

تَلَاُحِ الْاَفْكَارِ

فِي

كَشْفِ الرَّمُوزِ وَالْأَسْرَارِ

تَأْلِيف

شَمْسُ الدِّينِ أَحْمَدُ بْنُ قُودَرِ
المَعْرُوفُ بِقَاضِي زَادِهِ أَفَنْدِي قَاضِي عَسْكَرِ رُومَلِي

وَهِيَ تَكْمِلَةٌ لِمَجْمُوعِ فَتَحِ الْقَدِيرِ

لِلإِمامِ كَمَالِ الدِّينِ السَّيْرَاسِي المَعْرُوفِ بِابْنِ الْهَمَامِ الْخَفِيِّ

عَلَى

الْهُدَايَةِ شَرْحَ بَدَايَةِ الْمُبْتَدِي

تَأْلِيف

سَيِّحِ الْإِسْلَامِ بَرَهَانَ الدِّينِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الرَّغِيْنَانِي

الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٥٩٣ هـ

عَلَّقَ عَلَيْهِ وَضَعَجَ آيَاتِهِ وَأُمَامَاتِهِ

السَّيِّحِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ غَالِبِ الْمُهْدِيِّ

الْجُزْءُ التَّاسِعُ

يَحْتَوِي عَلَى الْكُتُبِ التَّالِيَةِ:

الْعَارِيَّةُ - الْهَبَةُ - الْإِجَارَاتُ - الْمَكَاتِبُ - الْوَلَاءُ
الْإِكْرَاهُ - الْحَجَرُ - الْمَأْذُونُ - الْغَنَصُ - الشَّفْعَةُ
الْقِسْمَةُ - الْمَزَارَعَةُ - الْمَسَاقَاةُ - الذَّبَائِحُ - الْأَضْحِيَّةُ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العارية

قال: (العارية جائزة) لأنها نوع إحسان قد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعاً من صفوان (وهي تمليك المتافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول: هو إباحة الانتفاع بملك الغير، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة، ولا يشترط فيها ضرب المدة، ومع الجهالة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيها النهي، ولا يملك الإجارة من غيره،

كتاب العارية

قد مرّ وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة، ثم إنه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة، أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح: العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، والعاراة مثل العارية انتهى. وقال المطرزي في المغرب: العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة كالغارة من الإغاوة وأخذها من العار العيب أو العري خطأ انتهى. وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لأن النبي ﷺ باشر الاستعارة^(١) فلو كان في طلبها عار لما باشرها. وفي القاموس والمغرب: وقد

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله. ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج. قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه جعل حير نوبة في الانتفاع بملكه إلى أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء. واختلف في تعريفه اصطلاحاً فقال عامة العلماء (هي تملك المتافع بغير عوض. وكان الكرخي يقول: هي إباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول

كتاب العارية

قال المصنف: (وهي تملك المتافع، إلى قوله: يقول هو إباحة الانتفاع) أقول: كان المناسب أن يقول في الأول هو لتذكير الخبير وهنا هي قوله: (ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا

(١) جيد. يشير المصنف للحديث الذي ذكره صاحب الهداية في المتن.

حيث أخرجه أبو داود ٣٥٦٢ والحاكم ٤٧/٢ والبيهقي ٨٩،٦ وأحمد ٣٦٥،٦،٤٠١،٣ كلهم من حديث أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه «أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة» وفي إسناده شريك ضعيف، وهو ابن عبد الله القاضي. وورد من طريق آخر من حديث جابر بن عبد الله أخرجه الحاكم ٤٩،٤٨،٣ والبيهقي ٨٩،٦ ولفظه «أن رسول الله ﷺ سار إلى حنين لما فرغ من فتح مكة... ثم بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية فسأله أدرعاً مائة درع، وما يصلحها من عذتها فقال: أغصب يا محمد، قال: بل عارية مضمونة حتى تؤذيها إليك، ثم خرج رسول الله ﷺ سائراً... قال الحاكم صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي اه. لكن في إسناده ابن إسحاق اختلف في ضبطه وحفظه وورد أيضاً في حديث ابن عباس.

أخرجه الحاكم ٤٩،٤٨،٣ والبيهقي ٨٩،٦ صحيحه الحاكم، ووافقه الذهبي.

لكن في إسناده إسحاق بن عبد الواحد القرشي قال عنه الذهبي في الضعفاء: متروك.

وقال عنه في الميزان: لا بل هو وإي وورد في طريق آخر من حديث جعفر بن محمد عن أبيه. أخرجه البيهقي ٨٩،٦ وقال: وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلًا فإنه يقوى بشاهده مع ما تقدم من الموصول اه.

فالحديث بمجموع هذه الطرق يكون جيداً، وهو مشهور في كتب الفقه والسيرة.

ونحن نقول: إنه ينشأ عن التملك، فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا تتعقد بلفظ التملك، والمنافع قابلة للملك كالأعيان. والتمليك نوعان: بعوض، وبغير عوض. ثم الأعيان تقبل النوعين، فكذا المنافع، والجامع دفع

تخفف العارية. وفي المبسوط قيل: هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً، لأنه لا ينتفع بها باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها. وأما شريعة فقال عامة العلماء: هي عبارة عن تملك المنافع بغير عوض. وقال الكرخي والشافعي: هي عبارة عن إباحة الانتفاع بملك الغير، وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب قوله: (ونحن نقول إنه ينشأ عن التملك فإن العارية من العرية وهي العطية ولهذا تتعقد بلفظ التملك الخ) أقول: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية، ويقول: بل هي من العار كما ذكر في الصحاح، أو من العارة كما ذكر في المغرب، أو من التعاور كما ذكر في المبسوط. وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت إنشاء لفظ العارية عن التملك. وثانيهما أن للخصم أن يقول: انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على كونها بمعنى التملك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هناك مستعاراً لمعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الإباحة استعيرت للتملك على ما سيأتي في الكتاب. وقال صاحب العناية: فيه بحث من أوجه: الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله، لأن المعروف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنع، فإن سلم من النقض فذاك، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض أن أمكن، وأما الاستدلال فإنما يكون في التصديقات. والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه، والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه. والثالث أن من شرط القياس أن يكون

الشافعي. قال: (لأنها تتعقد بلفظ الإباحة، ولا يشترط فيها ضرب المدة، والنهي يعمل فيه ولا يملك الإجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها إباحة. أما الأول فلأن التملك لا يتعقد بلفظ الإباحة. وأما الثاني فلأن التملك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لأن تملك المجهول لا يصح ولا يعلم إلا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تملكاً للمجهول. وأما الثالث فلأن المعبر يملك النهي عن الاستعمال، ولو كان تملكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع. وأما الرابع فلأن المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع، فلو كانت الإعارة تملكاً لجاز له ذلك كما في الإجارة والهبة وقال عامة العلماء: (إنها تنبئ عن التملك، فإن العارية من العرية وهي العطية) وهي إنما تكون تملكاً (ولهذا تتعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهراً وما يتعقد بلفظ التملك هو تملك. فإن قيل: المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك. أجاب بقوله: (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) وبني على ذلك قوله: (والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه: الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله: لأن المعروف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنع، فإن سلم من النقض فذاك، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن. وأما الاستدلال فإنما يكون في التصديقات. والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه، والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه. والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع هو نظيره، والمنافع ليست نظير الأعيان. ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك، وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية، ولو جعلنا

استدلالاً) أقول: ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقاً لا تصويراً قوله: (ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وصرفناها بأنها عقد الخ) أقول: أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة قوله: (كان سالماً من الشكوك) أقول: أما من الأول فمسلّم، وأما من الآخرين فلا.

الحاجة، ولفظة الإباحة استعيرت للتملك، كما في الإجارة، فإنها تنعقد بلفظة الإباحة، وهي تملك، والجهالة لا

الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع هو نظيره، والمنافع ليست نظير الأعيان، إلى هنا كلامه. أقول: كل واحد من أوجه بحثه ساقط. أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف، كأن يقال: هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق، ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال، وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما تورد على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات، ولا ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضاً كذلك. وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد إثبات كون لفظ العارية موضوعاً في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات، بل أراد إثبات قبول المنافع لنوعي التملك بالقياس على قبول الأعيان لهما، وقصد بإثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك كما صرح به الشراح المذكور. ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوعي التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لهما أيضاً. وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله: والمنافع ليست نظير الأعيان أنها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم، ولكن لا يجدي نفعاً إذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الأصل في جميع الجهات، بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه، وإن أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع، فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التملك فيما نحن فيه إنما هي دفع الحاجة، وهما أي الأعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة. ثم قال: ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك، وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية انتهى. أقول: وفيه بحث من أوجه: الأول أن هذا التعريف إن كان لفظياً كان قابلاً للاستدلال عليه، إذ قد تقرر في محله أن مآل التعريف اللفظي إلى التصديق، والحكم بأن هذا اللفظ بإزاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلاً للمنع، بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله: فإن كان الأول، فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك. والثاني أنه قد تقرر في موضعه أيضاً أن التعرف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة للبيئة، ولا شك أن اللوازم البيئة لا تحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية. والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير تمامه إنما يكون جواباً عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن. ثم قال: ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية عرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك، وليس في كلام المصنف ما ينفيه ظاهراً فالحمل عليه أولى انتهى. أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله: كان سالماً من الشكوك. وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض بحمل التملك عليها بالمواطأة ينافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية، إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينفيه ظاهراً. وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال: واختلف في تعريفها اصطلاحاً، فقال عامة العلماء: هي تملك المنافع بغير عوض. وكان

المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك، وليس في كلام المصنف ما ينفيه ظاهر فالحمل عليه أولى قوله: (ولفظه الإباحة) جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة. ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الإجارة تنعقد بلفظ الإباحة، ولا نزاع في كونها تملكاً قوله: (والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة

تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة، ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع، وعند ذلك لا جهالة، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى، قال: (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه (ومنحتك هذا

الكرخي يقول: هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى. فإن توجيئه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها. وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك: أما من الأول فمسلم، وأما من الأخيرين فلا انتهى. أقول: سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح قوله: (والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك. ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة، وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة، كذا في الشروح. قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل: وإنما صحت العارية مع جهالة المدة، وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه. أقول: فيه نوع خلل لأن قوله: وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا: بصحة العارية مع جهالة المدة، وإن اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم: ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة: فالأولى في العبارة أن يقول: وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة الخ تأمل قوله: (وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه: أي حقيقة في عقد العارية، وفي تفسير قوله مستعمل فيه: أي مجاز فيه، ثم قال: وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله: مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول، فلا فرق إذا بين العبارتين، والجواب: كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل: أي مجاز ليعلم أن

لا يصح التملك. ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة، وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم. ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة. وقوله: (والنهي منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه. ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد، وله ذلك لكونها عقداً غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير: أي وقت شاء كما في الهبة. وقوله: (ولا يملك الإجارة) جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيبيء، هذا ما يتعلق بتفسيرها أو حكمها. وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها. وسببها ما مر مراراً من التعاضد المحتاج إليه المدني بالطبع، وهي عقد جائز لأنه نوع إحسان «وقد استعار النبي ﷺ دروعاً من صفوان» وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به. قال: (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الألفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه: أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه. قيل أي مجاز فيه، وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول، فلا فرق إذا بين العبارتين. والجواب: كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل: أي مجاز ليعلم أن

قوله: (فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول: فيه بحث قوله: (فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول: أي أعرتك وأطعمتك قوله: (والجواب كلاهما صريح، لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل: أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول:

الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهما لتملك العين، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تملك المنافع تجوزاً. قال: (وأخدمتك هذا العبد) لأنه أذن له في استخدامه (وداري لك سكني) لأن معناه سكنها لك (وداري لك عمري سكني) لأنه جعل سكنها له مدة عمره. وجعل قوله سكني تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره. قال: (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة والعارية مؤداة»^(١) ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه. قال: (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي: يضمن، لأنه

الآخر حقيقة إلى هنا كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال: فيه تأمل، فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يومهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال انتهى. أقول: هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه، وأراد المصنف بالصريح ما هنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلة كما بيّنه صاحب العناية، فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى بكونها صريحة يومهم أن الثانية ليست كذلك: أي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الأصول فهو ممنوع، وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ما هنا معنى الحقيقة وليس فليس، وإن أراد أن تخصيص الأولى بذلك يومهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم، ولكن لا إشكال فيه حتى لا تنحسم مادته قوله: (ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافي: كان ينبغي أن يقول: إذا لم يرد بهما بدليل التعليل. وقال: ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة ٦٨] انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب. قلت: المذكور شيان أحدهما قوله: ومنحتك هذا الثوب، والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى. أقول: مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه، فإن الشيتين هو الثاني دون الأول. ومبنى التأويل ما هنا وفي قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة ٦٨] هو الأول، وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب. لا يقال: يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا ردّ الجواب. لأننا نقول: كون المذكور شيئين مع كونه غنياً عن البيان جداً يأبى عنه قطعاً ذكره لفظة

الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب: أي أعطيتك المنحة وهي الناقة: أي أو الشاة يعطى الرجل ليشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب دوماً ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به: أي بقوله هذا الهبة لأنها لتملك العين عرفاً، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في الاستخدام وهي العارية، وداري سكني لأن معناه سكنها لك وهي العارية، وداري لك عمري سكني لأنه جعل

فيه تأمل، فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يومهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال قوله: (ما لا يحمله مثلها) أقول: للضمير في قوله يحمله راجع إلى ما قوله: (لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول: ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل.

(١) جئد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ٢١٢٠، ١٢٦٥ والنسائي في الكبرى ٥٧٨٢ والبغوي ٢١٦٢ وابن حبان ٥٠٩٥ وابن ماجه ٢٣٩٨ والطبراني ١١٢٨ والطبراني ٧٦٢١، ٧٦١٥ وأحمد ٢٦٧، ٥ والبيهقي ٨٨، ٦ وعبد الرزاق ١٤٧٩٦، ١٦٣٠٨ كلهم من حديث أبي أمامة بألفاظ مختلفة.

ولفظ أبي داود «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: ذاك أفضل أموالنا، ثم قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم» قال الترمذي: حديث حسن.

إسناده جئد رجاله ثقات غير شريح بن سلم فيه لين لكن تابعه حاتم بن حريث عند ابن حبان والنسائي وفي الباب من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس ذكرها الزيلعي في نصب الراية ١٨/٤.

قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه، والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه، ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء. ولنا أن اللفظ لا يبنى عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها، والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم

قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الأبواب قوله: (ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: ولهذا أي ولكون الإذن ضرورياً كان واجب الرد: يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب، وصار كالمقبوض على سوم الشراء. فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا أه كرمه. أقول: حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الإذن ضرورياً، واقتفى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية. والحق عندي أنه إشارة إلى قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق، فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء. وإنما كان هذا هو الحق عندي لوجهين: أحدهما أن الظاهر أن قوله: وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله: كان واجب الرد، فبمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا إشارة إلى كون الإذن ضرورياً، ولكون الإذن ضرورياً صار كالمقبوض على سوم الشراء، والظاهر أن الإذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء. وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء. ولا شك أن الأمر كذلك في المقبوض على سوم الشراء. وثانيهما أن حديث كون الإذن ضرورياً جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال، بخلاف قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق. ولا يخفى أن ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عنه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء، ويؤيده أن صاحب الكافي أخر حديث كون الإذن ضرورياً عن تفريع هذين الفرعين قوله: (ولنا أن اللفظ لا يبنى عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه) قال صاحب العناية: في حل هذا المحل: يعني أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له، أما العقد فلأن اللفظ الذي يتعقد به العارية لا يبنى عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين، وما وضع لتمليك المنافع لا

سكانها له مدة عمره، وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه منصوب على التمييز من قوله لك، لأن قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة، فإذا ميزه تعين في المنفعة فحمل الكلام عليه: أي على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم، وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله ﷺ «المنحة مردودة والعارية مؤداة» وجه الاستدلال ظاهر، وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة، وفيه زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الرد، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك إلا به فصح الرجوع عنه. قال: (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن الخ) إن هلكت العارية، فإن كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالاً لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالإجماع، وإن كان بغيره لم يضمن. وقال الشافعي: يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق، فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه. وقوله لا عن استحقاق: أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الإجارة، فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقص قبل مضي المدة بدون رضاه. فإن قيل: هو قبض بإذنه

قوله: (فلأن اللفظ الذي يتعقد به العارية الخ) أقول: فيه بحث قوله: (وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول: لم يتعرض للإباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى.

يقع تعدياً، وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض. والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه. قال: (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره؛ فإن أجره فمعتب ضمن) لأن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه، ولأننا لو صححناه لا يصح إلا لازماً، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى

يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه. وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً وليس كذلك لكونه مأذوناً فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه اه كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن احتمال كون الإذن موجباً للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلاً، ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير حجتنا في هذه المسألة، فدرج الشارح المزبور إياه في احتمالات إيجاب الضمان ونسبته ذلك إلى المصنف بقوله: يعني خروج عن سنن الصواب قوله: (والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً) جواب عن قول الشافعي: والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه. وتقديره القول بالموجب: يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع، لكن القبض أيضاً لم يكن للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه، كذا في العناية وغيرها. أقول: للخصم أن يقول إذا لم يكن القبض أيضاً إلا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة، والضرورة إنما هي في حالة الاستعمال، فإن هلك في هذه الحالة فلا ضمان قطعاً. وأما إذا هلك في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكونه هلاكها فيما وراء الضرورة. فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب، وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال: والجواب عن قوله والإذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع. قلنا: لما مست الحاجة والضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضاً وهي حالة الإمساك، لأن الإنسان إنما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه، ولا ينتفع بملك نفسه أثناء الليل وأطراف النهار، وإنما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى، ولو انتفع بالعارية دائماً يضمن كما إذا ركبها ليلاً ونهاراً فيما لا يكون العرف كذلك، فثبت أن القبض في غير حالة

ومثله لا يوجب الضمان. أجاب بقوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال، فإن هلك فيها فلا ضمان، وإن هلك في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة، ولهذا أي ولكون الإذن ضرورياً كان واجب الرد: يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب، وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفس لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا. ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان: يعني أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن، وليس شيء من ذلك بموجب له. أما العقد فلأن اللفظ الذي يتعد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين، وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه. وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً وليس كذلك لكونه مأذوناً فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه قوله: (والإذن) جواب عن قوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه: يعني أنه لم يتناول العين فإنه ورد على المتفعة نصاً ولم يتعد إلى العين، وتقديره القول بالموجب: يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع، لكن القبض أيضاً لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه قوله: (وإنما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد، وتقديره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فإنها على المستعير، وليس لنقد القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان، بخلاف الغصب فإن الرد فيه واجب فنقض القبض لكونه بلا إذن، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان. وقوله: (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء. وتقديره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد

انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه، وضمنه حين سلمه؛ لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غضباً، وإن شاء المعتبر ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجز ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم. قال: (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي: ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ها هنا. ونحن نقول: هو تملك المنافع على ما ذكرنا

الانتفاع أيضاً مأذون فلا يوجب الضمان، إلى هنا كلامه. وأشير إلى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضاً فتبصر قوله: (والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء. قال صاحب العناية: وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اهـ كلامه.

أقول: لا يخفى على ذي فطنة أن تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر، لأن الضمير المستتر في فصار راجع إلى المأخوذ بالعقد، فيصير المعنى: فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل. ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله: لأن المأخوذ بالعقد على الملابس، وفي قوله: فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية، فيصير معنى كلامه: لأن المأخوذ بملابسة العقد: أي ما كان متعلقاً بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول إلى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم إن الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء، إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اهـ. ثم أقول: لا حاجة في حل كلام المصنف ها هنا إلى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت، بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل: أحدهما أن يكون معنى قوله: لأن الأخذ في العقد له حكم العقد، لأن الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه، على أن يكون الأخذ من أخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه. وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد: أي المأخوذ لأجل العقد له حكم العقد، على أن تكون كلمة «في» في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى ﴿فذلكن الذي لمتني فيه﴾ [يوسف ٣٢] وقوله عليه الصلاة والسلام «إن امرأة دخلت النار في هرة حبستها»^(١) على ما صرح به في مغني اللبيب، فالأخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله. ثم قال صاحب العناية أخذاً من غاية البيان: فإن قيل: سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ها هنا. أجب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقديراً لصيانة أموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج

فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان. فإن قيل: سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد، ولكن لا عقد ها هنا. أجب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقديراً لصيانة أموال الناس عن الضياع، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً، ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظراً له، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة وإذا لم يوجد صير إلى الأصل، وقوله: (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف، وقيل كتاب الإجازات من المبسوط. قال: (وليس للمستعير أن يؤاجر ما

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣١٨، ٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢، ٢٠٢٢ والدارمي ٣٣١ و٣٣٠، ٢ والبيهقي ٢١٤، ٥ و١٣، ٨ وابن

حبان ٥٤٦ كلهم من حديث ابن عمر.

وصدوره «غُذِبَتْ امرأة في هرة...» وله شواهد أخرى، وقد تقدّم تخريجه.

فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً

ملكه مجاناً اهـ. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه ها هنا أصلاً، إذ لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد، بل يقتضي عدم تحققه، إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ها هنا. ثم إن الجواب المزبور منظور فيه، لأنه وإن كان في جعل العقد موجوداً تقديراً صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري، إذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكة بإذن، فإذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجاناً: أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لأحد المتأخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل قوله: (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح: كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. وقال في النهاية ومعراج الدراية: كذا ذكره في النظائر الإمام التمرتاشي. أقول: في أكثر هذه الأمثلة إشكال: أما في مثال الحمل فلأنه وإن كان مطابقاً لما ذكره المصنف في آخر هذه المسألة بقوله فلو استعار دابة ولم يستم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت انتهى، إلا أنه محالف لما سيجيء في كتاب الإجازات في باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز من أن الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل. وحكمه كحكمهما عند الإطلاق والتقييد كما ستطلع عليه. وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعطيات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب الهجارية: إنه مما لا يتفاوت، وقالوا في كتاب الإجازات: إنه مما يتفاوت، وممن ظهرت المخالفة جداً بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي، فإنه قال ها هنا: سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الإجازات: ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوماً فلا يحكم بجواز الإجارة انتهى. وأما في مثال الزراعة فلأنه سيأتي في كتاب الإجازات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الإجارة في استئجار الأراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها، لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة. ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل، وعن هذا مثل الإمام الزيلعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثلة وعد منها الزراعة حيث قال: كاللبس والركوب والزراعة. وأما في مثال السكنى فلأن سكنى الحداد والقصار يضرب بالبناء دون سكنى غيرهما، ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الإجازات، فكان السكنى أيضاً مما يختلف باختلاف المستعمل. ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الإضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر السكنى، لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصار كما بينه صاحب النهاية في كتاب الإجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه، والمثال ها هنا إنما هو نفس السكنى فلا إشكال فيه قوله: (والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة) جواب عن

استعاره النخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار، فإن آجره فعطب ضمن لوجهين: أحدهما أن الإعارة دون الإجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه. والثاني أنا لو صححناه فلما أن يكون لازماً أو غير لازم، ولا سبيل إلى شيء من ذلك. أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضع، وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإعارة لازماً، وهو أيضاً خلاف موضوع الشرع، وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصباً فيضمن حين سلم والمعير بالخيار إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك، وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب. ثم إن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤاجر إذا لم يعلم كونه

للحاجة، وإنما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره. قال العبد الضعيف: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة. وهي على أربعة أوجه: أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق. والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو إلى خير منه والحنطة مثل الحنطة، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلاً. والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق

قول الشافعي رحمه الله؛ المنافع غير قابلة للملك. وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعاً للحاجة، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه بحث لأن حاصله القياس على الإجارة، وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه: وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة: يعني أن علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الإجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الإعارة لاندفاع حاجتهم بالإباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جواباً عنه، اللهم إلا أن يقال: الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشئ لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشئ، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الأخرى، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الإجارة. قال صاحب العناية: بعد تقرير مراد المصنف ها هنا وقد مر الكلام فيه. أقول: لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبخائه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية، ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتشتم، لأن حاصله أن قياس المنافع على الأعيان ليس بتمام، لأن من شرط القياس كون الفرع نظير الأصل والمنافع ليست نظير الأعيان، ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الأصل قطعاً قوله: (وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة) قال عامة الشراح: أي ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير إذا صدرت الإعارة مطلقة، أقول: فيه إشكال، لأن المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، فمعناه أن للمستعير ولاية الإعارة فيما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل. وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة للمستعير ولاية الإعارة مطلقاً: أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسألة: فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل، لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً اهـ. فقول المصنف وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة إلى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر إنما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله: إذا كان مما يختلف باختلاف المستعمل. ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور: بل كان ينبغي له أن يقول: هذا إذا صدرت الإعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه. والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار إليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكروا، ولم يتعرضوا لما فيه من الإشكال مع ظهوره جداً. ثم إن الشراح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة

عارية في يده دفعاً لضرر الغرور، بخلاف ما إذا علم. وللمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. وقال الشافعي: ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع على ما مر، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا أي كون الإعارة إباحة لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلت موجودة في الإجارة للضرورة، وقد اندفعت في الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التملك. ولنا أنها تملك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى

الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه، فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب. قال: (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لأن الإعارة تملك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقضى تملك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها فيثبت. أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين فأقيم ردّ المثل مقامه. قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة، وأما إذا عين الجهة

الإشارة لا تعود إلى المسألة المتقدمة بل إلى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية اهـ. أقول: هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود إليه الإشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشاراً إليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف ها هنا، ولا يشار باسم الإشارة لا إلى المحسوس المشاهد، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه، فكأنه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى. والإنصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بأن يقول: والإعارة على أربعة أوجه لكان أخرى، ولقد أحسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال أولاً: وله أن يعير، وذكر خلاف الشافعي وبين دليل الطرفين. ثم قال: ثم هذه المسألة على وجهين: إما أن حصلت الإعارة مطلقة في حق المنتفع بأن أعار ثوباً للباس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل، وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملاً بإطلاق اللفظ، وإن حصلت الإعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب. ثم قال: وهذا هو الكلام في إعارة المستعير. وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه، فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة قوله: (إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو إلى خير منه) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزاً من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزاً من حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزاً من شعير، وفي القياس يضمن لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر،

له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة قوله: (والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك. وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعاً للحاجة وقد مرّ لنا الكلام فيه. فإن قيل: لو كانت تملك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك. أجاب بقوله: (وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعبّر لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره، وقال هذا) أي ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير (إذا صدرت الإعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهي على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع. والثاني أن تكون مقيدة فيهما. والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع. والرابع بالعكس) فللمستعير في الأول أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق. وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة (إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزاً من هذه الحنطة فيحملها قفيزاً من حنطة أخرى (أو إلى خير منه) كما إذا حمل مثل ذلك شعيراً استحساناً. وفي القياس يضمن لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخفّ على الدابة والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً (وفي الثالث والرابع ليس له أن يتعدى ما سماه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت. وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً، لأنه لما أطلق كان له التعمين، حتى لو ركب بنفسه

بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة وصار كما إذا استعار آتية يتحمل بها أو سيفاً محلي يتقلده. قال: (وإذا استعار أرضاً لبيني فيها أو ليفرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء الغرس) أما الرجوع فلما بينا، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة. وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء

ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعور أخف على الدابة، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مقيداً كذا في العصابة وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: ما ذكروا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار فإنه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به، مع أن ما ذكروا في وجه هذا الاستحسان ها هنا جار هناك أيضاً بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضاً فتأمل قوله: (أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم ردّ المثل مقامه) أقول: يرى هذا التعليل خالياً عن التحصيل، لأن حقيقة الإعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود، إذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه، وأن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الإعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض، وكذا حكم الإعارة منتف في عارية الأشياء المذكورة، إذ قد صرحوا بأنها مضمونة بالهلاك من غير تعدد من القابض، فإذا لم تتحقق حقيقة الإعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلاً لأن يكون من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين ولا لإقامة ردّ المثل مقام رد العين. نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يجعل لفظ الإعارة في مسائلنا هذه مجازاً أو كناية عن معنى الإقراض، ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسألة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق قوله: (وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة) أقول: لقائل أن يقول: المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً

تعين الركوب فليس له أن يركب غيره وبالعكس كذلك، فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الأول والإركاب في الثاني) وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام. وقال: غيره: له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وشيخ الإسلام. قال: (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض الخ) إذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك، وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لأن الإعارة تملك المنفعة، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، فكان ذلك تملكاً للعين اقتضاء، وتمليك العين إما بالهبة أو القرض، والقرض أدناها لكونه متيقناً به. قيل لأنه أقل ضرراً على المعطى لأنه يوجب رد المثل، وما هو أقل ضرراً فهو الثابت يقيناً، ولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه. قال المشايخ: هذا إذا أطلق الإعارة. وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة، فصار كما إذا استعار آتية ليتحمل بها أو سيفاً محلي يتقلده، يقال عايرت المكايل أو الموازين إذا قايستها، والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى، وإذا استعار أرضاً للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس. أما الجواز فلأن هذه المنفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة دفعاً للحاجة. وأما الرجوع فلما بينا، يعني به قوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله ﴿المنحة مردودة والعارية مؤداة﴾ وأما التكليف فلأن الرجوع إذا كان صحيحاً بقي المستعير شاغلاً أرض

قوله: (وإن كان وقت العارية) أقول: معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان قوله: (هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول: في باب المضارب يضارب قوله: (وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما، كذا ذكره القدوري) أقول: فيه

والغرس بالقلع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه، كذا ذكره القدوري في المختصر. وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له، إلا أن يشار المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه. قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل، ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت، لأن له نهاية معلومة، وفي الترك مراعاة الحقين، بخلاف الغرس

أيضاً فكيف يتم ما ذكر سابقاً من أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها؟. ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء على الأكثر الأغلب، فالمراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاك عينها، فيدار الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب، وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تملك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك. فإن قلت: عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله: ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها. قلت: يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالأقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله: (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية: أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي، فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين، وعلى الأول يكونان مرفوعين اه كلامه، وتبعه الشارح النيني. أقول: لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ها هنا لأن الذي نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس، وليس هذا بصحيح لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان، وإنما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع، ويمنع أيضاً صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع إذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع، ولا يخفى ما فيه. فالوجه عندي ها هنا رفع البناء والغرس لا غير. أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح. وأما على تقدير كونها موصولة فتقدير الضمير الراجع إليها على أن يكون الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة، فيكون كلمة نقص ها هنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس. وقال صاحب العناية: ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظركم يكون قيمة البناء، والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته، يعني إذا كان قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً، وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دنائيرين

المعير فيكلف تفريغها، ثم إن المعير إما أن وقت العارية أو لم يوقت، فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مختار غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد إطلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا، ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له، إذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعاً للضرر عن نفسه. فإن قيل: الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مرّ والإعارة ليست كذلك. أجب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى. وتقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنفسك على

كلام وهو أن القلع ما نقص دنائيرين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى، هذا إشكال الفاضل المحشي الشهير ببعقوب باشا. فاقول: الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة: أي القيمة المنقوصة فلا إشكال قوله: (ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد، إلى قوله: وهو الأظهر) أقول: المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدوري ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجع. قال المصنف (لأن له نهاية معلومة) أقول: مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في المؤقتة لأن لها نهاية معلومة، ولأن الوقت منصوب عليه ها هنا وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى. والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل. قوله: (والغرم بإزاء الغنم) أقول: تأمل فيه قوله: (فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول: من أن الغرم بالغنم.

لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك. قال: (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة ردّ العين المستأجرة على المؤجر) لأن الواجب

يرجع بهما انتهى كلامه. وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالاً: بدل قوله: يرجع بهما فيرجع بشمانية دنائير فكأن بعض العلماء أخذ مما قالاه حصّة فأورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام، وهو أن القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى. أقول: لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله: تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب، ولا يخفى أنه إذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعاً. وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص، وإذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بشمانية دنائير فيرجع بشمانية دنائير، وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح. واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى. وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال: فأقول الظاهر أن قوله: قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا يجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف إلى صفته ولا الصفة إلى موصوفها، وإنما جواز ذلك مذهب سخيّف كوفي لا ينبغي أن يصار إليه في توجيه كلام الثقات، على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة إلا بعد أن يجعل مجازاً عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة، وهذا تعسف بعد تعسف، ولعمري إن من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيّف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات، وقد مر منه ذلك غير مرة، ومع ذلك يزعمه معنى لطيفاً ظاهراً كما يلوح به قوله ها هنا فأقول: الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة وما كان ينبغي له ذلك قوله: (بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك) أقول: لقائل أن يقول: إذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الأرض منه هنا أيضاً إلى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين. والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة، وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت، إما بعمد منه لخيانة نفسه، أو بمانع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك، بخلاف الزرع فإن له نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافتراقاً. وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة

أن أتركها في يدك إلى مدة كذا، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا. ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته: يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً، وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما، كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان ما نقص. وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لأنه ملكه. قالوا: يعني المشايخ إذا كان بالأرض ضرر بالقلع فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل. قيل معنى كلامه هذا أن ما قاله القدوري إن المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرر، أما إذا لحق فالخيار في الإبقاء بالقيمة مقلوعاً وتكليف القلع وضمن النقصان إلى صاحب الأرض وهو ظاهر، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد: ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع وترك الضمان إذا لم تتضرر الأرض بالقلع، وأما إذا تضررت فالخيار لرب الأرض وهو الأظهر. ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل ترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل وقت أو لم يوقت،

على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه فتكون مؤنته عليه. قال: (وإذا استعار دابة فردها إلى اصطلب مالکها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان، وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالکها بل ضيعها. وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن ردّ العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردّها إلى المربط (وإن استعار عبداً فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) لما بينا (ولو ردّ المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه، بخلاف العواري لأن فيها عرفاً، حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردّها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه. قال: (ومن استعار دابة فردّها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالأجير أن يكون مسانهاة أو مشاهرة لأنها أمانة، وله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة، بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله (وكذا إذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لأن المالك يرضى به؛ ألا ترى أنه لو رده إليه

الحقين، بخلاف الزرع فليس بتأم لأن تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع، إذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء إذا جاء الصيف، وأن يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة، فإذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الأرض من يد المستعير إلى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلاً، ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف: ثم إذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغترّ غير مغرور، حيث قال: فإن قيل: هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحاً لكن وقت دلالة لأن البناء والغرس للدوام فكانت الإعارة له توقيتاً. قلنا: البناء قد بينى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف، والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة، انتهى كلامهما تأمل ترشد قوله: (لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية: فإن قيل: كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضاً وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة. قلنا: إن المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكماً، وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من إجازات الجامع الصغير حيث قالوا: وفي المستأجر المنفعة عائدة إلى الأجر لأنه يتوصل به إلى ملك الأجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة، لكن منفعة الأجر أقوى لأنه مالك للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى. وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال:

لأن الزرع له نهاية معلومة، وفي الترك مراعاة الحقين، فإنه لما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه مجاناً ولا زرع الآخر، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك. قال: (وأجرة ردّ العارية على المستعير الخ) أجرة ردّ العارية على المستعير وأجرة ردّ العين المستأجرة على المؤجر، وذلك لأن الأجر مؤنة الرد، فمن وجب عليه الرد وجب أجره، والرد في العارية واجب على المستعير لأنه قبضه لمنفعة نفسه، والغرم بإزاء الغنم، وفي الإجارة ليس الرد واجباً على المستأجر، وإنما الواجب عليه التمكين والتخلية لأن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا، ولا

قوله: (وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لا رد، إلى قوله: لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه) أقول: وفيه بحث، فإن هذين التعليين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا قوله: (فكان إذ ذاك مودعاً) أقول: بل يكون إذ ذاك متدياً، حتى إذا هلك في يده ضمن، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي ذكره الزيلعي فراجع، نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الأصحاب، لكن الرجحان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاضيخان رحمه الله.

فهو يردّه إلى عبده، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب، وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح، لأنه إن كان لا يدفع إليه دائماً يدفع إليه أحياناً (وإن ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً كما قاله بعض المشايخ، وقال بعضهم: يملكه لأنه دون الإعارة، وأولوا هذه المسألة بانتهاؤ الإعارة لانقضاء المدة. قال: (ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يكتب إنك أعترتي) لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعارة الدار. وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى. بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى، والله أعلم بالصواب.

ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة، لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعاً أولى من المنفعة انتهى. أقول: في الجواب نظر، إذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم: إن منفعة الآجر عين هو الأجرة كما صرح به في الكافي، والأجرة لا يلزم أن تكون عيناً البتة، إذ قد صرحوا في كتاب الإجازات بأن الأجرة قد تكون عيناً وقد تكون ديناً وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول: بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب قوله: (وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام: وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لا رد، وصار كرد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه اه كلامه. أقول: هذا تحرير مختل، فإن قوله: لأن الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى، ولهذا لم يذكره أحد سواء ها هنا، بل إنما ذكره في محله فيما سيأتي كما ترى.

يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة، والعين لكونه متبوعاً أولى من المنفعة، وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لأن الواجب عليه الرد دفعاً للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه. ومن استعار دابة وردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لا رد، وصار كرد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه. وجه الاستحسان أن في العارية عرفاً ليس في غيرها، وهو أن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت، فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المربط، وعلى هذا إذا استعار عبداً فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن، ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردّه إلا إلى المعبر للعرف في الأول وعدمه في الثاني. ومن استعار دابة فردّها مع من في عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لأنها أمانة وله حفظها على يدهم كما في الوديعة، وكذا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك؛ ألا ترى أنه لو ردها إليه فهو يردّها إلى عبده. واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به، وقيل هو وغيره سواء، وهو الأصح لوجود الدفع إليه في الجملة وإن ردها مع أجنبي ضمن، ودلت هذه المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي. ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسألة بانتهاؤ الإعارة لانقضاء مدتها فكان إذ ذاك مودعاً وليس له أن يودع غيره، فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام «تهادوا تحابوا»^(١) وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلا نه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب، والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك.

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى، ولأن العارية كالمفرد والهبة كالمركب لأن فيها تملك العين مع المنفعة. ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهي، فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال: ﴿إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾ [آل عمران ٨] وهذا يكفي لمحاسنها. ثم إن الهبة في اللغة أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء، ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال، يقال وهب له مالا وهبا وهبة، ويقال: وهب الله فلاناً ولدأ صالحاً، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرْثَنِي﴾ [مريم ٥] ويقال: وهبه مالا ولا يقال: وهب منه، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب، واتبه منه قبله واستوهمه طلب الهبة، كذا في معراج الدراية وغيره. وأما في الشريعة فهي تملك المال بلا عوض، كذا في عامة الشروح بل المتون. أقول: يرد عليه النقض عكساً بالهبة بشرط العوض كما ترى، ولم أر أحداً من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جداً، غير أن

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة، ومن محاسنها جلب المحبة. وهي في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه، قال الله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾ وفي الشريعة تملك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله ﷺ «تهادوا تحابوا» وعلى هذا انعقد الإجماع. وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بَرَّ في يمينه، بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (يثبت الملك فيها قبل القبض اعتباراً

كتاب الهبة

قوله: «قال الله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾» أقول: وظاهر أن الولي ليس بمال ولا بملك قال المصنف: (وتصح بالإيجاب والقبول) أقول: قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالإيجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء: أي تصح في حق الواهب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمبتصر فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض. وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث، أو حلف على أن يهب فلاناً فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا انتهى. ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح.

(١) حسن: أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٥٩٤ والبيهقي ١٦٩،٦ وأبو يعلى ٦١٤٨ وابن عدي في الكامل ١٠٤،٤ كلهم من حديث أبي هريرة وفي إسناده ضمام بن اسماعيل قال ابن عدي: أحاديثه لا يرونها غيره، وله غيرها الشيء اليسير. قال ابن حجر في التلخيص ٦٩،٣، ٧٠: وأورد ابن طاهر في «مسند الشهاب» من طريق محمد بن بكر عن ضمام بن اسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة، وإسناده حسن اهـ. وله طريق أخرى من حديث أبي هريرة بلفظ آخر. أخرجه الترمذي ٢١٣١ والطحاوي ١٤١٣ وأحمد ٤٠٥،٢ ولفظ الترمذي تذهب وحز الصدر، ولا تحقن جاره لجارتها، ولو شق فرسن شاة»

ورود من حديث عائشة أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ١٢١،٤ وأيضاً ورد مرسلأ عن عطاء ورود أيضاً من حديث ابن عمر رواه ابن القاسم الأصمعي في كتاب الترغيب والترهيب كما في نصب الراية ١٢١،٤ وأيضاً ورد مرسلأ عن عطاء ابن عبد الله الخراساني قال: قال رسول الله ﷺ «تصافحوا يذهب الغل»، وتهادوا وتحابوا، وتذهب الشحناء» أخرجه مالك في الموطأ ٩٠٨،٢ وذكره المنذري في الترغيب ٤٣٤،٣ وقال: رواه مالك هكذا مفضلاً، وقد أسند من طرق فيها مقال فالحديث بمجموع طرقه يصير حسناً، والله أعلم.

وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»^(١) والمراد نفي الملك، لأن الجواز بدونه ثابت، ولأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك

صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في متنه: هي تملك عين بلا عوض. وقال في شرحه: أي بلا شرط عوض، لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقاً على البيع أيضاً كما لا يخفى، فلزم أن ينتقض به طرداً على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد. ثم أقول: يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم: بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض، فالمعنى أن الهبة هي تملك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا: خرج بقولنا: بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض. ثم أقول: بقي في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فإنها أيضاً تملك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار، فلو زادوا قيد في الحال فقالوا: هي تملك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تملك بعد الموت لا في الحال قوله: (وتصح بالإيجاب والقبول النخ) قال صاحب النهاية: أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمبترع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض، وثمره ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان في قوله: ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برّ في يمينه، بخلاف البيع اه كلامه. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال، ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضاً وعزاه إلى الحصر والمختلف. وبنى صاحب العناية أيضاً كلامه ها هنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام: وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض، بخلاف البيع اه. والشارح العيني أيضاً اقتفى أثر هؤلاء، وبالجمله أكثر الشراح ها هنا على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده. أقول: هذا الذي ذكره وإن كان مطابقاً جداً لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فإنه قال هناك. ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه خلافاً لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تملك مثله. ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمبترع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه، إلا أنه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام، لأن قوله أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بمنزلة الصريح في أن عقد الهبة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود، ويشهد بهذا أيضاً قوله: والقبض لا بد منه لثبوت الملك، إذ لو

بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة. ولنا قوله ﷺ «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق (ولأنه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي إثبات الملك قبل القبض ذلك إذ فيه التزام التسليم). ورد بأن المبترع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام. وأجيب بأنه مغالطة، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٢١،٤ وقال: وذكره عبد الرازق في مصنفه في آخر الوصايا: من قول النخعي: لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض فهو مقطوع لأنه قول التابعي.

قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية للزوم، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها. قال: (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحساناً (وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب، إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه. ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو

كان مراده أن الهبة عقد تبرع ف يتم بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك، وهذا كله مما لا ستره به عند من له ذوق صحيح. ثم إن صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحاً قبيلاً هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول، ولا يخفى أن ذلك التصريح منهما ينافي القول: منهما ها هنا بأن الهبة تتم بالإيجاب وحده، إذ لا شك أن الشيء لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه. واعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ها هنا مسلكاً آخر فقالا: وركنها الإيجاب والقبول لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تملكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنما يحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير اه كلامهما. أقول: هذا التقرير وإن كان مناسباً لما ذكره المصنف ها هنا إلا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آتفاً، وأيضاً يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يحث أيضاً فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل، لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول، مع أنه لا يحث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان: وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله: وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب، ولهذا قال علماؤنا: إذا حلف لا

واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشرع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فإن الملك يثبت بها بدون القبض لأنه لا إلزام ثم زيادة على ما تبرع، وذلك (لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحيث لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية للزوم) وهذا موافق لرواية الإيضاح. وقال في المبسوط: ولأن هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، ألحق الهبة بالوصية. ووجه ذلك أن عقد الهبة لما كان تبرعاً كان ضعيفاً في نفسه غير لازم، والملك الثابت للواهب كان قوياً فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به، وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الإلحاق قوله: (وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه. وتقديره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير إذن الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض، والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك الغير بدون الإذن غير صحيح. ولنا) وهو وجه الاستحسان في الأول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث إن الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه، فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول. (والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (إثبات الملك) للموهوب له، وإذا كان كذلك (فيكون

قال المصنف: (وهو التسليم فلا يصح) أقول: قال الكاكي: لا يقال إن الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لأنه لا يفيد، إذ فائدة الملك التمكن من التصرفات، وإذا إنما يكون إذا كان بسبيل من قبضه انتهى، وفيه بحث.

