

الحمالين في عمل اللبن والجص وحفر الآبار وغير ذلك من الأعمال إذا كانا مجتمعين متعاونين على ذلك ولم يفترقا وإلا لم تجز، وكذلك السماسرة في مجتمع الأسواق وبيع الدواب وغير ذلك إذا كانا مجتمعين في عقد الفقة والنداء لا يفترقان في ذلك.

وسئل ابن رشد في التاجر في حانوت أو الخياط يأتيه رجل بسلعة، ويقول له: أعط هذه السلعة لمن يبيعها ففعل ثم يأتي الدلال بنصف أجرة تلك السلعة فيدفعها الصاحب الحانوت ويعزم عليه في أخذها، ويقول له: هكذا أصنع مع الناس، فقال: إذا كان الأمر على ما وصفت فذلك سائغ له، وقال ابن الحاج في «مسائله»: شركة الدلالين مع الجلاس لا تجوز لأن الواحد يجلس، والآخر يعمل ويمشى ويتعب، فلا تصح الشركة بينهما.

فصل القسمة

والقسمة جائزة في الأصل وغيرها، وهي بيع من البيوع عند مالك - رضى الله تعالى عنه - وقيل: تمييز حق وهي ثلاثة أنواع: قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مرضاة بعد التقويم والتعديل كذلك، وقسمة تراض، واتفاق من غير تقويم ولا تعديل، فأما النوع الأول: فهو الذى يجرى فيه القولان وهو الذى يحكم به.

قال ابن رشد: الأظهر فيها أنها تمييز حق وفي قسمة التراضى بعد التقويم والتعديل أنها بيع من البيوع، وأما قسمة التراضى دون تقويم فلا اختلاف في أنها

بيع من البيوع فلها حكمه في العيوب والاستحقاق وغير ذلك، ولا تجوز قسمة القرعة إلا فيما اتفق جنسه أو تقارب ولا يجمع فيها بين سهمين ولا يكون لبعض الشركاء على بعض زيادة على حظه فيما يكون له من درك وإنما يعدل كل سهم ويصحح من غير زيادة ولا نقص.

ويكتب في ذلك: عقد كتاب قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل عقده فلان وفلان في الأرض السقوية أو البلعية أو الديار المشتركة بينهما بالسواء بكذا بعد أن قدما لذلك قسما رضيا دينه وأمانته وبصره فكسر الأرض وغطها وعدلها ثم استهما عليها، فصار من ذلك لفلان على حظه كذا ولفلان كذا، وبحقوق ما صار لكل منهما من ذلك منافعه ومرافقه وشربه المعد لسقيه وغير ذلك من مرافقه قسمة صحيحة خاص بها لكل واحد منهما تملك ما ذكر أنه صار له بهذه المقاسمة وحل بها محل ذى الملك في ملكه، وعلى السنة، والمرجع بالدرك، وبعد أن رأى كل واحد منهما ما صار له وأحاط به علما وبصرا فرضيه والتزمه وعرفا قدره، وشهد عليهما بذلك من عرفهما، وحضر الاستهام في كذا.

بيان: هذه القسمة هي التي يحكم بها على من أباهما ويقسم بها بين المحاجير ولا تجوز في الأشياء المختلفة من الثياب وغيرها، وإن عدلت بالقسمة لأن ذلك من المخاطرة، وإنما تجوز فيما كان صنفا واحدا أو متقاربا فلا تجمع الدور مع الأرضين والجنات فيها ولا أنواع الثمار، وإنما يقسم كل نوع على حدة والأرض إن كانت مستوية في الطيب والكرم وقرب بعضها من بعض جمعت في القسم، ويخرج نصيب كل واحد منهما في موضع واحد، وإن كانت مختلفة الأنماط أو بعيدا بعضها من بعض فإنما يقسم كل نوع على حدة، وكذلك ما

في كل موضع يقسم على حدة إذا بعد عن الآخر، هذا قول ابن القاسم وقول غيره في المختلفة الكرم إذا كانت قريبا بعضها من بعض أنها تجمع في القسم وتعديل بالقيمة فيكون الطيب أقل في التكسير والقرب في ذلك الميل والميلان وكذلك الدور وما كان منها متقارب المكان متساويا في النفاق والرغبة فيها جمع في القسمة، فيجمع كل واحد نصيبه في دار واحدة أو دار وبعض أخرى وإلا قسمت كل دار على حدة، وكذلك إن كانت في ناحيتين من البلد متساويتين، فإن كانت إحدهما معروفة بأنها تفرد في القسمة.

قال ابن الحاج في «مسائله»: قسمة الأرض يراعى فيها ابن القاسم وجهين استواء في الرداءة والطيب، وأن تكون قريبا بعضها من بعض، فإذا كان ذلك قسمت قسما واحدا، وجمع لكل شخص نصيبه في موضع واحد، وأشهب وسحنون ينظران إلى الوجه الواحد، وهو قرب بعضها من بعض، وكذلك الدور ابن القاسم يراعى فيها وجهين أن تكون قريبا بعضها من بعض، وأن تتساوى في الإنفاق والتشاح أو تتقارب وليس كون إحدهما في طرف المدينة والثانية في الطرف الثاني كالريض الشرقي والغربي من قرطبة على مذهب ابن القاسم ببيعيد، وأشهب راعى فيها القرب والنمط خاصة، وكذلك الكروم إذا تقارب بعضها من بعض واتفقت في الكرم والرغبة فيها جمعت في القسمة، وإلا قسم كل واحد على حدة، وأما الجنات والثمر فإن اختلفت مثل أن تكون جنة من تفاح والأخرى من رمان لم تضم واحدة منهما إلى الأخرى وهي كالكرم مع الجنات، وإن كانت الثمرة فيها مختلطة فهي كالكروم وما قارب منها واتفق في الرغبة فيه والكرم جمع بعضه إلى بعض، وإلا فلا والجنة الواحدة إذا قسمت

وفيها الثمرة تنقسم قاعتها وشجرها معا بتعديل بالقيمة حتى يكون كل سهم بما فيه من الشجر معادلا لسهم الآخر، وإن اختلف النقصان والزيادة ولا يجوز أن يصير الشجرة من أحد السهام في سهم الآخر ولا أن يزيد دنانير أو دراهم في هذه القسمة بوجه، وكذلك سائر الأشياء المقومة من الثياب والحيوان وغير ذلك لا يقسم بالقرعة منها إلا الصنف الواحد والمتشابه، فالبز كله صنف واحد في ذلك، ويضاف إليه ثياب الصوف والأفرية، وقيل: هو أصناف فثياب القطن والكتان صنف، والحريز والحز صنف، والصوف والمرعز صنف، ويقسم المحيط من ذلك مع غير المحيط والخيل والبغال والحمير كل واحد منها صنف، وهذا النوع من القسمة إنما يكون في الدور والأرضين وغيرها على أقل السهام، ولا يجمع فيها بين حظين، قال مالك - رضى الله تعالى عنه في «المجموعة»: فإن كانت زوجة مع عصبة ضرب لها بحظها في أحد الطرفين، قال ابن القاسم: واحدا كان العصبة أو جماعة إنما يخرج سهم واحد ثم يقتسمون بينهم بعد ذلك إن شاؤا الآن العصبة كأهل سهم واحد، وكذلك الأخوة للأُم والزوجات إذا كثرن إنما يضرب لهن بسهم واحد ثم يقتسمن بينهن بعد ذلك ما صار لهن.

