

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا

عقد مشاركت

در بانك داری اسلامی

شرکت اموال - شرکت اعمال - شرکت اعتبار

بطور

مفاوضه و عنان

۲۴ / رمضان / ۱۴۴۳ هـ ق

۵ / ثور / ۱۴۰۱ هـ ش

نویسنده: دکتور محمد ظریف علم * ستانکزی *

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



نویسنده: دکتر محمد ظریف علم " ستا نکزی "

عقد مشارکت در بانکداری اسلامی

شرکت اموال - شرکت اعمال - شرکت اعتماد

بطور

مفاوضه و عنان

مقدمه:

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعلى آله واصحابه اجمعين:

قال الله تبارك و تعالي: ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾^١ او كما قال: ﴿ ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ ﴾^٢ او كما قال: ﴿ وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾^٣

الله تبارك و تعالی انسان را با وصف اشرف مخلوقات بودن آن دارای یک سلسله خصوصیات فطری خلق نموده است که در تداوم زندگی بشری او در کره خاکی زمین وابستگی دارد و این فطرت باعث شده تا انسان برای حفظ، بقای خویش در زمین تداوم و زندگی نماید یکی از خصوصیات که انسان در صدد کسب آن میباشد، مال و متاع غرض تهیه لوازم زندگی برای تداوم آنست.

از نظر حقوق عندی که بنام حقوق (فطری، ذاتی، انفسی) نیز یاد میگردد، در بخش حقوق خصوصی، (حقوق عینی قسم حقوق مالی) تمایل به مال من حیث حق فطری انسان دانسته شده است که حق عینی را چنین تعریف مینمایند: حق عینی عبارت از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین (اموال) میباشد.

١ - قرانکریم (آل عمران / آیه ١١٠)

٢ - قرانکریم (النحل / آیه ١٢٥)

٣ - قرانکریم (آل عمران / آیه ١٩٤)

بنابر خصوصیت فطری انسان مبنی بر تمایل او بر اموال در کسب آن سعی مینماید تا برای تداوم زندگی خویش، آنرا بدست آورد، البته بدست آوردن مال و متاع بطور مشروع و غیر مشروع صورت گرفته میتواند که بطور مشروع از طریق اسباب کسب ملکیت که شریعت اسلامی آنرا مشروع گردانیده باشد، انسان صاحب آن نوع مال و متاع دانسته میشود، سعی در کسب آن مشروع میباشد مانند انعقاد عقود شرعی و قانونی، میراث، وصیت، حیات، تصاحب، شفعه که منحیث اسباب مشروع کسب ملکیت در شریعت اسلامی مجاز دانسته شده است انسان صاحب مالکیت چنین اموال و اشیاء دانسته میشود.

شریعت اسلامی برای کسب ملکیت قواعد و ضوابط گذاشته است که عدول از آن قواعد و ضوابط و بدست آوردن مالکیت بالای اموال و اشیاء از طریق غیر مشروع را ممنوع و حرام دانسته است، قاعده کلی در شریعت اسلامی به حکم خطاب الهی چنین ارشاد میفرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^۴ ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را به ناروا مخورید.

این خطاب الهی مطلق کسب ملکیت را از طریق باطل ممنوع قرار داده است که انواع کسب ملکیت باطل مانند ربا، قمار، سرقت، خیانت در امانت، فریبکاری، رشوت، اختلاس، غدر و ... شامل میگردد و بدست آوردن مال متاع از طرق متذکره را باطل و حرام دانسته و حتی این اعمال را جرم تلقی و مرتکب را مستوجب مجازات دانسته است.

الله تبارک و تعالی تمام کائنات را در خدمت معیشت و زندگی بهتر انسان خلق نموده است که چنین ارشاد میفرماید: ﴿وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^۵ و آنچه در آسمانها و زمین است تمام را مسخر شما گردانید و اینها همه از سوی اوست، در این کار نیز برای مردم که تفکر میکنند آیاتی از قدرت الهی کاملاً آشکار است.

همچنان الله تبارک و تعالی انسان را که مسخر بالای آنچه در آسمانها و زمین است مسلط گردانیده، او را منحیث اشرف مخلوقات خلیفه روی زمین گردانیده که در مورد قرآن چنین ارشاد میفرماید: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ

^۴ - قرانکریم (نساء / ۲۹)

^۵ - قرانکریم (الجاثیة / ۱۳)

لِّلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً^۱ و وقتی که پروردگارت فرشتگان را فرمود که من در زمین خلیفه خواهم گهاشت.

بنابر نصوص شرعی ذکر شده انسان از کسب ملک غیر شرعی منع شده و آنچه در زمین و آسمانها است برای تسلط و تسخیر انسان مهیا شده است و همچنان انسان خلیفه روی زمین گردانیده شده است پس انسان برای کسب تمام این موارد ضرورت به سعی و انعقاد عقود دارد.

معاملات بانکی نوع از عقود بوده که حسب ضرورت در سطح جهان از قدیم مروج میباشد شریعت اسلامی معاملات بانکی که در آن ربا، قمار، تدلیس، غرر و سایر موارد غیر شرعی موجود باشد آنرا ممنوع و نامشروع قرار داده است لیکن برخی از معاملات بانکداری را تحت عنوان بانکداری اسلامی مشروع و برای آن قواعد را وضع نموده است، فتاوی معاصر را در مورد بانکداری اسلامی بطور جمعی در کنفرانس های اسلامی صادر که توسط آن قواعد بانکداری اسلامی تأسیس و ایجاد شده است.

در معاملات و عقود بانکداری اسلامی یکی هم عقد مشارکت است که در شرکت اموال، شرکت اعمال و شرکت اعتماد بطور مفاوضه و عنان منعقد میگردد.

عقد شرکت و مشارکت در فقه اسلامی نسبت به قوانین موضوعه متفاوت است، شرکت ها در حقوق موضوعه در رشته حقوق تجارت مورد مطالعه قرار میگیرد، از اینرو در قوانین جداگانه تجارتنی تنظیم میگردد، اما شرکت های که در فقه اسلامی مورد بحث قرار میگیرد در حقوق حقوق موضوعه در رشته حقوق مدنی "قوانین مدنی" تنظیم میگردد، چنانچه این تفکیک در قوانین افغانستان به مشاهده میرسد، بخاطر اینکه این دو نوع شرکت ها را در کل از هم تفکیک نموده باشیم لازم است تا در قدم اول شرکت های که در فقه اسلامی و معاملات بانکداری اسلامی مروج است ذکر نمایم و به تعقیب آن شرکت های موضوعه را نیز توضیح نموده و در اخیر از تعاملات بانکداری اسلامی در عقد مشارکت را ذکر خواهیم نمود:

^۱ - قرآنکریم (البقرة / آیه ۳۰)

مبحث اول: انواع شرکت های (مدنی) در فقه اسلامی:

شرکت های در فقه اسلامی در قدم اول به دونوع تقسیم میگردد، شرکت املاک و شرکت عقود، که هدف ما در این مبحث تنها شرکت عقود است که در بانکداری اسلامی مروج است بنابراین از بحث شرکت املاک میگذریم و در این مطلب خویش تعریف شرکت، مشروعیت شرکت، انواع شرکت عقود، ارکان و شروط شرکت عقود را ذکر خواهیم نمود:

مطلب اول: تعریف شرکت:

شرکت در لغت به معنای شریک شدن، خلط شدن مال، هم دست شدن با یکدیگر در کاری^۷ استعمال میگردد. در تعریف اصطلاحی شرکت بین علمای اسلامی اختلاف وجود دارد که قرار ذیل هرکدام از دیدگاه مذاهب اسلامی را جداگانه تعریف مینمایم:

- ۱- **بنزد احناف:** شرکت عبارت از عقد بین دو شریک در سرمایه و ربح میباشد.^۸
- ۲- **بنزد مالکی ها:** شرکت عبارت از اجازه دو نفر برای یکدیگر در تصرف است، یعنی هرکدام دو شریک اجازه دارند در تصرف مال یکدیگر.^۹
- ۳- **بنزد شوافع:** شرکت عبارت از ثبوت حق در یک شی بین دو نفر یا زیاد از دونفر به طریقه شایع میباشد.^{۱۰}
- ۴- **بنزد حنابله:** شرکت عبارت از اجتماع در استحقاق و یا تصرف است.^{۱۱}

در تعارف فوق تعریف مذهب حنفی راجح تر است بدلیل اینکه به هدف شرکت عقود سازگارتر است نسبت به سائر تعاریف، قبلاً ذکر نمودیم که شرکت به انواع شرکت املاک و شرکت عقود تقسیم میگردد، از اینرو بین شرکت املاک و شرکت عقود باید تفکیک قائل شویم که آن تفکیک را در تعریف فوق فقه حنفی دریافت مینمایم قانون مدنی افغانستان نیز شرکت را از حیث شرکت عقود مقارن به تعریف فقه حنفی در ضمن ماده (۱۲۱۶) خویش چنین تعریف نموده است:

^۷ - معنی شرکت - فرهنگ فارسی عمید (lamtakam.com)

^۸ - ردالمحتار ج ۳ ص ۳۶۴

^۹ - الشرح الكبير مع حاشیه الدسوقی ج ۳ ص ۳۴۸

^{۱۰} - مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۱۱

^{۱۱} - المغنی ج ۵ ص ۱

(شرکت عبارت از عقدیست که بموجب آن دو یا زیاده از اشخاص تعهد مینمایند، تا در بکار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهیم شوند که مفاد و خساره به اساس موافقه که بین آنها صورت گرفته، توزیع شود).

مطلب دوم: مشروعیت عقد شرکت:

عقد مشارکت به کتاب الله، سنت، اجماع و معقول در شریعت اسلامی ثابت بوده که دلائل آن قرار ذیل اشاره میگردد:

۱- کتاب الله:

شرکت و مشارکت به کتاب الله ثابت بوده که الله تبارک و تعالی میفرماید: **(فَهُمْ شُرَكَاءٌ فِي الثُّلُثِ)**^{۱۲} آنها در یک بر سوم حصه شریک اند.

وجه دلالت: شرکت در اموال براساس حکم الهی فوق که در یک بر سوم (۳/۱) جائز دانسته شده است از اینرو در عقود نیز مشارکت جائز است چنانچه اصل در عقود، اموال میباشد و طرفین بسبب ربح در عقد با هم شریک میگردند بنابراین شراکت در عقود نیز جائز است.

قال الله تبارک و تعالی: **(وَإِنْ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ)**^{۱۳} و بسیار از شریکان در حق یکدیگر ظلم و تعدی میکنند مگر آنانیکه اهل ایمان و عمل صالح هستند که آنها هم بسیار کم اند.

وجه دلالت: در آیه فوق الله تبارک و تعالی خیانت در شراکت را ظلم و تعدی توصیف نموده و آنرا ممنوع قرار داده است و کسانیکه اهل ایمان اند در اعمال صالح خویش خیانت در شراکت نمی نمایند، پس واضح میگردد که شرکت جائز است و در آن خیانت ممنوع و حرام میباشد.

۲- سنت:

مشارکت و شراکت به احادیث نبی کریم صلی الله علیه وسلم نیز ثابت شده که قرار ذیل به برخی آنها اشاره میگردد:

عن ابی هريرة رضي الله عنه قال قال أن النبي صلی الله علیه وسلم قال: إن الله عزوجل يقول: **((أنا ثالث الشريكين مالم**

^{۱۲} - قرآنکریم (سورة النساء / ۱۲)

^{۱۳} - قرآنکریم (سورة ص / ۲۴)

یخن ادهما صاحبه، فاذا خانه خرجت من بینهما)^{۱۴} از ابی هریره رضی الله عنه روایت است که نبی کریم صلی الله علیه وسلم در حدیث قدسی^{۱۵} از الله تبارک تعالی روایت میکند که: در بین دو شریک من سوم آنها استم تا زمانیکه خیانت با یکدیگر نکنند، زمانیکه خیانت نمودند من از بین آنها خارج میشوم.

وجه دلالت: در حدیث فوق الله تبارک و تعالی به منع خیانت در شراکت حکم نموده است و در صورت تداوم شرکت بین دو شریک به امانت و صداقت تأکید نموده و الله تبارک و تعالی خود را در آن نوع شراکت که صداقت در آن باشد سوم آن قرار داده و در صورت خیانت از آن نوع شراکت خارج میگردد، دلیل صداقت در شراکت برکت است، بنابراین شرکت در حقیقت مشروع است که الله تبارک و تعالی شرکاء را به صداقت بین هم تشویق نموده و خود را سوم آنها از حیث خیر و برکت قرار داده است و خیانت را در شراکت مذمت و بد دانسته است.

همچنان در زمان پیامبر صلی الله علیه وسلم بیشترین مردم عقد مشارکت را انجام میدادند و بین هم شرکت در عقد مینمودند، پیامبر صلی الله علیه وسلم آنها را منع ننموده بود از اینرو ثابت میگردد که عقد مشارکت مشروع و مقبول است چنانچه در حدیث روایت شده که: ((**زید بن ارقم وبراء بن عازب هردو شریک بودند و آنها طلاء را به نقد و نسیئه "قرض" خریده بودند، این سخن به رسول الله صلی الله علیه وسلم رسید، آنحضرت صلی الله علیه وسلم حکم نمود آنچه به نقد خریداری شده جائز و آنچه به قرض خریداری شده آنرا رد نمایند**)).^{۱۶}

وجه دلالت: از حدیث فوق واضحاً مشروعیت شرکت معلوم میگردد و همچنان آن نوع عقود باید در مشارکت منعقد گردد که شریعت آنرا مشروع و مجاز دانسته است، و شرکت در عقود که ربا، قمار و سائر عقود غیر مشروع در آن منعقد گردد مجاز نمیشود.

۳- اجماع:

انواع شرکت هایکه قبلاً ذکر گردیده تمام آنها را ابن منذر رحمه الله به اجماع امت مشروع دانسته است، اگرچه در برخی از شروط و علت وجه تسمیه آنها اختلاف نظر وجود دارد اما در اصل شرکت به اجماع امت مشروع و

^{۱۴} - رواه أبو داود والحاكم، دراین حدیث ابوالقاسم اصبهانی در کتاب ترغیب و ترهیب از حکیم بن حزام صحیح دانسته است "جامعه الأصول ج ۶ ص ۱۰۸"

^{۱۵} - حدیث قدسی عبارت از حدیث است که لفظ آن از جانب پیامبر صلی الله علیه وسلم میباشد، لیکن معنای آن از جانب الله تبارک تعالی میباشد و به وحی خفی "پوشیده" به پیامبر صلی الله علیه وسلم نازل میگردد، فرق آن با قرآن اینست که قرآن لفظ و معنای هردو آن از جانب الله تبارک و تعالی میباشد و توسط وحی آشکار و جلی به پیامبر صلی الله علیه وسلم نازل گردیده است

^{۱۶} - اخرجه احمد ج ۴ ص ۳۷۱.

مجاز میباشد.^{۱۷}

۴- معقول:

بادر نظر داشت سه منبع اولی شریعت اسلامی در مورد مشروعیت عقد مشارکت، عقل نیز تقاضای مجاز بودن آنرا مینماید، زیرا اگر به عقد مشارکت نظر شود، طریقه خوبی برای رشد سرمایه افراد است که مردم به آن ضرورت دارند تا از طریق مشروع شرعی سرمایه خویش را بطور مشارکت رشد دهند، همچنان در شرکت هردو شریک وکیل یکدیگر میباشند بسبب انعقاد عقد مشارکت، چنانچه عقد وکالت مشروع و مقبول است در شریعت اسلامی به جهت ضرورت مردم و عقل آنرا رد نمی نماید و معقولیت در مشروعیت آن نهفته است عقد مشارکت نیز مانند عقد وکالت مشروع و مجاز است.

مطلب سوم: انواع شرکت ها در عقد مشارکت:

شرکت ها که در فقه ذکر گردیده است در قوانین کشور های اسلامی در قوانین مدنی از حیث معاملات تنظیم گردیده است چنانچه در قانون مدنی افغانستان انواع از شرکت های که در فقه بحث شده تسجیل گردیده است، در قانون مدنی قواعد که برای این نوع شرکت های پیشبینی گردیده است از فقه اسلامی تبعیت و پیروی نموده است، تمام معاملات آنها طبق قواعد و احکام شریعت اسلامی تنظیم میگردد، برخلاف شرکت های تجاری که در آن نوع از عقود و معاملات وجود دارد که شریعت اسلامی آنها را مجاز ندانسته و چنین عقود را باطل و فاسد دانسته است و تمسک به چنین عقود را حرام میداند، و اگر شرکت های تجاری حقوق موضوعه عقود و معاملات خویش را به طریقه و قواعد شریعت اسلامی منعقد نماید آن نوع معاملات نیز جائز و مقبول است، اختلاف شریعت اسلامی با شرکت های موضوعه در وجود آنها نبوده بلکه در نوع معاملات آنها میباشد که کدام نوع معاملات را شریعت اسلامی مجاز و یا مردود میداند، بنابراین شریعت اسلامی تأسیس شرکت های موضوعه را ناجائز و حرام نمیداند، هرگاه شرکت ها تجاری در حقوق موضوعه به معاملات و عقود مشارکت شریعت اسلامی مبادرت ورزد، چنین معاملات تحت قواعد عقود و معاملات اسلامی و مشارکت مجاز میباشد، چنانچه بانک های اسلامی که در حکم شرکت های تجاری فعالیت مینمایند عقد مشارکت و مضاربت را انجام میدهند، و یا انواع شرکت های مدنی که در فقه اسلامی تصریح گردیده اند ممکن معاملات و عقود تجاری مجاز شریعت اسلامی را منعقد نمایند و آن معاملات تجاری محسوب گردد.

قانون موضوعه افغانستان معاملات تجاری و مدنی را از معاملات آنها که در مطلب بعدی شرکت های موضوعه

^{۱۷} - مغنی ج ۵ ص ۱۲۴

بحث خواهد شد مد نظر میگیرد نه به صفت تاجر از اینرو ممکن شخص تاجر باشد و یا خیر، اما معامله تجاری مانند صرافی را انجام دهد و این معامله اگر از جانب شرکت تجاری صورت گیرد و یا شرکت مدنی معامله تجاری محسوب میگردد.

سؤال اینجاست که تفکیک شرکت های تجاری و مدنی در قوانین موضوعه چرا صورت گرفته است؟

پاسخ اینست که:

۱- از حیث منازعه و دعوی:

بیشترین دعاوی شرکت های تجاری از حیث معاملات آنها به محاکم تجاری از حیث معاملات تجاری ارجاع میگردد، و در شرکت های مدنی بیشترین دعاوی از حیث معاملات آنها به محاکم مدنی راجع میگردد.

۲- از حیث منبع برای حل رسیدگی دعاوی و نزاع:

در معاملات تجاری هرگاه مشکل، دعوی و نزاع بوجود آید در قدم اول به قرارداد منعقد شده تجاری در صورتیکه در قرارداد موضوع حل نگردیده باشد به قوانین تجاری مراجعه صورت میگیرد و اگر در قوانین تجاری حکمی موجود نباشد، به عرف تجاری مراجعه میگردد و اگر در عرف هم موضوع حل نگردد، در اخیر به احکام سائر قوانین مراجعه صورت میگیرد.^{۱۸}

برخلاف در معاملات مدنی هرگاه مشکل، دعوی و نزاع بوجود آید در قدم اول به قوانین مدنی مراجعه صورت میگیرد، و اگر در قوانین مدنی حکمی نباشد به فقه حنفی مراجعه صورت میگیرد و اگر در فقه حنفی حکمی موجود نباشد به عرف مراجعه صورت میگیرد و در بین عرف هم به عرف خاص نسبت به عرف عام ارجحیت داده میشود.^{۱۹}

۳- از حیث تطبیق قوانین:

بالای شرکت های تجاری قوانین تجاری قابل تطبیق میباشد، و بالای شرکت های مدنی قوانین مدنی قابل تطبیق میباشد.

۴- از حیث طلبات مالیاتی دولت:

بالای شرکت های تجاری مالیات و محصول طبق شخصیت های حکمی تجاری وضع میگردد، در حالیکه بالای شرکت های مدنی مالیات و محصول طبق شخصیت های حکمی مدنی وضع میگردد.

^{۱۸} - به ماده ۲ اصولنامه تجارت مراجعه گردد.

^{۱۹} - به ماده ۱ قانون مدنی مراجعه گردد.

۵- از حیث نامگذاری و فعالیت:

شرکت های تجاری طبق اساسنامه خویش به انواع مختلف که در مطلب قبلی ذکر میگردد، تأسیس و فعالیت مینمایند، در حالیکه شرکت های مدنی طبق معاملات و نوع شراکت خویش به انواع که در این مطلب ذکر میگردد فعالیت مینمایند.

تفاوت های فوق به این معنی نیست که شرکت های مدنی نمیتوانند عقود تجاری را انجام دهند و یا هم شرکت های تجاری نمیتوانند، عقود مدنی را انجام دهند، بلکه هرکدام میتوانند که بنا بر خصوصیت و پیشبرد امور خویش به معاملات تجاری و مدنی مبادرت ورزند.

نظر به معاملات انجام شده شرکت ها اعم از مدنی و تجاری میتواند طبق اصولنامه تجارت افغانستان معامله را که تجاری توصیف گردیده آن نوع معاملات تجاری نامید، سائر معاملات که تجاری توصیف نگردیده است معاملات مدنی نامید، بنابراین شرکت های که در فقه اسلامی و عقد مشارکت بحث میگردد میتوانند معاملات تجاری و یا مدنی هر دو را انجام دهند، لیکن تأسیس آنها طبق قوانین مدنی در قوانین موضوعه تنظیم میگردد. شرکت های که در فقه اسلامی توصیف شده اند و منحصیث شرکت های مدنی در قانون مدنی احکام آن مطابق فقه اسلامی ذکر گردیده است در چارت ذیل تقسیم بندی گردیده اند:



در تقسیم انواع شرکت های دیدگاه های فقهای اسلامی متفاوت است که قرار ذیل اشاره میگردد:

دیدگاه فقه حنفی: انواع شرکت های که در جدول فوق ذکر گردید در قدم اول به سه نوع (اموال، اعمال "ابدان" و شرکت وجوه "اعتبار و ذمت") تقسیم میگردد که هرکدام میتواند بطور شرکت عنان و مفاوضه تأسیس گردد.^{۲۰}

دیدگاه فقه مالکی و شافعی: شرکت ها به چهارنوع، شرکت عنان، مفاوضه، شرکت اعمال "ابدان" و شرکت وجوه "به اعتبار و ذمت" تقسیم میگردد.^{۲۱}

دیدگاه فقه حنبلی: شرکت ها به پنج نوع، شرکت عنان، شرکت مفاوضه، شرکت اعمال "ابدان"، شرکت وجوه "به اعتبار و ذمت" و شرکت مضاربت تقسیم میگردد.

هرکدام از شرکت های که در جدول قبلاً ذکر گردید با تفاوت بین هم قرار ذیل تعریف میگردد:

۱- شرکت اموال:

شرکت اموال چنانچه از نامش معلوم میگردد عبارت از شرکت است که دو یا بیشتر از دو نفر در مال باهم شریک شوند،^{۲۲} به این توضیح که محل در شرکت اموال رأس المال میباشد، ربح در بین شرکاء براساس تفاهم معلوم تقسیم میگردد، شرکت اموال به شرکت عنان و مفاوضه میتواند بین طرفین منعقد گردد.

قانون مدنی افغانستان هرکدام از شرکت های اموال و اعمال را جداگانه تعریف نموده است، صرفاً شرکت وجود را جداگانه تعریف نموده است و در مورد شرکت اموال و اعمال صرفاً به تأسیس آن طبق حکم ماده (۱۲۱۷) خویش چنین تصریح میدارد:

(شرکت خواه به اعطای مال باشد یا انجام عمل یا اعتبار دونوع است: شرکت مفاوضه وعنان).

۲- شرکت اعمال "ابدان":

شرکت اعمال عبارت از شرکت است که محل آن عمل و کار میباشد، در کتب فقه به این توضیح معرفی گردیده است که دو یا بیشتر از دونفر نوع معین و یا غیر معین از عمل را قبول کنند که مشترک آنرا انجام میدهند مانند خیاطی^{۲۳} و یا مشارکت در صنعت، زراعت و تجارت بنابراین شرکت اعمال برخلاف شرکت اموال، مال منحیث رأس المال در این نوع شرکت های محل عقد نمیشد بلکه محل در شرکت اعمال چنانچه از نامش معلوم میگردد، اعمال که توسط ابدان اشخاص انجام میشود که میتوان کار، صنعت، تولید، زراعت و غیره اعمال بطور

^{۲۰} - تبیین الحقائق زیلعی ج ۳ ص ۳۱۳

^{۲۱} - بدایة المجتهد ج ۲ ص ۲۴۸ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۱۲

^{۲۲} - دکور خلیل رشاد حسن، الشركات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص ۱۰۶

^{۲۳} - الشركات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص ۱۰۶

مشارکت باشد، چنانچه در شرکت های موضوعه تحت عنوان شرکت های تضامنی کار فعالیت مینمایند.

شرکت اعمال نیز میتواند بطور عنان و مفاوضه ایجاد و بین طرفین انعقاد گردد.

۳- شرکت وجوه "ذمت و اعتبار":

شرکت وجوه عبارت از شرکت است که دو یا بیشتر از دو نفر بدون ذکر سرمایه انعقاد گردد، شرکاء خرید را بطور نسبیّه و قرض انجام داده و به نقد میفروشند که ربح و نفع بین آنها به اندازه ضمانت که از ثمن مبیعه نموده اند تقسیم میگردد.^{۲۴} در این نوع شرکت چنانچه از نامش معلوم میگردد بیشتر بالاثر اعتماد و ذمت منعقد میگردد. در این نوع شرکت محل و موضوع عقد، مال و اعمال نمیشد بلکه اعتبار و ذمت طرفین در خرید و فروش میباشد، این شرکت نیز بطور عنان و مفاوضه ایجاد و بین طرفین منعقد گردیده میتواند.

در قانون مدنی افغانستان شرکت به اعتماد در ضمن حکم ماده (۱۲۲۰) مانند فقه اسلامی چنین تعریف گردیده است:

(شرکت به اعتبار، آنست که در آن دو یا زیاده اشخاص، به اساس اعتبار، به خرید مال بصورت نسبیّه طوری موافقه نمایند که مال را فروخته هریک از حصّه معین آن مسؤل بوده در مفاد و خساره سهیم باشند).

هرکدام از سه نوع شرکت های که فوقاً ذکر شد براساس تعهد، اجراءات، تقسیم نفع و تصرف بین طرفین به عقد مشارکت به عنان و مفاوضه تقسیم میگردد که هرکدام از عقد عنان و مفاوضه قرار ذیل معرفی میگردد:

- شرکت عنان:

عنان در لغت به معنای لجام اسپ است^{۲۵} چنانچه گفته میشود که هرکدام از دو شریک لجام یکدیگر را گرفته اند و نمیگذارند هر آنچه بخواهد انجام دهند.

در اصطلاح: عبارت از شرکت بین دو نفر غرض معاملات انجام شده میباشد که ربح و فایده بین آنها مشترک میباشد. در شرکت عنان شرط نیست که مساوات در مال و در تصرف باشد، در این نوع شرکت جائز است که یک شریک نسبت به شریک دیگر بیشتر مال را به شراکت گذاشته باشد، چنانچه در این نوع شرکت جائز است که یکطرف شرکت مسؤل باشد از اعمال شرکت و جانب دیگری مسؤل نباشد، و همچنان جائز است که در ربح هر دو شریک با هم مساوی سهم داشته باشند و یا متفاوت براساس شرط که بینهم در زمان عقد گذاشته میباشند

^{۲۴} - فتح القدیر ج ۵ ص ۳۰

^{۲۵} - فرهنگ فارسی عمید (vajehyab.com)

و خساره در این نوع شرکت بالای سرمایه شرکت میباشد.^{۲۶}

در شرکت عنان هرطرف از شرکاء در انعقاد معاملات و تصرف وکیل یکدیگر محسوب میشوند، بر خلاف شرکت
مفاوضه در آن نوع شرکت هرطرف در انعقاد معاملات و تصرف کفیل یکدیگر میباشد.

شرکت عنان در ضمن حکم ماده (۱۲۱۹) قانون مدنی افغانستان با در نظرداشت دیدگاهی فقه اسلامی چنین
تعریف گردیده است:

(شرکت عنان آنست که شرکاء در آن طوری موافقه نمایند، که در تصرف یا سرمایه، مفاد یا خساره باهم متفاوت
باشند).

- شرکت مفوضه:

در لغت به معنای شریک بودن و برابر بودن با هم در امری.^{۲۷} همچنان به معنای مساوات نیز استعمال میگردد،
مفاوضه از باب مفاعله میباشد که از همین رو به مفهوم مساوات و برابری سرمایه از هردو طرف استعمال میگردد.

مفاوضه در اصطلاح: عبارت از شرکت دو یا بیشتر از دو نفر میباشد که در عمل، سرمایه، تصرف و دین با هم
مساوی و هرکدام آن یکی در امور دیگری کفیل در خرید و فروش میباشد.

بنابراین هرکدام از عملکرد شریک خود در عمل تجارت مسؤل میباشد، آنچه که بالای یکطرف وجیهه خلق گردد
بالای جانب دیگر نیز لازم میگردد، به این معنی که هرکدام مسؤل از حقوق و وجایب یکدیگر اند، در مورد
حقوق هرکدام وکیل یکدیگر اند و در مورد وجایب هرکدام کفیل یکدیگر میباشد.^{۲۸} چنانچه در شرکت های
موضوعه تضامنی و محدود المسؤلیت نیز به همین گونه میباشد.

شرکت مفوضه را قانون مدنی افغانستان نیز مانند فقه اسلامی در ضمن ماده (۱۲۱۸) خویش چنین تعریف
نموده است:

(شرکت مفوضه آنست که شرکاء در تصرف، سرمایه، مفاد و خساره باهم مساوی باشند).

^{۲۶} - فقه اسلامی و ادلته ج ۴ ص ۷۹۷

^{۲۷} - فرهنگ معین (vajehyab.com)

^{۲۸} - فقه اسلامی و ادلته ج ۴ ص ۷۹۸

۴- عقد مشارکت عامه و خصوصی:

عقد مشارکت عامه و خصوصی (PPP) که بنام عقد تعهدات مرافق عامه نیز در مصطلحات حقوقی افغانستان یاد میگردد بیشتر در جهان در عصر فعلی رائج است، چنین عقد را دولت با سکتور خصوصی جهت خدمات عامه منعقد مینماید، در حقیقت خدمات عامه باید از جانب دولت برای آسایش مردم ارائه گردد، دولت بنا بر نبود بودجه، امکانات و نبود مدیریت چنین تعهدات مرافقه عامه را به سکتور خصوصی واگذار مینماید، سکتور خصوصی تحت شرایط یک عقد معین و قانون با دولت مشارکت مینماید، بنابراین این عقد مشارکت عامه و خصوصی را میتوان در بانکداری اسلامی از جانب بانک های اسلامی در عرصه های صنعتی، تجارتي و زراعتی با دولت بطور مفاوضه و عنان منعقد نمود که بیشتر معلومات در مورد این عقد قرار ذیل معرفی میگردد:

- تعریف عقد مشارکت عامه و خصوصی :

عقد مشارکت عامه و خصوصی مصطلح جدید است که بعد از سال ۱۳۹۵ هـ ش در سیستم حقوقی افغانستان از اصطلاح انگلیسی ترجمه گردیده که در اصطلاح انگلیسی به Public private partnership یاد میگردد که مخفف آن (PPP) میباشد در حالیکه قانون مدنی افغانستان این عقد را بنام عقد تعهدات مرافق عامه از قبل یاد نموده است که همان مفهوم عقد مشارکت عامه و خصوصی میباشد، مصطلح تعهدات مرافق عامه از نظر دستور زبان، لفظ ترکیبی اضافی (تعهدات - مرافق - عامه) میباشد که قرار ذیل بطور انفرادی توضیح میگردد:

تعهدات: جمع تعهد بود و در لغت به معنای بیان بستن، به ذمه گرفتن و ضمانت کردن استعمال میگردد.^{۲۹}

مرافق: جمع مرفق است به معنای متکا استعمال میگردد.^{۳۰} حقیقت لفظ مرفق در عربی آرنج عضو انسان را میگوید و بدین جهت در دستور زبان و مصطلحات حقوقی به متکا (تکیه گاه) استعمال میگردد که انسان متکا خویش آرنج را قرار میدهد و بالای آن تکیه مینماید.

عامه: در لغت به معنای همگان و همه استعمال میگردد.^{۳۱} و در خصوص بحث ما به معنای موارد خدمات عامه استعمال میگردد.

^{۲۹} - لغت نامه دهخدا.

^{۳۰} - فرهنگ فارسی معین.

^{۳۱} - فرهنگ معین

بعد از معنای لغوی هرکدام از اصطلاحات فوق در جمع اضافی (تعهدات مرافق عامه) معنای همان مشارکت عامه و خصوصی را می‌رساند که اشخاص خصوصی تعهد می‌سپارند تا خدمات عامه را بالوسیله یک عقد با دولت که نمایندگی عامه مردم را میکند منعقد نمایند.

از نظر اصطلاحی عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهدات مرافق عامه) طبق قانون مدنی و قانون مشارکت عامه و خصوصی قرار ذیل تعریف می‌گردد:

۱- تعریف تعهدات مرافق عامه:

قانون مدنی تعهدات مرافق عامه را چنین تعریف نموده است:

عبارت از عقیدست که غرض از آن اداره مرافق عامه دارای صفت انتفاعی بوده، بین حکومت و فرد یا حکومت و شرکت عقد می‌گردد و بموجب آن استفاده از مرافق عامه برای مدت معین به اختیار منعقد گذاشته میشود.^{۳۲}

۲- تعریف مشارکت عامه و خصوصی:

شراکت میان یک یا چند اداره و یک یا چند جانب خصوصی جهت احداث یا توسعه زیربناها، تسهیلات و عرضه خدمات عامه که در آن حقوق و وجایب، خطرات، نفع و ضرر میان جوانب طور متناسب تقسیم گردیده و شرایط آن در قرارداد مشارکت تعیین می‌گردد.^{۳۳}

تعریف متذکره که جدیداً در قانون مشارکت عامه و خصوصی درج گردیده است دارای اشتباه لفظی بوده از تعریف نمیتوان مفهوم مصطلح مشارکت عامه و خصوصی را برداشت نمود، در تعریف مشارکت میان یک یا چند اداره را تذکر داده و بعد میان یک یا چند جانب خصوصی را تذکر داده است که از نظر لفظی تعریف نتوانسته هدف مشارکت عامه و خصوصی را تمثیل نماید و اگر چنین تعریف و اصلاح گردد بهتر است:

شراکت یک و یا چند اداره حکومتی با یک یا چند جانب خصوصی جهت احداث

در ترکیب جمله بندی ابتدائی معانی حروف که یک اصل در تقنین است رعایت نگردیده عوض حرف (یا) که برای مانع الجمع استعمال می‌گردد حرف (با) را در جمله با یک یا چند جانب خصوصی استعمال مینمود مفهوم

^{۳۲} - وزارت عدلیه / جریده رسمی شماره (۳۵۳) سال ۱۳۵۵ هـ ش قانون مدنی / ج ۳ / ماده ۱۵۲۵

^{۳۳} - وزارت عدلیه / جریده رسمی شماره (۱۳۲۲) سال ۱۳۹۷ هـ ش / قانون مشارکت عامه و خصوصی / فقرة (۱) ماده ۳

حقوقی مشارکت عامه و خصوصی از آن استنباط میگردید در حالیکه تعریف فعلی مشارکت را بین ادارات دولتی جدا و بین افراد خصوصی را جدا با حرف (یا) ذکر نموده است که با مفهوم عقد مشارکت عامه و خصوصی سازگار نبوده، اگر به تعریف قانون مدنی نظر گردد بطور جامع و مانع طبق قواعد منطقی از نظر ادبیات زبان تقنین، درست تعریف گردیده که میتوان طبق قواعد منطق یک تعریف جامع آنرا توصیف نمود.

