على رواية الحسن حتى لو اقرض احد المتفاوضين جاز عليه وعلى شريكه ولا يضمن لشريكه
شيئا وهو مذهب محمد ايضا وعند ابي يوسف لا يجوز كذا في الايضاح وكفاية البيهقي ولئن
سلمنا ان الاقراض لا يلزم على صاحبه عند ابي حنيفة فنقول الفرق بينه وبين الكفالة بالمال
ظاهر لان الكفالة في معنى ضمان التجارة لما قلنا فكانت معاوضة بخلاف الاقراض فانه
تبرع محض ليس فيه معنى المعاوضة وهذا لان المثل القرض حكم العين اذ لو لم يكن كذلك كان
بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم ان له حكم العين لا حكم البدل فكان الاقراض
اعارة لا معاوضة الا ترى الى الاقراض لا يصح فيه التاجيل لانه لو صح يلزم الجبر
فيما فيه تبرع وهو فاسد فلما ظهر الفرق بين الكفالة بالمال وبين الاقراض فسد
قياسها عليه قوله لانه تبرع اى لان عقد الكفالة تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والصبي الصالح
لكون الكفالة تبرعا ولو صدر من المريض يصح من الثلث وهذا ايضا ايضاح لكون
الكفالة تبرعا وانما ذكر الفعل اعني قوله صدر بلفظ التذكير على تاويل عقد الكفالة و
المراد من المريض هو المريض مرض الموت قوله وصار كالاقراض اى صار عقد الكفالة بالمال
كالاقراض حيث لا يلزم الشريك قوله لانه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا
كانت الكفالة بامره هذا تعليل لكون الكفالة معاوضة بقاء يعني ان الكفيل يستحق الضمان
عن المكفول عنه فكانت الكفالة معاوضة بقاء وضمان المعاوضة يجب على صاحب المفاوض
قوله بمن ذكره اى ذكره ابو يوسف ومحمد وكان القياس ان يقول ذكراه بضمير الاثنين او
القياس ان يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول فلعله وقع
هكذا من قلم الكاتب قوله واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه وهو رواية
الحسن وقد مرت الفاهذا جواب بطريق المنع والمراد من ذكره الصبي والعبد المأذون
والمكاتب قوله ولو سلم هذا جواب بطريق التسليم وجوابه ان الخ فيما بينا قال الفقيه ابو الليث
في كتاب العيون روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال اذا اقرض احد المتفاوضين
جاز ذلك عليهما قال الفقيه هذا خلاف رواية كتاب المبسوط قوله ولو كانت الكفالة بغير امره
لا يلزم صاحبه في الصحيح وهذا اشارة الى اختلاف المشايخ فيما ذكر محمد في الجامع الكبير يعني اذا
كفل احد المتفاوضين بمال عن اجنبي انما يلزم ذلك صاحبه عند ابي حنيفة اذا كانت الكفالة
بغير امره لم يلزم صاحبه لانعدام معنى المعاوضة واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع

الصغير

الصغير من قبل الكفالة بامر المكفول عنه وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح الجامع الصغير
بينهما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الكتاب الجامع الصغير قوله وضمان الغصب
والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة اعلم ان ضمان الغصب والاستهلاك يلزم الشريك
في ظاهر الرواية عن ابي يوسف انه لا يلزم وقد مر بيانه عند قوله وما يلزم كل واحد منهما من
الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك وضمان الكفالة يلزم الشريك عند ابي حنيفة خلافا لهما
كان حق الكلام ان يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف في غير رواية الاصول فافهمه قوله قال وان ورث احدهما ما يصح فيه الشركة
او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا هذا لفظ القدوري في
مختصره اى صارت الشركة عنانا وقوله مالا نكرة موصوفة صفته الجملة الفعلية بعده
قال في شرح الطحاوي ولو استفاد احدهما مالا بالميراث او بالهبة او بالوصية او بالصدقة
فانه ينظر ان كان ذلك المال مما لا يقع عليه عقد الشركة لم تبطل المفاوضة وان كان مما
يقع عليه عقد الشركة لم تبطل ايضا حتى يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة
وصارت شركتهما عنانا في جميع التجارات لان الاصل في المفاوضة اذا فسدت صارت
عنانا وكذلك لو كان راس مال احدهما دراهم وراس مال احدهما دنانير وقيمتهما سواء اذا
زادت قيمة الدنانير او انتقصت قبل الشراء بالدنانير فسدت المفاوضة لان الدنانير
باقية على ملك صاحبها فلما ازدادت او انتقصت فقد زاد مال احدهما ولو ازدادت او انتقصت
بعد الشراء بها فانه لا يوجب فساد المفاوضة لان المشترى بالدنانير صارت بينهما نصفين
فلا تعتبر قيمة الدنانير بعد ذلك وقد مر مثل هذا البيان عند قوله فلا بد من تحقيق المساواة
فيتضح قوله وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار اى العقار
حكمه في الارث حكم العرض لا تفسد به المفاوضة ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري قالوا
في فتاواه وان ورث عرضا او ديونا لم تبطل ما لم يقبض الديون لانه لا يصلح راس المال في الابتداء
فلا تبطل لعدم حالة البقاء وقال في العيون وقال ابن ابي ليلى اذا ورث احدهما مالا فهو بينهما وقال
اصحابنا هو للذي ورثه فصل قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة هذا لفظ القدوري في مختصره ونقل صاحب الهداية انها تجوز عند مالك بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا وقال في وجيزهم والاقيس انه يجوز في كل مال يعني شركة

Copyright © King Saud University