بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة ام القرى

مكتبة الملك عبدالله بن عبدالعزيز الجامعية

قسم المخطوطات

بداية المخطوطة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله المضاربة مشتقة
من الضرب في الارض وانما سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله فهو شريكه في الربح وراس ماله الضرب في
الارض والتصرف واهل المدينة يسمون هذا العقد مقارضة وذلك مروي عن عثمان رضي الله عنه فانه دفع الى
رجل مالا مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القطع فصاحب المال قطع هذا القدر من المال عن تصرفه وجعل
التصرف فيه الى العامل بهذا العقد فسمي به وانما اخترنا اللفظ الاول لانه موافق لما في كتاب الله تبارك وتعالى قال
الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله الآية يعني السفر للتجارة ثم جواز هذا العقد عرف
بالسنة والاجماع فالسنة ما روي ان العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان اذا دفع مالا مضاربة شرط على المضارب
ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم ذلك
فاستحسنه وكان حكيم بن حزام رضي الله عنه اذا دفع مالا مضاربة شرط مثل هذا وروي ان عبد الله وعبيد
الله ابني عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على ابي موسى رضي الله عنه فقال لو كان عندي فضل مال لاكرمتكما ولكن
عندي مال من مال بيت المال فابتاعا به فاذا قدمتما المدينة فادفعاه الى امير المومنين رضي الله عنه ولكما ربحه
ففعلا ذلك فلما قدما على عمر رضي الله عنه اخبراه بذلك فقال هذا مال المسلمين فربحه للمسلمين فسكت عبد
الله فقال عبيد الله لا سبيل لك الى هذا فان المال لو هلك كنت تضمننا فقال بعض الصحابة رضي الله عنهم اجعلهما
بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد قال كان
لنا مال في يد عائشة رضي الله عنها فكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضي الله عنه يقول بدفع مال
اليتيم مضاربة على ما روى محمد رحمه الله عن حسن بن عبد الله بن عبيد الله الانصاري عن ابيه عن جده ان عمر رضي الله عنه
اعطاه مال يتيم مضاربة وقال لا ادري كيف كان الشرط بينهما يعمل به بالعراق وكان بالحجاز وكان يقاسم عمر
رضي الله عنه في الربح وفيه دليل جواز المضاربة بمال اليتيم وان للامام ولاية النظر في مال اليتامى وان للمضارب ولاية
والوصي المسافرة بمال اليتيم في طريق امن وخوف فعلى ذلك كانت القوافل متصلة وقد كان عمر رضي الله عنه يمكنه من
المسافرة به والدليل على جواز [illegible] عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه اعطى زيد بن خليدة رضي الله عنه مالا مضاربة
فاسلم الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة باسنان معلومة الى اجل معلوم فحل الاجل فاشتد عليه فاتى عتريس
عبد الله بن مسعود يستعين به عليه فذكر ذلك له فقال عبد الله خذ راس مالك ولا تسلمن شيئا من مالنا في الحيوان وفيه
دليل جواز المضاربة وفساد السلم في الحيوان فان ابن مسعود رضي الله عنه انما امره باسترداد راس المال لفساد السلم وانما
استبد بالمطالبة عتريس بن عرقوب [illegible] العقد انما فلا يطالب بالمماطلة في قضاء ما هو مستحق عليه مع قوله عليه الصلاة والسلام
خيركم احسنكم قضاء وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون المضاربة بينهم فاقرهم على ذلك وندبهم اليها
[illegible] على ما قال صلى الله عليه وسلم [illegible] يا عباد الله ضاربوا [illegible] ولان بالناس حاجة
الى هذا العقد فصاحب المال قد لا يهتدي الى التصرف المربح والمهتدي الى التصرف قد لا يكون له مال والربح انما يحصل
بهما يعني بالمال والتصرف ففي جواز هذا العقد تحصيل مقصودهما وجواز عقد الشركة من اسباب المال دليل على جواز هذا العقد
لان [illegible] واحد منهما هنا ما يحصل به الربح فينعقد هذا العقد بينهما شركة في الربح ولهذا لا يشترط التوقيت في
هذا العقد ولكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه لان انعقاده بطريق الشركة دون الاجارة ولهذا العقد احكام شتى من عقود
مختلفة فانه اذا اسلم راس المال الى المضارب فهو امين فيه كالمودع واذا تصرف فيه فهو وكيل في ذلك يرجع بما يلحقه
من العهدة على رب المال فاذا حصل الربح كان شريكه في الربح واذا فسد العقد كانت اجارة فاسدة حتى يكون
للمضارب اجر مثل عمله وان خالف المضارب كان غاصبا ضامنا للمال وذكر المقصود بهذا العقد الشركة في الربح
فكل شرط يودي الى قطع [illegible] في الربح بينهما مع حصوله فهو مبطل للعقد لانه مفوت لموجب العقد ولذلك ما روا

وقف

عن ابراهيم رحمه الله انه كان يكره المضاربة بالنصف او الثلث وزيادة عشرة دراهم قال لانه ربما لا يربح الا تلك العشرة
وهو اشارة الى ما بينا من قطع الشركة في الربح مع حصوله فانه لم يربح الا تلك العشرة وعن ابراهيم في المضاربة والوديعة [illegible]
[illegible] يتحاصون في ذلك في مال الميت وبه ناخذ والمراد مضاربة او وديعة غير معينة فانها تصير بالتجهيل دينا
فهو والدين سواء فاما اذا كان معينا معلوما فصاحبه احق به لان حق الغريم بموت المديون يتعلق بماله لا بما كان امانة
في يده لغيره وعن ابراهيم رحمه الله قال في الوصي يعطي مال اليتيم مضاربة وان شاء اتجر به ان كان ذلك
خيرا لليتيم فعل لقوله تبارك وتعالى قل اصلاح لهم خير الآية الكريمة وقال تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن والاصلح والاحسن في حقه ان يثمر ماله قال صلى الله عليه وسلم ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كي لا تاكلها الصدقة
يعني النفقة فان احتسب بالتصرف فيه او وجد امينا يحتسب ذلك فالاولى لليتيم ان يدفعه اليه بضاعة وان لم يجد ذلك
وربما لا يرغب في ان يتصرف فيه مجانا فلا باس بان يتصرف فيه على وجه المضاربة وهو انفع الى اليتيم لما يحصل له من بعض الربح
وربما لا يتفرغ الوصي لذلك فيحتاج الى ان يدفعه الى غيره مضاربة واذا جاز منه هذا التصرف مع غيره فمع نفسه اولى
وذكر عن علي رضي الله عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان وتفسيره ان الوضيعة على المال في المضاربة والشركة
وهو مروي عن علي رضي الله عنه قال الوضيعة على المال والربح على ما اشترطا عليه وبه اخذنا فقلنا راس المال امانة في
يد المضارب لانه قبضه باذنه ليتصرف فيه له وعن علي رضي الله عنه انه كان يعطي مال اليتيم مضاربة ويقول قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه وفيه دليل
ان ولاية النظر في مال اليتيم للقاضي اذا لم يكن له وصي لعجز اليتيم عن النظر لنفسه واليه اشار علي كرم الله وجهه فيما استدل
به من الحديث وعن الشعبي انه سئل عن رجل اخذ مالا مضاربة فانفق في مضاربته خمسين ثم ربح قال يتم
راس المال من الربح وبه اخذنا فقلنا للمضارب ان ينفق من مال المضاربة اذا سافر به لانه يفرغ نفسه لاجل العمل في مال
المضاربة فيستوجب النفقة فيه كالمراة تستوجب النفقة على زوجها اذا فرغت نفسها اليه [illegible]
الربح لا يظهر ما لم يسلم جميع راس المال لرب المال لان الربح اسم للفضل فما لم يحصل ما هو الاصل لرب المال لا يظهر الفضل
قال صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يخلص له نوافله ما لم يحصل له فرائضه كالتاجر لا يسلم له ربحه حتى
يسلم له راس ماله وعن الشعبي انه سئل عن رجل دفع الى رجل اربعة الاف درهم مضاربة فخرج بها الى خراسان واشهد عند
خروجه ان هذا المال مال لصاحب الاربعة الالاف ليس لاحد فيها حق ثم اقبل فتوفي في الطريق واشهد عند موته ايضا
بذلك ثم ان رجلا جاء يدعي ان له الف درهم في هذا المال مضاربة مع هذا الرجل [illegible] من الاربعة الالاف [illegible]
سنة فقال عامر رحمه الله اشهد في حياته وعند موته ان لصاحب الاربعة الالاف فان جاء هذا المدعي ببينة ان له في هذا
المال حقا اقتسماه والا فانما هو لصاحب الاربعة الالاف وبه ناخذ فان حق الاخر صار دينا في ذمته حين جهله عند موته
وقد بينا ان حق الغريم يتعلق بتركة الميت لا بما في يده من الامانة وانما اخذ الشعبي رحمه الله عليه بهذا الاقرار للعين
لصاحب الاربعة الالاف في حال صحته لا الاقرار عند موته فاقرار المريض بالدين والعين لا يكون صحيحا في حق من ثبت
دينه بالبينة لكونه متهما في ذلك والاقرار في الصحة قبل ذلك مقبول لانه بريء من التهمة فيه وعن الحسن رحمه الله عليه انه
كان يكره المضاربة والشركة بالعروض وبه ناخذ وقد بيناه في كتاب الشركة وقال ابو حنيفة رحمه الله عليه لا تكون
المضاربة الا بالدراهم والدنانير وهو قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد استحسن ان تكون المضاربة بالفلوس
كما تكون بالدراهم والدنانير لانها بمنزلة الدراهم والدنانير والحاصل ان في المضاربة بالفلوس عن محمد روايتين واصح
انها تجوز لانها ما دامت رائجة فهي ثمن لا تتعين في العقد بمنزلة النقدين وعلى [illegible] عند محمد رحمه الله عليه فالعقد
بها يكون [illegible] الثمن في الذمة لا محالة فيكون الربح للمضارب على ضمان الثمن فهو والمضاربة بالدراهم سواء وهكذا روى
الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وهكذا ذكره ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله عليه وفي الاصل روي عنهما ان المضاربة
بالفلوس لا تجوز لانها اذا كسدت فهي كالعروض فهي ثمن من وجه مبيع من وجه [illegible] لتعين الاشياء في عادة التجار دون
النقض وكانت كالمكيل والموزون فانها ثمن دينا ومبيع عينا فلا تصح المضاربة بها وهذا الاشتراط مروي عن ابي
يوسف فانه سئل عن المضاربة بالدراهم البخارية فقال لو جوزت ذلك لجوزت المضاربة بالطعام يعني اهل مكة
يتبايعون بالطعام كالبخاريين يتبايعون بالفلوس قال الشيخ الامام الاجل رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول
الصحيح جواز المضاربة بها عندي لانها من اعز النقود عندنا كالدنانير في سائر البلدان [illegible] ذكرنا هنا يدل على ان المضاربة
بالتبر لا تجوز فالدراهم والدنانير اسم للمضروب دون التبر وذكر في شرح هذا الموضع ان التبر لا يتعين بالتعيين ولا
يبطل العقد بهلاكه فكذلك دليل جواز المضاربة والحاصل ان ذلك يختلف باختلاف البلدان في الرواج ففي كل موضع
يروج التبر رواج الاثمان تجوز المضاربة وفي كل موضع هو بمنزلة السلع لا تجوز المضاربة كالمكيل والموزون قال
واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة على ما رزق الله تبارك وتعالى في ذلك من ربح فهو بينهما نصفان او
قال ما كان في ذلك من ربح او قال ما رزق الله من شيء او ما ربحت في ذلك من شيء فهو بيننا لان الحكم مبني على
ما هو المقصود ولا يبطل [illegible] باختلاف العبارة بعد اتحاد المقصود وهذه الالفاظ اشتراط [illegible] منه في الربح وكل ذلك

لو شرط للمضارب عشر الربح والباقي لرب المال فهو جائز لأن المشروط للمضارب جزء شائع معلوم وهذا الشرط لا يؤدي إلى
قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله فما من شيء يحصل من الربح قل أو كثر إلا وله عشره ويستوي إن كانت الألف التي دفعها إليه غلة
ستوقا أو زيوفا أو بهرجة لأن الفضة تغلب على الغش في هذه الأنواع فهو في حكم الدراهم المضروبة من النقرة فإن قال
على أن ما رزق الله تبارك وتعالى في ذلك من شيء فللمضارب من ذلك مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لأن هذا الشرط
يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله فربما لا يربح إلا هذا المقدار المائة فما كان من شرطه وجب الآخر في هذا
الشرط عند بعض الخرسانية أيضا وربما يربح أقل من مائة درهم فلا يسلم جميع المائة لمن شرط له مع حصول الربح فلهذا فسد العقد
فإن عمل على ذلك فربح مالا أو لم يربح شيئا فله أجر مثله فيما عمل لأنه ليس له من الربح شيء لأن استحقاق الشركة في الربح بعقد المضاربة
والعقد الفاسد لا يكون بنفسه سببا للاستحقاق وإنما يستوجب أجر المثل لأنه عمل لرب المال وابتغى من عمله عوضا
فإذا لم يسلم له ذلك استحق أجر المثل كما في الإجارة الفاسدة ثم إن كان حصل الربح فله أجر مثله بالغا ما بلغ في قول
محمد رحمه الله عليه وقال أبو يوسف رحمه الله عليه لا يجاوز بأجر مثله ما سمى له وهو بناء على ما ذكرنا في كتاب الشركة من خلافهما
في شركة الاحتطاب والاحتشاش وإن لم يحصل فعلى قول أبي يوسف رحمه الله عليه قال لا استحسن أن لا يكون للمضارب
شيء لأن الفاسد من العقد معتبر بالصحيح في الحكم ولا طريق لمعرفة حكم العقد الفاسد وجه ظاهر الرواية أنه لا يستحق بهذا
العقد شيئا من الربح بحال وإنما يعتبر بحصول الربح في حق من يستحق الربح ثم الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد
الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة
فإنما يعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند ابتغاء العمل ولو تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل ولا ضمان
عليه • وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله عليه أنه ضامن للمال بخلاف المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله عليه
وهو بناء على اختلافهم في الأجير المشترك إذا هلك المال في يده من غير صنعه فإن هذا العقد إجارة وهو بمنزلة الأجير
المشترك لأنه لا يأخذ المال كيلا يأخذ الطريق من غير واحد والأجير المشترك لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله عليه
وإذا هلك المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل
مضاربة فاسدة ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تبارك وتعالى من شيء فللمضارب ربح نصف
المال أو قال ربح عشر المال أو قال ربح مائة درهم من رأس المال فهي مضاربة جائزة لأن هذا يعني اشتراط جزء
شائع من الربح للمضارب إذ لا فرق بين أن يشترط عشر الربح وبين أن يشترط له ربح عشر المال ولا أجر للمضارب في عمله
هنالك إن لم يحصل الربح لأن عند صحة المضاربة هو شريك في الربح فإذا لم يحصل الربح لم يستحق شيئا لانعدام
محل حقه ولو قال على أن ما رزق الله تبارك وتعالى من شيء فللمضارب ربح هذه المائة بعينها أو ربح هذا النصف بعينه
من المال فهي مضاربة فاسدة لأن هذا الشرط يؤدي إلى قطع الشركة في الربح مع حصوله لجواز أنه لا يربح فيما
يشتري بتلك المائة • والأصل فيه ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن المزارعة بما يسقي الربيع والساقي
والماذيانات فأفسدها وكان المعنى فيه أن ذلك الشرط إلى قطع الشركة بينهما في الخارج مع حصوله فيتعدى
ذلك الحكم إلى هذا الموضع بهذا المعنى فإن عمل فله أجر مثله لأنه ابتغى في عمله عوضا بعقد فاسد وإذا دفع إليه ألف درهم
فقال خذ هذه الألف مضاربة بالثلث أو قال بالخمس أو قال بالسدس فأخذها وعمل بها فهي مضاربة جائزة وما شرط
من ذلك فهو للمضارب وما بقي لرب المال لأن المضارب هو الذي يستحق الربح بالشرط فأما رب المال إنما يستحق
الربح باعتبار أنه نماء ملكه ومطلق الشرط ينصرف إلى الجانب من يحتاج إليه وعرف الناس يشهد بذلك والثابت بالعرف
من العين كالثابت بالنص ولكنه الربح حتى إذا قال إنما عنيت أن الثلث لي لم يصدق لأنه يدعي خلاف
ما هو الظاهر من المتعارف والعرف يشهد له الظاهر في المنازعات وحرف الباء دليل عليه أنه إنما تصحب
الأعواض فهو دليل على أن الثلث يستحق الربح عوضا وهو المضارب فإنه في المعنى يستحق الربح عوضا عن عمله فلهذا كان
المنصوص عليه للمضارب وكذلك لو قال خذها معاوضة بالنصف أو معاملة بالنصف لأن المعتبر في العقود
المعاني دون الألفاظ ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول بعتك هذا الثوب بألف أو ملكتك بألف ولو قال خذها
على أن ما رزق الله تبارك وتعالى من شيء فهو بيننا ولم يزد على هذا فهو مضاربة جائزة بالنصف لأن كلمة بين تقتضي
الاشتراك ومطلق الاشتراك يقتضي المساواة ألا ترى أنه في الوصية والإقرار إذا قال ثلث مالي بين فلان
وفلان أو هذا المال بين فلان وفلان كان بينهما نصفين فكذلك قوله الربح بيننا بمنزلة اشتراط المناصفة
في الربح والدليل على أن مطلق كلمة بين تقتضي المساواة قوله تبارك وتعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم الآية
والمراد التسوية بدليل قوله تبارك وتعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ولو قال خذها فاعمل بها على أن ما رزق
الله تبارك وتعالى في ذلك من شيء فهو بيننا نصفين ولم يقل مضاربة فهي مضاربة جائزة لأنه صرح بمعنى المضاربة
وإن لم ينص على لفظ المضاربة وما هو المقصود يحصل بالتصريح بالمعنى وليس لهذا العقد حكم يدل لفظ المضاربة خاصة
على ذلك الحكم بخلاف المفاوضة في شركة المفاوضة على ما قررنا في كتاب الشركة وكذلك لو قال اعمل
بهذه الألف على أن لك نصفه أو جزء من عشرة أجزاء من ربحه فهو جائز لأن المضارب هو الذي يستحق الربح بالشرط

وقد نص على شرط نصيبه من الربح وكذلك لو قال خذ هذه الألف فاعمل بها بالنصف أو قال بالثلث فهي مضاربة
جائزة استحسانا وفي القياس لا يجوز لانعدام التنصيص على من شرط له الثلث ولكنه استحسن فقال إنما يراد
بهذا في العرف اشتراط ذلك للمضارب وحرف الباء دليل عليه فكأنه صرح بذلك وللقياس من وجه آخر وهو
أنه لما لم ينص على المضاربة فيحتمل أن يكون مراده ما يحصل الثلث له من أصل الألف بمقابلة عمله ويحتمل أن يكون المراد
إيجاب الثلث له من الربح ولكنه استحسن فقال في عرف الناس المراد بهذا اللفظ اشتراط الثلث له من الربح
فهو وما لو أتى بلفظ المضاربة سواء ألا ترى أنه لو قال في وصيته لك ثلثي بعد موتي أو قال أوصيت لك بثلثي بعد
موتي جاز استحسانا وكان وصية له بثلث المال لاعتبار العرف فهذا مثله ولو دفع الألف إليه على أن ما رزق الله
تبارك وتعالى في ذلك من شيء فهو كله للمضارب فقبض المال على هذا فربح أو وضع أو هلك المال قبل أن يعمل به فهو
قرض عليه وهو ضامن له والربح له لأن اشتراط جميع الربح له يكون تنصيصا على تمليك أصل المال منه فإنه لا يستحق
جميع الربح ما لم يكن مالكا للمال وللتمليك طريقان الهبة والإقراض فعند التردد لا يثبت إلا أدنى
الوجهين لأنه متيقن به وأدنى الوجهين القرض فلهذا جعل مقرضا المال منه ولو كان قال على أن ما رزق
الله تبارك وتعالى في ذلك من شيء فهو كله لرب المال فهذه بضاعة مع المضارب وليس له فيها ربح ولا أجر ولا
ضمان عليه في المال إن هلك لأنه ما ابتغى عن عمله عوضا فيكون هو في العمل معينا لصاحب المال
والمعين في الضمان مستبضع فيكون المال أمانة في يده ورب المال لم يرض في شيء من شرط جميع الربح لنفسه وهذا
الأصل الذي قلنا إن المعتبر المقصود في كل عقد دون اللفظ ولو قال خذ هذه الألف مضاربة أو معاملة
ولم يذكر ربحا فهي مضاربة فاسدة لأن المضارب شريك في الربح والتنصيص على لفظ المضاربة يكون اشتراط
جزء من الربح للمضارب وذلك الجزء غير معلوم وجهالته تفضي إلى المنازعة بينهما ومثله إذا تمكن في صلب
العقد يكون مفسدا له فيكون الربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله ربح أو لم يربح ولو قال على أن لرب
المال ثلث الربح ولم يسم للمضارب شيئا فهذه مضاربة فاسدة في القياس لأنهما لم يبينا ما هو المحتاج إليه
وهو نصيب المضارب من الربح وإنما ذكرا ما لا يحتاج إليه وهو نصيب رب المال ولا حاجة به إلى ذلك لأن رب
المال لا يستحق بالشرط وليس من ضرورة اشتراط الثلث لرب المال اشتراط ما بقي للمضارب فإن ذلك مفهوم
والمفهوم لا يكون حجة للاستحقاق ومن أصحابنا من يقول مراده اشتراط بعض الربح لعامل آخر يعمل معه وهذا
بخلاف ما إذا بين نصيب المضارب خاصة لأنه ذكر هناك ما يحتاج إلى ذكره وهو بيان نصيب من يستحق بالشرط
ووجه الاستحسان أن عقد المضاربة عقد شركة في الربح والأصل في المال المشترك أنه إذا بين نصيب أحدهما
كان ذلك بيانا في حق الآخر أن له ما بقي قال الله تبارك وتعالى وورثه أبواه فلأمه الثلث إلا أن معناه
وللأب ما بقي فهنا لما دفع إليه المال مضاربة فذلك تنصيص على الشركة بينهما في الربح • فإذا قال
على أن لي ثلث الربح بشركاته قال ولك ما بقي كما لو قال على أن لك ثلث الربح يصير كأنه قال ولي ما بقي ولو صرح
بذلك كان العقد صحيحا على ما اشترطا فهذا مثله وهذا عمل بالمنصوص لا بالمفهوم ولو قال على أن للمضارب
ثلث الربح أو سدسه كانت المضاربة فاسدة لأنه لم يعرف في نصيب المضارب على شيء معلوم ولكن ردده بين
الثلث والسدس وبهذا اللفظ يتمكن فيما يستحقه المضارب جهالة تفضي إلى المنازعة وكذلك لو قال
على أن لي نصف الربح أو ثلثه لأنه لا معنى لهذا الكلام وكل ما بقي النصف أو الثلث فنصفا العقد لجهالة تفضي
إلى المنازعة فيما شرط للمضارب ولو شرط للمضارب ثلث الربح ولرب المال نصف الربح فالثلث للمضارب كما
شرط له والباقي كله لرب المال لأن استحقاق المضارب بالشرط وما شرط له إلا الثلث ورب المال يستحق
بكونه نماء ملكه وهذا موجود في المسكوت عنه فيكون له فلو قال هذه الألف يشتري بها هرويا بالنصف
أو قال يشتري بها رقيقا بالنصف فهذا فاسد لأنه استأجره ببعض ما يحصل بعمله وهو المشترى وذلك فا
سد هذا استئجار بأجرة مجهولة وإنما جعلنا استئجارا لأنه أمره بالشرى خاصة والربح لا يحصل بالشرى وإنما
يحصل بالبيع وهو ما أمر بالشرى ولا يملك البيع فعرفنا أن هذا العقد ليس بشركة بينهما في الربح فبقي استئجارا على الشرى
بأجرة مجهولة وهذا فاسد لعينه بعد الإجارة فأما الوكالة بالشرى فجائزة وما اشترى بها يكون لرب المال وللمضارب
أجر مثله فيما اشترى لأنه ابتغى من عمله عوضا وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال فإن باع ولم يقدر على
المشتري منه فالمضارب ضامن لقيمته حين باع لأنه بالبيع والتسليم غاصب والثمن الذي باع به للمضارب
لأنه ملكه بالضمان فيتصدق به فإن كان فيه فضل من القيمة التي غرمها ينبغي له أن يتصدق به إلا على قول
أبي يوسف رحمه الله عليه وأصله في المودع إذا تصرف في الوديعة وربح وإذا أجاز رب المال بيع المضارب فإن
كان المبيع قائما بعينه ينفذ بيعه لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وكذلك إن لا يدري أنه قائم أم هالك
لأن التمسك بالأصل المعلوم واجب حتى يعلم غيره وقد علمنا قيامه فجاز البيع باعتبار ذلك الأصل والثمن لرب المال
طيب لا يتصدق منه بشيء كما لو أمره بالبيع في الابتداء وإن علم هلاكه عند الإجازة فإجازته باطلة لأن الملك

حيث للمستري بالعقد هذا الاجارة فلا مرد من قيام المقصود عليه على وجه يصلح ابتداء العقد حتى ينعقد العقد فيه بالاجارة فاذا بطلت الاجارة كان المضارب ماسا للغيبة يوم باعه والثمن له يتصدق بالفضل ان كان فيه ولو قال خذ هذه الالف فاتجر بها متفاضلا فما كان من ربح فلك النصف ولم يرد على هذا انه فاسد في القياس ايضا لان الاسباع مجاز عن الربح بعد وقوعها اشتركا بالنصف سواء في الاستحسان عن مضاربة جائز لان لفظ الابتياع عام يقع على البيع والشراء جميعا بقوله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان الجنة يريد البيع والشراء جميعا لان الفصل لا يحصل الا بهما فيكون له ان يسري ما يشاء له وبيعه واذا شرطا نصف الربح فكانت مضاربة جائزة وكذلك لو قال خذها بالنصف نهوجا اشتريها وبيعها فما رزقك الله من ربح فبيننا نصفان جائز على وجه الامانة ان هلك لم يضمن على شيء لان هذا كوكيل وفي القياس هذا فاسد لان الربح متى ما يكون على وجه الامانة يشبه الوصف بالاجارة فيكون بمنزلة ما لو قال خذ هذه الدراهم فاعمل بها ولك نصف ربحها فيكون فاسدا لان المراد هناك استئجار العامل بجزء مجهول من الربح له فاما هنا ان جعل للعامل الذي وكله العوض بمقابلة عمله فهو الشراء فيكون استئجارا باجر مجهول وذلك يوجب فساد العقد على ما بينا وان جعل العوض بمقابلة المستهلك به مثل هذا العمل اسنحقا لاواحد اذ يكون ذلك بدلا على المعاوضة وذلك يوجب فساد العقد على ما بينا فاما اذا قال اعمل بها ولك نصف ربحها فانه يصير الى العمل الذي يحصل به الربح وذلك لو قال اعمل بها ولك نصف الربح او البيع جميعا ولو دفع اليه مضاربة على ان يعطي المضارب رب المال ثلثي الربح او على ان يعطي رب المال المضارب ما سار الربح فهذه مضاربة فاسدة لجهالة حصة المضارب من الربح في الفصلين فان المشية المشروطة لاحد هما لا يكون لازمة في حق الاخر وله ان يرجع عن ذلك متى شاء وعند رجوعه تمكن بينهما المنازعة ما عتبار انها لم تصبح الا برضاهما جميعا ولو دفع اليه مضاربة على ان ربح المال بينهما نصفان ولم يشترط لرب المال مائة درهم والباقي للمضارب فهذه مضاربة فاسدة لان الشرط يودي الى قطع الشركة في الربح مع حصوله فربما لا يحصل الا مقدار المائة وذلك لرب المال خاصة وان شرط لرب المال نصف الربح وعشرة دراهم او نصف الربح ومائة درهم فهذه مضاربة فاسدة وهذا الشرط يودي الى قطع الشركة وان هذه مخاطرة لا مضاربة فربما يكون الحاصل من الربح دون العشرة فيسقط رأس ماله فاشترط عليهما مع حصول الربح ولد وهبا اليه مضاربة على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح فان كانا قد قبلا جميعا ما شرط فلان لفلان فهو مضاربة جائزة لانهما جعلا المشروط لفلان عبارة فاذا كان ذلك معلوما عندهما فكأنهما رجعا وان لم يكن معلوما لهما ورما ذكر في العقد لم يعرف ذلك معلوما لهما فتفسد العقد لجهالة نصيب المضارب عندهما او عند احدهما وقت العقد واذا دفع الرجل الى رجل دراهم مضاربة ولا يدري واحد ما وزنها فهي مضاربة جائزة لان الاعلام بالاسان اليه المبلغ من الاعلام بالتسمية وراس المال امانة في يد المضارب كالوديعة والدراهم سميت الامانة وعند الزفر هي مضمونة مقدارها بالوزن ويقبل قول المضارب فيه لكونه امينا كان او خصما لانه المقدار عند العقد لانه الى المقدار في المقدار المقبوض قول القابض امينا كان او خصما والبينة بينة رب المال لاثبات الزيادة فيه واذا كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة فامره ان يعمل بها مضاربة بالنصف فهو جائز لانه اضاف العقد الى رأس ماله هو عين وهو صحة المضاربة ولا فرق في ذلك بين ان يكون في يد رب المال او في يد المضارب لانه لا يمنع تسليمه الى المضارب عقب العقد ولم يلزم الوكالة الزاهر معصوبة في يدي ذي اليد فقالا اعملها مضاربة بالنصف وفي اصل ابي حنيفة رحمه الله عليه وابي يوسف رحمه الله هذا وديعة فالقول قوله مع يمينه لان العقد الذي اقر به دين وذلك منه رجوع عن تقبض المضارب واشتغاله بحفظ المال فيكون لا محالة وعلى قول زفر رحمه الله هذا الاجر لان شرط صحة المضاربة ان يكون رأس المال امانة في يد المضارب وهذا الشرط لا يحصل بنفس العقد لان الغاصب لا يصير قابضا من نفسه للمغصوب منه حتى يسلم به حكما لتغلب وهذا الوكيل الغاصب بيع المغصوب لا يبرأ عن الضمان حتى يبيعه ويسلمه فاذا لم يوجد الشرط هنا لا تصح المضاربة ولو كان الرجل له على رجل الف درهم دين فامره ان يعمل فيها مضاربة ويسترى بها ما شاء له من المتاع ويبيعه بالنصف فهذا فاسد لان شرط صحة المضاربة كون رأس المال صالحا ولم يوجد ذلك العقد ولا العقد فالدين لا يكون قابضا للدين من نفسه لصاحبه وصاحب الدين لا يملك ان يربح من الغائب مع بقائه بدون التقبض فاذا لم يصح المضاربة فما اشترى المديون فهو له لا لرب المال عند ابي حنيفة ومحمد عليه السلام وفي قول ابي يوسف رحمه الله ما اشترى فهو لرب المال والمضارب شريك في ربحه على ما شرطا وعليه مثل ما عمل وهو قياس قول زفر رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول فاسد لان الربح انما يستحق بالمال او بالعمل فيه او بالضمان وهو ضمان العقد وليس للمضارب مال في هذه التجارة ولا عمل فيها لان العمل للمديون ولا ضمان عليه لان يده يد امانة وقد هلك في يده قبل ان يتصرف فيه فلا يستحق شيئا من الربح وان دفع الرجل الى رجل دراهم مضاربة ولا يدري واحد ما وزنها فهي مضاربة جائزة لان الاعلام بالاسان اليه المبلغ من الاعلام بالتسمية وراس المال امانة في يد المضارب كالوديعة والدراهم سميت الامانة وعند الزفر هي مضمونة مقدارها بالوزن ويقبل قول المضارب فيه لكونه امينا كان او خصما لانه المقدار عند العقد لا عين الى المنازعة فان اختلفا في مقدار المقبوض قول القابض امينا كان او خصما والبينة بينة رب المال لاثبات الزيادة فيه واذا كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة فامره ان يعمل بها مضاربة بالنصف فهو جائز لانه اضاف العقد الى رأس ماله هو عين وهو صحة المضاربة ولا فرق في ذلك بين ان يكون في يد رب المال او في يد المضارب لانه لا يمنع تسليمه الى المضارب عقب العقد ولم يلزم الوكالة الزاهر معصوبة في يدي ذي اليد فقالا اعملها مضاربة بالنصف وفي اصل ابي حنيفة رحمه الله عليه وابي يوسف رحمه الله هذا وديعة فالقول قوله مع يمينه لان العقد الذي اقر به دين وذلك منه رجوع عن تقبض المضارب واشتغاله بحفظ المال فيكون لا محالة وعلى قول زفر رحمه الله هذا الاجر لان شرط صحة المضاربة ان يكون رأس المال امانة في يد المضارب وهذا الشرط لا يحصل بنفس العقد لان الغاصب لا يصير قابضا من نفسه للمغصوب منه حتى يسلم به حكما لتغلب وهذا الوكيل الغاصب بيع المغصوب لا يبرأ عن الضمان حتى يبيعه ويسلمه فاذا لم يوجد الشرط هنا لا تصح المضاربة ولو كان الرجل له على رجل الف درهم دين فامره ان يعمل فيها مضاربة ويسترى بها ما شاء له من المتاع ويبيعه بالنصف فهذا فاسد لان شرط صحة المضاربة كون رأس المال صالحا ولم يوجد ذلك العقد ولا العقد فالدين لا يكون قابضا للدين من نفسه لصاحبه وصاحب الدين لا يملك ان يربح من الغائب مع بقائه بدون التقبض فاذا لم يصح المضاربة فما اشترى المديون فهو له لا لرب المال عند ابي حنيفة ومحمد عليه السلام وفي قول ابي يوسف رحمه الله ما اشترى فهو لرب المال والمضارب شريك في ربحه على ما شرطا وعليه مثل ما عمل وهو قياس قول زفر رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول فاسد لان الربح انما يستحق بالمال او بالعمل فيه او بالضمان وهو ضمان العقد وليس للمضارب مال في هذه التجارة ولا عمل فيها لان العمل للمديون ولا ضمان عليه لان يده يد امانة وقد هلك في يده قبل ان يتصرف فيه فلا يستحق شيئا من الربح وان دفع الرجل الى رجل دراهم مضاربة ولا يدري واحد ما وزنها فهي مضاربة جائزة لان الاعلام بالاسان اليه المبلغ من الاعلام بالتسمية وراس المال امانة في يد المضارب كالوديعة والدراهم سميت الامانة وعند الزفر هي مضمونة مقدارها بالوزن ويقبل قول المضارب فيه لكونه امينا كان او خصما لانه المقدار عند العقد لا عين الى المنازعة فان اختلفا في مقدار المقبوض قول القابض امينا كان او خصما والبينة بينة رب المال لاثبات الزيادة فيه واذا كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة فامره ان يعمل بها مضاربة بالنصف فهو جائز لانه اضاف العقد الى رأس ماله هو عين وهو صحة المضاربة ولا فرق في ذلك بين ان يكون في يد رب المال او في يد المضارب لانه لا يمنع تسليمه الى المضارب عقب العقد ولم يلزم الوكالة الزاهر معصوبة في يدي ذي اليد فقالا اعملها مضاربة بالنصف وفي اصل ابي حنيفة رحمه الله عليه وابي يوسف رحمه الله هذا وديعة فالقول قوله مع يمينه لان العقد الذي اقر به دين وذلك منه رجوع عن تقبض المضارب واشتغاله بحفظ المال فيكون لا محالة وعلى قول زفر رحمه الله هذا الاجر لان شرط صحة المضاربة ان يكون رأس المال امانة في يد المضارب وهذا الشرط لا يحصل بنفس العقد لان الغاصب لا يصير قابضا من نفسه للمغصوب منه حتى يسلم به حكما لتغلب وهذا الوكيل الغاصب بيع المغصوب لا يبرأ عن الضمان حتى يبيعه ويسلمه فاذا لم يوجد الشرط هنا لا تصح المضاربة ولو كان الرجل له على رجل الف درهم دين فامره ان يعمل فيها مضاربة ويسترى بها ما شاء له من المتاع ويبيعه بالنصف فهذا فاسد لان شرط صحة المضاربة كون رأس المال صالحا ولم يوجد ذلك العقد ولا العقد فالدين لا يكون قابضا للدين من نفسه لصاحبه وصاحب الدين لا يملك ان يربح من الغائب مع بقائه بدون التقبض فاذا لم يصح المضاربة فما اشترى المديون فهو له لا لرب المال عند ابي حنيفة ومحمد عليه السلام وفي قول ابي يوسف رحمه الله ما اشترى فهو لرب المال والمضارب شريك في ربحه على ما شرطا وعليه مثل ما عمل وهو قياس قول زفر رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول فاسد لان الربح انما يستحق بالمال او بالعمل فيه او بالضمان وهو ضمان العقد وليس للمضارب مال في هذه التجارة ولا عمل فيها لان العمل للمديون ولا ضمان عليه لان يده يد امانة وقد هلك في يده قبل ان يتصرف فيه فلا يستحق شيئا من الربح

باب اشتراط بعض الربح

لهذا ذا شاء الله تعالى الموفق للصواب والله المرجع والمآب وعن علي ذلك من الشاهدين

قال واذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة على ما رزق الله سارك وتعالى في ذلك من شيء فللمضارب له كالشروط لوله فان كسب العبد لولاه فكان هذا بمنزلة اشتراط المضارب ثلثي الربح لنفسه وكذلك لو لم يشترط العبد المضارب ولكنه شرط العبد رب المال قبلنا الربح لرب المال لان المشروط لعبده كالمشروط له او عمل هذا في حقه كالمشروط عنه ولو كان اشتراط الثلث لعبد المضارب وعليه دين يحيط بكسبه فالسلمان من الربح لرب المال في قول ابي حنيفة لان من اصله ان استغراق كسب العبد الذي منع ملك المولى في كسبه ويكون المولى من جملة كاحنبي حتى ان الشروط للعبد في هذه الحالة كالمشروط لاجنبي اخر ولو شرط لما الربح لاجنبي كان ذلك لرب المال لان الربح لا يستحق الا بعمل او مال والشرط لم يوجد له عمل ولا مال في هذا العقد فيلغو اما شرط له ويحمل ذلك كالمشروط عنه فيكون لرب المال ولا يفسد المضاربة بين المضارب ورب المال وهذا لان هذا الشرط فاسد لشرط صلة العقد وانما صلة العقد سار حصة المضارب من الربح بالشرط ولا فساد في ذلك وعقد المضاربة نظير عقد الشركة لا يفسد بالشرط الفاسد اذا لم يكن متمكنا في صلب العقد بخلاف ما اذا شرط للمضارب مائة درهم فان الشرط الفاسد هناك فيما هو من صلب العقد ولكن ما نحن فيه نظير ما لو شرط ان يكون الوضيعة عليهما فان هذا الشرط فاسد والوضيعة على المال ولا يفسد العقد لانه من صلب العقد واما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله عليهما لما الربح للمضارب كان هذا ولو كان اشتراط الثلث الربح لاجنبي اولاسنه او لمكاتبه كان ذلك الشرط باطلا ولا يفسد العقد لانه ليس من صلب العقد والمضاربة جائز وللربح الربح لرب المال لان ليس للمراة والابن في هذا العقد مال ولا عمل فلا يستحق شيئا من الربح ولو شرط لكاتبه عنه فثلثا الربح لرب المال وثلثه لكاتبه لان الشرط لاجنبي ولو كان اشتراط الثلث لامراة رب المال او ولده او لاجنبي ولو كان الثلث الى المساكين او للحج او في الرقاب فهو كذلك لان ما سمي له ثلث الربح ليس من جنسه رأس مال ولا عمل فالشرط له يلغوا واشتراط الثلث كان رصدا في مال مملوك لغيره فكان باطلا ويحمل ذلك كالمشروط عنه فيكون لرب المال لانه لو فسد جميع المضاربة كان جميع الربح لرب المال فكذلك اذا فسد بعض الشرط كان ذلك لرب المال وهذا لان المضارب انما يملك بالشرط ونفساد الشرط في البعض لا يوجب الشرط في جانب المضارب فلا يوجب فقده ولو وضع اليه الف درهم مضاربة على ان ثلث الربح للمضارب وثلثه لفلان المضارب الذي لفلان عليه مثل الربح لرب المال المالك المضاربة جائز وللمضارب ان يشارك فيه من شاء لان الدين لا يمنع ملك المولى وانما يقضي الدين من ماله والذي سمي له من ربح الربح الذي استحقه وانما يملك الربح رجلا الى رجل الف درهم مضاربة على ان للمضارب ثلث ربح جميع المال وما بقي من الربح فثلثه لاحد ما حتى المال بعينه واللسان الى الاخر فهل المضارب على هذا ملك جميع الربح للمضارب كالشرط والباقي بين صاحب المال نصفان لانه في ثمن المال وذلك لو حب التسوية بينهما في استحقاق الربح والذي شرط لنفسه ثلثي ما بقي يكون شارطا لنفسه سدس ربح مال صاحبه مرتين ان يكون له فيه رأس ماله وربحه وهذا شرط باطل ولكنه لم يمنع صحة العقد بينهما وبين المضاربة صحيحا ولو كان للمضارب اشترط ان لرب المال لصاحبه احدهما بعينه والثلث مرحصة الاخر على ان ما بقي من الربح فبين صاحب المال نصفان فللمضارب ثلث الربح على ما استرط المالك ذلك مرحصة الذي اشترط ذلك مرحصته والثلث مرحصة الاخر فهو بين صاحب المال على اربعة عشر سهما حصة للذي شرط للمضارب مرحصته ثلثي الربح وسبعة للاخر لان محتاج الى حساب له نصف وثلث بعضه ثلثه اثنان واقل ذلك عشرة عشر فعه شرط للمضارب ثلثه ذلك ستة اسهم بلسان ذلك وهو اربعة من نصيب الذي شرط للمضارب الثلث وثلثه وهو ثمانية من نصيب الاخر وذلك جائز لان نصيب كل واحد منهما بمنزلة مال على حدة دفعه اليه مضاربة والمضارب قد يستغني فيما اشترط لنفسه بعمله في مال زيد وبسائح فيما يشرط لنفسه من مال عمرو فاذا فعل هذا الشرط فلمارب ملك كل واحد منهما تسعة اسهم وذلك شرط للمضارب اربعة من نصيب سعيد له خمسة والذي شرط للمضارب سهمين من نصيب سعيد له سبعة فكان الباقي مقسوما بينهما على مقدار ما بقي من حق كل واحد منهما فيكون على اثني عشر سهما واشتراط الثلث سهما باطل لان بقي له خمسة اشترط لنفسه سهمان من ربح مال صاحبه مرتين يكون له فيه رأس ماله وعمل وذلك باطل ولو دفع اليه الف درهم مضاربة على ان ثلث الربح للمضارب وثلثه لرب المال وثلثه لرب المال والشرط باطل لانه ليس في شرط المشية منفعة للمضارب فلا يحصل ذلك الشرط كالشرط فيكون لرب المال بخلاف المشروط في قضاء الدين على المضارب لان فيه منفعة ظاهرة وهو براءة ذمته فيجعل ذلك كالمشروط للمضارب ولو قال لما الربح لرب المال فهو والمسكوت عنه سواء فيكون لرب المال واذا دفع رجل الى رجل الف درهم مضاربة على ان ما رزق الله سارك وتعالى في ذلك من شيء فلاحد هما بعينه نصف الربح وللاخر سدس الربح والباقي بينهما نصفان وقد ذكرنا هذه المسألة في الشرط لنفاوتهما في الهداية في الجنان المرجعة وذلك صحيح ولو دفع رجلان الى رجل الف درهم مضاربة على ان الاحد المضاربين بعينه من الربح الثلث وللاخر السدس وما بقي من حساب المال لاحدهما بعينه وللاخر ثلثاه فهلاوا كل واحد منهما نصف الربح للمضاربين على ما استرط لهما لاحدهما وللاخر له لان الاستحقاق هما بالشرط وهكذا في شرط لهما النصف

احدى البنات لم يكن للابن المرتضع من ام البنات ان يتزوج واحدة منهن وكان لاخوته ان يتزوجوا بنات الاخرى الا الابنة التي ارضعتها امهم وحدها لانها اختهم من الرضاعة قال ولو ان رجلا اشترى ثلاث اخوات متفرقات كان له ان يطا الاخت من الاب والاخت من الام لانه كل واحدة منهما ليست باجنبية من الاخرى فان كان وطى الاخت من الاب والام لم يكن له ان يطا واحدة منهما لانه يصير جامعا بين الاختين وطيا وكذلك اليمين ولو لا يحل وان وطى الاخت من الاب اولا والاخت من الام لم يكن له ان يطا الاخت من الاب والام لانه يصير جامعا بين الاختين وطيا وكان له ان يطا الاخرى لانها اجنبية من التي وطيها ولو كان لكل واحدة منهن ابنة فاشترى البنات دون الامهات فان له ان يطاهن جميعا لان الجمع بينهن نكاحا حلال ولذلك الجمع بينهن وطيا بملك اليمين ولو اشترى البنات والامهات كلهن كان له ان يطا البنات وحدهن ان شا فان شا ان يطا من الامهات الاخت من الاب والاخت من الام وان شا الاخت من الاب والام وحدها دون الاخريين وان اراد ان يطا بعض الاولاد وبعض الامهات فله ان يطا الاخت من الاب والاخت من الام وله ان يجمع بين الاخت من الام وبين ابنة الاخت من الاب وابنة الاخت من الام وبين ابنة الاخت من الام على قياس الجمع بينهما نكاحا ولو وطى الاخت من الاب والام لم يكن له ان يطا بعدها واحدة من الاخريين ولا واحدة من البنات لانه ان وطى واحدة من الاخريين فقد صار جامعا بين الاختين وان وطى واحدة من البنات فقد صار جامعا بين الام والابنة او بين المراة وابنة الاخت وطيا بملك اليمين وذلك حرام فاذا اخرج الاخت من الاب والام من ملكه ببيع او نكاح او هبة كان له ان يطا الاخت من الام والاخت من الاب وان شا ابنة الاخت من الاب وابنة الاخت من الام وليس له ان يطا ابنة الاخت من الاب والام لانه وطى امها الحرمة هي على التابيد ولو كان وطى من البنات ابنة الاخت من الاب والام لم يكن له ان يطا واحدة من الامهات قبل ان يحرم الموطوة على نفسه وكان له ان يطا ابنة الاخت من الاب وابنة الاخت من الام لان الجمع بينهما نكاحا حلال فكذلك الجمع بينهما وطيا بملك اليمين قال ولو ان رجلا تزوج امراة فشهدت امراة انها ارضعتهما جميعا فهذه المسالة على اربعة اوجه اما ان يصدقها الزوجان او يكذباها او يصدقها الزوج دون المراة او المراة دون الزوج فان صدقاها وقعت الفرقة بينهما لا بالشهادة بل بتصادقهما ان النكاح بينهما باطل فان كان ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا عدة عليها وان كان بعد الدخول فلها الاقل من مهر مثلها ومن المسمى لانهما تصادقا انه دخل بها بشبهة النكاح من غير عقد صحيح فيجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة وان كذباها فهي امراته على حالها وقد بيناها في الاستحسان والنكاح بشهادة المراة الواحدة على الرضاع لا تثبت الفرقة عندنا لانه ليس حجة ولكن يستحب له من طريق التنزه ان يفارقها اذا وقع في قلبه انها صادقة لقوله عليه السلام كيف وقد قيل فان كان قبل الدخول طلقها واعطاها نصف المهر وان كان بعد الدخول اعطاها كمال المسمى والاولى لها ان لا تاخذ منه شيئا قبل الدخول وبعد الدخول لا تاخذ الا ما زاد على مهر مثلها ليبرا الزوج من ذلك وان صدقها الزوج وكذبتها المراة فانه تقع الفرقة بينهما باقرار الزوج لانه اقر بحرمتها على نفسه وهو يملك ان يحرمها على نفسه وعليه نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ان كان بعد الدخول وان صدقتها المراة دون الزوج فهي امراته على حالها لانها اقرت بالحرمة وليس بيدها من ذلك شي الا انها اذا علمت صدقها في ذلك فانه ينبغي لها ان لا تمكنه من نفسها ولا تتعدى بنفسها بمال فتختلع منه وان شهد رجلان او رجل وامراتان بالرضاع لم يسعهما ان يقيما على النكاح بعد ذلك لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي فرق بينهما فكذلك اذا شهدا به عند الزوج ولا فرق في الفصلين بين ان تكون الشهادة بعد عقد النكاح وبعد ان يكون قبله قال ولو ان رجلا له امراة كبيرة وامراة صغيرة ولابنه امراة كبيرة وامراة صغيرة فارضعت امراة الاب امراة الابن وارضعت امراة الابن امراة الاب واللبن منهما فقد بانت الصغيرتان من زوجيهما ولا تحل واحدة منهما للاب ولا للابن ابدا لان امراة الاب لما ارضعت امراة الابن بلبن الاب فقد صارت امراة الابن اخته لابيه ولما ارضعت امراة الابن امراة الاب بلبن الابن فقد صارت ابنة ابنه من الرضاعة ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر على زوجها ويرجع بذلك على المرضعة ان كانت تعمدت الفساد ونكاح الكبيرتين باق على حاله لانه لم يوجد الارضاع لم يوجد سبب الحرمة بين الكبيرتين وبين زوجيهما وان كان مكان الاب والابن اخوان فكذلك الجواب لان كل واحدة من المرضعة صارت ابنة اخ زوجها ولو كان رجل وعمه مكان الاخوين بانت امراة العم الصغيرة من زوجها لانها صارت ابنة ابن اخيه ونكاح امراة ابن الاخ باق على حاله لانها صارت ابنة عمه من الرضاع ولو كانا رجلين غريبين لم تبن كل واحدة منهما من زوجها لان كل واحدة منهما صارت ابنة الزوج الاخر من الرضاعة وليس بين الزوجين قرابة ولو كان اللبن الذي ارضع به من النساء لغير الازواج لم يفسخ النكاح في شي من الفصول لما بينا والله تبارك وتعالى اعلم بالصواب

باب نكاح الشبهة

ولو ان اخوين تزوجا اختين فادخلت امراة كل واحد منهما على اخيه فوطيها فعلى كل واحد من الواطيين مهر مثل الموطوة وعليها العدة ولا يطا واحد منهما امراته حتى تحيض الموطوة ثلاث حيض لان كل واحد منهما وطى امراة اخيه بشبهة وقضى علي رضي الله عنه في الوطي بالشبهة بسقوط الحد ووجوب مهر المثل على الواطي والعدة على الموطوة ثم العدة من الوطي بشبهة اضعف من النكاح الصحيح فلا يكون له دفعه فترد كل واحدة على زوجها ولكن لا يطاها لمعنيين احدهما انها معتدة من غيره والثاني ان اختها في عدته فان حاضت احدهما ثلاث حيض دون الاخرى فليس لزوجها ان يطاها ايضا لان اختها في عدته ولو ولدت كل واحدة منهما ولدا فانا لو الزمنا الولد الذي وطى بها لستة اشهر والزمنا بها وبين سنتين ما لم يقرا بانقضا العدة وهذا الجواب بنا على قول ابي يوسف ومحمد فاما عند ابي حنيفة يثبت نسب الولد من الزوج لان فراشه صحيح وفراش الواطي فاسد واصل المسالة في كتاب الدعوى اذا نعي الى المراة زوجها فتزوجت بزوج اخر وولدت

بلغ

منه ثم رجع الزوج الاول حيا وجات به لاقل من ستة اشهر منذ وطيها لم يثبت النسب من الواطي بالاتفاق لان هذا العلوق في سبق وطيه فانما يثبت النسب من الزوج لانها علقت به على فراشه ولو ان احد الاخوين ادخل بامراة اخيه فوطيها والاخرى ادخلت عليه فلم يطاها فان الواطي يغرم مهر مثل الموطوة وترد على زوجها ولكن لا يطاها زوجها حتى تنقضي عدتها من الوطي ولا مهر على الاخر التي ادخلت عليه لانه ليس بينه وبينها نكاح ومجرد الخلوة من الاجنبي لا يلزمه المهر لان الخلوة انما تقام مقام الوطي بعد صحة النكاح لضرورة وجوب التسليم فترد على زوجها ولكن لا يدخل بها زوجها حتى تنقضي عدة الاخرى لان اختها في عدته ولذلك لو كان وطيها فيما دون الفرج لم يجب عليه شي لان الوطي فيما دون الفرج لا يوجب الحد اذا تعرى عن الشبهة ولا يوجب المهر والعدة عند تمكن الشبهة ايضا وقد استحسن بعض العلما اذا كان كل واحد منهما قد وطى المراة التي ادخلت عليه ان يطلق المراة التي لم يدخل بها ويغرم لها نصف المهر ويتزوج كل واحد منهما الموطوة فيغرم لها مهر مثلها بالدخول الاول والمهر بالنكاح وهذا الفصل منقول عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقد بينا حكاية هذه المسالة في كتاب الحيل فمنهم من استدلوا على ان هذا الكتاب ليس من تصنيف محمد فانه في تصنيفاته لا يفسر قول ابي حنيفة وقد بين هنا بقوله وقد استحسن بعض العلما ولو كان مكان الاخوين رجلان اجنبيان فادخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فهذا وما تقدم في سوا الا في خصلة واحدة اذا حاضت احداهما ثلاث حيض دون الاخرى كان للزوج التي حاضت امراته ان يطاها لان في المسالة الاولى انما كان لا يطاها في هذا الفصل لان اختها في عدته وهنا التي في عدته اجنبية من زوجته فيكون له ان يطا زوجته اذا انقضت عدتها من غيره ولو ان اجنبيين تزوجا اختين فادخلت كل واحدة منهما على زوج اختها كان الجواب فيها مثل الجواب في الاخوين لان المعنى يجمع الفصلين ولو ان اخوين تزوج احدهما امراة وتزوج الاخر ابنتها فادخلت كل واحدة منهما على غير زوجها ودخل بها فان الذي دخل بالابنة بانت منه امراته لانه وطى ابنة امراته وذلك يحرم امها عليه في النكاح وعليه للابنة مهر مثلها بدخوله بها بالشبهة وللام نصف المهر لانها بانت منه قبل الدخول بها واما الذي وطى الام فقد بانت منه امراته ايضا لانه وطى ام امراته وذلك يحرمها عليه على التابيد فيغرم للابنة نصف المهر لوقوع الفرقة بينهما قبل الدخول من جهته ويغرم للام مهر مثلها لوطيه اياها بالشبهة وليس للذي وطى الام ان يتزوج واحدة منهما قط لان الابنة كانت في نكاحه بعقد صحيح وذلك يحرم الام عليه وقد وطى الام وذلك يحرم ابنتها عليه واما الذي وطى الابنة فله ان يتزوج الابنة لان الام كانت في نكاحه ولكن فارقها قبل الدخول ومجرد العقد لا يوجب حرمة الابنة ولو ان رجلا وابنه تزوجا امراتين اجنبيتين فادخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فان كان الاب هو الذي دخل بامراة ابنه اولا فانه يغرم لها مهر المثل بدخوله بها وتبين من الاب ولا يغرم لها الابن شيا لانه وطى الابن اياها يحرمها على الاب على التابيد فانما الفرقة جهتها قبل الدخول حين طاوعت ابن زوجها فلهذا لا يكون لها على الاب شي والاب يغرم لامراة ابنه التي دخل بها مهرا بدخوله بها وتبين من الاب لان اباه قد وطيها وذلك يحرمها عليه ولا يغرم الابن لامراته شيا لان الفرقة جات بسبب من قبلها حين طاوعت ابا الزوج وليس لواحد منهما ان يتزوج واحدة من المراتين بحال لان احداهما موطوة الاب والاخرى موطوة الابن ولو كان الابن وطى امراة ابيه فان الاب لم يمس امراة ابنه فان الابن يغرم التي وطيها المهر بالدخول ويرد عليه امراته على النكاح الاول لان الاب لم يمسها وانما خلا بها ومجرد الخلوة لا يوجب حرمة المصاهرة واما التي وطيها الابن فقد بانت من الاب ولا مهر لها على الاب وليس لواحد منهما ان يتزوجها لانها كانت في نكاح الاب فلا تحل للابن بحال وهي موطوة الابن فلا تحل للاب بحال ولو كان الاب هو الذي وطى امراة الابن ولم يطا الابن امراة الاب فالتي وطيها الاب لا يغرم لها الابن شيا ولا يكون لواحد منهما ان يتزوجها لانها كانت في نكاح الابن فلا يتزوجها الاب وقد وطيها الاب فلا يتزوجها الابن وترد امراة الابن اليه بالنكاح الاول لان ابنه خلا بها فقط وذلك لا يوجب حرمة المصاهرة قال ولو ان رجلا تزوج امراة وتزوج ابنه ابنتها فادخلت امراة الاب على الابن وامراة الابن على الاب فهذه المسالة على ثلاثة اوجه اما ان يكون الابن هو الذي وطى اولا او الاب او كان الوطي منهما معا فان كان الاب هو الذي وطى اولا فعليه للتي وطيها مهر مثلها وتبين امراته ولها عليه نصف المهر لان الابن وطى ام امراته وذلك يوجب الفرقة بينه وبين امراته بسبب من جهته فيكون لها عليه نصف المهر ويكون على الاب للتي وطيها مهر ولا يغرم لامراته شيا لانها قد بانت منه حين طاوعت الابن حين وطيها وانما بانت بسبب من جهتها فان كان الاب هو الذي وطى اولا فانه يغرم للتي وطيها مهرها وتبين منه امراته لانه وطى ابنة امراته ولها نصف المهر لان الفرقة كانت بسبب من جهته قبل الدخول ثم الابن يغرم للتي وطيها مهر مثلها ولا يغرم لامراته شيا لانها بانت منه حين طاوعت الاب حين وطيها فانما جات الفرقة بسبب من جهتها قبل الدخول ولو كان الوطي منهما جميعا معا او كان لا يعلم ايهما اول فهو بمنزلة ما لو وطيا معا لان كل امرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا ثم يغرم كل واحد منهما للتي وطيها مهر مثلها ولا يكون لواحدة منهما على زوجها شيا لان السبب المسقط باعتبار المسقط يرد على الموجب والموجب لا يرد على المسقط ولان وقوع الفرقة قبل الدخول يسقط جميع الصداق في الاصل وانما تركنا هذا الاصل فيما اذا كانت الفرقة من جهة الزوج بالنص وتعارض السببين يمنع اضافة الفرقة الى الزوج على الاطلاق فبقي التمسك فيه بما هو الاصل ولا يكون لواحد منهما ان يتزوج واحدة من المراتين لان احداهما موطوة الاب والاخرى موطوة الابن ولو ان رجلين بينهما جارية جات بولد فادعياه فهو ابنهما يرثهما ويرثانه ولا يكون لواحد منهما ان يطا الجارية لانها بقيت مشتركة بينهما وصارت ام ولدهما ولا يحل لواحد من

وقف

الدار بين في الجارية المشتركة ولا يفرق واحد منهما لصاحبه شيئا لان كل واحد منهما الزم نصف العقر لصاحبه فيكونان احدهما قصاصا
بالاخر فان مات احدهما فعند الجارية وسعت في نصف قيمتها ويكون ام ولد الباقي عند ابي يوسف ومحمد فاما عند ابي
حنيفة ام الولد لا تسعى لمولاها في شيء وقد بنا هذا في العتاق ولو كانا دبرا احدهما الولد دون صاحبه فانه يكتسب ويسعى في
نصف قيمة ولد ويكون ام ولد له ويغرم لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها ويكون ظاهر هذا رد على الاب جارية ابنه وعلى الابن جارية ابيه وعلى
الرجل جارية اخيه وغير ذلك من القرابات وقد بينا هذه الاصول في كتاب النكاح والدعوى • ولو ان رجلا له ام ولد ورد
من صيام امتها فحيرت فاختارت نفسها ثم تزوجت زوجا آخر فاولدها اولادا ثم ان الصبي الذي كان زوجها فارضعته فانها بين
مزوجها لانها حين ارضعت الصبي صارت به من الرضاعة وابن زوجها انفصل لان ابنها منه وقد كانت امرأة هذا الرضيع وامرأة
الابن حرام على الاب على التأبيد وقد قررنا انه لا فرق بين ان يعترض النسوة على النكاح وبين ان يعترض النكاح على النسوة فتبين
من زوجها ولا عمل للغلام لانها صارت امه من الرضاعة وحرمت على مولاها ان يتزوجها لانها للابن لم تكن مولاها ولم تلد من زوجها
الثاني • ولكنها ارضعته من لبن مولاها الذي كانت منه فانها لا تحرم على زوجها • ولا عمل الى مولاها ان
يتزوجها قط • لان الرضيع قد صار ابن المولى من الرضاعة وقد كانت هي في نكاحه منذ ولم يصر ابنا لزوج بنت
الرضاعة حين لم يكن اللبن منه • قال ولو ان رجلا له امرأتان احداهما كبيرة والاخرى صغيرة
لبن من غيره • فارضعت الكبيرة الصغيرة باستامه تعتر طلاق لانهما صارتا اما وبنتا وذلك سابق النكاح
ابتداء وبقاء او لفرقه مثل هذا السبب تكون لغير طلاق • قال فان تزوج بعد ذلك الصغيرة كان عقده
على الاولى باطلا على ما قالوا ان تزوجها لان بمجرد العقد على الام لا تحرم الابنة من النسب فكيف تحرم الابنة من
الرضاعة وهذا اللبن ليس منه لانه لم يدخل فيها ولا يصير الصغير ابنه من الرضاعة • وليس للكبيرة عليه
من الصداق شيء لانها لو فرقت جاءت من قبلها حين ارضعت الصغيرة • وللصغيرة نصف الصداق • لانها الفرقة
لم تكن من قبلها فان فعلها لا ارتفاع • وذلك لا يقطع لبنها الحكم عليه • وفي اسقاط جميع الصداق اذا جاءت
الفرقة من قبلها معنى العقوبة من وجه فلا يسقط ذلك بفعل الصغيرة كالابن يحرمان الميراث بقتل الصغير
ويستوي ان كانت الكبيرة تعلم ان الصغيرة امرأة زوجها او لا تعلم ذلك فيما بينها وبين الحكم الا انها اذا كانت
تعلم وقد تعمدت الفساد فانه يرجع الزوج عليها بصغير الصغيرة وهذا اذا اقرت انها تعمدت الفساد وان
لم يسكن الفساد او لم تعلم انها امرأته فلا شيء له عليها • قال وفيها قول اخر انه يرجع عليها بنصف الصداق
سواء تعمدت الفساد او لم تعمد الفساد • وقد بينا ان هذا رواية عن محمد رحمه الله وهو قول بشر وهو
احد قولي الشافعي رضي الله عنه • لان السبب قد تقرر وان لم يعمل به الا انا نقول المسبب اذا لم يكن متعديا
في التسبب لا يكون ضامنا كحافر البئر في ملك نفسه واذا حملت • فقال الزوج تعمدت الفساد وقالت
المرأة ما تعمدت ذلك فالقول قولها لان الزوج يدعي عليها الضمان وهي منكرة • ولو كانت الكبيرة مستامة فارضعت
الصغيرة في حولين بلبن استامه وكل واحد منهما نصف الصداق لانه ما لا يعتبر فعل الصغيرة فما فيه معنى العقوبة
لا يعتبر فعل المجنونة ولا يرجع الزوج على الكبيرة لانها غير متعدية في التسبب لكونها مستامة وكذلك لو جاءت الصغيرة
الى الكبيرة وهي باكية فاوجرت الصغيرة بلبنها كان لكل واحد منهما نصف الصداق لانه لم يوجد من الكبيرة فعل في الفرقة ولا
معتبر بفعل الصغيرة • ولو ان رجلا اجنبيا حاول احد ثديي الكبيرة في مسعط فاوجره الصغيرة ولا فعل الكبيرة لذلك
اي شيء يزيد فانهما يستويان منه وعلى الزوج نصف الصداق لكل واحد منهما • فان اراد الرجل انه اراد الفساد رجع على
الزوج بجميع ما غرم لها لكونه متعديا في التسبب • وان قال انما فعل الفساد فالقول قوله في ذلك قوله ولا يرجع عليه
الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما • وفي القول الاخر يرجع وهذا يبين لك ان القول الاخر قول
محمد رضي الله عنه • فان كان الزوج هو الذي فعل ذلك بعني الاجارة باستامه وعليه نصف الصداق لكل واحد منهما
ولا رجوع له على احد لان الفرقة انما وقعت بسبب من جهته قبل الدخول • قال • ولو ان رجلا تزوج امرأة بصداق في ذلك
الاقليم فجاء وتعيق فدعت ابن زوجها ان يجرها في حال صغرها ففعل بانته من زوجها وكان عليه نصف الصداق لان
تمكينها في حال صغرها غير معتبر في استقلال الصداق • قال • وكذلك لو تزوج امرأة لم تبلغ ومثلها
يجامع فدعت ابن زوجها الخاير في بها بانت وكان عليه نصف الصداق لان فعل الصغيرة غير معتبر فيما فيه من معنى
العقوبة • قال • فان قال الابن الذي فجرها انه اراد الفساد يرجع الزوج عليه بنصف الصداق الذي
غرم للصغيرة والمسألة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وفي قوله الاخر يرجع به
عليه اراد الفساد او لم يرد • ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول هذا التقسيم في الارتفاع صحيح فان المرضعة قد تكون محسنة
في الارتفاع بان خاف على الصبي الهلاك فانها في الزنا لا تحمود هذا التقسيم فان الزنا فساد كله ليس فيه من معنى
الفلاح شيء حتى يقال اراد الزنا او الفساد او لم يرد • ولكنا نقول ما ذكرتم صحيح لان الزنا فساد من حيث انه كبيرة
ولكن قد يكون مفسدا للنكاح وقد لا يكون مفسدا له • فاما اذا اراد هذا انه اذا لم يفسد النكاح يرجع الزوج عليه
بنصف الصداق واذا لم يتعمد ذلك بان لم تعلم ان المرأة ابنه لم يرجع الاب عليه بشيء وهذا كما يقال ان من زنا في رمضان

ناسيا لصومه فهو مرتكب للكبيرة مستوجب للعقوبة ولكن لا يفسد صومه لانه لم يكن ما لما بالصوم ولا قاصدا الى الجناية عليه • وقد روي
عن ابي يوسف رضي الله عنه في الامالي انا لا نأمر ابنا بامرأة ابيه قبل
الدخول • وقد تعمد الفساد بان اكرهها على ذلك لم يرجع الاب
على الابن بما غرم لها من نصف الصداق واذا قبلها في تأنيه
او مكرهة رجع الاب عليه بما غرم من نصف الصداق لانه اذا زنا بها
فعليه الحد والمهر لا عمل لهما فيه لان عليه الحد ولا يغرم شيئا من المهر واذا قبلها
لم يلزمه الحد • فيكون للاب ان يرجع عليه بنصف المهر ولكن
هذا ضعيف وان المهر لا يجب لها مع وجوب الحد على المولى وهنا
وهنا نصف المهر على المولى انما يجب للابنة وهذا لا يجتمع مع الحد
لبعده وهو ان المهر لها لا يجب الا بالوطي • وقد وجب الحد
بالوطي فلا يجب المهر • واما حق الرجوع للاب على المولى
يثبت بالتبعية والمرجع من غير وطي فيسقط ان الحدة
وجب عليه بالوطي يمكن اسقاط الرجوع له عليه
باعتبار فعل آخر وهو التقبيل والمس فاستقام
الجمع بينهما • والله تبارك وتعالى الهادي للصواب
واليه المرجع والمآب وبحسبنا على ذلك من
الشاهدين • والحمد لله اولا وآخرا
وظاهرا وباطنا • وصلى الله على سيدنا
محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما
دائما ابدا الى يوم الدين والمعاد
لله وحده والصلاة والسلام
على من لا نبي بعده وبخير
الكتاب حمد الله وعونه
وحسن توفيقه فرغ
عشر المحرم الحرام
ختام سنة ثلاث
وسبعين و
احسن
الله
تم

الشيخ الاسلام
شمس الائمة السرخسي
ابو بكر محمد بن ابي سهل احمد بن ابي سهل
ابو بكر محمد بن المنذر سنة التي
انشأها بقسطنطينية

نهاية المخطوطة