

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ سمي بها لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، وهي مشروعة للحاجة إليها، فإن الناس بين غنيّ بالمال غنيّ عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه، فمست

كتاب المضاربة

قد مرّ وجه المناسبة في أول كتاب الإقرار. والمضاربة في اللغة: مفاعلة، من ضرب الأرض إذا سار فيها، قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠]. يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة، وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح. وفي الشريعة: عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب. وقال صاحب النهاية: ومن يحدو: هي حدوه في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطاً. أقول: فيه فتور، إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه. وركنها الإيجاب والقبول بالفاظ تدل عليها، مثل أن يقول ربّ المال دفعت هذا إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله فهو بيننا على كذا، ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى. وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل. قال في العناية: وشروطها نوعان: صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته، وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك اهـ. أقول: فيه قصور، لأن الشروط الفاسدة أيضاً نوعان: نوع يفسد العقد أيضاً، ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه هاهنا في النهاية، وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضاً. وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة. وحكمها: الإيداع والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية. قال في العناية: وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح. أقول: فيه خلل، أما أولاً فلأن حكمها عند الدفع هو الإيداع، وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتمرات حتى المتون، ألا ترى إلى ما قال في الوقاية: وهي إيداع أولاً وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح. وأما ثانياً فلأنه لم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضاً ثبت بها أولاً على ما صرح به في عامة الكتب. وقال في الكافي والكفاية: وحكمها أنواع: إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب. أقول: فيه أيضاً خلل، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعدياً كما سيأتي، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكماً من أحكامها، وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمناً فيه لا يثبت به قطعاً لا يقال: إن الإجارة والغصب وإن لم يصلحاً أن يجعلاً حكماً للمضاربة الصحيحة إلا أنهما يصلحان أن يجعلاً حكماً للمضاربة الفاسدة: فمن أدرجهما في أحكام المضاربة يريد

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ وفي الاصطلاح: دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطاً (ومشروعيتها للحاجة إليها فإن الناس

كتاب المضاربة

قوله: (وفي الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه) أقول: فيه مسامحة فإنها في الاصطلاح هي العقد المخصوص بقوله: (وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول: لعل المراد الألفاظ المستعملة بقوله: (وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح)

الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني. وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه^(١) وتعاملت به الصحابة^(٢)، ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البذل والثيقة، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله، فإذا فسدت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه

بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة. لأننا نقول: لا شك أن ما ذكره في قرائنها من ركنها وشرطها وغيرها وإنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير، ففي أحكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك. ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضاً في الأحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضاً لأن حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله، ولا شك أن ليس للغاصب أجر قط لكونه متعدياً فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء قوله: (لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني: فيه مناقشة، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً أهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية، والمعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه، ووظيفة السبب مجرد الإيصال والإفضاء إلى المسبب في الجملة لا التأثير فيه، وإنما التأثير ووظيفة العلة، وقد عرف ذلك كله في الأصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يدخل بصحة الكلام المذكور أصلاً قوله: (ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في البيان التعليل: أي لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة كما عرف، وكل واحد منهما يقبل الإضافة

بين غني بالمال غني عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني، وفي الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقذور بتعاطيها. وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل: دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على أن ما رزق الله فكذا. وشروطها نوعان: صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته، وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك. وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله: (وبعث النبي ﷺ) بيان أن ثبوتها بالنسبة والإجماع، فإنه ﷺ بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روي أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على

أقول: قال صاحب الكافي: المضارب أمين أولاً لأنه قبض المال بإذن مالكة لا على جهة المبادلة والثيقة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلاً، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة، وعند الشروع في العمل وكيل لأنه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لما يلحقه من المهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى.

(١) يبيّن له الزلمي في نصب الراية ١١٣/٤ وقال ابن حجر في الدرية ١٨١/٢: لم أجده.

(٢) موقوف. قد روى مالك في الموطأ ٦٨٧/٢ والدارقطني ٦٣/٣ كلاهما عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده.

خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما مرّا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهّل ثم قال: لو أقدر لكم على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مالاً ومن مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما، فبتاعان به متاعاً من متاع المرأ، ثم تبعتهما بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعاً فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل أسلفكما؟ قال: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله، فسكت وأما عبيد الله، فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال، ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال وورد في ذلك آثاراً منها ما أخرجه البيهقي ١١١/٦ أن ابن عمر كان يزكي مال اليتيم، ويعطيه مضاربة وأخرج مالك في الموطأ باب القراض عن يعقوب الجهنّي أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح بينهما. وكذا رواه البيهقي ١١١/٦.

على مال غيره. قال: (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرصاً. قال: (ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل، ولو دفع إليه عرضاً وقال به واعمل مضاربة في ثمنه جاز له لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل

إلى زمان في المستقبل، فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلاً للإضافة إلى زمان في المستقبل أيضاً لثلا يخالف الكل الجزء اهـ. واقتضى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير أنه قال: والإجارة بالراء والإجازة بالزاي. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر إجارة بالراء كما صرحوا به ومز في الكتاب آنفاً، والمدعي هاهنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة، والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الإجارة بالراء أصلاً بل تنافيتها قطعاً فلا معنى لدرجتها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة. وأما ثانياً فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع، فإننا نعلم قطعاً مخالفة الكل لأجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الأحكام، ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنين والأول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد إلى غير ذلك من المخالفات البينة، على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والإجارة أيضاً متحققة قطعاً في كثير من الأحكام: منها أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال، وأن الأجير يستحق الأجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس إلى غير ذلك. وأما ثالثاً فلأن الوكالة والإجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة. أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة، ولا شك أن حكم الشيء خارج عنه مرتب عليه لا ركن داخل فيه، وأما الإجارة فلأنها أيضاً حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر، وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها، فحديث الجزئية في تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له، ولم أر أحداً حام حوله سوى الشارحين المذكورين، فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال: لأنه لم يصف المضاربة إلى العرض، وإنما أضاف إلى ثمنه والضمن مما يصح المضاربة به، والإضافة إلى زمان في المستقبل يجوز لأنه وكالة أو وديعة أو إجارة، وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلى زمان في المستقبل اهـ. نعم فيه أيضاً شيء مما مر، وهو أن المضاربة إجارة بعد فسادها لا في حال صحتها، فلا معنى لدرج الإجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة، اللهم إلا أن يكون درجتها فيه على سبيل المبالغة، كأنه قيل: ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الإضافة إلى زمان في المستقبل لا في حال صحتها ولا بعد فسادها فتأمل. ثم أقول: بقي لي بحث قوي في هذا المقام، وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة إيداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح، وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة، فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة، فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع، إذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق مانع آخر قوله: (لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع)

المضارب أن لا يسلك به بجرأ وأن لا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ رسول الله ﷺ فاستحسنه. وتقرير النبي ﷺ أمراً يعاينه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تكبير فكان إجماعاً. قال: (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده الخ) المدفوع إلى المضارب من المال أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكة لا على وجه

هذا يخالف ما في الشرح من أنه وكييل عند الدفع فليتأمل قوله: (لثلا يخالف الكل الجزء) أقول: قد سبق في كتاب الوكالة أن الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء قوله: (وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري) أقول:

وإجارة فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع. وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض. قال: (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة. قال: (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر

وإذا لم يصح هذا التوكيل كان للمشتري والدين بحاله، فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح، كذا في العناية والنهاية. قال بعض الفضلاء: الأظهر أن يقال: إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة، لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ. أقول: قد مر بنا أن حديث كون الوكالة جزءاً من المضاربة ليس بصحيح، فإنهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءاً منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية. نعم إنهما قالا أيضاً بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك هاهنا قوله: (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسألة المتقدمة، والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة: أي على ما شرطاً كالنصف والثلث فله: أي للعامل. أقول: فيه نظر، لأن هذه المسألة التي هي مسألة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيراً للمسألة المتقدمة التي هي مسألة مختصر القدروري لوجهين: أحدهما أن المسألة الأولى أعم من المسألة الثانية، لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما: منها أن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر، ومنها إن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه إلا عشرة دراهم، ومنها أن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة، وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به. وأما اشتراط زيادة عشرة فإنما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الأخص مفسراً للأعم. وثانيهما أن حكم المسألة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط

البدل كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة، ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع فيشركه، وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالأجرة على عمله فللهذا يظهر معنى الإجارة إذا فسدت، ويجب أجر المثل، وذلك إنما يكون في الإجازات، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره. قال: (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح، وكان فيه نوع خفاء لأنه قال: عقد على الشركة، ولم يعلم أن الشركة فيما ذا؟ ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح: أي لأن رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب، ولا مضاربة بدونها: أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط للمضارب كان قرضاً، ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنائير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أو فلوساً رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز، وقد تقدم في كتاب الشركة. ولو دفع إليه عرضاً وقال به واعملم مضاربة في ثمنه جاز، لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة: يعني

والأظهر أن يقال: إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل قوله: (ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ) أقول: فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية.

