كِتَابُ ٱلْقِسْمَةِ

مناسبته أن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق باع فتجب الشفعة أو قسم.

(هي) لغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء. وشرعاً: (جمع نصيب شائع له في مكان معين. وسببها: طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه

تحليف الشفيع أحد العاقدين في وقت إنكاره التحيل أنكر: أي منكر شرعاً لأنه يدعي عليه معنى لو أقرّ به لا يلزمه، وهو محمول على ما إذا لم يدع أن البيع كان تلجئة وإلا فله التحليف، فلا منافاة بينه وبين ما مر كما نبهنا عليه سابقاً، والله تعالى أعلم. ونسأل الله تعالى ولي كل نعمة، أن يقسم لنا من شفاعة رسوله نبيّ الرحمة، ﷺ أوفر القسمة، إنه جوّاد كريم، رؤوف رحيم.

كِتَابُ القِسْمَةِ[1]

هي مشروعة بالكتاب. قال تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ المَاءَ قِسْمَةٌ بَينَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨] أي لكل شرب محتضر. وقال: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ٥٥] وقال: ﴿وَإِذَا حَضَرَ القِسْمَةَ أولُوا القُرْبَى﴾ [النساء: ٨] وبالسنة فإنه عليه الصلاة والسلام باشرها في الغنائم والمواريث وقال: «أَعْطِ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ»، وكان يقسم بين نسائه وهذا مشهور، وأجمعت الأمة على مشروعيتها. معراج قوله: (مناسبته الخ) الأولى أن تكون المناسبة أن الشفيع يملك مال المشتري جبراً عليه، وفي القسمة يملك نصيب الشريك جبراً عليه إذ هي مشتملة على معنى المبادلة مطلقاً في القيمي والمثلي، وإنما قدم الشفعة لأنها تملك كلي وهذا تملك البعض فكانت أقوى. رحمتي قوله: (اسم للاقتسام) كما في المغرب وغيره، أو التقسيم كما في القاموس، لكن الأنسب بما يأتي من لفظ القاسم أن تكون مصدر قسم الشيء بالفتح: أي جزأه كما في المقدمة وغيرها. قهستاني قوله: (كالقدوة) مثلثة الأول وكعدة ما تسننت به واقتديت به. قاموس. فقوله «للاقتداء» المناسب فيه من الاقتداء لئلا يوهم أنه اسم مصدر له. تأمل قوله: (في مكان) متعلق بجمع قوله: (على وجه الخصوص) لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب

(١) القسم لغة: بالفتح مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم أي جزأه وأفرزه، والقسم بالكسر؛ الحظ والنصيب من الخير قاله الجوهري، فيقال: هذا قسمي، والجمع أقسام مثل حمل وأحمال. والقسمة اسم وهي مؤنثة. انظر: كتاب العين ٥/٨٦، ٨٧، الصحاح ٥/٢٠١٠، المصباح المنير ٢/٧٧٤، ترتيب القاموس ٣/ ٥٤٩. اصطلاحاً: عرفها الأحناف بأنها: جمع نصيب شائع له من مكان معين. عرفها الشافعية بأنها: تمييز بعض الأنصباء من بعض. عرفها المالكية بأنها: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض. وعرفها الحنابلة بأنها: تمييز بعض الأنصباء من بعض وإفرازها عنها. انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٨.

الخصوص) فلو لم يوجد طلبهم لا تصح القسمة (وركنها: هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء) ككيل وذرع. (وشرطها: عدم فوت المنفعة بالقسمة) ولذا لا يقسم نحو حائط وحمام. (وحكمها: تعيين[1] نصيب كل) من الشركاء (على حدة وتشتمل) مطلقاً (على) معنى (الإفراز) وهو أخذ عين حقه (و) على معنى (المبادلة) وهو أخذ عوض حقه (و) الإفراز (هو للغالب في المثلي) وما في حكمه وهو العددي المتقارب، فإن معنى الإفراز غالب فيه أيضاً. ابن كمال عن الكافي (والمبادلة) غالبة (في غيره) أي غير المثلي وهو القيمي.

إذا تقرّر هذا الأصل (فيأخذ الشريك حصته بغيبة صاحبه في الأول) أي المثلي لعدم التفاوت (لا الثاني) أي القيمي لتفاوته.

للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته إلى ذلك. نهاية قوله: (ككيل وذرع) وكذا الوزن والعدّ. نهاية. وفيه بحث لأنهم اختلفوا في أن أجرة القسمة على الرؤوس أو الأنصباء، واتفقوا على أن أجرة الكيل ونحوه على الأنصباء. شرنبلالية عن المقدسي: أي ومقتضى كونه ركناً أن يكون على الخلاف أيضاً. قال أبو السعود: ويجاب بما سيأتي من أن الكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو محل الخلاف اهـ. فليتأمل قوله: (وشرطها الخ) أي شرط لزومها بطلب أحد الشركاء. شرنبلالية قوله: (المنفعة) أي المعهودة وهي ما كانت قبل القسمة، إذ الحمام بعدها ينتفع به لنحو ربط الدواب، وسيذكره الشارح عن المجتبى قوله: (ولذا لا يقسم نحو حائط) يعني عند عدم الرضا من الجميع، أما إذا رضي الجميع صحت كما سيأتي متناً اهـ ح قوله: (وحكمها) وهو الأثر المترتب عليها. منح قوله: (مطلقاً) أي سواء كانت في المثليات أو القيميات. منح قوله: (والإفراز هو الغالب على المثلي) لأن ما يأخذه أحدهما نصفه ملكه حقيقة ونصفه الآخر بدل النصف الذي بيد الآخر، فباعتبار الأول إفراز وباعتبار الثاني مبادلة، إلا أن المثلي إذا أخذ بعضه بدل بعض كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حكماً لوجود المماثلة، بخلاف القيمي قوله: (وما في حكمه) أي حكم المثلي.

أقول: نقل في جامع الفصولين عن شرح الطحاوي: كل كيلي ووزني غير مصوغ وعددي متقارب كفلوس وبيض وجوز ونحوها مثليات والحيوانات والذرعيات، والعددي المتفاوت كرمان وسفرجل، والوزني الذي في تبعيضه ضرر وهو المصوغ قيميات اهـ. ثم نقل عن الجامع العددي المتقارب كله مثلي كيلاً وعداً ووزناً. وعند زفر

---

(١) قول المصنف(وحكمها تعيين) وهكذا في النسخ ولا يخفى أن التعيين هو الفعل وقد تقدم أنه ركن قال مولانا: ورأيت بنسخة من المنح تعين بدل تعيين وعليه فالأمر ظاهر.

في الخانية: مكيل أو موزون بين حاضر وغائب أو بالغ وصغير فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين، وإلا لا كصبرة بين دهقان وزراع الدهقان بقسمتها، إن ذهب بما أفرزه للدهقان أو لا فبهلاك الباقي عليهما،

قيمي، وما تتفاوت آحاده في القيمة فعددي متفاوت ليس بمثلي الخ. فتأمل قوله: **(في الخانية الخ)** أراد به بيان فائدة هي أنه إذا قسم ذو اليد حصته بغيبة صاحبه كما قال في المتن: لا تنفذ القسمة ما لم تسلم حصة الآخر قوله: **(إن سلم حظ الآخرين)** أي الغائب والصغير، ومفهومه أن سلامة ما أخذه لا تشترط كما سيظهر قوله: **(وإلا لا)** أي وإن لم يسلم بأن هلك قبل وصوله إليهما لا تنفذ القسمة بل تنتقض ويكون الهالك على الكل ويشاركه الآخران فيما أخذ لما في هذه القسمة من معنى المبادلة قوله: **(بين دهقان)** هو من له عقار كثير كما في المغرب، والمراد به هنا ربّ الأرض قوله: **(أمره الدهقان بقسمتها)** أي فقسمها الدهقان غائب. منح قوله: **(فهلاك الباقي عليهما)** أي إذا رجع فوجد ما أفرز لنفسه قد هلك فهو عليهما ويشارك الدهقان فيما سلمه إليه، وقوله «وإن بحظ نفسه» أي وإن ذهب بنصيب نفسه إلى بيته أو لا، فلما رجع وجد ما أفرزه للدهقان قد هلك فهو على الدهقان خاصة كما في المنح عن الخانية، ولعل وجهه أنه في الأولى لما ذهب بحصة الدهقان أولاً قصد القبض للدهقان أولاً والقبض لنفسه فيما بقي بعد رجوعه، فلما رجع ورأى الباقي قد هلك كان الهلاك قبل القبض منهما فيكون عليهما كهلاك البعض قبل القسمة أصلاً، بخلاف ما إذا حمل نصيب نفسه إلى بيته أولاً فإنه بمجرد التحميل والذهاب صار قابضاً فقد هلك الباقي بعد قبض نصيبه يقيناً فيكون هلاكه على صاحبه، لكن لا يخفى مخالفته لقوله في المسألة الأولى «نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين وإلا لا» فإنه هنا لما سلم حظ الغائب وهو الدهقان انتقضت القسمة فجعل الهلاك عليهما، ولما سلم حظ الحاضر وهو الزراع دون الغائب نفذت، وكون القسمة هنا مأمور بها من الغائب بخلافها في المسألة الأولى لا يظهر به الفرق، ولئن سلم فالمراد عدم الفرق كما يقتضيه التشبيه في قوله كصبرة. فليتأمل.

هذا، وقد نقل في البزازية بعد ما تقدم عن واقعات سمرقند ما نصه: إذا تلف حصة الدهقان قبل قبضه نقضها ويرجع على الأكار بنصف المقبوض، وإن تلف حصة الأكار لا تنقض لأن تلفه بعد قبضه والغلة كلها في يده، والأصل أن هلاك حصة الذي المكيل في يده قبل قبض الآخر نصيبه لا يوجب انتقاض القسمة، وبهلاك حصة من لم يكن المكيل في يده قبل قبض حصته يوجب انتقاضها اهـ. وهذا التقرير والأصل واضح وموافق للمسألة الأولى، وقد أطال صاحب الذخيرة في تقريره وعزاه إلى شيخ الإسلام وقال: عليه يخرج جنس هذه المسائل. ثم قال: وقال الحاكم عبد الرحمن وساق ما ذكره الشارح

وإن بحظ نفسه أولا فالهلاك على الدهقان خاصة. كذا قاله بعض المشايخ انتهى ملخصاً **(وإن أجبر عليها)** أي على قسمة غير المثل **(في متحد الجنس)** منه **(فقط)** سوى رقيق غير المغنم **(عند طلب الخصم)** فيجبر لما فيها من معنى الإفراز، على أن المبادلة قد يجري فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما في الشفعة وبيع ملك المديون لوفاء دينه.

(وينصب قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بلا) أخذ **(أجر)** منهم **(وهو أحبّ)** وما في بعض النسخ واجب غلط **(وإن نصب بأجر)** المثل **(صح)**

هنا عن الخانية، ولعل قول الخانية: كذا قاله بعض المشايخ أراد به الحاكم المذكور، وأشار بلفظ كذا إلى عدم اختياره والله تعالى أعلم قوله: **(وإن أجبر عليها الخ)** إن وصلية، والمراد بذلك بيان عدم المنافاة بين كون المبادلة غالبة في القيمي وبين كونه يجبر على القسمة في متحد الجنس منه، وذكر وجهه الشارح بقوله «لما فيها الخ».

