

كتاب الإجازات (1)

مسألة (2) [78]:

[في الإجارة إذا عقدت مطلقة هل يلزم العوض فيها حالاً أو منجماً؟]

إذا وقع عقد الإجارة مطلقاً، لم يلزم العوض فيها حالاً، ووجب تقاضيه منجماً (3) وبه (4) قال أبو حنيفة (5).

وقال الشافعي: يلزم العوض حالاً، إذا لم يشترط فيه أجل (6).
واحتج أصحابه فقالوا: عقد معاوضة على منافع معقولة غير معلومة،

- (1) الإجارة هي: «العقد على المنافع بعوض هو مال وتمليك المنافع بعوض إجارة، وبغير عوض إعارة». التعريفات 10، وانظر: الطلبة 253، والمغرب 20، وتهذيب الأسماء واللغات / أجر، وشرح الحدود 392، والأنيس 259 - 260، ولغة الفقهاء 42 - 43.
- (2) ليست في الأصل والسياق يقتضيها.
- (3) منجماً من تنجيم الدين، وهو: «دفعه على دفعات في أوقات معينة». لغة الفقهاء 147.
- (4) قال في التفريع 2 / 184: «ولا تلزمه الأجرة في الإجارة بمجرد العقد، وإنما تلزمه بمضي المدة، إلا أن تكون لهم سنة فيحملون عليها، أو يشترط المؤاجر على المستأجر تقديم الأجرة، فيلزمه تقديمها»، وقال في البداية 2 / 172: «ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء إذا أطلق العقد، ولم يشترط قبض الثمن؟ فعند مالك وأبي حنيفة أن الثمن إنما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع، إلا أن يشترط ذلك، أو يكون هناك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء في الذمة. وقال الشافعي: يجب عليه الثمن بنفس العقد، فمالك رأى أن الثمن تأخيره إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض، والشافعي كأنه رأى أن تأخيره من باب الدين بالدين».
- (5) قال في تحفة الفقهاء 2 / 515: «وأما إذا لم يشترط في العقد شيئاً، فقال أبو حنيفة أولاً، وهو قول زفر: لا تجب الأجرة إلا في آخر المدة، ثم رجع وقال: تجب حالاً فحالاً كلما مضى يوم يسلم أجرته، وهو قول أبي يوسف ومحمد»، وانظر: إثمار الإنصاف 334.
- (6) قال في المهذب 1 / 399: «فإن أطلق العقد، وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها، بتسليم العين...».

فوجب تعجيل العوض . دليله : الصداق في النكاح .
قالوا : ولأن العقد صادف معدوماً في الحال ، فوجب تعجيل عوضه .
دليله : رأس مال السلم .

قالوا : ولأنه عوض يصح في عوضه التعجيل والتأجيل ، فوجب أن
يقتضي إطلاقه التعجيل دليله النكاح والبيع .

والدليل على صحة ما قلناه : قوله عز وجل : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : 6] ، فأمر جل وعلا بإعطاء⁽¹⁾ الأجرة بعد الإرضاع ، وقوله
ﷺ : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »⁽²⁾ وما أمر وحث⁽³⁾ عليه السلام
على الإعطاء ، إلا بعد تمام العقد ، لأن العرق إنما يتصبب من شدة العمل ،
وهذا شيء محسوس ، لا يدفعه معترف منصف .

ولأن العقد على المنافع بمنزلة العقد على الأعيان ، فإذا لم يستحق
الثمن بمجرد العقد على الأعيان إلا بعد دفع المثل ، وجب أن تكون الإجارة
كذلك ، اللهم إلا أن تكون بثوب معين ، أو فاكهة رطبة ، فإنه يجب تسليم ذلك
لأنه في الثوب إذا لم يتعجل قبضه ، يدخله بيع شيء معين يقبض إلى أجل ،
وذلك ممنوع ، والفاكهة الرطبة يسرع إليها الفساد ، فيجب التسليم لذلك .

فإذا ثبت هذا ، فما احتجوا به من القياس على النكاح والسلم وأن⁽⁴⁾ ذلك
عقد معاوضة ، فهو منتقض عليهم بالكتابة ، لأنها عقد معاوضة ، ولا تكون إلا
منجمة مؤجلة .

وقولهم : إن العقد صادف معدوماً في الحال ، فوجب تعجيل عوضه ،
خطأ على أصلهم ، لأن من أصل مذهبهم أن الإجارة إنما تنعقد على الشيء
المستأجر ، لا على منفعه ، قالوا : لأن العقد على المنافع ، يدخله

(1) في الأصل : إعطاء .

(2) قال في نصب الراية 4 / 129 : « أخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب الأحكام ، في باب أجر
الأجراء عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ :
« أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » ، وهو معلوم بعبد الرحمن بن زيد » .

(3) في الأصل : وجب .

(4) في الأصل : فإن .

فسخ⁽¹⁾ الدين في الدين، وعلى أن ما قالوه منتقض عليهم بجواز العقد على
لبن الحاضنة، وهو عقد معاوضة صادف معدومًا فما أجابوا به، فهو نفس
جوابنا، والله أعلم.

(1) فسخ الدين في الدين: مثل أن يكون له دين على رجل فيفسخه في شيء يتأخر قبضه، مثل
ثمرة يجنيها، أو دار يسكنها أو دابة يركبها، وما أشبه ذلك. ن: التفریع 2 / 169.

مسألة [79]:

[في المتعاقدين إذا مات أحدهما مع بقاء العين المستأجرة،
هل تفسخ الإجارة أم لا؟]

لا تفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة،
وإمكان استيفاء المنافع منها⁽¹⁾. وبه قال الشافعي⁽²⁾.
وقال أبو حنيفة: تفسخ الإجارة⁽³⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: الملك ينتقل بموت المؤجر إلى ورثته، ولا يبقى
للميت فيه حكم، فوجب انفساخها لذلك، حتى يصح للورثة التصرف في
أملكهم بالقسمة، والبيع، والإجارة، والرهن، وغير ذلك من أنواع
التصرفات.

قالوا: ولأنه عقد على منافع معقولة غير معلومة، فوجب انفساخ ذلك
العقد بموت أحد المتعاقدين دليله النكاح، لأنه يبطل بموت أحد⁽⁴⁾ الزوجين
بإجماع، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

والدليل على صحة ما قلناه عموم قوله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وعقد الإجارة من العقود التي يجب الوفاء بها

(1) قال في التفریع 2 / 185: «ولا تبطل الإجارة بموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين
المستأجرة»، وقال في الإشراف 2 / 66: «لا تفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين إذا لم
يتعذر استيفاء المنافع، خلافاً لأبي حنيفة».

(2) قال في المهذب 1 / 407: «فإن أجر عيناً من رجل، ثم مات أحدهما لم يبطل العقد، لأنه
عقد لازم، فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه، كالبيع».

(3) قال في تحفة الفقهاء 2 / 535: «ثم الإجارة تبطل بموت المستأجر أو المؤجر عندنا،
خلافاً للشافعي». وقال في البدائع 4 / 222: «فعقد الإجارة ينتهي بأشياء: منها الإقالة،
ومنها: موت من وقع له الإجارة إلا لعذر عندنا، وعند الشافعي، لا تبطل بالموت كبيع
العين».

(4) في الأصل: بأحد.

إلى منتهى⁽¹⁾ أجلها، وقوله ﷺ: «من ترك مالا أو حقا فلورثته»⁽²⁾ وهذا ميت قد ترك إجارة فهي لورثته [هـ 198].

ولأن عقد الإجارة بمنزلة عقد السلم، ولما كان عقد السلم لا يبطل بموت أحد المتعاقدين، وجب أن يكون عقد الإجارة كذلك.

ولأنهما لو تبايعا سلعة، ثم ماتا، أو مات أحدهما قبل قبضها، لم يبطل عقد البيع كذلك، وهذا جمع وإلزام لا يمكنهم دفعه، ولا منعه، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

وكذلك كل ما وجب لهذا الميت من حق قبل موته، من خيار في البيع أو قسم في أرض، أو أخذ شفعة⁽³⁾، أو قراض، أو قرض⁽⁴⁾، أو حد⁽⁵⁾، أو قود⁽⁶⁾، ونحو ذلك، فإنه يورث عنه إلا ما كان من وطء، فإنه لا يورث عنه بإجماع ولا يحل استباحة الفرج في الشرع إلا بأحد أمرين: إما عقد نكاح، أو ملك يمين.

وأما من جهة المعنى فنقول: عقد تعلق بمنفعة تستوفى⁽⁷⁾ من عين فلا

(1) في الأصل: منتهى.

(2) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان. ن: نصب الراجحة 4 / 58 - 59. ولفظه في مسلم، في كتاب الفرائض باب من ترك مالا فلورثته: «عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فألينا».

(3) الشفعة بضم فسكون: «تملك الجار أو الشريك العقار المباع جبراً عن مشتريه بالثمن الذي تم عليه العقد». لغة الفقهاء 264. وانظر: ابن عرفة شرح الحدود 356، وحلية الفقهاء 155، والطلبة 245، والتعريفات 127.

(4) القرض: «ما تعطيه من المثليات ليرد لك مثله في المستقبل»، لغة الفقهاء 361، وانظر: المغرب 9 / 378 - 379، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 87.

(5) الحد: «عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى» التعريفات 83. وانظر: حلية الفقهاء 199، والمغرب 106 - 107، والأنيس 173.

(6) القود بالتحريك: «القصاص»، يقال: استقدت الأمير من القاتل فأقادني منه، أي طلبت منه أن يقتله ففعل». المغرب 395، وانظر: غريب المدونة 112، والأنيس 292، ولغة الفقهاء 372.

(7) في الأصل: تستوفى، والاستيفاء: «أخذ الحق كاملاً» لغة الفقهاء 67.

يفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله الرهن .
فإذا ثبت هذا، فقولهم : إن الملك ينتقل بموت الميت منهما إلى الورثة ،
باطل بما ذكرناه ألا ترى أن من زوج عبده من أمته، ثم مات السيد، فإن نكاح
العبد لا يفسخ بموته، مع انتقال رقة العبد والأمة إلى الورثة؟
وقياسهم على النكاح إذا مات أحد الزوجين، غير لازم لأن النكاح إنما
شرع للسكن والازدواج، فهو عقد وصلة، ومكارمة، ومواصلة، ومصاهرة،
فغاير لذلك غيره من العقود. والله أعلم.

[في حكم اختلاف الخياط ورب الثوب في صفة القطع]

إذا اختلف الخياط ورب الثوب في صفة قطع الثوب، وقد أذن له ربه في القطع، فالقول قول الخياط مع يمينه⁽¹⁾ وبه قال الشافعي في أحد قوليه⁽²⁾. وقال أبو حنيفة القول قول رب الثوب مع يمينه⁽³⁾. وهو قول أشهب⁽⁴⁾ من أصحابنا.

واحتج أصحاب أبي حنيفة فقالوا: الخياط مدع، لأنه إذا قطع الثوب

(1) قال في الإشراف 2 / 76: «إذا اختلف رب الثوب والخياط، فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط بقباء، فالقول قول الخياط، وقال أبو حنيفة: القول قول رب الثوب، وللشافعي أقاويل». وانظر: البداية 2 / 176.

(2) قال في المهذب 1 / 410: «وإن دفع ثوباً إلى خياط فقطعه قباء، ثم اختلفا، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصاً، فتعدت بقطعه قباء، فعليك ضمان النقص، وقال الخياط: بل أمرتني أن أقطعه قباء، فعليك الأجرة، فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى: إن القول قول الخياط، وقول أبي حنيفة رحمه الله عليه: إن القول قول رب الثوب، ثم قال: وهذا أشبه، وكلاهما مدخول، وقال في كتاب الأجر والمستأجر: إذا كان دفع إليه ثوباً ليصبغه أحمر، فصبغه أخضر، فقال: أمرتك أن تصبغه أحمر، فقال الصباغ: بل أمرتني أن أصبغه أخضر، أنهما يتحالفان واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال: أحدها: إن القول قول الخياط، لأنه مأذون له في القطع، فكان القول قوله في صفته والثاني أن القول قول رب الثوب كما لو اختلفنا في أصل الإذن، والثالث: أنهما يتحالفان وهو الصحيح.». «.

(3) قال في البداية 2 / 176: «إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة، فقال أبو حنيفة: القول قول رب المصنوع». وانظر: البدائع 4 / 216.

(4) هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، فقيه، ثبت ورع انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي بعد ابن القاسم، صحب مالكا، وروى عن الليث، والفضيل بن عياض، وأخذ عنه ابن عبد الحكم، والحرث بن مسكين، وسحنون، وجماعة، خرج له أصحاب السنن توفي بمصر سنة 204هـ.

قباة⁽¹⁾ أو سروالاً، وقال: بذلك أمرني ربه، وقال ربه: ما أمرتك أن تقطعه إلا قميصاً أو معرفه⁽²⁾، صار الخياط مدعيًا⁽³⁾ على رب الثوب، فوجب ألا يقبل قوله إلا ببينة.

قالوا: ولأنهما لو اختلفا في نفس الإذن، فقال الخياط: أذنت لي في قطع الثوب، وقال⁽⁴⁾ ربه: ما أذنت لك، لكان القول قول رب الثوب مع يمينه بغير خلاف، فوجب أن يكون كذلك إذا اختلفا⁽⁵⁾ في صفة الإذن.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن رب الثوب معترف بالإذن للخياط في القطع، فلو كان القول قوله دون الخياط، لأدى⁽⁶⁾ ذلك إلى سقوط ما اعترف به من الإذن، وذلك خلاف [الأصول]⁽⁷⁾ المجتمع عليها.

ولأن رب الثوب معترف أن يد الخياط يد أمانة، فوجب أن يكون القول قوله مع يمينه.

ولأن الخياط لو ادعى⁽⁸⁾ تلف الثوب، لكان القول قوله على أصلهم، فوجب أن يكون القول قوله فيما أدى إلى تلف بعضه، لأن اليمين أبداً إنما تكون في جنبه أقوى المتداعيين سبباً، والخياط في هذه الصورة أقوى سبباً، لأنه مأذون له في التصرف ولأن الثوب لما كان بيده، يتقدم⁽⁹⁾ إذن من ربه، كان

(1) في الأصل: قبا.

والقباة بفتح القاف ويجمع على أقبية: «ثوب يلبس فوق الثياب ويتمنطق عليه». لغة الفقهاء 355.

(2) هكذا في الأصل ولم أقف لها على معنى يصح ضبطها على وفقه: ويحتمل أن يكون صوابها: معرفة والله أعلم.

(3) في الأصل: مدع.

(4) في الأصل: فقال.

(5) في الأصل: اختلفا.

(6) في الأصل: لادا.

(7) تكملة يقتضيها السياق والأصول: القواعد.

(8) في الأصل: ادعا.

(9) في الأصل: يتقدم.

ذلك علماً على صدقه، فأشبه المدعى⁽¹⁾ عليه إذا كان الشيء في يده؛ حيث يكون القول قوله مع يمينه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به [من]⁽²⁾ أن رب الثوب مدعى⁽³⁾ عليه، وأن الخياط مدع، خطأ، لاعتراف رب الثوب للخياط بالإذن.

وقولهم: ولأنهما لو اختلفا في نفس الإذن، لكان القول قول رب الثوب. إذا أنكر الإذن كان القول قوله بغير خلاف، وكان الخياط مدعياً⁽⁴⁾ عليه الآخر⁽⁵⁾. فلا يقبل قوله إلا ببينة بغير خلاف أيضاً⁽⁶⁾ ومسألتنا التي اختلفنا فيها أن يده يد أمانة، فصح ما قلناه والله أعلم.

(1) في الأصل: المدعا.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) في الأصل: مدعا.

(4) في الأصل: مدع.

(5) هكذا في الأصل: أبيض.