فتقطع الشركة في الربح، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده، والربح لرب المال لأنه نماء ملكه، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد كما بينا في الشركة، ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد. وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة، ولأنه عين مستأجرة في يده، وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال

دراهم مسماة لأحدهما، وحكم المسألة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين في الحكم مفسراً للآخر. فالحق عندي أن الفاء في قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريع، والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال: إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل، إلا أنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها. ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدروري، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بأن قال بعد تعليل المسألة: وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة قوله: (وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فإن قلت: ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لأبي يوسف رحمه الله، فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد؟ قلت: جوابه هو أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، كذا في النهاية والعناية، وعزاه صاحب العناية إلى المبسوط. أقول: مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال: والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة. نعم يمكن إثبات ذلك الحكم بدليل آخر ماله

أنه مشتمل على التوكيل، والإجارة بالراء والإجازة بالزاي، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لثلاث يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال للمضارب اقض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فإنه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج، أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع: أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال: ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ، وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله، وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح، وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز. قال: (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعاً، ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراها من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها، والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له، وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم، ثم فسر ذلك بقوله: (فإن شرط زيادة عشرة دراها فله أجر مثله لفساده لأنه ربما

قوله: (والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول: في القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل وهم الجوهرى ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى. فوراء هاهنا بمعنى القدام، والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح قوله «(لأن ذلك تغيير المشروع)» أقول: أي شرط العشرة.

مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب. قال: (ولا

إلى اعتبارها بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده، لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل. ثم إن بعض الفضلاء ردّ على صاحب العناية في قوله وهانها المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة. أقول: إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والإجارة معاً، وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساد فلا مخالفة بين كلاميه، والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرحوا به قوله: (ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ: عين مستأجر: يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له، أو هو من قبيل: سيل مفعم، ولعل هذا أولى انتهى. أقول: فيه أن قولهم سيل مفعم مما بنى للمفعول وأسند للفاعل، إذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الإناء ملأته، وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المملوء، بخلاف من نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستتجار قطعاً كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك، اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازي مطلقاً لا أنه من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه، فحينئذ يجوز كما أشار إليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمي العين مستأجراً لعمل المضارب فيه اهـ. ثم إن جماعة من الشراح قالوا: وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر. وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك: لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤجر

لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه) عمل لرب المال بالعقد و (ابتغى به عن منافعه عوضاً ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه) فتعين أجر المثل، وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل: والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب) بالغاً ما بلغ (كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجير، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع) كما في أجير الواحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما في الأجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يربح (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى. فإن قيل: ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد. أجب أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهانها المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين: أحدهما الاعتبار بالصحيحة، والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره، ولا يضمن كأجير الواحد، وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر،

قوله: (تنعقد شركة لا إجارة) أقول: يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة فليتأمل قوله: (والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول: فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى قوله: (وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب) أقول: في وجه الإشارة خفاء لا يخفى فليتأمل قوله: (لأن العين الواحد الخ).

بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه، وهذا

نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، لأن الإجارة إذا كانت عقداً على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجراً لكثير من المستأجرين في وقت واحد كالفقار وراعي الغنم للعامه ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت، وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجراً لأكثر من واحد، بخلاف أجير الواحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يوجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله، وإن أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال

لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً للمستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يوجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد، وهذا قول أبي جعفر الهندواني. وقيل المذكور هاهنا قول أبي حنيفة، وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وهذا قول الطحاوي، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد، والأجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قال الإمام الإسيباني في شرح الكافي: والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة، لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً. ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطاً أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فإنه يفسد العقد باختلال مقصوده) وهو الربح، وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصة العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضعية على رب المال) أو عليهما. والوضعية اسم لجزء هالك من المال، ولا يجوز أن يلزم غير رب المال، ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة. قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس بصير، وقوله بعد هذا بخطوط: وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه. قال: (ولا بد ن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب النخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف أو عمل، لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص. وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود، وسواء كان رب المال عاقداً أو غير عاقد كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز، لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وإن لم

أقول: فيه تأمل قوله: (وكانت حصة العمل مجهولة) أقول: فإن قيل: هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة. قلنا: لعل إفسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح إلا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح، فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتأمل قوله: (والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول: فيه بحث، فإن هذا الكلام وإن كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام، لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر.

بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما

فمسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجراً للمستأجرين في وقت واحد: أي أن يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد، ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد لجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك، فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب قوله: (وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية: فإن قلت: هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله: وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة، وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح. قلت: نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، وأما إذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبته انتهى. أقول: هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلاً لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسداً لما هو المقصود في المقام، إذ المقصود هاهنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة، فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور

يكن عاقداً، وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فيما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا، فإن كان الأول كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي، فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزاً، وإن كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت، لأنه وإن لم يكن مالكاً ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة، والله أعلم. قال: (وإذا صحت المضاربة مطلقاً الخ) المراد بالملوك ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك، فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئةً ويشتري ما بدا له من سائر التجارات، لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضياً إلى المقصود فيوكل ويضع ويودع لأنها من صنيعهم ويسافر، لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم، ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك. وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر، وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب، إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلما أعطاه عالماً بغرفته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه، فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة: يعني أنها من صنع التجار (ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد

جزء من المال. قال: (وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع) لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار، والتوكيل من صنعهم، وكذا الإيضاع والإيداع والمسافرة؛ ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى، كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة في الأرض وهو السير. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر. وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب، والظاهر ما ذكر في الكتاب قال: (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك

بوجه آخر حيث قال: قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد لعقد معناه مانع عن تحققه، انتهى كلامه. أقول: مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام، لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب، فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة، وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أولاً: ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ، ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى قوله: (وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان. أقول: هذا تقصير منهم جداً، لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما

جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل والإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره، والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها (بخلاف الإيداع والإيضاع لأنهما دونه فيتضمنهما، وبخلاف الإقراض فإنه لا يملك به، وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعاً كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض، أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول) يعني قوله اعمل برأيك. فإن قيل: إذا كانت المضاربة من صنعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجح على جهة العدم. أجب بأن كلا من جهتي الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان، وفي عدم استحقاق النفقة

قوله: (لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل والإيداع والتوكيل) أقول: بخلاف المأذون لأن الثابت بالإذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف حكم المالية الأصلية، ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط

بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه. وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه. وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقرار منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه، أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول. قال: (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره. قال: (فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له، وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برىء من الضمان كالمودع إذا خالف

سيأتي. وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هاهنا: أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة. أقول: فيه أيضاً نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضاً مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب، فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين، وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط: إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة، وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى. قوله: (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية: ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين، فإنها أمثال لما يجانسها، وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره، انتهى كلامه. أقول: الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل، ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله

في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وريحه له لأنه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصباً (وإن لم يشتر ورده إلى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف إذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فإن قيل: قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة، وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد. أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرص خلافه، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال. وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج (وإذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده بالعقد السابق، وأما إذا اشترى ببعضه فيه وبعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي، وفيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تعريفها. والجواب أن الجزء معتبر بالكل، وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً، ولا ضرر عند

الملك عن العبد بالإعتاق لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك، في تقرير الشارح من القصور قوله: (والجواب عن البراقي سيجيء في مواضعها) أقول: أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البراقي كما سيجيء فليتأمل قوله: (أجيب بأن كلا من جهتي الجواز صالح للعملية فلا يترجح غيرها بها) أقول: الأظهر فلا يترجح أحدهما بالأخرى قوله: (وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول: في تخصيصه بالبلد كلام، والظاهر هو التعميم للسلعة أيضاً فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر.