فائدة: القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الأجناس المختلفة. وقسمة يجبر في المثليات. وقسمة يجبر في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم. والخيارات ثلاثة: شرط، وعيب، ورؤية. ففي قسمة الأجناس المختلفة تثبت الثلاثة، وفي المثليات يثبت خيار العيب فقط، وفي غيرها كالثياب من نوع واحد يثبت خيار العيب، وكذا خيار الرؤية والشرط على الصحيح المفتى به. وتمامه في الشرنبلالية قوله: **(في متحد الجنس منه)** أي من غير المثلي، وقوله «فقط» قيد لمتحد الجنس، ويدخل متحد الجنس المثلي بالأولى كما أفاده ط. وظن الشرنبلالي أنه قيد لغير المثلي فقال فيه تأمل، لأنه يوهم أنه في متحد الجنس المثلي لا يجبر الآبي عليها وهو خلاف النص اهـ قوله: **(سوى رقيق غير المغنم)** لأن رقيق المغنم يقسم بالاتفاق، ورقيق غير المغنم لا يقسم بطلب أحدهم ولو كان إماء خلصاً أو عبيداً خلصاً عند أبي حنيفة. والفرق له بين الرقيق وغيره من متحد الجنس فحش تفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة، وبين الغانمين وغيرهم حق الغانمين بالمالية دون العين، حتى كان للإمام بيع الغنائم وقسم ثمنها. زيلعي قوله: **(على أن المبادلة الخ)** ترقّ في الجواب: أي وإن نظرنا إلى ما فيها من معنى المبادلة فلا منافاة أيضاً لأن المبادلة الخ، وهذه مبادلة تعلق فيها حق الغير لأن الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع غيره عن الانتفاع به فيجري الجبر فيها أيضاً قوله: **(وينصب قاسم)** أي ندب للقاضي أو للإمام نصبه. ملتقى وشرحه قوله: **(يرزق من بيت المال)** أي المعدّ لمال الخراج، وغيره مما أخذ من الكفار كالجزية وصدقة بني تغلب فلا يرزق من بيوت الأموال الثلاثة الباقية كبيت مال الزكاة وغيره إلا بطريق القرض. قهستاني قوله: **(غلط)** لمناقضته لما بعده إن عاد ضمير هو إلى قوله

لأنها ليست بقضاء حقيقة فجاز له أخذ الأجرة عليها وإن لم يجز على القضاء. ذكره أخي زاده **(وهو على عدد الرؤوس)** مطلقاً لا الأنصباء خلافاً لهما، قيد بالقاسم لأن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء إجماعاً، وكذا سائر المؤن كأجرة الراعي والحمل والحفظ وغيرها شرح مجمع. زاد في الملتقى: إن لم يكن للقسمة، وإن كان لها فعلى الخلاف لكن ذكره في الهداية بلفظ قيل.

«بلا أجر» وإن عاد إلى النصب فلمخالفته لقول الملتقى وغيره ندب. تأمل قوله: **(لأنها ليست بقضاء حقيقة الخ)** قال في العناية: ويجوز للقاضي أن يقسم بنفسه بأجر، لكن الأولى أن لا يأخذ لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة، إلا أن لها شبهاً بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء، فإن الأجنبي لا يقدر على الجبر، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب عدم الأخذ اهـ. ومثله في النهاية والكفاية والمعراج والتبين. وفي الدرر ما يخالفه، فإنه ذكر أن الأصح أن القسمة من جنس عمل القضاة. ثم قال: فإن باشرها القاضي بنفسه، فعلى رواية كونها من جنس عمل القضاة لا يجوز له الأخذ، وعلى رواية عدم كونها منه جاز اهـ. ومقتضاه ترجيح عدم الجواز، ونقله في الدرّ المنتقى عن الخلاصة والوهبانية قال: وأقره القهستاني وغيره اهـ. قلت: لكن المتون على الأول. تأمل.

هذا وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين كون القاسم القاضي أو منصوبه فلذا قال الشارح «فجاز له» أي للقاضي كما في الملخ مع أن الكلام في منصوبه. تأمل قوله: **(مطلقاً)** أي سواء تساووا في الأنصباء أم لا، وسواء طلبوا جميعاً أو أحدهم. قال في الهداية: وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قوله: **(خلافاً لهما)** حيث قالا: الأجر على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك، وله أن الأجر مقابل بالتمييز، وهو قد يصعب في القليل وقد ينعكس فتعذر اعتباره فاعتبر أصل التمييز. ابن كمال قوله: **(قيد بالقاسم)** أي في قوله «وينصب قاسم» أو هو على تقدير مضاف: أي بأجر القاسم الذي عاد عليه الضمير في قوله «وهو على عدد الرؤوس» وهذا أنسب بما بعده. تأمل قوله: **(وغيرها)** كأجرة بناء الحائط المشترك أو تطيين السطح أو كري النهر أو إصلاح القناة لأنها مقابلة بنقل التراب أو الماء والطين، وذلك يتفاوت بالقلة والكثرة، أما التمييز فيقع لهما بعمل واحد. معراج قوله: **(زاد في الملتقى)** أي بعد قوله «إجماعاً» قوله: **(إن لم يكن)** أي الكيل أو الوزن للقسمة بل كان للتقدير. قال الشارح: بأن اشتريا مكيلاً أو موزوناً وأمرا إنساناً بكيله ليعلما قدره، فالأجر بقدر السهام اهـ قوله: **(لكن ذكره في الهداية)** أي ذكر هذا التفصيل بلفظ قيل فأشعر بضعفه، بل صرح بعده بنفيه حيث قال: ولا يفصل. قال

وتمامه فيما علقته عليه.

(و) القاسم (**يجب كونه عدلاً أميناً عالماً بها، ولا يتعين واحد لها**) لئلا يتحكم بالزيادة (**ولا يشترك القسام**) خوف تواطئهم (**وصحت برضا الشركاء إلا إذا كان فيهم صغير**) أو مجنون (**لا نائب عنه**) أو غائب لا وكيل عنه لعدم لزومها حينئذ إلا بإجازة القاضي أو الغائب أو الصبي إذا بلغ أو وليه، هذا لو ورثة، ولو شركاء

الإتقاني: يعني لا تفصيل في أجرة الكيل والوزن بل هي بقدر الأنصباء اهـ. وفي المعراج عن المبسوط: والأصح الإطلاق قوله: (**وتمامه الخ**) أي تمام هذا الكلام، وهو بيان الفرق لأبي حنيفة بينه وبين القسام بأن الأجر هنا على الأنصباء وإن كان الكيل للقسمة للتفاوت في العمل، لأن عمله لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل، بخلاف القسام قوله: (**يجب كونه عدلاً الخ**) لأن القسمة من جنس عمل القضاة هداية. وأفاد القهستاني أن هذا التعليل مشعر بأن ما ذكر غير واجب لعدم وجوبه في القضاء، فالمراد بالوجوب العرفي الذي مرجعه إلى الأولوية كما أشار إليه في الاختيار وخزانة المفتين اهـ.

أقول: تقدم في القضاء أن الفاسق أهل له لكنه لا يقلد وجوباً ويأثم مقلده، فعلم أنه لا يجب في صحة القضاء العدالة بل يجب على الإمام أن يولي عدلاً، وكذا يقال هنا: يجب أن ينصب قاسماً عدلاً، ولا يجب في صحة نصبه العدالة والوجوب الأول على حقيقته والثاني بمعنى الاشتراط فتدبر قوله: (**أميناً**) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كفاية. واعترضه في اليعقوبية بأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ. وأجيب بأن المذكور العدالة لا ظهورها قوله: (**ولا يتعين الخ**) الأولى قول الملتقى كالهداية، ولا يجبر الناس على قاسم واحد ولا يترك القسام ليشتركوا قوله: (**بالزيادة**) أي على أجر المثل قوله: (**القسام**) بالضم والتشديد جمع قاسم قوله: (**خوف تواطئهم**) أي على مغالاة الأجر وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر. هداية قوله: (**وصحت الخ**) ما مر في القسمة بالجبر، وهذا في القسمة بالتراضي قوله: (**إلا إذا كان**) استثناء منقطع كما يفيده قوله بعد «لعدم لزومها» استثناء من محذوف: أي ولزمت اهـ ط. وأراد بالصحة اللزوم قوله: (**إلا بإجازة القاضي**) الظاهر رجوعه للمستثنيات الثلاث قوله: (**أو الغائب أو الصبي إذا بلغ**) ولو مات الغائب أو الصبي فأجازت ورثته نفذت عندهما خلافاً لمحمد. منية المفتي. والأول استحسان والثاني قياس، وكما تثبت الإجازة صريحاً بالقول تثبت دلالة بالفعل كالبيع كما في التاترخانية. وفي المنح عن الجواهر: طفل وبالغ اقتسما شيئاً ثم بلغ الطفل وتصرف في نصيبه وباع البعض يكون إجازة قوله: (**هذا**) أي لزومها بإجازة القاضي ونحوه لو كانوا شركاء في الميراث فلو شركاء في غيره تبطل، ومقتضاه أنها لا تنفذ بالإجازة فليتأمل. وعبارة المنية هكذا: اقتسم الورثة لا بأمر القاضي وفيهم

بطلت منية المفتي وغيرها.

(وقسم نقلي يدعون إرثه بينهم) أو ملكه مطلقاً **(أو شراءه)** صدر الشريعة فلا فرق في النقلي بين شراء وارث وملك مطلق.

قلت: ومن النقلي البناء والأشجار حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة، وإن تبدلت فلا جبر. قاله شيخنا.

(وعقار يدعون شراءه) أو ملكه مطلقاً **(فإن ادعوا أنه ميراث عن زيد لا)** يقسم **(حتى يبرهنوا على موته وعدد ورثته)** وقالا: يقسم باعترافهم كما في الصور

صغير أو غائب لا تنفذ إلا بإجازة الغائب أو ولي الصغير أو يجيز إذ بلغ اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم صغير أو غائب لا تصح القسمة، فإن أمرهم القاضي بذلك صح اهـ.

أقول: سيذكر المصنف تبعاً لسائر المتون أن القاضي لا يقسم لو كانوا مشترين وغاب أحدهم فكيف تصح قسمة الشركاء بأمر القاضي؟ اللهم إلا أن يراد به الشركاء في الميراث، لكن يبقى قول الشارح «ولو شركاء بطلت» محتاجاً إلى نقل. ونقل الزاهدي في قنيته: قسمت بين الشركاء وفيهم شريك غائب فلما وقف عليها قال لا أرضى لغبن فيها ثم أذن لحراثه في زراعة نصيبه لا يكون رضا بعد ما رد اهـ فليحرر ولا تنس ما قدمه من أن للشريك أخذ حصته من المثلي بغيبة صاحبه، وما نقله عن الخانية فإنه مخصص لما هنا قوله: **(ملكه مطلقاً)** أي من غير بيان سبب ط قوله: **(أو شراءه)** الأولى أن يقول أو بسبب ليعم نحو الهبة ط قوله: **(فلا فرق الخ)** أي من حيث إنه يقسم بمجرد الإقرار اتفاقاً، وإنما اقتصر المصنف على الإرث، لأن العقار الموروث يفتقر إلى البرهان ولأنه هو الذي فيه الخلاف، فما سكت عنه يفهم حكمه مما ذكره بالطريق الأولى كما نبه عليه في المنح قوله: **(ومن النقلي البناء والأشجار)** يعني فتقسم، وقوله «حيث لم تتبدل الخ» متعلق بهذا المقدار. وعبارة شيخه في حاشية المنح في هذا المحل: أقول: دخل في النقلي البناء والأشجار لأنها من قسم المنقولات كما صرح به في البحر في كتاب الدعوى، فتجري فيه قسمة الجبر حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت بها لا تجوز كالبئر والحائط والحمام ونحوها تأمل اهـ.

أقول: وبعد التقييد بالحيثية المذكورة لا ينافيه ما في المبسوط[1] حيث قال: بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنياه بإذنه ثم أرادا قسمته وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك بالتراضي، وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه اهـ. ونظمه ابن وهبان. تأمل قوله: **(وقالا يقسم)** أي العقار المدعى إرثه باعترافهم كما يقسم في الصور الأخر، وهي النقلي مطلقاً

---

(١) (قوله لا ينافيه ما في المبسوط الخ) هذا إنما يتم لو كان المراد قسمته بعد نقضه وليس في العبارة ما يفيده أما لو أراد القسمة والبناء قائم لا يحصل تبدل في المنفعة فلا تزول المنافاة.

الأخر **(ولا إن برهنا أن العقار معهما حتى يبرهنا أنه لهما)** اتفاقاً في الأصح لأنه يحتمل أنه معهما بإجارة أو إعارة فتكون قسمة حفظ والعقار محفوظ بنفسه.

