وشرطها كون المعقود عليه اي التصرف الذي عقد الشركة عليه قابلا للوكالة ليقع ما يحصل كل منهما مشتركا فيحصل لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب ونحوه من المباحات فان التوكيل لا يصح فيه بل كسب يكون لنفسه خاصة وعدم ما يقطعها اي الشركة كشرط دراهم مسماة من الربح لاحدهما فانه يقطع الشركة في الربح لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه وهي اي الشركة اما مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر قال في القاموس المفاوضة الاشتراك في كل شي والمساواة انتهى ولذا قال صاحب اللولوالجي لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قايلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتدا وانتهاء في مدة البقا وذلك بالمال والمراد به ما تصح الشركة فيه فلا يصح التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف الا انه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الاخر فاتت التساوي وكذا في الدين انتهى وقوله فلا تصح الى اخره تفريع على اشتراط المساواة في التصرف لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحد منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي اطلق العبد فشمل المكاتب واشار الى انها لا تصح بين العبدين والمكاتبين لان الصبيين ليسا اهلا للكفالة ولو باذن الولي واما العبدان وان كانا اهلا لها باذن المولى يتفاضلان فيها لايتفاوتان في القيمة واما عدم صحتها بين المسلم والكافر فمذهب ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف مما لا يملكه الاخر كالعقد على الخمر ونحوه ولا يعتبر بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جايزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الجايز من العقود ولا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في الحرام ولهما انه لا تساوي بينهما في التصرف فان الذمي لو اشترى براس ماله خمرا او خنازير يصح ولو اشتراها المسلم لا يصح وكل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرايطه لم يصح كما لو عقد بالغ وصبي او حر وعبد او مكاتب او شرط عدم الكفالة تصير عنانا وان عمها التصرف في المال وتساويا فيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة وتصح يعني المفاوضة بين حنفي وشافعي وان تفاوتا في التصرف في متروك التسمية عمدا لثبوت المساواة بينهما لان الدليل على كونه ليس بالاستقوم قايم والولاية الالزام بالحاجة تامة باتحاد الملة والاعتقاد لان الشافعي في زعمه شرا متروك التسمية جايز لهما وفي زعم الحنفي غير جايز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما بخلاف المسلم والذمي ولا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة او بيان مقتضياتها لان اكثر الناس لا يعرفون شرايطها فلا بد من التصريح بلفظها او ذكر ما تقتضيه المفاوضة فاذا بين ذلك

صحت

صحت لان العبرة للمعنى لا للفظ والمبنى قال في الحاوي القدسي ولا يجوز شركة المفاوضة حتى يقولا لفظا تفاوضنا او اشتركنا مفاوضة او ما في معناه وفي المجمع وشرحه ولا بد من لفظ المفاوضة لان هذا اللفظ يغني عن تعداد شرايطها او بيان جميع مقتضياتها يعني لو لم يذكر لفظ المفاوضة وبينا جميع مقتضياتها صح اعتبارا للمعنى انتهى فما اشتراه احدهما اي اذا ذكر اللفظ او بين المعنى يقع مشتركا الا الطعام اهله وكسوتهم اراد بالمستثنى ما كان من حوايجه فيشمل شراء بيت للسكنى والاستيجار للسكنى والركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التي لم يطاها باذن شريكه فليس الكل على الشركة وللاخر كفيل عنه وللبايع مطالبة ايهما شا بثمنها اي للبايع ان يطالب بثمن الطعام والكسوة ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الاخر بما ادى على المشتري بقدر حصته ان من مال الشركة لان الثمن كان عليه خاصا وقد قضى من مال الشركة وانما قيدنا في الجارية باذن الشريك لانه لو اشتراها للوطي والخدمة لنفسه بغير اذن شريكه فهي على الشركة كذا في البحر حاكيا عن المحيط وكل دين لزم احدهما بتجارة وغصب وكفالة بمال لزم الاخر ولو كان لزوم ذلك باقراره فدخل تحت التجارة ثمن المشتري في البيع الجايز وقيمته في الفاسد سواء كان مشتركا او لنفسه واجرة ما استاجر سواء كان استاجر لنفسه او لحاجة التجارة والمراد بالغصب ما يشبه ضمان التجارة فيدخل ضمان الاستهلاك والوديعة المجحودة والمستهلكة وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فيصير في معنى التجارة واما لزوم صاحبه بكفالته فهو قول الامام وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والمجنون والعبد الماذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره ثم النظر الى البقا تتضمن المفاوضة وبالنظر الى الابتدا لم يصح ممن ذكره وصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتدا وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون مثلها حكما لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه كذا في الهداية ومن ثم قيدنا الكفالة بكونها بالامر وقولي ولو باقراره يعني فانه يكون عليهما لانه اخبر عن امر يملك استيافه ذكره في البحر وعزاه الى المحيط قال الا اذا اقر لمن لا تقبل شهادته فانه يلزمه خاصة كاصوله وفروعه وامراته وعندهما يلزم شريكه الا لعبده ومكاتبه ولو اقر لمعتدته المبانة لم يصح عند ابي حنيفة وروي الحسن انه يصح بناء على انه لا تقبل شهادته لمعتدته في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تقبل انتهى واذا ادعى احدهما فله تحليف الاخر قال اللولوالجي في فتاواه واذا ادعى على احد المتفاوضين فجحد فاستحلف فاراد المدعي استحلاف الاخر فان القاضي يستحلفه على فعل نفسه فايهما نكل عن اليمين مضى الامر عليهما لان اقرار احدهما كاقرارهما ولو ادعى على احدهما وهو غايب كان له ان يستحلف الحاضر على علمه لانه فعل غيره

Copyright © King Saud University