



دانشگاه پیام نور

دانشکده الهیات

گروه علمی:

عنوان پایان نامه:

بررسی فقهی سیستمهای مختلف شرکت های مدنی

نگارش:

زینب طهوری

استاد راهنما:

دکتر عابدین مؤمنی

استاد مشاور:

دکتر حسینعلی قاسم زاده

پایان نامه برای دریافت کارشناسی ارشد

در رشته فقه و مبانی حقوق

1390

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اول سپاسم تورا است که همیشه

با من بودی ، هستی ، و خواهی بود

در جایی که هیچکس با من نبود

تقدیم به

پدر و مادرم

که وجودشان گرما دهنده زندگیم

بهانه سعی و کوششم

و امید آینده ام است

و با سپاس و ستایش از استاد گرانقدرم

جناب آقای دکتر مؤمنی

که همیشه از اینکه راهنمایم بودند به خود می بالم.

چکیده

شرکت مدنی عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص سرمایه‌ای را که از جمع آورده‌های آن‌ها تشکیل می‌شود برای مقاصد خاصی اختصاص می‌دهند تا در منافع و زیان‌های حاصله از به کارگیری آن‌ها با هم سهیم باشند. که با اسباب مختلف از قبیل امتزاج اموال، تصاحب همزمان، برخورداری از حقوق همزمان شامل ارث و طلب از بدهکار ورشکسته می‌شود و انعقاد معامله مشترک به وجود می‌آید. تعدد اسباب شرکت موجب اختلاف در ماهیت آن شده است، شرکت به مدنی و تجاری و مشروع و ممنوع تقسیم می‌شود.

در بخشی از شرکت مدنی تراضی شرط است اما در امتزاج قهری یا میراث تراضی شرط نیست. موضوع شرکت مدنی نیز مختلف می‌باشد بدین صورت که شرکت گاهی به عین مال یا به حقوق یا منافع مال تعلق می‌گیرد. در شرکت تجاری شرکاء بایستی از بین خود یا از خارج مدیر یا مدیرانی را با تعیین حدود اختیارات انتخاب نمایند. البته عقد شرکت برای شرکاء التزامی در بقاء اشاعه ایجاد نمی‌نماید و هر یک از شرکاء می‌تواند هر گاه بخواهد تقاضای انحلال و تقسیم مال الشرکه را بنماید. در اثر تشکیل صحیح شرکت، حقوقی برای شرکاء ایجاد می‌گردد که می‌توانند به طور مستقل یا به رضایت دیگران به اعمال آن پردازند و از منافع آن نیز استفاده نمایند. در ازای این حقوق تکالیف و مسئولیت‌هایی نیز برای شرکاء در مقابل یکدیگر یا احیاناً اشخاص ثالث ایجاد می‌گردد.

فهرست

فصل اول

1	مقدمه
4	بخش 1- معنای لغوی و اصطلاحی
4	1-1-1 معنای لغوی شرکت
5	1-1-2 معنای اصطلاحی شرکت
6	1-1-3 شرکت عقدی
13	بخش 2- ضرورت شرکت در زندگی اجتماعی
13	1-2-1 سابقه تاریخی شرکت
16	1-2-2 شرکت در قرآن
17	1-2-3 شرکت در روایات
24	بخش 3- انواع شرکت
24	1-3-1 مال مشاع:
33	1-3-1 شرکت تجاری
37	1-3-3 شرکت مدنی
42	بخش 4- شرکت اختیاری و قهری
42	1-4-1 شرکت اختیاری
42	1-4-2 شرکت قهری
45	بخش 5- ساختار شرکت مدنی
45	1-5-1 شرایط اساسی صحت شرکت مدنی
49	1-5-2 چگونگی جاری شدن صیغه عقد
53	1-5-3 نمونه قرارداد مشارکت مدنی در امور بازرگانی