(ولو برهنا على الموت وعدد الورثة وهو) أي العقار. قلت: قال شيخنا: وكذا المنقول بالأولى **(معهما وفيهم صغير أو غائب قسم بينهم**

والعقار المدعى شراؤه أو ملكيته المطلقة. لهما أنه في أيديهم، وهو دليل الملك ولا منازع لهم. وله أن التركة قبل القسمة مبقلة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كأولاد ملكه وأرباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وبالقسمة ينقطع حقه عنها فكانت قضاء عليه بإقرارهم، وهو حجة قاصرة فلا بد من البينة، بخلاف المنقول لأنه يخشى عليه التلف والعقار محصن، وبخلاف العقار المشترى لأنه زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة على الغير، وبخلاف المدعى ملكيته المطلقة لأنهم لم يقروا بالملكية لغيرهم، هذا حاصل ما في الدرر وشرح المجمع قوله: **(ولا إن برهنا)** عطف على قوله «لا يقسم» قال العيني تبعاً للزيلعي: وهذه المسألة بعينها هي المسألة السابقة وهي قوله أو ملكه مطلقاً، لأن المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم ولم يشترط فيها إقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري، وشرط ها هنا وهو رواية الجامع الصغير، فإن كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه ما يدل على ذلك، وإلا فتقع المسألة مكررة اهـ. وأجاب المقدسي بحمل ما في الجامع على ما إذا ذكرا أنه بأيديهما فقط وبرهنا عليه فلا يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف الموضوع فلا تكرار اهـ.

أقول: وهو الظاهر من قول الهداية. وفي الجامع الصغير: أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما لم تقسم حتى يبرهنا أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما: أي بوديعة أو بإجارة أو إعارة كما قال الشارح، وهكذا قرره في العزمية، فافهم قوله: **(اتفاقاً في الأصح)** قال في الهداية بعد ما نقلناه آنفاً: ثم قيل هو قول أبي خنيفة خاصة، وقيل قول الكل وهو الأصح، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليها وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قوله: (: **فتكون قسمة حفظ الخ)** وهي ما تكون بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة كقسمة المودعين الوديعة بينهما للحفظ، وقسمة الملك ما تكون بحق الملك لتكميل المنفعة كما في غاية البيان قوله: **(ولو برهنا)** أي برهن بالغان حاضران فيكون الصغير أو الغائب ثالثهما فصار الورثة متعددين، فلذا أتى بضمير الجمع في قوله فيهم وبينهم، وأتى به مثنى في قول معهما: أي مع اللذين برهنا مخالفاً لما في الهداية لما سيذكره أنه لو كان مع الصغير أو الغائب شيء منه لا يقسم، وإن أجيب عن الهداية بأنه مبني على أن أقل الجمع اثنان قوله: **(بالأولى)** إذا لا يشترط فيه البرهان على الموت وعدد الورثة عنده كما مر قوله: **(وفيهم صغير)** أي حاضر كما يأتي قوله: **(قسم بينهم)** أفاد أن

ونصب قابض لهما) نظراً للغائب والصغير، ولا بد من البينة على أصل الميراث عنده أيضاً خلافاً لهما كما مر **(فإن برهن)** وارث **(واحد)** لا يقسم، إذ لا بد من حضور اثنين، ولو أحدهما صغيراً

القاضي فعل ذلك. قال في المحيط: فلو قسم بغير قضاء لم تجز إلا أن يحضر أو يبلغ فيجيز. طوري. وهذا ما قدمه الشارح قوله: **(ونصب قابض لهما)** وهو وصي عن الطفل ووكيل عن الغائب. درر قوله: **(ولا بد من البينة على أصل الميراث)** كذا في الدرر، ولعل المراد به جهة الإرث كالأبوة ونحوها. والذي في الهداية والتبيين: ولا بد من إقامة البينة هنا أيضاً عنده، وليس فيهما ذكر أصل الميراث ولم يذكر في المسألة الأولى، فالمراد أن قوله ولو برهنا على الموت وعدد الورثة لا بد منه عنده أيضاً كما في المسألة السابقة، بل أولى لأن الورثة هناك كلهم كبار حضور، واشترط البرهان وهنا فيه قضاء على الغائب أو الصغير كما أفاده في النهاية قوله: **(خلافاً لهما)** فعندهما يقسم بينهما بإقرارهما قوله: **(لا يقسم الخ)** أي وإن أقام البينة لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً، وكذا مقاسماً ومقاسماً. هداية. والأول عند الإمام لقول بالبينة، والثاني عندهما لقولهما بعدمها. وعن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً، ويسمع البينة عليه ويقسم. أفاده في الكفاية قوله: **(ولو أحدهما صغيراً)** فينصب القاضي عنه وصياً كما مر.

واعلم أن هنا مسألة لا بد من معرفتها، هي أنه إنما ينصب القاضي وصياً عن الصغير إذا كان حاضراً فلو غائباً فلا، لأن الخصم لا ينصب عن الغائب إلا لضرورة، ومتى كان المدعى عليه صبياً ووقع العجز عن جوابه لم يقع[1] عن إحضاره، فلا ينصب خصماً عنه في حق غير الحضرة فلم تصح الدعوى لأنها من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك إذا حضر، لأنه إنما عجز عن الجواب فينصب من يجيب عنه، بخلاف الدعوى على الميت، لأن إحضاره وجوابه لا يتصوّر فينصب عنه واحداً في الأمرين[2] جميعاً. كفاية، ونحوه في النهاية والمعراج وغيرهما. قال في البزازية: وهذا يدل[3] على أن من ادعى على صغير بحضرة وصيه عند غيبة الصغير أنه لا يصح، وقد مر خلافه في الدعوى اهـ ومثله في المنية.

قلت: وفي أوائل دعوى البحر: والصحيح أنه لا تشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى اهـ. فتأمل ويرد عليه ما في الكفاية وغيرها أنه منقوض بالغائب البالغ كما في

---

(١) (قوله لم يقع الخ) لأنه يمكن للقاضي أن يأمر بإحضاره إذ ليس المراد من الغيبة السفر.

(٢) (قوله في الأمرين) أي في حق غيبته وحق عجزه عن الجواب.

(٣) (قوله وهذا يدل الخ) انظر ما وجه الدلالة المذكورة مع ظهور الفرق بين المسألتين فإن الكلام الآن في تمهيد النصب للخصومة والوصي ثابت النيابة من قبل.

أو موصى له (أو كانوا) أي الشركاء (مشترين) أي شركاء بغير الإرث (وغاب أحدهم) لأن في الشراء لا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب، بخلاف الإرث (أو كان) في صورة الإرث العقار أو بعضه (مع الوارث الطفل أو الغائب أو) كان (شيء منه لا) يقسم للزوم القضاء على الطفل أو الغائب بلا خصم حاضر عنهما

الشرنبلالية عن المقدسي، لكن ذكر أبو السعود أنه أجيب عنه بأن اشتراط حضوره للنصب خاص بما إذا كان الوارث الحاضر واحداً لأنه لتصحيح الدعوى، أما إذا كانا اثنين فالنصب للقبض، إذ صحة الدعوى والقسمة موجودة قبله بجعل أحدهما خصماً قوله: (أو موصى له) لأنه يصير شريكاً بمنزلة الوارث فكأنه حضر وارثان. معراج قوله: (مشترين) بياء واحدة لا بياءين كما في بعض النسخ لأنه مثل مفتين وقاضين كما هو ظاهر قوله: (أي شركاء الخ) أفاد به أن المراد مطلق الشركة في الملك بغير الإرث، وهو مأخوذ من حاشية شيخه الرملي قوله: (بخلاف الإرث) قال في الدرر: فإن ملك الوارث ملك خلافه، حتى يردّ بالعيب على بائع المورث ويردّ عليه ويصير مغروراً بشراء المورث، حتى لو وطىء أمة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على البائع بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته، فانتصب أحدهم خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين. وأما الملك الثابت بالشراء فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب عل بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، فتكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل اهـ.

تتمة: الشركة إذا كان أصلها الميراث فجرى فيها الشراء بأن باع واحد منهم نصيبه أو كانت أصلها الشراء فجرى فيها الميراث بأن مات واحد منهم، ففي الوجه الأول يقسم القاضي إذا حضر البعض لا في الثاني، لأنه في الأول قام المشتري مقام البائع في الشركة الأولى وكانت أصلها وراثة، وفي الثاني قام الوارث مقام المورث في الشركة الأولى وكان أصلها الشراء، فينظر في هذا الباب إلى الأول. ولواجية وغيرها قوله: (في صورة الإرث) وهي قوله «ولو برهنا الخ» وهذه محترز قوله هناك وهو أي العقار معهما قوله: (أو بعضه) مكرر مع قول المتن أو شيء منه حقوله: (مع الوارث الطفل أو الغائب) أو يد مودع الغائب أو يد أم الصغير والصغير غائب فلا يقسم وإن كان الحاضر أميناً. بزازية وغيرها قوله: (للزوم القضاء) أي لئلا يلزم القضاء عليهما بإخراج شيء مما في أيديهما بلا خصم حاضر منهما: أي من جهتهما. والذي في الهداية وغيرها عنهما. هذا، وذكر القهستاني أنه لا يقسم إلا أن ينصب عنه خصماً ويقيم البينة فإنه يقسم على ما روى عن الثاني انتهى. وأقره في العزمية.

قلت: لكن في الهداية والتبيين: ولا فرق في هذا بين إقامة البينة: أي على الإرث،

(وقسم) المال المشترك (**بطلب أحدهم إن انتفع كل**) بحصته (**بعد القسمة وبطلب ذي الكثير إن لم ينتفع الآخر لقلة حصته**) وفي الخانية يقسم بطلب كل وعليه الفتوى، لكن المتون على الأول فعليها للعول (**وإن تضرّر الكل لم يقسم إلا برضاهم**) لئلا يعود على موضوعه بالنقض.

في المجتبى: حانوت لهما يعملان فيه طلب أحدهما القسمة إن أمكن لكل أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها قسم، وإلا لا.

(**وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان**) بعضهما في بعض لوقوعهما معاوضة لا تمييزاً فتعتمد التراضي دون جبر القاضي (**و**) لا (**الرقيق**)

وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب: أي في قوله «لا يقسم» وهو احتراز عن رواية المبسوط أنه يقسم إذا قامت البينة. كفاية فتأمل قوله: (**وقسم المال المشترك**) أي الذي تجري فيه القسمة جبراً بأن كان من جنس واحد كما مر ويأتي قوله: (**وبطلب ذي الكثير**) أي إن انتفع بحصته وأطلقه لعلمه من المقام، ومفهومه أنه لا يقسم بطلب ذي القليل الذي لا ينتفع إذا أبى المنتفع. ووجهه كما في الهداية أن الأول منتفع فاعتبر طلبه والثاني متعنت فلم يعتبر اهـ. ولذا لا يقسم القاضي بينهم إن تضرّر الكل وإن طلبوا كما في النهاية، وحينئذ فيأمر القاضي بالمهايأة كما سيذكره الشارح قوله: (**وفي الخانية**) وقيل بعكس ما تقدم قوله: (**فعليها المعول**) وصرح في الهداية وشروحها بأنه الأصح، زاد في الدرر: وعليه الفتوى قوله: (**لم يقسم إلا برضاهم**) ظاهره كعبارة سائر المتون أن للقاضي مباشرتها. وقال الزيلعي: لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه لأنه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا يمنعهم منه، لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلافي ماله في الحكم اهـ. وعزاه ابن الكمال للمبسوط، وذكر الطوري أن فيه روايتين قوله: (**لئلا يعود على موضوعه بالنقض**) يعني أن موضوع القسمة الانتفاع بملكه على وجه الخصوص وهو مفقود هنا. حلبي قوله: (**في المجتبى الخ**) أراد به بيان المراد بالانتفاع المذكور في المتن؛ وإلا فنحو الحمام قد ينتفع به بعد القسمة لربط الدواب ونحوه كما قدمناه قوله: (**وقسم عروض اتحد جنسها**) لأن القسمة تميز الحقوق، وذلك ممكن في الصنف الواحد كالإبل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدوابّ أو الحنطة أو الشعير، يقسم كل صنف من ذلك على حدة. جوهرة. قوله: (**بعضهم في بعض**) أي بإدخال بعض في بعض، بأن أعطى أحدهما بعيراً والآخر شاتين مثلاً جاعلاً بعض هذا في مقابلة ذاك. درر قوله: (**فتعتمد التراضي الخ**) لأن ولاية الإجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة. درر قوله: (**ولا الرقيق**) لأن التفاوت في الآدمي فاحش فلا يمكن ضبط المساواة، لأن المعاني المقصودة منه: العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاق، وذلك لا يمكن الوقوف عليه فصاروا كالأجناس المختلفة، وقد يكون الواحد منهم خيراً من ألف

وحده لفحش التفاوت في الآدمي. وقالا: يقسم لو ذكوراً فقط وإناثاً فقط كما تقسم الإبل والغنم ورقيق المغنم (و) لا (الجواهر) لفحش تفاوتها (والحمام) والبئر والرحى والكتب وكل ما في قسمه ضرر (إلا برضاهم) لما مر، ولو أراد أحدهما البيع وأبى الآخر لم يجبر على بيع نصيبه خلافاً لمالك. وفي الجواهر: لا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة، ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم، وكذا لو

من جنسه، قال الشاعر: [الطويل]

وَلَـمْ أَرَ أَمْـثَـالَ الـرِّجَـالِ تَـفَـاوُتـاً إِلَى الـفَـضْـلِ حَـتَّـى عُـدَّ أَلْـفٌ بِـوَاحِـدِ

بخلاف سائر الحيوانات لأن تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد. جوهرة قوله: (وحده) اعلم أنه إذا كان مع الرقيق دوابّ أو عروض أو شيء آخر قسم القاضي الكل في قولهم، وإلا فإن ذكوراً[1] أو إناثاً فكذلك عنده، وإن ذكوراً وإناثاً فلا إلا برضاهم.

والحاصل: أن عند أبي حنيفة لا يجوز الجبر على قسمة الرقيق إلا أن يكون معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع. وكان أبو بكر الرازي يقول: تأويل هذا المسألة أنه يقسم برضا الشركاء، فأما مع كراهة بعضهم فالقاضي لايقسم. والأظهر أن قسمة الجبر تجرى عند أبي حنيفة باعتبار أن الجنس الآخر الذي مع الرقيق يجعل أصلاً في القسمة، والقسمة جبراً تثبت فيه فتثبت في الرقيق أيضاً تبعاً. وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعاً وإن كان لا يجوز إثباته مقصوداً كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف. كذا في شروح الهداية والكنز والدرر. فما مشى عليه في المنح خلاف الأظهر قوله: (كما تقسم الإبل) أي ونحوها كالبقر والغنم قوله: (ورقيق المغنم) قدمنا عن الزيلعي وجه الفرق بينه وبين رقيق غيره قوله: (والحمام والبئر والرحى) ينبغي تقييده بما إذا كان صغيراً لا يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان، فلو كبيراً بأن كان الحمام ذا خزانتين والرحى ذات حجرين يقسم. وقد أفتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطحنين وبئرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر، مستدلاً بما في خزانة الفتاوى: لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير إذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل موضع يعمل فيه قوله: (وكل ما في قسمه ضرر) فلا يقسم ثوب واحد لاشتمال القسمة على الضرر، إذ لا تتحقق إلا بالقطع. هداية. لأن فيه إتلاف جزء عناية، ولا يقسم الطريق لو فيه ضرر. بزازية قوله: (لما مر) من قوله «لئلا يعود على موضوعه بالنقض» وهو علة لعدم القسمة قوله: (ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم)

---

(١) قوله (وإلا فإن ذكوراً الخ) المذكورة أي وإن لم يكن مع الرقيق شرع آخر هو محل القسمة فكذلك فإن ذكوراً أو إناثاً فكذلك أي كالمختلط مع غيره ولا يخفى أن هذا ليس مذهب الإمام فلعل الصواب عندهما بدل عنده.

كان كتاباً ذا مجلدات كثيرة، ولو تراضيا أن تقوّم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة لو كان بالتراضي جاز، وإلا لا. خانية.

دار أو حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها شاجراً فيه فقال أحدهما: لا أكري ولا أنتفع، وقال الآخر: أريد ذلك أمر القاضي بالمهايأة، ثم يقال لمن يريد الانتفاع: إن شئت فانتفع، وإن شئت فأغلق الباب.

(دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحدها) منفردة مطلقاً

الظاهر أن المراد لا يباشر القاضي قسمتها، لما مر أن القاضي لا يباشر ذلك ولا يمنعهم منه. وتأمل عبارة المنح.

مَطْلَبٌ: لِكُلٍّ مِنَ الشُّرَكَاءِ السُّكْنَى فِي بَعْضِ الدَّارِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ

(قوله أمر القاضي بالمهايأة) أقول: ذكر في العمادية في الفصل ٣٤ لكل واحد من الشركاء أن يسكن في بعض الدار بقدر حصته اهـ. وبمثله أفتى في الحامدية. وانظر إذا طلب أحدهما ذلك والآخر المهايأة أيهما يقدم؟ وهي تقع كثيراً. يقول لي خشبة أسكن تحتها فليحرر. وسيأتي بيان المهايأة وأحكامها آخر الباب، وأن الأصح أن القاضي يجبر عليها بطلب أحدهما ومنه يظهر الجواب. تأمل قوله: **(دور مشتركة)** مثلها الأفرجة كما في الهداية وهي جمع قراح: قطعة من الأرض على حيالها لا شجر فيها ولا بناء. واحترز بالدور عن البيوت، والمنازل جمع منزل أصغر من الدار وأكبر من البيت، لأنه دويرة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة، والبيت مسقف واحد له دهليز قوله: **(منفردة)** أي يقسم كل من الدور أو الدار، والضيعة: وهي عرصة غير مبنية أو الدار، والحانوت: وهو الدكان قسمة فرد، فتقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة، قهستاني. لا قسمة جمع، بأن يجمع حصة بعضهم في الدار مثلاً وحصة الآخر في غيرها، لأنها أجناس مختلفة أو في حكمها كما يعلم في الهداية. ولذا قال القهستاني: لو اكتفى بما سبق من قوله ولا الجنسان لكن أخصر قوله: **(مطلقاً)** يفسره ما بعده، ولم يذكر المنازل والبيوت المحترز عنها. قال مسكين: والبيوت تقسم قسمة واحدة متباينة أو متلازقة، والمنازل كالبيوت لو متلازقة، وكالدور لو متباينة. وقالا في الفصول كلها: ينظر القاضي إلى أعدم فيمضي القسمة على ذلك اهـ قال الرملي: ويستثنى منه ما إذا كانا في مصرين فقولهما كقوله اهـ.

أقول: ولعل هذا في زمانهم، وإلا فالمنازل والبيوت ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتاً فاحشاً في زماننا، يدل عليه قولهم هنا: لأن البيوت لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر أجرة واحدة في كل محلة، وكذا ما ذكروه في خيار الرؤية، وإفتاؤهم هناك

ولو متلازقة أو في محلتين أو مصرين. مسكين **(إذا كانت كلها في مصر واحد أو لا)** وقالا: إن الكل في مصر واحد فالرأي فيه للقاضي، وإن في مصرين فقولهما كقوله **(ويصوّر القاسم ما يقسمه على قرطاس)** ليرفعه للقاضي **(ويعدله على سهام القسمة ويذرعه، ويقوّم البناء ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه، ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث)** وهلم جرا **(ويكتب أساميهم ويقرع)** لتطيب القلوب، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الأخير. **(و)** اعلم أن **(الدراهم لا تدخل في القسمة)** لعقار

بقول زفر من أنه لا بد من رؤية داخل البيوت لتفاوتها. تأمل قوله: **(أو مصرين)** مكرر مع قول المتن أولاً اهـ ح قوله: **(إذا كانت كلها في مصر واحد أو لا)** لو قال «ولو في مصر» لكان أخصر وأظهر اهـ ح قوله: **(فقولهما كقوله)** الأولى أن يقول «فكقوله» قوله: **(ويصور القاسم الخ)** أي ينبغي إذا شرع في القسمة أن يصوّر ما يقسمه بأن يكتب في كاغده أن فلاناً نصيبه كذا وفلاناً كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفعه للقاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه ويعدله: أي يسوّيه، ويروي يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره ليعرف قدره. عناية قوله: **(ويذرعه)** شامل للبناء، لما قال الزيلعي: ويذرعه ويقوّم البناء لأن قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم، ولا بد من معرفتهما ليمكن التسوية في المالية، ولا بد من تقويم الأرض وذرع البناء اهـ شرنبلالية قوله: **(ويفرز الخ)** بيان للأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز. هداية وغيرها. والظاهر أن معناها: إذا شرط القاسم ذلك فلا ينافي ما يأتي من أنه إذا لم يشترط فيها صرف إن أمكن وإلا فسخت القسمة، فافهم قوله: **(لتطيب القلوب)** أشار إلى أن القرعة غير واجبة، حتى أن القاضي لو عين لكن واحد نصيباً من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فملك الإلزام. هداية.

مَطْلَبٌ فِي الرُّجُوعِ عَنِ القُرْعَةِ

تنبيه: إذا قسم القاضي أو نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الإباء بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إبائه قبل خروج القرعة، ولو القسمة بالتراضي له الرجوع، إلا إذا خرج جميع السهام إلا واحداً لتعين نصيب ذلك الواحد وإن لم يخرج، ولا رجوع بعد تمام القسمة. نهاية قوله: **(فمن خرج اسمه أولاً الخ)** بيانه: أرض بين جماعة لأحدهم سدسها والآخر نصفها ولآخر ثلثها يجعلها أسداساً اعتباراً بالأقل ثم يلقب السهام بالأول والثاني إلى السادس ويكتب أسامي الشركاء ويضعها في كمه، فمن خرج اسمه أولاً أعطي السهم الأول، فإن كان صاحب السدس فله الأول، وإن صاحب الثلث فله الأول والذي يليه، وإن صاحب النصف فله الأول واللذان يليانه كما في العناية قوله: **(واعلم أن الدراهم)** قيد الدراهم في الدرر بالتي ليست من التركة، وذكر في الشرنبلالية أنه غير احترازي فلا تدخل في القسمة ولو من التركة.

أو منقول (**إلا برضاهم**) فلو كان أرض وبناء قسم بالقيمة عند الثاني، وعند الثالث يرد من العرصة بمقابلة البناء، فإن بقي فضل ولا تمكن التسوية رد الفضل دراهم للضرورة، واستحسنه في الاختيار (**قسم ولأحدهم مسيل ماء أو طريق في ملك الآخر و**) الحال أنه (**لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن، وإلا فسخت القسمة**) إجماعاً واستؤنفت، ولو اختلفوا فقال بعضهم أبقيناه مشتركاً كما كان إن أمكن إفراز كل فعل كما بسطه الزيلعي.

(**اختلفوا في مقدار عرض الطريق جعل**) عرضها (**قدر عرض باب الدار**) وأما

أقول: وما في الدرر ذكره ابن الكمال والقهستاني وشراح الهداية كالمعراج والنهاية الكفاية. وعلل المسألة الزيلعي بأنه لا شركة فيها، ويفوت به التعديل أيضاً في القسمة، لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى، ولأن الجنسين المشتركين لا يقسمان فما ظنك عنه عدم الاشتراك اهـ. فقد يقال: التعليل الأخير يفيد ما ذكره الشرنبلالي. تأمل قوله: (**أو منقول**) صرح به القهستاني قوله: (**إلا برضاهم**) فلو كان بعض العقار ملكاً وبعضه وقفاً: فإن كان المعطي هو الواقف جاز ويصير كأنه أخذ الوقف واشترى بعض ما ليس بوقف من شريكه، وإن بالعكس فلا لأنه يلزم منه نقض بعض الوقف، وحصة الوقف وقف ما اشتراه ملك له ولا يصير وقفاً، كذا في الإسعاف من فصل المشاع قوله: (**ولا تمكن التسوية**) بأن لم تف العرصة بقيمة البناء. زيلعي قوله: (**واستحسنه في الاختيار**) وقال في الهداية: إنه يوافق رواية الأصول قوله: (**لم يشترط**) أما لو اشترط تركهما على حالهما فلا تفسخ، ويكون له ذلك على ما كان قبل القسمة. جوهرة قوله: (**واستؤنفت**) أي على وجه يتمكن كل منهما من أن يجعل لنفسه طريقاً ومسيلاً لقطع الشركة.

بقي ما إذا لم يمكن ذلك أصلاً وإن استؤنفت فكيف الحكم، والظاهر أنها تستأنف أيضاً لشرط فيها فليراجع قوله: (**أبقيناه**) المناسب لما في الزيلعي نبقيه. ونصه: ولو اختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركاً كما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم: فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق لجماعتهم تكميلاً للمنفعة وتحقيقاً للإفراز من كل وجه. وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم لتحقيق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق اهـ قوله: (**إن أمكن إفراز كل**) من إضافة المصدر إلى فاعله والمفعول محذوف: أي إفراز كل منهم طريقاً على حدة قوله: (**اختلفوا في مقدار عرض الطريق**) أي في سعته وضيقه وطوله، فقال بعضهم: يجعل سعته أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء. وقال بعضهم غير

في الأرض فبقدر ممر الثور. زيلعي **(بطوله)** أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحاً في نصيبه، إن فوق الباب لا فيما دونه، لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضا الشركاء. جلالية.

(ولو شرطوا أن يكون الطريق في قسمة الدار على التفاوت جاز وإن) وصلية **(كان سهامهم في الدار متساوية، و)** ذلك لأن **(القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة)** فجاز قسمة التين بالأكرار لأنه ليس بوزني، لا العنب بالشريجة على الصحيح بل بالقبان أو الميزان لأنه وزنيّ.

(سفل له) أي فوقه **(علو)** مشتركان **(وسفل مجرد)** مشترك والعلو لآخر **(وعلو مجرد)** مشترك والسفل لآخر **(قوّم كل واحد)** من ذلك **(على حدة، وقسم بالقيمة)** عند محمد، وبه يفتى.

(أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء)

ذلك. عناية. وبه ظهر أن الاختلاف في تقدير الطريق المشترك لا في طريق كل نصيب، فافهم قوله: **(أي ارتفاعه)** أفاد أن المراد هو الطول من حيث الأعلى لا من حيث المشي وهو ضد العرض، لأنه إنما يكون إلى حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم أفاده في الكفاية وغيرها من شروح الهداية، وأفادوا أنه يقسم بينهم ما فوق طول الباب من الأعلى ويبقى قدر طول الباب من الهواء مشتركاً بينهم قوله: **(إن فوق الباب)** أي له ذلك إن كان فيما فوق طول الباب لأنه مقسوم بينهم كما علمت، فصار بانياً على خالص حقه لا فيما دونه لبقائه مشتركاً، وبما قررناه اندفع ما بحثه الحموي قوله: **(مشترك)** لأن اختلاف الشركاء في تقدير طريق واحد مشترك بينهم كما أفاده ما قدمناه عن العناية لا في طريق لكل نصيب بانفراده حتى يرد أنه حق المقاسم، فافهم قوله: **(جاز)** لأن رقبة الطريق ملك لهم وهي محل للمعاوضة، ولوالجية قوله: **(بالأكرار)** جمع كر: كيل معروف. وفي الولوالجية: تجوز بالأحمال لأن التفاوت فيها قليل قوله: **(بالشريجة)** قال في القاموس في فصل الشين المعجمة من باب الجيم: الشريجة شيء من سعف يحمل فيه البطيخ ونحوه قوله: **(سفل)** بضم السين وكسرها قوله: **(وعلو مجرد مشترك)** أي بين الشريكين في السفل الأول كما في شرح المجمع، وتظهر ثمرته على قولهما، تدبر قوله: **(وقسم بالقيمة)** لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخذه بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلاً أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة. هداية قوله: **(عند محمد)** وعندهما يقسم بالذارع، ثم اختلفا، فقال الإمام: ذارع من سفل بذراعين من علو، وقال الثاني: ذراع بذراع، وبيانه في الهداية وشروحها، ثم الاختلاف في الساحة. أما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقاً كما في الجوهرة والإيضاح قوله:

لحقه (تقبل) وإن قسما بأجر في الأصح. ابن ملك (ولو شهد قاسم واحد لا) لأنه فرد.

(ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً) وقع (في يد صاحبه غلطاً وقد) كان (أقر بالاستيفاء) أو لم يقرّ به ذكره البرجندي (لم يصدق إلا ببرهان) أو إقرار الخصم أو نكوله، فلو قالا إلا بحجة لعمت، ولا تناقض لأنه اعتمد على فعل الأمين ثم

(تقبل) لأنهما شهدا بالاستيفاء وهو فعل غيرهما لا بالقسمة. وفي الجوهرة: هذا قولهما، وقاسم القاضي وغيره سواء قوله: (وإن قسما بأجر في الأصح) مثله في الجوهرة معزو للمستصفى، وذكر قبله أن عند محمد لا تقبل في الوجهين لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز. وأما إذا قسما بالأجر فلأن لهما منفعة إذا صحت القسمة الخ قوله: (أو لم يقرّ به) أقوله: هذا يفهم بالأولى من جهة أنه يصدق بالبرهان فإن لم يتناقض أصلاً. فإذا صدق به مع الإقرار فمع عدمه بالأولى، وإنما احتيج للبرهان هنا أيضاً لما في الخانية من أن الظاهر وقوع القسمة على وجه المعادلة فلا تنقض إلا ببينة، وإن لا بينة فبالنكول قوله: (أو نكوله) فلو كانوا جماعة ونكل واحد جمع نصيبه مع نصيب المدعي وقسم بينهما على قدر أنصبائهما كما في الهداية قوله: (فلو قال الخ) قال في القاموس: البرهان الحجة، فلا فرق حينئذ، إذ كل منهما يعم البينة وإقرار الخصم أو نكوله. رحمتي قوله: (ولا نناقض الخ) جواب عن قول صاحب الهداية: ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه، وإليه أشار من بعد اهـ: أي أشار القدوري إليه بقوله بعده: وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء أصابني من كذا إلى كذا الخ فإنه يفيد أنه لو أقر فلا تحالف. وما ذاك إلا لعدم صحة الدعوى بسبب التناقض، وأقره الشراح على هذا البحث.

واستدلوا له بما يأتي متناً وشرحاً عن الخانية: وبما في المبسوط: اقتسما الدار وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادّعى أحدهما بيتاً في يد صاحبه لم يصدّق إلا أن يقرّ به صاحبه لأنه متناقض، ووفق ابن الكمال يحمل الحجة على الإقرار، وزاد القهستاني: أو يراد بالغلط الغصب اهـ.

وقال صدر الشريعة: وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره. ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق اهـ. ومثله في الدرر، وهو الذي ذكره الشارح، وأخذ منه في الحامدية توفيقاً حسناً بحمل ما في المتن على ما إذا باشر القسمة غيره، وما في الخانية والمبسوط على ما إذا باشر القسمة بنفسه بدليل قول المبسوط: اقتسما فإن ظاهره أنه بأنفسهما. تأمل وظاهر كلام صدر الشريعة أنهما روايتان فلا حاجة إلى التوفيق، بل الأهم الترجيح. فتقول: عامة المتون على ما مشى عليه المصنف، وهي الموضوعة لنقل المذهب، ولما عليه الفتوى. وعبارة متن المواهب: تقبل بينته، وقيل لا. وفي الاختيار: وقيل لا تقبل دعواه للتناقض، فأفادا عدم

ظهر غلطه **(وإن قال قبضته فأخذ شريكي بعضه وأنكر)** شريكه ذلك **(حلف)** لأنه منكر **(وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء أصابني من ذلك كذا إلى كذا ولم يسلمه إليّ)** وكذبه شريكه **(تحالفا وتفسخ القسمة)** كالاختلاف في قدر المبيع.

(ولو اقتسما داراً وأصاب كلًّا طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه من نصيبه وأنكر الآخر فعليه البينة) لأنه مدّع **(وإن أقاماها فالعبرة لبينة المدعي)** لأنه خارج، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وفسخت، وكذا لو اختلفا في الحدود **(وإن استحق بعض معين من نصيبه لا تفسخ القسمة اتفاقاً)** على الصحيح **(وفي استحقاق بعض شائع في الكل تفسخ)** اتفاقاً **(وفي)** استحقاق **(بعض شائع من**

اعتماد الثانية. وفي البزازية: وإن أقرّ وبرهن لا تصح الدعوى إلا على الرواية التي اختارها المتأخرون أن دعوى الهزل في الإقرار تصح ويحلف المقر له على أنه ما كان كاذباً في إقراره اهـ.

قلت: وقدم الشارح في كتاب الإقرار قبيل باب الاستثناء أنه بها يفتى، لكن تبقى المنافاة بين هذا وبين مفهوم ما يأتي متناً كما أشار إليه في الهداية، وما ذكره صدر الشريعة لا يدفع المنافاة، لأن هذا الأقرار إن كان مانعاً من صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتناء سماعها على صحة الدعوى، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا كما في الحواشي السعدية. وقد يجاب بأن قولهم هنا وقد أقر بالاستيفاء صريح، وقولهم الآتي قبل إقراره بالاستيفاء مفهوم، والمصرح به أن الصريح مقدم على المفهوم، فليتأمل قوله: **(لأنه منكر)** أي والآخر يدعي عليه الغصب قوله: **(وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء)** المراد أنه لم يحصل منه إقرار أصلًا. ط عن الشرنبلالية قوله: **(أصابني من ذلك كذا إلى كذا)** الأولى حذف لفظ ذلك كما عبر في الغرر قوله: **(تحالفاً وتفسخ القسمة)** لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بها. هداية قوله: **(ولو اقتسما داراً الخ)** هذه عين قوله فيما مر «ولو ادعى الخ» إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخر عليها. كفاية قوله: **(لأنه خارج)** فترجع بينته على بينة ذي اليد كما مر في محله قوله: **(وإن كان قبل الإشهاد)** مفهوم قوله «وأصاب كلا طائفة» فإن المراد وأشهدوا على ذلك اهـ ح قوله: **(وكذا لو اختلفا في الحدود)** بأن قال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبه وقال الآخر كذلك وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما مر، وإن قامت لأحدهما بينة قضى له، وإن لم تقم لواحد تحالفا كما في البيع. هداية وكفاية قوله: **(وإن استحق بعض معين الخ)** قيد بالبعض لأنه لو استحق جميع ما في يده يرجع بنصف ما في يد شريكه كما في شرح المجمع قوله: **(على الصحيح)** الأولى أن يقول «على الصواب» كما يظهر من كلام شراح الهداية قوله: **(تفسخ اتفاقاً)** لأنه لو بقيت لتضرّر المستحق بتفرق نصيبه في النصيبين، بخلاف النصيب الواحد إذ لا ضرر. أفاده في الهداية

نصيبه لا تفسخ) جبراً خلافاً للثاني **(بل)** المستحق منه **(يرجع)** بحصة ذلك **(في نصيب شريكه)** إن شاء أو نقض القسمة دفعاً لضرر التشقيص.

قلت: قد بقي هاهنا احتمال آخر، وهو أن يستحق بعض من نصيب كل واحد، فإن كان شائعاً فسخت، وإن كان معيناً، فإن تساويا فظاهر، وإلا فالعبرة لذلك الزائد كما مر فلذا لم يفردوها بالذكر.

(ظهر دين في التركة المقسومة تفسخ) القسمة **(إلا إذا قضوه)** أي الدين **(أو**

قوله: **(لا تفسخ جبراً)** أي على المتسحق منه لأن له الخيار قوله: **(خلافاً للثاني)** فعنده تفسخ لأجل المستحق، لأنه ظهر أنه شريك ثالث بلا رضاه باطلة، وأشار إلى أن قوله محمد كقول الإمام وهو الأصح كما في الهداية قوله: **(بل المستحق منه يرجع الخ)** يوهم أنه في الأولى ليس كذلك، فلو قال كابن الكمال وإن استحق بعض حصة أحدهما مشاع أو لا لم تفسخ ورجع بقسطه في حصة شريكه أو نقضها وتفسخ في بعض مشاع في الكل لكان أخصر وأظهر قوله: **(أو نقض القسمة)** هذا إذا لم يكن باع شيئاً مما في يده قبل الاستحقاق، وإلا فله الرجوع فقط كما أفاده في الهداية قوله: **(قلت الخ)** هذه العبارة لابن الكمال ملخصة من كلام صدر الشريعة المذكور في المنح قوله: **(فإن كان شائعاً)** كالنصف مما في يد كل مشاعاً أو نصف أحدهما وربع الآخر فهذا صادق على التساوي والتفاوت، بخلاف الشيوع في الكل في المسألة السابقة فإنه على التساوي فقط، كما لو اقتسما داراً مثالثة فاستحق نصفها مشاعاً فله نصف ما في يد كل، لكن الحكم في كل الشيوعين واحد وهو الفسخ لما قدمناه، فافهم قوله: **(فإن تساويا فظاهر)** أي أنه لا فسخ ولا رجوع، كما لو استحق من نصيب كل خمسة أذرع قوله: **(وإلا)** أي إن لم يتساويا كأربعة من أحدهما وستة من الثاني: فلا فسخ أيضاً لعدم الضرر على المستحق كما قدمناه، ويرجع الثاني على الأول بذراع لأنه زاد عليه به قوله: **(فلذا الخ)** تفريع على قوله كما مر: أي لما شابهت هذا المسائل ما مر في الأحكام لم يفردوها بالذكر لفهمها من العلل السابقة، أما الفسخ في الشائع وعدمه في المعين فللضرر على المستحق وعدمه كما علمته، وأما الرجوع على الشريك عند عدم التساوي فإنه يعلم من قوله «يرجع في نصيب شريكه» أي ليصل كل إلى حقه بلا زيادة لأحدهما على الآخر، ومقتضاه أن له نقض القسمة أيضاً دفعاً لضرر التشقيص، وأما عدم الرجوع عند التساوي فظاهر لأنه لم يزد أحدهما على الآخر بشيء فافهم.

تتمة: إذا جرت القسمة في دارين أو أرضين وأخذ كل واحدة ثم استحقت إحداهما بعد ما بنى فيها صاحبها يرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء، قيل هذا قول الإمام لأن عنده قسمة الجبر لا تجري في الدارين فكانت في معنى البيع، والأصح أنه قول الكل خانية، ولو في دار لم يرجع. تاترخانية قوله: (: **ظهر دين الخ)** ومثله لو ظهر موصى له

أبرأ الغرماء ذمم الورثة أو يبقى منها) أي من التركة **(ما يفي به)** لزوال المانع **(ولو ظهر غبن فاحش)** لا يدخل تحت التقويم **(في القسمة)** فإن كانت بقضاء **(بطلت)** اتفاقاً لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد **(ولو وقعت بالتراضي)** تبطل أيضاً **(في الأصح)** لأن شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافاً لتصحيح الخلاصة . . .

قلت: فلو قال: كالكنز تفسخ لكان أولى **(وتسمع دعواه ذلك)** أي ما ذكر من الغبن الفاحش **(وإن لم يقر بالاستيفاء، وإن أقر به لا)** تسمع دعوى الغلط والغبن للتناقض، إلا إذا ادعى الغصب فتسمع دعواه. وتمامه في الخانية.

بألف مرسلة فتفسخ إلا إذا قضوه لتعلق حق الدائن والموصى له مرسلاً بالمالية، بخلاف ما إذا ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع فقال الورثة نقضي حقه ولا تفسخ القسمة لتعلق حقهما بعين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما كما في النهاية، لكن هذا إذا كانت القسمة بغير قاض، فلو به فظهر وارث وقد عزل القاضي نصيبه لا تنقض وكذا لو ظهر الموصى له في الأصح كما في التاترخانية قوله: **(ذمم الورثة)** كذا في الدرر. قال ط: فيه أن الدين تعلق بعين التركة بعد تعلقه بذمة الميت اهـ.

تتمة: أجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين له نقضها، وكذا إذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم، إلا أن يكون بشرط براءة الميت لأنها تصير حوالة فينتقل الدين عليه وتخلو التركة عنه وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين كما بسطه في البزازية وغيرها قوله: **(ولو ظهر غبن فاحش في القسمة)** أي في التقويم للقسمة، بأن قوّم بألف فظهر أنه يساوي خمسمائة، قيد بالفاحش لأنه لو يسيراً يدخل تحت تقويم المقوّمين لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينته كما في المنح قوله: **(خلافاً لتصحيح الخلاصة)** من أنه لا تسمع دعواه. قال المصنف في المنح: والصحيح المعتمد ما قدمناه عن الكافي وقاضيخان، وبه جزم أصحاب المتون وصححه أصحاب الشروح، وبه أفتيت مراراً قوله: **(قلت الخ)** مأخوذ من حاشية الرملي حيث قال: وقوله بطلت. قال في الكنز: ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ، وفي متن الغرر تبطل، فتبعه بقوله هنا بطلت فيفهم ظاهره أنها تحتاج إلى الفسخ مع أن الأمر بخلافه، فكان ينبغي له موافقته دون متن الغرر اهـ.

أقول: وفيه نظر يدل عليه قول الخانية تسمع دعواه في الغبن، وله أن يبطل القسمة كما لو كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح، فمقتضاه أنها تحتاج إلى الفسخ، وأن معنى تبطل وبطلت له إبطالها، وبه يشعر قول الكنز تفسخ حيث لم يقل تنفسخ، والظاهر أن لفظة «لا» ساقطة من قلم الرملي قبل قوله تحتاج. تأمل قوله: **(لا تسمع دعوى الغلط)** تقدم الكلام عليه مستوفى وأنه مخالف للمتون قوله: **(وتمامه في الخانية)** ذكر عبارتها في المنح

(ادعى أحد المتقاسمين) للتركة **(ديناً في التركة صح)** دعواه لأنه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة **(ولو ادعى عيناً)** بأي سبب كان **(لا)** تسمع للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بالشركة. وفي الخانية: اقتسموا داراً أو أرضاً ثم ادعى أحدهم في قسم الآخر بناء أو نخلاً زعم أنه بناه أو غرسه لم تقبل بينته.

(وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية في نصيب الآخر ليس له أن يجبره على قطعها، به يفتى) لأنه استحق الشجرة بأغصانها اختيار.

(بنى أحدهما) أي أحد الشريكين **(بغير إذن الآخر)** في عقار مشترك بينهما **(فطلب شريكه رفع بنائه قسم)** العقار **(فإن وقع)** البناء **(في نصيب الباني فيها)** ونعمت **(وإلا هدم)** البناء، وحكم الغرس كذلك. بزازية.

قوله: **(صح دعواه)** فتنقض القسمة إلا بالقضاء أو الإبراء كما مر، ولو كان باع أحدهم حصته بطل البيع كالقسمة كما في الخانية قوله: **(لتعلق الدين بالمعنى)** وهو مالية التركة، ولذا كان لهم أن يقضوا الغريم ويستقلوا بها كما مر قوله: **(بأيّ سبب كان)** أي بشراء أو هبة أو غير ذلك. ونقل السائحاني عن المقدسي: اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل هذا المعين له، إن كان قال في صغري يقبل، وإن مطلقاً لا اهـ. لأن التناقض في موضع الخفاء عفو كما مر في محله قوله: **(إذ الإقدام على القسمة)** قيد به لأنها إذا كانت جبراً على المدعي تسمع دعواه ولا يكون تناقضاً. رملي قوله: **(لم تقبل بينته)** لدخول البناء والنخل تبعاً، فلو اقتسموا شجراً أو بناء فادعى أحدهم الأرض كلها أو بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركاً دون الأرض.

ففي الخلاصة وغيرها: لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره أو اشتر مني لا يكون دفعاً لجواز كون الشجر له والثمرة لغيره وهي واقعة الفتوى، وأفتيت بسماعها لما ذكر. رملي ملخصاً قوله: **(ليس له أن يجبره على قطعها)** أي الأغصان. قال في الخانية: كما لو وقع في قسم أحدهما حائط عليه جذوع للآخر فإنه لا يؤمر برفعه قوله: **(لأنه استحق الشجرة بأغصانها)** أي على هذه الحالة ط قوله: **(بغير إذن الآخر)** وكذا لو بإذنه لنفسه لأنه مستعير لحصة الآخر، وللمعير الرجوع متى شاء. أما لو بإذنه للشركة يرجع بحصته عليه بلا شبهة. رملي على الأشباه قوله: **(وإلا هدم البناء)** أو أرضاه بدفع قيمته. ط عن الهندية.

أقول: وفي فتاوى قارىء الهداية: وإن وقع البناء في نصيب الشريك قلع وضمن ما نقصت الأرض بذلك اهـ. وقد تقدم في كتاب الغصب متناً أن من بنى أو غرس في أرض غيره أمر بالقلع، وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أو غرس أمر بقلعه إن نقصت الأرض

(القسمة تقبل النقض، فلو اقتسموا وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح) وعادت الشركة في عقار أو غيره، لأن قسمة التراضي مبادلة ويصح فسخها ومبادلتها بالتراضي. بزازية.

(المقبوض بالقسمة الفاسدة) كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو غيره **(يثبت الملك ويفيد)** جواز **(التصرف فيه)** لقابضه ويضمنه بالقيمة **(كالمقبوض بالشراء الفاسد)** فإنه يفيد الملك كما مر في بابه **(وقيل لا)** يثبته جزم بالقيل في الأشباه، وبالأول في البزازية والقنية.

(ولو تهايآ في سكنى دار) واحدة

به، والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك. تأمل قوله: **(في عقار أو غيره)** لم أر هذا التعميم لغيره وإن كان ظاهر المتن، لأن المصنف عزاه للبزازية. وعبارتها: قسموا الأراضي وأخذوا حصتهم الخ، فهو خاص بالعقار كما يظهر قريباً قوله: **(لأن قسمة التراضي)** كذا في غالب النسخ، وفي بعضها الأراضي وهو الذي في المتن، وهكذا رأيته في البزازية وغيرها. وعلل في الذخيرة بأن القسمة في غير المكيل والموزون في معنى البيع فكان نقضها بمنزلة الإقالة اهـ.

أقول: والظاهر منه أن القسمة في المثلي لا تنتقض بمجرد التراضي لأنها ليست بعقد مبادلة، لأن الراجح فيه جانب الإفراز كما مر. نعم إذا خلطوا ما قسموه من المثلى برضاهم تجددت شركة أخرى، وبه ظهر ما ذكرناه آنفاً. تأمل قوله: **(ومبادلتها)** عبارة البزازية: وإقالتها قوله: **(جزم بالقيل في الأشباه)** لكن اعترضه البيري بأنه مبني على ما ظنه من أن الباطل والفاسد في القسمة سواء، والمنقول خلافه. ونقل الحموي عن المصنف أنه لم يطلع على ما ذكره في الأشباه، وذكر هو أيضاً أنه لم يقف عليه وأنه يحتمل أنّ لا وقعت سهواً. ثم قال: وعلى كل فالفتوى والعمل على أنها تملك بالقبض لأنه هو المنقول في كتب المذهب وغيره لم يطلع عليه إلا في عبارة الأشباه مع ما فيها من الاحتمال فلا يصح أن يعوّل عليها اهـ.

أقول: والعجب من المصنف حيث ذكره في متنه بعد قوله «لم أطلع عليه» وكان في سعة من عدم ذكره ولا سيما المتون مبنية على الاختصار وموضوعة عليه الفتوى.

تتمة: اقتسموا أرضاً موقوفة بتراضيهم ثم أراد أحدهم بعد سنين إبطال القسمة له ذلك، لأن قسمتها بين الموقوف عليهم لا تجوز عند الجميع. حاوي الزاهدي. وفيه: أرض قسمت فلم يرض أحدهم بنصيبه ثم زرعه لم يعتبر لأن القسمة ترتد بالرد قوله: **(ولو تهايآ)** الهيئة: الحالة الظاهرة للمتهيىء للشيء، والتهايؤ تفاعل منها. وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، والمهايأة بإبدال الهمزة ألفاً لغة، وهي في لسان الشرح:

يسكن وهذا بعضاً وذا بعضاً أو هذا شهراً وذا شهراً **(أو دارين)** يسكن كل داراً **(أو في خدمة عبد)** يخدم هذا يوماً وذا يوماً **(أو عبدين)** يخدم هذا هذا والآخر الآخر **(أو في غلة دار أو دارين)** كذلك **(صح)** التهايؤ في الوجوه الستة استحساناً اتفاقاً، والأصح أن القاضي يهايىء بينهما جبراً بطلب أحدهما، ولا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما، ولو طلب أحدهما القسمة فيما يقسم بطلت،

قسمة المنافع، وإنها جائزة في الأعيان المشتركة التي يملك الانتفاع بها على بقاء عينها. وتمامه في شرح الهداية قوله: **(يسكن هذا بعضاً الخ)** أشار إلى أن التهايؤ قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان، والأول متعين في العبد الواحد ونحوه كالبيت الصغير، ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها يأمر القاضي بأن يتفقا لأنه في المكان أعدل لانتفاع كل في زمان واحد، وفي الزمان أكمل لانتفاع كل بالكل، فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق، فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة. هداية. وقيد بالزمان لأن التسوية في المكان تمكن في الحال بأن يسكن هذا بعضاً والآخر بعضاً، أما الزمان فلا تمكن إلا بمضيّ مدة أحدهما. كفاية.

أقول: لكن قد يقع الاختلاف في تعيين المكان فينبغي أن يقرع. تأمل. قال الرملي: ولو تشاحا في تعيين المدة مثلاً بأن قال أحدهما سنة بسنة والآخر شهر بشهر لم أره، والظاهر تفويضه للقاضي. ولا يقال: يأمرهما بالإنفاق كالاختلاف من حيث الزمان والمكان لأن مع كل وجهاً فيها، بخلافه هنا، وإن قيل يقدم الأقل حيث لا ضرر بالآخر لأنه أسرع وصولاً إلى الحق فله وجه. تأمل اهـ.

تنبيه: في الهداية: لكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة وإن لم يشرط ذلك لحدوث المنافع على ملكه اهـ. قال السائحاني: أفاد في التاترخانية أن تهايؤ المستأجرين صحيح غير لازم، وإن شرطا على المؤجر أن لأحدهما مقدم الدار وللآخر مؤخرها فسد العقد، ولو لم تسع سكناهما وأحدهما ساكن وطلب الآخر التهايؤ زماناً يجاب كما في حيطان الخانية اهـ قوله: **(كذلك)** أي يأخذ هذا شهراً والآخر شهراً، أو يأخذ هذا غلة هذه والآخر غلة الأخرى قوله: **(ولا تبطل بموت أحدهما الخ)** لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في الاستئناف. زيلعي. وإذا تهايأ في مملوكين استخداماً فمات أحدهما أو أبق انتقضت، ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة أيام نقص من الشهر الآخر ثلاثة أيام، ولو زاد ثلاثة لا يزيد الآخر، ولو أبق الشهر كله واستخدم الآخر فيه فلا أجر ولا ضمان، ولو عطب أحد الخادمين أو انهدم المنزل من السكنى أو احترق من نار أوقدها فلا ضمان. تاترخانية قوله: **(بطلت)** عبارة الهداية: يقسم وتبطل المهايأة، وقد أفاد أنه لو طلب أحدهما المهايأة والآخر القسمة يجاب الثاني كما في الهداية. وفي التاترخانية: أجر

ولو اتفقا على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحساناً، بخلاف الكسوة، وما زاد في نوبة أحدهما في الدار الواحدة مشترك لا في الدارين، وتجوز في عبد ودار على السكنى والخدمة وكذا في كل مختلفي المنفعة. ملتقى. وتمامه فيما علقته عليه.

(ولو) تهايآ (في غلة عبد أو في غلة عبدين أو) تهايآ (في غلة بغل أو بغلين أو) في (ركوب بغل أو بغلين أو) في (ثمرة شجرة أو) في (لبن شاة لا) يصح في المسائل

كل منهما الدار التي في يده فأراد أحدهما نقض المهايأة وقسمة رقبة الدار له ذلك إذا مضت مدة الإجارة، وذكر قبله: لكل نقض المهايأة ولو بلا عذر في ظاهر المذهب. قال الحلواني: هذا إذا قال أريد بيع نصيبي أو قسمته، أما لو أراد عود المنافع مشتركة فلا. وقال شيخ الإسلام: ما في ظاهر الرواية من أن له نقضها ولو بلا عذر إذا جصلت بتراضيهما، فلو بالقضاء فلا ما لم يصطلحا، لأنه في الأول يحتاج إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء قوله: **(ولو اتفقا الخ)** وكذا لو سكتا فطعام كل مخدومه استحساناً، وفي القياس عليهما، وقوله «بخلاف الكسوة» فيه تفصيل، إن لم يبينا مقداراً معلوماً لا يجوز، وإن بينا يجوز استحساناً، أما الطعام فجائز اشتراطه على من يخدم، وإن لم يبين مقداره استحساناً، أفاده ط عن الهندية قوله: **(وما زاد الخ)** أي من الغلة وهو مرتبط بقول المصنف: «أو في غلة دار أو دارين» قوله: **(مشترك)** لتحقيق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة، لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال. هداية.

أقول: ظهر من هذا أن زيادة الغلة في نوبة أحدهما لا تنافي صحة المهايأة والجبر عليها، ويتأمل هذا مع ما في فتاوى قارىء الهداية أن السفينة لا يجبر على التهايؤ فيها حملاً ولا استغلالاً من حيث الزمان بأن يستغلها هذا شهراً والآخر شهراً بل يؤجرانها والأجرة لهما اهـ. وعلله بعضهم بأنه قد تكون غلة شهر أزيد من غلة آخر فلا يوجد التساوي اهـ. ولعل المراد لا يجبر على وجه يختص كل منهما بالزائد من الغلة وإلا فهو مشكل، فليتأمل قوله: **(لا في الدارين)** لأن فيهما معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضاً وجعل كل منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه. هداية قوله: **(على السكنى والخدمة)** بأن يسكن أحدهما الدار سنة ويستخدم الآخر العبد سنة، وعلى الغلة باطلة عنده خلافاً لهما. ذخيرة. قال في الدر المنتقى: الجواز في المتحد، ففي المختلف أولى قوله: **(وكذا في كل مختلفي المنفعة)** قال في الدر المنتقى: كسكنى الدور وزرع الأرضين وكحمام ودار كما في الاختيار قوله: **(وتمامه الخ)** هو ما ذكرناه قوله: **(لا يصح في المسائل الثمان)** لكن الثانية والرابعة والخامسة والسادسة عند الإمام والباقي بالاتفاق كما أوضحه في المنح.

الثمان. وحيلة الثمار ونحوها أن يشتري حظ شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه، إذ قرض المشاع جائز.

فروع: الغرامات إن كانت لحفظ الأملاك فالقسمة على قدر الملك، وإن لحفظ

قال في الدرر: أما في عبد أو بغل واحد فلأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء، فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة، بخلاف الدار الواحدة لأن الظاهر عدم التغير في العقار، وأما في عبدين أو بغلين فلأن التهايؤ في الخدمة جوّز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنها تقسم، وأما في ركوب بغل أو بغلين فلتفاوته بالراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه، وأما في ثمرة شجرة أو لبن شاة ونحوه فلأن التهايؤ مختص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها بخلاف الأعيان اهـ ملخصاً. ولو لهما جاريتان فتهايآ على أن ترضع إحداهما ولد أحدهما والأخرى ولد الآخر جاز، لأن لبن الآدمي لا قيمة له فجرى مجرى المنافع. منح قوله: **(ونحوها)** أي من الأعيان التي لا تجري فيها المهايأة.

أقول: ومنها عدة الحمام كالمزبلة والحمير والمناشف ونحوها، فتنبه له فإنه مما يغفل عنه قوله: **(أن يشتري حظ شريكه)** أي من الشجرة والشاة كما في الكفاية لا من الثمرة، فافهم قوله: **(ثم يبيع كلها)** أي حصته وما اشتراه من شريكه، فافهم قوله: **(أو ينتفع باللبن)** هذا مقابل لقوله أن يشتري لكنه ناظر إلى الشاة: أي إما أن يشتري حظه من الشاة، وإما أن يستقرض لبنها فلا يصح عطفه بالواو، فافهم قوله: **(بمقدار معلوم)** بأن يزن ما يحلبه كل يوم حتى تفرغ المدة ثم يستوفي صاحبه مقداره في نوبته. وفي الخانية: تواضعاً في بقرة على أن تكون عند كل منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنها كان باطلاً، ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعله صاحبه في حلّ لأنه هبة المشاع فيما يقسم، إلا أن يكون استهلكه فيكون إبراء عن الضمان فيجوز قوله: **(إذ قرض المشاع جائز)** ومنه ما في هبة النهاية: إذا دفع إليه ألفاً وقال خمسمائة قرضاً وخمسمائة شركة جاز، واعترض في السعدية بأن قرض المشاع وإن جاز لكن تأجليه لا يجوز. قلت: فيه نظر لأنه غير لازم لا غير جائز كما مر في بابه، فتدبر.

تتمة: لم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين. قال بعض مشايخنا: لا يجوز عند الإمام خلافاً لهما لتفاوت الناس في اللبس تفاوتاً فاحشاً. طوري عن المحيط قوله: **(إن كانت)** هذا أحد أقوال ثلاثة حكاها في الولوالجية وغيرها، ثانيها على الأملاك مطلقاً، ثالثها عكسه. بقي الكلام في معرفة ما هي لحفظ الأملاك وما هي لحفظ الرؤوس في زماننا وهو عسير، فإن الظلمة يأخذون المال من أهل قرية أو محلة أو حرفة مرتباً في أوقات معلومة وغير مرتب بسبب وبلا سبب. ورأيت في آخر قسمة الحامدية ما ملخصه موضحاً: ولم أر أحداً تعرّض للتفصيل غير المرحوم والدي علي أفندي العمادي، وهو أن

الأنفس فعلى عدد الرؤوس ولا يدخل صبيان ونساء، فلو غرّم السلطان قرية تقسم على هذا، ولو خيف الغرق فاتفقوا على إلقاء أمتعة فالغرم بعدد الرؤوس لأنها لحفظ الأنفس.

المشترك إذا انهدم فأبى أحدهما العمارة، إن احتمل القسمة لا جبر وقسم

القاعدة أنه إذا قطع النظر عن إضافة الأملاك إلى أهل القرية صار أهلها كالتركمان والعربان فلا يوزع عليهم إلا ما يطلبه السلطان من نحو التركمان كالعوارض وجريمة ما يتهمون به من سرقة أو قتل أو عدم مدافعة ذلك، وكالقيام بالضيف إلا نحو العلف لأنهم لا يزرعون، وما يأخذه الوالي من المشاهرة وما عداه مما يطلب بسبب الأملاك كالتبن والشعير والحطب والذخيرة فعلى الملاك بحسب أملاكهم اهـ. فتأمل قوله: (**ولا يدخل صبيان ونساء**) الظاهر أنه خاص فيما لحفظ الأنفس يرشد إليه التعليل. قال في الولوالجية: فإن لتحصين الأملاك فعلى قدرها لأنها لتحصين الملك فصارت كمؤنة حفر النهر، وإن لتحصين الأبدان فعلى قدر الرؤوس التي يتعرّض لهم لأنها مؤنة الرأس، ولا شيء على النساء والصبيان لأنه لا يتعرّض لهم اهـ. فتدبر قوله: (**ولو خيف الغرق الخ**) نقله في الأشباه عن فتاوى قارىء الهداية قوله: (**فاتفقوا الخ**) يفهم منه أنهم إذا لم يتفقوا على الإلقاء لا يكون كذلك بل على الملقى وحده، وبه صرح الزاهدي في حاويه. قال رامزاً: أشرفت السفينة على الغرق فألقى بعضهم حنطة غيره في البحر حتى خفت يضمن قيمتها في تلك الحال اهـ. رملي على الأشباه. وقوله في تلك الحال متعلق بقيمتها: أي يضمن قيمتها مشرفة على الغرق كما ذكره الشارح في كتاب الغصب ثم قال رملي: ويفهم منه أن لا شيء على الغائب الذي له مال فيها ولم يأذن بالإلقاء، فلو أذن بأن قال: إذا تحققت هذه الحالة فألقوا اعتبر إذنه اهـ قوله: (**بعدد الرؤوس**) يجب تقييده بما إذا قصد حفظ الأنفس خاصة كما يفهم من تعليله. أما إذا قصد حفظ الأمتعة فقط، كما إذا لم يخش على الأنفس وخشي على الأمتعة بأن كان الموضع لا تغرق فيه الأنفس وتتلف فيه الأمتعة فهي على قدر الأموال، وإذا خشي على الأنفس والأموال فألقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما، فمن كان غائباً وأذن بالإلقاء إذا وقع ذلك اعتبر ماله لا نفسه، ومن كان حاضراً بماله اعتبر ماله ونفسه، وما كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط، ولم أر هذا التحرير لغيري، ولكن أخذته من التعليل فتأمل. رملي على الأشباه. وأقره الحموي وغيره قوله: (**المشترك إذا انهدم الخ**) استثنى الشيخ شرف الدين منه مسألة، وهي جدار بين يتيمين خيف سقوطه وفي تركه ضرر عليهما ولهما وصيان فأبى أحدهما العمارة يجبر على البناء مع صاحبه، وليس كإباء أحد المالكين لرضاه بدخول الضرر عليه فلا يجبر وهنا الضرر على الصغير كما في الخانية، ويجب أن يكون الوقف كذلك اهـ. أبو السعود ملخصاً

وإلا بنى ثم آجره ليرجع بما أنفق لو بأمر القاضي، وإلا فبقيمة البناء وقت البناء له التصرف في ملكه وإن تضرر جاره في ظاهر الرواية. الكل في الأشباه، وفي المجتبى: وبه يفتى. وفي السراجية: الفتوى على المنع. قال المصنف: فقد اختلف الإفتاء، وينبغي أن يعوّل على ظاهر الرواية اهـ.

قوله: (**وإلا بنى الخ**) في حاشية الشيخ صالح على الأشباه: أطلق المصنف في عدم الجبر فيما لا يحتمل القسمة فشمل ما إذا انهدم كله وصار صحراء أو بقي منه شيء.

وفي الخلاصة: طاحونة أو حمام مشترك انهدم وأبى الشريك العمارة يجبر، هذا إذا بقي منه شيء، أما إذا انهدم الكل وصار صحراء لا يجبر، وإن كان الشريك معسراً يقال له أنفق ويكون ديناً على الشريك الخ. وفي الخلاصة أيضاً: ولو أبى أحدهما أن يسقي الحرث يجبر. وفي أدب القضاء من الفتاوى: لا يجبر ولكن يقال اسقه وأنفق ثم ارجع بنصف ما أنفقت اهـ. أبو السعود.

أقول: استفيد مما في الخلاصة أن عدم الجبر لو معسراً. تأمل. ولا يخفى أن نحو الحمام مما لا يقسم إذا انهدم كله وصار صحراء صار مما يقسم كما صرحوا به فلا يرد على إطلاق المصنف، لأن الكلام فيما لا يحتمل القسمة، فافهم. هذا، وظاهر كلام الخلاصة الثاني أن الجبر بنحو الضرب والحبس، وقد فسره في موضع آخر بأمر القاضي بأن ينفق ويرجع بنصفه، ومثله في البزازية: تأمل. وما ذكره الشارح سيأتي قريباً عن الوهبانية.

تتمة: زرع بينهما في أرضهما طلبا قسمته دون الأرض، فلو بقلا واتفقا على القلع جازت، وإن شرطا البقاء أو أحدهما فلا ولو مدركاً، فإن شرطا الحصاد جازت اتفاقاً أو الترك فلا عندهما وجازت عند محمد، وكذلك الطلع على النخيل على التفصيل، ولو طلبا من القاضي لا يقسمه بشرط الترك، وأما بشرط القلع فعلى الروايتين[1]، ولو طلب أحدهما منه لا يقسم مطلقاً. تاترخانية قوله: (**له التصرف في ملكه الخ**) إن أريد بالملك ما يعم ملك المنفعة شمل الموقوف للسكنى أو الاستغلال. أفاده الحموي قوله: (**قال المصنف الخ**) ونقله ابن الشحنة عن أئمتنا الثلاثة وعن زفر وابن زياد، وقال: وهو الذي أميل إليه وأعتمده، وأفتى به تبعاً لوالدي اهـ. وجعله في العمادية للقياس وقال: لكن ترك القياس في المواضع التي يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضرراً بيناً، وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اهـ. وهذا قول ثالث. قال العلامة البيري: والذي استقر عليه رأي المتأخرين أنه الإنسان يتصرف في ملكه وإن أضرّ بغيره ما لم يكن ضرراً بيناً، وهو ما يكون سبباً للهدم

---

(١) (محضة قوله فعلى الروايتين) أي في جواز مباشرة القاضي لمثل هذه القسمة من كل قسمة اشتملت على الضرر.

قلت: ومرّ في متفرقات القضاء وفي الوهبانية وشرحها: [الطويل]

وَلَـوْ زَرَعَ الإِنْـسَـانُ أُرْزاً بِـدَارِهِ فَلَيْسَ لِجَارٍ مَنْعُهُ لَوْ يُضَرَّرُ
وَحِيطَ لَهُ أَهْلٌ فَحُمِّلَ وَاحِدٌ وَلَا حمل فيهِ قَبْلُ لَيْسَ يُغَيرِ
وَمَا لِشَرِيكٍ أَنْ يُعَلِّيَ حَيْطَهُ وَقِيلَ التَّعَلِي جَائِزٌ فَيُعَمِّرُ

أو ما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية، والفتوى عليه اهـ.

وفي حاشية الشيخ صالح: والمنع هو الاستحسان، وهو الذي أميل إليه إذا كان الضرر بيناً اهـ. وبه أفتى أبو السعود مفتي الروم، وهو الذي عليه العمل في زماننا، ومشى عليه الشرنبلالي، وكذا المصنف في متفرقات القضاء، وارتضاه الشارح هناك. ثم قال: وبقي ما لو أشكل هل يضر أم لا؟ وقد حرر محشي الأشباه المنع قياساً على مسألة السفل والعلو أنه لا يتد إذا ضر، وكذا إن أشكل على المختار الخ قوله: (**وفي الوهبانية وشرحها**) الثلاثة الأول من الوهبانية والأربعة الباقية من نظم شارحها ابن الشحنة، لكنه ذكر الأخير بعد أبيات، فافهم قوله: (**ولو زرع الإنسان أرزاً الخ**) الأرز كقفل، وقد تضم راؤه وتشدد الزاي، وبعضهم يفتح الهمزة وبعضهم يحذفها، وهذا مبني على ظاهر الرواية، والفتوى على التفصيل. شرنبلالي قوله: (**وحيط**) جعله ابن الشحنة مجروراً بواو ربّ، والأولى رفعه مبتدأ وجملة «له أهل» أي أصحاب صفة له، وقوله: «فحمل واحد» أي وضع عليه جذوعه معطوف على متعلق الجار، وقوله: «ولا حمل فيه قبل» جملة حالية «وفي» بمعنى «على» أي لم يكن عليه جذوع قبل ذلك، وجملة «ليس يغير» خبر المبتدأ: أي ليس للشريك الآخر رفع ما حمله أحدهم. قال ابن الشحنة: وهذا لو الحائط يحتمل ذلك كما في البزازية، ويقال للآخر ضع أنت مثل ذلك إن شئت، وهذا بخلاف ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد على خشب صاحبه أو يتخذ عليه ستراً أو يفتح كوّة أو باباً فللآخر منعه لأن القياس المنع من التصرف في المشترك إلا أنا تركنا القياس في الأولى للضرورة، إذ ربما لا يأذن له شريكه فيتعطل عليه منفعة الحائط اهـ بمعناه قوله: (**وما لشريك الخ**) صورة ذلك: حائط بين رجلين قدر قامة أراد أحدهما أن يزيد في طوله وأبى الآخر فله منعه. ذخيرة وغيرها. وإلى ترجيحه لكونه رواية عن محمد[1] أشار بتقديمه، وتعبيره عن الثاني بقيل أفاده ابن الشحنة، ثم نقل تقييد المنع بما إذا كان شيئاً خارجاً عن العادة، ووفق به بين القولين، واعتمده ونظمه في بيت غير به نظم الوهبانية، وكأن الشارح لم يعول عليه لظهور الوجه للأول، لأنه تصرف المشترك بلا ضرورة فيبقى

(١) (قوله لكونه رواية عن محمد علة لقوله أشار أي إنما أشار إلى ترجيحه ولم يكتف بذكر مقابلة يقبل لكونه رواية عن محمد رحمه الله فكان مظنة للضعف.

وَمَمْنُوعُ قَسْمٍ عِنْدَ مَنْعِ مُشَارِكٍ مِنَ الرَّمِّ قَاضٍ مُؤَجِّرٍ فَيُعَمَّرُ
وَيُنْفَقُ فِي الْمُخْتَارِ رَاضٍ بِإِذْنِهِ وَيُمْنَعُ نَفْعاً مَنْ أَبَى قَبْلُ يخسَرُ
وَخُذْ مُنْفِقاً بِالإِذْنِ مِنْهُ كَحَاكِمٍ وَخُذْ قِيمَةً إِلَّا وَهَذَا الْمُحَرَّرُ

على الأصل من المنع، ولذا اقتصر عليه في الخانية في باب الحيطان وقال: ليس له الزيادة بلا إذن أضرّ الشريك أو لا. وفي الخيرية: ومثله في كثير من الكتب والفقه، فيه أنه يصير مستعملاً لملك الغير بلا إذنه فيمنع، وهذا مما لا شبهة فيه اهـ. فتنبه قوله: (وممنوع قسم) أي ما لا تمكن قسمته كالحمام، وقوله: «من الرم» متعلق بمنع: أي عند امتناع الشريك من الترميم، وقوله «قاض مؤجر» مبتدأ وخبر والجملة خبر المبتدإ وهو «ممنوع» يعني أن القاضي يؤجره ويعمره بالأجرة، وهذا أحد قولين حكاهما في الخانية قوله: (وينفق في المختار الخ) هذا هو القول الثاني. قال في الخانية: والفتوى عليه. قال ابن الشحنة: والمراد بالراضي الراضي بالرم والعمارة، يظهر ذلك من مقابلته بالآبي، وضمير إذنه للقاضي، وقبل يخسر: أي قبل أن يخسر للباني ما يخصه مما صرفه اهـ.

وحاصله: أنه ينفق الراضي بالترميم بإذن القاضي ويمنع الآبي من الانتفاع قبل أداء ما يخصه. وقال ابن الشحنة: ومفهوم التقييد بالرم أنه لو انهدم جميعه حتى صار صحراء لا يجري ما ذكر من الاختلاف كما صرح به في البزازية اهـ: أي لأنه يصير حينئذ مما يقسم كما قدمناه قوله: (وخذ منفقاً) بفتح الفاء اسم مفعول، وهذا زاده ابن الشحنة تفصيلاً لبيت من الوهبانية، وهو هذا: [الطويل]

وَذُو الْعُلْوِ لَمْ يَلْزَمْ لِصَاحِبِ سُفْلِهِ بِنَاهُ خَلَا مِنْ هَذِهِ مِنْهُ يَصْدُرُ

قال الشرنبلالي: عدى اللزوم إلى مفعولين بالهمزة في بناه وهو المفعول الأول وباللام في الثاني وهو لصاحب، ويقال هد البناء: إذا هدمه، والمسألة من الذخيرة: إذا انهدم السفل بغير صنع لا يجبر صاحبه على البناء، ويقال لذي العلو: إن شئت فابن السفل من مالك لتصل لنفعك، فإذا بناء بإذن القاضي أو أمر شريكه يرجع بما أنفق وإلا فبقيمة البناء وقت البناء، وهذا هو الصحيح المختار للفتوى، فيمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يأخذ ذلك منه جبراً. وأما إذا هدمه بصنعه فإنه يؤاخذ بالبناء لتفويته حقاً استحق وليصل صاحب العلو لنفعه، ونظم الشارح التفصيل. والتصحيح في بيت فقال: «وخذ منفقاً الخ» اهـ. ونقل الشارح ابن الشحنة هذا التفصيل في الجدار أيضاً فالضمير في «منه» لصاحب العلو أو الشريك في الجدار، وقوله: «كحاكم» على تقدير مضاف: أي كإذن حاكم، وقوله: «إلا» بكسر همزة إن الشرطية: أي إن لا إذن ممن ذكر، فافهم. وهذه المسألة هي التي قدمها الشارح عن الأشباه، وظاهر كلامه هناك عدم اختصاص الحكم بالسفل والجدار، والله تعالى أعلم.