

كتاب الجوائح والمساقاة

مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ
مَالِكٍ مِنْ كِتَابِ الرَّطْبِ بِالْيَابِسِ

قال سحنون أخبرني ابن القاسم عن مالك في الرجل يشتري
الثمرة فتصيبه الجائحة فيريد أن يوضع عنه ، فيقول رب الحائط أنا
أقيلك ولا أضع عنك ، أو يربحه في بقية الثمر قال الوضيفة له دين
قد ثبت له إذ دعاه الى الإقالة أو إلى الربح في بقية الثمر ، لأنه لو
خسر أكثر مما أصيب في الجائحة لم يُرد عليه شيء ، ولو لم يرب
المال أن فيما بقي فضلاً أو وفاءً لم يُقله والوضيفة له ثابتة ولا ينظر في
غلاء السعر ورخصه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما ذكر ، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه
لأن ما أُجِيعَ من الثمرة إذا بَلَغَ ما يجب وضعه عن المشتري مصيبته من البائع
فلا حجة له في ذلك على المشتري بما رضي به من الإقالة ، لأنه إنما رضي
بالإقالة لسبب غلاء الثمرة ، ولا حجة للبائع على المشتري في غلاء الثمرة ،
لأن الربح له كما أنه لا حجة للمشتري على البائع برخصها ، لأن الخسارة
عليه لو خسر على ما وزن لم يكن له بذلك على البائع رجوع ، ولا له أيضاً إن

أجبح الجمل أن يرد الباقي ويأخذ جميع ثمنه إذ لا سبب للبائع في الجائحة ،
ففارق ذلك حكم الإستحقاق والرّد بالعيب ، ووجب للمشتري الرجوع بقدر
الجائحة بحكم ما أوجب الشرع لما بقي على البائع من التوفية في ذلك حسبما
بيناه في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق .

مسألة

قال مالك ولا بأس أن يشترط الداخل في المال على صاحب
الحائط الغلام أو الدابة إذا كان شيئاً ثابتاً لا يزول ، فإن اغتال^(١)
الغلام أو هلكت الدابة أخلف مكانها أخرى وإلا كان غرراً لا
يُنْبَغِي ، وإنما هذا إذا كان الحائط كثير المؤنة والدابة فيه يسيرة ،
قال سحنون مثله ولا يجوز هذا في القراض أن يدفع الرجل إلى
الرجل المال القراض فيشترط العامل على رب المال عون غلامه أو
دابته أو يشترط إن مات الغلام أو هلكت الدابة أن على رب المال
خلفها أن ذلك مكروه وزيادة يزدادها العامل ، وذلك في المساقاة
جائز ولو لم يشترط ضمانها في المساقاة لما جاز .

قال محمد بن رشد : قوله في اشتراط الداخل على صاحب الحائط
الغلام أو الدابة إن ذلك لا بأس به إذا كان شيئاً ثابتاً لا يزول يدل على أن ذلك
لا يجوز إلا بشرط الخلف ، وقد روى ذلك عن سحنون نصاً ، وقد قيل إن
الحكم يوجب الخلف وإن لم يشترطه ، وهو ظاهر ما في الواضحة ، وما في
المدونة محتمل الوجهين ، والذي أقول به على التفسير للروايات جميعاً أنه إن
كان عين الغلام أو الدابة في اشتراطه إياهما بإشارة إليهما أو تسمية لهما فلا
تجوز المساقاة على ذلك إلا بشرط الخلف ، وإن كان لم يعينهما فالحكم يوجب

(١) كذا في نسخة ق ٣ ، ولعل الصواب : اعتل - بالعين المهملة - .

خلفهما إن لم يشترطه ، وقد اعترض بعض أهل النظر جواز اشتراط الخلف في الدابة والغلام المعينين وذهب إلى أن ذلك لا يجوز ، كما لا يجوز اشتراط خلف الدابة المعينة إذا أكرت ، وليس ذلك بصحيح ، لأن الدابة المعينة إنما لا يجوز اشتراط الخلف فيها إذا نفذ الكراء ، لأنه يصير فسخ دين في دين ، وأما إذا لم ينفذ فذلك جائز ، والدابة المشترطة على رب الحائط في المساقاة في حكم ما اكرت ولم ينفذ كراءه ، إذ ليس لها في المساقاة كراء معلوم ، لأن العرض فيها مجهول ، فإن لم يشترط الخلف حيث يجب اشتراطه أو اشتراط ألا خلف حيث يوجب الحكم الخلف رد إلى مساقاة مثله ، لأن المساقاة إذا فسدت باشتراط أحد المساقين على صاحبه من عمل الحائط مما لا تعظم نفقته ويتأبد لرب الحائط منفعة كحفر البئر وإنشاء الظفيرة ، وما أشبه ذلك فإنه يرد فيه إلى مساقاة مثله ، كما إذا عقدها على وجه من وجوه الغرر لم يخرجها به من حكم المساقاة مثل أن يساقيه حائطاً على النصف وحائطاً على الثلث أو يساقيه في حائطه سنين وفيه ثمرة قد طابت أو يجمعها مع البيع أو مع الإجارة المنفردة عنها في صفقة واحدة وما أشبه ذلك ، بخلاف إذا اشترط أحدهما على صاحبه زيادة من دنائير أو دراهم أو عروضاً أو عملاً كثيراً يعظم نفقته ويتأبد لرب الحائط منفعة فإن هذا كله وما أشبهه يُردُّ فيه إلى إجارة مثله فهذا أصل فيما يرد فيه إلى مساقاة مثله وإلى إجارة مثله يأتي عليه مسائل كثيرة هي مسطورة في الأمهات لابن حبيب وغيره .

وأما القراض فيجوز فيه اشتراط الدابة والغلام على رب المال دون اشتراط الخلف فإن اشترط الخلف لم يجز ، والفرق بين المساقاة والقراض أن المساقاة لها أمد والقراض لا أمد له ، والنفقة في ذلك على العامل في المساقاة وفي القراض وإن اشترط ذلك على رب المال في القراض أو على صاحب الحائط في المساقاة لم يجز ورد في ذلك إلى مساقاة مثله وإلى قراض مثله وبالله التوفيق .

ومن كتاب سلعة سماها

وسئل مالك عن الرجل يساقي الرجل نخلة فيريد المُسَاقِي أن يساقي غيره إن الناس يختلفون في أمانتهم وَرَضِيَ الناسِ بهم ، فإن أتى برجل أمين فذلك له ، قيل له : فالمقارض يريد أن يقارض بما أُعْطِيَ ويجد في ذلك أهل الثقة والأمانة ؟ قال : ليس هو مثل المساقاة ليس له أن يقارض أحداً إلا برضى صاحبه .

قال محمد بن رشد : فرق بين القراض والمساقاة في أن له أن يساقي رجلاً أميناً وليس له أن يقارض غيره وإن كان أميناً إلا برضى صاحب المال أن المال يغاب عليه والحائط لا يغاب عليه ، فمن حق صاحب المال أن يقول أنا لا أرضى أن يغيب هذا على مالي وإن كان أميناً عند الناس ، وفي قوله وإن أتى برجل أمين فذلك له دليل على أن الذي يساقيه على غير الأمانة حتى يثبت أنه أمين ، بخلاف ورثته إذا مات هم محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غير أمناء ، بخلاف القراض هم فيه محمولون على أنهم غير أمناء حتى يثبت أنهم أمناء ، هذا ظاهر ما في المدونة في القراض والمساقاة ، والفرق بينهما ما قَدَّمْتُهُ من أن مال القراض يغاب عليه والحائط في المساقاة لا يغاب عليه ، ولم يذكر في الرواية إن كان دونه في الأمانة أو مثله في غير الأمانة وذلك اختلاف قد ذكرته في مسألة رسم ان أمكتني من سماع عيسى من كتاب الشفعة وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ شَكِّ فِي طَوَافِهِ

وسئل مالك عن الرجل أخذ من رجل نخلاً على أن يأبرها ويصلحها ويسقيها على أن له من كل نخلة عرجونا قنوا ، قال : لا

خير فيه ، ولكن يشترط عليه مُدا في كل نخلة أو إجارة تلزمه ، أو
أمراً ثابتاً .

قال محمد بن رشد : سقط من بعض الروايات أو إجارة تلزمه أو
أمراً ثابتاً ، واسقاطه الأوّل لأنه أصح في المعنى من أجل أنه لا يجوز أن
يشترط عليه مُدا في كل نخلة إلا أن يكون في ذلك إجارة تلزمه في ذمته لا في
عين ثمر كل نخلة ، ففي إثباته دليل على إجارة ذلك في عين ثمر كل نخلة ،
وإذا سَقَطَ سَقَطَ الدليل بسقوطه ، وتأول على ما يجوز من أنه أراد مُدا في كل
نخلة إجارة لازمة له في ذمته لا في عين ثمر كل نخلة وهذا كله بين والحمد
لله .

ومن كتاب ليرفعن أمراً إلى السلطان

قال وسئل مالك عن الرجل يساقي الرجل لسنة أو لستين أو
ثلاثة فإذا فرغ قال صاحب الحائط لم يدفع إلى تمرة ، قال مالك إن
كان قد جذ فلا شيء له .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان قد جذ فلا شيء له معناه إن
المساقى مصدق مع يمينه في دفع حظه إليه من الثمرة لأنها في أمانته لا في
ذمته فوجب أن يكون القول قوله كالمودع يدعى صرف الوديعة إلى ربها وذلك
منصوص في كتاب ابن المواز قال يحلف العامل كان بقرب الجذاذ أو لبعده ،
قال وكذلك لو جذ بعضاً رطباً والباقي ثمرأ فقال قبل الجذاذ لم يدفع إلى من
الرطب شيئاً ولا من ثمنه كان المساقى مصدقاً في الرطب على هذا المنصوص
عليه في هذه المسألة ، ولا يبعد دخول الاختلاف فيها بالمعنى من مسألة
الوكيل على القبض يدعي الدّفع إلى من وكله ، إذ قد قيل إن القول قول الوكيل
مع يمينه بكل حال قرب أو بعد ، وقيل إن كان قريباً كان القول قول

الموكل مع يمينه أنه ما قبض ، وإن بعد بمثل الشهر أو نحوه كان القول قول الوكيل مع يمينه على الدفع ، وإن بعد الأمر جداً كان القول قوله دون يمين ، وقيل إن كان يحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه وإن طال صدق دون يمين ، وأما إن مات المساقى فادعى صاحب الحائط أنه لم يقبض حظه من الثمن فإن كان بقرب الجذاذ كان ذلك في ماله ، وإن بعد الأمر لم يكن ذلك في ماله ، ولا خلاف عندي في هذا الوجه وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق ابن حبيب

وسئل مالك عن رجل اشترى ثمر حوائط في صفقة واحدة فيصاب منها حائط ثمرته كلها أو بعضها أترى أن يوضع عنه ؟ قال : إن كان ذلك الحائط أو ما أصيب منه ثلث الثمرة من جميع الحوائط وضع عنه ، وإلا لم يوضع عنه ، وإن كان^(٢) الحائط كله وإن كان في صفقات مختلفات وضع عنه من كل حائط ثلث ثمرته لِمَا أصابته الجائحة .

قال محمد بن رشد : أما الحوائط إذا اشترت في صفقة واحدة فحكمها في الجائحة حكم الحائط الواحد إن تلفت الجائحة ثلث ثمر الجميع وضع عن المبتاع ثلث الثمن كان الذي أجيح بعض حائط أو حائطاً وبعض حائط أو من كل حائط ، هذا إذا كان الثمر من صنف واحد متساوياً في الطيب أو قريباً بعضه من بعض ، واختلف إذا كان بعضه أفضل وأطيب من بعض على ثلاثة أقوال ، أحدها أنه لا قيمة في ذلك ، ويكون ثلث الثمر بثلث الثمن ، وهو قول ابن القاسم في رواية أصبغ عنه ، بخلاف ما يُجنى بطناً بعد بطن ، والثاني أنه إن بلغت الجائحة ثلث الثمن أو أكثر وضع عن المشتري ما ينوب

(٢) بياض بالأصل ، وينسخة ق ٣ : كلمة غير ظاهرة .

ذلك من الثمن ، وإن أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء ، وإن ناب ذلك من الثمن أكثر من الثلث ، وهو قول أصبغ ، والثالث أنه إن أجيح ما قيمته من ذلك الثلث فصاعداً وُضع عنه وإن كان عشر الثمرة وإن كان قيمة الذي أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه وإن كان تسعة أعشار الثمرة مثل تين وعنب ورمان (٢٢) على ثلاثة أقوال أحدها أنه يُفَضُّ الثمن على الأصناف كلها فتعتبر الجائحة في كل صنف على حِدَّتِهِ بما ينوبه من الثمن كما لو اشتراه وَحَدَّهُ ، والثاني أنه إذا بلغ ما أجيح من ذلك ثلث الثمن فأكثر وضع ذلك عن المشتري من غير إعتبار بقدر الجائحة من الثمر ، وهو قول أشهب ، وذهب ابن المواز إلى أنه إذا كان أحد الأصناف أقل من الثلث لم يوضع منه شيء وإن أتت الجائحة على جميعه وباللله تعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسئل مالك عن رجل ساقى نخلاً فجذّه إلا نحواً من عشرين نخلة تخلفت أعليه سقي الحائط كله ؟ قال : نعم ، قال عيسى في روايته قيل له وإن كانت عدائم ؟ والعدائم التي يتأخر طيبها .

قال محمد بن رشد : العدائم صغار النخل التي يتأخر طيبها ، قاله بعض أهل اللغة ، وقال الخليل : هي صنف من الرطب بالمدينة تأتي في آخر السنة ، وهو الأظهر ، فعلى قوله إن العدائم صنف من أصناف التمر يتأخر طيبه يدخل فيه من الاختلاف ما في الحائط يكون فيه أصناف من الشمار مثل عنب وتين ورمان ويتعجل طيب بعض ذلك قبل بعض ، ويتحصل فيها ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزم المساقى سقي الحائط كله ما بقي من العدائم شيء لم يجذ

(٢٢) كذا بالأصل وبمسحوخة ق ٣ ويظهر من عدم انسجام الكلام أن هنا جملاً سقطت من يد الناسخ .

وإن قل وهو قوله في هذه الرواية ومثله في المختصر لمالك وابن القاسم والثاني أنه لا يجب عليه سقي العدائم وحدها ، كانت الأقل من الحائط أو الأكثر منه ، وهو الذي يأتي على قياس قول مطرف في الحائط يكون فيه أصناف من الثمر إلا أن يشترط عليه سقي الحائط كله حتى يفرغ ما فيه من الثمر فيجوز ذلك ، رواه ابن وهب عن مالك في موطأه والقول الثالث أن القليل تَبَع للكثير ، فإن كانت العدائم قليلة في الحائط كان على صاحب الحائط سقي جميع حائطه العدائم وغيرها ، فإذا جَدَّ العدائم دفع إلى المساقى حظه منها ، وإن كانت أكثر الحائط كان على المساقى سقي جميع الحائط كله كما يكون عليه سقيه كله إذا جَدَّ بعضه وبقي بعضه وإن كان ذلك متصلاً أو متشابهاً فعلى المساقى أن يسقي العدائم وحدها ، وعلى رب الحائط أن يسقي من حائطه ما سوى العدائم التي قد انقضى السقي فيها بجذاذها ، ولا اختلاف في الصنف الواحد يتعجل جذاذ بعضه قبل بعض الأمر في ذلك متتابع في أنه يلزمه سقي جميع الحائط حتى ينقضي جذاذ جميع ثمره وبالله التوفيق .

مسألة

وَسئَل عن الرجل يساقى النخل وفيها شيء من الموز الثلث أو دون ذلك ، قال : قال مالك : إني أرى أن يكون خفيفاً ، قال سحنون إن كان الموز مساقى مع النخل جاز ، وإن لم يشترط العامل لم يحل .

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون مفسِّرٌ لقول مالك ، لأن الموز وإن كان لا تجوز مساقاته على انفراد فيجوز إذا كان في حيز التبغ للحائط بمنزلة الأرض البيضاء لا يجوز كراؤها بالجزء مما يخرج منها ويجوز ذلك مع النخل إذا كانت تبعاً لها ، ولا يجوز أن تلغى للعامل وإن كانت في حيز التبغ بخلاف الأرض البيضاء ولا أن يكون لرب الحائط لأنه يكون قد ازداد على العامل سقيه .

والفرق بين الأرض البيضاء والموز إذا كانا في حيز التبع للحائط في جواز إغائهما للعامل السنّة الواردة في إغناء الأرض في المساقاة وإذ قد جاء ذلك في بعض الآثار ، ولذلك قال مالك : فهذا أحله هو الذي يأتي في هذه المسألة على ما في المدونة ، لأنه لم يُجز فيها لأحد المساقين في الزرع إن كانت فيه نخلات يسيرة أن يشترطها أحدهما على صاحبه ، وقد روى ابن وهب عن مالك أنه لا بأس أن يشترط العامل الزرع الذي في الحائط إذا كان يسيراً لنفسه خاصة ، ومثله لمالك في الثاني من التفسير ليحيى عن ابن القاسم ، رواه الحارث عن ابن القاسم عنه ، فعلى هذا يجوز إذا كان الموز يسيراً في الحائط أن يشترطه كل واحد منهما على صاحبه، فيحتمل على هذا أن يكون قولُ سحنون مثل ما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، إذ قد اختلف قول مالك في هذا الأصل حسبما بيناه وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن رجل ساقى نخلاً له ثم إن الذي ساقى عليها أنفق عشرين ديناراً ثم أراد الخروج فأراد أن يُعطيَ العشرين الدينار التي أنفق فيها ويخرج من المساقاة ، قال مالك : لا خير فيه ولكن إن أحب أن يساقىها أحداً على ما شاء النصف أو الثلث فذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ولا اشكال أنه لا يجوز أن يخرج من المساقاة على شيء يعطي لا قبل أن يعمل ولا بعد أن عمل ، لأنه إذا فعل ذلك كان قد باع حظه من الثمر قبل أن يخلق بما عليه من عمل الحائط ومن بقية عمله وبما أعطي ، فدخله ما نهي عنه من بيع الثمر قبل أن يخلق ، وأما مساقاة غيره على ما شاء النصف أو الثلث فقال في الرواية إن ذلك له يريد إذا كان أميناً مثله في الأمانة باتفاق ، وأما إن كان أميناً إلا أنه دونه في الأمانة أو غير مأمون إلا أنه مثله في الأمانة فيتخرج ذلك على ما

ذكرته من الاختلاف في رسم إن أمكنتني في سماع عيسى من الشفعة وفي ذلك تفصيل .

أما إذا ساقاه على مثل الجزء الذي سوقى فذلك جائز بعد أن عمل باتفاق شاء رب الحائط أو أبى ، وأما قبل أن يعمل فيجوز أيضاً شاء رب الحائط أو أبى على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول ولا تجوز إلا برضاه على مذهب من يرى المساقاة لا تلزم بالقول .

وأما إذا ساقاه على أكثر من الجزء الذي سوقى عليه مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل وإن كان قبل أن يعمل كان له الفضل أيضاً على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول ، ولم يكن له على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول .

وأما إن كان ساقاه على أقل من الجزء الذي سوقى به مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر ، على أن يكون له الثلثان فسواء كان ذلك قبل أن يعمل أو بعد أن عمل رب الحائط أحق بالجزء الذي اشترطه ، ويرجع العامل الثاني على العامل الأول ، قال في كتاب القراض من المدونة : ويتبع المساقى الآخر المساقى الأول بالسدس الذي بقي له ، فيأخذه ، وهو كلام وقع في المدونة على غير تحصيل ، لأن الواجب إنما هو أن يرجع المساقى الثاني على المساقى الأول بربع قيمة عمله في الحائط ، لأن رب الحائط استحق من نصيبه من التمر الذي استحقه بعمله ربه ، فوجب أن يرجع بربع قيمة عمله ، إذ قد فات ، كمن استأجر أجيراً بمكيلة من الثمر بعينه فاستحق ربه منه بعد أن عمل ما استوجر عليه ، ويُخَرَّجُ ذلك على ما في كتاب الشفعة من المدونة في الذي يشتري الشقص بطعام بعينه فيستحق بعد أن أخذ الشفيع بالشفعة أن البيع لا يرد ويفرغه مثل طعامه وأصلحه سحنون أن البيع لا يرد ويفرغ له قيمة الشقص ، وإصلاح سحنون

صحيح على أصولهم ، وأصله ما ذكرناه في هذه المسألة وبالله التوفيق .

مسألة

وقال مالك في رجل ساقى نخلاً فجاء الله بماء السماء فدخل في الحائط فأقام فيه حيناً أترى أن يحاسبه صاحب الحائط بتلك الأيام التي أقام فيها الماء ؟ قال مالك : لا أرى أن يحاسبه بشيء .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها عندي ، لأنه إذا عامله على عمل الحائط وسقيه في وقت حاجته إلى السقي دون جهد ولا توقيت على جزء من الثمرة فجاز ذلك على ما جاءت به السنة في مساقاة النبي عليه السلام أهل خيبر وتخصص بها من الإجارة المجهولة فلا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن اختلفت الثمرة أو زاد العمل على المعهود أو نقص منه ، بخلاف الإجارة لو استأجر رجل بدينارين أو دراهم على أن يسقى له حائطه زمن السقي وهو زمن معلوم عند أهل المعرفة فجاء الله بماء من السماء فدخل الحائط فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط فسقط عنه فيه السقي ، وقوله حيناً يريد مدة من الزمن غير موقته ، لأن الحين يقع على القليل والكثير من الزمن ، وليس ذلك بخلاف لما في المدونة لمالك في أن الحين في الأيمان منه (٣) لأن المعنى في ذلك إنما تحمل على السنة إذا لم تكن له نية في أقل منها ولا أكثر ، لقول الله عز وجل ﴿ تَوْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ (٢٣) وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل مالك عن رجل ساقى رجلاً عن حائطه فعمل فيه شهراً

(٣) كذا بالأصل ، ولعل الصواب : في أن الحين في الأيمان سنة .

(٢٣) سورة ابراهيم رقم الآية ٢٥ .

أن الداخل عجز ، قال له صاحب الحائط : أنا أعطيك عشرة دنانير ولا تخرج منه ، قال لا خير فيه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال لأنه إذا عجز فلم يقدر على العمل ولا على الاستيجار عليه ولا وجد من يساقيه فيه فقد وجب أن يرجع الحائط إلى ربه ويخسر هو عمله ، فإذا أعطاه عشرة دنانير وذلك ما لا يحل ولا يجوز وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عمن باع ثمراً واشترط البراءة من الجائحة قال : لا أرى البراءة تنفعه من الجائحة وأراها لازمة له إذا نزلت الجائحة بالمشتري .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة ، والوجه فيها أن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك ، لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه ، فلما اشترط اسقاطها في عقد البيع لم يسقط ولا أثر ذلك عنده في صحته إذا رأى أن الشرط لم يقع له حصة من الثمن من أجل أن الجائحة أمر نادر والسلامة منها أغلب ، فوجب أن يثبت البيع ويسقط الشرط وهو أحد الأقسام في الشروط المقترنة بالبيع ، وهي أربعة أقسام القسم الثاني ما يفسخ فيه البيع والشرط ، وهو ما كان الشرط فيه يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع ، والقسم الثالث ما يجوز فيه البيع والشرط وهو ما كان الشرط فيه جائزاً لا يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع والقسم الرابع ما يفسخ فيه البيع ما دام مشروط الشرط مُتَمَسِّكاً بشرطه فإن ترك الشرط صح البيع ، وهي بَيُوعٌ (٢٣) فعلى هذا لا تتعارض الآثار الواردة عن

(٢٣) بياض بالأصل ، ولم تتضح الكلمة في نسخة ق ٣ .

النبي عليه السلام في البيع والشرط وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن رجل ساقى حائطاً له فتهور البير ، قال : إن أحب الداخل أن ينفق عليها من ماله ويكون الثمر في يديه رهناً حتى يستوفي فذلك له .

قال محمد بن رشد : لم ير في هذه الرواية على صاحب الحائط أن يصلح البير المساقى ، وقال إن أحب أن ينفق هو من ماله ويكون الثمرة في يديه رهناً يريد حصّة صاحب الحائط حتى يستوفي فذلك له فعلى قوله فيها إن لم يف حظ صاحب الحائط من الثمرة بما أنفق العامل في البير لم يكن له عليه بالباقي رجوع ، وذلك على قياس ما في كتاب الرهون من المدونة من أن الراهن إذا أبيع أن يصلح البير كان للمرتهن أن يصلحها ليحیی رهنه ، ولا يرجع بذلك على الراهن ، وتكون نفقته في الرهن مُبدأةً على الدين ، فإن لم يف الرهن بالنفقة لم يرجع على الراهن بما بقي له من نفقة ، وذلك كله خلاف ما في رسم الأفضية من سماع يحيى من كتاب الرهون في الذي يرتهن الثمرة فتهور البير أن إصلاحها على الراهن حتى تتم الثمرة ويتم الرهن لصاحبه يُجبر على ذلك إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال فتطوع المرتهن بينانها نظر في ذلك ، فإن رأى أن تطوعه خير لرب الأصل من أن يباع منه بعضه لإصلاح البير قيل له : انفق ويكون الأصل لك رهناً ، في الذي تنفقه في البير ويُطلب الراهن بنفقته كاملة ، لأنها كالسلف عليه ، فيأتي في مسألة المساقاة هذه على قياس رواية يحيى أن يُجبر رب الحائط على إصلاح البير ليلا يذهب عمل المساقى باطلاً إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال سوى الحائط يبيع منه ما يصلح فيه البير ، فإن تطوع المساقى بالنفقة في إصلاح حظ صاحب الحائط كان له أن يتبعه ببقيتها لأنها كالسلف عليه ، قال فضل : وقد روى أشهب عن مالك إذا عمل المساقى فانهدم البير أو تهورت العين إن أحب الداخل أن يعمر

ويكون على مساقاته وإلا ترك المساقاة ولا شيء له من الثمرة ، ولم ينص ما نص ابن وهب وابن القاسم أنه يعمر من نصيب رب الأرض وإن كان لم ينص على ذلك في هذه الرواية كما قال فضل ، فهي إرادته إذ لا يصح أن يكلف ذلك من ماله بوجه، وإنما يفعله عنه على سبيل السلف إن شاء وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل أخذ حائطاً على النصف ثم يدفعه على الثلثين وعلم صاحب الأصل بذلك ، فلما حضرته الثمرة أراد الداخل أن يأخذ الثلثين ، قال مالك ليس ذلك له ولكن يأخذ الأول النصف ، فقال له الداخل أفلي أن أرجع على صاحبي بما بقي ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : قوله وعلم صاحب الأصل بذلك معناه علم فلم ينكر ، فلم ير عليه حجة في سكوته ، وقال أن من حقه أن يأخذ نصف الثمرة ، قال في كتاب محمد : وكذلك لو حضر دفعه إليه على الثلثين ، إذ لعله يقول لم يكن الشيء في يدي فأرضى بتسليمه ، وظننت أنه يعطيه من عنده أو يشتري من نصيبي ، وهذا عندي على القول بأن السكوت ليس كالإذن ، وهو أحد قولي ابن القاسم وأما على القول بأنه كالإذن فيجب أن يكون الثاني أحق بثلثي الثمرة ويرجع رب الحائط على المساقى الأول الذي ساقاه بمثل سدس الثمرة فيستوفى بذلك نصفها . وإذا كان الأول أحق بنصف الثمرة على ما قاله في الرواية في المدونة سواء ، وقد تقدم من قولنا في رسم سنّ قبل هذا الرسم أنه كلام وقع على غير تحصيل ، لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر صاحب الحائط من حظه من الثمرة في قيمة عمله ، لأن الثمرة إجارة له في عمله ، فلما استحق بعضها وجب أن يرجع بذلك الجزء من قيمة عمله ، ويلزم على قياس هذا إذا علم المساقى الثاني أن المساقى الأول على النصف أن تكون مساقاته فاسدة أنه دخل معه على أن يكون له بعمله نصف الثمرة وقيمة ربع عمله ، وذلك ما لا يحل ولا يجوز ، وقد رأيت لبعض أهل

النظر مِمَّن حمل قوله على ظاهرة من أنه يرجع عليه بمثل سدس الثمرة أن المساقاة لا تجوز لأنه يصير كأنه ساقاه الحائظ على نصف ثمرته وعلى مثل سدس ثمرته يدفعها إليه من حائظ آخر فكيف بهذا؟ وبالله التوفيق .

ومن كتاب كتب عليه ذكر حق

قال مالك : لا ينبغي للمساقى أن يشترط ثمر نخلة واحدة ، ولا مقارض ان يشترط ربح دينار واحد ، ولا ينبغي للمساقى أن يشترط ما على ربيع الماء من النخل ولا بأس أن يشترط الجداول أن يسقيها إذا كانت يسيرة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال من أنه لا ينبغي أن يشترط رب الحائظ على العامل ثمر نخلة من الحائظ ، ولا ما على ربيع الماء منه ، لأن المساقاة عقد على حياله مستثنى من الأصول أُجِيزَ لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليه ، إذ لا يمكن الناس على حوائطهم بأيديهم ، ولا بيع الثمر قبل بدو صلاحها فضلاً عن بيعها قبل أن تخلق للإستيجار من ثمنها على ذلك إن لم يكن لهم مال ، فلهذه العلة رخص في المساقاة مع اتباع السنة في مساقاة النبي عليه السلام أهل خيبر ، فلا يجوز إلا على ما جوزته السنة من أن يساقيه في الحائظ بأن يدفعه إليه كما هو ، وبعماله إن كان له عمال من دواب أو غلمان على ان يكفيه سقيه وعمله بجزء من ثمرته ، غير أن أهل العلم استخفوا اليسير من العمل ، أو من ألتيه من الحديد وشبهه يشترطه من وجب عليه منهما على صاحبه كالدابة والغلام في الحائظ الكبير ، فيشترطه العامل على رب الحائظ وكنجم العين وسد السرب واصلاح الشيء اليسير وما أشبه ذلك يشترطه رب الحائظ على المساقى ، فإن وقعت المساقاة بينهما على أن اشترط أحدهما على صاحبه من العمل ما لم يجوزه أهل العلم ، وفات العمل رد إلى مساقاة

مثله كتحو هذه المسألة في اشتراط رب الحائط تمر النخلات من حائطه على المساقى لأنه كأنه ساقاه فيما على النخلات التي استثنى ثمرتها على أن يسقي له النخلات التي استثنى ثمرتها ، فهي زيادة في عمل المساقاة لم يخرجها بها عن سنة المساقاة ، فإن عثر عليها قبل العمل فسخت ، وإن لم يعثر عليها إلا بعد العمل رُدَّ إلى مساقاة مثله فيما عدى النخلات التي استثنى رب الحائط ثمرتها ، ويكون له اجرة مثله في سقي تلك النخلات ، وكذلك إذا ساقاه في حائط على ان يكفيه مؤنة حائط آخر حسبما يأتي في رسم سلف من سماع عيسى ، وكذلك إذا ساقاه في الحائط على أن يكون ثمر البرني بينهما وما سواه فلرب الحائط ، قاله ابن حبيب ، ولو ساقاه فيه على أن يكون ثمر البرني بينهما وما سواه فللعامل لوجب على قياس ما قلناه أن يرد في الجميع إذا فات إلى إجارة مثله ، ولم ينص في المدونة على الحكم في ذلك ، إنما وقع وإنما قال إن ذلك لا يجوز إلا أكثر وأما إجازته اشتراط سقي الجداول عليه ان كانت يسيرة فهو من العمل اليسير الذي جوزوا استصاله وبالله التوفيق .

ومن كتاب الشجرة

وسئل عن الرجل يبيع حائطه ويستثنى أوُسُقاً أقل من الثلث فيصاب الحائط بنصف الثمرة فيريد المبتاع أن يضع عنه نصف ما استثنى عليه أترى ذلك ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في كتاب ابن المواز : وقال إن أشهب وابن عبد الحكم روي عن مالك مثله ، وقال إن أُجِیحَ أقل من الثلث أخذ البائع بما سلّم جميع ما استثنى ، وهذا كله صحيح على القول بأن المستثنى بمنزلة المشتري ، لأنه إذا باع حائطه واستثنى منه عشرة أَرادِب فكَانَ في التمثيل على هذا القول قد باع جميع الثمرة وفيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير وبالعشرة الأَرادِب التي إستثنى ، فإن أُجِیحَ من ثمر الحائط وهو على ما نزلناه

ثلاثون نصفه سقط عن المشتري نصف الثمن ، وهو نصف العشرة دنانير ونصف العشرة الأرداب المستثناة ، لأنها من ثمر الحائط ، وكذلك على هذا القياس أن أجيح الثلثان أو الثلث سقط عن المشتري ثلثا الثمن وهو ثلثا العشرة دنانير وثلثا العشرة أرداب المستثناة أو ثلثه وهو ثلث العشرة دنانير وثلث العشرة الأرداب المستثناة ، وإن أجيح أقل من الثلث لم يسقط عن المشتري شيء من الثمن وهو العشرة الدنانير والعشرة الأرداب ، ولو أجيح الحائط كله لسقط عنه الثمن كله ، العشرة الدنانير والعشرة الأرداب وقد روى ابن وهب عن مالك أنه يأخذ جميع ما استثنى كاملاً أجيح الثلث أو أقل أو أكثر ولا جائحة على البائع حتى يستثنى جزءاً شائعاً ، قال ابن عبد الحكم : وهذا كله صحيح أيضاً على القول بأن المستثنى مَبْقَى على ملك البائع لأنه على هذا القول إذا باع من حائطه ما بقي منه بعدما استثنى لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه لم يبعه ، فإن كان ثمن الحائط في التمثيل على هذا ثلاثين فباعه بعشرة دنانير واستثنى منه عشرة أرداب فإنما باع عشرين إردباً بعشرة دنانير ، فإن ذهب من ثمر الحائط بالجائحة عشرة أرداب كانت الجائحة قد أذهبت نصف ما اشترى المشتري ، فوجب أن يسقط عن المشتري نصف العشرة دنانير ويأخذ البائع ما استثناه ، وإن أتت الجائحة على جميع الثمرة حاشى العشرة الأرداب التي استثناه البائع كانت للبائع وسقط عن المشتري جميع الثمن ، ولو أجيح الحائط كله كانت المصيبة من ربه فسقط الثمن عن المبتاع ، وهذا كله بين والحمد لله .

وبالقول الأول يقول ابن القاسم وأصبغ فيما ذكر ابن المواز في الواضحة ، قال ومن باع ثمر حائطه وقد ييس واستثنى منها كيلاً ما يجوز له ، فأجيح قدر الثلث أو أكثر فلا يوضع عن الثمن ولا من الكيل المستثنى شيء ، كالصبرة ، وهذا كما قال ، لأنه ما بقي للبائع ما استثنى بمصيبته ما استثنى من المبتاع ، ويلزمه أداء جميع الثمن على كلا القولين وأما إن تلف الجميع فعلى القول بأن المستثنى مَبْقَى على ملك البائع لا رجوع له على المبتاع ، لأنه

مصيبة ما استثناه منه ، لأنه تلف على ملكه ، وأما على القول بأنه بمنزلة المشتري فيرجع عليه بقدر الأرداب المستثناة من جميع الثمن في قيمة الصبرة ، ويان ذلك بالتنزيل أن يبيع الرجل صبرة فيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير ، ويستثني منها عشرة أرداب ، فتهلك كلها بعد العقد فإن البائع يقول له مصيبة جميع الثمرة منك ، لأنها بالعقد تدخل في ضمانك ، وقد بعثها منك بعشرة دنانير وبالعشرة أرداب فأدِّ إليَّ العشرة دنانير ونصف قيمة الصبرة ، لأن نصف الثمن وهو العشرة الأرداب إذ قيمتها عشرة دنانير لم أقبضه ، لأن ضمانه منك ، إذ هو على الكيل فادفع إلي نصف قيمة الصبرة إذ قد استحق من الثمن نصفه ، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ وَابْنِ نَافِعٍ مِنْ مَالِكٍ مَنْ الْكِتَابِ الَّذِي أَوْلَهُ الْقِرَاضَ

قال سحنون أخبرني أشهب وابن نافع ، قالوا : سئل مالك عن رجل يكون له الحائط فيه البعل أو غيره أيساقيهما جميعاً في سقاء واحد ؟ قال : نعم لا بأس به ، وقلت لمالك لا بأس به ؟ فقال مالك : نعم لا بأس به .

قال محمد بن رشد : مثل ما في المدونة من أنه يجوز مساقاة الحائطين على سقاء واحد وان لم يكونا مستويين خلافاً ما في رسم أن أمكتني من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب من أنه لا يجوز أن يساقي الحائطان على سقي واحد ، إلا أن يكونا مستويين ، فاختلف في هذا ولم يختلف في أنه لا يجوز مساقاة الحائطين على جزئين مختلفين كانا متفقين أو مختلفين ولا فرق بينهما في المعنى والقياس إذا اخطار فيها سواء لأنه إذا اختلف الحائطان أو الجزءان فقد حمل أحدهما صاحبه وإنما فرقت بينهما

السنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد والردي فإن وقعت المساقاة في الحائطين المتفقين والمختلفين على جزءين أو في الحائطين على جزء واحد على القول بأن ذلك لا يجوز ففات ذلك بالعمل رد العامل فيه إلى مساقاة مثله وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل البيوع

قال وسألته عن الذي ساقى ثلاث سنين أليس ذلك من جذاذٍ إلى جذاذٍ؟ قال : بلى .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه ، لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجدة لا بالأهلة ، بخلاف العمالات إنما هي بالأهلة لا بالأجدة ، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله على الأصل الذي ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه حق بعده وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسئل عن رب الحائط يقول لرجل تعال أسق أنت وأنا حائطي هذا ولك نصف الثمرة ، قال : لا يصح هذا ، وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن ذلك لا يصلح ، فإن وقع ذلك وفات بالعمل كان العامل فيه أجيراً ، لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكانه لم يسلمه إليه وإنما أعطاه أجراً من الثمرة على أن يعمل معه ، بخلاف إذا اشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط ، هذا قال فيه ابن القاسم

في المدونة وغيرها إنه يُردُّ فيه إلى مساقاة مثله ، وقال أشهب يُردُّ إلى إجارة مثله ، وقال سحنون يجوز ولا يرد إلى مساقاة مثله ، كما لو اشترط عليه عاملاً يعمل معه إن كان الحائط كبيراً يجوز اشتراط الغلام والدابة وبالله التوفيق .

مسألة

ولو أعطاه الحائط فقال له اسقه ولك الثمر كله لم يكن بذلك بأس إلا أن يكون سقي صاحب الحائط قبل ذلك بأشهر ، قلت رأيت الذي يسقي حائطه الشهر أو الشهرين ثم يبدو له أن يساقي حائطه على النصف ؟ فقال : إن كان يتبعه بما سقى فلا يصلح ، وإن كان يلغي ما ساقى فلا بأس به .

قال محمد بن رشد : قوله في المسألة الأولى إلا أن يكون سقى صاحب الحائط قبل ذلك بأشهر يُبيِّنُه قوله في المسألة الثانية إن كان يتبعه بما سقى فلا يصلح ، وإن كان يُلغي ما سقى فلا بأس به ، ومعناه إذا وقع الأمر على هذا على غير قصد إليه ولا اشتراط له ، ولو قال له تعال أساقك في حائطي بعد أن أسقيه أنا شهراً أو شهرين لم تجز ، فإن وقع رد إلى مساقاة مثله ، وأما إن ساقاه بعد أن سقى شهراً على أن يتبعه بما سقى فإنه يرد إلى إجارة مثله وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل كان في حائطه مساقاة على النصف فبيع الحائط فأراد الداخل في الحائط أن يخرج منه بشيء يُعطاه ، قال : لا يصلح من ذلك شيء يأخذه أو يعمل حتى يتم مساقاته ، رأيت لو كان صاحب الحائط نفسه ولم يبعه فأراد أن يخرج منه بشيء يعطاه ؟ فقال : لا يصلح هذا إلا أن يخرج منه بغير شيء ، أو يقيم على مساقاته ، قيل له رأيت إن كانت مساقاته على النصف فلما بيع

الحائط أراد أن يخرج منه بأن يعطي سدس الثمرة في الجذاذ؟ فقال : هو بمنزلة صاحب الحائط الأول لو لم يبيع ، قال أشهب : وتفسير مكروهة إذا عمل فيه أشهراً ثم أراد أن يخرج منه بسدس الثمرة أن رب الحائط كأنه استأجره تلك الأشهر بسدس ثمر الحائط فصارت المساقاة دُلْسَةً بينهما فصار يبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .

وأما إذا لم يعمل في الحائط شيئاً حتى يخرج منه إلى رب الحائط بربح سدس الثمرة فإن ذلك لا بأس به في قول من يقول إن السقاء إذا وجب بينهما لم يقدر واحد منهما على ترك ذلك وإن كان لم يعمل .

قال محمد بن رشد : أما خروجه على المساقاة قبل أن يعمل أو بعد أن عمل لرب الحائط أو للمبتاع له على شيء يُعطاه فلا يجوز باتفاق ، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رُدَّ فيما عمل إلى إجارة مثله ، وأما خروجه عن المساقاة بعد أن عمل على جزء منهما فمنع من ذلك في هذه الرواية وقد فسر أشهب مكروهة بما لا مزيد عليه من أن ذلك دلسة فيما بينهما فمكروهه حماية الذرائع والتهمة لهما على إجازة الإجارة الفاسدة بينهما بما أظهره من المساقتين الصحيحتين فلا حرج عليهما إذا فعلاه لأمر بدا لهما دون دلسة كانت بينهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة كالأول ، فإن وقع رد إلى إجارة مثله على تعليقه ، وأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية والأحباس من سماع أصبغ على ما ذكر من وجه جوازه .

وأما خروجه عن المساقاة قبل أن يعمل على جزء مسمى فلا خلاف في جواز ذلك على مذهب مالك الذي يرى المساقاة من العقود اللازمة وعلى^(٤)

(٤) الواو ساقطة من الأصل .

مذهب من يراها من العقود الجائزة التي لا تلزم لأن الجزء الذي يعطيه على مذهبه هبة من الهبات فقوله إن ذلك لا بأس به في قول من يقول إن السقاء إذا وجب بينهما لزمهما ولم يكن لواحد تركة كلام فيه نظر ، إذ هو جائز على كلا القولين ، فمراده به أنه عقد لا بأس به يلزمهما على مذهب من يرى أن الشقاء يلزمهما بالعقد لأنهما على مذهب من لا يرى السقاء لازماً بالعقد هبة من الهبات إذا علم أن ذلك لا يلزمه ، ولو ظن أن ذلك يلزمه فأعطاه الجزء على الخروج لكان من حقه إذا علم أن ذلك لا يلزمه أن يرجع به عليه وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن المساقاة على انكسار صلة الزرنوق وحرف القف يكون في ذلك غرم الدينار والدريهمات على من ترى ذلك ؟ قال : أرى ذلك كله على رب الحائط .

قال محمد بن رشد : الزرنوق الخطارة والقف المعجمة التي يقع فيها الماء ، وقال أبو صالح حرف القف الجلد الذي في القفة الذي يسقي بها الماء والأول أظهر ، وذلك كله من اليسير الذي يجوز لرب الحائط أن يشترط على المساقاة وبالله التوفيق .

مسألة

ولا بأس بأن يشترط رب الحائط على الداخل الخرص لأنه جزء معلوم ، ولا يجوز أن يشترط ذلك الداخل على رب الحائط قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ (٥) .

(٥) الآية ١٣٧ من سورة آل عمران .

قال محمد بن رشد : الحكم في زكاة تمر المساقاة أن يخرج من جملتها إذا بلغت ما يجب فيه الزكاة أو كان لرب الحائط مال سواه إذا أضافه إليها بلغت ما يجب فيه الزكاة ثم يقتسمان الباقي بينهما بعد إخراج الزكاة على ما اتفقا عليه من الأجزاء في المساقاة، فإن اشترط أحدهما على صاحبه أن يكون جميع الزكاة في حظه جاز ذلك على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، اشترط رب الحائط على العامل أو العامل على رب الحائط لأن ذلك يرجع إلى جزء مسمى فلا غرر فيه من أجل أنه إن اشترط ذلك رب الحائط على العامل وقد كان ساقاه على النصف كان إنما ساقاه على أن يكون للعامل أربعة أجزاء من عشرة ولرب الحائط ستة أجزاء من عشرة يُخْرَجُ من ذلك الجزء الواحد في الزكاة تبقى^(٦) وكذلك أن اشترط ذلك العامل على رب المال كان إنما ساقاه على أن يكون لرب الحائط أربعة أجزاء من عشرة وللعامل ستة أجزاء يُخْرَجُ من ذلك الجزء الواحد في الزكاة فيبقى له خمسة أجزاء من عشرة، وذلك النصف على ما ساقاه عليه، وقد قيل إنه لا يجوز لأحدهما أخذ أربعة أعشارها إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة أن يشترط الزكاة على صاحبه، وهو الذي في أصل الأسدية من أجل أن الثمرة ربما لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة، فيصير العامل لا يدري على ما يعمل لأن الثمرة إن لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة أخذ نصفها، وإن بلغت ما يجب فيه الزكاة أخذ أربعة أعشارها إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة، فهذا بيّن في الغرر إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة، وأما إن كان هو الذي اشترطت الزكاة على رب الحائط فلا غرر فيه، لأنه يأخذ النصف على كل حال بلغت الثمرة ما يجب فيه الزكاة أو لم تبلغ، والغرر الذي في جهة رب الحائط من أجل أنه أخذ نصف الثمرة إن لم تبلغ ما تجب فيه الزكاة وأربعة أعشارها إن بلغت ما تجب فيه الزكاة، لأن العشر الخامس يُخرجه في الزكاة على ما اشترطه عليه العامل لا معتبر به، وهذا إذا

(٦) كذا بالأصل وفي نسخة ق ٣ .

قلنا إن الجزء الذي اشترطه كل واحد منهما في الزكاة على صاحبه يرجع إلى الذي اشترطه عليه منهما إن لم يبلغ الثمر ما يجب فيه الزكاة، لأنه يقول له ساقيتك على النصف واشترطت على الزكاة فإذا لم يكن في الحائظ زكاة فلا شرط لك علي، رد على الجزء الذي اشترطته من نصيبي لتخرجه في الزكاة، إذ لا يجب في الحائظ زكاة، وأما على القول بأن الجزء المشتراط في الزكاة إذا لم يكن في الحائظ زكاة يكون لمشترطه فالغرر إنما يكون في المساقاة إذا اشترط الزكاة فيها العامل على رب المال لا إذا اشترطها رب المال على العامل، وعلى هذا قوله في هذه الرواية وإن كان لم يعلل قوله فيها إلا بالإتباع فقال :

قَدْ خَلَّتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنُّ^(٧) ، وأما على القول بأنه بينهما بنصفين لأنهما يتداعيان أو يلغى ويقتسمان الثمرة اتساعاً فالغرر حاصل كان العامل هو الذي اشترط الزكاة على رب الحائظ أو رب الحائظ على العامل ، لأنه يأخذ أربعة أجزاء من عشرة إن بلغ الحائظ ما تجب فيه الزكاة وكان رب الحائظ هو الذي اشترط عليه الزكاة وأربعة أجزاء ونصف جزء من عشرة وأربعة أجزاء من تسعة إن لم يكن في الحائظ زكاة ، وخمسة أجزاء من عشرة إن بلغ الحائظ ما تجب فيه الزكاة وكان العامل هو الذي اشترط الزكاة على رب الحائظ وخمسة أجزاء ونصف جزء من عشرة أو خمسة أجزاء من تسعة إن لم يكن في الحائظ زكاة ، فهذا وجه ما في الأسدية من أنه لا يجوز لأحدهما أن يشترط الزكاة على صاحبه ، ورواية أشهب هذه عن مالك في أنه يجوز لرب الحائظ أن يشترط الزكاة على العامل ولا يجوز للعامل أن يشترطها على رب الحائظ حظها في النظر ، والقياس هو ما ذكرناه من أن قوله فيها يأتي على قياس القول بأن الجزء المشتراط في الزكاة يكون لمشترطه إذا لم يكن في الحائظ ما تجب فيه الزكاة ، وفي ذلك أيضاً الإتباع حسبما احتج به فيها من قوله قَدْ خَلَّتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنُّ ، والفرق بالعكس وجهه ما بيناه من أن الغرر لا يكون إذا كان العامل هو مشترط

(٧) الآية ١٣٧ من سورة آل عمران .

الزكاة على رب الحائط ، وإنما يكون إذا كان رب الحائط هو مشروط الزكاة على العامل ، وذلك على القول بأن الجزء المشروط في الزكاة إذا لم يكن في الحائط زكاة تكون للمشروط عليه ذلك الجزء في الزكاة لا لمشروط .

فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال أحدها جواز اشتراط الزكاة من كل واحد منهما على صاحبه ، وهو الذي في المدونة ، والثاني لا يجوز ذلك من واحد منهما على صاحبه وهو الذي في أصل الأسدية ، والثالث رواية أشهب هذه أنه يجوز ذلك لرب الحائط على العامل ولا يجوز للعامل على رب الحائط ، وهو الذي يتخرج على ما بيناه من سقوط الغرر في اشتراط العامل الزكاة على رب الحائط على القول بأن الحائط إذا لم يبلغ ما تجب فيه الزكاة يرجع الجزء المشروط في الزكاة على من اشترطه عليه منهما ، والقول الذي في المدونة أظهر إن كان الحائط كثيراً يعلم أنه يجب في ثمرة الزكاة إلا أن يخلف عمل جرت به العادة في الغالب أو يأتي عليه جائحة ، والذي في أصل الأسدية أظهر إن كان الحائط صغيراً يشبه أن تجب فيه الزكاة وألا تجب من غير جائحة تصيبه ، ولا اختلاف عما جرت به العادة في الحمل ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على الحائط الكبير الذي يؤمن أن يقصر ثمرة عما تجب فيه الزكاة إلا بما يطرأ عليه من الجوائح ، لأن الطوارئ النادرة لا يعتبر بها في إحالة الأحكام عن وجوهها ، وما في أصل الأسدية على الحائط الصغير الذي يشبه أن تجب فيه الزكاة وألا تجب فلا يكون ذلك اختلافاً من القول وبالله التوفيق .

ومن سماع سحنون بن سعيد

قال : وقال ابن القاسم الفجل والإسفارية والورد والياسمين والعصفر وقلب السكر عندي في الجوائح سواء لا يوضع قليل ذلك ولا كثيره حتى يبلغ الثلث ، والمساقاة فيه جائزة ، وكل ما جاز فيه المساقاة

فالجوائح توضع في ثلث ذلك، ولا توضع في أدنى من ذلك إلا الموز فإنه لا توضع فيه المساقاة ولا توضع فيه الجائحة حتى تبلغ الثلث، وأما الزعفران والبقل والريحان والقرط والقصب والكسبر فإن الجوائح في قليله وفي كثيره، ولا تصلح المساقاة، وأما الكمون فإنه تجب فيه المساقاة بمنزلة الزرع، وإنما يراد منه حبه ولا يراد منه شجره، وأما الموز والمقاتي والباذنجان، فهذه ثمار وكل ما كان من الثمار من الفاكهة وغيرها فذلك لا جائحة فيه حتى يصيب الثلث.

وما كان يباع من الفول أخضر والجلبان وما كان من صنف هذه فأصابته جائحة فلا يوضع حتى تبلغ الثلث لأنه يرجع إلى أصله وهو ثمرة، وهذه الأشياء لا تجوز فيها المساقاة إلا أن يخاف صاحبها العجز.

قال محمد بن رشد : هذا الأصل الذي أصَلَّهُ ابن القاسم في رواية سحنون هذه عنه على مذهبه فيما عدى الأصول من أن ما جازت فيه المساقاة من ذلك لم توضع الجائحة فيه إلا أن تبلغ الثلث فصاعداً، وما لم تجز فيه المساقاة من ذلك وضعف الجائحة في قليله وفي كثيره إلا الموز فإنه لا تجوز فيه المساقاة ولا توضع الجائحة فيه إلا أن تبلغ الثلث فصاعداً وَجْهُهُ أن المساقاة لا تجوز فيما يحل بيعه لأنها إنما أجزيت للضرورة فيما لا يحل بيعه إن لم يقدر على الاستيجار عليه باعه وانتفع بثمنه، وما لا يحل بيعه لم يقدر على الاستيجار عليه هلك وضاع، وقد نهى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن إضاعة المال لأنه سبب للحياة وَعَوْنٌ عَلَى الطاعة، وأن البقول إنما وضعت فيها الجوائح في القليل والكثير لأن المشتري لها لم يدخل مع البائع على تلف شيء منها إذ ليست بثمره توكل خضراء وهو يقدر على جذها حين ابتياعه لها، إذ لا يجوز ابتياعها إلا بعد أن ينتفع بها وَيُمْكِنَ جَذَّادُهَا، بخلاف الثمار التي لا يقدر على جذها حين اشتراها حتى يَتَنَاهَى طيبها فقد دخل مع البائع على أنه لا

بد أن يسقط منها وأكل الطير منها والعامه من الناس وغيرهم، فاستقام على هذا الأصل الذي أصله فيما عدى الأصول وَخَرَجَ الموز عن ذلك لأنه لما كان مما يجوز بيعه وما يأتي من بطونه لأمد معلوم من أجل أن ذلك فيه معروف لم تَجْزُ فيه المساقاة، ولما كان ثمره توكل خضراً علم أنه لا بد أن يذهب شيء منها قبل أن تجد لما لربها من عامية الناس وغيرهم، لأن المشتري قد دخل على ذلك مع البائع فوجب ألا توضع الجائحة فيه إلا أن تبلغ الثلث فصاعداً.

وجه قوله إن المساقاة لا تجوز في هذه الأشياء إلا أن يخاف صاحبها العجز هو أن المساقاة إنما جوزت مع ما فيها من الغرر وبيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقبل أن يخلف أيضاً للسنة الواردة عن النبي عليه السلام في مساقاة النبي عليه السلام يهود خيبر في نخلها على سطر ما يخرج منها^(٨)، فجازت المساقاة في الأصول وإن لم يعجز صاحبها عن عملها إتباعاً للسنة في موضعها، ولم يَقَوْ عنه ما عدى الأصول من الأشياء التي يجوز بيعها ويحتاج إلى الاستيجار عليها قُوَّتَهَا^(٩) في القياس عليها فلم تجز المساقاة فيها إلا مع العجز عن عملها قياساً على الأصول، وهو قول ابن نافع في كتاب ابن سحنون.

وقيل إن المساقاة لا تجوز في شيء من ذلك أصلاً لأن المساقاة في الأصول رخصة فلا يقاس عليها.

وقال ابن المواز أكره المساقاة عليها مع العجز عن عملها، وكان أبو عمر ابن القطان يقول المساقاة جائزة على ما في المدونة في الياسمين والورد والقطن

(٨) حديث مساقاة النبي صلى الله عليه وسلم يهود خيبر متفق عليه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من تمر أو زرع - ولمسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولهم شطر تمرها .

(٩) معمول لقوله السابق : ولم يقو .

عَجَزَ عنه صاحبه أو لم يعجز، خلاف المقائي والزرع، وهو بعيد إذ لا فرق في حقيقة القياس بين القطن والزرع والمقائي وقصب السكر في جواز المساقاة فيها من غير عجز، لأن أصولها غير ثابتة بخلاف الياسمين والورد الذي أصولها ثابتة فلا ينبغي أن يختلف في أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها، ولو قال قائل أن المساقاة في المقائي، والقطن وما كان في معناها جائزة وإن لم يعجز صاحبها عن عملها بخلاف الزرع وقصب السكر وما كان في معناها لكان له وجه، لأن هذه ثمار تجنى من أصولها فأشبهت ثمار الأصول الثابتة، والزرع وقصب السكر وما أشبهها لا تجنى من أصولها إلا بقطع الأصول، ففارقت ثمر الأصول في المساقاة في الزرع على مذهب ابن القاسم لا تجوز إلا بثلاثة شروط أحدها أن يعجز صاحبها عن عمله، والثاني أن ينبت وقبل أن يستقل بعد نباته، والثالث ألا يبلغ مبلغاً يحل بيعه. وكذلك قصب السكر بهذه المنزلة تجوز مساقاته بعد أن ينبت قبل أن يحل بيعه إذا عجز عن عمله، واختلف إن كان له خلفه هل يجوز أن يشترطها في المساقاة، والاختلاف في هذا جار على الاختلاف في جواز اشتراطها في البيع.

وكذلك البقل تجوز فيه المساقاة إذا نبت وعجز صاحبه عن عمله قبل أن يحل بيعه، قال ذلك عبد الرحمان بن دينار في المدنية، وقال ابن القاسم فيها لا تجوز المساقاة في البقل وكل شيء يجد ثم يخلف مثل البقل، ولو كان ذلك مثل الزرع الذي لا يكون في السنة إلا مرة واحدة لم يكن به بأس، وظاهر قول ابن دينار أن المساقاة في البقل قبل أن يحل بيعه إذا عجز عن عمله جائزة، وإن اشترط خَلْفَهُ، وظاهر قول ابن القاسم أن ذلك جائز إذا لم يشترط الخلفة فحصل الاختلاف بينهما في جواز اشتراط الخلفة في المساقاة وذلك على الاختلاف في جواز اشتراطها في البيع، ويحتمل أن يقال أن الاختلاف أيضاً في مساقاة البقل وإن لم يشترط خلفته ويكون ذلك جارياً على الاختلاف الذي ذكرناه في الزرع هل تجوز فيه المساقاة إذا نبت قبل أن يستقل أو لا يجوز وإن

نبت حتى يستقل ، لأن البقل إذا استقل فقد حل بيعه ، وما حل بيعه فلا يجوز مساقاته ، وقوله في الفجل أو الإسفنازية إن المساقاة فيهما جائزة معناه قبل أن يحل بيعهما ، إذ لا تجوز المساقاة فيما يحل بيعه .

وأما قوله إن الجائحة لا توضع في قليل ذلك حتى يبلغ الثلث فبعيد، وما في المدونة من أن الجائحة توضع في قليل ذلك وكثيره أصح ، لأن بيعه لا يحل حتى يبلغ مبلغ القلع ، فله حكمُ البقول في وضع الجائحة فيه ، قيل إنه يوضع القليل والكثير ، وقيل إنه لا يوضع القليل ولا الكثير ، وقيل إنه لا يوضع إلا الكثير الثلث فصاعداً وبالله التوفيق .

مسألة

قال وقال سحنون : لا بأس بمساقاة النخل بعد أن يبدو صلاحها .

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون هذا ، خلافُ مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ، لأنه نص فيها على أن ذلك لا يجوز لأن فيه منفعة لرب الحائط ، والمنفعة التي له في ذلك سقوطُ الجائحة عنه لأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له^(١٠) قيام بالجائحة وكان بالخيار بين أن يتمادى على مساقاته أو يخرج عنها ، بخلاف الإجارة التي له أن يرجع فيها إذا أجيحت الثمرة بإجارة مثله فيما عمل ، وإنما أجاز ذلك سحنون لأنه رآها إجارة أخطأ في تسميتها مساقاة ، فأجازها على حكم الإجارة من وجوب الرجوع بحكم الجائحة فيها ، ولم يجزها ابن القاسم لأنه راعى تسميتها إياها^(١١) مساقاة إذ حكم المساقاة لا يرجع فيها بالجائحة فرأها إجارة فاسدة يجب

(١٠) له أي للمساقى بفتح القاف .

(١١) كذا في نسخة ق ٣ أيضاً .

فسخها مَا لَمْ تَنْتُ بِالْعَمَلِ، فَإِنْ فَاتَتْ بِهِ كَانَ لِلْعَامِلِ أَجْرَةٌ مِثْلَهُ عَلَى حَكْمِ
 الْإِجَارَةِ تَتَعَدُّ بِلَفْظِ الْمَسَاقَاةِ، وَلَمْ يَحْمَلْهَا ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَى الْإِجَارَةِ إِذْ رَأَاهَا لَا
 تَتَعَدُّ بِلَفْظِ الْمَسَاقَاةِ، وَكَذَلِكَ عَلَى مَذْهَبِهِ لَا تَتَعَدُّ الْمَسَاقَاةُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ لَوْ
 قَالَ لَهُ أَوْ اجْرُكْ عَلَى سَقْيِ حَائِطِي هَذَا بِنِصْفِ ثَمَرْتِهِ إِذَا طَابَتْ لَمْ يَجْزِ، وَيَأْتِي
 عَلَى مَذْهَبِ سَحْنُونَ أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ، وَتَكُونُ مَسَاقَاةً وَيَنْبَغِي عَلَى قَوْلِ سَحْنُونَ
 أَلَّا يَجُوزَ ذَلِكَ فِي الزَّرْعِ لِأَنَّهُ كَمَنْ قَالَ أَحْصِدْهُ وَهَذِبْهُ وَلِكَ نِصْفُهُ، وَهَذَا لَا
 يَجُوزُ عِنْدَهُ، وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَظْهَرَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالْمَسَاقَاةَ عَقْدَانِ مُفْتَرِقَانِ
 الْأَحْكَامِ، فَلَا يَتَعَدُّ أَحَدُهُمَا بِلَفْظِ الْآخَرِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

مسألة

قال: وأخبرني ابن أشرس عن مالك في الرجل يساقي الرجل
 الحائط وله بياض تَبَعٌ لِلنَّخْلِ فَيَسْتَثْنِيهِ الْعَامِلُ فَيَصِيبُ النَّخْلَ جَائِحَةً
 فَيَذْهَبُ ثَمَرُهَا وَقَدْ زَرَعَ الْعَامِلُ الْبِيَاضَ، قَالَ مَالِكُ: يَكُونُ عَلَى
 الْعَامِلِ كِرَاءُ الْبِيَاضِ، قَالَ سَحْنُونَ وَهِيَ جَيِّدَةٌ، وَالْحِجَّةُ فِي ذَلِكَ إِذَا
 لَمْ يَعْطِ الْبِيَاضَ إِلَّا عَلَى السَّوَادِ، فَلَمَّا ذَهَبَ السَّوَادُ رَجَعَ عَلَيْهِ بِكِرَاءِ
 الْبِيَاضِ.

قال محمد بن رشد: قد بين سحنون رواية ابن أشرس وَوَجْهَهَا
 وَاحْتِجَّ لَهَا بِمَا لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ لِمَنْ وَقَفَ عَلَى مَعْنَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ، وَلَهُ فِي كِتَابِ ابْنِهِ
 أَنَّ مَالِكًا قَالَ وَكَذَلِكَ لَوْ عَجَزَ الرَّجُلُ عَنِ الْأَصْلِ كَانَ عَلَيْهِ الْبِيَاضُ بِكِرَاءِ مِثْلِهِ،
 وَرَوَاهُ عَلِيُّ ابْنُ زِيَادٍ عَنْهُ فَمَعْنَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ سَحْنُونَ أَنَّ الْعَامِلَ لَمَّا أُجِيجَتْ
 الثَّمَرَةُ أَبِي أَنْ يَتِمَادَى عَلَى عَمَلِ الْحَائِطِ إِلَى آخِرِ مَا يَلْزِمُهُ مِنْ سَقَايَةِ وَلِذَلِكَ كَانَ
 لِصَاحِبِ الْحَائِطِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِكِرَاءِ أَرْضِهِ، وَلَوْ تِمَادَى عَلَى عَمَلِ الْحَائِطِ إِلَى
 آخِرِ مَا يَلْزِمُهُ مِنْهُ لَمَّا كَانَ عَلَيْهِ فِي الْبِيَاضِ، كَذَا يَتَبَيَّنُ تَشْبِيهُ مَالِكٍ لِذَلِكَ بِعَجْزِ
 الْعَامِلِ عَنِ الْعَمَلِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

مسألة

قال محمد ابن إبراهيم المدني وعبد الله بن نافع إذا كان لرجل أصل من نخل أو كرم أو غيره من الأصول وفيها الشيء من البياض هو تبع للنخل وكان البياض فيها الشيء من النخل هي تبع للبياض فقال للذي يساقيه النخل أو يستكري منه البياض أساقيك النخل وحدها أو أكريك الأرض وحدها وأحبس نخلي أو بياضي ولك من الماء قدر ما تروي به نخلك في السقاء وتروي به زرعك في حين تسقي الزرع ولي فضل مائي نسقي به نخلي أو ما صنعت في بياضي ليس عليك فيه سقاء كان ذلك حسناً جائزاً، وإنما يكره من ذلك أن يجمع النخل إلى البياض أو البياض إلى النخل فيشترط ذلك المساقى خاصة ويكون على المساقى سقيه فتكون زيادة ازدادها عليه ، فإذا لم يكن كذا فلا بأس به .

قالا وكذلك إذا اشترط الرجل على صاحب الأرض أن البدر عليك كانت زيادة ازدادها فلا يصلح .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة على مذهب مالك ، لأنه قال في موطأه في المساقى يشترط البياض إنه لا يصلح ، لأن الداخل يسقيه لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه رب الأرض فهذا يدل من قوله أنه إذا لم يسق المساقى ما اشترط عليه المساقى من الأرض فهو جائز .

وأما إذا أكرى الرجل أرضه وفيها ثمرات يسيرة أو كثيرة فأبقاها لنفسه لم يدخلها في كرائه فذلك جائز وإن اشترط على المكترى سقيها ، لأن ذلك كله معلوم فلا غرر فيه .

ولم يتكلم على الحكم إذا اشترط رب الحائط الأرض على أن يسقيها

المساقى، والذي يأتي في ذلك على الأصل الذي قد ذكرته في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حق منه وما ذهب إليه ابن حبيب أن يُردُّ في ذلك إلى مساقاة مثله في الحائط، ويكون له أجرة مثله في سقيه الأرض لرب الحائط.

وكذلك لم يتكلم إذا اشترط البذر على صاحب الحائط يريد على أن يكون الزرع بينهما، والحكم في ذلك على ما تقدم أن الزرع لرب الحائط الذي له البذر وعليه للعامل أجرة مثله في عمله وسقيه، ويرد في النخل إلى مساقاة مثله قاله ابن حبيب في الواضحة والله الموفق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب سلف ديناراً

قال عيسى سألت ابن القاسم عن حائط ساقاه صاحبه سنة على النصف وسنة على الثلث، قال : لا يحل هذا، قيل له فإن كان قد عمل سنة وحانت الثمرة قال يُرد إلى مساقاة مثله، ويكون له أن يعمل السنة الثانية.

قال محمد بن رشد : هذا كما قال، ومثله في المدونة أن المساقاة الفاسدة للسنين إذا عمل بعضها فهو فوت في جميعها، وردة في هذه المسألة إلى مساقاة مثله صحيح على الأصل الذي ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حق منه.

مسألة

قيل له فحائط ساقاه صاحبه رجلاً على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ فقال : هذا حرام، قيل له : فقد وقع، قال : يعطي في الذي

اشترط عليه كفاية أجرة مثله، ويرد إلى مساقاة مثله في الحائط الآخر.

قيل له فإن قارضه بمائة دينار على أن يُبلغ له مائة دينار أخرى إلى موضع كذا وكذا؟ فقال : له فيهما جميعاً إجارة مثله يريد إذا فات، ولم يره مثل مسألة المساقاة التي فوقها .

قيل له فإن جاء بربح فأراد صاحب المال أن يسوغه إياه ويتركه له فقال صاحب المال إن الذي يترك من الربح أكثر من إجارة مثله وعلم الآخر كم هو؟ فلا بأس به إن علما به جميعاً وأما أن يتخاطرا فلا خير فيه .

قال محمد بن رشد : مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته ويُرد في الآخر إلى مساقاة مثله، وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أنه يرد فيهما جميعاً إلى إجارة مثله وهو الأظهر، وأما الذي قارضه بمائة على أن يبلغ له مائة إلى موضع كذا فلا اختلاف أحفظه في أنه يرد إلى إجارة مثله في جميع ذلك، وكذلك لو قارضه بمائتين على أن يكون ربح المائة الواحدة لرب المال وربح المائة الثانية بينهما على أن يعمل بكل مائة على حدة، لَرُدَّ فيهما جميعاً إلى إجارة مثله قولاً واحداً، والقراض في هذا خلاف المساقاة، وأما قوله إنه لا يجوز أن يسلم له ربح المال فيما وجب له من إجارة مثله حتى يعلم أن كان أقل من ذلك أو أكثر، فهو بين لا إشكال فيه لما في ذلك من المخاطرة والغرر إذا جهل قدر ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

قال : وقال ابن القاسم : لا بأس أن يستثنى الداخل في الحائط

ما كان فيه من بقر أو غلمان أو دواب، وليس له أن يستثنى على رب الحائط إلا ما وجد فيه من ذلك، وعلى رب الحائط أن يخلف كل ما مات من عبد أو شيء أو ثور مما استثنى الداخل في الحائط مما وجد فيه .

قلت فإن جهل الداخل في الحائط أن يستثنى ما فيه من الدواب والرقيق وظن أن ذلك له استثناءهم أو لم يستثنهم، فلما تعاقدا المساقاة قال له رب الحائط إنما ساقيتك الحائط وحده بلا دواب ولا رقيق؟ قال يتحالفان ويتفاسخان .

قال محمد بن رشد : قوله لا بأس أن يستثنى الداخل في الحائط ما كان فيه من بقر أو غلمان أو دواب يدل على أنهم لا يكونون له إلا أن يستثنهم خلاف ما في المدونة من أن الحكم يُوجِبُهُم له وإن لم يستثنهم إذ لا يجوز لرب الحائط أن يستثنهم ولا يخلو الأمر على هذه الرواية من أن يتفقا أو يختلفا، فإن اتفقا على أن أحدهم استثناهم جاز ما اتفقا عليه من ذلك، وإن اتفقا على أنه لم يستثنهم واحد منهما ولا كانت له نية بقوا لرب الحائط، وإن اتفقا على أنه لم يستثنهم واحد منهما إلا أنهما اختلفا فيما نوياه فقال العامل كانت نيتي أن يكونوا لي وهو الذي ظننت وعليه ساقيت بما ساقيت به، وقال رب الحائط كانت نيتي على أن يكونوا لي ولا يدخلوا في المساقاة تحالفاً وتفاسخاً كما قال في الرواية .

وكذلك لو اختلفا فقال العامل استثنيتهم وقال رب الحائط بل استثنيتهم أنا تحالفاً وتفاسخاً على هذه الرواية، وكذلك لو ادعى أحدهما أنه استثناهم وكذبه الآخر فيما ادعاه من أنه استثناهم ولم يدع هو أنه استثناهم إلا أنه قال كانت تلك نيتي وعلى ذلك ساقيت لتحالفاً وتفاسخاً أيضاً، ولو اختلفا على مذهبه في المدونة فادعى كل واحد منهما أنه استثناهم لوجب أن يكون القول قول العامل لأنه مدعى الصحة منهما، وذلك على القول بمراعاة دعوى الإشباه مع القيام،

لأنه إنما كان القول قول مدعي الصحة من أجل أنه أشبه بالدعوى خلاف ما في سماع أبي زيد من كتاب المغارسة، وقد مضى هنالك من الكلام على تلك المسألة ما فيه بيان لهذه وبالله التوفيق.

مسألة

قال وسألته عن الرجل يساقي الرجل الزيتون على أن يعصره، قال : لا بأس بذلك وعلى ساقى النخل جذاذه وعلى ساقى الزرع حصاده ودرسه، قيل لسحنون ما انتهى المساقى في الزيتون؟ قال : جناه، قيل له فالثمر؟ قال : جذاذه قال بعد ما طاب وحل بيعه أو بعد ما يثمر؟ قال : ذلك بعد الإثمار، قيل له فالتين والكرم؟ قال على المساقى القطاف والتيس هو أجل مساقاته ليس يتعوض عنه المساقاة وعلاجها بالجني حتى يتزبب ذلك وييسه .

[ومعنى ذلك إنما كان التيس غالباً على أهل البلد لأنه إذا لم يكن غالباً على أهل البلد لم يلزمه إلا أن يشترط عليه إذ هو يلزمه ما هو يفتقر إلى عمله بإمكان القسمة قبله والمراعي في ذلك بالعرف في البلد إن لم يكن في المساقاة عرف وإما لأنه عرف فإياه يعتبر وأن خالف ذلك عرف البلد] (١٢) .

وقال ابن القاسم في مساقاة الزيتون إن عليه عصره إن كان عصره غالباً على أهل ذلك البلد .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا بأس بمساقاة الزيتون على أن يعصره المساقى دليل على أنه إذا لم يكن شرطاً لم يلزم المساقى العصر واقتسما الزيتون حياً ومثله في كتاب ابن المواز أن عصر الزيتون في المساقاة

(١٢) ما كتب بين معقوفتين فهو من نسخة ق ٣ ، ساقط من الأصل .

على شرطهما، فإن لم يكن شرط فهو بينهما مثل قول سحنون إن منتهى المساقاة في الزيتون جناه ومعنى ذلك إذا لم يكن العرف في البلد العصر وأما إن كان العرف بالبلد في الزيتون العصر فيلزم المساقى العصر إلا أن يشترط ألا يلزمه ذلك يبين ذلك من مذهب ابن القاسم قوله أولاً قوله في المسألة الأخرى ويبينه من مذهب سحنون قوله في التين والكرم إن على المساقى القطف والتيسس وإن العلاج ينقضى عنه بالجني حتى يتزبب ذلك وييسسه لأن معنى ذلك إنما هو إذا كان التيسس غالباً على أهل البلد، لأنه إذا لم يكن غالباً على أهل البلد لم يلزمه إلا أن يشترطه عليه إذ لا يلزمه ما لا يفتقر إلى عمله بإمكان القسمة قبله والمراعى في ذلك العرف في البلد إذا لم يكن في المساقاة عرف وأما إن عرف فإياه يعتبر وإن خالف ذلك عرف البلد وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع

وقال لرجل سأله عن أرض اكرهاها بخمسين ديناراً وفيها شجرتين غلة^(١٣) بعد إخراج النفقة مثل كراء الأرض هل يحل ذلك؟ قال لا بأس به لأن بيعه وحده حلال، والكرء بيع من البيوع فلا بأس به .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأن الكراء والبيع جائز أن يُجمع بينهما في صفقة واحدة وبالله التوفيق .

(١٣) في الأصل بياض مع عدم اتضاحه في نسخة ق ٣ ، ولعل الصواب : وفيها شجر حمل غلة الجني بعد إخراج الخ . والمقصود : هل يجوز لمن اكرت الأرض وفيها شجر حامل لغلة أن يشتري مع كراء الأرض ما على الشجر من الغلة ، فيجتمع في ذلك كراء وبيع .

ومن كتاب أن أمكنتني

قال: وقال ابن القاسم: لا بأس أن يُسَاقِيَ الرجلُ الحائطين مساقاة واحدة على النصف أو على الثلث إذا كانا مستويين فإن لم يستويا فلا خير فيه إذا كان لا يأخذ أحدهما إلا لمكان الآخر.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في أول سماع أشهب فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول إذا باع رجل من رجل نصف ثمر حائطه أو ثلثه فأصيب من الحائط أقل من الثلث بِجَائِحَةٍ كانت المصيبة بينهما على قدر ما لهما فيه ولم يوضع عنه من الثمر شيء، وإن أصيب ثلثه أو نصفه وضع عنه نصف الثمن أو ثلثه، قال: ولا يُوضع عنه من الثمن شيء حتى يكون الذي بلغت الجائحة ثلث جميع الثمرة فيكون ثلث ما اشترى المشتري وهو شريك له في المصيبة فيما قل أو كثر.

قال: وقال مالك: وأن تباع نصف سبرته (١٣٠) أو ثلثها أو جزء منها فأصابها سَيْلٌ أو شيء ذهب بها أو بعضها فإنهما يتحصان على قدر حظوظهما فيها، والمصيبةُ منهما جميعاً على الحظوظ، وليس في

(١٣٠) كذا بالأصل سبرته وفي صلب نسخة ق ٣ نصف تمرته وفي طرتها بالسين أيضاً ولعل الصواب صبرته بالصاد.

هذا جائحة قال أصبغ : وقول مالك في الثمار أخبرني ابن وهب وابن القاسم عن مالك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها ولا لبس في شيء من معانيها فلا معنى للقول فيها وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأفضية والحبس

وقال فيمن أخذ حائطاً مساقاة على النصف، ثم سأله صاحب الحائط بعد ما عمل أو قبل أن يعمل أن يرد ذلك عليه فيرد ذلك إليه ويخرج من المساقاة برُّبعِ الثمرة إذا طابت إن ذلك لا بأس به، لأنها مساقاة منه إليه مؤتَنَفَةً، قالا : ولو كانا رجلين أخذًا حائطاً مساقاة على أن النصف لهما والنصف لصاحب الحائط، ثم سأل أحد الرجلين صاحبه أن يخرج من الثمرة إن ذلك لا بأس به أيضاً، قال : وكذلك لو كانا شريكين في حائط لهما أصله فسأل أحدهما صاحبه أن يخرج له من الحائط ويسلم إليه جميع الثمرة ولا يعرض فيه جزء من الثمرة إن ذلك لا بأس به ، لأنها مساقاة، ولكن لو سأل أحدهما صاحبه يسلم إليه الثمرة بدنانير أو دراهم أو عرض أو حيوان أو غير ذلك لم يصلح في شيء من جميع وجوه هذه المسألة كلها الذي^(١٤) لأن ذلك بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، ولكن لو كان حائط لرجل أو كانا حائطين لرجلين شريكين وأخدهما رجلا ن مساقاة أو أخدهما رجل مساقاة فسأله رب الحائط أن يخرج منه بجزء من حائطه أو سأل أحد الشريكين صاحبه أن يخرج من أحدهما بجزء من الآخر أو سأل ذلك أحد العاملين منهما بالمساقاة صاحبه أن يخرج من أحدهما بجزء من

(١٤) بياض في الأصل لم يتضح في نسخة ق ٣ .

الأجزاء لم يكن في ذلك كله خير ولم يصلح لأن ذلك بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها من كلي الفريقين جميعاً.
قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد تقدم القول فيها وفيما كان من معناها في رسم البيوع من سماخ أشهب فلا وجه لإعادة القول فيه وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

قال وسئل مالك عن المرسين يساقي وقيل له إن له أصولاً تعظم وتطول وتُقيَّمُ السنين فإنه يجزء منه الشتاء والصيف وليس له إبان معلوم، يجزء أشهر معلومة ثم ينقطع، فهذا يحل بيعه يعني في كل حين إذا أثمر أوله الذي يشتري عليه، يشتريه سنة أو سنتين مثل الموز والقصب، قال : وما حل بيعه فلا يحل فيه مساقاة، ولا مساقاة في المرسين.

قال محمد بن رشد : المرسين هو الريحان وقد تقدم في أول سماع سحنون أنه كالبلبل لا تجوز فيه المساقاة مثل قوله ها هنا، وقد اختلف في ذلك، فحكى ابن المواز عن ابن وهب إجازة مساقاته، وحكى عن ابن القاسم أن ذلك لا يجوز ثم رجع فأجازه وبني على هذا قال محمد وأحب إلي ألا يجوز لأنه كالموز والقصب إلا أن تكون أشجارها ثابتة وإنما تقطع منها حيطانها النابتة في كل عام، وقول ابن المواز ينبغي أن يحمل على التفسير للقولين فنقول إنه إنما أجاز المساقاة فيه قبل أن يحل بيعه، ومنع منها بعد أن يحل بيعه كالبلبل الذي يجوز فيه المساقاة إذا نبت قبل أن يحل بيعه حسبما مضى القول فيه في سماع سحنون، وقول ابن القاسم وما حل بيعه فلا تحل مساقاته خلاف قول سحنون المتقدم في سماعه، وقد مضى القول على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ سألت ابن القاسم عن زيتون يكون بالمغرب ساقى فيها صاحبه على أن يحرثه للمساقى ليس عليه علاج غيره ولا سقى، فقال : هذا بعل وكذلك الكروم والنخل من البعل، فهذا لا بأس به، وهو أمر الناس في مساقاة البعل وعليه مع هذا قطفها وتنقيتها وحراستها، قلت أرأيت إن اشترط حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة أو اشترط ذلك المساقى على العامل؟ قال : لا خير فيه، هذه زيادة يزدادها، قلت أرأيت إن كان ذلك قريباً؟ قال ما يُعجبني إلا أن يكون شيئاً ليس عليه فيه مؤنة، قلت أرأيت إن كان قريب الميل وما أشبهه، وقال ما يعجبني، وقاله أصبغ وقال : إن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه، وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط.

قال محمد بن رشد : إجازته المساقاة في الزيتون البعل مثل ما في المدونة من إجازة المساقاة في الشجر البعل والزرع البعل، وأما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم إلا أن يكون شيئاً ليس عليه فيه مؤنة، وكراهيته بينة لأنها زيادة ازدادها رب الحائط على العامل إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي في ذلك على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حق أن يُردَّ إذا فات إلى إجازة مثله إلا في المكان القريب فيشبهه أن يرد فيه على مذهبه إلى مساقاة مثله استحساناً، وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر

قال أبو زيد سُئل ابنُ القاسم عن الرجل اشترى أصل حائط قد أبر ثم اشترى الثمر قبل أن تزهي ، قال : فلا جائحة فيها ، ولو كان إنما اشترى بعد أن أزهدت ففيها جائحة .

قال محمد بن رشد : أما إذا اشترى الثمر قبل أن تزهي ^(١٤) بعد أن اشترى الأصل فلا إشكال فيه في أنه لا جائحة فيها كما لو استثناه في ابتياعه الأصل قبل أن تزهي لأنها في حين البيع لا يقع عليها حصة من الثمن ، ولا يجوز بيعها منفردة عن الأصول ، فأما إذا اشتراها بعد أن اشترى الأصول أو هي قد أزهدت فقولوه في هذه الرواية إن فيها الجائحة خلافُ مذهبه في المدونة أنه لا جائحة فيها إذا اشترت مع الأصول صفقة واحدة بعد الطيب ، لأنه لا يلزم على هذه الرواية إذا اشتراها مع الأصول صفقة واحدة وهي قد طابت وحل بيعها أن تكون فيها الجائحة بما ينوبها من الثمن إذا قبض عليها وعلى الأصل إذ لا فرق بين شرائها بعد الطيب في صفقة أخرى أو في صفقة واحدة ، لأنه إذا اشتراها مع الأصل في صفقة واحدة فقد وقع لها صحة من الثمن ، وهو منصوص عليه لأصبع في الواضحة ، والصحيح ما في المدونة أنه لا جائحة فيها لأنها بالعقد تدخل في ضمانه لكونها في أصولها ، فهذه هي العلة في ذلك لآما علل به في المدونة من أنها تبع للأصول ، فالجواب في المدونة صحيح والتعليل ضعيف وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم الحَبْسُ جائحة .

قال محمد بن رشد : وكذلك السلطان والغاصب الذي لا تأخذه الأحكام هو جائحة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك لأنه أمر غالب وكذلك السارق عند ابن القاسم جائحة لأنه لا يستطاع الاحتراس منه ، وقال ابنُ

(١٤) يقال زها يزهو زهواً وزهواً البُسْر تَلَوْنَ كآزهي وَزَهَى .

نافع ليس السارق بجائحة، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه ليس شيء من ذلك كله جائحةً، لأنه من صنع آدمي ولا اختلاف فيما كان من غير صنع آدمي كالسُموم يحرق الثمرة والطير الغالب يأكلها والريح يسقطها أن ذلك كله جائحة، والأول أظهر ألا فرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك لما على البائع في الثمرة من حق التوفية، وقد اختلف إذا عابت الجائحة الثمرة ولم تذهب بها ولا أفسدتها جملة كالغبار يعيبها والريح يسقطها قبل أن يتناهى طيبها فينقضها ذلك من قيمتها فقيل وهو المشهور إن ذلك جائحة يُنظرُ إلى ما نقص العيبُ منها، فإن كان الثلث فأكثر وضع عن المبتاع، وقيل ليس ذلك بجائحة، وله حكم العيب يكون المبتاع فيه بالخيار بين أن يُمسك ولا شيء له، أو يرد ويرجع بجميع الثمن، وإلى هذا ذهب ابن شعبان وقاله ابن الماجشون في أحد أقواله، فإن ذهب على قولهما من الثمرة ثلثها بجائحة عابت البقية من الثمر ورجع بثلث الثمن لما ذهب من الثمر وكان بالخيار في الباقي بين أن يتمسك به أو يرد ويرجع بجميع الثمن وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن ورق التوت يُباع في شجره ثم يصيبها جائحة أترى أن يوضع عنه الثلث فصاعداً لأن الغرر في أصله؟ قال : بل يوضع عنه ما أصابه من الجائحة من قليل أو كثير، قيل له مثل البقل؟ قال : نعم .
قال محمد بن رشد : في الواضحة لابن حبيب خلافٌ هذا أن الجائحة في ذلك لا توضع في أقل من الثلث وأنها ليست كالبقول، وقول ابن القاسم أظهرُ بدليل ما ذكرناه من سماع سحنون من المعنى الذي من أجله وضعت في البقول الجائحة في القليل والكثير وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن الماجشون في الذي يتزوج المرأة بثمره قد بدا صلاحها كلها فأجيحت : إن مصيبتها من الزوج وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة وإنما يُحمل النكاح بالثمره إذا أصابتها الجائحة محمِل البيع، وابنُ

القاسم يقول لا جائحة فيها والمصيبة من المرأة ولا ترجع على الزوج بشيء .

قال محمد بن رشد : قول ابن الماجشون هو القياس على أن الصداق ثمن للبضع ، وقد قال مالك رحمه الله : أشبه شيء بالبيوع النكاح فوجب الرجوع فيه بالجائحة ، فقولُه إن الثمرة إذا أجيحت كلها رجعت المرأة على الزوج بقيمة الثمرة وهو المشهور في المذهب ، ووجهه أن الثمرة لما كانت عوضاً عن البضع وهو مجهول رجعت بقيمتها كما يرجع الزوج على المرأة إذا استحق من يده ما خالعت به عن نفسها بقيمته للبضع الذي أخرجه عن يده عوضاً عنه ، والقياس في النكاح إذا أجيحت الثمرة كلها أن ترجع المرأة بصداق مثلها لأن العوض عن المرأة هو البضع ، وقد فات بالعقد أو الدخول ، فوجب أن يرجع بقيمته وهو صداق مثلها دخل أو لم يدخل على القول بأنها تفوت بالعقد ، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه في العتية ، وعلى القول بأنها لا تفوت بالعقد إن أجيحت الثمرة قبل البناء انفسخ النكاح ، وهذا القول قائم من مسألة وقعت في العشيرة ليحيى ، ووجه فواته بالعقد ما يوجب من الحرمة ، فهو بخلاف البيوع ، ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم من أن المصيبة في النكاح إذا أجيحت الثمرة من المرأة ولا رجوع لها على الزوج في ذلك ، هو أن النكاح طريقه المكازمة بخلاف البيوع التي طريقها المكايسة ، وأيضاً فإن الصداق على الحقيقة ليس بعوض عن البضع لأن المباذعة فيما بين الزوجين سواء تستمتع به ، وإنما هو نحلة من الله فرضها عز وجل للزوجات على أزواجهن فقال تعالى : ﴿ وَأَتَوَاتِى السِّبَا صَدُوقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ (١٥) فأشبه الصداق على هذا الهبة ، فوجب ألا يرجع فيه بالجائحة ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال: وقال سحنون: ولو أن رجلاً أعطى نخلة أو كرمة أو زيتونة مساقاة على النصف على أن يسقي ويقطف ويجني على أن يحرق ثلاث حرثات فيعمل العامل جميع العمل الذي اشترطه عليه إلا الحرث فإنه حرث حرثتين ولم يحرق الثالثة فإنه ينظر إلى ما عمل فيقوم ذلك ثم يُنظر إلى ما ترك مما شرط عليه عمله فيقوم ثم ينظر كم هو مما عمل؟ فإن كان الذي ترك ولم يعمله الثلث من جميع ما شرط عليه من العمل حط العامل ثلث النصف الذي كان له إن كانت مساقاته على النصف وإن كان إنما ساقاه على الثلث أو الربع فكذلك أيضاً يحط عنه ثلث الثلث أو ثلث الربع، وتفسير ذلك أنه ينظر إلى كل ما عمل العامل فيقومه ثم ينظر إلى قيمة ما ترك أن لو عمله فيقوم فيعرف ما اسم قيمة الذي ترك من قيمة الذي عمل فإن كان ثلثاً حطت من سهمه ثلثه وإن كان ربعاً فكذلك.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الجزء الذي اشترطه العامل في المساقاة من الثمرة عوض عن عمله، فإن نقص من العمل الواجب عليه شيئاً وجب أن يحط من جزئه من الثمرة بمقداره وهذا بين والحمد لله.

مسألة

قيل أرايت لو اشترك رجلان فأخرجا الزريعة وأخرج أحدهما الأرض والآخر العمل وكراء الأرض مثل قيمة العمل، وعلى أن يحرق الأرض ثلاث حرثات فحرق حرثتين ونصف واحدة؟ فقال ينظر إلى قيمة ما عمل، فإن كان قيمة ذلك عشرين درهماً ثم ينظر إلى قيمة السكة التي ترك فإن كان قيمتها عشرة دراهم نظر إلى قيمة ما ترك وهي العشرة

كم ذلك من الثلثين الدراهم؟ فيوجد الثلث فيرجع رب الأرض على العامل بمثل ثلث كراء نصف هذه الأرض.

قال محمد بن رشد : هذا بين علي ما قاله لأن العمل عوض عن الأرض فإذا قصر في العمل وجب أن يرجع رب الأرض على العامل من كراء أرضه بقدر ما قصر في العمل وبالله التوفيق وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً والحمد لله على ذلك.