

روش فقهی تجمیع و مدیریت سرمایه‌ها

(جایگزین شرکت سهامی)

○ احمد حسنی*

چکیده

روش متداول و فراگیر برای تجمیع سرمایه به منظور انجام فعالیت‌های اقتصادی در دنیای امروز، شرکت‌های سهامی است. این شرکت‌ها از لحاظ فقهی مخدوش بوده و از جنبه حقوقی و اقتصادی نیز دچار اشکالاتی هستند. در این مقاله، به این اشکالات اشاره شده و برای پاسخ صحیح و مشروع، به نیاز تجمیع سرمایه و مدیریت آن، انواع شرکت در فقه بررسی گردیده و شرکت فقهی متناسب با این نیاز انتخاب و بر اساس ضوابط آن، سازوکاری برای مدیریت شرکت طراحی شده است. قسمت پایانی مقاله، به تبیین برتری این شرکت فقهی بر شرکت سهامی علاوه بر مشروعیت آن، اختصاص یافته است.

کلید واژگان: سرمایه، سرمایه‌گذار، فعالیت اقتصادی، شرکت سهامی، تجمیع سرمایه.

مقدمه

منظور از «بازارهای سرمایه‌گذاری» فضاهایی است که سرمایه برای انجام فعالیت‌های مشخص اقتصادی تجمیع شده و به نحوی بین افراد شراکت به وجود می‌آید و امکان فروش سهم برای سرمایه‌گذاران در شرکت نیز فراهم می‌گردد. در دنیای امروز، راهکار متداول و فراگیر برای تجمیع سرمایه برای یک فعالیت اقتصادی در این بازارها «شرکت سهامی» است. شرکت سهامی دارای «شخصیت حقوقی مستقل» و «مسئولیت محدود» بوده و نظام تصمیم‌گیری در آن بر اساس «رای اکثریت» است. این موارد از منظر فقهی دچار اشکال است، از جهات دیگری نیز این شرکت‌ها با اشکالاتی مواجه هستند که بدان‌ها اشاره می‌شود.

اشکالات فقهی شرکت‌های سهامی

شرکت‌های سهامی بر پایه‌های اساسی «شخصیت حقوقی»، «مسئولیت محدود» و «حاکمیت رای اکثریت» استقرار دارند. اصل این موارد و یا وجود آنها در شرکت‌های سهامی، از نظر فقهی دچار اشکال بوده و مخدوش است.

امکان مالک شدن برخی عناوین مثل عنوان امام یا عنوان مسلمین یا برخی اعیان خارجی مثل مسجد، فی الجمله در شرع پذیرفته شده است اما بحث از شخصیت حقوقی که یکی از ثمرات آن امکان مالکیت می‌باشد برای برخی عناوین، اعیان و یا نهادهایی که در زمان شارع وجود نداشته‌اند، محل بحث و اشکال فقهی است.^۱

انتساب مالکیت به عناوین ذکر شده که در زمان شارع صورت می‌گرفته، بدین

۱. حائری، مالکیت شخصیت‌های حقوقی، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۲۱؛ فقه العقود،

سبب بوده که مثلاً در مورد عنوان امام، شارع می‌خواسته ثمرات مالکیت برخی اموال مربوط به شان امامت، تماماً و دائماً برای جایگاه امامت باشد و اگر مالکیت برای عنوان امام قرار داده نمی‌شد و شخص امام مالک قلمداد می‌گردید، نتیجه مورد نظر حاصل نمی‌شد و آن اموال به فرزندان آن امام به ارث می‌رسید.

در مورد مسجد نیز واقفان، یا اعطاکنندگان می‌خواسته‌اند ثمرات مالکیت اشیاء اعطایی، تماماً و دائماً برای مسجد باشد. در این فرض به طور طبیعی و عرفی باید مالکیت را به مسجد نسبت می‌دادند؛ چرا که اگر غیر از مسجد را مالک آن اشیاء در نظر می‌گرفتند به هدف خویش دست نمی‌یافتند. مسجد نیز به دلیل موقوفی بودن آن، چنین جایگاهی را داشته است که پذیرای چنین مالکیتی باشد.

در مورد شرکت‌های سهامی خلاف برخی مؤسسات عام‌المنفعه شناخته شده با عنوان شخصیت حقوقی - که مالکیت خود آن مؤسسات مد نظر تملیک‌کنندگان اموال به آنها بوده است - نه تنها امکان مالکیت شرکا وجود دارد بلکه ملاحظه می‌شود که بیشتر آثار مالکیت شرکا برای ایشان در نظر گرفته شده اما در میزان مسئولیت شرکا آثار مالکیت آنان نفی شده است.^۲

در غیر از موارد پذیرفته شده در شرع، آنچه از گذشته تاکنون در عرف و عقلا به شخصیت حقوقی استناد می‌شده مواردی است که می‌خواسته‌اند چیزی را به عنوان، جهت، شیء و یا نهادی تملیک کنند به گونه‌ای که آثار ملکیت برای همان عنوان، جهت، شیء و یا نهاد قرار داده شود؛ مثلاً پدری می‌خواسته چیزی را به «فرزندی که هنوز به دنیا نیامده است» تملیک کند؛ نیکوکاری اعطا و صرف دائمی درآمد اموال خویش را برای «مستمندان یک شهر» خواستار بوده؛ شخصی اموالی را به یک «معبد» یا «آرامگاه» تملیک کرده یا گروهی از متمولین که مؤسس یک نهاد

۲. البته موارد دیگری نیز به عنوان اثرات نفی مالکیت شرکا بیان شده که قابل توجه نیستند و معمولاً مورد نیاز و التفات قرار نمی‌گیرند. ر. ک: سنهوری، الوسیط، ج ۵، ص ۲۹۲-۲۹۴.

خیریه بوده‌اند، برخی دارایی‌های خود را به آن «نهاد خیریه» تملیک می‌کردند تا به وسیله آن نهاد برای مصارف خیریه مشخصی هزینه شود.

آنچه به طور خاص در مورد شرکت سهامی، قابل توجه و تعجب‌آور است اینکه تملیک‌کنندگان دارایی به شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی، همان سهام‌دارانی هستند که سود شرکت به جیب آنها وارد می‌شود و به میزان سهام، حق رأی دارند و ضرر و خسارت نیز تا کمتر از دارایی شرکت، از اموال شرکت که در واقع همان اموال شرکا است پرداخت می‌شود اما اگر خسارت، بیش از دارایی شرکت باشد، شرکا مسئولیتی ندارند.

به نظر می‌رسد هدف اصلی از مالکیت بخشی به خود شرکت و اندیشه شخصیت حقوقی برای شرکت‌های سهامی، توجیه خسارت ندیدن شرکا بیش از دارایی شرکت است، در حالی که مصادیق عرفی و عقلایی مالکیت‌های این چنینی، کاملاً با آن متفاوت است. این اندیشه برای توجیه مؤلفه دیگر این شرکت‌ها، یعنی حاکمیت اکثریت نیز به کار گرفته شده است.

برخی از محصولات رفتار و اندیشه‌های توجیه‌گرانه غربی، گاه عقلایی خوانده می‌شود، بدون آنکه ریشه عقلایی آن (به معنای مورد نظر در فقه) به درستی مد نظر قرار گیرد.^۳ بدون نظر به شرع، اندیشه مالکیت شرکت سهامی و شخصیت بخشیدن به آن، از نظر عقلایی، اندیشه‌ای نارس و ناقص است. خاستگاه این اندیشه و چرایی پدیدار شدن آن را باید در نظام سرمایه‌داری غربی جستجو کرد که به سرمایه و صاحبان آن چنین جایگاهی می‌دهد.

علاوه بر اشکال اساسی متکی نبودن شخصیت حقوقی شرکت سهامی به سیره عقلا و در عوض، اتکای آن به طراحی مهندسان مالی و اندیشه ورزان حقوقی، همان‌طور که اشاره شد، از منظر شرعی اصل حقیقت شخصیت حقوقی

۳. موسویان، ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، ص ۳۱۸.

در خارج از موارد موجود در زمان شارع، محل بحث است.

لازم است به این مطلب نیز توجه شود که اگر شخصیت حقوقی را در مورد شرکت های سهامی علی رغم همه اشکالات آن بپذیریم، این مطلب نهایتاً می تواند مسئولیت محدود شرکت ها را توجیه کند، اما نظام تصمیم گیری در شخصیت های حقوقی نوپیدا - بر فرض مشروع دانستن آنها- موضوع مستقلی برای بررسی فقهی است و ممکن است اندیشه صحیح فقهی، حاکمیت حاکم شرع بر این شخصیت ها باشد و در این صورت همچون گذشته، دلیلی بر مشروعیت حاکمیت رأی اکثریت در شرکت ها وجود نخواهد داشت.

در هر صورت نمی توان نظام مالی و اقتصادی یک کشور اسلامی و مدعی حاکمیت اسلام را بر این گونه امور که مورد بحث و دارای ابهام و ایراد است استوار کرد، خصوصاً اینکه در شریعت، شرکت و قواعد و شرایط آن تبیین شده و برای نفی لوازم شرکت فقهی که از جمله آن، مسئولیت شرکا و در عین حال، رعایت کامل حقوق آنان در تصمیم گیری های شرکت است، نمی توان چنین راه هایی را پیمود.

رعایت نکردن حقوق اقلیت

به دلیل حاکمیت اکثریت در شرکت های سهامی، در بسیاری از مواقع حقوق سهامداران اقلیت رعایت نمی شود. مقاله «مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی؛ حقوق انگلستان و ایران» به این مطلب اشاره می کند:

قاعده اکثریت یکی از اصول بنیادین حکومت شرکتی در شرکت های سهامی و حقوق شرکت های غالب کشورهای دنیا بوده است ... از یک نظر، قاعده می تواند هنوز ناعادلانه باشد، چه اعمال آن مستلزم تمرکز قدرت شرکتی در دستان اکثریت سهامداران است که از این طریق می توانند از آن سوء استفاده کنند؛ در حالی که هر یک از سهامداران در تأمین سرمایه شرکت مشارکت

می‌کنند، فقط یک گروه از ایشان، یعنی سهامداران اکثریت، قادرند تصمیمات الزام‌آوری را که ممکن است متضمن منافع اقلیت سهامداران نباشد، اتخاذ نمایند. حتی در جایی که تصمیمات صادقانه اتخاذ شده‌اند، می‌توانند با سیاستگذاری‌های ضعیفی همراه باشند و سبب زیان شرکت گردند.

همراه شدن قاعده اکثریت با برخی اصول حقوق شرکت‌ها نیز باعث رشد فزاینده قابلیت سوء استفاده در شرکت‌ها شده است. این باور که شرکت از نظر قانون، شخصیت حقوقی مستقل محسوب شده و هم او به عنوان خواهان ذینفع، و نه سهامداران آن، می‌تواند دعوی شرکت را علیه اشخاص طرح و پیگیری نماید و این که دعوی سهامداران در چنین مواقعی شنیده نخواهد شد، قدرت شرکتی را تقریباً به طور کامل در اختیار سهامداران اکثریت قرار می‌دهد.

دادگاه‌ها هم نشان داده‌اند که تمایلی به شنیدن اختلافات بین سهامداران نداشته و به طور کلی بر این باورند که چنین اختلافاتی باید در مجامع عمومی سهامداران طرح و حل و فصل گردند، حتی در صورتی که دادگاه‌ها به شنیدن دعوی اقلیت تمایل نشان دهند، مشکلات عملی طرح چنین دعوی‌ای به اندازه کافی دلسردکننده هستند. مدیران همیشه می‌توانند به استناد محرمانه بودن اطلاعات تجاری مورد درخواست، از ارائه چنین اطلاعاتی به سهامدار ناراضی خودداری کنند. از این‌ها گذشته، برای یک سهامدار، هزینه‌های طرح دعوی در چنین مواردی، در مقایسه با فواید احتمالی آن، می‌تواند بسیار نامتناسب بوده و در نتیجه او را کاملاً بی‌انگیزه و از طرح دعوا منصرف کند.

بنابراین سوء استفاده از قاعده اکثریت امکان‌پذیر است و چنین امکانی

می تواند سبب یاس سرمایه گذاری شرکتی و نوعی نقض غرض از تحول و تکامل نهاد حقوقی - اقتصادی شرکت که به گفته بسیاری از نظریه پردازان حقوقی همانا فائق شدن بر مشکلات مربوط به جذب سرمایه است، باشد. با وجودی که قاعده اکثریت به طور بالقوه فرصت سوء استفاده را برای سهامداران اکثریت فراهم می سازد، نظریه پردازان حقوق شرکت ها هم چنان به حمایت از آن اهتمام ورزیده اند.^۴

زیاد بودن ورشکستگی به دلیل مسئولیت محدود

یکی از قواعد شرکت های سهامی، اختیار اعلام ورشکستگی توسط سهامداران یا مدیران در مواقع فزونی بدهی ها از دارایی های شرکت است. مسئولیت محدود این شرکت ها این امکان را برای شرکا پدید می آورد که خود را با اعلام ورشکستگی، از پرداخت بدهی بیشتر از دارایی شرکت خلاص کنند، در حالی که در شرکت فقهی، باید هر یک از شرکا به اندازه سهم خود در شرکت، نسبت به پرداخت کل بدهی اقدام کند. با توجه به این مطلب، می توان احتمال ورشکستگی و تعطیلی شرکت فقهی را ضعیف دانست؛ چرا که برای شریکانی که موظف به پرداخت بدهی می گردند حفظ سرمایه مولد و سود آفرین شرکت و پرداخت بدهی از سایر دارایی هایشان ترجیح دارد؛ خصوصاً در مواقعی که تعداد شرکا فراوان باشد، ورشکسته کردن شرکت بسیار بعید به نظر می رسد. این نکته نیز قابل توجه است که طبیعتاً در چنین شرکت هایی میزان محافظت و حسابرسی برای جلوگیری از بروز بدهی های سنگین به دلیل نبودن مسئولیت محدود، قوی تر خواهد بود.

علاوه بر ظلم و اجحافی که در حق طلبکاران شرکت های سهامی هنگام

۴. رحمانی، مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی؛ حقوق انگلستان و ایران،

شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۴۵۴.

ورشکستگی رخ می دهد، اصل ورشکسته کردن این شرکت ها، اتلاف سرمایه های مادی و معنوی آنها است. سخت افزارهایی که با ساخت یک شرکت پدید می آید، قواعد، روش ها و نرم افزارهایی که برای ارائه محصول با کیفیت و یا مدیریت صحیح ایجاد می گردد، نیروی انسانی با انگیزه ای که به کار در شرکت مشغول می شود و مهارت و تجربه لازم برای کار خود را پیدا می کند و خانواده هایی که معاش آنان با فعالیت شرکت تأمین می گردد، با ورشکسته کردن شرکت از دست می روند یا دچار آسیب می شوند.

گاه مجموع سودی که این شرکت ها به مرور زمان به صاحبان سهام خود می پردازند چندین برابر ارزش سهام آنان است ولی با این وجود، در مواقعی که برای شرکت بدهی هایی پدید می آید که از ارزش دارایی های شرکت بیشتر است، ورشکستگی شرکت اعلام می گردد، در حالی که اگر مطابق قواعد فقهی، بدهی توسط شرکا پرداخت می گردید و شرکت از بحران عبور می کرد می توانست دوباره برای صاحبان سهام، سودآوری کند و یا حتی ارزش های بالاتری را پدید آورد. کمتر فرد یا گروه موفق را می توان یافت که در مراحل سیر تکاملی خود در هر زمینه ای دچار مشکل و یا حتی بحران نشده باشد. آنچه مهم است مدیریت بحران و عبور از بحران و حرکت رو به رشد است.

آنچه گفته شد، در اندازه خود، در جلوگیری از بروز انحصار در اقتصاد مؤثر است. ۵ اشخاص یا شرکت هایی که از قدرت مالی لازم برخوردارند و یا به نحوی به کانون هایی از قدرت و ثروت متصل هستند، در صورت مواجهه با مشکلات و یا بحران ها، معمولاً امکانات لازم برای عبور از مشکل و بحران را در اختیار دارند، اما اشخاص یا شرکت های نوپا و مستقل، به دلیل نداشتن توانایی لازم در این

۵. بحث انحصار، بحث پر دامنه داری در اقتصاد است که بررسی علل و تأثیرات آن مجال مستقلی را طلب می کند.

شرایط و گرفتاری‌ها (که گاه توسط همان قدرت‌های مالی رقیب، طراحی و تحمیل می‌گردد) آسیب جدی می‌بینند و از گردونه حذف می‌شوند. اگر قواعد شرکت فقهی در مورد شرکت‌ها رعایت گردد، علاوه بر دارایی‌های خود به دارایی سهامداران نیز اتکا دارند و در این صورت اعتبار و توانایی لازم برای عبور از بحران‌ها را خواهند داشت.

در این مقاله از شرکت سهامی به عنوان چهره شاخص شرکت‌های تجاری نام برده شده ولی باید توجه داشت که سایر انواع شرکت‌های امروزی که دارای ویژگی‌های مورد اشاره می‌باشند نیز مخدوش هستند.

در ادامه، شرکت فقهی متناسب با نیاز فعالیت‌های اقتصادی با سرمایه‌گذار متعدد تبیین شده و بر اساس اصول آن، ساز و کاری برای تصمیم‌گیری در شرکت طراحی شده است که علاوه بر انطباق کامل بر ضوابط فقهی، پیشرفته‌تر و عادلانه‌تر از روش موجود در شرکت‌های سهامی است.

محور اول: انواع شرکت در فقه و احکام آنها

شرکت دو گونه است: شرکت غیر عقدی (شرکت مطلق) و شرکت عقدی.

الف) شرکت غیر عقدی (شرکت مطلق) مطالعات فقهی
شرکت غیر عقدی و یا شرکت مطلق عبارت است از مالکیت دو نفر و یا بیشتر بر ملک یا حقی به صورت مشاع. مال مشاع یا مشترك می‌تواند شامل موارد زیر باشد:

- عین خارجی، مانند خانه و باغ خریداری شده توسط دو یا چند نفر
- منفعت، مانند منفعت خانه اجاره شده توسط دو یا چند نفر
- دین، مانند دین خریدار یک زمین مشاعی به مالکان آن

- حق، مانند حق خیار با این فرض که در نتیجه فوت صاحب حق به ورثه او منتقل شود.

شرکت در اثر برخی اسباب حاصل می شود که اختیاری یا قهری هستند.
۱. شرکت اختیاری: شرکتی است که با یکی از اسباب اختیاری زیر پدید می آید:

الف) عقد: شرکت ممکن است در نتیجه عقدی از عقود حاصل شود؛ چنان که چند نفر ملکی را خریداری و یا اجاره کنند و یا به آنها هبه شود. (شرکت حاصل از عقد، غیر از شرکت عقدی است. توضیح شرکت عقدی خواهد آمد)

ب) تشریک: مانند اینکه کسی مالک منزل یا باغ یا کارخانه ای است و دیگری را در آن به صورت مشاع شریک خود قرار می دهد (سه دانگ آن را به وی می فروشد) یا اینکه به مدت مشخصی مالک منفعت منزل یا باغ یا کارخانه ای است و این منفعت را با این ویژگی که مثلاً خودش از آن به طور مساوی حق بهره برداری دارد (منفعت محدود شده را) به دیگری منتقل می کند و آن عین را به این صورت اجاره می دهد.

ج) مخلوط نمودن (مزج اختیاری): چنان که در گذشته رایج بوده است که کشاورزان یک منطقه گندم های خود را در یک انبار می ریختند و هر یک به مقدار گندمی که می ریخت، در گندم های انبار شریک می شد و یا اینکه عده ای اسکناس های یکسان خود را با یکدیگر مخلوط کنند به گونه ای که نتوان صاحب آنها را تشخیص داد.

د) حیازت مشترك مباحات: مانند آنکه چند نفر به کمک یکدیگر زمین مواتی را احیا کنند یا چاهی را حفر کنند.

۲. شرکت قهری: شرکت قهری نیز شرکتی است که با یکی از اسباب غیر اختیاری زیر ایجاد می شود:

الف) ارث: چنان‌که کسی فوت کند و ورثه متعدد داشته باشد، آنها در ماترك مورث خود شریک می‌شوند.

ب) امتزاج: چنان‌که از روی غفلت، گندم‌ها یا اسکناس‌های چند نفر با یکدیگر مخلوط شود، در این صورت گندم‌ها و اسکناس‌های آنان بدون اراده صاحبان آنها ممزوج شده است.

نکته: امتزاج دو جنس، خواه قهری باشد و خواه اختیاری، اگر به گونه‌ای باشد که پس از مخلوط شدن، دو جنس از یکدیگر تمییز داده نشوند، یعنی تعدد خود را حقیقتاً از دست داده و پیکر واحدی را تشکیل بدهند (مانند مخلوط شدن روغن زیتون کسی با روغن زیتون دیگری یا مخلوط شدن روغن زیتون کسی با روغن بادام دیگری) موجب تحقق شرکت واقعی حقیقی می‌شود و اگر پس از امتزاج، تعدد خود را حقیقتاً از دست ندهند مانند امتزاج گندم کسی با گندم دیگری و یا گردوهای کسی با گردوهای دیگری یا اسکناس‌های کسی با اسکناس‌های دیگری، عده‌ای از فقها قائل هستند که در این موارد شرکت ظاهری حکمی شکل می‌گیرد که در حکم شرکت واقعی است و تمام احکام مال مشترک در آن جاری است و برخی دیگر از فقها این موارد را شرکت نمی‌دانند.^۶

توجه: عقد و تشریک از روش‌های مورد اتفاق برای ایجاد شرکت غیر عقدی اختیاری هستند.

احکام شرکت غیر عقدی

۱. اگر یکی از دو شریک درخواست قسمت کند، اجابت درخواست او بر شریک دیگر واجب است و در صورت امتناع از این کار، بر آن مجبور می‌شود. اما اگر پس از قسمت مال مشترک به دلیل نقصان در عین یا قیمت، ضرری به وجود

۶. مطالب این قسمت برگرفته از کتاب العروة الوثقی (محشی)، ج ۵، ص ۲۷۴، تحریر الوسيلة، ج ۱، ص ۶۲۲ است.

می‌آید که به طور معمول مورد مسامحه قرار نمی‌گیرد، اجابت در خواست قسمت از سوی شریک دیگر واجب نیست.^۷

۲. تصرف در مال مشترك برای هر یک از شرکا تنها با رضایت بقیه جایز است و شخص مأذون باید از نظر مقدار و کیفیت تصرف، به مقداری که اذن داده شده اکتفا کند. البته در صورت مطلق بودن اذن، اذن به انجام کاری، اذن در لوازم آن کار نیز می‌باشد.

اگر تصرف موجب نقص در عین شود و یکی از دو شریک اذن در تصرف در مال مشترك را نمی‌دهد، شریک دیگر می‌تواند به حاکم شرع رجوع کند تا برای در امان ماندن از ضرر به او برای تصرف اذن دهد.

اگر دو نفر در مالی شریک باشند و بر یکدیگر سخت بگیرند و یکی از ایشان از دادن اذن هر گونه تصرفی در آن مال امتناع ورزد، به گونه‌ای که به ضرر بینجامد شریک دیگر می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا به او برای تصرف اصلح مطابق نظرش اذن دهد.^۸

ب) شرکت عقدی

عقد شرکت طبق دیدگاه مشهور، بین دو یا چند نفر واقع می‌شود تا با مالی که

۷. این مسئله در بسیاری از کتب بیان شده از جمله: تحریر الوسيلة، ج ۱، ص ۶۳۰؛ گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۲، ص ۴۶؛ اراکی، المسائل الواضحة، ج ۲، ص: ۲۷؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ص ۱۲۰؛ شبیری زنجانی، المسائل الشرعیة، ص ۴۷۹؛ سیستانی، المسائل المتتخبة، ص ۳۲۴؛ صافی گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۲، ص ۶۲. در ادامه خواهد آمد که این مسئله در بین فقها به صورت «لا خلاف» ثابت است.

۸. این احکام در کلام عده‌ای از فقها مورد تصریح قرار گرفته است؛ از جمله: خویی، منهج الصالحین، ج ۲، ص ۱۲۳؛ تبریزی، منهج الصالحین، ج ۲، ص ۱۴۲؛ وحید خراسانی، منهج الصالحین، ج ۳، ص ۱۴۳؛ فیاض، منهج الصالحین، ج ۲، ص ۲۸۶؛ سبزواری، جامع الاحکام الشرعیة، ص ۳۴۱.

بين آنها مشترك است معامله و داد و ستد کنند: اثر عقد مزبور آن است که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران برای کسب و معامله در مال الشركة اذن در تصرف می یابد و سود و زیان این کسب بین آنها به نسبت مالشان تقسیم می شود.^۹ عقد شرکت، عقدی جایز است و هر یک از شرکا می تواند هر زمان بخواهد آن را فسخ کند.

همچنین عقد شرکت در اثر فوت و جنون و سفاهت باطل می شود.

تحلیل و تبیین عقد شرکت

با توجه به فروضی که فقها در متون فقهی از عقد شرکت بیان داشته اند و آنها را قبول و یارد کرده اند، می توان صورت های پیش رو را برای این عقد (بدون داوری درباره آنها) در نظر گرفت:

۱. عقد شرکت بین دو شریک بدون هیچ شرطی خلاف وضعیت طبیعی در توزیع سود و زیان (توزیع سود و زیان به نسبت سهم الشراکه).
۲. عقد شرکت بین دو شریک و انجام کار توسط یکی از آنها و قراردادان سهمی از سود برای او پیش از مقدار طبیعی (این صورت در جایی که هر دو کار می کنند اما یکی کار بیشتری انجام می دهد نیز وجود دارد).

۹. دیدگاه دیگری وجود دارد که برای تحقق عقد شرکت، مشترك بودن آن مال به صورت اشاعه را لازم نمی داند و معتقد است پس از اجرای صیغه عقد (و بدون نیاز به امتزاج)، در اموال و منافع مورد نظر برای کار و کسب مشترك، شرکت ایجاد می شود (طباطبایی یزدی، العروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۹۹). دیدگاه دیگر، تحقق شرکت را صرفاً با خلط و امتزاج میسر می داند و وجود شرکت عقدی را در کنار سایر عقود انکار می کند با این استدلال که با وجود امتزاج، دلیلی برای انشاء چنین عقدی وجود نخواهد داشت (طباطبایی یزدی، العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل، ج ۲، ص ۵۸۲).

توجه: صاحبان این دو مبنا مسلم می دانند که نتیجه ای که قائلین مبنای مشهور از عقد شرکت دنبال می کنند، واقع شده و صحیح می باشد اما در چیستی عقد شرکت و محل استفاده از آن اختلاف دارند.

۳. عقد شرکت بین دو شریک و قرارداد دادن سهمی از سود یا زیان بیش از مقدار طبیعی برای یکی از آنها (بدون انجام کاری توسط وی).

۴. عقد شرکت بین صاحبان دو عین مجزا (که برای اکتساب به آنها نیاز است) و قرارداد دادن سهم معینی از سود برای آنها

در صحت نوع اول از عقد شرکت اختلافی نیست، اما در سایر موارد خصوصاً در دو مورد اخیر اختلاف نظر وجود دارد.

از آنجا که در بازارهای سرمایه گذاری - به دلایلی که ذکر خواهد شد - از نوع اول عقد شرکت استفاده خواهد شد، به تحلیل این نوع از عقد شرکت می پردازیم. قبل از بررسی، به یک اصل مورد تأیید عقلا و شرع اشاره می کنیم و آن اینکه: اگر نمائی برای یک شیء حاصل شود صاحب آن شیء مالک آن نما خواهد بود و اگر خسارتی در آن شیء واقع شود نیز این خسارت متوجه مالک آن است.

این مطلب در مورد جایی که یک شیء بین چند نفر مشترك باشد نیز صادق است و اگر نمائی پدید آید، متعلق به مالکان آن شیء (به همان نسبتی که در مالکیت شیء دارند) می باشد و اگر خسارتی نیز در آن شیء پدید آید متوجه مالکان شیء به نسبت مالکیت آنها خواهد بود. توزیع نماء (سود) و یا خسارت (زیان) را بر اساس سهم هر یک از مالکان، «قاعده طبیعی در توزیع سود و زیان» می گوئیم.^{۱۰}

حال آنچه در باره نوع اول عقد شرکت می توان بیان داشت این است که منشأ این نوع از عقد شرکت، رضایت مالکان در تصرف است، یعنی پایه و اساس این نوع، آن است که هر یک از مالکان، به تصرف در مال مشترك، مطابق آن چیزی که در مورد آن، با مالک یا مالکان دیگر توافق کرده اند راضی است و این رضایت را در قالب عقد بیان می دارد. این رضایت به اقدامی سودآورانه تعلق گرفته است که بر

۱۰. اصطلاحاً برای نماء حاصل شده از یک شیء، تعبیر ربح و سود به کار نمی برند. مساوی دانستن این دو واژه در اینجا به دلیل سببیت نماء در تحصیل سود است.