في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق. وكذا إذ ردّ بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا، ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير، وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج. والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء للتقرّر لا لأصل الوجوب، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد، إلا إذا صرح بالنهاي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب. والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية. أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية، وأما المكاتب فلأنه صار حرّاً يداً، وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة قوله: (ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية: فإن قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد. أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه، وإنما قال رجوع بناء على أنه صار على شرف الزوال، وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج هـ. أقول: قوله إنه رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتي من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لأصل وجوبه، وإنما وجوبه بنفس الإخراج، إذ حيث يتحقق الخلاف بمجرد الإخراج على رواية الجامع الصغير أيضاً، فالحق في الجواب أن يكتبني بأن يقال: إن المضاربة زائلة بالإخراج زوالاً موقوفاً، فإذا لم يشتر ردّ المال إلى البلد الذي عينه ربّ المال سقط الضمان وعادت المضاربة إلى أصلها، والعقد إنما لا يرجع إلا

الضمان، وقد أشرنا إلى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط. قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء) يعني في الجامع الصغير (للتقرر لا لأصل الوجوب، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهاي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفاً وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه، فالأول: كالتخصيص ببعد وسلعة وقد تقدم، والثاني: كصورة النقض فإن البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد مضراً. وأما الثالث: فكأن النهي عن السوق فإنه مفيد من وجه من حيث إن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر، وحكماً فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها، وقد تختلف الأسعار أيضاً باختلاف أماكنه، وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كما كان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهاي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه، والله أعلم. قال: (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظاً تدل على التخصيص: وتقرير كلامه: ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا: أي بهذه الألفاظ، والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل، وجملة ذلك ثمانية: ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة، والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن ربّ المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم جعل متعلقاً به لتلا لغو، وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا، أو قال خذته تعمل به

قوله: (وغيره) أقول: أي غير المفيد قوله: (كذلك لغو) أقول: أي من كل وجه قوله: (فإن البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة).

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا. وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له، أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة، ولو قال

بالتجديد فيما إذا زال زوالاً مقطوعاً غير موقوف على شيء قوله: (إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) قال في معراج الدراية: فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة أنه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت. قلنا: هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافاً لزفر، وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافاً لزفر لأنه مخالفة بالخير اهـ. أقول: في كل واحد من السؤال والجواب خبط. أما في الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح، إذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية. وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الإشكال، لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضاً، وهذا ظاهر جداً، فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره قوله: (ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ، ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الألفاظ وما لا يفيد ذلك منها، وجملة ذلك على ما عينا ثمانية: ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطاً، واثنان منها لا تفيد فتعتبر مشورة. والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا

في الكوفة مجزوماً مرفوعاً، وكلام المصنف يحتملها، أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة، ولم يذكره المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يتبدى بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقاً بما تقدم، فجعل قوله على أن تعمل شرطاً والمفيد منه معتبر، وهذا يفيد صيانة المال في المصر، وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة، وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له، وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، ويقضي الإلصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها، وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به، أما بغير الواو فواضح، وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاماً متبداً فيجعل مشورة كأنه قال: إن فعلت كذا كان أنفع. فإن قيل: فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أذ إليّ ألفاً وأنت حرّ؟ أوجب بعدم صلاحيته لذلك هاهنا، لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ، ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيداً لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والترتة عن الشبهات، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول: يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة، وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي. وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لا معتبر بغيره قوله: (وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الأول، والنوع في الثاني دليل على التقييد، ويتضمن الجواب عما يقال إن

أقول: جملة كان صفة بشمن واسم كان ضمير راجع إليه، وقوله ثمن النسيئة خير كان قوله: (فجعل قوله على أن تعمل شرطاً) أقول: شرطاً مفعول ثان لجعل قوله: (وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول: ويجوز أن يكون استئنافاً بيانياً.

على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة، أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز؛ لأن فائدة الأول التقييد بالمكان، وفائدة الثاني التقييد بالنوع، وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك. قال: (وكذلك إن وقت للمضارب وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه) لأنه توكيل فيتوأت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان. قال: (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى، ولا يتحقق فيه لعنقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشرء الخمر والشراء بالميتة. بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود. قال: (ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف. قال: (فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم

يفيده هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلطف به ابتداءً ويصح متعلقاً بما قبله يجعل متعلقاً به ثلاثاً يلغو، ومتى ذكر عقيها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقاً بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصاً ما ذكر هاهنا في جملة الشروح والكافي. أقول: فيه شيء، وهو أنهم اتفقوا على أن قول رب المال خذ هذا المال تحمل به في الكوفة برفع تحمل وبجزمه من تلك الألفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بتعمل مرفوعاً على أن

ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو غيرها. وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف، والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها، ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك. وقوله: (وكذلك إن وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان، والله أعلم. قال: (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها كالمحلول بعنقه، لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى، وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنقه فالعقد لا يتحقق فيه. وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار إلى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل، وقيد بقوله اشتر لي عبداً أبيعته فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً، ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح، بخلاف البيع الفاسد لأن يبيع بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود، ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه دون المضاربة، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وقوله متى وجد نفاذاً احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولي والمولى، ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه، وأما شراء من يعتق على مضارب فقيه تفصيل: إما أن يكون في المال ربح أو لا، فإن كان لم يجز له أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل

قوله: (وأما بالواو فلاه مما يجوز الابتداء به) أقول: إذا كان الواو للمطعم كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به، وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل قوله: (لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ) أقول: وجمله حالاً مقدرة خلاف الظاهر.

يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئاً) لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة، لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (ويسمى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتسبت ماله عند فسخه في الوارثة). قال: (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشتري بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر، فإن شاء

يجعل كلاماً مستأنفاً كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو، وقوله اعلم به بغير الواو، فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضاً فتأمل قوله: (أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها، لأن الواو للمعطف فيصير بمنزلة المشورة) فإن قيل: لماذا لم تجعل الواو للحال كما في قوله أذ إلي ألفاً وأنت حر؟ قلنا: لأنه غير صالح للحال هاهنا لأن حال العمل لا يكون وقت الأخذ وإنما يكون العمل بعد الأخذ، كذا في النهاية وعامة الشروح. أقول: ينتقض هذا الجواب بما إذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فإنهم جعلوا قوله به بالكوفة مما يفيد التخصيص، وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على إعرابين: بالرفع على الحال، وبالجزم على جواب الأمر، مع أن العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضاً، وإن قالوا هذا حال مقدره كما في قوله تعالى ﴿محلقتين رؤوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧]، يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الإشكال بذلك الجواب. ثم أقول: الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الإشكال أن يقال: إن قوله واعمل به بالكوفة جملة

عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الإعتاق فيمتنع التصرف المقصود، وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من المضاربة. وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له، فإذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه، ولم يضمن لرب المال شيئاً لأن ازدياد القيمة وتملكه الزيادة: أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره، كما رآه اشترت ابن زوجها فمات وتركته زوجاً وأخاً عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئاً لعدم الصنع منه ويسمى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصه رب المال من الربح لأنه احتسبت مالية العبد عند العبد فيسمى العبد فيه كما في الوراثة. قال: (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشتري بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر، فإن شاء رب المال استسمى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً، وإنما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي

شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً، ومع ذلك لا يضمن، ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملاً على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه: أي الادعاء لم ينفذ لفقده شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال، كما المضاربة إذا صار أعياناً كل واحد منهما يساوي رأس المال، كما لو اشترى بألف المضاربة عبيدين كل واحد منها يساوي ألفاً فإنه لا يظهر الربح، وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاء. واعترض بوجهين:

رب المال استسمى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح، لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما: أعني الأم والولد مستحق برأس المال. كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة. لأن ذلك إنشاء العتق. فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك. أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه. وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسمى الغلام) لأنه احتبست ماله عند، وله أن يعتق لأن المستسمى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق

إنشائية، وقد تقرر في العلوم العربية أن الجمل الإنشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها، وهذا مع وضوحه جداً كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبهوا بما يرد عليه الإشكال، والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضاً بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى ﴿محللين رؤوسكم﴾ ولم يزد على هذا شيئاً فهو أيضاً غفل عن عدم صلاحية الجمل الإنشائية لأن تقع حالا. ثم إن بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال: وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضاً غافل عن عدم صلاحية ذلك لأن يقع حالا قوله: (والمدعي موسر) قال الشراح: وإنما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً ومع ذلك لا يضمن أه كلامهم. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها، سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من

أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحاً. والثاني: أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفاً كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح. وأجيب عن الأول بأن تعيينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال، فإن رأس المال هو الدرهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال. وعن الثاني: بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة، والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة، وإذا اعتبرنا جملة حصل البعض ربحاً، بخلاف العبدان فإنهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناساً مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً، وعندهما أيضاً في رواية كتاب المضاربة: وإذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولاً برأس المال، فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك، فإن زال المانع صار نافذاً، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام، لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً، وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك. وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه، وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئاً لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والمالك آخرهما فيضاف إليه، لأن الحكم إذا ثبت بعلّة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً. وأصله مسألة السفينة والقدر المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعدياً. وضمان الإعتاق يعتمد ذلك. وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق. فإن شاء استسعاء لا احتباس ماله عند نفسه. وإن شاء أعتق لكونه قابلاً للعتق، فإن المستسمى كالمكاتب عند أبي حنيفة، ويستسعيه في

برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلماذا يسمى له في هذا المقدار. ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما. وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد

تقريرهم، وإنما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اهـ. فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال: إنما قيد به تنبيهاً على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة إعساره، لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة إعساره أولى، بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولاً على حالة إعساره فقط قوله: (ويستعصم في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلماذا يسمى له في هذا المقدار) قال في الكافي: فإن قيل: لماذا لا تجعل الأمة رأس المال الولد ربحاً؟ قلنا: لأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى اهـ. واقتضى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب. وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين: وفيه نظر، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اهـ. أقول: نظره ساقط جداً، لأننا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاء، لأن من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكاً لها، وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة، وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على صاحب العناية، فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثابت كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم. ثم إن بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه: إن الاستعصام مقدم، لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تبعه، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اهـ. أقول: الجواب الذي ذكره هذا القائل وإن كان مما يصلح أن يكون جواباً على أصل السؤال كما أشار إليه المصنف بقوله لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما اهـ. إلا أنه لا يصلح أن يكون مراداً للمجيب بالجواب الذي هو محل النظر، إذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب، إذ التقدم في الاستعصام والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الألف المأخوذة من الولد رأس المال دون الجارية. ونظر

ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلماذا يسمى له في هذا المقدار. قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحاً؟ وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليس من ذلك. فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للجناس، وفيه نظر، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال، ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم، لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما، وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن، وضمن التملك لا يستدعي صنفاً بل يعتمد التملك وقد حصل، كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثته فإنه يضمن

قوله: (وفيه نظر، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول: وجوابه أن الاستعصام مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تبعه، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا.

الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورائة يضمن نصيب شريكه كذا هذا؛ بخلاف ضمان الولد على ما مر.

صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب، وإنما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل. ثم إن الشارح العيني بعد أن ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلاً عن الكافي، ويعد أن ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلاً عنه قال: قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الريح من جهته اهـ. أقول: لا يرى لهذا معنى مفيد، فإن ظهور الريح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الألف المأخوذة منه دون قيمة الجارية، بل الألف المناسب لظهور الريح من جهته أن يكون الألف المأخوذ منه أيضاً من الريح تأمل تقف.

لشريكه نصيبه، كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه، بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه. وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه، ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب.

باب المضارب يضارب

قال: (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية. وقال زفر رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة. ولهما أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله. ولأبي حنيفة أن

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبداً فكذا بيان حكمها، كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي. وذكر فيهما وجه آخر أيضاً هو أن المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبداً. واختاره صاحب الغاية والعناية. أقول: فيه تعسف، لأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة رب المال إلا أنها مفردة أيضاً غير مركبة من المضاربتين قطعاً، ألا ترى أن الثاني أبداً يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول ومن نفسه قطعاً، وإنما المركب منهما الاثنان: نعم إن مضاربة لمضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله: (وبعده إيضاح) قال بعض الفضلاء فيه بحث، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي ا هـ. أقول: ليس الأمر كما فهمه، فإن المحكوم عليه هاهنا بأنه إضباع إنما هو الدفع لا عقد المضاربة: والذي ينافي الإيضاع ويلائم التوكيل إنما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه، فإنه إنما يلئم الإيداع قبل العمل والإيضاع بعده لا التوكيل، لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل إلى غيره، وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه، بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى. وأما ما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فإنه قال فيه: ووجه المروري عن أبي حنيفة أن العقد المجرد لا يوجب الضمان، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة، فأخرها عن المفردة. اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فالموجب هو حصول الربح، فإن ربح الثاني ضمن الأول لرب المال. وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، ثم رجع أبو يوسف وقال: ضمن بالدفع، وبه قال زفر لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره، ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه. ولهما أن دفعه إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى: أي موقوفاً إن عمل ضمن وإلا فلا. ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع، وبعده إيضاع، والفاعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما، إلا أنه ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفاً لاشتراك الغير في ربح مال رب المال، وفي ذلك إتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره، وهذا أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة، وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كليهما جميعاً لم يضمن الأول لأن الثاني أجبر فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان. فإن قيل: إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لأن مبنها على الأولى فلا يستقيم التقسيم.

باب المضارب يضارب

قال المصنف: (وبعده إيضاح)، أقول: فيه بحث، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي.

الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبطاع، والفعالان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة، فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول، وإن عمل الثاني لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به. ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني. وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع. وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور. وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده. ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامناً، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطاً لأنه ظهر أنه ملكه بالضمآن من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد. وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطاً لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداءً، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل، والأعلى

ذلك، ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل اهـ. ولا يخفى أن المفهوم منها أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل، ولا كلام في أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة، وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد قوله: (وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج الدراية: أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة. وقال في العناية وشرح العيني: أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة. أقول لا يحتمل أن يكون المشار إليه بهذا هاهنا وجوب الضمان عليهما، أي على المضارب الأول والثاني، بل كون المشار إليه به هنا هو الضمان على الأول متعين، لأن المذكور في الكتاب هو ضمان الأول لا غير، ولم يمر من المصنف إلى الآن شيء يشعر بضمان الثاني أيضاً، فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا هاهنا إشارة إلى الضمان عليهما، وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله، ووجوب الضمان على الثاني مما لم تشم راتحتة قط إلى الآن فضلاً عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد، على أن المصنف هاهنا

أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح ومائة مثلاً وللثاني نصفه قوله: (ثم ذكر في الكتاب) يعني القدوري (يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل) اختياراً منه لقول من قال من المشايخ (ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة). وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع، ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الأول والثاني) في هذه المسألة (بإجماع) أصحابنا (و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده) لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة) الثانية (لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد) أي بسببه (لأنه عامل له) أي للمضارب الأول (كما في المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول. وأجيب باختلاف الجهة: يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث إنه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع، والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه، ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه

قوله: (واعترض، إلى قوله: وأجيب باختلاف الجهة) أقول: المعترض والمجيب هو الإثنائي قوله: (والظاهر من كلامه عدمه) أقول: أي عدم التناقض قوله: (ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه) أقول: الظاهر أن اللام للمنفعة.

يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث. قال: (إذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وبيع، فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس) لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فيتصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس، ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وإن كان قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان) لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال) لأن الأهل شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوّض إليه من جهة رب المال فيستحقه، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه، أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال، لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به، ولأنه غرّه في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الأول لرب المال، وأما أن الثاني هل يضمن أيضاً أم لا فيبينه بعد مفصلاً بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني الخ فهو هاهنا بمعزل عنه قوله: (لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع ما نفسه) أقول: لقاتل أن يقول: هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر، لأن مال المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله. ولا يخفى أن الأهم بالبيان والتعليل هاهنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه.

فلا تناقض بينهما حيث (ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد) فإن الأول قد غرّه والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغاز (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطنا، لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأول لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث) لأنه ثابت من وجه دون وجه وسيله التصديق. قال: (فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل إلى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها إلى شرح، وإنما قال يطيب لهما ذلك: أي للمضارب الأول والثاني الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئاً فقد باشر العقدين؛ ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً له وإن لم يعمل بنفسه، وإنما قال غرّه في ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما إذا قال الآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمناً فاسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه.

فصل

(وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد بدأ معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر،

فصل

قوله: (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير، وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية: التقييد بعبد رب المال لا للشرط، فإن الحكم في عبد المضارب كذا أيضاً، ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك. وقال صاحب معراج الدراية: التقييد بعبد رب المال لا للشرط، فإن حكم عبد المضارب كذلك، وكذا لو شرط الأجنبي، وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له. وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف. وجه قول البعض إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه: وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث انتهى. أقول: لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلاً، بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قيل، وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلاً عن المنافاة. ثم إن محصول ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به، وهذا مما لا يقدر فيه البحث المذكور أصلاً كما لا يخفى على الفطن. وقال صاحب العناية: قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيان: عبد المضارب، والأجنبي؛ وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة

فصل

لما كان للمضارب بعد إدخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال: (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيان: عبد المضارب، والأجنبي، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط وعمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمأن العمل ولم يوجد من ذلك شيء. وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلاً، إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال، لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه، لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط،

فصل وإذا شرط المضارب

قال المصنف: (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول: قال الكاكي: قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي

وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للفرءاء. وهذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف، والله أعلم.

جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضممان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه. أقول: فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الأجنبي أصلاً: أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط. أما إذا شرط ذلك فلأن حكم الأجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعاً فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم. وأما إذا لم يشترط ذلك فلأنه وإن تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط، لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبياً؛ فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال؛ ألا ترى أنه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الأجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسألة أيضاً فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلاً. وقال صاحب الكفاية: التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه. أقول: هذا هو الحق عندي، ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة حيث قال لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له، ثم قال: وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف.

والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب، لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به، وإن كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف، وأما إذا شرطاً أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرطاً سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد يداً معتبرة لا سيما إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له، ولهذا) أي ولأن للعبد يداً معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا) أي ولكون اليد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني إذا كان مديوناً على ما سيجيء (وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر، وإذا صحت المضاربة) والشرط (يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإذا كان عليه دين فهو للفرءاء، هذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر.

وبعض أصحاب أحمد. وجه قولهم إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى. وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث قوله: (فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني) أقول: فيه تأمل قوله: (فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي) أقول: عبداً أو حراً ابن المضارب أو زوجته أو غيرها.

فصل في العزل والقسمة

قال: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم، وموت الموكل يبطل الوكالة، وكذا موت الوكيل) ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل. (وإن ارتد رب المال عن الإسلام) والعياذ بالله

فصل في العزل والقسمة

أي في عزل المضارب وقسمته الربح

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح قوله: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذاً من النهاية: وردّ بأنه لو كان توكيلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلاً لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلاً لما عاد المضارب على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل. والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه. يريد بالجواب الآتي عن الرد الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسألة الأولى. وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضاً في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسألة الثانية. وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسألة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسألة الثالثة. أقول: الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث، وبذلك لا يحصل الجواب عن الردّ بالوجه الثلاثة المذكورة هاهنا لأن حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلاً لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة، وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلاً حتى يندفع رد الدليل المذكور هاهنا بتلك المسائل، بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الردّ والإشكال. فإن قلت: المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدم فيها اختلافهما في الوجه الثلاثة المذكورة. قلت: فحينئذ لا يفيد الدليل المدعي، إذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلاً في بعض الأحكام كونها توكيلاً فيما نحن فيه فلا يتم التقريب. فإن قيل: المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جملته ما نحن فيه. قلنا: فحينئذ لا يصلح ما ذكر في

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل. قال: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم، وموت الموكل تبطل الوكالة. وردّ بأنه لو كان توكيلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً، كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلاً لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلاً لما عاد المضارب

فصل في العزل والقسمة

قوله: (ثم عاد مسلماً كالوكيل) أقول: قال الإفتقاني: فإنه إذا رجع الموكل مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافاً لما روي عن محمد، وقد صرح في باب عزل الوكيل.

(ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لأن اللحق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لأن له عبارة صحيحة، ولا توقف في ملك رب المال بقبول المضاربة. قال: (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على

معرض الدليل لأن يكون دليلاً أصلاً لصيرورته أخفى من المدعي ولا أقل من أن يصير مثل المدعي في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل قوله: (وإن ارتد رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح: هذا إذا لم يعد مسلماً، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء بلحاظه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان. أما قبل القضاء بلحاظه فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة. وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى المبسوط. أقول: فيه إشكال، أما أولاً فلأنه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعاً كما مر في المسألة المتقدمة آنفاً فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة؟ اللهم إلا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضاً فإن المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب. وأما ثانياً: فلأنه إن كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما إذا عاد مسلماً بعد القضاء بلحاظه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما إذا لم يعد أيضاً بهذه العلة فلي تأمل. ثم أقول: الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسألة. ومما ذكر في بعض المعبريات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما إذا لم يعد مسلماً وبين ما إذا عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرتداً سيما بعد القضاء بلحاظه. أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسألة فلأنه قال في تعليقه إياها لأن اللحق بمنزلة الموت عندنا؛ ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته، ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر، فكذا بما هو بمنزلة الموت. وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعبريات فلأنه قال في البدائع: ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلاً، وكذا إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة هـ. ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلماً بعد أن يحكم بلحاظه بدار الحرب، ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته بطلانها، ولو عاد قبل أن يحكم بلحاظه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته، وأن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى

على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل، والجواب عن ذلك كله سيأتي. (وإذا ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله أو لحق بدار الحرب بطلت المضاربة): يعني إذا لم يعد مسلماً، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت، أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة، وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده، فكذا تصرف من يتصرف له. ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً حتى لو اشترى وباع وبيع أو وضع ثم قتل على رده أو مات ولحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والبيع بينهما على ما شرطاً لأن له عبارة صحيحة، لأن صحتها بالآدمية والتميز ولا خلل في ذلك، والعبارة الصحيحة مبني صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث، ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به بقبول المضاربة، خلا أن ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة، لأن حكم العهدة

علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال، وإنما يتقضى بالبيع. قال: (ثم لا يجوز أن يشتري بضمنها شيئاً آخر) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنائير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة. قال: وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنائير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض، وعلى هذا موت رب المال

القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلماً فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاظه وإن عاد مسلماً. وقال الإمام الإسيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف، ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلماً جاز ذلك على المضاربة لأنه انتقضت رذته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها هـ. ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضاً أنه لو عاد مسلماً بعد القضاء بلحاظه بطلت المضارب بالاتفاق قوله: (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان: أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها: أي هي غير باطلة. وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظراً إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربة عند أبي حنيفة فيكون المعنى: ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها: أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضاً بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعاً. وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية: وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتداً، بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتداً حيث لا تبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة هـ. واقتضى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح، وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضاً حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقاً وللحاق المبطل إلى المالك فقط، فدل على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه. أقول: ذلك المعنى ليس بصحيح عندي، إذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاظه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام. ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضاً حيث قال في تعليل بطلان المضاربة: إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لأن

يتوقف برده، لأنه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه، فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء. وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهد عليه ويرجع على رب المال. قال: (فإن عزل رب المال المضارب النخ) إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه، وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقداً أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد، والربح إنما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على رأس المال بتمييزه، ورأس المال إنما ينض: أي يتيسر ويحصل بالبيع، ثم إذا باع شيئاً لا يجوز أن يشتري بالثمن شيئاً آخر، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنائير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال. قال: هذا الذي ذكره إن كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنائير

ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها. قال: (إذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لأنه وكيل محض

للحقوق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ١ هـ. فإذا كان كذلك فأني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداً، على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحقه مصرح به في المعتربات. قال في البدائع: وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كونه قبل الردة، وكذا إذ لحق بدار الحرب وقضى بلحقه لأن رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه ١ هـ. فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد إليه قوله في تعليقه، ولا توقف في ملك رب المال، إذ لا ريب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة إذا كان هو المرتد، والتوقف في ملكه عنده إنما يكون قبل اللحاق لا بعده، فلا بد أن يكون المراد هاهنا أيضاً ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل، ويشير إليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعاً بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً، إذ لا شك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد، ولا خلاف فيه بعد اللحاق، وإنما الخلاف فيه قبل اللحاق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ، فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحاق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر قوله: (وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ: وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها، فكلمة هذا في قوله وعلى هذا إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل من ذلك: يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضاً بل يبيعه بعد العزل، كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين. ثم إن ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع إلى العروض: أي ونحو العروض في حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد ذنانير أو على القلب. هذا ما ذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندي. وأما صاحب غاية البيان فقال: وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتداً ثم باع المضارب العروض جاز

أو على القلب له أن يبيعه بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض قوله: (على هذا موت رب المال) يزيد به أن العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب. ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي، لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الأجير وأجره الربح، وإن لم يربح لم يجبر على ذلك لأنه وكيل محض) حيثئذ والوكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به) فإن قيل: رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه، وذلك لا يتم إلا بالقبض، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. أجيب بأننا لا نسلم أن الرد واجب، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فإذا فعل ذلك فقد زالت يده، ولا بد له من ذلك (لأن حقوق المعقد ترجع إليه) فإن لم يوكل يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة، ومجوزها معروف وهو اشتغالها على النقل، وإنما فسره بذلك لأن أجل ربما يومه أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعاً أو شراءً فإنهما (يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بالأجر عادة) وإذا

قال المصنف: (وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول: الضمير في قوله ونحوها راجع إلى الموت على تأويل المنية، ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف إليه وفيه شيء.

والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به . (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بد من توكيله وتوكله كي لا يضيع حقه . وقال في الجامع الصغير: يقال له أجل مكان قوله وكل، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجر عادة . قال: (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التابع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لأنه أمين (وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بفضه أو كله تراذا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله

يبعه على المضاربة لما قلنا . والضمير في ونحوها على هذا يرجع إلى موت رب المال على تأويلمنية فينبغي أن يقال برفع الواو . أقول: فيه نظر، لأنه مع ابتناؤه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى، أما على النسخة الثانية فظاهر، لأن ما هو نحو الموت إنما هو اللحق بدار الحرب مرتداً، وقد ذكر هذا صريحاً في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت . وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل . ثم قال صاحب الغاية: ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطي للمضارب حكم المؤنث باعتبار إضافته إلى المؤنث كما في قوله:

كما شرقت صدر القناة من الدم

فعلى هذا يقال بجر الواو . أقول: هذا أيضاً مع كونه تعسفاً من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى، لأنه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك . ثم قال: ويجوز أن يرجع إلى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض، كما إذا كان رأس المال دراهم والمال دنائير أو على العكس، لأنها نحو العروض في أن المضارب لا يتعزل بموت رب المال اه كلامه . أقول: الآن ححص الحق . والمعجب أنه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظاً ومعنى قوله: (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء: هذا منقوض بالكفيل فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل اه . أقول: هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على إيفاء ما تبرع به، والكفيل ملتزم لأن يطالب بما على الغير على ما عرف

وصل إليه أجره أجبر على تمام عمله واستجاره فلما يخلو عن فساد، لأنه إذا استؤجر على شراء شيء فقد استؤجر على ما لا يستقل به، لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده، وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة . والأحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجراً فيكون وكيلاً معيناً له، ثم إذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل، هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد . قال: (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الأصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال . قال النبي ﷺ: «مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم

قال المصنف: (وإن لم يكن له ربح ولم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به الخ) أقول: هذا منقوض بالكفيل، فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل، ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء إذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات .

(وإذا استوفى رأس المال، فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو) اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول) لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد، وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

في محله فلا يرد النقض به، وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة، والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضاً في محله فلا انتقاض. ولئن سلم إطلاق الكلام هاهنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله ﷺ «الزعيم غارم»^(١) على ما مر في كتاب الكفالة، فلا ضير في خروجه، إذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

له رأس ماله فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه، أو قال فرائضه، ولأن رأس المال أصل والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل، فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع، فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين، وإن اقتسماه تراداً لأن القسمة تفيد ملكاً موقوفاً إن بقي ما أعد إلى رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً له، وإن هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال.

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ١٢٦٥، ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٣٩٨ وابن حبان ٥٠٩٤ والبيهقي ١١٢٨ والطيالسي ١١٢٨ والبيهقي ٨٨/٦ والطبراني ٧٦١٥، ٧٦٢١ وأحمد ٥/٢٦٧ وعبد الرزاق ١٤٧٩١، ١٦٣٠٨ كلهم من حديث أبي أمامة وأسنادهم جيد وقد تقدم الكلام عليه في كتاب البيوع.

فصل فيما يفعله المضارب

قال: (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب. وله أن يستكرهها اعتباراً لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد ثم أخرج الثمن جاز بالإجماع، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى. إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك. وأما عند أبي يوسف فلا لأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة. بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأناظر، لأن

فصل فيما يفعله المضارب

قال في غاية البيان: وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا، بل كان ينبغي أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع، إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثم انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثم لا يجدي شيئاً في دفع ما ذكره أولاً، لأن زيادة الإفادة إنما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب، بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثم، ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثم وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر. وقال في النهاية والعناية: ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة وتنبهها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة انتهى. أقول: لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك، ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبهها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة يناهض في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، لأن الإعادة تقتضي الذكر مرة أولى، وقد قال أولاً ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، وحل ذلك أن المراد بالإعادة إعادة جنس أفعال

فصل فيما يفعله المضارب الخ

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للإفادة وتنبهها على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة. قال: (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله إطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا. فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من ذلك، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه. قال في النهاية: بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب. قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلاً، وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب إذا اشترى طعاماً يحمله عليها. وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان للركوب لا يجوز، وإذا كان للحمل فهو ساكت عنه، وله أن يستكرهها: أي السفينة والدواب مطلقاً اعتباراً لعادة التجار، فإنه إذا اشترى طعاماً لا يجد بدأ من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم. وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الإذن في التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة. والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكاً في الربح، ولو باع نقداً ثم أخرج الثمن جاز بالإجماع. أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكاً في

فصل فيما يفعله المضارب

قوله: (أي السفينة والدواب مطلقاً) أقول: أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقاً قال المصنف: (وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول: إيضاح آخر لقوله لأن له الأمر العام المعروف عطقاً على قوله ولهذا كان له أن يشتري.

تصرفه مقيد بشرط النظر، والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا، ومن جملة التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإيضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلق مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره) وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التمييز، فمن هذا الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب

المضارب لا إعادة خصوص ما ذكر هاهنا، وإعادة جنسها إنما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل قوله: (لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول: فيه شيء، وهو أن هذا الدليل قاصر عن إفادة تمام المدعي، إذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة أيضاً في المدعي كما ترى قوله: (فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشتري رب المال وياع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية: وكلام المصنف يوهم اختصاص الإيضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى. أقول: الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الإيضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، فإن منشأ الإيهام إنما هو مجموع قوله شيئاً من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعض؛ ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن، بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة. وعن هذا قال صاحب النهاية: وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة. وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهماً للاختصاص بإيضاع بعض المال غيره فقال: فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى

الربح أو بعرضية ذلك، إلا أن الوكيل يضمن كما تقدم، والمضارب لا يضمن لأن له أن يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لأنه من صنع التجار، فجعل تأجيله بمنزلة الإقالة والبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل فإنه يضمن إذا أضر الثمن لأنه لا يملك الإقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاه وكالته. وأما عند أبي يوسف فلأن المضارب يملك الإقالة والبيع نسيئة كما قاله، وإن كان الوكيل لا يملك ذلك. ولو قيل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذا إذا قبل الحوالة ولأنه من صنعهم، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فإن تصرفه نظري فلا بد وأن يكون المحتال عليه أيسر. ثم ذكر الأصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة، وهو ظاهر. ثم قال: (ولا يزوّج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بها (وجوّز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة. والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالإعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة، والله أعلم. قال: (فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئاً من مال المضاربة بضاعة فاشتري به رب المال وياع لم تبطل المضاربة، خلافاً لزرقي فإن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال، ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء. ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقاً للمضارب. وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك، والإيضاع توكيل لأنه استعانة، ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية. فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلاً لأن الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله. أجب بأن رب المال بعد التخلية صار كأجنبي عن المال فجاز توكيله، فإن قيل: لو كان كذلك تصح المضاربة

المال وهو الاستدانة، وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفائح لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض. قال: (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب؛ ألا ترى أنه يستفيد به المهز وسقوط النفقة. ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا. قال: (فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وياع فهو على المضاربة) وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه

رب المال بضاعة واشترى رب المال وياع فهي مضاربة بحالها انتهى قوله: (وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام. قال زفر: رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح. فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسألتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسألة وليس كذلك، والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفاً في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكيلاً فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلاً لغيره فيما يعمل في ملك نفسه، ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: قال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه، فإن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلاً لغيره فصار مسترداً انتهى قوله: (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية: وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيداً لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ. أقول: هذا الكلام منه ليس بشيء، لأنه إن أراد أن هذه المسألة مرت بعينها وخصوصها

مع رب المال. أجاب بقوله: (وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا، فلو جوزناه لأدى إلى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول: رب المال إما أن يصير بالتخليه كالأجنبي أو لا، فإن كان الأول جازت المضاربة، وإن كان الثاني لم يجز الإبضاع، فالقياس شمول الجواز وعدمه. والجواب أنه صار كالأجنبي. قوله جازت المضاربة. قلنا: ممنوع لأن المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود، بخلاف البضاعة فإنها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (وإذا لم تصح المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط، وقيد بدفع المضاربة لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغيره أمر وياع واشترى، فإن كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة، إذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه، ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة، وإن صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لأن النقض الصريح إذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل فيها فهذا أولى. قال: (وإذا عمل المضارب في المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح. والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال

قوله: (إذا لم يصرح به) أقول: فيه بحث.

فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً. ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخلية، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تبتعد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى. قال: (وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال، وإن سافر قطعاه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء في المال. ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة، والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي،

فليس كذلك قطعاً، وإن أراد أنها مرت في ضمن الأصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم، ولكن المسألة الثانية أيضاً مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الأصل فلا وجه لجعل الأولى تمهيداً للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور، بل لم تكن مسألة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه. فالحق أن كل واحدة من هاتين المسألتين مقصورة بالبيان هاهنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل، ولا يتنافيه اندراجهما تحت أصل كلي ماز. كيف وتفريع الفروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد في عامة المواقع قوله: (وإذا صار شريكاً بالصبيغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية: فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبيغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما. أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط، وبالصبيغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن. وقال: وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون، فإن كان مأذوناً وقع

المضاربة ولا على رب المال لأنه بمنزلة الوكيل. والمستبضع عامل لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير لما شرط لنفسه من الربح، ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به، إلا أنا تركناه فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه حامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر، وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالإتفاق من ماله، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل، فلو أنفق من ماله يتضرر به، وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة، وإذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاه الاستحقاق كالحج عن الغير إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع، وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما إذا كان بحيث يفتدو ثم يروح فبييت بأهله، فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوقي، وإن لم يكن فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه إذ ذاك لها والنفقة ما تصرف إلى الحاجة الراتبية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف. وألحق بذلك ما كان من معدات تكثير تشمير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدبة والدهن في موضع يحتاج فيه إليه كالحجاز، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشياً في حوائجه يعد من الصعاليك ويقبل معاملوه فصار ما به تكثير الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة، والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن. ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب. قال: (وإذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملاً فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطاً، فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار، ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين، فإن كان من المضارب ألف فاشترى بها ثياباً

قوله: (فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول: وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب.

وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد، فلو أنفق من ماله يتضرر به، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير، وبخلاف البضاعة لأنه متبرع. قال: (فإن بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتفاء الاستحقاق، ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يفتد في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما السوقي في المصر، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فتفتت في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا، ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف بين التجار. قال: (وأما اللدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى اللدواء بعراض المرض، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها. قال: (وإذا ربح أخذ رب المال ما

على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالفاسد لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استناداً على المالك وليس له ولاية ذلك كالمالك. أقول: في آخر كلامه اضطراب، لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً أنه اختار كونه غير مأذون لأن كونه غاصباً إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه غير مأذون، فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصباً يقتضي اختيار كونه غير مأذون فحيث لم يحتج إلى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ، لأن وقوعه على المضاربة إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه مأذوناً، فإذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركاً. فإن قلت: مراده أن لفعل المضارب هاهنا وهو صبغها أحمر جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه، وثانيتها الاستنادة على المالك، وأن المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه. قلت: مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار إليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه، إذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستنادة على المالك، على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذوناً في فعله هذا أو غير مأذون. ثم أقول: الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب إما أن يكون بهذا الفعل مأذوناً أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذوناً به بقوله اعلم برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حيثنذ، إذ الإذن المذكور ليس بمقصود على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده، بل يعم

فقصراً أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعلم برأيك فهو متطوع لأنه استنادة على رب المال، وهذا المقال لا يتنظمه كما مر، وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيداً لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه، وسائر الألوان كالحمرة إلا السواد عند أبي حنيفة، لأن الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكاً بخلط ماله بمال المضاربة. وقوله اعلم برأيك يتنظمه، فإذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغاً على قيمته مصبوغاً وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ إن باعه مساومة، وإن باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به، وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة، بخلاف القصار بفتح القاف والحمل فإنه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء، ولهذا إذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجاناً، وإذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه

قوله: (وجعل الحد الفاصل، إلى قوله: بمنزلة السوقي) أقول: فيه بحث قوله: (ماشياً في حوائجه) أقول: أي بنفسه.

أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جارٍ بإلحاق الأول دون الثاني، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها. قال: (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصار والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه.

التصرف في مال المضاربة منفرداً أو منضمّاً إلى غيره مما له جهة في التثمين كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرّر في بيان النوع الثاني من الأصل المار ذكره، وقد أشار إليه المصنف هاهنا بقوله وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر.

وترك الثوب عليه، وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقلّ حالاً منه. فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما. أجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن، وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذوناً وقع على المضاربة، وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك.

قوله: (وسائر الألوان كالحمرة) أقول: قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره قوله: (لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول: تحليل لقوله فهو شريك الخ قوله: (لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً) أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ.

فصل آخر

قال: (فإن كان معه ألف بالنصف فاشتري بها بزا فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبداً فلم يتقدما حتى ضاعا

فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها قوله: (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً، لأن الوكالة تجامع الضمان كالعاصب إذا توكل ببيع المصنوب) يعني أن العاصب إذا توكل ببيع المصنوب يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المصنوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أميناً. قال صاحب العناية بعد هذا البيان: وفيه نظر، لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبراً جميعاً، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة، ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين. ثم قال: ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاختارنا أهون الأمرين، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى. أقول: في الجواب نظر، أما أولاً: فلأن قول المصنف لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان، كالعاصب إذا توكل ببيع المصنوب صريح في إثبات إمكان جعله مستوفياً بمجمعة الوكالة الضمان في صورة توكل العاصب ببيع المصنوب، فكيف يمكن أن يقال: مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما. ولئن سلم

فصل آخر

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة. قال: (فإن كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح، ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها، فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطنا، وضمن المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها. وتحقيقه ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشتري بها بزا فهو مضاربة، فإذا باعه بألفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة، فإذا اشترى جارية بألفين وقع ربيعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال، وإذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة، وإذا ملك ربيعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان متافياً لها، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضارباً لنفسه وهو لا يصلح. ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقية ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة، لأن ضمان رب المال يلزم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال، وإذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين قوله: (وإن كان معه ألف) معناه واضح، وقوله: (لتفاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد، ومقصود المضارب الاستفادة اليد على العبد. وقوله: (إلا أن فيه شبهة العلم) أي عدم الجواز، لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به ألفاً لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المراجعة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كسوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أن بيع ماله بماله قوله: (فإن كان معه ألف بالنصف فاشتري بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) كان الدفع والغداء إليهما، فإن دفعاه

فصل آخر

قوله: (وصوله إلى الألف مع بقاء العقد) أي عقد المضاربة.

يفرم رب المال ألفاً وخمسمائة والمضاربة خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال : هذا الذي ذكره حاصل الجواب ، لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد ، إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة . ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافات ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لأنه دفع مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما . قال : (وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ، ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع . قال : (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب)

ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لأن حاصله أن السبب في صورة توكيل الغاصب ببيع المغضوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من إمكان اجتماعهما هناك إمكان اجتماعهما هاهنا . وأما ثانياً : فلأن قوله وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتمام ، لأن الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى إنما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل إذ الكلام فيما إذا هلك الثمن المدفوع إلى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعاً في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفياً لأجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ، ألا ترى أن الوديعة إذا هلكت في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا

بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة ، وإن فدياه لإثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعاً ، لأن رأس المال لما صار شيئاً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا عتق الربع إن كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازاً عما إذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم (فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بينهما) أنه صار مضموناً عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما إذا ضاع الألفان في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لأن جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد ، والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه . وقوله : (ولأن العبد كالزائل) لأنه استحق بالجنابة والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً خارجاً عن المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة ، وهي ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن ديناً وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانياً (لا يصير) المضارب (مستوفياً لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان ، وإذا لم يكن مستوفياً كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه المهدة بوصول الثمن إلى

لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً، لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان، وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم. قال: (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم يتقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفياً، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة يتأنيف فيه يرجع مرة بعد أخرى، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً، لأن

يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب. وأما ثالثاً: فلأن قوله وأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إلى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمشٍ فيما إذا هلك الألف والعبد معاً، إذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح، والظاهر أن جواب المسألة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضاً بناء على الدليل المذكور في الكتاب. قال في النهاية ومعراج الدراية: ذكر الإمام المحجوبي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل: أحدها ما ذكر في الكتاب. والثاني أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلاً لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إذا حملنا على الأمانة لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين. والثالث: أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده، فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى. أقول: في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظراً. أما في الأول فلما عرفته آنفاً، وأما في الثاني والثالث فلأن كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضاً إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الأولى في تلك الصورة. أما اقتضاء الثاني ذلك فلأن إبطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الأولى أيضاً لعللة المذكورة، وأما اقتضاء الثالث إياه فلأن انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعاً بما حدث بعد زوال الأمانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى. وأيضاً يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانياً وثالثاً على جواب صاحب

البائع (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء) فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة (لأنه أمكن أن يجعل مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغمصوب منه ببيع المغمصوب) فإنه يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغمصوب وجب الضمان ولم يعتبر أميناً فيه، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبر جميعاً، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكيمين متنافيين، ولو غصب ألفاً فضارب المغمصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغمصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعاً للتحكم، ولأن المطلوب كونه مستوفياً والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع. ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفياً فثبت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا

قوله: (فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل) أقول: يعني حقه في الألف المدفوع.

الوكالة تجامع الضمان كالمغاصب إذا توكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفياً، فإذا هلك رجوع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر.

العناية عن نظره تأمل تقف. ثم أقول: الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسألتنا هذه أن يقال: قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبايع فإنه بمنزلة البايع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة، فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه، فإذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء، وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفياً، فإذا هلك رجوع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل.

أهون الأمرين، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البايع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري. وقوله ولو غضب ألفاً الخ لم تثبت فيه رواية تحوج إلى الفرق بينهما. وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل، وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في الأول ويصير به مستوفياً، وفي الثاني لا يرجع أصلاً وكلامه فيه واضح، والله أعلم.

قوله: (بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البايع) أقول: حيث يجري بينهما مبادلة حكمية كما تقدم.

فصل في الاختلاف

قال: (وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر، لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمناً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض، ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البيئات للإثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر، ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة

فصل في الاختلاف

أي في الاختلاف بين المال والمضارب

آخر هذا الفصل لأن الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين قوله: (ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية: وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه أ هـ. وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة. أقول: تسمية حد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضارباً في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً، والأقرب عندي أنه سماه مضارباً للمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى: تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر:

قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبة وقميصاً

قوله: (لأن المضارب يدعي عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال: هذا أي تملك الربح، وسلك صاحب العناية أيضاً هذا المسلك حيث قال: لأنه يدعي عليه تملك الربح. أقول: الظاهر أن مراد المصنف بالتملك هاهنا تملك أصل المال، لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فامر تابع لتملك أصل المال في هذه الدعوى، فحمل التملك هاهنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح. أما أولاً: فلما أشرنا إليه من أن الأصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك، وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يومه خلاف الأصل. وأما ثانياً: فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادعى المضاربة، فإن المدعي هناك استحقاق الربح

فصل في الاختلاف

آخر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين. قال: (وإن كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب، وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال، وهو قول زفر لأن المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع وقال القول للمضارب، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمناً كان كالعاصب أو أميناً كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض، وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك: أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه: أي في الربح لرب المال. يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان، أما في رأس المال فلما مر من الدليل، وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو

المضارب، لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر. ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق، والتخصيص يعارض الشرط، بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص،

دون استحقاق أصل المال فإدعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعي فيما نحن فيه، علي أن الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح. وأما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضاً إشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة قوله: (والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة) قال صاحب النهاية: ورب المال أيضاً محتاج إلى إثبات ما ادعاه ليصل حقه إليه، بل بينة رب المال أقوى بالقبول لإثباتها أمراً عارضاً وهو الضمان، وشرعية البيئات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد، فكان هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعد أيضاً أه كلامه. وقال صاحب العناية: قال المصنف: لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة. وأعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة. وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان. فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بينة إلى هنا كلامه. أقول: جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد، لأن الثابت بإقرار الآخر إنما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لإذن رب المال فإنه يدعي الموافقة له، وسبب الضمان إنما هو المخالفة فلا يتم التقريب. والصواب في الجواب عنه أن يقال: عدم احتياج رب المال إلى البينة في مسألةنا هذه لا لأنه ليس بمدع شيئاً، بل لأن القول قوله لكون الإذن مستفاداً من جهته كما تقرر فيما مر آنفاً، فكان ما يدعيه ثابتاً بقوله فلم يحتج إلى البينة، ولهذه النكته قال المصنف: وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر، وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف هاهنا فتدبر قوله: (ولو وقَّت البيئتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى) أقول: لقاتل أن يقول: هذا مناقض لما ذكره آنفاً من أن البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الأخير رب المال. ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولاً على عدم التوقيت. قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف: ولو وقَّت البيئتان الخ وإن لم توقَّتا أو وقَّتا على السواء أو وقَّت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال. أقول: يرد عليه أن هذا ينافي ما ذكره المصنف من

يستفاد من جهته، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له، فكذا إذا أنكر الزيادة، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البيئات للإثبات، وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة فلان بالنصف وقد ربح ألفاً وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال، لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح وشرطاً من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر. ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه، ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التملك، ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن، ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقامها لأنها تثبت الضمان، وإذا كان في العموم والخصوص، فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال، أما إذا أنكر الخصوص فظاهر لأن العموم هو الأصل كما يذكر، وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك نهياً له عن العموم. وله أن ينتهي عنه قبل التصرف إذا ثبت منه العموم نصاً فهانئ أولى، وإن كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً، وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحساناً لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه

والإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة، ولو وقتت البيتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول.

أن البينة بينة المضارب، إذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى. ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير هاهنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البيتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط، ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ، وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بيتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحداً، وذكر ما في الذخيرة مفصلاً مندرجاً فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البيتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبة إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ما ذكره المصنف هاهنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة.

لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص على ما يوجب التنصيص كالوكالة، وإذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكاً بالأصل فكان القول له. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لاتفاقهما على التنصيص والإذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب. قال المصنف (لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة) واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة. وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر ولا يحتاج إلى بينة (ولو وقتت البيتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن لآخر الشرطين ينقض الأول) وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال لأنه تعذر القضاء بهما معاً للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك، وإذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت، والله أعلم.