من الحيوان او مع قيام البينة فيما يغاب عليه فقول مالك وجميع
اصحابه ان الشرط باطل حاشا مطرفا وذكر نحو ما تقدم ولم يذكر
مسيلة الرهن في المقدمات قلت وفيه من البحث ما تقدم
في مسيلة العارية والله اعلم الثالث قال ابن رشد في المقدمات
في كتاب العارية وفي سماع اشهب من كتاب تضمين الصناع
وينبغي اذا شرط المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب
عليه فابطل الشرط بالحكم ان المستعير انما يلزم اجارة المثل في
استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكمها وسنتها
الى باب الاجارة الفاسدة لان رب الدابة لم يرض ان يعيرها اياها
الا بشرط ان يحرزها في ضمانه فهو عوض مجهول يرد الى المعلوم
انتهى وما ذكره ابن رشد بحثا نقله اللخمي عن اشهب وجعله خلاف
مذهب المدونة ونصه في كتاب العارية قال ابن القاسم في كتاب
الرهن فيمن استعار دابة على انه غير مصدق في تلفها شرط باطل
يريد انها تضمن على حكم العارية ولا ضمان عليه ولا اجر وقال اشهب
عليه اجارة المثل فيما استعملها فيه وراها اجارة فاسدة فعلى قوله
ترد قبل الاستعمال ويجري فيها قول ثالث ان المعير قبل الاستعمال
بالخيار فان اسقط الشرط والا ردت فان فاتت بالاستعمال
لم يغرم شيئا لانه لم يدخل على اجارة وانما هو واهب منافع والضياع
طاريكون او لا يكون والسلامة اغلب فكان حمله على المعروف
اولي وقول رابع انها مضمونة كما شرط لانه الواجب في احد قولي
مالك من غير شرط فقد دخلا على التزام احد القولين انتهى ونقل الشيخ
ابو

ابو الحسن في كتاب العارية كلام ابن رشد واللخمي وجعل كلام ابن رشد
مخالفا للمدونة فتامله فرع اذا شرط رب الوديعة على المودع
ان يضمنها اذا ضاعت فشرطه باطل كما تقدم في كلام ابن يونس
لانه مخالف لاصل سنة الوديعة وصرح بذلك الشيخ خليل في
مختصره فرع الصناع ضامنون لما غابوا عليه عملوه
باجر او بغير اجر الا ان تشهد بينة بتلفه قال في المقدمات
فان اشترط الصانع انه لا ضمان عليه لم ينفعه شرطه وكان عليه
الضمان هذا قول مالك في المدونة وفي سماع اشهب من كتاب
تضمين الصناع وينبغي على هذا القول ان يكون له اجر مثله
لانه انما رضي بالاجر المسمى لاسقاط الضمان عنه وقال
اشهب ينفعه الشرط ويسقط عنه الضمان فعلى قوله يكون له
الاجر المسمى ونقله ابن عرفة واسقط منه لفظة ينبغي فقال
بعد ان ذكر القولين ابن رشد فعلى الاول له اجر المثل وعلى الثاني
المسمى انتهى وقال اللخمي قال مالك وابن القاسم في كتاب محمد اذا اشترط
الصانع ان لا ضمان عليه فشرطه ساقط ولو مكنوا من ذلك ما عمل
احد منهم حتى يشترط ذلك ولا بد للناس من عمل ثيابهم وقال
الشيخ ابو محمد ذكر عن اشهب ان لهم شرطهم يريد ما لم يكثر ذلك منهم
وان كثر اشتراطهم سقط ولم يوف لهم بذلك واختلف بعد القول
بان شرط لا يوفى به فقيل الاجارة لازمة وشرطه باطل وقيل ان
اسقط الصانع الشرط صحت الاجارة وان تمسك به فسخت
ان لم يعمل فان عمل كان له الاكثر من المسمى او اجارة المثل ويجري فيها

قف على ان
الصناع ضامنون
ما غابوا عليه
الا ان تشهد بينة
بتلفه