حسب توافق، انجام دهنده آن هر کسی از شرکا و یا همه آنها و یا شخص یا اشخاصی غیر از ایشان می تواند باشد و هر سودی که از این اقدام حاصل شود طبق قاعده ای که اشاره شد بین شرکا تقسیم می شود؛ همان گونه که اگر خسارتی متوجه مال مشترك شد، این خسارت به ایشان نیز وارد می گردد.

نتیجه اینکه در نوع اول از عقد شرکت، به «انشاء عقد» برای جایز بودن انجام فعالیت سودآورانه در مال مشترك نیازی نیست، بلکه نفس رضایت به موضوع عقد برای جایز بودن انجام تصرف کفایت می کند.^{۱۱} در واقع، عملکرد عقد شرکت، مشخص شدن چیزی است که دو یا چند شریک در مورد آن توافق می کنند و رضایت به آن را اعلام می دارند. آنچه در اینجا مهم است و مجوز تصرف را پدید می آورد، رضایت همه شرکا به تصرفی است که بر سر آن توافق می شود؛ چه این رضایت را با انشاء ابراز کنند و چه اینکه آن را با اعلام بفهمانند و چه از راه دیگری مثل علم به رضایت برای متصرف ثابت شود. این مطلب در مورد «عدم رضایت» نیز صادق است؛ یعنی اگر کسی که به او اذن در تصرف در شیء داده شده است به هر شکلی کشف کند که مالک یا مالکان آن، دیگر راضی به تصرف او نیستند، حق تصرف در آن شیء را ندارد و برای ممنوعیت در تصرف، نیازی به انشای فسخ نیست.

اصولاً علت جایز بودن عقد شرکت را همین نکته باید دانست و منشأ ممنوعیت تصرف (یا به تعبیر متعارف، بطلان عقد شرکت) در فرض موت، جنون،^{۱۱} البته باید دانست در جایی که شخصی با علم به رضایت مالک یک شیء، در آن تصرف می کند هر چند انجام تصرف برای او از حیث حکم تکلیفی جایز است اما طبق نظر بسیاری از فقها برای صحت تصرفات اعتباری مثل بیع، اجاره و... مجرد رضایت مالک کافی نیست و اذن او قبل از انجام معامله و یا اجازه و امضای او پس از انجام معامله لازم است. همان گونه که مشخص است در عقد شرکت بر سر مورد تصرف، گفتگو و توافق حاصل می شود و این توافق اعلام رضایت جمعی شرکا بر مورد تصرف و اذن ایشان می باشد.

سفاهت و ورشکستگی نیز همین است؛ چرا که در فرض موت، وارث و در فرض جنون، ولی و در فرض سفاهت، قیم باید به تصرف راضی باشند و در فرض ورشکستگی نیز چون حق طلبکاران به مال مشترك تعلق می‌گیرد باید به تصرف در این مال رضایت داشته باشند. ۱۲

۱۲. تحلیل بیان شده در تمام چهار مورد از عقد شرکت می‌تواند جاری باشد و اساس عقد شرکت چیزی جز اباحه تصرف هر یک از مالکان به تصرف به نظر نمی‌رسد. این تحلیل برای حالت اول مسلم دانسته شد، اما سایر حالت‌ها:

ابتدا حالت سوم (عقد شرکت بین دو شریک و قرارداد سهمی از سود یا زیان بیش از مقدار طبیعی برای یکی از آنها بدون انجام کاری توسط وی):

در اینکه آیا با شرط کردن می‌توان برای برخی سودی بیشتر از دیگران در نظر گرفت یا خیر، نظرات متفاوتی مطرح شده است. همان‌طور که گفته شد هر نماء و سودی که حاصل می‌شود بین شرکا به نسبت سهم الشراکه توزیع می‌گردد و اگر خسارتی نیز متوجه گردد همین‌طور خواهد بود. در این صورت اگر شرط سود بیشتر برای یکی از شرکا، به صورت شرط فعل باشد که اگر سودی حاصل شد، درصد مشخصی از این سود توسط یکی از این دو شریک به دیگری تملیک شود، صحت این شرط متوقف بر این است که لزوم رعایت شرط ابتدایی را قائل شویم و «المؤمنون عند شروطهم» را ناظر به شروط ابتدایی هم بدانیم (که بسیاری به آن قائل نیستند)، اما اگر به صورت شرط نتیجه باشد، با توجه به اینکه مالک شدن قسمتی از سود خلاف وضعیت طبیعی توزیع سود و زیان، نیاز به سبب دارد، این شرط صحیح نخواهد بود.

حالت چهارم (عقد شرکت بین صاحبان دو عین مجزا (که برای اکتساب به آنها نیاز است) و قرارداد سهم معینی از سود برای آنها):

در جایی که دو یا چند مال برای انجام یک کار سودآورانه لازم است و امتزاج یا تشریکی بین آنها اتفاق نیفتاده است نیز می‌توان عقد شرکت را جاری ساخته و سهمی برای هر یک از شرکا در سود در نظر گرفت؟

برای روشن شدن بحث ابتدا باید این فرض را محل بحث قرار دهیم که دو مال مشابه به اندازه مساوی برای انجام یک کار نیاز است؛ مثلاً برای حمل و نقل یک بار، نیاز به دو خودروی هم‌شکل می‌باشد که یک خودرو را شخصی و خودروی دیگر را شخص دیگری

محور دوم: شرکت فقهی مناسب بازارهای سرمایه گذاری

و پاسخ ابهامات و اشکالات

اگر تحلیل مذکور مورد تأیید باشد و برای عقد شرکت از نوع اول (عقد شرکت

در اختیار دارد، در اینجا اگر صاحبان این دو خودرو به استفاده از خودروی خویش رضایت دهند که هر یک خودروی خود را برای این کار قرار دهد، عرف، سود به دست آمده را مستند به این دو خودرو می داند که با توجه به یکسان بودن سهم هر یک از صاحبان این دو خودرو در تحصیل سود، سود به نسبت مساوی بین هر دو تقسیم می شود.

اما در فرضی که دو شیء متفاوت باشد نیز عرف، سود حاصل شده را مستند به این دو شیء مجزای از هم می داند اما در اینکه هر یک چه میزان از سود را مالک هستند مردد می شود. در این جا پس از تحصیل سود، می تواند مصالحه به کار آید.

حال به سؤال مطرح شده باز می گردیم که آیا می توان بین دو یا چند مال مجزا از هم عقد شرکت منعقد کرده و هنگام عقد برای هر یک از صاحبان آنها درصد مشخصی از سود را در نظر گرفت؟ به نظر می رسد جواب حالت سوم را در اینجا نیز بتوان مطرح کرد که اگر این شرط کردن به نحو شرط فعل باشد و شرط ابتدایی را کافی بدانیم، این شرط کردن برای تعیین میزان سود هر یک می تواند مفید باشد و اگر نتوانیم با شرط ابتدایی درست کنیم نمی توانیم مشخص کردن سهم را نافذ بدانیم.

اما حالت دوم (عقد شرکت بین دو شریک و انجام کار توسط یکی از آنها و قراردادن سهمی از سود برای او بیش از مقدار طبیعی):

در این حالت نیز بین دو شریک و یا شرکا همان قانون برقرار است و سود و زیان به نسبت سهم الشراکه بین ایشان تقسیم می شود، اما چیزی که اضافه شده است این است که مثلاً در فرض وجود دو شریک در یک مال، یک شریک به شریک دیگر می گوید: «اگر کار و تصرف مورد نظر را در این مال الشراکه انجام دهی فلان درصد از سود حاصل شده برای من (سود به نسبت سهم الشراکه) برای تو باشد» و این همان جعاله است (طبق نظر فقها، بیان جعاله به صورت درصدی از یک شیء نامعلوم مثل سودی که بعد حاصل می شود صحیح می باشد) که برای طرف مقابل الزام آور نیست و چیزی از تحلیل اباحه تصرف بودن مال مشترك در دست متصرف، کم نمی کند.

در این جا مناسب است به این نکته نیز اشاره شود که به نظر می رسد ماهیت مضاربه، مزارعه

بدون شرط کردن سود و زیان بر خلاف سهم هر یک از شرکا) کارکردی بیش از «رضایت هر یک از شرکا به تصرف» دانسته نشود، مناسب است در بازارهای سرمایه گذاری از این نوع عقد شرکت استفاده شود که همان شرکت غیر عقدی (شرکت مطلق) همراه با رضایت شرکا به تصرف است و اگر این تحلیل مورد تأیید نباشد و برای انعقاد عقد شرکت، کارکرد و تأثیر دیگری نیز لحاظ گردد، مناسب است که در این بازارها، از شرکت غیر عقدی استفاده شود. البته با این فرض که شرکا به تصرف مطابق موضوع مشخص شده‌ای رضایت داشته باشند و رضایت خود را با قرار دادن سرمایه و مشترک کردن سرمایه خویش با سایر سرمایه گذاران اعلام کنند. علت استفاده نکردن از سایر انواع عقد شرکت، در ادامه خواهد آمد.

استفاده از عقد شرکت نوع اول در بازارهای سرمایه گذاری و به طور کلی، بهره گرفتن از شرکت فقهی در چنین مجالی، با توجه به ویژگی‌ها و احکام آن، ممکن است ابهاماتی را به همراه داشته باشد که در این قسمت به این ابهامات و پاسخ به آنها می‌پردازیم.

ویژگی تقسیم پذیری شرکت با درخواست تقسیم هر یک از شرکا همان طور که گذشت اگر یکی از دو شریک، متقاضی قسمت باشد، اجابت درخواست او بر شریک دیگر واجب است و در صورت امتناع، به این کار مجبور می‌شود. حال این سؤال پدید می‌آید که در شرکت فقهی مورد نظر برای بازارهای

> و مساقات نیز اباحه تصرف و انشای جعاله از طرف مالک برای عامل باشد. با این توصیف می‌توان دو گونه مشارکت را تصور کرد: یکی مشارکت سرمایه و سرمایه که همان شرکت مطلق همراه با رضایت تصرف (عقد شرکت) است و دیگر مشارکت کار و سرمایه که عبارت است از اباحه تصرف و جعاله.

سرمایه گذاری، اگر یکی از شرکا درخواست تقسیم کند چگونه سرمایه گذاری ثبات خواهد داشت؟

در پاسخ باید گفت حکمی که بدان اشاره شد در دو فرض کنار می رود و حکم ثانویه مبنی بر واجب نبودن اجابت درخواست قسمت، برقرار خواهد بود:

۱. حکم ثانویه واجب نبودن اجابت درخواست قسمت در فرض ضرری بودن آن

شرکت های بازار سرمایه گذاری با هدف فعالیت اقتصادی مفید و سودآور برای شرکا شکل گرفته اند و اموال مشترك در آنها چیزهایی هستند که ترکیب آنها با یکدیگر توان ایجاد محصول را پدید آورده است و به همین دلیل ارزش ترکیبی آن اموال، به مراتب بیش از ارزش انفرادی آنها می باشد.

واضح است که تقسیم مال مشترك در این شرکت ها به دلیل از بین بردن توانایی ایجاد محصول، باعث ضرر و زیان شدید شرکا خواهد بود؛ خصوصاً با توجه به اینکه در معمول شرکت های این بازار، تعداد شرکا فراوان است و تفکیک این شرکت ها به اجزای فراوان، تقریباً هیچ ارزشی برای هر جزء باقی نخواهد گذاشت. با در نظر گرفتن این واقعیت، اگر کسی خلاف اغراض متعارف و صحیح عقلایی (که ممکن است به طور نادر رخ دهد)، تقسیم شرکت را از سایر شرکا درخواست کند که نتیجه آن ضرر و خسارت شدید همه شرکا و خود درخواست دهنده است، با توجه به این که امکان فروش سهم در شرکت های سرمایه گذاری به خوبی فراهم است و اگر کسی از سرمایه گذاری در یک شرکت بازار سرمایه گذاری به هر دلیلی پشیمان بود، می تواند با فروش سهم، خود را از شراکت خلاص کند، آیا چنین شخصی هدفی جز اضرار به غیر را دنبال می کند؟ (فرض این است که این شرکت ها برای تولید محصولاتی حلال و مطابق موازین شرع و هنجارهای کشور اسلامی شکل گرفته اند و درخواست تقسیم سهم به دلیل جلوگیری از حرام یا مشابه

آن نیست). ۱۳.

این مورد طبق مبانی متعدد فقها در قاعده «لاضرر و لاضرار»، از مصادیق بارز این قاعده بوده و حکم «لزوم اجابت درخواست تقسیم» را منتفی می‌کند، حتی اگر درخواست کننده تقسیم، هدف اضرار به غیر را نداشته باشد نیز به دلیل حکم لاضرر، اجابت درخواست تقسیم بر سایر شرکا واجب نخواهد بود.

در همین زمینه، روایتی را که در کتاب دعائم الاسلام آمده است، می‌توان به

عنوان تأیید در نظر گرفت:

عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ (ع) أَنَّهُ قَالَ: إِذَا اشْتَرَكَ قَوْمٌ فِي حَوَائِطٍ وَ أَرَاضٍ شَتَّى أَوْ بَعْضُهَا قَرِيبٌ مِنْ بَعْضٍ إِنْ أَحَبَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ فَلَا بَأْسَ وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُجْمَعَ لَهُ نَصِيبُهُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ وَاحِدَةً بِقِيَمَةِ عَدْلٍ فَلَا بَأْسَ وَإِذَا كَانَ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَا يَنْقَسِمُ عَلَى النَّصِيبَاءِ أَوْ إِذَا انْقَسَمَ دَخَلَ مِنْهُ الضَّرَرُ عَلَى بَعْضِ الشَّرَكَاءِ وَ كَانَ حَقُّهُ مِنْهُ مَا لَا يَكَادُ أَنْ يُتَّفَعَ بِهِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ تُجْمَعَ حِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي نَاحِيَةٍ بِقِيَمَةِ عَدْلٍ؛^{۱۴}

از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: اگر گروهی در باغ‌ها و زمین‌هایی که پراکنده‌اند یا برخی از آنها نزدیک یکدیگرند، شریک بودند و هر یک از ایشان، دوست داشت تا سهم خود را در هر ناحیه دریافت کند، اشکالی ندارد و اگر دوست دارد قیمت عادلانه سهم او در هر ناحیه برای وی

۱۳. توجه دادن به قصد اضرار به غیر در شخص درخواست کننده تقسیم با توجه به وجود امکان فروش سهم، به دلیل شباهت بسیار این مورد با روایت معروف قاعده لاضرر یعنی داستان سمرة بن جندب می‌باشد؛ چرا که سمرة می‌توانست به راحتی با پذیرفتن پیشنهاد رسول خدا (ص) با اذن گرفتن وارد منزل انصاری شود و یا اینکه پیشنهاد تملک نخل‌های دیگری را که عدد آن به ده رسید، می‌پذیرفت، اما امتناع کرد و حضرت نیز طبق یک نقل وی را «رجلٌ مضارٌّ» خواند.