مشکل اساسی در قوانین فعلی ترجمه قوانین از لسان انگلیسی است، مترجم نمیتواند دستور زبان دری و پشتو را با دستور و قواعد زبان انگلیسی سازش بدهد، در حالیکه قوانین سابق از زبان عربی ترجمه میگردید و دستور قواعد زبان عربی با دستور زبان دری و پشتو بیشتر سازگاری دارد و یا ترجمه به دقت حقوقی در آزمون صورت میگرفت مترجم بر علاوه فن ترجمه، قواعد دستور زبان دری و پشتو، قواعد حقوقی و قواعد علم منطق را نیز میدانست که در تقنین فهم و درک خصوصیات متذکره حتمی و لازمی میباشد.

- سابقه عقد مشارکت عامه و خصوصی:

عقد مشارکت عامه و خصوصی و یا عقد تعهدات مرافق عامه، از جمله عقود معاصر طبق قواعد عمومی عقد بوجود آمده سابقه دیرینه مانند عقد بیع و سایر عقود ندارد از اینرو سابقه آن در جهان و افغانستان قرار ذیل اشاره میگردد:

۱- سابقه عقد مشارکت عامه و خصوصی در جهان:

در جهان با وجود آمدن صنعت و استخراج کثرت معادن عقد مشارکت عامه و خصوصی بوجود آمده است، و یا به پیشرفت روز افزون تکنالوجی که ضرورت انسانها به آن وابسته است عقد مشارکت عامه و خصوصی را بوجود آورده است، دولت ها بخاطر که در رفاهی عامه و رشد بنیه اقتصادی فرد و اجتماع عقود مشارکت را در خدمات عامه به سکتور خصوصی توسط یک عقد واگذار نموده است.

در کشور های عربی این عقد زمانی بوجود آمد که دولت ها منحصی مالکین عامه به شرکت های بزرگ نفتی عقد تعهد مرافق عامه را غرض استخراج نفت منعقد نمودند که از این رهگذر شرکت ها و دولت هردو نفع را کسب مینمودند که به مرور زمان در سایر عرصه ها نیز این عقد بنام تعهدات مرافق عامه در قوانین انعکاس نموده و فعلا یکی از عقود مهم اقتصادی تجارتي در جهان محسوب میگردد.

۲- سابقه عقد مشارکت عامه و خصوصی در افغانستان:

در افغانستان از دیر زمانی این عقد وجود داشته که از دو منبع مهم حقوقی ذیل سرچشمه میگیرد:

(ا) عرف: اگر به عرف افغانستان نظر گردد قبل از اینکه عقد مشارکت عامه و خصوصی (تعهدات مرافق عامه) در قوانین افغانستان انعکاس یابد براساس عرف جاریه در افغانستان چنین عقد موجود بود، مثال بارز آن پل است که در جواز وزارت مالیه و مقابل ارگ ریاست جمهوری فعلی موقعیت دارد تا به حال بنام همان عقد مشارکت عامه و خصوصی "مرافق عامه" مشهور میباشد بنام پل "یک پیسگی" که حالا هم منحیث آدرس مشخص به همان نام قدیم خویش که تغییر فیزیکی نموده مشهور است، برخی روایات وجود دارد که این پل بالای دریای کابل در آلمان افزاز گردیده بود که غرض خدمات عامه عبور اشخاص از دریای کابل را مساعد میساخت و در مقابل هر بار عبور یک پیسه پول رایج الوقت را از عابر اخذ مینمود در حالیکه افزاز پل ها و پل چک از جمله وظایف عامه محسوب میگردد لیکن دولت در آنوقت توسط قرار داد این وظیفه را به شخص خصوصی واگذار نموده بود، بنابراین عرف افغانستان خصوصاً در پایتخت شهر کابل چنین عقد وجود داشت.

(ب) تقنین: قانون افغانستان بر مبنای عرف جامعه و پیروی از قوانین کشور های عربی مانند مصر، عراق و سوریه در سال ۱۳۵۵ هـ ش با انفاذ قانون مدنی افغانستان عقد مشارکت عامه و خصوصی تحت عنوان "تعهدات مرافق عامه" که در جلد (۳) باب سوم، فصل اول، قسمت سوم در ضمن چندین ماده تصریح شده است که قرار ذیل مواد متذکره ذکر میگردد رسمیت داده شده بود:

ماده: (۱۵۲۵): تعهدات مرافق عامه، عقدیست که غرض از آن اداره مرافق عامه دارای صفت انتفاعی بوده، بین حکومت و فرد یا حکومت و شرکت عقد میگردد وبموجب آن استفاده از مرافق عامه برای مدت معین به اختیار متعهد گذاشته میشود.

ماده: ۱۵۲۶: متعهد مرافق عامه بموجب عقدیکه بامعامله داران می بندد، تعهد میکند تا برای طرف مقابل خدمات لازمه را طور معمول بمقابل اجرتیکه مطابق شروط مصرحه عقد و شروطیکه طبیعت کار و احکام قوانین مربوط ایجاب میدارد، انجام میدهد.

ماده: ۱۵۲۷:

(۱) متعهد مرافق عامه، مکلف است مساوات تام را در مورد تادیه اجرت و انجام خدمات بین معامله داران خود تأمین نمایند. در مورد عقودیکه متعهد بامعامله داران عقد می نماید، نرخیکه از طرف حکومت تعیین می

گردد واجب الرعايت بوده و متعاقدين مخالف آن موافقه کرده نمی توانند، اگر حکومت تعديل اين نرخ را لازم دانسته و منظور نماید، نرخ جديد از تاريخ منظوري تعديل بدون تأثير بمقابل مرعي الاجراء می باشد. (۲) معامله داریکه زیادتري از نرخ معینه تادیه نموده باشد، میتواند استرداد آنرا مطالبه نماید. اگر متعهد کمتر از نرخ معینه اخذ نموده باشد، می تواند تکمیل آنرا مطالبه نماید. و هرنوع موافقه دیگر بخلاف این حکم باطل شناخته میشود.

- مشروعیت عقد مشارکت عامه و خصوصی در احکام فقه اسلامی :

فقه اسلامی نسبت به جامعیت و کلیت که در احکام خویش دارد در همه ادوار تاریخ بشریت بعد از نزول آن قابلیت تطبیق را دارد، عقد مشارکت عامه و خصوصی نیز از جمله عقود است که با اصول شریعت اسلامی در تضاد نبوده و همچنان فقهای اسلامی برای عقد مشروع قواعد عمومی را که وضع نموده است در مطابقت به آنها چنین عقد مشروع میباشد.

عقد مشارکت عامه و خصوصی در عقود مشارکت توثیق در فقه اسلامی مورد بحث قرار میگیرد در صورتیکه در عقود مشارکت شروط ذیل تحقق یابد عقد صحیح است که شروط متذکره از نظر فقهی عبارت اند از:

أ) عقد قابلیت وکالت را داشته باشد: در صورت که عقد مشارکت عامه و خصوصی قابلیت نیابت وکالت را داشته باشد مشروع است، زیرا در احکام عقد شرکت ثبوت اشتراک در فایده تجارت آنست و در عقد متذکره شخص متصرف وکیل شخص غایب و حکومت محسوب میگردد، چنانچه در شرکت مفاوضه و عنان ذکر گردید که شرکاء باید اهلیت وکالت را داشته باشد از اینرو در عقد مشارکت عامه و خصوصی نیز طرف معامله دولت باید اهلیت و قابلیت وکالت را داشته باشد.

ب) فایده و نفع در عقد مشارکت عامه و خصوصی باید معلوم باشد.

ج) زمان و میعاد عقد مشارکت عامه و خصوصی باید معلوم باشد.

د) سایر شروط عمومی عقد که بنابر خصوصیت خویش آنرا تقاضاء مینماید باید وجود داشته باشد.

- خصوصیت عقد مشارکت عامه و خصوصی :

عقد مشارکت عامه و خصوصی از نظر سیستم حقوقی افغانستان یک عقد تجارتي محسوب میگردد و احکام قوانین تجارتي بالای آن رعایت و تطبیق میگردد، اگرچه طبق حکم ماده (۱۱) اصولنامه تجارت افغانستان، دولت صفت تجارتي را کسب نموده نمیتواند لیکن میتواند معاملات تجارتي را انجام دهد.

منابع عقود تجارتي در مادهٔ دوم اصولنامهٔ تجارت در قدم نخست قرارداد تجارتي معرفي گريده است به تعقيب قوانين تجارتي متعاقب عرف تجارتي و در اخير ساير احكام قوانين معرفي گريده است، بنا برين قانون مشاركت عامه و خصوصي نيز قانون تجارتي در عرصه خویش محسوب ميگردد که بيشتر شکليات اين عقد را معرفي ميدارد و قرارداد عقد مشارکت عامه و خصوصي توسط خصوصيات هر عقد در متن قرار داد بايد مد نظر گرفته شود زيرا قانون نميتواند انواع مختلف قرارداد ها را نسبت به خصوصيات آن در متن خویش تسجيل نمايد قانون احكام عمومي را معرفي ميدارد و احكام خصوصي در عقد مشارکت عامه و خصوصي در متن قرارداد قانوني آن مد نظر گرفته ميشود.

در قرارداد مشارکت عامه و خصوصي از نظر حقوقی عناصر ذیل حتمی و الزامی است که بايد درج قرارداد گردد:

أ) ايجاب: پيشنهاده است که از جانب شخص حقيقي و يا حکمی " شرکت ها" به مرجع سکتور عامه تقديم ميگردد و بايد طی مراحل اداري آن درج قرار داد گردد؛

ب) قبول: مرجع منظور کننده سکتور عامه بايد قرار داد را منظور نموده باشد که قبول در عقد تلقی گردد؛

ج) موضوع عقد: عقد مشارکت به یک هدف مشخص منعقد ميگردد بايد موضوع عقد در قرارداد بطور واضح بدون اغماض درج باشد؛

د) سبب عقد: در عقد مشارکت بايد ذکر گردد که سبب عقد بايد معتبر، مشروع بوده و مغاير نظم و آداب عامه نباشد؛

در ضمن عناصر اساسی فوق طرفين قرار داد مکلف اند موارد فرعی ذیل را نيز مد نظر بگيرند:

- ۱- عنوان يا نام، تخلص و محل سکونت طرفين عقد؛
- ۲- تعهد طرفين در اجرائی قرار داد؛
- ۳- کميت، کيفيت و يا قيمت خدمت؛
- ۴- ميعاد، محل و نحوهٔ اجرائی خدمت؛
- ۵- مؤيده در مقابل نقض قرار داد؛
- ۶- طرق حل منازعه (میانجگري، حکميت، مراجعه به محکمه) مشخص گردد؛
- ۷- ذکر حالات غير مترقبه که تأخير را در تطبيق عقد ممکن بوجود آورد؛

۸- سایر موارد که خصوصیت هر عقد مشارکت عامه و خصوصی تقاضای آنرا مینماید.

در عقد مشارکت عامه و خصوصی بر علاوه موارد فوق شرایط ذیل نیز حتمی میباشد:

- ۱- یک طرف عقد باید دولت افغانستان باشد، طرف مقابل میتواند اشخاص حقیقی انفرادی باشد و یا هم شرکت های تجاری خصوصی؛
- ۲- شخص متعهد دارای صفت انتفاعی در مقابل خدمت باشد؛
- ۳- دولت خصوصیت نظارتی را بالای تعهدات عقد داشته باشد؛
- ۴- در صورتیکه دولت در مقابل عقد مشارکت عوض مالی بدست آورد در اینصورت عقد مشارکت عامه و خصوصی نوع اجاره محسوب میگردد؛
- ۵- نرخ در مقابل خدمت باید از جانب دولت به توافق جانب مقابل با رعایت عدالت اجتماعی تعیین گردیده باشد؛
- ۶- در ختم قرار داد در صورتیکه تأسیسات پروژوی موجود باشد باید بطور کامل به دولت تسلیم گردد، مگر اینکه در متن قرار داد طوری دیگری تصریح شده باشد.

مطلب چهارم: ارکان عقد شرکت:

در تمام انواع عقود بین احناف و جمهور (مالکی ها، شوافع و حنابله) در مورد ارکان عقد اختلاف وجود دارد عقد شرکت و مشارکت نیز از این اختلاف بدور نیست بنزد احناف برای عقد شرکت یک رکن میباشد که عبارت از ایجاب و قبول بین طرفین شرکت است و نزد جمهور سه رکن میباشد که عبارت از عاقدان، معقود علیه و صیغه میباشد.

- ۱- **عاقدان:** عبارت از دو یا بیشتری از شریک میباشد که در شراکت مشروع با هم عقد مشارکت را منعقد مینمایند.
- ۲- **معقود علیه:** عبارت از موضوع شراکت است که بطور شرکت اموال، شرکت، ابدان و یا شرکت ذمه و اعتبار بالای موضوع مشخص بطور شرکت عنان و مفاوضه منعقد میگردد.
- ۳- **صیغه:** عبارت از ایجاب و قبول است که فقه حنفی آنرا تنها منحیث رکن عقد مشارکت قرار میدهد و دو بخش فوق را از جمله توابع ایجاب و قبول میدانند به این توضیح که ایجاب و قبول بدون عاقدین و معقود علیه ممکن نیست پس موجودیت دو رکن که بنزد جمهور است لزوم ایجاب و قبول میباشد، از اینرو اختلاف بین مذهب حنفی و جمهور بر میگردد به همان بحث که قبلا در مورد بحث عمومی

عقد صورت گرفته بود.

مطلب پنجم شرایط عقد شرکت:

عقد شرکت دارای شرایط عمومی میباشد که در تمام انواع شرکت تحقق آن شرایط حتمی میباشد برعلاوه هر شرکت، دارای شرایط خصوصی خویش میباشد که هرکدام قرار ذیل بطور جداگانه معرفی میگردد:

۱- شرایط عمومی عقد شرکت:

شرایط عمومی عقد شرکت در تمام انواع سه گانه شرکت اعم از شرکت اموال، اعمال و وجوه "اعتبار" حتمی میباشد چي این سه شرکت بطریقه عنان منعقد گردد و یا هم بطریقه مفاوضه که هرکدام از شرایط عمومی قرار ذیل معرفی میگردد:

أ) شرط است شرکت قابلیت وکالت را داشته باشد:

در عقد شرکت شرط است که تصرف در معقود علیه عقد شرکت قابلیت وکالت را داشته باشد، زیرا حکم شرکت ثبوت ربح و فایده که از تجارت بدست میاید بین شرکاء مشترک میباشد و این در صورت تحقق میابد که هرکدام وکیل یکدیگر در برخی اموال و امور شرکت باشند و در برخی دیگری از اموال و امور به اصالت خود اعمال را انجام میدهند، از اینرو در عقد شرکت ایجاب مینماید و شرط است که هر شریک برای شریک دیگری خویش اجازه خرید، فروش، اجراءات و تصرف را بدهد، زیرا شرکت با تمام انواع آن متضمن معنای توکیل و وکالت است، از اینرو هر شریک باید اهلیت و قابلیت وکالت را داشته باشد.^{۳۴}

ب) شرط است که ربح و فایده معلوم باشد:

حصه ربح و فایده هر شریک باید معلوم باشد، مانند اینکه تعیین به پنجم حصه یا سوم حصه و یا هم ده در صدم حصه باشد، در صورتیکه ربح و فایده معلوم نباشد و مجهول باشد، چنین شرکت جائز نیست و عقد شرکت فاسد میگردد، زیرا ربح و فایده معقود علیه در عقد شرکت محسوب میگردد، قاعده اینست در عقود که جهالت در معقود علیه موجود باشد باعث فساد عقد میگردد.^{۳۵}

ج) شرط است که سرمایه شرکاء در زمان عقد معلوم باشد:

هرگاه در زمان عقد سرمایه شرکاء مجهول باشد و یا تخمینی باشد، چنین شراکت درست نیست، بدلیل اینکه

^{۳۴} - فقه اسلامی و ادلته ج ۴ ص ۸۰۵

^{۳۵} - مرجع فوق ج ۴ ص ۸۰۵

در جهالت نزاع و دعوی در زمان ختم شرکت بوجود میاید.^{۳۶}

د) شرط است که رأس المال در زمان عقد شرکت حاضر باشد:

مال که در زمان عقد شرکت حاضر نباشد، غائب و یا دین به ذمه شخص باشد، چنین شراکت درست نیست، در این احوال تصرف و تحصیل برای هدف شرکت که عبارت از ربح و فایده است ممکن نمیگردد.^{۳۷}

۲- شروط خصوصی عقد شرکت:

هرکدام از عقود شرکت اموال، ابدان و وجوه که بطور عنان و یا هم مفاوضه منعقد میگردد دارای شروط بخصوص خود میباشند که هرکدام از شروط آنها بطور جدا گانه قرار ذیل معرفی میگردد:

أ) شروط خصوصی شرکت اموال بطور مطلق:

شرکت اموال بطور مطلق و مقید بین شرکاء منعقد شده میتواند که در عقد شرکت اموال بطور مطلق شرایط ذیل غرض صحت عقد شرکت حتمی است:

- شرط است که سرمایه باید عین باشد:

هرگاه در شرکت سرمایه دین تعهد گردد چنین شرکت اموال فاسد است، زیرا در تجارت شرکت هدف حصول ربح و فایده است که در دین و قرض هدف و مقصد شرکت تحقق یافته نمیتواند از اینرو جائز نیست تا سرمایه در شرکت دین و قرض باشد.^{۳۸}

- شرط است که مال از جمله اثمان (پول و نقود) باشد:

در شرکت اموال شرط است تا سرمایه نقود باشد مانند طلاء و نقره و یا پول مروجه باشد، بنابراین کالا و اجناس نمیتوانند رأس المال شرکت اموال را تشکیل بدهد.^{۳۹}

- شرط است که سرمایه حاضر باشد:

شرط است که سرمایه در زمان عقد شرکت و خریداری حاضر باشد، پس زمانی که سرمایه در زمان عقد شرکت و خریداری اجناس موجود نباشد چنین شرکت به مال غائب که در زمان عقد شرکت و خرید برای شرکت وجود

^{۳۶} - المغني ج ۵ ص ۱۶

^{۳۷} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۶۰

^{۳۸} - رد المحتار ج ۳ ص ۳۵۱ / المغني ج ۵ ص ۱۲۷

^{۳۹} - فتح القدیر ج ۵ ص ۱۵

نداشته باشد درست نیست.^{۴۰}

ب) شروط خصوصی در شرکت اعمال:

برای شرکت اعمال نیز شروط خصوصی وجود دارد که بطریق آن از سایر شرکت ها مجزاء میگردد که شروط خصوصی شرکت اعمال عبارت اند از:

- شرط است که محل عقد کار باشد:

در شرکت اعمال چنانچه از نامش معلوم میگردد محل عقد شرکت باید اعمال باشد، زیرا عمل و کار در این نوع شرکت سرمایه شرکت میباشد.

