باب حكم كتاب القاضى إلى القاضى

قوله ﴿ يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِى إِلَى الْقَاضِى فِى الْمَالِ ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ : كَالْقَرْضِ ، وَالْغَصْبِ ، وَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالصُّلْحِ ، وَالْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَالْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلَا يُقْبَلُ فِى حَدِّ اللهِ تَعَالَى ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وذكروا فى الرعاية رواية : يقبل .

قوله ﴿ وَهَلْ يُقْبَلُ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ ـ مِثْلَ : الْقِصَاصِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَالْعِتْقِ ، وَالنَّسَبِ ، وَالْكِتَابَةِ ، وَالتَّوْكِيلِ ، وَالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ـ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

قال فى الهداية : يخرج على روايتين .

وقال فى الخلاصة : فيه وجهان .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : يقبل .

وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال الزركشى : يحتمله كلام الخرقى .

وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

نقل جماعة عن الإمام أحمد رحمه الله : يقبل حتى فى قود .

ونصره القاضى وأصحابه .

وجزم به فى الروضة ، وغيرها .

والرواية الثانية : لايقبل فى ذلك .

قال الزركشى : وهو مختار كثير من أصحاب القاضى .

قال المصنف ، والشارح ، والمذهب : أنه لا يقبل فى القصاص .

قال فى العمدة : ويقبل فى كل حق ، إلا فى الحدود والقصاص .

وقال ابن حامد : لايقبل فى النكاح . ونحوه قول أبى بكر .

وعنه : مايدل على قبوله ، إلا فى الدماء والحدود .

قال فى الفروع ، وغيره : وعنه : لا يقبل فيما لا يقبل فيه إلا رجلان .

فائدة : قال فى الفروع : وفى هذه المسألة ذكروا : أن كتاب القاضى إلى القاضى : حكمه كالشهادة على الشهادة . لأنه شهادة على شهادة .

وذكروا ـ فيما إذا تغيرت حاله ـ أنه أصل . ومن شهد عليه فرع .

وجزم به ابن الزاغونى ، وغيره .

فلا يجوز نقض الحكم بإنكار القاضى الكاتب .

ولا يقدح فى عدالة البينة . بل يمنع إنكاره الحكم ، كما يمنع رجوعُ شهود الأصل الحكم .

فدل ذلك على أنه فرع لمن شهد عنده . وهو أصل لمن شهد عليه .

ودل ذلك : أنه يجوز أن يكون شهود فرع فرعاً لأصل .

يؤيده قولهم فى التعليل : إن الحاجة داعية إلى ذلك . وهذا المعنى موجود فى فرع الفرع . انتهى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ كِتَابُ الْقَاضِى فِيمَا حَكَمَ بِهِ لِيُنَفِّذَهُ فِى الْمَسَافَةِ الْقَرِيبَةِ ، وَمَسَافَةِ الْقَصْرِ ﴾ .

ولو كان ببلد واحد ، بلا نزاع .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : وفى حق الله تعالى أيضاً .

وتقدم قريباً : هل التنفيذ حكم ، أم لا ؟

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِيمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ لِيَحْكُمَ بِهِ فِي المَسَافَةِ الْبَعِيدَةِ ، دُونَ الْقَرِيبَةِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : فوق يوم .

وهو قول فى المحرر ، وغيره .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : خرجته فى المذهب ، وأقل من يوم : كخبر . انتهى .

يعنى : إذا أخبر حاكم الآخر بحكمه : يجب العمل به .

فلولا أن حكم الحاكم كالخبر لما اكتفى فيه بخبره ، ولما جاز للحاكم الآخر العمل به حتى يشهد به شاهدان .

قاله ابن نصر الله .

قال القاضى : ويكون فى كتابه « شهدا عندى بكذا » ولا يكتب « ثبت عندى » لأنه حكم بشهادتهما ، كبقية الأحكام .

وقاله ابن عقيل وغيره .

قال الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ : والأول أشهر . لأنه خبر بالثبوت . كشهود الفرع . لأن الحكم أمر ونهى يتضمن إلزاماً . انتهى .

فعليه : لايمتنع كتابته « ثبت عندى » .

قال فى الفروع : فيتوجه لو أثبت حاكم مالكى وقفاً لايراه ـ كوقف الإنسان على نفسه ـ بالشهادة على الخط .

فإنه حكم ، للخلاف فى العمل بالخط ـ كما هو المعتاد ـ فلحاكم حنبلى ـ يرى صحة الحكم ـ أن ينفذه فى مسافة قريبة .

وإن لم يحكم المالكى ، بل قال « ثبت كذا » فكذلك . لأن الثبوت عند المالكى حكم .

ثم إن رأى الحنبلى الثبوت حكما : نفذه ، وإلا فالخلاف فى قرب المسافة ، ولزوم الحنبلى تنفيذه : ينبنى على لزوم تنفيذ الحكم المختلف فيه ، على ماتقدم .

وحكم المالكى ـ مع علمه باختلاف العلماء فى الخط ـ لايمنع كونه مختلفاً فيه . ولهذا لا ينفذه الحنفية حتى ينفذه حاكم .

وللحنبلى الحكم بصحة الوقف المذكور مع بعد المسافة .

ومع قربها : الخلاف لأنه نقل إليه ثبوته مجرداً .

قاله ابن نصر الله .

وقال : ومثل ذلك لو ثبت عند حنبلى وقف على النفس ، ولم يحكم به ، ونقل الثبوت إلى حاكم شافعى : فله الحكم وبطلان الوقف .

وأمثلته كثيرة .

فائدة : لو سمع البينة ، ولم يعدلها ، وجعلها إلى آخر : جاز ، مع بعد المسافة .

قاله فى الترغيب .

واقتصر عليه فى الفروع .

تنبيه : قوله ﴿ وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى قَاضٍ مُعَيَّنٍ ، وَإِلَى مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ كِتَابِى هَذَا مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ وَحُكَّامِهِمْ ﴾ .

قال الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ وتعيين القاضى الكاتب : كشهود الأصل . وقد يخبر المكتوب إليه .

قال الأصحاب فى شهود الأصل : يعتبر تعيينهم لهم .

قال القاضى : حتى لو قال تابعيان « أشهدنا صحابيان » لم يجز حتى يعيناهما.

قوله ﴿ فَإِذَا وَصَلَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ : دَفَعَ إِلَيْهِ الْكِتَابَ، وَقَالَ :

«نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ إِلَيْكَ . كَتَبَهُ مِنْ عَمَلِهِ ، وَأَشْهَدَنَا عَلَيْهِ » وَالْاحْتِيَاطُ : أَنْ يَشْهَدَا بِمَا فِيهِ » .

فيقولان « وأشهدنا عليه » قاله الخرقى وجماعة .

واعتبر الخرقى أيضاً ، وجماعة : قولها « قرىء علينا » وقول الكاتب « اشهدا علىّ »

والذى قدمه فى الفروع : أنهما إذا وصلا ، قالا « نشهد أنه كتاب فلان إليك . كتبه بعمله » من غير زيادة على ذلك .

قال الزركشى : الذى ينبغى قبول شهادة من شهد « أن هذا كتاب فلان إليك ، كتبه من عمله » إذا جهلا ما فيه . قولاً واحداً . لانتفاء الجهالة . انتهى .

وفى كلام أبى الخطاب « كتبه بحضرتنا ، وقال لنا : اشهدا علىّ أنى كتبته فى عملى بما ثبت عندى . وحكمت به من كذا وكذا » فيشهدان بذلك .

قال الزركشى ، وقال القاضى : يكفى أن يقول « هذا كتابى إلى فلان » من غير أن يقول « اشهدا علىّ » انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ كتابه فى غير عمله ، أو بعد عزله : كخبره . على ماتقدم .

فائدة : قال ابن نصرالله فى حواشى الفروع : هل يجوز أن يشهد على القاضى ـ فيما أثبته وحكم به ـ الشاهدان اللذان شهدا عنده بالحق المحكوم به ؟ لم أجد لأصحابنا فيها نصاً .

ومقتضى قاعدة المذهب : أنها لاتقبل . لأنها لاتتضمن الشهادة عليه بقبوله شهادتهما ، و إثباته بها الحق ، والحكم . فالثبوت والحكم مبنيان على قبول شهادتهما . وشهادتهما عليه بقبوله شهادتهما نفع لهما ، فلا يجوز قبولها .

و إذا بطلت بعض الشهادة : بطلت . لأنها لا تتجزأ .

وفى روضة الشافعية عن أبى طاهر : يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضى هما اللذان شهدا عنده وحكم بشهادتهما . لأنهما الآن يشهدان على فعل القاضى .

قال أبو الطاهر : وعلى هذا تفقهت ، وأدركت القضاة . انتهى .

وهذا فيما إذا كانت شهادتهما على الحكم بما يحتمل قبوله على مافيه .

وأما على الثبوت : فهذا فى غاية البعد .

وقد أفتى بالمنع قاضى القضاة بدر الدين العينى الحنفى ، وقاضى القضاة البساطى المالكى . انتهى .

و يأتى التنبيه على ذلك فى موانع الشهادة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَتَبَ كِتَاباً ، وَأَدْرَجَهُ وَخَتَمَهُ ، وَقَالَ « هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ أُشْهِدُكَ عَلَىَّ بِمَا فِيهِ » لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

﴿ لأن الإمام أحمد رحمه الله قال :

فِيمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً وَخَتَمَهَا . ثُمَّ أَشْهَدَ عَلَى مَا فِيهَا : فَلَا . حَتَّى يَعْلَمَ مَا فِيهَا ﴾ .

وهذا المذهب .

قال المصنف هنا : والعمل عليه .

وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المذهب المشهور .

وهو مقتضى قول الخرقى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وَيَتَخَرَّجُ الْجَوَازُ بِقَوْلِهِ « إِذَا وَجَدْتُ وَصِيَّةَ الرَّجُلِ مَكْتُوبَةً عِنْد رَأْسِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ أَشْهَدَ أَوْ أَعْلَمَ بِهَا أَحَدًا عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَعَرِفَ خَطَّهُ وَكَانَ مَشْهُورا : فَإِنَّهُ يُنَفِّذُ مَا فِيهَا » .

وهذا رواية مخرجة . خرجها الأصحاب .

واختار هذه الرواية المخرجة فى الوصية : المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

على ماتقدم فى أول « كتاب الوصايا » .

وَعَلَى هَذا : إِذَا عَرَفَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ : أَنه خَطُّ الْقَاضِى الْكَاتِب وَخِتْمُهُ : جَازَ قَبُولُهُ .

على الصحيح ، على هذا التخريج .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : لايقبله

ذكره فى الرعاية .

قال الزركشى : ظاهر هذا : أن على هذه الرواية : يشترط لقبول الكتاب أن يعرف المكتوب إليه أنه خط القاضى الكاتب وختمه . وفيه نظر .

وأشكل منه : حكاية ابن حمدان قولا بالمنع .

فإنه إذن تذهب فائدة الرواية .

والذى ينبغى على هذه الرواية : أن لا يشترط شيئاً من ذلك .

وهو ظاهر كلام أبى البركات ، وأبى محمد فى المغنى .

نعم . إذا قيل بهذه الرواية ، فهل يكتفى بالخط المجرد من غير شهادة ؟ فيه وجهان .

حكاهما أبو البركات .

وعلى هذا يحمل كلام ابن حمدان وغيره . انتهى .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : من عرف خطه بإقرار ، أو إنشاء ، أو عقد أو شهادة : عمل به كميّت . فإن حضر ، وأنكر مضمونه : فكاعترافه بالصوت ، وإنكار مضمونه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى كتاب أصدره إلى السلطان فى مسألة الزيارة[1] : وقد تنازع الفقهاء فى كتاب الحاكم : هل يحتاج إلى شاهدين على لفظه ، أم إلى واحد ؟ أم يكتفى بالكتاب المختوم ؟ أم يقبل الكتاب بلا ختم ولا شاهد ؟ على أربعة أقوال معروفة فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، وغيره .

نقله ابن خطيب السلامية فى تعليقته .

وذكر الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ قولا فى المذهب : أنه يحكم بخط شاهد ميت .

وقال : الخط كاللفظ ، إذا عرف أنه خطه .

وقال : إنه مذهب جمهور العلماء .

وهو يعرف أن هذا خطه ، كما يعرف أن هذا صوته .

واتفق العلماء على أنه يشهد على الشخص إذا عرف صوته مع إمكان الاشتباه وجوز الجمهور كالإمام مالك ، والإمام أحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ الشهادة على الصوت من غير رؤية المشهود عليه . والشهادة على الخط : أضعف . لكن جوازه قوى ، أقوى من منعه . انتهى .

فوائد

الأولى : قال فى الروضة : لو كتب شاهدان إلى شاهدين من بلد المكتوب إليه بإقامة الشهادة عنده عنهما : لم يجز .

لأن الشاهد إنما يصح أن يشهد على غيره إذا سمع منه لفظ الشهادة ، وقال « اشهد علىّ » .

فأما أن يشهد عليه بخطه : فلا .

---

(١) وهى مسألة شد الرحال لزيارة القبور ، التى كانت مثار خصومة عنيفة على شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله من المقلدين عباد القبور والموتى .

لأن الخطوط يدخل عليها العلل .

فإن قام بخط كل واحد من الشاهدين شاهدان : ساغ له الحكم به .

الثانية : يقبل كتاب القاضى فى الحيوان بالصفة .

على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المحرر ، وغيره .

وقال فى الفروع : ويقبل كتابه فى حيوان فى الأصح .

وقيل : لايقبل .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب : لو كتب القاضى كتاباً فى عبد ، أو حيوان بالصفة ، ولم يثبت له مشارك فى صفته : سلم إلى المدعى .

فإن كان غير عبد وأمة : سلم إليه مختوماً .

وإن كان عبداً ، أو أمة : سلم إليه مختوم العنق بخيط لايخرج من رأسه ، وأخذ منه كفيل ، ليأتى به إلى الحاكم الكاتب ، ليشهد الشهود عنده على عينه ، دون حليته . ويقضى له به . ويكتب له بذلك كتاباً آخر إلى من أنفذ العين المدعاة إليه ، ليبرأ كفيله .

وإن كان المدعى جارية : سلمت إلى أمين يوصلها .

وإن لم يثبت له ما ادعاه : لزمه رده ومؤنته منذ تسلمه . فهو فيه كالغاصب سواء ، فى ضمانه وضمان نقصه ومنفعته .

قال فى الفروع : فكمغصوب . لأنه أخذه بلا حق .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقدمه فى الفروع .

وقال فى الرعاية : لايرد نفعه .

قال فى الفروع : ولم يتعرضوا لهذا فى المشهود عليه . فيتوجه مثله . فالمدعى عليه ولا بينة : أولى . انتهى .

وهذا كله على المذهب .

وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يحكم القاضى الكاتب بالعين الغائبة بالصفة المعتبرة إذا ثبتت هذه الصفة التامة .

فإذا وصل الكتاب إلى القاضى المكتوب إليه : سلمها إلى المدعى . ولا ينفذها إلى الكاتب لتقوم البينة على عينها .

وقال فى الرعاية : وتكفى الدعوى بالقيمة .

وقال فى الترغيب ، على الأول : لو ادعى على رجل ديناً صفته كذا ، ولم يذكر اسمه ونسبه : لم يحكم عليه . بل يكتب إلى قاضى البلد الذى فيه المدعى عليه ، كما قلنا فى المدعى به ، ليشهد على عينه .

وكذا قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : هل يحضر ليشهد الشهود على عينه ، كما فى المشهود به ؟

قال المصنف فى المغنى : إن كتب بثبوت ، أو إقرار بدين : جاز ، وحكم به المكتوب إليه ، وأخذ به المحكوم عليه .

وكذا عيناً ، كعقار محدود ، أو عين مشهورة لاتشتبه .

وإن كان غير ذلك : فالوجهان .

وقاله الشارح أيضاً .

الثالثة : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم : أنه لايعتبر ذكر الجد فى النسب بلا حاجة .

قال فى المنتقى ، فى صلح الحديبية : فيه أن المشهود عليه إذا عرف باسمه واسم أبيه : أغنى عن ذكر الجد .

وكذا ذكره غيره .

وقال فى الرعاية : ويكتب فى الكتاب اسم الخصمين واسم أبويهما وجديهما وحليتهما .

قال ابن نصر الله فى حواشى الفروع : ولو لم يعرف بذكر جده : ذكر من يعرف به ، أو ذكر له من الصفات مايتميز به عمن يشاركه فى اسم جده .

قوله ﴿ وَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْقَاضِى الْكَاتِبِ بِعَزْلٍ ، أَوْ مَوْتٍ : لَمْ يَقْدَحْ فِى كِتَابِهِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ـ ونصراه ـ والهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية ، والفروع .

وقيل : حكمه كما لو فسق . فيقدح خاصة فيما ثبت عنده ليحكم به .

فأما ماحكم به : فلا يقدح فيه . قولا واحداً ، كما قال المصنف .

قوله ﴿ وَإِذَا حَكَمَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ لَهُ « اكْتُبْ لِي إِلَى الْكَاتِبِ : أَنَّكَ حَكَمْتَ عَلَىَّ ، حَتَّى لَا يَحْكُمَ عَلَىَّ ثَانِيًا » لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ . وَلَكِنَّهُ يَكْتُبُ لَهُ مَحْضَراً بِالْقِصَّةِ ﴾ .

فيلزمه أن يشهد عليه بماجرى : لئلا يحكم عليه الكاتب .

قوله ﴿ وَكُلُّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ عِنْدَ حَاكِمٍ حَقٌّ ، أَوْ ثَبَتَتْ بَرَاءَتُهُ . مِثْلَ : إِنْ أَنْكَرَ وَحَلَّفَهُ الْحَاكِمُ . فَسَأَلَ الْحَاكِمَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَراً بِمَا جَرَى ، لِيَثْبُتَ حَقُّهُ ، أَوْ بَرَاءَتُهُ : لَزِمَهُ إِجَابَتُهُ ﴾

هذا المذهب مطلقا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .
وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين : و إن قال « أشهد لى عليك بما جرى لى عندك فى ذلك وفى غيره : من حق ، وإقرار ، وإنكار ، ونكول و يمين ، وردها ، و إبراء ، ووفاء ، وثبوت ، وحكم ، وتنفيذ ، وجرح ، وتعديل ، وغير ذلك » أو « حكم بما ثبت عندك » لزمه . انتهى .

وقيل : إن ثبت حقه ببينة : لم يلزمه ذلك .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فائدتان

إحداهما : لو سأله ـ مع الإشهاد ـ كتابة ما جرى ، وأتاه بورقة ـ إما من عنده ، أو من بيت المال ـ لزمه ذلك . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لزمه ذلك فى الأصح .

وصححه فى المغنى ، والشرح ، وتصحيح المحرر .

وقدمه فى النظم ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : يلزمه إن تضرر بتركه .

الثانية : ماتضمن الحكم ببينة يسمى سجلا وغيره يسمى محضراً . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المحرر ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، وغيرهم .

قال المصنف هنا : وأما السجل : فهو لإنفاذ ماثبت عنده والحكم به .

وقال فى المغنى ، والشرح ، والترغيب : المحضر شرح ثبوت الحق عنده لا الحكم بثبوته .

قال فى الرعايتين ، والحاوى : وما تضمن الحكم ببينة : سجل .

وقيل : هو إنفاذ ما ثبت عنده والحكم به . وما سواه : محضر . وهو شرح ثبوت الحق عند الحاكم بدون حكم .

قوله ـ فِى صِفَةِ المحْضَرِ ﴿ فِى مَجْلِسِ حُكْمِهِ ﴾ .

هذا إذا ثبت الحق بغير إقرار .

فأما إن ثبت الحق بالإقرار : لم يذكر « فى مجلس حكمه » .

وقوله فى صفة السجل ﴿ بِمَحْضَرٍ مِنْ خَصْمَيْنِ ﴾ .

يفتقر الأمر إلى حضورهما .

على الصحيح من المذهب .

وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال الشيخ تقى الدين : الثبوت المجرد لا يفتقر إلى حضورهما . بل إلى دعواهما لكن قد تكون الباء باء السبب ، لا الظرف كالأولى .

وهذا ينبنى على أن الشهادة : هل تفتقر إلى حضور الخصمين ؟ .

فأما التزكية : فلا .

قال : وظاهره أنه لا حكم فيه بإقرار ولا نكول ولا رد . وليس كذلك .

قاله فى الفروع .

باب القسمة

قوله ﴿ وَقِسْمَةُ الأَمْلاَكِ جَائِزَةٌ . وَهِيَ نَوْعَانِ :

قِسْمَةُ تَرَاضٍ . وَهِيَ مَا فِيهَا ضَرَرٌ ، أَوْ رَدُّ عِوَضٍ مِنْ أَحَدِهِمَا : كَالدُّورِ الصِّغَارِ ، وَالْحَمَّامِ ، وَالْعَضَائِدِ الْمُتَلاَصِقَةِ اللَّاتِي لاَ يُمْكِنُ قِسْمَةُ كُلِّ عَيْنٍ مُفْرَدَةٍ مِنْهَا ، وَالأَرْضِ الَّتِي فِي بَعْضِهَا بِئْرٌ ، أَوْ بِنَاءٌ ، وَنَحْوُهُ . وَلاَ يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ بِالأَجْزَاءِ وَالتَّعْدِيلِ إِذَا رَضُوا بِقِسْمَتِهَا أَعْيَانًا بِالْقِيمَةِ : جَازَ ﴾ بلا نزاع .

وَقوله ﴿ وَهَذِهِ جَارِيَةٌ مَجْرَى الْبَيْعِ ، لاَ يُجْبَرُ عَلَيْهَا الْمُمْتَنِعُ مِنْهَا ، وَلاَ يَجُوزُ فِيهَا إِلاَّ مَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ ﴾ .

فلو قال أحدهما « أنا آخذ الأدنى . ويبقى لى فى الأعلى تتمة حصتى » فلا إجبار .

قاله فى الترغيب وغيره .

وقدمه فى الفروع .

وقال فى الروضة : إذا كان بينهم مواضع مختلفة ، إذا أخذ أحدهم من كل موضع منها حقه لم ينتفع به : جمع له حقه من كل مكان ، وأخذه .

فإذا كان له سهم يسير لايمكنه الانتفاع به إلا بإدخال الضرر على شركائه وافتياته عليهم : منع من التصرف فيه . وأجبر على بيعه .

قال فى الفروع : كذا قال .

وقال القاضى فى التعليق ، وصاحب المبهج ، والمصنف فى الكافى : البيع مافيه رد عوض . وإن لم يكن فيه رد عوض : فهى إفراز النصيبين ، وتمييز الحقين . وليست بيعاً .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

فائدة : من دعا شريكه إلى البيع فى قسمة التراضى : أجبر . فإن أبى بيع عليهما وقسم الثمن .

نقله الميمونى ، وحنبل .

وذكره القاضى ، وأصحابه .

وذكره فى الإرشاد والفصول ، والإيضاح ، والمستوعب ، والترغيب ، وغيرها وجزم به فى القاعدة السادسة والسبعين ، والزركشى .

وقدمه فى الفروع .

قال فى الفروع : وكلام الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ والمجد : يقتضى المنع .

وكذا حكم الإجارة ، ولو فى وقف .

ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله فى الوقف .

قوله ﴿ وَالضَّرَرُ الْمَانِعُ مِنَ الْقِسْمَةِ ﴾ .

يعنى : قسمة الإجبار .

﴿ هُوَ نَقْصُ القِيمَةِ بالتَّسوِيَةِ فى ظاهِرِ كلامِهِ ﴾ .

يعنى : فى رواية الميمونى .

وكذا قال فى الهداية ، والمحرر ، وغيرها . وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

﴿ أَوْ لاَ يَنْتَفِعانِ به مَقْسُوماً فى ظاهِرِ كلامِ الخِرَقِى ﴾ .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

اختارها المصنف .

وجزم به فى العمدة .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والزركشى .

وقال : ظاهر كلام الإمام رحمه الله ـ فى رواية حنبل ـ اعتبار النفع وعدم نقص قيمته ، ولو انتفع به .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك فى « باب الشفعة » .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ الضَّرَرُ عَلَى أَحَدِهِمَا دُونَ الآخَرْ ـ كَرَجُلَيْنِ لأَحَدِهِمَا الثُّلْثَانِ ، وَلِلآخَرِ الثُّلْثُ . يَنْتَفِعُ صَاحِبُ الثُّلْثَيْنِ بِقِسْمِهَا ، وَيَتَضَرَّرُ الآخَرُ ـ فَطَلَبَ مَنْ لاَ يَتَضَرَّرُ الْقِسْمَ : لَمْ يُجْبَرْ الآخَرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ طَلَبَهُ الآخَرُ : أُجْبِرَ الأَوَّلُ ﴾ .

هذا اختيار جماعة من الأصحاب .

منهم : أبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، ونصراه .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين .

قال الزركشى : وإليه ميل الشيخين .

وقال القاضى رحمه الله : إن طلبه الأول : أجبر الآخر . وإن طلبه المضرور : لم يجبر الآخر .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشى : وفيه بعد .

وأطلقهما فى الحاوى .

والصحيح من المذهب : أنه لا إجبار على الممتنع من القسمة منهما .

وعليه أكثر الأصحاب .

وحكاه المصنف والشارح عن الأصحاب ، وقالوا : هو المذهب .

وقدمه فى الفروع .

قال الزركشى : جزم به القاضى فى الجامع ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى .

وهو ظاهر رواية حنبل .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا عَبِيدٌ ، أَوْ بَهَائِمُ ، أَوْ ثِيَابٌ وَنَحْوُهَا . فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهَا أَعْيَانًا بِالْقِيمَةِ : لَمْ يُجْبَرِ الآخَرُ ﴾ .

هذا أحد الوجوه .

وإليه ميل أبى الخطاب .

وهو احتمال له فى الهداية .

وقال القاضى : يجبر .

وظاهره : أنه سواء تساوت القيمة أم لا .

وهو ظاهر ماقدمه فى الخلاصة .

وهو ظاهر كلامه فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

والمذهب : إن تساوت القيمة أجبر ، وإلا فلا . نص عليه .

قال فى الفروع : أجبر الممتنع فى المنصوص إن تساوت القيمة .

ويحتمله كلام القاضى ومن تابعه .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كانت من جنس واحد . على الصحيح من المذهب .

وقال المصنف ، والشارح : إذا كانت من نوع واحد .

فائدة : الآجر واللبن المتساوى القوالب : من قسمة الأجزاء . والمتفاوت : من قسمة التعديل .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ : لَمْ يُجْبَرِ الْمُمْتَنِعُ مِنْ قَسْمِهِ . فَإِنِ اسْتَهْدَمَ ﴾ .

يعنى : حتى بقى عرصة .

﴿ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَسْمِ عَرْصَتِهِ ﴾ .

هذا أحد الوجهين ، والمذهب منهما .

وجزم به فى المنور ، وتذكرة ابن عبدوس .

وصححه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقدمه فى الشرح ، والرعايتين .

واختاره المصنف .

وقال أصحابنا : إن طلب قسمتها طولا ، بحيث يكون له نصف الطول فى كمال العرض : أجبر الممتنع .

و إن طلب قسمتها عرضاً ، وكانت تسع حائطين : أجبر ، و إلا فلا .

ونسبه فى الفروع إلى القاضى فقط .

وجزم به فى الوجيز .

قال الأدمى فى منتخبه : ولا إجبار فى حائط ، إلا أن يتسع لحائطين .

وقال أبو الخطاب فى الحائط : لا يجبر على قسمها بحال .

وقال فى العرصة : كقول الأصحاب .

وقاله فى المذهب .

وقيل : لا إجبار فى الحائط والعرصة ، إلا فى قسمة العرصة طولا فى كمال العرض خاصة .

وأطلقهن فى المحرر ، والفروع .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا بجواز القسمة فى هذا ، فقيل : لكل واحد ما يليه .

وقدمه فى الرعايتين .

قال فى المغنى ، الشرح : وإن حصل له ما يمكن بناء حائطه فيه : أجبر .

ويحتمل أن لايجبر . لأنه لاتدخله القرعة ، خوفا من أن يحصل لكل واحد منهما ما يلى ملك الآخر . انتهيا .

وقيل : بالقرعة .

قلت : وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا دَارٌ لَهَا عُلْوٌ وَسُفْلٌ . فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قَسْمَهَا . لِأَحَدِهِمَا الْعُلْوُ ، وَلِلْآخَرِ السُّفْلُ : لَمْ يُجْبَرِ الْمُمْتَنِعُ مِنْ قَسْمِهَا ﴾ بلا نزاع .

وكذا لو طلب قسمة السفل دون العلو ، أو العكس ، أو قسمة كل واحد على حدة .

ولو طلب أحدهما قسمتها معا ، ولا ضرر : وجب . وعدل بالقيمة . لا ذراع سفل بذراعى علو . ولا ذراع بذراع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَنَافِعُ : لَمْ يُجْبَرِ الْمُمْتَنِعُ مِنْ قَسْمِهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً .

وجزم به فى المذهب ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقدمه فى الشرح ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى القاعدة السادسة والسبعين : هذا المشهور .

ولم يذكر القاضى وأصحابه فى المذهب سواه .

وفرقوا بين المهايأة والقسمة ، بأن القسمة : إفراز أحد الملكين من الآخر .

والمهايأة : معاوضة حيث كانت استيفاء للمنفعة من مثلها فى زمن آخر .

وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه بخلاف قسمة الأعيان .

وعنه : يجبر .

واختار فى المحرر : يجبر فى القسمة بالمكان ، إذا لم يكن فيه ضرر . ولا يجبر بقسمة الزمان .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى قَسْمِهَا كَذَلِكَ ، أَوْ عَلَى قَسْمِ الْمَنَافِعِ بِالْمُهَايَأَةِ : جَازَ ﴾ .

إذا اقتسما المنافع بالزمان ، أو المكان : صح .

وكان ذلك جائزاً على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المنور ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، والترغيب .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع وغيرهم .

واختار فى المحرر : لزومه إن تعاقدا مدة معلومة .

وجزم به فى الوجيز .

وذكر ابن البناء فى الخصال : أن الشركاء إذا اختلفوا فى منافع دار بينهما ، أن الحاكم يجبرهم على قسمها بالمهايأة ، أو يؤجرها عليهم .

قال فى الفروع : وقيل : لازماً بالمكان مطلقاً .

فعلى المذهب : لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته : فله ذلك . وإن رجع بعد الاستيفاء : غرم ماانفرد به .

وقال الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ لاتنفسخ حتى ينقضى الدور ، ويستوفى كل واحد حقه . انتهى .

ولو استوفى أحدهما نوبته ، ثم تلفت المنافع فى مدة الآخر قبل تمكنه من

القبض : فأفتى الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ بأنه يرجع على الأول ببدل حصته من تلك المدة ، ما لم يكن رضى بمنفعته فى الزمن المتأخر على أى حال كان .

فائدتان

إحداهما : لو انتقلت ـ كانتقال ملك وقف ـ فهل تنتقل مقسومة ، أم لا ؟

قال فى الفروع : فيه نظر .

فإن كانت إلى مدة : لزمت الورثة والمشترى .

قال ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال أيضاً : معنى القسمة هنا قريب من معنى البيع .

وقد يقال : يجوز التبديل ، كالحبيس والهدى .

وقال أيضاً : صرح الأصحاب بأن الوقف إنما تجوز قسمته إذا كان على جهتين فأما الوقف على جهة واحدة : فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقاً . لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة .

لكن تجوز المهايأة وهى قسمة المنافع .

ولا فرق فى ذلك بين مناقلة المنافع و بين تركها على المهايأة ، بلا مناقلة . انتهى .

قال فى الفروع : والظاهر : أن ما ذكر شيخنا عن الأصحاب وجه .

وظاهر كلامهم : لا فرق . وهو أظهر .

وفى المبهج : لزومها إذا اقتسموها بأنفسهم .

قال : وكذا إن تهايئوا .

ونقل أبو الصقر ، فيمن وقف ثلث قريته ، فأراد بعض الورثة بيع نصيبه ، كيف بيع ؟

قال : يفرز الثلث مما للورثة . فإن شاءوا باعوا ، أو تركوا .

الثانية : نفقة الحيوان : مدة كل واحد عليه .

و إن نقص الحادث عن العادة ، فللآخر الفسخ .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا أَرْضٌ ذَاتُ زَرْعٍ . فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهَا دُونَ الزَّرْعِ : قُسِمَتْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقطع به أكثرهم .

قال فى الرعايتين : قسمت على الأصح .

وقدمه فى الفروع .

قال المصنف فى الكافى : والأولى أن لا يجب .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَبَ قِسْمَهَا مَعَ الزَّرْعِ : لَمْ يُجْبَرِ الآخَرُ ﴾ .

هذا المذهب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والوجيز ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وقال المصنف ، فى المغنى ، والكافى : يجبر ، سواء اشتد حبه ، أو كان قصيلا . لأن الزرع كالشجر فى الأرض ، والقسمة إفراز حق ، وليست بيعاً .

و إن قلنا : هى بيع ، لم يجز ، ولو اشتد الحب . لتضمنه بيع السنبل بعضه ببعض .

و يحتمل الجواز إذا اشتد الحب . لأن السنابل هنا دخلت تبعاً للأرض . وليست المقصودة . فأشبه النخلة المثمرة بمثلها .

قوله ﴿ فَإِنْ تَرَاضَوْا عَلَيْهِ وَالزَّرْعُ قَصِيلٌ ، أَوْ قَطِينٌ[1] : جَازَ . وَإِنْ

(١) القصيل : ما يجز رطبا لعلف الدواب كالشعير ونحوه . والقطنية ـ بكسر القاف على النسبة وتضم لغة ـ هى الحبوب التى تطبخ كالعدس واللوبياء ونحوه .

كَانَ بَذْراً ، أَوْ سَنَابِلَ قَدِ اشْتَدَّ حَبُّهَا . فَهَلْ يَجُوزُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمذهب .

أحدهما : لا يجوز .

وهو المذهب .

قال فى الخلاصة : لم يجز . فى الأصح .

وصححه فى النظم .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يجوز مع تراضيهما .

وقال القاضى : يجوز فى السنابل . ولا يجوز فى البذر .

وجزم به فى الكافى فى السنابل . وقدم فى البذر : لا يجوز .

وقال فى الترغيب : مأخذ الخلاف : هل هى إفراز ، أو بيع ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، أَوْ عَيْنٌ يَنْبُعُ مَاؤُهَا : فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا اشْتَرَطَاهُ عِنْدَ اسْتِخْرَاجِ ذَلِكَ .

فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهِ بِالْمُهَايَأَةِ ﴾ بزمن ﴿ جَازَ . وَإِنْ أَرَادَا : قَسْمَ ذَلِكَ بِنَصْبِ خَشَبَةٍ ، أَوْ حَجَرٍ مُسْتَوٍ فِي مَصْدَمِ الْمَاءِ . فِيهِ ثُقْبَانِ عَلَى قَدْرِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : جَازَ ﴾ بلا نزاع أعلمه .

وتقدم هذا وغيره ، فى « باب إحياء الموات » فليراجع .

قوله ﴿ فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْقِيَ بِنَصِيبِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمُ شِرْبٍ مِنْ هَذَا النَّهْرِ : جَازَ ﴾ .

هذا المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل أن لا يجوز .

وهو وجه اختاره القاضى .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والرعايتين ، والحاوى .

وقال المصنف هنا : ويجىء على أصلنا : أن الماء لا يملك . وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب .

قال فى الفروع : وقيل : له ذلك ، إذا قلنا : لا يملك الماء بملك الأرض . فلكل واحد منهما أن ينتفع بقدر حاجته .

وتقدم ذلك فى كلام المصنف فى « كتاب البيع » .

وذكرنا مافيه من الخلاف .

وتقدم أيضاً هذا فى « باب إحياء الموات » .

وفروع أخرى كثيرة . فليعاود .

قوله ﴿ النَّوْعُ الثَّانِى :

قِسْمَةُ الإِجْبَارِ . وَهِيَ مَا لاَ ضَرَرَ فِيهَا ، وَلاَ رَدَّ عِوَضٍ - كَالأَرْضِ الْوَاسِعَةِ ، وَالْقُرَى ، وَالْبَسَاتِينِ ، وَالدُّورِ الْكِبَارِ ، وَالدَّكَاكِينِ الْوَاسِعَةِ وَالْمَكِيلاَتِ وَالْمَوْزُونَاتِ - مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، سَوَاءٌ كَانَ مِمَّا مَسَّتْهُ النَّارُ كَالدِّبْسِ وَخَلِّ التَّمْرِ ، أَوْ لَمْ تَمَسَّهُ . كَخَلِّ الْعِنَبِ ، وَالأَدْهَانِ ، وَالأَلْبَانِ وَنَحْوِهَا ﴾ بلا نزاع .

وقوله ﴿ فَإِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا قَسْمَهُ ، وَأَبَى الآخَرُ : أُجْبِرَ عَلَيْهِ ﴾ بلا نزاع .

وكذا يجبر وليُّ من ليس أهلا للقسمة .

لكن مع غيبة الولى : هل يقسم الحاكم عليه ؟ فيه وجهان .

ذكرهما فى الترغيب .

واقتصر عليهما مطلقين فى الفروع .

أحدهما : يقسمه الحاكم .

قلت : وهو الصواب . لأنه يقوم مقام الولى .

قال فى المحرر : ويقسم الحاكم على الغائب فى قسمة الإجبار .

وكذا فى الوجيز ، وغيره .

وقال فى الرعاية : ويقسم الحاكم على الغائب فى قسمة الإجبار .

وقيل : إن كان له وكيل حاضر : جاز ، وإلا فلا .

وقال : وولى المولَّى عليه فى قسمة الإجبار : كهو .

وهذا يدل على أن الحاكم يقسمه مع غيبة الولى .

وقال فى القاعدة الثالثة والعشرين : فإن كان المشترك مثلياً فى قسمة الإجبار ـ وهو المكيل والموزون ـ فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه بدون إذن الحاكم ، إذا امتنع الآخر أو غاب ؟ على وجهين .

أحدهما : الجواز .

وهو قول أبى الخطاب .

والثانى : المنع .

وهو قول القاضى .

لأن القسمة مختلف فى كونها بيعاً ، وإذن الحاكم يرفع النزاع ، والثانى لايقسمه .

فائدة : قال جماعة ـ عن قسم الإجبار ـ يقسم الحاكم إن ثبت ملكهما عنده . منهم الخرقى . وأقره المصنف عليه .

وقاله فى الرعاية الكبرى بخطه ملحقاً .

ولم يذكره آخرون .

منهم : أبو الخطاب ، وصاحب المذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وجزم به فى الروضة .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، كبيع مرهون ، وعبد جانٍ .

وقال : كلام الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى بيع ما لا يقسم وقسم ثمنه : عام فيما ثبت أنه ملكهما ، وما لم يثبت ، كجميع الأموال التى تباع .

قال : ومثل ذلك: لو جاءته امرأة ، فزعمت أنها خلية لاولى لها : هل يزوجها بلا بينة ؟

ونقل حرب ـ فيمن أقام بينة بسهم من ضيعة بيد قوم فهربوا منه ـ يقسم عليهم ، ويدفع إليه حقه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وإن لم يثبت ملك الغائب .

قال فى الفروع : فدل أنه يجوز ثبوته ، وأنه أولى .

وهو موافق لما يأتى فى الدعوى .

قال فى المحرر : ويقسم حاكم على غائب قسمة إجبار .

وقال فى المبهج ، والمستوعب : بل مع وكيله فيها الحاضر .

واختاره فى الرعاية فى عقار بيد غائب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فى قرية مشاعة ، قسمها فلاحوها ـ هل

يصح ؟ قال : إذا تهايؤها ، وزرع كل منهم حصته : فالزرع له ، ولرب الأرض نصيبه ، إلا أن من ترك نصيب مالكه : فله أخذ أجرة الفضلة أو مقاسمتها .

قوله ﴿ وَهَذِهِ الْقِسْمَةُ إِفْرَازُ حَقِّ أَحَدِهِمَا مِنَ الآخَرِ . فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَلَيْسَتْ بَيْعًا ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب .

وهو المذهب ، كما قال .

وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وقدمه فى المذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والبلغة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال الزركشى : هذا المذهب المشهور المختار لعامة الأصحاب .

وحكى عن أبى عبدالله بن بطة مايدل على أنها بيع .

قال الزركشى : وقع فى تعاليق أبى حفص العكبرى عن شيخه ابن بطة : أنه منع قسمة الثمار التى يجرى فيها الربا خرصاً .

وأخذ من هذا : أنها عنده بيع . انتهى .

وحكى الآمدى فيه روايتين .

قال الشيخ مجد الدين : الذى تحرر عندى فيما فيه رد : أنه بيع فيما يقابل الرد ، وإفراز فى الباقى . لأن أصحابنا قالوا فى قسمة المطلق عن الوقف :

إذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف : جاز . لأنه يشترى به الطلق .

وإن كان من صاحب الطلق : لم يجز . انتهى .

وينبنى على هذا الخلاف فوائد كثيرة .

ذكر المصنف بعضها هنا ، وذكره غيره .

وذكروا فوائد أخر .

فمنها : أنه يجوز قسم الوقف على المذهب .

أعنى : بلا رد عوض .

وعلى الثانى : لايجوز .

وجزم به فى الفروع .

وقال فى القواعد : هل يجوز قسمته ؟ فيه طريقان .

أصحهما : أنه كإفراز الطلق من الوقف .

وهو المجزوم به فى المحرر .

قلت : وفى غيره .

والطريق الثانى : أنه لايصح قسمته على الوجهين جميعاً ، على الأصح .

وهى طريقة صاحب الترغيب .

وعلى القول بالجواز : فهو مختص بما إذا كان وقفا على جهتين ، لا على جهة واحدة . صرح به الأصحاب .

نقله الشيخ تقى الدين رحمه الله . انتهى .

قلت : تقدم لفظه قبل ذلك فى الفائدة الأولى ، عند قوله « و إن تراضيا على قسمها كذلك » فليراجع .

وكلام صاحب الفروع هناك أيضاً .

ومنها : إذا كان نصف العقار طلقاً ، ونصفه وقفاً : جازت قسمته على المذهب .

لكن بلا رد من رب الطلق .

وقال فى المحرر عليهما : إن كان الرد من رب الوقف لرب الطلق : جازت قسمته بالرضى فى الأصح . انتهى .

وإن قلنا : هى بيع : لم يجز .

ومنها : جواز قسمة الثمار خرصاً ، وقسمة مايكال وزناً ، وما يوزن كيلاً ، وتفرقهما قبل القبض فيهما ، على المذهب .

وقطع به أكثرهم .

ونص عليه فى رواية الأثرم ، فى جواز القسمة بالخرص .

وقال فى الترغيب : يجوز فى الأصح فيهما .

وقال فى القواعد : وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه ، بشرط التبقية . انتهى .

وإن قلنا : هى بيع : لم يصح فى ذلك كله .

ومنها : إذا حلف لا يبيع ، فقاسم : لم يحنث على المذهب .

ويحنث إن قلنا : هى بيع .

قال فى القواعد : وقد يقال : الأيمان محمولة على العرف . ولا تسمى القسمة بيعاً فى العرف . فلا يحنث بها ولا بالحوالة والإقالة . وإن قيل هى بيوع .

ومنها : ماقاله فى القواعد : لو حلف لايأكل مما اشتراه زيد . فاشترى زيدٌ وعمرو طعاماً مشاعاً ـ وقلنا : يحنث بالأكل منه ـ فتقاسماه . ثم أكل الحالف من نصيب عمرو .

فذكر الآمدى : أنه لا يحنث . لأن القسمة إفراز حق لا بيع .

وهذا يقتضى أنه يحنث إذا قلنا : هى بيع .

وقال القاضى : المذهب : أنه يحنث مطلقاً . لأن القسمة لا تخرجه عن أن يكون زيد اشتراه . ويحنث عند أصحابنا بأكل ما اشتراه زيد ، ولو انتقل الملك عنه إلى غيره .

وفى المغنى احتمال : لايحنث هنا .

وعليه يتخرج : أنه لايحنث إذا قلنا : القسمة بيع .

ومنها : لو كان بينهما ماشية مشتركة ، فاقتسماها فى أثناء الحول ، واستداما خلطة الأوصاف .

فإن قلنا : القسمة إفراز : لم ينقطع الحول بغير خلاف .

و إن قلنا : بيع : خرج على بيع الماشية بجنسها فى أثنـاء الحول : هل يقطعه أم لا ؟

ومنها : إذا تقاسما وصرحا بالتراضى ، واقتصرا على ذلك .

إن قلنا : إفراز صحت .

و إن قلنا : بيع فوجهان فى الترغيب .

وكأن مأخذهما الخلاف فى اشتراط الإيجاب والقبول .

وظاهر كلامه : أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين .

و يتخرج أن لاتصح من الرواية التى حكاها فى التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء .

ومنها : قسمة المرهون ـ كله أو نصفه ـ مشاعاً .

إن قلنا : هى إفراز : صحت .

و إن قلنا : بيع : لم تصح .

ولو استقر بها المرتهن ، بأن رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما . فحصل البيت فى حصة شريكه .

فظاهر كلام القاضى : لايمنع منه . على القول بالإقرار .

وقال صاحب المغنى : يمنع منه .

ومنها : ثبوت الخيار . وفيه طريقان .

أحدهما : بناؤه على الخلاف .

فإن قلنا : إفراز : لم يثبت فيها خيار .

و إن قلنا : بيع : ثبت .

وهو المذكور فى الفصول ، والتلخيص .

وفيه مايوهم اختصاص الخلاف فى خيار المجلس .

فأما خيار الشرط : فلا يثبت فيها على الوجهين .

والطريق الثانى : يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط ، على الوجهين .

قاله القاضى فى خلافه .

ومنها : ثبوت الشفعة بالقسمة . وفيه طريقان .

أحدهما : بناؤه على الخلاف .

إن قلنا : إفراز : لم يثبت ، و إلا ثبت .

وهو الذى ذكره فى المستوعب فى « باب الربا » .

والطريق الثانى : لايوجب الشفعة على الوجهين .

قاله القاضى ، وصاحب المحرر .

وقدمها فى الفروع .

لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت للآخر عليه . فيتنافيان .

قلت : وهذه الطريقة هى الصواب .

ومنها : قسمة المتشاركين فى الهدى والأضاحى اللحم .

فإن قلنا : إفراز حق : جاز .

و إن قلنا : بيع : لم يجز .

وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قلت : لو قيل بالجواز على القولين ، لكان أولى .

والذى يظهر : أنه مرادهم .

ومنها : لو ظهر فى القسمة غبن فاحش .

فإن قلنا : هى إفراز : لم تصح . لتبين فساد الإفراز .

وإن قلنا : هى بيع : صحت . وثبت خيار الغبن .

ذكره فى الترغيب ، والمستوعب ، والبلغة .

ومنها : إذا مات رجل وزوجته حامل ـ وقلنا : لها السكنى ـ فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدة من غير إضرار بها ، بأن يعلموا الحدود بخط أو نحوه من غير نقض ولا بناء .

فقال فى المغنى : يجوز ذلك

ولم يبنه على الخلاف فى القسمة .

مع أنه قال : لا يصح بيع المسكن فى هذه الحال . لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكما .

وهذا يدل على أن هذا يغتفر فى القسمة على الوجهين .

ويحتمل أن يقال : متى قلنا القسمة بيع ، وأن بيع هذا المسكن يصح : لم تصح القسمة .

قاله فى الفوائد .

ومنها : قسمة الدين فى ذمم الغرماء .

وتقدم ذلك مستوفى فى أوائل « كتاب الشركة » فى أثناء شركة العنان عند قوله « وإن تقاسما الدين فى الذمة » .

ومنها : قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلى مع غيبة الآخر أو امتناعه من الإذن بدون إذن حاكم . وفيه وجهان .

وهما على قولنا : هى إفراز .

وإن قلنا : بيع : لم يجز وجهاً واحداً .

فأما غير المثلى : فلا يقسم إلا مع الشريك ، أو من يقوم مقامه .

ومنها : لو اقتسما أرضاً ، أو دارين . ثم استحقت الأرض ، أو إحدى الدارين بعد البناء .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر الباب .

ومنها : لو اقتسم الورثة العقار ، ثم ظهر على الميت دين أو وصية .

ويأتى ذلك أيضاً فى كلام المصنف فى آخر الباب .

ومنها : لو اقتسما داراً ، فحصل الطريق فى نصيب أحدهما . ولم يكن للآخر منفذ .

ويأتى ذلك أيضاً فى كلام المصنف فى آخر الباب .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِلشُّرَكَاءِ أَنْ يَنْصِبُوا قَاسِمًا يَقْسِمُ بَيْنَهُمْ . وَأَنْ يَسْأَلُوا الْحَاكِمَ نَصْبَ قَاسِمٍ يَقْسِمُ بَيْنَهُمْ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَمِنْ شَرْطِ مَنْ يُنْصَبُ : أَنْ يَكُونَ عَدْلاً عَارِفًا بِالْقِسْمَةِ ﴾ .

وكذا يشترط إسلامه . وهذا المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف ، والشارح ، والزركشى : يعرف الحساب . لأنه كالخط للكاتب

وقال فى الكافى ، والترغيب : تشترط عدالة قاسمهم ، للزوم .

وقال فى المغنى ، والشرح : تشترط عدالة قاسمهم ومعرفته ، للزوم .

وقيل : إن نصبوا غير عدل صح .

قوله ﴿ فَمَتَى عُدِّلَتِ السِّهَامُ وَخَرَجَتِ الْقُرْعَةُ : لَزِمَتِ الْقِسْمَةُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . نص عليه .

جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه فى النظم ، وغيره .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة ، حتى يرضيا بذلك .

وهو لأبى الخطاب فى الهداية .

وقيل : لا تلزم فيما فيه رد حق ، أو ضرر ، إلا بالرضا بعدها .

وقيل : لا تلزم إلا بالرضا بعد القسمة .

وقال فى المغنى والكافى : لا تلزم إلا بالرضا بعد القسمة . إن اقتسما بأنفسهما .

وقال فى الرعاية : وللشركاء القسمة بأنفسهم . ولا تلزم بدون رضاهم .

ويقاسم عالم بها ينصبونه .

فإن كان عدلا : لزمت قسمته بدون رضاهم ، وإلا فلا ، أو بعدل عارف بالقسمة ينصبه حاكم بطلبهم .

وتلزم قسمته . وإن كان عبداً .

ومع الرد فيها وجهان . انتهى .

فائدة : لو خير أحدهما الآخر : لزم برضاهما وتفرقهما .

ذكره جماعة من الأصحاب .

واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِى الْقِسْمَةِ تَقْوِيمٌ : لَمْ يَجُزْ أَقَلَّ مِنْ قَاسِمَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يجزى قاسم واحد ، كما لو خلت من تقويم .

فائدتان

إحداهما : تباح أجرة القاسم . على الصحيح من المذهب .

وعنه : هى كقربة .

نقل صالح : أكرهه .

ونقل عبد الله : أتوقاه .

والأجرة على قدر الأملاك . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وقطع به كثير منهم .

زاد فى الترغيب : إذا أطلق الشركاء العقد ، وأنه لاينفرد واحد بالاستئجار بلا إذن .

وقيل : بعدد الملاك .

وقال فى الكافى : هى على ماشرطاه .

فعلى المذهب المنصوص : أجرة شاهد يخرج لقسم البلاد ، ووكيل ، وأمين للحفظ : على مالك . وفلاح كأملاك .

ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال : فإذا مانهم الفلاح بقدر ماعليه . أو يستحقه الضيف : حل لهم .

قال : وإن لم يأخذ الوكيل لنفسه إلا قدر أجرة عمله بالمعروف .

والزيادة يأخذها المقطع . فالمقطع : هو الذى ظلم الفلاحين . فإذا أعطى الوكيل المقطع من الضريبة مايزيد على أجرة مثله ، ولم يأخذ لنفسه إلا أجرة عمله : جاز له ذلك .

وقال ابن هبيرة فى شرح البخارى : اختلف الفقهاء فى أجر القسام .

فقال قوم : على المزارع .

وقال قوم : على بيت المال .

وقال قوم : عليهما .

الثانية قوله ﴿ فَإِذَا سَأَلُوا الحَاكِمَ قِسْمَةَ عَقَارٍ لَمْ يَثْبُتْ عِنْدَهُ أَنَّهُ لَهُمْ : قَسَمَهُ . وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ : أَنَّ قَسْمَهُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُمْ ، لَا عَنْ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ لَهُمْ بِمِلْكِهِمْ ﴾ هذا بلا نزاع .

قال القاضي : عليهما بإقرارهما ، لا على غيرهما .

قوله ﴿ وَيُعَدِّلُ الْقَاسِمُ السِّهَامَ . بِالأَجْزَاءِ إِنْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَةً ، وَبِالْقِيمَةِ إِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً ، وَبِالرَّدِّ إِنْ كَانَتْ تَقْتَضِيهِ . ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ . فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمٌ : صَارَ لَهُ ﴾ بلا نزاع في الجملة .

قوله ﴿ وَكَيْفَمَا أَقْرَعَ : جَازَ . إِلَّا أَنَّ الأَحْوَطَ : أَنْ يَكْتُبَ اسْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ فِي رُقْعَةٍ ، ثُمَّ يُدْرِجُهَا فِي بَنَادِقِ شَمْعٍ ، أَوْ طِينٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقَدْرِ وَالْوَزْنِ . وَتُطْرَحُ فِي حِجْرِ مَنْ لَمْ يَحْضُرْ ذَلِكَ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرِجْ بُنْدُقَةً عَلَى هَذَا السَّهْمِ . فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ : كَانَ لَهُ . ثُمَّ الثَّانِي كَذَلِكَ . وَالسَّهْمُ الْبَاقِي لِلثَّالِثِ إِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً وَسِهَامُهُمْ مُتَسَاوِيَةٌ .

