

كتاب الغصب

مسألة - ١ - (١)

ذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - ، إلى أن المضمونات تملك

بالضمان ، ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان ، إذا [كان] (٢)

المضمون مما يجوز تمليكك بالتراضي احترازاً عن المدبر (٣) .

وذهب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أنها لا تملك بالضمان (٤) .

واعلم أن الخلاف في هذا الأصل مبني على أصل آخر ، وهو البحث عن

مقابل الضمان .

فالشافعي - رضي الله عنه - : يدعي أنه في مقابلة فوات اليد .

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - : يدعي أنه في مقابل عين المغصوب ، لأنه

الذي وجب رده بالغصب ، فإذا تعذر رد العين ، وجب رد بدل العين .

وقرروا هذا بأن قالوا :

الواجب ضمان جنس ، ومن غصب دراهم وبددها في حاجاته : فالفئات

على المالك الدراهم ، فيجب على الغاصب بدل الدراهم ، لا بدل الاستيلاء

على الدراهم ، فإن الاستيلاء غير مقصود في نفسه ، وإنما المقصود من

الاستيلاء عين المال .

(١) لفظ مسألة من «ز» .

(٢) ساقطة من «ز» .

(٣) انظر : «شرح القدوري» : (ص ٢٢٢) فما بعدها .

(٤) راجع : «المهذب» (١/ ٣٦٨ ، ٣٧٠) .

وقالوا: وإذا ثبت أن الضمان بدل عن العين، فالجمع بين البديل والمبدل عنه في حق شخص واحد متناقض، فكان من ضرورة ملك المالك الضمان، زوال ملكه عن المضمون، فوقع الملك في المضمون^(١) سابقاً عن ملك الضمان واقعاً يقتضي له، وإن تقدم عليه؛ وكما إذا قال: أعتق عبدك عني! فقال: أعتقت، فإنه يتضمن^(٢) ملكاً سابقاً على العتق ينبني عليه صحة العتق ثم يقع مقتضى له^(٣) سابقاً عليه.

فالحاصل أن التضمن يقتضي التمليك في البديلين جميعاً، ولكن بطريق الاقتضاء والضرورة، والبيع يقتضي الملك بطريق التنصيص، ولذلك افتقر البيع إلى الشرائط، كالقدرة على التسليم وغيرها. وهذا الملك لم يفتقر إليه، لأنه وقع [بمقتضى تملك]^(٤) البديل ضمناً، وما يحصل كذلك: لا تعتبر فيه الشرائط.

قالوا: وخرج على هذا المدبر؛ فإن التمليك فيه ممتنع على ما عرف من أصلنا. هذا غاية كلامهم.

ونحن نقول: الضمان في مقابلة اليد، لأنها هي الفاتية، وملك العين قائم، فإيجاب البديل عنه محال، وإنما يجب الضمان بدلاً عما فات ولم يفت إلا اليد، فتملُّك الغاصب - ولم يجز من المالك رضى، ولا دعت إليه ضرورة - محال.

ويتفرع عن هذين الأصلين مسائل:

(١) في «ز» (في المضمون على صحة العبد).

(٢) في «ز» (يضمن).

(٣) في «ز» (على).

(٤) في «ز» (مقتضى الملك).

منها (١) أن الغاصب إذا ضمن قيمة المغصوب، ثم ظهر المغصوب : فهو لمالكه المغصوب منه يأخذه ويرد القيمة عندنا، لأن الغاصب [لم يملكه] ^(١)، حتى إذا مات لم يكن عليه مؤونة تجهيزه، ولو كان قريبه لم يعتق عليه ^(٢).

وعندهم، هو للغاصب، لأنه ملكه بالضمان، واستند ملكه إلى وقت وجوب الضمان ^(٣).

ومنها (٢) أن الجناية التي [توجب] ^(٤) كمال القيمة في العبد بقطع يديه أو رجله، لا توجب الملك في الجثة عند الضمان عندنا ^(٥).

وعندهم : توجب : بناءً على أن كل القيمة بدل الكل ؛ فلا يجمع بين البديل والمبدل ما أمكن.

وعليه خرجوا المدبر إذا قطعت يده، فإن التملك فيه غير ممكن عندهم. وكلامنا في هذه المسألة أظهر ؛ لأن المصير إلى مقابلة الواجب بالفائت بالجناية أظهر من مقابلة [القيمة بالاستيلاء] ^(٦) الفائت بالغصب.

ويعتضد هذا بقطع إحدى اليدين ؛ فإنه لا يوجب الملك في النصف.

ومنها (٣) إذا غصب حنطة فطحنها، أو ثوباً فخاطه، أو شاة فذبحها وشواها، أو غصناً فغرسه فصار شجرة، أو نحاساً، أو رصاصاً، فاتخذ

(١) في «د» (له تملكه) وهو تصحيف.

(٢) انظر : «المهذب» : (١/٣٦٨) فما بعدها.

(٣) انظر : «شرح القدوري» : (ص ٢٢٤) و«تبيين الحقائق» : (٥/٢٣٠).

(٤) في «ز» (توجهت) وهو تصحيف.

(٥) انظر : «المهذب» : (١/٣٦٩).

(٦) في «ز» (الاستيلاء بالقيمة).

منها آنية : غرم أرش النقصان إن كان [وصفه قائماً في العين] ^(١) عندنا ^(٢) .
 وعندهم : يغرم قيمة المأخوذ ويملك العين ^(٣) ؛ فإن الضمان في مقابلة
 العين ، وقد تبدلت العين ؛ فإن مالية الخنطة غير مالية الدقيق ، من حيث
 إنهما مفترقان اسماً وصورة [ومعنى] ^(٤) فإن الخنطة متهيتة لأغراض كالبذر
 والقلي والهرس والطحن ، وهي قابلة للادخار .
 وهذه المعاني بأسرها تطلب ^(٥) .
 قالوا : فنضمنه قيمة الخنطة ^(٦)

ومنها ^(٤) أن القطع والضمان لا يجتمعان عندهم ؛ لأنه لو ضمن للملك
 المسروق ، واستند ملكه إلى وقت الأخذ ، فيحصل القطع في ملك نفسه ،
 وذلك لا يجوز ^(٧) .

وعندنا : يجتمعان ، لتعدد السبب ، وعدم إسناد الضمان ^(٨) .
 ثم يلحق بهذا الأصل مسائل :

منها ^(١) أن المسروق منه إذا وهب المسروق ^(٩) من السارق بعد المرافعة :
 لا يسقط عنه القطع عندنا ^(١٠) .

(١) في «ز» (وحقه في العين قائمة) ويبدو أنه تصحيف .

(٢) انظر : «المهذب» : (٣٦٩/١) .

(٣) انظر : «تبيين الحقائق» : (٢٢٦/٥) .

(٤) زيادة من «ز» .

(٥) في «ز» (بطلت) .

(٦) انظر : «الهداية مع نتائج الأفكار والعناية» : (٣٧٥/٧) فما بعدها .

(٧) انظر : «الهداية مع فتح القدير» : (٢٦١-٢٦٢/٤) .

(٨) راجع تفصيل ذلك في «مغني المحتاج شرح المنهاج» : (١٧٧/٤) .

(٩) في «د» (السرقة) .

(١٠) انظر : «المهذب» : (٢٨٢-٢٨٤/٢) .

وعندهم: يسقط، لأنه ملكها بالهبة وأسند ملكه إلى وقت، فلو قُطع لُقُطع في ملك نفسه (١).

قالوا: والملك ههنا - وإن حصل بعقد الهبة لا بفعل السرقة - غير أن العارض فيما يُدْرَأ (٢) بالشبهات كالموجود ابتداء.

ومنها (٢) أن الأب إذا استولد جارية ابنه: يلزمه المهر والقيمة عندنا (٣) وعندهم: لا يلزمه القيمة، لأنه لو ضمن القيمة، استند ملكه إلى ابتداء الوطء فصار واطئاً ملك نفسه فلا يلزمه القيمة، بخلاف الجارية المشتركة؛ لأنه هناك ضمن باستحداث الملك لا بالوطء، لأن الوطء تصرف، والتصرف في الجارية المشتركة لا يوجب الضمان، كالاستخدام وإن كان لا يحل، كما لو وطئ جاريته وهي حائض (٤).