در صورتیکه یکی از شرکاء کار نماید و دیگری انجام کار ننماید، مفاد بین آنها نصف است، اگرچه شرکت در عمل عنان باشد و یا مفاوضه، اگر شرط گذاشته شده باشد در شرکت عمل تفاضل در ربح و فایده و هردو طرف از شرکاء قبول نموده باشند چنین شرکت اعمال جائز است اگرچه یکطرف بیشتر از جانب دیگری کار نماید.^{۴۱}

- شرط است که کار مشترک قابلیت استحقاق را داشته باشد:

در عقد شرکت اعمال شرط است که کار مشترک قابلیت استحقاق داشته باشد مانند خیاطی،^{۴۲} نساجی، زرگری، و سائر کارهای صنعتی که قابلیت عقد اجاره را دارند، این شرط بدلیل آن است هرگاه عقد بسبب فاسد گردد، اجرت مثل مانند عقد اجاره لازم میگردد.

ج) شروط خصوصی شرکت وجوه (ذمت و اعتماد):

در صورتیکه شرکت وجوه از جمله شرکت مفاوضه باشد شرط است که هرکدام از شرکاء اهل برای کفالت باشند، زیرا هرکدام مسئول است از نصف قیمت شیء که خریداری میگردد و همچنان نفع و ربح شیء خریداری شده نیز نصف بین شرکاء میباشد، چنانچه در شرکت مفاوضه مساوات شرط میباشد، برخلاف شرکت عنان که در آن نوع شرکت، مساوات شرط نمیباشد.^{۴۳}

^{۴۰} - فتاوی هندیه ج ۲ ص ۳۰۶

^{۴۱} - فتاوی هندیه ج ۲ ص ۳۲۹

^{۴۲} - رد المحتار ج ۳ ص ۳۵۸

^{۴۳} - فقه اسلامی و ادلته ج ۴ ص ۸۱۴

د) شروط خصوصی شرکت مفاوضه:

در شرکت مفاوضه تحقق شرایط ذیل حتمی است:

- شرط است که شرکاء اهلیت کفالت را داشته باشند:

در شرکت مفاوضه شرکاء هرکدام باید شرایط کفالت^{۴۴} را داشته باشند، زیرا هرکدام از شرکاء بحیث کفیل از شریک دیگر خویش در قروض و سائر موارد تجارت مییابد. در صورت که یکی از شرکاء در امور شرکت وجیهه کسب مینماید جانب دیگر نیز در آن وجیهه شامل است، پس در صورتیکه شروط اهلیت مانند عقل و بلوغ شریک موجود نباشد، شرکت مفاوضه منعقد شده نمیتواند، اگرچه شخص صغیر مأذون به تجارت از جانب ولی خویش اجازه انعقاد عقود را داشته باشد.^{۴۵}

- شرط است تا تساوی در اهلیت وجود داشته باشد:

بنزد امام ابوحنیفه و امام محمد رحمهما الله شرط است که در اهلیت شرکاء باید مساوات در تصرف وجود داشته باشد به این توضیح که عقد شرکت مفاوضه باید بین دو شخص بالغ و یا بین دو مسلمان باشد، از اینرو عقد شرکت مفاوضه بین شخص بالغ و صغیر و یا بین مسلمان و غیر مسلمان جائز نیست، بدلیل اینکه طفل صغیر محجور است و غیر مسلمان ممکن در عقد شرکت اجناس حرام را مانند شراب و خنزیر خریداری نماید، بنزد امام ابویوسف رحمه الله امام شافعی رحمه الله شرکت مفاوضه بین مسلمان و غیر مسلمان همراه با کراهیت جائز است.^{۴۶} بنزد مذهب مالکی و مذهب حنابله عقد شرکت مفاوضه مسلمان با غیر مسلمان جائز است بدون کراهیت بشرط اینکه شریک غیر مسلمان بدون حضور شریک مسلمان در امورات شرکت تصرف نکنند، در اینصورت کراهیت نفی میگردد و هرگاه شریک مسلمان در تصرفات شرکت مفاوضه با شریک غیر مسلمان خویش حاضر نباشد در اینصورت ممکن است شریک غیر مسلمان به عقود مبادرت ورزد که شریعت اسلامی برای مسلمان آنرا حرام قرار داده است مانند عقد ربا، خرید شراب، مذهب حنبلی در اینصورت تصریح نموده است که عقد فاسد است و بالای شریک غیر مسلمان ضمان و تاوان نیز راجع میگردد.^{۴۷}

^{۴۴} - کفالت: عبارت است از انضمام ذمه کفیل به ذمه اصیل در مطالبه نفس یا دین ویاعین.

^{۴۵} - بدائع الصنائع ج ۶ ص ۶۰

^{۴۶} - فتح القدیر ج ۵ ص ۸

^{۴۷} - مغنی ج ۵ ص ۱۱۰

مقارنه دلائل فوق فقهای اسلامی: سه حکم در مورد شرکت مفاوضه بین مسلمان با غیر مسلمان در دیدگاه فقهاء فوقاً اشاره شده امام ابوحنیفه و امام محمد آنرا فاسد میدانند، امام ابویوسف و امام شافعی آنرا جائز مکروه میدانند و امام مالک و امام احمد حنبل آنرا جائز به شرط میدانند، در تمام نظریات فقهاء اگر نظر گردد هرکدام به علت عدم مبادرت عقود غیر مشروع شرعی از جانب غیر مسلمان اجتهاد خویش را بیان داشته اند، بنابراین فقهاء حرام بودن شرکت مفاوضه را معلول به علت در شرکت مفاوضه مسلمان با غیر مسلمان را بیوع غیر شرعی بیان داشته اند و در این علت باهم متفق اند.

در مورد میتوان چنین برداشت نمود که هرگاه بین مسلمان و غیر مسلمان در شرکت مفاوضه شراکت صورت گیرد میتوان نوع شرکت مفاوضه مقید را با عقد قرارداد مشخص منعقد نمود که در این قرارداد تحریری، آن عقود را مشخص نمود که از نظر شریعت اسلامی برای مسلمان جائز است، و اگر شریک غیر مسلمان خارج از قرارداد در شرکت مفاوضه عمل نمود تبعی است که عقد در شرکت مفاوضه محسوب نگردیده و شریک غیر مسلمان ضامن میباشد.

همچنان از شیخ صالح الفوزان در کتاب "الملخص الفقهي" در مورد مشارکت مسلمان با غیر مسلمان سؤال نموده بودند که در مورد جواب ارایه داشته است: بین مسلمان و غیر مسلمان مشارکت جائز است بشرط اینکه غیر مسلمان تنها نباید در امور شرکت تصرف نماید، بلکه نظارت مسلمان نیز در تصرفات شرکت باید وجود داشته باشد، تا اینکه غیر مسلمان به معاملات ربا و محرّمات در امور شرکت مبادرت نرزد.^{۴۸}

در فتوای فوق نیز نظارت مسلمان را در تصرفات شرکت شرط دانسته است که در مورد شرط بعدی شرکت مفاوضه بیان میگردد که در شرکت مفاوضه حضور و اجراءات مشترک در تصرفات شرکت یکی از خصوصیات و شروط شرکت مفاوضه میباشد، بدون حضور و نظارت یک شریک بدون شریک دیگر نمیتوان آنرا شرکت مفاوضه نامید.

- شرط است که نباید اجراءات به یک شریک منحصر باشد:

اگر در شرکت مفاوضه شرط شده باشد که یکی از شرکاء عملیات اجرائیوی شرکت را انجام میدهد چنین شرکت باطل است.^{۴۹} زیرا این تصریح در عقد شرکت مفاوضه مخالف طبیعت و خصوصیت شرکت مفاوضه که عبارت از مساوات است میباشد، و اشتراک در تصرفات از اصول این نوع شرکت محسوب میگردد.

^{۴۸} - الفوزان صالح، الملخص الفقهي ج ۲ ص ۱۲۴

^{۴۹} - فتاوی هندیه ج ۲ ص ۳۵۰

مطلب ششم: شخصیت حکمی شرکت:

در حقوق موضوعه شخصیت را از حیث حق و وجوبه بنا بر اهلیت " صلاحیت " به شخصیت حقیقی " انسان " و شخصیت حکمی " شرکت ها، ادارات، انجمن ها، تصدیها، اتحادیه ها " تقسیم مینمایند، اصطلاح شخصیت های حکمی در شرکت های تجاری از زمان تمدن روم قدیم برای اداره اموال بزرگ و ساختمانهای که برای ساخت آن زمان بیشتر ضرورت بود مطرح شده بود و در قرن ۱۶ م وسعت پیدا نموده و به شکل فعلی در حقوق موضوعه عرض وجود نموده است.

حقوق موضوعه برای شخصیت های حکمی حق و وجوبه مستقل جدا از سهامداران آن قائل میباشد، که در فقه اسلامی تنها حق و وجوبه بنا بر اهلیت بالای انسانها منحیث شخصیت حقیقی اعتبار داده میشود، چنانچه علمای اصول فقه اهلیت را به اهلیت وجوب و اهلیت اداء برای شخصیت حقیقی " انسان " قرار ذیل تعریف مینمایند:

۱- اهلیت وجوب:

صلاحیت انسان برای امر است که حقوق مشروع به نفع او، و علیه او واجب و ثابت شود.^{۵۰} یعنی اهلیت وجوب در جامعه برای انسان کسب منفعت و حقوق را قائل است و همچنان در برابر دیگران، حفظ و نظم جامعه وجایب و ذمت نیز دارد.

۲- اهلیت اداء:

عبارت از صلاحیت است که انسان برای امری که انجام آن از او خواسته شده باشد، آن افعال و اقوال از او معتبر تلقی شده آثار شرعی بالای آنها مرتب گردد.^{۵۱}

هر دو نوع از اهلیت را منحیث شخص حقیقی به انسان شریعت اسلامی متحقق دانسته است، لیکن از شخصیت حکمی منحیث شخصیت اعتباری، معنوی، حکمی در فقه اسلامی ذکر صریح از آن نگردیده است، از اینرو برای شرکت ها منحیث شخصیت حکمی علمای متقدم اسلامی کدام بحث و اجتهاد نداشته اند، اگرچه در فقه معاصر در مورد بحث های صورت گرفته است و شخصیت حکمی شرکت ها را علمای معاصر بر مبنای قیاس بر اداره بیت المال و اداره اوقاف پذیرفته اند، و استناد به دلالت آنها در فقه اسلامی نموده اند.

^{۵۰} - الوجیزی فی الاصول الفقه للزیدان ص ۱۰۸

^{۵۱} - مرجع فوق ص ۱۰۸

بیت المال و اوقاف را علمای معاصر منحیث شخصیت های حکمی در کسب حقوق و واجبات جدا از حقوق و واجبات ناظرین آنها معرفی نموده اند و همچنان برخی از علمای معاصر استدلال براساس مصالح مرسله براساس عرف جاریه که در فقه حنفی منحیث یکی از منابع شریعت اسلامی قرار میگیرد نموده اند، و بیان داشته اند که ایجاب مصلحت عصر فعلی که در فقه رد آن نیز وجود ندارد، ضرورت عصر معاصر میباشد، هکذا نمونه های از اینوع شخصیت ها در فقه اسلامی مانند اداره بیت المال و اداره اوقاف وجود دارد، شخصیت شرکت ها را منحیث شخصت حکمی در اهلیت قانونی که در کسب حقوق و ذمت وجیبه دارد قبول مینمایند.

- تعریف شخصیت حکمی:

شخصیت حکمی لفظ ترکیبی است که از دو کلمه "شخصیت - حکم و یک حرف " یای نسبتی" تشکیل گردیده است که هرکدام جداگاه از نظر لغوی قرار ذیل معنی میگردند:

شخصیت در لغت به معنای هویت، خصوصیت یک انسان استعمال میگردد.^{۵۲}

حکم در لغت به معنای امر، فرمایش، فرمان استعمال میگردد.^{۵۳}

بطور ترکیبی شخصیت حکمی به معنای شخصیت که به امر، فرمایش و فرمان قانون ایجاد شده باشد معنی میگردد.

معنای لغوی که در قانون به این نوع شخصیت های نامگذاری گردیده است ارتباط به علم منطق دارد به این توضیح که در علم منطق استعمال لفظ حیوان مشترک است بین تمام زنده جانان اعم از انسان و چهارپایان که از حیث جنس، فصل و نوع باهم براساس مشخصات از عام برخی افراد خاص میگردد، لازم به ذکر است تا جنس، فصل و نوع قرار ذیل معرفی گردد تا بتوانیم موضوع را خوبتر واضح ساخته باشیم:

جنس: عبارت از آن معنای کلی و ذاتی است بر تمام افراد مختلف الحقیقت حمل میشود، مانند حیوان که بالای تمام حیوانات اعم از انسان و چهارپایان استعمال میگردد.

فصل: عبارت از آن معنای کلی و ذاتی است که موجب امتیاز یک نوع از انواع مشترک میشود مانند ناطق بودن که فصل و جدائی انسان است از چهارپایان.

نوع: عبارت از آن معنای کلی و ذاتی است که افراد متحد الحقیقت را شامل میشود، یعنی افراد که ذاتیات آنها

^{۵۲} - فرهنگ معین (vajehyab.com)

^{۵۳} - مرجع فوق

یکی است، مانند انسان که در برگزیده مرد و زن " مذکر و مؤنث " میباشد.

در سه مورد فوق دیده میشود که استعمال لفظ عام بطرف خاص شدن رفته و یا به عبارت دیگر از استعمال لفظ عام برخی از افراد خاص شده است چنانچه در جنس استعمال معنی کلی و ذاتی بر افراد مختلف الحقیقت است که عبارت از حیات و زنده جان بودن است، بعد در فصل از قاعده عام برخی از افراد از ذات حیوان خاص شده که براساس مشخصه ناطق بودن حیوان ناطق " انسان " میباشد، بعد انسان نیز در نوع خویش از قاعده عام به خاص النوع مذکر و مؤنث تقسیم میگردد، تمام موارد متذکره از جنس حیوان به بعد که تقسیم میگردد براساس مشخصه و خصوصیت خویش تقسیم میگردند، بنابراین انسان در معنای مشترک خویش در حیوان بودن به مشخصه خاص الجنس و فصل بودن خود به حیوان ناطق شناخته میشود که بالاخر استعمال معنای حقیقی در حیوان به مشخصه ناطق بودن از سائر حیوانات مجزاء و توسط آن شناخته میشود، بنابر همین مشخصه در قانون، انسان را منحیث شخصیت حقیقی بر مفهوم معنای حقیقی آن استعمال مینماید، که به اینصورت حقیقت لفظ به معنای ذاتی که برایش وضع شده استعمال میگردد.

بحث دیگری نیز در مورد استعمال معنای حقیقی و مجازی از نظر قواعد علم منطق در اینجا قابل بحث دانسته میشود، زیرا شخصیت های حکمی به اعتبار معنای مجازی مقارن به معنای حقیقی در قوانین اعتبار داده میشود.

علمای اصول فقه لفظ حقیقت را گاهی لغوی، گاهی شرعی و گاهی عرفی میدانند که در اینجا انسان منحیث شخصیت حقیقی در هر سه لفظ متذکره قابلیت مصداق را دارد هم از نظر لغوی معنای حقیقی انسان شخصیت حقیقی او است و هم از نظر شرعی انسان براساس استعمال لفظ شخصیت حقیقی است و همچنان در عرف نیز برای انسان استعمال لفظ شخصیت حقیقی مصداق دارد.

غیر از استعمال معنای حقیقی معنای مجازی است که در غیر معنای وضع شده برای خودش استعمال میگردد به خاطر که میان لفظ و معنای حقیقی و مجازی علاقه، رابطه و قرینه وجود میداشته باشد، بنابراین میتوان شخصیت های حکمی را بنابر معنای مجازی مقارن با معنای حقیقی آن استعمال نمود.

چنانچه در قانون مدنی افغانستان در ضمن عنوان شخصیت حقیقی در ماده (۳۶) شخصیت انسان را بر مفهوم معنای حقیقی آن چنین تعریف نموده است: **(شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می یابد. جنین دارای حقوقی می باشد که قانون بر آن تصریح نموده است).**

همچنان شخصیت حکمی تحت عنوان اشخاص حکمی در ضمن ماده (۳۳۷) قانون مدنی افغانستان بر مفهوم

معنای مجازی آن چنین تعریف گردیده است: (شخص حکمی شخصیت معنویست که واجد اهلیت حقوقی بوده و بنا بر اهداف معین بشکل موسسه، شرکت یا جمعیت تشکیل میگردد).

بنابر توضیحات فوق در علم منطق معنای حقیقی انسان بنا بر مشخص شدن فصل ناطق بودن آن از عموم جنس حیوان در قانون بنام شخصیت حقیقی یاد میگردد، و شخصیت حکمی بنا بر مقارن بودن و مشابه بودن به شخصیت حقیقی به اعتبار معنای مجازی مانند شخصیت حقیقی به اعتبار معنای مجازی " شخصیت حکمی " دارای حقوق و وجایب بطور مستقل جدا از اعضای آن دانسته میشود.

علمای معاصر اسلامی برای شخصیت حکمی تعریف های متفاوت را ارائه داشته اند که به برخی آنها قرار ذیل اشاره میگردد:

دکتر عبدالرزاق سنهور شخصیت حکمی را چنین تعریف مینماید: عبارت از اعطای اهلیت قانونی به شرکت یا امثال آن و تشخیص مسئولیت آن مستقل از صلاحیت سهامداران آن به نحوی که شرکت برای خود مسئولیت مالی داشته باشد.^{۵۴}

شیخ مصطفی الزرقاء شخصیت حکمی را چنین تعریف مینماید: شخصیت متشکل از ترکیب، عناصر، اشخاص و یا اموالی است که از نظر قانون بعنوان یک شخص مستقل حقوقی شناخته میشود.^{۵۵}

قانون مدنی افغانستان: نیز مانند تعاریف فوق شخصیت حکمی را در ضمن ماده (۳۳۷) چنین تعریف نموده است: شخص حکمی شخصیت معنویست که واجد اهلیت حقوقی بوده و بنا بر اهداف معین بشکل موسسه، شرکت یا جمعیت تشکیل میگردد.

بر علاوه تعاریف که علمای فوق در مورد شخصیت حکمی بیان داشته اند و مجاز بودن آنرا توسط تعریف تصریح نموده اند سائر علمای معاصر اسلامی در مورد مجاز بودن شخصیت های حکمی دو دیدگاه ذیل را ارائه داشته اند:

۱- دیدگاهی که کدام دلیل علمای متقدم در مورد شخصیت های حکمی وجود ندارد:

دکتر عیسی عبده در کتاب خویش بنام " العقود الشرعية الحاكمة " به این دیدگاه است کدام دیدگاهی فقهی علمای متقدم اسلامی در مورد شخصیت های حکمی وجود ندارد و تذکر میدهد که برای اولین بار در فقه اسلامی ذکر از شخصیت های حکمی از جانب استاذ عبدالرحیم در کتاب اش در " اصول فقه " که به زبان

^{۵۴} - السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دائرة المعارف القانونية، ۲۰۰۰م، (۵/۲۲۸)

^{۵۵} - الزرقاء، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في توبة الجديد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق- سورية ۱۹۹۸م (ص ۲۷۲).

انگلیسی در سال ۱۹۱۱ م چاپ گردیده بود ذکر نموده، او در این کتاب خویش در مورد شخصیت حکمی از جانب فقهای متقدم شک نموده، اگرچه در کتاب خویش به جواز هبه برای وقف اجازه داده بود. همچنان دکتور عیسی عبده بیان داشته که او از علمای معاصر در مورد شخصیت حکمی مؤسسات مالی سؤال نموده که جواب قانع کننده دریافت نموده است، پس او خودش براساس قاعده اصل در اعمال اباحت است تا زمانیکه به نص شرعی حرام نشده باشد، به مشروعیت شخصیت های حکمی و مسؤولیت آنها نظر داده است.^{۵۶}

۲- علمای که به جواز شخصیت های حکمی نظر داده اند:

از این جمله علماء استاد عبدالقادر عوده و شیخ مصطفی احمد الزرقا، در مورد مشروعیت و جواز تأسیس شخصیت های حکمی نظر داده است و بیان داشته اند که: " در شریعت اسلامی از روز اول شخصیت های معنوی وجود داشته از همین جهت فقهای اسلامی جواز و معتبر دانسته اند شخصیت بیت المال و همچنان وقف را از جهت که اینها شخصیت های معنوی و حکمی استند و همچنان مدارس و شفاخانه ها و غیر ادارات منحیث شخصیت حکمی برای مالک شدن حقوق و اموال و تصرف در آنها رسمیت دارد.^{۵۷}

همچنان دکتور عبد العزیز الخياط میگوید: ضرور است برای جریانات که فعلاً وجود دارد براساس مقتضیات مصلحت عامه، باید برای شخصیت های حکمی اعتبار داد و برای آنها ذمت و وجود مستقل، اسم مشخص، تابعیت کشوری داد و همچنان بالای آنها مسؤولیت را نیز مرتب دانست، اگرچه در کتاب الله و سنت نبی کریم صلی الله علیه وسلم کدام دلیل مشخص در مورد وجود ندارد، اما براساس عرف جاری، مصلحت و ضرورت تقاضا مردم است تا به شرکت ها شخصیت حکمی قائل شویم.^{۵۸}

نتیجه: بنابر توضیحات فوق در مورد شخصیت حکمی شرکت ها معلوم میگردد که شریعت اسلامی در مورد شخصیت حکمی شمردن شرکت های کدام مخالفت صریح ندارد و این موضوع نیز ثابت است که شخصیت حکمی شرکت های در مورد حقوق و وجایب آنها منحیث شخصیت مستقل جدا از سهامداران آنها قابل قبول میباشد و براساس معنای مجازی از معنای حقیقی شخصیت انسانها اعتبار داده میشود چنانچه شخصیت های حکمی در قوانین بنامهای مختلف شخصیت اعتباری، شخصیت معنوی، شخصیت حکمی، شخصیت قانونی یاد گردیده است که هرکدام از اسامی متذکره بر میگردد به استعمال معنای مجازی، همچنان مصلحت بر مبنای عرف جاری ایجاب مینماید که برای شرکت های شخصیت حکمی قائل شویم که در فقه اسلامی نیز مثالهای از

^{۵۶} - نیازی عمران أحسن، مشروعیة الشخصية المعنویة فی الفقه الإسلامی. ص ۱ و ۴

^{۵۷} - مشروعیة الشخصية المعنویة فی الفقه الإسلامی. ص ۵

^{۵۸} - مرجع فوق ص ۶

شخصیت های حکمی مستقل جدا از حقوق و وجایب ناظرین آنها مانند بیت المال و اداره اوقاف موجود است، دخل و خرج در اداره بیت المال منحیث عواید در بیت المال جمع میشود و در امور عامه مصرف و خرج میگردد که این حقوق و وجایب در بیت المال به ناظر آن که شخص حقیقی است ارتباط ندارد، فقط ناظر وظیفه و وجیبه تنظیم و نظارت آنرا دارد، هکذا در مورد اداره اوقاف، اموال وقفی که از جانب اشخاص به امور خیریه وقف میگردد مانند مساجد، مدارس، مکاتب، شفاخانه ها، ناظر آنها را مدیریت مینماید که این نوع اموال ملکیت و حق ناظر نیست بلکه منحیث امور عامه محسوب میگردد، و حتی عواید که از مدرک اموال وقفی بدست میاید حق اداره اوقاف میباشد، فقهاء مصرف آنرا بجز در امور خیریه در جای دیگری مجاز نمیدانند، حتی اگر شخص فوت نماید و از آن وارث نباشد اموال و متروکه آن به اداره اوقاف جهت امور خیریه تسلیم میگردد که در امور خیریه از آن استفاده گردد، تمام موارد مبین این است که در شریعت اسلامی مثالهای از شخصیت حکمی وجود دارد که خارج از اشخاص حقیقی دارای حقوق و مسؤولیت های مستقل میباشد.

مطلب هفتم: ثبت شرکت:

عقود مشارکت بانواع شرکت های که قبلاً ذکر گردیده منعقد میگردد، تأسیس و فعالیت آنها در جوامع بیشتر براساس اعتماد صورت میگیرد، بنابراین ضرورت است تا اعتبار در جوامع توثیق گردد و شرکت ها قبل از تأسیس ثبت گردد، بدلیل اینکه شرکت ها منحیث شخصیت های حکمی دارای حقوق و وجایب از رهگذر معاملات که از آدرس آنها انجام میشود، میباشد، از اینرو لازم است تا نام، آدرس، نوع فعالیت، حقوق و مکلفیت های سهامداران و سائر مسائل که قوانین آنرا پیشبینی مینماید ثبت گردد، البته تا زمانیکه شخصیت شرکت ثبت نگردد منحیث شخصیت حکمی رسمیت ندارد، بعد از ثبت به این مفهوم است که مانند شخصیت حقیقی جدیداً تولد میگردد، چنانچه زمانیکه شخص حقیقی تولد گردد دارای حقوق، وجایب و اهلیت میباشد، حقوق میراث، وصیت، هبه را کسب نموده، انعقاد عقود را در صورت که طفل باشد به نیابت او ولی و یا وصی او انجام داده میتواند، از همه مهمتر دارای حق حیات میباشد، تمام حقوق شخص حقیقی بعد از تولد اش باید رعایت گردد، حتی حیات حکمی شخص حقیقی قبل از ولادت در حالت چنین در بطن مادر نیز در شرع و قانون ثابت است کسی حق ندارد، آنرا سقط نماید، همچنان حق دارد تا از مورث خود میراث ببرد، وصیت را نیز مستحق شده میتواند، این تمام موارد حقوقی است که برای شخصیت حقیقی شریعت و قانون هردو به آن رسمیت داده و معترف اند و هکذا اشخاص حقیقی دارای وجایب منحیث شخصیت میباشد.

با پیری و قرینه بر حقوق و وجایب که برای اشخاص حقیقی شرع و قانون رسمیت داده است، شرکت ها نیز منحیث اشخاص حکمی بعد از ثبت که مفهوم تولد آنها مانند اشخاص حقیقی میباشد دارای حقوق و وجایب

مستقل میباشند که از آدرس آنها انجام میگیرد.

قوانین موضوعه کشورها اسلامی در مورد ثبت شرکت منحصی شخصیت حکمی تصریح نموده است چنانچه قانون مدنی افغانستان در صورت که شرکت مدنی باشد در ضمن ماده (۱۲۲۱) خویش چنین تصریح میدارد: (شرکت بمجرد تشکیل، شخصیت حکمی تلقی میشود مشروط بر اینکه، به ثبت و نشر رسیده باشد. شرکت نمیتواند قبل از ثبت و نشر، به اشخاص ثالث تمسک نماید ولی اشخاص ثالث به این شخصیت بدون نشر تمسک کرده میتواند، شرکت های تجارتي تابع احکام قانون تجارت میباشند).

مطلب هشتم: آثار مرتبه شرعی بالای شرکت:

شرکت های که قبلاً ذکر گردید هرگاه طبق قواعد و ضوابط شریعت اسلامی همچنان ارکان و شروط آن که قبلاً معرفی گردید ایجاد گردد، اثر مرتبه چنین شرکت منحصی مشارکت بین شرکاء صحیح، نافذ و لازم الاجراء است که در بانکهای اسلامی هرکدام از این نوع شرکت های بنابر قواعد فقهی بطور مدنی و تجارتي انعقاد و رشد اقتصاد بطور مشروع خارج از موارد ربوی طبق قواعد شریعت اسلامی صورت میگیرد.

و هرگاه شرکت ها طبق قواعد، ضوابط و احکام شریعت اسلامی صورت نگیرد، ارکان و شروط که قبلاً معرفی شد در مشارکت شرکت ها بین شرکاء مد نظر گرفته نشود، چنین شرکت ها باطل و یا هم فاسد میباشد، در صورت بطلان کدام اثر مرتبه ندارد چون در اصل چنین شرکت مشروع نمیشد مانند شرکت در خرید مشروبات الکولی که چنین شرکت از اساس باطل است و کدام اثری بر آن مرتب نمیگردد.

در صورت فساد که بسبب فقدان یکی از شروط و خلل در شرکت هرگاه موجود گردد، در این صورت به دیدگاهی مذهب احناف، شوافع و حنابله ربح و فایده آن به اندازه سرمایه هر شریک تقسیم میگردد و هر شریک حق دارد به شریک دیگر به اجرت کار و عمل که انجام داده به مال شریک خویش مراجعه نماید، زیرا ربح و فایده مسمی بسبب فساد عقد شرکت ساقط میگردد.^{۵۹}

^{۵۹} - تبیین الحقائق ج ۳ ص ۳۲۳ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۱۵ / المغنی ج ۵ ص ۱۷

مطلب نهم: حالات انحلال شرکت:

شرکت در حالت های ذیل منحل و ختم میگردد:

۱- ختم میعاد معینه:

هرگاه شرکت به یک میعاد معین بین شرکاء ایجاد شده باشد، آن میعاد معینه سپری گردد، شرکت بعد از آن منحل میگردد.

۲- انجام عملی که شرکت بمنظور آن ایجاد شده بود:

هرگاه شرکت به یک منظور معین بطور مثال خریداری محصول زراعتی پنبه از زارعین و فروش آن بین شرکاء ایجاد شده باشد و اعمال متذکره انجام شود، بعد از آن شرکت منحل میگردد.

۳- تلف شدن سرمایه:

در صورتیکه تمام سرمایه تلف شود و یا حد اکثر سرمایه تلف و یا هلاک شود طوریکه بقای شرکت ممکن نباشد، در این حالت نیز شرکت منحل میگردد.

۴- فوت، حجر و یا افلاس یکی از شرکاء:

در صورت یکی از شرکاء فوت، محجور و یا مفلس گردد که به این واسطه نصاب شرکت از دو نفر کمتر شود، در این صورت مشارکت وجود ندارد، بنابراین شرکت منحل میگردد.

۵- خارج شدن یکی از شرکاء:

در صورتیکه یکی از شرکاء از شرکت خارج شود و نصاب شرکاء از دو نفر کمتر باشد در این حالت نیز شرکت منحل میگردد.

۶- موافقه شرکاء مبنی بر انحلال:

شرکت از جمله عقود جائز غیر لازم است هرکدام از شرکاء حق دارد در جریان تداوم شرکت، عقد را فسخ و منحل نماید، بنابراین هرگاه یکی از شرکاء عقد شرکت را در جریان عقد فسخ نماید و به این طریق نصاب شرکاء از دو نفر کمتر شود، شرکت منحل میگردد.

۷- به حکم محکمه:

شرکت منحل شخصیت حکمی دارای مسئولیت مدنی، تجارتي میباشد همچنان در صورت ارتکاب جرم از آدرس شرکت مورد مجازات نیز قرار گرفته میتواند، در مسئولیت های مدنی و تجارتي در صورت افلاس و ورشکستگی از جانب محکمه تحت حجر و منحل میگردد، همچنان در صورت ارتکاب جرم از آدرس شرکت مورد مجازات

نقدی و انحلال نیز قرار گرفته می‌تواند.

مطلب دهم: تصفیه شرکت:

انحلال در شرکت حالت است که تداوم شرکت ختم می‌گردد، مانند اینکه شخصیت حقیقی فوت مینماید و تمام متروکه او بعد از تکفین و تجهیز، ادای دیون و وصیت، باقی مانده بین ورثه تقسیم می‌گردد، که در شخصیت حکمی اینرا تصفیه مینماید.

تصفیه عملیه است که از جانب شرکاء به توافق و در صورت اختلاف از جانب محکمه اشخاص ثالث منحیث هیئت تصفیه برای شرکت تعیین می‌گردد، تا سرمایه، دیون و طلبات، حقوق اشخاص ثالث را تثبیت و تشخیص نماید.

بعد از انحلال و اجرای تصفیه شرکت نمیتواند به معاملات جدید مبادرت ورزد، صرف معاملات که در زمان قبل از انحلال انعقاد گردیده و دوام آن ضروری میباشد و یا اینکه غرض از معاملات جدید تکمیل پروسۀ تصفیه باشد مشکل ندارد، اما به هر صورت شرکت نمیتواند منحیث شخصیت حکمی، بعد از انحلال در مرحله تصفیه معاملات که به آن هدف قبلاً ایجاد و تأسیس شده بود انعقاد معامله نماید.

بعد از ختم پروسۀ تصفیه هیئت تصفیه صلاحیت دارد تا از اموال شرکت در قدم اول دیون معجل بعداً دیون مؤجل و دیون متنازع فیه را وضع نماید، همچنان تادیه مصارف و قروضیکه توسط یکی از شرکاء به مصلحت شرکت انجام شده تادیه نماید.

در صوتیکه در اخیر سرمایه باقی ماند باشد به اندازه سهم هر شریک و مطابق تعهد که در ابتداء منعقد نموده بودند بین شرکاء تقسیم می‌گردد، اگر سرمایۀ باقی مانده از سهم هر شریک کمتر باشد خساره نیز به اندازه سهم و حصۀ هر شریک بین آنها محاسبه می‌گردد.

مبحث دوم: شرکت های موضوعه (تجارتی):

شرکت ها در حقوق موضوعه در رشته حقوق تجارت که یکی از رشته های حقوق خصوصی ملی آفاقی در حقوق موضوعه میباشد و بیشتر از وصف تاجر معاملات و شرکت های تجارتی بحث مینماید شامل میباشد که حقوق تجارت در حقوق موضوعه چنین تعریف میگردد:

مطلب اول: تعریف حقوق تجارت:

عبارت از مجموعه قواعد کلی، الزامی، توأم به ضمانت اجراء است، که از معاملات تجارتی، وصف تاجر، اهلیت تجارتی، اسناد تجارتی، دفاتر تجارتی، نحوه ی تأسیس، انحلال و سایر احکام مرتبط به شرکت های تجارتی بحث مینماید.

بنابر تعریف فوق دیده میشود که در اصل وجودی شرکت های تجارتی در حقوق موضوعه با شریعت اسلامی تضاد و مخالفت ندارد از اینرو فقهای اسلامی نیز در تأسیس چنین شرکت کدام ملاحظه خاص ندارد، اما نکته قابل مکت در معاملات اینوع شرکت ها است، هر گاه معاملات آنها طبق احکام شریعت اسلامی باشد، فقهای اسلامی بر آن مهر صحت گذاشته است و هرگاه معاملات این نوع شرکت ها مخالف شریعت اسلامی باشد که شریعت آن نوع عقود را باطل و فاسد میداند چنین معاملات مورد قبول فقه اسلامی نبوده باید از آن اجتناب صورت گیرد.

بنابراین لازم است تا موارد و قیود که در تعریف ذکر گردیده بخاطر شناخت خوبتر این رشته حقوق موضوعه بحث خویش را به تفصیل ذیل دنبال نمایم

مطلب دوم: قوانین موضوعه تجارتی:

قوانین موضوعه که در عرصه تجارتی در افغانستان نافذ اند عبارت اند از:

۱- اصولنامه تجارت:

اصولنامه تجارتی یکی از قدیمیترین قانون در عرصه حقوق تجارت در افغانستان دانسته میشود و در سال ۱۳۳۶ هـ ش در زمان زمامداری محمد ظاهر شاه نافذ گردیده که تا به حال همراهی برخی از تعدیلات و احکام عام آن به استثنای احکام بخش شرکت های تجارتی تضامنی، سهامی و محدود المسئولیت سایر احکام آن نافذ میباشد.

