لا تقوم بنفسها بل بالعين ومسايل هذا الفصل من مسايل الاصل لم يذكرها محمد في الجامع الصغير
والقدوري في مختصره ولهذا لم يذكرها صاحب الهداية في البداية وانما ذكرها هنا
تكثيراً للفوايد قال الطاوسي في اختلاف الفقهاء الى طلب في ذلك قول الشافعي
فلم احد وظاهر مذهبه ان الحاكم لا يجوز ان يجبر على المهاياة وهكذا يذكر اصحابه اليوم
وقال في كتاب ادب القاضي بن وجيزهم القناة والحمام وما لا يقبل القسمة تجري فيها
المهاياة ولكن لا يجبر عليها وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا ان المهاياة في المنافع
عقد جايز واجب اذا طلب احد الشريكين وقال الشافعي لا يجوز والدليل على مشروعيتها
الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد من
القسمة ما ذكرها الله تعالى في اية اخرى بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اخبر
ان الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على انه
شريعتنا ما لم يرد النسخ واما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج
الى غزوة بدر مع اصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها فكان يخرج منهم الثلثة
على البعير الواحد بالتناوب ليس فيهم فارس غير مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود
وروي عن عقبة ابن عامر الجهني قال كنا نتناوب في رعي ابل الصدقة على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم واما المعقول فهو ان الاعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركاً
كان حق الانتفاع مشتركاً ايضاً والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد
فيحتاج الى التهايؤ تكميلاً للانتفاع ولان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في
العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان فان قيل المهاياة تمليك منافع بمنافع
من جنس واحد فهي اجارة ولا يكره القاضي على الاجارة قلنا لا نسلم انها اجارة لانه
يستوفي منفعة ملك نفسه بل هي قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث
المكان كالدار الكبيرة يسكن احدهما ناحية منها والاخر ناحية اخرى وقد يكون من حيث
الزمان بان ينتفع احدهما بالعين مدة والاخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة
واما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا يتاتى القسمة الا من حيث
الزمان والاصل في المهاياة لا تعتبر بقسمة العين لانها بناء عليها وقسمة العين قد يقع اجبارا
عليه ويجوز بيع نصيب احدهما بعد القسمة مرابحة لحصته من الضمان الاول وفي الاعيان

المتفاوتة

المتفاوتة التي لا تحتمل التقريب كالدواب المختلفة يقع تمليكاً حتى لا يجبر عليه ولا يجوز بيع
نصيب احدهما مرابحة بعد القسمة في الاعيان المتفاوتة التي تحتمل التقريب كالدواب
من واحد فيه معنى التمييز من وجه حتى يجبر عليه وفيه معنى التمليك من وجه حتى
لا يجوز بيع نصيب احدهما مرابحة لحصته من الضمان الاول والقسمة في المنافع
بهذه المثابة وانها على وجوه اما ان يكون في الدار الواحدة والدارين او في العبد
او العبدين او في الدابة او في الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال
وقد يكون في اجناس مختلفة وسيجيء بيان جميع ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى قوله ولو
وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ اي
لان قسمة العين ابلغ من قسمة المنفعة في تمليك الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان
الواحد وفي التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال في كتاب الصلح من الشامل ولكل
واحد نقض المهاياة بلا عذر اذا لم يرد التعنت لانه بمنزلة العارية وورثتهما بمنزلتهما
وقال في الكفاية طلب احدهما قسمة العين بعد المهاياة قسم الحاكم وفسخ المهاياة لان
الاصل القسمة قوله ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا
علوها وهذا سفلها جاز اراد بالطايفة الناحية من الدار سوا ذكر المدة او لا لانها عقد
قسمة المنفعة كقسمة العين والمنفعة غير مختلفة فجازت قال صاحب الهداية و
التهايؤ في هذا الوجه افراز بجميع الانصباء لا مبادلة اي التهايؤ من حيث المكان افراز
لا مبادلة الا ترى انه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كانت مبادلة لاشترط ذلك لانه
يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ولكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه شرط ذلك
في عقد المهاياة او لا لان المنفعة حدثت على ملكه وبعض مشايخنا جوز الاستغلال
اذا شرط كل واحد ان يستغل ما اصابه والا فلا قوله ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدمه
هذا يوماً وهذا يوماً جاز وكذا هذا في البيت الصغير يعني يسكنه احدهما يوماً والاخر
يوماً قيد بالتهايؤ على خدمة العبد الواحد احترازاً عن التهايؤ على غلة العبد الواحد
فانه لا يجوز بالاتفاق بيانه فيما ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في
كتاب الصلح من شرح الكافي والتهايؤ في الخدمة في العبد الواحد او العبدين جايز
وفي الكسبانيات في العبدين ينبغي ان لا يجوز ايضاً هاهنا عند ابي حنيفة اعتباراً

Copyright © King Saud University