحكيم الحر ميزات المستمدة من الثقة التي يوليها الطرفان في المحكم الذي يختارانه، وإمكانية الاتفاق على إجراءات تحكيم مناسبة للنزاع.

**أما التحكيم المؤسسي:** فهو التحكيم الذي يتم تنظيمه من قبل إحدى مؤسسات التحكيم ومؤسساته الدائمة، وهي مؤسسات قائمة مهمتها الإشراف على حل المنازعات بالتحكيم، أو التوفيق، أو الصلح، وتطبق قواعد ولوائح قائمة بها، وهي ذات صفة اختيارية، كأن يتفق الطرفان

(1) شفيق محسن: التحكيم التجاري الدولي، ص73، ولزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص18-24، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص31-35.

(2) سونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص37.

على حسم النزاع وفق نظام المصالحة والتحكيم التابع لأحد المؤسسات الدولية، أو العربية والإقليمية، أو حتى الخاصة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: التحكيم المحلي والتحكيم الدولي:

تتعدد الاجتهادات بشأن المعيار المقترح لحسم وتحديد وصف التحكيم، إذا ما كان وطني ومحلي، أو أجنبي ودولي.

فترى أن هناك من يأخذ بمعيار مكان التحكيم، ومنهم من يأخذ بمعيار القانون الواجب التطبيق، ومنهم من يأخذ بطبيعة النزاع، ومنهم من يأخذ بمعيار جنسية الخصوم، ومنهم من يأخذ بمعيار النطاق الجغرافي للدولة وحتى بجنسية المحكم.

ويصف المشرع الجزائري التحكيم بأنه دولي إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، والذي يتضمن أيضاً انتقال الأموال والقيم الاقتصادية والخدمات عبر الدول<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

وأساس هذا التحكيم هو مدى إمكانية السير وفق أحكام القانون الإجرائي وتطبيق القانون الموضوعي على النزاع أو عدم تطبيقها، ففي التحكيم بالقانون يلتزم المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، وينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يستطيع المحكم إجراء الصلح إلا إذا تم تفويضه صراحة من قبل أطراف النزاع، أما في حالة التحكيم بالصلح فإن المحكم المفوض بالصلح لا يتقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون، وإنما يقوم بفصل النزاع بما يراه محققاً للعدالة، وصولاً إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح أطراف النزاع، حتى ولو كان هذا الحكم مخالفاً لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع.

ويجب على المحكم الالتزام في مهمته بما فوضه الخصوم واتفقوا عليه، فإن كان اتفاهم على تفويضه بالقانون مثلاً فلا يصح له أن يجري تحكيمياً بالصلح والعكس كذلك<sup>(4)</sup>.

### رابعاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجمالي:

الأصل في التحكيم أنه اختياري، لا يتم اللجوء إليه إلا بموافقة الخصوم وإرادتهم، وهذا النوع يستند الى مدى إلزامية اللجوء الى التحكيم في حل المنازعات، وإذا كان الأصل أن اللجوء إلى

(1) عمرو الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، ص17، ولزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص31، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص38.

(2) لزه بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص28، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص42.

التحكيم يكون باتفاق واختيار طوعي من أطراف النزاع - كما سبق - وقد نصت الفقرة 1 من المادة (1006)، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن اللجوء إلى التحكيم

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

1) أبو الوفاء: عقد التحكيم وإجراءاته، ص41، وعمرو الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، ص18، ولزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص30، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص43.

يكون من حق الشخص وباختياره بقولها: (يمكن لك شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها)<sup>(1)</sup>.

إلا أنه وفي حالات معينة قد يوجب نظام الدولة طرح النزاع على هيئة التحكيم وعدم اللجوء إلى التحكيم العادي، ويجوز في التحكيم الاختياري أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواءً كان مستقلاً بذاته، أو ورد في عقد معين<sup>(2)</sup>.

### المطلب الرابع: أركان عقد التحكيم.

بما أن التحكيم يعتبر اتفاقاً بين طرفين فإنه يتعين أن تتوافر فيه العناصر والأركان المعتمدة في سائر العقود من صيغة عقد التحكيم، وتحقق رضا الأطراف، وأطراف عقد التحكيم وأهليتهم، وتوافر موضوع أو محل التحكيم، وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب، والذي يتضمن ثلاثة فروع، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول: صيغة عقد التحكيم.

ركن عقد التحكيم الإيجاب والقبول بين أطراف النزاع، ويتم بكل لفظ يدل عليه صراحة، مثل: احكم بيننا، أو جعلناك حكماً، أو حكّمناك، أو نصّبناك حكماً، كما يصح بكل لفظ يدل على معناه مثل: اقض بيننا، وبين حق كل منا في الأمر، وغير ذلك<sup>(3)</sup>.

قال ابن عابدين: (اللفظ الدال على التحكيم كاحكم بيننا، أو جعلناك حكماً، أو حكّمناك في كذا، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم...)<sup>(4)</sup>.

وقال ابن نجيم: (وركنه اللفظ الدال عليه، مع قبول الآخر، فلو حكّم رجلاً فلم يقبل لا يجوز حكمه...)<sup>(5)</sup>.

ولا بد لصحة الإيجاب والقبول من وجود الرضا التام عند أطراف التحكيم، والرضا هو قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه، أو هو الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به، وهو أخص من الاختيار<sup>(6)</sup>.

وعكس الرضا الإكراه، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (948) بقولها: (الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة)<sup>(7)</sup>.

- 1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 1، المادة 1006.
- 2) لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، ص 26، وسونا عبادي: التحكيم في الصناعة المالية، ص 44.
- 3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 24، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج 5، ص 428، وعلي حيدر: درر الحكام، ج 4، ص 640.
- 4) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج 5، ص 428.
- 5) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 24.
- 6) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 3063.
- 7) مجلة الأحكام العدلية: المادة 948، ص 185.



ويعتبر النطق باللسان هو الأصل في التعبير عن الإرادة، وفي حال عدم القدرة على التعبير عن الإرادة باللسان، فتقوم مقامه أي وسيلة أخرى، مما يمكن أن تعبّر عن الإرادة تعبيراً كافياً كالكتابة، أو الإشارة المفهومة.

وقد بينت المادة (60) من القانون المدني الجزائري ما يصح به التعبير عن الإرادة فجاء فيها: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً...) (1).

ونرى الأمر ذاته في المادة (148) من القانون المدني اليمني حيث جاء فيها: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المفهومة، والمتداولة عرفاً...) (2).

وينعقد التحكيم بأي لفظ يدل عليه من الخصوم بعد اتفاهم، وهو ما يسمى بالإيجاب، ويكون القبول من المحكم بأي لفظ يدلّ على قبوله، وموافقته على تولي الحكم بين الخصوم وفصل النزاع، ولا يلزم ذكر لفظ التحكيم بعينه.

جاء في درر الحكام: (كقولهم احكم بيننا، أو نصبناك حكماً، وقبول المحكم، ولا يشترط ذكر لفظ التحكيم حتماً...) (3).

وجاء في المادة (4) من قانون التحكيم اليمني ما يؤكد ذلك بقولها: (ينعقد التحكيم بأي لفظ يدل عليه، وقبول من المحكم...) (4).

إلا أن المشرع اشترط إثبات التحكيم بالكتابة حتى يكون صحيحاً وقانونياً، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (1012) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: (يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً) (5).

وأيضاً هذا ما نصت عليه المادة (4) من قانون التحكيم اليمني بقولها: (... ولا يجوز إثبات التحكيم إلا بالكتابة) (6).

وجاء في المادة (15) من قانون التحكيم اليمني ما نصه: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة، سواء قبل قيام الخلاف أو النزاع، أو بعد ذلك...) (7).

## الفرع الثاني: أطراف عقد التحكيم.

وطرفا عقد التحكيم هما: الخصمان اللذان اتفقا على حلّ النزاع بينهما بطريق التحكيم، وقد يكون الخصمان اثنان أو أكثر من ذلك، ويشترط في طرفي عقد التحكيم الأهلية.

والأهلية: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له أو الواجبات عليه، وصلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها (8).

وكما هو معلوم فإنه يشترط في المحكّم أن يكون جازئ التصرف في موضوع النزاع (محل التحكيم)، وعليه فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز ولا المجنون؛ لأن تصرفاتهما باطلة فكذلك

- 1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 60.
- 2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 148.
- 3) علي حيدر: درر الحكام، ج4، ص640.
- 4) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992م والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة 4.
- 5) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة1، المادة 1012.
- 6) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992م والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة 4.
- 7) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992م والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة 15.
- 8) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2888.

تحكيمهما، ويصح تحكيم الوكيل إذا أذن له الموكل، ولا تكفي الوكالة العامة لإجراء التحكيم، ولا يصح تحكيم المحجور عليه نفسه فيما حجر عليه لسفه إذا كان يضر بالغرماء<sup>(1)</sup>.

وقد بينت الفقرة 1 من المادة (40) من القانون المدني الجزائري متى يكون الشخص متمتعاً بجميع حقوقه المدنية والتي منها التحكيم بقولها: (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية)<sup>(2)</sup>.

ونصت المادة (50) من القانون المدني اليمني على أن: (سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها،...) <sup>(3)</sup>.

وقد اشترط المشرع أن يتمتع أطراف التحكيم بالأهلية الكاملة، وأن التحكيم من الوصي أو الولي يشترط لاعتماده أن يكون في مصلحة القاصر، وأنه لا يصح التحكيم من المنصوب إلا بإذن من المحكمة، وهذا ما نصت عليه المادة (6) من قانون التحكيم اليمني بقولها: (يشترط لصحة التحكيم ما يأتي:

أولاً: أن يكون المحتكم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة، أو من المنصوب إلا بإذن المحكمة.  
ثانياً: أن يكون المحكم كامل الأهلية عدلاً صالحاً للحكم فيما حكم فيه)<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: محل عقد التحكيم.

ويقصد به الموضوعات التي يجوز التحكيم فيها، وقد اختلف الفقهاء فيما يصلح أن يكون محلاً للتحكيم، وفيما يصح للمحكم أن ينظر فيه، وفيما يلي بيان لذلك:

#### 1- الحقوق الخاصة لله تعالى، والتي تتعلق بالحق العام:

- كحد السرقة، والزنا، وشرب الخمر، والحراية، فالفقهاء يقولون بعدم جواز التحكيم فيها<sup>(5)</sup>.  
جاء في مجمع الأنهر: (ولا يصح التحكيم في حد؛ إذ فيه حق الله تعالى، ... ويصح التحكيم في سائر المجتهدات وغيرها)<sup>(6)</sup>.

وجاء في منح الجليل: (لا يجوز التحكيم في حد لقتل أو زنا أو سرقة أو سكر)<sup>(7)</sup>.

- 1) السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص35،34.
- 2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة1، المادة 40.
- 3) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 50.
- 4) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992م والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة6.
- 5) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص27، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج3، ص397، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج5، ص429، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج7، ص318، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص242، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص380، والفرغاني الميرغيناني: متن بداية المبتدي، ص151، والزليعي: تبين الحقائق، ج4، ص193، والميرغيناني: الهداية شرح البداية، ج3، ص108، والعبدي المؤاق: التاج والإكليل، ج6، ص112، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص136، والقرايبي: الذخيرة، ج10، ص35، والصاوي: بلغة السالك، ج4، ص77، وابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص140، ومحمد عليش: منح الجليل، ج8، ص284، والمطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127، والماوردي: الحاوي، ج16، ص325، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج4، ص288، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص589، والقليوبي: حاشية قليوبي، ج4، ص299، والشريبي: مغني المحتاج، ج4، ص378، والنووي: روضة الطالبين، ج11، ص121، وسليمان البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج5، ص315، وابن قدامة: المغني، ج11، ص484، والمرداوي: الإنصاف، ج11، ص148، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج11، ص393.
- 6) زاده: مجمع الأنهر، ج3، ص242.
- 7) محمد عليش: منح الجليل، ج8، ص284.

وقال النووي: (فأما النكاح، واللعان، والقصاص، وخذ القذف وغيرها فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً<sup>(1)</sup>).

وقال ابن قدامة: (وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاخص الإمام بالنظر فيها)<sup>(2)</sup>.  
- وذهب الحنابلة في رواية إلى أنه يصح أن للمحكّم أن يحكم في الحدود وغيرها بلا استثناء، كالقاضي والحاكم<sup>(3)</sup>.

قال البهوتي: (إن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم نفذ حكمه في المال، والقصاص، والحد، والنكاح، واللعان، وغيرها حتى مع وجود قاض، فهو كحاكم الإمام)<sup>(4)</sup>.

## 2- الحقوق التي يشترك فيها حق الله وحق العبد:

كالقصاص، والقتل، والنكاح، والطلاق، وغير ذلك، فقد اختلف الفقهاء في جواز التحكيم فيها، ويرجع خلافهم إلى الأسس التي يستند إليها التحكيم وتحتمله طبيعته، وعلاقة أطراف العقد بالعملية التحكيمية، وتتلخص في الآتي:

أ- أن يكون التحكيم مستنداً إلى ما ينشأ عن إرادة الخصوم من تصرفات تخضع لسلطان الإرادة، فاذا تجاوز حدود أراذهم كان التحكيم باطلاً، وهذا يشمل ما يتعلق الحقّ فيه بالله تعالى، أو اشترك فيه حق العبد وكان حق الله تعالى فيه أغلب، إذ لا يصحّ فيه التحكيم لأنه يكون في

(1) النووي: روضة الطالبين، ج11، ص121.

(2) ابن قدامة: المغني، ج11، ص484.

(3) موسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج4، ص367، والبهوتي: كشف القناع، ج6، ص308، وابن ضويان: منار السبيل، ج2، ص459.

(4) البهوتي: كشف القناع، ج6، ص308.

منزلة الحدود التي تخضع للنظام العام، وبالتالي يناط النظر فيها إلى سلطة القاضي والسلطان، وعليه فإن هذه المسائل وما شابهها لا تخضع لأمر التحكيم، وهو مذهب الجمهور<sup>(1)</sup>.

قال السيواسي: (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص)<sup>(2)</sup>.

وقال ابن فرحون: (ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق، أو عتاق، أو نسب أو ولاء)<sup>(3)</sup>. وجاء في تكملة المجموع: (فأما في النكاح، والقصاص، واللعان، وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم؛ لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم)<sup>(4)</sup>.

وقال ابن قدامة: (وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاخص الإمام بالنظر فيها)<sup>(5)</sup>. (ب) - أن يكون التحكيم مستنداً إلى ما للمحكّم من سلطة توازي سلطة القضاء، أو تنوب عنه، فلا اختصاص للمحكّم بموضوع معين، حيث يجوز أن يقضي في كل ما يرفع إليه، كالقاضي المولي من قبل السلطان، وهو مذهب الحنابلة في أصح الروايات عنهم<sup>(6)</sup>.

قال موسى أبو النجا<sup>(7)</sup>: (وإن تحاكم شخصان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما فحكم نفذ حكمه في المال، والقصاص، والحد، والنكاح، واللعان، وغيرها حتى مع وجود قاض فهو كحاكم الإمام، ويلزم من كتب إليه بحكمه القبول وتنفيذه)<sup>(8)</sup>.

### 3- الأموال والحقوق المالية:

وقد اتفق الفقهاء على أنه يصح للمحكّم أن ينظر في جميع المسائل التي تتعلق بالمال، والحقوق المالية، كعقود المعاوضات، والدين، والكفالة، والشفعة، وكل ما يصح فيه العفو والإبراء.

- أما المشرع فقد نصّ على حالات لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، وهذا ما نراه جلياً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (1006) على أنه: (لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم)<sup>(9)</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة لمحليّ التحكيم في القانون اليمني، فنرى أن القانون اليمني قد منع بعض الحالات والوقائع من خضوعها للتحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (5) من قانون التحكيم اليمني بقولها: ( لا يجوز التحكيم فيما يأتي:

1- الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح.

2- رد القضاة ومخاصمتهم.

3- المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً.

4- سائر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

- 1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص27، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص3، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج3، ص397، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج5، ص429، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج7، ص318، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص242، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج6، ص112، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص136، القرافي: الذخيرة، ج10، ص35، وابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص140، ومحمد عليش: منح الجليل، ج8، ص284، والمطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127، والماوردي: الحاوي، ج16، ص325، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج4، ص288، والشربيني: مغني المحتاج، ج4، ص378، والنوي: روضة الطالبين، ج11، ص121، وابن قدامة: المغني، ج11، ص484.
- 2) السيواسي: شرح فتح القدير، ج7، ص318.
- 3) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص140.
- 4) المطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127.
- 5) ابن قدامة: المغني، ج11، ص484.
- 6) المرادوي: الإنصاف، ج11، ص148، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج4، ص376، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج11، ص393، والبهوتي: كشف القناع، ج6، ص308، وابن ضويان: منار السبيل، ج2، ص459، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج10، ص20، والرامي: الفروع وتصحيح الفروع، ج11، ص129، وابن عثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج15، ص284.
- 7) موسى أبو النجا: هو موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، الإمام العلامة، مفتي الحنابلة بدمشق، وشيخ الإسلام بها، كان إماماً، بارعاً، أصولياً، فقيهاً، محدثاً، ورعاً. نسبته إلى (حجة) من قرى نابلس. له مصنفات منها: (زاد المستقنع في اختصار المقنع، وشرح منظومة الآداب الشرعية، والإقناع في مذهب الإمام أحمد)، وهو من أجل كتب الفقه عند الحنابلة، ولم يؤلف أحد مؤلفاً مثله في تحرير النقول وكثرة المسائل، توفي سنة 968هـ، (ابن العماد: شذرات الذهب، ج8، ص325).
- 8) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج4، ص376.
- 9) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة 2، المادة 1006.



## المطلب الخامس: شروط المحكم وحجية حكمه.

نخص الحديث في هذا المطلب عن شروط المحكم، ثم نختتم ببيان حجيه حكمه، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: شروط المحكم.

#### البند الأول: شروط المحكم في الفقه الإسلامي:

يشترط فقهاء المذاهب شروطاً في المحكم، قد يختلف بعضها من مذهب لآخر؛ نظراً للتكييف الفقهي للمحكم، نستعرض هذه الشروط على النحو التالي:

#### • عند الحنفية:

المحكم عند الحنفية كالقاضي، ويشترطون فيه ما يشترط في القاضي وهو كونه أهلاً للشهادة، وبالتالي فإن المحكم إذا لم يكن أهلاً للشهادة فإنه لا يكون صالحاً لأداء ومباشرة مهمة التحكيم<sup>(2)</sup>.

قال ابن نجيم: (ويشترط في المحكم صلاحيته للقضاء، بكونه أهلاً للشهادة، فلو حكم عبداً، أو صبيّاً، أو ذمياً، أو محدوداً في قذف لم يصح، وتشترط الأهلية وقته ووقت التحكيم جميعاً، فلو حكماً عبداً فعتق، أو صبيّاً فبلغ، أو ذمياً فأسلم ثم حكم، لم ينفذ...)<sup>(3)</sup>.

ويصح عندهم تحكيم الفاسق؛ لأن شهادته جائزة عند الحنفية، كما يصح عندهم تحكيم المرأة<sup>(4)</sup>.

#### • عند المالكية:

يشترط المالكية في المحكم ما يشترطون في القاضي، قال ابن فرحون: (لا يحكم إلا من يصح أن يؤلّى القضاء)<sup>(5)</sup>.

وبالتالي فإنهم يشترطون في المحكم أن يكون رجلاً، حرّاً، مسلماً بالغاً، عاقلاً، عدلاً، رشيداً، ومن هنا نرى أنهم يخالفون الحنفية في أنهم لا يرون تحكيم الفاسق، والمرأة<sup>(6)</sup>.



● عند الشافعية:

نرى أن الشافعية يشترطون في المحكم ما يشترطونه في القاضي، فإذا كان المحكم غير أهل للقضاء فإن حكمه لا ينفذ، ويرون أن المحكم يجب أن يكون مجتهداً، فإن لم يكن من أهل

- 
- 1) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج 4، لسنة 1992م، المادة 5.
  - 2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 24، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 3، ص 397، والزيلعي: تبيين الحقائق، ج 4، ص 193.
  - 3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 24.
  - 4) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 26، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج 3، ص 398، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج 7، ص 316.
  - 5) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1، ص 143.
  - 6) العبدري المواق: التاج والإكليل، ج 6، ص 112، والقراي: الذخيرة، ج 10، ص 36، ومالك ابن أنس: المدونة، ج 2، ص 267، والصاوي: بلغة السالك، ج 4، ص 78، وابن فرحون: تبصرة الحكام، ج 1، ص 144.

الاجتهاد بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه، قال **الماوردي** : (... وأن يكون المحكم من أهل الاجتهاد...) (1).

ونرى أن الشافعية يتفقون مع المالكية في أنهم لا يرون تحكيم المرأة ولا الفاسق؛ لأنهم يشترطون العدالة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (2)، فأمر الله سبحانه بالتبين عند قول الفاسق، ولا يجوز أن يكون الحكم ممن لا يقبل قوله (3).

#### • عند الحنابلة:

يشترط الحنابلة في المحكم أن يكون ممن يصلح للقضاء، وعليه فإنهم يتفقون مع المالكية والشافعية في عدم جواز قضاء المرأة، كما لا يجيزون قضاء الفاسق لانعدام العدالة التي يعتبرونها شرطاً في القاضي (4).

#### البند الثاني: شروط المحكم في القانون:

لا يشترط المشرع في المحكم أن تتوافر فيه شروط القاضي التامة، إلا أنه يقيد المحكم ببعض الصفات التي من شأنها أن تضمن سير عملية التحكيم بشكل صحيح يتفق مع الأهداف العامة، دون أن يكون هناك مخالفة للنظام العام، أو القوانين الخاصة في الدولة.

فترى أن المشرع يشترط أن يكون المحكم كامل الأهلية، عدلاً صالحاً للحكم فيما حُكّم فيه، وهذا ما نراه في المادة (6) من **قانون التحكيم اليمني** حيث نصت على ذلك صراحة بقولها: (يشترط لصحة التحكيم ما يأتي:

أولاً: أن يكون المحتكم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنسوب إلا بإذن المحكمة.

ثانياً: أن يكون المحكم كامل الأهلية عدلاً صالحاً للحكم فيما حكم فيه) (5).

وكذلك نرى أن المشرع اشترط في المحكم أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية وغير المدنية، وألا يكون محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية كاملة، أو أن يكون غير صالحاً للحكم فيما حكم فيه، وأن يكون قبوله لمهمة الحكم بين الأطراف المتنازعة كتابياً.

وهذا ما نراه في الفقرة الأولى من المادة (1014) من **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري** حيث نصت على أنه: (لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية) (6).

وهذا أيضاً ما نراه في القانون اليمني حيث نصت المادة (20) من قانون التحكيم اليمني بقولها: (لا يجوز أن يكون المحكم فاقداً للأهلية، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية، أو غير صالح للحكم فيما حُكّم فيه - ويكون قبول المحكم بمهمته كتابياً<sup>(7)</sup>).

ويتفق الفقهاء والقانونيون على وجوب انتفاء التهمة عن شخص المحكّم، ويقولون باشتراط الحيادة والاستقلال فيه، وألا يكون قريباً لأحد الخصوم، وألا تكون له مصلحة تربطه بأحد الخصوم، أو عداوة.

وقد جعل المشرع الجزائري على عاتق المحكّم إخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حياديته واستقلاله من تلقاء نفسه، بحيث لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروف، وقبول الأطراف صراحة قيامه بهذه المهمة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (1015) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بأنه: (إذا علم المحكّم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم<sup>(8)</sup>).

وبذلك جعل المشرع الجزائري الاستقلالية أحد الأسباب التي تسمح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حوله شبهة عدم الاستقلال، حيث نص في البند الثالث من الفقرة الأولى

---

1) الماوردي: الحاوي، ج16، ص325.

2) سورة الحجرات: الآية (6).

3) المطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127، والماوردي: الحاوي، ج16، ص325، والشريبي: مغني المحتاج، ج4، ص378، وعبدالمملك الجويني: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج18، ص583.

4) ابن قدامة: المغني، ج11، ص484، والمرداوي: الإنصاف، ج11، ص148، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج11، ص392، والبهوتي: كشف القناع، ج6، ص308، وابن ضويان: منار السبيل، ج2، ص459، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص495، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج10، ص20، وعبدالقادر التغلبي: نيل المآرب، ج2، ص448، وابن عثيمين: الشرح الممتع، ج15، ص285.

5) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة 6.

6) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة1، المادة 1014.

7) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد6، ج4، لسنة 1992م، المادة 20.

8) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، الفقرة2، المادة 1015.

المادة (1016) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: (عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة، أو علاقة اقتصادية، أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة، أو عن طريق وسيط)<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم.

اختلف الفقهاء في حجية حكم المحكم، وإلزامه لأطراف التحكيم إلى قولين، على النحو التالي:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حكم المحكم إذا صدر مستوفياً لشروطه غير مخالف لنص أو إجماع، فإنه يعتبر ملزماً لأطراف التحكيم ويجب تنفيذه<sup>(2)</sup>، وحجتهم في ذلك الآتي:

- أن الحكم بالنسبة للخصوم يعتبر بمثابة القاضي.
- أن القول بأن حكمه ليس ملزماً يؤدي إلى القول بعدم الفائدة من مشروعية التحكيم، بل سيصبح التحكيم سبيلاً للمماطلة في أداء الحقوق، وإضاعة الوقت والجهد.
- ثم إن الصلح بين الخصوم بعد تمامه وقبوله يكون ملزماً، وكذلك التحكيم؛ لأنه أعلى مرتبة منه.

**القول الثاني:** ذهب بعض الشافعية ومنهم الإمام المنزني<sup>(3)</sup> إلى أن حكم المحكم لا يكون

ملزماً إلا برضا الخصوم بعد صدوره<sup>(4)</sup>، وحجتهم في ذلك ما يلي:

- أن حكم المحكم ليس أكثر من مجرد استفتاء، وعلى هذا فإنه يكون لأي من الخصمين أن يتحلل من الحكم إذا لم يرض به، وبالتالي فهو غير ملزم.
- إذا قلنا بأن حكم المحكم ملزم لكان ذلك تدخلاً وتطاولاً على القضاة والإمام، وعليه فإن الحكم الملزم لأطراف النزاع هو حكم القاضي دون غيره.

جاء في **تكملة المجموع:** (لا يلزم الحكم إلا بتراضيها بعد الحكم وهو قول المنزني تعالى؛

لأننا لو أزمناها حكمه كان ذلك عزلاً للقضاة، وافتياتاً على الإمام، ولأنه لما اعتبر تراضيها في الحكم اعتبر رضاها في لزوم الحكم)<sup>(5)</sup>.

**وقال الماوردي:** (... أنه لا يلزمها الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفتيا؛ لأنه لما وقف على

خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء، وهو قول المنزني)<sup>(6)</sup>.

## - الراجع:

نرى أن الراجع هو ما ذهب إليه الجمهور من أن حكم المحكم حجة ملزمة لأطراف التحكيم، إذا صدر مستوفياً لشروطه غير مخالف لنص أو إجماع، ولا شك في أن القول الثاني مرجوح؛ لأنه يجعل من التحكيم وسيلة للمماطلة وتضييع الحقوق<sup>(7)</sup>.

- هذا بالنسبة لحجية حكم المحكم في الفقه الإسلامي، أما في القانون فنرى أن المشرع قد اعتبر أن حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه وذلك بمجرد صدوره فيما يخص النزاع المفصول فيه، وهذا ما نصت عليه المادة (1031) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادة 1016.

2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص3، والزيلعي: تبيين الحقائق، ج4، ص193، وزاده: مجمع الأنهر، ج3، ص241، السيواسي: شرح فتح القدير، ج7، ص317، والغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص380، والقرافي: الذخيرة، ج10، ص35، ومحمد عليش: منح الجليل، ج8، ص301، والصاوي: بلغة السالك، ج4، ص79، والمطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127، والماوردي: الحاوي، ج16، ص326، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج7، ص294، والشربيني: مغني المحتاج، ج4، ص379، وابن قدامة: المغني، ج11، ص484، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج11، ص392، والبهوتي: كشف القناع، ج6، ص308، وابن ضويان: منار السبيل، ج2، ص459، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص495.

3) المنزني: هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق المنزني المصري، الإمام الجليل الفقيه، صاحب التصانيف، كان زاهداً ورعاً، ولد سنة 175هـ، صنف كتباً كثيرة منها: (الجامع الكبير، والجامع الصغير، ومختصر المختصر، والمنثور، والمسائل المعتبرة، والترغيب في العلم)، توفي سنة 264هـ، (السبكي: طبقات الشافعية، ج2، ص93، وابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، ج1، ص58، وأبو إسحاق الشيرازي: طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي: بيروت، ط (1) 1970م، ص97، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج1، ص217).  
4) المطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127، والماوردي: الحاوي، ج16، ص326، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج7، ص294.