۱۴. تمیمی مغربی، دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۵۰۱.

جمع بسته شود، اشکالی ندارد و اگر هر یک از آنها [به گونه ای باشد که] بر حسب سهم ها تقسیم پذیر نباشد یا اینکه اگر تقسیم شود به برخی از شرکا ضرر وارد می شود و حق ایشان از آن، به گونه ای باشد که به تنهایی [با فرض تقسیم]، نفع بردن از آن بعید است، واجب است که سهم هر یک از ایشان در هر منطقه با قیمت عادلانه جمع بسته شود.

این روایت در جایی است که چند شیء جدا از هم بین گروهی مشترک می باشد و بخواهند هر یک از این اشیاء جدا از هم را تقسیم کنند. در صورتی که این تقسیم مستلزم ضرر باشد حکم می کند که باید از روش دیگر تقسیم که در مورد این روایت فرض دارد، یعنی تقسیم در کل، استفاده کنند.

از این روایت استفاده می شود که اگر تقسیم یک شیء واحد مستلزم ضرر باشد نمی توان آن را با تفکیک و تجزیه تقسیم کرد. البته در اعتبار این کتاب و مؤلف آن بحث هایی وجود دارد.

واجب نبودن عدم اجابت در خواست قسمت در فرض ضرری بودن تقسیم برای شرکا به صورت «لا خلاف» در بین فقها ثابت است؛ یعنی اگر هر فقیهی این مسئله را مطرح کرده باشد اجابت در خواست یکی از شرکا مبنی بر تقسیم مال مشترك را در فرض ضرری بودن تقسیم لازم ندانسته است.^{۱۵}

۱۵. تمیمی مغربی، دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۴۹۹؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۲، ص ۳۴۴؛ طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۴۲۹؛ کیدری، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ص ۲۶۱؛ فاضل آبی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۱۰؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۰۸؛ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، ج ۳، ص ۲۳۹؛ علامه حلی، تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، ص ۱۳۶؛ إرشاد الأذهان إلی احکام الإیمان، ج ۱، ص ۴۳۳، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ۲، ص ۳۵۴، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، ج ۲، ص ۱۱۸، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۳۱۹، مجمع الفائدة و

در برخی از کتب فقهی علاوه بر اینکه بر تقسیم نکردن در فرض ضرری بودن تقسیم اشاره شده، آمده است:

اگر شریک درخواست فروش مال مشترکی را بکند تا ثمن بین ایشان تقسیم شود در حالی که تقسیم آن باعث نقص در مال مشترک است، واجب است شریک دیگر درخواست فروش او را اجابت کند و اگر امتناع کند بر این امر مجبور می شود.^{۱۶}

در این باره باید گفت فرض این مسئله جایی است که راه دیگری جز فروش کل آن شیء برای حل مشکل ضرری بودن قسمت، وجود نداشته باشد؛ در حالی که اگر این امکان وجود داشته باشد که شخص متقاضی تقسیم، بتواند صرفاً سهم خویش را بفروشد؛ این حکم در آنجا جاری نیست؛ چرا که ممکن است شریک دیگر به تقسیم ضرری و دریافت عین سهم خود از مال مشترک رضایت بیشتری داشته باشد تا دریافت ثمن آن.^{۱۷} در بازارهای سرمایه گذاری این امکان وجود دارد که شخص بتواند صرفاً سهم خویش را بفروشد.

۲. حکم ثانویه واجب نبودن اجابت درخواست قسمت با کمک شرط ضمن

عقد خارج لازم

درخواست نکردن تقسیم شرکت را می توان در ضمن عقد خارج لازم شرط

> البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۰، ص ۲۱۱، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، ص ۱۷۱، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۳۰۹، توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۹۱ و تحریر الوسيلة، ج ۱، ص ۶۳۰، هداية العباد (کلپایگانی)، ج ۲، ص ۴۶، المسائل الواضحة (اراکي)، ج ۲، ص ۲۷، تفصیل الشريعة (فاضل لنکرانی)، ص ۱۲۰؛ المسائل الشرعية (شبییری زنجانی)، ص ۴۷۹؛ المسائل المتتخبة (سیستانی)، ص ۳۲۴، هداية العباد (صافی)، ج ۲، ص ۶۲. در مورد دیدگاه اهل سنت، ر. ک: مغنی ابن قدامة، ج ۱۰، ص ۱۰۲.

۱۶. منهاج الصالحین (خویی)، ج ۲، ص ۱۲۳، جامع الاحکام الشرعية (سبزواری)، ص ۳۴۲.

۱۷. رجوع فرمایید به: منهاج الصالحین (تبریزی)، ج ۲، ص ۱۴۳.

کرد، زیرا درخواست تقسیم شرکت، یک فعل است که می‌توان انجام یک عقد لازم را به عدم انجام آن فعل مشروط کرد. در برخی از کتب فقهی به این مطلب تصریح شده است^{۱۸}.

ضرورتی برای مقید کردن شرط در ضمن عقد لازم به «مدت مشخص» در برابر «همیشگی» به نظر نمی‌رسد و ممکن است کتبی که این حکم را با این قید ذکر کرده‌اند، در صدد بیان قدر متیقن حکم باشند.

نکته قابل توجه این است که شرط ضمن عقد خارج لازم می‌تواند برای مقید کردن شریک مفید باشد و اگر این شریک تصمیم به فروش سهم خویش به دیگری بگیرد در صورتی که با خریدار نیز چنین شرطی را بکند، این حکم در مورد او نیز ثابت است. اما در صورت فوت، جنون، اغماء، سفاهت و ورشکستگی نمی‌توان با استفاده از این شرط، وارث، ولی، قیم و طلبکاران را ملزم به عدم درخواست قسمت کرده و از اجابت درخواست قسمت آنان سر باز زد. اگر وارث، ولی، قیم و طلبکاران به تصرف در مال مشترک رضایت داشته باشند، برای جایز بودن تصرف کافی است.^{۱۹} در بسیاری از موارد این رضایت وجود دارد ولی بحث در موارد نادری است که ممکن است پیش آید.

۱۸. منهاج الصالحین (سیستانی)، ج ۲، ص ۱۹۱، منهاج الصالحین (محسنی، حکیم)، ج ۲، ص ۱۵۸، منهاج الصالحین (خویی)، ج ۲، ص ۱۲۳، جامع الأحكام الشرعية (سبزواری)، ص ۳۴۲، منهاج الصالحین (تبریزی)، ج ۲، ص ۱۴۳، منهاج الصالحین (وحید خراسانی)، ج ۳، ص ۱۴۳.

۱۹. هر چند صحت وضعی تصرفات اعتباری (انتقال مال مشترک اعم از عین یا نماء آن با بیع، اجاره یا ...) از منظر بسیاری از فقها منوط به اذن یا اجازه ایشان است و در این زمینه مجرد رضایت را کافی نمی‌دانند. البته می‌توان گفت که اگر در سهم مربوط به ایشان این اذن یا اجازه صورت نگرفت و مجرد رضایت وجود داشت مانعی ایجاد نمی‌کند؛ چون این تصرفات برای طرف مقابل، در خصوص این میزان از سهم، اباحه آور خواهد بود.

نکته: درخواست قسمت در مال مشترك، با فسخ در عقود جایز تفاوت دارد. فسخ در عقود جایز باعث می شود که به محض فسخ، عقد منفسخ شود، اما در مال مشترك به محض درخواست قسمت، مال مشترك منقسم نمی شود و این درخواست اگر با اجابت شرکا مواجه شد و امور لازم برای تقسیم صورت گرفت، آن گاه آن مال مشترك توزیع می گردد. ثمره این نکته آن است که اگر با شریک در ضمن یک عقد لازم شرط کنند که حق درخواست قسمت ندارد، در این صورت اجابت درخواست قسمت او واجب نیست و امری مثل فسخ، در اختیار او نیست که با فسخ به هدفش برسد؛ به خلاف همین وضعیت در عقود جایز که حتی اگر در ضمن عقد لازم نیز شرط کنند که آن عقد جایز را فسخ نکند، ولی این شرط را رعایت نکند و خلاف شرع مرتکب شود، فسخ او نافذ است و عقد باطل می شود.

ویژگی جواز عقد شرکت یا منوط بودن جواز تصرف

در مال مشترك به استمرار رضایت شرکا

همان طور که بیان شد «هرگونه تصرف در مال مشترك، باید با رضایت همه شرکا باشد». همچنین «عقد شرکت، عقدی جایز است و هر یک از شرکا حق فسخ آن را دارد». حال این سؤال مطرح می شود که اگر عقد شرکت، با فسخ از بین می رود و تصرف در مال مشترك با عدم رضایت، ممنوع است، پس شرکت های فقهی مورد نظر برای بازارهای سرمایه گذاری با امکان فسخ یا عدم رضایت هر یک از شرکا به تصرف، چگونه به فعالیت خود ادامه خواهند داد؟

در پاسخ باید گفت حکمی که بدان اشاره شد در فرض ضروری بودن تصرف نکردن برای شرکا، کنار می رود و حکم ثانویه مبنی بر منوط نبودن جواز تصرف در مال مشترك به استمرار رضایت تمام شرکا یا جایز نبودن عقد شرکت، برقرار خواهد بود.

همان طور که گذشت در شرکت های بازارهای سرمایه گذاری (که با هدف فعالیت اقتصادی مفید و سودآور برای شرکا شکل گرفته اند) درخواست نامتعارف تقسیم به دلیل ضرر و زیانی که به شرکا می رساند، بدون هیچ اختلاف نظری در میان فقها، پذیرفته نیست و این شرکت ها بدین صورت، تقسیم پذیر نخواهند بود. در همین فرض، عدم رضایت قلبی یک شریک به مطلق تصرف (با این فرض که نارضایتی قلبی به دلیل برخی ناراحتی ها و عصبیت ها حقیقتاً در یکی از شرکا به وجود آید که به صورت نادر اتفاق می افتد^{۲۰}) و به تبع آن، حکم به جایز نبودن تصرف در اموال شرکت، باعث ضرر همه شرکا و از جمله شریک ناراضی به تصرف خواهد بود؛ خصوصاً که توقف فرآیند تولید محصول در شرکت های امروزی باعث نقص و آسیب سرمایه و اموال شرکت بوده و هزینه های نگهداری و ... را به شرکا تحمیل می کند، ضمن آنکه اعتبار شرکت و عنوان تجاری آن را تضعیف می نماید. این مورد نیز، از مصادیق قاعده «لاضرر و لاضرار» بوده و حکم «منوط بودن جواز تصرف به رضایت همه شرکا» را منتفی می کند.

در بازارهای سرمایه گذاری، امکان فروش سهم به خوبی فراهم است و در فرض هر گونه کراهت نسبت به نوع فعالیت یا شخصیت و رفتار شرکا، امکان فروش سهم و خارج شدن از این شرکت به راحتی وجود دارد. این نکته، جریان قاعده لاضرر را بیشتر تقویت می کند.

۲۰. یک حالت دیگر که به ندرت ممکن است پیش بیاید این است که شخص ناراضی به تصرف، مدعی باشد که با توجه به شرایطی که به وجود آمده است فعالیت شرکت (با توجه به کاربری آن شرکت که برای آن تأسیس شده و ساز و برگ یافته است) برای مدت محدود یا نامحدود، ضرر و خسارت و ضایع کردن سرمایه های شرکت و اتلاف وقت است. در این صورت به حاکم شرع مراجعه می شود (مراد از فرض مطرح شده در متن، این سنخ موارد نیست). در ادامه این گونه موارد اختلاف در ضرری بودن تصرف، مورد بررسی قرار می گیرد.

در این شرکت‌ها که تعداد شرکا بسیار زیاد است و خود شرکا هنگام تشکیل شرکت، نوع تصرف را مشخص و بر آن توافق کرده‌اند و شرکت در مسیر تحقق آن قرار دارد و ابزار و تجهیزات بر اساس آن شکل گرفته یا در حال شکل‌گیری است، تصرف اصلاح، همان تصرف مورد توافق است. فتوای فقهای معاصر نیز مبنی بر رجوع به حاکم شرع، در جایی که یکی از دو شریک به تصرف در مال مشترک بین آن دو، اذن نمی‌دهد به گونه‌ای که به ضرر می‌انجامد، برای در نظر گرفتن تصرف اصلاح است:

اگر دو نفر در مالی شریک باشند و بر یکدیگر سخت بگیرند و یکی از ایشان از دادن اذن به هرگونه تصرفی در آن مال امتناع ورزد، به گونه‌ای که به ضرر بینجامد، شریک دیگر می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا به او برای تصرف اصلاح حسب نظرش اذن دهد.

اگر ترك تصرف موجب نقص در عین شود و یکی از دو شریک، اذن در تصرف در مال مشترک را نمی‌دهد شریک دیگر می‌تواند به حاکم شرع رجوع کند تا به او برای تصرف اذن دهد تا از ضرر در امان باشد^{۲۱}.

باید توجه داشت که رجوع به حاکم شرع در فتوای مذکور، برای یافتن تصرف اصلاح است و پس از آن که در فرض نارضایتی یکی از دو شریک به تصرف که موجب ضرر را برای ایشان فراهم آورده است، حکم به جواز تصرف (البته تصرف مطابق با مصلحت هر دو شریک) برای فقیه ثابت شده است، برای یافتن تصرف اصلاح و نزدیک تر به مصلحت هر دو شریک، فتوا به رجوع به حاکم شرع داده است.

۲۱. این مطلب در کلام عده‌ای از فقها مورد تصریح قرار گرفته است: منهاج الصالحین (محشّی، حکیم)، ج ۲، ص ۱۵۸؛ منهاج الصالحین (خویی)، ج ۲، ص ۱۲۳؛ منهاج الصالحین (تبریزی)، ج ۲، ص ۱۴۲؛ منهاج الصالحین (وحید خراسانی)، ج ۳، ص ۱۴۳؛ منهاج الصالحین (فیاض)، ج ۲، ص ۲۸۶، جامع الاحکام الشرعية (سبزواری)، ص ۳۴۱.

تقسیم مال مشترك در فرض ضرری بودن آن در گذشته مورد ابتلا بوده و از قدیم، فقهای در این زمینه اظهار نظر کرده و تمامی آنها اجابت درخواست تقسیم یکی از شرکا در فرض ضرری بودن را واجب ندانسته‌اند، اما فرض راضی نبودن یکی از شرکا به تصرف به گونه‌ای که به ضرر سایر شرکا منجر شود، به این درجه مورد ابتلا نبوده و به همین علت، مورد بحث واقع شده است. اصولاً در یک مال، که عده‌ای در آن سهام و شریک هستند، علی‌رغم اینکه تقسیم مال مشترك از ارزش آن می‌کاهد یا ضرر دیگری را ایجاد می‌کند، گاه پیش می‌آید که برخی از شرکا به دلیل برخی منافع و نیات که در داشتن مالکیت مستقل بر یک قسمت از آن مال مشترك می‌بینند، متقاضی تقسیم آن مال می‌شوند، اما اینکه بخواهند از هر نوع تصرف سودآورانه در آن مال، که خود نیز در آن سود شریک هستند ناراضی باشند، جز در برخی فروض نادر، رخ نمی‌دهد. اینکه فقها این صورت را معمولاً ذکر نکرده‌اند نیز به دلیل عدم وقوع و مبتلا نشدن به آن است. در هر صورت، اگر این مسئله نیز در کتب فقهی از قدیم طرح می‌شد، فتوای نفی ضرر در این مورد نیز از ایشان صادر می‌گردید و «لا خلاف» دیگری در این مسئله شکل می‌گرفت.

بررسی امکان شرط ضمن عقد برای جلوگیری

از عدم رضایت شرکا یا عدم فسخ عقد شرکت
مطابق دیدگاهی که عقد شرکت را نفس رضایت به انجام فعالیت اقتصادی در مال مشترك می‌دانست و مفاد آن را چیزی جز اباحه تصرف هر یک از شرکا در مال مشترك نمی‌دید، از آنجا که اموری مثل رضایت، دوست داشتن، کینه و بغض و ...، اموری ارادی نیستند و در اختیار انسان نمی‌باشند و گاهی با اسباب گوناگون حادث می‌شوند و یا از بین می‌روند، نمی‌توانند مورد التزام قرار گیرند. در نتیجه نمی‌توان در ضمن عقد خارج لازم این گونه شرط کرد که «این معامله را مشروط به

این انجام می‌دهم که همواره رضایت به تصرف در مال مشترك را داشته باشی». ۲۲
 بله، می‌توان بدین صورت شرط کرد که «هرگاه از تصرف ناراضی بشوی باید
 فلان مبلغ را پردازی»؛ چرا که اگر افراد به مفاد این شرط توجه داشته باشند، به
 صورت معمول یا قلباً ناراضی به تصرف نمی‌شوند و یا اگر ناراضی هم بشوند، از
 نارضایتی نسبت به تصرف، دست بر می‌دارند. اما این امکان وجود دارد که کسی
 از تصرف ناراضی باشد و این نارضایتی را از ترس پرداخت مبلغ اعلام نکند و یا

۲۲. ممکن است گفته شود رضایت در امور معاملی «رضایت معاملی» است که امری اختیاری
 است؛ مثلاً جایی که شخصی به دلیل بیماری فرزندش مجبور می‌شود جواهراتی را که
 بسیار به آن علاقه داشته است، بفروشد، علی‌رغم اینکه به فروش جواهرات «طیب نفس»
 ندارد اما رضایت معاملی دارد و آن را برای درمان فرزندش به فروش می‌رساند. در پاسخ
 باید گفت: تفکیک رضایت قلبی از رضایت معاملی و طیب نفس، تفکیک صحیحی نیست
 و شخص یا رضایت قلبی به انجام معامله دارد و یا اینکه به انجام آن راضی نیست (ما جعل
 الله لرجل من قلبین فی جوفه). در مورد مثال بیان شده نیز باید گفت درست است که
 شخص به جواهرات علاقه دارد اما به دلیل علاقه بالاتر به فرزندش و کسر و انکسار این دو
 علاقه مندی و مصلحت در قلب شخص، درمان فرزندش را به داشتن جواهر ترجیح
 می‌دهد و حقیقتاً به فروش جواهرات رضایت قلبی دارد و به همین سبب نسبت به آن اقدام
 می‌کند. همچنین ممکن است گفته شود به طور وجدانی این مطلب درک می‌شود که مالک
 یک شیء می‌تواند بگوید که «من به استفاده شما از مال خویش از الآن تا یک ماه آینده
 رضایت دارم» و از همینک این رضایت را برای یک ماه در خویش موجود می‌بیند و لذا
 می‌تواند به آن در ضمن یک عقد لازم متعهد شود. در پاسخ باید گفت: آنچه از زمان حال به
 عنوان رضایت نسبت به تصرف در یک مال تا یک ماه آینده دیده می‌شود، در واقع «مقتضی
 رضایت نسبت به تصرف تا یک ماه آینده» است؛ یعنی به دلیل شرایط مساعدی که بین مالک
 شیء و متقاضی تصرف در آن وجود دارد، مالک خود را از الآن تا یک ماه دیگر راضی به
 تصرف وی می‌بیند، اما اگر در میان این یک ماه مانعی رخ دهد و مثلاً رابطه دوستی به
 دشمنی تبدیل شود، رضایت به تصرف از دست می‌رود و مالک از تصرف در مال خویش
 ناراضی می‌شود. رضایت امری قلبی است و وجود یا عدم آن، به رفتار قلب در طول زمان
 در شرایط گوناگون بستگی دارد.

حتی به صراحت اعلام کند و مبلغ را پردازد و یا اینکه علی‌رغم تصریح، به تکلیف خود عمل نکند و از پرداخت مبلغ امتناع کند. به هر حال، در صورتی که به نارضایتی تصریح کند، مشکل باقی خواهد بود. خلاصه، این روش نمی‌تواند مشکل جواز شرکت در برابر افرادی را که بر خلاف اغراض صحیح عقلایی رفتار می‌کنند، حل کند.

مطابق دیدگاهی که فسخ را در عقد شرکت، فعلی از افعال می‌داند (و نه صرف نارضایتی قلبی) هر چند می‌توان در ضمن عقد خارج لازم، عدم فسخ را شرط کرد، اما از آنجا که افرادی که بر خلاف اغراض عقلایی رفتار می‌کنند، می‌توانند خلاف شرع مرتکب شده و عقد را فسخ کنند، باز مشکل برقرار خواهد بود.

با صرف نظر از این اشکال، این شرط را برای هر یک از شرکا می‌توان در ابتدای تحقق شرکت قرار داد و آنان نیز در صورتی که سهم خویش را به دیگری بفروشند، می‌توان این شرط را در ضمن عقد فروش سهم یا عقد لازم دیگری برای خریداران جدید نیز در نظر گرفت، اما در صورت فوت، جنون، اغماء، سفاهت و ورشکستگی نمی‌توان وارث، ولی، قیم و طلبکاران را ملزم کرد و در فرض وجود اغراض غیر عقلایی در ایشان، باز مشکل باقی خواهد بود.

در هر صورت، روش استفاده از شرط ضمن عقد خارج لازم برای جلوگیری از نارضایتی به تصرف در مال مشترک یا عدم فسخ عقد شرکت، روش مناسبی نیست و همان دلیل لاضرر به قوت برای آن کافی است.

ویژگی ممنوعیت تصرف در مال مشترک یا بطلان عقد شرکت

در اثر بروز مرگ، جنون، بیهوشی، سفاهت، ورشکستگی

بروز حوادثی چون مرگ، جنون، بیهوشی، سفاهت، ورشکستگی باعث

بطلان عقد شرکت و عدم جواز تصرف شرکا در اموال شرکت می‌شود. حال این

سؤال وجود دارد که در صورت بروز این حوادث، اداره شرکت چگونه خواهد بود؟

طبق تحلیلی که از عقد شرکت بیان شد کارکرد اساسی عقد شرکت در نوع اول آن، رضایت مالکان یک شیء مشاع به انجام تصرف است و این مطلب که اگر نماء و سودی در اثر انجام آن تصرف به دست آمد مالکان آن شیء مشاع، به نسبت سهمی که دارند مالک آن نماء و سود نیز خواهند بود، تابع عقد شرکت نیست، بلکه مبتنی بر یک قانون عقلایی و شرعی در مالکیت است.

با در نظر گرفتن این تحلیل، در صورت بروز فوت، جنون، بیهوشی، سفاهت یا ورشکستگی برای یکی از شرکا، رضایت سایر شرکا به انجام تصرفات، سر جای خودش باقی است اما به رضایت وارث، ولی، قیم و یا طلبکاران نیز نیاز است. در شرکت های بازارهای سرمایه گذاری، همان طور که توضیح داده شد، نارضایتی یکی از شرکا به تصرف به دلیل لاضرر باعث عدم جواز در تصرف نمی گردد. این حکم برای وارث، ولی، قیم و یا طلبکاران یکی از شرکا نیز صادق است.

در صورت نپذیرفتن این تحلیل و لحاظ اثری خاص برای عقد شرکت و لازم دانستن اذن جدید شرکا در صورت بروز این حوادث و بطلان عقد شرکت برای جواز تصرف و استمرار فعالیت، با عنایت به این مطلب که عدم اذن یا رضایت هر یک از شرکا به استمرار فعالیت باعث ضرر و خسارت برای سایر شرکا می باشد، اذن یا رضایت جدید ایشان معتبر نخواهد بود^{۲۳}.

البته سابقاً به این نکته اشاره شد که اگر تحلیل مورد اشاره از عقد شرکت مورد

۲۳. با فرض پذیرش تحلیل مذکور نیز در صورت رخدادن حوادث موت، جنون و ... اگر به هر دلیلی رضایت برخی از شرکا به تصرف از دست برود، نارضایتی ایشان به دلیل لاضرر، باعث ممنوعیت تصرف نخواهد شد.

پذیرش نباشد، در بازارهای سرمایه گذاری بدون هرگونه نیاز به تحقق عقد شرکت، از شرکت غیر عقدی استفاده می کنیم (اگر تحلیل مورد نظر را بپذیریم شرکت عقدی نوع اول تفاوتی با شرکت غیر عقدی همراه با رضایت شرکا به تصرف نخواهد داشت).

ویژگی لزوم رضایت شرکا به هرگونه تصرف در مال مشترک

سابقاً این حکم بیان شد که هرگونه تصرف در مال مشترک، باید با رضایت همه شرکا باشد. با عنایت به اینکه نظرات شرکا در مورد نحوه مدیریت و نوع و شکل تصرف به طور معمول یکسان نیست و رعایت نکردن نظر هر یک از ایشان ممکن است به نارضایتی وی به تصرف در مال مشترک بینجامد، اداره این شرکت ها چگونه خواهد بود؟

برای فهم بهتر سؤال باید دو حالت را در هر یک از موارد اختلاف نظر بین سرمایه گذاران (شرکا) در نظر بگیریم:

حالت اول (حالت عادی) این است که همه شرکا در عین اختلاف نظر، رأی و نظری را که مورد پسند اکثر شرکا می باشد، قبول دارند و اقلیت، هر چند ممکن است از عدم استقبال از نظرشان خشنود نباشند، اما نسبت به تصرف مطابق نظر اکثریت، رضایت دارند؛ چرا که ساز و کار تصمیم گیری جمعی را روش مناسبی برای اداره شرکت می دانند که در کل، مصالح بهتر و بیشتری را تأمین می کند، هر چند تصرف مورد نظر را اقدام شایسته ای ندانند.

به نظر می رسد در بسیاری از تصمیمات شرکت های بازارهای سرمایه گذاری این حالت بین شرکا وجود داشته باشد، که می توان با آموزش فرهنگ کار گروهی و ترویج روحیه همکاری و تعاون در کنار اصل برادری بر آن تأکید کرد.

حالت دوم (حالت ویژه) این است که حداقل یک نفر از گروه اقلیت، واقعاً از

تصرف در مال مشترك با کیفیت مورد نظر اکثریت ناراضی است. در اینجا فرض بر این است که منشأ نارضایتی این است که نظر خویش را نظر اصلح برای شرکت یا مفید برای خود می‌داند.^{۲۴}

محل مورد بحث حالت دوم است و سؤال این است که در چنین حالتی اداره شرکت چگونه خواهد بود؟

برای پاسخ به این سؤال باید دو دسته تصرفات تکوینی و تصرفات اعتباری را به طور مستقل بررسی کرد. در تصرفات تکوینی سه حالت قابل توجه است:

۱. نارضایتی از نوع و چگونگی یک تصرف لازم برای فعالیت است؛ به گونه‌ای که اختلاف نظر در آن (و نارضایتی هر یک از طرفین به نحوه تصرف مورد رضایت طرف دیگر)، موجب معطل ماندن آن تصرف و تعطیلی شرکت و یا سبب بروز خسارتی دیگر در مال مشترك گردد و هر دو طرف به این موجبیت اعتقاد دارند.^{۲۵} در این فرض، تحقق ضرر قطعی است^{۲۶} و حکم منوط بودن جواز تصرف در

۲۴. در برابر این حالت که نارضایتی به یک تصرف خاص به دلیل اغراض ناسالم و با هدف ضربه زدن به شرکا باشد، ممکن است در تمام فروض این حالت (حتی جایی که این نارضایتی به خسارتی نمی‌انجامد، بلکه مانع سود بیشتر آن می‌گردد) با استناد به دلیل حکم ضرر، این حکم ثابت دانسته شود.

۲۵. حالت نارضایتی به اصل تصرفی که انجام ندادن آن موجب تعطیلی شرکت یا بروز خسارتی دیگر در مال مشترك می‌گردد و هر دو طرف به این موجبیت اعتقاد دارند، ملحق به بخش قبل است (نارضایتی به مطلق تصرف) و به سبب ضرری بودن آن، مورد توجه قرار نمی‌گیرد.

