

بررسی ارکان فقهی و حقوقی با نگاهی به اقسام عقد شرکت

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۱۱/۱۱، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۳/۱۲)

محمد جلالی

چکیده

عقد شرکت از اصطلاحات بکار رفته در علم حقوق بوده و به اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحدی به نحو اشاعه گفته می شود. اقسام شرکت عبارت اند از عقدی و غیر عقدی؛ البته فقهای امامیه اقسام دیگری نیز به آن افزوده اند. از اوصاف شرکت می توان به جایز بودن، معوض بودن، تملیکی بودن و مستمر بودن اشاره کرد. تقسیم مال شرکت به دو صورت تراضی و اجباری بوده و انحلال آن در صورت تقسیم مال شرکت و تلف شدن تمام آن و نیز در صورت فوت، جنون و سفه هر یک از شرکا حاصل می شود. شرکت در معنای خاص خود یکی از انواع عقود معین است که همراه با اشاعه در حق مالکیت ایجاد می شود. برای تحقق شرکت باید دو یا چند حق مالکیت در هم آمیزد. هدف از این آمیزش رسیدن به یگانگی است. شکل تکامل یافته شرکت در حقوق کنونی صورتی است که در آن مالکیت های جزء، اصالت خود را از دست می دهند و در یک مالکیت جمعی و اشتراکی ادغام می شوند و اجتماع مالکیت ها وجودی مستقل می یابند که از آن به شخصیت حقوقی یاد می شود. از جمله موضوعات مورد بحث در کتب فقهی و حقوقی، موضوع شرکت می باشد که با توجه به نقش و جایگاه شرکت ها در زندگی روزمره اجتماعی، نگارش یک مقاله علمی را در خصوص آن ضروری می نماید و از آنجا که شرکت و مباحث مربوط به آن یکی از مهم ترین مباحث مطروحه در حقوق مدنی و حقوق تجارت می باشد، بررسی ارکان فقهی و حقوقی عقد شرکت لازم و ضروری است.

واژگان کلیدی: شرکت، اشاعه، مشاع، شخصیت حقوقی، شرکا، امتزاج، فقه امامیه

بخش اول : کلیات

از آنجا که شرکت یکی از مباحث فقهی است فقها بخشی از کتاب های فقهی خود را به کتاب شرکت اختصاص داده اند و اکثر آن فقها در ابتدای بحث شرکت، تعریفی را برای کلمه ای شرکت ذکر کرده اند که ما ابتدائاً تعریفی از شرکت در لغت و سپس به تعریف شرکت در متون فقهی و حقوق خواهیم پرداخت.

بند اول: شرکت در لغت و شرکت در متون فقهی و حقوقی

الف - شرکت در لغت

شرکت (بکسر شین و سکون را و گاهی نیز به فتح شین و کسر را، خوانده می شود) یک کلمه عربی است و با همان معنی وارد زبان فارسی شده است و در لغت مصدر از شرکت، یشرک، شرکا و شرکت می باشد و به معنای آمیختن دو مال است با یکدیگر، آنچنان که قابل تمییز از هم نباشد.^۱ درلسان العرب شرکت فقط به یک معنی آمده است و آن انبازگشتن دو نفر با هم است.^۲ فرهنگ عربی تاج العروس درمورد لغت شرکت چنین می نویسد : الشركه و الشركه بکسرهما و ضم ثانی بمعنی واحد و هو مخالطه الشریکین یعنی شرک و شرکه هر دو دارای یک معنی هستند، و آن همان انبازگشتن شریکان است^۳ و فرهنگ عربی به فارسی منتهی الارب فی لغة العرب، کلمه ی شرکت را بکسر اول (ش) و سکون دوم (را)، انبازگشتن معنی کرده است و همچنین فرهنگ فارسی معین کلمه ی شرکت را پس از کسر شین و سکون را و فتح کاف و نمایش هیأت عربی آن به شریک شدن، انبازگشتن و همدست شدن در کاری معنی کرده است. همان طور که می بینیم عنصر ((امتزاج و انبازگشتن)) به نحو بارزی درمعنای لغوی شرکت به چشم می خورد.

^۱ - الجزیری، عبد الرحمان، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۶۳

^۲ - ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین، لسان العرب، ج ۷، ص ۹۹

^۳ - زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۷، ص ۱۴۸

بند دوم: شرکت در متون فقهی

ماده ۵۷۱ قانون مدنی که از فقه امامیه اقتباس گردیده است در تعریف شرکت می گوید: ((شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه)) در این تعریف به ماهیت شرکت یعنی ((اشاعه در حق مالکیت)) توجه شده است؛ گویی اشاعه مهم ترین عنصر شرکت بوده و در واقع وصف مالکیت شرکا است. این تعریف چنان مجمل است که شناسایی عقد شرکت به عنوان عقدی مستقل محل تردید است. اجتماع حقوق، بدین معنا که موضوع مالکیت هیچ یک از مالکین در شیء واحد مشخص نباشد به طوری که هر جزئی از اجزای شیء واحد در عین حال متعلق حق مالکیت هر یک از ایشان است.^۱ برای روشن شدن ماهیت شرکت، لازم است مفهوم شرکت عقدی بیان شود که با بررسی کتب حقوق دانان و فقهای عظام می توان سه مفهوم جداگانه از شرکت عقدی به دست آورد:

الف) شرکت عقدی به معنای شرکت حاصل از عقد

قانون مدنی در ماده ۵۷۳ عقد را یکی از اسباب ایجاد اشاعه دانسته است؛ بدین معنا که می توان به وسیله یکی از عقود ناقله مثل بیع، صلح و هبه، اشاعه در مالکیت را ایجاد نمود. لذا، در تعریف شرکت به عنوان مالکیت مشاعی یا عقدی از عقود مستقل که در برخی موارد، اثر آن مالکیت مشاعی باشد نگاه دو گانه ای وجود دارد. برخی به ذکر یک تعریف از شرکت اکتفاء نموده اند، نظیر محقق حلی که بیان می دارد: شرکت ((اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه)) است. شهید ثانی در تعریف شرکت می فرماید: ((هو اختلاط النصیبین فصاعدا بحيث لا یتمیز الواحد عن الآخر)) یعنی شرکت عبارت است از امتزاج دو سهم و یا بیشتر به گونه ای که قابل تشخیص از یکدیگر نباشند.^۲ جواهرالکلام و نیز برخی دیگر، در تعریف آن به دو جنبه ی لغوی و شرعی پرداخته و این گونه بیان داشته اند: ((شرکت در

^۱ - شهیدی، مهدی، وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع، فصلنامه حق، دفتر ۶، ص ۳۳

^۲ - شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۹۷

معنای لغوی بر حسب آنچه گفته شده به معنای اختلاط و امتزاج، اشاعه و یا در کنار هم قرار گرفتن است و در معنای شرعی، اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه است.^۱ بنابراین برای تحقق شرکت لازم است دو یا چند حق مالکیت از طریق انعقاد یکی از عقود ناقله با هم به نحوی در آمیزد که تمییز آن از یکدیگر ممکن نباشد؛ به دیگر سخن، شرکاء توافق می کنند که مالکیت انفرادی خود را به مالکیت اشتراکی تبدیل نمایند به گونه ای که حق هر کدام در عین حال که به صورت عینی وجود و اصالت دارد، منتشر در مجموع باشد.^۲ در این مفهوم عقد شرکت جنبه معاوضی و تملیکی دارد؛ یعنی برای انجام اشاعه در مالکیت لازم است هر شریک به وسیله یکی از عقود ناقله سهم مشاع از ملک خود را به صورت خاصی به دیگران تملیک کند و با این مفهوم، عقد شرکت عقدی لازم خواهد بود، زیرا شریک در مال نمی تواند به دلخواه خود اشاعه را به هم زده و آورده خود را مطالبه کند؛ هر چند هر شریک بر مبنای قواعد حکم بر مالکیت مشاع و طبق ماده ۵۸۹ قانون مدنی می تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید.

ب) شرکت عقدی به معنای اداره مال مشاع

برخی دیگر از فقیهان، معنای مذکور در فوق را مفهوم لغوی شرکت دانسته و علاوه بر آن معنای دیگری برای شرکت نیز قائل اند و در این خصوص بیان می دارند: ((شرکت به دو معنا اطلاق می شود، یکی همان معنایی است که محقق حلی در ((شرایع الاسلام)) ذکر نمود و در لغت و عرف از شرکت متبادر است و معنای دیگر آن، عقدی است که تصرف مالکان مشاع در یک مال را ممکن می سازد.))^۳ همچنین، چگونگی تصرف و قواعد تقسیم سود و زیان ناشی از آن و جایز بودن آن را تصریح می نماید. لذا، از تعریف این گروه بر می آید که به

^۱ - صاحب جواهر، ج ۲۶، ص ۲۸۴ الشریینی الخطیب، شیخ محمد، مغنی المحتاج فی شرح المنهاج، ج ۲، ص ۲۱۱

^۲ - کاتوزیان، ناصر، عقود معین (صلح، عطایا، مشارکت ها)، ص ۹

^۳ - کاشانی، محمود، نشریه دانشگاه حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۰

شرکت به عنوان عقدی که سبب ایجاد اشاعه می شود، نمی نگردد بلکه آن را وکالت در اداره مال مشاع می دانند.

بخش دوم: بررسی و شناخت ارکان عقد شرکت در فقه امامیه

عقد شرکت از عقود معینه می باشد و همچون سایر عقود دارای ارکانی می باشد. مشهور فقهای شیعه ارکان عقد شرکت را سه چیز عنوان نموده اند، که عبارت اند از: متعاقدان، صیغه و مال. از جمله آن فقهاء علامه حلی است که در کتاب قواعد الاحکام^۱ و تذکره الفقهاء^۲ درباره ی ارکان عقد شرکت می فرماید: ((متعاقدان و صیغه و مال جزء ارکان عقد شرکت می باشد.)) و همچنین ارکان مورد تأیید مولف مفتاح الکرامه^۳ نیز قرار گرفت. در هر صورت، برای صحت عقد شرکت، برای هر یک از ارکان سه گانه مذکور از سوی فقهاء شرایطی ذکر گردید که در ذیل به هر یک اشاره می گردد.

الف - متعاقدان (اعتبار عقل و بلوغ در طرفین عقد)

علامه حلی در تذکره الفقهاء وجود شرایطی را برای طرفین عقد شرط می داند که عبارتند از: بلوغ، رشد، عقل، اختیار، قصد و جایزالتصرف بودن^۴، و می نویسد: ((در این مورد، معیار اهلیت وکیل گرفتن و وکیل شدن است.))^۵ این معیار توسط او در قواعد الاحکام^۶ و تحریر الاحکام^۷ نیز نقل گردیده است. علامه حلی، در تذکره در ادامه مطلب گذشته در مورد دلیل وجود معیار ذکر شده در طرفین عقد شرکت می نویسد: ((تصرف هر یک از دو

^۱ - علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ شده در سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۷، ص ۴۶

^۲ - علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۲۶

^۳ - حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۳۹۴

^۴ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۲۲۱ — طباطبائی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، ج ۵، ص ۲۷۵

^۵ - حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۳۹۴

^۶ - علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ شده در سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۷، ص ۴۶

^۷ - علامه حلی، تحریر الاحکام، ص ۲۷۲

شریک، یا در مالی است که مختص به خود اوست و یا در مال دیگری است، که تصرف او در مال خودش به خاطر حق مالکیتی که به او اختصاص دارد، ولی در مال غیر به حق اذنی است که از دیگری دارد، بنابراین او هم وکیل طرف مقابل بوده و هم موکل اوست در تصرف در مالش...^۱) مولف حدائق الناظره، شرایطی را که علامه در تذکره برای متعاقدان ذکر نمود، شرایط خوبی می داند اما در رد دلیل علامه که برای وجود معیار ذکر شده عنوان گردید، چنین می نویسد: ((آنچه در این مورد ذکر شد در شرکت معتبر نمی باشد، بلکه بعد از آنکه شریک اذن در تصرف دارد. صرف جایز التصرف بودن متصرف کفایت می کند [و نیازی به آنچه ذکر گردیده است نمی باشد].^۲ از آنجایی که بلوغ یکی از شرایط اهلیت طرفین عقد است اما درباره بلوغ بیان فقها اختلاف است که آیا در این مورد نیز مانند عقل شرط است یا تنها داشتن قدرت تمیز کافی است. سرخسی در کتاب خود المبسوط در این مورد می فرمایند:

حنفی ها و اکثر مالکی ها را عقیده بر این است که تنها تمیز دادن کافی نیست و بلوغ شرط نیست چرا که عقل شرط اهلیت هر گونه تصرف شرعی است ولی بلوغ شرط نیست.^۳

محمد حسین عاملی حسینی می فرمایند:

شافعی ها و امامی ها را عقیده بر این است که برای متعاقدان عقل و بلوغ توأمان شرط تحقق بشمار می آید و تمیز به تنهایی کفایت نمی کند.^۴

بنابراین طبق نظر شیعه در اهلیت متعاقدان عقل و بلوغ با هم شرط می باشد و شرط از سوی کودکان مطلقا درست نیست اعم از اینکه قدرت تمیز داشته باشد یا نداشته باشد.

^۱ - علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۲۲۰

^۲ - شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناظره، ج ۲۱، ص ۱۵۲

^۳ - سرخسی، المبسوط، ج ۱۱، ص ۴۹۱

^۴ - عاملی حسینی، محمد حسین، مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۷

ب - صیغه عقد شرکت (ایجاب و قبول)

هنگامی که دو اراده مالک بر تبدیل مایملکشان متحد می شوند و یا اینکه همانند عقد شرکت توافق بر قلب ملکیت محدوده به ملکیت مشاعه می نمایند در این صورت نیاز به ایجاب و قبول است.

علامه حلی می فرماید : عقد شرکت نیازمند ایجاب و قبول و در عقد شرکت هر لفظی که بیانگر مشارکت افراد در معامله و تجارت با سرمایه مشترک باشد، کفایت می کند.^۱

علامه حلی در تذکره الفقهاء از دلیل نیاز به صیغه سخن میگوید و می نویسد: اصل حفظ و نگهداری اموال است و برای صاحبان آن ها، بنابراین تصرف جز به اذن صاحبانشان صحیح نمی باشد، و علم به رضایت و اذن در مورد این تصرف جزء بوسیله لفظی که دلالت بر آن بکند حاصل نمی گردد.^۲ ایشان در کتاب قواعد نیز می نویسد: ((صیغه عبارت از آن چیزی است که دلالت بر اذن در تصرف می کند.)) این مطلب در جامع المقاصد^۳ و تحریر الاحکام^۴ نیز آمده است. اما در کتاب اخیر آمده که: ((در صیغه وجود چیزی که دلالت بر رضایت به مزج بنماید کفایت می کند.))

آیت الله خوئی در مورد دلیل اشتراط لفظ شرکت می فرماید :

از آنجایی که رضا و التزام از امور باطنیه است نیاز مبرز و کاشف دارد تا دلالت بر آن کند به قصد انشاء و اراده حقیقی می گویند، همچنان که به مبرز و کاشف از آن اراده انشایی و

^۱ - علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۲۲۱ علامه حلی قواعد الاحکام، چاپ شده در سلسله التبیان الفقہیہ، ص ۴۶

^۲ - علامه حلی، تذکره الفقهاء، مأخذ پیشین

^۳ - محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۸، ص ۱۴

^۴ - علامه حلی، تحریر الاحکام، ص ۲۷۲

خارجی گویند. بنابراین برای انعقاد عقد باید اراده ی حقیقی بوسیله اراده انشایی و خارجی اعلام گردد، چرا که حقیقت انشاء عبارت است از: ابزارالاعتبار النفسی بمبرز خارجی.^۱

مقدس اردبیلی می نویسد: ((حصول علم نسبت به إذن و رضایت منحصرأ بواسطه ی لفظ صورت نمی گیرد بلکه از طریق اشاره و فعل و کتابت نیز حاصل می گردد که امری آشکار است. بنابراین گویی علامه در تذکره قصدش از لفظ، خود لفظ و آنچه جایگزین آن می گردد بوده است و به همین خاطر از لفظ به ((اشترکنا)) اکتفا نمود، یا اینکه آن اعم از مدعا است، زیرا شرکت هم به وسیله ی اختیار حاصل می شود و هم به غیر آن، و صرف حصول شرکت مستلزم إذن در تصرف نیست، به همین دلیل است که علامه در این مورد به وجود قرائن اکتفا نمود، اگر چه لفظ صریح در این معنا نباشد، بنابراین از آنچه ذکر گردید دانسته شد که معیار در حصول علم به رضایت و إذن، همان چیزی است که در وکالت مطرح است.))^۲ شیخ یوسف بحرانی که اصل عقد بودن شرکت را نفی می کند در این مورد کلامی دارد که حاصل آن، این چنین است: همانگونه که مشاهده کردی ظاهر بلکه صریح کلام علامه در تذکره آن است که صرف إذن، در جواز تصرف و تجارت و مثل آن کفایت می کند اگر چه از آن به لفظ صیغه تعبیر شده، که گمان عقد بودن از آن می رود. خلاصه ی کلام آن است که، محور و معیار در جواز تصرف حصول علم به رضایت به آن است به هر نحوی که صورت پذیرد، لذا وقتی علم به آن حاصل شد احکامی که آن را منوط به وجود عقد قرار دادند بر آن مترتب می گردد، و ظاهراً مراد فضلاء [محقق و علامه حلی] نیز همین معنا می باشد زیرا تعریفی را که از شرکت ارائه نمودند همان شرکت حقیقیه است، و به دنبال آن إذن در تصرف را ذکر نمودند که این امر اشاره به احکامی می کند که بر إذن در تصرف در مال مشترک مترتب می گردد و اینکه گفته اند بدین وسیله شرکت عقد جایز می گردد، اطلاق عقد بر آن مجازی است زیرا

^۱ - آیت الله خوئی، مصباح الفقاهة، المعاملات، ج ۲، ص ۷

^۲ - مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۰، ص ۱۸۹ و بعد

باب مجاز در کلام گسترده است و الا عقد و عاقده در بین نیست و خدا دانا تر است.)^۱ پس از نقل اقوال در مورد صیغه ی عقد شرکت، اگر چه به این نتیجه رسیدیم که قائلان به عقد بودن شرکت، هر چیزی که افاده کننده ی رضایت بر اذن در تصرف است را برای این منظور کافی دانستند ولی در عمل به الفاضلی مثل ((اشترکنا)) اشاره نمودند که لازم است مقداری در این مورد سخن گفته شود زیرا - چنانچه از گفتار مقدس اردبیلی بر می آید - مرحوم علامه در تذکره می فرماید: ((اگر هر یک از دو شریک بگویند ((اشترکنا)) یعنی شریک شدیم، و بر آن اکتفا کنند در صورتیکه از آن شرکت را قصد کنند - قول نزدیکتر به صواب آن است که - بوسیله ی آن در تسلط آن دو بر تصرف در مال مشترک از دو طرف اکتفا می گردد، زیرا از این عبارت عرفا آنچه در اینجا مقصود است فهمیده می شود، و این امر وجه آشکار تر از دو وجهی است که از شافعیه نقل شده ولی وجه دومی که از شافعیه نقل شده آن است که لفظ ((اشترکنا)) بدین منظور کفایت نمی کند، زیرا این لفظ قاصر از افاده ی رضایت بر اذن در تصرف است، زیرا احتمال می رود قصد از آن خبر دادن از حصول شرکت در مال باشد که بدون اختیار صورت گرفته است، بدین صورت که دو مال بدون رضایت آن دو مخلوط گردند.))^۲ علامه حلی در قواعد الاحکام نیز لفظ ((اشترکنا)) را برای افاده ی این معنا کافی دانست^۳ و مرحوم محقق کرکی هم قول به افاده ی این لفظ را برای چنین معنایی قوی دانسته^۴ و آنرا صریح در دلالت بر شرکت اختیاری عنوان می کند. ایشان ضمن نقل قول شافیه - که در بالا گذشت - در جواب این سخن از آنها که گفتند:

((لازمه ی حصول شرکت جواز تصرف نیست، مثل آنجا که دونفر مالی را به ارث ببرند و یا در یک معامله چیزی را بخرند، در این موارد آنها مالک آن مال می گردند ولی هیچ یک حق تصرف در آن را ندارند مگر بوسیله ی اذن طرف دیگر.))

^۱ - شیخ یوسف بحرانی، حقائق الناظره، ج ۲۱، ص ۱۵۰ و ۱۵۱ با تخلص

^۲ - شیخ یوسف بحرانی، حقائق الناظره، ج ۲۱، ص ۱۵۰ و ۱۵۱ با تخلص

^۳ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۱۷، ص ۴۷

^۴ - محقق کرکی، جامع المقاصد ج ۸، ص ۱۴

چنین می نویسد ((مقصود اصلی از این شرکت طلب سود و زیاده است، و این امر جز با تصرف حاصل نمی شود و تخلف از این حکم در موارد ذکر شده ضرری نمی رساند، زیرا در اینجا سخن از شرکت اختیاریه ای است که قصد در آن بوسیله ی مخلوط شدن دو مال تحقق می یابد و نیز سخن در مورد ((اشترکنا)) بوده که انشاء می باشد و احتمال قصد اخبار در مورد آن نمی رود، لذا اینکه مراد از آن جواز تصرف باشد تعیین می یابد، چون در غیر اینصورت معنایی را برای آن متصور نیست، به دلیل اینکه مزج بوسیله آن تحقق نمی یابد، که این نکته شایسته دقت است.))^۱

ج - مال

آنچه از عبارت علمای شیعه بر می آید، همگی بر این امر متفق اند که یکی از ارکان شرکت مال است و برای تحقق شرکت باید از جانب دو شریک، مالی برای این امر اختصاص یابد. در مورد این موضوع در کتاب مفتاح الکرامه بحث جامع و مبسوطی وجود دارد که به نقل آن اکتفا می گردد. مولف کتاب مذکور در ذیل این عبارت علامه حلی که در قواعد الاحکام گفت: مراد از مال به هر چیزی است که با مخلوط شدن تمیز آن از بین می رود، چه از نقدین (طلا و نقره) باشد و یا از کالاها و یا از پول خرد رایج، چنین می نویسد: همانگونه که عبارت فقهاء سرشار از آن است و اجماعات آینده نیز مبین آن است، هیچ شکی باقی نمی ماند که از جمله ارکان شرکت، وجود مال است که باید برای تحقق شرکت، مالی که از طرفین شرکت در میان باشد و این امر از جمله ضروریات تحقق شرکت محسوب می شود. و در کتاب الکافی [الصلاح حلبی] والغنیه [حمزه بن علی] و السرائر ابن ادریس حلی و در جایی از تذکره الفقهاء و نیز ارشادالاذهان علامه حلی آمده است، که برای تحقق شرکت باید دو مال اتحاد در جنس داشته باشند، حتی در الغنیه النزوع ابن زهره حلبی در مورد اشتراط آن ادعای اجتماع شده است. و در کتاب المسبوطه شیخ طوسی، الوسیله ابن حمزه، السرائر ابن ادریس حلی، جامع

۱- حسینی عاملی، مفتاح الکرامه - ج ۷، ص ۳۹۵

الشرايع يحيى بن سعيد، شرايع الاسلام محقق حلى و نیز تذكرة الفقهاء، جامع المقاصد محقق کرکی، مسالك الافهام شهيد ثانی و الكفاية نقل شده است که باید دو مال اتحاد در جنس داشته باشند، به گونه ای که اگر با هم مخلوط شدند از هم قابل تشخیص و تمییز نباشند. و در السرائر برای اشتراط اتحاد در جنس و وصف ادعای اجماع شده است و... در ادامه می نویسد : حاصل کلام آن است که فقهای شیعه اتفاق نظر دارند بر اینکه مزج (مخلوط شدن) شرط صحت شرکت است و زمانی که دو مال با هم مخلوط نگردند شرکت صحیح نمی باشد، و جز ابو حنیفه و صاحب حدائق الناظره کس دیگری در این مورد مخالفت نوزید، چون ابوحنیفه گفت: وقتی دو شریک لفظ ((اشترکنا)) (شریک شدیم) را بر زبان جاری سازند شرکت همانند وکالت منعقد می شود، اگر چه دو مال را با هم مخلوط نکنند و از این حیث شرکت همانند وکالت است. مولف مفتاح الکرامه در اشکال به سخن ابوحنیفه می گوید: از جمله شرایط صحت شرکت آن نیست که از طرف وکیل مالی باشد. شیخ یوسف بحرانی گفت: من درباره ی مطالبی که فقهای شیعه درباره ی اشتراط هم جنس بودن و اختلاط دو مال برای تحقق شرکت ذکر میکنند، در اخبار و روایات به سند و دلیلی دست نیافتیم و اخبار در این مورد ظهور در عموم دارند و براین عقیده است که اصحاب امامیه در این زمینه از مباحث مخالفین پیروی کردند.^۱ در مجمع الفائده و البرهان مقدس اردبیلی آمده است که: در اشتراط تساوی در جنس دو مال برای تحقق شرکت جای تأمل است، زیرا شرکت در اموال غیر هم جنس نیز تحقق می یابد، آنجا که بعد از مخلوط شدن از یکدیگر قابل تشخیص نباشد.^۲ با توجه به مطالبی که ذکر شد این نتیجه حاصل می شود که اکثر فقهای شیعه برای تحقق شرکت اتحاد در جنس و حتی اتحاد در وصف دو جنس و نیز امتزاج آن دو را به نحوی که قابل تشخیص نباشند، شرط دانسته و حتی برخی در مورد آنها ادعای اجماع نموده اند. همچنین در قواعد الاحکام آمده است که: جنس سرمایه و مال باید معلوم و مشخص و مقدارش نیز معین باشد، لذا اگر در موردی سرمایه نامعلوم و یا به صورت تخمینی و یا غائب باشد، شرکت

^۱ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۳۹۶

^۲ - اردبیلی احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان، ج ۱۰، ص ۱۹۷

صحیح نمی باشد، ولی در صحت شرکت شرط نیست که مقدار سرمایه ی دو شریک با هم برابر باشد اما برای صحت آن شرط است که دو مال با هم مخلوط گردند.^۱

بخش سوم: بررسی و شناخت احکام عقد شرکت در فقه و حقوق

الف - حکم اول : نسبت سود و ضربه نسبت سرمایه است

نظر همه فقهای مذهب امامیه در مورد چگونگی تقسیم سود و زیان یکسان نیست چنان که شیخ طوسی می فرماید:^۲ ((لایجوز ان یتفاضل الشریکان فی الربح مع تساوی فی المال و لا یتساویا فیه مع التفاضل فی المال و متی شرطا خلاف ذلک کانت الشرکه باطله)): یعنی مجاز نیست تفاوت سود شرکاء با تساوی سهم الشرکه آنان و مجاز نیست تساوی آنان وقتی که سرمایه های ایشان متفاوت است و هرگاه خلاف آنچه گفته شد شرط کنند شرکت باطل است. ظاهرا شیخ شرط مذکور را خلاف مقتضای عقد تشخیص و در نتیجه آن را مفسد دانسته است در حالی که اقتضای عقد، تحصیل سود هست نه تساوی در تحصیل سود. این نظر را می توان در شرایع الاسلام و تحریرالوسیله نیز ملاحظه نمود.^۳ به هر حال این نظر مورد تأیید شهید اول نیز واقع شده و چنین اظهار کرده است:^۴ و لو شرطا غیر هما فالظاهر بطلان. یعنی اگر شرطی غیر از آنچه در مورد سود و زیان گفته شد برقرار کنند، ظاهر در بطلان شرکت است. به طوری که ملاحظه می شود نظر شهید اول نسبت به نظر شیخ فقط کلمه زیان را اضافه کرد و الا حکم در هر دو نظر یکی است و این نظر عینا مورد تأیید شهید ثانی نیز واقع شده است. دلایلی که بر صحت این نظر ارائه شده عبارت است:

^۱ - علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ در سلسله الینایع الفقهیه، ج ۱۷، ص ۴۷

^۲ - مسئله ۹، المبسوط، ج ۲، ص ۳۲۹

^۳ - محقق حلی، ترجمه شرایع الاسلام، محمد بن احمد یزدی، ج ۱، ص ۲۵۶

^۴ - شهید اول، شرح لمعه، ج ۴، ص ۲۰۱

الف: در مقابل مقدار سود مازادی که از دیگر شرکاء دریافت می شود عوض پرداخت نشده است. بالنتیجه با استناد ((لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل))^۱ مقدار سودی که اضافه بر سهم واقعی دریافت می شود اکل به باطل است و نمی تواند درست باشد.

ب: در مقابل مبلغ اضافی عملی از شریک صادر نشده تا مستحق سود بیشتر باشد.

ج: شرط زیادی سود در ضمن عقد دیگری مثل هبه و یا عقد معاوضی واقع نشده لذا شهیدین در شرح لمعه ابراز می دارد: ان الزیاده الحاصله فی الربح لاحد هما لیس فی مقابلها عوض، ولا وقع اشتراطهما فی عقد معاوضه. یعنی مقدار سود اضافه ای که یکی از شرکاء دریافت می کند در مقابل عوضی نیست و شرط دریافت بیشتر ضمن عقد معاوضه هم واقع نشده است. هیچ علتی جز همین شرط باعث تخصیص یا انتقال مقداری از سود یک شریک به شریک دیگر نیست و این شرط هم درست نیست بنابراین عقدی که شرط نا صحیح ضمن آن شده باشد باطل است. (شرط مفسد عقد است).^۲ در مقابل نظری که شرح آن گذشت عده دیگری از فقها از جمله سید مرتضی شرط تفاوت در سود را با وجود تساوی سهم الشرکه ها مجاز می دانند و سید مرتضی در این باره می نویسد: از جمله چیزهایی که [در بین مذاهب اسلامی] تنها امامیه به آن معتقد است این قول می باشد که وقتی دو شریک در شرکت در صورت تساوی دو مال، به این امر رضایت دهند که برای یکی از دو سودی بیشتر از دیگری باشد و یا یکی از شرکاء از ضرر و خسارت چیزی را متحمل نگردد، یا ضرری کمتر از شریک دیگر بر عهده او باشد، چنین چیزی جایز است. وی در ادامه ضمن نام بردن از اجماع به عنوان دلیل این حکم می نویسد: ((شرکت بر اساس شرطی که در آن می شود شکل می گیرد، لذا اگر تفاوت در بهره برداری از سود و یا تحمل ضرر در آن شرط شود جایز است و عمل به آن واجب می گردد و...)) البته در این قول سید مرتضی اشاره ای به عمل در مال الشرکه نشده است، و ظاهراً به طور مطلق آن را جایز می دانند، گو اینکه قول او مخالف با نظر مشهور فقهاء می باشد،

^۱ - قرآن شریف، سوره نساء

^۲ - مسأله اتفاقی نیست و در آن احوال مختلفی هست که این شرط مفسد یا فاسد است.

بالاخص در مورد تحمل ضرری کمتر. بنابراین طبق نظر سید مرتضی عقد و شرط هر دو صحیح است در حالیکه بر این امر ادعای اجماع نموده است، و گروهی از جمله علامه حلی^۱ و پدر و فرزندش^۲ از او تبعیت کردند و ادله ای را برای تایید گفتارشان ارائه داده و می گویند: آیه شریفه ((اوفوا بالعقود))^۳ و ((الا أن تكون تجارة عن تراض))^۴ بواسطه عمومشان دلالت بر جواز این امر می کنند، زیرا وقوع آن بر اساس شرط است. دلیل دیگر آنان این فرمایش پیامبر (ص) است که فرمود: ((المؤمنون عند شروطهم)) [که بر پابندی به شرط تأکید می کند.] و عقیده دارند که اصولاً عقد شرکت مبتنی بر ارفاق است و به همین دلیل هم سود اضافی قابل توجیه است. دلیل دیگر را اصل اباحه انتخاب کرده اند و شرح لمعه در اشاره بدین نظرات می نویسد: ((و قبل يجوز مطلقاً لعموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم، و اصالة الاباحه و بناء الشركة على الارفاق و منه موضع النزاع))^۵ البته باید توجه داشت که همه علماء شیعه شرط سود بیشتر در مقابل کار بیشتر را صحیح و مجاز شمرده اند با این تفاوت که عده ای بدون کار اضافی هم سود بیشتر را مجاز دانسته اند و عده ای دیگر با قرار دادن کار اضافی در مقابل سود اضافی مشکل خود را حل کرده اند و شرط اختصاص تمام سود و ضرر را به یک یا چند نفر از شرکاء در صورتی صحیح می دانند که قصد فسخ شرکت یا انحلال آن را داشته باشند، و یا صلح کنند، اگر قصد فسخ نداشته باشند باز دو قول یکی بر صحت و دیگری بر بطلان آن موجود است. قانون مدنی ایران نیز مجموعه نظر فقهای امامیه را در ماده ۵۷۵ این طور بیان می کند که: هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهام می باشند مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده

^۱ - مختلف الشیعة، ص ۴۷۹

^۲ - فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۰۱

^۳ - سوره المائده، ۱

^۴ - النساء، ۲۹

^۵ - شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۲۰۲

باشد. حقوقدانان نیز در این مورد بحث هایی دارند که چون دکتر کاتوزیان جامع ترین بحث را با تکیه بر نظر فقها ارائه داده است قسمتهایی از نظر ایشان را در ذیل آورده ایم.

((تقسیم سود و زیان شرکت تابع میزان سهم شریکان است نه کاری که هر کدام انجام می دهند))

چنانکه در آغاز ماده ۵۷۵ قانون مدنی آمده است هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشند. [در فقه امامیه نیز همین حکم جاری است ((جواهرالکلام ج ۲۶، ص ۳۰۰، مسالک ج ۱، ص ۲۷، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۴۰۲)) بعضی از شافعی ها (ابوالقاسم الانماطی) نظر داده که سود تابع مال و کار است و علامه حلی در تذکره (ج ۲ ص ۲۲۴) به او پاسخ می دهد که اصل مورد شرکت میزان سرمایه است و کار تابع آن قرار می گیرد و دیگران این گفته را تکرار کرده اند. [بنابراین، اگر سهم دو شریک برابر باشد سود و زیان شرکت به تساوی تقسیم می شود، خواه تنها یکی از آن دو کار کند، و یا هر دو به اتفاق و خواه کار آنان دارای ارزش برابر باشد یا نا برابر در اداره اموال مشترک نیز اجرت المثل به کسی تعلق نمی گیرد، مگر اینکه ضمن عقد شرط شود. این نتیجه قابل انتقاد است زیرا نقش کار را در ایجاد سود ناشی از داد و ستد می توان نا دیده گرفت و گاه نیز بیش از اصل سرمایه اهمیت دارد، هر چند که تنها به اداره محدود شود و مالی را تولید نکند. از سوی دیگر، در جهان کنونی انجام کار در اداره مال مشترک نیز ظهور در تبرع ندارد و هر کس کاری کند که سود آن به دیگری برسد، در برابر اقدام خود انتظار پاداش دارد. به همین جهت در بسیاری از شرکتهای تجاری آورده بعضی شرکاء تنها کار و تخصص آنان است که در اختیار سایرین قرار می دهند. بنابراین حق این است که تقسیم سود شرکت به تناسب سرمایه و کار انجام شود و اگر اجرای این اصل با منع ماده ۵۷۵ روبرو است، شریک عامل را باید مستحق اجرت کار خویش دانست، هر چند که چنین شرطی نشده باشد. آنگاه زیر عنوان اثر قرارداد خصوصی این طور ادامه می دهد ((پس از مشاهده اصل تابعیت سود از سرمایه، این پرسش مطرح می شود که، آیا این قاعده مقتضای اطلاق عقد شرکت است و شریکان می توانند بر خلاف آن شرط کنند و به دلخواه

سود و زیان را تقسیم نمایند، یا قاعده ای است تخلف ناپذیر که بایستی در هر حال رعایت شود؟ در صورت اخیر باز هم این سؤال باقی می ماند که شرط مخالف با مقتضای ذات عقد شرکت (اذن در تصرف) تعارض دارد و آن را باطل می کند یا به دلیل مخالفت با شرع، خود باطل است ولی زبانی به عقد نمی رساند؟ هر یک از این احتمال ها طرفدارانی در تاریخ فقه پیدا کرده است، ولی برای منقح ساختن مطلب و نتیجه گیری باید توجه داشت که در موردی که یکی از شریکان اداره را به عهده می گیرد یا کار بیشتری می کند یا تخصصی دارد که در دیگران نیست و بخش اضافی سود در برابر کار یا تخصص به او داده می شود در درستی شرط اختلاف قابل اعتنایی وجود ندارد، زیرا به آسانی می توان نوعی معاوضه را در مفاد تحلیل کرد: سود بیشتر در برابر کار بیشتر یا بهتر. قانون مدنی نیز این فرض را به عنوان استثنا بر قاعده ((تقسیم سود و زیان به تناسب سهم)) در ماده ۵۷۵ پیش بینی کرده است... تمام بحث در جایی است که سود زیادتر یا زیان کمتر در برابر کاری قرار نگیرد و بدون عوض باشد...

توضیح آنکه، بر مبنای ماده ۱۰^۱ قانون مدنی، تراضی طرفین قرارداد می تواند برای آنان ایجاد حق و تکلیف کند، مگر اینکه با قانون مخالفت صریح داشته باشد، پس برای اختصاص دادن سود بیشتر به یکی از شریکان نیاز به سبب معین و پیش ساخته ی قانون نیست و قصد مشترک آنان، خواه به صورت شرط یا قرارداد مستقل، می تواند این وضع حقوقی را به وجود آورد. اصل آزادی قراردادها بر سراسر معاملات حکومت دارد و مفهوم مواد قانون باید بر مبنای این اصل معین شود. پس در تعارض مفهوم مخالفت ماده ۵۷۵ با اصل آزادی قراردادها، باید از این ظهور چشم پوشید و چنین تعبیر کرد که قانون گذار خواسته است شایعترین فرضی را که به موجب شرط برای شریکی سهم زیادتر از سود می شود یاد آوری کند. آن چه در ماده ۵۷۵ مورد نظر قرار گرفته بیان این نکته است که ((تقسیم سود به تناسب سهام)) متقاضی اطلاق

^۱ ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد های خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح

قانون نباشد نافذ است

^۲ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکت ها - صلح) ص ۴۴ به بعد

عقد شرکت است و به وسیله شرط می توان ترتیبی مخالف آن و به دلخواه شریکان مقدر کرد. به همین جهت بعضی از نویسندگان حقوق مدنی نیز با تأثیر از نظر مشهور بین متأخران از فقها و رعایت اصل آزادی قراردادها نفوذ شرط مخالف را در همه ی موارد ترجیح داده اند.

ب - حکم دوم : تصرف در مال مشترک

طبق ماده ۵۸۱ ق.م هیچ یک از شرکا نمی توانند بدون اجازه شرکاء دیگر در مال مشترک تصرفی نمایند زیرا تصرف هر یک در سهم مشاع خود موجب تصرف او در سهام دیگران خواهد بود و بدون اجازه ی شرکاء تجاوز به حقوق آنان می باشد. در این امر فرقی نمی نماید که تصرف شریک برای اداره مال مشترک و یا انتفاع از آن باشد. در فقه امامیه نیز - بر خلاف اکثر مذاهب اهل سنت که در شرکت های عقدی به حق تصرف مطلق و یا آزادی در تصرف نیز معتقد بودند - هم در شرکت های عقدی و هم در شرکت های غیر عقدی قائل به تصرف به شرط اذن و بر اساس آن می باشد که ذیلاً به چگونگی آن اشاره می گردد، ولی قبل از پرداختن آن، توضیح یک نکته لازم است و آن اینکه در شرکت های غیر عقدی مثل شرکت ملک نزد حنفیه، و شرکت در مال نزد حنابله و سه قسم از شرکت های غیر مشهور، (شرکت در ارث، شرکت در غنیمت و شرکت خریداران در خریداری چیزی به طور مشترک) نزد مالکیه، اهل سنت نیز مثل امامیه معتقد به تصرف به موجب اذن هستند و برای هیچ یک از شرکاء تصرف در مال مشترک را بدون اذن شریک دیگر جایز نمی دانند. در مورد چگونگی تصرف در مال مشترک در نهایی ی شیخ طوسی^۱ و سرائر ابن ادریس^۲ چنین آمده است : هر وقت شرط شود که یکی شرکاء تصرف در مال مشترک را به عهده داشته باشد، برای دیگری جایز نیست که در آن تصرف کند مگر به اذن او، که ابن زهره در این مورد ادعای اجماع نمود.^۳ در مورد صفت تصرف نیز چنانچه در غنیه نهایی و جواهر آمده است، باید بر

^۱ -النهاییه، ص ۴۲۶

^۲ - ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۲، ص ۴۰۱

^۳ - ابن زهره، غنیه النزوع، چاپ شده در سلسله التناهیات الفقهیه، ج ۱۷، ص ۲۲

اساس شرط باشد، لذا اگر یکی از شرکاء با دیگری شرط کند که مال مشترک را نسیه نفروشد، یا بدون إذن او به مکان دیگری نبرد، یا کالای معینی بخرد، و یا آن را به سفر نبرد، باید چنین کند، لذا اگر مخالفت ورزد و مال از بین برود ضامن است. و اگر شرط شود هر دو شریک با هم در آن مال تصرف کنند، باید چنین کنند و حق ندارد به تنهایی اقدام به این کار نمایند. اگر هر یک به دیگری إذن در تصرف دهد هر یک می توانند در آن تصرف کنند، اگر چه به تنهایی.^۱ و اگر به او به طور مطلق إذن دهد، علامه در قواعد می نویسد، وی هر طور که بخواهد می تواند در آن تصرف کند، ولی در نهایی آمده است: وی باید آنگونه که مصلحت می بیند و درست تشخیص می دهد عمل نماید. در مفتاح الکرامه و جواهر در این مورد می خوانیم: چون وی وکیل مطلق یا همانند وکیل مطلق است، [لذا هر طور او بخواهد می تواند در آن تصرف کند] و از قول جامع المقاصد می نویسد، اطلاق کلام حمل بر امور غالب می شود، البته به شرطی که رعایت مصلحت را بکند؛ و از امور خطری مثل قرض دادن و انجام محاببات در بیع و مضاربه پرهیزد، زیرا شرکت از توابع تجارت نیست، مگر آنکه مصلحت اقتضای انجام یکی از آن امور را بکند و گرفتن إذن مالک ممکن نباشد. بنا بر آنچه ذکر شد، تصرف در مال مشترک اطلاقاً و تقييداً تابع إذن است، و باید به آن اکتفا شود، البته مرحوم صاحب جواهر می نویسد: وقتی که اشتراک در مال به وسیله ی یکی از اسباب گذشته حاصل شد - به جز شرکتهای که بوسیله ی عقد ایجاد شود و بنابراین بگذاریم که عقد اقتضای إذن در تصرف را می کند و نیازمند به إذن جدید نیست - برای هیچ یک از شرکاء صور دیگر تصرف در آن مال جایز نمی باشد مگر با إذن بقیه، زیرا تصرف در مال دیگری بدون إذن او جایز نیست، و صرف اشتراک در مال هم دلالت بر آن نمی کند اگر چه بوسیله ی مزج اختیاری باشد که از آن شرکت اراده شده باشد. بنا بر آنچه ذکر شده إذن در تصرف را - بنا بر مبنایی - تنها برای شرکتهای که بوسیله ی عقد ایجاد شده است شرط نمی داند - لذا از این حیث بین شرکتهای که بوسیله عقد ایجاد شده است با شرکتهای دیگر فرق قائل است - ولی در بقیه ی صور آن را

شرط می داند و رجوع از اِذْن نیز به نظر همه فقهای شیعه جایز است، زیرا شرکت، عقد جایز می باشد.

ج- حکم سوم : در جواز یا لزوم عقد شرکت

نظر مشهور فقهای شیعه - و حتی اهل سنت - بر این است که شرکت عقد جایز است، ولی در این بین به اقوال نادری بر می خوریم که شرکت را عقد لازم می دانند، که از جمله نظرات برخی از مالکیه که شرکت را عقد لازم می دانند و در بین فقهای شیعه نیز آنگونه که از کلام مرحوم اخوند خراسانی بر می آید که ایشان نیز بر این باورند که شرکت عقد لازم است.^۱ شهید ثانی (ره) در مسالک الافهام چنین می نویسد: عقد شرکت عقد جایز است پس شرط مدت در آن تأثیری ندارد بلکه هر یک از دو شریک می توانند قبل از آن مدت آن را فسخ نمایند.^۲ مرحوم محقق نیز در شرایع می نویسد: هر یک از شرکاء می توانند از اذنی که برای تصرف داده اند برگردند و تقاضای تقسیم مال الشرکه را بنمایند، چون عقد شرکت لازم نیست. و هیچ یک از آنها نمی تواند تقاضای باقی ماندن سرمایه را بکند. بلکه عین موجوده هرگاه که شرکاء اتفاق بر بیع نداشته باشند، تقسیم می شود. لذا اگر در شرکت مدت، شرط نمایند صحیح نیست و هر یک می توانند هرگاه بخواهند از اذن خود برگردند.^۳ حضرت امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله اینگونه می نویسد: عقد شرکت از دو طرف جایز است، لذا هر یک از دو شریک می توانند آن را فسخ نمایند و ظاهر این است که اصل شرکت در صورتی که تحقق آن با عقد بوده، باطل می شود، لذا در صورتی که تحقق شرکت با مزج و امثال آن بوده، مثل مخلوط شدن بادام با بادام و گردو با گردو و درهم و دینار با مثلشان، پس در مثل این صور، اگر عقد شرکت فسخ شود هر مالی به صاحبش برمی گردد و برای فرار از آن متوسل به تصالح می شوند. همچنین این عقد به عارض شدن مرگ یا جنون یا بیهوشی یا

^۱ - رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۳۰۶ و بعد قلت لا یخفی علی کل ناظر

^۲ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۹۰

^۳ - شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۱۳۱

محجوریت (به افلاس یا سفاهت) فسخ می شود. و بعید نیست که اصل شرکت در این موارد مطلقاً باقی باشد، منتها شریک دیگر حق تصرف نداشته باشد. ایشان در مسأله ۱۳ می نویسند: اگر برای شرکت زمان و مدتی را قرار دهند، عمل بدان لازم نمی باشد. لذا هر یک از دو شریک می توانند قبل از انقضاء آن مدت رجوع به مالشان نمایند مگر اینکه آن را در ضمن عقد جایز که وفای به آن شرط تا زمانی که شرط باقی است، لازم است. صاحب عروه الوثقی (ره) می نویسند: عقد شرکت از عقود جایز است لذا هر یک از دو شریک می توانند آن را فسخ نمایند، نه به این معنا که فسخ موجب انفساخ عقد از ابتدا است، یا از زمان فسخ به گونه ای که شرکت باطل شود، زیرا عقد شرکت تا زمانی که مال شرکت تقسیم نشده باقی است. بلکه جایز بودن عقد شرکت به معنای این است که هر یک از دو شریک می تواند از اذن در تصرف رجوع کند، و این به منزله عزل وکیل از وکالت یا به معنای تقاضای تقسیم مال شرکت است. هرگاه یکی از دو شریک از اذنش برگردد، در آنچه که هر دوی آن ها مأذون هستند و دیگری چنین نکند، دیگری اجازه ی تصرف ندارند، اما جواز نسبت به عزل باقی است. و هرگاه هر دوی اینها از اذنشان برگردند، هیچ کدام اجازه ی تصرف ندارند و در صورت تقاضای قسمت مال شرکت توسط یکی از دو شریک بر دیگری قبول آن واجب است. دکتر امامی می فرماید: هر یک از شرکا می توانند هر زمان بخواهند شرکت را فسخ کنند چون شرکت از عقود جایز است و چون فسخ گردید، اذن در تصرف که مولود عقد بوده زایل می شود ولی شرکت در اموال که اجتماع حقوق مالکین متعدد به نحو اشاعه در شی واحد می باشد تا وقتی که مشترک تقسیم و یا تمامی آن تلف شود باقی می ماند. به طور کلی اکثر فقها و علماء مذاهب پنجگانه بر این قائلند که شرکت از عقود جایز است و هر کدام از دو شریک هر زمان که بخواهند می توانند آن را فسخ کنند، این قول اصح اقوال است و به دلیل عقلی نیز می توان استدلال کرد زیرا زمانی که دو نفر با هم شریک می شوند برای رسیدن به منافع و سود بیشتر است که با هم شریک می شوند و در هر زمان که شریک ببیند مالش در خطر است می تواند شرکت را فسخ کند در حالیکه اگر شرکت از عقود لازم باشد هیچ یک از شرکاء نمی تواند شرکت را فسخ کنند مگر بعد از سپری شدن مدت و مصلحت که قید شده است و به

همین خاطر بر شریک ضرر و زیان وارد خواهد شد در حالیکه شرکت برای رفع ضرر و جلوگیری از ضرر و زیان احتمالی بین افراد بسته می شود و علاوه بر این در اسلام قاعده لاضرر و لاضرر داریم بنا براین بواسطه عقل و اجماع می توان اثبات نمود که شرکت از عقود جایز است.

نتیجه گیری

در مورد شرکت تجاری ضمن اینکه نباید از اهمیت و نقش بسیار بالا و حساس برخی از آنها - از جمله شرکت های سهامی - در عرصه زندگی اجتماعی و اقتصادی چشم پوشی نمود از خطرها و توابع منفی آن نیز نباید غافل شد و نیز به موازات اینکه می توانند موجبات رونق اقتصادی را فراهم آورند، و در خدمت اموری که به مصلحت جامعه می باشند قرار گیرند، ممکن است ضررهای جبران ناپذیری را نیز از طریق سؤاستفاده شیادان اقتصادی و باندهای کلاهبردار و... به دنبال داشته باشند، که این امر هیچ ربطی به ماهیت شرکت و سهامی بودن آن ندارد، لذا بدین خاطر نمی توان بر عدم جواز آن حکم نمود، زیرا در مقابل خطرهای بزرگ، مصالح و منافع زیادی هم از آن متصور است، لذا با راهکارهای مدیریتی و نظارتی خاص که بر عهده ی حکومتهاست می توان از توابع منفی آن جلوگیری نمود. با توجه به بررسی های به عمل آمده آنچه در درجه اول قابلیت طرح به عنوان پیشنهاد را دارد ناظر به نکته ذیل می باشد: باید در نظر داشت که تجدید نظر در قوانین وضعی موجود در قانون تجارت و جایگزین کردن موادی که با شرایط و مقتضیات روز سازگار بوده و حافظ منافع و مصالح اجتماع و افراد است، بالاخص شرایط و مقرراتی که موجب اصلاح ساختار تشکیلاتی و مدیریتی این شرکت ها بوده و جلوی سوء استفاده را می گیرد، به جای موادی که در گذشته بوده است، ضروری می باشد.

منابع و مأخذ

- ۱- قرآن کریم
- ۲- محقق حلی (ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، (۲ جلد)، چاپ اول، نجف اشرف : مطبعه الادیانی، ۱۳۸۹. ق / ۱۹۶۹. م.
- ۳- علامه حلی، یوسف ابن علی بن مطهر، تبصره المعتلمین فی احکام الدین، تهران، ناشر اسلامیة، سال ۲۵۳۵ شاهنشاهی.
- ۴- مکی عاملی، محمد بن جمال الدین، (شهید اول) اللعه دمشقیه، (۱ جلد)، چاپ اول، قم دارالفکر، ۱۴۱۲. ق.
- ۵- موسی الخمنی، روح الله. تحریر الوسیله، (۲ جلد)، چاپ نامعلوم، تهران : مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- ۶- فیض، دکتر علی رضا. مبادی فقه و اصول، ۱ جلد، تهران : مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۷. ش.
- ۷- ذهنی تهرانی، سید محمد جواد، المباحث الفقهیة فی شرح الروضه البهیة، قم، انتشارات وجدانی، حدود سی جلد، چاپ اول (۱۳۶۶ ش).
- ۸- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، مع تحقیقات اربعه من العلماء العظام، قم، ایران، انتشارات دارالتفسیر (اسماعیلیان)، چاپ چهاردهم (۱۴۱۷- ۱۳۷۶ ش).
- ۹- نجفی. محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۴۳ جلد، دار احیاء التراث الحرمی، بیروت، لبنان، هفتم، ۱۴۰۴.

- ۱۰- شهید ثانی، زین الدین الجلبی العاملی : الروضه البهیه فی شرح اللعه الدمشقیه، الجزء الرابع، جامعه النجف الدینیہ.
- ۱۱- الکرکی، الشیخ علی بن الحسین (محقق ثانی)، « متوفی ۹۴۰ هـ »، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت، مؤسسه آل البیت (ع) الاحیاء التراث، در سیزده جلد، چاپ اول، (۱۴۱۱ هـ - ۱۹۹۱ م).
- ۱۲- مامقانی، شیخ عبدالله، مناهج المتقین، چاپ سنگی، در یک جلد.
- ۱۳- عاملی، زین الدین نورالدین (شهید ثانی)، مسالك الافهام، شرح بر شرایع الاسلام محقق، چاپ سنگی، در دو جلد.
- ۱۴- حلّی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلّی)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ۹ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ ه.ق.
- ۱۵- عاملی، عبدالمحسن فضل الله الحسین، الشرکه بین الشریعه الاسلامیه و القانون المدنی.
- ۱۶- علم الهدی، سید مرتضی، الانتصار، چاپ شده در کتاب جوامع الفقهیہ، مؤسسه الفقه الشیعه لبنان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- ۱۷- شیخ صدوق، ابو جعفر محمد بن علی، المقنع، انتشارات مکتبه الاسلامیه تهران ۱۳۷۷ ه.ق.
- ۱۸- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفاتح الکرامه، شرح بر قواعد الاحکام علامه، چاپ مصر، در ده جلد، که دو جلد آخر آن در ایران چاپ شده است.
- ۱۹- الطباطبایی الحکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی (المستمسک)، بیروت، لبنان، داراحیاء التراث العربی، در چهارده جلد.

- ۲۰- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ۱۰ جلد، دارالکتب الاسلامیه، تهران ایران، چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.
- ۲۱- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ۴ جلد، دارالکتب الاسلامیه، تهران - ایران، اول، ۱۳۹۰ ه.ق.
- ۲۲- حلی، فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول، ۱۳۸۷ ه.ق.
- ۲۳- عاملی، حر، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۲۴- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، در یک جلد، دارالکتب العربی، بیروت - لبنان، دوم، ۱۴۰۰ ه.ق.
- ۲۵- حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۲۶- ابن زهره حلبی، ابوالمکارم عزالدین حمزه بن علی، غنیة النزوع، چاپ شده در سلسله الینایع الفقهیه، ج ۱۷.
- ۲۷- علامه حلی، تذکره الفقهاء، (۲ جلد)، چاپ نامعلوم، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
- ۲۸- خمینی (حضرت آیت الله امام) روح الله: تحریر الوسیله، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، جلد ۳ - قم - دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۶۹.
- ۲۹- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، (۶ جلد)، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۴ ش.

- ۳۰- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی (مشارکتها، صلح، عطایا)، تهران، چاپخانه احمدی، چاپ ششم (۱۳۸۳ ش).
- ۳۱- بروجردی، عبده، محمد، حقوق مدنی (به کوشش محمدرضا حسینی)، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- ۳۲- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۴۲.
- ۳۳- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه (ط - القدیمه)، ۲ جلد، مؤسسه آل بیت علیهم السلام، مشهد - ایران، اول، ه.ق.
- ۳۴- علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر الحلی)، قواعد الاحکام، چاپ در سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۷.
- ۳۵- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
- ۳۶- السرخسی الحنفی، ابی بکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، (۳۰ جلد در ۱۵ مجلد)، چاپ اول، تحقیق ابی عبدالله محمد حسن بن اسماعیل الشافعی، با مقدمه ی دکتر کمال عبدالعظیم العنانی، بیروت : دارالکتب العلمیه، بی تا.
- ۳۷- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۳۸- مقدس اردبیلی. مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ۱۴ جلد، چاپ اول، قم : مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، محقق آقا مجتبی عراقی و شیخ علی پناه اشتهاودی، حاج آقا حسین یزدی، ۱۴۱۲ ه.ق.

- ۳۹- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد: لسان العرب، الجزء السابع، بیروت، داراحیاء التراث العربی ۱۹۸۸ م.
- ۴۰- الجزیری، عبدالرحمن: الفقه علی المذاهب الاربعه، الجزء الثالث، مصر، شرکه الطباعه، الطبعة الخامسة، ۱۳۷۱ ه.ق.
- ۴۱- الزبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، ناشر دارالاحیاء التراث العربی، سال ۱۳۰۶ ه.ق.
- ۴۲- منتظرالظهور، محمود، اقتصاد، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.
- ۴۳- احمدی سجادی، سید علی، مقایسه شرکت مدنی و تجاری در حقوق ایران، مجتمع آموزش عالی قم، مجله فصلنامه، زمستان ۱۳۸۷، شماره ۴.
- ۴۴- کاشانی، سید محمود، شرکت مدنی، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، فروردین ۱۳۶۵، دوره دوم، شماره ۲.
- ۴۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پانزدهم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۴۶- معین، محمد، فرهنگ فارسی (یک جلدی)، چاپ هشتم، انتشارات سرایش، تهران، ۱۳۸۵.
- ۴۷- الخطیب، شیخ محمد شربینی، مغنی المحتاج فی شرح المنهاج، مصر، ناشر مصطفی البابی واولاده، سال ۱۳۵۲ ه.ق.
- ۴۸- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.

- ۴۹- صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم، منتهی الارب فی لغه العرب، (۴ جلد در ۲ مجلد)، بی جا، انتشارات کتابخانه سنائی، بی تا.
- ۵۰- آقایی، محمد علی، آیات الاحکام حقوقی (مدنی، کیفری)، تهران، ناشر خط سوم، چاپ اول، سال ۱۳۸۰.
- ۵۱- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. زبده البیان فی احکام القرآن، (۱ جلد)، المکتبه الجعفریه، لاهیا الآثار الجعفریه، تهران - ایران، اول. ه. ق.
- ۵۲- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری: کنز العرفان فی فقه القرآن، ۲ جلد، انتشارات مرتضوی، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ه. ق.
- ۵۳- طباطبایی، محمد حسین: تفسیر المیزان، ترجمه سید محمد باقر موسوی، جلد ۱۷ و ۱۸، تهران، کانون انتشارات محمدی، چاپ اول، ۱۳۴۸.
- ۵۴- رازی، ابوالفتح: تفسیر ابوالفتح، الجزء الخامس، تهران، اسلامیه، الطبعة ۱، ۱۳۴۸.
- ۵۵- الطبرسی، ابوالفضل بن حسین، مجمع البیان، لبنان، بیروت، سال ۱۳۷۹ ه. ق.
- ۵۶- راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، فقه القرآن (للاوندی)، ۲ جلد، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی - رحمه الله، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۵ ه. ق.
- ۵۷- نوری، محدث، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۱۸ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۰۸ ه. ق.