

الكتاب: المبسوط

المؤلف: السرخسي

الجزء: ١٥

الوفاء: ٤٨٣

المجموعة: فقه المذهب الحنفي

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع: ١٤٠٦ - ١٩٨٦ م

المطبعة:

الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان

ردمك:

ملاحظات: قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(الجزء الخامس عشر من)

كتاب

المبسوط لشمس الدين

السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول 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 الأمة 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

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب القسمة)

(قال الشيخ الامام الاجل لزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي إملاء 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

أشهر 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

وإنما 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 شيئان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب

أحدهما من نصيب الاخر 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

مرا بحة على نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب

والحيوانات فإنما 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 مرا بحة 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 ونوابه واعلم أن خير كانت ستة حصون الشق والنطاة والكتيبة
والسلايم
والغموس والوطيخة إلا أن الأموال والمزارع كانت في ثلاثة حصون منها والنسق
والنطاة
والكتيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روى أن
كنانة من
أبي الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازي فما افتتح منها كان
لرسول
الله صلى الله عليه وسلم خالصا فإنهم إنما 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 الحصاة مع الخمس في الشطر وقسم الشطرين بين الغانمين وقد فسر ذلك محمد
بن إسحاق
والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خير على
ثمانية عشر سهما
جميعا وكانت الرجال ألفا وأربعمائة والنخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل
فكان علي رضي الله عنه
على مائة وكان عبيد السها على مائة وكان عاصم بن عدي رضي 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 رضي الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحديث
إلى آخره فهذا الحديث يبين معنى الحديث الأول ففي الحديث الأول ذكر الشطرين
وأن
أصل القسمة كانت علي ستة وثلاثين سهما وفي 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 وإنما يفعل ذلك
لان
اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فإنه 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 بن عاصم
ابن عدي رضي الله عنه فليل أنه تواضع بذلك وقيل إنما فعل ذلك لأنه ما كان يساوى
اسمه
اسم في المزاحمة عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي رضي 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 كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضي الله
عنهم
ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد في أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل
لأنه قال
وكانت الرجال ألفا وأربعمائة 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
فالأولى له
أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وإن كان لو أخذ جاز له وبيانه بما
روى عن
عمر رضي الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضي المسلمين أجرا 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 لأنه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز

استجاره
على ذلك أن لم يكن له فيه ذلك إن لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث إذا كان له
نصيب في ذلك فاستجار أحد
الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استجار القاضي على
القضاء ذكر عن
يحيى بن جزار ان عبد الله بن يحيى كان يقسم لعلي رضي الله عنه الدور والأرضين
ويأخذ على
ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضي وجواز الاستجار لعمل
القسمة
بخلاف عمل القضاء وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله
عنه إلى
اليمين فاتي بركا فأنخذ منه الخمس وترك أربعة أحماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون
غلاما كل
واحد يقول ابني فاقرع بينهم قضى بالغلام للذي خرجت قرعته وجعل عليه الدية
لصاحبه
قال الراوي فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أردى أما حكم الخمس في الركاز
فقد بيناه

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في
المصر

على القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك أن فعله هذا كان بعد
حرمة القمار

أم قبله وانه 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 رجحه في القضاء
لترجيح في

حجته من يد أو غيره وقوله فقضى للذي خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لا
لان

الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب الطيلسان وما ذكر في آخره
من أنه

جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحي الحر لا يتقوم بالدية وإن كان هذا
الغلام

مملوكا لهم أو من جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية
نصيبه

ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته
فان

الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه
بحصته

في الموضع الذي يجب كأحد الشركاء في العبد إذا قبله إلا أن عامر لم يحارف ألم
يرد ما سمع فقال

لا أدري فكأنه لم يتكلف لذلك لعمله ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فبهذا يتبين ضعف
هذا

الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن إبراهيم قال خاصمت أخي
إلى الشعبي

في دار صغيرة أريد قسمتها ويأبى ذلك فقال الشعبي رضي الله عنه لو كانت مثل هذه
فخط بيده

مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم
المشترك

عند طلب بعض الشركاء وان أبى ذلك بعضهم لان الذي طلب القسمة متظلم من
صاحبه أنه

يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعت وإنما يبنى القاضي قضاءه على

التماس المتظلم
الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض
الشركاء
لان الطالب هنا متعنت فإنه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما
قول الشعبي
في مقدار آجرة خطها على الأرض قسمتها بينكم علي وجه التمثيل دون التحقيق
للمبالغة في دار
الذي يأتي القسمة منهما فيما يحتمل لان مقدار الأجرة 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 آجرة القسام إذا
استأجره
الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لا على مقدار الأنصاء وقال أبو يوسف
ومحمد والشافعي
رحمهم الله على مقدار الأنصاء ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن
أبي

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم
على وجه
النفقة علي قدر الملك كالنفقة وأجرة المكيال والوزان ان استأجروه ليفعل ذلك فيما هو
مشترك بينهم وهذا لان المقصود هنا بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع
بنصيبه
ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أو لان الغرم مقابل
بالغرم ثم الغنم بين الشركاء علي قدر الملك يعنى الثمار والأولاد فكذلك الغرم عليهم
بقدر الملك
ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن عمله لهم سواء وإنما يستحق الاجر بذلك فيكون الاجر
عليهم بالتسوية كما إذا استوت الأنصباء وبيان الوصف أن القسام لا يستحق الاجر
بالمساحة
ومد الاطناب والمشبي علي الحدود فإنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب
كمال الاجر
إذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لا يستوجب الاجر بالقسمة وهي تمييز نصيب كل واحد منهم
ولا
تفاوت بينهم في ذلك فكما يميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب
القليل يميز
نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله في نصيب صاحب
القليل
أكبر والحساب لا يدق إذا استوت الأنصباء وإنما يدق عند تفاوت الأنصباء وتزداد دقته
بقلة بعض الأنصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أسوأ من تمييز نصيب صاحب
الكبير
ولكن لا يعتبر ذلك لان التمييز حصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سواء بخلاف
الزوائد
فإنها تتولد من الملك وإنما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فإنها 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 المكيال والموزون يقسم بذلك والكيل والوزان
بمنزلة
القسام والأصح أن أبا حنيفة رضي 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 أففزة فلهذا كانت الأجرة عليهما
بقدر
الملك بخلاف القسام فذكر أن الأولى أن يجعل لقاسم الأرضين رزقا من بيت المال
حتى لا
يأخذ من الناس شيئا وإن لم يجعل رزقا له فقسم بالأجر فهو جائز لان القسمة ليست
كعمل القضاء
فالقضاء فرض هو عبادة والقاضي في ذلك نائب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والقسمة

ليست من ذلك في شئ ولكنها تتصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة
فمن

هذا الوجه القسام نائب عن القاضي فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن
حيث إن عمله ليس من القضاء في شئ يجوز له أخذ الأجر على ذلك والقسام بمنزلة
الكاتب

للقاضي في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضي وكذلك ما ذكر بعده من حديث
شريح

رحمه الله ومالي لا أرتزق 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 ما روى أن عمر
رضي الله عنه

كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده علي رضي الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى
جعل له في

كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الأجر وقال له احتسب
فقال شريح

في جوابه ما قال ومراده اني فرغت نفسي عن أشغالي لعمل المسلمين فأخذ كفايتي من
مال

المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار إلى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في
الصدقات

للعامين عليها فإنهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء
وذكر

عن محمد بن إسحاق والكلبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا سافر أقرع
بين نسائه

قالت عائشة رضي الله عنها فأصابني القرعة في السفارة التي أصابني فيها ما أصابني
تريد به

حديث الإفك واعلم بان المرأة لاحق 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 منهم فيقرع بينهم تطيبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وإنما أورد
الحديث
للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعجل القرعة في القسمة بين الشركاء
قاسم القاضي
وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم لأنه في معنى القمار
فإنه تعليق
الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماءنا استعمال القرعة في
دعوى
النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالأزلام الذي كان
بعبادة
أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك أنه رجس وفسق ولكننا تركنا
بالسنة
والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير
منكر ثم هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه
وفي هذا

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا
في القسمة فنخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل
القرعة لتطيب 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 فساهم فكان من
المدحزين وهذا لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى مالا
يليق بالأنبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل
القرعة
مع الأحبار في ضم مريم عليها السلام إلى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت
تحتة ولكن استعمل القرعة تطيبا 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 الا إذا خرجت السهام كلها الا
واحدا لان التمييز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج
بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الايجاب قبل قول المشتري فاما إذا خرج جميع
السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين خرج أولم يخرج فلا يملك
بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة * دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضا علي بعض بفضل قيمة
البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لأنه يعتبر في القسمة المعادلة في
المالية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب

وبعض العرصه
تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فان مقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في
مؤخره
وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وان اقتسموا
الأرض
مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكل وكذلك إذا
قضي
القاضي به لان المعادلة في الأرض باعتبار المساحة تتسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما
بين الأبنية
من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل وإذا جاز قسمة الكل
باعتبار
القيمة فقسمة البعض كذلك وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القسمة
فهذا
في القياس لا يكون لان البناء والأرض تتناولهما قسمة واحدة وإذا لم تعرف قيمة البناء
فقد
تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الأرض أيضا كما هو
الأصل في العقد

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 إحديهما 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 الا 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 ثمننا وإذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضى منهم لم يمنعهم القاضي من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقي 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 فقولته مقبول فيه ما لم يحضر خصم ينزعه في ذلك وليس هنا خصم ينزعهم فلا حاجة لهم إلى إقامة البينة لاثبات ملكهم فيها وإذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم إنما 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 فأقروا
انها
ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم واشهد على أنه قسمها باقرارهم
لاعتبار يدهم
فكذلك في العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان
في أيديهم
دار فأقروا أنها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضي قسمتها أجابهم القاضي
إلى ذلك بهذا الطريق فكذلك في الميراث إذ لا فرق بينهما لأنهم في الموضعين أقروا
بأصل الملك
لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك إليهم بسبب محتمل مشروع فإذا جاز له أن يعتمد
القسمة

على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في الميراث ولأبي 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 إقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما) أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ان 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 يثبت 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 إقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لأنها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضي في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما إذا اقتسموا بأنفسهم 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 فإنها 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 الأصول 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 ولأنه 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 لأبي حنيفة أنه لا يتمكن من القضاء
بالقسمة
حتى يقضى بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما في أيديهم من
وقوع التفريق
بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة في
شئ

من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف
العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (ألا ترى) ان القسمة في العروض
تجرى بين
المودعين للحفاظ 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 لأنه لا
يمكن
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 لأنها لما لم يقسم في الفصل الأول مع أن الورثة كلهم كبار حضور
ففي هذا الفصل
أولى أن لا يقسم لان في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلي قول أبي
يوسف ومحمد
يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان
الغائب والصغير على حجتهما كما في الفصل الأول 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 فإنه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض
نظر في
حق الغائب والصغير وللقاضي هذه الولاية وإن 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 أن كان الكبير أودع ما
كان

في يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز
للقاضي
أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلماذا لا يقسم حتى تقوم البينة فإذا قامت البينة
قبلها القاضي
لأنها تقوم لأثبات ولاية القاضي في تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت في
الميراث فينتصبون
خصما عنه وينصب بعضهم خصما 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
لأنه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن
نفسه

فيمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه وإذا كان الحاضر واحدا
لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لأنه ليس معه خصم فان الحاضر لو كان خصما
عن نفسه
فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وإن كان هذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا
من
يخاصم عن نفسه ليقوم البينة عليه بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين من الورثة
والثاني
أن الحاضر إذا كان واحدا فهو غير متظلم في طلب القسمة ولا طالب 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 القاضي أن يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه
وذلك
مستقيم وإن كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضي ولاية النظر
للصبي في
نصيب الوصي ووصى الصغير قائم مقام الصغير فكأنه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ
ويأمر
بالقسمة باعتبار أنه يجعل أحدهما مدعى ولآخر مدعى عليه وأحدهما خصما عن نفسه
والآخر
عن الميت والغائب وإن كان العقار شراء بينهم ومنه غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا
البينة
على الشراء حتى يحضر الغائب لان في الميراث إنما 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 ولا
يجوز
القضاء على الغائب بالبينة إذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما في الميراث لا يثبت للورثة
ملك
متجدد بسبب حادث وإنما ينسب إليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة

ولهذا
يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقاتلهم 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 فأراد الموصي له بالثلث القسمة
وأقام
البينة على المواريث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب
خصما
عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصي 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 القاضي بينهما لان الطالب للقسمة
بينهما متعنت
فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك
فالتطالب

منهما إنما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجيبه القاضي 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 القاضي بينهم لأنه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضي لم يمنعهم من ذلك لأنهم لو أقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك في الحكم فكذلك إذا تراضوا القسمة فيما بينهم فإن كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وان أبي ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصبتهم الا 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 اباء بعضهم الا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها 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 للأصناف 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 وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلّة 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 لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وإنما الملزم
طلبه
الانصاف من القاضي واتصاله إلى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

* 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 لأنهما 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 تميم 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 لأنهما إذا لم يبين ذلك فربما يدعي صاحب الأقل المساواة بينهما في رقة 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 فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقاً ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فأراد 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 ايجاب
المالك
وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع وذلك أنما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك
خارج
من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق
فالمقصود
بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه
على
وجه لا يشاركه الاخر 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

فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصداً ذلك فاما في القسمة المقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التمييز في أن لا يبقى لأحدهما في

نصيب الآخر طريق مسيل ماء ولو لم يكن له مفتتح 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 صحيحاً 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 مهراً صغيراً أو أرضاً 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

مفتتحاً 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 الموضوع بخلاف ما سبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة

في المنفعة وإذا لم يكن له طريقاً ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة

كما لو استأجر مهراً صغيراً أو أرضاً سبخة للزراعة لم يجر لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة فإن

قيل فعلي هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة

كما إذا استأجر أرضاً دخل الشرب والطريق وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة

قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الإجارة ولكن يتوصل به الانتفاع بالمستأجر والأجير إنما يستوجب الأجرة 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 لأحدهما حقا في نصيب الآخر
تضرر
به الآخر ولا يجوز 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 ظلة وكان طريق أحدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن
يتخذ
طريقا آخرأ فأراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل
الطريق

مشترك بينهما و كما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث
لنفسه حقا
في نصيب شريكه وإنما يريد أن يستوفى حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك
إنما
يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة
رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفلى له وفي السفلى الذي لا علو له يحسب في
القسمة ذراع
من السفلى بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفلى
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 السفلى وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما
شاهد من
عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما
شاهده
من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد شاهد
اختلاف
العادات في البلدان فقال إنما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن
عند
محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفلى منفعتان منفعة السكنى
ومنفعة
البناء فإنه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك
فلصاحب
العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فإنه لو أراد أن يبنى على علوه علوا آخر كان
لصاحب
السفلى منعة من ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع
من
السفلى ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبنى على علوه
إذا كان
ذلك لا يضر بالسفلى كما أن لصاحب السفلى أن يحفر سردابا في السفلى إذا كان لا
يضر
بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفلى بذراع من العلو وحجته
لا ثبات

هذا الأصل ان صاحب العلو يبنى على ملكه كما أن صاحب السفلى 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 السفلى بحفر السرداب يتصرف في
الأرض
وهي خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبنى على حائط السفلى أيضا وهو مملوك
لصاحب
السفل وزيادة البناء تصير بحائط صاحب السفلى لا محالة ويتبين ذلك في الثاني إن كان
لا يتبين
في الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضاء صاحب السفلى ومحمد في هذا
الفصل وافق
أبا يوسف ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة
البناء تيسر ولان في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفلى وهو كذلك

بمكة وبمصر وفي بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل
كل موضع
تكثر الندوة في الأرض يختار العلو عن السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح
يختار
السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الأوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة
إلا بالقيمة
فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسألة في فصلين أحدهما
أن يكون
بينهما سفل علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فأراد القسمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه
الله يجعل
بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا لسفله علو وسفل لا
علو
له بان كان العلو لغيرهم وعلو لا سفل له فعند أبي حنيفة رحمه الله بإزاء مائة
ذراع من العلو
الذي لا سفل له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثا من البيت الكامل وإزاء مائة ذراع من السفل
الذي
لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثي ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف
السفل
كما في الفصل الأول وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت
الكامل
مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ومائة ذراع من العلو الذي لا سفل له لان السفل
والعلو
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل
وخمسون
منهما علو ومحمد رحمه الله في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى وإذا
كانت الدور بين
قوم فأراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأتى ذلك بعضهم قسم القاضي
كل دار
بينهم على حدة ولم يضم بعض انصباهم إلى بعض إلا أن يصطلحوا على ذلك في قول
أبي حنيفة
رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأي في ذلك إلى القاضي وينبغي أن
ينظر في ذلك
فإن كانت أنصبا أحدهم إذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعبر

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 والقاضي نصب ناظرا فيمضي قضاءه علي وجه يرى النظر فيه كما يمضي
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 إلا
أنها تتفاوت
منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه نسبه البلدان
الأجناس
المختلفة فعند تعارض الأدلة الرأي للقاضي فيرجح بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة
رحمه الله يقول
الدور أجناس مختلفة بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى إذا تزوج امرأة علي
دار فهو

بمنزلة ما لو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلا بشراء دار لم يصح التوكيل
وبعد اعلام
الجنس جهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة فعرفنا أنها أجناس مختلفة والأجناس
المختلفة لا تقسم
قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء علي ذلك وهذا لان في الأجناس المختلفة معنى
المعاوضة
يغلب علي 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 علي 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 فإنما 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 قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة
واحدة
سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لأنها تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت
اسم لمسقف
واحد له دهليز فلا يتفاوت في المنفعة عادة (ألا ترى) انها تؤجر بأجر واحد في كل
محلة فتقسم
قسمة واحدة وبالمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة بعضها ببعض تقسم
قسمة 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 فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها
تقل
في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما
في
الفصول كلها يقولان ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فتمضي القسمة على ذلك ولو
اختلفوا
في قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الأرض وقال بعضهم يجعلها على
الدراهم
والصحيح أن القاضي يجعلها على الذرع إذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من
الميراث
والثابت لقاضي ولاية قسمة الميراث بينهم فإذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا
في

محل ولايته وإذا جعل ذلك علي الدراهم كان ذلك تصرفا منه وراء محل ولايته وربما لا يقدر كل أحد علي تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضي أن يكلفه ذلك توضيحه انه إذا جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء في نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وإن كان يخرج فنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر إلى خروج الدين منه فتتعدم المعادلة بذلك وإذا جعل ذلك علي الذرع يتعجل وصول نصيب كل واحد منهم إليه ويتم القسمة ولاحق لبعضهم علي بعض فهذا أولى الوجهين وإذا تعذر عليه اعتبار المعادلة علي الذرع فله أن يقسم علي الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك إلا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمة علي الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضي ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخصمين عليه إلا أن اليسير 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 فتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الأرض أو يقع جميع الساحة لأحدهما 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 لأن ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدى فيتعدى ولايته إلى مالا يتأتى له القسمة الا به كالجهد مع موصي الأب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وإن كان التصرف في المال إلى الوصي دون الجد وكذلك الأخ 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 فإن كان يستقيم لكل واحد منهم طريقا يفتحه في
نصيبه قسمة
بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وإن 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 القاضي إلى ما التمس وإذا
كان لا
يستقيم ذلك ففي قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود
بالقسمة

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 القاضي إلى
ذلك
وإن كان فيه منفعة للطالب أجابه القاضي إلى ذلك فكذلك إذا كان المشترك موضع
الطريق
وغيره ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقة 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 لأنه 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 لأحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة
على أن يكون هكذا أولم يذكر ذلك في القسمة فإنه يترك على حال لأنه وجد كذلك
عند
تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لأحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع
فيترك
على حاله إلا أن يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به للحدث الشرط أملك
وكذلك
لو كان أزج وقع على حائط على هذه الصفة أو درجة وكذلك أسطوانة وقع عليها
جذوع
وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف علي نصيب الآخر فأراد صاحب السفلى
أن
يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الأشياء تجوز أن
تكون
مستحقا لإنسان في حائط غيره فإذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها
كذلك
ألا ترى أنه لو أصاب أحدهما ثبت علو والآخر السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يهدم
العلو

فاما إذا وقعت الساحة لأحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخصة فيها فأراد صاحب
الساحة
قطع تلك الجذوع فإن كانت أطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن
يقطع ذلك
لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لإنسان في ساحة غيره وإن كان بحيث لا
يمكن البناء
عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أو تفرغ 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 علي قطع تلك الأغصان وهذا مما لا يستحق اقراره
في ملك الغير
بسبب من الأسباب وذكرني سماعة عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لأنه بالقسمة
استحق

الشجرة بأغصانها فترك الأغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الأزج 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 لأنه يقدر على
أن يجعل طريقه في حقه من غير ضرر والقسمة لتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وتمام
التمييز
إذا لم يبق لأحدهما حق في نصيب الآخر فإذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء
القسمة
عليه وإذا أصاب أحدهما قسمة ساحة في القسمة فأراد أن يبنى فيها ويرفع بناء وأراد
الآخر
منعه وقال إنك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء ما بدا له لان الساحة ملكه
والساحة
حق خالص له وللإنسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدوا له وليس للجار ان يمنعه
عن
ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لأنه يتصرف في خالص ملكه أرأيت
لو
أراد أن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن
من
تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وإن كان يؤدي إلى الحاق الضرر بالغير
ألا ترى
أن من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة
وان أصحاب
الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي
يوقدونها
في حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللإنسان أن يسقى أرضه وليس
لجاره أن
يمنع من ذلك مخافة أن يقل ماء بئر فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص
حقه
وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل عليه
السلام
يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق ديننا ولكنه لا
يجبر

علي ذلك في الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك علي 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 مجمدة بجنب حائطي فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو ما يجمع
من الحمد 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 يبني في ملكه
ما يستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين
والجارين ولو اتخذ رجل بئرا في ملكه كرياسا أو بالوعة أو بئر ماء فنز منها حائط جاره وطلب

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه في خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لأنه غير متعدي في هذا السبب والمسبب إذا كان غير متعدي في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان في بئر هذا وإذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوقع لأحدهما حائط للظاهر منه على آجرتين وأسه على أربع وقد دخل في نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك ما دخل فيه من أس حائطي لم يكن له ذلك وإنما له ما ظهر من الحائط على وجه الأرض لأنه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الأرض فاما الأس الذي ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الأرض فهو أرض لا حائط والأرض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط إنما 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 أحدهما 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 ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فإن كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لا تستقيم ولا يكون لأحدهما طريق لم أقسمه ثم لان في القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهما لا تفويتها وإذا اصطاح الرجلان في القسمة على أن آخذ أحدهما دارا الآخر منزلا في دار أخرى أو على أن آخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أو على أن آجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أو علي أن آخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أو ما أشبهه ذلك من

الاصطلاح
في الأجناس المختلفة فذلك جائز لأن هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولا ربا في
شيء مما
تناوله تصرفه ولو اصطالحا في دار واحدة على أن يأخذ أحدهما الأرض كلها والآخر
البناء
كله فهو جائز للتراضي فان الأرض والبناء كل واحد منهما مال متقوم مبادلة نصيب
أحدهما
من الأرض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على أن يكون البناء له ينقضه
وتكون
الأرض للآخر فهو جائز وان اشترط أن لا يقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الأرض لا
يتوصل
بهذه القسمة إلى الانتفاع بالأرض ولان هذا في معنى بيع شرط فيه إعارة أو إجارة
فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء في أرض الآخر فإن كان بمقابلة هذا الترك شيء
من العوض

فهو إجارة فاسدة شرطت في بيع وإن لم يكن بمقابلتها شيء من العوض فهو إعارة مشروطة في البيع وإذا كانت الدار في طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقسمها أهلها على أن يفتح كل إنسان منهم في ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لأهل الزقاق منعهم من ذلك لأن كل واحد منهم يفتح الباب يرفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لأهل الزقاق منعهم عن ذلك ولأن لكل واحد منهم يفتح الباب يرفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لأهل الزقاق منعهم عن ذلك ولأن لكل واحد من الشركاء حق المرور في هذا الطريق إلى أن يتوصل إلى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة على ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها في درا مشتركة ليس لأهل المقصورة فيها الا طريقهم فاقسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه في الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لأن لهم طريقا واحدا في موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون هذه الزيادة في ذلك بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لأهل الدار منعهم من ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يمنعون من فتح الباب لأن ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص حقهم وإنما يمنعون من التطرق في غير الموضع المعروف طريقا لهم في صحن الدار ولكن في ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح الأبواب لأنهم إذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا في صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلهذا منعوا من فتح الأبواب ولأهل الدار أن يبنوا ما بدا لهم في صحن الدار بعد أن 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 لأهل الدار فلهم ان يبنوا فيها ما أحبوا ويفتح أهل
المقصورة
ما بدا لهم من الأبواب في ذلك الموضع لأنهم بفتح هذه الأبواب لا يبنون لأنفسهم
زيادة
على مقدار حقهم وإن كان لأهل هذه المقصورة دارا أخرى إلى جنب هذه المقصورة
فوقعت
هذه الدار في قسم رجل منهم فأراد أن يفتح بابا في هذا الطريق المرفوع بينهم فليس له
ذلك لأنه
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 فأراد أن يجعل طريقها
في

مقصورة ثم يمر في ذلك الطريق المشترك فله إذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل في حكم منزل واحد وإن كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لأنهما منزلان وكما أنه 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 الأرض الأخرى 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 بدخل 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 لأنه إنما استحق البناء بالقسمة أما الأرض من طريق المسلمين وإنما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشارك البناء دون الأرض

ولا يرجع على شريكه بشئ لأنهما 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 لأنها 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 وإن 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
فالأصل
في الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الحمولة فيه لا يكون الا نادرا ويتعذر ذلك لا
يمنتع 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 أحدهما وإن كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لأنه رضي بذلك لنفسه وإنما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فإذا رضي بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر وإذا اقتسما دارا على أن يستوفى أحدهما من الآخر دارا له بألف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له لنهي 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 لأنه لو شرط في البيع زيادة في الثمن مقدار مسمى أو زيادة في المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة و الله أعلم (باب قسمة الدور بالدرهم يريدانها) (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 إلا أن القاضي 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 معينان أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز استحقيقه عوضا في البيع فكذلك في القسمة فإن كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الايفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما في السلم والإجارة وعند أبي يوسف ومحمد

رحمهما الله ان بينا
للتسليم مكانا جاز ذلك وإن لم بينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار و كان
ينبغي في
القياس أن يتعين موضع العقد كما في السلم عندهما ولكنهما استحسانا فقالا تمام
القسمة يكون
عند الدار وإنما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما في
الإجارة عندهما
يتعين موضع الدار لا موضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار
يكون
وان كانت الزيادة شيئا من الحيوان بعينه فهو جائز وإن كان بغير عينه لم يجز موصوفا
كان أو غير
موصوف مؤجلا كان أو حالا لان الحيوان لا يستحق في الذمة عوضا عما هو مال وإن
كان بعينه

وشرط أن لا يسلمه إلى شهر فهو فاسد لأنه 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 ثيابا موصوفة إلى أجل معلوم فهو جائز وإن لم يضرب له أجلا لم
يجز كما في
البيع وهذا لان الثياب تثبت في الذمة سلما ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لا يكون
إلا مؤجلا
والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت في الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا
تثبت
حالا وإذا كان ميراث بين رجلين في دار وميراث في دار أخرى فاصطلحا على أن
لأحدهما
ما في هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فإن كانا سميا
سهما كما
هي سهم من كل دار لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وإن
لم يسميا
ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي إلى تمكن
المنازعة بينهما في
الثاني وان سميا مكان السهام أذرا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله
ولم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا في البيوع إذا باع
ذراعا في عشرة
أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع في ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن
يأخذ
أحدهما احدى الدارين والثاني الدار الأخرى على أن يرد الذي أخذ الدار الكبرى على
الذي لم
يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لأنه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من
الدراهم
ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا إذا اشترى نصيب أحدهما ثم
قاسم الشريك
الآخر على قدر ملكها في الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة
واحدة بالتراضي
وكذلك أن أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى وإذا كانت دارا