۲۶. سابقاً این توضیح داده شد که تعطیلی شرکت‌های امروزی قطعاً از مصادیق لاضرر است؛ چرا که در شرکت‌های امروزی از یک سو، توقف فرآیند تولید محصول، باعث نقص و آسیب سرمایه و اموال شرکت بوده و هزینه‌های نگهداری تأسیسات و تجهیزات و... را به شرکا تحمیل می‌کند و از سوی دیگر باعث تضعیف اعتبار شرکت و عنوان تجاری آن در بازار می‌گردد که جبران آن، گاه مدت‌ها طول می‌کشد و گاه غیر قابل جبران است.

مال مشترك به رضایت همه شرکا کنار می‌رود و برای در نظر گرفتن تصرف اصلح باید به حاکم شرع مراجعه کرد. فتوایی که از برخی فقهای معاصر در بخش قبل نقل گردید ناظر به این مورد نیز هست؛ چرا که این حکم به مناط ضرر صادر شده بود.^{۲۷}

۲. نارضایتی از اصل یک تصرف یا نوع و نحوه انجام تصرفی باشد که انجام ندادن آن تصرف، موجب تعطیلی کار در مال مشترك یا بروز هر نوع خسارت دیگری نیست و هر دو طرف به این موجبیت اعتقاد دارند.

از آنجا که اگر در این فرض، تصرف مورد نظر انجام نشود فعالیت شرکت متوقف نمی‌شود و به عملیات سودآور در راه شناخته شده خود ادامه می‌دهد، موضوع حکم لاضرر ثابت نیست. در نتیجه، این حکم که باید تصرف، مورد رضایت همه شرکا باشد، برقرار خواهد بود.

۳. نارضایتی از اصل یک تصرف یا نحوه انجام تصرفی باشد و در تعطیل کنندگی یا خسارت زا بودن انجام ندادن آن تصرف، بین طرفین اختلاف است. در این فرض نیز به حاکم شرع مراجعه می‌شود. حاکم شرع در صورت اثبات موجب تعطیلی یا خسارت زا بودن انجام ندادن آن تصرف (ضرری بودن آن)، همانند مورد اول، به تصرف اصلح رأی می‌دهد و اگر این مطلب برایش ثابت نشود، حکم مورد دوم را جاری کرده و به انجام ندادن آن تصرف به علت ناراضی بودن برخی از شرکا حکم خواهد کرد.

۲۷. «اگر دو نفر در مالی شریک باشند و بر یکدیگر سخت بگیرند و یکی از ایشان از دادن اذن به هرگونه تصرفی در آن مال امتناع ورزد به گونه‌ای که به ضرر بینجامد، شریک دیگر می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا به او برای تصرف اصلح حسب نظرش اذن دهد. اگر ترك تصرف موجب نقص در عین شود و یکی از دو شریک، اذن در تصرف در مال مشترك را نمی‌دهد شریک دیگر می‌تواند به حاکم شرع رجوع کند تا به او برای تصرف اذن دهد تا از ضرر در امان باشد».

توجه: در صورتی که اقلیت بخواهند اصل یک تصرف انجام شود یا یک تصرف جاری به نحو دیگری صورت پذیرد و اکثریت، مخالف آن باشند نیز سه حالت مذکور و حکم هر یک ثابت خواهد بود.

آنچه گذشت در مورد تصرفات تکوینی بود اما در مورد تصرفات اعتباری نیز باید بین انواع تصرف تفصیل داد:

۱. تصرفات اعتباری مربوط به انتقال مالکیت (بیع): در این زمینه باید بین کلیت شرکت یا واحدها و اجزای مولد و سودآور آن و بین محصولات شرکت و اجزاء غیر مولد و راکد آن فرق گذاشت.

اگر شریکی از فروش کلیت شرکت یا واحدهای مولد آن ناراضی بوده و مایل به بقاء مالکیت و استمرار بهره مندی از سود بود، با توجه به وجود بازارهای سرمایه گذاری که عرضه در آن به صورت سهام صورت می گیرد نیز مشکلی وجود ندارد.

در مورد فروش محصولات شرکت یا اجزاء غیر مولد و راکد آن، شخص ناراضی به طور معمول به اصل فروش با شرایط مد نظر شرکا رضایت ندارد، نه اینکه بخواهد علی رغم انجام فروش توسط سایر شرکا مالکیت خود را بر محصول باقی بگذارد؛ مثلاً از فروش محصول به یک مشتری خاص ناراضی است اما در صورتی که سایر شرکا به فروش رضایت داشته و به فروش اقدام کنند او نیز به فروش رضایت دارد و نمی خواهد در آن محصول، شریک مشتری باشد، بلکه او نیز فروش را امضا می کند تا به ثمن و سود دست یابد. انگیزه ای عقلایی و خارج از فرض اضرار، برای بقاء مالکیت شریک در محصولات شرکت و اجزاء غیر مولد به نظر نمی رسد^{۲۸}.

۲۸. اگر موردی هم یافت شود، باید به مالکیت شریک احترام گذاشت که حتی در این فرض نیز پس از انجام تصرف از ناحیه سایر شرکا، به سبب احکام مال مشترک و رجوع به حاکم در تصرفات تکوینی مشکلی نخواهد بود.

۲. تصرفات اعتباری مربوط به تملک (خرید): در تملک نیز بین تملک یک شرکت یا واحدها و اجزای مولد و سودآور و تملک اشیائی غیر از این موارد تفاوت وجود دارد.

در مورد تملک یک شرکت یا واحدها و اجزای مولد آن، با توجه به وجود بازارهای سرمایه گذاری که در آن عرضه به صورت سهام صورت می گیرد، مشکلی وجود ندارد و اگر با نقدینگی شرکت (پول) برای خرید این موارد اقدام شد باید معادل سهم شریک ناراضی از نقدینگی شرکت به وی اعطا شده و شرکت یا جزء مولد، خریداری و سهام آن به نسبت سهم هر یک از شرکا تقسیم گردد.^{۲۹}

سایر اشیاء نیز اگر در مورد تملک بدین ترتیب با نقدینگی شرکت خریداری شد باید در حسابداری شرکت، متعلق به خریداران آن در نظر گرفته شود و اگر در فرآیند سودآوری قرار گرفت، اجرت شرکت معادل سهم شریک ناراضی برای وی لحاظ گردد. نکته قابل توجه در این قسمت و فروض مشابه، این است که اگر شریک ناراضی، به قرار گرفتن این اشیاء در فرآیند سودآوری در شرکت نیز ناراضی بود، قواعد حالات سه گانه تصرفات تکوینی در مال مشترك جاری خواهد بود.

۳. تصرفات اعتباری مربوط به انتقال منفعت (اجاره دادن): این حالت ممکن است در کلیت شرکت یا واحدهای مولد آن و یا برخی محصولات و اجزاء شرکت، رخ دهد. شخص ناراضی با مستأجر یا مستأجرین در منفعت مشخص شریک خواهد بود و در این مدت با توجه به قواعد مال مشترك در مورد آن تصمیم گیری خواهند کرد.

۲۹. اگر این اجزاء مولد داخل زمین مشترك قرار داده شود یا چرخه تولید آن با شرکت تکمیل گردد، اجرت بهره گیری از شرکت معادل سهم شریک ناراضی از مال مشترك به وی داده می شود. البته در صورتی که شریک ناراضی از این تصرفات تکوینی نیز ناراضی باشد، حالات سه گانه ای که در مورد تصرفات تکوینی بیان شد در این زمینه برقرار خواهد بود.

۴. تصرفات اعتباری مربوط به دریافت منفعت (اجاره اشخاص یا اعیان):
 شرکای متقاضی این اجاره در منفعت اشخاص یا اعیان اجاره شده شریک هستند و معادل سهم شریک ناراضی از نقدینگی پرداخت شده به عنوان اجرت، به وی پرداخت می‌شود. در مورد اعمال تصرف تکوینی در مال مشترک در نسبت با این منافع، در فرض ناراضی بودن شریک، حالات سه‌گانه تصرف تکوینی برقرار می‌باشد.

در هر صورت هیچ مانع و مشکلی در خصوص تصرفات اعتباری به نظر نمی‌رسد و احترام به مالکیت همه شرکا مسئله‌ای ایجاد نمی‌کند و تصرفات تکوینی در نسبت با تصرفات اعتباری انجام شده، ملحق به حالات سه‌گانه‌ای است که بدان اشاره شد.

طراحی متناسب با ضوابط مذکور برای بازارهای سرمایه‌گذاری لازم است در بازارهای سرمایه‌گذاری برای مدیریت مال مشترک (شرکت)، ساز و کاری برای تصمیم‌گیری جمعی در نظر گرفته شود تا در مواقع متعددی که نیاز به تصمیم‌گیری برای نحوه اداره شرکت است، تصمیمات به موقع و کارگشا برای شرکت اتخاذ گردد. همدلی و تعامل مثبت شرکا با یکدیگر و ترویج و تأکید آن و فرهنگ‌سازی و آموزش در این زمینه، باعث خواهد شد تا اختلافات منجر به نارضایتی به حداقل برسد. عامل دیگر برای کاهش این اختلافات، طراحی ساختار مناسب است. در این زمینه، چینش ساختار مبتنی بر انجام تصمیم‌گیری‌های مهم و اساسی توسط شرکا و سپردن تصمیم‌گیری‌های خرد و جزئی به گروهی زیر نظر خود می‌تواند اقدام مناسبی باشد. سپرده شدن تصمیم‌گیری‌های جزئی و نظارت بر عملکرد شرکت به این گروه برای خود شرکا نیز مفید است؛ چرا که وقت کمتری برای شرکت می‌گذارند و برای بسیاری از امور که تخصص آن را ندارند خود را به

درد سر نمی اندازند.

بدین منظور برای هر یک از شرکت‌ها، دو نهاد «هیئت همکاری‌های سرمایه‌گذاران» و «کارگروه نظارت و مدیریت» ایجاد می‌گردد. «هیئت همکاری‌های سرمایه‌گذاران» شامل همه شرکا هستند که مسائل اساسی شرکت توسط ایشان تصمیم‌گیری می‌شود. این هیئت «کارگروه نظارت و مدیریت» را انتخاب می‌کند تا مسائل جزئی‌تر در آن تصمیم‌گیری شود. مناسب آن است که اعضای این کارگروه، افرادی کارشناس، دوران‌دیش، دارای روحیه همکاری و تعامل قوی و صاحب توان نظارت باشند. «مدیر عامل» نیز توسط «کارگروه نظارت و مدیریت»، پیشنهاد و با تصویب «هیئت همکاری‌های سرمایه‌گذاران» مدیریت مستقیم شرکت را به عهده می‌گیرد.

مبنای عمل این ساز و کار در حالت عادی، رأی اکثریت شرکا (با لحاظ ضریب رأی برای شرکا متناسب با میزان سهم) در نظر گرفته شده است. فرض در این حالت این است که همه شرکا، رأی اکثریت را پذیرا هستند.

اما در حالت ویژه که حداقل یکی از شرکا در «هیئت همکاری سرمایه‌گذاران» یا «کارگروه نظارت و مدیریت» به رأی اکثریت در حدی اعتراض دارد که از تصرف در مال مشترک، مطابق رأی اکثریت ناراضی است، این ناراضی را با «اعلام عدم رضایت» ابراز می‌کند. در این صورت، اگر آن تصرف، تصرف تکوینی در مال مشترک باشد و شرکا اذعان داشتند که انجام ندادن تصرف مورد نظر، باعث تعطیلی واحد و یا هر گونه خسارت دیگر به شرکت نمی‌شود (و شرکت راه معمول و متعارف خود را بدون آن تصرف خواهد پیمود) شرعاً حق آن تصرف را ندارند و باید آن موضوع را از دستور خارج کنند، اما اگر حداقل یکی از شرکا حقیقتاً انجام ندادن آن تصرف را باعث خسارت می‌داند این مطلب را با «اعلام خسارت زایی» ابراز می‌کند. در این صورت، موضوع به «نهاد تشخیص

ضرر و مصلحت» ارجاع داده می شود.^{۳۰}

نهاد تشخیص ضرر و مصلحت، نهادی است که حاکم شرع در بازارهای سرمایه گذاری به نمایندگی از خویش تأسیس می کند و حکم آن را تنفیذ می نماید. البته حاکم شرع می تواند در مواردی که صدق ضرر و خسارت واضح است و نیاز به بررسی ندارد و وجود مصلحت در رأی اکثریت معلوم است و یا در مقطعی که امکان رسیدگی به تک تک موارد وجود ندارد و مصلحت نوعیه در رأی اکثریت دیده شده یا در همین فرض، علی رغم عدم مصلحت نوعیه در رأی اکثریت اما به دلیل مصلحت ختم نزاع، رأی اکثریت را به طور کلی تنفیذ کند.

نهاد تشخیص ضرر و مصلحت می تواند به نمایندگی از حاکم شرع در این زمینه مطالعه و بررسی کند و مواردی را که مصلحت در رأی اکثریت معلوم است، اعلام نماید؛ مثلاً یکی از موارد مهم و پر تکراری که وجود مصلحت در رأی اکثریت معلوم است، رأی گیری در هیئت همکاری سرمایه گذاران برای تعیین و تشکیل ارکان شرکت (اعم از کارگروه نظارت و مدیریت و مدیر عامل) از میان نامزدهایی است که واجد شرایط بودن آنان احراز شده است.

این نهاد می تواند برای انواع گوناگون فعالیت اقتصادی به طور تخصصی شکل بگیرد و نقش مؤثری در اتقان و کیفیت بالای تصمیمات اقتصادی داشته باشد. این نهاد می تواند آن قدر از نظر سازو کار قوی عمل کند که پس از اعلام نارضایتی و پس از آن، اعلام خسارت زایی، به طور مستقیم و بر خط ارتباط بگیرد و از موضوع آگاه شده و با طرفین صحبت کند و در صورتی که نیاز به بررسی

۳۰. وجه اینکه اگر حتی یک نفر هم حقیقتاً انجام ندادن آن تصرف را باعث ضرر و خسارت می داند، باید موضوع به نهاد تشخیص ضرر و مصلحت ارجاع شود، این است که حقیقت اقدام او این است که انجام ندادن تصرف مورد نظر را باعث ضرر و خسارت در سهم خویش می بیند و حق دادخواهی برای جلوگیری از ضرر را دارد.

مفصلّ تر نداشته باشد رأی خود را نیز اعلام کند.

اگر مورد نارضایتی، صرفاً از تصرفات اعتباری بود یا اینکه شخص ناراضی، به پیامدهای تکوینی آن تصرف اعتباری رضایت داشت، سایر شرکا می توانند طبق ضوابطی که بیان گردید، پیگیر تصمیم خود باشند. بازارهای سرمایه گذاری و حسابداری شرکت ها باید این ضوابط را برای خود تعریف کنند.