ومنها (٣) أن الحد والمهر يجتمعان عندنا فيمن زنا بجارية الغير؛ لأنه لا يملك الجارية بالضمان (٥).

وعندهم: لا يجتمعان، لأنه لو وجب المهر في ذلك للملك الواطئ منفعة البُضع، فلو وجب الحد وجب في وطء جارية نفسه، وهذا مما لا يجوز (٦).

ومنها (٤) إذا استكره الرجل امرأة حرة على الزنا، وجب عليه الحد

(١) انظر: «الهداية مع فتح القدير والعناية»: (٢٥٦/٤).

(٢) انظر: «مغني المحتاج على المنهاج»: (٢٣٢/٣) فما بعدها.

(٣) في [د] (يترك).

(٤) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير»: (٤٩٨/٢) فما بعدها.

(٥) انظر: التفصيل في «مغني المحتاج»: (٢٩٤/٢).

(٦) راجع في هذا «فتح القدير مع الهداية والعناية»: (١٤٦/٤) فما بعدها.

والمهر عندنا^(١):

وعندهم : لا يجب المهر، لما ذكرناه^(٢)

(١) انظر: الشيرازي في «المهذب» : (٦٢ / ٢).

(٢) انظر: «الهداية مع العناية وفتح القدير» : (١٥٨ / ٤).

مسألة - ٢ -

اليد الناقلة غيرُ معتبرة في ضمان العدوان عندنا، بل يكفي إثبات اليد بصفة التعدي .

وذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إلى أنه لا بد من اليد الناقلة ، لتتحقق صورة التعدي .

ومستند هذا [التعدي] ^(١) اختلاف الفريقين في حد الغصب .

فذهب أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أن حد الغصب : إثبات اليد العادية على مال الغير ^(٢) .

وذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى أن حدَّ : إثباتُ اليد العادية وتقويتُ اليد المحقة أو قصرها ^(٣) .

وعلموا هذا بأن الضمان : ضمانُ جبر ، والجبر في مقابلة فايث ولا فايث إلا على المالك ، فلا بد من اشتراط فوات [الاستيلاء] ^(٤) وفواته بإزالة اليد أو قصره .

ونحن نقول : هذا الحد باطل ، فإن الغاصب من الغاصب غاصب اسماً وحقيقة وشرعاً ، وضامن للمالك ، ولم يفوت يد المالك بل أثبت اليد على مال الغير .

(١) في «ز» (التنازع) .

(٢) انظر : «المنهاج» للنووي : (٢/ ٢٧٥) .

(٣) انظر : تعريف الغصب محرراً في «نتائج الأفكار ، تكملة فتح القدير» : (٧/ ٣٦١) .

(٤) من حاشية «د» .

ويبطل أيضاً بما إذا سلب القلنسوة من رأس المالك، واحتوت يده عليها، فإنه يضمنها بالاتفاق، مع أنه لم يحصل [زوال يد المالك] ^(١) في هذه الصورة بزعمهم، فإن يده عبارة عن استيلائه عليها. ويتفرع عن هذا الأصل مسائل.

منها (١) أن زوائد المغصوب مغصوبة مضمونة عندنا، سواء أكانت متصلة، أو منفصلة، موجودة كانت على الغصب، أو طارئة، لوجود حقيقة الغصب فيها، وهو إثبات اليد ^(٢)، فإن كان الولد بصدد أن يحدث في يد المالك، فحدث في يد الغاصب بسبب غصبه السابق، فكان منع الحصول في يده كالقطع.

ولذلك وجب الضمان على المغرور بزوجه، إذا امتنع حصول الرق في الولد كما إذا قطعه.

ولأجله ضمن ولد صيد الحرم إجماعاً؛ لأنه حصل في يده بطريق ثبوت اليد على الأم.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا تضمن زيادات الغصب إلا عند منع المالك منها ^(٣)، وقبل ذلك هو أمانة.