وَإِنْ كَتَبَ اسْمَ كُلِّ سَهْمٍ فِي رُقْعَةٍ ، وَقَالَ : أَخْرِجْ بُنْدُقَةً بِاسْمِ فُلَانٍ ، وَأَخْرِجِ الثَّانِيَةَ بِاسْمِ الثَّانِي ، وَالثَّالِثَةَ لِلثَّالِثِ : جَازَ ﴾ .

والأول أحوط .

وهذا المذهب في ذلك كله .

وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع .

وقيل : يخير فى هاتين الصفتين .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال الشارح : واختار أصحابنا فى القرعة : أن يكتب رقاعاً متساوية بعدد السهام .

وهو ههنا مخيرين بين أن يخرج السهام على الأسماء ، أو يخرج الأسماء على السهام . انتهى .

وذكر أبو بكر : أن البنادق تجعل طينا ، وتطرح فى ماء . ويعين واحداً . فأى البنادق انحل الطين عنها،وخرجت رقعتها على الماء : فهى له . وكذلك الثانى ، والثالث ومابعده .

فإن خرج اثنان معاً : أعيد الإقراع . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ السِّهَامُ مُخْتَلِفَةً ، كَثَلاَثَةٍ ، لِأَحَدِهِمُ النِّصْفُ ، وَلِلآخَرِ الثُّلُثُ ، وَلِلآخَرِ السُّدُسُ . فَإِنَّهُ يُجَزِّئُهَا سِتَّةَ أَجْزَاءٍ ، وَتَخْرُجُ الأَسْمَاءُ عَلَى السِّهَامِ لاَ غَيْرُ . فَيَكْتُبُ بِاسْمِ صَاحِبِ النِّصْفِ ثَلاَثَةً ، وَبِاسْمِ صَاحِبِ الثُّلُثَيْنِ اثْنَيْنِ ، وَبِاسْمِ صَاحِبِ السُّدُسِ وَاحِدَةً . وَيُخْرِجُ بُنْدُقَةً عَلَى السَّهْمِ الأَوَّلِ . فَإِنْ خَرَجَ اسْمُ صَاحِبِ النِّصْفِ : أَخَذَهُ وَالثَّانِى وَالثَّالِث . وَإِنْ خَرَجَ اسْمُ صَاحِبِ الثُّلُثِ : أَخَذَهُ والثَّانِى ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الآخَرِيْنِ ، وَالْبَاقِى لِلثَّالِثِ ﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب: أنه يكتب باسم صاحب النصف ثلاثة ، وباسم صاحب الثلث اثنين ، وباسم صاحب السدس واحدة . كما قال المصنف . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة

والكافى ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع .

وقدم فى المغنى : أن يكتب باسم كل واحد رقعة ، لحصول المقصود .

وقدمه فى الشرح أيضاً .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله :أنه لاقرعة فى مكيل وموزن، لالابتداء.

فإن خرجت لرب الأكثر : أخذ كل حقه .

فإن تعدد سبب استحقاقه توجه : وجهان .

فائدة : قسمة الإجبار تنقسم أربعة أقسام .

أحدها : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء متساوية . وهى مسألة المصنف الأولى .

الثانى : أن تكون السهام مختلفة . وقيمة الاجزاء متساوية . وهى مسألة المصنف الثانية .

الثالث : أن تكون السهام متساوية . وقيمة الأجزاء مختلفة .

الرابع : أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة .

فأما الأول ، والثانى : فقد ذكرنا حكمهما فى كلام المصنف .

وأما القسم الثالث ـ وهو أن تكون السهام متساوية والقيمة مختلفة ـ : فإن الأرض تعدل بالقيمة ، وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة . ويفعل فى إخراج السهام مثل الأول .

وأما القسم الرابع ـ وهو ما إذا اختلفت السهام والقيمة ـ : فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة . ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم . ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام ، كالقسم الثالث سواء ، إلا أن التعديل هنا بالقيم ، وهناك بالمساحة .

قوله ﴿ فَإِنْ ادَّعَى بَعْضُهُمْ غَلَطاً فِيمَا تَقَاسَمُوهُ بِأَنْفُسِهِمْ ، وَأَشْهَدُوا عَلَى تَرَاضِيهِمْ بِهِ : لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يقبل قوله مع التنبيه .

اختاره المصنف .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى : لم يقبل قوله ، وإن أقام بينة ، إلا أن يكون مسترسلا .

زاد فى الكبرى : أو مغبوناً بما لايتسامح به عادة ، أو بالثلث أو بالسدس ، كما سبق .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيمَا قَسَمَهُ قَاسِمُ الْحَاكِمِ : فَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ ، وَإِلاَّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ .

وَإِنْ كَانَ فِيمَا قَسَمَهُ قَاسِمُهُمُ الَّذِي نَصَبُوهُ ، وَكَانَ فِيمَا اعْتَبَرْنَا فِيهِ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ : لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ، وَإِلاَّ فَهُوَ كَقَاسِمِ الْحَاكِمِ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَاسَمُوا ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ مِنْ حِصَّةِ أَحَدِهِمَا شَيْءٌ مُعَيَّنٌ : بَطَلَتْ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والهادى والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وقال فى القواعد : ومن الفوائد : لو اقتسما داراً نصفين ظهر بعضها مستحقاً . فإن قلنا : القسمة إفراز : انتقضت القسمة لفساد الإفراز .

وإن قلنا : بيع : لم تنتقض ، ويرجع على شريكه بقدر حقه فى المستحق . كما إذا قلنا بذلك فى تفريق الصفقة . كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقاً . ذكره الآمدى .

وحكى فى الفوائد ـ عن صاحب المحرر ـ : أنه حكى فيه فى هذه المسألة ثلاثة أوجه .

وظاهر ما فى المحرر يخالف ذلك .

فائدة : لو كان المستحق من الحصتين ، وكان معيناً : لم تبطل القسمة فيما بقى على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المحرر ، والوجيز .

وقدمه فى الفروع ، والقواعد .

وقيل : تبطل .

وهو احتمال فى الكافى ، بناء على عدم تفريق الصفقة ، إذا قلنا : هى بيع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ شَائِعًا فِيهِمَا . فَهَلْ تَبْطُلُ القِسْمَةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية .

أحدهما : تبطل . وهو الصحيح من المذهب .

اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قال فى الخلاصة : بطلت ، فى الأصح .

وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا تبطل فى غير المستحق .

قدمه فى المغنى ، والشرح .

فائدتان

إحداهما : لو كان المستحق مشاعاً فى أحدهما ، فهى كالتى قبلها خلافاً ومذهباً . على الصحيح من المذهب .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : تبطل هنا و إن لم تبطل فى التى قبلها .

وظاهر كلامه فى القواعد : أن ذلك كله مبنى على أن القسمة إفراز و بيع . وتقدم لفظه .

الثانية : قال المجد : الوجهان الأولان فرع على قولنا بصحة تفريق الصفقة فى البيع . وهو المذهب ، على ماتقدم .

فأما إن قلنا : لاتتفرق هناك : بطلت هنا وجها واحداً .

وقال فى البلغة : إذا ظهر بعض حصة أحدهما مستحقاً : نقضت القسمة .

و إن ظهرت حصتهما على استواء النسبة ، وكان معيناً : لم تنقض إذا عللنا بفساد تفريق الصفقة بالجهالة .

و إن علاناه باشتمالها على مالا يجوز : بطلت . و إن كان المستحق مشاعاً : انتقضت القسمة فى الجميع . على أصح الوجهين .

قوله ﴿ وَإِذَا اقْتَسَمَا دَارَيْنِ قِسْمَةَ تَرَاضٍ . فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ ، ثُمَّ خَرَجَتِ الدَّارُ مُسْتَحَقَّةً ، وَنُقِضَ بِنَاؤُهُ : رَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ عَلَى شَرِيكِهِ ﴾ .

وقال فى الهداية : قال شيخنا : يرجع على شريكه بنصف قيمة البنـاء . واقتصر عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصـة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

قال الشارح : هكذا ذكره الشريف أبو جعفر ، وحكاه أبو الخطاب عن القاضى .

وجزم به الشارح ، ونصره .

قال : هذه قسمة بمنزلة البيع .

فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار ، وإنما يقسمان بالتراضى . فتكون جارية مجرى البيع .

قال : وكذلك يخرج فى كل قسمة جارية مجرى البيع . وهى قسمة التراضى كالتى فيه رد عوض ، ومالا يجبر على قسمته لضرر فيه .

فأما قسمة الإجبار : إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغراس فيه : فنقض البناء وقلع الغراس .

فإن قلنا : القسمة بيع : فـكذلك .

وإن قلنا : ليست بيعا : لم يرجع به .

هذا الذى يقتضيه قول الأصحاب . انتهى .

وقال فى القواعد : إذا اقتسما أرضا . فبنى أحدهما فى نصيبه وغرس ، ثم استحقت الأرض فقلع غرسه وبناءه .

فإن قلنا : هى إفراز حق : لم يرجع على شريكه .

وإن قلنا : بيع : رجع عليه بقيمة النقص ، إذا كان عالما بالحال دونه .

وقال : ذكره فى المغنى . ثم ذكر قول القاضى المتقدم .

وقال فى الفروع : وإن بنى أو غرس . فخرج مستحقاً ، فقلع : رجع على شريكه بنصف قيمته فى قسمة الإجبار .

و إن قلنا : هى بيع ، كقسمة تراض ، و إلا فلا .

وأطلق فى التبصرة رجوعه . وفيه احتمال . انتهى .

قال الناظم :

و إن بان فى الإجبار لم يغرم البنا ولا الغرس . إذ هى ميزحق بأجود

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا لم يرجع ـ حيث لا يكون بيعا ـ فلا يرجع بالأجرة ، ولا بنصف قيمة الولد فى الغرور ، إذا اقتسما الجوارى أعياناً .

وعلى هذا : فالذى لم يستحق شيئاً من نصيبه يرجع الآخر عليه بما فوته عليه من المنفعة هذه المدة .

وهنا احتمالات .

أحدها : التسوية بين القسمة والبيع .

الثانى : الفرق مطلقاً .

والثالث : إلحاق ما كان من القسمة بيعا بالبيع .

قوله ﴿ وَإِنْ خَرَجَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا عَيْبٌ : فَلَهُ فَسْخُ الْقِسْمَةِ ﴾ .

يعنى : إذا كان جاهلا به .

وله الإمساك مع الأرش .

هذا المذهب .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، ومنتخب الأدمى وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل أن تبطل القسمة . لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد ، بخلاف البيع .

قوله ﴿ وَإِذَا اقْتَسَمَ الْوَرَثَةُ الْعَقَارَ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ . فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ إِفْرَازُ حَقٍّ : لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ بَيْعٌ : انْبَنَى عَلَى

بَيْعِ التَّرِكَةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ : هَلْ يَجُوزُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

اعلم أنا إذا قلنا : القسمة إفراز حق . فإنها لا تبطل . ولا تفريع عليه .

وإن قلنا : هى بيع : انبنى على صحة بيع التركة قبل قضاء الدين : هل يصح أم لا ؟

فأطلق المصنف هنا وجهين .

وهما روايتان .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

أحدهما : يصح بيعها قبل قضاء الدين . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح : هذا المذهب . وهو أولى .

قال فى الفروع : ويصح البيع على الأصح إن قضى .

قال فى المحرر : أصح الروايتين : الصحة .

وصححه الناظم ، وصاحب المبهج ، وصاحب التصحيح .

قال فى القاعدة الثالثة والخمسين : أصحهما يصح .

والوجه الثانى : لا يصح .

فعليه : يصح العتق . على الصحيح من المذهب .

وقدمه فى القواعد .

واختار ابن عقيل فى نظرياته : لا ينفذ إلا مع يسار الورثة .

قلت : وهو الصواب . لأن تصرفهم تبع لتصرف الموروث فى مرضه .

وهذا متوجه على قولنا : إن حق الغرماء متعلق بالتركة فى المرض .

وعلى المذهب : النماء للوارث كنماء جانٍ . على الصحيح من المذهب ، لا كمرهون .

قال فى الترغيب وغيره : هو المشهور .

وقيل : النماء تركة .

وقال فى الانتصار : من أدى نصيبه من الدين : انفك نصيبه منها ، كجان .

فائدة : لا يمنع الدين الذى على الميت نقل تركته إلى الورثة .

على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

منهم : أبو بكر ، والقاضى ، وأصحابه .

قال ابن عقيل : هى المذهب .

قال الزركشى : هذا المنصوص المشهور المختار للأصحاب .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله : أن المفلس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله . لأن المال انتقل إلى الورثة .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الروايتين الانتقال .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه رواية ثانية : يمنع الدين نقلها بقدره .

ونقل ابن منصور : لا يرثون شيئاً حتى يؤدوه .

وذكرها جماعة .

وصحح الناظم المنع .

ونصره فى الانتصار .

وتقدم فوائد الخلاف فى « باب الحجر » بعد قوله « ومن مات وعليه دين مؤجل » وهى فوائد جليلة ، فلتراجع .

قال فى الفروع : والروايتان فى وصية بمعين .

ونص فى الانتصار : على المنع .

وذكر عليه : إذا لم يستغرق التركة ، أو كانت الوصية بمجهول منعاً . ثم سلم لتعلق الإرث بكل التركة ، بخلافهما . فلا مزاحمة .

وذكر منعاً وتسليما : هل للوارث ـ والدين مستغرق ـ الايفاء من غيرها ؟ .

وقال فى الروضة : الدين على الميت لا يتعلق بتركته ، على الصحيح من المذهب .

وفائدته : أن لهم أداءه وقسمة التركة بينهم .

قال : وكذا حكم مال المفلس .

وقال فى القواعد : ظاهر كلام طائفة من الأصحاب : اعتبار كون الدين محيطا بالتركة حيث فوضوا المسألة فى الدين المستغرق .

ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال ، وإن لم يكن مستغرقا .

ذكره فى مسائل الشفعة .

وقال فى القواعد أيضاً : تعلق حق الغرماء بالتركة ، وهل يمنع انتقالها ؟ على روايتين

وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن ؟ .

اختلف كلام الأصحاب فى ذلك .

وصرح الأكثرون : أنه كتعلق الرهن .

قال : ويفسر بثلاثة أشياء :

أحدها : أن تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها . فلا ينقل منها شىء حتى يوفى الدين كله .

وصرح بذلك القاضى فى خلافه ، إذا كان الوارث واحداً .

قال : وإن كانوا جماعة : انقسم عليهم بالحصص . وتتعلق كل حصة من الدين بنظيرها من التركة وبكل جزء منها . فلا ينفذ منها شىء حتى يوفى جميع تلك الحصة . ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة ، أم لا .

صرح به جماعة .

منهم : صاحب الترغيب فى المفلس .

الثانى : أن الدين فى الذمة . ويتعلق بالتركة . وهل هو باقٍ فى ذمة الميت ،

أو انتقل إلى ذمم الورثة ، أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير ؟ فيه ثلاثة أوجه .

الأول : قول الأدمى ، وابن عقيل فى الفنون .

والثانى : قول القاضى فى خلافه ، وأبى الخطاب فى انتصاره ، وابن عقيل فى موضع آخر .

وكذلك القاضى فى المجرد . لـكنه خصه بحالة تأجيل الدين لمطالبة الورثة بالتوثقة .

والثالث : قول ابن أبى موسى .

التفسير الثالث من تفسير تعلق حق الغرماء ، كتعلق الرهن : أنه يمنع صحة التصرف . وفيه وجهان .

وهل تعلق حقهم بالمال من حين المرض ، أم لا ؟ تردد الأصحاب فى ذلك . انتهى .

وتقدم بعض ذلك فى « باب الحجر » .

قوله ﴿ وَإِذَا اقْتَسَمَا ، فَحَصَلَتِ الطَّرِيقُ فِى نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَلَا مَنْفَذَ لِلْآخَرِ : بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ﴾ .

لعدم التعديل والنفع .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والقواعد ، والنظم ، وغيرهم .

وخرج المصنف فى المغنى وجهاً : أنها تصح ويشتركان فى الطريق من نص الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ على اشتراكهما فى مسيل الماء .

وقال فى القواعد : ويتوجه ـ إن قلنا : القسمة إفراز ـ : بطلت . وإن قلنا

بيع : صحت ، ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق . بناء على قول الأصحاب : إذا باعه بيتاً فى وسط داره ، ولم يذكر طريقاً : صح البيع ، واستتبع طريقه . كما ذكره القاضى فى خلافه : لو اشترط عليه الاستطراق فى القسمة : صح .

قال المجد : هذا قياس مذهبنا فى جواز بيع .

وفى منتخب الأدمى البغدادى : يفسخ بعيب ، وسد المنفذ عيب .

فوائد

الأولى : مثل ذلك فى الحكم : لو حصل طريق الماء فى نصيب أحدهما . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى الفروع : ونصه : هو لهما ما لم يشترطا رده . وهذا المذهب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح .

والمصنف : قاس المسألة الأولى على هذه ، كما تقدم فى التخريج .

ونقل أبو طالب فى مجرى الماء : لايغير مجرى الماء . ولا يضر بهذا ، إلا أن يتكلف له النفقة حتى يصلح له المسيل .

الثانية : لو كان للدار ظلة ، فوقعت فى حق أحدهما : فهى له بمطلق العقد . قاله الأصحاب .

الثالثة : لو ادعى كل واحد : أن هذا البيت من سهمى : تحالفا ونقضت القسمة .

الرابعة : قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ قَسْمُ مَالِ الْمَوَلَّى عَلَيْهِ مَعَ شَرِيكِهِ ﴾ بلا نزاع .

ويجبران فى قسمة الإجبار .

ولهما أن يقاسما قسمة التراضى إن رأيا المصلحة .

وتقدم حكم ما إذا غاب الولى فى قسمة الإجبار : هل يقسم الحاكم ؟

وتقدم : إذا غاب أحد الشريكين فى « فصل قسمة الإجبار » والله أعلم .