

[1]

(الجزء الخامس عشر من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب
ظاهر الرواية أتت * سنا وبالاصول أيضا سميت صنفها محمد الشيباني *
حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير
والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع
الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي
كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من
حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة
من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب القسمة) (قال الشيخ الامام الاجل لزاهد
شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء
القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض
الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء
قسمة بينهم والسنة ما اشهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم
الغنائم بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة الموارث وغير ذلك
والناس يعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا
وانما تجب بعد طلب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل
القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أي يخصه
بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته
إلى ذلك وفي القسمة شيان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب أحدهما
من نصيب الآخر وهي تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة في
المكيلات والموزونات و لهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل
والموزون من جنس واحد إذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان
للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل
واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مراوحة على
نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من
الثياب والحيوانات فانما يميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا
يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على
معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما يصفه كان مملوكا له ونصفه عوض
عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما
نصيبه مراوحة إذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث يسير بن يسار عن
رسول الله صلى الله عليه أنه قسم جبريل على ستة وثلاثين سهما جمع
ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم
وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

صلى الله عليه وسلم ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ستة حصون الشق والنطاة والكيبة والسلايم والغموس والوطيخة الا أن الاموال والمزارع كانت في ثلاثة حصون منها والنسق والنطاة والكيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ماروى ان كنانة من أبى الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازى فما افتتح منها كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع في قلوبهم من الرعب وقد خص الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالنصرة بالقاء الرعب في قلوب أعدائه قال صلى الله عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر والى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على رسوله منهم إلى قوله ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الحصنة مع الخمس في الشطر وقسم الشطرين بين الغانمين وقد فسر ذلك محمد بن اسحاق والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل فكان على رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السها على مائة وكان عاصم بن عدى رضى الله عنه على مائة وكان القاسم في النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعطاياه وكان أول سهم خرج من النسق سهم عاصم رضى الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث إلى آخره فهذا الحديث يبين معنى الحديث الاول ففى الحديث الاول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفى الحديث الاخر ذكر مقدار ما قسم بين الغانمين انه قسم على ثمانية عشر سهما وفيه دليل على أن للامام في المغنم قسمين قسمة على العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى على الرؤس الذين هم تحت كل راية وانما يفعل ذلك لان اعتبار المعادلة بهذا الطريق أبسر فانه لو قسم ابتداء على الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم ابن عاصم رضى الله عنه فقيل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ما كان يساوى اسمه اسم في المزاحمة عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدى رضى الله عنه أولا لان فيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة في الجملة فيتحرز من ذلك فان في الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة (ألا ترى) انه

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلى وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد في أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لانه قال وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل أربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجالة قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر

والمراد بالخيل الفرسان يقال عارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بخيلك ورجلك أي بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وأنه أعطى الفارس سهمين والراجل سهمًا وفيه دليل أنه لا بأس باستعمال القرعة في القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه صلوات الله عليه عن القمار فدل أن استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله أنه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالاولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وإن كان لو أخذ جاز له وبإنه بما روى عن عمر رضي الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضي المسلمين اجرا ولا الذي على الغنائم ولا الذي على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر على القضاء وإن شرط ولكن مراده الكفالة التي يأخذها القاضي من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام في هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضي والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجد كالقاضي لانه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك ان لم يكن له فيه ذلك ان لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث إذا كان له نصيب في ذلك فاستئجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استئجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيى بن جزار أن عبد الله بن يحيى كان يقسم لعل رضي الله عنه الدور والأرضين ويأخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضي وجواز الاستئجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء وعن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه إلى اليمن فاتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابني فأقرع بينهم قضى بالغلام للذي خرجت فرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوي فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أردى أما حكم الخمس في الركاز فقد بيناه

[5]

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في المصير على القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك ان فعله هذا كان بعد حرمة القمار أم قبله وأنه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أو لم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب وإنما رجه في القضاء لترجيح في حخته من يد أو غيره وقوله فقضى للذي خرجت فرعته مذکور على سبيل التعريف لا لان الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب الطيلسان وما ذكر في آخره من انه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحي الحر لا يتقوم بالدية وإن كان هذا الغلام مملوكا لهم أو من جارية مشتركة بينهم فأقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فإن الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته في الموضوع الذي يجب كاحد الشركاء في العبد إذا قبله إلا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لأدرى فكأنه لم يتكلف لذلك لعمله ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فهذا يتبين ضعف هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن إبراهيم قال خاصمت أخى إلى الشعبي في دار

صغيرة أريد قسمتها ويأني ذلك فقال الشعبي رضى الله عنه لو كانت مثل هذه فخط بيده مقدار أجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضى يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وأن أبى ذلك بعضهم لأن الذى طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعنت وإنما يبنى القاضى قضاءه على التماس المتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لأن الطالب هنا متعنة فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار أجرة خطها على الارض قسمتها بينكم علي وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار الذى يأتي القسمة منهما فيما يحتمل لأن مقدار الاجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم من بنى مسجد الله كمفحص قطاه بنى الله له بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كمفحص القطاة وإنما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله أجرة القسام إذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لا على مقدار الانصاء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على مقدار الانصاء ويستوي في ذلك قاسم القاضى وغيره وهو رواية عن أبى

[6]

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم على وجه النفقة على قدر الملك كالنفقة وأجرة المكيال والوزان ان استأجروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لان المقصودها بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أو لان الغرم مقابل بالغنم ثم الغنم بين الشركاء علي قدر الملك يعنى الثمار والاولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك ولابي حنيفة رضى الله عنه أن عمله لهم سواء وإنما يستحق الاجر بذلك فيكون الاجر عليهم بالتسوية كما إذا استوت الانصاء وبيان الوصف أن القسام لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشى علي الحدود فانه لو استعان في ذلك بارياب الملك استوجب كمال الاجر إذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لا يستوجب الاجر بالقسمة وهى تميز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم في ذلك فكما يتميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل يتميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكبر والحساب لا يدق إذا استوت الانصاء وإنما يدق عند تفاوت الانصاء وتزداد دقته بقلة بعض الانصاء فلعل تميز نصيب صاحب القليل أسوأ من تميز نصيب صاحب الكبير ولكن لا يعتبر ذلك لان التمييز حصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لابقاء الملك وحاجة الكبير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو علي الخلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام والاصح أن أبا حنيفة رضى الله عنه يفرق بينهما فنقول هنا إنما لا يستوجب الاجر بعمله في الكيل والوزن ألا تري أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة

أقفره فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام فذكر أن
الاولى أن يجعل لقسام الارضين رزقا من بيت المال حتى لا يأخذ من
الناس شيئا وان لم يجعل رزقا له فقسام بالاجر فهو جائز لان القسمة
ليست كعمل القضاء فالقضاء فرض هو عبادة والقاضى في ذلك نائب عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم والقسمة

[7]

ليست من ذلك في شئ ولكنها تتصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة
يكون بالقسمة فمن هذا الوجه القسام نائب عن القاضى فالاولى أن يجعل
كفايته في مال بيت المال ومن حيث ان عمله ليس من القضاء في شئ
يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضى في ذلك وقد
قررنا هذا في أدب القاضى وكذلك ما ذكر بعده من حديث شريح رحمه الله
ومالى لأرتزق استوفى منهم وأوفيههم أصبر لهم نفسي في المجلس
وأعدل بينهم في القضاء فقد بينا ان شريحا رحمه الله كان يأخذ كفايته من
بيت المال على ماروى ان عمر رضى الله عنه كان يرزقه مائة درهم على
القضاء فزاده على رضى الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في كل
شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له
احتسب فقال شريح في جوابه ما قال ومراده انى فرغت نفسي عن
أشغالى لعمل المسلمين فأخذ كفايتى من مال المسلمين وكأنه بهذا
الكلام أشار إلى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات
للعامين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية
في مال الفقراء وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان إذا سافر أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها
فاصابتنى القرعة في السفرة التى أصابني فيها ما أصابني تريد به حديث
الافك واعلم بان المرأة لاجق لها في القسم عند سفر الزوج فكان لرسول
الله صلى الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء
منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطيبا لقلوبهن فاستعمال
القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع رحمهم الله وبهذا
الحديث قلنا إذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لان له
أن يبدأ بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطيبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل
عن نفسه وانما أورد الحديث للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن
يستعمل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضى وغيره في ذلك
سواء وهو استحسان وفى القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار
فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا
استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في
معنى الاستقسام بالالزام الذى كان عبادة أهل الجاهلية وقد حرم الله
تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكننا تركنا بالسنة والتعامل
الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من
غير نكير منكروهم هذا ليس في معنى القمار ففى القمار أصل الاستحقاق
يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

[8]

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فسأهم فكان من المدحفين وهذا لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى ما لا يليق بالانبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم عليها السلام إلى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لأن خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطيباً لقلوبهم قال الله تعالى إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم إن كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأتي ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وإن كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك إلا إذا خرجت السهام كلها إلا واحداً لأن التمييز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الإيجاب قبل قول المشتري فاما إذا خرج جميع السهام إلا واحداً فقد تمت القسمة لأن نصيب ذلك الواحد تعين خرج أولم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة * دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضاً على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لأنه يعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتأني ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصه تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فإن مقدم الدار يرغب فيه ما لا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وإن اقتسموا الأرض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكلك وكذلك إذا قضى القاضي به لأن المعادلة في الأرض باعتبار المساحة تنسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون عدل وإذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لأن البناء والأرض تتناولهما قسمة واحدة وإذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الأرض أيضاً كما هو الأصل في العقد

[9]

الواحد إذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل ولكننا استحسننا وجوزنا هذا لمعينين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الأرض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما في طريق القسمة فاعتبروا في الأرض المعادلة في المساحة وفي البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفي ذلك تصح القسمة في أحدهما قبل ظهور المساحة في الأخرى فكذلك هنا تجوز القسمة في الأرض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثاني) أن حكم القسمة في الأرض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمة فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة إلا بعد ظهور المعادلة في الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وإنما يعتبر حال تمام العقد وإذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه

بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا وإذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضي منهم لم يمنعهم القاضي من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقى في أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا في ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضي أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضي لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن في يده شئ فقوله مقبول فيه ما لم يحضر خصم ينارعه في ذلك وليس هنا خصم ينارعهم فلا حاجة لهم إلى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها وإذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضي أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم إلى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمهم القاضي بطلبهم وأشهدوا أنه قضى بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسى يحضر فيدعى لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت في أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم وأشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك في العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان في أيديهم دار فاقروا انها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضي قسمتها اجابهم القاضي إلى ذلك بهذا الطريق فكذلك في الميراث إذ لا فرق بينهما لانهم في الموضوعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك إليهم بسبب محتمل مشروع فإذا جاز له أن يعتمد القسمة

[10]

على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في الميراث ولابي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم في أن قضاء القاضي هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة لينتبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما) أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل أن حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت يقطع حقه (والثاني) ان القاضي ينبت له الولاية على الميت في تركته فيما يرجع إلى النظر وينفذ تصرفه إليه إذا كان فيه نظر للميت فبم يخبرون القاضي بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع إلى النظر وذلك أمر وراء ما في أيديهم فلا يكون قولهم في ذلك حجة فيكلفهم اقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لانها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضي في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما إذا اقتسموا بانفسهم لان فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض لان معنى النظر للميت هناك في القسمة من وجهين (أحدهما) أن العروض يخشى عليها النوى والتلف وفي القسمة تحصين وحفظا لها فاما العقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففي القسمة قضاء على الميت يقطع حقه عنها (والثاني) ان في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض في حق غيرهم ففي جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد في العقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لان القضاء بالقسمة هناك لا

يقتصر عليهم ولا يعتدى إلى غيرهم إذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم
فاما في الشراء فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله في غير الاصول أن
القاضي لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا
الطريق نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمة في المشتري
لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم
ملك البائع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضي الولاية على الغائب
بالتصرف في أمواله فهم ما أخبروا القاضي بثبوت ولايته على البائع
الغائب بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لابي حنيفة أنه لا
يمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بموت المورث ويتعلق بموته أحكام
غير مقصودة على مافى أيديهم من وقوع التفريق بينه وبين زوجته وعق
أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة في شئ

[11]

من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت
وأصل الميراث بخلاف العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك
(الآتري) ان القسمة في العروض تجرى بين المودعين للحفظ فلا يتضمن
القضاء بموته فاما في العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك الا بعد
القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسألة الشراء برواية النوادر لانه
لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم
ليس بحجة عليه ولئن سلمنا فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود
على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك نائباً في حقهم باقرارهم
بخلاف الميراث وإذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار في أيدي
الكبار الحضور فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضي
بينهم حتى تقوم البينة على أصول الموارث لانها لما لم يقسم في
الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففي هذا الفصل أولى أن لا
يقسم لان في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلى قول أبي
يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه
قسمها باقرار الحضور الكبار وان الغائب والصغير على حجتها كما في
الفصل الاول لان الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس في هذه القسمة
قضاء على الصغير والغائب باخراج شئ من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور
نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان
هذا محض نظر في حق الغائب والصغير وللقاضي هذه الولاية وان كان شئ
من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم
البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير
باخراج شئ مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان في
يده منها رجلاً حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصماً في ذلك ولا يجوز
للقاضي أن يقضى على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم
البينة فإذا قامت البينة قبلها القاضي لانها تقوم لاثبات ولاية القاضي في
تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصماً عنه
وينصب بعضهم خصماً عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فان الورثة
يكثرون وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان
غائب أو صغير أدى إلى الضرر والضرر مدفوع وكذلك إذا حضر القاضي
اثنان من الورثة والعقار في أيديهما وأقاما البينة على أصل الميراث فان
القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه لانه
يجعل أحد الحاضرين خصماً عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصماً
عن نفسه

فيمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه وإذا كان الحاضر واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لو كان خصما عن نفسه فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وان كان هذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثاني أن الحاضر إذا كان واحدا فهو غير متظلم في طلب القسمة ولاطالب للانصاف إذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بملكي غيري فإذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضى أن يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وان كان فيهم خصم صغير جعل له القاضى وصيا لان للقاضى ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ووصى الصغير قائم مقام الصغير فكأنه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ وبأمر بالقسمة باعتبار أنه يجعل احدهما مدعى وآخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والآخر عن الميت والغائب وان كان العقار شراء بينهم ومنه غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا البينة على الشراء حتى يحضر الغائب لان في الميراث انما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد في الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولان الحاضر من المسيرين لا ينتصب خصما عن الغائب لان النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولايجوز القضاء على الغائب بالبينة إذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما في الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث وانما ينسب إليهم ماكان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهذا يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقالتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما عن البعض في ذلك لاتحاد السبب في حقهم وهو الخلافة عن الميت وإذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام البينة على الموارث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصى له بذلك عليهم وإذا قبلت بينته قسمت الدار بينهم على ذلك ولو أن بيتا في دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه إذا قسم لم يقسمه القاضى بينهما لان الطالب للقسمة بينهما متعنت فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجية القاضى إلى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان في قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك إلى كل واحد من الشركاء وفي الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضى بينهم لانه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضى لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك

في الحكم فكذلك إذا تراضوا القسمة فيما بينهم فإن كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصابتهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لأن المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لاتفويتها والمعتبر في القسمة المعادلة بين الشركاء في المنفعة فإذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضي لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الانصاف من القاضي ولا يتعنت لأنه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للانصاف فعلى القاضي أن يجيبه إلى ذلك بخلاف ما إذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لأنه متعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد يوضحه أن بعد القسمة وإن تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلته نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الأكبر وذلك لا يعتبر في حق صاحب الكبير فيصير هذا في حقه وما إذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء والحاكم في المختصر (قال) إذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيهما طلب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه إنما يقسم إذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم رحمه الله وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضي بينهم لهذا ولكن الأول أصح لأن رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً وإنما الملزم طلبه الانصاف من القاضي واتصاله إلى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

[14]

* ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة في القسمة سواء لأنها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها إلى منفعة الملك وهو في ذلك سواء وإذا اقتسم الرجلان دارا ورفعاً بينهما طريقاً فهو جائز لانهما قسما بعض المشترك وبقياً شركتهما في البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتباراً للبعض بالكل ولأن المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وإنما يتم ذلك إذا رفعاً طريقاً بينهما وما يرجع إلى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعاً صحتها وإن كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر ينبغي أن يبين ذلك في كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لأنه بقي في موضع الطريق ما كان لهما من الشركة في جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فإنما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لانهما إذا لم يبين ذلك فربما يدعى صاحب الأقل المساواة بينهما في رتبة الطريق ويحتج على ذلك بأنه مساو في استعماله بالتطرق فيه وإنما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغي أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما وإذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فأصاب

الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فاراد أن يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وإن لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع إيجاب الملك وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع وذلك إنما يتم بالطريق والمسيل لأن ذلك خارج من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت إلا يذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وإن يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الآخر فيه وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع

[15]

فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدا ذلك فاما في القسمة المقصود التمييز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التمييز في أن لا يبقى لاحدهما في نصيب الآخر طريق مسيل ماء ولو لم يكن له مفتاح للطريق ولا مسيل ماء فإنه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق سطحه كما كان قبل القسمة وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فإنه يكون صحيحا وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وإن كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع بالمشتري وهذا لأنه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما في القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما إلى الانتفاع بنصيبه فإذا لم يكن له مفتاح إلى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز إلا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك على أنهما قصد ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمها أن القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف ما سبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة وإذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لغوات ما هو المقصود وهو المنفعة فإن قيل فعلي هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما إذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الانتفاع بالمستأجر والاجير إنما يستوجب الاجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة و موجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولايجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وإنما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق طلة وكان طريق

احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخرأ فاراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

[16]

مشترك بينهما وكما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وانما يريد أن يستوفى حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك انما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في العلو الذي لاسفل له وفي السفل الذي لاعلو له يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات في البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء فانه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعه واحدة وهى منفعة السكنى فانه لو أراد أن يبنى على علوه علوا آخرأ كان لصاحب السفل منعة من ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلماذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبنى على علوه إذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا في السفل إذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الأصل ان صاحب العلو يبنى على ملكه كما أن صاحب السفل يتصرف في ملكه واتصال العلو بالسفل كاتصال بيتين متجاورين فلكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يلتحق الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول صاحب السفل يحفر السرداب يتصرف في الارض وهى خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبنى على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء تصير بحائط صاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثاني ان كان لا يتبين في الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضاء صاحب السفل ومحمد في هذا الفصل وافق أبا يوسف ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء تتيسر ولان في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل وهو كذلك

[17]

بمكة وبمصر وفي بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل كل موضع تكثر النداهة في الارض يختار العلو عن السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة

فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسألة في فصلين أحدهما أن يكون بينهما سفلى علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجعل بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا لسفله علو وسفل لعلو له بان كان العلو لغيرهم وعلو لاسفل له فعند أبى حنيفة رحمه الله يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذى لاسفل له ثلاثة وثلاثين ذراعا وثلاثا من البيت الكامل وبازاء مائة ذراع من السفلى الذى لعلو له ستة وستين ذراعا وثلاثي ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفلى كما في الفصل الاول وعند أبى يوسف رحمه الله يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى الذى لعلو له ومائة ذراع من العلو الذى لاسفل له لان السفلى والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون منها ملو ومحمد رحمه الله في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى وإذا كانت الدور بين قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأتى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصباهم إلى بعض الا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأى في ذلك إلى القاضي وينبغى أن ينظر في ذلك فان كانت انصبا أحدهم إذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه وإذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار وينتفع بذلك والقاضى نصب ناظرا فيمضى قضاءه علي وجه يرى النظر فيه كما يمضى قضاءه في المجتهدات على ما يؤدي إليه اجتهاده ولان الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى والجنس والواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والثياب الهروية الا أنها متفاوت منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه نسبة البلدان الاجناس المختلفة فعند تعارض الادلة الرأى للقاضي فيرجح بعضها بطريق النظر أبو حنيفة رحمه الله يقول الدور اجناس مختلفة بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى إذا تزوج امرأة علي دار فهو

[18]

بمنزلة مالو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكبلا بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام الجنس جهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة فعرفنا أنها اجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء على ذلك وهذا لان في الاجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب على معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس الواحد معنى التمييز يغلب وذلك داخل تحت ولاية القاضي ففي الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل واحد منهم في أمكنة متفرقة فإذا جمعها في مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة وإذا قسم كل ذراع على حدة فمعنى التمييز فيه يغلب لان نصيب كل واحد منهم يكون في أمكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلا بد من اعتبار المعادلة في المنفعة والتفاوت في المنفعة في الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط والبعد عنه والظاهر أنه يتعذر عليه اعتبار المعادلة في المنفعة إذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة كل دار على حدة أعدل ثم هي

ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت متفرقة أو متلازمة لا يقسم عنده فسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم فسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لأنها تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت إسم لمسقف واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة (ألا ترى) أنها تؤجر بأجر واحد في كل محلة فتقسم فسمة واحدة وبالمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة بعضها ببعض تقسم فسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة على حدة سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أقصاها وبعضها في أدناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت في منفعة معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فليشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازمة تقسم فسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم فسمة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه فتمضى القسمة على ذلك ولو اختلفوا في قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الأرض وقال بعضهم يجعلها على الدراهم والصحيح أن القاضى يجعلها على الذرع إذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث والثابت لقاضى ولاية قسمة الميراث بينهم فإذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا في

[19]

محل ولايته وإذا جعل ذلك على الدراهم كان ذلك تصرفا منه وراء محل ولايته وربما لا يقدر كل أحد على تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضى أن يكلفه ذلك توضيحه انه إذا جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء في نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان كان يخرج فنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر إلى خروج الدين منه فتتعدم المعادلة بذلك وإذا جعل ذلك على الذرع يتعجل وصول نصيب كل واحد منهم إليه ويتم القسمة ولاحق لبعضهم على بعض فهذا أولى الوجهين وإذا تعذر عليه اعتبار المعادلة على الذرع فله أن يقسم على الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك الا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم بسيرة لان في القسمة على الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضى ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخصمين عليه الا أن يسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة والضرورة فيتعدى إليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق في الكثير كما تتحقق في القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة الأرض فتتعدر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الأرض أو يقع جميع الساحة لاحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الانتفاع بالبناء بدون الأرض وإذا كلف نقل البناء تنقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يجعل القسمة في البناء على الدراهم وهذا لان ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدى فيتعدى ولايته إلى ما لا يتأتى له القسمة الا به كالجد مع موصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف في المال الي الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف في المال ثم له ولاية التسمية في الصداق باعتبار ثبوت الولاية في التزويج ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقا يفتحه في نصيبه فسمه بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا

يستقيم ذلك رفع طريقا بينهم لان المقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فإذا كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقا بطلب القسمة في جميع المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة في المنفعة فيجيبه القاضى إلى ما التمس وإذا كان لا يستقيم ذلك ففي قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

[20]

والقائل لا يرفع طريقا في هذا الموضع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطلب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحد منهم لم يجبه القاضى إلى ذلك وان كان فيه منفعة للطالب أجابه القاضى إلى ذلك فكذلك إذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيهم لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه ثم لا فائدة في جعل الطريق أعرض من باب الدار لانه ما لم يدخل الحمل من باب الدار لا يحمله في ذلك الطريق وإذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل إلى مسكنه في ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يجعل الطريق بينهم على عرض الدار وطوله وإذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة على أن يكون هكذا أولم يذكر ذلك في القسمة فانه يترك على حال لانه وجد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الا أن يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به للحدث الشرط أملك وكذلك لو كان أرح وقع على حائط على هذه الصفة أو درجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف على نصيب الآخر فاراد صاحب السفلى أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان في حائط غيره فإذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك ألا ترى انه لو أصاب أحدهما ثبت علو والآخر السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يهدم العلو فاما إذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخسة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان في ساحة غيره وان كان بحيث لا يمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أو تفريع هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لا يجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير إذ هو لا ينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما وأغصانها متدلّية إلى نصيب الآخر فقد ذكرني رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره على قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره في ملك الغير بسبب من الاسباب وذكرني سماعه عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

[21]

الشجرة باغصانها فترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة وإذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عند القسمة فلا طريق له في المقصورة لانه يقدر على أن يجعل طريقه في حقه من غير ضرر والقسمة لتمييز نصيب احدهما من نصيب الآخر وتمام التمييز إذا لم يبق لاحدهما حق في نصيب الآخر فإذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة عليه وإذا أصاب احدهما قسمة ساحة في القسمة فأراد أن يبنى فيها ويرفع بناء وأراد الآخر منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء ما بدا له لان الساحة ملكه والساحة حق خالص له وللانسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدوا له وليس للجار ان يمنعه عن ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف في خالص ملكه أرأيت لو أراد أن يجعل فيها رجا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وان كان يؤدي إلى الحاق الضرر بالغير ألا ترى أن من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسده بسببه تجارة وان أصحاب الحوانيت يتأذون بغيار سنايك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها في حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقى أرضه وليس لجاره أن يمنع من ذلك مخافة أن يقل ماء بئرهم فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه وان كف عما يؤدي جاره كان أحسن له قال صلي الله عليه وسلم ما زال جبريل عليه السلام يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لا يجبر علي ذلك في الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن نفسه ويحول بينه وبين مقصوده علي ما حكى أن رجلا جاء إلى أبي حنيفة رضي الله عنه فقال أن جاري اتخذ مجمدا بجنب حائطي فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو ما يجمع من الجمد وعلي هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة فتأذى بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فلهذا أولى ولكنه يبنى في ملكه ما يستتره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين والجارين ولو اتخذ رجل بئرا في ملكه كرياضا أو بالوعة أو بئر ماء فنز منها حائط جاره وطلب

[22]

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه في خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدي في هذا السبب والمسبب إذا كان غير متعدي في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان في بئرهم هذا وإذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوقع لاحدهما حائط للظاهر منه على أجرتين وأسه على أربع وقد دخل في نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا أخذ من نصيبك ما دخل فيه من أس حائطي لم يكن له ذلك وإنما له ما ظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذي ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لا حائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انما يستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم وإذا قسم الشريكان دارا أو دارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألا ترى ان احدهما لو باع نصيبه من

صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم في دار واحدة معنى التمييز في
القسمة تغلب علي معنى المعاوضة والشفعة تختص بالمعاوضة مال بمال
وإذا اقتسم الرجلان دارا ورفعوا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد
ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لا
تستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أقسمه ثم لان في القسمة هنا معنى
الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهما لاتفويتها
وإذا اصطلح الرجلان في القسمة علي ان أخذ أحدهما دارا الآخر منزلا في
دار أخرى أو علي ان أخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أو علي ان أجر
كل واحد منهما سهاما معلومة من دار علي حدة أو علي ان أخذ أحدهما دارا
والآخر عبدا أو ما اشبهه ذلك من الاصطلاح في الاجناس المختلفة فذلك
جائز لان هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولا ربا في شئ مما تناوله
تصرفه ولو اصطلاحا في دار واحدة علي ان يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر
البناء كله فهو جائز للتراضي فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم
مبادلة نصيب أحدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط
علي ان يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز ان اشترط ان
لا يقلع بنائه فهذا فاسد لان صاحب الارض لا يتوصل بهذه القسمة إلى
الانتفاع بالارض ولان هذا في معنى بيع شرط فيه اعادة أو اجارة فان
صاحب البناء لما شرط ترك البناء في أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا
الترك شئ من العوض

[23]

فهو اجارة فاسدة شرطت في بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من العوض
فهو اعادة مشروطة في في البيع وإذا كانت الدار في طريق ليس بنافذ
لها فيه باب فاقسمها أهلها علي ان يفتح كل انسان منهم في ذلك الزقاق
لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منعهم من ذلك لان كل واحد منهم
يفتح الباب يرفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق
منعهم عن ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب يرفع بعض الحائط ولو
رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد
من الشركاء حق المرور في هذا الطريق إلى ان يتوصل إلى ملكه وكل
واحد منهم يفتح الباب يريد ان يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة علي
ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها في درا مشتركة ليس لاهل
المقصورة فيها الا طريقهم فاقسموا المقصورة علي ان يفتح كل واحد
منهم بابا من نصيبه في الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا
واحدا في موضع معلوم من عرصه الدار فهم يريدون هذه الزيادة في ذلك
بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منعهم من ذلك ومن
أصحابنا من يقول لا يمنعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط
والحائط خالص حقهم وانما يمنعون من التطرق في غير الموضع المعروف
طريقا لهم في صحن الدار ولكن في ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح
الابواب لانهم إذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل واحد منهم بعد تقادم
الزمان لهم طريقا خاصا في صحن الدار ويستدل علي ذلك بالباب المركب
وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلماذا منعوا من فتح الابواب
ولا لاهل الدار ان يبنوا مابدا لهم في صحن الدار بعد ان يتركوا لهم طريقا
واحدا بقدر عرض باب الدار العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد
عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من صحن الدار فهو ملك خاص
لاهل الدار فلهم ان يبنوا فيها ما أحبوا ويفتح أهل المقصورة مابدا لهم من
الابواب في ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة

على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى إلى جنب هذه المقصورة فوعدت هذه الدار في قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا في هذا الطريق المرفوع بينهم فليس له ذلك لانه لا طريق لهذه الدار فيها فسا كنها يريد اثبات طريق لنفسه في طريق مشترك الشركة فيها خاصة والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه في ملك الغير فكذلك في الطريق الخاص وان اشترى الذي اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يجعل طريقها في

[24]

مقصورة ثم يمر في ذلك الطريق المشترك فله إذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل في حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار أن يتطرق في هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له أن يتطرق فيه من المقصورة لان لصاحب المقصورة أن يرضى بتطرقه فما هو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك في ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له أرض بجنب نهر شربها من ذلك النهر إذا اشترى بجنب أرضه أرضا أخرى وأراد أن يسقى الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء في أرضه لم يكن له ذلك وفي الطريق له ذلك إذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفى من الماء فوق حقه فان حقه في هذا النهر مقدار ما يسقى به أرضه فإذا سقى به أرضين فهو يستوفى أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفي الطريق هو الذي يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة إلى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك إذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا وإذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفي نصيب الآخر ظلة على الطريق وكنيف شارع فالقسمة في هذا كالبيع وقد بينا في كتاب الشفعة ان كنيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبي حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل إذا كان مفتحا في الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك في القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشارك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشئ لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لهم منها نفس البناء لاحق القرار وذلك سالم له وإذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما إذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عند وقد تبين أن في هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الحمولة فالقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق إليه من هذا الجانب فالاصل في الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الحمولة فيه لا يكون الا نادرا ويتعذر ذلك لا يمتنع عليه استيفاء ما هو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

لما فيها من قطع منفعة الملك عن احدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لانه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فإذا رضى بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر وإذا اقتسما دارا على أن يستوفى أحدهما من الآخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشترط هذا في البيع مبطل له لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أو صدقة فهي فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لان اشتراط القسمة في الشراء كاشتراط الشراء في القسمة وإذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لانه لو شرط في البيع زيادة في الثمن مقدار مسمى أو زيادة في المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم (باب قسمة الدور بالدراهم يربدها) (قال رحمه الله أحدهما وإذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز) لان في حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان إلى ذلك عادة الا أن القاضى لا يفعله الا عند الضرورة فاما إذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه في هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معيناً أو موصوفاً مؤجلاً أو حالاً يجوز استحقيقه عوضاً في البيع فكذلك في القسمة فان كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الابقاء فيه عند أبى حنيفة رحمه الله كما في السلم والاجارة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ان بينا للتسليم مكاناً جاز ذلك وان لم بينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغي في القياس أن يتعين موضع العقد كما في السلم عندهما ولكنهما استحساناً فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما في الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئاً من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفاً كان أو غير موصوف مؤجلاً كان أو حالاً لان الحيوان لا يستحق في الذمة عوضاً عما هو مال وان كان بعينه

وشرط أن لا يسلمه إلى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك مفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على الممتلك للعين بالعقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك في القسمة ولو كانت الزيادة ثياباً موصوفة إلى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلاً لم يجز كما في البيع وهذا لان الثياب تثبت في الذمة سلماً ولا تثبت في الذمة قرصاً والسلم لا يكون إلا مؤجلاً والقرض لا يكون إلا حالاً فعرفنا بذلك أنها تثبت في الذمة مؤجلاً ثبوتاً صحيحاً ولا تثبت حالاً وإذا كان ميراث بين رجلين في دار وميراث في دار أخرى فاصطلحا على أن لاحدهما مافى هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سميها سهماً كم هي سهم من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد

منهما وهذه جهالة تفضي إلى تمكن المنازعة بينهما في الثاني وان سما
مكان السهام أذرعاً مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله ولم يجر في قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما
ذكرنا في البيوع إذا باع ذراعاً في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير
البيع في ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما إحدى
الدارين والثاني الدار الأخرى على أن يرد الذي أخذ الدار الكبرى على الذي
لم يأخذ شيئاً دراهم مسماة فهو جاز لأنه اشترى نصيب الشريك الثالث بما
أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعاً بالدراهم جاز فكذا
إذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكها في
الدارين وذلك مستقيم أيضاً فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة
بالتراضي وكذلك إن أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار
الصغرى وإذا كانت داراً واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما
طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جاز لأنهما
اشترى نصيبه بما نفذاله من الدراهم وكذلك إن اشترطوا على أحدهما ثلثي
الدراهم لفضل في منزله فذلك جاز لأنه يكون مشترياً ثلثي نصيب الثالث
وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد
أحدهما على الآخر عبداً بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جاز لأن
بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من
نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على
أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ آخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر
دراهم مسماة فذلك جاز لأن بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له
بالقسمة وبعضه مبيع له بما

[27]

نقد من الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفلى والآخر العلو واشترط
أحدهما على صاحبه دراهم مسماة لأن السفلى مع العلو كالبيتين
المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فذلك يجوز اشترط فضل الدراهم
على أحدهما في قسمة العلو والسفلى شرط ذلك على صاحب العلو أو على
صاحب السفلى والله أعلم (باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض
بغير دراهم) (قال رحمه الله وإذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها فأخذ
أحدهما مقدمهما وهو الثلث والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان جاز ذلك) لأن
المعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر أن ذلك لا
يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية
مؤخرها لكثرة الرغبة في المقدم دون المؤخر وتفاوت المنفعة بحسب
ذلك فالقسمة لا تخلو في العادة عن التفاوت في المساحة ولا يعد ذلك
ضراً وإنما الضرر بالتفاوت في المنفعة والمالية ففي ذلك تعتبر المعادلة
بينهما فإن كانت الدار بينهما أثلاثاً فأخذ صاحب الثلث نصيبه ما بقى من
الدار وهو أكثر من حقه فهو جاز بمنزلة البيع لوجود التراضي منهما وقد
بيننا أن المال الذي لا يجرى فيه الربا يعتبر لجواز المبايعه فيه المرأسة
فكذلك إن كان الذي وقع في قسم الآخر ليست له غلة فهو جاز لأنه رضي
به لغرض له وهو غير متهم في النظر لنفسه فيه ولو اشترى بمال عظيم
جاز شراؤه فذلك إذا اختار أحدهما أخذه في القسمة بقسمة وإذا اقتسما
داراً بينهما على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على أن رفعاً طريقاً
بينهما ولا أحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهذا جاز وإن كانت الدار في الأصل
بينهما نصفين لأن رقبة الطريق ملك لهما محل للمعاوضة فقد شرط
أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضاً عن بعض ما سلم إليه

من نصيبه في المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وان أخذهما طائفة منهما يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعاً طريقاً بينهما يكون مقدار السدس فهو جائز لانهما نفيًا شركتهما في موضع الطريق وقسما ما وراء ذلك على الاخماس فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسه ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك إذا اقتسما البعض ونفيًا شركتهما في البعض ليكون ذلك طريقاً لهما ولو اشترطا أن يكون الطريق بينهما على قدر مساحة ما في أيديهما فهو جائز لانهما لو قسما الكل على هذه المساحة

[28]

جاز فكذلك إذا اشترطا أن يتركاه مشتركا للطريق بينهما على قدر هذه المساحة وكذلك ان شرطاً أن يكون الطريق لصاحب الاقل ويكون للآخر ممرة فيه فهو جائز لان عين الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضاً عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر في ذلك جائز بالشرط كمن باع طريقاً مملوكاً له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السفلى على أن يكون حق القرار العلوي له عليه وان لم يشترط شيئاً من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لانهما نفيًا شركتهما في قدر الطريق فيبقى في هذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة في الكل وإذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والآخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان أفرا أنهما كان يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية في العقد غير مقصودة بل المقصود اعلام المتعاقدين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحدهما وجهله الآخر فالقسمة مردودة وقد بينا في كتاب الشفعة انه إذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشتري لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وينبغي أن يكون الجواب في القسمة على ذلك التفصيل أيضاً وقيل بل هذا الجواب صحيح في القسمة وهو قولهم جميعاً لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منها الا إذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلماذا قلنا إذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة مردودة فاما البيع عقد معانية يقصد للاسترباح والمشتري هو الذي يقبض البيع فيشترط أن يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع في الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق وإذا اقتسم الرجلان داراً على أن أخذ أحدهما الثلث من مؤجرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من مقدمها بحقه فهو جائز وان كان فيه عين لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازها بسبب العين عند تمام التراضي من المتعاقدين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضي بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما في البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحد منهما أن يرجع فكذلك في القسمة وتمام القسمة بوقوع الحدود بينهما وإذا كانت أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالطور عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح بينهما

على حدة الا إذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي في ذلك فيقسمها بينهم على عدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منهما في العلة والصلاحية للرطوبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن هناك لتعذر المعادلة في المنفعة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب في الاقرحة وإذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغللات في قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة أيضا وإذا أصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا في القسمة بكل حق هو لها أولم يكتبوا ذلك فله ما فيها من الشجر والبناء ولا يدخل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هذا في كتاب الشفعة في البيع فهو كذلك في القسمة وإن كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أو منها دخل ذلك في القسمة وفى كتاب المزارعة قال لا يدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر في آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهناك أطلق بكل قليل وكثير هو فيها أو منها والثمر والزرع من هذه الجملة فعند إطلاق اللفظ تدخل في القسمة ومن جعل المسألة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين في كتاب الشفعة وإذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك فهو جائز لوجود التراضي منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضي قسمة الحمام بينهم لا يفعل وذلك وان فعل ذلك لم يمنعهم من ذلك وان كانت أرض بين قوم لهم نخل في غير أرضهم فاققسموا على أن يأخذ اثنان منهم الارض وأخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم في القسمة حائطا ينصبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو في غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التى فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس له ذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط في القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة ما لم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقاقها بأصلها وذكر في النوادر في البيع اختلافا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبى يوسف رحمه الله يستحقها بأصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فليل الجواب في الاقرار كالجواب في البيع على الخلاف فأبو يوسف رحمه الله يسوى بين القسمة والبيع ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فنقول في القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله ملكه وأصل ملكه فيها نخلة وانما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض بأصله استحقاق جميع النخلة بأصلها وكذلك في الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وانما تكون نخلة بأصلها فاما

البيع ايجاب ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شئ من الارض بتسمية النخلة في البيع فلهذا يشترط فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يغرس مكانها ما بدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغرس مكانها أخرى فان أراد أن يمر إليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الي نخلته وقد بينا أن القسمة متى وقعت على ضرر فهي فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله الطريق إلى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط الطريق فكأنه شرط الطريق إلى نخلته أيضا وإذا كانت قرية وأرض ورحا ماء بين نفر فاقسموها فاصاب رجل الرحاء وأصاب الآخر أقرحة معلومة وأصاب الآخر بيوت وأقرحة فاقسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر إلى نهره في أرض قسمة فمنعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق إلى نهره إذا كان نهره في وسط أرض وهذا ولا يخلص إليه الا بذلك لانه لا يتمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص إليه ولا طريق له إلى ذلك الا في أرض قسيمه وقد اشترط في القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمه وان كان النهر منعرجا مع حد الارض له طريق إليه في غير الارض لم يكن له أن يمر في أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك أحدهما من ملك الآخر وتماثل ذلك بان لا يبقى لاحدهما حق في نصيب الآخر واتمام القسمة في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي الاول

[31]

لا يمكن اتمام القسمة بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أو منها فلا طريق له في أرض هذا لما بينا انه لا يستحق في نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها وقعت على ضرر الا أن يقدر على أن يمر في بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر ليتمكن من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة وطريقه لافي بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة وان كان للنهر مسناة من جانبه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه وان ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكروا المسناة في القسمة فاختلف صاحب النهر والارض فيها فهي لصاحب النهر لملتقى طينه وطريقه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الارض وهذا بناء على مسألة كتاب الشرب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا حریم للنهر وعندهما للنهر حریم من جانبه مثل عرض بطن النهر فإذا كان عندهما للنهر حریم كان اشتراط النهر لاحدهما في القسمة اشتراطا لحریمه له فهو أولى به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حریم للنهر وقد جعلنا في القسمة النهر حدا لملك صاحبه والمسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض من الغرس

والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الارض
أولى به وان لم يكن للنهر طريق الا في أرض لقسيمه واشتروطوا عليه أن
لا طريق له في هذه الارض فهو جائز ولا طريق له إذا علم يومئذ أنه لا
طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضى هو بالتزام الضرر
والشرط أملك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احدهما في أرض الآخر
واشترطا أن لا طريق له في أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر
يصب في أجمه كان لصاحبه ذلك المصب على حاله لانه محتاج إليه
مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيتبرك على ذلك لما بينا
في جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا
لصاحب النهر في ملك الغير كالجذوع وإذا كان نهر لرجل يمر في ملك رجل
آخر فاختلفا في مسناة على النهر فهي لرب الارض في قول أبى حنيفة
رحمه الله وعندهما للمسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسألة

[32]

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر في المسناة يد
من حيث الاستعمال فانه بالمسناة من الجانبين يجرى ماؤه في النهر
مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول ذى اليد ولا يبي حنيفة ان
الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له
الارض وملك الآخر في النهر وهو العمق الذي يجرى فيه الماء وما وراء ذلك
يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حيث يثبت للاخر استحقاقه بالحد الا
أنه ليس له أن يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عدم المسناة
فهو مملوك لصاحب الارض ولصاحب النهر فيه حق استمساك الماء به فلا
يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لآخر ليس لصاحب النهر أن يهدمه
ولكن لصاحب الارض أن يعرس على المسناة مابدا له لانه يتصرف في ملكه
وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه
لاخر ولصاحب العلو أن يحدث على علوه مابدا له ما لم يضر بالسفل وإذا
كانت القرية والارض بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من أصابه
شجر أو بيوت في أرضه فهي عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا
استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما ما أصابه
من البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا
ترى أنه لو كانت دار بين رجلين فيها ساحة وبنائ لهما ولاخر فاقتسماها
على أن أخذهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على أن البناء بينهم على
حاله ثم أراد الذي أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لان
فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فإذا كنت
أجبره على أخذ القيمة بغير شرط فهي إذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا
ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف للساحة وتبع لها فإذا استويا في ملك البيع
وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل أن يملك على شريكه من
الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبيغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان لصاحب
الثوب أن يملك الصبيغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف لملكه وهذا
بخلاف ما إذا كان البناء كله لانسان في ساحة الغير لان هناك صاحب البناء
يتمكن من رفع بنائه من غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب
الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه وأما إذا كان البناء مشتركا فهو لا
يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة لانه ما لم
يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع
الضرر عن نفسه ويملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع
من وجه حتى يدخل في

بيع الاصل من غير ذكر كالصبيغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فيوفر حظه على الشبهين فليشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الارض أن يملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه وليشبهه بالبيع يكون له عليه أن يملك نصيبه من البناء إذا كان مشتركاً بينهما وأن اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم في أنها لا تستحق إلا ثمناً في الذمة وكذلك ان اشترطوا مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشترط المكيل والموزون في الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشترط الثمن فهو كاشترط الدراهم والدنانير وأن شرطوا شيئاً من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لأنه مبيع يرد عليه العقد مقصوداً فجهالته عند العقد تكون مبطله للعقد وهذا لان الثمن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشتري عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة إذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقوداً عليه ويشترط وجوده في ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوماً بالتسمية عند العقد أو بالإشارة إلى عينه وهذا لأنه إذا لم يكن معلوماً فهو يكون مشترياً للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقسمان المشتري بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب والتبر والاولوانى المصوغة في هذا بمنزل المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أن يتعين التبر وأنه يستحق مبيعاً وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على الموارث وسألوا القاضى قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئاً من أجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء إلى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضى بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به في حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فعل ذلك استحساناً وفي القياس لا يفعل لان الدين شاغل لك جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبى حنيفة الاول ولكنه استحسّن وقال قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن أن ينظر الفريقين جميعاً فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضاً من حيث ح أن وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك ويكون ذلك مضموناً عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلاً بشئ من ذلك رأيت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أولم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضى امسك حقه وهو يعرف أنه حقه وإنما يطلب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسى ليلحقه شئ وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير قال هذا شئ احتاطه القضاة وهو جوراًى مائل عن طريق القصد فقد بينا المسألة

في كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل هي دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقهم فيقبل فيه قولهم ما لم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك إذا ظهر بعد القسمة لانه تبين أن القسمة كانت قبل أوانها فان أوان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا الدين الذي ظهر قبل أن تنقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث إذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنتقض في كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر بن بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج إلى أن يستوفي مما وصل إلى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه في مواضع فلهذا تنتقض القسمة ويستقبل بينهم وان أقر أحدهم لرجل بدين وجد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على الموارث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه إذا كان في نصيبه وفاء بذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقضى من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسألة في الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصى له بالف درهم وهي تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل إذا كان يخرج من الثلث يستحق سابقا على الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من مالهم مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكماله إليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشئ وهو سواء في الدين والوصية وان أراد أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه في التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

[35]

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة الا أن يقضوه بالحصص فان فعلوا ذلك قبل نقض القسمة فالقسمة ما فيه ولو كان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصى له بالثلث شريك الورثة في التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة لحقه وإذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فأقام ورثته البينة على الميراث وعلى الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لو كان حيا وقد بينا في الشركة في المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة على الشراء فهذا مثله ولو حضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمتها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة في التركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لا يكون خصما عن شريكه المشتري معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الاصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضرها وغاب عمهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لو كان عمهم حاضرا وغاب بعض بنى أخيه لان الاصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون

خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كما لو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد وإذا اقتسم القوم القرية وهى ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصى أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لا ولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضي إذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أو عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق أو الطسوج على الخراج أو على المعونة لانه لا ولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لو رضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الاصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لاوصى له أو غائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لا ولاية له على الغائب والصبي فانه صار حكما بتراضي الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

[36]

كبير الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (ألا ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبير الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كما لو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بعد موته البيع لم يجز ذلك لهد المعنى وفي الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كاجازة المورث في حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة إلى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج إلى اعادتها في الحال بتلك الصفة وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة في نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لا تقع الحاجة إلى اعادته فالبيع لا يكون مستحقا في كل عين لا محالة فلهذا لا يعمل اجازة الوارث فيه بعد تعيين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم (باب قسمة الحيوان والعروض) (قال رحمه الله وإذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الاصل فان القاضي يقسمها بينهما) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو ما يكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لا يقسم الرقيق بينهم إذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد إذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (ألا ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات في سائر العقود من حيث أنها تثبت في الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك في القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم في الغنم كسائر الاموال فكذلك في

القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت في الرقيق
أظهر منه في الاجناس المختلفة فان الاجناس

[37]

المختلفة قد تتفاوت في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتنا فاحشا ثم قسمة
الجبر لا تجري في الاجناس المختلفة فكذلك في الرقيق وهذا لان المعتمد
المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت في الادمى باعتبار معاني
باطلة لا يوقف عليها حقيقة كالدهن والكتابة وقد يرى الانسان من نفسه
ما ليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة في المالية
وبترجح معنى المعاوضة في هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا
بالتراضي والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات أن الذكور
والاناث في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى إذا
اشترى شخصا على أنه عبد فإذا هي جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر
الحيوانات وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة
الغنيمة فانها تجري في الاجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق
الغانمين في معنى المالية دون العين حتى كان للامام بيع المغنم وقسمة
الثلث فانما يعتبر اتصال مقدار من المالية إلى كل واحد منهم فاما في
الشركة الملك حق الشركاء في العين والمالية فللامام حق التمييز
بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فإذا كان يتعذر
اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الاجبار على
القسمة الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ
يقسم ذلك كله وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول تأويل هذه المسألة أنه
يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم القاضي لا يقسم لانه إذا
كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي حنيفة
رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاطهر أن قسمة الجبر هنا تجري
عند أبي حنيفة رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل
أصلا في القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت في الرقيق أيضا
تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا وان كان لا يجوز اثباته فيه
مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقت وكأنه
استحسن ذلك لانه قال ما تخلو تركة يحتاج فيها إلى قسمة القاضي عن
الرقيق وإذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة في المالية يتيسر
بخلاف ما إذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن
والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذي بين
الشركاء ثوب زطي وثوب هروي وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاءهم
لان في الاجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد
من الشريكين يملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما
يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من

[38]

التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع
فاقتسوها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم
على انشاء المعاوضة وان رفعوا إلى القاضي قسم كل صنف بينهم على

حدة ولا يضيف بعضها إلى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يغلب معنى التمييز إذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهاى له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب إلى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة وإذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة وإذا كانت الغنم بين رجلين فقسهما نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما هو جائر عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عدوا له الاول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لايعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضى إلى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائر لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي فان رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبقى سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت فيخرج سائر السهام بتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أو لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فأراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فانه يحتاج إلى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه

[39]

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاه طولا أو عرضا بتراض منهما فهو جائر وليس لواحد منهما ان يرجع بعد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها بينهم لانها تحتاج إلى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شئ جاز ذلك ولو كانت ثلاثة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فاني انظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان تراضوا فيما بينهم على شئ هكذا قال في الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلاثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلاثي الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه

تيسير عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك إذا تيسر ذلك في البعض والله أعلم بالصواب (باب الخيار في القسمة) (قال رحمه الله وإذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذي وقع له ثم رآه فهو بالخيار أن شاء رد القسمة وأن شاء أمضاها) وأعلم بأن هذه المسائل في قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضي فله ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن في البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل في ملكه فكذلك في القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر في ذلك كله سواء وإذا كانت الفاه درهم بين رجلين كل الف في كيس فاقسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذي رآه وعلى الذي لم يره ولا خيار لواحد منهما في ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية في الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك في القسمة والمعنى أن الدراهم والدنانير اثمان محضه ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

[40]

يصير المقصود معلوما على وجه لا يتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا أن يكون قسم الذي لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه على أن يكون في الصفة مثل ما أخذه صاحبه فإذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير في ذلك كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان ما بقي شرا مما رأى فانه يثبت له الخيار فإذا اقتسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذي أصابه ولم يرجو فيه فلا خيار لهما إلا على قول زفر رحمه الله وقد بينا المسألة في البيوع ان برؤية الطاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله ما لم يدخلها فكذلك القسمة وكذلك ان اقتسما بستانا وكرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذي أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما ورؤية الطاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه في الدار بناء على دور الكوفة فانها لا تتفاوت الا في السعة والضيق ضعيف جدا ففي البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شيء من ذلك عرفنا ان المعنى فيه ان ما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك في الثياب المطلوبه يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع في اسقاط الخيار واشترط الخيار في القسمة جائز فهو في البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فانما يشترط الفسخ أولئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار في جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعى الآخر الاجازة فالقول قول مدعى الاجازة لان مضي المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعى الاجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر به وان أقاما البينة فالبينة بينة من يدعى الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج إلى الاثبات دون صاحبه وسكنى الدار التي وقعت في سهم صاحب الخيار رضا منه بها وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسألة في البيوع وان مراده حيث يقول ذلك رضا منه إذا تحول إليها وسكنها بعد القسمة وحيث

يقول لا يكون رضا إذا كان ساكنا فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أو هدم فيها شيئا أو حصصها أو طين فيها حائط أو ذرع الارض أو سقاها أو قطف الثمرة أو غرس الشجر أو لفتح النخل أو كسح الكرم فهو كله رضا لانه تصرف لا يفعل عادة الا في الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه في ذلك المحل ودليل

[41]

الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الاب على الصغير والمعنوه في كل شئ ما لم يكن عليهما فيه عين فاحش لان له ولاية البيع عليهما ما لم يكن فيه عين فاحش ويجعل رضاه في ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك في القسمة وكذلك وصي الاب في ذلك قائم مقام الاب بعد موته فكذلك الجد أب الاب إذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي الام إذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام في ذلك وتصرفها في ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار وكذلك وصي الاخ والعم وابن العم في ميراثه منهم ولايجوز فيه قسمته في ميراثه من غيرهم لان الوصي قائم مقام الموصى فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان في حفظ ذلك منفعة للموصى فانه إذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصى فيه ولاية وهذا ليس في حفظه معنى النظر للموصى انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصي العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصي الاب فقد كان للاب ولاية على الصغير في جميع ذلك ووصيه بعده يقوم مقامه وإذا كان له أب أو وصى أو جد لم تجز قسمة وصى هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الاب قائم مقامه أن لو كان حاضرا بالغا وعند ذلك لا يكون لوصي هؤلاء عليه ولاية القسمة في شئ من ذلك فكذلك إذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الاب له يكون عن شفعة وافرة وولاية كاملة كنظره لنفسه ولا حاجة مع وجوده إلى اعتبار نظر وصي العم له بخلاف حال عدم الاب والوصى ويجوز قسمة وصى الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما يرجع إلى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار يرجع إلى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الام والعم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب ولاوصى أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع إلى الحفظ من تركة الموصى خاصة دون غيره فاما في سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالأجانب ولايجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرج من الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله لانه لا ولاية له

[42]

عليه في التصرف في ماله بيعا وشراء فالقسمة مثله والوصى الذي يقيمه القاضي في أمر اليتيم بمنزلة وصى الاب إذا جعله وصيا في كل شئ لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الاب فوصيه أيضا كوصى الاب وان جعله وصيا في النفقة خاصة أو في حفظ شئ عنده لم تجز قسمته لان نصيب القاضي اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما اذا جعله الاب وصيا في شئ خاص لان ايصاء الاب إليه اثبات الولاية بعد موته والولاية لا تحتل التجزئ والمعنى في الفرق أن قسم القاضي يتصرف مع بقاء رأى القاضي فلا حاجة إلى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضي به لتمكن القاضي من النظر في ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فاما وصى الاب انما يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس إلى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي إلى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يرده بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه على أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضي فيوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك (قال وان كان الذى أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو في البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة فهذا مثله ويكون المردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع في جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لان عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض المردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن إذا رد المبيع بالعيب وان أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا وفي القياس هو رضا لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الارض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسنا فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان في ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب هل يمكن نقصانا في مقصوده أولا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا في السكنى

[43]

بناء على احدى الروايتين في السكنى مدة خيار الشرط إذ لافرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا في المطالبة بالجزء الفائت وفي اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما في خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه في الفسخ ولكن ليس في ذلك كثير ضرر (ألا ترى) أنه إذا تعذر رده بخيار الشرط لا يرجع بشئ وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن وإذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضا بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر إلى فده أو قال قدره فهذا رضا بالعيب وليس برضا في الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلهذا لا يجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لغوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس في

معرفة ذلك فكأن لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه وإذا باع ما أصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشتري عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة في حق شريكه كالشراء المبتدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك وابعاء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم ماكان قبله وان كان المشتري هدم من الدار شيئاً قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردّها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشئ لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفي نظيره في البيع اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصلح فينبغي أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذي هدم شيئاً منه ولم يبعه ثم وجد به عيباً يرجع بنقصان العيب في أنصباة شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فإذا رضوا بذلك رد عليهم وإذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع في سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه في أنصباةهم والله أعلم (باب الاستحقاق في القسمة) قال رحمه الله وإذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها فاخذ أحدهما الثلث من

[44]

مقدمها وقيمته ستمائة وأخذ الاخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهي ميراث بينهما أو شراء ثم استحق نصف مافى يدي صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع مافى يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء وان شاء نقص القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد ما في يده ويبطل القسمة فيكون ما بقى في أيديهما بينهما نصفين وفي رواية أبي حفص رحمه الله ذكر محمد مع أبي حنيفة وهو الاصح فقد ذكر ابن سماعه انه كتب إلى محمد يسأله عن قوله في هذه المسألة فكتب إليه أن قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف ما في يد صاحب المقدم شائعا ظهر لهما شريك ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر إذا اقتسما اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان استحقاقه الدار وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي إلى الشيوع في الكل لانه إذا أخذ المستحق نصف مافى يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون ذلك بمنزلة مالو كان المستحق جزءا شائعا في الكل وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقى ولكن يثبت الخيار للمشتري بين نقص البيع في الباقي وبين الرجوع بعوض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك النصف فكذلك في القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتقاض فيما بقى باستحقاق بعضه وهذا لان ما تبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار بين شريكين ولهما شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فاقسما على أن أخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الاخر ما بقى كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائعا في جميع الدار لان استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبقى وبهذا تبين ان هذا بمنزلة مالو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة

فيما بقى فكذلك هنا وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع مافى
يده إذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه
بنصف مافى يده فإذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف نصف مافى
يده يوضح ان جميع قيمة الدار ألف ومائتي درهم وباستحقاق نصف المقدم
يتبين ان المشترك بينهما تسعمائة فحق كل واحد منهما في أربعمائة
وخمسين والذي بقى في يد

[45]

صاحب المقدم يساوي ثلثمائة وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة
فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمه مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد
منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف ما
في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع في قول أبي حنيفة رحمه الله
على صاحبه بربع ما في يده ان كان الذي باع بألف درهم أو بعشرة دراهم
وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع فيما في يد صاحبه من الدار فيكون
بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ما باع لصاحبه وفي قول محمد رحمه
الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبي يوسف رحمه
الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة
الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة
فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما
نصفان وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقى وكان
له الخيار في بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه في الرجوع
بعوض المستحق وذلك ربع مافى يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض
بين رجلين نصفان وهي مائة جريب فاقتهما على أن أخذ أحدهما بحقه
عشرة أجربة تساوي ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذي أصابه بأقل من
قيمه أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجرية فرد المشتري ما بقى
منهما على البائع ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب
التسعين جريبا بخمسين درهما وفي قول أبي يوسف رحمه الله تكون
التسعة الاجرية بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة
درهم لصاحبه لان عند أبي يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة
باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة الاجرية قد
انفسخ من الاصل يرد الباقي عليه بعيب التبعض وكأنه لم يبع ذلك فهي
بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ما قبضه بقسمة فاسدة
فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم
وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن
المشتري بينهما ما يساوي ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة
وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه ألف فيرجع
على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما في يده وإذا رجع بذلك سلم لكل
واحد منهما تسعمائة وخمسون وإذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقتماها
على ان أخذ أحدهما أربعين منها ما تساوي خمسمائة وأخذ الاخر منها
ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم
فانه يرجع بخمسة

[46]

دراهم في الستين شاة عندهم جميعا وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض فيما بقى وتبين أن المشتري بينهما تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لآخذ الأربعين ما يساوي أربعمائة وتسعين لصاحب الستين ما يساوي خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصة كل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسة وتسعين وإنما يرجع بذلك في الستين شاة لأنها باقية في يده فيضرب هو في التسعين بخمسة دراهم وصاحبه بأربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يجعل كل خمسة بينهما فيكون الستين سهما على مائة سهم للمستحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون سهما منها وفي ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن ينقض القسمة فيما بقى كما لو اشترى عددا من الغنم فاستحق واحد منهما بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن ينقض القسمة فيما بقى وهكذا في البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد في المستحق يبطل من الأصل فلا فرق بينهما بعد القبض وقبله وإذا كان كرحطة بين رجلين نصفين عشرة أقفزة منها طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديئ على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ شريكه الثلثين بحقه لم يصح ذلك لأن في هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بجنسها متفاضلا ربا فإن رد الذي أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه على صاحبه واقتسما على ذلك جاز بناء على أصلنا أن الفصل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وأن استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فإنه يرجع عليه بنصف الثوب وفي زيادات الزيادات (قال) في هذه المسألة يرجع بثلث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ما ذكر ثممة جواب القياس وما ذكر في كتاب القسمة جواب الاستحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديئ يرجع على صاحبه بجميع الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك اعتبارا للبعض بالكل وبيان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التي أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة في الكل ثلثها فيما أخذ بتقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشئ والثلث مما أخذه عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثلث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيز وثلثا قفيز لأن العشرة كلها لو استحققت رجع عليه بخمسة أقفزة فإذا استحق الثلث رجع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

[47]

وجه الاستحسان أن المستحق إنما يجعل شائعا في الكل إذا استوت الجهالة فاما إذا تفاوتت فلا كما إذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم وبعشرين درهما وتقابضا ثم استحققت عشرة من العشرين فإن المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لأنه لو جعل بعوضه من ثمن القلب بطل العقد في القلب بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد في شئ من القلب فيجعل ذلك من ثمن الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم تثبت المساواة فهناك كذلك لأن المقصود بالقسمة التمييز والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع قبلا يجعل شئ من المستحق مما أخذه بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز بحسب الامكان ولو جعل شئ من المستحق بمقابلة العشرة التي أخذها بالقسمة تنتقض القسمة فيحتاج إلى اعادتها ثانية فلا يجعل شئ بمقابلة كيلا ينتقض وإذا جعلنا المستحق ما وراء

العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة لمشتراة والنصف العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رج بحصته من الثمن وثمانه نصف الثوب فلهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يجعل المستحق نصف العشرين الذي أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرة أخذها بقديم ملكه وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فلهذا يرجع بنصف الثوب خاصة وإذا كان كحطة وكشعير بين رجلين فاقسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما حنطة رديئة وعشرة مخاتيم شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الرديئ فانه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا غلط بين فان العشرة المخاتيم حنطة جيدة في يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح ما في النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعنى بثلاثين مختوما حنطة رديئة التي أخذها صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة أقدرة ونصف وهو جواب الاستحسان وفي القياس على ما ذكره في زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقدرة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد وجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الرديئ من يده رج على صاحبه بثلاث الحنطة الرديئة عشرة أقدرة ونصف الشعير الجيد خمسة أقدرة فان استحق نصف الشعير الرديئ يرجع بنصف كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بقديم ملكه وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقدرة شعيرا " جيدا " وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة أقدرة من الحنطة الرديئة التي أخذها صاحبه من نصيبه فإذا استحق النصف كان ثلث المستحق

[48]

مما أخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشئ وثلثه مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أقدرة من الحنطة الرديئة وثلثه مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما بينا ان المستحق لا يجعل شئ منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز وانما يجعل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك سبعة أقدرة ونصف من الطعام الرديئ وربع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أقدرة ونصف فلهذا قال يرجع بربع المخاتيم حنطة وإذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها وأخذ أحدهما النصف المقدم وقيمه ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمه أربعمائة على أن يرد عليه صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف المقدم ورجع المشتري على بائعه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع في البقية فان صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التي نقده ومائة منهما ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رج على شريكه بالمائة التي أعطاه وبقية نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فإذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثلثمائة وذلك مائة وخمسون وهذا لان في حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين أن المشتري بينهما ما يساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك ثلثمائة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ أربعمائة والسالم لصاحب المقدم ما يساوي مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع على شريكه بربع ما أخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل إلى كل

واحد منهما ما يساوى ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة
ثوب قائم بعينه يرجع بنصف الثوب وبمائة درهم لان المستحق مما أخذه
عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب وإذا كانت أرض
ودار بين رجلين فاقسماهما فأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يرد
صاحب الأرض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار ألف
درهم وقيمة الأرض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق
إنسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما استحق
العلو ذهب نصف العشر ورجع المشتري على البائع بحصة ذلك من الثمن
وأمسك الباقي من الدار فان صاحب الدار يرجع بستة عشر وأربع دوانق
من قيمة الأرض على صاحب الأرض في قياس قول أبى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وفى قياس قول

[49]

أبى يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبته ويكون شريكا به في الأرض
وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبى حنيفة رحمه الله لانه لا
ينتفع بذلك اليسير من الأرض فلماذا جعل له حق الرجوع بذلك القدر من
القيمة حتى إذا رضى هو بالرجوع في رقبة الأرض بذلك القدر يكون له ذلك
وانما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف الأرض بمقابلة العبد ونصفها
أخذه بالمقاسمه مع الدار وقد كان قيمة الدار ألف درهم فلما استحق منها
ما يساوى نصف العشر وذلك خمسون درهما تبيين أن المشترك ما يساوى
ألف درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوى ألف
وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الأرض الفى درهم ألف
بمقابلة ما أدى من العبد وألف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين
فيرجع على صاحبه بستة عشر درهما وأربع دوانيق في الأرض حتى يكون
السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك
بالمقاسمة قال أبو عصمة وفى هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه
بما يساوى خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما ألف وأربعمائة
وخمسة وسبعون كما بينا ولكننا نقول هذا بناء على الاصل الذي بينا لابي
حنيفة رحمه الله أن العلو مثل نصف السفل حتى قال في القسمة يحسب
ذراع من السفل بذر اعين من العلو فإذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو
مع السفل عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلثون
وثلث فانما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم
الجواب بناء على ذلك الاصل وإذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض
واحدة وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فرد
القسمة وأراد أن يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لان الرجوع
بقيمة البناء في الشراء لاجل الغرور ولاغرور في القسمة فان الشريك
مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره
القاضي عليه فلماذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع إذا
أخذ الدار بالشفعة وبنى فيها ثم استحققت ونقض بنائه لم يرجع على
المشتري بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفعة نظيره في الجارية
المأسورة ومن نظائره أيضا أحد الشريكين في الجارية إذا استولدها ثم
استحققت وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشئ من ذلك وكذلك إذا
استولد جارية ابنه ثم استحققت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن
لانعدام معنى الغرور منه وهذا بخلاف الغاصب فان المغصوب منه إذا ضمن
قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحققت وضمن

الغاصب قيمة الولد رجع به على المغصوب من رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافة لان المغصوب منه في تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من أن يصبر حتى تظهر الجارية فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين أو أرضين وأخذ كل واحد منهما احدهما ثم استحققت احدهما بعد ما بنى فيها صاحبها رجع علي صاحبه بنصف قيمة البناء قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء علي أصله ان قسمة الجبر لا تجرى في الدور والاراضي بهذه الصفة وعلى قولهما تجرى قسمة الجبر فيها فهذا والدار الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا لانهما ما أطلقا الجواب في قسمة الجبر في الدور ولكن قال ان رأى القاضي المصلحة في أن يقسمها قسمة واحدة فله ذلك وهما أقدم على القسمة قبل أن يري القاضي المصلحة في ذلك فيكون هذا معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع علي صاحبه بنصف قيمة البناء لان نصف الموضع الذي بنى فيه أخذه بتقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جارتين فوطئ احدهما الجارية التي أخذها فولدت له ثم استحققت وضمن قيمة الولد رجع علي صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجرى في الرقيق فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى في الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع علي صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له نصف الجارية التي في يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فان كان باعها ضمنه نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنقد بيعه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته منها وذلك النصف وكذلك إذا اقتسما منزلين متفرقين في دار واحدة فقد بينا ان المنازل المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضي قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم في الدار التي أصابته ثم استحققت وهدم بناؤه لم يرجع علي شركائه بقيمة البناء لان القاضي حين رأى جمعها في القسمة صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضي يجبر الشركاء على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فيندم الغرور به فلهذا لا يرجع علي شركائه بشئ من قيمة البناء وإذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى احدهما في الدار التي أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الاخرى موضع جذع في حائط أو مسيل ماء

أو طريق أو حائط بأصله أو بناء بيت فالذي استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء نقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ما هدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشئ ورضى بما في يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله لا يكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا إذا بنى في الدار المشتراة انقطع به حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله

وليس له أن ينتقص بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه فهنا إذا اختار
نقض القسمة تبين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهي كالمأخوذة
بالشراء الفاسد قال الحاكم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على
مذهبهم جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبي يوسف من مذهب أبي
حنيفة رحمهما الله إذا بنى المشتري في الدار المشتراة شراء فاسدا فانه
ذكر في الجامع الصغير شكافي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما
الله أن الدار تترك للمشتري شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم
وقيل هذه من احدى المسائل التي جرت فيها المحاورة بين أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع
بشيء يحتمل أن يكون جوابا في استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة
لان لما سواهما حصة من الدرك فعند الاستحقاق لابد أن يرجع بذلك أو
بقيمتها ان تعذر الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر
دارين قيمتها سواء فاستحقت احدهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت
له الدار الباقية ويرجع بربع الدار التي أخذ الآخر بمنزلة مالو اشترى دارين
وقبضهما فاستحقت احدهما فلا خيار له في الاخرى وانما يرجع بحصة
المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له في الباقية فيرجع بعوض
المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التي أخذها الآخر لان
الدارين كلاهما لو استحققتا رجع عليه بنصف الدار التي في يده فإذا
استحقت احدهما وقيمتها سواء رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا
والله أعلم (باب ما لا يقسم) (قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما
أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير
المنفعة فإذا أدى إلى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه
الذي كان قبل القسمة لم يجبر القاضى عليه) فان رضوا به جميعا قسمه
لوجود التراضي

[52]

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في الحمام
فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخرى بأن يجعله بينا وربما كان ذلك
مقصود كل واحد منهم فاما في الحائط ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد
منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاسهم لم
يباشر القاضى ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم
لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضى بينهم إذا كره
ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به الا أن
تفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو
الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضى لانه متظلم يطلب من القاضى أن
يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنى
بأذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الارض غائب فلهما ذلك بالتراضي وان
امتنع أحدهما لم يجبر عليه لان كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من
ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالارض لغيرهما بطريق العارية أو
الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع
صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل
واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما
فلا يفعل القاضى لا يفعل ذلك إذا أتى أحدهما وان كان أراد هدم البناء
ففي هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضى لا يفعل ذلك ولكن ان
أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وان أخرجهما صاحب الارض هدماه لان
صاحب الارض له عارية في أيديهما وللمعير في العارية حق الاسترداد متى

شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقص يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وإذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فأراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى أن كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان لكل واحد منهما حق التطرق إلى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفي القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقله نصيبه لا لاجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم إذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان كان يكون لكل واحد منهم طريقا نافذ قسمته إذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس في القسمة

[53]

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع في ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسيمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر قسمته بينهما لانه لا ضرر على واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق إلى ملكه من جانب آخر ولا فرق في حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر وإذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الا بضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق في حق كل واحد منهما بين أن يسيل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر إذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك في جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شئ ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء وان كانت حانوت في السوق يبعان فيه أو يعملان بأيديهما سواء فأراد أحدهما قسمته فأنى انظر في ذلك فان كان نصيب كل واحد منهما يعمل فيه قسمته بينهما وان كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة في أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضى ولا بغير التراضى لان الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان كان بقلا لم أقسمه لما في ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا في البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فإذا اقتسموها على هذا بتراضهم أجزته لما بينا ان في هذه القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضي ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الارض لم يجز ذلك ان اشترطا تركه في الارض إلى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة في هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز وان اقتسموه على أن

يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشتري للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طاب الفضل وكل شئ يحتاج في قسمته إلى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما في ذلك من اتلاف الجزء الا أن يرصي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد انى لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف علي ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللين في الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته الا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمضي الضرر والجهالة ولان المقصود بالقسمة الحياة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضي لم يجر وان كانت قوصرة تمر بينهما أودن خل فأراد أحدهما قسمته لان هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة أو باب أو رحاء أو دابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ والياقوتة بين الشريكين إذا أراد ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن إذا كانت باعيانها وان كانت جنة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فان كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها وان لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما لانه لا حاجة إلى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب إذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفير والنحاس لانه لا ضرر في قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما أو سفلى بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم إذا طلب بعض الشركاء لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما وإذا كان بين رجلين بئرا وعين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فانى لا أقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر على كل واحد منهما

فان كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لارضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وانهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لانه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لا يجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لأجبر

واحدًا منهما على البيع في شيء مما سميناه في هذا الكتاب وإن طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمته الله يقول إذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فإن القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه إذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لأنه لا طريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما إلا هذا وإذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية الاجبار على البيع في كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لأنه يتضرر بذلك فلا شفاص لا تشتري إلا بثمن وكس فينبغي أن يثبت له ولاية الاجبار على البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما يتمكن من بيع نصيبه وحدة فلا حاجة إلى اجبار الشريك على ذلك لفوق تصرفه في نصيبه تبعاً قوله بأن لا يشتري منه إلا بوكس قلنا أنه لا يملك نصيبه إلا مشتركاً ويتوفر عليه نصيبه مشتركاً إنما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له في الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما في القسمة وفي الاجبار هنا إزالة الملك وللناس في أعيان الملك أغراض (ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له أن يجبره على بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب (باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها) (قال رحمه الله ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أذرعوا الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء في الطريق ينبغي أن يقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

[56]

بذلك) لأن هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فإنا نرى الطرق التي اتخذها الناس في الامصار متفاوتة في الذرع ولو كان الحديث صحيحاً لما اجتمع الناس على ترك العمل به لأن المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لأحد أن يتجاوز إلى ما هو أكثر منه أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو أنه كان ذلك في حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء إلى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبنوا فيما وراء ذلك لبيان المصلحة لهم في ذلك لا ليصيب مقدار في الطريق شرعاً وإذا كانت الدار بين رجلين فأراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار الأعظم وطوله من باب الدار إلى باب الذي له الطريق ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقوقهما لأنه لاحق لصاحب الطريق في بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه من جميع الدار بينهما قبل القسمة فإن رقبه الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره في ذلك وإنما جعل الطريق بعرض باب الدار لأن ذلك طريق متفق عليه فالإيه يرد المتنازع فيه ولأنه لا فائدة له في الزيادة على ذلك لأنه إنما يحمل في هذا الطريق ما يدخله من باب الدار إلى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الأعظم وطوله إلى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق إلا أن يتراضوا بينهم جميعاً لأن حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحبي الدار أن يفوتا ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وإن باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضا منهم جميعاً اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الأرض بثلاث الطريق وصاحب الممر

بالثالث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر في ذلك مساوى للشريكين في رقبه الطريق بحق مستحق له فساواهم أيضا في ثمن حصه الطريق وكان الكرخي رحمه الله يقول تأويل هذه المسألة إذا كان هو شريكا في أصل الطريق فاما إذا كان له حق الممر ولا شركة له في أصل الطريق فلا حصه له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون المنفعة فيختص به مالك العين وقد كان لصاحب الممر حق في المنفعة دون العين فان رضي بالبيع كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له في الثمن شركة (ألا ترى) ان بيع الممر وحده بدون رقبه الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب الممر وقد روى عن محمد رحمه الله انه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

[57]

الشريكين إذا كان فيه حق الممر لآخر يكون قيمة ملكها أنقص منه إذا لم يكن لغيرهما حق الممر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب الممر بقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين فيضرب كل واحد منهم في الثمن عند البيع بمقدار حقه والاصح ما ذكر في ظاهر الرواية لانه لا مقصود في الطريق الا الممر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولاجله يجوز البيع فإذا استووا في ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأييد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا قلنا بانهم يستوون في الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن بتركون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بينا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يعزل طريق واحد عرضه عرض باب الدار إلى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقى من الدار بين أهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه إلى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار إلى الموضع الذي يفترق فيه طريق كل واحد منهما إلى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعتنا فلا يلتفت إلى تعنته ولكن إلى الموضع الذي يفترق الطريق بهما بترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق إلى باب داره وان كان باب صاحب الدار أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان مالا يدخل في باب الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة رجل في دار رجل وطريقها إلى باب الدار لم يكن على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة ولو كان له منزل بطريقه في الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله إلى هذا الطريق بابين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا إذا أراد أن يفتح فيه بابين أو ثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أي باب دخل منه في منزله ولا يستحق بابين إلا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل بين اثنين فقسماه بينهما وفتح كل واحد منهما بابا إلى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق في هذا الطريق إلى منزلهما فلا فرق بين أن يتطرقا فيه من باب أو بابين وان كان صاحب المنزل

واحدًا فاشترى دارًا من وراء هذا المنزل وفتحها إليه واتخذ لها طريقًا في هذا المنزل وفي هذا الطريق فإن كان ساكن الدار والمنزل واحدًا فله أن يمر من الدار في المنزل وفي الطريق المرفوع بينهم لأن له حق التطرق في هذا الطريق إلى منزله وبعد ما دخل منزله فلا يمنع أحد من أن يدخل داره لأنه ينتقل من ناحية من ملكه إلى ناحية أخرى ولأنه لا يضر على أهل الطريق إذا كان ساكن الدار والمنزل واحدًا وإن كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لأنه ما كان لصاحب الدار حق التطرق في هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الممر يريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما إذا كان صاحب المنزل والدار واحدًا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب في هذا ولو اختصم أهل الطريق في الطريق وادعى كل واحد منهم أنه له فهو بينهم بالسوية إذا لم يعرف أصله لاستوائهم في اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر ما في أيديهم من ذرع الدار والمنزل لأن حاجة صاحب المنزل الصغير إلى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فإن عند اختلاف الشركاء فيه يجعل بينهم على قدر أراضيهم لأن الحاجة هناك تختلف بكثرة الأراضي وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الأمر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم إلى التطرق في الطريق سواء فلماذا يجعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ما أشرنا إليه في المسألة الأولى أن صاحب المنزل بإضافة الدار المشتراة إلى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق في الطريق ولو كان يعتبر في قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة إلى منزله وإن عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لأن ما اعتبرناه نوع من الظاهر فإنا يصار إليه إذا لم تعلم حقيقة الحال بخلافه فإن كانت دارا لرجل ولآخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فأرادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لأن الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لا يزداد نصيبه ولا ينقص نصيب صاحب الطريق وإن لم يعرف أن أصل الدار بينهم ميراث وجدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لأنهم مستوون في الحق في الطريق وقد بينا أن البناء على الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه وكل واحد منهما في الظاهر أصل في نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم وإذا

كان في يد رجل بيت من الدار وفي يد آخر بيتان وفي يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فكل واحد منهم ما في يده لأن الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم أثلاثا لاستوائهم في اليد عليها فإن كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وإن مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لأنهم قائمون مقامه في ذلك وإن اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم

صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صلح جرى بينهم عن تراض وإذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو طلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك في قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع البناء وعندهما رحمهما الله إذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك فعرفنا أنه لاحق للشركاء فيه الا في نقص البناء فيعتبر قيمة ذلك في القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة على طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم (باب القسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية) (قال رحمه الله وإذا اقتسم الورثة دار الميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما إذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما إذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاجرار ولا يسلم للوارث شئ من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بعته في الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فإذا وصل إليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر موارثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه إليه أو بسقوط دينه بالابراء وكما أن سائر تصرفات الورثة في التركة تنفذ إذا

[60]

وصل إلى الغريم حقه فكذلك القسمة وإذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصي والورثة على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصى له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حق لو أراد ايقاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم حاضر لم تجز القسمة والوصى لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصى انما ينتصب خصما عن من يكون خلف الميت في الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصي مع الموصى له على الورثة ولا تجوز قسمة مع الورثة على الموصى له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضي إذا كان هو الذي قسم بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له على الموصى له الغائب فيما يرجع إلى النظر له وإذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب وكيل ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير إذا كبر لانه لا ولاية للحضور مع الورثة على الغائب والصغير خصوصا في تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وما ينقل ومالا ينقل في ذلك سواء وان كان شئ من ذلك ميراثا بين قوم ولادين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه دين أو وصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا وصي له فاققسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما في العين أو في المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولانهم قائمون مقام الميت الثاني

في حصته ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته وإذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه البينة فلها أن تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجاً من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لانفسهم فهي انما وافقت معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراء للميت عن المهر ولا اقرار بانه لادين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لا تنفذ الا بشرط قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل إليه الدين لا يكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لا لحق الغريم خاصة فإذا لم يقضوا دينها كان لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر دينا على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

[61]

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل لا تبطل حق ابنه في الوصية لان الاب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه في الوصية الا أن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سعى في نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بانه لاوصية لابنه لما بينا ان الموصي له بالثلث شريك الورثة في العين فالقسمة لا تصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بانه لاوصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا في نقض ما قد تم به وبصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا تسمع دعواه وللابن إذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة وإذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاققسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخاله من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتهم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا في القسمة انه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدتهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لآخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعى في نقض ما قد تم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة انه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية في الفصلين في الجواب فكذلك لو أقام البينة انه اشتراها من ابنه في حياته أو انه وهبا له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض في كلامه شارع في نقض ما قد تم به وإذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاققسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدتهم على القسمة فقد أقر أنه لاوصية له فيها فكان هو في دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعدته إياهم على القسمة لا تكون اقرارا على أنه لادين على ابنه وانما ساعدتهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفى دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث إذا كان هو الغريم ومعنى هذا أنه لا معتبر باجازه الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازه وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوى الدين ساعيا في نقض ما قد تم به بخلاف ما اذا ادعى الشركة في العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تتم برضاه كما لو كان الموصى له اجنبيا آخر فيكون هو في دعوى الوصية ساعيا في نقض ما قد تم به وإذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه في حياته بثمن مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم في نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضوره ورضاه وإذا كانت الارض ميراثا بين قوم فاققسموها وتقابضوا ثم أن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث في التركة فلا ينفذ مع قيام الدين وإذا ورت ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاققسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقيين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثاني وقال المشتري لأدرى أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لانها تثبت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان يبعه صحيحا وأما الثاني انما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ يبعه في نصيبه خاصة ويتخير المشتري فيه ان شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغى أن ينصرف يبعه إلى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه في منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ما قبل القسمة فانه إذا باع ثلث الدار فانه ينصرف يبعه إلى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع في جميع الدار كما باعه ولو كان المشتري أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر في الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسألة على حالها كان القضاء بينهم على ما وصفته لان في اثبات القسمة بينهم هم الخصماء ولاقول للمشتري في ذلك ولان المشتري في كلامه الثاني مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر في حقه حتى إذا رد البيع الثاني فانه يرد عليه من نصيب الاول

ثله لانه أقر به له وكانه جحده في الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضى البيع لزمه ثلثا الثمن بثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثاني لان زعمه معتبر في حقه فيقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا ما اشتراه من الثاني ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى في يد البائع الثاني ثلثا قسمه الذي أصابه لان المشتري منه ما سلم إليه ذلك القسم إلا الثلث وإذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه

أوصى له بالثلث فاني أقبل منه البينة على ذلك ولا يخرج قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت إلى وقت موته وانه ميراث لورثته إذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو في دعوى الدين والوصية مناقضا في كلامه بخلاف ما إذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض في كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث إلى وقت موته والمشتري منه في حياته لا يكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض وإذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقرة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها علي حدة ثم ادعت انه أصدقها اباها وأنه اشتراها بصدقاها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم على القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهي مناقضة في هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك إذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم في قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه هو الذي بناه أو غرسه وأقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لآخيه من أبيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لامن جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لا يدخلان في هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطلب نصيبه منها لان القسمة في هذا كالبيع وقد بينا أن الثمار والزرع لا يدخلان في البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أو فيه فكذلك لا يدخلان في القسمة ولو كانت للدار والأرض غلة من اجارة كانت أو من ثمن ثمرة دين على رجل لم يدخل ذلك في القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

[64]

وبقى ذلك بينهم على الموارث ولو شرطوا ذلك في قسم رجل كانت القسمة فاسدة لان كل واحد منهم يصير مملوكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز ولو اقتسموا على أن ضمن أحدهم دينا على الميت مسمى كان هذا باطلا إذا كان في أصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشتري في البيع أن يضمن دينا على البائع كان باطلا فكذلك إذا شرط في القسمة وان ضمنه بغير شرط في القسمة على أن لا يبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشئ من ذلك وعلى أن يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضى الغرماء بضمانه كما لو ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضي الغرماء بذلك وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان أبى الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلهم نقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وان تراضوا بضمانه وأبرؤا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا في مال الميت حيث كان لانهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فإذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه إذا مات مفلسا فان الدين يعود إلى ذمة المحيل والله أعلم بالصواب (باب دعوى الغلط في القسمة) (قال رحمه الله وإذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقابضوا ثم ادعى أحدهم غلطا في القسمة فانه لا يشتغل بإعادة القسمة بمجرد دعواه) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعى

لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد وقوله في ذلك غير مقبول كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن ان أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه لان المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة وأراد ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه إلى نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقارره حجة عليه دون غيره فقيما في يده يجعل كان ما أقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

[65]

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شئ من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل إلى كل ذي حق حقه والبناء على الظاهر واجب ما لم يثبت خلافه وإذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما دارا والاخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذلك ذراعا في الدار التي في يد صاحبه وفصلا في قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة في قول أبي يوسف رحمهما الله واما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينة كالثابت بانفاق الخصمين ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضي وبيع كذا ذراعا من الدار التي في يد الغير لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه في البيوع فكذلك إذا شرط ذلك لاحدهما في دار صاحبه في القسمة كانت القسمة فاسدة واما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الخبر في الدار انما تجري عندهما إذا رأى القاضي المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن من أصلهما أن بيع كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك في القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التمييز هناك يغلب على المعاوضة في القسمة ولهذا لا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فإذا شرط لاحدهما كذا ذراعا في نصيب صاحبه لا يحصل التمييز بهذه القسمة بل الشرط والشبوع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا وتحقق المعاوضة مع شرط كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه وإذا اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التي في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه في قسمة فانه يقضى له به لانه أثبت الملك لنفسه في تلك العين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضى له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا في الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذي في يده الثوب لان ذي اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه امر بتسليمه إليه فإذا انكر استحلف على ذلك وان أقام البينة على ثوب بعينه مما في يد صاحبه انه أصابه في قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينة بينة الذي ليس الثوب في يده لان دعواهما في الثوب دعوى الملك وبينه الخارج فيه تترجح على بينة ذي اليد لانه هو المحتاج

إلى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف في بيوت الدار وان اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسألة في الحاصل على ثلاثة أوجه أحدهما ان يدعى الغلط في التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه شاع في نقص ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا في ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف الغصب فان بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا في ذمة الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا في ذمة الغاصب توضيحه أن القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لانقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين على صاحبه فكذلك في القسمة والثاني أن تكون الدعوى في عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدى وخمسين غلطا أو احدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما احدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعي البينة لان الاختلاف بينهما في مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة مما في يد صاحبه انها ملكه اصابته في القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين خمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسما على هذا لك خمس وأربعون ولى خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وتراد لان القسمة في معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك في القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضى فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت بينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة وإذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هي في يديه أصابني هذا كله تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما في المعقود عليه في الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينهما على ما يشهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بحدّة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ما تقدم فهناك أثبت بينة صاحب الخمس وأربعين أنه بقى من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا تبطل القسمة وان اختلفا في الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لى قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لى قد دخل في نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة احدث بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه

بعينه واجتمع ذلك الجزء بينه الخارج وبينه ذى اليد فيترجح بينه الخارج وان لم يقم لهما بينة أستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعي لنفسه جزءا معيناً في يد صاحبه وان أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بينا أن الاختلاف بينهما في المعقود عليه وفي مقدار ما حصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة إذا طلب ذلك أحدهما كما في البيع * رجل مات وترك داراً وابنين فاقسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتاً في يد صاحبه لم يصدق على ذلك إلا أن يقر به صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعنى أنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان أقر به صاحبه فإقراره ملزم إياه والمناقض إذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه إقرار بالقسمة حتى قال اقتسما فأصابني في هذه الناحية وهذا البيت والناحية في يده والبيت في يد صاحبه وقال شريكه بل أصابني البيت وما في يدي كله فاني أسأل المدعى عن البيت أكان في يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه إليه أو غصب منه بعد القسمة فان قال كان في يدي بعد القسمة فعصبيته وأعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض لكل واحد منهما جميع نصيبه وبقي دعواه أن البيت وصل إلى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال في يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا وبراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذا القسمة في جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذي قلنا إذا ادعى أحدهما شيئاً في يد صاحبه ولو ادعى غلطاً في الذرع فقال أصابني الف وأصابك الف فصار في يدك الف ومائة وفي يدي تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابني الف فقبضتها

[68]

ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعى عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال أصابني الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابني الف وأصابك الف فقبضت أنت الف ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وتراضياً لانهما تصادقا على أن المدعى عليه قبض الف ومائة وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعى يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبني الف ومائة والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعى لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعى ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وتراداً ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذي تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتامها بالقبض فإذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافاً في المعقود عليه وإذا اختلفا في مقدار ما قبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافاً في المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار في يد أحدهما ستون وفي يد الآخر أربعون فقال الذي في يده الاربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم عصبني عشرا باعيانها وخلطتهما بغنمك

فهى لا تعرف ووجد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادفهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الاول أصابني خمسون فدفعت الي أربعين وبقي في يدك عشرة لم تدفعها الي وقال الآخر أصابني ستون وأصابك أربعون تحالفا وتراد الان الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي في يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض في الدعوى بعد ذلك الاقرار والدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفاء فقال الذي في يده الاربعون كانت غنم والدي مائة شاة فأصابني خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبتني عشرا وهى هذه وقال الذي في يده الستون بل كانت

[69]

غنم والدي مائة وعشرين فأصابني ستون وأنت ستون ولم أغصبك وقد تقابضنا فان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها إلى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه وإذا حلف بقيت هذه العشرة في يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذي ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبراه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بعينها اقتسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التى لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت ووجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم (باب قسمة الوصي على أهل الوصية والورثة) (قال رحمه الله وإذا كان في الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين في نصيبه يكون متملكا على أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لو اقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها دينا على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما في ذمة زيد من صاحبه لم يتملك عليه من نصيبه مما في ذمة عمر وإذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بعوض عين فلان لا يجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطلة لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا تجوز قسمة وصي الاب بين الصغير لان القسمة في معنى المعاوضة وليس للوصي ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا يتفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفي هذا التصرف أن نفع احدهما أضر بالآخر وان كان معهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين معا جاز ذلك لان المعاوضة في مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين معا مع الوارث الكبير (قال) في الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل لا ما قبله فقسمة الاب مع ابنه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منقعة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصى الميت على الكبار وهم كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم إذا كانوا حضورا فان كان فيهم غائب فقاوم الوصي عليه لم يجز في العقار وجاز في غيره لان القسمة في العروض من الحفظ وللوصي ولاية الحفظ في نصيب الكبير الغائب فكان له في نصيبه من القسمة ما يرجع إلى الحفظ فاما العقار فحصته بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا ولاية له في نصيب الكبير الغائب في مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير حاضر فعزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز في العقار وغيرها في قول أبي حنيفة رحمه الله ولايجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبئ على ما بيناه في كتاب الشفعة ان عند أبي حنيفة بثوت ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من العقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا في نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم في وصى الذمي لانه في ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم على الصغير قبل ان يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات والاناية في التصرف بعد الموت كالاناية في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك إذا جعله وصيا في التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصي عبدا لغير الميت فهو وصي نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة مالو وكله في حياته حتى يخرج القاضي من الولاية فالرفيق ليس من أهل أن تثبت له الولاية على غيره لانه لا ولاية له على نفسه وانما يتعدى إلى الغير عند وجود شرط التعدي ماكان للمرء من الولاية على نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس بنائب عن الصغير في التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف المنوب عنه ولايجوز قسمة الحربي المستأمن على ابن صغير له ذمى لان الذمي من أهل دارنا ولا ولاية للحربي على من هومن أهل دارنا ويجوز على ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض الآية ولا تجوز قسمة المرتد إذا قتل على رده على ولد له صغير مثله مرتد

لانه لا ولاية له عليه ولا ولاية له على التصرف في ماله إذا قتل على رده حتى تبطل قسمته لنفسه وسائر تصرفاته إذا قتل على الردة في قول أبي حنيفة رحمه الله ففي حق ولده الصغير أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير في جميع ما وصفنا لانه لا ولاية له على نفسه وهو محتاج إلى تصرف الولي له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذي يجن ويفيق فلا تجوز عليه القسمة إلا برضاه أو وكالته في حال افاقته لان بهذه

العوارض لاتزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه وإذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه في حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة إلى اقامة رأى الولي مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فإنه لا يمكن تنفيذ التصرف له وعليه باعتبار رأيه في ذلك فأقمنا رأى الولي مقام رأيه لتحقيق الحاجة وأهل الذمة في القسمة بمنزلة أهل الاسلام الا في الخمر والخنزير يكون بينهم فأراد بعضهم قسمتها وأبى بعضهم فاني أجبرهم على القسمة كما أجبرهم على قسمة غيرها لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم كالخل والغنم في حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرًا وفضل بعضهم بعضا في كيلها لم يجز الفضل في ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فإنه مكيل أو موزون وفي حكم الربا هم يستوون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة وإذا كان وصي الذمي مسلما كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف في الخمر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغي أن يفوض ذلك إلى ذمي ولا يشكل جواز ذلك على أصل أبى حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمي بالتصرف له في الخمر والخنزير وكذلك على قولهما هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى) أنه يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الصغير والوصي فيما يأمر من ذلك كالقاضي وأمر القاضي الذمي بالبيع والقسمة في خمر يتامى أهل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصي به وان وكل الذمي المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشرأؤه في الخمر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته في مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض ذلك إليه فوكل ذميا به جاز وإذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الخمر والخنزير مع سائر الورثة جاز في قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز في قولهما لان في القسمة معنى البيع فهو كالمسلم يوكل الذمي ببيع الخمر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الخمر فجعله خلا كان المسلم ضامنا

[72]

لحصة شركائه من الخمر التي خللها لان القسمة لم تصح عندهما كما لو باشر بنفسه فانما قبض نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون الخل له وإذا كان في تركة الذمي خمرًا وخنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يوكل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضي يكون نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذمي خمرًا على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لا أن يكون بيع قيم القاضي واقعا لهم والمكاتب كالحر في القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى المعاوضة كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت في حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه في التصرف مع المولى يباع أو شراء كاجنبي آخر فكذلك المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضرا أو غائبا لانه في حكم التصرف في كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك لمولاه لم تجز تلك القسمة كما لا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من كسب المكاتب

كالاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز أو مات لم يجز لو كيله أن يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لو باشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عنقه كتصرفه بنفسه وان أوصى المكاتب عند موته إلى وصى فقاسم الوصي ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته في هذا جائز على ما تجوز عليه قسمة وصى الحر لانه يؤدي كتابته ويحكم بحريته حال حياته وكأنه أدى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه في التصرف على ولده الصغير كوصي الحر وقال في الزيادات وصيه بمنزلة وصى الحر في حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز قسمته فيما سوي العقار وما ذكر هناك أصبح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته إلى حال حياته لانه في تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن ينظر إلى الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصي إذا كان للموصى ولاية مطلقة (ألا ترى) أن وصى الاخ والعم لا يثبت له من الولاية الا قدر ما كان للموصى فهنا أيضا كان للموصى على ولده الصغير المولود في الكتابة من الولاية ما يرجع إلى الحفظ ولا ولاية له

[73]

عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرنا في املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقاسم الوصي الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا في المكاتب لم يجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى إذا اختار المضي على الكتابة فان أدوا المكاتبه قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما أدوا الكتابة حكم بعتق المكاتب وكان وصيه كوصي الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك تنفذ تلك القسمة منه لانه لا فائدة في الاشتغال بنقض قسمة يحتاج إلى اعادةها والعبد التاجر بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فإذا قاسم العبد التاجر عبدا تاجرا مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن على واحد منهما دين فقسمتهما باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما لمالك واحد والقسمة في مال هو خالص لمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كمقاسمته مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان كل واحد من المكاتبين في كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه دارا وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب عبده المدبون بمنزلة الاجنبي في التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاه العبد فان لم يكن على العبد دين فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى في كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلا اجنبيا دارا " بغير أمر مولاه وعليه دين أو لادين عليه فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفاده بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد المحجوز عليه بغير أمر من المولى والحاصل أن القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن يملك البيع والشراء في ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما في التجارة فاشترى هو ورجل آخر دارا جاز ذلك في حصة الذي أذن له لان الاذن فك الحجر وقد ثبت ذلك في نصيب الذي

أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كما لو باع نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجر في نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذي لم يأذن له فقاسمها آياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجر عنه في نصيب

[74]

الاذن والمولى الذي لم يأذن له من نصيب الاذن كالاجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحد الموليين على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي ومع المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له في التجارة والله أعلم بالصواب (كتاب الاجارات) (قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي املاء أعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع شرعا نوعان أحدهما بعوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الاجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا أي في العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام على أن تأجرني ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا ما لم يقم الدليل على انفساخه وقال صلى الله على وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فاقرهم على ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس بأبى جواز هذا العقد لانه يرد على المعدوم وهي المنفعة التى توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد الوجود لا بد منه لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا لان المعاوضات لا تحتل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندي ليس بقوي واشتراط الوجود والملك فيما يضاف إليه العقد لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك لا يتحقق في المانع فان الوجود يعجزه عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لا تبقى وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند العقد إلى وقت التسليم فإذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة في ملك العقد مقام المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التى هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم أو

[75]

يجعل العقد مضافا لانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها

بحسب ما يحدث من المنفعة وانما يفعل كذلك لحاجة الناس فالفقر محتاج إلى مال الغنى والغنى محتاج إلى عمل الفقير وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لاصول الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لابد من اعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة فاعلام المنفعة ببيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار العقود عليه لا للتوقيت في العقد فان المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن في المقدرات أو ببيان المسافة فان مقدار السير والمشى يصير به معلوما واعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدثه في المحل من قسارة أو دباغة أو خياطة فيختلف مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه اقامة العمل بيده الا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشروط لانه مفيد فينبئ الناس تفاوت في اقامة العمل بأيديهم وكما يجب اعلام ما يرد عليه العقد فيجب اعلام البدل لقطع المنازعة وقد دل عليه الحديث الذي بدأ به الكتاب ورواه عن أبي هريرة وأبي سعيد رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لاتناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وبعضه كتاب الاجارات وهو مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ يروي بروايتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهي مجزوم ولكن المجزوم إذا حرك لاستقبال الالف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ ما يكون من النهى هذا كالامر فان أبلغ الامر ما يكون بصيغة الخبر قال سفيان بن عيينة رحمه الله بظاهر الحديث إذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لان النهى يوجب فساد المنهي عنه ولكننا نقول هذا نهى لمعنى في غير المنهى عنه غير متصل به وهو الاذى والوحشة الذي يلحق صاحبه وذلك ليس من العقد في شئ فيوجب الاستياء ولا يفسد العقد كالنهي عن الصلاة في الارض المغصوبة ثم هذا النهى بعد ما ركن احدهما إلى صاحبه فاما إذا ساومه بشئ ولم يركن أحدهما إلى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتره

[76]

على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لان بيع المزايمة لا بأس به على ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا وحلسا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايمة ان ينادى الرجل على سلعته بنفسه أو بنائيه ويزيد الناس بعضهم على بعض فما لم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يريد وإذا ساومه انسان بشئ فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استياما على سوم الغير وكذلك إذا خطب امرأة ولم تركن إليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ماروي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان معاوية يخطبني وان أبا الجهم يخطبني فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لامال له وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله أنكحى أسامة بن زيد فانك تجد في خيرا كثيرا فاما بعد ما ركن أحدهما إلى صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الاذى انما يتحقق في هذه الحال والمراد بالنجش الانارة ومنه سمي الصياد ناجشا لانه ينثر الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمن يعلم أنها لا

تساوي ذلك ولا يقصد شراؤها وانما يقصد أن يرغب الغير في شرائها به وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولا تتبعوا بالقاء الحجر وفي بعض الروايات ولا تنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضا " فالنبد هو الطرح وهذه أنواع بيوع كانوا تعارفوها في الجاهلية وهي أن يرمى الحجر إلى سلعة انسان فان أصابها وجب البيع بينهما أو يطلب سلعة من انسان فان طرح إليه صاحبها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز الاجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم الاجر بنفس العقد لانه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الاولى أن يقول فليؤته أجره وفي قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يحف عرقه دليل على ذلك أيضا فانه أمر بالمسارعة إلى أداء الاجرة وجعل أول أوقات المسارعة ما بعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبي امامة قال قلت لعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أنى أكرى ابلى إلى مكة أفتجزيني من حتى فقال ألسنت تلبى وتقف وترمى الجمار قلت بلى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال صلى الله عليه وسلم أنتم حاج

[77]

وفي هذا دليل جواز الاجارة وجواز كراء الابل إلى مكة شرفها الله من غير بيان المدة لان ذكر المسافة في الاعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجة لان خروجه كان لتعاهد ابله واكتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل من اشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فازال ابن عمر رضي الله عنه اشكاله بما ذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لا يتأذى الحج وانما يتأذى بالاحرام والوقوف والطواف والرمى وهو بهذه الاعمال لا يتبغى عرض الدنيا وهذا جواب تام لو اقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيد وضوحا فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخير دليل واضح وهو من شبه بالشمس وكم من عين لاتبصر بضوء السراج وتبصر إذا بزغ الضياء الوهاج ثم فيه دليل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينتظر زول الوحي في بعض ما يسأل عنه فانه آخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية ثم بين له أنه لا نقصان في الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة في طريق الحج ولما كان اكراء الابل في معناه روى ابن عمر رضي الله عنهما الحديث فيه وعليه هذا قلنا الرستاقى إذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب والذي لاشغل له سوى اقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعا له ولا يتمكن نقصان في ثواب العبادة وان سعيد بن جبير رضي الله عنه قال أتى الرجل إلى ابن عباس رضي الله عنهما فقال أنى أجرت نفسي من قوم وخططت لهم من أجرى أفيجزيني من حتى فقال ابن عباس رضي الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية وانما أشكل على هذا السائل ما أشكل على الاول وكانه بلغه الحديث الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وانما لك دينارك في الدنيا والآخرة فظن مثله في الحج وخط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان

حجه فان الحط احسان وانتداب إلى مآذب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالتواقل فازال ابن عباس رضي الله عنهما اشكاله وبين أنه لا نقصان في حجه ولم يأمره بالكف عن حط الأجر وان كان حجه بدونه تماما لان المنع من البر والاحسان لا يحسن وهو على ما أفتى به ابن عباس رضي الله عنهما بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليخدم غيره لا ليباشر الجهاد وهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم في الطريق غيره فكان هذا تبعا لا يتمكن به نقصان

[78]

في الاصل وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على حائط فاعجبه فقال لمن هذا الحائط فقلت لى استأجرته فقال صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه وفيه دليل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا ما يعجب غيره ولكنه كان لا يركن إليه كما قال الله تعالى ولا تمدن عينيك إلى متعنا به الآية وهذا القدر من الاعجاب لا يضر أحدا بخلاف ما يقوله جهال المتعسفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حيب إلى من دنياكم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرة عيني في الصلاة فلما أعجبه قال صلى الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة ما لا يعنى المرء فرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتكلم بما لا يعينه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفي قول رافع رضي الله عنه لى استأجرته دليل على ان الشئ يضاف إلى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل دارا " يسكنها فلان باجارة أو عارية حثت وفي الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة ففي المزارعة استئجار الارض ببعض ما يخرج ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الارض بشئ منه فهو حجة أبى حنيفة رضي الله عنه على من أجازته وعن الشعبي رحمه الله في رجل استأجر بيتا وأجره بأكثر مما استأجره به أنه لا بأس بذلك إذا كان يفتح بابه ويغلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل أن للمستأجر أن يؤجر من غيره وبه يقول فجواز هذا العقد من المالك قبل وجود المنفعة كان بالطريق الذي قلنا وهو موجود في حق المستأجر ولان المالك ماكان يتمكن من مباشرة العقد عليها يعد الوجود لانها لا تبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه انما يجوز له أن يستفضل إذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فضل اختلف فيه السلف رحمهم الله كان عطاء رحمه الله لا يرى بالفضل بأسا ويعجب من قول أهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضل ويقولون أخذ الشافعي رضي الله عنه وكان ابراهيم رحمه الله يكره الفضل الا أن يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا إذا أصلح في البيت شيئا أو طين البيت أو حصص أو زاد فيه لوجا فالفضل حلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لا يطيب له الفضل لنهى النبي صلى

الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل في ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا على ما لم يضمنه فعليه أن يتصدق به للنهي عن وكبس البيت ليس بزيادة فيه إنما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة في البيت فلا يطيب الفضل باعتباره إلا أن يكون شرطا له من ذلك شيئا معلوما في العقد فحينئذ يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضى الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله انه كان يعجبهم إذا أضعوا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كي يضمنها وهذا منه اشارة إلا انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى الاجير المشترك لان المستبضع إذا أخذ أجرا فهو أجبر على الحفظ وهو أجبر مشترك ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذي به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد كى يضمن ما يتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الافسادويه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم إليه يقال قد أجره رجل بيتا فالفى فيه مفتاحه في وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح في الاجارة أنه لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لانه عقد على المعدوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة إلى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات ولان في المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضى الله عنه من وجه فقال ان ألقى إليه المفتاح بعذر له فهو برئ من البيت والعذر ان يريد سفرا أو يمرض فيقوم أو يفلس فيقوم من السوق وما أشبه ذلك وهذا لان شريحا رحمه الله أفتى بضعف هذا العقد ولكن جعله في الضعف نهاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر أو لم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جعله نهاية في القوة وفي الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ تعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم ما يضاف إليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما يجاذبه دليلا يوفى حظه عليهما فدليل القوة قلنا لا ينفسخ بغير عذر ولدليل الضعف قلنا ينفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة إلى دفع الضرر كالمشترى يرد المبيع بالعيب وظاهر ما يقوله في الكتاب أنه ينفسخ العقد عند العذر بفعل المشتري ولكن

الاصح ما ذكره في الزيادات أن القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما إذا أثبت العذر عندهما في الرد بالعيب وجه هذه الرواية أن المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل في ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك لرواية أن عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لا يتم الا بالقضاء وعن ابراهيم رحمه الله انه كان لا يضمن الاجير المشترك ولا غيره وفسر الاجير المشترك في الكتاب بالقصار والخياط والاسكاف وكل من

يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر الرجل الرجل لخدمه شهرا أو ليخرج معه إلى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير أن يؤجر فيه نفسه من غيره والحاصل أن أجير الواحد من العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فان صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج إلى ذكر المدة ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان ديناً في ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلقى العين فبعد ما باعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمي هذا مشتركاً والاول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم رضى الله عنه إذا تلفت العين بغير صنعه فلا ضمان عليه سواء كان أجيراً واحداً أو مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في أجير الواحد أيضاً وفي الاجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ما روى عنه بعد هذا انه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن عمر وعلي رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي رضى الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما فلاجل الاختلاف اختار المتأخرون رحمهم الله الفتوى بالصلح على النصف وسنقرر هذه المسائل بطريق المعنى في مواضعها ان شاء الله تعالى وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يضمن الملاح كل شئ الا الغرق والحرق والملاح أجير مشترك وقد بينا أن من مذهب شريح رحمه الله أن الاجير المشترك ضامن

[81]

الا ما لا يمكن التحرز عنه والذي لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق الغالب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول ان غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان احترقت من نار أدخلها السفينة لحاجة له من خبز أو طبخ أو غيره فلا ضمان عليه لان السفينة كالبيت فلا يكون هو معتدياً في ادخال النار السفينة لحاجته وإذا كان التلف غير مضاف إليه تسبياً ولا مباشرة لم يكن ضامناً وكان ابن ابي ليلى رحمه الله يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لا ضمان على الملاح في الماء خاصة وان غرقت السفينة من مده لان الغرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والغارة الغالبة ولكننا نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الغرق فإذا حصل التلف بعمله كان ضامناً وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال انى أعطيت هذا ثوبى ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف اضمن له ثوبه وقد احترق بيتى فقال له شريح رأيت لو احترق بيته أكنت تدع له أجرى وكان هذا الحرق لم يكن غالباً وكان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكأنه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلماذا قال له اضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف اضمن له وقد احترق بيتى وكأنه ادعى بهذا أن الحرق كان غالباً ولم يصدق شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال رأيت لو احترق بيته كنت تدع له أجرى ومعنى استدلاله

هذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجر لك عليه فكما لا يسقط ما هو مستحق لك باحتراق بيته فكذلك لا يسقط ما هو مستحق له باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيها لبين الفرق ويقول له أيها القاضي قياسك فاسد فالاجر لى في ذمته وباحتراق بيته لا يفوت محل حقه وحقه في عين الثوب وباحتراق بيتى يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا الفرق أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله ان احترق بيته بعمل هو متعدى فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على أجبر الواحد الا إذا خالف ما أمر به وذكر عن أبى جعفر أن عليا رضى الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصناع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبى جعفر أيضا ان عليا رضى الله عنه لم يكن يضمن القصار في الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج

[82]

قال كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يضمن الصياغ ما أفسدوا من متاع الناس أو ضاع على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما إذا حصل التلف بغير صنع الاجير وفي هذا دليل على اجتماعهما على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع الناس عبارة عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعي رحمهما الله لنا فانهما يقولان لا يضمن ما جنت يده وسيأتيك بيان المسألة في موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم ابن أبى الهيثم رحمه الله اتبعت كاذيا من السفن فحملت خوابى منها حمالا فانكسرت الخابية فخاصمته إلى شريح رحمه الله فقال الحمالي زاجمني في السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه اياها والكاذي دهن تحمل من الهند في السفن إلى العراق وقيل هو اسم لما يتخذه راكب السفينة من الاواني كالامتعة لحاجته فيسبع ذلك إذا خرج من السفينة وقد بينا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله لا ضمان على الحمالي فيما تلف في يده بفعل غيره وهو ضامن إذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لانه أمين عنده فإذا أنكر السبب الموجب للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين رحمه الله قال كان شريح رحمه الله إذا أتاه حائك بثوب قد أفسده قال رد عليه مثل غزله وخذ الثوب وان لم ير فسادا قال على بشاهدي عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن الاجير المشترك إذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هو من ذوات الامثال والغزل من ذوات الامثال وان أداء الضمان يوجب الملك له في المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبى ليلى رحمه الله فيقول إذا اختلفا في الشرط القول قول الحائك وعلى رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله في صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا وأكل ثمنه واسترق الحر ورجل استأجر أجيرا واستوفي عمله ومنعه أجره ورجل أعطابى ثم غدر واللفظ الذي ذكر في هذا الحديث أبلغ ما يكون من الوعيد فرسول الله صلى الله عليه وسلم شفيع لامته وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فإذا صار الشفيع خصما يستد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

أي ألزمته وحجته فاما قوله رجل باع حرا " وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لاحقيقته فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وبيع الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى فعله بيعا وما يقبض بمقابلته ثمنا مجازا " ومن يفعل ذلك بحر فقد استذله والمؤمن عزيز عند الله ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستذله وانما يتمكن من ذلك بقوته وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف من ظالمه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ورجلا استأجر أجيرا فاستوفى عمله ومنعه أجره لانه استذله بالعمل واستزبته بمنع الأجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استئجاز الأجير وان الأجر لا يملك بنفس العقد لانه ألحق الوعيد به بمنع الأجر بعد العمل فلو كان الأجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الأجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطاني ثم غدر أي أعطى كافرا أمان الله وأمان رسوله ثم غدر وهو معنى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول في وصيته لامراء السرايا وان أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع إلى ما بينا من المعنى فالمستأمن يكون مستذلا في ديارنا فإذا غدره واستحقره بعد اعطاء الأمان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن أبي نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ورصي عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان والمراد بعسب التيس أخذ المال على الضراب وهو انزاء الفحول على الاناث وذلك حرام فانه يأخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لاقيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم مالا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبننى على نشاط الفحل أيضا وكذلك قفيز الطحان هو أن يستأجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكا بأول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر ثم الاجراما أن يلتزمه في الذمة أو في عين موجود وهو ما التزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فأصحاب الطواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه يأخذه بمقابلة ما استخراج من الدم أو ما يشترط فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام والمراد بمهر البغى ما تأخذ الزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤاجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء الآية لما قرن بين ذلك وكسب الحجام عرفنا أن كسب الحجام حرام ولكننا نقول هذا النهى في كسب الحجام قد انفسخ بدليل ما ذكره في آخر حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال فأتاه رجل من الانصار وقال ان لى حجاما وناضحا أفا علف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لى

عيالا وحاماً فأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل
انتساح الحرمة ودل عليه أيضا حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال
احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان
حراما لم يعطه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله قال صلى الله
عليه وسلم لعن الله أكل الربا وموكله وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله
الراشي والمرتشي ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا النهي في
كسب الحجامه ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك
يدنى بالمرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالي
الامور ويبغض سفاسفها ونحن نقول به فالاولى للمؤمن أن يكتسب بما لا
يدينه وقد دل عليه حديث عثمان رضي الله عنه حين سأل بعض مواليه عن
كسبه فذكر أنه حجام فقال ان كسبك لوسخ وذكر عن عطاء ومجاهد
وطاوس رحمهم الله قال لا ضمان على الاجير الراعى وان اشترطوا ذلك
عليه وبه يقول ان كان اجير واحد فهو أمين كالمودع واشترط الضمان
على الامين باطل وان كان الراعى مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير
فعله عند أبي حنيفة رحمة الله عليه شرط ذلك عليه أو لم يشترط وهو
ضامن لما تلف من فعله شرط ذلك أو لم يشترط وعندهما ما تلف بما لا
يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط أو لم يشترط فاشترط الضمان
عليه باطل على اختلاف الاصلين والله أعلم بالصواب (باب الرجل يستصنع
الثمن) (قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين
في الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار
للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل
العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو
الاستصناع

[85]

فالمستصنع فيه مبيع عين) ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط
فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى
يقتضيه ذلك الاسم ولا استصناع استفعال من الصنع فعرفنا أن العمل
مشروطا فيه ثم أحكام ما للناس فيه تعامل من الاستصناع قد بيناه في
شرح البيوع فبذلك بدأ الباب هنا وبين الفرق بينه وبين ما اذا أسلم حديدا
إلى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه إذا كان
مثل ما سمي لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود إليه رأس ماله فيندفع
الضرر به وذلك لا يتأتى هنا فان بعد اتصال عمله بالحديد لوجه لفسخ العقد
فيه فاما في الاستصناع المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن فلهذا
ثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت
خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فاما في الاستصناع
المقصود هو العين والعقد يرد عليه حتى لو صار ديننا بذكر الاجل عند أبي
حنيفة رحمه الله لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان أفسده الحداد فله
أن يضمه حديدا مثل حديده ويصير الاناء للعامل وان شاء رضى به وأعطاه
الاجر لان العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله وموافق من وجه وهو
اقامة أصل العمل وان شاء مال إلى جهة الخلاف وجعله كالغاصب ومن
غصب حديدا وضربه اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء
مال إلى جهة الوفاق ورضى به متغير الصفة فأخذ الاناء وأعطاه الاجر
كالمشترى إذا وجد بالبيع عيبا الا أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى
لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ما
أقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى

لان المنفعة انما تتقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد على المسمى ولانه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون ارضى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشتري فانه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف والفائت بالعيب وصف وهنا البد بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا لا يلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل ما يسلمه إلى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجلد يسلمه إلى الاسكاف ليصنعه خفين والغزل يسلمه إلى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوف الطول والعرض والرفعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا في القياس مثل الخف وغيره يريد به قياس الاستحسان في مسألة الخف ولكن هذا لا يعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه

[86]

تعامل ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول انه لا يجوز ولو ضرب لهذا الثوب أجلا وتعجل الثمن كان جائزا وكان سلما لا خيار له فيه وان فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قبل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فالاستصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون سلما صحيحا فان الاجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والاصح أنه قولهم جميعا والعدر لهما أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب ففيما للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذي صرحا به وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن فيصار إلى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلما * توضيحه أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكره المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لاقامة العمل في العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه دينيا وذكر المدة لتأخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو أسلم غزلا إلى حائك لينسج له سبعا في أربع فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء أخذ ثوبه وأعطاه الاجر الا في النقصان فانه يعطيه الاجر بحسب ذلك ولا يجاوز به ما سمي له أما ثبوت الخيار له فلتغيير شرط العقد لانه ان حاكه أكثر مما سمي فهو أرق مما سمي وان حاكه أصغر مما سمي فهو أصفق مما سمي هذا إذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدره له فإذا حاكه أكثر مما سمي فقد زاد فيما استعمله من غزله على ما سمي وان كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغيير شرط العقد ثبت له الخيار ان شاء مال إلى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للحائك ولا أجر له عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضى بعمله لكونه موافقا له في أصله وان خاف في صفته وأعطاه الاجر الا في النقصان فاما إذا أراد فقد أتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر المسمى وفي الزيادة لم يوجد ما يقومه وهو التسمية فلا يطالبه بشئ من ذلك وأما في النقصان قال يعطيه من الاجر بحسب ذلك ومعنى هذا الكلام أنه ينظر إلى تكسير ما شرط عليه وتكسير ما جاء به فالمشروط عليه سبع في أربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذي جاء به سبع في ثلاثة فذلك أحد وعشرون ذراعا فعرفت أنه أقام ثلاثة أرباع العمل المشروط فعليه ثلاثة أرباع الاجر وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله يعطيه ثلاثة

أرباع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين ذراعا فاحدي وعشرون يقابله ثلاثة أرباع المسمى كما لو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبنة بأجر مسمى فضرب احدي وعشرين فانه يستوجب ثلاثة أرباع المسمى قال رضى الله عنه والاصح عندي انه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض وربما تنقص زيادة الطول في المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما في الملاءة وربما تزيد في ماليته زيادة الطول دون العرض كما في العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بهذه الصفة بخلاف اللين فالبعض هناك غير متصل بالبعض في معنى المالية وإذا تقرر هذا عرفنا أن التوزيع هنا على الذرعان غير ممكن فيعطيه أجر مثل عمله ولكن لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لانه لو جاء بالثوب مثل ما سمي كان حصته ثلاثة أرباع من الاجر ثلاثة أرباع المسمى فإذا تم رضاه بذلك القدر عنه الموافقة يكون أرضى به عند الخلاف فلهذا أوجبنا عليه أجر مثل عمله لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى وكأنه أشار إلى هذا بقوله ولا تجاوز به الا ما سمي له بمقابلة ما جاء به وكذلك لو شرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا لو شرط عليه رقيقا فحاكه صفيقا كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمي لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذي شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالرقعة والصفافة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا وجب المصير إلى أجر المثل ولا تجاوز به ما سمي لانعدام المقوم فيما زاد عليه ولو وجود الرضا من الحائك بالمسمى من الاجر ولو أمره أن يزيد في الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم تزدته فالقول قول رب الغزل مع يمينه أما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ما أمره أن يزيد فيه من الغزل ويصير المستقرض قابضا باتصاله بملكه فالحائك يقيم العمل في غزل رب الثوب بخلاف ما اذا كان جميع الغزل من الحائك فان المستصنع هناك لا يمكن أن يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون الحائك عاملا في غزل نفسه ثم الحائك يدعى أنه أقرضه رطلا من غزله وسلمه إليه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الحائك البينة لحاجته إلى اثبات ما يدعى من التسليم إليه بحكم القرص وما يدعى من الدين لنفسه في ذمته فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف على فعل الغير فان حلف برئ وان لكل عن اليمين فنكوله كإقراره وإذا سلم إليه غزلا ينسجه ثوبا وأمره أن يزيد من عنده

غزلا مسمى مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجر الثوب دراهم مسماة جاز وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز لانه اشترى منه ما سماه من الغزل وهو غير معين ولا مشروط في ذمته دينا ولكنه يستحسن للتعامل في هذا المقدار فقد يدفع الانسان غزلا إلى حائك فيقول له الحائك هذا لا يكفي لما تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده بقدر ما يحتاج إليه ليعطيه ثمن ذلك وانما لا يجوز الاستصناع في الثوب لعدم التعامل فإذا وجد

التعامل في هذا يجوز اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض في الثوب وصف ورأينا جواز استئجار الاجير لاحداث وصف في الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول والعرض عليه بغزل نفسه بالقياس على الصباغ فان آتاه كما شرط واتفقا على انه زاد أعطاه بمن غزله لانه صار قابضا للمشتري باتصاله بملكه وأجر المسمى لانه وفاء بما شرط له وان قال رب الثوب لم يزد فيه شيئا وكان وزن غزل منا وقال النساج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا فوزنوا الثوب فوجدوه منوبين فقال رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج هو من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لان الظاهر شاهد له وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر وينبغي للقاضي أن يرجع إلى العلماء من الحوكة فان قالوا الدقيق لا يزيد فيه هذا المقدار فالقول قول الحائك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب لانه ما اشتبه على القاضي فانه ما يرجع في معرفته إلى من له بصر في ذلك الباب كما في قيم المتلفات ومتى كان القول قول الحائك وحلف بخبر صاحبه على أن يعطيه ما سمي له ومتى كان القول قول رب الثوب بأن كان يعلم أن الدقيق يزيد فيه هذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه تغير عليه شرط عقده فانه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما جاء به وان شاء مال إلى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال إلى الموافقة في أصل العمل وأعطاه من الاجر بحساب ما أقام من العمل لانه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله في من ونصف من الغزل وانما أقامه في من فيعطيه بحسابه من الاجر وفيه طريقان باعتبار المسمى وأجر المثل كما بينا (ولو كان الثوب) مستهلكا وقد استهلكه صاحبه قبل أن يعلم ورثته كان القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله لان الحائك يدعى عليه تسليم مانعه من الغزل ووجوب ثمنه في ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل الغير فكان على العلم وإذا حلف فعليه أجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل من

[89]

غزله فيطرح عنه ما أصاب قيمة الغزل ولم يزد على هذا في الاصل قال الحاكم رحمه الله وصواب هذا الجواب أن يطرح عنه أيضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسيج لما بينا أن المسمى بمقابلة عمله في ثلاثة أرطال غزل وانما أقام العمل في رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير إلى معرفة وزن الثوب لم يذكره في المسألة الاولى لان موضوع المسألة هناك فيما إذا لم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير إلى وزن الثوب وهنا وضع المسألة فيما إذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا وجب المصير إلى وزن الثوب ليعرف به الصادق من الكاذب (قال) وإذا أسلم الرجل حنطة إلى طحان ليطحنها بدرهم وبربع دقيق منها فهذا فاسد وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص وعرف المعنى فيه تعدى الحكم بذلك المعنى إلى الفرع ومن فرع هذا لو دفع سمسما إلى رجل على أن يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد أيضا وكذلك لو استأجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفي الكتاب قال وكيف يستأجر بلحم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبله يريد به أن الاجرة متى كانت معينة فهي بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون خلقه حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الاصلاب

والمضامين ما تضمنه الارحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنه الارحام بالقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر وعدة العام وعام قابل * ملقوحة في بطن ناب حابل وحبل الحيلة هو بيع ما يحمل حبل هذه الناقة وكانوا يعتادون ذلك في الجاهلية أبطل الشرع ذلك كله بالنهي عن بيع الغرر واستدل أيضا بالنهي عن بيع اللبن في الصرع وعن بيع الصوف على ظهورها فعرفنا أن ما كان في مضمون خلقه حيوان لا يجوز تملكه بعقد المعاوضة فان عمله بهذا الشرط كان له أجر مثله لان بفساد العقد لم يملك شيئا مما أقام العمل فيه فكان عاملا لغيره فيما لا شركة له فيه بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل لا يجاوز به ما سمي لانعدام التسمية فيما زاد عليه ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق جيد ولم يقل منها كان جائزا لان الدقيق مكيل معلوم يصلح أن يكون ثمننا في البيع فيصلح أن يكون أجرة أيضا ولو دفع غزلا إلى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب أو بجزء شائع مسمى فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب أيضا لانه في معنى قفيز

[90]

الطحان (قال) رضى الله عنه وكان شيخنا الامام يحكى عن استاذة رحمهما الله انه كان يقني بجواز هذا ويقول فيه عرف ظاهر عندنا بنسف ولو لم يجوزه انما يجوزه بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما في الاستصناع ثم فيه منفعة فان النسيج يعجل بالنسج ويجد فيه إذا كان له في الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما إلى رجل فقال قشره وربيه بنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لانه لا يعرف ما شرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي إلى المنازعة وهذا بخلاف مالو دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصيغ من عنده لان مقدار الصيغ في كل الثوب معلوم عند أهل الصنعة المسبغ منه وغير المسبغ ولا تتمكن المنازعة بينهما لان اللون في الثوب محسوس فاما الرائحة في الدهن المربى غير محسوس ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربى به من البنفسج فتتمكن المنازعة بينهما * يوضح الفرق ان اعلام مقدار الصيغ يتعذر على الصباغ لانه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسما الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربى سمسما كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيه بقفيز من بنفسج فهذا جائز وكذلك ان كان البنفسج الذي يدخل في مثل هذا السمسما معروفا عند التجار فهو جائز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا تتمكن المنازعة بينهما إذا كان ذلك معلوما فلهذا جوزناه ثم تبين بعد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جائز فإذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه فليس للصانع أن يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا أنه ان كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع فبيعه جائز لانه باع ملك نفسه فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع وإذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشتري فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك وإذا دفع إلى اسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى على أن يخرزه له خفين بصفة معلومة على أن يفعلها الاسكاف وببطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جائز لانه متعارف وإذا جاز الاستصناع في الخف لكونه متعارفا ففي البطانة والنعل أجوز و لا خيار لصاحب الاديم إذا عمله عملا مقارنا الا فساد فيه وكان ينبغي أن

يثبت له الخيار في البطانة والنعل لانه اشترى ما لم يرده لكنه قال لاخيار له في أصل الاديم لانه ملكه ولا يتأتى الرد في البطانة والنعل منفردا عن الاصل ثم البطانة والنعل بيع في هذا العقد

[91]

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن بالبطانة والنعل يصير الخف أحكم وان الخف ينسب إلى الاديم دون البطانة والنعل ولاخيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الاصل وهو الاديم فكذلك في البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء لانه انما طلب منه العمل الصالح دون الفاسد فكان هو في اقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد في العمل مخالف فان شاء مال إلى الخلاف وجعله كالغاصب فيضمنه قيمة جلده وان شاء مال إلى الموافقة في أصل العمل ورضي به مع تغيير الوصف فاخذ الخفين وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه ولا يجاوز به ما سمي له أما أجر مثل العمل لما بينا أن المسمى بازاء العمل الصالح فعند الفساد يجب أجر المثل وقيمة ما زاد فيه لانه مشتري له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال قوله ولا يجاوز به ما سمي ينصرف إلى الاجر خاصة دون قيمة ما زاد فيه فان المشتري شراء فاسدا مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لان الاعيان متقومة بنفسها بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر في آخر الباب في مسألة الحبة ولا يجاوز به ما سمي في أجر عمله خاصة وقالوا بيانه في فصل يكون بينا في جميع الفصول ولكن الاصح أن قوله ولا يجاوز به ما سمي له في هذا الموضع ينصرف اليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا يجوز العقد هنا فانه لو كان مقصودا ما جاز العقد فيه وإذا لم يكن معينا والتبع معتبر بالاصل فإذا كان الاصل لا يجاوز به ما سمي له فكذلك في التبع وسنقرر هذا الفرق في مسألة الحبة ان شاء الله تعالى وكذلك ان سلم خرقة إلى صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها وبحشوها فهو مثل ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب إلى الطهار وأنها بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناولها بدون البطانة والحشو كالخف فالجواب فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصنائع إذا رضى المستصنع العمل واجازه أن لا يدفعه له حتى يأخذ منه الاجر الا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الاجرة في الاجارات كالثمن في البيع والمبيع يحبس بالثمن إذا كان البيع حالا ولا يحبس به إذا كان مؤجلا وعلى قول زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس بالاجرة إذا كان الاصل ملكا للمستأجر لانه صار مسلما المعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لان المعقود عليه الوصف الذي أحدثه بعمله وقد اتصل ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس ولكننا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فانه لا يتصور منه اقامة العمل بدون أن يتصل

[92]

ذلك بملكه وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه في الحبس وربما يقول زفر رحمه الله البديل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل بالبديل فإذا لم يثبت له حق الحبس فيما هو

الاصل لا يثبت في البيع ولكننا نقول حق الحبس يثبت له في المعقود عليه ولا يتأدى ذلك الا بحبس الاصل فثبت حقه في حبس الاصل كمن أجر عينا يلزمه تسليم العين وهو انما عقد على المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدى بدون العين لزمه تسليم العين فهذا مثله (قال) في الاصل ان كان الاجل ميعادا من غير شرط فله ان لا يدفعه حتى يقبض أجره لان المواعيد لا تتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية في فصل بيع المراهجة وهو انه إذا اشترى عينا من بيع وواعد ان يستوفى الثمن منجما في كل سبت فللمشتري ان يبيعه مراهجة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه مشتري بئمن حال والميعاد لا يكون لازما بدليل هذه المسألة وإذا دفع الرجل إلى صباغ ثوبا يصبغه له بأجر مسمى ووصف له الصبغ فهو جائز لانه إذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار المقصود معلوما لا تتمكن المازعة بينهما فان خالغه بصبغه على غير ما سمي له الا أنه من ذلك الصبغ فلصاحب الثوب ان يضمه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي له أما ثبوت الخيار فلانه في أصل الصبغ موافق وفي الصفة مخالف وإذا اختار الاخذ أعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي له لانه رضى بالمسمى وهذا بخلاف مسألة الخف والقلنسوة فقد قال هناك يعطيه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه وهنا لم يذكر قيمة ما زاد الصبغ فيه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله التسوية بينهما ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الصبغ آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرص والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ما سبق وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن ان يجعل مشتري بخلاف البطانة والنعل فذاك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال (ألا ترى) أنه يتأدى بفعله فلهذا تعتبر قيمة ما زاد فيه ووجه رواية محمد رحمه الله أن الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب في الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان من الثمن حصة ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب

[93]

لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون في حكم مال متقوم مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب عليه قيمة ما زاد الصبغ فيه وفي مسألة الخف البطانة والنعل لما كان بعرض الفصل كان مالا متقوما منفردا " عن الخف فلهذا اعتبر قيمة ما زاد فيه وان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما أمره أن يصبغه به بأن صبغه بعصفر فقال رب الثوب أمرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعى عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر ولكننا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو أنكر الاذن له في الصبغ أصلا كان القول قوله فكذا إذا أنكر الاذن فيما صبغه به وإذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك وقال الاسكاف بهذا أمرتني فالقول قول المستصنع لما بينا أن الاذن يستفاد من جهته ولا يمين عليه لان توجه اليمين يبنى على دعوته تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع أن يأبى وان لم يكن الصانع

مخالفا فلا فائدة في استخلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا امرتك ولكن لاأريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم إليه خفه بنعله بأجر مسمى فهو جاز للعرف الظاهر فإذا نعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمي لما بينا أنه في أصل العمل موافق وفي الصفة مخالف وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيدا " لان المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فاما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما في بيع العين ولو شرط عليه جيدا " فانعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان قوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما إذا اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة ماله وجد العيب في المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلفا في الاجر وقد عمله عملا على ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة في حقه وهو الاجر فتترجح بيئته بذلك وان قال رب الخف عملته لى بغير أجر وقال العامل عملته بدرهم ولا بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم لان العامل يدعى عليه الدرهم ديننا في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فإذا حلف غرم له ما زاد النعل

[94]

في خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعى عليه هبة النعل وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولا يجب أجر المثل لان المنفعة لا تنقوم الا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك فاما العين متقوم بنفسه ولو أقاما البينة أخذت بينة العامل لاثباته الزيادة ولو عمل الخف كله من عنده ثم اختلفا في الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضى به من الثمن ولو أسلم ثوبا إلى صباغ فصبغه أحمر على ما أمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين وانى أنظر إلى ما زاد الصبغ فيه فان زاد درهما أو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين وان كان دانقين أو أقل فانه يعطيه دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغه بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل في باب الخصومات أن القول قول من يشهد له الظاهر والظاهر أن الصباغ لا يجعل في ثوب انسان صبغا يساوى درهما بدانقين اذن يخسر وهو ما جلس لهذا والظاهر أن الانسان لا يلتزم درهما بازاء صبغ يساوى دانقين اذن يغبن والمغبون لا محمود ولا مأجور فإذا كان قيمة الصبغ درهما أو أكثر فله فالظاهر شاهد للصباغ فيجعل القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وإذا كانت قيمة الصبغ أقل من دانقين فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان أكثر من دانقين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ما صبغه بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لان الظاهر لا يشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس اختلاف الزوجين في المهر إذا كان مهر المثل لا يشهد لقول واحد منهما قال رضى الله عنه والاصح عندي انه لا تحالف هنا بل اليمين على

الصباغ خاصة لان المبتغى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لاتصور لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فانه محتمل للفسخ ببعض الاسباب وإذا لم يجب التحالف هنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان لاتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته على رب الثوب كالعاصب إذا صبغ ثوب إنسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة الصبغ إلا أن رب الثوب هنا يدعى براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بدانقين والصباغ منكر

[95]

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بنفى الظاهر الدعوى والانكار والصباغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل صبغ يزيد في الثوب قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف في بدل العقد ولكن الصباغ يدعى لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعى على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في ثوبه لان ما ادعاه كل واحد منهما انتفى بيمين صاحبه يبقى صبغ الغير متصلا بثوبه بادنه وعليه قيمته ولا يجاوز به درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير ميرثا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الاجرة فان لم يكن أخذ في العمل تحالفا وتراد لان الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البديل فيعم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ حتى يعود إليه رأس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب التحالف بينهما وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لانه لاتصور للفسخ بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف بينهما ولكن القصار يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك في الاجارة ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هنا انتفى العقد بالتحالف لا يمكن ايجاب شئ للقصار فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع للقصار فلهذا لا يصار إلى التحالف هنا ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقى يتحالفا اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقي ممكن وفي حصة ما بقى يتحالفا اعتبارا وفيما أقام من

[96]

العمل متعذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدين فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال هناك لا يتحالفان لان العقد فيهما واحد فإذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك يتعذر فسخه فيما بقى وهنا عقد لاجارة في حكم عقود متفرقة يتحدد انعقادها بحسب ما يقيم عليه من العمل فبان تعذر فسخه في البعض لا يمنع الفسخ فيما بقى وكذلك لو قال عملته لى بغير أجر فالقول قوله مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله القول قول الاجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ وقد أشرنا إلى الفرق بينهما فهناك الصبغ عين مال قائم في الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لاقيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر رب الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شارط قصارا على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسداً " لان المعقود عليه مجهول فانه الوصف الذي يحدث في الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب في الطول والعرض والصفافة والرقه والجودة والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وان كان أراه الثياب كان جائزاً لان برؤية المحل يصير مقدار العمل فيه معلوماً ولو مسما له جنساً من الثياب كان مثل ذلك ما لم يرها اياه لان بتسمية الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوماً فان بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلوماً فهو وارهائه الثياب سواء ولو أسلم ثوباً إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب ان يضمه قيمة ثوبه وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي له لانه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون القباء والقميص تتفاوتان في الاستعمال وان كان لا يتفق فلم يكن في أصل مقصوده مخالفاً وانما خالفه في تميم المقصود حتى لو خاطه سراويلاً كان غاصباً ضامناً ولا خيار لصاحب الثوب لانه لا مقارنة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح أن الجواب في الفصلين واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع إليه ثوباً ليضرب له طلستا فضربه كوزاً " فهو بالخيار ولا مقارنة في الاستعمال هنا ولكنه موافق في أصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة فكذلك في مسألة الثوب وان خاطه سراويلاً فهو في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة مخالف فان قال رب الثوب أمرتك بقميص وقال الخياط أمرتني بقباء فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان والشافعي رحمه الله يقول انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البذل تحالفاً إذا كان

[97]

قبل اقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الاجر دينا في ذمة رب الثوب فلا يكون هذا في معنى مارود الاثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد اقامة العمل لاوجه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط لانه هو المدعى الاذن في خياطة القباء والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خيطه لى بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا في القصارة لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما إذا اتفقا على انه لم يشارطه على

شئ في هذه الفصول وفي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا أجر له لان المنافع لا تتقوم الا بعقد ضمان أو بتسمية عوض وعن أبي يوسف رحمه الله قال استحسّن إذا كان خيط له فأوجب الأجر له لان الخياطة التي بينهما دليل على أنه طلب منه اقامة العمل بأجره فقام ذلك مقام الشرط وعن محمد رحمه الله قال ان كان العامل معروفاً بذلك العمل بالأجر فتح الحانوت لاجله فذلك ينزل منزلة شرط الأجر ويقضى له بالأجر استحساناً ولو أعطى صباغاً ثوباً ليصبغه بعصفر بربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر في قيمة الثوب مع الأجر ومعنى هذه المسألة أن الربع الهاشمي هو الصاع وهو ربع قفيز فكانه أمره بأن يصبغه صبغاً غير مشيع وقد صبغ صبغاً مشيعاً فكان في أصل العمل موافقاً وفي الصفة مخالف فيجبر صاحب الثوب لذلك ثم أطلق الجواب في الكتاب ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقسم الجواب فيه فاما أن يصبغه بربع الهاشمي أولاً ثم بالزيادة إلى تمام القفيز أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمي أولاً فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغاً بربع الهاشمي وأعطاه الأجر لانه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجه كالمسلم إلى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض به متغيراً وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء رضي به متغيراً وضمنه قيمته مصبوغاً بربع الهاشمي وأعطاه الأجر وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيه وهو ثلاثة أرباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوباً

[98]

مصبوغاً بربع قفيز فصبغه بثلاثة أما إذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ ولا أجر له لانه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف في هيئة العمل في الابتداء ولانه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الأجر لان أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن في الموضوع الذي يجب الأجر لا ينظر إلى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب ما زاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الأجر والحاكم رحمه الله في المنتقى ذكر هذا التقسيم عن أبي يوسف رحمه الله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه إذا دفع ثوباً ليصبغه بمن عصفر بدرهم فصبغه بمنوبين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أعطاه الأجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوبين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فيبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة عليه فلهذا أعطاه الأجر مع قيمة من الصبغ وان كان ماروى عن محمد رحمه الله هو الاصح ولانه وان صبغه جملة فانما يتشرب فيه الصبغ شيئاً فشيئاً فإذا تشرب فيه المقدار المشروط وجب الأجر فكان هذا ومالو صبغه بدفعتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه الا بربع عصفر فان كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمي فالقول قوله مع يمينه على علمه لان الظاهر شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لانه على فعل الغير الا أن يقيم الصباغ بينة وان كان مثل ذلك لا يكون بربع عصفر وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لان الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب في المسألة

الاولى ولو قال لخياط أنظر إلى هذا الثوب فان كفاى قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه انه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لانه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فإذا لم يكفه قميصا فانما قطعه بغير اذنه ومن قطع ثوب الغير بغير اذنه فهو ضامن لقيمته ولو قال له أنظر أيكفينى قميصا فقال نعم فقال اقطعه فإذا هو لا يكفيه لم يضمن لانه قطعه باذنه فان قوله اقطعه اذن مطلق ولا يقال قد غره بقوله يكفيك لان الغرور بمجرد الخير إذا لم يكن في ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال هذا الطريق أمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه بخلاف الاولى فانعدام الاذن هناك بما صرح في لفظه من الشرط حتى لو

[99]

كان في لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو اقطعه إذا فهو ضامن إذا لم يكفه لان الغاء للوصل فيذكره تبين انه شارط للكفاية في الاذن وقوله إذا اشارة إلى ما سبق فكأنه قال اقطعه إذا كان يكفينى لان هذا شرط الا أنه أوجز كلامه ولو سلم ثوبا إلى خياط فقطعه له قباء فقال بطنه من عندك واحشه على أن لك من الاجر كذا وكذا فهو مثل الخف الذي أمره أن يبطنه وينعله في القياس ولكن لأجيز هذا استحسانا لان ذلك مستحسن في القياس بالتعامل وهذا لا تعامل فيه فيستحسن العود إلى أصل القياس فيه ويقال انه مشتري لمعدوم أو لمجهول فلا يجوز ولان هذا ليس في معنى ذلك لان الخف بدون النعل والبطانة يسمى خفا ولكن بالنعل والبطانة يصير أحكم فما شرط عليه يمكن أن يجعل تبعا للعمل فاما القباء والحنة لا تكون بدون البطانة والحشو وإذا كان ما التمس منه لا ينطلق عليه الاسم الا بما شرط عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع لا تعامل فيه فلا يجوز ذلك فان أتاه بالقباء مبطنا محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولا تجاوز به ما سمى له في أجر خياطته خاصة لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه رده فيلزمه قيمه المشتري بالغما ما بلغ وأجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى له وبهذا اللفظ يستدل بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول في الفصول المتقدمة أن قوله لا يجاوز به ما سمى له من الاجر خاصة دون قيمة ما زاد فيه والاصح هو الفرق لان الحشو والبطانة هنا لم تكن في العقد تبعا في العمل ولذلك فسد العقد في الاصل وإذا وجب اعتبارهما مقصودا " بقيمتها بالغة ما بلغت وفيما سبق النعل والبطانة في الخف والحشو والبطانة في القلنسوة جعل تبعا للعمل في العقد ولذلك جاز العقد فكما أن في أصل العمل لا يجاوز بالبديل ما سمى له فكذلك فيما هو تبع له ولو أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه حبة ويحشوها ويندف القطن عليها وسمى الاجر له فهو جائز لانه أسناجره لعمل معلوم ببديل معلوم ولو شرط على خياط أن يقطع له عشر قمص كل قميص بدرهم ولم يسم له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة المعقود عليه من العمل فعمل الخياط يختلف باختلاف جنس الثياب وباختلاف القميص في الطول والقصر ولو قال الثياب هروية ومقداره على هذا الشئ معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمى يصير معلوما على وجه لا يبقى بينهما منازعة ولو دفع إليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه اليوم فله درهم وان لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم فله درهم

وان لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله لا ينقص عن نصف درهم ولا يجاوز به درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ما اشترط إذا فرغ منه اليوم فله درهم وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله العقد فاسد كله وهو قول الشافعي رحمه الله وهذه فصول (أحدها) أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شيء لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه مخاطرة فانه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسدا " ولانه يصير تقدير كلامه كانه قال لك أجر درهم على خياطتك أولا شيء ولو قال ذلك كان العقد فاسدا " وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله (والفصل) الثاني أن يقول ان خطت خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم أو يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك نصف درهم فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله هو القياس ثم رجح أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما في المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجهالتها أولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتى هذه بمائة درهم أو أبتى هذه بمائة دينار فقال قلت كان باطلا وهذا لان عقد الاجارة يلزم بنفسه وإذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدري بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا ووجه قوله الآخر أنه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما ينعقد عند اقامة العمل وعند ذلك لاجهالة في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فإذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا (والفصل) الثالث أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند أبي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثاني فاسد وعندهما الشرطان جائزان وفي القياس يفسد الشرطان وهو قول زفر رحمه الله كما في الفصل (ألا ترى) انه لو قال في البيع ان أعطيت لي الثمن إلى شهر فعشرة دراهم

وان أعطيته إلى شهرين فخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسميتين ولهذا التردد أفسد أبو حنيفة رحمه الله للشرط الثاني فكذلك يفسد الشرط الاول وهما اعتبارا هذا في الفصل الثاني قال انه سمي عمليين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد كما في الفصل الثاني وهذا لان عمله في الغد غير عمله في اليوم ولصاحب الثوب في اقامة العمل في كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف الفصل الاول فهناك انما أفسدنا

العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه في اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البرأة عن بعض الاجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البرأة عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم تفرغ منه اليوم فلا شئ لك فكذلك إذا علق البرأة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البرأة لا تحتل التعليق بالشرط وهذا لان الخياطة في اليومين بصفة واحدة وانما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل إلى الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البرأة عن بعض الاجر حتى لو قال هناك وان خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة في خياطة الفارسية واختلفت الروايات فيما إذا قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا ماذا يجب له ففي احدى الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفي الرواية الاخرى يجب أجر المثل لا يجاوز به درهما لانه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فإذا فاته ذلك يلزمه أجر المثل فعلى الرواية الاولى يقول اجتمع في اليوم الثاني تسميتان درهم ونصف فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثاني إلى الاول في الغد مع بقاء الاول فتجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهو الدرهم لان تسمية نصف درهم في الغد لا موجب له في اليوم حتى إذا قال استأجرتك غدا لتخطيه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثاني بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه لا تجتمع تسميتان في واحد من العملين حتى لو قال خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الاخرى يقول التسمية الاولى لها موجب في اليوم الثاني وهو أجل المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

[102]

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما في قوله وان خطته غدا فلا شئ لك بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكان عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيهما فلهذا افترقا وإذا اشترى نعلا بدرهم وشراكا معها على أن يحذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس وإذا كان أصل العقد يجوز للعرف فالشرط في العقد إذا كان متعارفا للجواز أولى وان اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بعض البديل بمقابلة الخياطة فهي اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من البديل فهي اعانة مشروطة في البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومسألة النعل في القياس سواء غير أن هناك استحسانا للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ به بالقياس ولو جاء إلى حذاء بشراكين ونعلين استأجره على أن يحذوهما له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشراكين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاهما له كان جائزا أيضا استحسانا وفي الخف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف مالو شرط في الحبة والقباء البطانة والحشو على العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل والصحيح أنه لا يشترط اراءه اياه ولكن ان أعلمه على وجه لا يبقى بينهما فيه منازعة فذلك كاف لما في شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط أن يكون كم القميص من عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء أن يكون الآجر والحصن من عنده وكل شئ من

هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئاً من قبله بغير عينه فهو فاسد الا فيما بينا للعرف فإذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة ما زاد لانه صار قابضاً لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفاً من أوصاف ملكه واستوفي عمله بعقد فاسد فكان له أجر مثله وإذا رد القصار على صاحب الثوب ثوباً غيره خطأ أو عمداً فقطعه وخاطله ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن أيهما شاء لان القصار جان في تسليم ثوبه إلى الغير والقابض في قبضه وقطعه وخياطته فيضمن أيهما شاء فان ضمن القصار فقد ملك القصار الثوب بالضمان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطله بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل بما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لانه ضمن بسبب عمل باشره لنفسه وفي الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقى في يد القصار فيأخذه منه والله أعلم

[103]

(باب متى يجب للعامل الاجر) قال رحمه الله وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا إذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب) وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشارك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركاً ولا خلاف ان أجير الواحد لا يكون ضامناً لما تلف في يده من غير صنع وهو الذي يستوجب البديل بمقابلة منافع حتى إذا سلم النفس استوجب الاجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر في تلك المدة وجه قولهما أنه خالف بموجب العقد فكان ضامناً كما إذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظاً سليماً فإذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفاً موجب العقد كما قلنا في الدق فالمستحق بالعقد وفي سليمان عن عيب التخرق فإذا تخرق كان ضامناً وهذا في الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك في القصار فانه لا يتوصل إلى اقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه وما لا يتوصل إلى المستحق الا به يكون مستحقاً والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبديل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقاً بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كأوصاف المبيع الا أن مالا يمكن التحرر عنه يكون عفواً كما في السراية في حق النزاع فانه عفو لانه لا يستطاع الامتناع منه والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضموناً عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لان الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا على العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للقوات وهو ما فوت على المالك شيئاً حين قبضه بأذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد وكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن فنضمن المشترك احتياطاً بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص يعمل له في بيته ولان البديل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الأجير وهو أن يلزمه ما لم يتلزمه ونظر الشرع

للكل فمن النظر للاجبر أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال إنما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ إلا أن يضيع الحفظ وعند ذلك هو ضامن لا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجبر الواحد فالمعقود عليه هناك منافعه في المدة وقد تم التسليم فيه فيهلك العين عنده لا يبطل الأجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا " وأعطاه الأجر وإن شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لأن المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب إلا أنه لم يتم التسليم حتى تغير إلى البديل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب إن شاء رضى به متغيرا " فضمنه قيمته مقصورا " وأعطاه الأجر وإن شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة مالو قبل المبيع قبل القبض فإنه يتخير المشتري فاما إذا تلف بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه إن لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعي رحمه الله فيه قولان في أحد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله وفي قوله الآخر يقول لا ضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله وجه قول زفر رحمه الله أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق وأجبر الواحد وبيانه أنه استأجره ليدق الثوب ولدق عمل معلوم بحده وهو ارسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك الصفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق إنما كان لوهاء في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاع والفساد والحجام والختان إذا سرى إلى النفس لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لأن العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة وما يستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشى في الطريق والرمى إلى الهدف فإنه مباح غير مستحق عليه فقيد بشرط السلامة والدليل عليه أن أجبر القصار إذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الاجبر وعندكم يجب الضمان على الاستاذ فإن كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وإن لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جدا " وحجتنا في ذلك أن التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كما لو دق الثوب بغير أمره وبيان ذلك أن الأذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد عقد

معاوضة فمطلقه يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع وما في الذمة يعرف بصفته والموصوف بأنه سليم غير الموصوف بأنه معيب فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجبر الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هناك البديل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضى عقد المعاوضة إلا أن هذا ليس بقوى فالمعقود عليه في الموضوعين العمل والبديل بمقابلة المقصود إلا أن هناك يقام تسليم النفس

مقام العمل دفعا للضرر عن الاجبر لتضييق مدة التسليم عليه وهذا لا يدل على أنه إذا وجد ما هو المقصود لا يكون البديل بمقابلته كما يقام تسليم النفس في النكاح مقام ما هو المقصود ثم إذا وجد ما هو المقصود وهو الوطئ كان البديل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه في حق أجبر الواحد منافعها ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لا تختلف بكونه سليما أو معيبا كما في بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لا يخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الاذن متناول للعمل معيبا كان أو سليما وهنا المعقود عليه عمل في الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم إذا تناول الجيد لا يكون الرديئ معقودا عليه ما لم يسقط حقه في الجودة بالرضاء به فهنا مادام العمل السليم معقودا " عليه لا يكون المعيب معقودا عليه الا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لا تقتضي السلامة عن العيب فبالنخرق لا يخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البراغ والفصاد والحجام فهناك العمل معلوم بحده لا بصفته لانه حرج والحرج الذي هو غير ساري ليس في وسع البشر فانما يلتزم بعقد المعاوضة ما يقدر على تسليمه دون ما لا يقدر فاما التحرز عن النخرق في وسع القصار في الجملة الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لا يمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة * يوضحه أن النخرق اما أن يكون لشيء في طي الثوب أو لرقعة في الثوب أو لحدة في المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فاما السرية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجنابة ولا طريق للوقوف بحال * يوضحه أن التلف هناك لا يحصل في حال العمل وانما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا الا أنه بالفراغ منه يصير مسلما إلى صاحبه فانما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا النخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله

[106]

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجبر القصار فهو أجبر واحد والبديل في حقه بمقابلة منافعها فلهذا لا يكون ضمانا ثم عمله للاستاذ كعمل الاستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضمانا فكذلك إذا عمل له أجبره إذا عرفنا هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصورا ولا أجر له (قال) بشر بن عياث رحمه الله وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمه قيمته وقت القبض غير مقصور فاما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لانقول نضمه قيمته بالقبض ولكنه يضمه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالرديئ في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فإذا وقع التغيير في العمل كان له الخيار ان شاء رضى به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه وبضمه قيمته غير معمول ولا أجر له وان لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفي الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجبر يكون أثر عمله قائما في المعمول

كالنساج والقصار والصباع والفتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله أثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس فان (قيل) في القصار عمله في إزالة الدرن والوسخ لا في احداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية (قلنا) نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا إلى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوى الهلاك بعد المنع وقبله وعلى قول زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فإذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه ويعطيه من الاجر بمقدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم

[107]

من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة على صاحب الثوب فيمتنع من اقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن اقامة العمل مستحق على القصار فامسك العين إلى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه وان استأجره حمالا ليحمل له شيئا على ظهره أو على دابته إلى موضع معلوم فحملة وصاحبه يمشى معه أو ليس معه فانكسر في بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع (قال) رضى الله عنه اعلم بان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار وان تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله كما بينا وان تلف بفعله بان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا إلى الموضع الذي سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشى معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشى معه فانه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فثبت الخيار لهذا وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود الا بجملته فان مقصود صاحب المتاع لا يحصل الا بوصول المتاع إلى موضع حاجته فإذا انكسر في بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقي للفوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فان شاء رضى بهذا التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء أبى ذلك وفسخ العقد في الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك في نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وكان له نصف الاجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لان المعقود عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس إذا فرغ من العمل فكان هو في هذا الحكم كاجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم باقامة العمل بدليل أن له أن يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازي رحمه الله في الفصل الاول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولا من أن ثبوت الخيار للتغير إلى البدل وقيام البدل مقام الاصل في فسخ العقد فيه حتى أن في هذا الموضع لما لم يجب البدل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان

له من الاجر بحصة ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء إلى مكة لا يعطى شيئا من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك

[108]

كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أو على دابته أو سفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ما صار مسيرا له من الاجر شئ معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وسواء كان الاجر دراهم أو ثوبا أو عبدا أو غير ذلك وأصل المسألة أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أو دينا وانما تملك باحد معان ثلاثة إما التعجيل أو شرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة إلى المستأجر وحقته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع والنكاح وهذا لان ما هو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين في حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك في العقد الوارد على المنفعة والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار باجرة مؤجلة وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وان كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجودا " حكما لحاجة الناس إليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكما والمرتب اللاحق بدار الحرب وإذا صارت موجودة حكما التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيه بالاجارة من الغير وأنه لو استأجر دارين فانهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار في رد الاخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار إليها لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ما قبل تسليم الدار إليها ولا يدخل على هذا ما إذا انهدمت الدار فان المنفعة لا تتلف في ضمان المستأجر لانا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود في المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة في الرحم كالحى لكونها معدة لذلك فان زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي لاجله جعل كالموجود والدليل عليه أن الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك في الاجر أو لم تجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم في الاجارة المضافة إلى وقت في المستقبل ولان أكثر ما في الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود عليه في

[109]

حق انعقاد العقد فكذلك في ملك البدل كعقد السلم فان الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه هناك في انعقاد العقد ولزومه ملك البدل به بنفس العقد * وحقنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة فيقتضى تقابل البدلين في

الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البديلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم في نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشئ سوى أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم وإذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البديل بغير عوض وذلك ليس بقضية المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه أن يقال ان المنافع التي تحدث في المدة تجعل موجودة حكما لانه انما يقدر الشئ حكما إذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فان الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكما فاما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقبيه والجزء الموجود حقيقة لابقاء له ليسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد فهذا تبين أن الجواز العقد لم يكن بالطريق الذي قال الخصم بل بأحد الطريقين اما باقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف إلى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا إن عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتحدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الايجاب يحتمل التأخير في حكم المحل كالطلاق المضاف والعنق المضاف والوصية والمزارعة على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار انه لما تعذر الايجاب بعد وجود المنفعة سقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعا بها تكفى لانعقاد العقد كما لو تزوج رضية صح النكاح باعتبار أن عرضية الوجود فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشئ مقام غيره تكون بطريق الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في ملك البديل بنفس العقد لان الملك حكم السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وانما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فاما أن يقترن

[110]

به فلا وفي حكم ملك البديل لاضرورة فاعتبرنا ما هو الاصل وهو أن يتأخر إلى وجود الملك فيما يقابله والدليل عليه أن قبل تسليم الدار لا يجب تسليم الاجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالثمن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فكيف نقول ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو في حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالمعقود عليه هناك العين والملك في باب النكاح لا يحتمل التأخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلنا كالموجود في حكم الملك فاما إذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين شرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس

بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة إلى وقت في المستقبل والمضاف إلى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وإذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لأنه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض والليقبض تأثير في اثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة في المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لاضرورة في الملك لاضرورة في التسليم لانه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار وهذا لان تأثير التسليم بحكم المعاوضة في نقل الضمان ولما لم ينتقل إلى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصر مسلما إليه وجواز تصرفه من الوجه الذي يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك في حكم تفرق الصفقة فانه لا يمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما في حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك الا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وانما يعتبر مجرد تسليم الدار في سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فانها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد في المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها في الحبس عند تسليم الدار إليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة مالو زوجت نفسها

[111]

بمهر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء إلى مكة لايعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة وهو قول زفر رحمه الله لان مقصوده لا يتم الا به ووجوب تسليم الاجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر ما لم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شئ معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم الاجر عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي في القياس أنه كما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لايعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ إلى شغل آخر بل يسلم الاجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول كلما سار مرحلة أو في حصته من الاجر وعن أبي يوسف رحمه الله قال إذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد يكثر المرء فيه دابة ثم ينتقل إلى أخرى وعلى هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففي قوله الاول ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الاجر وفي قوله الاخر إذا مضى من المدة ماله حصة معلومة من الاجر يجب ايفاء الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز لانه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب ايفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله وليس له أن يرجع فيما عجل من الاجر لان المستأجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقاء العقد وان شرط في العقد أن لا يسلم الاجر حتى يرجع أو حتى تنتهي المدة فهو جائز أما في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضى العقد وفي قوله الاخر هذا اشتراط الاجل في الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه إذا كان ديننا ولا يصح التأجيل فيه إذا كان عينا ولو أبراه عن جميع الاجر أو وهبه له فان كان ذلك ديننا لم يصح ذلك في قول أبي يوسف الاخر رحمه الله وصح في قوله الاول وهو

قول محمد رحمه الله ولا تبطل به الاجارة وان كان عينا لم يصح حتى يقبل
الاخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر كالمبيع والمشتري إذا
وهب المبيع من البائع قبل القبض لا تصح الهبة ما لم يقبل فإذا قبل
انفسخ العقد فأما إذا كان ديناً فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قول
أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلاً
والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفي قوله الاخر لا يجب بنفس العقد عينا
كان أو ديناً والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل

[112]

بنوا مسألة المصارفة على هذا ولكن هذا شيء لا يروى عن محمد رحمه الله
نصاً وفي الجامع بنى المسائل على أن الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان
أو ديناً ولكن وجه قوله الاول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد إلا
أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح
كالابراء عن نفقة العدة مشروطاً في الخلع وهذا لان السبب لما اعتبر في
جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط وجه قوله
الاخر أن الابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك
وتمليك ما ليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابراء وبقي العقد بملك المستأجر
المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم
الاعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الاجرة قبل استيفاء شيء من
المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كأنه عقد
في الابتداء بما بقي ولو باعه بالاجر متاعاً وسلمه إليه فهو جائز لان الشراء
لا يتعلق بالدين المضاف إليه بل بمثله ديناً في الذمة (ألا ترى) انه لو اشترى
بالدين المظنون شيئاً ثم تصادقاً على أن لادين بقي الشراء صحيحاً ثم لما
اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما بأنه لا يجب بنفس العقد فكأنهما
شروطاً تعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمراً في كلامهما بالتحصيل مقصودهما
كما إذا قال أعتق عبدك عنى على ألف درهم يجعل التمليك مضمراً لتحصيل
مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصاً بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق
حبس المبيع باستيفاء الثمن فان لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدرهم
دون المتاع لانه لما انفسخ العقد بعد ما صار مستوفياً للاجر بالمقاصة
وجب رد ما استوفى كما لو استوفاه حقيقة أو لما انفسخ العقد ظهر أن
الاجر غير واجب وان المقاصة لا تقع به ولكن أصل الشراء بقي صحيحاً
بثمن في ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستأجر بالدرهم دنانير ودفعها
إليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول
وهو قول محمد رحمه الله وفي قوله الاخر الصرف باطل فإذا افترقا قبل
إيفاء العمل فوجه قوله الاول أنهما لما أضافا عقد الصرف إلى الاجرة فقد
قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل
فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمّر كالمصرح به ولو صرح
باشتراط التعجيل ثم صارف به ديناراً وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق
فكذلك إذا ثبت ذلك ضمناً في كل منهما وهو نظير الشراء والدليل عليه أن
من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صارف به مع المكفول عنه ديناراً
قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه على المكفول عنه
ما لم

يود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف إذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك أن الاجر لم يجب بعقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف فعرفنا أنه واجب بعقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوى لان الحاجة إلى اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم في ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهب أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبدل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده فان (قيل) يجعل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو المقاصة الا به (قلنا) انما يقدم على العقد بطريق الاجبار ما هو من شرائط العقد ووجوب الاجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة في المجلس كان العقد صحيحا ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقاء العقد صحيحا (الأتري) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس لم يبطل ولكن قيل يحتمل للتصحيح في الابتداء ولا يحتمل للبقاء على الصحة والدليل عليه أن الاجرة إذا كانت بقرة بعينها فصارف بها دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا في ابقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين وأما مسألة الكفيل فبالكفالة كما وجب للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل إلى أدائه والمصارفة بالدين المؤجل صحيح وقد بينا ههنا ان الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا فيبطل عقد الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم وان مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق أو لم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر ما لم يوفه من العمل وفي قوله الاول لانه صار مستوفيا للاجر بطريق المقاصة فيقدر ما يفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر الصرف باطل فعليه رد دينار وان شرط في الاجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار الاجل من حين يجب الاجر لان الاجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب وان كان الاجر شيئا له حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الايفاء في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله العقد فاسد وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو نظير اختلافهم في المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل اليس أن الاجر بمنزلة الثمن في البيع ولو كان الثمن

شيئا له حمل ومؤنة لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فكيف يشترط ذلك في الاجر عند أبي يوسف رحمه الله (قلنا) في الثمن ان لم يكن مؤجلا فالايفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لايافته لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله إحداهما انه لايد من بيان مكان الايفاء كما في السلم لان وجوب التسليم الان عند حلول الاجل ولا يدري في أي مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفي الرواية الاخرى يجوز لان البيع في الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لان في ذلك امكان وجوب التسليم وانما تأخر بعرض شرط الاجل لان شرط الاجل

معتبر في تأخير المطالبة لا في نفي الوجوب فبقى مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لايفائه ولا بد من بيان مكان الايفاء لان بدون بيان المكان تتمكن فيه جهالة تفضي إلى المنازعة فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعقد صحيح هنا كما في السلم الا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدار تعين موضع الارض والدار للايفاء لان وجوب الاجر هنا باستيفاء المنفعة لانفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسليم الاجر في ذلك الموضع وفي الحمولة حيث ما وجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله إليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه في موضعه لانه يطالب بايفاء ما لزمه ولم يلزمه الحمل إلى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه في الدراهم والدنانير حيث شاء لانه صار ديناً في ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالايفاء حيثما لقيه والله أعلم (باب السمسار) قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي عرزة الكنانى قال كنا بنباع الاوساق بالمدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمانا باسم هو أحسن من اسمنا قال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه

[115]

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعلم للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهذا بين في الباب طريق الجواز ثم ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم وهو الاليق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار أحسن) لان ذلك يطلق في العبادات قال الله تعالى هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على أن التاجر يندب له إلى أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه في قوله ان البيع يحضره اللغو والحلف معناه أنه قد يبالغ في وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف في الحلف لترويج سلعته فيندب إلى الصدقة ليمحو أثر ذلك ذلك كما قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وقال صلى الله عليه وسلم أتبع السيئة الحسنة تمحها وإذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لى بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم ما لم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمي له عدد الثياب أو استأجره لبيع طعام أو شراء طعام وجعل أجره على ذلك من النقود أو غيرها فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما أو على كل من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما إلى الليل بأجر معلوم لبيعه له أو ليشترى له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه (الأثرى) انه لو سلم إليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس إذا لم يعمل به ثم فيما كان من ذلك فاسدا إذا اشترى وباع فله أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي له لانه استوفى المعقود عليه بحكم

اجارة فاسدة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع
والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيفا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ
من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما فان
التعويض في هبة الاعيان مندوب إليه عند الكل فكذلك في هبة المنافع وقد
أحسن إليه بالاعانة وانما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المناع ولك
الدرهم أو اشتر لي هذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به
ما سمي لانه استأجره للعمل الذي سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف
الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال ان بعث هذا

[116]

المتاع لي فلك درهم كان استنجارا فكذلك إذا قال بعه ولك درهم ثم قد
استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم
بالصواب (باب الكفالة بالاجر) (قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة
في جميع الاجارات بالاجرة في عاجلها وأجلها لان الاجرة وان لم تجب
بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجدوا لكفالة بعد وجود السبب صحيحة
كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثق وكما يحتاج إلى التوثق فيما
هو واجب فكذلك فيما هو يعرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيجب صحيحة
كالكفالة بما يدور له على فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن
ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل الوجوب صحيح فالرهن به كذلك
وإذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق الاولى ثم يجب على
الكفيل نحو ما على المكفول عنه ان لم يشترط خلافه في تعجيل أو تأخير
لان الكفالة للضم فتنضم به ذمة الكفيل إلى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه
بصفته ثم الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولهذا لا تصح
الكفالة الا بمضمون يطالب به الاصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر
بالاجر حتى يؤديه ولكنه ان ألزمه به صاحبه فله أن يلزم المكفول عنه حتى
يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الاصيل مؤخر إلى وقت أدائه
فانه بالكفالة أقرض ذمته من الاصيل فيجب له مثل ما التزمه في ذمة
الاصيل وبالاداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع
عليه بمثله والحاصل أنه يعامل الاصيل بحسب ما يعامل ان طولب طالب
وان لوزم لازم وان حبس حبس وان أدى رجع وان عجل الكفيل الاجر من
عنده قبل الوقت الذي يتمكن صاحبه من مطالبة المستأجر لم يرجع به
الكفيل على المستأجر حتى يحن ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للاداء قبل
حلول الاجل وتبرعه لا يسقط حق الاصيل في الاجل الذي كان ثابتا له وكما
أن الطالب لا يتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل فكذلك
الكفيل وان اختلفا في مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه
منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل على ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به
عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان أقاموا البينة فالبينة بينة الاجير
لائبته الزيادة وله الخيار في استيفاء ما أثبتته بين أن يطالب به الكفيل أو

[117]

الاصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم
العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فانما التزم

الكفيل تسليمًا مستحقًا على الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة والكفالة
بمثله صحيحة عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك
الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ
الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه
بخلاف الكفالة بالعين المعصوبة فهناك الغاصب لا يبرأ عن تسليم الثوب
بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام العين وهنا المستأجر برئ
عن تسليم الثوب حتى لا تلزمه قيمته ولكن انفسخ العقد بهلاك الثوب قبل
التسليم فيلزمه أجر الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل
ما التزم من أجر مثل الدار شيئًا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار
بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم مالا يقدر على
ايفائه فخدمة عبد بعينه لا يمكن ايفاؤها من محل آخر وان كفل بنفس
العبد فانه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد بالعقد يستحق على المؤاجر وهو
مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطلب الكفيل بتسليمه فإذا مضى
الشهر وأقر المكفول له انه كان حقه قبل خدمة الشهر الماضي برئ
الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد تسقط عن الاصيل بمضى
الشهر وقوات المعقود عليه فبرئ الكفيل وله أجر مثل الدار على
المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد بقوات ما
يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا
شيء على الكفيل من ذلك وإذا استأجر محملا أو زاملة إلى مكة وكفل بها
رجل بالحمولة فهو جائز لانه كفل بما هو مضمون في ذمة الاصيل وتجرى
النيابة في ايفائه لان الحمولة إذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفائه
كما يقدر الاصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما يؤخذ المؤاجر فكذلك إذا
استأجر منه ابلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى إلى بلد معلوم وكفل
له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذي ذكرنا ولو استأجر ابلا بأعيانها وكفل
رجل بالحمولة لم تجز الكفالة لان الكفيل لا يقدر على ايفاء المكفول به
من مال نفسه فان غير ما عين لا يقوم مقام المعين في الايفاء فهو بمنزلة
مالو كفل بمال بشرط أن يؤدي ذلك من مال نفسه الاصيل وذلك باطل ولو
استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليخدمه وكفل له رجل بالوفاء
بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه
وبنفس الكفالة

[118]

لا تثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفى ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه
الكفالة من هذا فالاجارة جائزة نافذة إذا لم تكن الكفالة شرطا في الاجارة
لانها عقدان مختلفان ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وان كانت
الكفالة شرطا في الاجارة فعقد الاجارة نظير البيع في انه يبطل بالشرط
الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر ان لم يوفه الخدمة
والسكنى والزراعة فهذا جائز لانه كفل بدين مضاف إلى سبب وجوبه وان
أسلم ثوبا إلى خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو
جائز لانه كفل بمضمون تجري فيه النيابة فان المستحق على الخياط
العمل في ذمته ان شاء أقامه بنفسه وان شاء أقامه بنائبه فتمكن الكفيل
من ايفاء هذا العمل أيضا فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء
فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل ذلك العمل بالغ ما بلغ
لانه أوفى عنه ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله وبمثل الخياطة أجر المثل
وان كان صاحب الثوب اشترط على الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط
مفيد معتبر لتفاوت الناس في عمل الخياطة وإذا ثبت أن المستحق عليه

اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه وبالكفالة لا تثبت له الولاية على يد الاصيل ليوفى ما التزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة وكذلك سائر الاعمال والله أعلم (باب اجارة الطئر) قال رحمه الله الاستئجار للطئيرة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن والمراد بعد الطلاق وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى يعنى باجر وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وكانوا عليه في الجاهلية وقد استؤجر لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم حليلة وبالناس إليه حاجة لان الصغار لا يتربون الا بلبن الادمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق إلى تحصيل المقصود سوى استئجار الطئر جوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتأخرين رحمهم الله أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه وأما اللبن تبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدي

[119]

فمنفعة كل عضو على حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعه عن محمد رحمهما الله فانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر في الكتاب انها لو ربت الصغير بلبن الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته لاستوجب الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد بن علي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن في حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر في ذلك الرضيع لما للغذاء من الاثر ونظيره ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق وإذا استأجر طئرا ترضع صبيا له سنتين حتى تفلطمه باجر معلوم فهو جائز لان استأجرها بعمل معلوم يبدل معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها فقيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قيل العقد وترضعه في بيتها ان شاءت وليس عليها أن ترضعه في بيت أبيه لانها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بينهم وهي تقدر على ايفاء ما التزمت في بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة ومسحا و فراشا فذلك جائز استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله في هذا الموضوع خاصة دون سائر الاجارات وفي قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك ان اشترطت عليهم طعاما فهو على هذا الخلاف * وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الاجرة كما في سائر الاجارات والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما في سائر الاجارات لانها تفضى إلى المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها لانها وقت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا أن يسموا لها ثيابا معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز كما في سائر الاجارات والبيوع وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف يعنى أجرا على الارضاع بعد الطلاق (ألا

تري) انه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لانفعة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

[120]

في عينه نص يبطله وفي النزوع عن هذه العادة حرج لانهم لا يعدون الطئر من أهل بيتهم فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجوز هذا في سائر الاجارات لتمكن المنازعة في الثاني وذلك لا يوجد هنا لانهم لا يمنعون الطئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع إلى ولدهم وربما يكفلونها أن تاكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لا يمنعونها كفايتها من الكسوة لكون ولدهم في حجرها ثم أحد العوضين في هذا العقد يتوسع فيه مالا يتوسع في سائر العقود حتى أن اللبن الذي هو عين حقيقة يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فكذلك يتوسع في العوض الآخر في هذا العقد مالا يتوسع في غيره وإذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب المسماة لانها لا تستحق ذلك بمطلق التسمية في عقد المعاوضة فينصرف إلى الوسط كما في الصداق إذا سمى لها عبدا أو ثوبا هرويا وهذا لان في تعيين الوسط نظرا من الجانبين ولو اشترطوا عليها أن ترضع الصبي في منزلهم فهو جائز كما في سائر الاجارات إذا شرط المستاجر على الاجير اقامة العمل في بيته وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي في بيتهم مالا تتعاهده في بيت نفسها وربما لا يحتمل قلبهما غيبة الولد عنهما والشرط المفيد في العقد معتبر فان كان لها زوج فاجرت نفسها للطئرة بغير ادنه فللزواج أن يبطل عقد الاجارة قبل هذا إذا كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته طئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ العقد فاما إذا كان ممن لا يشينه ذلك لا يكون له أن يفسخ والاصح أن له ذلك في الوجهين لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فللزواج أن يمنعها من الخروج من منزله وان كانت ترضعه في بيت نفسها فللزواج أن يمنعها من ادخال صبي الغير منزله ولانها في الارضاع والسهر بالليل تنعب نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها من التطوعات وهذا إذا كان زوجها معروفا فان كان مجهولا لا تعرف أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استأجرها ولانه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بان يقر له بالنكاح ليفسخ الاجارة وهو نظير المنكوحه إذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق على نفسها فانها لاتصدق في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر ما مضى ولها مما اشترطت من الكسوة والدرهم عند الفطام بحساب ذلك لانها أوفت المعقود عليه في المدة الماضية فتقرر حقها فيما

[121]

يقابل ذلك من البذل ثم تتحقق فوات المقصود فيما بقى فلا يجب ما يخصه من البذل ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أن من ثيابه شيء لم تضمن الطئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل نفسها

في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاحير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الاحير المشترك على قول من يضمنه وليس عليها من عمل أبوي الصبي شئ ان كلفوها عجا أو طبخا أو خبزا لانها التزمت بالعقد الطؤرة وهذه الاعمال لا تتصل بالطؤرة فلا يلزمها الا أن تتطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصلحه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الطؤرة وان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام لانها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك كله على أهله وعليها أن تهياه له لان ذلك من عمل الطؤرة فقد جعل الدهن والريحان عليها بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك إلى العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الاجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قال في استنجار اللبان إن الزنيل والمبلن على صاحب اللبن بناء على عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك فان كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحتى التراب على الحفار في القبر باعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقة في القصاع على الطباخ إذا استأجر لطبخ عرس وان استؤجر لطبخ قدر خاص فليس ذلك عليه لانعدام العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمال إذا حملة على ظهره وليس عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة للعرف وإذا استأجر دابة ليحمل عليها حملا إلى منزله فانزال الحمل عن ظهر الدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب الدابة وفي الجواليف والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الاصل أما التوابع التي لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة وإذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الاجل فليس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا أن الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه في بابها ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها فيقوت به ما هو المقصود ولاعذر أبين من ذلك وكذلك إذا تقايا لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة

[122]

فالحاجة إلى دفع الضرر عنه عذر في فسح الاجارة وكذلك إذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فإذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها وكذلك ان كانت فاجرة بينه فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عذر لانها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد أن يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر (ألا ترى) انه قد كان في بعض نساء الرسل كافرة كامرأة نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي في هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك إذا أرادوا سفرا فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من ذلك من الضرر ولاتجبر هي على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الاجارة وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عذر وعذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها إنضمام تعب الرضاع

إلى المرض ولهم أن يخرجها إذا مرضت لأنها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع وربما يقل بسببه لبنها أو يفسد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك ان لم تكن معروفة بالظنورة فلها أن تفسخ لانهار بما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبثلي به من المقاساة والسهر فإذا جربت ذلك تضررت ولانها تغيرت من هذا العمل على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بسديها وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل إذا لم تكن معروفة بذلك فإذا عملت كان لها أن تفسخ العقد وان كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساؤا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مذموم فإذا لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لانها تضرر بالصبر على الاذى وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من عشيائها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فلهم أن يمنعه ذلك في منزلهم لان المنزل لهم فلا يكون له أن يدخله الا باذنهم وان لقبها في منزله فله أن يغشاها لان ذلك مستحق له بالنكاح ويتسلم الاجارة لا يسقط حقه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر أن تمنع نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم

[123]

لأنها في ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعه من الكينوة عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة إذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها قد التزمت ما يرجع إلى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لانها حرمة مالكة أمر نفسها فيما وراء ما التزمت لهم ويجوز للامة التاجرة أن تؤاجر نفسها ظئرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعتها وكذلك المكاتبه وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظئرا أو يستاجر ظئرا لصبي له لان الاجارة من عقود التجارة ولان التدبير فيما يرجع إلى اصلاح كسبه إليه فكما يشتري لصبي له طعاما فكذلك يستاجر له الظئر لترضعه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤاجرها فان رد في الرق بعد الاستئجار انتقضت الاجارة فان كان هو أجز أمته لم تنتقض الاجارة في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالاجارة استحققت على المكاتب وبعجزه بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار بمنزلة الحر في ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فعجزه يكون ناقلا الحق منه إلى المولى بمنزلة موت الحر وبهذا الطريق يبطل استئجاره وبه فارق العبد المأذون فان الكسب كان مملوكا للمولى وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون ناقلا الحق إلى مولاه (ألا ترى) أن استئجاره لا يبطل فكذلك اجارته وهذا بخلاف ما إذا أعتق المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف * والدليل على الفرق أن المكاتب إذا استبرأ أمته ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان على المولى فيها استبراء جديد وان المكاتب لو اشترى قريب نفسه من والد أو ولد امتنع بيعه ولو اشترى قريب المولى لا يمتنع عليه بيعه وأنه يجوز دفع الزكاة إلى المكاتب وان كان مولاه غنيا فعرنا أن الكسب له مادام مكاتبيا فبالعجز ينتقل إلى مولاه والدليل عليه أنه لو مات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك إذا عجز وأبو يوسف رحمه الله يقول بعجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما إذا عتق * وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد

منهما فيه حق الملك لا حقيقة الملك وهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاة أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجر كما لو تزوج المكاتب أمة من كسبه فعرفنا أن لكل واحد منهما حق الملك وجانب المولى في حقيقة الملك يترجح على جانب المكاتب لانه أهل لذلك

[124]

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البديل كان الولاء لمولى الاولى ولو أعتق المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرفنا أن في حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم إذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فإذا تحقق للمولى بالعجز اولى وهذا لانه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بعقد الاجارة بخلاف ما إذا مات الحر وقد قبل الاستئجار على الخلاف أيضا والاصح ان أبا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استئجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاة وقد سقطت حاجته بعجزه فاما إجارته كانت لتحصيل الاجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا يندم ما لاجله لزمته الاجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حزر على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل المنصرف (ألا ترى) ان العبد المأذون المديون يتصرف في كسبه دون المولى ثم بالحجر وسقوط الدين يتبدل المتصرف ولا تبطل به الاجارة لانعدام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستئجار هناك لانها وقعت لحاجة المولى فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين من موضع آخر فيما يرجع إلى اصلاح ملكه يكون من حاجته والصحيح أنه إذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة لا تنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كما لو عجز في حياته فاما فصل الاستبراء فذلك ينبنى على ملك اليد والتصرف دون حقيقة الملك (ألا ترى) ان المبيعة إذا حاضت قبل القبض فليس للمشتري أن يجتزئ بتلك الحيضة ونحن نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبنى على ملك اليد والتصرف للمكاتب فان المكاتب لما كان بملك الكتابة في كسبه يتكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق في كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى لا يملك الكتابة في كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى إذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة ينبنى على انعدام ملك اليد والتصرف (ألا ترى) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وان كان غنيا فلا يدل في كسب المكاتب فهذا جاز صرف الزكاة إلى مكاتب الغنى فاما بطلان الاجارة ينبنى على انتقال ملك العين من المؤاجر إلى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتقض اجارة الظئر لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالثائب عنه ولهذا يؤدي الاجر من مال الصبي إذا كان له مال وأجر الظئر بعد موت الاب في ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال كان للاب أن يؤدي أجر الظئر منه فكذلك يؤدي معنى ميراثه بعده ولو استأجورها أن

[125]

ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات أحدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر بمقابلة ارضاع الصبيين فيتوزع عليهما نصفين لان التفاوت يقل في عمل الارضاع أو ينعدم وقد بطل العقد في حق الميت منهما فلهذا يرفع عنهم نصف الاجر ولو استأجروا ظئرين يرضعان صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما على لئبهما فان كان لئبهما واحدا فالاجر بينهما نصفان وان كان متفاوتا فيحسب ذلك وبهذا تبين أن المعقود عليه اللبن وأن البديل بمقابلته فان ماتت احدهما بطل العقد في حقها لفوات المعقود عليه وللأخرى حصتها من الاجر ولايجوز بيع لبن بنى آدم على وجه من الوجوه عندنا ولا يضمن متلفه أيضا وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه ويضمن متلفه لان هذا لبن طاهر أو مشروب طاهر كلبن الانعام ولانه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالية والتقوم بكون العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فيجوز بيعه ويكون مالا متقوما كالصبيغ في عمل الصباغة والخبر في الوراقه والحرص والصابون في غسيل الثياب بل أولى لان العين للبيع أقبل منه للاجارة (وحتنا) في ذلك أن لبن الأدمية ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الأدمى خلق مالكا للمال وبين كونه مالا وبين كونه مالكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى في قوله وهو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ثم لاجزاء الأدمى من الحكم مالعينه (ألا ترى) أن شعر الأدمى لا ينتفع به اكراما للأدمى بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الأدمى يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الأدمى (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهي حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذي هو أصل الأدمى والمتولد من الاصل يكون بصفة الاصل فإذا لم يكن الأدمى مالا في الاصل فكذلك ما يتولد منه من اللبن بمنزلة الولد (ألا ترى) أن ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعا وأن لبن الاضحية إذا حلبت يتصدق به ولهذا روى عن أبى يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون لبن الحرة اعتبار اللبن بالولد ولكن هذا ليس بقوى لان جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الأدمى بدون هذا الوصف لا يكون محلا للبيع ولارق في اللبن لان الرق فيما تحله الحياة فانه عبارة عن الضعف ولا حياة في اللبن والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا

[126]

متقوما كان ذلك للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور ولا يدخل على شئ مما ذكرنا المنافع فانها تقبل العقد من الحر لان المنافع لا تتولد من العين ولكنها أعراض تحدث في العين شيئا فشيئا فكانت غير الأدمى ثم نحن نجعل اللبن كالمصلحة الا أن عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع فكذلك لبن الأدمى وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لانه عين والعين الذي هو مال مقصود لا يستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبيغ فصاحب الثوب هناك لا يستحق بالاجارة عين الصبيغ بل ما يحدث في الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرص والصابون المستحق لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار باى شئ أزال ذلك استحق الاجر وهنا المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لا تستحق الاجر ولانسلم أن اللبن غذاء على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم

لا يتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على انها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يتملك بالعقد للحاجة إلى اقتضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق فاما ما يحلب القوارير قل ما يحصل به غذاء الصبي وفي تجويز ذلك فساد لانه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر اجزاء الادمى متقوم حتى يضمن باتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الادمى في الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الادمى بل يجب الضمان بالنقصان المتمكن في الاصل حتى لو اندمجت الجراحة بالبرء ونبتت السن بعد القلع لا يجب شئ لانه لا نقصان في الاصل فكذلك الاتلاف في اللبن لا يتمكن نقصان في الاصل ولهذا لا يجب الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطئ في حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند الشبهة وان لم يتمكن نقصان في الاصل قلنا المستوفى بالوطئ في حكم النفس من وجه ولهذا لا يعجل البذل في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (الا ترى) أنه لا يضمن بالاتلاف بعد البذل ومثله لا يضمن إذا لم يكن متقوما وقد بينا أنه ليس بمال متقوم ولا بأس بان يستعط الرجل بلبن المرأة ويشربه للدواء لانه موضع الحاجة والضرورة ولو أصاب ثوبا لم ينحسه لان الادمى طاهر في الاصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ما قام الدليل الشرعي على نجاسته (الا ترى) أن عرفه

[127]

وبزاقه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحى انما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة في اللبن ولا يحله الموت ولان المستحيل من الغذاء إلى فساد وثن رائحة يكون نجسا واللبن ليس بهذه الصفة فلماذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم صبيا ولا يعلم أهلها الاولون بذلك فارضعت حتى فرغت فانها قد أتمت وهذه جناية منها لان منافعتها صارت مستحقة للاولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرفت تلك المنافع إلى الاخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين ولا تتصدق بشئ منه لان ما اخذت من كل فريق انما أخذته عوضا عن ملكها فان منافعتها مملوكة لها ولا بأس بان يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التي قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر في اعتقادها دون لبنها والانبيا عليهم السلام والرسل صلوات الله عليهم فيهم من أرضع بلبن الكوافر وكذلك فجورها لا يؤثر في لبنها فان استأجرها ترضع صبيا له في بيتها فدفعته إلى خادمها فأرضعته حتى انقضى الاجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها لانها التزمت فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم يبس لبنها فارضعت خادمها حولا آخر فلها الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمها فلها الاجر تاما ولا شئ لخادمها لان المنافع لا تنقوم الا بالتسمية فقيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو يبس لبنها فاستأجرت له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفي القياس لا أجر لها لانها بمنزلة أجير الخاص وليس للاجير الخاص أن يستأجر غيره لاقامة العمل وفي الاستحسان لها الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول فلما استأجروها مع علمهم انها قد تمرض أو يبس لبنها في بعض المدة فقد رضوا منها بالاستئجار لتحصيل

مقصودهم وتتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ضمانها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وإذا استأجر امرأته على ارضاع ولده منها فلا أجر لها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لها الاجر لانه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا تطالب به ولا تجبر عليه إذا امتنعت فيصح الاستئجار كالحياطة وغيرها من الاعمال والنفقة مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة فهو نظير نفقة الارقاب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار على الارضاع (وحدثنا) في ذلك قوله

[128]

تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين معناه ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر والامر يفيد الوجوب فظاهره يقتضى أن يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستئجار على مثل هذا العمل لا يجوز واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الاجر كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الاجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمراد النفقة ففي هذا العطف اشارة إلى أن النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد ما يكون بمقابلة الارضاع فإذا استوجب عوضا بمقابلة الارضاع لا يستوجب عوضا آخر بالشرط والمعنى فيه أن هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا عليها دينا فانها تطالب به فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستئجار على مثله لا يجوز كالاستئجار على كنس البيت والتقبيل واللمس وما أشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح يثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود من النكاح والولد مقصود بالنكاح فكانت هي في الارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الاجر على الزوج بالشرط كما في التقبيل واللمس والمجامعة وهكذا نقول في سائر أعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وما يرجع منفعتة اليهما فهو لا يستوجب عليه الاجر بالشرط وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا ولا يرجع منفعتة إليها وكذلك لو استأجرها بعد الطلاق الرجعي لان النكاح باق بينهما بقاء العدة فمعنى الاتحاد قائم فاما بعد انقضاء العدة الاستئجار صحيح لانها صارت أجنبية منه وارضاع الولد على الاب كنفقته بعد الفطام وكذلك في العدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لا يجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطلاق ولكننا نقول معنى الاتحاد الذي كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لا يكون مستحقا عليها دينا بمنزلة سائر أعمال البيت فيجوز استئجارها عليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه كان للرضيع مال استأجرها في حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس في مال الرضيع فيجوز أن يستوجب الاجر في ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها عليه وهو انما التزم نفقتها لهذه الاعمال فلا تستوجب عليه عوضا آخر وكذلك إذا استأجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها ملكها وبدلها كمنفعة نفسها وان استأجر مكاتبها كان لها الاجر لان المكاتبه كالحره في منافعتها ومكاسبها يوضحه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة مكاتبها ولو

استأجرها ترضع صبيها له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لا تؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القائم بينهما بخلاف ولده منها ولو استأجر أمه أو ابنته أو اخته ترضع صبيها له كان جائزا وعليه الاجر وكذلك لكل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق على واحدة دينا حتى لا تؤمر به فتوى فيجوز استئجارها عليه فان استأجرها ثم أبت بعد ذلك وقد ألفها الصبي لا يأخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها أن تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لا تعرف بذلك فلها أن تأبى وقد بينا هذا في الاجنبيات أنها إذا لم تعرف بذلك العمل فانما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون ذلك عذرا لها فكذلك في المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيها في بيتها فجعلت تؤجر لبن الغنم وتعدوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن أو ليس لها لبن فلا أجر لها لان البديل بمقابلة الارضاع وهى لم ترضعه الا بما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما أنت به مفسد فالادمى لا يتربى تربية صالحة الا بلبن الجنس وان حدث ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصلاح الولد دليل على أنها أرضعته لبن الادمية وان أقام أهل الصبي البينة على ما ادعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا في ذمة من استأجرها ويثبت ايفاء العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على الباقي وإذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذي يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه وعليه الاجر لانه التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لانه لا ولاية له عليه في الزام الدين في ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعلى أوليائه كل ذي رحم محرم ان يستأجروا له ظئرا على قدر مواريتهم لان أجر الظئر كالنفقة بعد القطار والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قوله وليس له أم ترضعه اشارة إلى أن الارضاع عليها إذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر القرابات بمنزلة المعسر في ذلك فكان عليها دونهم بخلاف النفقة فان كان لاولى له فاجرة الظئر على بيت المال بمنزلة نفقته بعد القطار والله أعلم (باب اجارة الدور والبيوت) (قال رحمه الله وإذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريد

له فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فانما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك (ألا ترى) انها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لا تتفاوت فيها الناس ولان سكناه لا تكون الا بعياله وأولاده ومن يعلوهم من قريب أو أجنبي وكثرة المساكن في الدار لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بان لا يسكنه أحد وله أن يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكناه لا تتم الا بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها ما بدا له من الاعمال يعنى الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك لان سكناه لا تخلو عن هذه الاعمال عادة فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لا يضر بالبناء ما خلا الرحا ان ينصب فيه أو الحداد أو القصار فان هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب البيت ويشترط عليه في

الاجارة والمراد رحا الماء اورحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى في العادة والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد الا أن يشترطه وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التى لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتبه أو الخبز في المبيع فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لا يوهن البناء فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب الدار وان استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيه دابته وبغيره وشاته وهذا إذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له اتخاذ المربط في ديارنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة لما في المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من أحب لانه قد يأتيه ضيف فيسكن معه أياما وقد يحتاج إلى أن يسكنها صديقا له بأجر أو بغير أجر وقد بينا أن ذلك لا يضر بالبناء فلا يمنع منه فان أجرها باكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل الا أن يكون أصلح منها بناء أو زاد فيها شيئا فحينئذ يطيب له الفضل وعلى قول الشافعي رحمه الله يطيب له الفضل على كل حال بناء على أصله أن المنافع كالأعيان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة إليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى شيئا وقبضه ثم باعه وربح فيه فالربح يطيب له لانه ربح على ملك حلال له ولكننا نقول المنافع لم تدخل في ضمانه وان قبض الدار بدليل أنها

[131]

لو انهدمت لم يلزمه الاجر فلهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ثم المنافع في حكم الاعتياض انما يأخذ حكم المالية والتقويم بالتسمية بدليل ان المستعير لا يؤجر وهو مال للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك منفعتها وجعلت لك منفعتها ولو أضاف الاعارة إلى ما بعد الموت يثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك إذا أوجبها له في حياته ومع ذلك لا يؤجر لانه ليس بمقابلتها تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد الاول لاتسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع الا أن يكون زاد فيه شيئا فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة وكذلك إذا أجره بجنس آخر لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقويم والعقد لاي وجوب ذلك فاما عند اتحاد الجنس يعود إليه ما غرم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث بمنزلة المستعير إذا أجر فعليه أن يتصدق بالاجر وان كان استأجرها كل شهر فلكل واحد منهما أن ينقص الاجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه تتناول الادنى فانما لزم العقد في شهر واحد فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقص الاجارة فان سكنها من الشهر الثاني يوما أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الاجارة إلى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم إذا سكنها يوما أو يومين فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفي ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وبعض المتأخرين رحمهم يقول الخيار

لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى إذا مضى ساعة فالعقد يلزمها وهذا هو القياس ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما في اليوم الاول من الشهر وإذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذي استأجرها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار الا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه إذا أطلق ذكر الشهر فليس بعض الشهور لتعيينه للعقد باولى من بعض وجهالة المدة مفسدة لعقد الاجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة (ألا ترى) انه لو قال لله على أن أصوم شهرا لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه ولكننا نقول الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الاجال

[132]

والايمان إذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون الا بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوي فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى أن الليل لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيدين وأيام التشريق * يوضحه أن الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب فأما دخول المنفعة في العقد لا يستدعى معنى من جهته سوي العقد فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد في اليوم الاول من الشهر فله شهر بالهلال تم أو نقص وان كان ذلك اليوم في بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الاهلة أصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة والايام تدل على الاهلة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فأكملوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار إلى البديل إذا تعذر اعتبار الاصل فان كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الاصل هنا ممكن فكان له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل وإذا كان في بعض الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه إذا استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طالوت أو قصرت وفي قول الشافعي رحمه الله لا يجوز الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفي قول آخر يجوز إلى ثلاثين سنة ولايجوز أكثر من ذلك وفي قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الاول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة في بعض الاشياء لا تتم الا بسنة كما في الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثاني يقول العادة أن الانسان قل ما يسكن بالاجارة أكثر من ثلاثين سنة فانه يتخذ المسكن ملكا إذا كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالاغنياء القائمة فالعقد على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة * وحثنا في ذلك أن اعلام المعقود عليه لا بد منه والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة للمنفعة فالكيل والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوما الا بذكر الكيل والوزن لا يصير المقدار هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو كثر وقد دل على جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى علي أن تأجرني ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلا للبيع فانها تصلح مشروطة في عقد الاجارة كالسنة وما دونها والمعنى فيه وهو أن الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبقى بينهما منازعة فان استأجرها

سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر سنة بالاهلة اثني عشر شهرا وان كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالايام واحدى عشر شهرا بالاهلة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الاهلة أصل والايام بدل ففى الشهر الواحد تقدر الاهلة وفي احدى عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير إلى البدل وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لان ثبوت الكل بتسمية واحدة وهذا لانه ما لم يتم الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني فإذا كان ابتداء الشهر الاول في بعض فتمامه في بعض الشهر الداخل أيضا وانما يدخل الشهر الثاني في بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك في كل شهر وقد ذكر في كتاب الطلاق في باب العدة أنها تعتبر بالايام فعلى قول أبي حنيفة واحدى الروائين عن أبي يوسف رحمهما الله لا حاجة إلى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروائين عن أبي يوسف رحمهما الله الفرق بين الاصلين أن الاجارة عقود متفرقة فإذا أهل الهلال يتحدد العقد عند ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد في هذه الحالة فلماذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك في العدة لان الكل في حكم شئ واحد فتعتبر كلها بالايام ثم قال إذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضيين من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحدى عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقي وهذا غلط والصحيح ما ذكر في بعض الروايات استأجرها لاربع عشرة بقين من الشهر لانه إذا كان الماضي من الشهر الاول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشرة يوما في ذلك الشهر فلا يسكنها في آخر المدة الا أربعة عشر يوما لتمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا أن الصحيح لاربع عشرة بقين من الشهر وإذا استأجر بيتا في علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد للانتفاع به من حيث السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتهما واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وان كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الرحالان التقييد إذا كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة في حق صاحب الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلا تكون مضرته مثل المشروط أو أقل منه فقد علمنا أنه لا ضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللانسان أن يتصرف في

ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شاء وان كان أكثر مضرة فهو يريد أن يلحق به ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمنع من ذلك والمسلم والذمي والحربي المستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانها من عقود التجارة وهم في ذلك سواء وان استأجر الذمي دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فان اتخذ فيها مصلى لنفسه دون الجماعة لم يكن لرب الدار أن يمنعه من ذلك لانه استحق سكنها وهذا من توابع السكنى وان أراد أن يتخذ فيها مصلى للامة ويضرب فيها بالناقوس

فلرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهى عن المنكر فانهم يمنعون من أحداث الكنائس في أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم لاختصاص في الاسلام ولا كنيسة والمراد نفي أحداث الكنائس في أمصار المسلمين وفي الخصاص تأويلان (أحدهما) خصاء بنى آدم فذلك منهى عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال الله تعالى ولا أمرنهم فلا يغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى في أمصار المسلمين فيجوز بيع الدور وأجارتها منهم للسكنى إلا أن يكثروا على وجه نقل بسببه جماعات المسلمين فيحتمل أن يؤمروا بأن يسكنوا ناحية من المصر غير الموضع الذي يسكنه المسلمون على وجه يأمنون اللصوص ولا يظهر الخلل في جماعات المسلمين ويمنعون من أحداث البيع والكنائس في أمصار المسلمين فإذا أراد أن يتخذ مصلى العامة فهذا منه أحداث الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمر في أمصار المسلمين لان ذلك يرجع إلى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناهم الذمة على أن يظهر ذلك فكان الاظهار فسقا منهم في التعاطى فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سواء وكذلك يمنعون من اظهار شرط الخمر وضرب المعازف والخروج سكارى في أمصار المسلمين لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين أيضا ولو كان هذا في دار بالسواد أو بالجبل كان للمستأجر أن يصنع فيها ما شاء وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول هذا الجواب في سواد الكوفة فان عامة من يسكنونها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما في ديارنا يمنعون من أحداث ذلك في السواد كما يمنعون في المصر لان عامة من يسكن القرى في ديارنا مسلمون وفيها الجماعة والدرس ومجلس الوعظ كما في الامصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الامصار موضع إعلام الدين نحو اقامة الجماعات واقامة الحدود وتنفيذ الاحكام في أحداث البيع في الامصار معنى المقابلة

[135]

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا يمنعون من أحداث ذلك في القرى (قال) رضى الله عنه والقول الاول عندي أصح فان المنع من ذلك في الامصار لا يفتتن به بعض جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم إذا لم يظهرها لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بينهم ما شاؤا وخوف الفتنة في اظهار ذلك في القرى أكثر فان الجهل على أهل القرى أغلب واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله أهل القبور هم أهل الكفور والدليل على أن المعنى ما قلنا قوله صلى الله عليه وسلم انا برئ من كل مسلم مع مشرك لانراء ناراهما وقوله صلى الله عليه وسلم لاتستضوا بنار المشركين ولو كان المستأجر مسلما فظهر منه فسق في الدار أو دعارة أو كان يجمع فيها على الشرب منعه رب الدار من ذلك كله لا لملكه الدار بل على سبيل النهى عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرج من الدار من أجل ذلك مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تفسخ الاجارة لاجله رأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع لما ظهر منه لاسبيل له إلى ذلك فكذلك الاجارة وإذا سقط حائط من الدار فاراد المستأجر ترك الاجارة نظر في ذلك فان كان لا يضر بالسكنى فليس له أن يخرج لان المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة فاعور العبد

وذلك لا ينقص من خدمته وان كان يضر ذلك بالسكنى فله أن يخرج لتمكن الخلل في مقصوده والعيب الحادث في المعقود عليه للسكنى بمنزلة العبد المستأجر للخدمة إذا مرض وهذا لما تقدم أن قبض الدار لا تدخل المنفعة في ضمان المستأجر فحدوث المغير بعد قبض الدار وقبله سواء الا أن ينتبه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فحينئذ لا يكون للمستأجر أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد إذا برأ وانما يكون له حق الفسخ بحضرة رب الدار فان كان غائبا فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بمحض من الاجر لما فيه من الزام حكم الرد الاخر فيستوى في ذلك ما قبل القبض وما بعده كما في رد المبيع بالعيب ولو خرج في حال غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد حق وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب الدار لان التغير في وصف المعقود عليه فإذا رضى به لا يحط شئ من الاجر كالمشترى إذا رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهداً كان صاحب الدار أو غائبا وفيه

[136]

طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبناء كان مسكنا بخلاف الاول فهناك دخل المعقود عليه تغير (ألا ترى) أن استئجار الحراب للسكنى لا يجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد وإذا انفسخ العقد سقط الاجر سواء كان رب الدار شاهداً أو غائبا لان اشتراط حضوره للفسخ قصد الا للانفساخ حكما (وطريق) آخر وهو الاصح أن العقد لا يفسخ بالانهدام وقد نص عليه كتاب الصلح (قال) ولو صالح على سكنى دار فانهدمت الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس للمؤجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم يفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب القسطاط والخيمة فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر على المستأجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار فان التمكن من الانتفاع شرط لوجوب الاجر (ألا ترى) أنه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الاجر فكذلك إذا انهدم البناء بخلاف ما اذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذي قصده بالعقد قائم فيلزمه الاجر ما لم يفسخ العقد بمحض من رب الدار وإذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الاصل الذي بينا أن عنده المنافع في حكم الاعيان القائمة فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها إذا تفرقت عليه قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الانسان قد يستأجر دارا وحانوتا سنة ومقصوده من ذلك شهرا واحدا كالحاج بمكة في أيام الموسم فإذا منعه في المدة التي كانت مقصودة له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به فلدفع الضرر أثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتحدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة على ما بينا فلا يتمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود وفوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر في عقد آخر بخلاف

البيع * يوضحه أن لو استأجر دارين وقبضهما فانهدمت احدهما لا يتخير
في الآخر والمنافع بقبض الدار لم تدخل في ضمانه فقد تفرقت الصفقة
عليه قبل التمام لان تمام الصفقة

[137]

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ وكذلك إذا
كان الانهدام قبل القبض وان سلمها إليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع
المؤاجر رفع منه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفاء
المنفعة فانما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها إليه كلها ثم انتزع
منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى في البيت حين انتزع
منه فكانه لم يسلمه إليه في الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع الكل منه لم يجب
عليه الاجر فالجزء معتبر بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الاجنبي
سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء
المعقود عليه ويجوز استئجار الدار بالموصوف من المكمل والموزون شرط
له أجلا أو لم يشترطه وهذا لان الاجرة بمنزلة الثمن في البيع فان الاجارة
نوع بيع فما يصلح بدلا في البيع يصلح في الاجارة والمكمل والموزون يصلح
بدلا في البيع موصوفا حالا كان أو مؤجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا
مؤجله والحيوان لا يصلح الا أن يكون معيناً فكذلك في الاجارة وهذا على
الطريق الذي يقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان لا
يثبت ديناً في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذي يقول ليس
بمال فالحيوان انما يثبت في الذمة بدلا عما ليس بمال في العقود المبينة
على التوسع في البديل وهو ما لم يشرع في الاصل لتحصيل المال فأما
الاجارة مبينة على الاستقصاء في البديل مشروعة لتحصيل المال كالبيع
والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في الاجارة
وان استأجر دارا بعبد بعينه فاعتقه رب الدار قبل أن يتقابضا لم يجر عتقه
لما بينا أن الاجرة إذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا
يملك باطل فان كان المستأجر دفع إليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه
رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت
السكنى فلا شيء عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار أو موت أحدهما
أو عرق الدار أو انعدم التمكن من الانتفاع بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد
لان العقد لما انفسخ وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العبد لنفوذ العتق فيه
فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستأجر سلط عليه
وملكه اياه بالسليم إليه حال قيام العقد فنغذ عتقه والعتق بعد ما نفذ لا
يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم أعتقا جميعا العبد
وهو في يد المستأجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق
المستأجر فيما بقى منه لان رب الدار ملك منه حصة ما استوفى المستأجر
من المنفعة فكان العبد مشتركا

[138]

بينهما فإذا أعتقاه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقى لان جوارها باعتبار
مالية العبد وقد فات بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم الا أن في
الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر ما سكن لان العقد انتقض بهلاك

المعقود عليه قبل التسليم فبقيت المنفعة في تلك المدة مستوفاة بعقد فاسد فعليه رد بدلها وهو أجر المثل وفيما أعتقاه لا يلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لما يخص المستوفى من المنفعة من العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل أن يدفعه إليه أو استحق كان عليه أجر مثلها لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ولو كان المستأجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى أعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج من ملكه بالتسليم إلى رب الدار فانما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحققت فالاجر للمؤاجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا في كتاب الغصب أن الغاصب إذا أجر المغصوب فالاجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث وفي قياس قول أبي يوسف الاول لا يتصدق لانه كان يقول العقار بضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استبرج على ضمانه لا يلزمه التصديق به كما في المودع إذا تصرف في الوديعة ولو أنهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والعقار بضمن بالاتلاف ويرجع به على المؤاجر لانه مغرور من جهته بعقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فإذا لم يسلم رجع كما يغرم بسببه ولو أجر داره من رجل قامى سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر الغامى أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشتري به من الغامى الدقيق والزيت وغيره حتى استوفى أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل الغامى بذلك يجوز وليس للغامى على المستقرض شئ لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه إليه كتسليمه إلى رب الدار ولكنه قرض لرب الدار على المستقرض بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم أقرضه منه وكذلك لو أخذ دينارا فيما أخذ وقد بينا اختلافهم في المصارفة في الاجر مع رب البيت فكذلك مع من قام مقامه وهو المستقرض ولو كان للغامى على الرجل دينار أو أجر البيت عشرة دراهم في كل شهر فمضي شهران ثم أمر رب الدار الغامى أن يدفع أجر الشهرين إلى المستقرض وقاصه بالدينار الذي له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة مالو فعله رب البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس هذا

[139]

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والغامى حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدرهم بمنزلة مالو كان اشترى به من الغامى شيئا ولو كان رب البيت أقرض الدرهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجر لان القرض مضمون بالمثل وشرط شئ آخر مكانه باطل وان أحاله على هذا الوجه بالدرهم فقاصه بالدينار فانما للمقرض على المستقرض عشرون درهما لان ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس الغامى بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينار بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو أنهدم البيت أو استحق لم يرجع الغامى على المستقرض بشئ لما بينا أنه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدرهم ورب البيت على المستقرض بالدرهم وقال أبو يوسف رحمه الله أخيرا في حصة البيت هكذا فاما في حصة الدينار فانه يرجع بالدينار بعينه على الذي كان عليه الاصل لان المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل التقايب فيرجع عليه بالدينار كما كان في ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا

وقد وجب الاجر على الفامى بشرط التعجيل فانه قال وأمره أن يعجله قلنا شرط التعجيل انما يعتبر إذا كان مذكورا في العقد وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال وطابت نفس الفامى بذلك ولايجوز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز على كل حال اتفقت جنس المنفعة أو اختلفت بناء على أصله أن المنافع كالأعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير الاموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا فيجوز مبادلة بعضها ببعض وان جاز الاعتياض عن كل واحد منهما بالدراهم جاز معاوضة على كل واحد منهما بالآخر كما إذا اختلف جنس المنفعة ولنا فيه طريقان (أحدهما) منقول عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسا ومعنى هذا أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فإذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه يحرم نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا بخلاف ما إذا اختلف الجنس فان قيل النساء ما يكون عن شرط في العقد والاجل عنا غير مشروط كيف والمنافع في حكم الأعيان دون الديون لانها لو كانت في حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنس

[140]

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا تثبت في الحال بل تتأخر إلى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالاجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق الآخر ان جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه فاما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له ما لم يكن حاصلًا قبله فصاحب السكنى قد تكون حاجته إلى خدمة العبد أو ركوب الدابة ثم ان عند اتحاد الجنس إذا استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل كما لو استأجر دارا ولم يسم الاجر وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما أن المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد الفاسد وإذا أجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة إذا كانت ثوبا بعينه فهو كالمبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره قال (ألا ترى) انه لو هلك كان على المستأجر أجر مثلها وهذا اشارة إلى بقاء العرر والمكيل في الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شيء بعينه من العروض والحيوان أو الموزون وتبر الذهب والفضة وفي هذا اشارة إلى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا

اختلاف الروايات في كتاب الشركة وان كان الاجر شيئاً من المكيل والموزون بغير عينه موصوفاً كان له ان يبيعه من المستأجر قبل ان يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمناً والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالاجر فان ابتاع به منه شيئاً بعينه جاز ان قبضه في المجلس أو لم يقبضه لانهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئاً بغير عينه فلا يفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل انى قبضه التقص البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم

[141]

في ثمن البيع وليس له ان يبيعه من غيره فان بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز إلا على قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه ممن عليه فكذلك من غيره ولكننا نقول إذا باعه منه يصير قابضاً له بذمته وإذا باعه من غيره فهو لا يقدر على تسليمه ما لم يستوف ولا يدري متى يستوفى فانما يبيع ما لا يقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلاً مجهولاً وهو إلى أن يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بينا بثوب فاجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الا بالتقويم والعقد لا يوجب ذلك وكذلك كل ما اختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وأجره بدينارين طاب له الفضل أيضاً لانه لا يظهر الفضل بين الدينارين والدراهم الا بالتقويم (ألا ترى) أن مبادلة عشرة دراهم بدينارين تجوز في عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالي عن المقابلة ففي عقدين أولى وإذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤاجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نبهجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة في كلامه فاسم الدراهم يتناول النبهجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفاً لم يصدق بينه ولا غيرها لانه قد سبق من الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله وجدته زيوفاً والمناقض لا قول له ولا تقبل بينته ولو كان الاجر ثوباً بعينه فقبضه ثم جاء برده بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبي فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فانه كان شيئاً بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار البينة على العيب رده سواء كان العيب يسيراً أو فاحشاً على قياس المبيع ثم يفسخ العقد برده لغوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لان العقد لما فسد لزمه رد المستوفى من السكنى ورد السكنى برد أجر المثل وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجوع بخصه العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بخصه العيب عند تعذر الرد يكون من البديل كما في البيع وإذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناية فعلى المستأجر اخراجه لانه اجتمع بفعله وهو الذي شغل ملك الغير به فعليه تفريغه إذا خرج من

[142]

الدار ولكن ما أشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الارض فاما بالوعدة وما أشبهها فليس على المستأجر تنظيفها استحسانا وفي القياس هذا كالأول لانه اجتمع بفعل المستأجر وللإستحسان وجهان (أحدهما) العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف بالوعدة إذا خرج من المنزل وقد بينا ان العرف معتبر في الاجارة (والثاني) ان بالوعدة مطوية فتحتاج للتنظيف إلى الحفر وذلك تصرف من المستأجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لا يحتاج في التفريغ إلى نقض بناء وحفر فعليه اخراج ذلك وان اختلفا في التراب الظاهر فالقول قول المستأجر انه استأجرها وهو فيها لان رب الدار يدعى لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك الموضوع ويدعى احداث شغل ملكه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما مسيل ماء الحمام ظاهرا كان أو مسقفا فعلى المستأجر كئسه إذا امتلا هو المتعارف بين الناس ولانه ظاهر على وجه الارض وانما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولانه لا يملك ليرك بل ليفرغ إذا امتلا وكان التفريغ على من ملأه بخلاف بالوعدة فقضاء الحاجة في بئر بالوعدة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فهذا لا يجب على المستأجر ولو اشترط رب الدار على المستأجر حين أجره اخراج ما أحدثه فيها من تراب أو سرجين كان جائزا لان ذلك عليه بدون الشرط فالشرط لا يزيد الا وكادة وإذا استأجر فامى من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الاواني والرفوف والتحاتح التي قد بنى عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لان الظاهر شاهد له فهو الذي يتخذ ذلك عادة لحاجته إليه قرب البيت مستغن عن ذلك فانه يبنى البيت ليؤجره ممن يستأجره منه ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولان هذه الاشياء موضوعة في البيت وفي الموضوع القول قول المستأجر كسائر الامتعة وكذلك الطحان إذا خرج من البيت فأراد أن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها وخشبها التي فيها واسطواناتها فذلك كله للطحان لانه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاء والحداد وما أشبه من الاوعية والاداة التي تكون للصناع ولو استأجر أرضا ليطبخ فيها الاجر والفخار ثم اختلفا في الاتون التي يطبخ فيها الاجر ففي القياس القول قول رب الارض لانه بناء كسائر الابنية وفي البناء القول قول رب الارض لانه تبع لارضه وفي الاستحسان القول قول المستأجر قال لاني رأيت المستأجر هو الذي يبنى وانما يبنى الحكم على ما يعرف عند المنازعة

[143]

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الارض بخلاف سائر الابنية (الأتري) ان كل عامل من هذا الجنس يبنى الاتون على الوجه الذي يتخذه أهل صنعته ولو اختلفا في بناء سوى ما ذكرنا أو في باب أو خشبة أدخلت السقف فالقول قول رب الدار أنه أجرها وهي كذلك وكذلك الأجر المفروش والغلق والميزاب فالظاهر أن رب الدار هو الذي يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى في الدار وعلى رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذي يحدث ما به ليتم تمكنه من الانتفاع به وما كان في الدار من لبن موضوع أو أجر أو حص أو جذع أو باب موضوع فهو للمستأجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب في البناء ولا هو تبع للارض والبناء فان أقاما البينة ففي كل شئ جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبينة بينة رب الدار لانها مثبتة لحقه ولو كان في الدار بئر ماء مطوية أو بالوعدة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثها وأنا أقفلها فالقول قول رب الدار لان

هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدون السكنى ولانه يحتاج في قلعها إلى نقص البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهى البينة وكذلك الخص والسترة والخشب المبنى في البناء والدرج فالمراد من الدرج ما يكون مبنيا منه فاما ما يكون موضوعا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لانه لا يحتاج في رفعه إلى قلع البناء وهو موضوع كالاتمة (قال) وكذلك التنور وكذلك الاتون التى يطبخ فيها الاجران القول قول المستأجر وفي التنور القول قول رب الدار ولا فرق بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البناء في الدار فيحتاج إليه كل ساكن فاما الاتون فانما يحتاج إليه من يطبخ الأجر دون من يعمل في الارض عملا آخر فالظاهر هناك أن المستأجر هو الذي بناه والظاهر هنا أن رب الدار هو الذي يبنى التنور ولو كان في الدار كوارت نحل أو حمامات فذلك كله للمستأجر كالمحتاج الموضوع ولو أقر رب الدار ان المستأجر خصصها أو فرشها بالاجر أو ركب فيها بابا أو غلقا كان للمستأجر أن يقلع من ذلك ما لا يضر قلعه بالدار لانه عين ملكه فاما ما يضر بها فليس له أن يقلعه دفعا للضرر عن رب الدار (ألا ترى) ان رب الدار لو فعل ذلك غصبا لم يكن لملك ذلك العين أن يقلعه فإذا فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده فيعزم قيمته كما لو انصبع ثوب إنسان بصيغ الغير فاراد صاحب الثوب أن يأخذه وانما اعتبر قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلغا في نقضه فان كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانهما لو اختلفا قبل الانهدام كان القول

[144]

قول رب الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستأجر هو لى فالقول فيه قوله لانه موضوع كسائر الامتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء في الدار على أن يحبس له من الاجر فانقفا على البناء واختلف في مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستأجر لان حاصل اختلافهما فيما صار المستأجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله وكذلك لو قال رب الدار لم تبني أو بنيت بغير اذنى لان المستأجر يدعى عليه الامر وبه يصير موفيا الاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصراعان فسقط احدهما وقال المستأجر هما لى أو قال هذا الساقط لى ويعرف أنه أخ المغلق فالقول قول رب الدار لان الظاهر شاهد له أما في المغلق غير مشكل والساقط إذا كان أخ المغلق فهما كشيء واحد في معنى الانتفاع حتى لا ينتفع بأحدهما دون الآخر والبينة بينة المستأجر لانه هو المحتاج إلى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان في البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا البيت وقال المستأجر بل هو لى ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول في ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره مالو اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال يجعل القول قول الزوج وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة التصاوير وكون موضع ذلك الجذع من السقف ظاهرا دليل فوق اليد وإذا جعل القول قول ذى اليد لشهادة الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطينها واصلاح الميزاب وما وهى من بنائها على رب الدار لان به يتمكن المستأجر من سكنى الدار وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى لان المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة فان أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب المعقود عليه الا أن يكون استأجرها وهى كذلك وقد راها

فحينئذ هو راضى بالعيب فلا يردّها لاجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلا من فعل المستأجر لما بينا أنه يحتاج في ذلك إلى هدم البناء ولكن لا يجبر رب الدار على ذلك ولا المستأجر وان شاء المستأجر أن يصلح ذلك فعل ولا يحتسب له من الاجر وان شاء خرج إذا أبى رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء ولو استأجر من رجل نصف أرض غير مقصود أو نصف عبد أو نصف دابة فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله

[145]

والشيوخ فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة سواء عنده في افساد الاجارة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز ونهايان فيه وحتهم في ذلك أن هذا معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة (ألا ترى) انه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو أجر من رجلين تجوز العقود وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعا والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من انسان جاز ذلك وتأثير الشيوخ في المنع من عقد التبرع أكثر منه في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فإذا جاز تملك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى وأبو حنيفة رحمه الله يقول التزم بعقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الأبق أو أجره * وبيان ذلك أن عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعا انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايا على المكان فانما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايا على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض المدة فعرقنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق فكان بأضافة العقد إلى جزء شائع ملتزما تسليم مالا يقدر على تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس رحمه الله انه كان يقول إذا أجر أحد الشريكين نصيبه من اجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان إلى المهاية فاما أن يعود إلى يد الاجير جميع المستأجر في بعض المدة فإذا تهايا على الزمان أو بعض المستأجر في جميع المدة إذا تهايا على المكان وعود المستأجر إلى يد الاجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما لو أعاره المستأجر من الاجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترب بالعقد يبطل الاجارة فاما إذا أجر أحدهما نصيبه من اجنبي فالمهاية تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود المستأجر إلى يد الاجير وانما يعود إلى يد اجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو أعاره المستأجر أو أجره من اجنبي والاصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء المعقود عليه لا يتأدى الا بالمهاية والمهاية عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة فبدونه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد استوجب أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع الأبق فإذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بعد انعقاد

العقد وهذا بخلاف البيع لان التسليم هناك بالتخلية يتم وذلك في الجزء الشائع يتم فأما إذا أجره من شريكه فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحد زوجي المقرض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هنا فانه يسكن جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة بخلاف ما اذا أجره من غير شريكه فهناك بتعذر الاستيفاء على الوجه الذي أوجه العقد وهو نظير بيع الأبق ممن هو في يده يجوز بكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غير من في يده لا يجوز لعجزه عن التسليم وهذا بخلاف الرهن فالشيوخ هناك ينعدم المعقود عليه لان المعقود عليه هو الحبس المستدام ولا تصور لذلك في الشائع وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوخ لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبه فارق الهبة أيضا فالشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره في ذلك سواء وأما إذا أجر من رجلين فتسليم المعقود عليه كما أوجه العقد مقدور عليه للمؤجر ثم المهاية بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيها وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما أوجهه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فقد ذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة رحمه الله انه يفسد العقد في النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع تقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد منعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوخ طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة إذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا بخلاف الاعارة لانه لا يتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر في العقد الذي يتعلق به استحقاق التسليم رجل تكارى دارا من رجل على أن جعل أجرها أن يكسوه ثلاثة أثواب فهذا فاسد لان المسمى مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لا تصلح عوضا في البيع فلا تصلح أجرة وعليه أجر مثلها فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد

ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم فخلى بيته وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الاجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله فان كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود فانه في الامتناع بعد التمكّن قاصد إلى الاضرار بالآخر فيرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لانه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤجر أن يتمكن من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه إذا لم يستوف ولو تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان فخلى بيته وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طلب الاجر فقال ما سكنته حال بينى وبين المنزل

فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فانه بحكم الحال فان كان المستأجر فيه في الحال فالاجر عليه وان كان الغاصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله لان الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول إلى المعلوم وبحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا إذا اختلفا في انقطاع الماء في المدة بحكم الحال فيه وان لم يكن في المنزل ساكن في الحال فالمستأجر ضامن الاجر لانه متمكن من استيفاء المنفعة في الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الاجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكارى بيتا ولم يسم ما يعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت فلا حاجة إلى تسميته وليس له أن يعمل فيه القسارة ونظائرها لان ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فان عملها فانهدم البيت فهو ضامن لما انهدم من عمله لانه متلف متعدى ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لا يجتمعان فانه يملك المضمون بالضمان مستندا إلى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الاجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب في المنفعة * وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فإذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه وإذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لايجاب الضمان عليه فلماذا لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لاعمل فيه القسارة وقال رب البيت أكرتتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو أنكر الايجاب والاذن أصلا كان القول قوله إذا أقر بشئ دون شئ ولان المستأجر يدعى زيادة فيما استحقه بالعقد فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه وأسكن

[148]

فيه معه غيره فانهدم من سكنى غيره لم يضمن لانه غير متعدى فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لاتوهن البناء ولكنها تزيد في عمارة الدار وإذا طلب رب البيت أجر ما سكن فقال الساكن أسكنتني بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعى الاجر في ذمة الساكن فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين إذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته لى وقد هلك في يده لان العين متقوم في نفسه ولا تسقط قيمته الا بالايجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لاتتقوم الا بشرط البدل ولم يثبت ذلك وان قال الساكن الدار لى أو قال هي دار فلان وكلنى بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان اليد له والبينة بينة الطالب لانه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها في يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هي دار فلان ولان الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفاؤها منه بحكم الاجارة وان قال الساكن وهبتها لى لم يصدق على الهبة لانه أقر بالملك له وادعى تملكها عليه ولا أجر عليه لانه في حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لانه يثبت سبب الملك لنفسه هنا وهو الهبة فان أقر باصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لاقراره له بالنسب الموجب له الا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة رجل تكارى من رجلين منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فأكروا من المنزل بيتا وأنزلوا انسانا بغير أجر فانهدم المنزل الذي سكنوه فلا ضمان على الآخر لان أكثر ما فيه انه غاصب والعقار لا يضمن

بالعصب ولاضمان على المستأجر الثاني الا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا وإذا انهدم من عمله وضمنه رجع به على الذي أجره لانه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصرف فلاكراء على المرأة لانها لم تستأجر ولم تلنزم شيئا من الاجر والكراء على الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن اقامه مقام نفسه في السكنى في المنزل ولا تخرج من المنزل حتى يهل الهلال لان العقد في الشهر الواحد لزم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فان تكارى على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله ان ينزلها معه وليس الشرط بشئ لانه غير مفيد فكل ماكان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وان حفر المستأجر في الدار بئرا للماء أو الوضوء فعطب فيها انسان أو دابة فان حفر باذن رب الدار فلا ضمان عليه وان حفر بغير اذنه فهو ضامن لان المسبب انما يضمن إذا كان متعديا في السبب وهو في الحفر بغير اذنه متعدى فاما في الحفر باذنه لا يكون

[149]

متعديا ولكن يجعل فعله كفعل رب الدار وان تكارى دارا كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويعطى أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد لان ما يعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه فهي الجباية بمنزلة الخراج فهي مجهولة فقد شرط لنفسه شيئا مجهولا مع العشرة وضمن المجهول إلى المعلوم يجعل الكل مجهولا فاما أجر الحارس فهو على الساكن لانه هو المنتفع بعمله وإذا سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا ما بلغ لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار ما رضى بالمسمى حين ضمن إليه شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا ما بلغ والاشهاد على المرتهن والمستأجر والمستعير في الحائط الوهى باطل لان الاشهاد انما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فانه يطالبه بتفريغ ما اشتغل من الهواء بالحائط المائل وهؤلاء لا يتمكنون من التفريغ بالهدم فلا تتوجه عليهم المطالبة. رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فادخل دابة في الدار وأوقفها على بابه فضربت إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل صيف له على دابة فوطئ إنسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولا على الصيف لانه غير متعدى في ادخال الدابة وايقافها في الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها الا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت إنسانا فحينئذ يضمن لانه مباشر للاتلاف وان تكارها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار أن يربط فيها دابته من غير رضى الساكن لان الساكن فيما يرجع إلى الانتفاع كالمالك والمالك كالأجنبي فان فعل فهو ضامن لما أصابت لكونه متعديا في التسبب ولو تكارى دارا يسكنها شهرا بخدمة عبد شهرا فان كان العبد بغير عينه فالاجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وان كان بعينه فالاجارة جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار لان بموت العبد فمات المعقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد في حق السكنى وبقيت السكنى مستوفاة بعقد فاسد وكان على المستوفى أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد فان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ينقص مما سمي لان المستأجر التزم المسمى بدون أن يسكنها فالتزامه لها فإذا سكن أظهر ورب الدار انما رضى بالمسمى إذا لم يسكنها فعند السكنى لا يكون راضيا بها فلهذا أعطاه أجر مثلها بالغا فان تكارها على أن يسكنها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها حيوانا وقال رب الدار ردها

على (قال) هذا يخربها فليس له ذلك حتى تنقضي المدة لان ما فعل من السكنى (ألا ترى) انه لو سكنها كان له أن يجعل فيها من الحبوب مع

[150]

نفسه ما يحتاج إليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الاجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لاجله وإذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه في الدار فلما انقضت المدة طالبه بالاجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشئ من ذلك لان العقد لم يجز بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه اجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالاجر فكذلك إذا أسكنه دارا يكتريها فان تكارى منزلا في دار فيها سكان فأمره صاحب المنزل أن يكنس البئر التي في الدار ففعل وطرح ترابها في الدار فعطب بذلك انسان فلا ضمان عليه لان فعله بأمر رب الدار كفعل رب الدار بنفسه وكذلك ان فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتانى له الا بالكنس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن الا أن يخرج التراب إلى الطريق فحينئذ هو متعد في القاء التراب في الطريق فكان ضامنا. رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفي أحد قول الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على الاصل الذي بينا أن جواز الاجارة بطريق أن المنافع جعلت كالايعان القائمة وانما يكون ذلك إذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين سقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من أن يتلف شئ من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط الخيار في النكاح فكذلك في الاجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة * وحثنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لما كان المقصود المال وقد يقع نفيه قبل أن يروى المرء النظر فيه فهو محتاج إلى شرط الخيار فيه ليدفع الغبن عن نفسه والاجارة في هذا كالبيع (ألا ترى) أنه في الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك في الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل في ضمان المستأجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند اشتغاله باستيفاء المنفعة أو عند مضي مدة الخيار فان سكنها في المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره والله أعلم وان كان شرط لنفسه الخيار

[151]

ثلاثة أيام فان رضيتها أخذها بمائة درهم وان لم يرضها أخذها بخمسين فالاجارة فاسدة لجهالة الاجرة وان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما أنهدم منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وإذا أجر الوصي دار اليتيم

مدة طويلة جازت الاجازة لانه قائم مقامه لو كان بالغا في كل عقد نظرا له الا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتبارا للاجارة بالبيع وهذا لانه مأمور بقربان ماله بالاحسن وبما يكون أصلح له قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير ويجوز لو كبل الكبير أن يؤجرها بما قبل وكثر في قول أبي حنيفة رحمه الله ولايجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا بما يتغابن الناس في مثله وهو نظير البيع في ذلك. رجل تزوج امرأة وهى في منزل بكراء فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء وقد أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبره فالاجرة على المرأة دون الرجل لانها هي التي باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فان كان قال لهالك على مع نفقتك أجر المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لانه ضمن ديننا واجبا لرب المنزل وان أشهد لها به ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لا لها فلا يكون هو ضامنا لها ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فان شاء أعطى وان شاء لم يعط وإذا تكارى دارا لم برها فله الخيار إذا رآها لان الاجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا في البيع قبل الرؤية فكذلك في الاجارة ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لاتتأتى ولكن يصير ذلك معلوما برؤية الدار فان منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار في الضيق والسعة ولهذا لو كان رآها قبل ذلك فلا خيار له فيها الا أن يكون انهدم منها شئ يضر بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير وإذا استأجر دارا سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة واحدة باتحاد العاقدين فبال تفصيل في ذكر البديل لا تتفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل وجوده كعدمه فيكون العقد لازما في جميع السنة لا يفسخ أحدهما الا بعذر وان قال المستأجر استأجرتها شهرا فالقول قوله لانه ينكر الاجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر أصل العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك إذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الزيادة وان استأجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الاول ولا كراء عليه في الشهر الثاني لانه غصاب في السكنى والمنافع لاتتقوم الا بالعقد وعند ابن أبى ليلى رحمه الله عليه أجر مثلها في الشهر الثاني وقد بينا نظيره في العارية فان انهدمت من سكناه فقال انما انهدمت في

[152]

الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لانه يثبت السبب الموجب للضمان عليه وكذلك ان زاد على الشهر يوما أو يومين لانه غاصب فيما زاد فيستوى فيه قليل المدة وكثيرها وإذا أجر البيت من رجل وسلم إليه المفتاح فلما انقضت المدة قال المستأجر لم أقدر على فتحه ولم أسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة بينته أيضا أما جعل القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح ما اتخذ الا لفتح الباب والظاهر أنه من وصل إليه المفتاح يتمكن من فتح الباب إما بنفسه أو بمن يعينه وأما ترجيح بينته فلانه يثبت الاجر في ذمة المستأجر باثباته السبب الموجب وهو التمكّن من استيفاء المنفعة بعد العقد والمستأجر ينقى ذلك وإذا تكارى دارا شهرا فاقام معه صاحب الدار فيها إلى آخر الشهر فقال المستأجر لأعطيك الاجر لانك لم تحل بينى وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ما كان في يده لانه استوفى بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذي في يده فليلزمه الاجر بقدره اعتبار للجزء بالكل رجلا استأجرا حانوتا يعملان فيه بانفسهما فعمد أحدهما فاستأجر خيرا فاقعده في الحانوت وأبى الاخر أن يدعه (قال) له ان يقعد في نصيبه من شاء ما لم

يدخل على شريكه في نصفه ضررا بيانا لان لكل واحد منهما ملك منفعة النصف فله أن يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه إذا أدخل ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متعدد إلى نصيب شريكه وفيه ضرر عليه وكذلك ان كان أحدهما أكثر متاعا من الآخر وان أراد أحدهما أن يبني وسط الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف في العين فان ما يملك مالك الرقبة وهما يملكان المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيانا ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين فحيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكراء جائز في الدار ويرفع عنه بحساب الدكان لانه أضاف العقد فيهما إلى محله وهو عين منتفع به (ألا ترى) أنه لو لم يتعرض له انسان حتى استوفى منفعتهما سنة كان عليه الاجر كاملا فاحيل بينه وبين الترفق بالدكان يرفع عنه بحسابه من الاجر كما كانا بيتين فغصب أحدهما غاصب. رجلان استأجرا منزلا واشترطا فيما بينهما أن ينزل أحدهما في أقصاه والآخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك في أصل الاجارة فالاجارة جائزة ولصاحب الاقصى أن ينزل في مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التي بينهما بعدما ملك المنفعة بالاجارة بمنزلة المهالبة والمهالبة لا تكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانتفاع بالمقدم من الآخر وإذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقرا

[153]

فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فان ما فعل من توابع السكنى وعليه الاجر وقيل هذا إذا كان منزلا تدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما يهدم بعمله وإذا مات أحد المكاربين انتقضت الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنتقض بموتيهما ولا بموت أحدهما الا في خصلة واحد وهي إذا شرط على الخياط أنه يخييط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد على المنفعة وهذا لانه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق في الكل فموت الاجير لا يتغير ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستأجرة إذا زرعتها المستأجر ثم مات فان الاجارة لا تنتقض بالاتفاق بل يخلفه وارثه في تربية الزرع فيها إلى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل بموت العاقد الا أن يتضمن هذا المعقود عليه كالتكاح فان زوج أمته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط إذا شرط عليه العمل بيده لفوات المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عنده لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولى بالاتفاق ولنا طريقان (أحدهما) في موت الاجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الاجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك أن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة (ألا ترى) أنه لو باع الدار برضاء المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها إلى غيره * توضيحه أنه فيما يحدث فيها من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد إلى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير وهذا لان الاجارة تتجدد في ملك المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة فان (قيل) فعلى هذا ينبغي أن تعمل الاجارة فيها من المورث (قلنا) انما لاتعمل اجارته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فما كان يعلم عند ذلك أن العقد مضاف إلى محل حقه وهذا بخلاف التكاح لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت

للوارث بملك رقبة الامه حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الاخر في موت المستاجر وهو أنه لو بقى العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث (ألا ترى) ان المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن

[154]

المستعير مالك للمنفعة وفي حكم التوريث لافرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لا تورث والدليل عليه لو أوصى برقبة عبده لانسان وبخدمته لآخر فرد الموصى له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصى لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى والتي لا تحدث لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكون مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود وإذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه وفصل الارض المزورعة والسفينة إذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة في القياس تبطل الاجارة فيهما ولكن في الاستحسان لا تبطل للحاجة إلى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة لا تعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتداء حتى لو مضت والزرع بقل بعقد بينهما عقدت الاجارة إلى وقت الادراك لدفع الضرر فلان يجوز ابقاء العقد لدفع هذا الضرر أولى والمستحسن من القياس لا يورد نقضا على القياس إذا عرفنا هذا فنقول رجلان أجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد ينتقض في حصته فان رضي الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الاجارة ورضى به المستاجر فهو جائز لان هذا عقد بينهما في حصته بالتراضى وذلك جائز وان كان مشاعا لانه يؤاجر من شريكه ففي نصيب الحى منهما العقد باق لما بينا أن الشيوخ الطارئ لا يرفع الاجارة لا زفر رحمه الله فانه سوى بين الشيوخ الطارئ والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الاجارة فيهما وكذلك لو مات أحد المستأجرين فبطلان العقد في نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد بينا رواية فيه عن أبي حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكاري دارا سنة على أن يجعل له الاجر فسكن الدار شهرا فقال رب المنزل عجل لى الاجر كما شرطت عليك فأبى أن يعطيه فاراد أن يخرج قبل السنة (قال) يأخذه بالاجر حتى يجعله وليس له أن يخرج حتى تمضى السنة لان العقد لازم كالبيع والمشتري إذا امتنع من ايفاء الثمن فالبايع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ البيع لاجله فكذلك في الاجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة لاجله وإذا بنى المستاجر في الدار يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير اذنه فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متعدي في هذا التسبب فان

[155]

اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير إذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب الدار فإن تكاري منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضى الشهر فإن خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ما سكن وإن خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لأن بخروجه بغير عذر لا تنفسخ الاجارة فبقى تمكنه من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وإن خرج بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا أجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند العذر ينفرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضي لأن هذا في المعنى امتناع من الالتزام على ما بيننا أن عقد الاجارة في حكم المتجدد في كل ساعة فاما على رواية الزيادات لا يفسخ الا بقضاء القاضي بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الاجر إذا خرج ما لم يقض القاضي بالفسخ الا أن يساعده رب الدار على ذلك بأن يسكن الدار بنفسه. رجل وكل رجلا أن يؤجر منزله فاجره من ابن الموكل أو ابيه أو عبده أو مكانه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالاجر أبوا أن يعطوه فالاجر واجب عليهم الا عند الموكل فإنه لا أجر عليه لان عقد الوكيل مع هؤلاء كعقد الموكل بنفسه وهو يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا في عبده خاصة فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً فكذلك إذا عقد وكيله وإن كان المولى هو المستأجر ورب الدار عبده فلا أجر عليه أيضا إذا لم يكن على العبد دين لان كسبه لمولاه وإن كان عليه دين فعلى المولى الاجر لان كسبه الآن لغرمائه وحققهم فيه مقدم على حق المولى فالمولى فيه كأجنبي آخر ما لم يسقط الدين وإن كان المستأجر ابن الوكيل أو أباه ففي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجارة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الاجارة جائزة والوكيل يطالب بالاجر وهذا نظير الوكيل بالبيع ممن لا تجوز شهادته له وقد بيناه في البيوع وأن أجره الوكيل من أجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل واحد كإبي حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل فيما يباشره قائم مقام الموكل فكان الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذي يستوفي لانه وجب بعقده. رجل دفع داره إلى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من رجل فانهدمت الدار من سكنى الأجر (قال) يضمن رب الدار المستأجر ويرجع المستأجر بذلك على الذي أجره لان رب الدار اعارها من المدفوع إليه وليس للمستعير أن يؤجر فكان

[156]

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكنها ويرجع به على الذي أجره لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤجر الا في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن يؤجر منزلا له فوهبه الوكيل لرجل أو أعاره إياه فسكنه سنين ثم جاء صاحبه فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان كل واحد منهما غاصب فالوكيل في الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تقوم على الغاصب من غير عقد. رجل استأجر منزلا والمنزل مقفل فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه ففتح الرجل المنزل وأعطى أجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له أن يرجع بما أعطى الحداد على رب المنزل لانه هو الذي التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مأمورا من جهة رب المنزل وإن انكسر القفل من معالجه الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون

ضامنا لما جنت يده ولا يضمن المستأجر القفل إذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد أذن له في فتحه وليس له عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به إذا كان يعلم أن الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن بما يتلف لا بعمله والله أعلم (باب اجارة الحمامات) (قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت إلى عثمان بن عفان رضى الله عنه وسألني عن مالى فاخبرته أن لى غلمانا حمامين لهم غلة وحماما له غله فكره لى غلة الحمامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام في كسب الحمام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء رحمهم الله أخذوا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسة ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن ممنوع من الخروج وأمرن بالقرار في البيوت واجتماعهم قل ما يخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضى الله عنها فقالت انتن من اللاتي يدخلن الحمام وأمرت باخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة إلى ذلك خصوصا في ديارنا والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج إلى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا في الانهار

[157]

والحياض كما يتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بازالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع إلى الزينة أكثر وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ماروي من كراهة الدخول إذا كان مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت وإذا استأجر الرجل حماما مدة معلومة بأجر معلوم فهو جائز لانه عين منتفع به على وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد جددهما جميعا فسمى في كتاب الاجارة حماما فهو فاسد في القياس لانه انما استأجر حماما واحدا فان النكرة في موضع الاثبات تخص ولا يدرى أيهما استأجروهما يتفاوتان في المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكني أدعى القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فانه يقال حمام فلان وهما حمامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام في صاروجه وحوضه ومسيل مائه واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم الا بهذه الاشياء وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده ولان المرجع في هذا إلى العرف وفي العرف صاحب الحمام هو الذي يحصل هذه الاعمال فان اشترط المرممة على المستأجر فسدت الاجارة لان المرممة على الأجر فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الاجرة تفسد الاجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الاجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لانه معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه في انفاقه على ملكه في هذا يستدل أبو يوسف ومحمد رحمه الله على أبي حنيفة رحمه الله في مسألة كتاب البيوع إذا قال لمدينه أسلم مالى عليك فان هناك لم يبين له من يشتري منه ما يرم به الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا في اجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الاجرة على الدابة على علفها جاز ذلك وهما سواء

حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن الجواب قولهما وفي القياس قول
أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك والاصح أنه قول الكل وإنما استحسن هنا
أبو حنيفة رحمه الله للتيسير فالمستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع
رأى صاحب الحمام عند كل مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد عين له
المحل الذي أمره بصرف الدين إليه فنزل ذلك منزله تعيين من يعامله كما
لو أمر المدين بأن ينفق على عياله من الدين الذي له عليه بخلاف

[158]

مسألة السلم فإن قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق إلا بينته لأن
الاجر دين في ذمته والمدين إذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه إلا بحجة
ويستحلف رب الحمام على عمله لأنه لو أقربه لزمه فإذا أنكر يستحلف
لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم وكذلك لو
أشترط عليه أنه أمين في هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول
قوله لأن المدين ضامن ما في ذمته واشترط كون الضامن أميناً مخالفاً
لحكم الشرع فكان باطلاً ولو جعل بينهما رجلاً يقبضها ونفقتها على الحمام
فقال المستأجر دفعتها إليه وكذبه رب الحمام فإن أقر العدل بقبضها برئ
المستأجر لأنه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار بالقبض
ويجعل كإقرار الموكل بذلك فإن رب الحمام حين سلطه على القبض فقد
سلطه على الاخبار به ثم العدل أمين فيما يصل إليه فيكون القول قوله
فيما يدعى من ضياع أو نفقة مع يمينه كالمودع وإن كان العدل كفيلاً بالاجر
كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لأن الكفيل ضامن لما التزمه في
ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء ومسيل ماء الحمام أو
موضع سرقينه وإن لم يشترط لأن هذا من مرافقه ومجامعه ولا يتم
الانتفاع إلا به فكان بيعاً والبيع يصير مذكوراً بذكر الأصل فهو بمنزلة مدخل
الحمام وفنائه يدخل في العقد من غير شرط ولو اختلفا في قدر الحمام
فهى لرب الحمام لأنها مركبة في بنائه ولأن الظاهر فيها يشهد لرب
الحمام فإن اتخاذاً القدر وإصلاحه عليه ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع
المستأجر أميناً يقبض عليه يوماً بيوم لم يكن له ذلك لأن المستأجر صار
أحق بالانتفاع بتلك النفقة فليس لأحد أن يقعد معه في ذلك الموضع بغير
إذنه لأنه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شيء إنما له أجر مسمى في ذمة
المستأجر فأما في الغلة فهو وأجنبى آخر سواء ولو انقضت مدة الاجارة
وفي الحمام سرفين كثيراً وأدعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لأنه
منقول كسائر الامتعة ولأن الظاهر فيه يشهد للمستأجر لأن ذلك عليه دون
رب الحمام ويؤمر بنقله لأن موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر
فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك في الرماد إذا كان
منتفعاً به فقال كل واحد منهما هولى وأنا أنتفع به فالقول قول
المستأجر فإن أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لأن
رب الحمام يدعى لنفسه قبله حقاً وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع
منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه ولو اشترط
عليه في الاجارة نقل الرماد والسرفين والغسالة لم يفسد ذلك الاجارة

[159]

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف البالوعة والكرباس وقد بينا الفرق وإذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الاوكادة وان اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام في الاجارة فسدت الاجارة لانه شرط مفيد لاحد المتعاقدين ولا ينقضه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الاجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لمرمة الحمام فهذا لا يفسد الاجارة لانه وكله بان ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فان قال قد أنفقتها لم يصدق الا ببينة وهو نظير ما بينا من العشرة في كل شهر وإذا استأجر حمامين شهورا مسماة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضهما فله أن يترك الباقي وان انهدم بعد قبضهما فالباقي له لازم بحصته من الاجر لان تمام الصفقة بقبض الحمام على ما بينا ان العين المنتفع بها تقام مقام المنفعة في اضافة العقد إليه فكذلك في اتمام الصفقة في قبضه وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عيدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار في الباقي بخلاف ما بعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له في الباقي بخلاف ما قبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلائع فالاجارة فاسدة لان النورة التي اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها في كل وقت وضم المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعيدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام ويموت العبد لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعاقد حق الفسخ وان انهدم الحمام وانما استأجر العبد ليقوم على الحمام في عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وانما كان لعمل الحمام وقد تعذر بانهدام الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة في العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فانه يكون له الخيار في الثور لما قلنا بخلاف ما اذا استأجر حمامين فانهدم أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما إذ منفعة أحدهما غير متصلة بمنفعة الآخر وإذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لان منفعة بعض بيوت الحمام متصل ببعض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقي من الوجه الذي كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام باجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظها له فصاعت لم يكن عليه ضمانها هكذا

[160]

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام في الثياب أمين كالمودع فان ما يأخذه ليس باجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وانما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون ضامنا فاما الثيابى وهو الذي يحفظ ثياب الناس باجر فهو بمنزلة الاجير المشترك في الحفظ فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن ليس انسان ثوب الغير بمرا العين منه فلم يمنعه لان ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولانه مضيع تارك للحفظ ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدانق على أن ينوره صاحب الحمام فهو فاسد في القياس لجهالة قدر ما شرط عليه في النورة لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه لانه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا على أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكته ومقدار ما يصب من الماء ولكنه

استحسن وجوزه لانه عمل الناس وقد استحسنوه وقد قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان في اشتراط أعلام مقدار ذلك حرجا والحرج مدفوع شرعا. رجل استأجر حماما سنة بغير قدر واستأجر القدر من غيره فانكسرت القدر ولم يعمل في الحمام شهرا فلصاحب الحمام اجرة لانه سلم الحمام إليه كما التزمه بعقد الاجارة والمستأجر متمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ما اذا كانت القدر لرب الحمام فانكسرت فان هناك المستأجر لا يتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الاجارة ما لم يصلح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه في ذلك سواء انكسرت من عمله أو من غير عمله المعتاد ولانه أمين في القدر مسلط على الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم (باب اجارة الراعي) (قال رحمه الله وإذا استأجر راعيا يرعى له غنما معلوما مدة معلومة فهو جائز لان المعقود عليه معلوم مقدور التسليم ثم الراعي قد يكون أجير واحد وقد يكون مشتركا فان شرط عليه رب الغنم أن لا يرعى غنمه مع غنم غيره فهو جائز لانه يجعله بهذا الشرط أجير واحد وتبين أن المعقود عليه منافعه في المدة والشرط الذي يبين المعقود عليه لا يزيد العقد الا وكادة فان مات منها شاة لم يضمنها لانه أمين فيما في يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

[161]

لان المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا يتمكن النقصان من منافعه ولا في تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئا لان منافعه صارت مستحقة للاول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة فقفا عينها كان ضامنا لانه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لانه مأذون في سقيها وما تلف بالعمل المأذون فيه لا يضمن أجير الواحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها شاة في المرعى أو أكلها سبع وهو مصدق فيما هلك مع يمينه لانه أمين فيما في يده والقول قول الامين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الاجر تاما مادام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعي مشتركا يرعى لمن شاء على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سباق أو سقى أو غير ذلك لان الاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان لم يخالف في اقامة العمل ظاهرا كما في القصار إذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا ببينة تقام له على ذلك لان على أصلهما القبض في حق الاجير المشترك يوجبه ضمان العين عليه فدعواه الموت بعد ذلك بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعى ما يسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق في ذلك الا بحجة كالغاصب ولو شرط عليه في الاجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الاجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان ما مات فالاجارة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع ولانه يلتزم بهذا الشرط ما ليس في وسعه وهو الحفظ عن الموت واشتراط ما ليس في وسع العاقد في العقد مفسد للعقد وان شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو يأكله السبع فعند أبى حنيفة رحمه الله يفسد العقد لانه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لان

ذلك عليه من غير شرط وإذا كان الراعى أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لانه لا ضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الامين باطل ويبطلان الشرط يبطل عقد الاجارة وإذا أتى الراعى المشتري بالغنم إلى أهلها فأكل السبع منها شاة وهى في موضعها فلا ضمان عليه لانه بتسليمها إلى أهلها يخرج من عهدتها ولان عليه عمل الرعى وقد انتهى ذلك حين أتى بها إلى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب

[162]

بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده بعد أن يكون كبيرا في عياله سواء كان مشتركا أو خاصا لان يد هؤلاء في الحفظ والرعى كيد وكذلك في الرد وهذا بالعرف فان الراعى يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذي يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وبيد من في عياله تارة وإذا استأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما فأراد الراعى أن يرعى لغيره بأجر فلرب الغنم أن يمنعه من ذلك لانه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعقود عليه منافع فيكون أجيرا له خاصا فان لم يعلم رب الغنم بما فعله حتى رعى لغيره فله الاجر على الثاني ويطيب له ذلك ولا ينقص من أجر الاول شئ لانه قد حصل مقصود الاول بمكماله وتحمل زيادة مشقة في الرعى لغيره فما يأخذ من الثاني عوض عمله فيكون طيبا له وقد تقدم نظيره في الطئر ولو كان يبطل من الشهر يوما أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو سأل راعيا أن يرعى غنمه هذه بدراهم في الشهر أو قال شهرا فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لانه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله بيان محله وهو الغنم عرفنا أن المعقود عليه العمل دون منفعه فيكون مشتركا سواء رعى لغيره أو لم يرع وان شرط عليه أن لا يرعى معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الاول في أنه أجير واحد لانا انما جعلناه مشتركا استدلالا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال إذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع إليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لانه مجهول وإعلام الاجر لا بد منه لصحة الاجارة وان اشترط عليه جينا معلوما وسمنا لنفسه وما بقى بعد ذلك للراعى فهو كله فاسد والراعى ضامن لما أصاب من ذلك لانه يتناول ملك الغير فان الزيادة المنفصلة تملك بملك الاصل وله أجر مثله لانه أقام العمل بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما للناس بعضا ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعى مع يمينه لانها في يده والقول في تعيين المقبوض قول القابض أمينا كان أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فان قال لأعرفها فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لاهلها لان الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فان كل واحد منهم لا يقدر على الوصول إلى عين ملكه ويمثل هذا الخلط يكون الراعى ضامنا وتكون الغنم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لان الضمان عليه فالقول في مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وان كان الراعى مشتركا يرعى في الجبال فاشتراط عليه صاحب الغنم أن يأتيه

[163]

بسمة ما يموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لانها قد تموت في موضع لا يمكنه أن يأتي بسمتها وقد يفعله فيما يأتي من السمة بأن يأكل بعض الغنم ثم يأتي بسمته ويقول قد مات فان السمة لا تختلف بالذبح والموت فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله القول قوله وان لم يأت بالسمة لانه أمين في العين عنده وعندهما هو ضامن وان أتى بالسمة الا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق عنما مع الراعي حتى يحضر صاحبها لان المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب على المالك ويتأدي بأدائه ونيته والراعي في ذلك ليس بنائب عنه فان أخذ المصدق الزكاة من الراعي فلا ضمان على الراعي في ذلك لان الراعي لا يتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو في حقه بمنزلة الموت وان خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لان صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وان اختلفا في عدة ما سلمه إلى الراعي فالقول قول الراعي لانكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لاثباته الزيادة ببنته ثم يكون ضامنا للفضل بحجوده وليس للراعي أن يسقى من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لانه مأمور بالرعى وهذا ليس من عمل الرعى فهو فيه كسائر الاجانب فيكون ضامنا ان فعل شيئا من ذلك ولو أن رب الغنم باع نصف غنمه فان كان استأجر الراعي شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شيء لان المعقود عليه منافعه وانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه في المدة ولو أراد رب الغنم أن يزيد في الغنم ما يطيق الراعي كان له ذلك لانه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في ذلك يستعمله في ذلك العمل بقدر طاقته وان استأجر شهرا يدعى له هذه الغنم باعيانها لم يكن له أن يزيد فيها بالقياس لان التعيين إذا كان مفيدا يجب اعتباره والتعيين في حق الراعي مفيد لان المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الارعى ما عينه عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملا آخر ولكنه استحسّن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لان المعقود عليه منافعه فانه بدأ بذكر المدة وتعيينه الاغنام لبيان ما قصد من تملك منافعه بالاجارة لا لقصر حكم العقد عليه فإذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملا آخر لانه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعى فما ليس من عمل الرعى لا يكون داخلا في حكم العقد ثم قال رأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعى أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لان الولد بعد الانفصال

[164]

كشاة أخرى ولكن من عادته الاستشهاد بالابواب ولو لم يستأجره شهرا ولكنه دفع إليه غنما مسماة على أن يرعى له كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لان المعقود عليه هنا عمل الرعى وانما التزم اقامة الكل في المحل الذي عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع منها طائفة فانه ينقصه من الاجر بحسب ذلك لان المعقود عليه لما كان هو العمل فانما يستوجب الاجر بقدر ما يقيم من العمل كالخياط والقصار وإذا ولدت الغنم لم يكن له عليه أن يرعى أولادها معها لان الولد بعد الانفصال في عمل الرعى كشاة أخرى فان كان اشترط عليه حين دفع الغنم إليه أن يولدها ويرعى أولادها معها فهو فاسد في القياس لان المعقود عليه هو العمل فلا بد من اعلامه واعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول لانه لا يدري ما تلد منها وكم تلد وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسّن

ذلك فأجازه لانه عمل الناس ولان هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة فهي لا تؤثر في العقد والابل والبقر والخيل والحمير والبغال في جميع ما ذكرنا كالغنم وليس للراعي ان ينزى على شئ منها بغير أمر ربها لان ذلك ليس من عمل الراعي فهو فيه كالأجنبي ضامن لما يعطى منها ان فعله ولو لم يفعله الراعي ولكن الفحل الذي فيها نزى على بعضها فعطى فلا ضمان على الراعي في ذلك لان صاحب الغنم قد رضى بذلك حين خلط الفحل بالاناث من غنمه والراعي لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولو نددت واحدة منهما فخاف الراعي ان باع مائد منها أن يضيع ما بقى فهو في سعة في ترك مائد منها لانه ابتلى بيلتين فيختار أهونهما ولانه لو باع مائد منها كان مضيعا لما بقى ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ مائداً ولا يقدر وليس له أن يضيع ما في يده فلهذا كان في سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ند في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ضاع بغير فعله وهو في ترك اتباعه مقبل على حفظ ما بقى وليس بمضيع لمائد وهو ضامن في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه تلف بما يمكن التحرز عنه في الجملة وان استأجر من يحنئ بتلك الواحدة فهو متطوع في ذلك كغيره من الناس لان صاحبها لم يأمره بالاستئجار وكذلك ان تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فأقبل على فرقة منها وترك ما سواها فهو في سعة من ذلك لانه اقبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فان كان الراعي أجيرا مشتركا فرعاها في بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك أن ترعاها في موضع غير ذلك وقال الراعي بل شرطت على هذا الموضع فالقول قول رب السائمة لان الاذن يستفاد

[165]

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة الراعي لانه يثبت الاذن في هذا الموضع ببيته ثم لا يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما هو ضامن الا أن يقيم البينة على الموت وان كان أجيرا خاصا لم يضمن في قولهم جميعا الا أن يخالف ولا أجر للراعي إذا خالف بعد أن تعطب الغنم لانه غاصب ضامن وبالضمان يتملك المضمون من وقت وجوب الضمان فيتبين أنه في الرعى كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان سلمت الغنم استحسنت أن أجعل له الاجر لحصول مقصود رب الغنم وهو الرعى مع سلامة أغنامه وهو بتعيين ذلك المكان ما قصد الا هذا فإذا حصل له هذا بعينه في مكان وجب عليه الاجر والله أعلم (باب اجارة المتاع) (قال رحمه الله وإذا استأجر ثوبا ليلبسه يوما إلى الليل بأجر مسمى فهو جائز لانه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لان المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لان التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لان الناس يتفاوتون في لبس الثياب فليس الدباغ والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون في ذلك فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شئ لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شئ فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفى بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البذل (الأ ترى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الاجر فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس (فان قيل) هو قد يتمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك يكفى لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه (قلنا) تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده وإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولذا لو هلك لم

يضمن فاما إذا ألبسه غيره فیده عليه معتبرة حکما (ألا ترى) أنه ضامن وان هلك من غير اللبس وان يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تقويت يده حکما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان استأجره ليلبس يوما إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فکما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فکذلك ترك تعيين اللابس (وهذه جهالة) تفضى إلى المنازعة لان صاحب

[166]

الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أحسن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولانصح التسمية مع فساد العقد وان اخصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الاجر استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحکم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد * وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضى إلى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة في المعقود عليه وعقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاد فانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره وإذا استأجر قميصا ليلبسه يوما إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحکم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد وان ارتدى به يوما إلى الليل كان عليه الاجر كاملا لان هذا لبس ولكنه غير تام فان المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وان اترز به إلى الليل فهو ضامن ان تخرق لان الاتراز بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية انما يتمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا إذا اترز به ضامنا ان تخرق بخلاف ما اذا ارتدى به فان ذلك معتاد في بعض الاوقات * توضيحه ان الاتراز مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والاتراز غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو دنه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لأجر عليه لانه مخالف ضامن والضمان والاجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه الاستحسان أنه يتمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وانما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما اذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الاجر عليه في ملك نفسه وإذا سلم فهو لم يملك

الثوب فيلزمه الاجر لتمكنه من الاستيفاء وإذا استأجرت المرأة درعا لتبسه ثلاثة أيام فلها أن تبسه بالنهار وفي أول الليل وآخره ما يلبس الناس لان مطلق التسمية ينصرف إلى المعتاد في لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل إلى وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد يبكرون خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهي ضامنة لانها خالفت فان ثوب الصيانة لاينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة ان تحرق بالليل وان تحرق من لبسها في غير الليل فلا ضمان عليها لان الخلاف قد ارتفع بمجئ النهار وانما كانت ضامنة بالخلاف لا بالامساك فان لها أن تمسك الثوب إلى انتهاء المدة والامين إذا ضمن بالخلاف عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فان تحرق من لبسها بالليل فهي ضامنة وليس عليها اجر في تلك الساعة التي تحرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتحرق فعليها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لان الضمان لا ينافي العقد ابتداء وبقاء وإذا بقى العقد تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الاجر الا في الساعة التي ضمننت بالتحرق لانها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان وان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة ينام في مثله فلا ضمان عليه ان نامت فيه وعليها الاجر لان بمطلق العقد يستحق ما هو المعتاد والنوم في مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرت له لمخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته في بيتها فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها في بيتها ولبسها إذا خرجت سواء وربما يكون لبسها في بيتها أخف وكذلك لو لم تبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا اجر عليها إذا صدقها رب الثوب لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته في اليوم الثاني ضمنته لانتهاء العقد بمضي المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها حين اختلاف القول قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضى ولان تسليمه الثوب إليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة والقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يحلف على الضياع من يد غيره ولا طريق له الا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق منها أو تحرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك لو أصابه أقرض فأر وحرقت نار أو لحس

سوس والحاصل أن المستأجر في العين أمين لان يده كيد المالك فانه يتقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه به عهده رجع به على الآخر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمه فانه في الحفظ عامل لنفسه فانه يتمكن به ما تقرر حقه في الاجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتحرق كانت ضامنة كما لو لبست أجنبية أخرى ولا اجر عليها وان سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وان كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان أجرته ممن تبسه بفضل أو نقصان فهي ضامنة للخلاف والاجر لها بالضمان وعليها التصديق به الا عند أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو

ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليه بمنزلة مالو غصبه انسان والاجر عليها ولا ضمان عليها لانها لم تخالف ولم تخرق من ليس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لانها غاصبة وضمنان الغصب يجب دينا في عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها في بيته وبيت فيها شهرا فهو جائز لان القبة من المساكن فان قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض التي ينصب فيها القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر أحد زوجي المقرض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فالانسان لا يعدم الارض لينصب فيها القبة ولان المقصود بالقبة الاستطلال ودفع اذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الارض وان لم يسم البيوت التي ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لان ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد وان سمي بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الاجر لان هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فان نصبها في الشمس أو المطر كان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لانه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وانما رضى صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك وإذا وجب عليه الضمان بطل الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولانه تملكها بالضمان من حين ضمن وان سلمت القبة كان عليه الاجر استحسانا لانه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فإذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة أخرى في ذلك المصرف فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصير لان فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها إلى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت

[169]

فلا أجر عليه لانه غاصب حين أخرجها من المصير (ألا ترى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلماذا لا أجر عليه وإذا استأجر رجا يطحن عليه فحملة فذهب به إلى منزلة فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرجا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فانما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل في العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفي الاجارة على رب الرجا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرجا فهذا كانت مؤنة الرد عليه وإذا استأجر منه عيدان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لانه عين منتفع به * والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقذور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القذور مختلفة في الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الاول فهو جائز والاجر له لازم اما لان التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء أو لان الاجارة تنعقد بالتعاطي كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابها وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشئ من هذه الامتعة الاجر عن المستأجر بالكفالة باطلة لان العين أمانة في يد المستأجر والكفالة بالامانات لانصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالاجر كفيلا فهو جائز لانه مضمون في ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان

والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فاعطاه غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضر به ركوبه ومن لا يحسن الركوب عليه يضر به ركوبه وإذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه وإذا استأجر إكافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لان هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل إلى مكة وكذلك الرجل يستأجر ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان أصابه شئ للتفاوت بين الناس في الاضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به إلى مكة فان أسرج في الخيمة أو الفسطاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد الا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

[170]

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولاربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين منتفع به واستئجاره معتاد فيجوز وإذا شرطت أن تلبسه فالبست غيرها ضمنت ولا أجر عليها كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللباس وان قال رب الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في اسقاطه ويكون له عليها الاجر لان الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان عندها وذلك يوجب الاجر عليها ولو استأجرته يوما إلى الليل فان بدالها فحبيسته فلم ترده عشرة أيام فالاجارة عشرة أيام فالاجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعلق الاجارة بالخطر لا يجوز ولكني أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الاجر كل يوم بحسابه لان هذا الشرط متعارف محتاج إليه فانها إذا خرجت إلى وليمة أو عرس لا تدري كم تبقى هناك فتحتاج إلى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الاجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا يلزمها الاجر لكل يوم تحبسه فيه والله أعلم (باب اجارة الدواب) (قال رحمه الله وإذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم بأجر مسمى فهو جائز وليس له أن يحمل عليها غيره) لان هذا تعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل فالثقل الذي يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه فان حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ما قررنا في الثوب وان ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله لانه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فإذا سلمت سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطيت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الاجر كله لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أو لا يردف ووجوب الاجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لانه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كان

يعلم أنها لا تطبق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها وأما إذا كانت تطبق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف (قال) لانه لا يوزن لرجل في القبان في هذا رأيت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلا أو بعده والمعنى ما بينا أن الضرر على الدابة ليس من ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين (فان قيل) حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الاجر (قلنا) هو بهذا الضمان لا يملك شيئاً مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه وإذا استأجرها إلى الجبانة أو الجنابة أو ليشيع عليها رجلاً أو يتلقاه فهو فاسد إلا أن يسمى موضعاً معلوماً لأن المعقود عليه منفعة الركوب وذلك تتفاوت بحسب المسافة فإذا سمي موضعاً معلوماً صار مقدار المعقود عليه به معلوماً والا فهو مجهول لا يصير معلوماً ما ذكره من التشيع أو التلقي وان تكارها من بلد إلى الكوفة ليركبها فله أن يبلغ عليها منزله بالكوفة استحساناً وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل انتهى العقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون إذن صاحبها ولكنه استحسّن للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التي تكارها في الطريق إلى منزله ولا يتكاري لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المعتاد في بعض الاشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق في الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها لحمل متاعاً فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلي فإذا هو خطأ فأراد أن يحمله ثانية إلى منزله فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هذا منزلي فبعد ذلك هو مدعى في قوله قد أخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقاً له لكيلا يحتاج إلى حط رحله وينقله إلى دابة أخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكاري حماراً من الكوفة يركبه إلى الحيرة ذاهباً وجائياً فله أن يبلغ عليه إلى أهله بالكوفة إذا رجع كما لو تكاري من الكوفة إلى الحيرة فأما إذا تكاري دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة إلى الكنانسة ذاهباً وجائياً فأراد أن يتبلغ في رجعتة إلى أهله لم يكن له ذلك وإنما له أن يرجع إلى الموضع الذي تكاري عند الدابة لان الاستحسان في الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما تكارها في المصر من موضع إلى موضع فيؤخذ

فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع إلى منزله من المسافة مثل ما سمي أو أكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في العقد أو فوقه فيقال له كما اكرتت من هذا الموضع إلى الموضع الذي سميت فأكثر الدابة من هذا الموضع إلى منزلك وان استأجرها إلى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الاجارة لجهالة المعقود عليه وان حمل عليها أو ركبها إلى ذلك المكان فعليه المسمى استحساناً لان التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وقد قررنا هذا في الثوب وكذلك لو استأجر عبداً ولم يسم ما استأجره له وإذا سمي ما يحمل على الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسألة على أربعة أوجه وقد بينها في كتاب

العارية فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا ان في كل موضع ذكرنا هناك أنه لا يصير ضامنا فالاجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك أنه يكون ضمان فلا اجر عليه هنا لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان اختلفا فقال رب الدابة أكربتك من الكوفة إلى القصر بعشرة دراهم وقال المستأجرين إلى بغداد بعشرة دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة في احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص الوارد بالتحالف في البيع يكون واردا في الاجارة وان اقام البينة ففي قول أبي حنيفة الاول رحمه الله يقضى بالكوفة إلى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال إلى بغداد بعشرة دراهم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الاول أن رب الدابة أثبت بينته العقد من الكوفة إلى القصر بعشرة دراهم فوجب القضاء بذلك بينته والمستأجر بينته أثبت العقد من القصر إلى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بينته على ذلك فإذا عملنا بالبنتين كانت له من الكوفة إلى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه قوله الاخر أنهما اتفقا على مقدار الاجر وانما اختلفا في مقدار المعقود عليه فالمستأجر يثبت الزيادة في ذلك فكانت بينته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البينة أنه زاده عقبه الاجير في الكراء إلى مكة وان تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها إكافا فركبها فهو ضامن بقدر ما زاد وفي الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يضمن بقدر ما زاد * وجه قولهما أن الحمار يركب تارة بسرج وتارة بإكاف والتفاوت بينهما من حيث الثقل والخفة ما كان في كل واحد منهما عادة وفي مثله الضمان بقدر الزيادة كما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما وأبو حنيفة رحمه الله

[173]

يقول الاختلاف هنا في الجنس من حيث أن الاكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضوع الذي لا يأخذه السرج فهو نظير مالو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تينا أو حطباً * توضيحه أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لان الحمار الذي لا يألف الاكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجره ذلك فيكون مخالفا في الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برزون لاتسرج بمثله الحمير فهو بمنزلة الاكاف وان أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لان التعيين إذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر وكذلك ان استأجره بإكاف فاوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الاكاف لان السرج أخف على الحمار من الاكاف فلا يكون خلافا منه ولو تكارى حمارا عربانا فأسرجه ثم ركبته فهو ضامن له لانه حمل عليه السرج بغير اذن صاحبه فكان مخالفا في ذلك قال مشايخنا رحمهم الله وهذا على أوجه فان استأجره من بلد إلى بلد لم يضمن إذا أسرجه لان الحمار لا يركب من بلد إلى بلد عادة الا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط وان استأجره ليركبه في المصرفان كان من ذوى الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا يركب في المصرفان وان كان من العوام الذين يركبون الحمار في المصرفان فحينئذ يكون ضمنا إذا أسرجه بغير شرط وإذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فعطبت الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة الاول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن ما لم يدفعها إلى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الاول أنه كان أمينا فيها فإذا ضمن بالخلاف ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينا كالمودع * وجه قوله الآخر

أنه بعد ما صار ضامنا بالخلاف لا يبرأ الا بالرد على المالك أو على من قامت
يده مقام يد المالك ويد المستأجر يد نفسه لانه يمسكها لمنفعة نفسه
كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن الضمان وان عاد
إلى ذلك المكان لانه ينتفع بها لنفسه في ذلك المكان بخلاف المودع فهناك
يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسى رحمه الله في هذا فقال يد
المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك
كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد على المالك في الاجارة
دون العارية ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد
المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع
بضمن الغرور فكذلك مؤنة الرد عليه لما له من المنفعة في النقل فاما يد
المستأجر يد نفسه والاشكال على هذا الكلام ما تقدم أن المرأة إذا
استأجرت

[174]

ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم إذا جاء النهار برئت
من الضمان وبدها يد نفسها ولكننا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا
بالامساك لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس الذي لم يتناوله بالعقد
لم يبق إذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر بالامساك في غير
المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان
ضامنا ولو حبسها في المصير أياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا
ينعدم وان عاد إلى ذلك المكان مادام يمسكها لمنفعة نفسه ثم الكلام في
التفصيل بينما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لاجائيا قد تقدم في
العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها في السير
أو كبجها باللجام فعطبت فهو ضامن الا أن يأذن له صاحبها في ذلك في
قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن
أن لا يضمه إذا لم يتعد في ذلك وضرب كما يضرب الناس الحمار في
موضعه لانه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب والكبح
باللجام في السير معتاد وربما لاتنقاد الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا
بالعرف ولو أذن فيه نصا لم يضمن المستأجر به فكذلك إذا كان متعارفا
والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك تعد
موجب للضمان وبيان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لاصفة الجودة فيه
وهو لا يحتاج إلى الضرب والكبح في أصل تسيير الدابة وانما يستخرج بذلك
منها * نهاية السير والجودة في ذلك وثبوت الاذن بمقتضى العقد فيفتقر
على المستحق بالعقد * توضيحه أنه وان أبيع له الضرب فانما أبيع لمنفعة
نفسه فان حق المالك في الآخر يتقرر بدونه ومثله يفيد بشرط السلامة
كتعزير الزوج زوجته ورمى الرجل إلى الصيد ومشبه في الطريق مباح
شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما إذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد
الاذن فعلة كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا سماه إلى
موضع معلوم فأجرها بمثل ذلك باكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل الا
أن يزيد معها حبلا أو جوالق أو لجاما فحينئذ يجعل زيادة الاجر بأزاء ما زاد
ولو علفها لم يطلب له الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به المستأجر
لنعجل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فالجمها أو بلجام فنزعه
وأبد له بلجام آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وانما
ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر
الا إذا الجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفا ضامنا وإذا استأجر
دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب

المتاع يمشى مع رب الدابة أو ليس معه فالمكاري ضامن لان المكاري أجير المشترك والتلف حصل بجنابة يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جنابة يده لانه لما شده بحبل لا يحتمله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء ففسد الحمل أو أصابته الشمس ففسد أو سرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن في قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لا بفعله على وجه يمكن التحرز عنه وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله قال إذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكاري لان الحمل في يد صاحبه والاجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع في يد صاحبه لم يضمن الاجير إذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جنابة ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان ما يجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجنابة وضمن الجنابة ليس من جنس ضمان العقد (ألا ترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الاجير المشترك فيما جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من جنس ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد حتى يكون عليه حالا دون العاقلة وبيان هذا الكلام ان على أحد الطرفين يقيد العقل بصيغة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرفنا أن الضمان على الطرفين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لانه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجنابة ولا يضمن المتاع لان متاعه في يده معناه أن العمل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة وإذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على أنه متى مايداله من ليل أو نهار حاجة ركبها لا يمنعه منها فان كان مسمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن مسمى مكانا فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه لا يصير معلوما ببيان المدة إذا لم يكن الركوب مستغرقا بجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فما لم يبين ذلك لا يجوز وان تكاراها يوما يقضى حوائجه في المصر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام في المدة المذكورة ولان نواحي المصر في حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم إذا شرط الايفاء في المصر وان لم يبين موضعا منه فإذا كان نواحي المصر كمكان واحد كان له أن يركب إلى أي نواحي المصر شاء وإلى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر عليها لانه

استأجرها للركوب في المصر وان تكاراها إلى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى أتى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه فعطبت فعليه أجر مثلها في الذهاب لان الاستئجار بعلفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهاب ونصف أجر مثلها في الرجوع لانه استوفى في الرجوع منفعة نصفها وهو ما شغلها بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف أجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الاجارة الصحيحة

أنه إذا ركبها وأردف فعليه جميع المسمى ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن وفي الفاسد لا يجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى (قال) رضي الله عنه وهذا ليس بقوى عندي في الموضوعين جميعا فبالتمكن من الاستيفاء يجب اجر المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لافرق في الحقيقة انما يجب اجر المثل بحسب ما استوفى من المنفعة فيتضاعف اجر مثلها إذا أردف فإذا أوجبنا عليه نصف اجر مثلها فقد أوجبنا من اجر المثل جميع ما يخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف اجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له في ذلك وبحسب ما علفها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه صاحبها من الاجرة وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم أنه لم يركبها لانه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة إليه وتمكينها من ركوبها في المدة فيطيب له الاجر كالمراة إذا سلمت نفسها إلى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن زوجها لم يطأها وان تكاراها يوما واحدا فلا اجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو منطوع في ذلك الا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها إلى بيت زوجها فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق لنقل العروس وذلك لا يوجد عند حبس الدابة في البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكاراها العروس بعينها فهو ضامن ولاكراء عليه لانه غاصب مخالف وان تكاراها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكراء استحسانا لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكاراها على

[177]

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة إلى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها أكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه إياها في غير المكان المشروط الا أن قدر ما يحبس الناس صار مستثنا له بالعرف ولا اجر عليه في الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق ولا يوجد ذلك إذا حبسها في المصرف ولان صاحب الدابة متمكن من أن تسير الدابة معه إلى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا اجر عليه أيضا لانه صار ضامنا بالخلاف فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر إذا عطبت لاستناد ملكه فيها إلى وقت وجوب الضمان عليه وان تكارى دابة بغير عينها إلى حلوان فنتجت في الطريق وضعفت من حمل الرجل لاجل الولادة فعلى المكارى أن يأتي بدابة أخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالعقد العمل في ذمته فعليه الوفاء بما التزم (الأتري) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتي بأخرى فكذلك إذا ضعفت الا أن يكون الكراء وقع على هذه بعينها فحينئذ المعقود عليه منافعتها ولا يتأنى استيفاء ذلك من دابة أخرى بل يكون عذرا في فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم أن رب الدواب اجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب في أيديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقصت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناه وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكرى

أحق بالدواب لتقدم عقده وثبوت استحقاق المنافع له واليد في العين بذلك العقد إلا أن ما وجده في يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى يحضر رب الدواب لأن يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجده في يد الموهوب له فهو خصم فيها لانه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعى حقا فيها وأما الاجارة فالمستأجر أحق بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب مبهم فانه لم يبين أي المستأجرين أحق بها فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الاول والثاني يكون خصما له لان الاول يدعى ما يزعم الثاني أنه له فيكون خصما له في ملكه ولكن الاصح أن المستأجر الثاني لا يكون خصما للاول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو تكارى غلاما ودابة إلى البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائبا وقد شرط لهم درهما إلى الكوفة فأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقى بالهلال والاباق وقد

[178]

كان أمينا فيهما ولاضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكارى استأجر غلاما عنى كى نتبعك وتتبع الدابة وأجره على وأعطاه نفقة بنفق على الدابة ففعل المستأجر وسرفت النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم المكارى النفقة ضاعت أولم تضع والا فلا شئ عليه لانه في استئجار الغلام وكيل صاحب الدابة وقد أثبتته بالبينة فيجعل كأن صاحب الدابة استأجره بنفسه ثم الغلام وكيل المكارى في قبض النفقة منه فإقراره بالقبض كإقرار صاحب الدابة ولو تكارها إلى بغداد بعشرة دراهم وأعطاه الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه بعض الدراهم وقال هي زيوف أو استوفقه فالقول قول رب الدابة في ذلك ان لم يكن أقر بشئ لانه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم فالقول قوله فيما يزعم أنه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا يصير به مناقضا ولا يقبل قوله فيما يزعم أنه أستوفى لانه مناقض في كلامه فالستوفى ليس من جنس الدراهم وان كان أقر باستيفاء الاجرة أو باستيفاء حقه أو باستيفاء الجياد فلا قول له بعد ذلك فيما يدعى لكونه مناقضا وإذا مات المكارى في الطريق فاستأجر المستكرى رجلا يقوم على الدابة فالاجر عليه وهو متطوع في ذلك فهو كما لو أنفق على الدابة وان نفقت الدابة في الطريق فعليه من الكراء بقدر ما ساروا والقول في ذلك قوله لانهما تصادقا على أنه لم يستوفى جميع المعقود عليه وانما اختلفا في مقدار ما استوفى أو في مقدار ما لزمه من الاجر فرب الدابة يدعى الزيادة والمستكرى منكر لذلك وان تكارى دابتين احديهما إلى بغداد والاخرى إلى حلوان فان كانت التى إلى بغداد بعينها والتى إلى حلوان بعينها جاز العقد لان المعقود عليه معلوم وان كانت بغير عينها لم يجز لجهالة في المعقود عليه على وجه يفضي إلى المنازعة وعليه فيما ركب أجر مثله ولاضمان عليه اعتبار للعقد الفاسد بالجائز وان تكارى بغلا إلى بغداد فأراد المكارى أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكرى أن يمنعه من ذلك لان بالعقد استحق منافعه وقام هو في ذلك مقام المالك والمالك مقام الأجنبي فان حمله وبلغ الدابة بغداد لم يكن للمستكرى أن يجبس عنه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكماله واستوفى ما استحقه بالعقد فإذا اختلف المؤجران في مقدار الكراء فالقول قول المستأجر لانهما يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لا يحتمل الفسخ فكان القول قول المنكر

للزيادة وان أقام المؤاجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ما شهد به
شهوده لان

[179]

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه وبينة كل واحد منهما على
اثبات حقه أولى بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب ببينة صاحبه فلا تكون
تلك البينة حجة في نصيبه وان تكارها على أنه بالخيار ساعة من نهار
فركبها على ذلك فعطبت فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان ركوبه اياها في
مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فانه مستوف للمعقود عليه
متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن في
العقد خياله وان كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لها ولا اجر
عليه لانه غاصب في ركوبها قبل أن يتم رضى صاحبها به فإذا شرط الخيار
يعدم تمام الرضاء. ولو تكارى حمارا يطحن عليه فأوثقه في الرحا وساقه
الاجير فتعسف عليه الاجير حتى عطب من عمله فالاجير ضامن لانه متلف
له بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستاجر ليتنقل
فعله إليه فلماذا لا شئ على المستاجر منه وان استاجر ثورا يطحن عليه كل
يوم عشرة أقفزة فوجده لا يطحن الا خمسة أقفزة فالمستاجر بالخيار لانه
يغير عليه شرط عقده فإذا شاء أبطل الاجارة عليه فما بقى عليه وفيما
عمل من الطحن بحساب ما عمل من الايام ولا يحط عنه من ذلك شيئاً لان
المعقود عليه منفعة الثور في المدة وقد استوفى ذلك واشترط عشرة
أقفزة في كل يوم ليس لايراد العقد على العمل بل لبيان جلادة الثور في
عمل الطحن فلماذا لا ينتقص عنه شئ من الاجر فيما عمل من الايام. ولو
تكارى دابة إلى بغداد فوجدها لاتبصر بالليل أو جموحاً أو عثورا أو تعض فان
كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الاجر
بحساب ما سار لانه استوفى المعقود عليه بقدره وان كانت بغير عينها فله
أن يبلغه إلى بغداد على دابة غيرها لانه التزم العمل في ذمته وهذا إذا
قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستاجر العيب غير مقبولة
الا بحجة ولو تكارى بعيراً ليعمل عليه عملاً على النصف (قال) كان أبو
حنيفة رحمه الله يقول إذا كان ينقل الحمل على البعير فالاجر كله لصاحب
البعير لانه بدل منفعة بعيره والمدفوع إليه نائب عنه في الاكراء وللذي
يعمل عليه اجر مثله على صاحب البعير لانه ابتغى عن منافعه عوضاً وقد
سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه اجر
المثل له وان كان الرجل يحمل عليه المتاع ليبيعه فما اكتسب عليه من شئ
فهو له لانه عامل لنفسه فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه اجر مثل البعير
لان صاحب البعير ابتغى عن منافع بعيره عوضاً ولم يسلم له ذلك. رجل
تكارى غلاماً ليذهب له بكتاب إلى بغداد فقال الغلام قد

[180]

ذهبت بالكتاب وقال الذي أرسل إليه الكتاب لم يأتني به فعلى الغلام البينة
على ما يدعى لانه يدعى ابقاء المعقود عليه وان أقام البينة أنه قد دفع
الكتاب إليه كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وله الاجر على
المرسل دون من حمل الكتاب إليه وان قال المرسل إليه أعطيته أجرة

عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لو كان المرسل هو الذي يدعى
 ايفاء الاجر وان اقام الغلام البينة أنه قد أتى بغداد بالكتاب فلم يجد الرجل
 فله الاجر لانه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة إلى بغداد مع الكتاب
 كما أمر به ثم ان كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتي بالجواب فله اجر حصة
 الذهاب دون الرجوع لانه في الرجوع غير ممثّل أمره ولا عامل له حين لم
 يكن الجواب معه وإذا عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا أجر له في قول
 أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ما يخص
 الذهاب من الاجر لانه في الذهاب عامل له كما أمر به فتقرر حقه في الاجر
 بقدره كما لو ترك الكتاب هناك عند أهل من أرسل إليه وهذا بخلاف ما إذا
 استأجره ليحمل طعاما إلى بغداد فحمّله ثم عاد به لان استحقاق الاجر
 هناك بنقل الطعام من كان إلى مكان وقد نقص ذلك حين عاد بالطعام فلم
 يبق تسليم شيء من المعقود عليه وهنا الاجر له بقطع المسافة إذ ليس
 للكتاب حمل ومؤنة فلا يصير بالرجوع ناقصا عمله سواء عاد بالكتاب أو لم
 يعد وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان شيء من مقصوده الامر لم
 يحصل بعمله فلا يستوجب الاجر عليه كما لو ذهب من جانب آخر وبيان ذلك
 أن مقصود الامر أن يصل الكتاب إلى المرسل إليه ويصل الجواب إليه وحين
 عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث أن شيئاً من مقصود الامر
 غير حاصل فاما ذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب
 إليه إذا حضر وقف على ما في الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره
 فلحصول بعض المقصود هناك ألزمناه حصة الذهاب من الاجر. رجل تكارى
 دابة إلى مكان معلوم ولم يقل أركبها بسرج ولا إكاف فجاء بها المكارى
 عريانة فركبها بسرج أو إكاف فعطبت (قال) ان كان يركب في ذلك الطريق
 مثل تلك الدابة باكاف أو بسرج فلا ضمان عليه ان كانت لا تتركب الا بسرج
 فركب باكاف فهو ضامن لانه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه
 على الوجه المتعارف فإذا خالف ذلك صار ضامناً. ولو تكارى من الفرات
 إلى جعفى (وجعفى) قبيلتان بالكوفة ولم يسم أي القبيلتين هي أو إلى
 الكناسة ولم يسم أي الكناستين أو إلى بحيله ولم يسم أيهما هي الظاهرة
 أو الباطنة فعليه

[181]

أجر مثلها لان المعقود عليه مجهول فكان العقد فاسدا واستيفاء المنفعة
 بحكم العقد الفاسد يوجب أجر المثل ومثله بحارا إذا تكارها إلى السهلة
 ولم يبين أي السهلتين هي سهلة قوت أو سهلة أمير أو تكارها إلى حسون
 ولم يبين أي القريبتين ولو تكارى عبدا مأذون أو غير مأذون بنصف ما يكتسبه
 على هذه الدابة فالاجارة فاسدة لجهالة الاجر ولانه جعل الاجر بعض ما
 يحصل بعمله فالاجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له ان كان مأذونا أو
 استأجره من مولاه وان كان غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب
 الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له حين استعمله بغير اذن مولاه ولا
 أجر عليه لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان وان سلم فعليه
 الاجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لانه غاصب له ضامن * وجه
 الاستحسان ان العقد الذي باشره العبد يتمحض منفعة إذا سلم من العمل
 لانه ان اعتبر وجب الاجر وان لم يعتبر لم يجب شيء والعبد المحجور عليه
 غير ممنوع عما يتمحض منفعة قبول الهبة والصدقة ولان عقد اكتساب
 محض إذا سلم من العمل فهو كالاكتساب والاصطيات إذا باشره العبد بغير
 اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى وفيما لا ضرر عليه
 لا حجر وان تكارها إلى بغداد على إن بلغه إليها فله رضاه فبلغه إليها فقال

رضائي عشرون درهما فله أجر مثلها لجهالة الاجر عند العقد واستيفاء
المنفعة بعقد فاسد الا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين درهما فلا يزداد
عليه لانه رضي بهذا المقدار وأبراه عن الزيادة وان تكارها بمثل ما يكاري
به أصحابه أو بمثل ما يتكاري به الناس فعليه أجر مثلها لان المسمى
مجهول فالناس يتفاوتون في ذلك فمن بين مسامح ومستقصي. وان
تكاري دابة من الكوفة إلى مكان معلوم من فارس بدراهم أو دنائير فعليه
نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للاجر هو العقد وان تأخر الوجوب
إلى استيفاء المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف مطلق التسمية
إلى وزن الكوفة ونقدها وهذا لان عمل العرف في تقييد مطلق التسمية
والتسمية عند العقد لا عند استيفاء المنفعة فلهذا يعتبر مكان العقد فيه
وان تكارها إلى فارس ولم يسم مكانا معلوما منها فالعقد فاسد لجهالة
المعقود عليه فقد سمي ولاية مشتملة على الإمصار والقرى فإذا لم يبين
موضعا منها فالمنازعة تتمكن بينهما من حيث أن المكاري يطالبه بالركوب
إلى أدنى ذلك الموضع وهو يريد الركوب إلى أقصى تلك الولاية ويحتج كل
واحد منهما بمطلق التسمية ومثله في ديارنا إذا تكاري دابة إلى فرغانة أو
إلى سعد وان تكاري إلى الري ولم يسم

[182]

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالعقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد
رحمهما الله أن العقد جائز وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة مالو
تكارها إلى سمرقند أو اوزجند ولكن في ظاهر الرواية قال اسم الري
يتناول المدينة ونواحيها فإذا لم يبين المقصد يمكن جهالة فيه تفضي إلى
المنازعة فان ركبها إلى أدنى الري فله أجر مثلها لا يزداد على ما سمي لان
المكاري رضي بالمسمى إلى أدنى الري فان ركبها إلى أقصى الري فله
أجر مثلها لا ينتقص ما سمي لان المستكري قد التزم المسمى إلى أقصى
الري فلا ينتقص عنه ويزاد عليه إذا كان أجر المثل أكثر من ذلك لان
المكاري إذا رضي بالمسمى إلى أدنى الري فلا يصير راضيا إلى أقصى
الري ومثله في ديارنا إذا استأجرها إلى بخارى فهو اسم للبلدة بنواحيها
فأول حدود بخارى كرمينية وآخره فريبر وبينهما مسافة بعيدة فالترحيل فيه
كترحيل مسألة الري وان تكارها من الكوفة إلى بغداد وعلى أنه أدخله
بغداد في يومين فله عشرة والافله درهم فهذا من الجنس الذي تقدم بيانه
أن عند أبي حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة
وعندهما تصح التسميتان وقد بينا ذلك في الخياط. رجل تكاري دابة من
رجل بالكوفة من الغداة إلى العشي (قال) يردها عند زوال الشمس لان ما
بعد الزوال وبعد العشي قيل في تفسير قوله تعالى أن سبحوا بكرة وعشيا قبل
الزوال وبعد الزوال وكذلك في قوله تعالى ولا تطرد الذين يدعون ربهم
بالغداة والعشي أن الغداة قبل الزوال والعشي ما بعده وفي الحديث أن
النبي صلى الله عليه وسلم صلى أحد صلاتي العشاء إما الظهر أو العصر إذا
ثبت هذا فنقول جعل العشي غاية والغاية لا تدخل في الاجارة فان ركبها
بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال الشمس فهو غاصب في الركوب
بعد ذلك وان تكارها يوما ركبها من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس
لان اليوم اسم لهذا الوقت (الأتري) أن الصوم يقدر باليوم شرعا وكان من
طلوع الفجر إلى غروب الشمس وكذلك القياس فيما إذا استأجر أجيرا يوما
الا أن الاجير ما لم يفرغ من الصلاة لا يشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس
فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى في استئجار الدابة وان تكارها ليلة ركبها
عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان بغروب الشمس يدخل

الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكر إذا تكارها نهارا وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول إنما يركبها من طلوع الشمس إلى غروب الشمس فإن النهار اسم الوقت من طلوع الشمس " قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجا " فلا يدخل في ذلك الفجر ولا المغرب

[183]

وانما سمي نهارا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا إذا كان من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فإن العوام لا يعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا فالجواب في النهار كالجواب في اليوم وان تكارها بدرهم يذهب عليها إلى حاجته لم يجز العقد إلا أن يبين المكان لان المعقود عليه لا يصير معلوما إلا بذكر المكان ولا ضمان على المستأجر في الدابة إذا هلكت وهى في يده على اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائر ولانه في الوجهين مستعمل للدابة باذن المالك وان استحقت الدابة من يد المستأجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذي أجرها منه لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولا يملكها المستأجر بضمان القيمة لان الملك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولا أجر للمستحق على أحد لان وجوب الاجر بعقد باشره الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكاري دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المعقود عليه منفعة الدابة في المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان تعطبت من العمل إلا أن يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فإذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكارها إلى بغداد وركبها وخالف المكان الذي استأجرها إليه (قال) الكراء لازم له في مسيره قبل الخلاف لانه استوفى المعقود عليه في ذلك القدر كما أوجبه العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولا أجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكارها ليحمل عليها انسانا فحمل امرأة يقيلها برجل أو بسرح فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ولا على المرأة لانه مستوفى للمعقود عليه فالمسمى في العقد انسان وهى انسان وان كانت ثقيلة إلا أن يكون أن مثل تلك الدابة لا يطبق حملها فحينئذ يكون اتلافا موجبا للضمان وقد تطرف في العبارة حيث وضع هذه المسألة في النساء دون الرجال لان النقل بهذه الصفة في الرجال مذموم وفي النساء محمود وان تكاري يوما إلى الليل بدرهم فأراه الدابة على أربها وقال اركبها إذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت إلى المستأجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود عليه فيتمكّن المستأجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا اجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه إليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لانه يدعى استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكارها إلى الحيرة في حاجة له فقال دونك الدابة

[184]

فأركبها فلما كان في قدر ما يرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق إلى الحيرة (قال) إذا حبسها في قدر ما يذهب إلى الحيرة ويرجع فلا أجر

عليه إذا لم يذهب لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك إذا كانت الدابة على أريها في البيت وان دفعها إليه وقال لم أذهب بها ان علم أنه توجه إلى الحيرة فقال رجعت ولم أذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه إلى الحيرة ومضى من الزمان بعد ذلك مقدار ما يذهب من ويحى فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو في قوله رجعت يدعى خلاف ما يشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالعقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه يتمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر انى رجعت قبل أن أتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل إلى بغداد على أن يعطيه الاجر إذا رجع من بغداد فمات المستأجر ببغداد فالاجر إلى بغداد دين في المسألة في النساء دون الرجال لان النقل بهذه الصفة في الرجال مذموم وفي النساء محمود وان تكارى يوما إلى الليل بدرهم فأراه الدابة على أريها وقال اركبها إذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت إلى المستأجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود عليه فيتمكن المستأجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا أجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه إليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لانه يدعى استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكارها إلى الحيرة في حاجة له فقال دونك الدابة

[184]

فأركبها فلما كان في قدر ما يرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق إلى الحيرة (قال) إذا حبسها في قدر ما يذهب إلى الحيرة ويرجع فلا أجر عليه إذا لم يذهب لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك إذا كانت الدابة على أريها في البيت وان دفعها إليه وقال لم أذهب بها ان علم أنه توجه إلى الحيرة فقال رجعت ولم أذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه إلى الحيرة ومضى من الزمان بعد ذلك مقدار ما يذهب من ويحى فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو في قوله رجعت يدعى خلاف ما يشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالعقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه يتمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر انى رجعت قبل أن أتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل إلى بغداد على أن يعطيه الاجر إذا رجع من بغداد فمات المستأجر ببغداد فالاجر إلى بغداد دين في ماله لانه استوفى المعقود عليه في ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل أيضا فكان أجر ذلك المقدر دينا في تركته كسائر الديون والله أعلم (تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط) ويليه السادس عشر أوله باب انتقاض الاجارة