

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كتاب القسمة

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الفئام بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة الموارث وغير ذلك والناس يعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما تجب بعد طلب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أي يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته الى ذلك وفي القسمة شيان المعادلة في المنفعة وتييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهي تتنوع نوعين أحدهما تميز محض وهو القسمة في المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل والموزون من جنس واحد اذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن ونوع هو تميز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فانما يميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما يصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث يسير بن يسار عن رسول الله صلى الله عليه أنه قسم جبريل على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

صلى الله عليه وسلم ونوابه واعلم أن خير كانت ستة حصون الشق والنظاة والكيبة والسلايم  
 والقموس والوطيخة إلا أن الاموال والمزارع كانت في ثلاثة حصون منها والنسق والنظاة  
 والكيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روى ان كنانة من  
 أبي الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازي فما افتتح منها كان لرسول  
 الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع في قلوبهم من الرعب وقد خص الله  
 سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالنعرة بالقاء الرعب في قلوب أعدائه قال صلى الله  
 عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر والى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على  
 رسوله منهم الى قوله ولكن الله يسلم رسوله على من يشاء فجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم  
 تلك الحصة مع الخمس في الشطر وقسم الشطرين الفاتمين وقد فسر ذلك محمد بن اسحاق  
 والكلبى على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خير على ثمانية عشر سهما  
 جميعا وكانت الرجال أنما وربمائة والخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل فكان على  
 رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السهال على مائة وكان عاصم بن عدى رضى الله عنه على مائة  
 وكان القاسم في النسق والنظاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنظاة خمسة أسهم وكانت  
 الكيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعطاياه وكان أول سهم  
 خرج من النسق سهم عاصم رضى الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث  
 الى آخره فهذا الحديث بين معنى الحدث الاول فى الحديث الاول ذكر الشطرين وأن  
 أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفى الحديث الآخر ذكر مقدار ما قسم بين الفاتمين  
 انه قسم على ثمانية عشر سهما وفيه دليل على أن للإمام في المنام قسمين قسمة على العرفاء  
 وأصحاب الرايات وقسمة أخرى على الرؤس الذين هم تحت كل راية وانما يفعل ذلك لان  
 اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فانه لو قسم ابتداء على الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة  
 ثم لم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم  
 ابن عدى رضى الله عنه فتبيل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ما كان يساوى اسمه  
 اسم في المزاحمة عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدى رضى الله عنه أولا لان فيه  
 سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة  
 في الجملة فيتحرز من ذلك فان في الجهاد وقسمة الفنائم العرافة غير مذمومة (الأزرى) انه

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم  
 ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد في أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لانه قال  
 وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل ربعمائة فرس ففرنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم  
 وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة  
 يقول المراد بالرجال الرجال قال الله تعالى يأنوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان  
 يقال عارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بحيلك ورجلك أي بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين  
 أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وانه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل انه لا بأس  
 باستعمال القرعة في القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة  
 مع نبيه صلوات الله عليه عن القمار فدل ان استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه  
 الله انه لم يأخذ عن القضاء رزقا فقيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالاولى له  
 أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وان كان لو أخذ جاز له وبيانه بما روى عن  
 عمر رضي الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضي المسلمين أجرا ولا الذي على الغنائم ولا الذي  
 على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستنجار على القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر على  
 القضاء وان شرط ولكن مراده الكفالة التي يأخذها القاضي من بيت المال فالمستحب له  
 عند الاستثناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام في  
 هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضي والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من  
 وجد كالقاضي لانه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استنجاره  
 على ذلك ان لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث اذا كان له نصيب في ذلك فاستنجار أحد  
 الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استنجار القاضي على القضاء ذكر عن  
 يحيى بن جزار ان عبد الله بن يحيى كان يقسم لعل رضي الله عنه الدور والارضين ويأخذ على  
 ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضي وجواز الاستنجار لعمل القسمة  
 بخلاف عمل القضاء وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه الى  
 اليمين فأتى بركاظ فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل  
 واحد يقول ابني فافرع بينهم وقضى بالغلام للذي خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبه  
 قال الراوي فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدري أما حكم الخمس في الركاظ فمقديناه

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في المصر على القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك ان فعله هذا كان بعد حرمة القمار أم قبله وأنه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أو لم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة لطيب القلوب وانما رجحه في القضاء لترجيح في حجة من يد أو غيره وقوله ففرضي للذي خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لأن الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضي القاضي لساحب الطيلسان وما ذكر في آخره من أنه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحي الحر لا يقوم بالدية وان كان هذا الغلام مملوكا لم أو من جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فان الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي ترفع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته في الموضع الذي يجب كاحد الشركاء في العبد اذا قبله الا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لا أدوى فكأنه لم يتكلف لذلك لعملة ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فهذا يتبين ضمه هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن إبراهيم قال خاصمت أخي الى الشامي في دار صغيرة أريد قسمتها ويأتي ذلك فقال الشعبي رضي الله عنه لو كانت مثل هذه فخط بيده مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وان أبي ذلك بعضهم لان الذي طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي تمتعت وانما بيني القاضي قضاءه على التماس المتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لان الطالب هنا متعنت فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار آجرة خطها على الارض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار الذي يأتي القسمة منهما فيما يحتمل لان مقدار الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم من بنى مسجدا لله كفحص قطاه بنى الله بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كفحص القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله آجرة القسام اذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لاعلى مقدار الانصاء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على مقدار الانصاء ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن أبي

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم علي وجه  
 النفقة علي قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان ان استأجروه ليفعل ذلك فيما هو  
 مشترك بينهم وهذا لان الفصود هنا بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه  
 ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أولان الغرم مقابل  
 بالغرم ثم الغرم بين الشركاء علي قدر الملك يعني الثمار والاولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك  
 ولا بي حنيفة رضي الله عنه أن عمله لهم سواء وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الأجر  
 عليهم بالتسوية كما اذا استوت الانصاء وبيان الوصف أن القسام لا يستحق الاجر بالمساحة  
 ومد الاطناب والمشي علي الحدود فانه لو استعاز في ذلك بازباب الملك استوجب كمال الاجر  
 اذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لا يستوجب الاجر بالقسمة وهي تميز نصيب كل واحد منهم ولا  
 تفاوت بينهم في ذلك فكما تميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل تميز  
 نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل  
 أكبر والحساب لا يدق لذا استوت الانصاء وانما يدق عند تفاوت الانصاء وتزداد دقته  
 بقلة بعض الانصاء فلعل تميز نصيب صاحب القليل أسوأ من تميز نصيب صاحب الكبير  
 ولكن لا يعتبر ذلك لان التميز حصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد  
 فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لا بقاء للملك وحاجة الكبير الي  
 ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر  
 لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيال والوزان فقد قال  
 بعض مشايخنا هو علي اختلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيل والوزان بمنزلة  
 القسام والاصح أن أبا حنيفة رضي الله عنه يفرق بينهما فنقول هنا انما لا يستوجب الأجر  
 بعمله في الكيل والوزن ألا تري أنه لو استعاز في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله  
 في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل  
 يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة فهذا كانت الاجرة عليهما بقدر  
 الملك بخلاف القسام فذكر أن الاولى أن يجعل لقاسم الارضين رزقا من بيت المال حتى لا  
 يأخذ من الناس شيئا وان لم يجعل رزقاله فقسم بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضاء  
 فالقضاء فرض هو عبادة والقاضي في ذلك نائب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والقسمة

ليست من ذلك في شيء ولكنها تصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فن  
هذا الوجه القسام نائب عن القاضى فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن  
حيث ان عمله ليس من القضاء في شيء يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب  
للقاضى في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضى وكذلك ما ذكر بعبه من حديث شريح  
رحمه الله ومالى لا أرتزق استوفى منهم وأوفيهم أصبر لهم نفسى في المجلس وأعدل بينهم في القضاء  
فقد بينا ان شريحاً رحمه الله كان يأخذ كفايته من بيت المال على ما روى ان عمر رضي الله عنه  
كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده على رضى الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في  
كل شهر خمسمائة درهم وامل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له احتسب فقال شريح  
في جوابه ما قال ومراده انى فرغت نفسى عن أشغالى لعمل المسلمين فأخذ كفايتى من مال  
المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات  
للغامين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء وذكروا  
عن محمد بن اسحق والكلبى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سافر أقرع بين نسائه  
قالت عائشة رضى الله عنها فاصابتنى القرعة في السفر التى أصابنى فيها ما أصابنى تريد به  
حديث الافك واعلم بان المرأة لاحق لها في التسم عند سفر الزوج فيكون لرسول الله صلى  
الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان  
يقرع بينهن تطيباً لقلوبهن فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع ورحمهم  
الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لان له أن يبدأ  
بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطيباً لقلوبهن ونفياً لتهمة الميل عن نفسه وانما أورد الحديث  
للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعمل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضى  
وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار فانه تعليق  
الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى  
النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالالزام الذى كان بمباداة  
أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكننا تركنا بالسنة  
والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير  
منكر ثم هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى مالا يليق بالأنبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكرنا عليه السلام استعمل القرعة مع الإخبار في ضم مريم عليها السلام إلى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لأن خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطيباً لقلوبهم قال الله تعالى اذ يقولون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم إن كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأتي ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وإن كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك إلا إذا خرجت السهام كلها إلا واحداً لأن التمييز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الإيجاب قبل قول المشتري فاما إذا خرج جميع السهام إلا واحداً فقد تمت القسمة لأن نصيب ذلك الواحد تعين خرج أو لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة مدار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضها على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لأنه يعتبر في القسمة المعادلة في المادية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فإن مقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وإن اقتسموا الأرض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكلك وكذلك إذا قضي القاضي به لأن المعادلة في الأرض باعتبار المساحة تنسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل وإذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لأن البناء والأرض تتناولها قسمة واحدة وإذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الأرض أيضاً كما هو الأصل في المقدم

الواحد اذا فسد في بعض المقود عليه فسد في الكل ولكننا استحسننا وجوزنا هذا للمعينين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما في طريق القسمة فاعتبروا في الارض المعادلة في المساحة وفي البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفي ذلك تصح القسمة في احدهما قبل ظهور المساحة في الاخرى فكذلك هنا تجوز القسمة في الارض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثاني) أن حكم القسمة في الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمة فيها على معرفة قيمة البناء وقيمتها بالقيمة لا يتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة في الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وانما يعتبر حال تمام العقد واذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضي منهم لم يمنعم القاضي من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقي في أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا في ذلك يبيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضي أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضي لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن في يده شيء فقوله مقبول فيه مالم يحضر خصم ينازعه في ذلك وليس هنا خصم ينازعهم فلا حاجة لهم الى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها واذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضي أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمهم القاضي بطلبهم وأشهدوا أنه قضى بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسي يحضر فيدعي لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت في أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك في العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان في أيديهم دار فاقروا انها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضي قسمتها أجاهم القاضي الى ذلك بهذا الطريق فكذلك في الميراث اذ لا فرق بينهما لانهم في الموضوعين أقروا بأصل الملك لتغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا جازله أن يعتمد القسمة

على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في الميراث ولا بى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم  
 في أن قضاء القاضى هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة  
 عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجبين (أحدهما)  
 أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل أن حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى  
 يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة يتقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما  
 يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت يقطع حقه (والثانى) أن القاضى يثبت له  
 الولاية على الميت في تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت  
 فبم يخبرون القاضى بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك  
 أمر وراء ما في أيديهم فلا يكون قولهم في ذلك حجة فيكفم اقامة البينة على ذلك وتقبل  
 هذه البينة من غير خصم لأنها تقوم لا بآيات ولاية النظر للقاضى في حق من هو عاجز عن  
 النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بانفسهم لان فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض  
 لان معنى النظر للميت هناك في القسمة من وجبين (أحدهما) أن العروض يخشى عليها النوى  
 والتلف وفي القسمة تحمين وحفظا لها فاما المقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف في القسمة  
 قضاء على الميت يقطع حقه عنها (والثانى) ان في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة  
 يصير مضمونا عليه بالقبض في حق غيرهم ففي جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت  
 وذلك لا يوجد في المقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبي حنيفة رحمه الله  
 وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لان القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى  
 الى غيرهم اذ لم يثبت فيها أصل الملك اميرهم فاما في الشراء فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله في  
 غير الاصول أن القاضى لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق  
 نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمة في المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لان  
 مد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضى  
 الولاية على الغائب بالتصرف في أمواله فهم ما أخبروا القاضى بثبوت ولايته على البائع الغائب  
 بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لا بى حنيفة أنه لا يمكن من القضاء بالقسمة  
 حتى يقضى بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما في أيديهم من وقوع التفريق  
 بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومسدراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة في شيء

من ذلك فلا يشتغل القاضى بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف  
العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (الأ ترى) ان القسمة في العروض تجري بين  
المودعين للحفاظ فلا يتضمن القضاء بموته فاما في المقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك  
الا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسألة الشراء برواية النوادر لانه لا يتمكن  
من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه ولئن سلمنا  
فبقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك نائبا في  
حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار في أيدي الكبار  
الحضور فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضى بينهم حتى تقوم البينة على  
أصول الموارث لانها لما لم تقسم في الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور في هذا الفصل  
أولى أن لا يقسم لان في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلى قول أبي يوسف ومحمد  
يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان  
الغائب والصغير على حجتهما كما في الفصل الاول لان الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس  
في هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب باخراج شيء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور  
نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة ينزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر في  
حق الغائب والصغير والقاضى هذه الولاية وان كان شيء من المقار في يد الصغير أو الغائب  
لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على  
الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان  
في يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضى  
أن يقضى على الغائب بحضور أمينه فلماذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضى  
لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى في تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون  
خصما عنه وينصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون  
وقل ما يحضرون فلولا يقبل القاضى البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر  
والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضى اثنان من الورثة والمقار في أيديهما وأقاما البينة  
على أصل الميراث فان القاضى يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه  
لانه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه

فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه وإذا كان الحاضر واحدا  
 لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لأنه ليس معه خصم فإن الحاضر لو كان خصما عن نفسه  
 فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وإن كان هذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من  
 يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثاني  
 أن الحاضر إذا كان واحدا فهو غير متظلم في طلب القسمة ولا طالب للانصاف إذ ليس معه  
 من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بملكى غيرى فإذا حضر اثنان  
 فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضي أن يمنح صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك  
 مستقيم وإن كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لأن للقاضي ولاية النظر للصبي في  
 نصيب الوصي ووصى الصغير قائم مقام الصغير فكانه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ وبأمر  
 بالقسمة باعتبار أنه يجعل أحدهما مدعى والآخر مدعى عليه وأحدهما خصما عن نفسه والآخر  
 عن الميت والغائب وإن كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وإن أقاموا البينة  
 على الشراء حتى يحضر الغائب لأن في الميراث إنما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط  
 حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد في الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء  
 فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولأن الحاضر من المسيرين لا ينتصب خصما عن  
 الغائب لأن النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولا يجوز  
 القضاء على الغائب بالبينة إذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما في الميراث لا يثبت للورثة ملك  
 متجدد بسبب حادث وإنما ينسب اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الاخلافة ولهذا  
 يثبت لهم حق الرد بالميت على بائع المورث ويصح اقلتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما  
 عن البعض في ذلك لاتحاد السبب في حقهم وهو الاخلافة عن الميت وإذا كانت الدار ميراثا  
 وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام  
 البينة على الموارث والوصية فإن الدار تقسم على ذلك لأن من حضر من الورثة ينتصب خصما  
 عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصي له بذلك عليهم وإذا قبلت بيئته قسمت الدار  
 بينهم على ذلك ولو أن بيتا في دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير  
 لا ينتفع واحد منهما بنصيبه إذا قسم لم يقسمه القاضي بينهما لأن الطالب للقسمة بينهما امتنعت  
 فإن قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجية القاضى الى ذلك وكذلك لا يقسم  
 الحائط والحمام بين رجلين لان في قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك الى  
 كل واحد من الشركاء وفي الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما  
 لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضى بينهم لانه لا يشتغل  
 لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضى لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا  
 على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك في الحكم فكذلك اذا تراضوا القسمة فيما بينهم فان كانت  
 دار بين رجلين ولا حدما فيها بعض قليل لا ينتفع به اذا قسم فاراد صاحب الكثير القسمة  
 قسمها بينهم وان أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك  
 ان كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصابتهم الا هذا الواحد الطالب للقسمة فانه يقسمها بينهم  
 وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول  
 ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها عند اباء بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد  
 القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لاتفويتها والمعتبر في القسمة المعادلة بين الشركاء في  
 المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضى لا يجبر  
 الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ولنا أن الطالب للقسمة  
 يطلب الانصاف من القاضى ولا يتعنت لانه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره  
 من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للانصاف فعلى القاضى أن يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان  
 الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعنت في طلب القسمة والقاضى يجب المتعنت بالرد  
 يوضحه أن بعد القسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلته نصيبه لا  
 لمنى من جهة صاحب الاكبر وذلك لا يعتبر في حق صاحب الكبير فيصير هذا في حقه  
 وما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء والحاكم في المختصر (قال) اذا كان  
 الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيها طالب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه انما  
 يقسم اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم رحمه الله وقال  
 صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضى  
 بينهم لهذا ولكن الاول أصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وانما الملتزم طلبه  
 الانصاف من القاضى واتصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

• ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جima القسمة من  
 القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال  
 والنساء والحجر والملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة في القسمة سواء لأنها من حقوق الملك  
 والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم في ذلك سواء واذا قسم الرجلان دارا ورفعا  
 بينهما طريقا فهو جائز لانهما قسما بمض المشترك وبقياشركتهما في البعض وهو موضع  
 الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولان المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما  
 بنصيبه وانما يتم ذلك اذا رفا طريقا بينهما وما يرجع الى تميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا  
 صحتهما وان كان نصيب احدهما أكثر من نصيب الاخر ينبغى أن يبين ذلك في كتاب  
 القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لانه بقى في موضع الطريق ما كان لهما من الشركة في  
 جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب  
 القسمة لانها اذا لم يبين ذلك فربما يدعي صاحب الاقل المساواة بينهما في رتبة الطريق  
 ويحتج على ذلك بأنه مساو في استعماله بالتطرق فيه وانما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغى  
 أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها  
 بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فأصاب الصفة  
 أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح  
 بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فاراد أن يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه  
 على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط  
 ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق  
 دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع ايجاب الملك  
 وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج  
 من الحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود  
 بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على  
 وجه لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب  
 أحدهما عن الآخر من كل وجه فلذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن  
 المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع

فند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنها قصدنا ذلك فاما في القسمة المقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنها لم يقصد التميز في أن لا يبقى لاحدهما في نصيب الآخر طريق مسيل ماء ولو لم يكن له مفتاح للطريق ولا مسيل ماء فانه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى ميرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشتري وهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما في القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له مفتاحا الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز الا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك على أنها قصد ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلها أن القسمة لا تصح بدونها في هذا الموضع بخلاف ما سبق توضيحه أن المتبر في القسمة المعادلة في المنفعة واذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر ميرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لقوات ما هو المقصود وهو المنفعة فان قيل فلي هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالاستأجر والأجير انما يستوجب الأجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فاراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

مشترك بينهما وكما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا  
 في نصيب شريكه وإنما يريد أن يستوفي حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك إنما  
 يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة  
 رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفلى له وفي السفلى الذي لا علو له يحسب في القسمة ذراع  
 من السفلى بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفلى بالنصف  
 ثم ينظر كم جملة ذراع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك  
 على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفلى وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من  
 عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهده  
 من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف  
 العادات في البلدان فقال إنما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند  
 محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفلى منفتان منفعة السكنى ومنفعة  
 البناء فإنه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب  
 العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فإنه لو أراد أن يبني على علوه علوا آخر كان لصاحب  
 السفلى منعة من ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من  
 السفلى ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبني على علوه إذا كان  
 ذلك لا يضر بالسفلى كما أن لصاحب السفلى أن يحفر سردابا في السفلى إذا كان لا يضر  
 بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفلى بذراع من العلو وحجته لا يثبت  
 هذا الأصل أن صاحب العلو يبني على ملكه كما أن صاحب السفلى يتصرف في ملكه واتصال  
 العلو بالسفلى كاتصال يتين متجاورين فلكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يلتحق  
 الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول لصاحب السفلى يحفر السرداب يتصرف في الأرض  
 وهي خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبني على حائط السفلى أيضا وهو مملوك لصاحب  
 السفلى وزيادة البناء تصير بحائط صاحب السفلى لا محالة ويتبين ذلك في الثاني إن كان لا يتبين  
 في الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضا صاحب السفلى ومحمد في هذا الفصل وافق  
 أبا يوسف ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لأن العلو والسفلى بناء والمعادلة في قسمة  
 البناء تيسر ولأن في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفلى وهو كذلك

بمكة وبمصر وفي بعض البلدان قيمة السفلى أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل في كل موضع  
 تكثر الندوة في الأرض يختار العلو عن السفلى وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار  
 السفلى على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة  
 فاستحسن القسمة في العلو والسفلى باعتبار القيمة ثم تفسير المسئلة في فصلين أحدهما أن يكون  
 بينهما سفلى علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجعل  
 بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء يتنا سلفه علو وسفلى لا علو  
 له بان كان العلو لغيرهم وعلو لا سفلى له فعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل بأزاء مائة ذراع من العلو  
 الذى لا سفلى له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثامن البيت الكامل وبأزاء مائة ذراع من السفلى الذى  
 لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثي ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفلى  
 كما في الفصل الأول وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل بأزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل  
 مائة ذراع من السفلى الذى لا علو له ومائة ذراع من العلو الذى لا سفلى له لان السفلى والعلو  
 عنده سواء خمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون  
 منها علو ومحمد رحمه الله في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى واذا كانت الدور بين  
 قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأنى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار  
 بينهم على حدة ولم يضم بعضهم نصيبهم الى بعض الا أن يصلحوا على ذلك في قول أبي حنيفة  
 رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأى في ذلك الى القاضي وينبى أن ينظر في ذلك  
 فان كانت انصباة أحدهم اذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر في القسمة  
 المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل  
 واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجمع نصيب كل واحد منهم في دار  
 وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فيمضى قضاءه على وجه يرى النظر فيه كما يمضى قضاءه في  
 المجتهدات على ما يؤدى اليه اجتهاده ولان الدور في حكم جنس واحد لا اتحاد المقصود بها وهو  
 السكنى والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والسياب المروية الا أنها تتفاوت  
 منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فن هذا الوجه نسبة البلدان الاجناس  
 المختلفة فسد تعارض الادلة الرأى للقاضي فيرجع بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة رحمه الله يقول  
 الدور أجناس مختلفة بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى اذا تزوج امرأة على دار فهو

بمنزلة مالوتز وجهها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلاً بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام  
الجنس جهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة ففرقنا أنها أجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم  
قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء علي ذلك وهذا لان في الأجناس المختلفة معنى المعاوضة  
يطلب علي معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس الواحد معنى التمييز يطلب وذلك  
داخل تحت ولاية القاضى فى الدور معنى المعاوضة يطلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل  
واحد منهم فى أمكنة متفرقة فاذا جمعا فى مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم  
كل ذراع علي حدة فعنى التمييز فيه يطلب لان نصيب كل واحد منهم يكون فى أمكنة متفرقة  
بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلا بد  
من اعتبار المعادلة فى المنفعة والتفاوت فى المنفعة فى الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف  
البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط  
والبعد عنه والظاهر أنه يتعذر عليه اعتبار المعادلة فى المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة  
كل دار علي حدة أعدل ثم هى ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت  
متفرقة أو متلازمة لا يقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة واحدة  
سواء كانت متفرقة أو مجتمعة فى مكان واحد لانها تفاوت فى منفعة السكنى فالبيت إسـم لسقف  
واحد له دهليز فلا يتفاوت فى المنفعة عادة (الأترى) انها تؤجر بأجر واحد فى كل محلة فتقسم  
قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازمة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة  
وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة علي حدة سواء كانت فى محال أو فى دار واحدة بعضها  
فى أقصاها وبعضها فى أدناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تفاوت فى منفعة  
معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت فى الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور  
من وجه فلشبهها بالبيوت فلنا اذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل  
فى مكان واحد ولشبهها بالدور فلنا اذا كانت فى أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما فى  
الفصول كلها يقولان ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فتمضى القسمة علي ذلك ولو اختلفوا  
فى قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها علي الدراهم  
والصحيح أن القاضى يجعلها علي الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث  
والثابت للقاضى ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل علي ذلك الذرع كان ذلك تصرفاً فى

محل ولايته واذا جعل ذلك علي الدراهم كان ذلك تصرفاً منه وراء محل ولايته وربما لا  
 يقدر كل أحد علي تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضي أن يكلفه ذلك توضيحه انه اذا  
 جعل ذلك علي الدراهم فالذي وقع البناء في نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان  
 كان يخرج بنفس القسمة يتمجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر الي  
 خروج الدين منه فتتعدم المعادلة بذلك واذا جعل ذلك علي الذرع يتمجل وصول نصيب كل  
 واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لبعضهم علي بعض فهذا أولى الوجهين واذا تعذر عليه  
 اعتبار المعادلة علي الذرع فله أن يقسم علي الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك  
 الا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمة علي الدراهم محض المعاوضة  
 وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم علي صاحبه وليس للقاضي  
 ولاية المعاوضة إلا عند تراضي الخصمين عليه الا أن اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة  
 والضرورة فيتعدي اليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق في  
 الكثير كما تتحقق في القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة  
 الارض فتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الارض أو يقع جميع الساحة  
 لاحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الاتفاع بالبناء بدون الارض واذا كلف نقل البناء  
 تنقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يجعل القسمة في البناء علي الدراهم وهذا  
 لان ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدي فيتعدي ولايته الي مالا يتأتى له القسمة الا به كالجد  
 مع وصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف في المال الي  
 الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف في المال ثم له ولاية التسمية في الصداق  
 باعتبار ثبوت الولاية في الزواج ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم يرفع طريقاً يبتنا وقال  
 بعضهم لا يرفع نظريه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقاً يفتح في نصيبه قسمة  
 بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بينهم لان المقصود بالقسمة  
 توفير المنفعة علي كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم  
 لكل واحد منهم طريق يفتح في نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقاً يطلب القسمة في جميع  
 المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة في المنفعة فيجيبه القاضي الي ما التمس واذا كان لا  
 يستقيم ذلك ففي قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

والقائل لا يرفع طريقا في هذا الموضع متنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطلب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحد منهم لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطلب أجابه القاضي الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقة جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيهم لان باب الدار متفق عليه واختلف فيه يرد الى المتفق عليه ثم لفائدة في جعل الطريق أعرض من باب الدار لانه ما لم يدخل الحمل من باب الدار لا يحمله في ذلك الطريق واذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل الى مسكنه في ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يجعل الطريق بينهم على عرض الدار وطوله واذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة على أن يكون هكذا أولم يذكر ذلك في القسمة فانه يترك على حاله لانه وجد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الآن يشترط قلع الجذوع عنه فينشد يجب الوفاء به للحديث الشرط أمملك وكذلك لو كان أزج وقع على حائط على هذه الصفة أو درجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف على نصيب الآخر فاراد صاحب السفلى أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان في حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك الا ترى انه لو اصاب أحدهما ثبوت علو والآخر السفلى لم يكن لصاحب السفلى أن يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخسة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان في ساحة غيره وان كان بحيث لا يمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أو تفرغ هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لا يجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذ هو لا ينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما وأغصانها متدلية الى نصيب الآخر فقد ذكرني رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره على قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره في ملك الغير بسبب من الاسباب وذكرني سماعه عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

الشجرة باغصانها قترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة  
 واذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في  
 هذه المقصورة ولم يذكر ذلك عند القسمة فلا طريق له في المقصورة لانه يقدر على أن يجعل  
 طريقه في حقه من غير ضرر والقسمة لتمييز نصيب احدهما من نصيب الآخر وتام التمييز  
 اذا لم يبق لاحدهما حق في نصيب الآخر فاذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة  
 عليه واذا أصاب احدهما قسمة ساحة في القسمة فأراد أن يبني فيها ويرفع بناء وأراد الآخر  
 منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء مابدا له لان الساحة ملكه والساحة  
 حق خالص له وللانسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدو له وليس للجار أن يمنعه عن  
 ذلك وله أن يتخذ فيها حاما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف في خالص ملكه أرايت لو  
 أراد أن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من  
 تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بالغير ألا ترى  
 أن من أبحر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان أصحاب  
 الحوانيت يتأذون بغياب سنابك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها  
 في حوانيتهم ثم ليس للبيض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقي أرضه وليس لجاره أن  
 يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء بئر فمرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه  
 وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلى الله عليه وسلم مازال جبريل عليه السلام  
 يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتجزز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لا يجبر  
 على ذلك في الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن  
 نفسه ويحول بينه وبين مقصوده على ما حكى أن رجلا جاء الى أبي حنيفة رضي الله عنه فقال  
 أن جاري اتخذ مجمة بجنب حائطي فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو ما يجمع  
 من الجمد وعلى هذا قال في الكتاب لوفتح صاحب البناء في علو بناه بابا أو كوة فتأذى  
 بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص  
 الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فهذا أولى ولكنه يبني في ملكه  
 ما يستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين  
 والجارين ولو اتخذ رجل بئرا في ملكه كرياضا أو بالوعة أو بئر ماء فزمنها حائط جاره وطلب

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه في خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدي في هذا السبب والسبب اذا كان غير متعدي في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان في بئر هذا واذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوق لاحدهما حائط للظاهر منه على آجرتين وأسه على أربع وقد دخل في نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك ما دخل فيه من أس حائطي لم يكن له ذلك وانما له ما ظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذي ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لاحائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انما يستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم واذا قسم الشريكان دارا أو دارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألا ترى ان احدهما لو باع نصيبه من صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم في دار واحدة معنى التمييز في القسمة تغلب على معنى المماوضة والشفعة تختص بمماوضة مال بمال واذا قسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لا تستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أئسسه ثم لان في القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما لاتفويتها واذا اصطلح الرجلان في القسمة على ان يأخذ أحدهما دارا والآخر منزلا في دار أخرى أو على ان يأخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أو على ان أجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أو على ان يأخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أو ما اشبه ذلك من الاصطلاح في الاجناس المختلفة فذلك جائز لان هذه مماوضة تجرى بينهما بالتراضي ولا ربا في شيء مما تناوله تصرفه ولو اصطحا في دار واحدة على ان يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر البناء كله فهو جائز للتراضي فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم مبادلة نصيب احدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على ان يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز وان اشترط ان لا يقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الارض لا يتوصل بهذه القسمة الى الانتفاع بالأرض ولان هذا في معنى يبيع شرط فيه اعارة أو اجارة فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء في أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا الترك شيء من العوض

فهو اجارة فاسدة شرطت في بيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من العوض فهو اعارة مشروطة في  
في البيع واذا كانت الدار في طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقسمها أهلها على أن يفتح كل  
انسان منهم في ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منهم من ذلك لان كل واحد  
منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منهم عن  
ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن  
لاهل الزقاق منهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركاء حق المرور في هذا الطريق  
الى أن يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفي حق نفسه ولا يريد  
الزيادة على ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها في دار مشتركة ليس لاهل المقصورة  
فيها الا طريقهم فاقسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه في الدار  
العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا واحدا في موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون  
هذه الزيادة في ذلك بان يحملوا جميع صحن الدار ممراف يكون لاهل الدار منهم من ذلك  
ومن أصحابنا من يقول لا يمتعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص  
حقهم وانما يمتعون من التطرق في غير الموضع المعروف طريقا لهم في صحن الدار ولكن  
في ظاهر الجواب قال يمتعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل  
واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا في صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب  
وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلهذا منعوا من فتح الابواب ولاهل الدار  
أن يبنوا ما بدا لهم في صحن الدار بعد أن يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار  
العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من  
صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلم ان يبنوا فيها ما أحبوا ويفتح أهل المقصورة  
مابدا لهم من الابواب في ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة  
على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى الى جنب هذه المقصورة فووقت  
هذه الدار في قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا في هذا الطريق الرفوع بينهم فليس له ذلك لانه  
لا طريق لهذه الدار فيها فسا كتبها يريد أبواب طريق لنفسه في طريق مشترك الشركه فيها خاصة  
والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه في ملك الغير فكذلك  
في الطريق الخاص وان اشترى الذي اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يحمل طريقها في

مقصورة ثم يمر في ذلك الطريق المشترك فله اذا كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل في حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار ان يتطرق في هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له ان يتطرق فيه من المقصورة لان لصاحب المقصورة ان يرضى بتطرقه فاهو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك في ملك الغير وهو الطريق و فرق بين هذا وبين الشرب فان من له ارض بجنب نهر شربها من ذلك النهر اذا اشترى بجنب ارضه ارض اخرى واراد ان يسقي الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء في ارضه لم يكن له ذلك وفي الطريق له ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفى من الماء فوق حقه فان حقه في هذا النهر مقدار ما يسقي به ارضه فاذا سقى به ارضين فهو يستوفى أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفي الطريق هو الذي يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة الى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفي نصيب الآخر ظلة على الطريق وكيف شارع فالقسمة في هذا كالبيع وقد بينا في كتاب الشفعة ان كيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبي حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل اذا كان مفتحا في الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك في القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشارك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشيء لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لهم منها نفس البناء لاحق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عنه وقد تبين أن في هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الجمولة فالقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالأصل في الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الجمولة فيه لا يكون الا نادرا ويتمتع ذلك لا يتمتع عليه استيفاء ماهو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

لما فيها من قطع منفعة الملك عن أحدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لقلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لأنه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر واذا اقتسما دارا على أن يستوفي أحدهما من الآخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لأن فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له أنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أو صدقة فهي فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لأن اشتراط القسمة في الشراء كاشتراط الشراء في القسمة واذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لأنه لو شرط في البيع زيادة في الثمن مقدار مسمى أو زيادة في المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم

#### باب قسمة الدور بالدرهم بريدها

(قال رحمه الله أحدهما واذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مائة فهو جائز) لأن في حصة الدراهم المشروطة المقدم بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان إلى ذلك عادة إلا أن القاضي لا يفعله إلا عند الضرورة فاما إذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه في هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معيناً أو موصوفاً مؤجلاً أو حالاً يجوز استحقاقه عوضاً في البيع فكذلك في القسمة فان كان شيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الإيفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما في السلم والاجارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله ان بينا للتسليم مكاناً جاز ذلك وان لم يبيننا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغي في القياس أن يتعين موضع المقدم كما في السلم عندهما ولكنهما استحسنا فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما في الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع المقدم لأن وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئاً من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفاً كان أو غير موصوفاً مؤجلاً كان أو حالاً لأن الحيوان لا يستحق في الذمة عوضاً عما هو مال وان كان بعينه

وشرط أن لا يسلمه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك منفسد للبيع لكونه غير متمتع به بل فيه ضرر على التملك للعين بالمقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك في القسمة ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة الى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلا لم يجز كما في البيع وهذا لان الثياب تثبت في الذمة سلمها ولا تثبت في الذمة قرصا والسلم لا يكون إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت في الذمة مؤجلا ثبوتنا صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين في دار وميراث في دار أخرى فاصطحا على أن لاحدهما ما في هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سمييا سهاما كم هي سهم من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما في الثاني وان سميا مكان السهام أذرا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا في البيوع اذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع في ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما احدي الدارين والثاني الدار الاخرى على أن يرد الذي أخذ الدار الكبرى على الذي لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا اذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكها في الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة بالتراضي وكذلك ان أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى واذا كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لانها اشترى نصيبه بما نفذاله من الدراهم وكذلك ان اشترطوا على أحدهما ثلثي الدراهم لفضل في منزله فذلك جائز لانه يكون مشتريا ثلثي نصيب الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز لان بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ الآخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما

تقدم الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفلى والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه  
دراهم مسماة لان السفلى مع العلو كاليتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك  
يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما في قسمة العلو والسفلى شرط ذلك على صاحب  
العلو وعلى صاحب السفلى والله أعلم

— باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم —

(قال رحمه الله وإذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها فأخذ أحدهما مقدما وهو الثلث والآخر  
أخذ مؤخرا وهو الثلثان جاز ذلك) لان المعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر  
أن ذلك لا يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة  
الرغبة في المقدم دون المؤخر وتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لا تخلو في المادة عن  
التفاوت في المساحة ولا يمد ذلك ضررا وإنما الضرر بالتفاوت في المنفعة والمالية ففي ذلك  
تعتبر المعادلة بينهما فان كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه ما بقي من الدار  
وهو أكثر من حقه فهو جائر بمنزلة البيع لوجود التراضي منهما وقد بينا أن المال الذي  
لا يجري فيه الربا يعتبر لجواز المبايعه فيه المراضاة فكذلك ان كان الذي وقع في قسم الآخر  
ليست له غلة فهو جائر لانه رضي به لغرض له وهو غير متهم في النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال  
عظيم جاز شراؤه فكذلك اذا اختار أحدهما أخذه في القسمة بقسمة واذا اقتسما دارا بينهما  
على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على أن رفعا طريقا بينهما ولا أحدهما ثلثه والآخر  
ثلثاه فهذا جائز وان كانت الدار في الأصل بينهما نصفين لان رقبه الطريق ملك لهما محل  
للمعاوضة فقد شرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ما سلم  
إليه من نصيبه في المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وان أخذها طائفة منهما  
يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار  
السدس فهو جائز لانهما نفيًا شركتها في موضع الطريق وقسما ما وراء ذلك على الخماس  
فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسة ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك  
اذا اقتسما البعض وبقيا شركتها في البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشتراط أن يكون  
الطريق بينهما على قدر مساحة ما في أيديهما فهو جائز لانهما لو قسما الكل على هذه المساحة

جاز فكذلك اذا اشترط أن يتركا مشتركا للطريق بينهما على قدر هذه المساحة وكذلك  
 ان شرط أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للأخر ممرة فيه فهو جائز لان عين  
 الطريق مملوك لها فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضا عن بعض  
 ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر في ذلك جائز بالشرط كمن  
 باع طريقا مملوكا له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السفلى على  
 أن يكون حق القرار الملو له عليه وان لم يشترط شيئا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما  
 ورثا لانهما نفيًا شركتها في قدر الطريق نبيقي في هذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة  
 في الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقسماها على أن يأخذ  
 أحدهما الدار والآخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان أقرأتهما  
 كان يرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية في العقد غير مقصودة بل المقصود  
 اعلام المتماقين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحدهما وجهه  
 الآخر فالقسمة مردودة وقد بينا في كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار  
 فان كان المشتري يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشتري لم يجز في  
 قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وينبغي أن يكون  
 الجواب في القسمة على ذلك التفصيل أيضا وقيل بل هذا الجواب صحيح في القسمة وهو  
 قولهم جميعا لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد  
 منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة  
 مردودة فاما البيع عقد ممانية يقصد للاسترباح والمشتري هو الذي يقبض البيع فيشترط أن  
 يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع في الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا  
 اقتسم الرجلان دارا على أن أخذ أحدهما الثلث من مؤجرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من  
 مقدمها بحقه فهو جائز وان كان فيه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع  
 جوازا بسبب الغبن عند تمام التراضي من المتماقين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضي  
 بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما في البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل  
 واحد منهما أن يرجع فكذلك في القسمة وتام القسمة بوقوع الحدود بينهما واذا كانت  
 أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالودور عند أبي حنيفة رحمه الله تقسم كل قراح بينهما

على حدة الا اذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما  
 الله ينظر القاضي في ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهذا  
 لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منهما في العلة والصلاحية للرطوبة والكرم  
 وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن  
 هناك لتمذر المعادلة في المنفعة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب  
 في الاقربة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغللات في  
 قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما  
 أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة أيضا واذا أصاب  
 بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا في القسمة بكل حق هو لها أولم يكتبوا ذلك فله ما فيها  
 من الشجر والبناء ولا يدخل في ذلك التمر والزرع وقد بينا هذا في كتاب الشفعة في  
 البيع فهو كذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أو منها دخل ذلك في القسمة  
 وفي كتاب المزارعة قال لا يدخل الزرع والتمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير  
 هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر في آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون  
 الزرع والتمر وهناك أطلق بكل قليل وكثير هو فيها أو منها والتمر والزرع من هذه الجملة  
 فعند إطلاق اللفظ تدخل في القسمة ومن جعل المسئلة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين  
 في كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك  
 فهو جائز لوجود التراضي منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة  
 وان تراضوا عليه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما  
 لو طلبوا من القاضي قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعل بتراضيم لم يمنعهم من ذلك وان  
 كانت أرض بين قوم لهم نخل في غير أرضهم فاقسموا على أن يأخذ اثنان منهم الارض وأخذ  
 الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم في القسمة  
 حائطا ينصبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو في غير  
 تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التي فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس  
 له ذلك والنخلة لصاحبها باصولها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط في القسمة يستحقه  
 بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة مالم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقاقها بأصلها  
وذكر في النوادر في البيع اختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبي يوسف رحمه الله  
يستحقها بأصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقبل الجواب في الاقرار  
كالجواب في البيع على الخلاف فابو يوسف رحمه الله يسوي بين القسمة والبيع ومحمد رحمه  
الله يفرق بينهما فنقول في القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله ملكه وأصل ملكه فيها  
نخلة وإنما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض بأصله استحقاق جميع النخلة  
بأصلها وكذلك في الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وإنما تكون نخلة بأصلها فاما البيع ايجاب  
ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا  
يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شيء من الارض بتسمية النخلة في البيع فلماذا يشترط  
فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يغير مكانها ما بدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض  
فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغير مكانها أخرى فان أراد أن يمر  
اليها فتمعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الي نخلته  
وقد بينا أن القسمة متى وقعت على ضرر فهي فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا  
بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله  
الطريق الى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط  
الطريق فكانه شرط الطريق الى نخلته أيضا واذا كانت قرية وأرض ورحا ماء بين نفر  
فاقتسموها فاصاب رجل الرحاء واصاب الآخر أقرحة معلومة واصاب الآخر بيوت  
وأقرحة فاقسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر الى نهره في أرض قسمة  
فتمعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق الى نهره اذا كان نهره في وسط أرض هذا ولا يخلص  
اليه الا بذلك لانه لا يتمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص اليه ولا طريق له الى ذلك الا في  
أرض قسيمة وقد اشترط في القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا  
الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمة وان كان النهر منرجا مع حد  
الارض له طريق اليه في غير الارض لم يكن له أن يمر في أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك  
أحدهما من ملك الآخر وتام ذلك بان لا يبقى لاحدهما حق في نصيب الآخر واتمام القسمة  
في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي الأول

لا يمكن انعام القسمة بينهما بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم  
بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق  
ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أو منها فلا طريق له في أرض هذا لما بينا  
انه لا يستحق في نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها  
وقعت على ضرر الآن بقدر على أن يمر في بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر  
فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر ليتمكن من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة  
وطريقه لاني بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة  
لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة  
وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه  
وان ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكرها  
المسناة في القسمة فاختلف صاحب النهر والأرض فيها فهي لصاحب النهر للمتنقطينه وطريقه  
في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الأرض وهذا بناء على  
مسئلة كتاب الشرب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا حرمان للنهر وعندهما للنهر حرمان من جانبيه  
مثل عرض بطن النهر فاذا كان عندهما للنهر حرمان كان اشتراط النهر لاحدهما في القسمة  
اشتراطا لحرمانه له فهو أولى به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حرمان للنهر وقد جملا في القسمة  
النهر حدا الملك صاحبه والمسناة من جنس الأرض يصلح لما يصلح له الأرض من الفرس  
والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الأرض أولى به وان لم يكن  
للنهر طريق الا في أرض لتقسيمه واشترطوا عليه أن لا طريق له في هذه الأرض فهو جائز  
ولا طريق له اذا علم يومئذ أنه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضى هو بالتزام  
الضرر والشرط أم لك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احدهما في أرض الآخر واشترطا  
أن لا طريق له في أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أجه كان لصاحبه ذلك  
المصب على حاله لانه محتاج اليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على  
ذلك لما بينا في جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا لصاحب  
النهر في ملك النهر كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر في ملك رجل آخر فاختلغا في مسناة على النهر  
فهي لرب الأرض في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما للمسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسئلة

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر في المسناة يدمن حيث الاستعمال  
 فانه بالمسناة من الجانبين يجري ماؤه في النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول  
 ذي اليد ولا يبي حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض يصلح  
 لما يصلح له الارض وملك الآخر في النهر وهو العمق الذي يجري فيه الماء وما وراء ذلك  
 يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حيث ثبت للآخر استحقاقه بالحجة الا أنه ليس له أن  
 يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض  
 ولصاحب النهر فيه حق استمسك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لا آخر  
 ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الارض أن يفرس على المسناة ما بداله لانه  
 يتصرف في ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه  
 لا خرو لصاحب العلوان يحدث على علوه ما بداله ما لم يضر بالسفل واذا كانت القرية والارض  
 بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من أصابه شجر أو بيوت في أرضه فهي عليه بقيمتها  
 دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما مأصابه من  
 البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال الأثرى أنه لو كانت دار بين رجلين  
 فيها ساحة وبنائها لهما ولا آخر فاقسماها على أن أخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على  
 أن البناء بينهم على حاله ثم أراد الذي أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك  
 لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فاذا كنت أجبره على  
 أخذ القيمة بغير شرط فهي اذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف  
 للساحة وتبع لها فاذا استويا في ملك البيع وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل  
 أن يملك على شريكه من الوصف بالقيمة الأثرى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان  
 لصاحب الثوب أن يملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف للملكه وهذا بخلاف  
 ما اذا كان البناء كله لانسان في ساحة الغير لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من  
 غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه وأما  
 اذا كان البناء مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة  
 لانه ما لم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع الضرر  
 عن نفسه ويملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل في

بيع الاصل من غير ذكر كالصبيغ في الثوب وهو اصل من وجه حتى يجوز بيعه على الافراد فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بما هو اصل لا يكون لصاحب الارض أن يملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يملك نصيبه من البناء اذا كان مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم في أنها لا تستحق إلا ثمن في الذمة وكذلك ان اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا في الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشترط المكيل والموزون في الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشترط الثمن فهو كاشترط الدراهم والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لانه مبيع يرد عليه العقد مقصودا بجهالته عند العقد تكون مبطله للعقد وهذا لان الثمن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشتري عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده في ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالإشارة الى عينه وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والاونى المصوغة في هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أنه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على الموارث وسألوا القاضي قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضي بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به في حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فعمل ذلك استحسانا وفي القياس لا يفعل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة الاول ولكنه استحسن وقال قل مات مخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الفرء ويقسم ما زاد على ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ ما يصبه من ذلك  
 ويكون ذلك مضمونا عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشئ من  
 ذلك أرايت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أو لم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضي  
 امساك حقه وهو يعرف أنه حقه وإنما يطلب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك  
 وعسي لا يلحقه شئ وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير قال هذا شئ احتاطه  
 القضاة وهو جور أي مائل عن طريق القصد فقد بينا المسئلة في كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي  
 بالدين سألم هل هي دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل  
 وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقه فيقبل فيه  
 قولهم ما لم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك تنقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين  
 معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك اذا ظهر بعد القسمة لانه تين أن القسمة كانت قبل أو انها  
 فان أو ان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا  
 الدين الذي ظهر قبل أن تنقض القسمة فينثذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض  
 سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه  
 الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنتقض في كلها لانه تين انها وقعت بغير محضر من بعض  
 الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى أن يستوفي مما وصل الى كل  
 واحد منهم مقدار نصيبه فينفرق نصيبه في مواضع فلماذا تنتقض القسمة ويستقبل بينهم وان  
 أقر أحدهم لرجل بدين وجد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على الموارث لان الدين  
 المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان في نصيبه  
 وفاء بذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسئلة في  
 الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصى له بالف درهم وهي  
 تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان يخرج من الثلث يستحق  
 سابقا على الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه  
 الالف من مالهم مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكامله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك  
 لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشئ وهو سواء في الدين والوصية وان أراد  
 أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه في التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة الا أن يقضوه بالخصص فان فعلوا ذلك قبل تقض القسمة فالقسمة مافية ولو كان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنقض القسمة لحقه واذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلي الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لو كان حيا وقد بينا في الشركة في المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة على الشراء فهذا مثله ولو حضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمتها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة في التركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لا يكون خصما عن شريكه المشتري معه فهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضر وا وغاب عنهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عنهم وكذلك لو كان عنهم حاضرا وغاب بعض بني أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جمعهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كمالو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصي أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لا ولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضي اذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أو عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق أو الطسوج علي الخراج أو على المعونة لانه لا ولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لو رضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصي له أو غائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لا ولاية له على الغائب والصبي فانه صار حكما بتراضي الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

كبر الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (الآ ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كما لو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بدموته لبيع لم يجز ذلك لهذا المعنى وفي الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كاجازة المورث في حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادتها في الحال بتلك الصفة وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة في نقضها مع وجود الاجازة منه لتماد برضاه بخلاف البيع فاننا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لاتقع الحاجة الى اعادته فالبيع لا يكون مستحقا في كل عين لاحالة فهذا لا يسمل اجازة الوارث فيه بعد تعين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم

### باب قسمة الحيوان والعروض

(قال رحمه الله واذا كانت النعم بين قوم ميراثا أو شراء فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الاصل فان القاضي يقسمها بينهم) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو ما يكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لا يقسم الرقيق بينهم اذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (الآ ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات في سائر العقود من حيث أنها تثبت في الذمة مبرا ولا تثبت سلا فكذلك في القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم في الغنمية كسائر الاموال فكذلك في القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت في الرقيق أظهر منه في الاجناس المختلفة فان الاجناس

المختلفة قد تتفاوت في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتاً فاحشاً ثم قسمة الجبر لا تجري في  
 الاجناس المختلفة فكذلك في الرقيق وهذا لان المتبر المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت  
 في الآدمى باعتبار معاني باطية لا يوقف عليها حقيقة كالدهن والكتابة وقد يرى الانسان  
 من نفسه ما ليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة في المالية وبترجيح معنى  
 المعاوضة في هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضى والدليل على الفرق بين الرقيق  
 وسائر الحيوانات أن الذكور والاناث في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما  
 جنسان حتى اذا اشترى شخصاً على أنه عبد فاذا هي جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات  
 وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فانها تجري في الاجناس  
 المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين في معنى المالية دون العين حتى كان الامام يبيع المغنم  
 وقسمة الثمن فانما يعتبر اتصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فانما في الشركة الملك حق  
 الشركاء في العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة  
 فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الاجبار على القسمة  
 الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان  
 أبو بكر الرازي رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فانما مع كراهة  
 بعضهم القاضي لا يقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي  
 حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبي حنيفة  
 رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلاً في القسمة وحكم القسمة  
 جبراً ينسب فيه فيثبت في الرقيق أيضاً تبعاً وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعاً وان كان لا يجوز  
 إنباته فيه مقصوداً كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقت وكانه استحسن ذلك  
 لانه قل ما تجلوتركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شيء آخر  
 فباعتبار المعادلة في المالية يتيسر بخلاف ما اذا كان الكل رقيقاً فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم  
 الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذي بين الشركاء ثوب  
 زطي وثوب هروي وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاءهم لان في الاجناس المختلفة القسمة  
 تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يملك على شريكه نصيبه من الجنس  
 الذي يأخذ عوضاً عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من

التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقسوها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفاً جاز ذلك لوجود التراضي منهم علي انشاء المعاوضة وان رفعوا الى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يطلب معنى التمييز اذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتبها له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب الى المعادلة فاما اتفاهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين قسمها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا رجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهوا عليها قبل أن تقسوها فأبهم خرج سهمه عدو له الأول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجمله التي تفضي الى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فقبلوا الابل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهوا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهم على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع تقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي فان رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبقى سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أولم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاها طولا أو عوضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما أن يرجع بمد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها بينهم لانها تحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك ولو كانت ثلاثة أبواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فأبى انظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا قال في الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحدهما قسمين ثوبا وثاني الآخر والقسم الآخر ثوبا وثالث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك في البعض والله أعلم بالصواب

### باب الخيار في القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذي وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان هذه المسائل في قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضي فله ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن في البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل في ملكه فكذلك في القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر في ذلك كله سواء واذا كانت القادرم بين رجلين كل الف في كيس فاقسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الاخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذي رآه وعلى الذي لم يره ولا خيار لواحد منهما في ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية في الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك في القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير ائمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

يصير المقصود معلوما علي وجه لا يتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا  
 أن يكون قسم الذي لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه علي أن يكون  
 في الصفة مثل ما أخذه صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير في ذلك كما لو رأى عند  
 الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان مابق شرا مما رأى فانه يثبت له الخيار فاذا اقتسم  
 الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذي أصابه ولم يرجو فيه  
 فلا خيار لهما إلا علي قول زفر رحمه الله وقد بينا المسئلة في البيوع ان برؤية الظاهر من حيطان  
 الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله ما لم يدخلها فكذلك القسمة  
 وكذلك ان اقتسم ابستانا كرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذي  
 أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لو واحد  
 منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه في الدار بناء علي دور  
 الكوفة فانها لا تتفاوت الا في السمة والضيق ضعيف جدا ففي البستان المقصود يتفاوت بتفاوت  
 الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شيء من ذلك عرفنا ان المعنى فيه ان ما يتعذر الاستقصاء  
 برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك في الثياب المطوية يجعل  
 رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع في اسقاط الخيار واشترط الخيار في القسمة جائز  
 فهو في البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا  
 فانما يشترط الفسخ أو لثلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار في جانب من شرط الخيار لنفسه  
 فان مضت الثلاثة تم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعي الآخر الاجازة فالقول قول  
 مدعي الاجازة لان مضي المدة قبل ظهور الفسخ يتم للمقد فمن يدعي الاجازة يتمسك بما  
 يشهد له الظاهر به وان أقام البينة فالبينة بينة من يدعي الرد لان بيئته تثبت الفسخ وهو  
 المحتاج الي الاثبات دون صاحبه وسكني الدار التي وقتت في سهم صاحب الخيار رضا منها  
 وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة في البيوع وان مراده حيث يقول  
 ذلك رضا منه اذا تحول اليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لا يكون رضا اذا كان ساكنا  
 فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أو هدم فيها شيئا أو جصصها أو طين فيها حائطا أو ذرع  
 الارض أو سقاها أو قطف الثمرة أو غرس الشجر أو قلع النخل أو كسح الكرم فهو كله رضا  
 لانه تصرف لا يفعل عادة الا في الملك ومباشرة دليل الرضا بملكه في ذلك المحل ودليل

الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمتوه في كل شيء مالم يكن عليهما فيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما مالم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه في ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك في القسمة وكذلك وصي الأب في ذلك قائم مقام الأب بعد موته فكذلك الجد أب الأب اذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي الام اذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام في ذلك وتصرفها في ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بملها وهذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار وكذلك وصي الاخ والم وابن الم في ميراثه منهم ولا يجوز فيه قسمته في ميراثه من غيرهم لان الوصي قائم مقام الموصى فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان في حفظ ذلك منفعة للموصى فانه اذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصى فيه ولاية وهذا ليس في حفظه معنى النظر للموصى انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لو وصى الم وابن الم على اليتيم وهذا بخلاف وصي الأب فقد كان للأب ولاية على الصغير في جميع ذلك ووصيه بملها يقوم مقامه واذا كان له أب أو وصى أوجد لم تجز قسمة وصى هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الأب قائم مقامه أن لو كان حاضراً بالغا وعند ذلك لا يكون لو وصى هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك اذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الأب له يكون عن شفقة وافرقة وولاية كاملة كنظره لنفسه ولا حاجة مع وجوده الى اعتبار نظر وصى الم له بخلاف حال عدم الأب والوصى ويجوز قسمة وصى الأب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الأب فيما يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع الى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الام والم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب ولا وصى أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع الى الحفظ من تركة الموصى خاصة دون غيره فاما في سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالأجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرج من الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يموله لانه لا ولاية له

عليه في التصرف في ماله ببيعاً وشراءً فالقسمة مثله والوصي الذي يقيه القاضي في أمر اليتيم بمنزلة  
 وصي الأب إذا جعله وصياً في كل شيء لأن له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعاً  
 كولاية الأب فوصيه أيضاً كوصي الأب وإن جعله وصياً في النفقة خاصة أو في حفظ شيء عنده  
 لم تجز قسمته لأن نصيب القاضي إياه وصياً قضاءً منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف  
 ما إذا جعله الأب وصياً في شيء خاص لأن إيصاء الأب إليه أثبات الولاية بعد موته والولاية  
 لا تحتل التجزى والمنع في الفرق أن قسم القاضي يتصرف مع بقاء رأي القاضي فلا حاجة  
 إلى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضي به لتمكن القاضي من النظر في ذلك بنفسه له  
 فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فالما وصي الأب إنما يتصرف بعد موت الأب  
 وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس إلى تعميم ولايته فيما يحتاج العبي إلى من ينظر فيه  
 له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيباً بعد تمام القسمة كان له أن يردّه بالعيب وينقض القسمة  
 إن كان شيئاً واحداً أو كان مكياً أو موزوناً كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة  
 باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لأن الحاكم إنما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه علي أنه سليم  
 من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضي  
 أو بقضاء القاضي فوجود العيب يفوت ما كان مستحقاً له فيتخير لذلك (قال وإن كان الذي  
 أصابه عدد من النعم أو الثياب رد الذي به العيب خاصة بعد القبض كما هو في البيع فإنه لو  
 اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيباً رداً للمعيب خاصة فهذا مثله ويكون الردود  
 بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع في جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لأن عند  
 الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض الردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر  
 ذلك كما يرجع في البيع بالثمن إذا رد المبيع بالعيب وإن أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد  
 ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالمعيب استحساناً وفي القياس هو رضا  
 لأنه تصرف لا يفعله الإنسان إلا في ملكه عادة فأقدمه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو  
 كالعرض على البيع أو زراعة الأرض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه  
 استحسناً فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الإنسان في ملك الغير عادة باذن المالك وبغير  
 إذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولأنه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب  
 هل يمكن نقصاناً في مقصوده أولاً فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا في السكنى

بناء على احدي الروايتين في السكنى مدة خيار الشرط اذ لا فوق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا في المطالبة بالجزء الفائت وفي اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما في خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه في الفسخ ولكن ليس في ذلك كثير ضرر (الأتري) أنه اذا تعذر رده بخيار الشرط لا يرجع بشيء وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن واذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضاه بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى قده أو قال قدره فهذا رضاه بالعيب وليس رضا في الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلهذا لا يجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لغوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس في معرفة ذلك فكان لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه واذا باع ما أصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشتري عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة في حق شريكه كالشراء المتدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك وابعاء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فماد من الحكم ما كان قبله وان كان المشتري هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفي نظيره في البيع اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصالح فينبغي أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذي هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا يرجع بنقصان العيب في أنصبا شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع في سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه في أنصباهم والله أعلم

### باب الاستحقاق في القسمة

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها فاخذ أحدهما الثلث من

مقدمها وقيمتها ستمائة وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمتها ستمائة وهي ميراث بينهما أو  
أوشراء ثم استحق نصف مافي يدي صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذا يرجع  
صاحب المقدم على صاحب المؤخر برقع مافي يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء  
وان شاء نقص القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد مافي يده ويبطل القسمة فيكون ما  
بقي في أيديهما بينهما نصفين وفي رواية أبي حنص رحمه الله ذكر محمد مع أبي حنيفة وهو  
الاصح فقد ذكر ابن سماعه انه كتب الي محمد يسأله عن قوله في هذه المسئلة فكتب اليه أن  
قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف ما في يد  
صاحب المقدم شائعا ظهر لها شريك ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسما  
اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان استحقاقه الدار  
وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي الى الشيوع في الكل لانه اذا أخذ  
المستحق نصف مافي يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون  
ذلك بمنزلة مالو كان المستحق جزءا شائعا في الكل وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة  
في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقي ولكن يثبت الخيار للمشتري بين  
تفض البيع في الباقي وبين الرجوع بموض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك  
النصف فكذلك في القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتفاض فيما بقي باستحقاق  
بعضه وهذا لان ما تبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدارين شريكين  
ولها شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فاقسما على أن أخذ أحدهما نصيبها من النصف  
المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر ما بقي كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة  
لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائعا في جميع الدار لان  
استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبيح وبهذا تبين ان هذا  
بمنزلة مالو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة فيما بقي فكذلك هنا  
وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه برقع مافي يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق  
جميع المقدم رجع على شريكه بنصف مافي يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف  
نصف مافي يده يوضحه ان جميع قيمة الدار ألف ومائتي درهم وباستحقاق نصف المقدم  
يتبين ان المشترك بينهما تسمائة فحق كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين والذي بقي في يد

صاحب المقدم يساوي ثلثمائة وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمتها مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع في قول أبي حنيفة رحمه الله على صاحبه بربع ما في يده ان كان الذي باع بألف درهم أو بمشرة دراهم وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع فيما في يد صاحبه من الدار فيكون بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ما باع لصاحبه وفي قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبي يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة فلماذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقي وكان له الخيار في بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه في الرجوع بموض المستحق وذلك ربع ما في يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض بين رجلين نصفان وهي مائة جريب فاقسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجرية تساوي ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذي أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجرية فرد المشتري ما بقي منهما على البائع ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب التسعين جريبا بخمسين درهما وفي قول أبي يوسف رحمه الله تكون التسعة الاجرية بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة درهم لصاحبه لان عند أبي يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة الاجرية قد انفسخ من الاصل يرد الباقي عليه ببيع التبعض وكأنه لم يبيع ذلك فهي بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ما قبضه بقسمة فاسدة فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن المشترك بينهما ما يساوي ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجرية تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما في يده واذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقسماها على أن أخذ أحدهما أربعين منها ما تساوي خمسمائة وأخذ الآخر منها ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة

دراهم في الستين شاة عندهم جميعا وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك تقض القسمة فيما بقي وتبين أن المشترك بينهما تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لاخذ الأربعين ما يساوي أربعمائة وتسعين ولصاحب الستين ما يساوي خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصة كل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسة وتسعين وإنما يرجع بذلك في الستين شاة لأنها باقية في يده فيضرب هوفي الستين بخمسة دراهم وصاحبه بأربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يجعل كل خمسة بينهما فيكون الستين سهما على مائة سهم للمتسحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون سهما منها وفي ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن يتقض القسمة فيما بقي كما لو اشترى عددا من النعم فاستحق واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن يتقض القسمة فيما بقي وهكذا في البيع ليفرق الصفة عليه فالعقد في المستحق يبطل من الاصل فلا فرق بينهما بعد القبض وقبله وإذا كان كرحضة بين رجلين نصفين عشرة أفقرزة منها طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديء على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ شريكه الثلثين بحقه لم يصح ذلك لأن في هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بمجنسها متفاضلا ربا فان رد الذي أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه على صاحبه واقتسما على ذلك جازبناه على أصلنا أن الفصل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحیح العقد وان استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فانه يرجع عليه بنصف الثوب وفي زيادات الزيارات (قال) في هذه المسئلة يرجع بثالث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ماذا كرئمة جواب القياس وما ذكر في كتاب القسمة جواب الا تحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديء يرجع على صاحبه بجميع الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثالث ذلك اعتبارا للبعض بالكل وبيان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التي أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة في الكل ثلثها فيما أخذ بقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشيء والثالث مما أخذه عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثالث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيزا وثلاثا قفيزا لأن العشرة كلها لو استحققت رجع عليه بخمسة أفقرزة فاذا استحق الثلث رجع عليه بثالث الخمسة وثالثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

ووجه الاستحسان أن المستحق إنما يجعل شائماً في الكل إذا استوت الجهالة فاما إذا تفاوتت فلا  
 كما إذا باع ثوباً وقلبا وزنه عشرة دراهم بمشرين درهماً وتبايضاً ثم استحقت حشرة من العشرين  
 فإن المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لأنه لو جعل بعضه من ثمن القلب بطل العقد في القلب  
 بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد في شيء من القلب فيجعل ذلك من ثمن  
 الثوب لابقاء العقد صحيحاً حين لم تثبت المساواة فهناك كذلك لأن المقصود بالمقاسمة التمييز  
 والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شيء من المستحق مما أخذه  
 بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز بحسب الامكان ولو جعل شيء من المستحق بمقابلة العشرة التي  
 أخذها بالمقاسمة تنتقض المقاسمة فيحتاج الى اعادة ثانياً فلا يجعل شيء بمقابلة كيلا ينتقض  
 وإذا جعلنا المستحق ما وراء العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة المشترية والنصف  
 العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رجع  
 بحصته من الثمن وثمنه نصف الثوب فهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يجعل المستحق  
 نصف العشرين الذي أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرين أخذها بقديم ملكه  
 وعشرة عوضاً عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فهذا يرجع بنصف الثوب  
 خاصة وإذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقسماه فاخذ أحدهما ثلاثين محتوماً حنطة  
 رديئة وعشرة مخاتيم شعيراً جيدة وأخذ الآخر عشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثين محتوماً  
 شعيراً رديئاً ثم استحق نصف الشعير الرديء فإنه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا  
 غلط بين فإن العشرة المخاتيم حنطة جيدة في يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح  
 ما في النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعني بثلاثين محتوماً حنطة رديئة التي أخذها  
 صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة أقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفي القياس على  
 ما ذكره في زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد  
 وجه القياس أنه لو استحق جميع الشعير الرديء من يده رجع على صاحبه بثلاث الحنطة الرديئة  
 عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فإن استحق نصف الشعير الرديء يرجع بنصف  
 كل واحد منهما ويأنه من حيث المعنى أنه أخذ الثلاثين قفيزاً شعيراً رديئاً عشرة بقديم ملكه  
 وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيراً جيداً وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة  
 أقفزة من الحنطة الرديئة التي أخذها صاحبه من نصيبه فإذا استحق النصف كان ثلث المستحق

مما أخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشيء وثله مما أخذه صاحبه بالماوضة فيرجع  
 بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أفقرة من الحنطة الرديئة وثله مما أخذه بالمقاسمة فيرجع  
 على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان  
 ما بينان المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز وإنما يجعل نصفه  
 من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالماوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك  
 سبعة أفقرة ونصف من الطعام الرديء ورابع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أفقرة ونصف فهذا  
 قال يرجع بربع المخاتيم حنطة وإذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقسماها وأخذ أحدهما  
 النصف المقدم وقيمه ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمه أربعمائة على أن يرد عليه  
 صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف  
 المقدم ورجع المشتري على بائنه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع في البقية فان صاحب المقدم  
 يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التي تقدمه ومائة منهما  
 ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التي أعطاهها بقيمة  
 نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فاذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثمائة وذلك  
 مائة وخمسون وهذا لان في حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع  
 بنصف الثمن وتبين أن المشترك بينهما ما يساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك  
 ثلثمائة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ ربعمائة والسالم لصاحب المقدم ما يساوي مائتين وخمسين  
 بالمقاسمة فيرجع على شريكه بربع ما أخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما  
 ما يساوي ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم بعينه رجع بنصف الثوب وبمائة  
 درهم لان المستحق مما أخذه عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب وإذا  
 كانت أرض ودار بين رجلين فاقسماهما فأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يرد  
 صاحب الأرض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار ألف درهم وقيمة  
 الأرض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق إنسان منها علو بيت يكون ذلك  
 البيت والسفل عشر الدار فلما استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشتري على البائع  
 بحصة ذلك من الثمن وأمسك الباقي من الدار فان صاحب الدار يرجع بسة عشر وأربع دوانق  
 من قيمة الأرض على صاحب الأرض في قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول

أبي يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبته ويكون شريكاً به في الأرض وقيل لا خلاف  
 بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا ينتفع بذلك اليسير من الأرض فهذا  
 جعل له حق الرجوع بذلك المقدر من القيمة حتى إذا رضى هو بالرجوع في رقبة الأرض  
 بذلك التقدير يكون له ذلك وإنما كان رجوعه بهذا المقدار لأن نصف الأرض بمقابلة العبد  
 ونصفها أخذه بالمقاسمة مع الدار وقد كان قيمة الدار ألف درهم فلما استحق منها ما يساوي  
 نصف العشر وذلك خمسون درهماً تين أن المشترك ما يساوي ألف درهم وتسعمائة وخمسين  
 وإن حق كل واحد منهما فيما يساوي ألف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الأرض  
 ألفي درهم ألف بمقابلة ما أدى من العبد وألف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع  
 على صاحبه ستة عشر درهماً وأربع دوايق في الأرض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة  
 وستة وستين وثلاثين ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفي هذا الجواب نظر بل  
 ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوي خمسة وعشرين لأن نصيب كل واحد منهما ألف  
 وأربعمائة وخمسة وسبعون كما يناولكنا نقول هذا بناء على الأصل الذي بينا لأبي حنيفة رحمه  
 الله أن العلو مثل نصف السفل حتى قال في القسمة يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو  
 فإذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفل عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر  
 وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فأنما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان  
 فيستقيم الجواب بناء على ذلك الأصل وإذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض واحدة  
 وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فبالقسمة وأراد أن يرجع بقيمة  
 بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لأن الرجوع بقيمة البناء في الشراء لاجل الضرور ولا غرور  
 في القسمة فإن الشريك مجبر على القسمة ضد طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره  
 القاضي عليه فلماذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة وبنى  
 فيها ثم استحققت وتقص بناءه لم يرجع على المشتري بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفة نظيره  
 في الجارية المأسورة ومن نظائره أيضاً أحد الشريكين في الجارية إذا استولدها ثم استحققت  
 وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشيء من ذلك وكذلك إذا استولد جارية ابنه ثم  
 استحققت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن لانعدام معنى الضرور منه وهذا بخلاف  
 الغاصب فإن المنسوب منه إذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحققت وضمن

الناصب قيمة الولد رجع به على المنصوب . منه رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافة  
 لان المنصوب منه في تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من أن يصبر حتى تطهر الجارية  
 فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الناصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين  
 أو أرضين وأخذ كل واحد منهما احدهما ثم استحققت احدهما بعد ما بنى فيها صاحبها رجع على  
 صاحبه بنصف قيمة البناء قيسل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله ان قسمة الجبر  
 لا تجرى في الدور والأراضي بهذه الصفة وعلى قولها تجرى قسمة الجبر فيها فهذا والدار  
 الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندي ان هذا قولهم جميعا لانهما ما أطلقا  
 الجواب في قسمة الجبر في الدور ولكن قال ان رأى القاضي المصلحة في أن يقسمها قسمة  
 واحدة فله ذلك وهما أقدمتا على القسمة قبل أن يري القاضي المصلحة في ذلك فيكون هذا  
 معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بثبته فيرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء لان  
 نصف الموضع الذي بنى فيه أخذه بتقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جارتين  
 فوطئ احدهما الجارية التي أخذها فولدت له ثم استحققت وضمن قيمة الولد رجع على صاحبه  
 بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجرى في الرقيق  
 فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى  
 في الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع على صاحبه بشيء من قيمة الولد ويكون له نصف  
 الجارية التي في يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب احدهما فان كان باعها ضمنه  
 نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ يمينه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته  
 منها وذلك النصف وكذلك اذا اقتسما منزلين متفرقين في دار واحدة فقد بينا ان المنازل  
 المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضي قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع  
 نصيب كل واحد منهم في دار على حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم في الدار التي أصابته ثم  
 استحققت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لان القاضي حين رأى جمعها في القسمة  
 صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضي يجبر الشركاء  
 على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فيعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على شركائه بشيء  
 من قيمة البناء واذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى احدهما في  
 الدار التي أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى موضع جذع في حائط أو مسيل ماء

أو طريق أو حائط بأصله أو بناء بيت فالذي استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء ينقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ما هدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشئ ورضى بما في يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله لا يكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا اذا بنى في الدار المشتراة انقطع به حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله وليس له أن ينقض بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه اذا اختار نقض القسمة تين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهي كالمأخوذة بالشراء الفاسد قال الحاکم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على مذهبهم جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبي يوسف من مذهب أبي حنيفة رحمه الله اذا بنى المشتري في الدار المشتراة شراء فاسدا فانه ذكر في الجامع الصغير شكاف في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أن الدار تترك للمشتري شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم وقيل هذه من احدى المسائل التي جرت فيها المحاوره بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع بشئ يحتمل أن يكون جوابا في استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة لان لما سواهما حصه من الدرك فعند الاستحقاق لا بد أن يرجع بذلك أو بقيته ان تمدد الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر دارين قيمتهما سواء فاستحقت احدهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع ربع الدار التي أخذ الآخر بمنزلة مالو اشترى دارين وقبضهما فاستحقت احدهما فلا خيار له في الأخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له في الباقية فيرجع بموض المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التي أخذها الآخر لان الدارين كلاهما لو استحقنا رجوع عليه بنصف الدار التي في يده فاذا استحقت احدهما بقيتهما سواء رجوع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا والله أعلم

### باب ما لا يقسم

(قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والتقصود بالقسمة توفير المنفعة فاذا أدى الى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذي كان قبل القسمة لم يجبر القاضي عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضي

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه  
بجهة أخرى بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فاما في الحائط ان رضوا  
بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاسهم  
لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك  
وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد  
القسمة ما ينتفع به الا ان تفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكثير ينتفع بنصيبه بعد القسمة  
وهو الطالب للقسمة فينشد يقسمه القاضي لانه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الغير من  
الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بناها باذنه ثم أراد قسمة البناء  
وصاحب الأرض غائب فلها ذلك بالتراضي وان امتنع أحدهما لم يجبر عليه لان كل واحد  
منهما بعد القسمة لا يتمكن من ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالأرض لغيرها بطريق العارية  
أو الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من  
الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه  
رفع البناء لو صححت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك اذا أتى أحدهما وان كان  
أراد هدم البناء ففي هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن ان أراد  
فعله لم يمنعهم عن ذلك وان أخرجهما صاحب الأرض هدمها لان صاحب الأرض له عارية  
في أيديهما وللغير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم التقض يحتمل  
القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم  
يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض  
الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان  
لكل واحد منهما حق التطرق الى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من  
ذلك مستو بصاحب الكثير وفي القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع  
بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه  
للاجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم اذا كان في  
قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان  
كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس في القسمة

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع في ملكه ورقبة الطريق  
 مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم  
 يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه  
 آخر فأراد أحدهما قسمته وأبي الآخر قسمته بينهما لانه لا ضرر على واحد منهما في القسمة  
 فكل واحد منهما يتمكن من التطرق الى ملكه من جانب آخر ولا فرق في حقه بين التطرق  
 من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر واذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة  
 ذلك وأبي الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع  
 الا بضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالقصد هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق  
 ولا فرق في حق كل واحد منهما بين أن يسيل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر اذا  
 كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب  
 ولا يمكن جعل ذلك في جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها  
 لم يصب كل واحد منهم شيء ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو ما تقدم من البيت  
 الصغير سواء وان كانت حانوت في السوق يبيعان فيه أو يعملان بأيديهما سواء فأراد أحدهما  
 قسمته فاني انظر في ذلك فان كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما وان  
 كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة في أرض لغيرهم فأرادوا  
 قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضي ولا بغير التراضي لان  
 الخطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان  
 كان بقل لم أقسمه لما في ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك  
 نصيبه بغير رضا أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا في البقل  
 أنه يجوز كل واحد منهم ما أصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا ان في هذه  
 القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضى ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض  
 بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الارض لم يجوز ذلك ان اشتراطا تركه في الأرض  
 الى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة في هذا كالباع فكما  
 لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك  
 طلع في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجوز وان اقتسموه على أن

يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد  
 القسمة في ترك ما أصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق  
 بالفضل بمنزلة المشتري للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طاب الفضل  
 وكل شيء يحتاج في قسمته الى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما في ذلك من اتلاف الجزء الا أن  
 يرضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد اني لا أمنهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما  
 أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف على ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجزم لم  
 أقسمه وكذلك اللبن في الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته  
 الا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شرسته بين الشركاء  
 بحال لمضي الضرر والجمالة ولان المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل  
 واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما  
 بالتراضي لم يجز وان كانت قوصرة تمر بينهما أو دن خل فاراد أحدهما قسمته لان هذا مما  
 يتأني فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن يتفرد به  
 فكذلك يفعله القاضي عند طلب بنفص الشركاء وان كانت خشبية أو باب أو رحاء أو دابة  
 بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك  
 اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤة والياقوتة بين الشريكين اذا أراد  
 ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعيانها وان كانت جنة بين رجلين  
 فأراد أحدهما قسمتها وأبي الآخر فان كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها وان لم  
 يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما  
 لانه لا حاجة الى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت من نوع واحد وتقسم  
 نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفير والنحاس لانه لا  
 ضرر في قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع  
 به والسفل لغيرهما أو سفلى بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم اذا طاب لبعض الشركاء  
 لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما واذا  
 كان بين رجلين بئر أو عين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك  
 وأبي الآخر فاني لا أقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر على كل واحد منهما

فان كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة  
والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على أن  
يجعل لارضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وانهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله  
فيما بينهم لانه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة أو قسمة النهر والمين هنا تبع لقسمة  
الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لا يجوز فيه  
مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لا أجبر واحدا منهما على البيع في شيء  
مما سميناه في هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك  
بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فان القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه اذا طلب  
الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لانه لا طريق لتوفير المنفعة على كل واحد  
منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك  
يثبت له ولاية الاجبار على البيع في كل موضع تعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر  
على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فالاشخاص لا تشتري الا بثن وكس فينبغي أن  
تثبت له ولاية الاجبار على البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى  
الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا  
حاجة الى اجبار الشريك على ذلك انغوذ تصرفه في نصيبه تبعا قوله بان لا يشتري منه الا  
بوكس قلنا انه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا انما يحصل له زيادة على  
ذلك فلا حق له في الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما في  
القسمة وفي الاجبار هنا ازالة الملك وللناس في أعيان الملك أغراض (الآتري) أنه ليس لواحد  
منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له ان يجبره على بيع نصيبه من غيره  
كان أولى والله أعلم بالصواب

باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

(قال رحمه الله ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال  
اذرعو الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله  
فيقول عند المنازعة بين الشركاء في الطريق ينبغي أن يقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

بذلك) لان هذا خبر واحد فيما تم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى الطرق  
 التي اتخذها الناس في الامصار متفاوتة في الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على  
 ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوز به الى ما هو أكثر منه  
 أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك في حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء  
 الى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبنوا فيما وراء ذلك لبيان المصلحة  
 لهم في ذلك لا لصيب مقدار في الطريق شرعا واذا كانت الدار بين رجلين فأراد قسمتها وفيها  
 طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه  
 عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذي له الطريق ويقسم بقية الدار بين  
 الرجاءين على حقوقهما لانه لاحق لصاحب الطريق في بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين  
 على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقبة الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى  
 على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره في ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب  
 الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه يرد المتنازع فيه ولانه لا فائدة له في الزيادة على ذلك  
 لانه انما يجعل في هذا الطريق ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه  
 عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق الا أن يتراضوا  
 بينهم جميعا لان حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحب الدار أن  
 يفوت ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وان باعوا هذه الدار  
 وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الارض بنات الطريق  
 وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر في ذلك مساوي للشريكين  
 في رقبة الطريق بحق مستحق له فساوهم أيضا في ثمن حصة الطريق وكان الكرخي رحمه الله  
 يقول تأويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا في أصل الطريق فاما اذا كان له حق الممر ولا  
 شركة له في أصل الطريق فلا حصة له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة المين دون المنفعة  
 فيختص به مالك المين وقد كان لصاحب الممر حق في المنفعة دون المين فان رضى بالبيع  
 كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له في الثمن شركة (الأتري) ان بيع الممر وحده  
 بدون رقبة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب الممر وقد  
 روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

الشريكين اذا كان فيه حق المر لا آخر يكون قيمة ملكهما أنقص منه اذا لم يكن لغيرها حق  
 المر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب المربعية الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين  
 نصفين فيضرب كل واحد منهم في الثمن عند البيع بمقدار حقه والأصح ما ذكر في ظاهر  
 الرواية لانه لا مقصود في الطريق الا المر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولا جله يجوز البيع  
 فاذا استوا في ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأيد ولا يتم البيع الا برضاهم  
 فلهذا قلنا بانهم يستون في الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن  
 لصاحب المسيل منهم من القسمة ولكن يتركون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بيننا من  
 المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يزل طريق واحد  
 عرضه عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقي من الدار بين أهلها لان  
 مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد  
 منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار الى الموضع الذي يفترق فيه طريق كل  
 واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم  
 يكون متعتا فلا يلتفت الى تعنته ولكن الى الموضع الذي يفترق الطريق بهما يترك لهما طريقا  
 واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره وان كان باب صاحب الدار  
 أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان  
 ما لا يدخل في باب الدار الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من  
 باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل في دار رجل وطريقها الى باب الدار لم يكن  
 على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة  
 ولو كان له منزل بطريقه في الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله الى  
 هذا الطريق باين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع  
 جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا اذا أراد أن يفتح فيه باين أو ثلاثة وهذا  
 لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أي باب دخل منه في منزله ولا يستحق باين إلا ما  
 يستحقه باب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل  
 بين اثنين قسما بينهما وفتح كل واحد منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق  
 في هذا الطريق الى منزلها فلا فرق بين أن يطرقا فيه من باب أو باين وان كان صاحب المنزل

واحدا فاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفي هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله ان يمر من الدار في المنزل وفي الطريق المرفوع بينهم لان له حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبعد ما دخل منزله فلا يمنعه أحد من أن يدخل داره لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية أخرى ولانه لا ضرر على أهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لانه ما كان اصحاب الدار حق التطرق في هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الميريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب في هذا ولو اختصم أهل الطريق في الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذا لم يعرف أصله لاستوائهم في اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر ما في أيديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند اختلاف الشركاء فيه يجعل الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضي وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق في الطريق سواء فلها يجعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ما أشرنا اليه في المسئلة الاولى أن صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق في الطريق ولو كان يعتبر في قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان ما اعتبرناه نوع من الظاهر فانما يصار اليه اذا لم تدل حقيقة الحال بخلافه فان كانت دار الرجل ولا آخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لان الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لا يزداد نصيبه ولا ينقص نصيب صاحب الطريق وان لم يعرف ان أصل الدار بينهم ميراث وجدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لانهم مستوون في الحق في الطريق وقد بينا ان البناء على الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه وكل واحد منهما في الظاهر أصل في نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم واذا

كان في يد رجل بيت من الدار وفي يد آخر بيتان وفي يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما في يده لان الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم اثلاثا لا استوائهم في اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته تلك الساحة لانهم قاعون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صلح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك في قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع ذلك البناء وعندهما رحمهما الله اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك ففرنا أنه لاحق للشركاء فيه الا في نقض البناء فيعتبر قيمة ذلك في القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة على طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم

### ❦ باب قسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية ❦

(قال رحمه الله واذا اقتسم الورثة دارا لميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما اذا كان الدين مستغرا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحرار ولا يسلم للوارث شيء من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أو انها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بعته في الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر موارثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه اليه أو بسقوط دينه بالبراءة وكما أن سائر تصرفات الورثة في التركة تنفذ اذا

وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصي والورثة  
 على الوصي له الغائب بغير قضاء قاض لان الوصي له بالثلث شريك الورثة في عين التركة  
 حتى لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم  
 حاضر لم تجز القسمة والوصي لا يكون خصما عن الوصي له لانه قائم مقام الميت والملك  
 الثابت للموصي له ملك متجدد والوصي انما ينتصب خصما عن من يكون خلف الميت في الملك  
 الذي كان تابعا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصي مع الوصي له على الورثة ولا تجوز قسمته مع  
 الورثة على الوصي له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضى اذا كان هو الذى قسم  
 بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له على الوصي له الغائب فيما يرجع الى  
 النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب وكيل  
 ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لا ولاية للحضور مع الورثة  
 على الغائب والصغير خصوصا في تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وما ينقل وما لا  
 ينقل في ذلك سواء وان كان شيء من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا وصية  
 ثم مات بمض الورثة وترك عليه ديناً أو وصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا  
 وصي له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل  
 الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما في العين أو في  
 المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولا منهم قائمون مقام الميت الثانى في حصته ولو كان هو حيا  
 غائبا لم تنفذ قسمته عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم  
 واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه البينة فلها أن تنقض  
 القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالبراث خروجاً من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي  
 آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لأنفسهم فهي انما وافقت  
 معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراء للميت عن  
 المهر ولا اقرارا بأنه لادين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لا تنفذ الا بشرط  
 قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل اليه الدين لا يكون معتبرا بل وجود ذلك  
 كدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لالحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان  
 لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر ديناً على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية لان الاب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه في الوصية الا أن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سمي في نقض ما قدمه من صل سمي عليه واقدمه على القسمة معهم اقرارا به لا وصية لابنه لما بينا ان الموصي له بالثلث شريك الورثة في الدين فالقسمة لا تصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا به لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا في نقض ما قدمه به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا تسمع دعواه وللابن اذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخاه من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتهم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا في القسمة انه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لأخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسمي في نقض ما قدمه به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية في الفصلين في الجواب فكذلك لو أقام البينة انه اشتراها من ابنه في حياته أو انه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض في كلامه شارع في نقض ما قدمه به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاقسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدهم على القسمة فقد أقر أنه لا وصية له فيها فكان هو في دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعده اياهم على القسمة لا تكون اقرارا على أنه لا دين على ابنه وانما ساعدهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفي دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فجاز الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث اذا كان هو التريم ومعنى هذا أنه لا معتبر باجازه التريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازه وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوي الدين ساعيا في نقض ما قد تم به بخلاف ما اذا ادعى الشركة في العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تم برضاه كما لو كان الموصي له اجنبيا آخر فيكون هو في دعوي الوصية ساعيا في نقض ما قد تم به واذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه في حياته بثن مسمى وتقدم الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم في نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضوره ورضاه واذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقسموها وتقاوضوا ثم ان أحدهم اشترى من الآخر قسمة وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث في التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقسموها اثلاثا وتقاوضوا ثم ان رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمة وقبضه ثم جاء أحد الباقيين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقسمتها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثاني وقال المشتري لأدرى أقسمت أم لا فالقسمة جائزة لانها ثبتت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ثم القسمة بعد تمامها لا يبطل بمجرد بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان يبعه صحيحا وأما الثاني انما باع ثلث الدار شائما ثلث ذلك من قسمة وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ يبعه في نصيبه خاصة ويتخير المشتري فيه ان شاء أخذ ثلث قسمة بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغي أن ينصرف يبعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه في منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائما فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ما قبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف يبعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع في جميع الدار كما باعه ولو كان المشتري أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر في الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسئلة على حالها كان القضاء بينهم على ما وصفته لان في آداب القسمة بينهم هم الخصماء ولا قول للمشتري في ذلك ولان المشتري في كلامه الثاني مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر في حقه حتى اذا رد البيع الثاني فانه يرد عليه من نصيب الاول

ثلثه لانه أقر به له وكأنه جحده في الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلثا الثمن بثك نصيب الاول وثلث نصيب الثاني لان زعمه معتبر في حقه فبقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا ما اشتراه من الثاني ويرجع بثك الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى في يد البائع الثاني ثلثا قسمه الذي أصابه لان المشتري منه ما سلم اليه ذلك القسم إلا الثلث واذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فاني أقبل منه البينة على ذلك ولا يخرج قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى ديناقبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت الى وقت موته وانه ميراث لورثته اذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو في دعوى الدين والوصية مناقضافي كلامه بخلاف ما اذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض في كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشتري منه في حياته لا يكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض واذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقررة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها على حدة ثم ادعت انه أصدقها اياها وأنه اشتراها بصداقها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم على القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهي مناقضة في هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك اذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم في قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه هو الذي بناه أو غرسه وأقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لآخيه من أبيه وذلك يمنه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لا يدخلان في هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطلب نصيبه منها لان القسمة في هذا كالبيع وقد بينا أن الثمار والزرع لا يدخلان في البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أو فيه فكذلك لا يدخلان في القسمة ولو كانت للدار والارض غلة من اجارة كانت أو من ثمن ثمرة دين على رجل لم يدخل ذلك في القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

وبقي ذلك بينهم على الموارث ولو شرطوا ذلك في قسم رجل كانت القسمة فاسدة لان كل واحد منهم يصير مملكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز ولو اقسما على أن ضمن أحدهم ديناً على الميت مسمى كان هذا باطلا اذا كان في أصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشتري في البيع أن يضمن ديناً على البائع كان باطلا فكذلك اذا شرط في القسمة وأن ضمنه بغير شرط في القسمة على أن لا يبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشيء من ذلك وعلى أن يبرىء الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضى الغرماء بضمانه كالمو ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضى الغرماء بذلك وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان أبى الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلم تقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وان تراضوا بضمانه وابرؤا الميت ثم نوى المالك عليه رجعوا في مال الميت حيث كان لانهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فاذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل والله أعلم بالصواب

### باب دعوى الغلط في القسمة

(قال رحمه الله واذا اقسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقاibusوا ثم ادعى أحدهم غلطا في القسمة فانه لا يشتغل باعادة القسمة بمجرد دعواه) لان القسمة بمد تمامها عقد لازم فدعي الغلط يدعى لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد وقوله في ذلك غير مقبول كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن ان أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه لان المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة وأراد ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن الجمين جمع نصيبه الى نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لاننا كل كالمقر واقرار حجة عليه دون غيره قويا في يده يجعل كان ما أقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

كل ما يقسم فهو على هذا لا يماذ ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذى حق حقه والبناء على الظاهر واجب ما لم يثبت خلافه واذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما دارا والاخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينه ان له كذا كذلك ذراعا في الدار التي في يد صاحبه وفصلا في قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تماد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله واما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينه كالثابت باتفاق الخصمين ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضي وبيع كذا ذراعا من الدار التي في يد الغير لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه في البيوع فكذلك اذا شرط ذلك لاحدهما في دار صاحبه في القسمة كانت القسمة فاسدة واما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الخبز في الدار انما تجري عندهما اذا رأى القاضى المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن من أصلهما أن يبيع كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك في القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التمييز هناك يفتى على المعاوضة في القسمة ولهذا لا يجبر عليه بمض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا ذراعا في نصيب صاحبه لا يحصل التمييز بهذه القسمة بل الشرط والشروع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يفتى على ما بينا وتحقق المعاوضة مع شرط كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذا اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراخان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراخين أحد الأقرحة التي في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه في قسمة فانه يقضى له به لانه أثبت الملك لنفسه في تلك العين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضى له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا في الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذي في يده الثوب لان ذى اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه اليه فاذا أنكر استحلف على ذلك وان أقام البينة على ثوب بعينه مما في يد صاحبه انه أصابه في قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينه بينة الذى ليس الثوب في يده لان دعواهما في الثوب دعوى الملك وبينه الخارج فيه تترجع على بينة ذى اليد لانه هو المحتاج

الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف في بيوت الدار وان اقتسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسئلة في الحاصل على ثلاثة أوجه أحدها ان يدعى الغلط في التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه شاع في نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف القومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا في ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف النصب فان بينة المنصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا في ذمة الغاصب فالمنصوب مضمون بالقيمة دينا في ذمة الغاصب توضيحه ان القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين على صاحبه فكذلك في القسمة والثاني أن تكون الدعوى في عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدى وخمسين غلطا أو احدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما احدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعى البينة لان الاختلاف بينهما في مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة بما في يد صاحبه انها ملكه اصابته في القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين وخمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسما على هذا لك خمس وأربعون ولي خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وتراد لان القسمة في معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك في القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بصدقه بالتراضي فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت بينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فبطلت القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة واذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هي في يديه أصابني هذا كله تحالفا وتراد لان الاختلاف بينهما في المقود عليه في الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينهما على ما شهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بحدّة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ما تقدم فهناك أتت  
 بيته صاحب الخمس وأربعين انه بقي من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فهذا بطل القسمة  
 وان اختلفا في الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه وقال  
 الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه فان قامت لهما بيته أحدث بيته هذا وبيته  
 هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء  
 بيته الخارج وبيته ذي اليد فيترجح بيته الخارج وان لم يتم لهما بيته استخلف كل واحد منهما  
 على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعى لنفسه جزءا معينا في يد صاحبه وان أراد  
 أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بيننا أن الاختلاف بينهما في المقود عليه  
 وفي مقدار ما حصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد  
 القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما في البيع \* رجل مات وترك دارا وابنين فاقسما الدار وأخذ  
 كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه  
 لم يصدق على ذلك الا أن يقربه صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعني أنه أقر باستيفاء  
 كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بيته على ذلك ولكن ان  
 أقربه صاحبه فإقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو  
 لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقسما فاصابني في هذه الناحية  
 وهذا البيت والناحية في يده والبيت في يد صاحبه وقال شريكه بل أصابني البيت وما في  
 يدي كله فاني أسأل المدعى عن البيت أكان في يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه اليه أو غضب  
 منه بعد القسمة فان قال كان في يدي بعد القسمة فغصبناه وأعرته أو أجرته لم أنقض القسمة  
 لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقي دعواه أن البيت وصل الى  
 يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال في يد صاحبي قبل  
 القسمة فلم يسلمه الي تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما  
 بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف في المقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف  
 في الحد وعلى هذه القسمة في جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذي قلنا اذا  
 ادعى أحدهما شيئا في يد صاحبه ولو ادعى غلطا في الذرع فقال أصابني الف وأصابك الف  
 فصار في يدك الف ومائة وفي يدي تسماة وقال الآخر أصابك ألف وأصابني الف فقبضتها

ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله اللط مع يمينه لأن صاحبه يدعي عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وإن قال أصابني الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابني الف وأصابك الف فقبضت أنت الف ومائة وقبضت تستماتة تحالفا وتراضيا لانهما تصادقا على أن المدعي عليه قبض الف ومائة وإنما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعي يقول نصيبك الف والمدعي عليه يقول نصيبني الف ومائة والاختلاف في المقود عليه يوجب التحالف بينهما ولأن المدعي لم يقر بقبض المائة هنا والمدعي عليه يدعي ذلك فلا بد من استخلافه وقد توجهت اليمين على المدعي عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أتقض القسمة وأحلف المدعي قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما النصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذي تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتامها بالقبض فإذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا في المقود عليه وإذا اختلفا في مقدار ما قبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا في المقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار في يد أحدهما ستون وفي يد الآخر أربعون فقال الذي في يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقايننا ثم غصبني عشرة باعيانها وخطبتهما بغيرك فهي لا تعرف وجحد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الأول أصابني خمسون فدفت إلى أربعين وبقي في يدك عشرة لم تدفعها إلى وقال الآخر أصابني ستون وأصابك أربعون تحالفا وترادا الآن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي في يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لأن صاحبه مناقض في الدعوى بعد ذلك الاقرار والدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فإن ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لأن دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وإن لم يشهد بالوفاء فقال الذي في يده الأربعون كانت غم والدي مائة شاة فأصابني خمسون وأصابك خمسون وتقايننا ثم غصبني عشرة وهي هذه وقال الذي في يده الستون بل كانت

غنم والدي مائة وعشرين فأصابني ستون وأنت ستون ولم أعصبك وقد تقابضنا فان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فإزاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشرة في يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذي ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بيمينها اقتسامها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التي لم تتناولها القسمة فالغنم تنافوت وجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولاً فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم

### باب قسمة الوصي على أهل الوصية والورثة

(قال رحمه الله واذا كان في الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين في نصيبه يكون متملكاً على أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لو اقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها ديناً على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما في ذمة زيد من صاحبه لم يملك عليه من نصيبه مما في ذمة عمر واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بعوض عين فلان لا يجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطله لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا يجوز قسمة وصي الاب بين الصغير لان القسمة في معنى المعاوضة وليس للوصي ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا ينفرد بالتصرف الا عند منعمة ظاهرة لليتيم وفي هذا التصرف أن تقع احدهما أضر بالآخر وان كان معهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين مما جاز ذلك لان المعاوضة في مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين مما مع الوارث الكبير (قال) في الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل لاما قبله فقسمة الاب مع ابنيه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منعمة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم  
 كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان  
 فيهم غائب فقسام الوصي عليه لم يجز في المقار وجاز في غيره لأن القسمة في العروض من  
 الحفظ وللوصي ولاية الحفظ في نصيب الكبير الغائب فكان له في نصيبه من القسمة ما يرجع  
 الى الحفظ فاما المقار فخصته بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا  
 ولاية له في نصيب الكبير الغائب في مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير  
 حاضر فعزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز  
 في المقار وغيرها في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله  
 على الكبير الغائب في المقار وهذه تدبني على ما بيناه في كتاب الشفعة ان عند أبي حنيفة بثبوت  
 ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من المقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا  
 في نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم في وصي الذي لانه في  
 ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من  
 الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم على الصغير قبل أن  
 يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات  
 والائابة في التصرف بعد الموت كالائابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ  
 تصرفه عليه فكذلك اذا جملة وصيا في التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة  
 ما لم يخرج من الوصاية لا اعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصي عبدا لغير الميت فهو وصي  
 نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة مالو وكله في حياته حتى يخرج القاضي من الولاية فالرقيق  
 ليس من أهل أن تثبت له الولاية على غيره لانه لا ولاية له على نفسه وانما يتعدى الى الغير  
 عند وجود شرط التعدي ما كان للمرا من الولاية على نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك  
 على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس  
 بنائب عن الصغير في التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف النوب عنه ولا يجوز  
 قسمة الحربى المستأن على ابن صغير له ذمى لان الذمى من أهل دارنا ولا ولاية للحربى على  
 من هو من أهل دارنا ويجوز على ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا  
 بعضهم أولياء بعض الاية ولا تجوز قسمة المرتد اذا قتل على رده على ولد له صغير مثله مرتد

لانه لا ولاية له عليه ولانه لا ولاية له على التصرف في ماله اذا قتل علي رده حتى تبطل قسمته  
لنفسه وسائر تصرفاته اذا قتل علي الردة في قول أبي حنيفة رحمه الله في حق ولده الصغير  
أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير في جميع ما وصفنا لانه لا ولاية له علي نفسه وهو محتاج  
الى تصرف الولي له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذي يجن ويفيق فلا تجوز عليه  
القسمة إلا برضاه أو وكالته في حال افاقته لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا  
يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه في حال افاقته بطريق التوكيل  
فلا حاجة الى اقامة رأي الولي مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فانه لا يمكن تنفيذ التصرف  
له وعليه باعتبار رأيه في ذلك فأقمنا رأي الولي مقام رأيه لتحقيق الحاجة وأهل الذمة في القسمة  
بمنزلة أهل الاسلام الا في الحر والخنزير يكون بينهم فأراد بعضهم قسمتها وأبي بعضهم فإني  
أجبرهم علي القسمة كما أجبرهم علي قسمة غيرها لان الحر والخنزير مال متقوم في حقهم كالخل  
والنعم في حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرًا وفضل بعضهم بعضا في كيلها لم يجز الفضل  
في ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل أو موزون وفي حكم الربا هم يستوزن بالمسلمين فهو  
مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصي الذي مسأله كرهت له مقاسمة الحر والخنزير ولو كان يوكل  
من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بمثل القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف  
في الحر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغي أن يفوض ذلك الى ذمي ولا يشكل جواز ذلك  
علي أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمي بالتصرف له في الحر والخنزير  
وكذلك علي قولها هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى)  
أنه يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الصغير والوصي فيما يأمر من ذلك كالتقاضي وأمر القاضي  
الذمي بالبيع والقسمة في خمر يتامى أهل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصي به وان وكل الذمي  
المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراؤه في الحر والخنزير  
لانه انما يتصرف للغير بوكالته في مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس  
للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض  
ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الحر والخنزير مع  
سائر الورثة جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز في قولها لان في القسمة معنى البيع فهو  
كالمسلم يوكل الذمي ببيع الحر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الحر فجمله خلا كان المسلم ضامنا

لحصة شركائه من الخمر التي خللها لان القسمة لم تصح عندهما كمالو باشر بنفسه فانما قبض  
 نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون  
 الخلل له واذا كان في تركة الذي خمرها وخزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي  
 يوكل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيدفعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضي يكون  
 نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة في مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذي  
 خمره على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لأن يكون بيع قيم القاضي واقعا  
 لهم والمكاتب كالحرف في القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى الماوضة كالبيع وان عجز بعد  
 القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت في حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب  
 ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه في التصرف مع المولى يباع أو شراء كاجنبي آخر فكذلك  
 المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضرا أو  
 غائبا لانه في حكم التصرف في كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك  
 لمولاه لم يجز تلك القسمة كما لا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من  
 كسب المكاتب كلاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكلاهما عجز أو مات لم يجز لو كيله أن  
 يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا  
 ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لو باشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته  
 لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى  
 المكاتب عند موته الي وصي فقام الوصي ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء  
 فان قسمته في هذا حاشية على ما تجوز عليه قسمة وصي الحر لانه يؤدي كتابته ويحكم بحريته حال  
 حياته وكأنه أدي نفسه ثم مات فيكون وصيه في التصرف على ولده الصغير كوصي  
 الحر وقال في صيه بمنزلة وصي الحر في حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز  
 قسمته فيما سوي اذ ذكر هناك أصح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية  
 مطلقة وان استندت حريته الي حال حياته لانه في تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن  
 ينظر الي الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصي اذا كان للموصي ولاية  
 مطلقة (ألا ترى) أن وصي الاخ والعم لا يثبت له من الولاية الا قدر ما كان للموصي فهنا أيضا  
 كان للموصي على ولده الصغير المولود في الكتابة من الولاية ما يرجع الي الحفظ ولا ولاية له

عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرناه في املاء  
 شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقاسم الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سموا في  
 المكاتب لم يجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضي على  
 الكتابة فان ادوا المكاتب قبل ان يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما ادوا الكتابة حكم  
 بمقتى المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك  
 تفذت تلك القسمة منه لانه لا فائدة في الاشغال بنقض قسمة يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر  
 بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبداً تاجراً  
 مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن على واحد منهما  
 دين فقسمتهما باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما للمالك واحد والقسمة في مال هو  
 خالص للمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاة كقسامته مع  
 مولاة ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان كل واحد من المكاتبين في كسبه  
 بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاة  
 داراً وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم يجز القسمة لان المولى من كسب  
 عبده المديون بمنزلة الاجنبي في التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار  
 بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاه العبد فان لم يكن على العبد دين  
 فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى  
 في كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلاً اجنبياً داراً بغير أمر مولاة وعليه دين أو لا دين عليه  
 فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفادته بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد  
 المحجور عليه بغير أمر من المولى والحاصل ان القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن  
 يملك البيع والشراء في ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما في التجارة فاشترى  
 هو ورجل آخر داراً جاز ذلك في حصة الذي أذن له لان الاذن فك الحجز وقد ثبت ذلك  
 في نصيب الذي أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب أحد الشريكين نصيبه  
 من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كما لو باع نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك  
 لثبوت حكم انفكاك الحجز في نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاة الذي لم يأذن  
 له فقاسمها اياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجز عنه في نصيب

الاذن والمولى الذي لم يأذن له من نصيب الاذن كلاجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحد الموليين على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي ومع المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له في التجارة والله أعلم بالصواب

### كتاب الاجارات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء أعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع شرعا نوعان أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الاجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى: رفنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا أي في العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام على أن تأجرني ثمانى حجيج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا ما لم يتم الدليل على انفساخه وقال صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبمث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فآقرهم على ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأتي جواز هذا العقد لانه يرد على المدوم وهي المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد الوجود لا بد منه لانقضاء العقد والمدوم لا يوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا لان المعاوضات لا تحتل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندى ليس بقوي واشتراط الوجود والملك فيما يضاف اليه العقد لئنه بل للقدرة على التسليم وذلك لا يتحقق في المانع فان الوجود يمجزه عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لا تبقى وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الوجود من المنفعة عند العقد الى وقت التسليم فاذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة في ملك العقد مقام المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم أو