(6) في الأصل: إذ.

[في حكم إجارة المشاع]

يجوز إجارة المشاع⁽¹⁾ من الشريك ومن الأجنبي⁽²⁾. وبه قال الشافعي⁽³⁾.

وقال أبو حنيفة: يجوز من الشريك ولا يجوز من الأجنبي⁽⁴⁾. واحتج أصحابه فقالوا: أجز ما لا يمكنه تسليمه، فوجب ألا يجوز، كما لو أجز منه عبداً له أباً، أو بعيراً شاردًا، أو داراً مغصوبة؛ حيث لا يجوز ذلك.

قالوا: ولأن تسليم المنافع إنما يكون⁽⁵⁾ باستيفائها، واستيفائها في المشاع غير متصور. قالوا: لأن سكني⁽⁶⁾ نصف الدار مشاعاً معقول، وليس نصف الثوب المشاع، أو ركوب نصف الدابة المشاعة معقولاً⁽⁷⁾، فكيف يتصور إجارة ما هذه صفته؟

-
- (1) المشاع: بضم الميم وفتحها: «اسم مفعول من شاع، الشائع: المنتشر، وسهم مشاع: حصة من شيء غير مقسوم...» لغة الفقهاء 430.
- (2) قال في الإشراف 2 / 67: «إجارة المشاع جائزة، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تجوز إلا من الشريك».
- (3) قال في المهذب 1 / 395: «وتجوز على عين مفردة، وعلى جزء مشاع، لأننا بينا أنه بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع، فكذا الإجارة».
- (4) قال في تحفة الفقهاء 1 / 528: «إجارة المشاع فيما يقسم، أو لا يقسم، فاسدة عند أبي حنيفة، وزفر، وعلى قولهما (أي محمد وأبي يوسف)، جائزة، وهو قول الشافعي وأجمعوا أنها من الشريك جائزة».

وانظر: البدائع 4 / 187، وإيثار الإنصاف 334.

(5) في الأصل: تكون.

(6) في الأصل: سكننا.

(7) في الأصل: معقول.

قالوا: وأما [في] (1) البيع فيوجد تسليم المشاع بالتخلية (2) بينه وبين الذي اشتراه، فيثبت القبض في النصف المبيع حكمًا من غير أن يتعدى إلى النصف الثاني.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن معنى الإجارة: المعاوضة على منافع الأعيان، وبيع المنافع جائز كبيع الأعيان، لأن المشاع له منفعة، إذ هو جزء من الجملة، فإذا كانت الجملة ذات منفعة، وجب أن يكون أجزاؤها ذوات منافع.

ولأن جواز انعقاد العقد في المحل، دليل على وجود [هـ 199] المنفعة في المحل، لأنه مستحيل أن لا يكون للمحل منفعة جملة، وينعقد فيه بيع المنفعة.

فإذا ثبت أن المشاع منفعة، وأن (3) تسليمه ممكن بتسليم جميع الدار وما أشبهها، صح ما قلناه واعتمدناه.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: أجر ما لا يمكن تسليمه غير صحيح، لأن تسليمه عندنا ممكن جائز غير متعذر.

وقولهم: إن تسليم المنافع إنما (4) يكون باستيفائها، فليس كذلك؛ بل إنما يكون بقبض الدار، وإذا قبض الدار استوفى منافعها.

وقولهم: وأما في البيع فيوجد تسليم المشاع بالتخلية (5)، لا تكون (6) [التخلية] (7) قبضًا في موضع. ألا ترى أن المغصوب منه يخلي (8) بين

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: بالتحلية والتخلية: «رفع اليد عن الشيء وإباحة استلامه من قبل الغير». لغة الفقهاء 125.

(3) في الأصل: فإن.

(4) في الأصل: إما.

(5) في الأصل: بالتحلية.

(6) في الأصل: يكون.

(7) تكملة لازمة، بدليل ما بعدها.

(8) في الأصل: يحلي.

الغاصب، وبين ما غصبه، وليست تلك التخلية⁽¹⁾ تخلية⁽²⁾ يملك بها الغاصب الرقاب، ولا المنافع؟ فالتخلية⁽³⁾ إذا كانت قبضاً على مذهبهم وجب أن تكون كذلك في الإجارة إذا خلى⁽⁴⁾ بينه وبين جميع الدار [أو]⁽⁵⁾ إذا مكنه من لبس الثوب. وهذا بين واضح إن شاء الله.

-
- (1) في الأصل: التخلية.
 - (2) في الأصل: تخلية.
 - (3) في الأصل: فالتخلية.
 - (4) في الأصل: خلى.
 - (5) تكملة يقتضيها السياق.

[في حكم تضمين الصانع]

يضمن الصانع المؤثرون بصناعتهم، ما دفع إليهم، وعانوا عليه، عملوه بأجرة أو بغير أجرة⁽¹⁾. وبه قال عمر وعلي، وابن مسعود⁽²⁾، وابن أبي ليلى⁽³⁾، والقاضي⁽⁴⁾ أبو يوسف، ومحمد⁽⁵⁾ بن الحسن.

(1) قال في التفرع 2 / 189: «والصانع الذين يؤثرون في الأعيان بصنعتهم، ضامنون لما استؤجروا عليه إلا أن تقوم لهم بينة على تلفه من غير صنعتهم، فيسقط الضمان عنهم»، وقال في الإشراف 2 / 75: «الصانع ضامنون ما قبضوه من الأمتعة للعمل، وقال أبو حنيفة: يضمن المشترك ولا يضمن الخاص، ولا نفرق نحن بين الخاص والمشارك، وإنما نفرق بين تسلّم المتاع، وبين من لا يتسلمه، وللشافعي في المشترك قولان»، وقال أيضًا: «ولا فرق بين أن يعملوه بأجر، أو بغير أجر، خلافاً لأبي حنيفة، في قوله: إنهم يضمنون ما عملوا بأجر، دون ما عملوه بغير أجر». وقال في البداية 2 / 175: «وأما تضمين الصانع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك وابن أبي ليلى، وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم، وقال أبو حنيفة: لا يضمن من عمل بغير أجر، ولا الخاص، ويضمن المشترك، ومن عمل بأجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم: هو الذي يعمل في منزل المستأجر، وقيل: هو الذي لم ينتصب للناس، وهو مذهب مالك في الخاص، وهو عنده غير ضامن، وتحصيل مذهب مالك على هذا: أن الصانع المشترك يضمن، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر وبتضمين الصانع قال عمر وعلي، وإن كان قد اختلف على علي في ذلك...».

(2) تقدمت ترجمته.

(3) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري، قاضي الكوفة، أحد الأعلام، روى عن أخيه عيسى، والشعبي، وعطاء، ونافع. وعنه شعبة، والسفيانين، ووكيع، وأبو نعيم. قال أبو حاتم: محله الصدق، شغل بالقضاء فسَاء حفظه. وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال العجلي: كان فقيهاً صاحب سنة، جائر الحديث، خرج له الأربعة أصحاب السنة، توفي سنة 148هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 84، وطبقات الحفاظ 81 - 82، والخلاصة 348.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

واحتج أصحابهم بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ⁽¹⁾ مسلم إلا عن⁽²⁾ طيب نفس منه»⁽³⁾.

قالوا: ولأنه أخذ العين لمنفعة صاحبها، فأشبهه الوديعة: إذا هلك بيد المودع من غير تفريط؛ حيث لا يجب عليه ضمان بإجماع.

ولأن العبد المستأجر إذا هلك بيد من استأجره فإنه لا ضمان عليه.

قالوا: ويدل على صحة هذا: أن المساقى⁽⁴⁾، والعامل في القراض، والوكيل، والوصي، لا ضمان على واحد منهم، فوجب أن يكون الصانع كذلك، ولا فرق.

والدليل على صحة ما قلناه: ما روي عن ابن عمر⁽⁵⁾، وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بتضمين الصانع فيما هلك بأيديهم⁽⁶⁾.