5) المطيعي: تكملة المجموع، ج20، ص127.

6) الماوردي: الحاوي، ج16، ص326.

7) السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص60.

الجزائري بقولها: (تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه)<sup>(1)</sup>.

وهو ما قرره المادة (56) من قانون التحكيم اليمني بقولها: (تحوز أحكام التحكيم الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل)<sup>(2)</sup>.

وبالتالي نرى أن هناك اتفاقاً بين الفقه الإسلامي، والتشريعين الجزائري واليمني في اعتبار أن حكم المحكم ملزم لأطراف التحكيم، وأنه حجة يجب تنفيذ الحكم الصادر عن التحكيم.

## مقارنة بين الطرق البديلة في الفقه والقانون

إذا قارنا بين الطرق البديلة لحل النزاعات في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليمني، نجد الآتي:

أولاً: الوساطة:

1- اتفق الفقه الإسلامي والقانون على مشروعية الوساطة، غير أن الفقه الإسلامي اشترط في محل الوساطة وموضوعها أن يكون موافقاً للشرع.

في حين أن المشرع الجزائري جعل الوساطة في كل شيء عدا قضايا شؤون الأسرة، والقضايا العمالية، وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

2- نص المشرع الجزائري على وجوب عرض القاضي إجراء الوساطة على الخصوم وتسمى "بالوساطة القضائية"، بينما ندب الفقه الإسلامي إلى الوساطة، ورغب فيها مطلقاً للقاضي وغيره.

3- ألزم المشرع الجزائري الوسيط بضرورة حفظ أسرار أطراف الخصومة، في حين أن الفقه الإسلامي قد ألزم أتباعه بحفظ الأسرار في الوساطة وغيرها مطلقاً، وحذر من إفشاء الأسرار.

4- تعتبر الوساطة لدى المشرع الجزائري ملزمة بعد موافقة الخصوم عليها؛ باعتبارها وساطة قضائية، غير أن الفقه الإسلامي لا يعتبر الوساطة ملزمة لجميع أطراف النزاع أو لأحدها.

1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م، المادة 1031.

2) قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 4، لسنة 1992م، المادة 56.

## ثانياً: الصلح:

- 1- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني في بيان ماهية الصلح، وأنه عبارة عن عقد لرفع نزاع قائم بين متخاصمين أو أكثر، وذلك بتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه.  
كما اتفقا على صحة الصلح في أي نزاع محتمل وقوعه، وأنه يصح الاتفاق على ذلك أثناء عقد الصلح.
- 2- اتفق الفقه الإسلامي مع التشريعين الجزائري واليميني في خصائص عقد الصلح، في كونه عقد رضائي، لازم لا يصح لأحد الأطراف الرجوع عنه منفرداً، وأنه من عقود المعاوضات.  
وأضاف القانون أنه من العقود الفورية، في حين أن الفقه الإسلامي قد نظر نظرة أعم وأوسع فجعله منجزاً أو غير منجز أي أنه يمكن أن يكون حالاً ويمكن أن يضاف إلى المستقبل.
- 3- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني عموماً في أنه يمكن استخدام طرق الإثبات في عقد الصلح والتي هي: الإقرار، والشهادة أو البينة، والكتابة، والقرائن، واليمين، واشترط القانون أن يكون عقد الصلح مكتوباً حتى يكون أقوى حجة واستدلالاً.
- 4- اتفق الفقه الإسلامي مع التشريع اليميني في أن أنواع الصلح ثلاثة وهي: صلح عن إقرار، و صلح عن إنكار، و صلح عن سكوت.  
وأن هذه الأنواع الثلاثة جائزة عند جمهور الفقهاء، وهو ما أخذ به المشرع اليميني، في حين أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا التفصيل.
- 5- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني على أن الأثر العام لعقد الصلح هو: قطع المنازعة بين أطراف النزاع، وسقوط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين مقابل تنازل الآخر بصورة نهائية.
- 6- يختلف الفقه الإسلامي عن التشريعين الجزائري واليميني في محل عقد الصلح، حيث نصّ الفقهاء على أن الصلح لا يجوز في أي حق من حقوق الله تعالى ولا في الحدود مطلقاً، وأنه يجوز في المسائل المالية وما يتعلق بها.  
في حين نرى أن المشرع الجزائري قد أباح في جميع المسائل المالية وغيرها، ومنع الصلح أن يكون في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام.  
بينما نرى أن المشرع اليميني قد توسع في هذا الأمر فأباح الصلح في الدماء، والأموال، والحقوق على أن لا يحرم الصلح حلالاً، أو يُجَلِّ حراماً، وأن لا يثبت نسباً، أو يُسقط حداً.



7- اتفق الفقه الإسلامي والقانون على أن الصلح - باعتباره عقداً من العقود - ينقضي باتفاق أطراف النزاع ورضاهما، وهو ما يُعرف بالإقالة، وأضاف الفقه الإسلامي هلاك أحد المتعاقدين، أو لحاق المرتد بدار الحرب.

ثم إن التشريعين الجزائري واليميني يعتبران أن الصلح لا يتجزأ، وأن بطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله، إلا إذا اتفق الطرفان على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض.

8- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني على أنه في حالة انتهاء عقد الصلح أو بطلانه فإن المتعاقدين يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الصلح؛ لأن بطلان الصلح جعله كأن لم يكن.

### ثالثاً: التحكيم:

1- اتفق الفقه الإسلامي مع التشريع اليميني في تعريف التحكيم وبيان ماهيته في أنه اختيار أو تحكيم الطرفان شخصاً أو أكثر، دون الرجوع إلى المحكمة المختصة أو القضاء ليفصل بينهما فيما تنازعا، في حين أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً خاصاً بالتحكيم، وإنما ترك ذلك لفقهاء القانون.

2- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني في أركان عقد التحكيم، وأنه يثبت بأي لفظ أو صيغة تدل عليه صراحة أو ضمناً، غير أن المشرعين الجزائري واليميني اشترطا الكتابة من قبل أطراف النزاع لإثبات التحكيم.

واتفقوا أيضاً على اشتراط الأهلية في جميع أطراف التحكيم إجمالاً باعتباره عقد من العقود والتصرفات، وأنه يشترط في أطراف التحكيم ما يشترط في أي عقد، في حين أن المشرع اليميني قد أفرد هذا الأمر بمادة خاصة.

3- اجمع الفقهاء على عدم جواز التحكيم في حقوق الله الخاصة بالحدود، واللعان، واختلفوا فيما دونها من الحقوق المشتركة كالقصاص، والنكاح، والطلاق، فذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك مطلقاً.

واتفق الفقهاء على جواز التحكيم في الأموال والحقوق المالية كالدين، والشفعة، والكفالة، وغيرها. أما المشرع الجزائري فقد أجاز التحكيم في كل المسائل عدا المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو ما كان متعلقاً بحالة الأشخاص وأهليتهم.

في حين نرى أن المشرع اليميني قد أجاز التحكيم في جميع المسائل ما عدا الحدود، واللعان، وكل ما يتعلق بالنظام العام، وكذلك جميع المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مطلقاً.



- 4- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طبيعة التحكيم مستمدة من عقد التحكيم ذاته، والالتزام العقدي فيه، وذهب المالكية وبعض الحنابلة إلى أن المحكم يستمد ولايته من الأعمال التي يمارسها فهو كالقاضي، وبالتالي لا يجوز لأطراف النزاع الرجوع عن تحكيمه وذلك لقوة ولايته.
- في حين نرى أن لفقهاء القانون أربع نظريات في ذلك والتي هي: النظرية العقدية، والنظرية القضائية كما هي في الفقه الإسلامي، والنظرية المختلطة بين النظريتين العقدية والقضائية، وأخيراً النظرية المستقلة؛ والتي تنظر إلى أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة قائمة بذاتها.
- 5- اشترط جمهور الفقهاء في المحكم ما يشترط في القاضي من كونه رجلاً، حراً، مسلماً، بالغاً، عاقلاً، عدلاً، رشيداً.
- في حين أن المشرع الجزائري اشترط في المحكم إذا كان شخصاً طبيعياً أن يكون متمتعاً بكافة حقوقه المدنية إجمالاً.
- بينما نرى أن المشرع اليمني فصل في شروط المحكم، حيث اشترط أن يكون كامل الأهلية، عدلاً، صالحاً فيما يحكم فيه، وألا يكون محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية، وأن يكون قبوله لمهمة التحكيم كتابياً.
- 6- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حكم المحكم ملزم لأطراف النزاع، وهو ما قرره المشرعين الجزائري واليمني.

# الفصل الثالث:

## الفصل الثالث: إفلاس شركات الأشخاص، وانقضاؤها في

### الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني

تكلّمنا في الفصل السابق عن الطرق البديلة لحلّ النزاعات في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، وعرفنا أن أهم هذه الطرق والوسائل البديلة هي: الوساطة، والصلح، والتحكيم، وقمنا بتعريفها، وإثبات مشروعيتها، ثم تكلّمنا عن خصائص كل وسيلة منها، وعن أركانها، وأحكامها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

وفي هذا الفصل سنبحث إفلاس شركات الأشخاص وأثر ذلك، ثم نختتم بالحديث عن انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

وسيتّم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، وسيكون المبحث الثاني في انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

## المبحث الأول: إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي

### والتشريعين الجزائري واليميني

إن من النعم التي منّ الله بها على العباد أن جعل وسائل الرزق والكسب متعددة ومتنوعة، فقد أباح لهم المشي في الأرض؛ للبحث من أرزاقهم ومعايشهم، ومن حكمته سبحانه وتعالى أنه

يسط الرزق لمن يشاء من عباده، ويقبضه عمّن يشاء سبحانه لحكمة يجهلها كثير من خلقه، وهذه سنّة الله في الأمم والشعوب والأفراد، وإن غاية مطالب أولي النهى في هذه الحياة أن يخرجوا

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

منها كفافاً، قد نجوا بأنفسهم من الظلم والعدوان على المسلمين في أعراسهم وحقوقهم، وهذا هو الربح الحقيقي.

ومع ذلك فإن بعض الشركات أو الأفراد الميسورين قد يتعرضوا خلال ممارستهم أعمالاً تجارية، ونشاطات اقتصادية، إلى الشيء الذي يتعد عنه التجار والشركات، ألا وهو الخسارة، والإفلاس فجأة، ويصبحون مديونين بعد أن كانوا دائنين، ومما قد تعمّ به البلوى أن الشركات في بلاد المسلمين تتأثر بقوة بما يجري في غير بلادهم، أعني ما حصل من أزمة مالية عالمية، في بعض دول الغرب حيث تأثر بذلك بعض رؤوس المال العرب والمسلمين، وهو ما لم يكن في حساباتهم، فأفلست شركات، وأغلقت أخرى أبوابها في وجه العمال والدائنين.

وبالتالي فإن إفلاس هذه الشركات يستدعي وقفة فقهية وقانونية؛ وذلك لمعرفة ماهيته ومشروعيته، وشروطه، وآثاره.

وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث، والذي يحتوي على عدّة مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم الإفلاس، وفي المطلب الثاني مشروعية الإفلاس، بينما سنخصص المطلب الثالث للحديث عن شروط الإفلاس، في حين أن المطلب الرابع سيتناول أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه والقانون، وسنختم بمقارنة بين نظام الإفلاس في الفقه والقانون.

## المطلب الأول: مفهوم الإفلاس.

لحالة الإفلاس ارتباط وثيق بالعلاقات الاقتصادية والانسانية، فهي أولاً علاقة بين دائن ومدين أو أكثر تربطهم به علاقة مديونية، وقد يكون هذا الدين قصد التجارة وقد لا يكون، ولا يمكن الوصول إلى حالة الإفلاس بمجرد علاقة المديونية فقط، بل لا بد من توفر جملة معطيات تفضي في النهاية إلى الإفلاس، وفي هذا المطلب سنتعرف على مفهوم الإفلاس وعلاقته ببعض المصطلحات القريبة منه، وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: مفهوم الإفلاس في اللغة:

الإفلاس مصدر من أفلس يفلس إفلاساً، وأفلس الرجل، أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، وقيل أفلس الرجل: أي صار مفلساً ولم يبق له مال<sup>(1)</sup>.

قال ابن فارس: ("فلس" الفاء واللام والسين كلمة واحدة، وهي الفلّس، والجمع فلّوس. وأفلس الرجل: صار ذا فلّوس بعد أن كان ذا دراهم)<sup>(2)</sup>.

- 
- (1) ابن منظور: لسان العرب، ج6، ص165، مادة (فلس)، والزبيدي: تاج العروس، ج16، ص344، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص727، والفيومي: المصباح المنير، ج2، ص481، مادة (أفلس).
- (2) ابن فارس: مقاييس اللغة، ج4، ص451.

والتفليس مصدر فليس يفلس تفليساً، وفلسه الحاكم تفليساً، أي: نادى عليه بالإفلاس<sup>(1)</sup>.  
وحقيقة الإفلاس: الانتقال من حال اليسر إلى حال العسر<sup>(2)</sup>.

مما سبق يمكن أن نستخلص أن معنى الإفلاس في اللغة يطلق على ثلاثة أحوال:

(1)- يطلق على من تغير حاله، وصار ذا فلوس، بمعنى أنه صار يملك أخس الأموال بعد أن كان يملك أقواها وأرفعها.

(2)- يطلق على من لم يبق معه فلس.

(3)- يطلق على التفليس حين يحكم عليه القاضي أو الحاكم بالإفلاس ويشهره بين الناس.

### الفرع الثاني: مفهوم الإفلاس في الفقه الإسلامي:

تعددت عبارات الفقهاء في المذهب الواحد في تعريف المفلس والإفلاس ولكنها متقاربة المعنى،  
ومن ذلك:

#### • تعريف الحنفية:

اهتم فقهاء الحنفية بتعريف المفلس أكثر من اهتمامهم بتعريف الإفلاس، ومن ذلك:

#### أ- الإفلاس:

الإفلاس هو: (حكم الحاكم بتفليس أحد).

قال ابن عابدين: "أفلس: أي صار إلى حال ليس له فلوس، وبعضهم قال: صار ذا فلوس  
بعد أن كان ذا دراهم، والمراد حكم الحاكم بتفليس<sup>(3)</sup>".

#### ب- المفلس:

التعريف الأول: (المفلس هو الذي ليس له مال يسد جميع ديونه سواءً أحكم الحاكم بإفلاسه  
قبلاً، أم لم يحكم)<sup>(4)</sup>.

التعريف الثاني: (المفلس هو من تزيد ديونه على موجوده)<sup>(5)</sup>.

جاء في عمدة القاري: ("والمفلس من تزيد ديونه على موجوده" وسمي مفلساً؛ لأنه صار ذا  
فلوس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير، وقيل: سمي بذلك؛ لأنه يمنع التصرف إلا في الشيء التافه؛  
لأنهم لا يتعاملون به في الأشياء الخطيرة)<sup>(6)</sup>.

التعريف الثالث: المفلس هو الذي يكون دينه مساوياً لأمواله، أو يكون زائداً عليها<sup>(7)</sup>.

جاء في الفتاوى الهندية: (فالحجر بسبب الدين أن يركب الرجل ديون تستغرق أمواله، أو  
تزيد على أمواله...)<sup>(8)</sup>.

- 1) ابن منظور: لسان العرب، ج6، ص166، مادة (فلس)، والزيدي: تاج العروس، ج16، ص343.
- 2) الفيومي: المصباح المنير، ج2، ص481، مادة (أفلس).
- 3) ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج6، ص152.
- 4) علي حيدر: درر الحكام، ج1، ص237.
- 5) العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج19، ص90.
- 6) المرجع نفسه.
- 7) علي حيدر: درر الحكام، ج2، ص647.
- 8) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج5، ص61.

وجاء في **درر الحكام**: (فهو مفلس والجمع مفاليس، وصنعتة الانتقال من حال اليسر إلى حال العسر، أي هو الذي دينه مساوٍ لماله، أو كان دينه أزيد إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة...) (1).

#### • تعريف المالكية:

نرى أن فقهاء المالكية استعملوا مصطلحات الإفلاس، والتفليس، والمفلس، ومن ذلك:

#### أ- الإفلاس:

يطلق الإفلاس عند المالكية على معنيين:

**أحدهما**: أن يستغرق الدين مال المدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه.

**والثاني**: ألا يكون له مال معلوم أصلاً (1).

#### ب- التفليس:

قسم ابن عرفة التفليس إلى قسمين: أعم وأخص (2)،

**فالتفليس الأعم** هو: (قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به).

- **شرح التعريف**: قوله: "قيام ذي دين" أي الغرماء.

وقوله: "ليس له ما يفي به" أي ليس له مال ليقضي الغرماء، ويعيد إلى كل واحد منهم ما

أخذه ديناً.

**والتفليس الأخص** هو: (حكم الحاكم بخلع كل مال المدين لغرمائه؛ لعجزه عن قضاء ما

لزمه).

قال **ميارة الفاسي** (3): (فخاصية "التفليس الأعم" الذي هو قيام الغرماء على المدين، منعه

من التبرع والمحابة، ونحو ذلك، وخاصية "التفليس الأخص" الذي هو حكم الحاكم بخلع ماله،

هي أنه يحجر عليه في المعاوضات، وغيرها، وتحل ديونه إذ ذاك) (4).

#### ج- المفلس:

**التعريف الأول**: (المفلس هو من أحاط الدين بماله) (5).

- **شرح التعريف**: فقوله: "من أحاط الدين بماله" أي بأن زاد الدين على مال المدين أو

ساواه.

**التعريف الثاني**: (المفلس من لا مال له) (6).

1) علي حيدر: درر الحكام، ج2، ص647.



- 1) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص284.
- 2) التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ص549، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص401، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص217، ومحمد عlish: منح الجليل، ج6، ص7.
- 3) ميارة الفاسي: هو محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، المالكي، الشهير بميارة (أبو عبد الله) فقيه من أهل فاس، من كتبه ( الدر الثمين في شرح منظومة المرشد المعين، وشرح مختصر خليل في فروع الفقه المالكي)، ولد سنة 999هـ، وتوفي سنة 1072هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج9أ ص14، والزركلي: الأعلام، ج6، ص11)
- 4) محمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص402،
- 5) الخطاب: مواهب الجليل، ج6، ص590، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص262، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص218، والخرشي: شرح مختصر خليل، ج5، ص245.
- 6) الخطاب: مواهب الجليل، ج6، ص588، ومحمد عlish: منح الجليل، ج6، ص3.

- شرح التعريف: قال عليش<sup>(1)</sup>: ("والمفلس" (بفتح الفاء واللام مثقلاً) بالمعنى الأعم من قام عليه غرماؤه، وبالمعنى الأخص المحكوم عليه بخلع ماله لغرماؤه، و"المفلس" (بسكون الفاء وكسر اللام) من لا مال له)<sup>(2)</sup>.

• تعريف الشافعية:

نرى أن الشافعية أيضاً قد استعملوا مصطلحات الإفلاس، والتفليس، والمفلس، ومن ذلك: أ- الإفلاس:

عرّف الماوردي الإفلاس بقوله: (الإعسار بعد اليسار)<sup>(3)</sup>.

ب- التفليس:

تعددت تعاريف الشافعية للتفليس، ومن ذلك ما يلي:

التعريف الأول: عرّف الماوردي التفليس بأنه: (حجز الحاكم على المديون)<sup>(4)</sup>.

التعريف الثاني: عرّف الغزالي<sup>(5)</sup> التفليس بقوله: (هو أن يجعل من عليه الدين مفلساً ببيع ماله)<sup>(6)</sup>.

التعريف الثالث: (هو جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله)<sup>(7)</sup>.

- شرح التعريف: المراد بذلك إيقاع وصف الإفلاس من الحاكم على الشخص بمنعه من التصرفات المالية لتعلق الدين بها.

ج- المفلس:

عرّف الشافعية المفلس بأنه: (من عليه ديون لا يفي بها ماله)<sup>(8)</sup>.

• تعريف الحنابلة:

استعمل الحنابلة لفظ "المفلس" أكثر من غيره، وقد عرّفوا المفلس بما يأتي:

التعريف الأول: (من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله)<sup>(9)</sup>.

التعريف الثاني: المفلس هو: (الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته)<sup>(10)</sup>.

- شرح التعريف: قال البهوتي: (والمفلس "من لا مال له" أي نقد، "ولا ما يدفع به حاجته" من العروض، فهو المعدم)<sup>(11)</sup>.

تعاريف المعاصرين:

نرى أن المعاصرين قد عرّفوا كلاً من المفلس، والتفليس، ومن ذلك ما يلي:

- 1) **عليش**: هو محمد بن أحمد بن محمد بن عليش، أبو عبد الله، فقيه من أعيان المالكية، مغربي الاصل، من أهل طرابلس الغرب، ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه، ولما كانت ثورة عرابي اتهم بموالاتها، فأخذ من داره وهو مريض، وألقي في سجن المستشفى، فتوفي فيه، بالقاهرة سنة 1299هـ، من تصانيفه: (فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، منح الجليل على مختصر خليل، وهداية السالك)، (كحالة: معجم المؤلفين، ج9، ص12، والزركلي: الأعلام، ج6، ص19).
- 2) محمد عليش: منح الجليل، ج6، ص3.
- 3) الماوردي: الحاوي، ج6، ص264.
- 4) الماوردي: الحاوي، ج6، ص264.
- 5) **الغزالي**: هو محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الطوسي الغزالي، زين الدين، الإمام، حجة الإسلام، فيلسوف، متصوف، له نحو مئتي مصنف، ولد بطوس سنة 450هـ، ونسبته إلى صناعة الغزل (عند من يقوله بتشديد الزاي) أو إلى غزالة (من قرى طوس) لمن قال بالتخفيف، من تصانيفه (إحياء علوم الدين، والمستصفى من علم الاصول، والوجيز، وفضائح الباطنية)، توفي سنة 505هـ، (السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، ج6، ص191، وابن قاضي شهبه: طبقات الشافعية، ج1، ص293).
- 6) الغزالي: الوسيط في المذهب، ج4، ص5.
- 7) الشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص146، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص342، والرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص310، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص183.
- 8) النووي: روضة الطالبين، ج4، ص127، والشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص146.
- 9) ابن قدامة: المغني، ج4، ص492، ومحمد البعلي: المطلع على أبواب الفقه، ص254، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج4، ص456، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص188، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص155، والرحيبياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص366.
- 10) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص207، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج4، ص455، وابن قدامة: المغني، ج4، ص492، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص188، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص155، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص417، والرحيبياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص366.
- 11) البهوتي: كشاف القناع، ج3، ص417.

أ) - عرف الزحيلي **المفلس** بقوله: (من لا يفي ماله بدينه، أو هو الذي أحاط الدين بماله، أو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود).

وعرّف التفليس بأنه: (جعل الحاكم المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله، أو خلع الرجل من ماله للغرماء)<sup>(1)</sup>.

ب) - جاء في الموسوعة الكويتية أن **الإفلاس** هو: (أن يكون الدين الذي على الرجل أكثر من ماله، وسواء أكان غير ذي مال أصلاً، أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه).

وأن التفليس هو: (جعل الحاكم المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله)<sup>(2)</sup>.

فحقيقة الإفلاس إذن: إحاطة الدين بمال المدين سواء أكان حالاً أم مؤجلاً.

ج) - عرّف التويجري في موسوعة الفقه الإسلامي **المفلس** بأنه: (هو من دينه أكثر من ماله)<sup>(3)</sup>.

#### - مناقشة التعاريف:

بالنظر في التعاريف السابقة نجد ما يلي:

1) - أن جميع فقهاء المذاهب قد عرّفوا "المفلس" بتعاريف متقاربة الألفاظ، متحدة المعنى، تفيد في مجملها أن المفلس هو من لا مال له، أو كان له مال لا يفي بدينه.

2) - أن من الفقهاء من قام بتعريف "الإفلاس والتفليس" كالمالكية والشافعية، ومنهم من عرّف "الإفلاس" فقط كالحنفية.

في حين نرى أن الحنابلة لم يتطرقوا لتعريف المصطلحين السابقين، وإنما اقتصرنا على تعريف المفلس فقط كما تقدم.

3) - لا تختلف تعاريف المعاصرين للإفلاس، والمفلس، والتفليس، كثيراً عما أورده الفقهاء المتقدمون.

#### - التعريف المختار:

يمكن أن نستعرض التعريف المختار لكل مصطلح على حدة، كما يأتي:

أ) - **الإفلاس**: (هو الإعسار بعد اليسار)، على ما عرّفه الشافعية؛ وذلك لعمومه، فيدخل فيه من لا مال له، أو من معه مال لكنه لا يفي بدينه.

ب) - نرى أنه يمكن تعريف **التفليس** بأنه: (منع الحاكم للمفلس من التصرفات المالية؛ لتعلق الدين بها)؛ لكونه يشمل جميع التعاريف السابقة، وأقرب إلى حقيقة التفليس.

- 
- 1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4508.
  - 2) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج5، ص300.
  - 3) التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ص638.

ت- **المفلس** هو: (من أحاط الدين بماله)، وهو تعريف المالكية، وقريب من تعريف الشافعية؛ كونه أخص التعاريف على المدلول.

### الفرع الثالث: مفهوم الإفلاس في القانون:

يقوم الإفلاس من جهة على المدين قصد زجره بواسطة السجن والإشهار، ومن جهة أخرى فإنه يعمل على تحصيل أموال الغرماء بواسطة التسوية القضائية، وما يهّم الغرماء في كل هذا ديونهم التي بحوزة المدين.

وبالنظر إلى تعاريف فقهاء القانون للإفلاس نرى أنهم عرفوه بعدة تعاريف منها:

(أ) - **التعريف الأول:** الإفلاس هو عبارة عن نظام يطبق على التجار، ويرمي إلى التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المدين، الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها<sup>(1)</sup>.

(ب) - **التعريف الثاني:** يعرف الإفلاس على أنه طريق من طرق التنفيذ على أموال المدين التاجر، الذي توقف عن دفع ديون المستحقة الآجال<sup>(2)</sup>.

(ج) - **التعريف الثالث:** الإفلاس هو عبارة عن الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر توقف عن دفع دونه<sup>(3)</sup>.

(د) - **التعريف الرابع:** الإفلاس هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديون في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها، تمهيداً لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء<sup>(4)</sup>.

وبالنظر إلى المشرع نرى أن المادة (215) من القانون التجاري الجزائري نصت على أنه: (يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجراً، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوماً، قصد إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس)<sup>(5)</sup>. وكذلك نصت المادة (570) من القانون التجاري اليمني بقولها: (كل تاجر اضطرت أعماله المالية، حتى توقف عن دفع ديونه التجارية، يجوز إشهار إفلاسه بعد التأكد من ذلك)<sup>(6)</sup>. فإن المشرع في هاتين المادتين تطرق بشكل مباشر إلى تعريف الإفلاس، ومن خلال نص هاتين المادتين يتضح أن الإفلاس حالة تطبق على التاجر الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة، ولكن نرى أن المشرع الجزائري جعل غير التاجر أيضاً ممن يجرى عليه نظام الإفلاس ( ... ولو لم يكن تاجراً ...).

وبالتالي فإن إفلاس الشركات بشكل عام هو: خسارة كل أو معظم رأس مال الشركة بتلف، أو ضياع، أو نقص قيمة، أو استغراق ديون الشركة رأس مالها.

ومن خلال ما سبق، نجد أن الإفلاس حالة لا بد لها من توافر أمرين:

1- توفر صفة التاجر في شخص المدين المفلس.

2- توقف التاجر عن دفع ديونه التي حلّ أجل استحقاقها.

ولا بد من معرفة المقصود بصفة التاجر وهي الواردة في المادة (1) من القانون التجاري الجزائري: (يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة معتادة له،...<sup>(7)</sup>)، والواردة في المادة (18) من القانون التجاري اليمني في معرفة صفة التاجر بقولها: (كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة

- 
- 1) إلياس ناصيف: الكامل في القانون التجاري، منشورات عويدات: لبنان، ط (1) 1986م، ج4، ص11.
  - 2) وزارة صالحي الواسعة: الإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجزائري، مطبعة عمار فرني: باتنة، ط 1992م، ص3.
  - 3) نادية فضيل: الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، ط 2005، ص5.
  - 4) المرجع السابق، ص5.
  - 5) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 215.
  - 6) القانون التجاري اليمني رقم 32 والصادر في 12 إبريل 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، مادة 570.
  - 7) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 1.

له يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تراول أعمالاً غير تجارية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع: تمييز المصطلحات ذات الصلة بالإفلاس:

في ضوء الحديث عن الإفلاس ينبغي أن نُميِّز بين الإفلاس والمصطلحات المشابهة له، مع أننا لن نتناول هذه المصطلحات بشكل مفصّل، ولكن سنتطرق إلى الجانب الذي يهمنا، وهو إظهار أوجه الاتفاق والاختلاف بين الإفلاس وبينها، ومن هذه المصطلحات ما يلي:

#### 1- الإعسار:

العسر لغة نقيض اليسر، وهو الضيق والشدة والصعوبة<sup>(2)</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾<sup>(3)</sup>، وقوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴿١﴾ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾<sup>(4)</sup>، وقال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(5)</sup>.

- وقد عرّف الكاساني وابن نجيم المعسر بأنه: (الذي يحلّ له أخذ الصدقة، ولا تجب عليه الزكاة، وقيل: هو المحتاج)<sup>(6)</sup>.

- وعند الشافعية نرى أن المعسر هو: (الذي لا يملك شيئاً)<sup>(7)</sup>، وأما ضابط المعسر فقد قال

البكري الدميّطي<sup>(8)</sup>: (ضابط المعسر هو من لا يملك شيئاً من المال

أصلاً أو يملك شيئاً منه يكون معه مسكيناً)<sup>(9)</sup>.

- وعند الحنابلة أن المعسر هو: من لا يقدر على النفقة بماله أو كسبه، وقيل هو الذي لا شيء له<sup>(10)</sup>.

- وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية بأن الإعسار هو: (عدم القدرة على النفقة وأداء ما عليه بمال ولا كسب)، فكل معسر مفلس، وليس كل مفلس معسراً<sup>(11)</sup>.

- وقد وضع مجمع الفقه الإسلامي ضابطاً للإعسار الذي يوجب الإنظار فقال: (ضابط

الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفني بدينه نقداً أو عيناً)<sup>(12)</sup>.

#### - العلاقة بين الإفلاس والإعسار:

توجد علاقة وثيقة بين الإفلاس والإعسار في الفقه، ومن ذلك:

- أن الإعسار أعمّ من الإفلاس، فكل معسر مفلس، وليس كل مفلس معسر؛ فالإعسار

يطلق على العجز عن أداء حقوق الله تعالى المالية كالزكاة، والكفارات، وعلى العجز عن أداء



- 1) القانون التجاري اليمني رقم 32 والصادر في 12 إبريل 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، المادة 18.
- 2) ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص563 مادة (عسر)، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص564، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج4، ص319، مادة (عسر).
- 3) سورة الطلاق: الآية (7).
- 4) سورة الشرح: الآيتين (5-6).
- 5) سورة البقرة: الآية (280).
- 6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج4، ص34، وابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص228.
- 7) الغزالي: الوسيط في المذهب، ج6، ص205.
- 8) البكري الدمياطي: هو عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، أبو بكر البكري: فقيه متصوف مصري، نزيل مكة، له كتب منها (إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، والدرر البهية فما يلزم المكلف من العلوم الشرعية، والقول المبرم، وكفاية الاتقياء)، سنة 1302 هـ، (عمر كحالة: معجم المؤلفين، ج6، ص270، والزركلي: الأعلام، ج4، ص214).
- 9) البكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج4، ص74.
- 10) المرادوي: الإنصاف، ج9، ص261، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج8، ص165، والبهوتي: كشف القناع، ج5، ص462.
- 11) وزارة الأوقاف: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج5، ص246.
- 12) قرار رقم: 64 (2/7)، بنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ج1، ص193.

حقوق العباد، كالديون، والنفقات، وغيرها، أما الإفلاس فلا يطلق إلا على العجز عن أداء ديون العباد<sup>(1)</sup>.

- المفلس قد تكون الديون أحاطت بماله، ولكن عنده ما ينفقه على نفسه وعياله، ولم يصل إلى درجة الضيق والشدة كما عند المعسر.

- أن المفلس قد يكون عنده بعض الأصول والأموال التي يمكن الحجر عليه لأجل بيعها لحق الغرماء<sup>(2)</sup>.

ولذا شرع الحجر على المفلس، بخلاف المعسر، فقد أوجب الشارع إنظاره لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(3)</sup>.

وفي القانون نرى أن التشريعين الجزائري واليميني قد جعلنا نظام الإفلاس خاصاً بالتجار والديون التجارية، ونظام الإعسار يطبق على غير التجار، وبناءً على ذلك يمكن القول:

- بأن الإعسار أعم من الإفلاس من حيث الأشخاص الذين يطبق عليهم.
- أن المفلس يخضع لأحكام قانون التجارة، أما المعسر فيخضع لأحكام القانون المدني.
- يشهر إفلاس التاجر إذا توقف عن دفع ديونه التجارية، بعكس المعسر<sup>(4)</sup>.

## 2- الخسارة:

**الخاسر في اللغة:** من ذهب ماله وعقله، أي خسرها، وتأتي بمعنى الوضيعة، يقال: خسر التاجر وُضِعَ في تجارته، والخسارة تدل على النقص<sup>(5)</sup>.

**والخسارة هي:** عبارة عن نقصان المال، أو ذهاب رأس مال الشركة كله أو بعضه بسبب المضاربة به<sup>(6)</sup>.

- ويطلق الفقهاء الوضيعة على الخسارة<sup>(7)</sup>.

وقد عرّف الكاساني الوضيعة بأنها: (أسم لجزء هالك من المال)<sup>(8)</sup>.

وجاء في الموسوعة الكويتية بأن الوضيعة هي: (بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه، وتسمى مواضعة، ومخاسرة)<sup>(9)</sup>.

والخسارة أعم من الإفلاس من حيث السبب، فقد تكون بتلف رأس المال، أو نقصان الثمن، أو تراكم الديون، أما الإفلاس فسببه المباشر هو استغراق الديون لرأس المال، وقد تخسر الشركة كلياً أو جزئياً ولا ديون عليها فلا يسمى إفلاس، وقد يتبع الخسارة إفلاس إذا كانت كلية، فيمكن القول أن كل مفلس خاسر وليس العكس.

- 1) زياد صبحي: إفلاس الشركات، ص 79.
- 2) المنصور: إفلاس الشركات، ج 1، ص 38.
- 3) سورة البقرة: الآية (280).
- 4) زياد صبحي: إفلاس الشركات، ص 80-82، وعبدالرحمن عبدالله شمسان: أحكام المعاملات التجارية (الأوراق التجارية والإفلاس في القانون التجاري اليمني)، جرافيكس للطباعة: صنعاء، 2012م، ص 442، وزاره: الإفلاس، 42 وما بعدها.
- 5) ابن منظور: لسان العرب، ج 4، ص 238، وابن فارس: مقاييس اللغة، ج 2، ص 146، مادة (خسر).
- 6) عبدالقادر التغلي: نيل المآرب، ج 1، ص 418، والمنصور: إفلاس الشركات، ص 56.
- 7) ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج 4، ص 566، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 254، والرحيبياني: مطالب أولي النهى، ج 3، ص 510.
- 8) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 6، ص 62.
- 9) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج 5، ص 44.

### 3- الهلاك:

الهلاك في اللغة بمعنى التلف والعطب في كل شيء، و"هلك" يدلُّ على كسر وسقوط<sup>(1)</sup>.  
قال الكاساني: (إتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة)<sup>(2)</sup>.  
وجاء في الموسوعة الكويتية أن الهلاك هو: (خروج الشيء عن الانتفاع المقصود به سواء بقي أو لم يبق أصلاً)<sup>(3)</sup>.

والهلاك والإفلاس مرتبطان، فهلاك المعقود عليه أو إتلافه من أسباب انتهاء الشركة في الفقه والقانون، وكذلك الإفلاس سبب من أسباب انتهاء الشركة أيضاً، وإذا هلك رأس مال الشركة أو معظمه وكان عليها ديون فإن مصيرها الإفلاس، وبالتالي فإن الهلاك سبب من أسباب الإفلاس.

### المطلب الثاني: مشروعية نظام الإفلاس.

ثبتت مشروعية الإفلاس في السنة النبوية المطهرة، وفي أفعال الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، ومن ذلك ما يلي:

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (أندرون من المفلس؟) قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: (إن المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة، ويأتي وقد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا،

1) ابن منظور: لسان العرب، ج10، ص503، مادة (هلك)، وابن فارس: مقاييس اللغة، ج6، ص46، مادة (هلك).

2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص164.

3) وزارة الأوقاف: الموسوعة الكويتية، ج42، ص293.

فيعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قبل أن يُقضى ما عليه، أخذ من خطاياهم، فطرحت عليه، ثم طُرح في النار<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الصحابة رضوان الله عليهم أخبروا بأن المفلس في عرفهم ولغتهم، هو الشخص الذي لا شيء له<sup>(2)</sup>.

قال النووي: (وأما من ليس له مال، ومن قل ماله، فالناس يسمونه مفلساً)<sup>(3)</sup>.

وجاء في تكملة المجموع: (فقولهم "من لا درهم له ولا متاع" ذلك إخبار عن حقيقة المفلس)<sup>(4)</sup>.

(2) - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: (تصدقوا عليه)، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: (خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)<sup>(5)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الرجل عندما كثر دينه فأفلس، حث الرسول ﷺ الصحابة على أن يتصدقوا عليه، ثم قسم المال بين الغرماء أصحاب الديون، وهذا عين الإفلاس وحقيقته.

(3) - حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ أو قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)<sup>(6)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث بيان حق صاحب المتاع باسترداد متاعه الموجود عند المفلس، وفي هذا دلالة على مشروعية الإفلاس.

(4) - عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك رضي الله عنه عن أبيه قال: (كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شاباً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله

1) مسلم: صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، حديث رقم 2581، ج 4، ص 1994.

2) الزركشي: شرح الزركشي، ج 2، ص 120.

3) النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم (شرح النووي على صحيح مسلم)، ج 16، ص 135.

4) المطيعي: تكملة المجموع، ج 13، ص 271.

5) مسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، حديث رقم 1556، ج 3، ص 1191.

6) البخاري: صحيح البخاري، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، حديث رقم 2402، ج 3، ص 118، ومسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، حديث رقم 1559، ج 3، ص 1193، واللفظ للبخاري.

كله في الدين، فأتى النبي ﷺ غرماؤه، فلو تركوا أحداً من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله، حتى قام معاذ بغير شيء<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن معاذ بن جبل ؓ قد وقع في حالة إفلاس، وأن دينه استغرق ماله، فباع لهم الرسول ﷺ ماله وقسمه بين الغرماء.

جاء في منار القاري: (وهذا من الأحاديث الصحيحة الصريحة في الحجر على المفلس وتقسيم ماله على غرمائه)<sup>(2)</sup>.

(5) - ما أثر عن عمر بن خلدة<sup>(3)</sup> قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس، فقال: لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ: (من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به)<sup>(4)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن في هذا الحديث دلالة على مشروعية حكم من أحكام الإفلاس، وهو حق صاحب المتاع باسترداد متاعه الموجود عند المفلس.

(6) - ما أثر عن عمر بن عبد الرحمن المزني عن أبيه: (أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل، فيغالي بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب ؓ فقال: أما بعد، أيها الناس فإن الأسيفع، أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته

---

(1) الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، کتاب معرفة الصحابة، برقم 5192، ج3، ص273، والبيهقي: السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، برقم 11261، ج6، ص80، واللفظ للحاكم، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، (الحاكم: المستدرک، ج3، ص273).

(2) حمزة محمد قاسم: منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، ج3، ص350.

(3) عمر بن خلدة: هو عمر بن خلدة ويقال عمر بن عبدالرحمن بن خلدة الزرقى الأنصاري، أبو حفص المدني، روى عن أبي هريرة، وبي قضاء المدينة في زمن عبدالملك بن مروان، وذكره ابن حبان في الثقات، (ابن حجر: تهذيب التهذيب، ج7، ص388).

(4) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، حديث رقم 3523، ج3، ص287، وقال ابن الملقن: وأعل هذا الحديث بأبي المعتمر، فحكى عن أبي داود أنه قال: وأبو المعتمر لا يعرف، وقال الطحاوي: لا يعرف من هو ولا سمعنا له ذكراً، إلا في هذا الحديث، (ابن الملقن: البدر المنير، كتاب التفليس، ج6، ص650).

أن يقال: سبق الحاج، إلا أنه قد دان معرضاً<sup>(1)</sup>، فأصبح وقد رين به<sup>(2)</sup>، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين؛ فإن أوله هم، وآخره حرب<sup>(1)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن أسيفع جهينة وقع في حالة الإفلاس، في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأشهر عمر إفلاسه، وأعلن للغرماء موعد قضاء ديونهم، بحضور جمع من الصحابة فلم ينكر عليه أحد ذلك، فدلّ على الجواز.

(7) - أثر سعيد بن المسيب<sup>(2)</sup> قال: أفلس مولى لأم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، فاختصم فيه إلى عثمان رضي الله عنه، فقضى عثمان: (أن من كان اقتضى من حقه شيئاً قبل أن يتبين إفلاسه فهو له، ومن عرف متاعه فهو له)<sup>(3)</sup>.

- وجه الاستشهاد: أن الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه، قد قضى في رجل أفلس في عهده، وهو خليفة وبحضور عدد من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فدلّ ذلك على مشروعية فعله.

### المطلب الثالث: شروط الإفلاس.

نظراً لحداثة مصطلح إفلاس الشركات، فإن الفقهاء السابقون لم يتطرقوا له بهذا اللفظ، غير أنهم قد تحدثوا عن شروط تفليس المدين، وهذه الشروط تصلح أن تكون شروطاً لإفلاس الشركات، وفي المقابل نرى أن القوانين الوضعية قد نصت على إفلاس الشركات، وقد وضع فقهاء القانون وشراحه شروطاً يجب توافرها حتى يمكن إشهار إفلاس الشركة.

#### الفرع الأول: شروط الإفلاس في الفقه الإسلامي:

اشترط الفقهاء عدة شروط لتفليس المدين والحكم بإفلاسه، وهذه الشروط لا تتأثر بشخصية المدين سواء أكان فرداً أم كان شركة، ومن هذه الشروط ما يلي:

##### 1- أن يكون الدين حال الأداء:

لا يحجر على المدين، ولا يجبس، ولا يفلس بالدين المؤجل في الجملة، وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك<sup>(4)</sup>، واشترط الفقهاء أن يكون الدين حال الأداء<sup>(5)</sup>؛ حتى يتم الحكم بإشهار إفلاس المدين، فإن كان الدين مؤجلاً فلا يحق لصاحبه رفع دعوى إشهار إفلاس المدين؛ لأن

1) قوله: "دان معرضاً" أي: استدان معرضاً عن الأداء، (البغوي: شرح السنة، ج8، ص190).

2) قوله: "وقد رين" أي: أحاط بماله الدين، يقال: رين بالرجل، إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، (البغوي: شرح السنة، ج8، ص190).

- (1) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، برقم 11265، ج6، ص81، وضعفه الألباني، (إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الحجر، ج5، ص262، برقم1436).
- (2) سعيد بن المسيب: هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، كان يتجر بالزيت وغيره، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، توفي بالمدينة سنة 94هـ، (ابن حجر: تهذيب التهذيب، ج4، ص84، وابن خلكان: وفيات الأعيان، ج2، ص375).
- (3) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب المشتري يفلس بالثمن، برقم 11253، ج6، ص77.
- (4) ابن المنذر: الإجماع، ص33.
- (5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص173، وابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص301، والغنيمي: اللباب، ص161، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص286، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص595، والصاوي: بلغة السالك، ج3، ص268، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج3، ص264، وعليش: منح الجليل، ج6، ص19، والماوردي: الحاوي، ج6، ص265، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج4، ص4، والنووي: منهاج الطالبين، ص75، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص222، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص183، والرمللي: نهاية المحتاج، ج4، ص310-311، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص146، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج1، ص342، وعبدالمملك الجويني: نهاية المطالب، ج6، ص428، وموسى أبو النجا: الإفتاح في فقه الإمام أحمد، ج2، ص207، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص203، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج4، ص456، وابن مفلح: الفروع وتصحيح الفروع، ج6، ص454، وابن قدامة: المغني، ج4، ص493، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص418، والرحيبياني: مطالب أولي النهى، ج3، ص374، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص188.



الأجل حق للمدين، وكما هو معلوم أنه لا يجب على المدين الوفاء بالدين قبل حلول أجله؛ لأنه لو كان للدائن استيفاء دينه قبل حلول الأجل لما كان للأجل فائدة.  
قال الشرييني: ("ولا حجر بالمؤجل"؛ لأنه لا يطالب به في الحال)<sup>(1)</sup>.  
وقال ابن قدامة: (ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، لزمته إجابتهم)<sup>(2)</sup>.

## (2) - أن يكون الدين لآدمي مطالب به:

اشترط بعض الفقهاء أن يكون الدين حق لآدمي<sup>(3)</sup> حتى يتم الحكم على المدين بإشهار إفلاسه، واشترطوا أيضاً حتى يتم شهر إفلاس المدين أن يكون هذا الدين مطالب به من الغرماء

1) الشرييني: مغني المحتاج، ج 2، ص 146.

2) ابن قدامة: المغني، ج 4، ص 493.

3) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 8، ص 94، والغنيمي: اللباب، ص 161، والخطاب: مواهب الجليل، ج 6، ص 599، وعليش: منح الجليل، ج 6، ص 19، والماوردي: الحاوي، ج 6، ص 265، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج 4، ص 5، والنووي: منهاج الطالبين، ص 75، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج 2، ص 183، والرملی: نهاية المحتاج، ج 4، ص 310-311، والشرييني: مغني المحتاج، ج 2، ص 146، والقلبيوي: حاشية قليوبي، ج 2، ص 355، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 207، والمرداوي: الإنصاف، ج 5، ص 203، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج 4، ص 456، وابن مفلح: الفروع وتصحيح الفروع، ج 6، ص 454، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص 493، والبهوتي: كشاف القناع، ج 3، ص 418، والرحيبياني: مطالب أولي النهى، ج 3، ص 374، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج 4، ص 188.

كلهم أو بعضهم، وأن يرفعوا أمره إلى الحاكم ليحجر عليه، فإن لم يسأل أحد من الغرماء الحاكم الحجر عليه لم يجز الحجر عليه؛ لأنه لا يحكم بغير طلب من صاحب الشأن.

قال ابن نجيم: ( ... إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر عليه القاضي، وباع ماله أن امتنع من بيعه، وقسم ماله بين الغرماء، ومنعه من تصرف يضر بالغرماء... )<sup>(1)</sup>.

وقال زكريا الأنصاري: (من عليه دين آدمي لازم حال زائد على ماله حجر عليه)<sup>(1)</sup>.

### 3- أن يكون الدين زائداً على مال المدين:

من البديهي أن لا يحجر على المدين المفلس إلا إذا كان الدين الحال زائداً على ماله، قال زكريا الأنصاري: (من عليه دين... زائد على ماله حجر عليه)<sup>(2)</sup>.

وجاء في السراج الوهاج: (من عليه ديون لآدمي لازمة حالة زائدة على ماله يحجر عليه)<sup>(3)</sup>.

أما إذا كان المدين معسراً لا مال له فإنه لا يحجر عليه ولا يجبس<sup>(4)</sup>؛ لأن الله عز وجل

أمر بإمهاله إلى حين اليسار فقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(5)</sup>.

قال الكاساني: (حتى لو كان معسراً لا يجبس؛ لأن الحبس لدفع الظلم بإيصال حقه إليه، ولا

ظلم فيه لعدم القدرة، ولأنه إذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً؛ لأن الحبس شرع للتوسل إلى قضاء الدين لا لعينه)<sup>(6)</sup>.

### 4- أن تكون الديون لازمة وثابتة:

ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط أن تكون الديون لازمة على المدين وثابتة ثبوتاً لا نزاع فيه،

حتى يتم الحجر عليه<sup>(7)</sup>؛ لأن الدين غير اللازم يستطيع المدين إسقاطه بإرادته المنفردة، فلا يتعلق بدمته؛ ولهذا لا يحجرون بديون غير لازمة.

قال الشرييني: (ولا يحجر بدين غير لازم؛ لتمكن المدين من إسقاطه)<sup>(8)</sup>.

وكذلك يجب أن يكون الدين ثابتاً بأي طريقة من طرق الإثبات، ونعني بذلك أن تكون

الديون ثابتة في ذمة المدين ثبوتاً لا نزاع فيه، ولهذا نرى أن الفقهاء قد اشترطوا في الدين أن يكون لازماً وثابتاً بالإقرار قبل الإفلاس، أو بالبيينة.

### 5- صدور حكم من القاضي أو الحاكم يقضي بالإفلاس والحجر:

حتى يكون الحكم صحيحاً وناظراً بإفلاس المدين، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً فإنه

يجب أن يكون صادراً من القاضي الشرعي، فالحكم بالتفليس عند الفقهاء يكون للقاضي دون

1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص94.

- 1) زكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج 1، ص 342.
- 2) زكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج 1، ص 342.
- 3) محمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص 222.
- 4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 173، وابن نجيم: البحر الرائق، ج 8، ص 95، والسرخسي: المبسوط، ج 19، ص 295، والزيلعي: تبيين الحقائق، ج 4، ص 181، وعلي حيدر: درر الحكام، ج 2، ص 649، ومالك بن أنس: المدونة، ج 4، ص 59، والقراي: الذخيرة، ج 8، ص 157، وابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 274، والتسولي: البهجة شرح التحفة، ج 2، ص 537، والصاوي: بلغة السالك، ج 3، ص 232، وابن رشد: البيان والتحصيل، ج 10، ص 419، وعليش: منح الجليل، ج 6، ص 54، ومحمد المالكي: شرح ميارة، ج 2، ص 390، أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني، ج 2، ص 476، والشافعي: الأم، ج 3، ص 263، والمطيعي: تكملة المجموع، ج 13، ص 269، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص 222، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج 2، ص 183، والرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص 310-311، والشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 146، والبكري الدمياطي: إعانة الطالبين، ج 3، ص 81، وعبد الملك الجويني: نهاية المطلب، ج 6، ص 407، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص 543، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 418، والبهوتي: الروض المربع، ص 251، والرحياني: مطالب أولي النهى، ج 3، ص 371، وابن ضويان: منار السبيل، ج 2، ص 379، والفوزان: الملخص الفقهي، ج 2، ص 90، وابن عثيمين: الشرح الممتع، ج 9، ص 269.
- 5) سورة البقرة: الآية 280.
- 6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 173.
- 7) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 174، والصاوي: بلغة السالك، ج 3، ص 268، والدسوقي: حاشية الدسوقي، ج 3، ص 264، وعليش: منح الجليل، ج 6، ص 19، والتسولي: البهجة في شرح التحفة، ج 2، ص 553، والماوردي: الحاوي، ج 6، ص 265، والنووي: منهاج الطالبين، ص 75، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص 222، والرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص 310-311، والشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 146، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج 1، ص 342، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 207، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج 4، ص 456، وابن قدامة: المغني، ج 4، ص 493، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 418، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج 4، ص 188.
- 8) الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 146.

غيره، وبالتالي فلا يحق للغرماء منع المدين من التصرفات المالية أو الحجر عليه؛ لأن هذا من شأن القضاء<sup>(1)</sup>.

قال ابن نجيم: (... واتفقا على أن الحجر عليه بالدين لا يثبت إلا بقضاء القاضي)<sup>(2)</sup>.  
وجاء في درر الحكام: ( وقد اتفق الأئمة أن المدين إنما يُحجر بحجر الحاكم)<sup>(1)</sup>.  
وقال الحطاب: (ولا يتولى الحجر إلا القاضي ... وقد قال شيخنا: إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام؛ لأنه أمر مختلف فيه فيحتاج إلى نظر واجتهاد)<sup>(2)</sup>.  
وقال النووي: (واعلم أن التعلق المانع من التصرف يفتقر إلى حجر القاضي عليه قطعاً...)<sup>(3)</sup>.  
وقال ابن قدامة: (ولا يحجر عليه إلا الحاكم)<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: شروط إفلاس الشركة في القانون:

يجب أن تتوافر عدّة شروط لتطبيق أحكام الإفلاس على الشركة، ومن الشروط التي يشهر بها إفلاس الشركة ما يأتي:

#### 1- أن تكون للشركة الصفة التجارية:

بما أن نظام الإفلاس خاص بالتجار، فلا يجوز إشهار إفلاس غير التاجر؛ ولهذا لا بد أن تكون الشركة متمتعة بالصفة التجارية حتى يمكن إخضاعها لنظام الإفلاس<sup>(5)</sup>.  
وقد نصت المادة (570) من القانون التجاري اليمني بقولها: (كل تاجر اضطرت أعماله المالية...)<sup>(6)</sup>.

والتاجر هو: كل من اتخذ الأعمال التجارية حرفة أو مهنة معتادة له؛ بقصد تحقيق الربح، سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً وهو ما نصت عليه المادة (18) من القانون التجاري اليمني

---

1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص91، والكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص169، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج6، ص148، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج5، ص61، والغنيمي: الباب، ص169، وعلي حيدر: درر الحكام، ج2، ص597، والقرايبي: الذخيرة، ج8، ص247، والصاوي: بلغة السالك، ج1، ص400، والحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص642، وعليش: منح الجليل، ج6، ص114، والخرشبي: شرح مختصر خليل، ج2، ص176، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص231، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص127، والشرييني: مغني المحتاج، ج2، ص170، والقليوبي: حاشية قليوبي، ج2، ص377، وعبدالمملك الخويني: نهاية المطلب، ج6، ص387، وابن قدامة: المغني، ج4، ص569، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص210، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص203، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج4، ص462، وابن ضويان: منار السبيل، ج1، ص380، والبهوتي: الروض المربع، ص251، وابن مفلح: المبدع شرح المقنع، ج4، ص188.  
2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج8، ص91.

- 1) علي حيدر: درر الحكام، ج2، ص597.
- 2) الخطاب: مواهب الجليل، ج6، ص642.
- 3) النوي: روضة الطالبين، ج4، ص127.
- 4) ابن قدامة: المغني، ج4، ص569.
- 5) عبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية والإفلاس، ص444، وراشد فهميم: الإفلاس والصلح الواقعي منه، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ط (1) 2000م، ص16، وفضيل: الإفلاس والتسوية القضائية، ص13، وزاره: الإفلاس، 21، وزياد صبحي: إفلاس الشركات، ص162، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص227.
- 6) القانون التجاري اليمني رقم 32 لسنة 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد20، لسنة 1997م، المادة 570.

بقولها: (كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ هذه المعاملات حرفة له، يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية، وكل شركة تتخذ الشكل التجاري...) (1).

وكذلك نرى أن المشرع الجزائري قد عرّف التاجر في المادة (1) من القانون التجاري الجزائري: (بعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة معتادة له...) (2).

## 2- أن تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية (الاعتبارية):

يجب أن تكتسب الشركة الشخصية المعنوية، ولا يجوز شهر إفلاسها إلا إذا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء المكونين لها؛ وذلك يهدف إلى تصفية هذه الشخصية أولاً باعتبارها الضمان العام للدائنين.

وكما هو معلوم أن تفليس الشركة يهدف إلى تصفية أموالها وتوزيعها على الدائنين، ولا يشهر إفلاس الشركة إلا إذا كانت لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء (3).

## 3- أن تتوقف الشركة عن دفع ديونها:

والمقصود بذلك أن يتوقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية لا المدنية؛ لأن الإفلاس قاصر على التاجر كما سبق بيانه، وكما هو معلوم أن فكرة الإفلاس تختلف عن فكرة الإعسار في القانون المدني.

وتوقف التاجر فرداً أو شركة تجارية عن دفع الديون يدلّ على أنه عاجز عن أداء ديونه التجارية المستحقة الأداء، وهذا العجز لا يعني بالضرورة أن المدين في حالة لا تفي أمواله بديونه الحالة؛

---

1) القانون التجاري اليمني رقم 32 والصادر في 12 إبريل 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، المادة 18.

2) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، مادة 1.

3) عبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية والإفلاس، ص 443، وراشد فهيم: الإفلاس والصلح الوافي منه، ص 16، وزاره: الإفلاس، 29، وزياد صبحي: إفلاس الشركات، ص 164، والمنصور: إفلاس الشركات، ج 1، ص 229.

لأن التاجر قد يتوقف عن دفع ديونه رغم يساره، بأن تكون أمواله غائبة ينتظر قدومها، أو تكون أمواله عقارات يصعب بيعها بسرعة، أو بسبب عدم وجود سيولة نقدية أو لأي سبب آخر<sup>(1)</sup>.

#### 4- أن تكون الديون التي على الشركة تجارية:

يشترط المشرعين الجزائري واليميني لإفلاس التاجر أو الشركة التجارية، أن يكون الدين تجارياً، فقد نصت المادة (215) من القانون التجاري الجزائري بقولها: (يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجراً، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوماً، قصد إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس)<sup>(2)</sup>، وبالنظر إلى عبارة (إذا توقف عن الدفع)، يتبين أن من شرط التوقف عن الدفع، أن يكون الدين الذي توقف عن دفعه تجارياً بالأصل أو بالتبعية، والأعمال التجارية بالتبعية كما هو وارد في نص المادة (4) من القانون التجاري الجزائري: (يعد عملاً تجارياً بالتبعية:

- الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره،

- الالتزامات بين التجار)<sup>(3)</sup>، فمتى تم التوقف عن دفع دين تجاري أو دين تجاري بالتبعية

أمكن تفليس التاجر<sup>(4)</sup>.

وكذلك نصت المادة (570) من القانون التجاري اليميني بقولها: (كل تاجر اضطرت أعماله المالية حتى توقف عن دفع ديونه التجارية، يجوز إشهار إفلاسه بعد التأكد من ذلك)<sup>(5)</sup>،

---

1) زياد صبحي: إفلاس الشركات، ص165، وعبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية، ص444، وراشد فهميم: الإفلاس والصلح الوافي منه، ص25، وفضيل: الإفلاس والتسوية القضائية، ص14، وزاره: الإفلاس، ص40، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص231.

2) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 215.

3) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 4.

4) عبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية والإفلاس، ص445، وراشد فهميم: الإفلاس والصلح الوافي منه، ص28، وفضيل: الإفلاس والتسوية القضائية، ص14، وزاره: الإفلاس، ص46.

5) القانون التجاري اليميني رقم 32 لسنة 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، المادة 570.

فعبارة " ديونه التجارية" تبين أنه يجب أن يكون التوقف عن الدفع متعلقاً بدين تجاري، حتى يمكن طلب شهر الإفلاس.

#### 5- أن يكون الدين حالّ الأداء:

يشترط في الدين التي تتوقف الشركة عن دفعه أن يكون قد حلّ أجل استحقاقه ووجب أدائه؛ أما إذا كان الدين مؤجلاً ولم يحل أجل الوفاء بعد، فإنه لا يمكن القول بأن المدين متوقف عن دفع الديون؛ لأنها معلقة على حلول الأجل، وبالتالي فلا يحق للدائن المطالبة، كما لا يحق له طلب شهر إفلاس المدين التاجر قبل حلول هذا الأجل، ولا يعتبر الدين حال الأداء إلا إذا حلّ أجله

عبد القادر للعطوم الإسلامية



بالفعل، ومما سبق نرى أنه يجب أن يحل ميعاد الاستحقاق بالفعل، وأن يتمتع المدين عن الوفاء بهذا الدين، حتى يمكن شهر إفلاسه<sup>(1)</sup>.

#### 6- أن يكون الدين محقق الوجود، معين المقدار، خالٍ من النزاع:

بمعنى أنه يجب أن يكون هناك دين بالفعل، فإذا لم يكن هناك دين على الإطلاق فلا يكون هذا الدين محقق الوجود، ومن ثم فلا يمكن شهر إفلاس التاجر عن دين وهمي، أو صوري يدعي به أحد الأشخاص.

كما يجب أن يكون الدين المطالب به معين المقدار بطريقة محددة نافية للجهالة، فإذا لم يكن محددًا تحديداً دقيقاً فإنه لا يصح أن يكون محلاً للمطالبة به ولا يجوز للدائن به أن يطلب شهر إفلاس المدين من أجله.

وإذا وجد هذا الدين فإنه يجب أن يكون خالياً من النزاع الجدي، بمعنى أنه يجب ألا يكون منازعاً في وجوده كله أو بعضه في مقداره، أو أجله، أو وجوده وثبوته، أو في عدم جواز المطالبة به لمرور الزمن، وعلى المحكمة أن تتحقق من أن الدين خالٍ من النزاع<sup>(2)</sup>.

#### 7- صدور حكم الإفلاس:

يشترط لأن ينشأ نظام الإفلاس وأن يكون قانونياً، أن يصدر بذلك حكم من المحكمة المختصة يقضي بشهر إفلاس المدين أو الشركة<sup>(3)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة (571) من القانون

---

1) عبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية والإفلاس، ص 447، وإلياس ناصيف: الكامل في القانون التجاري، ج 4، ص 126، وزباد صبحي: إفلاس الشركات، ص 160، والمنصور: إفلاس الشركات، ج 1، ص 237، وراشد فهميم: الإفلاس والصلح الوافي منه، ص 28، وفضيل: الإفلاس والتسوية القضائية، ص 14، ووزاره: الإفلاس، ص 45.

2) زياد صبحي: إفلاس الشركات، ص 161، وعبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية والإفلاس، ص 447، وراشد فهميم: الإفلاس والصلح الوافي منه، ص 28، وفضيل: الإفلاس والتسوية القضائية، ص 14، ووزاره: الإفلاس، ص 45، والمنصور: إفلاس الشركات، ج 1، ص 235.

3) عبدالرحمن شمسان: الأوراق التجارية والإفلاس في القانون التجاري اليمني، ص 453، وراشد فهميم: الإفلاس والصلح الوافي منه، ص 16، وفضيل: الإفلاس والتسوية القضائية، ص 16 وما بعدها، ووزاره: الإفلاس، ص 51.

التجاري اليمني بقولها: (لا تنشأ حالة الإفلاس إلا بحكم يصدر بشهر الإفلاس، ولا يترتب على الوقوف عن دفع الديون قبل صدور هذا الحكم أي أثر، ما لم ينص القانون على غير ذلك)<sup>(1)</sup>. وقد بينت المادة (572) من القانون التجاري اليمني من يكون له الحق في طلب شهر الإفلاس بقولها: (يشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب أحد دائنيه، أو بناءً على طلبه هو، ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناءً على طلب النيابة العامة، أو من تلقاء ذاتها)<sup>(2)</sup>.

## المطلب الرابع: أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون.

لإفلاس شركات الأشخاص آثاره المتعددة، سواء كان الإفلاس في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب، من خلال الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي.

أن إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي بشكل عام هو: خسارة كل أو معظم رأس مال الشركة بتلف، أو ضياع، أو نقص قيمة، أو استغراق ديون الشركة رأس مالها<sup>(3)</sup>. وقد تكون حقيقة إفلاس شركة الأعمال (الأبدان) هي: تلف أو ضياع أجرة العمل، أو العين المتقبلة، أو تراكم الديون عليها على وجه لا يمكن استمرارها. فإذا هلك رأس مال الشركة كله أو معظمه بأفة سماوية، أو بفعل مخلوق، أو خسرت بسبب تحريك المال وتقليبه في السوق، أو كانت الخسارة بسبب التفريط أو التعدي في إدارته، أو بسبب استغراق الديون، فإن كل ذلك يعتبر من صور الإفلاس. وهناك عدة آثار مترتبة على إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي نستعرضها كما يأتي:

### البند الأول: الآثار المترتبة على إفلاس شركة الأموال:

- إذا أفلس أحد الشركاء، أو عجز عن سداد ثمن المبيع فإنه لا يضمن شريك دين شريك آخر، وإنما يطالب من عليه الحق فحسب؛ لأن شركة العنان مبنها على الوكالة لا الكفالة والضمن<sup>(4)</sup>.

ويضمن كل شريك ديونه التي عليه، دون ديون غيره من الشركاء، وكل دين يقرّ به أحد الشركاء في تجارتهم، وأنكره الآخرون لزم المقرّ كله إن كان هو الذي تولاه، وإن أقرّ الشركاء أنهم تولوا الدين، أو علموه ورضوا به لزم كل واحد نصيبه<sup>(5)</sup>.

أما إذا أفلست شركة المفاوضة ولحقتها الديون، فإن للدائنين مطالبة أي واحد من الشركاء؛ لأن العلاقة بين الشركاء علاقة كفالة ووكالة معاً<sup>(6)</sup>.

- وإذا أفلست الشركة، فإن الخسارة يتحملها الشركاء كلٌ بقدر حصته، وإذا زادت الخسارة عن رأس مال الشركة فإنها تتجاوز رأس المال إلى أموالهم الخاصة، ولا يجوز تضمينها أحد الشركاء

---

(1) القانون التجاري اليمني رقم 32 لسنة 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، المادة 571.

(2) القانون التجاري اليمني رقم 32 لسنة 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م، المادة 572.

(3) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص277.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص65، وابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص187، وعلي حيدر: درر الحكام، ج2، ص617، والشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص213، وابن قدامة: المغني، ج5، ص129، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص297.

(5) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص278.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص65، وابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص187، وعلي حيدر: درر الحكام، ج2، ص617، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص126، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص73، وعبدالقادر التغلي: نيل المآرب، ج1، ص419.

دون غيره؛ لأن يد كل شرك في مال الشركة يد أمانة، والأمين لا يضمن من الخسارة إلا ما كان بسبب تعدد أو تفريط<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: الآثار المترتبة على إفلاس شركة الأعمال (الأبدان):

إفلاس شركة الأبدان يختلف عن إفلاس غيره من الشركات؛ لأنها تختص بالأعمال، أي ليس فيها مال يقدم من أحد الطرفين، أو من طرف ثالث تقوم عليه الشركة، فهي شركة بالعمل بأن يشترك اثنان فيما يكسبانه بأبدانهما، ولهذا الشركة آثاراً مترتبة على إفلاسها، ومن هذه الآثار:

- إذا أفلسست شركة الأعمال وانقطع الشركاء عن العمل بعد التزامهم به، فإن لصاحب العمل أن يطالب أي الشركاء شاء؛ لأن شركة الأبدان مبناهما على التضامن<sup>(2)</sup>.

- إذا تلفت العين المتقبلة، أو ضاعت، أو تعيبت بسبب أحدهما، فإن الضمان يكون عليهما جميعاً<sup>(3)</sup>.

واشترط الحنابلة بأن هذا الضمان يكون مقيداً بكونه من غير تفريط المتسبب فيه، وإلا اقتصر الضمان عليه<sup>(4)</sup>.

قال ابن قدامة: (... وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانها معاً؛ لأنهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله؛ لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان<sup>(2)</sup>).

- إذا أفلسست شركة الأبدان يكون تقدير الضمان بقدر عمل كل شريك؛ لأن العمل هو رأس مال الشركة، كما أن الأمر في شركة الأموال يكون بقدر مال وحصة كل شريك<sup>(3)</sup>.

### البند الثالث: الآثار المترتبة على إفلاس شركة الوجوه:

تكلّمنا فيما سبق أن شركة الوجوه تسمى بشركة المفاليس؛ لأن بدايتها قائمة على الإفلاس الحقيقي، لكن بعض الفقهاء أجازوا انعقادها، والاستمرار فيها على الرغم من إفلاسها بداية -

(1) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص279.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص64، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص401، وخليل الجندي: مختصر خليل، ص179، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص138، والخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص98، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص339، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص527.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص64، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص401، وخليل الجندي: مختصر خليل، ص179، والعبدي المواق: التاج والإكليل، ج5، ص138، والخطاب: مواهب الجليل، ج7، ص98، والمرداوي: الإنصاف، ج5، ص339، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص527.

أي قبل قيامها-؛ لما فيه من المصالح لمن لا يجدون المال الكافي لعقد الشركة بغير هذه الصورة، ولا تترتب عليها آثار بمجرد انعقادها، وإنما تترتب الآثار بعد خسارتها بسبب تلف رأس المال الذي كان ديناً، أو بسبب ضياعه، أو نقصان قيمته، أو غير ذلك، ومن هذه الآثار ما يأتي:

- إذا أفلست الشركة فإن الإفلاس يتحملة الشركاء كل واحد منهم بقدر ملكه وحصته فيما يشترونه، ويجعلونه رأس مال للشركة، وإذا تلف رأس المال فإن الشركاء يضمنون هذا المال؛ لأن هذه الشركة قائمة على الوكالة والضمان<sup>(4)</sup>، ولأن الشركاء أخذوا المال على أنه ملك لهم، عليهم غرمه، ولهم غنمه، وهذا بيع وشراء، حيث تم البيع والشراء على الشركاء، فكانت الغرامة عليهم، كما أن الغنمة لهم.

قال موسى أبو النجاء: (... وكل منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن والوضيعة على قدر ملكيهما فيه)<sup>(5)</sup>.

وجاء في درر الحكام: (واستحقاق الشريكين للربح في شركة الوجوه إنما هو بالضمان، .. والمقصود من الضمان، هو ضمان ثمن المال المشتري)<sup>(6)</sup>.

- وإذا لم تنجح الشركة في تحقيق أرباح، فيطالب كل واحد من الشركاء بالوفاء، ويضمن كل شريك ديونه التي عليه دون ديون الشركاء<sup>(7)</sup>.

#### البند الرابع: الآثار المترتبة على إفلاس شركة المضاربة:

الإفلاس في شركة المضاربة يلحق رأس المال المقدم من رب المال، ولا يشمل المضارب؛ لأنه لا يقدم مالا وإنما يقدم العمل، بخلاف غيرها من الشركات، فإن الخسارة تلحق الجميع بحكم

---

1) موسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 271، والمرادوي: الإنصاف، ج 5، ص 339، وابن قدامة: المغني، ج 5، ص 114، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 527، وعبدالقادر التغليبي: نيل المآرب، ج 1، ص 419.

2) ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 114.

3) المنصور: إفلاس الشركات، ج 1، ص 303.

4) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 5، ص 197، وعلي حيدر: درر الحكام، ج 3، ص 446، وموسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 271، وابن قدامة: المغني، ج 5، ص 140، والزرکشي: شرح الزرکشي، ج 2، ص 145، والبهوتي: كشف القناع، ج 3، ص 526.

5) موسى أبو النجاء: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 2، ص 271.

6) علي حيدر: درر الحكام، ج 3، ص 446.

7) ابن عثيمين: الشرح الممتع، ج 9، ص 432، والمنصور: إفلاس الشركات، ج 1، ص 294 - 295.

مشاركتهم جميعاً في رأس المال. ويمكن معرفة الآثار المترتبة على إفلاس هذه الشركة، والتي تظهر في الآتي:

- يعتبر المضارب وكياً عن رب المال، وكل ما يشتريه المضارب من السلع يكون ملكاً لرب المال، فإذا ترتب على تصرفاته إفلاس للشركة، فإن المفلس هو رب رأس المال لا المضارب<sup>(1)</sup>، ولكن لا يمنع هذا من مطالبة المضارب بالوفاء بحكم أنه المباشر للتصرف.

- يد المضارب يد أمانة، فإن ما يلحق الشركة من خسارة أو إفلاس، فإنه لا يضمه ما لم يتعد أو يفرط؛ لأنه قد شارك بالعمل، فخسارته ذهب جهده، إلا إذا تعدى المضارب وفعل

---

(1) الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص 117.

ما ليس له فعله، أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه، فهو ضامن للمال؛ لأنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان<sup>(1)</sup>.

- إذا حجر على رب المال بسبب الإفلاس فإن الشركة تبطل وتفسخ؛ لأنه بالحجر عليه يبطل أهليته بالتصرف في المال، فيبطل تصرف المأمور وهو الوكيل المضارب، فتبطل المضاربة لبطان الوكالة<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: أثر إفلاس شركات الأشخاص في القانون.

### البند الأول: أثر إفلاس شركة التضامن:

يعتبر الشريك المتضامن مسئولاً عن ديون الشركة مسؤولة مطلقه، ويعتبر تاجراً بمجرد دخوله الشركة، وعليه فإن إفلاس الشركة يترتب عليه إفلاس جميع الشركاء دون الحاجة إلى صدور حكم بتفليسهم؛ لأن الذمة المالية للشركاء تعتبر ضامنة لديون الشركة<sup>(3)</sup>.

وقد نصت الفقرة 1 من المادة (551) من القانون التجاري الجزائري على المسؤولية التضامنية للشريك في شركة التضامن بقولها: (... وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة)<sup>(4)</sup>.

كما جاء في المادة (14) من قانون الشركات التجارية اليمني أنه: (... يكون جميع الشركاء - في شركة التضامن - مسئولين بصفة شخصية وبالتضامن والتكافل عن ديون الشركة وجميع عقودها والتزاماتها)<sup>(5)</sup>.

وقد أكدت هذا الحكم الفقرة 1 من المادة (31) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (يعتبر كل شريك مسئولاً بالتضامن والتكافل مع سائر الشركاء وبالانفراد أيضاً عن جميع الديون والالتزامات التي تترتب على الشركة...)<sup>(6)</sup>.

ويتربط على إفلاس الشركة تعدد التفليسات بعدد الشركاء بالإضافة إلى تفليسة الشركة، بمعنى أنه يجب أن تكون هناك تفليسة للشركة وتفليسة للشركاء، وتكون كل تفليسة مستقلة عن غيرها من التفليسات من حيث موجوداتها، وخصومها، وتحقيق ديونها، وغير ذلك<sup>(7)</sup>.

وإذا أفلسست الشركة فإنه يجب على كل شريك إيفاء المقدمات التي وعد بها استكمالاً لرأس مال الشركة الذي يعتبر ضماناً عاماً للدائنين، ويتم استكمال رأس المال.

ثم إن إفلاس أحد الشركاء لدين تجاري خاص عليه لا يتبعه إفلاس الشركة، أو إفلاس زملائه الشركاء الآخرين؛ لأن الشركة غير مسؤولة عن ديون الشركاء، وقد يتوقف الشريك عن فع ديونه، لكن قد تظل الشركة أو الشركاء الآخرين قادرين على الوفاء<sup>(8)</sup>.



ومع أن إفلاس الشريك لا يؤثر من حيث الأصل على إفلاس الشركة، إلا أن له أثراً باعتبار آخر، حيث يترتب عليه حلّ الشركة، وانقضاؤها، بسبب انهيار الاعتبار الشخصي بين الشركاء، إلا إذا تضمن عقد تأسيس الشركة شرطاً يقضي باستمرارها بالرغم من إفلاس أي شريك<sup>(9)</sup>. وهو ما نراه في الفقرة 1 من المادة (563) من القانون التجاري الجزائري حيث جاء فيها: (في حالة إفلاس أحد الشركاء، أو منعه من ممارسة مهنته التجارية، أو فقدان أهليته، تنحل

- 1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج7، ص268، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص111، والشريبي: الإقناع، ج2، ص343، والماوردي: الحاوي، ج7، ص328، والخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، ص117.
- 2) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص288.
- 3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص189-190، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص171-172، وزاره: الإفلاس، ص33، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص329.
- 4) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة1، المادة551.
- 5) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة14.
- 6) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة1، المادة31.
- 7) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص330.
- 8) إلياس ناصيف: الكامل في القانون التجاري، ج4، ص409، وزاره: الإفلاس، ص33.
- 9) إلياس ناصيف: الكامل في القانون التجاري، ج4، ص412، ص238، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص331-332.



الشركة، ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها، أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء<sup>(1)</sup>.

ونصت عليه الفقرة 3 من المادة (45) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (يجوز لبقية الشركاء أن يقرروا بإجماع الآراء استمرار الشركة فيما بينهم بمعزل عن الشريك الذي توفي، أو أفلس، أو انسحب، أو فقد الأهلية العامة...)<sup>(2)</sup>.

#### البند الثاني: أثر إفلاس شركة التوصية البسيطة:

يؤدي إفلاس شركة التوصية البسيطة إلى إفلاس الشركاء المتضامنين فيها على اعتبار أنهم يتمتعون بصفة التجار، وأنهم مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية، وتضامنية، غير محدودة كما سبق أن بيناه، أما الشركاء الموصون فلا يؤدي إفلاس الشركة إلى إعلان إفلاسهم؛

---

(1) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 563.

(2) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، الفقرة 3، المادة 45.

لأن مسؤوليتهم محدودة بقيمة حصتهم في الشركة فقط؛ ولأنهم لا يعتبرون تجاراً انطلاقاً من كونهم شركاء موصين، وعليه فلا يجوز توجيه دعوى الإفلاس إلى الشريك الموصي<sup>(1)</sup>.

ويترتب على إفلاس الشركة تعدد التفليسات كما سبق في شركة التضامن، ولا يخضع الشركاء الموصون للإفلاس ما لم يتدخلوا في إدارة الشركة<sup>(2)</sup>.

ثم إن إفلاس أحد الشركاء لا يتبعه إفلاس الشركة أو إفلاس الشركاء الآخرين؛ لأن ذمة الشركة لا تدعم ذمة الشريك، فهو مسؤول عن ديونها، في حين أنها ليست مسؤولة عن ديونه، بعكس حالة إفلاس الشركة فإن الشريك المتضامن يفسل أيضاً؛ لأن ذمته تدعم ذمة الشركة.

على أن إفلاس الشريك المتضامن فيها يؤدي إلى انهيار وحلّ الشركة التي هو شريك متضامن فيها؛ لانهيار أحد أركانها التي تركز عليه، إلا إذا تضمن عقد تأسيس الشركة شرطاً يقضي باستمرارها بالرغم من إفلاس أي شريك.

وكذلك الحق في الشريك الموصي، فإن إفلاسه يترتب عليه حلّ الشركة، ما لم ينص على خلاف ذلك في عقد تكوين الشركة؛ وذلك لأن شركة التوصية البسيطة تعتبر من شركات الأشخاص<sup>(3)</sup>.

وذلك وفقاً للفقرة 1 من المادة (563) من القانون التجاري الجزائري، والفقرة 3 من المادة (45) من قانون الشركات التجارية اليمني.

### البند الثالث: أثر إفلاس شركة المحاصّة:

يرى القانونيون أن من شروط إفلاس الشركات، إن يكون للشركة التجارية شخصية معنوية مستقلة عن الشركاء، وذلك يهدف إلى تصفية هذه الشخصية باعتبارها الضمان العام للدائنين. وعلى ذلك فإن شركة المحاصّة لا يتصور فيها شهر الإفلاس، ولا تخضع لنظام الإفلاس كشركة؛ لتجردها من الشخصية الاعتبارية، فهي لا وجود لها، وليس عليها ديون مترتبة بصفة كونها شركة،

1) إلياس ناصيف: الكامل في القانون التجاري، ج4، ص404، ورضوان: الشركات التجارية، ص238، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص341، وعموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص216، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص217.

2) إلياس ناصيف: الكامل في القانون التجاري، ج4، ص411، والمنصور: إفلاس الشركات، ص337.

3) زواره: الإفلاس، ص33، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص344 وما بعدها.

ولكن يمكن طلب شهر إفلاس أشخاص الشركة المكونين لها، والمدير الذي يدير أعمالها باسمه، ويوقع على التزاماتها بصفته الشخصية<sup>(1)</sup>.

وإذا تراكمت الديون أو الخسائر على الشركة، فليس للدائن حق الرجوع إلا على الشريك الذي تعامل معه دون غيره، وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة (55) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (... ولا يكون للغير رابطة قانونية إلا بالشريك الذي تم التعاقد معه)<sup>(2)</sup>. ولا يترتب على إفلاس أحد الشركاء إفلاس الشركة أو باقي الشركاء؛ لعدم وجود الترابط أو التضامن بين الشركاء في المحاصّة تجاه الغير<sup>(3)</sup>.

وبما أن شركة المحاصّة من شركات الأشخاص فإن إفلاس أحد الشركاء فيها يؤدي إلى انحلالها وانقضائها ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك<sup>(4)</sup>.

وهو ما ورد في الفقرة 1 من المادة (563) من القانون التجاري الجزائري: (في حالة إفلاس أحد الشركاء، أو منعه من ممارسة مهنته التجارية، أو فقدان أهليته، تنحل الشركة، ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها، أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء)<sup>(5)</sup>.

ونرى أن الفقرة 3 من المادة (45) من قانون الشركات التجارية اليمني قد نصت على أنه: (يجوز لبقية الشركاء أن يقرروا بإجماع الآراء استمرار الشركة فيما بينهم بمعزل عن الشريك الذي توفي، أو أفلس، أو انسحب، أو فقد الأهلية العامة...)<sup>(1)</sup>.

## المطلب الخامس: مقارنة بين الإفلاس في الفقه والقانون

1- عرّف الفقه الإسلامي مصطلحات (الإفلاس، والتفليس، والمفلس)، وبيّن ماهيتها، بينما لم يعرّف فقهاء القانون إلا مصطلح الإفلاس فقط.

1) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص357-358، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص230.

2) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة3، المادة 55.

3) المنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص359.

4) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص222، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص226، والمنصور: إفلاس الشركات، ج1، ص361.

5) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، الفقرة1، المادة563.

أما المشرعين الجزائري واليميني فنرى أنهما لم يُعرِّفا الإفلاس صراحة، وإنما ذكرا صفة الإفلاس وكيفية وقوعه على التاجر.

(2) - اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني على مشروعنة نظام الإفلاس والعمل به.

(3) - اشترط الفقهاء شروطاً للإفلاس، منها ما اتفق معها القانون وهي: أن يكون الدَّين حال الأداء، وأن يكون لازماً وثابتاً خالٍ من النزاع، وأن يصدر حكم من القاضي بالحجر والإفلاس.

وانفرد الفقه الإسلامي بأن يكون الدَّين زائداً على مال المدين، وأن يكون لآدمي مطالب به.

وانفرد القانون بأن تكون للشركة الصفة التجارية، وأن تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية الاعتبارية، وأن تتوقف عن دفع ديونها وأدائها، وأن يكون الدَّين تجارياً.

(4) - للإفلاس أثر على جميع شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي؛ نظراً لأن المعتبر في الفقه الإسلامي هو الشركاء لا الشخصية الاعتبارية.

في حين نرى أن الشخصية الاعتبارية معتبرة في القانون وبالتالي فإن شركتي التضامن والتوصية البسيطة فقط تخضع للإفلاس، دون شركة المحاصة فإنها لا تخضع للإفلاس؛ لتجردها عن الشخصية المعنوية الاعتبارية.

(5) - المسؤولية تضامنية في الفقه الإسلامي وذلك في شركات المفاوضة، والأعمال (الأبدان)، والوجوه؛ نظراً لقيامها على الوكالة والكفالة معاً، بينما يكون كل شريك مسئول عن أعماله وديونه - ما لم يتعدَّ أو يُقرَّط - في شركتي العنان والمضاربة؛ نظراً لقيامها على الوكالة فقط. أما في التشريعين الجزائري واليميني فالمسؤولية تضامنية في شركة التضامن، وفي الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة، دون الشركاء الموصين؛ لأنه لا ينطبق عليهم ما ينطبق على المتضامنين، فشراكتهم قائمة على الوكالة دون الكفالة.

---

(1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، الفقرة 3، المادة 45.

6- ذهب الفقهاء إلى أن شركة الأموال - بقسميها العنان والمفاوضة - إذا أفلست فإن جميع الشركاء يتحملون الخسارة كلٌّ بقدر رأس ماله فيها.

- أما في شركة الأعمال (الأبدان) فإن الضمان يكون فيها بقدر عمل كل شريك فيها وحصته المتفق عليها.

- إما في شركة المضاربة فإن يد المضارب فيها يد أمانة، فإنه لا يضمن ما لم يتعدَّ أو يفرط، وخسارته ذهاب جهده بدنه.

أما من خلال النظر في التشريعين الجزائري واليميني فإن إفلاس شركة التضامن يترتب عليه إفلاس جميع الشركاء فيها، وكذلك الأمر في إفلاس شركة التوصية البسيطة للشركاء المتضامين فقط.

أما الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة فإن إفلاس الشركة لا يؤدي إلى إفلاس هذا النوع من الشركاء.

ويرى التشريعين الجزائري واليميني إلى أن إفلاس الشركاء في شركتي التضامن والتوصية البسيطة لا يؤدي إلى إفلاس الشركة؛ لأنها قائمة بذاتها، متمتعة بشخصية اعتبارية معنوية مستقلة عن بقية الشركاء، بخلاف الفقه الإسلامي الذي يرى أن الأصل هو النظر إلى الشركاء دون غيرهم.

## المبحث الثاني: انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه الإسلامي

### والتشريعين الجزائري واليميني

بعد أن عرّفنا نظام الإفلاس، ودليل مشروعيته، وشروطه، تعرفنا على آثار إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، وسنتناول في هذا المبحث انقضاء الشركة، ومن ثم تصفيتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

### المطلب الأول: انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي

#### والتشريعين الجزائري واليميني

نتناول في هذا المطلب انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي، والتشريعين الجزائري واليميني، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول: انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي

ذكر الفقهاء الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الشركة وانتهائها، وهذه الأسباب منها ما يتعلق بالشركاء أو أحدهم، ومنها ما يتعلق برأس المال، وسنذكرها على النحو الآتي:

##### 1- موت أحد الشركاء:

تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء؛ لأن حصته تنتقل بالوراثة إلى وارثه، وكذلك الشأن في المضاربة إذا مات رب المال أو مات العامل فيها، ونرى اتفاق الفقهاء على القول بأن الموت من الأسباب التي تؤدي إلى فسخ الشركة وانتهائها<sup>(1)</sup>.

قال السيواسي: (وإذا مات أحد الشريكين، أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة)<sup>(2)</sup>.

وقال الماوردي: (إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة، بمعنى بطل الإذن بالتصرف؛ لأن العقود الجائزة تبطل بالموت كالوكالة)<sup>(3)</sup>.

وقال ابن قدامة: (والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين...)<sup>(4)</sup>.

- وقد ألحق الحنفية الردة بالموت فجعلها مبطله للشركة، منهيها لها، وأطلقوا عليها الموت الحكمي<sup>(5)</sup>.

قال ابن نعيم: (وتبطل الشركة بموت أحدهما لو حكماً؛ لأنها تتضمن الوكالة، ولا بدّ منها لتحقق الشركة...)<sup>(6)</sup>.

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص199، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78، والسرخسي: المبسوط، ج20، ص313، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج4، ص327، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص335، والزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص323، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص194، والفرغاني الميرغيناني: متن بداية المبتدي، ص128، والميرغيني: الهداية شرح البداية، ج3، ص12، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص89، والماوردي: الحاوي، ج6، ص484، والنوي: روضة الطالبين، ج4، ص283، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص267، والشريبي: الإقناع، ج2، ص319، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص257، والزملي: نهاية المحتاج، ج5، ص11، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص246، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص68، وابن قدامة: المغني، ج5، ص133، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص258، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص128، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص506.

(2) السيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص194.

(3) الماوردي: الحاوي، ج6، ص484.

(4) ابن قدامة: المغني، ج5، ص133.

(5) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص199، والسيواسي: شرح فتح القدير، ج6، ص194، والكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78، والسرخسي: المبسوط، ج20، ص313، والشيخ نظام: الفتاوى الهندية، ج2، ص335، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387.

(6) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص199.

وقال الكاساني: (... ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت)<sup>(1)</sup>.

## 2- عزل أحد الشركاء من الشركة:

قد يتفق الشركاء على عزل أحد الشركاء؛ نتيجة لإساءته التصرف، أو تقصيره في حق الشركة، فلهم أن يقوموا بعزل هذا الشريك، ويستمرروا على شركتهم<sup>(2)</sup>.

جاء في تكملة المجموع: (وله أن يعزل شريكه... فإن قال أحدهما فسخت الشركة انعزلا جميعا؛ لأن الفسخ يقتضى رفع العقد من الجانبين فانعزلا...)<sup>(3)</sup>.

وقال البهوتي في كشف القناع: (فإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول ولو لم يعلم كالوكيل...)<sup>(4)</sup>.

## 3- الحجر على أحد الشركاء لسفه<sup>(5)</sup> أو فلس<sup>(6)</sup>:

تنتهي الشركة بالحجر على أحد الشركاء لسفه أو إفلاس؛ لأنه يترتب على ذلك الحجر عزله وبطلان توكيله، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبالتالي تنتهي الشركة<sup>(7)</sup>.

قال الماوردي: (ولو جُنَّ أحد الشريكين أو حجر عليه بسفه بطلت الشركة...)<sup>(8)</sup>.

وقال البهوتي: والشركة بسائر أنواعها عقد جائز من الطرفين؛ لأن مبناها على الوكالة والأمانة، وتبطل بموت أحد الشريكين، وبجنونه المطبق، وبالحجر عليه لسفه أو فلس، أو فيما حجر عليه فيه، وبالفسخ من أحدهما<sup>(9)</sup>.

## 4- هلاك رأس مال الشركة:

فإذا هلك جميع مال الشركة، أو معظمه، أو هلكت حصة أحد الشركاء، فإن الشركة تبطل ولا تعقد؛ لفوات المحل وانعدامه بهلاك ما تعلق العقد بعينه قبل حصول المقصود منه، ولأن الشركة عقدت لاستنماء المال واستثماره، ولا يتصور وجودها بعد هلاكه<sup>(10)</sup>.

قال الكاساني: (ما يبطل به عقد الشركة... منها هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء...)<sup>(11)</sup>.

وقال الزيلعي: (وتبطل الشركة بهلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء)<sup>(12)</sup>.

وقال البهوتي في الروض المربع: (وإن تلف رأس المال أو تلف بعضه قبل التصرف انفسخت...)<sup>(13)</sup>.

## 5- انسحاب أحد الشركاء من الشركة، أو فسخها:



- 1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78.
- 2) الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ص198، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص89، وابن قدامة: المغني، ج5، ص133، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص506.
- 3) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص89.
- 4) البهوتي: كشف القناع، ج3، ص506.
- 5) السفه في الأصل: الحقة والطيش، والسفه: هو صرف المال في غير ما يراد له شرعاً، (ابن الأثير: غريب الحديث والأثر، ج2، ص950، والزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص4493).
- 6) أفلس الرجل: إذا لم يَبْقَ له مال، وقيل: صار إلى حال يُقال ليس معه فُلْس، (ابن الأثير: غريب الحديث والأثر، ج3، ص916).
- 7) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387، والماوردي: الحاوي، ج6، ص485، والشريبي: الإقناع، ج2، ص319، وابن قدامة: المغني، ج5، ص133، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص258، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص128، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص506.
- 8) الماوردي: الحاوي، ج6، ص485.
- 9) البهوتي: كشف القناع، ج3، ص506.
- 10) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78، وابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص190، والزليعي: تبين الحقائق، ج3، ص319، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج4، ص327، وزاده: مجمع الأنهر، ج2، ص554، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387، والفرغاني الميرغيناني: متن بداية المبتدي، ص128، والميرغيناني: الهداية شرح البداية، ج3، ص12، والبهوتي: الروض المربع، ص261.
- 11) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78.
- 12) الزليعي: تبين الحقائق، ج3، ص319.
- 13) البهوتي: الروض المربع، ص261.

وذلك أن الشركة عقد جائز غير لازم، فيكون لكل من الشركاء الحق في الفسخ والانسحاب من الشركة متى أراد، وبعض الفقهاء يقيدون هذا الحق بالألا تكون الشركة مؤقتة بوقت عند من يرى جواز التوقيت من الفقهاء، وألا يكون في استعمال هذا الحق إلحاق ضرر بأحد الشركاء<sup>(1)</sup>. قال الكاساني: (الفسخ من أحد الشريكين؛ لأنه عقد جائز غير لازم، فكان محتملاً للفسخ...)<sup>(2)</sup>.

وجاء في درر الحكام: (إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، تنفسخ الشركة)<sup>(3)</sup>. وقال ابن رشد: (... ولأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء)<sup>(4)</sup>. وقال الماوردي: (قال المزني رحمه الله: "ومتى فسخ أحدهما الشركة انفسخت، ولم يكن لصاحبه أن يشتري ولا يبيع حتى يقسما")<sup>(5)</sup>.

وقال الشربيني: ولكل واحد من الشريكين فسخ الشركة متى شاء؛ لأنها عقد جائز من الجانبين، وينعزلان عن التصرف بفسخ كل منهما<sup>(6)</sup>. وقال ابن قدامة: (والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه لفسخه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة)<sup>(7)</sup>.

#### 6- جنون أحد الشركاء جنوناً مُطَبَّقاً:

الجنون المطبق يبطل عقد الشركة؛ لأنه يخرج بالوكيل عن الوكالة، وكل ما يبطل الوكالة يبطل الشركة، ولا يحكم بالبطان عند الحنفية إلا بمرور ما يصير به الجنون مطبقاً، ويقدره الحنفية بشهر

---

1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78، وابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج4، ص328، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387، وابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص89، والماوردي: الحاوي، ج6، ص484، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص267، والشربيني: الإقناع، ج2، ص319، وابن قدامة: المغني، ج5، ص133، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص258، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص128، والبهوتي: كشف القناع، ج3، ص506.

2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78.

3) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387.

4) ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص255.

5) الماوردي: الحاوي، ج6، ص484.

6) الشربيني: الإقناع، ج2، ص319.

7) ابن قدامة: المغني، ج5، ص133.

أو حول، ونرى أن الشافعية اعتبروا الإغماء مُنهيًا للشركة، لكن له بعد الإفافة الخيار في المقاسمة، واستئناف شركة جديد<sup>(1)</sup>.

قال ابن عابدين: (... وبقونه مطبقاً فالشركة قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون فتنفسخ)<sup>(2)</sup>.  
وجاء في تكملة المجموع: (وإن جُنًا أو أحدهما، أو أغمى عليهما أو على أحدهما بطل؛ لأنه بالجنون والأغماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف؛ ولهذا تثبت الولاية عليه في المال، فبطل العقد كما لو مات)<sup>(3)</sup>.

وقال موسى أبو النجا: (والشركة عقد جائز تبطل بموت أحد الشريكين وبقونه...)<sup>(4)</sup>.

## 7- انقضاء موعد الشركة وانتهاء عملها:

ذهب بعض الفقهاء ومنهم الحنفية إلى أن الشركة مما يصح توقيتها، وتحديد زمنها بوقت معين، بحيث لا تبقى بعد انتهائها، ولا تفسخ قبل مضيه، وعليه فإنه يجوز أن تحدد للشركة مدة معينة يعتبرها الشركاء كافية لتحقيق الغرض من إنشائها، فإذا انتهت المدة المحددة فإن الشركة تنقضي

---

1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج6، ص78، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387، وزاده: مجمع الأنهر، ج2، ص565، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص328، والمطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص89، والماوردي: الحاوي، ج6، ص484، والنووي: روضة الطالبين، ج4، ص283، والغزالي: الوسيط في المذهب، ج3، ص267، والشريبي: الإقناع، ج2، ص319، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج2، ص257، والرملی: نهاية المحتاج، ج5، ص11، ومحمد الغمراوي: السراج الوهاج، ص246، ومصطفى الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج7، ص68، وابن قدامة: المغني، ج5، ص133، وموسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص258، وابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص128، والبهوتي: كشاف القناع، ج3، ص506.

2) ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص328.

3) المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص89.

4) موسى أبو النجا: الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج2، ص258.

بعدها، وحجتهم في ذلك أن الشركة تتضمن الوكالة، والوكالة مما يصح توقيتها، كما يصح تعليقها على شرط معين، وإضافتها إلى مدة معينة<sup>(1)</sup>.

جاء في **درر الحكام**: (وتنفسخ الشركة ... إذا كانت الشركة مؤقتة، وانقضت مدتها... لأن الشركة مبنية على الوكالة، فكما يجوز توقيت الوكالة يجوز توقيت الشركة، وبانقضاء الوقت الذي عُيِّن للشركة تنفسخ)<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: انقضاء الشركة في التشريعين الجزائري واليميني

نرى أن شُرَّاح القانون قاموا بتقسيم أسباب انقضاء الشركة إلى أسباب عامة وخاصة، فأما الأسباب العامة فهي التي تعم سائر أنواع الشركات، وأما الأسباب الخاصة فهي التي تخص نوعاً معيناً من الشركات، وهي شركات الأشخاص؛ نظراً لقيامها على الاعتبار الشخصي<sup>(3)</sup>، وسأذكر هذه الأسباب على النحو التالي:

#### أولاً: الأسباب العامة:

هذه الأسباب يرجع بعضها إلى حكم القانون، وبعضها إلى إرادة المشرع، وبعضها إلى إرادة الشركاء، بينما يكون البعض الثالث راجعاً إلى حكم القضاء.

فأما الأسباب التي ترجع إلى حكم القانون فهي:

**1- انتهاء المدة المحددة للشركة:** تنقضي الشركة بانتهاء المدة المحددة لها سواء في عقد التأسيس، أو في السجل التجاري، وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة (437) من القانون

---

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص188، وابن عابدين: حاشية رد المختار، ج4، ص312، وعلي حيدر: درر الحكام، ج3، ص390.

(2) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص387، وص390.

(3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص210، ص220، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص117، ص131، وملش: الشركات، ص294، وغنالم: الشركات التجارية في الإمارات، ص79، وأبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ص418، والحمصي: الشركات المساهمة، ص51-53.

المدني الجزائري بقولها: (تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عيّن لها...<sup>(1)</sup>)، ونصت أيضاً عليه المادة (644) من القانون المدني اليمني: (تنتهي الشركة بانتهاء الميعاد المعين لها...<sup>(2)</sup>).

2- انتهاء العمل أو الغرض الذي قامت من أجله الشركة: تنتهي الشركة بتحقيق الهدف أو الغرض الذي قامت من أجله، وقد تنتهي كذلك بزوال موضوعها الذي أنشأت لتحقيقه، وقد نصت على ذلك الفقرة 1 من المادة (437) من القانون المدني الجزائري بقولها: (... أو بتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها)<sup>(3)</sup>.

وجاء في المادة (644) من القانون المدني اليمني: (... أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله)<sup>(4)</sup>.

3- هلاك رأس مال الشركة: إذا هلك رأس مال الشركة أو جزء كبير منه فإن ذلك يؤدي إلى انتهاء الشركة وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة (438) من القانون المدني الجزائري بقولها: (تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها، أو جزء كبير منه، بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها)<sup>(5)</sup>.

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 437.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 644.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 437.

4) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 644.

5) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 438.

ونصت على ذلك المادة (646) من القانون المدني اليمني بقولها: (تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها، أو جزء كبير منه، بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها)<sup>(1)</sup>.

4- انهيار ركن تعدد الشركاء: كما سبق أن من الأركان الخاصة للشركة في القانون تعدد الشركاء، فإذا زال هذا الركن وأصبحت الشركة ملكاً لشخص واحد فقط فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الشركة وانتهائها في القانون.

5- إفلاس الشركة: كما هو معلوم أن إفلاس الشركة سبب رئيسي من أسباب انتهائها؛ لأنه عند الإفلاس ستدخل الشركة مرحلة التصفية لسداد ديونها، واستيفاء ما لها عند الغير، وبالتالي تنقضي الشركة وتزول بعد ذلك.

- وأما الأسباب التي ترجع إلى إرادة الشركاء فهي:

1- اتفاق الشركاء على حلّ الشركة: قد يتفق الشركاء على حلّ الشركة وإزالتها من الساحة الاقتصادية، لأي سبب يرونه، وبالتالي فإن الشركة تنقضي بهذا الاتفاق شريطة أن يكون بإجماع كل الشركاء، وقد نصت الفقرة 2 من المادة (440) من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها: (تنتهي أيضاً بإجماع الشركاء على حلّها)<sup>(2)</sup>، كما نصت على ذلك المادة (649) من القانون المدني اليمني بقولها: (تنتهي الشركة في أي وقت بإجماع الشركاء على حلّها)<sup>(3)</sup>.

2- اتفاق الشركاء على اندماج: قد يتفق الشركاء جميعهم على اندماج الشركة مع أو في شركة أخرى، وهذا يؤدي إلى إنهاء الشركة وانقضائها.

- وأما الأسباب التي ترجع إلى حكم القضاء فهي:

1- حلّ الشركة بحكم القضاء: قد يحكم القضاء على شركة ما بحلّها، وقد يصدر حكم قضائي بإشهار إفلاس الشركة، وعند ذلك تنتهي الشركة، وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة (441) من القانون المدني الجزائري بقولها: (يجوز أن تحلّ الشركة بحكم قضائي بناءً على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به، أو بأي سبب آخر ليس من فعل

1) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 646.

2) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 2، المادة 440.

3) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 649.

الشركاء...<sup>(1)</sup>، وهو الأمر ذاته الذي جاء في القانون المدني اليمني حيث جاء في المادة (650) ما نصه: (يجوز للمحكمة أن تقضي بفسخ الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء أحدهم بما تعهد به، أو لأي سبب آخر، ولو لم يكن راجعاً إلى الشركاء...)<sup>(2)</sup>.

2- **تأميم الشركة:** تنقضي الشركة بتأميمها، أي باستيلاء الدولة عليها، وبذلك تخرج من ملكية الشركاء إلى ملكية الدولة.

- وقد ذكرت المادة (13) من قانون الشركات التجارية اليمني الأسباب العامة لحلّ الشركة، حيث جاء فيها: (1- مع مراعاة ما هو منصوص عليه في هذا القانون من أسباب خاصة لانحلال بعض أنواع الشركات، تنحل الشركة كذلك لأحد الأسباب العامة الآتية:-  
أ- إذا انقضت مدّتها المحددة في العقد ولم تجدد.

ب- إذا انتهى المشروع الذي أسست الشركة لإتمامه بدون تحديد مدّة لها.

ج- إذا زال موضوع المشروع الذي أسست الشركة من أجله.

د- إذا اتفق جميع الشركاء على حلّ الشركة، شريطة الوفاء بجميع التزاماتها.

2- يجوز للمحكمة المختصة أن تقضي بحلّ الشركة لأسباب عادلة، بناءً على طلب الشركاء أو أحدهم)<sup>(3)</sup>.

**ثانياً: الأسباب الخاصة:**

وهي ما تخص نوعاً من الشركات، وهو شركات الأشخاص والمبنية على الاعتبار الشخصي، وهذه الأسباب هي:

1- **وفاة أحد الشركاء:** تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء، وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة (439) من القانون المدني الجزائري بقولها: (تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء،

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 441.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 650.

3) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، المادة 13.



...<sup>(1)</sup>، ونصت عليه المادة (648) من القانون المدني اليمني قد نصت على ذلك بقولها:  
(تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء،...)<sup>(2)</sup>.

2- إفلاس أحد الشركاء، أو إعساره، أو الحجر عليه: كما هو معلوم أن إفلاس أحد الشركاء أو إعساره، أو الحجر عليه يكون سبباً من أسباب انتهاء الشركة، وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة (439) من القانون المدني الجزائري بقولها: (تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء، أو الحجر عليه، أو بإعساره، أو بإفلاسه)<sup>(3)</sup>، وفي الوقت ذاته نرى أن المادة (648) من القانون المدني اليمني قد نصت على ذلك بقولها: (تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء، أو بالحجر عليه،...)<sup>(4)</sup>.

3- فقد أحد الشركاء الأهلية العامة: إذا فقد أحد الشركاء أهليته فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الشركة؛ لانهيار أحد الأركان الموضوعية في الشركة، وهو أهلية المتعاقدين، وهو ما نراه في البند (د) في الفقرة 2 من المادة (45) من قانون الشركات التجارية اليمني حيث جاء فيها) كما تنحلّ لأحد الأسباب التالية: ...د- فقد أحد الشركاء الأهلية العامة...<sup>(5)</sup>.

4- انسحاب أحد الشركاء بناءً على إرادته: قد ينسحب أحد الشركاء من الشركة بمحض إرادته، وهذا يؤدي إلى انتهاء الشركة، وقد نصت المادة (440) من القانون المدني الجزائري

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 439.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 648.

3) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 439.

4) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 648.

5) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، البند(د) من الفقرة 2، المادة 45.



على ذلك بقولها: (تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء...)<sup>(1)</sup>، وجاء في المادة (648) من القانون المدني اليمني ما نصه: (... كما تنتهي بانسحاب أحد الشركاء...)<sup>(2)</sup>.

**5-** وقوع حادث يجعل استمرار الشركة أو استمرار الشركاء فيها غير مشروع: كأن يتم حضر أنشطة الشركة بقوة القانون، أو منع أحد الشركاء من مزاولة التجارة، أو سحب صفة التاجر منه، وهذا يؤدي إلى انهيار تعدد الشركاء، مما يترتب عليه استحالة بقاء الشركة، وبالتالي فلا بدّ من حلّ الشركة بقوة القانون ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك<sup>(3)</sup>.

- ونرى أن قانون الشركات التجارية اليمني قد خصص عدة مواد تكلمت عن انقضاء شركات الأشخاص، ومن ذلك ما جاء في الفقرتين 1 و 2 من المادة (45) حيث جاء فيها:

1- تنحل شركة التضامن إذا تحقق أحد أسباب انحلال الشركات بصورة عامة.

2- كما تنحلّ لأحد الأسباب التالية:

أ- وفاة أحد الشركاء إذا نصّ عقد الشركة على انحلال الشركات بصورة عامة.

ب- إفلاس أحد الشركاء.

ج- انسحاب أحد الشركاء بناءً على مشيئته.

د- فقد أحد الشركاء الأهلية العامة.

هـ- وقوع حادث يجعل استمرارها أو استمرار الشركاء فيها غير مشروع<sup>(4)</sup>.

وهذه الأسباب ذاتها يتم تطبيقها على سائر شركات الأشخاص، والتي منها شركة التوصية البسيطة، حيث نصت الفقرة 1 من المادة (54) من قانون الشركات التجارية اليمني على أنه:

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، المادة 440.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 648.

3) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص142.

4) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرتين 1 و 2، المادة 45.

(تطبق على تأسيس شركة التوصية البسيطة، وحلّها، حتى فيما يختص بالشركاء الموصيين، القواعد الموضوعية لتأسيس شركات التضامن وحلّها)<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني: تصفية الشركة وقسمتها.

سيكون الحديث في هذا المطلب عن تصفية الشركة، وقسمة موجوداتها، ثم بيان مدى تقادم الدعوى على الشركاء فقهاً وقانوناً، من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول: تصفية الشركة:

البند الأول: مفهوم التصفية:

---

(1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة1، المادة 54.

## أ) مفهوم التصفية لغة:

التصفية مصدر صغى يصفو صفاءً، والصفاء نقيض الكدر، والصفاء خلوص الشيء من الشوب، وصفوة الشيء خالصه، وأصفى الشيء انقطع.

ويطلق على الخلو، ومنه قولهم: أصفى الرجل من المال والأدب أي خلا<sup>(1)</sup>.

## ب) مفهوم التصفية في الفقه الإسلامي:

لا نكاد نجد تعريفاً لمفهوم تصفية الشركة عند الفقهاء، لكن نرى أن هناك من قام بتعريف التصفية ويريد بذلك تصفية التركة وقضاء ديون الغرماء؛ ليتم تقسيم الباقي على الورثة بعد ذلك. جاء في درر الحكام: (قسمة الغرماء: هي إعطاء حصة لكل دائن من تركة المدين بنسبة دينه...)<sup>(2)</sup>.

ولم يصرح الفقهاء بالتصفية، ولكن نجد بعض النصوص في باب القسمة، والتي تدل على أن الفقهاء أشاروا إليها، كما أنهم أكدوا أن الشخصية الاعتبارية للشركة يجب أن تظل قائمة فترة التصفية؛ لاستيفاء ما للشركة من حقوق، ووفاء ما عليها من ديون<sup>(3)</sup>.

- وقد عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية تصفية التركة بأنها: مجموع الأعمال التي غايتها حصر حقوق المتوفى والتزاماته، وأداء الحقوق المتعلقة بالتركة لأصحابها، من الدائنين، والموصى لهم، والورثة<sup>(4)</sup>.

- ويمكن تعريف التصفية بأنها: مجموعة الأعمال والإجراءات التي تتخذ لحصر حقوق والتزامات المصفى، وتحصيل ما يمكن تحصيله من الحقوق، والوفاء بما يمكن الوفاء به من الالتزامات<sup>(5)</sup>.

- أما تصفية الشركة فقد عرفها الخياط بأنها: (استفاء حقوقها، ووفاء ديونها، وحصر موجوداتها؛ لقسمة أموال الشركة)<sup>(6)</sup>.

## ج) مفهوم التصفية في القانون:

وردت عدة تعاريف لتصفية الشركة عند شراح القانون نذكر منها ما يلي:

1- عرفها العكيلي بأنها: مجموع الأعمال والإجراءات التي تتخذ لاستيفاء حقوق الشركة، وسداد ديونها، وحصر موجوداتها، بقصد تحديد صافي أموال الشركة التي توزع بين الشركاء بطريق القسمة<sup>(7)</sup>.

2- وعرفها الحمصي بأنها: مجموعة الأعمال القانونية والمادية التي تهدف إلى استيفاء حقوق الشركة، وحصر موجوداتها، وسداد ديونها؛ وذلك تمهيداً لاقتسام الأموال الصافية الباقية بين الشركاء<sup>(8)</sup>.

3- وعرفها شمسان بقوله: وتعرف التصفية بأنها: القيام بكافة العمليات الجارية، والضرورية الناتجة عن حل الشركة، أو بطلانها، وإدارتها مؤقتاً بواسطة المصفي، لتسوية علاقة الشركة بالشركاء والمديرين والغير، وتحديد مراكزهم القانونية، واستيفاء حقوقهم، وتحويل أصولها، وسداد ديونها، وقسمة الباقي بين الشركاء<sup>(9)</sup>.

- وتخضع أحكام تصفية الشركات التجارية في القانون الجزائري في المواد من (765) إلى (777) الواردة في القانون التجاري الجزائري، وكذلك الأحكام المطبقة بقرار قضائي والمنصوص

- 
- 1) ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص370 مادة(صفا)، والرازي: مختار الصحاح، ص375، والفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص354 (الصفو)، والفيومي: المصباح المنير، ج2، ص368(صفو).
  - 2) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص98.
  - 3) الموسى: شركات الأشخاص، ص365-367، والبريكي: شركات الأشخاص، ص313، والحمصي: الشركات المساهمة، ص197.
  - 4) وزارة الأوقاف: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج12، ص83.
  - 5) زياد صبحي: إفلاس الشركات في الفقه والقانون، ص83.
  - 6) الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج1، ص365.
  - 7) العكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص85.
  - 8) الحمصي: الشركات المساهمة، ص54.
  - 9) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص147.

عليها في المواد (778) إلى (795) من ذات القانون، كما تطبق أحكام المواد من (443) إلى (449) من القانون المدني عند الاقتضاء<sup>(1)</sup>.

كما تخضع أحكام تصفية الشركات التجارية في القانون اليمني على وجه الخصوص للمواد (47، 48، 49) الواردة في قانون الشركات التجارية اليمني، والقواعد الواردة في المواد من (653) إلى (660) من القانون المدني<sup>(2)</sup>.

ويقوم بالتصفية عادة مصفّ يتفق الشركاء على كيفية تعيينه وتحديد سلطاته، فإن لم يتفق الشركاء على ذلك تولى القاضي تعيينه بناءً على طلب أحدهم، وإذا تأخر تعيين المصفي اعتبر المديرون بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين؛ حماية للغير.

### البند الثاني: المصفي:

المصفي هو: الشخص الذي يُعهد إليه مباشرة أعمال تصفية الشركة المنحلة قانونياً، فيمثلهما، ويتصرف باسمها طيلة، فترة التصفية لحين الانتهاء منها<sup>(3)</sup>.

وقيل أن المصفي هو: الشخص أو الأشخاص الذين يوكل إليهم تسوية حقوق والتزامات الشركة المنحلة<sup>(4)</sup>.

وتحتفظ الشركة بالشخصية المعنوية في فترة التصفية بالقدر اللازم لأعمال التصفية، ثم تزول بعد تمام أعمال التصفية، وهو ما نصت عليه المادة (444) من القانون المدني الجزائري بقولها: (... أما شخصية الشركة فتبقى مستمرة إلى أن تنتهي التصفية)<sup>(5)</sup>.

وهو الأمر ذاته الذي نصت عليه المادة (654) من القانون المدني اليمني بقولها: (... أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية)<sup>(6)</sup>، وأيضاً نصت عليه

1) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص165.

2) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص147.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص166.

4) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص150.

5) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، لفقرة 1، المادة 444.

6) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 654.

الفقرة 1 من المادة(47) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (تبقى شخصية الشركة قائمة تحت التصفية خلال المدة اللازمة للتصفية؛ ولأجل حاجة التصفية فقط)<sup>(1)</sup>.

ذلك أنه لو زالت الشخصية المعنوية بمجرد انقضاء الشركة لأصبحت أموال الشركة ملكاً مشاعاً بين الشركاء، مما يمكن الدائنين الشخصيون للشركاء من مزاحمة دائني الشركة في التنفيذ على أموالها<sup>(2)</sup>، ويترتب على بقاء الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية نتائج منها:

1- تحفظ الشركة الواقعة تحت التصفية بذمتها المالية المستقلة بأصولها وخصومها، باعتباره الضامن العام لدائني الشركة.

2- احتفاظ الشركة باسمها وعنوانها مع إضافة عبارة ( شركة في حالة التصفية)<sup>(3)</sup> أو (شركة تحت التصفية)<sup>(4)</sup>، وذلك مع احتفاظها بجنسيتها، وأهليتها في الحدود التي تقتضيها أعمال التصفية.

3- يجوز للشركة في تلك الفترة التقاضي كمدعية أو مدعى عليها، ويمثلها المصفي.

4- بما أن الشركة تبقى محتفظة بصفة التاجر، فإنها تتعرض للحكم بشهر إفلاسها إذا ما توقفت عن دفع ديونها التجارية حالة الأداء، خلال مرحلة التصفية<sup>(5)</sup>.

#### - تعيين المصفي:

يتم تعيين المصفي من طرف الشركاء، وإجماعهم، واتفاقهم، وهذا ما نصت المادة (782) من القانون التجاري الجزائري على أنه: (يعين مصفٍ واحد أو أكثر من طرف الشركاء، إذا حصل

---

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة1، المادة 47.

2) الموسى: شركات الأشخاص، ص364.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص165.

4) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص149.

5) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص165، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص147-149.

الانحلال مما تضمنه القانون الأساسي، أو إذا قرره الشركاء، ويعين المصفي بإجماع الشركاء في شركات التضامن...<sup>(1)</sup>.

وإذا لم يتمكن الشركاء أو لم يتفقوا على تعيين مصفٍ فإن تعيينه يقع بأمر من رئيس المحكمة بعد فصله في العريضة، ويجوز لكل من يهمله الأمر أن يرفع معارضة ضد الأمر في أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ نشره؛ طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (775)<sup>(2)</sup>.

في حين نرى أن القانون اليمني ينص على أن المصفي أو المصفون يتم تعيينهم في النظام الأساسي للشركة، وإلا فيتم انتخابهم من الجمعية العامة غير العادية، أو يعد تعيينهم للوزير المختص، أو للمحكمة؛ إذا أخفقت الجمعية العامة في التوصل إلى تعيين من يتولى تصفية الشركة، وهذا ما جاء في المادة (217) من قانون الشركات التجارية اليمني: (إذا لم يعين المصفون في نظام الشركة الأساسي يجري تعيينهم باقتراع الجمعية العامة غير العادية، وإذا أخفقت الجمعية العامة بتعيينهم فيعود أمر تعيينهم للوزير، أو للمحكمة المختصة)<sup>(3)</sup>.

#### - سلطة المصفي:

الأصل أن تحدد اختصاصات المصفي وسلطاته في وثيقة تعيينه، ويجب عليه الالتزام بها، وإلا كان مسؤولاً عن تجاوز حدود الدائرة المرسومة له، ويبدأ المصفي بمباشرة أعماله ويقوم بتصفية الشركة وقسمة أموالها بالطريقة المذكورة في عقد إنشاء الشركة، وهو ما نصت عليه المادة (443)

1) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 782.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص166.

3) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة 217.

من القانون المدني الجزائري بقولها: (تتم تصفية أموال الشركة وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد...<sup>(1)</sup>).

ونصت عليه المادة (653) من القانون المدني اليمني بقولها: (تتم تصفية الشركة وقسمة أموالها بالطريقة المبينة في عقد انشائها...<sup>(2)</sup>).

وإذا كانت وثيقة تعيينه خالية من ذلك التحديد، فإنه يتحتم عليه وجوباً القيام بتصريف أعمال الشركة بما يتفق وأهداف التصفية دون غيرها<sup>(3)</sup>.

وقد بينت الفقرة 2 من المادة (48) من قانون الشركات التجارية اليمني أعمال المصفي بقولها: (يحصر المصفون ما للشركة من ديون في ذمة الغير، أو في ذمة الشركاء، ويوفون ما عليها من الديون، ويبيعون موجوداتها، ويقومون بجمع الأعمال التي تقتضيها التصفية، ويوزعون صافي موجوداتها بين الشركاء)<sup>(4)</sup>.

ومن خلال هذه المادة فإن للمصفي سلطة القيام بالأعمال اللازمة للتصفية ومنها:

- 1- استيفاء ما للشركة من حقوق قَبْلَ الغير أو قَبْلَ الشركاء.
  - 2- تسديد ما على الشركة من ديون حالّة، أما الديون المؤجلة فإنه يحتفظ بالمبالغ اللازمة لوفاء الديون التي لم تحل، وكذلك الحكم في الديون المتنازع عليها.
  - 3- بيع كل موجودات الشركة منقولاً أو عقاراً.
  - 4- القيام بجميع الأعمال التي تقتضيها التصفية، وتوزيع صافي الموجودات بين الشركاء.
- ويتوقف أعمال النتائج القانونية للتصفية في مواجهة الغير، على إعلانه بتصفية الشركة بالشكل المرسوم قانوناً، حيث نصت الفقرة 3 من المادة (47) من قانون الشركات التجارية اليمني

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، لفقرة 1، المادة 443.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 653.

3) حمود شمسان: الشركات التجارية، ص152.

4) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 2، المادة 48.



بقولها: (على المصفين شهر نتيجة اختيارهم، أو القرار القضائي المتضمن تعيينهم، كما يقع عليهم شهر وتسجيل تصفية الشركة...)<sup>(1)</sup>.

وتنتهي تلك التصفية بتمام تلك الأعمال، وتحديد الصافي من أموال الشركة، وتزول الشخصية المعنوية للشركة، ويلتزم المصفي بتقديم حساب عن أعماله إلى الشركاء، وبيان الأموال المتبقية، وعلى المصفي أن يطلب محو قيد الشركة من السجل التجاري خلال شهر من انتهاء التصفية، فإذا لم يقدم ذلك كان لمكتب السجل التجاري أن يحو ذلك من تلقاء نفسه<sup>(2)</sup>.

وللمصفي أن يأخذ أجراً على عمله، كما أن له الحق في الحصول على المبالغ التي أنفقها من ماله الخاص من أجل التصفية، وتكون مضمونة بالامتياز، ويأخذها من الأموال التي عنده، فإن لم تف بذلك كان له الرجوع بالباقي على الشركاء.

### - عزل المصفي:

القاعدة أن من عين المصفي هو الذي يملك عزله، وبذات الكيفية التي عينه بها، وذلك إذا ما أتى أمراً يستوجب عزله، ومع ذلك يجوز لكل شريك أن يطلب من القاضي عزل المصفي إذا وجد مسوغ لذلك، وللمصفي أن يعتزل عمله بشرط أن يكون ذلك في وقت لائق ومناسب، شريطة إبلاغ الشركاء، أو المحكمة، أو الوزارة المختصة برغبته قبل ذلك بوقت كافٍ؛ حتى يمكن بحث تعيين من يحل محله<sup>(3)</sup>.

ومما سبق نعلم أن تعيين المصفي جائز سواء كان تعيينه برغبة الشركاء واتفقهم، أو كان بطريق المحكمة، أو كان بالنص على ذلك في عقد الشركة، وإذا لم يتفق الشركاء على شيء فإن للقاضي أن يعين مصفياً؛ لأن تعيين المصفي في تلك الحالة أصبح مشكلة، وحل المشاكل لا يكون إلا عن طريق من له الأمر في ذلك، وهي الدولة ممثلة في الحاكم، والدولة حينئذ هي التي تقوم بدفع أجرة على ذلك؛ لما فيه من المصلحة العامة، فإذا لم يكن هناك مصفٍ معين من الدولة فإن المصفي

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والنشر في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 3، المادة 47.

2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص168، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص154، وعلي يونس: الشركات التجارية، ص204، ص159، والحمصي: الشركات المساهمة، ص54.

3) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص167، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص156.

الذي يَعيّن من الشركاء، أو القضاء إنما يؤخذ أجره من أموال الشركة بحسب حصص الشركاء فيها<sup>(1)</sup>.

وقد أُلزم المشرع اليمني تسجيل، وشهر انحلال الشركة في السجل التجاري في مركز المحافظة، وهذا ما نصت عليه المادة (46) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (يجب تسجيل وشهر انحلال الشركة بنفس الطريقة التي سجلت وأشهرت بها وثيقة عقد تأسيسها،...)<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: قسمة موجودات الشركة

القسمة هي العملية التالية لتصفية الشركة، وتأتي في الأصل بعد انتهاء المصفي من أعمال التصفية، وإنهاء كافة التزامات الشركة القانونية قبل الغير وتحصيل حقوقها منه، ذلك أن بعد تمام التصفية وتحديد مال الشركة وتعيينه، يأتي دور القسمة وذلك بأن تقسم أموال الشركة على الشركاء.

**والقسمة هي:** أن يصيّر القاسم الشيء المقسوم المشاع المملوك لاثنين فأكثر معيناً، أي يصيره معيناً بعد أن كان مشاعاً<sup>(3)</sup>.

ويعنى آخر فإن القسمة تعني معرفة وتمييز الحقوق الشائعة بعضها عن بعض وإفرازها عنها، بأن يتعين نصيب كل شريك في المشاع قبل القسمة<sup>(1)</sup>.

جاء في **درر الحكام:** (والقسمة هي تعيين الحصة الشائعة بين المتقاسمين في حصة، وفي مكان، وجمعها وتمييزها، وذلك أن حصة كل شريك في المال المشترك شائعة، أي سارية في كل جزء من أجزاء المقسوم، وبإجراء القسمة تصبح الحصة المذكورة معينة في مكان...)<sup>(2)</sup>.

وقد اشترط الفقهاء في (المصفي) أو القاسم شروط منها: أن يكون مسلماً، عدلاً، وأن يكون على علم بما يُقدّم عليه، عالماً بالحساب والمساحة؛ لكي يحصل الغرض من عمله، ومنهم

1) خليل: الشركات في الفقه الإسلامي، ص100، والموسى: شركات الأشخاص، ص367، والبريكي: شركات الأشخاص، ص314.

2) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة1997م، المادة46.

3) محمد المالكي: شرح ميارة، ج2، ص96.

من اشترط الذكورية، والحرية إضافة إلى ما سبق<sup>(3)</sup>، إلا أنه يتم التقيد بهذه الشروط في حالة كون المصفي معيناً من قبل الدولة، أما إذا كان معيناً من قبل الشركاء فلا يشترط ذلك؛ لأن المصفي، والقاسم وكيل عنهم وقد ارتضوا به على حاله فلهم ذلك<sup>(4)</sup>.

قال الماوردي: (... وشروط القسّم ثلاثة: أحدها: العدالة؛ لأنه حاكم مؤتمن، فلا يكون عبداً ولا فاسقاً. والثاني: قلة الطمع ونزاهة النفس؛ حتى لا يرتشي فيما يلي ويجوز. والثالث: علمه بالحساب والمساحة...)<sup>(5)</sup>.

وجاء في غاية البيان: ("وينصب الحاكم حراً، ذكراً، مكلفاً، عدلاً في الحساب، ماهراً" أي حاذقاً... ويشترط للقسمة "اثان إذ يقوم" أي إذا كان فيها تقويم؛ لأنهما شاهدان بالقيمة.. "وحيث لا تقويم في القسمة" يكفى قاسم واحد... ويجعل الامام رزق منصوبه من بيت المال فإن لم يكن، فأجرته على الشركاء بحسب حصصهم المأخوذة لا بعدد رؤوسهم...)<sup>(6)</sup>.

وعلى هذا فإنه بعد عملية التصفية تقسم الأموال المتبقية على الشركاء، كل بقدر ما دفعه من رأس المال، فإن وجدت أرباح، فيتم توزيعها بينهم على حسب الشروط التي اتفقوا عليها، وإن لم يكن ربح فإن كلاً منهم يأخذ قدر قيمة ما دفعه في رأس المال، إذا كانت حصته في الشركة نقداً. وإن كانت حصة الشريك عملاً، فإنه لا حظ له من رأس المال بل ينهي التزامه بذلك العمل للشركة، وإذا ترتب على الشركة خسارة، فإنها توزع بينهم بحسب نصيب كل منهم في رأس المال المقدم للشركة.

أما عند المشرع فنرى أن الفقرة 1 من المادة (447) من القانون المدني الجزائري قد بينت القسمة بقولها: (تقسم أموال الشركة بين الشركاء بعد استيفاء الدائنين لدينهم، وبعد طرح المبالغ

---

1) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص101، وزكريا الأنصاري: أسنى المطالب، ج4، ص329، ومحمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص327، وعبد القادر التغلي: نيل المآرب، ج2، ص460، وزكريا الأنصاري: فتح الوهاب، ج2، ص379.

2) علي حيدر: درر الحكام، ج3، ص101.

3) الماوردي: الحاوي، ج16، ص245، ومحمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص327.

4) الموسى: شركات الأشخاص، ص369، والبريكي: شركات الأشخاص، ص316.

5) الماوردي: الحاوي، ج16، ص245.

6) محمد الرملي: غاية البيان شرح زيد ابن أرسلان، ص327.

اللازمة لقضاء الديون التي لم يحل أجلها أو الديون المتنازع فيها، وبعد رد المصاريف أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة<sup>(1)</sup>.

وأيضاً نرى أن المادة (658) من القانون المدني اليمني جاء فيها: (تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً بعد استيفاء الدائنين لحقوقهم وحط المبالغ اللازمة للديون التي لم تحل، أو المتنازع فيها، وردّ المصروفات لمن يكون قد دفعها، وردّ ما يكون أحد الشركاء قد دفعه من ماله الخاص لمصلحة الشركة)<sup>(2)</sup>.

ونصت الفقرة 1 من المادة (49) من قانون الشركات التجارية اليمني على القسمة بقولها: (تسوى الحسابات بين الشركاء، وتجري قسمة أموال الشركة المنحلة بينهم، بعد تصفيتها، وفقاً لشروط عقد الشركة)<sup>(3)</sup>.

أما من حيث طريقة قسمة الأموال بين الشركاء، فإنها تتم طبقاً للقواعد المنصوص عليها في العقد التأسيسي للشركة، أو في نظام الشركة، فإن لم يوجد نص في هذا الموضوع، اتبعت الأحكام المبينة في القانون، كما تتبع في قسمة أموال الشركة القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع. وإذا كان صافي أموال الشركة يساوي رأس مالها فإن كل شريك يختص بمبلغ من هذه الأموال يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال، كما هي مبينة في العقد متى كانت حصة الشريك عينية<sup>(4)</sup>.

وإذا تبقى شيء من أموال الشركة بعد رد قيمة الحصص المقدمة من الشركاء، فإن هذا الفائض يقسم بين جميع الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح، فإذا لم يتم تحديد هذه النسبة في العقد فيوزع الفائض بنسبة حصة كل شريك في رأس المال، وهذا ما نراه جلياً في البند (هـ) من الفقرة 2 من المادة (49) من قانون الشركات التجارية اليمني حيث نصت على ذلك بقولها:

---

1) القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م، الفقرة 1، المادة 447.

2) القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 2002م، المادة 658.

3) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج1، لسنة 1997م، الفقرة 1، المادة 49.

4) الموسى: شركات الأشخاص، ص368، والبريكي: شركات الأشخاص، ص315.

(يوزع ما تبقى من موجودات الشركة على الشركاء بنسبة توزيع الأرباح بينهم، وفي حالة غياب النص على هذه النسبة فنسبة حصة كل منهم في رأس المال)<sup>(1)</sup>.  
وإذا لم يكف صافي أموال الشركة للوفاء بحصص الشركاء، فيأخذ كل شريك من الباقي بنسبة حصته في رأس مال الشركة<sup>(2)</sup>، وهذا ما نص عليه البند (د) من الفقرة 2 من المادة (49) من قانون الشركات التجارية اليمني بقولها: (تدفع لكل شريك حصته من رأس المال... وإذا كان

الأمر عبد القادر للعطوم الإسلامية

---

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م، البند هـ، الفقرة 2، المادة 49.  
2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص 172، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص 159.

الباقى من موجودات الشركة لا يكفي لذلك، فيدفع لكل شريك من هذا الباقي بنسبة حصته في رأس مال الشركة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: تقادم الدعوى على الشركاء

قد تنحل الشركة وتتم إجراءات التصفية، ثم بعد ذلك قد يظهر دائن لم يكن معروفاً وقتها للشركاء، يطالبهم بوفاء دينه، فهل يسقط حق هذا الدائن بحجة تقادم الدعوى بانتهاء المدة؟ فإن قلنا بجواز ذلك فإن فيه إهدار للحقوق، وتضييع لها، وذريعة لمن شاء أن يعمل هذا الأمر. وبالنظر في الشريعة الإسلامية نرى أن ذلك غير جائز شرعاً؛ لأن تحديد تلك المدة معناه الحكم على صاحب الحق تجاه الشركة بضياع حقه الصريح الذي لا شبهة فيه، كما أن تحديد المدة لا مستند له من الشرع، وهو لا يشبه الحيازة؛ لأن الحيازة تملك شيء مجهل صاحبه، أما هنا فصاحب الحق معلوم.

قال ابن نجيم: (... وإن طالت المدة؛ لأن تقادم الزمان لا يوجب بطلان الحق)<sup>(2)</sup>. وجاء في درر الحكام: (لا يسقط الحق بتقادم الزمن، ولو تقادم الزمن أحقاباً كثيرة، ... فلذلك لو أقام أحد الدعوى بمطلوبه الذي هو على آخر، بعد مرور خمس عشرة سنة، وردّ

1) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1،

لسنة 1997م، البند د، الفقرة 2، المادة 49.

2) ابن نجيم: البحر الرائق، ج 4، ص 124.

القاضي الدعوى بسبب مرور الزمن، فيبقى المدين ديانة، ولا يخلص من حق غرمائه ما لم يؤدّ دينه، أو يُرضي مدينه<sup>(1)</sup>.

وبالتالي يكون الحكم بهذا التقادم إسقاط حق الشخص وضياعه، ويكون الحكم بالتقادم هنا مجرد حكم يترتب عليه ضياع حقوق المتعاملين مع الشركة، وحماية الشركاء الذين قاموا بتلك الالتزامات وهذا غير صحيح<sup>(2)</sup>.

أما القانونيون فقد قالوا بأن الدعوى تسقط بالتقادم، ولكنهم اختلفوا في تحديد مدة التقادم، فنرى أن بعضهم حدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة<sup>(3)</sup>، والبعض الآخر قال أن هذه المدة طويلة وأنها غير مناسبة؛ لأن فيها إرهاق للشركاء، يعرضهم لمطالبة الدائنين هذه المدة؛ لذلك رأوا أن يجعل للشركة حكم خاص.

وذلك بأن يجعل كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى ضد الشركاء غير المصنفين، أو ورثتهم يسقط الحق في إقامته بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء مدة الشركة، إذا كانت قد أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً، أو من تاريخ إعلان اتفاق الشركاء على حلها<sup>(4)</sup>.

وكذلك نرى أن القانون الجزائري قد جعل مدة التقادم بسقوط الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة بخمس سنوات، وذلك اعتباراً من نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري، وهذا ما نصت عليه المادة (777) من القانون التجاري الجزائري بقولها: (تتقادم كل الدعاوى ضد الشركاء غير المصنفين، أو ورثتهم، أو ذوي حقوقهم، بمرور خمس سنوات، اعتباراً من نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري)<sup>(5)</sup>.

وبناءً على هذا النص فإن التقادم الخمسي لا يسري على الشريك المصنف قبل دائي الشركة، ويستوي في ذلك الدعاوى المرفوعة عليه بصفته كمصنف أو تلك التي رفعت عليه كشريك،

1) علي حيدر: درر الحكام، ج4، ص279..

2) الموسى: شركات الأشخاص، ص371، والبريكي: شركات الأشخاص، ص317-318.

3) ملش: الشركات، ص334، والعكيلي: الوسيط في الشركات التجارية، ص86.

4) ملش: الشركات، ص334.

5) القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في

الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م، المادة 777.



وبالتالي تطبق عليه القواعد الخاصة في التقادم المسقط والتي لا تسقط فيها الدعاوى إلا بانقضاء خمسة عشر سنة وفقاً لأحكام المادة (308) من القانون المدني الجزائري.

وهذا حكم غير منطقي وغير عادل؛ لأنه لا يسوي بين الشركاء، وزيادة على ذلك فإنه يجعل الشريك المصفي وكأنه شخص أجنبي عن الشركة، مما يستوجب من المشرع الانتباه لهذا الأمر، والعمل على إعادة صياغة نص المادة (777) بما يتماشى مع التفرقة بين الدعاوى التي ترفع على الشريك المصفي بوصفه شريكاً، وتلك الدعاوى التي ترفع عليه بصفته مصفياً.

وكذلك الأمر بالنسبة لمدة التقادم في القانون اليمني حيث نرى أنه جعل مدة التقادم خمس سنوات لاحقة لتاريخ حل الشركة، بالنسبة للدعاوى التي نشأت خلال نشاط الشركة العادي، ويبدأ احتسابها من تاريخ شهر انقضاء الشركة باعتباره تاريخ استحقاق الديون القائمة في ذمة الشركة.

وقد نصت المادة (23) من قانون الإثبات اليمني على التقادم الخمسي بقولها: (لا تسمع الدعوى من حاضر بسائر الحقوق التي لا تتعلق بعقار ولم يرد ذكرها في المواد الأربع السابقة بعد مضي خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة...)<sup>(1)</sup>.

ويشترط لسريان التقادم الخمسي أن نكون بصدد شركة تجارية انقضت بأحد أسباب الانقضاء، ودخلت مرحلة التصفية، ورفع دوائها دعواه بعد ذلك، أما إذا كانت الشركة لا تزال قائمة فإن هذه الدعاوى المرفوعة لا تخضع للتقادم الخمسي.

كما يشترط أيضاً شهر انقضاء الشركة طبقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وفي الحالات التي يكون فيها واجباً<sup>(2)</sup>.

وهذا ما نراه في المادة (46) من قانون الشركات التجارية اليمني حيث جاء فيها: (يجب تسجيل وشهر انحلال الشركة بنفس الطريقة التي سجلت وأشهرت بها وثيقة عقد تأسيسها،...)<sup>(3)</sup>.



- 
- 1) قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م، المادة 23.
- 2) عموره: شرح القانون التجاري الجزائري، ص173، وحمود شمسان: الشركات التجارية، ص162، والحمصي: الشركات المساهمة، ص56.
- 3) قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد7، ج1، لسنة 1997م، المادة 46.

## المطلب الثالث: مقارنة بين انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه

### والقانون

- 1- وضع الفقه الإسلامي أسباباً تؤدي إلى انقضاء الشركة، منها ما يتعلق بالشركاء، ومنها ما يتعلق برأس المال، ومنها ما هو خاص بالمدة.
  - فالذي يتعلق بالشركاء هو: موت أحدهم، أو عزله من قبل الشركاء، أو انسحابه من الشركة، أو الحجر عليه لسفه أو فلس، أو بجنونه.
  - وأما ما يتعلق برأس المال فهو: هلاك جميعه أو معظمه.
  - وأما ما يتعلق بالمدة فهو: انقضاء المدة المحددة لها، أو انتهاء عملها الذي قامت من أجله.
- أما التشريعين الجزائري واليميني فقد قسّما أسباب انقضاء الشركة إلى أسباب عامة، وخاصة.
- وإذا ما قارناهما بأسباب انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي نجد أنها قد شملتها جميعاً، غير أن التشريعين الجزائري واليميني قد انفردا بأسباب أخرى وهي:
- اتفاق الشركاء وإجماعهم على حلّ الشركة، وإزاحتها من الساحة الاقتصادية.
  - حلّ الشركة بحكم قضائي.
  - تأميم الشركة واستيلاء الدولة عليها.
  - اتفاق الشركاء على اندماج الشركة بشركة أخرى.
- ونرى أن التشريعين الجزائري واليميني قد ذكرا أسباب انقضاء الشركة عموماً في مواد عامة في القانونين المدنيين الجزائري واليميني.
- في حين نرى أن المشرّع اليميني قد ذكر هذه الأسباب مفصّلة، وأفرد لها مواداً خاصة في قانون الشركات التجارية.

2)- أورد فقهاء القانون عدّة تعاريف لتصفية الشركة، ولم أجد حسب بحثي تعريفاً خاصاً بتصفية الشركة في الفقه الإسلامي، وإنما بيّن الفقهاء كيفية تصفية التركة في باب القسمة والموارث.

أما التشريعين الجزائري واليميني فقد أفردا مواداً خاصة بتصفية الشركة، وما يتعلق بها من أحكام تتعلق بطريقة تعيينه، وطبيعة عمله، وكيفية عزله.

3)- اشترط الفقهاء فيمن يقوم بقسمة التركة (المصفي) شروطاً منها: أن يكون مسلماً، حراً، عدلاً، عالماً بالحساب والمساحة، وأن يكون على علم بما يُقدم عليه، وغير ذلك من الشروط وذلك إذا كان معيناً من قبل ولي الأمر، أما إذا كان معيناً من قبل الأطراف أو الشركاء فلا يشترط ذلك؛ لأن المصفي والقاسم وكيل عنهم، وقد ارتضى به الشركاء على حالة.

أما التشريعين الجزائري واليميني فلم يتعرضا لشروط المصفي، وإنما نصّا على أن الحق في تعيين المصفي يعود إلى الشركاء، فإن اختلفوا فيتمّ تعيينه من قبل القاضي، أو المحكمة المختصة، أو الوزير المختص.

4)- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني على أن مهمة المصفي (القاسم) هي القيام بحصر الموجودات، وقضاء الديون المتعلقة بالشركة، واستيفاء ما لها من حقوق، ثم قسمة ذلك بين الشركاء أو الورثة.

5)- اتفق الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني على أن ما تبقى من صافي الأرباح أثناء تصفية الشركة وقسمة موجوداتها، توزع على الشركاء بقدر رؤوس الأموال المقدمة من كل شريك.

إلا أن المشرّع اليميني قد نص على أن يكون توزيع الأرباح يكون بين الشركاء بحسب النسبة المتفق عليها في عقد التأسيس، فإن لم يوجد تنصيب على ذلك أو اتفاق فيكون التوزيع حسب رؤوس الأموال المقدمة من كل شريك.

6)- نصّ الفقهاء في كتب الفقه الإسلامي على عدم اعتبار تقادم الدعوى، وأن الحق في الدعوى لا يسقط أبداً بمرور الزمن؛ لأن في التقادم ضياع للحقوق، ولكون ذلك يختلف

عن الحيابة، وذلك لأن الحيابة تكون في تملك شيء مجهول صاحبه، أما هنا فصاحب الحق معلوم.

في حين نرى أن التشريعين الجزائري واليميني قد نصّا على اعتبار التقادم في الدعوى بمرور خمس سنوات، تبدأ من تاريخ الاستحقاق.

(7) - أوجب المشرعين الجزائري واليميني تسجيل وشهر النحل الشركة لدى الجهات المختصة - السجل التجاري - بالطريقة التي أشهر بها في عقد التأسيس، في حين نرى أن الفقه الإسلامي لا يرى أياً من ذلك.

عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأميرة  
عبد القادر  
الاسلامية

# الخلاصة

## الخاتمة

فبعد أن قضينا رحلة في رحاب هذا البحث، فإنني أحمد الله عز وجلّ على تيسيره وتوفيقه وعونه، وفي الختام يرغب الباحث في الوقوف على أهم النتائج التي استخلصها من خلال هذا البحث، وهي على النحو التالي:

(1) - تبين أن الإسلام لم ينظر إلى المال نظرة مادية فحسب كما هو الحال في التشريعات الوضعية، بل ينظر إليه نظرة متكاملة تجمع بين الجانب الروحي والمادي معاً، فهو بذلك يدفع بالجهد المادي إلى السمو الروحي ويوازن بينهما كما يوازن بين مصالح الفرد ومصالح الجماعة.

(2) - أن الغاية من تأسيس الشركات وإن كان هو تحصيل الربح، إلا أنه يجب على المسلم أن يبتغي مرضات الله فيتحرى الحلال في كسبه، ويتعدى عن المحرمات والشبهات، فيحقق المسلم بذلك السعادة بامتثاله للشرع، وتتأتى له الرفاهية والرغد في العيش بما حصل عليه من ربح حلال في كسبه.

(3) - أن الشركة وجدت منذ القدم وجاء الإسلام فوجّه مسارها ووضع القواعد والضوابط اللازمة لتأسيسها، فأجاز ما وافق منها الشرع الحنيف وردّ ما خالفه، ووزنها بالميزان الرباني الصحيح.

(4) - أن ما يميز الشركات في الفقه الإسلامي أن الأصل في مشروعيتها هو الكتاب، والسنة، والإجماع، بخلاف شركات القانون الوضعي فتستمد مشروعيتها من القوانين الوضعية.

(5) - أن أنواع الشركات التي ورد ذكرها في كتب الفقه الإسلامي، والتي قعد لها الفقهاء وذكرها أنواعها؛ إنما يرجع بحسب ما غلب التعامل به في زمنهم وجاءت مستوفياً لما قرره الشريعة من قواعد وأحكام، وهدفت إليه من مقاصد وغايات عظام.

(6) - أن شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني ثلاثة أنواع هي: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة، وقد عرّف المشرع الجزائري واليميني هذه الأنواع الثلاثة ووضع الضوابط اللازمة لتأسيسها.

(7) - تبين اتفاق التشريعين الجزائري واليميني مع الأركان والقواعد العامة والخاصة للشركة في الفقه الإسلامي، إلا أن التشريعين الجزائري واليميني انفردا عن الفقه الإسلامي بركن شكلي وهو: تسجيل الشركة وإشهار عقدها، بخلاف الفقه الإسلامي الذي لم يشترط ذلك أصلاً.

8- ظهر انفراد شركة المحاصّة بعدم تمتعها بالشخصية المعنوية، وأنها لا تخضع للإشهار؛ وذلك وفقاً للمادة (795) مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري، والمادة (55) من قانون الشركات التجارية اليميني، وأنه لا يجوز لهذه الشركة إصدار أسهماً وسندات قابلة للتداول، وهذا ما قرره المادة (795) مكرر 5 من القانون التجاري الجزائري، والمادة (58) من قانون الشركات التجارية اليميني، بخلاف شرطي التضامن والتوصية البسيطة واللذان تتمتعان بذلك.

9- توصل الباحث بعد دراسته لشركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني أن جميع الشركات الحديثة من تضامن، وتوصية بسيطة، ومحاصّة، وغيرها من الشركات لا تدخل تحت أي نوع من أنواع الشركات التي ذكرها الفقهاء، وإنما هي شركات جديدة قائمة بذاتها تضاف إلى قائمة شركات العقود باعتبار أن الأصل في المعاملات الصحة، وفي العقود اللزوم، وأن الأصل في الشركات الجواز إذا خلت من الموانع الشرعية، وانتفت من أنشطتها التجارية المحرمات، وكانت وفقاً للضوابط الشرعية.

10- رغب الإسلام في إقامة العدل، وإشاعة روح المودّة والأخوة بين أفراد المجتمع، وحث أفراده على السعي في حلّ النزاعات، وشرع لذلك وسائل وطرق متعددة، منها القضاء كطريقة أصلية لفض النزاعات، ومنها ما هو بديل كالوساطة، والصلح، والتحكيم.

11- اكتفى الباحث في بحثه بدراسة طرق حلّ النزاعات البديلة الأساسية؛ وذلك لما يميزها عن غيرها من الطرق والوسائل، والتي منها الإسراع في فضّ النزاعات، والمحافظة على أسرار الخصوم وخصوصياتهم، وقلة النفقات والتكلفة المادية فيها، وتمتعها بالمرونة، ولأنها تجبر الأحقاد والضغائن التي تنشأ بين المتخاصمين، وهذا ما لا نراه في غيرها من الوسائل.

12- أن إنهاء النزاعات والخلافات بالطرق البديلة المبنية على الرضى أولى وأفضل من اللجوء إلى القضاء الشرعي لحسم النزاع؛ لأن من شأن الطرق البديلة والتسويات السلمية أن تحسم النزاعات، وتحقق الوفاق، وتستأصل الشر والفساد، وتكون عاملاً في تحقيق الأمن والطمأنينة في المجتمع.

13- أن الوساطة والصلح والتحكيم من العقود التي تبنى على التراضي، ولا بد من توافر الإيجاب والقبول فيها.

14- تعتبر الوساطة والصلح غير ملزمة لأطراف النزاع، وإنما تتوقف على إرادتهم وقبولهم، بخلاف التحكيم فإنه ملزم لأطراف النزاع، إلا إذا اتفقت الأطراف على الفسخ قبل صدور الحكم.

15)- لا تجوز الوساطة، أو الصلح، أو التحكيم فيما هو حق خالص لله تعالى كالحدود الواجبة حقاً لله، كحدّ الزنا والسرقه، وإنما تجوز فيما هو حق مالي خالص للمكلف كالبيوع والكفالة وغيرها.

16)- أن حكم المحكم أو المحكمين بعد صدوره حجة ملزمة للطرفين، إذا لم ينفذاه فلا بدّ من عرضه على القضاء لإعطائه القوة القانونية.

17)- يختلف مفهوم الإفلاس في الفقه الإسلامي عن مفهومه في التشريعين الجزائري واليميني اختلافاً كبيراً، فالإفلاس في الفقه الإسلامي هو: إحاطة الدّين بمال المدّين، أما الإفلاس في القانون فهو: توقف التاجر عن دفع ديونه المستحقة.

18)- أن الفقه الإسلامي لا يفرق في تطبيقه لأحكام الإفلاس بين التاجر وغيره من ذوي الأموال، في حين نرى أن التشريعين الجزائري واليميني قد طبقا أحكام الإفلاس على التجار، وأحكام الإعسار المدني على غير التجار.

19)- تعتبر حقيقة إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي هي: خسارة كل أو معظم رأس مال الشركة بتلف، أو ضياع، أو نقص قيمة، أو استغراق الدّين رأس مال الشركة، وأن حقيقة إفلاس شركة الأعمال (الأبدان) هي: تلف، أو ضياع أجره العمل، أو تراكم الديون عليها على وجه لا يمكن معه الاستمرار فيها.

20)- إن القانون الوضعي قد رتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء المتضامنين في شركتي التضامن والتوصية البسيطة، بخلاف الشركاء الموصين في التوصية البسيطة، أما في شركة المحاصة فلا يلحق الإفلاس إلا الشريك الظاهر فقط دون غيره من الشركاء.

21)- نرى أن الفقه الإسلامي لم يقرّ بمبدأ تقادم الدعوى على الشركاء بعد تصفية الشركة، بل اعتبر ذلك ضياعاً للحقوق. أما المشرع الجزائري واليميني فقد أقرّ بمبدأ التقادم.

#### التوصيات:

ومن خلال هذا البحث تبين لي أن ثمة توصيات جديدة بالذكر رغبت أن أذكرها في خاتمة هذا البحث على النحو التالي:

1)- إنشاء المعاهد الخاصة لتأهيل الراغبين في حلّ النزاعات بالطرق البديلة وتأهيلهم تأهيلاً شرعياً وقانونياً متكاملًا؛ لما له من أهمية بالغة في التيسير على أطراف النزاع، وتخفيف العبء على القضاء.



- (2)- فتح تخصصات في كليات الشريعة والقانون لدراسة الطرق البديلة لحل النزاعات، وتدرّس المواد اللازمة لذلك من علوم شرعية أو قانونية.
- (3)- أقترح على المشرع اليمني إصدار تشريعات خاصة تتضمن الطرق البديلة لحل النزاعات المحلية والدولية، أسوة بالمشرع الجزائري الذي أفرد للطرق البديلة لحل النزاعات باباً مستقلاً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة (990) إلى المادة (1061) من القانون ذاته.
- (4)- تفعيل دور الرقابة القانونية في تنظيم إجراءات السير في الطرق البديلة لحل النزاعات وخاصة التحكيم منها، وعدم السماح بالممارسات الخاطئة التي يرتكبها المحكم أو المحكمين، والتي قد يترتب عليها الابتزاز لأطراف النزاع وضياع حقوقهم.
- وأخيراً أسأل الله العليّ القدير أن يجعل هذا الجهد المتواضع خالصاً لوجهه الكريم، وأن يسدّد خطانا إلى كل خير، إنه سميع مجيب، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم...

# الانفجار من

جامعة الأميرة  
القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الآيات.

الصفحة	رقم الآية	الآية
سورة البقرة		
69	29	﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾
157	143	﴿أُمَّةً وَسَطًا﴾
190	182	﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾
28	185	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾
117	198	﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا﴾
21	220	﴿وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَاخْوَانُكُمْ﴾
275-268-266	280	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾
205	282	﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾
سورة النساء		
38	6	﴿فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾
19	11	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾
21	12	﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾
214-213-212	29	﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾
229-162	35	﴿فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾
164	65	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ﴾
114	101	﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾
189-162	114	﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ﴾
-212-211-188 214	128	﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾

سورة المائدة		
104 - 29	1	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
105-28	2	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾
229	95	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ﴾
سورة الأنفال		
189	1	﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾
22	41	﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾
سورة التوبة		
97-22	60	﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ وَالعَامِلِينَ﴾
سورة النحل		
28	14	﴿وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ﴾
سورة الكهف		
20	19	﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾
سورة الحج		
28	78	﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
سورة الروم		
19	28	﴿هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ﴾
سورة ص		
22	24	﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى﴾
سورة الزمر		
23	29	﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُونَ﴾

سورة غافر		
90	44	﴿وَأَفْوِضْ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ﴾
سورة الجاثية		
69	13	﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾
سورة الحجرات		
248	6	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ﴾
188-162	9	﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا﴾
189-162	10	﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾
سورة الجمعة		
118	10	﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾
سورة الطلاق		
266	7	﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾
سورة المزمل		
118-113	20	﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ﴾
سورة الشرح		
266	56	﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾

## فهرس الأحاديث والآثار.

الصفحة	الحديث	م
269	( أتدرون من المفلس؟... )	1
178	( أتشفع في حد من حدود الله؟... )	2
190	( اذهبوا بنا نصلح بينهم... )	3
102 - 25	( اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نُصيب... )	4
231	( اشترى رجل من رجل عقاراً... )	5
24	( اشتريت أنا وشريك لي... )	6
270	( أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار... )	7
192-165	( ألا أخبركم بأفضل من درجة... )	8
-213-211-191 214	( الصلح جائز بين المسلمين... )	9
70	( المسلمون شركاء في ثلاث... )	10
29	( المؤمن للمؤمن كالبنيان... )	11
25	( إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو... )	12
230	( إن الله هو الحَكَم وإليه الحُكْم... )	13
271	( أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل... )	14
272	( أن من كان اقتضى من حقه شيئاً... )	15
23	( أنا ثالث الشريكين... )	16
27	( إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل... )	17
191-165	( أنه تقاضى ابن أبي حذرد ديناً... )	18
164	( أنه خاصم رجلاً من الأنصار قد شهد... )	19
26	( أنه كان شريك النبي ﷺ في أول الإسلام... )	20

232	( بيني وبينك زيد بن ثابت ... )	21
70	( ثلاث لا يمتنع ... )	22
193-168-166	( ردوا الخصوم حتى يسطلحوا... )	23
37	( عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال... )	24
120	( قد جعلته قراضاً... )	25
230	( قضيت بحكم الله، وربما قال: بجكم الملك )	26
119	( كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالا... )	27
271	( كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شاباً حليماً سمحاً... )	28
119	( كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا... )	29
26	( كنت شريكاً في الجاهلية، فكنت شريكاً... )	30
271	( لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ ... )	31
192	( ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس... )	32
193	( ما خطوة أحب إلى الله عز وجل )	33
103	( ما كان من شرط ليس في كتاب الله... )	34
270	( من أدرك ماله بعينه عند رجل... )	35
27	( من أعتق شركاً له في مملوك... )	36
24	( من كان له شريك في ربة، أو نخل... )	37
163	( يا أبا أيوب ألا أدلك على عمل... )	38
163	( يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة... )	39

## فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم	م
165	ابن أبي حدرد	1
20	ابن العربي	2
28	ابن المنذر	3
21	ابن بطل	4
191	ابن رجب	5
111	ابن رشد	6
70	ابن عابدين	7
36	ابن عبد البر	8
5	ابن عرفه	9
2	ابن فارس	10
200	ابن فرحون	11
71	ابن قدامة	12
21	ابن كثير	13
3	ابن منظور	14
34	ابن نجيم	15
165	أبو الدرداء	16
24	أبو المنهال	17
163	أبو أمامة الباهلي	18
70	أبو خراش	19
230	أبو سعيد الخدري	20
25	أبو موسى الأشعري	21



231	أبي بن كعب	22
178	أسامة بن زيد	23
192	أم كلثوم بنت عقبة	24
41	الأوزاعي	25
267	البكري الدميّاطي	26
99	البهوتي	27
20	الجصاص	28
5	الحطاب	29
108	الخرقي	30
4	خليل	31
34	الدسوقي	32
104	الرملي	33
36	الزركشي	34
96	زكريا الأنصاري	35
232	زيد بن ثابت	36
26	السائب	37
71	السرخسي	38
229	سعد بن معاذ	39
272	سعيد بن المسيب	40
190	سهل بن سعد	41
31	السيواسي	42
31	الشربيني	43
230	شريح بن هانئ	44
23	الشوكاني	45

37	الصاوي	46
24	الصنعاني	47
30	العبدري المواق	48
119	عروة	49
267	عليش	50
371	عمر بن خلدة	51
262	الغزالي	52
20	القرافي	53
19	القرطي	54
33	الكاساني	55
165	كعب بن مالك	56
22	الماوردي	57
91	محمد بن الحسن	58
251	المزني	59
245	موسى أبو النجا	60
261	ميارة الفاسي	61
112	النفراوي	62
31	النوي	63

## فهرس المصادر والمراجع

### - القرآن الكريم.

- 1- إبراهيم بن شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الغرب الإسلامي: بيروت، 1989م.
- 2- إبراهيم بن علي الشيرازي: طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي: بيروت، ط (1) 1970م.
- 3- إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمري: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر: القاهرة.
- 4- إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي: التنبيه في الفقه الشافعي، تح: عماد الدين أحمد حيدر، عالم الكتب: بيروت، 1403هـ.
- 5- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (7) 1409هـ-1989م.
- 6- إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار: المعجم الوسيط، تح: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة: اسطنبول، ط (2) 1972م.
- 7- ابن أمير الحاج: التقرير والتحريير في علم الأصول، دار الفكر: بيروت، 1417هـ-1996م.
- 8- ابن مفلح برهان الدين أبي اسحاق إبراهيم بن محمد: المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب: الرياض، 1423هـ-2003م.
- 9- أبو إسحاق الشيرازي: طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي: بيروت، ط (1) 1970م.
- 10- أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تح: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر: بيروت، 1412هـ.
- 11- أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي: شعب الإيمان، تح: محمد السعيد بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1410هـ.
- 12- أبو بكر الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الفكر: بيروت، ط (2).

- 13- أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة: طبقات الشافعية، تح: عبدالعليم خان، عالم الكتب: بيروت، ط (1) 1407هـ.
- 14- أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، دار الكتاب العربي: القاهرة، 1989م.
- 15- أبو هلال العسكري: معجم الفروق اللغوية، تح: مؤسسة النشر الاسلامي بقم، مؤسسة النشر الإسلامي: قم، ط (1) 1412هـ.
- 16- أحمد أبو الوفاء: عقد التحكيم واجراءاته، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، ط (4) 2007م.
- 17- أحمد الدردير: الشرح الصغير بهامش بلغة السالك، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1415هـ.
- 18- أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي: حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، تح: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر: بيروت، 1419هـ-1998م.
- 19- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، السنن الكبرى، تح: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (3) 1424هـ، 2003م.
- 20- أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (2) 1420هـ-1999م.
- 21- أحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن النسائي: (سنن النسائي) المجتبى من السنن، تح: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية: حلب، ط (2) 1406هـ، 1986م.
- 22- أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، تح: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، 1405هـ.
- 23- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني: تقريب التهذيب، تح: محمد عوامة، دار الرشيد: سوريا، 1406هـ-1986م.
- 24- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني: لسان الميزان، تح: دائرة المعارف النظامية: الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات: بيروت، ط (3) 1406هـ-1986م.
- 25- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، تح: علي محمد البجاوي، دار الجيل: بيروت، ط (1) 1412هـ.
- 26- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1404هـ، 1984م.

- 27- أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تح: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية: الهند، 1392هـ-1972م.
- 28- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تح: رضا فرحات، مكتبة الثقافة الدينية.
- 29- أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: بيروت، 1399هـ-1979م.
- 30- أحمد بن محمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تح: محمد عبدالسلام شاهين، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1415هـ-1995م.
- 31- أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبدالملك القسطلاني: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، المطبعة الكبرى الأميرية: مصر، ط (7) 1323 هـ.
- 32- أحمد بن محمد بن أحمد الضبي: اللباب في الفقه الشافعي، تح: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار البخاري: المدينة المنورة، ط (1) 1416هـ.
- 33- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية: بيروت.
- 34- أحمد حمد: فقه الشركات، دار القلم: الكويت، ط (1) 1404هـ-1984م.
- 35- إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي: تفسير القرآن العظيم، تح: سامي بن محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط (2) 1420هـ-1999م.
- 36- إلياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، لبنان، ط (3) 2008م.
- 37- أنور مصباح سوبره: شركات استثمار الأموال من منظور إسلامي، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (1) 1425هـ-2004م.
- 38- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، تح: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية: بيروت، 1421هـ-2000م.
- 39- برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الحليل الفرغاني المرغيناني: متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صباح: القاهرة.
- 40- تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، تح: محمود محمد الطناحي، وعبدالفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط (2) 1413هـ.

- 41- تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي: كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، تح: علي عبدالحميد بلطجي، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير: دمشق، 1994م.
- 42- جلال الأحذب: دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وقانون المرافعات الفرنسي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص 2009م.
- 43- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، دار صادر: بيروت، ط (3) 1419هـ.
- 44- الحسين بن مسعود البغوي: شرح السنة للإمام البغوي، تح: شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي: دمشق، وبيروت، ط (2) 1403هـ-1983م.
- 45- حمزة محمد قاسم: منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، راجعه: عبدالقادر الأرنؤوط، مكتبة دار البيان: دمشق، ومكتبة المؤيد: الطائف، 1410هـ-1990م.
- 46- حمود محمد شمسان: الشركات التجارية، الأمين للنشر والتوزيع: صنعاء، ط (4) 2010م.
- 47- خليل بن إسحاق الجندي: مختصر العلامة خليل، تح: أحمد جاد، دار الحديث: القاهرة، ط (1) 1426هـ-2005م.
- 48- خليل بن أيك بن عبدالله الصفدي: الوافي بالوفيات، تح: أحمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث: بيروت، 1420هـ-2000م.
- 49- خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، ط (15) 2002م.
- 50- راشد فهيم: الإفلاس والصلح الواقي منه، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ط (1) 2000م.
- 51- رشاد حسن خليل: الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد للنشر والتوزيع، ط (3) 1401هـ-1981م.
- 52- زارة صالح الواسعة: الإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجزائري، مطبعة عمار فربي: باتنة، ط 1992م.
- 53- زكريا الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تح: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1422هـ-2000م.
- 54- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية: بيروت، 1418هـ.

- 55- زياد صبحي ذياب: إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع: الأردن، ط (1) 1432هـ - 2011م.
- 56- زين الدين ابن نجيم الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة: بيروت.
- 57- زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد الشهير بابن رجب الحنبلي: الذيل على طبقات الحنابلة، مطبعة السنة المحمدية: مصر، 1952م.
- 58- زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي الشهير بابن رجب: فتح الباري لابن رجب، تح: طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن الجوزي: الدمام، ط (2) 1422هـ.
- 59- زين الدين قاسم بن قُطُوبِغَا السُّودُونِي: الثقات ممن لم يقع في الكتب الستة، تح: شادي بن محمد آل نعمان، مركز النعمان للبحوث والدراسات الإسلامية: صنعاء، ط (1) 1432هـ - 2011م.
- 60- زين الدين قاسم بن قُطُوبِغَا السُّودُونِي: تاج التراجم، تح: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم: دمشق، ط (1) 1413هـ - 1992م.
- 61- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية: بيروت، 1400هـ - 1980م.
- 62- سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر: دمشق، ط (2) 1408هـ - 1988م.
- 63- سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي: الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية: الرياض، ط 1427هـ.
- 64- سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني: المعجم الكبير، تح: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم: الموصل، ط (2) 1404هـ - 1983م.
- 65- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السَّجِسْتَانِي: سنن أبي داود، تح: محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية: بيروت، ط (2) 1425هـ.
- 66- سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1417هـ - 1996م.
- 67- سونا عمر علي عبادي: التحكيم في الصناعة المالية بين الفقه الإسلامي والقانون النموذجي، دار النفائس للنشر والتوزيع: الأردن، ط (1) 1434هـ.

- 68- شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان: **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**،  
تح: إحسان عباس، دار صادر: بيروت، ط (1) 1990م.
- 69- شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي: **تذكرة الحفاظ**، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية:  
بيروت، ط (1) 1419هـ - 1998م.
- 70- شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي: **تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام**،  
تح: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي: بيروت، ط (1) 1407هـ - 1987م.
- 71- شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي: **سير أعلام النبلاء**، تح: شعيب الأرنؤوط،  
مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (9) 1413هـ - 1993م.
- 72- شهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة: **حاشية عميرة**، تح: مكتب البحوث والدراسات  
بدار الفكر، دار الفكر: بيروت، 1419هـ - 1998م.
- 73- شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني: **الذخيرة**، تح: محمد حجي، دار الغرب: بيروت،  
1994م.
- 74- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي  
حنيفة النعمان**، دار الفكر: بيروت، 1411هـ - 1991م.
- 75- شيماء محمد البدراني: **أحكام عقد الصلح**، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار  
الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط (1) 2003م.
- 76- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: **الملخص الفقهي**، دار العاصمة: الرياض، ط (1)  
1423هـ.
- 77- عبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي بن العماد الحنبلي: **شذرات الذهب في أخبار من  
ذهب**، دار الكتب العلمية: بيروت.
- 78- عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي: **العدة شرح العمدة**، تح: صلاح عويضة، دار  
الكتب العلمية: بيروت، ط (2) 1426هـ - 2005م.
- 79- عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي أبو الفرج: **القواعد في الفقه الإسلامي**، تح: طه  
عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية: القاهرة، ط (1) 1391هـ - 1971م.
- 80- عبد الرحمن بن صالح الأظم: **الوساطة التجارية في المعاملات المالية**، دار إشبيلية:  
الرياض، ط (1) 1416هـ.



- 81- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخي زاده: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تح: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية: بيروت، 1419هـ-1998م.
- 82- عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي: الشرح الكبير، دار الكتاب العربي: بيروت، 1972م.
- 83- عبد الرحمن بن ناصر بن عبدالله بن حمد آل سعدي: منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، دار الوطن: السعودية، ط (2) 1423هـ-2002م.
- 84- عبد الرحمن عبدالله شمسان: أحكام المعاملات التجارية (الأوراق التجارية والإفلاس في القانون التجاري اليمني)، جرافيكس للطباعة: صنعاء، 2012م.
- 85- عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني: المصنف، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1403هـ.
- 86- عبد الرؤوف المناوي: فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1415هـ-1994م.
- 87- عبد السلام بن عبدالله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف: الرياض، ط (2) 1404هـ-1984م.
- 88- عبد العزيز الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (4) 1994م.
- 89- عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تح: عبدالله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1418هـ-1997م.
- 90- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني: اللباب في شرح الكتاب، تح: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي: بيروت.
- 91- عبد القادر بن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني: نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تح: محمد سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح: الكويت، ط (1) 1403هـ-1983م.
- 92- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1405هـ.

- 93- عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي: **مصنف ابن أبي شيبة**، تح: محمد عوامة، مكتبة الرشد: الرياض، ط (1) 1409هـ.
- 94- عبد الله بن محمود الموصلبي: **الاختيار لتعليل المختار**، دار المعرفة: بيروت، ط (3) 1975م.
- 95- عبد المجيد بن صالح المنصور: **إفلاس الشركات وأثره في الفقه والنظام**، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع: الرياض، ط (1) 2012م.
- 96- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني: **نهاية المطلب في دراية المذهب**، تح: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط (1) 1428هـ-2007م.
- 97- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي: **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1411 هـ - 1991 م
- 98- عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي: **التلقين في الفقه المالكي**، تح: محمد بو خبزة الحسني، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1425هـ-2004م.
- 99- عبد الوهاب خلاص: **علم أصول الفقه**، دار القلم: الكويت، ط (10) 1392هـ.
- 100- عثمان بن علي الزيلعي الحنفي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1313هـ.
- 101- عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المشهور بالبكري): **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1418هـ-1997م.
- 102- عروي عبدالكريم: **الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية**، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بجامعة الجزائر1: الجزائر، 2012م.
- 103- عزيز العكيلي: **الوسيط في الشركات التجارية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط (1) 1428هـ-2007.
- 104- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي: **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، تح: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط (1) 1419هـ.
- 105- علاء الدين السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية: بيروت، 1405هـ-1984م.
- 106- علاء الدين الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي: بيروت، 1982م.

- 107- علاوه هوام: الوساطة بديل لحل النزاع، رسالة دكتوراه بجامعة الحاج لخضر بباتنة: الجزائر، 1433هـ.
- 108- علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي: القاهرة، 1430هـ-2009م.
- 109- علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري: اللباب في تهذيب الأنساب، دار صادر: بيروت، 1400هـ - 1980م.
- 110- علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري، المعروف بابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، المكتبة الإسلامية: طهران، 1377هـ.
- 111- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيباني: الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية: بيروت، ط (1) 1410هـ.
- 112- علي بن الحسين بن محمد السعدي: النتف في الفتاوى، تح: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان: الأردن، ومؤسسة الرسالة: بيروت، 1404هـ-1984م.
- 113- علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال البكري القرطبي: شرح صحيح البخاري، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم مكتبة الرشد: الرياض، ط (2) 1423هـ - 2003م.
- 114- علي بن عبد الكافي السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تح: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1404هـ.
- 115- علي بن عبد السلام التسولي أبو الحسن: البهجة في شرح التحفة، تح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1418هـ-1998م.
- 116- علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدارقطني: سنن الدارقطني، تح وتع: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (1) 1424هـ-2004م.
- 117- علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي: الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (1) 1414هـ - 1994م.
- 118- علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، تح: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي: بيروت، ط (1) 1405هـ.

- 119- علي جمعة محمد، ومحمد أحمد سراج، وأحمد جابر بدران: موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة: القاهرة، ط (1) 2009م.
- 120- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تح وتع: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية: بيروت.
- 121- علي نديم الحمصي: الشركات المساهمة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع: بيروت، ط (1) 1424هـ-2003م.
- 122- عمر بن علي بن أحمد المعروف بابن الملقن: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تح: مصطفى أبو الغيط، وعبدالله بن سليمان، وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع: الرياض، ط (1) 1425هـ-2004م.
- 123- عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين، دار إحياء التراث: بيروت، ومكتبة المثني: بيروت.
- 124- عمر مشهور الجازي: الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، بحث قدمه الباحث في ندوة عقدت في جامعة اليرموك: الأردن، بتاريخ 28 كانون الأول 2004م.
- 125- عمرو عيسى الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتبة القانونية والمكتب الجامعي الحديث: الاسكندرية، 2003م.
- 126- عموره عمار: شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة: الجزائر.
- 127- فايز نعيم: الشركات التجارية في الإمارات، ط (1) 1989م.
- 128- فهد خليل زايد: المهارات الشخصية في حل النزاعات والخلافات بين الأفراد والجماعات، دار النفائس: الأردن، ط (1) 1429هـ-2009م.
- 129- قاسم بن عبدالله بن أمير القونوي: أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تح: يحيى مراد، دار الكتب العلمية: بيروت، 1424هـ-2004م.
- 130- قانون الإثبات اليمني رقم 21، الصادر في تاريخ 29 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج3، لسنة 1992م.
- 131- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008م، والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخ في 23 إبريل 2008م.
- 132- القانون التجاري الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 101 بتاريخ 19 ديسمبر 1975م.

- 133- القانون التجاري اليمني رقم 32 والصادر في 12 إبريل 1991م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، لسنة 1997م.
- 134- قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 والصادر في 1 مارس 1992م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، ج 4، لسنة 1992م.
- 135- قانون الشركات التجارية اليمني الصادر بتاريخ 6 إبريل 1996م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 1997م.
- 136- القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975م.
- 137- القانون المدني اليمني رقم 22، الصادر في تاريخ 10 إبريل 2002م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 7، ج 1، لسنة 2002م.
- 138- قحطان الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الخلود: بغداد، ط (1) 1985م.
- 139- قدرى محمد محمود: التحكيم في ضوء أحكام الشرعية الإسلامية، دار الصمعي للنشر والتوزيع: الرياض، ط (1) 2009م.
- 140- قطب سانو: الشركات الحديثة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة (14).
- 141- كارل سيليكويو: الوساطة في حلّ النزاعات، ترجمة: علاء عبد المنعم، مراجعة: فائزة حكيم، الدار الدولية للنشر والتوزيع: مصر.
- 142- لزهري بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي، دار هومه: الجزائر.
- 143- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني: المدونة الكبرى، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية: بيروت.
- 144- المبارك بن محمد الجزري: النهاية في غريب الحديث والأثر، تح: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية: بيروت، 1399هـ- 1979م.
- 145- مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (3) 1401هـ.
- 146- محمد أحمد القطاونة: الوساطة في تسوية النزاعات المدنية، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2008م.
- 147- محمد الخرشى أبو عبد الله: الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار الفكر: بيروت.
- 148- محمد الزهري الغمراوي: السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة: بيروت.

- 149- محمد الشريبي الخطيب: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تح: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر: بيروت، 1415هـ.
- 150- محمد الشريبي الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر: بيروت.
- 151- محمد أمين بن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر: بيروت، 1421هـ- 2000م.
- 152- محمد بن إبراهيم الموسى: شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، دار العاصمة للنشر والتوزيع: الرياض، ط (2) 1998م.
- 153- محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، تح: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط (1) 1425هـ- 2004م.
- 154- محمد بن إبراهيم بن عبدالله التويجري: موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط (1) 1430هـ- 2009م.
- 155- محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر: بيروت، 1404هـ - 1984م.
- 156- محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي: المطمع على أبواب الفقه، تح: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي: بيروت، 1401هـ- 1981م.
- 157- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، تح: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون: بيروت، 1415هـ- 1995م.
- 158- محمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، تح: خليل محيي الدين لميس، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1421هـ- 2000م.
- 159- محمد بن أحمد الرملي الأنصاري: غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار المعرفة: بيروت.
- 160- محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تح: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب: الرياض، 1423هـ- 2003م.
- 161- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1408هـ- 1988م.
- 162- محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار: شرح الكوكب المنير، تح: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان: السعودية، ط (2) 1418هـ- 1997م،

- 163- محمد بن أحمد بن محمد المالكي: شرح ميارة الفاسي، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية: بيروت، 1420هـ-2000م.
- 164- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده: مصر، ط (4) 1395هـ-1975م.
- 165- محمد بن إدريس الشافعي: الأم، دار المعرفة: بيروت، ط (2) 1393هـ.
- 166- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري: صحيح البخاري، تح: محمد زهير الناصر، تع: مصطفى البغا، دار طوق النجاة: ط (1) 1422هـ.
- 167- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي: مصر، ط (4) 1379هـ، 1960م.
- 168- محمد بن الحسن الشيباني: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، عالم الكتب: بيروت، 1406هـ.
- 169- محمد بن الحسن الشيباني: الحجة على أهل المدينة، تح: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب: بيروت، 1403هـ.
- 170- محمد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي: أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تح: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية: بيروت، 1416هـ.
- 171- محمد بن حبان بن أحمد التميمي: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تح: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (2) 1414هـ-1993م.
- 172- محمد بن سالم بن صالح البريكبي: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات، دار البشائر الإسلامية: بيروت، ط (1) 1426هـ-2005م.
- 173- محمد بن صالح بن محمد العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط (1) 1422هـ.
- 174- محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي: شرح الزركشي على مختصر الخرق، تح: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية: بيروت، 1423هـ-2002م.
- 175- محمد بن عبد الحي اللكوني: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، مطبعة السعادة: مصر، ط (1) 1324هـ.
- 176- محمد بن عبد الله الأندلسي المعروف بابن العربي: أحكام القرآن، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية: بيروت، 1416هـ.



- 177- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تح: عبدالسلام محمد علوش، دار المعرفة: بیروت، ط (2) 1427هـ-2006.
- 178- محمد بن عبد الواحد السیواسی المعروف بابن الهمام: شرح فتح القدير، دار الفكر: بیروت، ط (3) 1415هـ.
- 179- محمد بن علي بن الحسن الحسيني الدمشقي: ذیل تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بیروت، ط (1) 1419هـ-1998م.
- 180- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: السيل الجرار المتدفق علی حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط(1).
- 181- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية، دار المعرفة: بیروت.
- 182- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، تع: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية.
- 183- محمد بن قاسم بن محمد بن محمد الغزي، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي: فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب (ويعرف بشرح ابن قاسم علی متن أبي شجاع)، عناية: بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم: بیروت، ط (1) 1425هـ-2005م.
- 184- محمد بن محمد بن أبي يعلى: طبقات الحنابلة، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بیروت.
- 185- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تح: زكريا عميرات، دار عالم الكتب العلمية: بیروت، طبعة خاصة 1423هـ - 2003م.
- 186- محمد بن محمد بن عمر مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي: بیروت، 1349هـ.
- 187- محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد: الوسيط في المذهب، تح: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، دار السلام: القاهرة، 1417هـ.
- 188- محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي: الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة: بیروت، ط (1) 1424هـ-2003م.



- 189- محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تح: محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر: بيروت، 1998م.
- 190- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (6) 1419هـ.
- 191- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر: بيروت، 1398هـ.
- 192- محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب: عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية: بيروت، ط (2) 1415هـ.
- 193- محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تح: محمد عlish، دار الفكر: بيروت.
- 194- محمد عlish: منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، دار الفكر: بيروت، 1409هـ - 1989م.
- 195- محمد كامل ملش: الشركات التجارية، دار الكتاب العربي: القاهرة، 1950م.
- 196- محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر: بيروت، ط (2) 1978م.
- 197- محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي: بيروت، ط (2) 1405هـ - 1985م.
- 198- محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف: الرياض، ط (1) 1421هـ - 2000م.
- 199- محمد ناصر الدين الألباني: صحيح الجامع، المكتب الإسلامي: دمشق.
- 200- محمود بن أحمد العيني الحنفي: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده: مصر، ط (1) 1394هـ.
- 201- محمود عبد الرحمن عبد المنعم: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيحة.
- 202- محمود علي السرطاوي: التحكيم في الشرعية الإسلامية، دار الفكر: عمان، ط (1) 2007.
- 203- مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت.

- 204- مصطفى الخن، ومصطفى البغا، وعلي الشرجي: **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع: دمشق، ط (4) 1413 هـ - 1992م.
- 205- مصطفى السيوطي الرحباني: **مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي: دمشق، 1961م.
- 206- منصور بن يونس البهوتي: **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، تح: سعيد محمد اللحام، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1390هـ.
- 207- منصور بن يونس البهوتي: **كشف القناع على متن الإقناع**، تح: هلال مصيلحي، دار الفكر: بيروت، ط (1) 1402هـ.
- 208- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى**: عالم الكتب: بيروت، 1996م.
- 209- منظمة البحث عن أرضية مشتركة بالتعاون مع وزارة العدل المغربية: **دليل الوساطة**.
- 210- موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي: **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة: بيروت.
- 211- موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي: **زاد المستقنع في اختصار المقنع**، تح: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن: الرياض.
- 212- نادية فضيل: **أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري**، دار هومه: الجزائر.
- 213- نادية فضيل: **الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري**، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، ط 2005.
- 214- نادية فضيل: **شركات الأموال في القانون التجاري**، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، ط (3).
- 215- نور الدين بن عبد الهادي أبو الحسن السندي: **حاشية السندي على النسائي**، تح: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية: حلب، ط (2) 1406هـ - 1986م.
- 216- نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي: **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تح: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي: القاهرة، 1414 هـ - 1994م.
- 217- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية الكويتية**، دار الصفاة: مصر، ط (1) 1404هـ.
- 218- وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر: دمشق، ط (4) 1409هـ.

- 219- يحيى بن شرف الدين النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي: بيروت، ط (1) 1405هـ.
- 220- يحيى بن شرف النووي أبو زكريا: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة: بيروت.
- 221- يحيى بن شرف النووي محيي الدين: المجموع شرح المهذب للشيرازي، تح: محمد نجيب المطيعي، دار عالم الكتب: الرياض، 1423هـ.
- 222- يحيى بن شرف بن مري النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (شرح النووي على صحيح مسلم)، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط (2) 1392هـ.
- 223- يوسف بن الزكي عبدالرحمن أبو الحجاج المزني: تهذيب الكمال، تح: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط (1) 1400هـ-1980م.
- 224- يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي أبو عمر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تح: محمد بن محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة: الرياض، ط (2) 1400هـ-1980م.
- 225- يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر: الاستيعاب في أسماء الأصحاب، مطبعة السعادة: مصر، ط (1) 1328هـ.

## فهرس الموضوعات العامة

- 16..... الفصل التمهيدي: الأسس الرئيسة للبحث
- 16..... المبحث الأول: تعريف مصطلحات البحث
- 17..... المطلب الأول: تعريف الشركة.
- 17..... الفرع الأول: تعريف الشركة في اللغة.
- 18..... الفرع الثاني: تعريف الشركة في الفقه الإسلامي
- 25..... الفرع الثالث: تعريف الشركة في التشريعين الجزائري واليميني

26	الفرع الرابع: مقارنة بين تعاريف الشركة في الفقه والقانون
28	المطلب الثاني: تعريف شركات الأشخاص
30	المطلب الثالث: تعريف المنازعات
30	الفرع الأول: تعريف المنازعة
31	الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة
33	الفرع الثالث: تعريف طرق حل النزاعات
37	المبحث الثاني: مشروعية الشركة، وأركانها في الفقه والقانون
37	المطلب الأول: مشروعية الشركة
50	المطلب الثاني: أركان الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني
50	الفرع الأول: أركان الشركة في الفقه الإسلامي
66	الفرع الثاني: أركان الشركة في التشريعين الجزائري واليميني
90	الفرع الثالث: مقارنة أركان الشركة بين الفقه والقانون
90	المبحث الثالث: أقسام الشركة
91	المطلب الأول: أقسام الشركة في الفقه الإسلامي
91	الفرع الأول: شركة الملك
97	الفرع الثاني: شركة العقد
101	الفرع الثالث: شركة الإباحة
105	الفرع الرابع: طبيعة الشركة في الفقه الإسلامي
108	المطلب الثاني: أقسام الشركة في القانون
108	الفرع الأول: التمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية
112	الفرع الثاني: أقسام الشركات في القانون
113	الفرع الثالث: أقسام الشركات التجارية
119	المطلب الثالث: مقارنة بين أقسام الشركة في الفقه والقانون
122	الفصل الأول: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي 122 والتشريعين الجزائري واليميني
122	المبحث الأول: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي
122	المطلب الأول: شركة الأموال
124	الفرع الأول: شركة العنان
129	الفرع الثاني: شركة المفاوضة

138	المطلب الثاني: شركة الأعمال (الأبدان).....
138	الفرع الأول: تعريف شركة الأعمال(الأبدان) لغة واصطلاحاً.....
144	الفرع الثاني: أحكام شركة الأعمال(الأبدان).....
149	المطلب الثالث: شركة الوجوه.....
149	الفرع الأول: تعريف شركة الوجوه لغة واصطلاحاً.....
155	الفرع الثاني: حكم شركة الوجوه.....
161	المطلب الرابع: شركة المضاربة (القراض).....
161	الفرع الأول: تعريف شركة المضاربة أو القراض لغة واصطلاحاً.....
168	الفرع الثاني: مشروعية المضاربة.....
170	الفرع الثالث: أحكام شركة المضاربة.....
172	المبحث الثاني: شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني.....
174	المطلب الأول: شركة التضامن.....
174	الفرع الأول: تعريف شركة التضامن وبيان خصائصها.....
178	الفرع الثاني: تكوين شركة التضامن وإدارتها.....
184	الفرع الثالث: شركة التضامن في الفقه الإسلامي.....
188	المطلب الثاني: شركة التوصية البسيطة.....
188	الفرع الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وبيان خصائصها.....
193	الفرع الثاني: تكوين شركة التوصية البسيطة وإدارتها.....
196	الفرع الثالث: شركة التوصية البسيطة في الفقه الإسلامي.....
198	المطلب الثالث: شركة المحاصة.....
198	الفرع الأول: تعريف شركة المحاصة وبيان خصائصها.....
205	الفرع الثاني: تكوين شركة المحاصة، وإدارتها.....
207	الفرع الثالث: شركة المحاصة في الفقه الإسلامي.....
209	المطلب الرابع: مقارنة بين شركات الأشخاص في الفقه والقانون.....
	<b>الفصل الثاني: الطرق البديلة لحل النزاعات المتعلقة بشركات الأشخاص في الفقه الإسلامي</b>
212	والتشريعين الجزائري واليميني.....
212	المبحث الأول: الوساطة.....
213	المطلب الأول: تعريف الوساطة ومشروعيتها.....

213	الفرع الأول: تعريف الوساطة.
219	الفرع الثاني: مشروعية الوساطة.
226	<b>المطلب الثاني: خصائص الوساطة وأنواعها.</b>
226	الفرع الأول: خصائص الوساطة.
230	الفرع الثاني: أنواع الوساطة.
233	<b>المطلب الثالث: الوسيط وشروطه ومهامه والتزاماته.</b>
233	الفرع الأول: الوسيط وشروطه.
237	الفرع الثاني: مهام الوسيط والتزاماته.
239	<b>المطلب الرابع: شروط إجراءات الوساطة.</b>
242	<b>المطلب الخامس: آثار الوساطة وانتهائها.</b>
242	الفرع الأول: آثار الوساطة.
243	الفرع الثاني: انتهاء الوساطة.
<b>245</b>	<b>المبحث الثاني: الصلح.</b>
245	<b>المطلب الأول: تعريف الصلح ومشروعيته.</b>
245	الفرع الأول: تعريف الصلح.
253	الفرع الثاني: مشروعية الصلح.
261	<b>المطلب الثاني: خصائص عقد الصلح.</b>
261	الفرع الأول: خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي.
263	الفرع الثاني: خصائص عقد الصلح في القانون.
264	<b>المطلب الثالث: أركان عقد الصلح.</b>
264	الفرع الأول: التراضي في عقد الصلح.
268	الفرع الثاني: المحل والسبب في عقد الصلح.
275	الفرع الثالث: إثبات عقد الصلح.
282	<b>المطلب الرابع: آثار عقد الصلح:</b>
282	الفرع الأول: آثار عقد الصلح في الفقه الإسلامي.
288	الفرع الثاني: آثار عقد الصلح في القانون.
290	<b>المطلب الخامس: انقضاء عقد الصلح.</b>
290	الفرع الأول: انقضاء عقد الصلح في الفقه الإسلامي.

291	الفرع الثاني: انقضاء عقد الصلح في القانون.
<b>294</b>	<b>المبحث الثالث: التحكيم.</b>
294	المطلب الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته.
296	الفرع الأول: تعريف التحكيم.
306	الفرع الثاني: مشروعية التحكيم.
311	المطلب الثاني: خصائص التحكيم وطبيعته.
311	الفرع الأول: خصائص التحكيم.
314	الفرع الثاني: طبيعة التحكيم.
316	المطلب الثالث: أنواع التحكيم.
319	المطلب الرابع: أركان عقد التحكيم.
319	الفرع الأول: صيغة عقد التحكيم.
321	الفرع الثاني: أطراف عقد التحكيم.
323	الفرع الثالث: محل عقد التحكيم.
328	المطلب الخامس: شروط المحكم وحجية حكمه.
328	الفرع الأول: شروط المحكم.
332	الفرع الثاني: حجية حكم التحكيم.
<b>334</b>	<b>مقارنة بين الطرق البديلة في الفقه والقانون</b>
	<b>الفصل الثالث: إفلاس شركات الأشخاص، وانقضاءها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني</b>
<b>338</b>	<b>والميني</b>
	<b>المبحث الأول: إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي 338 والتشريعين الجزائري</b>
<b>338</b>	<b>والميني</b>
340	المطلب الأول: مفهوم الإفلاس.
340	الفرع الأول: مفهوم الإفلاس في اللغة:
342	الفرع الثاني: مفهوم الإفلاس في الفقه الإسلامي:
350	الفرع الثالث: مفهوم الإفلاس في القانون:
352	الفرع الرابع: تمييز المصطلحات ذات الصلة بالإفلاس:
356	المطلب الثاني: مشروعية نظام الإفلاس.
359	المطلب الثالث: شروط الإفلاس.

359	الفرع الأول: شروط الإفلاس في الفقه الإسلامي:
364	الفرع الثاني: شروط إفلاس الشركة في القانون:
370	المطلب الرابع: أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون:
370	الفرع الأول: أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي:
375	الفرع الثاني: أثر إفلاس شركات الأشخاص في القانون:
379	المطلب الخامس: مقارنة بين الإفلاس في الفقه والقانون:
	<b>المبحث الثاني: انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه الإسلامي 382 والتشريعين الجزائري</b>
382	واليمني:
382	المطلب الأول: انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليمني:
382	الفرع الأول: انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي:
388	الفرع الثاني: انقضاء الشركة في التشريعين الجزائري واليمني:
394	المطلب الثاني: تصفية الشركة وقسمتها:
394	الفرع الأول: تصفية الشركة:
402	الفرع الثاني: قسمة موجودات الشركة:
406	الفرع الثالث: تقادم الدعوى على الشركاء:
410	المطلب الثالث: مقارنة بين انقضاء الشركة وتصفيتها في الفقه والقانون:
414	الخاتمة:
419	فهرس الآيات:
422	فهرس الأحاديث والآثار:
424	فهرس الأعلام:
427	فهرس المصادر والمراجع:
443	فهرس الموضوعات العامة:



## الملخص

يمثل المال في عالمنا اليوم ركيزة أساسية من ركائز الاقتصاد العالمي، وتعتبر الشركات إحدى أسس اقتصاديات عالم اليوم، وتأتي شركات الأشخاص في مقدمة الشركات الأكثر تواجداً في الميدان التجاري؛ لما تمثله من أهمية في جلب الاستثمارات، وتفعيل الاقتصاد، والقضاء على البطالة، والنهوض بمستوى الأفراد والدول.

ويأتي هذا البحث والموسوم بـ: "شركات الأشخاص، وطرق حل النزاعات المتعلقة بها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع التشريع التجاري الجزائري واليميني"، ليسلط الضوء على هذا النوع من الشركات وما يتعلق بها، في دراسة معمقة لها من حيث الشكل والمضمون، في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

وقد تم عرض هذا البحث في مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة فصول أخرى، وخاتمة، يتبعها عدة فهارس عامة، تعرف بمحتويات البحث، وتسلط الضوء على جزئياته ومكوناته. احتوت المقدمة على عرض للموضوع اشتمل على أهمية الموضوع، وأهم أسباب اختياره، وأهدافه، وأبرز الإشكاليات المتعلقة بموضوع البحث والتي يرغب الباحث في معالجتها، ثم الدراسات السابقة فيه، ومنهج البحث، وخطته العامة.

- بدأت بالفصل التمهيدي فتناولت في المبحث الأول التعاريف، حيث بينت فيه مفهوم الشركة، ثم ذكرت تعريف شركات الأشخاص، ثم تعريف النزاعات، وفي المبحث الثاني عرضت بعض الأدلة على مشروعية الشركة، ثم تناولت أقسام الشركة في الفقه الإسلامي وطبيعة الشركات الفقهية، ثم بينت أقسام الشركة في التشريعين الجزائري واليميني، ومعيار التفرقة بين الشركات، ثم ذكرت الأركان العامة للشركة في الفقه الإسلامي، ثم الأركان العامة، والخاصة، والشكلية للشركة في التشريعين الجزائري واليميني، وختتمت الفصل بالحديث عن الشخصية المعنوية والاعتبارية للشركة.

- وأما الفصل الأول فقد تناول أنواع شركات الأشخاص، وذلك في مبحثين: المبحث الأول اشتمل على أنواع شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي، والتي هي: شركة الأموال، وشركة الأعمال (الأبدان)، وشركة الوجوه، وشركة المضاربة (القراض)، حيث تناولتها بالدراسة من حيث التعريف، والأحكام.

وكان المبحث الثاني حول شركات الأشخاص في التشريعين الجزائري واليميني، والتي هي: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة، وقد تناولتها بالبحث من حيث التعريف، والتكوين والإدارة، والتكليف الفقهي لها.

- وأما الفصل الثاني فقد تناولت فيه الطرق البديلة لحل النزاعات المتعلقة بشركات الأشخاص، وذلك في ثلاثة مباحث، هي:

المبحث الأول تناول الوساطة من حيث التعريف، والخصائص، والشروط، والآثار.

وكان المبحث الثاني في الصلح، والذي تناول تعريف الصلح، ومشروعيته، وأركان عقد الصلح، وانقضاؤه.

وتناول المبحث الثالث التحكيم وأنواعه، وأركان عقد التحكيم، وشروط المحكم، وحجية حكمه.

- وكان الفصل الثالث والأخير قد تناول إفلاس شركات الأشخاص، وانقضاؤها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، وذلك من خلال مبحثين:

خصصت المبحث الأول للحديث عن الإفلاس. حيث قمت ببيان مفهوم الإفلاس، وأهدافه، وشروطه، ثم تطرقت إلى بيان أثر إفلاس شركات الأشخاص في الفقه والقانون، وفي الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

وكان المبحث الثاني لبيان انقضاء الشركة في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني، ثم ختمته بالحديث عن تصفية الشركة وقسمة موجوداتها في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري واليميني.

- ثم ضمنت الخاتمة بما توصلت إليه من نتائج من خلال رحلة البحث، وذيلتها ببعض التوصيات العامة.

هذا وقد ضمنت البحث عدة فهارس عامة احتوى عليها البحث، وهي: فهرس الآيات، والأحاديث والآثار، وفهرس الأعلام، والموضوعات التفصيلية للبحث.

هذا وبالله تعالى التوفيق والسداد، ومنه نستمد العون.

## Abstract

In our world today, money represents a fundamental pillar of the global economy, and companies are considered to be one of the foundations of today's world economies, and partnerships comes in the forefront of companies that are most present in the commercial field, because of its importance in bringing investments, activating economy, eliminating unemployment, and rising the individuals and countries level.

Hence this research which is entitled **"the partnerships, and the methods to resolve the disputes related to it**

**in the Islamic jurisprudence, a comparative study with the Algerian and Yemeni commercial legislations** " comes to shed the light on this type of companies and what is related to it, in a depth study in terms of form and content, in the Islamic jurisprudence, and the Algerian and Yemeni commercial legislations.

This research is made up of an introduction, an introductory chapter, three other chapters, and a conclusion, followed by several general indexes that introduce the contents of the research, and highlight its parts and components.

The introduction contains a presentation to the subject that includes the most prominent problems related to the research subject, which a researcher wants to deal with, and it contains the most important reasons behind choosing the topic, and its importance, its goals, the previous studies, and its general plan.

We started with the introductory chapter , and devoted it to speak about the main foundations of the research, and dealt in the first section with definitions, where we made clear the concept of the company, than we mentioned the definition of partnerships, after that we defined the dispute. In the second section we presented some evidence of the legitimacy of the company, and covered the sections of companies in the Islamic jurisprudence and the Algerian and Yemeni legislations, and the standards of distinguishing between companies, than we mentioned the general pillars of the company, and after that its general and private pillars, and we concluded by talking about the intangible entity and the legal entity of the company.

As for the first chapter, it deals with the types of partnerships in two sections, the first section deals with the types of partnerships in the Islamic jurisprudence, which are: association of capital, the company of bodies (al-abdan) , the company of reputation ( wujooh) the company of body and capital (mudharabas), and we dealt with it in terms of definitions and its hukm( its legal decision )

And the second section is about the partnerships in the Algerian and Yemeni commercial legislations, which are:

general partnership, limited partnership, joint venture, we dealt with them in terms of structure and management, and the Islamic jurisprudence attitude towards them.

The second chapter deals with the alternative ways to resolve disputes related to partnerships, and that is in three sections. The first section addresses mediation in terms of definition and characteristics, conditions and effects. The second section discusses conciliation, it deals with its definition its legitimacy, and the pillars of conciliation, and its termination. The third section deals with arbitration and its types, and the pillars of arbitration contract, the conditions to the qualification of the arbitrator, and the cogency of his judgment.

The third chapter which is the last deals with the bankruptcy of partnerships, and its termination in the Islamic jurisprudence and the Algerian and Yemeni legislations, and that is in two sections, we devoted the first one to indicate the concept of bankruptcy, its goals, and conditions, than we touched to indicate the impact of partnerships bankruptcy in jurisprudence and law, and in economic and social life. The second section encompasses the expiration and termination of the partnerships in the Islamic jurisprudence and the Algerian and Yemeni legislations, than we concluded by talking about the liquidation of the partnerships in the Islamic jurisprudence and the Algerian and Yemeni legislations.

The conclusion contains the results we reached during the preparation of this research and then we appended it with some general recommendations.

We included several general indexes contained in the research, which are: verses index, hadiths and al-athar index, figures index, and the detailed topics of the research.

All this with the guiding and success granted by Allah the almighty and from Allah we draw help

## Abstract

L'argent représente, pour notre monde actuel, un pilier fondamental des piliers de l'économie mondiale. Et les entreprises sont considérées comme l'une des bases des économies du monde actuel. Les sociétés des personnes les plus présentent dans le domaine commercial, vu qu'elles représentent dans l'apport des investissements, l'importance, la mise en action de l'avancement économique au niveau individuel et étatique.

Cette recherche intitulée « Les sociétés de personnes, et les façons de résoudre leurs conflits dans la jurisprudence islamique. Etude

comparative de la législation économique algérienne et yéménite », est venue éclairer ce type d'entreprises et tout ce qui va avec, dans une étude approfondie du côté forme et contenu dans les jurisprudences algérienne et yéménite. La recherche est exposée en introduction, chapitre de préface, trois autres chapitres et une conclusion suivis d'index généraux présentant les contenus de la recherche et éclairant ses parties et constituant.

L'introduction contient une présentation du sujet ayant les principales problématiques concernant le sujet de la recherche que le chercheur désire traiter, et les principales causes du choix du sujet, son importance, ses objectifs, ses études précédentes, méthode de recherche et son plan général.

J'ai commencé avec le chapitre de préface et j'ai pris dans la première section les définitions et où j'ai montré le concept de l'entreprise. Ensuite, j'ai cité la définition des sociétés de personnes et la définition des conflits. Et dans la deuxième section j'ai présenté quelques preuves de la légitimité de l'entreprise. Et puis j'ai pris les classes de l'entreprise dans la jurisprudence islamique, et la nature des entreprises jurisprudentielles.

Ensuite, j'ai montré les classes de l'entreprise dans les deux législations algérienne et yéménite, et le standard (l'unité) de distinction entre les entreprises. Après, j'ai cité les piliers généraux de l'entreprise dans la jurisprudence islamique, puis, les piliers généraux et spécifiques et la formalité de l'entreprise dans les législations algérienne et yéménite.

J'ai terminé le chapitre en parlant de la personne morale et la considération de l'entreprise.

Et pour le premier chapitre, j'ai pris les types des sociétés de personnes et cela en deux sections : première section composant les types des sociétés de personnes dans la jurisprudence islamique et qui sont : une entreprise financière et une entreprise d'affaires (corps), une entreprise des visages et une entreprise de spéculation (emprunt), que j'ai prise en étude du côté définition et disposition (jugement).

La deuxième section était autour des sociétés de personnes dans les législations algériennes et yéménites et qui sont :

Entreprise de solidarité, entreprise de recommandation et entreprise commune. Et je les ai prises avec la recherche du côté de la définition, la formation, l'administration et son adaptation jurisprudentielle.

Concernant le deuxième chapitre, j'ai pris en compte les méthodes alternatives pour résoudre les conflits de la société de personnes et cela en trois sections qui sont :

La première section porte sur la médiation par définition les spécificités, les conditions et les effets.

La deuxième section était sur la réconciliation et qui porte sur la définition de la réconciliation et son expiration.

La troisième section porte sur le jugement (arbitrage) et ses types, les piliers d'un contrat d'arbitrage, les conditions de l'arbitre (juge) et l'argumentation (authenticité) de son jugement

La troisième chapitre et le dernier, a porté sur la faillite des sociétés de personnes et leur expiration dans la jurisprudence islamique et les législations algérienne et yéménite. Et cela à travers deux sections :



J'ai réservé la première section pour parler de la faillite. J'ai montré la notion de faillite ses objectifs et ses conditions. Après, je me suis tourné vers l'effet de la faillite de société de personnes sur la jurisprudence et la loi, et sur la vie économique et sociale.

La deuxième section est pour montrer l'expiration de l'entreprise se dans la jurisprudence islamique et la législation algérienne et yéménite. Puis, je l'ai conclu en parlant de la dissolution de l'entreprise et la distribution de ses excitants dans la jurisprudence islamique et les législations algérienne et yéménite.

J'ai inclus dans la conclusion avec ce que j'ai eu comme résultats à travers un voyage de recherche, et je l'ai terminée avec quelques conseils généraux.

Cela, et j'ai inclus dans la recherche avec plusieurs index généraux qui sont : index des versets, des hadiths et des effets, et index d'information et les sujets détaillants de la recherche.