واحدة
بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم
معلومة فهو جائر لأنهما اشتريا نصيبه بما نفذا له من الدراهم وكذلك أن اشترطوا على
أحدهما
ثلاثي الدراهم لفضل في منزله فذلك جائر لأنه يكون مشتريا ثلاثي نصيب الثالث وصاحبه
الثلاث
وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه
على أن
زاده الآخر مائة درهم فهو جائر لان 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 جائر لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع
له بما

نقد من الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفلى والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه
دراهم مسماة لان السفلى مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك
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) لان 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 وتتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لا تخلو في العادة عن
التفاوت في المساحة ولا يعد ذلك ضررا وإنما الضرر بالتفاوت في المنفعة والمالية ففي ذلك
تعتبر المعادلة بينهما فإن كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه ما بقي من الدار
وهو أكثر من حقه فهو جائز بمنزلة البيع لوجود التراضي منهما وقد بينا أن المال الذي لا يجري فيه الربا يعتبر لجواز المبايعة فيه المراد بذلك أن كان الذي وقع في قسم الآخر
ليست له غلة فهو جائز لأنه رضي به لغرض له وهو غير متهم في النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال
عظيم جاز شراؤه فكذلك إذا اختار أحدهما أخذه في القسمة بقسمه وإذا اقتسما دارا بينهما
على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على أن رفعا طريقا بينهما ولأحدهما ثلثه وللآخر
ثلثاه فهذا جائز وان كانت الدار في الأصل بينهما نصفين لان رقبة الطريق ملك لهما محل
للمعاوضة فقد شرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا 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 ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار
السدس فهو جائز لأنهما نفيا شركتهما في موضع الطريق وقسما ما وراء ذلك على
الأخماس
فأخذ أحدهما ثلاثة أخماسه والآخر خمسه ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز
فكذلك
إذا اقتسما البعض وبقيا شركتهما في البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشترطا أن
يكون
الطريق بينهما على قدر مساحة ما في أيديهما فهو جائز لأنهما لو قسما الكل على هذه
المساحة

جاز فكذلك إذا اشترط أن يتركاه مشتركا للطريق بينهما على قدر هذه المساحة وكذلك

ان شرطاً أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للآخر ممره 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 العلو له عليه وإن لم يشترط شيئاً من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما

ورثا لأنهما نفياً 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 أقرأ 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 فإن كان المشتري يعلم كم نصيبه جاز البيع وإن 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 فلهاذا قلنا إذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة

مردودة فاما البيع عقد معاينة 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 دارا على أن أخذ أحدهما الثلث من مؤجرها بجميع حقه وأخذ الثلثين
من
مقدمها بحقه فهو جائز وإن كان فيه غبن لأنهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا
يمنتع
جوازها بسبب الغبن 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
أقربة الأرض متفرقة بين رجلين فهي كالدور عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح
بينهما

على حدة الا إذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفي قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما
الله ينظر القاضي في ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في
الدور وهذا
لان الأراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منهما في العلة والصلاحية للربطة
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 الأقرحة وإذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فأصاب أحدهم قراح وغلات 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 استحقاؤه 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 وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أو منها دخل ذلك في
القسمة
وفي 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 الأرض وأخذ الثالث النخيل بأصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لأحدهم في القسمة حائطاً ينصبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو في غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التي فيها تلك النخلة فأراد أن يقطع النخلة فليس له ذلك والنخلة لصاحبها بأصلها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط في القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لأنها نخلة ما لم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لإنسان بنخلة استحقاقها
بأصلها
وذكر في النوادر في البيع اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبي
يوسف رحمه الله
يستحقها بأصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقييل 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 وإنما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض بأصله استحقاق جميع
النخلة
بأصلها وكذلك في الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وإنما تكون نخلة بأصلها فاما
البيع ايجاب
ملك مبتدأ فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الأرض لا الأرض
فلا
يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شئ من الأرض بتسمية النخلة في البيع فلهذا يشترط
فيه ذكر الأصل فان قطعها فله أن يغرس مكانها ما بدا له لأنه قد استحق له ذلك من
الأرض
فكما كان له أن يبقى الأولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغرس مكانها أخرى فان أراد
أن يمر
إليها فمنعه صاحب الأرض فالقسمة فاسدة لأنها وقعت على الضرر فلا طريق له إلى
نخلته
وقد بينا أن القسمة متى وقعت على ضرر فهي فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا
بذكر الحقوق والمرافق فإن كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة
وله
الطريق إلى نخلته لأنه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط
الطريق فكأنه شرط الطريق إلى نخلته أيضا وإذا كانت قرية وأرض ورحى ماء بين نفر
فاقتسموها فأصاب رجل الرحاء وأصاب الآخر أقرحة معلومة وأصاب الآخر بيوت
وأقرحة فاقتسموها 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 لأنه 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 إنما شرط ذلك لأجل
هذا
الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمه وإن كان النهر منعرجا مع
حد
الأرض له طريق إليه في غير الأرض لم يكن له أن يمر في أرض هذا لان القسمة لتمييز
ملك
أحدهما من ملك الآخر وتمام ذلك بان لا يبقى لأحدهما حق في نصيب الآخر واتمام
القسمة
في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي
الأول

لا يمكن اتمام القسمة بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا الفرق في البيت والصفة وإن 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 لأنها

وقعت على ضرر إلا 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 ليتمكنه من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة

وطريقه لا في بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة

لأجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة

وإن كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه

وان ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وإن لم يذكروا

المسناة في القسمة فاختلف صاحب النهر والأرض فيها فهي لصاحب النهر لملتقى طينه وطريقه

في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الأرض وهذا بناء على

مسألة كتاب الشرب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وعندهما للنهر حريم من جانبيه

مثل عرض بطن النهر فإذا كان عندهما للنهر حريم كان اشتراط النهر لأحدهما في القسمة

اشتراطا لحريمه له فهو أولى به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وقد جعلنا في القسمة

النهر حدا لملك صاحبه والمسناة من جنس الأرض يصلح لما يصلح له الأرض من الغرس

والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الأرض أولى به وإن لم يكن

للنهر طريق الا في أرض لقسيمه واشتروا عليه أن لا طريق له في هذه الأرض 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 إحداهما في أرض الاخر
واشترطا
أن لا طريق له في أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أجمه كان
لصاحبه ذلك
المصب على حاله لأنه محتاج إليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة
فترك على
ذلك لما بينا في جذوع لأحدهما على حائط الاخر 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 الأرض في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما للمسناة لصاحب النهر وهذا
بناء على مسألة

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر في المسناة يد من حيث الاستعمال
فإنه بالمسناة من الجانبين يجرى ماؤه في النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة
القول قول
ذي اليد ولأبي حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الأرض لان المسناة من جنس الأرض يصلح
لما يصلح له الأرض وملك الاخر في النهر وهو العمق الذي يجرى فيه الماء وما وراء
ذلك
يكون لصاحب الأرض باعتبار الظاهر حيث يثبت للاخر استحقاقه بالحجة إلا أنه ليس
له أن
يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لأن الماء يفيض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض
ولصاحب النهر فيه حق استمسك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لإنسان عليه
جدوع لآخر
ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الأرض أن يغرس على المسناة ما بدا له
لأنه
يتصرف في ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل
وعلوه
لاخر ولصاحب العلو أن يحدث على علوه ما بدا له ما لم يضر بالسفل وإذا كانت
القرية والأرض
بين قوم اقتسموا الأرض مساحة على أن من أصابه شجر أو بيوت في أرضه فهي عليه
بقيمتها
دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على أن لكل واحد منهما
ما أصابه من
البناء بالقيمة فهو جائز وإن لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا ترى أنه لو كانت
دار بين رجلين
فيها ساحة وبناء لهما ولاخر فافتسماها على أن أخذهما الساحة وأخذ الاخر 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 وإن لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن
البناء وصف
للساحة وتبع لها فإذا استويا في ملك البيع وتفرد أحدهما بملك الأصل كان لصاحب
الأصل

أن يملك على شريكه من الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير
كان
لصاحب الثوب أن يملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف لملكه وهذا
بخلاف
ما إذا كان البناء كله لإنسان 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 مشتركاً فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب
الساحة
لأنه ما لم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الأصل أن يرفع
الضرر
عن نفسه ويملك نصيبه عليه بضمنان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل
في

بيع الأصل من غير ذكر كالصبغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على
الانفراد
فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الأرض أن يملك على
صاحب
البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يملك نصيبه من البناء إذا
كان
مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم في أنها لا تستحق إلا ثمن
في الذمة
وكذلك أن اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا في الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء
عين
فاشترط المكيل والموزون في الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشترط الثمن فهو كاشترط
الدراهم
والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك
باطل لأنه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجھالته عند العقد تكون مبطله للعقد وهذا لان
الثن 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 معقودا عليه ويشترط وجوده في ملك العاقد وقدرته
على
تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالإشارة إلى
عينه
وهذا لأنه إذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن
هنا يقتسمان
المشتري بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والأواني
المصوغة
في هذا بمنزل المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أن يتعين التبر وانه يستحق مبيعا
وقد
تقدم الكلام فيه في كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على المواريث
وسألوا
القاضي قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا 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
القاضي
بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به في حياة المورث فإن كان الدين أقل من
التركة
فسأله أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فعل ذلك استحسانا 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 أبي حنيفة الأول ولكنه استحسن وقال قل ما
تخلو
التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالأحسن
أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على
ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك أرأيت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أولم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضي إمساك حقه وهو يعرف أنه حقه وإنما يطلب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسى لا يلحقه شئ وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير قال هذا شئ احتاطه القضاة وهو جور أي مائل عن طريق القصد فقد بينا المسألة في كتاب الدعوى وإن لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل هي دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالأصل 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 لأنه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك إذا ظهر بعد القسمة لأنه تبين أن القسمة كانت قبل أوانها فان أوان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين إلا 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 لأنه تبين انها وقعت بغير محضر بن بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لأنه 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 ووجد 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 يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا
المسألة في
الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصي له بألف 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
الألف 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

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة إلا 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 فتنقض
القسمة
لحقه وإذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فأقام
ورثته
البينة على الميراث وعلى الأصل 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
الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضروا
وغاب عنهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم
وكذلك
لو كان عمهم حاضرا وغاب بعض بنى أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض
الورثة
يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند إقامة
البينة
ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كما لو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل
واحد وإذا
اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصى أو
غائب

ليس له وكيل لم تجز القسمة لأنه لا ولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لأنفسهم
في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضي إذا قسم بينهم فله ولاية النظر
على الصبي والغائب والظاهر أنه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو
اقتسموها بأمر صاحب الشرط أو عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق أو الطسوج على
الخراج أو على المعونة لأنه لا ولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك
لو رضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم
صغير لا وصى له أو غائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لا ولاية له على الغائب والصبي فإنه صار
حكما بتراضي الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

كبر الصبي فأجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (ألا ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير ما لو باع انسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فأجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل إجازة الوارث كما لو باع انسان ماله وأجاز وارثه بعد موته البيع لم يجز ذلك لهد المعنى وفي الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كإجازة 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 وإنما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة في نقضها مع وجود الإجازة 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 إجازة 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 فأراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الأصل فان القاضي بقسمها 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 الغنيمة كسائر الأموال فكذلك في القسمة
بين
الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت في الرقيق أظهر منه في الأجناس المختلفة
فان الأجناس

المختلفة قد تتفاوت في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتاً فاحشاً ثم قسمة الجبر لا تجري في الأجناس المختلفة فكذلك في الرقيق وهذا لان المعبر المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت

في الادمي 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 والإناث في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى إذا اشترى شخصاً على أنه عبد فإذا هي جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات

وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنمة فإنها تجري في الأجناس

المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين في معنى المالية دون العين حتى كان للامام بيع المغنم

وقسمة الثمن وإنما 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

إلا 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 لأنه إذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي

حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والأظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبي حنيفة

رحمه الله باعتبار أن الجنس الاخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلاً في القسمة وحكم القسمة

جبراً يثبت فيه فيثبت في الرقيق أيضاً تبعاً وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعاً وإن كان

لا يجوز اثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقت وكأنه استحسن ذلك لأنه 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 وإن كان الذي بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروري وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان في الأجناس 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 الاخر وفي المعاوضات لا بد من

التراضي فإن كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفاً 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 وإنما يغلب معنى التمييز إذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب إلى المعادلة فأما اتفاهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة وإذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة وإذا كانت الغنم بين رجلين فقسمها 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 جاز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأبهم خرج سهمه عدوا له الأول فالأول فهذا يجوز لأنه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضى إلى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم فجعلوا الإبل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الإبل رد كذا درهما على صاحبه نصفين فهو جاز لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الأول 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 أن وقع سهم وبقي
سهمان
فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن
يرجع بعد
ذلك لان القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أو
لم يخرج
وإن كان الثوب بين رجلين فأراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فإنه
يحتاج إلى
قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء
فإن
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

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل
القسمة
كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاها طولاً أو عوضاً بتراضٍ منهما فهو جائز 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 لأنها 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 أن كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث
فان
القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوباً وإن كان لا يستقيم لم
أقسمها بينهم الا
ان تراضوا فيما بينهم على شئ هكذا قال في الكتاب والأصح أن يقال إن استوت القيمة
وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فإنه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث
مشتركا
وكذلك أن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوباً وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوباً وثلث
الآخر
أو أحد القسمين ثوباً وربعاً والآخر ثوباً وثلاثة أرباع فإنه يقسم بينهم ويترك الثوب
الثالث
مشتركا لأنه تيسر 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 ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان 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 ألفا درهم بين
رجلين كل
الف في كيس فاقتهما على أن أخذ أحدهما كيسا والاخر أخذ الكيس الاخر وقد رأى
أحدهما
المال كله ولم يره الاخر 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 ان الدراهم والدنانير أثمان محضة ولا مقصود في عينها إنما المقصود الثمنية
وبمعرفة المقدار

يصير المقصود معلوما على وجه لا يتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الأعيان إلا أن يكون قسم الذي لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لأنه إنما 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 فإنه 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 الظاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله ما لم يدخلها فكذلك القسمة وكذلك أن 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 الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه في الدار بناء على دور الكوفة فإنها لا تتفاوت الا في السعة والضيق ضعيف جدا ففي البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الأشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شيء من ذلك عرفنا ان المعنى فيه أن ما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك في الثياب المطوية يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع في اسقاط الخيار واشتراط الخيار في القسمة جائز فهو في البيع لأنها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فإنما يشترط الفسخ أو لئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار في جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعى الآخر الإجازة فالقول قول

مدعى الإجازة لان مضى المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعى الإجازة
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 أن بنى أو هدم فيها شيئاً أو حصصها أو طين فيها حائط
أو ذرع
الأرض أو سقاها أو قطف الثمرة أو غرس الشجر أو لقح النخل أو كسح الكرم فهو
كله رضا
لأنه تصرف لا يفعل عادة الا في الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه في ذلك المحل
ودليل

الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه في كل شئ
ما لم يكن عليهما فيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما ما لم يكن فيه غبن فاحش
ويجعل رضاه
في ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك في القسمة وكذلك وصي الأب
في ذلك
قائم مقام الأب بعد موته فكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي
الأم
إذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الأم لأنه قائم مقام الأم 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 الأخ والعم وابن العم في ميراثه منهم ولا يجوز 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 فإنه 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 إنما
فيه معنى
النظر لليتم ولا ولاية لوصي العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصي الأب فقد
كان للأب
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 الأب 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 الأب له يكون عن شفعة وافرة وولاية كاملة
كنظره
لنفسه ولا حاجة مع وجوده إلى اعتبار نظر وصي العم له بخلاف حال عدم الأب
والوصي

ويجوز قسمة وصى الأب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لأنه قائم مقام الأب فيما يرجع إلى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع إلى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الأم والعم والأخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وإن لم يكن لاحد منهم أب ولا وصى أب لأنه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه إنما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع إلى الحفظ من تركة الموصى خاصة دون غيره فاما في سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالأجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لأنه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرج من الأهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وإن كان يعوله لأنه لا ولاية له

عليه في التصرف في ماله بيعا وشراء فالقسمة مثله والوصي الذي يقيمه القاضي في أمر
اليتم بمنزلة
وصى الأب إذا جعله وصيا في كل شيء لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال
والنفس جميعا
كولاية الأب فوصيه أيضا كوصي الأب وان جعله وصيا في النفقة خاصة أو في حفظ
شيء عنده
لم تجز قسمته لان نصيب القاضي إياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا
بخلاف
ما إذا جعله الأب وصيا في شيء خاص لان ايضاء الأب إليه اثبات الولاية بعد موته
والولاية
لا تحتمل 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 وصي الأب إنما يتصرف بعد
موت الأب
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
إن كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء
كانت القسمة
باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم إنما يميز نصيب كل واحد منهما فيما
أعطاه على أنه سليم
من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة
بالتراضي
أو بقضاء القاضي فوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك (قال وإن كان
الذي
أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذي به العيب خاصة بعد القبض كما هو في البيع
فإنه لو
اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد بأحدهما 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
لأنه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه
وهو
كالعرض على البيع أو زراعة الأرض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب
ولكنه
استحسن فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان في ملك الغير عادة بإذن المالك
وبغير إذن
المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولأنه 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

بناء على احدى الروايتين في السكنى مدة خيار الشرط إذ لا فرق 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 رضاء بالعيب لأنه تصرف لا يفعله الانسان الا في

ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر إلى قده أو قال قدره فهذا رضاء بالعيب وليس برضا في الخيار

لأنه إنما 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 لفوات 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 الإقالة والإقالة

في حق شريكه كالشراء المبتدأ وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك

واباء اليمين سواء لأنه فسخ لبيعه من الأصل فعاد من الحكم ما كان قبله وإن 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 لأنه 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 وإن كان الشريك هو الذي هدم شيئاً منه
ولم
يبعه ثم وجد به عيباً رجع بنقصان العيب في أنصباء شركائه إلا أن يرضوا بنقض القسمة
ورده
بعينه مهدوماً لأنه 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 أنصبتهم والله أعلم
(باب الاستحقاق في القسمة)
(قال رحمه الله وإذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من

مقدمها وقيمتها ستمائة وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمتها ستمائة وهي ميراث بينهما أو
شراء ثم استحق نصف ما في يدي صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذا
يرجع
صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما
ان شاء
وان شاء نقص القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد ما في يده ويظل
القسمة فيكون ما
بقي في أيديهما بينهما نصفين وفي رواية أبي حفص رحمه الله ذكر محمد مع أبي
حنيفة وهو
الأصح 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 اقتسمها
اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان
استحقاقه الدار
وإن كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي إلى الشروع في الكل لأنه إذا
أخذ
المستحق نصف ما في يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما في يد صاحب
المؤخر فيكون
ذلك بمنزلة ما لو 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 بقي ولكن يثبت الخيار
للمشترى بين
نقض 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 بقي
باستحقاق
بعضه وهذا لان ما تبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فإنه لو كان مؤخر الدار بين
شريكين
ولهما شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فافتسما على أن أخذ أحدهما نصيبهما من

النصف
المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر ما بقي كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء
القسمة
لا يمنع بقاءها بطريق الأولى بخلاف ما إذا كان المستحق جزءا شائعا في جميع الدار
لان
استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذا لا يبقى وبهذا تبين
ان هذا
بمنزلة ما لو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك - لا تبطل القسمة فيما بقي
فكذا هنا
وإنما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده إذا اختار امضاء القسمة لأنه لو
استحق
جميع المقدم رجوع على شريكه بنصف ما في يده فإذا كان المستحق نصفه يرجع عليه
بنصف
نصف ما في 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
بقي في يد

صاحب المقدم يساوى ثلاثمائة وما في يد صاحب المؤخر يساوى ستمائة فيرجع عليه
بربع

ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوى أربعمائة
وخمسين

فلو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فإنه يرجع في
قول أبي حنيفة

رحمه الله على صاحبه ربع ما في يده إن 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

الأول عند أبي يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض
بالقسمة

الفاصلة 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 بقي وكان له الخيار في بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين
حقه في

الرجوع بعوض المستحق وذلك ربع ما في يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض
بين رجلين

نصفان وهي مائة جريب فاقسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجرية تساوى ألف
درهم

ثم باع كل واحد منهما الذي أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من
العشرة الأجرية

فرد المشتري ما بقي 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 الأجرية
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
الأجرية

قد انفسخ من الأصل 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 يساوى ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة
وخمسون
والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين
درهما
لأنه قد باع ما في يده وإذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون وإذا
كانت
مائة شاة بين رجلين فاقسماها على أن أخذ أحدهما أربعين منها ما تساوى خمسمائة
وأخذ الآخر
منها ستين تساوى خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين تساوى عشرة دراهم فإنه
يرجع بخمسة

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 بقي وتبين أن المشتري بينهما
تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لاخذ الأربعين ما يساوى أربعمائة وتسعين
لصاحب
الستين ما يساوى 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
الستين 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 بقي كما لو
اشترى
عددا من الغنم فاستحق واحد منهما بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه
الله أن
ينقض القسمة فيما بقي وهكذا في البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد في المستحق يبطل
من الأصل
فلا فرق بينهما بعد القبض وقبله وإذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة أفقرة
منها
طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا ردئ على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه
ويأخذ
شريكة الثلاثين بحقه لم يصح ذلك لان في هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة
بجنسها
متفاضلا ربا فان رد الذي أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه على صاحبه واقتسما على ذلك
جاز بناء
على أصلنا أن الفصل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وان 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 ثمة جواب القياس وما ذكر في كتاب
القسمة

جواب الاستحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الردئ 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 بشيء 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 وثلاثا قفيز لان العشرة كلها لو استحققت رجوع عليه
بخمسة
أقفزة فإذا استحق الثلث رجوع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام
الجيد

ووجه 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 استحقت عشرة
من العشرين
فان المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لأنه لو جعل بعضه 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 لان المقصود بالقسمة
التمييز
والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا 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
رجع
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 بتقديم ملكه
وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فلهذا يرجع بنصف
الثوب
خاصة وإذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما
حنطة
رديئة وعشرة مختايم شعيرا جيدة وأخذ الآخر عشرة مختايم حنطة جيدة وثلاثين
مختوما
شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الرديء فإنه يرجع عليه بربع عشرة مختايم حنطة
وهذا
غلط بين فان العشرة المختايم حنطة جيدة في يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه
والصحيح
ما في النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المختايم حنطة يعني بثلاثين مختوما حنطة رديئة التي

أخذها
صاحبه يرجع ربع ذلك وهو سبعة أقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفي القياس
على
ما ذكره في زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف
شعير جيد
وجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الرديء من يده رجوع علي صاحبه بثلاث الحنطة
الرديئة
عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فان استحق نصف الشعير الرديء يرجع
بنصف
كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بتقديم
ملكه
وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيرا " جيدا " وعشرة بالمعاوضة
وعوضه عشرة
أقفزة من الحنطة الرديئة التي أخذها صاحبه من نصيبه فإذا استحق النصف كان ثلث
المستحق

مما أخذه بتقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشئ وثلثه مما أخذه صاحبه
بالمعاوضة فيرجع
بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أقفزة 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 وإنما
يجعل نصفه
من المأخوذ بتقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على
صاحبه وذلك
سبعة أقفزة ونصف من الطعام الرديء وربع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أقفزة ونصف فلهذا
قال يرجع بربع المخاتيم حنطة وإذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها وأخذ
أحدهما
النصف المقدم وقيمته ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمته 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 لأنه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التي
أعطاهما 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
ثلاثمائة 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 ثلاثمائة 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 فاقتهما 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 إن صاحب الدار باع الدار فاستحق انسان 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 أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وفى قياس قول

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 لأنه 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 وإنما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف الأرض بمقابلة العبد ونصفها أخذه بالمقاسمة مع الدار وقد كان قيمة الدار ألف درهم فلما استحق منها ما يساوى نصف العشر وذلك خمسون درهما تبين أن المشترك ما يساوى ألف درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوى الف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الأرض ألفي درهم الف بمقابلة ما أدى من العبد وألف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع على صاحبه ستة عشر درهما وأربع دوايق في الأرض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفي هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوى خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما الف وأربعمائة وخمسة وسبعون كما بينا ولكننا نقول هذا بناء على الأصل الذي بينا لأبى حنيفة رحمه الله أن العلو مثل نصف السفلى حتى قال في القسمة يحسب ذراع من السفلى بذر أعين من العلو فإذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفلى عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلثون وثلث وإنما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الأصل 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 لأجل الغرور ولا

غرور
في القسمة فان الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك
فيما يجبره
القاضي عليه فلهذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة
وبنى
فيها ثم استحقت ونقض بناءه 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
استحقت
وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشئ من ذلك وكذلك إذا استولد جارية ابنه ثم
استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك علي الابن لانعدام معنى الغرور منه وهذا
بخلاف
الغاصب فان المغصوب منه إذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحقت
وضمن

الغاصب قيمة الولد رجع به على المغصوب من رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره
خلافه

لان المغصوب منه في تضمين القيمة هناك مختار فإنه كان متمكنا من أن يصبر حتى
تطهر الجارية
فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في
دارين

أو أرضين وأخذ كل واحد منهما أحدهما ثم استحقت إحداهما 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 والأراضي بهذه الصفة وعلى قولهما تجرى قسمة الجبر فيها فهذا
والدار
الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندي ان هذا قولهم جميعا لأنهما ما
أطلقا

الجواب في قسمة الجبر في الدور ولكن قال إن 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 على صاحبه بنصف قيمة
البناء لان
نصف الموضع الذي بنى فيه أخذه بتقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك أن اقتسما
جاريتين

فوطئ أحدهما الجارية التي أخذها فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع علي
صاحبه
بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجري 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 على صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له
نصف

الجارية التي في يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فإن كان
باعها ضمنه
نصف قيمتها لأنها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ 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 فإن 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
استحقت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لان القاضي حين رأى جمعها
في القسمة
صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة إنما ينعدم باعتبار ان القاضي
يجبر الشركاء
على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فينعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على
شركائه بشئ
من قيمة البناء وإذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى أحدهما
في
الدار التي أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى 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 ينتقض 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 فإنه ذكر في الجامع الصغير شكا في 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 بشئ يحتمل أن يكون جوابا في
استحقاق موضع
الجذع ومسيل الماء خاصة لأن لما سواهما حصة من الدرك فعند الاستحقاق لا بد أن
يرجع
بذلك أو بقيمته ان تعذر الرجوع بعينه لأجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر
دارين قيمتها سواء فاستحققت إحداهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار
الباقية
ويرجع بربع الدار التي أخذ الآخر بمنزلة ما لو اشترى دارين وقبضهما فاستحققت
إحداهما
فلا خيار له في الأخرى وإنما 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
لأن
الدارين كلاهما لو استحققتا رجع عليه بنصف الدار التي في يده فإذا استحققت إحداهما
و قيمتهما
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 القاضي عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود
التراضي

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه
بجهة أخرى بأن يجعله بيتا 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 الأسهم
لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك
وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم إذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد
القسمة ما ينتفع به إلا أن تتفاوت أنصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة
وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضي لأنه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الغير من
الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنيا باذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الأرض 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 فالأرض لغيرهما بطريق العارية
أو الإجارة 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 القاضي لا يفعل ذلك إذا أتى أحدهما وإن كان
أراد هدم البناء ففي هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن ان أراد
فعله لم يمنعهما عن ذلك وان أخرجهما صاحب الأرض هدماه لان صاحب الأرض له عارية
في أيديهما وللمعير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض
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 ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لأنه
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 لقلة
نصيبه
لا لأجل 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 إلا أن يتراضوا جميعا
وإن كان
يكون لكل واحد منهم طريقا نافذ قسمته إذا طلب ذلك أحدهم لأنه ليس في القسمة

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع في ملكه ورقبة الطريق
مشتركة بينهم بمنزلة الأرض فتقسيمها بطلب بعضهم وإن 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 لأنه لا ضرر علي 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 فإن كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وإن 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 وإنما 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 يبيعان فيه أو يعملان بأيديهما سواء فأراد
أحدهما
قسمته فاني انظر في ذلك فإن كان نصيب كل واحد منهما يعمل فيه قسمته بينهما وان
كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وإن كان الزرع بين ورثة في أرض
لغيرهم فأرادوا
قسمة الزرع فإن كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضي ولا بغير التراضي
لان
الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل
الحصاد وإن كان

بقلا لم أقسمه لما في ذلك من الضرر على كل واحد منهم فإنه لا يتمكن بعد القسمة
من ترك
نصيبه بغير رضاء أصحابه لان موضعه من الأرض عارية لهم جميعا إلا أن يشترطوا في
البقل
أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فإذا اقتسموها على هذا بتراضيهم 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 الأرض لم يجز ذلك أن اشترطا تركه في
الأرض
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 فأذنوا له فأدرك 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 إلا أن
يرضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد اني لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك
بالتراضي فاما
أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف علي ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل
الجزء لم
أقسمه وكذلك اللبن في الضرع لان ذلك مال الربا فإنه 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 الحيازة 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 يجوز وان كانت قوصرة تمر بينهما أو دن 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 لأنها لا تحتمل القسمة من غير ضرر
وكذلك
اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ والياقوت بين الشريكين إذا
أراد
ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن إذا كانت بأعيانها وان كانت جنة
بين رجلين
فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإن كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها
وإن لم

يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وإن كان حبا كثيرا قسمته
بينهما
لأنه 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 لأنه
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
لأن 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 فأنى لا أقسم ذلك بينهما لأنه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر علي كل
واحد منهما

فإن كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الأرض بينهما وتركت
القناة
والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وإن كان كل واحد منهما يقدر
على أن
يجعل لأرضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وأنهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك
كله
فيما بينهم لأنه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع
لقسمة
الأراضي فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الأرض تبعا وإن كان البيع لا يجوز فيه
مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لا أجبر واحدا منهما على البيع
في شيء
مما سميناه في هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول إذا
كان المشترك
بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فان 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 الا 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 فالاشقاص لا تشتري الا بثمن وكس فينبغي أن
تثبت 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 متمكن من بيع نصيبه
وحدة فلا
حاجة إلى اجبار الشريك على ذلك لنفوذ تصرفه في نصيبه تبعا قوله بان لا يشتري منه
الا
بوكس قلنا إنه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا 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 ان 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
اذرعوا 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

بذلك) لان هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى
الطرق
التي اتخذها الناس في الأمصار متفاوتة في الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع
الناس على
ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوز إلى ما هو أكثر منه
أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك في حادثة بعينها وراء حاجة
الشركاء
إلى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر وينوا فيما وراء ذلك لبيان
المصلحة
لهم في ذلك لا ليصيب مقدار في الطريق شرعا وإذا كانت الدار بين رجلين فأراد
قسمتها وفيها
طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعها 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 فان رقبة الطريق ملكهما ولم يباشر
فيه قسمة فيبقى
على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره في ذلك وإنما جعل الطريق
بعرض باب
الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه 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 جميعا لان 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 وان باعوا هذه
الدار
وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الأرض بثلث الطريق
وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر في ذلك

مساوى للشريكين
في رقة الطريق بحق مستحق له فساواهم أيضا في ثمن حصة 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 حصة 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 رقة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب
الممر وقد
روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك أن
الطريق بين

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 والأصح ما ذكر في
ظاهر
الرواية لأنه لا مقصود في الطريق الا الممر والمالية والتقويم باعتبار المقصود ولأجله
يجوز البيع
فإذا استووا في ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأييد ولا يتم البيع
الا برضاهم
فلهذا قلنا بأنهم يستوون في الثمن وإن كان في الدار مسيل ماء لرجل فأراد أصحابها
قسمتها لم يكن
لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن بتر كون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما
بيننا من
المعنى وإن كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فإنه يعزل طريق واحد
عرضه عرض باب الدار إلى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقي 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
الأعظم
يكون متعنتا فلا يلتفت إلى تعنته ولكن إلى الموضع الذي يفترق الطريق بهما يترك لهما
طريقا
واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق إلى باب داره وإن كان باب
صاحب الدار
أعظم من باب الدار الأعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار
لان
مالا يدخل في باب الأعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فإن كان أوسع من
باب الدار الأعظم وكذلك أن 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 فأراد أن يفتح من
منزله إلى
هذا الطريق بايين 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 بايين أو ثلاثة
وهذا
لأنه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أي باب دخل منه في منزله ولا يستحق بايين
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 بايين وإن كان
صاحب المنزل

واحدا فاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها إليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل
وفي هذا
الطريق فإن كان ساكن الدار والمنزل واحدا 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 يمنعه أحد
من أن
يدخل داره لأنه ينتقل من ناحية من ملكه إلى ناحية أخرى ولأنه لا ضرر على أهل
الطريق
إذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا 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 واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب في هذا ولو
اختصم
أهل الطريق في الطريق وادعى كل واحد منهم انه 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 وقتتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر
لاعتبار
الظاهر وهنا حاجتهم إلى التطرق في الطريق سواء فلهذا 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 وان عرف أصل الطريق
كيف

كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان ما اعتبرناه نوع من الظاهر فإنما يصار إليه إذا لم
تعلم حقيقة
الحال بخلافة فإن كانت دارا لرجل وآخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته
الدار
بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فأرادوا قسمة ثمنه فلصاحب
الطريق
نصفه وللورثة نصفه لان 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 ان
أصل الدار بينهم ميراث ووجدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب
الطريق لأنهم
مستوون في الحق في الطريق وقد بينا ان 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 فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لأنهم قائمون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لأنه صلح جرى بينهم عن تراض وإذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الأعظم أو ظلة 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 فعرنا أنه لاحق للشركاء فيه الا في نقض 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 قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة

للاحراز ولا يسلم للوارث شئ من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فهو
كقسمتهم في حياة الميت فإن 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 أن لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة
الدين من
أموالهم على قدر مواريتهم 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

وصل إلى الغريم حقه فكذلك القسمة وإذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصي
والورثة
على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في عين
التركة
حق لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فإن كان هو غائبا وليس عنده
خصم
حاضر لم تجز القسمة والوصي لا يكون خصما عن الموصى له لأنه قائم مقام الميت
والملك
الثابت للموصى له ملك متجدد والوصي إنما 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 الموصي له وإنما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضي إذا كان هو
الذي قسم
بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له علي الموصي 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 لأنه لا ولاية للحضور مع
الورثة
على الغائب والصغير خصوصا في تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وما ينقل
ومالا
ينقل في ذلك سواء وإن كان شئ من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا
وصية
ثم مات بعض الورثة وترك عليه دينا أو أوصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير
ولا
وصي له فاقسم 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 ولأنهم قائمون مقام الميت الثاني في حصته ولو
كان هو حيا
غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه إن 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 لأنفسهم فهي إنما
وافقت
معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراء للميت
عن
المهر ولا اقرار بأنه لا دين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لا تنفذ الا
بشرط
قضاء الدين وإجازة الغريم القسمة قبل أن يصل إليه الدين لا يكون معتبراً 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 ديناً على الميت فهو والمهر سواء
ولو أن

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية لان الأب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذاك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه في الوصية إلا أن الأب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سعي في نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بأنه لا وصية لابنه لما بينا ان الموصى له بالثلث شريك الورثة في العين فالقسمة لا تصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بأنه لا وصية 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 ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا تسمع دعواه وللابن إذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة وإذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقسموها 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 إنما 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 لأنه لما ساعدتهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الأب فيكون في دعواه أن بعض الدار لأخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعى في نقض ما قد تم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة أنه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا إزالة الاشكال وبيان التسوية في الفصلين في الجواب فكذاك لو أقام البينة انه اشتراها من ابنه في حياته أو انه وهبا له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لأنه 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 إن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل
بينته
لأنه لما ساعدهم على القسمة فقد أقر أنه لا وصية 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 لا دين على ابنه وإنما
ساعدهم على
القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفى دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فأجاز
الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث إذا كان هو الغريم ومعنى

هذا أنه لا معتبر بإجازة الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف بإجازته

وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوى الدين ساعيا في نقض ما قد تم به بخلاف ما إذا ادعى

الشركة في العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تتم برضاه كما لو كان الموصى له أجنبيا آخر

فيكون هو في دعوى الوصية ساعيا في نقض ما قد تم به وإذا ادعى الوارث أنه كان اشترى

نصيب أبيه منه في حياته بثمان مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل

ذلك بالقسمة لأنه خصم في نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضرته ورضاه وإذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقسموها وتقابضوا ثم إن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الأب 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 ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقسموها أثلاثا وتقابضوا ثم إن 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

الأول وكذبه الثاني وقال المشتري لا أدري أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لأنها تثبت بحجة

أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض

الشركاء ويتبين أن الأول باع نصيب نفسه خاصة فكان يبعه صحيحا وأما الثاني إنما باع ثلث

الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وإنما ينفذ يبعه في نصيبه خاصة

ويتخير المشتري فيه أن شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه

ولا يقال ينبغي أن ينصرف يبعه إلى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لأنه ملكه في منزل

معين
وهو إنما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ما قبل
القسمة
فإنه إذا باع ثلث الدار فإنه ينصرف بيعه إلى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع في جميع الدار
كما
باعه ولو كان المشتري أقر في الشراء الأول بالقسمة وأقر في الشراء الآخر أنها لم
تقسم
والمسألة على حالها كان القضاء بينهم على ما وصفته لان في اثبات القسمة بينهم هم
الخصماء
ولا قول 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 فإنه يرد عليه من نصيب
الأول

ثلثه لأنه أقر به له وكأنه جحدته في الكلام الأول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلثا الثمن بثلت نصيب الأول وثلث نصيب الثاني لان زعمه معتبر في حقه

فبقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا ما اشتراه من الثاني ويرجع بثلت الثمن

حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى في يد البائع الثاني ثلثا قسمه الذي أصابه لان

المشترى منه ما سلم إليه ذلك القسم إلا الثلث وإذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الأرض

وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فاني أقبل منه البينة على ذلك ولا

يخرجه قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد

الموت توصف التركة بأنها ميراث وإن 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 فإنه

لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لأنه مناقض في كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا

للمورث إلى وقت موته والمشترى 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 مقررة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها علي حدة ثم ادعت انه أصدقها إياها وأنه اشتراها

بصدقتها فإنه لا يقبل ذلك منها لأنها 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 لأنه قد سبق منه الاقرار

أن جميع ذلك ميراث لهم من الأب لان هذا القسم صار ميراثا لأخيه 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 وإنما 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 إن لم يشترط بكل قليل وكثير
هو
منه أو فيه فكذلك لا يدخلان في القسمة ولو كانت للدار والأرض غلة من إجارة
كانت أو من
ثمن ثمرة دين على رجل لم يدخل ذلك في القسمة لأنه غير متصل بما جرت القسمة
بينهم فيه

وبقي ذلك بينهم على المواريث ولو شرطوا ذلك في قسم رجل كانت القسمة فاسدة
لان
كل واحد منهم يصير مملكا 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 وأبرأوا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا في مال
الميت حيث
كان لأنهم أبرأوه 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 فإنه 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 المعترف في
القسمة
المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب
بالبينة وإن لم
يكن له بينة وأراد أن يستحلفهم على الغلط فله ذلك لأنهم 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
واقاراه حجة
عليه دون غيره ففيما في يده يجعل كان ما أقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما
وكذلك

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شئ من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه
إلا بحجة
لأن الظاهر أن 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 أحدهما دارا والاخر
دارا
ثم ادعى أحدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذلك ذراعا في الدار التي في يد صاحبه
وفصلا في
قسمة فإنه 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 باتفاق 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 لأحدهما في دار
صاحبه في القسمة
كانت القسمة فاسدة وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع
أيضا لما بينا ان
قسمة الخبر في الدار إنما تجري عندهما إذا رأى القاضي المصلحة فيه فأما بدون ذلك
فهو كالبيع
ولكن من أصلهما أن بيع كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشترط ذلك في
القسمة
لأحدهما 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 لأحدهما
كذا كذا
ذراعا في نصيب صاحبه لا يحصل التمييز بهذه القسمة بل الشرط والشيوخ يبقى بذلك
القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا
وتتحقق المعاوضة
مع شرط كذا ذراعا لأحدهما في دار صاحبه وإذا اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما
قراخان

والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التي في يد الآخر وأقام
البينة انه له فأصابه في قسمة فإنه يقضي له به لأنه أثبت الملك لنفسه في تلك العين
بالقسمة
وأثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضي له بذلك كما لو ثبت ذلك
باقرار
صاحبه وكذلك هذا في الأثواب فإن 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 أنكر 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 وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذي اليد لأنه هو
المحتاج

إلى إقامة 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 الأوكس 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 لأنه شاع في نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين
واختلاف الأوقات والأمكنة ولأنه بهذه البينة لا يثبت شيئا في ذمة غيره إنما 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 لأنه يثبت ذلك دينا في ذمة
الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا في ذمة الغاصب توضيحه أن القسمة في معنى البيع ومع
بقاء عقد البيع لا تقبل 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
أحدث احدى وخمسين غلطا أو أحدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أحدث 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 ولأنه 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 وخمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا
وقال الآخر قد اقتسمنا 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 لأنه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه
بالتراضي
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 بينتهما على ما يشهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان
ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بحددة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ما تقدم
فهناك أبتت
بينه صاحب الخمس وأربعين انه بقي من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا
تبطل القسمة
وان اختلفا في الحد فيما بينهما فقال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه
وقال
الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة أحدث بينة هذا
وبينة
هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه بعينه واجتمع
ذلك الجزء
بينه الخارج وبينه ذي اليد فيترجح بينه الخارج وإن لم يقيم 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 يعني أنه أقر
باستيفاء
كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك
ولكن ان
أقر به صاحبه فاقراره ملزم إياه والمناقض إذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق
له ولو
لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقسمناً 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 غضب
منه بعد القسمة فان قال كان في يدي بعد القسمة فغصبناه 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 وإن كان قال في يد
صاحبي قبل
القسمة فلم يسلمه إلي تحالفا ويراد 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 الأموال يكون الجواب على التقسيم الذي
قلنا إذا
ادعى أحدهما شيئا في يد صاحبه ولو ادعى غلطا في الذرع فقال أصابني ألف وأصابك
الف
فصار في يدك الف ومائة وفي يدي تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابني الف
فقبضتها

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 و أصابك الف ومائة وقال الآخر
أصابني
الف وأصابك الف فقبضت أنت ألفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وتراضيا لأنهما
تصادقا
على أن المدعى عليه قبض الف ومائة وإنما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة
فالمدعى
يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي 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 وترادا ولو قال
كنت
قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لأنهما 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 اختلافا في المعقود
عليه
وإذا اختلفا في مقدار ما قبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا في المعقود عليه
فيثبت حكم
التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار في يد أحدهما ستون وفي يد الآخر أربعون
فقال الذي في يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبني عشرا
بأعيانها
وخلطتهما بغنمك فهي لا تعرف ووجد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابني ستون
وأنت
أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه
بالقسمة ثم
ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال
الأول
أصابني خمسون فدفعت إلي أربعين وبقي في يدك عشرة لم تدفعها إلي وقال الآخر

أصابني
ستون وأصابعك أربعون تحالفا وتراد الآن 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
وبالدعوى 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
وإن لم يشهد بالوفاء فقال الذي في يده الأربعون كانت غنم والدي مائة شاة فأصابني
خمسون
وأصابعك خمسون وتقابضنا ثم غصبني عشرا وهي هذه وقال الذي في يده الستون بل
كانت

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 إنما 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 فإن 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 أبرأه من حصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فإن كانت قائمة بعينها

اقتسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التي لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت

وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولاً فالسبيل أن ترد الستون والأربعون

وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الأولى والله أعلم
(باب قسمة الوصي على أهل الوصية والورثة)

(قال رحمه الله وإذا كان في الميراث دين على الناس فأدخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان

من وقع الدين في نصيبه يكون متملكاً 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 ديناً 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 أن كان الدين كله على رجل

واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطلة لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا تجوز

قسمة وصي الأب بين الصغير لان القسمة في معنى المعاوضة وليس للوصي ولاية بيع

مال أحد
القسمين من صاحبه لأنه لا ينفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفي هذا
التصرف
أن نفع أحدهما أضر بالآخر وإن 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 الأصل وكذلك الأب ومراده هذا الفصل لا ما قبله
فقسمة
الأب مع ابنيه الصغيرين جائزة لأنه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي
فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصى الميت على الكبار وهم كارهون لأنه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم إذا كانوا حضوراً فإن كان فيهم غائب فقاسم الوصي عليه لم يجز في العقار وجاز في غيره لأن 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 وإن كان فيهم صغير وكبير وكبير حاضر فعزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز في العقار وغيرها في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبئ على ما بيناه في كتاب الشفعة ان عند أبي حنيفة بثبوت 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 لأنه في ملك التصرف كوصي المسلم فإن كان الوصي ذمياً والميت ورثته مسلمين فإنه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم على الصغير قبل أن يخرج جازت قسمة مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات والإنابة في التصرف بعد الموت كالإنابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذمياً بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك إذا جعله وصياً في التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصي عبداً لغير الميت فهو وصي

نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة ما لو وكله في حياته حتى يخرج القاضي من الولاية فالرقيق
ليس من أهل أن تثبت له الولاية على غيره لأنه لا ولاية له على نفسه وإنما يتعدى إلى الغير
عند وجود شرط التعدي ما كان للمرء من الولاية على نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك
على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لأنه لا ولاية له عليه وهو ليس
بنائب عن الصغير في التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز
قسمة الحربي المستأمن على ابن صغير له ذمي لان الذمي من أهل دارنا ولا ولاية للحربي على
من هو من 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

لأنه لا ولاية له عليه ولأنه لا 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 لأنه لا ولاية له علي 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 إفاقة لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا
يصير موليا عليه وإذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه في حال إفاقة بطريق التوكيل
فلا حاجة إلى إقامة 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 خمرا وفضل بعضهم بعضا في كيلها لم يحز الفضل
في ذلك فيما بينهم لأنه مال الربا فإنه مكيل أو موزون وفي حكم الربا هم يستوون بالمسلمين فهو
مستثنى من عقد الذمة وإذا كان وصيي 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 أبي حنيفة رحمه الله لأنه 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 خمور 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 وشراؤه في الخمر والخنزير لأنه إنما 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 برأي 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 أبي 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

لحصّة شركائه من الخمر التي خللها لان القسمة لم تصح عندهما كما لو باشر بنفسه
فإنما قبض
نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة
ويكون
الخل له وإذا كان في تركة الذمي خمرا 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
نائباً عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الميت والميت كافر فيجوز
بيع الذمي
خمرة على سبيل النيابة عنه والغرماء إنما يقبضون الثمن بدينهم لا أن يكون يبيع قيم
القاضي واقعا
لهم والمكاتب كالحرف في القسمة لأنه 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 لأنه في التصرف مع المولى يبعأ أو شراء كأجنبي آخر
فكذلك
المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب
حاضرا أو
غائبا لأنه في حكم التصرف في كسبه كأجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب
وصار ذلك
لمولاه لم تجز تلك القسمة كما لا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لأنه حين تصرف
كان هو من
كسب المكاتب كأجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز أو مات لم يجز
لو كيلاه 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 وكيلاه وان أعتق فهو على
وكالته
لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى
المكاتب عند موته إلى وصي فقام الوصي ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد
ترك وفاء

فان قسمته في هذا جائز على ما تجوز عليه قسمة وصى الحر لأنه 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 أصح لأنه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته إلى حال حياته لأنه في تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن ينظر إلى الولد فلا تثبت له الولاية وإنما تثبت الولاية المطلقة للوصي إذا كان للموصى ولاية مطلقة (ألا ترى) أن وصى الأخ والعم لا يثبت له من الولاية الا قدر ما كان للموصى فهنا أيضا كان للموصي على ولده الصغير المولود في الكتابة من الولاية ما يرجع إلى الحفظ ولا ولاية له

عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرنا في إملاء شرح الزيادات وإن لم يترك وفاء فقاسم الوصي الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا في المكاتب لم يجز لأنه لا ولاية له على الولد الصغير فإنه مكاتب للمولى إذا اختار المضي

على

الكتابة فان أدوا المكاتبه قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لأنهم لما أدوا الكتابة

حكم

بعثت المكاتب وكان وصيه كوصي الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك

تنفذ تلك القسمة منه لأنه لا فائدة في الاشتغال بنقض قسمة يحتاج إلى اعادةها والعبد التاجر

بمنزلة الحر في القسمة لأنه من صنيع التجار وهو نظير البيع فإذا قاسم العبد التاجر عبدا تاجرا

مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك أن كان عليهما دين أو على أحدهما وإن لم يكن على واحد منهما

دين فقسمتها 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 قسمتها 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 وإن لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب

عبد المديون بمنزلة الأجنبي في التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار

بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاء العبد فإن لم يكن على العبد دين

فهو جائز وإن كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز إلا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى

في كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلا أجنبيا دارا " بغير أمر مولاه وعليه دين أو لا دين عليه

فهو جائز لأنه 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 فإنما
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 انفكك الحجر في نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذي
لم يأذن
له فقاسمها إياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الأجنبي بسبب انفكك الحجر عنه في
نصيب

الاذن والمولى الذي لم يأذن له من نصيب الاذن كالأجنبي وهو نظير ما لو كاتبه أحد الموليين
على نصيبه باذن شريكه فإنه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الأجنبي
ومع
المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له في التجارة والله أعلم بالصواب
(كتاب الإجازات)
(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي
سهل
السرخسي إملاء أعلم أن الإجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع
شرعا نوعان
أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الإجارة وجواز هذا
العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات
ليتخذ
بعضهم بعضا سخرى أي في العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام
على أن
تأجرني ثماني 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 الأجير أجره قبل أن يجف
عرقه
فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس
يؤاجرون
ويستأجرون فأقرهم على ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن
القياس يأبى
جواز هذا العقد لأنه يرد على المعدوم وهي المنفعة التي توجد في مدة الإجارة
والمعدوم ليس
بمحل للعقد لأنه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولأنه ملك المعقود عليه
بعد
الوجود لا بد منه لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد
مضافا
لان المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع والنكاح (قال) رضي الله عنه وهذا عندي
ليس
بقوي واشترط 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 التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز
السلم أو

يجعل العقد مضافا للانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا

الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وإنما يفعل كذلك لحاجة الناس بالفقير

محتاج إلى مال الغنى والغنى محتاج إلى عمل الفقير وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لأصول الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة

وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لا بد 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 قصارة أو دباغة أو خياطة فيختلف

مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه إقامة العمل بيده إلا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ

يجب الوفاء بالشرط لأنه مفيد فبين الناس تفاوت في إقامة 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 لا تناجشوا ولا تبيعوا بالحجر ومن استأجر أجيورا

فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وبعضه كتاب الإجازات وهو

مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على

سوم الغير وهذا اللفظ يروى بروائتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهي مجزوم ولكن
المجزوم
إذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ
ما يكون من النهى هذا كالأمر فان أبلغ الأمر 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 الأذى والوحشة الذي يلحق صاحبه وذلك ليس من العقد في شئ فيوجب
الاستياء
ولا يفسد العقد كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة ثم هذا النهى بعد ما ركن
أحدهما
إلى صاحبه فاما إذا ساومه بشئ ولم يركن أحدهما إلى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه
ويشتريه

على ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتريه فاشتراه آخر فأعتقه

الحديث وهذا لان بيع المزايدة لا بأس به على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا

وحلسا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايدة ان ينادى الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه 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 تركز إليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ما روى أن امرأة

جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إن معاوية يخطبني وان أبا جهم يخطبني

فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له وأما أبو جهم فهو لا يرفع العصا

عن أهله أنكحي أسامة بن زيد فإنك تجدين فيه خيرا كثيرا فاما بعد ما ركن أحدهما إلى

صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الأذى إنما يتحقق في هذه الحال والمراد بالنجش

الإنارة ومنه سمي الصياد ناجشا لأنه ينثر الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمان يعلم

أنها لا تساوي ذلك ولا يقصد شراؤها وإنما يقصد أن يرغب الغير في شرائها به وهذا من باب

الخداع والغرور وقوله ولا تبيعوا 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 أجيورا فليعلمه أجره وهذا

دليل جواز الإجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم
الاجر بنفس العقد لأنه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الأولى أن
يقول فليؤته أجره وفي قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه دليل
على ذلك أيضا فإنه أمر بالمسارعة إلى أداء الأجرة وجعل أول أوقات المسارعة ما بعد
الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبي أمامة قال قلت لعبد
الله ابن عمر رضي الله عنهما أنى أكرى ابلى إلى مكة أفتجزيني من حجتي فقال أأست
تلبى وتقف وترمى الجمار قلت بلى قال سألت رجلا 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

وفي هذا دليل جواز الإجارة وجواز كراء الإبل 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
إبله واكتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل
من
أشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فأزال ابن عمر رضي الله عنه اشكاله بما
ذكر
له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لا يتأذى الحج وإنما يتأذى
بالاحرام
والوقوف والطواف والرمي وهو بهذه الاعمال لا يتغى عرض الدنيا وهذا جواب تام لو
اقتصر
عليه ولكنه أحب أن يزيد وضوحا فروى الحديث لان الأول دليل يستدرك بالتأمل وقد
شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر 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 فإنه 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 كراء الإبل 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
لا شغل له سوى إقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم إقامة 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 وحططت لهم من أجرى أفيجزيني من
حجتي
فقال ابن عباس رضي الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية
وإنما
أشكل على هذا السائل ما أشكل على الأول وكأنه بلغه الحديث الذي قال رسول الله

صلى الله
عليه وسلم للذي استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وإنما لك دينارك في الدنيا
والآخرة
فظن مثله في الحج وخط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان حجه فان الخط احسان
وانتداب
إلى ما ندب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالنوافل فأزال ابن عباس
رضي
الله عنهما اشكاله وبين أنه لا نقصان في حجه ولم يأمره بالكف عن خط الاجر وإن
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 فإنه خرج ليخدم غيره لا ليباشر
الجهاد وهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم في الطريق غيره فكان هذا تبعا لا يتمكن
به نقصان

في الأصل وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على حائط فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقلت لي 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 الإعجاب لا يضر أحدا بخلاف ما يقوله جهال المتعسفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الإيمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حيب إلى من دنياكم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرّة عيني في الصلاة فلما أعجبه قال صلى الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة مالا يعنى المرء فرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتكلم بما لا يعينه ولكنه من باب الاستثناس وحسن الصحبة وفي قول رافع رضي الله عنه لي استأجرته دليل على أن الشئ يضاف إلى المرء وإن 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 بإجارة أو عارية حنث وفي الحديث دليل جواز الاستئجار للأراضي ودليل فساد عقد المزارعة ففي المزارعة استئجار الأرض ببعض ما يخرجها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الأرض بشئ منه فهو حجة أبي حنيفة رضي الله عنه على من أجازوه 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 ما كان يتمكن من مباشرة العقد عليها يعد
الوجود
لأنها لا تبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه إنما يجوز له أن يستفضل إذا كان يعمل فيه
عملا نحو
فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بإزاء 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 إبراهيم رحمه الله يكره الفضل
إلا أن
يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول إبراهيم رحمه الله وقلنا إذا
أصلح
في البيت شيئا أو طين البيت أو جصص أو زاد فيه لوحا فالفضل حلال لان الزيادة
بمقابلة ما
زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وإن لم يزد فيه شيئا لا يطيب له الفضل لنهي
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 وكيس 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 شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد
فحينئذ
يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضي الله عنه وعن إبراهيم
رحمه
الله انه كان يعجبهم إذا أبضعوا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كي يضمنها وهذا منه
إشارة إلا أنه
قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى
الأجير
المشترك لان المستبضع إذا أخذ أجرا فهو أجير على الحفظ وهو أجير مشترك ولكن
أبو
حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذي به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد
كي يضمن
ما يتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الالساد وبه نقول فالأجير المشترك
ضامن لما
جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم إليه بقال قد أجره رجل بيتا فألقى فيه
مفتاحه في
وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح في
الإجارة أنه
لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لأنه عقد على المعدوم بمنزلة
العارية
ولان الجواز للحاجة ولا حاجة إلى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله
فالإجارة 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 رضي الله عنه من
وجه فقال إن
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 وإنما 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 يوفر حظه عليهما فدليل القوة قلنا لا ينفسخ بغير عذر
وللدليل
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

الأصح 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 إبراهيم
رحمه
الله انه كان لا يضمن الأجير المشترك ولا غيره وفسر الأجير المشترك في الكتاب
بالقصار
والخياط والإسكاف وكل من يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر
الرجل
الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه إلى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الأجير أن
يؤجر فيه
نفسه من غيره والحاصل ان 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 والأجير 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 الأول 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 مشتركا والأول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول
إبراهيم رضي الله عنه
إذا تلفت العين بغير صنعه فلا ضمان عليه سواء كان أجيرا واحداً أو مشترك تلف بما
يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في أجير

الواحد
أيضا وفي الأجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ما روى عنه بعد هذا انه
كان يضمن
الأجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن
عمر
وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي
رضي الله عنه
انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما فلأجل الاختلاف اختار المتأخرون
رحمهم الله الفتوى بالصلح على النصف وسنقرر هذه المسائل بطريق المعنى في
مواضعها إن 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 الأجير المشترك
ضامن

الا مالا يمكن التحرز عنه والذي لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق
الغالب وكان
أبو حنيفة رحمه الله يقول إن غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله
والأجير
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 معتديا في ادخال النار السفينة
لحاجته وإذا كان التلف غير مضاف إليه تسببا ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن أبي
ليلى
رحمه الله يضمن الأجير 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 ضامنا وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال إني
أعطيت هذا ثوبي ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال
الصباغ
كيف اضمن له ثوبه وقد احترق بيتي فقال له شريح رأيته لو احترق بيته أكنت تدع له
أجره وكان هذا الحرق لم يكن غالبا و كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين
الأجير
المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكأنه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت
أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له اضمن له ثوبه ثم احتج عليه
الصباغ
وقال كيف اضمن له وقد احترق بيتي وكأنه ادعى بهذا أن الحرق كان غالبا ولم
يصدق
شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال رأيته لو احترق بيته كنت تدع له أجره
ومعنى
استدلاله هذا ان الحفظ مستحق له عليك والأجر 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 لي في ذمته و باحتراق بيته
لا يفوت

محل حقي وحقه في عين الثوب وباحتراق بيتي يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا
الفرق
أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ان احترق بيته
بعمل هو
متعدي فيه فهو ضامن وإن كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على أجير الواحد
الا إذا
خالف ما أمر به وذكر عن أبي جعفر أن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط
والقصار
وغيرهما من الصنائع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبي جعفر أيضا ان عليا
رضي
الله عنه لم يكن يضمن القصار في الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن
الأشج

قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصياغ ما أفسدوا من متاع الناس
أوضاع
على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما إذا حصل التلف بغير صنع الأجير وفي هذا دليل
على
اجتماعهما على تضمين الأجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع
الناس عبارة
عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعي رحمهما الله لنا فإنهما يقولان لا يضمن
ما جنت
يده وسيأتيك بيان المسألة في موضعه إن شاء الله تعالى وعن إبراهيم ابن أبي الهيثم
رحمه الله
اتبعت كاذبا من السفن فحملت خوابي منها حمالا فانكسرت الخاوية فخاصمته إلى
شريح رحمه
الله فقال الحمال زاحمني في السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله إنما استأجرك
لتبلغها
أهله فضمنه إياها والكاذي دهن تحمل من الهند في السفن إلى العراق وقيل هو اسم لما
يتخذه راكب السفينة من الأواني كالأمثلة لحاجته فيسع ذلك إذا خرج من السفينة وقد
بيننا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الأجير المشترك بما يمكن التحرز عنه
من
الأسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل
الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف
في يده بفعل غيره
وهو ضامن إذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لأنه
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
وإن لم بر فسادا قال على بشاهدي عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن
الأجير المشترك
إذا أفسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هو من ذوات الأمثال والغزل من
ذوات
الأمثال وان أداء الضمان يوجب الملك له في المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبي
ليلي

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
واستوفى عمله ومنعه أجره ورجل أعطى بي 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 يشتد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

أي ألزمته وحججته فاما قوله رجل باع حرا " وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لا حقيقته
فالحر

ليس بمحل لحقيقة البيع وبيع الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى
فعله

بيعا وما يقبض بمقابلته ثمننا مجازا " ومن يفعل ذلك بحر فقد استذله والمؤمن عزيز
عند الله

ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستذله وإنما 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 لأنه
استذله

بالعمل واستزنبه بمنع الاجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه
وفيه دليل

جواز استئجار الأجير وان الاجر لا يملك بنفس العقد لأنه ألحق الوعيد به بمنع الاجر
بعد

العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد
على منع

الاجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطى بي 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 لأمرأه
السرايا وان

أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع إلى ما بينا من
المعنى

فالمستأمن يكون مستذلا في ديارنا فإذا عذره واستحقره بعد اعطاء الأمان بالله ورسوله
فقد

ظلمه وعن أبي نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ورضي
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 الإناث وذلك حرام فإنه
يأخذ

المال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبنى على نشاط الفحل أيضا وكذلك قفيز الطحان هو أن يستأجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقتها وذلك حرام لأن العقد فاسد فإنه لو صح كان شريكا بأول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر ثم الاجر اما أن يلتزمه في الذمة أو في عين موجود وهو ما التزمه في الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فأصحاب الظواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لأنه يأخذه بمقابلة ما استخراج من الدم أو ما يشترط فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والمراد
بمهر البغي ما تأخذ الزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤاجرون الإمام 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 رضي الله عنه قال فأتاه رجل من الأنصار وقال إن لي حجاما
وناضحا
أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال إن لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي
من
كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهى دليل انتساخ 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 لأنه 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 والمرثشي ومن أصحابنا رحمهم الله
من يقول
هذا النهى في كسب الحجامة ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان
ذلك
يدنى بالمرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالي الأمور ويبغض
سفسافها
ونحن نقول به فالأولى للمؤمن أن يكتسب بما لا يدينه وقد دل عليه حديث عثمان
رضي الله
عنه حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال إن كسبك لو سخ وذاكر عن
عطاء
ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لا ضمان على الأجير الراعي وان اشترطوا ذلك عليه
وبه يقول إن
كان أجير واحد فهو أمين كالمودع واشترط الضمان على الأمين باطل وإن كان
الراعي
مشتريا 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
الأصلين والله أعلم بالصواب
(باب الرجل يستصنع الشيء)
(قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمان وبيع دين في الذمة بثمان وهو
السلم
وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستتجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي
يحدث
في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو
الاستصناع

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 ولاستصناع 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 إذا أسلم حديدا إلى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فإنه 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 لا وجه 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 فأما 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 إقامة 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 إلا أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لأنه إنما 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 إنما

تتقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد على المسمى ولأنه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشتري فإنه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الأوصاف والفائت بالعيب وصف وهنا البديل بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا لا يلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل ما يسلمه إلى عامل ليصنع له شيئاً مسمى كالجلد يسلمه إلى الإسكاف 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 وإنما جوزنا الاستصناع فيما فيه

تعامل ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول إنه 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
قيل 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 والأصح 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 لإقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما
فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لإقامة العمل في العين بل ذكر
العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه ديننا 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
الافى
النقصان فإنه يعطيه الاجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ما سمي له أما ثبوت الخيار له
فلتغيير شرط
العقد لأنه ان حاكه أكثر مما سمي فهو أرق مما سمي وان حاكه أصغر مما سمي فهو
أصفق
مما سمي هذا إذا كان قدر له الغزل وإن لم يكن قدره له فإذا حاكه أكثر مما سمي
فقد زاد فيما
استعمله من غزله على ما سمي وإن كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغيير
شرط العقد
ثبت له الخيار ان شاء مال إلى جهة الخلاف وجعله كالعاصب 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
بشيء من ذلك وأما في النقصان قال يعطيه من الاجر بحساب 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 فأحدى وعشرون
يقابله ثلاثة أرباع
المسمى كما لو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبنة بأجر مسمى فضرب احدى
وعشرين
فإنه يستوجب ثلاثة أرباع المسمى قال رضي الله عنه والأصح عندي أنه 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 اللبن 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 لأنه 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 لأنه إنما ضمن
جميع الاجر
بمقابلة الوصف الذي شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالرقعة والصفاقة
وربما
يختار الصفيق في بعض الأوقات والرقيق في بعض الأوقات 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 تزده
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 إذا 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 القرض وما يدعى من الدين لنفسه في
ذمته
فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم
وإن لم
تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لأنه إنما يستحلف على فعل الغير فان
حلف برئ
وان لكل عن اليمين فنكوله كاقاراره 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 لأنه 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
وإنما لا يجوز الاستصناع في الثوب لعدم التعامل فإذا وجد التعامل في هذا يجوزه
اعتبارا
بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض في الثوب وصف ورأينا جواز استئجار
الأجير
لاحداث وصف في الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول
والعرض
عليه بغزل نفسه بالقياس على الصباغ فان أتاه كما شرط واتفقا على أنه زاد أعطاه بمن
غزله لأنه
صار قابضا للمشترى باتصاله بملكه وأجر المسمى لأنه 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 منوين فقال رب الثوب إنما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج
هو
من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لأن 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
لأنه ما اشتبه على القاضي فإنه 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 فإنه يتخير صاحب الثوب
لأنه

تغير عليه شرط عقده فإنه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما جاء به وان شاء مال إلى جهة الخلاف وضمنه مثل عزله وان شاء مال إلى الموافقة في أصل العمل وأعطاه من الاجر بحساب ما أقام من العمل لأنه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله في من ونصف من الغزل وإنما 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 وإنما 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

غزله فيطرح عنه ما أصاب قيمة الغزل ولم يزد على هذا في الأصل 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 وإنما أقام العمل في رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير إلى معرفة وزن الثوب لم يذكره في المسألة الأولى 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 وربع 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 الأجرة متى كانت معينة فهي بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون حلقة حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الأصلاب والمضامين ما تضمنه الأرحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنه الأرحام بألقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر وعدة العام وعام قابل * ملقوحة في بطن ناب حابل وحبل الحبله 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 الضرع 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 ولو جود 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 ثمنا 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 لأنه في معنى
قفيز

الطحان (قال) رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكى عن أستاذه رحمهما الله انه كان يفتي بجواز هذا ويقول فيه عرف ظاهر عندنا بنسف ولو لم يجوزه إنما يجوزه بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما في الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يعجل بالنسج ويجد فيه إذا كان له في الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما إلى رجل فقال قشره ورببه بنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لأنه لا يعرف ما شرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي إلى المنازعة وهذا بخلاف ما لو دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ 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 الصبغ يتعذر على الصباغ لأنه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسم الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربى سمسم كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيته بقفيز من بنفسج فهذا جائز وكذلك أن كان البنفسج الذي يدخل في مثل هذا السمسم 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 إلا أنه ان كأن لم

يستوف
الثلث حيسه بالثلث وان باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع فيبيعه جائز لأنه باع ملك
نفسه
فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع وإذا نفذ بيعه صار مملوكا
للمشترى
فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك وإذا دفع إلى إسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى
على
أن يخرزه له خفين بصفة معلومة على أن يفعله الإسكاف ويطنه ووصف له البطانة
والنعل
فهو جائز لأنه متعارف وإذا جاز الاستصناع في الخف لكونه متعارفا ففي البطانة والنعل
أجوز ولا خيار لصاحب الأديم إذا عمله عملا مقارنا الا فساد فيه وكان ينبغي أن يثبت
له
الخيار في البطانة والنعل لأنه اشترى ما لم يرده لكنه قال لا خيار له في أصل الأديم لأنه
ملكه
ولا يتأتى الرد في البطانة والنعل منفردا عن الأصل ثم البطانة والنعل بيع في هذا العقد

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن بالبطانة والنعل يصير الخف أحكم وان الخف ينسب
إلى
الأديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الأصل
وهو
الأديم فكذلك في البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء لأنه إنما طلب منه
العمل
الصالح دون الفاسد فكان هو في إقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد في
العمل
مخالف فإن 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 بإزاء العمل
الصالح فعند
الفساد يجب أجر المثل وقيمة ما زاد فيه لأنه مشترى 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 الأعيان متقومة بنفسها
بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر في آخر الباب في مسألة الجبة ولا يجاوز
به ما سمي
في أجر عمله خاصة وقالوا بيانه في فصل يكون بينا في جميع الفصول ولكن الأصح أن
قوله
ولا يجاوز به ما سمي له في هذا الموضع ينصرف إليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل
ولهذا
يجوز العقد هنا فإنه لو كان مقصودا ما جاز العقد فيه وإذا لم يكن معينا والتبع معتبر
بالأصل
فإذا كان الأصل لا يجاوز به ما سمي له فكذلك في التبع وسنقرر هذا الفرق في مسألة
الجبة
إن شاء الله تعالى وكذلك أن سلم خرقة إلى صانع ليصنعها قلنسوة ويطنها ويحشوها
فهو مثل
ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب إلى الظهار
وأنها

بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناوله بدون البطانة والحشو كالخف
فالجواب
فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصناع إذا رضى المستصنع العمل وأجازته أن لا يدفعه له
حتى يأخذ
منه الاجر إلا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الأجرة في الإجازات
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 بالأجرة إذا كان الأصل ملكا للمستأجر لأنه
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 فإنه لا يتصور منه إقامة العمل بدون أن
يتصل

ذلك بملكه ومالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه في
الحبس
وربما يقول زفر رحمه الله البدل ليس بمقابلة الأصل وإنما يحبس المبدل بالبدل فإذا لم
يثبت له
حق الحبس فيما هو الأصل لا يثبت في البيع ولكننا نقول حق الحبس يثبت له في
المعقود
عليه ولا يتأدى ذلك إلا بحبس الأصل فثبت حقه في حبس الأصل كمن أجر عينا يلزمه
تسليم
العين وهو إنما عقد على المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدى بدون العين
لزمه تسليم
العين فهذا مثله (قال) في الأصل إن كان الاجل ميعادا من غير شرط فله أن لا يدفعه
حتى
يقبض أجره لأن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية في فصل بيع المرابحة
وهو
أنه إذا اشترى عينا من بياع وواعده أن يستوفى الثمن منجما في كل سبت فللمشتري
أن
يبيعه مرابحة من غير بيان في الصحيح من الجواب لأنه مشتري بثمان حال والميعاد لا
يكون
لازما بدليل هذه المسألة وإذا دفع الرجل إلى صباغ ثوبا يصبغه له بأجر مسمى ووصف
له الصبغ
فهو جائز لأنه إذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار
المقصود معلوما
لا تتمكن المنازعة بينهما فان خالفه بصبغه على غير ما سمي له إلا أنه من ذلك الصبغ
فلصاحب
الثوب أن يضمه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما
سمى
له أما ثبوت الخيار فلأنه في أصل الصبغ موافق وفي الصفة مخالف وإذا اختار الاخذ
أعطاه
أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي له لأنه 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 أن الصبغ

آلة العمل
المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض 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 وإنما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن أن 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 انسان 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

لا يتصور تمييزه عنه فإنما 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 لأنهما اتفقا

على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعى عليه خلافا ليعضمنه 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 الإسكاف 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 وإن لم يكن الصانع مخالفا

فلا فائدة في استحلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت

باقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا أمرتك ولكن لا أريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار

ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم إليه خفه بنعله بأجر مسمى فهو جائز 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 مخالفا وإن كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وإن لم يكن

جيذا " لان
المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما في
بيع العين
ولو شرط عليه جيذا " فأنعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوات الوصف
المشروط بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما إذا اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده
لا يحسن
الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة ما لو وجد العيب في المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلافا
في الاجر
وقد عمله عملا على ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لأنه يثبت الزيادة في
حقه
وهو الاجر فتترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لي بغير أجر وقال العامل
عملته
بدرهم ولا بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم لان العامل
يدعى عليه
الدراهم دينا في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فإذا حلف غرم له ما زاد
النعل

في خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعي عليه هبة
النعل وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من
العقد يبقى نعله متصلًا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده
ولا يجب أجر المثل لان المنفعة لا تتقوم 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 الإسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال
الإسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين
ملك الإسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضي به من الثمن ولو أسلم ثوبا إلى صباغ فصبغه أحمر
على ما أمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين واني أنظر إلى ما زاد الصبغ
فيه فان زاد درهما أو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين وإن كان دانقين
أو أقل فإنه يعطيه دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغة بدرهم كما يدعيه الصباغ لان
الأصل 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 بإزاء صبغ يساوى دانقين اذن يغبن والمغبون لا محمود ولا مأجور فإذا كان قيمة
الصبغ درهما أو أكثر فله فالظاهر شاهد للصبغ 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 وإن كان أكثر من دانقين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد

أن يحلف
ما صبغه بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لأن 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 رضي الله عنه والأصح عندي انه لا تحالف
هنا بل
اليمين على الصباغ خاصة لان المبتغى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لا
تصور
لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فإنه محتمل للفسخ ببعض الأسباب وإذا
لم يجب
التحالف هنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان لاتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو
قيمته
على رب الثوب كالغاصب إذا صبغ ثوب انسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة
الصبغ
إلا أن رب الثوب هنا يدعى براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بدانقين والصباغ
منكر

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وإن كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه

لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بنفي الظاهر الدعوى والانكار

والصبغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو

قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل

صبغ يزيد في الثوب قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل

واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف في بدل العقد ولكن

الصبغ يدعي لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعي

على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصبغ 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 باذنه وعليه قيمته ولا يجاوز به

درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير مبرئا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة فإن لم يكن أخذ في

العمل تحالفا وتراد لان الإجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البدل فيعم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق

الفسخ حتى يعود إليه رأس ماله وعقد الإجارة محتمل للفسخ قبل إقامة العمل كالبيع فلهذا

يجب التحالف بينهما وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لأنه لا تصور 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 أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك في الإجارة

ومحمد رحمه الله
يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لأن 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 بقي يتحالفا اعتبارا
للبعض
بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقي ممكن وفي حصة ما بقي يتحالفا اعتبارا وفيما
أقام من

العمل متعذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدين فهلك أحدهما ثم
اختلفا في الثمن فقال هناك لا يتحالفان لأن العقد فيهما واحد فإذا تعذر فسخه في
البعض بالهلاك
يتعذر فسخه فيما بقي وهنا عقد لإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب
ما يقيم عليه
من العمل فبأن تعذر فسخه في البعض لا يمنع الفسخ فيما بقي وكذلك لو قال عملته
لي بغير أجر
فالقول قوله مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه
الله
القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ وقد أشرنا إلى الفرق بينهما
فهناك الصبغ
عين مال قائم في الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لا قيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر
رب
الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شرط قصارا على أن يقصر له عشرة أثواب
بدرهم ولم
يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسدا " لان المعقود عليه مجهول فإنه الوصف الذي
يحدث في
الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب في الطول والعرض والصفافة والرقعة
والجودة
والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وإن كان أراه الثياب كان جائزا لان برؤية المحل
يصير
مقدار العمل فيه معلوما ولو مسما له جنسا من الثياب كان مثل ذلك ما لم يرها إياه لان
بتسمية
الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوما فان بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار
عمله
معلوما فهو وإراءته الثياب سواء ولو أسلم ثوبا إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم
فخاطه
قباة فلصاحب الثوب ان يضمه قيمة ثوبه وان شاء أخذ القباة وأعطاه أجر مثله لا
يجاوز به ما
سمى له لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا
رحمهم الله
يقولون القباة والقميص تتفاوتان في الاستعمال وإن كان لا يتفق فلم يكن في أصل

مقصوده
مخالفا وإنما خالفه في تميم المقصود حتى لو خاطه سراويلا كان غاصبا ضامنا ولا
خيار لصاحب
الثوب لأنه لا مقارنة بين القميص والسراويل في الاستعمال والأصح أن الجواب في
الفصلين
واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع إليه شيئا ليضرب له طستا
فضربه كوزا "
فهو بالخيار ولا مقارنة في الاستعمال هنا ولكنه موافق في أصل الصنعة مخالف في
الهيئة والصفة
فكذلك في مسألة الثوب وان خاطه سراويلا 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 أبي ليلى رحمه الله القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان
والشافعي
رحمه الله يقول إنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البدل
تحالفا إذا كان

قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الاجر ديننا في ذمة رب الثوب فلا يكون هذا في معنى ما رود الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط لأنه هو المدعى الاذن في خياطة القباء والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب لأنه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لأنها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خيطه لي بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا في القصاراة لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما إذا اتفقا على أنه 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 الاجر له لان الخياطة التي بينهما دليل على أنه طلب منه إقامة العمل بأجره فقام ذلك مقام الشرط وعن محمد رحمه الله قال إن كان العامل معروفاً بذلك العمل بالأجر فتح الحانوت لأجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر 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 الاجر ومعنى هذه المسألة أن الربع الهاشمي هو الصاع وهو ربع قفيز فكأنه أمره بأن يصبغه صبغاً غير مشبع وقد صبغ صبغاً مشبعاً 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 أولا ثم بالزيادة إلى تمام القفيز
أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فإن كان صبغه بربع الهاشمي أولا فصاحب الثوب بالخيار
ان
شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمي وأعطاه
الاجر
لأنه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجه كالمسلم إلى صاحب الثوب لاتصاله
بالثوب
ثم غيره قبل تمام التسليم فإن شاء لم يرض به متغيرا وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء
رضي به
متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمي وأعطاه الاجر وان شاء أخذ الثوب وأعطاه
الاجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيه وهو ثلاثة أرباع قفيز لأنه بمنزلة من غصب ثوبا

مصبوغا بربع قفير 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

لأنه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف في هيئة العمل في الابتداء ولأنه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الاجر لان أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن في

الموضع الذي يجب الاجر لا ينظر إلى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب ما زاد

من الصبغ فيه سقط اعتبار الاجر والحاكم رحمه الله في المنتفى ذكر هذا التقسيم عن أبي يوسف

رحمه الله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه إذا دفع ثوبا ليصبغه بمن عصفربدرهم

فصبغه بمنين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أعطاه الاجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة

منين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة

عليه فلهذا أعطاه الاجر مع قيمة من الصبغ وإن كان ما روى عن محمد رحمه الله هو الأصح

ولأنه وان صبغه جملة فإنما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فإذا تشرب فيه المقدار المشروط

وجب الاجر فكان هذا وما لو صبغه بدفتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه الا بربع

عصفربإن كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمي فالقول قوله مع يمينه على علمه لأن الظاهر

شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لأنه على فعل الغير إلا أن يقيم الصباغ بينة وإن كان مثل ذلك لا يكون بربع عصفربوكان ذلك يعرف فالقول

قول الصباغ لأن الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى ولو قال لخياط

أنظر إلى هذا الثوب فان كفاني قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه انه

لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لأنه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم
قبل الشرط فإذا لم يكفه قميصا فإنما قطعه بغير إذنه ومن قطع ثوب الغير بغير إذنه فهو
ضامن
لقيمته ولو قال له أنظر أيكفيني قميصا فقال نعم فقال اقطعه فإذا هو لا يكفيه لم يضمن
لأنه قطعه
بأذنه فان قوله اقطعه أذن 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 آمن
فسلك فيه
فأخذ اللصوص متاعه بخلاف الأولى فانعدام الاذن هناك بما صرح في لفظه من الشرط
حتى لو

كان في لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو اقطعه إذا فهو ضامن إذا لم يكفه

لان الفاء للوصل فبذكرة تبين انه شرط للكفاية في الاذن وقوله إذا إشارة إلى ما سبق فكأنه قال اقطعه إذا كان يكفيني لان هذا شرط إلا 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 لا أجز هذا استحسانا لان ذلك مستحسن في

القياس بالتعامل وهذا لا تعامل فيه فيستحسن العود إلى أصل القياس فيه ويقال إنه مشترى

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

والحبة لا تكون بدون البطانة والحشو وإذا كان ما التمس منه لا ينطلق عليه الاسم الا بما شرط

عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وإنما هو استصناع لا تعامل فيه فلا يجوز ذلك فان أتاه بالقباء مبطنا

محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولا تجاوز به ما سمي له في أجر خياطته خاصة

لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه

رده فيلزمه قيمه المشتري بالغا ما بلغ وأجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي له وبهذا اللفظ يستدل

بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول في الفصول المتقدمة أن قوله لا يجاوز به ما سمي له من الاجر

خاصة دون قيمة ما زاد فيه والأصح هو الفرق لان الحشو والبطانة هنا لم تكن في العقد تبعا

في العمل ولذلك فسد العقد في الأصل 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 بالبدل ما سمي له فكذلك فيما هو تبع له
ولو
أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه جبة ويحشوها ويندف القطن عليها وسمى
الاجر
له فهو جائز لأنه استأجره لعمل معلوم ببدل 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 الشيء معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمي يصير
معلوما
على وجه لا يبقى بينهما منازعة ولو دفع إليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه
اليوم فله
درهم وإن لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم
فله درهم

وإن 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 إن خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شئ لك وهو
فاسد
بالاتفاق لأن هذه مخاطرة فإنه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه
العمل
إن لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسدا " ولأنه يصير تقدير كلامه كأنه قال
لك أجر
درهم على خياطتك أولا شئ ولو قال ذلك كان العقد فاسدا " وكان له أجر مثله لا
يجاوز
درهما فهذا مثله (والفصل) الثاني أن يقول إن خطت خياطة رومية فلك درهم وان
خطته خياطة
فارسية فلك نصف درهم أو يقول إن خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك
نصف درهم
فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الأول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما
الله هو
القياس ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما
الله وجه قوله الأول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة
أحدهما في
المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجهالتها أولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بألف
درهم أو هذه
الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو ابنتي هذه بمائة دينار فقال قلت
كان
باطلا وهذا لان عقد الإجارة يلزم بنفسه وإذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا
يدري
بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا ووجه قوله الآخر أنه خير له 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 وإنما يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البديل معلوم
وكذلك
عقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وإنما ينعقد عند إقامة العمل وعند ذلك
لا جهالة
في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما في الحال والبديل
يستحق بنفس
العقد فإذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا (والفصل) الثالث أن يقول إن
خطته اليوم
فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند أبي حنيفة رحمه الله الشرط الأول
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 الأول وهما اعتبرا
هذا

في الفصل الثاني قالوا إنه سمي عمليين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما
فيحوز العقد

كما في الفصل الثاني وهذا لان عمله في الغد غير عمله في اليوم ولصاحب الثوب في
إقامة

العمل في كل وقت غرض صحيح وإنما يجب الاجر عند إقامة العمل ولا جهالة عند
ذلك

بخلاف الفصل الأول فهناك إنما أفسدنا العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لأنه
في

اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البراءة عن بعض
الاجر

بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله إن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق
البراءة

عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وإن لم تفرغ منه اليوم فلا شئ لك
فكذلك

إذا علق البراءة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البراءة لا تحتمل التعليق
بالشرط

وهذا لان الخياطة في اليومين بصفة واحدة وإنما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل إلى
الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فإنهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البراءة 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 الأخرى
يجب

أجر المثل لا يجاوز به درهما لأنه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فإذا فاته ذلك
يلزمه

أجر المثل فعلى الرواية الأولى يقول اجتمع في اليوم الثاني تسميتان درهم ونصف فكان
العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية

الأولى
عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثاني إلى
الأول في
الغد مع بقاء الأول فتجتمع تسميتان بخلاف اليوم الأول فليس فيه الا تسمية واحدة
وهو
الدرهم لان تسمية نصف درهم في الغد لا موجب له في اليوم حتى إذا قال استأجرتك
غدا
لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الأول دون الثاني
بخلاف
الخياطة الرومية والفارسية لأنه لا تجتمع تسميتان في واحد من العاملين حتى لو قال
خطه
خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الأخرى يقول
التسمية
الأولى لها موجب في اليوم الثاني وهو أجل المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما في قوله وان خطته غدا فلا شئ لك بخلاف

الخياطة الرومية والفارسية لأنه ليس لأحد 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 لأنه بيع شرط فيه إجارة فإنه إن كان بعض البدل بمقابلة الخياطة فهي إجارة مشروطة في بيع وإن لم يكن بمقابلتها شئ من البدل فهي إعانة 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 فأراهما إياه ورضيه ثم حذاهما

له كان جائز أيضا استحسانا وفي الخف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف ما لو شرط في

الجبة والقباء البطانة والحشو على العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل

والصحيح أنه لا يشترط إراءته إياه ولكن ان أعلمه على وجه لا يبقى بينهما فيه منازعة فذلك

كاف لما في شرط الإراءة 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 والحص

من عنده وكل شئ من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد

الا فيما بينا للعرف فإذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة ما زاد لأنه صار

قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفا من أوصاف ملكه واستوفي عمله بعقد

فاسد فكان له أجر مثله وإذا رد القصار على صاحب الثوب ثوبا غيره خطأ أو عمدا

فقطعه
وخاطه 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 بالضمنان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل
بما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لأنه
ضمن
بسبب عمل باشره لنفسه وفي الوجهين يرجع على القصار بثوبه لأنه عين ملكه وقد بقي
في يد
القصار فيأخذه منه والله أعلم

(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 رحمه الله وقال أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب) وكذلك

الخلاف في كل أجر مشترك كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشارك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف ان أجير الواحد

لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنع وهو الذي يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى

إذا سلم النفس استوجب الاجر وإن لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر في

تلك المدة وجه قولهما أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما إذا دق الثوب وتخرق وبيان

ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون

المستحق بالعقد حفظا سليما فإذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا بموجب

العقد كما قلنا في الدق فالمستحق بالعقد وفي سليما عن عيب التخرق فإذا تخرق كان ضامنا وهذا

في الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك في القصار فإنه لا يتوصل إلى إقامة العمل إلا بالحفظ والعمل

مستحق عليه وما لا يتوصل إلى المستحق الا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم

دون المعيب والبدل وإن لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر

فيه صفة السلامة كأوصاف المبيع إلا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية في

حق النزاع فإنه عفو لأنه لا استطاع الامتناع منه والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه

قبض العين بإذن المالك لمنفعته وهو إقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير

الواحد وهذا لأن الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل
لا على العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للفوات وهو ما فوت على المالك
شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك وهما يقولان
يستحسن
فنضمن المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص
يعمل له في بيته ولان البدل 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 يلتزمه
ونظر الشرع

للكل فمن النظر للأجير 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 لان المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه
فلا أجر له بخلاف أجير الواحد فالمعقود عليه هناك منفعه في المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك
العين عنده لا يبطل الاجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا "
وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لان المعقود عليه صار مسلما
من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تغير إلى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير
صاحب الثوب ان شاء رضى به متغيرا " فضمنه قيمته مقصورا " وأعطاه الاجر وان شاء لم
يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة ما لو 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 وأجير الواحد وبيانه انه استأجره ليدق الثوب ولدق عمل معلوم بحدده وهو إرسال
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 لان العمل مستحق عليه
بعقد
المعاوضة وما يستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق
والرمي
إلى الهدف فإنه مباح غير مستحق عليه فقيده بشرط السلامة والدليل عليه ان أجير
القصار
إذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الأجير وعندكم يجب الضمان على
الأستاذ 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 "
وحتنا في ذلك أن التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كما لو دق الثوب
بغير
أمره وبيان ذلك أن الاذن 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 أجير

الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هناك البدل 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 والبدل بمقابلة المقصود إلا أن هناك يقام تسليم النفس مقام العمل

دفعاً للضرر عن الأجير لتضييق مدة التسليم عليه وهذا لا يدل على أنه إذا وجد ما هو المقصود

لا يكون البدل بمقابلته كما يقام تسليم النفس في النكاح مقام ما هو المقصود ثم إذا وجد ما هو

المقصود وهو الوطئ كان البدل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه في حق أجير الواحد

منافعه ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لا تختلف بكونه سليماً أو معيباً كما

في بيع العين فإنه وان وجد بالمعقود عليه عيباً لا يخرج العقد به من أن يكون متناولاً له فعرفنا

أن الأذن متناول للعمل معيباً كان أو سليماً وهنا المعقود عليه عمل في الذمة بمنزلة المسلم فيه

وعقد السلم إذا تناول الجيد لا يكون الردى معقوداً عليه ما لم يسقط حقه في الجودة بالرضاء به

فهنا ما دام العمل السليم معقوداً " عليه لا يكون المعيب معقوداً عليه إلا أن يرضى به وهذا

بخلاف المعين فإنه واهب للعمل والهبة لا تقتضي السلامة عن العيب فبالتحرق لا يخرج العمل

من أن يكون مأذوناً فيه وبخلاف البزاع والفساد والحجام فهناك العمل معلوم بحده لا بصفته

لأنه حرج والحرج الذي هو غير ساري ليس في وسع البشر فإنما يلتزم بعقد المعاوضة

ما يقدر
على تسليمه دون مالا يقدر فاما التحرز عن التخرق في وسع القصار في الجملة إلا أنه
ربما يلحقه
الخرج فيه وذلك لا يمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة * يوضحه أن التخرق اما أن
يكون لشيء
في طي الثوب أو لرقعة في الثوب أو لحدة في المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند
التأمل
فاما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجناية ولا طريق للوقوف بحال * يوضحه أن
التلف
هناك لا يحصل في حال العمل وإنما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه
لأنه يقابله
بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا إلا أنه بالفراغ منه يصير مسلما إلى
صاحبه
فإنما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا
بعد
الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لأنه
يقابله

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجير القصار فهو أجير واحد
والبدل
في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضمانا ثم عمله للأستاذ كعمل الأستاذ بنفسه وهو
لو قام
بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك إذا عمل له أجيره 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 غياث 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
فأما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وإنما
الموجب
للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن
الأصح
ما قلنا فانا لا نقول نضمنه 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 كالردئ في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند
التجوز
به فإذا وقع التغير 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 ويضمنه قيمته
غير
معمول ولا أجر له وإن لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى
يستوفى
الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجير 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 فإنه 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 إذنه ويعطيه من الاجر بمقدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لأن العقد لازم

من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة على صاحب الثوب
فيمتنع من
إقامة بعض العمل بغير إذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن إقامة العمل
مستحق
على القصار فامسك العين إلى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه
صاحبه
وان استأجره حمالا ليحمل له شيئاً على ظهره أو على دابته إلى موضع معلوم فحملة
وصاحبه
يمشي معه أو ليس معه فانكسر في بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع
(قال)
رضي 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 خلافاً لزفر رحمه الله فان التلف حصل
بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولاً إلى الموضع
الذي سقط
وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل
صار مسلماً إن كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك أن كان لا يمشي معه فإنه
يصير
مسلماً باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت 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 فإن شاء رضى بهذا التفرق وقرر العقد
فيما استوفى
من العمل وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء أبى ذلك وفسخ العقد في الكل فيضمنه
قيمه
غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك في نصف الطريق
بغير
فعله لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله وكان له نصف الاجر بخلاف ما سبق

العمل من
القصار لان المعقود عليه هنا صار مسلماً بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس إذا فرغ من
العمل
فكان هو في هذا الحكم كأجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم بإقامة
العمل بدليل
أن له أن يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازي رحمه الله في الفصل
الأول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولاً من أن ثبوت الخيار للتغير إلى البدل وقيام البدل
مقام الأصل 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 شيئاً من كرائه حتى يرجع من مكة
وكذلك

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 الأجرة

لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أو دينا وإنما تملك بأحد 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 وحجته 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 بأجرة 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 كالحي حكما في حق الإرث والعتق والوصية وكما جعل

الحي حقيقة كالميت حكما والمرتد 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 بالإجارة من الغير وأنه لو استأجر دارين فانهدمت أحدهما

بالقبض لم يكن له خيار في رد الأخرى 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 لأننا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود في المدة
وقد زال ذلك
بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة في الرحم كالحی لكونها معدة لذلك فان زال
ذلك
بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والإرث والوصية له لانعدام المعنى الذي لأجله جعل
كالموجود والدليل عليه أن الأجرة 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 الإجارة
المضافة إلى وقت في المستقبل ولان أكثر ما في الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود
عليه في

حق انعقاد العقد فكذا في ملك البديل كعقد السلم فان الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه
هناك في انعقاد العقد ولزومه ملك البديل به بنفس العقد * وحثنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة
فيقتضي تقابل البديلين في الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البديلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة
بنفس العقد فكذا الأجرة وهذا لأنه 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 إن المنافع التي تحدث في المدة تجعل
موجودة حكما لأنه إنما يقدر الشئ حكما إذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فان الحي
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 عقيبه 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
فبهذا تبين أن الجواز العقد لم يكن بالطريق الذي قال الخصم بل بأحد الطريقين اما بإقامة 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 الإجارة 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 والعتق 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
تكفي لانعقاد العقد كما لو تزوج رضية صح النكاح باعتبار أن عرضيه الوجود فيما
هو المعقود
عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقتين جميعا إقامة الشيء مقام غيره
تكون
بطريق الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد لان الملك
حكم
السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وإنما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما
أن يقترن

به فلا وفي حكم ملك البدل لا ضرورة فاعتبرنا ما هو الأصل 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 وإنما 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 جعلناه 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

الإجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالإضافة 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 وللقبض 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 لا ضرورة في الملك

لا ضرورة في التسليم لأنه 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 يصبر
مسلمًا إليه وجواز تصرفه من الوجه الذي يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف
بعد
الوجود حقيقة كما بينا وكذلك في حكم تفرق الصنفقة فإنه لا يمكن اثبات ذلك عند
القبض
حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما في حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لأنه
ليس من
ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فإنه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج
امرأة
على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك إلا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه
وإنما يعتبر
مجرد تسليم الدار في سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فإنها 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 ما لو زوجت
نفسها

بمهر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء إلى مكة لا يعطيه 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 وإنما 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 لا يعرف 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 يكتري المرء فيه دابة ثم ينتقل إلى أخرى وعلى هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففي قوله الأول 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

لأنه 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 الأول فهذا شرط يوافق مقتضى العقد وفي قوله الاخر هذا اشتراط الاجل في الاجر والأجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه إذا كان دينا ولا يصح التأجيل فيه إذا كان عينا ولو أبرأه عن جميع الاجر أو وهبه له فإن كان دينا لم يصح ذلك في قول

أبي يوسف الاخر رحمه الله وصح في قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله ولا تبطل به

الإجارة وإن كان عينا لم يصح حتى يقبل الآخر فان قبل بطلت الإجارة 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
الأول
وهو قول محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلاً والابراء عن الدين المؤجل
صحيح وفي قوله
الآخر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو ديناً والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا
الأصل

بنوا مسألة المصارفة على هذا ولكن هذا شيء لا يروى عن محمد رحمه الله نسا وفي الجامع بنى المسائل على أن الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا ولكن وجه قوله الأول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد إلا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطا 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 الإجارة فإنه من حكم الإعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الأجرة قبل استيفاء شيء من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كأنه عقد في الابتداء بما بقي ولو باعه بالأجر متاعا وسلمه إليه فهو جائز لأن الشراء لا يتعلق بالدين المضاف إليه بل بمثله دينا في الذمة (ألا ترى) انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين بقي الشراء صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالأجر مع علمهما بأنه لا يجب بنفس العقد فكأنهما شرطا تعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمرا في كلامهما بالتحصيل مقصودهما كما إذا قال أعتق عبدك عنى على ألف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبايع حق حبس المبيع باستيفاء الثمن فإن لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدرهم دون المتاع لأنه لما انفسخ العقد بعد ما صار مستوفيا للأجر 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 صحيحا بثمان في ذمته فيطالبه بالثمان وان باعه المستأجر بالدراهم دنانير
ودفعها إليه قبل
استيفاء المنفعة فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه
الله وفي
قوله الآخر الصرف باطل فإذا افتراقا قبل ايفاء العمل فوجه قوله الأول أنهما لما أضافا
عقد
الصرف إلى الأجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم
اشتراط
التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمحل 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 وإن لم يجب دينه على المكفول عنه
ما لم

يود مثله وجه قوله الاخر 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 الإجارة 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 فإنما
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 لأنه لا يمكن تحصيل
مقصودهما وهو
المقاصة الا به (قلنا) إنما 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 بالاحتيايل لبقاء العقد صحيحا (ألا ترى) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة
وثوب
وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس لم يبطل
ولكن
قيل يحتال للتصحيح في الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة والدليل عليه أن الأجرة
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
للتطالب على الكفيل وجب للكفيل على الأصيل 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 حمّله بعض
الطريق
أو لم يحمله فإنه يرد عليه من الدراهم بقدر ما لم يوفه من العمل وفي قوله الأول لأنه
صار
مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فبقدر 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
وإن كان الاجر شيئاً 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 أليس 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 إن لم يكن مؤجلا فالايفاء يجب بنفس العقد ويتعين
موضع
العقد لايفائه لأنه مكان وجوب التسليم وإن كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة
رحمه
الله إحداهما انه لا بد من بيان مكان الايفاء كما في السلم لان وجوب التسليم الآن
عند حلول الأجل
ولا يدري في أي مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفي
الرواية الأخرى يجوز لان البيع في الأصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا
المعنى يتعين
موضع العقد للتسليم لان في ذلك امكان وجوب التسليم وإنما تأخر بعرض شرط
الاجل لان
شرط الاجل معتبر في تأخير المطالبة لا في نفي الوجوب فبقي مكان العقد متعينا
للتسليم بمقتضى
العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وإنما يوجب ذلك
عند سقوط الاجل
فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والإجارة 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 إلا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه
بنفس
العقد وهنا في إجارة الأرض والدار تعين موضع الأرض والدار للايفاء لان وجوب
الاجر
هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسلم 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 لأنه يطالب
بإيفاء

ما لزمه ولم يلزمه الحمل إلى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه

في الدراهم والدنانير حيث شاء لأنه صار ديناً في ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالأيفاء

حيثما لقيه والله أعلم

(باب السمسار)

(قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي غرزة الكناني قال كنا نبتاع الأوساق 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

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعلم للغير بالأجر 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 الأليق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم

وحسن معاملته مع الناس وإنما 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 لي بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لأنه 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 أن 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 يشتره درهما أو على كل من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما إلى

الليل بأجر معلوم لبيع له أو ليشتري له فهذا جائز لأن العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم

بيان المدة والأجير قادر على ايفاء المعقود عليه (ألا ترى) انه لو سلم إليه نفسه في جميع اليوم

استوجب الاجر وإن لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الأول 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 لأنه استوفي المعقود عليه بحكم إجارة فاسدة
وقال أبو
يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له أجرا فيكون
وكيلا معيناً
له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما
فان
التعويض في هبة الأعيان مندوب إليه عند الكل فكذلك في هبة المنافع وقد أحسن إليه
بالإعانة وإنما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المتاع ولك الدرهم أو اشتر لي هذا
المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به ما سمي لأنه استأجره للعمل الذي
سماه
بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال إن بعت
هذا

المتاع لي فلك درهم كان استئجارا فكذلك إذا قال بعه ولك درهم ثم قد استوفى
المعقود عليه

بحكم إجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم بالصواب
(باب الكفالة بالأجر)

(قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة في جميع الإجازات بالأجرة في عاجلها
وآجلها

لان الأجرة وإن 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 سيوجب صحيحة كالكفالة بما يدور
له على

فلان والرهن بالأجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل
الوجوب صحيح فالرهن به كذلك وإذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق
الأولى ثم يجب على الكفيل نحو ما على المكفول عنه إن لم يشترط خلافه في تعجيل
أو

تأخير لان الكفالة للضم فتتضم به ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فيما هو ثابت فيه بصفقتة
ثم الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الأصيل ولهذا لا تصح الكفالة الا بمضمون
يطالب به

الأصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالأجر حتى يؤديه ولكنه ان ألزمه به صاحبه
فله أن يلزم المكفول عنه حتى يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الأصيل
مؤخر إلى وقت أدائه فإنه بالكفالة أقرض ذمته من الأصيل فيجب له مثل ما التزمه في
ذمة

الأصيل وبالأداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله
والحاصل

أنه يعامل الأصيل 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 يجيء ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للأداء قبل
حلول الأجل وتبرعه لا يسقط حق الأصيل في الاجل الذي كان ثابتا له وكما أن
الطالب

لا يتمكن من الرجوع على الأصيل قبل حلول الأجل فكذلك الكفيل وان اختلفا في

مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لأنه منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل
على
ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الأصيل وان أقاموا
البينة
فالبينة بينة الأجير لاثباته الزيادة وله الخيار في استيفاء ما أثبتته بين أن يطالب به الكفيل
أو

الأصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فإنما التزم الكفيل تسليمها مستحقا على الأصيل

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 الأصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة

بالعين المغصوبة 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 لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من أجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لأنه التزم مالا يقدر على ايفائه فخدمة عبد

بعينه لا يمكن ايفائها من محل آخر وان كفل بنفس العبد فإنه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد

بالعقد يستحق على المؤاجر وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطالب 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 الأصيل بمضي الشهر وفوات المعقود عليه فبرئ

الكفيل وله أجر مثل الدار على المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد

بفوات ما يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا شئ على

الكفيل من ذلك وإذا استأجر محملا أو زاملة إلى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز

لأنه كفل بما هو مضمون في ذمة الأصيل وتجرى النيابة في ايفائه لان الحمولة إذا لم تكن

معينة فالكفيل يقدر على ايفائه كما يقدر الأصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما يؤخذ

المؤاجر فكذلك إذا استأجر منه إبلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى إلى بلد

معلوم وكفل
له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذي ذكرنا ولو استأجر إبلا 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 ما لو كفل بمال بشرط أن يؤدي ذلك من مال نفسه
الأصيل
وذلك باطل ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليعلمه وكفل له رجل
بالوفاء بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه وبنفس
الكفالة

لا تثبت له الولاية على مال الأصيل ليوفى ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة من هذا

فالإجارة جائزة نافذة إذا لم تكن الكفالة شرطا في الإجارة لأنهما عقدان مختلفان ففساد أحدهما

لا يوجب فساد الاخر وان كانت الكفالة شرطا في الإجارة فعقد الإجارة نظير البيع في أنه

يطلب بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر إن لم يوفه الخدمة والسكنى والزراعة فهذا جائز لأنه كفل بدين مضاف إلى سبب وجوبه وان أسلم ثوبا إلى

خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو جائز لأنه كفل بمضمون تجرى

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 بالغا ما بلغ لأنه أوفى عنه

ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله وبمثل الخياطة أجر المثل وإن كان صاحب الثوب اشترط على

الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبر لتفاوت الناس في عمل الخياطة وإذا ثبت أن

المستحق عليه إقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه وبالكفالة لا تثبت له الولاية على يد الأصيل ليوفى ما التزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة وكذلك سائر الأعمال والله أعلم

(باب إجارة الظئر)

(قال رحمه الله الاستئجار للضئيرة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن 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

الآدمية والأم قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق إلى

تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر 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 الإجارة كلبن الانعام والأصح أن العقد يرد على اللبن
لأنه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدي

فمنفعة كل عضو على حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما
الله فإنه قال

استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام
دليل

على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة وقد ذكر في الكتاب انها لو ربت الصغير بلبن
الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحة فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته
لاستوجبت 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 لأنه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر في ذلك الرضيع
لما للغذاء

من الأثر ونظيره ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ترضع لكم سيئة
الخلق وإذا

استأجر ظئرا ترضع صبيا له سنتين حتى تفضمه باجر معلوم فهو جائز لان استأجرها
بعمل

معلوم ببدل معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لأنها شرطت عليهم الاجر المسمى
بمقابلة عملها

ففيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه في بيتها ان شاءت وليس
عليها أن

ترضعه في بيت أبيه لأنها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهي
تقدر

على ايفاء ما التزمت في بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية
واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة ومسحا وفراشا فذلك جائز استحسانا عند
أبي

حنيفة رحمه الله في هذا الموضوع خاصة دون سائر الإجازات وفي قول أبي يوسف
ومحمد

والشافعي رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك أن اشترطت عليهم طعاما فهو على
هذا

الخلافا * وجه القياس ان هذا عقد إجارة فلا يصح الا باعلام الأجرة كما في سائر
الإجازات

والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة
التسمية

كما في سائر الإجازات لأنها تفضى إلى المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها لأنها وفيت المعقود عليه بحكم عقد فاسد إلا 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 الإجازات والبيوع وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف يعنى أجرا على الارضاع بعد الطلاق (ألا ترى) أنه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لا نفقة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

في عينه نص يبطله وفي النزوع عن هذه العادة حرج لأنهم لا يعدون الظئر من أهل بيتهم
فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام
الزوجات وكسوتهن ثم إنما لم يجوز هذا في سائر الإجازات لتمكن المنازعة في الثاني
وذلك
لا يوجد هنا لأنهم لا يمنعون الظئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع إلى ولدهم
وربما
يكفلونها أن تأكل 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 الإجارة دون غيرها فكذلك يتوسع في
العوض
الآخر في هذا العقد ما لا يتوسع في غيره وإذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من
المتاع والثياب
المسماة لأنها 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 الإجازات إذا شرط
المستأجر على
الأجير إقامة العمل في بيته وهذا لأنهم ينتفعون بهذا الشرط فإنها تتعاهد الصبي في
بيتهم
ما لا تتعاهده في بيت نفسها وربما لا يحتمل قلبها غيبة الولد عنهما والشرط المفيد
في العقد معتبر
فإن كان لها زوج فاجرت نفسها للظئرة بغير إذنه فللزوج أن يبطل عقد الإجارة قيل
هذا إذا
كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته ظئرا فللدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ
العقد فاما إذا كان ممن لا يشينه ذلك لا يكون له أن يفسخ والأصح أن له ذلك في
الوجهين
لأنها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان
كانت
ترضعه في بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من ادخال صبي الغير منزله ولأنها في

الارضاع والسهر
بالليل تتعب 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 فإن كان مجهولا لا
تعرف
أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الإجارة لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول
في حق من استأجرها ولأنه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بان يقر له بالنكاح
ليفسخ
الإجارة وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها فإنها لا
تصدق
في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر ما مضى ولها مما اشترطت من
الكسوة
والدراهم عند الفطام بحساب ذلك لأنها أوفت المعقود عليه في المدة الماضية فتقرر
حقها فيما

يقابل ذلك من البدل ثم تتحقق فوات المقصود فيما بقي فلا يجب ما يخصه من البدل ولو ضاع
الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أن من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً
لأنها بمنزلة الأجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل
نفسها في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير
الخاص أمين فيما في يده بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمه وليس عليها من عمل
أبوى الصبي شيء ان كلفوها عجنا أو طبخا أو خبزاً لأنها التزمت بالعقد الظئرة وهذه الاعمال لا تتصل بالظئرة فلا يلزمها إلا أن تتطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصلحه
مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظئرة وإن كان الصبي
يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام لأنها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن
ذلك كله على أهله وعليها أن تهينه له لان ذلك من عمل الظئرة 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 الإجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه
العرف في كل بلدة حتى قال في استئجار اللبان إن الزنبيل والملبن علي صاحب اللبن بناء على
عرفهم والسلك والإبرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك
فإن 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 المرققة 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 حملاً إلى منزله فانزال الحمل
عن ظهر
الدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والأكاف على صاحب الدابة وفي
الجوايف
والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الأصل 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 لأن العقد لازم من الجانبين إلا أن الإجارة
تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه في بابه ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من
لبنها فيفوت
به ما هو المقصود ولا عذر أبين من ذلك وكذلك إذا تقايأ لبنها لان ذلك يضر بالصبي
عادة

فالحاجة إلى دفع الضرر عنه عذر في فسخ الإجارة وكذلك إذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك
ويضر بالصبي فإذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عذر وكذلك أن كانت سارقة فإنهم
يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها وكذلك أن كانت
فاجرة بينة فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عذر لأنها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما إذا 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 قبي هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك إذا أرادوا
سفرا فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لأنه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من
ذلك من الضرر ولا تجبر هي على الخروج معهم لأنها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم
ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الإجارة
وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عذر وعذرهما من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع
لأنها تتضرر بذلك وربما يصيبها انضمام تعب الرضاع إلى المرض ولهم أن يخرجها إذا
مرضت لأنها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع فربما يقل بسببه لبنها أو يفسد
وكذلك أن لم يكن زوجها سلم الإجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك أن لم تكن معروفة
بالظئيرة فلها أن تفسخ لأنهار بما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبلي به من المقاساة والسهر فإذا
جربت ذلك تضررت ولأنها 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
وإن كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم
واجب وان
ساؤوا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مذموم فإذا لم يكفوا عنها كان لها أن
تخرج
لأنها تتضرر بالصبر على الأذى وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الإجارة فأرادوا
منعه
من غشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فلهم أن يمنعه ذلك في منزلهم لان
المنزل لهم
فلا يكون له أن يدخله الا بإذنه وان لقيها في منزله فله أن يغشاها لان ذلك مستحق له
بالنكاح وبتسليم الإجارة 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

لأنها في ذلك كغيرها من الأجنيبات فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة
عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة إذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر
عنه لأنها
قد التزمت ما يرجع إلى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر
بالصبي فليس
لهم منعها لأنها حرمة مالكة أمر نفسها فيما وراء ما التزمت لهم ويجوز للأمة التاجرة
أن تؤاجر
نفسها ظئرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعها
وكذلك
المكاتبه وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظئرا أو يستأجر ظئرا لصبي له لان
الإجارة
من عقود التجارات ولان التدبير فيما يرجع إلى اصلاح كسبه إليه فكما يشتري لصبي
له طعاما
فكذلك يستأجر له الظئر لترضعه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤاجرها فان رد في الرق
بعد
الاستئجار انتقضت الإجارة فإن كان هو أجز أمته لم تنتقض الإجارة في قول أبي
يوسف رحمه
الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالإجارة استحقت على
المكاتب وبعجزه
بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الإجارة 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 وإن كان مولاه غنيا فعرفنا أن الكسب له
ما دام مكاتبا
فبالعجز ينتقل إلى مولاه والدليل عليه أنه لو مات عاجزا بطلت الإجارة فكذلك إذا عجز
وأبو يوسف رحمه الله يقول بعجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الإجارة
كما إذا
عتق* وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك
لا
حقيقة الملك وهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو
تزوج
المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجز كما لو تزوج المكاتب أمة من كسبه فعرفنا أن
لكل واحد
منهما حق الملك وجانب المولى في حقيقة الملك يترجح على جانب المكاتب لأنه
أهل لذلك

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البدل كان الولاء لمولى الأولى ولو
أعتق
المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرنا
أن في
حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم إذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل
الإجارة فإذا
تحقق للمولى بالعجز أولى وهذا لأنه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بعقد الإجارة
بخلاف
ما إذا مات الحر وقد قبل الاستتجار على الخلاف أيضا والأصح ان أبا يوسف رحمه
الله يفرق
بينهما فيقول استتجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاه وقد سقطت حاجته
بعجزه فاما
إجارته كانت لتحصيل الأجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا ينعدم مالا
جله
لزمت الإجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجر على نفسه من
التصرف
في كسبه ولكن بطلان الإجارة 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 الإجارة لانعدام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستتجار هناك لأنها 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 فالإجارة لا تنسخ عند أبي يوسف
رحمه
الله كما لو عجز في حياته فأما فصل الاستبراء فذلك ينبى على ملك اليد والتصرف
دون حقيقة
الملك (ألا ترى) ان المبيعة إذا حاضت قبل القبض فليس للمشتري أن يجترئ بتلك
الحيضة ونحن
نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبى 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 يبنى على انعدام ملك اليد
والتصرف
(ألا ترى) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وإن كان غنيا فلا يدل له في كسب
المكاتب
فهذا جاز صرف الزكاة إلى مكاتب الغنى فاما بطلان الإجارة يبنى على انتقال ملك
العين
من المؤجر إلى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتقض إجارة الظئر لأنها
وقعت
لحاجة الصبي والأب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدي الاجر من مال الصبي إذا كان له مال
وأجر الظئر بعد موت الأب في ميراث الصبي لأنه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال
كان للأب أن يؤدي أجر الظئر منه فكذلك يؤدي معنى ميراثه بعده ولو استأجورها أن

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 فإن كان لئبهما واحدا فالاجر
بينهما
نصفان وإن كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا تبين أن المعقود عليه اللبن وأن البدل
بمقابلته
فان ماتت إحداهما بطل العقد في حقها لفوات المعقود عليه وللأخرى حصتها من
الاجر
ولا يجوز بيع لبن بني 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
ولأنه
غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الأغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالية والتقوم
بكون
العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الإجارة فيجوز
بيعه
ويكون مالا متقوما كالصبيغ في عمل الصباغة والحبر في الوراقة والحرص والصابون في
غسيل
الثياب بل أولى لأن العين للبيع أقبل منه للإجارة (وحجتنا) في ذلك أن لبن الآدمية ليس
بمال
متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال
اسم
لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الآدمي خلق مالكا للمال وبين
كونه مالا وبين
كونه مالكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى في قوله وهو الذي خلق لكم ما في
الأرض جميعا
ثم لأجزاء الآدمي من الحكم ما لعينه (ألا ترى) أن شعر الآدمي لا ينتفع به اكراما
للآدمي
بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمي يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع

به
واللبن جزء متولد من عين الآدمي (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهي حرمة
الرضاع
كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذي هو أصل الآدمي والمتولد من الأصل يكون
بصفة
الأصل فإذا لم يكن الآدمي مالا في الأصل فكذلك ما يتولد منه من اللبن بمنزلة الولد
(ألا ترى)
أن ولد الأضحية يثبت فيه الحكم تبعا وأن لبن الأضحية إذا حلبت يتصدق به ولهذا
روى
عن أبي يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الأمة دون لبن الحرة اعتبار اللبن بالولد
ولكن هذا
ليس بقوى لأن جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الآدمي بدون هذا الوصف لا يكون
محلا
لبيع ولا رق في اللبن لان الرق فيما تحله الحياة فإنه عبارة عن الضعف ولا حياة في
اللبن
والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان
اللبن مالا

متقوما كان ذلك للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور ولا يدخل على شيء مما ذكرنا المنافع فإنها تقبل العقد من الحر لان المنافع لا تتولد من العين ولكنها أعراض تحدث

في العين شيئا فشيئا فكانت غير الادمي ثم نحن نجعل اللبن كالمنفعة إلا أن عندنا المنفعة لا

تضمن بالاتلاف وتستحق بالإجارة دون البيع فكذلك لبن الادمي وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لأنه عين والعين الذي هو مال مقصود لا يستحق بالإجارة كلبن

الانعام بخلاف الصبغ فصاحب الثوب هناك لا يستحق بالإجارة عين الصبغ بل ما يحدث

في الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرض والصابون المستحق لصاحب الثوب إزالة

الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار بأي شيء أزال ذلك استحق الاجر وهنا المستحق

بالإجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لا تستحق الاجر ولا نسلم أن اللبن غذاء

على الاطلاق وإنما هو غذاء في تربية الصبيان لأجل الضرورة فهم لا يتربون الا بلبن الجنس

عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على أنها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان

البضع يتملك بالعقد للحاجة إلى اقتضاء الشهوة وإقامة 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 لأنه يؤجر به

الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر

اجزاء الادمي متقوم حتى يضمن باتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الادمي في الأصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الادمي بل يجب الضمان

بالنقصان المتمكن في الأصل حتى لو اندملت الجراحة بالبرء ونبتت السن بعد القلع لا يجب شيء

لأنه لا نقصان في الأصل فكذلك الاتلاف في اللبن لا يتمكن نقصان في الأصل ولهذا

لا يجب
الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطئ في حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند
الشبهة وإن لم
يتمكن نقصان في الأصل قلنا المستوفى بالوطئ في حكم النفس من وجه ولهذا لا
يعجل البذل
في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (ألا 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 لأنه موضع الحاجة والضرورة ولو أصاب ثوبا لم ينجسه لان
الادمي طاهر
في الأصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ما قام الدليل الشرعي على نجاسته (ألا ترى)
أن عرقه

وبزاقه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحي إنما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة
في اللبن ولا يحله الموت ولان المستحيل من الغذاء إلى فساد و تنتن رائحة يكون نجسا
واللبن ليس بهذه الصفة فلماذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم
صبيا ولا يعلم أهلها الأولون بذلك فأرضعت حتى فرغت فإنها قد أثمت وهذه جناية منها
لان منافعها صارت مستحقة للأولين فإنها بمنزلة الأجير الخاص فصرف تلك المنافع إلى
الآخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لأنها حصلت مقصود الفريقين ولا
تتصدق بشئ منه لان ما اخذت من كل فريق إنما أخذته عوضا عن ملكها فان منافعها مملوكة
لها ولا بأس بأن يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التي قد ولدت من الفجور لان خبث
الكفر في اعتقادها دون لبنها والأنبياء 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 لأنها التزمت
فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل
مقصود أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم ييس لبنها فأرضعت خادمها حولا آخر فلها
الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمها فلها الاجر تاما ولا شئ لخادمها لان
المنافع لا تتقوم الا بالتسمية ف فيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو ييس
لبنها فاستأجرت له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفي القياس لا أجر لها
لأنها بمنزلة أجير الخاص وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لإقامة 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 ييس 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 لأنه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى
لا
تطالب به ولا تجبر عليه إذا امتنعت فيصح الاستئجار كالخياطة وغيرها من الاعمال
والنفقة
مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة
فهو
نظير نفقة الا رقاب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار على الارضاع (وحتتنا) في
ذلك قوله

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 إشارة 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 وإن لم يكن مستحقا
عليها دينا
فإنها تطالب به فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستئجار على مثله لا يجوز كالأستئجار
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 إليهما 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 لأنها صارت أجنبية منه وارضاع الولد على الأب كنفقته بعد الفطام
وكذلك
في العدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لا
يجوز لأنها 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 إنما 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 منافعها
ومكاسبها
يوضحه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة
مكاتبها ولو

استأجرها ترضع صبيا 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 أخته ترضع صبيا 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 فإن كانت معروفة
بذلك
لم يكن لها أن تترك الإجارة الا من عذر وان كانت لا تعرف بذلك فلها أن تأبى وقد
بيننا هذا
في الأجنبية أنها إذا لم تعرف بذلك العمل فإنما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون
ذلك
عذرا لها فكذلك في المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيا في بيتها فجعلت تؤجر
لبن الغنم
وتغدوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن أوليس لها لبن فلا أجر لها لان
البدل
بمقابلة الارضاع وهي لم ترضعه الا بما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح
للصبي وما
أنت به مفسد فالادمي لا يتربى تربية صالحة الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت
قد أرضعته فاقول قولها مع يمينها لأن الظاهر شاهد لها فصلاح الولد دليل على أنها
أرضعته
لبن الأدمية وان أقام أهل الصبي البينة على ما ادعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة
كالثابت
باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لأنها 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 لأنه هو الذي يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه
وعليه
الاجر لأنه التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لأنه لا ولاية له عليه في إلزام 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 الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما
قال الله
تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قوله وليس له أم ترضعه إشارة إلى أن الارضاع عليها
إذا كانت حية ولها لبن دون سائر الأقارب لأنها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر
القربات
بمنزلة المعسر في ذلك فكان عليها دونهم بخلاف النفقة فإن كان لاولى له فاجرة الظئر
على
بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام والله أعلم
(باب إجارة الدور والبيوت)
(قال رحمه الله وإذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريدتها

له (فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فإنما 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 الإجارة والمراد رحي الماء

أو رحي 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 إلا أن يشترطه وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التي

لا توهن البناء بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد وما يوهن البناء بمنزلة صفة

الجودة أو الكتبة أو الحبز 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 وبعيره وشاته وهذا إذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فإن لم يكن فليس له اتخاذ المربط في

ديارنا لان المنازل بيخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب فيها

وإنما هذا
الجواب بناء على عرفهم في الكوفة لما في المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من
أحب لأنه
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 فإن أجرها بأكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل
إلا 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
لأنه ربح على ملك حلال له ولكننا نقول المنافع لم تدخل في ضمانه وإن قبض الدار
بدليل أنها

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 إنما يأخذ حكم المالية والتقوم بالتسمية بدليل ان المستعير لا يؤاجر وهو مال للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك منفعتها وجعلت لك منفعتها ولو أضاف الإعارة إلى ما بعد الموت يثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك إذا أوجبها له في حياته ومع ذلك لا يؤاجر لأنه ليس بمقابلتها تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد الأول لا تسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع إلا أن يكون زاد فيه شيئاً فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك إذا أجره بجنس آخر لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقوم والعقد لأي وجوب ذلك فاما عند اتحاد الجنس يعود إليه ما غرم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لأنه حصل له بكسب خبيث بمنزلة المستعير إذا أجر فعليه أن يتصدق بالأجر وإن كان استأجرها كل شهر فلكل واحد منهما أن ينقض الإجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت إلى مالا يعلم منتهاه تتناول الأدنى فإنما لزم العقد في شهر واحد فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة فان سكنها من الشهر الثاني يوماً أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الإجارة إلى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم إذا سكنها يوماً أو يومين فيلزم العقد فيه بتراضيها كما لزم في الشهر الأول وفي ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الداخلى 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 الأول من
الشهر
وإذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذي استأجرها عندنا
وقال
الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار إلا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل إلا
بالشرط لأنه
إذا أطلق ذكر الشهر فليس بعض الشهور لتعيينه للعقد بأولى من بعض وجهالة المدة
مفسدة
لعقد الإجارة وهذا لأنه 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
الأوقات كلها في حكم الإجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما
في الآجال

والايمان إذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون
الا
بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوى فيه الأوقات بخلاف الصوم فإنه يختص الشروع فيه
ببعض
الأوقات 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 إن كان العقد في اليوم الأول من الشهر فله شهر بالهلال تم أو
نقص
وإن كان ذلك اليوم في بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الأهلة أصل في الشهور قال
الله
تعالى يسألونك عن الأهلة والأيام تدل على الأهلة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم
بقوله
صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فأكملوا شعبان ثلاثين يوما وإنما يصار إلى
البدل
إذا تعذر اعتبار الأصل فإن كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الأصل هنا
ممكنا
فكان له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل وإذا كان في بعض الشهر فقد
تعذر
اعتباره بالأهلة فيعتبر بالأيام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه
إذا
استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طال أو قصرت وفي قول الشافعي رحمه الله لا
يجوز
الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفي قول آخر يجوز إلى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر من
ذلك
وفي قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الأول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة في
بعض
الأشياء لا تتم الا بسنة كما في الأراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول
الثاني يقول
العادة أن الانسان قل ما يسكن بالإجارة أكثر من ثلاثين سنة فإنه يتخذ المسكن ملكا
إذا

كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالأعيان القائمة فالعقد
على العين
يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة* وحجتنا في ذلك أن اعلام المعقود
عليه لا بد منه
والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فإنها تحدث شيئاً فشيئاً فكانت المدة للمنفعة
فالكيل
والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوماً الا بذكر الكيل والوزن لا
يصير المقدار
هنا معلوماً الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو كثر وقد
دل على
جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت
عشراً
فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلاً للبيع فإنها تصلح مشروطة في عقد الإجارة
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 بالأهلة اثني عشر شهرا وإن كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالأيام ثلاثمائة وستين يوما في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالأيام واحد عشر شهرا بالأهلة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الأهلة أصل والأيام بدل ففي الشهر الواحد تقدر الأهلة وفي احد عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير إلى البديل وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالأيام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لان ثبوت الكل بتسمية واحدة وهذا لأنه ما لم يتم الشهر الأول لا يدخل الشهر الثاني فإذا كان ابتداء الشهر الأول في بعض فتمامه في بعض الشهر الداخل أيضا وإنما يدخل الشهر الثاني في بعض الشهر فيجب اعتباره بالأيام وكذلك في كل شهر وقد ذكر في كتاب الطلاق في باب العدة أنها تعتبر بالأيام فعلى قول أبي حنيفة واحدى الروائتين عن أبي يوسف رحمهما الله لا حاجة إلى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروائتين عن أبي يوسف رحمهما الله الفرق بين الأصلين أن الإجارة عقود متفرقة فإذا أهل الهلال يتجدد العقد عند ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد في هذه الحالة فلهذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك في العدة لان الكل في حكم شئ واحد فتعبر كلها بالأيام ثم قال إذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضي من الشهر فإنه يسكنها بقية هذا الشهر واحد عشر شهرا بالأهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقي وهذا غلط والصحيح ما ذكر في بعض الروايات استأجرها لأربع عشرة بقين من الشهر لأنه إذا كان الماضي من الشهر الأول 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 لأربع عشرة بقين من الشهر وإذا
استأجر
بيتا في علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لأنه مسكن معد للانتفاع به
من حيث
السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فأراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك أن
كانت
مضرتهما واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وإن كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك
وكذلك
الرحى لان التقييد إذا كان مفيدا يعتبر وإن كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة في حق
صاحب
الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلا تكون مضرتة مثل المشروط أو أقل منه فقد
علمنا
أنه لا ضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللإنسان أن
يتصرف في

ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شاء وإن 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 الإجارة لأنها من عقود التجارة وهم في ذلك سواء وإن استأجر

الذمي دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فإن اتخذ فيها مصلى لنفسه دون الجماعة لم يكن

لرب الدار أن يمنعه من ذلك لأنه استحق سكنها وهذا من توابع السكنى وإن أراد أن يتخذ

فيها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس فلرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل

أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهي عن المنكر فإنهم يمنعون من أحداث الكنائس في

أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه

وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد نفي أحداث الكنائس في أمصار المسلمين وفي

الخصاء تأويلان (أحدهما) خصاء بني آدم فذلك منهي عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال

الله تعالى ولأمرنهم فلا يغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب

والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى في أمصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها 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 للصوص 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 إظهار بيع الخمر في أمصار المسلمين

لأن ذلك يرجع إلى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناهم الذمة على أن يظهروا ذلك

فكان
الاطهار فسقا منهم في التعاطي فلكل مسلم أن يمنعهم من ذلك صاحب الدار وغيره فيه
سواء
وكذلك يمنعون من إظهار 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
عامه من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما في ديارنا يمنعون من احداث
ذلك في
السواد كما يمنعون في المصر لان عامة من يسكن القرى في ديارنا مسلمون وفيها
الجماعة
والدرس ومجلس الوعظ كما في الأمصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الأمصار موضع
إعلام الدين
نحو إقامة الجماعات وإقامة الحدود وتنفيذ الاحكام في احداث البيع في الأمصار معنى
المقابلة

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا يمنعون من احداث ذلك في
القرى (قال)
رضي الله عنه والقول الأول عندي أصح فان المنع من ذلك في الأمصار لا يفتتن به
بعض
جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم إذا لم يظهروا لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بينهم
ما شاؤوا
وخوف الفتنة في إظهار 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 لا نراء ناراهما وقوله صلى الله عليه وسلم
لا تستضيئوا
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 النهي عن المنكر فإنه
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 الإجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول
بفسخ
الإجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تفسخ الإجارة لأجله أرأيت لو كان باعه الدار
كان
يفسخ البيع لما ظهر منه لا سبيل له إلى ذلك فكذلك الإجارة وإذا سقط حائط من الدار
فأراد المستأجر ترك الإجارة نظر في ذلك فإن كان لا يضر بالسكنى فليس له أن يخرج
لان
المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة
فأعور
العبد وذلك لا بنقص من خدمته وإن 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 يقبض الدار لا تدخل المنفعة في ضمان المستأجر فحدوث المغير
بعد قبض

الدار وقبله سواء إلا أن ينتبه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فحينئذ لا يكون للمستأجر
أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد إذا برأ وإنما يكون له حق الفسخ بحضرة
رب
الدار فإن كان غائباً فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا
بمحضر
من الاجر لما فيه من إلزام 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
لأن العقد
حق وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك أن سكن مع حضرة
رب
الدار لان التغير في وصف المعقود عليه فإذا رضي به لا يحط شئ من الاجر كالمشترى
إذا
رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهداً كان صاحب الدار أو غائباً
وفيه

طريقان لمشايننا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فإنه بالبناء كان مسكننا بخلاف الأول فهناك دخل المعقود عليه تغيير (ألا ترى) أن استئجار الحراب للسكنى لا يجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد وإذا انفسخ العقد سقط الاجر سواء كان رب الدار شاهداً أو غائباً لان اشتراط حضوره للفسخ قصد الا للانفساخ حكماً (وطريق) آخر وهو الأصح 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 بيتاً فانهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس للمؤجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم يفسخ ولأن أصل الموضوع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط 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 إذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذي قصده بالعقد قائم فيلزمه الاجر ما لم يفسخ العقد بمحضر من رب الدار وإذا استأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكماً 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 الأصل الذي بينا أن عنده المنافع في حكم الأعيان القائمة فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة فإنها إذا تفرقت عليه قبل

القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فإنها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق
الفسخ كما لو
اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الانسان قد يستأجر دارا وحنوتا
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 الإجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد 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 إحداهما لا يتخير في
الآخر
والمنافع بقبض الدار لم تدخل في ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لان تمام
الصفقة

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك إذا كان
الانهدام قبل
القبض وان سلمها إليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع المؤاجر رفع منه من الاجر بحساب
ذلك
لان الاجر إنما يجب باستيفاء المنفعة فإنما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها إليه
كلها ثم إن
ترع منها بيتا لأنه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى في البيت حين انتزع منه فكأنه
لم
يسلمه إليه في الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع الكل منه لم يجب عليه الاجر فالجزء
معتبر
بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الأجنبي 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 الأجرة بمنزلة الثمن في البيع فان الإجارة نوع
بيع فما
يصلح بدلا في البيع يصلح في الإجارة والمكمل والموزون يصلح بدلا في البيع موصوفا
حالا
كان أو مؤجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا مؤجله والحيوان لا يصلح إلا أن يكون
معينا
فكذلك في الإجارة وهذا على الطريق الذي يقول المنفعة مال وإن كان دون العين
ظاهر
لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذي يقول
ليس بمال
فالحيوان إنما يثبت في الذمة بدلا عما ليس بمال في العقود المبينة على التوسع في
البدل وهو ما لم
يشرع في الأصل لتحصيل المال فأما الإجارة مبينة على الاستقصاء في البدل مشروعة
لتحصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في
الإجارة
وان استأجر دارا بعبد بعينه فأعتقه رب الدار قبل أن يتقابضا لم يجز عتقه لما بينا أن
الأجرة
إذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فإن كان
المستأجر

دفع إليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الأجرة تملك
بالتعجيل
فان قبض الدار وتمت السكنى فلا شئ ء عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار أو
موت
أحدهما أو غرق الدار أو انعدم التمكّن من الانتفاع بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد لأن
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 إياه بالسليم إليه حال قيام
العقد فنفذ عتقه
والعتق بعد ما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم أعتقا
جميعا
العبد وهو في يد المستأجر فإنه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق
المستأجر
فيما بقي منه لان رب الدار ملك منه حصة ما استوفى المستأجر من المنفعة فكان العبد
مشتركا

بينهما فإذا أعتقاه عتق وتنتقض الإجارة فيما بقي لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات

بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم إلا أن في الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر

ما سكن لأن 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 لأنه 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 فإنما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحققت فالاجر للمؤاجر

دون المستحق عندنا لأنه تبين انه كان غاصبا وقد بينا في كتاب الغصب أن الغاصب إذا أجر المغصوب فالاجر له لأنه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق

به لأنه حصل له بكسب خبيث وفي قياس قول أبي يوسف الأول لا يتصدق لأنه كان يقول

العقار يضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استربح على ضمانه لا يلزمه التصديق به كما في

المودع إذا تصرف في الوديعة ولو انهدمت من السكنى ضمن الساكن لأنه متلف والعقار

يضمن بالاتلاف ويرجع به على المؤاجر لأنه 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 فامي سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر الفامي أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشتري به من الفامي الدقيق والزيت وغيره حتى استوفى أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار أقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل الفامي بذلك

يجوز وليس للفامي على المستقرض شيء لأنه قائم مقام رب الدار فتسليمه إليه كتسليمه إلى

رب الدار ولكنه قرض لرب الدار على المستقرض بمنزلة ما لو 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 للفامي على الرجل دينار أو أجر
البيت
عشرة دراهم في كل شهر فمضي شهران ثم أمر رب الدار الفامي أن يدفع أجر
الشهرين إلى
المستقرض وقاصه بالدينار الذي له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله
رب
البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس
هذا

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والفامي حتى يرجع
رب البيت على المستقرض بالدرهم بمنزلة ما لو كان اشترى به من الفامي شيئاً ولو كان رب
البيت أقرض الدرهم على أن يرد عليه ديناراً بعشرة دراهم لم يجز لأن القرض مضمون
بالمثل
وشرط شيء آخر مكانه باطل وان أحاله على هذا الوجه بالدرهم فقاصه بالدينار فإنما
للمقرض على
المستقرض عشرون درهماً لأن ما جرى بينهما من الشرط كان صرفاً بالنسيئة وهو
باطل ولو
كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئاً وأمره أن يعجله وطابت نفس الفامي
بذلك
وأعطاه به دقيقاً أو زيتاً أو ديناراً بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو
انهدم
البيت أو استحق لم يرجع الفامي على المستقرض بشيء 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 أخيراً في حصة البيت هكذا فاما في حصة الدينار فإنه يرجع بالدينار بعينه
على الذي
كان عليه الأصل لأن المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل
التقابض
فيرجع عليه بالدينار كما كان في ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا وقد وجب الاجر على
الفامي
بشرط التعجيل فإنه قال وأمره أن يعجله قلنا شرط التعجيل إنما يعتبر إذا كان مذكورياً
في العقد
وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال
وطابت
نفس الفامي بذلك ولا يجوز 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 الأموال 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 القوهي بالقوهي نسأ 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 والأجل عنا غير مشروط كيف والمنافع في حكم الأعيان
دون الديون
لأنها لو كانت في حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان
اختلف الجنس

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئاً فشيئاً فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالأجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا تثبت في الحال بل تتأخر إلى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالأجل 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 الاخر ان جواز عقد الإجارة للحاجة فإنما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك لأنه 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 إن 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 داراً 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 شهراً بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الأجرة إذا كانت ثوباً بعينه فهو كالمبيع ويبيع

المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره قال (ألا ترى) انه لو هلك كان على
المستأجر أجر
مثلها وهذا إشارة إلى بقاء الغرر والمكيل في الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شيء
بعينه من
العروض والحيوان أو الموزون وتبر الذهب والفضة وفي هذا إشارة إلى أن التبر يتعين
بالتعيين
وقد بينا اختلاف الروايات في كتاب الشركة وإن كان الأجر شيئاً من المكيل
والموزون بغير
عينه موصوفاً كان له أن يبيعه من المستأجر قبل أن يقبضه منه لأن المكيل والموزون
يثبت في
الذمة ثمناً والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالأجر فإن ابتاع به منه شيئاً بعينه
جاز
ان قبضه في المجلس أو لم يقبضه لأنهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئاً بغير
عينه فلا يفارقه
حتى يقبض منه فان فارقه قبل أن يقبضه انتقض البيع لأنهما افترقا عن دين بدين وهو
الحكم

في ثمن البيع وليس له أن 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 قابضا له بدمته وإذا باعه من غيره فهو لا يقدر على تسليمه ما لم يستوف ولا
يدري متى
يستوفى وإنما يبيع ما لا يقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلا مجهولا وهو إلى أن
يخرج
وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بيتا 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
أيضا لأنه
لا يظهر الفضل بين الدنانير 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 المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة
دراهم
أو قفيز حنطة ثم ادعي أن الدراهم نبهجة وان الطعام معيب فالقول قوله لأنه منكر
استيفاء حقه
فان ما في الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة في كلامه فاسم
الدراهم
يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وإن 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 زيوفا لم يصدق بينة ولا غيرها لأنه قد سبق من
الاقرار
بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله وجدته زيوفا
والمناقض
لا قول له ولا تقبل بينته ولو كان الاجر ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يردده بعيب فقال
المستأجر

ليس هذا ثوبي فالقول قول المستأجر لأنهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فإنه
كان شيئا بعينه
ثم ادعي الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار
البينة
على العيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس المبيع ثم يفسخ العقد
برده لفوات
القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لأن العقد لما فسد
لزمه
رد المستوفى من السكنى ورد السكن برد أجر المثل وإن كان حدث به عيب لم
يستطع رده
رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد يكون
من
البدل كما في البيع وإذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناسة فعلى
المستأجر اخراجه لأنه اجتمع بفعله وهو الذي شغل ملك الغير به فعليه تفريره إذا خرج
من

الدار ولكن ما أشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الأرض فاما البالوعة وما أشبهها فليس على المستأجر تنظيفها استحسانا وفي القياس هذا كالأول لأنه اجتمع بفعل المستأجر وللإستحسان وجهان (أحدهما) العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة إذا خرج من المنزل وقد بينا ان العرف معتبر في الإجارة (والثاني) ان البالوعة 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 كنهه إذا امتلأ هو المتعارف بين الناس ولأنه ظاهر على وجه الأرض وإنما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولأنه لا يملأ ليرك بل ليفرغ إذا امتلأ وكان التفريغ على من ملأه بخلاف البالوعة فقضاء الحاجة في بئر البالوعة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا 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 يزيده الا وكادة وإذا استأجر فامي من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الأواني والرفوف والتحاتح التي قد بنى عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثتها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لأن الظاهر شاهد له فهو الذي يتخذ ذلك عادة لحاجته إليه فرب البيت مستغن عن ذلك فإنه بينى البيت ليؤجره ممن يستأجره منه

ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له
الظاهر
ولأن هذه الأشياء موضوعة في البيت وفي الموضع القول قول المستأجر كسائر الأمتعة
وكذلك الطحان إذا خرج من البيت فأراد أن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها
وخشبها
التي فيها واسطواناتها فذلك كله للطحان لأنه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاء
والحداد
وما أشبهه من الأوعية والأداة التي تكون للصناع ولو استأجر أرضاً ليطبخ فيها الأجر
والفخار ثم اختلفا في الأتون التي يطبخ فيها الأجر ففي القياس القول قول رب الأرض
لأنه
بناء كسائر الأبنية وفي البناء القول قول رب الأرض لأنه تبع لأرضه وفي الاستحسان
القول
قول المستأجر قال لأنني رأيت المستأجر هو الذي يبني وإنما يبني الحكم على ما
يعرف عند المنازعة

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الأرض بخلاف سائر الأبنية (ألا ترى) ان كل عامل من هذا الجنس يبني الأتون 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 الآجر 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 آجر أو جص أو جذع أو باب موضوع فهو للمستأجر لأنه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب في البناء ولا هو تبع للأرض والبناء فان أقاما البينة ففي كل شيء جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبينة بينة رب الدار لأنها مثبتة لحقه ولو كان في الدار بئر ماء مطوية أو بالوعة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثتها وأنا أقلعها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدون السكنى ولأنه يحتاج في قلعهما إلى نقض البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهي البينة وكذلك الخص والسترة والخشب المبني في البناء والدرج فالمراد من الدرج ما يكون مبنيًا منه فاما ما يكون موضوعًا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لأنه لا يحتاج في رفعه إلى قلع البناء وهو موضوع كالأمتعة (قال) وكذلك التنور وكذلك الأتون التي يطبخ فيها الآجر ان 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 الأتون فإنما يحتاج إليه من يطبخ الآجر دون من يعمل في الأرض عملاً آخر فالظاهر هناك أن المستأجر هو الذي بناه والظاهر هنا ان رب الدار هو الذي يبني

التنور ولو كان في الدار كوارت نحل أو حمامات فذلك كله للمستأجر كالمتاع
الموضوع ولو أقر
رب الدار ان المستأجر خصصها أو فرشها بالأجر أو ركب فيها بابا أو غلقا كان
للمستأجر أن يقلع
من ذلك مالا يضر قلعه بالدار لأنه 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 لمالك ذلك العين أن
يقلعه فإذا
فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس
عنده
فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ الغير فأراد صاحب الثوب أن يأخذه وإنما
اعتبر
قيمته عند الخصومة لأنه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا
في
نقضه فإن كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لأنهما لو اختلفا قبل الانهدام
كان القول

قول رب الدار فكذلك بعده وإن لم يعرف ذلك وقال المستأجر هو لي فالقول فيه قوله
لأنه
موضوع كسائر الأمتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء في الدار على أن يحبسه له من
الاجر
فاتفقا 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 إذني لان المستأجر
يدعى
عليه الامر وبه يصير موفيا الاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على
باب
منها مصراعان فسقط أحدهما وقال المستأجر هما لي أو قال هذا الساقط لي ويعرف
أنه أخ
المغلق فالقول قول رب الدار لأن 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 لأنه 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 لي ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول في ذلك قول
رب
الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره ما لو 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 ذي اليد
لشهادة
الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطينها واصلاح الميزاب وما وهي 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 أبي أن يفعل فللمستأجر أن يخرج
منها
لوجود العيب المعقود عليه إلا أن يكون استأجرها وهي كذلك وقد رآها فحينئذ هو
راضي
بالعيب فلا يردها لأجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وإن كان
امتلاً 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 أبي رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في
عقود
المعاوضات يثبت للعاقده 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

والشيوع فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة سواء عنده في افساد الإجارة وعند
أبي يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز ويتهايان فيه وحجتهم في ذلك أن هذا معاوضة
مال بمال
فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الإجارة 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 الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه في المنع من المعاوضة كما
في الهبة
مع البيع فإذا جاز تمليك 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 الآبق
أو أجره* وبيان ذلك أن عقد الإجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء
المستأجر
ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعا إنما يتحقق من جزء معين فإنهما ان تهاياً
على
المكان فإنما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهاياً على الزمان فإنما يسكن
كل واحد منهما
جميع الدار في بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق فكان
بإضافة
العقد إلى جزء شائع ملتزماً تسليم مالا يقدر على تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس
رحمه
الله انه كان يقول إذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه
الله
وإذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان إلى المهياة فاما أن
يعود
إلى يد الأجير جميع المستأجر في بعض المدة فإذا تهاياً على الزمان أو بعض المستأجر
في جميع
المدة إذا تهاياً على المكان وعود المستأجر إلى يد الأجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم

الإجارة كما
لو اعاره المستأجر من الأجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل
الإجارة
فاما إذا أجر أحدهما نصيبه من أجنبي فالمهياة تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود
المستأجر إلى يد الأجير وإنما يعود إلى يد أجنبي وذلك جائز في الإجارة كما لو أعاره
المستأجر
أو أجره من أجنبي والأصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء
المعقود عليه لا يتأدى الا بالمهياة والمهياة عقد آخر ليس من حقوق عقد الإجارة
فبدونه
لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة
مع الفساد
استوجب أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن
التسليم
يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع الآبق 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 يناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك
مفسد
لعقد الإجارة 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 فإنه يسكن جميع الدار فيصير
مستوفيا
منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الإجارة بخلاف ما إذا أجره من غير شريكه
فهناك
بتعذر الاستيفاء على الوجه الذي أوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق 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 والأجنبي سواء فاما هنا بالشيوخ لا ينعدم المعقود
عليه
وهو المنفعة إنما 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 أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم
المهاياة بعد
ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز
لوجود
المعقود عليه باعتبار ما أوجبه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد
في نصيبه
فقد ذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه يفسد العقد في
النصف

الآخر لان الإجارة 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 الشيوع طارئ والطارئ
من
الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة إذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في
نصفها وهذا
بخلاف الإعارة لأنه لا يتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فإنما
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 لأنه 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 فإن كان يقدر على فتحه فالكراء
واجب عليه
لتمكنه من استيفاء المعقود فإنه في الامتناع بعد التمكن قاصد إلى الاضرار بالأخير فيرد
عليه
قصده وإن كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لأنه ما تمكن من الاستيفاء وعلى
المؤاجر
أن يمكنه من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه إذا لم يستوف ولو تكارى
منزلا في
دار وفي الدار سكان فخلي بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طلب الاجر فقال ما
سكنته حال
بيني وبين المنزل فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فإنه بحكم الحال فإن
كان
المستأجر فيه في الحال فالاجر عليه وإن كان الغاصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله
لان
الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول إلى المعلوم ويحكم فيه
الحال
كالمستأجر مع رب الرحا إذا اختلفا في انقطاع الماء في المدة بحكم الحال فيه وإن لم
يكن في المنزل
ساكن في الحال فالمستأجر ضامن الاجر لأنه 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 لأنه متلف متعدي ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لا
يجتمعان
فإنه 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 لأنه
غاصب فيما
صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب في المنفعة * وجه الاستحسان أنه
استوفى المعقود
عليه وزيادة وإنما 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 فلهذا
لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لأعمل فيه القسارة وقال رب البيت
أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لأنه 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

فيه معه غيره فانهدم من سكنى غيره لم يضمن لأنه غير متعدي فيما صنع وكثرة
الساكين
في الدار لا توهن البناء ولكنها تزيد في عمارة الدار وإذا طلب رب البيت أجر ما سكن
فقال
الساكين أسكنتنيه بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لأنه يدعى الاجر في ذمة
الساكين
فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين إذا قال
بعته
منك وقال الآخر وهبته لي وقد هلك في يده لأن العين متقوم في نفسه ولا تسقط قيمته
الا
بالايجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لا تتقوم الا بشرط البدل ولم يثبت ذلك
وان
قال الساكن الدار لي أو قال هي دار فلان وكلني بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان
اليد له
والبينة بينة الطالب لأنه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها في يده فلا تندفع
الخصومة
عنه بمجرد قوله هي دار فلان ولان الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفاءها منه بحكم
الإجارة
وان قال الساكن وهبتها لي لم يصدق على الهبة لأنه أقر بالملك له وادعى تملكها عليه
ولا أجر
عليه لأنه في حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لأنه يثبت سبب الملك لنفسه هنا
وهو
الهبة فان أقر بأصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لإقراره له بالسبب
الموجب له إلا 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 أنه غاصب والعقار لا
يضمن بالغصب ولا ضمان على المستأجر الثاني إلا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون
متلفا وإذا
انهدم من عمله وضمنه رجع به على الذي أجره لأنه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان
باشره
رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصرف فلا كراء على

المرأة لأنها
لم تستأجر ولم تلتزم شيئاً من الاجر والكراء على الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن أقامه
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 لأنه غير مفيد فكل ما كان
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 إذنه فهو ضامن
لان المسبب
إنما يضمن إذا كان متعديا في السبب وهو في الحفر بغير إذنه متعدي فاما في الحفر
بأذنه لا يكون

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 لأنه هو المنتفع
بعمله وإذا
سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا ما بلغ لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار ما
رضي بالمسمى
حين ضمن إليه شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا ما بلغ والاشهاد على
المرتهن والمستأجر
والمستعير في الحائط الوهي باطل لان الاشهاد إنما يصح على من يتمكن من هدم
الحائط فإنه
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 ضيف له على دابة
فوطئ
انسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولا على الضيف لأنه غير متعدي في ادخال
الدابة
وايقافها في الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها إلا أن يكون هو على الدابة حين
أوطأت
انسانا فحينئذ يضمن لأنه مباشر للاتلاف وان تكاراها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار
أن يربط
فيها دابته من غير رضي 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 فإن كان العبد بغير عينه فالإجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وإن كان بعينه
فالإجارة
جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل
الدار

لان بموت العبد فات 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 فالإجارة فاسدة لأنه 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 إنما 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

نفسه ما يحتاج إليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الإجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لأجله وإذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه في الدار فلما انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لأن العقد لم يجز بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالأجر 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 أن فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتأتى له الا بالكس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن إلا أن يخرج التراب إلى الطريق فحينئذ هو متعد في القاء التراب في الطريق فكان ضامنا. رجل تكارى دارا سنة على أنه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفي أحد قول الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على الأصل الذي بينا أن جواز الإجارة بطريق أن المنافع جعلت كالأعيان القائمة وإنما 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 شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والإجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط الخيار في النكاح فكذلك في الإجارة 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 والإجارة في هذا كالبيع (ألا ترى) أنه في الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك في الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالإقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم إن 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 وإن كان شرط لنفسه الخيار

ثلاثة أيام فان رضيها أخذها بمائة درهم وإن لم يرضها أخذها بخمسين فالإجارة فاسدة لجهالة الأجرة وان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وإذا أجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الإجازة لأنه قائم مقامه لو كان بالغاً في كل عقد نظراً له إلا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتباراً للإجارة بالبيع وهذا لأنه مأمور بقربان ماله بالأحسن وبما يكون أصلح له قال الله تعالى قل اصالح لهم خير ويجوز لو كبل الكبير أن يؤجرها بما قبل وكثر في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا بما يتغابن الناس في مثله وهو نظير البيع في ذلك. رجل تزوج امرأة وهي في منزل بكراء فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء وقد أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبره فالأجرة على المرأة دون الرجل لأنها هي التي باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فإن كان قال لهالك على مع نفقتك أجر المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لأنه ضمن ديناً واجبا لرب المنزل وان أشهد لها به ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لا لها فلا يكون هو ضامناً لها ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فإن شاء أعطى وان شاء لم يعط وإذا تكارى داراً لم يرها فله الخيار إذا رآها لان الإجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا في البيع قبل الرؤية فكذلك في الإجارة ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لا تتأتى 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 إلا أن يكون انهدم منها شئ يضر بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير وإذا استأجر

دارا سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الإجارة قبل كمال السنة
لان الصفقة

واحدة باتحاد العاقدين فبال تفصيل في ذكر البدل 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 لأنه ينكر الإجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر
أصل

العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك إذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤاجر لأنها تثبت
الزيادة وان استأجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الأول ولا كراء
عليه

في الشهر الثاني لأنه غاصب في السكنى والمنافع لا تتقوم الا بالعقد وعند ابن أبي ليلى
رحمة الله عليه

أجر مثلها في الشهر الثاني وقد بينا نظيره في العارية فان انهدمت من سكناه فقال إنما
انهدمت في

الشهر الأول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لأنه يثبت
السبب
الموجب للضمان عليه وكذلك أن زاد على الشهر يوما أو يومين لأنه 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 فلأنه يثبت الاجر في ذمة
المستأجر باثباته السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد العقد والمستأجر
ينفى
ذلك وإذا تكارى دارا شهرا فأقام معه صاحب الدار فيها إلى آخر الشهر فقال المستأجر
لا أعطيك
الاجر لأنك لم تحل بيني وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ما كان في يده لأنه
استوفي
بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذي في يده فليزمه الاجر بقدره اعتبار للجزء
بالكل
رجلان استأجرا حانوتا يعملان فيه بأنفسهما فعمد أحدهما فاستأجر خيرا فأقعه في
الحانوت
وأبى الاخر أن يدعه (قال) له ان يقعد في نصيبه من شاء ما لم يدخل على شريكه في
نصفه ضررا
بيننا 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 متعد إلى نصيب شريكه وفيه
ضرر عليه وكذلك أن كان أحدهما أكثر متاعا من الاخر وان أراد أحدهما أن يبنى
وسط
الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف في العين فان ما يملك مالك الرقبة
وهما يملكان
المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق
المسلمين
فحيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكراء جائز في الدار ويرفع عنه بحساب الدكان

لأنه
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 فأحيل 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 والاخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك في أصل الإجارة فالإجارة
جائزة
ولصاحب الأقصى أن ينزل في مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التي بينهما بعدما ملك
المنفعة
بالإجارة بمنزلة المهاية والمهاياة لا تكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانتفاع
بالمقدم من
الاخر وإذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقرا

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 فإن كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما يهدم بعمله وإذا مات أحد المكاريين انتقضت

الإجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنتقض بموتهما ولا بموت أحدهما الا في خصلة

واحد وهي إذا شرط على الخياط أنه يخيط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع

جعلت كالأعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد على

المنفعة وهذا لأنه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق في الكل فموت الأجير لا يتغير ذلك

لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالأرض المستأجرة إذا زرعها المستأجر ثم مات فان

الإجارة 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 إلا أن يتضمن هذا المعقود عليه

كالنكاح فان زوج أمنتته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه

فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الإجارة 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 الأجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث

على ملك الأجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة 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 الإجارة لانتقال الملك فيها إلى غيره * توضيحه أنه فيما يحدث فيها

من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد إلى ملك الغير وليس له ولاية إلزام العقد في ملك

الغير وهذا لان الإجارة تتجدد في ملك المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة فان
(قيل)

فعلى هذا ينبغي أن تعمل الإجارة فيها من المورث (قلنا) إنما لا تعمل اجارته لأنه لم
يتوقف

على حقه عند العقد فما كان يعلم عند ذلك أن العقد مضاف إلى محل حقه وهذا
بخلاف النكاح لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة
الأمة حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الاخر
في موت المستأجر وهو أنه لو بقي العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوارث
والمنفعة

المجردة لا تورث (ألا ترى) ان المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا
أن

المستعير مالك للمنفعة وفي حكم التوريث لا فرق بين الملك ببذل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لا تورث والدليل عليه لو أوصى برقبة عبده لإنسان وبخدمته لاخر فرد الموصي له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقي والتي لا تحدث لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكون مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه وفصل الأرض المزروعة والسفينة إذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة في القياس تبطل الإجارة فيهما ولكن في الاستحسان لا تبطل للحاجة إلى فدع الضرر فان مثل هذه الحاجة لا تعتبر لاثبات عقد الإجارة ابتداء حتى لو مضت والزرع بقل بعقد بينهما عقدت الإجارة 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 رجلا ن اجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد ينتقض في حصته فان رضي الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الإجارة ورضى به المستأجر فهو جائز لان هذا عقد بينهما في حصته بالتراضي وذلك جائز وإن كان مشاعا لأنه يؤاجر من شريكه ففي نصيب الحي منهما العقد باق لما بينا أن الشيوع الطارئ لا يرفع الإجارة لا زفر رحمه الله فإنه سوى بين الشيوع الطارئ والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الإجارة فيهما وكذلك لو مات

أحد
المستأجرين فبطلان العقد في نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد
بيننا 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 لي الاجر كما شرطت عليك فأبى أن يعطيه
فأراد
أن يخرجته قبل السنة (قال) يأخذه بالأجر حتى يجعله وليس له أن يخرج حتى تمضي
السنة لأن العقد
لازم كالبيع والمشتري إذا امتنع من ايفاء الثمن فالبايع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ
البيع لأجله فكذلك في الإجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالأجرة ولا يتمكن من فسخ
الإجارة
لأجله وإذا بنى المستأجر في الدار يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير إذنه فاحترق بيت
بعض
الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه لأنه غير متعدي في هذا التسبب
فان

اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير إذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب الدار فان تكاري منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضي الشهر فان خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ما سكن وان
خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لان بخروجه بغير عذر لا تنفسخ الإجارة فبقي تمكنه
من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وان خرج بعذر فقد انفسخت الإجارة فلا أجر عليه الا لما مضى
وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند العذر ينفرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضي لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على ما بينا أن عقد الإجارة 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 إلا أن يساعده رب الدار على ذلك
بان يسكن الدار بنفسه. رجل وكل رجلا أن يؤجر منزله فاجره من ابن الموكل أو أبيه أو عبده أو مكاتبه فلما مضت الإجارة وطالبهم الوكيل بالأجر 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
دينا 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 وحقهم 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 الإجارة
وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الإجارة جائزة والوكيل يطالب بالأجر وهذا نظير

الوكيل بالبيع يبيع ممن لا تجوز شهادته له وقد بيناه في البيوع وأن أجره الوكيل من
أجنبي
إجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل
واحد كأبي حنيفة
رحمه الله يعرف الأسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل
فيما
باشره قائم مقام الموكل فكأن الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذي
يستوفي
لأنه وجب بعقده. رجل دفع داره إلى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من
رجل
فأنهدمت الدار من سكنى الآجر (قال) يضمن رب الدار المستأجر ويرجع المستأجر
بذلك
على الذي أجره لان رب الدار أعارها من المدفوع إليه وليس للمستعير أن يؤجر فكان

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكناه ويرجع به على الذي أجره لأنه
مغرور من
جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤاجر الا في قول أبي
يوسف
الأول وهو قول محمد رحمهما الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن
يؤاجر 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 والإعارة مخالف ولكن
المنفعة لا
تتقوم 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 لأنه هو الذي التزمه بعقد الإجارة ولم
يكن فيه
مأمورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من معالجه الحداد فالحداد ضامن لقيمته
لأنه
بمنزلة الأجير 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 أن عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به إذا كان يعلم أن الانكسار لم
يكن بفعله
وهذا لان الأجير المشترك لا يضمن بما يتلف لا بعمله والله أعلم
(باب إجارة الحمامات)
(قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه
وسألني عن مالي فأخبرته أن لي غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غله فكره لي غلة
الحجامين
وغلة الحمام وقد تقدم الكلام في كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض
العلماء رحمهم الله
أخذنا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
شر بيت

تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام
الرجال
وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لأنهن ممنعن من الخروج وأمرن بالقرار في
البيوت
واجتماعهم قل ما يخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها
فقلت أنتن
من اللاتي يدخلن الحمام وأمرت بإخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام
للرجال
والنساء جميعا للحاجة إلى ذلك خصوصا في ديارنا والحاجة في حق النساء أظهر لأن
المرأة
تحتاج إلى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا في الأنهار

والحياض كما يتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بإزالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع إلى الزينة أكثر وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ما روي من كراهة الدخول إذا كان مكشوف العورة فأما 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 لأنه عين منتفع به على وجه مباح شرعا فإن كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد جددهما جميعا فسمى في كتاب الإجارة حماما فهو فاسد في القياس لأنه إنما استأجر حماما واحدا فان النكرة في موضع الاثبات تخص ولا يدري أيهما استأجروهما يتفاوتان في المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكني أدعى القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فإنه 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 الأشياء وعلى المؤجر 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 الإجارة لان المرممة على الآجر فهذا شرط مخالف لمقتضي العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الأجرة تفسد الإجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الأجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لأنه معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه في انفاقه على ملكه فبهذا يستدل أبو يوسف ومحمد رحمه الله على أبي حنيفة رحمه الله في مسألة كتاب البيوع إذا قال لمدينه أسلم

مالي 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 إجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الأجرة 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 والأصح 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

مسألة السلم فان قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق الا ببينته لان الاجر دين في ذمته
والمدين إذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه الا 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 انه أمين في هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول
قوله لان المدين ضامن ما في ذمته واشترط كون الضامن أميناً مخالفاً لحكم الشرع فكان
باطلاً ولو جعلاً بينهما رجلاً يقبضها ونفقتها على الحمام فقال المستأجر دفعتها إليه وكذبه رب
الحمام فان أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لأنه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار
بالقبض ويجعل كاقرار الموكل بذلك فان 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 بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لان الكفيل ضامن لما التزمه في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء
ومسيل ماء الحمام أو موضع سرقينه وإن لم يشترط لان هذا من مرافقه ومجامعه ولا يتم الانتفاع الا به
فكان بيعاً والبيع يصير مذكوراً بذكر الأصل فهو بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل في العقد
من غير شرط ولو اختلفا في قدر الحمام فهي لرب الحمام لأنها مركبة في بنائه ولان الظاهر
فيها يشهد لرب الحمام فان اتخاذا القدر واصلاحه عليه ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر
أميناً يقبض عليه يوماً بيوم لم يكن له ذلك لان 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 وأجنبي آخر سواء ولو انقضت مدة الإجارة

وفي الحمام سرقين كثيرا وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لأنه منقول كسائر
الأمثلة
ولان الظاهر فيه يشهد للمستأجر لان ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله لان
موضعه
مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه
وكذلك
في الرماد إذا كان منتفعا به فقال كل واحد منهما هو لي وأنا أنتفع به فالقول قول
المستأجر
فان أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لان رب الحمام يدعي لنفسه
قبله
حقا وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول
المستأجر
مع يمينه ولو اشترط عليه في الإجارة نقل الرماد والسرقين والغسالة لم يفسد ذلك
الإجارة

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف
البالوعة
والكرياس وقد بينا الفرق وإذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الا وكادة وان
اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام في الإجارة فسدت الإجارة لأنه شرط مفيد
لاحد
المتعاقدين ولا ينقضه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الإجارة ولو قال رب الحمام
للمستأجر
قد تركت لك أجر شهرين لمرمة الحمام فهذا لا يفسد الإجارة لأنه 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 إضافة العقد إليه فكذلك في اتمام
الصفقة في قبضه
وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عبيد
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 فالإجارة 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
وعبدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام
وبموت العبد
لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعاقد حق الفسخ وان
انهدم
الحمام وإنما استأجر العبد ليقوم على الحمام في عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان
استئجار العبد

لم يكن مقصودا لعينه وإنما كان لعمل الحمام وقد تعذر بانهدام الحمام فيكون ذلك
عذرا
له في فسخ الإجارة في العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فإنه
يكون له
الخيار في الثور لما قلنا بخلاف ما إذا 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 بالبعض 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 فضاغت لم يكن عليه
ضمانها هكذا

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام في الثياب أمين كالمودع فان ما يأخذه ليس باجر

على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وإنما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون

ضامنا فاما الثيابي وهو الذي يحفظ ثياب الناس باجر فهو بمنزلة الأجير المشترك في الحفظ فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن لبس انسان

ثوب الغير بمرأى العين منه فلم يمنعه لان ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولأنه 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 لأنه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا على أن يدخل الحمام فيغتسل

فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكثه ومقدار ما يصب من الماء ولكنه استحسّن وجوزه

لأنه عمل الناس وقد استحسّنوه 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 أجرة لأنه سلم الحمام إليه كما التزمه بعقد الإجارة والمستأجر متمكن من

الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ما إذا كانت القدر لرب الحمام

فانكسرت فان هناك المستأجر لا يتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الإجارة 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 ولأنه

أمين

في القدر مسلط على الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم
(باب إجارة 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) لأنه 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 لأنه أمين فيما في يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

لان المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا يتمكن النقصان من منافعه ولا في تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئاً لان منافعه صارت مستحقة للأول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة ففقاً عينها كان ضامناً لأنه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لأنه 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 لأنه أمين فيما في يده والقول قول الأمين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الاجر تاماً ما دام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعي مشتركاً يرعى لمن شاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سباق أو سقى أو غير ذلك لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده وإن لم يخالف في إقامة العمل ظاهراً كما في القصار إذا دق الثوب فتحرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا ببينة تقام له على ذلك لان على أصلهما القبض في حق الأجير المشترك يوجب 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 الإجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الإجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان

ما مات فالإجارة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع ولأنه 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 أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد لأنه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لان ذلك عليه من غير شرط وإذا كان الراعي أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لأنه لا ضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الأمين باطل وببطلان الشرط يبطل عقد الإجارة وإذا أتى الراعي المشتري بالغنم إلى أهلها فأكل السبع منها شاة وهي في موضعها فلا ضمان عليه لأنه بتسليمها إلى أهلها يخرج من عهدتها ولان عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها إلى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب

بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده بعد أن يكون كبيرا في عياله سواء كان

مشاركا أو خاصا لان يد هؤلاء في الحفظ والرعي كيده وكذلك في الرد وهذا بالعرف فان

الراعي يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذي يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وييد من في عياله

تارة وإذا استأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما فأراد الراعي أن يرعى لغيره بأجر فرب الغنم أن يمنعه

من ذلك لأنه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعقود عليه منافعه فيكون

أجيرا له خاصا فإن لم يعلم رب الغنم بما فعله حتى رعى لغيره فله الاجر على الثاني ويطيب له ذلك

ولا ينقص من أجر الأول شئ لأنه قد حصل مقصود الأول بكماله وتحمل زيادة مشقة في

الرعي لغيره فما يأخذ من الثاني عوض عمله فيكون طيبا له وقد تقدم نظيره في الظئر ولو كان

يبتل 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 لأنه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله ببيان محله وهو الغنم عرفنا أن المعقود

عليه العمل دون منافعه فيكون مشاركا سواء رعى لغيره أو لم يرع وان شرط عليه أن لا يرعى

معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الأول في أنه أجير واحد لأننا إنما جعلناه مشاركا

استدلالا لا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال إذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع

إليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لأنه مجهول واعلام الاجر لا بد منه

لصحة الإجارة وان اشترط عليه جبنا معلوما وسمنا لنفسه وما بقي بعد ذلك للراعي فهو كله

فاسد والراعي ضامن لما أصاب من ذلك لأنه يتناول ملك الغير فان الزيادة المنفصلة

تملك
بملك الأصل وله أجر مثله لأنه أقام العمل بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما
للناس بعضا ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعي مع يمينه لأنها في يده
والقول
في تعيين المقبوض قول القابض أمينا كان أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فان قال لا
أعرفها
فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لأهلها لان الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فان
كل
واحد منهم لا يقدر على الوصول إلى عين ملكه وبمثل هذا الخلط يكون الراعي ضامنا
وتكون
الغنم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لأن الضمان عليه فالقول في مقداره
قوله
مع يمينه كالغاصب وإن كان الراعي مشتركا يرعى في الجبال فاشترط عليه صاحب
الغنم أن يأتيه

بسمة ما يموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لأنها قد تموت في موضع لا يمكنه
أن يأتي بسمتها وقد يفتعل 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 وإن لم يأت بالسمة لأنه أمين في العين عنده وعندهما هو ضامن
وان أتى بالسمة إلا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع
الراعي حتى
يحضر صاحبها لان المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب على المالك ويتأدى 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 ببينته ثم يكون ضامنا للفضل بجحوده وليس
للراعي
أن يسقى من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لأنه مأمور بالرعي وهذا ليس من
عمل الرعي فهو فيه كسائر الأجانب فيكون ضامنا ان فعل شيئا من ذلك ولو أن رب
الغنم
باع نصف غنمه فإن كان استأجر الراعي شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شئ
لان
المعقود عليه منافعه وإنما يستوجب الاجر بتسليم نفسه في المدة ولو أراد رب الغنم أن
يزيد
في الغنم ما يطيق الراعي كان له ذلك لأنه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في
ذلك يستعمله
في ذلك العمل بقدر طاقته وان استأجر شهرا يدعى له هذه الغنم بأعيانها 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 الا رعى ما عينه عند العقد فلا
يكون لرب
الغنم أن يكلفه شيئاً آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملاً آخر ولكنه استحسّن فقال له
أن يكلفه
من ذلك بقدر طاقته لان المعقود عليه منفعه فإنه بدأ بذكر المدة وتعيينه الأغنام لبيان ما
قصد من
تملك منفعه بالإجارة لا لقصر حكم العقد عليه فإذا بقيت منفعه بعد هذا التعيين
مستحقة لرب
الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملاً آخر لأنه تبين
مقصوده عند
العقد وهو الرعي فما ليس من عمل الرعي لا يكون داخلاً في حكم العقد ثم قال أرأيت
لو ولدت
الغنم أما كان عليه أن يرعى أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لان الولد بعد
الانفصال

كشاة أخرى ولكن من عادته الاستشهاد بالأوضح 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 الرعي وإنما التزم إقامة الكل في المحل الذي عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع

منها طائفة فإنه ينقصه من الاجر بحساب ذلك لان المعقود عليه لما كان هو العمل فإنما 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 الرعي كشاة أخرى فإن 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 لأنه لا يدري ما تلد منها وكم تلد

وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسن ذلك فأجاز له لأنه عمل الناس ولأن هذه

الجهالة لا تفضي إلى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة

فهي لا تؤثر في العقد والإبل 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 يعطب منها ان فعله ولو لم يفعله الراعي ولكن الفحل الذي فيها نزى على بعضها فعطب فلا

ضمان على الرعي في ذلك لان صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالإناث من

غنمه والراعي لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولو ندت واحدة منهما فخاف الراعي

ان باع ماندا منها أن يضيع ما بقي فهو في سعة في ترك ماندا منها لأنه ابتلى ببليتين فيختار أهونهما ولأنه

لو باع ماندا منها كان مضيعا لما بقي ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ ما نداء 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 لأنه
ضاع بغير فعله وهو في ترك اتباعه مقبل على حفظ ما بقي وليس بمضيع لما ند وهو
ضامن في قول
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه تلف بما يمكن التحرز عنه في الجملة وان
استأجر من يجيء
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 لأنه اقبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فإن 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

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة الراعي لأنه يثبت الاذن
في
هذا الموضوع بيئته ثم لا يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما هو ضامن إلا
أن يقيم
البينة على الموت وإن كان أجيرا خاصا لم يضمن في قولهم جميعا إلا أن يخالف ولا
أجر للراعي
إذا خالف بعد أن تعطب الغنم لأنه غاصب ضامن وبالضمان يتملك المضمون من وقت
وجوب
الضمان فيتبين أنه في الرعي كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان
سلمت الغنم
استحسن أن أجعل له الاجر لحصول مقصود رب الغنم وهو الرعي مع سلامة أغنامه
وهو
بتعيين ذلك المكان ما قصد الا هذا فإذا حصل له هذا بعينه في مكان وجب عليه الاجر
والله أعلم
(باب إجارة المتاع)

(قال رحمه الله وإذا استأجر ثوبا ليلبسه يوما إلى الليل بأجر مسمى فهو جائز لأنه 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 فلبس الدباغ
والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون في ذلك فان
أعطاه غيره
فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شيء لأنه غاصب في الباسه غيره وإن لم يصبه شيء 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 البدل (ألا 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 يكفي 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 فيده عليه معتبرة حكما (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 تفويت يده حكما 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 فكما أن ترك التعيين في الملبوس
عند
العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس (وهذه جهالة) تفضي إلى المنازعة لان
صاحب

الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أحشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا نصح التسمية مع فساد العقد وان

اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة 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 لأنه استوفي المنفعة بحكم 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

الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف فإنما يتحدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند

ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أو جبننا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين

في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لأنه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره

بخلاف الأول 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 لأن العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحكم 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 اتزر به إلى الليل فهو ضامن ان تحرق لان الاتزار بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية إنما يتمكن من اللبس

المعتاد فكان غاصبا إذا اترر به ضامنا ان تخرق بخلاف ما إذا ارتدى به فان ذلك معتاد
في
بعض الأوقات * توضيحه ان الاتزار مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله
العقد
والاتزار غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو نده وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي
القياس
لا أجر عليه لأنه مخالف ضامن والضمان والأجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه
الاستحسان
أنه يتمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وإنما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد
للثوب
فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما إذا 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 لتلبسه ثلاثة أيام فلها
أن تلبسه 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 ييكرن خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهي ضامنة لأنها خالفت فان ثوب الصيانة لا ينام 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 وإنما كانت ضامنة
بالخلاف لا بالامساك فان لها أن تمسك الثوب إلى انتهاء المدة والأمين إذا ضمن بالخلاف
عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فان تحرق من لبسها بالليل فهي
ضامنة وليس عليها أجر في تلك الساعة التي تحرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك
وبعد لأنها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتحرق فعليها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود
عليه وهذا لأن الضمان لا ينافي العقد ابتداء وبقاء وإذا بقي العقد تحقق منها استيفاء المعقود
عليه فعليها الاجر الا في الساعة التي ضمنتمت بالتحرق لأنها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها
ولهذا تقرر عليها الضمان وإن كان الدرع ليس بدرع الصيانة إنما 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 استأجرته لمخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته في
بيتها فعليها الاجر لأنها استوفت المعقود عليه ولبسها في بيتها ولبسها إذا خرجت سواء وربما
يكون لبسها في بيتها أخف وكذلك لو لم تلبس ولم تخرج لأنها تمكنت من استيفاء المعقود
عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها إذا صدقها رب

الثوب
لأنها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته في اليوم الثاني
ضمنته
لانتهاء العقد بمضي المدة وان كذبها رب الدرع فإن كان الثوب في يدها حين اختلفا
فالقول
قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما
مضي
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 لأنه
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 فإنه يتقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه به عهده رجع به على الاخر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمنه فإنه في الحفظ عامل لنفسه فإنه يتمكن به ما تقرر حقه في الاجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وان سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وان كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهي ضامنة للخلاف والأجر لها بالضمان وعليها التصديق به إلا عند أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليه بمنزلة ما لو غصبه انسان والأجر عليها ولا ضمان عليها لأنها لم تخالف ولم تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لأنها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا في عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها في بيته ويبيت فيها شهرا فهو جائز لان القبة من المساكن فان قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الأرض التي ينصب فيها القبة وذلك يمنع الإجارة 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 الأرض لينصب فيها القبة ولان المقصود بالقبة الاستئلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الأرض وإن 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 لأنه
مخالف فالشمس
تحرقتها والمطر يفسدها وإنما رضى صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك وإذا
وجب عليه
الضمان بطل الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولأنه تملكها بالضمان من حين
ضمن وان
سلمت القبة كان عليه الاجر استحسانا لأنه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة
وإنما 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 المصر لان فيه إزام مؤنة
على
صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها إلى السواد فنصبها فسلمت أو
انكسرت

فلا أجر عليه لأنه غاصب حين أخرجها من المصر (ألا ترى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لا أجر عليه وإذا استأجر رحا يطحن عليه فحمله فذهب به إلى منزلة فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فإنما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل في العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفي الإجارة على رب الرحا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا فهذا كانت مؤنة الرد عليه وإذا استأجر منه عيدان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لأنه عين منتفع به * والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقدور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القدور مختلفة في الصغر والكبر والارتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الأول فهو جائز والأجر له لازم اما لان التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء أو لان الإجارة تنعقد بالتعاطي كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابها وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشئ من هذه الأمتعة الاجر عن المستأجر بالكفالة باطلة لأن العين أمانة في يد المستأجر والكفالة بالأمانات لا نصح والإجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالأجر كفيلا فهو جائز لأنه مضمون في ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فأعطاه 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 شيء 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 لأنه غير معتاد إلا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة
وبه
نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولا ربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة
ثم
الحلي عين منتفع به واستجاره معتاد فيجوز وإذا شرطت أن تلبسه فألبست غيرها
ضمنت ولا
أجر عليها كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس
وان قال رب
الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله
مقبول
في اسقاطه ويكون له عليها الاجر لأن الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن
الحلي كان
عندها وذلك يوجب الاجر عليها ولو استأجرته يوما إلى الليل فان بدا لها فحبسته فلم
ترده
عشرة أيام فالإجارة عشرة أيام فالإجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة
المعقود عليه
أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعليق الإجارة بالخطر لا يجوز
ولكني
أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الاجر كل يوم بحسابه لان هذا الشرط متعارف محتاج
إليه فإنها إذا خرجت إلى وليمة أو عرس لا تدري كم تبقى هناك فتححتاج 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 إجارة 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 لأنه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ما قررنا في الثوب وان ركب

وحمل معه
آخر فسلمت فعليه الكراء كله لأنه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فإذا سلمت سقط
اعتبار
الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطبت 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 لأنه خالف حين أردف وشغل
نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين فإن كان

يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لأنه متلف لها وأما إذا كانت تطيق 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) لأنه لا يوزن لرجل في القبان في هذا رأي لو كان يوزن 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 الجنازة أو ليشيع عليها رجلاً أو يتلقاه فهو فاسد إلا أن يسمى موضعاً معلوماً لان 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

لأنه لما دخل انتهى العقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون اذن صاحبها ولكنه استحسن للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التي تكارها في الطريق إلى منزله ولا يتكارى لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المعتاد في بعض الأشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق في الإجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعاً فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلي

فإذا هو أخطأ 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 مستحقا له لكيلا يحتاج إلى حط رحله ونقله إلى دابة أخرى وقد زال
ذلك
المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكارى حمارا من الكوفة يركبه إلى الحيرة ذاهبا
وجائيا فله
أن يبلغ عليه إلى أهله بالكوفة إذا رجع كما لو تكارى من الكوفة إلى الحيرة فأما إذا
تكاري
دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة إلى الكناسة ذاهبا وجائيا فأراد أن يتبلغ في
رجعته
إلى أهله لم يكن له ذلك وإنما له أن يرجع إلى الموضع الذي تكارى عند الدابة لان
الاستحسان
في الفصل الأول 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 فوجه فيقال له كما اكترت من هذا
الموضع
إلى الموضع الذي سميت فاكثر الدابة من هذا الموضع إلى منزلك وان استأجرها إلى
مكان
معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الإجارة لجهالة المعقود عليه وان
حمل عليها
أو ركبها إلى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التعيين في الانتهاء كالتعيين في
الابتداء
وقد قررنا هذا في الثوب وكذلك لو استأجر عبدا 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
فالإجارة في ذلك كله قياس العارية إلا أن في كل موضع ذكرنا هناك أنه لا يصير ضامنا
فالأجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك أنه يكون ضمان فلا أجر عليه هنا
لأنه
غاصب غير مستوف للمعقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان
اختلفا فقال
رب الدابة أكريتك من الكوفة إلى القصر بعشرة دراهم وقال المستأجرين إلى بغداد
بعشرة
دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الإجارة في احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة
كالبيع
فالنص الوارد بالتحالف في البيع يكون واردا في الإجارة وان أقام البيئة ففي قول أبي
حنيفة
الأول 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
الأول أن
رب الدابة أثبت بيئته العقد من الكوفة إلى القصر بعشرة دراهم فوجب القضاء بذلك
بيئته والمستأجر بيئته أثبت العقد من القصر إلى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بيئته
على ذلك فإذا عملنا بالبيئتين كانت له من الكوفة إلى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه
قوله

الآخر أنهما اتفقا على مقدار الاجر وإنما اختلفا في مقدار المعقود عليه فالمستأجر
يثبت
الزيادة في ذلك فكانت بينته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البينة أنه زاده عقبه
الأجير 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

يقول الاختلاف هنا في الجنس من حيث أن الاكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذي

لا يأخذه السرج فهو نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطباً * توضيحه

أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لان الحمار الذي لا يألف الاكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفاً في الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة

حديداً وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برزون لا تسرج بمثله الحمير فهو

بمنزلة الاكاف وان أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لان التعيين إذا لم يكن مفيداً فلا

يعتبر وكذلك أن استأجره بإكاف فأوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الاكاف لان السرج أخف على الحمار من الاكاف فلا يكون خلافاً منه ولو تكارى حماراً عريانا فأسرجه

ثم ركبه فهو ضامن له لأنه حمل عليه السرج بغير إذن صاحبه فكان مخالفاً 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 المصر فإن كان من ذوي الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا يركب في المصر

عريانا وإن كان من العوام الذين يركبون الحمار في المصر عريانا فحينئذ يكون ضمناً 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 الأول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن ما لم يدفعها إلى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الأول أنه كان أميناً

فيها فإذا ضمن بالخلاف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً كالمودع * وجه قوله الآخر أنه بعد ما صار

ضامناً بالخلاف لا يبرأ الا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستأجر

يد نفسه لأنه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا
تبرأ عن
الضمان وان عاد إلى ذلك المكان لأنه 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 الإجارة
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 فأما يد المستأجر يد نفسه والاشكال على هذا الكلام ما تقدم أن المرأة إذا
استأجرت

ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم إذا جاء النهار برئت من الضمان
ويدها
يد نفسها ولكننا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا بالامسك لان لها حق الامسك ليلا
ونهارا
واللبس الذي لم يتناوله بالعقد لم يبق إذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر
بالامسك في غير
المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان ضامنا ولو
حبسها في
المصر أياما ولم يركبها كان ضامنا والامسك لا ينعدم وان عاد إلى ذلك المكان ما دام
يمسكها
لمنفعة نفسه ثم الكلام في التفصيل بينما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا قد
تقدم
في العارية فهو مثله في الإجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها في السير أو كبحها
باللجام
فعبطت فهو ضامن إلا أن يأذن له صاحبها في ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو
يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن أن لا يضمنه إذا لم يتعد في ذلك وضرب كما
يضرب
الناس الحمار في موضعه لأنه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب
والكبح باللجام
في السير معتاد وربما لا تنقاد 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
لأنه ضربها
بغير إذن مالکها وذلك تعد موجب للضمان وبيان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لا
صفة
الجودة فيه وهو لا يحتاج إلى الضرب والكبح في أصل تسيير الدابة وإنما يستخرج
بذلك منها
* نهاية السير والجودة في ذلك وثبوت الاذن بمقتضى العقد فيفتقر على المستحق
بالعقد *
توضيحه أنه وان أبيع له الضرب فإنما أبيع لمنفعة نفسه فان حق المالك في الآخر يتقرر
بدونه
ومثله يقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته ورمى الرجل إلى الصيد ومشيه في

الطريق
مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما إذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد
الأذن
فعله كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا سماه إلى موضع معلوم فأجرها
بمثل ذلك
بأكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل إلا أن يزيد معها حبلا أو جوالق أو لحاما
فحينئذ يجعل
زيادة الاجر بإزاء ما زاد ولو علفها لم يطلب له الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به
المستأجر لعجل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فألجمها أو بلجام فنزعه وأبد
له بلجام
آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وإنما ينفعها من حيث أن السير
يخف به
عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر الا إذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ
يكون مخالفا
ضامنا وإذا استأجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحمولة وفسدت
وصاحب

المتاع يمشي مع رب الدابة أو ليس معه فالمكارى ضامن لان المكارى أجير المشترك والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جنانية يده لأنه لما شده بحبل لا يحتمله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء ففسد الحمل أو اصابته الشمس ففسد أو سرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن في قول من يضمن الأجير 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 المكارى لان الحمل في يد صاحبه والأجير المشترك إنما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع في يد صاحبه لم يضمن الأجير إذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جنانية ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان ما يجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجنانية وضمن الجنانية ليس من جنس ضمان العقد (ألا ترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الأجير 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 الطريقتين يقيد العقل بصفة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لأنه يقابله بدل مضمون فعرفنا أن الضمان على الطريقتين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لأنه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجنانية ولا يضمن المتاع لان متاعه في يده معناه أن العمل فيه

يصير
مسلمًا بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة وإذا تكارى من رجل دابة شهرًا بعشرة
دراهم
على أنه متى ما بدا له من ليل أو نهار حاجة ركبتها لا يمنعه منها فإن كان مسمى
بالكوفة ناحية من
نواحيها فهو جائز وإن لم يكن سمي مكانًا فالإجارة فاسدة لأن المعقود عليه لا يصير
معلوما
ببيان المدة إذا لم يكن الركوب مستغرقًا بجميع المدة وإنما يصير معلوما ببيان المكان
فما لم يبين
ذلك لا يجوز وإن تكارها يوما يقضى حوائجه في المصر فهو جائز لأن الركوب هنا
مستدام في
المدة المذكورة ولأن نواحي المصر في حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم إذا
شرط الأيفاء
في المصر وإن لم يبين موضعا منه فإذا كان نواحي المصر كمكان واحد كان له أن
يركب إلى أي
نواحي المصر شاء وإلى الجنائز ونحوها لأن المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر
عليها لأنه

استأجرها للركوب في المصر وان تكارها إلى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى
أتى واسط
فلما رجع حمل عليها رجلا معه فعطبت فعليه أجر مثلها في الذهب لان الاستئجار
بعلفها فاسد
لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهب ونصف أجر
مثلها في
الرجوع لأنه استوفى في الرجوع منفعة نصفها وهو ما شغلها بركوب نفسه فلذلك
يلزمه نصف
أجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الإجارة الصحيحة أنه إذا ركبها وأردف فعليه جميع
المسمى
ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الإجارة 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 أجر المثل
وفي العقد
الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لا فرق في الحقيقة
إنما
يجب أجر المثل بحسب ما استوفى من المنفعة فيتضاعف أجر مثلها إذا أردف فإذا
أوجبنا عليه
نصف أجر مثلها فقد أوجبنا من أجر المثل جميع ما يخص ركوبه وكذلك عند صحة
العقد فان
جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف أجر المثل هنا ثم يكون ضامنا
نصف قيمة
الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لأنه مخالف له في ذلك
ويحسب ما علفها
به لأنه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب
عليه
صاحبها من الأجرة وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها
حتى ردها يوم
العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وإن كان يعلم أنه لم يركبها لأنه أتى بما
يستحقها بما
هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة إليه وتمكينها من ركوبها في المدة فيطيب

له الاجر
كالمرأة إذا سلمت نفسها إلى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن
زوجها لم
يطأها وان تكارها يوما واحدا فلا أجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو
متطوع
في ذلك إلا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها إلى بيت زوجها
فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لأنه 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 تكارها العروس بعينها فهو ضامن ولا كراء
عليه
لأنه غاصب مخالف وان تكارها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكراء
استحسانا
لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكارها
على

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة إلى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج
فرد الدابة عند الظهر فإن كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها
أكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه إياها في غير المكان المشروط إلا أن قدر ما يحبس الناس
صار مستثنا له بالعرف ولا أجر عليه في الوجهين لأنه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه
خطوات الدابة في الطريق ولا يوجد ذلك إذا حبسها في المصرف ولان صاحب الدابة متمكن
من أن تسيّر الدابة معه إلى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا أجر عليه أيضا لأنه 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 فتتجت في الطريق وضعفت من حمل الرجل
لأجل الولادة فعلى المكارى أن يأتي بدابة أخرى تحمله ومتاعه لأنه التزم بالعقد العمل في
ذمته فعليه الوفاء بما التزم (ألا ترى) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتي بأخرى
فكذلك إذا ضعفت إلا أن يكون الكراء وقع على هذه بعينها فحينئذ المعقود عليه منافعها ولا يتأنى
استيفاء ذلك من دابة أخرى بل يكون عذرا في فسخ الإجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم إن
رب الدواب أجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب
في أيديهم فإن كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقصت الإجارة 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 وجدته في يد المستعير فلا خصومة
بينهما حتى يحضر رب الدواب لان يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجدته في يد الموهوب له

فهو
خصم فيها لأنه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها وأما الإجارة
فالمستأجر أحق
بها حتى يستوفي الإجارة وهذا جواب مبهم فإنه لم يبين أي المستأجرين أحق بها فمن
أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الأول والثاني يكون خصما له لان الأول يدعى ما
يزعم
الثاني أنه له فيكون خصما له في ملكه ولكن الأصح أن المستأجر الثاني لا يكون
خصما
للأول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لأنه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو
تكرى
غلاما ودابة إلى البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما إلى الكوفة
فأبق
الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة
لأنه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقي بالهلال
والإباق وقد

كان أمينا فيهما ولا ضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكارى استأجر غلاما
عنى
كي نتبعك وتتبع الدابة وأجره على وأعطاه نفقة ينفق على الدابة ففعل المستأجر
وسرقت
النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم
المكارى
النفقة ضاعت أولم تضع وإلا فلا شئ عليه لأنه 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 أستوقه فالقول قول رب
الدابة في ذلك أن لم يكن أقر بشئ لأنه 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 أستوق لأنه مناقض في كلامه فالستوق ليس من جنس الدراهم وإن كان
أقر
باستيفاء الأجرة 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
فالأجر
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 لأنهما تصادقا على أنه لم يستوف جميع
المعقود
عليه وإنما اختلفا في مقدار ما استوفى أو في مقدار ما لزمه من الاجر فرب الدابة يدعى
الزيادة والمستكرى منكر لذلك وان تكارى دابتين إحداهما إلى بغداد والأخرى إلى
حلوان
فإن كانت التي إلى بغداد بعينها والتي 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 ولا ضمان عليه اعتبار للعقد الفاسد بالجائز وان تكراري بغلا إلى بغداد فأراد
المكارى أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكري أن يمنعه من ذلك لان
بالعقد استحق منافعه وقام هو في ذلك مقام المالك والمالك مقام الأجنبي فان حمله
وبلغ الدابة
بغداد لم يكن للمستكري أن يحبس عنه شيئا من الاجر لذلك لأنه حصل مقصوده
بكماله
واستوفى ما استحقه بالعقد فإذا اختلف المؤجران في مقدار الكراء فالقول قول
المستأجر لأنهما
يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الإجارة لا يحتمل الفسخ فكان القول
قول
المنكر للزيادة وان أقام المؤجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ما شهد به شهوده
لان

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه وبينه كل واحد منهما على اثبات حقه
أولى
بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب بينه 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 إياها في مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فإنه مستوف
للمعقود
عليه متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن في العقد خياله
وإن كان
الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لها ولا أجر عليه لأنه غاصب في ركوبها قبل
أن
يتم رضى صاحبها به فإذا شرط الخيار بعدم تمام الرضاء. ولو تكارى حمارا يطحن
عليه فأوثقه
في الرحا وساقه الأجير فتعسف عليه الأجير حتى عطب من عمله فالأجير ضامن لأنه
متلف له
بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستأجر ليتنقل فعلة إليه فلهذا لا
شئ على
المستأجر منه وان استأجر ثورا يطحن عليه كل يوم عشرة أقفزة فوجده لا يطحن الا
خمسة
أقفزة فالمستأجر بالخيار لأنه يغير عليه شرط عقده فإذا شاء أبطل الإجارة عليه فما بقي
عليه
وفيما عمل من الطحن بحساب ما عمل من الأيام ولا يحط عنه من ذلك شيئا 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 فلهذا لا ينتقص عنه شئ من الاجر فيما
عمل من
الأيام. ولو تكارى دابة إلى بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جموحا أو عثورا أو تعض
فإن كان
ت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الاجر بحساب ما سار لأنه
استوفى المعقود عليه بقدره وان كانت بغير عينها فله أن يبلغه إلى بغداد على دابة غيرها
لأنه
التزم العمل في ذمته وهذا إذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستأجر

العيب
غير مقبولة الا بحجة ولو تكاري بعيرا ليعمل عليه عملا على النصف (قال) كان أبو
حنيفة رحمه
الله يقول إذا كان ينقل الحمل على البعير فالاجر كله لصاحب البعير لأنه بدل منفعة
بعيره
والمدفوع إليه نائب عنه في الاكراء وللذي يعمل عليه أجر مثله على صاحب البعير لأنه
ابتغى
عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه
أجر المثل
له وإن كان الرجل يحمل عليه المتاع ليبيعه فما اكتسب عليه من شئ فهو له لأنه عامل
لنفسه
فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه أجر مثل البعير لان صاحب البعير ابتغى عن منافع
بعيره
عوضا ولم يسلم له ذلك. رجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب إلى بغداد فقال الغلام
قد

ذهبت بالكتاب وقال الذي أرسل إليه الكتاب لم يأتي به فعلى الغلام البينة على ما يدعى لأنه 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 أجره عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لو كان المرسل هو الذي يدعى ايفاء الاجر وان أقام الغلام البينة أنه قد أتى بغداد بالكتاب فلم يجد الرجل فله الاجر لأنه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة إلى بغداد مع الكتاب كما أمر به ثم إن كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتي بالجواب فله أجر حصة الذهاب دون الرجوع لأنه 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 أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ما يخص الذهاب من الاجر لأنه 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 فحمله ثم عاد به لان استحقاق الاجر هناك بنقل الطعام من مكان 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 شيئا من مقصود الامر غير حاصل فاما ذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب إليه إذا حضر وقف

على ما في الكتاب ويبحث بالجواب على يد غيره فلحصول بعض المقصود هناك ألزمناه
حصّة
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) إن كان يركب في ذلك
الطريق مثل
تلك الدابة بإكاف أو بسرج فلا ضمان عليه ان كانت لا تركب الا بسرج فركب
بإكاف فهو
ضامن لأنه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فإذا خالف
ذلك صار
ضامنا. ولو تكارى من الفرات إلى جعفي (وجعفي) 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

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 القريتين ولو تكارى عبدا مأذون أو غير مأذون
بنصف
ما يكتسبه على هذه الدابة فالإجارة فاسدة لجهالة الاجر ولأنه جعل الاجر بعض ما
يحصل
بعمله فالإجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له إن كان مأذونا أو استأجره من مولاه
وإن كان
غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لأنه غاصب له
حين استعمله بغير إذن مولاه ولا أجر عليه لأنه ملكه بالضمان من حين وجب عليه
الضمان
وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لأنه غاصب له ضامن * وجه
الاستحسان
ان العقد الذي باشره العبد بتمحض منفعة إذا سلم من العمل لأنه ان اعتبر وجب الاجر
وإن لم
يعتبر لم يجب شئ والعبد المحجور عليه غير ممنوع عما يتمحض منفعة قبول الهبة
والصدقة ولان
عقد اكتساب محض إذا سلم من العمل فهو كالاختطاب والاصطياد إذا باشره العبد
بغير إذن
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 إلا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين
درهما فلا يزداد عليه لأنه رضي بهذا المقدار وأبرأه عن الزيادة وان تكارها بمثل ما
يكارى به
أصحابه أو بمثل ما يتكارى به الناس فعليه أجر مثلها لان المسمى مجهول فالناس
يتفاوتون في
ذلك فمن بين مسامح ومستقصي. وان تكارى دابة من الكوفة إلى مكان معلوم من
فارس
بدراهم أو دنانير فعليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للأجر 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 الأمصار والقرى فإذا لم يبين

موضعا منها فالمنازعة تتمكن بينهما من حيث أن المكارى يطالبه بالركوب إلى أدنى ذلك

الموضع وهو يريد الركوب إلى أقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية

ومثله في ديارنا إذا تكارى دابة إلى فرغانة أو إلى سعد وان تكارى إلى الري ولم يسم

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالعقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن
العقد جائز
وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة ما لو تكارها إلى سمرقند أو أوزجند 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 المكارى
رضي بالمسمى
إلى أدنى الري فان ركبها إلى أقصى الري فله أجر مثلها لا ينتقص ما سمي لان
المستكرى قد
النزم المسمى إلى أقصى الري فلا ينتقص عنه ويزاد عليه إذا كان أجر المثل أكثر من
ذلك
لان المكارى إذا رضى 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
فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخريج فيه كتخريج مسألة الري وان تكارها من الكوفة إلى
بغداد وعلى أنه أدخله بغداد في يومين فله عشرة والا فله درهم فهذا من الجنس الذي
تقدم
بيانه أن عند أبي حنيفة رحمه الله التسمية الأولى صحيحة والثانية فاسدة وعندهما تصح
التسميتان وقد بينا ذلك في الخياط. رجل تكاري دابة من رجل بالكوفة من الغداة إلى
العشى (قال) يردها عند زوال الشمس لان ما بعد الزوال عشى قيل في تفسير قوله تعالى
أن
سبحوا بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك في قوله تعالى ولا تطرد الذين
يدعون
ربهم بالغداة والعشى أن الغداد قبل الزوال والعشى ما بعده وفي الحديث أن النبي صلى
الله عليه وسلم صلى أحد صلاتي العشاء إما الظهر أو العصر إذا ثبت هذا فنقول جعل
العشى غاية والغاية لا تدخل في الإجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لأن 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 (ألا ترى) أن الصوم يقدر باليوم شرعا
وكان

من طلوع الفجر إلى غروب الشمس وكذلك القياس فيما إذا استأجر أجيروا يوما إلا أن الأجير
ما لم يفرغ من الصلاة لا يشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس فيه لهذا ولا يوجد هذا
المعنى في
استئجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان
بغروب الشمس يدخل الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكر إذا تكاراها نهارا وبعض
مشايخنا
رحمهم الله يقول إنما يركبها من طلوع الشمس إلى غروب الشمس فان النهار اسم
الوقت من
طلوع الشمس " قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء " فلا يدخل في ذلك
الفجر ولا المغرب

وإنما سمى نهارا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا إذا كان
من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فان 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 الا بذكر
المكان ولا ضمان على المستأجر في الدابة إذا هلكت وهي في يده على إجارة فاسدة لان الفاسد
من العقد معتبر بالجائز ولأنه في الوجهين مستعمل للدابة بإذن المالك وان استحقت الدابة من يد
المستأجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذي أجرها منه لأنه 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 فالإجارة جائزة لان المعقود
عليه منفعة الدابة في المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان عطبت من العمل إلا أن يكون شيئا فاحشا
لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فإذا جاوز ذلك كان
منخالفًا ضامنا وان تكارها إلى بغداد وركبها وخالف المكان الذي استأجرها إليه (قال) الكراء
لازم له في مسيره قبل الخلاف لأنه استوفي 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 يقيها برحل أو بسرج فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ولا على المرأة لأنه مستوفي
للمعقود

عليه فالمسمى في العقد انسان وهي انسان وان كانت ثقيلة إلا أن يكون أن مثل تلك
الدابة
لا يطيق 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 تكارى يوما إلى الليل بدرهم فأراه الدابة على أربها وقال اركبها إذا شئت فلما جاء
الليل
تنازعا في الكراء والركوب فإن كانت الدابة دفعت إلى المستأجر فعليه الاجر لان الاجر
سلم
المعقود عليه فيتمكن المستأجر من الاستيفاء وان كأن لم يدفعها فلا اجر عليه لأنه لم
يسلم
المعقود عليه إليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لأنه يدعى استيفاء المعقود عليه
ووجوب
الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكارها إلى الحيرة في حاجة له فقال دونك الدابة

فأركبها فلما كان في قدر ما يرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق إلى الحيرة
(قال) إذا حسبها
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
لأنه لما علم توجهه إلى الحيرة ومضي من الزمان بعد ذلك مقدار ما يذهب من ويجيء
فالظاهر
أنه قد أتى الحيرة فهو في قوله رجعت يدعى خلاف ما يشهد به الظاهر وان ردها من
ساعة
فلا أجر عليه لأن 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 وإنما يثبت بالظاهر لأنه يتمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولأنه
بهذا الظاهر
يدفع قول المستأجر اني 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 لأنه استوفى المعقود عليه في ذلك القدر ثم انتقضت الإجارة بموته وسقط الاجل
أيضا فكان أجر ذلك المقدار ديناً في تركته كسائر الديون والله أعلم
(تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط)
ويليه السادس عشر أوله باب انتقاض الإجارة)