تعریف ضوابط تصرفات اعتباری مواجه با شریک یا شرکای ناراضی و شیوه محاسبات مالی مربوط به آن، به دلیل عمومی بودن آنها برای تمامی شرکت ها به آسانی صورت می گیرد که در قالب یک نرم افزار ساده، قابل ارائه به عموم شرکت ها می باشد.

اگر نارضایتی از تصرفات اعتباری همراه با پیامدهای تکوینی بود و شخص ناراضی از آن امور تکوینی نیز ناراضی بود، انجام آن تصرفات تابع قواعد تصرفات تکوینی و ساز و کارهایی است که برای آن طراحی شده است. تذکر این نکته، ضروری است که در این صورت، لحاظ ضرر در تصمیم گیری ها (توسط شرکا یا نهاد تشخیص ضرر و مصلحت) در نسبت با خصوص مال مشترك است.

بررسی امکان شرط ضمن عقد برای جلوگیری از نارضایتی به تصرفات اکثریت شرکاء اشکالاتی که درباره شرط ضمن عقد خارج لازم برای جلوگیری از نارضایتی از تصرف یا عدم فسخ عقد شرکت بیان گردید در اینجا نیز جاری است. دلایل استفاده نکردن از انواع دیگر عقد شرکت در بازارهای سرمایه گذاری همان طور که گذشت چهار نوع عقد شرکت تصویر شده و در کلمات فقها درباره آنها اظهار نظر شده است و فقهایی هم بوده اند که هر چهار نوع را پذیرفته اند. این چهار نوع عبارتند از:

۱. عقد شرکت بین دو شریک بدون شرط کردن هیچ شرطی خلاف وضعیت طبیعی در توزیع سود و زیان (توزیع سود و زیان به نسبت سهم الشراکه)؛
 ۲. عقد شرکت بین دو شریک و انجام کار توسط یکی از آنها و قرارداد سهمی از سود برای او بیش از مقدار طبیعی؛
 ۳. عقد شرکت بین دو شریک و قرارداد سهمی از سود یا زیان بیش از مقدار طبیعی برای یکی از آنها (بدون انجام کاری توسط وی)؛
 ۴. عقد شرکت بین صاحبان دو عین مجزا (که برای اکتساب به آنها نیاز است) و قرارداد سهم معینی از سود برای آنها.
- گفته شد که در بازارهای سرمایه گذاری از نوع اول عقد شرکت استفاده می کنیم که حقیقت آن همان شرکت غیر عقدی همراه با رضایت شرکا به تصرف است. اما چرا از سایر انواع بهره نمی گیریم:
- دلیل اینکه از نوع چهارم عقد شرکت (مجزا بودن دو یا چند مال مورد نیاز برای فعالیت اقتصادی بدون مزج یا تشریک آنها) استفاده نمی کنیم، این است که اکثر قریب به اتفاق فقها امتزاج و مشترك بودن را شرط دانسته اند. البته اگر بخواهیم از دلیل لاضرر برای جلوگیری از فروپاشی شرکت استفاده کنیم نیز باید از این حالت صرف نظر کنیم.
- توجه: امکان ایجاد شرکت در چند شیء مجزای از هم که هر یک مالک جداگانه ای دارد با استفاده از روش های اختیاری ایجاد شرکت، از جمله روش عقد و روش تشریک - که در ابتدای مقاله به آنها اشاره شد - به راحتی میسر است و این نوع از عقد شرکت اساساً مورد نیاز نخواهد بود.
- دلیل اینکه از نوع سوم عقد شرکت (شرط کردن سود و زیان بر خلاف میزان سهم هر یک از شرکا در مال مشترك) استفاده نمی کنیم این است که بسیاری از فقها آن را قبول ندارند، ضمن آنکه در صورت بروز موت، جنون، سفاهت و یا

ورشکستگی، قرار تقسیم سود و زیان خلاف وضعیت طبیعی باطل می‌شود؛ چرا که شرکت باطل شده است.^{۳۱}

علت استفاده نکردن از نوع دوم عقد شرکت (شرط کردن سودی بیشتر برای شریک عامل) نیز همین نکته اخیر است.^{۳۲}

جریان دلیل لاضرر برای اثبات جواز تصرف در فرض حادث شدن موت، جنون، سفاهت و یا ورشکستگی و نارضایتی وارث، ولی، قیم و یا طلبکاران به تصرف، مستلزم این است که چون حکم لاضرر از ناحیه شارع صادر شده و با رخدادن یکی از حوادث گفته شده با فرض نارضایتی وارث، ولی، قیم و یا طلبکاران به تصرف، حکم شارع به اباحه تصرف حادث می‌شود و با توجه به اینکه عقد شرکت باطل شده و قرار تقسیم سود و زیان خلاف وضعیت طبیعی از بین رفته است، اگر نماء و سودی برای مال مشترک پدید آید، بر حسب سهم الشراکه بین شرکا تقسیم می‌شود. البته این مطلب محل فکر و تأمل است و عقد شرکت نوع اول یا همان شرکت غیر عقدی همراه با رضایت شرکا به تصرف، نیاز را به خوبی برطرف می‌کند و ضرورتی برای استفاده از انواع دیگر عقد شرکت نیست.

ممکن است گفته شود در فرض نیاز به افزایش سرمایه در مراحل میانی یا پایانی اجرای طرح ساخت یا بهره‌برداری از یک واحد، باید برای سرمایه‌گذاران جدید، سهم بندی دیگری را خارج از وضعیت طبیعی توزیع سود و زیان (تقسیم بر اساس سهم الشراکه) در نظر گرفت؛ چرا که مدتی است که از اجرای طرح گذشته و

۳۱. در کتاب عروة الوثقی آمده است: تبطل الشركة بالموت و الجنون و الإغماء و الحجر بالفلس او السفه بمعنى أنه لا يجوز للأخر التصرف و أما أصل الشركة فهي باقية. نعم يبطل أيضاً ما قرّاه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك: سيد كاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۰۴.

۳۲. طبق تحلیلی که از این نوع در این مقاله ارائه گردید و حقیقت این حالت همان رضایت به تصرف در مال مشترک همراه با جعالة دانسته شد، با بروز موت، جعالة باطل می‌شود.

قرار دادن سرمایه گذاران جدید در کنار سرمایه گذاران اولیه و توزیع سود و زیان به یک نسبت بین ایشان، باعث نارضایتی سرمایه گذاران اولیه خواهد شد. در پاسخ باید گفت با گذشت زمان و پیشرفت مراحل طرح، ارزش شرکت و سهام آن نیز بالا می رود و سرمایه گذار جدید باید سهام با قیمت جدید را خریداری کند نه اینکه با همان قیمت اولیه سهام وارد شراکت شود. در نتیجه، عقد شرکت نوع اول یا شرکت غیر عقدی برای تمام نیازهای این بازار کفایت می کند.

محور سوم: برتری های شرکت فقهی طراحی شده برای بازارهای

سرمایه گذاری بر شرکت سهامی برخاسته از نظام سرمایه داری

با توضیحاتی که گذشت تفاوت شرکت فقهی طراحی شده برای بازارهای

سرمایه گذاری و شرکت سهامی عبارتند از:

۱) نبودن «شخصیت حقوقی مستقل» و نپذیرفتن «مسئولیت محدود» در

شرکت های بازارهای سرمایه گذاری.

۲) وجود «نهاد تشخیص ضرر و مصلحت» برای حل اختلافات همراه با

ادعای ضرر در میان شرکا

با ملاحظه این دو تفاوت، فواید و برتری های شرکت های فقهی موجود در

بازارهای سرمایه گذاری در برابر شرکت های سهامی بدین صورت می باشد:

۱. تضییع نشدن حقوق اقلیت و برخورد عادلانه با نظر ایشان در تصمیم گیری ها

به دلیل حاکمیت اکثریت در شرکت های سهامی، در بسیاری از مواقع حقوق

سهامداران اقلیت رعایت نمی شود که به این مطلب سابقاً اشاره شد ولی در شرکت

فقهی طراحی شده برای بازارهای سرمایه گذاری به حقوق شرعی اقلیت به خوبی

توجه می شود و مسائلی که در شرکت های سهامی در بی توجهی به اقلیت دیده

می شود، وجود نخواهد داشت، ضمن اینکه سازوکار مدیریت و تصمیم گیری مناسبی برای این شرکت ها تدارك دیده شده است.

۲. تقویت روحیه کار جمعی و تعامل سازنده، افزایش همدلی و صمیمیت بین سرمایه گذاران رعایت حقوق شرعی اقلیت در شرکت های فقهی مورد نظر برای بازارهای سرمایه گذاری و داشتن امکان «اعلام نارضایتی» به تصرف تکوینی مورد نظر اکثریت و یا امکان «اعلام خسارت زایی» نسبت به تصرف مورد مخالفت اکثریت (در صورت ضرری دانستن عدم آن تصرف) و ارجاع مسئله به نهاد تشخیص ضرر و مصلحت، باعث خواهد شد که اعضای شرکت با هدف رسیدن به تصمیمات همراه با رضایت تمامی ایشان به تصرف، اساس تصمیم گیری ها و سایر تعاملات را بر مدار گفتگوی سازنده، همدلی و صمیمیت قرار دهند تا از ناراحتی و نارضایتی هر یک از شرکا تا آنجا که ممکن است جلوگیری کنند. در این صورت حتی در فرضی که برخی از شرکا با برخی تصمیمات مخالف باشند، امید آن هست که اعمال حقوق قانونی مانند «اعلام نارضایتی» به تصرف، به حداقل برسد. توجه به این نکته لازم است که طیف گسترده ای از تصمیمات در هر شرکت، به مسائلی مربوط است که داشتن نظر مخالف در آنها، به نارضایتی به تصرف تکوینی مطابق نظر سایرین نمی انجامد.

۳. اعتلای نظام تصمیم گیری و گرفتن تصمیمات بهتر برای هر شرکت

تصمیم گیری، رخدادی مهم در سرنوشت هر فرد یا جامعه ای است. منشأ رشد و تعالی و یا انحطاط و افول در افراد انسان و یا جوامع انسانی را باید در تصمیمات اتخاذ شده در موقعیت های گوناگون هر یک جستجو کرد. شرکت نیز یک اجتماع کوچک انسانی است و تصمیم گیری در آن، رخداد بسیار مهمی است

که افق‌های پیش‌رو، جهت حرکت و تدبیر نحوه حرکت شرکت را مشخص می‌کند تا شرکت به سر منزل مقصود واصل گردد.

نکته دیگر اینکه اشتباه در محاسبه و گرفتن تصمیم غلط در جایی که پای منافع انسان در میان باشد فراوان رخ می‌دهد. در جایی که مالک و اداره‌کننده واحد تولیدی یک نفر باشد، این تصمیم غلط، نتایج و تبعات خود را خواهد داشت و از آن‌گریزی نیست، اما در جایی که یک واحد را یک جمع مالک بوده و اداره می‌کنند، در بسیاری از مواقع غلط بودن تصمیم و ناقص و غیر کارشناسی بودن آن را فرد یا افرادی از این جمع تشخیص می‌دهند و با آن مخالفت می‌کنند. در شرکت‌های سهامی، به نظر این افراد، در صورتی که در اقلیت باشند، اعتنایی نمی‌شود، اما در شرکت‌های فقهی طراحی شده، در چنین مواردی افراد اقلیت می‌توانند با «اعلام نارضایتی» مانع تصرف شوند و در صورتی که اکثریت، انجام ندادن تصرف را موجب خسارت و ضرر بدانند و «اعلام خسارت زایی» کنند نیز، موضوع به نهاد تشخیص ضرر و مصلحت، ارجاع داده می‌شود و این نهاد با توجه به جایگاه کارشناسانه‌ای که برای آن در نظر گرفته شده است، با شنیدن استدلال هر دو طرف و بررسی لازم، تصرف اصلاح را اعلام می‌دارد.

این ویژگی، باعث گرفتن تصمیمات بهتر و با ایتقان و صحت بیشتر برای شرکت خواهد بود.

پیشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مجله جامعه علوم انسانی

۴. اعتلای دانش مدیریت شرکت‌ها

روند مورد نظر در نظام تصمیم‌گیری شرکت‌های فقهی بازار سرمایه‌گذاری باعث خواهد شد که برای جلب نظر شرکا و یا به کرسی نشانیدن یک دیدگاه، از مطالعه و استدلال قوی‌تر همراه با ارائه مستندات بهتر و بیشتر استفاده شود و این‌گونه نخواهد بود که به صرف اینکه یک نظر، متعلق به اکثریت است (حتی بدون

هرگونه مطالعه و کارشناسی درباره آن) به اجرا گذاشته شود.

این ویژگی علاوه بر اینکه به نوبه خود باعث ارتقای نظام تصمیم‌گیری در یک شرکت خواهد بود و به اتقان تصمیمات کمک خواهد کرد، ارتقای سطح دانش تولید شده در مدیریت کلان یک شرکت را نتیجه خواهد داد و برای مدیران آینده شرکت، علت تصمیمات اتخاذ شده را روشن خواهد کرد و پشتوانه خوبی برای تصمیمات جدید و یا تجدید نظر در تصمیمات گذشته را پدید خواهد آورد.

۵. ظلم نکردن به طلبکاران شرکت در صورت ورشکستگی آن

از منظر فقه، اگر گروهی در یک واحد تولیدی شریک بودند و در اثر نوع مدیریت شرکا یا نمایندگان ایشان در آن واحد تولیدی، بدهی‌هایی پدید آمد، وظیفه هر یک از شرکا این است که به میزان سهمی که در آن واحد دارند تأمین‌کننده بدهی پدید آمده برای شرکت باشند. معمولاً قرار شرکا در این مواقع این است که از درآمد واحد، برای پرداخت بدهی‌ها اقدام شود. در صورتی که بدهی‌های واحد سنگین شده و حتی از ارزش کل دارایی‌های شرکت فزونی گیرد، وظیفه شرکا این خواهد بود که به میزان سهمی که دارند تأمین‌کننده بدهی شرکت باشند. این وظیفه در شرکت‌های سهامی با مسئولیت محدود رعایت نمی‌شود و در چنین حالتی با اعلام ورشکستگی، نهایتاً دارایی‌های شرکت در اختیار طلبکاران قرار می‌گیرد. این ظلم و اجحاف در حق طلبکاران، در شرکت‌های فقهی بازارهای سرمایه‌گذاری انجام نمی‌شود. البته رعایت این حکم علاوه بر تحقق عدالت، زمینه مدیریت بهتر شرکت و انجام احتیاط در پدید آوردن دیون و اطلاع از عملکرد مدیران را فراهم خواهد آورد.