ولأن هذا الصانع أخذ العين من غير استحقاق لمنفعة نفسه، فوجب عليه ضمانها إذا تلفت. دليله: القرض.

ولأنه عمل عملاً استحق عليه أجره، فوجب أن يكون في ضمانه. دليله: العبد المستأجر إذا هلك في الإجارة، فإن ضمانه من سيده، لأنه استحق أجرته.

ولأن في تضمينهم مصلحة دينية، لأن في ذلك حفظها، وتصويتاً لأموال الناس.

(1) في الأصل: أمر.

(2) في الأصل: من.

(3) أخرجه الدارقطني بألفاظ متقاربة في سننه 3 / 26 في كتاب البيوع من حديث عمرو بن يثربي، وأنس بن مالك، وأبي حرة الرقاشي عن عمه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس»، قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 3 / 26: وفيه (أي سنده): علي بن زيد بن جدعان، وهو أيضاً متكلم فيه . . .».

(4) في الأصل: والمساقى هو الذي دفع له شجر ليسقيه، ويقوم بكل ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره.

(5) تقدمت ترجمته. وربما كان المقصود هنا عمر لا ابن عمر، كما يدل عليه أول المسألة.

(6) انظر: نصب الراية 4 / 141.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحديث، فليس من هذا القبيل في شيء.

وقولهم: أخذ العين لمنفعة صاحبها، فأشبهه الوديعة إذا تلفت بيده حيث لا يضمنها. غير لازم، لأن⁽¹⁾ الوديعة إنما قبضها المودع ليحفظها لربها من غير أن يأخذ عليها أجرًا، ولا يحدث في عينها حدثًا.

وما ذكروه من هلاك العبد المستأجر، فقد جعلناه دليلنا.

وما ذكروه من مسألة المساقى⁽²⁾ والعامل في القراض، والوكيل، والوصي غير لازم لنا، لإجماعنا نحن وإياهم على أصول مضمونة، مثل الغصب، والقراض، والعارية على مذهب الشافعي، والرهن على مذهب أبي حنيفة. وهذا واضح إن شاء الله.

(1) في الأصل: ولأن.

(2) في الأصل: المساقاة.

[في حكم المخابرة]

لا يجوز المخابرة⁽¹⁾، والمخابرة كراء الأرض ببعض ما يخرج منها: وبه قال ابن عمر⁽²⁾ وابن عباس⁽³⁾، وجابر⁽⁴⁾، ورافع⁽⁵⁾ بن خديج وأبو حنيفة والشافعي⁽⁶⁾.

(1) قال في التفریح 2 / 305: «ولا يجوز كراؤها (أي الأرض) بشيء مما تنبت، طعامًا كان أو غيره مثل القطن والكتان، وما أشبه ذلك . . .»، وقال في البداية 2 / 166: «وقال قوم يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن، وما عدا ما ينبت فيها طعامًا كان أو غيره، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه، وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط، وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك، ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام، وممن قال هذا القول: سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين، وهو قول الشافعي، وظاهر قول مالك في الموطأ . . .»، وانظر: اختصار عيون الأدلة 222، والمقدمات 2 / 222 - 228.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) هو أبو عبد الله رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الحارثي، عرض نفسه يوم بدر، فاستصغره الرسول عليه السلام، وأجازه يوم أحد، فشهدا وما بعدها. روى عنه ابنه رفاع، وعطاء، وطاوس، خرج له الجماعة، توفي سنة 74هـ.

ترجمته في: طبقات الشيرازي 51، والاستيعاب بهامش الإصابة 3 / 243، والإصابة 3 / 236 - 237، والخلاصة 113، والرياض 69.

(6) قال في المذهب 1 / 393: «لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه، لما روى سالم بن بشار أن رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، ولا يكرها بثلث ولا بربع، ولا بطعام مسمى». وقال في البدائع 6 / 175: «قال أبو حنيفة عليه الرحمة: إنها غير مشروعة».

وقال علي وعمار⁽¹⁾، وابن مسعود⁽²⁾، وسعد⁽³⁾ بن أبي وقاص: ذلك جائز، وبه قال القاضي⁽⁴⁾ أبو يوسف ومحمد بن الحسن⁽⁵⁾. وابن أبي ليلى⁽⁶⁾، وسفيان⁽⁷⁾⁽⁸⁾.

واحتج من نص قولهم: بما روي أن النبي ﷺ لم يحرم المخابرة⁽⁹⁾، قالوا: ولأنه عليه السلام ساقى⁽¹⁰⁾ أهل خيبر على شطر ما يخرج من الأرض من ثمر وزرع⁽¹¹⁾.

(1) هو أبو اليقظان عمار بن ياسر بن عمار، شهد بدرًا والمشاهد كلها، أحد السابقين الأولين، روى عنه ابنه محمد، وابن عباس، وأبو وائل، وأخرج له الشيخان وغيرهما، قتل بصفين مع علي رضي الله عنه.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) هو أبو إسحاق سعد بن أبي وقاص بن مالك بن أهيب القرشي، أحد العشرة وآخرهم موتًا، أول من رمى بسهم في الإسلام، وأحد الستة أصحاب الشورى، وفاتح مدائن كسرى، اختلف في وفاته فقيل سنة 55هـ، وقيل 56هـ، وقيل 57هـ.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) قال في البداية 2 / 166: «وقال قوم: يجوز كراؤها (أي الأرض) بكل شيء وبجزء مما يخرج منها. وبه قال أحمد والثوري، والليث، وأبو يوسف، ومحمد صاحب أبي حنيفة، وابن أبي ليلى، والأوزاعي وجماعة»، وقال في اختصار عيون الأدلة 222: «... وذهب أحمد بن حنبل وإسحاق إلى أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز، وإن شرط على العامل جاز».

(9) لم أقف عليه.

(10) في الأصل: ساقا.

(11) حديث مساقاة أهل خيبر على شطر ما يخرج من الأرض، قال في طريق الرشدي 2 / 86: «متفق عليه» من رواية ابن عمر رضي الله عنه. وقال في نصب الراية 4 / 179: «أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع».

وحرروا القياس فقالوا: عقد معاوضة على جزء معلوم من النماء الخارج من الأرض، فوجب أن يكون جائزاً. دليله: المساقاة.

والدليل على صحة ما قلناه: ما روي من نهى النبي ﷺ عن أن تكرى الأرض ببعض ما يخرج منها⁽¹⁾.

وروي جابر⁽²⁾، أن النبي ﷺ نهى⁽³⁾ عن المخابرة⁽⁴⁾، وروي مثله رافع⁽⁵⁾ ابن خديج عن بعض عمومته، عن النبي ﷺ ومروا ﷺ بزرع، فقال: «لمن هذا الزرع؟» فقال له رجل: لي البذر يا رسول الله، وعلي العمل، ولي شطره، وشرطه لبني فلان، فقال عليه السلام: «قد أربيتما⁽⁶⁾ قد أربيتما⁽⁷⁾ رد الأرض على أهلها، وخذ نفقتك⁽⁸⁾».

(1) قال في نصب الراية 4 / 180: «أخرجه مسلم عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، والمحاولة، والمزانية». قال عطاء: فسرها لنا جابر قال: أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل، فينشق فيها، ثم يأخذ من الثمر، والمحاولة: بيع الزرع القائم بالحب كيلاً، والمزانية: بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً...».

(2) تقدمت ترجمته.

(3) في الأصل: نها.

(4) تقدم تخريجه.

(5) أخرجه أبو داود في سننه في باب المزارعة، وابن ماجه في سننه في باب استكراء الأرض بالطعام وهذا لفظ أبي داود: عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا وأنفع، قال: قلنا: وما ذلك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، أو فليزرعها أخاه، ولا يكارهها بثلث ولا بربع، ولا بطعام مسمى».

(6) في الأصل: أربيتما.

(7) في الأصل: أربيتما.

(8) أخرجه أبو داود في سننه 3 / 261 في كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك (أي في الزراعة)، من حديث رافع بن خديج: أنه زرع أرضاً فمر به النبي ﷺ وهو يسقيها فسأله: «لمن الزرع؟ ولمن الأرض؟» فقال: زرعني ببذري وعملي، لي الشطر، ولبني فلان الشطر، =

ولأن الأرض غير مال يحرز⁽¹⁾ إجارتها، فلم يجوز أن يعقد عليها عقد معاوضة منفرداً ببعض ما يخرج منها. دليله: المواشي .
 فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحديث⁽²⁾ فلا صحة له، فإن صح فهو معارض بحديث جابر، ورافع بن خديج⁽³⁾ لأنه يقتضي الحظر، وحديثهم يقتضي الإباحة، فكان الأخذ بالحظر أولى وأحوط .
 وما احتجوا به من مساقاة النبي ﷺ لأهل خيبر فقضيته في عين، ورخصة منه ﷺ، فلا يقاس عليها غيرها .
 وقولهم: لأنه عقد معاوضة على جزء معلوم من النماء الخارج من الأرض، غير صحيح لأنه لو كان الجزء معلوماً لم يختلف في جوازه؛ بل شيء مجهول لا يعرف قدره . ولذلك لم يجوز . والله أعلم .

-
- = قال: «أربيتما، فرد الأرض على أهلها، وخذ نفقتك» .
 (1) هكذا في الأصل: ولم أتبين معناه، ولم أهتد إلى إقامته .
 (2) كيف وبعضه متفق عليه، كحديث مساقاة أهل خيبر! .
 (3) في الأصل: جريح .

كتاب القراض (1)

مسألة (2) [84]:

[في نفقة عامل القراض وكسوته إذا سافر بالمال الذي له بال]

للعامل في القراض كسوته ونفقته بالمعروف إذا سافر بالمال، وذلك في المال الذي له بال⁽³⁾. وبه قال [هـ-200] أبو حنيفة⁽⁴⁾. وللشافعي في المسألة ثلاثة أقوال. والظاهر من قوله وعليه يناظر أصحابه، أنه لا نفقة له⁽⁵⁾. واحتج أصحابه فقالوا: إن العامل في المال مقارضته في رضاه⁽⁶⁾ بما

- (1) القراض: أن يدفع الرجل إلى آخر مالا يتجر به، ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، وتكون الوضعية أي الخسارة إن كانت على رأس المال، ويسمى أيضاً المضاربة. ن: حلية الفقهاء 147، والطلبة 301، والمسالك 914، ولغة الفقهاء 360، والتفريع 2 / 193.
- (2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
- (3) قال في التفريع 2 / 194: «وله النفقة إذا خرج بالمال مسافراً»، وقال في الإشراف 2 / 60: «للعامل إذا شخص بالمال أن ينفق في سفره منه ما يحتاج إليه لأجل السفر، والأظهر عند أصحاب الشافعي أنه ليس له ذلك»، وانظر: الموطأ 480، والمنتقى 171، والمسالك 916، والبداية 2 / 181.
- (4) قال في المبسوط 22 / 62 - 63: «فأما إذا خرج بالمال إلى مصر يتجر فيه، كانت نفقته في مال المضاربة، في طريقه، والمصر الذي يأتيه، لأجل العادة، وهذا لأن خروجه وسفره لأجل مال المضاربة، والإنسان لا يتحمل هذه المشقة، ثم ينفق من مال نفسه لأجل ربح موهوم... وهو بمنزلة الشريك، والشريك إذا سافر بمال الشركة، فنفقته في ذلك المال، وهو مروى عن محمد رحمه الله، فالمضارب كذلك... ونفقته: طعامه وكسوته وذهنته، وغسل ثيابه، وركوبه في سفره إلى المصر الذي أتاه، بالمعروف على قدر نفقة مثله».
- (5) قال في المهذب 1 / 387: «فإن أذن له في السفر، فقد قال في موضع: له أن ينفق من مال القراض، وقال في موضع آخر: لا نفقة له، فمن أصحابنا من قال: لا نفقة له قولاً واحداً، لأنه نفقته على نفسه، فلا تلزم من مال القراض... ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما لا ينفق، والثاني ينفق...».
- (6) في الأصل: رضا.

شرط له من الربح عوضاً عن عمله، فحسبه ما شرط له .
 قالوا: ولأن سفره بالمال، ضرب من التصرف به، والعمل به، وذلك ما لا يوجب له زيادة على ما شرط له . دليله: الحاضر، فإنه لا يستحق بعمله زيادة نفقة، فوجب أن يكون إذا سافر به كذلك .
 قالوا: ولأن الأجير، والوكيل، والصانع، لا نفقة لهم إلا أن يشترطوها، فإذا لم يشترطوها فلا تجب في حضر ولا سفر، فوجب أن يكون العامل في القراض كذلك .

والدليل على صحة ما قلناه: الإجماع الحاصل في كل مصر وعصر من جميع الأئمة على أن للعامل في مال القراض كسوته ونفقته إلى زمن أحدث الشافعي هذا الرأي، فوجب أن يكون على ما تقرر عليه الإجماع من قبل⁽¹⁾ .
 ولأن العامل لم يدخل في العمل بالمال على وجه التطوع والتبرع، إنما سافر طلباً للفضل، فلو قلنا: إنه لا نفقة له في مال⁽²⁾ القراض، وإنه ينفق من عند نفسه، لأحاطت نفقته على نفسه بنصيبه المشترط له من الربح، أو بأكثر من ذلك، وذلك ضرر ظاهر، أو سفه⁽³⁾ ومن هذه حاله يجب الحجر عليه لأنه سفيه .
 ولا خلاف بيننا وبينهم أن للعامل أن يستأجر من يكفيه مؤونة الحمولة، والخدمة، مثل الحط⁽⁴⁾، والشد، والرفع، وما أشبه ذلك، ويدفع إليه نفقته من ذلك المال، فأن يكون ذلك للعامل أولى⁽⁵⁾ وأحرى⁽⁶⁾ .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به، معارض بالإجماع، والإجماع قاعدة شرعية يحرم مخالفتها، وباطل بالعرف والعادة الجارين بين الناس، لأن ذلك كشرط المشترط في جواز العمل به، والرجوع إليه، بغير خلاف بين العلماء،

(1) قال في مراتب الإجماع 93: «واتفقوا أن للعامل أن ينفق من المال على نفس المال فيما لا بد للمال منه، وعلى نفسه في السفر» .

(2) في الأصل: المال .

(3) السفه: «إساءة التصرف في المال» . لغة الفقهاء 245، وانظر: التعريفات 119 .

(4) في الأصل: الحطى والحط: «الإنزال من حط الحمل إذا أنزله» . ن: لغة الفقهاء 181 .

(5) في الأصل: أولاً .

(6) في الأصل: أحراً .

ألا ترى أنهم يحملون في الحمولة⁽¹⁾، والسير، والنقد، على ما جرت به العادة بين التجار؟

وعادتهم جارية بالنفقة من مال القراض، فإذا سافر العامل به، كانت نفقته كالشرط المشترك، على ما جرت به العادة.

وقياسهم المسافر على الحاضر، ليس بشيء، لأن المسافر يلزمه كلف⁽²⁾ ومؤونة⁽³⁾ وليس كذلك الحاضر، وعلى أن مالكا رحمه الله أجاز للمقارض الحاضر⁽⁴⁾ إذا قعد في السوق للبيع والشراء، والأخذ والعطاء، وشغله ذلك عن الرجوع إلى منزله، أن له أن يتغذى⁽⁵⁾ من مال القراض⁽⁶⁾، وعلى هذا لا يبقى⁽⁷⁾ لهم في المسألة تعلق.

وقولهم: ولأن الأجير، والوكيل والصانع، لا نفقة لهم، إلا أن يشترطوا ذلك، وإذا لم يشترطوه لم يجب لهم، غير صحيح؛ إذ لا جمع بينهم، لأنهم إنما عملوا بأجرة تتعلق بذمة رب العمل، والمقارض إنما عمل ابتغاء الفضل؛ وقد يكون، وقد لا يكون ذلك، فإذا لم يشترطوه، لم يجب لهم. ولا⁽⁸⁾ يلزم العامل بالقراض في أصل العقد ليس⁽⁹⁾ شيء إلا التصرف

(1) الحمولة: الحمل. لغة الفقهاء 187.

(2) الكلف: جمع كلفة وهي: «ما ينفق على الشيء للحصول عليه، وهي تساوي رأس المال والنفقات الأخرى، كالنقل والتخزين، وغير ذلك». لغة الفقهاء 384.

(3) المؤونة: المؤنة، وهي: «ما يتحملة المكلف من ثقل النفقة». لغة الفقهاء 398.

(4) في الأصل: الحاضري.

(5) في الأصل: يتغدا.

(6) لم أقف على هذا القول لمالك، والذي في الموطأ 480، والتفريع 2 / 194، والمنتقى 5 / 171، والبداية 2 / 181: أنه إذا كان يتجر في البلد الذي هو فيه فلا نفقة له من المال ولا كسوة؛ غير أنه يوجد في المسالك 916 ما يحتمل أنه يتأيد به ما حكاه المؤلف، وهو قوله: «ومن ذلك أكل العامل منه بالمعروف، وذلك على الاعتبار في السفر والحضر، وهذه عادة رجع فيها العلماء على رغمهم إلى مذهب مالك في اعتبار العادة».

(7) في الأصل: يبقا.

(8) في الأصل: ويلزم، والظاهر أنه خطأ.

(9) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

بالببيع والشراء، والأخذ والعطاء، وهذا لا يستحق لأجله زيادة على ما شرطاه⁽¹⁾، كما أن عمل الأجير هو الخدمة التي بها استحق العوض، ثم وجدنا الأجير متى⁽²⁾ زيد عليه في العمل (استوجب عليه)⁽³⁾، زيد له في الإجارة، بإزاء ما زيد عليه في العمل، فوجب أن يكون العامل في القراض كذلك، ولا فرق بين الموضوعين.

ولا يلزم على ما قلناه، أن يقال: إنه لو كان ذلك جائزاً⁽⁴⁾ - على ما زعمتم - لكانت النفقة فيه مقدرة، لأن الأسفار، والبلدان، والأوقات، والأسعار تختلف، ولأجل اختلاف ذلك⁽⁵⁾، وتغايره، لم تكن⁽⁶⁾ النفقة مقدرة.

ولا يعتذر عليه بنفقة الزوجة والولد أيضاً، لأنهم مقيمون غير مسافرين؛ وهم بموضع قد عرفت أسعاره، وعلم ما يلزم من النفقة فيه، فإذا زادت الأسعار أو نقصت⁽⁷⁾ فرضت لهم على ذلك القدر، وهذا بين إن شاء الله.

(1) في الأصل: شرطناه.

(2) في الأصل: متى.

(3) هكذا في الأصل: ولعله زائد.

(4) في الأصل: جائز.

(5) هكذا في الأصل، وهي زائدة.

(6) في الأصل: يكن.

(7) في الأصل: ونقصت.

كتاب الشركة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [85] :

[في حكم شركة الأبدان]

شركة الأبدان⁽³⁾ جائزة⁽⁴⁾. وبه قال أبو حنيفة⁽⁵⁾.
وقال الشافعي: لا يجوز⁽⁶⁾.
واحتج أصحابه فقالوا: عقد الشركة لا ينعقد إلا على محل معلوم

- (1) الشركة، والشركة: اختلاط النصيبين فصاعداً، بحيث لا يتميز أحد النصيبين عن الآخر، ثم أطلق اسم الشركة على العقد، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين، وهي أنواع عدة، وعرفها في أسهل المدارك 2 / 356 بقوله: «الشركة لغة الاختلاط، وعرفاً عقد مالكي مالين فأكثر على التجر فيهما معاً، أو على عمل، والربح بينهما». ن: حلية الفقهاء 144، والطلبة 205، والتعريفات 126، وشرح الحدود 322، والأنيس 193، ولغة الفقهاء 261.
- (2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
- (3) شركة الأبدان هي: «أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملوا معاً، ويقتسمان أجرة عملهما بنسبة العمل، بشرط أن تكون الصناعة متحدة». أسهل المدارك 2 / 358، وانظر: تهذيب الأسماء واللغات 1 / 346، والكافي 2 / 121.
- (4) قال في التفریع 2 / 206: «ولا بأس بشركة الأبدان، مثل الخياطين، والقصارين، والحدادين، والحطابين، وما أشبه ذلك، ولا بأس بشركة المعلمين، والصيدان، والحطابين، وما أشبه ذلك، ولا يجوز أن يشترك اثنان وصنعتهما مختلفة مثل الحداد والقصار...»، وقال في الإشراف 2 / 24: «شركة الأبدان جائزة في الجملة، خلافاً للشافعي»، وانظر: البداية 2 / 192، والكافي 2 / 121، والمقدمات 3 / 37.
- (5) قال في المبسوط 11 / 152: «وشركة التقبل أن يشترك صانعان في تقبل الأعمال كالخياطة والقصارة، ونحو ذلك، وتسمى شركة الأبدان، لأنهما يعملان بأبدانهما، وشركة الصنائع لأن رأس مالهما صنعتهما»، ثم قال في ص 154: «فأما شركة التقبل فهي صحيحة عندنا، ولا تصح عند الشافعي رحمه الله».
- (6) قال في المهذب 1 / 346: «وأما شركة الأبدان، وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما، فهي باطلة».

موجود، ويعنون⁽¹⁾ بالمحل الموجود المعلوم: المال الذي تنعقد به الشركة، وأما الشركة بالأبدان فعقد على غير موجود، ولا معلوم في حين العقد، فلا يكون ذلك عقداً⁽²⁾ لانعدام محله.

قالوا: ويدل على صحة ما قلناه: أن إحصار⁽³⁾ المال في حين العقد واجب، وإنما وجب إحصاره لأنه محل العقد، وإلا⁽⁴⁾ فما كان يجب إحصاره.

قالوا: فإذا ثبت أن محل العقد هو المال، فلا تنعقد بغير مال، فوجب أن تبطل⁽⁵⁾ الشركة إذا لم يكن هناك مال، وكانت الأبدان، لأن عقد الشركة على الأبدان إنما هو⁽⁶⁾ لا ابتغاء الربح، والربح في المال، فيكون بقدر المال؛ إذ الفروع على مقادير الأصول، والفوائد على مقادير رؤوس الأموال، فإذا لم تنعقد⁽⁷⁾ الشركة على مال، فلا ربح ولا فائدة، فوجب لهذا ألا تجوز شركة الأبدان.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن العقد في الشركة، إنما هو عقد⁽⁸⁾ على عمل، وعقد الشركة هو ما يوجب الشركة، كما أن عقد النكاح هو ما يوجب الأزواج، فصار موجب عقد الشركة إنما هو العمل [هـ 201]، والعمل لا يحصل إلا بالعقد.

والدليل على أن العقد على العمل جائز، جواز عقد الإجارة، والجعل، والمساقاة، والقراض. كل ذلك عقد على عمل بإجماع. ولما تقرر الإجماع منا ومنهم في هذه الصورة على أن العقد على

(1) في الأصل: ويعنى.

(2) في الأصل: عقد.

(3) في الأصل: إحصان، وهو خطأ، بدليل ما بعده.

(4) في الأصل: إلا.

(5) في الأصل: يبطل.

(6) في الأصل: هي.

(7) في الأصل: ينعقد.

(8) في الأصل: منفعة، وهو خطأ.

العمل، كان الربح في مقابلته، هذا ما لا يمكنهم دفعه.
فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نفي المحل الذي يقع عليه العقد، وهو
المال على مذهبهم، فهو باطل بعقد الإجارة والقراض وما ذكرنا معه⁽¹⁾. غير
موجود ولا معلوم، وهو على كل حال عمل مجهول، ومع ذلك فإنه جائز،
فثبت بذلك صحة ما قلناه. والله أعلم.

(1) الظاهر وقوع حذف هنا، ويحتمل أن المحذوف: فهو.

كتاب المساقاة⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [86]:

[في حكم المساقاة]

المساقاة جائزة⁽³⁾، وبه قال كافة العلماء⁽⁴⁾ إلا أبا حنيفة وحده، فإنه زعم أنها لا تجوز⁽⁵⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: إن العوض المشروط للعامل مجهول لا يدرى قدره، ولا ما هو؟ ولا هل يصح أو لا يصح؟

قالوا: ولأنه عقد على أعيان ببعض ما يخرج منها، فأشبهه ما لو عامل رجل رجلاً على رعاية غنمه، ببعض ما يخرج من نمائها وأولادها، حيث لا يجوز ذلك بإجماع.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع⁽⁶⁾ عن ابن عمر⁽⁷⁾ أن النبي ﷺ

(1) المساقاة: «دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره». التعريفات 212، وانظر: شرح الحدود 386، والأنيس 274، ولغة الفقهاء 425، وتسمى أيضاً المعاملة.

(2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(3) قال في التفرع 2 / 201: «قال مالك: والمساقاة جائزة وهي المعاملة على النخل والكرم، وسائر الشجر التي فيها الثمر...»، وقال في الإشراف 2 / 62: «المساقاة على النخل جائزة خلافاً لأبي حنيفة»، وانظر: الكافي 2 / 106، والبداية 2 / 184، والمسالك 907، ومسائل الخلاف 144 و: 2.

(4) قال ابن المنذر في إجماعه 60: «وأجمعوا على أن دفع الرجل نخلاً مساقاة على الثلث، أو الربع، أو النصف، أن ذلك جائز، وأنكر النعمان المعاملة على شيء من الغرس ببعض ما يخرج منها». وانظر: مراتب الإجماع 60.

(5) قال في البدائع 2 / 185: «وأما شرعيتها، فقد اختلف العلماء فيها. قال أبو حنيفة عليه الرحمة: إنها غير مشروعة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله: مشروعة...»، وانظر: الإفصاح 2 / 47، واختلاف الفقهاء 128 - 129.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

ساقى أهل خيبر على الشطر من ثمر وزرع⁽¹⁾، فقال لهم عليه السلام: «نقرم ما أقرم الله تعالى»⁽²⁾ وكان يبعث عبد الله⁽³⁾ بن رواحة فيخرص⁽⁴⁾ عليهم⁽⁵⁾. فصح أن المساقاة سنة من سنن المؤيد بالعصمة، والمخصوص بالرحمة الذي لا ينطق عن الهوى؛ بل بخبر من يعلم السر وأخفى⁽⁶⁾.
وقد ساقى⁽⁷⁾ الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم، ولم يخالف فيه أحد من السلف، حتى حدث هذا الرأي الخارق للإجماع، فمن منع من جوازها، وزعم أنها غرر، فقد خالف فعل رسول الله، وفعل أصحابه.
وأما من جهة المعنى، فلأن المضاربة جائزة بإجماع⁽⁸⁾ لضرورة الناس

(1) تقدم تخريجه.

(2) لم أفد عليه بهذا اللفظ، وهو في صحيح مسلم، في كتاب البيوع، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والشجر من حديث ابن عمر رضي الله عنه هكذا: «أقرم فيها على ذلك ما شئنا»، وفي الموطأ 494 من حديث ابن المسيب مرسلًا، ورد بلفظ هذا نصه: «أقرم فيما أقرم الله عز وجل»، وحكاها في المقدمات م 2 / 547 مرفوعًا من غير إسناد بلفظ: «أقرم ما أقرم الله على الثمرة بيننا وبينكم».

(3) هو أبو محمد عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري الشاعر المشهور، أحد النقباء، شهد بدرًا وما بعدها إلى أن استشهد في مؤتة. روى عنه ابن عباس، وأسامة بن زيد، وغيرهما، توفي شهيدًا في مؤتة سنة 8هـ.

(4) يخرص من الخرص وهو: التقدير والحرز، يقال: باعه خرصًا: أي تقديرًا من غير كيل ولا وزن. ن: لغة الفقهاء 194.

(5) أخرجه الإمام مالك في الموطأ 494 عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم الفتح: «أقرمكم على ما أقرمكم الله عز وجل، على أن الثمر بيننا وبينكم»، قال: فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم، ثم يقول: «إن شئتم فلکم، وإن شئتم فلي، فكانوا يأخذونه».

(6) في الأصل: وأخفا.

(7) في الأصل: ساقا.

(8) قال في الإجماع 58: «وأجمعوا أن القراض بالدنانير والدرهم جائز»، وقال في مراتب الإجماع 92: «واتفقوا أن القراض بالدنانير والدرهم من الذهب والفضة المسكوكة الجارية في ذلك البلد جائز».

إليها، وإذا جازت، وسبب جوازها الضرورة التي بالناس إليها، وجب أن تكون المساواة كذلك إذ لا فرق بينهما في الحقيقة.

فإن قالوا: إنما ساقى النبي ﷺ أهل خيبر لأنهم عبيده، قيل لهم: هذا فاسد من وجوه.

أحدها: أن النبي ﷺ قال لهم: «نقركم ما أقركم الله تعالى»، وهذا الخطاب لا يكون إلا للأحرار المالكين لأنفسهم.

ولأنهم أحرار أهل ذمة⁽¹⁾، وكانوا [أهل]⁽²⁾ جزية⁽³⁾ بغير خلاف، ولا خلاف أن العبيد لا جزية عليهم.

ولأنهم لو كانوا عبيدًا⁽⁴⁾ على ما زعموا لما ساقاهم؛ بل كان يستخدمهم بغير مساواة، ولأنهم يقولون: إن العبد⁽⁵⁾ لا يملك، وإذا كان لا يملك⁽⁶⁾، فكيف يساقى⁽⁷⁾ فيما لا يثبت ملكه عليه؟

ولأنه عقد على عين لا تنمو⁽⁸⁾ بنفسها، ولا تجوز إيجارها، ويجب الزكاة في الخارج منها، فوجب أن يكون ذلك جائزًا⁽⁹⁾. دليله: عقد المضاربة؛ إذ لا خلاف في جواز عقدها.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به فإنما هو اعتراض منهم على سنة رسول الله ﷺ، واعتلالهم بالجهل بالعوض، فهو منتقض عليهم بالقراض؛ إذ هو أكثر غررًا من المساواة، فكانت المساواة بالجواز أولى⁽¹⁰⁾. والله أعلم.

(1) في الأصل: الذمة.

(2) تكملة يقتضيهما السياق.

(3) الجزية: «ما تفرضه الدولة على رؤوس أهل الذمة». لغة الفقهاء 164.

(4) في الأصل: عبيد.

(5) في الأصل: العبيد.

(6) في الأصل: تملك.

(7) في الأصل: ساقا.

(8) في الأصل: تنموا.

(9) في الأصل: جائز.

(10) في الأصل: أولاً.

كتاب الجوائح⁽¹⁾

مسألة⁽²⁾ [87]:

[في الجائحة متى توضع من المشتري؟]

الجائحة موضوعة من المشتري إذا أتت على ثلث مكيلة الثمر فصاعدًا⁽³⁾. وبه قال أهل الحديث⁽⁴⁾، إلا أنهم قالوا: يوضع قليلها وكثيرها، ولم يحدوها بالثلث كما قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه⁽⁵⁾: هي من المشتري، ولا شيء على البائع من ذلك⁽⁶⁾. واحتج أصحابهما، فقالوا: الثمرة قد حصلت في يد مشتريها بعقد صحيح، معز تصرفه فيها بالأخذ، والإعطاء، والبيع، والهبة، والصدقة⁽⁷⁾.

(1) الجوائح، جمع جائحة وهي: «الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها». لغة الفقهاء 157.

(2) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.

(3) قال في التفريع 2 / 151 - 152: «ومن اشترى ثمرة قد بدا صلاحها، فأصابها جائحة، فأُتلف ثلث مكيلتها فصاعدًا، سقط منه من ثمنها بقدر ما تلف منها... والجائحة الموضوعة عن المشتري كل ما كان من آفات السماء، مثل البرد، والريح والبرد والتلج والحر، والجراد والعفن، وما أشبه ذلك...»، وقال في البداية 2 / 140: «اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه، ومنعها: أبو حنيفة والثوري، والشافعي في قوله الجديد، والليث»، ثم قال في ص 141 - 142: «وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة: أما في الثمار فالثلث، وأما في البقول فقبيل: في القليل والكثير، وقيل في الثلث، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل، وأشهب يعتبر الثلث في القيمة».

(4) أهل الحديث هم: يحيى بن معين، وشعبة بن الحجاج، وأمثالهما كعبد الرحمن بن مهدي وغيره.

(5) في الأصل: قوله. وهذا القول هو قوله الجديد. ن: البداية 2 / 140.

(6) انظر: البداية 2 / 140، والمقدمات م 2 / 538 - 541.

(7) الصدقة: أحد أنواع العطية، وهي تملك متمول بغير عوض إنشاء، وهي أيضًا العطية التي =

وغير ذلك . فإذا تلفت بيده بأفة من السماء ، لم يكن له على بائعها رجوع .
دليله : سائر البياعات إذا قبضها مبتاعها ، وبان بها إلى نفسه ؛ حيث يكون
ضمانها منه بإجماع ، فوجب أن يكون ما هلك بالجائحة كذلك .

والدليل على صحة ما قلناه : ما رواه جابر⁽¹⁾ « أن النبي ﷺ أمر بوضع
الجوائح⁽²⁾ ، وروى حميد⁽³⁾ الطويل عن أنس⁽⁴⁾ أن النبي ﷺ نهى⁽⁵⁾ عن بيع
الثمرة⁽⁶⁾ حتى تزهي ، وقال : « رأيت إن منع الله الثمرة ، فيما يأخذ أحدكم مال
أخيه⁽⁷⁾ .

فلما أمر عليه السلام بوضع الجوائح ، كان وضعا واجبا إلا أن يقوم دليل
على أن وضعها غير واجب ، ولا سبيل إلى حمل هذا الأمر على الندب ؛ إذ لا
يحكم بين الخصمين بالندب .

فإن قالوا : فإن كان الحديث عندكم [هـ 202] صحيحا ، فقولوا بوضع
قليل الجوائح وكثيرها ، ولا تحذوا ذلك بالثلث فصاعدا ، قيل لهم : ظاهر
الحديث يدل على أن القليل لا يوضع ، لأن النبي ﷺ لما أمر بوضع الجوائح ،

= يتبغي بها الثواب عند الله تعالى . ن : التفريع 2 / 311 ، بهامش رقم 5 ، ولغة الفقهاء 272 .

- (1) تقدمت ترجمته .
- (2) قال في طريق الرشيد 2 / 76 : « حديث أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح . رواه الإمام مسلم
في باب وضع الجوائح من حديث سفيان بن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق ،
عن جابر رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ : « أمر بوضع الجوائح » .
- (3) هو أبو عبيدة حميد الطويل بن أبي حميد الخزاعي البصري ، روى عن أنس وثابت البناني ،
والحسن ، وعكرمة ، ونافع ، وعنه ابن علية ، والحمادان ، والسفيانان ، وشعبة . مات رحمه
الله سنة 140 هـ وهو قائم يصلي ، وقيل في سنة وفاته غير هذا .
- (4) ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 106 ، وطبقات الحفاظ 72 .
- (5) تقدمت ترجمته .
- (6) في الأصل : نها .
- (7) في الأصل : الثمر .
- (8) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع ، باب وضع الجوائح ، وهذا لفظه بتمامه : « عن
أنس بن مالك ، أن رسول الله ﷺ : نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي ، قالوا : وما تزهي ؟ قال :
تخمر ؟ فقال : « إذا منع الله الثمرة ، فبم تستحل مال أخيك » .

وكانت الجائحة في لسان العرب موضوعة لذهاب ما كثر من المال، دون ما ذهب من قليله - لأنهم لا يقولون لمن ذهب له درهم من ماله، أجيح، فصح بهذا أن اسم الجائحة لا تقع على ذهاب اليسير من الثمار - فلم يجب لذلك؛ وضع القليل، لأن النبي ﷺ إنما أمر بوضع ما كان جائحة، وليس اليسير بجائحة.

هذا من جهة الاسم، وأما من جهة المعقول، فإنه قد علم أن المشتري إنما دخل على ذهاب اليسير من الثمرة؛ إذ لا بد أن يسقط منها اليسير، وتلحقها الآفة، ويأكل منها الطائر، وغير ذلك، فلم يجب لذلك أن يوضع عن المشتري شيء من ذلك، لأنه إنما دخل على ذهاب ذلك القدر.

فأما إذا كثرت الجائحة، وجب وضعها عنه، وحد الكثير من الشيء ثلثه فصاعداً، بدليل قوله ﷺ لسعد⁽¹⁾: «الثلث والثلث كثير أو كبير»⁽²⁾، فجعل عليه السلام ثلث ماله كثيراً، فلذلك قال مالك بوضع الثلث فصاعداً، ولا يوضع ما دون ذلك، وأخذ مالك بالخبر والنظر.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الثمرة قد حصلت في يد مشتريها بعقد صحيح، مع جواز تصرفه إلى آخر ما ذكره. غير لازم، لأن جواز عقد البيع على الثمرة، لا يدل على أنها في ضمان مبتاعها على كل حال إذا هلكت، ألا ترى أن من استأجر عيناً وتصرف فيها، أن تصرفه ذلك لا يدل على أن ضمانها منه إذا هلكت في يده؟ فكذلك الثمرة إذا أجيحت؛ وقد يوجد في مسائل من البياعات مسائل يقبض فيها المبتاع الشيء اليسير، أو يتصرف فيه،

(1) تقدمت ترجمته.

(2) قال في نصب الراية 4 / 401: «أخرجه الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال: قلت يا رسول الله، إن لي مالاً كثيراً، وإنما ترثني ابنتي، أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا، قال: فبالثلثين؟ قال: لا، قال: فالنصف؟ قال: لا، قال: فبالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير. إن صدقتك من مالك صدقة، وإن نفقتك على عيالك صدقة، وإن ما تأكل امرأتك من مالك صدقة، وإنك إن تدع أهلك بخير، أو قال: بعيش، خير من أن تدعهم يتكففون الناس». انتهى بلفظ مسلم.

ومع قبضه إياه، وتصرفه فيه . . . (1) في ضمان بئعه، مثاله : ما لو اشترى رجل من رجل عبداً مرتداً، أو قاتلاً رجلاً عمداً، والمبتاع (2) لا يعلم، فقبضه، وبان به إلى نفسه، ثم قتل للردة أو القصاص، فإن المبتاع يرجع على بئعه بالثمن لأنه في ضمانه، وإن كان المبتاع قد قبضه وتصرف فيه، فوجب أن يكون كذلك الثمرة في الجائحة فهي (3) وإن (4) كان العقد عليها صحيحاً، وهي مقبوضة على ما زعموا، فهي في المعنى، غير مقبوضة على الحقيقة، ما دامت في رؤوس النخل.

ويدل على صحة هذا أيضاً: ما لو ابتاع رجل ثمرة نخل، فلم يجدها حتى أثمرت ثمرة أخرى (5) غير الثمرة الأولى، فاختلطت الثمرتان، حتى لا تتميز الأولى من الثانية، فإن البيع يفسخ، لأن الثمرة التي تناولها العقد، لم تتميز من الثمرة الثانية الحادثة، فدل ذلك على أن القبض فيها لم يتميز. وهذه جملة تدل على صحة ما قلناه.

-
- (1) هنا في الأصل كلمة محوطة غير واضحة، يحتمل أن يكون أصلها يبقى أو بعد.
 - (2) في الأصل: فالمبتاع.
 - (3) في الأصل: هي.
 - (4) في الأصل: فإن.
 - (5) في الأصل: آخرها.