وفي «كتاب الاستغناء»: إذا كانت دار بين أخوين بنصفين فمات أحدهما عن ورثة فإنما يضرب لهم بسهم واحد فتقسم الدار نصفين ويقترع عليهما ثم تقسم الورقة النصف الصائر لمورثهم بعد ذلك، وفيه قال يحيى بن عمر: من اشترى نصف نصيب وارث فأراد أن يضرب له بسهم فليس ذلك له، وإنما يضرب بجميع سهم الوارث، ويخرج هو معه ثم يقتسم مع الوارث بعد ذلك، وكيفية الاستهام أن تكتب أسهم الشركاء في رقاغ، وتجعل في طين أو شمع يرمى كل

رقعة في جهة، فمن وقع له في جهة ضم له باقى نصيبه إلى ما وقع ولا يبدد عليه، فإن تنازع الشركاء في الجهة التي يبدأ بها في الاستهام، ففي ذلك قولان أحدهما: أنه يقترح عليها أيضا روى عن ابن القاسم، والثاني: أنه يبدأ القاسم بأيهما شاء لأنه إذا ضرب على أحد الطرفين فقد ضرب لهما جميعا: وهذه القسمة هي التي يجبر عليها من أباه، ولا يجبر على غيرها من أنواع القسمة، ومذهب مالك - رضى الله تعالى عنه - أنه يقضى بما في كل شئ يقبلها وإن لم يصر لصاحب الحظ القليل ما ينتفع به للسكنى أو غيرها، فإن لم يكن كذلك لم يقسم، وهذا هو الذى جرى به العمل والقضاء.

قال مطرف: وبه كان يقضى قضاة المدينة، وقال عيسى بن دينار: إن طلب القسمة صاحب الحظ الذى لا يصير له ما ينتفع به قسم له لأنه رضى بالضرر لنفسه واختار هذا القول ابن عتاب وكان يفتى به، فإن ذهبوا إلى الفصل مما لا ينقسم فلا بد أن يثبت ذلك.

ويكتب فيه: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى الدار أو اللجنة المشتركة بين فلان وفلان على نسبة كذا الكائنة بكذا، واختيروها فرأوا أنها لا تنهياً قسمتها على أقل الحظوظ، وأن ذلك متعذر في شكلها، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا جبروا على بيعها واقتسام ثمنها، وكذلك كل ما لا ينقسم من الأصول وغيرها، ولا يجبرون على المقاومة إلا أن يتراضوا عليها، فإذا سوق وبلغ ثمنها كان لمن لم يدع إلى البيع أخذه بأقل الثمن، وليس لمن دعا إلى البيع إلا أن يزيد عليه فإنهما يتزايدان إذ ذاك حتى يسلمها أحدهما إلى الآخر، ذكر ذلك ابن الحاج في «مسائله»، وابن رشد.

وأما ما لا ينقسم إلا أن في قسمته ضررا كالرحى والحمام فمذهب مالك أيضا أنه ينقسم، ومذهب ابن القاسم أنه لا ينقسم، ويكون الحكم فيه كالحكم فيما لا ينقسم. قال سحنون: وهذا الذي أراه وأقول به.

وفي «مسائل ابن رشد»: سئل في حمام مشترك بين جماعة دعا أحدهم أصحابه إلى البيع فيه أو المقاومة هل يجبرون على ذلك، فقال: لا يلزم الشركاء كانوا محاجير أو غير محاجير البيع أو المقاومة، وإن كره البقاء معهم باع نصيبه ممن شاء على الإشاعة بما وجد من الثمن، ولا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعا إلى ذلك أحد إلا فيما كان في التشارك فيه ضرر بين كالدار والحائط، وأما مثل الحمام والرحى وشبه ذلك مما هو للغلة فلا.

النوع الثاني: قسمة الرضاة بعد التقويم والتعديل: وهى من نحو الأولى، ولا يجبر عليها أحد، ولا يحكم بها عليه، ويقسم بها على المحاجير على خلاف وتجوز في الأشياء المختلفة والأصناف المتباينة والبعيدة بعضها من بعض من الأرضين وغيرها.

ويكتب فيها: عقد كتاب قسمة مراضاة واتفق بعد تقويم وتعديل عقدها فلان وفلان وفلان في الأملاك المشتركة بينهم بنسبة كذا بموضع كذا بعد أن قدموا لذلك قسما رضوا دينه وأمانته وبصره، فكسر ذلك ونمطه وعدله وقسم بينهم فصار لفلان عن خطه كذا ولفلان كذا، وتبنى على ما تقدم، ولا بأس أن يجمع في هذه القسمة بين حظين، ويزيد أحدهما الآخر دنانير أو دراهم أو ما

اتفقا عليه مقبوضة أو مؤخرة والقسمة بما على المحاجر جائزة إذا وافقت السداد وظهرت فيها المصلحة.

وفي «العتبية» رواية بعدم الجواز، قال ابن فتحون في «وثائقه»: وقد أجاز هذه القسمة للموصى على المحاجر بالمرضاة والاتفاق بعد التقويم والتعديل أكثر شيوخنا إذا كانت في ذلك مصلحة لهم كما يجوز البيع عليهم وبه القضاء، فإن كان الوصى شريكا لهم وخرج حظه معهم، فذلك جائز إذا لم تقع القسمة بينه وبين محاجره، فإن ذهب إلى أن يقسم على محجوره فالوصى يقدم من يقاسمه، فإن عقد القسمة على نفسه وعلى اليتيم جاز إذا وافق الصواب والسداد وتقدم القاضى غيره أتم وأسلم، وقال ابن فتحون في «وثائقه»: إذا كان الوصى شريكا لمحاجره فلا تجوز قسمته عليهم بحال، وليرفع ذلك إلى القاضى فيقدم من يقاسمه بعد أن يثبت عنده ما يجب، وقيل: تجوز مقاسمته إذا وافق السداد، وما قدمناه أولى.

النوع الثالث: قسمة المرأضة من غير تقويم ولا تعديل: وهو بيع من البيوع باتفاق، والحكم فيها كالحكم في التي قبلها إلا في القيام بالغبن فلا يقام به في هذه لأنها كبيع المساومة، قال ابن مغيث: فإن كان الذى عقدها وكيلًا فللموكل أن يقوم بالغبن إذا ظهر؛ قاله ابن زرب وغيره، وفي أقضية «المدونة» ما يقتضى أنه يقام فيها بالغبن.

ويكتب فيها: عقد كتاب قسمة مرضاة بغير تقويم ولا تعديل عقدها فلان وفلان في الأملاك عقدها فلان وفلان في الأملاك المشتركة بينهما بكذا فصار لفلان كذا ولفلان كذا، وتبنى على ما تقدم.

قال ابن حبيب: إذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط فإن كانت بالتراضي فلا يلتفت إلى مدعى الغلط، وإن ظهر وتبين وهو كبيع المساومة، وإذا بيعت السلعة مساومة بضمن يسير فالبيع لازم وإن تبين الغبن والغلط، وإن كانت القسمة بالمساهمة أو على التعديل فله القيام بالغبن إذا ظهر لأن ذلك بمثالة بيع المراجعة.

ويكتب في إثبات الغبن: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى الأملاك أو إلى الدار الكائنة بكذا، وهي التي وقعت فيها القسمة بين فلان وفلان ونظروا إليها أو إلى كل قسم منهم، فرأوا أن على فلان منها فيما صار له عن حظه غبنًا فاحشًا من وجه كذا، وتحققوا ذلك بعد النظر والاجتهاد، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا انتقضت القسمة ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك، وأعيدت القسمة بينهما بالسداد، فإن فاتت رجوع إلى القيمة، وإن فات البعض اقتسما ما لم يفت مع قيمة ما فات.

وفي «كتاب ابن سهل»: أنه إن فات الذي فيه الغبن رجع بقيمة الغبن حالًا كذلك فسره مطرف وابن الماجشون، وفي «مؤلفه ابن لبابة»: أنه إذا فات المقسوم ببيع أو بناء مضى القسم ولا كلام للقائم بالغلط أو الغبن في ذلك، قال ابن عبد الغفور: والأول أحسن، فإن لم يقم بالغبن أو الغلط بيينة وجبت اليمين على الشركاء في قول ابن القاسم، وذكر ابن عبد الغفور أنه إذا ادعى أحد

المتقاسمين الغلط فأنكر شركاؤه فإنه لا يمين عليهم لاستقرار حضورهم بأيديهم إلا أن يأتي بيينة أو يكون الغبن فاحشا لا يخفى فينظر إليه كما تقدم.

قال أبو إبراهيم: ولا يقام بالغبن إلا بقرب القسمة، وأما بعد طول واستغلال فلا يقام بذلك، وإذا ظهر عيب في وجه نصيب أحدهما ولم يفت الثاني فله رد الجميع وتعاد القسمة، فإن فات ما بيد صاحبه بيع أو هدم أو غير ذلك رد نصف قيمته يوم قبضه وبقي المعيب بينهما، وإن لم يكن في وجه الحظ رجوع بنصف المعيب مما في يده ثمنا وبقي المعيب بينهما، وإذا سكت عن المدخل والمخرج والمجرى، وصار ذلك في حظ أحدهم، فقال ابن القاسم: تصح القسمة ويشتركون في الدخول والخروج وصب الماء، وتكون رقبة ذلك للذي صار له، وقال ابن حبيب: تنسخ القسمة حتى يتبين ذلك، وقال عيسى بن دينار: إن كان لصاحب النصيب الذى لا باب له ولا مجرى حيث يفتح بابه ويخرج ماءه أمر بذلك وأقرت القسمة على حالها وإلا فسخت، وإذا وجد أحد المتقاسمين في حظه الصخرة أو العمد فهل يكون له أم لا؟ في ذلك قولان.

وإذا استحق بعض نصيب أحدهم فإن كان يسيرا رجوع بقيمته، وإن كان كثيراً ووجد الحظ انتقضت القسمة في الجميع، وأعيدت في الباقي بعد المستحق، ومن فات نصيبه رد قيمته واقتسموها مع الباقي، وإذا بنى أحد الشريكين في الموضوع المشترك أو غرس فإن كان يعلم شريكه وإذنه ومضى له من المدة ما يرى أنه أذن له إلى مثلها لم يكن له على شريكه إلا قسمة حظه من ذلك منقوضا، وإن لم يمض من المدة ما يرى أنه أذن إلى مثلها كان على شريكه قدر

حظه من ذلك قائما ولا كراء عليه، وإن كان ذلك دون إذن شريكه ولا علمه وهو غائب فيتخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أن الشركة في ذلك شبهة توجب لشريكه أخذ ذلك قائما إلا أن تكون قيمة ذلك أقل من حظه من النفقة فلا يزداد عليه، والثاني: أن الشركة ليست بشبهة فلا يكون له إلا قيمة ذلك منقوضا؛ وهو قول ابن القاسم، فإن كان ذلك بمحضر شريكه وهو ساكت فيتخرج ذلك على الاختلاف في السكوت هل هو كالإذن أم لا؟ فعلى القول بأنه كالإذن يكون حكمه حكم المأذون له إلا أن في وجوب الكراء عليه بما قولين، وعلى القول بأنه ليس كالإذن يكون له حكمه، والكراء عليه هنا واجب قولاً واحداً، فإن اقتسما فخرج ذلك في حظ الآخر لم يكن عليه إلا قيمته نقضا، وإذا تداعيا في القسمة حتى يقع الفصل في البناء، فإنهما يشتركان في البناء أو الغراسة، وبعد ذلك يقتسمان أو يشتركان؛ ذكر ذلك ابن رشد، وإذا كان مال بين شريكين وادعى أحدهما أنهما اقتسماه قسمة متعة، وادعى الثاني أنهما اقتسماه قسمة بتل ولا بينة لأحدهما، فقال قوم: القول قول مدعى البتل مع يمينه، وقال آخرون: القول قول مدعى المتعة لأنه يقول: لم أقسم؛ ذكر ذلك بعض المتأخرين، قال: وبذلك جرى العمل، وهو الصواب؛ وبذلك قال عبد الله بن عيسى، ومحمد بن لبابة، ومحمد بن وليد، قالوا: وذلك بخلاف البيع يدعى أحدهما البتات والآخر الخيار، فالقول قول مدعى البتات ولا يجرى ذلك عليه.

وفي «مسائل ابن الحاج»: إذا اختلف الشريكان فادعى أحدهما أنه قاسم شريكه قسمة متعة، وقال الآخر: قسمة بتل فيشبه اختلاف المتبايعين إذا قال

أحدهما: بعث منك ببيع بت، وقال الآخر: بيع خيار أن القول قول مدعى البت مع يمينه، وذكر ابن عتاب «في طرره»: سئل أبو محمد بن أبي جعفر عن شريكين في أرض ادعى أحدهما أنهما اقتسماها قسمة بتلة وادعى الآخر أنهما اقتسماها قسمة متعة واعتمار فقال: القول قول مدعى البتل.

وفي «كتاب الاستغناء»: قال المشاور: إذا اقتسم الشركاء أملاكهم وبقيت زمانا ثم يدعى بعضهم أنها قسمت قسمة إرفاق لا قسمة إمضاء وأرادوا نقص القسمة ولا بينة لهم فليس لهم ذلك لإقرارهم بالقسم وادعائهم ما ينقضه فلا يصدقون في ذلك؛ لأن القسم عند مالك - رضى الله تعالى عنه - يبيع من البيوع، والقول قول مدعى قسمة البتل إذا لم يظهر فيها غابن وكان بيد كل واحد قدر نصيبه لا أقل ولا أكثر كالمبتاعين يقران بالبيع ويدعى أحدهما الخيار فلا يقبل قوله إلا بالبينة لإقراره بالبيع وادعائه ما يوجب نقضه فعليه البينة بذلك، وعلى الآخر اليمين ويتم البيع، قال: وإذا لم يتقارروا بالقسم، وقال بعضهم: إنما أقطع كل واحد منا أرضا يعمرها من غير قسم وادعى بعضهم القسم فعلى مدعى القسم البينة، وإلا فعلى الآخر اليمين ويقتسمون. قال ابن فتحون في «وثائقه»: وإذا كان في الأرض التي يراد قسمتها زرع مستكن أو في الأصول ثمرة ظاهرة غير مأبورة فلا تجوز القسمة في الأرض والأصول بحال حتى تؤبر الثمرة ويظهر الزرع، لأن ذلك مما لا يجوز استنائه؛ حكى ذلك سحنون في الثمرة، قال ابن أبي زمنين: وهو بين صحيح على أصولهم والزرع عندي مثله وإن كان الزرع ظاهراً والثمره مأبورة قسمت الأرض والأصول خاصة، ولا يجوز قسمة الزرع والثمر معها ويبقى ذلك حتى يصير الزرع حيا وتجد الثمرة

فيقسم ذلك بالكيل ولا يجوز اقتسام شئ مما في رؤس الشجر بالخرص على المنصوص عن مالك - رضى الله تعالى عنه - إلا التمر والعنب فإنه يجوز قسمتها بالخرص إذا حل بيعه على وجه الرخصة إذا اختلفت أغراض الشركاء فيها، وإن لم تختلف فلا يجوز، فإن ترك ذلك حتى أزهى بطلت القسمة فيه.

قال ابن أبي زمنين: ولا بن الماجشون وأشهب أن كل مدخر من الثمار لا بأس باقتسامه بالخرص إذا اختلفت الحاجة إليه، وقد ذكر بعضهم أن مالكا - رضى الله تعالى عنه - أجاز قسم الفواكه بالخرص، قال ابن حبيب: وقد أجاز مالك فيما لا يكال من الطعام الذى لا يجوز الفضل فيه، وإنما يباع وزنا كاللحم والخبز وفيما لا يباع وزنا ولا كيلا كالبيض أن تقسم بالتحرى، وذلك فيما قل لأن التحرى يحيط به، فإذا كثر لم يجز اقتسامه بالتحرى، ولا يجوز اقتسام البقل حتى يجذ، قال: وتجوز قسمة الكتان قائما قبل الدباغ وبعده على التحرى أو التفضيل وكذلك يجوز اقتسام الزرع أخضر فدادين على التحرى أو التفضيل، وكذلك الثمرة قبل طيها إذا حصد أو وجدا مكانهما، ولا يحل على التأخير لهما أو لاحدهما.

وسئل ابن القاسم فى قطنية وحنطة كانا زرعاً قائماً قد طابا للحصاد فاقسما ذلك وأخذ أحدهما القطنية والثانى الحنطة، فقال: إن حصدا ذلك مكانهما جاز وإلا فلا، ولو كان ذلك كله صنفاً واحداً لم يجز اقتسامه، وإن يبس حتى يحصد، قال سحنون: قلت له: فلو أن امرأة هلكت وتركت أخاها وزوجها وتركت حلياً كثيراً ومتاعاً كيف يقسم؟ قال: أما الحلى فلا يقسم إلا وزناً وقد سألنا مالكا - رضى الله تعالى عنه - عن القوم يرثون الحلى فيه الذهب، فنقول

أختهم: اتركوا لي هذا الحلى وأنا أعطيكم وزن حظكم ذهباً، فقال: إذا وزنت ذلك لهم يدأ بيد فلا بأس به، قلت له: فلو ورثنا رقيقاً ودنانير وقسمنا الرقيق مثل الدنانير فجعلنا الدنانير في ناحية والرقيق في ناحية؟ فقال: لا تجوز هذه القسمة إلا على المرأضة وأما بالقيمة فلا، ويقسم القاضى على الصغير والغائب بعد أن يثبت عنده ملكهما للمقسوم، وكذلك إذا تنازع الشركاء وحكم بالقسمة بينهم فلا يكون ذلك حتى يثبت تملكهم للمقسوم.

ويكتب في ذلك عقد نصه: شهوده يجوزون الأملاك أو الدار بكذا، حدودها كذا، ويعلمونها مالا وملكا على نسبة كذا لفلان وفلان، لا يعلمون لهم في ذلك بيعا ولا تقويتا، ولا أنها خرجت عن ملكهم بوجه حتى الآن ويعلمون فلانا منهم يتيما صغيرا مهملأ أو غائبا غيبة انقطاع ومن شركه في ذلك ذهب إلى القسمة في ذلك والفضل فيه وأن فلانا أهل لأن يقدم لإنفاذ القسمة عليه في ذلك، وقبض حظه منه وبه، وتميز لدينه ومعرفته ويعرفونه أتم معرفة، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت ذلك فيكتب عقد الحيازة ونصه: حضر بإذن القاضي فلان وفقه الله تعالى من يضع اسمه إثر تاريخه حيازة فلان وفلان من شهود الرسم أعلاه للأملاك أو الدار المحدودة فيه، وتطوفوا معهم عليها، وقالوا لهم عند حيازتهم لذلك وتعيينهم إياه: هذه الأملاك أو الدار التي خزناها عليكم وعيناها لكم هي التي شهدنا فيها لدى القاضي المذكور الشهادة المقيدة عنا فيه، ومن حضر الحيازة عن الإذن المذكور واستوعب مقالة الحائز وعرفهم قيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت ذلك فيكتب التقوم، ونصه: ثبت عند القاضي فلان - وفقه الله تعالى - رسم الاسترعاه أعلاه ورسم

الحيازة تحته، وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك، فاقتضى نظره أن قدم لإنفاذ القسمة على اليتيم أو الغائب المذكور فيه في الأملاك المذكورة فيه بما تجوز به القسمة على المحاجر أو الغائبين شرعا، وإبراز حظه من ذلك وتمييزه فلانا المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديما تاما أنفذه له، وأمضاه بعد تقضي موجه، وبمحضر المقدم وقبوله لذلك، وشهدنا على القاضي بما فيه عنه من أشهده به بموضع نظره من موضع كذا، وأشهده المقدم بما فيه عنه وعرفه في كذا.

بيان: إذا كان أرباب الأملاك كلهم أصاغر فإنها تترك ولا تقسم بينهم إلى أن يترشد أحدهم فيطلب ذلك إلا أن يثبت في ذلك النظر لهم بوجه من الوجوه فحينئذ يقدم من يقسم بينهم، وإن كان عليهم وصى فبادر إلى ذلك فقسما فقد أجاز ذلك سحنون، والأولى ما تقدم وأجرة القسام عند مالك - رضي الله تعالى عنه - على عدد الجماعم، وقال أصبغ: على قدر الأنصاء؛ وهو قول أشهب، قال ابن فتحون: والأول أظهر، وأجرة كاتب الوثيقة كذلك فيها على السواء، وهي حلال لمن أخذها عند أهل العلم، قال ابن حبيب: والتتره عنها أفضل، وإذا اجتمع الشركاء على القسم وقعد أحدهم وقسم الباقي وعرف قسمته وموضعه فمكث ولم يغير بقرب ذلك لزمه القسم، ومضى ذلك إذا قسم الورثة ثم طرأ على التركة دين ثابت أو وصية فإن القسمة تنتقض في قول مالك وابن حبيب في «الواضحة» وهو أيضا قول ابن القاسم المشهور عنه، قال: إلا أن يجمع الورثة على أداء الدين والوصية وتقرر القسمة فلهم ذلك، وقيل: لا تنتقض القسمة وهو قول أشهب وسحنون ويفض الدين على قيمة ما لكل واحد منهم،

قيل: يوم الحكم، وهو قول سحنون، وقيل: على أجزاء القسمة يوم وقوعها، وهو قول أشهب، فإن تلف ما بيد أحدهم فإن كان بأمر سماوى كالعطب والموت والهدم فلا اختلاف في أنه لا يضمن من تلف بيده شيء لصاحب الدين ولا غيره، وإن كان بغير ذلك مثل أن يبيعه أو يعتقه أو يهبه أو غير ذلك، ففي ذلك قولان أحدهما: أنه يضمن لصاحب الدين قيمته وهو أحد قولي أشهب، وذكره ابن حبيب في الصدقة في «كتابه»، وروى أيضا عن ابن القاسم، وأنكره سحنون والثاني: أنه لا يضمن للوارث شيئا من ذلك، وهو قول أشهب أيضا الذي اختاره بعض الشيوخ، وذكره ابن عبدوس، قال: وهو كمن اشترى عبداً فاستحق من يديه وقد باعه أنه إنما عليه ثمنه وإن أعتقه أو وهبه رد ذلك، ولم يتبع بشيء وإن لم يفترق الدين التركة رد من الموهوب أو المعتق ما ينوب الدين، وإن اتخذها أم ولد اتبع بقيمتها دينا، هذا إذا صار ذلك بالقسمة سواء كانت بأمر السلطان أو ولي أو لا، وأما إن كان الوارث ضمن الذي بيده على وجه الشراء بثمن معمول ليتحاسب من حظه، فلا اختلاف في أن ضمان ذلك منه تلف بأمر سماوى أو غيره ونماؤه له أيضا، ويغرم لصاحب الدين الثمن إذا لا فرق أن يشتريه الوارث أو الأجنبي ولا اختلاف في أن الوارث مصدق فيما ادعى تلفه من الحيوان أو غيره مما لا يغاب عليه، وأنه لا يصدق في العروض التي لا يغاب عليها إلا أن تقوم البينة على تلفها، وأما العين والطعام والإدام، فإن لم تقم بينة على تلفه فهو ضامن باتفاق، وإن قامت البينة على تلفه، ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها: أنه ضامن؛ وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى، والثاني: أنه لا ضمان عليه؛ وهو قوله في سماع أصبغ، والثالث: أنه ضامن في العين دون

غيره؛ وهو قول أصبغ، فإن تعذر أخذ ما بيد أحد الورثة بعدم أو شبهة رجع بما يخصه صاحب الدين فيما بقي بيد سائر الورثة إن لم يغترق الدين التركة إلى منتهى ما بأيديهم خاصة، ويرجعون هم عليه بما أدوا عنه، فإن طرأ وارث فإن القسمة تنقض وتعاود في الأصول وغيرها إلا في العين والطعام وما لا يعرف بعينه فيتبع كل واحد بما صار له، ومن أعدم فلا يتبع بما يخصه سواه على المعروف، وقيل: يتبع به الجميع، وما تلف بغير سبب الوارث لم يضمه ويضمن ما أكل أو لبس أو تصرف فيه أو تلف بسببه.

وسئل ابن رشد في رجل مات وترك عليه ديونا ومالاً يفي بها فباع بعض الورثة حظه من بعض، وباعه قبل إخراج الدين هل يجوز ذلك؟ فقال: إن سلم له سائر الورثة يبيع نصيبه وأدوا الدين من بقية التركة جاز ذلك على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك خلاف رواية أشهب عنه أن البيع لا يجوز على حال، وقول ابن القاسم وروايته أظهر عندي. قال أشهب عن مالك فيمن توفي وترك ألف دينار وعليه مائتا دينار فباع ورثته بعض التركة، فالبيع مردود، وقال سحنون: لا يعجبني منه، والبيع تام إن كان بقي ما يوفي الدين،

وفي «سماع عيسى»: إذا اقتسم ورثة الميت ماله وله غريم حاضر ينظر ثم قام بعد ذلك بذكر الحق فلا شيء له إلا أن يكون له عذر في تركه القيام وسلطان يتقيه وشبهه فيكون على حقه، وإن طال زمانه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم»^(١) ويجوز اقتسام غلة الرحي المشتركة وشبهها بالأيام، واليوم واليومين، وكذلك خراج العبد، ولا يجوز بالجمعة والشهر،

(١) لم أف على تحريجه من الكتب الصعبة لهذا اللفظ.

والشأن في الغنائم قسمها في دار الحرب وهم أحق برخصها فتباع كلها بالنقد ويقبض الإمام الثمن فيأخذ خمسة ويقسم أربعة الأخماس على العسكر، ولا يجوز أن يقسمها بالقيمة ولا بالدين ويحيل بعض الناس على بعض، وفي «الموطأ» من قول سعيد بن المسيب جواز قسمتها بالقيمة، وهو خلاف «المدونة» وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل في العسكر إذا شاهدوا العدو ثم انصرفوا وهم من أماكن مختلفة كل واحد إلى مكانه قبل اجتماع الفيء ولا يعلم عدد من حضر ولا من غاب، فقال: يأخذ أمير الجيش الخمس ليجعله حيث يجب ثم يحصى جميع من حضر الغزاة، والقتال بالتحري والتخمين والتقدير، إذ لا يقدر على أكثر من ذلك بأن يجمع أعيان أصحابه وشيوخ عسكره، ويقول لهم: بكم تقدرون جميع العسكر في الغزاه المعينة؟ فإذا اتفقوا على تقديره بعدد ما جعله أصلاً وقسم أربعة الأخماس عليه فما ناب منهما من حضر أعطاه سهمه وما ناب من غاب وانقطع وقفه للغائبين، فمن جاء وأقام البينة أنه حضر الغزاة أعطاه سهمه، فإن لم يأت أحد صرفه حيث يراه من مصالح المسلمين، وإن اختلفوا في التقدير أخذ من قولهم ما يتفقون عليه من العدد، وترك الذي يختلفون فيه، قال: ونزلت في أيام ابن أبي عامر، وسئل في ذلك ابن زرب فقال: أمرهم إلى اجتهادك، ورأى بعض الفقهاء جوابه بجملاً مفسراً، وما ذكرته فهو الصواب، وبه يتخلص في ذلك.

فصل الشفعة

والشفعة واجبة للشريك في الأصول الثابتة كلها كالدور والأرضين ونحوها فإن كانت مما ينقسم فهي واجبة فيها باتفاق، وفي الثمار إذا كانت تنقسم قولان أحدهما ثبوت الشفعة فيها ؛ وهو قول ابن القاسم المشهور وروايته عن مالك -رضي الله تعالى عنه- في «المدونة» والثاني سقوطها وهو قول المغيرة بخلاف الشجرة الواحدة تكون مشتركة فلا شفعة على المشهور إلا أن تباع تابعة للأرض، قال سحنون: قلت لابن القاسم فالنخلة إذا كانت مشتركة بين رجلين فباع أحدهما حظه؟ فقال: لا شفعة فيها، وإن كانت مما لا ينقسم ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الشفعة في ذلك واجبة، وإن كان لا ينقسم بحال كالنخلة الواحدة والشجرة الواحدة، وهو قول مطرف لأن ذلك من جنس ما ينقسم، ومذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- أيضا لأن الشفعة عنده في الأصول كلها ما ينقسم وما لا ينقسم.

والثاني: أنها لا تجب في ذلك شفعة كان مما يحكم بقسمته أم لا ؛ وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

والثالث: أنها لا تجب إلا فيما ينقسم، وإن كان لا يحكم بقسمته كالرحى والحمام للضرورة ؛ وهو قول ابن القاسم في «المدونة» الذي جرى به العمل، قال ابن رشد: وإنما أوجب القاسم الشفعة فيما لا يحكم فيها بالقسمة مراعاة لقول من يرى فيها القسمة إذا لم يختلف قوله فيما علمت أنه لا شفعة فيما لا

ينقسم بحال كالنخلة والشجرة، ويلحق بالثمار في ذلك المقائى كالباذنجان والقثاء والقرع ؛ لأنها تجتنى كالشجر بخلاف الزرع والبقول فلا شفعة فيها على المشهور، واختلف في الأصول المغيبة كالفجل واللفت والجزر، فقيل: إنما كالمقائى وفي «المدونة» أنها كالبقول، ولا شفعة فيها، والثمر إذا كانت مشتركة بين رجلين بمساقاة أو غيرها وأزهرت فباع أحدهما حظه منها ففيها الشفعة عند مالك وهو المشهور المعمول به، فإذا ييست واستحذبت فلا شفعة فيها، وأما الأندار ففي «سماح زونان»، سئل عنها أشهب، فقال: الشفعة فيها واجبة، وقال بذلك ابن وهب، وقال سحنون: لا شفعة فيها وهي كالأفنية، واختلف قول مالك في الشفعة في أكرية الدور والمزارع فعنه فيها قولان، قال ابن فتحون: وبسقوط الشفعة فيها قال ابن القاسم، ومطرف وبه القضاء.

والقلب يكون في الأرض مشترك اختلف في وجوب الشفعة فيه الفقهاء المتأخرون على قولين، وكذلك الدين يباع والكتابة في الشفعة فيها قولان، وأما الماء فقال ابن رشد: لا خلاف أعلمه في إيجاب الشفعة إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم تقسم الأرض، واختلف في إيجاب الشفعة إذا قسمت الأرض، فقال في «المدونة»: إنه لا شفعة فيه، وقال في «رواية يحيى»: إن فيه الشفعة، وكان بعض الشيوخ يقول: إن ذلك الاختلاف مبني على الخلاف في الشفعة فيما هو مثبت في الأرض كالكراء وغيره، ولا تجب الشفعة إلا بعد ثبوت البيع في الخط المشتري .

ويكتب في ذلك عقد: استشفع فلان من فلان الخط الذي اشتراه فلان من فلان من كذا من الدار أو الموضوع المشترك بين المستشفع والبائع فلان الكائن

بكذا، وقدره النصف أو الثلث بضمن كذا، قبضه البائع حسبما ذكر في عقد الشراء المقيّد بينهما وأشفعه في ذلك فلان بعد علمه للمشتري بوجوب الشفعة له، وأحضر له ما دفعه من الثمن مع ما لزمه من دلالة وغيرها، ودفع له ذلك فقبضه منه، وصار بيده، وأبرأه وحل في ذلك محله، ومحل ذي المال في ماله، وذي الملك الصحيح في ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وهو عارف وبصير، وشهد عليهما بذلك في كذا .

بيان: قولنا: «بعد علمه المشتري بوجوب الشفعة» يعني عن إثبات ما يحتاج إلى إثباته الشفيع من الشركة وغيرها، وإن لم يكن الشراء ظاهراً بعقد فلا بد أن تذكر تصديقه في مقدار الثمن ومعرفته بالبيع وقبض الثمن، وليس للشفيع أخذ بعض الحظ، فإما أن يأخذ جميعها أو يتركها ولمن شاركه فيها أن يدخل معه في ذلك إن كان أخذها أو يأخذ جميعها إن كان الأول تركها، وإذا طلب أن يضرب له أجل في الثمن بعد أخذه بالشفعة فإنه يضرب له ثلاثة أيام في قول مالك -رضى الله تعالى عنه- وبذلك جرى العمل، وقيل: ينظر إلى قلة الثمن وكثرته ويسر الشفيع وعسره فيضرب له من الأجل بقدر ذلك، وإذا طلب الشفيع بالأخذ بها أو الترك فيلزمه أحد الوجهين، وقيل: لا يمهل، ولا يلزم إسقاط الشفعة قبل البيع على أي وجه كان بعوض أو بغير عوض، قال ابن رشد: وكذلك إن قال: إذا اشترى فلان حظ كذا فقد أسقطت الشفعة فيه بخلاف الطلاق، وكذلك إن أخبر أن البيع انعقد بعدد فأسقط الشفعة ثم علم أنه انعقد بأقل فله الشفعة، فإن أسقطها قبل أن يعلم مقدار الثمن لزمه ذلك، وتسقط بعده إذا أسقطها بالتصريح أم بما ينبغي على الإسقاط كالمساومة

والمقاسمة، قال ابن رشد: أو يدعوه إليها، وعقد المساقاة أو الإجازات معه فيها على الخلاف، فإن باع الحظ الذي له ففي وجوب الشفعة له بعد ذلك قولان، وكذلك تسقط إذا ترك القيام بها بعد علمه بها السنة ونحوها كالشهر والشهرين على المعروف، وعليه اليمين في تسعة أشهر فما فوقها أنه ما كان سكوته تركاً لها، وقال أصبغ: هو على شفعتة السنتين والثلاثة ما لم يوقف فيأخذ أو يترك، وروى مطرف: خمسة أعوام، وقيل: لا تسقط مطلقاً حتى يوقف، وقيل: تسقط في الأيام القليلة إذا تركها فإن أسقطها على شيء أخذه من المبتاع أو هبة له، قال ابن رشد: ففي ذلك قولان أحدهما: أن في ذلك ماضٍ، ولا يكون للشركاء مع الشفيع أن يأخذوا إلا مقدار ما لهم فيها ويبقى حظ المسقط للمشتري؛ وهو قول أصبغ، والثاني: أن ذلك لا يجوز، قال: وهو الأظهر الذي أقول به، ويرد الشفيع على المبتاع ما أخذه منه، ويبقى على شفعتة مع إشراكه إن شاء، والغائب على شفعتة وإن طالت غيبته، فإن قدم حُكِمَ له بحكم الحاضر من يوم قدومه، فإن علم قبل غيبته فكالحاضر، وكذلك السفية الذي لا ولي له حكمه حكم الغائب في جميع ما تقدم، فإن كان له أب أو وصى فهما ينوبان عنه في الأخذ أو الترك في لزوم ذلك في الوصى خاصة دون الأب والوصى في ذلك سواء، وأهما إذا غفلا عن الأخذ بها العام ونحوه سقطت، واختلف في المريض، فقال عيسى: حكمه في ذلك حكم الحاضر الصحيح إلا أن يشهد في مرضه أنه على شفعتة، وقال مطرف وابن الماجشون: إنه كالغائب، وبذلك أخذ ابن حبيب، قال بعض الشيوخ: والمرأة إذا كانت على مسيرة اليوم لا تنقطع شفعتها إلا أن تكون ممن تخرج ويتبين كذبه، والرجل على شفعتة في مغيب الثلاثة أيام

وأما اليوم أو اليومان فهو كالحاضر، والقول قول الغائب والسفيه والصغير في أنهم لم يعلموا حتى يثبت عليهم أنهم علموا وفي مقدار المدة من حين الترشيد أو القدوم؛ ذكر ذلك في «الاستغناء»، وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل فيمن باع حظه من ملك مشترك بينه وبين أولاده ثم قام ليأخذ ما باعه بالشفعة لبنيه فقال للبائع على نفسه أن يأخذ ما باع بالشفعة لبنيه؟ إذا قام قبل تصرم المدة التي تنقطع فيها الشفعة، وكذلك الوصي إذا باع حظ أحد محاجيره أو حظ نفسه له أن يأخذ بالشفعة للآخر، وينفرد أهل السهام بالشفعة فيما بينهم، ولا يدخل معهم العصبة وفي ذوي السهام على العصبة قولان، والشريك الأخص أولى فإن سلم فالأعم، والموصى لهم عند ابن القاسم كالعصبة، وعند أشهب كأهل السهام، وفي «مسائل ابن الحاج»: إذا كانت دار بين رجلين على الإشاعة فتوفى أحدهما فيقاومها الورثة وضم أحد الورثة حظوظ سائرهم، فلا يكون للشريك شفعة لأنهم لو باعوها من أجنبي لما كان أحق بالشفعة من الشريك، فإن كان المبيع حظوظا مختلفة في صفقة واحدة لم يكن له أخذ بعضها دون بعض إلا برضا المبتاع، فإن كان في صفقات كان للشفيع أن يأخذ أيها شاء، فإن أخذ الأوّل لم يشفع له المبتاع، وإن أخذ الثاني شفع له بالأول، وإن ابتاع رجلان من رجل شقصا من دار فأراد الشفيع أخذ حصة أحدهما دون الآخر لم يكن له ذلك، فإما أخذ الجميع أو ترك، وهو في «المدونة» و في «المجموعة» و «الموازية» لأشهب: أن له الأخذ ممن شاء وقال سحنون وابن المواز: وإذا كان في الحظ المبيع ثمة فإن الشفيع يأخذها مع الأصل كانت مأبورة أو غير مأبورة عند أخذها بعد أن يدفع للمبتاع أجرة سقيها وعلاجها إذا وقع البيع قبل الإبار، فإن

تأخر قيامه إلى الجذاذ وييس الثمرة فليس للشفيع من الثمر شيء عند ابن القاسم، ويأخذ الأصل بجميع الثمن أو يترك، فإن كانت الثمرة حين البيع قد أبرت أو أزهرت واشترطها المبتاع، فإن الشفيع يأخذ ذلك مع الأصل بالثمن الذي بذل فيه باتفاق، فإن تأخر قيامه حتى جذت الثمرة أو يبست فإنه يأخذ الأصل بما ينوبه من الثمن عند ابن القاسم، وقال عبد الملك بجميع الثمن ولا يحط عنه شيء من الثمن، وأما إن كان فيه زرع فإما أن يكون ظاهراً أو مستمسكاً في الأرض أو يابساً قد استحصد، فإن كان قد يبس واستحصد كان المتاع قد اشترطه فهو للمبتاع، ويأخذ الشفيع الشقص دونه، قال ابن فتحون: وتجوز تبقيته للمبتاع ولا يرجع إلى البائع لأن شراؤه في تلك الحال جائز، وإن كان أخضر ظاهراً فإن الشفيع يأخذ الأصل خاصة بما ينوبه من الثمن ولا يأخذ الزرع لأنه لا شفعة في الزرع؛ روى ذلك ابن القاسم عن مالك وبه القضاء، واختلف في ذلك قول أشهب فمرة قال: يأخذ الزرع مع الشقص، ومرة قال: لا يأخذه، قال ابن فتحون: فإذا أخذ الشفيع الأصل فلا يجوز بقاء الزرع بيد المبتاع دون أصل، ويرد على البائع بمنابه من الثمن، قال: ومثل ذلك رأيت للشيخ أبي الوليد فإن كان الزرع يابساً فإنه يبقى للمبتاع كما تقدم وإن كان مستمسكاً حين البيع لم يبرز، فإن أخذ الشفيع بالشفعة وهو على تلك الحال لم يبرز فهو له حسماً كان للمبتاع ولا يؤدي إلا الثمن الذي بذله خاصة، قال: فإن أخذ الشفيع بالشفعة بعد أن نبت الزرع وظهر فهو للشفيع عند ابن القاسم بعد أن يؤدي إلى المبتاع مع الثمن قيمة البذر على قدر ذلك يقوم على الرجاء أن يتم والخوف أن لا يتم، وكذلك الثمرة إذا تأخر أخذ الشفعة فيها حتى أبرت

أو عقدت، فإن الشفيع يؤدي قيمتها على الرجاء والخوف مع الثمن؛ ذكر ذلك ابن فتحون وفي «المجموعة»: يؤدي قيمة ما سقى وعالج كما تقدم، فإن زرع المبتاع الحظ المبيع ثم قام الشفيع فقال ابن القاسم: قال مالك -رضى الله تعالى عنه- يأخذ بالشفعة والزرع للزارع، قال سحنون قلت هل يكون للشفيع كراء؟ قال: لا، قلت: فإن كان المشتري قد غرسها نخلا أو شجرا؟ قال: يقال للشفيع اغرم قيمة ما فيه من الغرس، فإن أبي لم يكن له شفعة والقيمة في ذلك يوم القيام، وفي «مسائل ابن الحاج»:

إذا زرع الشقص المشتري ثم قام الشفيع قبل أن ينبت الزرع ويستقل على وجه الأرض، وأراد أن يأخذ بالشفعة، قال: فهذه المسئلة تأتي على قولين، فإن جعلت المأخوذ بالشفعة كالمستحق جاز أن يأخذ الشقص بالثمن ويبقى الزرع المأخوذ منه بالشفعة، وإن جعلت المأخوذ بالشفعة كالمبيع لم يصح الأخذ بالشفعة إلا أن يأخذ الزرع والأرض وإن لم يكن في البذر شفعة فيؤخر حتى يطلع فيأخذ الأرض لأنه لا يجوز بيع الأرض واستثناء البائع ما فيها قبل أن يطلع وفي «أحكام ابن سهل»: إذا اكترى المشتري الشقص الذي فيه الشفعة لأعوام ثم قام الشفيع فإنها نزلت بطليطلة فأفتى فيها ابن مغيث وابن رافع رأسه وأبو محمد الشارقي وغيرهم: أن له الأخذ بالشفعة، ويبقى إلى مدة المكتري أو إسلام الشفعة كعيب حدث بالمشتري، وليس له فسخ الكراء، وكتب بها الشارقي إلى قرطبة فأفتى ابن عتاب وابن العطار وابن مالك أن له الأخذ بالشفعة ويفسخ الكراء ثم نزلت عند القاضي أبي محمد بن الحشا فكتب فيها إلى قرطبة، وذكر في السؤال، وكيف إن أكرى المشتري الشقيص أياما أو أعواما كثيرة أو قليلة؟

فأجاب ابن العطار وابن مالك: له إذا أخذ بالشفعة نقض الكراه وجواب أبو عبد الله بن عتاب إن اكرى المتاع الشقيص وهو يعلم أن له شفيعا لم ينفذ الكراء إلا أن يكون في المدة اليسيرة كالأشهر، وأما الوجبة البعيدة فلا ينفذ الكراء إلا أن يكون مكترى الأرض قد زرعها فلا بد من بقائه فيها حتى يحصد وإن كان المشتري لم يعلم بالشفيع، وإنما استحق مستحق شقصا من دار أو أرض فأخذ بالشفعة فلا يفسخ الكراء إلا في الوجبة البعيدة، وأما ما يتعارف الناس من الكراء كالسنة ونحوها فذلك نافذ لأنه قد فعل ما كان جائزا، قال: فهذا رجوع منه عن الجواب الأول، ولا ضمان على المتاع فيما حدث فيها عنده من نقص أو عيب، وليس له أن يبيعها أو يجبسها، فإن فعل فسوخ، وفي «المجموعة»: إن بنى فيها مسجدا فللشفيع هدمه وله بيعه ويخير الشفيع في الأخذ بالشفعة منه أو من المشتري الثاني، فإن أقاله فهل يشفع على المشتري أو يخير فيه؟ وفي الشفعة على البائع في ذلك قولان، وفي «كتاب الاستغناء»: إذا قسم على الغائب الذي وجبت له شفعة ثم قدم فله نقض القسمة والأخذ بالشفعة عند مالك وابن القاسم، وقال سحنون: القسمة نافذة يأخذ الحظ الذي صار للمشتري بالشفعة إن شاء، وإذا وقع البيع بالنقد فيلزم الشفيع دفع الثمن نقداً يؤجل فيه الثلاثة الأيام كما تقدم، وإن كان إلى أجل فإنه يبقى على الشفيع إلى ذلك الأجل، والحمالة معروف كالقرض لا يجوز أن يأخذ عليها عوضا ولا يجز بها نفعاً، وما حط من الثمن لعيب فإنه يحط عن الشفيع باتفاق، وإن حط هبة، فقال أشهب كذلك، وقال ابن القاسم: إن كان مثله يحط عادة حط عن الشفيع وإلا فلا، وإذا ادعى الشفيع أن الثمن وقع البيع بأقل منه وتوطأ مع البائع على

ذلك، فإن ذلك الثمن مثل ما يتبايع به في ذلك فلا يمين على المشتري، وإن كانت فيه زيادة فاحشة فإن اليمين على المشتري، فإن نكل حلف الشفيع على ما ذكره من الثمن ويشفع فيه، ولا يمين على البائع في شيء من ذلك، وكذلك إذا ادعى في الصدقة أنها بيع في الباطن فإن المتصدق عليه إن كان مستسهلاً لذلك ممن يتهم وإلا فلا، وعلى المتبايع البينة أنه ممن لا يستسهل ذلك؛ قاله ابن مغيث وأفتى أبو إبراهيم بوجوب اليمين في ذلك على كل حال، وقال: إنه جرى العمل عندهم بذلك، وإذا جهل الثمن سقطت الشفعة، وكذلك ما خرج عنه الوصي لمحاجر على وجه التمحي لا شفعة فيه عند ابن القاسم، ولا عند غيره إلا أن يكون صلحاً عن طلب ففيه الشفعة، وهو كالمبيع والشفعة في كل ما تجدد ملكه اختياراً بمعاوضة كالمبيع والصلح في الدم وغيره والمهر والهبة للثواب وغير ذلك من المعاوضات، وفي الصدقة والهبة لغير ثواب قولان، والعهد على المشتري فإن كان العوض غير عين شفع بقيمته، فإن لم يقوم كالمخلع فقيمة الشقص يوم العقد، وإن تنازعا في قدر الثمن فالقول قول المشتري فيما يشبه بيمين، وإلا فقول الشفيع، وقال أشهب: قول المشتري فيما يشبه دون يمين وفيما لا يشبه يمين، وإن أنكر المشتري الشراء والبائع مقر سقطت، وهل له أخذه إن حلف لأن البائع مقر أنه أخذ؟ صوّبه اللحنى، فإن أنكر البائع والمتبايع التبايع ففي ذلك اختلاف بين الشيوخ أفتى ابن لبابة بوجوب اليمين عليهما، وأفتى أبو صالح وغيره أن لا يمين عليهما في ذلك؛ ذكر ذلك ابن سهل، وإذا قال الشفيع: إن البيع وقع منذ شهرين، وقال المشتري: منذ عامين فقال ابن فتحون في «وثائقه»: القول قول الشفيع مع يمينه، وإذا أنكر البائع

الإشاعة فعلى القائم اثباتها وكذلك إن أنكرها المتبايع، وقيل: إن على المتبايع إثبات البينة أنه اشترى مقسوما، وقال ابن الحاج في «مسائله»: إذا ادعى المشتري أنه اشترى مقسوما وقال الشفيع: بل اشتريت مشاعا إن القول قول الشفيع، وعلى مدعى القسمة البينة، ذكر ذلك في «سماح عيسى» قال فيه: ولو ادعى المشتري أنها كانت قسمة بت وادعى الشفيع أنها كانت قسمة اغتلال واستمتاع لكان القول قول الشفيع، وعلى المشتري إقامة البينة أنها كانت قسمة بت وكذلك في الشركاء وفي «مسائل ابن الحاج»:

إذا كانت أملاك مشتركة بين رجلين فباع أحدهما منها فداننا بعينه، قال: فلم يختلف ههنا قول ابن القاسم أنه باع حقه وحق غيره، فإن قام في الحال شريكه أو كان غائبا فقدم فإنه يأخذ نصيبه بالاستحقاق بلا ثمن ونصيب شريكه بالشفعة ويرجع المشتري على البائع بما ينوب حظ شريكه، وله أن يترك الشفعة ويأخذ نصيبه بالاستحقاق بلا ثمن، فإن باع جميع حصته فلم يختلف هنا قول ابن القاسم ولا غيره في أنه باع حظه فقط، ولشريكه الشفعة فقط، فإن باع جزءا معينا يكون مثل حصته، أو ربع حصته فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فروى عنه يحيى أنه بمنزلة من باع حقه وحق غيره، ويأخذ الشريك الذي لم يبع النصف باستحقاقه والنصف بشفعته كما إذا باع موضعا معينا، وروى عنه سحنون أنه بمنزلة من باع حق نفسه فقط، وإنما تجب له الشفعة دون استحقاق، ونزلت هذه المسألة بقرطبة ورجل جزءا على الإشاعة من أرض بينه وبين رجل آخر ولم يذكر في العقد جميع حصته، فذكر فيها القولان، ولا شفعة في عرض ولا حيوان ولا رقيق، ولا زرع ولا بقل، ولا في طريق ولا بشر، ولا

مسيل ماء، ولا فحل نخل ولا فيما لا ينقسم بحال على المشهور، وقال ابن المواز: لم يختلف قول مالك وأصحابه في وجوب الشفعة في الحمام، وقيل عنه: لا شفعة فيه، والرحى فيها الشفعة عند ابن القاسم في بيوتها وسدها ومناصبها غير الحجر المستدير فلا شفعة فيه وروى ابن وهب الشفعة في ذلك كله، قال بعضهم: فإن كانت الرحى في مجرى الوادي فهي غير مأمونة ولا شفعة فيها لأنه لا يؤم أن يقلعها الوادي فيبقى الماء ولا شفعة في الماء، وفي «كتاب ابن سهل» إذا طلب المشتري الشفيع بالاجرة التي أداها عند الابتياح وأجرة الوثيقة فإن ذلك يلزمه؛ ذكره ابن عتاب وابن القطان.

الاستحقاق، والحيازة، والغصب والتعدي، وما يجب فيه، والضرر على اختلاف وجوهه

ومن ادعى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي هو بيده فلا يكلف أن يقول من أين صار له، ولا بأي وجه يملكه، وعلى المدعى إثبات تملكه له والمستحقات على نوعين: أصول وغيرها فأما الأصول فيكتب فيها:

عقد يعرف شهوده فلانا، ويعلمون له مالا وملكاً جميع الدار أو الموضع أو الضيعة بكذا حدودها كذا لا يعلمون فيها بيعاً ولا تفويتاً، ولا أنها خرجت عن ملكه بوجه حتى الآن، ويجوزون ذلك ويعينونه بالوقوف إليه مني دعوا إلى ذلك وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإن كان القارئ ورثة فيكتب فيه ما نصه: