كتاب القسمة

مَعْنَى الإِفْرَازِ فِيمَا لاَ يَتَفاوَتُ أَظْهَرُ كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَمَعْنَى المُبادَلَةِ فِيمَا يَتَفَاوَتُ أَظْهَرُ كَالحَيَوَانِ وَالعقارِ، إِلاَّ أَنَّهُ يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ مِنْهُمَا عَلى القِسْمَةِ إِذَا . . . . . .

كتاب القسمة

وهي في الأصل: رفع الشيوع وقطع الشركة، قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾[١] أي غير شائع ولا مشترك، بل لهم يوم وللناقة يوم؛ ومعنى قسمة رسول الله ﷺ الغنائم أنه أفرزها وقطع الشركة فيها، وهذا المعنى مرعيّ في التبرّع، إلا أنه تارة يقع إفرازاً وتمييزاً للأنصباء، وتارة مبادلة ومعاوضة على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وهي مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾[٢] الآية، بين الأنصباء وهو معنى القسمة. والسنة وهو أنه عليه الصلاة والسلام قسمَ الغنائم والمواريث، وقسم خيبر بين أصحابه[٣]، وعليّ رضي الله عنه نصّب عبد الله ابن يحيى ليقسم الدور والأرضين، ويأخذ عليه الأجر[٤]، وعليه إجماع المسلمين، ولأن المشترك قد لا يمكنهما الانتفاع به؛ فمست الحاجة إلى القسمة ليصل كلّ واحد إلى المنفعة بملكه، أو لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالتهايؤ فيبطل عليه الانتفاع في بعض الأزمان، فكانت القسمة متممة للمنفعة، وقد ذكرنا أن القسمة تكون إفرازاً وتكون مبادلة فنقول: **(معنى الإفراز فيما لا يتفاوت أظهر كالمكيل والموزون)** وسائر المثليات حتى كان لكلّ واحد أن يأخذ نصيبه بغير رضى صاحبه ومع غيبته، ويبيعه مرابحة وتولية على نصف الثمن، ولا يخلو عن معنى المبادلة أيضاً، لأن ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه، إلا أنه جعل وصول مثل حقه إليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت. **(ومعنى المبادلة أظهر فيما يتفاوت كالحيوان والعقار)** وكلّ ما ليس بمثلي حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه مع غيبة الآخر، ولو اقتسما فليس له بيعه مرابحة، لأن ما أخذ ليس بمثل لما ترك على صاحبه **(إلا أنه يجبر الممتنع منهما على القسمة إذا**

(١) سورة القمر، آية (٢٨).

(٢) سورة الأنفال، آية (٤١).

(٣) قسم الغنائم: صحيح البخاري برقم ٢٨٢١ و٣١٤٨. وقسم المواريث: صحيح البخاري برقم ٦٧٣١. وقسم خيبر: صحيح البخاري برقم ٤٢٢٨ و٢٨٦٣.

(٤) قال ابن قطلوبغا في تخريج أحاديث الاختيار في كتاب القسمة: أخرجه محمد بن الحسن.

اتَّحَدَ الجِنْسُ، وَلاَ يُجْبَرُ عِنْدَ اخْتِلافِ الجِنْسِ، وَلَوِ اقْتَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ جَازَ، وَيَقْسِمُ عَلَىٰ الصَّبِيّ وَصِيُّهُ أَوْ وَلِيُّهُ؛ وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَنْصِبَ قَاسِماً عَدْلاً مَأْمُوناً عالِماً بالقِسْمَةِ يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ، أَوْ يُقَدّرُ لَهُ أَجْراً يَأْخُذُهُ مِنَ المُتَقَاسِمِينَ، وَهُوَ عَلى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ (سم)، وَلا يُجْبَرُ النّاسُ عَلى قَاسِمٍ

اتحد الجنس) كالإبل والبقر والغنم تتميماً للمنفعة، وتكميلاً لثمرة الملك، فإن الطالب يسأل القاضي أن يخصه بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع به فيجيبه القاضي إلى ذلك، لأنه نصب للمصالح ودفع المظالم، والإجبار على المبادلة جائز إذا تعلق بها حقّ الغير كالمشتري مع الشفيع والمديون يجبر على بيع ملكه لإيفاء الدين **(ولا يجبر عند اختلاف الجنس)** كالحيوان مع العقار، أو البقر مع الخيل ونحو ذلك، لتعذّر المعادلة فيه للتفاوت الفاحش بينهما في المقصود، وكذلك الثياب إذا اختلفت أجناسها، والثوبان إذا اختلفت قيمتهما **(ولو اقتسموا بأنفسهم جاز)** لأنه بيع ولهما ذلك. قال: **(ويقسم على الصبيّ وصيه أو وليه)** كالبيع وسائر التصرّفات، فإن لم يكن نصب له القاضي من يقسم. قال: **(وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة)** لأنه لا قدرة له على العمل إلا بالعلم به، ولا اعتماد على قوله إلا بالعدالة، ولا وثوق إلى فعله إلا بالأمانة، ولأنه يحكم عليهم بفعله فأشبه القاضي، فينبغي أن يكون بهذه الصفات. قال: **(يرزقه من بيت المال)** لأن فعله يقطع المنازعة كالقضاء، فينبغي أن يكون رزقه من بيت المال كالقاضي، ولأنه أنفى للتهمة فكان أفضل، ولأنه أرفق بالعامة. قال: **(أو يقدّر له أجراً يأخذه من المتقاسمين)** لأنه يعمل لهم وإنما يقدره لئلا يطلب زيادة ويشتطّ عليهم في الأجر. قال: **(وهو على عدد رؤوسهم)** وقالا: على الأنصباء لأنها مؤونة الملك فيتقدّر بقدره، فصار كحافر بئر مشتركة ونفقة المملوك المشترك. ولأبي حنيفة أنه جزاء عمله وهو التمييز والإفراز، ويستوي فيه القليل والكثير. بيانه أنه لا يأخذ الأجر على المساحة والمشي على الحدود، حتى لو استعان في ذلك بأرباب الملك فله الأجر إذا قسم وميز، وربما يكثر عمله في القليل لأن الحساب إنما يدقّ ويصعب عند تفاوت الأنصباء لا عند استوائهما، بخلاف حفر البئر، فإن الأجرة مقابلة بالعمل وهو نقل التراب، ونفقة المملوك لإبقاء الملك وحاجة صاحب الكثير أكثر، وبخلاف الكيلي والوزني لأنه أجر عمله، ولهذا لو استعان في ذلك بأرباب الملك لا أجر له، وكيل الكثير أكثر من كيل القليل قطعاً. وروي عن أبي حنيفة أن الأجر على الطالب لأنه هو المنتفع به دون الممتنع لتضرّره به. قال: **(ولا يجبر الناس على قاسم واحد)** معناه

وَاحِدٍ، وَلاَ يَتْرُكُ القُسَّامُ يَشْتَرِكُونَ جَمَاعَةٌ فِي أَيْدِيهِمْ عَقارٌ طَلَبُوا مِنَ القاضِي قِسْمَتَهُ، وَادَّعُوا أَنَّهُ مِيرَاثٌ لَمْ يَقْسِمْهُ حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ (ف) عَلى (سم) الوَفاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ، فَإِنْ حَضَرَ وَارِثانِ فَأَقاما البَيِّنَةَ عَلى الوِفاةِ وَعَدَدِ الوَرَثَةِ وَمَعَهُمَا وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ العَقارُ فِي يَدِ الغَائِبِ، وَفِي الشِّرَاءِ لا يَقْسِمُهُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ الجَمِيعِ، وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ وَإِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ.

