



أحكام القسمة

بين

الفقه الإسلامي والقانون المدني

ماهية القسمة. أنواع القسمة وأركانها. قسمة المهايأة. قسمة الأعيان
قسمة المال. الآثار التي تترتب على القسمة وطوائرها

دكتور

محمد عبد الرحمن الضويني

كلية الشريعة والقانون - القاهرة

٢٠٠١

دار الفكر الجامعي

٣٠ ش سوتير الأرابطة - الاسكندرية

ت: ٤٨٤٣١٣٢

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

أحكام القسمة

بين

الفقه الإسلامي والقانون المدني

ماهية القسمة - أنواع القسمة وأركانها - قسمة المهايأة - قسمة الأعيان
قسمة المال - الآثار التي تترتب على القسمة وطوارئها

دكتور

محمد عبد الرحمن الضويني

كلية الشريعة والقانون - القاهرة

٢٠٠١

دار الفكر الجامعي

٢٠ ش سوتير الأزاريطة - الاسكندرية

ت: ٤٨٤٣١٣٢

- إسم الكتاب : أحكام القسمة
- المؤلف : دكتور / محمد عبد الرحمن الضويني
- الناشر : دار الفكر الجامعي
- ٣٠ شارع سوتير - الاسكندرية - ت : ٤٨٤٣١٢٢ (٠٢)
- حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.
- الطبعة : الأولى
- سنة الطبع : ٢٠٠١
- رقم الإيداع : ٥٩٢٢ / ٢٠٠١
- الترقيم الدولي : 977 - 5160 - 77 - 9
- الطبعة : مطابع دار الأستاذ - دار السلام - القاهرة
- E.Mail : dar-elfikrelgamie@yahoo.com

﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾ * وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً.

الآيتان ٧، ٨ من سورة النساء

قال رسول الله - ﷺ -: ((من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ، وإنما أنا قاسم والله يعطى، ولن تزال هذه الأمة قائمة على أمر الله لا يضرهم من خالفهم حتى يأتي أمر الله)).

الحديث أخرجه البخارى

صحيح البخارى بحاشية السندى

ج ١ ص ١٩ ك العلم ط مصطفى الحلبى

الإهداء

اللهم منك وإليك

- إلى كل باحث عن الحق والمعرفة .
 - إلى كل من ارتضى الإسلام عقيدة وشريعة .
 - إلى كل من يهمله صلاح المجتمع وسيره على الطريق السوي .
 - إلى كل من يعمل على تطبيق شرع الله من حاكم ومحكوم .
- أهدى هذا العمل ، راجيا من الله القبول

الباحث

شكر وتقدير

- أتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالشكر على ما أنعم به عليّ وأسبغ قال تعالى : ﴿لئن شكرتم لأزيدنكم﴾ .

- ثم إنني أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى أستاذتي الأجلّة ، نفع الله بهم ، وجعلهم فخرًا للإسلام والمسلمين ، وأجزل لهم الثواب ، وبارك في عمرهم .

- إلى العالمين الجليلين فضيلة الأستاذ الدكتور / محمود عبد الله العكازي ، وفضيلة الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق حسن نرج . أقدم إليهما بخالص شكري وعظيم امتناني على ما بذله معي من جهد وتوجيه في سبيل إخراج هذا العمل إلى النور ، وأسأل الله تعالى أن يجعله في ميزان حسناتهما ، وأن يميزهما عنى خير الجزاء .

- إلى أستاذتي الجليل ، الأب الرحيم ، الذي شملني بعطفه ورعايته فضيلة الأستاذ الدكتور / المرسى عبد العزيز السماحي ، بارك الله له في عمره ونفع به الإسلام والمسلمين .

- كما أقدم بخالص شكري وتقديري إلى أهلي وعشيرتي لرعايتهم لي وعنايتهم بي .

- إلى والدي الكريم الذي حفظ القرآن الكريم على يديه ، وشملني بحبه وعطفه وحفني برعايته ، بارك الله له في عمره ، وجزاه عنى خير الجزاء .

- إلى والدتي التي حملتني كرها ووضعتني كرها . والتي أسهرت ليلها وأتعبت نهارها من أجلي . أمز الله في عمرها وجعلني من صالح عملها .

- إلى زوجتي التي ضعت كثيرًا من أجلي ، وهيأت لي كل الظروف لإتمام هذا العمل . فجزاها الله عنى خير الجزاء .

- إلى عمي فضيلة الشيخ / محمد محمد الصديقي . الذي لم يبخل عليّ بنصح أو إرشاد . نسأل الله تعالى أن يمد في عمره ويميزه خير الجزاء .

- إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة في هذا العمل ، ولو بكلمة إلى هؤلاء جميعاً أقدم بخالص شكري وتقديري .

المقدمة

وتشتمل على افتتاحية ، وأهمية موضوع البحث
وسبب اختياره له ، وخطة البحث ومنهجى فيه .

افتتاحية

الحمد لله البر الجواد ، الهادى إلى سبيل الرشاد ، الموفق للتفقه فى الدين ، من لطف به واختاره من عباده المؤمنين ، شرع الأحكام لعباده بكتاب مبين ، وأبقى شرعه إلى يوم الدين ، فأنتم عليهم النعمة ، ورضى لهم الإسلام ديناً - فقال تعالى : ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ (١) .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمداً عبد الله ورسوله ، بلغ الرسالة وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها ، لا يزيغ عنها إلا هالك ، اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن سار على نهجه ، والتزم هداه إلى يوم الدين .

وبعد

فإن الإسلام دين الله الخالد ، وشريعته الباقية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، فيه عز المسلمين وتقدمهم ، إذا اتبعوا طريقه ، واعتمدوا منهجه ، وسلكوا سبله ، قد أعلن لهم ربهم إكمال العقيدة ، وإكمال الشريعة معا ، ولم يعد لمؤمن أن يتصور أن بهذا الدين نقصاً يستدعى الإكمال ، أو قصوراً يستدعى الإضافة ، إن شريعة ذلك الزمان الذى نزل فيه القرآن ، هى شريعة كل زمان ومكان .

ولما كانت الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية والرجوع إلى الفقه الإسلامى تتطلب دراسة الفقه الإسلامى ، وإظهار ما فيه من ذخائر مناسبة لمتطلبات العصر ، ورغبة منى فى المشاركة فى هذه المرحلة ، فقد رأيت من الخير أن أخوض فى هذا البحر العميق ، بحر الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة ، وإن كنت لا أحسن السباحة ، إلا أن لى رغبة أن أفوز بالأجر يوم الدين .

من أجل ذلك استخرت الله تعالى ، فى أن أبحث فى أحكام قسمة الأموال الشائعة - فى دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

ذلك أن للمال أهميته بين الناس ، من حيث إنه عصب هذه الحياة ومن أجله يسعى الناس ويكدون ، ومن أجله يتقاربون أو يختلفون ، فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بتنظيم طرق كسبه وإنفاقه ، فبينت طرق كسبه الحلال ، ونهت عن طرق كسبه الحرام ، ووضعت القواعد التى تمنع التنازع والشقاق ، وأرست قواعد امتلاكه .

وقد تمتلك الأموال على وجه الشبوع بين عدة أشخاص ، فلا يعرف كل شخص حدود ملكه ، ولاحد انتفاعه به ، مما قد يودى إلى التنازع والشقاق بين الشركاء ، والذين قد تربطهم

(١) من الآية الثالثة من سورة المائدة .

وشائج القربى والنسب ، فجاءت الشريعة الإسلامية لتبين كيفية قسمة هذه الأموال بين الشركاء وكيفية الانتفاع بها بطريقة تضمن بها عدم الشقاق بين الملاك .

وهذا هو شأن الإسلام الذى كفل الله - تعالى - لقواعده أن تودى إلى استقرار المجتمع وأمنه وطمأنينته .

أهمية القسمة :

١- تنتشر الملكية الشائعة بين الناس ، وذلك بسبب الميراث والذى بموجبه تصبح أموال التركة مملوكة للورثة على الشيوع ، فيكون الشئ الواحد ، مملوكا لعدة أشخاص ملكية غير مفززة .

وهناك أسباب أخرى لنشوء الشيوع ، إلا أن الميراث يعتبر أهم مصدر للشيوع ، ومن ثم فلا تجد أسرة فى المجتمع إلا وتوول إليها ملكية شائعة .

ويعتبر الشيوع نظاماً غير طبيعى فى الملكية ، إذ إن الأصل أن تكون الملكية فردية مفززة ، وذلك لكى يستطيع المالك أن ينتفع بملكه على جهة الكمال .

وبذلك يكون الشيوع طارنا ، والطارئ مصيره حتما إلى الزوال ، وتعتبر القسمة أهم سبب لإنهاء هذا الشيوع .

٢- إن الشيوع له مضاره الاقتصادية والاجتماعية ، حيث قد تتعارض رغبات الشركاء فى استغلال المال الشائع ، فيؤدى ذلك إلى تعطيل الانتفاع مما يؤدى إلى ضرر بالشركاء .

وقد يؤدى تعارض الرغبات هذا فى نشوب الخلافات وتكثر صفو العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة .

فكانت فى شرعية القسمة إنهاء لهذه الخلافات ، وتحقيق لمصلحة الشركاء فى الانتفاع بأموالهم ، بما يتفق مع تحقيق مصالحهم .

٣- إن إنهاء الشيوع له أسباب كثيرة ، كهلاك المال الشائع ، أو نزاع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بانتقال ملكية أحد الشريكين إلى الآخر بأى سبب من أسباب التملك ، إلا أنه يعد أهم سبب لإنهاء الشيوع هو القسمة ، فلا يمكن الاستغناء عنها باعتبارها واقعا ملموسا ، وضرورة اقتضتها منون الحياة .

ومما يؤكد ذلك أن سائر التقنيات العربية أو الأجنبية قد نظمت بنصوصها أحكام القسمة ، فضلا عن تضافر أدلة الشرع على شرعية القسمة ، مما يعكس أهميتها ، وبقائها موضوعا حيا للبحث والدراسة .

سبب اختياري لهذا الموضوع :

١- عنلية فقهاء المسلمين القدامى بالقسمة عالية بالغة ، فبينوا أحكامها ليستعين بها الناس عندما يريدون قسمة أموالهم ، إلا أن أسلوب الفقهاء القدامى كان أسلوبيا جزلا ، يتفق مع عصورهم التي عاشوا فيها ، كما اقتضته طبيعة الكتابة في القسمة ، مما يتطلب تبسط أحكامها ، وعرضها بصورة سهلة ، لكي يسهل على الناس الرجوع إليها والاستعانة بأحكامها .

٢- إن القسمة لم تحظ بعناية الفقهاء المحدثين ، فقل أن نجد فيها كتابا لفقهاء محدث إلا في النذر اليسير ، هذا مع أن القسمة من المعاملات الشائعة والمنتشرة ، مما يقتضى بيان هذه الأحكام ، لتأخذ قسطها من العناية وإبرازها للحكام والقضاة ، كي يستعينوا بأحكامها .

٣- إن التنظيم القانوني لقسمة الأموال الشائعة ، كغيره من باقى التنظيمات قد تعرض لتطور كبير فى الأحكام ، اقتضته النهضة الفكرية المعاصرة ، مما استتبع استحداث كثير من الأحكام ، فكان ينبغى وضع هذا التنظيم وتلك الأحكام فى ميزان الفقه الإسلامى فتحكم عليها من منظور الإسلام ، وإزاء ذلك سابرز ماكان فيه خفيا من الأحكام ، وأطبق قواعده العامة على مااستحدث من أحكام .

وأستظهر مدى رقى فقه الشريعة الإسلامية وانسجام أحكامها وقدرتها على مسايرة تطور الأحكام واستيعابها لاسائر الوقائع والمستجدات . فلا يحتاج الفقه الإسلامى إلى أى إضافة لها من أى نظام قانونى ، أقل مايوصف به أنه من وضع البشر .

٤- إنه فى هذا العصر قد كثرت الوقائع والمستجدات ، الناتجة عن التطور العلمى الهائل فى شتى فنون العلوم ، سواء ماكان منها يتصل بالسياسة الشرعية ، أو الاقتصاد ، أو الإدارة ونظام الحكم ، أو الفلك والطب وعلوم الطبيعة ، وكل هذه العلوم بما استلزمته من تطور تحتاج إلى الصدح برأى الفقه الإسلامى ، مما يقتضى إعمال الفكر والعقل فى أصول الفقه الإسلامى وقواعده العامة لاستجلاء رأى الفقه الإسلامى فيها ، غير أن هذا الأمر يحتاج إلى تكريب للعقل وقدرة لاستيعاب الأحكام ومعرفة مناطها ، وليس هناك تكريب أفضل من الرجوع إلى ساحات الفقهاء القدامى ، فنعرف طرقهم فى استنباط الأحكام وكيفية الاستدلال والمناقشة والرد ، فيخرج الإنسان بحصيلة علمية تؤهله للخوض فى مستجدات العصر بأمان يأمل معه المعداد والتوفيق .

إزاء ما سبق من أسباب ، استخرت الله - تعالى - على أن أبحث فى أحكام القسمة ، لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه المقارن ، فيسره الله لى ، فكتبت فى هذا الموضوع تحت عنوان: - " أحكام القسمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى " .

خطة البحث

وقد اقتضت خطة البحث تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة .

فالمقدمة تشتمل على :

١ - افتتاحية .

٢ - أهمية الموضوع وسبب اختيارى له .

٣ - خطة البحث .

٤ - منهجى فى البحث .

وأما الباب الأول ففى : - ماهية القسمة .

ويشتمل على تمهيد وأربعة فصول :

التمهيد فى : - تعريف الشيوعم ومصادره وأسباب انقضائه .

الفصل الأول فى : - تعريف القسمة ومشروعيتها .

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول فى : - تعريف القسمة .

المبحث الثانى فى : - مشروعية القسمة وحكمة مشروعيتها .

الفصل الثانى فى : - طبيعة القسمة وصفاتها .

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول فى : - طبيعة القسمة "التكيف الفقهى لها" .

المبحث الثانى فى : - صفة القسمة .

الفصل الثالث فى : - أنواع القسمة .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول فى : - أنواع القسمة فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى فى : - أنواع القسمة فى القانون المدنى .

المبحث الثالث فى : - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الرابع فـي : - مقومات القسمة - أركانها وشروطها .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول فـي : - القاسم وما يتعلق به من أحكام .

المبحث الثاني فـي : - المَقْسوم .

المبحث الثالث فـي : - المَقْسوم له .

وأما الباب الثاني فـي : - قسمة المهايأة .

ويشتمل على فصلين : -

الفصل الأول فـي : - تحديد مفهوم قسمة المهايأة .

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول فـي : - تعريف قسمة المهايأة ومشروعيتها .

المبحث الثاني فـي : - محل قسمة المهايأة .

المبحث الثالث فـي : - طبيعة المهايأة وصفتها .

المبحث الرابع فـي : - أنواع المهايأة .

الفصل الثاني فـي : - أحكام المهايأة وأثارها .

وفيه ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول فـي : - حقوق والتزامات الشركاء خلال قسمة المهايأة .

المبحث الثاني فـي : - خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار .

المبحث الثالث فـي : - تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية .

وأما الباب الثالث فـي : - قسمة الأعيان .

ويشتمل على تمهيد وفصلين : -

التمهيد فـي : - القواعد العامة للحق فـي طلب القسمة .

الفصل الأول فـي : - القسمة الاتفاقية .

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول فـي : - شروط صحة القسمة الاتفاقية وتكوينها .

المبحث الثاني في : - كيفية إجراء القسمة الاتفاقية .

المبحث الثالث في : - نقض القسمة بالغبن .

المبحث الرابع في : - ثبوت حق الخيار في القسمة .

الفصل الثاني في : - القسمة القضائية "الجبرية" .

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول في : - شروط القسمة القضائية .

المبحث الثاني في : - دعوى القسمة .

المبحث الثالث في : - كيفية إجراء القسمة القضائية .

المبحث الرابع في : - تدخل الدائنين في القسمة .

وأما الباب الرابع ففي : - الآثار التي تترتب على القسمة وطوائرها :

ويشتمل على فصلين : -

الفصل الأول في : - الآثار التي تترتب على القسمة .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول في : - لزوم القسمة .

المبحث الثاني في : - الإفراز .

المبحث الثالث في : - استقلال كل شريك بملك نصيبه وثبوت حقه في التصرف فيه .

الفصل الثاني في : - طوارئ القسمة .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول في : - أحكام الاستحقاق .

المبحث الثاني في : - ظهور وارث أو دين أو وصية بعد القسمة .

أما الخاتمة ففي : - أهم نتائج البحث وتوصياته .

منهجى فى البحث :-

- ١ - عرضت فى دراستى لأحكام القسمة فى الفقه الإسلامى ، لأراء فقهاء المذاهب الإسلامية الثمانية - الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية - وبينت مااستدل به كل مذهب من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .
- ٢- كما عرضت لأراء جمهور الشراح من أصحاب الدراسات القانونية فى مصر ، ممن تكفلوا بشرح القانون المدنى المصرى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فى ٩ رمضان سنة ١٣٦٧ هـ الموافق ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ م ، والذي قرر فى المادة الثانية منه على أن يبدأ العمل به ابتداء من ٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ م ، مع ملاحظة أن هذا القانون جاء بديلا عن كل من القانون المدنى الذى كان معمولا به أمام المحاكم الوطنية ، والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ م . والقانون المدنى الذى كان معمولا به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٥ م.
- ٣ - إنتى حينما أعرض لمسألة فى الفقه الإسلامى ، فإنما أرجع إلى أراء كل مذهب فى كتبه المعتمدة والمشهورة ، وأفكر المصدر بلهامش مع ذكر رقم الصفحة ، وكذلك عندما أعرض لمسألة فى القانون ، فأتى أرجع إلى المصدر الأصيل فى ذلك .
- ٤ - قمت بترقيم الآيات القرآنية ، وعزوها إلى سورها ، مع الرجوع إلى كتب التفسير ، لبيان وجه الدلالة من الآية .
- كما قمت بتخريج الأحاديث الواردة فى هذا البحث ، مع بيان درجتها من الكتب المعتمدة ، مع عزوها إلى مصادرنا من كتب السنة .
- ٥ - قمت ببيان معانى الكلمات اللغوية والتي تحتاج إلى بيان ، كما بينت المصطلحات الأصولية والفقهية ، محتدا فى ذلك على كتب اللغة والأصول والفقه .
- ٦ - قارنت بين المذاهب الفقهية - المتعددة - بصدد كل مسألة ، مع محاولة تسييم هذه المذاهب إلى أقوال ، وبينت أدلة كل قول مع المناقشة والرد ، وترجيح القول الذى قوى دليله ، أو الذى تقتضيه مصلحة الناس .
- ثم أبين وجهة نظر القانون فى نفس المسألة ، وأتبع ذلك بمقارنة بين كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، فكنت أبين مواطن الاتفاق ومواطن الاختلاف ، وفى سبيل ذلك التزمت الحيطة عند الترجيح ، حتى لا أتهم بمحاولة الانتصار للفقه الإسلامى ، فإله - بمشيئته الله - لاستقامة أحكامه وتسامها يقتصر على أى نظام يراد لمقارنته به .
- كما أن الهدف من المقارنة هو تقريب الهوية بين الفقه الإسلامى والقانون فى إطار العقل والشرع .

٧ - سرت في هذا البحث غالبا على تقديم الفقه الإسلامى فى كل مسألة أولا ثم أتبعه بموقف القانون ، ولكن أحيانا كنت أقدم القانون أولا ، وذلك نظرا لما تقتضيه المسألة محل الدراسة .

إذ قد تكون المسألة من تنظيم القانون ، وتحتاج إلى بيان رأى الفقه الإسلامى فيها، فيكون تقديم الجانب القانونى هنا منطقيا ، ذلك لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره .

٨ - أحيانا كنت اعقد للقانون مبحثا مستقلا عن الفقه الإسلامى وأقارن بينهما فى مبحث مستقل لظروف تقتضيه طبيعة البحث ، وأحيانا كنت أجمع بين الفقه الإسلامى والقانون فى مطلب واحد ، وذلك إذا استطعت التقريب بين جزئيات الفقه الإسلامى والقانون فى المسألة محل البحث ، فقد سرت فى هذه الرسالة على وفق ما تقتضيه طبيعة البحث ، حتى تكتمل الفائدة ، ويكون أقرب لتصوير المسألة فى الفقه الإسلامى والقانون ، بشرط أن لا يخل ذلك من المقصود بالمقارنة فى كلا الفقهين .

٩ - كنت أحيانا أتعرض لبيان موقف التشريعات العربية ، وذلك إذا اقتضى الأمر ، وغالبا ما يكون ذلك بالهامش .

١٠ - نظرا لطول البحث لم أكثر من نقل النصوص من كتب الفقهاء ، فكنت غالبا أكتفى بالإحالة إلى موطن المسألة فى كتب الفقهاء المعتمدة .

وبعد

فإنى لأرجو من الله - العلى القدير - أن أكون بعملى هذا قد أدبت بعض ما يجب على، وأن يكون عملى هذا فى ميزانى وميزان من أعانونى عليه .

هذا وقد بذلت غاية جهدى وسعى فى سبيل الوصول إلى إخراج هذا البحث على هذه الصورة ، ولا أدعى أنى بلغت الكمال فى هذا العمل أو قاربته ، فالكمال لله وحده ، وما أحسن ما قاله العماد الأصفهاني : -

" إبنى رأيت أن لا يكتب إنسان كتابا فى يومه إلا قال فى غده ، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد لكان يستحسن ، ولو قدم لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهذا دليل استيلاء النقص على جملة البشر " .

فإن كان ما فى عملى هذا صوابا فمن الله ، فهو محض فضله على ، وإن جازبى الصواب ، فما ذلك إلا منى ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان منه .

وإنى لأرجو من الله أن تكون الأخطاء محدودة ، والهفوات معدودة ، وأسأل الله المغفرة عن الذلات والعفو عن الهفوات .

وإني إذ أقدم بالشكر لكل من قدم لي يد العون والإرشاد في سبيل إعداد هذا البحث ،
أدع الله العليّ القدير أن يجزي الجميع عنى خير الجزاء .

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ، رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ
مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَاتُصِرْنَا
عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ [سورة البقرة من الآية ٢٨٦]

الباحث

محمد عبد الرحمن الضويوني

الباب الأول

ماهية القسمة

الباب الأول

ماهية القسمة

تمهيد وتقسيم :

لما كانت القسمة هي الطريق الأهم لانقضاء الشيوخ وإزالته ، كان من المناسب في هذا المقام - وقبل الدخول في الكلام على أحكامها - أن نبين ماهيتها وحقيقتها ، فنناولها بالتعريف اللغوي والاصطلاحي ، ثم نبين مشروعيتها ، والتكييف القانوني لها ، ولزومها من عدمه ، ثم نبين أنواعها ، وأركانها - أو مقوماتها - وشروطها ، كل ذلك في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ونسبق ذلك كله بإعطاء فكرة عن الشيوخ ، مما يقتضى منا أن نتناولها في أربعة فصول وتمهيد :

التمهيد : في تعريف الشيوخ ومصادره وأسباب انقضاءه .

الفصل الأول : في تعريف القسمة ومشروعيتها .

الفصل الثاني : في طبيعة القسمة ، وصفها .

الفصل الثالث : في أنواع القسمة .

الفصل الرابع : في مقومات القسمة (أركانها وشروطها) .

تمهيد

فى تعريف الشيوع ، ومصادره ، وأسباب انقضائه

يعتبر المال الشائع هو المحل الذى ترد عليه القسمة ، ولما كان محل القسمة هو المال الشائع ، فإتبه ينبغى علينا أن نتعرض بإيجاز لتعريف الشيوع ، وبيان مصادره ، ثم بيان أسباب انقضائه .

أولاً : تعريف الشيوع :

أ - الشيوع فى اللغة :

يقال : شاع الشيء شيوعاً ، ومشاعاً : ظهر وانتشر ، ويقال شاع بالشيئ : أذاعه ، والدار ونحوها مما يملك وكان مشتركاً بين الناس لم يقسم ، يقال : اشترى داره على الشيوع ، وأشاع الشئ وبه ، أظهره ونشره ، واشتاعاً فى كذا : اشتركا ، وبشايح الأمر شاع ، والرجلان فى الشئ تشاركاً فيه ولم يقتسماه .

وشاع اللبن فى الماء إذا تفرق وامتزج به ، ومنه قيل سهم شائع ، كأنه ممتزج لعدم تميزه .

والمشاع ، والشيوع ، والشائع : المشترك المبهم لم يحدد (١) .

ب - الملكية الشائعة فى الاصطلاح :

(١) فى الفقه الإسلامى :

عرفها بعض الفقهاء المحدثين (٢) بأنها : ما تعلقت بجزء شئ غير معين وغير محدد ، وتكون كل ذرة فى المال الشائع مشتركة بين جميع الشركاء ، فإذا كاتب الدار مثلاً مشتركة بين خمسة أشخاص ، كان لكل واحد منهم الخمس فى كل ذرة من ذراتها ، دون الاستثناء بنصيب معين منها .

وعرفت المادة ١٣٨ من مجلة الأحكام العدلية الشيوع بأنه :

"ما يحتوى على حصص شائعة كالنصف والربع والسدس وغير ذلك من الحصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أو غير منقول".

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادى ٤٩ / ٣ ط مصطفى الحلبي ، المصباح المنير للفيومي ص ١٢٦ ط الجيب - مكتبة لبنان ، المعجم الوسيط ١ / ٥٠٣ ط دار المعارف .

(٢) أ/د محمد مصطفى شلبي - المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ص ٦١٥ ط الدار الجامعية .

أ/د مصطفى أحمد الزركا - فقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ / ٢٦٢ ، الطبعة الثالثة - دار الفكر سنة ١٩٦٧ .

وعلى ذلك فالشريك فى المال الشائع يملك حصته الشائعة ، والتي تكون منتشرة ومتفرقة فى جميع أجزاء المال الشائع ، بعكس الملكية المفروزة والتي تكون معينة ومحددة بحدود تميزها عن غيرها .

(٣) وفق القانون :

الشيوع : هو الوضع القانونى الناتج عن تعدد المالكين للحق العينى دون أن يختص كل منهم بجزء مفروز فيه^(١) .

وعرف بعضهم الملكية الشائعة بأنها : تلك التى تثبت لعدة أشخاص على شئ واحد ، دون أن يكون لأى منهم جزء مفروز منه^(٢) .

فالشيوع حالة قانونية تتجم عن تعدد أصحاب الحق العينى ، فهو لا يقتصر على الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة للحقوق العينية الأخرى ، كما إذا أوصى شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص ، إذ يكون حق الانتفاع حينئذ مالا شائعا بين الموصى لهم جميعاً^(٣) .

هذا وقد عرفتها المادة ٨٢٥ مدنى بمالا يخرج عن هذا المعنى ، فتقول :

"إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفروز حصّة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يَقم دليل على غير ذلك".

فالملكية الشائعة وفقاً لهذا النص هى التى تقع على مال معين بالذات ، يملكه أشخاص متعددون ، ويتحدد حق كل شريك بحصة شائعة فى المال الشائع كله ، ومن ثم فإن حق الملكية على المال الشائع هو الذى ينقسم حصصاً بين الشركاء دون أن ينقسم المال ذاته^(٤) .

ثانياً : مصادر الشيوع :

كل سبب يؤدي إلى كسب ملكية مفروزة يصلح أن يكون سبباً لنشوء ملكية شائعة ، ما دام أن هذا السبب يتصل بعدة أشخاص فى نفس الوقت ، بحيث يكون هؤلاء الأشخاص شركاء فى ملك معين .

فالشيوع فى حقيقة شركة^(٥) ، ولكنها شركة فى الملك ، وهى ثبوت الحق لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع .

(١) د/ إسماعيل غانم - حق الملكية - الطبعة الثانية مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٦١ م .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقى - دروس الأموال - ص ١٧٤ ط دار الكتب المصرى .

(٣) د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ٧٩٦/٨ ، د/ عبد المنعم فراج لصدة - حق الملكية ص ١٨٧ .

(٤) د/ السنهورى - الوسيط - ٧٩٦/٨ .

(٥) الشركة فى اللغة : هى خلط أحد المالكين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما . فهى الاختلاط والامتزاج . الصحاح للجوهري ١٥٩٣/٤ ط دار العلم للملايين .

وشرعاً : هى الإنز من اثنين أو أكثر فى التصرف . شرح منح الجليل على مختصر خليل ٣ / ٢٧٨ .

أو هى : ثبوت الحق لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع . الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع بهامش بجيرمى على الخطيب ٣ / ١٠٤ - ط مصطفى الحلبي .

وأسباب قيام الشيوخ - كأسباب كسب الملكية المفردة - إما اختيارية وإما قهرية :

فالاختيارية هي ما يكون لإرادة الشركاء دخل فى نشوء الشيوخ ، فتنشأ هذه الشركة بفعل المتشاركين ورضائهم بها ، وذلك كأن يشتري شخصان مالا على الشيوخ ، أو أن يوصى شخص لاثنين أو أكثر بمال على الشيوخ ، أو أن يهب لهما أو يتصدق عليهما على الشيوخ .

وأما القهرية ، فهي تلك الأسباب التى تودى إلى نشوء الشركة أو الشيوخ بغير فعل من الشركاء ولا توقف على رضا ، وذلك كأن يرث ابنان مالا مشتركا بينهما ، أو تكون وصية فى بعض صورها التى لا تحتاج إلى قبول ، كالوصية لحمل انفصل اثنين . أو أن يختلط المالان رغما عن الشركاء ، ولا يمكن تمييز نصيب كل شريك . وقد يكون سبب الشركة هو الغنيمة أو القى .

على أن أهم سبب لقيام الشيوخ ، هو الإرث ، لأنه أكثر أسباب الشيوخ وقوعاً فى الحياة العملية .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى الأسباب التى تودى إلى قيام الشيوخ ، ما دام هذا السبب متصلاً بعدة أشخاص ، ففس أسباب كسب الملكية هي نفس أسباب قيام الشيوخ .
فقد ينشأ الشيوخ بمقتضى تصرف قانونى ، وقد ينشأ بمقتضى واقعة مادية .

فالتصرف المنشئ لملكية شائعة ، وذلك كالعقود ، كأن يشتري شخصان أو أكثر مالا على الشيوخ ، أو يوصى شخص لاثنين أو أكثر بمال على الشيوخ ، أو أن يهب شخص ماله لاثنين فأكثر على الشيوخ ، إلى غير ذلك من الأسباب التى يكون للإرادة دور فيها .

أما الواقعة المادية المنشئة للملكية الشائعة ، فذلك مثل أن يرث عدة أشخاص مالا على الشيوخ ، أو يحوز شخصان حيازة مشتركة بريئة من الغموض الذى قد يشوبها عادة فى هذه الحالة ، بسبب مخالطة يد الحائز يد غيره من المشتاعين ، وذلك لطول المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم ، وقد يوجد الشيوخ بسبب زوال الشخصية المحنوية ، فتنتقل أموالها المتخلفة عنها إلى الشركاء على الشيوخ^(١) .

على أن هناك أسباباً أخرى لقيام الشيوخ كالاستيلاء والاتصاق والشفعة^(٢) .

ولكن يعتبر أكثر أسباب الشيوخ وقوعاً فى الحياة العملية هو الميراث .

ثالثاً : أسباب انقضاء الشيوخ :

لأن الشيوخ يقوم على اشتراك شخصين أو أكثر فى ملكية شئ أو أشياء معينة ، فإنه ينتضى بأى سبب يودى إلى إنهاء هذا التعدد .

(١) د/ السنهورى - الوسيط ٨/ ٨٠١ ، د/ عبد المنعم الصدة - مرجع سابق - ص ١٩٠ ، د/ عبد الفتاح

عبد الباقي - مرجع سابق - ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

(٢) د/ السنهورى - مرجع سابق ٨/ ٨٠١ .

فإما أن تؤول ملكية المال جميعه إلى شخص واحد ، وإما أن يتوزع المال على الشركاء ، فيختص كل منهم بجزء مفرز محدد من المال الشائع .

وأسباب انتهاء الشيوع إما أن تكون تصرفا قانونيا ، وإما أن تكون واقعة مادية .

فمثال التصرف القانوني الذي ينقضى به الشيوع : أن يبيع الشركاء المال الشائع كله إلى شخص من الغير فتخلص له الملكية المفترزة .

أو أن يوصى أحد المالكين للآخر بحصته الشائعة ، أو أن يهبها له . أو أن يقتسم الشركاء المال الشائع ، فيصبح كل منهم مالكا للنصيب الذي آل إليه ملكية مفترزة - وهذا هو الطريق العادي لإنهاء الشيوع - .

ومثال الواقعة المادية التي ينقضى بها الشيوع : أن يرث أحد الشركاء أنصباء الآخرين في المال الشائع بعد وفاتهم ، أو يكسب شريك ملكية شريكه في الشيء الشائع بالتقادم ، كما قد ينتهى الشيوع بهلاك المال المشترك ، أو نزع ملكيته للمنفعة العامة .

ولكن هذه الأسباب كلها عارضة ، ولا يقصد منها في الأصل إنهاء الشيوع وإن انقضى بها فعلا ، ولكن السبب الرئيسي لانقضاء الشيوع ، هو القسمة ، فهي السبب الذي يقصد به أصلا ومباشرة إنهاء حالة الشيوع^(١) .

ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون فيما سبق ، فالفقهاء المسلمون نظموا أحكام القسمة وتوسعوا في بيان أحكامها وذلك لكون القسمة هي الطريق الأصلي والمباشر لإنهاء الشيوع .

وبناء على ما سبق فإن القسمة ستكون محل دراستنا في هذا البحث ، باعتبارها الطريق الأصلي لإنهاء الشيوع .

(١) د/ محمد على عرفة - موجز في حق الملكية وأسباب كسبه - ص ١٨٠ ط مكتبة النهضة المصرية ، د/ السنهوري - الوسيط - ٨/ ٨٠٣ ، ٨٠٤ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢١٧ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ١٩١ ، د/ حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٣٩ .

الفصل الأول

فى تعريف القسمة ومشروعيتها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : فى تعريف القسمة .

المبحث الثانى : فى مشروعية القسمة ، وحكمة مشروعيتها .

المبحث الأول

فى تعريف القسمة

ونتناوله فى مطلبين :

المطلب الأول : فى تعريف القسمة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : فى تعريف لقسمة فى القانون الوضعى مع مقلارنته بالققه الإسلامى.

المطلب الأول

في تعريف القسمة في الفقه الإسلامي

للقسمة تعريف في اللغة وآخر في اصطلاح الفقهاء نبينهما فيما يلي :

أ : تعريف القسمة في اللغة :

فهى لغة : تمييز الأنصباء ، فهى النصيب وجعل الشيء أو الأشياء أجزاء أو أبعاضا متميزة ، سواء أكان ذلك لمجرد تفريق الأجزاء أو الأبعاض ، أو لمعرفة ما فى المقسوم من أمثال المقسوم عليه ، كما فى القسمة الحسابية ، أم يقصد تعيين الأنصباء تساوت أم تفاوتت .

والقسمة بكسر القاف اسم مؤنث^(١) ومعناه : التجزئة ، ويجمع على قسَم - بكسر القاف وفتح السين - والفعل : قَسَمَ بفتح القاف والسين - يَقسِمُه - بفتح ياء المضارعة وكسر السين وضم الميم - والمصدر قَسَمًا - بفتح القاف وسكون السين .

يقال هذا ينقسم قسمين ، بالفتح إذا أريد به المصدر ، وبالكسر إذا أريد به النصيب ، أو الجزء من الشيء المقسوم ، والموضع مقسم كمجلس ، مكان القسمة . وقَسَمَه : جزاه .

والقسمة ، والتبسم بالكسر ، والمقسَم كمنبر ، والمقسَم كمقعد : نصيب الإنسان من الشيء وحظه فيه ، ويجمع على أقسام . يقال قسمت الشيء بين الشركاء وأعطيت كل شريك قسمه ومقسمه وقسيمه .

قال الراغب : وحقيقته : أنه جزء من جملة تقبل التقسيم^(٢) وقاسمه الشيء مقاسمة : أخذ كل منهما قسمه .

ويقول صاحب المصباح المنير : قَسَمْتَه قسما ، من باب ضرب ، فرزته أجزاء فانقسم ، والموضع مقسم ، مثل مسجد ، والفاعل : قاسم ، وقَسَام مبالغة ، والاسم القِسَم بالكسر ، ثم أطلق على الحصة والنصيب ، فيقال هذا قسمي ، والجمع أقسام ، مثل حمل وأحمال ، واقتسموا المال بينهم ، والاسم القسمة وأطلقت على النصيب أيضا^(٣) .

والقسيم كأمير : المقاسم : وهو من يقاسم غيره شيئا أرضا أو دلا أو غيرها من سائر الأموال ، يجمع على أقسام وقسماء .

(١) فالقسمة اسم مؤنث ، وإنما قال الله تعالى : ﴿فَلَرَزَقُوهُمْ مِنْهُ﴾ بعد قوله : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ لأنها فى معنى الميراث والمال ، فذكر على ذلك . مختار الصحاح ص ٥٢ ط دار المعارف ، والآية من سورة النساء رقم (٨) .

(٢) تاج العروس للزبيدي ٢٥/٩ ط دار ليبيا للنشر والتوزيع .

(٣) المصباح المنير للفيومي : ص ١٩٢ مادة قسم طبعة الجيب - مكتبة لبنان .

والقسيم أيضا : شطر الشيء .

والقسّام : الذى يقسم بين الشركاء ، قال الشاعر لبيد :

فارضوا بما قسم المليك فإنما قسم المعيشة بيننا قسامها

والقسامة : بضم القاف وفتح السين : ما يعزله القاسم لنفسه من رأس المال ، ليكون أجراً له^(١) .

ب : تعريف القسمة فى اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية :

اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف القسمة ، كل مذهب حسب رؤيته لها .

إلا أن هذه العبارات جميعا لا تفترق كثيرا من حيث المعنى والمضمون ، فإنه يمكن التقريب بين هذه التعاريف .

وسنعرض تعريف القسمة فى كل مذهب على حدة ، ثم نعلق على تعاريف الفقهاء ، مع اختيار التعريف الأقرب لحقيقتها ، والجامع المانع لها .

أولا : تعريف القسمة عند الحنفية :

عرفها جمهور الحنفية بأنها :

"جمع نصيب شائع فى مكان معين"^(٢)

فقوله (فى مكان)متعلق بقوله (جمع)^(٣) .

وكانت القسمة جمعا للنصيب بعد تفرق ، لأنه كان قبل القسمة موزعا على جميع أجزاء المشترك - ما من جزء مهما قل إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ما له فى المجموع الكلى - ثم صار بعد القسمة منحصرا فى جزء معين ، لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء ، حتى ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان ، كما فى المهايأة الزمانية^(٤) .

(١) يراجع / تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي ٢٥/٩ ط دار ليبيا للنشر والتوزيع ، لسان العرب لابن منظور ٣٦٢٨/٥ ، ٣٦٢٩ ط دار المعارف ، القاموس المحيط ١٦٦/٤ ط مصطفى الحلبي ، المعجم الوسيط ٧٤٢/٢ ط دار المعارف ، مختار الصحاح للرازي ص ٥٣٥ ط دار المعارف ، الصحاح للجوهري ٢٠١٠/٥ ط دار العلم لملايين ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٦/٥ ط مصطفى الحلبي الطبعة الثانية ١٩٧٢ .

(٢) نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لقاضى زاده ، وهو تكملة شرح فتح القدير ٣/٨ ط المكتبة التجارية بمصر ، حاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار ٢٥٣/٦ ط مصطفى الحلبي - الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ٤٨٧/٢ ط دار إحياء التراث العربى ، حاشية الطحطاوى ١٣٢/٤ ط دار المعرفة بيروت .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٥٣/٦ .

(٤) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم - الطبعة التمهيدية من الموسوعة الفقهية للكويت - الموضوع رقم ١٢ ص ١٧ فقرة ٢ .

فهذا التعريف يشمل قسمة المهايأة - - - - - فى قسمة فى الجملة - -

وعرفها بعضهم بأنها : "تمييز الحقوق الشائعة بين المتقاسمين" (١) .

فبالقسمة تفرز الحقوق ، وتعدل الأتصباء ، بعد أن كانت مشتركة بين الشركاء .

وعرفها بعضهم بأنها " إفراد بعض الأتصباء من بعض ، ومبالاة بعضها ببعض " (٢) .

وهذا التعريف يوضح لنا تكييف القسمة من كونها إفراداً أو مبالاة .

ثانياً : تعريف القسمة عند المالكية :

عرفها جمهور المالكية بأنها :

تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ، ولو باختصاص تصرف فيه بقوعة أو تراض (٣) .

وعرفها بعضهم بأنها : تعيين نصيب كل شريك فى مشاع ، ولو باختصاص تصرف (٤) .

والتعريفان متقاربان .

فقوله "تصيير" مساو لقوله "تعيين" أى تمييز .

وقوله (مشاع من مملوك مالكين) احتراز به من تعيين المشاع فى ملك مالك ، وقوله (من مملوك) متعلق بمشاع ، وقوله "مشاع" أى عقار أو غيره ، وقوله "مالكين" ليس قيداً للإخراج فهو تعيين حسب الغالب ، وفى بعض النسخ عن ابن عرفة (صاحب التعريف الأول) زيادة قوله (فاكثر) وبه يصير التعريف جامعاً لأجزاء المعرف .

وقوله "معينا" خرج به ما إذا صيره غير معين ، وهو مفعول ثانٍ لقوله (تصيير) .

قوله "ولو باختصاص تصرف فيه" أى سواء كان التعيين بكل أو وزن ، ولو كان تعيين كل شريك يختص بالتصرف فى المشاع المعين ، مع كون المشاع باقٍ بينهم ، فتدخل بذلك قسمة المهايأة (٥) .

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام لمحمد بن قراموزا الشهير بمنلاخسروا ٤٣٠/٢ .

(٢) السعيدات فى فقه أبى حنيفة لمحمد سعيد عبد الغفار ص ٢٤٧ ط المطبعة الحسينية المصرية سنة ١٣٢٧هـ .

(٣) القواكة الدوائى شرح رسالة أبى زيد القيروانى للنفاوى ٢ / ٣٢٦ ط مصطفى الحلبى - الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م ، مواهب الجليل للخطاب شرح مختصر خليل ٥ / ٣٣٤ ط دار الفكر ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤ / ٣٩٩ ط المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦هـ .

(٤) الشرح الصغير على أقرب المسالك للدريز ٥ / ١٥٢ . ط عيسى الحلبى .

(٥) شرح الخرشي ٤ / ٣٩٩ ، ٤٠٠ .

قوله "بقرة أو تراض" أى سواء كان ذلك بطريق القرعة أو التراض ، وليس المراد أن
قسمة القرعة أو المراضاة قسيم قسمة المنافع بل قسيم قسمة المنافع هو قسمة الذوات ، أما
القرعة والمراضاة فتكونان فى كل منهما^(١) .

وتعريف المالكية يتلاقى فى مضمونه مع تعريف الحنفية للقسمة ، لأن معناه : أن القسمة
هى : تعيين نصيب كل شريك من الشركاء فى المال المشاع بينهم ، وهو بعينه جمع نصيب
شائع فى مكان معين .

غاية الأمر أن تعريف المالكية اشتمل على بيان أنواع القسمة وطريقتها ، فنص على أن
القسمة تكون فى العين ، وتكون فى المنفعة بالاختصاص فى التصرف فيما يعين لكل شريك
مع بقاء الشركة فى الذات ، كما نص على أن القسمة تكون قرعة أو ترضيا .
وهذا فى الواقع تزيد فى تصور المعرف ، لأن التعريف لم يوضع للتفصيلات ، وإنما
وضع لبيان الحقيقة فقط^(٢) .

ثالثا : تعريف القسمة عند الشافعية :

عرف الشافعية القسمة بقولهم :

”هى تمييز الحصص بعضها من بعض“^(٣) .

وهو مساو تماما لقولهم فى تعريفها أيضا بأنها :

”تمييز بعض الأنصاء من بعض“^(٤) .

فالحصة هى النصيب . وبعض الشافعية يزيدون على ذلك بقولهم : ”بالطريق الآتى“^(٥) .

أى سواء كان بمقاييس أو بمراضاة أو غير ذلك ، ففى العبارة إطلاق يجعل التعريف
جامعا مانعا .

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقاتى ٦ / ٣٠٦ ط المطبعة الأميرية ببولاق - الأولى سنة ١٣٠٦ هـ .

(٢) قسمة الأملاك المشتركة للدكتور أحمد فراج حسين - مجلة كلية الحقوق بالأسكندرية العددان الأول
والثانى - السنة التاسعة عشر سنة ١٩٧٧ ص ٥٥ .

(٣) نهاية المحتاج للزملى ٨ / ٢٨٣ ط مصطفى الحلبى ، أسنى المطالب شرح روض الطالب للشيخ زكريا
الأصملى ٤ / ٣٢٩ ط المطبعة الميمنية بمصر ، الغرر البهية شرح متن البهجة الوردية للشيخ زكريا
الأصملى ٥ / ٢٥٨ ط المطبعة الميمنية بمصر ، حاشية الحاج إبراهيم على الأكلوال للأردبيلى ٢ / ٥٠٣
مطبعة الجمالية بمصر .

(٤) مغنى المحتاج للشريربى الخطيب ٤ / ١٨ ط مصطفى الحلبى ، حاشية البيجورى على ابن القاسم
٢ / ٣٥١ ط مصطفى الحلبى .

(٥) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥١ .

فهذا التعريف لا يدخل فيه المشترك ، إذا جزء مثلا على التفاوت ، ثم ورع بطريق المقامرة بين الشركاء ، فلم يكن ذلك من القسمة الشرعية في شيء^(١) .

وهذا التعريف يتفق مع التعريف الحنفى فى معناه ، لأن معناه تمييز حق كل واحد وتخليصه من الشيوع وذلك بجعله معينا ، وهو نفس معنى تعريف الحنفية^(٢) .

رابعاً : تعريف القسمة عند الحنابلة :

عرف الحنابلة القسمة بأنها :

« تمييز بعض الأنصبة عن بعض ، وإفرازها عنها »^(٣) .

وتعريف الحنابلة لا يخرج عن تعريف الشافعية فى شقّه الأول ، وتزاد عبارة " وإفرازها عنها " التى تلحق فصل الأنصبة بعد تمييزها ، ليستقل كل شريك بحصته (وهو مقتضى القسمة) .

خامساً : تعريف القسمة عند الإباضية :

والقسمة عندهم هى : تمييز بعض الأنصبة عن بعض^(٤) .

وهذا التعريف يشمل قسمة الرقاب وقسمة المنافع ، لأن الأنصبة تتميز فيها كما تتميز فى الرقاب وتختص بمدة من الزمان بخلاف قسمة الرقاب فإنها للأبد .

وهذا التعريف يطابق تعريف الشافعية التالى .

سادساً : تعريف القسمة عند الشيعة الزيدية :

فعرّفها بعضهم بأنها :

"إفراز الحقوق فى المثليات ، وتعديل الأنصبة فى القيميات"^(٥) .

وهذا التعريف يبرز الوسيلة التى تتم بها القسمة بما يناسب العين الشائعة ، فإن كانت العين الشائعة من قبيل المثليات ، فوسيلة تمييز الحصص يكون بالإفراز .

(١) القسمة للدكتور / إبراهيم عبد الحميد - موسوعة الكويت - الطبعة التمهيدية - ص ١٩ .

(٢) قسمة الأملك للدكتور / أحمد فراج حسين - مرجع سابق - ص ٥٥ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢ / ٥٠٨ ط عالم الكتب - بيروت ، الإقناع للحجاوى المقدسى ٤ / ٤١١ ط دار المعرفة بيروت ، المبدع شرح المقنع لابن مفلح ١٠ / ١١٩ ط المكتب الإسلامى ، كشاف القناع للبهوتى ٦ / ٣٧٠ ط مكتبة النصر الحديثة .

(٤) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لابن طفيل ١٠ / ٤٧٩ ط دار الفتح بيروت ، حاشية لى سنة على الإيضاح للشماخى ٧ / ٧٥ ط مطابع سجل العرب سنة ١٤٠٣هـ - سلطنة عمان .

(٥) شرح الأثرار لابن مقفع ٣ / ٣٨١ ط دار إحياء التراث العربى - بيروت ، عيون الأثرار لابن المرتضى ص ٢٣٦ هامش ١ من تعليق الشيخ / للصالح موسى ط دار الكتاب اللبنانى .

أما إن كانت العين الشائعة من قبيل القيميات ، فوسيلة تمييز الحصص تكون بتميز الأنصبا وتكوينها .

وعرفها بعضهم بأنها : "إيصال كل شريك بنصيبه من الملك وما يتبعه"^(١) .

وهذا التعريف وإن كان بالأثر المترتب على القسمة - إلا أنه لا يفترق عن سابقه ، إذ إنه لا يتم إيصال الحقوق إلا بعد إفرازها وتعديلها ويبلغ الحصص وما يخص كل شريك .

ومع ذلك فتعريف الزيدية يتلاقى من حيث المعنى مع تعاريف سائر الفقهاء .

سابعا : تعريف القسمة عند الشيعة الإمامية :

عرفها بعضهم بأنها : تمييز الحق عن غيره"^(٢) .

وعرفها بعضهم بأنها : تمييز أحد النصيبين عن الآخر"^(٣) .

ومضمون التعريفين واحد ، فالنصيب هو الحق ، فالقسمة تمييز حق أحد الشريكين عن حق الآخر والمتمثل في نصيبه .

ويتفق تعريف الإمامية مع تعريف الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية للقسمة .

التعليق على تعاريف الفقهاء مع اختيار التعريف الأقرب لحقيقتها :-

بالنظر إلى تعاريف الفقهاء للقسمة نجد أنهم متفقون على أنها إفراز أو جمع أو تمييز بعض الأنصبا ، كما أنهم متفقون على أن محلها هو المال الشائع .

إلا أن الناظر لعبارة الحنفية - جمع نصيب شائع في مكان معين - يجد أنها لا تشمل بظاهرها على قسمة المهايأة ، إذ إن تقييد الجمع بكونه في مكان معين ، يشعر بتجاهل قسمة المهايأة ، والتي قد لا يكون الجمع فيها إلا باعتبار الزمان .

وقد سبق بيان كيفية دخول قسمة المهايأة الزمانية في تعريف الحنفية عند شرحي لتعريفهم .

وتعريف المالكية أيضا قد لا يتناول بظاهره تعيين نصيب شريك واحد من عدة شركاء ، مع بقاء الآخرين على شركتهم كما كانوا ، رغم أن هذه الصورة من القسمة جائزة .

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأكرار للإمام الشوكاني ٣ / ٢٦٦ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) شرائع الإسلام للحلي ٢ / ١٣٢ تحقيق عبد الحسين محمد علي ط مطبعة الأدب في النجف الأشرف سنة

١٩٦٩م ، جواهر الكلام للشيخ محمد حسن النجفي ٢٦ / ٣٠٩ ط دار إحياء التراث العربي - بيروت .

(٣) فقه الإمام جعفر لمحمد جواد مغنية ٤ / ١١٥ ط دار الضياء الجديدة - بيروت .

ولكن الناظر لتعريف الشافعية والحنابلة يجد أن تعريفهما مطلق وشامل لكل أنواع
المعرف ، مانع لكل مالا تحتله القسمة ، ولذا يعد تعريفهم أوضح تعريف للقسمة فى تقديرى.
وتعاريف بقية المذاهب لا تبعد عن تعريف الشافعية والحنابلة . ومع ذلك فإنه من
الممكن أن نستخلص من تعاريف الفقهاء تعريفا يجمع ويوضح حقيقة القسمة فنقول بأنها :

"إنهاء لحالة الشيوع بتمييز الأنسباء من بعضها ، وإفرازها عنما "

وأقصد بإنهاء حالة الشيوع : أى سواء كان إنهاء الشيوع فى الاستعمال فقط ، أو فى
الملكية بعناصرها مطلقا ، فيشتمل على قسمة الأعيان ، والمهابة .

المطلب الثاني

تعريف القسمة في القانون المدني

نعرف القسمة في القانون المدني ، ثم نقارن بين تعريف كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني .

أولاً : تعريف القسمة في القانون المدني :

لم يتعرض القانون المدني المصري لتعريف المصطلحات إلا نادراً ، على اعتبار أن التعريف من عمل الشراح لا من عمل النصوص القانونية .

والمرشح الوضعي في القانون المدني المصري لم يتعرض - كعادته - لتعريف القسمة، وإن كان هناك بعض التشريعات العربية التي أوردت تعريفاً للقسمة .

تعريف القسمة : -

فالقانون المدني الأردني قد عرف القسمة في المادة ١٠٣٨ منه بأنها : - إفراز وتعيين الحصة الشائعة (١) .

وواضح أنه متأثر بفقه الشريعة الإسلامية .

وبنفس التعريف عرفت المادة ١١٦٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (٢) .

وعرفت المادة ١٠٨٧ من القانون المدني اليمني بأنها : - " مقدار ما لكل شريك في المال ، وإفرازه بعد موازنة السهام في المثليات وتعديلها في القيميات " (٣)

وإذا كان القانون المدني المصري لم يتعرض لتعريف القسمة ، فإن فقهاء القانون المدني المصري وشراحه لم يألوا جهداً في إبراز تعريف جامع مانع لها وإن كان بعضهم قد عمد إلى مجرد إعطاء فكرة عن القسمة بدلا من تعريفها تعريفاً مركزاً ، ومن ذلك قولهم :

القسمة بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال . وهي بهذا المعنى يقال لها القسمة النهائية ، وهو المعنى المقصود من لفظ القسمة إذا أطلق ، فهي قسمة ترد على الملكية ، وبها ينتهي المنيوع (٤) .

(١) د / محمد وحيد الدين سوار - حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني - ص ١٣٥ .

(٢) قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ م لدولة الإمارات العربية المتحدة - الجريدة الرسمية للدولة ص ٢٤٠ .

(٣) القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ م .

(٤) د / عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٢٧ .

والقصة التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوع هي القصة التي تهدف في صورتها العادية إلى توزيع المال المتبع بين الشركاء ، واختصاص كل منهم حسب الإمكان بجزء مفرز من الشيء المشترك على الشيوع يوازي حصته ، وثبت له عليه ملكية مفرزة بدلا من ملكيته المشتركة (١).

والقصة وسيلة لعدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع (٢)، فتتيح للشريك الخروج من الشيوع إلى الملكية الفردية ، وتعليه حصة مفرزة عتقة ، يستثمرها ، ويستأجرها ويصرف فيها بحرية بوصفه مالكا مستقلا عن شركائه (٣).

ما سبق كان تليقا لبعض أحكام القانون ، حيث كانوا يطولون إلى إعطاء فكرة عن القصة قبل التحول إلى أحكامها .

ولكن كان هناك من أحكام القانون من وضعوا تعريفا مختصرا للقصة بين ما هيئتها في الميتر :-

فعرقتها البعض بأنها :- " إخراج الشركاء من حالة الشيوع بإعطاء كل منهم نصيبا معيناً من المال يختص به دون غيره " (٤).

وعرقتها البعض بأنها :- " إعطاء كل شريك في الشيوع قدرا يعادل نصيبه في المال المشترك " (٥).

وعرقتها البعض بأنها :- " إعطاء كل شريك نصيباً مفرزاً " (٦).

وعرقتها البعض بأنها :- " عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خالص يستقل به دون باقي الشركاء " (٧).

وهنا تعريف للقصة بمعناها الواسع .

(١) د // جليل الشوقري - الحقوق العينية المالية - حق الملكية - ص ١٦٨ .

(٢) د // عبد الرزاق الشويري - الوسيط - ٨٠ / ٨٨ .

(٣) د // زكريا يحيى - شرح للفتاوى الملكية النظرية في لبنان ١ / ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، د / محمد وحيد الدين سولار - مرجع سابق - ص ١٢٥ .

(٤) د // عبد الفتاح عبد الباقي - فروع الأحوال - ص ٢١٨ .

(٥) د // توفيق حنق فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٤٨ ، د / السيد محمد عمران - الملكية في الفتاوى المصرية - ص ١٨٢ ، الملكية والأحوال - ص ١٢٦ .

(٦) د // عبد المنصور المنذر - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٢٢ .

(٧) د // محمد كلال مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢ / ١٩٧ ، الملكية والحقوق العينية - ص ٢٠٥ ، د / شاهر منصور حور - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - ص ٤٢٠ .

كما عرفها البعض بأنها : - " هى إجراء يختص بموجبه كل شريك فى المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة فى هذا المال " (١).

والتعاريف السابقة جميعها وإن اختلفت لفظاً ، إلا أنها تتلاقى من حيث المعنى ، فمضمونها واحد ، وهو إنهاء الشيوع ، وإعطاء كل شريك حقه فى المال الشائع مفرزاً ، يستقل به ، ويتسلط عليه تسلط الملاك .

هذا وقد عرفتھا محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها بقولها : -

"قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكية دون باقى الشركاء" (٢) .

ثانياً : المقارنة بين تعريف القسمة فى الفقه الإسلامى ، وتعريفها فى القانون المدنى : -

انتهينا من دراسة تعاريف القسمة فى الفقه الإسلامى إلى أن مضمونها يتلخص فى " إنهاء لحالة الشيوع بتمييز الأنصبا من بعضها ، وإفرازها عنها " .

وعرفنا أن القانون المدنى المصرى لم يتعرض فى مواده لتعريف القسمة ، تاركاً ذلك لشرح القانون ، خلافاً لما عليه بعض تشريعات الدول العربية ، التى عمدت إلى تعريف القسمة كالقانون المدنى الأردنى ، واليمنى ، والإماراتى .

أما فقهاء القانون والذين تعرضوا لتعريف القسمة ، فهم وإن اختلفت عباراتهم إلا أنهم يتفقون من حيث المضمون مع تعريف الفقه الإسلامى فى القسمة ، فواضح أن فقهاء القانون متأثرين تماماً بمضمون ما انتهى إليه الفقه الإسلامى فى مجموعه من أن القسمة تعيين للحصص الشائعة بإفرازها ، وإعطاء كل شريك حصته ليستقل بها ، ويتصرف فيها تصرف المالك منفرداً عن غيره من الشركاء .

(١) المستشار : محمد عزمى البكرى - قسمة المال الشائع - ص ١١ ، ١٢ .

(٢) نص مدنى بتاريخ ٧ / ٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ قضائية مجموعة أحكام النقض - المكتب الفنى - ص ٢٢٥ .

المبحث الثاني

مشروعية القسمة وحكمة مشروعيتهما

أولاً : مشروعية القسمة : -

القسمة مشروعة وثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أ - أما الكتاب : - ففي كثير من الآيات منها : -

(١) قوله تعالى : -

﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (١).

وجه الدلالة : -

أن الله سبحانه وتعالى شرع لأولى القربى من غير الورثة ، وكذا اليتامى والمساكين إذا حضروا قسمة التركة بين الورثة ، أن يرزقوا منها ، فيجعل لهم المتقاسمون شيئاً منها .

لأن الضمير في قوله تعالى ﴿فارزقوهم منه﴾ راجع إلى المال المتقسم المدلول عليه بالقسمة ، فدل ذلك على مشروعية القسمة وجوازها (٢) .

ويقول ابن حزم في هذه الآية : - إن في هذه الآية عموماً في كل قسمه ، وليس لأحد أن يخصها بميراث برأيه (٣) .

وهذه الآية محكمة وليست منسوخة ، خلافاً لمن ذهب من العلماء إلى أنها منسوخة (٤) بقوله تعالى : - ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي أُولَئِكُمْ﴾ (٥) .

(١) الآية ٨ من سورة النساء .

(٢) تفسير القرطبي ٣ / ١٦١٨ ط دار الريان للتراث ، أحكام القرآن للجصاص ٢ ، ٣٦٩ ط مكتبة عبد الرحمن محمد ، تفسير القرآن لباب التأويل في معاني التنزيل للخازن ١ / ٤٠٤ ط المكتبة التجارية الكبرى .

(٣) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٢ ط مكتبة الجمهورية العربية ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م .

(٤) النسخ في اللغة : يطلق على الإزالة ، نسخت الريح أثر القوم أي لزلته ، كما يطلق على النقل والتحويل . واصطلاحاً : هو بيان انتهاء حكم شرعى ، بطريق شرعى متراخ عنه .

الصاحح للجوهري ١ / ٤٣٣ ، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للأسنوى ٢ / ٥٤٨ ط المطبعة السلفية (٥) من الآية ١١ من سورة النساء .

هذا وقد اختلف العلماء في الآية الكريمة ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى﴾ هل هي محكمة أم منسوخة على قولين : -

الأول : أنها محكمة وليست منسوخة .

وبذلك قال ابن عباس وجماعة من التابعين منهم عروة بن الزبير وغيره ، وأمر به أبى موسى الأشعري ، -

(٢) قوله تعالى : -

﴿وَعَلَّمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ
وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ (١).

ووجه الدلالة : -

أن الله تعالى بين بعض أنصباء الغنيمة ، ولا يميز ذلك ، ولا يعرف نصيب كل إلا
بالقسمة ، فدل ذلك على مشروعيتهما ، حيث لا يعلم هذا الخمس عن الأربعة أخماس المستحقة
للغانمين إلا بالقسمة .

(٣) قوله تعالى : -

﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ
وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ (٢).

رويه قال الحسن وابن سيرين ، والنخعي والزهري ، ومجاهد وغيرهم .

والثاني : أنها منسوخة بقوله تعالى : - ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾

وبذلك قال سعيد بن المسيب والضحاك ، وكذا بن عباس في أضعف الروايتين عنه .

والقول الأول القائل بأنها محكمة هو القول الراجح عند العلماء ، لأن الأكابر المذكورين في الآية هم
القرابة غير الولدتين ، وليسوا هم من جملة الورثة ، حتى يقال : إنها منسوخة .

وقد أخرج البخاري وغيره عن ابن عباس في قوله تعالى : - ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ﴾ قال :
هي محكمة وليست بمنسوخة .

صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ٨ / ٩٠ ط دار الريان للتراث .

ولأنه أثر عن بعض الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلون ذلك ويأمرون به ، قال عبد الرزاق : أخبرنا ابن
جريج أن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قسم ميراث أبيه عبد الرحمن
وعائشة حية ، فلم يدع مسكنا ولا ذا قرابة إلا أعطاه من ميراث أبيه وتلا هذه الآية ﴿وَإِذَا حَضَرَ

القسمة...﴾ .

تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١ / ٤٥٥ ط دار المعرفة .

ويراجع أيضا / تفسير القرطبي ٣ / ١٦١٩ ط دار الريان للتراث ، فتح القدير للشوكاني ١ / ٤٢٨ ، ٤٢٩

ط دار الفكر ، أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٣٦٩ ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٤ ، تفسير الطبري ٤ /

١٧٧ ط المطبعة الأميرية ببولاق ، أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٣٢٩ . ط عيسى الطبري ، روح

المعاني للأوسى ٤ / ١٩٠ ط إدارة الطباعة المنيرية .

هذا والأمر في الآية للندب لا للوجوب ، لأنه لو كان فرضا لكان استحقاقا في التركة ومشاركة في

الميراث لأحد الجهتين معلوم وللآخر مجهول ، وذلك مناقض للحكمة وسبب للتنازع والتقاطع .

تفسير القرطبي ٣ / ١٦١٩ .

(١) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

(٢) الآية ٦ من سورة النساء .

أن هذه الآية ورد فيها كلمة النصيب وهو الحظ والسهم ، وأصله من النصيب بمعنى الإقامة ، لأن كل سهم عند القسمة ينصب على جزء معين لا يختلط بغيره ^(١).

ولا يتميز نصيب كل عن غيره إلا بالقسمة ، فدل ذلك على مشروعيتها .

(٤) قوله تعالى : - ﴿وَتَكُنْ لَهُمُ الْآيَةُ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾ ^(٢).

وقوله تعالى ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ لِهَذَا شَرِبَ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ ^(٣) .

ووجه الدلالة من الآيتين : -

فقد دل النص الكريم على جواز القسمة ومشروعيتها ، لأن الله سمى المهايأة على الماء - وهي قسمة المنافع - قسمة ^(٤).

وإذا كانت الآيتان شرعا لمن قبلنا ، وإخبارا عما حدث بين نبي الله صالح - عليه السلام - وبين قومه من قسمة الماء بينهم وبين ناقته ، ولختصاص كل منهم بالشرب في وقت معين ، ورغم ذلك فهي من شرع نبينا عليه الصلاة والسلام مادام لم يثبت نسخها ، بناء على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين من أن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد في شرعنا ما ينسخه ^(٥).

وهنا قد ورد في شرعنا ما يؤيده - كما سبق - فتكون شرعا لنا .

(٥) قوله تعالى : -

﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِّلْمَسْكِينِ وَالْمَحْرُومِ﴾ ^(٦) .

ووجه الدلالة : -

أن الله تعالى بين أن المساكين والمحرومين نصيب في أموال الناس ، وهذا النصيب لا يمكن معرفته وإعطائه لمستحقه إلا بعد فرز القسمة فدل ذلك على مشروعيتها .

(٦) قوله تعالى : -

﴿وَإِذَا اسْتَسْقَىٰ مُوسَىٰ لِقَوْمِهِ فَقُلْنَا اضْرِبْ بِعَصَاكَ الْحَجَرَ فَانْفَجَرَتْ مِنْهُ اثْنَتَا عَشْرَةَ عَيْنًا قَدْ عَلِمَ كُلُّ أُنَاسٍ مَّشْرِبَهُمْ﴾ ^(٧) .

(١) الميزان في تفسير القرآن للطباطبائي ٤ / ١٩٩ ط منشورات مؤسسة الأعلمى للمطبوعات - بيروت .

(٢) الآية ٢٨ من سورة القمر .

(٣) الآية ١٥٥ من سورة الشعراء .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٥ / ٢٩٨ .

(٥) تيسير التحرير ٣ / ١٣١ ط مصطفى الحلبي ، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي ص ٨٢

المطبعة السلفية ، أحكام القرآن للجصاص ٥ / ٢٩٨ .

(٦) الآيتان ٢٤ ، ٢٥ من سورة المعارج .

(٧) من الآية ٦٠ من سورة البقرة .

وجه الدلالة : -

أن قوم موسى فرقههم الله اثنتي عشرة قبيلة ، وعندما استسقى لهم موسى عليه السلام تفجر الماء اثنتا عشرة عينا ، بعدد الجماعات ، فتعين لكل جماعة مشربا مخصصا لهم . وهذا مثل للقسمة ونتيجتها ، مما يدل على جوازها ومشروعيتها .

ب : وأما السنة : -

فقد ثبتت مشروعية القسمة بقول رسول الله - ﷺ - وفعله وتقريره : -

أولا : فمن السنة القولية : -

(١) ماروى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال : " إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها " (١).

وفى معناه حديث جابر ابن عبد الله - رضى الله عنه - : قضى رسول الله - ﷺ - بالشفعة فى كل مال يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢).

وجه الدلالة : -

فقد دل الحديثان على مشروعية القسمة ، لأنهما أفادا أن المال يكون شركة بين اثنين فأكثر ، وإذا أراد أحدهما بيع حصته فإنه يثبت للأخر حق الشفعة فيها ، ولا يسقط هذا الحق إلا بعد القسمة والتي تؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك على حدة ، ومن المعلوم أنه لا يسقط حق من الحقوق إلا بأمر مشروع .

(٢) ماروى عن أبي أمامه الباهلى أن رسول الله - ﷺ - قال : " إن الله - تعالى - قد أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث " (٣).

(١) الحديث رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه ، وقال الشوكاني : حديث أبي هريرة رجال إسناده ثقات . يراجع سنن أبي داود ٣ / ٢٨٦ باب فى الشفعة رقم (٣٥١٥) ط المكتبة العصرية - بيروت ، سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٤ باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢٤٩٧) ط المكتبة العلمية - بيروت ، نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٣٣١ ط دار الحديث .

(٢) الحديث منقول عليه واللفظ للبخارى .

صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٤ / ٤٧٦ باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعا غير مقسوم (٢٢١٤) ، ٤ / ٥٠٩ ط الشفعة ، باب الشفعة فيما لم يقسم رقم (٢٢٥٧) ، ١٢ / ٣٦١ ط الحيل - باب فى الهبة والشفعة - (٦٩٧٦) ط دار الريان ، صحيح مسلم بشرح النووي ١١ / ٥٤ باب الشفعة رقم (١٦٠٨) ط مكتبة الدعوة ، الإحسان فى تقريب صحيح ابن حبان ١١ / ٥٩٢ رقم (٥١٨٧) ط مؤسسة الرسالة .

(٣) الحديث أخرجه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والترمذى ، وابن ماجه من حديث أبي أمامة ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وقال ابن حجر : وهو حسن الإسناد .

مسند الإمام أحمد ٥ / ٢٦٧ ط المكتب الإسلامى ، سنن أبى داود ٣ / ١٤١ باب ما جاء فى الوصية (٢٨٧٠) ، سنن الترمذى ٤ / ٤٣٣ باب ملجاء لوصية لوارث (٢١٢٠) ط دار الحديث ، سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٥ باب لا وصية لوارث (٢٧١٣) ط المكتبة العلمية ، تلخيص الحبير لابن حجر ٣ / ٩٢ ط دار المعرفة .

وجه الدلالة :-

أن رسول الله - ﷺ - قد بين أن الله - تعالى - حدد نصيب كل فرد في الميراث على حده ، ولا يتفرد كل صاحب حق بحقه إلا بالقسمة ، فدل ذلك على مشروعيتها ، إذ إنه يكون مأموراً بها إذا طلبها ذو حق ، والأمر للوجوب ، فهذه مشروعية وزيادة .

(٣) ما أخرجه الإمام مالك في موطأه عن ثور بن زيد الديلمي أنه قال : بلغني أن رسول الله - ﷺ - 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) .

وجه الدلالة :-

فقد دل الحديث الشريف على ضرورة القسمة بين الشركاء ، وإذا كانت القسمة طريقاً متبعاً للإقرار قبل الإسلام ، فهي أيضاً كذلك بعد مجئ الإسلام ، ولكن على ماقرره الإسلام من أحكام ، فدل ذلك على مشروعيتها ، وجوازها ، وإلا لأتكرها رسول الله - ﷺ - ، ولم يفعل .

(٤) ما رواه البيهقي في سننه وأخرجه الإمام مالك في موطأه عن مالك بن عبد الرحمن بن سعيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - ﷺ - حين صدر من حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس ، حتى دنت به ناقته من شجرة فتشبكت بردائه حتى نزعته عن ظهره ، فقال رسول الله - ﷺ - : " ردوا على رداي ، أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم ، والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر ^(٢) تهامة نعماً لقسمتها بينكم ، ثم لا تجدوني بخيلاً ولا جباناً ولا كذاباً ^(٣) " .

(١) الحديث رواه الإمام مالك في موطئه عن ثور بن زيد الديلمي ، وهو حديث منقطع ، وقال ابن عبد البر : تفرد بوضلة إبراهيم بن طهمان وهو ثقة - عن مالك ثور عن بن زيد ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، وقد رواه الإمام البيهقي بهذا اللفظ موصولاً .

كما أخرجه أبو داود وابن ماجه بمعناه من حديث ابن عباس . يراجع / موطأ الإمام مالك ٢ / ٧٤٦ باب القضاء في قسم الأموال رقم ٣٥ ط دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، السنن الكبرى للبيهقي ٩ / ١٢٢ ط دار الفكر ، سنن أبي داود ٣ / ١٢٦ باب فمن أسلم على ميراث (٢٩١٤) ، سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٠ باب قسمة الماء رقم (٢٤٨٥) . الاستبصار لابن عبد البر ٢٢ / ٢٣٦ ط دار قتيبة للطبع والنشر والتوزيع .

(٢) سمر تهامة : جمع سمره والقراد به شجر الطلح ، وهي شجرة طويلة ، متفرقة الرأس ، قليلة الظل ، صغيرة الورق والشوك ، صلبة الخشب ، المصباح المنير ص ١٠٩ .

(٣) الحديث أخرجه الإمام مالك والبيهقي .

موطأ الإمام مالك ٢ / ٤٥٨ باب ملجاء في الظول رقم (٢٢) ، السنن الكبرى للبيهقي ٧ / ١٧ ، ٩ / ١٠٢ ط دار الفكر .

أن رسول الله - ﷺ - أخبر الناس عقب غزوة حنين أنه سيقسم بينهم الفى ، فذل ذلك على أن القسمة طريق مشروع لفرز الحصص والأسهم ، وإلا ما فعله رسول الله - ﷺ -

ثانيا : - ومن السنة الفعلية : -

فقد ثبت أنه - ﷺ - كان يقسم الغنائم بين المسلمين ، كما كان يقسم الموارث والزكوات بين مستحقها ، ولا يخلو قسمه بين زوجاته فى المبيت من التتيه على قسمة سائر الحقوق ، حتى المالية منها . والدليل على ما سبق : -

(١) ماروى عن جابر بن عبد الله وابن مسعود وغيرهما : - " أنه - ﷺ - كان يقسم الغنائم بين المسلمين " متفق عليه (١) .

(٢) ماروى فى الصحيح عن أنس : - قسم النبي - ﷺ - غنائم حنين .. إلى آخر الحديث الطويل فى قصة عتب الأتصار (٢) .

(٣) ما رواه أبو داود من حديث سهل بن أبى حنثة : - " قسم رسول الله - ﷺ - خير نصفين : نصفاً لنوائبه وحاجاته ، ونصفاً بين المسلمين ، قسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً (٣) .

(٤) مارواه البخارى عن هزيل بن شرحبيل قال : سئل أبو موسى عن ابنة ، وابنة ابن ، وأخت ، فقال : للبنت النصف ، وللأخت النصف ، وأنت ابن مسعود ، فسيتابعنى ، فسئل ابن

(١) تلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ٢ / ١٩٧ ، فتح البارى شرح صحيح البخارى ٧ / ٣٢٤ ك المغازى ، صحيح مسلم ٢ / ٧٣٨ ك الزكاة ، ٣ / ١٤٠٢ ك الجهاد .

(٢) الحديث رواه الإمام أحمد والبخارى ، والحديث كما فى مسند أحمد عن أنس قال : " قسم رسول الله - ﷺ - غنائم حنين ، فأعطى الأكرع بن حابس مائة من الإبل ، وعيينة بن حصن مائة من الإبل ، وذكر نفا من الأتصار ، فقالوا : - يارسول الله ، تعطى غنائمنا قوما تقطر سيوفنا من دماهم ، أو تقطر دماهم فى سيوفنا ، قبله ذلك ، فجمع الأتصار ، فقال : " هل فيكم غيركم ؟ " ، فقالوا : لا ، غير ابن اختنا ، قال : " ابن اخت القوم منهم " ثم قال " يامعشر الأتصار ، أما ترغبون أن يذهب الناس بالنديا ، أو بالشاء والإبل ، وتذهبون بمحمد إلى دياركم ؟ قالوا بلى يا رسول الله فقال : " والذى نفس محمد بيده لو أخذ الناس واديا ، وأخذ الأتصار شعبا ، لأخذت شعب الأتصار ، الأتصار كرشى وعيتى ، ولولا الهجرة لكنت امرأاً من الأتصار " .

يراجع / مسند الإمام أحمد ٣ / ١٨٨ ، ٢٠١ ، ٢٤٦ ط المكتب الإسلامى ، فتح البارى شرح صحيح البخارى ٧ / ١٣٧ - وذكر الواقعة يوم فتح مكة - ك مناقب الأتصار (٣٧٧٨) ، الإصان فى تقريب صحيح بن حبان ١٦ / ٢٥٧ رقم (٧٢٦٨) ط مؤسسة الرسالة ، شرح السنة للبغوى ٧ / ٢٤٥ رقم (٣٨٧١) .

(٣) الحديث رواه أبو داود والبيهقى ، وقال صاحب التتقيح ، إسناده حسن .

سنن أبى داود ٣ / ١٥٩ بلب ماجاه فى حكم أرض خير (٣٠١٠) ، السنن الكبرى للبيهقى ٦ / ٣١٧ باب قسمة ما حصل من الغنمة ، الدراية فى تخرج أحاديث الهداية لابن حجر ٢ / ١١٩ ط مطبعة التجارة الجديدة .

مسعود ، وأخبر بقول أبي موسى ، فقال : لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ، أفضى فيها بما قضى النبي - ﷺ - للابنة النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ، ومابقى فلأخت ، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود ، فقال : لاسألونى مادام هذا الخبر فيكم (١) .

(٥) مارواه أبو داود من حديث الصدائى : - " أن رجلا سأل النبي - ﷺ - أن يعطيه من الصدقة ، فقال له رسول الله - ﷺ - إن الله لم يرز بحكم نبي ولا غيره فى الصدقات . حتى حكم فيها هو ، فجزأها ثمانية أجزاء ، فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك " (٢) .

(٦) ماروى عن عائشة - رضى الله عنها - قالت : - " كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل فيقول : اللهم هذه قسمتى فيما أملك ، فلا تمنى فيما تملك ولا أملك " (٣) .

ووجه الدلالة من الأحاديث السابقة : -

أنه قد دلت مباشرته - ﷺ - لقسمة الغنائم بين أصحابه ، وكذلك مباشرته لقسمة الموارث والزكوات بين مستحقيها ، وكذلك قوله " اللهم هذه قسمتى فيما أملك " فقد دل كل ذلك على مشروعية القسمة فى سائر الحقوق المالى منها وغير المالى .

يقول ابن حزم : إن قوله - ﷺ - " اللهم هذا قسمى " عام لكل قسمة ، وليس لأحد أن يخصه برأيه بين زوجاته رضى الله عنهن - (٤) . وأيضاً فإن أدنى درجات فعله - ﷺ - هو الشرعية (٥) .

(١) الحديث رواه البخارى .

صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ١٢ / ١٨ باب ميراث ابنة ابن مع ابنة - رقم (٦٧٣٦) ، الدراية فى تخريج أحاديث الهداية ٢ / ٢٠٤ .

(٢) الحديث رواه أبو داود والبيهقى وصاحب كنز العمال ، والدارقطنى والطبرائى فى الكبير . وقال الشوكاتى : الحديث فى إسناده زياد بن أنعم الإفرقى وقد تكلم فيه غير واحد ، وقال المناوى فى فيض القدير : ضعيف ، وقال الإمام السيوطى الحديث ضعيف .

نيل الأوطار للشوكاتى ٤ / ١٧١ يراجع / سنن أبى داود ٢ / ١١٧ رقم (١٦٣٠) ، السنن الكبرى للبيهقى ٤ / ١٧٤ ، ٦ / ٧ ، المعجم الكبير للطبرائى ٥ / ٣٠٣ ، سنن الدارقطنى ٢ / ١٢٧ ، كنز العمال بهامش مسند الإمام أحمد ٣ / ٢ ط المكتب الإسلامى ، فيض القدير للمناوى مع الجامع للصغير للسيوطى ٢ / ٢٥٣ رقم (١٧٧٥) ط دار المعرفة - بيروت .

(٣) الحديث أخرجه أحمد والترمذى وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم عن عائشة . وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبى ، ورواه الترمذى من طريق آخر مرسلًا وقال : بأن المرسل أصح من هذا الحديث .

يراجع / مسند الإمام أحمد ٧ / ٢٠٧ ط دار إحياء التراث (٢٤٥٨٧) ، سنن الدارمى ٢ / ١٩٣ ك النكاح (٢٢٠٧) ط دار الريان ، سنن أبى داود ٢ / ٢٤٢ ك النكاح (٢١٣٤) ، سنن الترمذى ٢ / ٤٣٧ باب ما جاء فى التصوية بين الضرائر ط دار الحديث ، سنن النسائى ٧ / ٦٣ باب ميل الرجل إلى بعض نسائه ط دار البشائر الإسلامية ، سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٨ باب القسمة بين النساء ، المستدرک للحاكم ومعه التلخيص للذهبى ٢ / ١٨٧ ط دار المعرفة ، الإحسان فى تريب صحيح ابن حبان ١ / ٥ باب القسم .

(٤) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٢ .

(٥) بدائع الصنائع للكاسانى ٩ / ٤١١٢ ط مطبعة الإمام .

ثالثا : ومن السنة التقويبية :-

فإنه مما لا شك فيه أن قسمة المواريث - وغيرها - كانت تقع على عهد -ﷺ- فيسدد ولا ينكر .

ومن ذلك اقتسام أجر الرقية^(١) في حديث الجماعة إلا للنسائي ، ولفظ البخاري عن أبي سعيد : - " انطلق نفر من أصحاب النبي -ﷺ- في سفرة سافروها ، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب ، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم ، فلذغ سيد ذلك الحي ، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء . فقال بعضهم : لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شيء . فأتوهم ... فقال بعضهم : إني والله لأرقى ، ولكن والله لقد استضافناكم فلم تضيفونا ، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا . فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق يتغل عليه ويقرأ : الحمد لله رب العالمين ، فكانما نشط من عقال : فانطلق يمشي وما به قلبه (أي علة) ، فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه . فقال بعضهم : اقتسموا . فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى تأتي النبي -ﷺ- فنذكر له الذي كان ، فننظر الذي يأمرنا . فقدموا على النبي -ﷺ- فذكروا ذلك له . فقال : وما يدريك أنها رقية ؟ ثم قال : قد أصبتم ، اقتسموا ، واضربوا لي معكم سهما . وضحك النبي -ﷺ- " ^(٢) .

ج : وأما الإجماع :-

فقد أجمعت الأمة على جواز القسمة ، فإن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد فكانت شرعيتها متوارثة^(٣) .

د : وأما المحقول -

فالقسمة من مقتضيات العقل ، حيث إن الحاجة داعية إليها ، وذلك ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على انفراد ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي ، وليحصل كل فرد على مصلحته كاملة ، إذ إن استقلال الفرد باستغلال ملكه ، أمر لا شك في أفضليته على الاستغلال الجماعي للشركاء على الشيوع ، والتي قد يتبرم الشريك منها .

(١) الرقية : رقيقته أرقيه رقيقا من باب رمى ، عزوته بالله ، والاسم الرقيا ، والمرة : رقية .

المصباح المنير ص ٩٠ ، المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي ص ١٩٦ .

(٢) الحديث رواه الجماعة إلا للنسائي ، واللفظ للبخاري .

يراجع / صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ٤ / ٥٢٩ ك الإجارة - باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفتحة الكتاب (٢٢٧٦) ، ١٠ / ٢٢٠ كتاب الطب (٥٧٤٩) ط دار الريان للتراث ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٤ / ٤٣٧ رقم (٢٢٠١) كتاب السلام ، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأكل ط دار القلم - بيروت . سنن أبي داود ٣ / ٢٦٥ رقم (٣٤١٨) باب في كسب الأطباء .

(٣) الإجماع للإمام ابن المنذر ص ١٢٦ تحقيق فولاد عبد المنعم أحمد ، بدائع الصنائع ٩٠ / ٤١١٢ ، حاشية الليجوري على شرح ابن القاسم ٢ / ٣٥٠ ط - مصطفى الحلبي - ، الذخيرة للإمام القرافي ٧ / ١٨٣ ط دار الغرب الإسلامي ، المغني لابن قدامة ٩ / ٦٩ ط مكتبة القور ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٢ ، وقد حكى الإمامية الإجماع عليها بقسميه ، جواهر الكلام ٤٠ / ٢٢٦ ط إحياء دار التراث العربي - بيروت . البحر الزخار ، لابن المرتضى ٤ / ١٠٣ .

ولما كان الغالب أن يكون للشيوخ متاعب ، وخلافات تقع بين الشركاء ، وقد يكونوا أعضاء في أسرة واحدة ، فكانت القسمة بينهم رفعا للنزاع ، وإبقاء للمودة والرحمة ، وشأن الإسلام أن يضع الحلول لكل ما يثير النزاع والشقاق ، فكانت شرعيتها لازمة (١).

ثانيا : حكمة مشروعية القسمة : -

يقول بعض الفقهاء المحدثين في حكمة مشروعية القسمة : -

" لو خلت الشركة من كل عيب وعولر لكان مجرد الاستقلال بالتصرف في الملك دون حسيب أو رقيب - بطريق القسمة - هو في ذاته مطلبا جديرا بأن يستهوى النفوس ، وتتعلق به الرغبات ، وتدعو إليه حاجة الإنسان - بما هو إنسان محب للحرية بطبعه - ولو عاد بشئ من الغرم والخسار .

كيف ومسائى الشركة ، ومفاسد تعدد الشركاء ، واصطراع طبائعهم وميولهم وأطماعهم ، وضيق الناس بذلك كله ، مما يجرى مجرى الأمثال " (٢).

فمن المعلوم أن الشريعة الإسلامية من شأنها رعاية مصالح الناس ، ودفع الحرج عنهم ، ورفع أسباب النزاع بينهم .

ولاشك أن الشركة في الملك لها مضارها ، فكثيرا ما يختلف الشركاء في أسلوب استغلال أموالهم ، كما قد يحتاج ذلك الملك المشترك إلى الترميم والصيانة والحفظ ، والتعهد بحسن الرعاية ، وفي كل ذلك قد يختلف الشركاء ، وتتعارض الرغبات ، وتتناقض الآراء ، فيترتب على ذلك ضياع المصالح ، وتعطيل الأموال أو تلفها .

وربما خان أحد الشركاء شركاءه ، فتلاعب بأموالهم ، فشرعت القسمة لدرء هذه المفاسد ، وتحصيل المنافع للشركاء جميعا ، فيستقل كل شريك بحصته يستأثر بها ويتصرف فيها كما يشاء ، لا يشاركه فيها أحد ، فيجد ويجتهد بتحصيل منافعها ، لأن ما سينتج منها ، سيعود عليه وحده .

فكانت شرعية القسمة ضرورية ولازمة .

التنظيم القانوني لأحكام القسمة : -

نظم المشرع الوضعى أحكام القسمة بالمواد من ٨٣٤ إلى ٨٤٩ مدنى مصرى .

حيث نص على قسمة الإعيان فى المواد من ٨٣٤ إلى ٨٤٥ مدنى ، ونص على قسمة المهايأة فى المواد من ٨٤٦ إلى ٨٤٩ مدنى . ولقد حدا بالمشرع المصرى لتنظيم أحكام القسمة ، أهميتها لإنهاء الشيوخ ، ذلك أن الملكية الشائعة تكثر بسبب الميراث .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٢ ، الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٥ / ٢٩٨ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٦٩ .

(٢) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٣٢ - الموسوعة الفقهية لدولة الكويت - الطبعة التمهيدية .

وهذه الملكية الشائعة بطبيعتها تتطوى على مضار ومساوئ اجتماعية واقتصادية ، تجعل الاستمرار فيها أمرا غير مرغوب فيه ، وتجعل القسمة أمرا حتميا ، إن عاجلا أو آجلا .

فمن المساوئ الاجتماعية للملكية الشائعة ، كثرة المنازعات المتعلقة بإدارة المال الشائع بين الشركاء ، سواء الأقارب أو غيرهم ، لأنه من غير الميسور أن ينعقد الاجتماع فى كل مسألة من مسائل الإدارة .

ومن المساوئ الاقتصادية للملكية الشائعة ، أن المعروف أن الملكية المفروزة أكثر إنتاجا من الملكية الشائعة ، حيث يدفع الاستقلال الذاتى كل شريك إلى إجابة واستغلال ملكيته ، ويكون حافزا قويا على زيادة الإنتاج ، وتحسين الجودة .

أما فى الملكية الشائعة ، فتسوء الإدارة ، وتفشى فى تحقيق رغبات الشركاء ، لأنه نادرا ما تتفق آراء الملاك على كيفية الاستغلال ، مما يؤدى إلى صعوبات قد تصل إلى حد تعطيل الاستغلال لهذا المال .

إزاء ذلك ، اعتبر المشرع نظام الملكية الشائعة نظاما غير مرغوب فيه ، ورغم ما قام به من وضع نظام لكيفية التعامل أثناء الشروع ، وفقا لما يتناسب مع وضعه المؤقت ، فإنه من الواضح أنه يفضل الملكية المفروزة ، بدلا من الملكية الشائعة ، وهنا تظهر أهمية القسمة لإنهاء حالة الشروع ، وتحقيق رغبات الشركاء فى الاستقلال . للتخلص من سوء الإدارة ، أو الاستبداد بالتصرف من أحد الشركاء . ولذلك حث المشرع الوضعى على التخلص من الشروع بالقسمة ، فأعطى الحق لكل شريك أن يطلب القسمة فى أى وقت ، كما أن المشرع لم يجز الاتفاق فيما بين الشركاء على البقاء فى الشروع لمدة تزيد على خمس سنوات ، إلا فى بعض الحالات الاستثنائية ، مادة ٨٣٤ مدنى .

وبهذا كان تنظيم المشرع الوضعى لأحكام القسمة ، والتعرض بنصوصه لحل ما قد ينشأ عن الشروع قبل القسمة ، أو ما ينشأ عن القسمة ذاتها من مشكلات ، يعتبر أمرا ضروريا . مما يجعل للقسمة أهميتها من ناحية الدراسة والبحث ، لتصفية كل ما قد ينشأ من خلاف حولها .

الفصل الثاني

طبيعة القسمة وصفتها

وفيه مبحثان :-

- المبحث الأول :- في طبيعة القسمة أو التكليف الفقهي لها .**
- المبحث الثاني :- في صفة القسمة .**

المبحث الأول

طبيعة القسمة (أو التكييف الفقهي لها)

نقصد بطبيعة القسمة التكييف الفقهي أو القانوني لها ، لنتعرف على حقيقتها هل هي بيع ، أم مجرد إفراز حق كل متقاسم ، فتكون كاشفة للملك وليست ناقلة له .

ونبين ذلك أولاً في الفقه الإسلامي ، وثانياً في القانون المدني ، وذلك على النحو التالي : -

أولاً : طبيعة القسمة أو التكييف الفقهي لها في الفقه الإسلامي : -

لقد اختلفت كلمة الفقهاء حول تكييف القسمة ، هل هي بيع^(١) أم مجرد تمييز حقوق ، فتباينت المذاهب في ذلك ، وكان من الملام أن أعرض لكل مذهب على حدة ، ولكني سحاول بقدر الإمكان تجميع أقوال الفقهاء في ذلك حتى تتم الفائدة .

فنستطيع أن نجمع أقوال الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال : -

القول الأول : - إن القسمة بيع مطلقاً :

أي سواء كان فيها رد وتعديل أم مجرد إفراز .

وبه قال مالك وهو غير المشهور عن بعض أصحابه ، وهو قول لبعض الشافعية ، وهو مروى عن أبي عبد الله بن بطة من الحنابلة ، وهو قول لبعض الزيدية^(٢) .

القول الثاني : -

إنها إفراز حق مطلقاً ، سواء كان فيها رد أم لا .

وبهذا قال الشيعة الإمامية ، والهادي والقاسم من الشيعة الزيدية . وهو مذهب الظاهرية^(٣) .

القول الثالث : -

إن القسمة إفراز وتمييز أحد النصيبين من الآخر في بعض أنواع القسمة ، بيع في البعض الآخر من الأنواع .

(١) المقصود أنها في حكم البيع ، لا البيع نفسه ، أي أنه بعض أحكام البيع تنطبق عليها والبعض الآخر لا ينطبق عليها ، لما للقسمة من خصوصية تميزها عن غيرها .

(٢) يراجع / المنتقى للباي ٦ / ٤٩ ط مطبعة السعادة القاهرة ، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ ، شرح الخرشي ٤ / ٤٠١ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٤ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٤ ، ٢١٥ ط المكتب الإسلامي ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٠ ، ٤ / ١١ ، الإصناف للمرداوي ١١ / ٣٤٧ ط مكتبة السنة المحمدية ، شرح الأثر ٣ / ٣٨٧ ط دار إحياء التراث العربي .

(٣) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ٢٦ / ٣٠٩ ط دار إحياء التراث العربي ، شرح الأثر ٣ / ٣٨٧ ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٦٠ ط مكتبة الجمهورية العربية .

ولا يستبين ذلك إلا بعرض كل مذهب على حدة .

(١) فعند جمهور المالكية : إفرار حق وتمييز فى قسمة القرعة التى لا تكون عندهم إلا فيما تماثل أو تجانس ، وهذا هو المشهور عندهم .

ولكنها عندهم كالبيع فى قسمة المراضاة سواء اتحد الجنس أو اختلف (١).

وقال الإباضية بمثل ما قاله المالكية تماماً (٢) .

(٢) وعند جماهير الشافعية (٣) : تمييز حق وإفرار فى قسمة المتشابهات والتى فيها تتساوى الأجزاء صورة وقيمة ، سواء كان فى المتليات كالحبوب والنقود أو كان غير متلى كالدار متفقة الأبنية أو أرض مشتبهة الأجزاء ، وهناك قول فى المذهب بأنها بيع .

أما فى قسمة التعديل ، فالراجح فى المذهب أنها بيع ، وأما قسمة الرد ، فهى بيع عند الجمهور ، وقيل بيع فيما يقابل المردود ، أما ما سواه ففيه خلاف .

(٣) وعند جمهور الحنابلة : - فى قسمة الإجماع هى إفرار حق إلا ما سبق عن ابن بطه . أما فى قسمة التراض ، فهى إفرار وتمييز حق فيما ليس فيه رد ، أما فى قسمة الرد فهى بيع (٤).

وقسمة الرد : هى التى يستعان فى تعديل أتصباتها بمال أجنبي ، كارض بين اثنين فى أحد جانبيها بئر لا يمكن قسمته ، وربما كانت قيمته تساوى قيمة الأرض كلها أو تقاربها ، فيرد من يأخذ الجانب الذى به البئر على الذى أخذ الجانب الآخر ما لا يساوى نصف قيمة البئر مثلاً (٥).

(٤) أما الشيعة الزيدية : - فقالوا بأن قسمة القيمي المختلف كالبيع فى بعض الأحكام وتخالفه فى البعض الآخر (٦).

وقيل : بل إفرار ، وإلا افترقت إلى إيجاب وقبول .

(١) الشرح الصغير ٥ / ١٥٦ ، ١٥٩ ، شرح الخرشي ٤ / ٤٠١ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٩٥ / ٦ ط دار الفكر .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٤٨٠ وجاء فيه : " وقسمة المراضاة كالبيع يجوز فيها ما يجوز فى البيع .. إلى أن قال : - " وأما قسمة القرعة فقيل بيع ، والصحيح أنها تمييز حق وهو مذهبنا ومذهب جمهور المالكية " .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢١ ، ٤٢٤ ، روضة لطالين ١١ / ٢١٤ ، ٢١٥ ، فتح العزيز شرح لوجيز ١٢ / ٥٥٧ .

(٤) قال المجد بن تيمية : - " الذى تحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد ، إفرار فى الباقى " . الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٢ ط دار المعرفة وراجع / الكلى لابن قدامة ٤ / ٣١٩ ط عيسى الحلبى ، الإصناف ١١ / ٣٣٤ ، ٣٤٧ .

(٥) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ .

(٦) فالقسمة تتفق مع البيع فى الرد بالخيار ، والرجوع بما استحق ، وتحريم مقتضى الربا ، وتخالفه فى إجماع الممتنع ، وأن لا شفعة فيها ، وصحة تولي طرفيها من واحد ولا يعتبر اللفظ ، وتعلق الحقوق بالموكل ، وعدم الحث لو حلف عم البيع ثم قاسم . البحر الزخار ٤ / ١٠٤ .

ورد ذلك بأن القسمة عبارة عن معارضة مال بمال ، فأشبهت البيع ، ولم يعتبر العقد للإجماع .

أما قسمة المثليات : فهي إفراز ، لأنه لا معنى للبيع فيها ، وإنما قسمته إخراج النصيب عن الشيوع .

وقيل : هي كالبيع إذ كل منهما قد استحق بعض نصيب شريكه ببذل^(١) .

من خلال ما سبق يتضح أن المذاهب الفقهية قد اختلفت في تكييف القسمة من نوع لآخر ، ولكن نستطيع القول بأن قسمة المتشابهات عند الجميع إفراز ، و قسمة التعديل والرد الراجح فيها أنها بيع وأن قسمة الرد بيع فيما يقابل المردود ، وأن قسمة الإيجار ليست بيعا على الراجح .

وأما قسمة المراضاة أو الرضائية فقليل إنها بيع ، وقيل إنها إفراز . هذا ولم أذكر الحنفية هنا ، لأن لهم قولا آخر اجتمعوا عليه ولم يختلفوا فيه .

القول الرابع : -

إن القسمة مطلقا - أي سواء كانت في المثليات أو القيميات - تستعمل على معنى الإفراز - وهو أخذ كل من المتقاسمين عين حقه - وعلى معنى المبادلة الذي هو أخذ كل من المتقاسمين عوضا عن حقه ، إلا أنه في قسمة المثليات يغلب معنى التمييز والإفراز ، وفي قسمة القيميات^(٢) يغلب معنى المبادلة - البيع . وهذا هو مذهب إليه الحنفية^(٣) .

الأدلة

أدلة القول الأول : -

استدل أصحاب القول الأول ، القائلون بأن القسمة بيع مطلقا بالمعقول فقالوا : -

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٤ ، شرح الأكرهار ٣ / ٣٨٤ وما بعدها .

(٢) المثلي : هو ما تماثلت أجزاؤه أو أجزاؤه ، ولم تتفاوت مطلقا ، كالموزونات المتحدة في النوع ، أو كان تفاوتها وتاهينا لا يعتد به ، كأحد البيض والجوز .

أما القيمي : فهو ما ليس له نظير أصلاً كالنصف النادرة ، أو كان له نظير ولكن وجد بينهم تفاوت يعتد به كالحيوانات وإن اتحد جنسها ، والمصوغات والجواهر . يراجع / الملكية والعقد في الفقه الإسلامي للدكتور / أحمد محمود الشافعي ص ١٤ ، ١٦ ط المكتب العربي ، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٥٥ ط دار الفكر .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٤ ، مجمع الأثر ٢ / ٤٨٨ ، تبیین الحقائق للزليعي ٥ / ٢٦٤ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢ .

بأن كل جزء من المال مشترك بين الشريكين ، فإذا ما أخذ أحدهما نصف المقسوم فيكون قد أبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذه حقيقة البيع^(١).

المناقشة :-

ونوقش هذا بأن القسمة تتخلف عنها بعض أحكام البيع ، فهي مثلا لا تحتاج إلى إيجاب وقبول للمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإيجاب ، وتلزم بإخراج القرعة ، والبيع ليس كذلك^(٢).

رد المناقشة :-

ويجاب عن ذلك بأن تخلف هذه الأحكام عن القسمة لا ينفي كونها بيعا ، وذلك لأنها تخلفت لمائع ، والمتخلف لمائع أو للحاجة لا يضر ، إذ أن ثبوت الشفعة في القسمة نوع من العبث ، لأنه لا فائدة منه ، إذ أن الشفعة في هذه ستثبت لكل من الشريكين ، فهذا يطالب ، والآخر يطالب ، ومن ثم فلا فائدة منها .

هذا بالإضافة إلى أن بعض الحنابلة يشترطون في القسمة لفظ البيع والشراء^(٣). كما أن الإيجاب دخل القسمة للحاجة إليه ، كما يوجد الجبر في البيع أيضا عند الحاجة إليه ، كما لو باع الحاكم مال المديون جبرا^(٤).

كما أن القرعة إنما هي لقطع عرق المنازعة ، كما أن القرعة عندهم غير لازمة . وهذا هو رد بعض الشافعية - القائلين بهذا القول - وأضافوا بأنه على القول بأن القسمة بيع لا تقتصر إلى إيجاب وقبول ، بل يقوم الرضا مقامهما^(٥).

أما المالكية فهم يصرحون بأن القسمة لا تلتزم فيها أحكام البيع ، لذلك عبروا في معظم مصنفاتهم بأنها كاليبيع ، ويقولون بأنه يتساهل في القسمة ما لا يتساهل في البيع^(٦)، فيجوز

(١) المنتقى للباي ٦ / ٤٩ وورد فيه : - " أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه ، لأنه ملك حصته صاحبة من الجزء الذي صار إليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه ، وهذه معاوضة ومبايعة محضة " .

ويراجع / معنى المحتاج ٤ / ٢٢٤ ، المعنى لابن قدامة ٩ / ٧٠ .

(٢) المعنى لابن قدامة ٩ / ٧٠ ، العدة شرح العدة للمقدسي ٢ / ٢٣٩ ط دار الكتب العلمية .

(٣) الإصناف للمرداوي ١١ / ٣٥٠ .

(٤) معنى المحتاج ٤ / ٢٢٤ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٩ ، أسنى المطالب ٤ / ٣٣٦ .

(٥) حاشية الرملى الكبير على أسنى المطالب ٤ / ٣٣٦ ، حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني على الغرر البهية ٥ / ٣٠٤ .

(٦) شرح الخرشي وحاشية العلوي عليه ٤ / ٤٠١ ، للشرح الصغير ٥ / ١٥٦ ، ويراجع / القسمة في الطبعة التمهيدية لموسوعة الكويت د/ إبراهيم عبد الحميد ص ٢١ .

عندهم أن يقسم أردب من القمح بين اثنين مثلاً يأخذ أحدهما الثلث والآخر الثلثين ، ولو كان ذلك بيعاً لما جاز ذلك ، لما فيه من ربا الفضل - لذلك قالوا بأنها كالبيع -

أدلة القول الثاني :-

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بأن القسمة إفراز حق مطلقاً بالمعقول فقالوا : -

أ- أن القسمة لا تقتصر إلى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإيجاب ، وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك^(١).
فلو ازم القسمة خالفت لوازم البيع ، اختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ، ومن ثم فالقسمة غير البيع^(٢).

المناقشة :-

ويناقش ذلك بما سبق أن رددت به على مناقشة دليل القول الأول بما محصله : أن تخلف اللزم لمانع لا يضر ، وقد سبق توضيح ذلك .

ب - ولأن القسمة تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعاً كسائر العقود^(٣).

ج - يقول ابن حزم^(٤): "إنها لو كانت بيعاً لما جاز أن تأخذ البنت ديناراً والابن دينارين" - أي لما فيه من الربا - .

ويرد على قول ابن حزم :-

بأننا في قسمة الدنانير الثلاثة بين الأخ والأخت ، لم تبع الأخت لأخيها الدينار بدنانيرين - كما تصور ابن حزم - وإنما هي باعتها ما تستحقه في الدينارين بما يستحقه هو في الدينار ، وكلاهما سواء - ثلثا دينار^(٥).

وأما زعم الشيعة الإمامية بإنكارهم البيع فيما قابل المردود من الخارج في قسمة الرد ، فإنما هو محض مكابرة .

أدلة القول الثالث :-

استدل أصحاب القول الثالث القائلون بالفرقة بين أنواع القسمة ، حيث قالوا بأن بعض الأنواع بيع ، والبعض الآخر لا يعدو أن يكون مجرد إفراز بما يلي :-

(١) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٠ .

(٢) جواهر الكلام ٢٦ / ٣٠٩ .

(٣) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧١ .

(٤) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٦٠ .

(٥) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٢١ ف ٩ .

أدلتهم على ما قالوا بأنه بيع : -

بأنه فى قسمة الرد قد بذل الرأء مقابل ما حصل له من حق شريكه عوضا عنه ، وهذا هو معنى البيع (١).

أقول : ولكن هذا واضح فقط فى القدر المقابل للمردود الأجنبى ، الذى هو من خارج المال المشترك ، فكأنما طردوه فى سائر نصيب الرأء ، لأنها صفقة واحدة ، أو لأن هذا القدر الواضح من المعاوضة يرجح جانبها فى الباقي .

وأما قسمة التعديل ، فقد قال الشافعية ، بأنها بيع أيضا ، على أساس أنها تقوم على تعديل الأنصباء ، بواسطة المقومين ، ليضبر ما يأخذ كل شريك حقا خالصا له .

والتقويم تخمين ، قد يخطئ وقد يصيب ، فكانت بيعا . وإنما وقع الإجبار فى قسمة التعديل للحاجة إليه كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا ، ولم يقع الإجبار فى الرد ، لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق (٢).

أما أدلتهم على ما قالوا بأنه إقرار أو تمييز : -

فمعتددهم هو ما تمسك به أرباب المذهب الثانى - وهو تغاير اللوازم المقتضى لتغاير الملزومات - .

بالإضافة إلى ما قاله الإمام الباجى فى المنتقى : - " وجه قولنا إنها تمييز حق ، أنه غير موقوف على اختيار المتكاسمين ، بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة ، وذلك يناقئ البيع فثبت أنها تمييز حق (٣) " .

أدلة القول الرابع :-

استدل أصحاب القول الرابع القائلون بأن القسمة تشتمل على المعنيين المبادلة والأقرار من المعقول فقالوا : -

١- إنه ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة ، إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين ، والآخر ملك صاحبه غير معين ، فكان نصف العين المشتركة مملوكا لأحدهما ، والنصف مملوكا للآخر على الشيوع ، فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة لكل واحد منها شائعة غير معينة ، فلا بد وأن يجتمع فى نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له ، وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع .

فأما ما اجتمع فى نصيبه من أجزاء مملوكة له ، فهو إقرار وتمييز ، وأما النصف الآخر من نصيبه ، فكان لصاحبه أخذه عوضا عما فى يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ، وهذا هو معنى البيع .

(١) المذهب للشيرازى مع تكملة المجموع ١٨ / ٤٠٩ ط مطبعة الإمام ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٧١ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ٨ / ٢٧٩ .

(٣) المنتقى للباجى ٦ / ٤٩ .

٢- واستدلوا على أن الإفراز والتمييز يغلب في قسمة المثليات - المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة - بأن أبعاض المثلى لا تتفاوت ، لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكة مثل حقه صورة ومعنى ، فأمكن أن يجعل عين حقه ، وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الأمثال .

٣- واستدلوا على أن معنى المبادلة أو البيع يغلب في قسمة القيميات ، كالعقار وسائر المنقولات بأن أجزاء القيمي متفاوتة ، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه ، لعدم المعادلة بينهما بيقين ^(١).

واعترض على ذلك : بأنه يجوز الجبر في القسمة ، والمعاوضات لا يجوز فيها الجبر ، كالبيع ونحوه ، فلا تكون القسمة من المعاوضات ^(٢).

وأجيب عن ذلك : بأن المعاوضة قد جرى فيها الجبر ، ألا ترى أن الغريم يجبر على قضاء الدين ، مع أن الديون تقضى بأمثالها ، فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته ، فدل ذلك على أن الجبر لا ينفي المعاوضة ، فجاز أن يجبر على القسمة ، ولا يخرجها ذلك عن نطاق المعاوضات ، وفوق ذلك فالقسمة إفراز من وجه ومعاوضة من وجه ، فيجرى فيها مالا يجرى في المعاوضات المطلقة ^(٣).

القول الرابع :-

بعد عرض أقوال الفقهاء في تكييف القسمة هل هي بيع أم إفراز وبيان أن أقوال الفقهاء قد تشعبت واختلفت اختلافا كثيرا ، وبعد بيان ما استند إليه كل من أدلة .

فإنى أرى رجحان القول الرابع ، الذى قال به الحنفية من أن القسمة تشتمل مطلقا على معنى الإفراز وعلى معنى المبادلة .

وذلك لما يلى :-

أولا : وضوح مسلكهم وبعده عن التكلف فى تفرغ الأحكام .

ثانيا : أنه مع الميل إلى معنى الإفراز ، إلا أنه لا يمكن التخلّى عن معنى المبادلة فى القسمة ، لاحتياجنا إليه كما فى قسمة الرد .

ثالثا :- أن الأخذ بهذا القول يخرجنا من دائرة الالتزام بأحكام البيع ، حيث لم يقولوا بأنها بيع محض ، حتى تلزم أحكامه ، وتتكلف فى إخراج بعضها ، بل قالوا بأنها تشتمل على الإفراز والمبادلة ، ومن ثم فنأخذ من أحكام البيع ما يتناسب وطبيعة القسمة .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٢ ، ٤١١٣ ، شرح الغنية بهامش نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير

٤٠٣ / ٨ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٣ .

(٣) المرجع السابق ، شرح الغنية بهامش نتائج الأفكار ٨ / ٤ ، ٥ .

رابعا : يقول الإمام الرافعى : - " واعلم أن القول بأن القسمة بيع ، لا يمكن إجراؤه على إطلاقه ، لأن النصف الأيمن الذى يأخذه زيد كما أنه لم يكن كله لزيد ، حتى يقال القسمة إفراز والنصف الأيسر لم يكن كله له حتى يقال : إنه باعه من عمرو ، بل النصف الذى أخذه ، كان نصفه له ، ونصفه لصاحبه ، فالقسمة إفراز فيما كان له فيه ، وبيع فيما كان لصاحبه " (١).

وهذا - فى نظرى - هو عين ما قاله الحنفية ، حققه وبينه إمام من أئمة الشافعية وهو الإمام الرافعى ... لهذا كله كان الأخذ بقول الحنفية أولى ، والله أعلم

الآثار المترتبة على اختلاف الفقهاء فى تكييف القسمة :

لقد كان لاختلاف الفقهاء فى تكييف القسمة آثار تجلت فى اختلافهم فى بعض الفروع ، تتلخص هذه الآثار فى أنه إذا كانت القسمة محض تمييز حقوق ، فإنها لا تعطى أحكام العقود أصلاً ، وإن قلنا إنها بيع فإنها تعطى أحكامه - باستثناء بعض منها - ويتجلى ذلك باستعراض بعض الأمثلة : -

أ - الشفعة (٢) :-

فإن كانت القسمة محض تمييز حقوق ، لم تثبت فيها الشفعة عن سائر الفقهاء (٣).

وإن كانت بيعاً فقد قال الشافعية بثبوت الشفعة وصورتها : إذا تقاسم شريكان من ثلاثة شركاء وتركوا نصيب الثالث مع أحدهما بموافقة فإن الشفعة تثبت لهذا الثالث (٤) . ولم أر الشافعية يثبتونها فى غير هذه الصورة .

أما الحنابلة : فمنهم من أثبتها جرياً على أصل البيع ، ومنهم من لم يجزها بناء على وجود مانع خاص بالقسمة ، وهو وجود المنافاة لو قلنا بثبوتها ، لأنه لو ثبتت لأحدهما على الآخر لتثبت للآخر عليه فينتافيان (٥).

(١) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى ١٢ / ٥٥٨ .

(٢) الشفعة لغة : - من الشفع بمعنى الضم من شفعت الشيء أى ضمته ، والشفيع ضد الوتر . مختار الصحاح للرازى ص ٢٤١ .

وشرعاً : حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض لدفع الضرر . الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع بهامش بجيرمى على الخطيب ٣ / ١٤٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ١٣٧ ، بدلية المجتهد ٢ / ٢٥٨ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٤ ، الإنصاف للمرداوى ١١ / ٣٥١ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ ، الروضة البهية شرح اللمعة للمشقة ٣ / ١١٤ .

(٤) حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٦ .

(٥) الإنصاف ١١ / ٣٥١ ، القواعد لابن رجب ص ٤١٤ .

أما الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والزيدية^(٣) فقد منعوا ثبوت الشفعة فى القسمة ، لأن الشفعة تثبت على خلاف القياس فى المبادلة المحضة ، والقسمة ليست مبادلة محضة - كما ذكرنا^(٤) .
ولما رواه الإمام البخارى عن جابر بن عبد الله قال : - " قضى رسول الله - ﷺ - بالشفعة فى كل مالم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " ^(٥) .
فهذا نص فى المطلوب يبين عدم ثبوت الشفعة بعد القسمة مطلقا .

ب - التقايل : -

إقالة العقد : تعنى رفعه وإزالته^(٦) .

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كانت القسمة بيعا قبلته ، وعاد الشيوخ ، وإن كانت إقراراً محضاً أو تمييز حقوق لم تقبله^(٧) .
وعند المالكية^(٨) القسمة كالبيع من رضى بشئ منه ملك ذاته ، وليس له رده إلا بتراضيهما كالإقالة .

ومن ثم فإن كانت إقراراً لم تقبل الإقالة .

وعند الإباضية^(٩) لا يجوز فسخ القسمة إذا تمت .

ولكن رأى بعضهم جواز ذلك إذا تراضوا جميعا عليه .

(١) بدائع الصنمق ٩ / ٤١٣٧ ، الفتاوى الهندية ٥ / ١٦٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٥٨ ، شرح الخرشي ٤ / ٣٨٠ .

(٣) البحر الزخار ٤ / ١٠٤ .

(٤) وتنبغى الإشارة إلى أن القاتون لا يجيز الشفعة فى عقد القسمة ، حتى ، ولو كانت القسمة قد تمت بمعدل نقدى . فإذا انقسم الشركاء عقرا بينهم ، فإن الشفعة لا تجوز فى هذا العقار ، وذلك لأن القسمة من التصرفات المقررة أو الكاشفة للحق ، فهى لا تكسب المتقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وإنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوع .
ولا يعتبر المعدل النقدى فى القسمة ثمنا ، وإنما هو تعويض للمتقاسم عما نقص من حقه ، عند تعذر اختصاصه بكامل نصيبه عينا .

يراجع / د/ عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - ص ٤٥٥ ، د/ المنهورى - لوسيط - ٩ / ٤٩٦ هـ ٢ .

(٥) سبق تخريجه ويراجع فتح البارى شرح صحيح البخارى ٤ / ٤٧٦ (٢٢١٤) ط دلو الريان للتراث .

(٦) أنيس الفقهاء للشيخ فاسم القونوى ص ٢١٢ ط دار الوفاء للنشر والتوزيع بجدة ، والصالح للجوهري ٥ / ١٨٠٨ .

(٧) روضة الطالبين ١١ / ٢١٦ .

(٨) بلفه المالكة ٢ / ٦١ وما بعدها ط مصطفى الحلبى .

(٩) شرح ككتاب النزيل ١٠ / ٦٣٥ .

وذهب الحنفية^(١) إلى أن قسمة التراضي تقبله مطلقاً ، على أساس أن القسمة لا تخلو من معنى المعاوضة .

إلا أن ابن عابدين قد قيد ذلك فقال : بأن قسمة المتليات لا تقبل المقابلة ، لغلبة معنى الإفراز^(٢) ، وقسمة القيميات تقبله .

ولكن الإطلاق هو الذى يتناسب مع أصل الحنفية - كما سبق .

والدليل على جواز الإقالة فى البيع قوله عليه السلام : - " من أقال نادماً بيعته ، أقال الله - تعالى - عشرته يوم القيامة " ^(٣) والقسمة تقاس على البيع ، بناء على القول بأن القسمة عبادلة .

ج - قسمة الرطب والعنب والعسل الأسود المطبوخ بالنار وما شابه ذلك : -

جوز الشافعية^(٤) والصاحبان من الحنفية^(٥) قسمتها بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق ، ومنعوا قسمتها بناء على أن القسمة بيع ، وعللوا ذلك بدخول الربا بسبب الجهل بالمقاييس .

أما الحنابلة فقد أجازوا قسمتها مطلقاً سواء قلنا بأنها بيع أو إفراز ، وذلك لأن هذه الأصناف يبيعها جائز ، وإفرازها جائز عندهم^(٦) وهذا ما ورد فى المغنى .

بينما ما تناقلته معظم كتب المذهب هو مثل ما قال به الشافعية تماماً ^(٧) .

وذهب المالكية^(٨) إلى جواز تقسيم ذلك مطلقاً ، لأنه مما تمكن قسمته ، ووافقه أبو حنيفة فى ذلك ^(٩) .

(١) الدر المختار أعلى حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٨ ، حاشية الطحطاوى ٤ / ١٣٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٨ ، وجدير بالذكر أن القواعد العامة للقانون تجيز فصخ العقد التبادلى باتفاق طرفيه ، ولما كانت القسمة من العقود التبادلية حيث تبادل جزئيات الأصبغة التى يملكها الشركاء فيما بينهم ، فإن القواعد العامة فى نظرية العقد ، لا تمنع المتقاسمين من التراضى على العدول عن القسمة ، والعودة إلى الشيوع مرة أخرى ، طالما كان ذلك باتفاق جميع الشركاء .

(٣) الحديث : أخرجه أبو داود ، وابن ماجه ، والحاكم فى المستدرک وقال عنه : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وأخرجه البيهقى فى سننه .

يراجع / سنن أبى داود ٣ / ٢٧٤ ك البيوع بلب فضل الإقالة ، سنن ابن ماجه ٢ / ٧٤١ ك التجارات ، باب الإقالة ، المستدرک على الصحيحين للحاكم ٢ / ٤٥ ك البيوع ، السنن الكبرى للبيهقى ٦ / ٢٧ ، نصب الرأية للزيعلى ٤ / ٣٠ ط المكتبة الإسلامية .

(٤) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٤ .

(٥) مجمع الأثر ٢ / ٨٧ ، وهو مبنى على قولهم فى باب الربا .

(٦) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٠ .

(٧) الإصناف ١١ / ٣٤٩ ، القواعد لابن رجب ص ٤١٣ .

(٨) بلغة السالك ٢ / ٢٥ ، المدونة الكبرى ٤ / ٢٧٤ ط دار الكتب العلمية - بيروت .

(٩) مجمع الأثر ٢ / ٨٧ .

ثانيا : طبيعة القسمة أو التكييف القانوني لها في القانون المدني : -

إذا كانت القسمة تعمل على اختصاص الشريك بجزء مفرز يختص به دون غيره من الشركاء ، فإنه من الضروري أن يحصل كل شريك على الحصة التي آلت إليه بموجب القسمة ، خالية من كل تصرفات السابقة ، التي يكون أحد الشركاء قد رتبها عليها قبل القسمة .

فالقسمة بهذا المعنى إفراز حق (١) ، ويفهم هذا من نص المادة ٨٤٣ مدنى والتي تنص على أنه : - " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص " .

وبهذا النص يكون المشرع المصرى قد اعتمد فكرة الأثر الرجعى ، كضمان لحصول كل شريك على حصته ، خالية من تصرفات الشركاء ، قبل إجراء القسمة .

وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى ، فى تعليقها على هذا النص ، حيث ذكرت أن " القسمة سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية ، وسواء أكانت القسمة قضائية عينية أم قسمة تصفية يترتب عليها : - أن يكون لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ولم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص .

ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق . ويترتب على هذا الأثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك فى جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة (٢) " .

فواضح من نص المادة ٨٤٣ ، ومن تعليق المذكرة الإيضاحية ، أن القسمة إفراز للحق ، وليست ناقلة له .

ومع ذلك فإن المادة ٨٤٣ قد أثارت جدلا كبيرا فى الفقه القانونى ، حول الأثر الرجعى والأثر الكاشف ، والأثر الناقل للقسمة ، وسنبينه بالتفصيل عند الكلام على آثار القسمة .

ونكتفى بهذا القدر هنا ، وسنرجئ المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى إلى حين الكلام على آثار القسمة .

(١) د / توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٦٧ ، د/ جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية

- ص ١٨٥ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢ / ٢٣٧ ، د / السنهورى - الوسيط ٨ /

٩٤٧ ، د / عيد السلام ذهني - الأموال - ص ٢٨٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ٦ / ١٢٨ .

المبحث الثاني

صفة القسمة

يراد بصفة القسمة لزومها من عدمه ، فهل هي لازمة للمتقاسمين ، فلا يجوز لأحد منهم فسخها بمجرد خروج القرعة - أى انتهاء القسمة - ، أم هي جائزة ، فيجوز فسخها لأى من الشركاء ، ولا يمتنع فسخها إلا بتحقيق شرط آخر خارج عنها ، كالرضا من الشركاء بعد خروج القرعة .

نبين ذلك أولاً فى الفقه الإسلامى وثانياً فى القانون المدنى ، وأخيراً نعدد مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى . وذلك على النحو التالى :-

أولاً : صفة القسمة فى الفقه الإسلامى :

اتفق الفقهاء^(١) أن على القسمة القضائية (قسمة الإيجاب) تكون لازمة لكل من الشركاء ، فلا يجوز لأى منهم أن يرجع عنها بمجرد الحكم بها ولا يتوقف هذا اللزوم على رضا الشركاء ، سواء كان قبل القرعة أو بعدها ، وسواء تولى القسمة القاضى بنفسه أو تولاها منصوبه ، لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكم الحاكم ، فكما يكون حكم الحاكم لازماً ، فكذلك يكون حكم منصوبه .

ووجه لزوم قسمة الإيجاب أنه لما لم يعتبر فيها التراضى فى ابتداء القسمة ، لم يعتبر بعد خروج القرعة^(٢) .

أما إذا كانت القسمة رضائية ، قسمها الشركاء بأنفسهم ، أو عينوا قاسماً لها من قبلهم ، فهنا اختلف الفقهاء فى لزوم القسمة وعدم لزومها على قولين :-

القول الأول :

أن القسمة تكون لازمة بمجرد خروج القرعة ، ولا تتوقف على الرضا من قبل المتقاسمين بعد القرعة .

وهذا مذهب إليه الحنفية إذا تمت القرعة^(٣) ، وبه قال المالكية^(٤) ، والإباضية^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٨ ، الشرح الصغير للدريير ٥ / ١٧٦ ، شرح الزرقاني ٦ / ٢٠٦ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٦ ، المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٤ ، الإقناع ٤ / ٤١٦ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٩ ، شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٦٣٦ ، فقه الإمام جعفر ٤ / ١١٨ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٨ .

(٤) شرح الخرشى ٤ / ٤١٢ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٤٥ .

(٥) شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٦٣٦ ، الإيضاح ٧ / ١٣٨ .

والشافعية في قول مرجوح عندهم^(١) ، والحنابلة^(٢) إذا كان القاسم على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة ، وهو قول الشيعة الإمامية^(٣) إذا كان منصوباً من قبل الإمام باستثناء القسمة التي فيها رد ، وهو مقتضى مذهب الزيدية^(٤) والظاهرية^(٥) .
أدلة هذا القول :-

استدل القائلون بلزوم قسمة التراضي بمجرد خروج القرعة من المعقول فقالوا :-

(١) إن القاسم مجتهد في تعديل السهام والإفراع ، فلم يعتبر الرضا بعد حكمه ، قياساً على حكم الحاكم في قسمة الإيجار^(٦) .

ونوقش هذا بأن هذه القسمة اعتبر فيها التراضي في ابتدائها ، بخلاف قسمة الإيجار^(٧) . فالفرق واضح بين الفرع والأصل .

(٢) إن القسم بالقرعة حيث وقع على الوجه الصحيح يلزم ، فمن أراد الرجوع لم يكن له ذلك ، لأن المقسوم بالقرعة صار معلوماً لكل المتقاسمين ، وبالرجوع يصير مجهولاً ثانياً ، فهو انتقال من معلوم إلى مجهول^(٨) .

القول الثاني :-

إن القسمة لا تكون لازمة إلا إذا رضى المتقاسمون بها بعد خروج القرعة ، فيقولون مثلاً: رضينا بهذه القسمة ، أو بما أخرجت القرعة .

ذهب إلى ذلك الشافعية في القول الأصح عندهم^(٩) ، والحنابلة فيما لو كان القاسم كافراً أو فاسقاً أو غير عارف بأصول القسمة^(١٠) ، وهو مذهب الحنفية^(١١) إذا لم تتم القسمة ، وذهب

(١) مضي المحتاج ٤ / ٤٢٤ .

(٢) كشف القناع ٦ / ٣٧٩ ، العدة شرح الصدة للمتنبي ٢ / ٢٤١ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٤) حيث إن الزيدية لم يجزوا لأى من المتقاسمين الرجوع في القسمة إذا تمت بينهم بالتراضي إذا كانت العين المقسومة يترتب على قسمتها ضرر ، فلان لا يجزوا الرجوع إذا رضوا مع انتفاء الضرر أولى . ويراجع / شرح الأكره ٣ / ٢٨٧ .

(٥) المحلى ٨ / ٥٦٢ .

(٦) المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٤ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٩ .

(٧) مضي المحتاج ٤ / ٤٢٤ .

(٨) شرح الخرشى ٤ / ٤١٢ .

(٩) روضة الطالبين ١١ / ٢١٧ . هذا وقد اشترط الشافعية في قسمة الرد الرضا بعد خروج القرعة كما في الابتداء ، إلا ملحكي عن الإسطخرى من أنه يلزم بخروج القرعة من غير تراش كالإيجار . إلا أن الشافعية ضمنوا هذا الوجه فقالوا بأن قسمة الإيجار لا يشترط فيها الرضا ابتداءً ، وهنا يعتبر ، فاعتبر بعد القرعة . المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٤ .

(١٠) لأن وجودهم كعدمه . كشف القناع ٦ / ٣٧٩ ، المظني مع الشرح الكبير ١١ / ٥٠٦ .

(١١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٨ . ومعنى تمام القسمة عند الحنفية :- أن الدار إذا كانت مشتركة بين قوم قسمها لقضى أو لشركاء بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة ، لا يجوز لهم الرجوع ، وكذا إذا خرج لكل إلا سهماً واحداً ، لأن ذلك كخروج السهام كلها ، لكون ذلك السهم متعلقاً بمن بقى من -

إلى ذلك الشيعة الإمامية إذا قسما بأنفسهما أو من نصباه ، ولو كان بصفات قاسم الإمام ، وفى
قسمة الرد حتى لو كان منصوب الإمام^(١).

أمانة هذا القول : -

استدل أصحاب هذا القول من المعقول فقالوا : -

(١) إنه لما اعتبر الرضا قبل ابتداء القرعة ، فيعتبر بعد خروج القرعة كذلك^(٢).

(٢) أن قسمة التراضى بيع ، والبيع يلزم بالتراضى لا بالقرعة^(٣).

(٣) استدل الحنفية على عدم لزومها قبل تمام القسمة ، بأن القسمة قبل انتهاء القرعة

وإتمامها ، لم تتم فى حق المتقاسمين ، وكل عاقد يجوز له الرجوع عن العقد قبل

تمامه ، كما فى البيع ونحوه ، فيجوز الرجوع فى القسمة قبل تمامها^(٤).

القول الراجح : -

وأرى أن القول الأول القائل بلزوم القسمة ، وعدم توقفها على رضا المتقاسمين ، هو
الراجح ، وذلك لقوة أدلتهم ، ولأن المتقاسمين طالما تراضوا على القسمة بأنفسهم أو بقاسم من
قبلهم ، فالأولى القول بلزومها مادامت على الوجه الصحيح .

ولأنه لو توقفت على الرضا بعد القرعة فقد لانتم ، ويتأبد النزاع بينهم ، فكان فى القول
بلزوم مهما قطع للنزاع .

وإذا ما حدث فى القسمة غبن أو لم تتم على الوجه الصحيح ، فتنقض . هذا فضلا عن
أن القاسم كالحاكم ، وقرعته كقرعته ، ولا يلزم من اعتبار الرضا فى الابتداء أن يعتبر فى
الانتهاء فلا تلازم بينهما .

ولا ضرر على المتقاسمين من جراء ذلك ، فهم قد أقدموا على القسمة باختيارهم
ورضايتهم ، وهنا تطبق عليهم أحكام القسمة وفق إرادة الشارع ، لا على وفق إرادتهم .

فهذا ما يتفق مع استقرار الأحكام وثباتها .

أما قياس القسمة على البيع ، فهى ليست كالبائع فى كل حال ، ومع ذلك فالبيع يلزم
بمجرد التوافق ، فكذا القسمة تلزم بمجرد القرعة ، ويعتبر رضا المتقاسمين قبلها بمثابة
التوافق . والله أعلم .

- الشركاء، وإن خرج بعض السهم دون البعض فيجوز فى قسمة التراضى لهم الرجوع فى القسمة ، لأنها
لا تتم إلا بعد الانتهاء من القرعة ولكن لا يجوز لهم الرجوع فى قسمة القضاء . ويراجع/ المبسوط ٨/١٥٥.

(١) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٩ .

(٢) المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٤ .

(٣) كشف القناع ٦ / ٣٧٩ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٨ .

ثانيا : صفة القسمة في القانون المدني : -

وأعنى بصفة القسمة - كما سبق - لزومها من عدمه . فهل هي عقد لازم ، لا يجوز لأى من أطرافه فسخه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة ؟

أم هي عقد غير لازم ، فيسوغ لأطرافه الرجوع فيه وفسخه متى شاء أحدهم ؟

لم ينص القانون المدني المصرى فى مواده المتعلقة بالقسمة على لزومها من عدمه ، فهو لم يتعرض لذلك ، بعكس ذلك نص قانون المعاملات المدنية الإماراتى فى المادة ١١٧٠ منه على أنه : - لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها ، إلا أنه يجوز لجميع الشركاء فسخ القسمة وإقالتها برضااتهم ، وإعادة المقسوم مشتركا بينهم كما كان " .

فأقلد هذا النص أن عقد القسمة عقد لازم ، لا يجوز الرجوع فيه ، إلا إذا اتفق جميع الشركاء على ذلك ، لأن الحق لهم .

ولكن هناك قاعدة عامة نص عليها القانون المدني المصرى فى المادة ١٤٧ / ١ حيث نصت على أن : - " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون " . وبتطبيق هذه القاعدة العامة على القسمة الاتفاقية باعتبارها عقداً من العقود - كما سيأتى - يتضح أن هذه القسمة لازمة ، لا يجوز لأحد أطرافها الرجوع فيها بإرادته المنفردة ^(١).

وفقهاء القانون وإن كانوا لم ينصوا صراحة على لزوم القسمة إلا أنه يفهم من كلامهم ما يفيد لزومها ، وعدم جواز الرجوع فيها . فيقول أحدهم ^(٢) : - " وحيث يرضى بالقسمة بعض الشركاء دون البعض الآخر ، فإن القسمة لا تلزم إلا من رضى بها ، ولا تنتج آثارها إلا فى حقهم " .

فيفهم من ذلك أنه إذا اتفق الجميع على القسمة ، فإنها تكون ملزمة لهم ^(٣) .

ويأتى القضاء ليقرر فى وضوح ، لزوم القسمة بنوعيهما الاتفاقية والقضائية ، مقررًا مجموعة من المبادئ القانونية فى هذا المجال ، نبين بعضها منها فيما يلى : -

(١) ويراجع فى ذلك د/ السنهورى - الوسيط ١ / ٦٩١ وما بعدها .

(٢) د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٧٥ .

(٣) ويراجع / د / عبد الفتاح عبد الباقى - الأموال - ص ٢٢٤ ، د / إسماعيل غنم - مرجع سابق -

أ - القسمة الاتفاقية (الرضائية) :-

(١) حكم نقض يقرر " أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ^(١) " ، ومن ثم فيخضع لما تخضع له العقود من اللزوم وعدمه .

(٢) حكم آخر يبين أن عقد القسمة الاتفاقية من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ، حيث يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ^(٢) .

(٣) حكم آخر يوضح أن عقد القسمة الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء ، بل يعتبر ملزما لكل من وقع . فتقول محكمة النقض في هذا الصدد : " عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء ، لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء ، بل يعتبر ملزما لكل من وقع ، ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه ، بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ، بل يظل العقد قائما ، وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء " ^(٣) .

فمن هذه الأحكام - والتي صارت مبادئ قانونية - يتأكد أن القسمة الاتفاقية عند كسائر العقود التبادلية ، وأنه ملزم لكل من وقع من الشركاء ^(٤) .

ب - القسمة القضائية :-

(١) فهناك حكم يقرر أن : - " القضاء الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية ، ويترتب عليه حقوق ، وإذن فغير شديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجرائية لا تأثير لصفات الخصوم فيها " ^(٥) .

(٢) حكم آخر يبين أن : - " حكم القسمة ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدد من نصيب لكل منهم " ^(٦) .

(١) نقض مدني بتاريخ ٢٠ / ٤ / ١٩٦٧ طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق - الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية - حسن الفكهاني ، وعند المنعم حسن ج ٩ ص ٢٦٧ ، مجموعة محكمة النقض طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق ج ٢ ص ٨٥٠ ، ف ١٣٠ .

(٢) نقض مدني ٢٦ / ٤ / ١٩٦٢ طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق - مجموعة محكمة النقض - المكتب الفني - ج ٢ ص ٥٠٦ ف ٧٨ .

(٣) نقض مدني بتاريخ ١٩ / ٥ / ١٩٥٥ طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض - المكتب الفني - ص ١١٥٢ ف ١٥٣ .

(٤) د / سيد محمود عمر - القسمة في الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة لسيوط ص ٢٨٤ .
(٥) نقض مدني ٧ / ٣ / ١٩٤٠ طعن رقم ٦٩ لسنة ٢٩ ، الموسوعة الذهبية - حسن الفكهاني ، وعند المنعم حسن ٩ / ٨٨٤ .

(٦) نقض مدني ٢٤ / ٢ / ١٩٦٦ طعن رقم ١٦٤ لسنة ٣٠ ق - مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب الفني - ص ٤١٢ ف ٥٨ .

وجاء حكم آخر مؤكدا لما سبق فقرر أن : - " حكم القسمة حجيتة ملزمة للشركاء المتقاسمين الذين كانوا أطرافا فى الدعوى بما فصل فيه (١) " .

فمن هذه الأحكام - والتي تعتبر مبادئ قانونية - يثبت أن القسمة القضائية حكم يؤثر فى الملكية ، وليس مجرد دعوى إجراءات ، وأنه حكم ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا أطرافا فى دعوى القسمة ، متى حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى به .

ثالثا : لزوم القسمة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى : -

سبق أن بينا أن الراجع فى الفقه الإسلامى هو لزوم القسمة الاتفاقية - كما عليه جمهور الفقهاء - وأن الفقهاء متفقون على لزوم القسمة القضائية .

ويتفق القاتون فى مصر مع ما عليه جمهور الفقه الإسلامى من لزوم القسمة الاتفاقية ، كما يتفق مع ما أجمع عليه فقهاء الإسلام من لزوم القسمة القضائية .

وإن كان هذا اللزوم مفهوم من القواعد العامة للقانون المدنى المصرى ، كما أنه يفهم من فحوى كلام الشراح ، ويستفاد هذا اللزوم صراحة ، مما انتهت إليه محكمة النقض المصرية من أحكام .

وإن كنت أهيب بالمشروع الوضعى فى مصر ، أن ينص على ذلك صراحة ، ليساير بذلك الفقه الإسلامى .

ولاغرو فقد نص على ذلك صراحة ، القانون المدنى الإمارتى - كما سبق أن بينا - .
وعلى أية حال فإننا نخلص إلى أن القانون يساير فى قواعده العامة ، وفى تطبيقاته القضائية ، ما عليه جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية من لزوم القسمة بنوعيتها .

(١) نقض مدنى ١٤ / ١ / ١٩٨٨ طعن رقم ١٢٣٥ لسنة ٥١ ق - دعوى القسمة د/محمد المنجى - ص ٣٦٥ ، ونقض مدنى ١٥ / ١٢ / ١٩٨٨ طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق - مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب الفنى ص ١٣١١ ف ٢٢٣ .

الفصل الثالث

أنواع القسمة

وفيه ثلاثة مباحث : -

المبحث الأول : أنواع القسمة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : أنواع القسمة في القانون المدني .

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الأول

أنواع القسمة في الفقه الإسلامي

تمهيد :-

لقد اختلفت اتجاهات وعبارات الفقهاء في تقسيم القسمة إلى اتجاهات مختلفة ، فلا تجد مذهباً من المذاهب إلا وله اصطلاحه الخاص بتقسيم القسمة ، ولكن هذا في بعض الأنواع ، وفي البعض الآخر يتفقون في مطلق التقسيم ، وإن اختلفوا فيما يندرج تحته من الصور .

ولكن بعد ما فحصت هذا الموضوع فحصاً جيداً ، وجدت أن اتجاهات المذاهب هنا غير متضادة ، بل يكمل بعضها البعض الآخر .

فكل مذهب نظر إلى القسمة وقسمها باعتبار معين ، أو جانب معين لا يمكن الاستغناء عنه ، غير أنه معبر فقط عن وجهة نظر المذهب في تقسيمها ، وإن كان لا يفرض بقية تقسيمات الفقهاء ، بدليل أننا نلمح أحكام المذهب تتفق مع تقسيمات المذاهب الأخرى ، فإذا ما جمعت هذه الاعتبارات وضمت بعضها إلى بعض ، وجدت فقها ثرياً ، ومصدراً خصباً لبيان حقيقة القسمة وإظهار أحكامها ، بصورة متناسقة ، فلا يمكن أن نغفل مسلكاً من مسالك الفقهاء في تقسيمها ، فهي متكاملة ولا تتنافر .

وسأقوم - بمشيئة الله تعالى - بعرض أنواع القسمة وتقسيماتها ، من خلال اعتبارات وحيثيات نظر إليها الفقهاء ، ولو كان مذهباً واحداً ، ثم أبين موقف المذاهب الأخرى من الأخذ به من عدمه ، مع بيان الدليل من كتب فقهاء المذاهب على الأخذ به من عدمه .

وعلى ذلك فأقول وبالله التوفيق :

إن القسمة تنقسم إلى عدة أقسام بناء على اعتبارات مختلفة نستطيع جمعها في أربع اعتبارات :-

الاعتبار الأول :- فتقسم باعتبار الحاجة إلى التقويم وعدمه ، أو بمعنى آخر من حيث ذات المقسوم إلى ثلاثة أقسام :-

(١) قسمة أجزاء . (٢) قسمة تعديل . (٣) قسمة رد .

الاعتبار الثاني :- تنقسم باعتبار إرادة المتقاسمين ، أو من حيث الاختيار والإجبار إلى قسمين :-

(١) قسمة إجبار . (٢) قسمة تراض .

الاعتبار الثالث :- تنقسم باعتبار وحدة المحل وتعددته إلى قسمين :

(١) قسمة جمع . (٢) قسمة تفريق .

الاعتبار الرابع :- تنقسم باعتبار طبيعة المحل المقسوم ، أو من حيث إنهاء الشركة أو بقاءها شائعة إلى قسمين :-

(١) قسمة أعيان . (٢) قسمة منافع .

هذه هي الخطوط العامة لتقسيم القسمة لدى الفقهاء ، وليس كل التقسيمات ، فقد تدرج تحت هذه الأقسام تقسيمات أخرى لدى بعض المذاهب ، نبينها إن شاء الله عند بيان هذه الأقسام وتوضيحها .

وكذلك هذه التقسيمات ليست مسئلة عن بعضها البعض ولكنها قد تتداخل ، فمثلا قسمة الجبر قد تتناول قسمة الجمع والتفريق معاً ، وهكذا وستبين ذلك إن شاء الله .
وسنعد لكل تقسيم مطلباً مستقلاً :-

المطلب الأول

أقسام القسمة باعتبار حاجتها إلى التقويم من عدمه

تنقسم القسمة بهذا الاعتبار - كما سبق - إلى ثلاثة أقسام :-

أجزاء ، وتعديل ، ورد .

وسنقوم ببيان كل قسم فيما يلي :-

أولاً : قسمة الأجزاء :-

وهي القسمة التي لا تحتاج إلى تقويم المقسوم لعدم تفاوت الأغراض ، ولا تحتاج إلى رد شيء من أحد الشريكين على الآخر (١).

وسميت قسمة أجزاء ؛ لأن نسبة الجزء الذي يأخذه كل شريك هي بعينها نسبة حقه إلى المال المشترك .

وتسمى أيضاً بقسمة الإفراز ؛ لأنها لا تتطلب أكثر من إفراز كل نصيب على حده (٢) بمعياره الشرعي ، سواء كان كيلاً ، أو وزناً ، أو ذرعاً ، أو عداً .

وتسمى أيضاً بقسمة المتشابهات ؛ لأنها لا تكون إلا فيما تشابهت أنصباؤه حتى لا يكون هناك تفاوت يذكر .

وهذا النوع إما يكون في المتليات كالحبوب والدرهم ، وغيرهما من كل مكيل أو موزون ، أو معدود .

(١) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢١ .

(٢) البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٢ ، الشروقي على التلخفة ١٠ / ٢٠١ .

ويكون كذلك فى القيميات المتحدة النوع ، كالدّار المتفّقة الأبنية ، والأرض المتشابهة الأجزاء ، والمنسوجات ، وكالكتب والأقلام والساعات وغير ذلك^(١) .

وبالجملة عندما تتساوى الأنصباء صورة وقيمة^(٢) .

وهذا النوع يجبر الممتنع فيه على القسمة ، وإن كانت الأنصباء متفاوتة ، إذ لا ضرر عليه فيه ، ولينتفع الطالب بماله على وجه الكمال ، ويتخلص من سوء المشاركة^(٣) .

ثانياً : قسمة التعديل :-

العدل : هو ما قام فى النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور . والعدل المثل والنظير والتسوية ، وكل ما تناسب فقد اعتدل ، وكل ما أقمته فقد عدلته ، ويقال عدل هذا بذاك ، أى سوى بينهما .

وضابط قسمة التعديل : أن تكون فيما اختلف أجزاؤه فى الصورة والقيمة أو أحدهما^(٤) .

فقسمة التعديل :-

هى أن يعدل القاسم فيها حصص الشركاء ، ويسوى بينهما من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان منه ، والتعديل فى هذه القسمة يكون بقيمة الشئ المقسوم ومنفعته من غير رد عوض ودون النظر إلى ما يساويه من الدراهم والديناتير ، بل ينظر فيه إلى ما يساويه من ذات المقسوم .

كقول القاسم مثلاً : متر من هذه الأرض الجيدة يعادل ثلاثة أمتار من الأرض الأخرى غير الجيدة .

فهذه القسمة لا تتعادل الأنصباء فيها بذاتها ، وإنما تتعادل باعتبار القيمة^(٥) .

وذلك مثل أرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة الإنبات أو قرب الماء ، أو يختلف جنس ما فيها كبستان بعضه عنب وبعضه نخل ، ودار بعضها حجر وبعضها لبن .

فإن كانت الأرض فى المثال الأول لاثنتين نصفين ، وكان قيمة ثلثها المشتمل على قوة الإنبات أو قربها من الماء ، يعادل قيمة ثلثى الأرض الخالى عن ذلك ، فهنا يجعل الثلث سهماً بحق النصف ، والثلثين سهماً بحق النصف الآخر ويقرّع بينهما ، وإن اختلفت الأنصباء كنصف وثلث وسدس ، جعلت ستة أسهم بالقيمة لا بالمساحة .

(١) أسنى المطالب ٤ / ٣٣١ ، شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

(٢) حاشية الرمل الكبير على أسنى المطالب ٤ / ٣٣١ ، حاشية البيجرمى على الخطيب ٤ / ٣٣٨ .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢١ .

(٤) حاشية البيجرمى على الخطيب ٤ / ٣٣٨ ، المصباح المنير ص ١٥٠ .

(٥) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢١ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ .

وقسمة التعديل هذه نوعان (١):-

النوع الأول :- ما يعد فيه المقسوم شيئاً واحداً ، كما فى أرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة الإثبات ، وطرق ووسائل الرى ونحو ذلك ، فتقسم كما ذكرنا .

النوع الثانى :- ما يعد فيه المقسوم شيئين فأكثر ، كما فى دارين أو حاتوتين لشريكين أو كان بينهما ثياب ، أو دواب ، أو أشجار ، أو غير ذلك من العروض ، فلو أثر الشركاء فى القسمة أن يستقل كل واحد منهم بنوع ، فهنا تقوم الأنواع وتتعاقد من حيث القيمة ، وتجعل سهاماً بالقيمة لا بالمساحة أو النوعية .

والنوع الأول :- يجبر فيه الممتنع عنه فى الأظهر ، إلحاقاً للتساوى فى القيمة بالتساوى بالأجزاء .

وقيل : لا يجبر ، لاختلاف الأغراض والمنافع .

ولكن لو أمكن قسمة الجيد وحده والردئ وحده لم يجبر على قسمة التعديل ، قياساً على أرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء .

أما النوع الثانى :- فلا إيجاب فيه سواء أتجاورت المحال أم تباعدت ، وذلك لتفاوت الأغراض باختلاف المحال والأبنية (٢) .

ثالثاً : قسمة الرد :-

وهى التى يكون فيها رد مال أجنبى عن المال المقسوم (٣) .

وسميت بذلك لمكان الحاجة فيها إلى رد مال أجنبى عن مال الشركة إلى بعض الشركاء .

مثالها :- أن يكون بين مالكين على الشيوع أرض مشتركة ، وفى أحد جانبيها بئر أو شجر لا يمكن قسمته ، وليس فى الجانب الآخر ما يعادل ذلك ، إلا إذا ضم إليه شئ من غير المال المقسوم ، وفى هذه الحالة تقسم الأرض بين الشريكين بعد تقويمها ، على أن يرد من يأخذ الجانب الذى يشتمل على البئر أو الشجر ما يعادل قيمته (٤) .

فلو كان بينهما أرض وفى أحد جانبيها بئر ، وكانت قيمة كل جانب ألفاً ، وقيمة البئر ألفاً ، فاقسما كان على من وقع البئر فى نصيبه رد خمسمائة لصاحب الجانب الآخر .

(١) حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٤ ، الحاوى الكبير للموردي ١٦ / ٢٥٦ .

(٢) تحفة المحتاج بهامش شروانى وابن القاسم ١٠ / ٢٠٤ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢١ ، شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٤ .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٩ ، شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٣ .

(٤) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٤ ، تحفة المحتاج بهامش شروانى وابن القاسم ١٠ / ٢٠٦ .

وقسمة الرد هي قسمة تعديل أصلاً ، ولكن يشار إليها بفصلها المميز ، وإذا أطلقت قسمة التعديل ، فإتاما تنصرف إلى مالا رد فيها ، وقد يلجأ إليها اختياراً أو اضطراراً ، وهذا لا يعنى أن فيها إجباراً ، بل ليس فيها إجبار ، لأن فيها تملك شئ غير مشترك فيه ، وهو المال المردود^(١) .

ولكن المقصود بالاضطرار ، هو أنه لا طريق أمام المتقاسمين إلا ملوك مسلك التعديل والرد حتى ينقسم المال المشترك .

مثال لها حالة الاختيار :-

كان تكون هناك أرض مشتركة بين اثنين مناصفة ، وفي أحد جانبيها بئر لربها ، لا تمكن قسمتها ، فهنا يمكن أن تقسم الأرض نصفين على السواء ، ويكون على الذى يأخذ النصف الذى فيه البئر نصف قيمتها للذى يأخذ النصف الآخر ، وهذه قسمة رد .

ويمكن أن تقسم الأرض والبئر معا بألف وخمسمائة مثلاً ، للبئر منها ثلثها ، فيأخذ أحدهما البئر وربيع الأرض ، ويأخذ الآخر الثلاثة أرباع الباقية .

وهذه قسمة تعديل لا رد فيها^(٢) . فإذا قسمت الأرض على النحو الأول فهي قسمة رد ، اختارها بإرادتهما .

مثال لها فى حالة الاضطرار :-

لو فرضنا فى المثال السابق أن قيمة البئر تساوى أكثر من قيمة الأرض كلها ، فحينئذ لا مفر من أن يرد أخذاً على الآخر قيمة ما بقى له فى تلك البئر ، بعد التعديل بالقيمة .

فإذا كانت قيمة الأرض ألفين ، وقيمة البئر ألفين ومائتين ، فإن نصيب كل منهما يكون قيمته ألفين ومائة ، فإذا أخذ أحدهما الأرض كلها وترك البئر ، رد عليه الآخر مائة ، وإذا أخذ بعض الأرض فقط رد عليه الآخر أيضاً قيمة ما ترك له منها^(٣) .

وهذا التقسيم هو على اصطلاح الشافعية وعلى وفق ما قرروه فى كتبهم .

ونستعرض بعد ذلك موقف بقية المذاهب من هذا التقسيم على النحو التالى :-

موقف الحنابلة من هذا التقسيم :-

لقد صرح الحنابلة بهذا التقسيم فى كتبهم فالقسمة عندهم تنقسم إلى إفراز وتعديل ورد^(٤) ، إلا أنهم لم يبرزوه إبراز الشافعية .

(١) أسنى المطالب ٤ / ٣٦٦ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ .

(٢) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم - الطبعة التمهيدية لموسوعة الكويت ص ٣٤٤ .

(٣) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم - الطبعة التمهيدية لموسوعة الكويت ص ٣٥٥ .

(٤) المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٥ وجاء فيه: "ويعدل القاسم السهام بالأجزاء إن كانت متساوية" كل أرض قيمة جميع أجزائها متساوية فهذه تعدل سهاماً بالأجزاء لأنه يلزم من التساوى بالأجزاء التساوى بالقيمة . -

ومع ذلك فهم يتفقون مع الشافعية في سائر الأحكام . ولا يختلفون مع الشافعية إلا في أن
قسمة الرد لا يصار إليها إلا إذا تعذرت قسمة الأجزاء أو التعديل^(١) ، بينما الشافعية يجيزون
ذلك بدون تعذر .

موقف الحنفية من هذا التقسيم : -

إن المطالع لكتب الحنفية يجد كلامهم وتصويرهم للقسمة لا يأبى هذا التقسيم ، بل يقولون
به وإن لم يصرحوا به ، إلا أنه يفهم من خلال كلامهم على بعض أحكام القسمة .

فقد علمنا فيما سبق أنهم يغلّبون معنى الإقراز في المثليات المتحدة الجنس ، ويلحقون بها
القيميات المتحدة الجنس أيضاً ، وإن كان للتقويم في القيميات مجال ، فتزد قسمة التعديل ، لأن
أجزاءه قد لا تتعادل تلقائياً .

هذا بجانب أنهم يصرحون في قسمة مختلف الجنس بأنه لا مانع من قسمته جمعاً مع
التعديل بالقيمة عند التراضى - سواء اقتضى ذلك التعديل ضم نقود خارجية إلى المال
المشترك أم لا^(٢) .

والجنس الواحد عندهم كذلك حين تتفاوت قيمة أجزائه لبعض المزايا الحسية أو المعنوية.

ويقول الكاساني في البدائع ما معناه : - إنه إذا اقتسما داراً ، وفضلاً بعضها على بعض
بالدراهم أو الدنانير ، لفضل قيمة البناء والموضع ، فإن القسمة جائزة ، لأنها وقعت عادلة من
حيث المعنى فكان ذلك تفضيلاً من حيث الصورة ، تعديلاً من حيث المعنى ، ولو لم يسميا
قيمة فضل البناء وقت القسمة ، جازت القسمة ، وتجب قيمة فضل البناء وإن لم يسمياها في
القسمة ، فيجب على صاحب الفضل رد قيمة ما لشريكه فيه^(٣).

فهذه قسمة رد .

بل جاء في المبسوط للسرخسي نصوص هي أكثر صراحة على اعتبار قسمة التعديل
والرد عند الحنفية فيقول السرخسي :- "إذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها فأخذ أحدهما
مقدمها وهو الثلث ، والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان ، جاز ذلك ، لأن المعتبر في القسمة
المعادلة في المالية والمنفعة ، والظاهر أن ذلك لا يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ،

= (وبالقيمة إن كانت مختلفة) كل أرض أحد جواربها يساوى مثلى الآخر فهذه يعادل فيها بالقيمة ، لأنه لما
تعذر التعديل بالأجزاء لم يبق التعديل إلا بالقيمة ضرورة (ويلارد إن كانت تقضيه) كل أرض قيمتها مائة
فيها شجر أو بئر يساوى مائتين فإذا جعلت الأرض بينهما كانت الثلث ودعت الضرورة إلى أن تجعل مع
الأرض خمسون درهماً يردّها من خرجت له الشجر أو البئر على من خرجت له الأرض ليكونا نصفين
متساويين .

ويراجع / الإنصاف ١١ / ٣٥٦ ، الفروع ٦ / ٥١٣ .

(١) كشف القناع ٦ / ٣٧٩ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١٥ .

(٢) يراجع في هذا المعنى بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٦ ، ٤١٣٧ بتصرف .

ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة الرغبة في المقدم دون المؤخر ، وتتفاوت المنفعة بحسب ذلك^(١).

فهذه قسمة تعديل .

ويقول السرخسي في موضع آخر :- "إذا كانت الدار بين رجلين فاقسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماه فهو جائز ، لأن في حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه ، وجواز البيع يعتمد المراضاة"^(٢).

فهذه قسمة رد .

خلاصة القول أن قواعد الحنفية لا تأبى هذا التقسيم ، والله أعلم .

موقف المالكية من هذا التقسيم^(٣):-

لقد فرق المالكية بين قسمة المراضاة وقسمة القرعة ، ففي قسمة القرعة لابد من تقويم أى شئ تراد قسمته بالقرعة سواء كان عقراً أو منقولاً باستثناء شئيين :-

(١) المتليات :- وهى المكيلات والموزونات والمعدودات المتفقة الصفة ، فإنها تقسم كيلاً أو وزناً أو عداً .

ويتلخص هذا الاستثناء على القول بأن المتليات تقبل القرعة وهو ما أفتى به ابن عرفة قياساً على المقومات^(٤).

(١) المبسوط ١٥ / ٢٧ .

(٢) المبسوط ١٥ / ٢٥ . ويراجع فيما سبق أيضاً مجمع الأثر ٢ / ٤٩٣ .

(٣) القسمة عند المالكية على ثلاثة أوجه :-

أحدهما : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل .

وقسمة القرعة عرفها ابن عرفة بأنها : فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم ، بما يمتنع علمه حين فعله .

وهذا النوع من القسمة لا يقضى به على من أباه فيما يحتمل القسمة ، ولا تجوز في مكيل ولا موزون ولا أجناس مختلفة ، ويرجع فيها بالتعين .

الثانى : قسمة مراضاة ومهالبة بعد تقويم وتعديل :

وعرف ابن عرفة قسمة المراضاة بأنها : هى أخذ بعضهم بعض ما بينهم ، على أخذ كل واحد من ما يعطيه بتراض ملكا للجميع .

وعرف المهالبة أيضاً بقوله :- "اختصاص كل شريك بمشترك فيه زمناً معيناً من متحد أو متعدد ، يجوز في نفس منفعة لا في غلته" .

والثالث : قسمة مراضاة ومهالبة بغير تعديل ولا تقويم .

يراجع / معين الحكام على القضايا والأحكام لابن إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرزاق ٢ / ٥٩٨ ،

٥٩٩ ط دفر الغرب الإسلامى ، بدلية المجتهد ٢ / ٢٦٥ ، الإتنان والإحكام شوح تحفة للحكام ٢ / ٥٨ ط

مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

(٤) التلواكه الدوالى ٢ / ٣٢٧ وورد فيه : "ولختلف أهل المذهب في دخول قسمة القرعة في المتليات وهى

المكيلات والموزونات والمعدودات المتفقة الصفة على قولين : الذى أفتى به الشيبى وعليه ابن رشد-

(٢) العقار المتفق المباني ، والأرض المستوية الجودة ، أو الرداءة ، وكذلك في رغبة الناس فيها - وذلك بأن يكون ما في كل جانب يتساوى مع الآخر عينا ومنفعة - فإنه في هذه الحالة يجوز أن يقسم بالمساحة .

وهذا عند بعض المالكية - ورد في بعض كتبهم^(١) . ولكن المعتمد عندهم أنه لا يقسم بالمساحة بل يقوم^(٢) .

فقسمة الإهراز واضحة في هذين الاستثنائين وجائزة عند المالكية ، أي عند من يقولون باستثنائهما من التقويم في القرعة ، كما في الاستثناء الثاني ، أو عند من يقولون بشمول القرعة للمثلثات كما في الاستثناء الأول .

أما قسمة التعديل فلا شك أنها جائزة في قسمة القرعة ، لأن القرعة لا تكون إلا بعد تقويم ، وما التقويم إلا تعديل .

فقد جاء في التاج والإكليل : - "وقسم العقار وغيره بالقيمة" ، يقول ابن رشد :

يجوز أن تقسم الرباع والأصول بالسهم إذا اعتدلت بالقيمة^(٣) .

أما قسمة الرد فتجوز عند المالكية في قسمة المراضاة ، ولا تجوز عند المالكية في قسمة القرعة . وذلك لأن القرعة تنطوي على الغرر الكثير إذ قد يريد أحد الشريكين أخذ الأحظ وتحمل الفرق أو عكسه ، ولكن القرعة تخرج له ما لا يشتهي^(٤) .

ولكن يجوز عند بعض المالكية إذا كانت قيمة الرد قليلة . ولكن المعتمد عندهم المنع^(٥) .

- عدم جواز القرعة فيها وإنما تقسم كيلاً أو وزناً ، والذي أفتى به ابن عرفة وعزاه للباقي الجواز كالمقومات . ويراجع أيضاً الشرح الصغير ج ٥ / ١٦٠ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٥ .

(١) الشرح للصغير ج ٥ / ١٦٠ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٦ وورد فيه "وقسم العقار وغيره مما أشبهه من المقومات معتبر بالقيمة لا بالعدد والمساحة إن اختلفت أجزاء المقسوم ، فإن اتفقت لم يحتج لتقويم بل يقسم مساحة" . ويراجع أيضاً / شرح التحفة للتسولي ٢ / ١٢٨ .

(٢) الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ وورد فيه "واعلم أن المشترك فيه إن كان عقراً أو غيره من أنواع الحيوان أو العروض فلا بد فيه من التقويم ولا ينظر إلى مساحته إن كان عقراً ولا عدده إن كان عرضاً أو حيواناً" . ويراجع / شرح التحفة للتسولي ٢ / ١٢٨ ، ويراجع أيضاً / شرح الخرشى ٤ / ٤٠٢ وورد فيه : "إن العقار وما أشبهه من المقومات يقسم بالقيمة لا بالعدد ، ولا بالمساحة وسواء اختلف البنين أو اتفق وسواء اتفق الغرس أو اختلف ، إذ لا يعرف تساويه إلا بمعرفة قيمته فلا بد من التقويم" .

(٣) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٣٦ .

(٤) القسمة للحكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٣٧ ف ٤٠ ، شرح الخرشى ٤ / ٤٠٩ .

(٥) الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ وجاء فيه : - "ومن شروط قسمة القرعة أن لا يؤدي أحد الشركاء ثمناً لشريكه لزيادة في سهمه ، مثال ذلك أن يكون المشترك فيه ثوبين وكان أحدهما يساوي دينارين والآخر يساوي ديناراً واقترا على أن من صار له الذي يساوي الدينارين يدفع نصف دينار ليحصل للتعادل فإن ذلك غير جائز ، لما يلزم من دخول قسمة القرعة في صنفين وهو غير جائز في قسمة القرعة ، قال خليل بالمعطف على ما لا يجوز : أو فيه تراجع إلا أن يقل ، والمعتمد عدم الجواز ولو قل ما به التراجع" . ويراجع / شرح الخرشى ٤ / ٤٠٩ ، ومواهب الجليل ٥ / ٣٤٣ .

أما فى قسمة المراضاة فيجوز عند المالكية الإفراز والتعديل والرد .
 فيجوز الإفراز عندهم فى المراضاة لأن المراضاة تجوز فى كل شئ سواء كان متلى أو غير متلى ، وسواء كان بتعديل أو غير تعديل^(١) .
 وكذلك قسمة الرد تجوز عندهم فى قسمة المراضاة ، طالما كان ذلك بالتراضى ، لأن التراضى ينفى الغرر^(٢) .

أما عند الظاهرية : فتجوز قسمة الإفراز أو الأجزاء عندهم بداهة .
 وكذلك أجاز ابن حزم قسمة التعديل^(٣) ، واستدل لها بما رواه رافع ابن خديج :
 "أن رسول الله ﷺ قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببيعير"^(٤) .
 أما قسمة الرد فلم أجد فيها شيئاً فى المحلى ، ومع ذلك فأتى أرى أنه لا مانع عند ابن حزم منها فى حالة ما إذا كانت بالتراضى .
 أما عند الإباضية : -

فهم يقسمون القسمة إلى قرعة ومراضاة - كما عند المالكية بل ويشابهون معهم فى أحكامها . فتجوز عندهم قسمة الإفراز فى قسمة التراضى والقرعة كذلك^(٥) .
 أما قسمة التعديل فهى معتمدة عندهم فى القرعة ولكن بشرط اتحاد الجنس ، وتجوز فى قسمة التراضى بدون هذا الشرط^(٦) .
 فمن شروط قسمة القرعة عندهم ، القيمة : أى أن تقوم المال المقسوم حيث لا يعلم تساوى إلا بها ولو اتحد النوع لاختلافه بوجه كعظم وصغر ، وجودة ورداءة وغير ذلك ولكنهم استثنوا من ذلك المكيلات والموزونات^(٧) .

-
- (١) شرح الزرقاى ٦ / ١٩٥ ، الخرشي ٤ / ٤٠١ ، الشرح الصغير ٥ / ١٥٦ .
 (٢) شرح الزرقاى ٦ / ٢٠٣ . وورد فيه : "ولا يجوز ما فى قسمة تراجع كثير بين المتقاسمين فلا يجوز كدارين إحداهما بمائة والأخرى بخمسين على أن من صارت له ذات المائة دفع لصاحبه خمسة وعشرين إذ كل منهما لا يرى هل يرجع أو يرجع عليه ففيه غرر ، إلا أن يقل ما يتراجعان فيه كنصف عشر فيجوز وهذا كله كما يعرب التعليل المتقدم فى قسمة القرعة ، وأما المراضاة فيجوز ولو كثر" .
 ويراجع / شرح الخرشي ٤ / ٤٠٩ ، والفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ .
 (٣) المحلى ٨ / ٥٥٨ ، ٥٥٩ . وجاء فيه : "فإن كان المال المقسوم أشياء متفرقة فدعا أحد المتقسمين إلى إخراج نصيبه كله بالقرعة فى شخص من أشخاص المال ، أو فى نوع من أنواعه ، قضى له بذلك ، أحب شركاؤه أم كرهوا" .
 (٤) رواه ابن حزم والبخارى يراجع / صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٦ / ٢١٠ بلب من قسم الغنيمة فى غزوه وسفروه ، ٩ / ٥٩٠ ك لصيد والنبق رقم (٥٥٤٣) ط دار الريان للتراث . والمحلى بالأكثر لابن حزم ٨ / ٥٦٠ .
 (٥) شرح التل وشفاء العليل ١٠ / ٥٥٢ وجاء فيه :- "ويقسم مكيل بكيل ، وموزون بوزن ، ومعدود لا يتفاوت بالعد ، وممسوح كذلك بالمسح" . وتراجع ص ٥٥٥ "وتصح قسمة المكيل والموزون بالقرعة" .
 (٦) المرجع السابق ١٠ / ٥٢١ وجاء فيه :- "من شروط جواز القسمة الجنس ولا تصح فى جزاف ، وأجازها قومنا فى قسمة التراضى بين أجناس" .
 (٧) شرح التل وشفاء العليل ١٠ / ٥٥٥ .

أما قسمة الرد فهي عندهم جائزة مطلقاً في قسمة المراضاة ، وذلك لأن قسمة المراضاة تشبه البيع فجاز فيها ذلك .

ولكنهم يمنعون قسمة الرد في قسمة القرعة فلا يجيزونها إلا في حالتين :- الأولى : أن يكون المال الزائد المردود سواء كان دفاتير أو دراهم أو عروض من التركة إذا كانت الشركة بالإرث ، وحضر الوارث .

الثانية : - أن يكون هذا الزائد من مال الشركة إن كانت الشركة بغير الإرث . أى أنه لا يجوز إذا كان المردود من نفس المال المقسوم .

واستدلوا على ذلك بأن قسمة القرعة لا تشبه البيع فيشترط فيها كون الزيادة من المشترك ومن الجنس^(١) .

وأما عند الشيعة الإمامية :- فقد قالوا بهذا التقسيم صراحة .

فقسمة الإفراز عندهم في المكيلات ، أو الموزونات ، أو المعدودات ، ويكون تقسيمها بالكيل أو الوزن أو العدد .

وقسمة التعديل عندهم تكون في القيمات كالأرض والحيوان ، فيكون التقسيم في هذين القسمين بالتعديل بالأجزاء - في القسم الأول - ، وبالقيمة - في القسم الثاني - ويقرع بين المتقاسمين^(٢) .

وقسمة الرد يقولون بها أيضاً لكنها لا تصح إلا بالتراضى^(٣) .

وعلى أية حال فقسمة التعديل عندهم تشمل الثلاثة أقسام ؛ لأن المقسوم إما أن يعدل بالأجزاء ، أو بالقيمة ، أو بالرد .

وعند الشيعة الزيدية : فهم يصرحون بها أيضاً .

(١) النيل وشفاء الطيل وشرحه ١٠ / ٥٥٣ ، ٥٥٤ وجاء فيه :- "(وإن إشتراكوا جملين أو فرسين فتفصلوا في قسمة فلا يزيدوا على الدنئ ثمناً ، وجوز إن كان من التركة) إذا كانت الشركة بالإرث أو إن كان للمال من الشركة إن كانت الشركة بغير الإرث ، (وحضر) لئلا يقسم الفلقب (جوز) أيضاً وإن من غيرها) وغير الشركة وجوزوا إن لم يحضر (وهذا) أى هذا القول الأخير في كلامه ومثله الذى ذكرته بعده (في غير) قسمة (القرعة) وأما فيها فلا تجوز الزيادة من غير التركة أو المشترك" .

(٢) جواهر الكلام ٥ / ٤٥١ نسخة مصورة عن مخطوط بكلية الشريعة بالقاهرة ، وورد فيه "ويكون الاقسام بتعديل السهام بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلاً ، أو وزناً ، أو ذراعاً ، أو عدداً بعدد الأنصباء أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض والحيوان" . ويرجع أيضاً / جواهر الكلام ف ٤٠ / ٣٤٤ وما بعدها - ط دار إحياء التراث العربى - بيروت .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٩ النسخة المطبوعة ، وورد فيه "أما لو كانت قسمة رد ، وهى المفترقة إلى رد في مقابلة بناء ، أو شجر ، أو بئر ، أو نحو ذلك مما قد يكون في أحد السهمين ولا يمكن قسمته فلا خلاف عندنا بل ولا إشكال في أنه لا تصح القسمة فيه مالم يتراضيا جبراً لما يتضمن من دفع الضميمة التى لا تستقر إلا بالتراضى" .

فقسمة الإقراز عندهم فى المثليات كالمكيل ، والموزون ، والمذروع المستوى ، فيقسم بالكيل ، والوزن ، والذرع^(١) . وقسمة التعديل بالقيمة فهى عندهم جائزة فى مختلف الأجزاء من حيث الجودة وغير ذلك^(٢) .

أما قسمة الرد فهى عندهم جائزة فى القسمة الرضائية ، وغير جائزة فى قسمة الإيجاب^(٣) .

فنخلص مما سبق إلى القول بأن الفقهاء قد اتفقوا على هذا التقسيم من حيث الجملة وإن كان البعض لم يصرح به ، إلا أنه يفهم من خلال عباراتهم وأحكامهم .

ولا نقصد باتفاق الفقهاء على هذا التقسيم ، اتفاقهم فى سائر الأحكام ، بل هم يختلفون فى بعضها كما سبق أن بينا .

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٥ ، ١٠٦ .

(٢) المرجع السابق ٤ / ص ١٠٧ حيث ورد فيه : "مسألة : إذا اختلفت الأجزاء فى الجودة ، عدلت بالقيمة ، فيقابل ذراع بدرهم ذراعين بدرهم ونحو ذلك" .

(٣) شرح الأثر ٣ / ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

المطلب الثاني

أقسام القسمة باعتبار إرادة المتقاسمين أو من حيث الاختيار والإجبار

تنقسم القسمة بهذا الاعتبار إلى قسمين : -

(١) قسمة تراض . (القسمة الرضائية ، أو القسمة الاتفاقية) .

(٢) قسمة إجبار . (القسمة القضائية) .

وذلك لأن الشركاء قد يرغبون جميعاً في قسمة المال الشائع بينهم ، أو يرغب بعضهم ويوافق الباقون على أصل القسمة ، وعلى كيفية تنفيذها ، فلا تكون بهم حاجة إلى اللجوء للقضاء ، فتكون القسمة حينئذ رضائية .

وقد يرغب بعض الشركاء في القسمة ويمتنع غيره ، حتى ولو عن كيفية القسمة . فهنا قد يلجأ الراغب إلى القضاء ، فإن القاضي يتولى قسمة المال وفق ما قرره الشرع ، فتكون القسمة حينئذ قضائية ، أو إجبارية^(١) .

وسنعرض لبيان كل قسم على حدة بشئ من الإيضاح ، ولن نتوسع في إبرازهما نظراً لتناولهما فيما بعد بالتفصيل .

إذ إن هذا التقسيم قد اعتمدته في هذا البحث ، وتناولت سائر الأقسام من خلاله ، كما سيتبين - إن شاء الله - من خلال هذا البحث .

وقبل أن أتناول كل قسم على حدة ، أحب أن أوضح أن هذا التقسيم محل اتفاق لدى جميع الفقهاء من حيث الجملة^(٢) ، ولكنهم اختلفوا في تفاصيل ذلك ، وسنبين ذلك من خلال تناولنا لها .

أولاً : القسمة الرضائية^(٣) :- (الاتفاقية)

هي أخذ كل واحد من مشترك فيه قدر حصته بتراض ، أو هي التي تكون باتفاق الشركاء ويقسمه القاضي برضائهم جميعاً .

وسميت بذلك ؛ لأنها إنما تكون برضاء الشركاء جميعاً^(٤) .

(١) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٣٧ ف ٤١ .

(٢) الهداية مع شروحاتها بتكملة شرح فتح القدير ٨ / ٥ وما بعدها ، الشرح الصغير ٥ / ١٥٦ ، ١٧٤ ، الحاوي الكبير للموردي ١٦ / ٢٥٠ ، المبدع في شرح المقنع ١٠ / ١٢٠ ، ١٢٨ ، المدة شرح العمدة للمقدسي ٢ / ٢٣٨ ط دار الكتب العلمية ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، شرح الذيل وشفاء العليل ١٠ / ٤٨٠ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ وما بعدها .

(٣) عرفتها المجلة العنلية في المادة ١١٢١ بأنها :- هي القسمة التي تجرى بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم بالتراضي أو يقسمه القاضي برضائهم جميعاً .

درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣ / ١٠٨ .

(٤) شرح الذيل وشفاء العليل ١٠ / ٤٨٠ .

والقسمة الرضائية جائزة في كل مال قيمياً كان أو مثلياً ، متحدداً في جنسه أو مختلفاً فيه ، كانت بعد تعديل وتقويم أولم تكن ، اشتملت على عوض من أحد الشركاء الآخرين أولم تشتمل ؛ لأن الحق لهم وهم راضون به .

ولأن الاتفاق على القسمة يعتمد التراضي (١) .

وهذا عند الحنفية والمالكية (٢) .

أما الشافعية والحنابلة ، فاتفقوا على أن القسمة الرضائية تكون في القسمة التي فيها رد (٣) ، لأنه فيها تملك مالا شركة فيه ، وشأن هذا أن لا يقبل الإيجاب (٤) .

أما قسمة التعديل فمنهم من قال لا تقسم إلا رضاء ، وهو قول للشافعية وهو احتمال عن الإمام أحمد ، وقول أيضاً عند الزيدية (٥) .

وذلك لاختلاف الأغراض والمنافع ، فقد تفاوتت رغم استواء القيمة ، فليست حقيقة البرتقال مثلاً كحقيقة العنب في نفسها ولا في عاندها وجدواها ، ولا في ملاقة رغبات الناس وحاجاتهم ، مع أن كلا من هذه وتلك يساوي ألف دينار . وكذلك ليست المساحة الصغيرة الجيدة التربة أو المطلة على النهر كالمساحة الفسيحة أو الرديئة أو الخلفية ، وإن تساوت قيمتها . فلا بد إذن من التراضي (٦) .

ومن الفقهاء من يقول بجواز قسمة التعديل جبراً ، وهو مذهب الحنابلة ، وهو قول آخر للشافعية ، وهو الراجح عند الزيدية (٧) ، وذلك إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء (٨) .

أما قسمة الأجزاء أو المتشابهات ، فقد اتفقوا على قبولها الإيجاب - أي إن امتنع الشركاء عن القسمة بالتراضي - ولئن كان هذا لا يمنع من دخول القسمة الرضائية فيها إذا تراضي الشركاء ، دون اللجوء إلى القضاء (٩) .

ولكن هناك ضابطاً قد اتفق الفقهاء عليه في الجملة (١٠) ، وهو أنه إذا اشتملت القسمة على ضرر ، أو ترتب عليها ضرر بأحد المتقاسمين أو بهما ، أو اشتملت القسمة على رد ، فلا

(١) المبسوط للرخسي ٣٨ / ١٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٧ ، وشرح الخرشى ٤ / ٤٠١ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٥ .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ ، الإصناف ١١ / ٣٣٤ .

(٤) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ .

(٥) نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ ، المغنى ٩ / ٧٠ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٦ .

(٦) نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ ، القسمة للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ص ٤٠ ، ٤١ ، الطبعة التمهيدية لموسوعة الكويت .

(٧) روضة الطالبين ١١ / ٢١٠ ، الكافي لابن قدامة ٤ / ٣١٩ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٦ .

(٨) روضة الطالبين ١١ / ٢١٠ .

(٩) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٣ .

(١٠) تكملة فتح القدير ٨ / ١٠ ، ١١ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٧ وما بعدها ، شرح الخرشى ٤ / ٤٠٩ ،

٤١٢ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٥ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٠٩ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٩ ، شرح

النيل وشفاء العليل ١٠ / ٥٤٢ وما بعدها ، شرح الأثرار ٣ / ٣٨٣ .

إجبار في القسمة ، بل يجب أن تكون بالتراضي بينهما ، أو على الأقل برضا من وقع عليه الضرر ؛ وذلك لأن الحق لهما ، وهما أعرف بشأتهما ، فلا يكون هناك مانع منها طالما رضوا بها^(١) .

أما إذا لم تشتمل القسمة على شيء من ذلك ، بأن انتفى الضرر ، أو لم يكن فيها رد فهنا يجوز إجبار الممتنع عن القسمة .

ووجه ذلك : أن القسمة تتضمن إزالة ضرر الشركة ، وحصول النفع لهما ؛ لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويمكن من غرسه وبناءه ، ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك فوجب أن يجبر الآخر عليه^(٢) ؛ لقوله عليه السلام :- " لا ضرر ولا ضرار "^(٣) .

وهناك ما لا تجوز قسمته لارضاءاً ولا إجباراً ، فلا تدخله قسمة الاختيار ولا قسمة الإيجاب ، وهو كل ما يتلف بالقسمة كالجوهر واللؤلؤ والعبد والدابة ، فهذا يمنع الشركاء فيه من قسمته ، وإن رضوا بها ؛ لأنه إتلاف ملك في غير نفع فكان سفها يستحق به الحجر^(٤) .

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ١١ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧١ ، ٧٢ .

(٣) الحديث رواه الدار قطنى والحاكم والبيهقى عن أبى سعيد الخدرى ، ورواه مالك فى الموطأ مرسلأ ، ورواه الشافعى عن مالك .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد على شرط مسلم .

يراجع / سنن الدار قطنى ٤ / ٢٢٨ ك الأفضية ط دار المحاسن للطباعة ، المستدرك للحاكم ٢ / ٥٧

ك البيوع ط دار المعرفة ، السنن الكبرى للبيهقى ٦ / ٩٦ ط دار الفكر ، موطأ الإمام مالك ٢ / ٧٤٥

ك الأفضية ، ط دار إحياء الكتب العربية ، ترتيب مسند الشافعى جـ ٢ / ١٦٥ ط دار الكتب العلمية ، الهداية فى تخريج أحاديث البداية للغمارى ٨ / ١٢ رقم (١٥٣٢) ط عالم الكتب .

وهو مروى أيضاً عن ابن عباس وعن عبادة ابن الصامت ، وعن عائشة - رضى الله عنهم - وقال الثورى : حديث حسن وله طرق يقوى بعضها بعضاً . تلخيص الحبير لابن حجر ٤ / ١٩٨ ط دار المعرفة

(٤) الحلو الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٠ ، شرح الخرشي ٤ / ٤٠٨ .

هذا وقد خالف فى ذلك ابن حزم حيث أجاز قسمة جميع ذلك سواء لحق الضرر أحد الشركاء أو جميعهم بل ويجبر الأبى على ذلك ، واستدل بقوله تعالى :- " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً " سورة النساء الآية ٧ .

والقسمة للرضائية عند ابن حزم لا تكون إلا فيما يقبل قسمة التفريق عند الحنفية .

المحلى ٨ / ٥٥٦ ، ٥٥٩ .

والحجر شرعاً : هو المنع من التصرفات المالية . الإقاع بهامش البجيرمى ٣ / ٦٨ .

ثانياً : القسمة الإجبارية "القضائية" (١) :-

والقسمة الإجبارية هي التي تكون بواسطة القضاء لعدم اتفاق الشركاء .
وسميت إجبارية ، لإجبار الممتنع من الشركاء على القسمة إذا كملت شروط الإجبار (٢).
وهي التي يمكن التعديل فيها من غير رد من أحد الشركاء على الآخرين ، وكذلك لا
ضرر فيها عليهم ، ولا على أحدهم . ويتولاها القاضى أو من يقيمه لذلك (٣) .
وولاية القاضى للقسمة قد تكون برضاء الشركاء جميعاً ، وقد تكون برضاء بعضهم
وامتناع البعض .

فإذا تمت برضاء الشركاء جميعاً ، أخذت أحكام القسمة الرضائية .
أما إذا طلب البعض القسمة وامتنع البعض الآخر ، وكان المشترك مما يمكن قسمته ،
وينتفع كل شريك بما صار إليه ، فإن القاضى يجرى القسمة ، ويجبر من امتنع عنها ، وحينئذ
تكون القسمة إجبارية (٤).
ورغم ذلك فليس حتماً فى قسمة الإجبار أن يتولاها القاضى بنفسه أو بمن يندبه لذلك ،
بل له أن يحبس الممتنع من القسمة حتى يجيب إليها ، ويحدد له القاضى أجلاً معقولاً لإتمامها
بصورة عادلة (٥).

يقول صاحب شرح العناية من الحنفية :- "ليست القسمة بقضاء على الحقيقة ، حتى لا
يفترض على القاضى مباشرتها ، وإنما الذى يفترض عليه جبر الأبى على القسمة" (٦).

محل قسمة الإجبار :-

فالذى تقبل قسمته الإجبار ، فهو عند الحنفية النوع الواحد ، سواء كان مثلياً كالحبوب أو
الأدهان ، أو الجوز أو البيض ، أو قيمياً كالإبل أو البقر أو الغنم ، ويزاد على ذلك عند
الصاحبين الدور أو الحوانيت فى بلد واحد ، والأراضى الزراعية أو البساتين (٧) .

(١) عرفتها المادة (١١٢٢) من مجلة الأحكام العدلية بأنها : تقسيم القاضى الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب
بعض المقسوم لهم ، أى بطلب بعض أصحاب الملك المشترك .

درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٠٩ / ٣ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ٥١٢ / ٣ .

(٣) الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٤ ، قسمة الأملاك د / أحمد فراج حسين ص ٦٩ .

(٤) قسمة الأملاك د / أحمد فراج ص ٦٩ .

(٥) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٣٨ ف ٤٢ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٠٩ / ٣ .

(٦) شرح العناية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ٦ ، ويراجع / الحاوى الكبير للماوردى ١٦ / ٢٤٥ .

(٧) فالدور أجناس مختلفة عند الإمام ، وذلك نظراً لاختلاف الأغراض ، بينما هي جنس واحد عند الصاحبين
نظراً إلى أصل السكن .

وذلك لأنه عند اتحاد الجنس أو النوع يتحد المقصود ، فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة^(١).

أما قسمة الأنواع المختلفة كحبوب وبيض مثلاً ، أو ابل وبقر ، فهذه الأنواع لا تقبل قسمة الإجبار إذا ما أردنا قسمتها قسمة الشيء الواحد ، حتى لأن كل شريك يستكمل بنوع أو أكثر . (أي قسمة جمع) .

وذلك لعدم الاختلاط بينهما ، فلا تقع القسمة تمييزاً ، بل تقع معاوضة ، فيعتمد التراضي دون جبر القاضى ؛ لأن إجباره عليها على اعتبار التمييز^(٢) .

وكذلك تتفاوت الرغبات فيها فضلاً عن تفاوتها هي أيضاً ، فيتعذر تعديلها ، وينطوى الإجبار عليها على الجور والضرر . ولكن إذا تراضى الشركاء عليها فلا مانع منها حينئذ ؛ وذلك لأن الحق لهما وطالما رضيا بذلك فيغتر ذلك التفاوت . ورغم ذلك إن لم تكن هناك طريقة لتقسيم الأنواع المختلفة إلا عن طريق قسمة الجمع ، ولا يتمكن القاضى من الوصول للحق إلا بذلك ، فإن القاضى يجبر الممتنع على ذلك قياساً على قضاء الديون^(٣).

وكذلك لا يجوز عند الحنفية قسمة الجواهر أو الحمام أو البئر أو الرحى أو الثوب الواحد ، أو الحائط بين الدارين قسمة إجبار ، بل لابد من رضاء الشركاء ، وذلك لفحش التفاوت وإلحاق الضرر بالشركاء^(٤) .

أما عند الشافعية والحنابلة - فكما سبق أن بينت - تقبل قسمة الإقراز عندهم الإجبار بالاتفاق .

أما قسمة التعديل فتقبل الإجبار عند الشافعية على الراجح عندهم وهو ما عليه الحنابلة أيضاً ، إلا أن قبول قسمة التعديل للإجبار عندهما مقيد بشروط : -

(١) أن يكون المقسوم شيئاً واحداً - أو اتحاد الجنس - :

فالأرض التي تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة الإنبات أو قرب الماء ، أو يختلف جنس ما فيها كالبيستان بعضه نخل وبعضه غنم ، والدار التي بنى بعضها بالحجارة وبنى البعض الآخر بالطوب اللبن ، فهنا يجبر القاضى الأبى عن القسمة ، على القسمة إذا طلب شريكه ذلك^(٥) - أى طلب قسمتها قسمة جمع ..

(١) شرح العناية بهلمش تكملة فتح القدير ، والهداية ٨ / ١١ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى ٥ / ٢٦٩ .

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢ / ٤٨٨ ، ٤٩١ .

(٤) لدر المنتقى في شرح المنتقى بهلمش مجمع الأنهر ٢ / ٤٩١ .

(٥) مظى المحتاج ٤ / ٤٢٢ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ ، المنتقى لابن قدامة ٩ / ٧٤ .

إلا أن بعض الشافعية ومعهم بعض الحنابلة ذهبوا إلى أنه إذا أمكن قسمة الجيد وحده والردئ وحده ، فلا إجبار إلا على قسمة كل شيء على حدة ، وذلك قياسا على الأرضين اللتين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء^(١) ، وهذا الاستثناء يجيزه الحنفية أيضا^(٢).

ولكن إذا تعدد العقار كدارين أو حائوتين ، فإذا تساوى الداران أو الحائوتان فى القيمة ، وطلب أحد الشريكين جعل كل لواحد ، فلا إجبار سواء تباعدا أو تجاورا ، لتفاوت الأغراض باختلاف المحال والأبنية^(٣).

(٢) أن يتفق الصنف وذلك بالنسبة لقسمة المنقولات :-

فلا يكتفى فيها باتحاد الجنس ، ككونها ثياب ، أو عبيد مثلا ، بل لابد من اتحاد الصنف أيضا ، كثياب قطن ، وثياب قطن ، وشامية وشامية ، فهنا يجبر الأبى على القسمة ، لأنه باتحاد الصنف يقل اختلاف الأغراض .

ولكن إذا كانت المنقولات من أنواع مختلفة ، كثوب يبرسم مع ثوب قطن ، وآخر كتان ، أو كانت منقولات هى من نوع واحد ولكن اختلفت بلد الإنتاج أو الصنع ، وذلك كقطعتين من النسيج إحداهما شامية والأخرى مصرية ، فلا إجبار فى ذلك ، لشدة اختلاف الأغراض حينئذ^(٤).

وهذا يفترض مع وحدة الجنس والصنف اختلاف القيمة ، وإلا لدخلت قسمة المتشابه أو الإفراز^(٥).

فالأبسطه مثلا تختلف أحجامها وعدد فتلاتها - وهذا اختلاف فى الصورة يتبعه اختلاف فى القيمة - فإذا كانت هناك ثلاثة أبسطه من صنف واحد ، مشتركة بين اثنين مناصفة ، وقيمة أحدهما مائة دينار ، وقيمة الآخرين معا مائة ، وطلب أحدهما القسمة تعديلا ، فإنه يجاب ويجبر الآخر إذا امتنع ، لقلة تفاوت الأغراض حينئذ ، بخلاف ما إذا اختلفت أجناس الأبسطه أو أصنافها ، فإنه لا سبيل إلى قسمتها قسمة تعديل إلا بالتراضى^(٦).

(٣) ألا يترتب على قسمة التعديل بقاء شيء مشتركاً من ذلك المال المراد قسمته ، حتى يكون هناك إجبار .

(١) معنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ ، المعنى لابن قدامة ٩ / ٧٤ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٢ .

(٣) معنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ ، المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٠ ، المعنى ٩ / ٧٤ ، ٧٥ .

(٤) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٤ ، حاشية الجمل مع شرح المنهج ٥ / ٣٧٤ ، ٣٧٥ .

(٥) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٤ .

(٦) القسمة د/ إبراهيم عبد الحميد ص ٤٢ ويراجع / المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٢٣ .

أما إذا ترتب على هذه القسمة بقاء شئ مشتركاً بين الشركاء ، فلا إيجاب ، بل يكون ذلك بالتراضى .

وذلك كسيارتين بين شريكين مناصفة ، قيمة إحداهما ألقى جنبيه ، وقيمة الأخرى ألف جنيه فحسب ، فإذا أراد أحد الشركاء قسمة ذلك بالتعديل ، بأن يستقل أحد الشركاء بالسيارة ذات الألف جنيه ، ويكون له فى السيارة الأخرى والتي ستؤول لشريكه خمسمائة جنيه ، أى يكون شريكاً له فيها بالربع ، فلا إيجاب هنا ، ولكن يجوز رضاء . وذلك لعدم زوال الشركة بالكلية ^(١).

وهذا صريح عند الشافعية ^(٢)، وبه قال الحنابلة ضمناً .

فقد جاء فى شرح منتهى الإرادات : - " أو طلب أحدهما قسم سفلى لا قسم علوى ، أو عكسه بأن طلب قسم علوى لاسفل ، أو طلب قسم كل واحد من العلوى والسفلى على حدة وأبى الآخر ، فلا إيجاب " ^(٣) .

وليس معنى ذلك اشتراط زوال الشركة فى كل شئ حتى التوابع والملحقات ، بل يغتفر ذلك فيها ، كالطريق المشترك بين المتقاسمين والمسيل ^(٤) وغير ذلك .

وكذلك اشترط الشافعية والحنابلة لجواز قسمة الإيجاب عدم الرد وعدم الضرر

وبعد بيان موقف الشافعية والحنابلة فإنه يتضح أنهم يتوافقون مع الحنفية فى أن قسمة النوع الواحد أو الجنس الواحد تقبل الإيجاب على القسمة إلا أن الشافعية والحنابلة يشترطون لذلك زوال الشركة ، وألا يكون فى القسمة رد لا مفر منه ، وذلك كإرض فى أحد جانبيها بئر ، وثمان البئر أعلى من سعر الأرض نفسها .

والحنفية لا يعتبرون هذه الشروط ، وإن كان شرط عدم الرد يتفق مع قواعدهم ، إذ أن الرد بيع عندهم ، والشأن فى البيع ألا يقبل الإيجاب .

أما المالكية فقالوا بأن قسمة الإيجاب تكون فيما تماثل أو تجانس دون رد ^(٥).

ومعنى ذلك أنهم يتفقون مع بقية الفقهاء فى اشتراط اتحاد الجنس أو النوع وعدم الرد ، إلا أنهم يخالفونهم فى بعض المواضع .

(١) القسمة د / إبراهيم عبد الحميد ص ٤٣ .

(٢) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٤ ، شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى بهامش حاشية للجمال ٥ / ٣٧٥ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٣ ، وقد مثلوا جميعاً بالعبدین .

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١١ .

(٤) نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٩ .

(٥) شرح الخرشي ٤ / ٤٠١ .

فمثلا : ليس كل ما اتحد نوعه يقبل الإجبار على قسمته ، بل يشترط الملكية أن تتساوى القيمة ورغبات الشركاء ، ولا بد أيضا من قرب المسافة بين العقارين المراد قسمتهما.

فإذا ابتعدت المسافة بين قطعتي أرض أكثر من ميلين ، أو كانت إحدهما أجود من الأخرى ، أو كان أحد الشركاء يرغب في إحدهما أكثر من الأخرى لغرض ما ، فلا إجبار^(١).

وكذلك ليس كل ما اختلف نوعه لا يقبل الإجبار على قسمته ، فالمالكية يجيزون قسمة أنواع الثياب المختلفة قسمة الشيء الواحد جبرا^(٢).

وكذلك الأرض نوع عند الملكية ، وأشجارها نوع آخر ، وكل نوع يقسم على حدة ، إلا أنه إذا تباعدت الأشجار فيجوز ضم النوعين إلى بعض في القسمة ، فتقسم الأرض والأشجار معا .

وعلّلوا ذلك بأنه لو قسم كل نوع على حدة لصار لكل واحد شجرة في أرض صاحبه ، ومن ثم فلا تنتهي الشركة^(٣).

وكذلك لا يجمع عندهم في قسمة الإجبار بين عاصيين فأكثر ، إلا أن يكون مع العصبة صاحب فرض . كزوجة أو أم ، فإن العصبة تجمع أولا ، ثم يسهم بينهم وبين صاحب الفرض^(٤).

وكذلك لا يشترط عندهم تعذر قسمة كل صنف على حدة ، باستثناء البساتين ، فإنه لا يجبر على الجمع في قسمتها بين صنفين كبرتقال وعنب إلا إذا تعذرت قسمة كل على حدة^(٥).

أما ابن حزم - وأبو ثور - فلم يشترطا اتحاد الجنس كالفقهاء الأربعة ، ولكنهما أجازا قسمة الأشياء المتفرقة والمختلفة الجنس قسمة إجبار ، فلو طالب أحد الشركاء بإخراج نصيبه في شخص من أشخاص المال المقسوم - المختلف الأجناس - وفي نوع من أنواعه ، قضى له بذلك أحب الشركاء أم كرهوا .

واستدل ابن حزم على ذلك بما رواه بسنده عن رافع بن خديج : -

"أن رسول الله - ﷺ - قسم الغنيمة، فعدل عشرة من الغنم ببيعير" ^(٦).

(١) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٣ .

(٢) حاشية العدوي على شرح الخرشي ٤ / ٤٠٦ .

(٣) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٤ .

(٤) شرح الخرشي ٤ / ٤١٠ .

(٥) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٢ ، ٤٠٣ .

(٦) سبق تخريجه . ويراجع / فتح الباري ٦ / ٢١٠ رقم (٥٥٤٣) ط دار الريان للتراث .

فرسول الله قد أعطى بعضهم غنما ، وبعضهم إيلا ، مع اختلاف جنسهما ، وهذا عمل الصحابة مع رسول الله ، ولا مخالف لهم (١).

الرد على ابن حزم : -

١ - أن قسمته - عليه السلام - الغنيمة على هذا النمط ، ليس فيه دلالة على الإلزام ، فربما كان عن تراض (٢).

٢ - أن قسمة الغنيمة نوع خاص من أنواع القسمة ، ولا يختلف أحد من أهل العلم على أنه يجوز للإمام فيها أن يخص كل طائفة بنوع من المال (٣).

٣ - أن حقوق الغانمين لا تتعلق بأعيان الغنيمة ، بل بماليتها ، حتى أنه يجوز للإمام بيع الغنائم ، ويقسم ثمنها ، ومن ثم فيستوفي الغانم حقه من أى نوع كان (٤).

٤ - أن الغانمين قبل قسمة الغنيمة لا يملكونها ، فهم لا يملكونها إلا بالقسمة (٥).

أما الإياضية فبناء على الراجح عندهم يشترطون للإجبار على القسمة اتحاد الجنس ، أى كل ماتمائل (٦) ، فلا يصح الإجبار فى أجناس كأصل وحيوان ، وعروض مع مكيل أو موزون أو معدود أو ممسوح ، أو مع الكل ، بأن يجعل كل جنس من ذلك سهما ، أو بعضها ، أو ما اختلف من جنس واحد كبير وشعير ، ودار ونخيل وإبل وبقر ، فلا يجوز أحد هؤلاء مع المكيل والموزون ، فإذا لم يجز أحد هؤلاء مع المكيل أو الموزون ، فأولى أن لا يجوز واحد مع الآخر ، بل يقسم كل متفق من الجنس وحده ، فيقسم النخيل وحده ، وشجر الرمان وحده ، والإبل وحدها ، والبقر وحدها ، والبر وحده ، وهكذا (٧).

وقيل : يجبر الشركاء على ما يفصل بينهم ولو اختلف الجنس (٨).

أما الشيعة الإمامية فيجوزون القسمة جبراً فى المثليات والقيميات ، سواء كانت عقارا أو غيره ، متحد الجنس أو متعدد ، متفقا فى الجنس أو مختلفاً ، بشرط أن لا يكون هناك ضرر يترتب على القسمة ، وألا يكون فى القسمة رد ، ومن ثم فيقسم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع ، كما تقسم الأرض المتساوية الأجزاء قسمة إجبار ، لعدم الضرر وعدم الرد ،

(١) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

(٢) القسمة للحكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٤٨ ف ٧٢ .

(٣) القسمة د / إبراهيم عبد الحميد ص ٤٨ .

(٤) حاشية رد المختار ٦ / ٢٥٥ ، تبين الحقائق للزيلعى ٥ / ٢٧٠ .

(٥) الأشياء والنظائر للسيوطى ص ٢٥٦ .

(٦) شرح النيل ١٠ / ٥٢١ .

(٧) شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٥٠ .

(٨) المرجع السابق ١٠ / ٥٣٨ .

وإن كان ينقص الثوب بالقطع ، أو تقل قيمة الأرض بالقسمة ، لم يقسم جبرا ، وتقسم الثياب
اتحدت في النوع أو اختلفت قسمة إجبار (١).

أما الشيعة الزيدية فيجوزون القسمة جبرا في المثلث أو القيمي المتحد في الجنس ، أما
إن اختلف جنس المقسوم ، فسيبيل قسمته التراضي ، وكذلك إذا ترتب على القسمة ضرر (٢).

وبعد تفصيل ما تدخله قسمة الإجبار أحب أن أوضح أن الفقهاء قد اتفقوا على أن قسمة
الإجبار لا تدخل فيما يترتب على قسمته ضرر .

فانتفاء الضرر شرط لازم للقول بجواز قسمة الإجبار عند سائر الفقهاء ، وكذلك يشترط
عدم الرد .

ولكن ما هو الضرر المانع من قسمة الإجبار هذا ما سنبينه - إن شاء الله - عند تناولنا
لشروط قسمة الإجبار ، أو القسمة القضائية .

(١) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٠ .

(٢) شرح الأكره ٣ / ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

المطلب الثالث

أقسام القسمة باعتبار وحدة المحل المقسوم وتعددته

تمهيد :-

تنقسم القسمة من حيث تجميع نصيب الشريك في شئ واحد مفوز ، أو تفرقة على جميع الأموال الشائعة بحيث يأخذ جزءاً مفوزاً من كل منها إلى :-

- (١) قسمة تفریق . (٢) قسمة جمع .

فقسمة التفریق :- (أو قسمة الفرد أو الأفراد)

هى قسمة كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة ، مع تعيين نصيب المتقاسمين فى كل مال . وذلك كشريكين فى دار وأرض ، يقسم كل واحد بينهما مناصفة .

وقسمة الجمع :-

هى جمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حدة ، بحيث يجعل القاسم بعض أفراد المقسوم لأحد الشريكين والآخر للثانى^(١) .

وبعبارة أخرى : هى قسمة المتعدد قسمة الشئ الواحد .

وهى جائزة عند اتحاد الجنس ، ولا تجوز فى جنسين^(٢) .

وواضح أن المعول عليه فى هذا التقسيم ليس إلى جمع الحصص الشائعة وتفریقها فإنه لابد من جمعها فى كل قسمة ، ولكن النظر هنا إلى محل القسمة نفسه فإنه إن كان شيئاً واحداً ليس معه غيره ، أو معه غيره إلا أن كل واحد يقسم على حدة ، فقد تفرق بالقسمة إلى أنصباء متميزة أى صار متعدداً بعد أن كان واحداً وهذا هو التفریق ، فالذى أدى إليه هو قسمة التفریق .

وإن كان أشياء متعددة تقسم جملة فقد ضم بعضها إلى بعض ، ولم ينظر إلى تعددها ، وإنما اعتبرت وحدة متكاملة ، يترقب على قسمتها جمع نصيب الشريك كلا أو بعضاً فى عين واحدة أو أكثر ، فهى إذن أساساً ومآلاً قسمة جمع^(٣) .

وهذا التقسيم تدخله القسمة الرضائية والجبرية على ما سبق بيانه .

(١) بدائع الصلح ٩ / ٤١١٧ ، ٤١٢١ .

(٢) البدائع ٩ / ٤١٢١ .

(٣) وهذه هى رؤية الدكتور / إبراهيم عبد الحميد وفق معه فيها . القسمة ص ٥٤ ف ٩٢ .

فبالنسبة للقسمة الرضائية لا خلاف بين الفقهاء^(١) في جوازها إذا تراضى الشركاء على قسمة المال المشترك ، سواء بطريق جمع نصيب كل شريك في عين من أعيان المال ، أو تفرقة على أنواع المال ، وسواء كان المقسوم متساويا في الصورة والقيمة ، بحيث لا يحتاج إلى تعديل ، أو كان يحتاج إلى تعديل أورد ، جنسا واحداً كان المقسوم أو جنسين متلبا كان أو قيميا . وسواء تساوت الأجزاء في قسمة الأجزاء ، أو تراضوا على التفاوت فيما بينهما إلى آخر ذلك .

أما بالنسبة للقسمة الإجبارية فقد سبق أن بينا أنه لا خلاف في أنه إذا انتفع كل شريك بنصيبه بعد القسمة ولم يكن ثمة رد ، وكان المقسوم جنسا واحد ، فإنه يجوز للقاضي أن يقسم بين الشركاء جبرا ، فيحمل الممتنع على القسمة ، سواء كانت قسمة تفريق أو جمع . وهذا التقسيم قد صرح به الحنفية ، وبقية الفقهاء يعتمدونه إلا أنهم لا يبرزوه كالحنفية ، فيفهم من ثانيا كلامهم ، ويتضح ذلك فيما يلي : -

عند الملكية :-

يقول الخرشي : " إن قسمة القرعة يفرد فيها كل نوع من أنواع المقسوم ، أو كل صنف من أصناف المقسوم إذا كان متباعدا على حدثه ، فلا جمع فيها بين نوعين ولا بين صنفين من المقسوم إلى أن قال : أن الدور تجمع على حدثها في قسمة القرعة بشرط تقاربها كالميل... إن تساوت قيمته ورغبة " ^(٢) وغير ذلك كثير عندهم .

وعند الشافعية :-

يقول الإمام النووي : " النوع الثاني : قسمة التعديل ، والمشارك الذي تعدل سهامه بالقيمة ينقسم إلى ما يعد شيئا واحد وإلى ما يعد شيئين فصاعدا ، أما الأول فكالأرض تختلف أجزاؤها " ^(٣).

ويقول الأردبيلي : " والثاني قسمة التعديل وهي أن يعدل السهام بالقيمة ، فإن عد المال شيئا واحدا كالأرض التي تختلف أجزاؤها .. إلى أن قال : وإن عد شيئين فإن كان عقارا كما إذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويي القيمة وطلب أحدهما بأن يجعل لهذا دارا ولهذا دارا ، أو حانوتا وحانوتا لم يجبر الممتنع .. إلى أن قال : وإن لم يكن عقارا كالعبيد والدواب والأشجار والثياب ونحوها .. إلخ " ^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٧ ، ٤١٢١ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٤ ، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢ / ٥٩٨ ، ٥٩٩ ، الإقطن والإحكام ٢ / ٥٨ ، الحاوي الكبير للمارودي ١٦ / ٢٥٠ وما بعدها ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥ / ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، المغنى مع الشرح الكبير ١١ / ٤٩٠ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ ، ١٠٥ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ / ١١٥ ، ١١٦ ، الإيضاح للشماخي ٧ / ٨٥ وما بعدها .

(٢) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ويراجع / شرح الزرقاني ٦ / ١٩٦ وما بعدها .

(٣) روضة الطالبين ج ١١ ص ٢١٠ .

(٤) الأتوار الأعمال الأبرار للأردبيلي ج ٢ ص ٥٠٥ .

فواضح من النصوص أن الشافعية تقع عندهم قسمة التفريق والجمع وإن كان ذلك في قسمة التعديل .

أما عند الطائفة : -

فقد جاء في كشف القناع : " وهي - أي القسمة - نوعان أحدهما قسمة تراض لا تجوز إلا برضاء الشركاء كلهم ، وهي ما فيها ضرر أو ردّ عوض من أحدهما على الآخر كاللدور الصغار والحمل والطلحون الصغبرين والعضائد المتلاصقة صفا واحد وهي الدكاكين اللطاف الضيقة ، فإن طلب أحدهما قسمة بعضها في بعض ، أي أن يجعل بعضها في مقابلة بعض ، لم يجبر الآخر .. (١) .

وجاء في الإقناع : " وإن كان بينهما أرض يشرب بعضها سحيا وبعضها بملا أو في بعضها شجر وفي بعضها نخل فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدة وطلب الآخر قسمتها أعيانا بالقيمة ، قدم من طلب قسمة كل عين على حدة إن أمكن التسوية في جيدة وردينة ، وإن لم يمكن وأمكن التعديل بالقيمة عدلت وأجبر الممتنع ، وإلا فلا " (٢) .

أما عند ابن حزم فقد قال بها أيضا غير أنه قال في قسمة الجمع بجواز الإيجاب فيها مطلقا .

وأما قسمة التفريق فلا يقول بجوازها إلا إذا كانت عن تراض وهو (٣) في هذا وذلك يخالف جمهور الفقهاء .

وقد قال بقسمة الجمع والتفريق أيضا الإباضية يستشف ذلك من نصوصهم فقد جاء في كتاب القسمة وأصول الأراضين ما نصه : " وإذا اشترك قوم في حيوان فأرادوا قسمة ، فإتبعهم يقسمون كل جنس منهما على الأفراد ، مثل الإبل والبقر والغنم ، وإنما تصح قسمة الحيوان بالقيمة مع اعتدال الأسهم وذلك إذا أردوا أن يقسموها " (٤) .

وبه قال الزيدية أيضا فقد جاء في البحر الزخار : " وإذا طلب من له سهام متفرقة لا تنفعه منفردة أن تجمع له في موضع أجبروا عليه ، رعاية للأصلح ، كقسمة الدار الواحدة " (٥) .

(١) كشف القناع ج ٦ ص ٣٧١ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٣) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٨ ، ٥٥٩ : " فإن كان المال المقسوم أشياء متفرقة فدعا أحد المقتسمين إلى إخراج نصيبه كله بالقرعة في شخص من أشخاص المال أو في نوع من أنواعه قضى له بذلك أحب شركاؤه أم كرهوا ، ولا يجوز أن يقسم كل نوع بين جميعهم ولا كل دار بين جميعهم ولا كل ضيعة بين جميعهم إلا باتفاق جميعهم على ذلك " .

(٤) القسمة وأصول الأراضين لأبي العباس أحمد بن محمد بن بكر الفرسطاني النقوش ص ٨٤ - ط مكتبة الضامري - سلطنة عمان . ، ويراجع أيضا / شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٥٥٠ وما بعدها .

(٥) البحر الزخار ٤ / ١٠٩ .

وفيه أيضا : " ويخصص كل جنس حيث المقسوم أجناس ، وحيث هو جنس واحد متلى
 خصص أيضا ، وأما المختلف كالدار فيقسم بعضه فى بعض ، أى لا يخصص كل منزل بل
 توازى منازل ، فإن تعدد كالطور قسمت كل دار أو بعضها فى بعض للضرورة أو الإصلاح
 إذ هو المقصود بالقسمة ، وقيل : بل هى بمنزلة أجناس فينقسم كل واحد . قلنا : لا مصلحة ولا
 ضرورة هنا بخلاف الدور . فإن اقتضى الإصلاح قسمة الإبل والبقر والغنم بعضها فى بعض
 جاز على جهة التقويم والتعديل " (١).

وبذلك قال الإمامية أيضا :-

فقد جاء فى جواهر الكلام : " لو كان بينهما قرحان متعددة وطلب واحد من الشريكين
 مثلا قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع ، لأن المشهور بين الأصحاب على ما فى
 المسالك أن ما يعد شيئين فصاعدا من العقار كالطور المتعددة والأراضى المتعددة الخالية من
 الشجر - وهى المعبر عنها بالأقربة ، والدكاكين المتعددة - سواء تجاوزت أم لا - والحبوب
 المختلفة كالحنطة والشعير لا يقسم بعضها فى مقابل بعض قسمة إجبار ، وإنما يقسم كل واحد
 منها على حدته قسمة إجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر " (٢).

ونخلص من ذلك إلى أن الفقهاء جميعاً يقولون بهذا التقسيم وإن لم يصرحوا به وإن
 كانوا يختلفون فى بعض الأحكام مما يظهر فى الفروع ، ولكن هذا الاختلاف ليس راجعا
 لاختلافهم فى التقسيم ولكنه راجعا لكونهم اختلفوا فى بعض القواعد أثرت فى أحكام بعض
 الفروع اختلافا .

يظهر ذلك جليا عند الكلام على قسمة الإيجار فى هذا التقسيم وتطبيقه على بعض
 الفروع .

ونظرا لأن هذا التقسيم لم اعتبره تقسيما رئيسيا فى هذا البحث فإنه يجدر بى هنا أن
 أتناول ما تجرى فيه قسمة الأفراد من الأموال جبرا ، وما تجرى فيه قسمة الجمع من الأموال
 جبرا .

فقول بأنه إذا اختلف الشركاء فطلب بعضهم قسمة المشترك قسمة أفراد وامتنع البعض
 الآخر أو طلب قسمته قسمة جمع ، فإما أن يكون المقسوم جنسا واحدا ، وإما أن يكون أجناسا
 مختلفة .

فإذا كان المقسوم جنسا واحدا ولا مضره فى تبغيضه ، وطلب أحد الشركاء أن يجمع له
 القاسم أو القاضى نصيبه فى عين من المقسوم ، وامتنع الشركاء ، فإنه على القاضى أن يقسم

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٥ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٨ .

المشترك بينهم قسمة جمع ويجبر من امتنع ، لأنه عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة و التكميل في المنفعة ، فتقع القسمة تمييزاً فيملك القاضى الإجبار عليها .

أما إذا كان المقسوم أجناساً مختلفة ، قسم كل جنس على حدة ، من غير أن يضيف جنساً إلى جنس ، لعدم الاختلاط بين الأجناس المختلفة ، ولأن القسمة في الأجناس المختلفة تكون بطريق المعاوضة ، ولا تكون المعاوضة قسمة وتميزاً بل بيع نوع بنوع آخر ، ولا بد في المعاوضات من التراض ، فلا يملك القاضى قسمة بعضها في بعض جبراً ، وإنما يقسم كل جنس على حدة ، لأنه أقرب إلى المعادلة ومن ثم تقع القسمة تمييزاً .

هذا هو الضابط والأصل في قسمة التفريق والجمع جبراً وهو محل اتفاق بين الفقهاء .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في بعض التطبيقات ، وذلك لاختلافهم في مدلول الجنس الواحد ، فما يعتبر في مذهب جنساً يعتبره مذهب آخر نوعاً تحت جنس آخر ، والعكس .

ومع ذلك فإن مذاهب الفقهاء هنا تعد متكاملة فالأمثلة التي ضربوها تعطى في مجموعها صورة واضحة ألم القاضى لأنواع المال المقسوم ، تمكنه من الفصل في المنازعات المتعلقة بالتفريق والجمع (١) .

(١) قسمة الأملاك للدكتور / أحمد فراج حسين ص ٩٤ ، ٩٥ ،

وسنذكر بعض الأمثلة عند الكلام على كيفية القسمة الاتفاقية في الباب الثالث من هذا البحث .

المطلب الرابع

أقسام القسمة باعتبار طبيعة المحل المقسوم

تمهيد : -

تنقسم القسمة باعتبار طبيعة المحل المقسوم ، أو من حيث إنهاء الشركة أو بقاؤها شائعة إلى قسمين : -

- (١) قسمة الأعيان . (٢) قسمة المنافع .

فقسمة الأعيان : -

هى عبارة عن أخذ كل واحد من الشركاء من المال المشترك بينهم قدر حصته (١). وبمعنى آخر فهى قسمة الملك نهائيا ، فيها تنتهى حالة الشيوع تماما . إذ قد يريد الشركاء أو بعضهم القسمة العينية (أى الإفراز) . رغبة منهم فى إنهاء حالة الشيوع القائمة بينهم تفاديا لتفاوت رغباتهم فى المال محل القسمة ، ورغبة منهم لانتفاع كل بماله على وجه الكمال ، متخلصين من سوء المشاركة .

أما قسمة المنافع (٢) : -

فهى عبارة عن اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معيناً من متحد أو متعدد ، مع بقاء الشركة فى الذات ، كأن يختص أحد الشريكين بركوب الدابة شهرا ، ويختص الآخر بركوبها شهرا آخر مثلا .

وتسمى قسمة المهاداة أيضا : -

إذ إن محل الشركة قد يكون مالا لا يقلل القسمة كدار صغيرة ، لا يمكن جعلها دارين ، أو سيارة مثلا ، أو جهاز كمبيوتر .

فيختار الشركاء استبدال القسمة العينية - التى لا يمكن الجبر عليها هنا - بقسمة المنافع ، وهى ميسورة فينتفع أحدهما بالسيارة شهرا ، وينتفع الآخر بها شهرا آخر مقابل ذلك الشهر الذى اختص به شريكه .

(١) يراجع / قسمة الأملاك للدكتور / أحمد فراج حسين - ص ٥٩ ، فصله من مجلة كلية الحقوق ، العددان الأول والثانى السنة التاسعة عشر ، ١٩٧٧ ، ط جامعة الإسكندرية .

(٢) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٠ . وتسمى أيضا قسمة المهاداة ، وهى تنقسم بدورها إلى ومهاداة زمنية ومهاداة مكانية . وسيلقى تفصيل ذلك إن شاء الله .

وقد يكون محل الشركة مما يقبل القسمة ، ولكن الشركاء لا يريدون فض الشركة بينهم في العين محل الشركة ويفضلون الإبقاء عليها مع اقتسام منافعها .

فهذه وتلك تسمى قسمة منافع وهذا التقسيم متفق عليه لدى الفقهاء (١).

وهذا التقسيم جعلته أساساً لبحثي فكان تقسيماً رئيساً تناولت من خلاله سائر التقسيمات الأخرى وذلك نظراً لوضوحه وانضباط أحكامه .

وبالتالي فإني سأتناول أحكام كل قسم بالتفصيل إن شاء الله في باب مستقل .

ولكن ما نحب أن نوضحه هنا أن ثمة قسم آخر لقسمة الأعيان والمنافع ، وهو قسمة الدين .

وهو ما سنتناوله بشئ من التفصيل : -

قسمة الدين (٢) :

المقسوم إما أن يكون عينا ، أو منفعة ، أو دينا .

وقسمة العين والمنفعة محل اتفاق لدى الفقهاء كما سبق أن بينا .

أما قسمة الدين فهي محل خلاف بين الفقهاء نبينه فيما يلي :-

لا خلاف بين الفقهاء في جواز تقسيم الدين بعد القبض ؛ لأن الدين بعد القبض لا يبقى في حالة الدين ، بل يصبح عينا منتفعا بها ، ولذلك إذا قبض الشريكان الخمسين جنيها التي لهما في ذمة عمرو مثلاً ، ثم اقتسماها بعد القبض حسب حصصهما ، صحت القسمة ؛ لأن المقبوض المذكور أصبح عينا . أما إذا كان المال المشترك ديناً في الذمة ، ولم يقبض بعد ، فقد اختلف الفقهاء في جواز قسمته على النحو التالي : -

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٢ ، مجمع الأثر ج ٢ ص ٤٧٨ ، ٤٩٦ ، حاشية الصموي على الشرح الكبير ٣ / ٤٩٨ ، المعونة على مذهب عالم المدينة ٢ / ١٢٨٧ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٧ ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ٤ / ٣٣٧ ، كشاف القناع ٦ / ٣٧٣ ، الكافي ٤ / ٣٢٢ ، القسمة وأصول الأراضين ص ٧٣ ، ٧٤ ، شرح النيل وشفاء الطيل ١٠ / ٤٧٩ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٥ ، مجلة الأحكام مع شرحها درر الحكم ٣ / ٩٨ ، جواهر الكلام ٥ / ٥٢٢ نسخة خطية مصورة موجودة بكلية الشريعة ويخالف في ذلك ابن حزم فلا يقول بجواز قسمة الملهية بل يمنعها إذا تشارطا الشريكان عليها ، ولكن تجوز عنده إذا تكلفا عليها ما دام بطيب نفس كل منهما ، ، أما إذا تشاحا فلكل واحد منهما على الآخر نصف أجرة ما استعمل فيه ذلك الشيء المشترك ، أو مقدار حصته من أجزائها .

يراجع / المحلى ٨ / ٥٤٩ ومابعدها .

(٢) الدين مشتق من المدانة ، ودان الرجل إذا استقرض ، فهو دائن والدين في اللغة : هو القرض ، وهو ما يثبت أو يستقر في الذمة ، المصباح المنير ص ٧٨ ط الجيب .

وفي الاصطلاح : هو ما يثبت في الذمة من النقد أو العين المثلى ، كما لو اشترى شاة بكر بر ، أو عشرة دراهم ، في الذمة . حاشية ابن عابدين ٤ / ١٦٥ ، ١٦٦ .

آراء الفقهاء في قسمة الدين في ذمم الغرماء :-

اختلف الفقهاء في جواز قسمة الدين حال كونه في ذمم الغرماء على قولين :-

القول الأول :-

لا تصح قسمة الدين في ذمم الغرماء مطلقاً ، أى سواء اتحد الدين أو تعدد ، تراضياً أو إجباراً . وعلى ذلك فلو كان لاثنتين دين مشترك لدى مدينين أو مدين واحد ، لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين ، بل يكون ما يستوفيه كل منهما شركة بينهما (١) .

وبهذا قال الحنفية (٢) ، والشافعية (٣) ، وهو قول المالكية إذا كانت القسمة جبراً ، وهو قولهم أيضاً في قسمة التراضي إذا تعدد المدينون (٤) ، وهو رواية عن الإمام أحمد بناء على أن القسمة بيع (٥) ، وإلى هذا القول ذهب الإمامية (٦) .

واستدلوا بالمعقول فقالوا :-

(١) إن القسمة إن جعلت بيعاً ، فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى ، وإن جعلت إفرازاً ، إفراز ما في الذمة ممتنع ، لعدم قبضه ، فكلهما ممتنع (٧) .

(٢) إن الدين معدوم حقيقة ، وقد أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس ، لكي يتمكنوا من شراء المال في مقابله ، وبما أنه لا حاجة لذلك في القسمة - إذ يمكن مباشرتها في الديون بعد الوفاء - فقد اعتبر الدين فيها معدوماً كما كان ، والمعدوم لا يقسم ؛ لأنه لا يتصور فيه تحييز أو إفراز (٨) .

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٤٢٠ ط مطبعة السنة المحمدية ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٠ هـ ١٩٥٠ م .

(٢) الفتاوى الأقروية ٢ / ٣٧٣ ، ويراجع المادة (١١٢٣) من مجلة الأحكام العلية ، درر الحكم شرح مجلة الأحكام ٣ / ١١٠ .

(٣) روضة الطالبين ١١ / ٢٢٠ ، ٢٢١ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، فتح الجواد شرح الإرشاد ٢ / ٤٣٣ .

(٤) جاء في شرح الخرشي :- قال مالك : وإن ترك ديوناً على رجال لم يجز للورثة أن يتقسموا الرجال ، فتصير ذمة بذمة ، وليتقسموا ما كان على كل رجل ، قال مالك : سمعت بعض أهل العلم يقول : الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين .

قال ابن حبيب :- ويجوز قسم الدين إذا كان على رجل واحد ، ولو كان الغريم غائباً ؛ لأنه لا غرر فيه . وعلق على ذلك الشيخ العدوى بالهامش فقال : - أى بالتراضي . يراجع شرح الخرشي مع حاشية العدوى عليه ٤ / ٤٠٤ ، ويراجع أيضاً الشرح الصغير ٥ / ١٥٧ .

(٥) القواعد لابن رجب ص ٤١٥ .

(٦) فقه الإمام جعفر ٤ / ١٨ ، ومسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة للشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي . الجزء الثالث من المجلد السادس ص ١٧٩ .

(٧) روضة الطالبين ١١ / ٢٢١ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ .

(٨) درر الحكم شرح مجلة الأحكام ٣ / ١١١ .

(٣) إن القسمة قد شرعت لتكميل المفعلة ، وبما أن المنفعة في الدين غير موجودة ، فقد بطل تقسيمه قبل القبض^(١).

(٤) إن الدين وصف اعتباري في ذمة المدين ، فإذا كان شاغلاً لزم متعددة عند تعدد المدينين ؛ فإن قسمته لا تؤدي إلى المساواة بين الشركاء ، وذلك لتفاوت الذمم لملاء وثقة ، فقد يهلك بعض الدين في ذمة من الذمم ، ولا يهلك بعضه في ذمة أخرى ، فيتضرر من كان الهالك في حظه^(٢).

(٥) إن القسمة لا تتم إلا بالقبض ، وقبض ما في الذمة غير متصور ؛ لأنه وصف اعتباري ، ولأن في القسمة معنى التمليك ، وتمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز ، كما أن بيع الدين بالدين محظور^(٣).

وبناء على ما سبق يكون ما يقبضه كل شريك من الدين المشترك ، مشتركاً بين جميع الدائنين ، فلكل منهم أن يرجح فيه بحصته منه ، ولا يستل به القابض إلا إذا رضى بذلك جميع الشركاء ، وأذنوا له بقبضه .

القول الثاني :-

أنه تصح قسمة الدين في ذمم الغرماء قبل قبضه .

وهو مذهب الحسن وإسحاق^(٤) ، وبه قال المالكية إذا كان المدين واحداً وتراضى الشركاء على ذلك - أي في قسمة التراضى^(٥).

وهو قول الحنابلة بناء على أن القسمة إفراز ، تراضياً ، ومال ابن تيمية إلى أن قسمة الدين تقبل الإجماع ، ولو تعدد المدينون ماداموا متقاربين في الملاءة^(٦) .

(١) الفتاوى الأثرية ٢ / ٣٧٣ .

(٢) المالكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالقوانين العربية للشيخ على الخفيف ص ٢٥٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٤ ، الشرح الصغير ٥ / ١٥٧ .

(٦) وتحقيق مذهب الحنابلة : - أن قسمة الدين في ذمم الغرماء صحيحة بناء على القول بأن القسمة إفراز ، وإن قلنا : بيع لم تصح ، ويكمل ابن رجب قائلًا : - " وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين ، وهذا البناء متوجه على طريقة من طرد الخلاف في قسمة التراضى ، كالشيخ تقي الدين ، مع أنه يميل إلى دخول الإجماع في قسمة الدين على الغرماء المتقاربين في الملاءة ، لأن الذمم عندنا تنكفاً ، بدليل الإجماع على قبول الحوالة على الملى . وخص القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان في ذمتين فصاعداً ، فإن كان في ذمة واحدة لم تصح قسمته رواية واحدة ، وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين " .

يراجع / القواعد لابن رجب ص ٤١٥ .

وهناك من الحنابلة من قال بجواز قسمة الدين في القسمة الرضائية ، ومنعها في قسمة الإجماع ، ولم يفرق بين القول بأن القسمة إفراز أو بيع ، فيقول ابن القيم :- تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إتلاف ، فينفرد كل من الشريكين بحصته ، ويختص بما قبضه ، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذمم متعددة ، فإن -

واستدلوا على ذلك بالمعقول فقالوا : -

(١) إنه إذا اتفق الشركاء على قسمة الدين الذي يملكونه ، فينفرد كل شريك بحصته ، ويختص بما قبضه ، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذمم متعددة ، فذلك جائز ، لأن الحق لهما ، فيجوز أن يتفقا على قسمته ، أو على بقائه مشتركاً ، ولا محذور في ذلك ، بل هو أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهاياة بالزمان أو بالمكان ، ولا سيما أن المهاياة بالزمان تقتضى تقدم أحدهما على الآخر ، وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك ، وقد تهلك^(١) .

(٢) إن الدين في الذمة يقوم مقام العين ، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره ، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه ، ويجب عليه الاتفاق على أهله وولده ورفيقه منه ، ولا يعد فقيراً معدماً ، فاقسامه يجرى مجرى اقتسام الأعيان والمنافع^(٢) .

(٣) واستدل ابن تيمية على جواز الإيجابار على قسمة الدين ، حتى ولو تعدد المدينون المتقاربون في الملاءة بأن الذم عندنا - أي الحنابلة - تنكافأ بدليل الإيجابار على قبول الحوالة على الملى^(٣) .

(٤) واستدل المالكية على جواز قسمة الدين إذا كان في ذمة مدين واحد ومنعه إذا كان في ذمة مدينين بأنه إذا كان الدين في ذمم متعددة فتكون القسمة ذمة في مقابل ذمة ، فتكون بيع الدين بالدين وهو ممنوع ، أما الدين الواحد - أي الذي على رجل واحد - فإنه يجوز قسمته ، وإن كان بيع دين بدين أيضاً ، لأنه لاغرر فيه أو يقل فيه الغرر^(٤) .

القول الراجح : -

وأرى أن الراجح هو القول الثاني القائل بجواز قسمة الدين في ذمم الغرماء ، إذا تراضى الشركاء على ذلك ، وذلك لأن الحق للشركاء وقد تراضوا عليه .

ويقول ابن القيم : " فإذا رضى كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين ، فينفرد هذا برجل يطالبه ، وهذا برجل يطالبه ، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته ، وهذا بالمطالبة بحصته ، لم يهدم بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ، ولا استحلالاً ما حرم الله ، ولا خالفاً نص كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، ولا قول صاحب ، ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار .

- الحق لهما ، فيجوز أن يتفقا على قسمته أو على بقائه مشتركاً . إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ٤ / ١ ط دار الحديث .

(١) إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ٤ / ١ ط دار الحديث .

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٤ / ١ .

(٣) القواعد لابن رجب ص ٤١٥ والملى : مهموز على وزن فعيل ، وهو الرجل الغنى المقنن ، وملو بالضم ملاءة ، وهو أملأ القوم أى أكثرهم وأغناهم - المصباح المنير ص ٢٢٢ ط الجيب مادة ملل .

(٤) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٤ .

وغاية ما يقدر ، عدم تكافؤ النعم ووقوع التفاوت فيها ، وأن ما فى الزمة لم يتعين ، فلا يمكن قسمته ، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت ، فإن الحق لا يحدهما .

وعدم تعين ما فى الزمة لا يمنع القسمة ، فإنه يتعين تقديرها ، ويكفى فى إمكان القسمة التعين بوجه ما ، فهو معين تقديرا ، ويتعين بالقبض تحقيقا ^(١) .

هذا فضلا عن أن فى الأخذ بهذا القول ما يحقق مصلحة المتقاسمين ، ويسر التعامل بين المسلمين ، وإن كان هناك ضرر من جراء مثل هذه القسمة ، فإنه مدفوع بتراضيهما عليها ، والحق لهما فلا يحدهما .
والله أعلم

ماسبق كل عن قسمة الدين فقط ، ولكن ما الحكم إذا كان المتقاسمون شركاء فى عين ودين ، وأرادوا القسمة ؟

فذهب الحنفية^(٢) إلى أن الأمر لا يخلو من ثلاثة أحوال : -

الأول : - أن ينقسم الشركاء العين والدين جملة واحدة ، وذلك بأن يجرى التقسيم على أن يكون الدين الذى على عمرو مع هذه العين لأحد الشركاء ، والدين الذى على زيد مع هذه العين للشريك الثانى ، فهذه القسمة باطلة فى العين والدين معا .

الثانى : - أن يجرى التقسيم على أن يكون الدين لشريك ، العين للشريك الآخر ، كان التقسيم باطلا أيضا .

الثالث : - أن ينقسم الشريكان العين أولا على حدة ، ثم ينقسم الدينون هى الأخرى على حدة أيضا ، فهنا تصح قسمة الأعيان وتبطل قسمة الدينون .

وذهب المالكية^(٣) إلى أن من مات وترك عرضا حاضرة وديونا على رجال شتى ، فإنه يجوز للورثة قسمة ذلك تراضيا ، بأن يأخذ وارث عرضا ، ووارث ديننا ، وذلك إذا كان الدين على حاضر مقربه ، وكان الدين مما يجوز بيعه .

فيلزم أن يكون المدين حاضرا ، ومقرا بالدين ، فإن كان المدين غائبا ، أو لم يقر بالدين ، فلا تجوز هذه القسمة .

وذهب الحنابلة^(٤) : إلى أنه إذا كان المشترك بعضه عينا ، وبعضه ديننا ، فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين فقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة إذا كان الدين موروثا .

(١) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤ / ١ .

(٢) الفتاوى الأثرية ٢ / ٣٧٣ ، درر الحكم شرح مجلة الأحكام ٢ / ١١١ .

(٣) شرح منيع الجليل ٢ / ٦٢١ ، حاشية الصوقي ٣ / ٥٠٢ .

(٤) التواعد لابن رجب ص ٤١٦ .

المبحث الثاني

أنواع القسمة في القانون المدني

تجهيد : -

بعد مراجعة نصوص مواد القانون المدني المصرى المتعلقة بالقسمة ، ومطالعة تعليقات الشراح تبين أن القسمة تنقسم إلى عدة تسميات باعتبارات مختلفة نستطيع جمعها فى خمسة اعتبارات : -

الاعتبار الأول : -

فتنقسم باعتبار طبيعة محل القسمة ، أو من حيث إنهاء الشركة أو بقائها شائعة إلى قسمين : -

- (١) قسمة مال (أعيان) . (٢) قسمة منفعة .

الاعتبار الثانى : -

تنقسم باعتبار من يتولى إجراء القسمة ، أو باعتبار إرادة المتقاسمين إلى قسمين : -

(١) قسمة اتفاقية . (٢) قسمة قضائية .

الاعتبار الثالث : -

تنقسم باعتبار دوام أو توقيت القسمة (أى باعتبار أديتها من عدمه) إلى قسمين : -

(١) قسمة نهائية . (٢) قسمة غير باتة .

الاعتبار الرابع : -

تنقسم باعتبار تناول كل أو بعض الأموال الشائعة إلى قسمين : -

(١) قسمة كلية . (٢) قسمة جزئية .

الاعتبار الخامس : -

تنقسم باعتبار طريقة انقضاء الشبوع (طريقة إجراء القسمة) إلى قسمين : -

(١) قسمة عينية . (٢) قسمة تصفية .

القسمة العينية تنقسم إلى نوعين باعتبار طريقة إجراء الإفراز : -

التنوع الأول : - القسمة العينية بوسيلة تكوين الحصص .

التنوع الثاني : - القسمة العينية بوسيلة التجنيب .

والقسمة بالتجنيب تنقسم باعتبار وجود المعدل وعدمه إلى نوعين : -

(١) القسمة العينية بوسيلة التجنيب بدون معدل .

(٢) القسمة العينية بوسيلة التجنيب بمعدل .

هذه هي الخطوط العامة لأنواع القسمة في القانون الوضعي .

وأحب أن أنوه إلى أن هذه التقسيمات ليست مستقلة عن بعضها البعض و لكنها قد تتداخل ، فالقسمة الاتفاقية والقضائية تتناول سائر التقسيمات الأخرى كما سنبين ذلك -إن شاء الله تعالى- .

ولبيان هذه التقسيمات وتوضيحها ، سنتناول كل تقسيم أو اعتبار في مطلب مستقل :-

المطلب الأول

أقسام القسمة باعتبار طبيعة محل القسمة

تنقسم القسمة باعتبار طبيعة محل القسمة ، أو من حيث إنهاء الشركة أو بقاءها شائعة إلى

قسمين : -

(١) قسمة مال (أعيان) .

(٢) قسمة منفعة .

وسأقوم ببيان كل قسم : -

أولاً : قسمة المال (الأعيان) : -

هى عبارة عن أخذ كل واحد من الشركاء من المال المشترك بينهم قدر حصته ، يخلص له ويستأثر به بصفة مالكا منفردا^(١) ، وبمعنى آخر فهى قسمة الملك نهائيا ، لا قسمة منفعة فحسب^(٢).

وهذا المعنى لا يتحقق إلا إذا كانت القسمة نهائية ترد على الملك نفسه ، وليست قسمة مؤقتة تقتصر على المنفعة ، فالقسمة بمعناها الدقيق ، لا تتحقق إلا مع القسمة النهائية التى يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع بصفة نهائية .

ولا يحول دون اعتبار القسمة للملك ، أن تكون هذه القسمة موصوفة ، كأن تعلق على شرط ، غير أن القسمة لا تكون عندئذ بآته منجزة ، بل يتوقف ذلك على مصير الشرط^(٣).

وإذا أطلق اصطلاح " القسمة " دون وصف أو تحديد ، كان المقصود به قسمة الملكية التى تنفض الشيوع^(٤).

وقد تناول المشرع الوضعى أحكامها فى المواد من ٨٣٥ مدنى إلى المادة ٨٤٥ مدنى مصرى .

ثانيا : قسمة المنفعة (القسمة المؤقتة أو قسمة المهايأة) : -

فتكون القسمة مؤقتة إذا وردت على الانتفاع بالمال الشائع ، وليست على ملكيته .

وهى لا تنتهى حالة الشيوع ، بل تقتصر على تنظيم كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع باتفاقهم جميعا على طريقة خاصة بذلك .

(١) د / إبراهيم الحسوقي أبو الليل - أحكام حق الملكية - ص ١٦٥ ، د/ حسن كيره - ص ٤٤٢ .

(٢) د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٨٩ .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق - ص ١٦٥ .

(٤) د / حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٤٣ ، د / عبد الناصر العطلو - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٣٢ .

فقسمة المهايأة أو المنفعة ترد على الانتفاع بالمال الشائع وليس على ملكية ويلجأ إليها الشركاء لتفادي مشاكل وأجراعت إدارة المال الشائع^(١) ، سواء عن طريق اختصاص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بكل الشئ الشائع زمنا محدد (وهو ما يسمى بالمهايأة الزمانية) .

أو عن طريق اختصاص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بجزء معين من الشئ الشائع^(٢) (وهو ما يسمى بالمهايأة المكاتية) .

وقد نظم المشرع المصري أحكام قسمة المنفعة (المهايأة) في المواد من ٨٤٦ - ٨٤٩ مدنى مصرى .

وهذا التقسيم جعلته أساسا لبحثى ، فكان تقسيما رئيسا تناولت من خلاله سائر التقسيمات الأخرى وذلك نظرا لوضوحه وانضباط أحكامه .

وسأتناول -إن شاء الله تعالى- أحكام كل قسم بالتفصيل فى باب مستقل .

(١) د / حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية ص ٤٤٣ ، د / إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق - ص ١٦٥ .

(٢) د / حسن كيره - مرجع سابق - ص ٤٤٣ .

المطلب الثانى

أقسام القسمة باعتبار من يتولى إجراء القسمة

تنقسم القسمة باعتبار من يتولى إجراء القسمة ، أو باعتبار إرادة المتقاسمين إلى

قسمين:-

- (١) قسمة اتفاقية . (٢) قسمة قضائية .

أولاً : القسمة الاتفاقية :-

هى التى يتعقد إجماع الشركاء فيها على أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها

وهى تؤدى إلى إفراز نصيب كل شريك فى المال الشائع^(١) ، فهى التى تجرى بين

المتقاسمين فى الملك الشائع بالتراضى^(٢).

فالقسمة تكون اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضى دون الالتجاء إلى

القضاء ، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها ، كما يتفقون إذا اقتضى

الأمر على بيع المال الشائع بالمزاد ، على أن تكون المزايدة رضائية^(٣).

وقد نصت المادة ٨٢٥ مدنى مصرى على القسمة الاتفاقية فقالت :-

" للشركاء إذا اتعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فإذا كان

بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون "

ويجب أن يكون محل عقد القسمة الاتفاقية مستوفيا لشروطه ، وهى ذات الشروط

الواجب توافرها فى محل الالتزام بوجه عام ، فيجب أن يكون محل القسمة ممكنا ، وأن يكون

معينا أو قابلا للتحيين ، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب^(٤).

ولكى تكون القسمة اتفاقية يجب أن يكون من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، وإلا

وجب أن ينوب عنه الولى أو الوصى ، مع مراعاة ما يقضى به القانون فى هذا الصدد ، وإلا

جاز لناقص الأهلية أن يتمسك ببطلان عقد القسمة^(٥).

(١) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٣٨ .

(٢) د / محمد كامل مرسى - الملكية والحقوق العينية - ص ٣٠٩ .

(٣) د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٩٠ .

(٤) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٣٩ ، د / السنهورى - الوسيط ٨ / ٨٩٢ ، د / حسن كبيره -

أحكام حق الملكية - ص ٤٦٨ .

(٥) د / محمد على عرفة - حق الملكية وأسباب كسبه - ص ١٨٤ ، د / السيد عمر لن - الملكية والأموال -

ص ١٣٢ ، د / عبد الناصر الطاهر - مرجع سابق - ص ١٣٦ .

ثانيا : القسمة القضائية : -

إذا اختلف الشركاء على قسمة المال الشائع إما لعدم الاتفاق ، أو لوجود قاصر أو غائب ، ورفضت المحكمة الإذن بإجراء القسمة ، أو التصديق عليها ، تعين الالتجاء إلى القضاء متى أراد أحد الشركاء الخروج من الشيوع (١).

ويمكن تعريفها : -

بأنها هي القسمة التي تتولى المحكمة إجراؤها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين بأنها ، تسمى دعوى القسمة ، وتصدر فيها حكما ، رغم معارضة الشركاء في إجراءاتها (٢).

حالات القسمة القضائية : -

تنص المادة ٨٣٦ / ١ منى على أنه : -

" إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية " .

وتنص المادة ٤٠ / ١ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه :-

" على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إن كانت له مصلحة فى ذلك . فإذا أذنت المحكمة عينت الأمس التى تجرى عليها القسمة ، والأجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للثبوت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية " .

وتنص المادة ٧٩ من القانون سالف الذكر على أنه : -

" يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ، مايسرى فى شأن مال القاصر من أحكام " .

مما سبق يتبين أن حالات القسمة القضائية تتلخص فى حالتين : -

(١) هى عدم اتفاق الشركاء فى المال الشائع على إجراء القسمة الاتفاقية سواء كان الاختلاف لمبدأ القسمة فى ذاته ، أو كان الاختلاف فى تحديد الأنصبة .

(٢) - هى اتفاق جميع الشركاء فى المال الشائع على إجراء القسمة الاتفاقية لكن يوجد بينهم ناقص الأهلية أو غائب ، ولم تكن المحكمة للوصى أو القيم أو وكيل الغائب بإجراء القسمة .

(١) د / السيد عمران - مرجع سابق - ص ١٣٣ .

(٢) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٢٩٥ .

ففى هاتين الحالتين إذا أراد أحد الشركاء الخروج من الشبوع فقبه يتعين عليه رفع دعوى القسمة ، فيكلف ببقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة المختصة (١) ويشترط إعلان جميع الشركاء بصحيفة هذه الدعوى .

هذا وجميع الأموال تخضع للقسمة فى القانون الوضعى ، سواء ترتب على قسمتها ضرر أم لا ، بل ويجبر الشركاء على قسمة مافيه ضرر .

فكل ما اشترطه القانون لسماع دعوى القسمة ، هو أن لا يكون الشريك مجبرا على البقاء فى الشبوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين .

وهذا التقسيم قد جعلته رئيساً فى بحثى أيضا ، ولذا سأتناوله بالتفصيل -إن شاء الله تعالى- فى الباب الثالث من هذه الرسالة .

(١) د / السيد عمران - الملكية والأموال - مد ١٣٣ ، د / محمد المنجى - دعوى القسمة - مد ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، د / محمد على عرفه - مرجع سابق - مد ١٨٥ ، د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩١٠ ، د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٠٦ ، د / منصور مصطفى منصور - مرجع سابق - مد ١٨٩ .

المطلب الثالث

أقسام القسمة باعتبار دوام أو توقيت القسمة

فنتقسم القسمة بهذا الاعتبار إلى قسمين : -

- (١) قسمة نهائية .
(٢) قسمة غير باتة .

فالقسمة النهائية : -

هى التى ترد على الملك ، ولا تكون معلقة على شرط واقف أو فاسخ .

أما القسمة غير الباتة : -

فهى التى يتفق الشركاء عليها مع تعليقها على شرط واقف أو شرط فاسخ .
فيجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف كما إذا اشترط أحد الشركاء لإتمام القسمة الاتفاقية حضوره من سفره إلى بلد يريد الانتقال إليه ، فيتوقف تمام القسمة حتى يتحقق هذا الشرط ، أو يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء .

كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ ، كما إذا اشترطوا افسخ القسمة إذا تحول المال المقسوم من أرض زراعية إلى أرض للبناء خلال مدة معينة ، فإذا تحقق الشرط فسخت القسمة^(١).

فإذا لم تعلق على شرط ، أو أجل ، أو إذا تحقق الشرط الواقف أصبح باتة . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن القسمة تفسخ وتزول بأثر رجعى .

الفرق بين القسمة المؤقتة (المنفعة) ، والقسمة غير الباتة : -

فالقسمة المؤقتة : -

وهى قسمة المهالبة أو المنافع لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعى .

أما القسمة غير الباتة :

فهى إن كانت معلقة على شرط واقف وتحقق الشرط ، أو شرط فاسخ وتخلف الشرط ، فإنها فى هذه الحالة تكوم ولا تزول أبداً .

لما إذا تخلف الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإنها فى هذه الحالة تزول بأثر رجعى .

فهى إما موجودة على سبيل الدوام ، أو تعتبر كأن لم تكن^(٢).

(١) د / السنهورى - الوسيط - ج ٨ / ٨٩٢ ، د / مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٦٩ هامش ١ ،

م / عزمى البكرى - قسمة المال الشائع - ص ٤٦ .

(٢) د / السنهورى - الوسيط - ج ٨ / ٨٨٩ .

المطلب الرابع

أقسام القسمة باعتبار تناول كل أو بعض الأموال الشائعة

فتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :-

- (١) قسمة كلية .
(٢) قسمة جزئية .

فالقسمة الكلية أو الكاملة :-

هى القسمة التى تشمل كل الأموال الشائعة ، ليحصل كل شريك على نصيب مفرز منها^(١).

وهذا هو الأصل فى القسمة النهائية .

أما القسمة الجزئية :-

فهى التى تتناول مالا من الأموال الشائعة أو أكثر ، وتبقى باقى الأموال شائعة بين الشركاء^(٢).

وهى تكون جزئية إما بالنظر إلى ما ترد عليها من أموال ، وإما بالنظر إلى ما يترتب عليها من إخراج بعض الشركاء ، فقط دون البعض الآخر من حالة الشيوع^(٣).

ومن ثم فلها صور :-

الصورة الأولى :-

أن تتناول بعض الأموال الشائعة دون البعض الآخر ، فيترتب عليها إفراز جزئى لنصيب كل شريك ، ولكنه إفراز محدود قاصر على الأموال التى شملتها القسمة فقط ، أما الأموال الأخرى التى لم تشملها القسمة فتظل ملكيتها شائعة بين الشركاء جميعا^(٤).

الصورة الثانية :-

فتكون بإخراج شريك أو أكثر من حالة الشيوع ، ويبقى باقى الشركاء كما كانوا ملاكا على الشيوع لما تبقى بعد إفراز نصيب من تم إخراجه من حالة الشيوع .

(١) د / أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٢٦٦ ، م / عزمى البكرى - مرجع سابق - ص ٢٨ ، د /

حسن كيره - مرجع سابق - ص ٤٤٢ ، د / إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق - ص ١٦٤ ، د / السنهورى - مرجع سابق - ج ٨ / ٨٨٩ .

(٢) م / عزمى البكرى - مرجع سابق - ص ٢٨ .

(٣) د / إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق - ص ١٦٤ .

(٤) د / السنهورى - الوسيط - ج ٨ / ٨٨٩ ، د / حسن كيره - مرجع سابق - ص ٤٤٢ ، م / عزمى

البكرى - مرجع سابق - ص ٢٨ ، د / أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٢٦٦ ، د / منصور

مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٨٢ .

فقى هذه الصورة من القسمة الجزئية ينتهى الشيوع بالنسبة لبعض الشركاء دون البعض الآخر (١).

الصورة الثالثة : -

تتحقق بتقسيم الأموال الشائعة إلى قسمين أو أكثر بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعاً بينهم (٢) .

وهذه الصورة الأخيرة وإن لم يترتب عليها إفراز نصيب لكل شريك ، أو لبعض الشركاء، إلا أنها تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم .
ويطلق عليها البعض اصطلاح (قسمة طبقات) ، أو اصطلاح (قسمة فئات) (٣).

-
- (١) المراجع السابقة ، د/ عبد الناصر العطار - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٣٢ .
(٢) د / منصور مصطفى منصور - مرجع سابق - ص ١٨٢ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٦٦ ، د / السنهورى - الوسيط - ج ٨ / ٨٨٩ ، هامش ٢ .
(٣) د / منصور مصطفى منصور - مرجع سابق - ص ١٨٢ ، م / عزمى البكرى - مرجع سابق - ص ٣٩ ، د / إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق - ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

المطلب الخامس

أقسام القسمة باعتبار طريقة انقضاء الشيوخ (طريقة إجراء القسمة)

تنقسم القسمة بهذا الاعتبار إلى قسمين :-

- (١) قسمة عينية . (٢) قسمة تصفية .

ونتناول كل منها في فرع مستقل :

الفرع الأول

القسمة العينية

تعريفها : القسمة العينية :-

هى التى تؤدى إلى إفراز نصيب الشريك فى المال الشائع ، سواء كان ذلك بطريق التجنيب أو بطريق القرعة ، اقترنت بمعدل أو لم تقترن ^(١).

فالأصل أن تتم القسمة عينا ، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز يعادل نصيبه فى المال الشائع ^(٢).

وتحصل القسمة عينا إذا أمكنت قسمة المال دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته ، أو إذا كانت القسمة عينا لا تقلل من الانتفاع ، أو لا تجعله محفوفاً بمصاعب .

فالقسمة عينا إذن لا تكون إلا فى المال القابل للقسمة ^(٣) .

ويستوى فى هذه القسمة أن يكون التصيب المفرز المخصص لكل شريك نصيباً فى شئ واحد من الأشياء الشائعة ، أو نصيباً فى كل شئ من هذه الأشياء ^(٤) .

فإذا كان الشيوخ يشمل ثلاثة أبنية وأرضاً وسندات مالية ، وكان الشركاء ثلاثة ، فيتصور أن توقع القسمة لأحدهم الأبنية ، وللآخر الأرض ، وللثالث السندات ، ويتصور أن توقع لكل منهم بناء واحداً ، وقطعة محددة من الأرض ، وعدداً معيناً من السندات ^(٥).

(١) د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٦٦ .

(٢) د / السيد عمران - الملكية والأموال - ص ١٣٤ .

(٣) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ج ٢ / ٢٠٤ ، الملكية والحقوق العينية - ص ٣٠٩ .

(٤) ويطلق على الطريقة الأولى " قسمة الجمع " وعلى الطريقة الثالثة " قسمة الإفراز أو التفريق " - يراجع /

د حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٤ هامش ١ ، د / السنبورى - الوسيط - ص ٨٩٠

هامش ١ ، د / السيد عمران - الملكية والأموال - ص ١٣٤ ، د / إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق -

ص ١٦٢ ، ١٦٣ ، د / شاكر ناصر حيدر - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٢٠ ، ٤٢٢ .

(٥) د / حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٤٠ .

أنواع القسمة العينية^(١) : -

تشتمل القسمة العينية على عدة أنواع ، فبالنظر إلى طريقة إجراء الإفراز نجد القسمة العينية تنقسم إلى : -

(١) قسمة عينية بوسيلة تكوين الحصص .

(٢) قسمة عينية بوسيلة التجنيب .

والقسمة العينية تنقسم إلى قسمين بالنظر إلى وجود المعدل من عدمه،-

(١) قسمة عينية بمعدل .

(٢) قسمة عينية بدون معدل .

فيتحصل عندنا ثلاثة أنواع للقسمة العينية : -

(١) قسمة عينية بوسيلة تكوين الحصص .

(٢) قسمة عينية بوسيلة التجنيب .

(٣) قسمة عينية بوسيلة تكوين الحصص أو التجنيب بمعدل وبدون معدل .

نتناول كل نوع على حدة : -

أولاً : القسمة العينية بوسيلة تكوين الحصص : -

هى الطريق الأصلى للقسمة ، وفيها يتم تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، سواء كان القاسم متفقا عليه من قبل الشركاء ، أو كان خبيراً عينته المحكمة .

فإذا كان المال المراد قسمته قطعة أرض يملكها ثلاثة على الشيوع ، لأحدهم النصف ، وللآخر الثلث ، وللثالث السدس ، وجب تقسيمها إلى ست حصص على أساس أن أصغر نصيب هو السدس . ثم يتم إجراء القرعة عليها^(٢) .

ثانياً : القسمة العينية بوسيلة التجنيب : -

التجنيب يكون بتعيين جزء مفرز لكل شريك يعادل حصته^(٣) .

وتجرى القسمة بطريق التجنيب فى حالتين : -

(١) - إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب .

(١) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٢٨ .

(٢) د / محمد على عرفة - حق الملكية وأسباب كسبه - ص ١٨٥ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩١ .

(٣) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٢٠٤ .

(٢) إذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب .

فإذا ما وافقت إحدى الحالتين ، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزا في المال الشائع ، وذلك بقدر حصته في هذا المال ^(١).

ثالثا : القسمة العينية إلى حصص أو التجنيب ، بمعدل أو بدون معدل : -

تعريف المعدل : -

هو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم الشريك الذى نال نصيبا ، أو جزءا مفرزا أزيد من نصيبه بدفعه إلى الشريك الذى نال نصيبا ، أو جزءا مفرزا أقل من نصيبه ، وذلك على سبيل التعويض عما نقص من حصته ، أو من الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ^(٢).
فعند إجراء قسمة المال الشائع قسمة عينية بوسيلتها : -

(١) **قسمة الحصص** : - أى قسمة المال إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب

(٢) **الوسيلة الثانية وهى التجنيب** : - أى قسمة المال الشائع إلى أجزاء مفرزة ، كل جزء مفرز منها يمثل حصه لأحد الشركاء.

فقد يحدث ألا يتمكن الخبير من جعل الحصص أو الأجزاء المفرزة متساوية تماما ، عندئذ يتعين عليه الالتجاء إلى العوض ، فيسوى بين الحصص ، أو الأجزاء المفرزة عن طريق ما يسمى بالمعدل ، فيعطى من أخذ نصيبا أكبر من حصته إلى من أخذ نصيبا أقل من حصته مبلغا من النقود يمثل الفرق بين حصة كل منهما وما آل إليه .
أما إذا آل إلى كل واحد من الشريكين حصته كاملة بدون نقص ، أو زيادة ، فلا يكون هناك ما يسمى بالمعدل ^(٣).

وعلى القسمة بوسائلها تنص المادة ٨٣٦ / ٢ مدنى على مايلى : -

" وتتدب المحكمة ، إن رأت وجها لذلك ، خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته " .

كما تنص المادة ٨٣٧ على مايلى : -

١ - " يُكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته ،

٢ - وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل ، عما نقص من نصيبه " .

(١) د / السنهورى - الوسيط - ص ٩٢٢ .

(٢) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٣٠٥ .

(٣) د / السنهورى - الوسيط - ج ٨ / ٩٢٣ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩٢ ، د / عبد

الناصر العطار - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٤٥

الفرع الثاني

قسمة التصفية

ومعناها : -

بيع المال الشائع فى المزا ، وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة ، وهى صورة احتياطية لصورة القسمة العينية - القسمة الأصلية - فحينما تتعذر القسمة العينية يطرح الشئ الشائع فى المزا لبيعه وتقسيم ثمنه .

وهنا لا يخلو الأمر من أحد فرضين : -

(١) أن يتفق الشركاء على أن ينحصر المزا فيهم ، وهذا حقهم عملاً بالمادة ٨٤١ مدنى، وفى هذه الحالة يرسو المزا بالضرورة على واحد منهم ، ويكون رسو المزا قسمة بطريق التصفية .

(٢) ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر المزا فيهم ، وفى هذا الفرض احتمالين : -

الأول : -

أن يرسو المزا على أحد الشركاء . ويعتبر هذا الرسو قسمة بطريق التصفية .

الثاني : -

أن يرسو على أجنبى ، وحينئذ يعتبر رسو المزا بيعاً صدر من جميع الشركاء إلى هذا الأجنبى^(١).

وفى جميع الأحوال لما كان الثمن الذى يرسوا به المزا هو مبلغ من النقود فإن قسمته بين الشركاء تكون دائماً ممكنة^(٢).

وعلى قسمة التصفية : نصت المادة ٨٤١ على ما يلى : -

" إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالطريقة الميينة فى قانون المرافعات . وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع " .

(١) د / حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٤١ ، د / المنهورى - الوسيط - ص ٨١٠ ، د / أحمد

سلامة - مرجع سابق - ص ٣٦٧ ، د / السيد عمران - الملكية والأموال - ص ١٣٦ ، ١٣٧ ،

م / عزمى البكرى - مرجع سابق - ص ٣٩ .

(٢) د / المنهورى - الوسيط - ج ٨ / ٨٩٠ .

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تمهيد : -

بعد ما انتهينا من بيان أنواع القسمة فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، نقارن بين ما استخلصناه من أنواع للقسمة فى الفقه الإسلامى ، وما تضمنته نصوص القانون المدنى المصرى الحالى وما انتهت إليه آراء الشراح فى هذه الأنواع .

ونتاول فيما يلى كل نوع من هذه الأنواع على حدة : -

أولا : قسمة الأعيان وقسمة المنافع : -

يتفق الفقه الإسلامى بجميع مذاهبه على هذا التقسيم ، ويعتبرون قسمة الأعيان هى قسمة الملك ، والتى يترتب عليها إنهاء الشيوع تماما .

وفى مقابلها : -

قسمة المنافع أو قسمة المهايأة أو القسمة المؤقتة ، والتى لا يترتب عليها إنهاء الشيوع بل هى مجرد تنظيم لاستعمال المال الشائع ، ولا يترتب عليها إنهاء الشيوع .

وفى القانون المدنى تعرضت نصوص القانون لهذا التقسيم ، بل وتعرض الشراح وأفاضوا فى هذا التقسيم فبينوا أن القسمة النهائية التى هى قسمة الأعيان أو الأموال - هى الطريقة العادية لإنهاء الشيوع ، وفى مقابلها قسمة المهايأة والتى تعتبر طريقا من طرق إدارة المال الشائع .

- فواضح أن القانون الوضعى يتفق مع الفقه الإسلامى فى هذا التقسيم .

ثانيا : القسمة الاتفاقية (الرضائية) ، والقسمة القضائية (الجبرية) : -

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى هذا التقسيم من حيث المبدأ .

فالقسمة الاتفاقية أو الرضائية : - هى التى تتم باتفاق الشركاء جميعا .

أما القسمة القضائية أو الجبرية : - فهى التى يجبر فيها القاضى الشركاء بناء على طلب أحدهم .

وفى هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى .

ولكن انفرد الفقه الإسلامى ببيان محل القسمة الاتفاقية ، وضرب له الأمثلة ، بينما لم يتحدث القانون الوضعى أو شراحه عن ذلك .

وكذلك اشترط الفقه الإسلامى فى القسمة القضائية ، أن لا يترتب على القسمة القضائية ضرر بأحد الشركاء ، وأن لا تكون القسمة بطريق الرد .

فإذ تضمنت القسمة أيما مما سبق فإنها لا تجوز أن تكون جبرا فى الفقه الإسلامى .

بينما القانون لا يشترط ذلك فى القسمة القضائية ، فالقضاء يحكم فى القسمة التى يترتب عليها ضرر ، أو التى فيها رد جبرا .

كما اهتم الفقه الإسلامى ببيان محل قسمة الإيجاب ، وضرب له الأمثلة ، وأفاض فقهاء الشريعة الإسلامية فى ذلك ، مبينين ما يمكن قسمته قضاء وما لا يمكن .

بينما لم يتعرض القانون المدنى لشئ من ذلك .

وكذلك فقد أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية فى بيان صلة القسمة القضائية والاتفاقية بباقي أنواع القسمة الأخرى ، كقسمة الجمع والتفريق ، وقسمة القرعة ، وقسمة الأجزاء ، والتعديل والرد . بينما لم يلم شراح القانون بذلك لعدم وجود هذه الأنواع مستقلة .

ثالثا : القسمة غير الباتة : -

فهى عند شراح القانون تلك القسمة التى يتفق عليها الشركاء مع تعليقها على شرط واقف أو شرط فاسخ . وهى جائزة عند فقهاء القانون ، على اعتبار أن القسمة عقد ، ومن ثم فتأخذ سائر أحكام العقود .

حكم تعليق القسمة أو إضافتها فى الفقه الإسلامى : -

عقد القسمة فيه معنى المبادلة ، بأن يأخذ كل واحد من المتقاسمين عوضا ، لأن ما يؤول إلى أحدهما بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضا عما يبقى من حقه فى نصيب صاحبه .

والقسمة على هذا لا يدخلها التعليق على الشرط عند الفقهاء ، لأنها كالبيع أو الإجارة وهما لا يقبلان التعليق على الشرط .

ولم يصرح أحد من الفقهاء بعدم قبول القسمة للتعليق على الشرط إلا الحنفية ، وعللوا ذلك : بأن فيها مبادلة مالية ، وما كان من التملكيات لا يقبل التعليق على الشرط ، ومثال تعليقها : أن يقول أحدهم للآخر : اقتسما إن قدم زيد ، أو رضى فلان ^(١) .

وأما باقى الفقهاء فيستشف المنع عندهم من خلال ما قالوه : إن التملكيات لا تقبل التعليق على الشرط ، والقسمة منها ، فتدخل تحت مضمون هذه القاعدة ، القائل بها جمهور الفقهاء ^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ٦ / ٤٤٧ ط دار الفكر ، البحر الرائق ٦ / ١٩٥ ، مجمع الأنهر ٢ / ١١١ .

(٢) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٩ ، الترويق للرافى ١ / ٢٢٩ ط دار المعرفة ، المذهب للشيرازى ٢ / ٣٠٦ ط عيسى الحلبي ، الروض المربع ص ٥٢٤ ، شرايع الإسلام ٢ / ١٣٢ .

وذكر ابن عابدين من الحنفية : أنه إذا علقت القسمة على رضا فلان فإنها تكون جائزة إذا وقت ذلك بثلاثة أيام ، لأنه في معنى اشتراط الخيار إلى أجنبي ، وهو جائز كالبيع^(١) ، أى تكون بيعا بخيار فى المعنى .

ومما تجدر الإشارة إليه أن القسمة إن علقت على شرط موجود وكائن ، يكون تنجيذا لها ، لأن من شرط صحة التعليق : أن يكون على أمر مستقبلي محتتم الوقوع .

وإن علقتها على أمر مستحيل الوقوع كانت باطلة . فلو قال : اقسمنما هذه الدار إن كانت ملكا بيننا ، وكانت فى الواقع كذلك ، فإنه يكون تنجيذا لها ، ولو قال : اقسمنما هذه الدار إن دخل الجمل فى سم الخياط ، أو التصفقت السماء بالأرض ، فإنه يكون دليلا على استحالة وقوع العقد ووجوده ، لعدم الإمكان .

أما من حيث الإضافة ، فإنه لا يجوز إضافة القسمة إلى الزمان المستقبلي ، لأنها من عقود التمليكات التى وضعت ، لكى تتصل بها أحكامها من غير تراخ عنها ، فالتأخير يودى إلى إهمال الصيغة مدة من الزمان من غير عمل لها ، فتكون الصيغة المضافة بعيدة عن كونها سببا لها ، فلا ينعقد العقد .

فالقسمة كالبيع تماثله فيما يحدث بين المتقاسمين للأعيان ، فتأخذ حكمه ، فلا تضاف عند جمهور الفقهاء ، وهذا ما صرح به الحنفية^(٢) ، ويستفاد ضمنا من المذاهب الأخرى^(٣).

رابعاً : القسمة الكلية ، والقسمة الجزئية : -

وهذا التقسيم واضح عند شراح القانون - كما سبق .

فالقسمة الكلية :

هى التى تتناول جميع الأموال الشائعة ، ليحصل كل شريك على حصته مفرزة ، وهذا هو الأصل .

ولا شك أن القسمة الكلية هذه جائزة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، لأنها هى الصورة الحقيقية والكاملة للقسمة .

فيتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية فيها .

(١) حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٤٢ . ويراجع / التعليق والتأنيث والأضافة فى العقود وأثرها فى الفقه الإسلامى للدكتور / حامد عبده سعد الفقى - دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص ١٢٧ .

(٢) البحر الرائق ٦ / ٢٠٧ ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٥٦ ، جامع الفصولين ٢ / ٥ ط - المطبعة الأميرية ببولاق .

(٣) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٨ ، جواهر الإكليل ٢ / ١٦٤ ، الشرح الصغير بهامش بلفغة المسالك ٢ / ٢٣٨ حيث يقول (ومن شرطها انتفاء الغرر) وفى ص ٢٣٩ حيث يقول (وقسمة المراضاة كالبيع) ط مصطفى الحلبي ، ويراجع المنخل فى الفقه الإسلامى للزرقا ١ / ٥١٣ ، المنخل فى الفقه الإسلامى / للدكتور محمد سلام منكور ص ٦٠٣ ، نظرية العقد للدكتور عبد المجيد مطلوب ص ١٠٩ .

أما القسمة الجزئية :-

فهى عند فقهاء القانون تلك التى تتناول مالا من الأموال الشائعة أو أكثر ، وتبقى باقى الأموال شائعة بينهم ، وبينما أنها تكون جزئية إما بالنظر إلى ما ترد عليه من أموال ، وإما بالنظر إلى ما يترتب عليها من إخراج بعض الشركاء فقط من الشيوع دون البعض الآخر .

ولكن هل تجوز القسمة الجزئية - بمعناها السابق - عند فقهاء الشريعة الإسلامية ؟

بعد الإطلاع على كتب الفقهاء تبين لى أن القسمة الجزئية تجوز فى الفقه الإسلامى .

فيقول الإمام الرافعى : - " ولو كان نصف الدار لواحد ، والنصف بين خمسة ، فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه ، أحيب إليه ، والباقون إن اختاروا القسمة قسم ، وإن لم يصلح العشر للمسكن ، لأن فى القسمة فائدة لبعض الشركاء ، وإن استمروا على الشيوع ، جاز ، ثم لو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك ، لم يجبر الآخرون ، لأن هذه القسمة تضر الجميع ، ولو طلب الخمسة إفراز النصف ليكون بينهم شائعة ، أجيبوا إليه ، ذكره القاضى الرويانى وغيره .

وكذا لو كان بين عشرة ، وطلب خمسة منهم القسمة ، ليكون النصف شائعة بينهم ، يجابون" (١).

فمن هذا النص يتبين لنا جواز القسمة الجزئية فى صورتين :

الأولى :-

إخراج شريك من الشيوع بإعطائه نصيبه ، وترك باقى الشركاء على الشيوع فيما تبقى لهم من نصيب .

وبهذه الصورة ينتهى الشيوع لبعض الشركاء دون البعض .

الثانية :-

تقسيم الأموال الشائعة إلى قسمين بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء بقسم منها شائعة .

وهذا واضح من عجز تلك الفقرة السابقة والتى نقلتها عن الإمام الرافعى وهذه الصورة هى التى يطلق عليها شراح القانون قسمة الطبقات أو قسمة الفئات .

بقيت صورة فى القسمة الجزئية وهى قسمة بعض المشاع وإنهاء الشركة فيه دون باقى الأموال . وهذا جائز قانونا .

أما فى الفقه الإسلامى فإنها أيضا تجوز على اعتبار أن الشريعة الإسلامية أجازت إخراج بعض الشركاء عن الشيوع ، وإعطائهم نصيبا مفرزا ، وترك باقى الشركاء على شركتهم - كما سبق - .

(١) شرح فتح العزيز ج ١٢ / ٥٤٧ ، ويراجع - روضة الطالبين - ج ١١ / ٢٠٤ .

أقول : فإن أجازت الشريعة الإسلامية ذلك ، فلأن تجيز قسمة بعض الأموال ، وإنهاء الشبوع فيها دون باقى الأموال . أولى ، ويتأيد ذلك بما ورد فى شرح العناية : -

" ولا يقسم ثوبا واحدا ، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين ، أو ثوب وربع بثوب وثلاثة أرباع ثوب ، فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه ، لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز ، لأنه ييسر عليه التمييز فى بعض المشترك ، ولو ييسر ذلك فى الكل ، قسم الكل عند طلب بعض الشركاء ، فكذلك فى البعض " (١).

وبهذا يتضح ان القسمة الجزئية وإن لم تكن تقسيماً بارزاً لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أن فقهاء الشريعة تكلموا فيه ، وتبين لنا أنه جائز عندهم مما يؤكد سبق الشريعة ، وملامتها لصالح الشركاء .

خامساً : مقارنة بقية أنواع القسمة : -

بقيت عدة أنواع للقسمة موجودة فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون الوضعى ، ولكن مع اختلاف مسمياتها .

فسنبين كل نوع منها ، وما يقابله فى القانون الوضعى وذلك على النحو التالى : -

(١) قسمة الجمع : -

فهى جمع الحصص الشائعة فى الأعيان المشتركة فى قسم منها ، كأن يكون المال المشترك أرضاً زراعية وداراً ، فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار .

وقسمة الجمع هذه هى عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، ويقابلها فى القانون القسمة العينية بطريق التجنيب ، حيث يتم تعيين جزء مفرز لكل شريك يعادل حصته فى الشركة (٢).

ولكن حظيت قسمة الجمع فى الفقه الإسلامى بعناية خاصة فبينوا محلها ، والأموال التى ترد عليها ، وقبولها للجبر من عدمه ، فى حين أن فقهاء القانون لم يتكلموا على ذلك .

(٢) قسمة التفريق : -

هى قسمة كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة مع تعيين نصيب المتقاسمين فى كل مال .

(١) شرح العناية - بهامش نتائج الأفكار - ج ٨ / ١١ ، ويراجع أيضاً فى صور القسمة الجزئية : جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦٧ .

(٢) د/ حسن كيره - أحكام حق الملكية - ص ٤٤٠ ، د/ إبراهيم أبو الليل - مرجع سابق - ص ١٦٢ ، د/ شاكراً ناصر حيدر - مرجع سابق - ص ٤٢٠ ، ٤٢٢ .

وذلك كشريكين فى دار وأرض ، يقسم كل واحدة بينهما مناصفة . وقسمة التفريق هذه عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، ويقابلها عند شراح القانون القسمة العينية بطريق تكوين الحصص (١) . حيث يتم فيها تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب .

(٣) قسمة المتشابهات أو الأجزاء :-

فهى القسمة التى تحتاج إلى تقويم المقسوم لعدم تفاوت الأغراض ، ولا تحتاج إلى رد شئ من أحد الشريكين على الآخر .

وهذا فى الشريعة الإسلامية ، ويقابلها فى القانون القسمة العينية بطريق تكوين الحصص .

(٤) قسمة التعديل :-

هى التى يعدل القاسم فيها حصص الشركاء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ، ولا نقصان عنه ، والتعديل يكون بقيمة الشئ المقسوم ومنفعته من غير رد عوض ، وهذا فى الشريعة الإسلامية ، ويقابلها فى القانون القسمة العينية بطريق التجنيب بدون معدل .

(٥) قسمة الرد :-

وهى التى يكون فيها رد مال أجنبى عن المال المقسوم .

وهذا فى الفقه الإسلامى ، ويقابلها فى القانون القسمة العينية بطريق التجنيب بمعدل ، أى برء مبلغ من النقود .

ولكن تختلف الشريعة عن القانون :- فى أن قسمة الرد لا إيجاب عليها ، فالقضاء لا مدخل له فيها إلا برضاء جميع الشركاء .

بينما فى القانون تكون قضاء كما تكون رضاء . ويتفق القانون مع ماذهب إليه فقهاء الحنابلة من أنه لا يلجأ إلى قسمة الرد إلا إذا تعذرت قسمة المتشابهات أو التعديل .

(٦) قسمة التصفية :-

إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة ، فإن القسمة تكون بطريق التصفية .

والتصفية :- هى بيع المال الشائع بطريق المزاد العلنى وقسمة ثمنه بين الشركاء . وهذا الوضع جائز قانوناً - كما سبق - .

ولكن ما حكم ذلك فى الفقه الإسلامى ؟

(١) د/ حسن كيره - أحكام حق الملكية - ص ٤٤٠ .

إذا لم يجد القاسم طريقاً لقسمة العين المشتركة إلا ببيعها فقد أجاز بعض الفقهاء ذلك .

حيث أجازته المالكية بشروط معينة - سيأتى تفصيلها - ^(١) وأجازته الحنابلة ^(٢) وهو قول الشافعية ، إن تعين البيع ^(٣) ، وقول الزيدية ^(٤) .

فالقانون بتقريره للتصفية طريقاً لإنهاء الشبوع عند تعيينها ، ويتفق مع ما عليه بعض الفقه الإسلامى من جواز بيع مال يمكن قسمته جبراً ، وتقسيم ثمنه على الشركاء ، كل بحسب حصته .

وبعد أن انتهينا من إجراء المقارنة بين الفقه الإسلامى ، والقانون الوضعى ، تبين لنا مدى ثراء الفقه الإسلامى حيث تناول أنواع القسمة وأفاض فيها ، وبينها لنا بيانا شافيا فى وضوح وجلاء ، مما يجعله معينا لا ينضب ، ومصدراً رئيساً لكل قانون .

فى حين أن شرح القانون لم يتوسعوا فى بيان هذه الأنواع ، بل اكتفوا بمجرد ذكرها وتعريفها .

ولكن بقى أن نقرر أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أنواع القسمة فى الجملة .

(١) الموسقى على الشرح الكبير ٣ / ٥١٣ .

(٢) كشاف القناع ج ٦ / ٣٧٢ .

(٣) حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج ج ٨ / ٢٨٦ .

(٤) المسيل الجرار ج ٣ / ٢٦٦ .

الفصل الرابع

مقومات القسمة (أركانها^(١) وشروطها^(٢))

تمهيد وتقسيم :-

سبق أن عرفنا أن القسمة عبارة عن تمييز الأنصاء وإعطائها لمستحقيها . وهذه الحقيقة لكي تكون في حيز الوجود ، لابد لها من أسس أو أركان أو مقومات تقوم عليها ، ويتحقق من خلالها ، هذه المقومات منحصرة في أربعة :-

(١) المال المشترك الذي تتميز حصصه وهو المقسوم .

(٢) الفاعل الذي يتولى عملية التقسيم . وهو القاسم .

(٣) المستحقون للمال محل التقسيم . وهو المقسوم لهم .

(٤) الفعل الذي به يتم التمييز والإفراز . وهو كيفية القسمة .

وقد بين الشافعية أن لركان القسمة ثلاثة : قاسم ومقسوم ومقسوم له ^(٣).

أما الحنفية فقد اعتبروا أن فعل القسمة الذي يحصل به التمييز بين الأنصاء هو الركن الوحيد للقسمة ^(٤)، ولكن مع التحقيق نجد أنهم يتفقون مع الشافعية في تعدد أركان القسمة ، إذ أن الفعل لابد له من فاعل ، وهو القاسم ، ويلزم أيضا وجود الشيء المقسوم ، وإلا فكيف تتم القسمة بدون شيء ، أو مال يقسم ؟ كما يلزم أيضا وجود من تتم القسمة لهم ، وهم أصحاب الشيء المقسوم ، وإلا فلن تتم القسمة ؟

مما يؤكد تحليلنا هذا لمذهب الحنفية ما ذكره الكاساني في بدائع^(٥) عندما أراد أن يتكلم عن شروط القسمة ، فبين أن هناك شروطا في القاسم ، وشروطا في المقسوم ، وشروطا في المقسوم له .

(١) الركن في اللغة : الناحية القوية ، ولركان كل شيء جوانبه ، وركن يركن : كفرح يفرح ، ويقال : ركن ركونا مال وسكن .

وفي الاصطلاح : هو ما كلن جزءا من الشيء ، ويتوقف وجود هذا الشيء عليه .

يراجع / لسان العرب ٣ / ١٧٢١ ط دار المعارف ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التلويح للفتاوى ١٣٠ / ١ ط دار العهد الجديدة .

(٢) الشرط في اللغة : العلامة ، ومنه أشرط الساعة أي علامتها .

وإصطلاحا : ما يلزم من عدمه عدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

يراجع / لسان العرب ٣ / ٢٢٣٥ ط دار المعارف ، نهاية المول للسبوي ٢ / ٤٤٠ ط المطبعة السلفية .

(٣) حاشية البيهقوري على ابن القاسم ٢ / ٣٥٠ .

(٤) الدر المختار بهامش حاشية الطحطاوي ٤ / ١٣٣ ، درر الحكام لمنلاخسرو ٢ / ٤٢٠ .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٩ / ٤١١٤ .

فيتضح مما سبق أن أركان القسمة أو مقوماتها هي الأربعة سالفة الذكر .
فأما كيفية القسمة فسنتناولها إن شاء الله في الباب الثالث من هذه الرسالة .
وأما المقومات أو الأركان الثلاثة الأخرى فسنتناولها -إن شاء الله- بالتفصيل مع بيان شروط كل ركن منها وذلك في مباحث ثلاثة : -

المبحث الأول : القاسم وما يتعلق به من أحكام .

المبحث الثاني : المقسوم .

المبحث الثالث : المقسوم له .

المبحث الأول

القاسم وما يتعلق به من أحكام

القاسم : هو من يتولى قسمة المال المشترك بين المتقاسمين ، إذ لا يمكن أن تتحقق قسمة بدون قاسم .

ولكن كيف يعين القاسم ، وما تلك الشروط المعتبرة فيمن يصلح أن يكون قاسما ، وماذا يتعلق بأجرة القاسم ، وعلى من تكون ؟ وما مدى قبول شهادته فيما قام بقسمته ؟

هذا ما سنتناوله في مطلب ثلاثة : -

المطلب الأول : في تعيين القاسم وشروطه .

المطلب الثاني : أجرة القاسم .

المطلب الثالث : شهادة القاسم .

المطلب الأول

فى تعيين القاسم وشروطه

وفيه فرعان : -

الفرع الأول : فى تعيين القاسم

الفرع الثانى : فى شروطه

الفرع الأول

تعيين القاسم

أولاً : فى الفقه الإسلامى : -

مما لا شك فيه أنه لا يمكن أن تتحقق قسمة بدون من يقوم بالتقويم والتقسيم ، وإعطاء كل مستحق نصيبه .

إلا أن هذا القاسم قد يكون هو الشركاء أنفسهم ، فقد يتولى الشركاء بأنفسهم قسمة المال الشائع بينهم ، أو يتولى أحدهم برضايتهم قسمة ذلك المال . هذا إذا كانوا كاملى الأهلية . جميعاً . أما إذا كان بين الشركاء ، أو كان الشركاء جميعاً غير كاملى الأهلية ، فإنه يجوز لأوليائهم أن يقوموا بالتقسيم بأنفسهم ، وإلا فلا بد من أمر القاضى (١) .

وقد يختار الشركاء قاسماً أجنبياً عنهم يتولى القسمة بينهم ، - ويسمى منصوب الشركاء - دون أمر من القاضى ، أو اللجوء إليه ، وذلك جائز ، لأن الشركاء لهم الولاية الكاملة على أنفسهم وأموالهم ، فيعينوا من شاعوا للقسمة عليهم طالما تراضوا جميعاً على ذلك ، إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاجون إلى أمر القاضى - وسواء فى ذلك أكانوا مستأجرين لهذا القاسم أم كان متبرعاً للقسمة بينهم .

وقد يلجأ الشركاء جميعاً أو أحدهم إلى القاضى لى يقسم بينهم ، فيتولى القاضى القسمة بينهم بنفسه ، أو ينصب من يتولى القسمة بينهم نيابة عنه . وفى هذه الحالة يكون القاسم هو القاضى أو منصوب القاضى .

وكذلك يقسم القاضى بينهم أو نائبه إذا كان بين المتقاسمين محجور عليه أو غائب .

فخلاصة القول أن القاسم قد يكون هو الشركاء أنفسهم ، أو أحدهم ، أو شخصاً أجنبياً اختاروه لإنهاء حالة الشبوع بينهم ، أو يكون هو القاضى أو نائبه .

(١) مجمع الأكر ٢ / ٤٨٩ .

وكل ذلك محل اتفاق بين جميع الفقهاء ، لم يختلفوا عليه (١).

ويندب للإمام أو القاضى - إن لم يقسم بنفسه - أن يعين قاسما دائما بين الناس يلجأون إليه . ويندب أن يكون أجره من بيت المال ، لكى يقسم بدون أخذ أجر ، وهذا أحب وأولى ، لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (٢).

عدم جبر الناس على قاسم معين :-

ويجوز للشركاء أن يسألوا الحاكم تنصيب قاسم بينهم ، لأن طلبه حق لهم ، فجاز أن يطلبوه من الحاكم كغيره من الحقوق ، فينصبه بأجر عليهم .

ومع ذلك فإنه ليس لهذا الحاكم أن يجبرهم على قاسم معين ، بل يتركهم بعد تنصيبه وشأنهم ، إذا أرادوا أن يستأجروا قاسما غير الذى نصبه ، فعلوا ولا يمنعهم من ذلك ، لأن الحق لهم ، ولو أجبرهم على قاسم معين ، لأدى ذلك إلى أنه لا يرضى إلا بأجرة كبيرة ، وفى ذلك ضرر كبير بالناس .

وبهذا قال الحنفية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية (٣) .

وبين الحنفية أن على القاضى أن لا يترك القسام يشتركون - أى يكونون شركة فيما بينهم - لكيلا يتواطئوا على مغالاة الأجور ، فيتضرر الناس .

إذ أنه عند عدم الشركة يتبادر كل منهم إلى القسمة بين الناس متسابقين خشية الفوات ، فيرخص الأجر بسبب ذلك (٤) .

ولكن إن كونوا نقابة مثلا على النحو الحديث ، تحت إشراف الحاكم ، فإنه يجوز ، إن الحاكم يوافق على نظام النقابة ، ويمنع المغالاة (٥) .

وذهب الشافعية إلى أنه ليس للإمام فى حالة عدم رزق القاسم من بيت المال ، أن ينصب قاسما معينا بل يدع الناس يستأجرون من شاءوا لتلايغالى المعين فى الأجرة ، أو يواطئه بعضهم فيحيف ، وهو حرام لا يجوز (٦) .

(١) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٩ ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٧ ، شرح الخرشى ٤ / ٤٠١ ،

الذخيرة للإمام القرافي ٧ / ١٨٣ وما بعدها ط دار الغرب الإسلامى ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٣ ، حاشية

الجمال مع شرح المنهج ٥ / ٣٧٠ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٨ ، وما بعدها ، الإقناع ٤ / ٤١٦ وما بعدها ،

البحر الزخار ٤ / ١٠٨ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٧ ، ٣٢٨ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٨ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٦ .

(٣) تبين الحقائق ٥ / ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، شرح الزرقانى ٦ / ١٩٦ ، المغنى ٩ / ٧٧ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٨ ،

جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٨ .

(٤) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٩ .

(٥) الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٥ / ٦٨٠ .

(٦) أسنى المطالب ٤ / ٣٢٩ ، ٣٣٠ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤١٦ ، الوسيط للقرائى ٧ / ٣٣٤ ط دار السلام .

وبالتأمل فيما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وما ذهب إليه الشافعية ، نجد أن الخلاف بينهما من قبيل الخلاف اللفظي .

وذلك أن الفريقين اتفقا على بقاء الحرية الكاملة للمتقاسمين في اختيار من يقسم بينهم .

فالجمهور القائل بتنصيب قاسم يقسم بين الناس بالأجر ، قال أيضا بالمنع من جبر الناس على هذا القاسم ، بل منع أيضا القسّم من تكوين شركة خشية التواطؤ ورفع الأجر ، وليس هذا فحسب ، بل الجمهور قالوا بأنه على القاضي أن يحدد أجره القاسم بأجر المثل ، حتى لا يطمع في أموال المتقاسمين .

ورغم ذلك فإن مسلك الجمهور هنا أرجح ، إذ إن وجود قاسم من قبل القاضي ، يمثل بلا شك إضافة جديدة في صالح المتقاسمين ، من شأنها أن تجعل المتقاسمين يتخيرون أحسنهم ، وأكفأهم ، وغالبا ما يكون منصوب القاضي أكفأ من غيره لتخصصه وخبرته (١) .

معاونوا القاسم :

يعاون القاسم في قيامه بعمله عدد من الأشخاص ذوي الخبرة في مجال القسمة ، وقد أشارت مذاهب الفقهاء إلى هؤلاء معاونين ، فنذكرهم بإيجاز : -

١ - الكَيْالُ وَالْوَزَانُ - الْقَبَانِي - وَالْحَافِرُ : -

فالكيال يقوم بعملية الكيل في المكيلات ، والثاني بالوزن أو القبانة في الموزونات ، بمعاييرة المشترك المراد قسمته كيلا أو وزنا ، وبعد التعرف على قدر نصيب كل شريك يكال له أو يوزن ما هو حق له .

أما الحافر : فهو الذي يحفر الآبار ، وله خبرة بتكاليفها ، ويلجأ إليه القاسم للأستعانة بخبرته في تقدير أثمان الآبار وقيمتها . وقد أشار إلى هؤلاء بعض فقهاء الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) .

(٣) كاتب الوثيقة : -

قد تحتاج القسمة إلى من يسجل الوثائق التي تتصل بها ، وتبين ما اتفق عليه الشركاء ، أو ما تراضوا عليه ، وفي هذا يعاون كاتب الوثيقة القاسم (٥) .

(١) قسمة الأملاك المشتركة للدكتور / أحمد فراج حسين ص ١٤٤ .

(٢) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٤ / ١٣٤ .

(٣) المصولى والشرح الكبير ٣ / ٥٠٠ ، الاقنن والإحكام شرح تحفة الحكم ٢ / ٦٩ .

(٤) الأتوار للأردبيلي ٢ / ٥٠٣ .

(٥) حاشية المصولى على الفرح الصغير ٥ / ١٦١ ، شرح الفرضي ٤ / ٤٠٢ .

(٣) أمين الحفظ :-

وهو من يتولى المحافظة على المشترك ، إذا ما كان قابلا للتلف ، أو السرقة أثناء مباشرة القسمة ، التي قد تستغرق وقتا طويلا ، فيكلفه بحفظ المشترك لحين إتمام قسمته^(١) .

(٤) المقوم والخامر :

وهما ذوا الخبرة في التقدير والتقويم فقد يكون المقوم في حاجة إلى تقويم ، أى تقدير قيمته سواء عند التعديل أو عند الرد .

وكذلك قد يتطلب الرطب والعنب إلى خرص ، أى تقدير كميته ، وبالتالي قيمته ، فيستعين القاسم بكل منهما ، كل في مجاله^(٢) .

(٥) المدول ، -

جمع عدل وهو من ظهرت فيه صفة العدالة في التعامل ، ويستعين بهم القاسم في تحقيق العدالة بين الشركاء ، فيقومون ما يحتاج إلى تقويم عند إجراء القسمة ، وقد يستغنى بهم عن المقومين^(٣) .

الفرق بين القاسم والقاضى :-

إن القسام يشبهون قضاة الأحكام من ناحيتين ، ويخالفونهم فى أمرين ،

فيتفقون معهم فى :-

(١) أنهم قد يوقعون القسمة جبرا ، كما يجبر الحكام فى الأحكام .

(٢) أنهم يستوفون الحقوق لأهلها ، كاستيفاء الحكام .

ويخالفونهم من وجهين :-

أحدهما : أن حكم القسام مختص بالتحرى فى تمييز الحقوق وإفرازها ، وحكم الحكام مختص بالاجتهاد فى أحكام الدين وإلزامها .

والثانى :- استعداد الخصوم يكون إلى الحكام دون القسام ، لأن للحكام ولاية يستحقون بها إجابة المستعدي ، وليس للقسام ولاية ولا عدوى ، وإنما يقسمون بأمر الحكام لهم ، أو لتراضى الشركاء بهم ، فصاروا فى القسمة أعوان الحكام^(٤) .

(١) الدر المختار بهامش حاشية الطحطاوى ٤ / ١٣٤ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٣ ، الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤ / ٣١٩ .

(٢) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٥ .

(٣) فقه الإمام جعفر لمحمد جواد مغنية ٤ / ١١٧ ، السيل الجرار للشوكاتى ٣ / ٢٦٤ .

(٤) الحاوى الكبير للموردي ١٦ / ٢٤٥ .

ثانياً : تعيين القاسم في نطاق الدراسات القانونية : -

تنص المادة ٨٣٥ من القانون المدنى المصرى على أن : - " للشركاء إذا اتفقت إجماعهم أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون " .

فقد بينت هذه المادة أنه يجوز للشركاء أن يفتسموا المال الشائع بينهم ، بالطريقة التى يرونها طالما اتفقت إجماعهم على ذلك ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية .

ومن ثم فيجوز طبقاً لهذه المادة أن يكون الشركاء أنفسهم هم القاسمين ، طالما تراضوا جميعاً على ذلك .

كما يجوز أيضاً طبقاً للمادة السابقة أن يختاروا قاسماً (محكماً) يقسم بينهم من ذوى الخبرة والمعرفة بشئون القسمة ، بشرط تراضيههم على ذلك .

كما يجوز أيضاً أن يتفق الشركاء على اللجوء إلى القضاء ، ليقيم القاضى بينهم .

فللشركاء مطلق الحرية فى القسمة ، وفيمن يقسم بينهم طالما تراضوا على ذلك ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية . فإذا كان بينهم من كان ناقص الأهلية ، أو كان بينهم غائب ، فإنه يجوز للشركاء القسمة ، وينوب عن القاصر وليه أو وصيه ، بعد الحصول على إذن المحكمة ، إلا إذا كان الولى هو الأب ، فيقسم دون الرجوع إلى المحكمة . (مادة ٤٠ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م) .

ماسبق كان فى حالة اتفاق الشركاء .

أما إذا لم يتفق الشركاء على القسمة واختيار القاسم ، فإنه لامناص أمام الشركاء سوى اللجوء إلى القضاء ، (مادة ٨٣٦ / ١ مدنى) .

وكذلك إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية أو غائبا ، ولم تر المحكمة الإذن للوصى أو القيم أو وكيل الغائب ، بالاشتراك فى القسمة الاتفاقية ، فإنه يجب اتباع إجراءات القسمة القضائية (١) .

وفى القسمة القضائية يكون القاضى هو القاسم .

فقد يرى القاضى أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات عملية ، ولا ينتج عنه مشكلات فنية ، تخرج عن خبرته ، فعندئذ يتولى القاضى هذه العملية بنفسه ، وذلك باعتبار أنه هو الخبير الأعلى فى كل ما يستطيع أن يفصل فيه .

(١) د / إسماعيل غانم - حق الملكية - ص ١٨٤ .

والمحكمة إذا رأت صعوبة في تكوين لحصص ، أو كان المال يحتاج إلى تقويم ، أن تتدب خبيراً أو أكثر ، مهمته قسمة الحصص ، على أساس أصغر نصيب ، أو تجنيب نصيب كل شريك ، ثم إجراء القرعة بين الشركاء ^(١) . (مادة ٨٣٦ / ٢ ، ٨٣٧ / ١ مدنى) .

نخلص مما سبق أن القاسم فى القانون المدنى المصرى ، قد يكون هو الشركاء أنفسهم أو أحدهم إذا تراضوا عليه ، وقد يكون شخصاً آخر من ذوى الواجهة والخبرة ، إذا تراضوا عليه (المحكم) .

وقد يكون هو القاضى (هيئة المحكمة) ، والذي يكون من حقه - إن رأى وجها لذلك - أن يعين خبيراً أو أكثر لتولى القسمة بين الشركاء ، ثم رفع تقرير إلى المحكمة بذلك ، لتصدر حكمها بإفراز نصيب كل شريك وإعطائه إياه .

الفرع الثانى

شروط القاسم

شروط القاسم فى الفقه الإسلامى :

سبق القول أن للشركاء بأن يختاروا قاسماً يقسم بينهم ، سواء كان منصوباً من قبل أنفسهم ، أو كان منصوباً من قبل الحاكم .

فما هى الشروط المعتبرة فى كل قاسم ؟

هنا نجد الحنفية ^(٢) لم يفرقوا بين القاسم المنسوب من قبل الشركاء أو المنسوب من قبل الحاكم أو القاضى ، من حيث الشروط المعتبرة فى كل منهما .

أما سائر فقهاء المذاهب فهم يفرقون بين القاسم الذى هو منصوب الحاكم ، والقاسم الذى يقيمه الشركاء أنفسهم . ، ولكن هذا الذى ينصبه الشركاء أنفسهم إذا جعلوه محكماً بينهم ، بمعنى أن قسمته لازمة لهم ، ولا يملكون حق رفضها ، فقد نص الشافعية على أن شروطه فى هذه الحالة ، هى تلك الشروط المعتبرة فى منصوب الحاكم ^(٣) .

وبهذا قال الحنابلة أيضاً ، إذ جعلوا لزوم قسمة بعد القرعة نتيجة طبيعية لتوافر شروط القاسم المنسوب من قبل الحاكم فيه ، لأنه فى هذه الحالة يكون قائماً مقامه .

فإذا اختلف أى شرط منها لا تكون قسمته لازمة للشركاء ، إلا إذا تراضوا بها ^(٤) .

(١) للمذكرة الإيضاحية ١١٩ / ٦ ، ١٢٠ .

(٢) يدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٥ .

(٣) حاشية الجمل على شرح المنهج ٥ / ٣٧٠ ، حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٢ .

(٤) كشاف القناع ٦ / ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، الكافى لابن قدامة ٤ / ٣١٨ .

وبذلك قال الزيدية أيضا (١).

وسنسلك فى بيان شروط القاسم مسك سائر الفقهاء من غير الحنفية ، مع تطبيق ما قاله الحنفية من الشروط على هذا المسلك فنيين أولا : شروط القاسم المنصوب من قبل القاضى ، ويضاف إليه ذلك القاسم الذى نصبه الشركاء والترموا نفوذ قسمته بينهم .

ثم ثانيا : - شروط القاسم المختار من قبل الشركاء أنفسهم ، وذلك على النحو التالى : -

أولا : ما يشترط فى القاسم المنصوب من قبل القاضى :

بعد استقراء كتب المذاهب وجدت أن هناك شروطا كانت محل اتفاق الفقهاء وأخرى اختلفوا عليها : -

أ : الشروط المتفق عليها : -

الشرط الأول : العقل : -

فيشترط فيمن يقسم أن يكون عاقلا ، لأن أهلية كل تصرف شرعى متوقفة عليه ، ومن ثم فلا تصح قسمة المجنون ، لعدم عقله ، وكذلك لا تصح قسمة الصبى غير المميز ، لأنه أيضا غير كامل العقل (٢)، بل إن الشيعة الامامية اشترطوا كمال العقل .

أما الصبى المميز العاقل ، فهل يصح أن يكون قاسما ؟ هذا ما سنبينه عند الكلام على شرط البلوغ ، فى الشروط المختلف فيها .

الشرط الثانى : أن يكون القاسم عالما بالمساحة والحساب : -

وذلك لأنه مندوب لهما ، وعامل بهما ، فهما آلة القسمة ، كما أن الفقه آلة القضاء ، واعتبارهما فى القاسم كاعتبار العلم فى الحاكم ، إذ إن الجاهل بشئون القسمة ، يخاف منه الظلم والجور فيها ، فلا يستطيع إعطاء كل شريك حقه ، فيفوت المقصود من القسمة (٣).

وهذا الشرط اعتبره بعض الحنفية شرط وجوب (٤)، وبعضهم اعتبره شرط استحباب (٥).

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ ، شرح ابن القاسم على متن لى شجاع بهامش حاشية البيجورى ٢ / ٣٥١ ، الذخيرة للإمام القرافي ٧ / ١٨٩ ط دار السلام ، المغنى ٩ / ٧٧ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٨ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٧ .

والجنون : هو اختلال للعقل يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا .

يراجع التقرير والتحبير لابن الهمام ١٧٣ / ٢ ط المطبعة الأميرية - بولاق .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٩ ، الحاوى الكبير ١٦ / ٢٤٥ ، الأم للشافعى ٦ / ٢٢٧ ط دار الفكر ، الذخيرة للقرافى ٧ / ١٨٩ ، المبدع شرح للمقتنع ١٠ / ١٣٣ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٨ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٧ .

(٤) الدر المختار مع حاشيته رد المحتار ٦ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، تبیین الحقائق ٥ / ٢٦٥ ، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٨ / ٦ .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٩ .

وإذا كان العلم بالمساحة والحساب شرط من شروط القاسم ، فهل يشترط فيه أيضاً أن يكون عالماً بالتقويم ؟

نجد للشافعية في ذلك وجهين^(١) :-

أرجحهما : عدم اشتراطه .

إذ أنه إذا لم يكن عارفاً بالتقويم ، فبإمكانه أن يرجع إلى عدلين على علم بالتقويم ، وذلك إذا دعت الحاجة إلى ذلك .

والوجه الثاني للشافعية ، وبه قال الحنابلة^(٢) :-

اشتراط معرفة القاسم للتقويم ، كمعرفته بعلمى المساحة والحساب ؛ كى يتحقق مقصود القسمة ، وهو ائصال الحق إلى ذويه ، خصوصاً إذا كان فى القسمة تعديل أورد .

وأرى أن ما ذهب إليه الشافعية فى أرجح الوجهين ، من عدم اشتراط أن يكون القاسم عالماً بالتقويم هو الأرجح ؛ وذلك لأن :-

(١) بإمكان القاسم أن يرجع إلى المقومين ، ويستعين بإخبار عدلين منهم .

(٢) التقويم يحتاج إلى أناس متخصصين ، لديهم القدرة على الوقوف على أحوال الأسعار ، وحركة الأسواق ، وهى حركة دائبة وسريعة ، وقد يشغل القاسم بأمور القسمة بين الناس ، ولا يستطيع متابعة أحوال الأسواق ، فاستعنته بأهل الخبرة فى ذلك أولى .

وعلى أية حال فإنه وإن كنت أرى عدم اشتراط معرفة التقويم فى القاسم ، إلا أنني أرى أنه يستحب ذلك ؛ لأنه أكمل للشرائط كما قاله الإمام الأسنوى^(٣) .

الشرط الثالث :- العدالة :-

فيشترط فى القاسم أن يكون عدلاً ، أى غير فاسق ، وكذلك أن يكون أميناً ؛ لأن الأمانة من مقتضيات العدالة ؛ وعلة اشتراط العدالة فى القاسم ؛ أن القسمة من جنس عمل القضاة ، فكما يشترط فى القاضى أن يكون عدلاً ، فكذلك يشترط فى منصوبه للقسمة ؛ ولأنه حاكم مؤتمن ، فلا يجوز أن يكون فاسقاً^(٤) .

(١) أسنى المطالب ٤ / ٣٣٠ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٧ .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤١٩ .

(٤) تبيين الحقائق ٥ / ٢٦٥ ، شرح الزرقانى ٦ / ١٩٦ ، الحاوى الكبير ١٦ / ٢٤٥ ، الفروع لابن مفلح ٦ /

٥١٢ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٨ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٢ ، منهج الطالبين وبلغ الراغبين ١٢ / ٧٤ .

والعدالة : هى اجتنب الكبر والعتاب والإصرار على الصفاة .

مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٧ .

وفى هذا الشرط وجدت فى كتب الحنفية من يعتبر هذا الشرط -كالجمهور- شرط وجوب فى القاسم ، كصاحب الهداية ، وصاحب الدر المختار^(١) ، وبعضهم يعتبره شرط استحباب ، كما فى البدائع^(٢) .

وحل هذا التناقض : أن الوجوب على الإمام ، فيجب عليه أن ينصب قاسماً عدلاً ، لكن لا يشترط أن يكون القاسم كذلك لكى تصح قسمته .

يقول ابن عابدين : - تقدم فى القضاء أن الفاسق أهل له ، ولكنه لا يقلد وجوباً ، ويأثم مقلده ، فعلم أنه لا يجب فى صحة القضاء العدالة ، بل يجب على الإمام أن يولى عدلاً ، وكذا يقال هنا : يجب أن ينصب قاسماً عدلاً ، ولا يجب فى صحة نصبه العدالة^(٣) .

ب - الشروط المختلفة فيما :-

الشرط الأول : البلوغ :-

اختلف الفقهاء فى اشتراط البلوغ فى القاسم إلى قولين : -

القول الأول :- إنه يشترط أن يكون القاسم بالغاً .

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء^(٤) .

القول الثانى :-

إنه لا يشترط فى القاسم أن يكون بالغاً ، ويكتفى باشتراط العقل ، فتصح قسمة الصبى الذى يعقل القسمة .

وبه قال الحنفية^(٥) ، إلا أنهم اشترطوا لجواز قسمة الصبى العاقل ، أن يأن له وليه بمباشرة القسمة .

وأرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط البلوغ فى القاسم ؛ لأنه سبق أن بينا أن من شروط القاسم ، أن يكون عالماً بالمساحة والحساب ونحوها من لوازم القسمة ، وفى هذا العصر أصبح علم المساحة والحساب علماً متسعاً ومتشعباً ، وله دراساته المتخصصة فى الجامعات ، ومن ثم فلا يمكن أن يلم بها الصبى العاقل ؛ لأنه يكون عاقلاً ببلوغه سبع أو عشر

(١) الهداية مع التكملة والعناية ٨ / ٦ ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٧ .

(٤) الذخيرة للقرافى ٧ / ١٨٩ ، وحاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥١ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٨ ،

جواهر الكلام ٤٠ / ٣٢٧ ، منهج الطالبين ١٢ / ٧٤ .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ .

سنوات ، ومن كانت هذه سنة ، فإنه يكون في عصرنا الحاضر في مصاف المبكرين في
تحصيل العلوم ، ومن ثم فلا يعقل أن يكون قاسماً^(١) . والله أعلم .

الشروط الثاني :- الإسلام :-

وروجه الجمهور في ذلك : أن للقاسم ولاية على من يتولى قسمة أموالهم من فذهب
جمهور الفقهاء^(٢) من غير الحنفية إلى اشتراط الإسلام في القاسم ، بل ذهب الشيعة الإمامية إلى
أكثر من ذلك فاشتراطوا فيه الإيمان بالمعنى الأخص ، فضلاً عنه بالمعنى الأعم .
حيث لزوم حكمه عليهم ، والكافر ليس من أهلها .

قال تعالى :- ﴿وَكُنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٣) .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن الإسلام ليس شرطاً في القاسم ، فيجوز للحاكم أو القاضي
أن ينصب ذمياً في منصب القاسم ، على اعتبار أن الذمي من أهل المعاملات ، فيجوز منهم
وينعقد البيع وغيره ، ومن ثم فتجوز قسمته^(٤) .

- وأرى رجحان عدم اشتراط الإسلام في القاسم ، فيجوز أن يكون ذمياً ، وهو ما قال
به الحنفية ؛ لأن العبرة في القاسم الإمام بعلوم القسمة ، والتحلي بالأمانة ، ولا شك أن بعض
الذميين يتصفون بهذه الصفات .

ثم إن أمر التنصيب موكول إلى حاكم أو قاض مسلم ، وهو لن يختار منهم إلا من كان
أصلح بلا شك .

وبعد ذلك فإن للمتقاسمين مطلق الحرية في التحاكم عليه في القسمة من عدمه ، حيث لم
يقل أحد جبرهم على اللجوء إلى قاسم الإمام^(٥) . والله أعلم .

الشروط الثالث : الزكوة :-

فقد ذهب جمهور الفقهاء^(٦) إلى اشتراط الزكوة في القاسم ، ومن ثم فلا يجوز للقاضي
أن ينصب امرأة قاسمة .

(١) قسمة الأملاك د / أحمد فراج حسين ص ١٥٣ .

(٢) الذخيرة للقرافي ١٨٩ / ٧ ، شرح الزرقاني ١٩٦ / ٦ ، شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٣٧٠ / ٥ ،
المبدع شرح المقنع ١٣٣ / ١٠ ، الفروع ٥١٢ / ٦ ، البحر الزخار ١٠٨ / ٤ ، جواهر الكلام
٣٢٧ / ٤٠ ، منهج الطالبين ٧٤ / ١٢ .

(٣) سورة النساء من الآية ١٤١ .

(٤) بدائع الصنائع ٤١١٥ / ٩ .

(٥) قسمة الأملاك د / أحمد فراج حسين ص ١٥٣ .

(٦) الذخيرة للقرافي ١٨٩ / ٧ ، أمسي المطالب ٣٣٠ / ٤ ، جواهر الكلام ١٤ / ٤٠ حيث إن الشيعة الإمامية
يتولون بشرط الزكوة في القاضي فكذلك هنا ، ويراجع كذلك للإيضاح منهج الطالبين ١٢ / ١٨ .
وهو مقتضى قول الطائفة ، فهم يشترطون الزكوة في القاضي ، فالقاسم مثله . الروض المربع
ص ٥١٧ .

على اعتبار أن المرأة ليست من أهل الولايات العامة ، ثم إن القاسم يلزم الشركاء بقسمته كالحاكم ، من حيث إن الحاكم ينظر في الحجة ويجتهد ، ثم يلزم بالحكم ، وكذلك القسام أيضاً ينظرون في المساحة والتقدير ، ثم يلزم بالإفراز ، ومن ثم فيشترط فيه ما يشترط في الحاكم من اعتبار الذكورة^(١) .

وذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الذكورة في القاسم ، فيصح عندهم أن ينصب القاضي امرأة قاسمة ؛ على اعتبار أن المرأة من أهل المعاملات ، ويصح منها البيع وغيره من العقود ، وبالتالي فتكون من أهل القسمة^(٢) .

وأرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط الذكورية في القاسم ؛ لأن المرأة بما تتصف به من الحياء والعاطفة ، لا تصلح لمثل هذا العمل ، إذ إنها سريعة التأثر وعاطفتها جياشة ، فلا يؤمن انخداعها ووقوع القسمة منها على وجه غير عادل .

ولأن طبيعة القسمة بما تتطلبه من جهد ومشقة لا تتناسب مع المرأة^(٣) .

هذا فضلاً عن أن القول بذلك فيه صيانة للمرأة عن الظهور والابتذال في وسط مجلس يحضره الرجال غالباً ، فكان في ذلك صون لعفتها وكرامتها .

والله أعلم .

الشرط الرابع : - الحرية -

فذهب المالكية والشافعية والإباضية^(٤) إلى اشتراط الحرية في القاسم ، فلا يجوز للحاكم أو القاضي أن ينصب عبداً قاسماً ، إذ إن القاسم هو نائب عن القاضي أو الحاكم ، والحاكم أو القاضي يشترط فيه الحرية ، فكذا من كان نائباً عنه ؛ ولأن القسمة ولاية ، والعبد ليس من أهل الولايات^(٥) .

أما الحنفية والحنابلة والشيعة الإمامية^(٦) ، فقد ذهبوا إلى عدم اشتراط الحرية في القاسم ، فيجوز للحاكم أو القاضي أن ينصب عبداً أو مكاتباً في منصب القاسم ، وذلك إذا استجمع

(١) مغني المحتاج ٤ / ٤١٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ .

(٣) نسمة الأملك د / أحمد فراج حسين ص ١٥٣ .

(٤) شرح الزرقاني ٦ / ١٩٦ ، حاشية العلوي على شرح الخرشى ٤ / ٤٠١ ، روض الطالب لابن المقرئ مع شرحه أسنى المطالب ٤ / ٣٣٠ ، وشرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٠ ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ .

(٥) مغني المحتاج ٤ / ٤١٨ .

(٦) البدائع ٩ / ٤١١٥ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٣ ، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٥١٤ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٧٧ .

الشروط وإذن المولى ؛ لأنه - كما سبق أن ذكرنا - من أهل المعاملات ، وتصح منه البيوع .
وأرى أن هذه الشريطة ليس لها محل الآن ، فقد انقرض بفضل الله وجود الأرقاء .

الشروط الخامس :

أن يكون عفيفاً عن الطعم ، ونزيه النفس حتى لا يرتشى فيما يتولى من أعمال القسمة :-

وهذه الشريطة نص عليها الشافعية^(١) .

وأرى أن هذه الشريطة لا يمانع منها سائر الفقهاء ؛ لأنها تدرج تحت شرط العدالة ، فالعدالة تقتضى فى موصوفها المروءة والنزاهة والعفة .

وأحب أن أنوه إلى أن الشافعية قد اشترطوا فى قاسم الحاكم شرطاً جامعاً ، وهو أن يكون من أهل الشهادات ، فيشترط أن يكون مكلفاً ، ذكراً ، وحرّاً ، مسلماً ، عدلاً ، ضابطاً - أى غير مغفل - ، سميعاً ، بصيراً ، ناطقاً^(٢) .

إذ إن المتصفين بأضداد هذه الصفات ليسوا من أهل الولايات . وكذلك لا يجوز عند الشافعية أن يقسم الأصل لفرعه ، أو عكسه ، على اعتبار أنه لا تجوز شهادتهم بعضهم لبعض^(٣) .

وهذه الشروط قد تناولنا بعضاً منها ، أما الضبط والسمع والبصر والنطق ، فلم أجد أحداً من الفقهاء أبرزها أو تكلم عنها غير الشافعية .

وأرى أن ما سبق أن اشترطناه فى القاسم من العدالة والعقل والمعرفة بما يتعلق بالقسمة من علوم ، فيه ما يكفى عن هذه الشروط .

أما عدم تجويزهم قسمة الأصل لفرعه أو عكسه ، فقد خالفه الحنفية ، حيث أجازوا ذلك على اعتبار أن للأب ولاية قرابة على الصغير .

وهناك مزيد إيضاح لذلك فى الشريطة القادمة إن شاء الله .

الشروط السادس : الملك أو الولاية^(٤) :-

والمراد بالملك أن يكون القاسم مالكاً للمقسوم ، ومن ثم فالشركاء الذين يملكون المال المشترك ، لهم أن يقسموا لأنفسهم ، متى تراضوا على ذلك ، دون أن يستعينوا بأحد ؛ وذلك

(١) الحاوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٤٥ .

(٢) شرح المنهج مع حاشية الجمل ٣٧٠ / ٥ .

(٣) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣٧٠ / ٥ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ .

لأن المال لهم ، فلهم أن يوكلوا فى القسمة من شاعوا ، وينوب عن القاصر وليه ، وعن الغائب وكيله ، أما إذا كان فيهم صغير أو مجنون لا نائب له ، أو غائب لا وكيل عنه ، فلا تجوز القسمة إلا بعد الحصول على إذن من القاضى ، أو إجازة منه بعد القسمة ، أو إجازة الغائب بعد رجوعه ، أو الصبى بعد بلوغه ، وإجازة وليه إذا حضر .

وقد قرر ابن عابدين فى حاشيته : أن الإجازة قد تكون صريحة بالقول ، وقد تكون دلالة بالفعل ، كما لو اقتسم طفل وبالع شيناً ، ثم بلغ الطفل وتصرف فى نصيبه وباع البعض ، فإنه يكون إجازة^(١) .

وأما الولاية : أى الولاية على المال من غير ملك له ، وهى نوعان : -

ولاية قضاء ، وولاية قرابة .

أما ولاية القضاء ؛ فيشترط فيها الطلب من الشركاء كلهم أو بعضهم ، فيقسم القاضى أو منصوبه على الصغير والكبير ، والذكر والأنثى ، والمسلم والذمى ، والحر والعبد والمأذون والمكاتب ، عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم للقسمة .

وتكون قسمته ماضية لازمة ، ولا تصح قسمة القاضى إن قسم بدون هذا الطلب .

أما ولاية القرابة : فلا يشترط فيها الطلب ، فيقسم الأب ووصيه ، والجد ووصيه ، على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد .

أما وصى الأم أو الأخ أو العم ، فيقسم المنقول دون العقار ؛ لأن له ولاية يبيع المنقول دون العقار .

وعند الحنابلة يجوز قسم الأب أو الوصى مطلقاً ، سواء كان المقسوم عقاراً أو منقولاً ؛ لأن القسمة مصلحة للصبى ، فجازت كالشراء له^(٢) .

والأصل فى ذلك كله أن كل من له ولاية البيع ، فله ولاية القسمة ، ومن ليس له ولاية البيع ، فليست له ولاية القسمة^(٣)؛ لأن القسمة لا تنفك عن المبادلة^(٤) .

ولأولياء القرابة ولاية البيع ، فكانت لهم ولاية القسمة ، وكذا القاضى له ولاية يبيع مال الصغير والكبير فى الجملة ، فكانت له ولاية القسمة فى الجملة^(٥) وهذا الشرط اشترطه الحنفية وأبرزوه .

(١) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٧ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨١ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ .

(٤) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٥٦ .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ .

وبقية المذهب الأخرى لم تنص على هذا الشرط ؛ لأنه ربما عندهم من المسلمات أو القواعد العامة .

إذ إن الشخص الذى يتولى القسمة بدون طلب من أحد ، أو بدون أن يوكله أحد سواء كان من الشركاء أو كان القاضى ، أو منصوبه ، فلا شك أنه فضولى ، فهذا الشرط تقتضيه طبائع الأمور ، ومن ثم لم يحتج إلى النص عليه .

إلا أن الشافعية قد نصوا على أنه لا يصح أن يكون القاسم شريكاً ووكيلاً لساير الشركاء أو لبعضهم ، كأن يقول الشركاء جميعاً لواحد منهم : أنت وكيل عنا ، فاقسم كما ترى ، وافرز لنفسك ، ولكل واحد منا نصيبه . فلا يجوز ذلك ؛ لأن على الوكيل أن يحتاط لموكله ، وهنا لا يمكنه ذلك ؛ لأنه يحتاط لنفسه ، ومن ثم فلا يجوز التوكيل هنا ، إلا إذا وكل كل واحد منهم وكيلاً عن نفسه على الاتفراد .

أما إذا وكل أحد الشركاء شريكه على أن يكون نصيب الموكل والوكيل جزءاً واحداً ، فإنه يجوز ذلك ؛ لأنه يحتاط لنفسه ولموكله ؛ نظراً لاستمرار الشيوع فى نصيبهما^(١) .

الشرط السابع : تعدد القاسم :-

هل يشترط تعدد القاسم أم لا ؟ وهل يشترط تعدده إذا كان فى القسمة تقويم أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى اشتراط تعدد القاسم وعدم اشتراطه ، أو اشتراطه حين تكون ثمة حاجة إلى التقويم ، على ثلاثة أقوال :-

القول الأول :-

إن التعدد شرط فى القاسم مطلقاً ، أى سواء اشتملت القسمة على تقويم وتعديل أولا ، كان فيها خرص أولا ، ومن ثم فيشترط فى القاسم أن يكون اثنين على الأقل ، ما دام منصوباً من قبل القاضى .

وهذا قول عند الشافعية^(٢) ، وقول عند الإباضية^(٣) .

ووجه هذا القول :

أن القاسم هنا كالشاهد ، فيشترط فيه نصاب الشهادة ، وهو اثنان على الأقل^(٤) .

وبناء على هذا :

بأن القاسم ليس كالشاهد ، فإن القاسم تلزم قسمته بنفس قوله ، ولا يحتاج إلى إصدار حكم من القاضى ، ولأن القاسم يستوفى الحقوق لأهلها ، والشاهد ليس كذلك^(٥) .

(١) معنى المحتاج ٤ / ٤١٨ ، أسنى المطالب ٤ / ٣٢٩ .

(٢) الحلو الكبير ١٦ / ٢٤٧ ، وروضة الطالبين ١١ / ٢٠١ .

(٣) منهج الطالبين ١٢ / ١٨ .

(٤) معنى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٤ .

(٥) معنى المحتاج ٤ / ٤١٩ .

القول الثاني :-

إنه يشترط التعدد في القاسم إذا اشتملت القسمة على تقويم وتعديل ، أو كان فيها خرص ، أما إذا لم تشتمل على شيء من ذلك ، فيكفي قاسم واحد .

وبهذا قال بعض المالكية^(١) ، والشافعية في الأظهر^(٢) ، والحنابلة في المعتمد عندهم^(٣) ، وهو قول عند الزيدية^(٤) ، وهو مذهب الإمامية^(٥) .

ومستندهم :

أن القسمة إذا اشتملت على التقويم ، فإنها تحتاج إلى تعدد المقوم ؛ وذلك لأن التقويم شهادة بالقيمة ، ومن ثم فلا يقبل أقل من اثنين كسائر الشهادات^(٦) ، إذ إنه حينئذ لا يثبت إلا باثنين^(٧) .

أما إذا لم يكن بالقسمة تقويم ولا تعديل ، فهذا يجزئ قاسم واحد ؛ وذلك لأنه ينفذ ما يجتهد فيه قياساً على الحاكم ، إذ إن قسمته تلزم بنفس قوله كالحاكم^(٨) .

ولأن طريقه الإخبار عن علم يختص به القليل من الناس ، فيكون كالفاتف والطبيب والمفتي^(٩) ، إذ يكفي منهم واحد .

ويرد على ذلك :-

أقول : إنه لا وجه للفرقة بين ما يحتاج إلى التقويم ، فيعتبر القاسم كالشاهد . وبين ما لا يحتاج إلى التقويم ، فيعتبر القاسم كالحاكم ، بجامع أن كلا منهما نافذ حكمه .

فقياس القاسم على الشاهد ، في حالة احتياج القسمة إلى التقويم ، هو قياس مع الفارق ؛ لأن الشاهد لا ينفذ قوله بنفسه ، بل بغيره . أما القاسم فينفذ قوله بنفسه ، فالأولى القول بجواز

(١) فهو قول أبي إسحاق من المالكية . مواهب الجليل للحطاب ٥ / ٣٣٧ ، النخيرة للقرافي ٧ / ١٨٨ ، فالمقوم عند المالكية لا يشترط تعدده إلا حيث يترتب على التقويم حد أو غرم ، كتقويم المسروق ، ولرش الجناية ، لأنه في هذه الحالة كالشاهد على القيمة .

(٢) الحاوي الكبير ١٦ / ٢٤٧ ، مغني المحتاج ٤ / ٤١٦ ، خلاف الشافعية منسوب فقط على إذا لم تحتج القسمة إلى تعديل وتقويم ، وإلا وجب التعدد قولاً واحداً .

(٣) الإصناف ١١ / ٣٥٤ ، القروع ٦ / ٥١٢ ، المغني ٩ / ٧٧ .

(٤) البحر الزخار ٤ / ١٠٨ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٢ ، حيث قصروا التعدد على القسمة التي بهار رد .

(٦) مغني المحتاج ٤ / ٤١٦ ، المغني ٩ / ٧٧ .

(٧) المذهب مع التكملة ١٨ / ٤٠٨ .

(٨) مواهب الجليل ٥ / ٣٣٦ ، مغني المحتاج ٤ / ٤١٩ .

(٩) الشرح الصغير ٥ / ١٦١ ، واللقف : هو الذي يعرف أن فلاناً ابن فلان بالشبه . حاشية العدوي مع

شرح الفرسى ٤ / ٤٠١ .

تولى قاسم واحد ، وإن احتاج المال المقسوم إلى تقويم وتعديل ، فإنه إن لم يستطع التقويم بنفسه ، فإنه قطعاً سيستعمل عدلين في التقويم .

والله أعلم .

القول الثالث : -

إن التعدد ليس شرطاً في القاسم مطلقاً ، بل يكفي قاسم واحد ، سواء اشتملت القسمة على تعديل وتقويم أولاً .

وبهذا قال الحنفية^(١) ، وجمهور المالكية^(٢) - وإن كان خلاف الأولى عندهم ، فمع كفاية القاسم الواحد عندهم مطلقاً ، إلا أن الأولى أن يكون متعدداً - وهو قول مرجوح عند الحنابلة^(٣) ، وهو قول عند الزيدية^(٤) ، وقول عند الإباضية^(٥) .

واستدلوا : بأن طريق القاسم هو الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالتائف والمنتى والطبيب ، فيكفي الواحد^(٦) .

سبب الخلاف :

من استعراض أدلة الفقهاء تبين لى أن سبب خلافهم وجود شيتين :-

(١) شبه الشهادة أو الرواية .

(٢) شبه الحكم .

فمن اعتمد شبه الشهادة ، قال بوجوب التعدد ؛ لأنه شاهد ، والشهادة لا يجزئ فيها أقل من اثنين .

ومن اعتمد شبه الحكم ، قال بجواز أن يكون القاسم واحداً فقط ؛ لأن الحاكم استنباه في ذلك^(٧) .

القول الرابع :

وأرى أن القاسم الواحد يكفي ، سواء اشتملت القسمة على تقويم وتعديل ، أو لم تشتمل على شيء من ذلك ، وهو القول الثالث الذى قال به الحنفية وجمهور المالكية ، ومرجوح مذهب الحنابلة ، وقول عند الزيدية والإباضية .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٥ ، ٤١١٦ . وهو مفهوم من سكوت الحنفية عنه ؛ إذ لو كان التعدد شرطاً لنصوا عليه .

(٢) مواهب الجليل ٥ / ٣٢٧ ، حاشية المسوقى على الشرح الكبير ٣ / ٥٠٠ ، النخبة للقرافى ٧ / ١٨٨ .

(٣) الإحصاف ١١ / ٣٥٤ ، القروع ٦ / ٥١٢ .

(٤) إذ لم يكن لطفى رضى الله عنه إلا قاسم واحد . البحر الزخار ٤ / ١٠٨ .

(٥) منهج الطالبين وبلغ الراغبين ١٢ / ١٨ .

(٦) شرح الخرشى ٤ / ٤٠١ .

(٧) مواهب الجليل ٥ / ٣٢٧ ، مقضى المحتاج ٤ / ٤١٦ .

وكان قولهم هو الراجح لقوة دليلهم ؛ ولأن القاسم حاكم بين الشركاء ، للزوم حكمه عليهم بنفس قوله ؛ ولأنه يستوفى الحقوق لأهلها .

خصوصاً وأن الشافعية القائلين بالتعدد حال ضرورة التقويم ، قالوا بجواز أن يجعل الإمام القاسم حاكماً فى التقويم ، فيعمل فيه بعدلين . ويقسم .

ومن ثم فإن القاسم إذا كان واحداً ، واحتاجت القسمة إلى تعديل وتقويم ، ولم يستطع القاسم أن يقوم به ، فإنه ينتخب عدلين لتقويم المال المقسوم ، ثم رفع الأمر إليه ، لإصدار حكمه الملزم فى القسمة .

وأما القول بأن القاسمين فى حالة التقويم كالشاهدين ، أقول : محل نظر ، إذ إنهما إذا كانا كالشاهدين ، فلمن سيدليان بشهادتهما ، وإذا اختلفا فى التقويم فمن الذى سيفصل بينهما . ومن ثم فإبى أرى رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث .

والله أعلم .

وخلاصة القول فى شروط القاسم المنصوب من قبل القاضى أو الحاكم ، وتبعاً لما رجحناه ، فإنه يشترط فيه ما يلى :-

(١) البلوغ .

(٢) العقل .

(٣) العدالة والعفة عن الطمع ونزاهة النفس .

(٤) العلم بالمساحة والحساب أى العلم بالقسمة

(٥) الذكورية .

ثانياً : شروط القاسم المختار من قبل الشركاء :

(منصوب الشركاء) .

سبق أن أشرنا إلى أن للشركاء أن يختاروا قاسماً يقسم بينهم غير منصوب القاضى أو الإمام ، فيفوضوا إليه أمر القسمة بينهم ، فهل يشترط فيه نفس الشروط التى اعتبرناها فى منصوب القاضى أو الحاكم ؟

لا خلاف بين الفقهاء فى أنه لا يشترط فيه نفس شروط منصوب القاضى ؛ وذلك لأنه وكيل لهم ، وقد تراضوا عليه ، وكل الحق لهم .

حتى إن الذين يشترطون إسلام القاسم من الفقهاء ، تصح عنده منا قسمة غير المسلم ، طالما أنه قد تراضى الشركاء عليه ، وكذلك تجوز قسمة غير العدل ، فيجوز عندهم أن يكون القاسم عبداً أو فاسقاً أو امرأة أو ذمياً .

إلا أن الشافعية قد نصوا على أنه يشترط فيه التكليف ، أى البلوغ والعقل ، إلا إذا كان بين الشركاء من هو محجور عليه ، فتعتبر فيه العدالة أيضاً (١) .

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء فى أن القسمة إذا كانت عن تراض ونصبوا قاسماً يقسم بينهم ، فلا يشترط فيه التعدد ، حتى ولو كانت القسمة تحتاج إلى تقويم وتعديل (٢) .

لأن الحق لهما ، وهما مسلمان عليه (٣) .

شروط القاسم فى القانون المدنى المصرى :-

- ليست هناك شروط واضحة فيمن يتولى عمل القسمة فى القانون المدنى المصرى .
- ولكننا سبق أن بينا أن القاسم قد يكون الشركاء أنفسهم أو محكماً يختارونه ، أو يكون هو القاضى ، أو يعين القاضى لهم خبيراً أو أكثر لتولى القسمة .
- ونستطيع أن نصل إلى شروط القاسم من خلال ما شترطه القانون فيمن يتولى عمل الخبرة ، فقد تضمنت المادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢م بشأن تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء ، عدة شروط فيمن يتولى عمل الخبرة على النحو التالى :-
- (١) أن يكون مصرى الجنسية ، متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة ، حتى يتحقق له الولاء للوطن ، والصلاحيات للتصرفات القانونية .
 - (٢) أن يكون حائزاً لدرجة بكالوريوس ، أو ليسانس من إحدى الجامعات المصرية أو ما يعادلها من معهد علمى معترف به فى القسم الذى يطلب فيه التعيين ؛ ليكون على مستوى الكفاءة العلمية التى تتطلبها الخبرة ، ولا يرتفع مستوى الخبراء بعد أن كانوا يعينون بغير مؤهلات ، أو بمؤهلات دراسية غير عالية .
 - (٣) أن يكون مرخصاً له فى مزاولة مهنة الفرع الذى يرشح للتعين فيه ، كشهادة له بالخبرة العملية إلى جانب الكفاءة العلمية .
 - (٤) ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم ، أو من مجلس تأديب ، لأمر مغل بالشرف .
 - (٥) أن يكون محمود السيرة ، حسن السمعة .
- ومع اعتبار هذه الشروط ، فإنه لا يجوز تعيين الخبراء إلا بعد التحقق من كفايته وصلاحيته لأعمال القسم الذى يعين فيه .

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ٢٧٠ / ٥ .

(٢) ويراجع فى هذه المسألة : شرح الزرقانى ١٩٦ / ٦ ، شرح الخرشي ٤٠١ / ٤ ، مواهب الجليل للخطاب

٢٣٦ / ٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٢٧٠ / ٥ ، مفضى المحتاج ٤١٩ / ٤ ، المفضى ٧٧ / ٩ ،

البحر الرخاخر ١٠٨ / ٤ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ / ٢٢٧ ، ٢٢٢ .

وتتبن هذه الكفاية والصلاحيية من تعيينه أول الأمر فى وظيفة معاون خبير على سبيل الاختبار لمدة سنة على الأقل أو سنتين على الأكثر^(١) .

وبعد كل ذلك يحلف خبراء وزارة العدل قبل مزاوله أعمال وظائفهم يمينا أمام إحدى نواتر محاكم الاستئناف بأن يؤدوا أعمالهم بالذمة والصدق^(٢) .

وهذه الشروط هى أيضاً تشترط فى تعيين وكلاء النيابة ، والذين يعينون بعد ذلك قضاء فى المحاكم المختلفة .

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :-

سبق أن بينا أن الفقه الإسلامى اشتراط فى القاسم منصوب الحاكم أو القاضى عدة شروط هى :-

البلوغ ، والعقل ، والذكورة ، والعدالة والعفة عن الطمع ونزاهة النفس ، والعلم بالمساحة والحساب ، أى العلم بالقسمة .

وفى مقابلة ذلك فإن المشرع الوضعى المصرى . قد اشتراط شروطاً فىمن يعين خبيراً ، نص عليها فى قانون تنظيم الخبرة أمام القضاء فى المادة ١٨ منه ، وهى : أن يكون مصرى الجنسية ، حاصلأ على البكالوريوس أو الليسانس ، مرخصأ له فى مزاوله المهنة ، ولم يحكم عليه فى أمر مغل بالشرف ، محمود السيرة ، وتتوافر فيه الكفاية والصلاحيية .

وبالمقارنة يتبين لنا أن شروط العقل والبلوغ والعلم بالمساحة والحساب والقسمة ، والعدالة والعفة عن الطمع فى الشريعة الإسلاميه ، تضمنتها شروط الحصول على المؤهل العالى المناسب ، والترخيص والصلاحيية ، وحسن السيرة والسمة .

أما شرط الذكورة ، فإنه يجوز أن يكون الخبير امرأة فى ظل القانون المصرى ، مخالفاً فى ذلك ما عليه جمهور الفقه الإسلامى من اشتراط الذكورة فى القاسم .

وإن كان القانون يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية من جواز تولى المرأة القسمة ، لأنها من أهل البيع ، فكانت من أهل القسمة .

ويتفق القانون المصرى مع الفقه الحنفى فى جواز أن يكون القاسم أو الخبير ذمياً ، بالمخالفة لما عليه جمهور الفقه الإسلامى من اشتراط الإسلام فى القاسم .

أما تعدد القاسم ، فليس شرطاً عند بعض فقهاء الشريعة الإسلاميه ، والبعض يراه شرطاً إذا كان المقسوم يحتاج إلى تقويم ، والبعض يراه شرطاً مطلقاً .

وهذا التحدد جوازى فى القانون ، حيث يجوز للمحكمة أن تتكبد خبيراً أو أكثر ، وهذا يتفق مع رأى من قال إن التحدد ليس شرطاً .

(١) المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ م .

(٢) المادة (٤٨) من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ م ، ويراجع / د سيد محمود عمر - مرجع سابق -

المطلب الثاني

أجرة القاسم

أجرة القاسم في الفقه الإسلامي :-

سبق أن ذكرنا أنه يستحب أن يكون القاسم منصياً من قبل الحاكم ، ولا خلاف بين الفقهاء^(١) في أن الأفضل أن يكون رزقه أى أجره من بيت المال ، ومن ثم فلا يجوز له أن يأخذ أجراً من المتقاسمين .

وذلك لأن منفعته للعامة كالقضاء والمقاتلين والمفتين ، فتكون كفاتيتهم من بيت المال ، لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء . ولأنهم مندوبون للمصالح العامة فافتضى أن تكون أجورهم من أموال المصالح .

ولأنه إذا كان أجره من بيت المال ، فلن يأخذ أجراً من المتقاسمين ، ومن ثم فإنه يكون أبعد للثمة وأرقق بالناس .

وقد روى أن علياً رضي الله عنه اتخذ قاسماً وجعل له رزقاً من بيت المال^(٢) .

وهذا على سبيل التندب عند سائر الفقهاء عدا الشافعية ، فيرون أن القاسم يجب رزقه من بيت المال طالما كان منصوباً من قبل الحاكم وكان في بيت المال سعة ، ويكون من سهم المصالح ، لأنه من المصالح العامة ، وهذا عند الشافعية إذا لم يتبرع القاسم بقسمته ، فإن تبرع فليس له أجر^(٣) .

وأما إذا كان القاسم منصوباً من قبل الإمام أو القاضي ، ولم يكن أجره من بيت المال الأمر ما ، كأن لم يكن في بيت المال شيء ، أو كان هناك مصرف أهم من ذلك فهل يجوز للحاكم أو القاضي أن ينصب القاسم بأجرة على الناس ، أم لا يجوز له ذلك ، ومن ثم يكون الناس أحراراً ينصبون من شاءوا؟

(١) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٦٨ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤٠٨ ،
المقنى مع الشرح الكبير ١١ / ٥٠٨ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٣ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ ، منهج
الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ . الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢ / ٤٣٥ تحقيق محمد
نجيب سراج ط دار الفتوة - الدوحة .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤٠٨ ، المقنى مع الشرح الكبير ١١ / ٥٠٨ ، ٥١١ ، جواهر الكلام
٤٠ / ٣٢٦ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٥ .

(٣) مقنى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، حاشية ابن القاسم على الدرر البهية ٥ / ٢٩٨ .

اختلاف الفقهاء في ذلك على قولين : -

القول الأول : -

أنه يجوز للحاكم أن ينصب قاسما يقسم بين الناس بأجرة عليهم .
وبهذا قال الحنفية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية^(١).

واستدلوا له : -

بأن النفع للمتقاسمين على الخصوص ، وليست بقضاء حقيقة حتى إنه يجوز للقاضي أن يأخذ الأجرة على القسمة ، وإن كان لا يجوز له أخذها على القضاء .

بدليل أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ، ومباشرة القضاء فرض عليه^(٢).

ويضيف الحنفية أنه على الحاكم أو القاضي أن يقدر للقاسم أجر مثله . وذلك لئلا يطمع في أموال المتقاسمين أو يتحكم فيهم بالزيادة .

وأجر المثل كما يقول صاحب مجمع الأنهر من الحنفية ليس له حد معين ، فهو يختلف باختلاف الأزمان والأماكن حسب أسعار الأسواق .

وقيل : - أن أجر المثل يقدر بربع العشر قياساً على الزكاة^(٣). أى أن أجرة المثل تعتبر جزءاً من أربعين من قيمة المقسوم^(٤).

وكان هذا القول ضعيفاً كما يفهم من صيغة التمريض التي حكوه بها . لأن القسمة تختلف من مال إلى مال ، فبعض المال يحتاج إلى جهد ومشقة لإجراء القسمة ، والبعض قد لا يحتاج هذا الجهد ، نظر لأن قسمته تكون بالأجزاء .

فضلاً عن أن قياس القسمة على الزكاة قياس غير صحيح ، لأن مقدار الزكاة يختلف بحسب أنواع المال ، فقد يكون عشرة في المائة أو خمسة في المائة أو اثنتان ونصف في المائة ، فالأولى إطلاق أجر المثل بحسب الأزمان والأماكن واختلاف الأسعار^(٥).

وأصحاب هذا القول يقولون بأنه يجوز للناس أن يسألوا الحاكم بتصيب قاسم ، وذلك لأن طلبه حق لهم ، فجاز أن يطلبوه كغيره من الحقوق .

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨ / ١٦٨ ، ١٦٩ ، الهداية مع التكملة والعناية ٨ / ٥ ، ٦ ، الذخيرة للقرافي ٧ / ١٨٦ ، ١٨٧ - شرح الزرقاني ٦ / ١٩٦ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٨ ، جواهر الكلام ٣٢٦ / ٤٠ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٨ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٥ .

(٣) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٨ .

(٤) درر الحكم شرح مجلة الأحكام ٣ / ١٠٩ .

(٥) حكمة الأملاك - د/ أحمد فراج حسين ص ١٤٣ .

ومع ذلك فثمة ليس لهذا الحاكم أن يجبرهم على ذلك القاسم الذى نصبه لهم ، بل إن الأمر لهم فقد يختارون اللجوء إلى منصوب القاضى ، وقد يستأجروا قاسما بينهم غيره ، لأن الحق لهم فيتصرفون فيه كما يشاؤون طالما تراضوا على ذلك .

ولأن جبرهم على قاسم واحد ، قد يدفعه للتحكم على الناس بأن يزيد فى أجرته على أجر المثل^(١) .

القول الثانى :-

أنه ليس للإمام فى حالة عدم رزق القاسم من بيت المال أن ينصب قاسما معينا ، بل يدع الناس يستأجرون من شاعوا . وبهذا قال الشافعية^(٢) .

ومستندهم :-

أنه لو نصب القاضى أو الحاكم قاسما معينا بأجرة على المتقاسمين ، فقد يغالى هذا القاسم فى الأجرة ، أو يواطئه بعضهم ، فيحيف^(٣) .

وقد أجاز الشافعية أن ينصب القاضى قاسما بناء على طلب المتقاسمين وأجرته فى هذه الحالة عليهم ، سواء طلبه بعضهم أو كلهم^(٤) .

وهذا الخلاف بين الجمهور والشافعية - كما سبق أن ذكرت - لفظى - إذ إن كلا القولين يفضى إلى أن للمتقاسمين الحرية الكاملة فى اختيار من شاعوا وأحبوا من المتقاسمين .

إلا أن وجود قاسم معين من قبل القاضى يعتبر مصلحة للمتقاسمين ، لأنه عادة ما يكون كفتا ، فضلا عن أنهم بوسعهم أن يختاروا غيره .

وأما ما تخوف منه الشافعية من احتمال مغالة قاسم الإمام أو حيفه ، فيبقى منه ما اشترط فى قاسم القاضى من العدالة والأمانة والورع .

أجرة القاسم إذا كان منصوبا من قبل الشركاء :-

اتفق الفقهاء على أنه إذا نصبوا قاسما يقسم بينهم بأن أجرته تكون عليهم إذا لم يكن متبرعا بها^(٥) .

(١) الهداية مع تكملة الفتح والعناية ٨ / ٥ ، ٦ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٨ ومابعدها ، كشف القناع ٦ / ٣٧٨ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ٨ / ٢٨٤ ، الوسيط فى المذهب للإمام الغزالى ٧ / ٣٣٤ ط دار السلام .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤١٩ .

(٤) أسنى المطلب ٤ / ٣٢٩ .

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨ / ١٦٨ ، ١٦٩ ، تبیین الحقائق ٥ / ٢٦٥ ، حاشية البينلى على

الزرقانى ٦ / ١٩٦ ، لكلى لابن عبد البر ٣ / ٢٧١ ، النخيرة للقرافى ٧ / ١٨٦ ، ١٨٧ ، أسنى

المطلب ٤ / ٣٢٩ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٧ .

وقد بين الماوردي^(١) من الشافعية أن للقاسم مع المقتسمين بالنسبة للأجرة أربعة أحوال:-

أحدها : - أن يتفقوا على أجرة معلومة ، فليس له غيرها ولا عليهم أكثر منها .

والحالة الثانية : - أن يتفقوا على التطوع بالقسمة فلا أجرة للقاسم .

الحالة الثالثة : - أن يتفقوا على أجرة مجهولة ، أو أجرة فاسدة ، فتكون للقاسم أجرة مثله .

والحالة الرابعة : - أن لا يجرى للأجرة ذكر ، فلا يكون من المقتسمين بذل ولا من القاسم طلب ، فينظر في القسمة : -

فإن كان الحاكم قد أمر بها ، وجب للقاسم أجرة مثله .

وإن كان المقتسمون قد دعوا إليها ، ففي وجوب الأجرة ثلاثة أوجه : -

أحدها : - وهو الظاهر من مذهب الشافعي لا أجرة له ، لأنه بذل عمله من غير شرط .

والوجه الثاني : - وهو الظاهر من مذهب المذني ، له الأجرة ، لأنهم استهلكوا عمله من غير استحقاق .

الوجه الثالث : - أن يعتبر حال القاسم ، فإن جرت عادته بأخذ الأجرة استحقها ، وإن لم تجر عادته بأخذها لم يستحقها ، لأن العرف في حقها كالشرط .

إذا تولى القاضى عمل القسمة بنفسه فهل يجوز له أن يأخذ أجرا مقابل قيامه بالقسمة غير أجره مقابل القضاء ؟

علمنا مما سبق أن القسمة تشبه القضاء ، لأنها تدخل في ولاية القاضى من حيث إنها يتم بها قطع المنازعة ، إلا أنها ليست قضاء حقيقيا ، حيث لا يفترض على القاضى مباشرتها بنفسه ، وإنما الذى يفترض عليه جبر الأبي على القسمة ، إذ إن الأجنبى لا يقدر على الجبر ، فمن حيث إنها ليست قضاء حقيقة ، جاز للقاضى أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المقتسمين أجرا ، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب ألا يأخذ أجرا^(٢) . هذا ما قال به الحنفية .

وفى كلام الشافعية ما نستطيع أن نتلمس منه موافقتهم على حصول القاضى على أجرة إذا تولى القسمة بنفسه .

(١) الحلوى الكبير للموردي ١٦ / ٢٤٧ ، ٢٤٨ .

(٢) شرح العنابة بهامش تكملة فتح القدير ٦ / ٨ ، البحر الرائق ٨ / ١٦٨ .

فيقول الرملى الكبير فى حاشيته على أسنى المطالب : - " وفارق - أى القاسم - القاضى بأن للقاسم عملا يياثره بنفسه فصار كصانع الأعمال فى جواز الاعتياض عنها ، والقضاء مقصور على الأوامر والنواهي التى لا يصح الاعتياض عنها ، وبأن فى القضاء حقا لله تعالى ، والقسمة من حقوق الأدميين المستحقة ، فجاز للقاسم الاعتياض عنها " (١) .

فالمراد من قوله : - الاعتياض أى أخذ الأجرة عوضا عن عمله .

وواضح من النص أن القاضى إذا قام بالقسمة فإنه يكون قد قام بعمل يخالف عمل القضاء ، ومن ثم فإنه يجوز له أن يأخذ على ذلك أجرا .

وصرح فى موضع آخر قائلا : - " لو طلبوا من القاضى أن يقسم بينهم جاز له طلب الأجرة لأن عليه أن يحكم لا أن يقسم " (٢) .

هل أجرة القاسم حلال له أم مكروهة ؟

لاخلاف بين الفقهاء فى أن القاسم إذا كان منصوبا من قبل الحاكم أو القاضى وكان أجره من بيت المال ، فإن أجره يكون حلالا طيبا ، لأنه نظير عمل قام به ، ومن ثم فيحرم عليه بعد ذلك أن يأخذ شيئا من الشركاء ، لأنه يكون أكلا لأموال الناس بالباطل ، وهو حرام (٣) .

أما إذا لم يكن يأخذ أجرا من بيت المال ، أو كان القاسم منصوبا من قبل الشركاء فقد اختلفوا فى حكم أجره بين الحل والكراهة على قولين : -

القول الأول : -

إن أجره يكون حلالا طيبا مطلقا ، أى سواء كان منصوبا من قبل القاضى أو كان مستأجرا من قبل الشركاء ، كان الشركاء راشدين ، أو كان بينهم يتامى .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (٤) ، ومعهم جمهور المالكية غير أن المالكية يشترطون أن يكون جميع الشركاء راشدين (٥) ، وبعضهم يخصه بمن كان مستأجرا من قبل الشركاء (٦) .

(١) حاشية الرملى الكبير على أسنى المطالب ٤ / ٣٢٩ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٤ وورد فيه : - " وإنما حرم على القاضى أخذ أجرة على القضاء مطلقا لأن الحكم حق الله تعالى والقسمة حق الأسمى ولأن للقاسم عملا يياثره بالأجرة فى مقابلته والحاكم مقصور على الأمر والنهى " .

(٢) حاشية الرملى الكبير على أسنى المطالب ٤ / ٣٣٠ .

(٣) تراجع المراجع الأتية فى محل الخلاف .

(٤) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٨ ، شرح الزرقانى ٦ / ١٩٦ ، حاشية الصموى ٣ / ٥٠٠ ، الحاوى الكبير ١٦ / ٢٤٩ ، الفروع ٦ / ٥١٢ ، شرح منتهى الإرادات ٤ / ٥١٤ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٣ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ .

(٥) يقول الخرشى : - " يكره للقاسم أن يأخذ الأجرة ممن قسم لهم من يتامى وغيرهم ، وإن كان يأخذ قسم لو لم يقسم فهذا حرام ، وإن استأجره رشيد لنفسه وليس معه يتامى فهذا مباح ، وكذا إذا فرض له من بيت المال " . شرح الخرشى ٤ / ٤٠٢ .

(٦) حاشية الصموى على شرح الكبير ٣ / ٥٠٠ .

ووجه ما ذهب إليه الجمهور :-

أن أجره القاسم عوض عن عمل ، لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية ^(١)، أى لا ينحصر فعل الخير فى فاعله حتى يكون ذلك من باب الأمر بالمعروف وانهى عن المنكر ، ومن ثم لا يأخذ أجرا . ولكن هذا العمل غير منحصر فيه ، فيحل له أخذ الأجر . كما أن القاسم عملا يباشره بنفسه فصار كصناع الأعمال فى جواز الاعتياض عنها ، وخالف القضاة المقتصرين على الأوامر والنواهي ، التى لا يصح الاعتياض عنها ^(٢).

القول الثانى :-

أنه يكره أخذ الأجرة على القسمة أيا كانت . وهو رواية عن الإمام أحمد مرجوحه ^(٣)، وعليه ابن حبيب من المالكية وهو ظاهر المدونة وسار عليه خليل ، ووافقه عليه الدردير ^(٤). وقد ذكر الدسوقي فى حاشية أن بعض المالكية خص الكراهة بمن كان منصوبا من قبل القاضى وليس له من بيت المال أجر ، أما منصوب الشركاء فيحل له أخذ الأجرة ، وكذلك خص بعضهم الكراهة بما إذا كان بين الشركاء يتيم ^(٥). وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن سيرين ^(٦).

وقد استدلل أصحاب هذا القول بما يلى :-

- أولا :- أن أخذ الأجرة على القسمة ليس من مكارم الأخلاق ^(٧).
ثانيا :- أن عمل القاسم وقسمه بين الناس من باب العلم ، وما كان من باب العلم لا يؤخذ عليه أجر ^(٨).
ثالثا :- ما روى أن خارجة وربيعة كانا يقسمان بلا أجر لأن ما كان من باب العلم لا يؤخذ عليه أجر ^(٩).
رابعا :- قول ابن عيينة :- "لا تأخذ على شئ من الخير أجرا" ^(١٠).

(١) شرح منتهى الأركان ٣ / ٥١٤ .

(٢) الحاوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٤٦ .

(٣) الفروع ٦ / ٥١٢ .

(٤) الذخيرة للإمام العراقي ٧ / ١٨٧ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤ / ٤٠٢ .

(٥) حاشية الدسوقي ٣ / ٥٠٠ ، ويراجع / حاشية الصلوى على الشرح الصغير ٥ / ١٦٢ .

(٦) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر ٢ / ٤٣٥ ،

(٧) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣ / ٥٠٠ .

(٨) شرح الزرقاني ٦ / ١٩٦ .

(٩) حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤ / ٤٠٢ .

(١٠) الفروع ٦ / ٥١٢ .

يود على هذه الوجه الأربعة ، -

بأن القسمة من حقوق الأعميين وليس فيها حقا لله فيجوز أخذ الأجرة عليها ، هذا فضلا عن أن للقاسم عملا يباشره بنفسه فصار كصانع الأعمال في جواز أخذ الأجرة عنها (١).

خامسا : - ماروى عن أبي سعيد مرفوعا : - "ياكم والقسامة . قالوا : -

وما القسامة ؟ قال : - الشئ يكون بين الناس فينتقص منه " . رواه أبو داود - والقسامة بضم القاف أجرة القاسم كما قاله الخطابي . وفي إسناد هذا حديث من ينكر حديثه (٢).

ورد الخطابي الاستدلال بهذا الحديث قائلا : -

" وإتيا جاء هذا فيمن ولى أمر قوم وكان عريفا لهم أو نقيبا لهم ، فإذا قسم بينهم .

سهامهم أمسك منها شيئا لنفسه يستأثر به عليهم ، ثم ذكر مارواه أبو داود بإسناد جيد عن عطاء بن يسار مرسلا نحوه ، قال فيه : " الرجل يكون على الفئام من الناس فيأخذ من حظ هذا ، ومن حظ هذا " والمراد بالفئام الجماعات (٣).

فواضح أن هذا ليس من أجرة القسمة في شئ ، وإتيا هو من الظلم الخالص الذي يفعله مقاولي العمال أو ملا حظيهم في كل زمان ، إذ يقطعون من أجور عمالهم بغير حق ، فيثرون من الحرام .

الوأي الرابع : -

أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح .

وهو أن القاسم يحل له أخذ أجرة من الشركاء كما حل له من بيت المال ، ويكون حلالا له خالصا من غير فرق بين شريك رشيد وغيره ، وذلك لأن القاسم يأخذ أجرا في مقابل عمل قام به ، وفرغ نفسه واقتطع من وقته وجهده لأجله .

وما ذكره أصحاب القول الثلثي من كرامة أخذ الأجر على العلم ومخالفة ذلك لمكارم الأخلاق .

(١) الحاشي الكبير للملوي ١٦ / ٢٤٦ .

(٢) سنن أبي داود ٣ / ٩١ باب في كراهة المقاسم (٢٧٨٣) ط المكتبة المصرية وهو رواية أبي داود من رواية الزبير بن عثمان ، وثقه ابن حبان ، وتفرّد عنه موسى بن يعقوب القزعي ، وموسى وثقه ابن معين وابن حبان ، وقال أبو داود : صالح ، وله مشايخ مجهولون . وقال ابن المديني : - ضعيف منكر للحديث .

(٣) الحديث : سنن أبي داود ٣ / ٩١ باب في كراهة المقاسم . ويراجع/ القروع ١ / ٥١٢ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١٤ .

فأقول: إن ذلك يرد إذا لم يكن القاسم سييذلاً جهداً أو مشقة ، ولكن الواقع أن القسمة تكلفه من وقته وجهده الكثير، حتى قد تصل به إلى درجة المشقة، ومن ثم فيحل له أخذ الأجر ، وإلا انصرف الناس عن هذا العمل ، فلا يجد الناس من يقسم بينهم .

نعم المكروه وربما الحرام هو أن يأخذ القاسم أجراً من المتقاسمين بحكم منصبه دون أن يكون هو الذى قسم بينهم ، فهذا هو المسحت الذى لا شك فيه^(١) .

والله أعلم

أجرة القاسم في القانون المدني :-

سبق أن ذكرنا أن القاسم في القانون المدني قد يكون هم الشركاء أنفسهم ، إذا تراضوا على ذلك .

وقد يكون محكماً يختارونه فيما بينهم ، وقد يكون هو قاضى المحكمة إذا لجأ أحدهم إليه، والذى قد يقوم هو بالقسمة بين الشركاء ، أو ينتدب خبيراً لذلك .

فإذا كان القاضى أو الخبير هو القاسم ، فإن أجره يكون على نفقة الدولة فى شكل راتب شهري يتقاضاه القاضى أو الخبير .

ويلزم الشركاء بدفع مصاريف الدعوى ، أو أتعاب الخبراء إلى الخزنة العامة للدولة .
فالقاضى أو الخبير لا يأخذ أجر من الخصوم مباشرة ، وذلك لضمان نزاهة القضاء وحيدة الخبراء .

أما إذا اتفق الشركاء على اختيار خبير يقسم بينهم ، وتقر المحكمة ذلك ، فإنها هى التى تقدر أجرته ، حتى لا تتأثر حيده^(٢) .

أما إذا كان القاسم محكماً اختاره الشركاء ، فلا شك أنه يستحق أجرة تتمثل في مصاريفه وأتعابه ، اللهم إلا إذا كان قد قبل المهمة بغير مقابل .

وتشمل المصاريف نفقات السفر من موطنه إلى مكان النزاع ، ونفقات الإقامة الكاملة ، ونفقات الكاتب الذى عاونه فى كتابة المحاضر ، أما الأتعاب فهي تقتصر على تعويض مقابل العناء الذى بذله المحكم عند نظر النزاع ، مع مراعاة مدة التحكيم ، والصعوبات والعناء الذى بذله وقيمة الدعوى .

(١) يراجع / شرح الخرشى ٤ / ٤٠٢ .

(٢) د / عبد الوهاب العشموى - إجراءات الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ص ٢٢١ .

وقد يتفق الشركاء والمحكم مقدما على تحديد أتعاب المحكم ، والنصيب الواجب على كل خصم أن يؤديه منها ، وهنا يلتزم الخصوم والمحكم بهذا التحديد ، طالما اقتصر عمل المحكم على موضوع الاتفاق (١).

أما إذا كان القاسم هو الشركاء أنفسهم أو أحدهم ، فإنه يستحق الأجرة التي يتفقون عليها ، وذلك إعمالا لنص المادة ٨٣٤ مدني ، والتي أعطت كل الحق للشركاء في تولي شئون أنفسهم في القسمة الاتفاقية .

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن القاسم إذا كان هو القاضى أو من ينوب عنه فإنه أجره إنما يكون على نفقة الدولة ، وتلتزم به ، ولكن في القانون يلزم الشركاء بدفع مصاريف الدعوى وأتعاب الخبراء إلى خزانة الدولة .

أما إذا كان القاسم هو منصوب الشركاء أو محكما يختارونه ، فإنه يستحق أجرة عن عمله ، وفي هذا أيضا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي .

وكذلك إذا كان القاسم هو الشركاء أو أحدهم ، فإنه يستحق الأجرة التي يتفقون عليها ، لأن الحق لهم ، فلم أن يتراضوا على ما يشاءون .

أما مقدار الأجرة ، ففي القسمة الرضائية تكون على حسب اتفاقهم سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي . وعند الاختلاف يلجأ إلى القاضى الذى يقدرها بينهم بأجرة المثل .

أما في القسمة القضائية فإنه في الفقه الإسلامي يقدرها القاضى بينهم بأجرة المثل ، وقيل: ربع العشر كالزكاة ، أما في القانون الوضعي فتتقدر الأجرة على أساس قيمة الدعوى ، ويقدر القاضى أتعاب الخبراء .

كيفية توزيع أجرة القسم بين المتقاسمين :

بيننا فيما سبق أن أجرة القاسم قد تكون في بيت المال ، ولا كلام لنا فيها .

ولكن قد تكون الأجرة على المتقاسمين ، لأنهم استأجروا قاسما يقسم بينهم ، أو نصب الإمام قاسما ولم يزرقه من بيت المال نظرا لضيق الحال في بيت المال ، أو وجود مصلحة أهم .

ثانياً والمالة هذه نجد أنفسنا أمام تساؤلين :-

الأول :- هل توزع هذه الأجرة على عدد رعوهم أم توزع بمقدار أنصبتهم ؟

(١) د / أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - ص ٢١١ ، ٢١٣ ، د / محمد كامل مرسى - العقود المدنية الصغيرة - ص ٥٠٧ طبعه الله إيلس نوري .

الثانى : - هل تكون الأجرة موزعة على من طلب القسمة فقط أم على من طلبها ومن لم يطلبها ؟

خلاف بين الفقهاء يستلزم منا إجابة كل تساؤل على حدة .

أولاً : - هل توزع الأجرة على عدد رعوس المتقاسمين أم توزع بمقدار أنصبتهم ؟

لاخلاف فى أنه إذا استأجر المتقاسمين قاسماً ، وسمى كل واحد من المتقاسمين له قدراً من الأجرة لزمه الذى سماه ، سواء تساوا المتقاسمون فيما سموه أو تفاضلوا ، وسواء كان مساوياً بالأجرة مثل حصته أولاً ، لأن الحق لهم ، فيصح منهم ذلك طالما تراضوا عليه^(١) .

وذهب الحنابلة إلى أن ذلك لاغ ، وعليهم جميعاً أجرة المثل بقدر حصتهم^(٢) .

أما إذا استأجروه بأجرة معينة من غير أن يلتزم كل واحد بدفع جزء معين منها ، فقد اختلف الفقهاء فى كيفية توزيع هذه الأجرة على المتقاسمين على قولين : -

القول الأول : -

توزع على عدد الرعوس ، أى على عدد المتقاسمين ، فإن كانوا خمسة متقاسمين وزعت عليهم بالتساوى ، بصرف النظر عن مقدار حصة كل واحد منهم من المال

وبهذا فال أبو حنيفة ، والجمهور من المالكية ، وهو قول للشافعى ، وبه قال بعض الحنابلة ، وهو مذهب الإباضية ، واحتمال عند الإمامية^(٣) .

واستدلوا بما يلي : -

(١) - إن الأجرة بمقابلة العمل ، وعمله فى حق الكل على السواء فكانت الأجرة عليهم على السواء ، وهذا لأن عمله تمييز الأنصبة ، والتمييز عمل واحد لأن تمييز القليل من الكثير ، هو بعينه تمييز الكثير من القليل ، والتفاوت فى شئ واحد محال ، وإذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الأجرة^(٤) ؛ ولأنه ربما كان حساب القليل أشد من حساب الكثير^(٥) .

(١) معنى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٦ ، تبیین الحقائق ٥ / ٢٦٥ ، حلى المعاصم مع البهجة بشرح التحفة ٢ / ١٤٤ ، المنتقى ٦ / ٥١ ، معين الحكم على القضايا والأحكام ٢ / ٦٥٥ ، معنى المحتاج ٤ / ٤٢٠ ، تحفة المحتاج ١٠ / ١٩٧ ، الأنصاف ١١ / ٣٥٥ ، القروع ٦ / ٥١٣ ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ ، قواعد الأحكام للحلى ٢ / ٢١٩ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٧ ، الشرح الصغير ٥ / ١٦١ .

(٥) منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ .

ويناقش هذا بأن تمييز النصباء يختلف باختلاف قدر النصيب ، فتمييز النصيب الكبير يحتاج إلى عمل أكثر من النصيب القليل ، فإن المقسوم لو كان مكيلاً أو موزوناً فإن كيل الكثير أكثر عملاً من كيل القليل ، وكذلك الوزن والذرع (١).

وكذلك يبطل ماذكروه من أن تمييز القليل والكثير سواء ، ومن ثم فتكون الأجرة على عدد الرعوس . فإن هذا يبطل بعمل الحافظ ، فإن حفظ القليل والكثير سواء ، ومع ذلك فإن أجره يختلف باختلاف الأنصباء (٢) .

(٢) - واستدل الإمام الباجي بأن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما أثر قليل الأنصباء زيادة في العمل ، وذلك أنه لو كان لثلاثة شركاء أرض ، لأحدهم نصفها والآخر ثلاثة أثمانها ولثالث ثمنها ، لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل ، ويحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثماناً ، ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنتين لكل واحد منهما نصفها ، لكان العمل والقسمة فيها أقل فإذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل مالا يؤثره كبيره ، بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير ولم يؤثر إلا عملاً يسيراً أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملاً كثيراً ، فوجب الاعتبار بعدد الرعوس (٣).

أقول :-

وهذا أيضاً مردود بما سبق أن رد به الوجه الأول .

القول الثاني :-

توزع الأجرة على قدر الأنصباء .

وبهذا قال صاحبان من الحنفية ، وأصبح من المالكية ، واعتمده صاحب الفواكه الدواني من المالكية ، وهو الصحيح عند الشافعية والحنابلة فهو المعتمد عندهم ، وهو مذهب الشيعة الزيدية ، والإمامية في المشهور عندهم (٤) . وهو قول سوار ، وعبد الله بن الحسن ، وأبي ثور ، وابن المنذر (٥) .

(١) المغني لابن قدامة ٧٨ / ٩ ، الحاوي الكبير للمواردي ١٦ / ٢٤٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٧٨ / ٩ .

(٣) المنتقى للباجي ٥١ / ٦ .

(٤) الهداية مع تكملة الفتح والغاية ٦ / ٨ ، المنتقى ٥١ / ٦ ، حلى المعاصم بهامش البهجة شرح التحفة

١٤٤/٢ ، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٨ ، الحاوي الكبير للمواردي ١٦ / ٢٤٨ ، مغني المحتاج ٤ / ٤١٩ ،

الإتصاف ١١ / ٣٥٥ ، المغني ٧٨ / ٩ ، البحر الرقار ٤ / ١٠٤ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٥ ، قواعد

الأحكام ٢ / ٢١٩ ، الإشراف على مذاهب العلماء ٢ / ٤٣٦ .

(٥) الإشراف على مذاهب العلماء ٢ / ٤٣٦ .

واستعملوا بما يلي :-

(١) أن أجرة القسمة مما يتعلق بالملك ، لأنه من مؤننته ، كنفقة على المال المشترك فيتقدر بقدره ، كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة (١).

ونوقش هذا :-

بأن قياس القسمة على النفقة قياس مع الفارق ، لأن النفقة في مقابل الملك ، والملك يتفاوت، فتفاوتت هي بتفاوته ، أما القسمة فهي ليست بمقابلة الملك، ولكن بمقابلة العمل لا الملك ، والعمل في القسمة هو التمييز، وهو لا يتفاوت (٢) .

وكذلك حفر البئر المشتركة فإن الأجر فيه مقابل نقل التراب ، وهو يتفاوت ، وكذلك الكيل والوزن فإنه إن كان من عمل القسمة فعلى الخلاف ، وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت الأنصباء (٣).

ويرد على هذا بأن أجر القسمة وإن كان مقابل العمل ، إلا أنه يظل من مؤن الملك نفسه وهذا مما لا شك فيه (٤).

(٢) احتج الإمام الباقي لقول أصبغ من المالكية فقال :- بأن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر ، لأنه يقسم أثمانا ، أربعة لصاحب النصف ، وصاحب الثمن لا يقسم له إلا جزء واحد ، وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع إلى أكثر مما يحتاج إليه الجزء الصغير ، وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة ، لأنها عوض عن العمل . هذا وقد رجح الإمام الباقي قول أصبغ في القسمة بالقرعة والسهم (٥).

الرأي الراجح :-

وأرى أن الراجح هو القول الثاني القائل بتوزيع الأجرة على قدر الأنصباء ، وذلك لما يلي :-

(١) لقوة أدلتهم مع عدم تسليمهم بأطلة القول الأول ومناقشتها .

(١) المتن ٧٨ / ٩ ، بدائع الصنائع ٩ / ١١٧ ، معنى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، الهداية مع تكملة الفتح والعناية ٦ / ٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ١١٧ .

(٣) الهداية مع تكملة الفتح والعناية ٦ / ٨ .

(٤) القسمة . د/ إبراهيم عبد الحميد ص ٦٢ ف ١٢٠ .

(٥) المتن ٥١ / ٦ .

(٢) إن هذا القول فيه إتصاف وعدالة ، إذ قد يكون أحد الشريكين له سهم ضئيل كأن يكون له سهم من ألف سهم ، فلو قلنا بالقول الأول بتوزيع الأجرة على عدد الرعوس ، فربما استغرق نصف الأجرة قيمة نصيب صاحب السهم الواحد بأسره ^(١) ، ولا شك أن هذا فيه من الجور ما فيه ، وفيه من الضرر بهذا الشريك مالا يخفى ، والقسمة وضعت لإزالة الضرر ، فلا يزال بضرر أعظم منه ^(٢) .

ومن ثم فالقول بتوزيع الأجرة بحسب الأنصبة أولى ،

والله أعلم

بناء على القول بالراجح القائل بأن الأجرة على قدر الحصص ، فإتية يثور تساؤل ، أهي الحصص أو الأنصبة الأصلية في المال المشترك أم الأنصبة المأخوذة فعلا نتيجة للقسمة ؟

فمثلا حين يكون لأحد الشريكين نصف الأرض المشتركة ، لكنه يأخذ بالقسمة ثلثها فقط أجود - بناء على قسمة التعديل - ، فهل يكون عليه نصف أجرة القسمة أم ثلثها فقط ؟

لم أجد غير الشافعية قد عالج هذه المسألة ، فقد رجح الشافعية بأن الأجرة تكون على قدر الحصص المأخوذة فعلا بناء على القسمة - أي قسمة التعديل - لا على قدر الحصص الأصلية ، فالأجرة على قدر الحصص المأخوذة قلة وكثرة ^(٣) ، وبناء عليه فإن من أخذ ثلث الأرض في المثال السابق ، يدفع من الأجرة ثلثها .

كيفية توزيع أجرة معاوني القاسم : -

جمهور الفقهاء على أن أجرة الكيال والوزان والحافر وكاتب الوثيقة وغيرهم من معاوني القاسم على قدر الحصص لتفاوت أعمالهم ، ولأنها كسائر المؤن ^(٤) .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن أجرة معاوني القاسم إنما تكون على عدد الرعوس لا على قدر الحصص ^(٥) .

(١) مضي المحتاج ٤ / ٤٢٠ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٥ ، ٣٣٦ .

(٣) حاشية الجمل مع شرح المنهج ٥ / ٣٧١ مضي المحتاج ٤ / ٤٢٠ ، تحفة الطلاب شرح تنقيح اللباب للشيخ زكريا الأنصاري ص ١٣٥ ط مصطفى الحلبي .

(٤) مجمع الأثر ويهلمشه الدر المنقى ٢ / ٤٨٩ ، حاشي سيدى الحسن بن رحال بهلمش الإقتان والإحكام ٦٩ / ٢ ، جواهر الإكليل ٢ / ١٦٥ ، وهذا هو ما عليه العمل عند الملكية ، على المعاصم بهلمش البهجة شرح التحفة ٢ / ١٤٤ ، مضي المحتاج ٤ / ٤١٩ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٣ .

(٥) وبهذا قال أبو حنيفة في روية ضعيفة عنه ، وهو قول بعض الملكية .

الفتاوى الهندية ٥ / ٢٣١ ، البهجة شرح التحفة ٢ / ١٤٤ ، الذخيرة للقرافي ٧ / ١٨٧ .

ثانياً : - هل تكون الأجرة موزعة على من طلب القسمة فقط أم على من طلبها ومن لم يطلبها ؟

اختلف الفقهاء فى كيفية توزيع الأجرة والحالة هذه على قولين : -

القول الأول : -

إن الأجرة كلها على الطالب للقسمة وحده دون الممتنع .
وبهذا قال أبو حنيفة فى رواية الحسن بن زياد عنه ، وهو قول للشافعية^(١) مرجوح .

واستدلوا : -

بأن الطالب للقسمة ما طلبها إلا للمنفعة التى ستحصل له من جراء القسمة ، والممتنع يمتنع منها للضرر الذى سيلحقه من جراء القسمة ، ومن ثم فلا وجه لإيجاب الأجرة عليه من غير منفعة^(٢).

أقول : - يرد على ذلك بأنه ليس بلزوم أن يلحق الممتنع ضرر من جراء القسمة ، فقد تكون له منفعة ولا يلحقه ضرر ، وعلى فرض لحوق ضرر به ، فهو لا يعدو أن يكون حرمانه من الانتفاع بالعين الشائعة ، وقصر الانتفاع على حصته القليلة ، ومع ذلك تبقى له منفعة الاستقلال بالملك المترتبة على القسمة ، وعمل القاسم فيها واقع بلا شك لكل متقاسم ، ومن ثم فلا وجه لإعفائه من أجر القاسم^(٣).

القول الثانى : -

إن الأجرة توزع على جميع الشركاء ، سواء من طلب منهم أو من امتنع .
وبهذا قال جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة ، وجمهور الحنفية (بما فيهم الإمام أبو حنيفة فى أصح الروايتين عنه) ، والشافعية فى الأصح ، وبه قال الإباضية ، والشيعة الإمامية والزيدية^(٤).

واستدلوا : -

بأن الأجرة إنما تجب بإفراز الأنصباء ، وهم فيها سواء ، ومن ثم كانت الأجرة عليهم

(١) تبين الحقائق للزيلعي ٥ / ٢٦٦ ، الهداية مع تكملة فتح القدير ٨ / ٦ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٦٩ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٠٢ .

(٢) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٦٩ ، شرح العناية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ٦ .

(٣) القسمة - د/ إبراهيم عبد الحميد ص ٦٣ ف ١٢٢ .

(٤) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٦٨ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٦ ، شرح الخرشى ٤ / ٤٠٢ ، معين الحكم على القضايا والأحكام ٢ / ٦٠٥ ، المنتقى ٦ / ٥١ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٠٢ ، حاشية ابن القاسم على الغرر البهية ٥ / ٢٩٨ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٨ ، الإقناع ٤ / ٤١٦ ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٤ ، قواعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام للحلى ٢ / ٢١٩ ، شرح الأثرمار ٣ / ٣٨٨ .

جميعا ، كما لو تراضوا عليها ^(١)، ولأن العمل لهم جميعا ، سواء الطالب وغيره ، والأجرة إنما هي بمقابل العمل ، ومن ثم فتوزع الأجرة على جميعهم ^(٢).

والراجع :-

ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الأجرة توزع على جميع المتقاسمين الطالب لها والممتنع منها .

وذلك لقوة أدلتهم مع عدالة قولهم ، إذ ليس من العدالة أن يتحمل الطالب للقسمة أجرة القسمة جميعها لمجرد أنه أراد تمييز حقه لكى يختص به ، فهو لم يتعسف فى طلبه ، بل إنه طلب حقا له مشروعا .

* فضلا عن أن باقى الشركاء سيحصلون على حَقهم فى المال الشائع مفزعا أيضا ، إذا فهم منتفعون من القسمة فالعمل واقع لجميعهم ، ومن ثم فالقول بتوزيع أجر القاسم عليهم جميعا أولى ، لأن الغرم بالغنم .

والله أعلم

كيفية توزيع أجرة القسمة أو مصروفات الدعوى بين المتقاسمين فى القانون المدني :-

بيئنا فيما سبق أن القاسم إذا كان هو القاضى أو من يندبه من الخبراء ، فإنه يجب على الشركاء سداد مصروفات الدعوى وأتعاب الخبراء إلى خزانة المحكمة .

وكذلك إذا كان القاسم محكما ، فإنه يستحق أجرة تشمل مصروفاته وأتعابه ، وكذلك لو كلن القاسم هو أحد الشركاء .

وهنا يثور تساؤل :-

من الذى يجب عليه دفع الأجرة ، هل من طلبوا القسمة فقط ؟ أم جميع الشركاء من طلب ومن لم يطلب ؟

وهل تتوزع الأجرة على الشركاء بمقدار حصصهم ، أم بعدد رؤوسهم ؟

هذا ما سنبينه فيما يلى :-

أولا : من الذى يجب عليه دفع الأجرة ؟

تنص المادة ٧٥ ثامنا وتسعا وعاشرا من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية فى المواد المدنية ، المعدل بالقانونين ٦٦ / ١٩٦٤ م و ٢٣ / ١٩٩٢ م على أن :-

(١) المضى لابن قدامة ٧٨ / ٩ .

(٢) مضى المحتاج ٤ / ٤١٩ ، شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧١ .

" يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الآتى : -

- (ثامنا) فى دعاوى قسمة العقار ، يحسب الرسم على ثمن الحصة أو الحصص المراد فرزها ، إذا كان ثمة حصص غيرها لشركاء آخرين على الشيوع . وإذا كان العقار مشتركا بين شريكين فقط ، وطلب أحدهما القسمة ، حسب الرسم على حصة كل منهما .

- (تاسعا) إذا طلب الحكم بقسمة حصة فى عقار مشترك ، ويبيعه عند عدم إمكان قسمته ، أخذ الرسم النسبى على ثمن العقار كله ، ويشمل هذا الرسم جميع إجراءات البيع ، فيما عدا رسم رسو المزداد ، فيستحق عليه الرسم المبين فى المادة ٤٤ .

- (عاشرا) إذا طلب الحكم بقسمة حصة شائعة فى عقار ، وفى أثناء سير الدعوى ، طلب المدعى عليهم كلهم أو بعضهم فرز حصتهم أيضا ، أخذ الرسم على الحصص المطلوب فرزها ، باعتبارها منضمة لحصة أو حصص المدعين . وإذا كان الباقي من العقار حصة شريك واحد ، أخذ الرسم فى هذه الحالة على ثمن العقار كله "

فيتبين من النص السابق أن قيمة دعوى القسمة القضائية تسوى على أساس قيمة الحصة أو الحصص المراد فرزها ، إذا وجدت حصص غيرها لشركاء آخرين على الشيوع .

فهنا تكون الرسوم على الشركاء الطالبين للقسمة فقط ، أما الشركاء الآخرين فلا يلتزمون بشئ ، لأن قيمة الدعوى لم تشمل حصصهم .

إلا إذا كان العقار مشتركا بين شريكين فقط ، وطلب أحدهما القسمة ، قرر الرسم على حصة كل منهما ، من طلب ومن لم يطلب ، لأن فى إفراز حصة الطالب إفراز لحصة الآخر بالضرورة .

وإذا رفعت الدعوى بطلب قسمة حصة فى عقار مشترك ، ويبيعه عند إجراء القسمة ، قرر الرسم النسبى على ثمن العقار كله .

وإذا رفعت الدعوى بطلب قسمة حصة فى عقار مشترك ، وفى أثناء سير الدعوى ، طلب كلهم أو بعضهم فرز حصتهم أيضا ، قدر الرسم على الحصص المطلوب فرزها ، باعتبارها منضمة لخصص المدعين ، وإذا كان الباقي من العقار حصة شريك واحد ، قدر الرسم فى هذه الحالة على قيمة العقار كله (١) .

فواضح مما سبق أن الأجرة تكون على من طلب القسمة فقط طالما بقيت هناك أكثر من حصة شائعة ، أما إذا كان الباقي حصة واحدة فقط ، فإن الأجرة تكون على من طلب القسمة ومن لم يطلب .

(١) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٠٤ ، ويراجع / مذكرة لجنة المراقبة القضائية فى ١٩ يناير ١٩٣٦ ، والتي تقول " إذا اقتضت القسمة على شريكين وجب إلزام كل بالمصاريف المناسبة لخصته ، إذ ولو أن القسمة إجراء فى مصلحة طالباها ، غير أنه أيضا فى مصلحة الشريك المدعى عليه ، فهو قد استفاد من الطلب بمناسبة انحصار الشيوع بين شريكين فقط "

يراجع / د محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٢٤ ، ٢٢٥ هـ ١ .

ثانيا : هل تتوزع الأجرة على الشركاء بنسبة حصصهم أم بعدد رؤوسهم ؟

بيننا فيما سبق على من تكون الأجرة بالمادة ٧٥ ثامنا وتسعا وعاشرا من قانون الرسوم القضائية .

وبالنظر إلى هذه المادة نجد أن المشرع الوضعى استخدم تعبير (الحصة أو الحصص المراد فرزها) كأساس لتقدير رسوم وقيمة الدعوى .

مما يفهم منه أن مصروفات الدعوى وكل ما يتعلق بها من أتعاب الخبراء ، وأجرة المحكمين ، إنما يلتزم بها الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع ، ولا عبرة بعدد الشركاء .

ويتأكد هذا الفهم بما تقرر فى مذكرة لجنة المراقبة القضائية بتاريخ ١٩ يناير ١٩٣٦م بقولها : - " إذا اقتضت القسمة على الشريكين وجب إلزام كل بالمصاريف المناسبة لحصته ، إذ ولو أن القسمة إجراء فى مصلحة طالبها ، غير أنه أيضا فى مصلحة الشريك المدعى عليه ، فهو قد استفاد من الطلب بمناسبة انحصار الشيوع بين شريكين اثنين " (١) .

فواضح أن تكاليف القسمة أو أجرتها إنما تتوزع على الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع ، مع مراعاة ما سبق من أنه إذا بقى على الشيوع أكثر من شريك ، فإنه لا يلزم هؤلاء الباقين فى الشيوع بأية مصاريف تخص دعوى القسمة .

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى : -

سبق أن بينا أن الأجرة تتوزع على قدر الحصص عند جمهور الفقه الإسلامى ، كما سبق أن بينا أيضا أن الأجرة إنما تكون على جميع الشركاء ، الطالب للقسمة وغير الطالب لها طبقا لما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى .

وقد سبق أن بينا أن ذلك هو الراجح فى الفقه الإسلامى .

ويتفق القانون المدنى مع جمهور الفقه الإسلامى فى توزيع الأجرة على الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال محل القسمة .

إلا أن القانون المدنى قد بين أن الأجرة إنما تكون على طالبى القسمة وحدهم دون من لم يطلبها من باقى الشركاء .

إلا إذا كان الشيوع بين الشريكين فقط ، أو كان من لم يطلب القسمة من الشركاء شريك واحد ، فإنه يلزم أيضا بدفع الأجرة مع كونه لم يطلب القسمة ، وذلك نظرا لا استفادته من الدعوى بفرز حصته واستقلاله بها .

(١) د / محمد كامل مرسى . العقود المدنية الصغيرة ص ١٧٣ .

وهذا إن كان في ظاهره يخالف ما عليه جمهور الفقه الإسلامي من كون الأجرة تتوزع على الجميع ، من طلب القسمة من الشركاء ومن لم يطلب - إلا أنني أرى مع ذلك عدم مخالفة القانون الوضعي للفقه الإسلامي ، حيث إنه في الحالة التي تتوزع الأجرة على الطالبين فقط دون باقي الشركاء ، فلأن أجرة الدعوى أساساً قدرت بقيمة حصصهم فقط دون حصص باقي الشركاء ، فهنا القاسم أخذ أجرة قسمته وإفرازه لحصص الشركاء الطالبين فقط.

فكان عدلاً أن يقتصر توزيع الأجرة على هؤلاء الطالبين فقط ، وإعفاء باقي الشركاء الذين استمروا في الشروع ، حيث إنهم لم يستفيدوا من عمل القسمة .

وهذا لا تمنعه الشريعة الإسلامية ، بل تحث عليه بتحريمها أكل أموال الناس بالباطل .

المطلب الثالث

شهادة القاسم

إذا انتهى عمل القاسم في القسمة وأخذ كل شريك نصيبه بناء على هذه القسمة مفرزا ، ثم اختلف الشركاء بعد ذلك ، وثار النزاع بينهم فيما خص كل واحد منهم ، ولجأوا إلى القضاء ثانية ، وطلبوا شهادة القاسم ، فهل تقبل شهادة القاسم فيما قسم ، أم لا تقبل ؟

اختلفت مذاهب الفقهاء في ذلك إلى أقوال شتى - استطعت أن أجمعها في أربعة أقوال:-

القول الأول : - تقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعا ، ولا تقبل إذا كان بأجرة ، سواء كان واحداً أو متعددا .

وبهذا قال الحنابلة ، والاصطخري من الشافعية ، وهو مذهب الإمامية ^(١) ، وهو دعوى الطحاوي من الحنفية في الشق الثاني منه حيث إنه قال بأن شهادة القاسمين لا تقبل بالإجماع إذا كان بأجر ، وإلا ففيه الخلاف ^(٢).

واستدلوا :-

أولا :- - بأن القاسم إذا كان متبرعا ، فإنه يكون لا نفع له من جراء القسمة ، فإذا شهد فإنه يكون قد شهد بما لا نفع له فيه ، فيقبل قوله كالأجنبي ، أما إذا كان قد قسم بأجرة فلا تقبل شهادته ، لأنه متهم لكونه يوجب الأجرة لنفسه ، وهذا نفع ، فتكون شهادته لنفسه فلا تقبل ^(٣) .

أقول :-

ويمكن أن يرد على ذلك بأن القاسم إذا شهد على القسمة ، فإنه يكون بعد تمام إجراءاتها من جانبه واستيفاء أجره ، ومن ثم فلا محل لتهمته لأنه يأخذ أجرا ، وعلى فرض أنه لم يأخذ أجره بعد ، فلا محل لتهمته أيضا ، لأن شهادته ستكون لسائر الشركاء ، وأجرته ليست على واحد بعينه حتى يحاييه بل هي على جميع الشركاء ، فالقول بقبول شهادته وإن أخذ أجرا أولى ، خصوصا إذا علمنا أنه يشترط بإجماع الفقهاء في القاسم أن يكون عدلا .

والله أعلم

ثانيا : - استدل الطحاوي على دعواه بأن شهادة القاسمين لا تقبل إذا كان بأجر بإجماع

مذهب الحنفية :-

(١) روضة الطالبين ١١ / ٢٢٠ ، المغنى لابن كدامة ٩ / ٧١ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٩ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦١ ، ٣٦٤ .

(٢) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٥ حيث صحح عكس مقاله الطحاوي فقال : " وقيل الخلاف في الكل وهو الأصح " ويراجع / حاشية الشلبي بهامش تبين الحقائق ٥ / ٢٧٣ .

(٣) المغنى ٩ / ٧١ .

بأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه ، فكانت شهادة صورة ودعوى من حيث المعنى ، إذ إنهم يدعون تمام القسمة ، فلا تقبل (١).

وأجيب عن ذلك : - بأن القاسمين لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنما ، لا تفارق الخصوم على إيفاتهما العمل وانتهاء القسمة التي استؤجرا عليها - وهو التمييز - وإنما الاختلاف الواقع بين الشركاء إنما هو خلاف في الاستيفاء فانتفتت التهمة ، ومن ثم فتصح شهادتهما (٢).

القول الثاني : - تقبل شهادة القاسمين بالقسمة مطلقا ، أى سواء كان بأسجرة أو متبرعا ، وسواء كان من جهة القاضى أو من غيره ، إلا أنه يشترط التعدد ، فيشترط شهادة قاسمين على الأقل .

وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخر (٣).

واستدلوا : -

بأن القاسمين يشهدان على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض من قبل كل واحد من الشركاء ، ولا شك أن هذا فعل غيرهما ، لأن فعلهما - أى القاسمين - التمييز لا غير ، ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز ، ولأنه لا يصلح أن يكون مشهودا به ، لأنه غير لازم بذاته ، وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء ، وهو فعل غيرهما ، فتقبل الشهادة عليه (٤).

واستدلوا لشرط تعدد القاسمين لقبول شهادتهم : -

بأن شهادة القاسم الواحد لا تقبل ، لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ، ومن ثم فيشترط قاسمين يشهدان على الأقل (٥).

أقول : -

إن عدم قبول شهادة الواحد واشتراط الشاهدين هو مذهب الحنفية ، وهو لا يلزم جمهور الفقهاء القائلين بصحة شهادة الواحد مع يمين المدعى فى الأموال ، طالما لا يوجد لدى المدعى غير هذا الشاهد ، ومن ثم فإن شهادة القاسم الواحد تسمع مع يمين المدعى ، على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (٦).

والله أعلم

(١) الهدية مع تكملة فتح القدير ٨ / ٢٠ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ .

(٢) المرجعان السابقان ، وتبيين الحقائق ٥ / ٢٧٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ٦ / ٢٦٤ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥ / ٢٧٣ .

(٤) تبيين الحقائق ٥ / ٢٧٣ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ ، الهدية مع التكملة ٨ / ٢٠ .

(٥) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ ، الدر المختار أعلى حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٤ .

(٦) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨٥ .

القول الثالث : -

إن شهادة القاسم لا تقبل مطلقا ، أى سواء كان بأجر أو متبرعا ، وسواء تولى القسمة بأمر القاضى أو بغير أمره ، بأمر الشركاء - حتى ولو كان متعددا .

وبذلك قال مالك وسحنون من المالكية وجمهور الشافعية ، وهو قول محمد وقول أبى يوسف أولا ، وعليه اتفاق الحنفية إذا كان القاسم واحدا^(١)، وهو قول عند الإباضية ، وهو اتجاه الشيخ محمد النجفى من الإمامية - ويحسن عنده قبولها وتقبل عنده على أنها خبر - على أساس اشتراط كون القاسم أمينا .

واستدلوا من المعقول بما يلى : -

(١) إن فى شهادة القاسم بالقسمة إنما هو إشهاد على فعل نفسه ، فأورثت التهمة فلا تقبل شهادته ، قياسا على من علق عتق عبده على فعل غيره ، فشهد ذلك الغير على فعله ، فإنه لا تقبل شهادته^(٢).

ويورد على ذلك : -

أن القاسم لا يشهد على فعل نفسه من الإفراز أو التمييز ، وإنما يشهد على أن كل متقاسم قد استوفى نصيبه من المال محل القسمة وهو فعل غيره ، ومن ثم فهو لا يشهد على فعل نفسه ، فلا ترد شهادته .

والله أعلم

(٢) إن فى شهادة القاسم بالقسمة شهادة على فعل نفسه الذى يوجب تعديله فلم تقبل قياسا على شهادة القاضى المعزول على حكمه^(٣).

ويجاب عن ذلك بما سبق أن ذكرنا من أن شهادة القاسم ليست شهادة على فعل نفسه ، وكذلك القول بأنه يوجب تعديله ممنوع ، ولا نسلم لهم ماذكروه فى الحكم^(٤).

(٣) أن المقسوم عليهم لو أنكروا أن القسام لم يقسموا عليهم ، لم يكن للقسام أجر ، ولا بد للقسام من أن يأتوا بشهود غير أنفسهم على فعلهم^(٥).

(١) الهداية مع تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ ، المنتقى للبايى ٦ / ٥١ ، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢ / ٦٠٦ ، الذخيرة للقرافى ٧ / ١٨٩ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٢٠ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٥ ، أسنى المطالب ٤ / ٣٣٩ وهو ما جزم به الشافعى فى الأم ٦ / ٢٣٠ ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦٤ .

(٢) مجمع الأثر ٢ / ٤٩٥ ، الهداية مع التكملة ٨ / ٢٠ ، المنتقى ٦ / ٥١ .

(٣) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧١ ، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢ / ٦٠٦ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧١ .

(٥) الأم للشافعى ٦ / ٢٣٠ ط دبر الفكر .

القول الرابع :-

إن شهادة القاسم تقبل إذا كان القاضى أمره بالقسمة وأنفذه فيها ، وكان الحاكم يعلم ويذكر وقت الشهادة أنه أمره بذلك يومئذ فيمضى شهادته وذلك إذا كان هذا الحاكم لازال فى ولايته ، أما إذا لم يكن الحاكم أمره ، وإنما أمره من خرج من الحكم ، أو أمره الشركاء امتنعت شهادته فلا تقبل حتى ولو كان مع غيره ، وهذا الحكم سواء كان مرتقيا أو غير مرتق .

وبذلك قال بعض المالكية - منهم ابن الماجشون - ، وهو قول الشافعية فى قسمة الإيجار إذا كان القاسم على ولايته . وهو قول للإباضية (١).

واستدلوا على قبول شهادة القاسم أمام موليه :-

فقالوا بأن فعل القاسم وهو نائب عن القاضى أو الحاكم ، كفعل القاضى أو الحاكم لأن فعل المأمور كفعل الأمر . ومن ثم فيعتد بقوله (٢).

واستدلوا على عدم قبول شهادته إذا لم يكن أمام من ولاه :-

بأن شهادته والحالة هذه إنما هى شهادة على فعل نفسه ، فلا تجوز شهادته ولا تقبل ، قياسا على شهادة القاضى المعزول على ما مضى من حكمه (٣).

وتناقض أدلة هذا القول :-

بأن تصحيح قبول شهادة القاسم أمام من ولاه من القضاة والحكام ، وهو فى الحقيقة إعلام للقضاة والحكام لتنفيذ الحكم ، وهو لا يسمى شهادة وإنما يسمى إخبار (٤).

ولا أدل على ذلك من أنكم جعلتم فعل القاسم كفعل من ولاه ، ومن ثم فلا داعى للتفرقة بين شهادة القاسم أمام من ولاه وبين الشهادة أمام غير من ولاه .

(١) للشافعية : روضة الطالبين ١١ / ٢٢٠ . والمالكية : المنتقى للبايى ٦ / ٥١ : معين الحكام على القضايا والأحكام ٢ / ٦٠٦ ، الفخيرة . للقرافى ٧ / ١٨٩ ، مواهب الجليل للخطاب ٥ / ٣٤٠ ، هذا وقد علق بعض المالكية على ذلك بقولهم :- (هذا كله مالم يكن مقاما من جانب القاضى وإلا جازت شهادته على فعل نفسه عند من أقاله وعند غيره كالتبائى بمصر والقيروان المنسوب من جانب القاضى للوزن) يراجع فى ذلك / حاشية العنوى على شرح الخرشي ٤ / ٤٠٥ ، شرح الزرقاى ٦ / ١٩٩ وما بعدها ، وقد رد ذلك الشيخ محمد البناتى فقال :- " قول الزرقاى وهذا كله ما لم يكن مقاما من جانب إلخ ، غير صحيح والنص بخلافه " . حاشية البناتى على شرح الزرقاى ٦ / ١٩٩ وللإباضية : منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٧٤ .

(٢) الفخيرة للقرافى ٧ / ١٨٩ ، المنتقى للبايى ٦ / ٥١ .

(٣) فتاوى والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٤٠ ، الفخيرة للقرافى ٧ / ١٨٩ .

(٤) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٥ ، شرح الزرقاى ٦ / ١٩٩ .

أما ردكم الشهادة إذا كان القاسم يدلي بها أمام غير من ولاه على أساس أنها فعل نفسه ولا تجوز الشهادة بفعل النفس . فقد سبق أن قلنا بأن ذلك مردود بأن القاسم لا يشهد على التمييز والإفراز الذي هو فعله، إنما يشهد على استيفاء كل واحد من الشركاء لحقه الخالص .

القول الراجح :-

وأرى أن الراجح من هذه الأقوال هو القول بقبول شهادة القاسم مطلقا سواء كان فردا أو متعددا ، وسواء كان بأجرة أو متبرعا ، وسواء كان منصوب القاضى أو الشركاء ، غير أنه إذا كان فردا واحدا فإنه تقبل شهادته مع يمين المدعى وذلك لمايلي :-

إن هذا هو مايشهد له الدليل ، أما أدلة من قالوا بغير ذلك فقد سبق أن رددناها ، فهي لم تخل من المناقشة ، وقول الحنفية بائسراط شهادة قاسمين مردود بقبول شهادة قاسم واحد مع يمين المدعى كما صح ذلك عند جمهور أهل الفقه ، فضلا عن أن فى هذا القول مصلحة الناس وقضاء حوائجهم ، وصيانة للقسام وحفاظا لكلمتهم وكرامتهم، إذ إن القسم عادة ما يكونوا من صالحى المجتمع ، وأخذهم الأجر لا يمنع من ذلك ، لأن عدم أخذ الأجر يصرف هممة القاسمين عن القسمة للاشغال بالكسب ونفقة الأولاد ، فلا يجد الشركاء من يقسم بينهم ، ومن ثم فالقول بما رجحت هو الأولى .

بقى بعد ذلك أن أذكر أن هذا الذى رأيت ترجيحه ليس رأيا أخذ به فى جملته بعض من الفقهاء ، ولكنى أخذت من كل قول من الأقوال السابقة مايتماشى مع المصلحة ، وما يشهد له الدليل ولا مانع - فى نظرى - من ذلك طالما أن حاجة الناس تدعو إلى ذلك ، ولاشك أن هذه هى ثمرة مقارنة المذاهب والاستدلال لها ومناقشتها .

والله أعلم

المبحث الثاني

المقسوم

أولاً : في الفقه الإسلامي : -

ويقصد به المال المقسوم محل القسمة ، أو هو العين المشتركة التي يشترك المتقاسمون في ملكيتها ، ويطلبون بقسمتها فهي ركن القسمة الأهم ، إذ لا قسمة بدون مال مشترك بين شركاء ، يطلبون قسمته .

والمال المشترك لكي يصلح أن يكون محلاً للتقسيم اشترط الفقهاء فيه عدة شروط .

بعض هذه الشروط يشترط في المال المقسوم إذا كانت القسمة إجبارية أو قضائية .

وهذه النوعية من الشروط سنرجئ الكلام عنها الآن وسنذكرها - إن شاء الله - عند

الحديث عن شروط القسمة القضائية ، وهي على سبيل الإجمال : -

(١) اتحاد الجنس .

(٢) اتحاد الصنف في المنقولات .

(٣) زوال العلقة بالقسمة .

(٤) عدم الجمع بين النصيبين .

(٥) عدم الرد .

وكلها في القسمة القضائية الإجبارية^(١).

والبعض الآخر من هذه الشروط يشترط في المال محل القسمة سواء كانت القسمة

رضائية أو جبرية ، وسأحدث الآن - بمشيئة الله تعالى - عن هذه الشروط - ذاكراً مواقف

المذاهب المختلف منها فيشترط في المقسوم مايلي : -

الشرط الأول : أن يكون المال المشترك عيناً أو منفعة : -

وهذا الشرط اشترطه بعض الفقهاء ، وهم الذين لا يرون صحة قسمة الدين قبل

اقتضائه ، وذلك لأنه وصف اعتباري في ذمة المدين ، وقسمته لا تؤدي إلى المساواة بين

الشركاء ، فقد يهلك بعض الدين ، ولا يهلك بعضه الآخر ، فيتضرر من كان الهالك في

حظه^(٢).

(١) القسمة د / إبراهيم عبد الحميد ص ٢٣ ف ١٤٨ .

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢ / ٤٣٣ .

وهذا الشرط اشترطه الحنفية والشافعية ، وبعض المالكية ، والإمامية^(١) وبناء عليه لا تصح قسمة الدين اتحد أو تعدد ، تراضيا أو إجبارا ، فلو كان لاثنتين دين مشترك لدى مدينتين ، لم يجز اتفاقهما على أن يختص كل واحد منهما بدين معين ، بل يكون ما يستوفيه كل منهما شركة بينهما .

وقد سبق أن بينا أن هناك بعض الفقهاء الذين يرون صحة قسمة الدين فى ذمم الغرماء قبل اقتضائه .

وهم بعض المالكية والحنابلة على تفصيل عندهم^(٢) . ومن ثم فهم لا يشترطون هذا الشرط .

وقد سبق أن رجحت القول القائل بجواز قسمة الدين فى ذمة الغرماء ، وبينت سبب الرجحان .

ومن ثم فإننى أرى عدم اشتراط هذا الشرط فى المقسوم .

وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام على أنواع القسمة من حيث طبيعة المحل المقسوم .

الشرط الثانى : أن يكون المقسوم مملوكا للشركاء عند القسمة^(٣) .-

فإن لم يكن مملوكا لهم فلا تجوز القسمة ، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ، ومبادلة البعض ، وكل ذلك لا يصح إلا فى المملوك^(٤) .

وعلى ذلك فلا تصح قسمة المال المنصوب بين الخاصيين .

وهذه الشريطة عامة فى كل قسمة ، فتشترط فى القسمة القضائية ، كما تشترط فى قسمة التراضى^(٥) .

ولا يخرج بهذا الشرط قسمة ولى المحجور عليه ، لأنها ليست له ، بل للمحجور نفسه وهو المالك .

(١) الفتاوى الأقروية ٢ / ٣٧٣ ، فتح الجواد شرح الإرشاد ٢ / ٤٣٣ ، شرح الخرشي ٤ / ٤٠٤ ، فقه الإمام جعفر ٤ / ١٨ .

(٢) الشرح الصغير ٥ / ١٥٧ ، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤ / ١ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٨ ، نهية المحتاج ٨ / ٢٩١ ، ٢٩٢ ، البهجة شرح التحفة ٢ / ١٣٦ .

(٤) للمراجع السابقة .

(٥) القسمة للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ص ٧٤ ف ١٥١ ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ / على الخفيف ص ٢٤١ .

- أما الفضولي الذي لا ملك له ولا ولاية لا تنفذ قسمته حتى يجيزها المالك الصحيح التصرف ، أو من ينوب عنه نيابة شرعية صحيحة ، فالقسمة تقبل الإجازة ، فهذا واضح عند الحنفية والمالكية (١).

والشافعية قد نصوا عليها في القسمة على الغائب ، وإن جعلوا انفاذ القسمة بعد إجازتها من حين الإجازة فصحب ، إذ إن كل تصرف قبلها باطل (٢).

وليس للدائنين المرتهنين أن يقسما المرهون عندهما - إذا كان مشتركا - ليستقل كل منهما برهن على حدة .

ولكن هل تجوز قسمة المال المرهون بين مالكيه ؟

يبني الجواب على هذا السؤال على الخلاف في تكيف القسمة ، أمى بيع أم محض تمييز حقوق ، فإن كانت بيعا امتعت القسمة ، وإلا ، جازت ونفذت (٣).

وهذا الشرط بنى عليه أحكام الاستحقاق ومستأى إن شاء الله عند دراستنا لطوارئ القسمة .

ولكن ما حكم قسمة التركة بين الورثة ، إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :-

القول الأول :-

فذهب الحنفية والمالكية والزيدية وأحمد في رواية عنه ، وهو وجه عند الشافعية ، إلى أن التركة المستغرقة بالدين لا تقسم بين الورثة ، لأنها ليست لهم (٤).

فإذا اقتسموها وأجاز الغرماء ، ثم بدا لهم الرجوع عن الإجازة فعدلوا ، فقد نص الحنفية على جواز ذلك . استثناء من قاعدة عدم جواز الرجوع في الإجازة (٥). لأن الدين مقدم على الإرث ، فلا ملك للورثة إلا بعد أدائه .

واستدلوا :-

بقول الله تعالى :- ﴿مَنْ بَعَثَ وَصِيَّةً يُوصِي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ (٦) فقد بين الله سبحانه وتعالى أن حقوق الورثة لا تنتكح إليهم إلا بعد استيفاء الوصايا أو الديون .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٧ ، البهجة شرح للتحفة ٢ / ١٣٦ ،

(٢) نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ ، حاشية الشبرلملى على نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ .

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٤١٣ ، الإصناف ١١ / ٣٥٠ والرهن شرعاً : هو جعل عين مالية وثيقة بدين يستولى منها عند تعذر وفاته . معنى المحتاج ٢ / ١٦٦ .

(٤) الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢١ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١٤١ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى عليه ٤ / ٤١٥ ،

٤١٦ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٠٩ ، الكافي لابن قدامة ٤ / ٣٢٥ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٣ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص .

(٦) من الآية ١١ من سورة النساء .

ومن ثم فإذا استغرقت التركة بالديون ، فلا شئ يبقى للورثة ، فلا تجوز قسمتهم للتركة ،
لأنه تبين أنهم لا يملكونها (١).

القول الثاني : -

وذهب إليه الشافعية وأشهر الروائين عن الإمام أحمد وهى المذهب ، بأن الدين
المستغرق غير مانع من انتقال التركة إلى الورثة ، وصحة قسمتها بينهم فإذا قضى الورثة
الدين لم تنتقض صحة القسمة (٢).

واستدلوا : -

بأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضاهم ،
فأشبهه تعلق دية الجناية برقبة الجاني (٣).

وعلى هذا فيقال للورثة إن شئتم وفيتم والقسمة بحالها ، وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت
التركة فى الدين فإن وفى أحدهما دون الآخر ، صحت القسمة فى نصيب من وفى ، وبطلت
فى نصيب الآخر (٤).

الشرط الثالث : أن يكون المال المشترك قابلاً للقسمة (٥) : -

فيشترط قابلية المال للقسمة بدون تلف المال أو فساد ، فلا تجوز قسمة الجوهرة
واللؤلؤة والعبد والدابة ، فهذا يمنع الشركاء فيه من قسمه إجباراً أم تراضياً ، لأنه إتلاف ملك
فى غير نفع ، فكان سفها يستحق به الحجر (٦).

فالضرر الخالص الذى ليس فيه شائبة نفع ، إذا ترتب على القسمة ، كأن بطلت منفعة
المقسوم بطلاناً تاماً أو كادت ، فهذا محض فساد لا يقره عقل ولا دين ، ومن ثم فليس يتمتع
على القاضى أن يتولى قسمة مثل هذه الأموال ، بل عليه أن يمنع منها .

وقد ذكر الفقهاء أمثلة إضافة لما سبق : - القلنسوة ، والسرج ، والفرس ، والقوس ،
وغمد السيف ، والحجر الواحد من حجرى الرحا ، ويضاف إلى ذلك آلة الخياطة (٧) ، وماكينه
الرى ، وجهاز الكمبيوتر إلى غير ذلك .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٤١ .

(٢) روضة الطالبين للنووى ١١ / ٢٠٩ ، المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٦ ، الإصناف للمرداوى ١١ / ٣٦٥ ،
الكافى ٤ / ٣٢٥ ، الفروع ٦ / ٥١٦ .

(٣) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٩ .

(٤) المغنى ٩ / ٨٠ ، الكافى ٤ / ٣٢٥ ، الحاوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٦٣ ، قد وافق الحنفية والمالكية
أصحاب القول الثانى فى أنه إذا قضى الدين مضت القسمة على الصحة . الخرشي ٤ / ٤١٥ ، الفتاوى
الهندية ٥ / ٢٢١ .

(٥) القسمة - للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ص ٧٣ .

(٦) الحاوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٠ .

(٧) مختصر أحكام المعاملات - للشيخ / على الخفيف ص ٢٤١ .

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء^(١) فى الجملة - وإن كان هناك تفصيلات فى بعض المذاهب - إلا ما سبق وأن ذكرناه عن ابن حزم^(٢).

ما سبق كان فيما يترتب على قسمته فساد أو اعدام منفعته .

أما إذا ترتب على القسمة نقص المنفعة أو نقص القيمة فقط ، فهذا بلا شك ضرر .

والفقهاء قالوا يمنع هذا الضرر من قسمة الإيجار ، ولكنه لا يمنع من قسمة التراضى .

ومثل الفقهاء لهذا بالدور والأراضين والحمام والسفينة والسيف والثوب ، لنقصانها بالقسمة فهذا يقسم بين الشركاء اختياراً ، إذا رضى جميعهم ولا يقسم بينهم إجباراً إذا امتنع بعضهم .

وهذا أيضاً محل اتفاق بين الفقهاء فى الجملة^(٣) . إلا ما روى أيضاً عن ابن حزم^(٤) ، والإمام مالك وابن كنانة من أصحابه^(٥) .

ما الحكم إذا كان المال غير قابل للقسمة العينية تراضياً أو إجباراً ، أو كان غير قابل لها إجباراً فقط ؟ هل يظل المال على الشيوع أم ماذا يكون الحل ؟

أجاب على ذلك المالكية :-

فعندهم إذا كان المال غير قابل للقسمة تراضياً أو إجباراً ، فالشركاء فى هذه الحالة بالخيار بين أمرين لا ثالث لهما :-

١- إما الإبقاء على الشركة واستمرار الشيوع ، والانتفاع به فى هذه الحالة إما مشاعاً وإما مهايأة .

٢- وإما البيع ، وقسمة الثمن ، فلهم إذا اختاروا بيع محل الشركة ، أن يقدموا على بيعها ، بل ويجبر على البيع معه من أباه ، إذا تقدم الآخر بطلب البيع ، طالما كان محل الشركة غير قابل للقسمة ، دفعا للضرر ويجبر على البيع بشروط :- أن يكون المال غير متخذ للغلة ولا للتجارة ، وأن يكون المشتري جملة لا مفزاً ، وأن لا يلتزم الأبى النقص لطالب البيع .

(١) الحاوى الكبير للماوردى ١٦ / ٢٥٠ ، الخرشى ٤ / ٤٠٨ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٨ ، المبسوط للسرخسى ١٥ / ٥٤ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٢ .

(٢) حيث يرى أنه تجوز قسمة كل شيء خلا للرأس الواحد من الحيوانات والمصحف .
المحلى ٨ / ٥٥٦ .

(٣) المبسوط للسرخسى ١٥ / ٥١ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٦١ ، الخرشى ٤ / ٤١٢ ، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، الحاوى الكبير للماوردى ١٦ / ٢٥٠ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٠ ، والإصناف ١١ / ٣٣٥ وما بعدها ، القروع ٦ / ٥٠٦ .

(٤) حيث يقول بأن كل شيء يقبل قسمة الإيجار المحلى ٨ / ٥٥٦ .

(٥) معن الحكم على القضاء والأحكام ٢ / ٦٠٢ .

أما إذا كان المال المقسوم يترتب عليه الضرر الأقل ، مما يجوز قسمته تراضياً لا إجباراً ، فإن الشركاء في هذه الحالة بالخيار بين ثلاثة أشياء ، إما الإبقاء على الشركة كما سبق أن ذكرت ، وإما البيع وإما القسمة تراضياً^(١) .

الشروط الرابع : حضور المقسوم أو وصفه :-

وجود المقسوم أمر بدهي ومسلم به عقلاً ؛ لأن القسمة لا تقع إلا على شيء موجود ، فالمعدوم لا تجوز قسمته ، ولهذا نص الحنفية على أن قسمة المعدوم باطلة^(٢) .

ولكن هل يشترط أن يكون المقسوم حاضراً وقت القسمة ؟

على اعتبار أن حضور المقسوم يستلزم وجوده ولا عكس .

بعض الفقهاء يشترطون حضور المقسوم معللين ذلك باحتمال أن يكون المقسوم قد زال من الوجود ، أو على الأقل قد تغير بالزيادة أو النقصان . فضلاً عما قد تحتاج إليه عملية القسمة من كيل أو وزن أو تعديل بالقيمة مما يستلزم حضور المقسوم .

وبعض الفقهاء يستغنى بالوصف عن الحضور والمشاهدة قياساً على البيع عند القائلين بذلك فيه .

وهذا هو ما جرى عليه المالكية ، لأن هذا الأصل المشار إليه في البيوع هو أصلهم ، ولكن بشرط أمن التغير .

(١) يراجع في ذلك : - شرح الخرشي ٤ / ٤١٢ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥ / ١٧٤ ، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧ .

أما ابن حزم فقد عالج القضية فيما منع القسمة فيه بأنه يكون بينهم يواجزونه ويتقسمون أجرته أو يخدمهم أياماً معلومة . المحلى ٩ / ٥٥٦ .

وقد وافق الحنابلة المالكية فيما ذهبوا إليه من الإيجار على البيع فيما لا ينقسم إذا طلب بعض شركائه ذلك . وقسم ثمنه عليهم . كشاف القناع ٦ / ٣٧٢ .

بينما يرى الحنفية أن ما لا تجرى فيه القسمة لا يجبر أحد من الشركاء على بيع حصته بل يبقى المقسوم على حكم الشركة . بدائع الصنائع ٧ / ٤١١٨ .

والشافعية : يرون أنه إذا تنازع الشركاء فيما لا تمكن قسمته ، فيها يئ القاضى بينهم ، وإن أبو المهيأة ، أو كان أحدهم غائباً أجبرهم الحاكم على إيجاره أو أجره عليهم وقسم الأجرة بينهم .

فإن تعذر الإيجار لكساد الأسواق ، فقد قال بعض الشافعية لا يبيعه عليهما ، بل يجبرهما على المهيأة .

وقال ابن الصلاح يباع لتعين البيع حينئذ واعتمده الأذرعى - فإن تعذر البيع وحضر كل الشركاء . أجبرهم القاسم على المهيأة إن طلبها بعضهم .

حاشيتنا شروقي وابن القاسم مع تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٠ ، أسنى المطلب ٤ / ٣٣٨ .

(٢) الفتاوى الأنقروية ٣ / ٣٢٧ .

فيجوز عندهم قسمة الدار الغائبة على ما يوصف لهما من بيوتها ومساحتها ، ويميز حصتيهما منها بالصفة ، كما يجوز بيعها بالصفة^(١) .

• ويتفق الإباضية مع المالكية في جواز القسمة مع الاكتفاء بالوصف عن الحضور بشرط أمن التغير^(٢) .

وواضح أن ذلك لا يكون إلا في قسمة العقار ، أما المنقول فيشترط حضوره ومشاهدته.

الشرط الخامس : العلم بالمقسوم :-

فيشترط أن يكون المقسوم معلوماً للشركاء حتى تتم قسمته قسمة عادلة ، ويكون كل منهم على بينة بنصيبه .

وهذا الشرط نص عليه صراحة الإباضية^(٣) .

وهو مقتضى كلام الشافعية والحنابلة والزيدية .

فعندهم إن كان المقسوم بذراً قبل نباته لم يصح ، لأنه مجهول ، أما بعد إنباته وظهوره فإن كان مما لا ربا فيه كالقطن والقطن فتجوز قسمته على التراضي ؛ لأنه معلوم مشاهد^(٤).

الشرط السادس : عدم الشرط الحرام^(٥) :-

كشرط أن لا ينتفع أحد المقتسمين بنصيبه أصلاً ، أو أن لا يكون له في طريق العقار المقسوم شيء وليس له طريق سواء .

فمثل هذه القسمة تكون باطلة وغير جائزة ، لأنها كانت على شرط حرم عليه ما هو حلال له من الانتفاع بماله .

والأصل في ذلك قوله عليه السلام : "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"^(٦) .

(١) شرح منح الجليل ٣ / ٦٢٧ ، شرح الخرشى ٤ / ٤٠٣ .

(٢) الإيضاح للشماخي ٧ / ٩٩ .

(٣) الإيضاح للشماخي ٧ / ٩٩ .

(٤) حاشية الكمثرى على الأتوار ٢ / ٥٠٦ ، المبدع لابن مفلح ١٠ / ١٢٧ ، شرح الأزهري لابن المرتضى ٣ / ٣٩١ .

(٥) القسمة د / إبراهيم عبد الحميد ص ٧٤ .

(٦) الحديث : رواه الترمذى وابن ماجه عن عمرو بن عوف المزنى عن أبيه عن جده أن رسول الله - ﷺ - قال :- "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً" .

وقال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

سنن الترمذى ٣ / ٦٢٦ كالأحكام (١٣٥٢) ، سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ كالأحكام (٢٣٥٣) .

ورواه الحكم في المستدرج عن عقبة بن قيس (المسلمون على شروطهم ما وفق الحق) للمستدرج للحكم ٢ / ٤٩ كبيع

وقال السيوطي : صحيح . الجامع الصغير مع شرحه فيض القدير ٦ / ٢٧٢ .

فإن قيل :- فهلا بطل الشرط وثبتت القسمة قياساً على إجازة النبي - ﷺ - البيع وإبطال الشرط في حديث بريرة حين اشترتها عائشة فاشتراط البائع ولأهـا ، فأبطل الرسول - ﷺ - الشرط ، لأن البائع اشترط من الولاء ما لا يحل له تملكه .

قلنا :- البيع في هذا الوجه أسهل من القسمة ؛ إذ من شرط جواز القسمة التساوى أي العدالة في توزيع الحصص .

ولا يؤمن أن لا يكون قد جعل لذلك الشرط قسطاً من المال الشائع ، لأنه لا يرضى له بذلك صاحبه في الغالب إلا إذا جعل له شيئاً في مقابلة الشرط ، فلو جازت القسمة مع بطلان هذا الشرط ، لفات التساوى المشترط في القسمة وهو غير جائز فبطلت القسمة والشرط جميعاً^(١).

هذا وقد ذهب الزيدية إلى بطلان القسمة أيضاً عند وجود مثل هذا الشرط الضار بأحد المقتسمين . ولكنهم أجازوا القسمة والشرط إذا تراضى على ذلك الشركاء^(٢) .

ثانياً : المقسوم في القانون المدني :-

ويقصد بالمقسوم أي المال الشائع محل القسمة أو هو العين المشتركة التي يشترك المتقاسمون في ملكيتها ، ويطلقون بقسمتها .
فهو المحل في الفقه القانوني .

ومن ثم فهو من أركان القسمة ومقوماتها إذ لا يمكن أن تكون هناك قسمة بدون محل تنصب عليه .

والمقسوم في الفقه القانوني له شروط ينبغي مراعاتها في المال محل القسمة .

إلا أنه ينبغي التنبيه بأن هذه الشروط التي تشترط في المقسوم لم يتعرض لها الفقه القانوني في القسمة بشكل مباشر .

وإنما هي محاولة منا لتطبيق القواعد العامة في القانون - والتي تشترط بعض الشروط في المحل عموماً - على المحل في القسمة .

فيشترط في المقسوم ما يلي :-

(١) أن يكون المقسوم موجوداً أو ممكن الوجود :-

فيشترط في المقسوم أن يكون موجوداً وقت القسمة ، أو ممكن الوجود ، وذلك بالنسبة لما يكون محلاً للعملية القانونية في العقد .

(١) الإيضاح للشماع ٧ / ٩٩ ، ١٠٠ .

(٢) شرح الأثر ٣ / ٣٨٣ .

فإذا كان محل القسمة معدوماً وقت العقد أ، و كان مستحيل الوجود ، فإن القسمة تكون باطلة.

(٢) أن يكون المقسام معيناً أو قابلاً للتعيين :-

فيجب أن يكون المقسام معيناً إما بذاته وإما أن يعين بنوعه ومقداره ، ويكفى أن يكون معيناً بنوعه ، إذا تضمن العقد ما يمكن به تعيين مقداره .

وإذا كان المقسام معيناً بالذات وجب أن تكون ذاته معروفة ، فيوصف الشيء وصفاً نافياً للجهالة .

وعلى ذلك فإذا كان محل القسمة (المقسام) منزلاً وجب أن يبين موقعه ، وأن تذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل .

وإذا كان الشيء غير معين بالذات وجب تعيينه بالجنس والنوع والمقدار ، كأن يكون المقسام قطناً ، نوعه جيزة ٥٧ مثلاً، ومقداره ثلاثين قنطاراً .

(٣) أن يكون محل القسمة مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه :-

فيجب أن يكون المقسام غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة ، وأن يكون المقسام مما يصح التعامل فيه^(١) .

وعلى ذلك فلا تصح قسمة المال الذي يكون فيه الشيوع إجبارياً كالطريق المشترك للملاك المتجاورين^(٢) .

وكذلك لا تجوز قسمة التركة المستقبلية في حياة المورث إلا برضاه .

(٤) أن يكون المال المقسام مملوكاً للشركاء المتقاسمين :-

فيشترط أن يكون المال محل القسمة مملوكاً للشركاء المتقاسمين وقت القسمة .

فإذا كان المال المقسام غير مملوك للمتقاسمين وقت القسمة ، أو ظهر أن مورث التركة التي قسمت لا يزال حياً ، فإن القسمة تكون باطلة^(٣) .

ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :-

بينما فيما سبق شروط المقسام في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني ، وهنا سنقوم بإجراء موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، لنقف على مواطن الاتفاق والاختلاف بينهما.

(١) د / السنهوري - الوسيط - ١ / ٥٠٤ ، د / محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ١٣٩ .

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٨٦ .

(٣) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٥٠ .

وبنظرة فاحصة فيما سبق يتبين لنا ما يلي :-

(١) يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في اشتراط وجود المقسوم . ويزيد الفقه الإسلامي باشتراط حضور المقسوم وقت القسمة .

كما أن القانون يجيز قسمة المال إذا كان ممكن الوجود .

والفقه الإسلامي لا يجيز ذلك إلا إذا كان المال محدداً بالوصف مأمون التغير .

وهذا الشرط يتفق أيضاً على توافره في القسمة الرضائية والقضائية .

(٢) يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اشتراط ملكية المقسوم للمقسوم لهم ، كما يتفقان أيضاً في ضرورة توافر هذا الشرط في القسمة الرضائية والقسمة القضائية .

(٣) ينفرد الفقه الإسلامي باشتراط العلم بالمقسوم .

وأرى أن القانون وإن كان لم يصرح بهذا الشرط إلا أنه لا يختلف القانون مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط .

فاشتراط القانون وجود المقسوم - يستلزم العلم به - كما أن المقسوم يكون موجوداً رهن معاينة الخبير المنتدب ، وموصوفاً وصفاً دقيقاً في عريضة الدعوى ، وموضحاً في تقرير الخبير . فكل ذلك يجعل المقسوم في القانون معلوماً علماً نافياً للجهالة .

(٤) جمهور الفقه الإسلامي على اشتراط أن يكون المقسوم عيناً لا ديناً ، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى جواز قسمة الدين في الذمة . أما في القانون فليس هناك ما يمنع من قسمة الدين في ذمة المدينين ، وبذلك يتفق القانون مع ما عليه بعض الفقهاء من جواز قسمة الدين .

(٥) انفرد القانون باشتراط أن يكون المقسوم معيناً أو قابلاً للتعيين .

ولكن هذا الشرط وإن لم يرد صراحة في الفقه الإسلامي إلا أنه يعد من لوازم اشتراط العلم بالمقسوم ووجوده ، إذ أنه ينتج عنهما التعيين النافي للجهالة .

(٦) اشترط القانون أن يكون المقسوم مشروعاً وقابلًا للتعامل فيه ، بمعنى ألا يكون المقسوم مخالفاً للنظام العام والآداب العامة .

والفقه الإسلامي وإن لم ينص على هذا الشرط صراحة ، إلا أنه يقول به ولا يخالفه ، لأن معنى هذا الشرط أن يكون المقسوم مالا متقوماً حلالاً مباحاً ، ولا شك أن هذا مما يعتبره الإسلام بل هو معلوم من الدين بالضرورة ، حيث إن المحرم لا يجوز

أن يكون محلاً للمعاملات ؛ لأنه بذلك يكون إعانة على المعصية وهذا لا يجوز شرعاً^(١) .

(٧) اشترط الفقه الإسلامى فى المقسوم أن يكون قابلاً للقسمة ، بحيث لا يترتب على القسمة فوات منفعة المقسوم .

والقانون لم ينص على مثل هذا الشرط . ولكنه يعتمد على أن القاضى يراعى عدم فوات منفعة المقسوم عند القسمة إلى حصص . فإذا وجد أن القسمة ستؤدى إلى فوات منفعة المقسوم أو عدم قابلية المال للقسمة عيناً ، فإنه يجب على القاضى أن يبيع هذا المال بالمزاد العلنى ويقسم الثمن بين الشركاء^(٢) .

(٨) أما ما اشترطه الفقه الإسلامى للقسمة الإجبارية بأن يكون المقسوم جنساً واحداً ، أو متحد الصنف فى المنقولات ، وكذلك اشتراط عدم الرد . فإن هذه الشروط انفرد بها الفقه الإسلامى ، ولم يشترطها القانون . فإنه يبيح قسمة الجنس الواحد والمتعدد الأجناس ، فالقانون يترك الأمر لحرية الشركاء فى القسمة الاتفاقية ، ولمهمة الخبير وحكم القاضى فى القسمة القضائية .

كما أن القانون يبيح فى القسمة القضائية دفع بعض الأموال كمعدل لتعذر القسمة بطريق الحصص أو التجنب ، بينما لا يجوز ذلك فى الفقه الإسلامى إلا تراضياً ، على اعتبار أن الرد بمثابة البيع ، ولا يجبر أحد على بيع ماله .

وأرى أن مسلك الشريعة الإسلامية هنا على هذا النحو إنما كان لاعتبارات لا يهتم بمراعاتها القانون .

فالفقه الإسلامى حينما اشترط فى المقسوم اتحاد الجنس فى العقارات ، واتحاد الجنس والصنف فى المنقولات . إنما كان ذلك للبعد عن شبهة الربا .

وحينما لم تجز الشريعة الإسلامية الإجبار على قسمة ما فيه رد ، فلأنها لا تجيز لأحد أن يجبر أحداً على بيع ماله ، وقسمة الرد بيع كما سبق ، فيكون ذلك أكلاً لأموال الناس بالباطل وهو لا يجوز .

ونستطيع أن نخلص مما سبق إلى أن شروط المقسوم فى الفقه الإسلامى كثيرة ومتعددة على خلاف القانون ، مما يعكس أن الفقه الإسلامى ذاخر وملئ بالأحكام التى توهمه لأن يكون صالحاً لكل زمان ومكان .

(١) د / سيد محمود عمر - القسمة فى الشريعة والقانون - ص ٢٨٠ .

(٢) د / محمد كليل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٢٢ وما بعدها .

فضلاً عن أن الفقه الإسلامى قد نص على هذه الشروط بشكل مباشر وصريح ، بينما جاءت هذه الشروط فى القانون الوضعى بطريق غير مباشر عن طريق تطبيق القواعد العامة للعقود على عقد القسمة باعتبارها عقداً ، وهذا فضلاً عن تعرض الفقه الإسلامى أثناء عرضه للشروط لتفريعات وتفصيلات وأحكام لا يمكن لأى قاضى أو محكم أن يستغنى عنها .

مما يمكننا من القول بأنه لا وجه للمقارنة بين القانون وبين ما انتهى إليه الفقه الإسلامى فالبيان بينهما شاسع ، ويكفى أن الفقه الإسلامى سياجه ومستوره من وضع المشرع الأعلى الله وحده .

بينما القانون الوضعى من صنع البشر المتصفين بالعجز وعدم الكمال .

المبحث الثالث

المقسوم له

أولاً : في الفقه الإسلامي :-

يقصد بالمقسوم له : المتقاسمون ملاك العين المشتركة على الشيوع .

فهم أولئك الذين يلجأون إلى القاسم أو القاضى طالبين إنهاء حالة الشيوع القائمة بينهم ، في مال مشترك لهم .

فهم بلا شك ركن من أركان القسمة ، لا بد من توافره .

وقد اشترط الفقهاء في المتقاسمين عدة شروط ، لا بد من توافرها لصحة القسمة بينهم ، نوجزها فيما يلي :-

فلقد أبرز الحنفية هذه الشروط وفصلوها تفصيلاً جيداً ، أما بقية المذاهب فقد تكلموا عنها ، ولكنهم لم يفصلوها تفصيل الحنفية ، فربما تكلموا عنها في شروط القسمة على وجه العموم ، وربما ذكروها في ثنايا كلامهم .

وأحب أن أنوه إلى أنني سأذكر شروط المقسوم له عموماً سواء كانت القسمة رضائية أو جبرية ، ولكني سأنوه عند كل شرط ، أنه مشروط للقسمة الرضائية فقط أما للقضائية فقط ، أم هو شرط في القسمة رضائية كانت أو قضائية ، وذلك على النحو التالي :-

الشرط الأول : أن لا يلحق أحد المتقاسمين ضرر من جراء القسمة :-

وهذا ليس شرطاً في القسمة الرضائية ، بل هو شرط في القسمة الجبرية فقط .

وفي بيان هذا الشرط ذكر الحنفية^(١) أن الذي تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين:-

الوجه الأول :- أن يكون مما لا ضرر في تبغيضه بالشريكين أصلاً ، بل لهما فيه منفعة ، وذلك كالمكيل والموزون والمعدود ، فتجوز قسمة التفريق فيه قسمة جبر ، كما تجوز فيه قسمة الرضا ، ويجوز فيه أيضاً قسمة الجمع جبراً ؛ وذلك لتحقيق ما شرعت له القسمة وهو تكميل منافع الملك .

وهذا محل اتفاق عند جميع الفقهاء^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٧ ، ٤١٢١ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٧ ، ٤١٢١ ، المنتقى للباجي ٦ / ٤٨ وما بعدها ، الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٠ / ١٦ ، والإقناع في فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٤ ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٢٢ ، ٥٥٦ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٣ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٨ ، وما بعدها ، والإيضاح للشماخي ٧ / ٨٩ وما بعدها .

الوجه الثاني :- أن يكون فى تبعض المقسوم ضرر ، فلا يخلو الحال من أحد وجهين :-

الوجه الأول : - أن يكون فى تبعض المقسوم ضرر بكل واحد من المتقاسمين ، فهنا لا تجوز قسمة الجبر فيه ، وذلك مثل اللؤلؤة الواحدة ، والياقوتة ، والزمردة ، والثواب الواحد ، والسرّج ، والقوس ، والمصحف الكريم ، والقباء ، والجبة ، والخيمة ، والحائط ، والحمام ، والبيت الصغير ، والحاثوت الصغير ، والرحى ، والفرس ، والجمل والبقرة ، والشاة . ففى كل ما سبق لا يجوز الجبر فيه على القسمة منعاً للضرر .

وعلى ذلك جمهور الفقهاء^(١) ، واستدلوا بما يلى : -

(١) ما روى عن النبى - ﷺ - أنه قال : " لا ضرر ولا ضرار ، ومن ضارّ ضارّه الله ، ومن شاق شق الله عليه " ^(٢) .

(٢) وروى عنه عليه السلام أنه تمى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال " ^(٣) .

ففى هذين الحديثين نهى رسول الله ﷺ عن الضرر ، سواء كان بالنفس أو بالغير ، كما نهى عن إضاعة المال ، وقسمة ما يترتب على قسمته ضرر ، فيه إضاعة للمال ، فيكون منهياً عنه .

(٣) ولأن ما عم الضرر بقسمة ، سقط عنه الإجمار على القسمة ، كالجوهرة ^(٤) .

(٤) ولأن القسمة فى هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعاً ، والقاضى لا يملك الجبر على الإضرار ^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٨ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٨ ، المنتقى للبايى ٦ / ٥٦ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٦٦ ، الحاوى الكبير للموردي ١٦ / ٢٥١ ، المعنى لابن قدامة ٩ / ٧٢ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٩ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٣ .

(٢) الحديث رواه الدار قطنى والحاكم عن أبى سعيد الخدرى ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي . ويراجع / سنن الدارقطنى ٣ / ٧٧ ك البيوع ، المستدرک على الصحيحين للحاكم ومعه التلخيص للذهبي ٢ / ٥٨ ك البيوع .

(٣) الحديث رواه البخارى ومسلم عن المغيرة بن شعبة عن النبى - ﷺ - قال : " إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ، ومنعاً وهلت ، وولد البنات ، وكره لكم قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال " .
يراجع / صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ١٠ / ٤١٩ . ك الأدب (٥٩٧٥) صحيح مسلم ، ط دار الدعوة ١٣٤١/٢ ك الأكضية .

(٤) الحاوى الكبير للموردي ١٦ / ٢٥١ .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٨ .

(٥) ولأن الطالب للقسمة والحال هذه مضرور ، وهو يريد إدخال الضرر على غيره مع ذلك ، فلا يجيبه الحاكم إليه ؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر (١) .

ولم يخالف في ذلك إلا الإمام مالك وابن كنانة من أصحابه (٢) ، وابن حزم الظاهري (٣) . فقالوا بأنه يجبر على القسمة من امتنع عنها ، حتى ولو دخل الضرر على الطالب والمطلوب . فيقسم كل شيء سواء كان أرضاً ، أو داراً صغيرة أو كبيرة ، أو حماماً أو ثوباً أو سيفاً ، أو لؤلؤة أو غير ذلك .

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ (٤) فظاهر النص يجيز القسمة ولو لم يكن لكل من الشركاء إلا موضع قدم .

ونوقش هذا بأن معنى الآية ثبوت حقه - أي الوارث - ثم يقسم على السنة ، كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث ، ويقسم ثمنه دون عينه ، والسنة في ذلك أن لا ضرر ولا ضرار (٥) .

والإمام مالك بهذا يكون مخالفاً لجمهور أصحابه الذين يتفقون مع الجمهور في منع القسمة التي يترتب عليها ضرر (٦) .

وعلى أية حال فإن القسمة هنا تجوز عند الجميع بالتراضي ؛ لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجاتهم ، فيجوز أن يقتسماها بأنفسهما بتراضيهما ، لأنها يملكان الإضرار بأنفسهما ، مع أن ذلك لا يخلوا عن نوع نفع (٧) .

الوجه الثاني :-

أن يكون المقسوم شيئاً في تبغيضه ضرر بأحدهما ، دون الآخر ، كالدار المشتركة بين رجلين ، ولأحدهما فيها حصة قليلة ، كأن يكون لأحدهما العشر أو الثمن مثلاً وللآخر الباقي .

(١) تبين الحقائق للزيلعي ٢٦٨ / ٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٦ ، معين الحكام ٢ / ٦٠٢ .

(٣) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٦ . واستثنى ابن حزم من ذلك الرأس الواحد من الحيوان ، والمصحف ، فلا يقسم أصلاً ، لكن يكون بينهم يواجزونه ويقسمون أجرته ، أو يخدمهم أياماً معلومة .

وأما المصحف : فلا يطل تقطيعه ولا تقريق أوراقه ؛ لأن رتبة كتاب الله منزلة من عنده فلا تحال ، وقد روينا عن مجاهد : لا يقسم المصحف ؛ وأما الرأس الواحد من الحيوان فإن كان إتساقاً فتصليص أعضائه حرام ، وإن كان مما لا يؤكل لحمه كالحمير ، والكلب ، والسنور ، فقتله حرام ، ونبحه لا يكون زكاة ، فهو إضاعة للمال ، ومعصية مجردة ، وإن كان مما يؤكل لحمه لم يحل نبحه بغير إذن كل من له فيه ملك ، لقول الرسول - ﷺ - ﴿إِنْ دِمَائِكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ﴾ ، فلا يحل لأحد ذبح حصة شريكه بغير إذنه إلا أن يرى به موت فيبادر بذبحه ، لأن تركه مية إضاعة للمال ، وقد نهى رسول الله عن إضاعة المال ، المحلى ٨ / ٥٥٦ ، ٥٥٨ .

(٤) من الآية ٧ من سورة النساء .

(٥) المنقلى للباجي ٦ / ٥٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٣٢٨ ط دار الفكر .

(٦) معين الحكام ٢ / ٦٠٢ .

(٧) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٨ .

فإذا قسمها يستضر صاحب العشر أو الثمن ، لكونه لا يحصل له ما يكون داراً ، ولا يستضر شريكه الآخر ؛ لأنه يبقى له ما يصير داراً مفردة ،

فهنا لو اقتسماها بأنفسهما جاز ؛ لأن صاحب القليل قد رضى بضرر نفسه ، ولا ضرر فيه لصاحب الكثير ، فجازت قسمة .

وأما إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر ، فهنا لا يخلو الحال من وجهين :-

أ- أن يطلب صاحب الكثير القسمة .

ب - أن يطلب صاحب القليل القسمة .

ونبين آراء الفقهاء في كل حالة على حدة ، وذلك على التفصيل التالي :-

أولاً : أن يطلب صاحب الكثير القسمة :

إذا طلب صاحب النصيب الكبير القسمة ، وأبى شريكه الآخر . صاحب النصيب القليل

- فهل يجبر القاضى أو الحاكم صاحب القليل على القسمة ؟

خلاف بين الفقهاء على قولين :-

القول الأول :-

أنه لا يجبر صاحب القليل على القسمة .

ذكره أبو الخطاب من الحنابلة ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل عنه حيث قال :-

كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمة^(١) . وبه قال الجصاص من الحنفية^(٢) ، وهو قول عند المالكية^(٣) ، وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور^(٤) ، وهو قول عند الزيدية^(٥) ، وبه قال الإمامية^(٦) .

واستدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول :-

أ - أما المنقول فاستدلوا :-

(١) بقول النبى - ﷺ - :- ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾^(٧) .

فقد نهى رسول الله - ﷺ - عن الضرر ، ولا شك أن القسمة التى يترتب عليها حصة

لا ينتفع بها أحد الشريكين تعتبر إضراراً به ، فيكون منهياً عنها .

(١) المظنى لابن قدامة ٧٢ / ٩ .

(٢) حاشية سعدى جليى مع تكملة فتح القدير ١٠ / ٨ .

(٣) بدلية المجتهد ٢٦٦ / ٢ .

(٤) المظنى لابن قدامة ٧٢ / ٩ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٩ .

(٥) المسيل الجرار ٣ / ٢٦٥ .

(٦) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٩ .

(٧) سبق تخريجه .

المناقشة :-

أقول : ويمكن أن يرد على ذلك بأن رسول الله -ﷺ- وإن كان قد نهى عن الضرر ، فقد نهى عن الضرر أيضاً ، ولا شك في أن إجبار صاحب الكثير على البقاء في الشركة إضراراً به ، فيجب رفعه ، وكون صاحب القليل سيستضر من الانفصال ، فإن هذا راجع لقلّة حصته ، لا إلى القسمة ، ومن ثم فلا يجوز له الانتفاع بحق غيره . والله أعلم .

(٢) وبما روى عن النبي -ﷺ- "أنه نهى عن قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال" (١) :

فقد نهى النبي -ﷺ- عن إضاعة المال ، وإذا حرم عليه إضاعته ماله ، فإضاعته مال غيره أولى ، وإجابة صاحب الكثير للقسمة فيها إضاعة لمال صاحب القليل ، فيحرم (٢) .

المناقشة :-

أقول : ويمكن أن يرد على ذلك بأن طالب القسمة يطالب حقه ، والانتفاع بملكه ، ويمنع غيره من الانتفاع به ، ولا شك أن هذا حق له ، وهو من لوازم الملكية ، فيجب أن يمكن منه ، وكون صاحب القليل سيلحقه ضرر بمنع انتفاعه بنصيب شريكه ، لا يعد ضرراً ، وليس في هذا إضاعة لمال الغير ، فلا يبالى به . والله أعلم .

ب - وأما المعقول فاستدلوا بما يلي :-

(١) أنها قسمة يستضر بها صاحبه ، فلم يجبر عليها ، كما لو استضرأ معاً .

وقد روى عمرو بن جميع عن النبي -ﷺ- أنه قال :- "لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم" (٣) . والتعضية : التفرقة .

قال أبو عبيدة : هو أن يخلف شيئاً إذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعاً (٤) .

ولأننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة ، وأن الضرر في حق أحدهما مانع ، ولا يجوز أن يكون المانع هو ضرر الطالب ؛ لأنه مرضى به من جهته ، فلا يجوز كونه مانعاً ، كما لو تراضياً عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما ، فتعين الضرر المانع من جهة المطلوب .

(١) سبق تخريجه .

(٢) المغني لابن قدامة ٩ / ٧٢ .

(٣) الحديث رواه ابن حزم ، وقال هو خبر مرسل ، ورواه الدارقطني والبيهقي .

يراجع / المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٨ ، سنن الدارقطني ٤ / ٢١٩ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١٣٣ ، معرفة السنن والآثار للبيهقي ١٤ / ٢٣٨ رقم (١٩٧٨٩) ط دلو قتيبة ، الاستنكار لابن عبد البر ٢٢ / ٢٤٦ .

(٤) لمعان العرب مادة عضأ ج ٤ ص ٢٩٩٣ . ط دلو المعارف ، والسنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١٣٣ .

ولأنه ضرر غير مرضى به من جهة صاحبه ، فمنع القسمة كما لو استضرأ معاً^(١) .

أقول يناقش هذا : بأن هذا الحديث فى إسناده صديق بن موسى بن عبدالله بن الزبير ، وهو ليس بالحجة ، وقال الشافعى : لا يكون مثل هذا الحديث حجة لأنه ضعيف . وقال البيهقى : إنما ضعف لانتقاعه^(٢) .

(٢) واستدل ابن أبى ليلى : بأن المقصود بالقسمة تكميل المنفعة ، وتحصيلها ، لا تفويتها ، والمعتبر فيها المعادلة بينهم فى المنفعة ، وإذا أدت القسمة إلى الإضرار بالبعض لم تكن مشروعة ؛ لأنها تقع على ضرر ، فصار كما إذا كان كلهم لا ينتفعون ، كما إذا طلب صاحب القليل^(٣) .

ونوقش هذا : بأن طالب القسمة يطلب حقه ، وأن ينتفع بملكه ، ويمنع غيره من الانتفاع بملكه ، فيجب على القاضى إيصال حقه ، والضرر الذى يلحقه يمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضرراً ، فلا يبالى به ، ولا يمنع الحكم بالعدل ، كما فى سائر المواضع ؛ لأن المحكوم عليه لا بد له من الضرر ، ولو كان ذلك مانعاً من الحكم بالعدل ، لما وصل أحد إلى حقه^(٤) .

القول الثانى :-

أنه يجبر الحاكم صاحب النصيب القليل على القسمة .

وهو قول الحنفية ، والشافعية ، والمالكية فى المشهور ، وهو قول القاضى من الحنابلة ، وهو رواية عن الإمام أحمد ، وهو الراجح عند الزيدية^(٥) .

واستدلوا على ذلك من المعقول فقللوا :-

(١) إن صاحب الكثير إذا طلب القسمة ، فقد طلب أفراد نصيبه الذى لا يستضر بتميزه ، فوجبت إجابته إليه ، كما لو كانا لا يستضران بالقسمة^(٦) .

(٢) إن القسمة فى حق صاحب النصيب الكبير مفيدة له ، لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك ، وفى حق صاحب القليل تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه ،

(١) المغنى لابن قدامة ٧٢ / ٩ .

(٢) التعليق المغنى على الدارقطنى لأبى الطيب محمد شمس الحق أبى ، أسفل سنن الدارقطنى ٣ / ٢١٩ ،

السنن الكبرى للبيهقى ١٠ / ١٣٣ .

(٣) تبين الحقائق للزيمى ٥ / ٢٦٩ .

(٤) تبين الحقائق للزيمى ٥ / ٢٦٩ .

(٥) بدائع الصنائع للكاسى ٩ / ٤١٢٠ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٩ . بداية المجتهد ٢ / ٢٦٦ ، الحلو

الكبير للمارودى ١٦ / ٢٥١ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٠٣ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٢ ، الإصناف

١١ / ٣٣٦ ، شرح الأثر ٣ / ٣٨٨ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ .

(٦) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٢ .

إذ لا يقدر صاحب القليل على الإنتفاع بنصيبه إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلّة نصيبه ، فكانت القسمة في حقّه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت^(١) .

(٣) إن في إجابة صاحب الكثير ، وجير صاحب القليل ما يحقّق حكمة القسمة ، إذ يتحقّق لكل منهما كمال تصرفه في ماله باختياره ، مع تخلصه من سوء المشاركة^(٢) .

(٤) القياس على استقضاء الدين من المديون وإن تضرر^(٣) ، فكما جاز استيفاء الدين ، تجوز القسمة أيضاً ، بجامع حصول الضرر في كل .

والقول الرابع :-

وأرى أن القول الثاني القائل بجبر صاحب النصيب القليل على القسمة هو الراجح ، وذلك لقوة أدلتهم .

وأما أدلة أصحاب القول الأول ، فلم تخل من المناقشة والرد .

وفيما رجحناه ما يتماشى مع حاجة الناس ؛ لأن صاحب الكثير الطالب للقسمة ، إنما يطلب حقاً له فيه منفعة ، فوجبت الإجابة إليه ، وإن كان على المطلوب منه ضرر ، كما لو كان له دين على رجل لا يملك إلا ما يقضى به دينه^(٤) ، فإنه يجاب إلى طلب الدائن من استيفاء الدين ، مع تيقننا من ضرر المدين .

ولأن صاحب الكثير إنما يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ، ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه ، وهذا منه طلب الحق والإتصاف ، فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه ، فوجب على القاضي أن يجيبه إليه ؛ لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها ، ودفع المظالم ، ولا يعتبر تضرر الآخر ؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره ، فلا يمكن من ذلك ، وإن لحقه بالمنع ضرر^(٥) .

ثانياً : أن يطلب صاحب القليل القسمة :-

إذا طلب القسمة صاحب النصيب القليل ، والذي سيلحقه ضرر من جراء القسمة ، فهل يجاب إلى طلبه إذا أبى شريكه صاحب الكثير ؟

هنا اختلف الفقهاء على قولين : -

القول الأول :-

إنه إذا طلب القسمة من يستضرر بها - أي صاحب القليل - أجبر الآخر عليها ، فيقسم القاضي أو الحاكم .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٠ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٦ / ٢٥١ .

(٣) البحر للزخارف ٤ / ١٠٤ .

(٤) المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٢٥١ .

(٥) تبين الحقائق للزيلعي ٥ / ٢٦٩ .

وهذا مذهب أبى حنيفة وبعض أتباعه^(١) ، وعليه الفتوى فى المذهب^(٢) ، وهو مذهب المالكية^(٣) ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٤) ، وأحد القولين عند الحنابلة^(٥) ، وهو مذهب الإمامية^(٦) .

القول الثانى :-

إنه إذا طلب صاحب القليل - المستنصر - القسمة ، فإنه لا يجبر الطرف الآخر ، فلا تقسيم .

وبهذا قال بعض الحنفية^(٧) ، وهو قول ضعيف عند المالكية^(٨) ، وهو الصحيح من الوجهين عند الشافعية^(٩) ، وهو المذهب عند الحنابلة^(١٠) ، وهو مذهب الزيدية^(١١) .

الأدلة

أدلة أصحاب القول الأول :-

استدل أصحاب القول الأول القائلون بجبر الممتنع إذا كان الطالب للقسمة هو المضرور بالمعقول فقالوا :-

(١) إن صاحب القليل طلب دفع الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيه ، فأجبر عليه ، كما إذا كان لا ضرر عليهما .

يؤيده أن ضرر الطالب مرضى به من جهته ، فسقط حكمه ، والآخر لا ضرر عليه ، فصار كما لا ضرر فيه^(١٢) .

-
- (١) منهم الحاكم الشهيد والجصاص ، وبه قال شيخ الإسلام خواهر زادة .
 - (٢) يراجع بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٠ ، حاشية الشلبى على تبیین الحقائق ٥ / ٢٦٩ .
 - (٣) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٦ .
 - (٤) الحاوى للموردى ١٦ / ٢٥١ ، المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ .
 - (٥) المغنى ٩ / ٦٢ ، الإتحاف ١١ / ٣٣٦ ، الفروع ٦ / ٥٠٦ .
 - (٦) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٩ .
 - (٧) منهم الإمام القنورى والخصاف والإمام الكرخى ، وإليه مال الفقيه أبو الليث ، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسى ، وشيخ الإسلام الإسماعيلى .
 - يراجع / بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٠ ، حاشية الشلبى على تبیین الحقائق ٥ / ٢٦٩ .
 - (٨) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٦ ، حاشية البنائى على الزرقانى ٦ / ٢٠٧ .
 - (٩) المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ وهو قول لشلبي فى الأم ٦ / ٢٣٠ .
 - (١٠) المغنى ٩ / ٧٣ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٠٩ .
 - (١١) البحر الرخاوى ٤ / ١٠٤ .
 - (١٢) المغنى ٩ / ٧٣ .

(٢) ولأنه قسمة لا ضرر فيها على أحدهما ، فأجبر الممتنع قياساً على ما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب ، حيث نقول بالجبر فيه ، فكذلك هنا^(١) .

وأجيب عن هذا : بأن هذا قياس فاسد ؛ لأنه إذا كان الضرر على الممتنع دون الطالب ، فإن الطالب يطلب مالاً ينتفع به ، وهذا يطلب ما يستضر به ، وذلك سفه ، فلم يجبر الممتنع^(٢) .

(٣) إنه لا ضرر في هذه القسمة في حق صاحب الكثير ، بل له فيها منفعة ، فكان في الإباء متعنتاً ، فلا يعتبر إياؤه ، وصاحب القليل قد رضى بالضرر حيث طلب القسمة ، فيجبر على القسمة صاحب الكثير ، كما إذا لم يكن في تبييضه ضرر بأحدهما أصلاً^(٣) .

أدلة أصحاب القول الثاني : -

استدل القائلون بعدم جبر صاحب النصيب الكبير عند طلب صاحب النصيب القليل للقسمة ، بالمعقول فقالوا :-

(١) إن صاحب النصيب القليل متعنت في طلب القسمة ، لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه ، فلا يعتبر طلبه ، وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ، فلا يجوز جبر الممتنع هنا^(٤) .

(٢) إن في طلب المضرور للقسمة إضاعة لماله ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ، ولأن طلب القسمة من المستضر سفه ، فلا تجب إجابته إلى السفه^(٥) .

(٣) ولأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقة ، وفي طلب صاحب الكثير ذلك ، ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم ، وفي طلب صاحب القليل ذلك^(٦) ، ومن ثم فلا يجبر .

القول الرابع :

وبعد عرض القولين وأدلتهم ، تبين لي أن كل قول قد قوى دليله ، ومع ذلك فإني أرى رجحان القول الأول - القائل بجبر صاحب النصيب الكثير بطلب صاحب النصيب القليل - وذلك لما يلي :-

(١) المذهب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٩ .

(٢) المذهب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٠ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٠ .

(٥) المغني ٩ / ٧٣ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٠٩ .

(٦) تبين الحقائق ٥ / ٢٦٩ .

(١) لأن في القول به ما يؤدي إلى الحكمة من مشروعية القسمة ، وهو الخلو من سوء المشاركة وتنازع الأيدي .

(٢) أنه ربما كان يعود على صاحب القليل نفع بعد القسمة يفوق الضرر الواقع عليه من جراء استقلاله بنصيبه فقط ، إذ ليس الضرر في كل الأحوال مادياً فحسب ، بل هناك من الضرر النفسي ما هو أشد ، ولا شك أن هذا بين لائح في مسألتنا هذه ، فصاحب النصيب القليل يعلم أنه سيتضرر من القسمة ، ومع ذلك أقدم عليها ؛ فلا بد وأن هناك سبباً دفعه لذلك ، فطالما طلب ذلك ، فيجب إجابته .

(٣) ثم لي أن أتساءل ، ما الفرق بين أن يكون الطالب صاحب الكثير فيجاب ، وبين أن يكون الطالب صاحب القليل ، فيمنع ؟

ففي طلب صاحب الكثير إجبار لصاحب القليل على القسمة ، وتقسّم ويأخذ نصيبه القليل الذي يتضرر به كرها - وهذا جوزتموه - .

وهنا أقبل على أخذ نصيبه الذي سيتضرر به طوعاً ، وعن طيب نفس منه ، أقول : ما الفرق بين الصورتين خاصة وأن مؤداهما واحد - وهو استقلال صاحب النصيب القليل بنصيبه رغم ما يعود عليه من ضرر ؟ .

إذا لا فرق ، بل في القول بإجابة صاحب القليل إلى القسمة ما هو أولى طالما كان ذلك عن طيب نفس منه .

وليس في هذا إضاعة لماله ؛ لأنه أخذ حقه ، وتضرره راجع لقلّة نصيبه ، ومنعه من الانتفاع بنصيب غيره ، وهو ضرر لا نبالي به ، خاصة وأن ماله مصون غير مضاع .

والله أعلم

الشرط الثاني : أن يطلب الشركاء جميعاً أو بعضهم القسمة^(١) :

وهذا الشرط خاص بالقسمة القضائية أيضاً .

فلا بد أن يطلب الشركاء أو أحدهم القسمة ، فإذا لم يتقدم واحد من الشركاء - على الأقل - بطلب القسمة من القاضي أو الحاكم ، فلا يجوز للقاضي أو الحاكم أو نائبهما أن يقسم .

(١) وهذا الشرط محل اتفاق لدى جميع الفقهاء ، يراجع / بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٣ ، الفتاوى الهندية ٢٠٤ / ٥ ، شرح الخرشي ٤ / ٤١٢ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣ / ٥١٢ ، المذهب مع التكملة ١٨ / ٤٠٩ ، مغني المحتاج ٤ / ٤٢٠ ، المغني لابن قدامة ٩ / ٧١ ، كشف القناع ٦ / ٣١ وما بعدها ، الكافي لابن قدامة ٤ / ٣١٩ ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٢ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٣ ، البحر الرقار ٤ / ١٠٣ ، شرح التلّيل وشفاء العليل ١٠ / ٥٢٥ ، منهج الطالبين ١٢ / ١٥ .

لأن القسمة من القاضى تصرف فى ملك الغير ، والتصرف فى ملك الغير من غير إذنه محظور فى الأصل ، إلا أنه عند طلب بعض الشركاء للقسمة ، يرتفع الحظر ، دفعاً للضرر الواقع عليه - بدلالة الطلب - من قبل الآبى الذى كان عليه أن يتمتع من الإضرار ديانة ، فإذا أبى القسمة ، علم أن هذا الشريك الآبى لا يتمتع عن الإضرار بشريكه ديانة ، ومن ثم فيدفع القاضى ضرره بالقسمة ، فكانت القسمة فى هذه الصورة من باب دفع الضرر ، وما نصب القاضى إلا لذلك .

قياساً على قضاء القاضى بالشفعة لطالبيها ، دفعاً للضرر عنه ، من غير رضا المشتري أو البائع ؛ لأنه لما طلب الشفعة علم أنه يتضرر بجواره ، فالشرع دفع ضرره عنه بإثبات حق التملك بالشفعة جبراً عليه ، وكذا هذا^(١) .

وبالتالى فإذا لم يتقدم أحد بطلب القسمة إلى القاضى ، فلا تصح قسمة القاضى وإن وقعت^(٢) ، لأنه حكم بدون دعوى .

أما إذا تقدم أحد الشركاء بطلب القسمة ، فإنها تجب ، إلا إذا كان الطالب قاصداً للضرر ، فلا تجب كما سبق أن بينا فى الشرط السابق .

الشرط الثالث :- رضاء المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم :-

وهذا الشرط خاص بالقسمة الرضائية ؛ لأن معنى البيع فيها أظهر ، وإنما البيع عن تراض .

فيشترط رضاء الشركاء جميعاً فيما يقسمونه بأنفسهم ، إذا كانوا من أهل الرضا ، فإذا لم يكونوا من أهل الرضا ، فإنه يشترط رضاء من يقوم مقامهم .

فإن تخلف الرضا فى الحالتين لا يصح القسم ، حتى لو كان فى الورثة صغير لا وصى له ، أو كبير غائب ، فاقسموا ، فالقسمة باطلة ؛ لأن القسمة فيها معنى البيع ، وقسمة الرضا أشبه بالبيع ، ثم لا يملكون البيع إلا بالتراضى ، فكذا القسمة ، إلا إذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين ، فيقسم الولى أو الوصى إذا كان فى القسمة منفعة لهم ؛ لأنهما يملكان البيع ، فيملكان القسمة .

فإن لم يكن ولى ولا وصى ، نصب القاضى وصياً أو ولياً ليقسموا برضاه ، فإن امتنع ولى أو وصى أو شريك ما ، وترافعوا إلى القاضى ، فيقسم القاضى بينهم ؛ لأن القاضى منوط به إعطاء كل ذى حق حقه^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٣ ، ٤١٢٤ .

(٢) الدر المختار أعلى حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٣ ، مجمع الأثر ٢ / ٤٨٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٤ .

وكذلك إذا كان بين الشركاء غائب ، فإن وكيله يقوم مقامه .
وما سبق لا خلاف فيه بين الفقهاء فى الجملة^(١) ، وإن اختلفوا فى بعض تفصيلات
يسيره نوجزها فيما يلى :-

أ- هل تعتبر مصلحة المحجور عليه عند القسمة فى كل حال ؟

لم يعتبر الشافعية مصلحة المحجور عليه إلا عندما يكون ولى المحجور هو الذى بدأ
بطلب القسمة ، أما حين يطلبها غيره ، فإن عليه أن يجيب ولو لم تكن القسمة فى مصلحته ،
اكْتفاءً بأنها بطبيعتها صلاح لا شك فيه من قبل الاستقلال بالتصرف بعدها^(٢) ، وهذا سواء
كان المحجور عليه صبيبا أو مجنوناً أو محجوراً عليه بسفه ، وهذا ما قال به الإمامية أيضاً^(٣).

أما المالكية فقد اعتبروا كون القسمة فى مصلحة المحجور عليه فى كل حال سواء كان
هو الطالب للقسمة أو مطلوباً ، بل وكلوا أمر تقديرها إلى القاضى بالنسبة للصغار ، فيرفع إليه
الوصى الأمر ، وهو يرى الأصلح فيشير على الوصى بالقسمة أو بعدمها^(٤) .

أما الحنابلة فاشتراطوا عدم الغبن أو المحاباة ، فيقول ابن قدامة :- " ويجوز لهما - أى
للأب والوصى - قسمة التراضى من غير زيادة فى العوض "^(٥) .

وكذلك أجاز الحنفية للولى أو الوصى القسم إذا كان فيه منفعة لهم^(٦) .

أما الإباضية فقالوا بأن الصبى والغائب والمعتوه والمحجور عليه ، لا يجوز قسم أموالهم
ولا يثبت إلا بنظر العدول مع حضرة وكلائهم وأبى الصبى ، فإذا وقع القسم بغير هذا فلا
يثبت ، كان فيه غبن أو لم يكن .

وقيل : إنه يجوز القسم وللبالغين الخيار ، وللصبى إذا بلغ الخيار أيضاً ،

وقيل : إنه يقف العدول على ذلك القسم ، فإن رأوه أحظى للصبى أثبتوه عليه ؛ لأنه لو
قسم ثانياً وثالثاً لم يقع له أفضل من سهمه .

وإن رأوا أنه يقع له أفضل من سهمه ، نقضوا هذا القسم وأعادوه .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٤ ، شرح الخرشي ٤ / ٤١٧ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٠ ، الفروع ٦ / ٥١٤ ،

٥١٥ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٧٠ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٣ ، شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٥٢٢ .

(٢) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٠ ، حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٣ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٧٠ .

(٤) شرح الخرشي ٤ / ٤١٧ .

(٥) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨١ .

(٦) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٤ ، وراجع القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٧٠ ، ٧١ .

وقيل : إن القسم منتقض ، ولكل من أراد من الشركاء النقض كان له ذلك ما لم يبلغ الصبى ، ويتم القسم (١) .

ب- إذا كان الولي مع من تحت ولايته - محجوره - شريكين في مال ، فهل يجوز لهذا الولي أن يقاسم المحجور أو من تحت ولايته بنفسه ؟

فمذهب الشافعية (٢) ، والمالكية في المشهور عندهم (٣) ، وهو قول عند الإباضية (٤) ، أن الولي لا يقاسم من تحت ولايته ، لمكان التهمة ، سواء كانت القسمة بيعاً أم محض تمييز حقوق ، حتى وإن وافقت السداد ؛ لأنه من بيع الوصى مال محجوره ، من نفسه وهو لا يجوز .

ولكن الذى يقسم بينهم هو القاضى ، فيلجأون إليه .

أما إذا انتفت التهمة ، وذلك بأن جمع نصيبه ونصيب المحجور معاً على الشيوع عندما يكون هناك شركاء آخرين ، فإنه يجوز للولى في هذه الحالة أن يقسم بنفسه ، ويختار لنفسه ولمحجوره . وهذا الاستثناء نص عليه المالكية (٥) ، وأصول الشافعية تقتضيه (٦) .

وهناك قول عند المالكية : بأنه يجوز قسم الولي مع محجوره مطلقاً ، بشرط ألا يجابى نفسه .

وبهذا قال القرطبي في تفسيره ، وابن العربى فى أحكامه ، حيث قالوا : بان مشهور مذهب مالك الجواز إن لم يحابى نفسه (٧) .

وذهب الحنفية إلى أنه إذا كان الوصى هو الأب فإنه يجوز له مقاسمة ابنه بنفسه استحساناً لا قياساً ؛ لتصريحهم بمثل ذلك فى البيع . أما إذا كان الوصى غير أب ، فإما أن يكون الوصى منصوباً من قبل الأب ، وإما أن يكون منصوباً من قبل القاضى . فإن كان منصوباً من قبل القاضى ، فلا تجوز مقاسمته مطلقاً ؛ لأنه وكيل .

(١) منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ٥٧ .

(٢) مغنى المحتاج ٤ / ٤٦٦ .

(٣) البهجة فى شرح التحفة ٢ / ١٣٥ .

(٤) منهج الطالبين ١٢ / ٥٤ .

(٥) معين للحكام على القضايا والأحكام ٢ / ٦٠٥ ، حلى المعاصم بهامش شرح تحفة ابن عاصم ١٣٦ / ٢ .

(٦) مغنى المحتاج ٤ / ٤١٨ حيث جاء فيه :- ولو وكل بعضهم واحداً منهم أن يقسم عليه ، قال فى الاستقصاء : إن وكله على أن يفرز لكل منهم نصيبه لم يجز ، لأن على الوكيل أن يحتاط لموكله ، وفى هذا لا يمكنه ؛ لأنه يحتاط لنفسه ، وإن وكله على أن يكون نصيب الوكيل والموكل جزءاً واحداً ، جاز ؛ لأنه يحتاط لنفسه ولموكله . أقول : فخرج قسم الوصى على قسم الوكيل . والله أعلم .

ولراجع القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٧١ .

(٧) البهجة شرح التحفة مع حاشيتها حلى المعاصم ٢ / ١٣٥ ، مواهب الجليل ٥ / ٣٥٤ ، وأحكام القرنين لابن العربى ، ١ / ١٥٥ دلو الفكر .

أما إذا كان هو المنصوب من قبل الأب ، فإنه تجوز مقاسمته لنفسه ولمن هو تحت ولايته عند الإمام أبي حنيفة ، طالما كان للمحجور عليه نفع ظاهر .

أما عند الصاحبين ، فلا تجوز مقاسمته ، قياساً على الوكيل (١) .

وذهب الإباضية : إلى أن الوصى يقيم لنفسه وكيلاً في حصته ، ويتولى هو مقاسمة حصة اليتيم ؛ لأنه لا يجوز أن يقاسم لنفسه ، وقيل : يقيم وكيلاً لليتيم ، ويقاسم هو لنفسه .

وقيل : إن القسم في هذا لا يصح ، وهما شركاء في سهميهما (٢) .

ج - ما الحكم لو كان أحد الشركاء غائباً ، ولم يكن لهذا الغائب وكيل عنه ، وأراه بقية الشركاء القسمة ؟

فقد ذهب الشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) ، وجمهور المالكية (٦) ، إلى أن القاضى يقسم عنه ولو قربت غيبته .

وبهذا قال الإباضية وزادوا على ذلك بأنه إذا لم يكن للغائب وكيل من قبل نفسه ، أقام لهم الحاكم وكلاء يقاسمون لهم ممن يثق بهم الحاكم ، فإن عدم الحاكم ، فجماعة المسلمين يقومون مقام الحاكم (٧) .

وذهب بعض المالكية إلى القول بانتظار عودة الغائب ، إذا لم يكن بمكان بعيد عرفاً (٨) .

وذهب الحنفية إلى أنه إذا كان أحد الشركاء غائباً ، فلا تجوز القسمة أصلاً ، ولا يقسم القاضى أيضاً ، إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، حتى ولو كانت غيبته بعيدة .

ومع ذلك فإن الحنفية يقولون بأنه إذا قسم القاضى رغم غيبة الشريك ، فإن القسمة لا تنقض ؛ لأنه صادف محل الاجتهاد ، فلا ينقض (٩) .

أما ابن حزم ، فقد ذهب إلى أنه إذا كان الشريك غائباً ، ولم يجبه للقسمة ، أو حاضراً يتعذر عليه أن يضمه إلى القسمة ، فله تعجيل أخذ حقه ، والقسمة ، والعدل فيها ؛ لأنه لا فرق بين قسمة الحاكم إذا عدل ، وبين قسمة الشريك إذا عدل (١٠) .

(١) البحر الرائق ٨ / ٥٢٧ ، مجمع الأنهر ٢ / ٧٢٥ ، الدر المنقذ ٢ / ٧٢٦ ، أشباه ابن نجيم ٤٣٧ .

(٢) منهج الطالبين ١٢ / ٥٤ .

(٣) تحفة المحتاج بهامش شرواقي وابن القاسم ١٠ / ١٩٣ .

(٤) الإصناف ١١ / ٣٤٥ ، الإقناع ٤ / ٤١٤ .

(٥) البحر الزخار ٤ / ١٠٣ .

(٦) حاشية الصلوى على الشرح الصغير ٥ / ١٨٠ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣ / ٥١٦ .

(٧) منهج الطالبين ١٢ / ٥١ .

(٨) المراجع السابقة للملكية .

(٩) البهجة ٩ / ٤١٢٤ ، البحر الرائق ٨ / ١٧٠ .

(١٠) المحطى لابن حزم ٨ / ٥٦٢ .

د - ما الحكم لو غاب ولو القاصر ؟

الصحيح عند الحنابلة أنه إذا لم يكن ولي القاصر حاضراً ، فإن الحاكم يقوم مقامه بسبب غيبته^(١) .

وبهذا قال المالكية أيضاً .

فيقول العلامة الصاوي :- " فإن لم يكن له ولي فالحاكم ، فإن لم يكن حاكم شرعي فجماعة المسلمين من أهل بلده^(٢) .
وبهذا قال الإباضية أيضاً^(٣) .

الشرط الرابع : حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم :-

وهذا الشرط عام في نوعي القسمة ، فيراعى في قسمة الإيجار ، كما يراعى في قسمة التراضي ، وقد علمنا في الشرط السابق من هم الذين يقومون مقام الشركاء .

فيشترط لصحة القسمة أن يحضر الشركاء ، أو من يقوم مقامهم أمام القاسم ، فلو كان فيهم غائباً ، لا تجوز القسمة أصلاً ، ولا يقسم القاضي عنه إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، ولكنه لو قسم لا تنقض قسمته ؛ لأنه صالاف محل الإجتهد فلا ينقض ، فتنتظر عودة الشريك الغائب ، وبهذا قال الحنفية ، وهو وجه عند الحنابلة^(٤) .

والحنفية يصرحون بأنه إذا كان في الشركاء بغير ميراث غائب كبير لا وكيل له ، فلا يقسم القاضي ولا غيره .

أما لو كانوا شركاء في ميراث ، فيكفي حضور اثنين من الورثة ، ويكون ذلك بمثابة حضور الجميع بالنسبة لتصحيح الدعوى ، ومن ثم فيقسم القاضي^(٥) .

ولكن الشافعية^(٦) وجمهور المالكية^(٧) والمعتد عند الحنابلة^(٨) والزيدية^(٩) ذهبوا إلى أن القاضي أو الحاكم يقسم على الغائب جبراً ، وسواء كان له وكيل حاضر عنه أو لم يكن ، فيعزل نصيبه .

(١) الإصناف ١١ / ٣٤٥ ، الفروع ٦ / ٥١٠ .

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥ / ١٨٠ ، ويراجع/ القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٧١ .

(٣) منهج الطالبين ١٢ / ٥١ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٤ ، البحر الرائق ٨ / ١٧٠ ، الإصناف ١١ / ٣٤٥ .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٥ ، وما بعدها ، البحر الرائق ٨ / ١٧٠ وما بعدها .

(٦) تحفة المحتاج بهامش الشرواني وابن القاسم ١٠ / ١٩٣ ، نهلية المحتاج ٨ / ٢٦٩ .

(٧) شرح الخرشي ٤ / ٤١٧ ، الشرح الصغير ٥ / ١٨٠ .

(٨) الإصناف ١١ / ٣٤٥ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٤ .

(٩) البحر الرقوع ٤ / ١٠٣ ، ويراجع للإباضية/ منهج الطالبين ١٢ / ١٥ ، ٥١ ، شرح القليل وشفاء العليل ١٠ / ٥٢٢ .

كما يقسم عنه تراضياً إذا لم يكن له وكيل .

هذا وقد سبق بيان ذلك قبل قليل .

الشروط الخامس : أن يقيم المتقاسمون البينة على ملكيتهم للمال

المشترك بينهم الذي هو محل القسمة :-

وهذا الشرط خاص بالقسمة القضائية .

ولا خلاف^(١) بين الفقهاء في أنه إذا أقام المتقاسمون البينة على ملكهم للعين أو المال المقسوم ، فإن القاضى أو القاسم يقسم بينهم بلا نزاع^(٢) .

ولكن إذا لم يقم المتقاسمون البينة على ملكهم للمال المقسوم ، وطلبوا القسمة - أو أحدهم، فهل يكتفى القاسم بإقرارهم بالملكية أم لابد من إثباتها ببينة تبين ملكيتهم للمال المقسوم؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :-

القول الأول :-

يقسم القاضى بينهم بإقرارهم بالملكية مطلقاً ، سواء ذكروا سبب الملكية أو لم يذكروا ، وسواء كان المال محل القسمة عقاراً أو منقولاً ، وسواء كان سبب الملكية الإرث أو الشراء ، غير أنه يجب على القاسم فى هذه الحالة ، أن يذكر فى الإشهاد فى كتاب الصك أنى قسمت بإقرارهم ، ولم أقض فيه على أحد ؛ لنلا يتعدى أثر الحكم إلى غيرهم .

وبهذا قال صاحبان من الحنفية^(٣) ، وهو قول عند الشافعية إذا لم يكن بين المتقاسمين منازع^(٤) ، وبه قال الشيعة الزيدية^(٥) وهو قول أبى حنيفة فيما إذا أقروا بالملكية بدون ذكر سبب، منقولاً كان أو عقاراً ، وهو قوله إذا أقروا بالملكية وذكروا السبب ، وكان المال محل القسمة منقولاً ، سواء كان السبب الإرث أو الشراء ، وهو ظاهر الرواية عنه إذا كان سبب الملكية الشراء ، وكان المقسوم عقاراً^(٦) .

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٧

(٢) تحفة الفقهاء للسمرقندى ٣ / ٢٨٠ ، البهجة شرح للتحفة ٢ / ١٣٤ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٩ ، الكافى لابن قدامة ٤ / ٣٢٥ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٩ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٤ ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٢ / ١٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٥ وما بعدها ، مجمع الأثر ٢ / ٤٨٩ ، ٤٩٠ .

(٤) وهذا القول عند الشافعية أخذ به إمام الحرمين ولبن الصباغ والغزالي حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٢٥٣ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٩ .

(٥) البحر الزخار ٤ / ١٠٩ .

(٦) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٥ وما بعدها ، تبين الحقائق للزلى ٥ / ٢٦٦ وما بعدها .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :-

(١) إن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم ، فيثبت لهم الملك من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم ، واتهابه واستجاره^(١) .

(٢) وأما فيما إذا ادعوا الملك ، ولم يذكرُوا كيف انتقل إليهم ؛ فلائنه ليس فى القسمة قضاء على الغير ، فإنيهم لم يقرُوا بالملك لغيرهم ، فيكون مقتصرأ عليهم ، فيجوز^(٢) .

(٣) واستدل صاحبان على قولهما بالاكْتفاء بالإقرار فى قسمة العقار الموروث ، بالقياس على المنقول .

إذ لا خلاف فى أن القاضى يقسم المنقول بمجرد إقرار الورثة بإرثه ، بجامع أن قسمة كل منهما صادفت محلها الصحيح ، وهو الملك المشترك الثابت دون تهمة ولا نزاع ، وهذا كما هو متحقق فى المنقول متحقق أيضاً فى العقار ؛ لأن اليد دليل الملك ظاهراً ، والإقرار يدفع تهمة انتفائه ، فيكتفى بالإقرار فى قسمة العقار الموروث^(٣) .

ونوقش ذلك بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن المنقول يخشى عليه من التلف فيحتاج إلى الحفظ ، والقسمة نوع حفظ له ، وأما العقار فمستغن عن الحفظ ؛ لأنه محفوظ بنفسه ، فبقيت قسمته قطعاً لحق الميت ، فلا يملك إلا بيئته^(٤) .

(٤) واستدل صاحبان أيضاً بقياس العقار الموروث على العقار غير الموروث كالعقار المشترى ، بجامع أن قسمة كل منهما صادفت محلها ، الملك المشترك الثابت دون تهمة أو نزاع^(٥) .

ونوقش هذا بإبداء الفرق بين الشراء وبين الإرث ، فإن إمتناع القسمة فى الموارث بنفس الإقرار لما يتضمن من إبطال حق الميت ، وذلك منعدم فى باب البيع ، إذ لا حق باق للبايع فى المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت محلها فصحت^(٦) .

(٥) واستدل صاحبان أيضاً بأن البيئنة إنما تقام على المنكر ، وإذا كان كل الورثة مقرون بملكيتهم للعقار الموروث ، وليس بينهم منكر ، فعلى من تقام البيئنة^(٧) .

(١) روضة الطالبين للنووى ١١ / ٢١٩ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٦٩ .

(٢) تبين الحقائق ٥ / ٢٦٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٥ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٨ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٨ ، نتائج الأكلر ٨ / ٨ .

(٦) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ ، الهداية مع نتائج الأكلر ٨ / ٨ .

(٧) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ ، شرح الغنية على الهداية بهمش نتائج الأكلر ٨ / ٧ .

ونوقش هذا : بأن البينة تقام على بعض الورثة من البعض ، وإن كانوا مقرين وذلك جائز ، كالآب أو الوصى إذا أقر على الصغير ، ولا يصح إقرارهما إلا بالبينة ، ولا منكر ههنا ، كذا هذا (١).

(٦) يستدل لقول أبى حنيفة فى ظاهر الرواية بالاكْتفاء بالإقرار فى العقار المشتري ، بأن امتناع القسمة فى الموارث بنفس الإقرار لما يتضمن من إبطال حق الميت ، وذلك منعدم فى باب البيع ، إذ لا حق للبايع فى المبيع بعد البيع والتسليم فصادت محلها فصحت (٢) .

القول الثانى :-

إن القاسم لا يجيبهم إلى القسمة إلا إذا أقاموا البينة على ملكهم ، سواء اتفقوا على طلب القسمة أو تنازعوا فيه ، وسواء كان المال محل القسمة عقاراً أو منقولاً ، وأيا كان سبب الملك الميراث أو الشراء .

وبهذا قال المالكية الذين نصوا على تفاصيل الشهادة المطلوبة فى حالة الميراث ، فلا بد من إثبات موت المورث ، وملكه للمقسوم إلى أن مات وسبب الورثة (٣) ، وهو قول الإباضية (٤) ، وهو قول جمهور الشافعية (٥) ، وهو قول عند الإمامية (٦) ، وهو قول الإمام أبى حنيفة إذا كان سبب الملك هو الإرث ، وكان المورث عقاراً ، فلا بد عنده من إقامة البينة على موت المورث ، وعلى عدد الورثة ، وسبب الورثة ، وهو وجه عنده أيضاً فى غير ظاهر الرواية ، إذا كان المال محل القسمة عقاراً ، وكان سبب الملك الشراء (٧) .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلى :-

(١) إن القاضى أو القاسم لو قسم المال المشترك بين المتقاسمين بمجرد قولهم وإقرارهم ، فلو رفع المتقاسمون دعوى أخرى أمام قاض آخر ، يدعون فيها الملك محتجين بقسمة

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ ، شرح العنلية على الهداية بهامش نتائج الأفكار ٨ / ٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ ، شرح العنلية على الهداية بهامش نتائج الأفكار ٨ / ٨ .

(٣) البهجة شرح التحفة ٢ / ١٣٤ . ولكن قال ابن عبد البر :- "إن قسم القاضى بينهم دون أن يثبتوا أصل الملك ، فلا يترك فى كتاب القسمة أن ذلك إما كان بإقرارهم" ، فهى على هذا شرط كمال . ثم ذكر شارح التحفة ، أن قسمة القاضى بين الورثة أو بيعه على الغائب ونحوه دون ثبوت أصل الملك نافذ ، حتى يثبت أن الملك لغير الغائب والمورث ، ولا ينقض البيع والقسم بمجرد احتمال كون المقسوم والمبيع للغير ؛ لأنه احتمال ضعيف . يراجع البهجة شرح التحفة ٢ / ١٣٤ .

(٤) شرح القليل ١٠ / ٥٧٠ وما بعدها ، منهج الطالبين ١٢ / ١٥ .

(٥) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، نهية المحتاج ٨ / ٢٩٢ ، فروضة ١١ / ٢١٩ .

(٦) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٣ .

(٧) تبين الحقائق للربى ٥ / ٢٦٦ ، وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٧ ، ٢٥٨ .

القاضى ، فلربما أستسهله هذا القاضى ، وجعله ملكا لهم ، وربما كان هو ملكاً
لغيرهم ، ومن ثم فلا يجوز القسم بينهم إلا ببينة تدل على الملك منعاً للنزاع^(١) .

ويناقش ذلك : بأن هذا يندفع إذا أثبت القاسم فى صك القضية أى قسمت بينهم
بإقرارهم ، لا عن بيينة شهدت لهم بملكهم ، وكل ذو حجة على حجة^(٢) .

(٢) احتج الإمام أبى حنيفة على اشتراطه إثبات الملك فى قصة العقار الموروث : بأن
هذه قصة صادفت حق الميت بالإبطال ، فلا تصح إلا ببينة كدعوى الاستحقاق على
الميت .

وبيان ذلك : أن الدار قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت ، بدليل أن الزوائد الحادثة
قبل القسمة تحدث على ملكه ، حتى تكضى منه ديونه ، وتتخذ منه وصاياه ، فكانت القسمة
تصرفاً على ملكه بالإبطال ، فلا يجوز إلا ببينة ، بخلاف المنقول ، فإن قسمته ليست قطعاً
لحق الميت ، بل هى حفظ له ، لأن المنقول محتاج إلى الحفظ ، والقسمة نوع حفظ له ، وأما
العقار فمستغن عن الحفظ ، فبقيت قسمته قطعاً لحقه ، فلا يملك إلا ببينة^(٣) .

ويناقش هذا : بأن ما ذكر لا يصح ، لأن الظاهر أن العقار موروث للورثة ، ولا حق
للميت فيه إلا أن يظهر عليه دين ، وما ظهر ، والأصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به فى غير
العقار ، وفيما لم ينسبوه إلى الميراث^(٤) .

(٣) احتج للوجه الذى روى عن الإمام أبى حنيفة فى غير ظاهر الرواية ، بضرورة
إثبات ملكية العقار الذى تملكوه بسبب الشراء ، بأن المتقاسمين لما أقرروا أنهم ملكوه
بالشراء من فلان ، فقد أقرروا بالملك له ، وادعوا الانتقال من جهته ، بإقرارهم مسلم ،
ودعواهم ممنوعة ومحتاجة إلى الدليل ، وهو البيينة^(٥) . فضلاً عن أنه يجوز أن يكون
فى أيديهم والملك للغير^(٦) .

أقول : ويمكن أن يرد على ذلك بأنه لما كان العقار تحت يد المتقاسمين الذين اشتروه ،
دل ذلك على أنهم تسلموه ، ولا حق للبايع فى المبيع بعد تسليمه ، فيكتفى بإقرار المتقاسمين ،
ولأن من فى يده شيء فالظاهر أنه له .

(١) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٩٢ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٩ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٩ / ٦٩ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ ، الهداية وشرح الغاية مع نتائج الأفكار ٨ / ٧ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٩ / ٦٩ ، العدة شرح الصعدة للمقسي ٢ / ٢٣٩ .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٦ .

(٦) مجمع الأثر ٢ / ٤٩٠ .

القول الثالث : -

إن القاسم يجيب المتقاسمين إلى القسمة سواء كان المقسوم عقاراً أو منقولاً، وإن لم يثبت عنده ملكهم للعين المقسومة إذا لم يكن بين المتقاسمين نزاع ، ولكنه يثبت بالقضية أن قسمه أياه بينهما بإقرارهما ، لا ببينة شهدت لهما بملكهما ، وكل ذي حجة على حجته ، لنلا يتخذ القسمة حجة على من ينازعه في الملك . وهذا في القسمة الرضائية .

أما إذا كان بين المتقاسمين نزاع ، أو بمعنى آخر كانت القسمة إجباراً ، فلا يجيبهم القاضي أو القاسم إلى القسمة ، إلا إذا أثبتوا عنده ملكيتهم للمال محل القسمة عقاراً كان أو منقولاً .

وبهذا قال الحنابلة^(١) ، وهو قول للشافعي رحمه إمام الحرمين وابن الصباغ ، والغزالي^(٢) ، وهو الراجح عند الإمامية^(٣) .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي : -

(١) إنه في القسمة الرضائية حيث اتفق الكل على القسمة ، وأقروا بالملكية ولا منازع لهم ، بأن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم واستجاره^(٤) .

(٢) وإنه في القسمة الجبرية حيث هناك من يأبى القسمة ويمتنع عنها ، بأنه في هذه الحالة يكون الإيجاب على القسمة حكماً على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لحصمه ، بخلاف حالة الرضا ، فإنه لا يحكم على أحدهما ، إنما يقسم بقولهما ورضاهما .

ومن ثم فإنه ينبغي على طالب القسمة أن يثبت ملكيته للعين محل القسمة^(٥) .

القول الرابع : -

وأرى أن القول الثالث الذي قال به الحنابلة وبعض الشافعية ، هو الراجح - وهو القائل بضرورة إثبات الملكية عند التنازع أو في قسمة الجبر ، والاكتفاء بالإقرار أو وضع اليد عند إتفاق المتقاسمين على طلب القسمة - .

وذلك لقوة أدلتهم ؛ ولأن في هذا القول ما يتماشى مع الواقع ، وتحقيق العدالة ، وتيسير

التقاضي .

(١) المغني لابن قدامة ٩ / ٦٩ ، ٧١ ، والكنزى ٤ / ٣٢٥ ، العدة شرح العدة للمقننى ٢ / ٢٣٩ ، ط دار الكتب العلمية .

(٢) روضة الطالبين ١١ / ٢١٩ ، حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٣ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٣ .

(٤) روضة الطالبين ١١ / ٢١٩ ، المغني ٩ / ٦٩ ، الكافي ٤ / ٣٢٥ .

(٥) المغني ٩ / ٧١ ، الكافي ٤ / ٣٢٥ .

وما تخوف منه أصحاب المذهب الثانى - القائلين بضرورة إثبات الملكية .

- لا محل له طالما أن القاضى سيثبت فى صك الدعوى أنه إنما قسم بناء على إقرارهم، ويبقى كل ذى حجة على حجه .

أما إطلاق القول بالانكفاء بإقرار المتقاسمين بالملكية فى توقيع القسمة بينهم ، وسواء كان هناك نزاع أولاً .

فيرد عليه بأننا نسلم قولكم هذا عند حدوث نزاع بين المتقاسمين ، أما عند حدوثه أى فى قسمة الجبر ، فلا بد من إثبات الملكية ، لأننا هنا منحكم على الممتنع ، والقول بغير ذلك سيؤدى إلى جعل الممتنع يقوم برفع دعوى أخرى يطالب فيها بإثبات الملكية ، مما يؤدى إلى تطويل إجراءات التقاضى ، وزيادة عدد الدعاوى .

فى القول الثالث حل لهذا ، فضلاً عن إنه توسط بين الأقوال .

والله أعلم .

ثانياً : - المقسوم له فى نطاق المراسات القانونية :-

المقسوم لهم فى القانون هم الشركاء أو من ينوب عنهم من الأولياء والأوصياء والوكلاء.

فهؤلاء هم أصحاب الحق فى المال الشائع ، وهؤلاء هم الذين لهم الحق فى قسمته تراضياً ، أو طلب القسمة إن أبى أحدهم . إلا أن هؤلاء المقسوم لهم تشترط فيهم شروط لكى تكون القسمة صحيحة نذكرها فيما يلى : -

شروط المقسوم له :

لم يذكر القانون أو الشراح شروطاً مباشرة للمقسوم له ، ولكن نستطيع استخراج شروط المقسوم لهم من خلال استعراض أحكام القسمة فى القانون وذلك كما يلى : -

الشرط الأول :- رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم .

فقد نصت المادة ٨٣٥ من القانون المدنى المصرى على أن "لشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال بالطريقة التى يرونها" .

فواضح من خلال هذا النص اشتراط رضا المقسوم لهم ، حيث إن الرضاء نتيجة حتمية لا تقاوم على القسمة ، فانعقاد الإجماع على القسمة يعنى اتفاق الشركاء جميعاً ، مترتباً على رضاهم .

كما أن المستتر فقهاً وقضاءً أن القسمة عقد ، ومن أركان العقد التراضى .

وهذا الشرط خاص بالقسمة الرضائية أو الاتفاقية ، وإن كان الاتفاق لا يمنع من القسمة القضائية إذا لجأوا جميعاً إلى المحكمة .

وعلى ذلك فيشترط رضا الشركاء جميعاً فيما يقسمونه بأنفسهم إذا كانوا من أهل الرضا ، فإذا لم يكونوا من أهل الرضا ، فإنه يشترط رضا من يقوم مقامهم .

فإن تخلف الرضا في الحالتين ، لا تصح القسمة بالنسبة لمن لم يرض ، ويبقى العقد ملزماً لكل من رضى ، ويظل العقد قائماً ، وللشريك الذى لم يرض ، أن يقره متى شاء .

وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد :- "عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء ، لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعة من جميع الشركاء ، بل يعتبر ملزماً لكل من وقعه ، ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد ، بل يظل قائماً وللشريك الذى لم يوقعه ، أن يقره متى شاء" (١) .

الشرط الثانى : - حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم .

يشترط حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم فى القسمة الرضائية وكذلك فى القسمة الجبرية .

وشرط الحضور هذا يعتبر من مستلزمات انعقاد الإجماع على القسمة الرضائية . إذ أنه لا يتصور اتفاق الشركاء وإجماعهم على القسمة بدون حضورهم أو حضور من ينوب عنهم .
فهذا الشرط من مستلزمات الشرط السابق .

وفى القسمة القضائية يشترط حضور الطالب للقسمة ، والذى عليه أن يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية ، ولا تصح القسمة إذا أهمل أحد الشركاء . والسبب فى ذلك هو أن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة (٢) .

الشرط الثالث :- ألا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضرر من القسمة .

وهو مستفاد من صدر المادة ٨٤١ من القانون المدنى المصرى :-

"إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته يبيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات" .

(١) نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الأولى ، طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٨ ق - ص ٢٧٦ ف ٧٣ ، مجلة المحاماة ٣٠ / رقم ٥٣٢ ص ١٢١٩ ط مطبعة حجازى بالقاهرة ويراجع / د / أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٣٧٢ وما بعدها ، د / عبد العزيز عامر - دروس فى حق الملكية - ص ١٣٢ .

(٢) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢ / ٢١٢ .

فيستفاد من هذه المادة أنه إذا تعذرت القسمة العينية بأن كان المال غير قابل للقسمة ، أو كان من نتيجتها نقص كبير في قيمة المال محل القسمة ، فإنه يلجأ إلى قسمة التصفية .
كما أن القواعد العامة للقانون تؤيد هذا الشرط خاصة المادة الخامسة من القانون المدني المصري والخاصة بمنع التعسف في استعمال الحق .

فإذا طلب الشريك القسمة في وقت غير مناسب ، وكانت القسمة فوراً تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو أيضاً . أو إذا تبين أن الشريك لم يقصد بطلبة القسمة سوى الإضرار بغيره من الشركاء ، أو كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الشركاء ، فإن للقاضي رفض طلبه وإيقاء الشيوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء^(١) .

وهذا الشرط يجب توافره في القسمة القضائية . أما في القسمة الرضائية فلا يشترط ، لأن للشركاء أن يقسموا متى شاءوا وكيفما شاءوا متى كان ذلك برضاهم ، لأن الحق لهم .

الشرط الرابع :- أن يطلب الشركاء جميعاً أو بعضهم القسمة .

وهذا الشرط خاص بالقسمة القضائية .

فطلب القسمة حق لكل شريك ، وباستعمال هذا الحق تتحرك الدعوى في القسمة القضائية عن طريق تكليف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية . مادة ١/٨٣٦ مدني .

فلا تجوز إذن القسمة القضائية إلا بطلب أحد أصحاب الحصص وإن كان الشريك في الملك غير ذي أهمية ، فإن ممثله هو الذي يرفع دعوى القسمة^(٢) .

وتكون القسمة قضائية ولو طلب جميع الشركاء القسمة طالما أنهم جميعاً رفعوا دعوى بها أمام القضاء ، لكي يستفيدوا من حيدة القضاء وإمكانية استعمال الخبراء .

ويظل للشركاء دائماً حق طلب القسمة مادام الشيوع قائماً ، ولا يتمتع الطلب إلا بنص القانون أو الاتفاق على البقاء في الشيوع مع مراعاة الحد الأقصى للاتفاق على البقاء في الشيوع بما لا يتجاوز خمس سنوات^(٣) .

(١) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٨٨٨ هامش ٤ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٥٨ ، د/حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٦١ ، ٤٦٢ .

وقارن عكس ذلك د / إسماعيل غاثم - حق الملكية - ص ١٧٥ بند ٧٨ . وهو يقول إنه في غير حالة المادة ٨٣٢ لا تكون للقاضي سلطة تقديرية في إجابة طلب القسمة أو رفضه ، فليس من شأنه أن يبحث فيما إذا كان إجراء القسمة ضاراً أو غير ضار بمصالح الشركاء ، بل تقتصر مهمته على التحقق من وجود التزام بالبقاء في الشيوع أو عدم وجوده .

والواقع أن القول المذكور بالمتن ، لا يبنى على أن للقاضي سلطة التقدير ، بل يبنى على فكرة التعسف في استعمال الحق . وقرن بين الأمرين . د / أحمد سلامة - مرجع سابق ص ٣٥٨ هامش ١ .

(٢) د / محمد كامل مرسي - مرجع سابق - ٢ / ٢٠٨ .

(٣) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٨٨٣ ، د / عبد المنعم الجبرلوي - حق الملكية - ص ٢١٠ - ٢١٢ ، د/عبد الناصر المطر - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٣٣ .

الشرط الخامس :- ثبوت ملكية المقسوم للمقسوم لهم^(١) :

فيشترط أن يثبت المقسوم لهم ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع ،
والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل .

وهذا ما أظهرته أحكام القضاء ، فقررت أن لقاضي القسمة سلطة تقديرية في جدية
المنازعة في الملك . والمثارة في دعوى القسمة والتي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض ،
ما دامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة ، وأسباب سائغة^(٢) .

ثالثاً :- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

بعد أن بينا شروط المقسوم له في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وبالنظر
فيما سبق عرضه يتبين لنا ما يلي :-

(١) يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في اشتراط رضا المقسوم لهم أو من يقوم
مقامهم ، وكذلك حضورهم القسمة أو من يقوم مقامهم .

غير أن الفقه الإسلامي رتب على تخلف رضا المقسوم لهم بطلان القسمة .

أما القانون فرتب على ذلك بطلان القسمة بالنسبة لمن تخلف ، وصحة عقد القسمة لمن
رضى به أو حضر ، ولا يجوز لمن حضر القسمة ورضى بها أن يتمسك بالبطلان لعدم رضا
شريك آخر أو عدم توقيعه .

بل إن الذي له ذلك هو الشريك الذي لم يوقع على عقد القسمة - لم يرض - أو تخلف
عن الحضور . ويجوز له إيداء الرغبة بالتوقيع في أى وقت ما دام الشروع قائماً ، وهنا يكون
العقد صحيحاً بالنسبة له أيضاً .

وأرى أن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من تقرير البطلان عند تخلف رضا أحد الشركاء
أو عدم حضوره أولى بالأعتبار .

ذلك أنه لا يجوز تجاهل من لم يرض بالقسمة ، فلربما كان لديه من الحجج ما يمنع
إجراء القسمة . ولا ضرر على الشركاء في هذه الحالة ، إذ بوسعهم أن يلجأوا للقضاء للفصل
بينهم وقسمة المال المشترك بينهم .

(١) د / محمد كامل مرسى - مرجع سابق - ٢ / ص ٢٥٠ .

(٢) نقض مدني بتاريخ ٢٤ / ١١ / ١٩٥٥م طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق ، مجموعة أحكام محكمة النقض -
المكتب الفني ص ١٥٢٧ ف ٢٠٩ ، ونقض مدني بتاريخ ١٣ / ٥ / ١٩٥٦م طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق
- المرجع السابق - ص ٦٢٢ ف ٨٥ ، وراجع الموسوعة الذهبية - حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني
ج ٩ ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ الإصدار المدني سنة ١٩٨٢ .

(٢) يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في اشتراط عدم الضرر الذي يلحق أيًا من الشركاء من جراء القسمة .

ويترك نفعه الإسلامي والقانون الوضعي سلطة تقدير الضرر المانع من القسمة للقاضي الذي يفصل في النزاع .

ويزيد الفقه الإسلامي بعرض صور واحتمالات للضرر تعبر عن مدى عمق الفقه الإسلامي واشتماله على كافة الجوانب مع وضع الحلول العادلة لها .

(٣) يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في اشتراط الطلب من الشركاء بقسمة المال المشترك بينهم . ويترتب على عدم الطلب عدم جواز القسمة من القاضي ، وعدم تحريك الدعوى أصلاً .

وفي القانون لا يمنع من كون القسمة قضائية إجماع الشركاء على رفع دعوى القسمة ، فهي - مع ذلك تظل قضائية طالما كان لفصل في الدعوى للمحكمة .

ولكن في الفقه الإسلامي إذا طلب بعض الشركاء القسمة وأبى بعضهم فتكون القسمة قضائية .

أما إذا طلب الكل القسمة أمام القاضي فإن القسمة تكون رضائية رغم أن القاضي هو الذي سيقوم بالقسمة بين الشركاء .

فواضح من ذلك أن إجماع الشركاء وعدم إياه أي منهم يترتب عليه انتفاء شرط القسمة الجبرية في الفقه الإسلامي ، فتكون رضائية بصرف النظر عن سيقوم بالقسمة .

أما في القانون الوضعي ، فبإجماع الشركاء على رفع دعوى القسمة أمام المحكمة يتأكد حق الطلب باستعماله من جميع الشركاء ، فتعين القسمة القضائية .

ويبقى الطلب كشرط للقسمة القضائية في الفقه الإسلامي ، فيجوز استعماله في أي وقت طالما كان الشيوع قائماً ، ولا يكون له محل إذا تم الاتفاق على إنهاء الشيوع رضاءً .

وفي القانون يظل الحق في الطلب قائماً مادامت حالة الشيوع قائمة ، ولا يمتنع الطلب إلا بسبب يرجع إلى نص في القانون أو اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع مع مراعاة الحد الأقصى للاتفاق على البقاء في الشيوع وهو خمس سنوات .

(٤) كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في اشتراط ثبوت ملكية المقسم للمقسم لهم . خاصة إذا كانت القسمة أمام القضاء وتنازع الشركاء في ثبوت الملكية لكل منهم .

الباب الثاني

قصة المهايأة

الباب الثانى

قسمة المهايأة

تمهيد وتقسيم :

ذكرنا فيما سبق أن القسمة تنقسم باعتبار طبيعة المحل المقسوم ، أو من حيث إنهاء الشركة أو بقائها شائعة إلى قسمين :

(١) قسمة المهايأة (وهى قسمة للمنافع) .

(٢) قسمة الأعيان .

علما بأن منطق الأمور يقضى بأن هناك قسماً ثالثاً وهو : قسمة الدين . ولكن نظراً لأن الفقهاء لم يتوسعوا فى قسمة الدين ، لأنها محل اختلاف بينهم حتى إنه قد منعها بعضهم . فنكتفى -إن شاء الله- بما سبق أن ذكرناه من أحكام بشأنها .

هذا وقد سبق أن نوهت عن جعل هذا التقسيم رئيساً للبحث ، مع تناولى لبقية الأقسام من خلاله إن شاء الله .

وكان من المنطقى أيضاً أن أقدم الحديث عن قسمة الأعيان أولاً ، لأن قسمة الأعيان هى الأصل ، وهى التى تتقدح فى الأذهان فور إطلاق لفظ القسمة ، ولكن نظراً لطولها وكثرة مباحثها وما يتعلق بها من أحكام وآثار فأتى سألجىء الحديث عنها إلى البابين الثالث والرابع.

أما هنا - فى الباب الثانى - فسلتكم عن قسمة المهايأة .

وسأتناولها -إن شاء الله تعالى- فى فصلين :

الفصل الأول : فى تحديد مفهوم المهايأة .

الفصل الثانى : أحكام المهايأة وآثارها .

الفصل الأول

فى تحديد مفهوم قسمة المهايأة

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف قسمة المهايأة ومشروعيتها .

المبحث الثانى : محل قسمة المهايأة .

المبحث الثالث : طبيعة المهايأة وصفتها .

المبحث الرابع : أنواع قسمة المهايأة .

المبحث الأول

فى تعريف قسمة المهايأة ومشروعيتها

ونتناوله فى مطلبين :

المطلب الأول : فى تعريف قسمة المهايأة .

المطلب الثانى : فى مشروعية قسمة المهايأة .

المطلب الأول

تعريف قسمة المهايأة

تسمى قسمة المهايأة بقسمة المنافع ، أو القسمة المؤقتة .

فكلا منهما يطلق على الآخر ، وقد استعملها الفقهاء فى عبارتهم فيقول ابن رشد :
"قسمة المنافع عند الجميع بالمهايأة"^(١) .

ويقول النووى : "فالمهايأة طريقة لقسمة المنافع"^(٢) .

والمهايأة تعريف فى اللغة وآخر فى اصطلاح الفقهاء .

نبينهما فيما يلى :

أ- تعريف المهايأة فى اللغة :

هاء الأمر يهين وتهايا ، أخذ له هياته ، وهيا الأمر تهينة ، وتهينا ، أصلحه فهو مهيا ،
وتهانوا على كذا تمالؤوا عليه^(٣) .

والمهايأة : بتحقيق الهمزة وتسهيلها .

والمهايأة : مشتقة من الهينة وهى الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيئ ، فهى مفاعلة من الهينة .

والتهايو تفاعل منها ، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به .

والمهايأة : الإعداد والتجهيز ، وهو أن يهيء كل واحد لصاحبه ما شرط له ، يقال : هيا
الشيئ لصاحبه : إذا أعدّه وجهزه وأصلحه له^(٤) .

فهى لغة : أن يتواضع الشريكان على أمر ، ويتراضيا به^(٥) .

وقال فى المصباح : تهايا القوم تهايوًا من الهينة ، جعلوا لكل واحد هيئة معلومة ،
والمراد النوبة^(٦) .

فيكون معنى المهايأة : المناوبة .

(١) بدلية للمجتهد ٢ / ٢٦٩ .

(٢) روضة الطالبين ١١ / ٢١٧ .

(٣) لسان العرب ٦ / ٤٧٣٠ ط دار المعارف .

(٤) المغرب فى ترتيب العرب للمطرزى ص ٥٠٧ (الهاء مع الياء) ، تاج العروس للزبيدي ١ / ١٤١ فصل

الهاء من باب الهمزة ط دار ليبيا ، الصحاح للجوهري ١ / ٨٥ ، القلموس المحيط ١ / ٣٥ .

(٥) نتقج الأكلر فى تكملة شرح فتح القدير ٨ / ٢٧ .

(٦) المصباح المنير ص ٢٤٧ ط الجيب .

وفى المهايأة ثلاث لغات :

إحداها : المهايأة بالياء ، لأن كل واحد من الشريكين هيا لصاحبه ما ينتفع به ودفعه له .

ثانيها : المهانأة بالنون ، لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه إليه .

ثالثها : المهابأة بالباء ، لأن كل واحد وهب لصاحبه الاستماع بحقه فى ذلك الشيء مدة معلومة^(١) .

ب - تعريف المهايأة فى اصطلاح الفقهاء :

نبين تعريفها عند فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً ، ثم نبين تعريفها لدى شرائع القانون

ثانياً .

أولاً : تعريف المهايأة فى الفقه الإسلامى :

بيننا فيما سبق أن المهايأة تعتبر طريقاً لقسمة المنافع ومعناها المناوبة .

ولهذا وجدت معظم الفقهاء لا يضعون لها تعريفاً ، ويكتفون بذكر جواز قسمة المنافع عن طريق المهايأة ، أى المناوبة .

وبعض الفقهاء قد وضع لها تعريفاً لا يبعد أيضاً عما ذكرت .

فقد عرف الحنفية المهايأة شرعاً : بأنها قسمة المنافع^(٢) ، أو هى قسمة المنفعة المشتركة^(٣) .

وعرفها بعض الحنفية بتعريف مطول فقال :

"المهايأة هى أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذاك بذاك النصف ، أو هذا ب كله فى كذا من الزمان ، وذاك ب كله فى كذا من الزمان بقدر مدة الأول"^(٤) .

وعرفها الحنابلة أيضاً بأنها : قسمة المنافع^(٥) .

وإلى هذا جنح الزيدية^(٦) والإمامية^(٧) والإباضية^(٨) .

(١) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٠ .

(٢) نتائج الأفكار وبحاشيتها شرح العنلية ٨ / ٢٧ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٦ ، تبیین الحقائق ٥ / ٢٧٥ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٩ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٩ .

(٣) درر الحكم شرح غرر الأحكام لمنلا خسروا ٢ / ٤٢٦ .

(٤) شرح الكنز لمنلا مسكين بهامش فتح الله المعين لأبى السعود ٣ / ٣٥٤ ط مطبعة السيد سنة ١٢٨٧ هـ .

(٥) الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٥ ، القروع ٦ / ٥٠٨ ، الإصناف ١١ / ٣٤١ ، كشاف القناع ٣٧٦/٦ .

(٦) شرح الأثرمار ٣ / ٣٨٨ .

(٧) فقه الإمام جعفر الصادق ٤ / ١١٦ .

(٨) شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٤٧٩ .

وإن كانت المهايأة عند الإباضية تدرج أيضا تحت تعريف القسمة إذ أن القسمة عندهم :
تميز بعض الأنصباء من بعض .

فقسمة المنافع أو المهايأة تدخل في هذا التعريف ، لأن الأنصباء تتميز فيها كما تتميز في
الرقاب ، وتختص بمدة من الزمان ، بخلاف قسمة الرقاب فإنها للأبد (١) .

ولم أعتز عند الشافعية - فيما تيسر لي - على تعريف لها ، إلا أنهم دأبوا على ذكر أن
المنافع تقسم كما تقسم الأعيان ، وطريق قسمتها المهايأة ، أى منابذة : مياومة أو مشاهرة أو
مسانهة (٢) .

ولكني رأيت عندهم عبارة في حاشية ابن القاسم على الغرر البهية مؤداها : "أن يبيح كل
واحد نصيبه لصاحبه مدة (٣) " .

ولعل هذه العبارة تجسد معنى المهايأة عندهم .

وعلى أية حال فالمذاهب السابقة كلها قد عرفت المهايأة بمحلها التي ترد عليه ، ولا
تجوز إلا فيه ، وهى المنافع .

ولكن المالكية كانوا أكثر دقة في تعريفهم للمهايأة بما يبين حقيقتها .

فعرفها صاحب الفواكه الدواني بأنها : اختصاص كل شريك بالمشارك فيه زمنا
معينا (٤) .

وعرفها خليل : بأنها اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة شئى متحد أو متعدد في
زمن معلوم (٥) .

وعرفها ابن عرفة : بأنها اختصاص كل شريك بمشارك فيه عن شريكه زمنا معينا من
متحد أو متعدد (٦) .

وهذا التعريف هو المشهور عند المالكية ، وتناقلته معظم كتبهم ، لذا فاستأثره بالشرح -
إن شاء الله - :

فقوله : (اختصاص كل شريك بمشارك فيه عن شريكه)

أى استقلال كل واحد منهما بشئى مشترك بينهما ، سواء كان هذا الشئى متحدا كالدار
والسيولة ، أو متعددا كالدارين والسيارتين .

(١) شرح التلويح وشفاء العليل ١٠ / ٤٧٩ ، الإيضاح للشماخي ٧ / ٧٨ .

(٢) روضة الطالبين ١١ / ٢١٧ ، أسنى المطلب ٤ / ٣٣٧ .

(٣) حاشية ابن القاسم على الغرر البهية شرح قبهجة الوردية ٥ / ٣٠٥ .

(٤) فواكه الدواني ٢ / ٣٢٦ .

(٥) قرب المسالك على مذهب الإمام مالك مع الشرح الصغير ٥ / ١٥٤ .

(٦) شرح الفخرى ٤ / ٤٠٠ ، مواهب الجليل للحطاب مع ملهه التاج والإكليل ٥ / ٣٣٤ .

وقوله : (زمننا معيناً) أى زمننا معلوماً ، فتعيين الزمن شرط ، إذ به يعرف قدر الانتفاع .
وهو قيد فى التعريف ، يعرف به مدة اختصاص كل منهما بمنفعة الشيء المشترك .
ويخرج به القسمة النهائية فى الرقاب ، إذ إن الاختصاص فيها مؤبد غير مؤقت بزمن معين .

قوله "من متحد أو متعدد" بيان لقوله بمشترك فيه^(١) .
والمتحد كأن يقول لشريكه نركب سيارتنا ، نركبها شهراً ، وأركبها أنا شهراً ، ويوافق على ذلك .
والمتعدد كأن يقول له نركب سيارتنا ، نركب إحداها شهرين ، وأركب أنا الأخرى شهرين ، ويوافق على ذلك .
وأرى أن تعريف ابن عرفة من المالكية للمهاياة هو الأقرب لبيان حقيقتها ، ومن ثم فابنى أرى رجحانه ، ولا تتعارض مع بقية التعاريف .

العلاقة بين التعريف اللغوى والتعريف الشرعى :

يتضح مما سبق أن العلاقة وثيقة بين كل من التعريف اللغوى والشرعى .
إذ أن كلا من الشركاء يرضى بهيئة واحدة ويختارها ، أو أن الشريك الثانى ينتفع بالعين على الهيئة التى ينتفع بها الشريك الأول^(٢) ، فيكونا قد تراضيا على الانتفاع بالعين على حالة معينة ، ولا يبعد ذلك عن حقيقة المهاياة فى الشرع ، كما سبق بيانه فى تعاريف الفقهاء السابقة .

ثانياً : تعريف قسمة المهاياة فى القانون المدنى :

لم يتعرض القانون المدنى المصرى لتعريف قسمة المهاياة ، جرياً على الأغلب الأعم من عدم ذكره للتعاريف ، على اعتبار أن التعريف من عمل الشراح .
ويقصد بقسمة المهاياة أى القسمة التى ترد على منفعة العين وليس على العين ذاتها ، فيستأثر كل منهم بجزء معين منها يعادل حصته فيها ، ويتسنى له من ثم أن يحوز مالا مفرزاً ينفرد بإدارته فيستعمله أو يستغله أو يوجره لغيره^(٣) .
وقد تعددت تعاريف شراح القانون للمهاياة :

(١) حاشية الشيوخ على المدنى على شرح الخرشي ٤ / ٤٠٠ .

(٢) شرح العنابة بهامش نكح الأكلو ٨ / ٢٧ .

(٣) د/ سعيد عبد السلام - حق الملكية قضاء وقضاء - ص ١٦١ .

فعرفها بعضهم بأنها : إتفاق مؤقت يراد به تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ، ومن ثم فلا ينتهى بها الشيوع^(١) .

· وعرفها بعضهم :

بأنها هى التى ترد على الانتفاع بالمال الشائع ، مع بقاء الملكية للشركاء كما هى على الشيوع^(٢) .

وعرفها البعض بأنها :

التى يتناوب فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء ، دون الملكية التى تبقى شائعة فيما بينهم^(٣) .

.. ومن ثم فهى قسمة منافع لا قسمة ملكية^(٤) ، ويقصد من ورائها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ، ولهذا لا تنتهى بها حالة الشيوع^(٥) .

كما أن الهدف منها تمكين كل شريك فى الملك من قدر من منافعه يتناسب مع حصته ، مما يساعد على تخلص الشركاء من مشاكل إدارة المال الشائع ، وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات^(٦) .

وبناء على ما سبق فتتحقق قسمة المهايأة باتفاق جميع الشركاء على اختصاص كل واحد منهم إما بمنافع الشيء لفترة زمنية معينة تعادل حصته ، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة الزمانية ، وإما بمنافع جزء مفرز محدد منه يوازى حصته ، وهو ما يعرف بقسمة المهايأة المكانية^(٧) ، وسياقى تفصيل ذلك .

ثالثا : تعريف قسمة المهايأة بين الشريعة والقانون :

بالنظر الفاحص والتحليل الدقيق لتعاريف كل من فقهاء الشريعة الإسلامية ، وشرّاح القانون لقسمة المهايأة ، نجد أنها جميعا لا تختلف فى فحواها .

(١) د/عبد المنعم الصدة حق الملكية - ص ٢٦٦ .

(٢) مستشار أثور طلبية - الوسيط - ١٢٨/٣ .

(٣) د/محمد وحيد الدين سوار - حق الملكية فى القانون الأردنى ص ١١٣ .

(٤) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ٦/ ١٣٩ ، د/محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية

٢/ ٢٥٢ ، الملكية والحقوق العينية الأصلية ١/ ٣١٤ ، د/محمد على عرفه - موجز فى حق الملكية

ص ٢٠٢ ، د/جميل الشرقاوى - حق الملكية - ص ١١٦ ، ويراجع شرح مجلة الأحكام العدلية لعللى

حيدر ص ١١٧٤ .

(٥) د/توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الأصلية ص ٢٧٢ ، د/منصور مصطفى - حق الملكية ص ١٣٤ .

(٦) م/محمد عزمى البكرى - قسمة المال الشائع ص ٢٣٤ ، د/ملحون الشلمى - قسمة الملك الشائع ص ٥٧ .

(٧) د/حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٤٤ ط ١٩٦٥ منشأة المعارف بالإسكندرية .

فقد عرفها البعض من الفقه الإسلامى بأنها قسمة المنافع ، وهذا التعريف بذاته قد ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى ، واكتفى به بعض شراح القانون^(١) .

والبعض الآخر من شراح القانون قد عرفوها بتعريفات تبين الغاية من قسمة المهايأة - من وجهة نظرهم - وهى تنظيم الانتفاع بالمال الشائع .

ولكن هذا لم يبين حقيقة القسمة بصورة واضحة أو جلية ، فضلا عن أن هذه ليست الغاية الوحيدة لقسمة المهايأة .

وإذا كان الشرط فى التعريف أن يكون جامعا مانعا مبينا لحقيقة المعرف ، مع الوضوح والإيجاز . فإنى أرى فى تعريف ابن عرفة من المالكية ما يحقق هذه الشروط "فهى إختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معينا من متحد أو متعدد" .

لذا فإنى أرى رجحان هذا التعريف على غيره من التعاريف سواء فى الفقه الإسلامى أو القانون الوضعى - وقد سبق شرحه .

ولكن نظرا لما فى هذا التعريف من بعض الغموض فإنى أختار صياغة لتعريف قسمة المهايأة على النحو التالى :

"فهى انتفاع كل شريك بالمال المشترك انتفاعا مؤقتا ، وذلك بالاختصاص إما بجزء مفرز منه بقدر نصيبه ، وإما بكامله لفترة زمنية تعادل حصته عن طريق الاتفاق أو الجبر" .

فهذه الصياغة تبين طبيعة هذه القسمة من كونها اتفاقية أو جبرية ت، نصب على الانتفاع فقط .

كما أن هذه الصياغة تبين نوعى قسمة المهايأة ، وهى المهايأة المكانية والزمانية .

(١) د/ عبد الناصر العطاء - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٠٧ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٥٦ .

المطلب الثاني

مشروعية قسمة المهايأة

قسمة المنافع بطريق المهايأة جائزة شرعاً ، وقد ثبتت مشروعيتهما بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أولاً : الكتاب :

(١) قوله تعالى : حكاية عن نبيه صالح عليه السلام يخاطب قومه : ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾^(١) .

ووجه الدلالة :

أن الله - تعالى - أخبر عن حال نبي الله صالح - عليه السلام - مع قومه ، إذ أنه - تعالى - لما أخرج الناقة معجزة تؤيد صدق رسالة صالح - عليه السلام - إلى قومه ، أخبرهم بأن هذه الناقة أصبحت شريكة لهم في عين مائهم تكتسبهم معهم ، يوم للناقة شرب ولا يشربون معها ، ويوم لهم يشربون ولا تشرب الناقة معهم ، وذلك عين المهايأة^(٢) ، فدللت الآية على جواز قسمة المهايأة ، وأن المهايأة قسمة المنافع ، لأن الله - تعالى - سمى ذلك قسمة وإنما هي مهايأة على الماء لا قسمة الأصل .

٢- قوله تعالى - مبينا لنبيه صالح - عليه السلام - ، أن الماء مقسوم بين قومه والناقة: ﴿وَنَبِّهَهُمْ أَنْ الْمَاءُ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾^(٣) .

ووجه الدلالة :

أن هذه الآية جاءت مؤكدة للآية السابقة ، ومصرحة بقسمة الماء بين الناقة وقوم صالح مياومة .

.. والآيتان الكريمتان وإن كانتا من شرع من قبلنا ، إلا أنهما شرع لنا ، ومن شرع نبينا - ﷺ - ما دام لم يرد في شرعنا ما ينسخه أو ما دام لم يثبت نسخها على ما عليه جمهور الأصوليين^(٤) .

(١) الآية ١٥٥ من سورة الشعراء .

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣/٣٤٤ ط دار المعرفة ، المراج المفير للإمام الخطيب الشربيني ٢٨/٣ ط دار المعرفة ، روح المعاني في تفسير القرآن للآلوسي ١٩/١٠٢ ، ١٠٣ ط المطبعة المنيرية .

(٣) الآية ٢٨ من سورة لقدر .

(٤) تفسير التحرير لمحمد أمين ط مصطفى الحلبي ٣/١٣١ ، فتح الغفر بشرح المنار لابن نجيم ٢/١٣٩ ط مصطفى الحلبي ، روضة الناظر ص ٨٢ .

كما دلت الآيتان على جواز المهايآت بالزمان بظاهر النص ، وعلى جواز المهايآت المكانية عن طريق دلالة النص^(١) ، لأن المهايأة المكانية أشبه أو أقرب إلى قسمة الأعيان من المهايأة الزمانية ، إذ كلا الشريكين يستوفى حقه فى نفس الوقت دون تراخ عنه ، فإن جازت الزمانية ، فلأن تجوز المكانية أولى^(٢) .

ثانيا : السنة المطهرة :

فوقائع كثيرة منها :

- (١) ما رواه ابن إسحاق فى سيرته ، فى الخروج لغزوة بدر .
"أن النبى - ﷺ - قسم فى غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون الركوب".
فكان رسول الله - ﷺ - وعلى بن أبى طالب ، ومرثد بن أبى مرثد يعتقبون بعيرا ، وكان حمزة بن عبد المطلب ، وزيد بن حارثة ، وأبو كبشة يعتقبون بعيرا ... " (٣) .
- ووجه الدلالة : أن رسول الله - ﷺ - قد قسم ركوب البعير الواحد بين ثلاثة نفر من الصحابة ، ومعلوم أن لا طريق لهم لاستيفاء ذلك إلا بقسمة الوقت الذى يمتطون فيه ظهر البعير ، وذلك عين المهايأة ، فدل ذلك على جواز قسمة المنافع مهايأة .
- (٢) ما أخرجه البخارى ومسلم عن سهل بن سعد الساعدى ، من حديث طويل ، روى فيه ، أن الرجل الذى رغب فى خطبة المرأة التى وهبت نفسها للنبى - ﷺ - حين رأى إعراض النبى ، عرض إزاره مهراً ، ولم يكن له سواه ، فقال - ﷺ - : "ما تصنع بإزارك ؟ إن لبستته لم يكن عليها منه شئ ، وإن لبستته لم يكن عليك شئ" (٤) .
- فأشار النبى - ﷺ - إلى أن الشأن فى قسمة مالا ينقسم ، ولا يحتل الاجتماع على منفعته فى وقت واحد ، أن يقسم على التهايو^(٥) أى منابذة .

-
- (١) دلالة النص : النص هو ما يفيد بنفسه من غير احتمال ، وقيل هو الصريح فى معناه . روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسى ص ٩١ .
 - (٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٤٦ .
 - (٣) الحديث رواه ابن إسحاق فى سيرته ، يراجع السيرة النبوية لابن هشام ٢ / ٢١٧ ط دار الحديث . والحديث رواه أحمد والحاكم عن ابن مسعود .
 - وقال الحاكم : حديث صحيح على شوط مسلم ، ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .
 - يراجع / مسند الإمام أحمد ١ / ٤١٨ ط المكتب الإسلامى ، المستدرک على الصحيحين ومعه التلخيص للذهبي ٢٠ / ٣ ط المغازى ط دار المعرفة .
 - (٤) يراجع / صحيح البخارى مع شرح فتح البارى ٩ / ٨٦ باب النظر إلى المرأة قبل التزويج (٥١٢٦) ط دار الريان ، صحيح مسلم بشرح النووي ٩ / ٢٢٣ ط النكاح (١٤٢٥) ط دار الفکر .
 - (٥) تبين الحقائق للزليعى ٥ / ٢٧٥ .

ثالثا : الإجماع :

لا يعرف في صحة قسمة المنافع على الجملة نزاع لأحد من أهل الفقه ، فقد مضت السنة من لدن رسول الله - ﷺ - إلى يومنا هذا على جواز المهايآت ، من غير تكير من أحد فكانت شرعيتها متوارثة (١) .

رابعا : المعقول :

وأما المعقول فلأن الأعيان خلقت للانتفاع بها ، فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا أيضا ، والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد ، فيحتاج إلى التهاوي تكميلا للانتفاع ، ولأن المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في العقود ، فجاز وقوع القسمة فيها كالأعيان (٢) .

ولأن ما لا يقبل القسمة قد يتعذر اجتماع الشركاء على الانتفاع به في وقت واحد ، فكانت الحاجة داعية إلى التهاوي بقسمة المنافع لتكمول المنفعة ، وذلك بجمع المنافع لكل شريك في زمان واحد .

ولو لم تشرع قسمة المنافع لضاعت منافع كثيرة ، وتعطلت أعيان ، إنما خلقها الله - سبحانه وتعالى - لينتفع بها ، ولا يستقيم هذا في عقل أو شرع حكيم (٣) .

حكمة مشروعية قسمة المهايأة

لقد ثبت جواز قسمة المهايأة شرعا - كما سبق - بالكتاب والسنة والإجماع ، والمعقول ، وذلك دفعا للحاجة وإزالة للضرر ، إذ قد يتعذر الاجتماع من الشركاء على الانتفاع بالشيء المشترك ، كما أنه قد يتعذر قسمة عين هذا المشترك فتدعوا الحاجة إلى المهايأة على منفعتها ، وهو على حالته من عدم الانقسام .

وذلك كالبيت الصغير ، والحمام ، والرحى ، إذ لو انقسمت هذه الأشياء لتضاعفت منفعتها ، أو ربما ذهبت تماما ، كما لو كان المشترك فيه حيوانا واحدا .

فكانت قسمة المهايأة حلا لهذه المشكلة ، فينتفع كل شريك من خلالها بحصته دون نقص أو تلف .

وكان القياس يقتضي أن لا تجوز المهايأة ، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، لأن كل واحد من الشركاء ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ، ولكن ترك القياس للأدلة الثابتة في جوازها (٤) ، والتي سبقت .

(١) تبين الحقائق ٥ / ٢٧٥ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٩ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٦ .

(٢) حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٥ / ٢٧٥ .

(٣) شرح الطلحة على الهدية بهامش نتائج الأكلو ٨ / ٢٧ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٥ .

(٤) شرح الطلحة على الهدية بهامش نتائج الأكلو ٨ / ٢٧ .

فكانت شرعيتها ثابتة لازمة ، وإلا لأدى عدم جوازها إلى تعطيل مصالح الناس ، وإلحاق الضرر بهم ، وهو أمر لا تقبله الشريعة الإسلامية ، والتي من أهم أهدافها ، إزالة الضرر ، ورفع الحرج ، والتيسير على الناس ، ومراعاة مصالحهم .

تنظيم قسمة المهايأة في القانون المدني :

.. وفي القانون المدني المصري نظم المشرع الوضعي أحكام قسمة المهايأة بالمواد من ٨٤٦ إلى ٨٤٩ مدني مصري .

وهذه كلها نصوص مستحدثة ، فلا نظير لها في التقنين المدني القديم ، وأكثر أحكام هذه المواد مستقاة مما جرى عليه القضاء المصري في هذا الموضوع^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ١/ ١٣٩ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية ص ٢٢٦ ، د/ محمد علي عرفه - مرجع سابق ص ٢٠٢ .

المبحث الثاني

محل قسمة المهايأة

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : فى محل قسمة المهايأة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : فى محل قسمة المهايأة فى القانون مع مقارنته بالفقه الإسلامى .

المطلب الأول

محل قسمة المهايأة فى الفقه الإسلامى

سبق أن ذكرنا أن المهايأة هى طريق قسمة المنافع ، ومن ثم فيكون محل قسمة المهايأة هو المنافع دون الأعيان ، لأنها قسمة المنفعة ، دون العين ، فكان محلها المنفعة دون العين^(١).

وتتحقق المهايأة إذا تراضى عليها الشركاء ، أو طلبها أحدهم وكانت القسمة العينية غير ممكنة ، أو كانت العينية ممكنة ولكن لم يطلبها شريك آخر ، وكانت المنفعة غير متفاوتة تفاوتاً يعتد به ، أو كان اجتماع الشركاء على الانتفاع بالعين محل القسمة متعزراً^(٢) .

والمراد بالمنافع التى هى محل القسمة هنا ، هى منافع الأعيان التى يمكن الانتفاع بها من بقاء أعيانها^(٣) ، فلا يصح التهايو على الكتابة من محبرة مثلاً ، ولا يصح التهايو على الغلات المتمثلة أعياناً كالثمر والشجر واللبن ، لأن المهايأة فى المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ، أما هذه فهى أعيان باقية ، ترد عليها القسمة عند حصولها ، فتقسم بذواتها ، فلا حاجة إلى التهايو فى قسمتها على ما فيه من الغرر^(٤) .

أما الأراضى الزراعية المشتركة بين اثنين فيمكن قسمتها بالمهايأة كأن يأخذ كل واحد نصفها ، أو يأخذها أحدهما كلها فترة معينة من الزمن ثم الآخر كذلك ؛ لأن هذه قسمة لمنافع الأرض بزراعتها^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ ، روضة الطالبين ٢١٧/١١ ، الشرح الصغير ١٥٤/٥ ، كشف القناع ٣٧٣/٦ .

(٢) مجمع الأئمة شرح ملتقى الأبحر ٤٩٦/٢ ، لبحر الزخار ١٠٥/٤ ، شرح الأثرار ٣٨٨/٣ ، الإيضاح للشافعى ٧٧/٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ . حاشية أبى السعود المصرى على شرح الكنز لمنلا مسكين ٣٥٥/٣ .

(٤) شرح الهداية مع نتائج الأكلو ٣٢/٨ ، لبحر الرائق ١٨٠/٨ .

(٥) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ .

وقسمة المهايأة لا تجرى فى المثليات بل تجرى فى القيميات ، فلا تصح قسمة المهايأة فى المثليات ؛ لأنها لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فلا تجرى المهايأة فى عشر كيلات حطة ، إذ لا يمكن الانتفاع بالحنطة مع بقاتها على حالها .

ولكن تجرى المهايأة فى القيميات المشتركة ، وتصح ، لأنها يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالبيت الصغير أو الكبير ، والمخزن ، والحمام ، والمقهى ، وغير ذلك^(١) .

وتوضيحاً لما سبق ، ونظراً لاختلاف الفقهاء فى بعض الفروع ، فسأعرض بعض الأمثلة التطبيقية لما تصح فيه المهايأة وما لا تصح فيه :

أولاً : ما تصح فيه المهايأة :-

وتوضيحاً لما تصح فيه المهايأة نتعرض لبعض الأمثلة :

١- المثال الأول : التهايو فى الدور :

وهو إما أن يكون فى الدار الواحدة ، أو فى الدارين فأكثر .

أ- الدار الواحدة :

إذا كانت الدار واحدة واتفق الشريكان على أن يأخذ كل واحد منهما ناحية يسكنها ، أو أن أحدهما يسكن العلو ، والآخر يسكن السفلى ، أو يسكنها هذا شهراً وذاك شهراً ، فقد أجاز الحنفية والمالكية ذلك ، لجوازها مكاناً وزماناً .

ولكل واحد منهما إجارة ما أصابه ، وأخذ الغلة فى نوبته ، لأنها قسمة منافع وقد ملكها فله استغلالها . وهذا ما قاله الحنفية وأجازوه المالكية إذا تقاسما على الاستعمال ، فإذا ما حدث استغلال للشيء فإنه يجوز ، لأنه تبع لما وقعت عليه المهايأة^(٢) .

نكن هل يجوز التهايو على الاستغلال بدءاً ؟

فلو كانت بينهما دار واحدة ، وتهايا على استغلالها ، جاز فى ظاهر الرواية عند الحنفية ، والنصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء ، والاعتدال ثابت فى الحال ، والظاهر بقاؤه فى الزمن الثانى .

ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر ، يشتركان فى الزيادة ليتحقق التعديل ، فيجعل كل واحد منهما وكيلًا عن الآخر ، ويعتبر قرصاً تحقيقاً للتعديل^(٣) .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٨٦/٣ .

(٢) مجمع الأنهر مع الدر المنقى شرح الملتقى ٤٩٦/٢ ، شرح الخرشى ٤٠٠/٤ ، شرح الزرقانى ١٩٤/٦ .

(٣) الدر المنقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٤٩٧/٢ .

بخلاف ما إذا كان التهايو على المنافع - كالتهايو على سكنى الدار ، فأجرها صاحب الحق فى السكنى - فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة ، لأن التعديل فيما وقع عليه التهايو حاصل - وهو المنافع - ، فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد^(١) .

بينما منع المالكية التهايو على الاستغلال ولو ليوم واحد ، لأن الغلة لا تنضب ، لأنها تنقل وتكثر فى نحو اليوم ، وقد تكرر فى يوم ولا تكرر فى الآخر ، بخلاف الاستخدام^(٢) .

ب- الماران :

أما لو كان بينهما داران ، وتراضيا على أن يسكن أحدهما داراً والآخر الأخرى جازلها ذلك ، وإن امتنع أحدهما أجبره القاضى ، إذا طلب شريكه ذلك فى ظاهر الرواية^(٣) .

وقال الكرخى : إنها تجوز عند الإمام بالتراضى ولا يجبرا اعتباراً بقسمة الأعيان^(٤) .

وأجاز ذلك المالكية^(٥) ، حيث إن المالكية لا يقولون بالجبر على المهادنة .

وروى عن أبى حنيفة أيضاً : أنه لا يجوز التهايو فيه أصلاً لا بالجبر ولا بالتراضى .

أما عدم جوازها جبراً فاعتباراً بقسمة الأعيان ، فقها لا تجوز فى قسمة الدور جبراً عند

الإمام .

وأما عدم جواز قسمتها تراضياً ، فلأنه بيع السكنى بالسكنى ، فيصير بيع المنافع بالمنافع

من جنسه نسيئة ، وذلك لا يجوز ، بخلاف قسمة رقبته ، لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الآخر وهو جائز^(٦) .

(١) مجمع الأثر ٤٩٧/٢ .

(٢) الشرح الصغير ١٥٥/٥ ، ١٥٦ .

(٣) الدر المختار أعلى حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ ، مجمع الأثر ٤٩٧/٢ .

وجواز ذلك إنما هو بإجماع المذهب الحنفى بناء على ظاهر الرواية .

وذلك لأنه على قول أبى يوسف ومحمد ، أن قسمة الجمع فى عين الدور جائزة ، فكذا فى المنافع ، ولأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتها .

وأما على قول أبى حنيفة ، فإنه وإن كان لا يصح عنده قسمة أعيان الدور قسمة جمع ، إلا أنه يصح عنده قسمة منافعها .

والفرق عنده بين العين والمنفعة : أن الدور فى حكم أجناس مختلفة لتفاضل التفاوت بين دار ودلر فى نفسها وبناتها وموضعها ، ولا تجوز قسمة الجمع بين جنسين مختلفين ، أما التفاوت فى المنافع فقليلاً ما يتفاضل ، بل يتقارب ولا يتفاوت ، فلم تلحق منافع الدارين بالأجناس المختلفة ، فجازت قسمتها ، ويجبر من أمتنع عنها .

ولراجع/بدع الصنوع ٤١٤٥/٩ ، مجمع الأثر ٤٩٧/٢ ، تبين الحقائق ٢٧٦/٥ .

(٤) تبين الحقائق مع حاشية للشلبى عليه ٢٧٦/٥ .

(٥) الشرح الصغير ١٥٤/٥ .

(٦) تبين الحقائق ٢٧٦/٥ .

وجواب ظاهر الرواية عما سبق :

أن الحرمة عند وجود أحد وصفى غلة الربا ثابتة بالنص ، على خلاف القياس ، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع ، والمهياة إفراز من وجه مبادلة من وجه آخر ، فيعمل فيها بمقتضى القياس^(١) .

ولكل واحد من الشركاء أن يستغل ما أصابه بالمهياة ، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط ، لحدوث المنافع على ملكه .

هل يجوز للشركاء أن يتهاينوا على الاستغلال ؟

أجاز الحنفية للشريكين أن يتهايا على الاستغلال في الدارين ، بأن يأخذ أحدهما داراً يستغلها ويأخذ غلتها ، ويستغل الثاني الدار الأخرى ويأخذ غلتها .

وعللوا ذلك بأن الظاهر عدم التغير في العقار^(٢) .

ولو زادت غلة أحدهما عن الآخر ، لا يشتركان في الفضل ، بخلاف الدار الواحدة .

والفرق بينهما : أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح ، لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول ، فاعتبر قرصاً ، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ، فلذا يرد عليه حصته من الفضل^(٣) .

وعند المالكية ، لاتجوز المهياة على الاستغلال في الدور أو في غيرها ، كأن يأخذ كل منهما كراء الدابة أو الدار مدة معينة ، فلا يجوز للغرر ، إذ يحتمل ألا تكرر في ذلك الزمن أو يقل كراؤها فيه^(٤) .

ولكن يجوز عندهم - كما سبق - استغلالها تبعاً للمهياة على الاستعمال^(٥) .

وقد منع ابن حزم المهياة على الاستغلال في الدور ، لكن يقسم ما يظهر من الغلة بينهما على قدر الحصص^(٦) ، فيؤجرانها مثلاً ، والأجرة بينهما .

٣- المثال الثاني : التهايو في الموالب :

وهو إما أن يكون على الاستعمال أو الاستغلال :

أ- التهايو في الموالب على الاستعمال :

فلو كان هناك دابة واحدة مشاعاً بين اثنين ، فتهايناً تراضياً على أن يستخدمها هذا يوماً ، وهذا يوماً ، أو دابتين على أن تكون إحداها لواحد ، والأخرى للآخر .