۲- قوانین شرکت های تجاری:

قانون شرکت های تضامنی، قانون شرکت های سهامی، قانون شرکت های محدود المسئولیت که از بدنه اصولنامه تجارت برای بار اول در سال ۱۳۸۵ هـ ش جدا و در قوانین مستقل منتشره جریده رسمی شماره (۹۱۳) توسط فرمان تقنینی نافذ و نشر گردید است، قوانین متذکره در عرصه های شرکت ها و احکام مرتبط به شرکت های متذکره بحث مینماید.

۳- قانون شرکت های دولتی:

عبارت از قانون است که در مورد شرکت های دولتی بحث مینماید اگرچه معاملات عقد تجاری دولت در رشته حقوق خصوصی "حقوق تجارت" مورد مطالعه قرار میگیرد، زیرا اعمال تجاری نهاد های دولتی منحصراً عمل حقوقی خصوصی محسوب میگردد، قانون متذکره با همه خلاها و نواقص عدیده یی در سال ۱۳۹۷ هـ ش توسط فرمان تقنینی در جریده رسمی شماره (۱۳۲۲) نشر و نافذ گردید، که قبلاً احکام شرکت های دولتی با تنوع تضامنی، سهامی و محدود المسئولیت در قوانین شرکت ها تجاری مورد مطالعه و بحث قرار میگرفت.

۴- قانون قرار داد های تجاری و فروش اموال:

این قانون در مورد قرار داد های تجاری که طبق اصول حقوقی و قانونی ترتیب گردد بحث مینماید و در جریده رسمی شماره (۱۱۵۰) سال ۱۳۹۳ هـ ش بعد از تصویب شورای ملی و توشیح رئیس جمهور نافذ گردیده است.

۵- قانون حکمیت تجاری:

عبارت از قانون است که منازعات تجاری را قبل از ارجاع به محکمه، طرق حل و فصل منازعات تجاری را توسط حکمیت تصریح و پیشبینی میدارد، در مورد ایجاد انجمن های حکمیت تجاری و بورد حکمیت تجاری بحث مینماید و در جریده رسمی شماره (۹۱۳) سال ۱۳۸۵ هـ ش توسط فرمان تقنینی نافذ و نشر گردیده است.

۶- قانون میانجگری (مصالحه) تجاری:

عبارت از قانون است که در مور حل منازعات تجاری از طریق میانجگری و مصالحه تجاری بحث مینماید این قانون در جریده رسمی شماره (۹۱۳) سال ۱۳۸۵ هـ ش توسط فرمان تقنینی نشر و نافذ گردیده است.

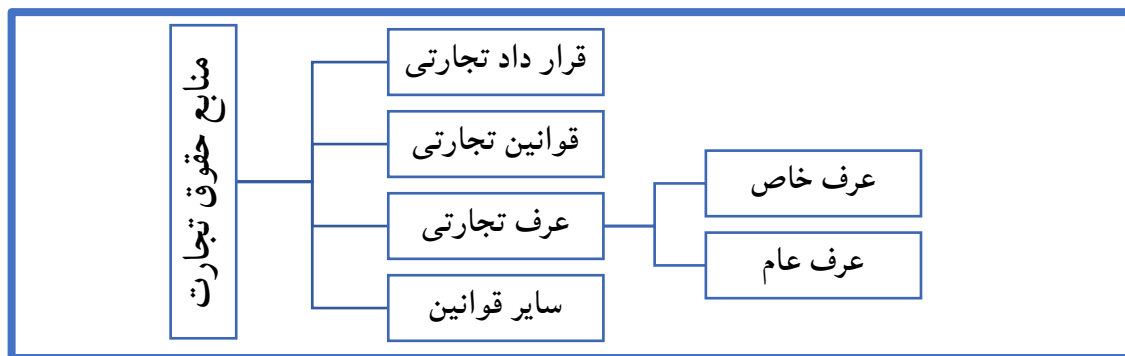
۷- قانون سرمایه‌گذاری خصوصی:

عبارت از قانون است که در بخش حمایت سرمایه‌گذاری خصوصی داخلی و خارجی بحث مینماید. این قانون در جریده رسمی شماره (۸۰۳) سال ۱۳۸۱ هـ ش توسط فرمان تقنینی نافذ و نشر گردیده است.

مطلب سوم: منابع حقوق تجارت:

حقوق تجارت از منابع چون قراردادهای قانونی تجاری، قوانین تجاری و عرف تجاری و سایر قوانین منبع میگیرد، چنانچه در مورد ماده (۲) اصولنامه تجارت چنین تصریح میدارد: مسایل تجاری ذریعۀ مقاوله نامه‌های معتبره قانونی، و در صورتیکه چنین مقاوله موجود نباشد، به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجاری حل و فصل میگردد، اگر به این ترتیب حل و فصل شده نتواند، عرف و عادات تجاری تطبیق میگردد، عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده میشود در صورت نبودن عرف و عادات قوانین دیگری که به آن استناد میشود تطبیق میگردد.

براساس تصریح ماده فوق منابع حقوق تجارت در چارت ذیل ترسیم میگردد:



۱- قرارداد تجاری:

قرارداد تجاری منحصراً منبع اولی حقوق تجارت در حل منازعات تجاری دانسته میشود، بر خلاف سایر رشته حقوقی، زیرا در سایر رشته‌های حقوقی منبع اولی قانون میباشد، قرارداد تجاری قرار ذیل تعریف میگردد:

تعریف قرارداد تجاری: عبارت از عقدی است که به منظور ایجاد، تعدیل، نقل یا ازاله حق در معاملات تجاری طبق احکام قانون بین اشخاص حقیقی یا حکمی انعقاد میگردد.

عناصر اساسی (ارکان و شروط) قرارداد تجاری: در قرارداد تجاری ارکان و شروط چون "ایجاب، قبول،

موضوع عقد که مشروع باشد، سبب و زمان عقد^{۶۰} لازمی است در صورت فقدان موارد متذکره عقد تجارتي اعتبار ندارد.

۲- قوانین تجارتي:

قوانین تجارتي که قبلاً ذکر گردید هرکدام در خصوص موضوع خویش صراحت های خویش را دارند قوانین تجارتي که از قواعد حقوق تجارتي منشاء ميگيرد منحيث منبع دومي حقوق تجارتي محسوب ميگردد.

۳- عرف تجارتي:

عرف منحيث منبع سومي حقوق تجارتي محسوب ميگردد، در اين خصوص قواعد فقهي نيز تصريح ميدهد (**المعرف بين التجار كالمشروط بينهم**)^{۶۱} آنچه بين تجار معروف است مانند مشروط ميان آنها است.

عرف به دونوع است عرف عام و عرف خاص، در قسمت اين دونوع عرف هم تفاوت قوت وجود دارد در صورت که عرف عام و عرف خاص يك محل در حالت تعارض قرار گيرند به عرف خاص ترجيح داده ميشود.

۴- ساير احكام قوانين:

در اخير حقوق تجارتي از ساير قوانين نافذ کشور نيز منبع ميگيرد، در صورتيکه در موارد فوق براي حل موضوع حکم وجود نداشته باشد براي حل موضوع تجارتي بايد به ساير قوانين نافذ مراجعه گردد تا منحيث منبع از آن استفاده صورت گيرد.

^{۶۰} - مجلة الأحكام العدلية، ج ۱ مادة ۴۴

مطلب چهارم: اهلیت تجاری:

اهلیت تجاری با اكمال سن هژده سالکی کسب میگردد، هر شخصیکه سن متذکره را تکمیل نموده باشد و موانع برای تصرف حقوقی اش مانند، جنون عته، سفه و حجر وجود نداشته باشد میتواند تجارت و معاملات تجاری را انعقاد نماید.

همچنان کارکنان دولت که تابع قواعد اداری ترفیع و تقاعد باشند نیز نمیتوانند تجارت مستقیم را انجام دهند.^{۶۱} دولت صفت تاجر را کسب نموده نمیتواند، لیکن معاملات که انجام میدهد و آن معاملات تجاری باشند تابع احکام قوانین تجاری محسوب میگردد.^{۶۲}

مطلب پنجم: معاملات تجاری:

تمام معاملات که در عرصه عقود منعقد میگردد، معاملات عادی محسوب میگردند، لیکن از نظر حقوق تجارت صرف معاملات و عقود که قوانین تجاری آنها وصف تجاری داده باشد، معاملات تجاری محسوب میگردند و قوانین تجاری چنین عقود و معاملات را در عرصه حقوق تجارت تنظیم میدارد.

سیستم حقوقی افغانستان انواع معاملات را تحت قاعده معاملات تجاری قرار داده که دارای نفس معامله و عقد تجاری باشد نه اینکه به وصف تاجر نظر گردد، یعنی شرط نیست که وصف تاجر در برگیرنده معاملات تجاری باشد، ممکن شخص تاجر دهها معامله عقدی غیر تجاری را روزانه منعقد نماید، لیکن آن معاملات براساس وصف تاجر تجاری محسوب نمی گردد و یا اشخاص غیر تاجر معاملات عقدی تجاری را منعقد می نمایند، در حالیکه تاجر نیستند پس چنین معاملات وصف تجاری را کسب مینماید و قواعد حقوق تجارت بر آنها ناظر میباشد. از اینرو براساس انعقاد معاملات تجاری اصولنامه تجارت افغانستان در ضمن حکم ماده (۸) خویش تصریح میدارد: هر شخص اعم از افراد و شرکت ها که حایز اهلیت تجاری بوده بنام خود به یک و یا چند معامله تجاری اشتغال وزیده و این شغل را پیشه معتاد قرار بدهد، تاجر شمرده میشود.

همچنان اصولنامه تجارت در ضمن ماده (۱۲) خویش تاجر کوچک را چنین معرفی میدارد: اشخاصیکه تجارت ایشان از سرمایه نقدی زیادتر مستند به مساعی بدنیه بوده و یا حاصل کار و کسب شان آنقدر جزئی باشد که تنها مکفای معیشت گردد، چه سیار و چه در یک دکان و یا در یک محل معین بازار ثابت باشند تاجر کوچک

^{۶۱} - به ماده (۷) اصولنامه تجارت مراجعه گردد.

^{۶۲} - به ماده (۱۱) اصولنامه تجارت مراجعه گردد.

شمرده میشوند.

قوانین افغانستان چنین تجار را که در ماده فوق اصولنامه معرفی گردید بنام متشبه خصوصی نیز یاد مینماید که یک فرد باساس معاملات عقدی تجارتي وصف تاجر کوچک و یا متشبه خصوصی را کسب مینماید، شرایط که برای تاجر بزرگ و شرکت های تجارتي مدنظر گرفته شده است برای تاجر کوچک و متشبه خصوصی شرط دانسته نمیشود، چنانچه ماده (۱۳) اصولنامه تجارت در زمینه چنین تصریح میدارد: تاجرهای کوچک به اتخاذ عنوان و داشتن دفاتر تجارتي و موضوعاتی که نظر به قانون تجارت ثبت آن لازم است مجبور نبوده و همچنان تحت قاعده افلاس نمی آیند.

معاملات تجارتي در مواد (۱۴ الی ۲۴) اصولنامه تجارت معرفی گردیده که در چارت ذیل مختصراً ترسیم و ذکر میگردد:

معاملات تجاری

خرید اموال منقول بمنظور فروش، تبدیل حالت و یا به اجاره دادن آنها.

اجاره گرفتن و اجاره دادن اموال منقول

استخدام اشخاص بمنظور اجاره دادن مستخدم به اشخاص دیگر غرض کار.

ایجاد دایمی مؤسسه صنعتی بغرض فروش محصولات زراعتی و حیوانی .

تعهد، تهیه هر نوع اموال منقول و به ذمه گرفتن و قبول هر نوع اعمال و انشاءات.

تأسیس فابریکه، تدویر دستگاه مطبوعه، عکاسی، نشریات و فروش کتب.

افتتاح تیاتر، سینما، تماشاگاه، کشودن مقامات عمومی مانند هتل ها، سرای ها و طعام خانه، دفاتر تهیه کارگران و لیلام خانه ها.

نقلیات مسافری و حیوانات و اشیاء در خشکه، ابها و هوا.

توزیع آب، گاز، برق و تأسیس مخابرات تلفونی.

کمیشن کاری، دلالی، معاملات برات، حجت و چگ، معاملات بانکهای خصوصی و دولتی، معاملات حساب جاری و مقاولات مربوط به آن، معاملات اسناد گروهی، تشکیل شرکت های تجاری خرید و فروش اسهم آنها و عقد هر نوع بیمه

مطلب ششم: ثبت عنوان تجاری:

عنوان تجاری برای اشخاص که تجارت را پیشه معتاد خویش قرار میدهند شرط دانسته میشود، اینوع اشخاص مکلف اند چی بشکل انفرادی منحصبت متشبت خصوصی فعالیت نمایند و یا بشکل شراکت در شرکت فعالیت نمایند مکلف اند تا عنوان تجاری خویش را در وزارت تجارت ثبت نمایند.

معاملات تجاری بیشتر به اعتبار و اعتماد استوار میباشد، برای جلوگیری از سوء استفاده، فریبکاری استعمال القاب کاذب و تقلبی قانون قید نموده تا عنوان تجاری باید ثبت و در جریده رسمی نشر گردد.

در مورد ماده (۴۰) اصولنامه تجارت تصریح میدارد: هر تاجر مجبور است تا اوراق و معاملات متعلقه تجارت خود را تحت یک اسم معین که عنوان تجارت تعبیر میشود، اجراء و امضاء نماید.

بنابر تصریح ماده فوق هر تاجر مکلف است تا اسم تجاری خویش را مشخص نموده و در اوراق معاملاتی خویش آنرا استفاده نماید، تنها ثبت عنوان شرط نیست بلکه تاجر چی انفرادی باشد و یا شرکت مکلف است بر علاوه ثبت، عنوان را اعلان و نشر نماید در زمینه ماده (۴۱) اصولنامه تجارت تصریح میدارد: هر تاجر چی منفرداً و چی با شریک خصوصی که اجرای تجارت مینماید و همچنان تمام شرکتهای تجاری مجبورند که عنوان تجاری خود را در محلی که اجرای تجارت مینماید و یا مرکز آنها واقع است به دایره ثبت تجارت، ثبت و اعلان نماید.

زمانیکه تاجر و یا شرکت تجاری، تجارت و یا شرکت خویش را ثبت مینماید مطالبی آتی در ثبت ضروری است:

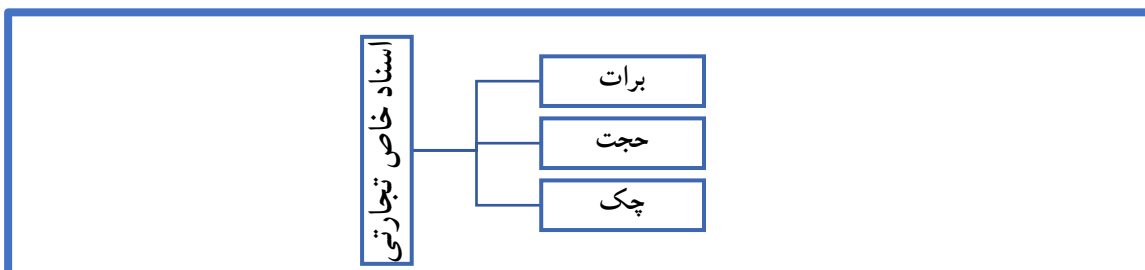
- ۱- اسم شخص یا شرکت؛
- ۲- ولد؛
- ۳- محل تولد و تاریخ آن؛
- ۴- تابعیت شخص یا شرکت؛
- ۵- عنوان تجارت؛
- ۶- موضوع تجارت؛
- ۷- نوع شرکت، تاریخ تأسیس و مرکز اصلی شرکت؛
- ۸- سرمایه شرکت (تجار انفرادی و متشبت خصوصی از این امر مستثنی است)؛
- ۹- اشخاصیکه صلاحیت امضاء را دارند؛

۱۰- سایر خصوصیاتیکه در امور تجارت اصولاً طبق لزوم دید اجباری قرار گیرد؛

مطلب هفتم: دفاتر تجاری: هدف از دفاتر تجاری در این عنوان ساختن دفتر نیست بلکه به تعبیر زبان عربی همان دفاتر اسنادی تجاری است که تاجر مکلف است آن اسناد را در داد و ستد تجاری خویش رعایت نماید، بنابراین هر تاجر طبق حکم ماده (۶۵) اصولنامه تجارت مکلف اند تا سه دفتر را لزوماً باید داشته باشند که عبارت اند از: دفتر دارای، دفتر کل و دفتر یومیه "روزنامه" بر علاوه اسناد متذکره مکلف اند تا مینوت تمام مکاتیب صادره و وارده را نزد خویش در دفاتر داشته باشند و همچنان مجبورند تا اوراق تادیات مالی را اعم از اوراق مالیه دهی و معاملات حسابی را با خود حفظ داشته باشند.

دفاتر که مثل کتاب و یا کتابچه بطور مجلد تهیه میگردد تاجر مکلف است آنها را مهر و نشانی شد نماید، اداره وزارت تجارت نیز مکلف است هر ورق دفتر متذکره را مهر و نشانی شده نموده و همچنان به رنگ ثابت نمبر مسلسل را از طریق صکوک حک نموده و هكذا اول و آخر کتاب به تعداد اوراق قید به مهر رسمی مرسوم نماید.^{۶۳}

مطلب هشتم: اسناد تجاری: اسناد تجاری را میتوان به مفهوم عام و خاص آن تعبیر نمود، اسناد تجاری عام مشمول تمام اسناد است که در داد و ستد تجاری از آن استفاده میشود مانند اسناد و اوراق قرضه، ضمانت های بانکی، بار نامه و سایر اسناد که بشکل عام آن در معاملات تجاری استعمال میگردد، لیکن اسناد که بطور خاص در معاملات تجاری استعمال میگردد و جانشین نقود "پول" میباشد، که بنام اسناد بهادار نیز در معاملات تجاری معروف اند، سه نوع اسناد میباشد که اصولنامه تجارت افغانستان نیز آنها را در اسناد تجاری مورد بحث قرار



میدهد، که در چارت ذیل معرفی میگردد:

۱- سند برات و تعریف آن:

کلمه برات از کلمه برات عربی گرفته شده به معنای پاک شدن و رفع ذمت معنی میگردد. و در معاملات و

^{۶۳} - به ماده (۶۸) اصولنامه تجارت مراجعه گردد.

اسناد تجارتي وجه استعمال دارد و عبارت از نوشته‌ی است که بموجب آن یک شخص برای شخصی دیگری یک مبلغ شخص ثالث را غرض پرداخت حواله می‌دهد، شخصی که برات را صادر میکند بنام مُحیل شخصی که برات را باید بپردازد مُحال علیه و شخصی که مبلغ برات را دریافت مینماید بنام مُحال له نامیده میشود.

یا به عبارت دیگر طبق فقره (۲) ماده (۳) قانون اسناد قابل معامله: برات سند کتبی حاوی دستور بدون قید و شرط است که توسط صادر کننده امضاء و در آن شخص معین ملزم میگردد تا عندالمطالبه یا در موعد معینه در آینده، مبلغ معین پولی را در وجه شخص معین یا به دستور وی یا به حامل سند تأدیه نماید.

برات در معاملات تجارتي مانند حواله در معاملات مدنی میباشد چنانچه حواله در ضمن ماده (۱۷۱۶) قانون مدنی چنین تعریف گردیده است: حواله دین عبارت است از انتقال دین از ذمه حواله دهنده به ذمه شخص حواله داده شده و مطالبه دین از وی میباشد.

برات حیثیت سند را در معاملات تجارتي دارد از اینرو چنین سند که بتواند از جعل و تزویر عاری و مبری باشد قانون شکل تحریر و شروط آنرا پیشبینی مینماید تا از تزویر و دست کاری مصوون گردد، در مورد شکل و شروط سند برات ماده (۴۷۱) اصولنامه تجارت موارد ذیل را پیشبینی مینماید:

- ۱- کلمه برات در متن سند به هر زبانی که برات تحریر میگردد باید موجود باشد؛
- ۲- امر تأدیه مبلغ معین بلا قید و شرط باشد؛
- ۳- اسم مخاطب (تأدیه کننده برات) باید ذکر گردیده باشد؛
- ۴- موعد تأدیه باید ذکر گردیده باشد؛
- ۵- محل تأدیه باید ذکر گردیده باشد؛
- ۶- اسم شخصیکه مبلغ در وجه او حواله میشود باید ذکر گردد؛
- ۷- محل، تاریخ و تحریر برات باید ذکر گردد؛
- ۸- امضای صادر کننده برات باید موجود باشد.

۲- سند حجت و تعریف آن:

حجت در لغت به معنای دلیل و برهان ترجمه میگردد، و در اصطلاح حقوق تجارت بنام فته طلب نیز یاد میگردد و عبارت از سندی است که بموجب آن امضاء کننده تعهد مینماید که مبلغی را در موعد معین یا عندالمطالبه در وجه حامل یا شخص معین پرداخت مینماید.

یا به عبارۀ دیگر طبق تعریف فقرۀ (۴) مادۀ (۳) قانون اسناد قابل معامله: حجت سند کتبی است حاوی تعهد غیر مشروط امضاء کننده است که به اساس آن وی ملزم میگردد، مبلغ معین پول را عند المطالبه یا در موعد معینه در وجه شخص معین یا به دستور وی یا به حامل سند تأدیه نماید.

از اینکه سند حجت از جمله اسناد تجارتي محسوب میگردد و یک سند بها دار در معاملات تجارتي میباشد و حفظ آن بغرض جلوگیری از جعل و تزویر اصولنامه تجارت محتوای تحریر آنرا تحت شروط ذیل رسمیت میدهد:

- ۱- کلمۀ حجت باید بروی سند به هر زبانیکه تحریر میگردد تحریر گردد؛
- ۲- تأدیه بلا شرط مبلغ معین باشد؛
- ۳- موعد تأدیه معین باشد؛
- ۴- محل تأدیه معین باشد؛
- ۵- اسم شخصیکه تأدیه مبلغ در وجه و یا به امر او میشود معین گردیده باشد؛
- ۶- محل و تاریخ تحریر حجت معلوم باشد؛
- ۷- امضای صادر کننده حجت موجود باشد.

۳- سند چک و تعریف آن:

چک در زبان عربی به معنای صک استعمال میگردد جمع آن صکوک میباشد و به معنای نامه، سند، سخت زدن چیزی استعمال میگردد.^{۶۴}

و در اصطلاح: عبارت از سند کتبی حاوی دستور بدون قید و شرط است که توسط صادر کننده امضاء و بانک معین به اساس آن ملزم میگردد تا مبلغ مندرج آنرا عند المطالبه در وجه شخص معین یا به دستور وی به حامل سند تأدیه نماید.^{۶۵}

چک بجهت اینکه از جعل و تزویر مبری باشد قانون برای آن شکل را با در نظر داشت شروط آن در ضمن مادۀ (۵۴۹) اصولنامه تجارت چنین تصریح داشته است:

- ۱- در متن سند ذکر کلمه چک حتمی است؛

^{۶۴} - لغت نامه دهخدا.

^{۶۵} - قانون اسناد قابل معامله، فقرۀ (۳) مادۀ (۳)

- ۲- امر بلا قید و شرط تادیبه مبلغ موجود باشد؛
- ۳- اسم شخصیکه تادیبه میکند (مخاطب)؛
- ۴- ذکر محل تادیبه حتمی است؛
- ۵- قید محل و تاریخ صدور چک باید موجود باشد؛
- ۶- امضای شخص که چک را صادر میکند (صادر کننده چک).

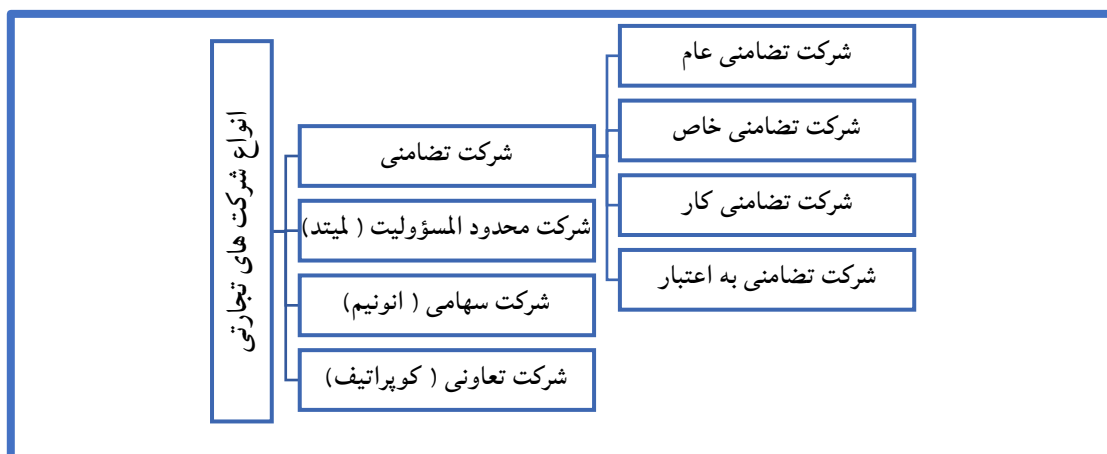
مطلب نهم: انواع شرکت های تجاری:

در قدم نخست لازم است تا شرکت تعریف گردد :

تعریف شرکت تجاری: عبارت از اتحاد و اشتراک دو یا بیشتر از دو شخص است که به اساس عقود تجاری شراکت به انواع مختلف آن منحصت مالکین مشترک، بمنظور کسب مفاد، ایجاد و فعالیت مینمایند.

در تعریف فوق قید گردیده که در شرکت باید حد اقل دو یا بیشتر از دو نفر باشد، کمتر از دو نفر نصاب شرکت را تشکیل نمیدهد، زیرا براساس وجه تسمیه شرکت که از شراکت گرفته شده باید حد اقل دو نفر باشند، بنابراین هرگاه یک نفر فعالیت تجاری و معاملات تجاری را انجام دهد بنابراین از نظر سیستم حقوقی افغانستان یک نفر نمیتواند شخصیت حکمی شرکت را تشکیل و ایجاد نماید، پس اعمال و معاملات تجاری یک نفر منحصت متشبهت خصوصی در معاملات تجاری حقوق تجارت مورد مطالعه و بحث قرار میگیرد.

شرکت های تجاری از نظر ساختار حقوقی به انواع مختلف تقسیم میگردد که از نظر موضوع فعالیت، حقوق و وجایب شرکاء، و تشکیلات متفاوت میباشد در مجموع شرکت های تجاری از نظر سیستم حقوقی افغانستان در چارت ذیل مختصراً معرفی میگردد:



۱- شرکت تضامنی:

شرکت تضامنی را از این جهت تضامنی گویند که هر شریک در صورت ضرر و عدم کفایت سرمایه شرکت به تأدیه و پرداخت تمام قروض ضامن و مسؤول اند چنانچه اصولنامه تجارت بنا بر همین خصوصیت شرکت تضامنی را از سایر شرکت های سهامی، محدود المسئولیت و تعاونی تفکیک مینماید، شرکت تضامنی را در ضمن حکم ماده (۱۳۵) اصولنامه تجارت چنین تعریف میدارد: شرکت تضامنی شرکت است که در تحت عنوان معین برای امور تجاری بین دو یا چندین نفر با مسؤولیت تضامنی تشکیل میشود، اگر دارای شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هریک از شرکاء مسؤول پرداخت تمام قروض شرکت است.

قانون جدید شرکت های تضامنی تعریف را برای این شرکت ها وضع نموده است که نسبت به تعریف ذکر شده اصولنامه تجارت ناقص بوده و نتوانسته یک تعریف جامع را ارائه بدارد که شرکت تجاری را چنین تعریف میدارد: شرکت اتحاد دو یا بیش از دو شخص است که به اساس عقد شراکت به حیث مالکین مشترک بمنظور کسب مفاد ایجاد و فعالیت مینماید.^{۶۶}

تعریف متذکره را نمیتوان تعریف شرکت تضامنی نامید، زیرا تعریف مذکور یک تعریف عام است میتوان برای تعریف عموم شرکت ها استعمال شد، در حالیکه در قانون جدید شرکت های تضامنی تعریف دیگری سراغ نداریم، بنابراین به تعریف اصولنامه تجارت که فوقاً تذکر یافت اکتفا نموده و قیود آنرا مختصراً توضیح میداریم:

تحت عنوان معین: نه تنها در شرکت تضامنی بلکه در تمام شرکت ها شرط است که عنوان معین داشته باشند تا از سایر شرکت های ممنوع اش که منحیث شرکت ثبت و فعالیت مینماید مجزاء گردد، شرکت ها بنامهای مشابه و مثل ثبت شده نمیتواند بنابراین شرکت تضامنی باید عنوان و نام معین داشته باشد تا تعیین شخصیت حکمی

^{۶۶} - قانون شرکت های تضامنی ماده (۲)

معین و مورد شناخت گردد.

حد اقل دو نفر: در تمام شرکت‌ها بشمول شرکت تضامنی شرط است که حد اقل دو نفر شریک موجود باشد، حد اکثر شرکا شرط مشروط نیست به هر تعداد که باشند. قانون حد اکثر را قید نموده است.

مسئولیت تضامنی: یکی از شروط اختصاصی شرکت تضامنی بر مبنای نام گذاری آن مسئولیت تضامنی بودن آنست هرگاه این شرط وجود نداشته باشد شرکت به تضامنی تسمیه نمیگردد، تضامنی به این توضیح است که شرکت در صورت مقروضیت و عدم کفایت سرمایه شرکت هرکدام از شرکاء در تأدیة تمام قروض و پرداخت دیون شرکت ضامن میباشند.

انواع شرکت‌های تضامنی: شرکت تضامنی به انواع ذیل تقسیم میگردد:

شرکت تضامنی عام: شرکتی است که برای انجام معاملات اقتصادی و تجارتي بین دو یا بیش از دو شخص با مسئولیت تضامنی ایجاد میشود.^{۶۷} این نوع شرکت در اصولنامه تجارت بنام شرکت تضامنی کلکتیف یاد میگردد.^{۶۸} قانون جدید شرکت‌های تضامنی هدف و شرط شرکت‌های تضامنی را مانند اصولنامه تجارت که قبلاً توضیح نمودیم در ضمن تعریف مد نظر نگرفته است، لیکن در بخش شرکت تضامنی عام طبق ماده (۲۱) قانون شرکت‌های تضامنی این خلا را تکمیل نموده و چنین توضیح میدارد: در صورتی که دارای شرکت تضامنی عام برای تأدیة تمام دیون شرکت کافی نباشد هریک از شرکاء مسؤول پرداخت تمام دیون شرکت تضامنی عام بوده و شریک یا شرکائی که چنین قروض را میپردازند حق دارند مبالغ پرداخت شده اضافه از سهم خود از سایر شرکاء مطالبه نمایند.

شرکت تضامنی خاص: شرکتی است که تحت عنوان مشخص مطابق احکام این قانون جهت انجام معاملات اقتصادی و تجارتي ایجاد میشود و در آن یک شریک یا بیشتر از آن دارای مسئولیت غیر محدود "شرکای عام" و بقیه شرکاء با یک سرمایه معین "شرکای خاص" مسئولیت محدود دارند، سرمایه شرکای که مسئولیت محدود دارند، به سهام تقسیم شده میتواند.^{۶۹} این نوع شرکت در اصولنامه تجارت بنام شرکت تضامنی کوماندیت یاد میگردد.^{۷۰}

^{۶۷} - قانون شرکت‌های تضامنی ماده (۲۱)

^{۶۸} - اصولنامه تجارت ماده (۱۱۷)

^{۶۹} - قانون شرکت‌های تضامنی ماده (۲۲)

^{۷۰} - اصولنامه تجارت ماده (۱۱۷)

شرکت تضامنی کار: اتحاد دو یا بیش از دو شخص است که برای شخص دیگر کاری را انجام یا تعهدی را ایفا کنند، مفاد کار شرکت بین شان طبق موافقت شرکاء تقسیم گردد.^{۷۱}

شرکت تضامنی به اعتبار: شرکتی است که در آن دو یا بیش از دو شخص به اساس اعتبار به خرید مال بصورت نسیه طوری موافقه نمایند که مال را فروخته در مفاد و خساره شرکت سهیم میباشند و شرکاء هرکدام به اندازه حصه معین خود مسؤول میباشند.^{۷۲}

۲- شرکت محدود المسؤولية (متد):

شرکت داخلی که دارای شخصیت جداگانه از مالکان خویش بوده تحت احکام قانون در افغانستان تأسیس و دارای سرمایه مشخص و منقسم به سهام که مسؤولیت هر سهامدار محدود به اندازه سهام وی است، میباشد.^{۷۳} مقنن در این تعریف شرکت محدود المسؤولية را با شرکت سهامی خلط نموده و نتوانسته تا تفاوت عمده شرکت محدود المسؤولية را با شرکت سهامی بوجود آورد از اینرو تعریف اصولنامه تجارت و قانون قبلی شرکت های سهامی و محدود المسؤولية جریده رسمی (۹۱۳) سال ۱۳۸۵ هـ ش خوبتر براساس تفاوت عمده بین دو شرکت سهامی و محدود المسؤولية را چنین تفکیک نموده است: سرمایه شرکت های محدود المسؤولية منقسم به سهام نمی باشد لیکن در شرکت سهامی سرمایه منقسم به سهام میباشد از اینرو تعریف قانون قبلی و اصولنامه تجارت واضح تر و بر اساس خصوصیت شرکت محدود المسؤولية چنین تعریف گردیده است:

شرکت محدود المسؤولية از نظر تعریف اصولنامه تجارت: شرکتهای تجارتي ایکه سرمایه آن غیر منقسم با سهام بوده و مسؤولیت هر شریک محدود باندازه سرمایه متعهده او در شرکت باشد محدود "لمیتد" نامیده میشود.^{۷۴} شرکت محدود المسؤولية از نظر تعریف قانون سابق: شرکت تجارتي که سرمایه آن غیر منقسم به سهام بوده و مسؤولیت هر شریک محدود به سرمایه توافق شده در شرکت باشد.^{۷۵}

طبق تعریف فوق شرکت محدود المسؤولية و تفاوت این شرکت با سایر شرکت های تضامنی و سهامی همین است که سرمایه اینوع شرکت مشخص و معین لیکن غیر منقسم به سهام میباشد، مسؤولیت هر سهامدار محدود

^{۷۱} - قانون شرکت های تضامنی ماده (۲۳)

^{۷۲} - قانون شرکت های تضامنی ماده (۲۴)

^{۷۳} قانون شرکت های محدود المسؤولية فقره (۱) ماده (۳)

^{۷۴} - اصولنامه تجارت ماده (۴۵۶)

^{۷۵} - قانون شرکت های سهامی و محدود المسؤولية فقره (۲) ماده (۴)

به اندازه سهم او میباشد، بنابر همین خصوصیت است که اینوع شرکت ها را محدود المسؤولية یعنی سهامدار به اندازه سهم و سرمایه مشخص خویش مسؤولية و ضامن میباشد.

۳- شرکت سهامی (انونیم):

شرکت تجارتي ايکه سرمایه آن معين و منقسم به اسهام بوده و اندازه مسؤولية هر شريك به اندازه سهم آن محدود میباشد.^{۷۶}

و يا به عبارة اصولنامه تجارت شرکت سهامی شرکت است که تحت یک عنوان برای معاملات تجارتي تشکیل شده، سرمایه آن معين و منقسم به اسهام بوده و اندازه سهم آن محدود باشد.^{۷۷}

خصوصيات شرکت سهامی نسبت به ساير شرکت های تجارتي اينست که سرمایه اینوع شرکت غير منقسم به اسهام میباشد که با شرکت محدود المسؤولية در این خصوصیت خویش تفاوت مینماید و خصوصیت عمده شرکت سهامی نسبت به ساير شرکت ها در ساختار تشکيلاتی میباشد، شرکت های سهامی نسبت به دو شرکت ديگر "تضامنی و محدود المسؤولية" بزرگتر دارای تشکيلات مجمع عمومی، هیئت نظار و هیئت مدیره میباشد. در مجمع عمومی رأی براساس سهم محاسبه میگردد.

^{۷۶} - قانون شرکت های سهامی و محدود المسؤولية فقرة (۱) ماده (۴)

^{۷۷} - اصولنامه تجارت ماده (۲۶۶)

مبحث سوم: چگونگی عقد مشارکت در بانکداری اسلامی:

عقد مشارکت بطور شرکت معاملات مدنی و تجارتي در بانکداری اسلامی یکی از گزینه متمر اقتصادی و عقود اسلامی میباشد که در بانک های اسلامی با انواع که در مطلب اول ذکر گردیده منعقد میگردد، ربح و فایده خوبی برای طرفین عقد، شخصیت های حقیقی و حکمی و طرف بانک بدست میاید.

انواع شرکت ها اعم از اموال، اعمال و وجوه " اعتبار " که بطور مفاوضه و عنان بین شرکاء منعقد میگردد در شرکت های موضوعه نیز طبق قواعد شریعت اسلامی مصداق دارد با تفاوت اینکه معاملات که در شرکت های موضوعه اجراء و عمل میگردد باید مشروع و شرعی باشد، بنابراین شریعت اسلامی به آن عملیات شرکت های موضوعه که از بطلان و فساد عاری و مبری باشد و در آن ارکان و شروط عقد طبق قواعد فقهی رعایت شده باشد مهر صحت گذاشته، آنها را فعالیت مشروع میداند و شراکت در چنین شرکت ها را مجاز دانسته مهر صحت میگذارد، اگر در هرکدام از شرکت های فقهی و موضوعه التفتات گردد وجوه مشترک در آن به کثرت مشاهده میگردد، چنانچه اگر به تعاریف شرکت تضامنی موضوعه التفتات گردد، دیده میشود که در آن شرکت وجوه " اعتبار " بطور عنان و مفاوضه ایجاد شده میتواند و همچنان شرکت اعمال " ابدان " تحت عنوان شرکت تضامنی کار نیز مقارنه میگردد، همچنان در شرکت سهامی و لمیتد موضوعه هرگاه التفتات گردد، دیده میشود که آنها نیز بشکل شرکت اموال، اعتماد و اعمال بطور مفاوضه و عنان تحت شرایط که فقه اسلامی پیشبینی نموده است در معاملات تجارتي فعالیت نموده میتوانند در شرکت های موضوعه نکته قابل دقت و قابل مکث به مشروعیت و عدم مشروعیت فعالیت های شرکت های موضوعه و معاملات آنها ارتباط دارد، چنانچه ذکر گردید، هرگاه معاملات ربا، قمار و را که شریعت منع نموده و چنین معاملات را باطل اعلام نموده است شرکاء با آنها تمسک نمایند تبعی است که چنین معاملات در فقه اسلامی دارای اثر مرتبه نبوده و نمیتوان برای چنین معاملات در فقه اسلامی حکم صحت دریافت نمود، اینچنین معاملات باطل است.

بنابر توضیحات فوق بانک ها نیز در حقوق موضوعه تحت عنوان شرکت های تجارتي فعالیت مینمایند، فقه اسلامی در عقود مشارکت بیشتر به چگونگی ارتباط بین شرکاء توجه نموده است که این ارتباط تحت قواعد فقه اسلامی به گونه اموال، اعتماد و اعمال بطور مفاوضه و عنان انعقاد میگردد، از اینرو بانک های اسلامی به عقود مشارکت تحت عناوین و معاملات مشارکت، فعالیت های بانکداری اسلامی را منعقد مینماید.

روش های و عملیات بیشتری در بانکداری اسلامی برای تأمین مالی عقد مشارکت وجود دارد که برخی آنها قرار ذیل معرفی میگردد:

۱- مطابق استمرار ملکیت بانک به مشارکت ثابت و مشارکت در حالت کاهش "متناقض" تقسیم میگردد:

- مشارکت ثابت:

نوع از سهم بانک در عقد مشارکت است که تمویل یک جزء از سرمایه معین پروژه را بانک مینماید و به همان اساس در پروژه شریک میشود و به این طریق مدیریت، تسهیل و نظارت از پروژه رامینماید، و به هراندازه که توافق صورت گرفته و شروط حاکم به نوع از مشارکت تقاضا نماید در نفع آن پروژه شریک میباشند، بدین اساس برای هرطرف از عقد مشارکت سهم و حصه ثابت در پروژه الی ختم آن صورت میگیرد، اینوع مشارکت را میتوان بنام شرکت سهامی، شرکت محدودالمسئولیت و یا شرکت تضامنی با توجه به ماهیت و اندازه پروژه از نظر شکلی طبق قانون موضوعه محسوب نمود، که با شریعت اسلامی چنین شرکت ها نیز از رهگذر این نوع مشارکت مشکل ندارد، اگر فرض شود که مشارکت بطور شرکت سهامی صورت گرفته است بانک در این حالت بالاتر سهم معین که تأثیر در سیاست پروژه در مجمع عمومی و مجلس اداری شرکت دارد.

بنابر موارد فوق مشارکت ثابت به مشارکت ثابت مستمر و مشارکت ثابت منتهی تقسیم میگردد.^{۷۸}

این نوع مشارکت را در بانکداری اسلامی بنام مشارکت ثابت به جهت یاد مینمایند که سهم و حصه ثابت در پروژه عقد مشارکت برای هر شریک در نفع به اندازه توافق و یا قواعد حاکم بر عقد مشارکت ثابت میباشد مانند اینکه در عقد مشارکت اموال بطور مفاوضه سرمایه و نفع بین شرکاء بطور مساوی میباشد، در عقد مشارکت اموال بطور عنان سرمایه و نفع بین شرکاء به اندازه سهم توافق شده در حین عقد میباشد.

البته این نکته نیز قابل ذکر است که در انواع عقود مشارکت تنها نفع بین شرکاء بطور مساوی در شرکت مفاوضه و بطور متفاوت براساس توافق در عقد شرکت عنان مورد بحث نیست بلکه خساره نیز بین شرکاء به اندازه مساوی در شرکت مفاوضه و بطور توافق در شرکت عنان قابل سنجش میباشد، بر خلاف عقد مضاربت زیرا در عقد مضاربت، ربح و نفع بین رب المال و مضارب مشترک براساس توافق است، لیکن در صورت خساره و ضرر از رأس المال که مربوط رب المال است سنجش میگردد، و در صورت که مال ربح و نفع نموده باشد قبل از تقسیم از همان ربح و نفع سنجش میگردد.

قبلاً انواع مشارکت ثابت را به مشارکت ثابت مستمر و مشارکت ثابت منتهی تقسیم نمودیم که هرکدام قرار ذیل معرفی میگردد:

مشارکت ثابت مستمر: در این نوع مشارکت بانک تا زمانی که موجود است و عمل مینماید شریک میباشد، که این نوع مشارکت را قانون تا زمانیکه استمرار دارد تضمین مینماید، که در این مرحله روابط بین اطراف عقد

^{۷۸} - دکتر ناصر الغریب، أصول المصرفية الإسلامية و فضايا التشغيل، ص ۱۸۲ - ط سال ۱۴۱۷ هـ ق / ۱۹۹۶ م

طبق قواعد قانونی مشخص میشود که این نوع مشارکت نیز با احکام شریعت اسلامی در تضاد نیست.^{۷۹} به این توضیح: که میتوان مشارکت ثابت مستمر را در انواع سه گانه عقد مشارکت " اموال، اعمال و وجوه" بطور مفاوضه و عنان تحت قواعد که فقه اسلامی تصریح میدارد انجام داد.

مشارکت ثابت منتهی: عبارت از مشارکت است که در مالکیت پروژه و حقوق که بر آن مرتب میگردد ثابت است، مگر اینکه توافق بین بانک و شرکاء متضمن وقت تمویل معین باشد، مانند فعالیت های تجارتي معین با یک سال مالی یا مقاولات معین و یا وارد نمودن جنس معین در مشارکت.

این نوع مشارکت به جهت ثابت گفته میشود که در آن حقوق و وجایب را که بانک حصول مینماید ثابت میباشد، و به جهت منتهی گفته میشود که علاقه و ارتباط شراکت بین شرکاء به یک زمان محدود میباشد.^{۸۰}

- مشارکت در حالت کاهش " مشارکت منتهی به مالکیت":

عبارت از مشارکت است که کاهش مشارکت بین دو شریک میباشد که به مالکیت یک شریک ختم میگردد، که در پروژه سهم و حق بیشتر داشته باشد طبق شروط قرارداد توافق شده جایگزین بانک اسلامی در مالکیت پروژه میگردد، ، با توجه به فروش عملی سهم به ترتیب منظم سپردن بخشی از عواید بدست آمده از پروژه را برای بانک تسلیم مینماید، مانند مسترد شدن سهم بانک طور اقساط به قیمت حصه بانک همراه با قیمت استهلاکی ماشین آلات میباشد.^{۸۱}

بنابراین شریک میتواند به یک دفعه و یا هم دفعات متعدد چنانچه در شرایط قرارداد ذکر گردیده و یا هم طبیعت عملی پروژه ایجاب نماید سهم بانک را خریداری نماید.

این نوع مشارکت بیشترین مراجعین دارد زیرا برخی از سرمایه گذاران نمی خواهند استمرار مشارکت را با بانک ادامه دهند.^{۸۲}

این نوع مشارکت به این جهت بنام مشارکت در حالت کاهش " متناقص" و یا مشارکت منتهی به مالکیت یاد میگردد، زمانیکه بانک یک قسمت از سهم خویش را بدست آورد طبعی است که در سهم بانک تنقیص و کاهش بوجود میاید و یا اگر بانک تمام سهم خویش را از پروژه بدست آورد از پروژه خارج گردیده و شرکت برای سایر شرکاء تملیک میگردد که در این صورت نیز بانک از شراکت با اخذ کل سهم خویش از بین شرکاء تنقیص شده و مالک پروژه شریک میگردد، از این جهت بنام مشارکت منتهی به تملیک یاد میگردد.

^{۷۹} - أصول المصرفية الإسلامية و قضايا التشغيل ص ۱۸۳

^{۸۰} - أصول المصرفية الإسلامية و قضايا التشغيل، ص ۱۸۳

^{۸۱} - بانک اسلامی للتنمية، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية، بحث رقم ۶۶، ص ۱۷۵

^{۸۲} - اتحاد دولي للبنوك الاسلامي الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ج ۱ ص ۲۸، ط جامعة الملك عبدالعزيز- المركز العالمي لأبحاث الإقتصاد الإسلامي.

در مورد بانک اسلامی دویی صورت های ذیل را برای مشارکت تنقیص کاهش " متناقص " قرار ذیل پیشبینی مینماید:^{۸۳}

صورت اول: بانک همراه شریک خویش توسط قرار داد جداگانه به این شرط توافق نماید که بعد از تمام شدن قرارداد خاص برای مشارکت هر کدام از شرکاء آزاد میباشند در تصرف و فروش سهم خویش برای شریک خود و یا برای هر شخص دیگری.

صورت دوم: بانک با شریک خویش طوری توافق نماید که براساس حصه از در آمد خالص پروژه که بانک مستحق آن در زمان جدائی میشود با قسمت از در آمد توافق شده که قبلاً نموده بودند، همراه با اصل باز پرداخت " آنچه که بانک در زمان شراکت سهم گرفته بود " برای بانک تادیه نماید.

صورت سوم: حصه هر شریک به اسهام که دارای قیمت معین باشد تقسیم گردد، که در مجموع ارزش اجمالی پروژه تعیین گردد، در اینصورت سهم هر شریک از در آمد تحقق یافته فعلی حاصل میگردد، فلذا هر شریک میتواند که سهم بانک را به تعداد مبلغ معین در هر سال خریداری نموده که به این طریق سهم بانک به نسبت سهم شریک در دوران هرسال کاهش میابد تا زمانیکه شریک مالک تمام پروژه شود و بانک از شراکت بعد از بدست آوردن سهم خویش بطور کامل خارج میگردد.^{۸۴}

۲- نوع دیگر از روش بانکداری اسلامی در مشارکت، مطابق هدف تأمین مالی به مشارکت صادرات و واردات، مشارکت در مقاولات، مشارکت در زراعت، مشارکت در صنعت، مشارکت در تجارت تقسیم میگردد:^{۸۵}

با در نظر داشت موارد تقسیم اول میتوان مشارکت را در عرصه های صنعت، تجارت، زراعت، مشارکت عامه و خصوصی قرار ذیل انجام داد:

- در عرصه صنعت:

بیشترین از صنایع ضرورت به یک شریک با اعتماد دارد تا بواسطه اموال، اعتماد و یا هم تخصص کاری با آنها شریک شده و صنعت خویش را رشد بدهد، بانک های اسلامی نسبت سرمایه و اعتماد که دارند میتوانند با اشخاص حقیقی و اشخاص حکمی " شرکت ها صنعتی " بصورت های ذیل مشارکت نماید:

شرکت اموال: بانک های اسلامی میتوانند با دادن پول منحیث سهامدار بطور شرکت مفاوضه " مساوات در

^{۸۳} - قراءات مؤتمر المصرف الإسلامي بدی، ص ۷-۹ / أصول المصرفية الإسلامية و قضايا التشغيل، ص ۱۸۴

^{۸۴} - مرجع فوق ص ۱۸۴

^{۸۵} - أصول المصرفية الإسلامية و قضايا التشغيل، ص ۱۸۲

سهم، نفع و ضرر" با شرکت های صنعتی سرمایه گذاری نموده و شریک شوند و یا هم بطور عنان در " تفاوت سهم، نفع و ضرر به اندازه سهم خویش " شریک شود.

شرکت وجوه " ذمت و اعتماد": بانک های اسلامی میتوانند با اعتماد که در بازار دارند با شرکت های صنعتی براساس اعتماد بطور مفاوضه یا عنان شریک شده، برای فابریکه ها و دستگاه ها مواد خام را مشترکاً خریداری نموده بعد از پیروسی در بازار بفروش رسانیده در نفع و ضرر آن بطور مفاوضه و عنان شریک شوند.

شرکت اعمال: بانک های اسلامی میتوانند با شرکت ها و اشخاص حقیقی مشارکت در شرکت اعمال نماید، به این گونه که برخی از شرکت های صنعتی ضرورت به تکنالوجی پیشرفته دارد که توسط متخصصین همان تکنالوجی استفاده میگردد، بانک میتواند برای این نوع تکنالوجی اشخاص متخصص استخدام نماید تا بالواسطه آن صنعت رشد نموده و شرکت صنعتی نیز در سایر بخش های انجام عمل و کار نموده بطور مساویانه منحیث شرکت مفاوضه تقسیم کار، نفع و ضرر بین شرکاء تنظیم گردد و یا هم بطور متفاوت منحیث شرکت عنان تنظیم گردد.

با ذکر از صورت های فوق میتوان در تمام انواع مشارکت " اموال، اعتماد و اعمال " بطور مفاوضه و عنان در بخش های زراعت، تجارت، صادرات و واردات تحت شرایط و قواعد که شریعت اسلامی با تطابق دیدگاه ها و فتوای مجامع اسلامی انجام داد.

در بخش تعهدات مرافق عامه " مشارکت عامه و خصوصی " نیز بانک های اسلامی نقش عمده را با دولت انجام داده میتوانند.

در پروژه های مهم عامه مانند افراز بندهای آب گردان، تولید انرژی، استخراج معادن، اعمار سرک ها و جاده ها، اعمار بلاک های و منازل رهائشی، و سائر موارد مرافق عامه، بانک های اسلامی، شرکت ها با عقد مشارکت عامه و خصوصی و سرمایه گذاری خویش میتوانند در بخش مرافق عامه با دولت بطور مشارکت اموال، مشارکت وجوه " اعتبار " و مشارکت اعمال شریک شده در ضمن صورت های سه گانه که در مورد بانک اسلامی دویی قبلاً ذکر از آن شد، مشارکت صورت گیرد و در اخیر بعد از خارج شدن بانک و یا شرکت، مرافق عامه به دولت واگذار گردد و دولت مالک پروژه و مرافق عامه دانسته میشود.

بطور مثال بانک اسلامی میخواهد تا یک بند آب گردان برق را بالای دریای توسط عقد مشارکت عامه و خصوصی طبق قرارداد معین که حقوق و جایب و شرایط و زمان معین در آن گنجانیده شده باشد منعقد نماید.

در قرارداد تسجیل میگردد که بانک بطور مثال بعد از اعمار و بهره برداری مدت بیست سال ۸۰٪ عواید خالص پروژه را مستحق میشود و ۲۰٪ باقی مانده را دولت براساس استهلاک ماشینری مستحق میشود، در ختم بیست سال ۸۰٪ عواید خالص پروژه در بر گیرنده ۴۰٪ ربح آن در خلال بیست سال از رهگذر سرمایه گذاری و تمام شد مبلغ پروژه بوده که بانک سرمایه مصرفی خود را تحصیل مینماید و ۴۰٪ مطابقی براساس سنجش، عواید بانک میباشد، بعد از بیست سال بانک از پروژه خارج و دولت مالک تمام پروژه شناخته میشود. یا به عباره دیگر دولت در هر سال مالی مبلغ را از عواید پروژه که سهم دولت میرسد به بانک تحویل داده و به این طریق سهم بانک از پروژه کاهش میابد، و سهم دولت بیشتر میگردد که الی مدت بیست سال تمام سهم بانک از جانب دولت خریداری گردیده و پروژه منتهی به تملیک برای دولت میگردد.

تمام طرق، شیوه ها و صورت های که قبلاً ذکر گردید در شرکت اموال، اعمال و اعتبار بطور مفاوضه و عنان در پروژه های مشارکت عامه و خصوصی بانک اسلامی و دولت جنبه تطبیقی دارد که به این طریق پروژه های بزرگ عامه تطبیق گردیده، رفاه عامه و خصوصی در بانکداری اسلامی توسط عقود مشارکت بوجود میاید.

گرفته شده از کتاب (تنویر الافکار در بانکداری اسلامی)

مؤلف: دکتور محمد ظریف علم " ستانکزی "