لا يجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول ذاك في التكفيل مقصودا واما اذا
دخل في ضمن شي اخر فلا يشترط على ما ذكرنا في اشتراط الوكالة مع الجهالة او نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك
القياس كما في الاستصناع واشتراط التساوي في المال لان لفظه ينبئ عن التساوي والمراد به التساوي في مال تصح فيه
الشركة كالنقود ولا يضرها التفاضل في العروض واما شرطا ان يتساويا في التصرف لان المساواة شرط منها وهي تفوت
عند فوات المساواة في التصرف كالحر والعبد او البالغ والصغير لان الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه الا باذن المولى
والولي ولانهما لا يملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتدا وهو شرط فيها واشترط ان يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه يودي
الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه
شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشرا وكذا المسلم لا يقدر على شرايهما كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط وهذا عندهما
وقال ابو يوسف يجوز بينهما لان كلا منهما يملك التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما
الا انه يكره لان الكافر لا يهتدي الى الجائز من العقود ونظيره انها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية
وشرايه وجوابه ما بيناه والفرق لهما ان الحنفي والشافعي لم يتفاضلا في التجارة رضا لقالا الشافعي في زعمه ان بيع متروك
التسمية جايز لهما وفي زعم الحنفي غير جايز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما وكذا المحاجة باقية بينهما
فتلزمه فيرجع اليه بخلاف المسلم والذمي وتجوز بين الكافرين لاستوايهما في ملك التصرف والكفالة ولا تجوز بين العبدين
ولا بين الصبيين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها وهو ملك التصرف والكفالة فيهما او في احدهما ثم في كل موضع لا تصح
المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان كان عنانا لاجتماع شرايطه اذ هو اخص فكان ابطال الاعم تعين له قال
فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر لما ذكرنا قال ـــ وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم
اي ما يشتريه كل واحد منهما يكون للشركة الا ما استثناه لان مقتضى عقد المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قايم مقام
صاحبه في التصرف فكان شراوه كشرايه والقياس ان يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة مشتركا بينهما لانهما من
عقود التجارة فكان من جنس ما بنيا وله عقد الشركة الا انا استثنيناه للضرورة اذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان
عالما بحاجته ولم يقصد ان يكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لا يمكن تحصيله الا بالشرا فكان مستثنى بهذا القدر
من تصرفه من مقتضى العقد دلالة او عادة او هو كالمنطوق وكذا الاستيجار للسكنى او للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا
الادام والجارية التي يطاوها لما ذكرنا قال ـــ وكل دين لزم احدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الاخر لانه كفيله والمراد
بالكفالة اذا كانت بامر المكفول عنه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد الماذون
والمكاتب وتعتبر من الثلث في المرض وله انها معاوضة انتها بخلاف ما اذا كانت بغير امر او الكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف
ابي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره هو يقول انه ليس بتجارة فصار كارش الجناية وهما يقولان انه معاوضة
ولهذا يصح الاقرار به من الماذون والمكاتب وهذا لان شرط لزومه غير العاقد ان يكون بدلا عن شي يصح فيه الاشتراك وان لم يقع له
مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لان النفقة تصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لانه معاوضة عندنا على
ما مر في العتاق وكذا اذا استاجر احدهما يلزم الاخر صاحبه لما ذكرنا ولان المساواة به تتحقق ولا يلزمه ارش الجناية والمهر
والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عن ما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم الا المباشر
لان كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد الا ديون التجارة وهذه الاشيا ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت العقد ثم
اذا ادى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه الاخر بحصته وان ادى غير العاقد من ماله خاصة رجع
عليه بالكل وان ادى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لانه قضا دينه بمال صاحبه او قضا عنه صاحبه بامره قال ـــ
وبطل ان وهب لاحدهما او ورث ما يصح فيه الشركة اي بطلت المفاوضة اذا ورث احدهما او وهب له مال لا يصح فيه الشركة
ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ المساواة فيها شرط ابتدا وبقا اذ لا يشاركه الاخر
فيه لانعدام السبب في حقه وتنقلب عنانا للامكان اذ لا يشترط فيه المساواة قال ـــ لا العرض اي لو ملك احدهما

عرضا لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يمنع ابتدا فكذا بقا وهذا لان المفاوضة لا تبطل بقا وتعلق المال الا في مال
يصح عقد الشركة فيه ابتدا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او
دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا يصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتدا المفاوضة
فيمنع البقا لان للبقا ما ليس بلازم من العقود حكم الابتدا والمفاوضة منها قال ـــ ولا تصح مفاوضة وعنان بغير
النقدين والتبر والفلوس النافقة وقال مالك تجوز في العروض اذا اتحد الجنس لاشتراكهما في راس مال معلوم
كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت مع المنافي وهو ربح ما لم يضمن فتقتصر على مورد الشرع ولنا انه يودي الى ربح
ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن
وما لم يملك بخلاف النقدين لان ما يشتريه احدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا يتعين
فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرا وبيع الانسان ماله على ان يكون الثمن مشتركا بينه
وكيلا في بيع المال على ان يكون له بعض ربحه والوكيل بالبيع امين فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس
اذا كانت تروج فهي اثمان فاخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا تصح الشركة فيها ولا
المضاربة لان رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فيصير عرضا فلا يصلح راس المال في الشركة والمضاربة لانه
لا يمكن دفع راس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لا يعرف الا بالحزر فيودي الى النزاع وقيل ابو يوسف مع محمد والاقيس ان
يكون مع ابي حنيفة لما عرف من اصلهما ان الفلوس تتعين بالقصد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين
باعيانهما عندهما خلافا له والاصح انها تجوز في الفلوس عندهما لانها اثمان باصطلاح الكل فلا يبطل ما لم يصطلح على ضده واما التبر وهو
ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فجعله في شركة الاصل والجامع الصغير بمنزلة العروض فلم يصلح راس مال الشركة والمضاربة
وجعله في صرف الاصل كالاثمان لان الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة والاول هو ظاهر المذهب ووجهه ان الثمنية تختص بضرب
مخصوص لانه بعد الضرب لا ينصرف الى شي اخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه حكم العروض
في حق التعيين وعدم جواز الشركة والمضاربة به واما المكيل والموزون والعددي المتقارب فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط
وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند ابي يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه شركة عقد
وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند ابي يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما ويبطل
شرط التفاوت وجه قول محمد ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشرا به دينا في الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين
فبالنظر الى انه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن تجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيرا لحظهما عليهما بخلاف
العروض وجه ظاهر الرواية ان ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود في
الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق محمد بينهما فانه اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات
الامثال حتى يضمن متلفه مثله واذا خلط بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وابو يوسف يقول لا تاثير
لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط قال رحمه الله ـــ ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الاخر وعقدا الشركة صح اي
لو باع كل واحد منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الاخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة
عقد وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب الاخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة
عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير نصف مال
كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم
ما ذكر هنا من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما على السوا واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل
بقدر ما تثبت به الشركة كما اذا كانت قيمة عرض احدهما اربع مائة وقيمة عرض الاخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس
عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المال كله بينهما اخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله
بنصف مال الاخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جايز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية

Copyright King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com) 1