إذا لم يقدّر أجره لأنه يتعدى أجر مثله، ويتحكم في طلب الزيادة وأنه ضرر. قال: **(ولا يترك القسام يشتركون)** لأن عند الاشتراك لا يخافون الفوت فيتغالون في الأجر، وعند عدم الاشتراك يخاف الفوت بسبق غيره، فيبادر إلى العمل فيرخص الأجر. قال: **(جماعة في أيديهم عقار طلبوا من القاضي قسمته، وادّعوا أنه ميراث لم يقسمه حتى يقيموا البينة على الوفاة وعدد الورثة)** وقالا: يقسمه باعترافهم، ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمه بقولهم، ولا يحتاج إلى بينة، لأن اليد دليل الملك، والظاهر صدقهم ولا منازع لهم كما في غير العقار؛ وكما إذا ادعوا في العقار الشراء أو مطلق الملك، فإنه يقسمه في هذه الصور بالإجماع؛ وكذا لو كان في الورثة كبير غائب أو صغير والدار في أيدي الكبار الحضور يقسمها بقولهم، ويعزل نصيب الصغير والغائب إلا أن يكون العقار في يد الغائب أو الصبي، فلا بد من حضورهما لئلا يكون قضاء على الغائب والصبي، وإنما يذكر أنه قسمها بقولهم لئلا يتعدّاهم الحكم. ولأبي حنيفة أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، لأن الزوائد المتولدة منها تحدث على ملكه حتى يقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه، فلا يجوز للقاضي قطع حكم ملكه إلا ببينة، بخلاف المنقول لأنه يحتاج إلى الحفظ، فكانت قسمته للحفظ والعقار محفوظ بنفسه، وبخلاف المشتري لأن ملك البائع انقطع عن المبيع فلم تكن القسمة قضاء على الغير، وكذا إذا أطلقوا الملك لأنهم ما اعترفوا به لغيرهم. وفي الجامع الصغير شرط إقامة البينة عند الإطلاق، لأن قسمة الحفظ لا يحتاج إليها في العقار، وقسمة الملك تفتقر إلى ثبوته فاحتاج إلى البينة. قال: **(فإن حضر وارثان فأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة ومعهما وارث غائب قسمه بينهم إلا أن يكون العقار في يد الغائب)** لما مرّ **(وفي الشراء لا يقسمه إلا بحضرة الجميع)** والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى ينتقل إليه خيار العيب والتعيين فيما اشتراه المورث أو باعه، فيكون أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه، وفي الشراء ملك مبتدأ حتى ليس له الردّ بالعيب على بائع بائعه، ولا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فافترقا. قال: **(وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة)** لأن الواحد لا يكون خصماً ومقاسماً من جهتين ولا بدّ من حضور خصمين.

وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ القِسْمَةَ وَكُلٌّ مِنْهُمْ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بَيْنَهُمْ، وَإِنْ كَانُوا يَسْتَضِرُّونَ لا يَقْسِمُ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ وَالآخَرُ يَسْتَضِرُّ قَسَمَ بِطَلَبِ المُنْتَفِعِ، وَلاَ يُقْسَمُ الجَوْهَرُ وَالرَّقِيقُ (ف سم) وَالحَمَّامُ وَالحَائِطُ وَالبِئْرُ بَيْنَ دَارَيْنِ وَالرَّحَى إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ، . . . . . .

فصل [أحكام قسمة الشركاء]

(وإذا طلب أحد الشركاء القسمة، وكلّ منهم ينتفع بنصيبه قسم بينهم) لما بينا **(وإن كانوا يستضرون لا يقسم)** اعلم أن القسمة على ضربين: قسمة يتولاها الشركاء بأنفسهم، فتجوز وإن كان فيها ضرر، لأن الحق لهم والإنسان مخير في استيفاء حقه وإبطاله ما لم يتعلق به حق الغير، وقسمة يتولاها الحاكم أو أمينه فتجوز فيما فيه مصلحة لا فيما فيه ضرر عليهم، ولا فيما لا فائدة فيه كالحائط والبئر، لأن القاضي نصب لإقامة المصالح، ودفع المضارّ، فلا يجوز له فعل الضرر والاشتغال بما لا يفيد من قبيل الهزل، ومنصبه منزه عن ذلك، ولأن ما لا فائدة فيه ليس في حكم الملك، فليس على القاضي أن يجيبه إليه، فإن طلبا القسمة من القاضي في رواية لا يقسم لما بينا، وفي رواية يقسم لاحتمال أن يكون لها منفعة لا تظهر لنا فإنما يحكم بالظاهر **(وإن كان أحدهما ينتفع بنصيبه والآخر يتضرّ قسم بطلب المنتفع)** لأنه ينفعه فاعتبر بطلبه، وإن طلب الآخر ذكر الكرخي أنه لا يقسم لأنه متعنت لا متظلم. وذكر الحاكم في مختصره أنه يقسم أيهما طلب وهو الأصحّ، لأن الامتناع إنما كان للضرر، ولا اعتبار للضرر مع الرضى كما إذا اقتسما بأنفسهما. قال: **(ولا يقسم الجوهر والرقيق والحمام والحائط والبئر بين دارين والرحى إلا بتراضيهم)**، وكذا كلّ ما في قسمته ضرر كالبيت الصغير والباب والخشبة والقميص، وقد تقدّم ما فيه من التفصيل والروايات والتعليل، ولأنه لا بدّ في القسمة من التعديل ولا يمكن في البعض كالجوهر والرقيق لتفاوتهما، وقالا: يقسم الرقيق لأنه جنس واحد كغيره من الحيوان وكرقيق المغنم. ولأبي حنيفة أنهم بمنزلة أجناس مختلفة لتفاوتهم في المعاني الباطنة المطلوبة من الذكاء والعقل والهداية إلى تعليم الحرف تفاوتاً فاحشاً، وغيرهم من الحيوان يقلّ التفاوت بينهما عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى جنس واحد في سائر الحيوانات، وهما جنسان في بني آدم؟ ولأن المقصود من غيرهم من الحيوانات وما بينهما من التفاوت يعرف بالظاهر والجسّ والركوب والاختبار في يوم واحد، بل في ساعة واحدة، ولا كذلك بنو آدم؛ وأما رقيق المغنم فإن حقّ الغانمين في المالية، ولهذا جاز للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وهنا الحقّ تعلق

وَيُقْسَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الدُّورِ وَالأَرَاضِي وَالحَوَانِيتِ وَحْدَهُ، وَتُقْسَمُ البُيُوتُ قِسْمَةً وَاحِدَةً، . . . . . .

بالعين والمال فافترقا. قال: **(ويقسم كلّ واحد من الدور والأراضي والحوانيت وحده)** لأنها أجناس مختلفة نظراً إلى اختلاف المقاصد، وإن كانت دور مشتركة في مصر واحد أو أرض متفرّقة قسم كل دار وأرض على حدتها عند أبي حنيفة وقالا: يقسم بعضها في بعض إن كان أصلح لأنها جنس واحد صورة ومعنى، نظراً إلى المقصود وهو أصل السكنى والزرع، وهي أجناس معنى نظراً إلى وجوه السكنى واختلاف الزرع، فكان مفوّضاً إلى نظر القاضي يعمل ما يترجح عنده. وله أنه لا يمكن التعديل فيها لكونها مختلفة باختلاف البلدان والجوار والقرب من المسجد والماء والشرب وصلاحيتها للزراعة اختلافاً بيناً، ولو كانت داران في مصر قسم كلّ واحدة وحدها بالإجماع. وعن محمد لو كانت إحداهما بالرقة والأخرى بالبصرة قسمت إحداهما في الأخرى. قال: **(وتقسم البيوت قسمة واحدة)**. أما إذا كانت في دار واحدة، فلأن قسمة كل بيت بانفراده ضرر، وإن كانت في محلة أو محالّ فالتفاوت بينهما يسير لأنه لا تفاوت في السكنى؛ والمنازل إن كانت في دار واحدة متلازقة كالبيوت، وإن كانت متفرّقة تقسم كالدور سواء كانت في دار أو محالّ لأنها تتفاوت في السكنى، لكن دون الدور فكان لها شبه بكل واحد منهما، فإذا كانت ملتزقة ألحقناها بالبيوت، وإن كانت متباينة بالدور؛ وإذا قسم الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة؛ ويجوز أن يفضل بعضها على بعض تحقيقاً للمعادلة في الصورة والمعنى أو في المعنى عند تعذّر الصورة؛ ولو اختلفا فقال بعضهم: نجعل قيمة البناء بذراع من الأرض، وقال الآخر بالدراهم، فالأوّل أولى لأنه إنما يقسم الميراث والدراهم ليست من الميراث، إلا إذا تعذّر بأن تكون قيمة البناء أضعاف قيمة الأرض، أو يقع لأحدهما جميع البناء فيجعل القسمة في البناء على الدراهم لأنه ثبتت له القسمة فيتعدّى إلى ما لا يتأتى إلا به كالأخ ولايته على النكاح دون المال، وله تسمية الصداق لما قلنا، وهذا مرويّ عن محمد. وعن أبي يوسف يقسم الكلّ باعتبار القيمة لتعذّر التعديل إلاّ بالقيمة. وعن أبي حنيفة أنه تقسم الأرض بالمساحة على الأصل في المسوحات، فمن كان نصيبه أجود أو وقع له البناء يردّ على الآخر دراهم حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كولاية الأخ، وقول محمد أحسن وأوفق للأصول؛ ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم نرفع طريقاً بيننا وامتنع الآخر، فإن كان يستقيم لكل واحد طريق في نصيبه قسم بينهم بغير طريق، وإن كان لا يستقيم رفع بينهم طريق ولا يلتفت إلى الممتنع لأنه تكميل المنفعة وتوفيرها، ويجعل الطريق على

وَيَقْسِمُ سَهْمَيْنِ مِنَ الغُلْوِ بِسَهْمٍ مِنَ السُّفْلِ (سم)، وَلاَ تَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فِي القِسْمَةِ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ.

فصل
[أحكام القسم بين الشركاء]

يَنْبَغِي لِلْقاسِمِ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عَلَىٰ سَهْمٍ أَخَذَهِ، . . .

عرض باب الدار، لأن الحاجة تندفع به، وهو على ما كان عليه من الشركة، وطريق الأرض قدر ما تمرّ فيه البقر للحراثة، لأنه لا بدّ من الزرع، ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية في نصيب الآخر، روى ابن رستم عن محمد له أن يجبره على قطعها، وروى ابن سماعة لا يجبره لأنه استحقّ الشجرة بأغصانها وعليه الفتوى. ولأحد الشريكين أن يجعل في نصيبه بئراً وبالوعة وتنوراً وحماماً، وإن كان يضرّ بحائط جاره، وله أن يسدّ كوّة الآخر لأنه يتصرّف في خالص ملكه فلا يكون متعدّياً، وضرر الجار حصل ضمناً فلا يضمن، وكذلك لصاحب الحائط أن يفتح فيه باباً وإن تأذى جاره لما ذكرنا، والكفّ عما يؤذي الجار أحسن. قال: **(ويقسم سهمين من العلو بسهم من السفل)** وعند أبي يوسف سهم بسهم. وعند محمد بالقيمة، وعليه الفتوى لأنهما أجناس بالنظر إلى اختلاف المنافع، فإن السفل يصلح إصطبلاً ولحفر البئر والسرداب، ولا كذلك العلو؛ وكذلك تختلف قيمتاهما باختلاف البلدان فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة. ولهما أن الأصل في المزروع أن يقسم بالزرع، والمقصود الأصلي السكنى، إلا أن أبا يوسف قال: ذراع بذراع نظراً إلى ما هو المقصود وهو السكنى، وهما يستويان فيها، ولكلّ واحد منهما أن يفعل في نصيبه ما لا يضرّ بالآخر، والمنفعتان متماثلتان، فكما أن لصاحب السفل حفر البئر والسرداب، لصاحب العلو أن يبني فوق علوه ما لم يضرّ بالسفل على أصله. ولأبي حنيفة أن منفعة السفل ضعف منفعة العلو لأنها تبقى بعد فوات العلو، وفي السفل منفعة البناء والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير، وليس له التعلي إلا بأمر صاحبه على أصله، فيعتبر ذراعين بذراع نظراً إلى اختلاف المنفعة، ثم قيل: أبو حنيفة بني على أصله أنه ليس لصاحب العلو أن يبني على علوه إلا برضى صاحبه، وعندهما يجوز. وقيل أجاب على عادة أهل الكوفة في اختيارهم السفل على العلو. قال: **(ولا تدخل الدراهم في القسمة إلا بتراضيهم)**، لأن القسمة في المشترك ولا شركة في الدراهم، فإذا رضيا جاز لما بينا.

فصل [أحكام القسم بين الشركاء]

(ينبغي للقاسم أن يقرع بينهم، فمن خرج اسمه على سهم أخذه) وذلك بعد ما يصوّر ما

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمُ الرجُوعُ إِذَا قَسَمَ القَاضِي أَوْ نَائِبُهُ، فَإِنْ كَانَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمْ مَسيلٌ أَوْ طَرِيقٌ لِغَيْرِهِ لَمْ يُشْرَطْ، فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُهُ عَنْهُ صَرَفَهُ وَإِلاَّ فُسِخَتِ القِسْمَةُ، وَإِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِمْ ثُمَّ ادَّعى أَحَدُهُمْ أَنَّ مِنْ نَصِيبِهِ شَيْئاً في يَدِ صَاحِبِهِ لَمْ تُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ القَاسِمِينَ (م ف) عَلى ذلكَ، وَإِنْ قَالَ: قَبَضْتُهُ ثُمَّ أَخَذَهُ مِنِّي فَبَيِّنَتُهُ أَوْ. . . . . .

يقسمه ويعدله على سهام القسمة، ويزرع الساحة ويقوّم البناء لحاجته إلى معرفة ذلك، ويفرز كل نصيب بحقوقه عن بقية الأنصباء ليتحقق معنى القسمة، ويلقب الأنصباء بالأوّل والثاني والثالث، ثم يخرج القرعة كما تقدم، ويقسم على أقلّ الأنصباء، فإن كان سدساً جعلها أسداساً، أو ثمناً فأثماناً، لأنه إذا خرج أقلّ الأنصباء خرج الأكثر، ولا كذلك بالعكس، ولو عيّن لكلّ واحد نصيباً جاز من غير قرعة لأنه في معنى القضاء فيصحّ إلزامه. أما القرعة لتطييب النفوس ونفي التهمة والميل. قال: **(وليس لأحدهم الرجوع إذا قسم القاضي أو نائبه)** لأنها صدرت عن ولاية تامَّة فلزمت كالقضاء، وكذلك ليس له ذلك إذا خرج بعض السهام، فكما لا يلتفت إلى إبائه قبل القسمة لا يلتفت إلى رجوعه بعدها، وكذلك إذا حصل التراضي وبينت الحدود، لأن المؤمنين عند شروطهم. وقيل يصحّ رجوعه إذا خرج بعض السهام، إلا إذا بقي سهم واحد لتعينه للباقي. قال: **(فإن كان في نصيب أحدهم مسيل أو طريق لغيره لم يشرط، فإن أمكن صرفه عنه صرفه)** تحقيقاً لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك **(وإلا فسخت القسمة)** لاختلالها، وتستأنف لأن المقصود تكميل المنفعة، ولا يتأتى ذلك إلا بالطريق والمسيل. قال: **(وإذا شهدوا عليهم ثم ادّعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه لم تقبل إلا ببينة)** لأنه مدّع، فإن لم تكن له بينة استحلف شركاؤه، فمن نكل جمع نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما، لأن النكول حجة على ما عرف، وقيل لا تقبل دعواه للتناقض. قال: **(وتقبل شهادة القاسمين على ذلك)** وقال محمد: لا تقبل لأنها شهادة على فعلهما. ولهما أنهما شهدا بالاستيفاء وهو فعل الغير، وبه تلزم القسمة فتقبل، أما فعلهما الإفراز وهو غير ملزم ولا حاجة إلى الشهادة عليه. وعن محمد مثل قولهما. ومنهم من قال: إن كانت القسمة بأجر لا تقبل لأنها دعوى إيفاء عمل استؤجرا عليه. وجوابه أن أجرتهما وجبت باتفاق الخصوم على إيفاء العمل، وهو التمييز فلم تجرّ لهما مغنماً فلا تهمة **(وإن قال قبضته ثم أخذه مني فبينته أو**

يَمِينُ خَصْمِهِ، وَإِنْ قَالَ ذلكَ قَبْلَ الإِشْهَادِ تَحَالَفا وَفُسِخَتِ القِسْمَةُ، وَإِنْ اسْتُحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ رَجَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِقِسْطِهِ (س).

فصل
[أحكام المهايأة]

المُهايأةُ جائِزَةٌ اسْتِحْساناً، .....

يمين خصمه) كسائر الدعاوى **(وإن قال ذلك قبل الإشهاد تحالفا وفسخت القسمة)** وكذلك إذا قال: لم يسلم إليّ بعض نصيبي وهو نظير الاختلاف في قدر المبيع، وسنبين التحالف وأحكامه في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى. قال: **(وإن استحقّ بعض نصيب أحدهم رجع في نصيب صاحبه بقسطه)** كما في البيع، هذا عند أبي حنيفة؛ وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة، وهو قول محمد في رواية أبي سليمان[1]. وروى أبو حفص[2] أنه مع أبي حنيفة. وقبل الخلاف في بعض شائع في نصيب أحدهما، أما المعين لا يفسخ بالإجماع؛ ولو استحقّ نصيب شائع في الكلّ انفسخت بالإجماع؛ لأبي يوسف أن باستحقاق ظهر شريك ثالث ولا قسمة بدون رضاه؛ والفقه فيه أن باستحقاق الجزء الشائع يبطل معنى القسمة، وهو التمييز والإفراز لأنه يرجع بجزء شائع في نصيب الآخر بخلاف المعين، وصار كاستحقاق الشائع في الكلّ؛ ولأبي حنيفة أن القسمة على هذا الوجه تجوز ابتداء بأن يكون نصف الدار المقدّم بينهما وبين ثالث، والمؤخر بينهما على الخصوص، فاقتسما على أن لأحدهما نصيبهما من المقدّم وربع المؤخر، وللآخر ثلاثة أرباع المؤخر، فإنه يجوز، وإذا جاز ذلك ابتداء جاز انتهاء، فمعنى القسمة موجود، وصار كالجزء المعين، بخلاف الشائع في الكلّ، لأن القسمة لو بقيت يتفرّق نصيب المستحقّ في الكلّ فيتضرّر ولا ضرر هنا فافترقا.

فصل [أحكام المهايأة]

(المهايأة جائزة استحساناً) والقياس يأبى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها نسيئة لتأخر

---

(١) أبو سليمان: هو موسى بن سليمان الجوزجاني، من تصانيفه: السّير الصغير، وكتاب الصلاة، وكتاب الرهن، توفي بعد المائتين، الجواهر المضيئة، ج ٣/٥١٨.

(٢) أبو حفص: هو الكبير، أحمد بن حفص الإمام المشهور، أخذ العلم عن محمد بن الحسن، الجواهر المضيئة، ج ١/١٦٦.

وَلا تَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا القِسْمَةَ بَطَلَتْ، وَتَجُوزُ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ بِأَنْ يَسْكُنَ كُلٌّ مِنْهُمَا طَائِفَةً أَوْ أَحَدُهُمَا عُلْوَهَا وَالآخَرُ سُفْلَهَا، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِجَارَةُ مَا أَصَابَهُ وَأَخْذُ غَلَّتِهِ، وَتَجُوزُ فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ يَخْدُمُ هَذَا يَوْماً وَهَذَا يَوْماً، وَكَذَا فِي البَيْتِ الصَّغِيرِ، وَفِي عَبْدَيْنِ يَخْدُمُ كُلُّ

حق أحدهما، إلا أنا استحسنا الجواز لقوله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾، ولأن المنافع تستحقّ بعوض وغير عوض كالأعيان، والقسمة تجوز في الأعيان فتجوز في المنافع وهي مبادلة معنى إفراز صورة حتى تجري في الأعيان المتفاوتة كالدور والعبيد دون المثليات، ويجبر الممتنع إذا لم يكن الطالب متعنتاً، وليست كالإجارة لأن المنفعة تستحقّ هنا بالملك، ومعنى المعاوضة تبع، ولهذا لا تشترط فيها المدّة، وفي الإجارة بالعقد، ولهذا يشترط ذكر المدّة، لأنه لا يعلم قدر ما يستحقه من المنفعة إلا بذكرها، وليست كالعارية لما بينا. قال: **(ولا تبطل بموتهما ولا بموت أحدهما)** لأنا نحتاج إلى إعادتها بطلب الوارثين أو أحدهما، بخلاف الإجارة والعارية. قال: **(ولو طلب أحدهما القسمة بطلت)** المهايأة، معناه فيما يحتمل القسمة، لأن القسمة أقوى في استعمال المنفعة؛ ولو طلب أحدهما القسمة والآخر المهايأة قسم لما بينا، وبل أولى. قال: **(وتجوز في دار واحدة بأن يسكن كلّ منهما طائفة، أو أحدهما علوها والآخر سفلها)** لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهايأة لأن المنفعة غير مختلفة، وبيان المكان يقطع المنازعة، وهذه إفراز للنصيب وليست مبادلة **(ولكلّ واحد منهما إجارة ما أصابه وأخذ غلته)** لأنها قسمة المنافع، وقد ملكها فله استغلالها وشرط بعضهم في جواز الاستغلال أن يشرطه في العقد كالعارية وليس بشيء، وجوابه ما مرّ، ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كلّ واحد داراً جاز جبراً واختياراً، وهذا عندهما ظاهر اعتباراً بقسمة الأصل، أما عنده قيل لا يجبر كما في القسمة، وقيل لا يجوز أصلاً لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف القسمة لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الأخرى وأنه جائز؛ وقيل يجوز مطلقاً لقلة التفاوت في المنافع، ويكون إفرازاً. قال: **(وتجوز في عبد واحد يخدم هذا يوماً وهذا يوماً، وكذا في البيت الصغير)** لأن المهايأة تكون في الزمان والمكان استيفاء للمنفعة بقدر الإمكان، وقد تعذّر المكان فيتعين الزمان. قال: **(وفي عبدين يخدم كلّ واحد واحد)** ولا إشكال على أصلهما، لأن عندهما تجوز قسمة الرقيق جبراً واختياراً، فكذا منفعتهم. وأما عند أبي حنيفة فالقياس على عدم

وَاحِدٍ وَاحِداً، فَإِنْ شَرَطا طَعامَ العَبْدِ عَلى مَنْ يَخْدُمُه جَازَ، وَفِي الكِسْوَةِ لاَ يَجُوزُ، وَلا تَجُوزُ في غَلَّةِ عَبْدٍ وَلا عَبْدَيْنِ (سم)، وَلا فِي رُكُوبِ دَابَّةٍ وَلا دابَّتَيْنِ، وَلا فِي ثَمَرَةِ الشَّجَرِ، وَلا فِي لَبَنِ الغَنَمِ وَأَوْلادِهَا، وَتَجُوزُ فِي عَبْدٍ وَدَارٍ عَلى السُّكْنَى وَالخِدْمَةِ، وَكذلِكَ كُلُّ مُخْتَلِفَيِ المَنْفَعَةِ.

جواز القسمة يمنع الجواز، لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة، ولا كذلك في الأعيان لما مرّ. قال: **(فإن شرطا طعام العبد على من يخدمه جاز، وفي الكسوة لا يجوز)** لأن العادة جرت بالمسامحة في الطعام دون الكسوة، ولقلة التفاوت في الطعام، وكثرتها في الكسوة، فإن وقتا شيئاً من الكسوة معروفاً جاز استحساناً، لأن عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت أو يقلّ. قال: **(ولا تجوز في غلة عبد ولا عبدين)** وقالا: تجوز في العبدين، لأن الغلة بدل المنفعة فتجوز كالمنفعة، ولأن التفاوت في استغلال العبدين إذا استويا في الحرفة والمنفعة قليل، وقيل هذا بناء على اختلافهم في القسمة، ولهذا لا تجوز في الواحد إجماعاً. وله أن الأجرة تجب بالعمل حتى لو سلمه ولم يعمل لا أجر له فكان فيه خطر، ولأنه ربما لا يجد من يستأجره فلا تقع المعادلة، والتفاوت بينهما فاحش لتفاوتهما في الأمانة والحذاقة والهداية إلى العمل فتكون أجرته أكثر من الآخر فلا توجد المعادلة، وعلى هذا الخلاف غلة الدابتين؛ ولا تجوز في العبد الواحد ولا في الدابة الواحدة، وتجوز في الدار الواحدة، والفرق أن أحد النصيبين مقدّم على الآخر في الاستيفاء والاعتدال ثابت وقت المهايأة، والظاهر بقاؤه في العقار دون الحيوان، لتوالي أسباب التغيير عليه دون العقار فتفوت المعادلة فيه **(ولا)** تجوز **(في ركوب دابة ولا دابتين)** لأن الركوب يختلف باختلاف الراكب لأن منهم الحاذق والجاهل فلا تحصل المعادلة بخلاف العبد، فإنه يخدم باختياره فلا يتحمل فوق طاقته، وهذه العلة في استغلال الدوابّ أيضاً. قال: **(ولا)** تجوز **(في ثمرة الشجر، ولا في لبن الغنم وأولادها)** لأن المهايأة قسمة المنافع، وفي هذا تستحقّ الأعيان، وما يحصل من ذلك يتفاوت. ولا تجوز قسمة الأعيان إلا بالتعديل، ولأن قسمة المنافع قبل وجودها ضرورية لأنه لا يمكن قسمتها بعد الوجود، ولا ضرورة في الأعيان. قال: **(وتجوز في عبد ودار على السكنى والخدمة)** لأن المقصود منهما يجوز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى. قال: **(وكذلك كلّ مختلفي المنفعة)** كسكنى الدار وزرع الأرض، وكذا الحمام والدار، لأن كلّ واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة، والله أعلم.