لازم است به این نکته توجه شود که تحقق بدهی برای شرکت به دو گونه، امکان دارد: یکی اینکه شرکا تصویب کنند که مدیران شرکت می‌توانند صرفاً در

حد دارایی های مشترك واحد(شرکت)، ایجاد بدهی کنند و یا زمینه ایجاد بدهی را فراهم کنند و دیگر اینکه مدیران شرکت اجازه یابند علاوه بر دارایی های شرکت بر اساس سایر دارایی های شرکا (دارایی های غیر از مستثنیات دین ایشان) تا سقف خاصی یا حتی به طور مطلق، بدهی ایجاد کنند. البته در هر دو صورت، اگر به هر دلیل، بدهی شرکت بیش از دارایی های آن شود، شرکا مسئول پرداخت آن هستند.

۶. کاهش میزان ورشکستگی ها و از بین رفتن سرمایه مادی و معنوی یک شرکت موظف بودن شرکا به تأمین بدهی های بیشتر از کل دارایی های شرکت در شرکت های فقهی بازارهای سرمایه گذاری، علاوه بر رعایت عدالت و اجحاف نکردن در حق طلبکاران آن، می تواند در کاهش ورشکستگی ها مؤثر باشد؛ چرا که این انگیزه در شرکا وجود نخواهد داشت تا با اعلام ورشکستگی، از پرداخت بدهی بیشتر از دارایی شرکت فرار کنند و بدین ترتیب سرمایه های مادی و معنوی مربوط به یک واحد حفظ شده، از بیکاری کارگران و تعطیلی واحد جلوگیری می شود.

ورود شرکت های سهامی به ایران

مقاله «مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی؛ حقوق انگلستان و ایران» به این نکته اشاره می کند که:

به طور کلی تحول و تکامل هر قاعده حقوقی در هر سیستم حقوقی را می توان مرهون زمینه های اجتماعی و به ویژه زیرساخت های فرهنگی، اقتصادی- اجتماعی و سیاسی آن سیستم دانست. وقتی زمینه تکامل یک قاعده فراهم نباشد، آن قاعده ممکن است حتی اهمیت نیابد.^{۳۳}

وی سپس به بررسی وضعیت جامعه ایران در نسبت با قاعده رأی اکثریت از

۳۳. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، ص ۴۷۱.

جهت سیاسی، فرهنگی و اجتماعی در بستر تاریخ پرداخته و چنین نتیجه گرفته است:

اقتباس از حقوق شرکت های مدرن که بر حکومت قاعده اکثریت استوار بود، توسط حقوق ایران، نمی توانست به دلیل وجود ارتباط میان حقوق شرکت های مدرن و حقوق ایران با ریشه های مذهبی، فرهنگی و یا سیاسی باشد؛ چه این عوامل به هیچ وجه استعداد تجویز تکامل تدریجی به سمت شرکت های مدرن در ایران را نداشتند. در غیاب چنین ارتباطی جای تعجب است که چرا و چگونه حقوق ایران به اقتباس از حقوق شرکت های مدرن دست زده است.

یک پاسخ ممکن و البته مناسب آن است که گفته شود هدف ایران تنها غربی کردن حقوق مربوط به شرکت های سنتی با هدف پیوند زدن ایده شرکت تجاری مدرن (آن گونه که در اقتصاد کشورهای غربی وقت وجود داشت)، به بدنه این حقوق بوده است. چنین غربی کردنی از زمان رضاشاه (مؤسس پادشاهی پهلوی) در دهه های ۲۰ و ۳۰ میلادی آغاز شد. در دوران حکومت وی تغییرات گسترده ای در حقوق و نهادهای جامعه، مشابه آنچه سابقاً در ترکیه صورت گرفته بود، رخ داد. اقتصاد ایران در شرف تجربه یک صنعتی شدن ناگهانی بر مبنای مدل اروپایی آن بود و شرکت ها می توانستند به روند چنین صنعتی شدنی سرعت ببخشند، آن گونه که شرکت های اروپایی به روند صنعتی شدن در اروپا سرعت داده بودند.

در سال ۱۳۰۴، قانون تجارت در سطحی گسترده، هم از نظر شکل و هم از نظر محتوی از مدل اروپایی آن اقتباس شد که در نتیجه آن قوانین راجع به شرکت های تجاری به بدنه حقوق تجارت ایران الحاق و به عموم مردم اجازه تأسیس چنین شرکت هایی اعطا شد. این قانون که به ویژه متأثر از حقوق

شرکت‌های فرانسه و بلژیک بود مطابقت با اصول کلی حقوق اسلام را نیز سر لوحه کار خود قرار داده بود. متعاقباً قانون تجارت دیگری که جز در خصوص شرکت‌های سهامی، هنوز به عنوان قانون تجارت حاکم در ایران شناخته می‌شود، جایگزین قانون مصوب ۱۳۰۴ گردید. در این قانون شرکت‌های تجاری به هفت نوع تقسیم می‌شدند و به ویژه ماده ۷۲ آن، به صراحت قاعده اکثریت را در شرکت‌های سهامی پیش‌بینی می‌کرد. محمدرضا شاه، راه پدر را در غربی کردن ادامه داد.

در سال ۱۳۴۷ دولت او لایحه ۳۰۰ ماده‌ای جدیدی را با اقتباس از الگوی فرانسوی، جهت ترمیم نواقص قانون تجارت در خصوص شرکت‌های سهامی، به مجلس پیشنهاد کرد. این لایحه که به تصویب مجلس وقت رسیده است اکنون به عنوان منبع اصلی و اولی حقوق راجع به شرکت‌های سهامی در ایران محسوب می‌گردد. این قانون مجدداً حاکمیت قاعده اکثریت در شرکت‌های سهامی را تأیید و به منظور حمایت از سهامداران اقلیت راهکارهای معدودی را پیش‌بینی می‌کند. می‌توان این چنین فرض کرد که قاعده اکثریت در حقوق شرکت‌های ایران بر همان مبانی‌ای که مورد استناد و تکیه نظریه پردازان حقوقی در اقتصاد غرب بوده، استوار شده است.^{۳۴}

تناظر نوع حکومت هر کشور و نوع مدیریت شرکت

این نکته از مقاله مورد اشاره که «به طور کلی تحول و تکامل هر قاعده حقوقی در هر سیستم حقوقی را می‌توان مرهون زمینه‌های اجتماعی و به ویژه زیرساخت‌های فرهنگی، اقتصادی-اجتماعی و سیاسی آن سیستم دانست»، نکته جالب و محل تأملی در نسبت با نوشتار حاضر است. پس از بررسی‌های فقهی درباره شرکت در

۳۴. همان، ص ۴۷۴.

این مقاله و در نظر گرفتن امکان «اعلام نارضایتی» و یا «اعلام خسارت زایی» برای شرکا، در کنار «احترام به رأی اکثریت» در فرض عدم اعمال این دو امکان و همچنین طراحی «نهاد تشخیص ضرر و مصلحت» به نمایندگی از «حاکم شرع»، التفات به این نکته حاصل شد که این وضعیت در مقایسه با وضعیت سیاسی کشور، حالت تناظری دارد:

یکی از نظریات ارائه شده برای توجیه قاعده اکثریت در حقوق کشورها، نظریه سیاسی است: نظریه سیاسی برای توضیح رابطه بین سهامداران و مدیران در شرکت‌های سهامی، توسط نظریه پردازانی ساخته و پرداخته شده است که به شرکت‌ها با دیدی سیاسی نگاه می‌کنند. این نظریه عموماً با تکیه به برخی شباهت‌های موجود بین دولت‌ها و شرکت‌ها، سعی در توسعه اصول دموکراسی از اولی به دومی دارد. این نظریه با قیاس موضوعاتی چون ساختار سازمانی و سلسله مراتب اداری، مفاهیم مشارکت، عضویت و شهروندی، هدف سازمانی، تقسیم قوا و مکانیزم تصمیم‌سازی موجود، هم در شرکت‌ها و هم در دولت‌ها با هم، مدعی است شرکت‌ها نیازمند نوعی حکومت هستند، همان‌گونه که هر گروه انسانی سازمان‌یافته دیگر چنین نیازی دارد.^{۳۵}

نتیجه

عقد شرکت بدون شرط کردن سود و زیان بر خلاف سهم هر یک از شرکا که در این مقاله همان شرکت غیر عقدی (شرکت مطلق) همراه با رضایت شرکا به تصرف دانسته شد، برای پوشش نیاز بازارهای سرمایه‌گذاری مناسب است. این نوع شرکت با توجه به احکام خاص آن که در بازارهای سرمایه‌گذاری مصداق دارد،

۳۵. همان، ص ۴۶۱.

تقسیم پذیر نیست، قابل فسخ نمی باشد و در اثر بروز مرگ، جنون، بیهوشی، سفاهت و ورشکستگی یک یا برخی از شرکا متزلزل نمی شود. در مورد لزوم رضایت شرکا به تصرفات و مسئله تصمیم گیری و مدیریت مال مشترك نیز با توجه به احکام خاصی که به آنها اشاره شد، می توان با نهادینه کردن ابزار «اعلام نارضایتی» و «اعلام خسارت زایی» در دو سطح مدیریت شرکت، یعنی «هیئت همکاری سرمایه گذاران» و «کارگروه نظارت و مدیریت» و ایجاد نهاد «تشخیص ضرر و مصلحت» به عنوان مرجع نهایی، سازوکاری طراحی کرد که روند تصمیم گیری و مدیریت شرکت به نحو مطلوب و صحیحی انجام شود. شرکت فقهی طراحی شده از جهات متعددی بر شرکت سهامی برتری دارد.

منابع و مأخذ

۱. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبداللّه بن أحمد بن محمد، المغنی، قاهره، مکتبه القاهرة، ۱۰ جزء، ۱۳۸۸ هـ-۱۹۶۸ م.
۲. اراکی، محمد علی، المسائل الواضحة، ۲ جلدی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم- چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۴. امام خمینی، سید روح اللّه، تحریر الوسيلة، ۲ جلدی، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ۱۳۸۴ هـ. ق.
۵. _____، سید روح اللّه، توضیح المسائل (محشّی)، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ هشتم، ۱۴۲۴ هـ. ق.

۶. بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ۲۵ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۷. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، ۲ جلدی، قم، مجمع الإمام المهدي (عجل الله تعالی فرجه)، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۸. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، دعائم الإسلام، ۲ جلدی، قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۵ هـ. ق.
۹. حسینی حائری، سید کاظم، فقه العقود، ۲ جلدی، قم، مجمع الفکر الإسلامي، چاپ دوم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۰. ———، «مالکیت شخصیت های حقوقی»، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۹ هـ. ش.
۱۱. حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین (محشّی)، ۲ جلدی، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۲. حسینی حلبی (ابن زهره)، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، یک جلدی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ۲ جلدی، قم، نشر مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۴. رحمانی، عطاءالله، «مطالعه تطبیقی قاعده اکثریت در شرکت های سهامی، حقوق انگلستان و ایران»، مجله تحقیقات حقوقی (علمی - پژوهشی)، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸.
۱۵. سبزواری، سید عبد الأعلى، جامع الأحكام الشرعية، یک جلدی، قم، مؤسسة المنار، چاپ نهم، بی تا.

- ١٦ . سنهورى، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠م.
- ١٧ . سيستاني، سيد على، المسائل المنتخبة، يك جلدى، قم، دفتر حضرت آية الله سيستاني، چاپ نهم، ١٤٢٢هـ.ق.
- ١٨ . شبيرى زنجانى، سيد موسى، المسائل الشرعية، يك جلدى، قم، مؤسسة نشر الفقاهة، چاپ اول، ١٤٢٨هـ.ق.
- ١٩ . شهيد اول، محمد بن مكى عاملى، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ٣ جلدى، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم، چاپ دوم، ١٤١٧هـ.ق.
- ٢٠ . ———، محمد بن مكى عاملى، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، ٤ جلدى، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزة علميه قم، چاپ اول، ١٤١٤هـ.ق.
- ٢١ . شهيد ثانى، زين الدين بن على عاملى، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ١٥ جلدى، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣هـ.ق.
- ٢٢ . صافى گلپايگانى، لطف الله، هداية العباد، يك جلدى، قم، دار القرآن الكريم، چاپ اول، ١٤١٦هـ.ق.
- ٢٣ . طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى (محشئ)، ٥ جلدى، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم، چاپ اول، ١٤١٩هـ.ق.
- ٢٤ . ———، العروة الوثقى، ٢ جلدى، بيروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ١٤٠٩هـ.ق.
- ٢٥ . ———، العروة الوثقى مع التعليقات، دو جلدى، قم، انتشارات مدرسه

- امام على بن ابى طالب(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۸هـ.ق.
۲۶. _____، العروة الوثقى مع تعليقات الفاضل، ۲ جلدی، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول، بی تا.
۲۷. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، ۸ جلدی، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷هـ.ق.
۲۸. _____، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، یک جلدی، بیروت، دار الكتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰هـ.ق.
۲۹. علامه حلی، الحسن بن يوسف بن مطهر اسدی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰هـ.ق.
۳۰. _____، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ۶ جلدی، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰هـ.ق.
۳۱. _____، تلخیص المرام في معرفة الأحكام، یک جلدی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۱هـ.ق.
۳۲. فاضل آبی، ... الحسن بن ابی طالب ابن ابوالمجد یوسفی، كشف الرموز في شرح المختصر النافع، ۲ جلدی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷هـ.ق.
۳۳. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة - المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدين و ...، یک جلدی، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵هـ.ق.
۳۴. کابلی، محمد اسحاق فیاض، منهاج الصالحین، ۳ جلدی، بی جا، بی نا، ۱۴۱۹هـ.ق.

۳۵. کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، یک
جلدی، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶هـ.ق.
۳۶. گلپایگانی، سید محمد رضا، هداية العباد، ۲ جلدی، قم، دار القرآن
الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ.ق.
۳۷. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال
والحرام، ۴ جلدی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸هـ.ق.
۳۸. موسویان، سید عباس، ابزارهای مالی اسلامی(صکوک)، تهران، انتشارات
پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۹۰هـ.ش.
۳۹. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلدی،
بیروت، دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴هـ.ق.
۴۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، ۳ جلدی، قم، مدرسه امام
باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸هـ.ق.