وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه
لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من
حيث الخدمة قل ما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانه تتفاوت تفاوتا
فاحشا على ما تقدم ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه
جاز استحسانا للمسامحة في طعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح
فيها ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر
القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل
لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة لا يجوز التهايي فيه اصلا
بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان
بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت يقل
في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر
التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على
الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان له ان
الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق
والتهايي في ركوب دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد
لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايي
في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد وفي

الدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان
لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف
ما اذا كان التهايي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان
التعديل فيما وقع عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة
الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال في الدارين جائز ايضا
في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف
الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد
زمان الاستيفا وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا
وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من
الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا
يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح
في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم

Copyright © King Saud University