- بخش 6: ماهیت شرکت مدنی..... 62**
- 62-1-6-1- شرکت مدنی از دیدگاه فقهی..... 62
- 62-1-1-6-1- نظریه منکرین عقد شرکت..... 62
- 64-2-1-6-1- نظریه قائلین عقد شرکت..... 64
- 66-3-1-6-1- نظریه بینابین..... 66
- 67-4-1-6-1- نظریه ایقاع بودن شرکت..... 67
- 70-2-6-1- شرکت مدنی از دیدگاه حقوقی..... 70
- بخش 7- شرکت مدنی و آثار حقوقی مترتب بر آن..... 73**
- 75-1-7-1- شرکت مدنی عقدی است جایز..... 75
- 79-2-7-1- شرکت مدنی عقدی است رضایی..... 79
- 82-3-7-1- شرکت مدنی عقدی است مسمتر..... 82
- 83-4-7-1- شرکت مدنی عقدی است محقق..... 83

فصل دوم

- بخش 1- سیستم‌های شرکت..... 85**
- 85-1-1-2- شرکت‌های مدنی..... 85
- 85-1-1-1-2- شرکت عنان..... 85
- 86-2-1-1-2- شرکت ابدان..... 86
- 89-3-1-1-2- شرکت وجوه..... 89
- 91-4-1-1-2- شرکت مفاوضه..... 91
- 93-5-1-1-2- مشارکت مدنی بانکی..... 93
- 95-6-1-1-2- مضاربه..... 95
- 97-7-1-1-2- مزارعه..... 97
- 99-8-1-1-2- مسابقات..... 99

101 2-1-2- شرکت های تجاری
101 اقسام شرکت های تجاری
102 1-2-1-2 - شرکت سهامی
103 انواع شرکت سهامی
103 1-1-2-1-2 - شرکت سهامی عام
103 2-1-2-1-2 - شرکت سهامی خاص
104 2-2-1-2 - شرکت با مسئولیت محدود
104 3-2-1-2 - شرکت تضامنی
105 4-2-1-2 - شرکت نسبی
105 5-2-1-2 - شرکت مختلط
106 1-5-2-1-2 - شرکت مختلط غیر سهامی
106 2-5-2-1-2 - شرکت های مختلط سهامی
106 6-2-1-2 - شرکت تعاونی
108 بخش 2- اسباب تنوع در سیستم های شرکت
109 1-2-2 - تشریح و عقد شرکت به معنی اخص
110 2-2-2 - امتزاج ارادی
112 3-2-2 - عقود ناقله
113 4-2-2 - حيازت مشترك

فصل سوم

117 بخش 1- احکام شرکت
117 1-1-3 - تقسیم سود و زیان
119 2-1-3 - ضمان شریک
122 3-1-3 - تصرف در مال شرکت

- 122 1-3-1-3- حق تصرف شریک
- 124 2-3-1-3- شرط اجتماع یا انفرادی کار کردن
- 125 3-3-1-3- تعیین تصرفات هر یک از شرکاء
- 125 دلیل عدم تصرف شرکاء بدون اجازه دیگران
- 128 4-1-3- موارد اختلاف
- 128 1-4-1-3- اختلاف در خرید
- 129 2-4-1-3- اختلاف در تلف
- 130 1-2-4-1-3- دلایل پذیرش سخن شریک
- 131 2-2-4-1-3- نحوه سوگند خوردن
- 132 3-4-1-3- اختلاف در فروش
- 133 5-1-3- دریافت ثمن کالای فروخته شده توسط یکی از شرکاء
- 135 1-5-1-3- طریق اختصاص یافتن مقبوض به قابض
- 138 2-5-1-3- دلایل اثبات این حکم
- 139 6-1-3- شریک در خرید
- 139 زمانیکه یکی از شرکاء کالا را بدهد تا دیگری با آن تجارت نماید
- 141 7-1-3- مکروهات شرکت
- 142 علل و دلایل مکروه بودن شرکت بین مشلمان و کافر
- 143 8-1-3- مبطلات شرکت
- 147 بخش 2- جرائم در شرکت**
- 147 1-2-3- تصرفات غیرقانونی
- 147 تصرفات غیرقانونی شرکاء
- 147 1-1-2-3- تصرفات حقوقی شریک
- 148 2-1-2-3- تصرفات مادی شرکاء

