مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة

«الوقف الإسلامي»

التى نظمتها

كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة

فى الفترة من ٦ - ٧ ديسمبر ١٩٩٧م

بفنتدق انتركونيننتال العين

مقدمة:

الحمد لله الذي أنعم علينا بنعمة الإسلام فهو أجل نعم الله على عباده، والصلاة والسلام على من جاء للبشرية منقذاً وفاتحاً لها أبواب الخير، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

وبعد،،،

فموضوع الوقف من الموضوعات الكثيرة التي تؤكد عظمة الشريعة الإسلامية الغراء في مقدرتها على حل مشكلات العصر. فالوقف -بأنواعه- يعد علاج نافع لمشكلة التفاوت الكبير بين قلة من الأغنياء يعيشون حياة مترفة وبين كثرة من الفقراء يعيشون حياة بائسة لاتمكنهم حتى من تحصيل الأسباب الضرورية للحياة والتي حددها الله تعالى في قوله: ﴿إن لك ألا تجوع فيها ولا تعرى، وأنك لاتظمؤ فيها ولاتضحى﴾.

ولضرورة موضوع "الوقف" في وقتنا الحالي فقد قامت كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بعقد ندوة علمية بعنوان «الوقف الإسلامي» في الفترة مابين ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٧، وفي مبادرة منها لمعالجة ما يستجد من موضوعات حول الوقف مستقطبة ثلة من كبار العلماء على مستوى الوطن العربي لمعالجة وبحث المسائل المتعلقة بالوقف ومناقشتها والعمل على إيجاد توصيات ونتائج تتمخض عن هذه الندوة ووضعها على ساحة العمل. ولقد جاء إصدار هذا العدد الخاص لعرض الأبحاث العلمية التي شاركت في الندوة لنضع بين يدي القارىء مراجع علمية وأفكاراً وآراءً تساعد في دعم الفكر القانوني والشرعي، وإضافة جديدة للمكتبة لقانونية الشرعية.

المحتويات

الموضوع	الباحث	رمز الصفحة
الوقف كأحد معالم الشخصية المعنوية في الشريعة الإسلامية	أ. د. قاسم عبدالحميد الوتيدي	أ
أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف	أ. د محمود أحمد أبو ليل	ب
الوقف وأثره على الناحية الاجتماعية	أ. د. بيتر مولان	ج
الوقف وتنمية المدن من التراث إلى التحديث	د. مصطفى أحمد بن حموش	د
حركة تقنين الوقف والتشريعات الحديثة "التشريع الوقفي في الدولة"	الأستاذ حمد حسن رقيط	هـ
الأوقاف في مدينة صيدا في النصف الأول من القرن التاسع عشر.	د. غسان منير سنو	و
مسائل قانونية في أحكام الوقف	د. جاسم علي سالم الشامسي	ي
المسؤولية الجنائية لإدارة الوقف في قانون العقوبات	القاضي حسن أحمد الحمادي	ق
من أحكام الناظر	الأستاذ أحمد محمد الأهدل	ع
الوقف الثقافي والعلمي "أهميته وأنواعه"	د. أحمد بن عبدالعزيز الحداد	غ
الوقف وأثره في الناحية الاجتماعية والفكرية	أ. د. سعد الدين السيد صالح	ق
الوقف وأثره من الناحيتين الاجتماعية والثقافية في الماضي والحاضر	أ. د. مصطفى محمد عرجاوي	ك
المجتمع الإسلامي في واحة الأوقاف	د. محمود الزين	ل
التنمية الاجتماعية والوقف	أ. د. سمير عبدالعزيز	م
الوقف وأثره على الناحية الاجتماعية	الشيخ/ عيسى بن المانع الحميري	ن
الوقف وأثره في التنمية	أ. د. محمد رأفت عثمان	ط

الوقف كأحد معالم الشخصية المعنوية في الشريعة الإسلامية

دراسة بحثية – قانونية شرعية – مقدمة لندوة

" الوقف الإسلامي "

المنعقدة بإذن الله في رحاب جامعة الإمارات العربية المتحدة

بتاريخ ٦ – ٧ ديسمبر عام ١٩٩٧ م

إعداد

أ. د. قاسم عبد الحميد الوتيدي *

---

* أستاذ القانون التجاري والبحري ورئيس قسم الدراسات الأساسية بكلية الشريعة والقانون – جامعة الامارات العربية المتحدة .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، رضي لنا الإسلام دينا شاملاً ومنهجاً كاملاً يقوم على أساسه المجتمع الفاضل الذي ينعم بالأمن والاستقرار ، ويرفل في الرخاء والازدهار. والصلاة والسلام على رسول الله الكريم محمد صلى الله عليه وسلم ، الذي أرسله ربه بالهدى ودين الحق لكي يظهر المجتمع بروح الود والتعاون ، وهو ذلك قد تلمس العدل أو بحث عنه ليتحقق لأمته الخير ؛ ففي تراث الإسلام ما يصبو إليه الإنسان من آمال وما يبتغيه في حياته من تقدم . وبعد فإن شريعة الإسلام درب مكنون متعدد المسالك والممالك ، ومع ذلك فإن هذا الدرب لا يضل سالكه ما خلصت نيته وصدقت عزيمته . والوقف واحد من معالم هذا الدرب أقدمه كأحد الروافد التي نبعت منها فكرة الشخصية الاعتبارية في شريعتنا الغراء ، ليكون بين يدي كل من له صلة بالعمل في ميدان العلم ومن عنده همة سبر غوره لاستخراج المكنون منه ، بمثابة شعلة نور تضيء بعض معالم الطريق وتكون بارقة أمل توصل الإنسان إلى ما يبتغيه من غايات في حياته . أقدمه على هدى من نور الشريعة ومستنيراً بفكر القانون المعاصر ، رغبة في إثبات أن الإسلام ليس - كما قيل عنه - نظاماً جامداً عقيماً لا يمكن تطبيقه في هذا العصر وأنه لا يفي بمتطلبات الحياة على وجه يحفظ مصالح الناس ، كما أنه لا يحل مشاكل هذه المدنيات الجديدة المعقدة . وأيضاً من أجل إثبات أن القانون بفكره المعاصر ، إذا كان يتطور يوماً بعد يوم بسبب ما تقضيه الحياة من سهولة وبعد عن التعقيدات ، لمواكبة ما يجد كل يوم على مسرح هذا العالم المتشابك في علاقاته ، فإن الإسلام وهو يشرع للحياة كلها قد راعى كل

ملابساتها ، ومنها التطور الذي كفله لكل شيء وذلك بمنآى عن التعقيد وأخذ بالتيسير ورفع لكل ما يوقع البشر في حرج فكان ديناً عملياً واقعياً لا تعويق فيه ولا تعقيد ، وإنما هي المرونة واليسر كي تجري الحياة على وفق ما أمر الله وقضى بما فيه تحقيق الفوز بسعادة الحياتين ، ومن ثم كان إرساله لسيدنا محمد صلوات الله وسلامه عليه ، بالدين الحق ، ليخرج الناس به من ظلمة الضلالة وشقوة الكفر والجهالة إلى نور الحق ، ليحفظ مصالح هذا العالم في العاجل والآجل معاً . وبذلك تتحقق الحكمة من شرعية الوقف في الإسلام باعتباره نموذجاً عملياً وتطبيقياً حياً للتكافل بين أفراد المجتمع بحيث يظهر بروح الود والتعاون على البر والتقوى ، وهو ما يعد دليلاً قاطعاً على وجود التراحم بين الخلق الذين لو تراحموا ما كان بينهم جائع ولا عارٍ ولا مغبون ولا مهضوم ولأقفرت الجفون من المدامع ، ولاطمأنت الجنوب إلى المضاجع ، ولمحت الرحمة الشقاء من المجتمع كما يمحو لسان الصبح مداد الظلام . إن التطور بمبناه ومعناه يكمن في هذه اللبنة الطيبة في بناء الشريعة الإسلامية المتماسك ، وهو الوقف كبذرة من بذور الشخصية المعنوية ، حيث يعد أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات كالشخص الطبيعي إلا ما يكون لصيقاً بالأخير وذلك هو مفهوم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية كما أورده الفكر القانوني المعاصر . لذلك وقبل أن ندلل من الشريعة على أن الوقف هو أحد الأسس التي نبعت منها فكرة الشخصية المعنوية ، ينبغي أن نتناول هذه الفكرة أولاً من المنظور القانوني ، لنقف على السبب الحقيقي الذي أدى إلى ظهورها لكي ندرك ما كان يمكن أن تؤديه شريعتنا الغراء لولا تعطل مسيرتها باصطدام الفقه الإسلامي بعصور التقليد . نقول وبالله التوفيق : -

إن الشخصيتين الطبيعية والمعنوية تعتبران فرعين لفكرة واحدة هي

الشخصية القانونية التي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات " الواجبات " . بمعنى أنها وصف قانوني يُضفي على كل من يعتبر ذا حق أو ملتزماً بواجب طبقاً لقواعد القانون [1] فصاحب الحق أو الملتزم بالواجب هو ذلك الكائن الذي يتكون من مجموعة أشخاص أو أموال يخلع عليها القانون الشخصية المعنوية [2]. ومن ثم فإن كل وحدة اجتماعية أو اقتصادية تنشأ من أجل غرض اجتماعي أو اقتصادي معين يُضفي عليها وصف " الشخص المعنوي " الذي يكون له وجود قانوني خاص به ومستقل عن الأعضاء المكونين له . وهذا الوجود يعطيه القدرة على أن يكون صاحب حق أو متحملاً بالتزام [3] ، بحيث يصبح طرفا في العلاقات القانونية. وبناء على ذلك فإن الشخصية المعنوية تتمثل في حيلة أو وسيلة يتحقق بها وجه الشبه بينها وبين الشخص الطبيعي بحيث يكون لهذه الوحدة الناشئة - كالفرد الطبيعي - أن تكتسب الحقوق وتتحمل بالالتزامات ، فيكون لها أن تبيع وتشتري وأن تؤجر وتستأجر وأن ترهن وترتهن كما يكون لها أن تقاضي الغير وأن يقاضيها الغير ويمثلها في ذلك من يقوم على أمرها ، كما يكون لها أن تسهم مع غيرها من الوحدات الأخرى ، وأن تسأل مسئولية مدنية - تعاقدية أو غير تعاقدية - بحيث تكون ذمتها مشغولة بالتعويض . هذه الشخصية المعنوية بمفهومها السابق أضفاها القانون على الشركة كوحدة [illegible] تنشأ لغرض معين ، حيث أثبت لها ما للشخص الطبيعي من حقوق إلا ماكان من هذه الحقوق لصيقاً بالشخص الطبيعي كما أن الحقوق المترتبة لها تتحدد بالأهداف التي أنشئت من أجلها . بمعنى أن لهذا

---

(١) أ . د. جميل الشرقاوي ، درس في أصول القانون رقم ٢٨ طبعة ١٩٦٦ م .

(٢) أ. د. عبدالحي حجازي ، المدخل إلى العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي جـ ١ ، ص ٦٠٥ طبعة ١٩٧٢ .

(٣) أ . د. برهام عطا الله ، مقدمة في علم قواعد المعاملات ، ص ٨٠ طبعة ١٩٦٧ ، أ . د. محمود سمير الشرقاوي ، الشركات التجارية في القانون المصري ، ص ٢١ طبعة ١٩٨٠ دار النهضة العربية القاهرة .

الشخص المعنوي أهلية في حدود الغرض الذي وجد من أجله حيث يتكفل عقد الشركة برسم حدود هذه الأهلية وفق غرض الشخص المعنوي من غير مجاوزة لهذا الغرض إلى غيره . على أن هذه الأهلية تمتد إلى جميع التصرفات المالية كالبيع والشراء والإجارة والرهن وغيرها ، بينما ما يكون لصيقاً بالشخص الطبيعي كالمسئولية الجنائية ، فهذه في الأصل شخصية بحيث لا تلحق إلا الشخص الطبيعي الذي وقع منه الفعل المعاقب عليه ، كما لا تمتد أهلية الشخص المعنوي إلى التبرع ، إلا مايقضي به العرف للأغراض الاجتماعية ، من تبرعات يجب ألاّ تقترن بما يخالف غرض الشخص المعنوي . وإذا كان القانون قد اعتبر الشركات أشخاصاً ، فإن ذلك لم يحدث إلا اقتضاء للحاجة العملية التي فرضت نفسها على التشريع ، حيث الضرورات العملية التي استجاب لها المشرع الوضعي فأفسح للشخص المعنوي مكاناً ملائماً وحدد له الشخصية القانونية بما يتسق وهذه الضرورات والاعتبارات العملية [1] .

بمعنى أن فكرة الشخصية المعنوية - في الواقع - لم تبزغ لها بارقة وجود في ميدان القانون الوضعي ، إلا حين ظهرت الشركات الكبيرة الضخمة ذات الأعضاء الكثيرين والأموال الوفيرة ، من أجل تنفيذ المشروعات التي ينوء بها الفرد أو الأفراد القائل في الجهد والمال والزمن . ذلك أن الأعمار محدودة ، والجهد الفردي قاصر ، حتى إذا كثر المال فقد يتردد الفرد في الإقدام على مشروع قد يكون فيه ضياع ثروته كلها ، لذلك لابد لظاهرة تجميع الجهود أو الأموال أو هما معاً ، أن تتخذ مكانها في المجتمع لمواجهة المشروعات الضخمة والأهداف البعيدة التي تمتد

(١) محمد شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للحق ص ٧١ طبعة ١٩٥٢ ، أ. د. حسن كيرة ، أصول القانون بند رقم ٣٥ طبعة ١٩٦٠ ، أ . د. اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٢٢٩ طبعة ١٩٦٦ .

في عمق الزمان تؤدي الخدمات للمجتمع ؛ فكان لزاماً على على القانون ألاّ يتخلف عن مسايرة حاجات المجتمع ومتطلباته ، الأمر الذي أدى إلى ظهور فكرة الشخصية المعنوية في أفق القانون . فإذا ما انتقلنا إلى شريعة الإسلام بشيء من سبر الغور لكي نقف على مدى فكرة الشخصية المعنوية في دربها المتعدد المسالك والممالك - سواء في نطاق الشركات أو غيرها - أمكن القول بأن الفقه الإسلامي قد اصطدم بعصور التقليد ، فلم يعتبر فقهاؤه المجتهدون الشركات أشخاصاً كما فعل القانون مع أن فقهاء الشريعة قد واجهوا الحوادث فلم يتركوا مسألة جديدة إلا وضعوا لها الحكم الشرعي المناسب ، متوخين ، ومستلهمين في ذلك مصادر هذه الشريعة باعتبارها الممول الذي لا يشق له غبار ولا تشج له يد ، متتبعين في اجتهادهم أسلوب وطريقة القرآن والسنة في إيراد الأحكام لكل مناسبة أو حادثة ، وهو ما يفهم منه أن ظاهرة التجمع الضخم لم تواجه فقهاء الشريعة حيث لم تعرض نفس الظروف التي عرضت لفقهاء القانون ، ولم توجد تلك التجمعات الضخمة إبان عصور الاجتهاد ، حتى أغلق باب الاجتهاد بحجة عدم وجود من يصلح له ، ومن ثم لم تواصل الشريعة - لهذا السبب - مسيرتها من أجل الجديد من الأحداث ، فكانت النتيجة أن خسرت تلك المجتمعات بذلك الكثير مما كان يمكن أن تؤديه الشريعة الإسلامية لولا تعطل مسيرتها . والدليل على أن ظاهرة التجمع الكبير - كما سبق - لم تعرض للفقهاء ، هو ما جاء في كلامهم عن الشركات ، والذي لم يتضمن إلا ما يفصح عن أن الشركة لم تكن تنعقد إلا بين اثنين أو أكثر من الأشخاص ، وشركة كهذه ، الشأن فيها عدم إمكان مواجهة ما يقتضي ويتطلب بحث فكرة الشخصية المعنوية بالنسبة لها ، لأن هذه الشركة تقوم على أساس عمل واحد أو عدة أعمال تجارية محدودة ، ومن ثم لم تكن هناك الشركات الكبيرة ذات

المشروعات الضخمة حتى تثور في الأذهان فكرة استقلالها وانفصالها عن الأفراد المكونين لها . ويعضد هذا ما يذهب إليه البعض من أنصار فكرة الشخصية المعنوية [1] ، إذ يرى عدم اعتبار شركات الأشخاص - كشركة التضامن - أشخاصاً معنوية ، بينما يرى البعض الآخر أن شغل ذمم الشركاء المتضامنين بديون الشركة ووقوفهم بجانب ذمة الشركة بالتضامن لتكوين الضمان العام لدائنيها ، معناه أن الشخصية المعنوية لشركات الأشخاص شخصية ناقصة [2]. وبناء على ذلك فإن ظاهرة تجميع الجهود والأموال على النطاق الواسع والتي لاحت في أفق القانون لو أنها لاحت في أفق الفقه الإسلامي ، لامتلأت بها كتب الفقهاء من ناحية الأحكام التي تناسبها ، خصوصاً وأن الفقه الإسلامي باعتباره التراث الذي يحمل إلينا شرع الله ، كان في علاجه للأمور يتعدى دائرة الواقع إلى ما قد يقع ، وهذا هو سر خلوده وبقائه و مرونته التي تواكب كل عصر وأوان . ومما يؤيد ذلك أن الشريعة الغراء قد رتبت لغير الشركات أحكاماً لا يمكن أن تترتب إلا على أساس من فكرة الشخصية المعنوية والذمة التي تستقل عن ذمة الأشخاص المكونين للشخص المعنوي، على الرغم من عدم وجود تجمع ، مثل الأحكام التي رتبتها على الوقف والمسجد وبيت المال ، إذ تعتبر هذه الأحكام بمثابة علامات واضحات وشعلات مضيئات توضح المدى الذي وصلت إليه الشريعة الغراء في هذا السبيل ؛ ففي الدُرر الحكام " فقه حنفي " جاء ما نصه " الولاية في أمر الوقف للواقف وإن لم يشترطها ، لأنه أحق من الأجنبي ويعزل لو خان كالوصي رعاية لمصلحة الوقف وإن شرط ألاَّ يُعزل ، لأنه مخالف لمقتضى الشرع [3] " ومفاد هذا النص ، أن الواقف

---

(١) أ . د. محمد صالح بك ، القانون التجاري جـ ١ ص ٥ ١٨ .

(٢) أ . د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ص ٢٤٦ .

(٣) الدُرر الحكام في شرح غرر الأحكام لملاخسرو ، الحنفي جـ ٢ ص ١٤٠ .

باعتباره الشخص الذي ابتغى هدفاً معيناً من وقف ماله ، يكون أعرف الناس بتوجيه الوقف إلى الغاية التي يرجى له تحقيقها ، وهو ما يعطي الواقف الأولوية والأفضلية في الإشراف على مصالح الوقف . على أن الوقف محدد بالغرض الذي أنشيء من أجله ، بحيث لو أهدر الواقف المصالح الخاصة بالوقف عُزِلَ لأنه ليس سوى ممثل لمصالح الوقف ؛ فهو كالوصي . وهذا الوضع يتحقق في الشخص الأجنبي الذي يعين ناظراً على الوقف ، لأنه يحتاج إلى من يرعى مصالحه ويحافظ على الأشياء الموقوفة لكي تؤدي الغرض منها على الوجه المبتغى من وجودها ويبدو من ذلك أن الوقف قد أضحى محلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وذلك لمن له أهلية وجوب وأهلية أداء ، وهذه الأهلية تعد أثراً من آثار منح الشخصية المعنوية ونتيجة مترتبة على وجود هذه الشخصية وإن كانت هنا لغير الشركة . وجاء في أسنى المطالب - فقه شافعي " وجعل البقعة مسجداً أو مقبرة تحرير لهما كتحرير الرقبة في أن كلا منهما انتقل إلى الله وفي أنهما يملكان كالحر [1] " وجاء في حاشية الرملي على أسنى المطالب " إذا فضل من ريع الوقف مال ، هل للناظر أن يتجر فيه ، أجاب السبكي بجواز ذلك إذا كان لمسجد لأنه كالحر [2] " ويقول النووي " وشروط الناظر العدالة والعمارة والإجارة وتحصيل الغلة و قسمتها [3] " ومما تقدم من أقوال السادة الشافعية يتضح أن هناك تشبيهاً صريحاً للوقف والمسجد بالشخص الطبيعي ، إذ لا توجد فروق فيما يتعلق باكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات المالية ، حيث يتكلم النص الأول عن جعل قطعة الأرض مسجداً تقام فيه العبادة أو جعلها مقبرة لدفن الموتى ، ومن ثم يعتبر ذلك تحريراً للأرض وإخراجاً لها

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري الشافعي جـ ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب هامش ص ٤٧١ " مطبوع بهامش أسنى المطالب القاهرة عام ١٣١٣ هـ .

(٣) منهاج الطالبين للنووي ص ٧٤ .

من ملكية صاحبها ، مثل الرقيق حين يعتق فعتقه يجعله شخصاً كامل الحرية والأهلية ، فكذلك إخراج المال من ملكية صاحبه يجعل له أهلية تخوله صلاحية الأخذ والعطاء ، أي اكتساب الحق وتحمل الواجب . أما انتقال الأرض المحررة إلى الله ، فيقصد به انتفاع العديد من الناس بها ، بحيث تصير و كأنها من قبيل أموال المنفعة العامة ، وحينئذٍ تكون الإثابة عنها من الله وحده . كذلك فإن الرقيق حين يعتق تكتمل أهليته وحريته فيتساوي مع من أعتقه أمام القانون مساواة مدنية وسياسية ، فإذا كان الأمر كذلك فإن الوقف والمسجد في حدود أغراضهما يكونان كالأشخاص الطبيعيين سواء بسواء . أيضاً فإن النووي قد أورد الشروط التي يجب توافرها فيمن يلي نظارة الوقف وكذلك التصرفات التي يخولها لإدارة الوقف . وبذلك نخلص من الأقوال السابقة إلى أن الشريعة الإسلامية قد أجازت لكل من الوقف والمسجد أن يكتسب الحقوق وأن يتحمل بالالتزامات ، واكتساب الحقوق وتحمل الواجبات لا يكون من حيث الأصل إلا للأشخاص الطبيعيين ، ومن ثم فإذا اعترف لغيرهم بذلك ، فإنه يعتبر إضفاء للصفات الشخصية لغير الشخص الطبيعي، وهذا هو جوهر الشخصية المعنوية وبالتالي يكون الأساس الذي بنيت عليه أحكام الوقف والمسجد باعتبارها داخلة في قواعد القانون الخاص ، هو نظرية الشخصية المعنوية وما يترتب عليها من الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي ، إذ لا أساس لهذه الأحكام غير فكرة الشخصية المعنوية والتي طبقها الفقه الإسلامي فيما عرض له من ضرورات الحياة ولم يجد مفراً من مواجهتها بالأحكام الملائمة . وإذا كان الفقهاء لم يصرحوا بالاسم الذي عرفت به الشخصية المعنوية في نطاق القانون الوضعي ، فإنهم قد طبعوا أحكامها . وحينئذٍ لا تكون هناك عبرة بالمسميات طالما أن الجوهر قد ثبت وجوده لدى هذا الفقه . وبذلك يمكن القول بأن أساس نظرية

الشخصية المعنوية قد جاءت به الشريعة الإسلامية وسجلته كتب فقهائها ، الأمر الذي لا يجعل هذه النظرية غريبة على الفقه الإسلامي . كذلك إذا كان الفقهاء - في مجال اعتبار الشركات أشخاصاً معنوية - لم يذهبوا بالنسبة للشركات ما ذهبوا إليه بالنسبة للوقف والمسجد ، فذلك يرجع سببه إلى عدم ظهور فكرة التجمع الواسع التي تتم عن طريق الشركات في وقتنا المعاصر ، وبالرغم من ذلك نجد أن الشريعة قد وضعت للشركات قواعد : إما أن تقترب في نتائجها من النتائج المترتبة على الشخصية المعنوية ، وإما أنها لا تجد تفسيراً إلا بين جنبات فكرة الشخصية المعنوية ؛ فقد وجد في الفقه الإسلامي ما يسمى بالاشتراك في رأس مال الشركة على سبيل الملكية ، وأيضاً وجد ما يمكن أن يطلق عليه لفظ الشركة . فأما عن القاعدة الأولى فمؤداها أن عقد الشركة يترتب عليه قيام نظام جديد بين الشركاء يتمثل في اتفاق مصالحهم واجتماعهم على غرض واحد يسعون لتحقيقه ، ومن ثم كان لابد من وجود وسيلة تيسر بقاء هذا النظام الجديد ، وما يترتب عليه من آثار ، وهذه الوسيلة تعني أن تكون ملكية المال المقدم كرأس مال للشركة ، ملكية جماعية شائعة بين الشركاء ، إذ بها يعتبر التصرف الذي يتم بجزء من رأس المال ، تصرفاً لحساب رأس المال كله ، ومن ثم فإن الشركاء جميعاً يشتركون في نتائج هذا التصرف ربحاً أو خسارة . ويرى الحنابلة أن الملكية المشتركة تتحقق بمجرد عقد الشركة ومن غير توقف على إجراء آخر ، وهذا منطقي لأنه يتفق مع نية المشاركة التي يقوم عليها عقد الشركة وذلك لأن عقد الشركة يترتب عليه بمجرد انعقاده ، قيام ملكية جماعية بين الشركاء في رأس مال الشركة، ومن ثم فإن أية خسارة تقع في مال معين مما قدمه الشركاء يتحملها رأس المال جميعه ، وكذلك شأن أي ربح يتحقق إذ يشترك فيه جميع الشركاء ولو كان نتيجة لصفقة تمت بجزء من

هذا المال قدمه أحدهم ، إذ أن عقد الشركة قد غير حال الملكية من ملكية فردية لكل شريك لما قدمه من مال إلى ملكية جماعية لكل ما قدمه كل الشركاء . وفي هذا يقول الفقيه ابن قدامة الحنبلي " ... لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ... ولنا أن الوضيعة [1] والضمان [2] أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا [3] " . وأما الأحناف فيرون أن الشركة لا تتم بمجرد العقد ولكنها تتم ببداية النشاط ، فإذا بدأ العمل بما قدم من الأموال تمت الشركة وتحققت الملكية الجماعية لرأس المال، وفي هذا يقول الفقيه الكاساني في البدائع " الشركة لا تتم إلا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعاً لأنه هلك بعد تمام العقد [4] " ومقتضى هذا النص أن ما يهلك من المال بعد الشراء بمال أحد الشركاء تقع تبعته في رأس المال كله إذ أن الشركة تمت بهذا الشراء ، وهذا وجيه ومنطقي لأنه يتفق ومقتضيات الشركة ، ومن ثم فإن الملكية الجماعية هنا تحققت ببداية النشاط وبما قدم للشركة من مال كأن يمكن التصرف جميعه حتى ولو هلك بعد الشراء . وإذا كانت الملكية الجماعية يمكن أن تتحقق بمجرد عقد الشركة وبما يتفق وقصد الشركاء ، كما يمكن أن تتحقق ببداية النشاط بجميع رأس المال أو بجزء منه، فإنها أيضاً يمكن أن تتحقق بالاشتراك في رأس المال ولو لم يبدأ النشاط وذلك في شركة الملك (المال الشائع في الأموال المقدمة من الشركاء " فإذا تحققت هذه الشركة بها الملكية المشتركة

---

(١) المقصود بالوضيعة ، الخسارة ، (الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، السباعي جـ ٤ ص ٦) .

(٢) الضمان هو تحمل تبعة المال الهالك .

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٧ ص ١٧ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني الحنفي جـ ٦ ص ٦٠ .

وكان ما يهلك من المال واقعاً في جميع رأس المال . وتتحقق هذه الشركة بخلط الأموال المقدمة من الشركاء ، وهذا الخلط يعتبر شرطاً لصحة هذه الشركة بحيث إذا لم يتم هذا الخلط بامتزاج الأموال امتزاجاً ينتفي معه التمييز بينهما ، فقدت الشركة شرطاً من شروط صحتها ، وفي هذا يقول شمس الأئمة السرخسي في المبسوط " وإذا جاء كل واحد منهما بألف درهم فاشتركا بها وخلطاها كان ماهلك منها هالكاً منهما وما بقي فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما [1] " . فالخلط باعتباره محققاً للملكية المشتركة لرأس مال الشركة ، معناه مزج المال المقدم من جميع الشركاء والذي يفترض فيه أنه من جنس واحد حتى لا يبقى بعضه متميزاً عن البعض الآخر ، وهذا المزج يترتب عليه أن مِلْكَ جميع الشركاء فيما أسهم به كل منهم في رأس مال الشركة يكون ملكاً شائعاً وهذا هو معنى الملكية المشتركة أو الجماعية التي يكون الخلط وسيلة لتحقيقها ، بدليل أن الشخصين إذا كانا يملكان سوياً وعلى وجه الشيوع مالاً ، صحت الشركة فيه إذا عقدت عليه ، وذلك لأن الملكية ثابتة لهما من قبل ، فإذا لم تكن لهما ملكية شائعة ، استعمل الخلط كوسيلة لتحقيق هذه الملكية ، وفي هذا يقول العلامة ابن حزم الظاهري " إنما إذا خلط المالين فقد صارت تلك الجملة مشاعة بينهما .... وأما إذا لم يخلطا فمن الباطل أن يكون لزيد ما ابتيع [2] بمال عمرو ... [3] " ويعرف الفقيه العاملي الإمامي الشركة بأنها " اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيوع [1] " وعلى ذلك فإن وسيلة شيوع الحق في المال تكون إما بالخلط حتى لا

---

(١) المبسوط للسرخسي ج١١ ص ١٦٤ .

(٢) أبتيع معناه : أشترى .

(٣) المحلي لابن حزم الظاهري جـ ٨ ص ١٢٤ .

(١) مفتاح الكرامة للعاملي الإمامي جـ ٧ ص ٣٨٨ ..

يكون هناك تمييز بين أجزاء المال وإما بوجود الملك المشترك للمال المقدم للشركة قبل انعقاد عقدها بأية وسيلة من وسائل كسب الملكية ، ومن ثم تتحول إلى شركة عقد وهي التي تنعقد بقصد استثمار المال في تنفيذ المشروعات التجارية سعياً وراء الربح . وعلى ضوء هذه القاعدة المتقدمة يمكن القول بأن الملكية المشتركة لرأس مال الشركة تعتبر خطوة من الفقه الإسلامي نحو تمهيدا السبيل لتقرير الشخصية المعنوية للشركة باعتبارها كياناً أوجده العمل واستلزمته ضرورات الحياة العملية . وأما عن القاعدة الثانية وهي ما يطلق عليه لفظ الشركة ، فإن عقد الشركة يتكون من مجموعة من الناس والأموال ، وهذا التكوين يجعل لفظ الشركة في إطلاقه من قبيل إطلاق اسم المسبب على السبب [1] باعتبار أن اسم الشركة في الأصل هو اسم للتكوين الجديد الناشيء عن العقد ، وهذا التكوين يعرف بأنه " اجتماع في استحقاق أو اجتماع في تصرف [2] " فإذا كان الاجتماع في الاستحقاق يعني الملكية الجماعية ، فإن الاجتماع في التصرف يعني أن ما ينتج عن الشركة هو تكوين يتمثل في حق الشركاء في الاشتراك في التصرف وهو مالا يمكن فهمه وتفسيره إلا في ضوء فكرة الشخصية المعنوية . وهكذا نجد أن فكرة الشخصية المعنوية تتأصل جذورها ومعالمها في الشريعة الإسلامية حيث يتضح أنها ليست غريبة على الفقه الإسلامي . وإذا كانت الشريعة الإسلامية لم تنشيء لفكرة الشخصية المعنوية نظرية عامة ، فهذا ليس عيباً في الفقه الإسلامي الذي لم يكن وليد نظريات - كما هو الحال في القانون الوضعي فكل منهج له أسلوبه وطريقته في معالجة أحكامه؛ فالفقه الإسلامي ينأى عن الاستغراق في التجريد لأنه منهج يتسم بالطابع العملي ، المتلاحم مع الواقع لكي يعالج المشاكل القائمة ثم يضع لها الفروض وفي

---

(١) حاشية ابن عابدين الحنفي جـ ٣ ص ٣٤٣ .

(٢) كشاف القناع للبهوتي الحنبلي جـ ٢ ص ٢٥٢ .