الملك، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق.

يهب فوهب ولم يقبل يحث في يمينه عندنا. وقال صاحب التحفة: ركنها الإيجاب والقبول. ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول إلى هنا كلامه. وقال صاحب البدائع: أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً. والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر. وفي قول قال: القبض أيضاً ركن. وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل أنه يحث استحساناً، وعند زفر لا يحث ما لم يقبل، وفي قول: ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحث، إلى هنا كلامه قوله: (ولأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات، بخلاف المعاوضات، كذا في الكافي وبعض الشروح. ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الرضوء، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام. وأجيب بأنه مغالطة، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشروع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به، كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: فيه كلام، أما أولاً فلأن قوله فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للمقرب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي، وأما ثانياً فلأنه إذا جاز له الرجوع قبل التسليم ويعد له التسليم في إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم، إذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن أين يجب إلزام التسليم فليتأمل في الدفع قوله: (ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح: قوله في الهبة: متعلق بالقبض لا بالقبول، فالمعنى أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث إن الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع، وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح. وقال بعض الفضلاء: ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام اهـ. أقول: لعل المانع عنه أمران: أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائماً مقامه، وهذا لا يتصور فيما إذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة، فإن كلاً منهما حينئذ يعطي حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقيامه مقامه، بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة، وعن هذا قال في المبسوط: ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع، وثانيتها أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجار التام إلا أن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضاً ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول، فإنه لو قال: وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض، نص عليه الإمام الزليعي في التبيين

الإيجاب منه تسليطاً على القبض) تحصيلاً لمقصوده فكان إذن دالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق، لأننا أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً للقبض بالقبول والقبول بتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فإن قيل: يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فإن

قوله: (فقوله في الهبة متعلق بقوله إن القبض لا بقوله القبول) أقول: ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام. قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية: قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول: أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح انتهى. وليس فيما قاله ما يدل على عدم استقامة المعنى إذا تعلق بالقبول.

لأننا إنما أثبتنا التسليم فيه إلحاقاً له بالقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به، بخلاف ما إذا نهاء عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح. قال: (وتنمقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لأن الأول

وذكر في الذخيرة أيضاً، فلا يصح أن يقال: إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك، بخلاف القبول في البيع فإنه لا يثبت الملك قطعاً، ولا يصح عقد البيع أصلاً بدون تحقق القبول فيه، وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى. وطعن صاحب الغاية في قول المصنف: ولنا أن القبض الخ حيث قال: وكان ينبغي أن يقول: وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله: ولنا مناسباً اهـ. وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت: لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا: ناسب أن يقول: ولنا وإن لم يصرح بذكر الشافعي اهـ. أقول: إن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسألة مما يجوز أن يقول: ولنا إيماء إلى وقوع منازع في هذه المسألة، وأما مناسبة هذا القول: وحسنه فإنما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد، ومراد صاحب الغاية مؤاخذه المصنف بتقوية المناسبة في تحريره ولا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى. واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس. وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحتث، فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحتث استحساناً فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس، وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى المختلفات. أقول: في الجواب بحث، أما أولاً فلأنه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره، لأن حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس. وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع، بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مداراً لصحة القبض بالإذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع. وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده، وهذا لا يدفع القدح في قولهم: إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره أيضاً إلى القبض كما ذكر في الكافي. وفي غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده: ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة رأساً، لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لإتمامه، فلا يتم الفرق المزبور هناك. وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال: فيه بحث، فإنه لو صح ما ذكر لجاز

التسليم موجود ولم يجز له القبض. أجاب بقوله: (بخلاف ما إذا نهاء) يعني صريحاً (في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان: الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع. والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن. وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس، وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه. وعن الثاني بأن لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به. قال: (وتنمقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الألفاظ التي تنمقد بها الهبة، وقد تقدم لنا القول في قوله لأن الأول

قوله: (وفيه بحثان: الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول: فيه نوع ركاة.

صريح فيه والثاني مستعمل فيه . قال عليه الصلاة والسلام «أكل أولادك نحلت مثل هذا»^(١) وكذلك الثالث، يقال: أعطاك الله وهبك بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة) أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تملك العين، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأنه عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها، وأما

القبول بعد المجلس بأمر الواهب . وأيضاً هذا الكلام مناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول اهـ . أقول: كلا وجهي بحثه ساقط . أما الأول فلأن الملازمة في قوله: لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة، فأما بطلان التالي فممنوع إذ قد ذكرنا فيما مر آتفاً أنه لو قال: وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين، وذكر في الذخيرة أيضاً: فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلاً فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى . وأما الثاني فلأننا قد نقلنا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب . وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً . فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما، كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان بأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع، ولهذا يقال: وهب ولم يقبل، والعاقلة لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان قوله: (والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك الموهوب له، وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذن دلالة، ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض، حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن . وأجيب بأننا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير، وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا نعتبر به، كذا في الشروح . أقول: لا يرد النقض المذكور رأساً، إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب

صريح فيه والثاني مستعمل فيه، وكلامه واف بإفادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها قوله: (أكل أولادك نحلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: نحلني أبي غلاماً وأنا ابن سبع سنين، فابت أُمِّي إلا أن تشهد على ذلك رسول الله

قوله: (وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) أقول: ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنت قوله: (وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول: هكذا وقع في هذه النسخة موافقاً لما في سائر الشروح، وفيه بحث، فإنه لو صح ما ذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب، وأيضاً هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون ميناها على العرف، ولعل الأولى أن يقال في الجواب: القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة، فيالنظر إلى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس فلا إذن الواهب، وبالنظر إلى التغاير حقيقة صحح الأمر بالقبض بعد المجلس إيداعاً لانحطاط رتبته عن القبول فتأمل . ووقع في بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث، نعم يرد على ما في الشروح الآخر فتدبر قوله: (وعن الثاني بأننا لا نسلم أن مقصود البائع النسخ) أقول: ولو علم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويجعل الملك

(١) صحيح أخرجه البخاري ٢٥٨٦ ومسلم ١٦٢٣ والنسائي ٢٥٨٦ والبيهقي ١٧٦٦ والطحاوي ٨٤٤، ومالك ٧٥١،٢، ٧٥٢ كلهم من حديث النعمان بن بشير .

وكذا أخرجه مسلم ١٦٢٣ وأبو داود ٣٥٤٢ والنسائي د. ٢٥٩، ٢٦٠ وابن ماجه ٢٣٧٥ والطحاوي ٨٦٤ وابن الجارود ٩٩٢ وابن حبان ٥١٠٦ والدارقطني ٤٢٣ والبيهقي ١٧٧٦ وأحمد ٢٦٩، ٢٧٠ من طرق عن داود بن أبي هند به بألفاظ مختلفة . وللحديث طرق كثيرة، وألفاظ مختلفة . ورواية البخاري: عن النعمان بن بشير «أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً، فقال: أَكُلْ وَلَدَكَ نَحَلْتُ مثله» فقال: لا . قال: فأرجعه .

الثاني فلأن حرف اللام للمتلك. وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام «فمن أعر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده» وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا. وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون

عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض، فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر قوله: (بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأننا أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول والقبول بتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به) أقول: لقائل أن يقول: إنما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث إن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لا من جميع الحيثيات، ألا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك، بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه، وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضاً، فإن تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركناً داخلياً في العقد، ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى إلى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض، وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد، وإلا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالإذن أيضاً فتأمل. والأولى في تقرير وجه الاستحسان في مسألتنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام في مسوطه ونقل عنه صاحب الغاية، وهو أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحيحاً، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الإقدام على الإيجاب له إذناً للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذناً للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة، إلا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس، لأن الإيجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس، بخلاف ما لو ثبت نصاً، لأن الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى قوله: (أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تملك العين) قال صاحب غاية البيان: ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر، لأنه قال: إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تملك العين، فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التملك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم، لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الإطعام في الآية مضافاً إلى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه.

أقول: يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالإضافة إلى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً للإطعام، وفي آية الكفارة لم يكن الأمر كذلك، فكان الإطعام فيها على أصل وضعه وهو الإباحة، ويرشدك إلى هذا التوجيه أنه قال في تنقيح الأصول في أوائل التقسيم الرابع: وفي قوله تعالى ﴿فإطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة ٨٩] إشارة إلى أن الأصل فيه هو الإباحة، والتمليك ملحق به لأن الإطعام جعل الغير طاعماً لا

﴿فحملني أبي على عاتقه إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال: «ألك ولد سواه؟» فقال نعم، فقال: «أكل ولدتك مثل هذا؟» فقال لا، فقال: «هذا جور» وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له: يعني

للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره، وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون. فإن قيل: حق الرجوع ثابت في الهبة أيضاً فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسليطاً. قلنا: ذلك في الهبة ليس بكلي؛ ألا يرى إلى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل قوله: (وقد تقدم لنا القول بالفتح) أقول: في أوائل العارية قال المصنف (وأما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تملك العين) أقول: في التلويح قالوا: والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك، وإلا فهو للإباحة انتهى. ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عينه ما ذكره في التلويح من جعله مفعولاً ثانياً له، فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية.

عارية لكنه يحتمل الهبة، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لأنه يراد به التملك، قال الله تعالى ﴿أو كسوتهم﴾ ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً: أي ملكه منه

جعله مالكا، والحق به التملك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى. وقال في التلويح: وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فإنما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لأنه لم يجعله طاعماً. قالوا: والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو للتملك وإلا فللإباحة انتهى فتأمل ترشد. ثم إنه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الأصل: وإذا قال: أطعمتك هذه الأرض فهو عارية، ولو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال: فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطنة أن إطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الأصل، لأن الظاهر منهما أن يكون قوله: أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقاً، ورواية الأصل صريح في أن قوله المذكور إنما يكون هبة إذا قيده بقوله فاقبضه، وأما إذا لم يقيده بذلك فيحتمل الأمرين: أي الهبة والعارية، وأن النظر المذكور لا يتجه أصلاً على ما في رواية الأصل، لأن التملك إنما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الإطعام، فلا ينافي أن يكون الإطعام في آية الكفارة على أصل وضعه وهو الإباحة قوله: (بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لا تطعم فيكون المراد إطعام غلتها) أقول: لقائل أن يقول: كون الأرض مما لا يطعم عينه إنما يقتضي أن لا يكون الإطعام المضاف إليها على حقيقته، ولا يقتضي أن لا يراد به تملك العين مجازاً كما أريد به ذلك إذا أضيف إلى ما يطعم عينه فإنهم حملوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الإطعام جعل الغير طاعماً: أي آكلًا لا جعله مالكا كما صرحوا به. والجواب أنه وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تملك العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المحل وإرادة الحال، كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الإطعام إلى ما يطعم عينه أن يراد به تملك العين وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله: (وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا) قال صاحب العناية: قوله لما قلنا: إشارة إلى قوله: فلأن حرف اللام للتملك، واقتضى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان. أقول: الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى قريبه وهو قوله: (فلقوله عليه الصلاة والسلام «فمن أضر عمري فهي للمعمر له ولو ورثته من بعده»^(١)) ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث، إذ لو كان مراده ما قاله: الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني، بل لو كان مراده

تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، وكذا لو شرط الرجوع صريحاً يبطل شرطه. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله فلان حرف اللام للتملك. وقوله: (فلان الحمل هو الإركاب حقيقة) يعني أنه تصرف في المنافع (فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة) لأن اللفظ قد يذكر للتملك، فإذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته. لا يقال: هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنهما للتملك العين، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنهما للتملك العين: يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ها هنا لأن

قوله: (لأن الحمل هو الإركاب حقيقة، يعني أنه تصرف) أقول: ضمير أنه راجع إلى الحمل قوله: (لما أشرنا إليه الخ) أقول: جواب لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ قوله: (والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيراً لاسم آخر، بخلاف قوله

(١) صحيح. بلفظ «من أضر رجلاً عمري له ولعقبه فقط قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أغير ولعقبه».

أخرجه مسلم ١٦٢٥ والنسائي ٢٧٥،٦ وابن ماجه ٢٣٨٠ والطحاوي ٩٣،٤ والبيهقي ١٧٢،٦ كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة عن جابر وورد من طريق آخر عن ابن شهاب.

أخرجه مسلم ١٦٢٥ وأبو داود ٣٥٥٣ والترمذي ١٣٥٠ والنسائي ٢٧٥،٦ وابن حبان ٥١٣٧ والطحاوي ٩٣،٤ ومالك ٧٥٦،٢ وابن الجارود ٩٨٧ والبخاري ١٧٢،٦ والبيهقي ٢١٩٦ وللحديث طرق كثيرة أخرى.

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل. (ولو قال داري لك هبة أو سكني هبة فهي عارية) لأن العارية محكم في تملك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم، وكذا إذا قال عمرى سكني أو نحلي سكني أو سكني صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود، بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له. قال: (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعي: تجوز في الوجهين لأنه عقد تملك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه، وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محللاً له،

ذلك لما ذكرها أصلاً، إذ قد سبق ذكر ما إذا قال: جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له وأما الثاني، ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرى إلا باشتغال هذه الصور على لفظة عمرى دون ما سبق، فلو كان مراده بقوله: لما قلنا: كون اللام في قوله: لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لإثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركاً كما لا يخفى. فإن قلت: لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة. قلت: كأن الشارحين المزبورين اغترأوا بذلك، ولكن يمكن التوجيه يجعل «ما» في قوله: لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فللقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث، وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر قوله: (وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته) يعني أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية، إلا أن يقول: صاحب الدابة أردت الهبة لأن هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين، فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته. قال في الكفاية: فإن قيل: كيف يستقيم قوله أن حقيقته الإركاب وقد ذكر في العارية أن قوله: حملتك لتمليك العين. قلنا: حقيقته الإركاب نظراً إلى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال، لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى. وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال: لا يقال: هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله: لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هنالك أن قوله: لأنهما لتمليك العين: يعني في العرف، فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله: ها هنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة: يعني في اللغة، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى: أقول: بقي إشكال وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفاً، فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به. وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به، وأما إذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقاً، إذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا

الحمل هو الإركاب حقيقة: يعني في اللغة، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام «المحنة مردودة». وقوله: (ولو قال داري لك هبة سكني أو سكني هبة) إنما هو بنصب هبة في الموضوعين إما على الحال أو التمييز لما في قوله داري لك من الإبهام. وقوله: (لأن العارية محكم في تملك المنافع) كان الواجب أن يقول: لأن سكنى محكم في تملك المنافع إذ هو المذكور في كلامه، ويجوز أن يقال: سكنى لا يحتمل إلا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم، وإن لم يذكره فلا يتغير به

نسكنها لكونه فعلاً) أقول: لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها «هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله» الآية، لأنه يبين لا تفسير بينهما فرق قوله: (وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم) أقول: وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة قوله: (إما أن يحتل القسمة أو لا، إلى قوله: فالثاني كالعبد والحیوان والبيت الصغير والأول كالدار الخ) أقول: قوله فالثاني ناظر إلى قوله أولاً، والأول ناظر إلى قوله إما أن يحتل القسمة.

وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوخ كالقرض والوصية. ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع

به، فعلى مقتضى الأصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الإركاب، وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تملك العين، فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم إرادة الهبة على أصل أبي حنيفة، وأن يحمل على الهبة وإن لم ينوها على أصلهما، مع أن وضع المسألة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الأول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل. ثم إن قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد، لأن حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالأدلة أو الإشارات على ما تقرر في علم الأصول، وفيما نحن فيه إن نوى الهبة يحمل عليها، وإن لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف، فأين هذا من ذلك قوله: (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويها من قبل) يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله: عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة»^(١) كذا في الشروح. أقول: ها هنا كلام، أما أولاً فلأن المتبادر من ذكر هذه المسألة منفصلة عن مسألة الحمل وعدم تقييدها بعدم إرادة الهبة، أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وإن نوى بالمنحة الهبة، وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله: منحتك هذا الثوب وقوله: حملتك على هذه الدابة عارية إذا لم يرد بهما الهبة. وقال في التعليل: لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادة الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر. وأما ثانياً فلأن تعليل هذه المسألة بما ذكره في كتاب العارية من قوله: عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة»^(٢) منظور فيه، إذ قد ذكر في المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا قال: منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة، ولو قال: منحتك هذه الأرض أو هذه الجارية فهو عارية. وقال: فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة، وإذا أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى. وهكذا ذكر في عامة المعتمرات، وقوله: عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة»^(٣) لا يفرق بين الفصلين، فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الأول فتأمل في التوجيه قوله: (لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) إذ الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، كذا في المبسوط

حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه، فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال، وإن شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيراً لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلاً، وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم. قال: (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة الخ) الموهوب إما أن يحتل القسمة أو لا. وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصاناً في ماله لا يحتل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتلها، فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير، والأول كالدار والبيت الكبير، ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة، والأول احتراز عما إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو الزرع في الأرض دونها، فإن الموهوب ليس بمحوز: أي ليس بمقبوض، والثاني عن المشاع. فإنه إذا جَزَ وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضاً لأنه غير مقسوم، ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه إلا

قوله: (وتصحح به ما ذكر) أقول: أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتل القسمة الخ، ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعاً قال المصنف: (لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول: فإن قيل: نحن لا ننازع في كون المشاع محلاً للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا. قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل قوله: (وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول: (معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم).

(١) جيد. تقدّم تخريجه في كتاب العارية قبل قليل.

(٢) تقدّم تخريجه في كتاب العارية.

(٣) تقدّم في كتاب العارية.

جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم، بخلاف ما لا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به، ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة. والمهابة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، والهبة لاقت العين، والوصية ليس من شرطها القبض،

والمحيط وعليه عامة الشراح. قال تاج الشريعة: لأن قوله: تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم، ونقله صاحب العناية بقليل بعد أن ذكر مختار العامة. أقول: ليس هذا بصحيح، لأن قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب، وإنما فعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها، والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير، فهل يقول: العاقل إن لفظ التكلم فعل المخاطب قوله: (وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلاً له، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام: وهذا: أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه: أي حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له، لأن المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله، ولا مانع ثمة فكان جائزاً. فإن قيل: لا نسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلاً؟ أجاب بقوله وكونه تبرعاً: يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً انتهى كلامه. أقول: تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه: الأول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف، وهذا لأن المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف: وهذا لأن المشاع الخ دليلاً على أصل مدعى الشافعي وهو قوله: وهذا لأن المشاع. والثاني أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال: فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله، ولا مانع ثمة فكان جائزاً، والباعث عليه جعله لفظ هذا إشارة إلى جوازه. والثالث أنه حمل قول المصنف: وكونه تبرعاً الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله: ولا مانع ثمة. والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله: وهذا لأن المشاع الخ إثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله: فيصح في المشاع لا إثبات أصل المدعي، ولفظ هذا إشارة إلى مضمون هاتيك الكبرى، فالمعنى وهذا: أي صحته في المشاع أو كونه صحيحاً في المشاع، لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلاً له، فلا يلزم حينئذ الوجهان الأولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية. أما الأول منهما فظاهر جداً. وأما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ إلى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق. ثم إن قوله: وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة، وهو أن يقال: إن عقد الهبة عقد تبرع، فلو قلنا: بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون إلزاماً عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال: كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع

محوزة مقسومة، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزاً، فإنه إذا وهب مشاعاً فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك، فعلم بهذا أن هبة المشاع فما يقسم وقعت جائزة في نفسها، ولكن توقف إثباتها للملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الإفراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة، ومعناه هبة مشاع لا تحتل القسمة جائزة، لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهراً، وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة، وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر. وقال الشافعي: هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعاً معناه مثبتة للملك الموهوب له، لأنه عقد تملك وهو ظاهر، وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه: يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم، فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه

قوله: (أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع، إلى قوله: وهو لا يتحقق بدون

مؤنة القسمة)

وكذا البيع الصحيح، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة

كالقرض والوصية: يعني أن الشروع في القرض والوصية، كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضاً من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية، وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر قوله: (ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) يعني أن في تجويز عقد الهبة في المشاع إلزام الواهب شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة، وذلك لا يجوز لزيادة الضرر. فإن قيل: هذا ضرر مرضي لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضاير من الضرر ما لم يكن مرضياً. أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها، كذا في العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني. أقول: في الجواب بحث لأنه إذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزماً لها لم يتم نفس هذا الدليل: أعني قوله ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة: لأن الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء إنما هو إلزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئاً يستلزمه حكمها، وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئاً من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء، فإذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة لا شيئاً يستلزمه حكمها فإين يلزم من تجويز هبة المشاع إلزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم إلزامه ما لم يلتزمه. لا يقال: الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة؟ لأننا نقول: لا نسلم أن حكم الهبة مطلقاً هو الملك المفروز بل حكمها هو الملك مطلقاً، ألا ترى أن هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعاً، مع أن حكمها هناك ليس الملك المفروز بل ريب بل هو الملك المشاع. ولو سلم أن حكمها مطلقاً هو الملك المفروز لم يصح قول المجيب: إن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها، لأن من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعاً، فلو كان حكمها مطلقاً هو الملك المفروز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز. هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إياؤه، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اهـ. أقول: كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط. أما الأول فلأنه وإن علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إياؤه إلا إن طلب

العقود بالإجماع، فإذا باع وخلق بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري، وإن كان البيع فاسداً والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف، والقبض شرط فيهما، وهذا: أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه: أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث، وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له، لأن المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله، ولا مانع ثمة فكان جائزاً. فإن قيل: لا نسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مطلقاً. أجاب بقوله وكونه تبرعاً: يعني لم يعد ذلك مطلقاً في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرصاً عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم

أقول: وفيه بحث، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إياؤه، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل قوله: (فإن قيل: لزمه المهاباة وفي إيجابها إلزام ما لم يلزم) أقول: ممنوع، فإن الإقدام على عقد الهبة التزام قوله: (والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول: أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ قوله: (لأن ذلك بالإتلاف) أقول: يعني ليس ذلك حكم العقد، بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد قوله فإن قيل: (القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول: فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصاً عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «يبدأ بيد عيناً بعين» ولزوم القبض لضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا قوله: (وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه: بحث.

عملاً بالشبهين، على أن القبض غير منصوص عليه فيه. ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس

شريكه إياها غير متعين بل محتمل، والإقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من احتمالات ذلك. وأما الثاني فلأن في رجوعه عن هبته ضرراً آخر له وهو جرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه، فكان في تجويز هبة المشاع إلزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز، وأيضاً هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المتاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه، على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك. ثم أقول: بقي شيء في أصل هذا التعليل، وهو أن واهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها، فإن رضي بها كان ملتزماً إياها فلم يكن في إلزامه مؤنة القسمة إلزامه ما لم يلتزمه، وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله: (قوله والمهابة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أنه إن لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهابة، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك. فأجاب بأن المهابة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، لأن المهابة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا إلزام فيه لا يقسم فلم يكن ذلك ضمناً في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم، هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ما هنا. وقال صاحب العناية بعد ذلك: ولقائل أن يقول: إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد، وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكماً والجواب بتخصيصه بذلك. ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجره القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه، وليس في غيره ذلك لأن المهابة لا يحتاج إليها كلامه. أقول: لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل، لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرع به إلزامه إخراج عين هي أجره القسمة عن ملكه، وليس ذلك في

فإن ذلك صحيح، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً. ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه لما ورينا من قوله عليه الصلاة والسلام «لا تصح الهبة إلا مقبوضة» والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التخصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده، وقبض المشاع ناقص لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه: أي بضم غير الموهوب إلى الموهوب أو بالعكس، فإن كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب، فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضاً من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه، ولأن في تجويزه إلزام الواهب شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر. فإن قيل هذا ضرر مرضي، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضرر من الضرر ما لم يكن مرضياً. أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضياً بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها، ولهذا: أي ولأن في تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم امتنع جوازها قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة، بخلاف ما لا يقسم لأن الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة، ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة. فإن قيل: لزمه المهابة، وفي إيجابها إلزام ما لم يلزم بالعقدة، ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك. أجاب بقوله والمهابة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به هو العين. ولقائل أن يقول: إن إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد، وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكماً. والجواب بتخصيصه بذلك. ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجره القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه، وليس في غيره ذلك لأن المهابة لا يحتاج إليها، ولا يلزم ما إذا أثلث الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع قوله: (والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية، وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية

الشيوع. قال: (ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فإن قسمه وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع. قال: (ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهنأ في سمس فالهبة فاسدة، فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم، ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه، والمعدوم ليس بمحل للملك فوق العقد باطلاً، فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتملك، وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم

المهابة، فلقاتل أن يقول: إن لم يكن في المهابة إلزامه إخراج عين عن ملكه ففيه إلزامه إزالة تقع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضرراً من الثاني مطلقاً غير مسلم، فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون إزالتها عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكثر ضرراً له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في صورتين معاً، غير أن الزائد عليها في إحداها العين وفي الأخرى المنفعة. والأظهر في الجواب عندي أن يقال: تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به، ولا يلزم التحكم لأن المحذور في إلزامه ما لم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المنافاة، فإن التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد، وفيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا تلزم المنافاة، فإن المهابة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين، فلم يصادف الإلزام والتبرع إذ ذاك محلاً واحداً فلا محذور فيه. ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال: والجواب الصحيح أن يقال: هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لا يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت. وقولهم: يؤدي ذلك إلى إلزام التهاؤ فتقول: لا نسلم لأن التهاؤ ليس بواجب لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإعارة لا تكون واجبة اه كلامه. أقول: لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهاؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب، وسيأتي بيان ذلك في فصل المهابة من كتاب القسمة، وما ذكره بقوله: لأن فيه

ليست كذلك، وكذلك البيع الصحيح، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وإن كان القبض فيها شرطاً للملك لكنه غير منصوب عليه فيها. فإن قيل: القبض في الصرف منصوب عليه فلا يصح نفيه. أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوباً عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه، ولأنها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة. فإن قيل: إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة، وما جازت فالجواب سيأتي، والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد، وعقد ضمان من وجه فإن المقرض مضمون بالمثل، فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه، ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملاً بالشبهين، على أن القبض فيه ليس منصوباً عليه فبراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وإن لم يلتزم فيه مؤنة القسمة (لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) فإنه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال، فكأنه إشارة إلى الوجه الأول، وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمشٍ في جميع الصور ولا يكون صحيحاً، وهو غلط لأنه علة النوعية لإثبات نوع الحكم، وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص (ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة، وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك، لكن أعادها تمهيداً لقوله: (فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض، حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت. قال: (ولو وهب دقيقاً في حنطة الخ) بنى كلامه ما هنا على أن المحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما إذا كان مشاعاً فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد، وذلك واضح لصلاحيه المشاع للمحلية دون المعدوم، وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة، وقوله لأن امتناع

قال المصنف: (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول: قال الرافعي في شرح الوجيز. الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه، ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم، ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره، وبه قال مالك وأحمد، وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك، وبالحق فقال: لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضاً.

والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع. قال: (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضاً) لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه. قال: (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينوب

إعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس، وقد صرحوا بأن القياس يأباه، ولكننا تركنا القياس بقوله تعالى ﴿لها شرب ولكن شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء ١٥٥] وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمه، فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمه يؤدي ذلك إلى إلزام التهاؤ مما لا يقبل المنع أصلاً قوله: (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضاً إلى قوله: أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين، ولو كان بيده مغبوباً أو بيع فاسد فوهبه إياه لم يحتاج إلى تجديده، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف، لو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان، كذا في العناية وغيرها. أقول: يرد على ظاهر قوله: أو يبيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع، وأشار إليه المصنف فيما سيأتي بعد أسطر بقوله: أو في ملك غيره في قوله: لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله: فوهبه إياه بعد قوله ببيع فاسد. فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعاً للفساد، فالمراد بقوله: فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه، بل لا يبتعد أن تجعل نفس الهبة فسخاً للبيع الفاسد اقتضاء، وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيده قول صاحب العناية: أو يبيع فاسد بقوله: بلا إذن البائع وقال: فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقباض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ.

الجواز للاتصال هو عدم إفادة ثبوت الملك، فلا يتوهم أنه اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير جائز لاحتاج إلى تجديد العقد عند الإفراز في المشاع كما في المعدوم، وإنما جعل الرهن في السمسمة والدقيق والحنطة معدوماً لأنه ليس بموجود بالفعل، وإنما يحدث بالعصر والطحن، ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة لأن عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة. وإذا كان العين في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد لانتهاء المانع وهو عدم القبض، فإذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة، والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا

انتهى. ففي قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى قال المصنف: (وهبة اللين في الضرع) أقول: قال صاحب التسهيل: أقول في البيوع إن النوى في التمر لا يجوز بيعه وإن أخرجه وسلمه إلا أن يجدد بيعاً جديداً للشك في وجوده، واللين في الضرع كذلك فينبغي أن لا تصح هبته وإن سلم كبيعته انتهى. قال المولى الشهير بخضر شاه رحمه الله تعالى: والفرق ظاهر، إذ الوجود بالفعل كاف في الهبة وإن لم يتعين به، بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع، ويشترط في انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة، والتقريب بعد هذا واضح قوله: (لا يحتاج إلى قبض) أقول: كناية عن الملك قوله: (لانتفاء المانع) أقول: وجود المقتضي وهو ظاهر، لكن يبقى هنا بحث، والأظهر أن يقال: لوجود الشرط وهو القبض قوله: (أو يبيع فاسد) أقول: بلا إذن البائع، فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقباض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته قوله: (قبل أطلق) أقول: القائل هو صاحب النهاية.

عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه، لأن يده كيده، بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً فاسداً، لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة، وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له، وكذلك كل من يعوله. (وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب) لأنه

أقول: لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره، إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع، لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول، والإيجاب هو الإذن من البائع. لا يقال: يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولي مال أحد بغير إذن ماله ببيعاً فاسداً ويقبضه المشتري. لأننا نقول: فإن أذن له المالك في ذلك يكون البيع بإذن البائع: أي المالك، وإن لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلاً، فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الأمانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر قوله: (وكذلك كل من يعوله) أي قبض الهبة لأجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الأخ والعم والأجنبي، كذا في الشروح. قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان: أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب وبعد الأب ووصيه، فأما مع وجود واحد منهم فلا، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً. لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حيثئذ، ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل: وأرى أنه لم يطلق، ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال: وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله: وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله: والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب اهـ كلامه. أقول: ليس هذا بتوجيه صحيح، إذ قد تقرر في كتب العربية أن القيد إذا كان مقدماً على المعطوف عليه فالظاهر تقييد

متجانسين، ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده، لأن الأول أقوى فينبغ عن الضعيف، ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينبغ عن قبض الضمان، ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه بإعلام ما وهبه له، وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبغ عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيعاً فاسداً لأنه في يد غيره) يعني في الأولين (أو في ملك غيره) يعني في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة، وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له) وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية، وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعم والأجنبي جاز له قبض الهبة لأجل اليتيم. قيل: أطلق جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أبو الأب وبعد الأب ووصيه، فأما مع وجود واحد منهم فلا، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حيثئذ؛ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع، فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة، وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد، وذلك لأنه قال: وكذلك كل من يعوله، وهو معطوف على قوله وكذلك

قوله: (للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول: فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل قوله: (وكذا إذا كان في حجر أجنبي) أقول: كاللقيط قوله: (وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف) أقول: لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الأب أيضاً قوله: (فالجواب أن عقله، إلى قوله: ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد الخ) أقول: يعني لم يعتبر عقله في التردد.

يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك المنافع. قال: (وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جدّ اليتيم أو وصيه جاز) لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابيه لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه) لأن له عليه يدا معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه (وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلاً لأنه نافع في حقه وهو من أهله، وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة. قال: (وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز) لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شوب (وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة، وقالوا يصح) لأن هذه هبة الجملة منهما، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشوب كما إذا رهن من

المعطوف به كقولنا: يوم الجمعة سرت وضربت زيداً وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق إلى الفهم في الخطايات، وأما إذا كان متأخراً عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضاً أصلاً، وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضمحل ما توهمه صاحب العناية قوله: (ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم، وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية: قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب: أي ويملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح، وكان هذا احترازاً عما ذكر في الإيضاح بقوله: وتأويل هذه المسألة أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً، وقال: إنما قلت هذا لأن في قوله: بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله: في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه. واقتضى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية. أقول: فيه نظر، لأن شيخ الإسلام خواهر زاده قال في مبسوطه: فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والأب والجد والأخ. وقالوا: يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عيالهم وإن كان الأب حاضراً كما في الزوج. ومنهم من فرق وقال: بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة إذا كانت في عياله حال حضرة الأب وحال غيبته، وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير، وفيما ذكر من الأقارب حق القبض حال غيبة الأب إذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الأب، إلى هنا كلامه، فظهر منه أن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول: المذكور فيصح أن يقع قوله: في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى. وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسألة المذكورة في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ

إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام، ووصيه كوصي الأب (وإن وهب للصغير أجنبي هبة تمت بقبض الأب لأنه يملك) الأمر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال: (وإذا وهب لليتيم هبة الخ) إذا وهب لليتيم مال فالقبض إلى من له التصرف في ماله وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه، لأن لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الأب، وإن كان اليتيم في حجر أمه: أي في كفنها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية، وكذا إذا كان في حجر

قوله: (قال صاحب النهاية، إلى قوله: ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول: قال الإمام جلال الدين الخبازي: من مشايخنا من سوى بين الزوج والأجنبي والأم والجد والأخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عيالهم وإن كان الأب حاضراً كما في الزوج، ومنهم من فرق إلى آخر ما ذكره، فحينئذ في قوله ليست رواية أخرى بحث.

رجلين. وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كمالاً، إذ لا تضاف فيه فلا شيوخ ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن (وفي الجامع الصغير: إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز، وقالوا: يجوز للغنيين أيضاً) جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تملك بغير بدل، وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم. وفي الأصل سوى بينهما فقال: وكذلك الصدقة لأن الشيوخ مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض. ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد، والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان. وقيل هذا هو

الإسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف: في الصحيح متعلقاً بقوله: ويملكه مع حضرة الأب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى، أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لأنه يقع حيث فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو إليه، وأما بعده من حيث المعنى فلأنه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً لقال ويملك مع حياة الأب بدل قوله: يملك مع حضرة الأب لأن الحضرة إنما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف قوله: (ولأن الملك يثبت لكل منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل: ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوخ، وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وليس منع الشيوخ لجواز الهبة إلا لذلك، وإذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك، إذ الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا استدلال من جانب الملك انتهى. ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التملك كذلك، وقال: والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى. أقول: كأنه فهم من قول صاحب العناية: وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط، فأورد عليه أنه لغا حيثنذ قول المصنف فيكون التملك كذلك، وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه عن

أجنبي يريه لأن له يداً معتبرة؛ ألا ترى أن أجنبياً آخر لا يتمكن من نزع من يده فيملك ما تمحض نفعاً في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الأربعة المذكورة، وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لأنه نافع في حقه وهو من أهله: أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعاً له. فإن قيل: عقد الصبي إما أن يكون معتبراً أولاً، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليته. فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار الحلف توفيرها أيضاً لأنه يفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزاً نظراً له، ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع والضرر سداً لباب المضرة عليه، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور فلا بد من جبره برأي الولي، وإذا وهب للصغير هبة ولها زوج فيما أن زفت إليه أو لا، فإن كان الأول جاز قبض زوجها لها لأن الأب قد فوّض أمورها إليه وهي حين زفها إليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها، وقبض الهبة من حفظ المال، لكن لا يبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز، وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها بجامع مثلها لأنه هو الصحيح. ومنهم من قال: إذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج لها وحضور الأب لا يمنع عن ذلك فإنه يملكه وإن حضر الأب في الصحيح، وهو احتراز عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع الحضور.

قوله: (وهذا استدلال من جانب الملك) أقول: لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لنا قول المصنف فيكون التملك كذلك، والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك.

الصحيح، والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين، ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز. ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه

الابتدائية في قوله: من جانب الملك، وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضاً كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل. ثم إن قوله والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب قوله: (ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: يجوز. ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الإحمال، أو يكون بعد الإجمال فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف، سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالنصف، وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً: أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً، وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة؛ ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جاز في رواية، وقد أشار إليه المصنف بقوله: عن أبي يوسف فيه روايتان. ثم إن صاحب النهاية جعل قول المصنف: ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا. قال صاحب النهاية: وإنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها، فإن كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لأن ذلك بحكم أنه يعولها وأن له عليها يدأ مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف. قال: (وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز الخ) وإذا وهب اثنان داراً من واحد جاز لانقضاء الشيوع، لأن الشيوع إما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوع، وإن كانت بالعكس لا تجوز عند أبي حنيفة، وقال: تجوز لأن هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التملك ولا شيوع في هبة الجملة كما إذا رهن من رجلين بل أولى لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتل القسمة دون الهبة، ثم إنه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى. ولأبي حنيفة أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة، وهذا الاستدلال من جانب التملك ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك، وإذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك، إذ الحكم يثبت بقدر دليله، وهذا استدلال من جانب الملك. وفيه إشارة إلى الجواب عما يقال الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين جميعاً، فأما إذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لأنه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازا شائعاً. ووجه ذلك أن يقال: إن سلمنا أن الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين، وأما المانع هو إلحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله، وليس المانع منحصراً فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله: (بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به. ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه، بل يثبت لكل واحد منهما كلاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل، وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة، ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال: وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض، والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال. ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع

قوله: (فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثي لشخص وهبت لك ثلثي لآخر، أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول: قوله لشخص متعلق بقوله وكقوله لآخر متعلق أيضاً له، والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثي وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثي، وقوله التفصيل بالصاد المهمة، وقوله بالتفضيل بالضاد المعجمة، وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل، والضمير في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف قوله: (وليس بظاهر) أقول: أي ما ذكره صاحب النهاية قوله: (لأن المصنف عطف) أقول: ظاهراً لقربه قوله: (على التفصيل بعد الإجمال) أقول: فإن قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ. قلنا: اتحاد التعليل: أي تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل.

روايتان، فأبو حنيفة مَرَّ على أصله، وكذا محمد. والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض.

تفصيلاً ابتدائياً حيث قال: ولو فصل ابتدائياً بالتنصيف من غير سابقة الإجمال بأن قال لأحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما، وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه. وقال صاحب العناية: بعد ذكر ما ذهب إليه صاحب النهاية ها هنا: وليس هذا بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال، فالظاهر أنه ليس ابتدائياً انتهى. أقول: يرشد إلى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال: ولو قال لأحدهما: نصفها وللآخر نصفها ولم يقل: ولو وهب لأحدهما نصفها وللآخر نصفها، إذ لو كان مراده العطف على أول المسألة الأولى لكانت المسألة الثانية مسألة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال: كما في سائر مسائل الهبة، ولما قال: ولو قال: علم أن مراده العطف على ما في آخر المسألة الأولى من التفصيل الواقع بعد الإجمال فيكون الفرق بين المسألتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه.

جميع العين لله تعالى على الخلو فلا شيوع فيها، وأما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض أنهما اثنان. وقيل هذا هو الصحيح، وتأويل ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازاً للهبة، ويجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما تملك بغير بدل. قال: (ولو وهب لرجلين داراً الخ) أعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداءً أو بعد الإجمال، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتنصيص بقوله وهبت لك ثلثي لشخص وهبت لك ثلثي الآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب، وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً: أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً مَرَّ على أصله، وجاز عند محمد مطلقاً مَرَّ على أصله، وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة، ففي المفاضلة لم يجوز في المساواة جَوَزَ في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي يوسف فيه روايتان، هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلاً ابتدائياً، ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف، وليس بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال، فالظاهر أنه ليس ابتدائياً. والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع، وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز. وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة إلى دليل، وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل إن في قوله إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض، وما ليس فيه خلاف من الأبعاض؛ فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيص بعد الإجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز، وإنما لا يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيص إذا لم يتقدمه الإجمال، وذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله، والمذكور في الكتاب يدل عليه. وأما صورة الجواز فليست بحاجة إلى الدليل لجريانها على أصله، ووضع دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال: ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض، خلا أنه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضاً، وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الإجمال كان لغواً كما في التنصيص في الهبة، لأن موجب العقد عند الإجمال تملك كل واحد منهما النصف، ولم يزد التفصيل على ذلك شيئاً فكان لغواً، وإذا خالفه كما في التثليث كان معتبراً ويفيد تفرق العقد، فكانه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملاً لكلام العاقل على الإفادة، وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الإجمال لأن عند الإجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت.

قوله: (وعلى صورته بالتساوي) أقول: الباء متعلق بالضمير في قوله صورته قوله: (وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول: القائل صاحب النهاية قوله: (وذلك لأنه يستدل) أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ قوله: (خلا أنه يستوي فيه المساواة) أقول: يعني يستوي في الرهن المساواة الخ.

باب الرجوع في الهبة

قال: (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي: لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»^(١) ولأن الرجوع يضاؤ التملك والعقد لا يقتضي ما يضاؤه، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التملك لكونه جزءاً له. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكاً غير لازم حتى يصح الرجوع أحتاج إلى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه قوله: (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية: هذا اللفظ يحتاج إلى القيود: أي إذا وهب هبة لأجنبي أو لذي رحم ليس بمحرّم أو لذي محرم ليس برحم وسلمها إليه ولم يقرن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والمعرض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها إما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه، وبين كون هذه القيود محتاجة إليها بما لا مزيد عليه. وقال صاحب العناية: والمراد بالأجنبي ها هنا من لم يكن ذا رحم محرّم منه، فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرّم كبنّي الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذی رحم كالأخ الرضاعي، وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان، ولا بد من قيدين آخرين: أحدهما وسلمها إليه. والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة، ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى. أقول: في قوله: وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش، إذ لو قصد بالتذكير في قوله: وحب وأجنبي الزوجان خلل فاحش، إذ لو قصد بالتذكیر فی قوله: وحب وأجنبي الزوجان خلل فاحش، إذ لو قصد بالتذكير في قوله: وحب وأجنبي إخراج المؤنت لخرج من هذه المسألة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بین الرجل والمرأة، وإنما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلین، ولا يخفى فساد ذلك، بل الصواب أن التذکیر الواقع فی هذه المسألة

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحاً، وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك، وهذا الباب لبيانه (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي ما هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه. فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرمًا ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي. وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدن آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه وقال الشافعي: (لا رجوع فيها لقوله ﷺ لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده) قوله: (بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره أنا لا

باب الرجوع في الهبة

قوله: (وهذا الباب لبيان) أقول: فيه بحث قوله: (فأرحم محرم) أقول: جر على الجوار قوله: (وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول: فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة بهب أحدهما لآخر، بل الوجه إحالة خروجه إلى القيد الثاني الذي لا بد منه فإن النساء يدخلن في أمثال تلك المسألة بالتبعية على ما علم قوله: (أحدهما وسلمها إليه) أقول: لا بد من هذا القيد، وإلا لا يكون رجوعاً بل امتناعاً ولا خلاف في جوازه قوله: (والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة) أقول: فيه شيء قوله: (والمقد لا يقتضي ما يضاهه) أقول: من الذي ادعى الاقتضاء قوله: (أي على الشافعي) أقول: الظاهر أن يقال على أصل

(١) جَيْد. أخرجه أبو داود ٣٥٣٩ والترمذي ١٢٩٩ والنسائي ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٨ وابن ماجه ٢٣٧٧ وأبو يعلى ٢٧١٧ وابن حبان ٥١٢٣ ابن جارود ٩٤٤ والدارقطني ٤٢، ٤٣ والبيهقي ٧٩، ١٨٠ وأحمد ٢٧، ٧٨ والطحاوي ٧٩، ٤ والحاكم ٤٦، ٤ والحاكم ٤٦، ٢ كلهم من حديث ابن

عباس وابن عمر إسناده صحيح، ورجاله ثقات، وقد صحّحه الحاكم، ووافقه الذهبي.
ولفظ أبي داود: **لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبَ هَبَةً، فِيرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمِثْلَ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمِثْلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْهَ.**

بهبته ما لم يشب منها» أي ما لم يعوض، ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته، إذ العقد يقبله، والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع وإثباته للولد لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى

ليس لإخراج المؤنث، وإنما هو للجري على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الأصول، وأن الزوجين إنما يخرجان من هذه المسألة بشان القيد اللذين اعترف الشارح المزبور أيضاً بأنه لا بد منهما، واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك إن لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة، إذ لا شك أن الزوجية من جملة تلك الموانع. ثم أقول: لمانع أن يمنع انفهام القيد الأول من ذينك القيد في أثناء كلام القدوري في مختصره، والعهد في هذه المسألة على القدوري لأنها من مسائل مختصره فتأمل قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها»^(١) أي ما لم يعوض) لا يقال: يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة. لأننا نقول: لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على المال، وإذا لا يكون قبل القبض والتسليم، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق، وذلك إنما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله: ما لم يشب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية، وهكذا ذكر في العناية أيضاً إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب، وقد أشار في الكافي أيضاً إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال: ولنا قوله: عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها»^(٢) أي لم يعوض، والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم

نسلم ذلك لأن التملك لم يتم لكونه جزءاً له قوله: (على أصله) أي على الشافعي فإن من أصله أن للأب حق الملك في مال ابنه لأنه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله ﷺ «الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها» أي ما لم يعوض) لا يقال: يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حقاً ولا حق لغيره قبل التسليم ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يشب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله (ولأن المقصود في الهبة هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه، وإلى من دونه ليخدمه، وإلى من يساويه ليعوضه، وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري إذا

الشافعي قوله: (فإن من أصله الخ) أقول: بل الظاهر أن المراد أصله في تجويز الرجوع قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته») أقول: ولك أن تأمل في أحقية الواهب بعد التسليم، فإن الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الأول، إلا أن يقال: الأحقية باعتبار أن للواهب حق التملك بالملك اللازم قوله: (ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول: فيه بحث، لأن للموهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر قوله: (ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما

(١) الراجح وقفه. أخرجه ابن ماجه ٢٣٨٧ والدارقطني ٤٤٣، والبيهقي ١٨١،٦ كلهم من حديث أبي هريرة «الرجل أحق بهبته ما لم يشب منها».

قال البيهقي: وهذا المتن بهذا الإسناد أليق وإبراهيم بن اسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع، والمحفوظ عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر قال: «من وهب هبة، فلم يشب، فهو أحق بهبته إلا لذي رحم» ثم ساق إسناداً إلى عمرو به، وقال: قال البخاري: هذا أصح. وقال البوصيري في الزوائد: في إسناده إبراهيم بن اسماعيل وهو ضعيف. وأورد من حديث ابن عباس من طريقين أحدهما عند الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٢٥،٤ والأخرى عند الدارقطني ٤٤٣، وفي إسناده محمد بن عبد الله العزمي قال الزيلعي: أعله عبد الحق في أحكامه بمحمد بن عبيد الله وقال ابن القطان كالتعقب عله: وهو لم يصل إلى العزمي إلى على لسان كذاب، وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي، فلعن الجناية منه. وأورد أيضاً من حديث ابن عمر أخرجه ولغظه «من وهب هبة، فهو أحق بهبته ما لم يشب منها، فإن رجع في هبته، فهو كالذي يقي» ثم يأكل قيته» وأورد أيضاً من حديث ابن عمر أخرجه الحاكم ٥٢،٢ والدارقطني ٤٣،٣ والبيهقي ١٨١،٦ «من وهب هبة، فهو أحق بها ما لم يشب منها». صححه الحاكم وقال: لم يخرجها إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا وسكت الذهبي. وأورد أيضاً من حديث ابن عمر أخرجه ولغظه «من وهب هبة، فهو أحق بهبته ما لم يشب منها، فإن رجع في هبته، فهو كالذي يقي» ثم يأكل قيته» وأورد أيضاً من حديث ابن عمر أخرجه ولغظه «من وهب هبة، فهو أحق بها ما لم يشب منها». صححه الحاكم وقال: لم يخرجها إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا وسكت الذهبي.

وقال البيهقي في المعرفة: غلط فيه عبد الله بن موسى والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر من قوله، فلا يبعد منه الغلط. اهـ الزيلعي ١٢٦،٤. الموصول طرقه ضعيفه، ورجح البيهقي وقفه. (٢) هو الحديث المتقدم.

رجوعاً. وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالعائد في قبته» وهذا لاستقباحه. ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال: (إلا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو

وإضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول: أكلنا خبز فلان الخباز وإن كان اشتراه منه، ولأنه أثبت للواهب حقاً أغلب من حق الموهوب له، ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض، إذ لا حق للموهوب له قبل القبض، ولأنه مدّ هذا الحق إلى وصول العوض إليه وإذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى. أقول: في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث. أما في الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع، فإن القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجاً عن حقيقة الهبة. ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه مجازاً باعتبار ما يؤول إليه كما في نحو (أراني أعصر خمراً) وقد جوزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك. وأما في الثاني فلأنه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعال مجرداً عن معنى التفضيل مؤولاً باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عارياً عن اللام والإضافة ومن، ومنه قوله تعالى «وهو أهون عليه» إذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة، فلم لا يجوز أن يعتبر مجرداً عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم يشب منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق. نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعال مستعملة في معنى التفضيل، لكن المعارض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصوداً في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض، ولا يخفى أن الاحتمال كاف في مقام المنع قاذح في مقام الاستدلال، على أن لقائل أن يقول: لو كان معنى التفضيل مقصوداً في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروهاً، ولما قال: النبي عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالعائد في قبته»^(١) لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب، فالوجه تجريد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقاً للمقامين وتوفيقاً للكلامين فتأمل. ثم إن بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضاً من تلك الوجوه حيث قال: هذا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح: يعني صاحب العناية. أقول: صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور قوله: (ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوّهه ليصونه

وجد بالمبيع عيباً (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله، والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا إلا الوالد فإن له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته، وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم وقوله: (في الكتاب) أي القدوري (فله الرجوع لبيان الحكم). أما الكراهة فلازمة لقوله ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» وهذا لاستقباحه لا لتحريمه (بديل قوله ﷺ في حديث آخر «العائد في هبته

لم يشب منها عن الفائلة الخ) أقول: هذا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح قوله: (لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوّهه ليصونه بجاهه الخ) أقول: المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعي حيث خص التعويض بالمتساوين والمدعي كان أعم قوله: (وإن لك يكن رجوعاً في الحكم) أقول: بل شراء قوله: (وهذا لاستقباحه لا لتحريمه) أقول: فيه بحث قوله: (بديل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول: الأظهر في رواية أخرى.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٢١ ومسلم ١٦٢٢ وأبو داود ٣٥٣٨ والنسائي ٣٦٦،٦ وابن ماجه ٢٣٨٥ وابن حبان ٥١٢١ والبيهقي ١٠٦٩٢ والطبراني ٢٦٤٩ والطحاوي ٧٧،٤ والبيهقي ١٨٠،٦ وأحمد ٣٤٢،٢٨٠،١ كلهم من حديث ابن عباس. وله شاهد من حديث ابن عمر وابن عباس تقدم تخريجه قبل حديثين.

تزيد زيادة متصلة) لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد.

بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه انتهى. وقال بعض الفضلاء: المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساويين والمدعى كان أعم انتهى. وقد سبقه إلى هذا الدخول الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية: قلت: فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث، ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعرض انتهى. أقول: يمكن توجيه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله: وإلى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي، وبالتعويض في قوله: إن المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال، فالمخصوص بالتساويين هو التعويض المالي، وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والأدنى والمساوي، والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعرض تأمل تفهم. واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية: توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة، لأن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه، ومنه يقال: الأيادي قروض انتهى. ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال: أقول: على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي أن يمتنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود، ولكن قوله: عليه الصلاة والسلام «ما لم يعرض»^(١) يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنفي العوض انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقيد بنفي العوض، فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الواهب إياه وإلغائه بل يحسب مروءة الموهوب له، وجرى العادة على التعويض، وبنفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك، بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروءة الموهوب له، ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى. ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول: الوجه المذكور علة نوعية لإثبات نوع الحكم، وذلك لا يستلزم الإطراد في كل صورة كما قالوا: مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر قوله: (لأنه يملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم، كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء: بل شراء إضراباً عن قوله: إن لم يكن رجوعاً في الحكم. أقول: ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الوالد ها هنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا مساس به بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم: للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء، على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع: فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه انتهى. وقال في الكفاية: من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك للإنفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات قوله: (وقوله في الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالعائد في قبته»^(٢) وهذا لاستقبحه) قال الشارح العيني: قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا أو القضاء، فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية؟ وكيف تكون إعانته على

كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته، وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع، موانع ذكر بعضها) يعني القدوري، وقد جمعها القائل في قوله:

موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه
فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له، والعين العوض، والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له، والزاي

(١) مراد المصنف ما تقدم قبل حديثين، وهو بلفظ «ما لم يُب» إنما رواه المصنف بمعناه.

(٢) تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

قال: (أو يموت أحد المتعاقدين) لأن يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال

المعصية التي هي معصية أخرى منتجة للجواز؟ وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال، وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه، فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً، وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه مكروه انتهى كلامه.

أقول: هذا الإشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا، فإن الذي كان مكروهاً إنما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها، والذي يكون محلاً للقضاء إنما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع، فإن القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له أرجع عن هبتك، بل يقول: لك الرجوع عنها مع كراهة فيه، وليس في قضائه هذا إعانة على أمر مكروه بل فيه إجراء حكم شرعي على أصل أئمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه، فإن رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكباً للمكروه بطوع نفسه لا بإعانة القاضي عليه، وإن امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها إليه يلزمه القاضي دفعها إليه، وليس فيه أيضاً إلزام المكروه لأن دفع الهبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وإن كان نفس الرجوع مكروهاً. ثم إن القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال، ولكن يجعل الضعيف قوياً والمختلف فيه متفقاً عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه. ثم إن الضعيف إذا كان ناشئاً من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الإقدام على الحكم بها سيما إذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الإشكال المذكور بحذافيره، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام قوله: (أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية: ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال: تورث زيادة في قيمة الموهوب اهـ. أقول: بل من ذلك القيد الآخر بدّ بقوله: أو تزيد زيادة متصلة، لأن ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وإن كان في صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال: فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة، فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصاناً، فربّ زيادة صورة كانت نقصاناً في المعنى كالإصبع الزائدة مثلاً اهـ. والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج إلى قيد زائد، ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ها هنا حيث قال: ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال. أما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فإنه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصاناً معنى كالإصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال: هكذا كله في الذخيرة. ثم أقول: بقي ها هنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالإصبع الزائدة لا تمنع الرجوع، مع أن الدليل الذي ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع، وهو أنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة مدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك

الزوجية، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب. وذكر المصنف فقال: (إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال: تورث زيادة في قيمة الموهوب، أما اشتراط الزيادة فلأن النقصان لا يمنع الرجوع، وأما اشتراط الاتصال فلأن المنفصلة لا تمنع، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع وإنما منعت المتصلة (لأنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل، ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصاناً، فربّ زيادة صورة كانت نقصاناً في المعنى كالإصبع الزائدة مثلاً، وطولب بالفرق بين الرذ بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بانعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالمكس. وأجيب بأن الرد في المنفصلة إما أن يرذ على الأصل والزيادة جميعاً، أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية، والأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد

حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه. قال: (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لأنه حصل بتسليطه فلا ينقصه، ولأنه تجدد الملك بتجديد سببه. قال: (فإن وهب لأخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً أو بني بيتاً أو دكاناً أو أرياً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لأن هذه زيادة متصلة. وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً، وقد تكون الأرض عظيمة يعدّ

الصورة أيضاً فليتأمل في التوجيه قوله: (فإن وهب لأخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً) قال صاحب العناية: هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اهـ. أقول: وجه التأخير أن للمصنف كره أن يفصل بين الألفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدوري يذكر مسألة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسألة، فإن المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه. وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه: إلا أن المصنف قد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المنحزمة والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله: وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها، ويقول: وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر، تبصر تقف قوله: (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) أقول: قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم، والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتربات، إذ الحكم فيما إذا باع نصفها مقسوماً كذلك قطعاً وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به، وكان وجه التقييد في الكتاب إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولى، فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها مقسوماً أولى كما لا يخفى، وسيأتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله: وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فتبصر قوله: (وقال زفر رحمه الله: يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقال زفر رحمه الله: يرجع بنصف العوض. أقول: هذا سهو، فإن المراد بالنصف في قول المصنف وقال زفر يرجع بالنصف إنما هو نصف الهبة دون نصف العوض، وهذا مع كونه ظاهراً من تقرير المصنف منصوح عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها قوله: (وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك: لأن الواهب إن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه. وقال تاج الشريعة: لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك

العقد، وكذلك الثاني لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة، ولا إلى الثاني لأنه تبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً وهو ربا، بخلاف الرجوع في الهبة فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه، بخلاف الرجوع في الهبة فإن الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (وإذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضاً، لأنه إن مات الموهوب له فقد انتقل الملك إلى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه، وكذلك إذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه ولأنه تجدد الملك بتجديد سببه) وهو التملك وتبدل الملك كبدل العين، وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب. قال: (فإن وهب لأخر أرضاً بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم. والآري هو المعلنف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء. وعند العرب الآري: الأخية، وهي عروة حبل تشد إليها الدابة في محبسها، فاعول من تآزى بالمكان: إذا أقام فيه، وقيد بقوله: (وكان ذلك زيادة فيها) والوالمحال لأن ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها، وكلامه واضح. وقوله: (وإذا قال الموهوب له للواهب) بيان الألفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع إلى الواهب

قوله: (هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول: إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل قوله: (لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول: ليس في محله.

ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها. قال: (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لأن الامتناع بقدر المانع (وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها) لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى. قال: (وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها»^(١) ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع. قال: (وإذا قال الموهب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود، وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً (وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من

الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتضى أثره صاحب العناية والشارح العيني. أقول: في قولهم: ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل، لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور: أي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع، فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس، إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة. فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواقع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتاً بخلاف القياس. واعترض بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال: فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس. أقول: هذا ساقط، لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً فما المحذور في ذلك، إذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس،

عوضاً يبطل به الرجوع، وأما إذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته، وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا، ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له، بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعاً صح (وإذا قبضه الواهب بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والإفراز لأنه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب داراً والعوض بيت منها أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع لأننا نعلم بيقين أنه قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافاً لزفر فإنه قال: التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا. والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به. فإن قيل: هل في قوله متبرعاً فائدة أو ذكره اتفاقاً؟ أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الأولى، وذلك لأن الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل، لأن

قوله: (ولا أن ينحصر العوض) أقول: معطوف على قوله أن يساوي الموهوب قال المصنف: (كبذل الخلع والصلح) أقول: قال في الكافي عن دم العمدة وإنما قيده به ليستقيم معنى الإسقاط قوله: (لكنه يشترط فيه) أقول: يعني يشترط في العوض قوله: (لأننا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول: مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضاً عن هبته قوله: (فلا يحصل به) أقول: فيه بحث قوله: (والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول: فيه بحث.

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤٤٣، والحاكم ٥٢٢، والبيهقي ١٨١٦، كلهم من حديث سمرة في إسناده عبد الله بن جعفر. قال الزيلعي في نصب الراية ١٢٧، ٤: قال ابن الجوزي في التحقيق: عبد الله بن جعفر هذا ضعيف وخطأه صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي. وقال: بل هو ثقة من رجال الصحيحين والضعيف هو والد علي بن المديني ورواه هذا الحديث كلهم ثقات، ولكنه حديث منكر، وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة أنه قد صححه الحاكم، وسكت عنه الذهبي! اهـ. وله علة ثانية وهي: اختلاف العلماء في سماع الحسن من سمرة، والأكثر على أنه لم يسمع منه سوى حديث العقبة، فالخير ضعيف والله أعلم.

الأجنبي كبدل الخلع والصلح. قال: (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم لو يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرذ ما بقي ثم يرجع) وقال زفر: يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر. ولنا أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء، وبالأستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده. قال: (وإن وهب داراً فعوضه من نصفها) رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف. قال: (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء: وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، فلا بد من الفصل

ألا ترى أنهم قالوا: كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بمورد النص، بخلاف ما ثبت به على وفق القياس، وإن أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاء فهو ممنوع، وإنما يكون كذلك لو كان قوله: وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو

الموهوب له يؤدي إلى المعوض ما أمر به ظاهراً فصار كتمويضه بنفسه، ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع، فكذلك إذا عوض بأمره، غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحاً. أما إذا كان بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فلأن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمراً بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان، ما لم يضمن (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرذ ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: (يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء، ولأن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق، إذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء إلا هو. وعورض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض، فإذا كان الكل في الابتداء عوضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداءً. وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها، وما نحن فيه ليس كذلك، فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لأنها تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل. والجواب عن قياس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام، وأما الواهب فيملك الهبة ابتداءً من غير أن يقابله شيء، ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم قوله: (لأنه) أي إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرذ ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسه ولم يرجع بشيء (لأنه) ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرذ ما بقي من العوض، وإن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر، كما لو رجع في النصف بلا عوض فإن قيل: قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما في

قوله: (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول: وكذلك في بيع العرض بالعرض. وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل قوله: (ولأن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء الخ) أقول: فيه بحث، فإن أحد الوجهين لا يستقل وجهاً إلا بملاحظة الآخر. ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا. ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء، وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق إذ به يظهر الخ قوله: (فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه) أقول: فيه تسامح، لأن الرجوع ليس من حكمه، والمراد في إيجاب ما هو كحكمه قوله: (لكونها تبرعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض) أقول: منقوض بمثل بيع الباقلة والجوز واللوز في قشره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة قوله: (وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول: يعني أن خلاف الشافعي متأخر، فكيف يبني الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد قوله: (والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت) أقول: أو التابعين، بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الإجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم قوله: (لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول: فيه بحث لا نتفاضه بكل

بالرضا أو بالقضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد

القضاء، وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء، وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، ولا تجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به. ثم إن الإمام المطرزي قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهياً إذا ضعف اهـ. وقد نقله عنه كثير من الشراح ها هنا ولم يتعرضوا له بشيء، ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال: وهو خطأ، لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اهـ. ولا يذهب على ذي فطنة أن الخطأ ها هنا إنما هو في كلام صاحب العناية، فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب: وإنما هو الوهي مقصور الوهاء، وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمل، ومن البين فيه قول صاحب المغرب: مصدر

الطلاق. أجب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق. قال: (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما الخ) لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالرضا أو القضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء. قيل لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي، وإذا كان كذلك كان ضعيفاً فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها كالهبة، فإنها لما ضعفت لكونها تبرعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض، وفيه نظر تقدم غير مرة، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت قوله: (وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير، ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع. قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي، وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ قوله: (وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل، وإن كان العوض لم يحصل (فإذا تردد) لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدى، وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخاً من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ. والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائياً، وها هنا تراضياً على رفع سبب غير لازم، وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل (حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع) كما إذا وهب الدار ثم رجع في نصفها، ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء، فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها قوله: (لأن العقد) هو الدليل على المطلوب. وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ ما تقدم من ثبوت حق الرجوع، وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له، ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الإطلاق ليشمل التراضي والقضاء. وقوله: (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر. وتقديره أن الرد بالعيب بعد القبض إنما كان في صورة القضاء خاصة، لأن الحق هناك في وصف السلامة، حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ، لأن العيب لا يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد تاماً لم يقتض

ما ثبت بالنص على خلاف القياس قوله: (قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي، وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول: قال مولانا إياس: وهذا خطأ عظيم لأن الرمي على وزن الرمي بسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول: والمذر للمصنف أن المد للمزاوجة قوله: (فإذا تردد لا بد من الفصل الخ) أقول: ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفريع على قوله وفي حصول المقصود الخ، وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث قوله: (ولو منعه فهلك قبله، إلى قوله: (بعده) أقول: يعني هلك قبل القضاء وبعد القضاء قوله: (والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك) أقول: جواب بإبداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه قوله: (فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول: فيه بحث قوله: (وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول: الضمير في قوله له راجع إلى صاحب الحق) قوله ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء أقول: فيه بحث قوله: (لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ) أقول: قوله هو راجع إلى ما.

وقع جائزاً موجباً حق الفسخ. فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق، بخلاف الرد بالعيب بعد

وهي الحبل يهي وهياً حيث قال: وهياً، ولو كان مقصوراً لقال: وها كما لا يخفى، وقد تظن الشارح العيني لهذا حيث قال: وقول صاحب العناية: لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد، والمصدر ها هنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه: ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال: فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله: وإنما هو الوهي: يعني بتسكين العين، ومخطيء من وجه في قوله: الوهاء بالمد خطأ لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول: في قل يلقى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك. وقد قال الجوهري: القلي البغض، فإن فتحت القاف مددت تقول: قلاء يقليه قل ي وقلاء اه كلامه. أقول: أخطأ هذا الشارح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضاً مصدراً، إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس، فمجيء القلاء مصدراً من قل ي يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضاً مصدراً من وهي يهي، فإن الأول مسموع دون الثاني. وقول صاحب المغرب: الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته إياه في قوله: الوهاء بالمد خطأ ينافي تصويره إياه في قوله: وإنما هو الوهي، لأن في قوله: هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي بتسكين الهاء، فكون الوهاء أيضاً مصدراً منه ينافي ذلك قطعاً. ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسألتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا: ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأنه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد، إذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته. ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض، وكذا بعده إن كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط إن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به، فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير اللازمة، لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه. وأما ثانياً فلأن قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذا لحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ، والحق ها هنا للواهب في الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتي. وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ها هنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر قوله: (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافتراقاً) قال صاحب العناية: في تعليل قوله لا في الفسخ: لأن العيب لا

الفسخ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما، وأما القاضي وإنما يقضي أولاً بما يقتضيه العقد من وصف السلامة، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافتراقاً، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا. وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافاً لزرع في غيره، وإذا رد المبيع يعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك، وإن كان بغيره فليس له ذلك قال: (وإذا تلفت العين الموهوبة الخ) وإذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لأنه عقد تبرع، وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له، أي للواهب احتراز عن المودع فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لأجله. فإن قيل: غره بإيجابه الملك له في المحل وإخياره بأنه ملكه، والغرور يوجب الضمان كالبايع إذا غر المشتري. أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقاً وقد تقدم. وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً، فإن ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع. أما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصاً، فإذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لا أن يقول بالياء فإنه يكون بيعاً ابتداء وانتهاء

القبض، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا. قال: (وإذا تلتقت العين الموهوبة واستحققتها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء) لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره. قال: (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع) لأنه هبة ابتداء (فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرذ بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لأنه بيع انتهاء. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: هو بيع ابتداء وانتهاء، لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً. ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه، إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه.

يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد تاماً لم يقتض الفسخ انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أنه إذا كان العقد تاماً لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم، ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب، وإن أراد أنه إذا كان العقد تاماً لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع، ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها» ولقوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر، فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضاً حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة البيع. فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال: لأن البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضي ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين لكون ذلك منافياً للزوم العقد، بخلاف عقد الهبة فإنه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين قوله: (ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل: ولنا أنه اشتمل على جهتين: جهة الهبة لفظاً، وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما انتهى. فيه مناقشة، وهي أن قوله لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما يفيد أولوية إعمال الشبهين والمدعي وجوب إعمالهما كما ترى فلا تقريب، ويمكن دفعها بعناية فتأمل.

بالإجماع، أما إذا كان بلفظ علي فإنه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرذ بالعيب وخيار الرؤية، وتستحق الشفعة فيه لأنه بيع انتهاء. وقال الشافعي وزفر: هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً وهو ظاهر. ولنا أنه اشتمل على جهتين: جهة الهبة لفظاً، وجهة البيع معنى، وأمكن الجمع بينهما، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما. أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر، وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم، وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض، وإذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة، فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض، كالهبة في المرض فإنها تبرع في الحال صورة ووصية معنى، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض، ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهائهما بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين، وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما، كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح أن يكون مالاً لنفسه.

قوله: (أجاب بأن الغرور، إلى قوله: وقد تقدم) أقول: يعني تقدم في المضاربة.

فصل

قال: (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة قوله: (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل في العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع، فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها،

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة. قال: (ومن وهب جارية إلا حملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام: قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء. وقسم منها ما يبطلان فيه جميعاً. وقسم منها ما يصحان فيه جميعاً. فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنه إذا وهب الجارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع، فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء، وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع، فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزء أو اللبنة في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحساناً دون الحمل. وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة، بخلاف الصوف واللبن، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبنة قوله: (وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) قوله: (بخلاف البيع والإجارة والرهن) إشارة إلى القسم الثاني (لأنها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه بالإعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في إمكان تجويز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء) في التجويز لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً (وها هنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع) وهي لا تجوز. فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة. أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة، وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أرفده بقوله: (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب

فصل ومن وهب جارية

قوله: (فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول: الأولى ترك كلمة من، إلا أن يقال: المراد ما نحن فيه في بيان جنسه قوله: (وأجيب أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة، بخلاف الصوف واللبن) أقول: فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع قوله: (وهذا: أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول: فإن قيل: الظاهر أن الإشارة إلى عدم البطلان بالشروط الفاسدة. قلنا: فيلزم المصادرة.

والإجارة والرهن لأنها تبطل بها. ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبهه الاستثناء، ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء، ولا يمكن

فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض، والقبض لا يفسد بالشروط، وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية. هذا زبدة ما في الشروح. وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال: ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل إلا في المملووظ، والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الأوصاف، واللفظ يرد على الذات لا على الأوصاف فلا يصح استثنائه لأنه ليس بمملووظ اه. أقول: فيه بحث، إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضاً لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعاً على ما صرحوا به قاطبة، وسيأتي في وصايا هذا الكتاب أن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح أفرادها، ولأنه يصح أفراد الحمل بالوصية فجاز استثنائه منه اه. وقال في الكافي هناك: فإن قيل: إذا لم يتناوله اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لأنه تصرف في المملووظ. قلنا: يكفي لصحة التزوي بزيه كما في استثناء إبليس، على أن صحته لا تقتقر إلى تناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ها هنا، وطولب بالفرق ها هنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع، فإنه إذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجزء الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فإن جاز له استحساناً، وفي الحمل لا يجوز. وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم وجوده حقيقة. بخلاف الصوف واللبن، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب، بخلاف الجزاء في الصوف والحلب في اللبن، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية إلى المبسوط. أقول: في كل من وجهي الجواب المذكور نظر. أما في وجه الأول فلأن ما في البطن لو لم يكن مالاً أصلاً ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح إعتاقه وتدبيره وإيصاؤه، وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه، ويدل على صحة الأولين أيضاً المسألتان الآتيتان ها هنا، وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز، وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز. وأما في وجه الثاني فلأن كون إخراج الولد ليس إليه إنما يقتضي عدم صحة الهبة فيما إذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال، وأما فيما إذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا، إذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب، ولعل هذا هو السر في أن قال بعض أصحابنا إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحساناً كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور، وقال: ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلاً لأن ما في البطن ليس بمال الخ. ثم أقول: على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالماً عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لأن مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة: لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع. وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضاً من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع، فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل. والجواب المذكور إنما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى، وذا لا

الجوالق وفيه طعام الزاهب، وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي. فإن قيل: هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الإعتاق غير مشابهة؟ قلت: نعم إذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثبوت، فإن الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح، ومسألة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين، والإعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء

تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك. قال: (فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرده عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة، والهبة لا تبطل بها، ألا ترى «أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر»^(١) بخلاف البيع «لأنه عليه الصلاة

يجدي شيئاً يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب قوله: (ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة. أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة، كذا في العناية أخذاً من النهاية أقول: ليس الجواب بسديد، أما أولاً فلأنه لو جعل الحمل مفصلاً في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب. وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة، إذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم إضرار التبعض وإضراره كما عرف فيما مر، فلم يتم قوله: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة. نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب، ولكنه أمر وراء احتمال القسمة. فإن قلت: المراد بقوله: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة

الحمل، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم (فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرده عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرده عليه شيئاً منها أو يعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً، فإن كونه عوضاً إنما هو بالفاظ تقدم ذكرها، وإنما بطل الشروط لأنها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد، لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق أو غير ذلك فمقيد بها، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. وأصل ذلك ما روي «أن رسول الله ﷺ أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها إليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له»، بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط» ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاولات والهبة ليست منها. قال: (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال إذا أديت إليّ النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل، لأن الإبراء تملك من وجه لارتداده بالرد، إسقاط من وجه لأنه لا يتوقف على القبول، وهبة الدين ممن عليه إبراء لأنه يرتد بالرد

(١) صحيح بغير هذا اللفظ. ورد في ذلك الحديث جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ «العمرى جائزة».

أخرجه مسلم ١٦٢٥ والنسائي ٢٧٤،٦ وابن ماجه ٣٣٨٣ والطحاوي ٩٢،٩٢،٤ وابن حبان ١٥٢٩ والبيهقي ٢٢١٤ وأبو يعلى ٢٢١٤ والبيهقي ١٧٣،٦ والطيالسي ١٧٤٣ وابن الأثير ٩٨٩ وأحمد ٣٠٢،٣ كلهم من حديث جابر. وأخرجه البخاري ٢٢٢٦ من حديث أبي هريرة وهناك روايات كثيرة تدل على إجازة العمرى منها «أمسكوا عليكم أموالكم لا تمروها فإنه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه» وهو من حديث جابر أخرجه مسلم ١٦٢٥ والنسائي ٢٧٤،٦ والبيهقي ١٧٣،٦ وأحمد ٣١٢،٣، ٣٨٩، ٣٨٦، ٣٧٤. والحديث الذي يدل على إبطال شرط المعمر أخرجه أبو داود ٣٥٥٧ من حديث جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ في امرأة من الأنصار أعطاه ابنها حديقة من نخل فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها. وله إخوة، فقال رسول الله ﷺ: هي لها حياتها، وموتها قال: كنت تصدقت بها عليها قال: ذلك أبعد لك».

وأيضاً حديث أخرجه مسلم ١٦٢٥ و٢٤ عن جابر بن عبد الله: «أن رسول الله ﷺ قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه، فهي له بثلثة لا يجوز للمعطي فيها شرطاً، ولا ثنياً» قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاءً فيه الموارث فقطعت الموارث شرطه وأخرج مسلم ١٦٢٥ عن جابر قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك فأنا إذا قال هي لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها قال منفر: وكان الزهري يفتي به.

والسلام نهى عن بيع وشرطه^(١) ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات. قال: (ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء. أو قال إذا أدت إلي النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) لأن الإبراء تملك من وجه إسقاط من وجه، وهبة الدين ممن عليه إبراء، وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تملكاً، ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطاً، ولهذا قلنا

بملك الواهب لا أنه كان مشاعاً يحتمل القسمة حقيقة، ولهذا قال: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعاً يحتمل القسمة، ويرشد إليه أن صاحب النهاية قال: بعد قوله: فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة، لأن هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوخ في الهبة حكماً لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعاً انتهى. قلت: مورد أصل السؤال قول المصنف بقي هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب، وما ذكرته إنما يصلح توجيهاً للثاني دون الأول فلا يتم الجواب، تأمل تقف. ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر ذكر السؤال والجواب المزبورين قال: وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله: أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى. أقول: فيه ركاكة ظاهرة، لأن الجواب المزبور إن كان مقبولاً عنده فاستشعار السؤال المسطور لا يقتضي إرداف الوجه الأول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الأول غير وارد عليه، وإن لم يكن مرضياً عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط قوله: (أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرده عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فلهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية: هذا على طريق اللف والنشر وإلا لا يصح: أعني أن قوله: على أن يرده عليه شيئاً متصل بقوله: أو وهب له داراً، وقوله: أو يعوضه شيئاً منها متصل بقوله: أو تصدق عليه بدار، وإنما قلنا: هذا لأنه لو وصل قوله: أو يعوضه شيئاً منها بقوله: أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولاً بقوله: أو تصدق عليه بدار، اللهم إلا إن أراد بقوله: أو يعوضه شيئاً منها أن يرده بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار، فيصح حينئذ صرف قوله: أو يعوضه شيئاً منها إلى قوله: وإذا وهب داراً إلا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة شيء بقوله: على أن يرده عليه شيئاً منها، انتهى كلامه. وقد اقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. أقول: في تحريرهما قصور إذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله: أو يعوضه شيئاً منها سيما بعد قوله: على أن يرده عليه شيئاً منها إنما هو أن يرده بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار، والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ إلا بتعسف بعيد، وهو أن يرجع ضمير منها في قوله: أو يعوضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور هنا أصلاً كلفظ الإعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيئاً من الأعواض لا من الدار، فاستبعاد إرادة المعنى الأول كما يشعر به لفظه اللهم إلا إن أراد بقوله: أو يعوضه شيئاً منها أن يرده بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب. ثم إن هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسألة قطعي في المعنى الأول فإنه قال: فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرده عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال: الهبة جائزة ولا يرده عليه ولا يعوضه شيئاً منها، إلى هنا لفظه. ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها، فاستبعاد إرادة

ولا يتوقف على القبول فكان تملكاً من وجه إسقاطاً من وجه. والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها إلى ما فيه تملك. فإن قيل: قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا تتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المدين منه أو وهبه له توقف على قبوله. أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث

إنه يرتدّ بالرد ولا يتوقف على القبول. والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها. قال: (والعمري جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما رويتنا. ومعناه أن يجعل داره

ذلك المعنى بل تجوز إرادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهراً، لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به، وكأن الإمام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله: أو يعوّض شيئاً منها فيه إشكال، فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط، وإن أراد به أن يعوّض عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله: على أن يرّد عليه شيئاً منها انتهى كلامه. أقول: ولو اطلع على أصل هذه المسألة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضاً، بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصاً في هذا الشق كما نبهت عليه آنفاً. ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسألة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الأول أصلاً، بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال: ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرّد عليه شيئاً منها أو يعوّضه لأن الردّ عليه لا يستلزم كونه عوضاً، فإن كونه عوضاً إنما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى. أقول: فيما قاله نظر، لأن الردّ عليه وإن لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به إلا أنه يشتمل ذلك ويعمه، إذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضاً عن كل الدار أنه مردود على الواهب، فكان قوله: على أن يرّد عليه شيئاً منها مغنياً عن قوله: أو يعوّضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة، وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله: أو يعوّضه شيئاً منها مصروحاً أيضاً إلى الهبة دون التصديق، وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام: رأيت في بعض الحواشي أن قوله: أو يعوّضه شيئاً منها يرجع إلى التصديق، فإنه إذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط، وإذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح. أقول: إذا وهب بشرط أن يعوّض شيئاً فالشرط باطل، وشرط العوض إنما يصح إذا كان معلوماً، فعلم أن قوله: أو يعوّضه يرجع إلى الهبة والصدقة، إلى هنا كلامه. وأقول: التوجيه الذي ذهب إليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسألة، فإن واضعها الإمام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه: أو يعوّضه ثلثها أو ربعها، ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم، فكان وضع المسألة فيما إذا كان العوض معلوماً، إلا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الإجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسألة فقالوا: أو يعوّضه شيئاً منها، فلفظ شيئاً من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول. ثم إن بعض العلماء ردّ على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال: فيه كلام، وهو أن المفهوم من هذا القول: أنه إذا وهب بشرط أن يعوّضه شيئاً معيناً من الموهوب يصح الشرط، لأن العوض معلوم مع أنه ليس كذلك، إذ قد صرح في غاية البيان بأنه إذا وهب داراً أو خمسة دراهم بشرط أن يعوّضه بيتاً معيناً منها أو درهماً واحداً من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد، لأن بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضاً وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض. وقال ذلك البعض: ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضاً كما لا يخفى انتهى. أقول: كلامه ناشيء من عدم تحقيق المقام وفهم المرام، فإن مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ردّ ذلك على أن يكون

إنه هبة الدين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخه فلهاذا توقف على القبول قوله: (قلنا إنه يرتدّ بالرد) يفيد بإطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروى عن السلف وقال بعضهم: يجب أن يرده في مجلس الإبراء والهبة. وقوله: (بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها: أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن

له عمره، وإذا مات تردّ عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما رويناهما أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقيى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: جائزة) لأن قوله داري لك تملك. وقوله رقيى شرط فاسد كالعمري. ولهما «أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وردّ الرقيى»^(١) ولأن معنى الرقيى عندهما إن مات

المراد بالتعويض في قوله: أو يعوّضه شيئاً منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة، فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي إنما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحاً، والأمر كذلك بلا ريب، وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعبريات هو أنه إذا شرط الواهب أن يعوّضه بعضاً من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط، وهذا أيضاً أمر مقرّر إلا عند زفر، ولكن كون الشرط صحيحاً في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي، فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض. نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلاً في أصل وضع هذه المسألة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جداً، فإن تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه، فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه قوله: (والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية: هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها اه. أقول: في قوله: والإبراء عن الدين منها خطب ظاهر، إذ قد مرّ أنّاً أن الإبراء تملك من وجه إسقاط من وجه. فكيف يكون من الإسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة، وهذا عجيب منه قوله: (وقال أبو يوسف جائزة لأن قوله داري لك تملك وقوله رقيى شرط فاسد كالعمري) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وعند أبي يوسف جائزة، لأن قوله: داري لك هبة وقوله: رقيى شرط فاسد، لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقيى مأخوذاً من المراقبة، وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكأنه قال رقة داري لك فصار كالعمري انتهى. أقول: في الصورة الثانية بحث، إذ على تقدير أن يكون معنى قوله: داري لك رقيى عند كون الرقيى مأخوذاً من الرقة رقة داري لك لا يثبت قوله، وقوله: رقيى شرط فاسد إذ لا فساد لأن يقال رقة داري لك في شيء كما ترى ولا يتم قوله: فصار كالعمري كما لا يخفى قوله: (ولأن معنى الرقيى عندهما إن مات قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية: يشير إلى أن أبا يوسف قال: بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا. وقيل: عليه أن اشتقاق الرقيى من الرقة مما لم يقل به أحد، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن، إلى هنا كلامه. أقول: لا شك أن المصنف يشير بقوله: المذكور إلى أن أبا

الدين منها. ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرهما (والعمري) وهو أن يجعل داره لشخص عمره، فإذا مات تردّ عليه (جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه) «أنه ﷺ أجاز العمري» (والشرط) وهو قوله فإذا مات تردّ عليه (باطل لما رويناه) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر، وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة (والرقيى) وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقيى (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لا تفيد ملك الرقة، وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أي وقت شاء لأنه تضمن إطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله داري لك هبة وقوله رقيى شرط فاسد) لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقيى مأخوذاً من المراقبة وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكأنه قال: رقة داري لك فصار كالعمري (ولهما) ما روى الشعبي عن شريح «(أن النبي ﷺ أجاز العمري وردّ الرقيى» ولأن معنى الرقيى عندهما أن يقول: إن مات قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته،

قوله: (فيكون قوله داري لك هبة) أقول: قوله هبة خبر يكون قوله: (وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول:

فيه.

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ١٢٨، ٤: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ١٨٥، ٢: لم أجده.

قبلك فهو لك، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به،

يوسف قال: بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر، ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد، بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم: وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة. فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع، فالتملك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمر. وقالوا: المراقبة في نفس التملك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتاً كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتي فإن متّ قبلك فهي لك وإن متّ قبل فهي لي، فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل، انتهى قولهم. فعلى هذا لا يتجه عليه أصلاً ما ذكره صاحب العناية بقوله: وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى. ثم إن صاحب غاية البيان قال في هذا المقام: وعندني قول أبي يوسف أصح، إذ غاية ما في الباب أن يقال: الشرط فاسد، ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الهبة إنما لا تبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التملك ابتداء، وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التملك، وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التملك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققته آنفاً ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده، ولو قال: داري لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف. والأصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة، وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط، ثم تفسير العمرى أن يقول: جعلت هذه الدار لك عمرك فإذا متّ فهي ردّ عليّ فيصح الهبة، لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التملك. وتفسير الحبيس أن يقول: هي حبيس عندي، فإن متّ فهي لك. وتفسير الرقبى أن يقول: هذه الدار لآخرنا موتاً، وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول: أراقب موتك وتراقب موتي فإن متّ فهي لك وإن متّ فهي باطلة، لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال، إلى هنا كلامه فاضمحلّ ما قاله صاحب العناية.

وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً وقوله لأن معنى الرقبى عندهما يشير إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير، بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا. وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن. فإن قيل: جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أجاز العمرى والرقبى؟» أجيب بأنه محمول على أنه ﷺ سئل عن الرقبى مفسراً بوجه واضح صحيح فأجاب بجوازها، والله تعالى أعلم.

فصل في الصدقة

قال: (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض) لأنه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل، وكذا إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب، وكذا إذا وهب الفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل. (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والأول سواء، وقد ذكرنا الفرق. ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب، فإذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل.

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالقها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعل لها فصلاً. قال: (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم إلا مقبوضة لأنها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعاً، لما بينا في الهبة أن الشئوع يمنع تمام القبض المشروط، ولا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها، وفيه تأمل فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله. ويمكن أن يقال: المراد به حصول الوعد بالثواب فإذا تصدق على غني بطل الرجوع استحساناً. وفي القياس له الرجوع لأن الغرض ثمة حصول العوض. ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب، وإذا وهب لفقير فكذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل، وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع، كما أنهما سواء في حق الفقير في عدمه، ولكن العامة قالوا: في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض، والتصدق على الغني لا يتنافى القرية قوله: (ومن نذر أن يتصدق بماله الخ) ذكرنا هذه المسألة مع وجوها في مسائل القضاء فلا يحتاج إلى الإعادة ها هنا، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب.

فصل في الصدقة

قوله: (فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول: كان يكفي في الإيراد أن يقال حصول الثواب إنما هو في الآخرة، فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لأن الله تعالى لا يخلف الميعاد.

كتاب الإجازات

(الإجازة عقد على المنافع بعوض) لأن الإجازة في اللغة بيع المنافع، والقياس يأبى جوازه لأن المعقود عليه

كتاب الإجازات

لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الإجازة، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع، ولأن في الأولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود. ثم لعقد الإجازة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الإجازات متصلاً بفصل الصدقة، كذا في الشروح. قال صاحب العناية: وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد. فإن لها نوعين: نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدواب، ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اهـ. أقول: فيه اختلال، لأنه إن أراد بالأفراد في قوله: ذات أفراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الأفراد لم تحصل فائدة في جمعها، إذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعهما للإشارة إلى أنها ذات أفراد كثيرة. على أن قوله: فإن لها نوعين لا يطابق المدعي حينئذ كما لا يخفى. وإن أراد بالأفراد في قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله: فإن لها نوعين الخ، إذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح إيرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة. وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جداً من كون أقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق. فالحق عندي أن يقال: إنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعاً مختلفة: نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى، ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صيغ ثوب أو خياطته. ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم. وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير إليها في الكتاب بقوله: والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين، والإشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب قوله: (الإجازة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء: ولو قال: تملك المنافع أو

كتاب الإجازات

لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الإجازة، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع، وسنذكر معنى الإجازة لغة وشرعية، وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد، فإن لها نوعين: نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدواب. ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما. ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل، فإن كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وإبل تحمل أثقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس. وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وأما شرطها فمعلومية البدلين. وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الألفاظ الموضوعية لعقد الإجازة. وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر إن شاء الله تعالى. قال: (الإجازة عقد على المنافع بعوض الخ) بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها، فالشرعي أولى بالتقديم. ولما كانت عبارة عن تملك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها، إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحساناً بالأثر، ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله ﷺ «أعطوا الأجير

كتاب الإجازات

قوله: (وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع) أقول: والعدم أيضاً مقدم على الوجود، وأيضاً تجري الهبة من الإجازة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة قوله: (ذات أفراد) أقول: الظاهر أن يقال ذات أنواع قوله: (نوع يرد على منافع الأعيان) أقول: أي المنافع التي ليست من الأعمال. قال المصنف: (الإجازة عقد على المنافع

المنفعة وهي معدومة، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها

نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح، فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمل، إلا أن يقال: المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليتأمل اه كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لو قال: تملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الأمر، فإن النكاح أيضاً تملك قطعاً لا استباحة محضة، وإلا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز، وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة، وقالوا: المستوفى بالنكاح مملوك للعقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة أنه اختص به انتفاعاً وحجراً. وقالوا: لا ينعقد النكاح بلفظ الإباحة والإحلال لأنه ليس بسبب ملك المتعة. وما ذكره الزيلعي ها هنا في شرحه للكنز من أن النكاح ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من أن النكاح تملك، حتى أن صاحب الكنز نفسه أيضاً صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المتعة قصداً ومخالف لما تقرر عندهم من أن الاعتياض لا يجوز في الإباحة، فإن من أباح شيئاً فإنما يتلفه على ملك المبيع، فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت إليه. والعجب أن ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور: ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله: النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة اه. ولا يخفى أن كلامه تدافعاً، فإن مدار الأول صحة ما ذكره الزيلعي، ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفاً لما تقرر فيما سبق.

ثم أقول: يمكن أن يقال: في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح أن المصنف قال: في أوائل كتاب النكاح: ولا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة في الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة. وقال صاحب الكافي والشرح هناك: وعن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الإجارة لأن المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة، وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى ﴿فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [النساء ٢٤] وهو يشعر بأنه مشاكل للإجارة، ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد إلا مؤبداً، والإجارة لا تنعقد إلا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى تصح الاستعارة؟ انتهى كلامهم. فإذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الإجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الإجارة بأنها عقد على المنافع بعوض، أو بأنها تملك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تقف. وقال في غاية البيان: وينبغي أن يقال: عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يطله اه. أقول: وهذا أيضاً ليس بسديد، إذ على تقدير أن يقال: كذلك يخرج من التعريف كثير من الإجازات كما يخرج النكاح، فإنهم صرحوا بأن المنافع في الإجازات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرض

أجره قبل أن يجف عرقه، فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد. وقوله عليه الصلاة والسلام «من استأجر أجيراً فليعلم أجره» فيه زيادة بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها (وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لأنها هي المعقود عليه، فالملك في البدلين أيضاً يقع ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضي التساوي، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها، وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يتمتع بلا عذر. أجاب بقوله: (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) إلزاماً للعقد في المقدار المعين، (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة)

بعوض) أقول: ولو قال تملك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فإن ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي، بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمل، إلا أن يقال: المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليتأمل. ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة فتدبر، ثم أقول: لم يقد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصداً إلى تعميم التعريف للإجارة الفاسدة، على أن من قيد إن أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشروع الأصلي، وإن عمم فلا حاجة إلى التقييد.

الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(١) وقوله عليه الصلاة والسلام «من

للزراعة، وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبح ثوب أو خياطته، وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم، وتعيين المدة إنما يجب في القسم الأول من تلك الأقسام الثلاثة دون القسمين الآخرين منها، فتخرج الإجازات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الإجارة على الوجه المذكور فيختل قطعاً قوله: (لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني: قيل فيه نظر، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطيت من كراء الأجير كما صرحوا به. قلت: قد بينت لك عن قريب أن الإجارة يجوز أن تكون مصدرأ فيستقيم الكلام. اهـ. أقول: النظر المزبور ظاهر ورود، لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر، وإنما الذي هو بيع المنافع الإيجارية وقد كان هذا خطر بيالي حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل أن أرى ما كتبه غيري. وأما الجواب الذي ذكره بقوله: قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشيء، لأن مراده بقوله: قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الإجازات بقوله: ولا يمنع أن تكون مصدرأ منه كما تقول: كتب يكتب كتابة بعد قوله: وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة، من أجره إذا أعطاه أجره، ولا يذهب عليك أن ذلك لا يجدي شيئاً في الجواب عن النظر المزبور. إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه، فكون الكتابة مصدرأ من كتب لا يقتضي كون الإجارة أيضاً مصدرأ من أجر، فإن الكتابة سمعت مصدرأ من كتب، وأما الإجارة فلم تسمع مصدرأ قط، والكلام فيما سمع من أهل اللغة لا في الاحتمال العقلي، على أنه لو سلم مجيء الإجارة في اللغة مصدرأ من أجره إذا أعطاه أجره كمجيء الأجر مصدرأ منه لم يستقم الكلام أيضاً، إذ لا تكون الإجارة حينئذ أيضاً في اللغة بيع المنافع بل تكون إعطاء الأجر، وقد قال المصنف: إن الإجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة، ثم إن صاحب العناية قال ها هنا: بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم اهـ. فيه بحث، لأن كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء على أنه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقاً للمعنى اللغوي أو مخالفاً له، مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الأصل المتقدم، فالوجه عندي ها هنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقداً على المنافع بعوض، ولكن طوى الصغرى فكانه قال: لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة. ومعناها في اللغة بيع المنافع. ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعي

يعني يترأخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني يثبتان معاً (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط

قال المصنف: (لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه لا بد من ضمنية لهذا التعليل حتى يتم، كأن يقال: ولم يثبت نقله في الشرع إلى معنى آخر. وأما ثانياً فلأنه مخالف لما في كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للأجرة قوله: (لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة) أقول: فيه بحث قوله: (فالشرعي أولى بالتقديم) أقول: فيه بحث.

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٤٤٣ والقضاعي في الشهاب ٧٤٤ كلاهما من حديث ابن عمر وورد من حديث أبي هريرة أخرجه أبو يعلى ٦٦٨٢ والبيهقي ١٢١،٦ وأبو نعيم في الحيلة ١٤٢،٧ في إسناده أبو يعلى عبد الله بن جعفر ضعيف وفي إسناده أبي نعيم عبد العزيز بن أبيان متروك الحديث.

وردد بإسناد صحيح من حديث أبي هريرة أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١٤٢،٤ والبيهقي ١٢١،٦. وورد أيضاً من حديث جابر أخرجه الخطيب في تاريخ بغداد ٣٣،٥ والطبراني في الأوسط كما في المجموع ٩٨،٤. قال الهيثمي: وفيه شرف بن قطامي، وهو ضعيف اهـ فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن.

استأجر أجيراً فليعلمه أجره^(١) وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول، ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة (ولا

على الدليل، تدبر فإنه وجه حسن قوله: (إلا أنا جؤزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إلا أنها جؤزت على خلاف القياس بالآثر لحاجة الناس فكان استحساناً بالآثر اهـ. أقول: في تقريره قصور، إذ المتبادر من قوله: إلا أنها جؤزت على خلاف القياس بالآثر، ومن قوله: فكان استحساناً بالآثر أن ينحصر دليل شرعيتها في الآثر وإلا لم تكن فائدة في ذكر قيد الآثر في الموضوعين، وليس ذلك بمنحصر في الآثر بل الكتاب أيضاً دليل عليها كقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ [الطلاق ٦] وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام ﴿أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج﴾ [القصص ٢٧] وكذا إجماع الأمة أيضاً دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره، بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطر المتأمل قوله: (وهي قوله عليه الصلاة والسلام «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»)^(٢) قال الشراح: فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحته. أقول: لقائل أن يقول: سيأتي في باب الإجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل، إذ لا شك أن الواجب الشرعي مأمور بإعطائه من قبل الشرع، فلم يكن الأمر بإعطائه الأجر دليل صحة العقد، اللهم إلا أن يقال: وقع الأمر في الحديث المذكور بإعطاء الأجر المضاف إلى الأجير حيث قال: «أعطوا الأجير أجره»^(٣) وذلك يفيد كون المراد بالأجر المأمور بإعطائه الأجر المسمى للأجير دون أجر المثل مطلقاً، والأمر بإعطاء الأجر المسمى للأجير لا يتصور إلا في الإجارة الصحيحة تبصر قوله: (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء: لا بد أن يتأمل في هذا المقام، فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد، فأي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اهـ كلامه. أقول: جواب هذا الإشكال ينكشف جداً بما ذكره صاحب غاية البيان ها هنا حيث قال: والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك، والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة، لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط

الخيار (ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا) من قوله ﷺ «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومية الأجرة شرطاً يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع، لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع وهو الأصل، والمعقود به وهو الأجرة كالتبع كالثمن في البيع، فإذا كان معلومية التبع شرطاً كان معلومية الأصل

قال المصنف: (والقياس يأبى جوازه) أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة باعتبار أنها عقد قال المصنف: (وقد شهدت بصحتها الآثار وهو الخ) أقول: هو راجع إلى الآثار أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر قال المصنف: (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول: لا بد أن يتأمل في هذا المقام، فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك؟ قال المصنف: (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) أقول: قال في المحيط البرهاني: الأصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمناً في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الإجازات، إلا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمناً انتهى. وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف قوله:

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» ومحمد ابن الحسن في «الآثار» كما في نصب الراية ١٣١،٤ كلاهما من حديث أبي هريرة وأخرجه أبو داود في المراسيل ١٤٢ وأحمد ٦٨،٣، ٥٩، ٧١ ومحمد الحسن كما في نصب الراية ١٣١،٤ كلاهما من حديث أبي سعيد الخدري «نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره» قال الزيلعي: ذكره عبد الحق في أحكامه وقال: وإبراهيم لم يدرك أبا سعيد، ورواه النسائي موقوفاً على أبي مسعود وكذا ابن أبي شيبة، وقال ابن أبي حاتم في الملل قال أبو زرعة: الصحيح موقوف اهـ والموقوف عند النسائي في الصغرى ٣٢،٧.

(٢) هو المتقدم قبل حديث واحد.

(٣) تقدم تخرجه قبل حديثين.

تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما رويناه، ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تقضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) لأن الأجرة

الخيار. وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال: اللفظان الصادران منهما مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاً ما وهو عقد بينهما، إذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى يجوز أن تنفك عن معلولاتها، فجاز أن يقال: العقد وجد وأنه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة، بخلاف العلل العقلية. فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر، إلى هنا كلام صاحب الغاية. فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به، وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى. ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال: بعد شرح قوله: وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع. فإن قيل: إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينقصد العقد فيها، وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بلا عذر. أجاب بقوله: والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني. أقول: فيه نظر لأنه إن تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد إقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، إذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الأولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر، وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الإقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة، ولا يتم قول المصنف: والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال، بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى، فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله: المذكور الجواب عن السؤال المزبور، بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح، سيما في غاية البيان فإنه قال فيها: بيان ما قلنا هو أن العقد لا بد له من محل، لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل، ولهذا قال الفقهاء: المحال شروط، ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة، ولا يصلح المعدوم محلاً للعقد فجعلت الدار محلاً للعقد بإقامتها مقام المنافع التي ستوجد، لأن الدار محل المنافع تصحيحاً للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإنجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في إفادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى

أولى بذلك (ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تقضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) وهو واضح، وما صلح أن يكون ثمناً في البيع صلح أن يكون أجرة، لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وليس كل ما يصلح ثمناً لا يصلح أجرة، لأن بعض ما لا يصلح ثمناً كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً إذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة، كما إذا استأجر داراً بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمناً، وفيه نظر فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبيين، فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين، فإذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمناً أصلاً قوله: (فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع الخ (لا ينفي صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة. ولقائل

(كالحيوان والثياب مثلاً) أقول: قال في المحيط البرهاني في الفصل الأول من الإجازات: وإذا كانت الأجرة عروضاً أو ثياباً يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عيناً فإعلامه بالإشارة، وإذا كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كانت عيناً انتهى قوله: (أو ثياباً) يعني بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تقرير الشارح قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول: فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما إذا باع الدار بالدار إذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى.

ثمن المنفعة، فتعتبر بضمن المبيع. وما لا يصلح ثمناً يصلح أجره أيضاً كالأعيان. فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره

فتدبر قوله: (وما لا يصلح ثمناً يصلح أجره أيضاً كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً، فإنها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما إذا استأجر داراً بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمناً، لما تقرر في البيوع أن الأموال ثلاثة: ثمن محض كالدرهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات، كذا في الشروح. قال صاحب العناية: وفيه نظر، فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين، فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين، فإذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر فيمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع. كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمناً أصلاً، إلى هنا كلامه. أقول: لا النظر شيء ولا الجواب. أما النظر فلأن مراد المصنف بالثمن ما هنا ما يجب في الذمة، وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيراً من الشراح يقولون: بعد قولهم: لأن الأجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال. وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة. ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضاً فيما بعد حيث قال: إن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة، ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال لأن تكون ثمناً بهذا المعنى، ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعاً بلا ثمن بهذا المعنى، ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع: وأنواع البيع أربعة: بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة، وبيعها بالدين أعني الثمن، وبيع الثمن بالثمن كبيع التقدين ويسمى الصرف، وبيع الدين بالعين ويسمى سلماً انتهى. حيث جعل الدين مقابلاً للعين، وفسر الدين بالثمن، وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة ما لا ثمن فيه أصلاً. نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضاً عن المبيع، نص عليه في المغرب وغيره، وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه، ويبطل كون المضايقة بيعاً بلا ثمن بذلك المعنى، ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجره أيضاً كالأعيان، فلا يرد النظر المزبور عليه جداً. وأما الجواب فلأنه من ضيق العطن إذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشا له. ثم أقول: بقي ما هنا شيء، وهو أن لقاتل أن يقول: لا شك أن مراد المصنف بالثمن في قوله: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجره أيضاً هو ما يجب في الذمة وأن تمثيله ما لا يصلح ثمناً بقوله: كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد، إلا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله: وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره على المعنى الذي يعم الدين والعين، وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز، وما صح ثمناً صح أجره على ذلك المعنى الأعم، مع أن ما ذكره المصنف في تعليل مسألة القدوري بقوله لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بضمن المبيع يتحمل التعميم لصورتين الدين والعين كما ترى. ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موفٍ حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضاً فإن ما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع على المعنى العام

أن يقول: الثمن عوض مالي الخ، ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقد والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة. قال: (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدّة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الإجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة، فتارة تصير معلومة بالمدّة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة مدة معلومة وكأنة ما كانت، لأن المدّة إذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فتصح إذا كانت غير متفاوتة بأن سمي ما يزرع فيها. فإن ما يزرع فيها متفاوت، فإذا لم يعين أفضى إلى النزاع المفسد للعقد. ولا فرق بين طويل المدّة وقصيرها عندنا إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان، لأن الحاجة التي جوزت الإجارة لها قد تمسّ إلى ذلك، وهي مدّة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد

لأنه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت. وقوله أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة إليها عسى، إلا أن في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة كي لا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار. قال: (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً على صبيغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبيغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة

للعين جاز أن يكون أجرة أيضاً كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمناً في البيع أصلاً وتصلح أجرة فيما إذا اختلفت جنس المنافع كما صرحوا به. حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسألة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال: تنميماً لهاتيك المسألة وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان، كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري، وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وأنه لا يجوز غيره، يبين ذلك أن الأعيان لا تكون أثماً وتكون أجرة، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب، إلى هنا لفظه. ولكن الإنصاف أن المنفعة كانت حقيقة بأن تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمناً ويصلح أجرة، فإن كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الأعيان منه، وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسألة القدوري، بخلاف كون الأعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضاً كما عرفت آنفاً قوله: (لأنه عوض مالي) أي لأن الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والأعيان مال فتصح أن تكون أجرة، كذا في النهاية وغيرها. وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال. ولقائل أن يقول: الثمن عوض مالي الخ. ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة، بخلاف الأجرة، إلى هنا كلامه. أقول: ولقائل أن يقول: إذا كان الثمن مشروطاً بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضاً مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسألة القدوري. فإن قيل: إن المشروط بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة. قلنا: فللقاتل أن يقول إذا كان ثمن المنفعة مخالفاً لثمن البيع في أن يكون أحدهما مشروطاً بشيء دون الآخر، فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف: لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل. وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: فيلزم خلؤ البيع عن الثمن فيما إذا بيع الدار بالدار، إذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اهـ. أقول: إن كان مراده بهذا الكلام مجرد إلزام صاحب العناية ببناء على ما قاله: في نظره السابق من أنه لو لم تصلح العين ثمناً كانت المقايضة بيعاً بلا ثمن وهو باطل فله وجه، وإن كان مراده به إيراد إشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح، إذ اللازم من الجواب المذكور خلؤ البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلؤه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة، والمحذور خلؤه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الأول كما بيناه من قبل قوله: (وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الإجارة، كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى. وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك: وفي بعض نسخ المختصر: وتارة تصير معلومة بالتسمية. أقول: لعل الصواب هذه النسخة، لأن المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط، بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبيغ وقدره

المتعاقدين فمنعه بعضهم لأن الظن في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الأحكام فصارت الإجارة مؤبدة معنى والتأيد يبطلها. وجوزّه آخرون منهم الخصاف لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالباً ولم يعتبر، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متعة ولم يجعل بمنزلة التأيد ليصح النكاح وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالباً وجعل ذلك نكاحاً مؤقتاً اعتباراً للصيغة قوله: ((إلا أن في الأوقاف)) يجوز أن يكون استثناء من قوله: أي مدة كانت، وإنما لا تجوز

صارت المنفعة معلومة فيصح العقد، وربما يقال: الإجارة قد تكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الأجير المشترك، وقد تكون عقداً على المنفعة كما في أجير الوجد، ولا بد من بيان الوقت. قال: (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلاً، لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا رآه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد.

في استئجار رجل على صبيغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال: لأنه إذا بين الثوب واللون والصبيغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد، فكما أن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والإشارة، كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط، بل إنما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الأمور اللازمة للبيان كما أشير إلى بعضها في الأمثلة المذكورة، فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع إلى نفس العقد وجه ظاهر. وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح، وإنما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار، أو بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله: (وربما يقال الإجارة قد تكون عقداً على العمل، إلى قوله: ولا بد من بيان الوقت) أقول: في هذا التقسيم نوع إشكال، إذ قد مر في صدر الكتاب أن الإجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة، وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، اللهم إلا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الإجارة قد تكون عقداً على منفعة العمل وقد تكون عقداً على منفعة الأعيان لكنه غير منهم من نفس اللفظ كما لا يخفى. ثم أقول: كان حقاً على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الأسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب، وقد وسطه في البين كما ترى، وكان صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث. واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الوجد حيث قال: ولنا فيه نظر لأن إجارة أجير الوجد أيضاً عقد على العمل، ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفاً، فلو قال صاحب الهداية: وقد تكون عقداً على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه. أقول: ليس هذا بشيء لأن إجارة أجير الوجد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوجد الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي في الكتاب، ولو كان عقداً على العمل لما استحقها بدون العمل بل إنما هي عقد على منافع نفسه مطلقاً ولهذا لا يتمكن من إيجاب منافعها لغيره، وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وسيظهر هذا كله في باب ضمان الأجير. وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستئجار على الأعمال لا يكون لحجة على المصنف. ولو مثل المصنف ما يكون عقداً على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوجد لفات التنبيه على أن إجارة أجير الوجد من هذا القسم وهو مقصود لخباء ذلك على البعض فنبه، والله أعلم.

في الأوقاف الإجارة إلى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعي المستأجر ملكها، هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يواجر أكثر من سنة، وأما إذا شرط فليس للمتولي أن يزيد على ذلك، فإن كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها. (وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الإجارة كما إذا استأجر رجلاً على صبيغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبيغ وقدره، أو استأجر خياطاً على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة، أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كما ذكر في الكتاب.

باب الأجر متى يستحق

قال: (الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو

باب الأجر متى يستحق

قال صاحب النهاية: لما ذكر أن صحة الإجارة موقوفة على أن تكون الأجرة معلومة احتاج إلى بيان وقت وجوبها فذكره، وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اهـ كلامه. واقتفى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركازة هذا التوجيه وسخافته، إذ لا يستدعي ذكر مجرد أن صحة الإجارة موقوفة على كون الأجرة معلومة بيان وجوبها فضلاً عن الاحتياج إلى بيان وقت وجوبها في باب على حدة، ألا يرى أن معلومية البديلين شرط في كثير من العقود؛ ولم يحتج في شيء منها إلى بيان وقت الوجوب في باب على حدة. وقال صاحب العناية: لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اهـ كلامه. أقول: فيه شيء وهو أن تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضاً كالهبة فإن الملك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر، وكالوصية فإن الملك هناك أيضاً يتأخر إلى وقت الموت فلا يتم القول بأن الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط. ثم أقول: الأظهر أن يقال: لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان استحقاق الأجرة وما يتعلق به من المسائل قوله: (الأجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة: أراد وجوب الأداء، أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد. وقال صاحب الكفاية: المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء، وبيان ذلك إجمالاً وتفصيلاً أما إجمالاً فلأن الأجرة لو كانت عبداً فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق، فلو كان نفس الوجوب ثابتاً لصح إعناقه كما في البيع. وأما تفصيلاً فلأنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الأداء، فكذا في جانب العوض انتهى. وقال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد: أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، كذا وجدت بخط شيخي. وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال: يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع، وفي كتاب التحري. وذكر في الإجازات أن الأجرة إذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد، وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل، فعامّة المشايخ على أن الصحيح ما

باب الأجر متى يستحق

لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل. قال: (الأجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد؛ معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن. والصواب أن يقال: معناه لا تملك لأن محمداً ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك، وما لا يملك لا يجب إيفاؤه. فإن قلت: فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه، وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم عليه أصلاً. قلت: أخرج الكلام مخرج الغالب، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة، ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله. وقال الشافعي: تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً، واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المعدومة

باب الأجر متى يستحق

قوله: (وجب إفرادها) أقول: أي إفراد المخالفة.

باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي: تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة

ذكره في الجامع وكتاب التحري. وقال بعضهم: ما ذكره في الإجازات قولاً لمحمد أولاً، وما ذكره في الجامع والتحري قوله: آخرأ، إلى هنا لفظ النهاية. أقول: تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع، فإنه قال في الذخيرة: إن الأجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال: ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة، فعلم منه أن الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس العقد فتم، بخلاف ما في الكتاب فإنه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الأجرة لا تجب في العقد، فلو كان معناه الأجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الأجرة لا تملك بمجرد العقد، إذ لا يلزم من عدم وجوب الأداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد: ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر إلى حلول الأجل، فإذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم. وقال صاحب العناية: قال صاحب النهاية: الأجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال: معناه لا تملك لأن محمداً ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب إيفاؤه. وقال: فإن قلت: فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أهم منه، وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلاً. قلت: أخرج الكلام مخرج الغالب، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه. أقول: لا السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن ذكر الأعم وإرادة الأخص إنما ليس بمجاز شائع إذا لم تتحقق قرينة مخصصة، وأما إذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في

صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل. فإن قيل: الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك. فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه، وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد. ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا، والعقد: أي عقد الإجارة معاوضة بلا خلاف، ومن قضية عقد المعاوضة المساواة. فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل وهو الأجر تحقيقاً للمساواة. وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لذلك. وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله. واعتراض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين، وله مطالب فيفسد العقد به. والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه

قال المصنف: (الأجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول: قال في الوقاية: ولا تجب الأجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى. قال صدر الشريعة في شرحه: فإن المستأجر إذا عجل الأجرة فالمعجل هو الأجرة الواجبة، بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى. وفي الفصل الثاني من إجازات المحيط البرهاني: يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً، هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري. وذكر في الإجازات أن الأجرة إذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد، وإذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل، عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحري، وبعضهم قالوا ما ذكر في الإجازات قول محمد أو لا، وما ذكر في الجامع والتحري قوله آخرأ انتهى. قوله: (فإن قلت: فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أهم منه) أقول: الظاهر أن مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فإنها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى قوله: (ليس مجاز شائع) أقول: الشيوع لأيهما قوله: (لعدم دلالة الأهم عليه أصلاً) أقول: إن أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فمسلّم ولا يفيد، وإن أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع، وإن شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشروحه قوله: (وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول: ممنوع، فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب.

تصحیح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل. ولنا أن العقد يتعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر. وإذا

كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد، وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على إرادة الأخص وهي قوله: وقال الشافعي: تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد: يدل على هذا كله قوله: وقال الشافعي تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً. وأما الثاني فلأنه إن أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعله مجازاً عن نفي التملك لم يكن مطابقاً لقوله. والصواب أن يقال: معناه لا تملك وإنما مورد السؤال ذلك، وإن أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازاً عن نفي التملك للعلاقة الاستلزام لم يحتج إلى قوله: أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الأجرة مما ثبتت في الذمة، لأن الأجرة كلها سواء كانت عيناً أو ديناً مما يملك، وإذا كان ما ثبتت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع أنواع الأجرة، ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج إلى أن يقال: أخرج الكلام مخرج الغالب، على أن قوله: وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع، فإن العين مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعاً. وقال بعضهم: فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل قوله وقال الشافعي: (تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: واستدل الشافعي بقوله: لأن المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة، ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله: لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى. أقول: هذا الإيراد ساقط، لأن المنافع المعدومة إذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه، لأن الشرع إنما يجعلها موجودة لأجل أن يترتب عليه ذلك الحكم، فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعاً عنه لزم أن يلغو جعل الشرع إياها موجودة وهذا خلف، وعن هذا قالوا: وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجوداً كما

معاوضة، والأول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره، والثاني ممنوع. فإن تعجيل البدل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة. وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهاق عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق، ولولا الملك لما صحت. وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة، وجوزّه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به، وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن، لأن موجبه ثبوت يد الاستيفاء، واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به. والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين، لأن الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك، على أنه أقيمت

قوله: (وقال الشافعي: تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً) أقول: ولك أن تقول: ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع، ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضاً، فإن المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة، وبتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر يجب تسليم الأجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل. وفي شرح الحاوي للفتوى: اعلم أن الأجرة إذا كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في أنها إن شرط فيها التأجيل والتنجم كانت مؤجلة أو منجمة، وإن شرط فيها التعجيل كانت معجلة، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضاً وملك جميعها المكري بنفس العقد واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر لأنه عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل، فيتعجل عند الإطلاق كالثمن انتهى. قوله: (لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول: ممنوع، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه.

استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية. وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله (وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم

جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكماء في حق الإرث والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح. نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير إليه في عامة المعتبرات، وهو أن جعل المعدوم موجوداً في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه، وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة إليه لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع، كإقامة السفر مقام المشقة وإقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك. فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأنه إذا أراد أن إفادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع، كيف وقد تقرّر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن يفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فإن الملك فيه يترأخى إلى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد، وإن أراد أن إفادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم، لكن هذا لا يفيد مدعي الشافعي، فإن مدعاه أن الأجرة تملك في الحال. والجواب المزبور إنما هو لتصحيح مدعاة فلا يتم التقريب. واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال: إن أراد أن إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيد، وإن أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكماً فغير مسلم انتهى. أقول: ما ذكره في كل من شقى تردده ليس بسديد. أما الأول فلأنه سلم كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن إفادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة؛ ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر. وأما الثاني فلأن الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية وإلا لم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي، فلما سلم أولاً كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكماً أيضاً، فالوجه الوجيه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل قوله: (وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله) قال في العناية: واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد. والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجازة أو من حيث كونه معاوضة، والأول

العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين، وهذا طريق سائغ شائع لكونه إقامة السبب مقام السبب، وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك قوله: (وإذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء. لا يقال: فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة، وأن يقول استيفاء المعقود عليه أو بالتتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتتمكن منه يقوم مقامه أحياناً، وبدل أحد الأقسام لا يكون قسماً بذاته، فإذا قبض المستأجر بإجازة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر، لأن الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الإجازة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لأنه غير متصور، فكان تسليم العين قائماً مقام

قوله: (وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول: إن أراد من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيد، وإن أراد من لوازم الوجود لوحكاً فغير مسلم قوله: (فإن تعجيل البذل واشترائه لا يخالفه) أقول: فيه بحث، وكيف لا يخالفه وقضيته المساواة، وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك في البذل الآخر يفوت المساواة. نعم مطلق شرط التعجيل لا ينافيها، ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل قوله: (من حيث المعاوضة) أقول: كما في البيع قوله: (لأن العقد سبب الخ) أقول: قال صاحب البدائع: ولأن الإبراء لا يصح إلا

مسلم، وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره، والثاني ممنوع، فإن تعجيل البدل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى. أقول: في الجواب نظر، أما أولاً فلأن حيثية كونه إجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة، فما يخالف مقتضى العقد من إحدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الأخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع ولا يستلزم تسليم الثاني ومنع الثاني منع الأول. فإن قيل: مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين. قلنا: فيلزم أن تكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الإجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه إجارة. ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل، على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطتا التعجيل في عقد الإجارة من حيث إنه إجارة لم يفسد العقد قطعاً. وأما ثانياً فلأن قوله: فإن تعجيل البدل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام، فإن من قضية المعاوضة المساواة، وبشرط تعجيل الأجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى. والأولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الإجارة لا يخالفه مقتضى العقد، فإن عقد الإجارة يقتضي التعجيل كالبيع، إلا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر، فإذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح. ثم قال صاحب العناية: وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهاق عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق، ولولا الملك لما صحت. وأجيب بأن صحة الإبراء على قول: أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة، وجوزّه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة، إذ اللفظ صالح للإثبات المحكم به، وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن، لأن موجب ثبوت يد

تسليم المنفعة، فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجر، واعتبر القيود، فإن بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الأجر، فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد كمن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر أمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب، أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب، أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك

بالقبول، فإذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما، ولا صحة إلا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف صحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت انتهى. وفيه بحث، فإنه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة، إلا أن يراد بالقبول معنى يعم عدم الرد قوله: (فظهر الانعقاد في حقه) أقول: إن أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا، وإن أراد غيره: فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله أبرأني إقرار بالمال المدعي فليتأمل قوله: (ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب) أقول: الإبراء عن القصاص بعد الجرح قوله: (والمنافع ليست كذلك) أقول: هذا مما لا يدل عليه من دليل. وفي البرازية تكاري دابة مسماة بغير عينها من كوفة إلى مكة، ذكر في الكتاب أنه يجوز، وذكر شيخ الإسلام ليس تفسيره أن يؤاجر إبلاً بغير عينها إلى مكة فإنه لا يجوز لأنه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الحموله، وقد قال المستأجر أحملني على إبل إلى مكة أو أحملني أو أحمل هذه الحموله، فيكون المعقود عليه في الذمة، ويفتي بالجواز للعرف انتهى. وسيجيء من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه، إلا أنه ذكر في الحواشي الجلالة دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً، فإنه قال: إن الدين محله الذمة، وهو لا يلتزم المنفعة في الذمي انتهى، فتأمل فيه. وقال الإمام الزليعي: وإنما جاز الاستئجار بالدين لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدلها أيضاً. وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً أصلاً انتهى، فتأمل في جميع ما ذكر.

الاستيفاء واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه، فكذا الرهن به انتهى كلامه. أقول: هذا كله مأخوذ من النهاية، إلا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله الإبراء عن الأجرة ليس بسديد، لأنه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الأجرة أيضاً وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة. وعن هذا قال المصنف: والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر، فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه، على أن ذلك التعليل لا يتمشى أصلاً فيما إذا كانت الأجرة منفعة أيضاً من خلاف جنس المعقود عليه فإنه صحيح بالإجماع على ما صرح به في عامة المعتررات، مع أن كلا من البديلين معدوم هناك قطعاً فلا فرق في الجانبين أصلاً كما لا يخفى. وأورد بعض الفضلاء على قوله: فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال: إن أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا، وإن أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله: أبرأني إقرار بالمال المدعي فليتأمل انتهى كلامه. أقول: قد أخذ أصل إبراده من البدائع وأنه ساقط. أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد: في جواز الإبراء عن الأجرة وجهين. وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ها هنا حيث قال: وجه قول محمد إن الإبراء لا يصح إلا بالقبول، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك، فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال: أعتقت، ولأن الإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، وسبب الوجوب ها هنا موجود وهو العقد المنعقد. والجواب أنه إن كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا، وإن كان يعني به شيئاً آخر فهو غير معقول. إلى هنا لفظ البدائع. وأما بيان أنه ساقط فلأنه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال: ومعنى جواز الإجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الأولى، وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية. وقال: ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال، ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه، ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الأول من إجازات المحيط البرهاني. وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الإقرار فليس بتمام أيضاً، إذ لا مخالفة بين المقامين أصلاً كما يظهر بالتأمل الصادق. ثم أقول: لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله: وسبب الوجوب ها هنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله: وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلاً، وكفى في إثبات قول محمد رحمه الله: وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الأجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال: إن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح، كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الأجرة أيضاً، وكفى في إثبات قول محمد: وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلاً مربوطاً أحدهما بالآخر كاف في السببية، ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية، فإن

ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لأن التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع. فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه؟ قلت: وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف، فإن حال

المحل مقامه إذا تمكن من الانتفاع بثبت به. قال: (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل

الانتقاد حكم الشرع يثبت وصفاً له شرعاً، والعمل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها، فجاز أن يقال: العقد وجد والانتقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة، وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا إن عقد الإجارة ينقصد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك. نعم يجوز أن يعتبر العقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانتقاد في حق المتعاقدين دون الانتقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفاً، لكن الأسلم في توجيه قول محمد: ها هنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد قوله: (وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) قال في النهاية: هذه المسألة مقيدة بقيود: أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الأجر. والثاني أن تكون الإجارة صحيحة، فإن في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء. ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة. والثالث أن يتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر. والرابع أن يكون متمكناً من الاستيفاء في المدة، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر. وإن تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة اهـ.

المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاقد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمتنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما، ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الأجر بقدره لوجوب الانقضاء في ذلك القدر. قال: (ومن استأجر داراً) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق المطالبة الأجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق ميئناً بالعقد أو لا، فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفقا عليه شهراً كان أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة التأجيل، إذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقاً للمساواة، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل، وإن كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة

قوله: (فإذا قبض، إلى قوله: في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول: لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف إليه العقد، فإنه إذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الأجرة، بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد. وفي المحيط البرهاني: يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد، فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلاً أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد، أو تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الأجر، حتى أن من استأجر دابة يوماً لأجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فإن استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد، وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد، فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر انتهى قوله: (ولم يستوفها وجب الأجر) أقول: وإذا استوفها وجب بالطريق الأولى قوله: (مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول: وفيه بحث، فإن الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول: وسلبها بعد مضي اليوم فذهب إليها الخ قوله: (كمن استأجر دابة في غير بغداد، إلى قوله: بغداد الخ) أقول: ولو سلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب إلى الكوفة لا يجب الأجر أيضاً عليهما قوله: (وعلى أن الإكراه والغصب مما يمتنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما) أقول: وفيه بحث، فإن صورة الغصب المذكورة في كلام المصنف قوله: (اعتماداً عليهما) أقول: يعني دالة الحال ودلالة العرف.

إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر، وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره. إذ الانفساخ في بعضها. قال: (ومن استأجر داراً فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنه استوفى منفعة مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لأنه بمنزلة التأجيل (وكذلك إجارة الأراضي) لما بينا (ومن استأجر بغيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لأن سير كل مرحلة

وقال: صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر: فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه؟ قلت: وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاقد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما اهـ كلامه. أقول: في آخر جوابه خلل. أما أولاً فلأن قوله: وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضاً على أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع، مع ركافة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله: والعرف فاش الخ، وإن كان معطوفاً على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتماداً على دلالة الحال والعرف، وعلى دلالة أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما، إذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع إلى الحال والعرف، وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان الانتفاع. وأما ثانياً فلأن قوله: وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضاً من القيود المقتصر عن ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى قوله: (لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة، وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعيان منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئاً كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة، فإن الخياط لا يستحق شيئاً من الأجرة وقبل الفراغ كما سيأتي. فإن قيل: قال المصنف: (فلا يتوزع الأجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور، فإن المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد، لأن شرط القياس الماثلة بين الأصل والفرع وهو متف، لأن في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره، ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الخياط شيئاً. فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوباً، وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض، وفي ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الخياط وجد تقديراً لأن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليماً تقديراً على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه، فإنه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة تحقيقاً للمساواة) بين البديلين (إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضي إلى عدمه، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة

مقصودة، وكذلك إجارة الأراضي (وإن استأجر بغيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم، وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة) وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعيان منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجل قبل استيفاء جملة المنفعة شيئاً كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة، فإن الخياط لا يستحق شيئاً من الأجرة وقبل الفراغ كما سيأتي. فإن قيل: قال المصنف: (فلا يتوزع الأجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور، فإن المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد، لأن شرط القياس الماثلة بين الأصل والفرع وهو متف، لأن في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره، ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الخياط شيئاً. فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوباً، وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض، وفي ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الخياط وجد تقديراً لأن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليماً تقديراً على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه، فإنه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة تحقيقاً للمساواة) بين البديلين (إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضي إلى عدمه، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة

مقصود. وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها، كما إذا كان المعقود عليه العمل. ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة، إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا

أقول: في قوله: كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر، إذ قد مر في البيوع أنه إذا بيع سلعة بثمان قبل للمشتري أدفع الثمن أولاً، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمان قبل لهما: سلماً معاً، ففي الصورة الأولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع، وفي صورتين الآخرين يستحق قبض البديلين معاً، وأما أن لا يستحق قبض الثمن إلا بعد تسليم المبيع فمما لم يقل: به أحد، والصواب ما هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: كما في المبيع فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن اهـ قوله: (وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيه خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية، فإنه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيراً يعمل له في بيته. وقالوا: لو استأجر خياطاً يخطط له في بيت المستأجر قميصاً وخاط بعضه فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاط، فإن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود. وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حيثئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الآخر يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال. وذكر الإمام قاضيه خان: ولهذا لو استأجر خياطاً ليخطط

المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة، وما أفضى وجوده إلى عدمه فهو متف (فقدرونا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لأن العمل في البعير غير متفّع به فلا يستوجب به الأجر) وهذا يشير إلى أنه لو كانا ثوبين ففرغ من أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه متفّع به (وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير متفّع به (إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيه خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية، وذكر عن كل ذلك نقلاً يدل على أن من استأجر خياطاً يخطط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خاطه. ونقل عن الذخيرة: يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال. ثم قال: ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم. وأقول: كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة، وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيناً لكل جزء حصة معلومة، إذ ليس لكم مثلاً أو للبدن أو للذوات حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهما وحيثئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب، ولعل

قوله: (فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول: فيه بحث، فإنه إذا بيع سلعة بثمان قبل للمشتري ادفع أو لا، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمان قبل لهما سلماً معاً كما سبق قبيل باب خيار الشرط، فهذا القول من الشارح لعله سهو، والحق عكس ما ذكره، كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب. قال في الكافي: فلما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الأجرة كما في البيع، فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن، بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيئاً من الثمن انتهى فليتأمل قوله: (ولا كذلك العمل لأنه لم يستلم من الخياط شيئاً) أقول: ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خاط بعضه قوله: (وجوباً) أقول: يعني في الذمة قوله: (إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول: وأيضاً تعين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر قوله: (فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول: فيه منع.

يتفرغ لغيره فيتضرر به، فقدردنا بما ذكرنا. قال: (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجره حتى يفرغ من العمل) لأن العمل في البعض غير متنتف به فلا يستوجب به الأجر، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا. قال: (إلا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم. قال: (ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته

له في منزلة كلما عمل عملاً يستحق الأجرة بقدره. وهكذا أيضاً في غيرها. ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى في هذا الحكم، والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده. إلى هنا لفظ صاحب النهاية. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة. وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة، إذ ليس لكم مثلاً أو للبدن أو للدوام^(١) حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهما وحيث يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب، ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه. أقول: ليس ما قاله بشيء، أما أولاً فلأننا لا نسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة، بل يكون أيضاً إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة، بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره. وقوله: إذ ليس لكم أو للبدن أو للدوام حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً. نعم ليس بشيء أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة، وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت حصة معلومة ما إذا عينا له حصة معلومة وصار حيثن ذلك جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر، إذ لا كلام لأحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ. وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال: وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، وإن كانت حصة ما استوفى معلومة، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فيحتمل يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلأنه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف مخالف قطعاً

هذا معتمد المصنف رحمه الله، قال: (ومن استأجر خبازاً ليخبز له) ذكر هذا البيان حكيمين: أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله، وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفاً. والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون، فإذا استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدينار لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل بالإخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فإن قيل: خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره، ومن عمل لواحد فهو أجير وحده، واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل. أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهراً للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً توقف استحقاقه على فراغ العمل (فإن أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأن عمله تم بالإخراج والتسليم وجد

قوله: (فقدردنا بما ذكرنا) أقول: يعني قدردنا استحساناً قوله: (قال في النهاية: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب، إلى قوله: ولكن نقل من التجريد (الخ) أقول: ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال: وعلى هذا الخياط يخط في منزله قميصاً، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلماً للعمل عنده انتهى.

(١) (قوله أو للدوام) هكذا في نسخ التكملة بالذال المهلهة والميم، وفي العناية «الدوائر» بالذال المعجمة والهمز، فليحرر اه مصححه.

قفيزاً من دقيق بلدهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم (فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأنه صار مسلماً

لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته، وليس بمطابق أيضاً لمفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر، لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً: أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا، فإنه قال: وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ، وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقاً قبل الفراغ بلا خلاف، فدل قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضاً، ولأنه قال: لما بينا، ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله: لأن العمل في البعض غير متتبع به، ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقاً، فأني يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور، ولعمري إن جملة ما ذكره صاحب العناية ها هنا موهوم محض، فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق. ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلاف رأي الشارح المزبور ها هنا حيث قال: في حاشيته على قول ذلك الشارح. وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ. وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر، بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال: فيه بحث: فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم. ثم قال: وجوابه ظاهر، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً أه كلامه. أقول: جوابه عن بحثه ليس بتأم إذ لا شك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ، ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال: لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة، كما أن للبايع أن يحبس المبيع لقبض الثمن، صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتمرات،

بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه جناية توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده) ولا ضمان على الأمين (وعندهما يضمن) لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك، ثم إذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار، إن شاء ضمنه مثل دقيقة ولا أجر له، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر، ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماداً لا قيمة له. قال في النهاية، هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري، وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق، أما عنده فلا لأنه لم يهلك من عمله، وأما على قولهما فلا لأنه هلك بعد التسليم، وهذا يتم إن كان الوضع في بيته تسليماً (ومن استأجر طباًخاً ليطبخ له طعام وليمة فعليه تفريره إلى القصاع) لأنه من تمام عمله عرفاً، وإن استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر عند أبي حنيفة بإقامتها) فإن أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لأن لا يصير مسلماً ما لم يصير لبناً، وما دام على الأرض لم يصير لبناً وقالوا: (لا يستحقه حتى يشرجه) أي ينضده بضم بعضه إلى بعض (لأن التشريح من تمام عمله) عرفاً، وباقي كلامه ظاهر. قال: (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر، والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء

قوله: (وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيناً الخ) أقول: فيه بحث قوله: (وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول: وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاطه في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر، بخلاف ما إذا خاط في غيره، وفيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم، وجوابه ظاهر، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً. قال المصنف: (ومن استأجر خياطاً ليخيز له في بيته الخ) أقول: في ميسوط السرخسي، وكذلك الرجل يستأجر الخياط ليخيز له في بيته دقيقاً معلوماً بأجر معلوم فخيزه ثم سرق فله الأجر تاماً، وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحساب ما

إليه بالوضع في بيته، ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية. قال: وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر. قال: (ومن استأجر طباًخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالعرف عليه) اعتباراً للعرف. قال: (ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يستحقها حتى يشرجها) لأن التشريح من تمام عمله، إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو المعبر فيما لم ينص عليه. ولأبي حنيفة أن العمل قد تم بالإقامة والتشريح عمل زائد كالنقل، ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريح بالنقل إلى موضع العمل، بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين متشتر، وبخلاف الخبز لأنه غير متفع به قبل الإخراج. قال: (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر) لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في المبيع، ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لأنه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده، ولا أجر له الهلاك المعقود عليه قبل التسليم.

وسأني في الكتاب، إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ إياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر، كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع إياه إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل، وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع إلى المشتري، والكلام ها هنا في ابتداء تحقيق استيجاب الأجر، ولهذا قال في الكتاب: وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجره حتى يفرغ من العمل، ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه، فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد قوله: (ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيزاً من دقيق بدوهم لم

البذل كما في البيع، فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البذل، والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك. فإن قيل: فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضرورياً فلا يتعدى إلى عدم الضمان، ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه، فالجواب ما أشار إليه بقوله لأنه غير متعد: يعني أن الضمان لا يلزم إلا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان، لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم. وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر، وسنذكره في باب ضمان الأخير. وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين، بل إنما هو قائم بالعامل أو بعين له، والحبس فيه غير متصور، وغسل الثوب نظير الحمل، يعني إذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء، وأما إذا كان فهي مسألة القصار وهذا مختار بعض المشايخ. واختاره

عمل، وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء، ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى. ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل في دفعها، فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلاً تماماً ولم يخبز البعض الآخر قوله: (أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ) أقول: الحمال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله، إلا أن يجعل قطع كل مرحلة عملاً على حدة قوله: (وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول: أما إذا استأجر خبازاً يوماً ليخبز له في بيته فإنه أجير واحد فيستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل قال المصنف: (فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) أقول: في الوقاية وإن احترق بعد ما أخرج فله الأجر وقبله لا، ولا غرم فيهما. وقال صدر الشريعة: أي في الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج. وقال صاحب الدرر والغرر: فيه بحث، أما أولاً فلأنه مخالف لما في شروح الهداية أن فيما قبل الإخراج غرماً حتى قال في غاية البيان: إنما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنور، لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعاً، وأما ثانياً فلأنه مخالف للقاعدة المقررة الآتي ذكرها من أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف: (لأنه مضمون عليه) أقول: تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر، وسيبين من بعد إن شاء الله تعالى قال: (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل، وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراذ حق حبسه لاستيفاء الجعل، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياء فكانه باعه منه فله حق الحبس، وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة. وقال زفر: ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس. ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع. قال: (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبلاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين.

يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية: ذكر هذا لبيان حكمين: أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آتفاً. والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون اهـ. أقول: فيه شيء، وهو أنه إذا علم من مسألة الخياط آتفاً أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ها هنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي أن يقصده العاقل. فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسألة إنما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد إليه أنه قال: لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور، ولم يقل حتى يفرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور، ولو كان مراده بيان الحكمين معاً لقال هكذا تدبر.

المصنف رحمه الله. وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان أن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين. قيل وهو الأصح، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله قوله: (وهذا بخلاف الآبق) جواب عما يقال الآبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم. ووجهه أن الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياء برده فكانه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة). وقال زفر: قيل هو مذهب الشافعي رحمهما الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم إلى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت صاحب. والجواب (أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم، فصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع، فإن للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه. قال: (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول إن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه، فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه، كان استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز، وإن أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لأن المستحق العمل ويمكن إيفاؤه بنفسه، وبلاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين، والله أعلم.

قال المصنف: (ألا ترى أنه يتضح به) أقول: فيه إشارة إلى الجواب عن دليلهما الثاني: يعني أن العرف مشترك، فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريع. وفي القاموس: التشريع: نضد اللبن. قال المصنف: (ومراده إذا كانوا الخ) أقول: في البيزاية: إن لم يكونوا معلومين فالإجارة فاسدة، وفي الدرر والغرر: وإن لم يكن عياله معلومين فله كل الأجر فتأمل فإنه لا مخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية.

فصل

(ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاه بمن بقي فله الأجر بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عيه فيستحق العوض بقدره، ومراده إذا كانوا معلومين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلان ميتاً فردّه فلا أجر له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية: لما ذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى. أقول: فيه نوع خلل، لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك في باب آخر أت عقيب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة، بل إنما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب. وقال في غاية البيان والعناية: لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه، وعقبه لأصل الباب لأن استحقاق تمام الأجر هو الأصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتاً فجاه بالباقي) فإما أن يكون على جماعة معلومي العدد أولاً، فإن كان الثاني استحق جميع الأجرة، وإن كان الأول (فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني، واختاره المصنف وإليه أشار بقوله: (ومراده) يعني القدوري رحمه الله (إذا كانوا معلومين، وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتاً) فإما أن يرّد الكتاب أو لا، فإن كان الثاني استحق أجر الذهاب بالإجماع، وإن كان الأول (فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب، ووقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب، وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له. ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الأجر. كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتاً فردّه فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام، وليس بناهض على محمد، لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المباشرة ولم ينقض ما قطعه منها، والله أعلم.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقبيده، وذكر أيضاً من الأفعال ما يعدّ خلافاً من الأجير للمؤجر وما لا يعدّ خلافاً. قال: (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى النخ) قبل صورة المسألة أن يقول: استأجرت هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وإن لم يبين، لأن العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكناً. وفي القياس: لا يجوز لأن المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع، فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك. ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصاً فينصرف إليه قوله: (ولأنه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد تفاوتت

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قوله: (باب ما يجوز من الإجارة) أقول: لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيتضح وجه التأخير لأن التفصيل بعد الإجمال فليتأمل.

محمد: له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته. ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة (وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع) لأن الحمل لم ينتقض (وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فلذهب فوجد فلاناً ميثاً فزده فلا أجر له في قولهم جميعاً) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام، بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر. قال: (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيها السكنى

وتقييده، وذكر أيضاً من الأفعال ما يعدّ خلافاً من الأجبر للمؤجر وما لا يعدّ خلافاً انتهى. أقول: فيه أيضاً شيء فتأمل قوله: (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة: قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار: يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى، لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى، والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه. ومال أكثر الشراح إلى سمته في تصوير هذه المسألة، غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال: ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار: أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها، وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده، وهو الظاهر من كلام القدوري، إلى هنا كلامه. أقول: فيما قال تاج الشريعة كلام. أما أولاً فلأنه لو كان قوله: للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله: للسكنى فائدة أصلاً، لأنه إما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى، أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى، فإن كان الأول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز، إذ الظاهر أن الحكم في استئجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز، وإن كان الثاني فهو من قبيل اللغو، فإن كون الدور والحوانيت مما يعدّ للسكنى غني عن البيان غير خفي على أحد. وأما ثانياً فلأن قوله: لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع، لأنه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز، لأن التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به، ولهذا إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب، ف فيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد. ثم الإنصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في وضع هذه المسألة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى قوله: (لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه) وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح كما ردّ على صدر الشريعة حيث قال: لا، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه لا يتفاوت فصيح العقد لأنه لا ينتظمه قوله: وله أن يعمل كل شيء سوى موهن البناء، بل لأن الأصل أن كل عمل لا يضرّ البناء يستحقه بمطلق العقد، انتهى كلامه. أقول: ليس شيء من شطري كلامه بسديد. أما شطره الأول فلأن مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق

السكان فلا بد من بيانه. ووجهه أن السكنى لا تتفاوت، وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح (وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والإسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للإطلاق) أي لإطلاق العقد فإنه ليس بمقيد بشيء دون شيء (إلا أنه لا يسكن حداً ولا قصاراً ولا طحاناً) بالماء أو الدابة

قال المصنف: (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول: في الفصل الحادي عشر من إجازات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث: إذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكنها جميعاً فلا أجر لها. قال: وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتخبز، هكذا ذكر انتهى.

فينصرف إليه، وأنه لا يتفاوت فصح العقد (وله أن يعمل كل شيء) للإطلاق (إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً لأن فيه ضرراً ظاهراً) لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة. قال: (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة)

العمل إلى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على إطلاقها، فله أن يعمل كل شيء منها لهذا الإطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه. ولا منافاة بين القول: بصرف العرف مطلق العمل إلى أعمال السكنى وبين القول: بأن له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لإطلاق عمل السكنى نظراً إلى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره. وأما شرطه الثاني فلأنه لو كان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير إلى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضاً ولم يقل به أحد، بل صرحوا في عامة المعبريات بأنه مصروف بالعرف إلى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان، وقالوا: إن هذا استحسان. وفي القياس لا يصح، لأن مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية إلى النزاع كما في استئجار الأراضي للزراعة قوله: (وأنه لا يتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية: هذا جواب عما عسى أن يقال: سلمنا أن السكنى متعارف، ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه. وقال بعض الفضلاء: لا مساس لهذا السؤال بالمقام، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى. أقول: لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهواً من الكاتب بدلاً من لفظ السكنى، فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر. وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها، ولما كان تفاوت السكان في العمل سبباً لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصراً للمسافة، ويرشد إليه قول ووجهه: يعني وجه الجواب أن السكنى لا تتفاوت، وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال: إن السكنى لا تتفاوت، ولم يقل إن السكان لا يتفاوتون، تدبر ترشد. وقال الشارح العيني: وفي بعض النسخ: ولأنه لا يتفاوت، وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال: هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف إلخ. أقول: كلامه ليس بصحيح. أما أولاً فلأن صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط. وأما ثانياً فلأن جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جواباً عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة، ولأنه بل يابهاها إذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف: هذا دليلاً آخر مستقلاً، والذي يكون جواباً عن سؤال مقدر إنما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال: هذا جواب عما عسى أن يقال إلخ، وإن أراد أن المذكور في لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضاً، بل المذكور فيما رأيناه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام قوله: (لأن فيه ضرراً ظاهراً لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة)

دون اليد إن لم يوهن البناء، وفي الجملة كل ما لم يتضرر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به. وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء. وقوله حداداً يكون نصباً على الحال، ويتنفي به الإسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء، ويجوز أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به، ويتنفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة موهودة فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من البيان نفياً

قيل: في المعنى إن التسليم شرط لصحة الإجارة، ولوجوب الأجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة، والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة إن لم يكن مستحقاً عليها حكماً، إما إسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكماً. وقوله بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم. قلنا: لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة قوله: (للسكنى) أقول: حال من الدور والحوانيت: أي كائنتين معدتين للسكنى قوله: (ولأنه لا يتفاوت) أقول: الظاهر وأنه لا يتفاوت قوله: (جواب عما عسى أن يقال سلمنا إلخ) أقول: لا مساس لهذا السؤال بالمقام، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن قوله: (لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول: فيه رد على الاتقاني، ولكن بقي هنا كلام، وهو أن اتحاد المناط

لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط) لأن الإجازة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد، بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجازة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء) لأنه لما فوّض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة. قال: (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً) لأنها منفعة تقصد بالأراضي (ثم إذا انقضت مدة الإجازة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لا نهاية لهما وفي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض،

أقول: لقاتل أن يقول: الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالأمثلة المذكورة فصار مخالفاً لقوله: فيما مرّ آنفاً، وأنه يعني السكنى لا يتفاوت. ويمكن أن يقال: إن معنى قوله السابق: أنه لا يتفاوت غالباً فالذي يضرّ البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال، وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل قوله (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها، وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة) أقول: لقاتل أن يقول: في التعليل شائبة الاستدراك، إذ يكفي في تمامه أن يقال: لأن ما يزرع فيها متفاوت، وقوله: لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعي ولا نفع له في إثباته. فالجواب أنه لا بد في صحة عقد استئجار الأراضي للزراعة من أمرين: أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لأنها قد تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من نفي الجهالة. وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله: ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها، والمصنف لما رأى اندراج الأول أيضاً التزاماً في مدلول قوله: حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين. أما إلى تعليل الأول فبقوله: لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها. وأما إلى تعليل الثاني فبقوله: وما يزرع فيها متفاوت، فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة. وكأن صاحب العناية تفتن لهذه الدقيقة

للجهالة، ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه، فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة، أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء، لأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع (ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنقيص، لأن الإجازة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد، بخلاف البيع فإن المقصود منه ملك الرقبة) وقد مرّ في باب الحقوق من كتاب البيوع (ويجوز أن يستأجر الساحة) وهي الأرض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لأن ذلك منفعة مقصودة بالأراضي) فيصح بها العقد (فإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لهما، ففي إبقائهما ضرر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر، وأما من جانب المؤجر فلأن الأرض إما أن تنقض بالقلع أو لا، فإن كان الأول فإن شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه رضي به المستأجر أو لا، وإن شاء رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه، وإن كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعاً لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين) وذلك لأن لو قلعهما تضرر المستأجر، ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر، وفي تركه بأجر

لا يكفي في الدلالة لوجوده في القياس أيضاً، بل لا بد مع ذلك أن يدرك باللغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف: (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول: إنما قال ذلك، لأن كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفائها بعقد الإجازة ويجري بها التعامل من الناس من شرائط صحة الإجازة. قال في البدائع في تعليل هذا الشرط: لأنها عقد شرع، بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس. ثم قال: فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستئطلال بها، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر، ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيّة ذلك فيه لم يجز لأنه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة قوله: (وإن كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعاً) أقول: وإن شاء رضي بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلاً على انفهامه من الكلام قوله: (على الوجه الذي قلنا) أقول: آنفاً.

بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبيين. قال: (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يفرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر، إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضا. قال: (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يستوفيه. قال: (وفي الجامع الصغير: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع) لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر. قال: (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملاً بالإطلاق. ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وإن قال: (أن

حيث قال في تقرير المقام: ويجوز استئجار الأراضي للزراعة، لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها، وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من البيان نفياً للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة انتهى قوله: (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق) أعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه: لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئاً أو زاد، فعلى هذا إما أن يقول: على أن يركب من شاء أو يقول: على أن يركب فلان؛ ففي الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب مما يختلف اختلافاً فاحشاً فيكون المعقود عليه مجهولاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء، لأن عقد الإجارة ينقضي ساعة فساعة، فكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا هنا. وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره، لأنه تعين مراداً من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء. وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعدى ضار ضامناً وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قالوا. ثم أعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدوري: فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء، أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة، فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو

رعاية الجانبيين فصير إليه. وأورد مسألة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة. قال: (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) إذا استأجر دابة للركوب، فإذا أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه، أو زاد فقال على أن يركب من شاء، أو على أن يركب فلان فهي ثلاثة أوجه، فإن كان الأول فالعقد فاسد لأنه مما يختلف اختلافاً فاحشاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز، كما لو اشترى شيئاً بخمر أو خنزير. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد ينقضي ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا هنا. وإن كان الثاني صح العقد ويجب المسمى، ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره، لأنه تعين مراداً من الأصل على الوجه الذي قلنا، فإن أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن، وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولاً، والمراد بقوله فإن أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء، وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره، فإن تعداه كان ضامناً، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة، وحكم الحمل كحكم الركوب، بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بعينه جاز إسكان غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت. فإن قيل: قد تفاوتت السكان أيضاً، فإن سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه. أجاب بقوله: (والذي يفرض بالبناء خارج على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل، وقول المصنف ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه

يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فمعطب كان ضامناً) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين، وليس له أن يتعداه، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا. فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكني واحد فله أن يسكن غيره، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضرّ البناء، والذي يضرّ بالبناء خارج على ما ذكرنا. قال: (وإن سمي نوعاً وقدرأ معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمس) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت، أو لكونه خيراً من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضرّ من الحنطة كالملاح والحديد) لانعدام الرضا فيه

الوجه الثاني وهو أن يقول: على أن تركب من شئت، وأن المراد بالإطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الإمام الزاهدي والإمام أبو نصر الأقطع في شرحيهما لمختصر القدوري، وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين: أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً بأن يكون معنى قوله: فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً. وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل. إذا عرفت هذا فأقول إن تعليل المصنف هذه المسألة: أعني قوله: فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملاً بالإطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لأنه إنما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شك أن علة انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول إنما هي تعيين المعقود عليه بقاء لا إطلاقه، وإنما الإطلاق علة الفساد ابتداء. وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الإطلاق ها هنا بالوجه الثاني ثم علل المسألة بما علل به المصنف حيث قال: فإن أطلق بأن قال: على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملاً بإطلاق اللفظ انتهى فتدبر قوله: (وإن سمي نوعاً وقدرأ معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمس) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر، وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمي خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة أقفزة حنطة أخرى، وإنما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمس: هذا لفّ ونشر، فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمس ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى. وتبعه الشارح الكاكي كما هو دأبه في أكثر الأحوال. وقال صاحب غاية البيان: قال بعضهم: فيه لفّ ونشر يرجع قوله: كالشعير إلى قوله مثل الحنطة، ويرجع قوله: والسمس إلى قوله: أقل، وليس ذلك بشيء لأن الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها، ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن إذا عطيت، فلو كان مثلاً لها لم يضمن، كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل، بل قوله: كالشعير والسمس جميعاً نظير قوله: أقل، إلى هنا كلامه. وقال صاحب العناية: وذكر في النهاية أن في الكلام لفاً ونشراً فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمس ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل، وليس بواضح فإن السمس أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه.

لركوب معين، إما نصاً حقيقة أو تقديرأ (وإن سمي نوعاً ومقداراً من شيء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضرراً (كالشعير والسمس) فإنهما إذا كانا خمسة أقفزة كان أقل وزناً فكان أقل ضرراً وذكر في النهاية أن في الكلام لفاً ونشراً، فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمس ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل، وليس بواضح فإن السمس أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل،

قوله: (أو تقديرأ) أقول: كما في الوجه المذكور في الكتاب أولاً قوله: (وليس بواضح) أقول: وفيه بحث، فإن صاحب النهاية يدعي أن خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة في الضرر، فالجواب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كما لا يخفى قوله: (لأنه

(وإن استأجرها ليحمل عليها قطعاً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً) لأنه ربما يكون أضرباً بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها. قال: (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعمطت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنة في الجنائيات. قال: (وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعمطت ضمن ما زاد الثقل) لأنها عطبت

أقول: فيه خبط واضح، فإنه إذا كان التقدير من حيث الكيل فإنما يكون السمس مثل الحنطة في الكيل، ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ما هنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب، وإنما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والأقلية في الضرر بالقلة في الوزن، وانتفاء التساوي في الوزن بين السمس والحنطة إذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهي، فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والأقلية أيضاً من حيث الكيل وهو عجيب من مثله. نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر إذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية قوله: (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعمطت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية: قيل وإنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبيّاً ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل انتهى. وقال بعض الفضلاء: إلا أن قوله: ولأن الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك، ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى. أقول: ليس الأمر كذلك، لأن الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله: ولأن الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو أن الآدمي مخصوص بعلم الفروسية، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني: هذا الذي ذكره من الجواب فيما إذا أردف مثله، وأما إذا أردف صبيّاً يضمن بقدر ثقله، لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة، إلى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد. ثم إنه لا مجال للقصد إلى تضعيف ذلك القول: لأنه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوي، وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الإمام المحقق: ومن

وإنما جاز له ذلك (لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلاً (أو لكونه خيراً) يعني به إذا كان أقل ضرراً (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالملاح) إذا كان مثلاً كيلاً لأنه أثقل (لانتدام الرضا فيه، وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما كان أضرباً على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر، بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وإنما ذكره مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعمطت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنة في الجنائيات) والجنة جمع جان كالبيغة جمع باغ، فإنه إذا جرح رجل رجلاً جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدينه بينهما أنصافاً لأن رب جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات. قيل وإنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبيّاً ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل

أقل لاتعدام الرضا فيه) أقول: الأولى أن يقال: ولا يرضى به المؤجر قال المصنف: (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً) أقول: قال صاحب الكفاية: قيد بقوله رجلاً لأنه لو أردف صبيّاً لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل، وإن كان صبيّاً يستمسك فهو كالرجل انتهى إلا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك قوله: (وقيل وإنما قيد، إلى قوله: لأنه بمنزلة الحمل) أقول: إلا أن قوله ولأن الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك، ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك قوله: (لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) أقول: فيه تأمل، ولعل المراد لعدم اعتبار الإذن، فإنه لما كان ما حمله خارجاً عن العادة ظهر أنه قصد إتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الإذن معنى قوله: (وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد الغ) أقول: ويجوز أن يقال: المراد بالدخول عدم الخروج.

بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحيثئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة. قال: (وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فمطبت ضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً) لأن المتعارف مما يدخل تحت العقد فكان

المعائب ما هنا أنه لما قال صاحب الكافي: ولأن الآدمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية: ولأن الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر، وقد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنهم، ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقبان أصلاً وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلاً إلا أن يكون مجرداً أو جسماً لطيفاً قوله وقالوا: (لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد (الخ) قال صاحب العناية: وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته. والجواب أن اللام في المتعارف للعهد: أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحيثئذ يكون داخلياً لا مراداً، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه. وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب. أما في الأول فبأن قال: ويجوز أن يقال: المراد بالدخول عدم الخروج، وأما في الثاني فبأن قال: ولعل الأولى أن يقال: أي الفعل المتعارف اه. أقول: كل من تصرفه ساقط. أما الأول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة، فإن ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جداً، فإرادة ذلك منه عين التسامح في العبارة. وأما الثاني فلأنه لو قال في تفسير المعهود: أي الفعل المتعارف لم يتم الجواب، إذ الفعل المتعارف مطلقاً مراد بمطلق العقد لا داخل تحته، وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ما هنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل

(وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فمطبت ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) إذا كان مثلها يطيق حملة (وأما إذا كان حملاً لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى، كمن استأجرها ليحملها خمسة أفترة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن، بخلاف ما إذا كانت من جنسه لأنه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان.

ونوقض بما لو استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس. وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئاً فشيئاً فإذا طحن العشرة انتهى الإذن، فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع، فأما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك، وبهذا يندفع ما قيل على ما إذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلاً فإنه يجب عليه ضمان كل القيمة، لأنه إذا استأجرها ليركبها بنفسه فأركبها غيره ضمن جميع القيمة، فإذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضاً فركوبه زيادة ضرر عليها، فإن لم يوجب زيادة لا يوجب نقصاناً لا محالة، لأنه في الإركاب متفرداً مخالف من كل وجه. وفي الإرداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر. قال: (وإن كبح الدابة بلجامها (الخ) وإن كبح الدابة بلجامها: أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري أو ضربها فمطبت ضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد، وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله بإذنه. وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته. والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف، وحيثئذ يكون داخلياً لا مراداً لأن العقد المطلق يتناوله وغيره. ولأبي حنيفة القول بالموجب: أي سلمنا أنه حاصل بالإذن، لكن الإذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها، وما هنا ممكن إذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها إلى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً (ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى

حاصلاً بإذنه فلا يضمنه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه، وإنما هما للمبالغة فيتنقذ بوصف السلامة كالمرور في الطريق. قال: (وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن، وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى. وإذا إذا استأجرها ذاهباً وجائياً فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق. وقيل لا، بل الجواب مجرى على الإطلاق. والفرق أن المودع بأمر بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك، وفي الإجارة والعارية يصير

المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تبين المراد، فالأولى ما في العناية كما لا يخفى قوله: (وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما جاوز الحيرة صار غاصباً للديابة ودخلت الديابة في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك

هذا الوضع. فمنهم من أول المسألة بأن المراد هو إن استأجرها ذاهباً فقط لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية إليها مردوداً إلى يد المالك معنى فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى. أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً كان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق. ومنهم من أجرى على الإطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً وهو ظاهر، وكل من هو كذلك يبقى مأموراً بالحفظ بعد العود إلى الوفاق لقوة الأمر لكونه مقصوداً، وحينئذ يكون الرد ودأ إلى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد رداً إليه، ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه، ونوقض بغاصب الغاصب إذا رد المغمصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين. والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر. والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل. فإن قيل: الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان، والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك. فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول، وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لثلاً يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين. قيل إلحاق العارية بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع، ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة. والجواب أن الاتحاد بين الشئتين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما لا محالة قوله: (وهذا أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن اكترى حماراً يسرج) فاستعماله به موافقة، فإن نزع فلما أن يستعمله بسرج آخر وإكاف وكل منهما على قسمين: إما أن يسرج بسرج بمثله الحمر أولاً وكذلك الإكاف، فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه، لأنه لما كان مثله

قوله: (أي الكبح المتعارف) أقول: ولعل الأولى أن يقال أي الفعل المتعارف قوله: (إذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول: الضمير في قوله بها راجع إلى قوله السلامة قوله: (إذ يتحقق السوق بدونه) أقول: أي بدون الضرب كتحرير الرجلين والصباح قوله: (فإنه لما كان مودعاً معنى الخ) أقول: تأمل في هذا التعليل قوله: (ونوقض بغاصب الغاصب، إلى قوله: على أحد هذين) أقول: لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون مالكاً بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك قوله: (لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول: لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن بصدده. نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الديابة فتدبر قوله: (قيل إلحاق العارية) أقول: القائل عيسى بن

الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح. قال: (ومن اكرى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يمسح بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك، إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحيثئذ يضمن الزيادة (وإن كان لا يمسح بمثله الحمر ضمن) لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر

ولم يوجد، كذا في الكافي وعامة الشروح. ونوقض بغاصب الغاصب إذ ردّ المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين. وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأننا نزيد في المآخذ فنقول: إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى الفوائد الظهيرية. وقال في العناية: والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الردّ على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر. والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اهـ. أقول: يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ومورد النقض ليس إلا الحصر المستفاد من تلك المقدمة، اللهم إلا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الإضافي دون الحقيقي، فالمعنى أن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لا

تناوله الإذن إذ لا فائدة في التقييد بغيره: أي من حيث المنع: يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره يماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح. وقوله: (إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة، وفي مثله يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة، وإن أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج) إنه لم يتناوله الإذن (وهذا أولى) لأنه من خلاف جنسه (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن. وذكر في الإجراءات يضمن بقدر ما زاد. فمن المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان، وإنما المطلق محمول على المفسر، ومنهم من قال فيها روايتان: في رواية الإجراءات يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة. قال شيخ الإسلام: وهذا أصح. وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة. فمنهم من قال: المراد المساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها، ومنهم من قال: معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منون والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها، وإليه أشار المصنف في الدليل حيث قال: (لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون

أبان قوله: (والجواب أن الاتحاد بين الشئتين من كل وجه إلخ) أقول: فيه نوع تأمل، فإن مراد القائل إنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده، ولا كذلك العارية، فالمناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليأتمل قال المصنف: (ومن اكرى حماراً بسرج إلخ) أقول: إذا استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع، وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان، كذا في الفصل السابع والعشرين من إجازات المحيط البرهاني، ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية قوله: (يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج إلخ) أقول: ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الحمر كالضماير السابقة، فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل.

يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن بحسابه) لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو السرج سواء فيكون المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب، وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة ما

بالعود، فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر، وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال: لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله: ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن فيه. نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه. أقول: ليس ذاك بمستقيم لأن قولهم: والغاصب لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الأول بأن يقال: المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة، وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه إلا بأحدهما، ولم يوجد هنا شيء منهما، فظهور صحة الحصر بالنظر إلى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر إلى كلية الكبرى والكلام فيها، ولو كان مراد صاحب العناية بقوله: ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما، لأن الغاصب مطلقاً لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب إذ رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه. فإن قيل: يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقاً فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضاً. قلنا: فلا يصح الحصر المزبور إذ ذاك بالنظر إلى ما نحن فيه أيضاً فلا يتم المطلوب. فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية إنما هو حمل الحصر على القصر الإضافي كما نهينا عليه من قبل. قال في النهاية: فإن قلت: إلحاق الإجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير، وكذلك مؤنة الرد على المالك في الإجارة كما في الوديعة بخلاف الإعارة. قلت: هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب، ولكننا نقول: رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور، وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل، فأما يد المستأجر يد نفسه لأنه هو المتمتع في استمساك العين المستأجر، إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الأجرة اه. وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن

المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه. ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب، وينسب أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما لو سمي حنطة وحمل بوزنها شعيراً فإنه يضمن لأن الشعير ينسب على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفاً) وقوله: (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال، إلا إذا جعل ذلك مثلاً للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه (ومن استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو إما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولاً فإن كان الأول، فإما أن يكون بين الطرفين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولاً، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقيد إذ ذاك غير مفيد، وإن كان الأول ضمن لصحة التقيد لكونه مفيداً. فإن قيل: محمد أطلق الرواية لأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل. أجاب بقوله: (إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وإن كان الثاني: أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقيد فصار مخالفاً، وإذا بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة (وإن حملة في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر

لا ينسب عليه الآخر فكان مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة. قال: (وإن استأجر حملاً لا يحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه، وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطرفين تفاوت، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لأنه صح التقييد فصار مخالفاً: (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة. قال: (وإن حملة في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى. قال: (ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لأن الرطاب أضرب بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شرط يضمن ما نقصها (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض على ما قررناه. قال: (ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهماً) قيل: معناه القروط الذي هو ذو طاق واحد، لأنه يستعمل استعمال القميص، وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة. وعن أبي حنيفة أنه

أبان والجواب عنه في كثير من الشروح، وعزاه في الكفاية إلى المبسوط. وقال في العناية: قيل إلحاق الإعارة بالإجارة بقوله: وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة. والجواب أن الاتحاد بين الشئتين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيها لا محالة اهـ. أقول: هذا الجواب ليس بمستقيم، لأن الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للإلحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن، بل لا يكون ذلك منوطاً للإلحاق في حكم الضمان، فإن يد المستأجر إن كان كيد المالك كان تعدي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئاً بخلاف المستعير فلا يتم إلحاق واحدة من الإجارة والعارية بالأخرى. فالجواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفاً قوله: (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية: فيه نظر، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال إلا إذا جعل ذلك مثلاً للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانسباط وعدمه اهـ. وقال الشارح العيني: بعد نقل ما قاله صاحب العناية: قلت: ليس فيه عكس، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا بأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الحنطة وهذا ظاهر اهـ. أقول: بل فساد كلامه ظاهر، لأن

دون البحر فإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وإن بقي صورة. قال: (ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضاً لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضرب بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه إلى شيء يصير به المستأجر غاصباً فيجب عليه ضمان ما نقص، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات. وقوله: (ومن دفع إلى خياط ثوباً) ظاهر. وقوله: (ويستفَع به

قوله: (لأن صاحب الثوب الخ) أقول: تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة: أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لأن صاحب الثوب الخ.

يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص . ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشدّ وسطه، فمن هذا الوجه يكون مخالفاً لأن القميص لا يشدّ ويتنفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أيّ الجهتين شاء، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة، ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة على ما نبينه في باب إن شاء الله تعالى . ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة، والأصح أنه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه يخير كذا هذا، والله أعلم.

تعليله ينافي ما ادّعاء، فإن الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة إذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقلّ انبساطاً على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الحنطة، وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكثري على الحمار وهو الإكاف أكثر انبساطاً مما عين له في العقد وهو السرج، وهو عكس ذلك لا محالة.

انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحرّ والبرد . وقوله : (لقصور جهة الموافقة) لأن صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلاً بخياطة القميص دون القباء، والباقي ظاهر .

باب الإجارة

قال: (الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لأنه بمنزلة، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعي: يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان. ولنا أن

باب الإجارة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى قوله: (والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح: أي الواجب فيها هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى، وقالوا: هذا الحكم إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية، لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغاً ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيهان. وقال صاحب العناية: والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى، وقال: إنما جعلت اللام في قوله: في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعاً لما قيل: الأقل من الأجر ومن المسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيهان اه كلامه. أقول: فيه شيء. أما أولاً فلأن قوله والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري في مختصره، ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد، لأن قوله الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور، بل ذكر قبل مقدار الورتين، ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الإجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط، فلا معنى لأن يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد. نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله: المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري. وأما ثانياً فلأنه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الإجارة الفاسدة حكماً نوعاً مخصوصاً فقط من الإجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط، وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالإجماع، وما فسد بالشيوخ عند أبي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلاً لا في مختصر القدوري ولا

باب الإجارة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها، قال: (الإجارة تفسدها الشروط) تفسد الإجارة بالشروط التي فساد البيع بها لأنها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الإقالة والفسخ، والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى، وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعاً لما قيل الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيهان. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب

باب الإجارة

قوله: (وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعاً لما قيل: الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط، أما إذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول: وإن كان بعض معلوماً وبعضه غير معلوم، كما إذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرممها، وقالوا: إذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة، ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغاً ما بلغ، كذا في شرح الزيلعي فتأمل. إذا كان الحال ما سمعت هل يتدفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد؟ قال في المحيط البرهاني: إذا تكرار داراً من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد، وللموآجر فيه منفعة، فإنه إذا لم يسكن فيها المستأجر لا يمتلئ بثر الوضوء والمخرج، وإذا سكن يمتلئ، وإصلاح ذلك على الأجر فكان للأجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى. قال الاتقاني في شرح قوله: ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف الخ: لو

المنافع لا تنقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها، إلا أن الفاسد تبع له، ويعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة، لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية، بخلاف البيع لأن العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي، فإن صحت

في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتربات، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة. وأما ثالثاً فلأنه إن اندفع يجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل: على الوجه الذي ذكره. يرد عليه أن يقال: من الإجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغاً ما بلغ، كما إذا استأجر داراً أو حانوتاً سنة بمائة درهم على أن يرمها المستأجر فإن الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغاً ما بلغ، صرح به في فتاوى قاضيهان وغيرها. وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن فتاوى قاضيهان إلى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتربات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى. ثم أقول: الحق عندي أن اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية، بل هو للاستغراق أو الجنس، وأنه لا حاجة إلى تقييد الحكم المذكور بأنه فيما إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب إليه جمهور الشراح، وذلك لأن معنى الكلام أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم، لأن مجاوزة المسمى إنما تصوّر فيه، فإنه إذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولاً لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلاً للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحذف للمعلوم فيلغو أن يقال هناك: لا يجاوز المسمى بأجر المثل، فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل، إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما، فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقاً وهو وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم، ووجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم. والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا، وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور

بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان، فإن البيع إذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان. ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد، والضروري يتقدر بقدر الضرورة، والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفي بها. وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الإجارة الفاسدة، إلا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل، وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغاً ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغاً ما بلغ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى، بخلاف البيع فإن العين متقومة في نفسه، وهو أي القيمة هو الموجب الأصلي،

قال آجرتك هذه الدار شهراً بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الإجارة، وإن سكنها يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ يزداد على المسمى ولا ينقص عنه، وهذا أيضاً يرجع إلى جهالة المسمى في الحقيقة، كذا قال الإمام فخر الدين قاضيهان انتهى. ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلوا المسمى بمقابلة المنافع، حيث شرط المستأجر أن لا يسكن، ولا بمقابلة التسليم لأنه لا يتحقق مع فساد العقد، لأن التسليم هو التخلية وهي التمكين كما سيجيء، وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعاً فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر، فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلاً، ولا ينقص عن المسمى لأن المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع، فعند الانتفاع أولى فليتدبر، والله الهادي قوله: (بالغاً ما بلغ) أقول: لانتفاء المرجع ثمة قال المصنف: (لأن الفاسد تبع له) أقول: ينبغي أن يكون ما هنا مقدمة مطوية مثل أن يقال: ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد، وفي بعض النسخ: إلا أن الفاسد تبع له، وهذه النسخة ظاهرة قوله: (والبعض منها غير محصور كذلك) أقول: أي مجهول قوله: (ومحصوراً ترجيح بلا مرجح) أقول: فيه مسامحة، والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح.

التسمية انتقل عنه وإلا فلا. قال: (ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور، إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا خلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة

وهو قوله: لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الإجارة الفاسدة مطلقاً مستوفى بالكلية في الكتاب، ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفیصل قوله: (ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة: فإن قلت: لو كان فاسداً لجاز الفسخ في الحال: قلت: الإجارة من العقود المضافة، وانعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى، وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب. أقول: في الجواب نظر، لأن انعقاد الإجارة وإن كان في أول الشهر إلا أن عقدها قد تحقق في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد، وقد مر في أول كتاب الإجارة أن الإجارة مطلقاً تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، فقالوا: في توجيه تراخي الانعقاد إلى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد أن الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها، فلو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الإجارة الصحيحة أيضاً بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها، فإنه إذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر إليه، مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة، وسيجيء في الكتاب قوله: (وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاه العقد الصحيح) قال في المحيط البرهاني: وفي الأصل إذا استأجر الرجل من آخر داراً كل شهر بعشرة دراهم فإن أبا حنيفة قال: هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر، فإن سكن يوماً أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني. واختلفت عبارة المشايخ في تخرج المسئلة. بعضهم قال: أراد بقوله: جائز أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني، لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول. وبعضهم قال لا، بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الأول، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول وإن كانت المدة

وإنما ذكره لتذكير الخبر، فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا (ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر واحد إلا أن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصوراً ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه، وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاه العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الآخر أو لا؟ اختلف المشايخ فيه، فمنهم من يقول إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد، ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف، ووجه ذلك مذكور في المطولات (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضاً (ولم يكن للمؤجر أن يخرج به إلى أن ينقضي الشهر، وكذا كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله، إلا أن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس، وإليه مال بعض المتأخرين، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى ويومها من الشهر الثاني، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، فكما أهل مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار. وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز. وذكرنا لذلك طرقاً ثلاثة: منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافاً فكذا فسخه

لانتهاه العقد الصحيح (ولو سمي جملة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة. قال: (وإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرج به إلى أن ينقضي، وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني، إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار

مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الإجارة أن لا تزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكاً للمستأجر، ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لأنه لا يملك سكنها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لأنه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فل هذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جارة في الشهر وفيما زاد على الشهر. وقال: إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر، وإنما اختلفوا لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضي وقت الخيار، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لأنه لم يجيء وقته. والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة: إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، وإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لأنه لم يجد نفاذاً في وقته، والفسخ إذا لم يجد نفاذاً في وقته يتوقف إلى وقت نفاذه، وبه كان يقول: أبو نصر محمد بن سلام البلخي، ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع: اشترى عبداً على أنه بالخيار فحتم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ، بل يتوقف إلى أن تزول الحمى في مدة الخيار. وقال في المضاربة: رب المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضاً لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنائير فينفذ الفسخ حينئذ، كذا ها هنا، أو يقول: الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد إذا أهل الهلال، ويكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر وعقد الإجارة يصح مضافاً، فكذا فسخه يصح مضافاً أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وهذا القائل يقول: لم يرد محمد بقوله: لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان: إذا

(فإن استأجر داراً سنة بعشر دراهم صح وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلاً (وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة سواء) لذكر الشهر منكروراً وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتق بالسبب (كما في الأيمان) كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً بدلالة الحال، لأن الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعنيه بعدم المزاحم (بخلاف ما إذا قال الله علي أن أصوم شهراً) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتق نذره ما لم يعينه، لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء (لأن الليالي ليست بمحل له) توضيحه أن الشروع في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه وربما لا يقرن ذلك بالسبب (ثم إن كان العقد حين يهل الهلال) على بناء المفعول أي يصير (فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها الأصل) في الشهور العربية، فمهما كان العمل به ممكناً لا يصار إلى غيره (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلاثمائة وستين يوماً (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف أن الأول بالأيام والباقي بالأهلة) فيكون أحد عشر شهراً بالهلال وشهر بالأيام يكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير (لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها) فلا يتعدى إلى غيره (ولأبي حنيفة أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهراً، وتماهه إنما يكون

الأول بعض الحرج. قال: (وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم، ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبه اليمين، بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة) لأنها هي الأصل (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف. وعند محمد وهو رواية

حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهلّ فيها الهلال أو في يومها لم يحث استحساناً، إلى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع إجمال منه. أقول: لقائل أن يقول: الطريق الأول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الأئمة في وضع هذه المسألة، فإن محمداً رحمه الله قال في الأصل: ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر. والإمام قاضيهان قال في فتاواه: رجل آخر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر، والمصنف قال: ها هنا، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك، ودلالة ذينك الطريقين على أن ثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الأول قبل تمامه. وأقول: يمكن أن يقال: نفاذ الفسخ وتأثيره في ذينك الطريقين أيضاً عند أن ينقضي الشهر الأول وأهل هلال الشهر الثاني وإن كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الأول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسألة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني. هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وإن كان ينبو عنه ظاهر اللفظ. ثم إن الإمام الزيلعي ردّ على من قال: من المشايخ في تخريج هذه المسألة إن العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضاً لتعامل الناس من غير تكبر منكر، إلا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لتنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز: ولا معنى لقول من قال: من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضاً لتعامل الناس، لأن التعامل إذا كان مخالفاً للدليل لا يعتبر انتهى. أقول: بل

ببعض الثاني، فإذا تم الأول بالأيام ابتداء الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة وقد مرّ في الطلاق) قال صاحب النهاية: هذه حوالة غير راتجة، فإن مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة رحمه الله بالأيام وعندهما الباقي بعد الأول والآخر بالأشهر لم يمزّ في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه، لأن المصنف قال في كتاب الطلاق: ثم إن كان الطلاق بالأهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجازات. قال: (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ) استتجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز، أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه نكر لإجماع المسلمين. قال ﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وأما الحمام فلما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحمام الأجرة» ولأنه استتجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فبيع جائزاً، وإنما ذكرهما في الإجارة الفاسدة مع كونه جائزاً لأن لبعض الناس فيه خلافاً، فإن بعض العلماء كرة غلة الحمام أخذاً بظاهر قوله ﷺ «الحمام شرّ بيت» ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لأنهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار. وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبع أجرة الحمام، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله. وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «إن من السحت عصب التيس ومهر البغي وكسب الحمام» والصحيح عند عامة العلماء لأنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعاً للحاجة، والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس، ولا تتمكن من ذلك في الأنهار والحياض تمكن الرجال، وقد صح «أن النبي ﷺ دخل حمام الجحفة». وتأويل ما روي من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة. فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول، ولا

عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة، لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها. وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة وقد مر في الطلاق. قال: (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجامة) أما الحمام فتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين. قال عليه الصلاة والسلام «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١) وأما الحجامة فلما روي «أنه ﷺ احتجم وأعطى الحجامة الأجرة»^(٢) ولأنه استنجا على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً. قال: (ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس) وهو

لا معنى لما قاله الزيلعي: لأن التعامل إذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الإجماع، وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال: من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور، والإجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ما هنا إنما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس، والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلاً، فضلاً عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته، على أنه قد تقرر عندهم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما هي الجهالة المفضية إلى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع، وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية إلى النزاع، إذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع قوله: (لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء) قال صاحب العناية: في تعليقه لذكر الشهور منكوراً وتبعه الشارح العيني. أقول: ليس ذلك بسديد. أما أولاً فلأن المذكور في المسألة هو السنة دون الشهور. وأما ثانياً فلأن المذكور في مسألة النذر بالصوم أيضاً منكور مع أن الجواب مختلف. والصواب في تعليل ذلك أن يقال: لأن كل الأوقات محل للإجارة، إذ لا منافاة بين الإجارة وبين وقت ما أصلاً، فإن هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف

كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوادث. والنهي في كسب الحجامة قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه «فأثاب رجل من الأنصار فقال: إن لي ناضحاً وحجماً فأعلف ناضحي من كسبه؟ قال نعم، وأثاب آخر فقال: إن لي عيالاً وحجماً فأطعم عيالي من كسبه؟ قال نعم» فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفحل) أي ضرابه (وهو أن يؤجر فعلاً لينزو على الإناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجهاً، وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو إليه فكان جائزاً كاستنجا الظئر للإرضاع. قلنا هو مخالف لقوله ﷺ: «إن من السحت عصب التيس» رواه البخاري (ومراده أخذ الأجرة عليه، ولا يجوز الاستنجا على الأذن والحج) وكلامه فيه ظاهر قوله: (على عمل معلوم غير متعين عليه) إشارة إلى الاحتراز عما لو تعين الشخص للإمامة والإفتاء والتعليم فإنه لا يجوز استنجا به بالإجماع (وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستنجا على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا، وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى، وعند عدم الاستنجا أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن) وقالوا: إنما كره المتقدمون ذلك لأنه كان

قوله: (لذكر الشهر منكوراً) أقول: فيه بحث، فإن النذر أيضاً كذلك.