- 148 3-2-1-2-1- تصرفات غیر مأذون ناشی از تصرفات حقوقی
- 149 3-2-1-2-2- اقدام شریک به تقسیم
- 150 3-2-1-2-2-1- سرقت از اموال مشاع
- 154 3-2-1-2-2-2- سرقت از اموال عمومی
- 155 3-2-1-2-3- غصب مال مشاع
- 156 3-2-1-2-4- تخریب یا اتلاف اموال مشاع

فصل چهارم

- 160 حقوق شرکت
- 160 بخش 1- شخصیت حقوقی
- 162 4-1-1- ماهیت شخصیت حقوقی
- 164 4-1-2- منکرین حقوقی در شرکت مدنی
- 166 4-1-3- قائلین شخصیت حقوقی در شرکت مدنی
- 167 4-1-4- قائلین به تفکیک
- 168 4-1-4-1- شرکت‌های مدنی سرمایه‌ای
- 168 4-1-4-2- شرکت‌های مدنی شخصی
- 170 بخش 2- افراز و تقسیم
- 170 4-2-1- تقسیم و دارایی شرکت مدنی
- 171 4-2-2- ماهیت تقسیم
- 172 4-2-3- انواع تقسیم
- 172 4-2-3-1- تقسیم به تراضی
- 173 4-2-3-2- تقسیم به اجبار
- 173 4-2-4- مراتب تقسیم
- 173 4-2-4-1- تقسیم به افراز

174 تقسیم به تعدیل	2-4-2-4
174 تقسیم به رد	3-4-2-4
175 تقسیم به ثمن	4-4-2-4
176 موضوع تقسیم	5-2-4
176 تقسیم عین	1-5-2-4
176 تقسیم منافع (مهاریات)	2-5-2-4
177 تقسیم به دیون و مطالبات	3-5-2-4
177 ترتیب تقسیم	6-2-4
178 اثر تقسیم	7-2-4
178 اقاله تقسیم	8-2-4
179 بطلان تقسیم	9-2-4
181 بخش 3 - انحلال شرکت مدنی	
183 انحلال به تقضای شرکاء	1-3-4
185 انتفای موضوع شرکت	2-3-4
185 از بین رفتن تعداد شرکاء	3-3-4
186 افلاس شرکت	4-3-4
187 فهرست منابع	

مقدمه

شرکت در لغت به معنای قسمت و سهم می‌باشد. در اصطلاح حقوقی نیز، اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه را شرکت می‌گویند. بنابراین به مالکیت و شراکت چند نفر در ملک واحد به نحو مشاع، شرکت مدنی گفته می‌شود. شرکت مدنی از مباحث حقوق مدنی است و خود به دو قسم شرکت عقدی (مثلاً دو نفر باهم خانه‌ای بخرند) و شرکت قهری (مانند مالکیت وارث بر ارث) می‌باشد. عقد شرکت از نظر قانونگذار پذیرفته شده است زیرا احکام شرکت در زمره عقود معین آمده است و می‌توان مشارکت مدنی بانکی، مضاربه، مزارعه و مساقات را هم از اقسام شرکت مدنی تلقی نمود. فقها نیز شرکت مدنی را بر حسب نوع آورده شرکاء، به شرکت عنان، ابدان، وجوه، مفاوضه تقسیم نموده‌اند.

اسباب ایجاد شرکت مدنی اختیاری است و شرکت در نتیجه عقد، حیازت مشترک، امتزاج ارادی و عقود ناقله حاصل می‌شود.

مشارکت یکی از مسائل ضروری زندگی انسان‌هاست و قرن‌هاست که با آن روبه‌رو است. دین مبین اسلام بر مشارکت مسلمین در امور تأکید دارد. و در قانون مدنی ایران در مواد 571 الی 606 از مسائل و مباحث شرکت از قبیل، مفهوم و اقسام شرکت، اسباب تحقق، نحوه اداره و انحلال و تقسیم شرکت سخن به میان آمده است که برگرفته از فقه امامیه و دربر گیرنده نظریات مشهور فقهای شیعه است.

با بررسی آراء فقها، امامیه به ویژه دقت نظر در موارد اختلاف، این نتیجه به دست می‌آید که در مورد ماهیت شرکت مدنی از طرف فقهاء نظرات متفاوتی ابراز گردیده است به طوری که برخی منکر وجود عقد مستقلی به نام شرکت مدنی بوده و بعضی دیگر قائل به وجود آن، عده‌ای دیگر نظر بینابینی در این مورد اتخاذ نموده‌اند. البته تعداد معدودی از فقهای متأخر نیز وجود دارند که منشاء شرکت را ایقاع اذن از طرف شرکاء دانسته‌اند.

این پژوهش در چهار فصل گردآوری شده است. معنای لغوی و اصطلاحی و ضرورت شرکت در زندگی اجتماعی و اینکه شرکت به مال مشاع، شرکت تجاری و شرکت مدنی و همچنین شرکت اختیاری و قهری تقسیم می‌شود و نیز ساختار شرکت مدنی و شرایط صحت شرکت مدنی، ماهیت شرکت مدنی که عقد است یا ایقاع و آثار حقوقی مترتب بر شرکت مدنی در فصل اول مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

در فصل دوم سیستم‌های شرکت و اسباب تنوع در سیستم‌ها که عبارتند از تشریک، عقد، امتزاج

ارادی، عقود ناقله و حيازت مشترک بررسی شده‌اند.

احکام شرکت از قبیل سود و زیان، ضمان شریک، تصرف در مال شریک، موارد اختلاف، دریافت ثمن کالای فروخته شده، شریک در خرید، مکروهات شرکت و مبطلات آن در فصل سوم آمده است. همچنین در این فصل جرائم شرکت مانند تصرفات غیرقانونی شرکاء و حقوق شرکت نیز آمده است. فصل آخر هم شامل شخصیت حقوقی، مفهوم و ماهیت آن و نظر قائلین شخصیت حقوقی در شرکت مدنی و همچنین افراز و تقسیم دارایی شرکت مدنی و انحلال شرکت مدنی می‌باشد. طرح و بررسی مباحث در این پژوهش به شیوه بنیادی و بر پایه روش تحقیق‌های اسنادی می‌باشد. روش تحقیق، تحلیلی و استنتاجی است. روش کتابخانه‌ای و تجزیه و تحلیل مقالات و سایت‌های اینترنتی و فیش‌برداری می‌باشد.

امید است مطالب این پژوهش مفید واقع شود.

فصل اول

بخش 1- معنای لغوی و اصطلاحی

بخش 2- ضرورت شرکت در زندگی اجتماعی

بخش 3- انواع شرکت

بخش 4- شرکت‌های قهری و اختیاری

بخش 5- ساختار شرکت مدنی

بخش 6- ماهیت شرکت مدنی

بخش 7- شرکت مدنی و آثار حقوقی مترتب بر آن

بخش 1- معنای لغوی و اصطلاحی

1-1-1- معنای لغوی شرکت

الشركة در لغت مصدر است از شرک، یشرک و شرکاً و یشركة. و معنای لغوی آن اختلاط است و این که دو نفر به طور مشاع در چیزی شریک باشند.¹

در قاموس نیز آمده است:

«الشَّرْكُ والشَّرْكَةُ بِكسْرِ هِما و ضَمِّ الثَّانِي، بِمَعْنَى: قَدْ اشْتَرَكَا و تَشَارَكَا و شَارَكَا أَحَدُهُمَا الْآخَرَ»

یعنی: «شرک و شرکت به کسر شین در هر دوی این‌ها و همچنین به ضم شین در دومی، به این

معنا که دو نفر با هم شریک شدند و یکی با دیگری شریک شد.»

همچنین صاحب تاج العروس چنین می‌گوید:

الشَّرْكُ و الشَّرْكَةُ بِكسْرِ هِما و ضَمِّ اثْنَانِي، بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَ هُوَ مُخَالَطَةُ الشَّرِيكَيْنِ.²

یعنی «شرک و شرکت به کسر شین در هر دوی این‌ها و نیز به ضم شین در دومی بدین معنا که:

این دو یک معنا دارند که همان اختلاط دو شریک با همدیگر است.»

دکتر عبدالعزیز خیاط نیز در کتاب خود «الشركات في الشريعة الاسلاميه» این گونه می‌نویسد:

لفظ شرکت به سه شکل ضبط شده است:

1- الشركة: به فتح شین و کسر راء.

2- الشركة: به کسر شین و اسکان راء.

3- الشركة: به ضم شین و اسکان راء (البته این لفظ بر شیئی که در آن شریکند، اطلاق می‌شود).

وی در ادامه می‌نویسد:

شرکت از نظر لغت دو معنا دارد:

¹ - الافريقي المصري، بی‌تا، ج 2، ص 333 - بندریگی، 1370، ص 280 - نجفی، 1981، ج 26، ص 248.

² - الزبيدي، بی‌تا، ج 7، ص 148.

1- مطلق اختلاط؛ چه این که در مال باشد، یا در دو نفر شریک، یا غیر این دو.

2- عقد.^۱

1-1-2- معنای اصطلاحی شرکت

صاحب شرایع می نویسد:

شرکت، فراهم آمدن حق های چند مالک است در یک چیز، به طریق مشاع بودن آنها.^۲

صاحب الشركه فی الاسلام می نویسد:

شرکت عبارت است از این که شیء واحد مال دو نفر یا بیشتر باشد چه این شیء ملک باشد یا

حق.^۳

صاحب تحریر الوسيله پس از اینکه شرکت را نیز این گونه معنی می کند می فرماید:

همان گونه که شرکت بر معنی متقدم (کون شیء واحد الثنین أو أزيد) اطلاق می شود بر معنای

دیگری نیز اطلاق می شود که عبارت است از عقد واقع بین دو نفر یا بیشتر بر معامله نمودن به مالی

که مشترک بین آن دو است. این عقد، شرکت عقدیه و اکتسابیه نامیده می شود.

نویسنده کتاب فرهنگ معارف اسلامی می نویسد:

شرکت اصطلاحاً عبارت است از این که دو نفر یا بیشتر سرمایه ای تعیین و روی هم گذارده که

با آن کاسبی کنند.^۴

مرحوم آیت الله سید کاظم طباطبائی یزدی شرکت را چنین تعریف کرده است:

« عبارة عن کون الشیء الواحد للثنین أو أزيد»

^۱ - خیاط، بی تا، ج 1، ص 23.

^۲ - الحلّی، 1389، ج 2، ص 105-الکاظمی، 1365، ج 3، ص 93-الحلی، بی تا، ج 2، ص 298-الکرکی، 1411

، ج 7، ص 7.

^۳ - مدرس یزدی، 1414، ص 7.

^۴ - سجادی، 1366، ج 2، ص 1055.

شرکت، آن است که یک کالا مال یک یا چند نفر می‌باشد.^۱

1-1-3- شرکت عقدی

صاحب کتاب الشركات فی الشریعه الاسلامیه می‌نویسد:

شرکت از نظر لغت دو معنا دارد: یکی مطلق اختلاط است چه این که این اختلاط در مال باشد یا در دو شریک و یا غیر این‌ها و دیگری عقد است.

وی در ادامه می‌نویسد:

این معنای لغوی در معنای اصطلاحی شرکت ظهور و بروز نموده به حدی که شرکت در اصطلاح فقه اسلامی و قانون مدنی محقق نمی‌شود مگر به عقد و خلط اموال.^۲

صاحب تحریر الوسيله چنین می‌فرمایند:

شرکت دارای دو معنا است: 1- این که یک شیء مال دو نفر یا بیشتر باشد. 2- عقدی که بین دو یا چند نفر بر معامله مال مشترک بین آنها صورت می‌گیرد که شرکت عقدی یا اکتسابی نامیده می‌شود.^۳

صاحب جواهر (ره) می‌نویسد:

در مسالک به پیروی از جامع المقاصد آمده که شرکت دو معنی دارد:

1- فراهم آمدن حق‌های چند مالک در یک چیز به طریق مشاع. لکن این معنایی است که بهتر بود در باب احکام می‌آمد چون حصول اجتماع مزبور گاهی به عقد است و گاهی به غیر عقد، بلکه به غیر عقد بیشتر است.