ومنها (٢) أن غصب العقار متصور مضمون عندنا؛ فإن المعتبر قصر يد

(١) في «د» (زوال الملك) والسياق يقتضي ما أثبتناه.

(٢) انظر: «مغني المحتاج»: (٢/٢٩١).

(٣) انظر: «الهداية» و«نتائج الأفكار»: (٧/٢٩٣) و«تبين الحقائق»: (٥/٢٢٢).

المالك عن ملكه مع إثبات اليد عليه على سبيل العدوان^(١) ، وهذا موجود في العقار إذا انتقلت اليد إلى الغاصب حتى امتنع على المالك النفع، وثبتت اليد للغاصب، حتى يبنى [على نقلها للملك]^(٢) ، .

ومنها (٣) أن المودع إذا تعدى في الوديعة، ثم ترك التعدي، لم يبرأ من الضمان عندنا، لثبوت يد العدوان^(٣) .

وعندهم: لا ضمان، فإن المضمن هو الإثبات والإزالة، ولم توجد الإزالة^(٤) .

(١) راجع في هذا «المنهاج وشرح مغني المحتاج» : (٢/٢٨٦) ولم يعرض المؤلف هنا لمذهب الحنفية في هذه المسألة، وهو أنه لا ضمان في العقار عند الشيخين ومذهب محمد مذهب الشافعية، انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج» : (٢/٩٠) .

(٢) في «ز» (عليه مثلها للملك) وفي «د» (المالك) تصحيفاً.

(٣) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج» : (٣/٩٠) .

(٤) راجع في هذا «تبيين الحقائق» : (٥/٧٦) فما بعدها.

مسألة - ٣ -

معتقد الشافعي - رضي الله عنه - أن منافع الأعيان بمنزلة الأعيان القائمة في الماهية^(١) ، وحقيقتها عند^(٢) تهيو الأعيان واستعدادها بهيئتها وشكلها لحصول [الأعراض]^(٣) منها .

مثاله : إن الدار بسقوفها تهيأ لدفع الحر والبرد ، وبحيطانها لدفع السراق والغصاب عما فيها ، وبأرضها لمعنى الهوي بسكانها إلى أسفل ، وكذلك كل عين لها هيئة تتميز بها عن الأخرى ، وبها تستعد لحصول الغرض منها ، فهي منفعتها وهذه الهيئات أعراض متجددة توجد وتفتي كسائر الأعراض^(٤) ، وهي أموال ، متقومة فإنها خلقت لمصالح الآدمي وهي غير الآدمي .

وإطلاق لفظ المال عليها أحق منه على العين ، إذ التضمين لا يسمى مالا إلا لاشتمالها على المنافع ، ولذلك لا يصح بيعها بدونها .

وأنكر أبو حنيفة - رضي الله عنه - كون المنافع في أنفسها أموالاً قائمة بالأعيان .

وزعموا أن حاصلها راجع إلى أفعال يحدثها الشخص المنتفع في الأعيان ، بحسب ارتباط المقصود بها ، فيستحيل إتلافها ، فإن تلك الأفعال كما توجد تنتفي ، والإتلاف عبارة عن قطع البقاء ، وما لا بقاء له لا يتصور إتلافه ، غير أن الشرع نزلها منزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها ،

(١) في [ز] (المالية) .

(٢) في [د] (عندنا) .

(٣) في [ز] (الأغراض) .

(٤) في [ر] (الأموال) .

رخصة، فتعين الاقتصار عليها.

ونحن نقول: هذا مسلّم إذا نظرنا إلى الحقائق، وسلكنا طريق النظر. ولكن الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية، بل على الاعتقادات العرفية، والمعدوم الذي ذكره، مال عرفاً، وشرعاً. وحكم الشرع والعرف غالب في الأحكام.

والشرع قد حكم بكون المنفعة موجودة مقابلة بالأجرة في عقد الإجارة، وأثبتت الإجارة أحكام المعاوضات المحصنة، وأثبتت للمنفعة حكم المال. والعرف يقضي بأن من أثبت يده على دار وسكنها [مدة]^(١) أن يفوت منافعها.

