



فصل

الجمعية العامة القضائية الشريعة

الدراسات القضائية (٦٠)

# المستجدات في عقود الشركات

بعد صدور نظام المعاملات المدنية

فضيلة الشيخ

سلمان بن إبراهيم التركي

القاضي في المحكمة التجارية بجدة



## جمهورية جميع الحقوق محفوظة

تُسهّم الجمعية العلمية القضائية السعودية في إثراء ونشر البحوث  
والدراسات القضائية، ولا يلزم أن تكون كافة الآراء الواردة في هذه  
الجهود المشكورة من الباحثين معبرة عن رأي الجمعية.



المَجْمَعِيَّةُ الْعِلْمِيَّةُ الْقَضَائِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ (قَضَاءُ)

مركز قضاء للبحوث والدراسات



[qadha.org.sa/ar/books](http://qadha.org.sa/ar/books)



[m@qadha.org.sa](mailto:m@qadha.org.sa)



966538999887



@qdha



/qadha\_ksa



/qadha.ksa



## فهرس الموضوعات

- ٥..... مقدمة الجمعية
- ٦..... المقدمة
- ٨..... الاختصاص
- ٩..... اشتراط الكتابة لعقد الشركة
- ١٢..... عدم اشتراط حضور المالين لصحة الشركة
- ١٦..... حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها
- ١٧..... إجازة الانسحاب من الشركة غير المؤقتة بقيود
- ٢٠..... جواز أن يكون رأس المال دينُ ربِّ المال على المضارب
- ٢٢..... نقلُ عبء الإثبات إلى المضارب
- تحديد نصيب المتعاقدين من الربح في المضاربة بحسب العرف؛ إن لم يوجد
- ٢٨..... اتفاق على التحديد
- ٣١..... إجازة الجمع بين الأجرة والربح
- ٣٢..... توزيع الأرباح المرحليّة في المضاربة، وأثرها
- ٣٤..... إجازة الانسحاب من شركة المضاربة غير المؤقتة بقيود
- ٣٥..... الخاتمة

## مقدمة الجمعية

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه.

فتهدف الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) دوماً إلى المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية، وتقديم البحوث والدراسات التي تجلّي تميّز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته، وإبراز جوانب العدالة فيه، والإجابة عما يُثار حوله من شبهات، وتسعى إلى التنسيق بين المتخصصين - من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية -، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.

وتشرف الجمعية بنشر بحث (المستجدات في عقود الشركات بعد صدور نظام المعاملات المدنية) الذي أعده فضيلة الشيخ / سلمان بن إبراهيم التركي، القاضي في المحكمة التجارية بجدة - وفقه الله -.

والجمعية إذ تنشر هذا العمل المميز؛ فإنها تشكر من قام بإعداده، وترحب بالتواصل مع جميع الجهات والمتخصصين الراغبين بتقديم الدراسات والمشاريع القضائية والنظامية، وتشرف بتقديم كافة سبل التعاون.

مركز قضاء للبحوث والدراسات

m@qadha.org.sa

## المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يضلّل فلن تجد له ولياً مرشداً، وبعد:

فقد منّ الله -تعالى- على هذه البلاد أن قيّض لها ولاية أمر أهمّهم استقامة أحوال الناس في معاملاتهم، واطراداً أحوالهم في تعاقداتهم؛ إذ صدرَ المرسوم الملكي الكريم برقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٤٤٤ هـ المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٨٢٠) بتاريخ ٢٤ / ١١ / ١٤٤٤ هـ بالموافقة على نظام المعاملات المدنية، والذي يعدّ ثالث الأنظمة -صدوراً- ضمن منظومة التشريعات المتخصصة التي أعلن عنها سمو وليّ العهد الأمير محمد بن سلمان -حفظه الله- يوم السادس والعشرين من جمادى الآخرة لعام ١٤٤٢ هـ.

وقد بيّن النظام وقرّر جملة من الأحكام المتعلقة بالعقود المسماة، ومن أهمها عقود المشاركة كما جاء في الباب الرابع من القسم الثاني؛ فحسم مادة الخلاف في جملة من المسائل، وأنشأ أحكاماً أخرى، كما أنّه أبدل عملاً قضائياً سابقاً بنصوص جديدة آخذاً بأقوال فقهية معتبرة، وغاية ذلك كلّها كما قال الأمير -يحفظه الله- هو «حماية الملكية، واستقرار العقود وحجيتها، وتحديد مصادر الحقوق والالتزامات وآثارها، ووضوح المراكز القانونية؛ مما ينعكس إيجاباً على بيئة الأعمال ويزيد من جاذبيتها، ويسهم أيضاً في تنظيم الحركة الاقتصادية واستقرار الحقوق المالية، وفي تسهيل اتخاذ القرارات الاستثمارية، إضافة إلى تعزيز الشفافية وزيادة القدرة على التنبؤ بالأحكام في مجال المعاملات المدنية والحد من التباين في الاجتهاد القضائي»<sup>(١)</sup>.

(١) واس، الأخبار الملكية، «وليّ العهد: نظام المعاملات المدنية يُمثل نقلة كبرى ضمن منظومة التشريعات المتخصصة والإصلاح القضائي»: <https://www.spa.gov.sa/00aa703857z>.

وهذه الوريقات تهدف إلى الكشف عن أبرز الأحكام المستجدة في عقود الشركات العقدية المدنية، التي قامت على تغيير عمل سابق، أو حسم خلافٍ متقدّم؛ والإبانة عنها بالشرح الموجز، مع الإشارة إلى القول الفقهي الذي اختاره المنظم، انتهاءً إلى الآثار المترتبة عليها قضاءً.

على أنني إذ أشيرُ إلى العمل السابق ومأخذه؛ فإنّي لأسنده إلى سوابق قضائية منشورة في المدونات القضائية الصادرة عن ديوان المظالم، أو في البوابة القضائية العلمية، وذلك برقم القضية وتاريخها.

والله تعالى أسأل الهداية والصواب في القول والعمل.

## (الاختصاص)

«يُعدّل اعتباراً من تاريخ العمل بنظام المعاملات المدنية ما يلي: ١ - الفقرة (٣) من المادة (السادسة عشرة) من نظام المحاكم التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٩٣) بتاريخ ١٥ / ٨ / ١٤٤١ هـ، لتكون بالنص الآتي: «المنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية»<sup>(١)</sup>.

حلّت هذه الفقرة من ديباجة النظام محلّ النص السابق وهو الفقرة (٣) من المادة السادسة عشرة لنظام المحاكم التجارية والتي جاء فيها: «منازعات الشركاء في شركة المضاربة»؛ إذ كانت المحاكم التجارية تختص بنوعين من أنواع الشركات العقدية، وهما الشركات النظامية المحكومة بنظام الشركات الصادر بالمرسوم رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١ هـ، ونوعٌ واحد من الشركات الفقهية، وهي شركة المضاربة.

أما بعد سريان النظام فإنّ المحاكم التجارية تختصّ بنظر جميع النزاعات الناشئة عن الشركات العقدية التي تستهدف الربح، سواء كانت أحد أشكال الشركات النظامية المحكومة بنظام الشركات؛ كذات المسؤولية المحدودة، أو المساهمة المغلقة، أو الأشكال المدنية المحكومة بـ«نظام المعاملات المدنية»؛ كشركة المضاربة والعنان، وشركة المحاصة، ونحوها.

وهو ما أفادته الفقرة (٢) من المادة (٥٢٩) من «نظام المعاملات المدنية»: «لا تسري أحكام هذا الفصل [أي فصل عقود المشاركة] على الشركات المقررة أحكامها في نصوص نظامية خاصة».

(١) الفقرة (ثانياً) من المرسوم الملكي رقم (١٩١/٢) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤ هـ، والمتضمن الموافقة على «نظام المعاملات المدنية».

## (اشتراط الكتابة لعقد الشركة)

« ١ - يجب أن تكون عقود المشاركة الواردة في هذا الباب<sup>(١)</sup> مكتوبة، وإلا كانت باطلة، ولا يجوز أن يحتج المتعاقد بالبطان تجاه الغير، ولا يكون للبطان أثر فيما بين المتعاقدين أنفسهم إلا إذا طلب أحدهم الحكم به، فيسري ذلك من تاريخ قيد الدعوى. ٢ - يسري حكم الفقرة (١) من هذه المادة على أي تعديل يطرأ على عقود المشاركة الواردة في هذا الباب<sup>(٢)</sup> .

توجب هذه المادة على جميع عقود الشركات المدنية أن تكون مكتوبة، وتُرتب على فقدان ركن الكتابة بطلان عقد الشركة، إلا أن هذا البطلان ليس بطلاناً مطلقاً، بل هو بطلان من نوع خاص .

وبيانه: أن إبطال عقد الشركة لفقدان ركن الكتابة يتطلب حكماً قضائياً بطلب من أحد المتعاقدين، لدى المحكمة المختصة، وهي المحكمة التجارية؛ على أن يسري الحكم بالإبطال إلى المستقبل لا إلى الماضي، فتضحى الشركة معترفاً بها في الماضي -تطبيقاً لنظرية الشركة الفعلية-، وهي: الاعتراف بالوجود الفعلي -لا القانوني- للشركة، وترتيب آثار ذلك قضاءً، في الفترة الواقعة بين تأسيسها وحتى قيد دعوى البطلان<sup>(٣)</sup> .

كما أن هذا البطلان لا يسري ولا يجوز الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي تعاقد مع الشركة خلال الفترة محل الإبطال.

(١) المراد الباب الرابع من «نظام المعاملات المدنية»، والذي عنوانه: عقود المشاركة.

(٢) المادة (٥٢٨) من «نظام المعاملات المدنية».

(٣) ينظر: الوسيط، السنهوري (٥/٢٤٨-٢٤٩)، الشركات التجارية، سميحة قليوبي (٩٩)، القانون التجاري السعودي، الجبر (٢٥٤-٢٥٨).

ويرتب على هذا التقرير تساؤلٌ تابع، وهو هل يمكن إثبات الشراكة في الشركات المدنية؛ كشركة المضاربة، بغير طريق الكتابة لدى المحاكم التجارية، خصوصاً بعد صدور «نظام المعاملات المدنية»؟

يجاب عن هذا بأن نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي الكريم ذي الرقم (م/٤٣) / ٢٦ / ٠٥ / ١٤٤٣ هـ قد نصَّ صراحة في المادة السابعة والستين منه على عدم جواز «الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد قيمة التصرف على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) في الحالات الآتية: ١- فيما اشترط النظام لصحته أو إثباته أن يكون مكتوباً»، وعليه؛ ونظراً لأن «نظام المعاملات المدنية» الذي اشترط الكتابة لصحة عقد الشركة قد صدر بتاريخ ١ / ١٢ / ١٤٤٤ هـ، وسرى بتاريخ ٤ / ٦ / ١٤٤٥ هـ، فإن جميع العقود التي أبرمت بعد تاريخ سريانه لا يمكن إثباتها إلا بطريق الكتابة، أو ما هو أقوى منها. وأمّا ما كان سابقاً لسريان النظام، فهو لا يخلو من حالين:

أ- الحال الأولى: أن يكون العقد قد أبرم قبل نفاذ نظام الإثبات: فيمكن إثباته بجميع طرق الإثبات؛ لأن الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات نصّت كما في الفقرة الأولى من المادة الثالثة على أن: «تسري في شأن أدلة الإثبات وحجيتها أحكام النظام القائم وقت نشوء الوقائع أو التصرفات المراد إثباتها».

ب- الحال الثانية: أن يكون العقد قد أبرم بعد نفاذ نظام الإثبات، وقبل نفاذ «نظام المعاملات المدنية»: فهذا لا يمكن إثباته إلا بطريق الكتابة أو ما هو أقوى منها؛ لأن الأصل في أحكام «نظام المعاملات المدنية» سريانها على جميع الوقائع التي حدثت قبل العمل به؛ بحسبان ما جاء في الفقرة (خامساً) من ديباجة النظام، ويستثنى من ذلك: ما لو وجد نصُّ نظاميٌّ أو مبدأ قضائيٌّ يتعلق بالواقعة بما يخالف أحكام هذا النظام، وتمسك به أحد الأطراف.

وقد كان عمل المحاكم التجارية قبل صدور «نظام المعاملات المدنية» لا يشترط الكتابة، ولا يعدُّها ركناً لصحة الشركات المدنية، والفقهية، ويميز إثباتها بجميع طرق الإثبات، كالشهادة وغيرها.

## عدم اشتراط حضور المالين لصحة الشركة

«٣. إذا كانت حصة الشريك ديناً لدى الغير، لم ينقض التزام الشريك بتقديم الحصة إلا بعد تحصيله الدين وتسليمه للشركاء»<sup>(١)</sup>.

أجازت هذه المادة أن تكون حصة الشريك في الشركة ديناً لدى الغير، وهو خلاف المعمول به سابقاً؛ فقد كان العمل -عامّة- على اشتراط حضور المالين، وتعيينهما، ولا يجوز أن يكون رأس المال ديناً، سواء كان على أحد الشركاء في شركة الأموال، أو على العامل في شركة المضاربة، أو على الغير محالاً إلى الشركة<sup>(٢)</sup>.

ورأى المنظم انعقاد الشركة، وتصحيحها حال كون الحصة ديناً لدى الغير، إلا أنه جعل الحصة بمثابة الالتزام الذي لا ينقضي إلا بعد تحصيل الدين وتسليمه للشركاء، وهو ما يفيد أنه لا يكفي لانقضاء التزامه بالحوالة وتحقيق شروطها المتقررة في هذا النظام؛ بل يلزمه استيفاء هذا الدين وتسليمه للشركاء.

وهو ما يفضي -حال الإخلال به- إلى إمكان إعمال أحكام الإخلال بالالتزام الواردة في القسم الأول من النظام، كما يمكن للشركاء أن يرجعوا على الشريك بقيمة الحصة، إن لم يسلم الدين للشركة<sup>(٣)</sup>.

(١) الفقرة (٣) من المادة (٥٣٠) من «نظام المعاملات المدنية».

(٢) جاء في حكم القضية رقم (١٣٣٦٧/٣/ق) لعام ١٤٣٦هـ: «أما بشأن ما أشارت له المحكمة الموقرة من أن كون الاتفاق جرى على أن يحول المدعي حقوق المدعى عليه لدى شركة (س) كرأس مال في الشركة مثار النزاع، فإن ذلك لا يصح لأن رأس المال لا يجوز أن يكون ديناً، فإن الفقهاء منعوا ذلك لاشتراط الحضور في رأس المال، فلا يجوز أن يكون بهال غائب أو دين؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة».

(٣) ينظر: الوسيط، السنهوري (٥/٢٦٧-٢٦٩)، الشركات التجارية، سميحة القليوبي (٥٦).

والقول بتصحيح الشركة بالدين هو قول بعض المالكية إذا كان الدين على  
موسرٍ حاضرٍ غير مُبلدٍ، ويتيسر اجتماع العامل به<sup>(١)</sup>.

وقد أجاز الحنفية والحنابلة كون رأس المال في عقد المضاربة ديناً على الغير، إلا  
أنهم قيّدوا ذلك بالقبض والاستيفاء، قال الكاساني: «ولو قال لرجل: اقض مالي  
على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز؛ لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض،  
فكان رأس المال عيناً لا ديناً»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن قدامة: «وإن قال لرجل: اقض المال الذي على فلان، واعمل به  
مضاربة. فقبضه، وعمل به، جاز في قولهم جميعاً»<sup>(٣)</sup>.

والحق أن الصورة التي أخذ بها المنظم ليست من الصور التي اختلف فيها  
الفقهاء في المضاربة بالدين، ذلك أن المنظم جعل مسؤولية استيفاء الدين وتسليمه  
للشركة على عاتق الشريك الدائن، لا على عاتق الشركاء، بل وجعل ذلك التزاماً  
يفضي إلى إلزام الشريك الدائن بسداد الحصة حال تعذر استيفاء الدين.

ومما يستفاد من هذه المادة: أن المنظم لم يشترط حضور المالكين لانعقاد عقد  
الشركة، وهو أمرٌ كان محلّ خلاف قضائي في الشركات المدنية، فكانت بعض  
الدوائر القضائية ترى أن الشركة تنعقد مع تأجيل تقديم بعض الشركاء حصصهم  
لرأس المال، ومن ذلك ما جاء في حكم القضية رقم (١٠٨١/٣/ق) لعام ١٤٢٧ هـ:  
«لما كان وكيل المدعية يطلب في دعواه إلزام المدعى عليه بسداد نصيبه في رأس مال  
المؤسسة بناء على عقد إدخاله شريكاً، وحيث لم يتضمن العقد الموقع بين الطرفين

(١) ينظر: التبصرة (١١/٥٥٢٩)، الذخيرة (٦/٣٤).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٨٣).

(٣) المغني (٧/١٨٢).

موعداً محدداً لدفع المدعى عليه نصيبه في الشركة، وحيث نصّت المادة الثالثة من ذات العقد على أن يلتزم الطرف الثاني بسداد قيمة حصته، خلال مدة سريان العقد ونصت المادة الحادية عشر على أن مدة هذا العقد هي مدة بقاء وسريان المؤسسة محل العقد على حسب الأنظمة السارية المعمول بها في المملكة العربية السعودية وحيث لم تأخذ هذه الشراكة أي صورة من صور الشركات النظامية التي يحكمها نظام الشركات، وحيث أفاد وكيل المدعية بأن الشركة المبرمة بين الطرفين غير مسجلة بقيد الشركات بوزارة التجارة ولم يصدر لها سجل تجاري، فإن حصة المدعى عليه الواجب عليه سدادها في رأس مال الشركة لم يحل عليه تقديمها؛ مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض الدعوى».

وكان دوائر أخرى -وهي الأغلب- تمنع ذلك، ومنه ما جاء في حكم القضية رقم (١٣٣٦٧/٣/ق) لعام ١٤٣٦ هـ: «أما بشأن ما أشارت له المحكمة الموقرة من أن كون الاتفاق جرى على أن يحول المدعي حقوق المدعى عليه لدى شركة (س) كرأس مال في الشركة مثار النزاع، فإن ذلك لا يصح لأن رأس المال لا يجوز أن يكون ديناً، فإن الفقهاء منعوا ذلك لاشتراط الحضور في رأس المال، فلا يجوز أن يكون بهال غائب أو دين؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة».

وخلاصة الأمر أن هذه المادة يستفاد منها الآتي:

- ١- أن الشركة تنعقد مع عدم حضور المالمين، ويجوز أن يكون رأس مال الشريك ديناً له في ذمة شخصٍ آخر.
- ٢- أن التزام الشريك لا ينقضي بإحالة الشركاء على مدينه، بل لا بد له من استيفاء الدين بنفسه وتسليمه للشركاء.

٣- أن عدم التزام الشريك بتسليم حصته من الشركة، مفضٍ إلى إمكان إنزال أحكام الإخلال بالالتزام الواردة في النظام، ومنها الامتناع عن تنفيذ الالتزامات في مواجهته، وفسخ العقد بشرطه.

## (حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها)

«لكل شريك أو من يفوضه الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>(١)</sup>.

أجاز النظام لأي شريك في جميع الشركات المدنية حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها، وهو أمر لم يكن ليتأتى قبل صدور النظام إلا باشتراكه في العقد؛ ذلك أن الشريك لا يخلو من أن يكون شريكاً عاملاً، أو ألا يكون كذلك، فإن كان عاملاً فإنه مطلع بطبيعة حاله على أحوال الشركة وممكن من ذلك، وأما إن كان غير عاملٍ فإن طلبه الاطلاع على أعمال الشركة ومستنداتها قبل تصفية الشراكة، يكون من قبيل الطلبات السابقة لأوانها، وأما بعد ذلك فهو كنقل عبء الإثبات إلى المضارب، وسيأتي بيانه في موضعه -بمشيئة الله-.

وقد جعل النظام لأي شريك حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها بإطلاق، بل وجعل أي اتفاق يقضي بعدم تمكين الشريك من ذلك باطلاً.

(١) المادة (٥٣٨) من «نظام المعاملات المدنية».

## ﴿إجازة الانسحاب من الشركة غير المؤقتة بقيود﴾

« ١ . إذا كانت مدة الشركة غير معينة جاز للشريك أن ينسحب منها في أي وقت على أن يعلم جميع الشركاء - كتابة - بإرادته الانسحاب قبل حصوله بمدة معقولة، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير مناسب»<sup>(١)</sup>.

أجاز النظام للشريك الانسحاب من الشركة - غير المؤقتة - في أي وقت شاء، إلا أنه قيّد ذلك بقيدين:

أ- الأول: أن يُعلم جميع الشركاء - كتابة - بإرادته الانسحاب، وذلك خلال مدة معقولة قبله.

ب- الآخر: ألا تكون غايته من الانسحاب ناشئة عن غش، أو أن يكون انسحابه في وقت غير لازم.

والقول باشتراط الإعلام في العقود الجائزة منهجٌ اعتبره فقهاء الحنفية<sup>(٢)</sup> والمالكية<sup>(٣)</sup> في بعض العقود؛ كالوكالة، وهي مبنى من مباني عقد الشركة، وعلّة ذلك عندهم هي «عدم الإضرار»<sup>(٤)</sup> وذلك ما أراده المنظم من هذين القيدين.

(١) الفقرة (١) من المادة (٥٤٥) من «نظام المعاملات المدنية».

(٢) ينظر: الهداية في شرح البداية (٣/١٥٢)، فتح القدير (٨/١٣٧).

(٣) ينظر: مواهب الجليل (٥/١٨٧)، شرح الخرشي (٦/٧٠).

(٤) قال ابن قدامة: «فإن لم يعلم الوكيل بالعزل، ولا موت الموكل، فعن أحمد فيه روايتان. وللشافعي فيه قولان. وظاهر كلام الخرقي هذا أنه ينعزل، علم أو لم يعلم. ومتى تصرف، فبان أن تصرفه بعد عزله، أو موت موكله، فتصرفه باطل؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضی صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه، كالطلاق والعتاق. والرواية الثانية عن أحمد، لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله. نص عليه في رواية جعفر بن محمد، لأنه لو انعزل قبل علمه، كان فيه ضرر؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة، وربما باع الجارية فيطؤها المشتري، أو الطعام يأكله، أو غير ذلك، فيتصرف فيه المشتري، ويجب ضمانه، ويتضرر =

والقول باشتراط عدم الإضرار في العقود الجائزة -جملة- نصَّ عليه ابن رجب في قواعده إذ قال: «التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد؛ لم يجوز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمنان أو نحوه؛ فيجوز على ذلك الوجه»<sup>(١)</sup>.

والمتبع لعمل القضاء التجاري -قبل صدور «نظام المعاملات المدنية»- يجد أنه كان يأخذ بقول الجمهور في إمكان فسخ عقد الشركة المدنية من أحد الطرفين دون رضا الآخر، من حيث العموم، غير أن الدوائر القضائية كانت تختلف في مدى اعتبار الضرر مانعاً للفسخ، موجباً للزوم.

فكانت بعض الاجتهادات القضائية تأخذ بإمكان الفسخ المطلق، من غير اعتبار للضرر، ومن ذلك الحكم في القضية رقم ٦١ لعام ١٤٣٩ هـ؛ والذي جاء فيه: «ولما كان من المعلوم فقهاً وقضاء من أن عقد الشراكة عقد جائز، جاء في كشف القناع للشيخ منصور البهوتي **رَحِمَهُ اللهُ** قوله: «(والشركة) بسائر أنواعها (عقد جائز) من الطرفين لأن مبنائها على الوكالة والأمانة»، وبما أن عقد الشراكة عقد جائز فإنه ينبنى عليه بأنه يمكن لأحد طرفية فسخ العقد، قال ابن قدامه **رَحِمَهُ اللهُ** في المغني: «والشركة من العقود الجائزة، تبطل بموت أحد الشريكين، وجنونه، والحجر عليه للسفه، وبالفسخ من أحدهما؛ لأنها عقد جائز»، ولما كان المدعي شريكاً مع

= المشتري والوكيل»، وقال في المجموع شرح المهذب: «أن في عزل الوكيل قبل علمه عند الشافعي قولان أحدهما: أنه ينعزل، والآخر: أنه لا ينعزل؛ لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة، وربما باع الطعام فيأكله المشتري أو غير ذلك من إطلاق يد المشتري، ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل» (٤١ / ٦٥١).

(١) قواعد ابن رجب (١ / ٥٠٣).

المدعى عليهما بجهد في إدارة قاعة الأفراح، ورغب المدعى عليه الأول (...) بإنهاء تلك الشركة، فإن الشراكة قد انتهت بينهما»<sup>(١)</sup>.

وكانت اجتهادات أخرى ترى اعتبار الضرر موجباً للزوم العقد، ومانعاً من فسخه، ومن ذلك ما جاء في حكم القضية رقم (٧٧١/ق) لعام ١٤٢٧ هـ: «وكان من المقرر أن عقد الشركة عقدٌ جائزٌ ما لم يجر الاتفاق على خلافه؛ بتوقيت الشركة مثلاً بمدة معينة لا تنقضي قبلها، وما لم يؤد فسخ الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء إلى الإضرار بشريكه ضرراً فاحشاً».

وقد حسم نظام المعاملات مادة الاجتهاد في هذا الباب، وقيد الانسحاب من الشركة - غير المؤقتة - بإعلام الشركاء، وعدم الإضرار بالشركة، إمعاناً في استقرار المعاملات، واستدامتها، ورفعاً للضرر وإزالةً له.

قال ابن رجب **رَحْمَةُ اللَّهِ**: «الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو إبقاء منفعة؛ أجب أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب»<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: الحكم في القضية رقم (١٨٤٣) لعام ١٤٤١ هـ.

(٢) قواعد ابن رجب (٢ / ٨٩).

## (جواز أن يكون رأس المال ديناً رب المال على المضارب)

«١. يصح أن يكون رأس مال المضاربة الدين الذي لرب المال في ذمة المضارب»<sup>(١)</sup>.

أجازَ النظام أن يكون رأس المال في شركة المضاربة الدين الثابت الذي في ذمة العامل المضارب لرب المال، وهو أمرٌ لم يكن ليتأتى قبل صدور نظام المعاملات المدنية؛ إذ كان المعمول به اشتراط حضور المالكين، والمنع أن يكون رأس المال ديناً - بإطلاق - في جميع عقود المشاركات وصورها، ومنها: عقد المضاربة، ولو كان الدين الذي في ذمة المضارب لرب المال.

صورة المسألة، وأثر النص النظامي فيها:

أقرض خالد محمداً مبلغاً قدره مئة ألف ريال، ثم بعد ذلك قرراً الدخول في شركة مضاربة على أن يكون العامل محمداً، ورأس المال هو المبلغ الذي في ذمته لخالد وقدره مائة ألف ريال، على أن يستحق كلٌّ منهما ربحاً مشاعاً قدره (٥٠٪) خمسون بالمائة.

أ- قبل صدور «نظام المعاملات المدنية»: إذا أقيمت دعوى ناشئة عن عقد المضاربة المبني على دين رب المال في ذمة المضارب، وثبت لدى الدائرة ذلك، فإنها تحكم بفساد العقد، وردّ رأس المال لربّه؛ وإن وجد ربح فهو للعامل؛ لأنّ الخراج بالضمان.

ب- بعد صدور ال «نظام المعاملات المدنية»: إذا أقيمت دعوى ناشئة عن عقد المضاربة المبني على دين رب المال في ذمة المضارب، وثبت لدى الدائرة ذلك، فإنها لا تحكم بفساد العقد بناءً على ذلك، ويجب عليها أن تنظر الموضوع باعتبار أنّ العقد صحيح في حكم النظام.

(١) الفقرة (١) من المادة (٥٥١) من «نظام المعاملات المدنية».

والقول الذي أخذ به نظام المعاملات هو رواية عن الإمام أحمد اختارها بعض أصحابه<sup>(١)</sup>، وهو الرأي الذي نصره ابن القيم **رَحْمَةُ اللَّهِ**، قال في إعلام الموقعين: «وفي صورة المضاربة بالدين قولان في مذهب الإمام أحمد:

أحدهما: أنه لا يجوز ذلك، وهو المشهور، لأنه يتضمن قبض الإنسان من نفسه وإبراء لنفسه من دين الغريم بفعل نفسه، لأنه متى أخرج الدين وضارب به فقد صار المال أمانة وبرئ منه؛ وكذلك إذا اشترى به شيئاً أو تصدق به.

والقول الثاني: أنه يجوز، وهو الراجح في الدليل، وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع من جواز ذلك، ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع، ولا وقوعاً في محذور من ربا ولا قمار ولا بيع غرر، ولا مفسدة في ذلك بوجه ما؛ فلا يليق بمحاسن الشريعة المنع منه، وتجويزه من محاسنها ومقتضاها.

وقولهم: «إنه يتضمن إبراء الإنسان لنفسه بفعل نفسه» كلامٌ فيه إجمال يوهم أنه هو المستقل بإبراء نفسه، وبالفعل الذي به يبرأ، وهذا إيهاً؛ فإنه إنما برئ بما أذن له ربُّ الدين من مباشرة الفعل الذي تضمن براءته من الدين، فأى محذور في أن يفعل فعلاً أذن له فيه ربُّ الدين، ومستحقه يتضمن براءته؟ فكيف ينكر أن يقع في الأحكام الضمنية التبعية ما لا يقع مثله في المتبوعات، ونظائر ذلك أكثر من أن تذكر؟ حتى لو وكله أو أذن له أن يبرئ نفسه من الدين جاز وملك ذلك، كما لو وكل المرأة أن تطلق نفسها؛ فأى فرق بين أن يقول: طلقي نفسك إن شئت، أو يقول لغريمه: أبرئ نفسك إن شئت؟!»<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: المغني (٧/١٨٢)، الإنصاف (١٤/٧١).

(٢) إعلام الموقعين، ت: مشهور (٥/٣٠٦-٣٠٧).

## ﴿ نقل عبء الإثبات إلى المضارب ﴾

«على المضارب أن يزود رب المال بالمعلومات المتعلقة بأعمال المضاربة وأن يقدم له حساباً عنها عند انتهاء مدتها، وإذا كان العقد غير معيّن المدة وجب تقديم هذه المعلومات في نهاية كل سنة، وذلك كله ما لم يتفق على خلافه»<sup>(١)</sup>.

أوجب النظام على العامل في شركة المضاربة أن يزود ربّ المال بالمعلومات المتعلقة بأعمال المضاربة والشركة، وأن يقدم له حساباً مستوفياً عند انتهاء مدتها، إن كانت محددة المدة، وإلا تكن كذلك، فإنّ هذه المعلومات تقدّم في نهاية كلّ سنة.

وهو أمرٌ لم يكن ليتأتى قبل صدور النظام إلا باشرطه في العقد؛ لأنّ يد المضارب يد أمانة، وهو مصدّق فيما يقول؛ إذ لم يُسلّم له ربّ المال ماله، إلا لثقتّه في أمانته، وذلك مقتضى الشركة.

ولعلّ أبرز آثار هذا النصّ النظامي، نقل عبء الإثبات إلى المضارب في دعوى الخسارة والتلف، وإفضاؤه إلى تضمين المضارب رأس المال حال عدم التقيّد بمنصوص هذه المادّة، كما أنّه جعل الاطلاع على معلومات الشركة حقّاً أصيلاً للشريك، يمكنه - حال امتناع المضارب عن تزويده إيّاها - أن يقيم دعوى لدى المحكمة التجارية بطلب التمكين من الاطلاع على المستندات.

وقد كانت مسألة عبء الإثبات في دعوى الخسارة محلّ خلاف قضائيّ قبل صدور النظام، فكانت بعض الدوائر تأخذ بقول المضارب مطلقاً في دعوى الخسارة، وتجعل عبء الإثبات على رب المال، عملاً بما قرّره الفقهاء في هذا الباب، ومن ذلك ما جاء في الحكم رقم (٤٣٩٥٣٢١٩٦) لعام ١٤٤٣ هـ: «وحيث أبرز

(١) المادة (٥٥٤) من «نظام المعاملات المدنية».

وكيل المدعي العقد المبرم بين المدعي وبين المدعى عليه والذي يثبت صحة دعوى المدعي لم ينكره المدعى عليه بل دفع بالخسارة، واتفق الفقهاء على أن يد الشريك يد أمانة والقاعدة في الأمانات أنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير فإن لم يصدق في دعواه عن الخسارة فإن للشريك يمين مدعي الخسارة».

وكانت غالب الدوائر القضائية تنقل عبء الإثبات إلى المضارب، وتوجب عليه الاحتفاظ بالدفاتر والمستندات، بإطلاق، ومن ذلك ما جاء في حكم القضية رقم (١٦٧٢) لعام ١٤٤٠هـ: «وبما أن المقرر فقهاً وقضاً أن المضارب أمين، وأنه مسؤول عن تشغيل رأس المال واستثماره في المجال المتفق عليه بين الطرفين، إلا أنه وإن كان أميناً فإنه يجب عليه أن يوضح مآل المال، وأن يثبت تشغيله المبلغ واجتهاده في استثماره وتحصيله، وأن يحتفظ بالدفاتر والمستندات التي تثبت ذلك»، وجاء في القضية رقم (٤٣٩٠٥٨٣٩٦) لعام ١٤٤٣هـ: «إلا أنه دفع بالخسارة، وطلب عدم تضمين موكلته لرأس المال؛ لما قرره أهل العلم من أن الخسارة في المضاربة خاصة على المال، ليس على العامل منها شيء، ولأن العامل أمين، وحيث لم يقدم وكيل المدعى عليها ما يثبت تشغيل المال وما يثبت وجود الخسارة، وحيث الأصل بقاء رأس المال».

وكانت اجتهاداتٌ تتوسط بين ذلك، وتفرّق ما بين أن يكون المضارب تاجرًا وكان محلّ المضاربة مما تنظم فيه الدفاتر التجارية، ويمكن فيه استظهار الخسارة وإثباتها أو لا، ومن ذلك ما جاء في حكم الاستئناف في القضية (٦٨٠) لعام ١٤٤١هـ: «وحيال ما دفع به المدعى عليه من الاعتداد بقول المضارب مع يمينه حال ادعاء الخسارة فإن هذا الوصف لا يصدق على الصورة ماثلة النظر، إذ إن المصنع محلّ المضاربة تنتظم فيه الأوراق والمستندات، والتي من خلالها تثبت خسارة

المصنع من عدمه، والثابت من أوراق القضية والحكم الصادر تراخي المدعى عليه عن إثبات الخسارة، الأمر الذي يجعل دفعه في انتفاء».

وجاء في حكم القضية رقم (٤٣٩٥٣٢١٩٦) لعام ١٤٤٣ هـ: «ولأن المدعى عليها لم تنكر استلام المبلغ ودفعت بالخسارة، والذي تعده الدائرة دفعًا غير مقبول على هوانه، باعتبار أن الدفع بالخسارة يمكن إعماله وتنزيل آثاره الشرعية عليه فقط في حال ثبت إدخال رأس المال ضمن وعاء الشراكة، وتحقق المضاربة به على وجه القطع واليقين، وتقديم ما يثبت سداد الشركة مبالغ شراء المحاصيل الزراعية وقت توقيع الاتفاقية محل الدعوى من رأس مال المدعي تحديداً، وما يثبت الظروف القاهرة واقعيًا ومستنديًا، وما يثبت تسبب ذلك بالخسائر بشكل مباشر لرأس المال؛ وذلك بأي وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية، وقد استقر القضاء التجاري على نقل عبء الإثبات على المضارب في دعوى الخسارة، والمتقرر في أصول الإثبات الشرعية أن الأصل إذا عارضه ظاهر أقوى منه انتقل الحكم إلى الظاهر؛ لأن دلالة الحال والقرائن والشواهد قائمة وتنبئ بحدوث أمر يغير حالة الأصل فتكون بمثابة دليل على كذب من يتمسك بالأصل، فإذا اقترن بحال المضارب دلائل ترجح وقوع تعديه أو تفريطه بهال المضاربة - كما ثبت في هذه الدعوى - فإنه ينقلب في هذه الحال إلى مدع مطالب بالإثبات، مما تنتهي معه الدائرة إلى قبول الطلب».

وهذا المعنى الذي ذهب إليه كثير من الدوائر التجارية هو نفسه المعنى الذي قرّر الفقهاء لأجله أن المضارب مصدّق في دعوى الخسارة، وهو أن كثيرًا من الوقائع التي ينشأ عنها ثبوت الضمان أو انتفاؤه مما يتعدّر على المضارب إقامة البينة عليه<sup>(١)</sup>، ولهذا لم ينظر: المهذب في فقه الشافعي (٢/١٨٧)، شرح منتهى الإيرادات (٢/٢٠٢).

يكلّف بإثبات ما يتعذّر إثباته، خصوصاً وأنّ ربّ المال قد رضي أمانته، ومقتضى هذا الائتمان تصديق قوله فيما يدعيه<sup>(١)</sup>، وهو أمرٌ كان ظاهرًا في العصور السابقة.

إلا أنّه وفي عصرنا الحاضر، أضحت كثير من المعاملات مما يمكن حفظه، وإثباته، واستعادته بصورة مفهومة، بل وإن جزءاً منها ليتمّ حفظه بصورة تلقائية، وعمليات التحويل المصرفي أو المشتريات التي تتمّ بطريق إلكتروني؛ ولهذا فإنّ القول بتصديق المضارب مطلقاً مع إمكان الإثبات مما لا تأتي به أصول الشريعة والأقضية، بل وقد نصّ الفقهاء صراحة على أنّ الأمين - ومنه المضارب - إن ادعى التلف بأمرٍ ظاهرٍ كحريق أو انتهابٍ: كُلف البينة؛ لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى، فلا تتعذر إقامة البينة عليه<sup>(٢)</sup>.

ولهذا كان الاتجاه الذي قرّره القضاء التجاري في هذا الباب، متسقاً مع أصول الشريعة، ومراد الفقهاء، وقائماً على أصول الأقضية في الأخذ بالظاهر، فإذا كذب الظاهر قول المضارب، أفضى ذلك إلى نقل عبء الإثبات إليه، قال ابن القيم: «وهكذا سائر من قلنا «القول قوله» إنما يقبل قوله إذا لم يكذبه شاهد الحال، فإن كذبه لم يقبل قوله، ولهذا يكذب المودع والمستأجر، إذا ادعى أن الوديعة أو العين المستأجرة هلكت في الحريق، أو تحت الهدم، أو في نهب العيارين ونحوهم، لم يقبل قولهم إلا إذا تحققنا وجود هذه الأسباب، فأما إذا علمنا انتفاءها فإننا نجزم بكذبهم، ولا يقبل قولهم... وكون الأصل معها مثل كون الأصل قبول قول الأمانة، إلا حيث يكذبهم الظاهر»<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٠).

(٢) ينظر: المغني (٥/ ٧٥).

(٣) الطرق الحكمية، ط: عطاءات العلم (١/ ٥٥-٥٦).

وهذا الأمر هو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (٢١٢) (٢٢ / ٨): «يتنقل عبء الإثبات في دعوى الخسارة إلى البنك خلافاً للأصل، بشرط وجود قرائن تخالف أصل دعواه بعدم التعدي، ومما يقوي العمل بهذا الأصل: أ- إذا جرى عرف الناس بعدم قبول قول المضارب (البنك) حتى يقيم البينة على صدق ادعائه بعدم التعدي أو التقصير. ب- ثبوت التهمة على الأمين: والمراد بها رجحان الظن بعدم صدقه (المضارب) في ادعائه عدم التعدي أو التقصير. إذ إن من المتوقع من المضارب حفظ رؤوس الأموال المستثمرة من الخسارة، وتحقيق الأرباح والمكاسب. ت- ثبوت المصلحة لنقل عبء الإثبات إلى المضارب (البنك)، حماية لأموال المستثمرين من الخسارة عند ادعاء المضارب أو هلاك أموال المستثمرين».

وما ذهب إليه المنظم فيه حسمٌ لمادّة الاجتهاد في هذا الباب، إذ ألزم المضارب بأن يزود ربّ المال بتقاريرٍ دوريّة، الأمر الذي يجعل ربّ المال على علمٍ بمآل ماله، وآليّة عمل مضاربه، وفيه ضبط لمعاملات الناس، وحسم لمادّة النزاع فيها، ومفضٍ إلى بث روح الطمأنينة في نفوس المستثمرين، وأرباب رؤوس الأموال.

وخلاصة الأمر أنّ لهذه المادّة جملة آثار، لعلّ أبرزها ما يلي:

١- أنّ الاطلاع على مستندات شركة المضاربة، والمعلومات المتعلقة بها حقٌّ أصيل لربّ المال، بموجب العقد، يجب بناءً عليه أن يزوده بها المضارب عند انتهاء العقد، أو بشكل سنويّ إن لم تكن الشركة معيّنة المدّة، وله إقامة دعوى قضائيّة بالمطالبة بها إن لم يلتزم المضارب بتسليمها.

٢- أنّ من واجبات المضارب تقديم حسابٍ مثبت بمعلومات وافية عن عمل الشركة، وأثر عدم قيامه بذلك: تضمينه رأس مال المضاربة قضاءً، باعتباره مفرطاً في عمله، بحسبان ما جاء في الفقرة (١) من المادّة (٥٧٥): «إذا وقع من المضارب

تعد أو تقصير لزمه تعويض رب المال عن نقص رأس المال وعن كل ما يترتب على ذلك من ضرر».

٣- أن عبء إثبات الخسارة حال ادعائها من قبل المضارب إنما يكون عليه، باعتباره ممسكاً للدفاتر التجارية والمعلومات والتقارير المحاسبية التي يمكن من خلالها إثبات دعوى الخسارة.

## تحديد نصيب المتعاقدين من الربح في المضاربة بحسب العرف؛ إن لم يوجد اتفاق على التحديد

« ١ . يتحدد نصيب كل من المتعاقدين من الربح بحسب الاتفاق . ٢ . إذا لم يوجد اتفاق على تحديد نصيب كل من المتعاقدين من الربح؛ تحدد بحسب العرف، وللمتعاقدين في هذه الحال إنهاء عقد المضاربة وفقاً للفقرة (١) من المادة (الثانية والستين بعد الخمسة) (١) من هذا النظام» (٢).

قررت هذه المادة أن نصيب المتعاقدين في شركة المضارب إنما يكون بالاتفاق؛ وذلك لأن استحقاق الربح فيها يتأتى بسببين: الأول: المال، والآخر: العمل، والعمل يتقوم بالتقويم، وذلك يختلف من اتفاق لآخر، ومن شخص لغيره.

وإذا لم يوجد اتفاق على تحديد الجزء المشاع من الربح لكل من المتعاقدين، فإنهما يصيران إلى العرف محددًا له؛ على أن لكل منهما الحق في إنهاء عقد المضاربة بشرط أن يعلم المتعاقد الآخر بإرادته الانسحاب قبل حصوله بمدة معقولة وألا يكون انسحابه عن غشٍ أو في وقت غير مناسب.

وقد كان المعمول به قبل صدور النظام، هو الحكم بفساد عقد المضاربة إن كان نصيب المتعاقدين من الربح المشاع غير محددٍ عقداً، وذلك إن لم تفت المضاربة بالعمل، وأما إن فاتت بالعمل، فكانت الدوائر تأخذ بقول الجمهور في أن الربح (١) ونص الفقرة المشار إليها: « ٢ . إذا كان عقد المضاربة معين المدة؛ فليس للمتعاقدين أن ينسحب منه قبل انقضاء المدة، وله أن يطلب ذلك من المحكمة إذا تقدم بأسباب مقبولة، على أن يعرض المتعاقد الآخر عن أي ضرر يلحقه بسبب ذلك».

(٢) المادة (٥٥٨) من «نظام المعاملات المدنية».

- إن وجد - كله لرب المال، وللعامل أجره المثل - سواء ربح أم لا -، وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>، وبعض المالكية<sup>(٢)</sup>، وهو مذهب الشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

جاء في حكم القضية (٤٦٨) لعام ١٤٢٩ هـ: «وحيث قد تبين للدائرة أنه لم يتم الاتفاق على آلية توزيع الأرباح، وحيث إن فقهاء الحنابلة قد عرفوا شركة المضاربة بأنها (دفع مال وما في معناه معين، معلوم مقداره إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه)، وبما أنه لم تحدد نسبة المضارب من الربح، وقد نص الفقهاء على أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون الربح معلوماً؛ لأن المعقود عليه، أو المقصود من العقد، هو الربح وجهالته تؤدي إلى فساد العقد، كما نص ابن قدامة **رَحِمَهُ اللهُ** في المغني على (أن من شرط صحة المضاربة تحديد نسبة العامل من الربح؛ لأنه لا يستحقه إلا بالشرط، فلم يقدر إلا به كما ذكر (شمس الدين ابن قدامة) **رَحِمَهُ اللهُ** في الشرح الكبير: «فلو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولم يذكر سهم العامل، فالربح كله لرب المال، والوضيعة عليه، وللعامل أجر مثله نص عليه أحمد وبناء عليه، فإن العقد يصبح فاسداً، وتخرج العلاقة بين المدعي والمدعى عليه عن نطاق الشركات».

وجاء في حكم القضية (٢٩٠٦) لعام ١٤٣٩ هـ أن «الأصل في المضاربة الفاسدة أن يكون الربح لرب المال (المدعى عليه) وللعامل أجره المثل (المدعى)».

وقد قرّر المنظم في هذه المادة الأخذ بقول المالكية في أن للعامل مضاربة المثل، فإن ربح فله حظُّه، وإن خسر فلا شيء له<sup>(٥)</sup>، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية،

(١) ينظر: المبسوط (٢١٩/١١)، بدائع الصنائع (١٠٨/٦).

(٢) ينظر: الإشراف (٦٤١/٢).

(٣) ينظر: تحفة المحتاج (٩٢/٦)، مغني المحتاج (٤٠٨/٣).

(٤) ينظر: المغني (١٨٠/٧)، كشاف القناع (٥١١-٥١٢).

(٥) ينظر: المدونة: (٦٣٢/٦)، التنبيهات (١٥٨٨/٣).

قال **رَحْمَةُ اللَّهِ**: «ولهذا كان الصواب أنه يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل لا أجره المثل فيعطى العامل ما جرت به العادة أن يعطاه مثله من الربح: إما نصفه وإما ثلثه وإما ثلثاه. فإما أن يعطي شيئاً مقدراً مضموناً في ذمة المالك كما يعطي في الإجارة والجمالة فهذا غلط ممن قاله؛ وسبب الغلط ظنه أن هذا إجارة فأعطاه في فاسدها عوض المثل كما يعطيه في المسمى الصحيح. ومما يبين غلط هذا القول أن العامل قد يعمل عشر سنين فلو أعطي أجره المثل لأعطي أضعاف رأس المال وهو في الصحيحة لا يستحق إلا جزءاً من الربح إن كان هناك ربح فكيف يستحق في الفاسدة أضعاف ما يستحقه في الصحيحة؟!»<sup>(١)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة تُعمَل في جميع صور شركة المضاربة التي تقضي الدوائر ببطانها؛ باعتبار أن البطلان يعيد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وهو ما يفضي بطبيعة الحال إلى عدم وجود اتفاقٍ على تحديد مقدار الربح المشاع لكل منهما، إلا إن تراضى الطرفان بعد الفسخ على نسبة معينة؛ فالحقُّ لهما.

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٠٩).

## إجازة الجمع بين الأجرة والربح

«٣. يصح الاتفاق على أن يكون لأحد المتعاقدين أجر معلوم مقابل عمل معيّن مع استحقاقه نصيبه من الربح»<sup>(١)</sup>.

أجاز النظام في هذه المادة أن يكون لأيّ من المتعاقدين -ربّ مال أو مضارباً- في شركة المضاربة، اشتراط أجر معلوم، مقابل عمل معيّن ضمن نطاق عمل الشركة، مع استحقاقه لنصيبه من الربح الناتج عن الشركة -في العموم-<sup>(٢)</sup>.

والفرق بين هذه الفقرة وما جاء الفقرة (١) من ذات المادة: «لا يصح في عقد المضاربة اشتراط مبلغ محدد من الربح لأحد المتعاقدين» هو أنّ استحقاق الأجرة لا بسبب المضاربة، وإنما بسبب عمل معيّن داخل نطاق الشركة، ولهذا كان عقداً منفصلاً عن عقد المضاربة، يمكن عزل المتعاقد عنه، ومحاسبته وفق أحكام عقد الإجارة، دون تأثير على عقد المضاربة الأصلي.

وقد كان المعمول به قبل نفاذ النظام هو الحكم بإبطال المضاربة إن اقترنت بأي صورة من صور الإجارة<sup>(٣)</sup>.

(١) الفقرة (٣) من المادة (٥٥٩) من «نظام المعاملات المدنية».

(٢) ينظر: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (١/٢٦٣).

(٣) جاء في حكم القضية رقم ٧١٨٤٧/١ لعام ١٤٣٣ هـ «وحيث نصت بنود العقد على أن الطرف الأول (المدعي) قد سلم للطرف الثاني (المدعى عليه) عدداً من الحافلات المملوكة للمدعى ليقوم المدعى عليه بتشغيلها، على أن يستحق عليها المدعى أجره شهرية بمبلغ (١٠,٠٠٠) عشرة آلاف ريال عن كل حافلة وعلاوة على ذلك فإنه يستحق نسبة من مجموع أرباح التشغيل وقدرها (٨٥٪) كما أن هذا العقد على فرض حمله على المضاربة فقط فإنه يعد مضاربة فاسدة، لتضمنها مبلغاً ثابتاً من الربح وقدره (١٠,٠٠٠) عشرة آلاف ريال شهرياً عن كل حافلة بغض النظر عن خسارة التشغيل أو ربحه... وتأسيساً على ذلك فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم ببطلان هذا العقد وإلغاء آثاره بين الطرفين».

## توزيع الأرباح المرحلية في المضاربة، وأثره

« ١ . يستحق المتعاقد نصيبه من الربح عند انتهاء المضاربة، ما لم يوجد اتفاق على تقييم المضاربة وتعيين ما يستحقه كل من المتعاقدين في مواعيد محددة مع استمرار المضاربة، ويفترض أن ما يُوزَع في أثناء المضاربة من الربح»<sup>(١)</sup>.

قررت هذه المادة أن الأصل في استحقاق الربح بعد ظهوره في شركة المضاربة إنما يكون بعد انتهاء الشركة، وتصفيتها، وهو أمرٌ ظاهرٌ ومحلُّ إجماع بين الفقهاء، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن قسم الربح جائز، إذا أخذ رب المال رأس ماله».

واستثناءً من هذا الأصل أجازت المادة اتفاق الشركاء على تقييم المضاربة، وتوزيع الأرباح في مواعيد محددة مع استمرار عمليات المضاربة، وهذا الأمر أيضًا محل اتفاق بين الفقهاء، فيما يظهر.

غير أن الفقهاء وإن اتفقوا على إمكان التوزيع، إلا أنهم اختلفوا في اعتبار ما يوزَع ربحًا مستقرًا في ملك الشريك، أم لا.

فذهب الجمهور إلى أن الموزَع أثناء قيام المضاربة هو ربحٌ غير مستقر، ولا يستقر إلا بسلامة رأس المال، وتسليمه لربه.

وذهب ابن حزم تبعًا لإبراهيم النخعي **رَحِمَهُمَا اللهُ**، إلى أنه من قبيل الربح المستقر الذي يملك ولو مع تعدُّر الاستيفاء، قال في مراتب الإجماع: «واختلفوا هل للعامل ربح قبل تحصيل رأس المال أم لا؟ وإذ قد اختلفوا في ذلك فقد بطل قول من ادَّعى الإجماع على أن الخسارة تجبر بربح إن كان في المال»<sup>(٢)</sup>.

(١) الفقرة (١) من المادة (٥٦٠) من «نظام المعاملات المدنية».

(٢) ينظر: مراتب الإجماع (٩٣).

وقد كان العمل في المحاكم قبل صدور النظام آخذاً بقول الجمهور في عدم استقرار الربح، جاء في حكم القضية (١٠ / ٥٤٨١) لعام ١٤٣٧ هـ: «واقترام طرفي العقد ما ظهر من ربح بتراضيهما قبل تنضيض رأس المال فهو وإن كان جائزاً على الراجح من قولي العلماء في تلك المسألة إلا أنه في حال ما لو خسر المال بعد قسمة الربح، والمضاربة مستمرة فإن ما حصل لرأس المال من وضعية يجبر بما اقتسماه طرفا المضاربة سلفاً.. ويعلم من ذلك أن ملك طرفي عقد المضاربة للربح قبل التنضيض ربح غير مستقر معلق على سلامة رأس المال، ولا يستقر لهما ملكه إلا بسلامة رأس المال من الوضعية... الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى اعتبار ما استلمه المدعي من أرباح: سلفاً وقدره (٥٥, ٠٠٠) ريال تمثل استعادة رأس ماله كاملاً».

وقد نصّت المادة على «افتراض» أن يكون الموزع في أثناء المضاربة من الربح، ولفظة الافتراض تحمل أحد أمرين: إما أن يقصد بها «الاعتبار» أي اعتبار أن الموزع من الربح، فهو مستقر مملوك للمتعاقد، لا يجوز أن يجبر من رأس المال؛ وذلك كقول ابن حزم والنخعي المشار إليه، أو أن يكون المراد هو الافتراض الظاهري، وعلى من يدعي الخسارة بعد ذلك عبء إثباتها، فإذا أثبتها كان المسلم جبراً من الخسارة.

الذي يظهر أن الأخير هو المراد، فما وزع فالأصل فيه الاستقرار، وعلى العامل أن يثبت الخسارة إن حصلت بعد ذلك، فإذا أثبتها جُبرت من الأرباح، وهذا المعنى خلاف العمل السابق، كما تقدّم.

## ﴿ إجازة الانسحاب من شركة المضاربة غير المؤقتة بقيود ﴾

« ١ . إذا كان عقد المضاربة غير معين المدة؛ جاز للمتعاقد أن ينسحب منه في أي وقت على أن يعلم المتعاقد الآخر بإرادته الانسحاب قبل حصوله بمدة معقولة وألا يكون الانسحاب عن غش أو في وقت غير مناسب»<sup>(١)</sup>.

أجازَ النظام لأيٍّ من المتعاقدين في شركة المضاربة غير المؤقتة الانسحاب منها في أي وقت أراد، على أن ذلك مشروط بإعلام المتعاقد الآخر قبل حصول الانسحاب بمدة معقولة، وألا يكون ذلك الانسحاب ناشئاً عن غش، أو أن يكون في وقتٍ غير مناسب.

والمعنى المتقرر في هذه المادة من جهة العمل والخلاف الفقهي هو ذاته المعنى الذي جرى بيانه وإيضاحه في الفقرة (١) من المادة (٥٤٥)<sup>(٢)</sup> فلا حاجة لمزيد تكرار، والفرق الوحيد بينهما بيّن، وهو في تقييد الإعلام بـ «الكتابة»، فلا يشترط في هذه المادة أن يكون إعلام المتعاقد الآخر بطريق الكتابة، بل بأيّ طريق كان.

(١) الفقرة (١) من المادة (٥٦٢) من «نظام المعاملات المدنية».

(٢) انظر: ص (١٧): (إجازة الانسحاب من الشركة غير المؤقتة بقيود).

## الخاتمة

هذا ما تيسر جمعه وإيراده من أبرز المستجدات والمتغيرات أحدثها صدور «نظام المعاملات المدنية» في عقود الشركات المدنية والعمل القضائي تجاهها، والله تعالى أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم.

كما أحثُّ الباحثين والمتخصصين على جمع المستجدات التي نشأت بصدور النظام على العمل السابق وتبيانها، وأخصُّ منها بالذكر بقية العقود المسماة، كعقد البيع، والهبة، والوكالة، والإجارة، وغيرها، كلُّ حسب تخصصه وعلمه.

والله تعالى أعلم، وصلى الله وسلّم وبارك على نبينا محمد.