2- عقدی که نتیجه جواز تصرف مالکین است دو شیء واحد به طریق مشاع.^۴

نتیجه این که شرکت دو معنا دارد: یکی شرکت در اموال یا حقوق همان‌گونه که در ارث است یا

^۱ - طباطبائی یزدی، 1417، ج 2، ص 522.

^۲ - خیاط، بی تا، ج 1، ص 23.

^۳ - الموسوی الخمینی، 1320، ج 1، ص 623.

^۴ - نجفی، 1981، ج 26، ص 286.

شرکتی که در بیع و در سایر موجبات شرکت حاصل می‌شود و دیگری شرکت عقدی است. هر کدام از این دو احکام آثاری دارند و اکثر فقهاء (رضوان الله تعالی علیهم) عنوان بحث را همان معنای اول قرار داده‌اند و معنای او را در احکام ذکر می‌کردند و معنای دوم را در ضمن عقود. متأسفانه می‌بینیم این دو معنا در کلمات فقهاء با هم مخلوط شده‌اند کما این که از صاحب جواهر (ره) نقل قول نمودیم و صاحب حدائق (ره) اصلاً معنای دوم را انکار نموده و فرموده است:

بر کسی که در روایات تأمل کند پوشیده نمی‌ماند که شرکت فقط یک معنا دارد که همان معنای اولی است که محقق و فاضل و شهید بیان نموده‌اند، اما معنای دوم اصلاً در روایات از آن بوئی به مشام نمی‌رسد. تا آنجا که می‌گوید: در این جا اصلاً نه عقدی است و نه عاقدی.^۱

محقق اردبیلی (ره) می‌گوید:

علامه در تذکره گفته است شرکت اجتماع ملاک در شیء واحد به طریق مشاع است. پس این که شرکت مطلقاً عقد باشد محل تأمل است. چرا که سبب شرکت گاهی ارث است و گاهی امتزاج و گاهی حیازت.

بلکه گاهی هم سبب عقد می‌باشد، پس اگر بعض حیوان را به بعض حیوان دیگر خرید، هر دوی آن‌ها شریکند ... پس در این که شرکت عقد باشد مسامحه است.^۲

صاحب مبسوط و سرائر می‌نویسند:

شرکت به سه قسم است: شرکت در اعیان و شرکت در منافع و شرکت در حقوق.

اما شرکت در اعیان از سه طریق است: 1- ارث، 2- عقد، 3- حیازت.^۳

مرحوم شیخ مفید نیز می‌فرماید: شرکت صحیح نمی‌باشد مگر در اموال.^۴

حاصل کلام:

^۱ - البحرانی، 1405، ج 1، ص 160.

^۲ - حسینی عاملی، 1326، ج 7، ص 398.

^۳ - الطوسی، بی تا، ج 2، ص 343 - الحلی، 1410، ج 2، ص 398.

^۴ - مفید، 1274، ص 632.

کسانی که تصریح به شرکت عقدیه نموده‌اند عبارتند از: 1- صاحب قواعد، 2- صاحب جوامع المقاصد، 3- صاحب مسالک، 4- صاحب ریاض، 5- صاحب جواهر الکلام، 6- صاحب عروه الوثقی، 7- صاحب مستمسک، 8- صاحب مبانی عروه الوثقی. و از عبارات بسیاری دیگر نیز همین مطلب استفاده می‌شود. منتها صاحب حدائق و آیت الله العظمی بروجردی (ره) شرکت عقدی را انکار کرده و فرموده‌اند:

آنچه که جستجوی در کلام قدما از اصحاب ما اقتضا می‌کند این است که ما در کنار سایر عقود، عقدی به نام شرکت نداریم بلکه امتزاج تمام علت برای حصول شرکت است.

