

المبسوط

بيع الأصل من غير ذكر كالصبيغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فيوفر حظه على الشبهين فليشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الأرض أن يملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يملك نصيبه من البناء إذا كان مشتركا بينهما .

وإن اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم في أنها لا تستحق إلا ثمننا في الذمة وكذلك إن اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا في الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشترط المكيل والموزون في الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم والدنانير .

وإن شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لأنه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجهالته عند العقد تكون مبطله للعقد وهذا لأن الثمن معقود به . (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشتري عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة إذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فأما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده في ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالإشارة إلى عينه وهذا لأنه إذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والأواني المصوغة في هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه . وهذا دليل على أنه يتعين التبر وأنه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الشركة والصرف .

ولو أقامت الورثة البينة على المواريث وسألوا القاضي قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لأن الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء إلى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى ! 12 ! فلا يشتغل القاضي بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به في حياة المورث . فإن كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فعل ذلك استحسانا وفي القياس لا يفعل لأن الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة الأول . ولكنه استحسان وقال قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين

عشرة دراهم فالأحسن أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين