بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكر أن من باع أو بيع له فلا شفعة له والصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان في الشراء غبن كان للصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له أن يأخذه للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت أن يأخذه بالشفعة لانه ليس ببائع فلا يمتنع وأما الوكيل فالمراد به ههنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر رحمهما الله أن تسليمه لا يصح أصلا لانه أتى بنقيض ما أمر به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فأبرأ الوكيل عن الدين وهما يقولان إنه توكيل بالشراء لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن لا يشتري فكذا هذا له أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ولو أقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأنه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا أن يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز مطلقا وقال زفر رحمه الله لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة والله أعلم بالصواب

﴿كتاب القسمة﴾

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء قال رحمه الله (هي جمع نصيب شائع في معين) وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبرا كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها بتفويت المنفعة فلا أدنى الى فوائتها الا ترى أن الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة والسنة لان عليا رضي الله عنه والسلام باشر هذا في الضياع والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه ايصال الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه قال رحمه الله (وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ) أي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهرة في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على أن فيها معنى الافراز والمبادلة أن ما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة الا أن معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أجزائه لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض

للافتراق

﴿كتاب القسمة﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسبب متقدم على المسبب اه اتقاني (قوله وهي جائزة بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه والرسول وانما يعلم الخمس من أربعة الاخماس بالقسمة اه اتقاني (قوله فامكن أن يجعل عين حقه) أي لاستوائهما في تعلق الحق والاعراض بهما اه اتقاني

(قوله وكذا لو كانا اشتريا) أي ثم اقتسما اه اتقاني (قوله جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة) أي بعد القسمة اه اتقاني (قوله سواء كان من ذوات الامثال أولا) قال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيار أجمع (ص ٣٠٣ ج ٣) وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية أبي حفص لا يثبت اه اتقاني قوله يثبت الخيار أجمع أقول لانها مبادلة من كل وجه كما قاله الشارح وقوله في القسمة الثانية يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية أقول انما ثبت له خيار العيب للحوق الضرر به بخلاف خيار الشرط والرؤية اذ لا فائدة في اثباتهما لعدم الضرر وفي قسمة غير المثليات يثبت خيار العيب بالاتفاق ويثبت خيار الرؤية والشرط أيضا على الصحيح قلت ولعل وجهه أن الغالب فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة ذوات الامثال فان معنى الافراز غالب والله الموفق اه (قوله وأبعد عن تهمة مواضعة الخ) قال في الهداية وأبعد عن التهمة اه أي تهمة

للافتراق قبل قبض أحدهما وضمين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الربا ولو كان غيره لما جاز اذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا جاز لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشتريا جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء الاحكام التي ذكرناها في المثلي الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الامثال أولا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى قال رحمه الله (وندب نصبه قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين فتكون كفايته في بيت المال لانه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء قال رحمه الله (والا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤس) أي ان لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدره القاضي أجر مثله كيلا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة ولان الفضل أن يرزق من بيت المال لانه أروح وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله بعدد الرؤس أي تجب عليهم الاجرة على عدد الرؤس ولا تتفاوت بتفاوت الانصباء وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء بيانه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بالامانة والعلم قال رحمه الله (ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا واقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله (ولا يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية

(ص ٣٠٤ ـ زيلعي خامس) الميل ان أحد المتقاسمين لسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة قاله السيد اه (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) أي بلا قاسم القاضي اه اتقاني (قوله جاز) أي لان الحق لهم اه نهاية (قوله الا اذا كان فيهم صغير) أي فلا تجوز القسمة حينئذ برا ضيهم لانه لا ولاية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم اه اتقاني وكتب ما نصه بخط قارئ الهداية رحمه الله تحت قوله صغيرا أو مجنونا أو غائبا اه

(قوله لانهم اذا اشتركوا يتواكلون) التواكل أن يكل بعضهم الامر الى البعض قاله الاتقانى رحمه الله (قوله عند أبى حنيفة) وقول مالك كقول أبى حنيفة ذكره أبو القاسم بن الجلاب البصرى اه غاية (قوله وقالا على قدر الانصباء) وبه قال الشافعى وأحمد وأصبغ المالكى اه عينى وكتب ما نصه وثمرة (٣٦٦) الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللآخر نصفه فأجرة القسام عليهم أثلاثا عنده وعندهما اسداسا اه غاية (قوله باعتبار كسور فيه) فلما كان كذلك لم يلتفت الى القلة والكثرة لان فى صعوبة كل خفاء فاعتبر أصل التمييز وهما فيه سواء كما فى السفر لما كان فى المشقة خفاء أدير الحكم على نفس السفر اه اتقانى (قوله فلا يلزمه) قال فى مختصر الاسرار قال أبو حنيفة أجرة القسام على عدد الرؤس دون الانصباء الا فى المكيل والموزون فانها تكون على عدد الانصباء اه اتقانى (قوله حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة الخ) وتقضى منها الديون ولهذا الوصى بعينه لانسان ثم مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة فيسلم كله له وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع فى قسمه فاذا تعدى المتصرف الى الميت بقطع حقه ليكن بد من اقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لان فى قسمته نظرا للميت لحفظ ماله لانه لو هلك هلك على الميت ولا هلاك فى العقار اه غاية ﴿فرع﴾ بعد ورقة فى الشرح اه ﴿فرع آخر﴾ الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملك الميت حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كانت الثمرة له حتى تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه اه بدائع فى القسمة (قوله لو كان مكان الوارث وصى) يعنى اذا اقر الوصى بدين على الميت يدعيه انسان يكلف المدعى اقامة البينة ويكون الوصى خصما له وان كان مقرا اه

لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم أجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشئ المشترك وكبناء الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر فتكون مؤنته عليه أكثر وهذا نظير زوائد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر كانت مؤنة العين عليه أكثر ولابى حنيفة رحمه الله أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره ألا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت ولو أطلقنا الجواب ولم نفرق بين أن يكون الكيل والوزن للقسمة أو لغيره وأوجبنا فى الكل على قدر الانصباء كان العذر له فيه ما ذكرنا من أن الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الائمة السرخسى ومال بعضهم الى الاول فأوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصباء وفى الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز وفى الغسل مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها للابقاء والملك فتتفاوت بتفاوته وفى البناء والتطيين الاجر مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز والزوائد تتولد من الملك فتستحق بقدر الملك وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الآخر قال رحمه الله (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه فى أيديهم والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقتسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا أو كان العقار مشترى وهذا لانهم لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يمتنع أمهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته فى حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابى حنيفة رحمه الله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم لان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان فى قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فأقر الوارث بذلك فأقام المدعى بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا فى حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصى والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان فى القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة حفظه وجعله

(قوله في المتن ويقسم في المنقول) قال الاتقاني قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقسمه لما ذكرنا في العقار اه (قوله في المتن والعقار المشترى) قال في الهداية ولو ادعوا أنهم اشتروه وقسمه بينهم قال الاتقاني هذا لفظ القدوري أيضا قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير أنه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك وجه الرواية الاولى

مضمونا على القابض فتمحضت القسمة اذ القاضي نصب ناظرا والعقار يحصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على الغير على أنه روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الاصول أن العقار المشترى أيضا لا يقسم لانه يحصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فسوى في هذه الرواية بين المشترى والموروث والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو أن القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا تكون قضاء على البائع لعدم ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع قال رحمه الله (ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك) أي يقسم في المنقول الموروث والعقار المشترى وفهما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة أما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق وأما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة انها في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون اما ملك الملك تتميما للمنفعة أو حق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها قال رحمه الله (ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما) أي لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة أن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع الصغير وقد بينا الوجه فيه والمصنف رحمه الله ذكر هذه المسئلة بعينها قبيل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي أن يبين اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا الا ان الصور متحدة غير أن فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله تبين الروايتان ولا يذكرون كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصور على أنه لا يليق في مثل هذا المختصر الاذكر احدى الروايتين قال رحمه الله (ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه) أي وكيل يقبض نصيب الغائب أو وصي يقبض نصيب الصبي لان في نصبه نظرا للصغير والغائب ولا بد من اقامة البينة عند أبي حنيفة رحمه الله لما بنا في المسئلة الاولى بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير أو الغائب على حجته قال رحمه الله (ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد وارث الغائب أو حاضر وارث واحد لم يقسم) أي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها أما اذا كانوا مشترين فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه

أن المبيع بعد القبض ليس على ملك البائع (١) فيه حق ملك فقسم بقولهم ووجه رواية الجامع الصغير أنهم اعترفوا بالملك للبائع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة كما لو ادعوا الميراث والفرق بينهما أن قسمة الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك تتعلق به أحكام كثيرة منها حلول الدين وعتق أمهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء اه (قوله ولم يذكروا كيف انتقل اليهم) يعني لم يذكر سبب الانتقال اليهم من الشراء والارث وغيرهما وذلك لان من في يده شيء فالظاهر أنه له فقبل قولهم في القسمة اه اتقاني (قوله وهذا رواية كتاب القسمة) أي من المبسوط اه اتقاني (قوله ثم قيل هو الخ) أي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله لم يقسمها حتى يقيما البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لا قوله لان عند أبي حنيفة في الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فههنا أولى اه اتقاني (قوله وقيل هو) أي قول محمد في الجامع الصغير اه (قوله في المتن ولو برهنا على الموت الخ) هذا اذا لم تكن الدار في يد الغائب أو شيء منها فاذا كان في يده شيء لم يقسمها وسيجيء بيانه بعد هذا اه اتقاني

(١) قول المحشي فيه حق ملك هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فتحرر اه مصححه

الورث ويدعليه فيما باعه هو ويصير مقرا بشراء الورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة الخصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب باخراج الشئ من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه أو في يد الصغير أو شئ منه لانه يكون قضاء على الغائب أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين أو الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقلما يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا وأما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا الا انه ان كان خصما عن نفسه فليس أحد يخصم عن الميت والغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وجه الظاهر أن التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا الارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى أجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي أن ينصب الاوصياء عن المرتى لا عن الاحياء واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر الا أنه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غائبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغائب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده وادعى لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه الله (وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لان فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال رحمه الله (وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم) وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار أو اضاعة للمال لان ذلك حرام ولا عنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من أقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال رحمه الله (وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط)

(قوله ولا فرق في هذا الفصل) أي في أنه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث (قوله اذا أقام الحاضرون البينة الخ) واليه ذهب صاحب الهداية حيث قال وان كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما معا منها شئ فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق اه غاية

(قوله كذا ذكر الخصاف) يعني في أدب القاضي اه (قوله والاصح ما ذكره الخصاف) قال في الهداية والاصح المذكور في الكتاب قال الاتقاني أي في مختصر القدوري وهو الاول أي المذكور في الكتاب هو المذكور أولا وهو أنه لا يقسم الا اذا طلب صاحب القليل لان في قسمته طلب العنت وهو المشقة وقال الاتقاني قبل هذا ما نصه (٣٦٩) وقال في الفتاوى الصغرى داران بين رجلين طلبا

أي صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى أهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد أن يمتنع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت في طلب الضرر على نفسه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الخصاف على عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم الى اضرار أنفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن أبي ليلى لا يقسم بطلب البعض الا اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المبادلة بينهم في المنفعة واذا أدت القسمة الى الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعتد ضررا فلا يبالى به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لان المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل أحد الى حقه قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييز أملاك القاضي الاجبار عليها قال رحمه الله (ولا يقسم جنسان وأطواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا الا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتبر التراضي دون جبر القاضي لان اجباره عليها على اعتبار التمييز وأما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة ألا ترى أنها لا يصلح خمير العين منها عوضا عما لين بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها للتفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كسائر الاجناس وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الافراز والتمييز فلا تكون قسمة وانما هي مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا شيأ يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتبين الربح

القسمة جميعا وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما مما ينتفع به فان القاضي يقسم ذلك بينهما لان الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لان الطالب متعنت مضر بالآخر وان كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلا بحيث لا يبقى منتفعا به بعد القسمة ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعا به بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فالقاضي يقسم وان طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعني في أدب القاضي وذكر الخصاف على عكس هذا وما ذكره الخصاف أصح وذكر في قسمة الواقعات داران بين شريكين لاحدهما كثير والآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق فان طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم وإليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا وبه أخذ شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام الاسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم وإليه ذهب شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وقال الحاكم الشهيد في مختصره انا كما أمنع القسمة اذا كان الضرر عليهما جميعا وان كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمته أيهما طلب القسمة الى هنا لفظ الحاكم اه غاية

(قوله أو اناثا فقط) فان كانوا ذكورا وإناثا (٣٢٠) لايقسم في قولهم الا برضاهم اه قاضيخان (قوله ذكره الخصاف) قال الخصاف

ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا تلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له أن يبيع مال غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحده ليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيره يقسم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شئ يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده وأما الحمام والبئر والرحا فلما ذكرنا من اسحاق الاضرار بالكل قال رحمه الله (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى رأي القاضي وهذا لان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركاء واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الرأي اليه ولابي حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا بخلاف ما اذا أذن بأن الجنس مختلف فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا تجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا وكذا اذا كانت في محلة أو محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت أيضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت قاضي شاسع من كل واحد منهما والدور في مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد رحمه الله أنها تقسم وأما الدور والقسمة أو الدور والحانوت لا تجوز لاختلاف الجنس ذكره الخصاف رحمه الله وقال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان أو بنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة قال رحمه الله (ويجعل القاسم ما يقسمه) أي على قرطاس ليمكنه حفظه قال رحمه الله (ويعدله) أي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لان تقدير المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية (١) ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويشرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرز أولم يمكن جاز قال رحمه الله (ويلقب الانصباء بالاول والثاني

في أدب القاضي ان كانت دار وأرض أو دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في أحد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدة الى هنا لفظ الخصاف رحمه الله وانما خص الخصاف بالذكر لان المسألة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي في مختصريهما اه غاية (قوله وهذا يدل على أنهما جنس واحد) أي فاذا كانا جنسا واحدا يقسمان قسمة واحدة (قوله في المتن ويلقب الانصباء بالاول الخ) قال العلامة حافظ الدين النسفي مؤلف المتن رحمه الله في شرح النافع المسمى بالمستصفى ما نصه قال الشيخ الامام شمس الدين الكردري صورته اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس يلقب النصف بالاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث فان خرج السدس أولا يدفع من السهم الاول وهو النصف فان خرج بعده النصف يضم الى ما يليه حتى يتم له النصف ويدفع الى صاحبه ثم ما بقي اه فقوله في المتن ثم خرج اسمه أولا فله السهم الاول ظاهر فيما اذا خرج أولا اسم صاحب الاول وهو النصف في هذا المثال أما اذا خرج أولا اسم صاحب الثاني وهو الثلث أو الثالث وهو السدس فليس له السهم الاول بل له من السهم الاول لا كله وهو ظاهر فتنبه والله الموفق اه والثالث

(١) قول الشارح ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء كذا في النسخ وصوابه العكس كما هو ظاهر اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه

والثالث ويكتب أسامهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) فالقرعة لتطييب قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولقب الانصباء ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته أن ينظر الى أقل الانصباء فيقدر به أجزاء السهام حتى اذا كان العقار مشتركا بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعله أسداسا لانه أقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس يلقب النصيب من أي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب أسامي الشركاء بطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا نشفت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى أن ينتهي الى الاخير فان خرج أولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان ثابتا قبل وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم النصيب وانما صير اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيأ لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فان هذه مشروعة كما أخبر الله تعالى حكايته عن يونس وزكريا عليهما الصلاة والسلام وهو القمار غير مشروع قال رحمه الله (ولا تدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم) لانه لا شركة فيها وانما يثبت به التعديل أيضا في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها الثوى ولان الجنسين المشتركين لا يقسم فاطلق عند عدم الاشتراك واذا كان أرضا وبناء فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الارض تقسم بالمساحة والمساحة هي الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع في نصيبه البناء أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالخل لاولاية له في المال ثم يملك قسمة الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه مقابلة البناء ما يساويه من العرصة فاذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا موافق رواية الاصل قال رحمه الله (وان قسم ولاحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه ان أمكن والا فسخت القسمة) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فان أمكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل فكانت القسمة مختلة فتبطل بالنسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد البيع فيما اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق أو من تسييل الماء لان المقصود من البيع قلك العين ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لانها تكميل المنفعة ولا يتصور الا بهما ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وهو ما اذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بان لا يتعلق حق بعضهم بنصيب غيره وقد أمكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه الا اذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه أثبت له بأبلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق على ملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق

(قوله فعن أبي يوسف أنه يقسم) أي كل ذلك اه (قوله ثم يرد من وقع في نصيبه البناء) أي دراهم على الآخر بقدر فضل البناء لانه أكثر قيمة من العرصة غالبا اه غاية (قوله أو من كان نصيبه أجود) أي سواء كان هو الذي أصاب البناء أو أصابه العرصة اه (قوله لا ولاية له في المال) أي مال اليتيم اه (قوله ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال) أي كمن اشترى جحشا أو مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز اه

(قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره) أي ذكر الحقوق اه (قوله أن يجعل عقابلة شئ من العلو) أي بان يجعل عقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان الذراع الواحد من البيت الكامل عقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد فاذا نسبت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد اه (قوله فيقابل السفل) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي العلو وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله فبقي العلو من البيت) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله يقابل الباقي من العلو المجرد) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله فاستويا الخ) فيجعل عقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل ويجعل عقابلة مائة ذراع من العلو المجرد خمسون ذراعا من السفل المجرد اه (قوله من السفل المجرد) أي وهو مائة ذراع اه (قوله قدر ثلثيه) أي وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله لان السفل منه) أي من الكامل (قوله فبقي الثلث) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله وتفسير قول أبي يوسف) قال الاتقاني وقول ابي يوسف أظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعا من البيت الكامل عقابلة مائة ذراع من العلو المجرد أو السفل المجرد اه

والسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق فيما اعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع بها عنهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم حتى افى نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في الساحة فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يرتفيه تور لوقوع الكفاية به في المرور قال رحمه الله (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد فقوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في أصل السكنى لا في المرافق ولمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع فيصل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعفي منفعة العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر التداوي فيه والسجن يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيها الا بالقيمة ثم قول محمد رحمه الله لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل عقابلة شئ من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فبقي العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا ويجعل عقابلة شئ من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد ثلاثة أتفاوتان فبقي الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل عقابلة شئ من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل عقابلة شئ من

قوله لتصحيح تصرفهما) أي فكانا متهمين اه (قوله لكن علق عتق عبده) أي بكلام رجلين فشهدا أنه قد كلمهما اه اتقاني قوله ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به اه اتقاني (قوله لانه غير لازم) أي صحة الرجوع قبل القبض (قوله بالاجماع) وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح فلذا أطلق في الكتاب اه عيني رحمه الله

السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو نصفه الآخر السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال رحمه الله (وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا) أي اذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما التصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع وانما مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما الى أنفسهما لان الخصوم توافقهما على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيأ في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق الا ببينة) لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره فلا يكون حجة على غيره قالوا وانما ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لانه مناقض وانما أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك الى أنه لو أشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا امتنع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فهنا لانه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه قال رحمه الله (وان قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) أي لو قال استوفيت حقي وأخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (وان لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فيما حصل به القسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لان دعوى الغبن لا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في الكافي وقال أبو جعفر الهندواني يجوز أن يقال لا تصح هذه الدعوى لان القسمة بمعنى البيع فلا تنقض لظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الاب والوصي ينقض بالغبن

(قوله ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر) أي فقال دفعته وأنكر المدفوع اليه اه اتقاني (قوله فلا يقبل الا بحجة) أي فاذا أقام البينة يقضي له بتمام حقه اه اتقاني (قوله فالواو ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا) قال الاتقاني قال صاحب الهداية ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه يعني أن البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لا تصح مع التناقض لانه أقر باستيفاء حقه ثم ادعى أنه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا وقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره أنه رقيق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا وترك ابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق في ذلك الا أن يقر صاحبه فعلم بهذا أن لا تقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا أشهدا على الوفاء فقد أقر

(٣٥ — زيلعي خامس) كل منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض اه (قوله كما في البيع) قال في الخلاصة وفي الاصل دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه أحدها دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمة أنصباء أنتم وأنتم قوموه بخمسمائة وهذه الدعوى غير صحيحة كدعوى الغبن في البيع فانه لا يصح هكذا ذكر في شرح الشافي قال الفقيه أبو الليث البلخي ان هذا غير مذكور في الاصل وان قيل تسمع فله وجه صحيح بخلاف دعوى الغبن في البيع وان قيل لا تسمع فله وجه صحيح كما في البيع وهو الصحيح

والامام خواهرزاده هكذا في نسخته ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر وهذا كله في القسمة بالتراضي فان كانت القسمة بقضاء القاضي فله فسخ والثاني لو قال نصيبي النصف وما وصل إلي الا الثلث والباقي في يدك وأنكر الآخر تحالفا وترادا كالبيع والثالث ادعى أحدهما على صاحبه انه أخذ من نصيبه شيأ بعد القسمة يقيم البينة فان لم يكن حلف الآخر وهذا اذا لم يقر بالاستيفاء أو بالابراء أما اذا أقر بالاستيفاء أو الابراء أو شهد شاهدان على ذلك لم تسمع دعواه اه (قوله وكذا لو اختلفا في الحدود) أي بأن قال هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه اه (قوله والصحيح أن الاختلاف في الشائع) أي في نصيب أحدهما اه (قوله وفي استحقاق بعض معين) (٣٧٤) أي من نصيب أحدهما اه قال الاتقاني رحمه الله قال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثا أو شراء فاقتسماها وأخذ أحدهما أربعين شاة تساوي خمسمائة وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أيضا فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسمائة درهم ويضرب فيه الآخر بخمسمائة درهم الاخمسة دراهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وهنا لا تنتقض القسمة بالاتفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شيء معين لا تنتقض القسمة وقد ورد على شاة بينهما فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقق المعادلة وتبين أن بينهما ألفا الا عشرة دراهم وقد وصل الى صاحب الستين خمسمائة والى صاحب الاربعين أربعمائة وتسعون وبقي له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين بخمسة دراهم وشريكه بأربعمائة وخمسة وتسعين اه وعند (قوله فهذه ثلاثة أوجه) قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه في استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق شيء شائع في النصيبين تنتقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا تنتقض القسمة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف اه (قوله بأن كان البعض المتقدم الخ) أي فاقتسما على أن يأخذ أحدهما لهما من النصف المقدم وهو نصف النصف وربع المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد ثلاثة أثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار والاعتبار ابتداء القسمة لا يقع بقاعها بالطريق الاولى اه

الفاحش ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني على المعادلة في القيمة ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة وان أقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضي لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج أولى وان أقام أحدهما بينة قضي له به وان لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع والله أعلم قال رحمه الله (ولو استحق بعض شائع من حظ رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف تفسخ القسمة هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب أحدهما بعينه والصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض معين لا يفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ بالاجماع ففيه ثلاثة أوجه ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو حفص ومع أبي يوسف فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح لابي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لم تقع فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل ولهما أن استحقاق جزء شائع يعدم به معنى القسمة وهو الافراز ألا ترى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعا كاستحقاق الكل شائعا بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المتقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما ما لهما من المتقدم والآخر المؤخر أو اقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المتقدم وبعض المؤخر يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شيء بعينه بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا بقاء لانهم لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصباء ولا ضرر بالمستحق هنا فوضح الفرق فاذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق نصيب أحدهم كله يرجع بها على الشركاء فكذا اذا استحق البعض اعتبارا للبعض بالكل ولهذا أن بنقض القسمة ان شاء فيما بقي لتبعيض الشقص لانه اذا رجع على الشركاء بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا فاستحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض

(قوله ولو اقتسم الورثة التركة الخ) في التركة دين وطلبوا من القاضي القسمة وهو يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا لا يقسم لانه لا ملك لهم وان كان غير مستغرق فالقياس كذلك وهو قول أبي حنيفة ولكنه استحسن وقال يقسم ما فضل عن دين يسير ولا يصح أن يقف عشرة آلاف بين عشرة فينتظر الغريمين ويوقف قدر الدين ولا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك عندهما وعنده يأخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوما للقاضي سألهم فان قالوا لا نقول قولهم ويقسم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ الذمة فلو ظهر دين نقض القسمة لانه تبين أن القسمة قبل أوانها فان أوانها بعد قضاء الدين كذا في المبسوط والذخيرة اه (قوله ولو كان الدين غير مستغرق الخ) وفي الذخيرة لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع وما أشبه ذلك ردت القسمة لانه ظهر أن في التركة شريكا آخر قد اقتسموا دونه وكذا لو ظهر الموصى له بالالف المرسلة لانا قد قلنا الورثة فيما نقضي حق الغرماء وحق الموصى له بالالف المرسلة أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك لان حق الوارث الآخر والموصى له بالثلث في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر

وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعفى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك قال رحمه الله (ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح) التهايؤ اعلم أن المهايأة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وهي في الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة فيما ذكره الشيخ استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة وأما السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤون في الركوب وما روي أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم أنه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال له عليه الصلاة والسلام ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شيء وان لبسته لم يكن عليك منه شيء أي بطريق المهايأة وهذا هو تفسير المهايأة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهايأة قسمة المنافع يصار اليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهايأة لادى الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الاعيان الا أن القسمة

الا برضاهم وحق الغريم والموصى له بالالف المرسلة في المال لا في عين التركة وفي ذلك مال الوارث والتركة سواء ولهذا قالوا لو كان مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم والموصى له بالالف نقض القسمة (قوله الا اذا بقي من التركة الخ) وتحرير هذا يأتي في آخر كتاب الصلح اه (قوله في المتن ولو تهايآ في سكنى دار الخ) شرع في المهايأة وهي قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقدم الاعيان لان العين أصل لكونه قائما بنفسه والمنافع أعراض لا تقوم بنفسها بل بالعين اه غاية (قوله ويختارها) يعني الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الآخر اه (قوله واجماع الامة) أي والمعقول اه

(قوله ولكم شرب يوم معلوم) أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنه شرع لنا ما لم يرد النسخ اه غاية (قوله وعلى جوازها اجماع الامة) وأما المعقول فلان الاعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا أيضا والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج الى التهايؤ تكميلا للانتفاع ولان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان فان قيل المهايأة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد فهي اجارة ولا يكره القاضي على الاجارة قلنا لا نسلم أنها اجارة لانه مستوف منفعة نفسه بل هي قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والآخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا تأتي القسمة الا من حيث الزمان اه غاية

(قوله لانه أبلغ) أي لان قسمة العين أبلغ من قسمة المنفعة في تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان الواحد وفي التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال في كتاب الصلح من الشامل ولكل واحد نقض المهايأة بلا عذر اذا لم يرد التعنت لانه بمنزلة العارية وقال في الكفاية طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم (٢٧٦) وفسخ المهايأة لان الاصل القسمة اه اتقاني (قوله جازت) أي سواء ذكر المدة أولا اه غاية (قوله لا مبادلة) ألا ترى انه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لاشترط ذلك لانه يكون قليل المنفعة بعوض كالاجارة ويشترط التأقيت في الاجارة اه غاية (قوله عارية الخ) العارية ما يكون بغير عوض وهنا بعوض اه (قوله وكذا التهايؤ في الزمان في عبد واحد) أي على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما اه (قوله بالاتفاق) أي على أحدهما اه (قوله ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل الخ) قال في الشامل تهايآ عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لانه يستتبع أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره فيجوز ولو تهايآ على أن يكون على كل واحد كسوتهما لا يجوز لان كسوتهما عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يديه وانه مجهول فلا يجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله وقيل) قائله الكرخي اه (قوله ولا يجبر اعتبارا بالقسمة) أي لان عنده قسمة الجبر لا تجوز في الدور فكذا في القسمة بطريق المهايأة اه غاية ﴿فرع﴾ مما يحفظ في الذخيرة أمتعة بين رجلين خلف كل صاحبه عليها فقال يجوز أحدهما عندك يوما وعندي يوما وقال الآخر بل نضعها على يدي عدل نجعل عند كل واحد منهما يوما ولا نضع على يدي عدل قال مشايخنا يحتاط في باب الفروج في جميع المسائل الا في هذه فانه لا يحتاط لحشمة ملكه اه معراج

أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بجنونهما لانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في الاستئناف ثم لو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة للربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه واغا قيل ذلك خشية الربا وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون افرازا للكل أو عارية في البعض والعارية أيضا غير لازمة والمهايأة لازمة وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه أنها افراز من كل وجه في المهايأة في المكان ولهذا لا يشترط فيها التأقيت ويجوز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهايأة على الظاهر شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهايأة في الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض نصيب شريكه فكان مبادلة من وجه واغا قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان وكذا لو تهايآ في الزمان في عبد واحد جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحملهما الامر هما القاضي بالاتفاق لان التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفي الزمان أكمل لان كل واحد ينتفع في فوريته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ في عبدين على الخدمة جاز أما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند أبي حنيفة فروي عنه انه لا يجوز الا بالتراضي لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح أن القاضي يجبر أيهما امتنع جبرا لطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة الى النزاع ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها جريان العادة بالمسامحة لا جعل الولد بخلاف كسوة المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما وكذا عنده لان المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبي منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة لان التفاوت في أعيانهما فاحش فالتحقت بالاجناس المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضي ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لانه بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر في الاجارة بخلاف قسمة الرقبة ما شيوعا بالتراضي لان بيع احداهما بالاخرى جائز وفي الظاهر ان قوله كقولهما وفي الدارين لا يجوز التهايؤ على الرسوب عند أبي حنيفة وعندهما

(قوله ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة الخ) ولو تهايآ في نخل على أن يأكل كل واحد منهما غلة بعضها لم يجز لان غلة النخيل قبل وجودها معدومة حقيقة وحكما لانها لم تجعل موجودة حكما في حق التمليك بعوض وهو الاجارة حتى تعتبر موجودة حكما في حق القسمة وقسمة المعدوم لا تتحقق لانه افراز من وجه مبادلة من وجه وكلا الامرين لا يتحققان قبل الوجود اه ولو ابلى في الصلح (قوله ان مسائل التهايؤ اثنا عشرة مسئلة) أي غير الثمر واللبن اه منه (قوله والحيلة) أي في جواز التهايؤ اه قال صاحب الهداية والحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه يعني يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر والغنم من صاحبه ثم يشتري من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم فيحصل لكل واحد منهما ما تناوله لانه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم أي بمدة معلومة ثم اذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفسه في هذه المدة وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم حتى تتحقق المساواة في الاستيفاء فلا يكون الربا لان اللبن يزيد وينقص في الحلب وقال في قسم الشامل من المبسوط تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند

يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولابي حنيفة أن الاستعمال تتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم يتفاوتون في الرفق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الغلة فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي غلة عبد أو عبدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة لا) أي لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ أما التهايؤ في غلة عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالتفاوت يظهر في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان التفاوت لا يظهر عند التغير في العقار فافترقا ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة أحدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع هنالك فتجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما لو تهايآ على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما وأما التهايؤ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز لان المعادلة تمكن بينهما لاتحاد وقتهما وكذا يجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلهما فصارا كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتأتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التسامح عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولان التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بأن وقع متعاقبا في عبد واحد فلأن يمتنع عند اختلاف المحل أولى وجملة الامر أن مسائل التهايؤ اثنا عشرة مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وكذا التهايؤ في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق وركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف وأما التهايؤ في ثمرة شجرة أو لبن غنم فلانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع تضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن آدم حيث يجوز لها أن تفيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايآ أن ترضع احداهما ولد أحدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار

هذا والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها ولا يجوز صوفها لانه لا يجوز لان اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما مشتريا باللبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد وينقص والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشا فيكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى وقال في الفتاوى الصغرى بقرتين اثنين تواضعا على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها في يومها يأخذه لا يحل فضل اللبن عليهما وان جعلا في حل الا أن يسلم لصاحب الفضل

فقال ثم جعله صاحبه فيصل حينئذ يصل لان الاول هبة المشاع فما يحتمل القسمة فلم يجز والثاني هبة الدين وانه يجوز وان كان مشاعا وقوله عن قسمة الواقعات اه اتقاني (قوله أو ينتفع بالابن المقدر) أي بوزن معلوم

﴿كتاب المزارعة﴾

لما كان الخارج من الارض من أنواع ما يقع (٣٧٨) فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ولان الارض بعض ما يجري فيه القسمة ثم بعد قسمة الارض قد يحتاج الى الزراعة فيها ذكر المزارعة عقيبها اه اتقاني (قوله وهي مفاعلة) أي من زارع من الزرع وهو التاثير الطيب ونحوه في الارض اه ع (قوله لانه لا أثر للعمل فيها) أي لم يرد الا لرفع دفع الغنم والدجاج ودور القز معاملة بنصف الزوائد اه (قوله فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا حتى يطحن له كرا من حنطة بقفيز من دقيقها ولا شك أن ذلك استئجار العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذا المزارعة والمساقاة اه غاية (قوله ولان الاجر مجهول أو معدوم الخ) وانما قلنا ذلك لان الارض لو اشترى لها أن تخرج شيئا أو لا فان أخرجت فالاجرة مجهولة لانه قد يكون الثلث أو الربع لا يعلم كم هو وان لم تخرج فالاجرة معدومة اه غاية (قوله بطريق المن عليهم) يعني أنه لم يكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق

وهو أن يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع بالابن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المزارعة﴾

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال رحمه الله (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) وهذا في الشريعة قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة وبذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر) وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لهما روى أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولانها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودور القز معاملة بنصف الزوائد لان لا أثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع أنه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو أن يوظف الامام عليهم كل سنة وضع عليهم ما تطيق أرضهم والثاني خراج مقاسمة وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزأ شائعا والدليل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة بنص ما بين والدليل عليه أيضا ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا نص بأنها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا أقر على أرضه بقيت على ملكه وما يؤخذ من أراضيه خراج ولفظ البخاري أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ولا اعتبار بالمضاربة لانه لا يجوز لان معنى الشركة فيها أغلب حتى صحت بدون ذكر المدة ولا تنعقد لازمة أصلا فيكون الربح منوطا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد يقتصر على العمل خاصة كما في شركة الاعمال فاظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط لها ذكر المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر أن يفسخ العقد والاجارة تفسخ بالاعذار الا ترى أنه ليس له أن يفسخ عقد المضاربة في الارض فامتنع القياس عليها والحيلة لجواز عنده أن

المن عليهم والصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم ملكها فغنمها فلما كان أخذها كذلك جاز (قوله وتنعقد لازمة) أن قال الاتقاني في أول المزارعة ثم لا بد أن يعرف ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها فاما ركنها فالايجاب والقبول ثم ذكر شرائط الركن ثم قال وأما بيان حكمها فنقول لها حكمان أحدهما يثبت في المال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع أو ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض وفي العامل ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الآخر يثبت في الثاني وهو الشركة في الخارج وأما بيان صفتها فقوله المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