وهذا لان الشركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امور الشركة الى صاحبه
على الاطلاق ولان اشتقاقها من المساواة قال الشاعر لا يصلح الناس فوضى
لا سراة لهم • ولا سراة اذا جهالهم سادوا فوضى جمع فائض كهوى
جمع هائر ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساويين لتحقق
المنازعة والمحاربة بينهم فاذا كان كذلك فلا بد من تحقق المساواة بين شريكي المفاوضة
وذلك في المال الذي تصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملكه احدهما تصرفا
لا يملك الآخر فات التساوي وكذا في الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يشترط التساوي في الدين فيجوز بين المسلم والكافر عند التساوي
بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة التصرف وملك احدهما دون الآخر
كبيع الخمر مثلا لان المفاوضة بين الحنفي والشافعي جائزة مع التفاوت في التصرف
في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود لعدم
معرفته بحدود الشرع ولهما انه لا مساواة بينهما في التصرف فان الذمي لو اشترى
براس المال خمرا او خنزيرا يصح ولو اشتراهما مسلم لا يصح وقوله ان تضمنت وكالة و
كفالة ظاهر هذا الكلام مشير الى ان كونه متضمنا للوكالة والكفالة شرط كونه مفاوضة
لكنه ليس كذلك بل هو حكم كونه مفاوضة فهذه بعد وجود التساوي في المذكورات
تنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فليتحقق المقصود وهو الشركة في المال
لما قلنا ان مقتضى العقد هو المساواة واما الكفالة فليتحقق المساواة فيما هو من لوازم
التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام
اهله وكسوتهم لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد قائم مقام صاحبه في التصرف
فكان شراء احدهما كشرائهما الا انا استثنينا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوة نفسه
والادام لان هذه الاشياء مستثناة عن المفاوضة لضرورة الحاجة اذ الحاجة
اليها معلوم الوقوع وكل دين لزم احدهما بتجارة او غصب او كفالة لزم الآخر اي
وكل دين لزم احدهما بسبب التجارة او الغصب لزم الآخر تحقيقا للمساواة وظاهرا

لمعن

لمعنى الكفالة لان احدهما كفيل عن الآخر قيد بقوله بتجارة وكفالة احترازا عن دين لزم
احدهما بسبب لا تصح فيه الشركة كالجنايات والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
والنفقة كذا في شرح الوقاية وما يصح فيه الاشتراك كالبيع والاجارة والشراء والاستيجار
وكذا لو كفل احدهما عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة وقالا لا يلزم لان الكفالة تبرع
فصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لانه
يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى
البقاء يتضمنها المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح من الصبي والعبد الماذون و
المكاتب واما الاقراض فهو على الخلاف ايضا ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها
حكم عينها لا حكم البدل فلا معاوضة فيه واما الكفالة بالنفس فلا معاوضة ثم مطلق
الكفالة في الكتاب محمول على المقيد وهو ما اذا كانت الكفالة بامره وهو الصحيح كذا
في الهداية وتبطل ان وهب لاحدهما او ورث ما تصح فيه الشركة لا العرض اي ان
ورث احدهما ما تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير او وهب له ووصل الى يده
بطلت المفاوضة وصارت الشركة عنانا لفوات المقصود وهو المساواة في المال
الا انه ينقلب عنانا للامكان لان المساواة فيه ليس بشرط وقوله لا العرض اي وان
وهب لاحدهما عرض او ورثه فهو له ولا يفسد بها المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح
فيه الشركة في هذه الاشياء فلم تشترط فيه المساواة ايضا ولا تصح مفاوضة وعنان
بغير النقدين والتبر والفلس النافقين اي ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم و
الدنانير والفلوس النافقة وقال مالك يجوز الشركة بالعروض والمكيل والموزون
ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه العقود بخلاف
المضاربة لان القياس يابا هما لما فيها من ربح ما لم يضمن لان مال المضاربة غير مضمون على
المضارب وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وللمضارب نصيب من
الربح مع عدم الغرم فاقتصر النهي على مورد الشرع وهو عقد المضاربة ولنا انه ايضا يؤدي الى
الحارث ربح ما لم يضمن لانه باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحق احدهما

Copyright © King Saud University