ويتفرع عن هذين الأصلين مسائل:

منها (١) أن [منافع]^(٢) المغصوب تضمن بالفوات تحت اليد العادية وبالتفويت عندنا^(٣).

وعندهم: لا تضمن، حتى [لو استولى على حر واستخدمه في عمله لم يضمن أجرته]^(٤) ولو غصب داراً وسكنها سنين لا أجر عليه^(٥).

ومنها (٢) أن منفعة الحر، ومنافع الدار يجوز أن تكون صداقاً عندنا^(٦).

(١) زيادة من «د».

(٢) ساقطة من «ز».

(٣) انظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»: (٢/٢٨٦) و«نهاية المحتاج» للرمل: (٥/١٦٨).

(٤) ما بين القوسين زيادة من «ز».

(٥) انظر: «شرح القدوري»: (ص ٢٤٤).

(٦) عبارة الإمام النووي: (وما صح منفعة صح صداقاً) وانظر: «المنهاج مع مغني المحتاج»

(٣/٢٢٠) فما بعدها «القليوبي وعميرة»: (٣/٢٧٤).

وعندهم : لا يجوز^(١) لقوله تعالى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾^(٢) شرط في الإباحة أن تُبتَغى بالأموال ، والمنافع ليست بمال .
ومنها (٣) أن الشقص المهور يؤخذ بالشفعة عندنا بقيمة البضع ، وكذلك إذا جعل بدل الخلع أو أجره ، يؤخذ بقيمة البضع^(٣) .
وعندهم : لا يثبت فيه الشفعة ؛ لأن منافع البضع ليست بمال^(٤) .
ومنها (٤) أن شهود الطلاق إذا رجعوا غرموا مهر المثل ، بناء على أن منفعة البضع مال متقوم شرعاً ، ولهذا ضمنت بالإتلاف في العقد الصحيح والفساد ، ويقابل بالبدل في الاختلاع ، وسيما إذا صدر من الأجنبي^(٥) .
وإذا كان في نفسه مالاً ذا قيمة ، فييقاع الحيلولة في اقتضاء الضمان ملحق بالإتلاف .

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا يغرمون ؛ لأن منفعة البضع في نفسها ليست بمال ، غير أن الشرع أوجب القيمة [على^(٦)] متلفها وأحقها بأطراف الآدمي ، وسلك بها مسلك الأعيان ؛ تعظيماً لأمرها وصيانة لها عن الإهدار ، على خلاف القياس ، والشهود لم يتلفوا أصلاً فلا يغرمون^(٧) .

(١) راجع في هذا كلام صاحب الهداية والعناية «فتح القدير» : (٢/ ٤٣٤) فما بعدها .

(٢) «سورة النساء : ٢٤» .

(٣) انظر : «مغني المحتاج» : (٢/ ٢٠٢) «نهاية المحتاج» : (٥/ ٢٠٤-٢٠٥) .

(٤) انظر : «شرح القدوري» : (ص ١٧٤-١٧٥) ، «تتائج الأفكار» : (٧/ ٤٣٦) فما بعدها .

(٥) انظر : «المهذب» : (٢/ ٣٤١) .

(٦) ساقطة من النسختين .

(٧) انظر : «شرح القدوري» : (ص ٤٠٩) .

وأما وجوب المال بالعقد عندهم : فلإقامة خطر البضع ، حتى لا يستباح من غير عوض ، إذ لو ثبت ذلك ، لكان بدلاً ، وصيانة البضع عن البذل واجب ، وقد مست الحاجة إلى استباحته ، فجعل الشرع المال وسيلة إلى الاستباحة تعظيماً له .

ولذلك قالوا : يقدر أقله بعشرة دراهم ، ليكون استباحة بمال (خطير)^(١) في الشرع .

(١) في «ز» (له خطر) .

مسائل الإجارة

مسألة - ١ -

فرع الشافعي - رضي الله عنه - على اعتقاده أن المنافع هيئة ، قائمة بالمحال : تنزيلها منزلة الأعيان في عقد الإجارة حتى أثبت لها أحكام الأعيان .

ومن ألفاظه المشهورة أنه قال : الإجارة صنف من البيع ^(١) ، ثم قضى بأن المنافع المعقود عليها تملك مقترنة بالعقد ، وإن ترتبت في الاستيفاء شيئاً فشيئاً .

واستدل على ذلك بجواز العقد وامتناع بيع المعدوم .

وذهب أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى أن المنافع المعقود عليها لا تُملك مقترنة بالعقد ، بل تُملك شيئاً فشيئاً على ترتيب الوجود .

واستدلوا على ذلك : بأن المنافع معدومة لدى العقد فلا يملكها مالك الدار قبل وجودها ، إذ يستحيل أن يملك عليه ما لا يملكه .

قالوا : وهذا هو الذي اقتضى من حيث القياسُ بطلانَ ^(٢) الإجارة ، إذ العقد لا بد له من محل مملوك ، مقدور على تسليمه [معين] ^(٣) ، وهذه المعاني الثلاثة مشهودة ^(٤) في العقد ، غير أنها سقطت إلى خلفٍ أقيم مقامها وهي : تلك الدارُ المقدورُ على تسليمها .

(١) في الأم : (٢٥١ / ٣) قال الشافعي - رضي الله عنه - : [والإجازات صنف من البيوع ؛ لأن البيوع كلها ، إنما هي تملك من كل واحد منهما لصاحبه ، يملك بها المستأجر المنفعة التي في العبد والبيت والدابة ، إلى المدة التي اشترط ، حتى يكون أحق بالمنفعة التي ملك من مالكها ، ويملك بها مالك الدابة ، والبيت ، العوض الذي أخذه عنها ، وهذا البيع نفسه] أ هـ .

(٢) انظر : موقف السرخسي من هذه المسألة في كتاب الإجازات من : «المبسوط» : (٧٤ / ١٥) .

(٣) زيادة من «ز» .

(٤) في «ز» (مقصودة) .

ووجه الخَلْفِيَّة فيها: أن الدار سبب^(١) للمنافع، وهي سبب وجودها .
والأحكام قد تُنْطَاطُ بأسباب المعاني، فتتزل منزلة أعيان المعاني المعلومة^(٢) .
وكذلك ارتباط حكم الكفر والإسلام بنطق اللسان، مع الإعراض عما
في الجنان .

وارتبطت الرخصة بصورة السفر، مع الإعراض عن المشقة .
وارتبطت العدة بسبب الشغل، وهو الوطء مع الإعراض عن الشغل .
وارتبط التكليف بالإسلام والبلوغ^(٣)، مع الإعراض عن المعنى وهو
الهداية .

وارتبطت الشهادة على الملك باليد والتصرف؛ إلى نظائر لا تحصى .
كل ذلك؛ لأن اتباع المعاني عسير، فنيطت الأحكام بالأسباب الظاهرة،
وألغيت اعتبار المعاني الخفية، وإن كانت هي المطلوبة .

فكذلك اعتبار الملك، والقدرة في المنافع، عَرَضٌ^(٤) فإنها لا تبقى
زمانين، فالداخل منها في الوجود: لابقاء له حتى يعقد عليه، والذي لم
يخلق معدوم؛ لا يتصور اعتبار الشرائط فيه، فأقيمت الدار التي هي سبب
وجود المنافع مقام المنافع، وربطت الشرائط بها ضرورة تصحيح^(٥) العقد،
فليقتصر في التقدير عليه، ويردّ ما عداه إلى ما هو الحقيقة .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

- (١) في «ز» (بيع) .
- (٢) في «ز» (المطلوبة) .
- (٣) ساقط من «ز» .
- (٤) في «ز» (عسير) .
- (٥) في [د] (بصريح) وهو تصحيح .

منها (١) أن الأجرة تملك بالعقد نفسه في الإجارة المطلقة عندنا (١) دفعة واحدة كالثمن (٢) في بيع الأعيان.

وعندهم: تملك يوماً فيوماً، ساعة فساعة، بحسب وجود المنافع (٣).
ومنها (٢) أن إجارة المشاع جائزة عندنا، تنزيلاً لبيع المنافع منزلة بيع الأعيان (٤).

وعندهم، لا تجوز؛ لأن المنافع لا يمكن قبضها إلا بالفعل، واستيفاء منفعة شائعة غير ممكن، فإن السكنى فعل لا يتبعض، وكذلك اللبس، بخلاف بيع الشائع (٥).

ومنها (٣) أن الإجارة لا تبطل بموت المستأجر عندنا: لأنه ملك المنافع بالعقد دفعة واحدة، ملكاً لازماً فيورث عنه (٦).

(١) انظر: «مغني المحتاج»: (٣/٣٣٤، ٣٥٨).

(٢) في [د] (كالثمرة) وهو تصحيف.

(٣) انظر: (المبسوط للسرخسي ١٥/١١١).

(٤) انظر: «المهذب»: (١/٣٩٥).

(٥) ما ذهب إليه المؤلف هو قول الإمام أبي حنيفة وخالفه صاحبان. قال السرخي في «المبسوط»:

(١٥/١٤٤-١٤٥) [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 إفساد الإجارة. وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله جاز،

ويتهايأ فيه، وحجتهم في ذلك: أن هذا معاوضة مال بمال، فتلزم في المشاع كالبيع. وهذا

لأن موجب الإجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة] أه وبعد أن أورد السرخسي ما يحكى

عن أبي طاهر الدباس أنه كان يقول: إذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي

حنيفة، وإذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح. . قال: [والأصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد

فاسد لما بينا] أه. وانظر: «شرح القدوري»: (ص ١٦٨).

(٦) انظر: «شرح القدوري»: (ص ١٧١).

وعندهم: تنفسخ، لأن ملك المنافع مرتب على الوجود، وقد [فات] (١) قبل الملك (٢). وهذا يبطل عليهم بمن ينصب شبكة بها صيد بعد الموت، فإنه يملكه وارثه، لجريان السبب في حال الحياة [والسبب هاهنا هو العقد، وقد جرى في حال الحياة] (٣).

ومنها (٤) أن المؤجر إذا مات لم ينفسخ العقد عندنا (٤) لأنه مات بعد زوال ملكه، فلا ينقلب إلى وارثه بموته.

وعندهم: ينفسخ (٥)، لأنه عقد يتجدد على ملكه، وما يتجدد بعد موته، لا يحدث على ملكه حتى يتناوله مطلق عقد المورث.

ومنها (٥) أن إضافة الإجارة إلى السنة القابلة لا يصح عندنا لتعذر تسليم المنافع المعقود عليها (٦).

وعندهم: يصح، بناءً على تجديد العقود بحسب وجود المنافع شيئاً فشيئاً (٧)، قالوا:

(١) [د] (كان).

(٢) انظر: «شرح القدوري»: (ص ١٧١).

(٣) ما بين القوسين ساقط من [ز].

(٤) انظر: : المهذب للشيرازي (١/ ٢٢٠).

(٥) انظر: : نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) (٧/ ٢٢٠).

(٦) قلت: يفرق الشافعية بين أن يكون مستأجر السنة القابلة جديداً، وبين أن يكون هو المستأجر الأول وكان العقد الجديد قبل انقضائها. جاء في المنهاج للإمام النووي في كتاب الإجارة: [ولا يجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلية، فلو أجز السنة الثانية لمستأجر الأولى قبل انقضائها جاز في الأصح] أهـ «المنهاج»: (٢/ ٣٣٨) مع «مغني المحتاج».

(٧) انظر: «نتائج الأفكار»: (٧/ ١٥٠) تكملة «فتح القدير».

وإذا كانت الإجارة في الأصل لا تتعقد إلا هكذا، فالتصريح به لا يقدر فيه .

ومنها (٦) أن الموصى له بالسكنى إذا مات ورث عنه عندنا .
وعندهم لا يورث بناءً على الأصلين .