(١) موقوف صحيح. أخرجه الطيالسي ٢٤٦ وأحمد ٣٧٩،١ والحاكم ٧٩،٧٨،٣ كلاهما عن أبي مسعود موقوفاً صححه الحاكم وأقره الذهبي وذكره العجلوني في «كشف الخفاء» ونقل عن الحافظ ابن عبد الهادي أنه روي مرفوعاً من حديث أنس بإسناد ساقط، والأصح وقفه على ابن مسعود اه أنظر الكشف ٢٢١٤ وقال الزيلعي في نصب الراية ١٣٣،٤: لم أجده إلا موقوفاً اه.

ولفظه في مسند الطيالسي: «إن الله عز وجل نظر في قلوب العباد، فاختر محمدًا، ثم نظر في قلوب الناس بعده، فاختر له أصحابه، فجعلهم أنصار دينه، ووزراء نبيه ﷺ، فما رآه المؤمنون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه قبيحاً، فهو عند الله قبيح».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٧٩، ٢٢٧٨ ومسلم ١٥٧٧ وأبو داود ٣٤٢٣ كلهم من حديث ابن عباس. وله شاهد من حديث أنس أخرجه البخاري ٢٢٨٠ ومسلم ١٥٧٧ وأبو داود ٣٤٢٤ والترمذي ١٢٧٨ ولفظ مسلم: «مثل أنس عن كسب الحجامة»، فقال: احتجم رسول الله ﷺ حجه أبو طيبة، فأمر له بصاعين من طعام، وكلم أهله، فوضعوا عنه من خراجه، وقال: إن أفضل ما تداويتم به الحجامة».

أن يؤجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت عصب التيس»^(١) والمراد أخذ الأجرة عليه. قال: (ولا الاستئجار على الأذان والحج، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استئجار

بخلاف الصرم لأن الليالي ليس بمحل له تبصر قوله: (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول: أي يبصر الهلال وقال: أراد به اليوم الأول، وردّ عليه صاحب الغاية حيث قال: فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهلّ بقوله: أراد به اليوم الأول، وفيه نظر لأنه ليس حين يهلّ الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر، انتهى كلامه. أقول: نظره ساقط، لأن صاحب النهاية قد فسر قوله: يهلّ الهلال بقوله: أي يبصر الهلال، فعلى هذا التفسير كان معنى قوله: حين يهلّ الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعاً، وليس مراده بقوله: أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله: حين يهلّ الهلال، إذ قد علم معناه من

للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنيين عما لا بد لهم من أمر معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك. وقال أبو عبد الله الخيراخي: يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة، ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملامهي لأنه استئجار على الممصة والممصبة لا تستحق بالمقد) فإنه لو استحققت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقاباً مضافاً إلى الشرع وهو باطل. قال: (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوماً كالربع ونحوه أو مجهولاً وقالوا: (يجوز لأن المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وما له منفعة يرد عليه عقد الإجارة لأنه عقد على المنافع فكان مقتضى موجوداً (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (متف لأنه ممكن بالتخيلة أو بالتهايؤ، فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع. ولأبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين: أحدهما أن يكون معارضة، وتقريره أجر ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتماً للقسم كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح إجارته لعدم الانتفاع به، والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلاً مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم. والثاني أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فإنه أجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة. وقوله: (والتخيلة) جواب عما قالوا والتسليم ممكن بالتخيلة. ووجه أن التخيلة لم تعتبر تسليماً لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكيناً (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكين (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعلول، وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكين بالتخيلة فيه حاصلًا. وقوله: (وأما التهايؤ)

قال المصنف: (وهو أن يؤجر فحلاً) أقول: كان المصنف يريد أن في الكلام مجازاً حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كإطلاق المرسن وإرادة الأنف قوله: (ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفحل: أي ضرابه، وهو أن يؤجر فحلاً الخ يدل على أن العصب بمعنى الإكراه على ما ذكره أرباب اللغة، فلا وجه لتفسير الشارح بقوله: أي ضرابه، ويجوز أن يقال: ظاهر إضافة الأجرة إلى العصب يقتضي أن يكون العصب بمعنى الضراب، فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف: (ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول: أي المراد من عصب التيس: يعني أن المضاف مقدر. وفي الصحاح: العصب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل. و «نهى عن عصب الفحل» تقول: عصب فحله يعصبه: أي أكراهه، وعصب الفحل أيضاً: ضرابه، ويقال ماؤه قوله: (لكان وجوب ما يستحق المرء به عقاباً) أقول: قوله عقاباً مفعول يستحق.

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٣٥،٤ ومعناه ما أخرجه البخاري ٢٢٨٤ وأبو داود ٣٤٢٩ والترمذي ١٢٧٣ والنسائي ٥١٥٦ والبيهقي ٤٢١،١ والحاكم ٣٣٩،٥ وابن الجارود ٥٨٢ وأحمد ١٤،٢ كلهم من حديث ابن عمر. ولفظه أن النبي ﷺ نهى عن عصب الفحل والعصب: بفتح العين، وإسكان السين، ويقال له العسب: ضراب الفحل. والفحل: الذكر في كل حيوان.

على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به»^(١) وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص «وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً»^(٢) ولأن القرية متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة، ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح. وبعض مشايخنا

تفسيره السابق قطعاً، بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم: حين يهل الهلال في هذه المسألة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه، بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر، وهذا نظير ما قالوا: في المسألة الأولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجازة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلاً قوله: (ولأن القرية متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول: ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال: ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخشعمية فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه «حجني عن أبيك واعتمرني»^(٣) فإن ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل. قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل: ولأن القرية متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اهـ. أقول: يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضاً في أول باب الحج عن الغير من أن الأصل أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوماً أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة، لما روي عن النبي ﷺ «أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقرّ بوحداية الله تعالى وشهد له بالبلاغ»^(٤) فجعل ثواب تضحية إحدى

جواب عن قولهما أو بالتهايؤ. وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانقضاء شرطه وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً. وقوله: (ويخلاف ما إذا أجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما إذا أجر من شريكه، ووجهه أنه إذا أجر من شريكه (فالكل يحدث لي ملكه فلا شيوخ) وفيه نظر، لأنه لو لم يكن فيه شيوخ لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز. وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوخ موصوف، ويجوز أن يكون الشيوخ مانعاً

(١) حسن. أخرجه أبو يعلى ١٥١٨ وأحمد ٤٤٤،٣ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٩٥،٤ كلهم من حديث عبد الرحمن بن شبل الأنصاري «اقرأوا القرآن ولا تغفلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به» هذا اللفظ لأبي يعلى قال الهيثمي: ورجاله ثقات. وورد من حديث عبد الرحمن بن عوف أخرجه الديلمي في الفردوس ٣١١ والبخاري في نصب الراية ١٣٦،٤ قال الزيلعي نقلاً عن البزار: هذا خطأ أخطأ فيه حماد بن يحيى والصحيح عن يحيى بن أبي كثير عن زيد بن سالم عن أبي راشد عن عبد الرحمن بن شبل عن النبي ﷺ اهـ والحديث ورد أيضاً عن أبي هريرة مرفوعاً أخرجه ابن عدي في الكامل ٩٧،٤ وذكره الذهبي في ميزان الاعتدال والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١٦٨،٧ وفي إسناده الضحاک بن نبراس.

قال الذهبي: قال ابن معين: ليس بشيء. وقال النسائي: متروك. وقال الدارقطني، وغيره: ضعيف. وخزج له البخاري في كتاب الأدب. ونقل ابن عدي في الكامل عن النسائي قوله: متروك الحديث اهـ فللحديث طرق وشواهد وإن كان في بعضها قال فهي ترقى به إلى درجة الحسن الصحيح.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٥٣١ والترمذي ٢٨٩ والنسائي ٢٣،٢ وابن ماجه ٧١٤ كلهم من حديث عثمان بن أبي العاص. ورجاله كلهم ثقات. قال الترمذي: حسن صحيح اهـ.

وللفظ أبي داود: «إن عثمان بن أبي العاص قال: يا رسول الله اجعلني إمام قومي قال: أنت إمامهم، واقتد بأضعفهم، واتخذ مؤذناً على أذانه أجراً».

تنبيه: وقع في الهداية «فلا تأخذ» وصوابه: فلا يأخذ.

(٣) متفق عليه. تقدم مستوفياً في كتاب الحج.

(٤) حديث حسن. يأتي في الأضحية من حديث جابر وعائشة.

استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن وعليه الفتوى. قال: (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح، وكذا سائر الملامهي) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد. قال: (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك، وقالوا: إجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك. لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع. ولأبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور، والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع، بخلاف البيع لحصول التمكن فيه، وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء بسبقه، ولا يعتبر المتراخي سابقاً، وبخلاف ما إذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ،

الشاتين لأتمته اه فليتأمل قوله: (لأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول: فيه بحث، لأنه إن أريد أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلاً فهو ممنوع، فإن التلقين والإلقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم، وإنما وظيفته الأخذ والفهم، وإن أريد أن للمتعلم أيضاً مدخلاً في ظهور أثر التعليم وفائدته فإن المتعلم ما لم يأخذها ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم، ولكن الذي يلتزمه المعلم إنما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لا يخفى. فإن قلت: التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب، فيؤول أخذ الأجرة على التعليم إلى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير. قلت: اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم، ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا إذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الأحكام فليكن في أخذ الأجرة عليه كذلك فتأمل قوله: (وبعض مشايخنا: استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الانتفاع تضییع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول: فيما ذهب إليه هؤلاء المشايخ إشكال، وهو أن مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين أنفاً أن لا يمكن تحقق ماهية الإجارة وهي تملك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة، فكيف يصح استحسان الاستئجار في هاتيك الصور، وصحة استحسانه فرع إمكان تحقق ماهية الإجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الإشكال القوي لعله مما تسكب فيه العبرات إلا أن لا يسلم صحة ذينك الدليلين قوله: (وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، إلى قوله لا يعتبر المتراخي سابقاً) هذا جواب عن قولهما: أو بالتهايؤ.

لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع، كما تقدم أن الشريك والأجنبي فيه سواء، ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصور، والشريك والأجنبي فيه سواء. وأما هنا فلا نعدم المعقود عليه وهو المنفعة، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك. وقوله: (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال: سلمنا أن الكل يحدث على ملكه، لكن على اختلاف مع النسبة

قوله: (أحدهما أن يكون معارضة) أقول: وهو الظاهر من تقرير الكلام قوله: (وتقريره أجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول: يعني على تسليمه وحده قوله: (وما لا يتصور تسليمه) أقول: يعني وحده قوله: (لعدم الانتفاع به) أقول: أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شيء قوله: (وتقريره لا نسلم انتفاع المانع) أقول: فعلى هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف: (وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول: فيه بحث، فإنهما لم يقولوا إن التهايؤ هو القدرة على التسليم، بل يقولان يتحقق التسليم به، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ.

والاختلاف في النسبة لا يضره، على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه، وبخلاف الشيوع الطاريء لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء، وبخلاف ما إذا أجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما

وحاصله أن التهاؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتهاء شرطه وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهاؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً، كذا في العناية. واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية، أما على ما في الهداية فبأن قال: فيه بحث فإنهما لم يقولوا: إن التهاؤ هو القدرة على التسليم، بل يقولان: يتحقق التسليم به، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذا يقال في التهاؤ، وأما على ما في العناية فبأن قال: يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصده منه اهـ. أقول: كل واحد منهما ساقط. أما الأول فلأنه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره ها هنا من قبل أبي حنيفة ليس بمبني على أن يكون مدار ما قاله: صاحبه على أن التهاؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقولوا: إن التهاؤ هو القدرة، بل قالوا: يتحقق التسليم به، بل ذاك مبني على أن قولهما: أو بالتهاؤ في قولهما: والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهاؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهاؤ فيرد عليه من قبله أن يقال: ثبوت التهاؤ بل ثبوت القدرة على التهاؤ متأخر عن تحقق العقد لأنه إنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر، وهذا معنى قول المصنف: ولا يعتبر المتراخي سابقاً ولا غبار عليه أصلاً. وأما الثاني فلأنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً كما في الاستدلال من الأثر على المؤثر، ولكن ما نحن بصده ليس منه لا محالة، إذ لا يشك عاقل في أن ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهاؤ أو ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخلية أو بالتهاؤ، بل معناه أن ثبوت نفس إمكان التسليم: أي القدرة عليه بالتخلية أو بالتهاؤ وما نحن بصده جواب عن قولهما ذلك، فكان المراد به أيضاً ما أريد به هنالك قوله: (وبخلاف الشيوع الطاريء لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية: ليس لقوله هذا تعلق ظاهراً إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما: أو من رجلين: لكن في قوله: وبخلاف ما إذا أجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اهـ كلامه. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مقصود المصنف من قوله: هذا دفع إشكال يرد على دليل أبي حنيفة، وهو أن الشيوع الطاريء لا يفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضاً، ولا شك أن

لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك ونصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجوداً. ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذا اتحد المقصود، على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية. وقوله: (وبخلاف الشيوع الطاريء) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الإجارة في نصيب الحي شائعاً في ظاهر الرواية (لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لأن القدرة لوجوب التسليم، ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهراً إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين، لكنه في قوله وبخلاف ما إذا أجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل.

قوله: (لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً) أقول: يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً، وما نحن بصده منه قوله: (وأجيب بأن المراد لأشيع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (لأنه في الشائع غير متصور الخ) أقول: فيه بحث قوله: (ليس له تعلق ظاهراً) أقول: خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ قوله: (لا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول: الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الإمامان على مدعاهما بجواز الإجارة في صورة الشيوع الطاريء بأن يموت أحد المؤجرين بعد ما أجرا داراً لهما من رجل مثلاً وإن لم يكن مذكوراً في تفسير دليلهما في هذا الكتاب إلا أن له نظائر كثيرة قوله: (وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء) أقول: لعل مراد المجيب أن بقاء الإجارة له حكم الابتداء في جعل المعقود عليه الغير المستأجر، وقوله لأنها عقد لازم يريد أن إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان لكون العقد لازماً فيكون ذلك العقد باقياً حكماً كما في سائر العقود، وقوله من وجه يومي إلى ما ذكرنا أيضاً فتنبه فلا يرد ما أورده

بينهما طاريء. قال: (ويجوز استتجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْن لَكُن فَاتَوْهَنْ أَجُورَهُنَّ﴾ ولأن

لهذا تعلقاً ظاهراً بما نحن فيه من غير احتياج إلى أن يجعل تمهيداً لما بعده قوله: (وبخلاف ما إذا أجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاريء) قال تاج الشريعة: فإن قلت: الشيوع مقارن لا طاريء فإنها عقد مضاف يعقد ساعة فساداً فكان الطاريء كالمقارن. قلت: بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارناً أه كلامه. وردّ عليه صاحب العناية جوابه حيث قال: فإن قيل: لا نسلم أنه طاريء بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساداً. أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارناً. وقال: وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة، على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض، وإنما الخصم يقول: لا بقاء للعقد فيها أه. أقول: كل من أصل رده وعلاوته فاسد. أما الأول فلأن قول المجيب: لأنها عقد لازم ناظر إلى قوله: دون وجه، أو إلى مجموع قوله: من وجه دون وجه من حيث هو مجموع، لا إلى قوله: من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى، فمعنى الجواب أن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم، فإن العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه، فإذا لم يكن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارناً للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطاريء كالمقارن. والحاصل أن مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطاريء والمقارن من الوجه الثاني دون الأول، وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه، ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعاً للسؤال أصلاً بل يكون مقوياً له كما يظهر بالتأمل الصادق. وأما الثاني فلأن ثبوت البقاء لعقد الإجارة مما لم ينازع فيه أحد، فإن الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في إضافة العقد إليها، وأن العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعاً ببقاء العين المستأجرة على السلامة، وإنما الذي يتجدد ساعة فساداً هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئاً فشيئاً، وهذا مع كونه معلوماً مما تقرر في صدر كتاب الإجارة منكشف بما ذكرها هنا في الكافي وكثير من الشروح، وهو أن الشيوع الطاريء بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة، لأن الإجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع، فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد. وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لأن تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه. فأما أصل العقد فممنعقد لازم في الحال، وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاريء ليس نظير المقارن، كما في الهبة إذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها، انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح، وهكذا ذكر في المبسوط والأسرار أيضاً

وقوله: (وبخلاف ما إذا أجر من رجلين) جواب عن ذلك، ووجه ما قال: (إن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاريء) فإن قيل: لا نسلم أنه طاريء بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساداً. أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارناً، وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة، على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض، وإنما الخصم يقول: لا بقاء للعقد فيها. والصواب أن يقال: الطريان إنما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه. قال: (ويجوز استتجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استتجار

الشارح (له كما تقدم في الوكالة) أقول: في باب عزل الوكيل قوله: (وإنما الخصم يقول لإبقاء للعقد فيها) أقول: لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه قوله: (والصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لا على العقد) أقول: يوضحه أنه إذا عقد الإجارة مع الرجلين فأت أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الإجارة في حق الحي وإن كان ذلك حال بقاء العقد قوله: (يعني بعد الطلاق) أقول: يعني بعد الطلاق البائن، إذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة.

التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ وقبلة وأقرهم عليه. ثم قيل: إن العقد يقع على المنافع وهي خدمة للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبي في الثوب. وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر. والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف

فتنبه قوله: (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية: اعلم أن القياس يأبى جواز إجارة الظئر لأنها ترد على استهلاك العين مقصوداً وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها، لكن جوازها استحساناً لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ [الطلاق ٦] وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصوداً، وإنما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي، واللبن يدخل فيها تبعاً لهذه الأشياء ومثل هذا جائز، كما لو استأجر صباغاً ليصبغ له الثوب فإنها جائزة. وطريق الجواز أن يجعل العقد وارداً على فعل الصباغ والصبي يدخل فيه تبعاً، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصوداً، وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصوداً، كذا في الذخيرة إلى هنا لفظ النهاية. أقول: هذا تحرير ركيك بل مختل، لأن المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا؟ فقال بعضهم: هو المنافع وهي خدمتها للصبي، واللبن يقع كالصبي في الثوب. وقال بعضهم: واللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك، ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني، ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله: وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الأول، فهل ينبغي أن يقال في المسألة المتفق عليها إن القياس يأبى جوازها لكن جوازها استحساناً، فيذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين: في معنى هاتيك المسألة، وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها. ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس، ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان، فلا يوجد في المسألة قياس واستحسان على الوجه المزبور، على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأساً لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف قوله لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ [الطلاق ٦] قال الشراح: يعني

الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ يعني بعد الطلاق، ولأن التعامل به كان جارياً في عهد رسول الله ﷺ وقبلة، وأقرهم عليه. واختلف العلماء في المعقود عليه، فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به، واللبن تبع كالصبي في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح والمصنف. وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في الميسوط: والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحة تبع والمعقود عليه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله: ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر، وبين ما هو المختار عنده بقوله: والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً، كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها ووعد ببيان العذر عن الإرضاع بلبن شاة. وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الأئمة بعد رؤيته الدليل الواضح، وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن، فجعل العين المرئية منفعة. ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح، ولا يتشبه له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال: استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية، ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله: (وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين (صحت إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً باستئجار عبد للخدمة مثلاً) فإن قيل: قد علم من أول المسألة

الأعيان مقصوداً، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها. وسنين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى. وإذا

بعد الطلاق. أقول: الأولي أن يقال: يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى. وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال: في تفسير قول صاحب العناية: يعني بعد الطلاق البائن وقال: إذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى. أقول: ليس ذلك بتام، لأنه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضاً قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر، وعن هذا قال المصنف هناك: وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة، وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر قوله: (والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا يتعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً الخ) القول الأول اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح، واختاره المصنف كما ترى. والقول الثاني: اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط: وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه، وأما اللبن فتبع فيه لأن اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام. ثم قال: والأصح أن العقد يرد على اللبن هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فإنه قال: استحقاق لبن الأدمية بعد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة انتهى كلامه. وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الإمام الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله. ورده عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال: وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح، لأن مداره قوله: لأنه هو المقصود وهو ممنوع، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائل منها اللبن فجعل العين المربية منفعة. ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح، ولا يتشبه له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال: استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية، ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً، وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك، إلى هنا كلامه. أقول: خاتمة كلامه ليست بصحيحة، إذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصوداً لا محالة، لأنه قال: استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، ولا شك أن لا دلالة على عدم جواز بيعه إلا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصوداً، ألا يرى أن الصبي في الثوب يستحق بعقد الإجارة تبعاً مع أنه مما يجوز بيعه قطعاً. ثم إن للشارح العيني ما هنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي ورداً على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية، فإن ذكرنا كلها

جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام؟ قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجع إلى إثباتها بالقياس، ويجوز أن يكون توطئة لقوله: (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجازات ويطعامها

قوله: (وهو تقليد صرف) أقول: يعني لشمس الأئمة قوله: (فجعل العين المربية) أقول: قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح قوله: (ونقض القاعدة الكلية) أقول: إذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية إلا أن يقال: المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع قوله: (ولا يتشبه له) أقول: ناظر إلى قوله إن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع قوله: (دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول: لأنه دليل على كونه من المنافع، والبيع يرد على الأعيان دون المنافع قوله: (على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة) أقول: لأن الأعيان لا تستحق به، بل الذي يستحق به إنما هو المنافع قوله: (لأنه ليس بظاهر الرواية) أقول: ناظر لقوله ولا يتشبه له قوله: (وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول: بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصوداً

ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة. قال: (ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا يجوز) لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ. وله أن الجهالة لا تقضي إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأظفار شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تقضي إلى المنازعة (وفي الجامع الصغير: فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالإجماع. ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة

وبينا حالها التزمت الإطباب بلا طائل، ولكن لا علينا أن نذكر نبذاً من أولها وآخرها، قال بعد نقل ما في النهاية والعناية: قلت قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه لأن الأعيان التي تحدث شيئاً مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز إيجارها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرد، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها، والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها. ثم قال في آخر كلامه: وكيف يقول صاحب العناية: لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله إنه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي، وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه. أقول: كل ما قاله في الأول والآخر فاسد. أما ما قاله في الأول: فلأن معنى حدوث المنافع شيئاً فشيئاً أن لا يكون لها بقاء أصلاً بناء على عدم بقاء الأعراض زمانين عند المتكلمين، ولا شك أن هذا المعنى ليس بمحقق في الأعيان فكيف تكون الأعيان بمنزلة المنافع، ولو سلم ذلك لم يجز إجارة الأعيان قطعاً، إذ حقيقة الإجارة تملك المنافع بعوض دون تملك الأعيان، فإن تملك الأعيان بعوض هو البيع لا غير، وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة، وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدي شيئاً. أما صورة العارية فلأن العين هناك باق على حاله، وإنما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها لما نحن فيه. وأما صورتان الأخريان فلأن المعنى فيهما وإن كان تملكاً للعين لكن لا بطريق الإجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه، إذ الكلام في أن عقد الإجارة لا يرد على الأعيان لا أن شيئاً من المعقود لا يرد عليهما. وأما ما قاله في الآخر: فلأن المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط، والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها، وهذا مع كونه شائعاً فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضاً في كتاب الإقرار، ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضاً ما هنا بقوله إن ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الأربعة لمحمد رحمه الله التي هي رواية المعتز بها جداً، وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعاً، وما الشبهة فيه إلا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يدها قوله: (وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا: يعني من جواز الإجارة بأحد

وكسوتها أيضاً (استحساناً عند أبي حنيفة) لأن العادة الجارية بالتوسعة على الأظفار شفقة على الأولاد ترفع الجهالة، بخلاف ما قلناه من غيرها من الإجازات كالخبز والطبخ وغير ذلك فإن الجهالة فيها تقضي إلى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعاً عليه بمعرفة الجنس والأجل والمقدار، وفسر قوله فإن سمي الطعام دراهم (بأن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم. قال صاحب النهاية: وهذا التفسير

لظهور أن استحقاقه تبعاً لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبح قوله: (قوله وإذا ثبت ما ذكرنا: يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين الخ) أقول: ولعل مراد المصنف هو الإشارة إلى ما صححه واختاره من الطريق الأول كما يفهم من المقيس عليه فليتأمل قوله: (ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول: يأتي عن ذلك قوله اعتباراً بالاستئجار على الخدمة فليتأمل قال المصنف: (وفي الجامع الصغير: فإن سمي الطعام دراهم) أقول: يجوز أن يكون الطعام منصوباً على نزع الخافض: أي للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعيين:

دراهم ثم يدفع الطعام مكانه، وهذا لا جهالة فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضاً) لما قلنا، ولا يشترط

الطريقين. أقول: فيه نظر، إذ لو كان مراد المصنف بقوله: ما ذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله: اعتباراً بالاستتجار على الخدمة لأن الاعتبار بالاستتجار على الخدمة: أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني، فإن العقد في الاستتجار على الخدمة يقع على إتلاف المنفعة مقصوداً لا محالة، وفي استتجار الظئر يقع على إتلاف العين مقصوداً على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر. فالحق أن مراده بقوله: ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الأول على الطريق الثاني، وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في إثبات هذه المسألة، وآخر ذكر القياس إلى هنا، فإن إثباتها بالكتاب والسنة متمشٍ على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلاً بأصل المسألة، وأما إثباتها بالقياس فمختص بالطريق الأول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس، فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله: فإن قيل: قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام؟ قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجع إلى إثباتها بالقياس، انتهى تدبر تفهم قوله: (ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية: وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، ولكن يحتمل أن يكون معناه: أي سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسماة انتهى. أقول: ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى، فإن هذا المعنى إن لم يكن أكثر بعداً من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة، لأنه إذا صير إلى حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه في ذلك اللفظ: أي لفظ الجامع الصغير بأن كان تقديره إن سمي بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الإمام الزيلعي جاز أن يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله: أن يجعل الأجرة دراهم، ولكن لا يفهم منه أصلاً آخره وهو قوله: ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الإمام الزيلعي حيث قال: لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاماً، وإنما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهى. وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف، وفي أوله تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف، فإن فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في انقضاء البعض الأول منهما من ذلك اللفظ وعدم انقضاء البعض الآخر منهما منه، وإلا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعداً عن ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف، فلا وجه لردة الثاني وقبول الأول.

الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، ولكن يحتمل أن يكون معناه: أي سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها، ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسماة وهو حق، ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال إن يجعل الأجرة دراهم بدلاً آل إلى ذلك (وهذا) أي جعل الأجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه، وكذا لو سمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى أجرة (لأن أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة إذا كان ديناً، والأثمان لا يشترط تأجيلها، بخلاف ما إذا كان مسلماً فيه لأنه في السلم مبيع وإن كان ديناً فاشترط تأجيله بالسنة (ويشترط بيان مكان الإيفاء) إذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافاً لهما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر. قال: (وليس

أي عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي فتأمل قال المصنف: (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول: هذا لا يفهم من عبارة الجامع، وإنما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل قوله: (ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول: بأن يكون المضاف مقدراً في كلام الجامع: أي سمي بدل الطعام، وهكذا ذكر الزيلعي، إلا أن التقدير لا بد له من قرينة، فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة بذلك؟

تأجيله لأن أوصافها أثمان (ويشترط بيان مكان الإيفاء) عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس) لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم. قال: (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه؛ ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه، إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه (فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لأن العمل عليها. والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل الثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن أما الطعام فعلى والد الولد، وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أريضته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار

وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية: وهو حق، ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال: أن يجعل الأجرة دراهم بدلاً آل إلى ذلك انتهى. أقول: لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلاً بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ريك من حيث الإعراب، والمعنى: فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله: ثم يدفع الطعام مكانه. وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال: يجوز أن يكون الطعام منصوباً على نزع الخافض: أي للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعيين: أي عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي تأمل انتهى كلامه. أقول: كلا التوجيهين مجروح. أما الأول فلأنه قد تقرر في علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن إنما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنباً: أي من ذنب ويغاه الخير: أي بغى له، وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجر حذف الجار من إياك من الأسد إذ لم يسمع، وعن هذا قال ابن الحاجب: ولا تقل إياك الأسد لامتناع تقدير من انتهى، وفيما نحن فيه أيضاً لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض: أي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جداً. وأما الثاني فلأنه إذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي، وإلا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر، إذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الأصول قوله: (ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان) قال: كثير من ثقات الشراح في شرح قوله أوصافها: أي أوصاف

للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها (الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به: أي بعقد الإجارة صيانة لحقه، ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج ممن يشينه ظويرة زوجته أولاً، وهو الأصح لأنها إن كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وإن كانت ترضعه في بيته فله أن

قوله: (أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول: ولعل الأولى في الجواب هو أن يقال: إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا يكون خاصاً، وإن قدم ذكر العمل يكون مشتركاً على قياس ما قيل في استئجار الراعي قوله: (وفيه نظر لأنه قال بمنزلة الأجير الخاص) أقول: لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فإن العقد قد ورد على منافعه الخ. وقوله والأجير الخاص أمين فليتأمل قوله: (وهذا يدل على أنها، إلى قوله: وتائم بما فعلت نظراً إلى الأجير الخاص) أقول: وفي الفصل الثامن والعشرين من إجازات المحيط البرهاني: وليس للراعي إذا كان خاصاً أن يرعى غنم غيره بأجر، فلو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضي على ذلك شهر ولم يعلم الأول به فله الأجر كاملاً على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء إلا أنه يأثم انتهى. وفي البزاية: ليس للواحد أن يرعى غنم غيره، فإن رعى يجب الأجر كاملاً ويأثم، ولهذا قالوا: الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها، ولو أجر من آخر فيها له الأجرة الثانية أيضاً ويطلب له الأجر ولا يتصدق به وإن كانت منافعه بدنه مشغولة بحق الغير انتهى. إذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح قوله: (وكذلك إذا استأجر حملاً يحمل طعاماً) أقول: من قبيل الحذف والإيصال.

وليس بإرضاع، وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل. قال: (ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله، وكذا إذا استأجر حماراً يحمل طعاماً بقبض منه فالإجارة فاسدة) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قبض الطحان، وقد نهى النبي ﷺ عنه^(١)، وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة

الطعام على تأويل الحنطة اه. أقول: فيه نظر، إذ لا شك أن المراد بالطعام في مسألتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها، فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام. والحق عندي أن مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسألتنا هذه، فالمعنى أن هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها، بخلاف الكسوة كما سنذكر. والعجب أن صاحب العناية بعد أن قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله قوله: (فإن هذا إيجار وليس بإرضاع) في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم: أي يصب، تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه. أقول: لقائل أن يقول: إذا كان هذا إيجاراً لا إرضاعاً فلا معنى لأن يقول في الكتاب في وضع هذه المسألة: وإن أرضعته في المدة بلين شاة، بل الظاهر أن يقول: وإن أوجرته بدل وإن أرضعته، اللهم إلا أن يحمل على المشاكلة بملاسة مسألة استئجار الظئر التي وظيفتها الإرضاع تأمل. فإن قيل: الظئر أجير خاص أو أجير مشترك؟ أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط، فإنه قال فيه: ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً لأنها بمنزلة الأجير الخاص، فإن العقد ورد على منافعتها في المدة؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير الخاص أمين فيما في يده اه. ويحتمل أن تكون أجيراً خاصاً وأن تكون أجيراً مشتركاً على ما دل عليه لفظ الذخيرة، فإنه قال فيها: وإن أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين اه. وجه الدلالة على احتمالهما أنها لو كانت أجير وحده من كل وجه لم تستحق الأجر كاملاً وأثمت بما صنعته، ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الأجر كاملاً ولا تأثم فكانت بينهما، فقلنا بأنها لا تستحق الأجر كاملاً لشبهها

بمنعها من إدخال صبي الغير في منزلة كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه، فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها، لأن لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذراً تفسخ به الإجارة كما لو مرضت قوله: (وعليها أن تصلح طعام الصبي لأن العمل) يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر. وقوله: (وإن أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها، لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل) لا لانتفاء اللبن، ولهذا لو أوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الأجرة، فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن. وقوله: (أنه اختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى. وفي بعض النسخ: وهو أنه، وفي بعضها: لأنه. فإن قيل: الظئر أجير خاص أو مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط. قال فيه: ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنه بمنزلة الأجير الخاص، فإن العقد ورد على منافعتها في المدة؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل، والأجير الخاص أمين فيما في يده، وفيه نظر لأنه قال لأنه بمنزلة الأجير الخاص لا عينه. وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصاً ومشتركة، فإنها لو

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤٧،٣ وأبو يعلى ١٠٢٤ والبيهقي ٣٣٩،٥ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري وفيه هشام أبو كليب. ولفظ أبي يعلى «نهى عن عصب الفحل، وقبض الطحان» وقال ابن حجر في الدراية ١٩٠،٢: في إسناده ضعف. وذكره الذهبي في الميزان ٣٠٦،٤ وأعله بقوله: هذا منكر ورواية لا يعرف. ولذا رواه مسنداً: «المطالب العالية» ١٣٤٠ مرسلاً بسند حسن.

بقفيظ من دقيقه. وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات، لا سيما في ديارنا، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول، إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعدّ هو قادراً بقدرة غيره،

بالأجير المشترك، وبأنها تأثم لشبهها بأجير الواحد. هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ها هنا واقتفى أثره صاحب العناية، غير أنه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيراً خاصاً حيث قال: وفيه نظر، لأنه قال: لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه انتهى. أقول: نظره ساقط، فإن المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فإن العقد ورد على منافعه في المدة، وتنويره بقوله: ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل، فإن كلاً منهما يدل قطعاً على أنها أجير خاص، لأن ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص. وأما قوله: بمنزلة الأجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد، وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الأجير الخاص. ثم إن بعض الفضلاء قال: ولعل الأولى في الجواب أن يقال: إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول: استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصاً، وإن قدم ذكر العمل تكون مشتركاً على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ. أقول: ليس ذلك الجواب بتأم إذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيراً خاصاً على الثبات فيما إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الأجر كاملاً إذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع أنها تستحقه كاملاً على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة، وذكر في سائر المعتمرات أيضاً. وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني: بعد بيان استحقاتها الأجر كاملاً على الفريقين: وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا، لأن الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لأن الأب أوقع العقد أولاً على العمل، إنما يشكل فيما إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لأنها أجير وحد في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولاً، وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر، وإذا أجز لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم. والوجه في ذلك أن أجير الواحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار، ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملاً على الأول وتأثم بما صنعته، ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحقت الأجر كاملاً ولم تأثم فإذا كانت بينهما قلنا: بأنها تستحق الأجر كاملاً لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الواحد اهـ. فقد ظهر أن بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر قوله: (وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات لا سيما في ديارنا) قال

أجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين، وهذا يدل على أنها تحتملهما، قلنا بأنها تستحق الأجر منهما كاملاً تشبيهاً بالأجير المشترك، وتأثم بما فعلت نظراً إلى الأجير الخاص. قال: (ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه الخ) ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فالإجارة فاسدة، وكذلك إذا استأجر حماماً يحمل طعاماً له بقفيظ منه لأنه في معنى قفيظ الطحان في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله، وقد نهى النبي ﷺ عن قفيظ الطحان وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيظ من دقيقها، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات. فإن قيل: إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس؟ قلنا: لا، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتاً بدلالة النص، ومثله لا يترك بالعرف. فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيظ الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك. قلت: الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف

قوله: (لا لأنه في معناه من كل وجه) أقول: في تقرير الجواب نوع مسامحة، والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس، إلا أن ما نحن فيه ليس ثابتاً بالقياس، بل بدلالة النص وهي لا يترك به قوله: (ومثله لا يترك بالعرف) أقول: سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزاعة ما يخالف ما ذكره الشراح، حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيظ الطحان، وقال: يترك بالعرف كالاستصناع فراجع قوله:

وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما، ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر، لأن ما من

صاحب العناية: فإن قيل: إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس؟ قلنا: لا، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتاً بدلالة النص، ومثله لا يترك بالعرف اهـ. وقال بعض الفضلاء: سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال: يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اهـ. أقول: ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ها هنا، فإن المصنف بعد أن بين في أوائل كتاب المزارعة أن المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال: إلا أن الفتوى على قولهما: لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اهـ. ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان، بل إنما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه: أي من حيث أنها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها، وفي معنى المضاربة من وجه: أي من حيث أنها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الإمامين على جوازها، بخلاف ما نحن فيه فإنه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لأنه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة، فلهذا قيل: إنه ثابت بدلالة النص دون القياس. ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ها هنا فلا ضير فيها، لأن فيما نحن فيه قولين: أحدهما أنه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي. وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذه القاضي الإمام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضاً، فما ذكر صاحب العناية ها هنا على ما اختاره شمس الأئمة

ذلك في موضعه قوله: (والمعنى فيه) يعنى المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لأن حصوله بفعل غيره والشخص لا يمدّ قادراً بقلدة غيره) وإذا ثبت فساد العقد كان للحائك أجر مثله لأن صاحب الثوب استوفى منفعته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لأن المستأجر ملك الأجير) الأجرة (الحال بالتعجيل) لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الأجرة (فصار) حاملاً طعاماً (مشتركاً). ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر. لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تلويح إلى مسألة أخرى، وهو ما إذا قال أحمل هذا الكثر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكاً ولكن تفسد الإجارة لكونها في

(فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول: إلحاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمل، وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب، ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف: (وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال) أقول: قال العلامة الزيلعي: فيه إشكالان: أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالمقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل، فكيف ملكه ها هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. والثاني أنه قال ملكه في الحال. وقوله لا يستحق الأجر يناهى الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى. لعل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه، وما هو كذلك يطل، فقولهم ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام والله ولي الفضل والإلهام، فيكون تقدير الكلام: لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل، والثاني باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً، فكذا هذا فليتأمل قال المصنف: (ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه الخ) أقول: فيه بحث، فإنه في كل

جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه . قال : (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب

السرخسي قطعاً وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذه ، فإذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسألة فلا بأس بها قوله : (وهذا بخلاف ما إذا استأجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل الخ) قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسألة مع دليلها المزبور : هكذا قالوا ، وفيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل ، فكيف ملك ها هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثاني أنه قال : ملكه في الحال ، وقوله : لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه . أقول : كل من إشكاليه ساقط . أما الأول فلأنه لا ريب أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل ، إذ تعجيل الأجر إنما يكون بتسليمه إلى الأجير في الحال ، وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسألة كثير من الثقات ، منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قال : إن ها هنا مسألتين : إحداهما ما إذا استأجر رجلاً ليحمل له كَرَّ حنطة إلى بغداد مثلاً بنصفه كانت الإجارة فاسدة ، وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكَر . والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع إليه كله ولا أجر له ها هنا . والتي ذكرها في الكتاب بقوله : بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسألة وهي من ومساائل إجازات الجامع الكبير اه . وأما الثاني فلأن المناقاة بين قولهم : ملك الأجير في الحال وبين قولهم : لا يستحق الأجر ولا يجب الأجر ممنوعة ، إذ معنى الأول أنه يملك الأجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ، ومعنى الثاني أنه لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجير بالتسليم بسبب أن صار شريكاً في الطعام قبل إيفاء شيء من المعقود عليه ، ولا يذهب عليك أنه لا تنافي بين هذين المعنيين ، بل الأول منهما يؤدي إلى الثاني ، ويدل على هذا التوفيق قطعاً ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسألة نقلاً عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي حيث قال : وأما في المسألة الثانية وهي ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بغداد بنصفه الباقي ودفع إليه فإنما سلمه إليه على سبيل التملك لنصف الكَر من قبل أن البدل نصف كَر مطلق لا نصف كَر محمول إلى بغداد

معنى قفيز الطحان ، ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكَر . وقوله : (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) متصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً بقفيز منه (لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى) وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك ، وهذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر ، وأما إذا احتطبا جميعاً وجمعا جميعاً فهما شريكان على السواء . قال :

جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى للحصر ، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التشبيه ، أي هو كعامل لنفسه ، وسيجيء من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجع وتأمل فيه قال المصنف : (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) أقول : قال في النهاية : نصب قفيزاً على قول من يجوز إسناد الفعل إلى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار ، وهو ضعيف انتهى . وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعهم قال المصنف : (وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح) أقول : لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحاً كما قالوا في مسألة الراعي قوله : (وطولب بالفرق بين مسألتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فللك درهم) أقول : ولا بد من الفرق أيضاً بينها وبين ما قالوا في مسألة الراعي أنه إذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار للمقدم منهما في كون الأجير خاصاً ومشترراً فلتأمل قوله : (وكذلك بينها وبين الثانية) أقول : في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الإجازات

حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط. قال: (ومن استأجر رجلاً ليخيز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد في الإجازات: هو جائز) لأنه يجعل المعقود عليه عملاً ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترفع الجهالة.

فصار بتسليم الكرّ إليه معجلاً للأجرة فملكها بنفس القبض، وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لأنه صار شريكاً في الكرّ قبل إيفاء شيء من المعقود عليه، وما قبل التسليم في الإجارة بمنزلة ابتداء العقد، فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة فكذلك ها هنا، وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر، كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي، إلى هنا لفظ النهاية. وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الإشكال الثاني من ذينك الإشكالين إلى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال: لعل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه، وما هو كذلك يبطل، فقولهم: ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام: لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل، والتالي باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً فكذا هذا كلامه. قوله: (لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء، فيه بحث، فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى للحصر، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التشبيه: أي هو كعامل لنفسه اهـ. أقول: هذا البحث غير متمشٍ رأساً، لأنه إنما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه إلا وهو عامل لنفسه فقط، أما إذا كان معناه إلا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضاً فلا حصر فيه، فلا معنى لقوله: فلا معنى للحصر إذ لم يتعين الحصر فيه. فالوجه في تمشية البحث ها هنا توسيع الدائرة، بأن يقال: إن كان المراد أنه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع، وإن كان المراد أنه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب، وسيأتي تنمية هذا الكلام فيما بعد إن شاء الله تعالى قوله: (لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح) أقول: لقائل أن يقول: لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحاً لكون العمل معقوداً عليه

(ومن استأجر رجلاً ليخيز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لأنه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص، وإضافة العشرة إلى المخاتيم من باب الخمسة الأثواب على مذهب الكوفيين، واليوم منصوب على الظرفية، ومن استأجر رجلاً ليخيز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة، وقالوا: هو جائز ذكره في إجازات المبسوط لأنه يجعل المعقود عليه العمل حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملاً، وإن لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لأن المعقود عليه هو العمل، وإذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع الأوقات، والحمل على هذا مما لا بد منه دفعاً للجهالة لتصحيح العقد. ولأبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه، وليس أحدهما أولى من الآخر، والجهالة المفضية إلى النزاع تفسد العقد، وهذه كذلك لأن نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل، ونفع الأجير في الأول

وفي آخر إجازات الأصل: إذا استأجر الرجل رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزاً إلى الليل فهو فاسد. ذكر المسألة من غير ذكر خلاف. فمن مشايخنا من قال: بهذه المسألة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة، إذ لا يتضح الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل. ومنهم من قال: ما ذكر في هذه المسائل قياس قولهما، وما ذكر فيما تقدم استحسان على قولهما، إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل، والله أعلم انتهى. وأنت خبير بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالإجماع بخلاف هذه قول: (دل على أن مراده التعجيل) أقول: لكونه وصفاً مطلوباً.

وله أن المعقود عليه مجهول، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة. وعن أبي حنيفة أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم، وقد سمي عملاً لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل، بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله

كما كان كذلك في مسألة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل قوله: (لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعي فالظاهر أن يقال: ولأن بالواو انتهى. أقول ليس الأمر كما زعمه، فإن قوله: لأن مؤجر الأرض الخ دليل على قوله: وما هذا حاله يوجب الفساد على أصل المدعي فالظاهر ترك الوار كما وقع قوله: (وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح: إنما قيد بهذين القيدين: أي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لأنه إذا شرط أن يكرها مرتين في موضع لا تخرج الأرض الربيع إلا بالكراب مرتين، أو كانت تخرجه بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لأنه يكون في الأول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز. وبعبارة العناية: والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة.

وقال بعض الفضلاء: وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد، وقوله: ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعة إلا به انتهى. أقول: ليس شيء من شطري كلامه بسديد. أما شطره الأول فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الإجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة إلى الكراب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته. وأما شطره الثاني فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا تتأتى الزراعة هناك إلا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين. ومن قال من الشراح: ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فإنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر، لا لأن له نفعاً فيه وإلا لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله: (ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو

لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل، فإن مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الأجير أجره نظراً إلى الأول ويمتنع المستأجر نظراً إلى الثاني فأفضى إلى النزاع، وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الأغراض؛ فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة، وطولب بالفرق بين مسألتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، فإن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلاً ليخيز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فإن الإجارة فيها جائزة بالإجماع. والفرق بينها وبين الأولى أن دليل المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل، وليس له في مسألتنا ما يصرفه عنها فلا يصار إلى المجاز، وكذلك بينها وبين الثانية، فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل، يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صحت الإجارة لأنه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق، فكانه قال: إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه، بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة. قال: (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الإجارة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد، والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع، فإن استأجر أرضاً على أن يكرها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو

في الطلاق. قال: (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها ويزرعها أو يسقيها ويوزعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا تتأني الزراعة إلا بالسقي والكراب، فكان كل واحد منهما مستحقاً، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فإن اشترط أن يشيها أو يكرها أو يسرقها فهو فاسد) لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة، وأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفتان في صفقة واحدة وهي منهى عنه. ثم قيل: المراد بالثنية أن يردها مكروية ولا شبهة في فساد. وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته، وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل. قال: (وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي: هو جائز، وعلى هذا إجازة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب. أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجازة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين. ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وإلى هذا أشار محمد، ولأن الإجازة جوزت

ما حكى أن ابن سماعة كتب من بلغ إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة وقال: لم لا يجوز إجازة سكنى دار بسكنى دار؟ فكتب محمد في جوابه: إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائي فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء. والحنائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضاً. قال صاحب العناية: في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين: الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك. والثاني أن النساء إنما يتصور

جائز، لأن الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأني إلا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد، وإن شرط أنه يشيها أو يكرها أو يسرقها فهو فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفتان في صفقة وهو منهى عنه. وإنما قلنا إن ذلك ليس من مقتضيات العقد لأن المراد بالثنية إن كان ردها مكروية فلا شك في أنه لا يقتضيه لأن الزراعة لا تتوقف عليه، وإن كان المراد بها أن يكرها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض الربيع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة إلا أن مدة الإجازة كانت ثلاث سنين فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حيثن من مقتضياته، والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة. وأما كرى الأنهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال: بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل دون الأول (وإذا استأجر أرضاً ليزرعها بزراعة أخرى لا يجوز أصلاً، وكذا إجازة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب. وقال الشافعي: هو جائز لأن المنافع بمنزلة الأعيان ولهذا جازت الإجازة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر، ولو لم تكن

قال المصنف: (لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير) أقول: هذا دليل آخر على أصل المدعي، فالظاهر أن يقال ولأن بالواو قوله: (فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حيثن من مقتضياته، والثاني ليس فيه الخ) أقول: وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأني زراعته إلا به قوله: (دون الأول) أقول: ولئن بقي فكره من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الأنهار العظام قوله: (ولهذا جازت الإجازة بدين: أي بأجرة هي دين على المؤجر) أقول: يعني كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً بذلك الدين الذي في ذمته قوله: (أما علمت أن السكنى بالسكنى) أقول: الظاهر أن المضاف مقدر: أي مبادلة السكنى بالسكنى قوله: (وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً) أقول: الأنسب أن يقول: يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني قوله: (وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول: فيه شيء، فإنه إذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء، إذ لا مجانسة بين

بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة. قال: (وإذا كان الطعام

في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك، وفيما نحن فيه ليس كذلك، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً. وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدا على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة، وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بمحرمة. والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة، فبالإلحاق تثبت الشبهة لا شبهتها. وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين: الأول أنه إذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقوداً على العقد لا تتحقق المجانسة بين البديلين، إذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب. والثاني أن هذا الجواب بنافي الجواب المذكور عن الوجه الأول لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة، ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لأنها التي تتأخر وتحدث شيئاً فشيئاً فكان بينهما تدافع. فإن قلت: المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكماً العين القائم مقام المنفعة، فمدار الجواب عن الأول على الحقيقة، ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما. قلت: في جعل الحكم الأول مرتبطاً في الحقيقة، والثاني مرتبطاً على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد، ولم يجعل الأمر بالعكس تصحيحاً للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن. ثم قال صاحب العناية: ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعي أن هذه الإجارة فاسدة لأن المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا، فإن كان لزم النساء وهو باطل، وإن لم يكن فذلك لعدم المعقود عليه انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، لأنه إن راد بالمعقود عليه الذي رده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وإن لم يكن فذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح، لأن ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد إجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه، إلا أنا جَوَزْناه لحاجة الناس إليه فأقمنا الدار مثلاً مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الإجازات، فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلاً لعقد الإجارة قط، وإن أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكماً وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الأول من الترديد ويكون قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل غير تام، لأن النساء إنما يبطل عند اتحاد الجنس، وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفاً. واعترض بعض الفضلاء على قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال: هذا لا

المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان: أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء، ومعنى القوي تقدم في البيوع (والى هذا) أي إلى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى: أن ابن سماعه كتب إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة فكتب في جوابه، إنك أطلت

العين والمنفعة، ووجوده الحكمي لو سلم يورث شبهة في الإلحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل. وإنما قلت: لو سلم لأنه يجر إلى مذهب الشافعي ظاهراً قوله: (ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول: الضمير في قوله لفقدانها راجع إلى قوله ضرورة قوله: (ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الخ) أقول: فيه بحث قوله: (فإن كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول: هذا لا يتجه إلزاماً على الباحث، فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالإجماع فليتأمل قوله: (لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين) أقول: الأظهر أن يقال في تقرير السؤال: إنما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمها، وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة.

بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي: له المسمى لأن المنفعة عين عنده ويبيع العين شائعاً جائز، وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له، لأن الحمل فعل حسي

يتجه إلزاماً على الباحث، فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد، مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالإجماع فليتأمل. أقول: هذا في غاية السقوط، إذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه، والذي يحرم النساء بانفراده إنما هو الجنس لا غير، فلا مجال لأن يقال: لأن مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على مثله، ثم إن الإمام الزيلعي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين: وهذا مشكل على القاعدة، فإنه لو كان كذلك لما جاز، بخلاف الجنس أيضاً لأن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس، ولأن العقد على المنافع يتعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة، فقبل وجودها لا يتعقد عليها العقد فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصور فيها النسبة، فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص، إلى هنا كلامه. أقول: كل من وجهي استشكله ساقط. أما وجه الأول فلأن الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضاً قوله: إن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس مسلم، ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لأن المنافع ليست بدين، إذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة، صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح. وأما وجه الثاني فلأن الانعقاد في العقد على المنافع وإن حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إلا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد، وتأخر المعلول عن العلة الشرعية جائز على ما عرف، فمعنى انعقاد عقد الإجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة، لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة، إذ لا شك أن الإيجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين إلا مرة واحدة، وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الإجارة، فقبل وجود المنافع وإن لم يحصل الانعقاد إلا أنه يتحقق نفس العقد، فحين أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسبة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيما إذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه، ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسبة تبصر ترشد قوله: (ولأن الإجارة جاوزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح: لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى. أقول: للخصم أن يقول: لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس، ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة، إذ لا يخفى أن كثيراً من الناس قد يحتاج إلى سكنى

الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحثائي فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء. والحثائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها. وفيه بحث من وجهين: الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك. والثاني أن النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك، وفيما نحن فيه ليس كذلك، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً. وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة، وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة. والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة، فبالإلحاق تثبت الشبهة لا شبهتها. وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء، ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال: المدعي أن هذه الإجارة فاسدة، لأن المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا، فإن كان لزم النساء وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه.

لا يتصور في الشائع، بخلاف البيع لأنه تصرف حكمي، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر، ولأن

بعض الدور دون بعضها، ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الأماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهامه في ذلك، ولا يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الأول لعدم حصول تلك الحوائج والمهام هناك. اللهم إلا أن يقال: هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس، وكأنه أشير إليه في الكافي وغيره بأن يقال: والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس، وإنما تمس عند اختلاف الجنس، والكمال من باب الفضول، والإجارة ما شرعت لا ابتغاء الفضول انتهى تأمل تقف قوله: (وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية: يعني الطعام المشترك، وقال بعض الفضلاء: وعندي لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً، فإنه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى. أقول: ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً كلام خال عن التحصيل، لأن لفظ الإلزام في قوله: يتوجه إلزام الشافعي إما أن يكون مضافاً إلى مفعوله أو إلى فاعله، وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره. أما على الأول فلأن هذه المسألة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي، بل هي مجمع عليها، ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه إلزامنا بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا، وهلا يصير ذلك إلزاماً علينا أيضاً. وأما على الثاني فلأن المعقود عليه في تلك المسألة منافع الدار دون العمل، وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلاً للفعل الحسي، بخلاف ما نحن فيه، فإن المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الإلزام علينا من الشافعي أصلاً. ثم أقول: الظاهر عندي أيضاً أنه لا حاجة هنا إلى تقييد الطعام بكونه مشتركاً ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط، لكن لا لما ذكره ذلك القائل، بل لأن تمشية استشهاد الشافعي ظاهراً بالمسألة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسألة التي نحن فيها، وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسألة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الإطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق قوله: (ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في

لا يقال: قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبراً موجودين، لأن بطلانه قد (و) الثاني (أن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما إذا اختلفت جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى. فإن قيل: إذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي. أجيب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين، وإن قيل: انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم إذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لأنه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل. وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء

قوله: (يعني الطعام المشترك) أقول: وعندي لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً، فإنه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي، بل لا يبعد أن يدعي أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل قوله: (أجيب بأن حمل الكل حمل معين) أقول: في هذا الجواب تأمل، فإنه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه، فإذا حمل الكل كان هو محمولاً معه ويكون لإجارة المشاع، فإن اللازم هنا أيضاً تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل قوله: (بأن هناك تسليم المعقود عليه متعلل) أقول: هذا ناظر لقوله وافر بين هذا الخ.

ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام، وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع. (ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها

الشائع) قال في العناية: إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين. وقال: فإن قيل: إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الأجر. أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى. أقول: في الجواب نظر وهو أن عدم كون حمل الكل معقوداً عليه لا يجدي شيئاً في دفع السؤال، لأن حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعاً فكان موجوداً، وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة، ومن جملة الأجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الأجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه، ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يفيد شيئاً في دفع ذلك، وإنما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الأجر بحمل الكل وليس فليس قوله: (ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريكه فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره، والأول ممنوع فإنه شريك، والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره. والجواب أنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس، وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر انتهى كلامه. أقول: في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام، لأنه إنما تندفع بجعله عاملاً لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الأجير، فإن له حاجة إلى الأجر كما أن للمستأجر حاجة إلى المنفعة، وعلى تقدير جعله عاملاً لنفسه فقط لا تقضى حاجته، بل إنما تقضى حاجة المستأجر فقط، والظاهر أن عقد الإجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط، بل إنما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين، وإذا لم يجب للأجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الإجارة لها فلم يتم الجواب. وزيف بعض الفضلاء قوله: وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال: كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعطى له الأجر لا يحمل نصيب

عليه لأنه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت. قال: (وإذا كان الطعام بين رجلين الخ) وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له: يعني لا المسمى ولا أجر المثل. وقال الشافعي رحمه الله: له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز، وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخيط الثياب. ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذا الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين. فإن قيل: إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الأجر. أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه الاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر أصلاً. وفرق بين هذا وإجارة المشاع فإنها أيضاً فاسدة عنده فإن استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد، فإن استوفى

قال المصنف: (ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه) أقول: الأظهر ما من قفيز أو ما من حبة لأن الجزء ينطلق على الشائع قوله: (ومن عمل لنفسه لم يستحق أجراً على غيره) أقول: وإلا لزم العرض والمعرض في شخص واحد قوله: (وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول: كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعطى له الأجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه قوله: (والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع) أقول: الخياطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع.

فالإجارة فاسدة لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها، وكذا ما يزرع فيها مختلف، فمنه ما يضر بالأرض ما لا يضر بها غيره، فلم يكن المعقود عليه معلوماً. **(فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى)** وهذا استحسان. وفي القياس: لا

المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، إذ لا يذهب عليك أن وضع مسألتنا فيما إذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسألة كما لا يخفى قوله: **(وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع)** هذا جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لأن عقد الإجارة تملك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب، ونصيب صاحبه إنما هو في عين العبد لا في منافعه، لأن المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه، وإنما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تملك العين بعوض، وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شيء في حل هذا المحل، فقال صاحب النهاية لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه: أي منفعة ملك نصيب صاحبه، فلما كان ذلك منفعة لا فعلاً كالحمل صح إيقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة إن العقد يرد على المنفعة انتهى. أقول: فيه نظر، لأن قياس الخصم إنما هو على استئجار العبد المشترك ليخطط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقاً، فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيراً مشتركاً ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقاً، وإنما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقاً لو كان العبد أجير وحده وذلك ليس بمقيس عليه، ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي أن لا يصح إيقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي انتهى. أقول: فيه أيضاً نظر لأنه إن كان مدار فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة، وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يرمي إليه إقحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق، وإن كان

المنفعة وجب الأجر، وأما ما هنا فإنه متعذر أصلاً فلا يجب قوله: **(بخلاف البيع)** جواب عن قياس الشافعي على البيع، وذلك **(لأن البيع تصرف حكمي)** أي شرعي، والتصرف في الشائع شائع شرعاً، كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه. وقوله: **(ولأن ما من جزء)** دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء إلا وهو شريك فيه، وكل من حمل شيئاً هو شريك فيه كان عاملاً لنفسه، ومن عمل لنفسه لم يستحق أجراً على غيره لعدم تحقق التسليم إليه. ولقائل أن يقول: لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره، والأول ممنوع فإنه شريك، والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره. والجواب أنه عامل لنفسه فقط، لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة، وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر. وقوله: **(بخلاف الدار المشتركة)** جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة. ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه، فإنه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلاً وجب عليه الأجر، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر. وقوله: **(وبخلاف العبد)** جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك. ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع، بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان

قوله: **(أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم)** أقول: العقد لا يتم بنقض الحاكم بل يفسخ من الأصل قوله: **(لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه)** أقول: في دلالة على المدعي تأمل بل فيه نوع مغالطة قوله: **(لأن ذلك وضع القدوري الخ)** أقول: جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسألة الخ.

يجوز وهو قول زفر، لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً. وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً، كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان

مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن إيقاعه في الشائع كما يشعر به قوله: يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية. وقوله والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه أن ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضاً، لأن عقد الإجارة تمليك المنافع بعوض، ففي كل فرد من أفراد الإجارة بملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضاً باعتبار إيقاع ملك المنفعة في الشائع. لا يقال: لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الإجارة فيه، بخلاف المقيس عليه لأننا نقول: بطلان الإجارة فيما نحن فيه أول المسألة وقد خالف فيها الشافعي. واستدل على جواز الإجارة فيه أيضاً بوجوه: منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخطابة، فبناء الفرق بينهما على بطلان الإجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب. وقال صاحب غاية البيان: قوله: وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما إذا استأجر عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب: يعني أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن إثباته حكماً وإن لم يكن حساً، بخلاف المتنازع فيه لأنه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حساً اه. أقول: مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه قوله: (فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام: فإن زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقوداً عليه وينقلب العقد إلى الجواز ويجب الأجر المسمى إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اه كلامه. أقول: لا معنى لقوله إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد، فإن ما ذكر من انقلاب العقد إلى الجواز ووجوب الأجر المسمى إنما يتصور إذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد. وأما إذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب إلى الجواز لأن المنقوض لا يعود إلا بالتجديد لا محالة. والصواب أن يقال إذا لم يكن ذلك بعض نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله: قبل نقض القاضي وقعت سهواً من الناسخ الأول بدل لفظة بعد، ويدل عليه قوله: فيما بعد وإن بعد نقض القاضي لا يعود جائزاً قوله: (وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد: بنقض الحاكم، وتبعه الشارح العيني. أقول: لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاماً بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة، فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن يتم به، وتام الشيء من آثار بقاءه واقتضائه. والحق أن المراد بقوله: قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسألة فإن زرعها ومضى الأجل: ويرشد إليه قول صاحب الكافي في التعليل: ولنا أن المعقود عليه صار معلوماً

الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب، وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضاً ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالإجارة فاسدة) للجهالة المعقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع فيها مختلف، فمنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره) كالذرة والأرز فإن ضررها بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد، فإن زرعها ومضى الأجل وجب الأجر استحساناً، والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر، لأنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً. ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال، فإذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضرار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من ذلك الوقت، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه، ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ها هنا. وصار كما إذا استأجر إلى الدياس مثلاً ثم أسقط الأجل

عليه) لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الأجرة فاسدة (فإن بلغ بفداده فله الأجر المسمى) استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع (نقضت الإجارة) دفعاً للفساد إذ الفساد قائم بعد.

قبل مضي الأجل فارتفع الفساد اهـ. هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: وإن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالأرض لجواز أن يكون ما زرعها مضرّاً بالأرض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك، لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك. فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقيق شيء احتماله مفسد للعقد، ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولاً لا يتعين إلا بتعيينهما صوناً عن الإضرار بأحدهما، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما، فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك. وهذا الإشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله: ولي في هذا التعليل إشكال هائل. ثم قال: قلنا الأصل إجارة العقد عند انتفاء المانع، لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان، والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية. أقول: في الجواب بحث، لأن توقع المنازعة بينهما إنما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع إذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك. وأما إذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلاً، وهذا مما لا ستره به، فالكلام الفيصل أنه إن اعتبر في وضع هذه المسألة علم رب الأرض باستعمال المستأجر في الأرض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الإشكال المذكور رأساً، وإن لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الأجل، سواء علم رب الأرض بذلك ورضي به أو لا، فالإشكال المذكور وارد جداً غير مندفع بالجواب المزبور قطعاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قبل أن يأخذ الناس فيه، وكما إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم أسقط الرابع، وكما إذا باع بشرط قبل مجيئه، وهذا رد المختلف على المختلف، فإن زفر لم يقل بذلك أيضاً، ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكرها هنا بطريق المبادي. لا يقال: ذكر هذه المسألة تكرار لأنه ذكر في أول باب ما يجوز من الإجارة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة، ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى (ومن استأجر حماراً إلى بفداده بلدهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه، لأن) الإجارة وإن كانت فاسدة (فالعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لأن حكم الفاسد إنما يؤخذ من الجائز، إذ لا حكم للفاسد بنفسه لأنه مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وأن يأخذ من الصحيح حكمه (فإن بلغ بفداده فله الأجر المسمى استحساناً كما مر في المسألة الأولى) وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فإنه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً للفساد لأنه قائم بعد) والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: (وفي القياس لا يجوز) أقول: قال الكاكي: أي لا يجوز العقد: أي لا ينقلب جائزاً فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى. وفي شرح الشاهان: أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى. فتأمل أنت قال المصنف: (وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول) أقول: قال في النهاية: بأن باع أو أجر إلى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الأجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى. وفي شرح الشاهان: والدياس انتهى.

باب ضمان الأجير

قال: (الأجراء على ضربين: أجير مشترك، وأجير خاص. فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل

باب ضمان الأجير

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فتحتاج إلى بيانه، كذا في غاية البيان، ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال: لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة والفاسدة شرع في ضمان الأجير اهـ. وكل من هذين التقريرين جيد. وأما صاحب النهاية فقال: لما ذكر أبواب عقود الإجارة صحيحها وفاسدها سأقت النوبة إلى ذكر أحكام بعد عقد الإجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اهـ. ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال: لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان اهـ. ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركابة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان انتهى. فإن ضمير هي راجع إلى الأحكام، ولا ريب أن الضمان حكم واحد لا أحكام. ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه إلى توجيه ذلك فقال: إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفرادها أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدماً اهـ. أقول: توجيه الثاني ليس بوجيه، لأن الضمان وجوداً وعدماً أيضاً لا يصلح تفسيراً للأحكام، فإن أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح، والضمان باعتبار وجوده وعدمه إنما يصير اثنين لا غير. ثم إن صاحب معراج الدراية قال: والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر، واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اهـ. أقول: فيه إشكال، لأن قوله: واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضاً لقوله: والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر، إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجراً لا مؤجراً يلزم أن يكون الأجير فعلاً بمعنى مفعول لا بمعنى مفاعل فتأمل. وردّ عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال: قلت هذا غلط لأن فعلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثلاثي، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجر: يعني به من المزيد بدليل قوله: واسم الفاعل منه مؤجر اهـ كلامه. أقول: بل الغلط إنما هو في كلام نفسه، فإن الفعيل بمعنى المفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضاً، وعن هذا قال المحقق الرضوي في شرح الكافية: وقد جاء فعيل مبالغة مفعول كقوله تعالى ﴿عذاب أليم﴾ [البقرة ١٠] أي مؤلم على رأي. وقال: وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقاً اهـ.

باب ضمان الأجير

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان وقال: (الأجراء على ضربين الخ) الأجراء جمع أجير. وهو على نوعين: أجير مشترك، وأجير خاص. والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري. قيل: وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دوري، لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المَعْرِف موقوفة على معرفة المَعْرِف وهو الدور. وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المَعْرِف. وقيل قوله من لا يستحق

باب ضمان الأجير

قوله: (شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان) أقول: إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفرادها، أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدماً قال المصنف: (الأجراء على ضربين الخ) أقول: من قبيل تقسيم الكل إلى أجزائه قوله: (وهو على نوعين) أقول: وإنما قال وهو أي الأجير على نوعين، لأن الأجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك، ولزم تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، لكن اللام إذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف إلى الجنس، هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع، فإن المقسم هو جميع الأجراء بحيث لا يخرج منه شيء إلا ما يطلق عليه لفظ الأجراء مطلقاً قوله: (والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري) أقول: يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهاً، أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه، وأما الخاص فلأنه بمنزلة الفرد من المركب، لكن

كالصباغ والقصار) لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً. قال: (والمنازع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحرقيق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك^(١)، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعه إذا كانت بأجر، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحرقيق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته. ولأبي حنيفة

وقال الإمام المطرزي في المغرب: وأما الأجير فهو مثل الجليس والتديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل اه. وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيئاً من العربية قوله: (فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية: والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اه. يعني أن السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضاً: أي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار. وقال بغض الفضلاء: يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهاً. أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه. وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب، لكن تقديم المشترك ها هنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل. فإن ما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه. إلى هنا كلامه. أقول: ما ذكره بقوله: لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتمام. أما أولاً فلأن معنى باب ضمان الأجير باب ضمان الأجير إثباتاً ونقياً كما أشار إليه نفسه أيضاً فيما تقبل بقوله: أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدماً وإلا: أي وإن لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب إثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلاً، إذ لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والأجير الخاص، وأن لا يصح ذلك عندهما أيضاً إلا في بعض صور من مسائل

الأجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريف بالمثال وهو صحيح لكن قوله لأن المعقود عليه ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح، وفي كونه مفرداً لا يصح التعريف به نظر. والحق أن يقال: إنه من التعريفات اللفظية. وقوله: (لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك لأن المعقود عليه الخ، ويؤيده قوله: (فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، والمنازع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحرقيق الغالب والعدو المكابر. لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل إلا به) ولا حفظ (فإذا هلك المنازع بسبب كان الاحتراز عنه ممكناً كالغصب والسرقه، وترك المستحق عليه تقصير من جهته

تقديم المشترك ها هنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل، فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه قوله: (وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول: وأنت خبير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه إنما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة قال المصنف: (فالمشترك من لا يستحق الأجرة) أقول: ظاهره منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية، كأن يقال: لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيراً مع قطع النظر عن الأمور الخارجية قال المصنف (لأن المعقود

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ١٢٢، ٦ من طريق الشافعي عن علي «أنه كان يضمن الصباغ الصايغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك».

من إسناده جعفر بن محمد عن أبيه.

قال البيهقي: فيه انقطاع بين أبي جعفر وعلي اه. وورد أيضاً عن خلاص عن علي: «أنه كان يضمن الأجير» قال البيهقي: خلاص يصنفه أهل الحديث اه. وأخرجه البيهقي أيضاً عن جابر الجعفي عن علي، وجابر ضعيف وقال الزيلعي في نصب الراية ٥١٤١/٤ وهذه المراسيل إذا ضمت إلى بعضها البعض قويت.

رحمه الله أن العين أمانة في يده، لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمه، ولو كان مضموناً لضمه كما في المغصوب، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر، بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر. قال: (وما تلف بعمله)، فتخريق الثوب من دقة

الأجير المشترك وحده كما استحيط به خيراً، وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب، فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم إثبات الضمان ونفيه كان نسبته إلى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله: وذلك في المشترك. وأما ثانياً فلأن الطرفين إذا كانا متساويين لم يحتج هناك إلى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين، بل لم يتصور هناك ذلك، وإنما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا إليه في تقرير مراد صاحب العناية، وقد تقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز، وإنما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله: فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختياراً لتقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره، وقوله: وكان لا بد منه مما لا

فيوجب الضمان كالوديعة إذا كانت بأجر) فإنهما يقولان إنما تصوّر المسألة في حافظ الأمانة بأجر فهلك الأمانة فإنه يضمن وإن كان العين عنده أمانة (بخلاف ما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحرق الغالب وغير ذلك لأنه لا تقصير من جهته. ولأبي حنيفة أن العين في يده أمانة لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمه، ولو كان العين في يده مضموناً لضمه كما في المغصوب) فإن قيل: الاعتبار ليس بصحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك. أجاب بقوله: (والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً) وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل فكان تبعاً (ولهذا لا يقابله الأجر) وإذا كان تبعاً ثبت ضرورة إقامة العمل لم يتعد إلى إيجاب الضمان (بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر) قال: (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقة الخ) وما تلف بعمل الأجير المشترك كتخريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة بفتح الرءاء من مذها صاحبها مضمون عليه. وقال زفر والشافعي: لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً إذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة، والمطلق يتنظم الفعل بنوعه السليم والمعيب عملاً بالإطلاق فصار كالأجير الواحد ومعين القصار. ولنا أن الداخل تحت الإذن: أي الأمر ما هو الداخل تحت العقد، لأن الأمر إما بالعقد أو لازم من لوازمه، والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود، حتى لو حصل ذلك بفعل غير الأجير وجب الأجر، وإذا كان كذلك كان الأمر مقيداً بالسلامة فلم يكن المفسد مأموراً به، بخلاف معين القصار لأنه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له، ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم، وبخلاف الأجير الواحد على ما نذكره. وقوله: (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال: انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فإنه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه إلا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان يسوقه وقوده، لأن الواجب ضمان الأدمي وضمان الأدمي لا يجب بالعقد إنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والمائلة لا تتحمل ضمان المعقود ومن استأجر من

عليه إنما هو العمل) أقول: عندي فيه إشارة إلى دفع السؤال بأن التعريف دوري، فإن عدم استحقاق الأجر حتى يعمل يكون المعقود عليه العمل فتأمل قوله: (لأنه التعليل على التعريف غير صحيح) أقول: يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني قوله: (وقوله لأن المعقود عليه إذا كان العمل، إلى قوله: بيان لمناسبة التسمية) أقول: وعندي أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل، لأن قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه. ولو استحق من استأجر على العمل قبله تطل المساواة، هذا هو مراد المصنف، إلا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل، ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خير لقوله لأن المعقود عليه الخ قوله: (ويؤيد قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً) أقول: لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف: (لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما) أقول: قال الزيلعي: ويقولهما يفتي اليوم

وزلق الحمال وانقطع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الواحد ومعين

صحة له. نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه، لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر. وقال صاحب النهاية: فإن قلت: هذا يعني تعريف الأجير المشترك بقوله: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته إلى الدور، لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك، ثم لو كان عارفاً بالأجير المشترك لا يحتاج إلى هذا التعريف، ولو لم يكن عارفاً به قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عما لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو، فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور. قلت: نعم كذلك، إلا أن هذا تعريف للخفي بما هو أشهر منه في فهم المتعلمين، أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل استحقاق الأجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الأجر متى يستحق فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب خلل. أما أولاً فلأن قوله: في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن إصلاحه، فما معنى قوله بعد ذلك إلا أن هذا تعريف للخفي الخ. وأما ثانياً فلأن كون الأجير المشترك خفياً، وما ذكر في التعريف أشهر منه ممنوع، كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا سئل عما لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو بأنه هو الأجير المشترك. وأما ثالثاً فلأن المذكور في باب الأجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالأجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الأجير المشترك والأجير الخاص فإنهم حصروا هناك سبب استحقاق الأجير مطلقاً للأجرة في معان ثلاثة هي: شرط التعجيل، والتعجيل من غير شرط، واستيفاء المعقود عليه، ولو كان هذا المعنى الثالث مختصاً بالأجير المشترك لزم أن لا يستحق الأجير الخاص الأجرة أصلاً فيما إذا

يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) وإنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) إنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق (فإن السقوط بالعار في الطريق أو بانقطاع الحبل، وقد تقدم أن كل ذلك من صنعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر، لأن المال عنده أمانة في يد الأجير المشترك، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه (فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه، ومن حيث إن ابتداء الحمل حصل بإذنه لم يكن تعدياً، وإنما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شاء فإن اختار الوجه الثاني فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل، وإن اختار الوجه الأول فلا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً، وإذا قصد الفساد أو بزعج البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك. وفي الجامع الصغير يطار بزعج الخ) وإنما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القُدوري، وكل منهما يشتمل على نوع من البيان، أما في القُدوري فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن. وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجابة بأمر المولى والهلاك، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن. ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن، وإنما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير

لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى. وفي النهاية: روي عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع على يده، وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما، ولأجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملاً بأقوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الإمكان، انتهى كلام صاحب النهاية. قال ابن البرزاني: معناه عمل في كل نصف، يقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى. فكأنه أراد بالصلح مجازة وهو الحط. وفي فتاوى قاضخان: الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله.

القصار. ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى

لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان، وإذا كان المذكور فيما سبق بقوله: أو باستيفاء المعقود عليه حكماً عاماً للأجير الخاص أيضاً فكيف يصح أن يقال: في توجيه معنى تعريف الأجير المشترك ها هنا بما ذكر فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك. ثم إن صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال: قيل وتعريف الأجير المشترك بقوله: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دوري، لأنه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور. وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اهـ. أقول: أصلح الجواب في الجملة كما ترى، ولكن فيه أيضاً خلل، لأنه إن أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية. يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفاً من أن ذلك الحكم عام للأجير الخاص أيضاً فكيف يتم تعريف الأجير المشترك بذلك، وإن أراد به ما ذكر هناك بقوله: وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب: قد علم مما سبق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الأجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفاً لمطلق الأجر المشترك فتأمل. وقال بعض الفضلاء: وأنت خبير بأن قول المصنف: لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال، فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور، ولا حاجة إلى الحوالة انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بشيء لأن تعريف الأجير المشترك بمن لا يستحق الأجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري، وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئاً آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل، والمصنف أيضاً ذكره وحده في البداية، وإنما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية، والسؤال المزبور إنما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه يفيد معرفته. وزيادة المصنف شيئاً يفيد معرفته، كيف تصلح كلام من لم يزهده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة، وإذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته، فإما أن تحتاج معرفته إلى معرفة الأجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور أو لا يحتاج إليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة، نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر. ثم قال ذلك البعض من الفضلاء: ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية، كأن يقال: لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيراً مع قطع النظر عن الأمور الخارجة انتهى. أقول: إنما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج إلى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله: المذكور المشترك من لا يستحق الأجرة قبل أن يعمل. وأما إذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلاً كما يستحقها الأجير أنخاص بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل أصلاً على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك أصلاً لأن الأجير المشترك إذا لم يقع منه العمل أصلاً لا يستحق الأجرة، حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر، وكأن الإمام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز: ولا يستحق الأجر حتى يعمل: يعني الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا

ممكن لأنه أي السراية يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وما هو كذلك مجهول، والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لثلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة، ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار، والتحرز عنه ممكن لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد. فإن قيل: قد علم من رواية الكتائب أن الحجام إذا حجم العبد بإذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان

الأثر وهو المعقود عليه حقيقة، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه، بخلاف المعين

إذا عمل انتهى فتبصر. ثم إن صاحب العناية قال: وقيل قوله: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد. والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفاً بالمثال وهو صحيح، ولكن قوله: لأن المعقود عليه ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح. وقال: وفي كونه مفرداً لا يصح التعريف به نظر. والحق أن يقال: إنه من التعريفات اللفظية، وقوله: لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك، لأن المعقود عليه الخ، ويؤيده قوله: فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء: وعندي أنه يعني قوله: لأن المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل، لأن قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه، ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة، هذا هو مراد المصنف، إلا أن المصنف فرّع على ذلك التعليل قوله: فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل، إلى هنا كلامه. أقول: مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف ما هنا لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك، بل عبارته ما هنا لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة، ولا شك أن قوله: كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزء للشرط المذكور فيما قبله، ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية، فالحق ما إقاله صاحب العناية، على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله: لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره تعليلاً لما ذهب إليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف أقوله، فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل، لأن مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه، ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما إذا كان الأجير مشتركاً تتحقق فيما إذا كان الأجير خاصاً أيضاً، فلو صح تفريع قوله: فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الأجير الخاص أيضاً للعامة، وليس كذلك قطعاً قوله: (ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه) أقول: في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور في صورة تخريق

لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت. أجب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان إذا ختن فقطع الحشفة فإن برىء فعليه ضمان كمال الدية، وإن مات فعليه نصف بدل نفسه. فإن قيل: هذا مخالف لجميع مسائل الديات فإنه كلما ازداد أثر جنايته انتقض ضمانه. أجب بأن محمداً قال في النوادر: إنه لما برىء كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببذل النفس كما في قطع اللسان. وأما إذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامناً نصف بدل النفس لذلك. فإن قيل: التنصيف في البذل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى، لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلد لا محالة فكان كقطع اليد مع حرّ الرقبة. أجب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً وأن لا يقع إتلافاً، والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرًا بخلاف الحر فإنه لا يحتمل أن لا يقع إتلافاً. قال: (والأجير الخاص الخ) الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر

قوله: (لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في المعين من فعله الذي هو المعقود عليه) أقول: قوله الذي صفة للأثر قوله: (لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له) أقول: الحكم يدار على دليله، وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان، فقله لأنه يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمن قوله: (وهي لا تقتضي السلامة) أقول: قال الله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾

لأنه متبرّع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرّع، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده، وبخلاف أجير الوجد على ما ذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال: (إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) لأن الواجب ضمان الآدمي، وأنه لا يجب

الثوب من دقه من صور مسألتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها إذ قد مر في أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع، وكل صانع ليس لعمله أثر في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى. فقد تلخص منه أن العمل على نوعين: نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار. ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحمال والملاح. وأن المعقود عليه في النوع الأول هو الأثر وهو الوصف القائم في الثوب، والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير. ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح، وإذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة إلى الأثر، وكيف يصح أن يقال فيها الأثر هو المعقود عله حقيقة، وقد صرح فيما مرّ بأن المعقود عليه هناك نفس العمل، وكذا قوله: حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر بمستقيم على إطلاقه، إذ قد مرّ أيضاً الباب المزبور أنه إذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره، لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة في محل بعينه انتهى. نعم إذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل كما مرّ هناك أيضاً فكان الدليل خاصاً والمدعي عام. والأولى في التعليل ما هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: لأن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح، لأن الإذن إنما يثبت ضمناً للعقد والعقد انعقد على التسليم لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مرّ في البيع، فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذوناً فيه، كما لو وصف نوعاً من الدق فجاء بنوع آخر اهـ. قوله: (بخلاف المعين لأنه متبرّع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرّع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية: ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرّع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرّع له اهـ. وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال: الحكم يدار على دليله وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقلوه: لأنه يمتنع عن التبرّع بيان لحكمة عدم التضمن اهـ. أقول: هذا لا يجدي شيئاً لأن صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرّع في صورة حصول المضرة به لغير من تبرّع له، بل أراد منه بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعاً للضرر عن غير المتبرّع له فلا فائدة ما هنا لحديث جواز كون الحكمة أخص، على أن لصاحب العناية أن يقول: لا يصلح قوله: لأنه يمتنع عن التبرّع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً، فإنه إذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن، بل كان الظاهر حينئذ هو التضمن كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: ولو علل بأن التبرّع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اهـ. أقول: ولقائل أن يقول: هنا أيضاً كون التبرّع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر إلى من تبرّع له لا يقتضي جواز ذلك إذا تضمن ضرراً لغير من تبرّع له، ألا يرى أنه إذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرّع به لغيره بطريق الهبة فلا شك أنه يلزم الضمان فلم لا يلزم الضمان إذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرّع بالعمل

بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل، كمن استؤجر شهراً لخدمة شخصين أو لرعي غنمه، وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك. والجواب عنه فعليك بمثله ما هنا، وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله: (ولهذا) أي ولأن الأجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل) على بناء المفعل، بخلاف الأجير المشترك. فإنه روي عن محمد

بالعقد، وإنما يجب بالجنائية ولهذا يجب على العاقلة، وضمن العقد لا تتحملة العاقلة. قال: (وإذا استأجر من يحمل له دنأ من الفرات فوق في بعض الطريق فانكسر، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حملة ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا، والسقوط بالعتار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه. وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعدياً وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء. وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما

للأجير فتلّف بعمله ملك المستأجر فليتأمل قوله: (وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال: انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله؟ فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقاتل أن يقول: يشكل هذا على ما مر من أن الأجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فإنه يجوز أن يقال هناك أيضاً: إن الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق. ثم أقول: يمكن الفرق بأن التخصيص هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً كما مر فلا اعتبار له، وأما هنا فالتخصيص في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصوداً فله اعتبار وحكم: (قوله لأن الواجب ضمان الأدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجنائية) قال في الكفاية: لا يقال إن ضمان بني آدم يجب بالتسبب وقد وجد، لأن المسبب إنما يضمن إذا تعدى وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي اه. أقول: فيه بحث، وهو أنه كيف يكون كلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الأجير المشترك في مسألتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة، ولولا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة في يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئاً كما مر. ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل بالفسد، مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح، وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسألة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الأحكام قوله: (وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لأنه ذكر في مسألة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسألة الجامع الصغير الأجرة وحجابه العبد بأمر المولى، حتى إذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في إحداهما مذكوراً في الأخرى، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها: لأن رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن، ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية الجامع الصغير، وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما سكت عنه رواية المختصر. فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه. وأما صاحب العناية

في خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبي لأنه بفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً، ولو كان أجيراً خاصاً

قوله: (فلاؤه إذا انكسر في الطريق الخ) أقول: تحليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ قوله: (وأما في الجامع، إلى قوله: والهالك) أقول: فيه بحث قوله: (ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن) أقول: لأن التخصيص بالذكر في الروايات يفيد نفي الحكم عما عداه قوله: (ووجه ذلك أن الهالك ليس بمقارن) أقول: لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل، وإنما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل.

استوفى أصلاً. قال: (وإذا فسد الفصد أو بزغ البزاق ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك. وفي الجامع الصغير: بيطار بزغ دابة بدائق فنفتت أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان. ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطبايع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد. قال: (والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم) وإنما سمي أجير وحده لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل. قال: (ولا ضمان على الأجير

فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان. أما في القدوري فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضوع المعتاد، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن، وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجابة بأمر المولى والهلاك، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن اهـ كلامه. أقول: في بيانه خلل، فإنه جعل الهلاك أيضاً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير، وليس بسديد إذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان أن في كل واحد منهما نوعاً من البيان مخصوصاً به والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما، فإنه قال في مختصر القدوري: فيما عطب من ذلك، وقال في الجامع الصغير: فنفتت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك، بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير، فإن أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات قوله: (والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل) قال صاحب العناية: وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك. والجواب عنه فعليك بمثله ها هنا اهـ. أقول: لا يذهب على الفطن أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتمشى ها هنا، يظهر ذلك بأدنى وجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال: وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى. ولم يتعرض للجواب، لكن في تحريره أيضاً ركاقة، لأن المذكور فيما تقدم تعرف الأجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الأجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله: وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة، اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثلاً وما ورد من الشبهة قوله: (لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالاً كثيرة رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه، كذا في العناية أخذاً من الكافي. قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإن حكمها بالضمان إنما تنشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب، وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لثلاث يقصر الأجراء في

فنقضه استحق الأجر (ولا يضمن ما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدم في عمله أو تخرق الثوب من دقه إذا لم يعتمد الفساد، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع إذا تعدى (أما الأول) وهو ما إذا تلف في يده (فلأن العين أمانة في يده لحصول القبض بإذنه، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعياناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها

قال المصنف: (لأنه يبتني على قوة الطبايع وضعفها) أقول: ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل، والمراد لأن السراية وجوداً وعدمًا تبتنى قوله: (حتى إن الختان إذا ختن فقطع الحشفة) أقول: وفي صحة التفريع كلام، ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة قوله: (فعليك بمثله ها هنا) أقول: فيه بحث قوله: (ولو كان أجيراً خاصاً فنقضه) أقول: يعني نقضه أجنتي قوله: (لحصول القبض بإذنه) أقول: القبض بالإذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول: ولا أجر للحفظ، إلا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق قوله: (وقد، يعجز عن قضاء الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول: فيه بحث، فإن حكمها بالضمان إنما تنشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب، وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لثلاث يقصر الأجراء في الحفظ. والأظهر أن يقال: وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الواحد فبقي على القياس.

الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس، والأجير الواحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس. وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه فيصير فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمه، والله أعلم بالصواب.

الحفظ انتهى. أقول: هذا البحث ساقط جداً، إذ الظاهر أن ما ذكر هنا حكمة حكمها بضمان الأجير المشترك، وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين إنما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلاً، على أنه لو كان ما ذكر هنا أيضاً دليلاً لا حكمة لم يلزم محذور قط، إذ لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر فما مر ولا تعارض، فلا مانع عن كون هذا وذاك معاً دليلاً على الحكم.

فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه (والأجير الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس، وأما الثاني) وهو ما إذا تلف من عمل (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها، والأمر بالتصرف فيها (فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور) أي الأجير (نائباً منابه فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمه، والله أعلم)

باب الإجارة على أحد الشرطين

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز، وأني عمل من هذين العاملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للمصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين، وكذا إذا خيرته بين شيئين بأن قال: آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وكذا إذا خيرته بين ثلاثة أشياء، وإن خيرته بين أربعة أشياء لم يجز، والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة، غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار (ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله

باب الإجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين قوله: (غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك، إلى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال: أقول الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكروا، وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة، وهي تنفذي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمه، إذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه. وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال: بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه. ويمكن الجواب بأن يقال: إن الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية إلى النزاع حين وجوب الثمن إلا بإثبات الخيار، والأجرة في باب الإجارة لا تجب بمجرد العقد بل العمل، وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة إلى إثبات الخيار، إلى هنا كلامه. أقول: ليس هذا الجواب بشيء إذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ها هنا، والإشكال المزبور إنما يتجه بعد ذلك، فإن الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تنفذي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه، إذ العمل في نحو استئجار الدار إنما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها، وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول: بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل في دفع أصل الإشكال قوله وقال زفر: (الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته يدلان على البطلان فيكون مجهولاً وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك أن ذكر اليوم

باب الإجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين. قال: (وإذا قال للخياط الخ) إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فلك درهم وإن خطته رومياً فلك درهمان جاز بالاتفاق، وأني العاملين عمل استحق الأجر المسمى له، وكذلك إذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين، وكذلك إذا كان بين ثلاثة أشياء، أما إذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز، والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل، وعند ذلك

باب الإجارة على أحد الشرطين

قوله: (إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب) أقول: فإن قيل: أليس هذا تعليقاً والإجارة لا تقبله، قلنا: ليس هذا تعليقاً لعقد الإجارة بأمر آخر كأن يقول إن جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد، أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه قوله: (غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول: يعني خيار التعيين.

عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم. وفي الجامع الصغير: لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم. وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان قال زفر: الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البديل فيكون مجهولاً، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان. ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت. وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان، ولأن التعجيل والتأخير مقصود فتزل منزلة

للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال أفراد العقد في اليوم بأن قال: خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر، فكذا ها هنا. وذكر الغد للترفيه لأنه حال أفراد العقد في الغد بأن قال: خطه غداً بنصف درهم كان للترفيه فكذا ها هنا، إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان. أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم. وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببديلين على سبيل البديل فصار كأنه قال: خطه بدرهم أو نصف درهم، وهو باطل لكون الأجر مجهولاً وذلك يقضي إلى النزاع، كذا في الشروح والكافي. قال صاحب العناية: بعد ذلك البيان. والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل، فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى. أقول: فيه نظر، لأن زوال الجهالة بوقوع العمل إنما يتصور إذا لم يجمع في كل يوم تسميتان، ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحيث لا تزول الجهالة قطعاً لأن العمل المشروط أمر واحد، ففي أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابله بدلان على سبيل البديل. فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة، ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحاً قوله: (ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية: وفيه كلام.

يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار. وإذا قال: إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم. قال أبو حنيفة: الشرط الأول جائز والثاني فاسد، فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غداً فله أجر مثله. وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه. وقال زفر: الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قوبل ببديلين على البديل وذلك يقضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع، وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال أفراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا ها هنا. وذكر الغد للترفيه لأنه حال أفراد العقد في الغد بقوله خطه غداً بنصف درهم كان للترفيه فكذا ها هنا إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان، أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم، وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق، لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببديلين على البديل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولاً. والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم. ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لأنه حقيقته فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصر على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت، وذكر الغد للتعليل: أي للإضافة لأن الإجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة، وإذا كان للإضافة لم يكن العقد

قوله: (والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول: فيه بحث، إذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم، فالأولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم قوله: (كما تقدم) أقول: آنفاً قوله: (فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول: فيه شيء، بل حقيقته التعليق لمكان أن، وجوابه ظاهر، فإنه قال: ذكر الغد للإضافة وهي حقيقة، ودخول إن بعد التقييد بالغد قوله: (فيكون مراده التعجيل) أقول: لا يقال هذا مخالف. لما قاله آنفاً من أن ذكر اليوم للتأقيت، لأنه ليس معنى كلامه أن

اختلاف النوعين. ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة، ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل، وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم، فيصح اليوم الأول ويجب المسمى،

وهو أن الإمامين جعلوا اليوم في مسألة أن يستأجر ليخبر له اليوم كذا بكذا للتعجيل هرباً عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الأمر الباطل ما هنا انتهى. أقول: هذا الكلام ظاهر الاندفاع، لأن الإمامين إنما حملوا اليوم ما هنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها إلى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح، وإنما جعلوا اليوم في مسألة الخبز للتعجيل لتحقيق الصارف عن الحقيقة إلى المجاز هناك وهو يصح العقد. فإن الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن، وإنما أمكن هناك جعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما، ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: قد جعلوا ذكر اليوم في مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلوا كذلك ما هنا؟ قلت: هنالك حملاً على المجاز تصحيحاً للعقد وما هنا حملاً على الحقيقة للتصحيح أيضاً إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد، والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه قوله: (ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة) ومراده بالتعليل الإضافة: أي للإضافة حقيقة، لأن الإجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم: ولهذا ذكر في بعض النسخ الغد للإضافة. وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالإضافة: ويجوز أن يقال: عبر عن الإضافة بالتعليل إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة، لأن التسمية الأولى باقية، وإنما هو لحظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليل: أي لتعليل الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير، إلى هنا كلامه. أقول: فيه بحث، إذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليل حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويفسد الثاني، إذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد إلا تسمية واحدة هي التسمية الأولى، ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى ما هنا إفساد للدليل أبي حنيفة بل لمدعاه أيضاً، فكأنه إنما اغترّ بما ذكره صاحب غاية البيان فإنه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليل أثناء تقرير دليل الإمامين. المراد من التعليق الإضافة، لأن تعليق الإجارة لا يجوز وقال: أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير إلى الغد وذلك جائز لا تعليق الإجارة انتهى. ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الإمامين لا يستلزم محذوراً يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبي حنيفة، فإنهما يقولان: لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك، بخلاف قول أبي حنيفة: كما عرفت قوله: (ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فلما إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتنافي لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكر الوقت

ثابتاً في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله: (ولأن التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما، ومعناه أن المعتقد عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة، فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة بئدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصوداً فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية (ولأبي حنيفة أن

التعجيل معنى مراد بذكر اليوم، بل إنه لازم من لوازم معناه فتأمل، ويجوز أن يحمل الكلام على الإلزام قال المصنف: (ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول: قيل إذا تأملت في كلام الهداية: أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية. فإن صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة: أعني التوقيت لزوم فساد العقد، ومنه يفهم أنه حمل على مجازة لهذا المنط، إذ القرينة المانعة عن إرادة الحقيقة في صورة تعين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرف. نعم لو جعل المنط من أول الأمر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لأنه

ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني. وفي الجامع الصغير لا

يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل، كذا في العناية وغيرها. أقول: يشكل هذا مسألة الراعي فإنه يجتمع فيها العمل والوقت، وتصح الإجارة بالاتفاق، ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد، بل يعتبر الأجير أجيراً مشتركاً إن وقع ذكر العمل أولاً، وأجير وحده إن وقع ذكر المدة أولاً، صرح بذلك في عامة المعتمرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني. قال صاحب الكافي: وفي المسألة إشكال هائل على قول: حنيفة رحمه الله، فإنه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد، وفي مسألة المخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره. والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز، وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا إلى المجاز بهذا الدليل، ولم يبق مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مراداً ففسد العقد، انتهى كلامه. وزاد عليه تاج الشريعة سؤالاً وجواباً فلخصهما صاحب العناية فقال: بعد ذكر ذلك الإشكال. والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال. والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود، بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى. أقول: يشكل الجواب المذكور عن ذلك الإشكال بمسألة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه، ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلا أجر لك، قال محمد في الأمالي: إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم في قولهم جميعاً، لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقداً لا تسمية فيه فيجب أجر المثل، انتهى لفظ المحيط. فإن أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الأول في هاتيك المسألة كما أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يبق فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه، إذ لا شك أن قوله: إن خطته غداً فلا أجر لك لا يكون دليلاً على عدم إرادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت، بل يكون دليلاً على إرادة حقيقة ذلك، إذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الأجر بالكلية في الغد، وإذا كان التوقيت مراداً بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسألة المخاتيم جداً على قول أبي حنيفة: فليتأمل. واستشكل

ذكر الغد للتعليل حقيقة) أي للإضافة، ويجوز أن يقال: عبر عن الإضافة بالتعليل إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة، لأن التسمية الأولى باقية، وإنما هو لحظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليل: أي لتعليل الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير، وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير إلى المجاز، وإذا كان للإضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإنما إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحده وهما متنافيان لتنافي لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات، ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل (وحيث لا تجتمع في الغد

زاد له في الأجر متى خاط في اليوم ونقص متى آخر، وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير رية، ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى، وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فتأمل. وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام قوله: (لأن التسمية الأولى باقية، وإنما هو لحظ النصف الآخر الخ) أقول: فتأمل كيف اجتمع حيث في الغد التسميتان حتى يفسد قوله: (وهو يقبل التأخير) أقول: كان الظاهر أن يقول: وهو يقبل التعليق كما لا يخفى، لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مراراً.

يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو

الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل. وقال: ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الأمر فإنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت، وقال: وفيه تأمل انتهى. أقول: لا يتوجه هذا الاستشكال رأساً إذ لا نسلم أن أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة، بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضاً من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الأفراد. وإني تتبعت عامة المعتمرات ولم أجِد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند أبي حنيفة، بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة، فإن الإمام الزاهدي قال: في شرحه لمختصر القدوري نقلاً عن شرح الأقطع: ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى. نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في أثناء بيان دليل زفر في المسألة التي نحن بصدد توضيحها لقوله: إن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت، ولهذا لو أفرد العقد في اليوم بأن قال: خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا ها هنا انتهى. لكن الظاهر أن ذلك القياس المذكور في دليل زفر إنما يتنهض حجة على الإمامين، فإنهما يقولان بالتعجيل حالة الأفراد لا على أبي حنيفة رحمه الله فتدبر قوله وفي الجامع الصغير: (لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول: فيه نظر، إذ قد تقرر في أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية في الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا

تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول: في جعل اليوم لتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية، وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية، ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكماً. والجواب أن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى والضمينات غير معتبرة. واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة المخاتيم، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد، وها هنا للتعجيل وصححه. وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك إذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه، وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير، بخلاف حالة الانفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مراداً وفسد العقد. ورّد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال. والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود، بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال. ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق، وإذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني. روي عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني. قال القدوري رحمه الله: هي الصحيحة (وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه. قال: (ولو قال: إن سكنت في هذا الدكان عطراً فبدرهم الخ) ولو قال: إن سكنت في هذا الدكان عطراً فبدرهم، وإن سكنته حداداً فبدرهمين، وكذا إن استأجر بيتاً فقال إن سكنت فيه عطراً فبدرهم، وإن سكنت فيه حداداً فبدرهمين، ولو استأجر دابة إلى الحيرة على

قوله: (وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير) أقول: ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل، ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الأمر فإنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل قوله: (بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل) أقول: يعني دليل على المجاز قوله: (زائد على الجواز

الصحيح . لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال : (إن سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر، وإن سكنته حداداً فبدرهمين جاز، وأني الأمرين فعل استحق الأجر المسمى فيه عند أبي حنيفة. وقالوا : الإجارة فاسدة، وكذا إذا استأجر بيتاً على أنه إن سكن فيه عطاراً فبدرهم وإن سكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا : لا يجوز. ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف. وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كَرَّ شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كَرَّ حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا : لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود علي مجهول، وكذا الأجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة. أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخية والتسليم فتبقى الجهالة، وهذا الحرف هو الأصل عندهما. ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما

ولا تمنع النقصان أصلاً، بل يجب أجر المثل وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ها هنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفاً لما تقرر قوله : (أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخية والتسليم فتبقى الجهالة، وهذا الحرف هو الأصل عندهما) قال صاحب التسهيل : يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين، فإن الأجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الإجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفقاً إلا عند زفر، انتهى كلامه. أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الأجر وإن وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخية، بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد، فإنهم صرحوا بأنه إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة فلم يركبها وجبت الأجرة انتهى. ففي مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين، بخلاف ما نحن فيه على أصلهما قوله : (ولو احتيج الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به) يعني ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخية والتسليم، بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر ولم يتفق به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الأجرين للذين سميا في العقد للتيقن به. أقول : لقاتل أن يقول : لو جاز الأخذ بالأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الإجارة بناء على كونه متيقناً لصحت

أنه إن حمل عليها كَرَّ شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كَرَّ حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن استأجرها إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلاف. وإنما قال ذلك لأن هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها. وجه قولهما إن المعقود عليه أحد الشئيين، وكذلك الأجر أحد الشئيين وهو مجهول، والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان. فإن قيل : مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة. أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة. أما في هذه المسائل فالأجر يجب بالتخية في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة. وهذا الحرف : أي قوله يجب الأجر بالتخية والتسليم فتبقى الجهالة هو الأصل عندهما. ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية، وهذا أي كونهما مختلفين لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد؛ ألا ترى أنه أي إسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد

بظاهر الحال) أقول : قوله على الجواز متعلق بقوله زائد قوله : (وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول : لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغاً ما بلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين، فإن هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر إلى لفظ المؤجر قوله : (والتسليم في العبد) أقول : فيه شيء، وكان الظاهر أن يقال : والتسليم في الدابة.

في مسألة الرومية والفارسية، وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد؛ ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها، والإجازة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به.

الإجازة فيما إذا سمي لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البذل كأن قال: خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم، أو قال: أسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الأجرين للذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع، والله الموفق.

وكذا في أخواتها قوله: (والإجازة) جواب عن قوله يجب الأجر بالتخلية الخ، وتقريره أن الإجازة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به (ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم يتنع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الأجرين للتيقن به).

باب إجارة العبد

قال: (ومن استأجر عبداً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق، ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار،

باب إجارة العبد

قال صاحب النهاية: لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرّ شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد، إذ العبد منقطع الدرجة عن الحرّ فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى. واقتضى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه. وقال صاحب غاية البيان: لما كان إجارة الرقيق نوعاً من أنواع الإجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة، وآخر ذكرها لأن الجنس مقدم على النوع، وقال: هذا ما لاح لي من وجه المناسبة، وما قيل في بعض الشروح إن العبد منقطع الدرجة عن الحرّ فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر، لأن صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب، وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب، وترجم الباب بباب إجارة العبد كما ترجم في الأصل بباب إجارة الرقيق للخدمة وغيرها، وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منقطع الدرجة عن الحرّ لأنه لا ولاية له أصلاً فلا يصح تصرفه في شيء إلا بإذن المولى وهذا مسلم، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لأنه لم يوجد منه تصرف أصلاً في عقد الإجارة لا أصالة ولا نيابة، بل هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة كالدابة ونحو ذلك، فلم يعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن إلا تنويع المسائل، إلى هنا كلامه. أقول: في الوجه الذي لاح له نظر، لأن مجرد كون الجنس مقدماً على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب إلى هنا، فإن مسائل كثيرة من الأبواب السابقة مختصة أيضاً

باب إجارة العبد

تأخير ذكر إجارة العبد عن إجارة الحرّ لا يحتاج إلى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته (ومن استأجرها عبداً لخدمته فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، لأن خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الإطلاق) واعتراض بأن المستأجر في ملكه منفعه كالمولى، وللمولى أن يسافر بعبدته فكذا للمستأجر. وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبدته لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك، ونوقض بمن ادعى داراً وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته. وأجيب بأن مؤنة الرذ في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء العقد، لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث إنه تقرر حقه في الأجر، فالمستأجر إذا سافر بعبدته يلزم المؤجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد، وربما يربو على الأجرة. وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه، فالمدعي بالإخراج إلى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك، وهذا كما ترى انقطاع لأن المعلن احتاج إلى أن يضم إلى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد، ولعل الصواب أن يقال: لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان، فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى، والعرف يوجب، أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا بوجبه (ولهذا جعل السفر عذراً) يعني إذا استأجرها غلاماً لخدمته في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الإجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا، ولو منع من السفر تضرر فكان عذراً تفسخ به الإجارة قوله: (فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الإطلاق (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فإذا تبينت الخدمة في الحضر عرفاً لا يبقى غيرها داخلاً كما في

باب إجارة العبد

قوله: (تأخير ذكر إجارة العبد) أقول: أي نفسه، وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطراداً كما سبق في باب العشر والخراج، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل قوله: (واعترض بأن المستأجر) أقول: معارضته قوله: (وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجر الخ) أقول: في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني: وإذا استأجر عبداً بالكوفة ليستخدمه ولم يمين مكاناً للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة، فإن سافر به ضمن، هكذا ذكر محمد المسألة في إجازات

ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب (ومن استأجر

بالنوع لا عامة للجنس، ألا يرى أن مسائل باب الإجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الإجارة، وكذا مسائل باب الإجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان إلى غير ذلك من المسائل الأخرى المتقدمة، وإنما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الإجارة من الأحكام العامة لجنس الإجارة دون غيرها من الأحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب. وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير إجارة العبد: أي نفسه وقال: وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطراداً كما سبق في باب العشر والخراج، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل. أما أولاً فلأن الإجارة في اللغة اسم للأجرة وهي كراء الأجير، صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة، ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدراً قط، وإنما المصدر من الثلاثي الأجر، ومن المزيد عليه الإيجار والمؤاجرة، فلم يتصور أن يكون للإجارة فاعل ومفعول، فلم يصح القول: بأن الإجارة ها هنا مضاف إلى الفاعل وأن المعنى إجارة العبد نفسه. وأما ثانياً فلأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل: ثنتان منها متعلقتان بإيجار العبد نفسه، وثلاث منها متعلقات بإيجار الغير إياه، فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكره فيه استطرادياً كما يقتضيه قوله: وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً ما لا تقبله فطرة سليمة. ثم أقول: في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر أن انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما إذا وجد من العبد تصرف في عقد الإجارة، كذلك يظهر له أثر فيما إذا لم يوجد منه تصرف في ذلك، ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة، إذ لا شك أن في كل من تينك الصورتين

الركوب) فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ها هنا (ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً) فعمل (فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يسترد منه الأجر استحساناً. وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة لاتعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب، والأجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه) قال: (ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع، والمحجور مأذون في المنافع. ولأبي حنيفة أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم

الأصل. وذكر في صلح الأصل أن من ادعى داراً وصالحه المدعي عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: لم يرد بقوله يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به، وإنما أراد به أن يخرج إلى أهله في القرى وأفنية البلد. قال: وهذا كما قلنا في باب الإجارة: من استأجر عبداً ليخدمه ليس له أن يسافر به، وله أن يخرج إلى أهله وأفنية البلد. وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يفرق بين مسألة الإجارة ومسألة الصلح، وكان يقول في مسألة الصلح: لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة. وحكي عن النقيبه أبي إسحاق الحافظ أنه كان يقول: لا رواية عن محمد في فصل الإجارة، فلقاتل أن يقول: للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصغر كما في الصلح. ولقاتل أن يفرق بينهما، وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في إجازات الأصل على نحو ما كتبنا انتهى. فعلم من ذلك إمكان المنع في مسألة الصلح فتأمل قوله: (لأن المنفعة في النقل كانت له) أقول: يعني كانت للأجير قوله: (وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعي عليه) أقول: الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها لما أنه ليس عقداً برأسه فهذا الصلح محمول على الإجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعي عليه، وإلا فما الفرق؟ والجواب أن الفرق واضح فإن المدعي عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء، والتفصيل في النهاية قوله: (ويلزمه) أقول: أي يلزم الأجر قوله: (وليس المستأجر كذلك) أقول: والمصالح أيضاً ليس كذلك قوله: (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً.

عبدًا محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل. والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: هو ضامن) لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه

حكماً خاصاً يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله: في الوجه الذي اختاره، وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة. ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل إنما هو لانحطاط درجته عن الحر؛ فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه: آخر الأحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجهاً جازياً في صورتين معاً شاملاً للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول: صاحب الغاية، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ، إذ مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليقه. ثم إن إضافة الإجارة إلى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الإضافة إلى الفاعل ولا من قبيل الإضافة إلى المفعول لما عرفت، بل من قبيل الإضافة لأدنى الملابس فتشمل ما كان العبد متصرفاً في نفس عقد الإجارة كما في بعض مسائل هذا الباب، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب، ومن هذا البعض المسألة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد قوله: (ومن استأجر عبدًا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا يتنظمها الإطلاق) فإن قيل: إن المستأجر في ملك منافع ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره؟ قلنا: إنما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبته أجيره، كذا في الكافي وعامة الشروح. ونقض هذا الجواب بمن ادعى داراً وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته. وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقرّر حقه في الأجر، فالمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الأجرة. وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست

بالإحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب، إذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده، وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه، ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب. فإن قيل: الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا إحراز فيه. أجيب بأنه تابع للأمر لكونه جزءاً منها وهي محرزة، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله، ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا كان مأذوناً له وهو العاقد رجع الحقوق إليه فكان له القبض. وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه ووضع المسألة فيما إذا أجر العبد المغصوب نفسه، فإن أجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى لأنه العاقد (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز، والشهر الأول منهما بأربعة لأنه المذكور أولاً، والمذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز) وذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التذكير كان مجهولاً، والإجارة تفسد بالجهالة فصرفناه إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز، كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهراً وسكت فإنه ينصرف إلى ما يلي العقد (أو نظراً إلى تنجز الحاجة) فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك، والظاهر وقوعها عند العقد، وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف إلى ما يلي الأول ضرورة. قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً، والمذكور في الكتاب

فكيف يحرز ما في يده. (وإن وجد المولى الأجر قائماً بعيته أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً) لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز، والأول منهما بأربعة) لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز أو

على المدعي عليه، فالمدعي بالإخراج إلى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك، كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: لقائل أن يقول: يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد إذا التزم مؤنة الرد وإن لم يرض به المؤجر، لأن حاصل هذا الجواب أنه إن سافر المستأجر بالعبد في باب الإجارة يترتب الضرر على المؤجر بإلزامه إياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد. ولا يخفى أن ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً ما لم يشترط ذلك فتأمل. وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال: وهذا كما ترى انقطاع، لأن المعلل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهي قوله: والمستأجر لا يملك رقبته قيلاً وهو أن يقول: ويلزمه مؤنة الرد. ثم قال: ولعل الصواب أن يقال: لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري تقيد بمكان وزمان، فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجبه، أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجبه، انتهى كلامه. أقول: فيما استصوبه نظر، لأنه ينتقض بمسألة الصلح، إذ لا شك أن المصالح أيضاً لا يملك منافع العبد على الإطلاق كالمولى، بل هو أيضاً إنما يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع أن له أن يسافر بالعبد، بخلاف المستأجر فيحتاج إلى الفرق قوله: (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب) قال بعض الفضلاء: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً انتهى. أقول: الفرق بينهما أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل في إطلاق العقد رأساً بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر، ومدار الثاني على أن كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وإن كانتا داخليتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد، فبعد تعينها لا يبقى المحال للآخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركه أولاً لتعينه للركوب فكذا هنا، ويرشد إلى ما قرنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تحليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد، وربما يربو ذلك على الأجر فيتعين موضع العقد مكاناً للاستيفاء بدلالة الحال، كذا في المبسوط والذخيرة انتهى قوله: (ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسألة: ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل فأعطاه الأجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله: فعمل واقتفى أثره صاحب العناية أقول: فيه شيء، وهو أن وضع هذه المسألة فيم إذا استأجر عبداً

ليس كذلك. وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر، فكأن المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً

قوله: (أجيب بأنه تابع للام بكونه جزءاً منها وهي محرزة) أقول: لا يقال هذا مخالف لما قاله الآن من أن العبد لا يحرز نفسه لأن عدم إحرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزاً في حق المالك قوله: (قيل مبني هذا الكلام على أنه ذكر منكر الخ) أقول: فيه بحث، فإن المصنف إنما يستدل بتنكير شهراً لا بتنكير شهرين، فلا مساس لهذا السؤال ظاهراً، ويجوز أن يقال قوله شهراً تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فاتحداً بهذا الاعتبار، لكن لا يخفى عليك أنه لو ذكر المستأجر لفظ معرفة كما في الكتاب فجواب الكتاب أيضاً ما ذكر قوله: (وأجيب بأن المذكور) أقول: المجيب هو الإمام حميد الدين الضرير في حواشيه على الهداية، ثم قال مولانا ظهير الدين: وقد رأيت

نظراً إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة. (ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو أبقي أو مريض فقال المستأجر أبقي أو مرض حين أخذه وقال المولى لم يكن ذلك إلا

محجوراً عليه شهراً كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر، وقد تقرر عندهم، وعرفت فيما مر غير مرة أن الأجير يصير بذكر الوقت أجيراً خاصاً، وقد مر في باب ضمان الأجير أن الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسألة بعد ذكر المدة. نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الأجر، فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه إياه من الأجر، إلا أنه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسألة اعتماداً على ظهور كونه مراداً. فإن قلت: من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس. قلت: لا يرى له وجه صحيح، إذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام، فإن العمل يوجد بدون تسليم النفس في الأجير المشترك مطلقاً، وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الأجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل؟ وإرادة تسليم النفس والإنصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف قوله: (لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز أو نظراً إلى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة: فإن قلت: هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله: هذين. قلت: رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله: هذين، بل في كل واحد منها استأجر عبداً شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة، ويحتمل أن يحمل قوله: هذين على ما إذا قال المؤجر: آجرت منك هذا العبد شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فقال: المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله: هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينفي التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لإثبات التعيين، إلى هنا كلامه. واقتضى أثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال، ولكن بنوع تغيير تحرير في أوائل المقال. وقال صاحب العناية: قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر مجهولاً والمذكور في الكتاب ليس كذلك. وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر: واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر، فكأن المؤجر قال: آجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة، فقال المستأجر: استأجرت هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة، انتهى كلامه. أقول: لا الشبهة شيء ولا الجواب. أما الشبهة فلأن التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهراً بأربعة وشهراً بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين، إذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتمعن مجموع الشهرين من حيث هو مجموع، وهذا لا يقتضي أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وإيهامه، فاحتيج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلاً. وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر: لما صح تنكير عبداً في قوله ومن استأجر عبداً هذين الشهرين، بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر منه. على أن كون اللام في قول المستأجر: للعهد إنما يتصور فيما إذا كان كلام المؤجر مقدماً على كلام المستأجر في العقد، وليس ذلك بلازم فإن أيّاً من المتعاقدين

بخمسة قوله: (ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم الخ) ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق، ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الأجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس

كثيراً من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابي والإيسيجابي والمعينة في الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين، بل فيه إذا استأجر عبداً شهرين بأربعة وشهراً بخمسة فقال مولانا: تأملت فلم أجد له مخلصاً سوى هذا انتهى. ويقول الضعيف مستعيناً بالله: يجوز أن يكون وضع المسألة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير، وإنما ذكر المصنف معروفاً نظراً إلى تعينه المآلي حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل.

قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر، وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال، إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه.

تكلم أولاً يصير كلامه إيجاباً، فإذا قيل الآخر ألزم العقد، فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر: لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسألة على الإطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه. ثم أقول: لعل المصنف إنما عرف الشهرين في تقرير هذه المسألة مخالفاً لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك إشعاراً بأن جواب هذه المسألة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين، بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهراً في شهراً بأربعة وشهراً بخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفاً. وقال بعض الفضلاء: يجوز أن يكون وضع المسألة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير، وإنما ذكر المصنف معرباً نظراً إلى تعينه المالي حيث يتصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله: هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى. أقول: ليس هذا بشيء أيضاً، إذ لا يذهب عليك أن قوله: شهر بأربعة وشهراً بخمسة من كلام المستأجر، وأنه تفصيل للشهرين، فلو لم يكن قوله: هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل. ثم أقول: بقي ها هنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسألة غير مختص بصورة أن يكون الأجير عبداً بل هو متمش في صورة إن كان حرّاً أيضاً لعين الدليل المذكور في الكتاب، فوجه ذكر هذه المسألة في باب إجارة العبد غير واضح، فإن المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الأحكام وإلا فكثير من الأحكام المذكورة في الأبواب السابقة مشترك بين الحرّ والعبد. ولا يقال: إن كون الأجير عبداً أكثر من كونه حرّاً، فبنى الأمر على الأكثر، إذ لا نسلم أن ذلك أكثر، بل الظاهر أن كون الأجير حرّاً أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الأجرة لإنفاق نفسه وعياله، وأيضاً لو كان بناء الأمر على ذلك لذكر سائر مسائل الأجير أيضاً في هذا الباب، والله الموفق للصواب.

بناهض لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في نفسه. وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه في المدة، ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحاً لكلام المؤجر لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة، والله أعلم.

باب الاختلاف في الإجارة

قال: (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصاً أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الإذن يستفاد من جهته؛ ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته، لكن يحلف لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه. قال: (وإذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء

باب الاختلاف في الإجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافها وهو الفرع، إذ الاختلاف إنما يكون بعارض قوله: (وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة: ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قبله، كذا في الشروح. واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والأجير خالف فخاط قباء، وها هنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسألتين كيف يتحد الجواب؟ وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسألتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب، ولما حلف كان القول قوله: فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء، هذا خلاصة ما في النهاية والعناية. وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال: ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى. أقول: ليس ذاك بسديد. أما أولاً فلأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقررًا عندهما فيجب الضمان قطعاً. وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الأجير ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء. فكيف يصح أن يقال: إذا كان الحكم ذلك: أي الضمان إذا اتفقا بالطريق الأولى إذا

باب الاختلاف في الإجارة

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع، لأن الاختلاف إنما يكون لعارض قال: (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب (الخ) إن اختلف المتعاقدان في الإجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الإذن، وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله، لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول له، فكذا إذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لأنه أنكر ما لو أقر به لزمه، فإن حلف فهو بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الإجارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء. واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف وها هنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك؟ وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء، لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء. وذكر في بعض نسخ القدوري يضمه: أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ، فالأولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى. ظاهر الرواية، والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد. وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال، فلا يصير صاحب الثوب مشترياً للصبغ حتى تعبر القيمة عند فساد السبب. ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك، وإن اختلفا في وجود الأجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوم عمله، لأن تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر. وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حريفاً له: أي خليطاً له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة

باب الاختلاف في الإجارة

قال المصنف: (لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله) أقول: في الشرح الشاهاني: أي لو أنكر عقد الإجارة أصلاً كان القول لصاحب الثوب انتهى، وفيه بحث.

أخذه وأعطاه أجر مثله، وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى. وذكر في بعض النسخ: يضمه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب (وإن قال صاحب الثوب عمله لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله إذ هو يتقوّم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف: (إن كان الرجل حريفاً له) أي خليطاً له (فله الأجر وإلا فلا) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما وقال محمد: (إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر. والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ما هنا إلى الاستحقاق والله أعلم.

اختلفا. وأما ثانياً فلأن مورد الاعتراض هو قول المصنف، ومعناه ما مر من قبل. والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه، فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا قوله: (والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ما هنا إلى الاستحقاق) يعني أن الحاجة ما هنا إلى الاستحقاق لا إلى الدفع، والظاهر إنما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق. قال بعض الفضلاء: فرق بين الظاهر والاستصحاب، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى. أقول: المراد بالظاهر ما هنا ظاهر الحال، وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع. وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فإنها من الأدلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول، والله الموفق للصواب، وإليه المرجع والمآب.

بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا، لأن سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما. وقال محمد: إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجرة فالقول قوله، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لأنه منكر، وما ذكرناه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ما هنا للاستحقاق لا للدفع.

قوله: (واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان (الخ) أقول: ولك أن تقول: إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس، ودليل المسألتين ما سيجيء في الغصب من رعاية حق الجانيين قال المصنف: (وقال محمد: إن كان الصانع معروفاً (الخ) أقول: قال الزيلعي: والفتوى على قول محمد انتهى. وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الإسلام وعليه الفتوى، وما في شرح الشاهاني: والفتوى على قول محمد انتهى، ذكره جدي الشيخ الإمام المحبوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير قوله: (وما ذكرناه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر (الخ) أقول: فرق بين الظاهر والاستصحاب، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد.

باب فسخ الإجارة

قال: (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وإنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع، وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه. قال: (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر. ومن أصحابنا من قال: إن العقد لا يفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه الإباق في البيع قبل القبض. وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للأجر، وهذا تخصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء

باب فسخ الإجارة

ذكر باب الفسخ آخرأ لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرأ قوله: (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير المعاقدين مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية: لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة لأن عقد الإجارة ينقضي ساعة فساعة على المنافع، فلو قلنا: بالانتقال كان ذلك قولاً. بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث. انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأنه قد مر في أول باب الأجر متى يستحق أن الأجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه. فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الأوليين فيما إذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث، لأن المورث قد كان ملك الأجرة في حال حياته بتعجيل الأجرة أو بشرط تعجيلها، فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وإن تم في حق المنفعة لم يتم في حق الأجرة. والأظهر في تعليل هذه المسألة أن يفصل فيستدل على انفساخ الإجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلاً عن المبسوط حيث قال فيها: ولنا طريقان: أحدهما في موت المؤجر فنقول:

باب فسخ الإجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة، إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة. قال: (ومن استأجر داراً) ففسخ الإجارة لعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الإجارة لأجلها، وكذا بالأعذار عندنا خلافاً للشافعي، فإذا استأجر داراً (فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا إذا استأجر عبداً للخدمة فذهبت كلتا عينيه، وأما إذا كان عيباً لا يضر كحافظ سقط لم يكن محتاجاً إليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا فسخ له قوله: (لأن المعقود عليه) دليل على ذلك، ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وأنها توجد شيئاً فشيئاً، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثاً قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل المعقود عليه وهو المنافع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع فإن المشتري إذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك، وكذا إذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة) وهذا قول بعض أصحابنا. وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع، ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة إلى أن عقد الإجارة يفسخ بانهدام الدار، لأنه لو لم يفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لأنه رد

باب فسخ الإجارة

قوله: (لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول: قوله به زائد لا طائل تحته بل مغل، فإن المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر، ولعله زيادة من الناسخ، ويجوز أن يقال اللام متعلق بمسحقة لا بالمملوكة، وقوله لأنه ينتقل مبنى على

الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته) لأنه جزء من المعقود عليه. قال: (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت) لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل

المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه، لأن رقة الدار تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقة لما أن الإجارة تتحدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة، وليس له ولاية إلزام العقد في ملك الغير. والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث؛ ألا ترى أن المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة، وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة، وهذا لأن الورثة خلافة ولا يتصور ذلك إلا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني، والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث، والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود، وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لأن وارثه لا يخلفه فيه، كذا في المبسوط، إلى هنا لفظ النهاية قوله: (وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه، ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول: في هذا الدليل للشافعي شيء، وهو أنه قد تقرر عندهم أن الإجارة على نوعين: نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار

بعيب وهو لا يصح إلا بحضرة المالك بالإجماع، واستدل المصنف على ذلك بقوله: (لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر، ومن أصحابنا من قال: إن العقد لا يفسخ، و) سحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر داراً فانهدم فيها المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر، وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه بإباق العبد المبيع قوله: (ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه) أورده استهاداً به على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء. قال: (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت، لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز) لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة، لأن عقد الإجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث. وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا إليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز، لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة، فإنه في الابتداء كان واقعاً لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك. ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فإن للمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين قد عقد لنفسه ولم يفسخ العقد. وأجيب بأن ذلك للضرورة، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة، ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه، حتى قال بعض مشايخنا: إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة، وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر، وإذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري، والمستحسن لا يورد نقضاً على القياس كتطهير الحياض والأواني، ونوقض بما إذا مات الموكل فإنه تنفسخ الإجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلام، فإنا قد قلنا إن كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم في مثله. ووجه نقضه هو أن المعنى

الفرض والتقدير، والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقاؤه مستحقة لغير العاقد بالعقد. ثم قول: المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر.

والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى. قال: (ويصح شرط الخيار في الإجارة) وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه، ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال، وكل ذلك يمنع الخيار. ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة، وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب، فكذا بخيار الشرط، بخلاف البيع، وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة. قال: (وتفسخ الإجارة بالأعذار)

رجل على صبيغ ثوب أو خياطته، ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة، والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الأول أصلاً لأن عدم إمكان رد المعقود عليه بكمال وعدم إمكان تسليمه أيضاً على الكمال إنما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح، وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعاً، وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني، وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية، كاستئجار دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها، وإنما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصراً عن إفادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الإجارة مطلقاً فليتأمل قوله: (ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به البيع) قال ابن العز: القول بفسخ الإجارة بالأعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا إجماع ولا قول صحابي: بل

الذي انفسخ العقد إذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجودة فيه فالفسخ لأجله. قال: (ويصح شرط الخيار في الإجارة) إذا استأجر داراً سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهر جائزة عندنا (وفي أحد قولي الشافعي: لا يجوز لأن الخيار إن كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه، وإن كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك، وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا هنا (ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس، وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه، والجامع دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لثلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح، وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فإن الخيار فيهما لا يصح. وقوله: (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وإنما كان فواته في الإجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع، لأن رد الكل في البيع ممكن دون الإجارة فيشترط فيه دونها) لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة (يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن، وهذا عندنا خلافاً للشافعي، قال في المبسوط: إذا استأجر داراً سنة فلم يسلمه له إليه حتى مضي شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يعتنع من القبض في بقية السنة عندنا، ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك، وقال الشافعي رحمه الله: للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الأصل الذي بينا أن المنافع عنده في حكم الأعيان القائمة، فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حق الفسخ. قلنا: الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق والصفقة، وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر ببيان فرع آخر لنا لا استشهاداً حيث لم يكن الخصم قائلاً به. قال: (وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا) تفسخ الإجارة بالأعذار عندنا (وعند الشافعي: لا تفسخ إلا بالعيب) بناء على ما مر مراراً (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الإجارة (ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (إذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الإجارة والبيع جميعاً، وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما إذا استأجر رجلاً ليقطع ضرره لوجع ثم

عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع. ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حداً ليقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباًحاً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الإجارة) لأن في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا من أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بشئ ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر. ثم قوله فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفترق إلى قضاء القاضي في النقض، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين. وقال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي. ووجه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ. ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي، ومنهم من وفق فقال: إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الأصل.

بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فإنه عقد لازم، ولا زالت الأعذار تحدث في عقود الإجازات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس إليه، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك. وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر، وإن كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقطع ضرره فبراً وانقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليحلل عينه فبراً أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه، إلى هنا كلامه. أقول: نظره ساقط جداً، إذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا إجماع ولا قول صحابي في حق الإجارة بالأعذار أن لا يصح القول بذلك، فإن القياس أحد الأدلة الشرعية الأربعة على ما تقرّر في علم الأصول، فيكفي تحقق ذلك في إثبات حكم شرعي، وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار إليه المصنف بقوله: فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به، وبين الجامع بقوله: إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وإنما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك، أو انعقاد إجماع على خلاف ذلك، ولم يقع

زال الوجع، أو استأجر إنساناً ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس، أو استأجر رجلاً ليقطع يده لأكلة وقعت بها ثم برأت فإنه لا يجبر المستأجر على قلع الضرر واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة، لأن في المضي عليها إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وكذا الباقي. ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج إلى الحاكم. قال: (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي) إشارة إلى الافتقار إليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين. قال في الجامع الصغير: (وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي) وذكر وجهه في الكتاب (وذكر في وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي) وفيه ما مرّ غير مرة، وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات، وصحح قاضيهان والمجيب قول من وقف فقال: إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر أي

وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب عقد، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد (وإذا استأجر الخياط غلاماً فافلس وترك العمل فهو العذر) لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه، أما الذي يخطط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيطة والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه (وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فليس بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره في الأصل، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العاملين، ما هـ هنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاماً يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق، وفي المنع من السفر ضرر، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً (وكذا إذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر، بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر.

شيء منهما فيما نحن فيه، وكون عقد الإجارة عقداً لازماً وكثرة حدوث الأعذار في عقود الإجازات مما لا يقدح أصلاً في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الإجارة بالأعذار، وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه. والحاصل أن جملة ما تشب به في ترويح نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت، ثم إن ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من أن العذر الكامل معتبر، فإنه لم يرد في ذلك العذر أيضاً نص ولم ينعقد عليه إجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء، فالمدار في ذلك أيضاً هو القياس.

لكونه ظاهراً (وإن كان غير ظاهراً) كالدين (يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أي لأن يظهر العذر قوله: (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها قوله: (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير، لكن هل له أن يبيع بعد ما أجر اختلفت ألفاظ الروايات. وقال شمس الأئمة: الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وإليه مال الصدر الشهيد. وقوله: (أما الذي يخطط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيطة والمقراض فلا يتحقق فيه الإفلاس) قيل: وقد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيائته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث إن الناس لا يأتونونه على أمتعتهم قوله: (ومن استأجر غلاماً يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) قيل: فإن قال المؤجر إنه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الإجارة وأصرّ المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه، فإن قال فلان وفلان فالقاضي يسألهم أن فلاناً هل يخرج معكم أو لا؟ فإن قالوا نعم ثبت العذر وإلا فلا. وقيل: ينظر القاضي إلى زيه وثيابه، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا. وقيل: إذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله. وقيل: يحلف القاضي المستأجر بالله إنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقنوري رحمهما الله.

قوله: (وفيه ما مر غير مرة) أقول: من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسألة على خلافه وجواب حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفاءه غير مسلمة: قال المصنف: (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له الخ) أقول: فاعل بدا مضمر والمعنى بدا له رأي: أي ظهر له رأي يمنعه من السفر.

مسائل مثورة

قال: (ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصاد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد في هذا التسبب فأشبه حافر البئر في دار نفسه. وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت، أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه. قال: (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل

مسائل مثورة

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافياً لما فات قوله: (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسألة: إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان، وهذا في القياس فاسد، لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول، لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضاً مجهول. والطحاوي أخذ في هذه المسألة بالقياس وقال: القياس عندي أولى من الاستحسان. وفي الاستحسان: يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبداً سواء، فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل، وكل واحد منهما يجب به الأجر فجاز، كذا في النهاية والكفاية. وقال صاحب العناية: وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول: بجوازها للتعامل بها اه كلامه. ورد عليه بعض الفضلاء قوله: وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال: فيه بحث، فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بل لازم في شركة التقبل، ولعل مراده كونه من متناولاتها

مسائل مثورة

معنى المسائل المثورة قد تقدم، وحصد الزرع: أي جذّه، والحصاد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود، والمراد بها هنا ما يبقى من أصول القصب المحصود في الأرض، ومعناه ظاهر. وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة. قال في النهاية: بالنون من هذن: أي سكن. وفي نسخة هادئة من هذ بالهمز: أي سكن، وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي قوله: (وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين جاز استحساناً. وفي القياس لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول، وإن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول، والطحاوي رحمه الله مال إلى وجه القياس وقال: القياس عندي أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل، لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال ﷺ (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) فإن قيل: شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وما هنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر. أجب بأن

مسائل مثورة

قوله: (فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول: وأيضاً هو من قبيل قفيز الطحان.

فيتنظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل. قال: (ومن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفي القياس لا يجوز، وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك إلى المنازعة. وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر. قال: (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لأنه أنفى

ففي العبارة مسامحة اهـ. أقول: منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية: وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعيين أحدهما لتولي القبول في شركة التقبل، وليس شيء من ذلك بمراد، بل الواو فيه للحال. والمعنى أن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معاً فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي: لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وإن كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجأه والآخر يتولى العمل لحذاقته اهـ. فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة. ثم اعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة، بل سبقه إليه صاحب معراج الدراية حيث قال: لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجأه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى قوله: (لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيتنظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الإمام الزليعي في شرح الكنز: قال صاحب الهداية: هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل، فيه نوع إشكال، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئاً بوجوههما ويبعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه، وإنما هي شركة الصنائع على ما بينا، إلى ها هنا كلامه. أقول: ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله: لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه الماز في كتاب الشركة بل مراده بها ها هنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد إليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الإشكال، ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة. وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية: ففي الهداية حملة على شركة الوجوه، وفيه نظر لأنه شركة الصنائع والتقبل، فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يقبل

الشركة في الخارج تقتضي إثبات الشركة في التقبل ثبت فيه اقتضاء، إذ ليس في كلاهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكراً، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا إثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحاً، ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا. هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال: لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم. وإذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة. وقوله: (ومن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً) ظاهر. والوطاء الفراش، والدثر جمع دثار وهو ما يلقي عليك من كساء أو غيره قوله: (وردة الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، ومن عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئاً مكانه. ووجهه أن العرف مشترك فإنه معتاد عند البعض كردة الماء، والعرف المشترك لا يصلح مقيداً فلا مانع من العمل بالإطلاق،

قوله: (وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول: فيه بحث، فإن تعيين أحدهما لتولي القبول ليس بلام في شركة التقبل، ولعل مراده كونه من متاولاتها ففي العبارة مسامحة قوله: (أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول: يعني الخارج من العمل قال المصنف: (لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة الخ) أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: ففي الهداية حملة على شركة الوجوه، وفيه نظر لأنه شركة التقبل والصنائع فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى. ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا. قال: (وإن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق.

العمل بوجاهته، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة: ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى. أقول: إن قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها إجارة، وأن مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز، فالمعنى أن هذه المعاقدة وإن كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه: أي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تأمل تقف.

وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة، ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملاً بالإطلاق وهو عدم المانع، والله أعلم.