نهایت امر چون مقتضی شرکت عدم جواز تصرف هر یک از دو شریک در مال مشترک است مگر با اذن شریکش و هدف مردم از مخلوط کردن اموالشان با یکدیگر این است که هر یک از دو شریک بتواند در آن مال تصرف نموده و خرید و فروش نماید تا استفاده‌ای ببرد لذا ناچارند که هر کدام دیگری را در تصرفات تجاری وکیل نمایند یا این که یکی دیگری را فقط وکیل نماید بدون عکس آن به این که امر تجارت به یکی از آنها واگذار نشود سپس شیوع پیدا کردن بین آنها اجرای صیغه وکالت و اذن با لفظ «تشارکنا» و امثال آن.

پس لفظ تشارکنا در حصول شرکت و مشاع بودن مال دخالتی ندارد و آنچه که موثر است همان امتزاج آن دو مال است. لذا در ادای این مقصود بیان لفظ تشارکنا واجب نیست بلکه امتزاج دو مال و اجازه هر یک به دیگری با هر لفظی که باشد کافی است.

پس آنچه را که متأخرین در ردیف سایر عقود ذکر کرده و آن را عقد شرکت نامیده‌اند اثری در کلام قدما ندارد بلکه نزد آنها از شعب وکالت است.

دلیل بر این مطلب این است که اگر یکی از دو شریک آنچه را که بعد از مزج دو مال بر آن عقد بسته‌اند فسخ نماید دیگری نمی‌تواند در آن مال ممزوج تصرف نماید در حالی که فسخ کننده تا هنگامی که طرف مقابل فسخ ننموده می‌تواند در آن مال تصرف کند چون فسخ یکی ابطال وکالت

دیگری است ولی وکالت خودش باقی است.^۱

صاحب مستمسک نیز می‌گوید:

مراد از شرکت عقدی در کلام فقها اگر انشاء مفهوم شرکت به وسیله عقد باشد که عرفاً تأمل در صحت آن سزاوار نیست و اگر مراد از شرکت عقدی انشاء اذن در تصرف باشد که این از عقود نیست بلکه از ایقاعات است و اصلاً ارتباطی به مفهوم شرکت پیدا نمی‌کند و اگر مراد از شرکت عقدی، اشتراکی است که به وسیله عقد ایجاد شده به شرط اذن در تصرف هر دو، این نیز مقتضای عموماً صحت در عقد و شرط است.^۲

بعد از اتمام این مطلب می‌گوئیم که:

شرکت یا ملکیه و حکمیه است و یا عقدی است.

اما شرکت ملکی عبارت از این است که شیئی مشترک بین دو نفر بیشتر باشد یعنی اختصاص به آنها داشته باشد به وسیله سببی از اسباب ملک مثل خریدن و پذیرفتن هبه و قبول وصیت و ارث یا به مخلوط شدن اموال آنها به شکلی که قابل جدا شدن نباشد مثل این که دو نفر مالی را بخرند یا این که کسی مالی را به آن دو هبه نماید یا برای آن دو به مالی وصیت کند و آنها قبول نمایند.

اما شرکت عقدی عبارت است از انشاء شرکت به وسیله عقد شرکت.

صاحب مفتاح الکرامه کلامی دارند که روشنگر خلط واقع در این بحث است.

صاحب مفتاح الکرامه می‌فرماید:

ماهیت شرکت عبارت است از فراهم آمدن حق‌های چند مالک در یک چیز به طریق مشاع.

وی در ادامه می‌نویسد: این تعریف در شرایع و مختصر النافع و تذکره و ایضاح و شرح ارشاد و

المهذب البارع و الروض آمده در حالی که کتب دیگر از این تعریف تهی می‌باشند.

اما کتبی که از شرکت به عنوان عقد تام نام برده عبارتند از: خلاف، مبسوط، کافی، وسیله، غنیه،

سرائر، جامع الشرایع، تذکره، تحریر، ارشاد، مختلف، شرح ارشاد، المهذب البارع، جامع المقاصد،

^۱ - البحرانی، 1405، ج 21، ص 161.

^۲ - الطباطبایی حکیم، بی تا، ج 13، ص 12.