ولا بين المسلم والكافر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة
ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف
في متروك التسمية عامدا الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف
فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا بين
الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في
العنان كان عنانا لاستجماع شرائطه لعنان اذ هي قد يكون خاصا وقد يكون عاما وتنعقد على الوكالة
والكفالة اما الوكالة فليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة فليتحقق المساواة فيما هو من مواجب
التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وما اشتراه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم
وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء
احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة
معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون
على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري
بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح
فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم
الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة ولو تكفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من
الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رح انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان
بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح
ممن ذكرناه ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح
انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو

مُتساويين فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به
ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف
لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذا في الدين لما بينا
ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز
وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس
انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد
وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس
يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في
المضاربة ولا ينعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام
حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى ويجوز بين
الحرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما
كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك
لا يملك واحد منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك احدهما الا باذن الولي

ولا بين المملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة

ولا بين

Copyright © King Saud University