

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه، قال: (الشركة ضربان: شركة أملاك،

كتاب الشركة

هو بإسكان الراء في المعروف. أو رد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين: كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر، كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر. وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مؤثره وله وارث آخر والمفقود حي، وهذه مناسبة خاصة بينهما. والأولى عامة فيهما. وفي الأبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط، وإنما قدم المفقود عليها وأولاه الإباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والأبق. وكان بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال: لأن المال على عرضية التوي. وحاصل محاسن الشركة ترجع إلى الاستعانة في تحصيل المال. والشركة لغة: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما، وما قيل إنه اختلاط النصيبين تساهل، فإن الشركة إسم المصدر، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركاً، فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط. وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له إسم من المادة، ولا يظن أن اسمه الاشتراك لأن الإشتراك فعلهما أيضاً مصدر اشتراك الرجلان افتعال من الشركة، ويعدي إلى المال بحرف «في» فيقال اشتركا في المال: أي حققا الخلط فيه، فالمال مشترك فيه: أي تعلق به اشتراكهما: أي خلطهما. وركنها في شركة العين اختلاطهما، وفي شركة العقد اللفظ المفيد له. هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لأنه سبب الخلط، فإذا قيل شركة العقد بالإضافة فهي إضافة بيانية قوله: (الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعتها بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء ١٢] وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد، وقوله تعالى ﴿وإن كثيراً من الخلطاء﴾ [ص ٢٤] أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام إخباراً للخصمين عن شريعته إذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا. وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب «أنه قال للنبي ﷺ: كنت شريكاً في الجاهلية

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الأبواب المارة انسقت إلى هاهنا على الوجوه المذكورة. ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن نصيب المفقود من مال مؤثره مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالكين في الشركة ذكرها عقبيه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له، والشركة جائزة لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير منكر. وهي على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، وكلامه ظاهر. وقوله: (خلطاً يمنع التمييز رأساً) كخلط الحنطة بالحنطة، أو إلا بجرح كخلطها بالشعير. وقوله: (فإنه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) إلا بإذن شريكه. وقوله: (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط، فإذا حصل بغير تعدد كان سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين. وقوله: (قابلاً للوكالة) احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد، فإن الملك في هذه الصور يقع لمن مباشر سببه خاصاً لا على وجه الاشتراك: أي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة، ثم شركة المفاوضة من بينها

كتاب الشركة

قوله: (وهي عبارة عن اختلاط نصيبين الخ) أقول: فيه تسامح، فإن الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب. قال

وشركة عقود. فشركة الأملاك: العين يرثها رجلان أو يشترئانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب رجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو يخلطهما خلطاً يمنع التمييز رأساً أو إلا فكنت خير شريك لا تداريء ولا تماري^(١) وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم^(٢) عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام: «مرحباً بأخي وشريكي كان لا يداريء ولا يماري، يا سائب قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك»^(٣) وكان ذا سلف وصدافة، واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، وقول السهيلي فيه إنه كثير الاضطراب، فمنهم من يرويه عن السائب، ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب. ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة، إنما يصح إذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان، أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته ﷺ فثبت على كل حال. قال إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: يداريء مهموز في الحديث: أي يدافع. ثم إيراد المشايخ هذا إنما لا يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل: أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقررههم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرک الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام «قال الله تعالى «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما» زاد رزين «وجاء يد الشيطان»^(٤) وضعفه القطان بجهالة والد أبي حيان وهو سعيد، فإن الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان، ورواه غيره عن أبي حيان مرسلأ، ورواه الدارقطني «يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما»^(٥) ولا شك أن

مخصوصة بتضمن عقد الكفالة. ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله: (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أي من عقد الشركة، وشرح هذا أن هذه العقود إنما تضمنت الوكالة لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلأ عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملاً لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركاً بينهما فصار كل واحد منهما وكيلأ عن صاحبه بمقتضى عقد

المصنف: (فشركة الأملاك العين) أقول: أي شركة العين، فالمضاف مقدر قال المصنف: (يرثها رجلان أو يشترئانها) أقول: قوله يرثها صفة العين كما في قوله تعالى «كمثل الحمار يحمل أسفارا».

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٨٣٦ وابن ماجه ٢٢٨٧ والحاكم ٦١/٢ كلهم من حديث السائب بن أبي السائب. وكذا البيهقي ٧٨/٦. قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي قال الزيلعي في نصب الرأية ٤٧٤/٣: قال السهيلي في الروض الأنف: حديث السائب كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب بن أبي السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء، ولا تقوم به حجة، واضطراب في منته أيضاً فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ومنهم من يجعله من قول أبي السائب في النبي ﷺ اه لكن كثرة الطرق عن السائب تعطيه قوة. فائدة: قال إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: إن تداريء مهموز من المداراة وهي المدافعة. وتماري. غير مهموز من المماراة وهي المجادلة اه الزيلعي.

(٢) قوله: (ابن خثيم) بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر هـ.

(٣) حسن. أخرجه أحمد ٤٢٥/٣ والبيهقي ٧٨/٦ من حديث السائب بن عبد الله. وتقدم الكلام عليه في الذي قبله.

(٤) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٣٣٨٣ والحاكم ٥٢/٢ والبيهقي ٧٨/٦، ٧٩ والدارقطني ٣٥/٣ كلهم من حديث أبي هريرة.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في نصب الرأية ٤٧٤/٣: قال ابن القطان: إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً وأبو حيان أحد الثقات لكن أبوه لا يعرف، وهو سعيد بن حيان، وقد رواه الدارقطني عن أبي حيان. مرسلأ، ورواية عن أبي حيان عن أبيه مرسلأ.

الخلاصة: الحديث ضعيف كونه موصولاً لكن اعتضد بالمرسل فهو يقرب من الحسن ولم أقل إنه حسن لأن المرسل من نفس الطريق ولو كان من طريق آخر لصار حسناً.

(٥) أخرجه الدارقطني ٣٥/٣ عن أبي حيان التيمي عن أبيه مرسلأ اه فهو مرسل.

بحرج، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني: شركة العقود، وركنهما الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) وشرطه أن يكون التصرف

كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتاً مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه، إذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي ﷺ وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره ﷺ عليها قوله: (الشركة ضربان: شركة أملاك، وشركة عقود، فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر، فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتبها عيناً أو ملكاها بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط بخلطهما خلطاً يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير، ولو المتجاوران فاختلف ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطاً يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير، ولو قال: العين يملكها كان شاملاً، إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك، وقد يقال: بل يملك شرعاً ولذا جاز هبته ممن عليه، وقد يقال إن الهبة مجاز عن الإسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه، والحق ما ذكروا من ملكه، ولذا ملك ما عنه من العين على الإشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئاً كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك، ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاء وآخر الآخر. قالوا: والحيلة في اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته، وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلاً منهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة، وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (إلا بإذن الشريك) قال المصنف: (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي، بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط، لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدر على التسليم والتسلم، وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدياً سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط، فإذا حصل بغير تعدي يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدي، فعند عدمه لا يثبت من وجه وإلا لكانت جميع المسيبات ثابتة من وجه قبل أسبابها، وأيضاً فالزوال إلى الخالط عيناً لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي، بل المترتب عليه اعتباره زائلاً إلى الشريك الخالط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط إذا باع من الأجنبي. وإنما قلنا: إن تمام السبب التعدي لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وإنما يتبين به أي تعد

الشركة. وقوله: (ثم هي أربعة أوجه) ذكر في وجه الحصر على ذلك أن الشريكين إما أن يذكرا المال في العقد أو لا. فإن ذكراً، فإذا أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أولاً. فإن لزم فهي المفاوضة وإلا فالعتان، وإن لم يذكره فإذا أن يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أو لا، فالأول الصنائع والثاني الوجوه. ومعنى البيت: لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات، فإنهم إذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم، والسرعة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره. وقيل هو اسم جمع للسرى. وقوله: (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء) أما ابتداء

المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي

هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه قوله: (والضرب الثاني شركة العقود، وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرها المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارة. البازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات، وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي، وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى، ولهذا لو دفع ألفاً إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة، ويندب الإشهاد عليها. وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابها فقال: هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة، ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول: وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعاً وشتى، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة، وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول: لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فلتحرز عنه يكتب هذا، ثم يقول: فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما، وما كان من ضيعة أو تبة فذلك، ولا خلاف أن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل، واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سيذكر، فإن كان شرطاً التفاوت فيه كتيابه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا، وإنما يكتب التاريخ كي لا يدعي أحدهما لنفسه حقاً فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ قوله: (وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولاً لمعقود، وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة، وإنما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح، إذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وأصيلاً في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص المشتري بالمشتري، واحترز به عن الاشتراك في التكدّي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد، فإن الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب قوله: (ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه: مفاوضة، وعنان، وشركة الصنائع، وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر إن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا، وفي الذكر إما أن تشترط المساواة في المال وريحه وتصرفه ونفقه وضرره أو لا، فإن شرطاً ذلك فهو المفاوضة وإلا فهو العنان. وفي عدم ذكر المال إما أن يشترط العمل في مال الغير أو لا، فالأول الصنائع، والثاني الوجوه. وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه ولا يكونان مفاوضة ولا عناناً، وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي، فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالوا: الشركة على

فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه، وأما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة، فإن لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء، وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء وقوله: (وذلك) أي تحقق المساواة في المال، والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالمروض والديون والعقار، حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون. وقوله: (كل ذلك بانفراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد، حتى لو وكل رجلاً وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسداً، وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل، فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالطلان. فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف في ماله. أجب بأن العموم ليس بمراد هاهنا، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله، فإذا لم يكن عاماً كان توكيلاً بمجهول الجنس فلا يجوز قوله: (والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة) يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعاً فكذلك هاهنا، ألا ترى أن شركة العنان تصح وإن تضمنت ذلك لأن ما يشتره كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة. وقوله: (لأن المعبر هو المعنى دون اللفظ) يوضحه أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ضمان الأصل كفالة.

أربعة أوجه: مفاوضة، وعنان، وشركة الصنائع، وشركة الوجوه. فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة، قال قائلهم:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا
أي متساويين. فلا بد من تحقيق المساواة ابتداءً وانتهاءً وذلك في المال، والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر

ثلاثة أوجه: شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه. وكل منهما على وجهين: مفاوضة وعنان، وسيأتي البيان إن شاء الله تعالى قوله: (فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره كما أنه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما إلى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك، ولا يخفى أن قول المصنف إذ هي من المساواة تساهل لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق، بل هي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء: إذ عم وانتشر، وإنما أراد أن معناها المساواة، واستشهد بقول الأفوه الأودي:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا
وبعده:

إذا تولى سراة الناس أمرهم نما على ذلك أمر القوم وازدادوا
وقيل بعده:

تهدى الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجهال ينقادوا
ومعنى البيت: إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلاً ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى ﴿لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدنا﴾ [الأنبياء ٢٢] والسراة جمع سري، وهو السيد، وجعله صاحب المفصل إسم جمع له كركب في راكب. والسري فعيل جمع على فعلة بالتحريك، وأصله سرورة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً فصار سراة، وأصل سري سربو اجتمعتا وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم أدغمت في الياء، وسيأتي وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداءً) عند عقد الشركة (وانتهاءً) أي في مدة البقاء لأن عقد الشركة عقد غير لازم، فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء فكان لبقائه حكم الإبتاء، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه، حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عناناً، بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لأن الشركة انتقلت إلى المشتري فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه. ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة، وفي الاستحسان لا تفسد لأن الشراء بالمالين جميعاً قل ما يتفق فيلزم باشرطه حرج، ولأن المساواة قائمة معنى لأن الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقاً عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة، فلو كان لأحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض

وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله لتحقق التساوي: أي في كونهما ذمييين. وقوله: (ولا تجوز) أي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر. واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوي في التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع أنهما لا يتساويان في التصرف، فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لا اعتقاده المالية فيها، والكتابي لا يتصرف فيها، وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي لأن ذبيحته لا تحل، وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف. وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة، وللتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لأن من جعل الموقوذة ما لا

التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه، وكذا في التصرف، لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملك الآخر لفات التساوي، وكذلك في الدين لما نبين إن شاء الله تعالى، وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً. وفي القياس لا تجوز، وهو قول الشافعي. وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة، وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل ذلك بانفراده فاسد. وجه الاستحسان قوله ﷺ «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» وكذا الناس يعاملونها من غير تكبير

وقيمتاهما متساوية صحت المفاوضة، بخلاف ما لو زادت، وكذا لو كان لأحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتها ألف صحت، فإن زادت صارت عناناً، وكذا لو ورت أحدهما دراهم أو اتهمها تنقلت عناناً. ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض، ولو كان لأحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة، ولو كان له دين صحت إلى أن يقبضه، فإذا قبضه فسدت وصارت عناناً، ولذا يعتبر التساوي في التصرف، فإنه لو ملك أحدهما تصرفاً لم يملكه الآخر فات التساوي، وكذا في الدين لما نبين عن قريب قوله: (وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمهم الله استحساناً. والقياس أن لا يجوز، وهو قول الشافعي رحمه الله. وقال مالك رحمه الله: لا أعرف ما المفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل: إذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد. والمعنى: لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع، وما لا وجود له شرعاً لا صحة له. وقد حكى عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما إلى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير أن لا يشترط التساوي في المالين، وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين، ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قولهما وهو وجه (القياس أنها تضمنت الوكالة) بشراء (مجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتكم بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته، ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فساداً. فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتكم في مالي أصنع فيه ما شئت حتى يجوز له أن يفعل فيه ما يشاء قلنا: العموم غير مراد، فإنه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم، فإذا لم يكن عاماً كان توكيلاً بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران: أحدهما ما روي عنه ﷺ أنه قال «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»^(١) أي أن عقد المفاوضة أعظم للبركة، وقوله ﷺ «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»^(٢) وهذا الحديث لم يعرف في كتب

متقوماً لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتتحقق المساواة، وأما مؤاجرة نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لأن كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائيه، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته. وأما مسألة الحنفي والشافعي فإن المساواة بينهما ثابتة، لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عامداً ليس بمال متقوم، ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعاً لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف. وقوله: (ولا بين الصبييين) يعني وإن أذن لهما أبوهما لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك، وكذلك المكاتبان. وقوله: (إذ هو) أي العنان قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً: يعني قد يكون عاماً في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها، والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة

قال المصنف: (وكذا في التصرف) أقول: عطف على قوله وذلك في المال قال المصنف: (وكللك في الدين) أقول: عطف على قوله وذلك في المال قوله: (لما نبين إن شاء الله تعالى) أقول: إشارة إلى قوله ولا بين المسلم والكافر قال المصنف: (وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة) أقول: قال في الكافي: وهو تناقض، لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد، إذ لا تصديق بلا تصور. ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكماً بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اهـ. وفيه بحث.

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٧٥ وقال ابن حجر في الدراية ٢/١٤٤: لم أجده.

(٢) قال ابن الهمام: هذا الحديث لم يُعرف في كتب الحديث أصلاً.

ويه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لأن المعتبر هو المعنى. قال: (فتجوز بين الحزبين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي، وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً تجوز أيضاً) لما قلنا (ولا تجوز بين الحرّ والمملوك

الحديث أصلاً، والله أعلم به، ولا يثبت به حجة على الخصم، وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «ثلاث فيهن البركة: بيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البرّ بالشعير للبيح لا للبيح»^(١) وفي بعض نسخ ابن ماجه: المفاوضة بدل المقارضة. ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث، وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا) بها من غير تكبير ويه يترك القياس) لأن التعامل كالإجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن. ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لأنها إنما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً (كما في المضاربة) فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام، وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متحملة تبعاً الجواب عن إلزام الكفالة لمجهول، وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال: وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها، وهو منعدم هنا لأن كل واحد إنما يصير ضامناً عن صاحبه ما لزمه بتجارته، وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم، وكان المصنف إنما لم يعرّج عليه، لأنه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء، لأن عند اللزوم لا بد أن يتعين المكفول له فاكتمى بنفي الإلزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعاً لا قصداً، ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصداً عدم صحتها ضمناً، وعلى هذا يمكن إثبات صحتها شرعاً أخذاً من هذا الجواب، هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحتها، والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع إذا ثبت قصداً، ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصداً منعه إذا ثبت ضمناً. فإن قيل: فمن أين اشتراط المساواة في المال؟ قلنا: هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح، وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان متساويي المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما. فقلنا: إن عقداً على الوجه الأول سميها الشركة مفاوضة وإلا سميها عناناً، غير أننا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا إياه علماً على تمام المساواة في أمر الشركة، فإذا ذكرها ثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى، بخلاف ما إذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاهما بأحكامها إلا أن يذكرها تمام معناها، بأن يقول أحدهما: وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة، وعلى أن كلا منا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع، وهذا قول المصنف (وتنقده بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن فهم العوام، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة إلى إفهامه، ولو عقداً بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعدت عناناً إذا لم يكن المنتفي من شروط العنان تعبيراً بالمفاوضة عن العنان قوله: (وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً) إن فيه للوصل. وقوله: (لما قلنا)

ويراد معنى العنان، كما يجوز إثبات معنى الخصوص بلفظ العموم قوله: (وتنقده على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا: يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً، وعلى الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر، وإليه أشار بقوله:

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٢٨٩ من حديث صالح بن صهيب عن أبيه.

قال البرصيري في الزوائد: في إسناده صالح بن صهيب مجهول، وعبد الرحيم بن داود. قال القليبي: حديثه غير محفوظ. ونصر بن قاسم قال البخاري: حديثه مجهول.

ولا بين الصبيِّ والبالغ) لانعدام المساواة، لأن الحرَّ البالغ يملك التصرف والكفالة، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى، والصبيُّ لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الوليِّ. قال: (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة، ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة. ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية، إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود. ولهما أنه لا تساوي في التصرف، فإن الذمي لو اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح، ولو اشترها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدین ولا بين الصبيین ولا بين

أي لتحقيق التساوي إذ الكفر كله ملة واحدة قوله: (ولا تجوز بين الحرِّ والمملوك ولا بين الصبيِّ والبالغ لتعذر المساواة، لأن الحرَّ البالغ يملك التصرف والكفالة، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى، والصبيُّ لا يملك الكفالة) أصلاً ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف إلا بإذنه. قال: ولا بين الكافر والمسلم، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فإنها جائزة، ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية إلا أنه يكره) أي عقد الشركة بين المسلم والكافر (لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود أو يحترز من الربا فيكون سبباً لوقوع المسلم في أكل الحرام) وقوله: إلا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه، وفيه نظر لأن قضية الاستثناء أن ينتفي الحكم عما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التي يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت، فإنما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة: أي لكنه مكروه، وبعض أهل الدرس قالوا: يريد الاستثناء المنقطع لما رواه بمعنى لكن، وهو غلط لأن المستثنى في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر، فالحمار لم يجرى في قولك جاءوا إلا حماراً فيقتضي إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما أنه لا تساوي في التصرف، فإن الذمي لو اشترى برأس ماله خموراً وخنازير يصح، ولو اشترها المسلم لا يصح) لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه، وكذا بين الكتابي والمجوسي فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لأنه يعتقد ماليتها دون الكتابي، وكذا الكتابي يؤجر نفسه للذبح دون المجوسي. وأجيب بأن منهم من جعل الموقوذة مالاً متقوماً في حقهم فلا فضل بين المجوسي والكتابي فتتحقق المساواة في التصرف، وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته، وأما الحنفي والشافعي

لتتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً. وقوله: (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل. وقوله: (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة قوله: (فمما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة، وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الأشياء للمؤجر أن يأخذ أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلاً إلى مكة يحج عليها فللمكاري أن يأخذ أيهما شاء، إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره، وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدّي، وأما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه، ومن القسم الآخر الجنابة على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة، فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحه خطأ لها أرش مقدراً واستحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومه له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة، فأما ما يلزمه بسبب الجنابة فلا يكون

المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان، إذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً. قال: (وتعتقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه، وأما الكفالة: فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً. قال: (وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته، وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف،

فالمساواة ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالاً متقوماً قائم، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي. وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم، وهكذا ذكره الكرخي. وذكر في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز عنده قوله: (ولا بين الصبيين) يعني ولو أذن وليهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدین والمكاتبين قوله: (وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حرّ وعبد أو مكاتب أو شرطاً عدم الكفالة تصير عناناً وإن عمما التصرف والمال وتساويا فيه، لأن عقد شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً، بخلاف المفاوضة لا تكون إلا عامة قوله: (وتعتقد) أي المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره: أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتره وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة فلتحقق غرض الشركة) وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراط في الربح (وأما الكفالة فلتحقق المساواة) التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم) فيختص به، ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه له حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وإدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري، بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فإنه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة إن شاء الله تعالى، وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة (فإن الحاجة الراتب معلوم وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام، ومنه أمر ترتب: أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من أن مقتضى العقد المساواة، ثم كفالة كل الآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة، أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ به شريكه، وضمنان التجارة كضمن المشتري في البيع الجائر وقيمه في الفاسد وأجرة ما استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة، وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو

الآخر كفيلاً به، ألا ترى أنه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه، وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها، وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها، ومن هذا يتبين صورة غيره قوله: (ولو كفل أحدهما) ظاهر قوله: (ولو صدر) يعني عقد الكفالة، وإنما قيد بحال المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقي حال بقائها، وفي حال البقاء الكفالة معاوضة. قوله: (فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني وحاجتنا هاهنا إلى البقاء إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لأنها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء، بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمة في الابتداء بأنه هل يلزمه أو لا، فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر

قوله: (على أن يقيمه بنفسه أو بنائيه الخ) أقول: فيه بحث، فإن المسلم أيضاً من أهل أن يشتري الخمر أو الخنزير بنائيه كما سيجيء في كتاب الوكالة. وجوابه أن إجارة نفسه صحيحة دون اشتراه المسلم الخمر فتأمل. قال المصنف: (وللبائع أن يأخذ بالثمن، إلى

وكان شراء أحدهما كشرائهما، إلا ما استثناه في الكتاب، وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة، فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة. والقياس أن يكون على الشركة لما بيننا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما. قال: (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقاً للمساواة، فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستتجار، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة. قال: (ولو

استهلك عند أبي حنيفة، أو وديعة إذا جحدتها أو استهلكها، وكذا العارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فتصير في معنى التجارة، ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص، وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجاني، بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم، لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمهما، بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف. وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها، وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي قوله: (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا يلزم صاحبه لأنه) أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعمد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضاً (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار بالإقراض) إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان لا يلزم الشريك، وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لأن المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقي حال نقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره. ذكره في الأسرار. وكون الإقراض لا

هنا لأن الإبتداء ثمة محتاج إليه، ولا كذلك هنا لصحة الإبتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي قوله: (لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الإقراض فعند أبي حنيفة: يعني أن فيه روايتين، قال في الميسوط: إن أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع وقوله: (ولئن سلم فهو إعارة) أي ولئن سلمنا أن إقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فإنما لا يلزم لأن الإقراض إعارة لا معاوضة بدليل جوازه، إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية، فعلم بهذا أن ما يأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما في الإعارة الحقيقية قوله: (حتى لا يصح فيه الأجل) أي لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز، لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل قوله: (ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله إذا كانت الكفالة بأمره قوله: (في الصحيح) إشارة إلى نفي ما ذهب إليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما إذا كانت بأمره أو بغير أمره لإطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث في شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما. وأجاب عن إطلاق جواب الكتاب: أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لأنه حينئذ تكون معاوضة انتهاء وإلا

قوله: ما أدى أقول: ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، ولهذا لم يتعد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليتأمل قال المصنف: (فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستتجار) أقول: قال الإقاضي: ولنا في عبارة صاحب الهداية نظر؛ لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلاً عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار، كذلك حق الكلام أن يقول: ومن القسم الآخر أراض الجناية والمهر والنفقة الخ، لأنها هي الديون الواقعة بدلاً عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها، إلى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر إن شاء الله تعالى اهـ. وفيه بحث، وفي قوله لأنه هو الدين الواقع بدلاً عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستتجار بحث، لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا في الدين الواقع بدلاً عنه فينبغي أن يقول: فما يصح الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقس عليه.

كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يلزمه) لأنه تبرع، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار للإقراض والكفالة بالنفس. ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره، فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المعاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض، بخلاف الكفالة

يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال بعضهم: وقال أبو يوسف: لا يجوز، ونسبه إلى الإيضاح، وعبرة الإيضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا، قال يضمن: يعني المقرض لشريكه توي المال أو لم يتو، وقياس قول يوسف يضمن المقرض حصة شريكه. قال: وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة، فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض، وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولأبي حنيفة أنه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لأنه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المعاوضة، وبالنظر إلى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكره: يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب، ولا يبعد أن يكون مبنياً للمفعول بلا ضمير وأنه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء، وهذا لأن الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لأن التمام بناء على الابتداء. وقد يقال: إن الكفالة تلاقي الذمة والذمة في المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى حتى صح إقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه، بخلاف الحر البالغ لأنها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لأن لزومها ليس في حال البقاء، لأننا إنما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل، بخلاف الكفالة بالنفس فإنها تبرع ابتداء وبقاء، إذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئاً في ذمته من المال. وأما الإقراض فإنه إعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة، وإلا كان بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية (فيكون لمثلها) أي لمثل الدراهم أو الدينار المقرضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم أن يجري على موجب التأجيل في الإعارة والقرض، وإلا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل، على أن عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض أنه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل قلنا إن نمنع قوله: (ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أي أمر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضاً، إذ لا يتمكن من الرجوع عليه. وقوله في الصحيح يشير إلى خلاف المشايخ، وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث، وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه، وعامة المشايخ جروا على الإطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا قوله: (و ضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والإقرار بهذه الأشياء تلزم شريكه، ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لأن في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه، وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله آتفاً، لأبي يوسف فيهما أنه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم

فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه و ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة: يعني في أنه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك التجارة في أنه يلزمه أيضاً. وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه لا يلزم الشريك، وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمداً مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه. ووجه قول أبي يوسف أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو

قوله: (وإنما قيد بحال المرض) أقول: يعني إنما قيد الصدر بحال المرض قال المصنف: (لأنه يستوجب الضمان) أقول: تعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء.

بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء. وأما الإقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه، ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا يتحقق معاوضة، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة. ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد، وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاء. قال: (وإن ورث أحدهما ما لا يصح فيه الشركة أو

شريكه كأرض الجنابة، ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة. ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة، ولهذا صح إقرار المأذون به عبداً كان صبيماً حراً، وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال، ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لأنه إنما تجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للتملك، وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان، وإذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزماً له ضرره ونفعه وفي الكافي: الإعارة للرهن نظير الكفالة خلافاً وتعليلاً. ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء أنه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الرهن بقدر ما سقط من دينه، ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما، وأصله أن الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافاً لهما، وسيأتي إن شاء الله تعالى قوله: (وإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة فقبضه بطلب المعاوضة وصارت عناناً) وكذا إذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء على ما قدما، كل ذلك إذا وصل إلى يده صارت عناناً، ولو ورث مالاً تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المعاوضة، وكذا في باقي الأسباب التي ذكرناها، وإنما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة، إذ هي أن المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء، وإنما كان ما هو شرط ابتدائها شرطاً لبقائها لكونه: أي عقد الشركة عقداً غير لازم فإن أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها. وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن لبقائها حكم الإبتداء والإجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي، ومع ذلك لدوامها حكم الإبتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين، فتبين أن كون العقد لدوامه حكم الإبتداء يتحقق مع كونه لازماً كما يتحقق مع كونه غير لازم. أوجب بأن القياس في الإجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوماً في الحال فهو كالعارية، لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار أن لدوامه حكم الإبتداء بل باعتبار فوت المستحق لأن الدار تنتقل إلى ملك الوارث بموت المستأجر، فلو بقيت لزم إرث المنفعة المجردة وهي لا تورث، ولهذا لو مات الموصي له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل إلى ورثته لأن المنفعة المجردة لا تورث وإن كانت الوصية لازمة، ولا بأس أن نذكر فروعاً من شركة العين إذ قل ذكرها في الكتاب: أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لأنه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر أن يعزل نفسه بغير حضور الموكل، وعلى هذا إذا اشتركا على أن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو

بتجارة فلا يلزم شريكه كأرض الجنابة. ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لأنه بدل مال محتمل للشركة فإنه يجب بأصل السبب، وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمنان، وكذلك يصح إقرار المأذون له ويؤاخذ به في الحال، وكذلك يصح إقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به، ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لأنه معاوضة انتهاء. وقوله: (وإن ورث أحدهما مالاً) بالتثنية أي المال الذي تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير

قال المصنف: (وبالنظر إلى الإبتداء لم يصح ممن ذكره) أقول: قال الإنقائي: أي ذكره أبو يوسف ومحمد، وكان القياس أن يقول: ذكره بضمير الاثنين، أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اهـ. والأمر فيه سهل، فإن الضمير المستتر راجع إليهما بتأويل المذكور بل من ذكر قوله: (والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول:

وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان، فإن

بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم إلا بحضور الآخر لأن كلاهما وكيل لصاحبه، ولو أشهد الموكل على إخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى إذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة، ولو أمره أن يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لأن الأول وكله بشراء نصفه له. وقيل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه، فكذا لغيره لأنه إنما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه، ولما أمره الثاني أن يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف إلى النصف الآخر لأن مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل، ولا يمكن تصحيحه إلا بذلك، ولو اشترى رجل عبداً وقبضه فطلب إليه آخر أن يشركه فيه فأشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به، وهذا بناء على أن مقتضى الشركة يقتضي التسوية، قال الله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء ١٢] إلا أن يبين خلافه، ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما أثلاثاً، ولو اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لأن كلا صار مملكاً نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد، وفي الاستحسان له ثلثه، لأنهما حين أشركاه سوياً بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما، ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهم أثلاثاً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف. ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملكاً جميع نصيبه منه بمنزلة قوله: قد أشركتك بنصفه، ألا ترى أن المشتري لو كان واحداً فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه، بخلاف ما لو قال: أشركتك في نصيبه فإنه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكاً جميع نصيبه بإقامة حرف في مقام حرف الباء، فإنه لو قال أشركتك بنصيبه كان باطلاً فلذا كان له نصف نصيبه.

واعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبنى على صيرورة المشتري بائعاً للذي أشركه وهو استفاد الملك منه، فانبنى على هذا أن من اشترى عبداً فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلاً لم يجز لأنه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه إياه، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لأن هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع، ويعلم أنه لا بد من قبول الذي أشركه لأن لفظ أشركتك صار إيجاباً للبيع، ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه بيع وشرط فاسد وهو أن يتقد عنه ثمن نصفه الذي هو له، ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن الإشارك كان فاسداً والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب

والفلوس النافعة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب. وقوله: (فإن المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء، وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواماً، لأن لدوامه حكم الابتداء لكونه عقداً غير لازم، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك، وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الإجارة عقد لازم، ومع هذا فلدوامه حكم الإبتداء حتى أنها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين، فحينئذ

لا يلائمه قوله فيما سيأتي لهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل في التوجيه قوله: (يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول: فيه بحث والمعتزض الاقناني والكاكي قوله: (فإنه يجب بأصل السبب الخ) أقول: فيه إشارة إلى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتل الشركة إذ المعدوم غير قابل للملك قوله: (ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول: مستند إلى أصل السبب قوله: (وكذلك يصح إقرار

المساواة ليست بشرط فيه، ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه.

شيثاً، ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لأن الإشراك يقتضي التسوية، وإنما يصح إذا انصرف إشراكه إلى الكل، ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ، وقضية اللفظ إشراكه في كله، ولو قال رجل لآخر أينا اشتري هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز، لأن كلا منهما موكل لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له، فأيهما اشتراه كان مشترياً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه، فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما، فإن اشترياه معاً أو اشتري أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشتري صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما، ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلاً عن الآخر في نقد الثمن من ماله، كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فإن أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كأن بائعاً نصيب شريكه بنصف الثمن، ولو باعه إلا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة، ومبناه على فصلين: أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل يبيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف، وعندهما لا يملك. والثاني أن من قال بعتك هذا إلا نصفه بألف كان بائعاً للنصف بألف، ولو قال بعتك بألف على أن لي نصفه كان بائعاً للنصف بخمسائة لأن الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى، فكانه قال بعتك نصفه بألف، فأما قوله على أن لي نصفه فحاصله ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه، وهذا وإن كان في ملكه لكنه إذا كان مفيداً تصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري.

(مسئلة) اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين، ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثاً لأن الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول. وأما بيع المرابحة والتولية والوضعية فباختيار الثمن الأول، ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في الغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه، وكذا لو كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثاً بينهما، فكذا الثاني يوضحه أنا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضعية في حق الآخر، وقد نصنا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك، بخلاف المساومة، الكل من المبسوط.

كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لإثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء، وذلك لأننا قد قلنا: كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة إلى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء، وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضاً لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لأن الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها، وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له، ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب، ولأن هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء.

الصبي والمأذون (الخ) أقول: الظاهر أن هذه الواو زائدة وإن اتفقت على إثباتها النسخ، والمأذون صفة الصبي قوله: (تترك سقوط ما اعترض عليه) أقول: المعترض صاحب النهاية.

فصل

(ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك: تجوز بالعروض والمكيل والموزون

فصل

لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال الشركة المفاوضة احتاج إلى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة (إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك، وإنما قلنا هذا لأنه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس، وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم الخ، لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي، والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه، وفي وجه يجوز بالعروض المثلي، وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها. وقال الأوزاعي وحماد بن أبي سليمان: تجوز الشركة والمضاربة بالعروض، ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد، وكما لا تجوز عندنا بالعروض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضاً والآخر دراهم أو دنانير، ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح، بل الشرط وجوده وقت الشراء، وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفاً وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح، إلا أنه لا بد أن يقيم البيعة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت وضعية، وقيد بالدراهم والدنانير لإخراج الحلّي والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة إلا فيما سنذكره، وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافاً، بل اقتصر على أن قال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس. وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما، وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال: لو كان رأس مال أحدهما فلوساً لم يجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها إنما صارت ثمناً باصطلاح الناس وليست ثمناً في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة. وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول. وقال المصنف: (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد^(١)) واستدل عليه بمسئلتين: إحداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كان بعينهما عند محمد خلافاً لهما، وسيأتي الوجه والتقييد بأعيانها احترازاً عما لو باع فلساً بفلسين ديناً فإنه لا يجوز اتفاقاً لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس. وجه قول مالك أن

فصل

لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حديثه. وقال: (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدراهم والدنانير. وإنما قيد بقولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بحتم فيها فإن المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال، وكلامه واضح، غير أن في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظراً لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان، أو يكون تفرعاً على قول من يقول بها صنيع أبي حنيفة في المزارة. ثم قوله: (لأنها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها). وإن كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك. وقوله: (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم

فصل

(ولا تنعقد الشركة إلخ)

قوله: (لأنها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول: قوله ثم قوله مبتداً وقوله يقتضي جوازها خبره قوله: (وإن كان الجنس مختلفاً ولم يقل به مالك) أقول: فإن مالاً يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف: (بخلاف المضاربة) أقول: في النهاية في كتاب المضاربة أن العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن يثبت عنه روايتان اهـ.

(١) هنا تقديم وتأخير في هاتين القولتين بخلاف ترتيب كلام المصنف، اهـ صححه.

أيضاً إذا كان الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود، بخلاف المضاربة لأن القياس يأبأها لما فيها من ربح ما لم يضمن. فيقتصر على مورد الشرع. ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، لأنه إذا باع كل واحد

الجنس إذا كان متحداً فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالنقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح ما لم يضمن) فإن المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع. ولنا أن رأس مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) لأنه إذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح ما لم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فإن كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله، وما يشتره كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجباً في ذمته فربحه ربح ما ضمنه. فإن قيل: هذا لا يلزم لأنه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدي القيمة كتياب الكرياس من بابة واحدة. قلنا: الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحة مثلاً، فإذا باعاً حملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد ما يبيع من الأجزاء وقبضه المشتري متساويان، بل الظاهر أنهما متفاوتان، فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه، والتخلص عنه ليس إلا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن، ولأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن ولا يفيد أن العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه، وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض، أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطها فيه فلا تنازع. نعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء، وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز، وشراؤه شيئاً بماله على أن يكون الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفي ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروج رواج الأثمان فالتحقت بها) ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن ثمنيتها تبدل ساعة فساعة) فإنها باصطلاح الناس لا بالخلقة، ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الحلقة. وتصير ثمناً باصطلاح القائم، ولا يخفى أن هذا إنما هو في الملاحظة، أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الإصطلاح عليها، ولذا قال الإسيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها صارت ثمناً باصطلاح الناس،

والدنانير لأن القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فإن المال غير مضمون على المضارب، فكأن ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح إلا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير، وأما في الشركة فإن كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح قوله: (ولأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وبيان ذلك أن الرجلين إذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كإنا شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فحينئذ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع، بل يثبت وجوب الثمن في الذمة إذ الأثمان لا تعين بالتعيين، فلما كان الثمن واجباً عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه

ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف: (لأن القياس يأبأها لما فيه من ربح ما لم يضمن الخ) أقول: لزوم ربح ما لم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالنقدين في غاية الظهور على مذهب مالك فإن عنده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال أحد النقدين ربح ما لم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر، والفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي إليه، وفيه تأمل قوله: (فلا يستحقه رب المال) أقول: وفيه بحث، والصواب أن يقول: فلا يستحقه المضارب، والشراح إنما عدل عن هذا لأن بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره، إلا أنه فرار من المطر إلى الميزاب فليتأمل.

منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته إذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز، وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز. وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فالتحت بها.

ولهذا لو اشترى شيئاً بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهلاكها. قال المصنف: (ووي عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أقيس وأظهر) لأن قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الإسيجابي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال: (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالنبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها. ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك. رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات، وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم، فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمينين. ثم قال: (إلا أن الأول أصح) يعني دراية لأنها إنما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حلياً فإنها تتعين البتة، وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بهما أي ثم قال (إلا أن يجري التعامل بهما) أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم إذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة. ثم قال المصنف: قوله أي القدوري (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لأنها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضيعته) ويختص بربحه (وكذا إن خلطاً ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه يخصصه ربحه وضيعته لانتقاء شركة العقد، والوضعية خسارة التاجر، يقال منه مبنياً للمفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضعية: أي خسر. وقال قوم من العرب: وضع يوضع كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) إذا كان المخلوط جنساً واحداً (وثمره الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضاً محضاً فلا يصح رأس مالها، وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه، كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه، وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررأ لأن المخلوط لا يكون إلا متعيناً فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححاً للعقد قوله: (ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكييل والموزون والعدي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين) ثمن من وجه حتى

بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن، ومعنى قوله: (وتفاضل الثمنان) أي فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا، وأما تفاضلهما معاً فمحال وقوله: (ولأن أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره إلى ربح ما لم يضمن، وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة، ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن، فأما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن في ذمته، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن. وقوله: (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (بأعيانها) لتظهر ثمره الخلاف، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب. وأما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد، وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية، وأما إذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز، وعند محمد لا يجوز، وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى. قوله: (والأول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لأنها لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضاً في عدم جواز

قالوا: هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تبدل ساعة فساعة وتصير سلعة. وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أقيس وأظهر، وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها. قال: (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر) النقرة فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير: ولا تكون المفاوضة بمناقبيل ذهب أو فضة) ومراده التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمينين في الأصل، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص

يصح الشراء بها ديناً في الذمة وهو من حكم الأثمان فعملنا (بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) وهما الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله، ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده، وهذا لأن بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنها ليست ثمناً بحال) وظاهر الرواية هو الأظهر وجهاً لأن المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئاً غير العرض له شبه به بل هو عرض محض، وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متأصلاً في حقيقة وله شبه بأخرى لا يقال له شبهان، وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين، والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط والإلزام قول مالك وقد بيناه، ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الأمثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس المال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) المخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لأنه لا يمكن أن يصل كل منهما إلى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كما في العروض) قوله: (فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير، ولم يتفق في هذا الكتاب، ويمكن تأويله أنه بينه في غيره إلا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في إطلاق هذه العبارة. والحاصل أن الخالط تعدياً يضمن نصيب المخلوط ماله إذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه، ولا يتميز كشعير رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير، لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط، فإن هذا الخلط استهلاك، بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجباً للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه، وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبياً عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيراً كان أو صغيراً أو كان في عياله، فإن لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكيين أنا أخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لأن الحق لهما، فإذا رضيا بذلك صح، وإن أبي

الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأن هذه المسئلة مبينة على تلك المسئلة، لأنه لما جاز بيع الواحد بالاثنتين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض، والعروض لا تصلح رأس مال الشركة. وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تصح المضاربة بها: أي بالفلوس النافقة. قال: (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح، والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله قوله: (تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة قوله: (وهذا لما عرف) إشارة إلى وقوله: (أن النقرة لا تتعين بالتعيين لأيهما) أي الذهب والفضة قوله: (إلا أن الأول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية قوله: (لأنها) أي لأن مناقيل الذهب والفضة قوله: (إلا أن يجري التعامل

قال المصنف: (ومراده التبر) أقول: قال في الكافي: التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اهـ. لكن إذا قوبل بالنقود يراد به الذهب الغير المضروب.

لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهراً إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال. ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته، وإن خلطاً ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف، والشركة شركة ملك لا شركة عقد. وعند محمد تصح شركة العقد. وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله. ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة. ومبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين،

يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذكر وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب حنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطاً لهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط. قيل هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد. ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط، فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه، أبو حنيفة لا يرى ذلك. والأصح أنه قولهم جميعاً لأن ملكها وإن انقطع عن المخلوط فاحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه، ولهذا لا يباح للخالط الإنتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان، فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط، إما صلحاً بالتراضي أو بيعاً وقسمة الثمن، وإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عيناً مشتركة، فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما، ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعها بثمان واحد اقتسمها على قيمة متاع كل منهما يوم باعه، لأن كلاً منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة، وإن كانا جنسين مثلين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاً مخلوطاً لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما، وملك كل منهما كان معلوماً بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة، لكن مخلوطاً إن لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة، فإن كان أحدهما يزيد الخلط خيراً فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلاً قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص، فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه، وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط، وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر. وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعاً فقال: قوله في الفصل الأول أنه

باستعمالها) استثناء من قوله إلا أن الأول أصح. يعني أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح، إلا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل. والأولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمينة تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق قوله: (ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا، وإن خلط ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب. وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح، فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه، وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطاً (فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف) لأنه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر، وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لثلا يلزم ربح ما لم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة

قوله: (بدلالة السياق) أقول: ولأنه أقرب.

فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين، بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال. ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطاً لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق. والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات

تعتبر قيمته يوم خلطه، وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط، بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطه وباعا الكل جملة، فإن قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع إلا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء. ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع، فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصير إلى تقويمه في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة، فكذا هنا يصار إلى معرفة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقى في المثل إلى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما، بخلاف ما إذا لم يخلطاً لأن تقوّم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع قوله: (وإذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة مفاوضة أو عناناً) فقيل هذا على قياس قول محمد في المكمل والموزون، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن تكون مضافة إلى حال بيعهما العروض بالدرهم فإنه يجوز لأنه حينئذ مضاف إلى المستقبل، وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل وإنما يثبت العقد بالدرهم. والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما، وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه، وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضاً كل من أمرين: لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة، وكل منهما متنفذ فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه، ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لأنهما مستويان في المال شريكان فيه، فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان، وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل، ومن المشايخ من جزم بأنه قصد الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وإن لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال

ومبيع) من وجه (من حيث إنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين) يعني الخلط وعدمه فلهبهما بالمبيع. قلنا: لا تجوز الشركة بها قبل الخلط، ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط، وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط، لأن بالخلط تثبت شركة الملك فتأكد به شركة العقد لا محالة، بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال، فلو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق، فمحمد يحتاج إلى الفرق وهو ما ذكره أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال، حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم، فإن من أتلفه يضمن قيمته، وإذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة كحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء: أي قضاء الجامع الصغير، وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة. والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي: يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال

قوله: (حتى جاز البيع الخ) أقول: ويلزم ربح ما لم يضمن إذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتأمل قوله: (وهذا لأن إضافة العقد) أقول: أي عقد الشركة قوله: (فيتوقف ثبوتها على ما يقويها) أقول: فيتوقف على ثبوتها.

الأمثال، ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه

القدوري أول الكتاب: ويستحب للمتوضىء أن ينوي الطهارة فقال المصنف: والنية في الوضوء سنة، ولم يضع الخلاف وضعه المعروف، ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة، ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت أنه منتف قوله: (وأما شركة العنان فتتعد على الوكالة دون الكفالة، وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) لأنها خاصة بالمفاوضة، وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها، وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تتعد عناناً، ثم هل تبطل الكفالة؟ ويمكن أن يقال: تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة. ويمكن أن يقال: لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عناناً، ثم كفاية كل الآخر زيادة على نفس الشركة: أي كما أنها تكون عناناً مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم

سنيته، والذي بينه هنا في كتاب الوديعة أن الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك إلى الضمان. قال: (وإذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصراً في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعه على الناس فقال: (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما للآخر ثم عقدا الشركة) لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف ما للآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحاً. قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقدا الشركة، وبأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة إذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، أما إذا باع فهو الحيلة في جوازه. ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقدا الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد، لأن عرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض. وقال آخرون: معناه أنها شركة ملك وإن عقدا الشركة، لأن هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضاً، ونظم كلام المصنف لا يساعده، وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيوخ العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لأنه حل مفيد في هذا المعنى، قال: عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين أحدهما ربح ما لم يضمن كما بينا، والثاني جهالة رأس المال، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز، واختاره شيخ الإسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمهم الله، لأن رأس المال صار معلوماً وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله ربح مال مضمون عليهما فيجوز، ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا. وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافاً إلى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل، فعلى هذا يكون العقد على الدراهم. واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية أنه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى النفقة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة، بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة إصلاً لأنها

وقوله: (إن العروض لا تصلح الخ) أقول: تأمل في هذا العطف قوله: (وقال آخرون) أقول: أراد صاحب الكافي قوله: (ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول: فيه بحث، فإن مراد ذلك القائل أيضاً أن المصنف لم يقبل كلام القدوري، وسيشير الشارح إليه أيضاً في آخر كلامه قوله: (وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيوخ العلامة عبد العزيز الخ) أقول: شيخ الشارح هو الإمام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية، وشيخه هو الإمام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف اليزودي قوله: (والثاني جهالة رأس المال) أقول: كما يدل عليه قول المصنف فتمكن الجهالة كما في العروض قوله: (وصاحب شرح الطحاوي) أقول: أراد به الإمام أبا بكر الرازي المعروف بالخصاص، فإنه قال في شرحه لمختصر الطحاوي: قال محمد: إن أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف

في كتاب القضاء. قال: (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) قال: (وهذه الشركة ملك) لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء، ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة. قال: (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة، وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام، أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه، ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراس يقال عن له: أي عرض، وهذا لا ينبىء عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت، بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال) للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة. ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح. وقال زفر

إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمناً، فإذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتهما إلا قصداً فلا تصح. بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرا كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح، فإن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة، بخلاف العنان ليس المفرد معتبراً في مفهومه الكفالة قوله: (من عن لي كذا) أي اعرض. قال امرؤ القيس:

فعنّ لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل

من ذوات الأمثال، وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه نصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعاً، وقد يدخل في العقد تبعاً ما لا يجوز إيراد العقد عليه كبيع الشرب تبعاً للأرض. ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال: وهذه شركة ملك عندي لأن ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة، ونظيره ما ذكره القدوري، ويستحب للمتوضيء أن ينوي الطهارة، ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة. وقوله: (يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيرة ما إذا كان قيمة عروض أحدهما أربعمئة درهم مثلاً وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما، والله أعلم. قال: (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة، فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عنّ إذا عرض، سمي به لأنه شيء عرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة. وقيل إنه مأخوذ من عنان الفرس لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى، فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر. وقوله: (كما بيناه) إشارة إلى قوله من قبل، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه، ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في

عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة، قال: ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز، حكى ذلك أبو الحسن. ثم قال أبو بكر الرازي: وإنما جازت لأنهما متساويان في المال شريكان فيها، ولا يحتاج عند القسمة إلى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين. إلى هنا لفظ أبي بكر نقله الإقناني عنه: إذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب إلى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فإنها جهالة لا تقضي إلى النزاع، والمفسد للعقود من الجهالات ما يفضي إلى المنازعة، وإنما قلنا لا تقضي إلى النزاع لأنه لا يحتاج عند القسمة، إلى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه، بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فإنهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي إلى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق قوله: (على صاحبه بالثمن) أقول: الذي هو نصف مال صاحبه قوله: (وكان الربح الحاصل الخ) أقول: الظاهر أنه يلزم هنا أيضاً ربح ما لم يضمن إذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلاً والآخر بمائتين فإن حصة الآخر غير مضمون على الأول مع أنه يكون شريكاً معه في المائتين فليتأمل قال المصنف: (أو يشتركان الخ) أقول: قال الإقناني: عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى، وقد تهمل أن المصدرية تشبيهاً لهما بما المصدرية، وعليه قوله تعالى ﴿لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف: (وحكم

والشافعي: لا تجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان، إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل، ولهذا يشترطان الخلط، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل. ولنا قوله ﷺ «الربح على ما شرطاً، والوضيعة على قدر المالين» ولم يفصل، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة؛ وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل، بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة. وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل

أي اعترض لنا سرب: أي قطع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى: أي أبكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله، وهو بضم الدال وفتحها. وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لحمها لسمنها بالعذارى، والملاء المذيل: أي الطويلات الذيل، وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليلة وكثيره وعمومه، وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي، فإنه فعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه، أو لأنه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصراً في حالتي الإرخاء وضده، إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في: استحجر الطين وأمثاله قوله: (ويصح أن يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح) وعكسه بأن يتفاضلا في رأس المال ويتساويا في الربح وهو قول أحمد. وقال مالك والشافعي وزفر: لا يجوز. وقوله ويتفاضلا الخ ليس علي إطلاقه، بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عمل أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح، وإن شرط العمل على أقلهما ربحاً لا يجوز. وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فإنها لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتباراً للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من قوله: ﷺ «الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر المالين»^(١) ولم يعرف في كتب الحديث، وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة، وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل، و) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال) غيره هو (الشريك) ويستريح به (ويشبه شركة المفاوضة اسماً وعملاً فإنهما يعملان بشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة

الربح. وجملة القول في ذلك أنهما إن شرط العمل عليهما وشرطاً التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرط وإن عمل أحدهما دون الآخر، وأما إذا شرط العمل على أحدهما. فإن شرطاً الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته، وإن شرطاً الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضاً على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة، ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبداً قوله: (وهو قول زفر والشافعي) واضح قوله: (ولنا قوله ﷺ «الربح على ما شرط العاقدان، والوضيعة على قدر

التصرف لا يثبت الخ) أقول: فيه بحث، إلا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد قوله: (ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول: يعني لا شركة قوله: (ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول: يعني لا شركة قال المصنف: (إذ الضمان بقدر الخ)

(١) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤٧٥/٣ وقال ابن حجر في الدرية ١٤٤/٢: لم أجده.

بإشتراط العمل عليها. قال: (ويجوز أن يعقدما كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح إلا بما بينا) أن المفاوضات تصح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنائير ومن الآخر دراهم، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي: لا يجوز، وهذا بناء على اشتراط الخطط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس، وسنبيته من بعد إن شاء الله تعالى. قال: (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوالب بضمنه دون الآخر لما بينا) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق. قال: (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله

لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفرداً أو مع الآخر وإن كان ربحاً بلا ضمان ويشبه المفاوضات حتى أجزنا شرط العمل عليهما، وكون المضاربة تفسد بإشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لأحدهما، بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضاً إلى قرض إن شرط للعامل كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه، وإلى بضاعة إن شرط لرب المال، إلا أنه يرد ما تقدم من أن المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها إلا أن يمنع، ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال، والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر، لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ قوله: (إذ اللفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينبىء عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدما كل ببعض ماله، ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنائير ومن الآخر دراهم، ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساوي أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه قوله: (وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكة أو يد شريكه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة، أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه، وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لأنه يتعين بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية (وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً لموكله،

(المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: (من غير فصل) يعني بين التفاضل والتساوي قوله: (كما في المضاربة) اعترض عليه بأنه إذا أحققهم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال: اعمل في مالك وربحه لك، واعمل في مالي وربحه بيننا، وفي المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وإن شرط عملهما. وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره أنه يشبهها من وجه، وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه. وقوله: (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز، فكذا إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال. ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة، لأنه إن شرط الجميع للعامل صار قرضاً، وإن شرط

أقول: هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل. قال المصنف: (فعلنا بشبه المضاربة) أقول: قال الإقناني: هذا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بعد التسليم، وإنما قال بعد التسليم لأنه بين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح ما لم يضمن. قوله: (يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ). أقول: وفي شرح الإقناني: ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه، لا من مال الشركة إلا بقوله. والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده، والقول للثنين مع اليمين تأمل، فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضاً قوله: (فإنهما فيها تبطل الخ)

فعلية الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر، والقول للمنكر مع يمينه قال: (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة) لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال، فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد

حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله، أما لو هلك قبل الشراء فإنما يبطل العقد لأن الموكل لم يرض بكون الثمن ديناً في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال: واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فإنها تبطل ببطان الشركة، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان (وكذا إذا هلك أحدهما لأنه) أي الشريك الذي لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه) هو أيضاً (في ماله) بتقدير بقائه (فإذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضياً) به عند عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهي الإشتراك فيما يحصل قوله: (فإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما على ما شرطاً لأن الملك حين وقوعه مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء) لأن الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أي حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك. ثم الشركة) الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد رحمهما الله) فإنها شركة ملك عنده حتى لا يتعد بيع أحدهما إلا في نصيبه. وجه قوله أن شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك بعدم ما يوجب زيادة عليه. ولمحمد وعليه اقتصر المصنف أن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهلاك مبطلاً لشركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالكين (وإذا وقع المشتري على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لأنه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريباً (هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالكين أولاً ثم هلك مال الآخر، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعني الذي في يده المال (بالمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة) بأن قالوا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً بيننا، كذا صوره في المبسوط (فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطاً لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصريح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع في

لرب المال صار بضاعة، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي الشركة المفاوضة اسماً وعملاً فإنهما يعملان معاً فعملنا بشبه المضاربة. وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان، فإن اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع، وهذا يتضمن الجواب عن قولهما إن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما. قال: (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض، لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه: أي في هذا العقد، إذ اللفظ: أي لفظ العنان لا يقتضيه: أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء، بخلاف لفظ المفاوضة قوله: (للولج الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن. وقوله: (ويجوز أن يشتركا) ظاهر. وقوله: (فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من

أقول: إن لم يقبض المال قوله: (كمن وكل رجلاً الخ) أقول: مخالف للشروح؛ ألا يرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض؛ ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الإقرار قال المصنف: (بخلاف المضاربة) أقول: قال الإقناني: فيه نظر لأن النقود تعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشيء يكون على غير ما أمره انتهى. قال الأكملي: ولعل فيهما روايتين. قال المصنف: (خلافاً للحسن بن زياد) أقول: قال الإقناني: فإن عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا في نصيبه. وجه قول

لعدم فائدته، وأيهما هلك هلك من مال صاحبه؛ إن هلك في يده فظاهر، وكذا إذا كان هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده، بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهالك من المالكين (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطاً) لأن الملك حين وقع وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك، ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد، حتى أن أيهما باع جاز بيعة لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها. قال: (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه، هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالكين أولاً ثم هلك مال الآخر. أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر، إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطاً لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركاً بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه، وإن ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها، بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة. قال: (وتجوز الشركة وإن لم يخلطاً

المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع: فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه، وفي بعضها: إن اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما، فجعل محمل الأول إذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها، ومحمل الثاني إذا صرحا بها على ما ذكر. وقوله: (لما بيناه) يريد قوله لأنه وكيل من جهته الخ قوله: (وتجوز الشركة وإن لم يخلطاً المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى، إلا أن مالكاً شرط أن يكون تحت يدهما بأن يكون في حانوت أو في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي رحمهما الله: (لا تجوز لأن الربح فرع المال، ولا يكون الفرع على الشركة إلا والأصل على الشركة، وإنه أي الشركة في الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط، وقد اتفقنا على أن المعبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه. قال المصنف: (وهذا) أي كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير،

مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة، فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه قوله: (فإذا هلك مال الشركة) ظاهر، وقيد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنهما تبطل ببطلان ما تضمنتها من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعاً، وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل، وأما المضاربة فقد قال فخر الإسلام في شرح الزيادات: بخلاف المضاربة والشركة فإنها تتعين، حتى إذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة، وهو مخالف لما ذكره المصنف أنها تتعين فيها بالقبض فلعل في المسئلة روايتين، قوله: (لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله) أي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك إلا على تقدير بقاء ماله بشركته في ماله كما يشترك هو في مال هذا قوله: (وأيهما هلك من مال صاحبه) ظاهر. وقوله: (ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد) فائدته تظهر في حق جواز بيع الكل. فعند محمد أيهما باعه جاز بيعة لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالكين جميعاً. وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما إلا في حصته لأن شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال

الحسن أن الشركة التي عقدها ارتفعت بهلاك مال الآخر، وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى. ويؤيد قول الحسن إن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل في دفعه فإن رأس المال لم يتعدم هنا لصلاحيته المشتري له بقاء قوله: (لما بيناه إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته) أقول: والأقرب أن يجعل إشارة إلى قوله أنفاً لأنه اشترى نصفه بوكالته قوله: (وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمن الخ) أقول: الأنسب للتفرع أن يقال إلا لتكون الثمرة مستندة إلى المال قوله: (وكل ما هو مستند إليه فهو الأصل الخ) أقول: كان الأظهر أن يقول: وكل ما هو مستند إلى العقد فالعقد أصل له

المال) وقال زفر والشافعي: لا تجوز لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل وأنه بالخلط، وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف إليه، ويشترط تعيين رأس المال، بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة، وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله، أما هنا بخلافه، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس. ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال. ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من

ولا إذا كان لأحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز ما لأحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الأصل والفرع، ولا شركة التقبل والأعمال لعدم المال قوله: (ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال) حاصل تقرير الشارحين أن الربح يضاف إلى التصرف في المال وهو العلة، وإلى العقد الذي هو علة التصرف، والحكم كما يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز، فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علته لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة في الحكم، وحقيقة الإضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم يبنى على الإضافة، وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعاً لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافاً إلا إلى العقد الشرعي الذي حل تصرفه في مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه، لأن إضافة الربح إلى التصرف في المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه، وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم، وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما، ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف، فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذوناً فيه شرعاً لا يوجب حل الربح للمتصرف، كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققاً فيه معنى اسمه فيه، لأن هذا العقد الشرعي يسمى شركة فيتحقق معناه بما يفيد شرعاً وهو الشركة في الربح والتصرف معاً لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة، بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه، وإذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لأن المال محل العقد شرط لتحقيقها خارج عنه. ثم قال المصنف: (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفاداً بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف، وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تتحقق الشركة في الربح بلا خلط. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل. قلنا: إنما بطلت لمعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض، والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو

الآخر، وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك قوله: (وقد بيناه) إشارة إلى قوله معناه إذا أدى من مال نفسه الخ قوله: (أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح. قوله: (لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته قوله: (وأنه بالخلط) أي الشركة في الأصل على تأويل الاشتراك قوله: (وهذا إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال) يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال لأن المحل: أي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف إليه، ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمن مستندة إلى المال بخلاف المضاربة فإنها تصح

فتأمل، ثم قوله مستند إليه بفتح النون قوله: (فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول: وذلك لا يكون إلا بجعل الشركة في الربح مستندة إليه وعلى ما قاله لا احتياج في الشركة في الربح إلى العقد أصلاً، إذ الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها قوله: (يتصرف في الكل) أقول: أي في كل مال الشركة قال المصنف: (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول: فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع. قوله: (وإذا بطل ذلك الأصل الخ) أقول: يعني أصل زفر والشافعي.

تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال، وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل. وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدون وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل. قال: (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما، ونظيره في المزارعة. قال: (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبيع المال) لأنه معتاد في عقد الشركة، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه، وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا. قال: (ويُدفعه مضاربة) لأنها دون الشركة فتتضمنها. وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة، والأصح هو الأول، وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة، وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته، بخلاف الشركة حيث لا يملكها

بالشراء أولاً، فإذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض، وإذا كان الأصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي) في رأس المال ولا (في الربح وتصح شركة التقبل) قوله: (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحد دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر: لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم. ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشترطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم. وقوله: (ونظيره في المزارعة) يعني إذا شرطاً لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا تخرج الأرض غيرها قوله: (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبيع المال لأنه معتاد في عقد الشركة) من المتشاركين (ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وأنه أقل ضرراً، فإذا ملك ما هو أكثر ضرراً ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف قوله: (وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر بدأ منه) في بعض الأوقات والمضايق. وقوله: (ويُدفعه مضاربة لأنها دون الشركة) لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل، لأن الشركة في الربح غير مقصودة، وإنما المقصود تحصيل الربح) فصار (كما إذا استأجره بأجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك، بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لأن الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما، والناسخ مثل

بدون الخلط لأنها ليست بشركة، وإنما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عماله على قدر عمله قوله: (وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال قوله: (حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهما ذلك، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تتعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافاً لزفر والشافعي، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضاً والآخر سوداً، ولا تجوز شركة التقبل: أي على قول زفر والشافعي لانعدام المال. ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، وكل ما هو مستند إليه هو الأصل، أما أنها مستندة إلى العقد فلأن العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه، وأما أن كل ما هو مستند إليه فهو الأصل فلأن المراد بالمستند إليه هو أن يكون غيره مبنياً عليه وذلك حد الأصل، وإنما عبر عنه بهذه العبارة لأن الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد، لأن كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الأصالة وفي بعضه بطريق الوكالة، فكان العقد علة العلة، وجاز أن يضاف الحكم إلى علة العلة كما جاز أن يضاف إلى عين العلة، وإذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وإن لم يختلط المالان. والدليل الثاني وهو قوله ولأن الدراهم والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الأول. فإن قيل: لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئاً لأن هلاك المال وبقائه إذ ذاك بمنزلة لكون

لأن الشيء لا يستتبع مثله. قال: (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال: (ويده في المال يد أمانة) لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فصار كالوديعة.

المنسوخ. وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بإطلاق التصرف مطلقاً، وكذا الاقتداء ليس صلاة الإمام مستتعبة لصلاتها بل تلك مبنية عليها، وحقيقة الناسخ مبين لا غير، على أنه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير، ولكل واحد أن المشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحساناً، وليس لأحد شريكي العنان الرهن: أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له، بخلاف المفاوضات له أن يرهن ويرتهن على شريكه، فإن رهن في العنان متاعاً من الشركة بدين عليهما لم يجوز وكان ضامناً للرهن، ولو ارتهن بدين لهما لم يجوز على شريكه، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء، وكذا إذا باع أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه، فإن دفعه إليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر، وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما ادانته الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه، ولا أن يؤخر ديناً، فإن أخره لم يمض على الآخر، وكذا لا يمضي إقرار أحدهما بدين في تجارتها على الآخر، فإن أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه، لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد وكياً كان أو مباشراً، وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه. ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجد به عيباً لم يكن للآخر أن يردّه لأن ذلك من حقوق العقد، ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة، وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز، بخلاف المفاوضات في جميع ذلك ويمضي إقراره عليه ويشارك شركة عتاق ويمضي على الآخر، بخلاف شريك العتاق. ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما ادانته الآخر أو اداناه أو وجب لهما على رجل من غضب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العتاق أن (يوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل) صريحاً بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله، لأحدهما أن يعمل إذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فإن عمله ضمن نصيب شريكه، ولهذا لو قال أحدهما أخرج لديماط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه، وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان أذن له فيه قوله: (ويده) أي يد الشريك مطلقاً (في المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه على وجه إعطاء البذل فيكون مضموناً، بخلاف الرهن فإنه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين، وإذا كان مقبوضاً على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة.

الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبال بعد ذلك ببقائه. أجيب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتهى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع. واعترض أيضاً بأن المالكين إذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما في العروض. وأجيب بأن علة فساد الشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الإفضاء إلى ربح ما لم يضمن. وقوله: (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر أن الأصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقاً بالعقد دون المال كما في المضاربة، فإنه ليس هناك خلط المالكين والربح مشترك بسبب العقد، وإذا بطل ذلك الأصل بطل الفروع والمترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قوله: (ولا تجوز الشركة) واضح. وقوله: (ونظيره في المزارعة)

قال: (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباعين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون

واعلم أن جميع الأمانات إذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل إلا في مسائل: إحداها إذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فإنه لا يضمن لشريكه نصيبه. والأخرى في السير إذا أودع الإمام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات. ونذكر الثالثة في الوقف إن شاء الله تعالى.

[فروع في اختلاف المتفاوضين] قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما، ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه، وعلى المدعي البينة لأنه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر، فإن أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار، وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك. فلو ادعى الذي في يده المال بعد بالبينة كالثابت بالإقرار، وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك. فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك أن هذا العين لي ميراثاً مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضياً عليه بنصف ما في يده، وبينة المقضي عليه في إثبات الملك لا تقبل إلا أن يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة. ولو ادعى ذو اليد عيناً في يده أنها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه إنما ادعى تلقي الملك منه، ولو ادعى أنه مفاوضة والمال في يد المدعي عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عيناً مما كان في يده أو ميراثاً أو هبة وأقام بينة قبلت. والفرق لأبي يوسف أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث، ولا منافاة بينهما، وقد أثبت دعواه بالبينة، وفي الأول ذو اليد جاحد مدعي عليه وقد صار مقضياً عليه بحجة صاحبه، ألا ترى أنه لو لم يكن أقام البينة في صورة الإنكار لم يستحلف خصمه، وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة ووجد الحي ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحي لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتفاض المفاوضة بموت أحدهما، ولأنه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما إلا أن يقيموا أنه كان في يده في حياة الميت أو أنه من شركتهما فإنهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه. ولو كان المال في يد الورثة ووجدوا الشركة فأقام الحي البينة على المفاوضة وأقاموا أن أباهم مات وترك هذا ميراثاً من مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون، فإنما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضي له بنصفه، وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعاً، ولو قالوا: مات جدنا وتركه ميراثاً لأبينا

يعني أنه إذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لأن الشركة تنقطع به، ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعاً. قال: ولكل واحد من المتفاوضين. هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يبضع لأنه معتاد في عقد الشركة، والمعتاد جاز له العمل به، ولأن له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف، وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لأن الاستئجار تحصيل بعوض والإبضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الأعلى ملك الأدنى، وأن يودع المال لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا، وأن يدفع مضاربة لأنها دون الشركة، ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضعية وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاداً بعقد الشركة لأنها دون الشركة فتضمنتها الشركة، هذا ظاهر الرواية (وعن أبي حنيفة ليس له ذلك، لأنه) أي عقد المضاربة (نوع الشركة) لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة (والأول) أي جواز الدفع مضاربة (صح وهو رواية الأصل لأن الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين، كما لو استأجر

قوله: (وأوجب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول: وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضاً في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث.

الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا. وقال زفر والشافعي: لا تجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التمييز لأنه لا بد من رأس المال، وهذا لأن الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على أصلهما على ما قرناه. ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل، لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو

وأقاموا البيئة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد، كما لو كان المفاوض حياً وأقام البيئة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة، وإذا اترق المتفاوضان فأقام أحدهما البيئة أن المال كله كان في يد صاحبه وأن قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره، فإن كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الأول ونقض له وإن لم يعلم، أو كان القضاء من قاضيين لزم كلاهما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلاهما صحيح ظاهراً فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل قوله: (وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الأبدان وشركة الأعمال (فنعو الخياطين والصباغين يشتركان في أن يتقبل كل الأعمال) أو نحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا. وقال الشافعي: لا يجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودها) أي المقصود منها، وفي بعض النسخ: مقصودهما بالثنية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لأنه لا بد) في الربح (من رأس المال) لأنه يبنى عليه على ما قرناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضاً كما مر، فجاز بالتوكيل بأن وكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلاً في نصف العمل المتقبل ووكيلاً في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل، فإن عملاً استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه، وإن عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه، وهو جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه، ألا ترى أن نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه إلى مالكة فطيب له الأجرة. ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل قوله: (ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لزفر أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل، وهو ينافي اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان. أوجب بأن عن زفر في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في المبسوط، ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها. ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله: (لأن المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجب قوله: (ولو شرط العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح أثلاثاً (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطاً عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل) أي لأنه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح ما لم يضمن فلم تجز) كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما

أجبر ليعمل فإنه يجوز قولاً واحداً، فهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته، فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء، بخلاف الإجارة فإن الأجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للأجرة، بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله. فإن قيل: هذا متقوض بالمكاتب فإنه جاز له أن يكتب عبده، والعبد المأذون له جاز له أن يأذن لعبده. فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستبعا، فإن كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه، وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لا أنه من المستبعات، وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر.

ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرطاً العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز) وفي القياس: لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه، ولكننا نقول: ما يأخذه لا يأخذه ربحاً لأن الربح عند اتحاد الجنس، وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم، بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس

اشترى بالوجوه، وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرطاً التفاوت في ملك المشتري، فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربه فقط فيقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح، قلنا: المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحاً حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال، وإنما يقال له ربح مجازاً وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير: أي بحسب التراضي، فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصاً إذا كان أحذق في العمل وأهدى، وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملاً، وصحوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل، ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم. وقوله: (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ما لم يضمن، وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس. هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة، والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر، فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي، فقال: وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطاً الربح، بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله: (وما

واعترض بأن الحكم الثابت مقصوداً أعلى حالاً من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة، والوكيل الذي كانت وكالته مقصوداً ليس له توكيل غيره، فالوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره. وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم: كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قسداً كبيع الشرب وغيره، والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة، وجوابها وجه الاستحسان. وقوله: (لأعلى وجه البذل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن قوله: (والوثيقة) احتراز عن الرهن فإن المرهون مقبوض لأجل الوثيقة. قال: (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر. وقوله: (لا نفيده مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التثمين ظاهر. وفي بعض النسخ: لا نفيده مقصودها، أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشريكين بأدنى ملاسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة قوله: (ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك رحمها الله، قالوا: إن اتفقت الأعمال كالمقارنين اشتركا أو صباغين جاز، وإن اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه، فإن ذلك ليس من صنعة فلا يتحقق مقصود الشركة. ولنا أن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما، أما الأول فلأن التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيديه، بل له أن يقيم بأعوانه وأجراته، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً. وأما الثاني فلأن أحد الشريكين لو عمل في دكان والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر. فإن قيل: قد تقدم أن من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسئلة الخلط أن شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها إذا كانت الأعمال متفقة؟ أجيب بأن زفر له في هذه المسئلة: أعني الخلط قولان، فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال، وذكر هنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروابيتين فيرى ظاهره متناقضاً قوله: (ولو شرطاً العمل نصفين) أي إذا شرطاً في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة أن يكون العمل نصفين والربح الحاصل أثلاثاً جاز استحساناً. والقياس أن لا تصح لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه: أي إلى ربح ما لم يضمن فصار كشركة الوجوه في أن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إذا كان المشتري بينهما

المتفق، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة. قال: (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطلب بالأجر (ويبرأ الدفع بالدفع إليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان. والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة. وجه الاستحسان

يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله، وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلاً بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه وإن كان إنما عمله الذي تقبله. قال المصنف: (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة (ظاهر) فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيدها بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه، وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عناناً في أن المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة. وجه الاستحسان أن هذه الشركة) أعني شركة الصنائع (مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه، لا أنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضموناً على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما سمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فجري) هذا العقد وإن كان عناناً (مجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقترضاء البذل) وإن لم يتقبل ضرورة، بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان، ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كضمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصا عليها. ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل قبلوا عملاً ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل، لأن المستحق على كل منهم ثلث الأجر، فإذا عمل الكل كان متطوعاً في الثلثين فلا يستحق إلا ثلث الأجر قوله: (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجههما) أي بوجهاتهما وجاههما

على السواء، وأما إذا اشترطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضاً. وقوله: (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحاً، لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا: لو استأجر داراً بعشرة دراهم ثم أجزها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم، فإذا رضى بقدر معين كان ذلك منهما تقويماً للعمل فيتقدر بقدر ما قوّم به ولا يحرم لأنه لم يؤدّ إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتها دراهم كانت أو دنائير والربح يتحقق في الجنس المتفق. وقوله: (وربح ما لم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن، وذلك لا يجوز إلا في المضاربة، وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز قوله: (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر. وقوله: (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أي يبرأ دافع الأجرة إلى كل واحد من الشريكين، قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه: أي إلى صاحب الثوب مثلاً لو أخذ أحد الشريكين ثوباً للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغاً إلى صاحبه برىء من الضمان. وقوله: (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان. والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وإن لم تذكر، وإنما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان) ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أي ولكون العمل مضموناً (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل

أن هذه الشركة (مقتضية للضمان) ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل. قال: (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي، والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل. قال: (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فإن شرطاً أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن

والربح بينهما، لأن الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وأنها تكون مفاوضة) بأن يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرنا مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة في الأبدال) أي الأثمان والمبيعات، وإن فات شيء مما ذكرنا كانت عناناً لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملاً. ومنعها الشافعي ومالك، والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال. ونقول: صحة العقد باعتبار صحة الوكالة، وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو أثلاثاً صحيح، فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة، وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الأصل، ففرق بأن شركة العنان في معنى المضاربة من حيث إن كلا عامل في مال صاحبه، بخلاف شركة الوجوه فصح أعمال شبه المضاربة في العنان في إجازة تفاوت الربح، بخلاف الوجوه.

صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الأجر لأن الغرم بإزاء الغنم، فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل، وإنما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشئين لأن فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان أو صابون أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا بيئته، وتلزمه خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد، ونفاذ الإقرار يوجب المفاوضة. قال: (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتريان بوجوههما: أي سميت شركة الوجوه لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة إذا كان الرجلان من أهل الكفالة لأنه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الأبدال: أي الثمن والمثمن، فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم. وإذا أطلقت كانت عناناً لأن المطلق ينصرف إليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي أن الربح عنده فرع المال، فإذا لم يوجد المال لم تعتقد الشركة. وقلنا إن الشركة في الربح مستندة إلى العقد إلى آخره قوله: (ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أي في الربح، وإن شرط لأحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانتهما قوله: (وهذا) إشارة إلى تحتم المساواة في اشتراط الربح قوله: (بالنصف)

قوله: (وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول: يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنز. قوله: (قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله (الخ) أقول: وفيه بحث، فإن الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل. قوله: (وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول: فيه بحث قوله: (فإنه يصح فيها لما ذكرنا) أقول: في رأس الصحيفة السابقة قوله: (والجواب أن العنان بالعروض (الخ) أقول: والأولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح ما لم يضمن في

شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثاً فالربح كذلك) وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان، ولا يستحق بما سواها؛ ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني. واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في مضاهها، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها، والله أعلم.

والحاصل أن شبه المضاربة إنما جوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الآخر، وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس وإلا لم يجز إلحاق غيره به لشبهه به، بل نقول الربح يستحق شرعاً بأحد المعاني الثلاثة، منها العمل وإن كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعاً بالعمل في الإجارة، وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان، ونحن إنما لم نجوزها لأدائها إلى ربح ما لم يضمن، لأن في جعل رأس مال الشركة عروضاً ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل للمستحق في مال الآخر لأنه يلزم من أول الأمر عند بيع العروض متفاوتة الثمن. فإن قيل: لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع؟ أجيب بأنه إنما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا.

قيد اتفاقي فإنه يجوز أن يلقي بأقل من النصف ولا يستحق بما سواها. فإن قيل: لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومثانة رأيه وتدييره في الأمور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة؟ أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما يجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا وقوله: (الأ توى) توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها قوله: (واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود إلى المبحث لإتمام المطلوب يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل قوله: (على ما بيناه) قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لأن الضمان بقدر العمل. فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن. وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق إلخ. وتقرير كلامه: استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة فإنه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه مقابله بالمال والعمل والوجوه: أي شركة الوجوه ليست في معناها لأن المال فيها. مضمون على كل واحد من الشريكين، وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لأن ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لأن العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة، لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن. والجواب أن العنان بالعروض لو كان مؤدياً إلى ربح ما لم يضمن فقط لاغتفرناه، ولكن انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة، وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به، وهذا الجواب ينزع إلى تخصيص العلة: فإما أن يلتزم مساعه، أو يصار إلى مخلصه المعلوم في الأصول.

المضاربة على خلاف القياس، ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدينار، فالتشبيه بها لا يكون علة إلا لتجويزه فيما يجوز فيه فليأتمل.

فصل في الشركة الفاسدة

(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

فصل في الشركة الفاسدة

وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر قوله: (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الإحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه، وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفسق وغيرها، وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية، وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا أجراً ولو كان الطين مملوكاً، أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبعا جاز وهو شركة الصنائع، وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لأن هذه شركة الأبدان كالصباغين، ويؤيده ما وراء أبو داود عن ابن مسعود قال: «اشتركتنا أنا وعمار وسعد يوم بدر، فلم أجد أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسميرين فأشرك بينهم النبي ﷺ»^(١). أوجب بأن الغنمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فيمتنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم، وفعله ﷺ إنما هو تنفيل قبل القسمة، أو أنه كان قدر ما يخصهم، وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي ﷺ يتصرف فيها كيف شاء ظاهر قوله: (لأن أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه ولايته (والتوكيل يملكه) أي يملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح التوكيل نائباً) عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للتوكيل، وهذا لم يوجد هاهنا، فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة. وامتشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فإنه يجوز مع أن التوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده. وحاصل الجواب أن التوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته بعد أن لم يكن يقدر عليه.

فصل في الشركة الفاسدة .

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح. قوله: (لأن أمر الموكل به غير صحيح) والتوكيل يملكه دليلان على المطلوب. تقرير الأول المدعي أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح، وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادف غير محل ولايته. وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل لأن التوكيل يملكه بدون أمر الموكل، ومن تملك شيئاً بدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائباً عنه لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للتوكيل، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لثلا يلزم إثبات الثابت. ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد بغير معين، فإن التوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل. والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد، وصورة النقص ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء. وقوله: (فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط. قيل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف رحمهما الله في الكتاب،

فصل في الشركة الفاسدة

قوله: (لأنه صادف غير محل ولايته) أقول: وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني قوله: (والجواب أن معناه

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٣٨٨ والنسائي ٣١٩/٧ وابن ماجه ٢٢٨٨ والبيهقي ٧٩/٦ كلهم من حديث عبد الله بن مسعود.

قال المنذري في مختصره: وهو منقطع فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه.

وقال ابن حجر في التبريد: ثقة لكن الراجح عدم صحة سماعه من أبيه اهـ. ولعل أبا عبيدة سمعه من رجل عن أبيه.

ومع ذلك فالحديث قوي الإسناد رجاله ثقات إثبات.

لأن أمر الموكل به غير صحيح، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح، فإن أخذه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد. وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك، وقد

وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على إثباته الولاية عليه في ذلك، والكلام في التوكيل بخلافه، وإنما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد إليه، فإذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصده لنفسه، فأما إذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير؟ يجاب بأن إطلاق نحو قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث»^(١) لا يفرق بين قصد وقصد قوله: (فإن أخذه جميعاً) يعني ثم خطاه وبعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما، وإن لم يكن وزنياً ولا كيلياً قسم على قيمة ما كان لكل منهما، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما، فالظاهر أنه بينهما نصفان، والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله، ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا بيينة لأنه يدعي خلاف الظاهر (وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن قلعه أحدهما وجمعه أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد، وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك) وقوله: (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط، فإنه ذكر فيه وجه قول كل منهما، فوجه قول محمد أن المسمى مجهول إذا لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان، وهل يصيبان شيئاً أو لا، والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضا بالنصف للجهالة وصار مستوفياً منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ. وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئاً، وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوماً عند الجمع والبيع، بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئاً فإن المسمى لا يمكن اعتباره للجهالة بالتفاحش حالاً ومآلاً فحينئذ أجر المثل بالغاً ما بلغ، وقوله: (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول. وقوله: (نصف ثمن ذلك)^(٢) بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل.

وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد. وجه قول أبي يوسف أنه رضي بنصف المجموع وإن كان ذلك مجهولاً في الحال لأنه يعلم في المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فإنه بعرضية أن يصير معلوماً عند الجمع، فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضياً بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لأنه يعتبر رضا في إسقاط حقه عن مطالبة الزيادة. ووجه قول محمد إنه لا يمكن تقريره أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لأنه مجهول جهالة متفاحشة جنساً وقدرأ حيث لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وأي

يملكه الخ) أقول: فيه تأمل، فإن الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يتدفع التقض قوله: (قيل تقديم ذكر محمد) أقول: القائل هو الإتقاني.

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه ابن ماجه ٢٤٧٢ من حديث ابن عباس بلفظ «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وثمنه حرام». قال البوصيري في الزوائد: عبد الله بن خراش قد ضعفه أبو زرعه والبخاري وغيرهما وقال محمد بن عمار الموصلي كذب اه. وهو بهذا اللفظ ضعيف وإنما يصح لفظ «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار». أخرجه أبو داود ٣٤٧٧ وأحمد ٣٦٤/٥ والبيهقي ١٥٠/٦ كلهم عن أبو خدش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ. وكذا لفظ «ثلاث لا يمتنع: الماء والكلأ والنار».

أخرجه ابن ماجه ٢٤٧٣ من حديث أبي هريرة بإسناد صحيح كما قال البوصيري في الزوائد وكذا ابن حجر في التلخيص ٦٥/٣. (٢) في الشرح تقديم وتأخير مخالف لترتيب الحاشية كما سبق في أمثال مصححه.

عرف في موضعه. قال: (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية

[فرع] لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما، ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعاً كان ما أصابه لمالكه قوله: (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء وما تحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لأنه يرويه، ويقال رويت للقوم: إذا سقيت لهم، وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء، فعلى الأول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلاً يؤجر ما لكل واحد فمأرزقا فهو بينهما، وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلاً قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا، ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجرهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل، لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببذل معلوم كان الأجر مقسوماً بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين، بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجر البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقليل والأجر بينهما نصفان، ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقليل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت، وإن أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد، فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الأجر على قول أبي يوسف، وبالغاً ما بلغ على قول محمد، وكذا لو دفع دابته إلى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الأجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بيناه، إذ تقديره أنه قال بع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا، ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره، وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجاناً، بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاماً للمدفع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها، لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها، والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسب ماله. وعلى الثاني أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة، وهو ظاهر قول الشافعي، وبه قال أحمد، والأجر كله للذي استقى، وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل، وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة. وجمع المزادة مزاد ومزاید (أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح هو) نقل (الماء) وأما وجوب الأجر فلأن المباح قد صار ملكاً للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل وقوله: (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال النخ) كآلف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثاً، وإن كانا شرطاً الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط، ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطاً الربح أثلاثاً بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لأن الربح في)

قدر منه يجمعان، ولا يدریان أيضاً هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدان، فإذا كان كذلك لا يمكن أن يقال إن المعين رضي بنصف المسمى من الحطب أو غيره لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الأجر بالغاً ما بلغ، ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيب شيئاً كان له الأجر بالغاً ما بلغ فهاهنا أولى لأنهما أصابا. وقوله: (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية) الراوية في الأصل بعير السقاء لأنه يروي الماء: أي يحمله ثم كثر متى استعمل في المزادة وهي المرادة هنا. قال أبو عبيدة: المزادة لا تكون إلا من جلدتين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزاید. وقوله: (لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره) فيه نظر، لأن الربح عندنا فرع للعقد كما مر، وكل فرع تابع، وكونه تابعاً للمال إنما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضاً. والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً، وهاهنا قد فسد العقد فيكون تابعاً للمال

فعلية أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء، وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكاً للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال، ويبتطل شرط التفاضل) لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره، كما أن الربح تابع للبذر في الزراعة، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت بقبي الاستحقاق على قدر رأس المال (وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتحقيق الشركة

وجوده (تابع للمال) وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له، ونظيره البذر في المزارعة والربح الزيادة قوله: (وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عناناً إذا قضى بلحاظه على النبات حتى لو عاد مسلماً لم يكن بينهما شركة، وإن لم يقض القاضي بلحاظه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع، فإن عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه فهما على الشركة، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف، فإن لم يقض القاضي بالبطان حتى أسلمت عادت المفاوضة، وإن مات بطلت من وقت الردة، وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عناناً عند أبي حنيفة رحمه الله؟ لا. وعندهما تبقى عناناً ذكره الولوالجي. وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة: أي مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فإنها لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر، ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة، وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعاً ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل وبطلانها بالالتحاق لأنه موت حكمي على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكمي فإن ملكه يتحول شرعاً إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه، وقد نفذ الشرع حيث نقل الملك، بخلاف ما إذا فسح أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع حجر فيشترط علمه دفعاً للضرر عنه، وتقبيده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لأنه لو كان عروضاً فلا رواية في ذلك عن أصحابنا، وإنما الرواية في المضاربة وهي أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف، فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهي غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط، وإن كان عروضاً لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ، وبعض المشايخ قالوا: تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضاً وهو المختار، وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهما معاً وولاية التصرف إليهما جميعاً فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عرضاً، بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهي.

[فروع] إنكار الشركة فسخ. وقوله لا أعمل فسخ، حتى لو عمل الآخر كان ضامناً لقيمة نصيب شريكه. وفي الخلاصة. قال: أحد الشريكين لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له. ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له. ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أم سخط، بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه هـ. وهذا غلط، وقد صحح

لأنه شرط، فإن العلة إذا لم تصلح لإضافة الحكم إليها تضاف إلى الشرط. والربح عبارة عن الزيادة، يقال: أخرجت الأرض ريعاً: أي غلة لأنها زيادة. وقوله: (على ما بيناه من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بلحاظه إلى قوله ولنا أنه باللاحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ. وقوله: (لأنه) أي الموت (هزل حكمي) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكماً لتحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على

على ما مر، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاظه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل، ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي، والله أعلم.

هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس، فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه، وفي الرضا احتمال: يعني إذا كان ساكتاً، والمراد بموجبها وقوع المشتري على الاختصاص. ولا يشكل على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رءوس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على أن ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثاً ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكه لأضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل.

ثبوت العلم به؛ ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته. وقوله: (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت. واعتراض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة، وإذا كان كذلك كانت تابعة لها، ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع. وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث إنها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة، أشار المصنف إلى ذلك آنفاً بقوله ولا بد منها أي الوكالة للتحقق الشركة، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه. وقوله: (لأنه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتوقف على العلم.

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه، لأنه ليس من جنس التجارة، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته، فإن أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أديا على التعاقب، أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الأمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتملك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التملك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وحج الأمر لم يضمن

فصل

لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردتها بفصل وأخره قوله: (وإذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله إذا حال الحول فحال فادى) وقد أدى الأذن المالك ضمن لشريكه ما أذاه (علم بالأداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه، هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط. ونقل الولوالجي أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك، ونصر في زيادات العتابي أن عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال: وهو الصحيح عندهما، وعلى هذا الخلاف لو دفع مالاً إلى رجل ليكفر عنه فكفر الأمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب، فإن أديا معاً ضمن كل نصيب الآخر عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منهما تقع بما أداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل، ولا يخفى أنه لا يفيد لأنه بعد تسليم أن أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينزل إلا بعد العلم والكلام فيه. وجه قولهما في خلافية الكتاب أنه أداه بالأمر ولا ضمان مع الأمر. ولا يقال: إنما أمره بأداء ما هو زكاة. لأننا نقول: ليس هذا من وسع الوكيل لأن وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته، وإنما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الأداء، ولهذا لو دفع إلى رجل ليقضي بها ديناً عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع ولم يعلم، وصار أيضاً كدم الإحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الإحصار. (ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي) بعد أدائه (لم يقع

فصل

ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما نذكره. وقوله: (أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وقوله: (لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل إلا لدفع الضرر: أي بقاء الواجب في ذمته. وقوله: (لأنه عزل حكمي) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين، فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل، فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن، وإن لم يعلم لم يضمن شيئاً، فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل. وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدي مضمون على القابض على ما هو الأصل، لأن الدين تقضي بأمثالها، وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداءه موجباً لعزل الوكيل حكماً فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجعله بأداء الموكل لألحق الموكل فيه ضرراً لأنه يتمكن من

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه إلخ قوله: (قوله وأجيب بأن الوكيل إلخ) أقول: وفي شرح الإلتفاني والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الأجناس: من أصحابنا من قال إن هذا الجواب عن قول أبي حنيفة

المأمور علم أو لا . ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدي لم يقع زكاة فصار مخالفاً، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر، وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي . وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف، وقيل بينهما فرق . ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار . وفي مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار . قال : (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن

زكاة فصار مخالفاً، وهذا لأن الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتتقيص المال إلا لدفع الضرر الديني وقد خلا أداءه عن ذلك (فصار بأدائه معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفاً، وأما ما التزمتم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما، وقيل بل هو على الاتفاق . والفرق (أن الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لأنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار) أدرك الحجج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحجج (وفي مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه) وأما مسألة الدين : فالفرق أنه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وإن كان الآخذ دائته، وهذا لأن عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضممان قصاصاً وقد وقع ولم يفت لإمكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء، ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعه إيقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه إلى المصرف وقد وجد، وكونه عزلاً حكماً

استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكاً، وهما لو لم يوجب الضمان أدى إلى لحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه، والضرر مدفوع فلماذا وجب الضمان بكل حال . واعترض عليه أيضاً بأن زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله، وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء . وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر، وعندما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أداءها على غير الوجه المأذون فكان مخالفاً لما أمره فلذلك ضمن . وقوله وأما دم الإحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار؛ وتقديره أننا لا نسلم أن المأمور بذبح دم الإحصار لا يضمن إذا ذبح بعد زوال الإحصار؛ ولئن سلمنا أنه لا يضمن فالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الإحصار ليس بواجب البتة لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعلى المأمور عن المقصود، بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعلى المأمور عن المقصود فيضمن . وقوله: (وإذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة، وتقدير دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك، وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة . وقوله: (وهذا) بيان لقوله إنه أدى ديناً عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والضمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة . ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الجارية دخلت في الشركة على البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة، وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه بشيء، كما لو اشتراها قبل الإذن وأدى ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه بشيء؛ وبين دخولها في الشركة بقوله: (جرى على مقتضى الشركة) أي شركة المفاوضة، فإن ذلك يقتضي دخول ما ليس بمسئتي كالتعام والكسوة تحتها، وشراء الجارية ليس بمسئتي فيدخل تحتها لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها؛ ألا ترى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة . فإن قيل: لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها؟ أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل إذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير إذن، وقوله: (غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فأشبهه حال عدم الإذن فإنه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبهه حال عدم الإذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الإذن يحل، فأزال ذلك بقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه، لأن الوطاء لا

رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الأحوال، فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق . قوله: (واعترض عليه أيضاً، إلى قوله: وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول: هذا الاعتراض والجواب للإتقاني .

يشترى جارية فبطاًها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة، وقالوا: يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك. وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريباً على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبهه حال عدم الإذن، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن، بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة. وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة.

لهما أن بمعناه لأنه موقوف على كون الأمر صح بدفعه مقيداً بوقوعه زكاة وهو ممنوع، وقد قيل إنه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً لها، فلو بادر إلى الأداء وقع المأمور به، فلما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخيره متسبباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه قوله: (وإذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهو له بغير شيء عند أبي حنيفة، وقالوا: يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لأنه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لأن الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله أن الجارية دخلت في الشركة) جريباً على موجب المفاوضة (إذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الإذن) ثم (الإذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) إذ (لا يحل إلا في ملك ولا يمكن إثباته بالبيع) الصادر من البائع لأحد الشريكين (لما بينا) من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد، ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وإن كان شائعاً. واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكماً للإحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الأمة تملكاً لها منه وهو منتف. وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالإحلال شقصاً منها، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الأجنبي، فأما من له حق التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة في تملك الجارية بالإحلال.

يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيع: يعني لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جريباً على مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن، فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد هبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في الشائع لأن الجارية مما لا تقسم، بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا أنها دخلت في الشركة. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد، والعق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه. والثاني أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكماً للإذن بالوطء، والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكماً للإحلال، فإن من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالإحلال. والجواب عن الأول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها، وما نحن فيه ليس كذلك لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه. وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن، وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً. قوله: (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) ظاهر، والله سبحانه وتعال أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

قوله: (وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني الخ) أقول: المسئلة المذكورة في الأصول قوله: (وهن الثاني أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن: وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً) أقول: قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث، فإن الهبة إذا ثبت حكماً للإحلال يكون ثبوته ضمناً أيضاً، والأولى أن يقال: إن الجارية المشتركة أقبل تملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالإحلال شقصاً منها، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الأجنبي.