الجامعة الإسلامية العالمية
بإسلام آباد
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا

T-862

أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية
دراسة فقهية مقارنة

بحث لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف
الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد
وكيل كلية الشريعة والقانون للدراسات العليا

من إعداد الطالب
شريف الله محمد إبراهيم

العام الجامعي ١٤١٤هـ - ١٤١٥هـ
١٩٩٤م - ١٩٩٥م

International Islamic Univ.
المكتبة
LIBRARY
Islamabad

22/08/10

LLM
٢٩٧٠١٤
ش ر ١
١- فقه اسلامي - احكام القسمة

Accession No. T-862

DATA ENTERED
08/01/14

توقيعات الممتحنين

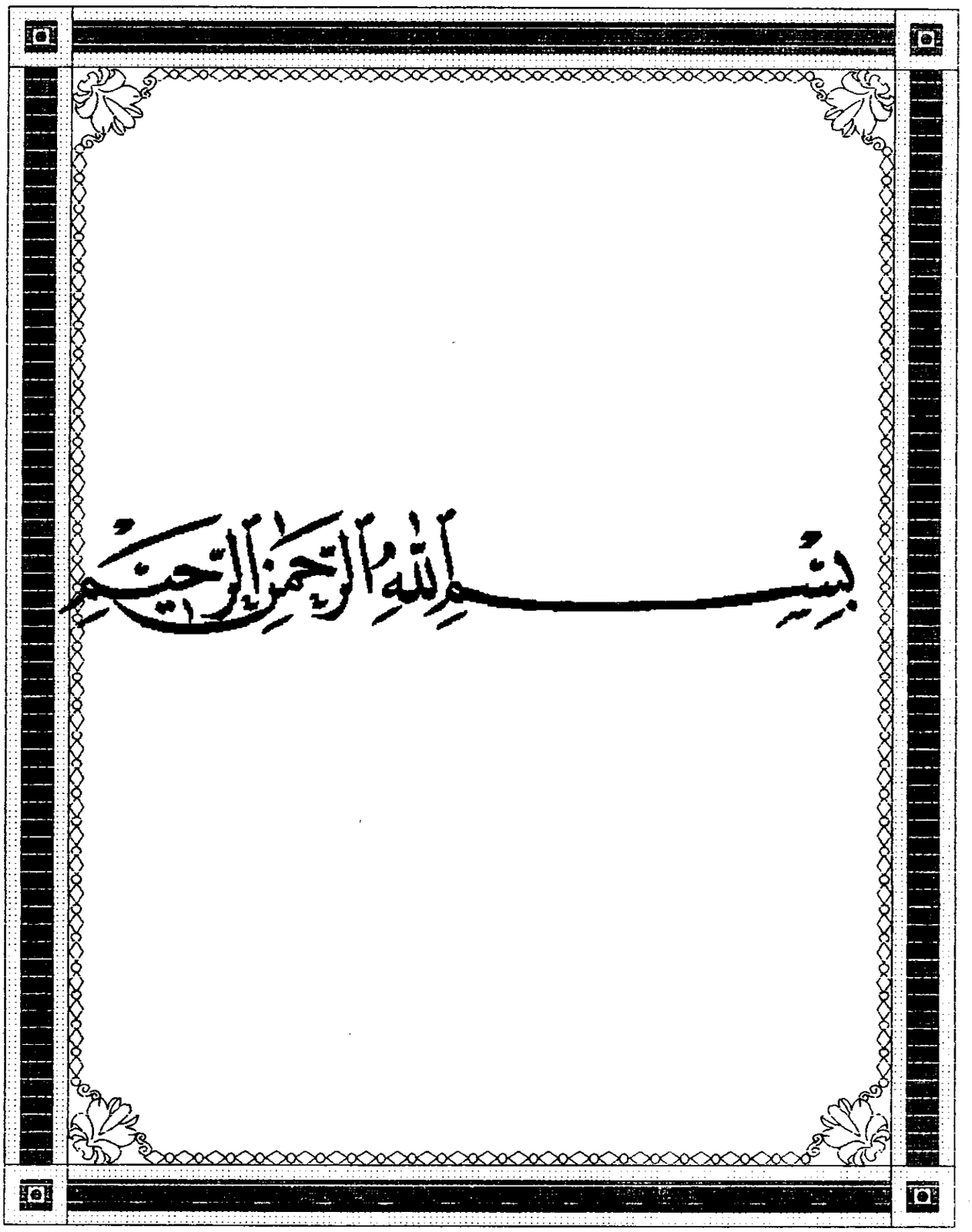
١ ـ المناقش الخارجي .....

٢ ـ المناقش الداخلي .....

٣ ـ المشرف .....

تحريرا فى يوم / /١٩٩٥م

الموافق


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله الذى أكمل لنا دين الإسلام وأتم علينا نعمته، ورضي لنا الإسلام دينا، فقال تعالى: ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا**﴾(١). والصلاة والسلام على سيدنا ورسولنا ونبينا محمد، قدوتنا وإمامنا الذى بلغ الرسالة وأدى الأمانة حتى تركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك، ورضي الله عن الأئمة المجتهدين والعلماء العاملين.

وبعد:

فهذا بحث فى [**أحكام القسمة فى الشريعة الإسلامية**] دراسة فقهية مقارنة، أتقدم به إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد ــ لنيل درجة الماجستير فى الشريعة والقانون.

وقد قمت بعون الله سبحانه وتعالى وتوفيقه بتقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة.

أما المقدمة:

فقد تحدثت فيها عن أهمية الموضوع وأسباب الاختيار والمنهج الذى سرت عليه فى إعداد هذا البحث.

وأما التمهيد: ففى ماهية الشركة والأموال والملك، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: فى تعريف الشركة فى اللغة والاصطلاح مع كلمة موجزة عن الشركة بوجه عام .

الفرع الثاني: فى الأموال، ماهيتها وحقيقتها فى اللغة والاصطلاح والنظر القانوني .

الفرع الثالث: فى الملك، حقيقته فى اللغة والاصطلاح والنظر القانوني مع كلمة موجزة عن الملك التام والناقص.

---

(١) سورة المائدة : ٣ .

وأما الباب الأول: **فقد تحدثت فيه عن الأحكام العامة للقسمة.**

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: **في تعريف القسمة ومشروعيتها، وحكمة مشروعيتها.**

وفيه ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: في تعريف القسمة في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني: في مشروعية القسمة وأدلتها.

المبحث الثالث: في حكمة مشروعية القسمة.

الفصل الثاني: **في سبب القسمة وركنها وأغراضها، وفيه ثلاثة مباحث.**

المبحث الأول: في سبب القسمة

المبحث الثاني: في ركن القسمة.

المبحث الثالث: في أغراض القسمة وصفتها.

الفصل الثالث: **في شرائط القسمة ودخول الخيار فيها، وهل هي إفراز أو مبادلة؟ وبيان حكم القسمة، وفيه أربعة مباحث:**

المبحث الأول: في شرائط القسمة.

المبحث الثاني: في الكلام عن الخيار في القسمة.

المبحث الثالث: القسمة، هل هي إفراز أو مبادلة؟

المبحث الرابع: حكم القسمة.

الفصل الرابع: **في القاسم والمقسوم، وفيه ثلاثة مباحث:**

المبحث الأول: في تعيين القاسم وشروطه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في تعيين القاسم.

المطلب الثاني: في شروط القاسم.

المبحث الثاني: في أجرته، وهل تكون على عدد الرؤوس أو الأنصباء؟

المبحث الثالث: في المقسوم وهو إما يكون عينا أو منفعة.

وأما الباب الثاني:

فقد تكلمت فيه عن أنواع القسمة .

وفيه فصلان:

الفصل الأول: قسمة الأعيان، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى قسمة الرقاب التى لاتكال ولاتوزن، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: فيما لا ينقل ولايحول .

المطلب الثاني: فى قسمة المنقول، كالحيوان والعروض.

المبحث الثاني: فى قسمة الرقاب التى تكال وتوزن.

المبحث الثالث: فى وسائل قسمة الأعيان، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: القسمة بالقرعة بعد تقويم وتعديل، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: فى معنى القرعة.

الفرع الثاني: فى وجود القرعة فى الشرع.

الفرع الثالث: كيفية القرعة وصفتها وطرح السهام فى القسمة.

الفرع الرابع: ما تكون فيه القرعة.

المطلب الثاني: فى قسمة المراضاة بعد تقويم وتعديل.

المطلب الثالث: فى قسمة المراضاة بلا تقويم وتعديل.

المطلب الرابع: فى قسمة الاجبار.

الفصل الثاني: في قسمة المهايأة (وهي قسمة المنافع)، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف المهايأة لغة وشرعاً وأدلة المشروعية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المهايأة في اللغة والشرع.

المطلب الثاني: أدلة المشروعية .

المبحث الثاني: في أنواع المهايأة.

المبحث الثالث: حكم الاختلاف في التهايؤ.

المبحث الرابع: محل المهايأة .

المبحث الخامس: شرط المهايأة وصفتها.

وأما الخاتمة:

فقد بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال معالجتي لهذا البحث.

هذه هي خلاصة موجزة للموضوعات التي قمت بمعالجتها من خلال بحثي هذا. وإني لا أدعي العصمة في هذا البحث من الخطأ، فالعصمة لله وحده، ولمن خصهم من عباده، وكل ما أدعيه: أنني أعددت بحثي بأمانة، وبذلت قصارى جهدي، وغاية ما أملك، في سبيل تقديم عمل أرجو أن يكون نافعا للمسلمين، فإن كنت قد وفقت فهذا ما أبتغيه، والفضل لله رب العالمين. وإن كان غير ذلك فحسبي أني أردت الخير، وبذلت غاية ما وسعني من جهد.

أسأل الله أن يسدد خطانا جميعاً، ويأخذ بأيدينا، ويوفقنا لما فيه خير الإسلام والمسلمين، والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً .

المقدمة

الحمد لله الذي حكم فعدل، وشرع فأحكم، وقضى فألزم والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي طهره ربه واجتباه وأكرمه فاصطفاه، ورفع ذكره في أرضه وسماه وعلى آله وأصحابه ومن والاه.

وبعد:

فإنه منذ قبولي في برنامج (الماجستير) بقسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد، وأنا أفكر في إختيار موضوع من بين الموضوعات الفقهية الكثيرة يكون شديد المساس بحياة المجتمع لأجعله موضوع بحثي الذي أتقدم به للحصول على درجة الماجستير. وقد استعنت في هذا الاختيار ـ بعد الله ـ بأساتذتي الفضلاء. وأخيراً هداني الله عزوجل إلى اختيار موضوع [**أحكام القسمة في الشريعة الإسلامية**] دراسة فقهية مقارنة.

فإن الفقه الإسلامي من مفاخر الأمة الإسلامية، كيف لا وهو مؤسس على روح العدل والمساواة واحترام الحقوق العامة والخاصة، فقد بنيت أحكامه على العدالة والنَصفة ليصل كل ذي حق إلى حقه ﴿**لا تظلمون ولا تظلمُون**﴾(١) والقسمة هي التي تحقق المساواة بين الشركاء وذلك بالانتفاع المستقل بأنصبائهم، وهي التي راعي الشارع فيها أن تكون عادلة غير جائرة بمعنى أن تقع تعديلا للأنصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه.

فالقسمة في الشريعة تعني: تمييز بعض الأنصباء من بعض. والقَسّام: هو الذي يقسم الأشياء بين الناس.

قال لبيد:

فارض بما قسم المليك فإنما　　قسم المعيشة بيننا قسّامها.

أهمية الموضوع:

ولعل من المباحث القيمة بالبحث والدراسة هو موضوع القسمة، لأن القسمة ذات أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية. وما يدل على أهميتها هو:

١ ـ عناية القرآن الكريم بذكرها في مواقع عديدة. منها:

---

(١) سورة البقرة: الآية: ٢٧٩.

أ ـ قوله سبحانه وتعالى: ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ (١).

ب ـ وقوله تعالى الوارد فى قسمة التركة:

﴿وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه﴾(٢).

جـ ـ وقوله تعالى فى قسمة الغنائم:

﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول﴾(٣).

٢ ـ مباشرة النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قسمة غنائم خيبر وحنين بين الغانمين وقسم المواريث.

٣ ـ فض الخلاف بين الشركاء وحل المشاكل الواقعة بينهم.

سبب إختياري لهذا الموضوع:

كان السبب الباعث لي على إختيار الكتابة فى هذا الموضوع ما يأتى:

١ ـ كتب كثير من العلماء المعاصرين فى المعاملات بما أعطى للناس فى هذا المجال بعض الأفكار.

ولكنني أرى أن الباحثين قد عالجوا المعاملات بشكل عام دون أن يتطرقوا إلى بحث خاص فى القسمة، لذلك لم ينل هذا الموضوع نصيبه من العناية فى الكتب الحديثة، وأما فى الكتب القديمة فقد سار كل فقيه من فقهاء المذاهب الأربعة الكبرى وغيرها على منهج وأسلوب خاص فى تناول هذا الموضوع. لذلك يصعب على قارئ أمهات الكتب الوصول إلى معرفة حكم من أحكام القسمة لأن الأحكام التى استنبطها هؤلاء الفقهاء جاءت منثورة فى مواضع متفرقة، على غير ترتيب موضوعي حديث فى بعض الأحيان، ومجملة فى أحيان أخرى فى مؤلفاتهم.

لذلك كان هذا الجهد المتواضع منصباً على جمع هذه الأحكام وشتات ما يتعلق بموضوع القسمة من بطون الكتب المتخصصة، وترتيبها على سفر واحد تيسيراً على من أراد الوقوف على حكم الشريعة فى أمر القسمة.

٢ ـ تحقيق طلب الشركاء أو بعضهم من الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، نظراً لأن كل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره. فإن الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه

---

(١) سورة القمر: ٢٨.

(٢) سورة النساء: ٨.

(٣) سورة الأنفال: ٤١

بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع بنصيبه، فيجب على الحاكم أن يجيبه إليه.

٣ ـ أن أحد الشريكين قد يحصل له من صاحبه سوء الخلق وقوة الرأس وليس من مخرج من هذه الأمور إلا الركون إلى الاقتسام.

٤ ـ حاجة الشركاء إلى القسم ليتمكن كل واحد منهم من التصرف في ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدي وسوء المشاركة كما تقدم.

منهجي في البحث:

قد وضعت منهجاً لأسير عليه في معالجة هذا الموضوع يتلخص في الآتي:

١ ـ لقد اعتمدت في هذا البحث على الكتب الفقهية المعتمدة في المذاهب الأربعة المشهورة، وكذلك مذهب الظاهرية والزيدية والإمامية إذا كان لهم قول في المسألة المطروحة للبحث. واستعنت بالقرآن الكريم والحديث الشريف.

٢ ـ حاولت ـ قدر استطاعتي ـ أن أرجع إلى أمهات كتب الفقه واعتمدت في ذلك على كتب كل مذهب دون غيره.

٣ ـ قمت بعزو الآيات القرآنية مشيراً إلى سورها وأرقامها في المصحف الشريف، وتخريج الأحاديث التي أوردتها في هذا البحث من كتب الأحاديث والسنة المطهرة.

٤ ـ عرضت المسائل التي أريد تناولها بالبحث والدراسة.

٥ ـ ذكرت ما اتفق عليه الفقهاء إن كان هناك اتفاق، ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

٦ ـ حررت محل الخلاف وذكرت المذاهب حسب اتفاقهم واختلافهم.

٧ ـ ذكرت أدلة كل مذهب، وناقشتها متى تيسر لي ذلك، ورجحت ما رأيته راجحا لقوة دليله، وبهذا لا أدعي أني نصبت نفسي حكماً بين المذاهب، فإنه ليس لي ذلك وأني يكون؟ ولكنني عملت بما يقتضيه الواجب الشرعي أمام هذه الآراء المتعددة وهو البحث الدقيق للوصول إلى ما يغلب على الظن رجحانه كل ذلك حسب استطاعتي.

٨ ـ عمدت إلى ضرب الأمثلة في المواطن التي تحتاج لإيضاح.

٩ ـ شرحت الألفاظ الغريبة الواردة في البحث بقدر الإمكان وذلك بالاستعانة بكتب اللغة.

١٠ ـ أشرت إلى المراجع في الهامش.

١١ ـ ذكرت النتائج التي توصلت إليها من خلال معالجتي لهذا الموضوع في خاتمة البحث.

١٢ ـ ذكرت المصادر والمراجع التي استعنت بها في إعداد هذا البحث المتواضع.

وقبل أن أنهى القول فى هذه المقدمة أرى لزاماً عليّ أن أوفى صاحب الحق حقه، وذا الفضل فضله، فإنه لا يعرف فضل أولى الفضل إلا أولو الفضل، وإنه من لا يشكر الناس لا يشكر الله، وإن أحق الناس بهذا الشكر والثناء أستاذي الكبير الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد، وكيل كلية الشريعة والقانون لشئون الدراسات العليا بهذه الجامعة المباركة، العالم الفاضل الذى لا تأخذه فى الحق لومة لائم، والذى يشرفني أنني تتلمذت على يديه فى الدراسات العليا، والذى تفضل مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وفتح لى صدره وبيته ولم يدخر من جهده ووقته شيئا فى سبيل توجيهى وإرشادي، وسأذكره بالفضل ما حييت، فله منى كل تقدير واعتراف بالجميل، وأسأل الله العلى العظيم أن يبارك له فى وقته وأن يجزيه عني خير الجزاء.

وبعد: فهذا البحث إنما هو جهد المقلّ، فما كان صوابا فمن الله وله الحمد والمنة، وما كان خطأ فمني ومن الشيطان واستغفر الله العظيم.

وأسأل الله أن يوفقنا إلى خدمة هذا الدين واتباع الحق المبين وأن يجعلنا من ورثة جنة النعيم.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد

فى ماهية الشركة و الأموال والملك

ولما كان الكلام عن القسمة يتطلب أن يكون المقسوم مالاً، وأن يكون فى الوقت ذاته مملوكاً للمتقاسمين وأن القسمة تستدعى سبق الشركة فى المقسوم لذا أجد أنه من المناسب وعملاً على الإيضاح والبيان أن أتكلم عن الشركة والمال والملك، ولهذا فقد جعلت الكلام فى هذا التمهيد مقسما إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول

فى تعريف الشركة في اللغة والاصطلاح مع كلمة موجزة عن الشركة بوجه عام.

فى اللغة(١): الشركة مصدر من شرك، يشرك، شَرِكاً وشَرِكَةً. وزان كلم وكلمة من باب تَعِبَ.

وجمع الشريك: شركاء وأشراك، وشركت بينهما فى المال تشريكاً، وأشْرَكته فى الأمر أي جعلته شريكاً. والشرك النصيب، تسمية بالمصدر. ومنه: (بِيعَ شِرْكُ من دار). وأما فى قوله تعالى: ﴿إن الشرك لظلم عظيم﴾ لقمان، آية ١٣، فاسم من (أشرك) بالله: إذا جعل له شريكاً (٢). ومعناها هنا الاختلاط، والامتزاج(٣)، أو خلط المالين (٤). وللشركة معنى آخر غير الاختلاط أو الخلط وهو إطلاقها على عقد الشركة نفسه، لأنه سبب

---

(١) لسان العرب للإمام ابن منظور (ت ٧١١ هـ) ٩٩/٢ ـ الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) دار إحياء التراث العربي. والمصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى (ت ٧٧٠هـ) ٤٢٣/١ ـ الطبعة السابعة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة (١٩٢٨م).

(٢) المغرب فى ترتيب المعرب للإمام اللغوي أبى الفتح ناصر الدين المطرزى (ت٦١٠هـ) تحقيق محمود فاخورى وعبد الحميد مختار ـ ٤٤١/١ ـ نشر إدارة دعوة الإسلام ـ كراتشي .

(٣) لسان العرب لابن منظور ٩٩/٧.

(٤) الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر لمحمد علاء الدين الإمام ـ ٧٢٢/١ ـ مطبعة دار سعادات (١٣٢٧هـ).

الخلط، فإذا قيل شركة العقد فهي إضافة بيانية أو إطلاق مجازي علاقته المسببية وهى أقوى الإضافات(١).

وورد فى المعنى اللغوى قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "**المسلمون شركاء فى ثلاث: الماء والكلأ والنار**"(٢). وورد فى رواية: **الناس شركاء** ... الخ.

فيتضح من هذا أن للشركة معنيين لغويين:

أحدهما ـ الخلط مطلقا.

ثانيهما ـ العقد المبرم بين الشريكين.

الشركة في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الشركة إصطلاحاً:

عند الحنفية:

عرفها الحنفية "بأنها عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح"(٣).

فهذا التعريف يدل على أن الشركة فى الشرع تطلق على الخلط، ويدل على العقد مجازاً لأن العقد سبب الشركة(٤)، وهي تنقسم إلى شركة عقد وشركة ملك وشركة الملك لا تكون إلا بالخلط أو الاختلاط(٥).

والمراد "بالعقد" ما كان ربطاً بين كلامين أو ما يقوم مقامها، ينشأ عنه أثر شرعي، أي أنه تعبير عن إرادتين أو أكثر بكلام كأن يقول أحد الشريكين للآخر: شاركتك فى عموم التجارات. ويقول الآخر قبلت. أو بما يقوم مقام الكلام كالإشارة أو الكتابة مما

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) أخرجه الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجة متوفى (٢٧٥هـ) فى سننه عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ فى كتاب الرهون (١٦) ـ باب (١٦) ـ ٨٢٦/٢ ـ حديث رقم: ٢٤٧٢.

(٣) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ـ لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ٢٩٩/٤ ـ دار الفكر، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري للإمام العلامة شيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحدّاد اليمني (ت ٨٠٠هـ) ٣٤٤/١ ـ مكتبة إمدادية، ملتان ـ باكستان ـ .

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ) : ٣١٣/٣، مكتبة إمدادية ـ ملتان ـ باكستان.

(٥) انظر رد المحتار ٢٩٩/٤.

وقوله "مع أنفسهما": فصل آخر يخرج به القراض من الجانبين كقول كل واحد لصاحبه: تصرف فى هذا المال وحدك على أن الربح لى ولك بشرط أن لا أتصرف معك، ويقول له الآخر: تصرف فى هذا المال لى ولك والربح بيننا ولا أتصرف معك، فإنه يصدق أن تصرف كل واحد لهما بشرط الربح بينهما وليس مع تصرف أنفس المالكين. فإن قلت تصرف الإنسان فى مال نفسه لا يحتاج فيه لإذن، قلت: قد علمت أن كل واحد باع بعض ماله ببعض مال الآخر على وجه الشيوع فيحتاج فى تصرفه فى ماله للإذن لذلك(١).

وقال صاحب جواهر الأكليل أن المراد من قوله "مع أنفسهما" هو أن يأذن كل منهما أو منهم للآخر فى أن يتصرف فى مجموع مالهما وما ينشأ عن تصرفهما من الربح لهما والخسر عليهما(٢).

يظهر من التعريف أن كلاً من الشريكين يعمل لنفسه فى مال الآخر ولصاحبه معاً وهذا هو معنى الإذن فى الشركة ولا يعني الإذن له بأن يعمل بالمال لنفسه، لأن هذا وكالة، ومعنى الوكالة أن يعمل الوكيل بالمال للموكِل خاصة، ولا يجوز أن يعمل كل منهما بالمال له ولصاحبه دون أن يمكن أحدهما الآخر من العمل معه فى حصته من المال.

الثاني: عرفها الشيخ الدردير: "بأنها عقد مالكي مالين فأكثر على التجر فيهما معاً أو عقد على عمل بينهما والربح بينهما بما يدل عليه عرفاً(٣).

فيبين هذا التعريف أن الشركة عقد بين شخصين أو أكثر بأموالهم أو على عمل بحيث يقسم الربح بينهما أو بينهم حسب ما يدل عليه عرف الشركة.

وقوله "معاً" فصل خرج به الوكالة والقراض لأن كلا منهما يتاجر فى المالين مع صاحبه ولو كان كل واحد فى مكان منعزل عن الآخر، لأن ما يحصل من ربح أو خسر يكون بينهما. وكذلك قوله "التجر" فصل آخر يخرج الوكالة والقراض من الشركة.

وفى ذلك يقول الدردير: "وخرج بذلك الوكالة والقراض من الجانبين"(٤).

---

(١) انظر الخرشي على مختصر سيدي خليل ٣٨/٦ ـ ٣٩ وحاشية الدسوقي ٣٤٨/٣.

(٢) جواهر الأكليل ـ ١١٥/٢.

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك ـ ١٦٥/٢.

(٤) بلغة السالك لأقرب المسالك ـ ١٦٥/٢.

وبالتأمل فيما سبق: نرى أن تعريف الشيخ الدردير أقرب إلى معنى الشركة لأنه نص على أن الشركة عقد فدل على نوعها، وبين أنها تكون بالمال أو بالعمل فكان هذا التعريف أشمل في نظري.

وكذلك اعتبار العرف في موضوع تقسيم الأرباح من شأنه أن يمنع النزاع بين الشركاء.

ومن المعلوم أن هذا التعريف يشمل المال والعمل، وأما التعريف الأول فلا يشمل العمل لأن التصرف يقتصر على المال فيخرج منه العمل. وكذلك تعريف الدردير ذكر أن الشركة عقد والتعريف الأول لم يذكر أنها عقد.

عند الشافعية:

عرفها الشافعية: "بأنها ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع"(١).

إن هذا التعريف يشمل الشركة الاختيارية لقصد التصرف والربح ويشمل ثبوت الحق القهري(٢). والمراد بالحق هو الاستحقاق والملك سواء كان انتفاعاً أو ملكاً لأعيان(٣).

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب (ت ٩٩٧هـ) ٢٩١/١ دار المعرفة ـ؛ وبجيرمي على الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي(ت ١٢٢١هـ) ١٠٤/٣ دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان ـ ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م؛ وحاشية البجيرمي على المنهج للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي على شرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري ـ ٣٩/٣ الطبعة الأخيرة ـ ١٣٦٩هـ ـ ١٩٥٠م ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر؛ ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) ـ ٢١١/٢ ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان ـ؛ وفيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك للعالم العلامة الحبر البحر الفهامة السيد عمر بركات بن المرحوم السيد محمد بركات الشامي الباقي المكي ـ ٤٥/٢ ـ مطبعة الاستقامة بالقاهرة ـ ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م ـ وذكر في التعريف لفظ "على جهة الثبوت" بدلاً من لفظ "الشيوع".

(٢) انظر حاشيتي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري (ت ١٠٦٩هـ)، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة (ت ٩٥٧هـ) ـ ٣٣٢/٢ ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٧٥هـ ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

(٣) الإقناع ٢٩١/١.

عند الحنابلة:

عرفها الحنابلة: "بأنها الاجتماع فى استحقاق أو تصرف"(١).

فالاستحقاق: كشركة إرث بأن ملك اثنان داراً. والمقصود بقوله "أوتصرف" هنا هو تصرف الشريكين بالبيع والشراء ونحوه. ويرى الحنابلة أن لفظ الشركة يقصد به إذن صريح فى التصرف ولذلك لم يتعرض التعريف للإذن(٢).

عند الإمامية:

عرفها الإمامية: "بأنها إجتماع حقوق الملاَّك فى الشيء الواحد، على سبيل الشياع"(٣).

وبالتأمل فى تعريف الإمامية نرى أنه يقترب من تعريف الشافعية، لأن التعريفين ليسا نصاً فى شركة العقد وإنما يشملان شركة العقد وغيرها. ولذلك تدارك بعض علماء الشافعية على التعريف المذكور عند الشافعية، فقالوا: "الأولى أن يقال: هي عقد يفيد ثبوت الحق"(٤) لأنهم حين شرحوا الشركة قصدوا بها الشركة التى لها أركان وشروط وهي شركة العقد .

تعريفات الشركة عند المحدثين:

بذل العلماء المحدثون جهودهم فى وضع التعريفات للشركة، ولكنها لا تخرج عن التعريفات السابقة:

١ ـ فقد عرفها المرحوم الشيخ أحمد أبوالفتح: "بأنها عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على

---

(١) المغني لابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) ـ ٣/٥ ـ مكتبة الجمهورية العربية بمصر ـ ومكتبة الرياض الحديثة بالرياض؛ كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ـ ٤٩٦/٣ ـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت ـ لبنان ـ ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م؛ ومنتهي الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ـ لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري الشهير بابن النجار ـ تحقيق عبد الغني عبد الخالق ـ ٤٥٥/١: عالم الكتب.

(٢) انظر منتهى الإرادات ـ ٤٥٥/١.

(٣) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام، للمحقق الحلي. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦هـ) ـ تحقيق وتعليق عبد الحسين محمد علي ـ ١٢٩/٢ الطبعة المحققة الأولى مطبعة الأداب فى النجف الأشرف ١٣٨٩هـ.

(٤) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ـ ٢٩١/١ .

العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم بالغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع(١).

٢ ــ وكذلك عرفها الاستاذ الشيخ علي الخفيف: "بأنها عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك فى المال وربحه أو على الاشتراك فى ربحه دون الاشتراك فى رأس المال"(٢).

موازنة بين التعريفات السابقة

إذا قارنا بين التعريفات السابقة نجد أنها تتفاوت فى تحديد مفهوم الشركة.

فتعريف الأحناف قيد الإشتراك بأن يكون فى الأصل والربح بحيث يشمل الاشتراك فى رأس المال والربح معاً، فهذا التعريف يشمل شركة الأموال ولا يشمل شركة المضاربة لأن الاشتراك فى المضاربة فى الربح دون رأس المال، وكذلك لا يشمل شركة الوجوه والصنائع لأنهما تقومان على العمل مع أن الأحناف يعتبرونهما من أنواع الشركات لأن الغاية من الشركة هو الربح، والشركاء فى كل من شركة الوجوه وشركة الصنائع نظروا إلى الربح وحددوا أنصباءهم منه، فكان الاشتراك بينهم فى الربح ولا شك أن الشركاء فى شركة الأعمال أو الصنائع يحتاجون إلى رأس المال وهو أدوات العمل وآلاته والمواد الخام التى يحتاج إليها العمال.

ويدخل فى هذا التعريف ــ أيضاً ــ شركة الملك كأن يتفق اثنان على شراء دار لتأجيره للآخرين مقابل أجرة، فيتحقق فى هذا معنى الشركة، والاشتراك فى الدار للتأجير إشتراك فى الأصل والربح.

وأما تعريفا المالكية فلم يشملا كل أنواع الشركة. فالتعريف الأول اعتبر الشركة عبارة عن الإذن من المتشاركين، والإذن أعم من العقد لأنه يشمل الوكالة وهى ليست من الشركة، وكذلك التصرف قد يحصل من الطرفين وقد يحصل من طرف واحد كما فى المضاربة، فيكون العمل من جانب والمال من جانب آخر فليس فيها التصرف من الطرفين.

---

(١) نقلاً عن الشركات فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز عزت الخياط ــ ١/٤٤،٤٥، الطبعة الثالثة ــ ١٤٠٨هـ، مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان.

(٢) الشركات فى الفقه الاسلامى للاستاذ علي الخفيف ــ ص: ١٩ ــ دار النشر للجامعات المصرية ــ القاهرة ــ ١٨٦٢م.

وأما التعريف الثانى فإنه أشمل من التعريف الأول ولكنه جعل قسمة الربح بحسب العرف وأغفل اتفاق الشركاء فى حين أن الشركاء قد يتفقون على أن يقسموا الربح حسب رؤوس الأموال أو حسب العمل لأن رأس المال قد يتفاوت كما يتفاوت العمل.

وأما تعريف الحنابلة فغير مانع لأن الاجتماع فى التصرف قد يكون بالوكالة وذلك بأن يوكل شخص رجلين على التصرف، فقد يحصل اجتماع اثنين على التصرف ولا يكون شركة، فلذلك كان تعريفهم غير مانع. وكذلك لم يتكلم التعريف عن الربح الذى هو غاية الشركة.

وتعريف الإمامية يقترب ـ كما قلت ـ من تعريف الشافعية فى مراده ومرماه فكلا هما يفيد حصول الشركة فى الملك، وهو مقصور على الاجتماع فى الشيء الذى يكون مادياً، وبذلك يخرج العمل لأنه ليس مادياً وبالتالى ليس شيئاً، ولذا جاء التعريفان غير شاملين على ماترى.

وأما التعريف الذى سار إليه الشيخ المرحوم أحمد أبو الفتح والشيخ علي الخفيف فكانا أكثر شمولاً لأنواع الشركات.

الترجيح بين التعريفات

يبدو أن تعريف الحنفية أولى التعريفات، لأن تعاريف جمهور الفقهاء تعريفات عامة تتناول الشركة الناشئة عن عقد والناشئة عن غير عقد وسواء كانت شركة الملك أو شركة عقد.

أما تعريف الحنفية فنظر إلى الشركة بمعناها الخاص وعبر عن حقيقتها فى أنها عقد. وأما التعريفات الأخرى فجاءت إما بالنظر لهدف الشركة أو أثرها أو نتيجتها المترتبة عليها. فمن هنا نعلم أن تعريف الحنفية أكثر تجاوباً مع الواقع لأنه نظر إلى الشركة التجارية باعتبار أنها وليدة عقد وهذه الشركة هى الأكثر شيوعاً. والله تعالى أعلم بالصواب.

الشركات بوجه عام

منذ أن خلق الله الإنسان على ظهر الأرض، احتاج إلى التعاون مع أخيه الإنسان وكان هذا التعاون فى أشكال مختلفة ـ التعاون الأدبى والمادى ـ ونتيجة لذلك برزت أشكال من المعاملات المالية ومنها الشركة بين الأشخاص، ومنذ أن وجدت الشركات،

وجدت القوانين المنظمة لها، وعرفت الشركات فى كل العصور كعصر الفراعنة والبابليين وقد نص قانون حمورابي فى مواده من (١٠٠) إلى (١٠٧) ـ قبل ألفي عام من ولادة المسيح عليه السلام ـ على أن الشركة عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على القيام بعمل أو عدة أعمال بقصد اجتناء الربح. وهذا النص يدل على أن الشركة كانت موجودة ومعروفة لديهم وهى شركة المضاربة(١).

وقد عرفها الإغريق فى القرن السادس قبل الميلاد حين ابتكروا نظاما للقرض البحرى، وكانت الشركات كذلك موجودة عند الرومان الذين بينوا خصائص عقد الشركة وقالوا إنه عقد رضائى(٢).

فلما جاء الإسلام وجد التعامل فى الشركة قائماً بين العرب وبخاصة قريش، لأن طبيعة الحياة التجارية والحاجة إلى التعاون على تنمية المال أو استثماره اقتضت الشركة، فشرع الشارع الشركة ووضع أحكامها العامة ولم يكن هناك تفصيل فى بيان أحكامها فى صدر الإسلام، ولما اتسعت دائرة بلاد المسلمين وكثرت مصالحهم وانتشرت التجارة بينهم، فصل الفقهاء أحكام الشركة وميزوا أنواعها من شركة إباحة أو ملك أو عقد. وقد أجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة، وإنما اختلفوا فى أنواع منها(٣).

قسم جمهور الفقهاء الشركة بمعناها العام إلى قسمين رئيسين، شركة ملك وشركة عقد(٤). وقسم بعض الفقهاء الشركة إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

١ ـ شركة ملك وتسمى فى القانون الوضعى (الشيوع).

وهى أن يكون مشتركاً بين شخصين أو أكثر بسبب من أسباب التملك كالإرث أو الشراء أو الهبة والوصية وخلط الأموال أو إختلاطها بصورة لا تقبل التميز والتفريق(٥).

وشركة الملك تنقسم ـ عند الحنفية ـ إلى قسمين: شركة ملك إختيارية التى تثبت

---

(١) راجع الوسيط فى الحقوق التجارية البرية للدكتورين رزق الله الأنطاكى ونهاد السباعى طبعة دمشق سنة ـ ١٩٦٣م.

(٢) انظر الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للخياط ـ ١/٢٥ ـ ٢٧.

(٣) المغنى لإبن قدامة ٥/٣.

(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى (ت ٥٨٧هـ) ٦/٥٦ ـ طبع فى ايجوكيشنل بريس، كراتشى ـ باكستان (١٤٠٠هـ) نشر ايچ ـ ايم ـ سعيد كمبنى؛ شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/١٥٣؛ تبيين الحقائق ٣/٣١٣ ؛ المغنى لابن قدامة ٥/٣.

(٥) البحر الرائق ٥/١٦٦؛ شرح فتح القدير ٦/١٥٣؛ تبيين الحقائق ٣/٣١٣.

بفعل الشريكين مثل أن يشترى الشريكان شيئاً، أو يوهب لهما شيء، أو يوصى لهما بشيء أو يتصدق عليهما بشيء فيقبلا، فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك.

والثانى شركة ملك جبرية تثبت بغير فعلهما كالميراث بأن ورثا شيئا فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك(١).

وحكم هذه الشركة هو أن كل واحد منهما كأجنبى فى نصيب صاحبه ولا يجوز له أن يتصرف فى نصيبه بدون إذنه(٢).

وقال المالكية: إن شركة الملك تنقسم إلى ثلاثة أقسام: شركة الإرث وهى أن يشترك الورثة فى الموروث، وشركة الغنيمة: وهى أن يشترك الجيش فى ملك الغنيمة وشركة المتبايعين: وهى أن يشترك اثنان أو أكثر فى شراء دار ونحوها(٣).

واعتبروا شركة الإرث والغنيمة شركة جبر.

٢ ـ وشركة عقد: وهى عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للإشتراك فى مال وربحه(٤). وهى ستة أنواع عند الحنفية: شركة الأموال وشركة الأعمال وشركة الوجوه وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان(٥).

وهى خمسة أنواع عند الحنابلة: شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان

---

(١) انظر بدائع الصنائع ـ ٥٦/٦؛ المبسوط للامام أبى بكر محمد بن أبى سهل شمس الأئمة السرخسى ـ ١٥١/١١ إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م ـ كراتشى. والبحر الرائق ١٦٦/٥ والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى ـ تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة ١٢/٣ الطبعة الثانية (١٣٧٠هـ ـ ١٩٥١م) المكتبة الاسلامية ـ استانبول ـ تركيا.

(٢) انظر المبسوط ١٥١/١١؛ تبيين الحقائق ٣/ ٣١٣.

(٣) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك ١٦٥/٢، وقال الشيخ أحمد بن محمد الصاوى فى بلغة السالك فى ١٦٥/٢: "وهذا التعريف قصد به ... لا شركة الجبر كالارث والغنيمة".

(٤) الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيرى ٦٧/٣ ـ دار الإرشاد للتأليف والطبع ـ بدون تاريخ الطبع.

(٥) تبيين الحقائق ٣١٣/٣؛ والفقه على المذاهب الأربعة ٦٧/٣.

وشركة الوجوه والمضاربة(١).

فان الشركة فى الجملة عند فقهاء الأمصار ومنهم المالكية والشافعية أربعة أنواع: شركة العنان وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه(٢).

٣ ـ وشركة الاباحة: هى كون العامة مشتركين فى صلاحية التملك بالأخذ والاحراز للأشياء المباحة التى ليست فى الأصل ملكاً لأحد كالماء(٣).

وعلى كل حال فالفقهاء قالوا بجواز البعض وعدم جواز البعض الآخر، فنرى أنهم اتفقوا على جواز شركة العنان وصحتها، وأما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا فى مشروعيتها. قد أجاز الحنفية كل هذه الشركات دون إستثناء إذا تحققت شروطها.

وفى ذلك يقول الكاسانى: "وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا أنها جائزة عناناً أو مفاوضةً(٤).

والمالكية أجازوا كل الشركات إلا شركة الوجوه، واتفقوا على جواز شركة المفاوضة مع الحنفية فى الجملة وإن اختلفوا فى بعض شروطها(٥).

---

(١) انظر الزوائد للعالم الورع محمد بن عبد الله آل حسين ١/ ٤٥٩ ـ ٤٧٢ الطبعة الثانية ــ مطبعة دار البيان، بدون تاريخ . والمغنى لابن قدامة ٣/٥؛ كشاف القناع عن متن الاقناع ٤٩٦/٣.

(٢) انظر مغنى المحتاج ٢١٢/٢؛ وفيض الإله المالك ٤٥/٢ ــ ٤٦؛ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ـ تحقيق طه عبد الرؤوف ٣٧٧/٢ ـ مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة ـ ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.

(٣) شرح المجلة للعلامة والمحقق الشهير المرحوم مفتى حمص الأسبق محمد خالد الأتاسى ٢/٤ ــ المادة: (١٠٤٥) ـ مكتبة إسلامية ـ كويتة ـ باكستان، بدون تاريخ الطبع.

(٤) بدائع الصنائع للكاسانى٦/ ٥٧؛ وكذلك انظر مختصر الطحاوى للإمام المحدث الفقيه أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى (ت ٣٢١هـ) تحقيق وتعليق أبى الوفاء الأفغانى ص: ١٠٦ ــ ١٠٧، مطبعة دار الكتاب العربى، ١٣٧٠هـ القاهرة.

(٥) بداية المجتهد لإبن رشد: ٣٨٠/٢؛ الخرشى ١٥٥/٦.

والشافعية والامامية ابطلوا كل أنواع الشركات ما عدا شركة العنان وشركة المضاربة(١).

وأما الحنابلة : فأجازوا أربعة منها وقال أبو البركات فى كتابه المحرر: "وأنواعها الصحيحة أربعة: شركة الأبدان، شركة العنان، شركة الجوه، وشركة المضاربة"(٢).

وقسم صاحب الزوائد الشركات إلى خمسة أقسام وقال بصحة أربعة منها مطلقاً، وقد قسم الخامس منها أى شركة المفاوضة إلى قسمين: صحيح وفاسد(٣).

---

(١) انظر الإقناع للشربينى الخطيب ٢٩١/١ ــ ٢٩٢؛ وقال الخطيب فى مغنى المحتاج ٢١٢/٢، "الشركة أنواع أربعة ... شركة الأبدان ... شركة المفاوضة... شركة الوجوه .. وهذه الأنواع الثلاثة باطلة... وشركة العنان صحيحة بالإجماع". وقال الحلى فى شرائع الإسلام ١٣٠/٢: "ولا تصح الشركة بالاعمال .. ولا بالوجوه ... ولا شركة بالمفاوضة وإنما تصح بالأموال".

(٢) المحرر فى الفقه للشيخ الإمام مجد الدين أبى البركات (ت ٦٥٢هـ)، ٣٥٣/١ ــ مطبعة السنة المحمدية ــ ١٣٦٩هـ ،١٩٥٠م.

(٣) انظر الزوائد ٤٧٢/١.

الفرع الثاني

في الأموال: ماهيتها وحقيقتها في اللغة والاصطلاح والنظر القانوني.

أولاً في اللغة:

يطلق المال لغة على كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع، أو عرض تجارة، أو عقار، أو نقود أو حيوان(١). وكلمة المال مأخوذة من مال، يمول، مولاً، أي كثر ماله، ومال فلاناً أي أعطاه المال(٢)، أو مال، يمال، وتموّل: إذا صار ذا مال، ويقال تمول الشيء: إذا اتخذه مالاً وقنية لنفسه(٣).

وقال صاحب مختار الصحاح(٤): ومال الرجل وتمول، إذا صار ذا مال. وقد موله غيره. ويقال رجل مال أي كثير المال، كأنه قد جعل نفسه مالاً، وحقيقته ذو مال. ومنه الحديث: فقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : "**خذه فتموله وتصدق به فما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه وإلا فلا تُتْبِعْهُ نفسك**"(٥). أي إجعله لك مالاً.

---

(١) المعجم الوسيط ٨٩٢/٢: مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، انتشارات ناصر خسرو طهران ـ إيران ـ.

(٢) القاموس الفقهي لأبي جيب ص ٣٤٤.

(٣) انظر المرجعين السابقين؛ والمنجد في اللغة: لويس معلوف ص ٧٨٠، الطبعة الخامسة عشر (١٩٥٦م) المطبعة الكاثوليكية؛ والمغرب ٢٧٨/٢.

(٤) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ص ٦٣٩، الطبعة السادسة ـ المطبعة الأميرية بالقاهرة (١٣٧٠هـ ـ ١٩٥٠م).

(٥) صحيح البخاري . لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي (ت ـ ٢٥٦هـ) ـ ١١١/٨ ـ باب (١٧) ـ كتاب الأحكام؛ طبع دار الدعوة، استانبول ـ تركيا ـ ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م؛ سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر الخراساني النسائي (ت ـ ٣٠٣هـ) ١٠٢/٥ ـ ١٠٤، كتاب الزكاة، باب (٩٤)، طبع دار الدعوة استانبول ـ تركيا ـ (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

وجمع المال الأموال(١)، وفى الحديث: "**نُهي عن إضاعة المال**"(٢)، قيل أراد به الحيوان: أي يحسن إليه ولا يُهمل. وقيل إضاعته إنفاقة فى الحرام، والمعاصى ومالا يحبه الله. وقيل أراد به التبذير والاسراف وإن كان فى حلال مباح(٣).

قال ابن الأثير فى النهاية(٤): المال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم.

وقال المطرزي فى المغرب(٥): المال: النصاب، عن الغوري. وعن الليث: "مال أهل البادية النَعم". وعن محمد رحمه الله: "المال كل ما يتملكه الناس من دراهم، أو دنانير، أو ذهب، أو فضة، أو حنطة، أو شعير، أو خبز، أو حيوان، أو ثياب، أو سلاح أو غير ذلك".

---

(١) القاموس الفقهي ص: ٣٤٤؛ المعجم الوسيط ٨٩٢/٢.

(٢) أخرجه البخاري فى صحيحه عن ورّاد كاتب المغيرة فى كتاب الزكاة، باب (١٨) ـ ١١٧/٢، وفى كتاب الخصومات باب (٣) ـ ٨٩/٣ ـ وفى كتاب الاستقراض، باب (١٩) ـ ٨٧/٣، وفى كتاب الرقاق، باب (٢٢) ـ ١٨٤/٧، وفى كتاب الاعتصام، باب (٣) ـ ١٤٢/٨ ـ ١٤٣. طبع دار الدعوة استانبول ـ تركيا ـ (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م)؛ وجاء فى صحيح مسلم: لأبى الحسين مسلم بن الحجاج (ت ٢٦١هـ) عن ورّاد فى كتاب الأقضية (٣٠) ـ باب (٥) ـ حديث رقم (١٤) ـ ١٣٤١/٢ ـ طبع دار الدعوة استانبول ـ تركيا (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م)؛ مسند الإمام أحمد بن حنبل : لإمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني (ت ـ ٢٤١هـ) ٢٥٠/٤، ٢٥١، ٢٥٥. طبع استانبول ـ تركيا ـ (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

(٣) لسان العرب لابن منظور ٢٢٣/١٣؛ والنهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٣٧٢/٤ ـ ٣٧٣ ـ طبع مؤسسة إسماعليان ـ إيران.

(٤) النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير ـ ٣٧٣/٤؛ وكذلك جاء فى القاموس الفقهي لأبى جيب ص: ٣٤٤، والمعجم الوسيط ـ ٨٩٢/٢ ـ وقد جاء فيه بأن المال قد أطلق فى الجاهلية على الإبل.

(٥) المغرب فى ترتيب المعرب للمطرزي ـ ٢٧٨/٢.

وقال الرازي(١): "المال معروف، لأنه لا يحتاج إلى تعريف لأن الذى يقال له: لا تعتد على مال فلان، يفهم المراد من المال دون حاجة إلى إفهامه، وبقريب من هذا قال ابن منظور(٢).

ويلاحظ على هذين القولين الأخيرين أنهما غير صحيحين، لأن بعض أنواع المال معروف لا يحتاج إلى بيان ولكن بعضها يحتاج إلى بيان، مثل المنفعة ومثل ما نفي الشارع ماليته كالخمر والخنزير ونحوهما.

إذن المال فى اللغة يطلق على ما يملكه ويحوزه الإنسان من كل شيء.

ثانياً: فى الاصطلاح:

اختلف الفقهاء فى تعريف المال فهناك مدرسة الحنفية ومدرسة الجمهور.

وسبب إختلافهم فى ذلك يرجع إلى إختلافهم فى المنفعة، هل هي مال أم لا؟ وسنبين ذلك فيما يلى:

المال في إصطلاح فقهاء الحنفية:

وردت عدة تعريفات للمال فى كتب المذهب الحنفى وهي وإن اختلفت عباراتها لكنها تتقارب فى مرادها ومرماها ولا تتباعد فى مفهومها.

فقد عرفه الحنفية على ما فى رد المحتار بأنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة"(٣). قيد الحنفية المال بإمكان الإدخار ليخرج المنفعة(٤)، لأنها من قبيل الملك عندهم لا المال.

وفرقوا بين المال والملك أي الشيء المملوك تفريقاً يستند إلى أن الملك: ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل المنفعة. والمال: هو ما من شأنه أن يدخر

---

(١) مختار الصحاح للرازي ـ ص: ٦٣٩ مادة "مول".

(٢) لسان العرب ـ ٢٢٣/١٣.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ـ ٥٠١/٤؛ والبحر الرائق ـ ٢٥٦/٥؛ والسياسة الاقتصادية والنظم المالية فى الفقه الإسلامي للدكتور أحمد الحصري ـ ص: ٤٦٩ ـ مكتبة الكليات الأزهرية؛ وفى مجلة الأحكام العدلية فى المادة (١٢٦) ١٧/٢: "المال ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره لوقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول.

(٤) رد المحتار ـ ٢٥٧/٢.

للانتفاع به وقت الحاجة(١).

ـ وعرفه فريق آخر منهم بأنه إسم لغير الآدمي، خلق لصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار(٢).

وعرفه بعض آخر منهم بأنه عين يجري فيه التنافس والإبتذال(٣)، أي عوض المال.

تعليق على التعريفات السابقة

أولاً نرى فى تعريف بن عابدين أن له ميزة من ناحية ونقصاً من ناحية أخرى. أما ميزته، فهي أنه ربط بين معنى المال فى الشرع وإشتقاقه اللغوي. وأما نقصه فهو أنه غير شامل وغير جامع لكل أفراد المال، لأنه لا يشمل بعض ما لا يدخر مع بقاء منفعته وكونه مالاً عند جميع الفقهاء، له قيمة ويجري فيه التعامل ومثال ذلك الفاكهة والبقول أو الخضروات ونحوها.

وكذلك هذا التعريف منتقد من ناحية أنه أخرج ما لا يميل إليه الطبع مع أنه مال وله ثمن معتبر كالأدوية والسموم التى تنفر منها الطبائع ولولا الحاجة الماسة إليها لما نظر الإنسان إليها رغم أنها مال. وكذلك كل المباحات الطبيعية من صيود ووحوش وأشجار فى الغابات تعتبر أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها، وكذلك لا يشمل المنافع مع أنها مال عند جميع الفقهاء.

وأما التعريف الثاني وإن كان تعريفاً كاملاً وصحيحا، فإنه لا يخلو عن النقص حيث لم يشمل الإنسان الرقيق، والرقيق يعتبر مالاً لأنه يجوز بيعه وشراؤه ويجوز

---

(١) المرجع نفسه ــ ٥٠٢/٤؛ والسياسة الاقتصادية د.أحمد الحصري، ص: ٤٧٠؛ والتلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني (ت ٧٩١) ٩٨/٢ مع حواشي الفنري وملاخسرو وعبد الحكيم عليه، مع التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت ٧٤٧) ومع حاشية المرجاني عليه، ثلاثة أجزاء، المطبعة الخيرية ــ ١٣٢٢هـ.

(٢) نقله ابن عابدين عن الحاوى القدسي فى رد المحتار ــ ٥٠٢/٤؛ والبحر الرائق ــ ٢٥٧/٥.

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زاده ــ ٣/٢ ــ دار سعادات ١٣٢٧. والابتذال هو بذل الشيء وإعطاءه . انظر لسان العرب ٣٥٢/١.

التصرف بالانتفاع به(١).

وأما التعريف الثالث وإن كان أعم من التعريف الأول وأكثر شمولاً منه لكنه يلاحظ عليه أنه لا يشمل المنافع كذلك وإن كان فى المنافع نظر وخلاف بين الفقهاء.

فمهما يكن الاختلاف بين هذه التعريفات، فإن غايتها واحدة، لأن الإختلاف ليس ناشئاً عن آراء قائليها وإنما هو ناشئ من عبارات قائليها بين الوضوح والغموض، والشمول وعدمه. والهدف عند الجميع واحد لأن المعنى الشرعي يقترب من معنى اللغوي وذلك لأن ذكر المال قد ورد فى القرآن الكريم فى أكثر من تسعين آية وفى أحاديث نبوية أكثر من أن تحصى ولم يرد عن الشارع بيان خاص للمال، فترك للناس فهمه بما يعرفون.

وقد حاول بعض الفقهاء المحدثين ـ طبقا لهذه التعريفات ـ وضع تعاريف سليمة له اقتباسا من الاصطلاح الحنفي فعرفه بعضهم بأنه: "ما يمكن حيازته، وإحرازه، والانتفاع به إنتفاعاً معتادا(٢).

فالمال شيء مادي يمكن إحرازه والانتفاع به على وجه معتاد. فكل ما لا يمكن حيازته لا يسمى عند علماء الحنفية مالاً.

ومن هذا يتبين أن فقهاء الحنفية يوجبون فى المال توفر عنصرين:

١ ـ إمكان الحيازة والاحراز.

٢ ـ وإمكان الانتفاع به انتفاعاً معتاداً.

أما العنصر الأول: وهو إمكان الحيازة والاحراز فلابد أن يكون المال شيئاً مادياً، له وجود خارجي ويمكن حيازته وإحرازه، فما لا يمكن حيازته كالأمور المعنوية، كالعلم

---

(١) انظر كشف الحقائق شرح كنز الدقائق لعبد الحكيم الأفغاني ١٧/٢ مطبوعات الموسوعات ـ مصر ـ ١٣٢٢هـ؛ رد المحتار لابن عابدين ٥٠٢/٤.

(٢) انظر السياسة الاقتصادية لأحمد الحصري ص: ٤٧٠؛ والمدخل للفقه الإسلامي ـ لعيسوي أحمد عيسوي ص: ٣٠٣ دار الاتحاد العربي للطباعة، طبعة الذكرى ١٩٦٧م ـ ١٩٦٨م؛ والأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامي، د/محمد يوسف موسى، ص: ١٦٢ دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م؛ والمدخل فى التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية. محمد مصطفى شلبي ـ ص: ٢٨٦ مطبعة دار التأليف ١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٤م؛ أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، ص: ٢٥ ـ مطبعة لجنة التأليف ـ الطبعة الثانية ١٣٦٣هـ ـ ١٩٤٤م.

والصحة والشرف والذكاء ـ وما لا يمكن السيطرة عليه كحرارة الشمس والهواء الطلق وضوء القمر لا يعتبر مالاً (١).

وعلى ذلك فما ليس له وجود خارجي كمنافع الأعيان مثل سكنى الدار وركوب السيارات والقطارات والطائرات وغير ذلك من المنافع العرضية لا يعتبر مالاً، لأنها عرض يتجدد بالاكتساب فى الزمان الآتى شيئاً فشيئاً وهي معدومة ولا وجود لها قبل اكتسابها، لأن المنافع تملك بالإجارة لأن ذلك تمليك لابيع حقيقة(٢)، والملك يختلف عن المال عند الحنفية كما ذكرنا آنفاً.

كما يخرج الحنفية المنافع من معنى المالية فكذلك يخرجون الحقوق المحضة: كحق التعلى وحق الشرب والمرور والمسيل وحق الأخذ بالشفعة، حتى إنهم لا يعتبرون الديون فى الذمم أموالاً، لأنها ـ فى نظرهم ـ مادامت أموالاً فى الذمم فهي أوصاف شاغلة لها ولا يتصور قبضها حقيقة، وإنما يقبض ما يعادلها، فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه(٣)، ولذلك قال ابن عابدين فى رد المحتار وإذا حلف إنسان أنه لا مال له ولم يكن له إلا ديون لا يعتبر حانثا فى يمنيه(٤).

وكذلك حقوق الارتفاق ـ عندهم ـ لم تكن حقوقا مالية محضة وإنما متعلقة بالمال(٥).

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ـ ٤٠/٥ ـ الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ ـ ١٩٨٥م، دار الفكر ـ دمشق وقال الدكتور الزحيلي فى ٤٠/٥: "وأما الهواء المضغوط المعبأ فى الزجاجات فهو مال محرز". والشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود ـ ص: ٢٨٦ ـ ٢٨٧ ـ للدكتور بدران أبى العينين بدران نشر مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦م .

(٢) رد المحتار ٣/٤، وبدائع الصنائع ١٧٤/٤، والبحر الرائق ١٣٧/٦.

(٣) راجع المدخل الفقهي العام للأستاذ الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء ـ ١١٦/٣ ـ ١١٧ ـ الطبعة السادسة ـ مزيدة منقحة ـ دار الفكر.

(٤) انظر رد المحتار لابن عابدين، ٨٤٨/٣.

(٥) قال ابن نجيم فى البحر الرائق ١٣٦/٦ ـ ١٣٧: "... اعلم أن الحق فى العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ... والمرافق عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء" .

٢ ـ وأما العنصر الثاني: وهو امكان الانتفاع بالمال انتفاعا معتاداً فلا بد أن يكون المال قابلا للانتفاع به إنتفاعاً معتادا، فكل مالا يمكن الانتفاع به ولا يتموله الناس وإن أمكن حيازته لا يكون مالاً وذلك مثل الخمر والميتة(١)، والأطعمة الفاسدة أو المسمومة، وأيضاً ما أمكن إحرازه ولكن لا يمكن أن ينتفع به انتفاعاً يعتد به عند الناس كحبة قمح أو قطرة ماء أو حفنة تراب(٢)، فكل ذلك لا يعد مالاً، لأنه لا ينتفع به وحده، والعادة تتطلب الإستمرار فى الانتفاع فى غير حالة الضرورة(٣). فتثبت مالية الشيء عند الحنفية إذا توفر عنصران هما:

١ ـ الحيازة.

٢ ـ التمول .

ويستوي فى ذلك تمول الناس كافة أو بعضهم دون بعض(٤).

ومتى ثبتت مالية الشيء فإنها لا تزول عنه إلا إذا ترك جميع الناس تموله وصارت منفعة منعدمة أصلاً، أما إذا تركه بعض الناس وبقي متمولاً فى نظر البعض الآخر فإن صفة المالية تبقى فيه ولا تزول عنه(٥). ومثال ذلك الملابس القديمة التى لا يلبسها بعض الناس ولكنها تصلح للبس فى نظر البعض الآخر، فلا تزول عنها صفة المالية لأن الانتفاع بها عند بعض الناس مازال قائما(٦).

وبناء على كل ما تقدم يمكن تعريف المال فى النظر الحنفي بأنه: "كل عين ذات

---

(١) الميتة هي الحيوان الذى مات حتف أنفه أو على هيئة غير مشروعة. المعجم الوسيط ٨٩١/٢.

(٢) قال الشيخ زادة فى مجمع الأنهر ٢/٢: "وقد يعرض لقليل التراب أو الماء ما يصيران به مالاً وذلك بنقلهما وحيازتهما".

(٣) انظر رد المحتار ـ ٥٠١/٤؛ والبحر الرائق ـ ٢٥٦/٥ ـ ٢٥٧؛ والفقه الإسلامي وأدلته ـ ٤٠/٥.

(٤) انظر رد المحتار ـ ٥٠١/٤؛ والبحر الرائق ـ ٢٥٦/٥.

(٥) راجع الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ـ الدكتور أحمد فراج حسين ص: ٨ الطبعة الأولى ـ نشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية؛ الفقه الإسلامي وأدلته ـ ٤١/٤.

(٦) انظر المدخل للفقه الإسلامي ـ عيسوي ـ ص: ٣٠٤؛ الشريعة الإسلامية وتاريخها ونظرية الملكية والعقود ـ للدكتور/ بدران أبي العينين ـ ص: ٢٨٦ ـ ٢٨٧ ـ نشر مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦م؛ والمدخل فى التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية ـ للدكتور/محمد مصطفى شلبي ص: ٢٨٦.

قيمة مادية بين الناس"(١).

فبذكر العين خرجت المنافع والحقوق المحضة، مما عدوه ملكاً لا مالاً.

وبالقيمة المادية: خرجت الأعيان التى لاقيمة لها بين الناس، كحبة القمح والجيفة وغير ذلك(٢).

إصطلاح الجمهور:

عرف جمهور الفقهاء المال بعدة تعريفات يؤخذ منها أن المال يشمل الأعيان والمنافع. ولذلك فاصطلاح الجمهور أوسع من إصطلاح الحنفية. وفيما يلى أذكر جملة من تعاريفهم:

تعريف المالكية:

عرف المالكية المال بأنه: "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"(٣).

فقولهم: (يستبد به) أي يختص به.

وقولهم: (إذا أخذه من وجهه) أي من طريق حلال.

تعريف الشافعية:

عرفه الزركشي الشافعي بأنه: "ماكان منتفعاً به"(٤) أي قابلاً لأن ينتفع به وهو إما أعيان* أو منافع.

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامي ـ للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء ـ ص: ١٣٦ مطبعة جامعة دمشق ـ الطبعة الرابعة ١٣٨٠هـ ـ ١٩٦١م.

(٢) المدخل الفقهي العام ـ مصطفى الزرقاء ـ ١١٨/٣.

(٣) الموافقات فى أصول الشريعة ـ لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) ـ ١٧/٢ ـ الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر ـ.

(٤) نقلاً عن الملكية فى الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام داود العبادي ١٧٦/١ ـ الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ ١٩٧٤م ـ مكتبة الأقصى عمان ـ الأردن.

* وقسم الزركشي الأعيان إلى قسمين: جماد وحيوان . فالجماد مال فى كل أحواله. والحيوان ينقسم إلى ما ليس له بنية صالحة للانتفاع، كالذباب والبعوض والخنافس فلا يكون مالاً، وإلى ماله بنية صالحة للانتفاع وهذا إما جبلت طبيعته على الشر والإيذاء كالأسد والذئب فليس مالاً، وإما جبلت طبيعته على الاستسلام والانقياد كالبهائم والمواشي فهي أموال. انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية للعبادى ١٧٦/١.

وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطي: "أن الشافعي ـ رحمه الله ـ قال: لا يقع إسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، ومالا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك"(١).

تعريف الحنابلة:

عرفه البهوتي بأنه: "مافيه منفعة أو لغير حاجة أو ضرورة"(٢).

وعرفه ابن قدامة فى الشرح الكبير: "هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"(٣).

ولا فرق بين التعريفين فالمراد بهما واحد.

فيخرج عن هذا التعريف:

مالا نفع فيه أصلاً كالحشرات،

وما فيه منفعة محرمة كالخمر،

وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب،

وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة فى حال المخمصة، والخمر لدفع لقمة غص بها إنسان.

---

(١) الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) ص: ٣٢٧ ـ الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع ـ ١٥٢/٣.

(٣) الشرح الكبير للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن الشيخ الإمام أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ) ـ ٣٠٨/٢ ـ دار الفكر.

تعريف المال بالنظر القانوني

جاء تعريف المال في كتاب "مصطلحات وجمل القانون" بأنه: ما يمكن حيازته(١).

فرجال القانون يعتبرون كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض عنه داخلاً في معنى المال وتنعقد عليه العقود المختلفة. وهذا ما صرحت به المادة (٦٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق في سوريا، فقد قالت الفقرة الثانية في نصها المعدل: "إن كل ما كان مالاً متقوماً يجوز أن يكون معقوداً عليه، فالأعيان والمنافع والحقوق مما كان تداوله متعارفاً على الاطلاق هي في حكم المال المتقوم".

وبناء على ما تقدم فإنه يدخل في جملة الأموال جميع الحقوق المجردة كحق الامتياز وحق استعمال عناوين المحلات التجارية وحقوق الابتكار (الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين).

فكل ذلك أصبح في نظر القانون في حكم الأموال والداعي إلى ذلك تطور الحاجة الزمنية والأساليب الاقتصادية(٢).

وبهذا التصور للمال يكاد القانون أن يتفق مع إطلاق متأخرى الحنفية، ويتقارب من إصطلاح جمهور الفقهاء. وذلك أن المال في عرف القانون، هو الحق ذو القيمة المالية(٣)، أياً كان ذلك الحق، سواء أكان عينياً، أم شخصيا، أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية والصناعية.

وقد عرف القانون العراقي في المادة (٦٥) المال بأنه: "كل حق له قيمة مادية"(٤). وقد انتقد الأستاذ الزرقاء هذا التعريف بقوله(٥):

---

(١) Law Terms and phrases - By Sardar Mohammad Iqbal Mokal P. ٧٢٥ - Printed at Shan Electric press Lahore.

(٢) راجع المدخل الفقهي العام للزرقاء، ١٢١/٣ ـ ١٢٢.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، ٩/٨ ـ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ القاهرة ـ ١٩٦٧م.

(٤) المرجع نفسه ـ ١٨١/٨.

(٥) المدخل الفقهي العام للزرقاء، ١٢٢/٣.

وهذا التعريف قد قلب الموضوع رأساً على عقب، فجعل عاليه سافله، فإنه قد قصر مفهوم المال على الحقوق. فأخرج بذلك الأعيان من حيز الأموال نظراً إلى أن الأعيان إنما ماليتها باعتبار ما فيها من حقوق لأصحابها فتدخل فى زمرة الحقوق ثم قال: ولكن هذا تكلف، فإن الأعيان أموال فى ذاتها وإن لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة، فيرد على هذا التأويل الأعيان التى هي من المباحات غير المحرزة كصيد البر والبحر والجو، وكالشجر، والحطب، والعشب المباح فإنها أعيان مالية لم تدخل فى ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد، فتبقى خارجة عن معنى المال بمقتضى نص القانون المدنى العراقي، بينما يشملها نص المادة (٦٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق فى سوريا فهي أحكم دلالة وشمولاً.

وقد كان من المناسب فى مشروع القانون العراقي أن يقال فى تعريف المال:

هو كل عين أو حق ذي قيمة مادية.

فتجتمع فيه عندئذ مزية حسن الدلالة والشمول إلى جانب الاختصار.

ولم يتعرض القانون المصري لتعريف المال(١)، وكذلك لم يعرفه القانون الباكستاني لأن واضعي القانون لم يحاولوا أن يعرفوا المال وإن كان قانون بيع البضائع الباكستانية تعرض له فى الفقرة (١١) من المادة(٢) ولكنه لم يعرفه وإنما ذكر مقصود لفظ المال المستعمل فى ذلك القانون ــ ولكن أحد شراح هذا القانون قد عرف المال (Property) بأنه: "عبارة عن مجموعة الطرق التى يمكن فيها إستعمال وإستغلال الأشياء المنقولة وغير المنقولة قانوناً، ويشتمل ذلك على حق حيازته كذلك"(٢).

شرح التعريف السابق ونقده

إن هذا التعريف ليس فى الحقيقة تعريفاً سليماً للمال، لأنه عبر عن المال بالطرق والوسائل التى تستعمل وتستغل فيها الأشياء وهذا غير صحيح لأن المال هو الحق المالي الذى يقع على الشيء.

---

(١) انظر نظرية الحق للدكتور جميل الشرقاوي ص: ٢١٦ ــ ٢١٩، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٦م؛ ومحاضرات فى النظرية العامة للحق. للدكتور إسماعيل غانم ص: ٧٦ ــ مكتبة عبد الله وهبه، الطبعة الثانية ١٩٥٨م.

(٢) The Sale of Goods Act PP. ٧ - ٢٢ - Pakistan Edition, by: Dr. M.A. Mannan - Fifth Edition - Law Publishing Comp. Lahore.

فطرق الاستغلال والاستعمال غير المال وأطلق شارح القانون لفظ الشيء على المنقول وغير المنقول وهذا يناقض القانون الباكستاني الذى يقسم المال إلى منقول وغير منقول(١)، فى حين أن الشيء يختلف عن المال، فالشيء غير المال بتعبير الدكتور السنهوري ـ رحمه الله ـ حيث يقول: فالشيء غير المال. إذ المال هو الحق المالي الذى يرد على الشيء، والشيء هو محل هذا الحق(٢).

وأما قوله "الطرق التى تستعمل وتستغل فيها" فقول عام يشمل الطرق المشروعة وغير المشروعة. وقوله "قانوناً" قيد أخرج الطرق غير المشروعة. فالمالك يستطيع أن يفعل فى ملكه ما يشاء إلا ما ينهى عنه القانون.

والجزء الأخير للتعريف يبرزحقيقة المعنى اللغوى للمال حيث جعل حق حيازة الشيء مالا. وهذا الجزء يشير إلى تصرف المالك فى ملكه ومنع الغير عن التصرف فيه لأن الشيء إذا دخل فى حيازة شخص ما فإن الغير لا يمكنه أن يتصرف فى ذلك الشيء. وهذا التعريف لا يشمل المنافع.

هذا وقد تعرض الدكتور موكل: في قانون انتقال المال الباكستاني "The Transfer of Property Act" لكلمة المال (Property) وقال فى شرحه: "أن المال ليس الشيء الذي يكون محلاً للملكية فقط بل ويشتمل على حق الملكية"(٣).

وتصور المال بهذا التعريف أفضل ـ فى رأيي ـ من التعريف الوارد فى قانون بيع البضائع الباكستانية، حيث عبر عن المال بالشيء الذي يكون محلا للملكية وكذلك قال إن حق الملكية هو مال أيضاً وهذا كلام سليم.

---

(١) The Transfer of Property Act by Sardar Mohammad Iqbl Mokal PP. ١٦ - ٢٤ - ٦١ - ٦٢ - ٢٢٧ - ٥٠٠, Pakistan Edition.

(٢) الوسيط فى شرح القانون المدني ٩/٨.

(٣) The Transfer of Property Act - P. ٦٢.

النتيجة

يتوسع جمهور الفقهاء من المالكية(١)، والشافعية(٢) والحنابلة(٣)، والاباضية(٤)، والإمامية(٥)، فيما يطلق عليه اسم المال، فيشمل الماديات والمنافع.

فقد قال الإمامان: مالك والشافعي ـ رحمهما الله تعالى ـ إن المنافع أموال متقومة مضمونة والدليل على ذلك(٦) ما يأتي:

أولاً: أن الطبع يميل إليها ويسعى فى ابتغائها وطلبها وتنفق فى سبيلها الأموال وأن المصلحة فى التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها، فالذوات لا تصير أموالاً إلا بمنافعها، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالاً.

ثانيا: إن المنفعة تصير مضمونة بالعقد سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً، وضمانها دليل على أنها تكون مالاً بالعقد عليها، وإن لم تكن المنافع أموالاً فى ذاتها ما قلبها العقد مالاً، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خواصها.

ثالثا: أن الشارع الحكيم اعتبر المنفعة مالا، إذ أجاز جعلها مهراً فى النكاح، فقد قال الله

---

(١) حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣، بلغة السالك ٢٠٩/٢، وفى شرح حدود الإمام أبي عبد الله بن عرفه. أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسى (٨٩٤ هـ) ص: ٣٨٠ الطبعة الأولى بالمطبعة التونسية بتونس سنة ١٣٥٠هـ، (ظاهر المال إذا اطلق يشمل العين والعرض).

(٢) نقل الدكتور العبادي فى كتابه الملكية فى الشريعة الإسلامية ١٨٣/١ عن قواعد الزركشي: أن الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع، وهذا يدل على اطلاق اسم المال عليها.

(٣) المغني لابن قدامة ٢١٨/٥.

(٤) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ــ محمد يوسف أطفيش ١٩٢/٦ طبع بالمطبعة السلفية القاهرة (١٣٤٣هـ) وقد جاء فيه أن الصحيح فى المذهب صحة الوصية بالمنفعة لأن المنفعة كنفس المال بل هي المقصود بالذات من نفس المال).

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ـ زين الدين على الجعبي العطلي المعروف بالشهيد الثاني، الجزء الأول طبع مطابع دار الكتاب العربي ـ بمصر سنة ١٣٧٨هـ والثاني طبعة بيروت ١٣٧٩هـ ــ ١٩٦٠م. ٣٧٨/١، ٩/٢، ١١٤، ٢٣٣.

(٦) انظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص: ٥٢ ـ ٥٣، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٩م.

عز وجل: ﴿وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾(١).

فقد اشترط أن يكون المهر مالاً.

رابعاً ـ أن العرف العام يعتبر المنافع أموالاً، والناس يتجرون فيها كالحوانيت والأسواق والبيوت التى تعد للاستغلال بسكناها، إنما تتخذ فيها المنافع متجراً ومستغلاً.

فالمال عند الجمهور يطلق على كل ماله قيمة مادية بين الناس، وجائز الانتفاع به انتفاعاً مشروعاً حال السعة والاختيار(٢). فلبن الآدمية، والحقوق الذهنية والابتكار ودم الإنسان عندهم مال. وكل ما خلفه الميت من أموال وحقوق كان يملكها الميت فى حال حياته ويدخل فيها العقارات، والمنقولات، والأعيان التى تعلق بها حق للغير كالعين التى رهنها الميت حال حياته وسلمها للمرتهن وتشمل أيضاً جميع الحقوق غير الشخصية التى كانت ثابتة للميت حال حياته، سواء كانت مالية محضة كحق المرور والشرب وتابعة للمال كحق التعلى، أو كانت حقوقا غير مالية لكن لها تعلق بالمال كحق الخيار والشفعة والقصاص.

وأما الحنفية فلا يعتبرون المنافع أموالاً كما تقدم لأنها ليست شيئاً مادياً ولا يمكن إحرازها وإدخارها لوقت الحاجة.

فقد جاء فى التلويح على التوضيح: "والمنفعة عرض، والعرض غير باق، وغير الباقي غير محرز، لأن الاحراز هو الصيانة والادخار لوقت الحاجة، فيتوقف على البقاء لا محالة، ومالبس بمحرز ليس بمتقوم، كالصيد والحشيش، فالمنفعة ليست بمتقومة"(٣).

وكذلك قال ابن عابدين فى رد المحتار: إن المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها، وإنما تقومها بالعقد، وقد استدلوا على ذلك بأن صفة المالية للشيء لا تثبت إلا بالتمول(٤). والتمول صيانة الشيء وإحرازه.

وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها، لأنه لا يمكن إحرازها، إذ أنها لا

---

(١) سورة النساء: ٢٤.

(٢) السياسة الاقتصادية للحصري ـ ص: ٤٧١.

(٣) التلويح على التوضيح ٩٨/٢.

(٤) رد المحتار لابن عابدين، ٥٠١/٤؛ كذلك انظر البحر الرائق، ٢٥٦/٥.

تبقى زمانين ـ بل تكسب آناً بعد آن، وبعد الاكتساب تتلاشى وتفنى فلا يبقى لها وجود. إذن هي ليست مالاً لأن المالية بالتمول كما ذكر آنفاً. وكذلك المنافع قبل كسبها معدومة والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال وبعد كسبها لا يمكن إحرازها والتقوم من أسبابه الاحراز، فليس غير المحرز مالاً متقوماً(١).

وكذلك يرى الحنفية أن مقياس المالية هو عرف الناس، لأن الشيء قد يكون مرغوباً فيه ومنتفعا به في مكان دون آخر ولذلك أجاز الحنفية بيع النحل ودود القز مع أنها من الهوام وذلك على أنه يمكن الانتفاع بها في انتاج العسل والحرير(٢).

وقد وجه لمذهب الحنفية في عدم اعتبار المنافع أموالاً، أو في اعتبارها أموالاً غير متقومة، نقد شديد، لأن فيه إهداراً للحقوق، وضياعاً للمصالح، فالأموال لا يحرض عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون متقومة.

لذلك أفتى متأخرو الحنفية بضمان منافع المغصوب في ثلاثة أشياء: مال الوقف، ومال اليتيم، والمال المعد للاستغلال(٣) سواء كان عقاراً أو منقولاً.

ولذلك ذهب بعض فقهاء الحنفية في تفسير المال بما يشمل المنافع في بعض المواقع(٤).

قال أحمد فراج: إذا كان متقدموا الحنفية يرون أن العينية إحدى عنصري المالية فإن متأخريهم قد أطلقوا المال على الأعيان والمنافع وعلى ماله قيمة نقدية.

فقد جاء في مصنف العالم الحنفي الجليل محمد علاء الدين الإمام "الدر المنتقي شرح الملتقي" بعد نقله التعريف التقليدي عند أئمة المذهب ما نصه: "ويطلق المال على القيمة وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير"(٥).

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص: ٥٣.

(٢) انظر السياسة الاقتصادية للحصري، ص: ٤٧٣.

(٣) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي، المواد: ٥٩٦ ـ ٥٩٩، ٦٩٨/٢ ـ ٧٠٢.
كذلك انظر نظرية الضمان، للزحيلي، ص: ١٢٠ ـ ١٢١.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٣٥٢/٧، وقد جاء فيه في أكثر من موضع أن المنفعة مال، وقد جاء فيه في بيان شرائط الموصى به: ".. منها أن يكون مالاً .. سواء أكان المال عيناً أو منفعة عند العلماء كافة".

(٥) نقلاً عن الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأحمد فراج حسين، ص: ١٠.

ويستفاد من هذا الاطلاق: أن ما يمكن تقديره وتقويمه بالنقد يعتبر مالا عينا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق، وعلى ذلك فلا تتطلب المالية للأشياء سوى إمكان تقديرها بالنقد أي أن الشيء إذا كان له قيمة فإنه يكون مالاً.

ووفقاً لهذا الاطلاق سوف يتوسع فى دائرة الأموال وبخاصة فى هذا العصر المتطور ويشمل الأشياء التى لم تكن معروفة من قبل مادام يمكن تقديرها بالنقود مثل الأشياء المعنوية ــ الحقوق الذهنية وحقوق الابتكار ــ والدم البشري الذى يؤخذ فى العمليات الجراحية وغير ذلك من كل ماله قيمة بين الناس ويمكن تقديره بالنقد، هذا هو مفهوم المال فى الفقه الإسلامي(١).

مقارنة وترجيح

اتضح مما سبق، أن القوانين الوضعية تميز بين المال والشيء، فتعتبر الشيء محلا للمال، والمال أمر معنوي هو عبارة عن كل حق له قيمة مادية. وكذلك حق الملكية نوع من أنواع المال، ومحل حق الملكية جميع الأشياء المادية. وفى ذلك يقول الدكتور السنهوري: "وحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق، محلها جميعاً الأشياء المادية، فهي أمور معنوية تقع على أشياء مادية ..."(٢).

والأمر، فى الشريعة الإسلامية، يختلف إختلافاً كبيراً، فالمال عبارة عن أشياء توافرت فيها صفات معينة ، ومحل حق الملك، فى رأي الجمهور، المال سواء أكان عينا أو منفعة وأما علماء الحنفية فقد اعتبروا المنافع قسيمة للمال لا قسماً منه، وإن كانوا متفقين على أن الأشياء إذا توافرت فيها صفات معينة فإنها تكون محلا للملك(٣).

---

(١) انظر: دروس فى الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور حسن كيرة، ٥٢٤/١ (١٩٦٩م)؛ والملكية ونظرية العقد لأحمد فراج، ص: ١٠ ــ ١١.

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدني ٢٧٤/٨ ــ ٢٧٥.

(٣) انظر الملكية فى الشريعة الإسلامية، للشيخ علي الخفيف، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٩م ــ ٤٠/١ قال الشيخ علي الخفيف: عند الحنفية والزيدية كل مال يمكن أن يكون محلا للملك، ولكن ليس كل محل للملك هو مال. نفس المرجع ٤٠/١.

ونرى أن تعريف كل من المالكية والشافعية يشمل الأعيان والمنافع لأن المالية أوسع نطاقا، وأما تعريف الحنفية والحنابلة فلا يشمل المنافع مع أن الحنابلة يعدونها مالاً دون الحنفية.

ومع هذا الخلاف البالغ والواسع فى اعتبار المنافع مالا أم لا فإن الذى تشهد له أدلة الشرع أن المنافع قسم من المال كما يرى جهور الفقهاء، لأن أدلة الجمهور أقوى من أدلة متقدمي الحنفية. وأما متأخرو الحنفية فقالوا بأن المنافع تعتبر مالاً فى بعض الأمور لأن كل ماله قيمة بين الناس ويمكن تقديره بالنقد فهو مال، والمنافع التى لم تكن معروفة من قبل أصبحت معروفة فى هذا العصر الحضاري وقابلة للتقدير بالنقود.

ومن كل هذا الذي تقدم يظهر بجلاء رجحان القول القائل باعتبار المنافع أموالاً لوجاهته ومسايرته للواقع، وعند الله تعالى العلم بالصواب.

T-862
INT. ISLAMIC UNIV
CENTRAL LIBRARY

الفرع الثالث

فى الملك، حقيقته فى اللغة والاصطلاح والنظر القانوني مع كلمة موجزة عن الملك التام والناقص.

ذكرنا آنفا أن المال لا يعتبر مالاً إلا بتمول الناس فلذلك كانت علاقته بالإنسان هي التى تعطيه خواصه المالية والشرعية، وقد قرر الشارع الإسلامي تلك العلاقة ورتب عليها آثاراً ونتائج وتلك العلاقة هي الملك.

أولاً: معنى الملك فى اللغة:

الملك فى اللغة: إحتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به(١).

وعرفه الأستاذ الطاهر أحمد الزاوي فى ترتيب القاموس المحيط: مَلَكَهُ، يَمْلِكُه، مِلكاً: إحتواه قادراً على الاستبداد به. وأمْلَكَهُ وملَّكه إياه تمليكاً، وهذا ملك يميني، واعطاني من ملكه أي مما يقدر عليه(٢). ويلاحظ على التعريف الذى أتى به الأستاذ الطاهر أنه لا يخرج عن التعريف الأول إلا أنه أكثر تفصيلا.

ثانيا: فى إصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء الملك بتعريفات متعددة، تتقارب فى مرادها وإن اختلفت فى التعبير عن ذلك الألفاظ والعبارات.

وبيان ذلك على ما يلي:

---

(١) لسان العرب لابن منظور، ١٨٣/١٣.

(٢) ترتيب القاموس المحيط للأستاذ الطاهر أحمد الزاوى، ٢٨١/٤ ـ الطبعة الثالثة، دار الفكر؛ وانظر أيضا: شرح القاموس المسمى بتاج العروس من جواهر القاموس للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، ١٨٠/٧؛ بدون مكان الطبع وتاريخه؛ وجمهرة اللغة، لمحمد بن الحسن بن دريد الأزادي (ت٣٢١هـ)، ١٧٩/٢ ـ حيدر آباد الهند ـ ١٣٤٥هـ؛ والقاموس المحيط للفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت٨١٧هـ)، ٤٦٧/٣ باب الكاف، فصل الميم، مادة (ملك) دار إحياء التراث العربي ـ الطبعة الأولى (١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م) وأساس البلاغة لأبى القاسم محمود بن عمر (ت٥٣٨هـ) ص: ٩١٢ ـ ٩١٥ دار الشعب ١٩٦٠م، القاهرة؛ وفى المعجم الوسيط، إعداد مجمع اللغة العربية ـ بمصر ٨٩٣/٢: الملكية: الملك أو التمليك يقال بيدي عقد ملكية هذه الأرض.

١ ـ عند الحنفية:

١ ـ عرفه الكمال بن الهمام بقوله: "الملك هو قدرة يثبتها الشارع إبتداء على التصرف"(١) وقد أضاف ابن نجيم لهذا التعريف قيد "إلا لمانع"(٢).

ومعنى هذا التعريف أن الملك قدرة الشخص وإختصاصه بالشيء والتصرف فيه إبتداء، وله أن ينتفع به منفرداً ويمنع الغير عن الانتفاع به إلا إذا منع مانع من التصرف والانتفاع به كالمحجور عليه.

وقوله "ابتداء" فى التعريف فصل يخرج به الوكيل(٣)، والوصى والمتولى(٤)، لأنهم وإن كان لهم أن يتصرفوا، فإن تصرفهم ليس إبتداء وأصالة، وإنما يتصرف كل منهم بتفويض المالك أو بحكم الوصاية أو الولاية لا بحكم الملكية.

وقوله "إلا لمانع" فصل آخر يخرج به المحجور عليه والمبيع المنقول قبل القبض(٥) لأن المحجور عليه رغم أنه مالك ولكن لا قدرة له على التصرف لمانع اقتضى الحجر عليه، فالصغير والمجنون والمعتوه والسفيه لا قدرة لهم على التصرف شرعاً وإن كانوا مالكين ولكن التصرف يملكه الولي والوصى بحكم الولاية. وكذا لا قدرة للمشترى على التصرف فى المبيع المنقول قبل قبضه وإن كان المبيع مملوكاً له لأنه وجد مانع منعه من التصرف وهو القبض، ويعود لهم الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض.

٢ ـ وعرفه صدر الشريعة فى كتابه شرح الوقاية فى مسائل الهداية، بأنه "اتصال شرعى بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف الغير"(٦).

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام، ٢٤٨/٦.

(٢) الأشباه والنظائر للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل ص: ٣٤٦، مؤسسة الحلبي ـ بالقاهرة ـ ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م؛ وكذلك عرفه ابن نجيم فى البحر ـ ٢٥٧/٥: "بأنه القدرة على التصرف إبتداء".

(٣) انظر الأشباه والنظائر لأبن نجيم ص:٣٤٦، وشرح فتح القدير لابن الهمام ـ ٢٤٨/٦.

(٤) راجع البحر ـ ٢٥٧/٥.

(٥) المرجع نفسه ـ ٢٥٧/٥، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص:٣٤٦.

(٦) شرح الوقاية فى مسائل الهداية لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت ٧٤٥هـ) ـ ١٩٦/٢ وعليه حاشية عمدة الرعاية لمحمد عبد الحى اللكنوى، طبع الهند ـ ١٣١٦هـ.

إن هذا التعريف نص على التصرف ولم يذكر الانتفاع، وتناول الملك باعتبار أنه علاقة بين المالك والمملوك، وبناء على ذلك للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً مانعا لغيره من التصرف فيه.

وقوله "شرعي" قيد يقصد به إخراج أى علاقة غير شرعية بين الإنسان والشيء كعلاقة السارق بالمسروق والغاصب بالمغصوب لأن هذه العلاقة علاقة محرمة.

٣ ـ ونقل فى البحر عن الحاوى القدسي تعريف الملك: "بأنه الاختصاص الحاجز"(١).

ومعنى هذا أن ملك الشيء هو الاختصاص به اختصاصاً يمنع الغير عن التصرف والانتفاع به إلا إذا وكل المالك عنه شخصاً آخر فى التصرف.

وعرفه الجرجانى فى تعريفاته بما عرفه به صدر الشريعة(٢).

٣ ـ عند المالكية:

١ ـ عرفه القرافى فى الفروق بأنه: "حكم شرعى مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك(٣).

وعرفه القرافى فى مكان آخر بأنه: "إباحة شرعية فى عين أو منفعة تقتضى تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنها من حيث هى كذلك(٤).

وعلل القرافى للتعريف السابق بقوله: "يظهر لى أنه من أحد الأحكام الخمسة وهو إباحة خاصة... ولأجل ذلك لنا أن نغير عبارة الحد فنقول أن الملك إباحة شرعية..."(٥).

ولكن ابن الشاط اعترض على هذا بأن هذا القول ليس بصحيح لأن الإباحة حكم الله وحكم الله خطابه وهو كلامه، فكيف يصح أن يكون الملك الذى هو صفة المالك هو كلام

---

(١) البحر الرائق ـ ٥/٢٥٧.

(٢) التعريفات. للسيد الشريف علي بن محمد الجرجانى (ت ٨١٦هـ) ص: ٢٠٤، مطبعة مصطفى الحلبى، ١٣٥٧هـ، ١٩٣٨م.

(٣) الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى (ت ٦٨٤هـ)،[الفرق: ١٨٠] ٣/٢٠٨ ـ ٢٠٩، عالم الكتب ـ بيروت ـ بدون تاريخ الطبع.

(٤) الفروق للقرافى ـ ٣/٢١٦.

(٥) المرجع نفسه ـ ٣/٢١٥ ـ ٢١٦.

الله بل الصحيح أن سبب الاباحة هو التمكن، والإباحة هى التمكين من الانتفاع والانتفاع متعلق الملك والملك سبب الاباحة فهو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف(١).

شرح التعريف: وقد تولى القرافى شرح التعريف الأول للملك بقوله:

أما قولنا: حكم شرعى: فبالاجماع، ولأنه يتبع الاسباب الشرعية. وقد استدل بهذا على أن الملك حكم شرعى.

وقوله: "مقدر": فذلك يرجع إلى تعلق إذن الشارع.

وقوله: "فى العين والمنفعة": فإن الأعيان تملك كالبيع والمنافع كالإجارات.

وقوله: "يقتضى انتفاعه بالمملوك": فهذا قيد أخرج به من التعريف التصرف بالوصية والوكالة وتصرف القضاة فى أموال الغائبين والمجانين، لأن هذه الطوائف لهم التصرف بغير ملك ولكن تصرفهم ليس لانتفاع أنفسهم بل لانتفاع المالكين.

وقوله "العوض عنه" قيد ليخرج الاباحات فى الضيافات فانها مأذون فيها وليست مملوكة على الصحيح، وكذلك يخرج الاختصاصات بالمساجد والرُّبَطْ ومواضع المطاف والسكك ومقاعد الأسواق، فإن هذه الأمور لا ملك فيها مع وجود المكنة الشرعية من الانتفاع بها.

وقوله: "من حيث هو كذلك" قيد لإدخال المحجور عليهم، فإنهم، وإن كان لهم الملك فليس لهم المكنة من التصرف فى تلك الأعيان المملوكة، الا أن تملكهم لها يقتضى تمكنهم من الانتفاع بالمملوك والمعاوضة عنه، وإنما جاء المنع من أمور خارجة.

وكذلك جاء هذا القيد لإدخال ملك الواقفين للأوقاف، إذا قلنا إنها تظل على ملكهم، فإنهم وإن كان لا يجوز لهم البيع، وملك العوض عنها، بسبب مانع وهو الوقف، إلا أن ملكهم بالنظر لذاته وبقطع النظر عن ذلك المانع يجوّز لهم البيع وملك العوض عنها(٢).

والصحيح فى حد الملك ـ كما قال ابن الشاط ـ أنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو

---

(١) حاشية ابن الشاط على الفروق ـ أبو القاسم قاسم بن عبد الله المشهور بابن الشاط (ت ٧٢٣هـ) ٢٣٤/٣ ـ عالم الكتب ـ بيروت ـ تاريخ الطبع غير مدون، مطبوع مع الفروق.

(٢) الفروق للقرافى ـ ٢٠٩/٣ ـ ٢١٢.

بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة(١).

وتعريف الملك بذلك يجعله متناولاً لملك الأعيان وملك المنافع(٢).

وعلى هذا فيكون مفهوم الملكية فى الشريعة الإسلامية هو امتلاك لشيء من طريق مشروع، والانفراد بحق التصرف بهذا الشيء فى الإطار المشروع، أو توكيل من ينوب عن المالك فى هذا التصرف(٣).

وهذا المفهوم للملك يميزه عن مفهوم التملك عند الأنظمة الوضعية وعلى رأسها النظام الرأسمالى الذى يفسر معنى التملك بأنه: "سلطان غير محدود لشخص على شيء، مقصور عليه دون غيره"(٤).

فهو يبيح للمالك أن يتصرف فيما يملك كيف يشاء ومتى شاء ولو أدى ذلك التصرف إلى إلحاق الضرر بالغير، إضافة إلى إباحته التملك من شتى طرقه وبلا قيد أو شرط.

---

(١) حاشية ابن الشاط علي الفروق. أبو القاسم بن عبد الله المشهور بابن الشاط (ت٧٢٣هـ) ٢٠٩/٣ ــ عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ الطبع، مطبوع مع الفروق للقرافي؛ تهذيب الفروق. الشيخ محمد علي حسين مفتي المالكية (القرن الرابع عشر) على هامش الفروق للقرافى، ٢٣٤/٣ ــ عالم الكتب ــ بيروت.

(٢) انظر الفروق للقرافى ــ ٢٠٩/٣ ــ ٢١٠، والاشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) ص: ٣١٦، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان .

(٣) راجع إصلاح المال لأبى بكر بن أبى الدنيا ــ تحقيق ودراسة مصطفى مفلح القضاة، ص: ٨٣ الطبعة الأولى ـ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ـ المنصورة.

(٤) انظر التعسف فى استعمال الحق ـ لمحمد الشوقي السيد، ص: ٤٢ ـ ٤٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ ١٩٧٩م.

٣ ـ عند الشافعية:

عرفه ابن السبكي بقوله: "والمختار فى تعريفه أنه أمر معنوي، وإن شئت قلت حكم شرعي يقدر فى عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك"(١).

وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف القرافى المالكي.

٤ ـ عند الحنابلة:

عرفه أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني بقوله: "هو القدرة الشرعية على التصرف فى الرقبة(٢).

---

(١) الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)، ص: ٣١٦ الطبعة الأولى ـ ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان.

(٢) انظر الفتاوى الكبرى. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت٧٢٨هـ) ٣٤٧/٣ ـ ٣٤٨. مطبعة كردستان بالقاهرة ١٣٢٦هـ؛ وانظر القواعد النورانية لتقي الدين أبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ص: ٢١٨ ـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٧٠هـ ـ ١٩٥١م.

مقارنة وترجيح بين التعريفات

نرى فى تعريف الكمال بن الهمام وابن نجيم أنهما نصا على التصرف فقط ولم ينصا على الانتفاع، والملك يشمل الانتفاع بثبوت التصرف، لأن كل ما يجوز فيه التصرف محل للانتفاع(١)، ويخرج من هذا التعريف جميع الحقوق التى لا يرى لصاحبها قدرة على التصرف فيها.

وهذان التعريفان لا يبرزان حقيقة الملك فى أنه ارتباط مشروع ذو طبيعة خاصة بين الإنسان والشيء، بينما أبرز هذه الحقيقة تعريف صدر الشريعة. فإن تعريف صدر الشريعة يبرز ماهية العلاقة التى تقوم بين المالك والشيء وأنها علاقة مضمونها ومبناها إختصاص المالك بالشيء وإستئثاره به، وله أن يتصرف فيه كما يريد، وهذا فى الواقع حقيقة الملك. وهذا التعريف نص على التصرف ولم يذكر الانتفاع، وتناول الملك باعتبار أنه علاقة بين المالك والمملوك، وبناء على ذلك للمالك أن يتصرف فى ملكه تصرفاً مطلقاً مانعا لغيره من التصرف فيه. وهذا التعريف بالرغم مما تقدم ليس تعريفا جامعا.

وفى ذلك يقول صاحب تهذيب الفروق تعليقاً عليه: "ولكن هذا الحد لا يكون جامعاً إلا بأمرين:

الأول: التعميم فى قوله للتصرف فيه، بأن يقال بالتصرف: إما مع أخذ العوض أو بدونه، وإما بنفسه أو بنائبه.

والثاني: التقييد فى قوله عن تصرف غيره فيه بأن يقال: دون استنابته"(٢).

وأما تعريف الحاوى القدسي فتعريف شامل لأنه يتناول ملك الأعيان وملك المنافع وملك الحقوق.

وبالتأمل فى التعريفات السابقة نجد أنها قد تناولت تعريف الملك باعتبارات ثلاثة:

الأول: باعتبار أنه إرتباط أو علاقة بين المالك والشيء المملوك كما هو تعريف الحنفية (صدر الشريعة).

الثاني: باعتبار أنه حقيقة شرعية أو حكم شرعي رتب الشارع عليه الآثار والنتائج كما هو الحال فى تعريف المالكية والشافعية.

---

(١) انظر الملكية للأستاذ علي الخفيف، ص: ٢٥.

(٢) تهذيب الفروق: ٢٣٥/٣.

الثالث: باعتبار إبراز موضوع الملك، بمعنى الغاية، أو المقصد الأساسي فيه، من أنه هو: القدرة على التصرف والتمكن من الانتفاع.

ومن هنا نستطيع أن نقول أن تعريف الحنفية أرجح التعريفات لأمرين:

أولاً: لأنه تعريف أعم وأشمل حيث يشمل جميع أنواع الملكية سواء كانت ملكية الأعيان أو ملك المنافع والديون أو ملك الحقوق. لأن فقهاء المذهب الحنفي وإن كانوا لا يعتبرون المنافع والديون أموالاً إلا أنهم يعتبرونها ملكا، حيث الملك ــ عندهم ــ ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص؛ أما المال فما من شأنه أن يدخر لوقت الحاجة، ولذا كان الملك أعم من المال(١).

ثانياً: لأن الملك لا يفهم منه إلا أنه علاقة ذات طبيعة خاصة بين الإنسان والشيء المملوك، وهذه حقيقة الملك، وقد أبرزها تعريف الحنفية على ما تقدم ويؤيد هذا ــ أي أن الملك علاقة بين الإنسان والشيء المملوك ــ على ما قاله الإمام أبو زهرة في كتابه "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية"، عندما علق على تعريفات الفقهاء للملك: "وهذه التعريفات مهما تختلف عباراتها كلها ترمي إلى معنى واحد وهو أن الملك أو الملكية هو العلاقة التى أقرها الشارع بين الإنسان والمال وجعله مختصابه بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً وفي الحدود التى بينها الشارع الحكيم"(٢).

هذا ما يسره الله تعالى لي فى هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) رد المحتار لابن عابدين، ٥/٥٠١ ـ ٥٠٢.

(٢) الملكية ونظرية العقد للإمام أبى زهرة ص: ٦٥ ـ ٦٦.

تعريف الملك في القانون الوضعي

لم يتعرض القانون المدني، وقانون بيع البضائع، وقانون الشركات في جمهورية باكستان الإسلامية لتعريف الملكية.

لذلك لجأت للحصول على هذا التعريف من المصادر الآتية:

١ ـ عرفها الدكتور هاردي آيفمى بأنها "الحق فى الانتفاع بالشيء على وجه الإستثناء. وقد يكون هذا الحق حقاً مطلقاً أو حقاً مقيداً(١).

٢ ـ وعرفها كولين وكابتان "بأنها الحق باستعمال شيء واستخراج كل فائدة يمكن الحصول عليها منه على وجه الاستثناء بصورة دائمة"(٢).

وجاء تعريف الملكية فى القانون المدني المصري فى المداة (٨٠٢) بأنه "مالك الشيء وحده، فى حدود القانون، حق إستعماله و إستغلاله و التصرف فيه"(٣).

وقد استخلص الدكتور السنهوري من هذا النص الأخير تعريفاً للملكية، فقال: "إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك فى حدود القانون(٤).

شرح التعريفات

معنى أن الملكية حق مطلق، أن المالك له إستخدام الشيء، فى جميع وجوه الإستعمال التى تتلاءم مع طبيعته. وقوله: إن حق الملكية حق مقيد قيد أخرج تصرف المالك على وجه الاستثناء فى الملك المشاع(٥)، كأن يكون له شريك فى الملكية، وهذا

---

(١) Mozley and Whiteleys Law Dictionary P. ٣٢٦ - Tenth Edition - By E.R. Hardy Ivamy - Butterwrth and co. (Publishers) Ltd. ١٩٨٨.

(٢) شرح مفصّل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة ـ لزهدي يكن ـ ١٦١/١ ـ الطبعة الثانية ـ بدون تاريخ الطبع ومكانه.

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري ٤٩٢/٨.

(٤) المرجع نفسه ـ ٤٩٣/٨.

(٥) عرف القانون المدني المصري الملكية الشائعة فى المادة (٨٢٥) بأنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع ...". الوسيط فى شرح القانون المدني ٧٩٥/٨.

القيد يتفق مع القيد الوارد فى تعريف الحنفية الذى قال "إلا لمانع".

فهذا يشمل حق الغير كما فى المال المشترك والمال المرهون، إذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن، فوجوده لا ينفي الملك لأنه عارض(١).

وقوله: "على وجه الاستئناء" فى التعريفين الأولين، وقوله: "لمالك الشيء وحده" فى تعريف القانون المدني المصري، يقصد بهما أن حق الملكية قاصر على المالك وله أن يمنع الغير من إستعمال الشيء والانتفاع به، أو التصرف فيه وأن يمنع كل عمل من الغير يؤثر فى الانتفاع.

وأما قول كولين وكابتان: "بصورة دائمة" لا يقصد به أن ملكية الشيء تبقى مستمرة لصاحبها، فالمالك قد يتوفى وتنتقل الملكية إلى أحد ورثته أو إلى الموصى له به وبطريق التصرف إلى يد آخر، فمعناه أن الحق بحد ذاته ليس معداً لينقضى، فهو يبقى بانتقاله من يد إلى أخرى(٢).

---

(١) انظر المدخل الفقهي العام للزرقاء ـ ٣/٣٣.

(٢) شرح مفصل لقانون الملكية العقارية لزهدي يكن ١/١٦٢ ـ ١٦٣.

مقارنة بين التعريفات الفقهية والقانونية

نرى فى التعريفات الفقهية أنها تشير إلى شيئين مهمين:

أولهما: إظهار قدرة المالك على التصرف فى ملكه كيف يشاء ـ بشرط ألا يضر غيره ـ سواء أكان هذا التصرف بالاستعمال أو الاستغلال. فلما كان لفظ التصرف أشمل من غيره فلذلك إستعمل معظم الفقهاء لفظ التصرف.

وثانيهما: منع الغير عن التصرف.

ونرى في التعريفات القانونية أنها تدل علي حق المالك فى التصرف فى ملكه إما بالانتفاع كما فى التعريف الأول، وإما بالاستعمال كما فى التعريف الثاني. وتعريف هاردي أيفمي يتفق مع تعريف القرافى فى استعمال لفظ الانتفاع.

وأما تعريف القانون المدنى المصري فقد فرق بين الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، فلذلك استعمل كل هذه الألفاظ فى تعريف الملك، ويقصد بها إبراز خصائص الملكية الأمر الذى يبرز حقيقتها وقد بين الدكتور السنهوري معنى هذه الكلمات الثلاث بقوله:

الاستعمال هو أن يستعمل المالك الشيء بشخصه.

فالاستغلال هو أن يستعمله بواسطة غيره فى مقابل أجر يتقاضاه من الغير.

والتصرف قد يكون تصرفاً مادياً كاستهلاك الشيء وهذا داخل فى الاستعمال، وقد يكون تصرفاً قانونياً كنقل الملكية(١).

فيظهر من هذه التعريفات القانونية أنها تتفق فى جوهرها مع التعريفات الفقهية وإن اختلفت فى التعبير عن ذلك الألفاظ والعبارات.

الملك التام والملك الناقص

ينقسم الملك فى الشريعة الإسلامية إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة ولكل قسم أحكامه الخاصة التى ينفرد بها عن غيره.

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدني للدكتور السنهوري ٨/٤٩٦ ـ ٤٩٧.

فهو ينقسم باعتبار محله إلى ملك تام وملك ناقص(١).

وقسمه البعض إلى أربعة أقسام كما فعل ابن رجب، فإنه قسم الملك باعتبار محله إلى ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة(٢).

فإن هذا التقسيم لا يختلف عن سابقه، لأن الاختصاص بالشيء الذى هو معنى الملك، إما يقع على ذات الشيء ومنفعته معاً، أو يقع على المنافع فقط أو يقع على الذات فقط.

فإذا وقع على العين رقبة ومنفعة كان ملكاً تاماً، وإذا وقع على الرقبة أو المنفعة فقط كان ملكاً ناقصاً.

الملك التام

الأصل فى ملك الأعيان أن يكون شاملاً لرقبتها ومنفعتها. والملك التام هو ما تكون فيه العين مملوكة لصاحبها رقبة ومنفعة وهو ما يعطى لصاحبه حق التصرف المطلق فى المملوك ويسوغ له شرعاً أن يتصرف فيه بالبيع، والهبة، والوقف، والإجارة، والإعارة والوصية وغير ذلك.

ولذلك عرف الابياني والسنجلفى الملك التام بأنه: هو الذى يخول لصاحبه حق التصرف المطلق فى الشيء الذى يملكه، فيسوغ له أن يتصرف فيه بالبيع والهبة والوقف، وأن يتصرف فى المنفعة بأن يستوفيها بنفسه، أو يملكها لغيره فيؤجرها، وكذا يسوغ له أن يعيرها، وأن يوصى بمنفعتها"(٣).

---

(١) الملكية ونظرية العقد. د/أحمد فراج حسين ص: ٣٣.

(٢) القواعد. أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت٧٩٥ هـ) ص: ٢٠٨ ــ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ـ طبع بمؤسسة نبع الفكر العربي للطباعة ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٩٢هـ ــ ١٩٧٢م؛ الاشباه والنظائر للسيوطي ص: ٣٢٦؛ وقال ابن نجيم فى الاشباه والنظائر فى ص: ٣٥١: الملك إما للعين والمنفعة معا، وهو الغالب، أو للعين فقط، أو للمنفعة فقط.

(٣) شرح مرشد الحيران: محمد زيد الابياني ومحمد سلامة السنجلفى ـ ٧/١ الطبعة الثانية ــ مطبعة المعارف ـ بغداد ـ ١٣٧٥هـ، ١٩٥٥م.

وقد نصت المادة (١١) من مرشد الحيران على أن: "الملك التام ما من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعه وإستغلالا، فينتفع بالعين المملوكة، وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة"(١).

وقد فهم الفقهاء المحدثون من هذا النص أن قدرى باشا أطلق على ملكية الرقبة والمنفعة الملك التام.

وهذا المصطلح كان معروفاً لدى الفقهاء القدامى، فاستعملوه.

فقال ابن عابدين فى حاشيته: "المراد بالملك التام المملوك رقبة ويداً"(٢).

وقال صاحب فواتح الرحموت: الملك، مع خيار الرؤية، غير تام بعد القبض ذلك لأنه يجوز له الرد بلا قضاء ولا رضاء(٣).

وعرفه صاحب كشاف القناع بأنه "عبارة عما كان بيده، لم يتعلق به حق غيره، يتصرف فيه على حسب إختياره، وفوائده حاصلة له"(٤).

ومن هنا يتضح أن الملك التام يطلق على الملك الذى يكون فيه لصاحبه كمال التصرف وهذا يكون بكمال الملك وهو أن يكون المالك مالكاً للرقبة والمنفعة. والملك التام يعطى المالك حق الانتفاع كاملاً غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع، ولا بزمن، ولا بحال ولا بمكان، فهو يستغل العين ويستعملها من غير قيد وشرط، والملك التام لا يقبل التقييد بالزمان ولا يقبل التقييد بالشروط، فهو إذن مطلق لا يقيد بزمان ولا مكان ولا شرط، ولا ينتهى الملك التام إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعى ناقل للملك، أو بالميراث أو هلاك العين المملوكة(٥).

---

(١) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا ٨/١ مطبوع مع شرحه.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٢/٢٥٩،٢٦٣.

(٣) انظر فواتح الرحموت للعلامة عبد العلى محمد بن نظام الدين الانصارى، ٢/ ٢٨١ ــ الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م) دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان.

(٤) كشاف القناع ٢/١٧٠.

(٥) انظر الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة ص:٦٨.

الملك الناقص

الملك الناقص له صورتان:

الصورة الأولى:

أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته. وهذه الصورة تحدث كثيراً بناء على أسباب منها:

الإجارة، والاعارة، والوقف، والوصية لأحد بالمنفعة كسكنى دار أو غلة كرم، ونحو ذلك(١). وفى ذلك يقول قدرى باشا: "يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها سواء كانت عقارا أو منقولاً"(٢).

وقد بين الفقهاء أن ملك المنفعة يقبل التقييد صفة وزماناً ومكاناً، فلمالك العين أن يقيد إمتلاك منفعة هذه العين عندما تنتقل إلى غيره بالاسباب المشروعة. وللمنتفع فى ملك المنفعة حق متعلق بالعين، ولكن العين ملك لغيره، وإنما استفاد ذلك الحق من مالك العين(٣).

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن ملك المنفعة ينتقل بالميراث، وخالف الحنفية فى ذلك وقالوا بأن ملك المنفعة لايورث، واستثنوا من ذلك حقوق الارتفاق(٤)، فقالوا بتوارثها(٥).

وإذا كان ملك المنفعة لا يورث، فانه ينتهى بوفاة المالك، وبذلك يخالف الملك التام وملك الرقبة، فانهما يورثان وينتقلان إلى الوارث.

---

(١) المدخل الفقهى العام للزرقاء ـ ١/٢٥٨ ـ ٢٥٩.

(٢) مرشد الحيران ٩/١ مطبوع مع شرحه.

(٣) راجع الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة، ص:٧٥ ـ ٧٦.

(٤) حقوق الارتفاق: حق الارتفاق ويسمى بحق الانتفاع العينى: هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الاول. ومعنى كونه عينيا أى يثبت لمن ملك العين وذلك كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور.

حقوق الجوار فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد سلطان المنشور بمجلة منبر الإسلام ــ العدد الخامس، السنة ٢٧ [١٣٨٩هـ-١٩٦٩م] ص:٣٤ اصدار المجلس الاعلى للشئون الإسلامية ـ القاهرة.

(٥) بدائع الصنائع ٧/٣٥٢.

الصورة الثانية:

أن يملك الشخص رقبة الشيء دون منفعته، وهذا خلاف الأصل في ملكية الرقبة التي من خصائصها أن تستتبع المنفعة، لأن الملك ما شرع إلا من أجل الانتفاع بالعين إنتفاعاً مشروعاً على وجه الإختصاص، ولكن الشريعة الإسلامية أجازت، في حالات معينة، أن تمتلك الرقبة دون منفعتها وذلك عن طريق الوصية في صورتين(١).

١ ـ أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر، لمدة معينة، بعد وفاته فيملك الموصى له منفعة العين بالوصية، في حين يملك الورثة رقبتها بالارث، وذلك إلى حين إنتهاء المدة المعينة فتعود المنفعة للورثة.

٢ ـ أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر، لمدة معينة، بعد وفاته، ويوصي برقبتها لشخص آخر، فيكون لهذا الشخص ملكية العين دون منفعتها، حتى انتهاء المدة المعينة، فتصبح العين ومنفعتها ملكا له.

وفي هاتين الصورتين يكون إنفكاك ملك رقبة العين عن منفعتها مؤقتا بالمدة التي تستحق بها المنفعة لآخر، وعند انتهاء المدة تعود المنفعة إلى تبعيتها للرقبة، فيصبح مالك الرقبة مالكا للمنفعة على حكم الأصل(٢).

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقاء ١/٢٥٩ ـ ٢٦٠؛ الملكية ونظرية العقد للامام أبي زهرة ص:٦٩.

(٢) انظر بدائع الصنائع ـ ٧/٣٥٢ ـ ٣٥٣.

الباب الأول

في

الأحكام العامة للقسمة، وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول:

في تعريف القسمة ومشروعيتها، وحكمة مشروعيتها.

الفصل الثاني:

في سبب القسمة وركنها وأغراضها.

الفصل الثالث:

في شرائط القسمة ودخول الخيار فيها وهل هي إفراز أو مبادلة؟ وبيان حكم القسمة .

الفصل الرابع:

في القاسم والمقسوم.

الفصل الأول

في

تعريف القسمة ومشروعيتها، وحكمة مشروعيتها.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القسمة في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني: في مشروعية القسمة وأدلتها.

المبحث الثالث: في حكمة مشروعية القسمة.

المبحث الأول

فى

تعريف القسمة فى اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف القسمة فى اللغة:

القَسم: بالفتح - مصدر قَسَمَ، قسم الشيء، يقسمه، قسماً، فانقسم، وقسمه: جزأه وهى القسمة. وقسم القسام المال بين الشركاء: فرقه بينهم وعين أنصباءهم. ومنه القسم بين النساء(١).

قال الراغب الأصفهانى(٢)، القسم: إفراز النصيب، يقال قسمت كذا قسماً وقسمة ــ قسمة الميراث، وقسمة الغنيمة، تفريقهما على أربابهما، قال تعالى: ﴿**لكل باب منهم جزء مقسوم**﴾(٣). وقال تعالى: ﴿**ونبئهم أن الماء قسمة بينهم**﴾(٤). واستقسمته: سألته أن يقسم. واقتسم القوم الشيء: تقاسموه: فأخذ كل قسمه. والقسمة اسم من الإقتسام: كالقدوة للإقتداء، والأسوة للأتساء. وجمعها: قسم مثل سدرةٌ وسدر ــ والقسم، بالكسر: الحظ والنصيب من الخير.

والقسيم: جمعه أَقْسِمَاءُ وأَقَاسِيْمُ ــ والأقاسيم: الحظوظ المقسومة بين العباد، والواحدة أُقْسُوْمَةٌ مثل أُظْفُوْرَةٌ وأَظَافِيْرُ.

والمِقْسَمُ والْقَسِيْمُ: نصيب الإنسان من الشر ويقال: قسمت الشيء بين الشركاء وأعطيت

---

(١) مختار الصحاح ص:٥٣٥؛ المغرب فى ترتيب المعرب للمطرزى ١٧٦/٢.

(٢) المفردات فى غريب القرآن، للعلامة الحسين بن محمد المفضل الملقب بالراغب الأصفهانى الامام المفسر اللغوى (ت ٥٠٢هـ) تحقيق وضبط محمد سيد كيلانى، ص:٤٠٣، كتاب القاف ــ مادة قسم. نشر نور محمد ــ أصح المطابع، كارخانة تجارة كتب كراتشى ــ بدون تاريخ الطبع.

(٣) سورة الحجر آية: ٤٤.

(٤) سورة القمر آية: ٢٨.

كل شريك مقسمه وقسيمه(١).

ثانياً: تعريف القسمة فى الاصطلاح: عرف الفقهاء القسمة بتعاريف متعددة، وإن كانت هذه التعاريف مختلفة فى ألفاظها، فإنها تتقارب فى معناها عند الفقهاء.

١ ـ **تعريف الحنفية:**

أ ـ عرفها الحنفية بأنها: "جمع نصيب شائع فى معين"(٢).

شرح التعريف:

قوله "جمع نصيب": يقصد به أن يجمع النصيب الشائع فى كل جزء من الأجزاء فى المشاع ـ أى فى الشيء المملوك على حدة ـ لكل من الشركاء ويعين حصة كل واحد منهم حتى لا يبقى لكل منهم تعلق بحصة شريكه.

ويقصد بقوله فى "معين" أى فى كل معين، أو فى كل مملوك مشترك بين الشركاء.

ب: ـ وعرفتها المادة (١١١٤) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "القسمة: هى تعيين الحصة الشائعة يعنى إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ماكالذراع والوزن والكيل"(٣).

جـ: ـ وعرفها الكاسانى فى البدائع بأنها: "عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض" (٤).

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٦٢/١١، حرف القاف، مادة قسم؛ وانظر أيضا معجم متن اللغة للعلامة اللغوي الشيخ أحمد رضا ٥٦٤/٤ ـ ٥٦٥، دار مكتب الحياة ـ بيروت ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م؛ وترتيب القاموس المحيط ٦٢٠/٣ ـ مادة قسم؛ والمصباح المنير ٦٩٠/٢؛ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ـ لإسماعيل بن حماد الجوهرى تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ٢٠١٠/٥ ـ ٢٠١١ الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م ـ دار العلم للملايين ـ بيروت ـ لبنان.

(٢) الدر المختار ٢٥٣/٦؛ تبيين الحقائق ٢٦٤/٥؛ مجمع الأنهر ٤٨٧/٢؛ نتائج الأفكار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده أفندى وهى تكملة فتح القدير ٣٤٨/٨ دار إحياء التراث العربى بدون تاريخ الطبع؛ شرح العناية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى (ت ٧٨٦هـ) ٣٤٨/٨ مطبوع مع تكملة فتح القدير.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسى ٥٠/٤، ولسليم رستم باز اللبنانى ص ٦١٨، الطبعة الثالثة ـ دار إحياء التراث العربى ـ بيروت ـ بدون تاريخ الطبع.

(٤) بدائع الصنائع ١٧/٧.

معنى الافراز والمبادلة

جاء فى الجزء الأول من تعريف الكاسانى للقسمة: " إفراز بعض الأنصباء"، ومعنى الافراز ـ التمييز وهو أخذ عين حقه، وماجاء فى الجزء الأخير من التعريف: "مبادلة بعض ببعض": فمعناه أخذ عوض حقه (١).

وتفسير المبادلة: أنه ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين، فكان نصف العين مملوكاً لهذا والنصف مملوكاً لذاك على الشيوع فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء مملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة فى نصيبه دون نصيب صاحبه.

فلا بد وأن يجتمع فى نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة مبادلة فى بعض أجزاء المقسوم لم يكن كله ملكاً للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضى أو بطلبهما من القاضى رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه(٢).

ومعنى المبادلة واضح فى القسمة الرضائية، أما القسمة الجبرية فتحدث بناء على طلب الشريكين للقاضى، بتضمن رضاهما بالمبادلة، فالقسمة تتضمن معنى المبادلة، لأن ما يئول لأحدهما، بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه فى نصيب صاحبه، فكان ذلك مبادلة من وجه، وإفرازاً من وجه، والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، والمبادلة هي الظاهر فى غير المكيل والموزون كالحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ويجوز الاجبار على المبادلة كما فى مال الدين(٣).

---

(١) مجمع الأنهر ٨٨/٢، وشرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز اللبنانى ص ٦١٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٧/٧.

(٣) انظر تكملة فتح القدير ٣٤٨/٨؛ والكفاية ٣٤٨/٨ ـ ٣٤٩؛ وتكملة البحر ١٤٧/٨.

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نقول: أن تعريفي الحنفية لم يخرجا عن كون عبارة عن إفراز النصيب وتمييز الحصص.

٢ ـ تعريف المالكية:

وعرفها المالكية بأنها: "تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو بإختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض"(١).

شرح التعريف: قوله "تصيير" أي جعل وهو جنس وإضافته لمشاع بمعنى التمييز له. وقوله "مشاع" أي فى مشترك مشاع أي لكل واحد جزء شائع فى جميع أجزاء الشيء المملوك عقاراً كان أو منقولاً.

وقوله "من مملوك مالكين" فصل إحترز به عن تعيين المشاع فى ملك مالك.

وقوله "معينا" فصل ثان أخرج به ما إذا صيره غير معين. فالجزء الشائع فى جميع أجزاء المملوك يصير معيناً إما فى جهة إن كان عقاراً أو فى ذات إن كان غيره أو فى أيام إن كانت القسمة مهايأة .. وسيأتى بيان معنى المهايأة فى موضعه من هذا البحث.

وقوله "ولو بإختصاص تصرف" جملة معطوفة على مقدرة تقديره: صيره بإختصاص أيّ إختصاص كان ولو بإختصاص تصرف، أي سواء كان التعيين بكيل أو وزن، ولو كان بتصرف أي ولو كان تعيين كل شريك يختص بالتصرف فى المشاع المعين وسواء كان هذا التعيين بوجه القرعة أو بغيرها ولو كان ذلك بإختصاص تصرف، وأن الاختصاص ليس سبباً فى صيرورته معيناً بل السبب القسمة والاختصاص يحصل بعدها، ولذلك قال ابن عرفة بقرعة أو تراض إشارة إلى أن التعيين إنما يكون بالقرعة والتراضى.

ورد الخرشي - على من قال إن التعريف لا يشمل المهايأة ـ فقال: إن التعريف يشمل المهايأة وهو معنى قوله بإختصاص تصرف. وفى ذلك قال أحمد الصاوي المالكي فى كتابه "بلغة السالك": وقوله باختصاص تصرف يشمل القسم الثالث من القسمة وهو المهايأة، لأن التعريف شامل للتعيين بإختصاص التصرف مع بقاء الذات(٢).

---

(١) الخرشي ٦/١٨٣؛ الفواكة الدوانى للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري (ت ١١٢٠هـ) ٢/٣٢٦ ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان ـ بدون تاريخ الطبع؛ شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش ٣/٣١٩ ـ دار البار ـ بدون تاريخ الطبع.

(٢) انظر بلغة السالك ٢/٢٣٧؛ والخرشي ٦/١٨٣ ـ ١٨٤؛ وشرح منح الجليل ٣/٣١٩.

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نقول: أن تعريفي الحنفية لم يخرجا عن كون القسمة عبارة عن إفراز النصيب وتمييز الحصص.

٢ ـ تعريف المالكية:

وعرفها المالكية بأنها: "تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو بإختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض"(١).

شرح التعريف: قوله "تصيير" أي جعل وهو جنس وإضافته لمشاع بمعنى التمييز له. وقوله "مشاع" أي فى مشترك مشاع أي لكل واحد جزء شائع فى جميع أجزاء الشيء المملوك عقاراً كان أو منقولاً.

وقوله "من مملوك مالكين" فصل إحترز به عن تعيين المشاع فى ملك مالك. وقوله "معينا" فصل ثان أخرج به ما إذا صيره غير معين. فالجزء الشائع فى جميع أجزاء المملوك يصير معيناً إما فى جهة إن كان عقاراً أو فى ذات إن كان غيره أو فى أيام إن كانت القسمة مهايأة .. وسيأتى بيان معنى المهايأة فى موضعه من هذا البحث.

وقوله "ولو بإختصاص تصرف" جملة معطوفة على مقدرة تقديره: صيره بإختصاص أيّ إختصاص كان ولو بإختصاص تصرف، أي سواء كان التعيين بكيل أو وزن، ولو كان بتصرف أي ولو كان تعيين كل شريك يختص بالتصرف فى المشاع المعين وسواء كان هذا التعيين بوجه القرعة أو بغيرها ولو كان ذلك بإختصاص تصرف، وأن الاختصاص ليس سبباً فى صيرورته معيناً بل السبب القسمة والاختصاص يحصل بعدها، ولذلك قال ابن عرفة بقرعة أو تراض إشارة إلى أن التعيين إنما يكون بالقرعة والتراضى.

ورد الخرشي ـ على من قال إن التعريف لا يشمل المهايأة ـ فقال: إن التعريف يشمل المهايأة وهو معنى قوله بإختصاص تصرف. وفى ذلك قال أحمد الصاوي المالكي فى كتابه "بلغة السالك": وقوله باختصاص تصرف يشمل القسم الثالث من القسمة وهو المهايأة، لأن التعريف شامل للتعيين بإختصاص التصرف مع بقاء الذات(٢).

---

(١) الخرشي ١٨٣/٦؛ الفواكة الدوانى للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري (ت١١٢٠هـ) ٣٢٦/٢ ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان ـ بدون تاريخ الطبع؛ شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش ٣١٩/٣ ـ دار البار ـ بدون تاريخ الطبع.

(٢) انظر بلغة السالك ٢٣٧/٢؛ والخرشي ١٨٣/٦ ـ ١٨٤؛ وشرح منح الجليل ٣١٩/٣.

٣ ـ تعريف الشافعية:

عرفها الشافعية بقولهم: "وهي تمييز بعض الحصص من بعض"(١).

٤ ـ تعريف الحنابلة:

وهي تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها"(٢).

وعرفها ابن قدامة بتعريف لا يختلف من التعريف السابق، فقال: "القسمة إفراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر"(٣).

٥ ـ تعريف الإمامية:

عرفها محمد بن جمال الدين مكى العاملي فى كتابه "اللمعة الدمشقية" بقوله: "وهي تمييز أحد النصيبين فصاعداً عن الآخر"(٤).

فهذا التعريف يدل على إختصاص كل واحد من الشركاء بجزء معين، وإزالة ملك كل واحد عن الحصة المختصة بالآخر بعد القسمة بعوض مقدر بالقسمة.

---

(١) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨؛ شرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام أبى يحيى زكريا الأنصاري ٣٦٨/٤ ـ الطبعة الأخيرة (١٣٦٩هـ ١٩٥٠م) مصطفى البابى الحلبى ـ مصر؛ وعرفها الشربينى الخطيب بنفس التعريف ولكنه استعمل لفظ "الأنصباء" بدلاً من لفظ "الحصص". الإقناع ٢٧١/٢.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع ٣٧٠/٦؛ منتهى الإرادات، ٦١٨/٢؛ التنقيح المشبع فى تحرير أحكام المقنع لعلاء الدين أبى الحسن علي بن سليمان المرداوى (ت ٨٨٥هـ) ص: ٣٠٨ ـ الطبعة الثانية ـ ١٤٠٦هـ ـ المكتبة السلفية ومطبعتها ـ القاهرة؛ المعتمد في فقه الإمام أحمد ٥٢٧/٢ ـ الطبعة الأولى ـ ١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م ـ دار الخير.

(٣) المغني لابن قدامة ١١٦/٩.

(٤) اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد محمد بن جمال الدين مكي العاملي ١١٢/٣ ـ الطبعة الثانية ـ ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان؛ وقد عرفه المحقق الحلي ـ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (٦٠٢هـ ـ ٦٧٦هـ) فى شرائع الإسلام ١٣٢/٢ بقوله: "وهي تمييز الحق من غيره" . الطبعة المحققة الأولى (١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م) مطبعة الآداب فى النجف الأشرف. تحقيق وإخراج وتعليق عبد الحسين محمد علي؛ وعرفه الخميني فى تحرير الوسيلة ٥٤٥/١، بقوله: "وهي تمييز حصص الشركاء بعضها عن بعض".

الطبعة الرابعة ـ ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ـ منشورات مكتبة الاعتماد ـ طهران ـ ناصر خسرو ـ باساز مجيدى.

ملاحظة على التعريفات الفقهية

لما كانت القسمة تستدعى سبق الشركة فى المقسوم، جعل الحنفية أحكامها فى مجلة الأحكام العدلية فى باب من أبواب الشركة على خلاف ماجرت عليه كتب الفقهاء(١) الآخرين حيث وضعوا لها كتاباً أو باباً مستقلاً، كما فعل الفقهاء القدامى من الحنفية فى كتبهم كما فى مجمع الأنهر حيث عنونوا لها بباب مستقل.

وكذلك ذهب الشافعية فى بعض كتبهم(٢) على خلاف ما جرت عليه كتب الفقهاء وذكروها فى فصل من فصول القضاء لأنها قد تقع من القاضي أو منصوبه. وأما الشيعة الإمامية فتبعوا نفس المنهج ولم يضعوا لها كتاباً أو باباً مستقلاً وإنما ذكروها تحت الشهادات.

ويلاحظ على التعريف الأول للحنفية أنه ليس تعريفاً شاملاً ومانعاً. ويرجع عدم شموله إلى أنه عرف القسمة من زاوية قسمة الجمع وترك قسمة التفريق(٣). وأما كونه غير مانع فلأنه أدخل حكم القسمة فى التعريف. ومن المعلوم أن التعريف شيء والحكم شيء آخر فقد قال الزيلعى رحمه الله: "وحكمها تعيين نصيب كل واحد من الشركاء حتى لا يكون لكل واحد تعلق بنصيب صاحبه"(٤).

والقسمة فى الحقيقة هي تعيين الأنصباء وإفراز كل نصيب عن النصيب الأخر.

ويلاحظ على تعريف المجلة للقسمة خاصة الجزء الأخير منه، وهو "إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل"، أنه تعريف غير واضح. لأن التعبير بالوزن والكيل تعبير غير صحيح لأن كلا منهما فعل الفاعل، والصواب أن يقال: والميزان والمكيال، لأن الميزان والمكيال من آلات القسمة وكلاهما مقياسان كالذراع.

---

(١) انظر للمالكية مثلاً: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٩٨/٣؛ وللحنابلة منتهى الارادات ٦١٨/٢.

(٢) انظر الإقناع ٢٧١/٢.

(٣) عرفت المادة (١١١٥) من المجلة ــ هذين النوعين. فقالت: قسمة الجمع: هي جمع الحصص الشائعة فى كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة فى أقساسها، مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة: عشرة لكل واحد. وقسمة التفريق: هي تعيين الحصص الشائعة فى العين الواحدة المشتركة فى أقسامها، مثل قسمة عرصة بين اثنين. شرح المجلة للأتاسى ٥١/٤

(٤) تبيين الحقائق ٢٦٤/٥.

وأما تعريف الكاساني للقسمة فيعتبر أوضح من التعريفين السابقين، لأنه عرف القسمة بالافراز والمبادلة، والقسمة لا تخلو عن معنى الإفراز والمبادلة فى جميع الصور سواء كانت فى ذوات الأمثال أو فى غيرها لأنها بالنظر إلى البعض إفراز وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة.

وأما التعريفات الاصطلاحية الأخرى فيلاحظ عليها، أنها جميعا تدور حول إفراز النصيب وتعيينه ولا تخرج عن هذا، وهي وإن اختلفت فى بعض ألفاظها، فالمعنى فى كلها واحد وهو إفراز الحق وتمييز أحد النصيبين من الآخر.

الترجيح بين التعريفات اللغوية والاصطلاحية

وبالتأمل فى كل من التعريف اللغوي والتعريفات الاصطلاحية نجد أن التعريف الاصطلاحي لم يخرج عن التعريف اللغوي، لأنها فى كل من التعريفين عبارة عن إفراز الأنصباء وتمييز الحصص بعضها عن بعض ليبقى لكل شريك نصيبه كاملاً مستقلاً على سبيل الخلوص والتصرف فيه بكامل أوجه التصرف استقلالاً.

ولكن بالنظر إلى التعريفات الاصطلاحية ومقارنة بعضها ببعض فإنه يبدولي إن تعريف المالكية للقسمة أشمل التعريفات .

لأنه يشمل ما عين للشريك مع بقاء الشركة فى الذات، وكذلك على خلاف التعريفات الأخرى فإن هذا التعريف يشمل المهايأة، والذى يدل على ذلك هو ما زاده المالكية فى تعريفهم من عبارة: "ولو بإختصاص تصرف".

المبحث الثاني

في

مشروعية القسمة وأدلتها

اتفق الفقهاء جميعاً على جوز القسمة لثبوت شرعيتها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول. ولم يختلف فيها أحد(١).

أما الكتاب: فآيات كثيرة منها:

١ ـ قوله تعالى: ﴿**وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً**﴾(٢).

والمعنى أنه إذا حضر قسمة التركة ذوو القرابة ممن لا يرث، قدّمهم لأن إعطاءهم صدقة وصلة، و﴿**اليتامى**﴾ الضعفاء بفقد الآباء، ﴿**والمساكين**﴾ الضعفاء بفقد ما يكفيهم من المال، ﴿**فارزقوهم**﴾ أعطوهم من الميراث شيئاً، ﴿**وقولوا لهم قولاً معروفاً**﴾ بتلطيف القول لهم والدعاء لهم بالبركة(٣).

قال ابن كثير في هذه الآية: المعنى أنه إذا حضر هؤلاء الفقراء من القرابة الذين

---

(١) انظر بدائع الصنائع ١٧/٧؛ الاختيار لتعليل المختار ٧٢/٢؛ بداية المجتهد لابن رشد ٣٩٦/٢؛ مواهب الجليل للشنقيطي ٩٨/٤؛ المهذب للشيخ الإمام أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ٣٠٦/٢ ـ دار الفكر ـ بدون تاريخ الطبع؛ المعتمد في فقه الإمام أحمد ٥٢٧/٢؛ الشرح الكبير لابن قدامة ٢١٧/٦؛ المحلي لابن حزم ١٢٨/٨؛ البحر الزخار ١٠٣/٥، شرائع الإسلام للحلي ١٣٢/٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ٨.

(٣) أحكام القرآن للإمام الفقيه عماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراس (ت٥٠٤هـ)، ١٢٤/٢ ـ ١٢٥ تحقيق موسى محمد علي والدكتور عزت علي عيد عطية ـ دار الكتب الحديثة ـ مطبعة حسان ـ القاهرة ؛ تفسير القاسمي المسمى بمحاسن التأويل لمحمد جمال الدين القاسمي (ت ١٣٣٢هـ) ـ ١١٣١/٥ ـ دار إحياء الكتب العربية ـ عيسى البابي الحلبي ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٧م.

وجه الدلالة من الآية:

إن هذه الآية تدل على مشروعية القسمة فيما كان مشتركاً بين اثنين فأكثر، حيث إن الله تعالى جعل الماء مشتركاً بين قوم صالح والناقة .

فالقسمة هنا ظاهرة حيث خصّص يوم للقوم ويوم للناقة.

وأما السنة: فقد ثبتت مشروعية القسمة بالسنة النبوية. وذلك من أربعة أوجه:

الأول: قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما رواه مالك عن ثور بن زيد الديلي أنه قال: بلغني أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: "**أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام**"(١).

فقه الحديث:

قوله: "**أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية**" يحتمل أن يريد به، نفذت قسمتها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من علماء المالكية. ويحتمل أن يريد بها، استحقت سهامها في الجاهلية بأن مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار إستحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها فكأنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ يريد ترك الرد مما سلف من عقودهم في جاهليتهم وإمضائها على ما وقعت عليه، ولذلك لا يرد شيء من بيوعهم وأنكحتهم وإن كانت فاسدة بل يصحح الإسلام الملك الواقع بها. وقوله: "**وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام**" يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين، والظاهر منه ـ والله أعلم ـ أن ماكان من مال أهل الجاهلية مشتركاً فدخل عليهم الاسلام ولم تقسم فهي على حكم الإسلام دون ماكانوا يفتقرونه ويقتسمونه عليه في جاهليتهم مثل أن يرثوا داراً في الجاهلية فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الاسلام، فإنهم يقتسمونها على مواريث الإسلام(٢).

---

(١) المنتقي شرح موطأ الإمام مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي (ت ٤٩٤هـ) ٤٨/٦ ـ نشر دار الكتاب العربي ـ بيروت ومطبعة السعادة ـ مصر ـ الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ؛ سنن ابن ماجة كتاب الرهون (١٦) باب (٢١) قسمة المال ـ حديث رقم (٢٤٨٥) روى عن ابن عباس بغير هذا اللفظ؛ سنن أبي داود ٣٣٠/٣ ـ كتاب الفرائض (١٣) ـ باب (١١) ـ حديث رقم (٢٩١٤) روى عن ابن عباس بغير اللفظ المذكور .

(٢) المنتقي للباجي ٤٨/٦.

لا يرثون، واليتامى، والمساكين، قسمة مال جزيل، فإن أنفسهم (تتوق)* إلى شيء منه، إذا رأوا هذا يأخذ، وهذا يأخذ، وهم يائسون لا يعطون شيئا، فأمر الله تعالى، وهو الرؤوف الرحيم أن يرضخ لهم شيء من الوسط يكون براً بهم وصدقة عليهم وإحسانا إليهم وجبراً لكسرهم(١). والرضخ معناه(٢): العطية القليلة غير المقدرة. وفى الغنيمة عند الحنفية والشافعية والحنابلة: ما يعطى من الغنيمة دون السهم، يجتهد الإمام فى قدره، ويُفاوتُ بين مستحقيه بقدر نفعهم فى القتال.

فعرف من الآية الكريمة أن الله تعالى بين أن من لم يستحق شيئا إرثا وحضر القسمة، وكان من الأقارب أو اليتامى أو الفقراء الذين لا يرثون أن يكرموا ولا يحرموا.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أنه يفترض على كل آخذ حظه أو نصيبه من المقسوم أن يعطى منه من حضر القسمة من ذوي قربى أو مسكين أو يتيم ما طابت به نفسه لقوله تعالى: ﴿فارزقوهم﴾ وهذا أمر وهو يدل على الوجوب إذا لم توجد معه قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب. وحيث لا قرينة صارفة فتعين الوجوب.

هل هذه الآية منسوخة؟

قد وردت فى هذه الآية روايات شتى عن السلف، قال جماعة إنها منسوخة نسختها آية الميراث. وممن قال إنها منسوخة أبو مالك وعكرمة والضحاك، وهو أحد قولي ابن عباس – رضي الله عنهم – وذهب البعض إلى أن الآية تدل على الندب والترغيب فى فعل الخير لأن الآية نزلت فى الوصية مبينة استحقاق الورثة لنصيبهم، واستحباب المشاركة لمن لا نصيب له منهم، بأن يسهم لهم من التركة وهذا محمول على الندب(٣).

---

* أي (تتشوق).

(١) تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي (ت ٧٧٤هـ) ٤٦٦/١ – مكتبة حقانية – پيشاور.

(٢) القاموس الفقهي لأبي جيب ص: ١٤٩.

(٣) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ٤٩/٥ – دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان – ١٩٦٥م؛ أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (ت ٥٤٣هـ) ٣١٥/١ – تحقيق على محمد البجاوي – دار المعرفة – بيروت.

فقد جاء بهامش الإقناع ٢٧/٢.، كان فى صدر الإسلام يجب إعطاء ذوي القربى وما عطف عليهم شيئا من التركات ثم نسخ الوجوب وبقي الندب. وقال ابن كثير فى تفسيره ٤٦٥/١: "وإن ذلك كان واجبا فى ابتداء الإسلام".

والراجح أن الآية ليست منسوخة لما يلي:

١ ـ أنه نقل عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ أنها محكمة ليست بمنسوخة. وفى رواية عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ قال: هي قائمة يعمل بها. وفى رواية قال إن الناس يزعمون أن هذه الآية نسخت، لا والله ما نسخت(١).

٢ ـ أن ابن حزم قال فيها: من قال إن الآية منسوخة أو إن الأمر فيها للندب، فغير مسلم وقول ساقط، إلا أن يخبرنا بشيء من ذلك عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لأنه المبلغ عن الله تعالى أحكامه وأما من دونه فلا(٢).

٣ ـ أن الشهيد سيد قطب قال: نحن لا نرى فيها دليلا للنسخ، ونرى أنها محكمة وواجبة .. معتمدين على إطلاق النص من جهة وعلى الاتجاه الإسلامي العام فى التكافل من جهة أخرى(٣).

٤ ـ أن جمال الدين القاسمي قال فى تفسيره: إن كثيراً من المفسرين ذكروا آثاراً عن بعض السلف بأن هذه الآية منسوخة. وهي من الضعف بمكان(٤).

ومما تقدم ظهر بجلاء أن الآية ليست بمنسوخة.

٢ ـ وقوله تعالى فى قسمة الغنائم:

﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾(٥).

ففى هذه الآية الكريمة يوجه المولى عزوجل المؤمنين بأن كل ما غنموه من الكفار المحاربين قليلاً كان أو كثيراً حق ثابت لهم وحكمه: أن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وأنه يقسم خمسة أقسام، وقد ذكر العلماء أن الخمس الخاص بالله عز وجل ورسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ينفق فى مصالح الدين، وإقامة الشعائر، وعمارة الكعبة وكسوتها، ويعطى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ منه كفايته

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤٩/٥.

(٢) المحلي لابن حزم ١٢٨/٨.

(٣) فى ظلال القرآن للشهيد سيد قطب ٥٨٨/٤ ـ الطبعة الأولى ـ ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م ـ دار الشروق ـ بيروت.

(٤) محاسن التأويل ١٣٢/٥.

(٥) سورة الأنفال الآية ٤١.

لنفسه ولنسائه، كما يعطى ذوو قرابته من أهله وعشيرته، وكذا المحتاجون من سائر المسلمين وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل، ثم بين سبحانه وتعالى أن هذا هو مقتضى الإيمان(١).

وجه الدلالة من الآية:

أن كل ما اغتنمه المجاهدون فى سبيل الله يكون مشتركاً بينهم، فالله سبحانه وتعالى بين لهم حكمه ووجههم إلى القيام بتقسيمه إلى خمسة أقسام ليأخذ كل نصيبه.

فالشاهد من الآية تقسيم الغنيمة إلى خمسة أقسام وإنهاء الشركة فى المال المغنوم.

وفى ذلك يقول الزيلعي: "وإنما يعلم الخمس من أربعة الأخماس بالقسمة"(٢).

٣ ـ قوله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر﴾(٣)

ووجه الدلالة على مشروعية القسمة من هذه الآية ظاهر، وهو أن الماء مقسوم بين ثمود وبين ناقة صالح عليه السلام .

٤ ـ قوله تعالى: ﴿قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾(٤).

قال الله تعالى: ﴿هذه ناقة لها شرب﴾ أي نصيب من الماء ﴿ولكم شرب يوم معلوم﴾ يعني ترد ماء كم يوماً وتردونه أنتم، واقتنعوا بشربكم ولا تزاحموها على شربها(٥).

وقال القرطبي: إذا كان يوم شربها شربت ماءهم كله أول النهار وتسقيهم اللبن آخر النهار، وإذا كان يوم شربهم كان لأنفسهم ومواشيهم وأرضهم، ليس لهم يوم ورودها أن يقربوا من قربها شيئاً ولا لها أن تشرب فى يومهم من ماتهم شيئا(٦).

---

(١) روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن ـ للدكتور محمد علي الصابوني ٦٠/١ ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م مكتبة الغزالي؛ وقال الصابوني أن ذكر الله فى القسمة فى قوله تعالى ﴿فأن لله خمسه﴾ لتعليمنا التبرك بذكر اسم الله المعظم واستفتاح الأمور باسمه تعالى، ولا يقصد منه أن الخمس يقسم على ستة منها (الله) فإن لله الدنيا والآخرة، والله هو الغنى الحميد، أو يراد منه إنفاقه فى سبيل الله فيكون الكلام على حذف مضاف. نفس المرجع ٦٠٢/١.

(٢) تبيين الحقائق ٢٦٤/٥.

(٣) سورة القمر، الآية: ٢٨.

(٤) سورة الشعراء، الآية: ١٥٥.

(٥) انظر تفسير ابن كثير ٣٥٦/٣؛ ومحاسن التأويل ٣٧/١٣ ـ الطبعة الثانية.

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٣١/١٣ ـ المكتبة العربية.

وجه الدلالة من الآية:

إن هذه الآية تدل على مشروعية القسمة فيما كان مشتركاً بين اثنين فأكثر، حيث إن الله تعالى جعل الماء مشتركاً بين قوم صالح والناقة .

فالقسمة هنا ظاهرة حيث خصص يوم للقوم ويوم للناقة.

وأما السنة: فقد ثبتت مشروعية القسمة بالسنة النبوية. وذلك من أربعة أوجه:

الأول: قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما رواه مالك عن ثور بن زيد الديلي أنه قال: بلغني أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: "**أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام**"(١).

فقه الحديث:

قوله: "**أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية**" يحتمل أن يريد به، نفذت قسمتها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من علماء المالكية. ويحتمل أن يريد بها، استحقت سهامها في الجاهلية بأن مات ميت فورثه ورثته قبل أن يسلموا فصار إستحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها فكأنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ يريد ترك الرد مما سلف من عقودهم في جاهليتهم وإمضائها على ما وقعت عليه، ولذلك لا يرد شيء من بيوعهم وأنكحتهم وإن كانت فاسدة بل يصحح الإسلام الملك الواقع بها. وقوله: "**وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام**" يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين، والظاهر منه ـ والله أعلم ـ أن ماكان من مال أهل الجاهلية مشتركاً فدخل عليهم الاسلام ولم تقسم فهي على حكم الإسلام دون ماكانوا يفتقرونه ويقتسمونه عليه في جاهليتهم سئل أن يرثوا داراً في الجاهلية فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الاسلام، فإنهم يقتسمونها على مواريث الإسلام(٢).

---

(١) المنتقي شرح موطأ الإمام مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي (ت ٤٩٤هـ) ٤٨/٦ ـ نشر دار الكتاب العربي ـ بيروت ومطبعة السعادة ـ مصر ـ الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ؛ سنن ابن ماجة كتاب الرهون (١٦) باب (٢١) قسمة المال ـ حديث رقم (٢٤٨٥) روى عن ابن عباس بغير هذا اللفظ؛ سنن أبي داود ٣٣٠/٣ ـ كتاب الفرائض (١٣) ـ باب (١١) ـ حديث رقم (٢٩١٤) روى عن ابن عباس بغير اللفظ المذكور .

(٢) المنتقي للباجي ٤٨/٦.

الثاني: ما روى عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنهما ـ قال إنما جعل النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ الشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرّفت الطرق فلا شفعة(١).

ووجه الدلالة على المدعى ظاهر من قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ "**مالم يقسم**".

الثالث: ما روى عن عائشة أم المؤمنين ـ رضي الله عنها ـ قالت: كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقسم فيعدل فيقول: اللهم هذه قسمتي ـ وفى سنن أبى داود "هذا قسمي" ـ فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك قال أبو داود: [يعني القلب](٢).

فقد كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يعتمد القَسْمَ بين الزوجات والتسوية فى حقوق النكاح فيما يَقْدِرُ عليه، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكلف أحداً صرف قلبه عن ذلك، لما فيه من المشقة(٣).

الرابع: ما روى أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ باشر القسمة فى المغانم والمواريث وكان يقسم الغنائم بين أصحابها.

---

(١) صحيح البخاري ١١٢/٣ ـ كتاب الشركة ـ باب (٨)؛ وفى رواية أخرى قضى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ .. باب (٩) ـ وفى كتاب الحيل باب الهبة (١٤)؛ والموطأ للإمام مالك بن أنس ٧١٣/٢ كتاب الشفعة (٣٥) باب ما تقع فيه الشفعة (١) حديث رقم (١)؛ وسنن الدارمي للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي (ت ٢٥٥هـ) كتاب البيوع ـ باب الشفعة (٨٣) ص: ٦٦٩، ولفظه يختلف؛ سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ) ٧٨٤/٣ ـ كتاب البيوع (١٧) ـ باب (٧٥) فى الشفعة ـ حديث رقم (٣٥١٤)؛ سنن الترمذي لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سوْره (ت ٢٧٩هـ) ٦٥٢/٣ كتاب الأحكام (١٢)، باب ـ (٣٣)، حديث رقم (١٣٧٠) وسنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ) ٨٣٤/٢ ـ كتاب الشفعة (١٧)، باب (٣)، حديث رقم (٢٤٩٧)؛ مسند ابن حنبل لإمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني ـ رحمه الله ـ، ٢٩٦/٣، ٣٩٩.

(٢) سنن أبي داود ـ ٦٠١/٢ ـ كتاب النكاح (٦) ـ باب القسم بين النساء (٣٩) ـ حديث رقم (٢١٣٤)؛ سنن الترمذي ٤٤٦/٣ كتاب النكاح (٩) ـ باب (٤٢) حديث رقم (١١٤٠)؛ وكذلك أخرجه النسائي فى عشرة النساء باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ٦٤/٧؛ وابن ماجه فى النكاح باب القسمة بين النساء حديث رقم (١٩٧١).

(٣) أحكام القرآن لإبن العربى ٣١٣/١ ـ دار المعرفة بيروت.

فقد جاء فى صحيح البخاري: عن نافع عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: قسم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بوم خيبر للفرس سهمين وللرّاجل سهماً(١).

ـ ماروى عن سعيد بن المسيب، أن أخوين من الأنصار كان بينهما ميراث، فسأل أحدهما صاحبه القسمة، فقال: إن عدت تسألني [عن القسمة] فكل مال لي فى رتاج الكعبة(٢).

فهذه النصوص المذكورة من القرآن والسنة عموم لكل قسمة وليس لأحد أن يخصها فى ميراث أو بين النساء برأيه، وأمر رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بأن يعطى كل ذى حق حقه برهان قاطع فى وجوب القسمة إذا طلب ذو الحق حقه(٣).

---

(١) صحيح البخاري ٧٩/٥ ـ كتاب المغازي ـ باب (٣٨)؛ "وفى رواية مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قسم فى النفل للفرس سهمين وللرجل سهماً". ـ صحيح مسلم بشرح النووي ٨٢/١٢ ـ ٨٣ ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م ـ دار الفكر ـ بيروت. والمراد بالنفل هنا الغنيمة، وأطلق عليها اسم النفل لكونها تسمى نفلا لغة فإن النفل فى اللغة الزيادة والعطية، وهذه عطية من الله تعالى فإنها أحلت لهذه الأمة دون غيرها. انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٨٣/١٢ ـ والمنجد ـ حرف النون ـ مادة نفل وفى رواية أبي داود: قسمت خيبر على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ على ثمانية عشر سهماً وكان الجيش ألفا وخمسمائة، فيهم ثلاثون فارساً. فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهماً روى عن مجمع بن جارية الأنصاري. سنن أبى داود ٤١٣/٣ ـ كتاب الخراج والأمارة والفيء (١٤)، باب (٢٤) ـ حديث رقم (٣٠١٥). وجاء فى رواية البخاري ـ كتاب المغازي ـ باب (٣٨) ـ ٧٩/٥؛ قسم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يوم خيبر للفرس سهمين وللرجال سهماً.

(٢) سنن أبى داود ـ ٥٨١/٣ ـ كتاب الأيمان (١٦) ـ باب اليمين فى قطيعة الرحم (١٥) ـ حديث رقم (٣٢٧٢).

ومعنى رتاج الكعبة: أي أن يكون ماله هدياً إلى الكعبة أو فى كسوة الكعبة والنفقة عليها أو نحو ذلك من أمرها: المرجع السابق.

(٣) المحلى لابن حزم ١٢٨/٨.

وأما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على مشروعيتها(١).

فإن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى يومنا هذا من غير نكير فكانت مشروعيتها متوارثة(٢).

وأما المعقول:

فهو أن بالشركاء حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف فى ماله استقلالا وعلى حسب إختياره ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي وإختلافها. ولأن فيها إنصاف الشركاء وإظهار العدل بإيصال الحق إلى مستحقه وفيها كذلك التخلص من ضرر الشركة(٣).

---

(١) رد المحتار ٦/٢٥٣؛ تكملة البحر ٨/١٤٧؛ الشرح الكبير ٦/٢١٧، المغنى لابن قدامة ٩/١١٤. وقال أجمعت الأمة على جواز القسمة؛ الإقناع ٢/٢٧١؛ رحمة الأمة فى إختلاف الأئمة لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي ص: ٣٢٩، الطبعة الأولى ـ ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت؛ البحر الزخار ٥/١٠٣.

(٢) المبسوط ١٥/٢؛ بدائع الصنائع ٧/١٧.

(٣) انظر تبيين الحقائق ٥/٢١٤؛ شرح المجلة للأتاسى ٤/٥١؛ البدائع ٧/١٧؛ المهذب ٢/٢٠٦؛ الإقناع ٢/٢٧١؛ المعتمد فى فقه الإمام أحمد ٢/٥٢٧؛ كشاف القناع ٦/٣٧٠؛ المغني لا بن قدامة ٩/١١٤؛ مواهب الجليل للشنقيطي ٤/٩٨.

المبحث الثالث

في

حكمة مشروعية القسمة

قد يحتاج أحد الشريكين إلى الانتفاع بحصته في المال المشترك في الوقت الذي غاب عنه شريكه الآخر ـ ليسد بها حاجته التي دعت إلى الانتفاع بها ـ والحال أنه لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه مع غيبة الآخر؛ أو لأنه لا يمكنه الانتفاع به إلا بالتهايؤ فيبطل عليه الانتفاع في بعض الأزمان، فشرعت القسمة ليصل كل واحد من الشركاء إلى المنفعة بملكه، فكانت القسمة متممة للمنفعة.

فشرع الله تعالى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التخلص من ضرر الشركة، والضرر في الشريعة الإسلامية مرفوع. ولذلك يقول الشنقيطي في كتابه مواهب الجليل: قد يكون في الشركة ضرر وهذا الضرر يزال، ومعلوم أن قولهم (الضرر يزال) هو إحدى أمهات قواعد الفقه الخمسة التي لا تكاد تجد فرعا غير داخل تحت إحداها. وهي التي ذكرها شيخ مشايخنا سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم في مراقي السعود بقوله: قد أسس الفقه على رفع الضرر(١).

---

(١) مواهب الجليل للشنقيطي ٤/٩٨.

الفصل الثاني

في

سبب القسمة وركنها وأغراضها،

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في سبب القسمة.

المبحث الثاني: في ركن القسمة.

المبحث الثالث: في أغراض القسمة.

المبحث الأول

في

سبب القسمة

السبب في اللغة(١):

هو كل ما يمكن التوصل به إلى مقصود ما، أو هو الحبل الذى يتوصل به إلى الماء، ثم استعير لكل ما يُتَوصَّل به إلى شيء، كقوله تعالى: ﴿**وتقطعت بهم الأسباب**﴾(٢)، أي الوصول والمودّات. وسُمى الحبل سببا لأنه طريق يتوصل به إلى الماء. وقال الله تعالى: ﴿**فليمدد بسبب إلى السماء**﴾(٣). يعني بحبل من سقف البيت. وسُمي الطريق سببا لأنه يتوصل به إلى الموضع المقصود. وقال سبحانه وتعالى: ﴿**وآتيناه من كل شيء سببا، فاتبع سببا**﴾(٤)، أي طريقاً لإمكان التوصل به إلى المقصود. وقيل سمي الباب سببا كما ورد فى قوله تعالى: ﴿**لعلى أبلغ الأسباب، أسباب السموات**﴾(٥)، أي أبوابها. وجمع السبب: أسباب.

فكل هذا يرجع إلى معنى واحد وهو طريق الوصول إلى الشيء(٦).

---

(١) مختار الصحاح ص: ٢٨١ ـ باب السين ـ مادة: سبب؛ ولسان العرب لابن منظور ١٣٩/٦ ـ باب السين ـ مادة: سبب؛ وترتيب القاموس المحيط ٥٠٥/٢؛ والمصباح المنير ٣٥٦/١.

(٢) سورة البقرة: ١٦٦.

(٣) سورة الحج. الآية: ١٥.

(٤) سورة الكهف. الآيتان: ٨٤و٨٥.

(٥) سورة غافر الآيتان: ٣٦، ٣٧.

(٦) أصول السرخسي للإمام الفقيه الأصولي أبي بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ) تصحيح وتعليق أبى الوفاء الأفغاني ٣٠١/٢ ـ نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ حيدر آباد ـ الدكن بالهند؛ وميزان الأصول فى نتائج العقول للشيخ الإمام علاء الدين شمس النظر أبى بكر محمد بن أحمد السمرقندي (ت ٥٣٩هـ) تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد البر ـــ الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م ـ ص: ٦٠٩ ـ ٦١٠ إدارة إحياء التراث الاسلامى ـ الدوحة ـ قطر.

وفى الاصطلاح:

"هو كل وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السمعي على كونه مُعرِّفاً لحكم شرعي"(١).

شرح التعريف: "فالوصف": يراد به المعنى وهو ما قابل الذات. "والظاهر": المعلوم غير الخفي. و"المنضبط": هو المحدد الذى لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال. وقوله "لحكم" أي وضعي أو تكليفي. فإباحة الانتفاع حكم تكليفي، وانتقال الاملاك حكم وضعي(٢).

وعرفه البعض بالخاصة: وهو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم(٣).

وبمقتضى هذا التعريف تثبت حقيقتان:

إحداهما: أن السبب لا ينعقد سببا إلا بجعل الشارع له سبباً، وذلك لأن الأحكام التكليفية هي تكليف من الله تعالى، والمكلف هو الله تعالى، وإذا كان المكلف هو الشارع، فهو الذى يجعل الأسباب التى ترتبط بها الأحكام أسباباً.

والحقيقة الثانية هي أن هذه الأسباب ليست مؤثرة فى وجود الأحكام التكليفية بل هي أمارة لظهورها ووجودها، ويقول الشاطبي فى ذلك: إن السبب غير فاعل بنفسه، إنما وقع المسبب عنده لا به(٤).

وينقسم السبب إلى قسمين:

الأول: ما يكون خارجا عن مقدور المكلف بمعنى أنه ليس من فعل المكلف.

والثاني: ما يصح دخوله تحت مقدوره بمعنى أنه من فعله.

وأما الأول: فالأسباب التى تكون خارجة عن مقدور المكلف وليست من فعله هي التى جعلها الشارع أمارة على وجود الحكم مثل كون الاضطرار سبباً فى إباحة الميتة، وخوف

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للشيخ الإمام سيف الدين أبى الحسن علي بن أبى علي بن محمد الآمدي ١١٨/١ .

(٢) الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحاق الشاطبي ١٩٦/١ ــ دار المعرفة، بيروت ــ لبنان؛ وأصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ٩٤/١ ـ الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ـ دار الفكر، دمشق، ـ سورية.

(٣) أصول الفقه الإسلامى د. وهبة الزحيلى ٩٤/١ .

(٤) الموافقات للشاطبي ١٩٦/١.

العنت سببا فى إباحة نكاح الإماء والسلس سببا فى إسقاط وجوب الوضوء لكل صلاة مع وجود الخارج، وزوال الشمس أو غروبها أو طلوع الفجر سبباً فى إيجاب تلك الصلوات.

فكل هذه الأسباب ليست من العبد، وبعضها إختبارات اختبره الله تعالى بها، ومن ذلك كون الموت سبباً للميراث.

والأسباب التى تكون تحت مقدور المكلف أو هي من فعله هي أفعال المكلفين التى يرتب الشارع عليها أحكامه، مثل كون النكاح سبباً فى حصول التوارث بين الزوجين وتحريم المصاهرة وجعل الزكاة سببا لحلية الانتفاع بالأكل، والسفر سبباً فى إباحة القصر، والفطر والقتل والجراح سببا للقصاص، والزنا وشرب الخمر والسرقة والقذف أسباباً لحصول عقوباتها(١).

وسبب القسمة من الأسباب التى فى مقدور المكلف، إذ سببها طلب الشركاء ـ كلهم أو بعضهم ـ الانتفاع بملكه على وجه الخلوص، لأن كل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره، فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه، فيجب على الحاكم أن يجيبه، فلو لم يوجد الطلب لا تجرى القسمة(٢).

---

(١) انظر الموافقات للشاطبي ١/١٨٧ ـ ١٨٨.

(٢) انظر الدر المختار ٦/٢٥٣، تبيين الحقائق ٥/٢٦٤، مجمع الأنهر ٢/٤٨٧ الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ٢/٤٢٠ مطبعة أحمد كامل الكائنة فى دار الخلافة العلية ١٣٣٠هـ .

المبحث الثاني

في

ركن القسمة

١ ـ تعريف الركن في اللغة(١):

الرُّكْنُ ـ بالضم ـ الجانب الأقوى، أو الناحية القوية وما تقوى به من مَلِك وجند وغيره. وركن الشيء: جانبه الأقوى. وركن الإنسان: قوته وشدته.

والجمع أركان وأركن.

٢ ـ وفي الإصطلاح:

"ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء"(٢).

شرح التعريف:

إن ركن الشيء جزء من ماهية الشيء ولذلك يتوقف حقيقته عليه ويلزم من عدمه عدم الشيء ولا يلزم من وجوده وجود الشيء. فالسجود ـ مثلاً ـ ركن في الصلاة، لأنه إذا عدم عدمت الصلاة، وقد يوجد السجود ولا توجد الصلاة، لاحتمال فقد ركن أو شرط آخر. والسجود داخل في ماهية الصلاة، بمعنى أنه جزء منها وكذلك الايجاب ركن في العقد، لأنه يلزم من عدمه عدم وجود العقد، ولا يلزم من وجود الايجاب وجوده، لأن العقد ليس هو الإيجاب وحده والإيجاب جزء من حقيقة العقد، فهو داخل في الماهية(٣).

---

(١) ترتيب القاموس المحيط ٣٨٤/٢ باب الراء ـ مادة ركن؛ مختار الصحاح ص: ٢٥٥ ـ باب الراء مادة ركن؛ لسان العرب ٣٠٥/٥ ـ باب الراء ـ مادة ركن؛ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ٢١٢٦/٥ ـ باب النون ـ فصل الراء ـ مادة ركن.

(٢) أصول السرخسي ١٢/٢؛ أصول البزدوي، للإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي، الحنفي (ت ٤٨٢هـ) نشر نور محمد كارخانه تجارة كتب ـ كراتشي.

(٣) انظر أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان ص: ٨٨، دار النهضة العربية، القاهرة (١٩٧٠م).

أما ركن القسمة فهو الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء، كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات(١).

---

(١) الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية ٣٤٧/٨ ــ مطبوع مع تكملة فتح القدير ـ دار إحياء التراث العربى ـ بيروت ـ لبنان؛ تبيين الحقائق ٢٦٤/٥؛ الدر المختار ٢٥٣/٦؛ نتائج الأفكار لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي ٣٤٨/٨ ــ دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان.

المبحث الثالث

في

أغراض القسمة وصفتها.

أولاً: من أغراض القسمة أن أيا من الشركاء يريد أن ينتفع بنصيبه أو ماله دون تدخل من شريكه، لأن أحد الشركاء قد ينتفع بالمال المشترك أكثر من صاحبه وبهذا يضر شريكه. وفي ذلك يقول الزيلعي وشيخ زاده: "إن الغرض المطلوب منها ـ أي من القسمة ـ توفير المنفعة. فإذا أدت ـ القسمة ـ إلى فواتها ـ المنفعة ـ لم يجبر الحاكم عليها أي على القسمة"(١).

وكذلك أن أحد الشريكين قد يحصل له من صاحبه سوء الخلق وضيق العطن وقوة الرأس. وليس له مخرج من هذه الأمور إلا الركون إلى الإقتسام(٢).

والعطن هو(٣): مناخ الإبل ومبركها حول الماء والجمع أعطان ومعاطن.

وأما قوة الرأس فما يلاحظ على بعض الشركاء من الاستئثار برأيهم ضاربين برأي غيرهم من الشركاء عرض الحائط.

فلا يتأتى التخلص من هذا الضيق وهذه المخالفات إلا بالقسمة.

ثانيا: صفة القسمة:

وأما صفة القسمة فهي واجبة على الحاكم عند طلب بعض الشركاء(٤). إذا طلب أحد الشركاء القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه فيجب على القاضي إجابته.

---

(١) تبيين الحقائق ٥/٢٦٤؛ ومجمع الأنهر ٢/٤٨٧.

(٢) تكملة البحر الرائق ٨/١٤٧.

(٣) المغرب للمطرزي ٢/٦٨ باب العين مادة (عطن).

(٤) تكملة البحر ٨/١٤٧.

الفصل الثالث

فى

شرائط القسمة ودخول الخيار فيها، وهل هي إفراز أو مبادلة؟ وبيان حكم القسمة.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: **فى شرائط القسمة.**

المبحث الثاني: **فى الكلام عن الخيار فى القسمة.**

المبحث الثالث: **القسمة، هل هى إفراز أو مبادلة؟**

المبحث الرابع: **حكم القسمة.**

المبحث الأول

فى

شرائط القسمة

قبل أن أتكلم عن شرائط القسمة يجدر بي أن أوضح معنى الشرط لغة واصطلاحاً وأقسامه.

الشرط لغة(١): الشرط: إلزام الشيء والتزامه فى البيع ونحوه كالشريطة. شرط، يشرط، وَيَشْرُطُ، شرطًا، وقد شرط له وعليه كذا، واشترط عليه, والشريطة كالشرط، وجمعه شروط وشرائط، وفى حديث بريرة: "شرط الله أحق"(٢).

وفى المثل: "الشرط أملك عليك أم لك".

والشرط بالتحريك، معناه العلامة أو ما يتوقف عليه المشروط. والجمع أشراط، ومنه أشراط الساعة أى علاماتها.

ومنه قوله تعالى: ﴿فقد جاء أشراطها﴾(٣).

ومنه نسمى الصكوك(٤)، "شروطا" لأنها وضعت أعلاما على العقود التى تجرى بين العاقدين، ومنه يسمى الشرطى لكونه معلما بعلامة يتميز بها عن غيره.

---

(١) شرح القاموس المسمى بتاج العروس للزبيدى ١٦٩/٥، فصل الشين من باب الطاء مادة (شرط)؛ جمهرة اللغة لابن دريد ٣٤١/٢ ـ باب الراء والشين؛ لسان العرب لابن منظور ٨٢/٧ ـ باب الشين مادة (شرط)؛ مختار الصحاح ص: ٣٣٤ ـ باب الشين مادة (شرط)؛ ترتيب القاموس المحيط للزاوى ٦٩٧/٢ ـ باب الشين مادة (شرط)؛ المصباح المنير للفيومى ٤٢١/١ ـ كتاب الشين ـ الشين مع الراء مادة (شرط).

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ فى ١٧٧/٣ ـ كتاب الشروط باب(١٣)؛ وأخرجه النسائى فى سننه عن عائشة ـ رضى الله عنها فى ١٦٤/٦ ـ ١٦٥ ـ كتاب الطلاق باب (٣١).

(٣) سورة محمد الآية: ١٨.

(٤) فى المعجم الوسيط ٥١٩/١ الصك وثيقة بمال أو نحوه.

الشرط اصطلاحاً:

عرف السمر قندى الشرط فى كتابه "ميزان الأصول" بأنه : "ما يوجد الحكم عند وجوده، وينعدم عند عدمه"(١). وقال الشيخ عبد العزيز فى كتابة "كشف الأسرار" عن أصول فخر الاسلام البزدوى: الشرط فى الشرع اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب، أى يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده لا بوجوده، كالدخول فى قول الرجل لا مرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن الطلاق يتوقف على وجود الدخول ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافاً إلى الدخول، موجوداً عنده، لا واجبا به، بل الوقوع بقوله: أنت طالق عند الدخول، فمن حيث إنه لا أثر للدخول فى الطلاق من حيث الثبوت، ولا من حيث الوصول إليه، لم يكن الدخول سبباً ولا علة بل كان علامة ... فسميناه شرطا(٢).

وقال الغزالى: الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده، وبه يفارق العلة إذ العلة يلزم من وجودها وجود المعلول والشرط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده(٣).

وعرفه صاحب حاشية البنانى بأنه: "مايستلزم نفيه نفى شيء على غير جهة السببية(٤).

والفرق بين الشرط والسبب: أن الشرط إذا وجد لا يستلزم وجوده وجود الحكم، فلا يلزم من وجود الوضوء الذى هو شرط الصلاة وجوبها، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، ووجودهما شرط لصحته، ولكن لا تصح الصلاة من غير وجود الوضوء، ولا يصح النكاح من غير شاهدين.

---

(١) ميزان الأصول ص:٦١٦ .

(٢) كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخارى (ت ٧٣٠هـ)، ١٧٣/٤ ـ نشر الصدف ببلشرز ـ كراتشي ـ باكستان.

(٣) المستصفى للغزالى ١٨٠/٢ ـ ١٨١.

(٤) حاشية البنانى على جمع الجوامع ٢١٠/١ للعلامة البنانى على شرح المحلى، مطبعة محمد عبد العزيز السورتى، بمباى ـ الهند .

وأما السبب فإنه يلزم من وجوده وجود الحكم، فإذا كان وقت الصلاة فقد وجبت الصلاة، وإذا كان رمضان فقد وجب الصيام، وإذا كان الإسكار فقد وجب التحريم، وإذا كانت السرقة فقد وجب الحد، وهكذا.

أقسام الشرط

ينقسم الشرط باعتبار مصدره إلى ثلاثة أقسام(١).

عقلى، وشرعى، ولغوى.

١ ـ العقلي:

كالحياه للعلم، فإن العقل هو الذى يحكم بأن العلم لا يوجد إلا بوجود الحياة.

٢ ـ الشرعي:

هو ماكان مصدر إشتراطه الشارع أى أن الشارع هو الذى اشترطه لتحقق الشيء، كالطهارة فى الصلاة، فإنها شرطت لصحة الصلاة، والحول فى الزكاة، فإنه شرط فى وجوب الزكاة؛ والا حصان فى الزنا فإنه شرط فى الرجم؛ وبلوغ الصغير سن الرشد، فإنه شرط لتسليم المال إليه.

٣ ـ اللغوي:

كقوله إن جئتنى أكرمتك، فإن مقتضاه فى اللسان باتفاق أهل اللغة اختصاص الإكرام بالمجيء.

وكقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق ـ فإن أهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه "إن" هو فعل الشرط والآخر المتعلق به هو الجزاء.

---

(١) انظر المستصفى للامام أبى حامد الغزالى (ت٥٠٥هـ) الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان ١٨١/٢ ـ ١٨٢، الموافقات للشاطبى ٢٦٦/١ ـ ٢٦٧، حاشية البنانى على جمع الجوامع للعلامة البنانى على شرح المحلى ٢١٠/١ مطبعة محمد عبد العزيز السورتى، بمباى ـ الهند؛ فواتح الرحموت ٣٤١/١ للعلامة عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى بشرح مسلم الثبوت فى أصول الفقه للشيخ محب الله بن عبد الشكور ـ الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م) دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان.

وأما عن شروط القسمة:

فقد ذكر الفقهاء ثمانية شروط للقسمة:

الشرط الأول: لزومها:

وهو ألا تفوت المنفعة بالقسمة ولا تتبدل، فإذا كانت تفوت بها منفعة لا يقسم القاضي جبراً عند الحنفية كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك، لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة، فإذا أدت إلى فواتها لم يجبر الحاكم عليها(١).

واتفق الفقهاء على أن القسمة من العقود اللازمة، ويأتي اللزوم فيها بعد تمامها في قسمة الاجبار والتراضي، ولا يحتمل الرجوع عنها إذا تمت، ولا يجوز ـ كذلك ـ نقضها إلا بالطوارئ كالغبن ووجود العيب والاستحقاق على ماسيأتي بيانه في المبحث الرابع من هذا الفصل.

وأما قبل التمام فاللزوم إنما يكون في قسمة القضاء فلا يصح الرجوع فيها بعكس الحال في قسمة التراضي فيصح الرجوع فيها(٢).

الشرط الثاني: الطلب في قسمة الاجبار أو التقاضي.

ذكرنا سابقاً أن سبب القسمة طلب الشركاء، أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخلوص. فلو لم يطلبوا لا تصح القسمة(٣)، إذ لا تجوز القسمة من غير طلب أصلا.

لأن القسمة من القاضي تصرف في ملك الآخرين، وهو من غير إذن صاحبه أمر محظور في الأصل إلا أنه عند طلب أحد الشركاء يرتفع هذا الحظر، إذ ربما كان استمراره في هذه الشركة محققا لضرر به، والضرر مدفوع شرعاً.

---

(١) تبيين الحقائق ٢٦٤/٥؛ شرح المجلة للأتاسي ٥١/٤؛ تكملة البحر ١٤٧/٨؛ رد المحتار ٢٥٤/٦؛ مجمع الأنهر ٤٨٧/٢.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٢٨/٧؛ بداية المجتهد ٤٠٤/٢؛ المهذب ٣٠٩/٢؛ المغني ١٢٧/٩؛ وشرح المجلة للأتاسي ١٠٢/٤ مادة (١١٥٧)؛ وجاء في تحرير الوسيلة ٥٥٠/١ للخميني أن القسمة في الأعيان بعد التمامية والإقراع لازمة، وليس لأحد من الشركاء إبطالها وفسخها، بل الظاهر أنه ليس لهم فسخها وابطالها بالتراضي، لأن الظاهر عدم مشروعية الإقالة فيها وأما بغير القرعة لزومها محل الاشكال. وانظر أيضاً البحر الزخار ١٠٣/٥.

(٣) الدرر الحكام ٤٢٠/٢؛ الدر المختار ٢٥٣/٦؛ تبيين الحقائق ٢٦٦/٥؛ تكملة البحر ١٤٩/٨؛ البحر الزخار ١٠٤/٥.

الشرط الثالث:

أن تكون القسمة عادلة، غير جائرة.

ومعنى هذا أن تقع القسمة تعديلا للأنصباء بقدر الإستحقاق من غير زيادة ولا نقص، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء، ومبادلة البعض بالبعض، ومبنى المبادلات على المراضاة. فإذا وقعت القسمة جائرة غير عادلة لم يوجد التراضى ولا إفراز النصيب على وجه كامل لبناء الشركة فى جزء ما، لذلك تعاد القسمة، وبناء على ذلك لوظهر فى القسمة غلط أو غبن فاحش بطلت القسمة(١).

الشرط الرابع: ألا يترتب على القسمة ضرر.

القسمة كما تقدم قد تكون قسمة تراض أو قسمة إجبار، وكل منهما إما يكون قسمة جمع أو قسمة تفريق، ولا بد من هذا الشرط فى قسمة التفريق، لأنه إذا كان فى القسمة ضرر لم تتحقق المنفعة المطلوبة من المال(٢).

الشرط الخامس: حضور الشركاء أو نوابهم.

إشترط الزيدية لصحةالقسمة حضور المالكين ممن يجوز لهم التصرف بأنفسهم أو بنوا بهم(٣).

وأما فقهاء المذاهب الأخرى فلم يذكروا هذا الشرط صراحة، وإن كان يمكن استنباطه من جملة عباراتهم. فقد قالوا: فى تقسيم العقار المدعى بالإرث بثبوت الملكية بالبينة.

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٢٦/٧؛ شرح المجلة للأتاسى ٦٦/٤ ولرستم باز اللبنانى ص:٦٢٤.

(٢) انظر تكملة البحر ١٥١/٨؛ البدائع ١٩/٧ ــ ٢١؛ رد المحتار ٢٦٠/٦؛ كشف الحقائق ٢١٠/٢؛ والدرر الحكام ٤٢٣/٢؛ تبيين الحقائق ٢٦٨/٥؛ النتف فى الفتاوى للشيخ الاسلام أبى الحسن على بن الحسين بن محمد السغدى (ت ٤٦١هـ) ٦١٥/٢، مطبعةالارشاد، بغداد ١٩٧٦؛ وقال المالكية بعدم القسمة إذا كان فى القسمة ضرر، الكافى ص: ٤٤٩.

وانظر أيضاً: روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووى ٢٠٣/١١؛ الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م) المكتب الإسلامي بيروت؛ نهاية المحتاج ٢٧٠/٨؛ رحمة الامة ص:٣٣٠؛ التنقيح المشبع ص:٣٠٨؛ العدة للمقدسي ص: ٦٣٨؛ الشرح الكبير ٢١٨/٦ ــ ٢٢٣؛ المغنى ١١٨/٩؛ المحلى ١٣١/٨؛ البحر الزخار ١٠٤/٥؛ شرائع الإسلام ١٣٢/٢.

(٣) البحر الزخار ١٠٣/٥.

وكذلك قالوا بوجود أو حضور وكيل الغائب أو المجنون أو وصى الصغير أو وليه أو حضور الوارث فى التركة عند القسمة(١).

الشرط السادس: رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم.

إشترط الحنفية رضا الشركاء أو نوابهم فى قسمة التراضى فلو لم يوجد رضا الشركاء أو نوابهم فى القسمة، فإنها لاتصح*، حتى لوكان فى الورثة صغير لا وصي له، أو كبير غائب، فاقتسموا، فالقسمة فى هذه الحال باطلة.

لأن القسمة فيها معنى البيع، وقسمة الرضا ـ عند الحنفية ـ أشبه بالبيع. وكما لا يصح البيع إلا بالتراضى، فكذلك لاتصح القسمة إلا به(٢).

وكذلك اشترط الشافعية فى قسمة التراضى من قسمة الرد وغيرها ـــ أى ممالا إجبار فيه كقسمة عبيد أو ثياب مختلفى النوع كتركى وهندى ـــ رضا الشركاء، إلا أنهم نصوا على أن هذا الرضا لايمنع من نقض القسمة إذا تمت بالقرعة متى تحقق فيها حيف أو حدث فيها غلط. أما إذا كانت القسمة بالتعديل أو الرد فلا تنقض لأنها بيع(٣).

---

(١) أنظر: تكلمة البحر ١٤٩/٨؛ المبسوط ١١/١٥ـ ١٢؛ والبدائع ٣٠/٧؛ والكافى ص: ٤٤٩؛ روضة الطالبين للنوى ٢٠١/١١؛ وقال الشيرازى فى المهذب ٣٠٦/٢؛ " ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم ويجوز أن يرفعوا إلى الحاكم لينصب من يقسم بينهم..." وهذا النص يدل على شرط حضور المالكين أو نوابهم.

انظر أيضا المغنى ١٢٧/٩ ـ ١٣٣؛ والشرح الكبير ٢٢٢/٦؛ وقال ابن حزم فى المحلى ١٢٨/٨: "... ويوكل للصغير والمجنون". وهو يدل على حضور المقتسمين عند التقسيم.

* المراد بعدم الصحة: عدم النفاذ، لأنها تصح موقوفة على إجازة الصغير بعد بلوغه أو إجازة وليه أو وصيه أو القاضى عند عدمهما. شرح المجلة للأتاسى ٧٠/٤.

وقال الخرشى فى كتابه ١٨٥/٦: "... ومراضاة كالبيع هذا ثانى أقسام القسمة فلا تكون إلا برضا الجميع". وانظر أيضاً: حاشية الدسوقى ٤٩٩/٣.

(٢) انظر: الدر المختار ٢٥٧/٦، والبدائع ٢٢/٧، وشرح المجلة للأتاسى ٦٩/٤ ـ ٧٠ (مادة) ١١٢٨).

(٣) انظر: بجيرمى على الخطيب ٢٤٤/٤؛ نهاية الحتاج ٢٧٤/٨ ـ ٢٧٥؛ وجاء فى حاشية البجيرمى على المنهج ٣٧٢/٤؛ " وشرط لقسمة ما قسم بتراض، من قسمة رد وغيرها ولو بقاسم يقسم بينهما بقرعة رضا بها بعد خروج قرعة، أما فى قسمة الرد والتعديل فلا، إذ كل منهما بيع، والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى الرضا بعد خروجها كالحال قبل القسمة. وقال ابن المرتضى فى البحر الزخار ١٠٣/٥ "...إذ هى معاوضة فى التحقيق فاعتبر التراضى ونصب الحاكم عن الغائب واليتيم والمتمرد".

على ما سيأتى بيانه تفصيلا فى موضعه من هذا البحث.

الشرط السابع: أهلية المتقاسمين(١).

إشترط الحنفية فى القسمة كون المتقاسمين أهلاً للقسمة بأن يكون كل من الشركاء الذين يريدون القسمة عاقلاً ومن ثم فلا تجوز قسمة المجنون والصبى الذى لا يعقل (غير المميز). لأن العقل من شروط أهلية التصرفات الشرعية، وكذلك فالقسمة عقد يتردد بين النفع والضرر، وفيها معنى البيع، فيشترط فيها مايشترط فى البيع. ولا يشترط بلوغ المتقاسمين عند الحنفية، لذلك يجوز قسمة الصبى العاقل (المميز) بإذن وليه. لأن للإجازة اللاحقة حكم الإذن السابق.

الشرط الثامن: الملك والولاية(٢).

الملك: أن يكون كل من المتقاسمين مالكاً لما يقسمه بالتراضى وقت القسمة، فإن لم يكن المتقاسمان مالكين للمقسوم لا تجوز القسمة، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء من بعض، ومبادلة البعض بالبعض، وكل ذلك لايصح إلا فيما يكون مملوكاً للمتقاسمين.

وبناء على ذلك لا تصح ـ عند الحنفية ـ قسمة الديون المشتركة قبل القبض لأنها لا تملك إلا بالقبض، لأن الدين فى حكم المعدوم ووجوده اعتباري والمقسوم يشترط فيه أن يكون عينا. وكذلك لا تصح قسمة الفضولى وإنما تكون موقوفة على إجازة المالك قولاً كانت أو فعلاً.

وسوف يأتى توضيح ذلك فى المبحث الثالث من الفصل الرابع عند الكلام عن شروط المقسوم.

وأما الولاية فقد تكون ولاية قضاء كأن يطلب الشركاء، كلهم أو بعضهم، القسمة فيقسم القاضى أو من ينيبه القاضى على الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والذمى والحر والعبد والمأذون والمكاتب بناء على طلبهم القسمة.

والولاية قد تكون ولاية قرابة ولا يشترط فيها الطلب، وهذه الولاية تكون للأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه، فلهم حق تقسيم الشيء المملوك للصغير والمعتوه والمجنون من غير طلب أحدهم، والاصل فى هذه الولاية أن كل من له ولاية

---

(١) انظر: البدائع ١٨/٧، ٢٢.

(٢) انظر: البدائع ١٨/٧، شرح المجلة لرستم باز ص: ٦٢١ ـ ٦٢٣. مادة ١١٢٣، ١١٢٥، ١١٢٦.

البيع فله ولاية القسمة، ومن لا ولاية له فى البيع، فليس له ولاية القسمة. ولهؤلاء ولاية البيع، فكانت لهم ولاية القسمة.

وكذلك القاضى له ولاية بيع مال الصغير والكبير فى الجملة، فلذلك يكون له ولاية القسمة فى الجملة، وأما وصى الأم ووصى الأخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لأن له ولاية بيع المنقول دون العقار.

وأما وصى الميت فلا ولاية له على الموصى له، فلذلك لا يقسم عليه، وكذلك لا ولاية للورثة على الموصى له، لأن الموصى له يعتبر كواحد من الورثة، وكذلك لايقسم بعض الورثة على بعض لإنعدام الولاية فيما بينهم(١).

أما عند الإمامين: مالك والشافعى فلا تجوز القسمة على الكبير العاقل إلا بأمره ورضاه، غائباً كان أو حاضراً.

وأما القسمة على الصغير والمعتوه فإنها تجوز للأشخاص الآتين بالترتيب التالى:

أولا : الأب.

ثانياً: وصى الأب.

ثالثا: الجد أبو الأب إذا لم يكن أب .

رابعاً: وصى الجد إذا لم يكن أب ولا وصى أب.

خامساً: القاضى.

سادساً: وصى القاضى إذا لم يكن أحد ممن ذكرنا.

سابعاً: وتجوز قسمة المكاتب على ولده.

فيجوز قسمة كل هؤلاء فى حالة عدم وجود من قبله ـ على الصغير والمعتوه فى كل شىء سالم يكن عليهما فيه غبن فاحش لأن لهم ولاية البيع عليهما بشرط ألا يكون هناك غبن فاحش ويجعل رضاهم فى ذلك كرضاهما.

أما من لاتجوز قسمتهم على الصغير والمعتوه فقد تكلم السادة الشافعية عن هؤلاء الأشخاص بالترتيب التالى:

١ ـ الأم.

٢ ـ وصى الأم.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨/٧؛ وجاء فى المقنع ٦٥٤/٣ ويجوز للأب والوصى قسم مال المولى عليه مع شريكه. التنقيح المشبع للمرداوى ص: ٣١٠.

٣ ـ العم.

٤ ـ وصى العم.

٥ ـ الأخ.

٦ ـ وصى الأخ.

٧ ـ والأجنبى.

٨ ـ قسمة الأب الكافر على ابنه الصغير (الحر) المسلم.

٩ ـ قسمة المملوك على ابنه الصغير الحر.

لأنه لا ولاية عليه، لأن الكفر والرق يخرجه من الأهلية للولاية على المسلم(١).

وقد تكلم الحنفية عن القسمة على اللقيط فقالوا: لا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وإن كان يعوله، لأنه لاولاية له عليه فى التصرف فى ماله بيعا وشراء، فالقسمة مثله(٢). هذه هى الشروط التى اشترطها الفقهاء للقسمة ومنها نعلم أنها كلها تهدف إلى احقاق الحق وابطال الباطل ليصل لكل ذى حقه حقه كاملا غير منقوص.

---

(١) أنظر: النتف فى الفتاوى ٦١٧/٢ ـ ٦١٨.

(٢) أنظر: المبسوط ٤١/١٥ ـ ٤٢.

المبحث الثاني

في

الكلام عن الخيار في القسمة

قبل بيان ثبوت الخيار في القسمة أرى أنه من المناسب توضيح معنى الخيار لغة واصطلاحاً وذلك على ما يلي:

تعريف الخيار لغة:

الخيار اسم من الإختيار، من خار، يخار، خيراً وخِيراً، خيرة، وخيرة، وخيارة، بمعنى طلب خير الأمرين، ويقال: هو بالخيار: يختار ما يشاء.

وخير بين الأشياء: فضل بعضها على بعض، وخير الشيء على غيره: فضله عليه. وخير فلاناً: فوض إليه الاختيار. يقال: خيره بين الشيئين. والخيرة: ما يختار. يقال هذه خيرتي.

والخيرة: اسم من الإختيار، مثل الفدية من الإفتداء.

والخيرة ـ بفتح الياء ـ بمعنى الخيار، والخيار هو الإختيار، ومنه يقال له خيار الرؤية(١)، وفي كتابه العزيز: ﴿ماكان لهم الخيرة﴾(٢).

تعريف الخيار اصطلاحاً:

عرفته الموسوعة الفقهية(٣)، بأنه حق ينشأ بتخويل من الشارع، كخيار البلوغ، أو من العاقد، كخيار الشرط. فهو يعنى بالنسبة للعاقد طلب خير الأمرين من امضاء العقد أو فسخه.

وأما ثبوت الخيار في القسمة فقد اختلف فيه الفقهاء على مذهبين:

---

(١) المعجم الوسيط ٢٦٤/١ ـ باب الخاء، مادة (خار)؛ وانظر أيضا: المغرب ٢٧٦/١ باب الخاء ـ الخاء مع الياء؛ والمصباح المنير ٢٥٢/١ ـ ٢٥٣ ـ كتاب الخاء .

(٢) سورة القصص الآية: ٦٨.

(٣) الموسوعة الفقهية ٣١٥/٢ ـ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت ـ الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م ـ مطبعة الموسوعة الفقهية.

ـ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية فى قول لهم والزيدية إلى أن الخيارات تثبت فى القسمة كما تثبت فى البيع.

والشافعية وإن لم يصرحوا بوجود الخيارات فى القسمة ولكن يستنبط من كلامهم ثبوتها لأنهم قالوا إن قسمة الرد وهى قسمة الإجبار بيع، والخيار يثبت فى البيع.

ـ وذهب الحنابلة والظاهرية والإمامية إلى عدم ثبوتها فى القسمة.

وسبب الخلاف فى ثبوت الخيارات فى القسمة من عدمه يرجع إلى أن القسمة هل هي بيع أو لا؟

فالذين يقولون بأن القسمة بيع، يثبتون الخيارات فيها لأنهم يعللون قولهم بأن القسمة مبادلة المال بالمال أو هي معاوضة، فهي تشبه البيع لأن البيع مبادلة المال بالمال فكل ما يثبت من الخيارات فى البيع يثبت فى القسمة(١).

وأما الذين يقولون بأن القسمة ليست بيعاً، فينكرون وجود الخيارات فى القسمة، ويعللون قولهم بأن القسمة إفراز حق لا يستحق بها شفعة ولا يثبت فيها خيار لأنها ليست بيعا(٢). وسيأتى تفصيل القول فى موضوع القسمة هل هي بيع أولا؟.

وأما كلامنا عن جواز الخيار فى القسمة، فأتناوله لدى الفقهاء على النحو الآتى:

أولاً: عند الحنفية:

قبل أن أتكلم عن الخيارات يجدربى أن أبين أقسام القسمة التى يجبر عليها لأن بعض هذه الخيارات يثبت ـ عند الحنفية ـ فى بعض أنواع القسمة، دون البعض الآخر.

قال الحنفية رحمهم الله تعالى: القسمة ثلاثة أنواع: قسمة لايجبر الآبى عليها كقسمة الأجناس المختلفة، وقسمة يجبر الآبى عليها فى ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، وقسمة يجبر الآبى عليها فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر

---

(١) انظر البدائع ٧/١٧،٢٢،٢٦،٢٨؛ تبيين الحقائق ٥/٢٦٤؛ الدرر الحكام ٢/٤٢٠ ـ ٤٢١؛ تحفة الفقهاء ٣/٢٥٣؛ الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ٣/٢٣٨ مطبوع مع بلغة السالك؛ جواهر الاكليل ٢/١٦٦؛ شرح منح الجليل ٣/٦٢٣؛ الخرشى ٦/١٨٨؛ نهاية المحتاج ٨/٢٧٤؛ الاقناع ٢/٢٧٤؛ البحر الزخار ٥/١٠٤.

(٢) انظر: العدة ص: ٦٣٩؛ المغنى ٩/١١٦، ١٣١؛ الشرح الكبير ٦/٢٢٤، ٢٣٠؛ المحلى ٨/١٣٣؛ اللمعة الدمشقية ٣/١١٣، ١١٥؛ شرائع الاسلام ٢/١٣٢.

والغنم(١). وإليك البيان:

١ ـ قسمة الأجناس المختلفة:

فى قسمة الأجناس المختلفة ـ حيث لا يجبر الآبى عليها ـ فقد قرر الحنفية أنه كما يثبت خيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فى البيع كذلك يثبت كل منها فى قسمة الأجناس المختلفة، لأنها مبادلة من كل وجه، فهي كالبيع(٢).

مثلاً إذا قسم المال المشترك بالتراضى بين الشركاء على أن يكون لواحد كذا مقدار حنطة ولآخر كذا مقدار شعير، ولآخر كذا غنماً، ولآخر فى مقابلة كذا رأس بقر، فإن شرط أحدهم الخيار إلى أيام معلومة، ففى هذه المدة إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخ، وإن كان أحدهم لم ير المال المقسوم يكون مخيراً، وإن ظهرت حصة بعضهم معيبة فإن شاء قبل وإن شاء رد(٣). وهذا فى القسمة التى يتفق الشركاء عليها دون ما يفعله القاضى.

وسبب ثبوت الخيارات السابقة فى قسمة الأجناس المختلفة، أن قسمتها مبادلة من كل وجه، ولهذا لا يجبر الآبى عليها. إذا التراضى شرط لصحة المبادلة: فكل خيار يثبت فى المبادلة يثبت فى القسمة(٤).

٢ ـ قسمة ذوات الأمثال:

فى قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات ـ حيث يجبر الآبى عليها ـ يثبت خيار العيب دفعا للضرر والجور، دون خيار الشرط والرؤية، إذ لا فائدة فى إثباتهما لعدم الضرر(٥).

إذا وجد أحد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة فله أن يرده بالعيب وينقض القسمة، هذا إذا كان شيئاً واحداً أو كان مكيلاً أو موزوناً، كما ينقض البيع بالرد بالعيب

---

(١) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ تكملة البحر ١٤٨/٨؛ شرح المجلة للأتاسى ١٠٠/٤.

(٢) انظر حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ تكملة البحر ١٤٥/٨؛ تحفة الفقهاء ٢٨٣/٣.

(٣) شرح المجلة للأتاسي ٩٨/٤؛ وانظر أيضاً المبسوط ٣٩/١٥.

(٤) شرح المجلة السابق ٩٨/٤.

(٥) انظر الدرر الحكام ٤٢١/٢؛ وحاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ وتكملة البحر ١٤٨/٨.

فكذلك تنقض القسمة بالرد بالعيب، وسواء كانت القسمة برضاء الشركاء أو بحكم الحاكم لأن الحاكم إنما يميز نصيب كل واحد منهم فيما أعطاه على أنه سليم من العيب، فيثبت لكل منهم السلامة من العيب وبوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له، فلذلك يكون له الخيار بالرد بالعيب(١).

فمثلاً إذا كانت هناك صبرة حنطة مشتركة بين إثنين فاقتسماها على أن أحدهما بالخيار إلى كذا يوم، لا يكون الشرط معتبراً وأحد الشريكين إذا لم ير الحنطة فحين رؤيتها لا يكون له الخيار.

أما إذا أعطى أحدهم من وجه الصبرة والآخر من أسفلها فظهر أسفلها معيباً فصاحب الأسفل مخير إن شاء قبل وإن شاء رد(٢).

وسبب عدم ثبوت خيار الشرط والرؤية فى قسمة ذوات الأمثال راجع إلى أمرين:

الأول: أن معنى الإفراز فيها هو الغالب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه.

الثانى: أنه لافائدة فى خيار الشرط والرؤية، لأنه بإعادة القسمة يأخذ نصيبه أو مثله بلا تفاوت بخلاف غيرها من العقار والعروض(٣).

٣ ـ قسمة غير المثليات:

يثبت خيار العيب لعدم الضرر فى قسمة القيميات، غير المثليات، كالثياب من نوع واحد، وكالبقر والغنم حيث يجبر الآبي فى متحد الجنس ولا يجبر فى غير متحد الجنس كالغنم مع الإبل.

فمتى وجد أحد الشريكين عيباً فيما صار له فله الخيار بين رد القسمة أو الرضا بها.

فمثلا إذا إقتسم الشركاء شيئاً من المتاع أو الماشية فوجد أحدهم بواحد من المتاع أو الماشية عيباً فله أن يرد الجميع وتبطل القسمة فى هذه الحال وإن شاء رضى وفى هذه

---

(١) انظر المبسوط ١٥/٤٢.

(٢) شرح المجلة للأتاسى ٤/٩٩ ـ ١٠٠.

(٣) المرجع السابق؛ وحاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٥/٢٦٥.

الحال لا تبطل.

وكذلك إن أصاب أحد الشركاء عدد من الثياب تبين أن بأحدها عيبا فإنه يرد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو فى البيع(١).

وفى ثبوت خيار الشرط والرؤية فى قسمة القيميات، غير المثليات روايتان(٢). عند علماء الحنفية:

فعلى رواية أبى سليمان يثبتان، وعلى رواية أبى حفص: لا يثبتان.

وما يترجح لدى فى هذا المقام ثبوت الخيارين فى القسمة لأن الغالب فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة ذوات الأمثال فإن معنى الإفراز غالب فيها، هذا بالإضافة أن الشيخ أحمد الشلبى رحمه الله فى حاشيته على تبيين الحقائق تعليقا على رواية أبى سليمان قال مانصه: وهو الصحيح وعليه الفتوى(٣).

ثانياً: عند المالكية:(٤) لم يسلك المالكية مسلك الحنفية فى تقسيم القسمة إلى ما يجبر عليه الشريكان وما لا يجبران وإنما تكلموا عن القسمة وثبوت الخيار فيها بوجه عام.

فقالوا إنه يجوز للمتقاسمين أن يقتسما وأن يكون لأحدهما أو لكليهما الخيار فى القسمة كما فى البيع، وسواء دخلا على ذلك أو جعله أحدهما للآخر بعد القسمة.

ولابد أن تكون مدة الخيار فى القسمة كمدة الخيار فى البيع بإختلاف المبيع من عقار، ورقيق، وبهيم، وعرض.

ولابد أن يكون الرضا أو الرد فى القسمة كالرضا أو الرد فى البيع. فإذا إقتسم الشريكان داراً أو رقيقاً أو عرضا على أن يكون لأحدهما الخيار أياماً، فإن هذا الخيار يجوز إذا كان مثله جائزا فى البيع فى ذلك الشيء.

---

(١) أنظر: الدرر الحكام ٤٢١/٢؛ حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ تكملة البحر ٤٨/٨؛ المبسوط ٤٢/١٥؛ والنتف فى الفتاوى ٦١٩/٢.

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ شرح المجلة للأتاسى ٩٩/٤.

(٣) حاشية الشلبى فى الموضع السابق.

(٤) انظر شرح منح الجليل ٦٣٢/٣؛ حاشية الدسوقى ٥٠٤/٣؛ الخرشى ١٨٨/٦؛ حاشية الشيخ على العدوى ١٨٨/٦ مطبوع مع الخرشى؛ الشرح الصغير ٢٣٨/٢؛ جواهر الأكليل ١٦٦/٢.

وأجاز المالكية الخيار فى قسمة المراضاة بالاتفاق بلا نـزاع فيـه وفـى جـوازه فـى قسمة القرعة خلاف:

قالوا بجوازه فى قسمة القرعة وهو ظاهر المدونة. وذكـر بعض الرواة منعـه فـى القرعة.

ثالثا: عند الشافعية(١).

قال الشافعية تثبت أحكام البيع من خيار وشفعة فى القسمة.

رابعاً: عند الزيدية:

وذهب الزيدية إلى ثبوت الخيار فـى القسـمة، لذلـك قـال ابـن المرتضـى فـى كتابـه البحر الزخار(٢): "فالمقسوم إما مثلى أو قيمـى، فقسمة القيمـى المختلـف كـالبيع فـى الـرد بالخيارات... وأما المثلى فإفراز إذ لا معنى للبيع فيه".

ومعنـى هـذا الكـلام أن الزيديـة يثبتـون الخيـارات فـى قسمة القيمـى المختلـف ولا يثبتونها فى المثليات، ولكن هناك رأي آخر فى المذهب أن قسمة المثلى كالبيع فيصح فيـه الخيارات.

ثم إن الحنابلة وإن كانوا على رأس المانعين لثبوت الخيارات فـى القسـمة إلا أنهـم مع ذلك يثبتون خيار العيب فيها فقالوا: "إذا ظهر فى نصيب أحدهما عيـب لـم يعلمـه قبـل القسـمة فلـه فسـخ القسـمة أو الرجـوع بـأرش العيـب لأنـه نقـص فـى نصيبـه فملـك ذلـك كالمشـترى"(٣) أى خـير بيـن رد المبيـع واسـترداد الثمـن أو الرضـاء بـه مـع أخـذ أرش النقصـان.

والامامية يستدلون لعدم ثبوت الخيار فى القسمة بـأن القسـمة ليسـت بيعـاً ومـن ثـم لايجرى الخيار فيها(٤).

---

(١) أنظر: حاشية البجيرمى ٣٧٣/٤؛ شرح منهج الطلاب ٣٧٣/٤ مطبوع مع حاشية البجيرمى. نهاية المحتاج ٢٧٥/٨؛ الاقناع ٢٧٤/٢؛ روضة الطـالبين ٢٠٩/١١ ــ ٢١٠؛ فتح القدير الخبير ص: ٣٩٥.

(٢) البحر الزخار ١٠٤/٥.

(٣) المغنى ١٣١/٩؛ الشرح الكبير ٢٣٠/٦؛ التنقيح المشبع ص: ٣١٠؛ كشاف القناع ٣٨٣/٦.

(٤) انظر اللمعة الدمشقية ١١٤/٣.

والخلاصة من كل ما تقدم:

أن خيار العيب يثبت فى نوع القسمة لأنه إذا ظهر فى المقسوم عيب فقد ظهر أنها وقعت جائرة غير عادلة. فكان للمقتسم حق الرد بالعيب كما فى البيع.

وأما خيار الشرط والرؤية فيثبت كل منهما فى قسمة الرضا، لأن القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين كما فى البيع، ولا يثبتان فى قسمة القضاء لعدم الفائدة، لأنه لوردها بخيار الرؤية أو الشرط لأجبره القاضى ثانياً بالقسمة. إذا فلا يفيد الرد بها. وليس سبب عدم ثبوت خيار الشرط والرؤية فى قسمة القضاء خلوها عن المبادلة وإنما ـ كما قلت آنفاً ـ هو عدم الفائدة فيها. والله تعالى أعلم بالصواب.

المبحث الثالث

فى

القسمة: هل هى إفراز أم مبادلة ؟

قبل توضيح المسألة أريد أن أبين معنى الإفراز لغة واصطلاحاً.

الإفراز لغة: جاء فى لسان العرب: فرزت الشيء وأفرزته إذا قسمته.

والفرز ـ بكسر الفاء وسكون الراء ـ النصيب المفروز لصاحبه واحداً كان أو إثنين.

وفرزه فرزا، وأفرزه إفرازاً، بمعنى مازه. وفارز فلان شريكه أي فاصله وقاطعه. وتقول: فرزت الشيء من الشيء: بمعنى فصلته. وتكلم فلان بكلام فارز أى فصل به بين أمرين(١).

الإفراز اصطلاحاً: هذا المعنى الذى قرره علماء اللغة هو الذى لم يخرج عنه المعنى الذى ذكره الفقهاء للافراز فهما قريبان إلى حد التطابق.

فمن مجموع ما قالوه فى باب القسمة ـ مثلاً ـ يمكن أن يقال إن الافراز هو أثر من آثار القسمة على الأقل فى صورتها العينية البسيطة إذ يترتب عليها أن يستقل كل شريك بجزء مفرز من الأموال الشائعة بعد أن كان كل منهم مالكا على الشيوع فى كل هذا المال(٢).

هل القسمة إفراز أم مبادلة؟

قد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على مذهبين.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية فى الجملة إلى أن القسمة إفراز ومبادلة ـ أى بيع ـ، فذهب بعضهم مثل الحنفية إلى أن القسمة تشتمل على

---

(١) لسان العرب ٢١٩/١٠ ـ باب الفاء ـ مادة فرز؛ وفى مختار الصحاح: فرز الشيء بمعنى عزله عن غيره وميزه عنه وبابه ضرب. وأفرزه أيضاً بمعنى عزله وميزه. باب الفاء مع الراء ص: ٥٢٢.

(٢) موسوعة الفقه الاسلامى المقارن ٣٠٨/١٨.

الافراز والمبادلة ولا تعرى أى قسمة منهما(١).

وذهب الباقون منهم إلى أن بعض أنواع القسمة إفراز وبعضها مبادلة أى بيع(٢).

وذهب الحنابلة ومن وافقهم من الظاهرية والإمامية إلى أن القسمة إفراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعاً(٣). وما تقدم كان على وجه الاجمال.

أما التفصيل والتعليل للمذاهب فهو على مايلى:

أولاً: الجمهور:

١ ـ قال الحنفية إن القسمة فى جميع صورها سواء كانت فى ذوات الأمثال أو فى القيميات، وسواء كانت قسمة جمع أو قسمة تفريق، لا تعرى عن معنى الافراز ـ وهو أخذ عين حقه ـ وعن معنى المبادلة ـ وهو أخذ بدل حقه ـ لأن ما يأخذه كل واحد من الشريكين يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين، فكان النصف الذى إستقل به الشريك الأول ملكاً خالصاً له ولم يستفده من جهة صاحبه أي لكنه لا يستفيد من نصيب شريكه الآخر شيئا لأن هذا الشريك قد استقل بالنصف الآخر، فكان إفرازاً، والنصف الآخر كان لصاحبه، أخذه عوضا عما فى يد صاحبه من نصيبه، فكان مبادلة بالضرورة(٤).

ومثال ذلك إذا كان كيل حنطة مشتركاً بين إثنين مناصفة، فكل حبة منه لكل واحد منهما نصفها، فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع.

وبإعطاء أحد القسمين إلى واحد والثانى إلى الآخر يكون كل واحد منهما أفرز نصف حقه وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته(٥).

---

(١) البدائع ١٧/٧؛ تبيين الحقائق ٢٦٤/٥؛ الدر المختار ٢٥٤/٦ الاختيار ٧٣/٢؛ الهداية ٤١/٤؛ مجمع الأنهر ٤٨٨/٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل للشنقيطى ٩٩/٤؛ شرح منح الجليل ٦٢٣/٣؛ حاشية الدسوقي ٤٩٩/٣؛ فتح القدير الخبير ص: ٣٩٥؛ المهذب ٣٠٦/٢؛ روضة الطالبين ٢١٤/١١ ـ ٢١٥.

(٣) انظر: المغني ١١٦/٩؛ العدة ص: ٦٣٩؛ المقنع ٦٤٦/٣؛ المحلى ١٣٣/٨؛ اللمعة الدمشقية ١١٣/٣؛ شرائع الإسلام ١٣٢/٢؛ تحرير الوسيلة ٥٤٥/١.

(٤) انظر: تكملة البحر ١٤٧/٨ ـ ١٤٨؛ نتائج الأفكار ٣٤٨/٨ ـ ٣٤٩؛ الدرر الحكام ٤٢٠/٢؛ البدائع ١٧/٧؛ شرح المجلة للأتاسى ٥٢/٤ ـ مادة (١١١٦).

(٥) شرح المجلة للأتاسى ٥٢/٤.

إلا أن معنى الإفراز والتمييز فى المثليات كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر وراجح لأن المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل إفرازاً حكماً وهذا المعنى لا يوجد فى غير ذوات الأمثال، ورجحان معنى الإفراز فى ذوات الامثال لعدم التفاوت بين أبعاضها لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى، فأمكن أن يجعل عين حقه.

ومعنى المبادلة أرجح فى غير المثليات ـ القيميات ـ من العقار والحيوان وسائر المنقولات لوجود التفاوت بين أبعاضها، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المبادلة بيقين(١).

ويترتب على رجحان معنى الإفراز فى المثليات، أنه يكون لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه بغير رضا صاحبه ومع غيبته، لأنه يأخذ عين حقه حكماً.

ويترتب على رجحان معنى المبادلة فى القيميات أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه فى غيبة صاحبه، لأن المبادلة يشترط فيها رضا المتبادلين، ولا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما(٢).

نستطيع أن نستخلص مما قلنا أن الحنفية ذهبوا إلى أن القسمة تكون بمعنى الافراز فى المثليات كالمكيلات والموزونات والمعدودات التى تتقارب ولا تتفاوت كالجوز والبيض، وتكون بمعنى البيع فى غير المثليات ـ القيميات ـ التى تتفاوت كالثياب والحيوان والعقار(٣).

٢ ـ **المالكية:** ويظهر من نصوصهم أن قسمة المراضاة فيها معنى المبادلة والمعاوضة لأن كل واحد يأخذ نصيبه ونصيب صاحبه فى مبادلة نصيبه هو، ولا شك أن المبادلة بيع.

---

(١) انظر تبيين الحقائق ٢٦٤/٥؛ البدائع ١٧/٧؛ مجمع الأنهر ٤٨٨/٢؛ الاختيار ٧٣/٣؛ شرح المجلة ٥٥/٤.

(٢)انظر: الهداية ٤١/٤؛ شرح المجلة ٥٣/٤ ـ ٥٥؛ الدر المختار ورد المحتار ٢٥٤/٦؛ مجمع الأنهر ٤٨٨/٢؛ الدرر الحكام ٤٢٠/٢ ـ ٤٢١؛ تكملة البحر ١٤٧/٨ ـ ١٤٨؛ تكملة الفتح ٣٤٨/٨ ـ ٣٤٩؛ والمبسوط ٢/١٥.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٢/١٥؛ تكملة البحر ١٤٧/٨.

ويقرر فقهاء المالكية أن أهم أنواع القسمة هو ما يترتب عليه تمييز حق كل شريك عن حقوق بقية الشركاء(١). وهذا التمييز للأنصبة والحقوق لا يكون إلا بإفراز كل نصيب عن غيره فى الأشياء التى يمكن فيها ذلك(٢).

٣ – مذهب الشافعى رحمه الله:

والذى تقرر من مذهبه أخيراً أن القسمة تتنوع إلى ثلاثة أقسام، نذكر منها ما يتصل بموضوعنا فى هذا المقام وهو القسم الأول، فقال صاحب نهاية المحتاج: أحدها: قسمة الافراز، وقد سميت بذلك لكونها أفرزت نصيب كل واحد من الشركاء وميزته عن بقية الأنصبة الأخرى. وقد تسمى عنده قسمة المتشابهات أو قسمة الأجزاء كمثلي متفق النوع ودار متفقة الأبنية وأرض مشتبهة الأجزاء(٣).

وفى كون القسمة إفرازاً أو مبادلة اختلف الأصحاب من الشافعية على وجهين:

الأول: قال البغوي وآخرون: الأظهر كونها بيعا.

الثاني: قال الغزالى: الأظهر كونها إفرازاً. قال صاحب العدة: وعليه الفتوى.

وأشار الرافعي فى المحرر إلى اختيار الإفراز، فإنه قال: فيه قولان. ذكر أن الفتوى على الإفراز. فالمختار ترجيح الإفراز(٤).

وأما قسمة التعديل وقسمة الرد فبيع(٥). والبيع كما هو معلوم مبادلة.

ودليل الشافعية على أن قسمة الرد والتعديل بيع، هو أن كل جزء من المال مشترك بينهما، فإذا إقتسما كأنه باع كل منهما ما كان له فى حصة صاحبه بما له فى حصته(٦).

٤ – وقال الزيدية: إن المقسوم إذا كان قيميا فإن القسمة بيع، لأنها معاوضة مال بمال، فأشبهت البيع. وإذا كان المقسوم مثليا، فالقسمة إفراز، إذ لا معنى للبيع فيه لأن قسمة المثلى إخراج النصيب عن الشياع(٧).

---

(١) انظر: الخرشي ١٨٥/٦.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامى ٣٠٩/١٧.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ – ٢٧٤، ورحمة الأمة ص: ٣٢٩ – ٣٣٠.

(٤) نقلاً عن روضة الطالبين ٢١٤/١١.

(٥) رحمة الأمة ص: ٣٣٠؛ نهاية المحتاج ٢٧٣/٨ – ٢٧٤؛ المهذب ٣٠٦/٢؛ فتح القدير الخبير ص: ٣٩٥؛ روضة الطالبين ٢١٥/١١.

(٦) المهذب ٣٠٦/٢؛ ونهاية المحتاج ٢٧٥/٨.

(٧) انظر: البحر الزخار ١٠٤/٥.

ثانيا: غير الجمهور:

قال الحنابلة إن القسمة إفراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعا ــ على ما تقدم.

وعللوا لقولهم بأن القسمة لا تفتقر إلى لفظ التمليك ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها الإجبار، وتلزم بإخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر.

والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك، ولأنها تنفرد عن البيع بإسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود(١).

يقرر ابن حزم(٢) أن الأصل فى القسمة أن تتم بالمساواة والمماثلة بين الشركاء لأن القسمة تمييز حق كل واحد وليست بيعا.

وكذلك نص فقهاء الإمامية على أن القسمة تمييز الحق من غيره أو تمييز أحد النصيبين عن الآخر وليست بيعاً(٣). إذ المراد من تمييز الحقوق إفرازها وعزل بعضها عن بعض.

وعلل الإمامية قولهم بأن القسمة ليست بيعاً لفقدها ما يعتبر فى البيع من الإيجاب والقبول، وعدم الإكراه والاجبار، وعدم جريان الشفعة فيها وأنها تلزم باخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين فيها بقدر الآخر إذا كانت الحصص متساوية. والبيع ليس فيه شيء من الإجبار واللزوم وتساوى الحصص(٤).

---

(١) المغنى ١١٦/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٤/٦؛ العدة ص: ٦٣٩؛ المقنع وحاشيته ٦٤٦/٣؛ كشاف القناع ٣٧٦/٦.

(٢) المحلى ١٣٣/٨.

(٣) اللمعة الدمشقية ١١٣/٣؛ شرائع الإسلام ١٣٢/٢؛ تحرير الوسيلة ٥٤٥/١.

(٤) اللمعة الدمشقية ١٣٣/٣.

ما يترتب على الخلاف السابق

وفائدة الخلاف تظهر فى أننا لو قلنا إن القسمة بيع لم تجز قسمة الثمار خرصاً(١) كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصاً، وإن قلنا إنها إفراز أي تمييز الحقين، فإن كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص، وإن كانت ثمرة النخل والكرم جاز لأنه يجوز خرصها للفقراء فى الزكاة فجاز للشركاء. وكذلك إذا كانت الحبوب والأدهان بين الشركاء.

وإن قلنا إنها إفراز النصيبين لم يحرم التفرق فيها قبل القبض ويجوز قسمتها بالكيل والوزن.

والخلاصة: أنه إذا لم تكن القسمة بيعا جازت قسمة المكيل وزناً والموزون كيلاً والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع.

الترجيح بين المذاهب

والراجح فى هذه المسألة ـ فى نظري المتواضع ـ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة تعليلهم من أن القسمة لا تعرى عن معنى الإفراز فى بعض أنواعها وعن معنى المبادلة ـ البيع ـ فى بعضها الآخر. والمبادلة فيها معنى البيع لأن البيع معاوضة المالين، والمبادلة معاوضة المالين كذلك. ولأن كل واحد من الشريكين يبادل ويعاوض ما يأخذه من نصيب صاحبه ومعنى هذا كأنه باع نصيبه بحصة صاحبه.

ويمكن الرد على تعليل الحنابلة ومن وافقهم من أن القسمة لا تفتقر للفظ التمليك ولا للقبول بما ذكره السادة الشافعية ـ رحمهم الله ـ حيث قالوا: نعم أنها لا تفتقر إليها(٢) بل الرضا قائم مقامهما(٣) أ.هـ.

---

(١) الخرص اسم خرص، يخرص خرصاً. والخرص: الحزرُ، والتخمين، والحدس. خرص الشيء: حزره وقدره بالظن. ويقال خرص النخل والكرم: أي حزر ما عليه من الرطب تمراً، ومن العنب زبيباً.

وخارصه: أي عاوضه وبادله. القاموس الفقهي لأبى جيب ص: ١١٥.

(٢) أي الفاظ التمليك والقبول.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٧٥.

ولما كانت القسمة مقابلة المال بالمال فأشبهت البيع فثبتت أحكامه من نحو خيار وشفعة. وأما ما قاله الحنابلة بأن القسمة يدخلها الإجبار، والبيع لا يدخله الإجبار فيمكن أن يجاب عنه: بأنه يجوز الجبر فى القسمة وإن كانت معاوضة لأن القسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هى إفراز من وجه ومعاوضة من وجه آخر، فجاز أن يجري فيها الجبر والله تعالى أعلم.

المبحث الرابع

فى

حكم القسمة

الحكم إما تكليفى وإما وضعي.

أو قد يراد بالحكم الأثر الذى يظهره العقد، أو الذى يترتب عليه العقد وهو المراد هنا.

وبعبارة أخرى قد يراد بحكم العقد: الغرض والغاية، ففى عقد البيع والشراء يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشترى وملكية الثمن للبائع.

وفى عقد الإجارة الحكم: هو ملك منفعة العين المستاجرة للمستاجر وملك المؤجر – مالك العين – للأجرة، وهكذا فى سائر العقود.

وحكم القسمة وهو الأثر المترتب عليها تعيين نصيب كل واحد من الشركاء ملكاً وانتفاعاً(١).

فهذا بمعنى ثبوت اختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه(٢)، فيملك المقسوم له فى المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع فى نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء فى نصيب الآخر فلصاحب الساحة أن يبنى فى ساحته وله أن يرفع بناءه وليس لصاحب البناء أن يمنعه وإن كان يفسد عليه الريح والشمس.

والوجه فى ذلك: أنه يتصرف فى ملك نفسه فلا يمنع منه.

أما إن أراد أحد المتقاسمين الرجوع فى القسمة فالكلام عن ذلك على ما يلى:

لا خلاف بين الفقهاء – رحمهم الله تعالى – أن عقد القسمة من قرعة أو تراض من العقود اللازمة(٣)، حيث وقع على الوجه الصحيح.

---

(١) تكملة البحر الرائق ١٤٧/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٢٨/٧.

(٣) بداية المجتهد ٢ موضوع القسمة، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥١١/٣، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٧٣/٥.

فمن إراد الرجوع فليس له ذلك إلا بالطوارئ عليها، والطوارئ كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد(١) ثلاثة:

١ ـ غبن

٢ ـ وجود عيب بها

٣ ـ استحقاق

وموجب نقض القسمة عند الحنفية أنواع(٢):

منها ـ ظهور دين على الميت:

قال الحنفية: إذا ظهر دين على الميت بعد قسمة التركة تفسخ القسمة إذا كان الدين محيطاً بالتركة ولم يكن للميت مال سواه وما قضاه الورثة من مال أنفسهم، لأن الدين يمنع وقوع الملك لهم فيها فيمنع التصرف.

وكذلك الدين مقدم على الإرث قليلاً كان أو كثيراً لقوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾(٣).

فقدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها، بل هي ملك للميت يتعلق بها حق الغرماء وتعلق حق الغرماء في المقسوم يمنع صحة القسمة.

أما إذا كان للميت مال آخر سوى الدين فيوفى الدين من الزائد وتمضي القسمة لأن القسمة أمكن صيانتها من النقض بجعل الدين في المال الزائد عن الدين. وكذا إذا قضى الورثة الدين من مال أنفسهم، فإن القسمة لا تنقض لأن حق الورثة متعلق بصورة التركة وحق الغرماء بمعنى التركة، فإذا قضى الورثة الدين من مالهم فمعنى هذا أنهم استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، فلذلك لا تنقض القسمة.

وكذلك إذا أبرأ الغرماء ذمم الورثة من الدين فحينئذ تصح القسمة لزوال المانع من لزوم القسمة. فتمضى القسمة على ما هي عليه.

وأما إذا لم يكن الدين محيطاً أي مستغرقا للتركة فيكون للغرماء في هذه الحال حق استيفاء دينهم من التركة ومن شأن هذا أن يمنع جواز القسمة قبل الاستيفاء.

---

(١) بداية المجتهد في الموضع السابق، وحاشية الدسوقي ٥١٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠/٧.

(٣) سورة: النساء ـ الآية: ١٢.

وذهب المالكية إلى نقض القسمة حين ظهور الدين على الميت إذا كان المقسوم مقوماً كدار أو بستان أو رقيق أو حيوان أو عرض لتعلق الأغراض بعينه، وإلى عدم نقضها إذا كان المقسوم عينا كالدنانير والدراهم أو مثليا كالمكيل والموزون والمعدود، فالقسمة صحيحة فى هذه الحال وللدائن حق الرجوع على كل واحد من الورثة(١).

ولكن المعتمد عندهم نقض القسمة مطلقا سواء كان المقسوم مقوما أو عينا أو مثليا(٢). وهذا الرأي يوافق رأي الحنفية.

وقال الشافعية والحنابلة(٣): إذا قسم الورثة التركة ثم ظهر دين على الميت، فإن قلنا: القسمة إفراز النصيبين أو تعيين الحقين لم تنقض القسمة بل هي صحيحة، وإن قلنا: إنها بيع، ففى نقضها وجهان:

أحدهما: أننا إذا صححنا البيع فالقسمة الجارية صحيحة، فإن قضى الوارث الدين لا تنقض القسمة وإنما تستمر صحتها. وإذا ما قضى الوارث الدين انقضت القسمة وبيعت التركة فى الدين.

ثانيهما: أننا إذا لم نصحح البيع فإن القسمة باطلة وتنقض لتعلق حق الغير بالمال.

أما الزيدية فقد ذهبوا إلى القول بنقض القسمة إذا ظهر الدين على الميت ببينة أو بإقرارهم جميعاً، فإن أقر بعضهم فعليه حصته فى حصته(٤).

---

(١) انظر: جواهر الإكليل ١٧٠/٢؛ الخرشي ١٩٩/٦؛ حاشية الدسوقي ٥١٤/٣.

(٢) انظر: الخرشي ١٩٩/٦؛ الشرح الكبير لأبى البركات الدردير موجود بهامش حاشية الدسوقي ٥١٥/٣.

(٣) انظر: المهذب ٣١٠/٢ وانظر ٢٢٧/١؛ روضة الطالبين ٢٠٩/١١ ـ ٢١٠؛ وجاء فى فتح القدير الخبير ص: ٣٩٥: ".. كنقضها أي القسمة فى تركة بدين أي فيما لو ظهر على الميت دين بعد قسمتها، لأن التصرف فيما خلفه الميت قبل وفاء دينه باطل". والشرح الكبير ٢٣٠/٦ ــ ٢٣١؛ والمقنع مع حاشيته ٦٥٢/٣ ـ ٦٥٣؛ وكشاف القناع ٣٨٣/٦.

(٤) البحر الزخار ١٠٩/٥.

مقارنة بين المذاهب

إذا أمعنا النظر فى آراء الفقهاء المتقدمة نجد أنها لا تختلف بعضها عن بعض إلا أنه يلاحظ أن الحنفية قد قالوا بنقض القسمة مطلقاً بعد ظهور الدين على الميت، سواء كان الدين محيطاً بالتركة أم لم يكن. ويوافقهم المالكية، والزيدية فى ذلك.

أما الشافعية والحنابلة فقد فصلوا القول فى نقض القسمة بعد ظهور الدين على الميت، حيث قالوا بنقضها إذا قلنا إن القسمة بيع وعدم نقضها إذا قلنا أنها إفراز.

بيان الراجح

وما يترجح لدي مما سبق هو ما قال به الحنفية والمالكية والزيدية من أن تعلق حق الغير بالتركة يمنع القسمة حتى إنها لوقسمت فإنها تنقض عند هؤلاء الفقهاء ــ رحمهم الله تعالى ـ وذلك لقوة تعليلهم.

وأيضاً فإنه يستهدف فى مضمونه المحافظة على حقوق الدائنين وهي أموال، والمحافظة على المال من مقاصد الشريعة كما هو معروف في أصول الفقه(١).

ومنها ـ ظهور وارث آخر أو موصى له فى قسمة التراضى.

تنقض القسمة ـ عند الحنفية والمالكية والزيدية ـ إذا قام الورثة بتقسيم التركة ثم ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع ــ مثلاً ــ لأن الوارث والموصى له شريك الورثة فى عين التركة وحق الموصى له يتعلق بجميع التركة. ألا ترى إذا هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك من الموصى له والورثة جميعاً وما بقي يكون مشتركاً بينهم.

ولو اقتسموا التركة وكان هناك وارث غائب، تنقض القسمة.

هذا إذا كانت القسمة بالتراضى.

وأما إذا كانت القسمة بقضاء القاضى فلا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة، لكن القاضى إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض القسمة لأن القسمة حينئذ

---

(١) الموافقات للشاطبى ٢/١٠.

محل الإجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض(١).

وتحقيقاً للفائدة وعملاً على الايضاح فإنني أتكلم عن الغبن والغلط ووجود العيب والاستحقاق على الوجه الآتى:

١ ـ ظهور غبن فاحش:

جاء فى مختار الصحاح(٢): غبنه فى البيع، خدعه وبابه ضرب، وقد غُبِنَ فهو مغبون.

وجاء فى المعجم الوسيط(٣): غبنه فى البيع غبناً: غلبه ونقصه.

ومن المعلوم أن من شروط القسمة أن تكون عادلة غير جائرة يعنى أن تكون الحصص بحسب الاستحقاق.

فإذا ادعى أحد المتقاسمين غبناً أو جوراً فى المقسوم بعد القسمة، فهل يكون هذا مبرراً لنقض القسمة أو لا؟

للعلماء فى ذلك مذهبان:

الأول: لجمهور الفقهاء وقد ذهبوا إلى أن القسمة التى تبين فيها غبن فاحش إما أن تكون بالتقاضي والقرعة أو بالتراضي.

فإذا حدثت القسمة بالتقاضي أو القرعة ثم تبين فيها غبن فاحش أو جور نقضت باتفاق الحنفية، لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل والنظر، وبظهور الغبن الفاحش يتبين عدمهما، فتنقض القسمة لأن الغبن حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي ينقض بالغبن الفاحش(٤).

---

(١) انظر: البدائع ٣٠/٧؛ رد المحتار ٢٦٦/٦ ـ ٢٦٧؛ المبسوط ٦٠/١٥؛ جواهر الأكليل ١٧٠/٢؛ الخرشي ١٩٩/٦؛ مواهب الجليل للشنقيطي ١٠٣/٤؛ وجاء فى حاشية الدسوقى ٥١٥/٣: "واختلف إذا طرأ على التركة دين أو وصية بعد إقتسام الورثة التركة .. على خمسة أقوال، ثم قال: والثاني أن القسمة تنقض .. إلا أن يتفق جميعهم على عدم نقضها ويخرجوا الدين والوصية من أموالهم ويفدوها فذلك لهم وهو المشهور من مذهب ابن القاسم". وجاء فى البحر الزخار ١٠٩/٥: "وإنكشاف الوصية كالاستحقاق".

(٢) مختار الصحاح ص: ٤٦٨ مادة غبن باب العين.

(٣) المعجم الوسيط ٦٤٣/٢.

(٤) انظر: البدائع ١٥٦/٧؛ رد المحتار ٢٦٧/٦؛ تبيين الحقائق ٢٧٣/٥ ـ ٢٧٤؛ كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ٢١٣/٢.

ونقض القسمة بالغبن الفاحش أو الجور متفق عليه بين الفقهاء(١)، إلا أن للشافعية تفصيلاً في هذه الجزئية من البحث وسأعود إليه بالتفصيل في آخر هذه المسألة.

وزاد المالكية قيداً آخر في نقض القسمة بعد ظهور الغبن الفاحش وهو ألاتمضي مدة على القسمة بعد علمه بالغبن لأن طول المدة بعد علمه بالغبن يدل على رضاه(٢).

أما إذا كانت القسمة بالتراضي ثم ظهر الغبن الفاحش أو الجور، فلا تنقض عند الجمهور لأنها بمعنى البيع ولا يلتفت إلى مدعي الغبن لأن دعوى الغبن لا تعتبر في البيع فكذا في القسمة(٣).

إلا أن الأصح عند الحنفية على ما عبر به عنهم الزيلعي في "تبيين الحقائق" أن القسمة تفسخ وتسمع الدعوى لأن القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة(٤).

وأما المالكية فقد قالوا بنقض قسمة التراضي إذا أدخل المتقاسمان مقوماً في قسمة المراضاة ليقوم لهما السلع أوالحصص لأنها شابهت القرعة، بعكس الحال فيما لو لم يدخلا مقوماً فإنه لا نقض في هذه الحال الأخيرة(٥).

واشترط الفقهاء التفاحش في الغبن والجور، لأنه لو كان الغبن يسيراً يدخل تحت تقويم المقومين لا تسمع الدعوى به ولا تقبل البينة عليه(٦).

---

(١) انظر: الدرر الحكام ٤٢٥/٢، ٤٢٦؛ شرح المجلة للأتاسي ٦٥/٤ ــ ٦٦ مادة (١١٢٧)، الفواكه الدواني ٣٢٨/٢؛ بلغة السالك ٢٤٤/٢؛ حاشية بجيرمي ٣٧٣/٤؛ نهاية المحتاج ٢٧٦/٨؛ البحر الزخار ١٠٩/٥.

(٢) راجع الفواكه الدواني ٣٢٨/٢؛ وبلغة السالك ٢٤٤/٢.

(٣) انظر: البدائع ١٥٦/٧؛ كشف الحقائق ٢١٣/٢؛ الخرشي ١٩٦/٦؛ جواهر الأكليل ١٦٩/٢؛ حاشية بجيرمي ٣٧٣/٤؛ قال المرتضى في البحر الزخار ١٠٩/٥: "ولا تسمع دعواه من حاضر غير مجبر، إذ قد رضي به كالبيع".

(٤) تبيين الحقائق ٢٧٤/٥.

(٥) انظر: بلغة السالك ٢٤٤/٢؛ جواهر الأكليل ١٦٩/٢.

(٦) انظر: رد المحتار ٢٦٧/٦؛ حاشية الدسوقي ٥١٢/٣ وقال الدسوقي "فإن تفاحش الجور ــ أي بأن ظهر ظهوراً بيناً". ونهاية المحتاج ٢٧٦/٨؛ وجاء في البحر الزخار ١٠٩/٥: "وتنقض القسمة بظهور الغبن الفاحش لا المعتاد".

أما الشافعية فقد فصلوا فى الأمر حيث قالوا بنقض القسمة بعد ظهور الغبن الفاحش فى قسمة الافراز، سواء كانت القسمة بالاجبار أو التراضي ـ وقالوا بعدم نقضها إذا كانت بالتعديل أو الرد، لأنها بيع، ودعوى الغبن فى البيع لا تسمع ولا أثر للغلط والحيف فيه كما لا أثر للغبن فيه لرضا صاحب الحق بتركه. وإن لم يثبت ذلك أي إن لم تكن بينة وادعاه أحد الشريكين على شريكه وبين قدر ما ادعاه فله تحليف شريكه(١).

النتيجة: مما سبق نعلم أن الحنفية والمالكية والزيدية قالوا بنقض القسمة بعد تبين الغبن الفاحش إذا كانت القسمة قسمة إجبار وبعدم نقضها إذا كانت قسمة تراض.

وأما الشافعية فلم ينظروا إلى نوعى الإجبار والتراضي، وإنما نظروا إلى القسمة من زاوية أخرى وهى هل القسمة إفراز أم بيع؟

فلذلك قالوا بنقض قسمة الافراز بعد ظهور الغبن الفاحش، لأنها تعيين الحقين، وقالوا بعدم نقض قسمة الرد والتعديل لأنها بيع، ولا أثر للغبن فى البيع عندهم لرضا صاحب الحق بتركه، فكذا فى قسمة الرد والتعديل.

٢ ـ وقوع الغلط فى المقسوم:

إذا اقتسم الشركاء المقسوم ثم ادعى أحد المتقاسمين غلطاً فى القسمة.

فهذا لا يخلو من:

أن تكون القسمة بالتراضى.

أو أن تكون بالقرعة.

إذا قسم الشركاء المقسوم بأنفسهم ثم ادعى أحد الشريكين بعد القسمة، الغلط فهذا لا يخلو من أحد وجهين عند الحنفية:

الأول: إما أن يقر المدعى باستيفاء حقه .

الثاني: ألا يقر المدعى باستيفاء حقه.

فإن كان الأول: وهو أن المدعى قد أقر باستيفاء حقه فلا تسمع دعواه إلا بالبينة.

لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم، فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد فقوله فى ذلك غير مقبول، ولكن إن أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة حتى يستوفى كل ذى حق حقه.

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٢٧٦/٨؛ حاشية بجيرمى ٣٧٣/٤.

وإن لم يكن له بينة إستحلف مدعى الغلط الشركاء، لأنهم لوأقروا لزمهم وإن أنكروا حلفوا عليه فمن حلف من الشركاء لا يلزمه شيء تجاه مدعى الغلط ومن نكل منهم جمع بين نصيبه ونصيب المدعى، فيقسم بينهما على قدر نصيبهما، لأن النكول كالاقرار وإقرار الناكل حجة عليه دون غيره.

وإن كان الثاني: وهو أن المدعى لم يقر باستيفاء حقه: تحالف الشركاء (حلف كل منهم يمينا)، وتفسخ القسمة فى هذه الحال لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع(١).

وكذا قال المالكية بفسخ القسمة إذا ادعى أحد الشريكين الغلط، ولكنهم قيدوا الفسخ بأن يثبت الجور أو الغلط بالتفاحش أو بقول أو شهادة أهل المعرفة(٢).

وقال الحنابلة(٣) إذا كانت القسمة قسمة تراض بأن قسم الشركاء المقسوم بأنفسهم من غير قاسم ورضوا بهذه القسمة ثم ادعى أحد الشركاء الغلط فيها، ولم يصدقه المدعى عليه فى دعوى الغلط أو الحيف لا تسمع دعواه ولا تسمع بينته لأنه رضي بالقسمة على هذه الكيفية ورضاه بذلك أي بالزيادة فى نصيب شريكه تلزمه لأنه رضي به كالبيع. وهو مذهب الشافعية(٤) والزيدية(٥).

وقال ابن قدامة فى المغنى(٦): والصحيح عندي أن هذه أي قسمة التراضي كالتى قبلها ــ أي فى الفسخ ــ وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة. وهذا الرأي وجاهته ظاهرة على ما ترى.

---

(١) انظر الدرر الحكام ٤٢٥/٢؛ الهداية ٤٩/٤ ــ ٥٠؛ المبسوط ٦٤/١٥؛ تكملة البحر ١٥٥/٨؛ مجمع الأنهر ٤٩٤/٢؛ تكملة الفتح ٣٧٠/٨.

(٢) راجع حاشية الدسوقى ٥١٢/٣؛ جواهر الأكليل ١٦٩/٢.

(٣) راجع المغنى ١٢٩/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٩/٦؛ كشاف القناع ٣٨١/٦؛ المقنع ٦٥١/٣؛ المحرر فى الفقه ٢١٧/٢.

(٤) انظر نهاية المحتاج ٢٧٦/٨؛ المهذب ٣٠٩/٢.

(٥) وجاء فى البحر الزخار ١٠٩/٥: "إذا ادعى أحد الشريكين الغلط كإعطاء النصف من له الربع ولو بحكم تنقض القسمة".

(٦) المغنى لابن قدامة ١٢٩/٩.

وقال الإمامية بإبطال القسمة إذا ظهر غلط فى القسمة ببينة أو بإطلاع المتقاسمين على الغلط. فإذا ادعى أحدهما الغلط وأنكر الآخر لا تسمع دعواه إلا بالبينة، فإن أقيمت البينة نقضت القسمة وأعيدت، وإن لم تكن بينة فلمدعى الغلط إحلاف الشريك الآخر(١).

بيان الراجح

وما يبدو لي رجحانه فى هذا المقام أن ادعاء الغلط فى القسمة يعتبر مبرراً كافيا لنقضها حتى لا يضار أحد المتقاسمين، وبخاصة أن اعادتها لن تلحق أدنى ضرر بأحدهما لأن المقصود بهذه الاعادة احقاق الحق واعطاء الحقوق لذويها.

وما استدل به الحنابلة والشافعية من أن حق مدعى الغلط من الزيادة فى حق شريكه يسقط برضاه، فهذا غير مسلم.

لأنه إنما يسقط بعلمه، وهو هنا لم يعلم.

وأما إذا ظن أنه أعطي حقه فرضى بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه، لأن اليقين لا يزول بالشك.

فالخلاصة أن حق أحد المتقاسمين لا يسقط بالغلط. أما مع العلم فيمكن أن يسقط لأن الإنسان إذا كان كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية له أن يتصرف فى ماله بأي طريق يراه بالإسقاط والإبراء والهبة والصدقة.

وكل ما تقدم كان فى قسمة التراضى.

أما إذا كانت القسمة بالقرعة فحاصل الكلام فيها على ما يلى:

إذا كانت القسمة تلزم بالقرعة، فدعوى المدعى إما أن تكون بالبينة أو تكون بغير البينة.

فإذا قسم المقسوم فى قسمة القرعة بين الشريكين ثم ادعى أحدهما الغلط فى القسمة وكانت دعوى المدعى مؤيدة بالبينة العادلة بأن أقام المدعى شاهدين عدلين على وجود الغلط فى القسمة، نقضت القسمة وأعيدت عند المالكية والشافعية فى الأصح والحنابلة(٢).

---

(١) اللمعة الدمشقية ١٢٠/٣، وتحرير الوسيلة ١٥١/١.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٥١٢/٣؛ المهذب ٣٠٩/٢؛ نهاية الحتاج ٢٧٦/٨؛ المغني لابن قدامة ١٢٩/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٩/٦.

وإنما اشترطت البينة هنا:

لأن المدعى لا يصدق إلا بالبينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بالحجة.

أما إذا لم تكن بينة وطلب المدعى يمين شريكه أنه لا فضل معه، حلف له.

فإن حلف مضت القسمة(١). لحديث النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "البينة على المدعى واليمين على من أنكر"(٢).

ولكن المالكية قيدوا حلف المنكر منهما بما إذا لم تطل المدة كالعام أو مدة تدل على الرضا بما وقع حيث كان وإلا فلا كلام للمدعى(٣).

وبناء على ما سبق: نستطيع أن نقول إن القول بنقض القسمة ـ التى تلزم بالقرعة ـ فى حال إدعاء الغلط وإثباته بالبينة محل اتفاق بين الفقهاء.

٣ ـ وجود العيب فى المقسوم:

إذا وجد العيب فى حصة أحد المتقاسمين بعد القسمة، فهل تنقض القسمة أم تمضى كما هي؟

للفقهاء فى هذه المسألة تفصيل.

قال الحنفية(٤): إذا وجد أحد الشركاء عيباً فى شيء من حصته بعد القسمة فلا يخلو هذا التواجد من:

---

(١) حاشية الدسوقى ٥١٢/٣؛ الشرح الكبير ٢٢٩/٦؛ المغنى ١٢٩/٩.

(٢) أخرجه البخارى فى ١١٦/٣ كتاب الرهن ـ باب (٦)؛ والترمذي فى سننه ٦٢٦/٣ كتاب الأحكام باب (١٢) ما جاء فى أن البينة على المدعى ـ حديث رقم ١٣٤١؛ وابن ماجة فى سننه ٧٧٨/٢ ـ باب (٧) كتاب الأحكام (١٣) حديث رقم ٢٣٢١؛ ولفظه فى صحيح البخاري وسنن الترمذي وسنن ابن ماجة هو: أن اليمين على المدعى عليه. وتلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ٢٠٨/٤ لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ـ طبع دار المعرفة ـ بيروت ـ ؛ سبل السلام ١٣٢/٤ للصنعانى ـ دار النشر الكتب الإسلامية، لاهور .

(٣) بلغة السالك ٢٤٤/٢؛ حاشية الدسوقى ٥١٢/٣.

(٤) راجع شرح المجلة للأتاسي ١٠١/٤؛ والنتف فى الفتاوى ٦١٩/٢.

ـ أن يكون قبل القبض.

ـ أو بعده.

فإن كان قبل القبض رد جميع نصيبه ونقضت القسمة سواء كان المقسوم شيئاً واحداً أو أشياء مختلفة كما فى البيع.

وإن كان بعد القبض فإن المقسوم:

إما أن يكون شيئاً واحداً حقيقة وحكماً كالدار الواحدة أو حكما لا حقيقة كالمكيل والموزون، فيرد من صار له العيب فى نصيبه جميع حصته وتنقض القسمة.

وإما يكون المقسوم أشياء مختلفة كالأغنام ففى هذه الحال يرد المعيب خاصة. ولكن قاضي القضاة محمد السغدي قال برد الجميع وابطال القسمة إذا وجد أحد الشركاء بواحد من المتاع أو الماشية عيبا، وإن شاء رضي وليس له أن يرد المعيب خاصة إلا برضا من الآخرين.

وكل ما تقدم فيما لو لم يكن هناك مانع من رد المعيب.

أما إذا امتنع الرد بالعيب لوجود المانع، فيرجع من صار له العيب فى حصته بالنقصان كما فى البيع إلا أن فى المبيع يرجع بتمام النقصان وفى القسمة يرجع بالنصف، لأن النقصان فى القسمة يئول إلى النصيبين(١).

وأما المالكية فنظروا إلى وجود العيب فى المقسوم نظرة أخرى حيث قالوا:(٢) إذا وجد أحد المتقاسمين عيباً قديما فى المقسوم ولم يظهر له عند القسمة فإنه لا يخلو من:

ـ أن يجد العيب فى الأكثر.

ـ أو فى الأقل.

والمراد بالأكثر الثلثان فما فوق، والمراد بالأقل النصف فأقل.

فإن وجد أحد الشريكين عيبا فى الأكثر من حصته فله رد القسمة وإبطالها، وتصير الشركة كما كانت قبل القسمة، سواء كان المقسوم دوراً أو أرضين أو رقيقاً أو عروضا.

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٢٨/٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقى ٥١٣/٣؛ الخرشي ١٩٧/٦ ـ ١٩٨؛ جواهر الأكليل ١٦٩/٢؛ بداية المجتهد ٤٠٤/٢.

وله التماسك ولا يرجع بشيء لأن خيرته تنفى ضرره.

وهذا لا يخلو من أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات أو لم يفت. فإن كان نصيب شريكه قد فات بيده إما بهدم أو بنار أو بصدقة أو حبس أو ما أشبه ذلك فإن واجد العيب يرد نصيبه على الشركة ويأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه. واعتبرت القيمة يوم القبض لأن لواجد العيب نقض القسمة فأشبهت البيع الفاسد فاعتبرت القيمة يوم القبض.

وإن كان نصيب شريكه لم يفت، إنفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها.

وإن كان العيب فى الأقل أي فى النصف أو أقل منه فإن القسمة لا تنقض بل يرجع صاحب المعيب على صاحب الصحيح بمثل قيمة نصف المعيب ولا يرجع شريكا فى الصحيح وتصير الشركة بينهما فى المعيب، بمعنى أن صاحب الصحيح يصير شريكا فى المعيب بنسبة ما أُخِذَ منه.

وأما الحنابلة فقالوا(١): إذا خرج فى نصيب أحد الشريكين عيب ولم يعلم به قبل القسمة، فهو مخير بين فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب، لأن ظهور العيب فى نصيبه نقص، وهذا يضره لأنه يخسر، فيخير بين الفسخ والأرش كالمشتري. فله الفسخ لأنه لا يريد تحمل الخسران، وإذا أراد الأرش فله أن يمضى القسمة ويأخذ بدل ما يتحمله من الخسران(٢).

المقارنة بين المذاهب

الحنفية كما تقدم يذهبون إلى القول بفسخ القسمة ورد جميع المعيب سواء ظهر العيب قبل القبض أو بعده، إلا إذا كان المعيب أشياء مختلفة ففى هذه الحالة قالوا برد المعيب فقط.

وأما الحنابلة فخيروا واجد العيب بين الفسخ أو الرجوع بالأرش.

وأما المالكية فقالوا بفسخ القسمة إذا كان العيب فى الأكثر وعدم فسخها إذا كان العيب فى الأقل وكذا قالوا بالتماسك لأن خيرته تنفى ضرره.

---

(١) انظر: المغني ١٣١/٩؛ الشرح الكبير ٢٣٠/٦؛ كشاف القناع ٣٨٣/٦؛ المعتمد ٥٣١/٢؛ التنقيح المشبع ص: ٣١٠.

(٢) الفواكه العديدة فى المسائل المفيدة ٣٣٣/٢ .

الترجيح

وبالجملة فالفقهاء فى فسخ القسمة بعد ظهور العيب فى المقسوم على رأيين:

أحدهما: يرى فسخ القسمة واعادتها من جديد.

وثانيهما: يرى عدم الفسخ فى حالات على ما تقدم.

وما يبدو لي رجحانه هنا ما قال بـه السادة الحنفية من الفسخ بعد ظهور العيب سواء فى ذلك ما قبل القبض أو بعده وسواء ظهر العيب فى الأكثر أو الأقل لأن من شروط القسمة أن تكون عادلة غير جائرة، فإذا ظهر العيب فى نصيب أحد الشريكين فمعنى هذا أن القسمة وقعت جائرة لا عادلة فكان لصاحب المعيب حق الرد بالعيب(١). وهو عين العدل على ما ترى.

وأما ما قاله المالكية من أن له التماسك فى حال ما إذا كان العيب فى الأكثر من حصته، لأن خيرته تنفى ضرره، فلا يسلم.

لأن الضرر هنا متحقق وهو نقصان نصيبه بالعيب، والضرر مدفوع شرعاً لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "لا ضرر ولا ضرار"(٢).

٤ ـ استحقاق بعض المال المقسوم:

إذا قسم الشركاء المال المشترك وتمت القسمة، لزمتهم. فلا يجوز الرجوع عنها ولا نقضها إلا بأمور ـ كما ذكرت سابقاً ـ ومنها الاستحقاق. واكمالاً للفائدة أتكلم هنا عن تعريف الاستحقاق لغة واصطلاحاً وعن أنواعه ثم عن حكمه.

أولاً: الاستحقاق لغة(٣):

الاستحقاق يأتى إما بمعنى طلب الحق، وإما بمعنى ثبوت الحق ووجوبه. واستحق الشيء: أي استوجبه. ومنه قوله تعالى: ﴿فإن عثر على أنهما استحقا إثما﴾(٤).

ثانيا: اصطلاحاً:

---

(١) البدائع ٢٨/٧.

(٢) أخرجه ابن ماجة فى سننه ٧٨٤/٢ ـ كتاب الاحكام (١٣) ـ باب (١٧) ـ حديث رقم ٢٣٤٠؛ وأحمد بن حنبل فى مسنده ٣٢٧/٥. والسنن الكبرى ٣٣/١٠، للإمام المحدث الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) طبع دار الفكر .

(٣) لسان العرب ٢٥٨/٣، والمصباح المنير ١٩٨/١ مادة (حق) بتصرف.

(٤) المائدة: الآية: ١٠٧.

عرفه الحنفية بأنه: ظهور كون الشيء حقاً واجبا للغير(١).

وعرفه المالكية بأنه: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله(٢).

والشافعية والحنابلة يستعملونه بالمعنى اللغوى، وباستقراء كلامهم وجد أنهم يستعملونه بالمعنى الاصطلاحى ولا يخرجون فيه عن الاستعمال اللغوي(٣).

أنواع الاستحقاق

الاستحقاق بالنسبة لفسخ العقد نوعان(٤):

١ ــ مبطل للملك بالكلية بحيث لا يبقى لأحد عليه غير المدعى حق التملك كالعتق والحرية الأصلية.

وحكمه: فسخ العقد بلا حاجة لحكم القاضي ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن.

٢ ــ ناقل للملك من شخص إلى آخر وهذا هو الغالب كأن ادعى زيد على خالد أن مافى يده من المتاع ملك له وبرهن على ادعائه.

وحكمه: أنه لا يفسخ العقد لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري وإنما يتوقف الأمر على إجازة المستحق أو فسخه.

حكم الاستحقاق فى القسمة

إذا ورد الاستحقاق على المقسوم، فلا يخلو الأمر فيه من أحد وجهين:

إما أن يرد الاستحقاق على كل المقسوم.

وإما أن يرد على جزئه.

أولاً: إذا ورد الإستحقاق على كل المقسوم بمعنى إذا ظهر بعد القسمة أن كل المقسوم مستحق لآخر بطلت القسمة إتفاقا، ولم تصح القسمة من الأصل لإنعدام شرط صحة

---

(١) رد المحتار ١٩١/٥.

(٢) الشرح الصغير ٦١٣/٣. جواهر الاكليل ١٥٤/٢.

(٣) نقل الموسوعة الفقهية ٢٢٠/٣ ــ الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ ــ ١٩٨٦ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ الكويت ـ مطبعة الموسوعة الفقهية ـ عن قليوبى وعميرة ١٩٥/٣ والمغني ٥٩٧/٤.

(٤) الدر المختار ورد المحتار ١٩٠/٥ ـ ١٩١.

القسمة وهو الملك المشترك، فلذلك تستأنف القسمة(١).

ثانيا: أما إذا ورد الإستحقاق على جزء المقسوم أي إذا تبين وجود شريك آخر فى المال المقسوم، فللفقهاء فى بطلان القسمة وبقائها صحيحة عند استحقاق البعض إتجاهات:

أ ـ ذهب الحنفية إلى بقاء القسمة صحيحة إن كان المستحق بعضا معيناً، سواء عندهم فى ذلك كون الجزء المستحق المعين فى نصيب أحد الشريكين أم فى نصيب كل منهما. فإن كان فى نصيب أحدهما رجع على شريكه بحصته المستحقة.

ويرى الشافعية والحنابلة والإمامية بقاءها صحيحة إن كان الإستحقاق فى نصيب الشريكيين على السواء وقالوا ببطلانها إن كان معيناً فى نصيب أحدهما(٢).

وذهب المالكية إلى التخيير بين التمسك بالباقى وعدم الرجوع بشيء، وبين الرجوع فيما بيد شريكه بنصف قدر المستحق إن كان قائما، وإلا فبنصف قيمته يوم قبضه، وهذا إن استحق النصف أو الثلث.

فإن كان المستحق الربع فلا خيار له والقسمة باقية لا تنقض، وليس له الرجوع إلا بنصف قيمة ما استحق(٣) ولم أقف على دليل لكل من الحنفية والمالكية فى هذه المسألة فيما طالعته من كتبهم .

وأما الشافعية والحنابلة والإمامية فقد استدلوا على بطلان القسمة إذا كان المستحق معينا فى نصيب أحدهما بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال(٤).

الوجه الثاني: أن ما بقي لكل ليس قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الاشاعة(٥).

---

(١) انظر البدائع ٢٤/٧؛ شرح منح الجليل ٦٥٤/٣؛ جواهر الأكليل ١٧٠/٢؛ البحر الزخار ١٠٩/٥.

(٢) الهداية مع نتائج الأفكار والكفاية وشرح العناية ٣٧٣/٨ ـ ٣٧٤؛ المهذب ٣٠٩/٢؛ نهاية المحتاج ٢٧٦/٨؛ المغنى ١٣٠/٩؛ كشاف القناع ٢٧٦/٦؛ اللمعة الدمشقية ١٢٠/٣.

(٣) انظر: حاشية الدسوقى ٥١٤/٣.

(٤) المغنى ١٣٠/٩؛ كشاف القناع ٢٧٦/٦؛ اللمعة الدمشقية ١٢٠/٣.

(٥) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨؛ اللمعة الدمشقية ١٢١/٣.

المقارنة والترجيح

والكلام فى هذه المسألة من جانبين:

أحدهما: إذا كان المستحق بعضاً معيناً فى نصيب الشريكين على السواء، فهذا محل الاتفاق بين الفقهاء فى صحة القسمة لوجهين:

الأول: أن ما يبقي لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه(١).

الثاني: أن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه(٢).

وكل هذا فيما لو كانت الحصة المستحقة من نصيبهما متساوية.

أما إذا كانت الحصة المستحقة مختلفة، بأن استحق من نصيب أحدهما ثلث ومن نصيب الآخر ثمن، فبيان الحكم فيه على ما سأتناوله فى الفقرة "ب" الآتية بعد قليل.

ثانيهما: إذا كان المستحق بعضا معينا فى نصيب أحد الشريكين، فإن الفقهاء قد اختلفوا فى صحة القسمة وبطلانها على ما يلى:

ذهب الحنفية خلافاً للجمهور إلى القول بصحة هذه القسمة.

ويبدو لي رجحان مذهب الحنفية لأن الاستحقاق لما ورد على جزء معين لم يظهر أن المستحق كان شريكا فى المال، فلا تبطل القسمة.

ب ـ والكلام هنا عن أمور على النحو التالي:

١ ـ إذا كان المستحق بعضا شائعا فى كل المقسوم، كالخمس أو الربع، فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك على مذهبين:

المذهب الأول لجمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة والإمامية وقد ذهبوا إلى القول ببطلان القسمة(٣).

وقد استدل الجمهور على بطلان القسمة بالمعقول من ثلاثة أوجه:

١ ـ أن القسمة تبطل دفعا للضرر عن المستحق بتفريق نصيبه(٤).

---

(١) المغنى ٩/١٣٠.

(٢) المرجع السابق، وكشاف القناع ٦/٢٧٦.

(٣) انظر: الهداية مع نتائج الأفكار والكفاية ٨/٣٧٤، ورد المحتار ٦/٢٦٦، والمغنى ٩/١٣٠، والشرح الكبير ٦/٢٣٠، واللمعة الدمشقية ٣/١٢٠ ـ ١٢١.

(٤) شرح المجلة للأتاسى ٤/٦١.

٢ ـ وأن المستحق شريك لهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه، فاشبه ما لوكان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه ولم تقع القسمة برضائه(١).

٣ ـ أن القسمة تبطل هنا لفوات التعديل، والتعديل من شروط صحة القسمة(٢).

المذهب الثانى للشافعية وعندهم تفصيل هو:

أنهم قالوا ببطلان القسمة فى القدر المستحق إن كان شائعا.

أما الباقى فلهم فى بطلان القسمة فيه من عدمه وجهان(٣):

أحدهما: وهو قول علي بن أبى هريرة: أنه يبنى على تفريق الصفقة.

فإن قلنا: إن الصفقة لا تفرق بطلت القسمة فى الجميع.

وإن قلنا: إنها تفرق صحت فى الباقى.

وثانيهما: وهو قول أبى إسحق: إن القسمة تبطل فى الباقى، لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لأن المستحق صار شريكاً لكل واحد منهما فبطلت القسمة.

وقال صاحب مغنى المحتاج: "إن القول الثانى هو ما صححه الأكثرون وهو المفتى به فى المذهب"(٤).

٢ ـ وإن كان المستحق شائعا فى النصيبين وكان فى أحد النصيبين أكثر من الآخر، بطلت القسمة عند المالكية(٥) والشافعية(٦) والحنابلة(٧) والإمامية(٨)، لأنها قسمة لم تعدل فيها السهام.

ومثال ذلك: إذا كانت حصة المستحق مختلفة بأن كان له من حصة أحدهما ثلث، ومن حصة الآخر ثمن، فإنه يختلف تعديل السهام حينئذ فتبطل القسمة.

ولكن المالكية قيدوا البطلان بأن يكون هذا الأكثر أكثر من النصف، فيرجع شريكا

---

(١) المغني ١٣٠/٩، ورد المحتار ٢٦٦/٦، واللمعة الدمشقية ١٢٠/٣ ـ ١٢١.

(٢) انظر المغنى ١٣١/٩.

(٣) المهذب ٣٠٩/٢ ـ ٣١٠، ومغنى المحتاج ٤٢٥/٤.

(٤) مغنى المحتاج ٤٢٥/٤.

(٥) حاشية الدسوقى ٥١٤/٣.

(٦) مغنى المحتاج ٤٢٥/٤.

(٧) المغنى ١٣٠/٩؛ الشرح الكبير ٢٣٠/٦.

(٨) اللمعة الدمشقية ١٢٠/٣.

فى الجميع إن شاء، أو يبقى القسمة إن شاء على حالها فلا يرجع بشيء(١).

وذهب الحنفية إلى التخيير بين رد الباقى والإقتسام ثانيا ـــ أي فسخ القسمة وإعادتها مرة أخرى ـ وبين الإبقاء على القسمة والرجوع على الشريك بقدر ما إستحق(٢).

الترجيح

والراجح فى هذا ما ذهب إليه الجمهور من القول ببطلان القسمة.

لأن حصة المستحق فى كل جزء تختلف عن الآخر حيث تكون حصة المستحق فى أحد النصيبين أكثر من الآخر، فإنه يختلف تعديل السهام وهذا مقصود القسمة، فحينئذ تبطل القسمة وتعاد لتعديل الحصص مرة أخرى. والله أعلم.

٣ ـ وإذا كان المستحق بعضاً شائعاً فى أحد الأنصبة، لم تفسخ القسمة جبراً على المستحق منه عند أبى حنيفة ومحمد، وإنما يخير المستحق منه بين فسخ القسمة وبين الرجوع بحصة البعض الشائع فى نصيب صاحبه.

وقال أبو يوسف بفسخها. ولكل فريق حجة لما قاله.

فحجة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله :

أن المقصود بالقسمة التمييز والإفراز ولا ينعدم بإستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد، بخلاف إستحقاق الشائع فى الكل لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض فى الكل.

وحجة أبى يوسف ـ رحمه الله ـ فى فسخ القسمة هى أنه بإستحقاق بعض شائع ظهر شريك آخر، والقسمة بدونه لا تصح، فصار كما إذا إستحق بعض شائع فى الكل بخلاف المعين لأن ما وراء المستحق يبقى مفرزاً على حاله ليس للغير فيه حق(٣).

والأصح قول أبى حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ لوجاهة دليلهما، لأن المقصود بالقسمة إفراز الحقين، والإفراز لا ينعدم بالإستحقاق بجزء شائع فى أحد النصيبين. والله أعلم بالصواب.

---

(١) حاشية الدسوقي ٥١٤/٣.

(٢) انظر الكفاية مع نتائج الأفكار ٣٧٤/٨؛ رد المحتار ٢٦٦/٦؛ شرح المجلة للأتاسي ٦١/٤.

(٣) شرح العناية بهامش نتائج الفكار مع الكفاية ٣٧٣/٨ ـ ٣٧٤؛ تبيين الحقائق ٢٧٤/٥؛ تكملة البحر ١٥٦/٨؛ رد المحتار ٢٦٦/٦؛ شرح المجلة الأتاسي ٦٢/٤.

الفصل الرابع

في

القاسم والمقسوم، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعيين القاسم وشروطه وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعيين القاسم

المطلب الثاني: شروط القاسم

المبحث الثاني: في أجرته، وهل تكون على عدد الرؤوس أو الأنصباء؟.

المبحث الثالث: في المقسوم، وهو إما يكون عينا أو منفعةً.

المبحث الأول

في

تعيين القاسم وشروطه

المطلب الأول

تعيين القاسم

القاسم هو الذى يمارس القسمة، والقسمة قد تكون من الشركاء أو منصوبهم عند التراضى أو قد تكون من القاضى أو أمينه (منصوبه).

فللشركاء أن يتولوا إجراء القسمة بأنفسهم أو بممنصوبهم عند التراضى إلا إذا كان فيهم صغير فتحتاج القسمة إلى أمر القاضى.

لأن الصغير لا ولاية للشركاء عليه، فالقاضى ينصب من يقسم عليه؛ فإن لم ينصب القاضى له من يقسم، فإن الشركاء قد يعينون وكيلاً عنه ، أو يقسم على الصبى وصيه أو وليه.

وإن لم يقسم الشركاء المال المشترك بينهم بأنفسهم أو بواسطة منصوبهم، فإن القسمة تكون عند القاضى عند المرافعة إليه.

فيندب للقاضى أن ينصب قاسماً دائما، ليقسم الأموال المشتركة بين أصحابها بغير أجر(١)، ويرزق من بيت المال، وهو أحب وأولى، لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة، ولأن القسمة من جنس عمل القضاء بحيث يتم به فصل الخصومات وقطع المنازعات،

ولأن منفعة تعيين القاسم تعم عامة الناس، فاشبه رزق القاضى، فتكون كفايته فى مال عامة الناس غرماً بالغنم.

وللقاضى الحق فى تعيين قاسم دائم تكون وظيفته القسمة بين الشركاء عند الطلب

---

(١) وسيأتى الكلام عن أقوال أهل العلم فى أجرة القاسم فى موضعه من هذا البحث.

وهذا ما يسمى بالقاسم الدائم. كما أن له الحق فى تعيين قاسم مؤقت يقسم بين الشركاء بأجر المثل على حساب المتقاسمين، لأنها ليست بقضاء حقيقة فجاز للقاسم أخذ الأجرة عليها لأن نفع القسمة يعود على الشركاء على الخصوص.

وعلى القاضى ألا يجبر الشركاء على قاسم واحد بمعنى أن لا يجبر القاضى الناس على أن يستأجروه.

لأن القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء ولا جبر فيها. فلو أجبرهم على الاحتكام لقاسم واحد لأدى ذلك إلى أن يطلب القاسم الزيادة على أجر مثله وفى هذا من الضرر على الشركاء ما لا يخفى.

وكذلك للقاضى الحق فى عدم ترك القاسمين فى تولى هذا العمل بالاشتراك لأن اشتراكهم على هذا الوجه من شأنه أن يؤدى إلى تحكمهم فى الناس فى الأجر بالارتفاع والغلاء، الأمر الذى يتحقق معه الضرر بالشركاء، والضرر مدفوع شرعا كما هو نص الحديث(١).

ومع ذلك فالقاسمون إذا قاموا بتكوين نقابة لهم على ما هو مشاهد فى العصر الحديث بإشراف الحاكم جاز، لأن الحاكم يوافق على نظام النقابة، ويمنع المغالاة فى الأجر(٢).

والقاسم إذا عين من جهة القاضى فإنه يقسم المشترك إذا كان فى القسمة منفعة للشركاء وإذا كانت تضر الشركاء أو أحدهم، أو لاحاجة للقسمة، فإن القاسم لا يقسم والحالة هذه عليهم وإنما يفوض الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم، لأنه إذا كان هناك ضرر عليهم فى هذه الحال فهم الذين أدخلوه على أنفسهم و فى ذلك يقول علاء الدين

---

(١) أعنى حديث [لا ضرر ولا ضرار].

(٢) انظر: الهداية ٤١/٤ ــ ٤٢؛ الجوهرة النيرة ٤٧/١؛ الاختيار ٧٣/٢؛ مجمع الأنهر ٤٨٨/٢ ــ ٤٨٩؛ تكملة البحر ١٤٨/٨؛ تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ كشف الحقائق ٢٠٩/٢؛ قال ابن عابدين فى رد المحتار ٢٥٥/٦ ــ ٢٥٦: "يرزق من بيت المال أى المعد لمال الخراج وغيره مما أخذ من الكفار كالجزية وصدقة بنى تغلب فلا يرزق من بيوت الأموال الثلاثة الباقية كبيت مال الزكاة وغيره إلا بطريق القرض".

وانظر أيضاً: حاشية البجيرمى ٣٦٨/٤؛ نهاية المحتاج ٢٦٩/٨؛ المهذب ٣٠٦/٢؛ روضة الطالبين ٢٠١/١١؛ المغنى ١٢٧/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٤/٦؛ كشاف القناع ٣٧٨/٦.

السمرقندى: "فإن كانت القسمة من القاضى عند المرافعة إليه: فإن كان فى ذلك منفعة لهم: فإنه يقسم. وإن كان فيه ضرر أو لا حاجة لهم إلى ذلك: فإنه لا يفعل وإن تراضيا عليه"(١).

ومثال ذلك: إذا كان الحمام مشتركاً بين اثنين وطلبا من القاضى القسمة لا يقسم، لأن فى القسمة ضرراً، لانهما يتضرران بذلك، لأنه لا يمكن الإنتفاع ببعض الحمام دون البعض، ولو قسما بأنفسهما جاز، لولا يتهما على أنفسهما وأموالهما(٢).

ومما تجب ملاحظته فى هذا المقام أن الشركاء إذا نصبوا قاسماً بأنفسهم، فقسم لهم المشترك فإن قسمته تلزمهم بشرط أن يكون القاسم على صفة الحاكم فى العدالة ومعرفة القسمة، وأما إذا لم يكن عارفاً بالقسمة أو كان كافراً أو فاسقاً فإن قسمته لا تلزمهم إلا بتراضيهم(٣).

---

(١) تحفةالفقهاء ٢٧٩/٣؛ وانظر المبسوط ٥١/١٥ ـ ٥٢.

(٢) تحفة الفقهاء ٢٧٩/٣ ـ ٢٨٠.

(٣) انظر: المقنع ٦٤٨/٣ ـ ٦٤٩؛ وكشاف القناع ٣٧٨/٦ ـ ٣٧٩؛ والمغنى ١٢٧/٩ ـ ١٢٨.

المطلب الثانى

شروط القاسم

اشترط الحنفية فى القاسم شروطا، وهي نوعان(١).

ـ جواز

ـ واستحباب

أما شرط الجواز فهو العقل، فلا تجوز قسمة المجنون والصبى الذى لا يعقل لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية.

ولم يشترط الحنفية البلوغ لجواز القسمة، حتى تجوز قسمة الصبى الذى يعقل القسمة بإذن وليه، وكذلك لم يشترطوا الاسلام والذكورة والحرية لجواز القسمة، فتجوز قسمة الذمى والمرأة والمكاتب والمأذون.

وحجتهم فى ذلك أن الصبى المميز الذى يعقل تصح تصرفاته فى العقود المترددة بين الضرر والنفع، والقسمة دائرة بينهما أي بين النفع والضرر، فتصح قسمته ولكنها موقوفة على إذن وليه(٢).

أما شروط الاستحباب فهي على ما يلى:

١ ـ أن يكون القاسم عدلاً، أمينا، عالماً بالقسمة لأنه لو كان غير عدل بأن كان خائناً أو جاهلا بأمور القسمة يخشى منه الجور فى القسمة وهو لا يجوز.

---

(١) البدائع ١٨/٧ ـ ١٩؛ وانظر أيضاً تكملة الفتح ٣٥١/٨؛ والدر المختار و رد المحتار ٢٥٦/٦ ـ ٢٥٧؛ تبيين الحقائق ٢٦٥/٥؛ واللباب فى شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى، والكتاب للقدورى، تحقيق وتعليق محمد محى الدين عبد الحميد ٢١٩/١ ـ الطبعة الرابعة، مكتبة مطبعة محمد علي صبيح ـ مصر ـ ١٣٨١هـ، ١٩٦١م.

(٢) انظر العوارض السماوية للأهلية للدكتور رمضان هيتمى ص: ١١٨، الطبعة الأولى ـ ١٤١٢هـ، ١٩٩١م، دار الطباعة المحمدية بالقاهرة. وأصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان ص: ١٨٨ ـ ١٨٩، دار النهضة العربية ـ القاهرة سنة ١٩٧٠م.

٢ ـ أن يكون منصوب القاضى لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولأنه أجمع لشرائط الأمانة.

٣ ـ المبالغة فى تعديل الأنصباء، والتسوية بين السهام، بأقصى الإمكان لئلا يدخل نقص فى سهم، وينبغى أن لايدع حقاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب إلا إذا لم يكن. وينبغى أن لا يضم نصيب بعض الشركاء إلى بعض إلا إذا رضوا بالضم لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً.

٤ ـ أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة.... لتطييب النفوس ولورود السنة بها(١)، ولأن ذلك أنفى للتهمة.

وأما المالكية فاشترطوا فى القاسم العدالة والحرية لأن القاضى لا يقيم مقامه إلا العدول بخلاف القاسم الذى أقامه الشركاء(٢).

وأما الحنابلة والزيدية فاشترطوا فيه الإسلام والتكليف والعدل والعلم بالقسمة والحساب(٣).

واشترط الشافعية فيه سبعة شروط(٤).

١ ـ الإسلام.

٢ ـ البلوغ.

٣ ـ العقل.

٤ ـ الحرية.

٥ ـ الذكورة.

٦ ـ العدالة.

٧ ـ وعلم المساحة وعلم الحساب.

---

(١) روى أحمد والشيخان عن عائشة: "أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ كان إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه، فأيتهن خرج سهمها، خرج بها معه".

نيل الأوطار ٢١٧/٦ ـ للشيخ الامام قاضى قضاة القطر اليماني محمد بن علي بن محمد الشوكانى (ت ـ ١٢٥٥هـ) ـ المكتبة التوفيقية ـ بدون تاريخ الطبع.

(٢) انظر حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣؛ حاشية العدوى مع الخرشى ١٨٥/٦.

(٣) انظر: كشاف القناع ٣٧٨/٦؛ المغنى ١٢٧/٩؛ المعتمد ٥٢٩/٢؛ والبحر الزخار ١٠٨/٥.

(٤) التذهيب فى أدلة متن الغاية والتقريب ص: ٢٦٦ للدكتور مصطفى ديب البغا، مؤسسة علوم القرآن ـ دمشق ـ بيروت؛ والإقناع ٢/ ٢٧١؛ ونهاية المحتاج ٢٦٩/٨؛ وروضة الطالبين ٢٠١/١١.

وإنما اشترطت الشرائط الستة الأولى لأن القاسم له ولاية على من يقسم لهم، لأن قسمته ملزمة، فمن لم تتوفر فيه هذه الشروط فليس من أهل الولاية.

وأما معرفة المساحة والحساب، وما يحتاج إليه حسب المقسوم فلأن معرفة المساحة آلة القسمة كما أن معرفة أحكام الشرع آلة القضاء.

وزاد الماوردى على هذه الشروط:

أن يكون القاسم عفيفاً عن الطمع حتى لا يرتشى ولا يخون. وهل يشترط فيه معرفة التقويم؟ فيه وجهان عند الشافعية(١).

أحدهما: لا يشترط كما جرى عليه ابن المقرى.

وثانيهما: قال الأسنوى: جزم بإستحبابه القاضيان: البندنيجى وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم.

وتشترط هذه الشروط المذكورة فى القاسم إذا كان معيناً من قبل القاضى.

أما إذا كان منصوباً من جهة الشركاء بتراضيهم ليقسم بينهم، لم يفتقر إلى جميع هذه الشروط، وإنما يكتفى أن يكون مكلفاً ـ أى بالغاً عاقلاً ـ لأنه لا ولاية له فى هذه الحالة على الشركاء وإنما هو وكيل عنهم(٢).

ومما سبق نستطيع أن نفهم بأن القاسم لا بد أن يكون مكلفاً، سواء كان القاسم معينا من جهة القاضى أو من جهة الشركاء، لأن المكلف هو الذى يحكم على أفعاله بالقبول أو الرد، وأساس التكليف هو العقل والفهم.

وفى ذلك يقول الآمدى(٣): "إتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلا فاهما للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولافهم محال، كالجماد والبهيمة. غير أنه لما كان الفعل والفهم فيه خفياً، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ، وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عليه. ودليله قوله عليه الصلاة والسلام: "أن القلم رفع عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق

---

(١) الإقناع ٢/٢٧١.

(٢) انظر: حاشية البجيرمى ٤/٣٦٩، بجيرمى على الخطيب ٤/٣٣٩، التذهيب ص: ٢٦٦ ــ ٢٦٧، والفقه الإسلامى وأدلته لوهبة الزحيلى ٥/٦٨١.

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام ١/١٣٨ ـ ١٣٩ للشيخ الإمام سيف الدين أبى الحسن علي بن أبى علي ابن محمد الآمدى. بدون مكان الطبع وتاريخه.

وعن الصبى حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ"(١).

يستفاد من هذا الكلام أن عماد التكليف العقل، وأنه لا يصل إلى حد التكليف إلا إذا تكامل نموه، وأنه لا بد من ضابط ظاهر وهو البلوغ فكان البلوغ حداً فاصلاً بين نقصان العقل وكماله.

---

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه عن علي ـ رضى الله عنه ـ ١٦٩/٦ ـ كتاب الطلاق، باب (١١).
ـ وأخرجه أبو داود فى سننه ٥٥٨/٤ ـ ٥٦٠ باب (١٦) ـ حديث رقم: ٤٣٩٨، ٤٣٩٩، ٤٤٠١، ٤٤٠٢، ٤٤٠٣ ـ ولفظه يختلف عن لفظ البخارى حيث ذكر بدلاً من المجنون لفظ "عن المبتلى حتى يبرأ" فى بعض الأحاديث، وفى البعض الآخر ذكر لفظ "عن المعتوه حتى يبرأ". وكذلك ذكر بدلاً من لفظ "يدرك" لفظ "يحتلم". رواه عن علي وعائشة ـ رضى الله عنهما ـ
ـ وأخرجه الترمذى فى سننه عن علي ـ رضى الله عنه ـ ٣٢/٤ ـ كتاب الحدود (١٥) باب (١) حديث رقم: ١٤٢٣، ولفظه يختلف حيث ذكر "عن الصبى حتى يشب" "وعن المعتوه حتى يعقل".
ـ وأخرجه ابن ماجه فى سننه عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ ٦٥٨/١ ـ كتاب الطلاق (١٠) باب (١٥) حديث رقم: ٢٠٤١ ـ ولفظه: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق".
ـ وأخرجه الدارمي فى سننه عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ ص:٥٦٧ ـ كتاب الحدود (١٣) باب (١) ولفظه مثل لفظ ابن ماجة إلا أنه ذكر بدلاً من لفظ (يكبر) لفظ (يحتلم).
ـ وأخرجه أحمد بن حنبل فى مسنده عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ ١٠٠/٦، ١٠١، ١٤٤، ولفظه مثل ما أخرجه الدارمي فى سننه.

هل يتعدد القسام؟

بمعنى هل تجرى القسمة بقاسم واحد أو أكثر؟

والمذاهب فى ذلك على ما يلي:

ـ ذهب المالكية والشافعى فى قول له، والحنابلة والزيدية إلى صحة القسمة بقاسم واحد إذا لم يكن فى القسمة تقويم لأنه ينفذ ما يجتهد فيه، فأشبه القائف* والحاكم(١).

قال الإمام مالك ـ رحمه الله ـ: يكفى واحد، والأحسن اثنان.

وقال أبو إسحاق التونسى: لابد من إثنين(٢). وقال ابن حبيب: الأولى اثنان(٣). واشترطهما ابن شعبان(٤).

وفى قول للشافعى ـ رحمه الله تعالى ـ يشترط اثنان بناء على المرجوح من أنه شاهد لاحاكم(٥)، ولكن على المذهب يكفى قاسم واحد(٦).

ومنشأ الخلاف هل القاسم يشبه الحاكم والراوى أو الشاهد؟ والأظهر أنه يشبه الحاكم ـ على ما ذكره الإمام الشنقيطى ـ لأن الحاكم استنابه فى ذلك، قال الشنقيطى وهو المشهور عندنا(٧).

فإن كان فى القسمة تقويم أى تقدير قيمة السلع المشتركة، فلا بد فيها من تعدد القسام (المقومين) عند هؤلاء الفقهاء، لأن التقويم شهادة بالقيمة، والشهادة لا تصح إلا من

---

* **القائف:** هو الذى يعرف النسب بفراسته، ونظره إلى أعضاء المولود. القاموس الفقهى لأبى جيب ص: ٢٠٩. أو هو الذى يعرف أن فلانا ابن فلان بالشبه. الخرشى ١٨٥/٦.

(١) انظر حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣؛ الخرشى ١٨٥/٦؛ وفرق العدوى فى حاشيته: بين القاسم والمقوم فقال: "أن القاسم نائب عن الحاكم فاكتفى فيه بالواحد والمقوم كالشاهد على القيمة فترجح فيه جانب الشهادة". حاشية العدوى مع الخرشى ١٨٥/٦؛ نهاية المحتاج ٢٧٠/٨؛ الإقناع ٢٧٢/٢؛ المغنى ١٢٨/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٥/٦؛ كشاف القناع ٣٨٠/٦؛ البحر الزخار ١٠٨/٥.

(٢) مواهب الجليل للشنقيطى ١٠٠/٤.

(٣) شرح منح الجليل ٦٢٤/٣؛ جواهر الأكليل ١٦٥/٢؛ الخرشى ١٨٥/٦.

(٤) شرح منح الجليل ٦٢٤/٣؛ جواهر الأكليل ١٦٥/٢.

(٥) نهاية المحتاج ٢٧٠/٨؛ وانظر أيضاً روضة الطالبين ٢٠١/١١.

(٦) انظر روضة الطالبين ٢٠١/١١.

(٧) مواهب الجليل للشنقيطى ١٠٠/٤.

إثنين، فلابد فى التقويم من إثنين، فاعتبر العدد من حيث التقويم لا القسمة(١).

وما يبدو لى رجحانه فى هذا المقام هو الاكتفاء فى التقويم بقاسم واحد لأنه إذا تحققت فيه شروط معرفة علم المساحة والحساب وكان عادلاً وكفئاً، انتفى الضرر من مثله على المتقاسمين، وإذا انتفى الضرر جازت القسمة ـ والله أعلم.

---

(١) الخرشى ١٨٥/٦؛ حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣؛ مواهب الجليل للشنقيطى ١٠٠/٤؛ المهذب ٣٠٦/٢؛ حاشية البجيرمى ٣٦٩/٤؛ الإقناع ٢٧٢/٢؛ منتهى الإرادات ٦٢٢/٢؛ المقنع ٦٤٩/٣، وجاء فيه: "هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب"؛ وجاء فى البحر الزخار ١٠٨/٥: "بل يقوم عدلان كالشهادة ... وهو المذهب"؛ التذهيب ص:٢٦٦ ـ ٢٦٧.

المبحث الثانى

فى

أجرة القاسم

وهل تكون على عدد الرؤوس أو الأنصباء؟

قلنا إن القاسم إما أن يكون معينا من قبل القاضي وإما أن يكون معينا من قبل الشركاء.

فإن كان منصوبا من جهة الإمام يعطى رزقه من بيت المال بالاتفاق(١)، إذا كان فيه سعة.

لأن القسمة من جنس عمل القضاء، ولأن منفعته تعم الناس ـ كما بينا ـ كمنفعة القاضى والمفتى والمقاتل، فتكون كفايته فى بيت مال المسلمين.

وقد روى أن عليا ـ رضي الله عنه ـ اتخذ قاسماً وجعل له رزقا من بيت المال(٢).

ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه(٣) ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرة. وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفرض على القاضى مباشرتها، وإنما الذى يفرض عليه أن يجبر الآبى على القسمة.

وأما إذا لم يكن فى بيت المال شىء ولم يكف مؤنته منه، فأجرته على الشركاء بإتفاق الفقهاء.

ولكن محل الخلاف هو هل تكون أجرته على عدد الرؤوس أو الانصباء؟

قد إختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين.

١ ـ ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان ـ أبو يوسف ومحمد ـ من الحنفية، والشافعى

---

(١) انظر: المبسوط ٧/١٥؛ الدرر الحكام ٤٢١/٢؛ كشف الحقائق ٢٠٩/٢؛ روضة الطالبين ٢٠٢/١١؛ المغنى ١٢٨/٩.

(٢) المغنى ١٢٨/٩؛ وانظر أيضاً البحر الزخار ١٠٨/٥.

(٣) تبيين الحقائق ٢٦٥/٥، وتكملة البحر ١٤٨/٨.

وأحمد (رحمهم الله) إلى أن أجرة القاسم تكون على قدر الأنصباء(١).

٢ ـ وذهب الإمامان أبو حنيفة ومالك ـ رحمهما الله ـ إلى أن أجرته تكون على عدد الرؤوس ولا تتفاوت بتفاوت الأنصباء (٢).

حجة المجهور:

إستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالمعقول من وجهين(٣).

الأول: أن عمل القسمة مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم على وجه النفقة على قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان إن إستأجروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم.

الثانى: أن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم إلى الإنتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكثر من منفعة نصيب صاحب القليل أو لأن الغرم مقابل بالغنم والغنم بين الشركاء على قدر الملك فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك.

حجة غير المجهور:

وحجة أبى حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الأجرة بمقابلة العمل وعمل القاسم فى حق الكل على السواء فكانت الأجرة عليهم على السواء وهذا لأن عمله تمييز الأنصاء، والتمييز عمل واحد لأن تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل، والتفاوت فى شىء واحد محال. وإذا لم يتفاوت العمل لاتتفاوت الأجرة بخلاف النفقة لأنها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق(٤).

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/٥؛ البدائع ١٩/٧؛ مجمع الأنهر ٤٨٩/٢؛ نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ والمهذب ٣٠٦/٢؛ المغنى ١٢٨/٩؛ المحرر ٦٢٤/٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/٥؛ البدائع ١٩/٧؛ مجمع الأنهر ٤٨٩/٢؛ الخرشى ١٨٥/٦؛ مواهب الجليل للشنقيطى ١٠٠/٤؛ بلغة السالك ٢٤٠/٢.

(٣) المبسوط ٦/١٥؛ وانظر أيضاً: تكملة البحر ١٤٨/٨ ـ ١٤٩، الدرر الحكام ٤٢١/٢؛ تبيين الحقائق ٢٦٦/٥؛ المهذب ٣٠٦/٢؛ نهاية المحتاج ٢٧٠/٨؛ المغنى ١٢٨/٩.

(٤) بدائع الصنائع ١٩/٧؛ وانظر أيضاً تكملة البحر ١٤٩/٨؛ الكفاية ٣٥٢/٨؛ تبيين الحقائق ٢٦٦/٥؛ المبسوط ٦/١٥؛ الدرر الحكام ٤٢١/٢.

كما استدل الإمام مالك ـ رحمه الله ـ بدليل آخر وهو أن تعب القسام فى تمييز النصيب اليسير كتعبه فى تمييز النصيب الكثير(١). والدليلان متقاربان جداً إلى حد التطابق.

بيان الراجح

الراجح عندى ـ والله أعلم ـ قول الإمامين أبى حنيفة ومالك ـ رحمهما الله ـ لأن القاسم يقوم بعمل قسمة المشترك بين الشركاء، والعمل كما قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ لا يتفاوت، فإذا لم يتفاوت العمل فالأجرة لا تتفاوت كذلك.

وأن تعب القاسم فى تمييز النصيب القليل بمثل تعبه فى تمييز الكثير من القليل.

وكذلك أن إختلاف المقادير لا يوجب زيادة فى فعل القاسم، بل ربما أثر قليل الأنصباء زيادة فى العمل، وذلك أنه لو كان لثلاثة أشراك أرض، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلاثة أثمانها، وللثالث ثمنها، لأثر الثمن نتيجة لصغره زيادة فى العمل لأن القاسم يحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثماناً، ولو إنقسمت على النصف بأن يكون لاثنين فيكون لكل واحد منهما نصفها ولكان العمل والقسمة فيها أقل، فإن قليل الجزء يؤثر فى العمل ما لا يؤثر كثيره، فبطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير، فيجب إطراح ذلك والإعتبار بعدد الرؤوس.

وأن الحساب لا يدق إذا إستوت الأنصباء وإنما يدق عند تفاوت الأنصباء وتزداد دقته بقلة بعض الأنصباء فلعل تمييز نصيب القليل ـ كما قلنا آنفاً ـ أصعب من تمييز نصيب صاحب الكبير ولكن لا يعتبر ذلك لأن التمييز حصل بعمل واحد وهما فى ذلك العمل سواء بخلاف النفقة فإنها لإبقاء الملك، وحاجة الكبير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قاله المخالف من أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر.

لأن ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذى استوجب الأجر به (٢).

وكل ما تقدم فيما لو كان القاسم منصوب القاضى ولم يكن فى بيت المال شيء ليرزق منه.

---

(١) الخرشى ٦/١٨٦، وانظر أيضا حاشية محمد عليش مع حاشية الدسوقى ٣/٥٠٠.

(٢) المبسوط ١٥/٦ [بتصرف].

أما إذا كان القاسم منصوباً بإختيار الشركاء ففى أجرته اختلف الفقهاء على قولين:

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم: صاحبا أبى حنيفة ـ أبو يوسف ومحمد ـ والشافعى والحنابلة والمالكية إلى أن أجرة القسمة بين المتقاسمين وإن كان أحدهما طالباً للقسمة(١).

وروى الحسن عن أبى حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أن الأجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع.

وحجته:

أن الطالب هو المنتفع دون الآخر فتكون الأجرة على من ينتفع(٢).

حجة الجمهور:

أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء فكانت الأجرة عليهما كما لو تراضوا عليها(٣).

والراجح ماذهب إليه الجمهور من أن الأجرة تكون عليهما بالسوية ولو طلبت القسمة من أحدهما لأن القاسم يستحق الأجرة بقيامه على عمل القسمة، وبفعل القاسم يتعين نصيب الشريكين لينتفع كل منهما بنصيبه على وجه الاختصاص. فالممتنع ـ كذلك ـ ينتفع بنصيبه بمثل ما ينتفع الطالب للقسمة بنصيبه. فلما إستوى الشريكان فى الإنتفاع بالقسمة، فإنهما يستويان فى دفع الأجرة للقاسم لأن الغنم بالغرم. والله أعلم.

---

(١) أنظر: تبيين الحقائق ٢٦٦/٥؛ تكملة البحر ١٤٨/٨؛ الإختيار ٧٣/٢ ــ ٧٤؛ وجاء فى الخرشى ١٨٥/٦: "أن القاسم أجره على عدد الورثة ممن طلب القسم أو أباه". وحاشية الدسوقى ٥٠٠/٣؛ حاشية البجيرمى ٣٦٩/٤؛ روضة الطالبين ٢٠٢/١١؛ المغنى ١٢٨/٩.

(٢) تكملة البحر ١٤٩/٨؛ وتبيين الحقائق ٢٦٦/٥؛ وانظر أيضاً: الإختيار ٧٤/٢.

(٣) المغنى ١٢٩/٩.

المبحث الثالث

في

المقسوم، وهو إما يكون عيناً أو منفعةً.

اشترط الفقهاء في المال المقسوم الشروط الآتية:

الشرط الأول:

كون المقسوم عيناً(١) فلا يصح تقسيم الدين المشترك(٢) قبل القبض.

مثلاً: إذا كان للمتوفى ديون في ذمة أشخاص متعددين وإقتسمها الورثة علىأن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث لا يصح. وفي هذه الصورة فإن ما حصله أحد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر.

وكذا لوكان للمتوفى دين وعين فاقتسم الورثة العين والدين جملة فجعلوا الدين لهذا الوارث، والعين للوارث الآخر، أو جعلوا بعض الدين وبعض العين لهذا، والبعض الآخر منهما لذاك، فالقسمة باطلة. وإن إقتسموا الأعيان أولاً ثم قسموا الديون، فقسمة الأعيان صحيحة، وقسمة الديون باطلة.

لأن الدين معدوم حقيقة، وقسمة المعدوم باطلة(٣).

ومن أدلة عدم جواز قسمة الدين أيضاً:

أنها لا تتحقق قبل القبض، لأن القسمة إفراز والدين مجتمع في محل واحد فلا يتحقق الإفراز.

---

(١) شرح المجلة ٥٨/٤ ـ المادة (١١٢٣).

(٢) الدين المشترك: هو ما إذا كان لاثنين أو أكثر في ذمة واحد دين ناشيء من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم، وإذا لم يكن سببه متحداً فليس بدين مشترك: أنظر المادتين (١٠٩١) و(١٠٩٥) في شرح المجلة ٣٠/٤ ـ ٣٢.

(٣) شرح المجلة لرستم باز اللبناني ص: ٦٢١؛ وانظرأيضاً: شرح المجلة للأتاسي ٥٨/٤ ـ ٥٩.

وعلله الزيلعي في تبيين الحقائق(١) بقوله: إن القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والإفراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لأنه وصف في الذمة.

فإن كان الدين غير مشترك(٢) فكل واحد من الدائنين يستوفي دينه من المديون على حدة. وما يقبضه كل واحد يحسب من دين نفسه ليس للدائن الآخر أن يأخذ منه حصته.

ثم إن المقسوم إذا كان عينا فإنه لا يخلو من كونه دوراً أوعقاراً، أو منقولاً(٣).

وسوف يأتي بيان هذا في المبحث الأول من الفصل الأول في الباب الثاني.

الشرط الثاني:

يشترط في المقسوم أن يكون مملوكاً للمقسوم لهم (للشركاء) وقت القسمة. فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للشركاء حين القسمة لا تجوز القسمة، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة البعض بالبعض، وكل ذلك لا يصح إلا إذا كان المقسوم مملوكاً للشركاء(٤).

بمعنى ألا يظهر بعد القسمة أن المقسوم مستحق لآخر. فإذا ظهر أنه مستحق لشخص آخر بطلت القسمة. وقد سبق أن فصلنا الكلام في هذا عند الكلام عن حالات الرجوع في القسمة في الفصل الثالث.

قسمة الفضولي

تقدم في الشرط السابق أنه لا بد أن يكون المقسوم مملوكا للشركاء حين القسمة.

فهل تصح قسمة الفضولي؟

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(٢) شرح المجلة ٤/٣٦ ـ المادة (١٠٩٩).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣/٢٨٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٤ وشرح المجلة ٤/٦٠ ـ ٦١ ـ المادة (١١٢٥).

الفضولي فى اللغة: هو الذى يتعرض لما لا يعنيه والعامة تسميه " الحشري"(١)

وفى اصطلاح الفقهاء: من ليس بوكيل(٢) أو هو من يتصرف فى حق غيره، بغير إذن شرعى(٣).

وعرفه فى المجلة: بأنه من يتصرف بحق الغير بغير إذن شرعى(٤).

إذن الفضولى: شخص أجنبى عن المقسوم ولا يملك فيه شيئاً. فإذا قام بالقسمة فى مال غيره، فهل تصح قسمته أم لا؟ تفصيل ذلك على النحو التالى:

قرر الحنفية أن قسمة الفضولى موقوفة على الإجازة قولاً أو فعلاً.

مثلاً: إذا قسم واحد المال المشترك بنفسه لا تكون القسمة جائزة، لكن إن أجاز أصحاب هذا المال بالقول بأن قالوا: أحسنت، أو تصرفوا بالحصص المفرزة تصرف الملاك يعنى بوجه من لوازم التملك كبيع أو إيجار فالقسمة صحيحة نافذة(٥). لأن كل عقد يصح التوكيل فيه، يتوقف عقد الفضولي فيه على الإجازة، والقسمة مما يصح التوكيل فيه(٦)

وذكر العلامة الأتاسى فى شرحه للمجلة(٧) نقلاً عن الهندية عازيا للمبسوط والذخيرة: إذا اقتسم القوم القرية وهى ميراث بينهم بغير قضاء قاض، وفيهم صغير ليس له وصى أو غائب ليس له وكيل، لم تجز القسمة.

فإن أجاز الغائب أو كبر الصبى وأجاز، فهو جائز لأن لهذا العقد مجيزاً حال وقوعه وهو نظير مالو باع أحد مال الصبى فكبر الصبى فأجاز ذلك جاز.

وإن مات الغائب أو الصغير فأجاز وارثه، لم تجز فى القياس وهو قول محمد والإستحسان: أن الحاجة إلى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كانت فى حياته. ولا بد فى الاجازة أن تثبت صريحاً بالقول كأن يقول أحسنت كما تقدم وتثبت كذلك دلالة بالفعل كتصرفه فيه بالبيع والهبة والإيجار وغيرها.

---

(١) المنجد ص: ٥٨٧ حرف الفاء ـ مادة: "فضل".

(٢) المغرب فى ترتيب المعرب ١٤٢/٢ باب الفاء ـ الفاء مع الضاد.

(٣) القاموس الفقهي لأبى حبيب ص: ٢٨٧.

(٤) شرح المجلة ٩/٢ المادة (١١٢).

(٥) شرح المجلة ٦٣/٤ ـ المادة (١١٢٦).

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

قال رستم باز اللبنانى(١) "إلا أنه يشترط لصحة الإجازة قيام العين المقسومة والمتقاسمين والمجيز".

الشرط الثالث: كون المقسوم مفرزاً بالحصص(٢).

فلا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص وتمييزها.

مثلاً: إذا قال أحد أصحاب الصبرة(٣) المشتركة من الحنطة للآخر: خذ أنت ذلك الطرف من الصبرة وهذا الطرف لي؛ لا يكون قسمة.

والحجة فى ذلك: أن حكم القسمة تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه(٤).

بل ولو أفرز كل جانب على حدة فلا تصح القسمة أيضاً، لأن قسمة المكيل والموزون لا تصح إلا بالكيل والوزن لأنها أموال ربوية وقسمة الأموال الربوية لا تجوز مجازفة(٥).

وجاء فى المادة (١١٤٧) من المجلة: المال المشترك إن كان من المكيلات فبا لكيل يقسم، أو من الموزونات فبالوزن، أو من العدديات فبالعدد، أو من الذرعيات فبالذرع(٦).

وقد تقدم أن ركن القسمة هو الفعل الذى يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع.

وإلى هنا انتهى الكلام عن شروط القسمة.

ثم إن المقسوم قد يكون منفعة بمعنى أن المال المشترك بين الشركاء لا يقسم بعينه بل تقسم منافعه بينهم. وسوف يأتى بيان هذا فى الفصل الثانى من الباب الثانى ـ إن شاء الله تعالى.

---

(١) شرح المجلة لرستم باز اللبنانى ص:٦٢٣.

(٢) شرح المجلة للأتاسى ٦٠/٤ ـ المادة (١١٢٤).

(٣) الصبرة هي: مأجمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض ويقال: أخذه صبرة أي جملة بلا كيل ولا وزن. المنجد ص: ٤١٤ ـ حرف (ص) مادة "صبر".

(٤) تبيين الحقائق ٢٦٤/٥.

(٥) انظر: شرح المجلة لرستم باز اللبنانى ص: ٦٢٢؛ وشرح المجلة للأتاسى ٦٠/٤.

(٦) شرح المجلة لرستم باز اللبنانى ص: ٦٣٥.

الباب الثانى

فى

أنواع القسمة، وفيه فصلان

الفصل الأول: فى قسمة الأعيان.

الفصل الثانى: فى قسمة المهايآت (وهى قسمة المنافع).

الفصل الأول

في

قسمة الأعيان، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: فيما لا ينقل ولا يحول.

المطلب الثاني: في قسمة المنقول، كالحيوان والعروض.

المبحث الثاني: في قسمة الرقاب التي تكال وتوزن.

المبحث الثالث: في وسائل قسمة الأعيان، وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: القسمة بالقرعة بعد تقويم وتعديل، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: في معنى القرعة.

الفرع الثاني: في وجود القرعة في الشرع.

الفرع الثالث: كيفية القرعة وصفتها وطرح السهام في القرعة.

الفرع الرابع: ما تكون فيه القرعة.

المطلب الثاني: في قسمة المراضاة بعد تقويم وتعديل.

المطلب الثالث: في قسمة المراضاة بلا تقويم وتعديل.

المطلب الرابع: في قسمة الإجبار.

المبحث الأول

في

قسمة الرقاب التي لاتكال ولا توزن

الرقاب التي لاتكال ولا توزن تنقسم إلى قسمين:

١ ـ العقار أو مالا ينقل ولا يحول كالرباع والأصول.

٢ ـ المنقول أو ما ينقل ويحول كالحيوان والعروض والمكيل والموزون.

وفي هذا المبحث أتكلم عما لاينقل ولا يحول كالعقار وما ينقل ويحول كالحيوان والعروض وذلك في مطلبين. وأما المكيل والموزون فقد خصصت لهما مبحثا مستقلا نظراً لأن قسمتهما تختلف عن المنقولات الأخرى كالحيوان والعروض على ما سيأتي بيانه.

المطلب الأول

فيما لا ينقل ولا يحول

مالا ينقل ولا يحول وهو الرباع* والأصول شامل للربع والعقار**، وهو من حيث التقسيم وعدمه ينقسم إلى قسمين:

القسم الاول: مايقسم، ومنه ما يلي:

١ ـ الدور: فقد تكون الدور المشتركة في بلد واحد أو قد تكون في بلدين. فإن كانت في بلدين، فإن جمهور الفقهاء اتفقوا على أنها لا تجتمع في القسمة بل تقسم دار كل بلد على

---

* الرباع والربوع جمع ربع وهو الدار حيث كانت. المغرب ٣١٧/١. أو هي ما حول الدار: القاموس الفقهي ص:١٤٢.

** العقار: ما له أصل ثابت، مثل الأرض والدار. القاموس الفقهي ص:٢٥٧. والنخيل والشجر من العقار. المغرب ٧٤/٢.

حدة(١). بمعنى أنها تقسم قسمة تفريق لا قسمة جمع.

وخالف محمد ـ رحمه الله ـ والزيدية والظاهرية الجمهور فى ذلك. فقالوا بتقسيم أحد الدارين فى الأخرى بمعنى أنها تقسم قسمة جمع(٢).

وحجة الجمهور على ما ذهبوا إليه:

أن الدور المشتركة فى بلدين لا تجتمع فى القسمة لشدة إختلاف الأغراض بإختلاف المحال والأبنية وتباعد كيفيتها(٣).

حجة محمد ومن معه:

استدل محمد ـ رحمه الله ـ على تقسيم إحداهما فى الأخرى لأنهما جعلا جنساً واحداً باعتبار إتحاد الاسم كما لو كانا فى مصر واحد(٤).

وللزيدية والظاهرية دليل خاص بهم وهو:

أن التفاوت فى الدور المشتركة فى بلدين يمكن إزالته بالتعديل والتقويم، ومن ثم تقسم قسمة جمع(٥).

بيان الراجح

والراجح مما تقدم ما قال به الجمهور من أنها تقسم قسمة تفريق.

لأن المقصود بالدار الانتفاع بالسكنى فيها، وهذا المقصود يختلف بإختلاف البلدين.

أما إذا كانت الدور المشتركة فى بلد واحد، فهل تقسم قسمة جمع أم قسمة تفريق أى تقسم كل دار على حدة أو لا ؟

والجواب عن ذلك أن الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: البناية فى شرح الهداية لأبى محمد محمود بن أحمد العينى ٥١٣/١٠ ـ دار الفكر؛ وتبيين الحقائق ٢٧٠/٥؛ والدر المختار ورد المحتار ٢٦٢/٦؛ الهداية وشروحها ٣٦٠/٨؛ والبدائع ٢٢/٧؛ وحاشية الدسوقى ٥٠١/٣؛ والكافى ص:٤٤٥؛ وشرح منح الجليل ٦٢٧/٣؛ والمهذب ٣٠٧/٢؛ وروضة الطالبين ٢١١/١١؛ والمقنع ٦٤٣/٣.

(٢) انظر البناية فى شرح الهداية ٥١٣/١٠؛ المحلى ١٣٢/٨؛ البحر الزخار ١٠٧/٥.

(٣) البناية فى شرح الهداية ٥١٢/١٠؛ روضة الطالبين ٢١١/١١؛ المقنع ٦٤٣/٣.

(٤) البناية فى شرح الهداية ٥١٣/١٠.

(٥) انظر المحلى ١٣٢/٨؛ البحر الزخار ١٠٧/٥.

الأول: لجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد ـ رحمهم الله ـ وقد قالوا: إذا كانت الدور المشتركة فى بلد واحد تقسم كل دار على حدتها قسمة تفريق أى لا يجمع نصيب أحدهم فى دار واحدة إلا بالتراضى.

واستدلوا لذلك: بأن الدور أجناس مختلفة وأن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك المقصود باختلاف البلدان والمحال والجيران والقريب إلى المسجد والماء إختلافاً فاحشاً، لأنه قد يكون السكنى فى بلد آمن من الأخرى وأحسن وقد يكون الجيران فى محلة صلحاء دون جيران الدار الأخرى وقد تكون إحداهما قريبة من المسجد أو من الماء، والأخرى بعيدة عن ذلك.

وإذا كان الحال على النحو المتقدم فلا يمكن التعديل فى القسمة وإنما تقسم قسمة تفريق أى تقسم كل دار على حدة، ولا يضم بعض الأنصبة إلى بعض إلا إذا تراضوا(١).

الثانى: ـ للإمام مالك(٢) ـ رحمه الله ـ وله تفصيل فى ذلك حاصله:

أنه إذا أراد أصحاب الدور قسمتها، ينظر:

فإن كانت متجاورة أو قريبا بعضها من بعض وكانت متساوية فى الجودة والرداءة، جمع حق كل ذى سهم فى موضع منها بمعنى أن القسمة تكون قسمة جمع.

وإن كانت يبعد بعضها من بعض، قسم لكل واحد بحظه فى موضع منها ولا يجمع حقه كله فى موضع واحد ـ كما قال أبو حنيفة ـ وسواء كانت متساوية القيم أم متباينة.

---

(١) البناية ٥١٢/١٠؛ وانظر أيضا: اللباب فى شرح الكتاب ٢٢٥/١ ـ ٢٢٦؛ الدر المختار ورد المحتار ٢٦٢/٦؛ الهداية وشروحها ٣٦٠/٨؛ وما بعدها تبيين الحقائق ٢٧٠/٥؛ البدائع ٢٢/٧؛ روضة الطالبين ٢١١/١١؛ المهذب ٣٠٧/٢؛ حاشية البجيرمى ٣٧٢/٤؛ قال الكوهجى: "ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين مثلا لاثنين بالسوية فطلب كل من الشريكين جعل كل من الدارين أو الحانوتين لواحد بأن يجعل له داراً أو حانوتاً ولشريكه كذلك فلا إجبار فى ذلك سواء أتجاورا أم تباعدا لتفاوت الأغراض باختلاف المحال والأبنية. زاد المحتاج بشرح المنهاج للعلامة الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجى ٥٦٩/٤ ـ ٥٧٠، تحقيق ومراجعة عبد الله بن إبراهيم الأنصارى. الطبعة الأولى، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، . الشرح الكبير ٢٢٦/٦؛ المغنى ١٢٠/٩؛ المقنع ٦٤٣/٣.

(٢) انظر: شرح منح الجليل ٦٢٧/٣؛ بلغة السالك ٢٤٠/٢؛ الكافى ص: ٤٤٥.

وحجة الإمام مالك ـ رحمه الله ـ للشق الأول من مذهبه أن القسمة بالوضع المتقدم فى هذا الشق ضررها أقل على الشركاء وإذا كان ذلك كذلك جازت القسمة(١).

وأما حجته للشق الثانى فهى نفس حجة الجمهور.

والامامية كذلك يوافقون الجمهور فى تقسيم الدور قسمة تفريق، بمعنى أن يقسمها الشركاء على حدة، ولكنهم اشترطوا فوق ذلك ألا تكون قسمة التفريق مستلزمة للضرر، فإذا كانت مستلزمة للضرر قسمت بالتعديل بحسب القيمة(٢).

الثالث: للصاحبين من الحنفية ـ أبى يوسف، ومحمد ـ والظاهرية والزيدية.

ومذهب هؤلاء على التفصيل أيضاً.

فالصاحبان يريان تفويض الأمر إلى القاضي فى هذه القسمة(٣).

فإن كانت أنصباء أحدهم إذا اجتمعت فى دار كان ذلك أصلح للشركاء فعل القاضي ذلك وقسمها قسمة جمع، وإن وجد الأصلح فى قسمة التفريق بأن يقسم كل دار على حدة، فعل ذلك، لأن الدور من جنس واحد إسماً وصورة نظراً إلى أصل السكنى، فيفوض الأمر إلى القاضي لإختيار الأصلح، فإن رأى أن يقسم كل دار على حدة قسم، وإن رأى الجمع فعل كذا لأن التفاوت بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة.

والظاهرية والزيدية(٤) لا يقولون بقسمة التفريق. وإنما يقولون بقسمة الجمع، فقد قال ابن حزم(٥): "فإن كان المال المقسوم أشياء متفرقة فدعا أحد المقتسمين إلى إخراج نصيبه كله بالقرعة فى شخص من أشخاص المال أو فى نوع من أنواعه قضى له بذلك أحب شركاؤه أم كرهوا، ولا يجوز أن يقسم كل نوع بين جميعهم، ولا كل دارين بين جميعهم...."

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٩٨.

(٢) انظر: تحرير الوسيلة ١/٥٤٧.

(٣) انظر: اللباب فى شرح الكتاب ١/٢٢٦؛ البناية ١٠/٥١١ ـ ٥١٢؛ تبيين الحقائق ٥/٢٧٠؛ البدائع ٧/٢٢.

(٤) البحر الزخار ٥/١٠٧ ـ ١٠٩، والمحلى ٨/١٣٢.

(٥) المحلى ٨/١٣٢.

واستدل لما ذهب إليه:

"بأن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببعير"(١).

ووجه الدلالة أنه عليه الصلاة السلام أعطى بعضهم غنما وبعضهم إبلا، وهذا عمل الصحابة مع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا مخالف لهم منهم وهو قول أبى ثور وغيره(٢).

كما استدل الزيدية(٣) بأن التفاوت يمكن تعديله بالقيمة.

هل يمكن قسمة الدور بالدراهم؟

قال الحنفية(٤) يجوز قسمة الدور بالدراهم.

إذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز.

لأن فى حصة الدراهم المشروطة يعتبر العقد بيعا وقد تراضيا عليه، وجواز العقد يعتمد المراضاة، وأن الشريكين يحتاجان إلى ذلك عند القسمة، فإذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما.

لأن كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز إشتراطه فى هذه القسمة عند تراضيهما عليه. فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معينا أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز إستحقاقه عوضا فى البيع فكذلك فى القسمة.

كما يجوز عند الحنفية قسمة الدور بتفضيل بعضها على بعض بغير دراهم.

بأن كانت الدار بين رجلين فاقتسماها، فأخذ أحدهما مقدمها وهو الثلث والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان فإن ذلك يجوز.

لأن المعتبر فى القسمة المعادلة فى المالية والمنفعة.

---

(١) أخرجه الإمام البخارى فى صحيحه البخارى عن رافع بن خديج ٣/١١٠ ــ كتاب الشركة، باب (٣). ولم يذكر لفظ "الغنيمة". أخرجه أيضاً فى ٦/٢٢٤ ـ كتاب الذبائح ـ باب (١٥). وأخرجه أبو داود فى سننه ٣/٢٤٧ ـ ٢٤٨ كتاب الأضاحى (١٠) باب (١٥) حديث رقم (٢٨٢١).

(٢) المحلى ٨/١٣٢.

(٣) البحر الزخار ٥/١٠٧ ـ ١٠٩.

(٤) المبسوط ١٥/٢٥ ـ ٢٧.

وأما البيوت فتقسم ـ باتفاق الحنفية ـ قسمة جمع، سواء أكانت متباينة أم متلاصقة لتقاربها فى معنى السكنى.

وأما المنازل فلها حالتان:

إذا كانت المنازل فى دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض فتقسم قسمة واحدة و إلا فلا تقسم قسمة واحدة.

قال صاحب الدرر(١) هنا أمور ثلاثة:

الدور، والبيوت، والمنازل. فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي، والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى، والمنازل إن كانت مجتمعة فى دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة، وإلا فلا؛ لأن المنزل فوق البيت ودون الدار ـ أي أصغر من الدار وأكبر من البيت، فالتحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة وبالدور إذا كانت متباينة.

وقال الصاحبان: فى الفصول كلها(٢) ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه ويمضى بها على ذلك.

هذا رأى متقدمى الحنفية.

وقال متأخرو الحنفية: لعل هذا فى زمانهم، وإلا فالمنازل والبيوت، ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتاً فاحشاً فى زماننا(٣).

مقارنة بين المذاهب

علمنا مما تقدم أن جمهور الفقهاء يقولون بتقسيم الدور المشتركة فى بلدين قسمة تفريق ولا يجمع نصيب أحد الشريكين فى دار واحدة إلا برضا الشركاء.

ووافق الإمام مالك ـ رحمه الله ـ الجمهور إذا كانت الدور متباعدة، أما إذا كانت متجاورة فإنها تقسم قسمة جمع، بمعنى أن يجمع حق كل ذى سهم فى موضع منها. وكذلك ذهب الإمامية إلى ما قاله الجمهور بشرط أن لا يكون فيها ضرر فإن تحقق الضرر قسمت بالتعديل بحسب القيمة.

---

(١) الدرر الحكام ٣٢٣/٢، ٣٢٤؛ وانظر أيضا: اللباب، ٢٢٦/١؛ والبناية ٥١٣/١٠.

(٢) أي فى كل الحالات السابقة.

(٣) رد المحتار ٢٦٢/٦.

وأما غير الجمهور ومنهم الصاحبان: أبو يوسف ومحمد اللذان قالا بتفويض الأمر إلى القاضي الذي ينظر إلى ما هو الأصلح للشركاء.

ومنهم ـ أيضاً ـ الظاهرية والزيدية الذين قالوا بتقسيم الدور في بلدين قسمة جمع.

لأن التفاوت في الدور يمكن تعديله ـ عندهم ـ بالقيمة.

الترجيح بين المذاهب

الراجح من الأقوال السالفة قول الجمهور القائل بتقسيم الدور المشتركة قسمة تفريق.

لأن الأغراض والمقاصد تختلف بإختلاف المحال والأبنية.

وأن الله تعالى أمرنا أن نقسم جزء ما تركه الميت سواء كان قليلا أو كثيراً، حيث قال: ﴿مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾(١) والقسمة في التركة لا تختلف عن سائر أنواع المشترك من حيث التقسيم.

أما ما استدل به غير الجمهور من إمكان تعديل التفاوت بالقيمة، فلا يصح.

لأننا لا نحتاج إلى إزالة التفاوت وتعديل السهام بالقيمة لأن كل دار تختلف عن الأخرى ـ كما تقدم ـ وذلك باختلاف المحال والأبنية، ولهذا الإختلاف تأثير على الأغراض والمقاصد، فيقسم المشترك قسمة التفريق.

أما إذا رضي الشركاء بتعديل السهام بالقيمة وتقسيم الدور قسمة جمع فإنه يصح ولكن لا إجبار فيها.

وأما استدلال ابن حزم بالحديث(٢) السابق فلا يصح.

لأن الحديث ورد في المنقولات دون العقار، وكلامنا هنا عن تقسيم العقار وليس عن تقسيم المنقولات ـ والله أعلم.

---

(١) سورة النساء ـ الآية: (٧).

(٢) وهو أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ "قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببعير".

٢ ـ الدار والضيعة أو الدار والحانوت:

قال الحنفية إن كان المال المشترك بين الشركاء داراً وضيعة أو داراً وحانوتاً، قسم كل واحد منهما على حدة؛ قسمة تفريق، فلا تجمع بالاتفاق، لأن الدار مع الضيعة أو الدار مع الحانوت جنسان ـ أي أجناس مختلفة ـ أو فى حكم الأجناس المختلفة، فيكون قسمة البعض إلى البعض معاوضة فلا يجوز ذلك إلا بالتراضي(١).

٣ ـ قسمة العلو والسفل:

إذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها، فهل يجوز قسمتها سفلا وعلوا؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على آراء هي:

١ ـ ذهب الشافعية(٢) والحنابلة(٣) والإمامية(٤) والزيدية(٥) إلى أنه إذا طلب أحد الشريكين قسمتها سفلا وعلوا بأن يصل إلى كل مقدار حصته منهما ولا ضرر فى ذلك أجبر الآخر عند الإمكان.

وحجتهم أن البناء فى الأرض يجري مجرى الغراس فيتبعها فى البيع والشفعة، ثم لو طلب أحد الشركاء قسمة أرض فيها غرس أجبر شريكه عليه، كذلك البناء.

وأما إذا طلب أحدهما قسمتها على نحو أن يكون لأحدهما السفل مستقلا وللآخر العلو مستقلا أو طلب أن يقسم السفل ويترك العلو مشاعاً بينهما أو عكسه فهذه ثلاث حالات لا

---

(١) انظر البناية ١٠/٥١٤؛ تكملة الفتح ٨/٢٦١؛ اللباب ١/٢٢٦؛ تبيين الحقائق ٥/٢٧٠؛ البدائع ٧/٢٢؛ الدرر الحكام ٢/٤٢٤.

(٢) انظر الروضة ١١/٢١٣ ـ ٢١٤.

(٣) انظر المغنى ٩/١٢٠؛ كشاف القناع ٦/٣٧٣.

(٤) انظر تحرير الوسيلة ١/٥٤٧.

(٥) انظر البحر الزخار ٥/١٠٧.

يجبر الآخر فيها على القسمة عند الشافعية(١) والحنابلة(٢) والظاهرية(٣) والزيدية(٤) والإمامية(٥).

وحجتهم على ما ذهبوا إليه:

أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقين لأن كل واحد منهما يسكن منفرداً ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذا ههنا. وأن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها، فإذا جعل السفل نصيباً انفرد صاحبه بالهواء. وليست هذه قسمة عادلة.

هذا ما استدل به العلامة ابن قدامة لهذا المذهب(٦).

كما استدل ابن حزم لهذا المذهب أيضا: بأن الهواء دون الأرض لا يتملك ولا يمكن ذلك فيه أصلاً لوجهين(٧):

أحدهما: أنه لا سبيل لأحد إلى أن يستقر فى الهواء وهذا ممتنع.

والثاني: أنه متموج غير مستقر ولا مضبوط، فمن وقع له العلو فإنما يملكه بشرط أن يبنى على جدران صاحبه وسطحه وبشرط أن لا يهدم صاحب السفل جدرانه وسطحه.

ويجوز عند المالكية بالاتفاق أن يجمع بينهما بالتراضي بمعنى أن يتراضيا على أن يأخذ أحدهما السفل والآخر العلو. أما بغير التراضي فلا يجوز أن يجمع بين السفل والعلو عند بعض المالكية. وقال الأكثرون منهم بجواز الجمع بينهما على الوجهين: بالسهم والمراضاة. ورجحه أبو عمران(٨).

وأما الحنفية(٩) فقد أجازوا قسمة السفل والعلو، فيقسمه القاضى على أن يكون

---

(١) راجع المهذب ٣٠٧/٢؛ روضة الطالبين ٢١٣/١١ ـ ٢١٤.

(٢) راجع كشاف القناع ٣٧٣/٦ والمغنى ١٢٠/٩.

(٣) راجع المحلى ١٣٣/٨.

(٤) راجع البحر الزخار ١٠٧/٥.

(٥) راجع تحرير الوسيلة ٥٤٧/١.

(٦) المغنى ١٢٠/٩ ـ ١٢١.

(٧) المحلى ١٣٣/٨ وانظر أيضا: للزيدية كتاب البحر الزخار ١٠٧/٥.

(٨) انظر: شرح منح الجليل ٦٣٠/٣، حاشية الدسوقى ٥٠٣/٣ والخرشى ١٨٧/٦.

(٩) شرح المجلة للأتاسي ٩٤/٤؛ البدائع ٢٧/٧؛ اللباب ٢٢٩/١.

السفل لواحد والعلو للآخر. وتفصيل مذهبهم على ما يأتي:

قال الشيخان – أبو حنيفة وأبو يوسف – يقسم السفل والعلو بالذراع، ولكنهما اختلفا في كيفية القسمة بالذراع.

فقال أبو حنيفة: ذراع السفل بذراعين من العلو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع أي يكون ذراع من السفل بذراع من العلو. وقيل – أيضاً – أن السفل والعلو يقسمان على وفق عادة أهل عصره أو بلده(١). يقصد الشريك.

وقال محمد – رحمه الله – بتقويم كل واحد من السفل والعلو على حدته وتقسيمه بالقيمة دون الذراع(٢).

أدلة الحنفية على جواز القسمة بالذراع أو القيمة:

استدل أبو حنيفة وأبو يوسف على قسمة السفل والعلو بالذراع بالمعقول وهو أن القسمة بالذراع هي الأصل في المذروع.

والعبرة بالتسوية في أصل السكنى لا في المرافق(٣). وقال المرغيناني: إن القسمة بالذراع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن"(٤).

واستدل – محمد رحمه الله – على القسمة بالقيمة دون الذرع بالمعقول أيضا.

وهو أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره، فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة(٥).

ولأن العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة، لأن في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة، وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والسبخ يُختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح

---

(١) انظر اللباب ٢٢٩/١؛ تبيين الحقائق ٢٧٢/٥؛ تكملة البحر ١٥٤/٨؛ الدر المختار ورد المحتار ٢٦٤/٦؛ كشف الحقائق ٢١٢/٢؛ وحاشية الشرنبلالي مع الدرر الحكام ٤٢٥/٢.

(٢) انظر: الدرر الحكام ٤٢٥/٢؛ اللباب ٢٢٩/١؛ الدرالمختار ورد المحتار ٢٦٤/٦؛ تبيين الحقائق ٢٧٢/٥؛ تكملة البحر ١٥٤/٨.

(٣) تبيين الحقائق ٢٧٢/٥؛ شرح المجلة للأتاسي ٩٤/٤.

(٤) الهداية ٤٨/٤ وانظر أيضاً: كشف الحقائق ٢١٢/٢.

(٥) الدرر الحكام ٤٢٥/٢؛ رد المحتار ٢٦٤/٦؛ تبيين الحقائق ٢٧٢/٥؛ شرح المجلة للأتاسي ٩٤/٤؛ وانظر أيضا الهداية ٤٨/٤.

فيه يختار السفل، وربما يختلف ذلك ـ أيضاً ـ باختلاف الأوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما إلا بالقيمة(١).

أساس الخلاف في المسألة السابقة

الخلاف فى هذه المسألة بين أبى حنيفة وبين أبى يوسف مبنى على الخلاف فى مسألة أخرى(٢). وهي أن صاحب العلو ليس له أن يبنى على العلو من غير رضا صاحب السفل وإن لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند أبى حنيفة.

وعند أبى يوسف له أن يبنى إن لم يضر البناء به.

ووجه جواز البناء: أن صاحب العلو إذا لم يملك البناء على علوه عند أبى حنيفة كان للعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكني فحسب، وللسفل منفعتان: منفعة السكني ومنفعة البناء عليه وكذا السفل كما يصلح للسكني يصلح لجعل الدواب فيه.

فأما العلو فلا يصلح إلا للسكني خاصة، فكان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة، فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين. وعند أبى يوسف: لما ملك صاحب العلو أن يبنى على علوه كانت له منفعتان ـ أيضاً ـ فاستوى العلو والسفل فى المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذرع وهى القياس بالذراع.

وأما محمد ـ رحمه الله ـ فإنما اعتبر القيمة لأن أحوال البلاد وأهلها فى ذلك مختلفة. فمنهم من يختار السفل على العلو ومنهم من يختار العلو على السفل فكان التعديل فى اعتبار القيمة على ما تقدم بيانه فى أدلة محمد ـ رحمه الله ـ والعمل فى المسألة على قول محمد، وهو اختيار الطحاوى ـ رحمه الله(٣).

جاء فى اللباب(٤): والمشائخ اختاروا قول محمد. وكذا جاء فى الهداية(٥) وشرح

---

(١) تبيين الحقائق ٥/٢٧٢، وانظر أيضا: البدائع ٧/٢٧.

(٢) البدائع ٧/٢٧.

(٣) نفس المرجع.

(٤) اللباب ١/٢٣٠.

(٥) الهداية ٤/٤٨.

المجلة(١) واللباب(٢): والفتوى اليوم على قول محمد.

ويحتمل أن أبا حنيفة(٣) ـ رحمه الله ـ إنما فضل السفل على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفل على العلو على ما سبق بيانه فى الأدلة.

وأبو يوسف ـ رحمه الله ـ إنما سوى بينهما على عادة أهل بغداد لاستواء العلو والسفل عندهم، فاخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه. ومحمد ـ رحمه الله ـ بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان، فكان الخلاف بينهم من حيث الصورة لا من حيث المعنى. والله أعلم.

الخلاصة

ويستخلص مما تقدم: أن الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية يقولون بجواز قسمة السفل والعلو معا بأن لا يكون فيه ضرر ولا رد عوض، فيجبر الممتنع على القسمة وتعدل الأنصباء بالقيمة لأنه أحوط، ولم يجيزوا قسمتهما قسمة جمع بأن يكون السفل لأحدهما والعلو للآخر.

أما الظاهرية فلم يجيزوا قسمة السفل والعلو قسمة جمع.

أما أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ـ رحمهم الله ـ فقد قالوا بجواز قسمتهما قسمة جمع إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف يريان قسمتهما بالذراع، خلافا لمحمد والزيدية الذين قالوا: بأنها تقسم بالقيمة. وأما المالكية فقد تقدم أن الأكثرين منهم يقولون بجواز قسمة العلو والسفل قسمة جمع بين الشركاء سواء فى ذلك قسمة القرعة أو قسمة المراضاة.

بيان الراجح

والراجح مما تقدم ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية من عدم جواز قسمة السفل والعلو قسمة جمع بأن يكون لواحد السفل وللآخر العلو، لأن صاحب السفل مالك للقرار كما هو مالك لهوائها، فإذا جعل السفل نصيبا مستقلا، استقل صاحبه بالهواء وليس هذا من مقتضى العدل لأن هذه القسمة ليست عادلة.

---

(١) شرح المجلة للأتاسى ٤/٩٤.

(٢) اللباب ١/٢٣٠.

(٣) البدائع ٧/٢٧.

وقد رد ابن قدامة ما ذهب إليه الحنفية والزيدية وأكثر المالكية من جواز قسمة السفل والعلو بقوله: "وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضه"(١).

فلو طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل وحده لم يجب إليه لأن القسمة تراد للتمييز ومع بقاء الإشاعة لا يحصل التمييز(٢).

٤ ـ قسمة الأقرحة(٣):

اختلف الفقهاء فى قسمة الأقرحة على أقوال:

ذهب الإمام أبو حنيفة(٤) ـ رحمه الله ـ إلى أن الأقرحة لا تقسم قسمة جمع.

وقال الصاحبان(٥) ـ أبو يوسف ومحمد ـ أنها تقسم قسمة جمع.

استدل الفريقان لأقوالهما بما استدلا به فى قسمة الدور. وقد تقدم ذكر هذه الأدلة.

وذهب المالكية(٦): إلى القول بأنه إذا كانت الأقرحة مشتركة بين شخصين أو أكثر، فإنها تقسم قسمة جمع بالشروط الآتية:

١ ـ أن تكون متساوية فى النفاق والرواج أي القيمة والرغبة.

٢ ـ أن تتقارب أمكنتها فى المسافة كالميل أو الميلين، فإذا زادت المسافة بينها أكثر من ذلك فلا يجوز الجمع فيها.

٣ ـ أن يطلب أحد الشريكين قسمة الجمع .

---

(١) المغنى ١٢١/٩.

(٢) المغنى ١٢١/٩ وانظر أيضا: كشاف القناع ٣٧٣/٦.

(٣) الأقرحة: جمع قراح. هى المزرعة التى ليس فيها بناء ولا شجر. المصباح المنير ٦٨١/٢ ـ كتاب القاف ـ القاف مع الراء. مادة (قرح).

(٤) البناية ٥١١/١٠.

(٥) المرجع نفسه.

(٦) انظر: شرح منح الجليل ٦٢٧/٣، الخرشي ١٧٨/٦.

٤ ـ أن تتساوى الأقرحة فى زكاتها بمعنى إذا كانت تسقى بعلا(١) وسيحا(٢) فإنها تتساوى فى الرغبة والقيمة، فيجوز جمع ذلك فى القسم لأنهما يزكيان زكاة واحدة وهو العشر بخلاف ما يسقى بالنضح(٣)، فإن زكاته نصف العشر فيجمع على حدة ولا يجمع مع واحد منهما.

وأما إذا كانت الأقرحة متباعدة غير متجاورة وكانت غير متساوية فى القيمة والرغبة ولم يكن شربها واحداً، فإنها تقسم قسمة تفريق ـ أي تقسم على حدة ـ كما قال أبو حنيفة.

وأما الأقرحة ـ عند الشافعية ـ فإنها إن كانت متفرقة فهي كالدور بمعنى أنها لا تقسم قسمة جمع وإنما تقسم قسمة تفريق.

وهذا الرأي موافق لرأي أبى حنيفة.

وأما إن كانت الأقرحة متجاورة: فقد ذكر الإمام أبو إسحاق الشيرازي من الشافعية أنها كالقراح الواحد المختلف الأجزاء وهذه تجوز قسمتها قسمة جمع.

وقال غيره إن الأقرحة المتجاورة تكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب والطريق، أما إذا كان شربها وطريقها مختلفين فهذه كالأقرحة المتفرقة. فلا تقسم قسمة جمع.

وقد علق صاحب روضة الطالبين على هذا القول الأخير فقال:

وهذا أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى(٤).

وأما الحنابلة فقد ذهبوا إلى قسمة الأقرحة قسمة جمع بثلاثة شروط(٥):

أولها: إذا لم يكن فى القسمة ضرر.

---

(١) البعل: النخل يشرب بعروقه، فيستغنى عن السقى. المصباح المنير ٧٧/١ الباء مع العين مادة بعل. والمغرب ٨١/١ باب الباء ـ الباء مع العين ـ مادة بعل.

(٢) سيحا: مصدر ساح، يسيح، سيحا. ساح الماء سيحا أي جرى على وجه الأرض. ومنه ما سقى سيحا يعنى ماء الأنهار والأودية. المغرب ٤٢٧/١ ـ باب السين ـ مادة سيح. وانظر المصباح المنير ٤٠٦/١ كتاب السين ـ مادة سيح.

(٣) نضحا: نضح، ينضح، نضحا. والنضح: الرش. والنضح ما يسقى بالناضح وهو الحيوان ليستقى عليه الماء كالناقة ونحوها. المغرب ٣٠٧/٢.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٢١١/١١ ـ ٢١٢.

(٥) المغنى ١٢٢/٩، وانظر أيضا: الشرح الكبير ٢٢٧/٦.

ثانيها: إذا أمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها.

ثالثها: أن يثبت عند الحاكم ملكية المتقاسمين للمقسوم ببينة.

مقارنة بين المذاهب

رأينا فيما سلف أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ قال بقسمة الأقرحة قسمة تفريق أي تقسم على حدة، وخالفه الصاحبان فى ذلك فقالا بقسمتها قسمة جمع.

وفصل المالكية وأصحاب الشافعي ـ رحمهم الله ـ فى ذلك فقالوا: بتقسيم الأقرحة قسمة جمع إذا كانت متجاورة ومتساوية فى الرغبة و القيمة والمسافة.

أما إذا لم تتحقق هذه الشروط فإنها تقسم قسمة تفريق.

وأما الحنابلة فقالوا بقسمة الجمع إذا توافرت شروطهم الثلاثة المذكورة آنفاً. وهم يقتربون بهذا إلى حد بعيد من رأى الصاحبين من الحنفية.

بيان الراجح

الراجح ما ذهب إليه المالكية وأبو اسحاق الشيرازى من الشافعية بأن الأقرحة تقسم قسمة جمع إذا كانت متجاورة.

لأن الأراضى إذا كانت متجاورة ومتساوية فى القيمة والرغبة وكان شربها وطريقها واحدا فإنها تقسم قسمة جمع، لأن المقصود من الأرض المشتركة الانتفاع بها بحيث تكون منفعة كل مساحة متساوية مع الأخرى ومنفعة الأراضى المتجاورة تتقارب بخلاف المتباعدة. فعلى هذا لا يترتب ضرر فى قسمتها قسمة جمع.

وأما إذا كانت متفرقة ومتباعدة بعضها عن بعض فإن منفعة بعضها تختلف عن منفعة البعض الآخر نظراً لتواجدها فى مناطق مختلفة.

لأن أرض منطقة قد تكون خصبة دون غيرها، وقد لا يرغب أحد الشريكين فى أرض ويرغب فى غيرها. وكذلك قد يختلف شرب بعضها عن شرب البعض الآخر، ولكل هذا أثر فى منفعة الأقرحة.

وإذا اختلفت منفعة البعض عن البعض الآخر من هذه الأراضى فإن أحد الشريكين قد يتضرر بقسمة الجمع. والضرر مدفوع فى الشرع حيث يقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ "لا ضرر ولا ضرار"(١).

فيلزم أن تقسم الأقرحة المتباعدة قسمة تفريق أي أن تقسم على حدة. والله اعلم بالصواب.

٥ ــ قسمة الأرض والبناء:

إذا كان المال المشترك أرضاً، عليها بناء أو أشجار أو بعضها قوى وبعضها ضعيف، ففى كيفية قسمتها اختلف الحنفية فيما بينهم على ثلاثة أقوال(٢):

١ ــ قال أبو حنيفة: إن القاضى يقسم الأرض بالمساحة (الذراع) لأنه هو الأصل فى الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود من نصيب شريكه، دراهم على الآخر حتى يساويه وتحصل المعادلة.

فتدخل الدراهم هنا فى القسمة ضرورة ــ عند الحنفية ـ لأن قسمة التقاضى جبراً لا يدخل فيها النقود فى مذهبهم، وهنا دخلت لضرورة المعادلة، كما فى ولاية الأخ على أخته الصغيرة، لأن الأخ لا ولاية له فى مال أخته الصغيرة، ولكن إذا زوجها ملك تسمية الصداق لأجل ضرورة صحة النكاح، لأن النكاح لا يصح إلا بمهر. وهذا يتفق مع رأى الشافعية فى قسمة الرد.

٢ ــ وذهب أبو يوسف إلى أنها تقسم باعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم. وهذا الرأي يتفق مع قسمة التعديل عند الشافعية.

٣ ــ وقال محمد: يرد الشريك الذى وقع البناء فى حصته على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة* وإذا بقى فضل من قيمة البناء ولم يمكن تحقيق التسوية بين البناء

---

(١) أخرجه ابن ماجة فى سننه ٢/٧٨٤ ــ كتاب الأحكام(١٣) ــ باب (١٧) حديث رقم ٢٣٤٠ وأخرجه أحمد بن حنبل فى مسنده ٥/٣٢٧؛ والبيهقى فى سننه ١٠/٣٣.

(٢) انظر: البناية فى شرح الهداية ١٠/٥٢١ ــ ٥٢٢؛ شرح العناية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى (ت ٧٨٦هـ) مطبوع مع تكملة الفتح ٨/٣٦٤.

* العرصة: هي البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء، والجمع: عراص. عرصة الدار أي ساحتها. المصباح المنير ٦/٥٥٠ العين مع الراء ــ مادة: عرص.

والعرصة بأن كانت العرصة لا تفى بقيمة البناء، فحينئذ يرد من وقع البناء فى حصته دراهم على شريكه بمقدار ما بقي من الزيادة.

أما المالكية فقد قالوا(١): إذا كانت الأرض وعليها أشجار مثمرة كشجرة الرمان والأترنج والتفاح وغيرها. فإن كان كل نوع من هذه الأنواع فى بستان واحد، فإن كل بستان يقسم وحده بالقيمة. وأما إذا كانت كل أنواع الفواكه فى بستان واحد ويختلط بعضها ببعض ففى هذه الحال:

يقسم كله مجتمعا بالقيمة بحيث يجمع لكل واحد حظه فى موضع واحد، ويعدل بالقيمة كأرض متلبسة بشجر متفرق كأن تكون شجرة هنا وشجرة هناك، فحينئذ تقسم الأرض والشجر جميعاً لأنهم لو اقتسموا الأرض على حدة والشجر على حدة صار لكل شجر فى أرض صاحبه.

ويستنبط من كلام المالكية هنا أن الأرض إذا كان عليها بناء فإنها تقسم بمثل ما قسمت حين وجود الشجر عليها فكأن البناء والشجر عندهم بمعنى واحد.

ويلاحظ أن رأى المالكية يتفق مع رأى الشافعية والحنابلة حين عدم إمكان التسوية بين الشريكين فى جيد الأرض ورديئها، ويجبر الآخر على القسمة لأن التعديل يمكن بالقيمة على ما سيأتى بيانه بعد قليل.

فقد قال الشافعية والحنابلة: إذا كانت أرض مختلفة الأجزاء سواء كانت ذات بناء أو شجر، أو كان بعضها قوى وبعضها ضعيف، فإن أمكن التسوية بين الشريكين فى الجيد والردئ بأن يكون لأحدهما جيد وردئ مثل ما صار إلى صاحبه من الجيد والردئ، فإن كل هذه الأرض تقسم على حدة بحيث إذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد منهما من الجيد والردئ، فإذا طلب أحدهما مثل هذه القسمة يجبر عليها الآخر.

وأما إذا لم تمكن التسوية بينهما فى الجيد والردئ بأن كان البناء أو الشجر فى أحد النصفين دون الآخر، فقال الحنابلة والشافعي فى قول له بإجبار الممتنع على القسمة لإمكان التساوى بالتعديل بالقيمة(٢).

---

(١) انظر: شرح منح الجليل ٦٣٠/٣؛ الخرشى ١٨٧/٦، ١٨٨؛ حاشية الدسوقى ٥٠٣/٣.

(٢) انظر: المغنى ١٢٢/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٧/٦؛ المهذب ٣٠٨/٢؛ روضة الطالبين ٢١٠/١١.

وقال الشافعى ـ رحمه الله ـ فى قوله الآخر: بعدم إجبار الممتنع على القسمة(١).

وقد رد ابن قدامة على قول الشافعى هذا فقال: إنه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر فوجبت قسمته كالدور، ولأن ما ذكروه يفضى إلى منع وجوب القسمة فى البساتين كلها والدور، فإنه لا يمكن تساوى الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ولأنه مكان لوبيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته كما لو أمكنت التسوية بالذرع(٢).

أما الامامية فقالوا: بقسمة الأرض وما عليها بالتعديل قسمة إجبار بخلاف قسمة كل من الأرض وما عليها على حدة، فإنها قسمة تراض لا يجبر عليها الممتنع(٣).

مقارنة بين المذاهب

وبالتأمل فى كلام الفقهاء السابق أجد أنهم متفقون على قسمة الأرض التى عليها بناء أو أشجار وتعديل السهام فيها، حيث ذهب أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ إلى قسمتها بالذرع. ومجمل الخلاف بين قول أبى حنيفة ومحمد أن أبا حنيفة قال بدفع الدراهم فى مقابلة البناء أو الأجود، وقال محمد بدفع العرصة فى مقابلة البناء لتحصل المعادلة.

وهذا الرأى يتفق مع الشافعية فى قسمة الرد كما تقدم.

أما أبو يوسف والمالكية والشافعي والحنابلة والإمامية فقد ذهبوا إلى قسمتها عن طريق التعديل بالقيمة.

لأن التعديل لا يمكن إلا بالتقويم.

ولهذا أستطيع أن أقول أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى المعادلة من حيث المعنى وهو المالية أى بالقيمة بينما يذهب أبو حنيفة إلى المعادلة من حيث الصورة فى الأرض بالذرع ومن حيث المعنى فى البناء الواقع فى أحد النصيبين.

ثم إن المعادلة بين الأنصباء لازمة فى القسمة سواء كانت صورة أو معنى. وفى ذلك يقول خالد الأتاسى فى كتابه شرح المجلة نقلا عن الهندية: "لأن المعادلة فى القسمة

---

(١) المهذب ٣٠٨/٢.

(٢) المغنى ١٢٢/٩.

(٣) راجع تحرير الوسيلة ٥٤٧/١.

بين الأنصباء واجبة صورة ومعنى ما أمكن، وإذا لم يمكن إعتبار المعادلة فى الصورة تعتبر المعادلة فى المعنى"(١).

قسمة الأرض دون الزرع:

إذا كان فى الأرض زرع فطلب أحد الشريكين قسمتها دون الزرع، فهل يجبر الممتنع على القسمة فى هذه الحال أو لا؟

والجواب عن ذلك: أن أكثر أهل العلم ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية يقولون بوجوب قسمة الأرض وإجبار الممتنع.

ويحتج الحنفية لهذا القول:

بأن الزرع لا يدخل فى تقسيم الأرض والضيعة إلا بصريح الذكر.

وكل منهما يبقيان على الشركة كما كانا(٢).

كما يحتج الشافعية والحنبلة لهذا القول أيضا: بأن الزرع لا يمنع القسمة فى الأرض، لأن الزرع فى الأرض كالقماش فى الدار، فلم يمنع القسمة كالقماش.

أما إن طلب أحدهما قسمة الأرض مع الزرع، فقد اختلف الفقهاء فى قسمتها على قولين:

الأول: للحنفية والشافعية والحنابلة، وقد ذهبوا إلى جواز قسمة الأرض مع الزرع.

وقد استدلوا بالمعقول من وجهين:

أحدهما: أن طالب القسمة إذا طلب قسمة الزرع مع الأرض صراحة فلا يمنع من ذلك. جاء فى المادة [١١٦٤] من مجلة الأحكام العدلية: "الزرع والفاكهة لا يدخلان فى تقسيم الأراضى والضيعة إلا بصريح الذكر"(٣).

ثانيهما: أن الزرع كالشجر فى الأرض والقسمة إفراز حق وليست بيعا، وأن الزرع ثابت فى الأرض للنماء والنقع فاشبه الغراس(٤).

---

(١) شرح المجلة للأتاسى ٤/٩٤.

(٢) نفس المرجع.

(٣) شرح المجلة ٤/٢٠٩ ـ المادة: (١١٦٤) .

(٤) المغنى ٩/١٢٣.

القول الثاني: للمالكية والامامية(١) بعدم جواز قسمة الزرع بعد بدو صلاحه مع أصله أي أرضه إلا أنه لا بأس عندهم بقسمة الزرع قبل بدو صلاحه بالتحرى على أن يحصداه فى مكانه إذا أمكن تعديله.

بيان الراجح

والراجح ـ عندى، والله أعلم ـ هو قسمة الأرض بدون الزرع لأن الزرع لا يمكن تعديله فى المزارع قبل حصاده، وإذا لم تمكن المعادلة فى النصيبين فإن القسمة فى هذه الحال لا تصح لأن المعادلة شرط من شروط القسمة، وإذا فقد الشرط فقد المشروط.

وإنما لم تجز قسمة الأرض مع الزرع بعد بدو صلاحه لأن قسمة الأرض مع البذر قسمة من باب قسمة المجهول، وقسمة المجهول لا تجوز(٢).

ـ قسمة الطريق:

لو كانت هناك دار مشتركة بين شريكين فقسماها، وكان لأحدهما طريق أو مسيل أو نحوه فى حصة الآخر، ولم يتفقا على الارتفاق فى القسمة. فهل تصح القسمة أم تستأنف؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة فى الجملة على فسخ القسمة إذا وقع طريق أو نحوه فى حصة أحد الشريكين ولم يتفقا أي لم يتراضيا على الانتفاع به معا.

وفى ذلك يقول المالكية: "مما يمنع ــ أيضاً ــ قسم الشركاء داراً ــ مثلا ــ بلا مخرج* لأحدهما سواء كان بقرعة أو بغيرها"(٣).

---

(١) انظر: شرح منح الجليل ٦٣٥/٣؛ الخرشي ١٩١/٦؛ حاشية الدسوقى ٥٠٧/٣؛ بلغة السالك ٢٤١/٢؛ وتحرير الوسيلة ٥٤٨/١.

(٢) المهذب ٣٠٨/٢.

* المخرج: هو المرحاض والمطبخ والباب والمنافع. بلغة السالك ٢٤٢/٢ حاشية الدسوقى ٥٠٩/٣، شرح منح الجليل ١٩٣/٦.

(٣) بلغة السالك ٢٤٢/٢؛ وانظر أيضاً: حاشية الدسوقى ٥٠٩/٣؛ الخرشى ١٩٣/٦. ويقول الدسوقى فى حاشيته ٥٠٩/٣: ".. فإذا قسما داخلين على أنه لامرحاض أو لا مطبخ لأحدهما كانت القسمة فاسدة كانت مراضاة أو بالقرعة".

وحجتهم فى ذلك: أن هذا ليس من قسم المسلمين(١).

أما إن رضيا بأن يكون الطريق بينهما فتصح القسمة، وكذلك إن سكتا عن المخرج حال القسمة بأن لم يشترطا شيئا ووقع المخرج فى حصة أحدهما صار ملكا له ولشريكه فى هذه الحال حق الانتفاع به(٢).

ويقول الشافعية فى ذلك: "ولا يمنع من الاجبار فى المنقسم الحاجة إلى بقاء الطريق ونحوها مشاعة بينهم ويمر كل منهما فيها إلى ما خرج له إذا لم يمكن إفراد كل بطريق"(٣).

وقال الحنابلة فى ذلك: "وإن اقتسما داراً فجعلت الطريق فى حصة أحدهما ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة، لأن الداخل الذى لا منفذ له لا يتمكن من الانتفاع بنصيبه لأنه لا يمكنه السلوك فى حصة الآخر، فلا تعديل لأنه يكون فى جميع الحقوق"(٤).

وأما الحنفية فقد فصلوا الكلام فيه على النحو الآتى(٥):

إن قسم الشريكان الدار المشتركة بينهما ولأحدهما طريق أو مسيل فى نصيب الآخر ولم يشترطا فى القسمة الانتفاع به معا، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عن حصة أو نصيب شريكه فوجب صرفه وتحويله وليس لمن وقع فى نصيبه طريق أو مسيل أن يستطرق ـ أى يتخذ طريقاً ـ ويسيل فى نصيب الآخر.

لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرر. وإن لم يمكن الصرف والتحويل فسخت القسمة.

لأنها مختلة لبقاء الاختلاط بين الحصص وعدم الافراز والتمييز. لذلك تستأنف القسمة.

---

(١) شرح منح الجليل ٦٤٠/٣؛ الخرشى ١٩٣/٦.

(٢) انظر شرح منح الجليل ٦٤٠/٣.

(٣) نهاية المحتاج ٢٧٣/٨ ـ ٢٧٤.

(٤) كشاف القناع ٣٨٣/٦ ـ ٣٨٤.

(٥) انظر: تكملة الفتح ٣٦٤/٨ ـ ٣٦٦؛ الدر المختار ورد المحتار ٢٦٣/٦ ـ ٢٦٤؛ الدرر الحكام ٤٢٤/٢؛ البناية ٥٢٣/١٠ ـ ٥٢٩؛ تكملة البحر ١٥٣/٨ ـ ١٥٤؛ تبيين الحقائق ٢٧١/٥ ـ ٢٧٢؛ شرح المجلة للأتاسى ٨٧/٤، ٨٨، ١١١ المادة: ١٤٣، ١٤٤، ١٦٧؛ اللباب ٢٢٩/١.

ولكن الشركاء إذا اختلفوا فى رفع* الطريق بينهم فى القسمة، فالحكم فى ذلك مفوض إلى رأى القاضى لينظر فيه.

فإن أمكن أن يفتح القاضى لكل واحد من الشركاء طريقاً فى نصيبه، قسم القاضى الدار من غير طريق يترك للجماعة تكميلا للفائدة وتحقيقا للافراز من كل وجه.

وإن لم يمكن فتح الطريق فى نصيب كل واحد، يترك القاضى الطريق الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء مشتركاً بينهم ولا يقسم قدر الطريق لتحقيق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق بمعنى أن ينتفع كل واحد من الطريق بالمرور فيه، فلو لم يترك مشتركاً بينهم، يتعطل على البعض منافعه إلا إذا تراضوا على ذلك.

القسم الثاني: ما لا يقسم:

تكلمت فى القسم الأول مما لا ينقل ولا يحول عما يمكن قسمته، والآن أتكلم عما لا تمكن قسمته فاقول وبالله التوفيق:

ذهب أكثر أهل العلم ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والامامية إلى القول بعدم صحة قسمة الحمام والطاحون والبئر والرحى وبيدر الزيتون مطلقاً إلا إذا تراضى الشركاء على قسمتها(١).

وحجتهم فى ذلك من السنة والمعقول:

أما السنة: فمن وجهين:

الأول: ما روى من قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : "لاضرر ولا ضرار"(٢).

---

* والمراد من رفع الطريق: أن يترك الطريق بين جماعتهم مشتركا بينهم كما كان، ويرفع من القسمة ولا يدخل فيها. البناية ٥٢٧/١٠.

(١) انظر: المبسوط ٥١/١٥ ــ ٥٢؛ البناية ٥١٠/١٠؛ اللباب ٢٢٣/١؛ الكافى ص: ٤٤٨ ــ ٤٤٩؛ نهاية المحتاج ٢٧١/٨؛ المعتمد ٥٢٧/٢؛ شرح المجلة، ٨٦/٤ ــ المادة (١١٤١)؛ تحرير الوسيلة ٥٤٨/١.

(٢) السنن الكبرى للإمام المحدث الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقى (ت ٤٥٨هـ) ١٣٣/١٠ ـ طبع دار الفكر؛ وأخرجه ابن ماجة فى سننه ٧٨٤/٢ ـ كتاب الأحكام(١٣) باب (١٧) ـ حديث رقم (٢٣٤٠)؛ ومسند الإمام أحمد بن حنبل ٣٢٧/٥.

وما لا ينتفع به عند القسمة فالقسمة فيه ضرر. والضرر مدفوع شرعا بنص الحديث السابق.

الثانى: قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "لا تعضية* لأهل الميراث إلا ما حمل القسم"(١).

وجه الدلالة: أن الشيء إذا لم يحتمل القسم، ولم يفرق عن حاله، يترك ميراثا على وجهه أو يباع ويقسم ثمنه.

أما المعقول(٢):

أن فى قسمتها ضرر، والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فإذا أدى إلى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذى كان قبل القسمة لم يجبر القاضى عليه.

ولأنه لا تتعدل أجزاؤه إلا بالتجزئة وهو جعلها أجزاء، ولا بالقيمة.

وكل ما تقدم فيما لوكانت الأشياء صغيرة ويحصل الضرر بقسمتها.

أما إذا كانت كبيرة يمكن الانتفاع بها بعد القسمة ولا ضرر فيها، فإنها تقسم جبراً(٣) عند الشافعى والامامى لقول الله عزوجل: ﴿**مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً**﴾(٤).

وفى الحقيقة لاخلاف بين الفقهاء فى قسمة العقارات المذكورة لأنهم قالوا بعدم صحة قسمتها، لأن فيها ضررا على المقتسمين، وأما إذا لم يكن ضرر فيها ورضى الشركاء بقسمتها، فإنها تصح بدون خلاف.

وإذا كان، بين الشريكين الحائط، هل يقسم أم لا؟

---

* التعضية: التفريق، وهو مأخوذ من الاعضاء. يقال: عضيت الذبيحة وجعلتها أعضاء. ويقال: عضيت اللحم. إذا فرقته. المصباح المنير ٥٦٨/٢. وانظر أيضا: سنن البيهقى ١٣٣/١٠.

(١) السنن الكبرى للبيهقى ١٣٣/١٠.

(٢) انظر: المبسوط ٥١/١٥ ــ ٥٢؛ البناية ٥١٠/١٠؛ اللباب ٢٢٣/١؛ شرح المجلة ٨٦/٤ المادة (١١٤١)؛ الكافى ص: ٤٤٨ ـ ٤٤٩؛ المعتمد ٥٢٧/٢ ـ ٥٢٨؛ نهاية المحتاج ٢٧١/٨؛ تحرير الوسيلة ٥٤٨/١.

(٣) انظر: الكافى ص: ٤٤٨؛ نهاية المحتاج ٢٧١/٨؛ حاشية البجيرمى ٣٧٠/٤؛ يجيرمى على الخطيب ٣٤٠/٤؛ تحرير الوسيلة ٥٤٨/١.

(٤) سورة النساء: ٧.

– ذهب الحنفية(١) والحنابلة(٢) إلى القول بأنه لا يقسم الحائط الكائن بين الدارين جبراً، ولكن إن رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فتجوز القسمة، ولكن إن رضوا بالهدم وقسمة الأسهم، لم يباشر القاضى ذلك.

لأن فيه من إتلاف الملك، ولكن إن فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك.

ولأن القسمة إفراز حق أحد الشريكين من حق الآخر على وجه يمكن لكل واحد منهما الانتفاع بحقه مفرداً ولا يمكن ذلك فى الحائط لأنه إن طلب قسمته طولا فى كمال العرض فقطع الحائط ففيه إتلاف وإن لم يقطعه أفضى إلى الضرر(٣).

وذهب الامام الشافعى – رحمه الله – إلى القول بأنه إن أراد أحدهما قسمته فى نصف الطول فى كمال العرض يجبر الممتنع لأنه لاضرر فيها، وإن أراد أحدهما قسمته عرضا فى كمال الطول والحائط عرض فى الأصح يجبر عليها.

لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته إذا قسم. وقيل لا يجبر.

لأنه لا تدخله القرعة، لأنه إذا أقرع بينهما ربما صاربها مال كل واحد منهما إلى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به، وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التى فيها رد(٤).

بيان الراجح

وأرجح الأقوال فيما يبدو لي هو قول الحنفية والحنابلة وأحد قولى الشافعى بعدم إجبار الآبى على القسمة.

لأن فى قسمة الحائط طولاً أو عرضا ضرراً للشريكين بقطع الحائط وإتلافه. ومقصود القسمة هو توفير المنفعة، فإذا ما فات المقصود فلا تصح القسمة.

ولأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها، إلا إذا رضوا بقسمته فلا مانع، لأن المالك له أن يتصرف فى ملكه كيف يشاء.

---

(١) المبسوط ٥٢/١٥؛ البناية ٥١٠/١٠.

(٢) المقنع ٦٤٢/٣.

(٣) نفس المرجع.

(٤) المهذب ٣٠٧/٢.

المطلب الثانى

قسمة المنقول كالحيوان والعروض

قسمة العين الواحدة:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الحيوان بنوعيه: الرقيق والدواب وكذلك العروض* لا تجوز قسمة واحدة منها للفساد الداخل فى ذلك. واختلفوا فيما إذا تنازع الشركاء فى العين الواحدة بينهم ولم يتراضوا على الانتفاع بها على الشيوع.

فعند مالك ـ رحمه الله ـ وأصحابه: إن أحد الشركاء إذا دعا إلى بيع مالا ينقسم فإنه يجاب إلى ذلك ويجبر على البيع معه من أباه لدفع الضرر كالشفعة سواء كان المشترك عقاراً أو عرضا ثم للآبى أخذ الجميع بما يعطى فيه(١).

جاء فى المدونة: قلت أرأيت إن كان الميراث عبداً واحداً أو دابة واحدة أو ثوباً واحداً أو سرجا أو تورا* أو طستا واحداً فأرادوا أن يقتسموا، قال: قال مالك: إن هذا لا ينقسم ولكن يباع عليهم جميع هذا، لأن هذا مما لا يقسم كل نوع منه على حدة إلا أن يتراضوا على شيء فيكون لهم ما تراضوا عليه. فأما بالسهام فلا يجوز أن يقتسموه(٢).

واستدل مالك ـ رحمه الله ـ على ما ذهب إليه من جبر الممتنع من الشركاء:

بأن فى ترك الاجبار والحالة هذه ضرراً وهذا من باب المصلحة المرسلة(٣).

---

* العروض: المتاع. قالوا: والدراهم والدنانير عين وما سواهما عرض. وقال أبو عبيد: العروض الأمتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً. المصباح ٥٥٢/٢، مادة (عرض).

(١) الخرشى ١٩٧/٦؛ وانظر أيضا شرح منح الجليل ٦٥٠/٣ ـ ٦٥١؛ حاشية الدسوقى ٥٠١/٣.

* التور: إنا صغير يشرب فيه ويتوضأ به. المغرب ١٠٩/١ باب التاء مادة (تور).

(٢) المدونه للامام مالك بن أنس ٤٨٩/٥ ـ دار صادر ـ بيروت.

(٣) المصلحة المرسلة: كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها، وفى اعتبارها مع هذا جلب نفع ودفع ضرر، ومثالها: إذا شاعت شهادة الزور بين الناس إلى حد يؤدى إلى اختلاط الانساب أو ضياعها أو إلى أكل أموال الناس بالباطل ورأينا أن تسجيل عقود الزواج والبيع يمنع هذا الضرر أو يخفف منه، فهل يترك للناس الحبل على الغارب لأنه ليس هناك فعل مماثل لتسجيل العقود منصوص على حكمه لنقيس عليه؟ أم نحملهم على تسجيل هذه العقود منعا لذلك الضرر وتحقيقاً لتلك المصلحة التى دلت تصرفات الشارع عامة على رعايتها وهى حفظ النسل والمال. انظر: نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامي للدكتور حسين حامد حسان ص: ١٧ (بتصرف) نشر مكتبة المتنبى بالقاهرة سنة (١٩٨١م).

وعند أهل الظاهر(١): لا يجوز أن يجبر أحد من الشركاء على بيع حصته مع شريكه أو شركائه كان مما ينقسم أو مما لا ينقسم من الحيوان.

لكن يجبران على القسمة إن دعا إليها أحدهما أو أحدهم أو تقسم المنافع بينهما إن كان لا تمكن القسمة.

ودليلهم على ذلك الكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾(٢).

وأما السنة فقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام"(٣).

فصح بهذا أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض منه. والاجبار على البيع إخراج للمال عن صاحبه إلى من هو حرام عليه بنص القرآن والسنة وهذا ظلم لا شك فيه. فإن قيل: إن في ترك أحدهما البيع ضرراً بإنتقاص قيمة حصة الآخر. فالجواب: أنه لا ضرر في ذلك بل الضرر كله هو أن يجبر المرء على إخراج ملكه عن يده. فهذا الضرر هو المحرم لا ضرر إنسان بأن لا ينفذ له هواه فيمال شريكه(٤).

ويمكن للمالكية أن يناقشوا الظاهرية: بأنا معكم في أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير إذنه غير أن الشأن في المشترك هنا أنه مما لا ينقسم، فإن لم نقل بجبر الآبى من الشركاء سيعرض المشترون عن شرائه وسيحصل بخس في الثمن. ونقصان الثمن على الأول ضرر، والضرر مدفوع شرعاً. ثم إننا قد راعينا حق الآبى فخولنا له أن يأخذه بما يعطى فيه من الثمن.

---

(١) المحلى ٨/١٣٠.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه فى كتاب الآداب، باب (٤٣) ٨٤/٧؛ وفى كتاب المغازى، باب (٧٧)، ٥/ ١٢٦ ولفظه يختلف. وأخرجه بنفس اللفظ فى كتاب العلم، باب (٣٧)، ٣٥/١.

(٤) المحلى ١٣٠/٨.

قسمة الحيوان إذا كان أكثر من واحد

قال الحنفية إذا كان بين الشركاء دواب كالاغنام والإبل والبقر والحمير ونحوها من صنف (نوع) واحد، فطلب أحدهم قسمها، فإن القاضى يقسمها جبراً، وبه قال المالكية والحنابلة والشافعية. ولكن بعض الشافعية كأبى علي بن خيران وابن أبى هريرة قالا بعدم إجبار الممتنع لأنها أعيان مختلفة كالدور. ولكن المذهب ما قاله غيرهما بإجبار الممتنع.

وإذا اختلفت الأصناف، كالشاة والبعير، والبرذون والحمار، لا يقسم القاضى جبرا فى هذه الأشياء قسمة جمع ـ باتفاق الفقهاء ـ بأن يجمع نصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة ونصيب الآخر فى البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهما والبعير بينهما على ما يستحقان بمعنى أن تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، البقر على حدة والغنم على حدة.

وحجتهم فى ذلك هو: أنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وفى المعاوضة لا بد من التراضى دون جبر القاضى لأن فى ولاية الإجبار للقاضى يثبت معنى التمييز(١).

وقال الظاهرية(٢): يقسم فى الأجناس المختلفة ويخرج نصيب كل ما يقرعه فى شخص من أشخاص المال أو فى نوع من أنواعه استدلالا بما روى البخارى عن علي بن الحكم الأنصارى باسناده إلى رافع بن خديج: "أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببعير واحد"(٣).

الترجيح

وما يبدو لي رجحانه مما سبق ـ والله أعلم ـ ما قال به الجمهور من عدم الجبر بقسمة الجمع وإنما يقسم كل صنف على حدة. لأن القسمة هنا معاوضة ويشترط فى معاوضة المالين أن يكونا من جنس واحد، وإذا اختلفت الاجناس فلا إختلاط بينها. وأما ما استدل

---

(١) انظر: مجمع الأنهر ٤٩١/٢؛ الجوهرة ٣٤٩/١؛ تحفة الفقهاء ٢٨٢/٣؛ الهداية ٤٤/٤؛ اللباب ٢٢٢/١؛ المبسوط ٣٦/١٥ وما بعدها؛ حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣؛ الخرشى ١٥٦/٦؛ شرح منح الجليل ٦٢٦/٣، ٦٢٧؛ مواهب الجليل للشنقيطى ١٠١/٤؛ المهذب ٣٠٨/٣؛ روضة الطالبين ٢١٢/١١، ٢١٣؛ الفواكة العديدة ٣٢٢/٢؛ المغنى ١١٥/٩، ١١٦؛ منتهى الارادات ٦١٩/٢.

(٢) المحلى ١٣٢/٨.

(٣) سبق تخريجه.

به الظاهرية من الحديث فهو غريب(١) فلا يترك لأجل عمومات النصوص فى أن الجبر لا يجرى فى المبادلات، والقسمة بالسهمة فى الأجناس المختلفة مبادلة حقيقة، مع أن الحديث لا يكون حجة لإحتمال أن ذلك بطريق القسمة بالتراضى بقرينة لفظ تعدل عشرة مع أن حق الغانمين فى المالية لا فى العين، ولهذا للإمام بيعها وقسمة ثمنها بين الغانمين(٢).

قسمة الرقيق

إذا كان العبيد مشتركين بين الشركاء فلا يخلو الحال من:

١ ـ أن يكونوا مختلطين ذكوراً وإناثاً.

٢ ـ أو ذكورا فقط أو إناثا فقط.

فإن كانوا ذكوراً وإناثا لا تجوز قسمتهم بالاجماع لأنهم جنسان.

وفى ذلك يقول الزيلعى: "إذا كانوا مختلطين بين الذكور والإناث لا يقسم بالاجماع لأن الذكور والإناث من بنى آدم جنسان لإختلاف المقاصد"(٣).

أما إذا كان الرقيق ذكوراً فقط أو إناثا فقط وليس معهم شيء من العروض فقد اختلف الفقهاء فى قسمتهم على مذهبين:

المذهب الأول: لمالك والشافعى فى مشهور مذهبه وأحمد وصاحبي أبى حنيفة ــ أبى يوسف ومحمد ـ والظاهرية والزيدية وقد ذهبوا إلى أنهم يقسمون قسمة جبر(٤).

---

(١) الحديث الغريب هو : ما تفرد به واحد، وقد يكون ثقة، وقد يكون ضعيفاً ولكل حكمه. الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث للحافظ ابن كثير (٧٧٤هـ) تأليف أحمد محمد شاكر ص: ١٤١، الطبعة الثالثة ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م ـ مكتبة دار التراث، القاهرة.

(٢) البناية فى شرح الهداية ٥٠٤/١٠.

(٣) تبيين الحقائق ٢٧٠/٥؛ وانظر أيضا مجمع الأنهر ٤٩٢/٢.

(٤) البناية ٥٠٧/١٠؛ مجمع الأنهر ٤٩١/٢؛ الجوهرة ٣٤٩/١؛ تبيين الحقائق ٢٧٠/٥؛ تحفة الفقهاء ٢٨٢/٣؛ ــ شرح منح الجليل ٦٢٦/٣ ــ ٦٢٧؛ المهذب ٣٠٨/٣؛ روضة الطالبين ٢١٢/١١؛ زاد المحتاج ٥٧٠/٤؛ المغنى ١١٥/٩، ١١٦؛ الفواكه العديدة ٣٢٢/٢؛ المقنع ٦٤٢/٣؛ المحلى ١٣٠/٨؛ البحر الزخار ١٠٦/٥.

واحتجوا لذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة: فهى أن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ جزأ العبيد الذين أعتقهم الأنصارى فى مرض موته ثلاثة أجزاء(١).

وأما المعقول: فمن ثلاثة أوجه:

الأول: أن الرقيق يقسم لاتحاد الجنس إذا كانوا ذكورا أو إناثا، وإنما التفاوت فى القيمة وهذا لا يمنع القسمة كما فى الإبل والغنم ورقيق المغنم(٢).

الثانى: أنهم إنما يقسمون لقلة اختلاف الأغراض فيهم(٣)، والتقارب المقصود منهم.

الثالث: أن الرقيق نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان(٤).

وقسمتهم عند المالكية تكون بالقيمة(٥)، وعند الصاحبين ــ أبى يوسف ومحمد ــ والشافعى تكون بالأعيان(٦). وهذا هو المفهوم من مذهب الإمام أحمد(٧).

المذهب الثانى: لأبى حنيفة وقد ذهب إلى عدم قسمة الرقيق قسمة جمع بانفراده بأن يجعل نصيب أحدهما فى عبد ونصيب الآخر فى عبد فيدفع عبداً إلى هذا وعبداً إلى ذلك فى غير رضا الشركاء.

---

(١) نيل الأوطار ٤١/٦، ٤٢. "فعن أبى زيد الأنصارى أن رجلا أعتق ستة عبيد عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع بينهم رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فاعتق اثنين وأرق أربعة".
سنن أبى داود ٢٧٠/٤ ــ كتاب العتق (٢٣) ــ باب (١٠) حديث رقم (٣٩٦١) أخرجه عن عمران بن حصين. مسند بن أحمد بن حنبل ٤٢٦/٤، ٤٣٨، ٤٣٩.

(٢) البناية ٥٠٧/١٠.

(٣) روضة الطالبين ٢١٢/١١.

(٤) المغنى ١١٦/٩.

(٥) الخرشى ١٨٦/٦.

(٦) اللباب ٢٢٣/١؛ البناية ٥٠٧/١٠؛ روضة الطالبين ٢١٢/١١؛ والمهذب ٣٠٨/٢.

(٧) المغنى ١١٥/٩، ١١٦.

وحجته على ذلك المعقول:

وهو أن الرقيق تختلف منافعه لأن التفاوت فى الرقيق فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة والأمانة والفروسية والكتابة والعقل والفطنة والدين وغير ذلك.

ولأن المطلوب من العبد يختلف إختلافا فاحشا، لأنه قد يقصد من أحدهما الزراعة ومن الآخر الخدمة ونحو ذلك، ويصلح أحدهما لما لا يصلح له الأخر، وإذا اختلفت الأغراض، صاروا كالجنس المختلف فتعذر التعديل، بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس(١).

ألا ترى أن الذكر والأنثى جنس واحد فى سائر الحيوانات، وهما جنسان فى بنى آدم(٢)؟ حتى إذا اشترى شخصا على أنه عبد فإذا هى جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات(٣). وهذا الخلاف دائر فى قسمة الرقيق إذا لم يكن معه شيء من العروض، وأما إذا كان معه شيء من العروض فإنه يقسم بالاجماع.

وفى ذلك يقول شيخ زادة: "وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع"(٤).

الترجيح

والراجح مما سبق قول الجمهور بقسمة الرقيق، لأن الرقيق وإن اختلفت منافعه التى تؤدى إلى اختلاف قيمته، فإن هذا يمكن أن يدفع بالتعديل، وهذا منتهى العدل فى القسمة.

قال ابن قدامة فى كتابه "المغنى"(٥): "وما ذكره أبو حنيفة غير صحيح لأن القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الأشياء المختلفة".

---

(١) البناية ٥٠٧/١٠ ـ ٥٠٨؛ وانظر أيضا: مجمع الأنهر ٤٩١/٢ ـ ٤٩٢؛ تبيين الحقائق ٥٦٩/٥؛ اللباب ٢٢٢/١، ٢٢٣؛ الهداية ٤٥/٤.

(٢) الاختيار ٧٦/٢؛ وانظر أيضا: المبسوط ٣٧/١٥.

(٣) المبسوط ٣٧/١٥.

(٤) مجمع الأنهر ٤٩٢/٢ وانظر أيضا: البناية ٥٠٧/١٠.

(٥) المغنى ١١٦/٩.

قسمة العروض

العروض ـ كما قلت آنفا ـ هى الأمتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيواناً ولاعقارا(١). وأريد هنا أن أبين قسمتها مستقلة عن قسمة الحيوان والرقيق وكذلك الموزون والمكيل.

العروض التى يرثها الورثة قد تكون من جنس واحد كالثياب، والذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس وغير ذلك، وقد تكون أكثر من جنس واحد، كالثوب الهروى، أو الأوانى المصنوعة وغيرها من الأجناس المختلفة.

فإذا كانت العروض من جنس واحد فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥) إلى جواز قسمتها وإجبار الممتنع من كل وجه.

فانهم قالوا بجواز قسمة الثياب إذا كانت من جنس واحد ولم تختلف قيمتها، وقسمة تبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس، لأنه عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة(٦). إلا أن الزيدية قالوا بعدم قسمة الأجناس المتحدة إن كان فى قسمتها ضرر، وإنما تباع ويقسم ثمنها(٧).

وقال الظاهرية(٨) بجواز قسمة كل العروض سواء كانت من جنس واحد أو مختلفة الجنس بشرط ألا يكون بين الشريكين مال مشترك سواها إلا الحيوان والمصحف لانهما لا يقسمان ـ عندهم ـ أصلا ولكن يكون بينهم ويؤاجرونه ويقتسمون أجرته.

ودليلهم قوله تعالى: ﴿مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا﴾(٩).

---

(١) المصباح المنير ٥٥٢/٢ ـ كتاب العين ـ مادة (عرض).

(٢) انظر: البناية ٥٠٣/١٠ ـ ٥٠٩؛ تبيين الحقائق ٢٦٩/٥؛ مجمع الأنهر ٤٩١/٢. الدرر ٤٢٣/٢.

(٣) حاشية الدسوقى ٥٠٦/٣.

(٤) انظر: زاد المحتاج ٥٧٠/٤، روضة الطالبين ٢١٢/١١؛ المهذب ٣٠٨/٢.

(٥) انظر: المغنى ١١٥/٩.

(٦) البناية ٥٠٣/١٠؛ وانظر أيضا: اللباب ٢٢٢/١.

(٧) البحر الزخار ١٠٥/٥.

(٨) المحلى ١٣٠/٨ ـ ١٣١.

(٩) سورة النساء، الآية: ٧.

وجاء فى مراتب الاجماع لابن حزم خلاف ما قاله فى المحلى، حيث يقول: "واتفقوا على أن جميع الشركاء إذا دعوا كلهم إلى القسمة وكان الشيء إذا قسم وقع لكل واحد منهم ما ينتفع به ولم يكن ذلك الشيء المشاع واحداً كجوهرة واحدة أو ثوب واحد أو اثنين مزدوجين كزوج باب أو خفين أو نعلين أو ما أشبه ذلك، واثبتوا مع ذلك ملكهم لما طلبوا قسمه ببينة عدول أنه يقسمه الحاكم بينهم(١).

يفهم من قوله هذا أنه أجاز قسمة الأجناس المختلفة بالتراضى دون جبر القاضى. واستثنى منها المشاع إذا كان واحدا كجوهرة واحدة أو اثنين مزدوجين كخفين أو نعلين ولو بالتراضى.

والراجح من قوليه هو الثانى(٢)، لأنه يتفق مع قول الجمهور فى عدم قسمة الأجناس المختلفة إلا بالتراضى، لأن فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف. وكذا دليل ترجيح قوله الثانى هو عدم إمكان الاختلاط بين الجنسين، فلذلك تكون قسمة الجنسين معاوضة، ولا يجرى فى المعاوضة الاجبار بل التراضى.

وأما عدم صحة قسمة الجوهرة الواحدة والأعيان المزدوجة، فلأنها تؤدى إلى الضرر بالشركاء، وهو إضاعة الجوهرة بكسرها وعدم الانتفاع بأحد زوجى الخفين أو النعلين.

وإذا كانت العروض ـ كما قلنا آنفا ـ أكثر من جنس واحد بأن كانت مختلفة الجنس فإنها لا تقسم إلا بالتراضى باتفاق الفقهاء(٣)، كالثوب الهروى والأوانى المصنوعة، لأن جنسها اختلف باختلاف الصنعة حكما وإن اتحد حقيقة، وكذلك الجواهر ككبار اليواقيت واللؤلؤ، لأنها من الأعيان المختلفة الجنس ويكثر فيها التفاوت، وأما صغار الجواهر فتقسم لقلة التفاوت. هذا عند الحنفية فقط(٤).

---

(١) مراتب الاجماع فى العبادات والاعتقادات لأبى محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ـ ٤٥٦هـ) نشر مكتبة القدس (١٣٥٧هـ).

(٢) وهو الوارد فى مراتب الاجماع السابق.

(٣) بداية المجتهد ٤٠١/٢.

(٤) انظر: البناية ٥٠٣/١٠؛ تبيين الحقائق ٢٦٩/٥؛ مجمع الأنهر ٤٩١/٢؛ الدرر ٤٢٣/٢.

وأما المالكية(١) والزيدية(٢) فقد ذهبوا إلى عدم جواز قسمتها لأنها إضاعة المال بغير حق وهو عدم انتفاع أحد الشريكين به، بل يباع ويقسم ثمنها.

والدليل على ما سبق السنة والمعقول.

أما السنة: فهى ما روى عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "أنه قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر(٣). وهى تشتمل على أجناس من المال.

وأما المعقول: فهو أنه فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف.

قال الزيلعى فى تبيين الحقائق(٤): ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا إلا برضاهما. أما الجنسان: فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى. وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة.

---

(١) انظر: شرح منح الجليل ٢٣٧/٣؛ حاشية الدسوقى ٥٠٧/٣؛ بلغة السالك ٢٤١/٢.

(٢) انظر: البحر الزخار ١٠٥/٥.

(٣) روى عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قسمة الغنائم فى غزوات عدة. ومنها:

غزوة خيبر وحنين وهوازن وغيرها. جاء فى صحيح البخارى عن ابن عمر ـ رضى الله عنهما قال: قسم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهما. صحيح البخاري ٧٩/٥ ـ كتاب المغازى ـ باب (٣٨). وفى رواية مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قسم فى النفل للفرس سهمين وللرجل سهما. صحيح مسلم بشرح النووى ٨٢/١٢ ـ ٨٣. وفى رواية أبى داود: قسمت خيبر على أهل الحديبية، قسمها رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ على ثمانية عشر سهما وكان الجيش ألفا وخمسمائة، فيهم ثلاثون فارساً، فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما. سنن أبى داود ٤١٣/٣ ـ كتاب الخراج والإمارة والفيء (١٤) باب (٢٤) حديث رقم (٣٠١٥). وفى حديث آخر روى الإمام البخارى عن ابن عاصم فى صحيحه: لما أفاء الله على رسوله يوم حنين، قال قسم فى الناس فى المؤلفة قلوبهم ولم يعط الأنصار شيئا. صحيح البخارى ١٠٤/٥ كتاب المغازى ـ باب (٥٦) مسند أحمد بن حنبل ٤٢/٤.

وفى حديث آخر جاء فى مسند أحمد بن حنبل عن جابر بن عبد الله: قال: لما قسم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ غنائم هوازن بين الناس بالجعرانة، قام رجل من بنى تميم فقال: اعدل يا محمد. فقال: ويلك ومن يعدل إذا لم أعدل ... الخ" مسند أحمد بن حنبل ٣٥٣/٣.

(٤) تبيين الحقائق ٢٦٩/٥؛ وانظر أيضا: البناية ٥٠٩/١٠؛ شرح المجلة للأتاسى ٨١/٤ والدرر الحكام ٤٢٣/٢؛ مجمع الأنهر ٤٩١/٢.

حكم دخول الدراهم فى القسمة لعقار أو منقول

تقدم القول إجمالاً عن دخول الدراهم فى القسمة أما التفصيل فإليك بيانه:

قال الحنفية إن الدراهم لا تدخل فى القسمة لعقار أو منقول إلا برضا المتقاسمين(١). جاء فى تبيين الحقائق(٢). فإذا كان أرض و بناء، فعن أبى يوسف ـ رحمه الله ـ : أنه يقسم باعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم. لأن تعديل البناء لا يمكن بالمساحة.

وعن أبى حنيفة ـ رحمه الله ـ : أن الأرض تقسم بالمساحة، والمساحة هى الأصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع فى نصيبه البناء أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة. وعند محمد ـ رحمه الله ـ: أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة، فإذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم، لأن الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الأصل وهو القسمة بالمساحة إلا للضرورة.

على أنه مما يجب ملاحظته: أن الدراهم التى لا تدخل فى القسمة هى الدراهم التى ليست من التركة.

قيد فى الدر المختار(٣) الدراهم فى قولهم "لا تدخل الدراهم فى القسمة" بالدراهم التى ليست من التركة:

ومعنى هذا: أنه لو كانت الدراهم من التركة تدخل فى قسمة العقار أو المنقول لكن ذكر الشرنبلالى(٤) فى حواشيه على الدر المختار: أنه غير احترازى فلا تدخل فى القسمة ولو من التركة.

والذى يظهر من كلام صاحبي الدر المختار والدرر الحكام أن هذا القيد ذكر لإفادة حكم ما إذا كانت الدراهم من التركة وقد علم مما تقرر أن الجنسين المشتركين لا يقسمان

---

(١) شرح المجلة ٩٢/٤؛ وانظر أيضا: اللباب ٢٢٨/١.

(٢) تبيين الحقائق ٢٧١/٥؛ وانظر أيضا: البناية ٥٢٢/١٠ ـ ٥٢٣.

(٣) الدر المختار ٢٦٣/٦؛ وانظر أيضا: الدرر الحكام ٣٢٤/٢.

(٤) رد المحتار على الدر المختار ٢٦٣/٦.

قسمة جمع إلا بالتراضى . ولهذا علل الزيلعى فى كتابه تبيين الحقائق(١)، عدم دخول الدراهم فى القسمة بقوله: لأنه لاشركة فيها ويفوت به التعديل ـ أيضاً ـــ فى القسمة لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك فى الحال ودراهم الآخر فى الذمة فيخشى عليها الهلاك ولأن الجنسين المشتركين لا يقسمان فما ظنك عند عدم الاشتراك.

---

(١) تبيين الحقائق ٥/٢٧١.

المبحث الثاني

فى

قسمة الرقاب التى تكال وتوزن

المال المشترك بين الشركاء قد يكون من المكيلات أو الموزونات وهو المثلى. وإكمالا للفائدة أريد أن أوضح أولا ما هو المثلى والقيمى ثم أتكلم عن إجراء القسمة فى هذا النوع.

أولاً: المثلى(١) والقيمى(٢):

إن المثلى: ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به.

والقيمى: مالا يوجد له مثل فى السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به.

وبناء على هذا فالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات. لكن الأوانى المختلفة باختلاف الصنعة والموزونات المتفاوتة قيمية، وكذلك الحنطة المختلطة بالشعير وكل جنس مثلى خلط بخلاف جنسه فى صورة لا يقبل التفريق والتمييز قيمى. والذرعيات(٣).أيضا ـ قيمية لكن الجنس الواحد من الجوخ والبطاين من أعمال الغابريقات التى تباع على أن ذراعها بكذا من المال ولا يوجد التفاوت فى أفرادها مثلى.

والحيوانات والعدديات المتفاوتة التى يوجد بين أفرادها تفاوت بالقيمة مثل البطيخ الأخضر قيمية وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية حيث كانت متماثلة(٤).

ثم المثلى قد يكون مصنوعاً بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادراً بالنسبة إلى أصله "كالقمقمة" والقدر والإبريق فيكون قيميا. وقد يكون مصنوعا بحيث لا تخرجه عن المثلية ببقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم والدنانير المضروبة. وفى تنقيح الحامدية

---

(١) شرح المجلة للأتاسى ٢١/٢ ـ المادة: (١٤٥).

(٢) المرجع السابق ٢١/٢ المادة: (١٤٦).

(٣) التى تقاس بالذراع.

(٤) شرح المجلة ٥٦/٤ ـ المادة (١١١٦).

فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية أيضا(١).

والدليل على ذلك: أن ما كان من هذه المذكورات من الأموال الربوية(٢) لا تصح قسمته مجازفة، لأن القسمة فيها معنى المبادلة والمجازفة فى القسمة فى الأموال الربوية ولو بالتراضى لا تجوز(٣).

ولأنه إذا كيل أو وزن فقد استغنى عن القرعة(٤).

وقال ابن عرفة من المالكية: تجوز قسمة المكيلات والموزونات بالقرعة(٥).

ولا وجه له لأنه لابد فى قسمة القرعة من مقوم والتقويم منتف هنا إلا فى نحو حلى لاختلاف الرغبة فى أصنافه فيدخله التقويم(٦).

فالمعول عليه هو القول الأول وهو أن المكيل أو الموزون وهو المثلى لا يقسم بالقرعة وإنما يقسم بالعدد أو الكيل أو الوزن لوجاهة أدلته.

وأما بالمراضاة فقسمة القرعة جائزة اتفاقا(٧)، إذا كان كل من المكيل والموزون من أصناف. وأما إذا كان من صنف واحد فلا يجوز عند المالكية إذا وقع القسم جزافا بلا تحر أو بتحر فى المكيل، لأنه غرر ومخاطرة. وأما بتحر فى الموزون فيجوز وأولى مع الوزن أو الكيل بالفعل.

---

(١) راجع شرح المجلة ٩١/٤؛ حاشية الدسوقى ٥٠١/٣؛ بداية المجتهد ٤٠١/٢؛ شرح منح الجليل ٦٣٣/٣ ـ ٦٣٤. نهاية المحتاج ٢٧٢/٨؛ الإقناع ٢٧٣/٢؛ المغنى ١١٥/٩؛ الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص: ٣٥٢؛ البحر الزخار ١٠٥/٥.

(٢) روى عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى الربا أحاديث كثيرة ومنها ما روى عن عبادة بن الصامت ـ رضى الله عنه ـ قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد". رواه مسلم ١٢١١/٢ ـ كتاب المساقاة (٢٢) باب (١٥) حديث رقم ٨٢،٨١.

(٣) شرح المجلة ٩١/٤.

(٤) حاشية الدسوقى ٥٠١/٣.

(٥) حاشية الدسوقى ٥٠١/٣.

(٦) المرجع نفسه.

(٧) المرجع نفسه، وانظر أيضا: شرح منح الجليل ٦٣٤/٣.

قال السيوطى (فى الاكليل): هذه الآية أصل فى استعمال القرعة عند التنازع. وقال بعض مفسرى الزيدية: ثمرة الآية أنه يجوز التخاصم لطلب الفضل حتى يتميز واحد بمزية، ودلت على أن التمييز يحصل بالقرعة فى الأمر الملبس(١).

وقد وردت القرعة فى شرعنا فى ثلاثة مواطن(٢):

الأول: "كان النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه"(٣). وقوله "إذا أراد سفراً" مفهومه إختصاص القرعة بحالة السفر وليس على عمومه بل لتعيين القرعة من يسافر بها.

قال الشوكانى فى نيل الأوطار: "وتجرى القرعة أيضاً فيما إذا أراد أن يقسم بين نسائه فلا يبدأ بأيتهن شاء بل يقرع بينهن فيبدأ بالتى تخرج لها القرعة إلا أن يرضين بتقديم من اختاره فهذا يجوز بلا قرعة"(٤).

الثانى: "أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ رفع إليه أن رجلا أعتق فى مرض موته ستة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع بينهم فأعتق إثنين وأرق أربعة(٥).

---

(١) راجع تفسير القاسمى المسمى بمحاسن التأويل ٨٤٢/٤ ـ ٨٤٣ دار إحياء الكتب العربية ـ عيسى البابى الحلبى ـ الطبعة الأولى (١٤٧٦هـ، ١٩٥٧م).

(٢) أحكام القرآن لابن العربى ١٦٢٢/٤ ـ ١٦٢٣ ـ نشر دار المعرفة ـ بيروت؛ تفسير القرطبى ١٢٥/١٥.

(٣) سبق تخريجه وانظر نيل الأوطار ٢١٧/٦.

(٤) نيل الأوطار ٢١٨/٦.

(٥) رواه أحمد عن أبى زيد الأنصارى، وأبو داود وقال فيه: "لوشهدته قبل أن يدفن لم يدفن فى مقابر المسلمين" ففيه تغليظ شديد وذم بالغ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا فى الثلث، فإذا تصرف فى أكثر منه كان مخالفا لحكم الله تعالى ومشابها لمن وهب غير ماله. سنن أبى داود ٢٧٠/٤ ـ كتاب العتق (٢٣) باب (١٠) وذكر بدلا من لفظ (مرض موته) لفظ (عند موته) حديث رقم (٣٩٦١)، رواه عن عمران بن حصين، وانظر أيضاً مسند أحمد بن حنبل ٤٢٦/٤، ٤٣٨، ٤٣٩. نيل الأوطار ٤١/٦ ـ ٤٢.

المبحث الثالث

فى

وسائل قسمة الأعيان

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

القسمة بالقرعة بعد تقويم وتعديل،

وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: فى معنى القرعة:

تعريف القرعة فى اللغة:

قال صاحب المصباح(١)، تقارع القوم واقترعوا، والاسم القرعة. وأقرعت بينهم إقراعاً، هيأتهم للقرعة على شيء. وجاء فى المعجم الوسيط(٢): تقارع القوم واقترعوا على شيء: ضربوا القرعة. ويقال اقترعوا فيما بينهم. واقترعوا على الشيء: اختاروه. وأقرع بين القوم: ضرب القرعة بينهم.

وفى المنجد(٣): اقترع القوم على كذا: ضربوا قرعة. والقرعة: السهم والنصيب.

وقال المطرزى(٤) تقارعوا بينهم واقترعوا من القرعة وأقرعت بينهم: أمرتهم أن يقترعوا على شيء، وقارعته فقرعته: أصابتنى القرعة دونه، ومنه حديث عائشة ــ رضى الله عنها ــ: أنه ــ

---

(١) المصباح المنير ٦٨٥/٢ ــ كتاب القاف ــ مادة (قرع).

(٢) المعجم الوسيط ٧٢٨/٢ مادة (قرع).

(٣) المنجد ص: ٦٢١ حرف (ق) مادة (قرع).

(٤) المغرب للمطرزى ١٧٠/٢ ــ باب القاف مادة (قرع).

صلى الله عليه وسلم ـ أقرع بين نسائه فقرعت فى السفرة التى أصابنى فيها ما أصابنى(١)، وهو إشارة إلى حديث الإفك.

تعريف القرعة فى الشرع:

والمعنى الإصطلاحى أو الشرعى للقرعة لا يخرج عن المعنى اللغوى. قال ابن عرفة:(٢) "القرعة هي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله."

الفرع الثانى: فى وجود القرعة فى الشرع:

السهمة ـ أي القرعة ـ إنما جعلها الفقهاء فى القسمة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل(٣)، وهي موجودة فى الشرع ـ فى مواضع كثيرة.

منها قوله تعالى: ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾(٤). فهذه الآية الكريمة نص على القرعة وكانت فى شريعة من قبلنا جائزة فى كل شيء على العموم.

---

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ٥/٥٥ ـ ٥٦ ـ كتاب المغازى باب (٣٤) ولفظه يختلف ولم يذكر (أصابنى ما أصابنى). وفى ٢٢١/٣ ـ كتاب الجهاد باب (٦٤)، وفى ١٥٤/٣ ـ ١٥٦ ـ كتاب الشهادات باب (١٥).

"عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه فأقرع بيننا فى غزاة غزاها فخرج سهمى فخرجت معه بعدما أنزل الله الحجاب ..."

صحيح مسلم ١٨٩٤/٢ ـ كتاب الفضائل (٤٤) باب (١٣) حديث رقم (٨٨) لفظه يختلف.

مسند أحمد بن حنبل ١١٤/٦، ١١٧، ١٩٧، ٢٦٩.

(٢) شرح منح الجليل ٦٢٤/٣؛ الفواكه الدوانى ٣٢٦/٢؛ جواهر الاكليل١٦٥/٢.

(٣) نتائج الافكار ٣٦٣/٨؛ تكملة البحر ١٥٢/٨؛ المبسوط ٥/١٥؛ البناية ٥١٩/١٠.

(٤) الصافات الآية: ١٤١.

ومنها: أن القوم اقترعوا على مريم أيهم يكفلها وجرت سهامهم عليها والقول فى جرية الماء بها، وليس ذلك فى شرعنا، وإنما تجرى الكفالة على مراتب القرابة(١).

قال عز وجل: ﴿**وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم**﴾(٢). أي وما كنت معاينا لفعلهم وما جرى من أمرهم فى شأن مريم إذ يلقون أقلامهم أى سهامهم التى جعلوا عليها علامات يعرف بها من يكفل مريم على جهة القرعة.

﴿**وما كنت لديهم إذ يختصمون**﴾(٣). بسببها تنافساً فى كفالتها. وقد روى عن قتادة وغيره أنهم ذهبوا إلى نهر الأردن واقترعوا هنالك على أن يلقوا أقلامهم فأيهم ثبت فى جرية الماء فهو كافلها فالقوا أقلامهم فاحتملها الماء إلا قلم زكريا فإنه ثبت. ويقال: إنه ذهب صاعداً يشق جرية الماء ـ والله أعلم.

قال أبو مسلم: معنى يلقون أقلامهم مما كانت الأمم تفعله من المساهمة عند التنازع فيطرحون منها ما يكتبون عليها أسماءهم فمن خرج له السهم سلم له الأمر. وقد قال تعالى: ﴿**فساهم فكان من المدحضين**﴾(٤).

وهو شبيه بأمر القداح التى تتقاسم بها العرب لحم الجزور. وإنما سميت السهام أقلاماً لأنها تقلم وتبرى، وكل ما قطعت منه شيئاً بعد شيء فقد قلمته، ولهذا السبب يسمى ما يكتب به قلماً.

---

(١) جاء فى نيل الأوطار ٣٢٨/٦ فى باب من أحق بكفالة الطفل (عن البراء بن عازب أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: أنا أحق بها، هي ابنة عمى. وقال جعفر: بنت عمى وخالتها تحتى. وقال زيد: ابنتى أخى. فقضى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم). متفق عليه. ورواه أحمد ـ أيضا ـ من حديث علي. ففى هذا الحديث دلالة على أن الخالة فى الحضانة بمنزلة الأم وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن. وذهب الشافعى والهادى إلى تقديم الأب على الخالة. وسمى حمزة أخاه لأن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أخى بينه وبينه. نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

(٢) سورة آل عمران: ٤٤.

(٣) سورة آل عمران: ٤٤.

(٤) سورة الصافات: ١٤١.

وهذا الحديث نص على إعتبار القرعة شرعاً(١).

وعن عمران بن حصين: "أن رجلا أعتق ستة مملوكين لـه عند موتـه لم يكن لـه مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ــ صلـى اللـه عليـه وسلم ــ فجزّأهم* أثلاثاً ثم أقرع بينهم"(٢).

وهو فى معنى الحديث السابق.

الثالث: عن أم سلمة قالت: جاء رجلان يختصمان إلـى رسول اللـه ــ صلـى اللـه عليـه وسلم ــ فى مواريث بينهما قد درست .. فقال: "إذهبا فاقتسما ثم توخيا(٣) الحق واستهما(٤) ــ أي اقترعا ــ وليحلل(٥) كل واحد منكما صاحبه(٦). رواه أحمد ..

---

(١) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى عند تفسير قوله تعالى: "فساهم فكان من المدحضين". الآية: ١٤١ من سورة الصافات. ١٥ ــ ١٢٥؛ أحكام القرآن لابن العربى ١٦٢٢/٤.

* وقولـه "فجزّأهم" بتشديد الزاي وتخفيفها لغتان مشهورتان أي قسمهم. وظاهره أنه اعتبر عدد أشخاصهم دون قيمتهم. وإنما فعل ذلك لتساويهم فى القيمة والعدد. قال ابن ارسلان ــ على ما فى نيل الأوطار ٤٢/٦ ــ : فلو اختلف قيمتهم لم يكن بد من تعديلهم بالقيمة مخافة أن يكون ثلثهم فى العدد أكثر من ثلث الميت فى القيمة. نيل الأوطار ٤٢/٦.

(٢) سنن أبى داود ٢٦٦/٤، ٢٦٧، ٢٦٨ ــ كتاب العتق (٢٣) ــ باب (١٠) حديث رقم (٣٩٥٨) أخرجه عن عمران بن حصين. ولفظه يختلف عن لفظ نيل الأوطار. مسند أحمد ابن حنبل ٤٢٦/٤ ــ ٤٣١. سنن ابن ماجة ٧٨٦/٢ ــ كتاب الأحكام (١٣) ــ باب (٢٠) ــ حديث رقم (٢٣٤٥) أخرجه عن عمران بن حصين.

(٣) توخيا ــ بفتح الواو والخاء المعجمة ــ قال فى النهاية: أي اقصدا الحق فيما تصنعان من القسمة وليأخذ كل واحد منكما ما تخرجه القرعة من القسمة. يقال: توخيت الشيء أتوخاه توخيا: إذا قصدت إليه وتعمدت فعله. انظر: النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الاثير ١٦٤/٥ ــ ١٦٥ ــ دار إحياء التراث العربى ــ بيروت ــ نشر المكتبة الاسلامية.

(٤) استهما: أى ليأخذ كل واحد منكما ما تخرجه القرعة من القسمة ليتميز سهم كل واحد منكما عن الآخر. نيل الأوطار ٢٥٤/٥.

(٥) وليحلل الخ: أي ليسأل كل واحد منكما صاحبه أن يجعله فى حل من قبله بإبراء ذمته، وفيه دليل على أنه يصح الإبراء من المجهول، لأن الذى فى ذمة كل واحد ها هنا غير معلوم. نيل الأوطار ٢٥٤/٥.

(٦) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٣٢٠/٦.

وفى سنن ابن ماجة(١) من طريق أبى رافع عن أبى هريرة: "أن رجلين تدارءا* فى بيع ليس لواحد منهما بينة، فأمرهما رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يستهما على اليمين. أحبا ذلك أو كرها". قال الخطابى ـ على ما فى سبل السلام(٢): ـ ومعنى الاستهام هنا الاقتراع. يريد أنهما يقترعان فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعى.

فهذه ثلاثة مواطن وهى القسم فى النكاح، والعتق، والقسمة، وإنما جرت القرعة فى هذه الثلاثة لرفع الاشكال وحسم داء التشهى(٣).

وقال ابن قدامة فى المغنى(٤) وأما السنة فقال أحمد(٥) فى القرعة خمس سنن:

ـ أقرع بين نسائه.

ـ وأقرع فى ستة مملوكين.

ـ وقال لرجلين: "استهما".

ـ وقال: "مثل القائم على حدود الله والمدهن* فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فى البحر ...(٦).

---

(١) سنن ابن ماجة ٢/٧٨٦ ـ كتاب الأحكام (٣) باب (٢٠) القضاء بالقرعة، حديث رقم: (٢٣٤٦).

* تدارءا: أى تدافعا فى الخصومة ونحوها. المعجم الوسيط ١/٢٧٦.

(٢) سبل السلام ٤/١٤٨٤ ـ طبع بدار الحديث ـ القاهرة.

(٣) أحكام القرآن لابن العربى ٤/١٦٢٣؛ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٥/١٢٥ ـ ١٢٦.

(٤) المغنى ٩/٣٦٣.

(٥) قال ابن قدامة بأن الإمام أحمد صرح بأن فى القرعة خمس سنن بينما هى ستة على ما ترى. وصرح الشوكانى فى نيل الأوطار بأنها خمسة فلم يعد من بينها حديث (مثل القائم .. الحديث). انظر: نيل الأوطار ٥/٢٥٤.

* المدهن: بضم الميم وسكون الدال المهملة وكسرها وبالنون، والمراد به من يرائى ويضيع الحقوق ولا يغير المنكر. والمدهن والمداهن واحد. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى للإمام الحافظ أبى العلى محمد بن عبد الرحيم المباركفورى (ت ـ ١٣٥٣هـ)،مراجعة وتصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف ـ الطبعة الثالثة ـ دار الفكر.

(٦) فى سننه ٤/٤٧٠ عن النعمان بن بشير فى كتاب الفتن (٣٤) باب (١٢) حديث رقم ٤/٢٦٨، ٢٧٠.

ـ وقال عليه الصلاة والسلام: لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لا ستهموا(١). أى اقترعوا عليه.

ـ وفى حديث الزبير: أن صفية جاءت بثوبين لتكفن فيهما حمزة (رضي الله عنه) فوجدنا إلى جنبه قتيلا فقلنا: لحمزة ثوب وللأنصارى ثوب. فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد فى الثوب الذى خرج له"(٢).

قال الشوكانى(٣): والظاهر أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ اطلع على هذا وقرره لأنه كان حاضراً هنالك ويبعد أن يخفى عليه مثل ذلك.

وقد كانت الصحابة تعتمد على القرعة فى كثير من الأمور. "كما روى أن أقواما اختلفوا فى الأذان فاقرع بينهم سعد"(٤). والعمل بالقرعة هو قول جمهور العلماء(٥).

وقال ابن قدامة(٦): وأجمع العلماء على إستعمالها ـ أى القرعة ـ فى القسمة. فعن زيد بن أرقم قال: أتي عليّ بن أبى طالب وهو باليمن فى ثلاثة قد وقعوا على امرأة فى طهر واحد فسأل اثنين. فقال: أتقران لهذا بالولد؟ فقالا: لا. ثم سأل اثنين. فقال: أتقران لهذا بالولد؟ فقالا: لا. فجعل كلما سأل اثنين: أتقران لهذا بالولد؟ قالا: لا. فاقرع بينهم.

---

(١) صحيح البخارى ١٥٢/١ ـ كتاب الأذان باب (٩)، ١٥٩/١ ـ كتاب الأذان ـ باب(٣٢) أخرجه عن أبى هريرة؛ صحيح مسلم ٣٢٥/١ ـ كتاب الصلاة ـ باب (٢٨) حديث رقم (١٢٩) أخرجه عن أبى هريرة؛ مسند أحمد بن حنبل ٢٣٦/٢، ٢٧٨. وزاد لفظ "عليه" بعد لفظ "لاستهما".

(٢) نيل الأوطار ٢٥٤/٥.

(٣) المرجع نفسه

(٤) صحيح البخارى ١٥٢/١ ـ كتاب الأذان ـ باب (٩).

(٥) راجع نيل الاوطار ١٤٢/٦ والمغنى لابن قدامة ٣٦١/٩

(٦) المغنى ٣٦٣/٩.

وألحق الولد بالذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية، فذُكر ذلك للنبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فضحك حتى بدت نواجذه(١).

وعمل بها الحنفية استحساناً والقياس عندهم يأباها. لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو فى معنى القمار والقمار حرام.

ولهذا لم يجوز علماء الحنفية استعمالها فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة(٢).

قال صاحب نتائج الأفكار(٣) عند الكلام عن كيفية القسمة: "ولكنا تركنا القياس ها هنا بالسنة. والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس هذا فى معنى القمار، لأن أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه. وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لأن القاسم لو قال: أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما، إلا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه والسلام فى مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة، كما قال الله تعالى فى سورة الصافات: ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾(٤) وذلك لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى بنفسه فى الماء ربما نسب إلى ما لا يليق بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك. وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار فى ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كما قال تعالى: ﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾(٥). وكان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقرع بين نسائه تطييبا لقلوبهن"(٦).

---

(١) سنن ابن ماجة ٧٨٦/٢ ـ كتاب الأحكام (١٣) باب (٢٠) القضاء بالقرعة ـ حديث رقم (٢٣٤٨)؛ سنن أبى داود ٧٠١/٢ ـ كتاب الطلاق (٧) باب (٣٢) من قال بالقرعة. حديث رقم (٢٢٧٠)؛ سنن النسائى ١٨٢/٦ ـ كتاب الطلاق ـ باب (٥٠) القرعة فى الولد إذا تنازعوا فيه.

(٢) نتائج الافكار ٣٦٣/٨ ـ ٣٦٤؛ وانظر أيضا: تكملة البحر ١٥٢/٨؛ والبناية ٥١٩/١٠.

(٣) نتائج الافكار ٣٦٤/٨ ـ ٣٦٥؛ وانظر تكملة البحر ١٥٢/٨ ـ ١٥٣؛ المبسوط ٧/١٥ ـ ٨؛ البناية ٥١٩/١٠ ـ ٥٢٠.

(٤) الصافات: ١٤١.

(٥) آل عمران: ٤٤.

(٦) نتائج الافكار ٣٦٥/٨

وقال السرخسى فى المبسوط(١): واعلم بأن المرأة لاحق لها فى القسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن، فاستعمال القرعة فى مثل هذا الموضع جائز عند العلماء جميعا رحمهم الله تعالى.

وأما المالكية فقد اختلفوا فى القرعة بين الزوجات عند الغزو على قولين(٢):

الصحيح منهما: الاقتراع. وبه قال أكثر فقهاء الأمصار. والدليل على ذلك:

أن السفر بجميع الزوجات لا يمكن، واختيار واحدة منهن إيثار بلا مبرر فلم يبق إلا القرعة. وكذلك فى مسألة الأعبد الستة: فإن كل اثنين منهم ثلث وهو القدر الذى يجوز له فيه العتق فى مرض الموت وتعيينهم بالتشهى لا يجوز شرعا فلم يبق إلا القرعة. وكذلك التشاجر إذا وقع فى أعيان المواريث: لم يميز الحق إلا القرعة فصارت أصلاً فى تعيين المستحق إذا أشكل. والحق ـ كما قال ابن العربى(٣) ـ وهو قول له وجاهته، أنها تجرى فى كل مشكل فذلك أبين لها وأقوى لفصل الحكم فيها وأجلى لرفع الإشكال عنها.

الفرع الثالث: فى كيفية القرعة وصفتها وطرح السهام فى القسمة:

أولا: عند الحنفية:

قد تكلم الحنفية عن كيفية القرعة وهى صفتها أيضا حيث يقول صاحب البناية:(٤) "هذا الفصل فى بيان كيفية القسمة بين الشركاء، والكيفية صفة فلا جرم أن تذكر بعد ذكر الموصوف وهو جواز القسمة".

فقال الحنفية ينبغى للقسام إذا أراد قسمة دار أن يصورها على ورقة ويمسح بالذراع عرضها ويقوم أبنيتها ويعدل الحصص على أن لا يبقى تعلق لكل حصة فى الأخرى إن أمكن ويفرز الشرب والمسيل والطريق ويلقب الحصص أي بالأول والثانى والثالث ثم يقرع فتكون الأولى لمن خرج إسمه أولاً والثانية لمن خرج إسمه ثانيا والثالثة

---

(١) المبسوط ٧/١٥.

(٢) أحكام القرآن لابن العربى ١٦٢٣/٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) البناية ٥١٦/١٠.

لمن خرج إسمه ثالثا ويسرى على هذا الترتيب إذا وجد زيادة حصة(١).

وبناء على هذا ينبغى للقسام فى القسمة أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على ورقة أن فلاناً نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا فإذا أراد رفع تلك الورقة إلى القاضى ليتولى الإقراع بينهم جاز ذلك. وإنما تعين ذرع الأبنية وتقويم العرصة ليتمكن من التسوية فى ماليتهما. ويلاحظ أن الحنفية فى كيفية القسمة ينظرون إلى أقل الأنصباء فيقدر به أجزاء السهام بحيث إذا كان أقل الأنصباء ثلثا جعلها أثلاثا وإذا كان خمسا جعلها أخماسا وهكذا. وفى ذلك يقول صاحب البناية(٢): "والأصل أن ينظر فى ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا، وإن كان سدسا جعلها أسداسا ليتمكن من القسمة". وضرب لذلك مثالاً فقال: إن العقار إذا كان بين ثلاثة أشخاص: لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس: جعله القاسم أسداساً لأنه أقل الأنصباء، فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس، يلقب النصيب من أي جانب شاء بالأول ثم الذى يليه بالثانى ثم الذى يليه بالثالث ثم يكتب أسماء الشركاء فى بطاقات فيطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ثم يخرجها حتى تجف وهى مثل البندقة ثم يجعلها فى وعاء ـــ مثلا ـ ثم يخرج واحدة بعد أخرى . فإذا خرج أولا إسم صاحب النصف فله ثلاثة أسداس من الجانب الذى لقبه القاسم ثم الثاني والثالث بهذا الترتيب(٣).

ثانيا: عند المالكية:

ذكر المالكية صفتين للقرعة(٤).

الأولى: أن القاسم يعدل المقسوم من دار أو غيرها بالقيمة على قدر مقام أقلهم أجزاء. فإذا كان لواحد نصف دار ولآخر ثلثها وللآخر سدسها، فتجعل ستة أجزاء متساوية القيمة

---

(١) شرح المجلة للأتاسى ٩٥/٤ المادة (١١٥١)، وانظر أيضاً البناية ٥١٦/١٠ ـ ٥١٧، وتكملة البحر ١٥٢/٨، والكفاية مع تكملة الفتح ٣٦٢/٨ ـ ٣٦٣.

(٢) البناية ٥١٧/١٠ ـ ٥١٨؛ الكفاية مع تكملة الفتح ٣٦٣/٨.

(٣) راجع تكملة البحر ١٥٢/٨ والبناية ٥١٨/١٠.

(٤) الخرشى ١٩٥/٦؛ حاشية الدسوقى ٥١١/٣؛ وانظر أيضا: الفواكه الدوانى ٣٢٧/٢؛ شرح منح الجليل ٦٤٦/٣؛ جواهر الاكليل ١٦٨/٢.

ويكتب أسماء الشركاء فى ثلاثة أوراق. كل إسم فى ورقة وتجعل كل ورقة فى بندقة من شمع أو غيره ثم يرمى بندقة على طرف قسم معين من أحد طرفى المقسوم ثم يكمل لصاحبها مما يلى ما رميت عليه ثم يتعين الباقى للثالث، فكل واحد يأخذ جميع نصيبه متصلا بعضه ببعض من غير تفريق فى النصيب. ويلاحظ إن هذا النوع من القسمة موافق تماما لما قال به الحنفية. من حيث التقسيم إلى أقل السهام.

الثانية: أو يكتب أسماء المقسوم فى أوراق على ما تقدم فيكتب إسم الجهة ويزيد المجاورة للمحل المخصوص فيكتب ـ مثلاً ـ الجهة الشرقية المجاورة لفلان و فى هذه الحال يعطى كلا من الأوراق لكل من الشركاء فيعطى صاحب النصف فى المثال الذى تقدم ثلاثة أوراق وصاحب الثلث ورقتين ولصاحب السدس واحدة، وعلى هذه الطريقة قد تحصل التفرقة فى النصيب الواحد.

ثالثا: عند الشافعية:

قال الشافعية إذا كان المقسوم مشتركا بين ثلاثة أفراد ـ مثلا ـ وكانت أنصباؤهم متساوية بأن كان المقسوم أثلاثا بينهم. ففى هذه الحالة تجعل الأنصباء ثلاثة أجزاء متساوية وتؤخذ ثلاثة رقاع ويكتب إسم كل واحد على رقعة أو يكتب جزءا من الأجزاء ويميز بعضها عن بعض بحد أو جهة، وتجعل كل رقعة فى بنادق شمع أو طين مجفف وتعطى لمن لم يحضر الكتابة، ويؤمر بأن يخرج رقعة على الجزء الأول إن كانت أسماء الشركاء مكتوبة فى الرقاع، فمن خرج إسمه، أخذه ثم يخرج الثانى على الجزء الذى يلى الأول، فمن خرج إسمه فهو له، ويتعين الباقى للشريك الثالث. وإن كان فى الرقاع أسماء الأجزاء، أخرج رقعة بإسم أحدهم، فإذا خرجت الثانية بإسم الآخر فإنه يتعين، ما بقى للثالث(١). هذا إذا كانت الأنصباء متساوية.

وإذا كانت غير متساوية بأن كان لأحدهم نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس، يجعل المقسوم أجزاء على أقل السهام وهو السدس وفاقا للحنفية والمالكية فيجعله ستة أجزاء كما سبق ولكن ما يكتبه القاسم أيكون بأسماء الشركاء أم يكون بأسماء الأجزاء؟

---

(١) راجع: روضة الطالبين ٢٠٤/١١ ـ ٢٠٥؛ نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ ـ ٢٧٣ المهذب ٣٠٩/٢ زاد المحتاج ٥٦٧/٤ ـ ٥٦٨.

هذا ما اختلف فيه فقهاء الشافعية وذلك على قولين:

الأول: للشافعي والغزالي وقد ذهبا إلى القول بكتابة أسماء الشركاء في الرقاع وهو الأولى والأرجح في المذهب.

ودليلهم في ذلك: أنه لو كتب الأجزاء وأخرجت الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس، فيفرق بذلك ملك من له الثلث أو النصف وهو لا يجوز، فيجب على القاسم أن يحترز عن تفريق حصة واحد.

الثاني: لبعض الشافعية وقد ذهبوا إلى القول بكتابة الأجزاء واحترزوا عن التفريق بقولهم إنه لا يخرج لصاحب السدس أولاً بل يبدأ بإخراج قرعة صاحب النصف ثم بصاحب الثلث. فإن خرج على إسم صاحب النصف الأول فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني أعطى معه ما قبله وما بعده. وإن خرج على إسمه النصيب الثالث: قال الإمام النووي نقلا عن شرح مختصر الجويني أنه يتوقف فيه. ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج الأول والثاني، فيكون له كلاهما، ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس، وإن خرج الخامس فله الخامس والسادس(١).

والقول الأول أولى بالرجحان لوجاهته ووضوحه ولايصاله إلى المطلوب من أقصر الطرق وبخاصة أن الشافعية أنفسهم عبروا عنه بأنه الأرجح في المذهب.

رابعا: عند الحنابلة:

قد أفاض ابن قدامة الحنبلي في بيان صفة القرعة عندما قسم القسمة إلى قسمة إجبار وقسمة تراض.

وقسمة الاجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ولا تخلو من أربعة أقسام(٢).

الأول: أن تكون السهام متساوية، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية.

الثاني: أن تكون السهام متساوية، وقيمة الأجزاء مختلفة.

الثالث: أن تكون السهام مختلفة، وقيمة الأجزاء متساوية.

الرابع: أن تكون السهام مختلفة، وقيمة الأجزاء مختلفة.

---

(١) انظر: المهذب ٣٠٩/٢؛ نهاية المحتاج، ٢٧٣/٨؛ الروضة ٢٠٦/١١؛ زاد المحتاج ٥٦٨/٤ ــ ٥٦٩.

(٢) المغني ١٢٥/٩؛ والشرح الكبير ٢٢٥/٦.

وتفصيل ذلك فيما يأتى:

القسم الأول: أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية. ومثال هذا: أرض بين ستة أشخاص لكل واحد سدسها وقيمة أجزاء الأرض متساوية فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوى أجزائها فى القيمة، ثم يقرع بينهم، وكيفما أقرع بينهم جاز فى ظاهر كلام أحمد. فإنه قال فى رواية أبى داود: إن شاء رقاعا وإن شاء خواتيم يطرح ذلك فى حجر من لم يحضر، ويكون لكل واحد خاتم معين ثم يقال: أخرج خاتما على هذا السهم، فمن خرج خاتمه فهو له. وعلى هذا لو أقرع بالحصا أو غيره جاز، واختار الأصحاب من الحنابلة فى القرعة أن يكتب رقاعا متساوية بعدد السهام.

وهو فى هذه الحال مخيربين:

- أن يخرج الأسماء على السهام.
- وبين أن يخرج السهام على الأسماء.

فإن أخرج الأسماء على السهام كتب فى كل رقعة إسم كل واحد من الشركاء وتترك فى بنادق طين أو شمع متساوية القدر والوزن، ويترك فى حجر من لم يحضر القسمة. ويقال له: أخرج بندقة على هذا السهم، فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج إسمه فى البندقة، ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى. وإن اختار إخراج السهام على الأسماء كتب فى الرقاع أسماء السهام، فيكتب فى رقعة الأول مما يلى جهة كذا وفى أخرى الثانى حتى يكتب الستة ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذى فى الرقعة ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى.

وذكر أبو بكر الخلال من الحنابلة أن البنادق تجعل طينا وتطرح فى ماء ويعين واحد فأي البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهى له وكذلك الثانى والثالث وما بعده، فإن خرج اثنان أعيد الاقراع، والأول أولى وأسهل(١).

القسم الثانى: أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة.

إذا كانت السهام متفقة وكانت قيمة السهام مختلفة ففى هذه الحال تعدل الأرض

---

(١) المغنى ٩/١٢٥ ـ ١٢٦؛ الشرح الكبير ٦/٢٢٥.

بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة، ويفعل فى إخراج السهام مثل الذى قبله إلا أن التعديل فى الأول تم بالسهام وها هنا فإن التعديل يتم بالقيمة(١).

القسم الثالث: أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية.

إذا اختلفت السهام وتساوت الأجزاء ففى هذه الحال يقع التعديل بالمساحة، مثل أرض بين ثلاثة؛ لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها وأجزاؤها متساوية القيمة. فإنها تجعل سهاما بقدر أقلها وهو السدس فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء. ويكتب ثلاثة رقاع بأسمائهم ويخرج رقعة على السهم الأول. فإن خرجت لصاحب السدس أخذه، ثم يخرج أخرى على الثانى فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثانى والثالث، وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف بلا قرعة. وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث. وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذى يليه، وكان السادس لصاحب السدس. فإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس، وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثانى ثم تخرج الثانية على الثالث. فإن خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس. وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه، وأخذ صاحب النصف ما بقى، هذا عند الحنابلة(٢).

القسم الرابع: أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء مختلفة.

فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام ـ كما ذكرنا فى القسم الثالث ـ سواء لا فرق بينهما إلا أن التعديل ها هنا بالقيم وفى التى قبلها بالمساحة(٣).

خامسا: عند الزيدية:

قال الزيدية إن الأنصباء إما تكون متساوية وإما أن تكون مختلفة.

---

(١) نفس المرجع.

(٢) المغنى ١٢٦/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٦/٦.

(٣) المغنى ١٢٧/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٦/٦.

فإذا كانت متساوية الأجزاء بأن يكون أثلاثاً فإن القاسم مخير في أن يكتب أسماء الشركاء في الرقاع أو الأجزاء لأنه لاخلل فيه ثم يضع كل إسم في بندقة من شمع أو طين، ثم يتركها في حجر من لم يحضر الكتابة والبندقة ثم يأمره بإخراج كل بندقة.

وأما إذا كانت الأنصباء مختلفة، بأن تكون نصفا وثلثا وسدسا، يقسمها على الأقل، يعني يجزئها إلى ستة أجزاء، ويكتب أسماء الشركاء في الرقاع ويجعلها في البنادق ويعطيها لمن لم يحضر وقت الكتابة ويأمره بإخراج الأسماء على الأجزاء. ولا يكتب الأجزاء لتخرج على الأسماء لأن ذلك يؤدي إلى التفريق على صاحب الأكثر(١).

سادسا: عند الإمامية

قال الإمامية بمثل ما قاله الفقهاء الآخرون في كون الأنصباء إما متساوية وإما مختلفة. فإذا كانت السهام متساوية بأن كان الشركاء ثلاثة أشخاص ولكل واحد منهم الثلث. فإنها تعدل بعدد الرؤوس وتميز كل حصة بعلامة، ثم تؤخذ الرقاع بعدد الرؤوس ويكتب عليها أسماء الشركاء أو أسماء السهام، ثم تعطى الرقاع لمن لم يشاهدها فيخرج واحدة واحدة. فإن كتب عليها أسماء الشركاء، فيعين سهماً وتخرج الرقعة باسم هذا السهم. فإذا خرج إسم أي شريك على هذا السهم فهو له، ثم يعين السهم الآخر وتخرج رقعة أخرى لذلك السهم، فمن خرج إسمه على سهم فهو له وهكذا. وإن كتب عليها أسماء السهام بأن كتب على إحداها "الأول" وعلى الآخر "الثاني" وهكذا، يعين أحد الشركاء وتخرج رقعة على إسمه، فمن خرج سهم على إسمه فهو له، ثم تخرج رقعة أخرى على إسم شخص آخر وهكذا(٢).

وأما إذا كانت الحصص أو السهام متفاوتة كما إذا كان المال بين ثلاثة: سدس لعمرو وثلث لزيد ونصف لبكر، تجعل السهام على أقل الحصص وهو السدس، فيجعل المال ستة حصص معلمة بعلامة، ثم تؤخذ الرقاع بعدد الرؤوس يكتب مثلا على إحداها زيد وعلى الأخرى عمرو وعلى الثالثة بكر وتستر كما مر، فمن خرج إسمه على سهم كان له ذلك مع ما يليه بما يكمل تمام حصته ثم تخرج إحداها على السهم الأول، فإن كان عليها إسم صاحب السدس تعين له، ثم تخرج أخرى على السهم الثاني، فإن كان عليها

---

(١) راجع البحر الزخار ١٠٦/٥.

(٢) راجع تحرير الوسيلة ٥٤٨/١ ـ ٥٤٩.

إسم صاحب الثلث كان الثانى والثالث له، ويبقى الرابع والخامس والسادس لصاحب النصف، ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة، وإن كان عليها إسم صاحب النصف كان له الثانى والثالث والرابع ويبقى الباقى لصاحب الثلث، وإن كان ما خرج على السهم الأول إسم صاحب الثلث كان الأول والثانى له، ثم تخرج أخرى على السهم الثالث، فإن خرج إسم صاحب السدس فهو له، وتبقى الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج إسم صاحب النصف كان الثالث والرابع والخامس له، ويبقى السادس لصاحب السدس وقس على ذلك غيره(١).

المقارنة والترجيح

ومن هذا الذى تقدم نعلم: أن أكثر أهل العلم من الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥) والزيدية(٦) والإمامية(٧) قد اتفقوا على جعل السهام المختلفة بقدر أقلها وهو السدس إذا كان المال المقسوم بين ثلاثة أفراد، لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس، فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس.

وأما فى صفة القرعة فرأيناهم قد اختلفوا على رأيين:

الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية الذين ذهبوا إلى أن القاسم يكتب أسماء الشركاء فى الرقاع ويخرجها على السهام.

الثانى: للمالكية والإمامية وهؤلاء ـ على ما رأيت ـ ذهبوا إلى أن القاسم مخير فى أن يكتب أسماء الشركاء أو أسماء المقسوم، ثم يجعلها فى بندقة. فإن كتب أسماء الشركاء فإنه يخرجها على السهام وكتابة أسماء الشركاء توافق ما قال به الجمهور.

---

(١) تحرير الوسيلة ٥٤٩/١ ـ ٥٥٠.

(٢) البناية ٥١٧/١٠؛ الكفاية مع تكملة الفتح ٣٦٣/٨؛ تكملة البحر ١٥٢/٨.

(٣) حاشية الدسوقى ٥١١/٣؛ الخرشى ١٩٠/٦؛ الفواكه الدوانى ٣٣٧/٢.

(٤) نهاية المحتاج ٢٧٣/٨، الروضة ٢٠٥/١١.

(٥) المغنى ١٢٦/٩؛ الشرح الكبير ٢٢٦/٦.

(٦) البحر الزخار ١٠٦/٥.

(٧) تحرير الوسيلة ٥٤٩/١.

وإذا كتب أسماء السهام فإنها تخرج على إسم الشركاء. فيلاحظ على هذا أن النتيجة واحدة وهى الوصول إلى تعيين المستحق. ولكن الراجح هو كتابة أسماء الشركاء وإخراجها على السهام(١)، لأنه لو كتب الأجزاء وأخرجت على الأسماء فربما خرج لصاحب السدس الجزء الثانى أو الخامس فيفرق بذلك ملك من له الثلث أو النصف وهو لا يجوز، إذ يجب على القاسم الاحتياط والاحتراز عن تفريق حصة أي من المتقاسمين.

الفرع الرابع: ما تكون فيه القرعة:

قسمة القرعة بعد التقويم والتعديل هى التى يقضى بها على من أباها فيما يحتمل القسم(٢). ولا تكون القرعة إلا فيما تماثل من الأصناف كبقر وجاموس وقمح وفول أو المتحد منهما كعبدين أو دارين أو ثوبين لا فى مختلف(٣).

ولا تكون فى المكيل والموزون ولا فى الأجناس المختلفة لأنه إذا كيل أو وزن فقد استغنى عن القرعة ويرجع فيها بالغبن إذا ظهر. وتجوز فى الديار إذا تقاربت أماكنها واستوت الرغبة فيها ولا يجمع فيها بين دار وجنان ولا بين طيب وردئ فى الأرضين وغيرها(٤).

---

(١) نهاية المحتاج ٨/٢٧٣.

(٢) القوانين الفقهية ص: ٢٨١ ـ ٢٨٢، لأبى عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبى. نشر دار الكتاب العربى ـ بيروت.

(٣) القوانين الفقهية ص: ٢٨٢؛ حاشية الدسوقى ٣/٥٠٠.

(٤) راجع الخرشى ٦/١٨٦؛ حاشية الدسوقى ٣/٥٠١.

المطلب الثانى

فى

قسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل

للقسمة أنواع فى المذاهب الفقهية. فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية إلى أن القسمة فى الرقاب والأعيان تنقسم إلى قسمة مراضاة وقسمة إجبار.

وذهب الشافعية والإمامية إلى أن القسمة تنقسم إلى قسمة الإفراز أو (قسمة الأجزاء) وقسمة التعديل وقسمة الرد.

قال الحنفية إن قسمة المراضاة هى التى يفعلها الشركاء بالتراضى(١)، وهى تعتبر عقدا من العقود وركنها الإيجاب والقبول كسائر العقود وتقع على العين المشتركة التى يجوز الاتفاق على قسمتها. وفى ذلك تقول مجلة الأحكام العدلية: "قسمة الرضا هى القسمة التى تجرى بين المتقاسمين فى الملك المشترك بالتراضى أو برضا الكل عند القاضى"(٢).

وقال المالكية إن المراضاة هى أن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئا مما هو مشترك بينهم يرضى به بدون قرعة(٣)، أي أنه لابد من رضا الشريكين فلا تفعل القسمة هنا إلا برضاهما، ولا يجبر أحد الشريكين عليها بمعنى أنه لا يقضى بها على من أباها، بخلاف القرعة فإنه إذا طلبها أحدهما وأباها الآخر وطلب المهايأة أو المراضاة، فإنه يجبر على القرعة من أباها. وقسمة المراضاة فى الرقاب كالبيع(٤) بمعنى من صار له شيء ملك ذاته.

قال الحنابلة(٥) قسمة تراض لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم، وهى التى فيها ضرر ورد عوض من أحدهما على الآخر، كالدور الصغار، والحمام والطاحون

---

(١) البدائع ١٩/٧.

(٢) شرح المجلة ٥٨/٤ ـ المادة: (١١٢١).

(٣) حاشية الدسوقى ٤٩٩/٣.

(٤) حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣.

(٥) كشاف القناع ٣٧١/٦.

الصغيرين والدكاكين الضيقة. إن طلب أحدهما قسمة بعضها فى مقابلة البعض الآخر لم يجبر الآخر لأن كل عين منها تختص باسم وصورة وهى تشبه قسمة الرد عند الشافعية بدليل أن الحنابلة قالوا كل ما لا يمكن قسمه بالأجزاء أو التعديل لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم.

وكذلك يفهم من استقراء كلام الظاهرية والزيدية أنهم ذهبوا إلى أن قسمة المراضاة هى التى يفعلها الشركاء برضاهم ولا إجبار فيها(١).

وأما الشافعية والإمامية فقد ذهبوا إلى أن القسمة إما أن تكون قسمة إفراز أي إفراز حق كل من الشركاء. فهى تمييز للحق لا بيع.

وإما أن تكون قسمة تعديل وهى أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة لتحقيق المساواة بين الشركاء ويجرى فى هذين النوعين الاجبار.

وإما أن تكون قسمة رد وهى التى تحتاج إلى رد مال أجنبى عن ذات المقسوم بمعنى أن يدفع مقدار من المال مع بعض السهام ليعادل الآخر، كما إذا كان بين اثنين شاتان قيمة أحدهما خمسة دنانير والأخرى أربعة، فإذا ضم إلى الثانية نصف دينار تساوت مع الأولى، وتسمى هذه قسمة رد، ولا يجرى فيها الاجبار.

فيعتبر النوع الأول عند الشافعية و الإمامية إفرازا للحق لابيعا، أما النوع الثانى والثالث فيعتبران بيعا(٢). ويفهم من كلام الشافعية والإمامية هنا أن قسمة الرد ـ عندهم ـ مثل قسمة المراضاة فى المذاهب الأخرى. يقول الكدتور وهبة الزحيلى فى ذلك بعد أن ذكر أقسام القسمة عند الشافعية: "وبه يتبين أن القسمة عند الشافعية كغيرهم نوعان رئيسان: قسمة إجبار وقسمة تراض"(٣).

---

(١) يقول ابن حزم: "... لكن يجبران على القسمة إن دعا إليها أحدهما أو أحدهم... أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض منه والاجبار على البيع إخراج للمال عن صاحبه.." المحلى ١٣٠/٨.

وانظر البحر الزخار ١٠٣/٥ ـ ١٠٤.

(٢) راجع نهاية المحتاج ٢٧٣/٨ ـ ٢٧٤؛ زاد المحتاج ٥٦٦/٤ ـ ٥٧١؛ بجيرمى على الخطيب ٣٤١/٤ ـ ٣٤٢ تحرير الوسيلة ٥٤٦/١.

(٣) الفقه الاسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٥٦٣/٥.

ما تكون فيه قسمة المراضاة، وحكمها

تقع قسمة المراضاة فى أموال متغايرة كالدور والأراضى المختلفة والثياب والدواب وصنوف الأموال المتغايرة، فتكون القسمة فى هذه الحالة معاوضة فيها معنى الافراز، وفى أموال متجانسة كالمكيل والموزون والدراهم والدنانير، فمعنى الافراز فى هذه الحالة ظاهر لأن ما صار له بالقسمة لا يغاير ما كان له قبل ذلك فصار كأنه عين حقه(١). فيجوز أن يأخذ أحدهما بقرة والآخر بقرة مثلها ويأخذ أحدهما داراً والآخر داراً مثلها، أو يأخذ أحدهما حيواناً والآخر عقارا أو ثوباً أو قمحاً. فهى بذلك تكون فى المثلى وغيره على ما تقدم بيانه. وسواء كانت بعد تعديل وتقويم أم لا، ولا يرد فيها بالغبن إذا لم يدخلا مقوماً* فى القسمة، وقد يتسامح فيها مالا يتسامح فى البيع مراعاة لما قالوا من أنها تمييز حق لا بيع. وإن أدخل المتقاسمان مقوماً فى القسمة رد فيها بالغبن إلحاقاً لها بالقرعة مالم يطل الزمان وإلا فلا رد(٢).

وحكم قسمة التراضى حكم البيع(٣) بمعنى أنها لا تلزم الشريكين كقسمة الاجبار لأنها بيع، والبيع يلزم بالتراضى لا بالقرعة، ومن المعلوم أن الخلاف دار بين فقهاء المذاهب حول كون القسمة إفرازاً أم بيعاً.

فذهب جمهور الفقهاء ـ كما بينا فى المبحث الثالث من الفصل الثالث ـ إلى أن القسمة بيع، بينما قال الحنابلة والظاهرية والامامية بأنها إفراز النصيبين.

---

(١) البناية ١٠/٤٨٠ (بتصرف).

* المقوم: هو المعدل لأجزاء المقسوم كذراع من الجانب الشرقى بذراعين من الغربى وكقفيز من بر بعدل قفيزين من شعير.

(٢) حاشية الدسوقى ٣/٤٩٩ ـ ٥٠٠ ـ وجاء فيه تعليقا على جوازها فى المثلى: إن محل جواز المراضاة فى المكيل والموزون إذا كان كل منهما من أصناف كصبرتى قمح وفول كل منهما مجهولة القدر يأخذ كل واحد من الشريكين واحدة بالتراضى. أما صنف واحد كصبرتى قمح كل واحدة مجهولة الكيل يأخذ كل واحد من الشريكين واحدة منهما بالتراضى فلا يجوز. ومحل عدم الجواز إذا وقع القسم جزافا بلا تحر أو بتحر فى المكيل للغرور والمخاطرة وأما بتحر فى الموزون فيجوز وأولى مع الوزن أو الكيل. حاشية الدسوقى ٣/٤٩٩ ـ ٥٠٠.

(٣) الدرر الحكام ٢/٤٢٠؛ شرح المجلة ٤/٥٢؛ شرح منح الجليل ٣/٦٢٣؛ نهاية المحتاج ٨/٢٧٣ ـ ٢٧٤؛ رحمة الأمة ص: ٣٣٠؛ البحر الزخار ٥/١٠٤.

ولكن الحنابلة مع ذلك وافقوا الجمهور وقالوا(١): بأن حكم قسمة التراضى حكم البيع لأن صاحب الزائد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع، والبيع ما فيه رد عوض وإن لم يكن فيها رد عوض فهى إفراز النصيبين وتمييز الحصص وليست بيعا. وإذا كانت هذه القسمة بيعا، فلا يجوز فيها مالا يجوز فى البيع ولا يجبر عليها الممتنع منهما لحديث ابن عباس ــ رضى الله عنه ــ: "لاضرر ولا ضرار"(٢).

---

(١) كشاف القناع ٦/٣٧١.

(٢) سبق تخريجه.

المطلب الثالث

فى

قسمة مراضاة بلا تقويم وتعديل

وهى أن يقسم الشركاء المال المقسوم بينهم بالتراضى دون أن يحدث التقويم والتعديل فى أنصباء الشركاء فى المال الذى يقسمونه.

وحكم هذا النوع حكم المراضاة بعد التقويم والتعديل إلا فى الرد بالغبن.

وهذا القسم بيع من البيوع باتفاق(١).

---

(١) القوانين الفقهية ص: ٢٨٢.

المطلب الرابع

في

قسمة الاجبار

عرف الفقهاء قسمة الاجبار بتعريفات عديدة، مختلفة فى ألفاظها، متفقة فى مرماها ومعناها.

فقال الحنفية: قسمة الجبر هى التى يتولاها القاضى(١) بطلب أحد الشركاء.

وعرفتها المادة (١١٢٢) من المجلة: بأنها تقسيم القاضى الملك المشترك جبراً وحكما بطلب بعض المقسوم لهم(٢).

وعرفها المالكية: بأنها تمييز حق فى مشاع بين الشركاء لا بيع(٣).

وعرفها الحنابلة: بأنها ما لا ضرر فيها عليهما ـ أي الشريكين ـ ولا على أحدهما ولا رد عوض كأرض واسعة وقريبة، وبستان ودار كبيرة ودكان واسع ونحوها سواء أكانت متساوية الأجزاء أم لا(٤).

وأما الشافعية والإمامية ـ كما قلنا آنفا ـ فهم يقسمون القسمة إلى ثلاثة أنواع: قسمة الاقراز وقسمة التعديل وقسمة الرد. فالنوعان الأولان هنا يعتبران قسمة إجبار، لأن أحد الشريكين إذا طلب القسمة وسواء كانت القسمة قسمة الإقراز أو قسمة التعديل فإن صاحبه يجبر عليها(٥).

ويتبين من تعريفات الفقهاء لقسمة الاجبار بأنها تكون حين طلب أحد الشريكين القسمة. وهم متفقون على أن قسمة الاجبار تجرى فى كل متماثل ومتجانس، وأنها تكون فى المكيل والموزون والمذروع والمعدود وتكون فى العقار كأرض وبستان ودار وتكون

---

(١) البدائع ١٩/٧.

(٢) شرح المجلة ٥٨/٤ المادة (١١٢٢).

(٣) حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣.

(٤) كشاف القناع ٣٧٥/٦.

(٥) راجع نهاية المحتاج ٢٧٣/٨ ـ ٢٧٤؛ زاد المحتاج ٥٦٦/٤ ـ ٥٧١؛ تحرير الوسيلة ٥٤٥/١ ـ ٥٤٦.

فى الحيوانات كذلك. إذا طلب أحد الشريكين القسمة فى المذكورات فإن الممتنع يجبر عليها وتلزم بإخراج القرعة لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه فيلزم بإخراجها كلزوم حكم الحاكم(١). ولا يجبر الشركاء على القسمة إذا كان فيها ضرر، وليس فيها مصلحة ولا فائدة ـ باتفاق الفقهاء(٢) ـ كالحائط والبئر والطاحونة أو الدكاكين الكبيرة أو الصغيرة غير المتلاصقة لشدة إختلاف الأغراض والمقاصد باختلاف المحال والأبنية. إذ يمكن أن نقول إن القسمة إذا كان فيها ضرر ولا فائدة منها، فإن القاضى لا يقسم المشترك بين الشركاء، لأنه نصب لإقامة المصالح ودفع المضار، فلا يجوز له أن يفعل مالا فائدة فيه.

وأما إذا كانت المنفعة لا تفوت بالقسمة فإن الممتنع يجبر.

فإذا كان تبعيض العين المشتركة وتفريقها نافعا لبعض الشركاء ومضرا بالآخر، يعنى أنه مفوت للمنفعة المقصودة، وهذا بمعنى أن يصير بالقسمة فى حظ بعض الشركاء ما ينتفع به وفى حظ البعض الآخر ما لا ينتفع به. فإذا كان الطالب للقسمة هو المنتفع فإن الحاكم يقسمها حكما. مثلا: إذا كان أحد الشريكين فى الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد قسمتها بالسكنى فيها وصاحب الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاء أي جبرا(٣).

جاء فى شرح العناية: إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد؛ فإن كان ينتفع كل بنصيبه قسم القاضى بطلب أحدهم جبراً ـ وإن أبى الآخرون ـ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم.

وإن كان ينتفع بعضهم بحيث صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به وفى حظ بعضهم مالا ينتفع به.

فإن كان الطالب صاحب الكثير والممتنع صاحب النصيب القليل فإنه لا يجبر على القسمة، وإن دعا صاحب النصيب القليل القسمة وامتنع صاحب النصيب الكثير، فإنه يجبر على القسمة لأن صاحب النصيب الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر يرضى بضرر نفسه.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقى ٥٠٠/٣؛ نهاية المحتاج ٢٧٣/٨ ـ ٢٧٤؛ زاد المحتاج ٥٦٦/٤ ـ ٥٧١؛ كشاف القناع ٣٧٥/٦ ـ ٣٧٩؛ والمغنى ١٢٧/٩؛ تحرير الوسيلة ٥٤٦/١.

(٢) راجع الاختيار ٧٥/٢؛ كشاف القناع ٣٧٥/٦؛ والفقه الاسلامى وأدلته ٦٦٠/٥ ـ ٦٦٤.

(٣) شرح المجلة ٨٥/٤ ـ المادة: (١١٤٠).

وقيل يجبر، إن طلب صاحب النصيب الكثير ولا يجبر إن طلب صاحب النصيب القليل. لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه، والثانى متعنت فى طلبه فلم يعتبر. وإن كان كل منهم لا ينتفع، بأن كان المشترك بينهم بيتا صغيرا، وطلب أحدهم قسمتها، وكانوا يستضررون بالقسمة، فإن الحاكم لا يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر فى القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها(١).

وقال المالكية بأن القاضى لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة. وقال مطرف من المالكية: إن لم يصرفى حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم، وإن صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به وفى حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف(٢).

والصواب ما ذكره الخصاف(٣) ـ رحمه الله ـ من الحنفية من أن صاحب النصيب الكثير إذا طلب القسمة فإن الحاكم يقسمها قضاء.

ووجه ذلك: أن صاحب الكثير يطلب من القاضى أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب الحق والانصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، فوجب على القاضى إجابته. ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وإن لحقه بالمنع ضرر، أما لو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به فلا يجيبه، لأنه متعنت فى طلب الضرر على نفسه لأن القاضى لا يشتغل بما لا يفيد(٤).

وأما الشافعية فقالوا فى قسمة الاجبار، إذا طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر، ينظر إلى الضرر هل يعظم أم لا؟

---

(١) شرح العناية مع تكملة الفتح وباقى شروح الهداية ٣٥٧/٨ ـ ٣٥٨؛ وانظر أيضا: الاختيار ٧٥/٢؛ والبدائع ١٩/٧ ـ ٢١.

(٢) بداية المجتهد ٣٩٧/٢ ـ ٣٩٨.

(٣) شرح السجلة للأتاسى ٨٥/٤.

(٤) نفس المرجع.

فإن كان الضرر يعظم من قسمة المشترك فإن الممتنع لا يجبر عليها. وضبط الشافعية الضرر المانع بثلاثة أوجه وهي:

- أن لا يكسر جوهر نفيس،
- ولا يقطع ثوب رفيع،
- ولا يقسم زوجا خف ومصراعا باب إن طلبه أحدهما.

فإن تراضوا بقسمة ذلك وطلبوها من القاضي فإنه لا يجيبهم بل يمنعهم عن هذا لأنه سفه، هذا إذا بطلت منفعته بالكلية، أما إذا كانت المنفعة المقصودة تبطل بالقسمة كقسمة الطاحونة الصغيرة والحمام الصغير، فإن الممتنع لا يجبر على أصح الأوجه. ولكن إن كانت الطاحونة أو الحمام كبيراً وأمكن الانتفاع بأيهما بطريقة أخرى كأن يجعل الطاحونة طاحونتين والحمام حمامين، فإن الممتنع يجبر على القسمة.

وإن كان الضرر لا يعظم، فإن الممتنع يجبر على القسمة(١).

وقال الحنابلة إذا طلب أحد الشريكين القسمة، وليس في القسمة ضرر على الشريكين أو على أحدهما وليس فيها رد عوض ولم يكن فيها تعديل السهام فإن الممتنع يجبر على القسمة، وإن كانت قسمة المشترك تحتاج إلى تعديل السهام بجعل شيء معها فلا يجبر الممتنع عليها لأنه معاوضة. ولو كان في القسمة ضرر أو رد عوض وسواء تقاسم الشركاء المال المشترك بأنفسهم أو بقاسم فلا تنقض القسمة، لأن رضاهم لا يعتبر بعد القرعة كما لا يعتبر رضاهم بعد حكم الحاكم(٢).

علم مما سبق أن الفقهاء متفقون على عدم جواز القسمة إذا كان فيها ضرر على الشريكين، واختلفوا في جوازها إذا كان الضرر على أحدهما وطلب القسمة إما صاحب النصيب الكثير أو النصيب القليل. وإني أميل إلى رأي الخصاف من الحنفية بصحة القسمة إذا طلب القسمة صاحب النصيب الكثير وعدم صحتها إذا طلبها صاحب النصيب القليل، لوجاهة ما استدل به.

---

(١) انظر: روضة الطالبين ١١/٢٠٣ ـ ٢٠٤.

(٢) انظر: كشاف القناع ٦/٣٧٥، ٣٧٩.

الفصل الثانى

فى

قسمة المهايئات (وهى قسمة المنافع)، وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: فى تعريف المهايئات لغة وشرعاً وأدلة المشروعية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المهايئات فى اللغة والشرع.

المطلب الثاني: أدلة المشروعية.

المبحث الثانى: فى أنواع المهايئات.

المبحث الثالث: حكم الاختلاف فى التهايؤ.

المبحث الرابع: محل المهايئات .

المبحث الخامس: فى شرط المهايأة وصفتها.

المبحث الأول

فى

تعريف المهايأة لغة وشرعا وأدلة المشروعية

المطلب الأول

تعريف المهايأة فى اللغة والشرع:

أولا ـ تعريف المهايأة لغة:

جاء فى المعجم الوسيط(١): هايأه فى الأمر وعليه: وافقه. وتهايأ القوم على الأمر: توافقوا وتسالئوا. والمهايأة: الأمر المتهايأ عليه.

وجاء فى المنجد(٢): هايأ مهايأة؛ هايأه فى الأمر: وافقه. ويقال هايأه فى دار كذا: أي سكنها هذا مدة وذاك مدة.

وقيل: انتفع كل منهما بقدر سهمه. ويقال أيضا: فعلوا كذا بالمهايأة.

وهذا من اصطلاحات الفقهاء.

ثانيا: تعريف المهايأة شرعا:

١ ـ **عند الحنفية:** عرفها الحنفية بأنها: "قسمة المنافع"(٣).

٢ ـ **عند المالكية:** إختصاص كل شريك عن شريكه فى شيء متحد كعبد أو دار أو متعدد كعبدين أو دارين، بمنفعة شيء متحد أو متعدد فى زمن معلوم(٤).

---

(١) المعجم الوسيط ١٠٠٢/٢.

(٢) المنجد ص: ٨٧٩، حرف الهاء، مادة هيئ.

(٣) تبيين الحقائق ٢٧٥/٥؛ الكفاية وحاشية سعدى مطبوع مع تكملة الفتح ٣٧٨/٨؛ رد المحتار ٢٦٩/٦؛ البناية ٥٥٤/١٠؛ شرح المجلة ١١٩/٤.

(٤) الشرح الصغير للدردير ٦٦٠/٣، وانظر أيضا: الفواكه الدوانى ٣٢٦/٣.

شرح التعريف: ويرشد هذا التعريف إلى أن كل شريك يختص بمنفعة نصيبه فى المشترك سواء كان واحدا كدار أو أكثر كدارين، بحيث لا ينتفع شريكه من نصيبه.

وقوله " بمنفعة شيء" فصل أخرج به قسمة الأعيان، لأن المهايأة هى قسمة المنافع دون الأعيان، فلذلك قال بإختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة شيء ولم يقل بالعين لأن الاختصاص بعين الشيء إنما يكون فى قسمة الرقاب لا المنافع.

إذ كل شريك يختص بمنفعة المال المشترك، لا بعينه.

وقوله "فى زمن معلوم" قيد الانتفاع بنصيبه فى المشترك لمدة معلومة أو محددة لا تزيد عنها وإنما شرط تعيين الزمن للانتفاع بالمشترك لأنه يعرف قدر الانتفاع به. فإذا لم يعين زمن الانتفاع فسدت المهايأة ــ اتفاقا ــ فى المقسوم المتحد، لأن التعيين شرط لزومها. وأما فى المتعدد فقد اختلف فقهاء المالكية. فذهب ابن الحاجب منهم إلى صحتها وإن كانت غير لازمة، وقال ابن عرفة بفسادها(١).

وسمى المالكية(٢) قسمة المنافع بثلاثة أسماء وهي:

١ ــ المهايأة.

٢ ــ المهانأة ــ بالنون بدل الياء.

٣ ــ والمهابأة ــ بالباء.

يقال المهايأة: لأن كل واحد منهما هيأ لصاحبه ما طلب منه؛ ويقال المهانأة: لأن كل واحد منهما هنأ صاحبه بما أراده؛ ويقال المهابأة: لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه ما أراد من الاستمتاع بحقه فى ذلك الشيء مدة معلومة.

تعليق على التعريف اللغوى والشرعى

يلا حظ على التعريف اللغوى للمهايأة أنه لا يخرج عن التعريف الشرعى لها، لأنهما يدوران معا على موافقة الشريكين على أن ينتفع كل منهما بقدر سهمه فى مدة معينة كخدمة عبد وركوب دابة وسكنى دار. هذا عن التعريف اللغوى.

أما التعريف الشرعى للمهايأة فيفهم منه أنها قسمة منافع بخلاف قسمة المراضاة وقسمة القرعة، لأنهما قسمة رقاب وذوات والمهايأة قسمة المنافع. وهي تتفق مع قسمة

---

(١) بلغة السالك ٢/٢٣٧؛ الفواكه الدوانى ٢/٣٢٦؛ حاشية الدسوقى ٣/٤٩٨. والشرح الصغير للدردير ٣/٦٦٠.

(٢) مواهب الجليل للشنقيطى ٤/٩٩.

المراضاة من وجه وتختلف عنهما ـ أى قسمة المراضاة وقسمة القرعة ـ من وجه آخر. وأما وجه الاتفاق بين قسمة المراضاة والمهايأة فهو وجود رضا الشريكين، فلا يجبر أحد الشريكين عليهما إن امتنع عنهما.

وأما وجه الإختلاف فهو أن المهايأة قسمة منافع بخلاف قسمة المراضاة والقرعة لأنهما قسمة رقاب وذوات ـ كما قلت آنفاً ـ وقسمة الرقاب والذوات أقوى من قسمة المهايأة وأبلغ فى تكميل المنفعة.

وفى ذلك يقول العينى فى كتابه البناية: "إلا أن القسمة أقوى منه ـ أي من التهايؤ ـ فى استكمال المنفعة لأنه ـ أي لأن القسمة ـ جمع المنافع فى زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب يعنى يقع شيء منها عقيب شيء، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة، يقسم القاضى لأن القسم أبلغ فى تكميل المنفعة لما ذكر وهو أن القسمة جمع المنافع فى زمان واحد"(١). وكذلك تختلف المهايأة عن قسمة القرعة فى أن الممتنع عن المهايأة لا يجبر عليها ـ كما مر ـ بخلاف قسمة القرعة فإن الممتنع يجبر عليها.

وفيما سبق يقول الدسوقى: "إن قسمة المراضاة قسمة رقاب وذوات كالقرعة بخلاف قسمة المهايأة، فانها قسمة منافع ولكن لابد فى كل من المهايأة والمراضاة من رضا الشريكين، فلا تفعل واحدة منهما إلا برضاهما، ولا يجبر أحد الشريكين على واحدة منهما إن أباها بخلاف القرعة فإنه إذا طلبها أحدهما وأباها الآخر وطلب المهايأة أو المراضاة فإنه يجبر على القرعة من أباها"(٢).

---

(١) البناية ١٠/٥٥٦.

(٢) حاشية الدسوقى ٣/٤٩٩.

المطلب الثاني

أدلة المشروعية

المهايأة جائزة استحساناً للحاجة، والقياس يأباها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، لأن كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته(١).

ووجه الاستحسان الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾(٢).

المعنى: فلما انفطرت تلك الصخرة التى أشار إليها قوم صالح عليه السلام عن ناقة عشراء على الصفة التى وصفوها، فآمن بعضهم وكفر أكثرهم؛ قال الله تعالى: ﴿**هذه ناقة لها شرب**﴾ أي نصيب من الماء ﴿**ولكم شرب يوم معلوم**﴾ يعنى ترد ماءكم يوما وتردونه أنتم ـ واقتنعوا بشربكم ولاتزاحموها على شربها(٣).

وقال القرطبى: "إذا كان يوم شربها شربت ماءهم كله أول النهار وسقتهم اللبن آخر النهار، وإذا كان يوم شربهم كان لأنفسهم ومواشيهم وأرضهم، ليس لهم يوم ورودها أن يشربوا من شربها شيئا ولا لها أن تشرب فى يومهم من مائهم شيئاً(٤).

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة: أنها دلت على جواز القسمة فيما كان مشتركا بين اثنين فاكثر، كما نرى أن الله تعالى جعل الماء مشتركاً بين قوم صالح والناقة، وقسمه بينهم وعين لكل نصيبه فى زمن معين وهو يوم لهم ويوم لها.

---

(١) ـ تكملة الفتح ٣٧٨/٨؛ الاختيار ٧٩/٢؛ شرح المجلة ١١٩/٤؛ وانظر أيضاً: البناية ٥٥٥/١٠؛ تبيين الحقائق ٢٧٥/٥.

(٢) سورة الشعراء الآية: ١٥٥.

(٣) راجع تفسير ابن كثير ٣٥٦/٣؛ ومحاسن التأويل ٣٧/١٣.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٣١/١٣ ـ طبع المكتبة العربية.

فدل هذا على جواز المهايأة بالزمان بظاهر النص(١).

قال الشيخ أحمد الشلبى فى حاشيته على "تبيين الحقائق":"أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب، وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنها شريعتنا مالم يرد النسخ"(٢).

وأما السنة فمن ثلاثة أوجه:

الأول: قال أبو موسى ـ رضى الله عنه ـ: خرجنا مع النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى غزاة، ونحن فى ستة نفر، بيننا بعير نعتقبه(٣). أي يركبه كل واحد منا نوبة.

الثانى: روى أن رجلا خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأنه ليس له صداق إلا نصف إزار فقال له عليه الصلاة والسلام: "ماتصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شىء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شىء"(٤). أي بطريق المهايأة. هذا هو تفسير المهايأة(٥).

---

(١) ـ بدائع الصنائع ٣٢/٧.

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٧٥/٥.

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه فى كتاب المغازى، باب (٣١) ٥٢/٥؛ وأخرجه مسلم فى صحيحه فى كتاب الجهاد والسير (٣٢) ـ باب (٥٠) ـ ١٤٤٩/٢، حديث رقم: (١٤٩)؛ وجاء فى السيرة النبوية لابن هشام: قال ابن اسحاق: وكانت إبل أصحاب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يومئذ سبعين بعيراً، فاعتقبوها، فكان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وعلى بن أبى طالب، ومرثد بن أبى مرثد الغنوى يعتقبون بعيراً، وكان حمزة بن عبد المطلب، وزيد بن حارثة، وأبو كبشة، وأنسة، مواليا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يعتقبون بعيراً، وكان أبو بكر، وعمر، وعبد الرحمن بن عوف يعتقبون بعيراً. السيرة النبوية، لأبى محمد عبد المالك بن هشام (ت ـ ٢١٣هـ) ١٨٦/٢ دار الجيل، بيروت ـ ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.

(٤) أخرجه البخارى فى صحيحه عن سهل بن سعد فى كتاب النكاح ـ باب (٣٢) ١٢٩/٢ ـ ١٣٠؛ وفى باب (٣٥) ١٣١/٦ ـ ١٣٢.

(٥) تبيين الحقائق ٢٧٥/٥.

الثالث: روى عن عقبة بن عامر الجهنى قال: "كنا نتناوب فى إبل الصدقة على عهد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ(١).

وأما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على جواز قسمة المهايئات(٢).

وأما المعقول: فهو من وجهين(٣):

١ ـ أن الأعيان خلقت للانتفاع، فمتى كان الملك مشتركاً كان حق الانتفاع مشتركا ـ أيضاً ـ والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك فى زمان واحد فيحتاج إلى التهايؤ تكميلا للانتفاع.

٢ ـ ولأن المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه فى العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالأعيان.

---

(١) ورد هذا الحديث فى البناية فى شرح الهداية ولم أعثر عليه فى كتب الحديث.

(٢) تكملة البحر ١٥٧/٨؛ تبيين الحقائق ٢٧٥/٥.

(٣) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٧٥/٥.

المبحث الثانى
فى
أنواع المهايأة

المهايأة نوعان:

الأول: من حيث الرضا والجبر.

والثانى: من حيث الزمان والمكان.

النوع الأول: المهايأة من حيث الرضا والجبر:

ويتنوع هذا النوع من المهايأة إلى نوعين أيضاً:

١ ـ مهايأة بالتراضى.

٢ ـ مهايأة بالتقاضى.

أما المهايأة بالتراضى:

فهى أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء المشترك بينهما على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً. وهي جائزة باتفاق الفقهاء(١).

وأما المهايأة بالتقاضى:

فهي التى تكون بواسطة القاضى، إذا طلب أحد الشريكين من القاضى أن يهايئ بينهما وامتنع الآخر، فإن القاضى يهايئ بينهما جبراً إن كانت العين مما لا يقسم.

وإذا طلب أحد الشريكين المهايأة فى الإنتفاع بالعين المشتركة إما بحسب الزمان بأن يسكن هذا شهراً ـ مثلاً ـ وذاك شهراً، أو يزرع الأرض هذا سنة وذاك سنة، وإما بحسب الأجزاء بأن يسكن هذا فى السفل والآخر فى العلو، أو يزرع هذا بعض الحقل ويزرع

---

(١) الفقه الإسلامى وأدلته ٥/٦٩٧ ـ ٦٩٨.

الآخر الباقي وامتنع الآخر، فإن الممتنع يجبر على المهايأة زمانا أو مكانا عند الحنفية(١)، ولا يجبر عند جمهور الفقهاء(٢) إلا أن الامامية قالوا بجبر الممتنع إذا حكم الحاكم الشرعي في موضع لأجل حسم النزاع.

حجة الجمهور على عدم الجبر: أن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيره بغير رضاه(٣).

حجة الحنفية على الجبر: وقد استدلوا لذلك بالقياس على قسمة الدارين فكما تصح قسمة الدارين فكذا التهايؤ، ولأن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي كما يجري في الأعيان – ويعتبر التهايؤ إفرازاً كالأعيان المتقاربة(٤).

الترجيح:

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام هو أن جريان الجبر في المهايأة يكون على حسب كيفية المهايأة، فان كانت إفرازاً فإن الجبر يجري فيها قياساً على قسمة الإفراز والتعديل عند الشافعية حتى يتمكن كل من الشريكين من الانتفاع بما خصص له، وإن كانت مبادلة أو معاوضة فإنه لا يجري فيها الجبر قياساً على عدم جريان الجبر في قسمة الرد عند الشافعية، لأن أحد الشريكين قد لا ينتفع بالمشترك مثل ما ينتفع به الآخر، فتعذرت المعادلة في الانتفاع بالمشترك، فلذلك لا يجري فيها الجبر. وإذا كان الحنفية قد ذكروا فيما تقدم أن المهايأة زماناً نوع مبادلة – عندهم – فذلك لأن منفعة أصحاب

---

(١) راجع البناية ٥٦١/١٠؛ شرح المجلة ١١٩/٤.

(٢) راجع مواهب الجليل للشنقيطي ٩٩/٤؛ بداية المجتهد ٤٠٢/٢؛ قال الشيخ محمد عليش: "إنما تجوز قسمة المهايأة وهي قسمة المنافع بالمراضاة لا بالاجبار والقرعة ... لاتجوز القسمة بالمهايأة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون إلا بالمراضاة". شرح منح الجليل ٦٢٣/٣؛ وقال البجيرمي: "تصح قسمة المنافع المملوكة ولو بوصية مهايأة ولا إجبار فيها .. فإن اتفقوا عليها وتنازعوا في البداءة (بدء المناوبة) أقرع بينهم". بجيرمي على الخطيب ٣٤٥/٤؛ وراجع أيضاً: روضة الطالبين ٢١٧/١١؛ والمغني لابن قدامة ١٣٢/٩؛ وتحرير الوسيلة ٥٥٠/١.

(٣) المغني لابن قدامة ١٣٢/٩.

(٤) البناية ٥٦١/١٠ وانظر أيضاً: شرح المجلة ١١٩/٤.

الحصص فى نوبة كل منهم تكون مبادلة بمنفعة حصة الآخر فى نوبته(١). وعلى هذا لا يجبر الممتنع عليها.

وأما المهايأة من حيث المكان فهي نوع إفراز وليست مبادلة(٢).

بناء على هذا يجبر الممتنع عليها لأن المعادلة يمكن إجراؤها فيها بيسر وسهولة ـ والله تعالى أعلم.

المهايأة فى المشترك المختلف

لو كان لشريكين دار وحمام فتهايئا على أن يسكن أحدهما الدار مقابل أن يستقل الآخر بالحمام أو كان بينهما دار وأرض زراعية فتهايئا على أن يسكن أحدهما الدار فى مقابل أن يستقل الآخر بزراعة الأرض، فالمهايأة بالتراضى إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها(٣). لأن اتحاد المنفعة فيما تجرى فيه المهايأة كاتحاد الجنس فيما تجرى فيه قسمة الأعيان. فكما أن قسمة الجبر إنما تجرى فى الأعيان المتحدة الجنس دون المختلفة، فكذا المهايأة الجبرية إنما تجرى فى المنافع المتحدة دون المختلفة. ولهذا كانت المهايأة الجبرية فى الدارين متفقا عليها بين أبى حنيفة وصاحبيه على الأصح كما فى "تبيين الحقائق" و"الفتح " وغيرهما(٤)، لإتحاد المنفعة فيهما وهي السكنى بخلاف قسمتها يعنى قسمة جمع، فإنها ـ عند أبى حنيفة ـ جنسان كما تقدم لأن المقصود من الدار مختلف بإختلاف الجيران والمحال فلا تقسم قسمة جمع، وعند الصاحبين جنس واحد إعتباراً باتحاد المنفعة وهي السكنى، فتجرى قسمة الجبر فيها(٥).

وكذا إذا كانت المهايأة الجبرية فى الحيوانين فهي على الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه(٦). وجاء فى الملتقى وشرحه(٧): "وتجوز المهايأة فى عبد ودار على السكنى

---

(١) شرح المجلة للأتاسى ١٢٢/٤.

(٢) تبيين الحقائق ٢٧٦/٥.

(٣) شرح المجلة ١٢٤/٤ ـ المادة: (١١٧٥) وانظر أيضاً: تكملة الفتح ٣٨٢/٨.

(٤) تبيين الحقائق ٢٧٦/٥؛ تكملة الفتح ٣٨٢/٨؛ شرح المجلة ١٢٤/٤.

(٥) راجع البناية ٥١٢/١٠.

(٦) انظر مجمع الأنهر ٤٩٨/٢.

(٧) مجمع الأنهر ٤٩٨/٢.

والخدمة. وكذا تجوز المهايأة فى كل مختلفى المنفعة كسكنى الدار وزرع الأرض وكذا الحمام والدار لأن كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة".

النوع الثانى: المهايأة من حيث الزمان والمكان:

يتنوع هذا النوع من المهايأة إلى نوعين:

١ ـ المهايأة: من حيث الزمان.

٢ ـ والمهايأة: من حيث المكان.

النوع الأول: المهايأة من حيث الزمان:

تعريفها: هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، أو بنسبة حصته(١). كأن تكون أرض مشتركة بين اثنين فيتهايئاً على أن يزرعها أحدهما سنة، والآخر سنة أخرى، أو على سكنى الدار بالمناوبة، هذا سنة والآخر سنة، أو على استعمال كتاب بينهما فيستعمله أحدهما أسبوعاً والآخر أسبوعاً مثله.

التكييف الفقهى للمهايأة زماناً:

المهايأة زماناً ـ عند الحنفية ـ كقسمة الأعيان إفراز من وجه ومبادلة من وجه، لأن المهايئ كالمستقرض لنصيب شريكه، فكان فيها معنى المبادلة من وجه(٢).

وقال الحنابلة: المهايأة معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع(٣). وصرح الشافعية: أن من استوفى زائداً على حقه، لزمه أجرة مازاد على قدر حصة من الزائد(٤). ويفهم من هذا أن المهايأة مبادلة عندهم.

وقد نصت المادة (١١٧٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن المهاياة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة أصحاب الحصص فى نوبة كل منهم مبادلة بمنفعة حصة الآخر فى نوبته، بناء على ذلك يلزم تحديد المدة فى المهايأة مثل كذا يوما وكذا شهراً(٥). لأن فيه

---

(١) بداية المجتهد ٤٠٣/٢.

(٢) تبيين الحقائق ٢٧٦/٥.

(٣) المغنى ١٣٢/٩.

(٤) بجيرمى على الخطيب ٣٤٥/٤.

(٥) شرح المجلة ١٢٢/٤.

تمليك المنفعة بعوض كالاجارة فاشترط فيها التأقيت كما اشترط فى الاجارة(١).

وأما المالكية فقالوا بتحديد المدة فى المقسوم إذا كان متحداً واختلفوا فى المتعدد ـ كما سبق ـ وقال ابن الحاجب بصحة قسمة المهايأة زماناً بدون تعيين مدة الإنتفاع، وقال ابن عرفة" بفسادها(٢).

وفى ذلك يقول الشنقيطى: "وهذه القسمة ـ أي المهايأة بالزمان ـ كالاجارة من حيث اللزوم وشرط تعيين المدة وحصرها"(٣).

بيان الراجح

والراجح مما سبق تحديد مدة الانتفاع بالمقسوم فى المهايأة من حيث الزمان سواء كان المقسوم متحداً أو متعدداً، لأن عدم تحديد المدة قد يؤدى إلى أن ينتفع أحد الشريكين بالمشترك لمدة أكثر من المدة التى ينتفع بها شريكه الآخر.

والانتفاع بالمقسوم أكثر من مدة انتفاع شريكه الآخر لا يجوز لأنه انتفاع بدون عوض، والمهايأة من حيث الزمان مبادلة بمعنى أن منفعة كل شريك تكون مبادلة بمنفعة نصيب شريكه الآخر. إذ هذا ينتفع بالمشترك إذا كان متحدا فى عوض ما انتفع به صاحبه، وإذا كان متعددا فكل واحد ينتفع بنصيب الآخر مبادلة، لأن المقسوم إذا كان متعددا كدارين، يلزم أن ينتفع كل شريك من الدارين بما لا يزيد على حصته فيهما.

محل المهايأة الزمانية:

المهايأة الزمانية تجوز فيما يمكن القسمة فيه ـ بالتراضى ـ كالدار والأرض بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والآخر مدة مثلها، وفيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد.

وفى ذلك يقول ابن عابدين: "فهذا النوع متعين فى العبد الواحد ونحوه والبيت الصغير"(٤)، لتعذر التهايؤ فى المكان.

---

(١) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٥/٢٧٦؛ وانظر أيضاً: تكملة الفتح ٨/٣٧٩.

(٢) راجع حاشية الدسوقى ٣/٤٩٨ الفواكة الدوانى ٢/٣٢٦؛ بلغة السالك ٢/٢٣٧؛ والشرح الصغير ٣/٦٦٠.

(٣) مواهب الجليل للشنقيطى ٤/٩٩ وانظر أيضا: الشرح الصغير ٣/٦٦٠.

(٤) رد المحتار ٨/٢٦٩.

وجاء فى حاشية الشلبى على تبيين الحقائق: "وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا تتأتى القسمة إلا من حيث الزمان"(١).

ويقول الشافعية: "فإن لم تكن العين قابلة للقسمة كالقناة والعبد والبهيمة والحمام، فإن اتفقا فيها على المهايأة، فذاك"(٢).

وتوضيح هذا النوع من المهايأة: بأن يكون بين الشريكين دار أو أرض ويتهايئا على أن ينتفع بالدار أو الأرض أحدهما مدة ثم ينتفع الآخر مدة(٣).

ويقول العينى عند بيانه لاختلاف الشركاء فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان: "يأمرهما القاضى بأن يتفقا، لأن التهايؤ ... فى الزمان أكمل لأن كل واحد ينتفع بجميع الدار فى نوبته"(٤).

وكذلك أن يتهايئا فى بيت صغير على أن يسكنه هذا يوما وهذا يوما، أو هذا شهرا وهذا شهرا، أو فى الأرض على أن يزرعها هذا سنة وذاك سنة فذلك جائز لأنها قسمة المنافع. أو فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوما، وهذا يوما فهذا جائز أيضاً. أو فى دابة واحدة على أن يركبها أحدهما مدة والآخر مدة أخرى فهذا يجوز عند الصاحبين ولا يجوز عند أبى حنيفة.

ودليل الصاحبين: هو اعتبار التهايؤ فى الدابتين بقسمة الأعيان، فكما تجوز قسمة الدواب من جنس واحد رقبة فكذا تجوز منفعة.

وأما دليل أبى حنيفة على عدم الجواز فهو أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذق بصنعة الركوب وبين أخرق أي جاهل بها(٥).

وأما المالكية فيجوزون المهايأة الزمانية فى المقسوم المتحد كعبد يستخدمه أحد الشريكين شهرا والآخر شهراً ـ مثلاً ـ أو دار يسكنها أحدهما مدة والثانى مثلها. ولكنهم قسموا التهايؤ بالزمان إلى نوعين:

---

(١) حاشية الشبلى ٥/٢٧٥.

(٢) روضة الطالبين ١١/٢١٧.

(٣) حاشية الشبلى ٥/٢٧٥.

(٤) البناية ١٠/٥٥٩.

(٥) راجع البناية ١٠/٥٥٨ ـ ٥٦٣؛ البدائع ٧/٣٢؛ تبيين الحقائق ٥/٢٧٦ ـ ٢٧٧؛ مجمع الأنهر ٢/٤٩٦ ـ ٤٩٧.

أحدهما: التهايؤ بالزمان فى الخدمة ـ وهو موافق لما قاله الحنفية ـ كأن يقول الشريكان يستخدم أحدنا العبد أو الدابة يوما أو جمعة أو شهرا ويستخدمه الآخر مثل صاحبه. ولا يجوز استخدام الحيوان عند المالكية أكثر من هذه المدة ـ أي من شهر ـ لأن الحيوان يسرع إليه التغيير بخلاف العقار. وقال المالكية ـ كما مر ـ أنه لا بد من تعيين المدة فيها، لأنه يعرف به قدر الانتفاع. فإذا لم يعين الزمن فسدت المهايأة(١). واتفقوا على جواز التهايؤ فى الخدمة فى الأيام اليسيرة(٢).

وكذلك تجوز المهايأة ـ عندهم ـ من حيث الزمان فى سكنى الدار بأن يسكنها كل شريك مدة معينة كأن يسكنها هذا سنة وهذا سنة أو أكثر.

وكذا تجوز قسمة التهايؤ فى زراعة الأرض ولو لسنين بشرط أن تكون الأرض مأمونة (بأن كانت ملكاً) فيصح أن يزرعها أحدهما عشر سنين أو أكثر ـ مثلا ـ والآخر مثله. وأما إذا كانت غير مأمونة فلا يجوز التهايؤ، ولو فى السنة الواحدة لأنها كالاجارة فى اللزوم وتعيين المدة والأرض التى ليست مأمونة هى الأرض الموقوفة فلا يجوز التهايؤ عليها لوجود الغرر(٣).

وثانيهما: التهايؤ بالزمن فى الغلة*: كأن يقول أحدهما لشريكه: لك غلته يوما ولى غلته يوما آخر، ويوافقه الآخر على ذلك. قال الإمام مالك ـ رحمه الله ـ بجواز هذا النوع فى اليوم الواحد وكراهيته فى أكثر منه. وفى ذلك يقول الشيخ عليش: "وقد سهله مالك ـ رحمه الله ـ فى اليوم الواحد وكرهه فى أكثر منه"(٤). وذهب أصحاب مالك ـ رحمه الله ـ إلى عدم جواز المهايأة فى الغلة وإن كانت يوما واحدا.

وحجتهم فى ذلك هو وجود الغرر والجهالة فيها، لأن الغلة لا تنضبط لأنها تقل وتكثر فى اليوم الواحد، بمعنى أن كراء الدابة أو الدار قد تكون فى هذا اليوم أكثر من

---

(١) انظر حاشية الدسوقى ٤٩٨/٣؛ المنتقى للباجى ٥١/٦؛ بلغة السالك ٢٣٨/٢ ـ ٢٣٩؛ مواهب الجليل للشنقيطى ٩٩/٤؛ شرح منح الجليل ٦٢١/٣ ـ ٦٢٢.

(٢) راجع المنتقى للباجى ٥٢/٦.

(٣) انظر: الخرشى ١٨٤/٦، ١٨٥؛ حاشية الدسوقى ٤٩٩/٣؛ بلغة السالك ٢٣٨/٢.

* الغلة فى الاصطلاح الفقهي: هي الكراء كأن يأخذ كل منهما كراء الدابة أو الدار مدة معينة. بلغة السالك ٢٣٨/٢.

(٤) شرح منح الجليل ٦٢٣/٣.

كراء الغد(١). ويحتمل ألا تكرى في هذا الزمن المحدود.

وقال محمد بن المواز في ذلك: "لو كانت الدابة بينكما فلا يجوز أن تقول له ما كسبت اليوم لي وما تكسب غداً فلك، وكذلك العبد"(٢).

وأما حجة مالك ـ رضي الله عنه ـ فهو أن الغرر في ذلك قليل لقصر المدة وتقاربها وتساوى غلتها في ذلك في غالب الحال.

وأما إذا كانت الدابة أو العبد أو الدار معلومة الكراء كأن يكون أحد هذه الأشياء المذكورة مستأجراً لشخص كل يوم بكذا أي بكراء كذا ـ فيجوز لكل واحد من الشريكين أن يأخذ أجرة تلك الأيام. وإذا لم يكن مستأجرا بالفعل ولكن علم أن كل شريك يؤاجره لكل يوم بكذا، فيجوز أيضا. وإذا لم ينضبط كراءه فإنه لا يجوز لأنه من قسم الغلة(٣).

وما تقدم في الغلة كان عند المالكية.

أما الحنفية فقد اختلفوا في استغلال العين المشتركة ـ أي في طلب غلتها ـ إذا كانت العين المشتركة داراً واحدا على قولين(٤):

١ ـ قال محمد ـ رحمه الله ـ بعدم جواز التهايؤ في الغلة.

٢ ـ وذهب غيره من سائر الحنفية إلى جوازها في ظاهر الرواية(٥).

---

(١) انظر: شرح منح الجليل ٦٢٣/٣؛ الخرشي ١٨٥/٦؛ حاشية الدسوقي ٤٩٩/٣؛ بلغة السالك ٢٣٨/٢؛ مواهب الجليل للشنقيطي ٩٩/٤؛ جواهر الأكليل ١٦٥/٢؛ الشرح الصغير ٦٦١/٣ ـ ٦٦٢.

(٢) شرح منح الجليل ٦٢٢/٣.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٤٩٩/٣.

(٤) البناية ٥٦٣/١٠ وانظر أيضا: مجمع الأنهر ٤٩٧/٢ تبيين الحقائق ٢٧٧/٥.

(٥) المراد بظاهر الرواية الأصول وهي: الجامع الكبير والجامع الصغير والسير الكبير والسير الصغير والمبسوط والزيادات. والسير الكبير والصغير آخر مصنفات محمد بعد انصرافه من العراق ولذا لم يروهما عنه أبو حفص، وكلها لمحمد، ويعبر عن المبسوط بالأصل وبعضهم لم يعد السير بقسميه من الأصول وما عدا ذلك فهو من رواية النوادر كالأمالي لأبي يوسف، والرقيات مسائل جمعها محمد حين كان قاضيا بالرقة ـ بفتح الراء المهملة وتشديد القاف ـ مدينة على جانب الفرات رواها عنه محمد بن سماعة. حاشية الطحطاوي للعلامة السيد أحمد الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الايضاح ص: ٩ ـ نشر قديمي كتب خانة ـ كراتشي ـ باكستان.

وحاشية ابن عابدين ٥٠/١، وانظر أيضا: البحث الفقهي، طبيعته وخصائصه، أصوله، مصادره للدكتور إسماعيل سالم عبد العال. نشر مكتبة الزهراء ـ القاهرة.

والحجة لظاهر الرواية: أن التهايؤ فى غلة الدار الواحدة فى الحقيقة تهايؤ من حيث المنفعة، لأنه لا فرق بين أن يتهايئا على سكنى الدار ثم يؤاجر أحدهما نصيبه فيها، وبين أن يتهايئا فى الغلة ابتداء.

وحجة محمد ـ رحمه الله ـ هى أن الغلة إسم للدراهم وهى معدومة فى الحال، وقسمة المعدوم قبل الوجود لا تجوز إذا كان مما يحتمل القسمة بعد الوجود، بخلاف القسمة فى المنفعة، ولهذا لا تجوز القسمة فى غلة واحدة.

وما تقدم كان فى الكلام عن غلة الدار.

أما إذا كان المشترك عبداً واحداً أو دابة واحدة فإنه لا يجوز التهايؤ على استغلال أي منهما عند الحنفية.

ووجه الفرق بين جواز التهايؤ على استغلال الدار الواحدة فى ظاهر الرواية وعدم الجواز فى العبد الواحد والدابة الواحدة عند كل الحنفية، هو: أن نصيبى الشريكين يتعاقبان بمعنى أن أحدهما يكون عقب الآخر فى استيفاء المنفعة، والاعتدال ثابت فى العقار ومتغير فى الحيوانات لأن الحيوانات عرضة للآفات والأمراض والعجز، فبذلك تفوت المعادلة فيها بخلاف العقار، لأن الاستغلال يكون بإستعمال الحيوانات، وعملها فى المستقبل أي فى الزمان الثانى لا يكون كما كان فى الماضى أي فى الزمان الأول، فلذلك لا تمكن المعادلة فى الغلة، وبالتالى لا يجوز التهايؤ بإستغلالها(١). أى الحيوانات.

زيادة الغلة في الدار الواحدة في أحد النصيبين دون الآخر

لوزادت الغلة فى الدار الواحدة فى نوبة أحدهما على الغلة التى تكون فى نوبة الآخر، فإنهما يشتركان فى الزيادة ليتحقق التعديل فى المهايأة.

لأن مبنى المهايأة على المعادلة كما فى القسمة. لأنهما إذا تهايئا فى الاستغلال زماناً فأحدهما يصل إلى غلة الدار قبل أن يصل إليها الآخر، وذلك عكس مقصود القسمة(٢).

والتهايؤ فى زيادة الاستغلال قد يكون فى الدارين وهذا جائز ـ أيضا ـ فى ظاهر

---

(١) راجع: تبيين الحقائق ٥/٢٧٧، والبناية ١٠/٥٦٤، ومجمع الأنهر ٢/٤٩٧، والدرر ٢/٤٢٦، ورد المحتار ٦/٢٧٠.

(٢) البناية ١٠/٥٦٤ ـ ٥٦٦ (بتصرف).

الرواية(١)، احترز به عن رواية الكيسانيات(٢) عن أبى حنيفة أنه لا يجوز.

مقارنة وترجيح

ومما تقدم تبين أن المهايأة بالزمان تكون فيما لا يحتمل القسمة كما فى الدابة الواحدة، والعبد الواحد والبيت الصغير وذلك باتفاق أهل العلم، ولكنهم اختلفوا فى المهايأة بالزمان فى الغلة. فوجدنا أن الإمام مالكاً ـ رحمه الله ـ قال بجواز المهايأة فى الغلة لمدة قصيرة، وكذا الحنفية فيما لو كانت العين المشتركة داراً واحداً.

بينما ذهب أصحاب الإمام مالك ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى عدم جواز التهايؤ فى الغلة.

والراجح من هذه الأقوال ـ فى رأيى المتواضع جداً ـ ما قال به الإمام مالك والحنفية لأن الغرر فى كراء الدابة ـ مثلاً ـ فى اليوم الواحد قد لا يكون متحققاً لأنه يحتمل ألا يكون فيه غرر وبخاصة إذا كان كراؤها مثل كراء الأمس. وفرض تحقق الغرر فإنه قليل لقصر المدة، والمعاملات لا تخلو عن الغرر(٣) اليسير فلذلك أجاز الفقهاء الغرر اليسير فى المعاملات كإجارة الدار مشاهرة مع احتمال نقصان الشهور فإن الشهر تارة يكون ثلاثين يوماً وتارة تسعا وعشرين، وكبيع أساسات الدار دون رؤية أساسات

---

(١) الهداية مع تكملة الفتح ٣٨٢/٨.

(٢) الكيسانيات: مسائل أملاها محمد على أبى عمرو سليمان بن شعيب الكيسانى نسبة إلى كيسان ـ بفتح الكاف ـ فنسبت إليه. حاشية الطحطاوى ص: ٩، حاشية ابن عابدين ٥٠/١، وانظر أيضا: البحث الفقهى للدكتور إسماعيل سالم عبد العال.

(٣) الغرر: إما غير مؤثر فى العقد وإما مؤثر: فغير المؤثر: هو اليسير أو الذى تدعو إليه الضرورة أو ما جمع بين الأمرين. بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٥٧/٢، والفروق للقرافى: الفرق الرابع والعشرون (بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك) ١٥٠/١. ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ٤٩/٣. الطبعة الثالثة ١٩٦٧م. فالغرر اليسير هو الذى لا يؤثر فى العقد بل يبقى العقد صحيحا ولذا قال الإمام النووى فى الغرر الذى لا يؤثر فى العقد: [وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيراً جاز البيع]. المجموع شرح المهذب. للشيخ محيى الدين أبى زكريا يحيى بن شرف النووى (ت ـ ٦٧٦هـ) ٢٥٨/٩، مطبعة التضامن الأخوي بالحسين بمصر. أما الغرر المؤثر فإنه بعكس ذلك تقريبا: إذا لم تدع الحاجة إلى ارتكابه ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة، وكان الغرر كثيرا فإن البيع لا يجوز. المجموع شرح المهذب ٢٥٨/٩، مصادر الحق للسنهورى ٤٩/٣.

الدار وأنها من باب بيع المغيب فى الأرض، وكبيع الجبة المحشوة واللحاف المحشو مغيب، وكبيع الفستق والبندق والرمان والبطيخ فى قشورها فيعفى عنه(١) فكذا يغتفر الغرر اليسير فى التهايؤ فى الغلة.

وأما ما قاله محمد ــ رحمه الله ــ من عدم جواز التهايؤ فى الغلة فى الدار الواحدة، فإنه لا يسلم لأنه استغلال العين المشتركة هو فى الواقع والحقيقة تهايؤ على منفعة العين، والتهايؤ على منفعة العين المشتركة جائز.

لأن التهايؤ على الغلة مثل التهايؤ على سكنى الدار ــ مثلاً ــ ثم أخذ غلتها إذا أجرها إلى شخص ما، فلا فرق.

انقضاء المهايئات بالزمان:

ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما، لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم بجواز طلب الورثة المهايأة، فحينئذٍ فلا فائدة فى نقض المهايأة ثم إعادتها(٢)، وإنما تنقض باتفاق الطرفين على إنهائها، ببيع المال المشترك(٣).

النوع الثانى: المهايأة من حيث المكان:

تعريفها: هى أن يخصص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته(٤)، فيتم الانتفاع معا فى وقت واحد.

وعرفها ابن رشد: بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة(٥).

فهى كما لو تهايأ اثنان فى الأرض المشتركة على أن يزرع أحدها نصفها والآخر نصفها الآخر، أو فى الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما فى طرفها والآخر فى طرفها

---

(١) الفروق للقرافى ١/١٥٠، وتهذيب الفروق ١/١٧٠، وقواعد الاحكام فى مصالح الأنام للإمام المحدث الفقيه أبى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى المتوفى سنة ٦٦٠هـ . ٢/١١ ــ الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ ــ ١٩٨٠م ــ دار الجيل ــ بيروت ــ لبنان.

(٢) البناية ١٠/٥٥٧؛ الدر المختار ورد المحتار ٦/٢٦٩؛ تبيين الحقائق ٥/٢٧٦؛ تكملة الفتح ٨/٣٧٨.

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته ٥/٧٠١.

(٤) الفقه الإسلامى وأدلته ٥/٧٠١؛ وانظر أيضا: شرح المجلة ٤/١٢٣ ــ المادة (١١٧٩).

(٥) بداية المجتهد ٢/٤٠٣.

الآخر، أو أحدهما فى الطابق العلوى والآخر فى الطابق السفلى، أو فى الدارين المشتركتين على أن يسكن أحدهما فى الواحدة والآخر فى الأخرى.

ويسمى المالكية هذا النوع بالتهايؤ فى الأعيان(١) بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً أو يزرع هذا أرضاً وهذا أرضا، أو يسكن هذا داراً وهذا داراً. والمعنى واحد لأن الأرض المشتركة والدار المشتركة هى أعيان وإن كانت فى مكان.

حكمها: والمهايأة من حيث المكان جائزة عند الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥) والإمامية(٦).

ووجه الجواز: أن المهايأة قسمة فتعتبر بقسمة العين، وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع(٧).

وبما أن المهايأة الزمانية جائزة للحاجة عند تعذر اجتماع الشريكين على الانتفاع بالعين الواحدة، فكذلك المهايأة المكانية.

تكييفها الفقهى: المهايأة من حيث المكان نوع إفراز وليست مبادلة، لأنه لو كانت مبادلة لما صحت.

لأن المبادلة فى الجنس الواحد نسيئة، فلا تجوز لتوافر ربا النسيئة فيها، بإعتبار أن اتحاد الجنس وحده كاف عند الحنفية فى وجود هذا النوع من الربا.

فيقول الزيلعى:(٨) "والتهايؤ فى هذا الوجه ــ يعنى فى المكان ــ إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة لأنه لو كان مبادلة لما صح لأنها لا تجوز فى الجنس الواحد نسيئة للربا".

---

(١) شرح منح الجليل ٣/٦٢١.

(٢) البدائع ٧/٣١؛ تبيين الحقائق ٥/٢٧٦.

(٣) المنتقى للباجى ٦/٥٢؛ حاشية الدسوقى ٣/٤٩٨ ــ ٤٩٩؛ الخرشى ٦/١٨٤ ــ ١٨٥؛ شرح منح الجليل ٣/٦٢١.

(٤) روضة الطالبين ١١/٢١٧؛ بجيرمى على الخطيب ٤/٣٤٥.

(٥) المغنى ٩/١٣٢.

(٦) تحرير الوسيلة ١/٥٥٠.

(٧) البدائع ٧/٣١.

(٨) تبيين الحقائق ٥/٢٧٦.

بيان الراجح

والراجح فى مسألة تحديد المدة فى المهايأة المكانية ما ذهب إليه الحنفية من عدم اشتراط بيان المدة وتحديدها فى المهاياة المكانية، ولأن الشريكين ينتفعان بالمشترك فى وقت واحد أي فى زمان واحد ولا تختلف منفعة المشترك فيه بخلاف المهايأة الزمانية، لأن الانتفاع بالمشترك فيها يكون على التعاقب، والمنفعة قد تختلف باختلاف الأوقات، فلذلك قال الفقهاء برد زيادة الغلة فى إستغلال المشترك فى المهايأة الزمانية. وأما فى المهايأة المكانية حتى مع استمرار الانتفاع لمدة طويلة، فإنهما ينتفعان بالمشترك لنفس المدة فلا ضير على أحد منهما فهما فى الانتفاع سواء.

إنتهاؤها: لا تنتهى مدة المهايأة المكانية كالزمانية بموت أحد الشريكين أو بموتهما، لأنها لو بطلت لا ستأنفها الحاكم، ولا فائدة فى الابطال ثم الاستئناف، لأن كل شريك يفسخها متى شاء. ولكن مدتها تنتهى إذا تراضى الشريكان على انتهائها، ببيع المال المشترك(١).

محلها: يجرى هذا النوع من المهايأة فى الأموال المشتركة التى تقبل القسمة كالدار الكبير أو الدارين والأراضى والعبدين والدواب. أما ما لايقبل القسمة كالعبد الواحد والسيارة والكتاب والدابة الواحدة والبيت الصغير، فلا تكون فيه المهايأة المكانية وإنما تكون فيه المهايأة من حيث الزمان كما ذكرنا سابقا.

المهايأة المكانية فى الدارين: لو تهايئا فى دارين وأخذ كل واحد منهما داراً يسكنها أو يستغلها فهو جائز بالاجماع(٢). وبه قال المالكية إلا أنهم منعوا المهايأة فى الغلة فى الأعيان للغرر(٣).

لأن قسمة الجمع فى عين الدور جائزة فكذا فى المنافع ولأبى حنيفة ـ رحمه الله ـ تفرقة بين العين والمنفعة فهو يقول: بأنه يحتاج إلى الفرق بين العين والمنفعة ووجه الفرق له: أن الدور فى حكم أجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى نفسها وبنائها وموضعها، ولا تجوز قسمة الجمع فى جنسين مختلفين.

---

(١) نصت المادة (١١٩١) من المجلة على أنه: "بموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم لا تبطل المهايأة. شرح المجلة ١٣١/٤؛ وانظر أيضاً: البناية ٥٥٧/١٠.

(٢) البدائع ٣١/٧؛ وانظر أيضا: البناية ٥٦١/١٠.

(٣) شرح منح الجليل ٣٢١/٣.

وأما التفاوت فى المنافع فقلما يتفاحش بل يتقارب، فلم تلتحق منافع الدارين بالأجناس المختلفة، فجازت القسمة(١).

ويوضح ما تقدم العلامة محمود العينى فى كتابه "البناية على الهداية" فيقول: إن المهايأة المكانية لا تجوز عند أبى حنيفة ــ فى رواية الكيسانيات ــ لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وقسمة العين فى الدارين عنده لا تجوز باعتبار التفاوت إلا أنه يجوز بالتراضى(٢).

المهايأة فى الدواب: إذا تهايأ الشريكان فى دابتين بينهما على أن يأخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها ليركبها أو ليستغلها، فلا يجوز عند أبى حنيفة ــ استعمالا واستغلالاً، ويجوز عند صاحبيه استعمالاً فى الحيوان أو الحيوانين كما تجوز استغلالا فى الحيوانين ولا تجوز فى الحيوان الواحد.

وحجتهما أن قسمة الدواب كما تجوز من جنس واحد رقبة، فكذلك تجوز قسمتها منفعة.

وأما حجة أبى حنيفة فهى الفرق بين العين والمنفعة. وهو أن الدابتين باعتبار أعيانهما جنس واحد ولكنها من حيث منفعة الركوب جنسان مختلفان بدليل أن الرجل إذا استأجر دابة، لا يستطيع أن يؤاجرها لشخص آخر فإن فعل ضمن. فظهر أن إختلاف الجنس يشبه إختلاف العين، وإذا اختلفت الأجناس فلا تجوز قسمة الجمع فيها عنده. كذا فى المنفعة بخلاف المهايأة فى الدارين ــ كما سبق ــ والعبدين. ولأن استعمال الدابتين يتفاوت بتفاوت الراكبين، لأن منهم من هو حاذق بصنعة الركوب ومنهم من هو جاهل بها(٣). على ما تقدمت الإشارة إليه.

---

(١) البدائع ٣١/٧ وانظر أيضاً: البناية ٥٦١/١٠.

(٢) راجع البناية ٥٦٢/١٠.

(٣) راجع البدائع ٣٢/٧؛ البناية ٥٦٢/١٠، ٥٦٣؛ تبيين الحقائق ٢٧٦/٥، ٢٧٧؛ مجمع الأنهر ٤٩٨/٢ وتكملة الفتح ٣٨١/٨، ٣٨٣.

ووافق المالكية الحنفية فى جواز التهايؤ على خدمة العبدين.

حيث يقول الشيخ محمد عليش فى "شرح منح الجليل"(١) له: "والوجه الآخر أن يكون التهايؤ فى الأعيان بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبدا ....".

---

(١) شرح منح الجليل ٣/٦٢١.

المبحث الثالث

حكم الاختلاف فى التهايؤ

لو اختلف الشركاء فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى المال المشترك الذى يحتمل التهايؤ من حيث الزمان والمكان كالدار ـ مثلا ـ بأن يطلب أحدهما التهايؤ من حيث الزمان والآخر من حيث المكان، أو من حيث الزمان فقط كأن يطلب أحدهما أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه شهرا آخر، أو من حيث المكان فقط كأن يطلب أحدهما أن يسكن فى مقدمها والآخر يريد أن يسكن فى مؤخرها، فإن القاضى فى هذه الصورة يأمرهما بأن يتفقا.

لأن التهايؤ فى المكان أعدل لأن كل واحد ينتفع فى زمان واحد من غير تقديم لأحدهما على الآخر، والتهايؤ فى الزمان أكمل لأن كل واحد ينتفع بجميع الدار فى نوبته، وفى المكان ينتفع بالبعض، فلما اختلفت الجهة وهو الزمان والمكان لابد من الاتفاق. وإن اختار الشريكان فى التهايؤ من حيث الزمان يقرع بينهما فى البداية تطييبا لقلوبهم ونفيا لتهمة الميل. وقيد الاختيار من حيث الزمان، لأن التسوية فى المكان كالدار أمر ممكن فى الحال بأن يسكن هذا بعض الدار ويسكن الآخر بعضها. وأما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن فى الحال إلا أن يسكن أحدهما مدة، ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة(١).

قال الرملى: "ولو تشاحا فى تعيين المدة ـ مثلا ـ بأن قال أحدهما سنة بسنة والآخر شهراً بشهر لم أره، والظاهر تفويض القاضى(٢).

وإذا اختلف الشريكان فى تعيين المكان فإنه محل للاشكال فينبغى أن يقرع بينهما.

وفى ذلك يقول ابن عابدين: "قد يقع الاختلاف فى تعيين المكان فينبغى أن يقرع بينهما(٣)". ونصت المادة (١١٨٠) من مجلة الاحكام العدلية على الاقراع فى تعيين المكان. ونصها: "كما أنه ينبغى إجراء القرعة فى المهايأة زمانا لأجل البدء يعنى أي واحد من أصحاب الحصص ينتفع أولاً كذلك فى المهايأة مكاناً ينبغى تعيين المحل بالقرعة أيضاً"(٤).

---

(١) راجع: رد المحتار ٢٦٩/٦؛ تكملة الفتح ٣٨٠/٨.

(٢) رد المحتار ٢٦٩/٦.

(٣) نفس المرجع .

(٤) شرح المجلة ١٢٣/٤ ـ المادة: ١١٨٠.

المبحث الرابع

محـل المهـايـأة

محل المهايـأة المنـافع دون الأعيـان، لأنهـا قسـمة المنفعـة دون العيـن فكـان محلهـا المنفعة دون العين(١).

وعلى هذا تجوز المهايأة إذا اتفق الشريكان على أن يسكن أحدهما فـى طـرف مـن الدار والآخر فى طرف آخر، أو على أن يسكن أحدهما العلو والآخر السفل، أو علـى أن يسكن أحدهما فى دار والآخر داراً آخر. وكذلك تجوز المهايـأة فـى الأراضـى المشـتركة بأن يتفق الشريكان على أن يزرع هذا الحقل والآخر يزرع الحقل الآخر، لأن ذلـك قسمة المنافع وهو معنى المهايأة(٢).

ونصت المادة (١١٧٥) من مجلة الأحكام العدلية على: "أن المهايـأة لا تجـرى فـى المثليات بل فى القيميات التى يمكن الإنتفاع بها مع بقاء عينها. لأن المهايأة قسمة المنـافع وأنها جائزة فى الأعيان المشـتركة التـى يمكـن الإنتفـاع بهـا مـع بقـاء عينهـا ـ فخرجـت الأعيان المثلية جميعها لأنها ليست كذلك ـ وخرج من الأعيان القيمية ما لا يمكن الإنتفاع بها مع بقاء عينها، كالثمر ولبن الحيوانات إلا لبن الإنسان"(٣).

واتفق الفقهاء على عدم جواز المهايأة فى نخل وشجر بين الشريكين على أن يـأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها، وفى الغنم المشتركة ونحوه كالبقر والإبل علـى ان يـأخذ

---

(١) البدائـع ٣٢/٧؛ وانظـر أيضـاً: المنتقـى للبـاجى ٥١/٦؛ حاشـية الدسـوقى ٤٩٨/٣؛ بجيرمى علـى الخطيب ٣٤٥/٤.

(٢) راجـع: تكملـة البحـر ١٥٧/٨ ــ ١٥٩؛ البنايـة ٥٦١،٥٥٧/١٠؛ المنتقـى للبـاجى ٥٢/٦؛ حاشـية الدسـوقى ٤٩٩/٣؛ الروضـة ٢١٧/١١؛ المغنـى ١٣٢/٩؛ الاختيـارات الفقهيـة لابـن تيميـة ص: ٣٥٢؛ تحرير الوسيلة ٥٥٠/١.

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة: (١١٧٥) وشرحها ١٢٠/٤.

كل واحد منهما عدداً معيناً منها، يرعاها وينتفع بألبانها وصوفها(١). ولكن بعض المالكية استثنوا المهايأة فى غلة لبن الحيوانات بأن يحلب هذا يوماً وذاك يوماً آخر(٢).

والدليل على عدم جواز المهايأة فى الأشياء المذكورة ما يأتى:

١ ـ أن هذا قسمة المنافع، والثمر واللبن عين، فلا تدخل تحت المهايأة(٣).

٢ ـ وأن التهايؤ مختص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها لأنها أعراض لا تبقى زمانين بخلاف الأعيان(٤).

وإن اعترض المعترض على أن المهايأة لا تجوز فى ألبان الحيوانات، فكيف جوز الأحناف المهايأة على ألبان جاريتين مشتركتين بين الشريكين بأن ترضع هذه ابن هذا والأخرى ابن الآخر مع أن اللبن عين ؟

أجيب عن هذا بأن ألبان بنى آدم بمنزلة المنافع، لأنها لا قيمة لها إلا عند العقد بطريق التبعية فتتحقق للضرورة كما فى الخدمة. أما ألبان الحيوانات فهي أعيان ولها قيمة بلا عقد، فلا تجوز المهايأة فيها(٥).

فإن قيل: مقتضى كون اللبن والثمرة من الأعيان أن تصح فيها المهايأة.

فيجاب عن ذلك: بأن عدم صحتها لأن ذلك معدوم حقيقة وحكما لأنها لم تجعل موجودة حكما فى حق التمليك بعوض وهو الاجارة حتى تعتبر موجودة حكما فى حق القسمة، وقسمة المعدوم لا تتحقق، لأنها إفراز من وجه ومبادلة من وجه، وكلا الأمرين لا يتحققان قبل الوجود(٦).

ولا تجوز المهايأة ـ عند المالكية ـ فى غلة ـ أي كراء ـ كأن يأخذ كل منهما

---

(١) راجع: البدائع ٣٢/٧؛ تبيين الحقائق ٢٧٧/٥؛ البناية ٥٦٧/١٠ ـ ٥٦٨؛ شرح المجلة ١٢٩/٤ ـ المادة: (١١٨٧). حاشية الدسوقى ٤٩٩/٣؛ بلغة السالك ٢٣٨/٢؛ روضة الطالبين ٢١٩/١١.

(٢) حاشية الدسوقى ٤٩٩/٣.

(٣) البدائع ٣٢/٧.

(٤) شرح المجلة ١٢٩/٤؛ وانظر أيضاً: رد المحتار ٢٧٠/٦؛ البناية ٥٦٨/١٠.

(٥) البناية ٥٦٨/١٠؛ وانظر أيضاً: رد المحتار ٢٧٠/٦؛ شرح المجلة ١٢٩/٤.

(٦) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٧٧/٥.

كراء الدابة أو الدار أو الحمامات والرحا مدة معينة لوجود الغرر والجهالة فيها وعدم انضباطها حيث تقل وتكثر فى اليوم الواحد(١).

وقد تقدم كلام المالكية عند الكلام عن تقسيم المهايأة بالأزمان.

وإن كانت الغلة منضبطة، كدار معلومة الكراء أو رحا أو عبد أو دابة معلومة الكراء، فيجوز لكل واحد من الشريكين أن يأخذ أجرة تلك الأيام، وإن لم تكن كراء هذه الأشياء المذكورة منضبطة، فلا تجوز المهايأة لأنها من قسم الغلة(٢).

الترجيح

قد سبق الترجيح فى هذه المسألة عند الكلام عن حكم استغلال الدابة، لكننى أضيف هنا أن غلة الدابة أو العبد إذا كانت تتجدد كل يوم وتتفاوت تفاوتاً فاحشاً، فالراجح قول أصحاب مالك ـ رضى الله عنه ـ بعدم جواز المهايأة لتجنب الغرر فى الغلة وأكل مال الغير بغير رضاه ـ والله تعالى أعلم.

---

(١) راجع: شرح منح الجليل ٣/٦٢٣؛ الخرشى ٦/١٨٥؛ حاشية الدسوقى ٣/٤٩٩؛ بلغة السالك ٢/٢٣٨؛ مواهب الجليل ٤/٩٩؛ جواهر الأكليل ٢/١٦٥.

(٢) راجع: حاشية الدسوقى ٣/٤٩٩.

المبحث الخامس

فى

شرط المهايأة وصفتها

أولاً: شرط المهايأة:

اشترط الفقهاء فى المهايأة أن تكون العين ممكن الانتفاع مع بقائها بعد الانتفاع بها كما كانت قبل الانتفاع، لأن المهايأة قسمة المنافع وهى جائزة فى الأعيان المشتركة القابلة للانتفاع مع بقاء عينها. والأعيان التى لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، لاتجوز المهايأة فيها.

وفى ذلك يقول على الطورى: " وأما شرطها فأن تكون العين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها"(١).

ثانياً: صفة المهايأة: والمراد بالصفة هنا الحكم وقد اختلف الفقهاء فى صفة المهايأة على رأيين:

الرأي الأول للجمهور: وقد ذهبوا إلى أن المهايأة عقد غير لازم، ويجوز لكل من الشركاء أن يفسخها متى شاء بغير رضا الآخرين. ولا يجبر الممتنع عليها. إلا أن الحنفية فصلوا الكلام فيها حيث قالوا بعدم لزومها فى المهايأة الرضائية ولزومها فى المهايأة الجبرية أو بالتقاضى. وسبق شرح هذا التقسيم. وعبارات الفقهاء كالآتى:

قال الحنفية: إن المهايأة الرضائية سواء كانت من حيث الزمان أو المكان عقد غير لازم. حتى لو طلب أحد الشريكين المهايأة ــ أى قسمة المنافع ــ من القاضى وطلب الآخر القسمة بالأعيان يجاب الثانى.

وكذلك لو طلب أحدهما بعد المهايأة القسمة فيما يحتمل القسمة، قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايأة. لأن قسمة العين أقوى وأبلغ من قسمة المنافع فى استكمال المنفعة لأن فى

---

(١) تكملة البحر ١٥٧/٨ وانظر أيضاً: شرح المجلة ١٢٠/٤ ـ المادة: ١١٧٥.

قسمة العين تجتمع المنافع في زمان واحد وفي قسمة المنفعة تجتمع على التعاقب(١).

وبناء على هذا تكون المهايأة عقداً جائزاً يحتمل الفسخ كالعقود الجائزة الأخرى ويمكن فسخها ولو بغير عذر.

وفي ذلك يقول ابن عابدين: "لكل ـ أي لكل شريك ـ نقض المهايأة ولو بلا عذر في ظاهر المذهب(٢)" وقال أيضا: " ...له نقضها ولو بلا عذر إذا حصلت بالتراضي(٣)"

ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين أو بموتهما ـ كما مر ذكره في انقضاء مدة المهايأة بنوعيها الزمانية والمكانية"(٤).

وأما المهايأة بالتقاضي ـ عندهم ـ فعقد لازم. فإذا وقع عقد المهايأة فلا يجوز لأحد الشريكين أن يفسخها، ويجبر الممتنع عليها، إلا إذا اشترطا عدم الجبر(٥).

والمهايأة ـ عند الحنفية ـ تكون جبرية فيما لا يحتمل القسمة، لأن الأعيان خلقت للانتفاع بها، وعدم قسمة منافعها يؤدي إلى تعطيل الأعيان، وهذا مناف لما خلقت من أجله الأعيان. فيجوز جبر القاضي فيها كما يجوز في قسمة الأعيان(٦).

وكذلك قال الحنفية بلزوم المهايأة وجبر الممتنع إذا طلب أحد الشريكين المهايأة وامتنع الآخر (٧).

وقال الشافعية(٨): المهايأة عقد غير لازم، ولا إجبار فيها من القاضي، ولكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء.

---

(١) راجع: رد المحتار ٢٦٩/٦؛ شرح المجلة ١١٩/٤ و١٢٦/٤ ـ المادة: ١١٨٢.

وجاء في بدائع الصنائع ٣٢/٧: "لأنها ـ أي المهايأة ـ كالخلف عن قسمة العين وقسمة العين كالأصل فيما شرعت له القسمة، لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين أكمل".

(٢) رد المحتار ٢٦٩/٦.

(٣) نفس المرجع.

(٤) راجع: الدر المختار ورد المحتار ٢٦٩/٦؛ البناية ٥٥٧/١٠؛ تبيين الحقائق ٢٧٦/٥؛ تكملة الفتح ٣٧٨/٨؛ شرح المجلة ١٣١/٤؛ البدائع ٣٢/٧.

(٥) رد المحتار ٢٦٩/٦.

(٦) شرح المجلة ١٢٠/٤.

(٧) تكملة البحر ١٥٧/٨.

(٨) انظر: روضة الطالبين ٢١٧/١١؛ بجيرمي على الخطيب ٣٤٥/٤.

وقال الحنابلة(١): إن المهايأة عقد غير لازم، ولا يجبر الممتنع عليها، ومتى رجع أحد الشريكين عنها نقضت المهايأة، لو طلب أحدهما القسمة بعد وقوع المهايأة بينهما، فله ذلك، وتنقض المهايأة كما قال الحنفية.

ويقول الامامية(٢): إن المهايأة تصح مع التراضى ولكنها ليست لازمة ولا يجبر الممتنع عليها، ويجوز لكل منهما الرجوع عنها متى شاء.

الرأى الثانى: للمالكية.

وقد قالوا بلزوم المهايأة كالاجارة(٣)، وعدم جبر الممتنع عليها. ومعنى هذا إذا وقعت المهايأة بين الشريكين صحيحة، فإنها تلزمهما وليس لأحدهما فسخها أو الرجوع عنها.

يقول الشيخ الدردير(٤): "وهى من العقود اللازمة، فليس لأحدهما فسخها. إلا أن اللزوم عندهم إنما تكون فيما إذا عينا الزمن حتى أنهما إن لم يعينا الزمن فلا لزوم"(٥).

بيان الراجح

الراجح ما ذهب إليه الجمهور من عدم لزوم المهايأة، لأن أحد الشريكين قد لا يرضى بالمهايأة وإنما يطلب قسمة الأعيان، وقسمة الأعيان أقوى فى استكمال المنفعة من المهايأة، لأن المنافع تجتمع فى قسمة الأعيان فى زمان واحد وينتفع كل منهما بالعين المشتركة فى وقت نفسه، وفى المهايأة تجتمع المنافع على التعاقب فبناء على ذلك تقدم قسمة الأعيان على المهايأة ويجاب من طلب القسمة لأن للشريكين الرجوع عن المهايأة متى شاءا. والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر: المغنى ١٣٢/٩.

(٢) انظر: تحرير الوسيلة ٥٥٠/١.

(٣) انظر الشرح الصغير ٦٦١/٣.

(٤) نفس المرجع.

(٥) الفواكه الدواني ٣٢٦/٢، وشرح منح الجليل ٦٢٣/٣، وانظر أيضاً: المنتقى للباجى ٥٢/٦.

الخاتمة

أشكر الله سبحانه وتعالى وأثنى عليه كل الثناء على أن وفقنى لاتمام هذا البحث المتواضع الذى يتعلق بأحكام القسمة فى الشريعة الاسلامية. وألخص أهم ما توصلت إليه من النتائج من خلال معالجتى لموضوعات البحث، وهى على الوجه الآتى:

١ ـ أن الشركة تعنى الخلط حقيقة والعقد مجازاً.

٢ ـ وأنها كانت موجودة قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أقرها ووضع عموميات أحكامها دون أن يضع تفصيلاتها. وبعد أن اتسعت دائرة بلاد المسلمين فصل الفقهاء أحكامها.

٣ ـ وأن المال هو كل عين ذات قيمة مادية يملكها إنسان وينتفع بها لغير ضرورة. ويطلق على العين والمنفعة.

٤ ـ الملك علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشارع.

٥ ـ أن القسمة هي تعيين نصيب كل شريك فى مشاع ولو بإختصاص تصرف.

٦ ـ أن القسمة من جنس عمل القضاء بحيث يتم بها فصل الخصومات وقطع المنازعات.

٧ ـ أن القسمة تستدعى سبق الشركة فى المقسوم.

٨ ـ إهتم الإسلام بأمر القسمة فشرعها على أكمل وجه وأتمه وذلك بالكتاب والسنة والمعقول.

٩ ـ سبب القسمة هو طلب الشركاء ـ كلهم أو بعضهم ـ الإنتفاع بملكه على وجه الخلوص.

١٠ ـ أن ركن القسمة هو الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات.

١١ ـ أن الغرض من القسمة هو توفير المنفعة.

١٢ ـ أن القسمة واجبة على الحاكم عند طلب بعض الشركاء.

١٣ ـ شروط القسمة ثمانية مذكورة فى باطن هذا البحث بالتفصيل.

١٤ ـ أن قسمة الفضولى موقوفة على إجازة المالك قولا وفعلاً.

١٥ ـ يثبت خيار الرد بالعيب فى كل أنواع القسمة، ويثبت خيار الشرط والرؤية فى قسمة المراضاة دون قسمة الجبر.

١٦ ـ أن القسمة لا تخلو عن معنى الإفراز فى بعض أنواعها وعن معنى المبادلة فى البعض الآخر.

١٧ ـ أنه يترتب على رجحان معنى الإفراز فى المثليات أنه لكل واحد من الشريكين أخذ نصيبه بغير رضا صاحبه ومع غيبته، ويترتب على رجحان معنى المبادلة فى القيميات أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه فى غيبة صاحبه.

١٨ ـ أن عقد القسمة من قرعة أو تراض من العقود اللازمة حيث وقع على الوجه الصحيح، فمن أراد الرجوع عنها فليس له ذلك ولا يمكن نقضها إلا بالطوارئ ؟

١٩ـ أن طوارئ القسمة هي: ظهور دين على الميت، وظهور وارث أو موصى له فى القسمة، وظهور غبن فاحش فى القسمة، ووقوع الغلط فى المقسوم، ووجود العيب، واستحقاق بعض المال المقسوم.

٢٠ ـ أن القسمة تنقض إذا ظهر دين على الميت.

٢١ ـ أن قسمة التراضى تنقض دون قسمة التقاضى إذا ظهر وارث آخر أو موصى له بعد القسمة.

٢٢ ـ أن قسمة الإجبار دون التراضى تنقض بعد ظهور غبن فاحش فيها.

٢٣ ـ أن القسمة بعد ثبوت الغلط أو الجور فيها تنقض إذا كانت ببينة عادلة.

٢٤ ـ أن القسمة تفسخ إذا ظهر العيب فى المقسوم.

٢٥ ـ أن القسمة تبطل إذا ظهر أن كل المقسوم مستحق لآخر اتفاقاً.

٢٦ ـ أن الاستحقاق إذا ورد على جزء المقسوم، وكان المستحق بعضاً معينا فى نصيب الشريكين على السواء فالقسمة صحيحة، وإذا كان المستحق بعضا معينا فى نصيب أحد الشريكين فالقسمة صحيحة عند الحنفية وباطلة عند الجمهور.

٢٧ ـ أن المستحق إذا كان بعضا شائعاً فى كل المقسوم تفسخ القسمة باتفاق الفقهاء.

٢٨ ـ أن المستحق إذا كان بعضا شائعاً فى النصيبين وكان فى أحد النصيبين أكثر من الآخر بطلت القسمة.

٢٩ ـ أن المستحق إذا كان بعضا شائعاً فى أحد الأنصبة لم تفسخ القسمة جبراً على المستحق منه.

٣٠ ـ أن القاسم هو الذى يمارس القسمة، ويعين من جهة القاضى ويمكن أن يتم ذلك عن طريق القاسمين بانتداب قاسم لهما بارادتهما.

٣١ ـ أن القاضى لا يجبر الناس على قاسم واحد.

٣٢ ـ إذا كان القاسم منصوب القاضى يشترط فيه أن يكون عاقلا، بالغاً، مسلماً، حرا، ذكراً، عادلاً، أميناً، عالما بالقسمة وعلم المساحة والحساب، وأما إذا لم يكن منصوب القاضى فلا يشترط فيه كل هذه الشروط وإنما يكفى أن يكون مكلفاً.

٣٣ ـ أنه يصح إجراء القسمة بقاسم واحد أو أكثر.

٣٤ ـ أن القاسم يأخذ أجرته من بيت المال، فإذ لم يكن فى بيت المال شىء فأجرته على الشركاء على عدد الرؤوس فى الراجح.

٣٥ ـ أنه يشترط فى المقسوم أن يكون عيناً، مملوكا للشركاء، ومفرزاً بالحصص.

٣٦ ـ أن الدور إذا كانت فى بلدين تقسم على حدة وإذا كانت فى بلد واحد لا تقسم قسمة جمع ـ عند الجمهور ـ إلا بتراضى الشركاء.

٣٧ ـ أنه يجوز قسمة الدور بالدراهم .

٣٨ ـ أن البيوت تقسم قسمة جمع سواء كانت متباينة أو متقاربة لتقاربها فى معنى السكنى.

٣٩ ـ أن المنازل إذا كانت مجتمعة فى دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض فأنها تقسم قسمة واحدة وإلا فلا.

٤٠ ـ أن الدار مع الضيعة أو الدار مع الحانوت تقسم قسمة تفريق لأنها أجناس مختلفة، ولا تقسم قسمة جمع إلا بالتراضى.

٤١ ـ أنه لا تجوز قسمة السفل والعلو قسمة جمع بأن يكون لواحد السفل وللآخر العلو.

٤٢ ـ أن الأقرحة إذا كانت متجاورة تقسم قسمة جمع، وإذا كانت متباعدة تقسم قسمة تفريق.

٤٣ ـ تجوز قسمة الأرض عليها بناء أو أشجار، على أن يتم تعديل السهام فيها.

٤٤ ـ أنه تجوز قسمة الأرض بدون الزرع، لأن الزرع لايمكن تعديله فى المزارع قبل حصاده.

٤٥ ـ أنه لا تصح قسمة الحمام والطاحونة والبئر والرحى وبيدر الزيتون إلا إذا تراضى الشركاء على قسمتها بأن كان ينتفع به كل واحد منهم.

٤٦ ـ أنه لا يجبر أحد الشريكين على قسمة الحائط طولا أو عرضاً للضرر فيها بقطع الحائط واتلافه، إلا إذا رضوا بقسمته فلا مانع .

٤٧ ـ إذا دعا أحد الشريكين إلى بيع ما لا ينقسم فإنه يجاب إلى ذلك لدفع الضرر.

٤٨ ـ إذا كان بين الشركاء دواب من صنف واحد، فطلب أحدهم قسمتها، فإن القاضى يقسمها جبراً، وإذا اختلفت الأصناف كالشاة والبعير، لا يقسم قسمة جمع بل يقسم كل نوع على حدة.

٤٩ ـ أنه لا تجوز قسمة الرقيق إذا كانوا ذكوراً وإناثا لأنهم جنسان، وإذا كانوا ذكوراً فقط أو إناثاً فقط وليس معهم شىء من العروض فتجور قسمتهم.

٥٠ ـ تجوز قسمة العروض ويجبر الممتنع عليها إذا كانت من جنس واحد، وإذا كانت أكثر من جنس واحد فلا تقسم إلا بالتراضى.

٥١ ـ لا تدخل الدراهم فى القسمة لعقار أو منقول إلا برضا المتقاسمين.

٥٢ ـ أن المثلى ما يوجد له مثل فى السوق بدون تفاوت كالمكيلات والموزونات والعدديات لكن الآوانى المختلفة باختلاف الصنعة والموزونات المتفاوتة قيمية.

٥٣ ـ أن المال المشترك إن كان من المكيلات أو الموزونات وهو المثلى كالدراهم والدنانير والحبوب والقطن والحديد فإنها تقسم بالعدد أو الكيل أو الوزن ولا تحتاج لقرعة.

٥٤ ـ أن القرعة هي السهم أو النصيب، وجعلها الفقهاء فى القسمة لتطييب قلوب المتقاسمين وإزاحة تهمة الميل.

٥٥ ـ أن القرعة كانت موجودة فى شريعة الأمم السابقة، وقد وردت فى شرعنا فى ثلاثة مواطن.

٥٦ ـ أن العمل بالقرعة قول جمهور الفقهاء، وأما الحنفية فيعملون بها استحساناً والقياس عندهم باباها.

٥٧ ـ أن الحق جريان القرعة فى كل مشكل.

٥٨ ـ أنه ينبغى للقاسم إذا أراد قسمة دار أن يصورها على ورقة ويمسح بالذراع عرضها ويقوم أبنيتها ويعدل الحصص.

٥٩ ـ تجعل السهام المختلفة بقدر أقلها.

٦٠ ـ أن القاسم يكتب أسماء الشركاء فى الرقاع ويخرجها على السهام.

٦١ ـ أن قسمة القرعة بعد التقويم والتعديل هي التى يقضى بها على من أباها فيما يحتمل القسم، ولا تكون القرعة إلا فيما تماثل من الأصناف كبقر وجاموس وقمح وفول أو المعدود منها كعبدين أو دارين أو ثوبين لا فى مختلف، ولا تكون فى المكيل والموزون.

٦٢ ـ أن قسمة المراضاة هي أن يتراضى الشريكان على أن يأخذ كل واحد منهما شيئاً مما هو مشترك بينهم يرضى به بدون قرعة. وهي تقع فى أموال متغايرة كالدور والأراضى المختلفة والثياب والدواب، وفى أموال متجانسة كالمكيل والموزون والدراهم والدنانير.

٦٣ ـ أن حكم قسمة المراضاة بعد تقويم وتعديل حكم البيع.

٦٤ ـ أن قسمة المراضاة بلا تقويم وتعديل هي أن يقسم الشركاء المال المقسوم بالتراضى دون أن يحدث التقويم والتعديل فى أنصباء الشركاء.

٦٥ ـ أن قسمة المراضاة بلا تقويم وتعديل بيع.

٦٦ ـ أن قسمة الاجبار هي التى يتولاها القاضى بطلب أحد الشركاء، وهي تجرى فى كل متماثل ومتجانس.

٦٧ ـ تلزم قسمة الإجبار باخراج القرعة.

٦٨ ـ أن المهايأة عبارة عن قسمة المنافع، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

٦٩ ـ تنقسم المهايأة إلى قسمين:

الأول: المهايأة من حيث الرضا والجبر.

الثانى: المهايأة من حيث الزمان والمكان.

٧٠ ـ أن التهايؤ بالأزمان إفراز من وجه ومبادلة من وجه آخر، وينقسم إلى قسمين:

أحدهما: فى الخدمة.

وثانيهما: فى الغلة.

٧١ ـ أن الفقهاء اتفقوا على أن التهايؤ بالزمان يكون فيما لا يحتمل القسمة كما فى الدابة الواحدة والعبد الواحد والبيت الصغير، ولكنهم اختلفوا فى المهايأة بالزمان فى الغلة، فمنهم من أجازها ومنهم من لم يجزها.

٧٢ ـ لا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين أو كليهما.

٧٣ ـ أن المهايأة المكانية تجوز عند جمهور الفقهاء، وهي نوع إفراز وليست مبادلة ولا يشترط فيها تعيين المدة.

٧٤ ـ أنه لو اختلف الشريكان فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى المال المشترك الذى يحتمل التهايؤ من حيث الزمان والمكان يأمرهما القاضى بالا تفاق.

٧٥ ـ أن محل المهايأة المنافع دون الأعيان.

٧٦ ـ أنه يشترط فى المهايأة أن تكون العين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها.

٧٧ ـ أن المالكية قالوا بلزوم المهايأة إذا وقعت صحيحة، وعدم جبر الممتنع عليها.

وقال جمهور الفقهاء بعدم لزومها إلا أن الحنفية فصلوا الكلام حيث قالوا بلزومها فى المهايأة الجبرية وعدم لزومها فى المهايأة الرضائية.

وأن الراجح لزوم القسمة فى المهايأة الجبرية وعدم لزومها فى المهايأة الرضائية.

هذا ما يسره الله تعالى، وهذا هو جهدى فى البحث.

وما كان فيه من صواب فمن توفيق الله عز وجل.

وما كان فيه من خطأ فمنى واستغفر الله العظيم لذلك.

وحسبى أننى بذلت الوسع، والكمال لله تعالى وحده، والعصمة لحضرات الرسل والأنبياء عليهم وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام.

فهرس الآيات القرآنية

م	الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
	حرف " ف "			
١	فإن عثر على أنهما استحقا إثما	المائدة	١٠٧	١٠٦
٢	فساهم فكان من المدحضين	الصافات	١٤١	١٧١،١٧٢، ١٧٧
٣	فقد جاء أشراطها	محمد	٢١٥	٧١
٤	فليمدد بسبب إلى السماء	الحج	١٥	٦٤
	حرف " ق "			
٥	قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم	الشعراء	١٥٥	٥٧،٢٠٠
	حرف " لا "			
٦	لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل	النساء	٢٩	١٥٧
٧	لا تظلمون ولا تظلمون	البقرة	٢٧٩	جـ
٨	لعلي أبلغ الأسباب، أسباب السموات	غافر	٣٦،٣٧	٦٤
٩	لكل باب منهم جزء مقسوم	الحجر	٤٤	٤٧
	حرف " م "			
١٠	ما كان لهم الخيرة	القصص	٦٨	٨٠
١١	مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا	النساء	٧	١٣٨،١٥٤، ١٦٢
١٢	من بعد وصية يوصى بها أو دين	النساء	١٢	٩٥
	حرف " و "			
١٣	وآتيناه من كل شيء سببا، فاتبع سببا	الكهف	٨٤ - ٨٥	٦٤
١٤	وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم...	النساء	٢٤	٢٦
١٥	وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى	النساء	٨	حـ، ٥٤
١٦	واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه....	الأنفال	٤١	حـ، ٥٦
١٧	وتقطعت بهم الاسباب.....	البقرة	١٦٦	٦٤

١٨	وماكنت لديهم إذ يختصمون.....	آل عمران	٤٤	أ، ١٧٢
١٩	وماكنت لديهم إذ يلقون أقلامهم.....	آل عمران	٤٤	١٧٢،١٧٧
٢٠	ونبئهم أن الماء قسمة بينهم.....	القمر	٢٨	حـ، ٥٧،٤٧
	حرف الياء			
٢١	اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا.....	المائدة	٣	أ

فهرس الأحاديث النبوية

م	الحديث	راويه	مصدره	الصفحة
	حرف " أ "			
١	أتى عليٌ بن أبى طالب وهو باليمن فى ثلاثة قد وقعوا على امرأة فى طهر واحد ...	زيد بن أرقم	سنن ابن ماجة، سنن النسائى وسنن أبى داود	١٧٦، ١٧٧
٢	أن أخوين من الأنصار كان بينهما ميراث فسأل أحدهما صاحبه ...	سعيد بن المسيب	سنن أبى داود	٦٠
٣	أن أقواماً اختلفوا فى الأذان فاقرع بينهم سعد.		صحيح البخارى	١٧٦
٤	إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام.	ابن عمر	صحيح البخارى	١٥٧
٥	أن رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته	عمران بن حصين	سنن أبى داود، وابن ماجة ومسند أحمد بن حنبل	١٧٤
٦	أن رجلين تدارآ فى بيع ليس لواحد منهما بينة ...	أبو هريرة	سنن ابن ماجة	١٧٥
٧	أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببعير	رافع بن خديج	صحيح البخارى وسنن أبى داود	١٣٦، ١٥٨
٨	أن صفية جاءت بثوبين لتكفن فيهما حمزة رضي الله عنه ...	الزبير	نيل الأوطار	١٧٦
٩	أن القلم رفع عن ثلاثة ...	علىٌ وعائشة	صحيح البخارى وسنن أبى داود سنن الترمذى، وسنن ابن ماجة وسنن الدارمى ومسند أحمد بن حنبل	١١٨، ١١٩

١٠	إنما جعل النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ الشفعة فى كل ما لم يقسم ...	جابر بن عبد الله	صحيح البخارى، موطأ، سنن الدارمى، الترمذى، ابن ماجة، أبى داود، ومسند أحمد ابن حنبل	٥٩
١١	أن النبي (صلى الله عليه وسلم) جزأ العبيد الذين أعتقهم الأنصارى ...	أبى زيد الأنصارى وعمران بن حصين	نيل الأوطار، وسنن أبى داود، ومسند أحمد بن حنبل	١٦٠
١٢	أن النبى (صلى الله عليه وسلم) رفع إليه أن رجلاً أعتق فى مرض موته ...	أبو زيد الأنصارى	سنن أبى داود، نيل الأوطار، ومسند أحمد ابن حنبل	١٧٣
١٣	أنه (صلى الله عليه وسلم) أقرع بين نسائه فى السفرة	عائشة	صحيح البخارى وصحيح مسلم، نيل الأوطار، ومسند أحمد ابن حنبل	١١٧، ١٧١، ١٧٣
١٤	أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية ...	ابن عباس	سنن ابن ماجة، سنن أبى داود والمنتقى	٥٨
	حرف "ب"			
١٥	البينة على المدعى واليمين على من أنكر.	عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وابن عباس	صحيح البخارى وسنن الترمذى، وسنن ابن ماجة، تلخيص الحبير، وسبل السلام	١٠٣
	حرف "جـ"			
١٦	جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فى مواريث	أم سلمة	مسند أحمد بن حنبل	١٧٤
	حرف "خـ"			

١٧	خذه فتموله وتصدق به ...	عبد الله بن السعدى	صحيح البخارى وسنن النسائي	١٣
	حرف " ر "			
١٨	روى أن رجلا خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله (صلى الله عليه وسلم)	سهل بن سعد	صحيح البخارى	٢٠١
	حرف " ش "			
١٩	شرط الله أحق	عائشة	صحيح البخارى والسنن النسائى	٧١
	حرف " ق "			
٢٠	قال أبو موسى (رضى الله عنه) خرجنا مع النبى (صلى الله عليه وسلم) فى غزاة ...	أبو موسى	صحيح البخارى ومسلم، والسيرة النبوية	٢٠١
٢١	قسم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهماً.	ابن عمر	صحيح البخارى ومسلم، وصحيح مسلم بشرح النووى، وسنن أبى داود	٦٠، ١٦٤
	حرف " ك "			
٢٢	كان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقسم فيعدل	عائشة	سنن أبى داود، سنن الترمذى، سنن النسائى وسنن ابن ماجة	٥٩
٢٣	كنا نتناوب فى إبل الصدقة على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم)	عقبة بن عامر الجهنى	البناية	٢٠٢
	حرف " لا "			

٢٤	لا تعضية لأهل الميراث إلا ما حمل القسم	محمد بن أبي بكر يعني ابن حزم عن أبيه	السنن الكبرى	١٥٤
٢٥	لا ضرر ولا ضرار	عبادة بن الصامت	سنن ابن ماجة، مسند أحمد بن حنبل، والسنن الكبرى	١٠٦، ١١٤، ١٤٧، ١٥٣
٢٦	لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ...	أبو هريرة	صحيح البخاري وصحيح مسلم ومسند أحمد بن حنبل	١٧٦
	حرف " م "			
٢٧	مثل القائم على حدود الله والمدهن فيها ...	نعمان بن بشير	سنن الترمذي، ومسند أحمد بن حنبل	١٧٥
٢٨	المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار.	ابن عباس	سنن ابن ماجة	٢
	حرف " ن "			
٢٩	نهى عن إضاعة المال	وراد كاتب المغيرة	صحيح البخاري، صحيح مسلم، ومسند أحمد بن حنبل	١٤

فهرس بأهم المصادر والمراجع مرتبة أبجديا

حرف " أ "

القرآن الكريم

١ ــ أحكام القرآن. لأبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي (ت ــ ٣٤٥ هـ) تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان.

٢ ـ أحكام القرآن. لعماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهرّاس (ت ــ ٥٠٤هـ) تحقيق موسى محمد علي والدكتور عزت علي عيد عطية ــ دار الكتب الحديثة، مطبعة حسان، القاهرة ـ مصر.

٣ ـ الاحكام في أصول الأحكام. للامام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي (ت ـ ٦٣١هـ). بدون مكان الطبع وتاريخه.

٤ ـ أحكام المعاملات الشرعية. للشيخ الاستاذ علي الخفيف، مطبعة لجنة التأليف، الطبعة الثانية ١٣٦٣هـ ـ ١٩٤٤م.

٥ ـ الاختيارات الفقهية. لشيخ الاسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت ـ ٧٢٨هـ)، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت ـ لبنان.

٦ ـ الاختيار لتعليل المختار. لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت ـ ٦٨٢هـ) وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم الشيخ محمود أبي دقيقة، الطبعة الثانية ــ ١٣٧٠هـ ــ ١٩٥١م)، المكتبة الاسلامية، أستانبول ـ تركيا.

٧ ــ أساس البلاغة. لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت ــ ٥٣٨هـ) طبعة دار الشعب (١٩٦٠م)، القاهرة ـ مصر.

٨ ـ الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي. لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، (ت ـ ٩١١هـ)، طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ) بيروت ـ لبنان.

٩ ــ الأشباه والنظائر. للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، (ت ــ ٩٧٠هـ) تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي بالقاهرة، ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٨م.

١٠ ــ إصلاح المال. لأبى بكر بن أبى الدُنيا، تحقيق ودراسة مصطفى مصلح القضاة، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ ــ ١٩٩٠م)، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ــ المنصورة.

١١ ــ أصول البزدوى. للامام على بن محمد البزدوى الحنفى، (ت ــ ٤٨٢هـ)، نشر نور محمد كارخانة تجارت كتب، كراتشى ــ باكستان.

١٢ ــ أصول السرخى. للامام أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى (ت ــ ٤٩٠هـ) تصحيح وتعليق أبى الوفاء الأفغانى ــ لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد، الدكن بالهند.

١٣ ــ أصول الفقه. للدكتور حسين حامد حسان، دار النهضة العربية، القاهرة ــ مصر (١٩٧٠م).

١٤ ــ أصول الفقه الاسلامى. للدكتور وهبة الزحيلى، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م.

١٥ ــ الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع. لشمس الدين محمد بن أحمد الشربينى الخطيب، وبهامشة تقرير الشيخ عوض بكماله، وبعض تقارير لشيخ الاسلام إبراهيم الباجورى، طبعة دار المعرفة ــ بيروت ــ لبنان.

١٦ ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى. للدكتور محمد يوسف موسى، دار الكتاب العربى، الطبعة الأولى (١٣٧٢هـ ــ ١٩٥٢م).

" ب "

١٧ ــ الباعث الحثيث شرح إختصار علوم الحديث. للحافظ ابن كثير (ت ــ ٧٧٤هـ) تأليف أحمد محمد شاكر ص: ١٤١ ــ الطبعة الثالثة (١٣٩٩هـ ــ ١٩٧٩م) مكتبة دار التراث، القاهرة.

١٨ ــ بجيرمى على الخطيب. للشيخ سليمان البجيرمى، وبهامشه الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربينى الخطيب، طبعة دار المعرفة، (١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م) بيروت ــ لبنان.

١٩ ــ البحر الرائق شرح كنز الدقائق. للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، (ت ــ ٩٧٠هـ) طبعة المطبعة العربية ــ لاهور ــ باكستان.

٢٠ ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار. للامام أحمد بن يحيى بن المرتضى (ت ـ ٨٤٠هـ) وبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار لمحمد بن يحيى بهران السعدى (ت ـ ٩٥٧هـ) الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٥م ـ مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ لبنان.

٢١ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع. للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء (ت ـ ٥٨٧هـ)، طبع فى ايجوكيشنل بريس كراتشى ـ باكستان (١٤٠٠هـ).

٢٢ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد. للشيخ أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ـ الشهير بابن رشد الحفيد (ت ـ ٥٩٧هـ)، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الازهرية ـ القاهرة ـ مصر.

٢٣ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير. للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى (ت ـ ١٢٤١هـ) مطبعة مصطفى البابى الحلبى، الطبعة الأخيرة (١٣٧٢ هـ ـ ١٩٥٢م).

٢٤ ـ البناية فى شرح الهداية. لأبى محمد محمود بن أحمد العينى دار الفكر.

"ت"

٢٥ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى (ت ـ ٧٤٣هـ) وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى ـ مكتبة امدادية ـ ملتان ـ باكستان.

٢٦ ـ تحرير الوسيلة. للسيد روح الله الموسوى الخمينى. منشورات مكتبة الاعتماد، طهران ـ ناصر خسرو ـ باساز مجيدى، الطبعة الرابعة (١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م).

٢٧ ـ تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى للإمام الحافظ أبى العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفورى (ت ـ ١٣٥٣هـ) مراجعة وتصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف. الطبعة الثالثة ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٩م ـ دار الفكر.

٢٨ ـ تحفة الفقهاء. لأبى منصور علاء الدين محمد بن أبى أحمد السمرقندى (ت ـ ٥٣٩هـ) نشر دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٤م).

٢٩ ـ التذهيب فى أدلة متن الغاية والتقريب المشهور بمتن أبى شجاع فى الفقه الشافعى، للدكتور مصطفى ديب البغا، مؤسسة علوم القرآن، دمشق ـ بيروت، الطبعة الثالثة (١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

٣٠ ـ ترتيب القاموس المحيط. للاستاذ الطاهر أحمد الزاوى، دار الفكر، الطبعة الثالثة.

٣١ ـ التعريفات للسيد الشريف على بن محمد الجرجانى (ت ـ ٨١٦هـ)، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، سنة ١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٨م.

٣٢ ـ التعسف فى استعمال الحق. للاستاذ محمد شوقى السيد، الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ ١٩٧٩م.

٣٣ ـ تفسير القرآن العظيم. أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشى (ت ـ ٧٧٤هـ) مكتبة الحقانية، بشاور ـ باكستان.

٣٤ ـ تكملة البحر الرائق شرح كنزالدقائق. للعلامة محمد بن حسين بن علي الطورى الحنفى القادرى، المكتبة الماجدية، عيدكاه، كويته ـ باكستان.

٣٥ ـ تكملة فتح القدير (نتائج الأفكار فى كشف الرموزو الأسرار)، لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى. دار إحياء التراث العربى.

٣٦ ـ تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير. لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى، دار المعرفة، بيروت ـ لبنان.

٣٧ ـ التلويح على التوضيح. لسعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازانى (ت ـ ٧٩١هـ) مع حواشى الفنرى وملاخسرو وعبد الحكيم عليه، مع التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود(ت ـ ٧٤٧هـ) ومع حاشية المرجانى عليه، المطبعة الخيرية ـ ١٣٢٢هـ ـ القاهرة ـ مصر.

٣٨ ـ التنقيح المشبع فى تحرير أحكام المقنع. لعلاء الدين أبى الحسن علي بن سليمان المرداوى (ت ـ ٨٨٥هـ) المكتبة السلفية ومطبعتها، القاهرة، الطبعة الثانية ـ ١٤٠٦هـ.

٣٩ ـ تهذيب الفروق. للشيخ محمد علي حسين مفتى المالكية(القرن الرابع عشر) علي هامش الفروق للقرافى، عالم الكتب، بيروت ـ لبنان.

" جـــ "

٤٠ ـ الجامع لأحكام القرآن. لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى (ت ـ ٦٧١هـ) دار الكاتب العربى للطباعة والنشر، القاهرة ـ ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٧م، المكتبة العربية، وفى بعض المواطن رجعت لطبعة دار إحياء التراث العربى (١٩٦٥م) بيروت ـ لبنان.

٤١ ـ جمهرة اللغة. محمد بن الحسن بن دريد الآزادي (ت ـ ٣٢١هـ) طبعة حيدر آباد، الهند ـ ١٣٤٥هـ .

٤٢ ـ جواهر الأكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل. للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى. دار الكتب العربية، عيسى البابى الحلبى.

٤٣ ـ الجوهرة النيرة على مختصر القدورى. لشيخ الاسلام أبى بكر بن علي بن محمد الحداد اليمنى، (ت ـ ٨٠٠هـ) مكتبة امدادية، ملتان ـ باكستان.

" حـــ "

٤٤ ـ حاشية ابن الشاط على الفروق. لأبى القاسم قاسم بن عبد الله المشهور بابن الشاط، (ت ـ ٧٢٣هـ) عالم الكتب، بيروت، مطبوع مع الفروق للقرافى.

٤٥ ـ حاشية البحيرمى على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد. لسليمان بن عمر بن محمد البجيرمى (١٢٢١هـ)على شرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصارى. مطبعة مصطفى البابى الحلبى، بمصر، الطبعة الأخيرة (١٣٦٩هـ ـ ١٩٥٠م).

٤٦ ـ حاشية البنانى على جمع الجوامع . للعلامة البنانى على شرح المحلى للجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلى(٨٦٤هـ)، على متن جمع الجوامع للامام تاج الدين عبد الوهاب"ابن السبكى" (٧٧١هـ) وبهامشه تقريرات شيخ الاسلام عبد الرحمن الشربينى، مكتبة ومطبعة محمد عبد العزيز السورتى، بمبى.

٤٧ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى (ت ـ ١٢٣٠هـ) وبهامشه تقريرات للشيخ محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية ـ عيسى الحلبى.

٤٨ ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. لمحمد أمين الشهير بابن عابدين(ت ـ ١٢٥٢هـ) دار الفكر (١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م).

٤٩ ـ حاشية سعدى. لسعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبى وبسعدى أفندى، (ت ـ ٩٤٥هـ) دار إحياء التراث العربى ـ بيروت ـ لبنان، مطبوع مع تكملة الفتح.

٥٠ ـ حاشية الشرنبلالى الموسوم بـ (غنية ذوى الاحكام فى بغية درر الأحكام) للعلامة أبى الاخلاص الشيخ حسن بن عمار بن علي الوفائى الشرنبلالى الحنفى، (ت ـ ١٠٩٦هـ) مطبعة أحمد كامل الكائنة فى دار الخلافة العلمية. (١٣٣٠هـ)، مطبوع مع الدرر الحكام لمنلاخسرو.

٥١ ـ حاشية الشلبى. للشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى(١٠٢١هـ) مكتبة امدادية ملتان ـ باكستان، مطبوع مع تبيين الحقائق للزيلعى.

٥٢ ـ حاشية الطحطاوى للعلامة السيد أحمد الطحطاوى على مراقى الفلاح شرح نور الإيضاح ـ نشر قديمى كتب خانه ـ كراتشى ـ باكستان.

٥٣ ـ حاشية العدوى. للشيخ على بن أحمد الصعيدى العدوى المالكى، دار الفكر، مطبوع مع شرح الخرشى(وسيأتى).

٥٤ ـ حاشية عميرة. للشيخ شهاب الدين أحمد البرلسى الملقب بعميرة (ت ـ ٩٥٧هـ) على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووى. مطبعة مصطفى البابى الحلبى، مصر ـ الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٦م، مع حاشية قليوبى.

٥٥ ـ حاشية قليوبى. للشيخ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبى (ت ـ ١٠٦٩هـ) على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنووى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، بمصر، الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٦م، مع حاشية عميرة.

٥٦ ـ حقوق الجوار فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد سلطان، المنشور بمجلة منبر الإسلام، العدد الخامس، السنة ٢٧ [١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م] ص: ٣٤ ـ إصدار المجلس الأعلى للشؤن الإسلامية ـ القاهرة.

" خـ "

٥٧ ـ الخرشى على مختصر سيدى خليل. لأبى عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشى المالكى، (ت ـ ١١٠١هـ) وبهامشة حاشية العدوى، دار الفكر.

" د "

٥٨ ـ درر الحكام فى شرح غرر الأحكام. لعلامة القاضى محمد بن فراموز الشهير بمنلاخسرو الحنفى (ت ـ ٨٨٥هـ) وبهامشه حاشية الشرنبلالى. مطبعة أحمد كامل الكائنة فى دار الخلافة العلية، (١٣٣٠هـ).

٥٩ ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار للامام الحصكفى: مطبوع مع حاشية ابن عابدين.

٦٠ ـ الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر للشيخ محمد علاء الدين الإمام. مطبعة دار سعادات (١٣٢٧هـ)، [تركيا].

٦١ ـ دروس فى الحقوق العينية الأصلية. للأستاذ الدكتور حسن كيرة ـ ١٩٦٩م.

" ر "

٦٢ ـ رحمة الأمة فى إختلاف الأئمة. لأبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى (ت ـ ٩٦٩هـ) دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.

٦٣ ـ روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن. للاستاذ محمد على الصابونى، مكتبة الغزالى، الطبعة الثانية (١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م).

٦٤ ـ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية. لزين الدين على الجعبى العطلى المعروف بالشهيد الثانى، الجزء الأول طبع دار الكتاب العربى بمصر سنة ١٣٧٨هـ، والثانى طبعة بيروت ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م.

٦٥ ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين، للامام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى (ت ـ ٦٧٦هـ) المكتب الاسلامى، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

" ز "

٦٦ ـ زاد المحتاج بشرح المنهاج. للعلامة الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجى، حققه عبد الله بن إبراهيم الأنصارى، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى.

٦٧ ـ الزوائد. للعالم الورع محمد بن عبد الله آل حسين، مطبعة دار البيان، الطبعة الثانية.

" س "

٦٨ ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام. محمد بن إسماعيل الصنعانى (ت ـ ١١٨٢هـ) طبع بدار الحديث، القاهرة ـ مصر.

٦٩ ـ سنن ابن ماجه. للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المعروف بابن ماجة (ت ـ ٢٧٥هـ). دار الدعوة، استانبول، تركيا ـ (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٧٠ ـ سنن أبى داود. للامام الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستانى الأزدى، (ت ـ ٢٧٥هـ) دار الدعوة، استانبول، تركيا، (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٧١ ـ سنن الترمذى. لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سَوْره الترمذى (ت ـ ٢٧٩هـ) دار الدعوة، استانبول، تركيا، (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٧٢ ـ سنن الدارمى. للامام أبى محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمى(ت ـ ٢٥٥هـ) دار الدعوة، استانبول، تركيا، (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٧٣ ـ السنن الكبرى. للامام أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى (ت ـ ٤٥٨هـ) دار الفكر.

٧٤ ـ سنن النسائى. للامام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن سنان بن بحر الخراسانى النسائى (ت ـ ٣٠٣هـ) دار الدعوة، استانبول، تركيا، (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٧٥ ـ السياسة الاقتصادية والنظم المالية فى الفقه الاسلامى. للدكتور أحمد الحصرى. مكتبة الكليات الأزهرية.

٧٦ ـ السيرة النبوة. أبو محمد عبد المالك بن هشام (ت ـ ٢١٣هـ)، دار الجيل، بيروت ـ ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.

" ش "

٧٧ ـ شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للمحقق الحلى. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ـ ٦٧٦هـ) تحقيق وتخريج عبد الحسين محمد علي، مطبعة الآداب فى النجف الأشرف، الطبعة المحققة الأولى (١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م).

٧٨ ـ شرح حدود الامام أبى عبد الله محمد بن عرفة (٨٠٣هـ. لأبى عبد الله محمد الأنصارى المشهور بالرصاع التونسى (ت ـ ٨٩٤هـ)الطبعة الأولى بالمطبعة التونسية، بتونس (١٣٥٠هـ).

٧٩ ـ الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك. لأبى البركات أحمد بن محمد ابن أحمد الدردير. دار المعارف (١٣٩٢هـ)مصر. وفى بعض المواطن رجعت إلى الطبعة الأخيرة (١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م) مطبعة مصطفى البابى الحلبى، مطبوع مع بلغة السالك للشيخ الصاوى.

٨٠ ـ شرح العناية على الهداية. للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى، (ت ـ ٧٨٦هـ) دار إحياء التراث العربى، بيروت، مطبوع مع تكملة فتح القدير.

٨١ ـ شرح فتح القدير على الهداية. للامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام(ت ـ ٨٦١هـ)، دار الفكر ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م.

٨٢ ـ شرح القاموس المسمى بتاج العروس من جواهر القاموس. للامام محب الدين أبى الفيض السيد محمد المرتضى الحسينى الواسطى الزبيدى الحنفى. بدون مكان الطبع وتاريخه.

٨٣ ـ الشرح الكبير على متن المقنع. للامام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى(ت ـ ٦٨٢هـ)، دار الفكر.

٨٤ ـ شرح كتاب النيل وشفاء العليل. لمحمد يوسف أطفيش، المطبعة السلفية، القاهرة(١٣٤٣هـ).

٨٥ ـ الشركات فى الشريعة الاسلامية. للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، الطبعة الثالثة (١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م)، مؤسسة الرسالة، بيروت ـ لبنان.

٨٦ ـ الشركات فى الفقه الإسلامى. للاستاذ على الخفيف، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة (١٩٦٢م).

٨٧ ـ شرح المجلة. للمرحوم سليم رستم باز اللبنانى. طبعة ثالثة مصححة ومزيدة.

٨٨ ـ شرح المجلة. لمفتى حمص الأسبق محمد خالد الأتاسى، مكتبة اسلامية، كويتة ـ باكستان.

٨٩ ـ شرح مرشد الحيران: لمحمد زيد الابيانى ومحمد سلامة السنجلفى، الطبعة الثانية ـ مطبعة المعارف، بغداد، (١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٥م).

٩٠ ـ شرح مفصّل لقانون المالكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة. لزهدى يكن، الطبعة الثانية.

٩١ ـ شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل. للشيخ محمد عليش، وبهامشه حاشية المسماة تسهيل منح الجليل. دار البار.

٩٢ ـ شرح منهج الطلاب. لشيخ الاسلام أبى يحيى زكريا الأنصارى، الطبعة الأخيرة (١٣٦٩هـ ـ ١٩٥٠م) مطبعة مصطفى البابى الحلبى، مصر.

٩٣ ـ شرح الوقاية فى مسائل الهداية. لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت ـ٧٤٥هـ) وعليه حاشية عمدة الرعاية لمحمدج عبد الحي اللكنوى، طبع الهند ١٣١٦م.

٩٤ ـ الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود. للدكتور بدران أبى العينين بدران، نشر مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦م.

" ص "

٩٥ ـ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. لإسماعيل بن حماد الجوهرى، تحقيق أحمد عبد الغفور عطّار. الطبعة الرابعة (١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م)، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.

٩٦ ـ صحيح البخارى. لأبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخارى الجعفى (ت ـ ٢٥٦هـ) دار الدعوة، استانبول، تركيا (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٩٧ ـ صحيح مسلم. لأبى الحسين مسلم بن الحجاج (ت ـ٢٦١هـ) دار الدعوة، استانبول، تركيا، (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٩٨ ـ صحيح مسلم بشرح النووى. لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى (ت ـ ٦٧٦هـ) الطبعة الثانية ـ (١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م)، دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان.

" ع "

٩٩ ـ العدّة شرح العمدة. لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى (ت ـ ٦٢٤) دار الفكر.

١٠٠ ـ العوارض السماوية للأهلية. للدكتور رمضان هيتمى، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م) دار الطباعة المحمدية بالقاهرة.

" ف "

١٠١ ـ الفتاوى الكبرى. لشيخ الاسلام تقى الدين أبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (ت ـ ٧٢٨هـ) مطبعة كردستان بالقاهرة (١٣٢٦هـ).

١٠٢ ـ فتح القدير الخبير بشرح تيسير التحرير. لشيخ الاسلام عبد الله بن حجازى الشرقاوى على منظومة التحرير لشرف الدين يحيى العمريطى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، القاهرة ـ مصر (١٣٥١هـ ـ ١٩٣١م).

١٠٣ ـ الفروق أو أنواء البروق فى أنواء الفروق. للامام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى (ت ـ ٦٨٤هـ) عالم الكتب، بيروت.

١٠٤ ـ الفقه الاسلامى وأدلته. للدكتور وهبة الزحيلى. دار الفكر ـ دمشق، الطبعة الثانية ـ ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

١٠٥ ـ الفقه على المذاهب الأربعة. لعبد الرحمن الجزيرى(ت ـ١٣٦١هـ) دار الارشاد للتأليف والطبع.

١٠٦ ـ فواتح الرحموت. للعلامة عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى، بشرح مسلم الثبوت للامام المحقق الشيخ محب الله بن عبد الشكور، الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) دار المعرفة، بيروت ـ لبنان.

١٠٧ ـ الفواكه الدوانى. للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنًا النفراوى المالكى الأزهرى، (ت ـ ١١٢٠هـ) على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المالكى(ت ـ ٣٨٦هـ)، دار المعرفة، ـ بيروت ـ لبنان.

١٠٨ ـ الفواكه العديدة فى المسائل المفيدة. للشيخ أحمد بن محمد المنقور التميمى النجدى، الطبعة الرابعة(١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م) مركز الطباعة الحديثة، بيروت.

١٠٩ ـ فيض الاله المالك فى حل ألفاظ عمدة السالك وعدّ الناسك. للعلامة الحبر البحر الفهامة السيد عمر بركات بن المرحوم محمد بركات الشامى الباقى المكى، مطبعة الاستقامة بالقاهرة. (١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م).

١١٠ ـ فى ظلال القرآن. للشهيد سيد قطب، الطبعة الأولى(١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م) دار الشروق ـ بيروت ـ لبنان.

" ق "

١١١ ـ القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً. لسعدى أبى جيب إدارة القرآن والعلوم الاسلامية كراتشى ـ باكستان.

١١٢ ـ القاموس المحيط. لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى (ت ـ ٨١٧هـ) الطبعة الأولى(١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م) دار إحياء التراث العربى.

١١٣ ـ القواعد. لأبى الفرج زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلى (ت ـ ٧٩٥هـ) الطبعة الأولى(١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م) طبع بمؤسسة نبع الفكر العربى للطباعة، نشر مكتبة الكليات الأزهرية.

١١٤ ـ قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للإمام المحدث الفقيه أبى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى (ت ـ ٦٦٠هـ) الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م) دار الجيل، بيرت ـ لبنان.

١١٥ ـ القواعد النورانية. لشيخ الاسلام تقى الدين أبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، (ت ـ ٧٢٨هـ) الطبعة الأولى (١٣٧٠هـ ـ ١٩٥١م) مطبعة أنصار السنة المحمدية.

١١٦ ـ القوانين الفقهية. لأبى عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبى، دار الكتاب العربى، بيروت ـ لبنان.

" ك "

١١٧ ـ الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى. للشيخ أبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمرى القرطبى، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م) دار الكتب العلمية، بيروت.

١١٨ ـ كشاف القناع عن متن الاقناع. للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى، دار الفكر، سنة ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م ـ بيروت ـ لبنان.

١١٩ ـ كشف الحقائق شرح كنز الدقائق. لعبد الحكيم الأفغانى، مركز البحث العلمى، كلية الشريعة، مكة.

١٢٠ ـ كشف الأسرار على أصول الامام البزدوى. لعبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخارى (ت ـ ٧٣٠هـ). رجعت إلى طبعتين، طبعة الصدف ببلشرز، كراتشى، باكستان، وطبعة قسطنطينية من طرف حسن حلمى الريزوى.

١٢١ ـ الكفاية. لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكرلانى، دار إحياء التراث العربى، مطبوع مع تكملة فتح القدير.

" ل "

١٢٢ ـ اللباب فى شرح الكتاب. للشيخ عبد الغنى الغنيمى، الدمشقى، الميدانى، الحنفى، على الكتاب للامام أبى الحسين أحمد بن محمد القدورى البغدادى (ت ـ ٤٢٨هـ) تحقيق وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد. مكتبة ومطبعة محمد على صبيح، بميدان الأزهر بمصر.

١٢٣ ـ لسان العرب، للامام محمد بن بكر بن منظور المصرى(ت ـ ٧١١هـ)الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) دار إحياء التراث العربى.

١٢٤ ـ اللمعة الدمشقية. للشهيد السعيد: محمد بن جمال الدين مكى العاملى، الطبعة الثانية(١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) دار إحياء التراث العربى، بيروت ـ لبنان.

" مـ "

١٢٥ـ المبسوط. للامام أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى(ت ـ ٤٩٠هـ) إدارة القرآن والعلوم الاسلامية، كراتشى ـ باكستان.

١٢٦ ـ مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر. لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخ زاده (ت ـ ١٠٨٧هـ) دار سعادات(١٣٢٧هـ).

١٢٧ ـ المجموع شرح المهذب للشيخ محي الدين أبى زكريا يحيى بن شرف النووى (ت ـ ٦٧٦هـ) مطبعة التضامن الأخوى بالحسين بمصر.

١٢٨ ـ محاسن التأويل ـ تفسير القاسمى ـ لمحمد جمال الدين القاسمى (ت ـ ١٣٣٢هـ)، الجزء الخامس، والخامس عشر طبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلبى، الطبعة الأولى(١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٧م)، والجزء الثالث عشر طبعة دار الفكر، الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م) بيروت ـ لبنان.

١٢٩ ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق. للدكتور إسماعيل غانم، مكتبة عبد الله وهبه، الطبعة الثانية ١٩٥٨م.

١٣٠ ـ المحرر فى الفقه. للشيخ مجد الدين أبى البركات (ت ـ ٦٥٢هـ) دار الكتاب العربى، بيروت ـ لبنان.

١٣١ ـ المحلى. للامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، (ت ـ ٤٥٦هـ) دار الفكر.

١٣٢ ـ مختار الصحاح. للشيخ الامام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى، الطبعة السادسة، المطبعة الأميرية بالقاهرة، (١٣٧٠هـ ـ ١٩٥٠م).

١٣٣ ـ مختصر الطحاوى. للامام أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى(ت ـ ٣٢١هـ) تحقيق وتعليق أبى الوفاء الأفغانى، مطبعة دار الكتاب العربى (١٣٧٠هـ) القاهرة ـ مصر.

١٣٤ ـ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الاسلامى. للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة (١٣٨٠هـ ـ ١٩٦١م).

١٣٥ ـ المدخل الفقهى العام. للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة السادسة مزيده ومنقحة، دار الفكر.

١٣٦ ـ المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية. محمد مصطفى شلبى، مطبعة دار التأليف (١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٨م).

١٣٧ ـ المدخل للفقه الاسلامى. عيسوى أحمد عيسوى. دار الاتحاد العربى للطباعة، طبعة الذكرى (١٩٦٧ ـ ١٩٦٨م).

١٣٨ ـ المدونه الكبرى. للامام مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامربن عمرو بن الحارث الاصبحى (ت ـ ١٧٩هـ) دار صادر، بيروت ـ لبنان.

١٣٩ ـ مراتب الاجماع فى العبادات والمعاملات والاعتقادات. للحافظ أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ـ ٤٥٦هـ)، نشر مكتبة القدس (١٣٥٧هـ).

١٤٠ ـ مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان. محمد قدرى باشا. الطبعة الثانية، مطبعة المعارف ـ بغداد ـ ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٥م. مطبوع مع شرحه.

١٤١ ـ المستصفى من علم الأصول. للامام أبى حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالى (ت ـ ٥٠٥هـ)، الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان.

١٤٢ ـ مسند الامام أحمد بن حنبل. لإمام أهل السنة أحمد بن حنبل الشيبانى(ت ـ ٢٤١هـ)، دار الدعوة، استانبول ـ تركيا، (١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٦٢٢ ـ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى الطبعة الثالثة ١٩٦٧م.

١٤٣ ـ المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى (ت ـ ٦٢٣هـ). للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى (ت ـ ٧٧٠هـ)، الطبعة السابعة المطبعة الأميرية بالقاهرة (١٩٢٨م).

١٤٥ ـ المعتمد فى فقه الامام أحمد، جرى فيه الجمع بين نيل المآرب بشرح دليل الطالب للعلامة عبد القادر بن عمر الشيبانى، ومنار السبيل فى شرح الدليل للعلامة إبراهيم بن محمد بن ضويان، أعده وعلق عليه على عبد الحميد بلطه جى ومحمد وهبي سليمان. الطبعة الأولى (١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م) دار الخير.

١٤٦ ـ معجم متن اللغة. للعلامة اللغوى الشيخ أحمد رضا (ت ـ ١٣٦٢هـ) دار الكتب الحياة، بيروت ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م.

١٤٧ ـ معجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى عن الكتب الستة وعن مسند الدارمى وموطأ مالك ومسند أحمد بن حنبل. رتبه ونظمه لفيف من المستشرقين، ونشره الدكتور أ. ى. ونسينك، مكتبة بريل فى مدينة ليدن، ١٩٣٦م.

١٤٨ ـ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم. لمحمد فؤاد عبد الباقى ـ الطبعة الأولى (١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م) طبع فى ايوركرين بريس، لاهور ـ باكستان.

١٤٩ ـ المعجم الوسيط. باشراف مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية قام باخراج هذه الطبعة، الدكتور إبراهيم أنيس وآخران. انشارات ناصرخسرو ـ طهران.

١٥٠ ـ المغرب فى ترتيب المعرب. للامام اللغوى أبى الفتح ناصر الدين المطرزى، (ت ـ ٦١٠هـ) تحقيق محمد فاخورى وعبد الحميد مختار، نشر ادارة دعوة الاسلام ـ كراتشى باكستان.

١٥١ ـ المغنى. لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ـ ٦٢٠هـ) المطبعة اليوسفية، شارع دار الكتب. القاهرة ـ مصر.

١٥٢ ـ مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب(ت ـ٩٩٧هـ) على متن المنهاج لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى (ت ـ ٦٧٦هـ) دار إحياء التراث العربى ـ بيروت ـ لبنان.

١٥٣ ـ المفردات فى غريب القرآن. للعلامة الحسين بن محمد المفضّل الملقب بالراغب الأصفهانى (ت ـ ٥٠٢هـ) تحقيق وضبط محمد سيد كيلانى، نشر نور محمد، أصح المطابع، كارخانه تجارت كتب، كراتشى ـ باكستان.

١٥٤ ـ المقنع. للامام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى، (٦٢٠هـ) مع حاشيته منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن عبد الوهاب، الطبعة الثالثة (١٣٩٣هـ) طبع على نفقة أمير دولة قطر.

١٥٥ ـ الملكية فى الشريعة الاسلامية. للدكتور عبد السلام داود العبادى، الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م ـ مكتبة الأقصى، عمان، الأردن.

١٥٦ ـ الملكية ونظرية العقد. الشيخ محمد أبى زهرة، الطبعة الأولى (١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٩م).

١٥٧ ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية. للدكتور أحمد فراج حسين، الطبعة الأولى، نشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية.

١٥٨ ـ المنتقى شرح موطأ الامام مالك. لأبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى الأندلسى (ت ـ ٤٩٤هـ) الطبعة الثانية ـ ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م، دار الكتاب العربى، بيروت ـ لبنان.

١٥٩ ـ منتهى الارادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات. لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى الشهير بابن النجّار، تحقيق عبد الغنى عبد الخالق، عالم الكتب.

١٦٠ ـ المنجد فى اللغة. لويس معلوف، الطبعة الخامسة عشر ١٩٥٦، المطبعة الكاثوليكية.

١٦١ ـ المهذب فى فقه الإمام الشافعي. للإمام أبى اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى، دار الفكر.

١٦٢ ـ الموطأ. للإمام مالك بن أنس، نشر دار الدعوة، استانبول، تركيا، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م.

١٦٣ ـ مواهب الجليل من أدلة خليل. الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكنى الشنقيطى، إدارة إحياء التراث الإسلامى، بدولة قطر، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.

١٦٤ ـ موسوعة الفقه الإسلامي المقارن، الشهيرة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية، القاهرة، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م. المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، وزارة الأوقاف جمهورية مصر العربية.

١٦٥ ـ الموسوعة الفقهية. وزراة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية، الجزء الثانى ـ الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م)، والجزء الثالث ـ الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م) والجزء الرابع ـ الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م).

١٦٦ ـ الموافقات فى أصول الشريعة. لأبى اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الشاطبى (ت ـ ٧٩٠هـ) الطبعة الثانية: ١٣٩٥هـ ـ المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

١٦٧ ـ ميزان الأصول فى نتائج العقول. للشيخ الإمام علاء الدين شمس النظر أبى بكر محمد بن أحمد السمر قندى (ت ـ ٥٣٩هـ) تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكى عبد البر، الطبعة الأولى:(١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م).

"ن"

١٦٨ ـ النتف فى الفتاوى. لشيخ الإسلام أبى الحسن على بن الحسين بن محمد السغدى، (ت ـ ٤٦١هـ ١٠٦٨م، مطبعة الإرشاد ـ بغداد (١٩٧٦م).

١٦٩ ـ نظرية الحق. للدكتور جميل الشرقاوى، دار النهضة العربية القاهرة ـ ١٩٦٦م.

١٧٠ ـ نظرية الضمان. للدكتور وهبة الزحيلى، دار الفكر ـ دمشق ١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠م.

١٧١ ـ نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان، نشر مكتبة المتنبى بالقاهرة ـ ١٩٨١م.

١٧٢ ـ النهاية فى غريب الحديث والأثر. لأبى السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير، (ت ـ ٦٠٦هـ) الجزء الرابع ـ طبع مؤسسة إسماعليان، إيران، والجزء الخامس ـ طبع دار إحياء التراث العربى، بيروت، نشر المكتبة الإسلامية.

١٧٣ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى المصري الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير (ت ـــ ١٠٠٤هـ) نشر المكتبة الإسلامية.

١٧٤ ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار. للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكانى (ت ـ ١٢٥٥هـ) المكتبة التوفقية.

" هـ "

١٧٥ ـ الهداية شرح بداية المبتدى. لشيخ الإسلام برهان الدين أبى الحسن علي بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني (ت ـ ٥٩٣هـ) نشر المكتبة الإسلامية.

" و "

١٧٦ ـ الوسيط فى الحقوق التجارية البرية. للدكتور رزق الله الأنطاكى ونهاد السباعى، طبعة دمشق ـ سنة ١٩٦٣م.

١٧٧ ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى. للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ القاهرة ـ ١٩٦٧م.

المصادر باللغة الإنجليزية

١- Law Terms and phrases - By Sardar Iqbal Mokal - Printed at shan Electric Press Lahore.

٢- Mozley and whiteleys Law Dictionary Tenth Edition - By E.R. Hardy Ivamy Butterworth and co .

٣- The sale of Goods Act Pakistan Edition, by: Dr. M.A. Mannan - Fifth Edition - Law Publishing Company Lahore.

٤- The Transfer of Property Act by: Sardar Mohammad Iqbal Mokal - Pakistan Edition.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
خلاصة البحث	أ
المقدمة	جـ
التمهيد: فى ماهية الشركة والأموال والملك	١
الفرع الأول: فى تعريف الشركة فى اللغة والاصطلاح مع كلمة موجزة عن الشركة بوجه عام	١
تعريف الشركة فى اللغة	١
تعريف الشركة فى الاصطلاح	٢
الشركات بوجه عام	٨
الفرع الثاني: فى الأموال: ماهيتها وحقيقتها فى اللغة والاصطلاح والنظر القانوني	١٤
أولا: فى اللغة	١٤
ثانيا: فى الاصطلاح	١٥
تعريف المال بالنظر القانوني	٢٢
الفرع الثالث: فى الملك، حقيقته فى اللغة والاصطلاح والنظر القانوني مع كلمة موجزة عن الملك التام والناقص	٣٠
أولا: معنى الملك فى اللغة	٣٠
ثانية: فى الاصطلاح الفقهاء	٣٠
تعريف الملك فى القانون الوضعي	٣٨
الملك التام	٤١
الملك الناقص	٤٣
الباب الأول: فى الأحكام العامة للقسمة	٤٥
الفصل الأول: فى تعريف القسمة ومشروعيتها، وحكمة مشروعيتها	٤٦
المبحث الأول: فى تعريف القسمة فى اللغة والاصطلاح	٤٧
أولا: تعريف القسمة فى اللغة	٤٧
ثانيا: تعريف القسمة فى الاصطلاح	٤٨
المبحث الثاني: فى مشروعية القسمة وأدلتها	٥٤

المبحث الثالث: فى حكمة مشروعية القسمة	٦٢
الفصل الثاني: فى سبب القسمة وركنها وأغراضها	٦٣
المبحث الأول: فى سبب القسمة	٦٤
السبب فى اللغة	٦٤
وفى الاصطلاح	٦٥
المبحث الثاني: فى ركن القسمة	٦٧
١ ـ تعريف الركن فى اللغة	٦٧
٢ ـ وفى الاصطلاح	٦٧
المبحث الثالث: فى أغراض القسمة وصفتها	٦٩
أولا: أغراض القسمة	٦٩
ثانيا: صفة القسمة	٦٩
الفصل الثالث: فى شرائط القسمة ودخول الخيار فيها، وهل هي إفراز أو مبادلة؟ وبيان حكم القسمة	٧٠
المبحث الأول: فى شرائط القسمة	٧١
الشرط لغة	٧١
الشرط اصطلاحا	٧٢
شروط القسمة	٧٤
المبحث الثاني: فى الكلام عن الخيار فى القسمة	٨٠
تعريف الخيار لغة	٨٠
تعريف الخيار اصطلاحا	٨٠
المبحث الثالث: فى القسمة، هل هي إفراز أو مبادلة؟	٨٧
الإفراز لغة	٨٧
الإفراز اصطلاحا	٨٧
هل القسمة إفراز أو مبادلة؟	٨٧
المبحث الرابع: فى حكم القسمة	٩٤
ظهور دين على الميت	٩٥
ظهور وارث آخر أو موصى له فى قسمة التراضي	٩٧
ظهور غبن فاحش	٩٨

وقوع الغلط فى المقسوم	١٠٠
وجود العيب فى المقسوم	١٠٣
استحقاق بعض المال المقسوم	١٠٦
أنواع الاستحقاق	١٠٧
حكم الاستحقاق فى القسمة	١٠٧
الفصل الرابع: فى القاسم والمقسوم	١١٢
المبحث الأول: فى تعيين القاسم وشروطه	١١٣
المطلب الأول: تعيين القاسم	١١٣
المطلب الثاني: شروط القاسم	١١٦
المبحث الثاني: فى أجرة القاسم	١٢٢
المبحث الثالث: فى المقسوم، وهو إما يكون عينا أو منفعة	١٢٦
الباب الثاني: فى أنواع القسمة	١٣٠
الفصل الأول: فى قسمة الأعيان	١٣١
المبحث الأول: فى قسمة الرقاب التى لا تكال ولا توزن	١٣٢
المطلب الأول: فيما لا ينقل ولا يحول	١٣٢
المطلب الثاني: قسمة المنقول كالحيوان والعروض	١٥٦
قسمة العين الواحدة	١٥٦
قسمة الحيوان إذا كان أكثر من واحد	١٥٨
قسمة الرقيق	١٥٩
قسمة العروض	١٦٢
حكم دخول الدراهم فى القسمة لعقار أو منقول	١٦٥
المبحث الثاني: فى قسمة الرقاب التى تكال وتوزن	١٦٧
المبحث الثالث: فى وسائل قسمة الأعيان	١٧٠
المطلب الأول: القسمة بالقرعة بعد تقويم وتعديل	١٧٠
الفرع الأول: فى معنى القرعة	١٧٠
تعريف القرعة فى اللغة	١٧٠
تعريف القرعة فى الشرع	١٧١
الفرع الثاني: فى وجود القرعة فى الشرع	١٧١

الفرع الثالث: فى كيفية القرعة وصحتها وطرح السهام فى القسمة	١٧٨
الفرع الرابع: ما تكون فيه القرعة	١٨٦
المطلب الثاني: فى قسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل	١٨٧
ما تكون فيه قسمة المرضاة وحكمها	١٨٩
المطلب الثالث: فى قسمة مراضاة بلا تقويم وتعديل	١٩١
المطلب الرابع: فى قسمة الإجبار	١٩٢
الفصل الثاني: فى قسمة المهايئات (وهي قسمة المنافع)	١٩٦
المبحث الأول: فى تعريف المهايأة لغة وشرعا وأدلة المشروعية	١٩٧
المطلب الأول تعريف المهايأة فى اللغة والشرع	١٩٧
أولا: تعريف المهايأة لغة	١٩٧
ثانيا: تعريف المهايأة شرعا	١٩٧
المطلب الثاني: أدلة المشروعية	٢٠٠
المبحث الثاني: فى أنواع المهايأة	٢٠٣
النوع الأول: المهايأة من حيث الرضا والجبر	٢٠٣
النوع الثاني: المهايأة من حيث الزمان والمكان	٢٠٦
المبحث الثالث: حكم الاختلاف فى التهايؤ	٢٢٠
المبحث الرابع: محل المهايأة	٢٢١
المبحث الخامس: فى شرط المهايأة وصفتها	٢٢٤
أولا: شرط المهايأة	٢٢٤
ثانيا: صفة المهايأة	٢٢٤
الخاتمة	٢٢٧
فهرس الآيات القرآنية	٢٣٣
فهرس الأحاديث النبوية	٢٣٥
فهرس بأهم المصادر والمراجع	٢٣٩
فهرس الموضوعات	٢٥٧