(١) الهداية مع شرح الكفلية مع تكملة فتح القدير ٣٨١/٨ ، ٣٨٢ .

(٢) مجمع الأثر ٤٩٧/٢ .

(٣) مجمع الأثر ٤٩٨/٢ ، الهداية مع التكملة ٣١/٨ ، حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٦ .

(٤) الشرح الصغير ١٥٦/٥ .

(٥) شرح الزرقاني ١٩٤/٦ .

(٦) المطلى لابن حزم ٥٥١/٩ .

فإنه لا خلاف في أنه يجوز لهما ذلك ، لأن الحق لهما وقد تراضيا عليه^(١) .
 أما لو تنازعا ، فطلب أحدهما إجبار الآخر على المهايأة بالوضع المذكور ، فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز إجبار الممتنع عليها .
 ووافقه في ذلك المالكية لأنها عندهم تأخذ أحكام الإجارة^(٢) .

ووجه قول الإمام :

أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين ، فإنهم بين حاذق وأحذق ، وبين حاذق وأخرق ، ومن ثم لا يتحقق التسوية^(٣) .

ولأن الدواب وإن كانت باعتبار أعيانها جنساً واحداً ، إلا أنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين ، بدليل أن من استأجر دابة ليركبها لم يملك أن يوجرها للركوب ؛ ولو فعل لضمن ؛ فأشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين ، واختلاف جنس العين عند الإمام أبي حنيفة مانع من جواز قسمة الجمع إجباراً ، كذا في المنفعة .

بخلاف المهايآت في الدارين والعبيد ، فإنها جائزة ؛ لأن هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة ، بدليل أن المستأجر فيها يملك الإجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة ، فجازت المهايآت^(٤) .

وذهب الصحابان من الحنفية إلى أنه يجبر الممتنع عن المهايأة ، قياساً على قسمة الأعيان ، فكما يجوز الإجبار على قسم الدابة أو الدابيتين قسمة أعيان - على اعتبار أنهما من جنس واحد - ، فكذلك يجوز الإجبار على قسم منافعهما^(٥) .

.. وأرى رجحان ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من جواز الجبر على قسمة المهايأة في استعمال الدواب .

أما القول بأن استعمال الدواب يختلف باختلاف المستعمل ، ومن ثم فلا إجبار . يجاب عنه : بأن استعمال الدواب من المالكين سيكون عادة متساوياً ، أو على الأكثر متفاوت تفاوتاً يسيراً غالباً ، لأن كلا منهما سيعمل على صيانة ملكه والمحافظة على سلامته^(٦) .

(١) مجمع الأثر ٤٩٧/٢ ، البحر الرائق ٢٧٦/٨ ، والشرح الصغير ١٥٥/٥ . علماً بأن المالكية لم يجزوها لأكثر من شهر ؛ لأن الحيوان يسرع له التغير بخلاف العقول .

(٢) شرح الزرقاني ١٩٤/٦ ، معين الحكام ٥٩٨/٢ .

(٣) تبين الحقائق ٢٧٧/٥ ، مجمع الأثر ٤٩٧/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٤١٤٦/٩ .

(٥) تبين الحقائق ٢٧٧/٥ ، مجمع الأثر ٤٩٧/٢ .

(٦) قسمة الأملاك المشتركة د/أحمد فراج حسين ص ٢٤٦ .

ولأن في هذا القول ما يحقق مصلحة المالكين في استعمال أملاكهم المشاعة، إذ غالباً ما يصعب استعمال دوابهم على الشيوع .

ومثل هذه الأمور غالباً ما تكون بين المشتاعين على سبيل التسامح^(١) .

ب- التهايو في الدواب على الاستغلال :

فلو كان بينهما دابة واحدة وطلب أحد الشريكين أن يتهايا مع شريكه على استغلالها ، على أن تكون الغلة لكل منهما مدة معلومة .

فلا خلاف عند الحنفية في أنها تجوز تراضياً ولا يجبر من امتنع ؛

لأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء ، والتعادل ثابت في الحال ، والظاهر عدم بقاء هذا الاعتدال في الحيوان في الزمان الثاني ، إذ أن القوى الجسمانية متناهية ، فتتفاوت المعادلة^(٢) .

أما لو كان بينهما دابتان ، فعلى ما ذهب إليه أبو حنيفة من المنع في التهايو على الاستعمال ، فكذلك لا يجوز لهما التهايو على الاستغلال ، فلا يجوز عنده أن يأخذ أحدهما دابة يستغلها ويأخذ غلتها ، ويأخذ الآخر دابة كذلك ؛ لأيهما أضافا التهايو إلى الغلة ، والغلة عين من الأعيان ، فلا تحتمل التهايو ، لأن التهايو قسم المنافع ، ولا ضرورة في التهايو على الغلة لإمكان قسمتها عيناً .

وذهب صاحبان إلى أنه يجوز التهايو على الاستغلال ، قياساً على جواز التهايو على الاستعمال^(٣) .

وأرى رجحان ما ذهب إليه أبو حنيفة من عدم صحة المهايأة أو الجبر عليها في استغلال الدابتين أو الدواب ، لأن الغلة من الممكن قسمتها عيناً ، وهذا محقق للعدالة ولمصلحة المتقاسمين أيضاً .

هذا وقد منع المالكية المهايأة على الاستغلال مطلقاً ، كما سبق أن ذكرت ، لعدم انضباط الغلة المتجددة إذ قد تقل وتكثر ، فإن انضبطت ككرائتهما أو كراء دار كل يوم بقدر ، جاز قسمه بينهما ، على أن لكل واحد يوماً مثلاً ، أو أشهراً ، كالاستخدام^(٤) .

(١) وجدير بالذكر أن ابن حزم قد منع قسم الدابة المشتركة مهايأة ، فلا يجوز عنده أن يتشارطا استعمالها بالأيام ، لأنه شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وقد يستعملها أحدهما أكثر مما يستعملها الآخر ، والأموال محرمة على غير أربابها إلا بطيب نفس منهم ؛ فإن تكارما في ذلك جاز ما دام بطيب أنفسهم بذلك ، فإن تشاحا فللكل أحد منهما على الآخر نصف أجره ما استعمل فيه الشيء المشترك ، أو مقدار حصته من أجرتها ، فإن أجراها فحسن ، والأجرة بينهما على قدر حصصهما .
يراجع / المحلى ٥٤٩/٩ .

(٢) مجمع الأثر ٤٩٧/٢ ، الهداية بشرح العناية بهامش تكملة فتح القدير ٣١/٨ ، حاشية أبي السعود على شرح الكنز ٣٥٥/٣ .

(٣) مجمع الأثر ٤٩٨/٢ ، الهداية مع التكملة ٣٢/٨ .

(٤) شرح الزرقاني ١٩٤/٦ .

٣- المثال الثالث : التمايؤ في زراعة الأرض :

يجوز التهايو في زراعة الأرض المشتركة بأن يأخذ أحد الشريكين نصف الأرض ،
ويأخذ الآخر نصفها الآخر ويزرعها^(١) ، أو يأخذ أحدهما الأرض كلها سنتين والآخر كذلك .
واشترط المالكية أن تكون الأرض مأمونة ، أى يمكن قبضها ووضع اليد عليها فوراً ،
فلو كانت الأرض لا تقبض إلا بعد مضي سنة مثلاً ، فإنه لا يجوز التهايو فيها عند المالكية^(٢) .
ومنعت الإباضية جواز التهايو على زرع الأرض سنتين ، سواء فى ذلك قسمة الأزمان
أو المكان مهايأة ، لأن الغلة تختلف فى ذلك من جهة القلة والكثرة ووجودها وعدمها ، لجودة
وغيرها ، مع ما ورد عن النبى ﷺ من النهى عن بيع السنين^(٣) ، وهو بيع الشيء أعواماً ،
والقسمة كالبيع ، فتقاس عليه^(٤) .
وقيل : بجواز قسمة الأرض سنتين مزارعة^(٥) .

المثال الرابع : التمايؤ في مختلف المنفعة :

أجاز الحنفية والمالكية التهايو فى كل مختلفى المنفعة ، كسكنى دار ، وزرع أرض ،
فيأخذ أحدهما الدار يسكنها ، ويأخذ الآخر الأرض يزرعها ، لأن كل واحدة من المنفعتين
يجوز استحقاقها عند اتحاد الجنس ، فعند الاختلاف أولى^(٦) .

ثانياً : ما لا تصح فيه المهايأة :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن المهايأة لا تجوز فى النخل ، أو الشجر ، أو الثمر ، أو
الغنم ، أو البقر المشتركة ، على أن يأخذ كل واحد منهم جزءاً ينتفع بثمره أو لبنه .
فكل ذلك لايجوز ، لأن المهايأة هى عقد على قسمة المنافع ، والثمر واللبن عين مال ،
فلا تدخل تحت المهايآت^(٧) .

(١) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ .

(٢) حاشية العوى على الخرشي ٤٠٠/٤ ، شرح الزرقاني ١٩٤/٦ .

(٣) الحديث رواه مسلم عن جابر بن عبد الله قال : نهى النبى ﷺ عن بيع السنين .

يراجع/مسلم بشرح التتوى ٢١٣/٥ ك البيوع - باب كراء الأرض . رقم (٣٨٥٥) ط المكتبة القيمة .

(٤) شرح الثيل وشفاء الطويل ٤٨٧/١٠ .

(٥) الإيضاح وحاشية أبى سنة عليه ٧٨/٧ ، القسمة عند الإباضية للدكتور/ مصباح حماد - مذكرة مصورة

ص ١١٠، ١١١ .

(٦) مجمع الأكر مع الدر المنتقى ٤٩٨/٢ ، حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٦ ، والشرح الصغير ١٥٤/٥ .
هذا وتجدر الإشارة إلى أننى فى هذه الأمثلة أعتمدت على كتب الحنفية والمالكية نظراً لتوسعهم فى أحكام
هذه الصور ، أما بقية المذاهب فقد ذكرت أن محل المهايأة هو المنفعة ولكن دون تفصيل . (والله أعلم) .

(٧) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ ، البحر الرائق ١٨٠/٨ ، شرح الخرشي ٤٠٩/٤ ، والشرح الصغير ١٧١/٥ ،

أسنى المطالب ٣٣٨/٤ ، روضة الطالبين ٢١٩/١١ ، كشف القناع ٣٧٤/٦ ، المطى لابن حزم ٥٥١/٩ ،

الإيضاح لشمسلى ٧٧/٧ ، شرح كتب قتيل ٤٨٣/١٠ .

وهي لا تجوز في هذه الأعيان ، والتي تستهلك بمجرد الاستعمال ، والانتفاع بها غير منضبط ، سواء كانت رضاء أم جبراً (١) .

وعلى ذلك فلو كان بين الشريكين أو الشركاء نخل أو شجر ، فتهاياً على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها ويأخذ ثمرها ، أو تهاياً ، في ثمر الشجر ليكون لهذا عاماً ولهذا عاماً ، فلا يجوز ذلك ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى ، فيتعذر قسمتها ، وثمر النخل أو الشجر أعيان باقية ، ترد عليها القسمة عند حصولها ، فلا تدخل تحت عقد المهايآت - كما ذكر الحنفية (٢) - .

ولأنه مخاطرة ومقامرة ، ولأن ذلك ربوى مجهول ، فضلاً عما في المهايأة حينئذ من التفاوت الظاهر - كما ذكر غير الحنفية (٣) - .

وكذلك لو كان بين الشركاء غنم أو بقر فتهاياً على أن يأخذ كل واحد منهم قطيع يرعاه . بشرط ألبانه ، أو يأخذ هذا اللبن يوماً وذاك يوماً . فلا يجوز ؛ لأن اللبن من الأعيان الباقية ، فمن الممكن أن ترد عليه القسمة عند حصوله ، ولأنه في هذه الحالة ربوى مجهول ، فهو لبن لبن من غير كيل . فضلاً عما في المهايأة حينئذ من التفاوت الظاهر .

والمهايأة فيما سبق - الحيوان اللبون وفي الشجر المثمر - لا تجوز سواء اتفق الشجر والحيوان أو اختلف (٤) .

وإذا كانت المهايأة فيما سبق لا تصح ، إلا أن الفقهاء - رحمهم الله - تيسيراً على الناس ورفعاً للخرج عنهم ، وعملاً بما ألفوه وتعارفوا عليه - قد فتحوا لهم باب الجواز بحيلة (٥) شرعية لا يعارضها نص شرعي ، ولا يترتب عليها ضرر بأحد الشركاء .

فالحيلة عند الحنفية : لمن أراد المهايأة في الشجر أو الحيوان الطوب ، وغير ذلك ، أن يشتري نصيب شريكه ، ثم يبيعها كلها بعد مضي نوبته (٦) . أو ينتفع باللبن بوزن معلوم استكراماً لنصيب صاحبه ، إذ قرض المشاع جائز (٧) .

(١) الشرح الصغير ١٧١/٥ .

(٢) الهدية مع تكملة شرح فتح القدير ٣٢/٨ .

(٣) شرح الخرشي ٤٠٩/٤ ، روضة الطالبين ٢١٩/١١ ، مغنى المحتاج ٤٢٦/٤ ، كشاف القناع ٣٧٤/٦ .

(٤) شرح الخرشي ٤٠٩/٤ .

(٥) الحيلة هي : ما يتطلف به لدفع المكروه ، أو لجلب المحبوب ، أى يترقب بها .

والترقب خلاف التصف ، أنيس الفقهاء للقونى ص ٣٠٤ ، طلبة الطلبة للتسقى ص ٣٤٨ .

وقال صاحب المصباح المنير : الحيلة هي الحق في تغيير الأمور وهو تقلاب الفكر حتى يهتدى إلى المقصود .

المصباح المنير ص ٦٠ ط الجيب .

(٦) مجمع الأكر ٤٩٨/٢ ، تبين الحقائق ٢٧٨/٥ ، حاشية أبى السعود على شرح الكنز ٣٥٥/٣ .

(٧) الدر المنقلى شرح المفتى بهامش مجمع الأكر ٤٩٨/٢ .

وتوضيح ما سبق :

أن يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر أو الغنم من صاحبه ، ثم يشتري بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم ، فيحل لكل واحد منهما ما تناوله ، لأنه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري .

- أو ينتفع باللبن استقراضاً لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم - أى مدة معلومة - ثم إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن فى مثل تلك المدة ، بعضه من نصيبه وبعضه مما أقرضه فى المدة الماضية ، ولكن ينبغى أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم ، حتى تتحقق المساواة فى الاستيفاء ، فلا يكون الربا^(١) .

والحيلة عند المالكية : أن يقسم ذلك على طريق الفضل ، فيفضل أحدهما الآخر بأمر بين على وجه المعروف ؛ لأنه يخرج من باب المعاوضات إلى باب المعروف ، وذلك كما لو جعل لبن البقرة لأحدهما يوماً وللآخر يومين ، أو يأخذ أحدهما بقرتين ، والآخر يأخذ واحدة والثلاثة متقاربة فى قدر اللبن ، فيجوز ، لأن أحدهما تركه للآخر فضلاً بغير معنى القسم ، ولأنهما بذلك خرجاً من باب المغالبة إلى ساحة المعروف^(٢) .

أما الحيلة عند الشافعية والحنابلة : فهى أن يبيع كل شريك لصاحبه الانتفاع بنصيبه خلال المدة التى تكون بيده ، ويغتر الجهل هنا لضرورة الشركة مع تسامح الناس فى ذلك^(٣) .

هذا وقد استثنى الحنفية من منع التهاوى فى الألبان : لبن ابن آدم ، حيث تجوز المهايأة فيه ، حتى لو كانت جاريتان مشتركان بين اثنين ، فتهاياً أن ترضع إحداهما ولد أحدهما ، والأخرى ترضع ولد الآخر ، جاز ، لأن لبن ابن آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع^(٤) .

وخلاصة ما سبق أن محل قسمة المهايأة هو المنافع ، والتى تبقى ولا تستهلك بمجرد الاستعمال .

كما أن محل المهايأة يكون فى القيميات لا المتليات .

وأما ما فيه الخلاف مما سبق ، فإننى أرجح جواز المهايأة على المشترك إيا كان ، باستثناء اللبن والتمر والغلة وما يستهلك بمجرد الاستعمال .

والله أعلم

(١) حاشية للشلبى على تبين الحقائق ٢٧٧/٥ .

(٢) شرح الخرشي ٤٠٩/٤ ، اشرح الصغير ١٧١/٥ .

(٣) فتح الجوه شرح الأرشاد ٤٣٣/٢ ، الأكلو ٥٠٧/٢ ، مفتى المحتاج ٤٢٦/٤ ، كشاف القناع ٣٧٤/٦ .

(٤) تبين الحقائق ٢٧٧/٥ .

المطلب الثاني

محل قسمة المهايأة في القانون المدني

في هذا المطلب نبين محل قسمة المهايأة في القانون المدني ، ثم نقارنه مع الفقه الإسلامي.

أولاً : محل قسمة المهايأة في القانون المدني :

سبق أن أشرنا إلى أن قسمة المهايأة إنما تقتصر على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع ، بحيث يحصل كل شريك على قدر من منفعه يتناسب مع حصته .

ومن ثم فيكون محل قسمة المهايأة في القانون ، هو المنافع دون الأعيان ، فهي قسمة انتفاع لا قسمة ملكية ، ولذلك فهي لا تؤدي إلى إنهاء الشيوع^(١) .

وهي لا تجرى في المثليات ، لأنها لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، ولأنها قابلة للقسمة فلا حاجة للمهايأة عليها .

وتكون المهايأة في القيميات ، التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، كالدار والأرض والحيوان^(٢) .

ومن ثم فإنه يجوز أن يتهايا الشركاء ، على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما ، هذا سنة ، وذاك سنة أخرى .

أو أن يزرع هذا نصفها ، وذاك نصفها الآخر .

وكذلك في الدار المشتركة بينهما ، فلهما أن يتهايا على أن يسكن كلا منهما الدار سنة بطريق المناوبة ، أو أحدهما يسكن في علوها والآخر في السفلى ، أو في الدارين المشتركين على أن يسكن أحدهما في إحداهما والآخر في الأخرى .

وكذلك لو كان بينهما سيارة ، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص بها كل واحد منهما شهراً على سبيل التناوب^(٣) .

غير أنه يشترط في المال المتهايا عليه ، أن لا يستهلك بمجرد الاستعمال ، فإن كان مما يستهلك بمجرد الاستعمال فلا تجوز المهايأة عليه^(٤) .

(١) د/عبد المنعم البدر - حق الملكية ص ١٦١ ، د/محمد كامل مرسى - الحقوق العينية - ٢٥٣/٢ .

(٢) د/ محمد كامل مرسى - الملكية والحقوق العينية ٣١٤/١ .

(٣) د/المنهوري - الوسيط - ٨١٦/٨ ، ٨٢٠ ، د/عبد التامر الطار - مرجع سابق ص ١٠٩ وما بعدها ،

د/محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢٥٣/٢ ، د/حسن كيرة - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٤٤ ،

د/عبد المنعم الصدة - حق الملكية ص ٢٦٦ ، د/ملحون أحمد الشافعي - قسمة ملك لشئ ص ٦٠ وما بعدها .

(٤) د/ سيد محمود عمر - القسمة ص ٤٩٦ .

والقانون المدنى المصرى قد أجاز أن يختص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز من المال يعادل حصته فى المال الشائع (مادة ٨٤٦ مدنى) .

فتنازل لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، وذلك تخلصاً من المشاكل والصعوبات التى تعوق الانتفاع بالمال الشائع^(١) .

وبذلك يتهيأ لكل منهم أن يحوز مالا مفرزاً ، يستقل بإدارته واسغلاله والانتفاع به ، فله أن يسكن الدار أو أن يوجرها ، وأن يزرع الأرض أو أن يوجرها بالنقد أو بطريق المزارعة . وبوجه عام له أن يتسفل ما اختص به مفرزاً من المال الشائع ، وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره ، ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ، ولا على الغلة والثمار التى حصل عليها ، فى مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك^(٢) .

ثانياً : مقارنة محل المهايأة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر فيما سبق عرضه فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى ، يتضح أن هناك اتفاقاً بينهما فى محل قسمة المهايأة .

فهى ترد فى كل منهما على المنافع المشتركة ، دون الأعيان ، كما أنها اتفاقاً على إنها ترد على القيميات ، التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها ، فلا تستهلك بمجرد الاستعمال ، كالدار والأرض والحيوان وغير ذلك .

ومن ثم فهى لا ترد على المثلثات .

كما اتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى جواز المهايأة على الاستعمال .

وأجاز القانون المهايأة على الاغتلال ، والقانون فى هذا يتفق مع ما ذهب إليه صاحبان من الحنفية وبعض الفقهاء .

أما المهايأة على الثمار والأشجار والنخل والبقر والغنم الحلوب ، فقد ذهب إجماع الفقه الإسلامى إلى منع المهايأة على هذه الأشياء ، نظراً لإمكان قسمتها عيناً عند ظهورها ، ومنعاً للفرر المترتب عليها .

(١) د/بلمون الشلمى - المرجع السابق - ص ٦٠ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨١٦ ، د/ توفيق حسن نرج - الحقوق العينية الأصلية ص ٢٧٦ ، نقض معنى ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية رقم ١٩ ص ٤٥ .

والفقه القانونى لم يتناول هذه الأشياء فى جواز المهايأة عليها من عدمه صراحة ، إلا أنه نص على أن المهايأة إنما ترد على الأعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها ، كالدار والأرض وغير ذلك^(١) .

مما يؤخذ منه أنه لا يجوز قانوناً المهايأة على الثمار ، والأشجار ، وحلب البقر ، والغنم . فضلاً عن أن فى قسمة هذه الأشياء ، ما يخالف القواعد العامة فى القانون ، وقواعد العدالة ، لأنه يترتب على القول بقسمتها مهايأة ، غرر بأحد الشريكين ، وهو لا يجوز .

(١) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق المدنية الأصلية ٢٠٣/٢ .

المبحث الثالث

طبيعة المهايأة وصفتها

ويتكون هذا المبحث من مطلبين :

المطلب الأول : طبيعة قسمة المهايأة (أو التكييف الفقهي لها) .

المطلب الثاني : صفة قسمة المهايأة .

المطلب الأول

طبيعة قسمة المهايأة (أو التكييف الفقهي لها)

نقصد من طبيعة القسمة تكييفها وتحديد طبيعتها من كونها معاوضة أم لا ، وإلى أى نوع من أنواع المعاملات تنتمي .

ونعرض لبيان طبيعة القسمة فى الفقه الإسلامى أولاً ، ثم نبين طبيعتها فى القانون الوضعى ثانياً ، وأخيراً نجرى موازنة بين ما انتهى إليه كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى وذلك على النحو التالى :

أولاً : طبيعة قسمة المهايأة فى الفقه الإسلامى :

اختلفت كلمة الفقهاء حول تكييف قسمة المهايأة ، هل هى إفراز حق أو تمييزه أو هى معاوضة (مبادلة) ؟

فالحنفية قد فرقوا فى ذلك بين قسمة المهايأة الزمانية والمكانية ، فالمهايأة الزمانية عندهم كقسمة الأعيان ، إفراز من وجه ، مبادلة من وجه آخر ، وذلك لأن المهايئ كالمستقرض لنصيب شريكه ، فكان فيها معنى المبادلة من وجه .

أما المهايأة المكانية فهى عندهم إفراز من كل وجه ، وليست مبادلة ، إذ لو كانت مبادلة لما صحت ؛ لأن المبادلة فى الجنس الواحد نسيئة لا تجوز ؛ لتوافر ربا النسيئة فيها ، باعتبار أن اتحاد الجنس وحده كاف عند الحنفية فى وجود هذا النوع من الربا^(١) .

أما جمهور الفقهاء - من المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية والزيدية - فقد ذهبوا إلى أن قسمة المهايأة هى معاوضة أو مبادلة .

(١) تبين الحقائق ٢٧٦/٥ ، مجمع الأبرار ٤٩٦/٢ ، حاشية لى السعود المصرى على شرح الكنز لمنلا مسكن ٣٥٤/٣ ، وما ذهب إليه الحنفية هو الذى أخذت به مجلة الأحكام العلية ، يراجع مادة ١١٧٨ ، ١١٧٩ .

ف عند المالكية جاء فى الشرح الصغير : (ولزمنا كالإجارة أى فى تعيين الزمن وال لزوم)^(١).

فيفهم منه أنها معاوضة ؛ وإلا لما أخذت بعض أحكام الإيجار .

وعند الشافعية جاء فى حاشية البيجرى : "ومن استوفى زائداً فى حقه لزمه أجره ما زاد على قدر حصته من الزائد"^(٢) .

وفهم منه أن المهايأة معاوضة أو مبادلة ، وإلا لما لزمته أجره ما زاد عن حقه .

وعند الحنابلة جاء فى المغنى : "ولنا أن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع"^(٣) .
والإباضية شبهوها بالإيجار^(٤) .

والزيدية قالوا بأن المهايأة بيع^(٥) .

فيتضح مما سبق أن قسمة المهايأة فيها معنى المعاوضة على العموم ؛ إذ كل واحد من الشريكين ينتفع بنصيب صاحبه ، أو حصته عنده ، لقاء انتفاع صاحبه بنصيبه أو حصته .

الراجع :

وعلى أية حال فإنه وإن كان مملك الأحناف فى كتبهم أوضح ، فإنه أرى رجحان مملك الجمهور ، وأن قسمة المهايأة معاوضة ، لأن القول بذلك يعكس ما ذهب إليه الفقهاء من سريان بعض أحكام عقود المعاوضات - كما سيأتى - على قسمة المهايأة .

وما ذهب إليه الأحناف من القول بأنها إقراز فهو مرجوح - فى نظرى - حيث إن قسمة المهايأة ، لا تزول بها العلاقة بين الشركاء ، بل تظل ثابتة بينهم فى العين ذاتها ، فمن أين يكون الإقراز ؟
الله أعلم

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن الراجع فى تكيف قسمة المهايأة أنها معاوضة ، فينبغى علينا أن نبين إلى أى عقد من عقود المعاوضات تنتمى :

ف نجد أن بعض الفقهاء قد نص على أن المهايأة كالإيجار ، ومن ثم فيطبق عليها بعض أحكامه .

(١) الشرح الصغير ١٥٥/٥ وراجع أيضاً شرح الخرشي ٤٠٠/٤ وما بعدها ، شرح للزرقاني ١٩٤/٦ .

(٢) حاشية البيجرى على الخطيب ٣٤٥/٤ ، وراجع أيضاً : روضة الطالبين ٣١٨/١١ ، حيث يفهم أيضاً هذا المعنى .

(٣) المغنى لابن قدامة ٨٠/٩ .

(٤) شرح القليل وشفاء الطليل ٤٨٠/١٠ .

(٥) البحر الزخار ١٠٦/٤ .

فمن ذلك نجد فقهاء المالكية يصرحون بأن قسمة المهايأة كالإيجار - أى فى بعض الأحكام .

فيقول الخرشي : "والتشبيه فى قوله (كالإجارة) فى لزوم وفى تعيين المدة" . ويعلق عليه الشيخ العدوى قائلاً : "قوله كالإجارة أى فهم كالإجارة فتدخل فى باب الإجارة" (١) . وعند الشافعية :

فهم يجرون بعض أحكام الإيجار على قسمة المهايأة ، مما يدل على سريلن بعض أحكام عقد الإيجار عليها .

فيقول النووي :- "ولو رضىا بالمهايأة ، ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نوبته مكن ، فإن مضت مدة لمثلها أجرة ، غرم نصف أجرة المثل ... " (٢) .

وجاء عند الإباضية ما نصه : "وهى كالإجارة وتحتاج للزمان ويجوز فيها ما يجوز فى الإجارة ، ويمنع فيها ما يمنع فى الإجارة ، ويلزم فيها ما يلزم فى الإجارة" (٣) .

فواضح أن قسمة المهايأة لها شبه بالإجارة ، على اعتبار أن كلا منهما يرد على المنافع ، ومن ثم فيطبق عليها بعض أحكام الإيجار .

على أن يكون مفهوماً أن المقصود بذلك أن يطبق عليها بعض أحكام الإيجار ، والتي تتناسب مع المهايأة ، ولا ينطبق عليها ما لا يتناسب معها من أحكام الإيجار ، لأنه لا يمكن إغفال ما لقسمة المهايأة من خصوصية تميزها عن غيرها من العقود .

هذا وبعض الفقهاء يرون أن قسمة المهايأة كالبيع .

وسيتأتى مزيد تفصيل لهذه المسألة .

ثانياً " طبيعة المهايأة فى القانون المدنى المصرى :

"التكييف القانونى لقسمة المهايأة"

قسمة المهايأة ليست قسمة بالمعنى الصحيح ، لأنها لا تودى إلى إنهاء حالة الشيوع ، بل هى مجرد وسيلة لتنظيم انتفاع الشركاء بالمال الشائع ، كل بما يوازى حصته ، فهى لا تعتبر قسمة نهائية تقضى على الشيوع ، وتعمل على أن يستأثر كل شريك بملكية حصة مفرزة ،

(١) شرح الخرشي مع حاشية العدوى عليه ٤/٤٠٠ ، ٤٠١ ، وراجع /مواهب الجليل مع هاشم القناج والإكليل ٣٣٤/٥ ، حاشية القسولى على الشرح الكبير ٣/٤٩٨ .

(٢) روضة الطالبين ١١/٢١٨ ، وراجع /أمنى المطالب للشيخ زكريا الأكمري ٤/٣٣٨ .

(٣) شوح قليل وشفاء الطويل ١٠/٤٨٠ .

ولكنها تعتبر قسمة وقتية ، مقصورة على منافع العين وحدها ، مع بقاء حالة الشيوع فى الملكية قائمة^(١) .

وبما أنها تعمل على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع أثناء الشيوع ، فهى تعتبر فى حقيقتها مقايضة الانتفاع بالانتفاع ، سواء كان ذلك بمعيار مكانى أو بمعيار زمانى^(٢) .

فى المهايأة المكانية : "يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفروز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك الانتفاع بباقى الأجزاء" مادة ١/٨٤٦ مدنى فهى إذن منفعة مقابل منفعة^(٣) .

وفى المهايأة الزمانية : يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله ، فيستقل كل شريك منفعة كل المال الشائع لفترة زمنية محدودة ، وفى كل فترة يحصل كل شريك على نصيب باقى الشركاء فى الانتفاع ، مقابل حصول الشركاء كل فى نوبته على نصيبه فى هذا الانتفاع^(٤) .

فالمهايأة بذلك عبارة عن مقايضة الانتفاع بالانتفاع ، وهذه المقايضة تعتبر إجباراً ، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة فى الإيجار نقداً^(٥) .

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار ، فنصت المادة ٨٤٨ مدنى على أنه :

"تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة"^(٦) .

وعلى ذلك فالشريك يعد مؤجراً للشريك الآخر ، ومستأجر منه ، وهو ما أيدته محكمة النقض^(٧) .

(١) د/جميل الشرقاوى - حق الملكية - ص ١١٧ .

(٢) د/محمد المنجى - دعوى القسمة ص ٢٧٧ .

(٣) د/السنهورى - الوسيط - حق الملكية - ٨/٨٢١ .

(٤) د/طلبة وهبه خطاب - نظام الملكية ص ٨٦١ ، د/السنهورى - الوسيط ٨/٨٢١ .

(٥) بعكس الثمن فى البيع فيشترط أن يكون نقداً . د/السنهورى - المرجع السابق ٨/٨٢١ .

(٦) وبهذا أخذ القلقون المدنى السورى فى المادة (٨٠٢) وهو مطابق تماماً لما جاء فى نص المادة ٨٤٨ من القلقون المدنى المصرى ، وبهذا أخذ القلقون العراقى فى المادة (١٠٧٩) والتي أشارت إلى أنه تخضع قسمة المهايأة من حيث أهلية المتنازعين وحقوقهم والتزاماتهم لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع وظيفة المهايأة .

وهو ما أخذ به أيضاً القلقون المدنى الكويتى فى المادة (٨٤٦) .

(٧) حيث قضت محكمة النقض بأنه : "يعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ، ومستأجراً لمنفعة حصص الباقى من الشركاء ، وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار .." نقض مدنى فى ١٩٨٩/١٢/٦ - مجموعة محكمة النقض المكتب القضى - طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ فى ٣ ص ٢٦٩ ف ٣٦٤ .

هذا فضلاً عن أن خضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار أمر تملية القواعد العامة/ على أن يكون معلوماً أن تطبيق قواعد الإيجار على قسمة المهايأة ، إنما ينحصر فقط فيما يتفق وطبيعة قسمة المهايأة .

ثالثاً : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

يتفق القانون المدنى مع ما انتهى إليه جمهور الفقه الإسلامى من أن المهايأة عقد من عقود المعاوضات .

ويتفق القانون مع ما عليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار قسمة المهايأة كالإيجار ، ينطبق عليها بعض أحكامه ، والتي تتناسب مع طبيعة المهايأة .

ولكن ما مدى تطبيق أحكام الإيجار على قسمة المهايأة ، هذا ما سنتناوله -إن شاء الله- بالتفصيل فى مبحث مستقل من الفصل الثانى .

المطلب الثاني

صفة قسمة المهايأة

وأعنى بصفة المهايأة هنا ، أى هل هى لازمة ، فلا يجوز لأحد من الشركاء فسخها ، أو هى غير لازمة أى جائزة ، فيجوز لأى من الشركاء فسخها أو الرجوع فيها متى شاء .

وسنبين صفة المهايأة فى الفقه الإسلامى أولاً ، ثم نبينها فى القانون المدنى ثانياً ، وأخيراً الموازنة بين كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً: صفة قسمة المهايأة فى الفقه الإسلامى :-

بالرجوع إلى مذاهب الفقه الإسلامى ، اتضح أن الفقهاء مختلفون فى لزوم القسمة من عدمه على قولين :-

القول الأول :-

إن عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة ، وإن لكل من الشركاء أن يرجع عنها متى شاء ، سواء كان ذلك بطلب قسمة العين ، أو بنقض المهايأة فى ذاتها قبل استيفاء نوبته ، أو بعد استيفائها ، على أنه إذا رجع بعد الاستيفاء يغرم لصاحبه نصيبه من أجره المثل فى الزمن الذى انفرد به .

وبهذا قال الحنفية فى قسمة التراضى^(١) ، وهو قول الشافعية^(٢) ، وهو الصحيح فى المذهب عند الحنابلة^(٣) ، وبه قال ابن الحاجب و ابن رشد من المالكية إذا كان المقسوم متعديداً ، كدارين ولم تحدد مدة المهايأة بزمان معين^(٤) ، وهو قول الإمامية^(٥) ، والإباضية^(٦) .

(١) إلا إذا أجر كل من الشريكين ما بيده من الدار بعد قسمتها مهايأة ، فبها تكون لازمة حتى تنتهى مدة الإجارة ، إلا إذا كان له عذر فى نقضها . حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ ، ويراجع/يدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ ، وإن كان أطلق القول بأنها عقد جائز غير لازم ، ولم يفرق بين المهايأة بالتراضى أو الجبر ، إلا أن ابن عابدين قد نقل فى حاشيته عن شيخ الإسلام ما يفيد ، بأن قسمة التراضى غير لازمة ، أما قسمة التقاضى فلازمة .

حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ ، ويراجع /حاشية أبى السعود على شرح الكثر ٣٥٤/٣ .

(٢) يراجع /أدب القضاء للحموى ٣٥١/٢ ط مطبعة الإرشاد بغداد حيث قال :- "والصحيح أن المهايأة لا تلزم بالرضا ولا يجب الوفاء بها ، ولا يجبر الممتنع عليها" ، ويراجع /حلية العلماء للقل ١٨٢/٨ ط مكتبة الرسالة الحديثة ، مضى المحتاج ٤٢٦/٤ حاشية البيجرمى على الخطيب ٣٤٥/٤ حيث قال :- "ولكل منهم الرجوع متى شاء" .

(٣) المضى ٨٠/٩ ، الإصط ٣٤٠/١١ ، كشف القناع ٣٧٤/٦ .

(٤) حاشية المدسولى ٤٩٨/٣ ، شرح الخرشي ٤٠٠/٤ ، التلوكه لدوتى ٣٢٦/٢ .

(٥) جواهر الكلام ٣١٢/٢٦ ، قواعد الأحكام ٢١٩/٢ .

(٦) شرح القليل وشفاه الطويل ٤٨٠/١٠ .

ووجهتهم في ذلك :-

أن كل شريك في المهايأة قد بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة ، فلا يلزم ، قياساً على ما لو أعار شيئاً لشخص على أن يعيره شيئاً إذا احتاج إليه^(١) .

ولأن من ضرورة المهايأة التناوب على المنافع في العين الواحدة ، وأن تتجزئ نوبة وتتأخر أخرى ، والمنافع المضافة إلى المدة التي ستأتي لا يجوز إيراد العقد عليها عندنا - أي الشافعية - ، لأن من استأجر السنة القابلة لا يصح ، فلذا لم تلزم المهايأة^(٢) .

ويترتب على القول بعدم لزوم المهايأة ، أنه لو طلب أحدهما قسمة العين بعد قسمة المهايأة وكان المحل يحتملها ، يقسم القاضي العين ويفسخ المهايأة ، لأنها كالخلف عن قسمة العين ، وقسمة العين كالأصل فيما شرعت له القسمة ، لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك ، وهذا المعنى في قسمة العين أكمل ، لأنه جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب^(٣) .

ولأن التملك في قسمة العين من حيث الذات والمنفعة ، وفي المهايأة من حيث المنفعة فقط .

لهذه المعاني كانت المهايأة عقداً جائزاً غير لازم ، يحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة^(٤) .

ومع ذلك فإن المهايأة لا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما معاً - وهي في ذلك تختلف عن الإجارة - ، لأنه لو انتقضت لاستأنفها الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة ، فلا فائدة في النقض ؛ إذ أن الحاكم سيعاود استئنافها^(٥) .

القول الثاني :-

إن عقد المهايأة يكون لازماً ، فلا يجوز لأى من الشركاء فسخه إلا بعد استيفاء مدة العقد ، أو أن يستوفى كل نوبته .

وبهذا قال الحنفية في قسمة التقاضى (الإيجار)^(٦) ، وهو قول المالكية إذا كان المقسوم متحداً

(١) المغنى ٨٠/٩ .

(٢) أدب القضاء للحموى ٣٥١/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ ، حاشية أبي السعود ٣٥٤/٣ .

(٤) قسمة الأملاك د/ أحمد فراج ص ٢٣٥

(٥) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ ، الدر المختار للحصكفى أعلى حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ .

(٦) حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ ، الفتاوى الهندية ٢٢٩/٥ وجاء فيها :- "ولكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر أو بغير عذر قال شيخ الإسلام :- هذا هو ظاهر الرواية ، وإنما يكون لأحدهما النقض بعذر أو بغير عذر على ظاهر الرواية إذا حصلت المهايأة بتراضيهما ، أما إذا حصلت بحكم الحاكم ليس لأحدهما أن ينقض مالم يصطلحا على النقض ، فأما إذا حصلت بتراضيهما لو نقضاها لا يحتاج إلى إعادة مثلها ثانية ، وإنما يحتاج إلى ما هو أعلى من هذه القسمة وهي القسمة بقضاء القاضي . ويراجع /حاشية أبي السعود على شرح الكثر ٣٥٤/٣ .

وكانت المدة معينة ، أو كان متعدداً وكانت المدة معينة أيضاً^(١) ، وهو قول عند الحنابلة اختاره صاحب المحرر ، وجزم به في الوجيز وذلك إذا تعاقد على مدة معلومة ، وعند الحنابلة أيضاً قول بال لزوم إذا كانت المهايأة مكانية^(٢) ، وهو مقتضى كلام الزيدية ، حيث إنها عندهم تجوز جبراً^(٣) .

ووجهتهم في ذلك :-

هو قياس قسمة المهايأة على قسمة الأعيان ، فكما أن قسمة الأعيان (الأصل) تلزم ، فكذلك المهايأة تلزم أيضاً^(٤) .

ونوقش ذلك :- بأن قياس قسمة المهايأة على قسمة الأعيان قياس مع الفارق ؛ لأن قسمة الأعيان إفراز حق ، وليست كذلك قسمة المهايأة ، فلا يجوز قياسها على قسمة الأعيان^(٥) .

وثمة فرق آخر بين قسمة المهايأة وقسمة الأعيان ، فإن قسمة العين تنتجز فيها الحصص ، فيصل الشريكان إلى حصصهما في وقت واحد جملة ، من غير تأخير أحدهما بعد تعديلها ، والمنافع تؤخذ شيئاً فشيئاً ، فلا يمكن تحقيقها وتعديلها والتساوى فيها في مدتي الانتفاع^(٦) .

الرأي الراجح :-

وأرى رجحان القول الأول القائل بأن عقد المهايأة عقد غير لازم ، لقوة أدلته ، ولأن في القول بذلك مصلحة للشركاء جميعاً ، فإنهم إذا عقدوا مهايأة ، ثم بدا لهم التخلص منها ، إما

(١) ولتوضيح مذهب المالكية نقول :- يختلف لزوم عقد المهايأة عند المالكية وعدم لزومه باختلاف ما إذا كانت المدة معينة أو غير معينة . وباختلاف ما إذا كان المقسوم متعديداً أو متحداً .

أ- فإن كان المقسوم متحداً كدار مثلاً ، وكانت معينة ، فإن المهايأة تكون لازمة ، وليس لواحد من الشركاء أن يتحلل منها قبل المدة .

ب- وإذا كان المقسوم متعديداً وكانت المدة غير معينة ، فلا خلاف في المذهب أن المهايأة تكون فاسدة .

ج- إذا كان المقسوم متعديداً ، وكانت مدة المهايأة محددة بزمان معين ، فبئها تكون لازمة ، فلا يملك أحد من الشركاء أن يتحلل منها .

د- إذا كان المقسوم متعديداً كدارين مثلاً ، ولم تحدد مدة المهايأة بزمان معين ، فبئها تكون صحيحة لكنها غير لازمة على ما اختاره ابن الحاجب وابن رشد ، فلكل واحد من الشريكين أن يتحلل منها متى شاء .

وزهد ابن عرفة وغيره إلى أن المقسوم إذا كان متعديداً ، ولم تحدد مدة المهايأة فبئها المهايأة تكون فاسدة كما في المتحد .

يراجع / التواكه الدواني ٢/٢٢٦ ، شرح الخرشي وحاشية العدوى عليه ٤/٤٠٠ ، حاشية الدسوقي ٣/٤٩٨ ، حاشية البناق على شرح الزرقاني ٦/١٩٢ .

(٢) الإصناف للمرداوي ١١/٣٨٨ .

(٣) شرح الأثرار لابن مفتاح ٣/٣٨٨ .

(٤) المغني لابن قدامة ٩/٨٠ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) لعب القضاء للعموي ٢/٣٥٢ .

للضرر الذى لحق بهم أو بأحدهم ، أو لظهور مصلحة أخرى كإمكانية قسمته قسمة أعيان وغير ذلك . فيكون لهم الرجوع فى المهايأة ، والرجوع على من استوفى زائداً عن حقه .

والقول بعدم اللزوم لا يمنع من استقرار الشركاء واستيفائهم منافع العين المشتركة مهايأة ، لأن هناك عقوداً كثيرة غير لازمة ، ومع ذلك لم ينتف الاستقرار عنها .

ومع ذلك فإننى لا أرى ما يمنع أيضاً من العمل بالقول الثانى وهو اللزوم ويجتهد القاضى فيما يراه أصلح للشركاء من كلا القولين ، فما كان محققاً للمصلحة قضى به .

والله أعلم

ثانياً :صفة المهايأة فى القانون المدنى :-

المهايأة فى القانون المدنى المصرى تخضع لأحكام عقد الإيجار فيما يناسب طبيعتها ، كما هو نص المادة ٨٤٨ مدنى .

وبناء على ذلك فقد ذهب شراح القانون إلى أن عقد المهايأة عقد ملزم للمتهائنين ، لا يجوز لأحدهم العدول عنها . فعند الاتفاق على مدة معينة ، يجب أن يظل الاتفاق خلالها ، فلا يستقل أحد الشركاء بفسخ القسمة ما لم يحصل الرضا من الجميع .

فقسمة المهايأة لا تفسخ إلا برضاها جميعاً^(١) .

ومقتضى ذلك - عند البعض - أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الأعيان المشتركة قبل انتهاء المدة المتفق عليها فى قسمة المهايأة ؛ لأن تلبية طلب القسمة فى هذه الحالة يؤدى إلى نقض اتفاق المهايأة قبل انقضاء مدته ، وهو غير جائز إلا برضاء الشركاء جميعاً^(٢) .

إذ إن الاتفاق على المهايأة يعتبر اتفاقاً على البقاء فى الشبوع ، وبالتالي ليس من حق الشريك المتهاين طلب القسمة النهائية خلال مدة المهايأة^(٣) ، وذلك وفق نص المادة ٨٣٤ مدنى ، والتى تنص على أنه : " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشبوع بمقتضى نص أو اتفاق " .

نخلص من ذلك إلى أن قسمة المهايأة - مكاتبة أو زمانية ، رضائية أو قضائية - ملزمة للجائين قانوناً ، فليس لأى من الشريكين أن يستقل بفسخها .

(١) د/ محمد على عرفة - موجز فى حق الملكية وأسباب كسبه ص ٢٠٣ ، حق الملكية ٤٥٤/١ ، د/ عبد العزيز عامر - دروس فى حق الملكية - ص ١٠٨ ، د/ مأمون الشلبي - قسمة المال الشائع ص ٦١ .

(٢) د/ محمد على عرفة - حق الملكية وأسباب كسبه ص ٢٠٣ .

(٣) د/ محمد محمود عبد الله - قسمة المال الشائع - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة ص ١١٧ .

ثالثاً : المقارنة بين كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني :

واضح في القانون أن قسمة المهايأة ملزمة للجانبين ، وليس لأى من الشركاء فسخها قبل انتهاء مدتها .

وفى ذلك يتفق القانون مع ما عليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية - كونها ملزمة - وهم الحنفية إذا كان التهايو قضاء ، والمالكية إذا كانت المدة معينة ، وهو قول عند الحنابلة إذا كانت المدة معينة ، وهو ما عليه الزيدية .

وهو وإن كان فى الفقه الإسلامى يعد قولاً مرجوحاً ، إلا أنه لا مانع من الأخذ به إذا اقتضته المصلحة .

وأرى الأخذ بما استقر عليه الفقه الإسلامى من جواز طلب القسمة النهائية ، والإجابة إليها أثناء مدة المهايأة رغماً عن الشركاء ، ما لم يكن أحدهما قد أجر نوبته أو القسم المخصص له للمدة المعينة ، صيانه لحق المستأجر .

ولكن القانون يمنع من طلب القسمة النهائية والإجابة إليها أثناء مدة المهايأة ، إلا برضاء الشركاء .

ومسلك الشريعة الإسلامية هنا أرجح لأنه يستجيب للهدف العام من القسمة ، وهو إنهاء الشبوع والتخلص من مساوئه وعيوبه .

ثم إن القسمة النهائية أكمل وأبلغ فى إيصال الحقوق لأربابها .

فإذا طلبت القسمة النهائية أثناء المهايأة ، وأجاب القاضى هذا الطلب ، فإن الشريعة الإسلامية لم تهدر حقوق الشركاء ، فمن لم يستوفى يرجع على من استوفى بأجر مثل حصته فيما استوفاه .

ولزوم قسمة المهايأة لا يمنع من ذلك ، لأنهما سيلجئان إلى ما هو أكمل وأعدل ، مع حفظ الحقوق لأصحابها ، وبهذا أخذ فقهاء القانون العراقى^(١) .

أما شرائح القانون المصرى فقد أسسوا حكمهم هذا على لزوم المهايأة ، وعلى اعتبار أن طلب القسمة ليس من النظام العام ، وبالتالي فطالما هناك اتفاق على المهايأة لا يجوز طلب القسمة حتى تنتهى مدة المهايأة . فكانت نظرة الفقه الإسلامى أوسع وأشمل ، فهي أعطتهم الحق فى المهايأة ، ولم تحرهم من طلب القسمة أثناءها ، مع حفظ الحقوق لأصحابها ، ومن ثم فهي أولى بالاعتبار .

(١) د/ شلكر ناصر حيدر - الحقوق المعينة الأصلية ص ٤٨ .

المبحث الرابع

أنواع قسمة المهايأة

للمهايأة تقسيمان رئيسان :

الأول : من حيث التراضى والجبر فتقسم إلى :

(١) قسمة مهايأة رضائية .

(٢) قسمة مهايأة جبرية (قضائية) .

الثاني : من حيث الزمان والمكان :

فتقسم إلى :

(١) مهايأة زمانية

(٢) مهايأة مكانية

ويتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى هذا التقسيم من حيث الجملة .

ونتناول كل تقسيم منها فى مطلب مستقل :

المطلب الأول : أنواع المهايأة من حيث الرضا والجبر .

المطلب الثانى : أنواع المهايأة من حيث الزمان والمكان .

المطلب الأول

أنواع المهايأة من حيث الرضا والجبر

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى قسمين :

(١) مهايأة بالتراضى .

(٢) مهايأة بالتقاضى (الجبر) .

ونتاولهما - إن شاء الله - بشئى من التفصيل ، فنبين أولا هذا التقسيم فى الفقه

الإسلامى ، وثانيا فى القانون المدنى ، وأخيرا المقارنة بين القانون المدنى وبين ما انتهى إليه

الفقه الإسلامى .

أولاً : أنواع المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي :

تقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى قسمين :

(أ) المهايأة بالتراضي .

(ب) المهايأة بالتقاضي (الجبر) .

فالمهايأة بالتراضي :

هي أن يتفق شخصان أو أكثر على كيفية الانتفاع بالشيء المشترك بينهما ، على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً .

أما المهايأة بالتقاضي :

فهي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشركاء ، فيهاى القاضي بينهما جبراً ، إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما ، وإما بالمهايأة المكانية باختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص^(١) .

ولكن هذا التقسيم غير متفق عليه عند جميع الفقهاء كما فى القسمة العينية ، فقد حدث خلاف بشأنه نبينه فيما يلى :

تحرير محل النزاع :

لا خلاف^(٢) بين الفقهاء فى جواز المهايأة إذا تراضى الشركاء عليها ، سواء كان المقسوم جنساً واحداً والمنفعة متساوية أو متفاوتة ، أو كان أجناساً مختلفة .

كما أنه لا خلاف فى أنه يصار إلى قسمة العين فيما يحتمل القسمة ، إذا تنازع الشركاء ، فطلب بعضهم قسمة العين ، وطلب بعضهم قسمة المنفعة ، وذلك لأن قسمة الأصل أقوى فى استكمال المنفعة .

أما إذا طلب أحدهم قسمة المهايأة ، ولم يطلبها الآخر أو امتنع عنها ، فهل يجبر الممتنع على قسمة المهايأة أم أنه لا يجبر ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

إن قسمة المهايأة واجبة إذا طلبها بعض الشركاء ولم يطلبها البعض الآخر ، أو امتنع منها ، وأنه يجرى فيها الجبر كما فى قسمة الأعيان .

(١) الفقه الإسلامى وأدلته للتكتور وهبة الزحيلي ٥ / ٦٩٧ ، ٦٩٨ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٦ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٩ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٤ شرح منح الجليل ٣ / ٦٢١ ، ٦٢٢ ، المذهب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٣ ، أدب القضاء للحموى ٢ / ٣٥١ ، الإصناف للمرداوى ١١ / ٣٤٠ ، المغنى مع لشرح الكبير ١١ / ٥١٤ ، شرح الأثرار ٣ / ٣٨٨ ، جوامع الكلام ٢٦ / ٣١٤ ، الإيضاح للشماخي ٧ / ٧٧ .

وبهذا قال الحنفية على خلاف بينهم في بعض الفروع^(١) ، وهو وجه عند الشافعية^(٢) ، ورواية عن أحمد ، وبه قال صاحب المحرر من الحنابلة إذا طلب المهايأة المكانية ، وكانت لا تنطوي على ضرر^(٣) ، وهو مذهب الزيدية فيما تضره تقسمة الأصلية^(٤) ، وهو منسوب إلى الإمام مالك^(٥) .

(١) تبين الحقائق ٢٧٦/٥ ، مجمع الأنهر ٤٩٦/٢ ، الدر المختار أعلى حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ . الفتاوى الهندية ٢٢٩/٥ .

أما خلاف الحنفية في بعض الفروع ، فقد سبق بيانه عند الكلام على محل قسمة المهايأة ، وسبب اختلافهم أن قسمة المناقع عندهم معتبرة بقسمة الأعيان ، فإن إتخذ الجنس واتفقت المناقع ، فهذا يمكن أن تكون قسمة المهايأة قسمة إجبار ، لغلبة معنى الإقرار حينئذ ، وذلك كما في قسمة دار للسكنى أو أرض للزراعة بالتعلق بأبي حنيفة وصاحبيه ، أو دارين أو أرضين على رأى الصاحبين ،

فيقضى القاضى بالمهايأة جبرا إذا رأى وجه العدالة في ذلك ، وهذا ينتظم أكثر في العين المشتركة التى لا تقبل القسمة ، فيجبر على التهاوى فيها إذا طلبه أحد الشركاء ، وكذلك العين المستأجرة التى لا يمكن الاجتماع على الانتفاع بها ، كدار لا تسع إلا سكنى أحد الشريكين . واستثنى الحنفية العبيد من قسمة الإيجار .

- وحيث كان الأمر على العكس ، بأن اختلف الجنس كدار وأرض . أو تفاوتت المنفعة ، كدار تقسم مهايأة ، ليكون بعضها حصّة للسكنى ، والبعض الآخر حصّة للاستغلال ، فلا إجبار ولا سبيل إلى قسمة المهايأة إلا بالتراضى . راجع / شرح العنانية بهامش نتائج الأفكار ٨ / ٢٩ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٥ وما بعدها ، موسوعة نكويث ج ٣٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ف ٥٨ .

(٢) المذهب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٣ ، أدب القضاء للمحوى ٢ / ٣٥٢ ، وهو في روضة الطالبين وجه لابن السريج إن كانت العين لا تقبل القسمة . الروضة ١١ / ٢١٧ .

(٣) الإتصاف ١١ / ٣٤٠ ، الفروع لابن مفلح ٦ / ٥٠٨ ، المبدع ١٠ / ١٢٥ ، ١٢٦ ، الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ٣٥٠ ط مكتبة السنة .

(٤) شرح الأثر ٣ / ٢٨٨ ، إذ الأصل عندهم أن تتم المهايأة فيما تضره القسمة برضاء الشركاء جميعا ، فإن اختلفوا فيرجع إلى الحاكم ويعمل برأيه ، ويراجع البحر الزخار ٤ / ١٠٥ .

(٥) نسب هذا القول - الإيجار على المهايأة - إلى الإمام مالك ، ابن قدامة في المغنى حيث قال : "إذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة ما في الأجزاء ، بأن يجعل أحدهما بعض الدار يسكنها أو بعض الحقل يزرعه ، ويسكن الآخر ويزرع الباقي ، أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ، ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى ، لم يجبر الممتنع منهما ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر . المغنى ٩ / ٨٠ .

كما نسب إليه أيضا الإمام القفال في الحلية ، حيث قال : "فإن طلب المهايأة وهو أن يجعل بعض الدار لهذا يسكنها ، وبعضها للآخر ، وكذلك الأرض في الزراعة ، لم يجبر الممتنع منهما عليها .

وقال أبو حنيفة وأصحابه ، ومالك : يجبر الممتنع منهما عليها" .

فواضح من ذلك أن ابن قدامة والقفال قد نسبوا إلى الإمام مالك القول بالجبر على قسمة المهايأة .

وبالرجوع إلى كتب فقهاء المالكية تبين لى أن هذه النسبة غير صحيحة ، إذ أن المالكية جميعا يرون عدم جواز الجبر على قسمة المهايأة قولا واحدا .

ويتضح ذلك من نصوص أقوالهم في كتبهم كما يلى :

- فيقول ابن رشد في بداية المجتهد : "فإن قسمة المناقع ، فبأن لا تجوز بالصفة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أبائنا ، ولا تكون القرعة على قسمة المناقع .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المناقع" .

بداية المجتهد ٢ / ٢٦٩ . -

القول الثاني :

إن قسمة المهايأة لا تكون إلا بالتراضى ، فلا يجبر عليها من أبأها .

وبهذا قال المالكية^(١) ، وهو قول الشافعية فى الأصح عندهم^(٢) ، وهو المعتمد عند الحنابلة ، ومعهم صاحب المحرر فى القسمة الزمانية ، أو عند ترتيب ضرر على القسمة المكاتبة^(٣) ، وهو قول الحنفية إذا اختلف الجنس أو تفاوتت المنفعة^(٤) ، وهو قول الزيدية فيما لا يترتب على قسمته ضرر^(٥) ، وهو قول الإمامية^(٦) والإباضية^(٧) .

= فابن رشد وهو مالكي بين أنه لا يجبر على قسمة المنافع ، ولم يقل أحد بالجبر غير أبى حنيفة وأصحابه .

- ويقول الزرقاى فى شرحه على مختصر خليل : "فهم من التشبيه أى بالإجارة - أن المهايأة إنما تكون بتراض ، وهو كذلك ، لأن الأجرة كالبيع ، فلا يجبر عليها من أبأها ، ولا ينال ذلك هنا جعل المصنف قسمة المراضاة قسيما لها ، لأنه باعتبار تعلقها بملك الذات ، والمهايأة متعلقة بملك المنافع مع بقاء الذات بينهما" . شرح الزرقاى ٦ / ١٩٤ .

ويقول القاضى عبد الوهاب البغدادى فى كتابه المعونة على مذهب عالم المدينة : " قسمة مهايأة ، وهى أن يتهايا الشريكان فيأخذ هذا دارا يسكنها ، وهذا أرضا يزرعها فيجوز ذلك بالتراضى ، وليست بواجبة يجبر عليها من أبأها ، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة الرقاب" ٢ / ١٢٨٧ .

ويراجع أيضا التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٣٤ . حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٨ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤ / ٤٠١ .

ويتضح مما سبق خطأ النسبة إلى الإمام مالك بالقول بالجبر على المهايأة ، وأن ما قال به المالكية هو عدم جواز الجبر على المهايأة بحال . والله أعلم .

(١) شرح الزرقاى ٦ / ١٩٤ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٦٩ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٨ .

(٢) روضة الطالبين ١١ / ٢١٧ ، المذهب مع التكملة ١٨ / ٤١٣ ، أدب القضاء للحموى ٢ / ٤٥١ .

وجزم به صاحب الحلية وابن المقرئ فى الروض والتمشية ، وصاحب الأنوار ، والشرىنى فى المغنى . حلية العلماء للقل ٨ / ١٨٢ ، وروض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٤ / ٣٣٧ ، كتاب التمشية لابن المقرئ ٣ / ٧٦٥ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، الأنوار ٢ / ٥٠٧ .

ولكن الإمام البلقينى قال : بأن عدم الجبر على المهايأة إنما يكون فى المنافع المملوكة بحق الملك فى العين ، أما المملوكة بإجارة أو وصية فيجبر على قسمتها ، وإن لم تكن العين قابلة للقسمة ، إذ لا حق للشركة فى العين ، ويدل للإجبار فى ذلك ما ذكره فى كراء العقب .

ولكن ما ذكره الإمام البلقينى ضعفه فقهاء الشافعية . ويراجع فى قول الإمام البلقينى وتضعيفه / أسنى المطالب مع حاشية الرمل الكبير عليه ٤ / ٣٣٧ ، الغرر البهية شرح البهجة للوردية مع حاشية الشرىنى عليه ٥ / ٣٠٥ ، تطبيق الصومالى على كتاب التمشية ٣ / ٧٦٥ .

(٣) الإصناف ١١ / ٣٤٠ ، الفروع لابن مفلح ٦ / ٥٠٨ ، المغنى ٩ / ٨٠ ، التتقيح المشبع فى تحرير أحكام المقنع المرداوى ص ٣٠٩ ط المطبعة السلفية .

(٤) شرح الغنية بهامش نتائج الأكلو ٨ / ٢٩ .

(٥) فصل الجوار للشركاى ٣ / ٢٦٦ ، شرح الأثرار ٣١ / ٣٨٨ .

(٦) جواهر الكلام ٢٦ / ٣١٤ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٤ / ١١٧ .

(٧) شرح كتاب الليل ١٠ / ٤٨٤ ، الإيضاح للشلمى ٧ / ٧٧ .

الأدلة:

(أ) أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول القائلين بإمكانية الجبر على قسمة المهايأة إذا طلب من أحدهم بالمعقول فقالوا :

(١) إن في الامتناع عن المهايأة ضرراً يلحق طالب المهايأة ، والضرر منهى عنه بقوله عليه السلام : "لا ضرر ولا ضرار" (١) .
ومن ثم فيكون الإيجاب عليها جائزاً (٢) .

(٢) قياس قسمة المهايأة على قسمة الأعيان ، فكما يجوز الجبر في قسمة الأعيان دفعا للضرر ، فكذلك يجوز الجبر على قسمة المهايأة دفعا للضرر عن شريكه ، وتمكيننا له من الانتفاع بماله (٣) .

وأجيب عن ذلك : بالفرق بين قسمة المهايأة وقسمة الأعيان ، إذ إن قسمة الأعيان تعتمد إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقيين ، وليست كذلك المهايأة ، ولا يجوز القياس مع الفارق ، ومن ثم فلا يجبر على قسمة المهايأة (٤) .

أقول : إن هذه المناقشة لا ترد على الحنفية الذين يرون أن قسمة المهايأة إفراز من وجه معاوضة من وجه آخر ، فالقياس صحيح على قولهم ، ثم إن الغرض من القسمة هو استيفاء المنفعة على أى وجه ، فيجوز طالما كان ذلك ضامناً لوصول كل ذي حق لحقه . والله أعلم .

(٣) ولأن الضرورة ماسة إلى المهايأة عند التنازع ، فوجب القول بها وإلا لتعطلت المنافع ، وهو غير جائز (٥) .

(ب) أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثانى المانعين من الجبر على المهايأة بالمعقول فقالوا :

(١) إن المهايأة معاوضة من المعاوضات ، فلا يجبر عليها من أباهاء قياساً على البيع (٦) .
(٢) ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيره بغير رضا ، قياساً على الدين إذا حل أجله ، فإنه لا يجوز تأخيره بغير رضا الدائن (٧) .

(١) الحديث : سبق تفرجه .

(٢) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨٠ .

(٣) روضة الطالبين ١١ / ٢١٨ ، المهذب مع التكملة للشيرازي ١٨ / ٤١٣ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨٠ بتصرف .

(٥) أدب القضاء للمصطفى ٢ / ٣٥٢ .

(٦) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨٠ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٤ .

(٧) المغنى لابن قدامة ٩ / ٨٠ ، المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٣ .

(٣) ولأن القسمة بالزمان يأخذ أحدهما نصيبه قبل الآخر ، فلا تسوية لتأخر حق الآخر^(١) .

القول الرابع :

وأرى رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أنه يجوز الجبر على قسمة المهايأة، فيجرى فيها جبر القاضى كما يجرى فى قسمة الأعيان ، ما دام المحل يحتملها إذا تحققت المساواة ، لما فى ذلك من الانتفاع بثمرات الملك .

ولأن التفاوت فى المنافع قلما يتفاحش ، بل يتقارب ، لأن كل واحد من الشركاء سيحصل على ما حصل عليه الآخر ، والامتناع عن المهايأة مع عدم طلب قسمة الأصل يعتبر تعنتا ، القصد منه إلحاق الضرر بالشريك الآخر ، والضرر منفى بقوله - عَلَيْهِ السَّلَامُ - : " لا ضرر ولا ضرار " .

كما أن القسمة أيا كان نوعها ، ليست بيعا حقيقة ، ومن ثم فيعتذر فيها ما لا يعتذر فى البيع .

ولأن القاضى نصب لقطع التنازع ولتحصيل المنافع ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا رأى أن فى المهايأة مصلحة للشركاء^(٢) .

والله أعلم

ولكن على القول الثانى القائل بضرورة التراضى على قسمة المهايأة لعدم جواز الإيجاب عليها ، فلو تنازع الشركاء على المهايأة وعدم رضاهم بها ، فما عساه القاضى أن يفعل ؟ أجاب على ذلك الشافعية فقالوا :

بأنه إذا استمر الشركاء على التمتع ، فهل تباع العين عليهم ؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا تباع . وهل تزجر عليهم ؟

فيه وجهان : أصحهما أنها لا تزجر ، بل نترك المنافع تتعطل إلى أن يتراضوا^(٣) .

وقال الشريينى الخطيب : "إذا تنازعا فى المهايأة وأصرأ على ذلك أجرها القاضى عليهما ، ولا يبيعهما عليهما ، لأنهما كاملان ولا حق لغيرهما فيها"^(٤) .

(١) منار السبيل لابن ضويان ٤٧٣/٢ ط المكتب الإسلامى .

(٢) قسمة الأملاك د/ أحمد فراج ص ٢٣٤ .

(٣) لب للقضاء للحموى ٢ / ٣٥٢ ، ٣٥٣ .

(٤) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ .

وفصل الإمام الرملى الكلام فى ذلك ، ولم يتعرض للخلاف الوارد فى المذهب حيث قال بأنهم إن أبوا المهايأة أجبرهم الحاكم على إجباره ، أو أجره عليهم سنة وما قاربها ، وأشهد كما لو غابوا كلهم أو بعضهم .

فإن تعدد طالب الإيجار ، أجره وجوبا لمن يراه أصلح .

ويجوز للقاضى أن يوجر العين المتنازع عليها لواحد من الشركاء ؛ ذا رأى فى ذلك مصلحة ، أما لو طلب كل واحد منهم استئجار حصة غيره ، فإن كان ثمة أجنبى فإنه يقدمه عليهم جميعا رفعا للنزاع ، وإلا أقرع بينهم .

فإن تعذر إجباره - لكساد فى سوق الإيجار مثلا - باعه القاضى عليهم ، لتعينه كما قاله ابن الصلاح واعتمده الأزرعى ، فإن تعذر البيع وحضر جميعهم أجبرهم على المهايأة إن طلبها بعضهم كما بحثه الزركشى^(١) .

.. ومن ثم فإنى أرى إضافة إلى ما سبق ترجيحه من أن للقاضى أن يجبر الشركاء على قسمة المهايأة ، أنه إذا رأى أن الجبر على المهايأة قد يثير مشاكل ، أو قد تعترضه عقبات ، أو قد يترتب عليه إضرار بالعين المقسومة ، أو بأحد الشركاء ، فإن له أن يوجر العين المتنازع عليها ، لأحد الشركاء ، أو لغيرهم تبعا لما يراه من المصلحة . والله أعلم

ما الحكم إذا اتفق الشريكان على المهايأة ، ولكنهما اختلفا ، فيمن يبدأ منهما بالنوبة الأولى - فى المهايأة بالأثرمان - أو اختلفا فيمن يأخذ الطو أو السفلى - فى المهايأة بالمكان؟

فالحكم فى ذلك أن يقرع القاضى أو القاسم بينهما فمن خرجت قرعته بالنوبة الأولى أو بالعلو مثلا ، مكن من الانتفاع^(٢) .

وكذلك لو اتفقا على مهايأة دار بينهما ، ثم اختلفا بعد ذلك فأحدهما يريد أن يسكن هو الطابق السفلى ، على ، أن يسكن الآخر الطابق العلوى ، والثانى يريد أن يسكن جميع الدار شهرا ، على أن يسكنها الآخر شهرا أيضا .

أى اختلفا بين المهايأة المكانية و الزمانية ، فهذا يريد ما مكانية والآخر يريد ما زمانية .

فإن القاضى لا يجيب أحدهما ، إذ لا رجحان لأحد^(٣) ، وإنما يأمرهما بأن يتفقا ، ثم إذا اتفقا على المهايأة الزمانية أقرع بينهم ، لتعيين من له البداية ، وإن اتفقا على المهايأة المكانية ، ولكن تنازعا مكانا بعينه ، أقرع بينهم ، ليتعين بالقرعة لكل واحد مكانه^(٤) .

(١) نهاية المحتاج ٢٨٦/٨ ، وأمنى المطالب ٣٣٧/٤ .

(٢) روضة الطالبين ٢١٨/١١ ، مغنى المحتاج ٤٢٦/٤ .

(٣) شرح العناية بهامش نتائج الأفكار ٢٩/٨ ، إذا انتهى ، فى المكان أصل لاستوائهما فى زمن الانتفاع من غير تقديم لأحدهما على الآخر ، وفى الزمان أكمل ، لأن كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار فى نوبته ، فلا ترجيح بينهما .

(٤) شرح الطائفة بهامش نتائج الأفكار ٢٩/٨ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ .

ثانيا : أنواع المهايأة من حيث الرضا والجبر فى القانون المدنى :

باستقراء نصوص القانون المدنى المتعلقة بالمهايأة ، وتعليقات الشراح تبين لى أن الأصل فى قسمة المهايأة فى القانون المدنى المصرى أن لا تتم إلا رضاء - أى بالاتفاق - . ومن ثم فلا يجوز الإجبار عليها ، أو الاستغناء عن موافقة بقى الشركاء عليها ، ولو كانوا قلة .

ومقتضى هذا أن قسمة المهايأة مكانية أو زمانية لا تكون إلا رضائية وإجماع ، فلا يملك القاضى الأمر بها جبرا على بعض الشركاء . هذا هو الأصل .

ولكن استثناء من هذا الأصل ، أجاز المشرع الوضعى الإجبار عليها فى حالة خاصة ، بينتها المادة ٨٤٩ من القانون المدنى ، والتى تنص على أنه : "١- للشركاء أن يتفقوا إنشاء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

٢- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك" .

فهذه الصورة الخاصة من قسمة المهايأة يمكن أن تتم رضاء وقضاء ، إذا تعذر اتفاق الشركاء على المهايأة وذلك خلافا للأصل القاضى بأنه لا تصح المهايأة إلا اتفاقاً^(١) .

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن الأصل فى قسمة المهايأة بنوعها ، أن تكون رضائية ، ويجوز استثناء وفى حالة خاصة أن تكون قضائية ، فإننا بمشيئة الله تعالى سنتناول المهايأة الرضائية ، والمهايأة القضائية بشئى من التفصيل ، وذلك على النحو التالى :

(أ) قسمة المهايأة الرضائية :

تحصل المهايأة فى الأحوال العادية والغالبة بموجب اتفاق الشركاء عليها .

ولذلك يكون الأسلوب الاتفاقى هو الوسيلة الأساسية والغالبة التى يلجأ إليها الشركاء عادة فى عملية قسمة المهايأة^(٢) .

وإذا كان الاتفاق أو العقد هو الوسيلة الأساسية والعادية لتحقيق المهايأة ، فهل يجب أن يتحقق إجماع الشركاء فى هذا الاتفاق ، أم أنه من الممكن أن يكفى اتفاق الأغلبية ؟

(١) يراجع فى ذلك / د/ حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية ص ١٢٤ هـ ١ ، د/ محمد على عرفه - حق الملكية - ١ / ٤٥٨ ، د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٢٣ ، د/ منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٣٥ .

(٢) د/ محمد محمود عبد الله - قسمة المال الشائع - رسالة الدكتوراه - ص ١١٢ .

شروط الإجماع على المهايأة :

يرى جمهور فقهاء القانون المدني أن المهايأة بنوعيتها - المكانية والزمانية - لا يمكن أن تتم إلا باتفاق الشركاء جميعا ، فلا يكفي فيها الأغلبية بالغة ما بلغت ، وأيا كانت^(١) . إذ إن المشرع الوضعى فى المادتين ٨٤٦ ، ٨٤٧ مدنى قد ربط حصول المهايأة بنوعيتها باتفاق الشركاء ، مستعملا فى ذلك صيغة الإطلاق .

وهذا هو ما جرى عليه القضاء المصرى^(٢) .

ويرى بعض أنصار هذا الرأى^(٣) أن مرجع التشدد فى طلب الإجماع فى قسمة المهايأة - رغم أنها لا تعدو أن تكون ضربا من إدارة المال الشائع ، تلك الإدارة التى تكفى فى شأنها موافقة الأغلبية - أن هذه القسمة ضرب خاص من إدارة الشيء الشائع لا يخلو من أهمية وخطورة خاصة فى شأن المهايأة المكانية ، حيث إن دوامها خمس عشرة سنة يقلبها إلى قسمة نهائية ، وفق نص المادة ٨٤٦ / ٢ مدنى .

ولكن هذا الرأى كان محل نقد من بعض فقهاء القانون^(٤) ، فيقول :

إن هذا الرأى - اشتراط الإجماع - يدعو للتساؤل : فإن كان وفق هذا الرأى الأساس فى تطلب الإجماع فى المهايأة المكانية هو كونها تنقلب إلى قسمة نهائية بمضى خمس عشرة سنة ، فما هو إذن الأساس فى تطلب الإجماع فى المهايأة الزمانية التى لا تخضع لهذا التحول؟ وإذا كان أصحاب هذا الرأى يبررون الإجماع فى المهايأة باعتبار أنها ضرب خاص من إدارة الشيء الشائع متصف بالخطورة ، فهل هذه الخصوصية وتلك الخطورة أكبر من الخطورة بإعطاء الأغلبية سلطة تعديل الغرض الذى أعد من أجله الشيء الشائع ، وسلطة إجراء تغييرات أساسية فيه ، فى سبيل تحسين الانتفاع منه ، وفق نص المادة ٨٢٩ / ١ مدنى مصرى ؟

وبهذا التساؤل لا نريد أن نقول باستحالة حصول المهايأة بإجماع الشركاء ، بل ذلك ممكن ومفيد إذا أمكن حصوله ، ولكننا نبتغى التعرف على الحل إذا لم يحصل هذا الإجماع ، علما بأن المهايأة هى فى ذاتها وسيلة أو طريقة احتياطية لمواجهة الظروف التى قد تحيط بالشئوع .

(١) د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص ١٨٣٤٤ ، د/ منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٣٥ ، د/ الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٧ ، د/ عبد المنعم البدرولى - حق الملكية - ص ١٥٨ وما بعدها ، د/ أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٢٧٠ .

(٢) نفس مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام للنقص - المكتب القنى - الطعن / رقم ١٢٧ لسنة - ٣٦ ق ، ص ٨٢٦ ف ١٣٨ ، حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٠ / ٤ / ١٩٥١ - مجلة المحاماه ، السنة ٣٢ ص ١٤٤٦ رقم ٤٨٣ .

(٣) د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٣٤٤ هلمش ١ .

(٤) يراجع فى هذا د/ محمد محمود عبد الله - المرجع السابق - ص ١٢١ وما بعدها .

فإذا كانت هذه المقدمات صحيحة ، فإنه من المقبول أن يعامل الشركاء بصدد المهايأة كما يعاملوا بصدد القسمة النهائية .

فهذه القسمة - النهائية - لا يشترط الإجماع بشأنها ، وأنها إذا اختلف الشركاء فيها ، يحق لمن يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء بالحضور ، أمام المحكمة الجزئية المختصة ، وفق المادة ٨٣٦ مدنى مصرى .

ومن ثم فإنه إذا لم يتفق الشركاء على إجراء القسمة النهائية ، فإن القانون المدنى ينص على القسمة القضائية ، والتي تحصل عنوة عن إرادة الشركة المتعنتين .

وفى الحقيقة وأما واقعية هذا رأى الذى لا يشترط الإجماع لحصول قسمة المهايأة بنوعيتها ، فإبنى أميل إلى هذا رأى .

وأرى أنه يكون من المفيد جدا ، لو أن المشرع الوضعى نص على ما يمكن أن نسميه بالمهايأة القضائية ، وذلك بأن يعطى الحق لكل شريك فى أن يقدم طلبا مسببا للقضاء ، من أجل إجبار الشركاء المتعنتين على المهايأة ، حينما تقوم الظروف التى تقتضيها .

والمهايأة القضائية التى نقرحها ، هى غير تلك الحالة الخاصة والتى نصت عليها المادة ٨٤٩ / ٢ مدنى ، والتى تحدث أثناء إجراءات القسمة القضائية النهائية .

(ب) قسمة المهايأة القضائية :

سبق أن ذكرنا أن الأصل فى قسمة المهايأة فى القانون المدنى المصرى أنها اتفاقية .

واستثناء من هذا الأصل أجاز القانون ، وفى حالة استثنائية ، أن تكون قسمة المهايأة قضائية ، وهى تلك التى نصت عليها المادة ٨٤٩ / ٢ من القانون المدنى .

وهى ما سنتناولها بالتفصيل على الوجه الآتى :

قسمة المهايأة التى تسبق القسمة النهائية :

هناك صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية^(١) ، إذ قد تطول إجراءات القسمة النهائية ، وقد تحدث منازعات بين الشركاء حول كيفية الانتفاع بالمال الشائع خلال هذه المدة ، لذلك فقد نظم المشرع الوضعى هذا النوع من المهايأة ، وحسما لأى نزاع قد يثور بين الشركاء ، فصنت المادة ٨٤٩ مدنى على الآتى :

١٠- للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أنه يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

(١) د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٢٣ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ٢٩٧ ، د/ أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٢٧٠ .

٢- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة جاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء ، أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك* .

ويبين من هذه المادة أن نية الشركاء المشتاعين تكون متجهة أصلاً إلى اتخاذ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع بينهم^(١) ، ولكن قد تطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات ، فيعتمد الشركاء إلى الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة ، على أن تبقى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية^(٢) .

وفى هذه الحالة ، إذا حدث أن تعذر اتفاق جميع الشركاء المشتاعين على هذه القسمة المؤقتة ، فإنه يجوز لأى شريك أن يطلب من القاضي الجزئي - لأنه هو المختص بدعوى القسمة النهائية - أن يصدر أمره بالقسمة المؤقتة ، إلى أن تتم إجراءات القسمة النهائية .

عندئذ يأمر القاضي بها إذا رأى وجها لذلك ، رغم معارضة باقى الشركاء وللقاضي أن يستعين بخبير إذا اقتضى الحال^(٣) .

وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية^(٤) .

والغالب فى هذه المهايأة أنها تكون مهايأة مكانية فقط ، إذ إن المدة التى تستغرقها إجراءات القسمة غير معروفة ، ولذلك لابد من تقسيم الشئ الشائع مادياً للانتفاع خلال مدة هذه الإجراءات^(٥) .

والالتجاء إلى القضاء للحكم بإجراء قسمة المهايأة التى تسبق القسمة النهائية لا يكون إلا فى حالة تعذر الاتفاق مع الشركاء على ذلك ، وعلى من يلجأ إلى القضاء إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات^(٦) .

ويلاحظ أن هذه المهايأة المؤقتة تختلف عن المهايأة المكانية العادية ، فى أمرين جوهريين^(٧) :

-
- (١) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٢٧٥ .
 - (٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٢٣ ، د/ مأمون الشامى - مرجع سابق - ص ٩٣ ، د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٧١ .
 - (٣) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٢٧٥ ، د/ توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٧٧ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية وأسباب كسبه ص ٢٠٧ ، د/ البدرأوى - حق الملكية - ص ١٦٤ .
 - (٤) الأعمال التحضيرية ١٣٩/٦ ، ١٤٠ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٥٨ .
 - (٥) د/ محمد محمود عبد الله - قسمة المال الشائع - ص ١٢٤ ، د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٧١ .
 - (٦) د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٧١ .
 - (٧) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ١ / ٤٥٨ ، د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٢٣ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٦٧ ، د/ أحمد سلامة - مرجع السابق - ٢٧١ ، د/ عبد المنعم البدرأوى - مرجع السابق - ص ١٦٤ ، د/ عبد الفتاح عبد القالى - دروس فى الأموال - ص ٢٤٣ ، د/ عبد العزيز عامر - حق الملكية - ص ١١٠ ، ١١١ .

(١) أن المهايأة المؤقتة لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا ، فهي ليست حتما قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية ، إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقي ، وعندئذ يجوز للقاضى الجزئى إجراؤها .

أما المهايأة العادية ، فقد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية، لا بد فيها من اتفاق جميع الشركاء .

(٢) أنه ليس للمهايأة التى تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهي تستمر إلى أن تنتهى القسمة النهائية ، بصرف النظر عن المدة التى تستغرقها إجراءات القسمة ، ولذلك فقد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر ، فهي لا تخضع للأحكام الواردة بالمادة ٨٤٦ مدنى .

أما المهايأة المكانية العادية ، فمدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ، وقد تتجدد هذه المدة ، وإذا استمرت إجراءات القسمة أكثر من سنة ولم يحصل اتفاق على تجديدها كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد ، وذلك وفقا لما تنضى به المادة ٨٤٦ / ١ مدنى .

ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

مما سبق يتضح لنا أن الفقه الإسلامى يجوز فيه المهايأة بالتقاضى ، حيث إن هناك جانبا من الفقهاء يقولون بجواز الإجبار على قسمة المهايأة - وهو ما سبق أن رجحناه .

أما القانون المدنى فقد ظهر جليا أن الأصل فيه أن قسمة المهايأة اتفاقية ، إذ يشترط الإجماع على طلب المهايأة (م ٨٤٩ مدنى) .

وهى لا تكون جبرا إلا فى حالة خاصة واستثنائية وهى تلك المهايأة التى تسبق القسمة النهائية ، والتى نصت عليها المادة ٨٤٩ / ٢ مدنى .

وما ذهب إليه الفقه الإسلامى - بناء على ما رجحناه من جواز الجبر على المهايأة - أولى وأنفع لمصلحة الشركاء ، مما نص عليه القانون المدنى ، فمسلك المشرع الوضعى فى منعه الإجبار على المهايأة ، مسلك منتقد ، إذ إنه من الصعب أن يجتمع الشركاء على المهايأة ، ولو سلمناه ، فما الحل إذا لم يحصل الإجماع ، هل يظل الشركاء غير قادرين على الانتفاع بأموالهم .

علما بأن المهايأة هى فى حقيقتها وسيلة احتياطية ، الغرض منها مواجهة تلك الظروف التى قد تمنع من القسمة النهائية أو تعطلها متعذرة .

ثم إن في الامتناع عن المهايأة مع عدم طلب القسمة النهائية ، يعتبر تعنتاً القصد منه إلحاق الضرر بالشريك الآخر ، والضرر منفي بقوله - ﷺ - : " لا ضرر ولا ضرار " (١) .

ثم ما الذى يحملنا على التخوف من القسمة القضائية ، إن كون القاضى هو الذى سيهاين بين الشركاء لضماتمة أكيدة لوصول الحق لصاحبه ، ربما أكثر عدلا من اتفاقهم على المهايأة .

فضلا عن أن القاضى نصب لقطع التنازع وتحصيل المنافع ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا رأى فى المهايأة مصلحة للشركاء .

لذلك كانت الشريعة الإسلامية أرجح وأكثر ملائمة لحال الشركاء ، مما ذهب إليه التشريع الوضعى .

ولذا فإنى أوصى بأن يعدل المشرع فى القانون المدنى نصوص قسمة المهايأة لينص على جواز المهايأة القضائية بجانب الاتفاقية ، وذلك من أجل إجبار الشركاء المتعنتين على المهايأة حينما تقوم الظروف التى تقتضيها .

والمهايأة القضائية التى نقترحها ، هى غير تلك الحالة الخاصة التى نصت عليها المادة ٨٤٩ / ٢ .

أما عن قسمة المهايأة التى تسبق القسمة النهائية :

فأرى أن الشريعة الإسلامية لا تمنع منها ، لما فى هذه القسمة من رفع الضرر الذى قد يلحق الشركاء من جراء طول إجراءات القسمة النهائية .

والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أنه لا ضرر ولا ضرار (٢) .

هذا وقد أجاز الفقه الإسلامى صورة ما إذا اتفق الشركاء على المهايأة ، ثم طلب أحدهم القسمة النهائية ، أثناء مدة المهايأة ، فإنه جوز للحاكم فسخ المهايأة ، وقسمة الأصل بينهم (٣) .

أقول إذا كان الفقه الإسلامى أجاز هذه الصورة ، فمن الأولى أن يجيز المهايأة المؤقتة التى تستمر حتى إجراء القسمة النهائية .

والله أعلم .

(١) الحديث سبق تخريجه .

(٢) إذ أن من القواعد المستقرة فى الفقه الإسلامى أن الضرر يزال ، فينبغى أن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء .

يراجع/ الأكشاه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ط مؤسسة الطبى ، الأكشاه والنظائر للسيوطى ص ٥٩ ط دار الفكر .

(٣) بدائع الصنائع ٤١٤٧/٩ ، الفتاوى الهندية ٢٢٩/٥ .

المطلب الثاني

أنواع المهايأة من حيث الزمان والمكان

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين :

- ١- نوع يرجع إلى الزمان ، ويسمى المهايأة الزمانية .
 - ٢- نوع يرجع إلى المكان ، ويسمى المهايأة المكانية .
- ونتناولهما - إن شاء الله - بشيء من التفصيل ، فبين أولاً هذا التقسيم في الفقه الإسلامي ، وثانياً في القانون المدني ، وأخيراً المقارنة بين القانون المدني وبين ما انتهى إليه الفقه الإسلامي .

أولاً : أنواع المهايأة من حيث الزمان والمكان في الفقه الإسلامي :

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى قسمين :

- ١- المهايأة الزمانية
 - ٢- المهايأة المكانية
- وعلى هذا التقسيم اتفق الفقهاء (١) .

ونتناول كل قسم منهما بشيء من التفصيل :-

أ- المهايأة الزمانية :

تعريفها :

هي التناوب على الانتفاع بالعين المشتركة كاملة مدة معلومة من الزمن ، تتناسب في جانب كل من الشريكين أو الشركاء مع نصيبه في العين المشتركة (٢) .

أو هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب ، بجميع العين المشتركة ، مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه ، أو بنسبة حصته (٣) .

(١) بدائع الصنعة ١/٤١٥ ، البحر الرائق ٨/١٧٩ ، بدلية المجتهد ٢/٢٦٩ ، المنقلى للبلجي ١/٥١ ، مغنى المحتاج ٤/٤٢٦ ، الأكلو ٢/٥٠٧ ، كشاف القناع ٦/٣٧٤ ، شرح منتهى الإرادات ٣/٥١١ ، شرح النبل وشفاء العليل ١٠/٤٩١ ، الإيضاح للشماخي ٧/٧٧ ، جواهر الكلام ٢٦/٣١٤ ، البحر الزخار ٤/١٠٥ .

علماً بأن الزيدية تعرضوا قط للمهايأة بالأزمان ، ولم يتعرضوا للمهايأة بالمكان .

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي لدولة الكويت ج ٣٣ ص ٢٥٤ ف ٦٠ .

(٣) بدلية المجتهد ٢/٢٦٩ ، الفقه الإسلامي وألقه ٥/٦٩٩ .

وعرفها الشيخ علي الخفيف بقوله : " هي أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك أزماناً بحسب حصصهم فيه " مختصر المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢٤٢ .

وذلك كأن يتهايا الشريكان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما هذا سنة ، وذاك سنة أخرى .

أو أن يتهايا على سكنى الدار بالمناوبة ، هذا سنة ، والآخر سنة ، كذلك إذا كانت الدار مشتركة بين ثلاثة ، لكل الثلث ، أمكنهم أن يتهاينوا فيها على أن يسكنها كل واحد شهراً ، أو سنة مثلاً .

أما إذا كان لأحدهم الثلث ، وللآخر السدس ، وللثالث النصف ، تهاينوا فيها على أن يسكنها صاحب النصف ثلاثة أشهر ، وصاحب الثلث شهرين ، وصاحب السدس شهراً ، وهكذا^(١) .

وهي جائزة شرعاً : لقوله تعالى حكاية عن مهايأة ناقة نبي الله صالح - عليه السلام - في الشرب ، بينها وبين قوم صالح "﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ ، وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَطْوَمٍ﴾"^(٢) وقوله تعالى : ﴿وَتَبَيَّنَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾"^(٣) .

وقد سبق بيان ذلك .

محل المهايأة الزمانية :

تجرى المهايأة الزمانية في قسمة منافع كل الأعيان ، ولكن لا مفر منها في المهايأة على ما لا تنقسم عنه كالبيت الصغير ، والسفينة والرحى ، والسيارة ، والحيوان الواحد ، وجهاز الكمبيوتر .

فلو كان هناك شركاء في أي مما سبق ، فتتخصص كيفية المهايأة على الانتفاع بها ، في المهايأة الزمانية ، لتعذر التهايو في المكان^(٤) .

المدة في المهايأة الزمانية :

لا خلاف في أن المهايأة الزمانية يشترط فيها ذكر الوقت من اليوم أو الشهر أو السنة^(٥) ، لأنها قسمة مقدرة بالزمان فلا تصير معلومة إلا بذكر زمن معلوم^(٦) .

فينبغي عند عقد المهايأة الزمانية تحديد مدة كل نوبة ، سواء كان ذلك بالأيام أو بالشهور أو بالسنين ، فتكون مدة المهايأة معلومة .

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢٤٣ .

(٢) الآية ١٥٥ من سورة الشعراء .

(٣) الآية ٢٨ من سورة القمر .

(٤) تبين الحقائق ٢٧٦/٥ ، الروضة ٢١٧/١١ .

(٥) بدائع الصنائع ٤١٤٨/٩ ، الروضة ٢١٧/١١ ، حاشية المنصوري ٤٩٨/٣ ، كشف القناع ٣٧٤/٦ ، شرح

الأكرمل ٣٨٨/٣ ، جواهر الكلام ٣١٤/٢٦ ، الإيضاح للشملخي ٧٧/٧ .

(٦) بدائع الصنائع ٤١٤٨/٩ .

وهذا التدرج محل اتفاق بين سائر الفقهاء ، إلا أن المالكية زادوا على ذلك فبينوا مقدار المدة التي تجوز فيها المهايأة ، وذلك بعد اشتراطهم تعيين الزمن وانتفاء الغرر . فقالوا : تجوز المهايأة الزمانية في المنقولات في المدة اليسيرة ، ولا تجوز في المدة الكثيرة ، فلا تصح لزمن طويل في الحيوان ، والعبد ، والثياب .

واختلفت المالكية في تحديد المدة اليسيرة :

فقال ابن المواز : يجوز في مثل خمسة أيام فأقل .

وروى عن ابن القاسم : يجوز في الشهر ، وأكثر من الشهر قليلاً^(١) .

وتجوز المهايأة الزمانية في الأعيان (المقارنات) كالدار والأرض المأمونة - بأن كانت ملكاً لمدة بعيدة - فتجوز المهايأة لسنة أو أكثر لنحو عشر سنوات .

أما الأرض غير المأمونة - أي غير المملوكة - كالمعارة ، فلا تجوز قسمتها مهايأة ، وإن قلت المدة ، إذ قد يرجع في العارية ، فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته حقه من الانتفاع^(٢) .

ب- المهايأة المكانية^(٣) :

تعريفها :

هي أن يختص كل واحد من الشريكين ، ببعض المال المشترك بنسبة حصته ، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد^(٤) .

أو هي أن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة ، والرقاب باقية على أصل الشركة^(٥) .

إذا فحوى المهايأة المكانية هي : استقلال كل شريك من الشركاء بالانتفاع ببعض معين من المال المشترك ، مع بقاء الشركة في عين المال على حالها .

(١) المنتقى للباي ٥٢/٦ .

(٢) بدلية المجتهد ٢٧٠/٢ ، شرح الخرشى ٤٠٠/٤ ، حاشية البنقي مع شرح الزرقاني ١٩٤/٦ . والعارية شرعاً : هي إيالة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه . مغنى المحتاج ٣٥٦/٢ .

(٣) يعبر عنها الإباضية وبعض المالكية بالمهايأة بالأعيان - أي بحسب منفعة الأعيان ، فيأخذ كل شريك جزء من العين محل القسمة لينتفع به .

بدلية المجتهد ٢٧٠/٢ ، الإيضاح للشمخي ٧٧/٧ .

(٤) الفقه الإسلامي ولحقه ٧٠١/٥ .

(٥) بدلية المجتهد ٢٧٠/٢ .

وذلك مثل : أن يتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما بعض الدار يسكنها ، أو بعض الحقل يزرعه ، ويسكن الآخر أو يزرع في الباقي .

وكذلك إذا كان في الدار علو وسفل ، أمكن أن يتهايا على أن يسكن أحدهما العلو والآخر السفلى .

وكذلك يجوز في الدارين أن يتهايا الشريكان ، على أن يسكن كل شريك منهما داراً وحده، وكذلك في دواب للركوب ، على نحو ما سبق بيته عند الكلام على محل قسمة المهايأة^(١) .

والمهايأة المكاتبية جلتزة شرعاً ، قياساً على قسمة الأعيان ، ولأن الأكلة قامت على جواز المهايأة الزمانية ، فلئن تجوز المهايأة المكاتبية أولى ، لأن المهايأة المكاتبية لا تجرى إلا فيما تجرى فيه قسمة الأعيان ، أما الزمانية فتجرب في ذلك وفيما لا يقبل قسمة الأعيان أصلاً كالحمام الصغير والرحى والسيارة^(٢) . وذلك على نحو ما بيناه عند دليل مشروعية المهايأة .

محل المهايأة المكاتبية :

الأموال باعتبار قابليتها للمهايأة على صنفين :

الصنف الأول : الأموال القابلة للمهايأة زماناً ومكاناً ، كالأراضي الزراعية ، والدار الكبيرة ، والدابتين وغير ذلك .

الصنف الثاني : الأموال القابلة للمهايأة زماناً فقط ؛ كالبيت الصغير والحيوان الواحد ، والخادم الواحد ، والسيارة الواحدة^(٣) .

المدة في المهايأة المكاتبية :

اختلف الفقهاء في اشتراط المدة في المهايأة المكاتبية .

فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة^(٤) إلى أنه لا يشترط في المهايأة المكاتبية بيان المدة .

وذلك لأن المهايأة بالمكان ، قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان ، ومكان المنفعة معلوم ، فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها ، فلا تحتاج للزمان .

(١) بدائع الصنائع ٤١٤٨/٩ ، ٤١٤٩ ، الأثرار للردبيلي ٥٠٧/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٤١٤٨/٩ ، ٤١٤٩ .

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٨٨/٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٤١٤٨/٩ ، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٢٧٦/٥ أما الشافعية والحنابلة فلم يتعرضوا لاشتراط المدة في المهايأة المكاتبية ، ولو كانت شرطاً عدهم لنصوا عليه ، مما يفهم منه أنها ليست شرطاً عندهم ، يراجع/مغنى المحتاج ٤٢٦/٤ ، الأثرار ٥٠٧/٢ ، المغنى ٨٠/٩ ، كشف القناع ٣٧٤/٦ ، الفروع ٥٠٨/٦ .

ولكن ذهب المالكية إلى أنه يشترط فى المهايأة - سواء كانت زمانية أو مكانية - أن يكون الزمن معلوماً ، اتحد المقسوم كدار ، أو تعدد كدارين ، حتى يعرف به قدر الانتفاع ، فإذا لم يكن الزمن معيناً فسدت المهايأة باتفاق فقهاء المذهب إذا كان المقسوم متحداً ، أما لو تعدد فتفسد أيضاً على ما ذهب إليه ابن عرفة وغيره .

وعلى ما ذهب إليه ابن الحاجب وابن رشد ، أنه لا يشترط تعيين الزمن فى المتعدد بل تكون صحيحة ولو لم يعين الزمن ، وغايته أنها تكون من العقود الجائزة ، لكل واحد من الشركاء فسخها متى شاء^(١) .

ولكن الراجح عند فقهاء المذهب ، هو ما ذهب إليه ابن عرفة^(٢) .

وبناء على ذلك يكون تعيين الزمن فى المذهب المالكى شرطاً فى المهايأة الزمانية والمكانية ، تعدد المقسوم أو اتحد ، وتفسد المهايأة إذا لم تشترط .

وأرى رجحان ما ذهب إليه المالكية من اشتراط تعيين الزمن فى المهايأة المكانية ، كما هو مشترط فى الزمانية ، لما فى ذلك من العدالة والرعاية لمصالح الشركاء ، وعدم الإضرار بواحد منهم ، فضلاً عن استقرار أحوالهم طوال زمن المهايأة .

أما القول بعدم اشتراط الزمن على ما ذهب إليه الجمهور ، فهو وإن كان وجيهاً من الناحية النظرية للعلم بالمنافع ومكانها ، إلا أنه من الناحية العملية قد يودى إلى عدم الاستقرار ، وعدم الحصول على المنفعة بكمالها .

فماذا لو نقض أحد الشريكين المهايأة بعد فترة وجيزة لم يكد يلتقط فيها صاحبه أنفاسه ، فإذا كان التهايو على السكنى ، فلربما لم يكن له سكن آخر ، معتمداً على الاستمرار فترة من الزمن فى هذه الدار ؟

فالقول باشتراط تحديد الزمن فى المهايأة المكانية أدعى للاستقرار ، لأن كلا من الشريكين سيكون على بينة وبصيرة من أمره ، ويعلم مدة المهايأة ، حتى لا يؤخذ على حين غرة من شريك سولت له نفسه الإضرار به^(٣) . والله أعلم

اختلاف الشركاء فى نوع التهايو :

بعد أن انتهينا من بيان كل من المهايأة من بيان كل من المهايأة الزمانية ، والمهايأة المكانية ، فما الحكم لو اتفق الشريكان على التهايو ، ولكنها اختلفا فى نوعه ، فهذا يريدان زمانية ، والآخر يريدان مكانية ، وكان المحل يحتملها ؟

(١) الشرح الصغير ١٥٤/٥ ، حاشية الصمولى ٤٩٨/٣ ، شرح الزرقانى ١٩٤/٦ .

(٢) الشرح الصغير ١٥٤/٥ .

(٣) قصة الأملك د/أحمد فراج حسن ص ٢٤٢ .

فهنا يأمرهما القاضى بأن يتفقا ، طالما كان المحل يحتمل النوعين كالدَّار مثلاً ، ولا يرجح طلب أحدهما على الآخر ، لأن التهايو فى المكان أعدل ؛ لأن كل واحد منهما ينتفع فى زمان واحد .

والتهايو فى الزمان أكمل ؛ لأنه ينتفع بجميع العين ، فلما اختلف الجهة كان لابد من الاتفاق .

فإن اختاراه من حيث المكان ، مكنهما فى الحال ، فإن كان المقسوم داراً سكن أحدهما بعضها والآخر بعضها .

وإن اختلفا على تعيين المكان أفرع بينهما .

وإن اختاراه من حيث الزمان ، أفرع بينهما فى البداية ، نفيّاً للتهمة ، وتطييباً للقلوب ، ولأن التسوية إذا كانت فى المكان ممكنة فى الحال ، إلا أنها فى الزمان لا يمكن أن تكون إلا أن تمضى مدة أحدهما ، ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة^(١) .

أما إذا اختلفا فى تعيين المدة ، بأن قال أحدهما : سنة بسنة ، وقال الآخر : شهراً بشهر . فقد ذهب الحنابلة ، وهو قول عند الحنفية^(٢) إلى أنه :-

يقدم قول من طلب الأقل ، لأنه أقرب إلى استيفاء الحق ، وبه ينتفى الضرر .
وفى قول للحنفية^(٣) :-

يفوز أمر تعيين المدة إلى القاضى .

والراجع : تفويض تعيين المدة إلى القاضى ، ليفصل فى كل واقعة بما يراه أنسب وأنفع للشريكين على حد سواء .

(١) تبين الحقيق ٢٧٦/٥ ، تكملة البحر الرائق ١٧٩/٨ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ ، روضة الطالبين ٢١٨/١١ ، مضى المحتاج ٤٢٦/٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ ، كشف القناع ٣٧٣/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٦٩/٦ .

ثانياً : أنواع المهايأة من حيث الزمان والمكان فى القانون المدنى :

تنقسم المهايأة فى القانون بهذا الاعتبار إلى نوعين :

١- نوع يرجع إلى الزمان ، ويسمى المهايأة الزمانية .

وهى تلك التى تكون حينما يتفق الشركاء على أن يتأربوا الانتفاع بجميع المال الشائع ، كل منهم مدة تتناسب مع حصته .

٢- نوع يرجع إلى المكان ، ويسمى بالمهايأة المكائبة .

وتحصل بأن يجمع الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع .

ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكون المهايأة مكائبة زمانية ، كما إذا كان هناك منزل مكون من طابقين ومملوكاً فى الشبوع لاثنين ، واتفق صاحباها على أن ينتفع أحدهما بالطبقة السفلى وثانيهما بالطبقة العليا سنة ، يتبدلاتهما بعدها لسنة أخرى^(١) .

هذا ونتناول كل من المهايأة المكائبة والزمانية بشىء من التفصيل :-

أ- المهايأة المكائبة :

تعرض المشرع الوضعى لأحكام قسمة المهايأة المكائبة ، وذلك فى المادة ١/٨٤٦ مدنى والى تقضى بأنه : "١- فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين ، فإذا لم تشترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد" .

فهذا وإن كان لم يذكر صراحة قسمة المهايأة المكائبة ، إذ اقتصر فقط على قسمة المهايأة ، تاركاً للعبارة ما يفيد أنها قسمة المهايأة المكائبة ، فإن المذكرة الإيضاحية قد وضحت ذلك^(٢) .

تعريفها :

ومن خلال هذا النص يمكن تعريف المهايأة المكائبة بأنها : القسمة التى يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، فى مقابل التنازل لشركائه عن الانتفاع بباقى الأجزاء^(٣) .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى - دروس الأموال مد٢٤٠ .

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ١٣٩/٦ .

(٣) د/ عبد العزيز علمر - حق الملكية - مد١٠٧ ، د/ الصندى - حق الملكية - مد٢٢٧ ، د/ محمد المنجى - مرجع سابق مد٢٦٥ .

وبمعنى آخر :

هى أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك ، بقسمته بينهم قسمة مؤقتة ، فهى من قبيل الإفراز بجميع منفعة كل من الشركاء فى قطعة مفرزة من الملك الشائع^(١) .

وبهذا يستقل كل واحد من الشركاء بالجزء المفروز الذى اختص به ، وبالتالى يستقل بإدارته والانتفاع به ، واستغلاله على انفراد ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره ، دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئاً ، وذلك مقابل عدم مطالبته هؤلاء الشركاء بشيء ، نظير استقلالهم بالإدارة والانتفاع والاستغلال لباقى الأجزاء المفروزة الأخرى ، التى حازوها من المال الشائع^(٢).

ومن ثم فلكل شريك أن يسكن الدار ، أو يزرع الأرض بنفسه ، أو أن يوجرها للغير^(٣). وهذا ما قضت به محكمة النقض^(٤) .

والأمثلة على المهايأة المكانية كثيرة منها : أن يكون المال الشائع عبارة عن أرض زراعية يمتلكها أربعة شركاء ، فيختص الشريك الأول بالجزء البحرى ، والثانى بالجزء القبلى، والثالث بالجزء الشرقى والرابع بالجزء الغربى .

أو أن يكون المال الشائع عبارة عن منزل مكون من أربعة طوابق ، يمتلكه أربعة شركاء ، فيختص كل شريك بطابق معين^(٥) ، وهكذا

المدة أو المهايأة المكانية :

بالنظر إلى المادة ٨٤٦/١ مدنى - السابقة - نجد أن الأصل فى المهايأة المكانية ، أنه لا يلزم ذكر المدة وتعيينها^(٦) .

ولكن إذا اتفقوا على مدة ، فلا يجوز أن تريد على خمس سنين ، وإذا حدث أن اتفقوا على مدة تريد على خمس سنوات كان هذا الاتفاق باطلاً فيما زاد على المدة القانونية - أى فيما زاد على الخمس سنوات - ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى القانون المدنى ، التى تقضى بأنه إذا كان عقد قسمة المهايأة المكانية فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده

(١) د/ محمد على عرفة - حق الملكية وأسباب كسبه - ص ٢٠٢ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨١٦ ، د/ محمد المنجى - دعوى القسمة ص ٢٦٥ .

(٣) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ٤٥٤/١ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٩/١٢/٦ - مجموعة محكمة النقض طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق ج ٢ ص ٢٦٩ ف ٣٦٤ .

(٥) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ٤٥٤/١ .

(٦) د/ محمد على عرفة - المرجع السابق - ٤٥٤/١ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق - ص ٢٤١ .

هو الذى يبطل ؛ إلا إذا تبين أن هذا العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً
للابطال ، فيبطل العقد كله^(١) (المادة ١٤٣ مدنى) .

- والعلة فى عدم جواز زيادة الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات ،
هى عدم إجبار الشريك على البقاء فى الشروع لمدة أطول من ذلك^(٢) .

ومع ذلك إذا انتهت المدة السابقة ، فإنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تجديد هذه المدة لمرات
متعقبة ، كلما انتهت المدة المتفق عليها ، بشرط أن لا تتجاوز كل مدة خمس سنوات^(٣) .

أما إذا اتفق الشركاء المشتاعون على قسمة المهايأة المكاتبة دون اشتراط مدة معينة ، أو
انتهت المدة الأصلية المتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد أو تجديد لها ، فإن مدة المهايأة
تكون سنة واحدة ، قابلة للتجديد ، إلا إذا أعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية
بثلاثة أشهر بأنه لا يرغب فى التجديد^(٤) ، كما هو نص المادة ٨٤٦ مدنى . وهذا ما استقر
عليه أيضاً قضاء محكمة النقض^(٥) .

ولم يحدد القانون كيف يتم إعلان الشركاء بالرغبة فى عدم التجديد ، فلم تنص المادة
٨٤٦ مدنى على وسيلة هذا الإعلان ، ولذا يجوز أن يتم بكافة الطرق ، وعبء إثباته يكون
على الشريك الذى يدعيه^(٦) .

تحول قسمة المهايأة المكاتبة إلى قسمة نهائية :

إذا استمرت المهايأة المكاتبة لمدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإنها تتقلب إلى قسمة
نهائية (مادة ٢/٨٤٦ مدنى) وبمرت ذلك المذكرة الإيضاحية بأن المهايأة التى تدوم خمس
عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى إنهائها ، هى خير قسمة نهائية ، يستطيع الشركاء أن يصلوا
إليها ، وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة واطمأنوا لنتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما
عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن قسمة المهايأة لا تتقلب إلى قسمة نهائية^(٧) . وسنتناولها
بالتفصيل إن شاء الله فى مبحث مستقل من الفصل الثانى .

(١) د/منصور مصطفى منصور - حق الملكية - مد ١٣٥ ، د/اسماعيل غنم - الحقوق العينية الأصلية -
مد ١٥٤ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢/٢٥٥ ، د/عبد العزيز عامر - حق الملكية
مد ١٠٨ ، م/محمد عزمى البكرى - قسمة المال الشائع ص ٢٣٦ .

(٢) د/السنهورى ٨/٨١٧ ، د/توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الأصلية مد ٢٧٣ .

(٣) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢/٢٥٥ ، د/محمد على عرفة - حق الملكية - ١/٤٥٤ .

(٤) د/السنهورى ٨/٨١٧ ، د/البدروى - حق الملكية - مد ١٦٢ ، د/عبد المنعم البسة - المرجع السابق -
مد ٢٦٧ ، د/أحمد سلامة - الملكية القردية - مد ٢٦٣ وما بعدها .

(٥) قض مدنى فى ١٩٧٧/٤/٧ ، مجموعة محكمة للنقض طعن رقم ٥١٧ لسنة ٤٢ ف ٩٥٥ ف ١٦٢ ،
قض مدنى ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة محكمة للنقض ، طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ف ٢ مد ٨٩٢ ف ١٣٨ .

(٦) د/عبد قاصر الطاز - شرح أحكام حق الملكية - مد ١١٠ ، د/أحمد سلامة لمرجع السابق - ص ٢٦٤ .

(٧) مذكرة الأعمال القضائية ١٣٩/٦ ويراجع د/أحمد سلامة - المرجع السابق مد ٢٦٥ ، اسماعيل غنم -
حق الملكية - مد ٢١٥ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٩ .

ب- المهايأة الزمانية :

تعرض المشرع الوضعى لأحكام قسمة المهايأة الزمانية فى المادة ٨٤٧ مدنى والتى تنص على أنه : "تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم بمدة تتناسب مع حصته".

وهذا النص لم يتعرض للمهايأة الزمانية صراحة ، وإنما دل عليها التعبير ، وما جاء بالمذكرة الإيضاحية .

تعريفها :

من خلال هذا النص يمكن تعريف قسمة المهايأة الزمانية بأنها : هى التى يتفق فيها جميع الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حصته فيه^(١) .

وبمعنى آخر : هى القسمة التى يتفق فيها الشركاء المشتاعون على أن ينتفع كل واحد منهم بكل المال الشائع ، وليس بجزء مفرز فيه ، مثل القسمة المكانية ، وذلك لمدة معينة تتناسب مع الحصة المملوكة له فى المال^(٢) .

فهى تقوم على تمكين كل شريك مشتاع بالانتفاع بكل المال الشائع منفرداً دون غيره من الشركاء ، طول فترة معادلة لحصته الشائعة

أمثلة :

الغالب وقوع هذه القسمة فى المنقولات ، أو الأعيان التى لا تنقسم ، حيث يستحيل أو يتعذر انتفاع سائر الشركاء بها فى نفس الوقت ، فيتفقون على تناوب الانتفاع بها^(٣) .

وأمثلة قسمة المهايأة الزمانية كثيرة ، فمثلاً السيارة المملوكة على الشيوع ، يتفق الشركاء فيها على أن يركبها كل شريك مدة معينة بحسب الحصة المملوكة له ، فإن كان لأحدهم الثلث ، وللآخر العدس ، وللثالث النصف ، اقتسموها مهايأة زمنية على أن ينتفع صاحب النصف ثلاثة أشهر مثلاً ، وصاحب الثلث شهرين ، وصاحب العدس شهراً .

ومكذا لو كانت الشركة فى جهاز تليفزيون ، أو جهاز كمبيوتر ، أو جرار زراعى أو ماكينة رى وغير ذلك .

وكذلك الحكم لو كانت هناك دار أو أرض زراعية أرادت أقسمتها مهايأة زمانية .

(١) د/عبد الحريز عامر - حق الملكية - ص ١٠٧ ، د/الصند - حق الملكية - ص ٢٦٧ .

(٢) د/محمد الطنجي - دعوى القسمة - ص ٢٨٧ .

(٣) د/محمد على عرفة - حق الملكية ١/٤٥٧ ، م/محمد عزمى البكرى - قسمة المال الشائع ص ٢٤٤ .

ويترتب على قسمة المهايأة الزمانية بهذا المعنى - أن يحوز كل واحد من الشركاء على الشيوع بالتناوب الواحد تلو الآخر كل المال الشائع ، فيستقل بإدارته والانتفاع به واستغلاله على انفراد ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق الإيجار ، دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئاً ، مقابل أن لا ينقص أو يمنع حقوق الآخرين عندما يأتى دورهم فى الانتفاع^(١) .

ويكون دوره فى الانتفاع لفترة تتجدد على أساس نسبة ما يملكه فى المال الشائع . كما أنه لا يلزم بتقديم حساب لشركائه عما استوفاه ، لأنه يستغل حقه بالأصالة ، وليس نائباً عن شريكه إلا فى وضع اليد المادى على العين مدة الاستغلال^(٢) .

المدة فى المهايأة الزمانية :

لم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ، وإذا كان لابد فى المهايأة الزمانية من تعيين المدة ، لأنها معيار الانتفاع ، فيكون المعيار فى تحديد مدة قسمة المهايأة الزمانية هو مقدار الحصة المملوكة لكل شريك فى المال الشائع .

فإذا كانوا شركاء فى جرار زراعى ، وكان للكل النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس ، واقتسموا قسمة مهايأة زمانية ، فيكون للكل أن ينتفع بها لمدة ثلاثة شهور مثلاً ، والثانى لمدة شهرين ، والثالث لمدة شهر^(٣) .

وليس هناك أى قيد يحد من اتفاق الشركاء على مدة المناوبة ، فيجوز أن تكون أية وحدة زمانية ، تتفق وطريقة استغلال المال ، كما يجوز أن يتجدد الاتفاق لعدد من دورات المناوبة ، شريطة ألا يودى الاتفاق عليها إلى إجبار الشريك على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات كما هى القاعدة العامة فى القسمة^(٤) .

وتنتهى المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها ، ويعين الاتفاق هذه المدة ، وكيف تنتضى^(٥) .

(١) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ٤٥٧/١ ، د/ السنهورى للمرجع السابق ٨/ ٨٢٠ .

(٢) د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص ٢٧٦ ، د/ محمد المنجى - المرجع السابق ص ٢٨٨ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٩ . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد : "... إن مقتضى الاستغلال على أساس المهايأة الزمانية أن يستغل للشريك حقه بالأصالة ولا يكون نائباً عن شريكه إلا فى وضع اليد المادى على العين مدة الاستغلال ، وهذا لا تأثير له فى حقوق الانتفاع ذاتها ، فلا يكون الشريك المنتفع ملزماً بتعويض ما للشريك الآخر على أساس أنه كان مقتضياً نصيبه ، أو ماتعاً لياه من الانتفاع به" .

نقض مدنى فى ٢١ يناير ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٩ ص ٤٥ .

(٣) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٢٨٩ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية ٤٥٧/١ ، د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص ٢٧٥ .

(٤) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٩ ، د/ السنهورى ٨/ ٨٢٠ ، د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ١١٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الهالى - دروس الأموال ص ٢٤٢ .

(٥) د/ السنهورى - فوسيط ٨/ ٨٢٠ .

عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية :

لا تتقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائي بالنسبة إليها ، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية . فالمهايأة المكانية تنقسم المال الشائع إلى أجزاء مفرزة ، فهي كالقسمة النهائية ، إلا في كونها قسمة منفعة لا قسمة ملك .

أما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز ، وإنما تنقسم زمن الانتفاع به ، فهي لا تهىء للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تتقلب إليها^(١) .

ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

مما سبق يتضح لنا إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على تقسيم المهايأة من حيث الزمان والمكان ، وأنها تنقسم إلى مهايأة زمانية وأخرى مكانية .

ولقد اتفق القانون المدنى مع ما أجمع عليه الفقه الإسلامى فى هذا التقسيم حيث نص على المهايأة المكانية بالمادة ٨٤٦/١ ، ونص على المهايأة الزمانية بالمادة ٨٤٧ مدنى . كما يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى حقيقة كل منهما .

أما من حيث اشتراط المدة :

ففى الفقه الإسلامى إجماع على اشتراط المدة فى المهايأة الزمانية . ولكن بدون حد أقصى للمدة التى يمكن أن تمتد إليها المهايأة الزمانية ، إلا ما نقل عن المالكية من وضع حد أقصى يختلف باختلاف العين المملوكة على الشيوع .

ويتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من اشتراط المدة حسب أنصبة الشركاء أثناء التناوب ، ولكن القانون اشترط حداً أقصى ، لا يمكن تجاوزه ، وهو عدم جواز الاتفاق على المهايأة الزمانية لأكثر من خمس سنوات .

وهذا الحد الأقصى الذى حدده القانون ، لا يتعارض - فى رأى - مع الشريعة الإسلامية ، ولا تمنع منه ، خاصة وأن المالكية ذهبوا إلى وضع حد أقصى للانتفاع مهايأة ببعض الأموال .

(١) د/ السهورى - الوسيط ٨/ ٨٢٠ ، م/ محمد عزمى البكرى - قسمة المال الشائع ص ٢٤٥ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٩ ، د/ محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٠٦ .

فضلاً عن أن هذا الحد الأقصى لا يترتب عليه أى ضرر بالشركاء وطالما أنه لا يترتب عليه أى ضرر ، بل يحقق مصلحة الشركاء فى عدم البقاء فى الشيوع جبراً لمدة تزيد على خمس سنوات ، فإن الشريعة الإسلامية ، لاتمنع منه .

أما المهياة المكانية : فجمهور الفقه الإسلامى لا يشترط فيها مدة ، ولكن المالكية يشترطون تحديد مدتها كالزمانية - وهو ما سبق أن رجحناه .

أما فى القانون المدنى فقد نظم مدة المهياة المكانية ، فلا يصح الاتفاق عليها لمدة تزيد على خمس سنوات .

وإذا لم تشترط مدة لها ، أو انتهت المدة المتفق عليها ، ولم يحدث اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة تتجدد ما لم يعلن أحد الشركاء إلى شركائه قبل انتهائها بثلاثة أشهر ، أنه لا يرغب فى التجديد .

وهذا التنظيم فى القانون وإن كان لم يرد حتى فى المذهب المالكى ، الذى يشترط المدة ، إلا أنه لا يتناقى مع روح الشريعة الإسلامية ، ويأتى مساعراً لما هدف إليه المالكية من أن يكون الزمن معلوماً ، وهذا هو القانون يحدد الزمن فى المهياة المكانية بما يجعله معلوماً .

الفصل الثانى

فى أحكام المهياة وآثارها

سبق أن بينا أن قسمة المهياة تتم إما بتراضى الشركاء عليها وهذا هو الغالب .
وإذا لم يتفق الشركاء على المهياة ، وطلبها أحدهم ، فإنه يجوز أن يجبرهم عليها
القاضى ، بناء على ما رجحناه .
وإذا تمت المهياة ، فإنها يترتب عليها آثاراً تشكل حقوقاً والتزامات فى جانب كل
من الشركاء .
وإذا كانت قسمة المهياة لا تنهى الشيوخ ، بل هى مجرد وسيلة لتنظيم الانتفاع
بالمال الشائع ، فما مدى خضوعها لأحكام عقد الإيجار ؟
وإذا استقرت قسمة المهياة مدة من الزمن - خمسة عشر سنة - فإن القانون قد
رتب على ذلك نتيجة غاية فى الأهمية ، وهى انقلاب المهياة إلى قسمة نهائية .

وسنتناول هذه الموضوعات فى المباحث التالية :

- المبحث الأول : حقوق والتزامات الشركاء خلال قسمة المهياة .
- المبحث الثانى : مدى خضوع قسمة المهياة لأحكام الإيجار .
- المبحث الثالث : تحول قسمة المهياة إلى قسمة نهائية .

المبحث الأول

حقوق والتزامات الشركاء خلال قسمة المهايأة

تمهيد :

سبق أن بينا بعضاً من آثار المهايأة اقتضت طبيعة البحث أن نتكلم عنها آنفاً . ونشير إليها في إيجاز .

أ- لزوم قسمة المهايأة :

وهذا من أهم الآثار المترتبة على قسمة المهايأة ، وقد سبق أن بينا جواز العمل بلزوم قسمة المهايأة ، لما في ذلك من استقرار للمعاملات .

ب- عدم انتهاء المهايأة بالموت :

إذ لا تنتهي المهايأة بموت أحد الشريكين ولا بموت كليهما ، لأنها لو انتهت لاحتاج القاضى إلى تجديدها ، لأنها تكون أكثر ما تكون فيما لا ينقسم ، ولا شك أن الورثة سيطلبون إعادتها . وقد سبق بيان ذلك ولكنها تنتهي إما بالتراضى على الفسخ ، وإما بتلف العين كما سبق بيانه .

وفيما يلي نبين حقوق الشركاء والتزاماتهم خلال قسمة المهايأة .

فنبينها أولاً فى الفقه الإسلامى ، وثانياً فى القانون المدنى ، وأخيراً المقارنة بين كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أولاً : حقوق الشركاء والتزاماتهم فى قسمة المهايأة فى الفقه الإسلامى :

أ- حقوق الشركاء فى قسمة المهايأة :

١- الانتفاع بالمتحايأ عليه :

إذا تمت قسمة المهايأة بين الشركاء سواء كان ذلك بالتراضى أو التقاضى ، فإنه يختص كل شريك بالتصرف فيما وقع له بالمهايأة فى حدود طبيعة العقد ، ومن ثم فيملك كل حق الاستعمال .

فيملك كل واحد من المتعاقدين استعمال الشيء كما يريد ، سواء كانت المهايأة مكتوبة أم زمانية .

فيجوز لكل منهما السكنى إن كان المتحايأ فيه دلوأ ، والركوب إن كان المتحايأ فيه دابة - وغير ذلك^(١) .

(١) بدائع الصانع ١/١٤٧ ، حاشية لى السعود على شرح الكثر ٣/٢٥٥ .

٣- حق الشركاء فى استغلال المتهائى عليه :

هل المتهائى أن يستغل حصته فى المتهائى فىأخذ حصته مختصاً بالغلة لنفسه ؟
هنا نجد أن صاحب البدائع من الحنفية فرق بين كل من المتهائى المكانية والمتهائى الزمانية .

أ- ففى المتهائى المكانيّة :

يجوز لكل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمتهائى سواء شرط الاستغلال فى العقد أولاً، وسواء تهايناً فى دار واحدة أو دارين ، لأن المنافع بعد المتهائىات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه أو فى حدود نصيبه ، ومن ثم فيملك التصرف فيه بالتملك من غيره .
وبهذا تبين أن المتهائىات فى هذا النوع ليست بعارية ، لأن العارية لا توجر .
ب- أما المتهائى الزمانية :

فما لا شك فيه أن لكل واحد منها أن يستخـدم نفسه أو يسكن .
أما عن استغلال كل منهما أو أحدهما حصته ، فلا خلاف بين الحنفية فى أنه لا يملك كل من المتهائين حق الاستغلال فى نوبته ، إذا لم يشترطاً ذلك وقت العقد .
أما إذا شرطاً فى المتهائى حق الاستغلال ؛ ففيه خلاف بين الحنفية :
فقد قال القدورى : لا يملك ؛ لأن المتهائى الزمانية فى معنى الإعارة ، والعارية لا توجر .

بينما ذهب محمد فى الأصل إلى أنه يجوز التهايو فى الدار الواحدة على السكنى والغلة ، فلكل متهائى إيجار غيره ما فى يده .

وقد تأول بعض الحنفية هذا المنقول فى الأصل بأنه ليس بمتهائى بل قسمة عين ، لأنه عبر بكلمة (الغلة) .

والغلة غير الاستغلال ، لأن الغلة أى الناتج عين ، والتهايو قسمة المنافع دون الأعيان^(١) .

ولكن رد هذا التأول ، بأن الغلة يجوز أن تذكر بمعنى الاستغلال فى الجملة ، وقد قام دليل لإرادة الاستغلال ههنا ، وهو قرينة التهايو ، إذ هى عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التى هى من الأعيان ، ومن ثم فيكون المراد الاستغلال^(٢) .

(١) بدائع الصنوع ١/١٤٧ ، ١٤٨ ، مجمع الأكر ٢/٤٩٦ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنوع ١/٤٨٨ .

وأرى أن ما ذهب إليه محمد فى الأصل هو الأرجح من أنه يجوز لكل منهما حق الاستغلال طالما شرطاً ذلك عند التعاقد ، لأن الحق لهما وقد تراضيا به .

أما ما احتج به الفدورى من القياس على العارية ، فأرى أنه قياس مع الفارق .

إذ أن المهايأة ترتب لكل من الشريكين الحق فى المنفعة ، فجاز التصرف فيها ، بعكس العارية ، فإنها ترتب الحق فى الانتفاع فقط ، فلم يملك المستعير تملكه للغير .

ما سبق كان فى المذهب الحنفى .

أما عند الشافعية والحنابلة فإنه يجوز عندهما الاستعمال والاستغلال لكل واحد من الشريكين ، فيما اختص به بالمهايأة .

فيقول الشيخ زكريا الأنصارى فى أسنى المطالب : "أن الأكساب النادرة كاللقطة والهبة ونحوهما كالوصية تدخل فى المهايأة كالأكساب العامة ، وكذا يدخل فيها المون النادرة كأجرة الطبيب والحجام كالمون العامة ، فتكون الأكساب لذى النوبة والمون عليه" (١) .

ويقول ابن قدامة فى كتابه الكافى : "فإن تهاياه اختص كل واحد منهما بمنفعته فى مدته ، وكسبه ، وفى الأكساب النادرة ، كاللقطة ، والهبة ، والركاز ، وجهان :

أحدهما : يدخل فيها ، لأنها كسب أشبه المعتاد . الثانى : لا يدخل ، لأن المهايأة كالبيع ، فلا يدخل فيها ، إلا ما يقدر عليه فى العادة ، والناذر لا يقدر عليه عادة ، فلا يدخل فيها ويكون بينهما ، ونفقه الحيوان فى مدة كل واحد منهما عليه ، لأن نفعه له ، فكانت مؤنته عليه كالمنفرد به" (٢) .

أما المالكية : فإنه يجوز لكل شريك استعمال ما تحت يده بالمهايأة ، أما الاستغلال فيفرق فيه بين المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية . ففى المهايأة الزمانية إذا كانت العين منقولة فلا يجوز التهايو فيها على الاغتيال كالدابة والعبد والسيارة ، فلا يجوز التهايو فيها على أن تكون غلته يوماً لأحدهما ويوماً للآخر .

وقال محمد: وقد سهل مالك فى اليوم الواحد ، وكرهه فى أكثر منه .

وجه منع الاغتيال ما فيه من المخاطر ؛ لجواز أن تكون غلته فى يوم أحد هما أكثر منه فى يوم الآخر ، مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل .

(١) أسنى المطالب ٣٣٨/٤ ، ويراجع أيضاً روضة الطالبين ٢١٩/١١ .

(٢) لكلى لابن قدامة ٣٢٢/٤ ، ٣٢٣ ، ويراجع أيضاً : الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤١٣/٤ .

ومذا لقص الولد عند الحنابلة ورد مثله عند الشافعية فى المذهب للإمام الشيرازى . يراجع المذهب مع تكملة المجموع ٤١٣/١٨ .

روجه الإباحة على رواية محمد عن مالك ، أن الغرر فى ذلك قليل لقصر المدة وتقاربها ونسأوى غلتها فى غالب الحال .

أما إذا كانت العين المتهاية فيها عقارا كالدار والأرض المأمونة ، فيجوز فيها التهايو على الاغتلال والانتفاع فى المدة اليسيرة والكثيرة ، ووجه ذلك أنها مأمونة .

أما المهايأة المكائبة : فيجوز التهايو فيها على الانتفاع والاستخدام ، ولا يجوز التهايو فيها على الاغتلال والكراء ، منعاً للغرر^(١) .

هذا وقد جرى خليل فى مختصره على نفي جواز المهايأة على الاغتلال .

ب- التزامات الشركاء خلال قسمة المهايأة :

١- الالتزام بالحفظ :

يلتزم كل من الشريكين بحفظ ما وقع له من حصته تحت يده حتى يرده سالماً كما استلمه ، ومن ثم فليس لواحد منهما أن يحدث بناء فى حصته ، أو ينقض بناء ، أو يفتح باباً و غير ذلك^(٢) .

وبناء عليه إذا أحدث فى حصته بالمهايأة بناء أو حفر بئراً فيها ، فبته يضمن بقدر ما كان ملكاً لصاحبه^(٣) .

٢- الالتزام بالنفقة :

وكذلك يلتزم كل شريك بمؤن حصته التى وقعت له ، فتكون عليه يلتزم بدفعها ، كأجرة الطبيب ونفقة الحيوان ومؤن صيانة المنزل ، وذلك لأن النفع حاصل لكل شريك على ما تحت يده ، فكانت مؤنته عليه كالمنفرد به^(٤) .

٣- الالتزام بالضمان :

ما الحكم إذا حدث نقص فى العين محل التهايو بسبب الاستعمال ؟

فى الفتاوى الهندية^٥ لو عطب أحد الخادمين فى خدمة من شرط له هذا الخادم ، فلا ضمان عليه ، وكذلك المنزل لو تهدم من سكنى من شرط له فلا ضمان ، وكذلك لو احترق المنزل من نار أوقدها فيه - أى بلا تعد - فلا ضمان^(٥) .

(١) المنتقى للبايى ٥١ / ٦ ، ٥٢ بداية المجتهد ٢ / ٢٧٠ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٩ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ / ٢٣٠ .

(٤) أسنى المطالب ٤ / ٣٣٨ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٩ ، الكافى لابن قدامة ٤ / ٣٢٣ . وقد أجاز الحنفية ذلك استحساناً ، بالبدائع ٩ / ٤١٤٥ مجمع الأثر ٢ / ٤٩٧ .

(٥) الفتاوى الهندية ٥ / ٢٣٠ .

وقد صرح الشافعية أيضا بأنه لا يضمن ، إذ قالوا بأن يد كل واحد من المتهاينين يد أمانة^(١) .

وهو مقتضى كلام المالكية ، حيث إنهم قالوا بأن المهايأة كالإجارة ، فيكون المتهاين غير ضامن كالمستأجر^(٢) .

ولكن الحنابلة ذهبوا إلى أنه يضمن قياساً على العارية ، وبناء عليه فالشريك يضمن التلف في نوبته بغير الاستعمال المعتاد - وإن لم يفرط - ، كما لو كان بسرقة أو حريق^(٣) .

فروع

- إذا قام أحد الشريكين في المهايأة بإجارة حصته ، فهل يجوز للشريك الآخر نقض المهايأة أو الرجوع فيها خلال مدة الاستئجار ؟

أجابت على ذلك الفتاوى الهندية ، حيث جاء فيها :- "وأذا أجر كل واحد منهما الدار التي في يده ، فأراد أحدهما أن ينقض المهايأة ، ويقسم رقبه الدار ، فله ذلك ، وهذا إذا مضت مدة الإجارة ، وأما إذا لم تمض ، فليس للأخر نقض المهايأة ، صيانة لحق المستأجر^(٤) " .

- ما الحكم لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة كدار كبيرة أو أرض زراعية ثم طلب أحدهما القسمة النهائية ؟

أجاب الحنفية على ذلك بأنه تبطل المهايأة في هذه الحالة ، وتقسم العين المشتركة قسمة نهائية (أعيان) ، لأن ذلك أبلغ في استكمال المنفعة^(٥) .

- بناء على القول بأن المهايأة غير لازمة إذا رضيا بالمهايأة ، ثم رجع أحدهما فما الحكم ؟

لقد فصل الشافعية الحكم في ذلك :

فبينوا أنه إذا رجع المبتدئ بالانتفاع - وهذا في المهايأة الزمانية - قبل استيفاء نوبته ، يمكن ، ولا شيء عليه .

أما إذا كانت قد مضت مدة لمتلها أجرة ، فإنه يغرم لشريكه الآخر نصف أجرة المثل - أي إن كان حصة كل منهما النصف - وإن رجع بعد استيفاء نوبته .

فإن قلنا: لا إجبار على المهايأة فإنه يجوز له ذلك ، ويغرم نصف الأجرة لشريكه .

(١) نهاية المحتاج ٢٨٦/٨ .

(٢) شرح الزرقاني ١٩٤/٦ .

(٣) مطالب أولى النهى ٥١٣/٦ .

(٤) الفتاوى الهندية ٢٣٠/٥ . ولا رجوع/ حثية أبي السعود المصري ٣٥٤/٣ .

(٥) الهداية مع الطلحة مع تكملة فتح القدير ٢٧/٨ ، مجمع الأثر ٤٩٨/٢ .

وإن قلنا بالإجبار على المهايأة لم يجز له الرجوع ، بل يستوفى شريكه الآخر مدته .

أما إن استوفى الأول نوبته ، وامتنع الآخر من أن ينتفع ويستوفى نوبته ، فإن قلنا بالإجبار ، فهو مضى حق نفسه ولا أجره له ، وإن قلنا : لا إجبار ، فله ذلك ، وله نصف الأجرة على الأول^(١) .

وقريب من هذا مذهب الحنابلة : حيث نصوا على أنه إذا رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك ، وإن رجع بعد استيفاء نوبته غرم شريكه نصيبه من أجرة المثل لزمان انفراجه بالانتفاع^(٢) .

وقال ابن تيمية رحمه الله :- لا تنسخ حتى ينقضى الدور ، ويستوفى كل واحد حقه^(٣) .

- ما الحكم لو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع في مدة الآخر قبل تمكنه من القبض؟

فأجاب على ذلك الشافعية والحنابلة والزيدية بأنه يرجع على الأول -أي المستوفى- ببذل حصته من تلك المدة^(٤) . ما لم يكن قد رضى بمنفعته في الزمان المتأخر على أي حال كان ، وقد ذهب الحنفية إلى أنه لا ضمان ولا أجر . فلا يجوز لمن لم يستوفى أن يرجع على من استوفى^(٥) .

ثانياً: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني :-

تنص المادة ٨٤٨ من القانون المدني المصري على أنه : تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم ، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة .

فيستدل من هذه المادة أن حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة ، إنما تدخل ضمن ما أخضعته هذه المادة لأحكام عقد الإيجار ، طالما أنه لا يتعارض مع طبيعة المهايأة .

(١) روضة الطالبين ٢١٨/١١ ، ويراجع أيضاً أسنى المطالب ٣٣٧/٤ ، الأتوار ٥٠٧/٢ .

(٢) كشف القناع ٣٧٤/٦ ، الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ٣٥٠ .

(٣) الإصناف ٣٤٠/١١ . الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ٣٥٠ .

(٤) روضة الطالبين ٢١٨/١١ ، أسنى المطالب ٣٣٧/٤ ، الإصناف ٣٤١/١١ ، شرح الأثر ٣٨٨/٣ ، الاختيارات الفقهية ص ٣٥٠ .

(٥) فتاوى اللجنة ٢٣٠/٥ وجاء فيها : " ولو أبق أحدهما لشهر كله ، واستخدم الآخر لشهر كله فلا ضمان ولا أجر ولكن يجب أن يضمن لآخر المثل " .

ومن ثم فكل شريك مهائى تكون له -وفق هذه الأحكام- حقوق المستأجر ، من تسليم وتعهد بالصيانة وضمنان التعرض والعيوب الخفية ، وكذلك يحق له أن يؤجر من الباطن . وتطبيق فى هذا الشأن قواعد الإيجار من الباطن ، خاصة تلك المنصوص عليها فى المادة ٥٩٣ مدنى والمتعلقة بإمكان منع هذا التأجير ، إذا قضى اتفاق الشركاء بذلك^(١) .

وعلى كل شريك متهاهى التزامات المستأجر ، فيجب أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها .

ويلتزم الشركاء جميعاً بالترميمات الضرورية ، ويسهم الشريك الذى اختص بمنفعة جزء معين فى النفقات التى تقتضيها هذه الترميمات(م ٥٦٧ مدنى) .

أما الترميمات التأجيرية ، فتكون على الشريك الذى اختص بالجزء الذى يحتاج إلى الترميم(م ٥٨٢ مدنى) .

أما الالتزام بدفع الأجرة فهو يتعارض مع طبيعة القسمة لأن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون فى مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى أو بذات العين مدة أخرى^(٢) .

وعلى أية حال فإنه تتلخص حقوق والتزامات الشركاء فى قسمة المهياة بناء على تطبيق قواعد الإيجار عليها -ومراعاة لطبيعة القسمة- فإنها تتلخص فيما يلى :-

١- استعمال المال المتهاهى عليه فيما أعد له :

فيحق للشريك الذى اختص بمنفعة جزء من المال الشائع باستعمال العين المشتركة ، ولكنه يلتزم باستعمالها بحسب ما أعدت له (المادة ٥٧٩ مدنى) ، كما يلتزم بعدم التغيير فيها (المادة ٥٨٠ مدنى) ، وأن يبذل من العناية فى استعمالها وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً^(٣) (المادة ٥٨٣ مدنى).

ولكن هل للشريك المهائى أن يستغل حصته فى المهياة ، سواء كانت المهياة زمانية أو

مكانية ؟

الواضح من إحالة المشرع الوضعى لأحكام المهياة على أحكام الإيجار وتطبيقها فى هذه الجزئية ، فإنه يتضح أنه يحق للشريك المهائى أن يؤجر من الباطن (استغلال) الجزء المفروز الذى اختص به ، ويكون الإيجار نافذاً فى حق باقى الشركاء ، الذين يتمتع عليهم ممارسة هذا الحق لالتزامهم بضمنان عدم التعرض ، ولو كانوا أصحاب أغلبية ، الحصص فى

(١) قسمة المال الشائع /محمد محمود عبد الله ص ١٥١.

(٢) د/منصور مصطفى منصور-حق الملكية ص ١٣٧ ، جميل الشرقاوى-حق الملكية- ص ١١٨.

(٣) د/محمد المنجى -دعوى القسمة- ص ٢٨١ .

ملكية المال الشائع ، وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء^(١) .

هذا ويجوز للشركاء المتهايين أن يتفقوا على منع التأجير من الباطن ، تطبيقاً لما نص عليه القانون في الإيجار . مادة ٥٩٣ مدني ، ومن ثم فلا يسرى على قسمة المهايأة بنوعيتها حكم المادة ٣٢ من قانون الإصلاح الزراعي ، والذي ينص على أنه : "يكون تأجير الأراضي الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ، ولا يجوز للمستأجر تأجيرها من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير أو مشاركته فيها"^(٢) .

وذلك باعتبار هذا الحكم من الأحكام الاستثنائية ، التي قصد بها منع استغلال الوسطاء لصغار الفلاحين ، والقضاء على المضاربة في إيجار الأراضي الزراعية . وهذا الاعتبار لا محل له في القسمة .

وكذلك لا يسرى على قسمة المهايأة بنوعيتها حكم المادة ١٨/ج من قانون الإسكان المعدل رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من أنه : "لا يجوز للموَجِر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد ، إلا لأحد الأسباب الآتية :- (ج) :- إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المُوَجِر ، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً " .

وذلك باعتبار هذا الحكم من الأحكام الاستثنائية ، التي قصد بها المحافظة على أن يكون شغل المستأجر للمكان بالأجرة المحددة ناشئاً عن ضرورة حقيقية ، دون أن يتخذ وسيلة للاستغلال والربح ، بأن يؤجره من باطنه أو يتنازل عنه للغير ، إذ الغالب أن يكون ذلك بإيجار مرتفع ارتفاعاً فاحشاً ، يثرى به على حساب المالك .

وهذان الأمران لا محل لهما في القسمة^(٣) .

ومن ثم فإن قسمة المهايأة تخول الشريك المتهايي الحق في الاختصاص بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع - برضاء الشركاء - فيستقل بإدارته واستغلاله له والانتفاع به ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء .

وبذلك أخذت محكمة النقض في حكم حديث لها^(٤) .

(١) د/ محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ٢٨٣ ، م / عزمي البكري - قسمة المال الشائع - ص ٢٥٢ .

(٢) المادة ١/٣٢ من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، المحلة بالقانونين ٢٥٥ لسنة ١٩٥٤ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

(٣) م / عزمي البكري - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

(٤) نقض مدني ١٩٨٩/١٢/٦ طعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ هـ . مجموعة محكمة النقض جـ ٣ ص ٢٦٩ فـ ٣٦٤ .

٣ - الالتزام بالتسليم والرد :

فيلتزم جميع الشركاء المشتاعين بتسليم العين المشتركة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تبقى بما أعدت له من المنفعة ، إلى الشريك الذي اختص بها بمقتضى قسمة المهايأة بنوعيتها (المادة ٥٦٤ مدنى) . ويجب على الشريك الذي اختص بمنفعة جزء من المال الشائع أن يرد العين المشتركة عند انتهاء مدة القسمة ، وإلا اعتبر غاصباً^(١) (المادة ٥٩٠ مدنى).

وهذا ما قرره محكمة النقض فى هذا الصدد إذ تقول : " فإن مؤدى هذين النصين - (مادة ٨٤٧ ، ٨٤٨ مدنى) - أن يلتزم الشريك المهايئ - كما يلتزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدنى فى الإيجار - بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها ، بعد انتهاء نوبته فى الانتفاع بها ، وإلا كان غاصباً ، ويلتزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر^(٢) .

الامتداد القانوني :

يرى بعض شراح القانون عدم تطبيق القاعدة الخاصة بالامتداد القانونى لعقد الإيجار على قسمة المهايأة ، إذ يترتب على تطبيق هذه القاعدة إجبار الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على الخمس سنوات ، وهذا غير جائز^(٣) .

٣ - المحافظة على المال المتمايئ عليه وصيانتة^(٤) :

فيلتزم جميع الشركاء المشتاعين بالمحافظة على ما تحت أيديهم من حصص اختصاصوا بها ، كما يلتزموا بجميع الترميمات الضرورية للعين المشتركة ، ويسهم الشريك الذى اختص بمنفعة جزء معين من المال الشائع فى التكاليف التى تقتضيها هذه الترميمات (مادة ٥٦٧ مدنى).

أما الترميمات التأجيرية فتكون على الشريك الذى اختص بالجزء الذى يحتاج إلى الترميم (مادة ٥٨٢ مدنى) .

(١) م / عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ٢٥١ .

(٢) نقض مدنى فى ١١/٢/ ١٩٦٩ طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٥ ق . مجموعة محكمة النقض جـ ١ ص ٢٩٨ ف ٤٧ .

(٣) د/ محمد على عمران - الحقوق العينية - ص ٢٧٦ ، د/ محمد محمود عبد الله - المرجع السابق - ص ١٥٢ ، د/ مأمون الشلمى - المرجع السابق ص ٧٥ .

(٤) د/ السنهورى - حق الملكية - ص ٨٢١ ، د/ محمد محمود عبد الله - قسمة المال الشائع - ص ١٤٤ ، د/ اسماعيل غلام - المرجع السابق - ص ١٥٥ ، د/ منصور مصطفى - المرجع السابق ص ١٣٧ .

ومن ثم فالترميمات الضرورية تكون على الشركاء جميعاً . بعد توزيعها عليهم بنسبة حصصهم ، فإذا دفعها أحدهم كان له الرجوع بها على باقي الشركاء نسبة حصصهم . أما الترميمات التأجيرية أو الإصلاحات البسيطة العادية فإن لمتهاين يلزم بإجراء جميع الترميمات التي تتعلق بالجزء الذي تحت يده ، ما لم يكن هناك اتفاق بغير ذلك .

٤- ضمان التعرض ، وضمان العيوب الخفية^(١) :

يلتزم جميع الشركاء المشتاعين بضمان كل تعرض للعيوب المشتركة ، أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من الغير (مادة ٥٧١ مدني) .

كما يلتزم الشركاء جميعاً بضمان العيوب الخفية ، ومن ثم فيضمن الشركاء للشريك المتهاين جميع ما يوجد في العين المتهاين عليها من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصاً كبيراً ، ولكنهم لا يضمنون العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها (مادة ٥٧٦ مدني) .

ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

مما سبق يتبين لنا أن الحقوق والالتزامات التي تقع على كاهل الشريك المتهاين في الفقه الإسلامي تلتخص فيما يلي :

١- الانتفاع بالمتهاين عليه .

٢- الالتزام بالنفقة .

٣- الالتزام بالحفظ .

٤- الالتزام بالضمان أو هلاك المتهاين عليه .

بينما تلتخصت هذه الحقوق وتلك الالتزامات في القانون المدني على ما يلي :

١- استعمال المال المتهاين فيما أعد له .

٢- تسليم هذا المال فيما أعد له .

٣- المحافظة عليه وصيانته ، وعدم التغيير فيه .

٤- ضمان التعرض له ، وضمان العيوب الخفية .

(١) د/ المنهوي - حق الملكية - ص ٨٢٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ١٣٧ ، د/ سيد محمود عمر - القسمة في الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه جامعة أسيوط ص ٥٤٤ .

وبإجراء المقارنة بين ما سبق إليه الفقه الإسلامى ، وما قرره القانون المدنى ، يتضح لنا ما يلى :

١- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أحقية الشريك المتهاىئ فى استعمال المال المتهاىئ عليه فيما أعد له ، بل وفى جواز استعماله بنفسه ، أو استغلاله بغيره عن طريق تأجير ، أو كرائته أو غير ذلك من طرق الاستغلال .

وهذا ما قرره الفقه الإسلامى - بناء على ما رجحناه - بوضوح .

وهو أيضاً ما قرره الفقه الوضعى وأيدته محكمة النقض المصرية ، وإن لم ينص عليه نص فى القانون ، سوى تلك الصورة - صورة التأجير من الباطن .

فإنه إعمالاً للقواعد العامة ورجوعاً إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون ، فإننى أرى أنه يكون للمتهاىئ قاتوناً أن يستغل المال المتهاىئ عليه إلى جانب استعماله الشخصى .

فإن كانت العين منزلاً أو أرضاً أو دابة أمكنه تأجيرها وحصوله على الأجرة لنفسه ، مع مراعاة ألا تزيد مدة الإيجار عن مدة المهايأة حتى يمكن رد العين المتهاىئ عليها دون تعارض مع انتفاع المستأجر .

٢- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى وجوب المحافظة على المال وصيانته وعدم التغير فيه ، وضمان التلف أو الهلاك .

وفى ضمان التلف والهلاك يبرز الفقه الإسلامى جانباً لم يظهر فى القانون ، وهو مواجهة مشكلة من لم يستوف نوبته من الشركاء بتعويضه بنصف أجرة المثل .

وأرى تطبيق ذلك قاتوناً ، على اعتبار أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً للقانون .

وأما ما ورد فى القانون تفصيلاً عن الترميمات بأنواعها البسيطة أو التأجيرية والضرورية . فإنه يوافق ما أجملته الشريعة الإسلامية من وجوب تحمل الشريك المتهاىئ لنفقة المتهاىئ عليه خلال نوبته ، وهذا ينطبق على الترميمات البسيطة أو العادية ، أما الترميمات الجوهرية فإن القانون يبرز تحملها للشركاء كل بقدر حصته ، لأنهم شركاء فى ملكية العين الشائعة بقدر هذه الحصص .

وهذا لا يتنافى مع المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية وخاصة العدالة والمساواة .

٣- تفرد القانون بإظهار الالتزام بتسليم المال المتهاىئ عليه فى بدء المهايأة ، ورده فى نهايتها .

والفقه الإسلامى وإن لم يظهره - نظراً لكونه من التديببات - فلين تقرير الفقه الإسلامى للمتهاىئ حق الانتفاع بالمال المتهاىئ عليه ، يتضمن التسليم والرد ، إذ لا يتصور حدوث هذا الانتفاع ما لم يسبقه تسليم المتهاىئ عليه .

وبعد انتهاء مدة المهايأة فإنه من البديهي أيضاً أن يقوم الشريك الذى استوفى نوبته برد العين المتهايأة عليها ، ليتسلمها غيره من الشركاء ليستوفى نوبته هو الآخر ، أو ليتسلمها الشركاء بعد انتهاء المهايأة ليقسموها قسمة نهائية .

٤- انفرد القانون أيضاً بإظهار ضمان التعرض للمال المتهايأة عليه وضمن عيوبه الخفية .

ولكن بقليل من التأمل نجد أن ضمان التعرض فى القانون مقابل بأحكام الاستحقاق فى الفقه الإسلامى .

وكذلك ضمان العيوب الخفية ، مقابل بخيار العيب فى الفقه الإسلامى .

ولم يتعرض لهما الفقه الإسلامى بصدد قسمة المهايأة ، نظراً لأن القسمة النهائية هى الأصل والقاعدة ، وقسمة المهايأة هى الفرع والاستثناء ، فإنه لا يكون هناك مانع من إرجاع بعض أمور قسمة المهايأة إلى أحكام القسمة النهائية .

وفى القسمة النهائية - كما سنرى - نجد أن الفقهاء قد تعرضوا لهما بالتفصيل ، فتحال هذه الأحكام على القسمة النهائية ، وهذا لا غرابة فيه بل هو منع للتكرار كما فعل القانون بصدد إحالته لبعض أحكام المهايأة على الإيجار .

٥- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى نفاذ عقد الإيجار الصادر من الشريك المتهايئ على الجزء المفروز الذى ينتفع به .

إذ ينفذ فى مواجهة جميع الشركاء المتهايئين صيانة لحق المستأجر .

٦- ذهب الحنفية إلى أنه إذا وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ، كدار كبيرة أو أرض زراعية ، ثم طلب أحدهما القسمة النهائية ، فإنه يجاب لذلك ، وتبطل المهايأة .

بينما ذهب بعض فقهاء القانون^(١) إلى عكس ذلك ، مقررأ أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الأعيان المشتركة قبل انتهاء المدة المتفق عليها فى قسمة المهايأة ، إذ أن تلبية طلب القسمة فى هذه الحالة يودى إلى نقض اتفاق المهايأة قبل انقضاء مدته ، وهو غير جائز إلا برضاء الشركاء جميعاً .

وأرى أن ما تقرّر فى الفقه الإسلامى - بناء على وجهة نظر الحنفية - هو الأرجح ، لأن الشارع يتنوف إلى الانتهاء من الأعيان المشتركة وما يترتب عليها من مشكلات ، فالقول بنقض المهايأة هو الأولى ، خاصة وأن الفقه الإسلامى قد وضع كافة الحلول لما قد يترتب على ذلك من مشكلات .

ولكن إذا كان أحد المتهايئين قد رتب للغير حقاً على الجزء المفروز له . بالمهايأة ، كلن كان قد أجره مثلاً ، فإن المهايأة لا تنقض إلا بعد الانتهاء من ذلك الحق .

(١) د/ محمد على عرفة - موجز فى حق الملكية ص ٢٠٣ .

المبحث الثاني

خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

سبق أن بينا أن قسمة المهايأة قد تكون مكانية أو زمانية ، وفى المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز ، يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، فهى إذن منفعة فى مقابل منفعة ، يحصل بمقتضاها كل شريك على الانتفاع بجزء مفرز مساو لحصته ، دون أن يزاحمه غيره من الشركاء ، فى مقابل حصول الشركاء الآخرين على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء الأخرى .

وفى المهايأة الزمانية ، يحصل كل شريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى المال الشائع ، فى مقابل تنازله عن حقه فى الانتفاع بحصته لكل من الشركاء الآخرين كل فى نوبته . ومن ثم فالمهايأة بنوعها هى مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا ، إذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الإيجار نقدا .

وبذلك يكون كل شريك مؤجرا ومستأجرا ، فهو مؤجر لحصته ومستأجر لحصص الشركاء الآخرين^(١) .

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار ، فنصت المادة ٨٤٨ مدنى على أن : (تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة) .

فهذا النص يقرر تطبيق أحكام الإيجار على قسمة المهايأة ، إلا ما يتعارض منها مع طبيعة قسمة المهايأة .

وسنبين فيما يلى مدى خضوع المهايأة لأحكام الإيجار فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، كل فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

مدى خضوع المهايأة لأحكام الإيجار فى الفقه الإسلامى

سبق أن بينا أن قسمة المهايأة فى الفقه الإسلامى عقد من عقود المعاوضات ، نظرا لتقابل وتبادل المنافع فيها .

فمنفعة كل جزء من المال المشترك تكون فى مقابل الانتفاع بالجزء الآخر ولكن ما مدى انطباق أحكام الإيجار عليها ؟

سبق أن أشرت إلى أن بعض الفقهاء ينصون على أن المهايأة كالإيجار ، ومن ثم فيطبق عليها بعض أحكامه ، والتي تتفق وطبيعة المهايأة .

(١) د/ السنهورى - الوسيط - حق الملكية - ٨/ ٨٢١ .

فيصرح المالكية بأن قسمة المهايأة كالإيجار - أى فى بعض الحكام - فيقول صاحب الشرح الكبير^(١) : (... القسمة ... تهايز ... كالإجارة أى فى تعيين الزمن وفى اللزوم ولا يشترط تساوى المدة على أحد القولين ...).

وكذلك نجد فقهاء الشافعية يجرون بعض أحكام الإيجار على قسمة المهايأة ، مما يدل على سريان بعض أحكام عقد الإيجار عليها .

فإنهم مثلاً يقولون بتضمين المهايئ الراجع عنها بعد استيفاء مدته أو بعضها نصف أجرة المثل ، لما استوفاه .

فيقول النووي " ولو رضينا بالمهايأة ، ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نوبته ، ممكن ، فإن مضت مدة لمثلها أجرة ، غرم نصف أجرة المثل ..."^(٢) .

والإباضية أيضاً يشبهونها بالإجارة ، بل كانوا أشد تصريحاً بذلك ، فقد جاء فى كتاب النيل وشفاء العليل ما نصه : " وهى - أى المهايأة - كالإجارة ، وتحتاج للزمان ، ويجوز فيها ما يجوز فى الإجارة ، ويمنع فيها ما يمنع فى الإجارة ، ويلزم فيها ما يلزم فى الإجارة"^(٣) .

فمن الواضح لدى هؤلاء الفقهاء أن المهايأة عندهم لها شبه بالإجارة ، وتطبق عليها بعض أحكام الإجارة على اعتبار أن كلا منها يرد على المنافع .

وإذا كان هذا يشكل اتجاهاً فى الفقه الإسلامى .

فإن ثمة اتجاه آخر لدى بعض الفقهاء ، وكيف المهايأة بغير ما سبق :

فنجد بعض فقهاء الحنفية يصرحون بأن المهايأة ليست كالإجارة ، لأنه فى الإجارة تستحق منفعة العين بالعقد ، وهنا - أى فى المهايأة - ما يستوفيه كل واحد منها ، يجعل فى الحكم كأنه منفعة ملكه .

والمهايأة تفتقر عن العارية ، لأن العارية لا يتعلق بها استحقاق الانتفاع ، ويتعلق بالمهايأة. ومن هذا الوجه تشبه الإجارة ، ولكن الاستحقاق فى الإجارة دون الاستحقاق فى المهايأة على معنى أن هناك - أى فى الإجارة - لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عنر ما ، ولكن هنا فى المهايأة يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة .

ثم العارية والإجارة تبطل بموت أحدهما ، والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين ، لأننا لو أبطناها احتجنا إلى إعادتها ، فالشريك الحى أو وارث الميت طالب لذلك ، ولا فائدة فى نقض شئ يحتاج إلى إعادته فى الحال^(٤) .

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية المسوقى ٣/ ٤٩٩ ، ويراجع أيضاً مواهب الجليل للحطاب ٥/ ٣٣٤ ، شرح الخرشى ٤/ ٤٠٠ ، ٤٠١ .

(٢) روضة الطالبين ١١/ ٢١٨ ، ويراجع/أسنى المطالب ٤/ ٣٣٨ ، مغنى المحتاج ٤/ ٢٦٦ .

(٣) ١٠/ ٤٨٠ .

(٤) يراجع فى هذا المبسوط للرخسى ٢٠/ ١٧٠ ، ١٧١ ، ويراجع أيضاً الاختيار للموصلى ١/ ٢٥١ .

وبمثل ذلك أخذ الحنابلة فهم وإن كانوا يعتبرون المهاداة معارضة ، إلا أنهم لا يعتبرونها إجارة
يوخذ ذلك من تعليلهم عدم لزوم المهاداة بقولهم : ولنا : أنه بذل منافع ليأخذ منافع من
غير إجارة ، فلم يلزم (١) .

وبعض الشافعية يقولون بأن المهاداة بيع :

يوخذ ذلك من تعليلهم عدم دخول الأكساب الفادرة في المهاداة ، ومن ثم فلا يختص بها
من حصل الكسب في نوبته ، بل توزع على الجميع ، كل بقدر حصتهم .

فقالوا في تعليل ذلك : بأن الكسب النادر لا يدخل فيها ، لأن المهاداة بيع لأنه يبيع حقه
من الكسب في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر ، والبيع لا يدخل فيه إلا ما يقدر على تسليمه
في العادة ، والنادر لا يقدر على تسليمه في العادة فلم يدخل فيه (٢) .

هذا وقد صرح الزيدية أيضا بأن المهاداة بيع (٣) .

نخلص مما سبق أن في الفقه الإسلامي اتجاهين ، بخصوص تطبيق أحكام الإيجار على
قسمة المهاداة .

فبينما نجد بعضهم يمنع من تطبيق أحكام الإجارة على المهاداة على اعتبار أنها بيع عندهم .
نجد البعض الآخر يستسيغ تطبيق بعض أحكام الإيجار على المهاداة ، خاصة ما يتناسب
مع طبيعتها .

فما يتناسب معها من أحكام يطبق ، وإلا فتطبق أحكامها الخاصة بها .

ولرى أن هذا الاتجاه أرجح خاصة وأن فيه حولا لمعظم مسائل المهاداة بإحالة الحكم
عليها للإيجار ، إذ لم نجد أن الفقهاء قد وضعوا لها حلا .

وليس في هذا إضرار بالمهاداة ، لأن ما لا يتناسب مع طبيعتها فلا يطبق عليها .

والله أعلم

المطلب الثاني

مدى خضوع المهاداة لأحكام الإيجار في القانون المدني المصري

بداية نؤكد أن إخضاع المهاداة لأحكام الإيجار ، ليس بسبب كونها تنفق معه في التكليف،
وإنما فقط من أجل تنظيم علاقات الشركاء خلالها (٤) ، ولذلك فلين المشرع الوضعي لم ينص

(١) المظني لابن قدامة ٨٠/٩ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ٤١٣ / ١٨ .

(٣) البحر الزخار ١٠٦ / ٤ .

(٤) انظر في هذا المظني حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١١ / ٢ / ١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفني

طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٥ ق ج١ ص ٢٩٨ ف ٤٧ .

حيث تقول محكمة النقض : "ذلك أن مقتضى المادة ٨٤٧ مدني هو أن قسمة المهاداة للزمنية للمال الشائع
لا تنتهي حالة التشويخ بين الشركاء فيه ، ولا تعدو لغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لإقسام منفعة
ذلك المال ، بل أن يتناوبوا الانتفاع به ، كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه ..."

بصيغة مطلقة على إلحاقها بالإيجار ، وإنما قيد هذا الإلحاق بما يتناسب وطبيعة قسمة المهايأة ، كما هو بين ولائح من نص المادة ٨٤٨ مدنى والتي تنص على أنه : تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين ، وحقوقهم ، والتزاماتهم ، وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة .

وحسب نص هذه المادة ، نجد شراح القانون عندما يتعرضون لبيان طبيعتها ، يقولون بأنها ليست كالإيجار حقيقة ، وإنما هى بمثابة الإيجار أو قريبة منه أو فى حكمه^(١) .

ضوابط تطبيق نص المادة ٨٤٨ :

هناك معايير ينبغى مراعاتها عندما نريد أن نبين مدى سريان أحكام الإيجار على المهايأة ونبينها فيما يلى :

أولا : كونها قسمة انتفاع مؤقتة ، لا أثر لها مبدئيا فى إنهاء الشيوع .

ثانيا : كونها إما أن تحصل بموجب اتفاق كما هى الحال الغالبة وفق نص القانون ، وإما أن تحصل بحكم القضاء .

ثالثا : كون الشريك فيها يعتبر من بعض الوجوه أنه ينتفع بما هو ملكه ، وخاصة فى المهايأة المكانية التى يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية^(٢) .

فالمهايأة حسب المعيار الأول ما هى إلا مقايضة انتفاع بانتفاع ، ولا يوجد ما يمنع أن تكون مقايضة الانتفاع بالانتفاع إيجارا ، إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة فى الإيجار نقدا على خلاف البيع الذى يشترط فيه أن يكون الثمن نقدا .

وهى حسب المعيار الثانى يجب أن يراعى فى الاتفاق عليها ، أو عند طلبها أمام القضاء نصوص القانون الخاصة بفاقدى الأهلية أو ناقصيها ، وذلك لأنه يترتب عليها حقوق والتزامات ، ومن ثم فلا يكتفى فيها بأهلية الإدارة ، وفق ما هو سائد من اعتبار الإيجار من أعمال الإدارة ، لأنها فى الحقيقة ليست إيجارا فحسب ، وإنما هى كذلك وفى نفس الوقت استتجار .

وهى حسب المعيار الثالث يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية ، وفى هذا تختلف اختلافا كليا عن الإيجار الذى لا يمكن أن ينقلب إلى ملكية^(٣) .

بناء على هذه المعايير وفى ضوءها ، نبين مدى تطبيق نصوص وأحكام الإيجار على المهايأة .

(١) د/ السنهورى - الوسيط ٨ / ٨٢١ ، د/ حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية ١ / ٣٤٦ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

(٢) د/ محمد محمود عبد الله - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

(٣) المرجع السابق .

أمثلة لبيان خضوع المهايأة لأحكام عقد الإيجار :

بالنظر إلى نص المادة ٨٤٨ مدنى والتي قررت خضوع المهايأة للأحكام التى تتفق مع طبيعتها من أحكام عقد الإيجار ، نجد أنها حددت جوانب هذا الخضوع من أربعة جوانب :

(١) الاحتجاج بالمهايأة على الغير .

(٢) أهلية المتقاسمين .

(٣) حقوق والتزامات طرفى المهايأة .

(٤) إثبات قسمة المهايأة .

ونتناول كلا منها بشئ من التفصيل :

أولاً : الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير :

تخضع المهايأة من حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام الإيجار ، طالما كانت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعتها - مادة ٨٤٨ مدنى - وأحكام الإيجار فى هذا تضمنتها المادة ٦٠٤ مدنى والتي تنص على أنه :

"(١) إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص ، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

(٢) ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه" .

وهذا النص لا يتعارض مع المهايأة ومن ثم فيطبق بصدد الاحتجاج بالمهايأة على الغير . وتطبيقاً لهذا النص فإن قسمة المهايأة بنوعها تكون نافذة ويحتج بها فى مواجهة من اشترى من الشريك المهايئ نصيبه الشائع ، واكتسب ملكية هذا الحق بالتسجيل ، وذلك بشرط أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد هذا البيع^(١) .

ويلتزم المشتري بكافة الالتزامات ، حتى ولو كان هذا الخلف لا يعلم وقت تلقيه الحصة بسبب وقوع القسمة^(٢)، وهذا يعد استثناء من القاعدة النصوص عليها فى المادة ١٤٦ مدنى والتي تشترط علم الخلف وقت انتقال الشئ إلى .

أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انتقال الحصة الشائعة إلى الخلف ، فإنها لا تنفذ فى حق المشتري .

ومع ذلك يجوز لهذا الخلف أن يتمسك بعقد المهايأة ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه.

(١) د/ منصور مصطفى منصور - مرجع سابق - ص ١٣٦ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٦١

هلمش ١ ، د/ حسن كيرة - الحقوق المدنية الأصلية ص ٣٤٦ هلمش ١ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١١٧ ، ١١٨ هلمش ١ .

ولا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين ، ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه ، أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبية عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ مدنى - (المادة - ٦٠٥ / ١ مدنى) .

فإذا نبه على الشريك بالإخلاء قبل انقضاء المهاية ، فإن الشريك لباتع يلتزم بأن يدفع للشريك المهايئ تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر الشريك المهايئ على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من البائع ، أو ممن انتقلت إليه الملكية ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء به (المادة ٦٠٥ / ٢ مدنى) (١) .

ثانياً : أهلية المتقاسمين :

لما كان كل شريك في قسمة المهاية بنوعها يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ، ومستأجراً لمنفعة حصص باقى الشركاء ، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية كل من المؤجر والمستأجر (٢) .

ويعتبر التأجير من أعمال الإدارة بغير خلاف . أما الإستجار ففيه خلاف : ففى رأى أنه من أعمال الإدارة ، فيكتفى فيه كالتأجير بأهلية الإدارة . وفى رأى آخر : يعتبر من أعمال التصرف .

ولا محل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة ، إذ أنه الحجة التى يستند إليها رأى القائل بأن الاستجار من أعمال التصرف ، لا تستقيم مع طبيعة القسمة . فهذا رأى يستند إلى أن المستأجر حينما يلتزم بالأجرة ، فهو يلتزم بالتصرف بعوض فيما يدفعه . وفى القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف فى شئ ، لأن الذى يقابل انتفاعه بجزء ، هو التزامه بتمكين غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى (٣) .

ومن ثم فإن الأهلية المطلوبة للمتقاسمين هى أهلية الإدارة .

وتخضع سلطة من له الولاية على مال القاصر أو من حكمه فيما يتعلق بمباشرة قسمة المهاية ، للأحكام الخاصة بسلطته فى التأجير .

ويترتب على ذلك ما يلى :

(١) أنه لا يجوز للقاصر المأنون له بالإدارة أن يباشر قسمة الأراضى الزراعية مهاية

لمدة تزيد على سنة ، إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى (٤) تطبيقاً (للمادة

٥٦ / ١ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ / ١٩٥٢) .

(١) د/ السنهورى - حق الملكية - ص ٨٢٢ هامش ١ ، م/ عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ٢٤٧ ،

د/ محمد محمود عبد الله - المرجع السابق - ص ١٤٦ .

(٢) م/ عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ٢٤٧ .

(٣) د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٣٦ هامش ١ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق -

ص ٢٥٩ ، د/ حسن كبره - المرجع السابق - ص ٢٤٧ ، ١ ، د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٨٢١ .

(٤) د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٣٧ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٥٩ هامش ١ .

(٢) أنه لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة قسمة عقار القاصر مهابة لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة^(١) ، تطبيقاً لنص (المادة ١٠ من القانون ١١٩ / ١٩٥٢).

(٣) أنه لا يجوز للموصى أو القيم أو الوكيل العام أن يعقد مهابة تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، إلا بترخيص من المحكمة الحسبية ، أو من الأصل ، فإذا عقدت المهابة لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات^(٢) ، تطبيقاً لنص (المادة ٥٥٩ مدنى) (والمادة ٣٩ سابعا من القانون ١١٩ / ١٩٥٢) .

(٤) أنه لا يجوز للموصى قسمة أموال القاصر مهابة ، ويكون هو شريكا فى المال المتهاىئ عليه أو زوجه أو أحد أقاربه إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، إلا بإذن من المحكمة . تطبيقاً لنص (المادة ٣٩ خامس عشر من القانون ١١٩ / ١٩٥٢) .

ثالثاً : حقوق والتزامات الشركاء فى المهابة :

فتسرى بالنسبة لها أحكام الإيجار إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة .

فيلتزم الشريك بما يلتزم به المستأجر بصفة عامة ، كما أن له حقوق المستأجر .

وإذا كان الإيجار يجعل على المستأجر الالتزام بدفع الأجرة ، فإن هذا الالتزام يتعارض مع طبيعة القسمة ، ولذا فإن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون فى مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى ، أو بذات العين مدة أخرى .

وقد سبق أن بينا بالتفصيل حقوق والتزامات الشركاء فى قسمة المهابة ، مع مراعاة تطبيق أحكام الإيجار عليها . وذلك فى المبحث السابق .

رابعاً : إثبات قسمة المهابة :

بموجب نص المادة ٨٤٨ مدنى يخضع إثبات قسمة المهابة بنوعيتها للقواعد الخاصة بإثبات عقد الإيجار ، والذى يخضع بدوره لحكم القواعد العامة فى الإثبات الواردة بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

وبناء على ذلك فيجوز إثبات قسمة المهابة بالبينة والقرائن إذا كان محل القسمة لا تزيد قيمته على مائة جنيه ، وبالكتاب وما يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (مادة ٦٠ من قانون الإثبات مطلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢)

هذا بالنسبة للقواعد العامة فى الإثبات .

(١) م/ عزمى بكري - المرجع السابق - ص ١٤٨ .

(٢) د/ محمد على عرفة - حق الملكية ٤٥٧/١ .

ولكن ما الحكم إذا كانت هناك صورة خاصة في الإيجار يتطلب إثباتها ، استثناء على القواعد العامة في الإثبات ، فهل يطبق ذلك على قسمة المهايأة ؟

· مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦ / ١ من قانون الإصلاح الزراعى ١٩٥٢ / ١٧٨ والتي تنص على أنه : " يجب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقدا ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته ، وكذلك كل اتفاق على استغلال أراضي زراعية ، ولو كانت لزراعة واحدة .

فهل ينطبق هذا الحكم الاستثنائى أيضا على قسمة المهايأة إذا كان محلها أرضا زراعية؟ للإجابة على ذلك نجد أن فقهاء القانون قد اختلفوا فى ذلك إلى فريقين :

الفريق الأول : ويضم معظم الشراح^(١) .

ويرى أنصار هذا الفريق أن تخضع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار ، والذي تطبق بشأنه القواعد العامة للإثبات بما لا يتعارض مع طبيعتها .

وعليه فإن الاستثناء الوارد فى قانون الإصلاح الزراعى والذي يقضى بأن يكون عقد إيجار الأراضي الزراعية مكتوبا ، لا مجال لتطبيقه على قسمة المهايأة .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى ما يلى :

(١) أن الكتابة الواردة فى قانون الإصلاح الزراعى للانعقاد وليست للإثبات ، وبالتالي فإن هذا النص يخالف ما قصده المشرع الوضعى فى تأكيد خضوع هذه القسمة للقواعد العامة للإثبات^(٢) .

(٢) إن ما قرره قانون الإصلاح الزراعى خاص بإيجار الأراضي الزراعية ، ومقصود به حماية مستأجرى الأراضي الزراعية من تعسف الملاك واستغلالهم . ولا مجال لتطبيق ذلك على قسمة المهايأة لانتفاء مظنة الاستغلال ، ولأن الشريك فى المهايأة يعتبر مالكا من بعض الوجوه^(٣) .

(٣) إن القواعد التى أتى بها قانون الإصلاح الزراعى ، قواعد استثنائية والشأن فيها أن لا يتوسع فى تفسيرها^(٤) .

(١) د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٨٢٢ هـ مش ٢ ، د/ جميل الشرقاوى - حق الملكية - ص ١١٨ ، د/ حسن

كبره - المرجع السابق - ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ هـ مش ٢ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٦٠ ،

٢٦١ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ١ / ٤٥٧ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٦٨ .

(٢) د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٨٢٢ هـ مش ٢ .

(٣) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٦٠ ، ٢٦١ ، د/ حسن كبره - المرجع السابق - ص ٣٤٧ .

هـ مش ٢ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٦٨ .

(٤) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٦٠ هـ مش ١ .

(٤) يتمتع تطبيق هذا الاستثناء على قسمة المهايأة بصريح نص المشرع الوضعى على أنه لا يطبق من أحكام عقد الإيجار على قسمة المهايأة إلا ما لا يتعارض مع طبيعة هذه القسمة ، وواضح أن هذا النص يتعارض مع هذه الطبيعة^(١) .

الفريق الثانى^(٢) :

ويرى صاحب هذا رأى أن إثبات المهايأة يخضع للقواعد العامة فى الإثبات السارية بخصوص الإيجار ، مع مراعاة الاستثناء على هذه القواعد المنصوص عليه فى المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعى سنة ١٩٥٢ والمعدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ وبالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦ والى تقضى بأنه يجب أن يكون عقد الإيجار ، نقدا أو مزارعة ، ثابتا بالكتابة مهما كانت قيمته ، وبأن لا تسمع الدعاوى الناشئة عن الإيجار مزارعة أو نقدا أمام أية جهة قضائية أو إدارية إذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة .

وقد استند هذا الفريق إلى أن المادة ٣٦ إصلاح زراعى كانت قبل التعديل موضوعة فى الأساس لجعل الكتابة فى عقود إيجار الأراضى الزراعية كشرط انعقاد ، ولو بقيت كذلك لما وجب القول بإعمال حكمها فى المهايأة ، ولكنها بعد التعديل قطع باعتبارها واردة بشأن الإثبات وبالتالي فيجب إعمالها بصدد المهايأة لوجود موجب إعمالها .

وقد تناول صاحب هذا رأى حجج الفريق الأول بالرد والتعليق كما يلى^(٣) :

أولا : الواضح من عبارة نص المادة ٨٤٨ مدنى أن قسمة المهايأة تخضع من حيث الإثبات للقواعد الخاصة بالإيجار . وإذا كان صحيحا أن نص المادة ٣٦ إصلاح زراعى وهو يقرر حكما استثنائيا ، لم يكن موجودا وقت وضع التفتين المدنى ، إلا أن أصول التفسير تؤدى إلى وجوب تطبيق أحكام الإيجار على المهايأة ، سواء ما كان منها موجودا وقت وضع التفتين المدنى ، وما يستجد بعد ذلك ، فلا محل إذن للقول بأن المشرع أراد إخضاع قسمة المهايأة للقواعد العامة فى الإثبات .

ثانيا : لا يصح استبعاد تطبيق المادة ٣٦ إصلاح زراعى على أساس أنه لا توجد مظنة استغلال الشركاء بعضهم البعض ، لأنه ليس من المقطوع به أن النص لم يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال الملاك ، إذ أنه يمكن بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعة الأرض حتى يتيسر لها القيام بوظائفها المختلفة فى شئون الزراعة ، وبالتالي لا يخلو تطبيق النص على قسمة المهايأة من فائدة .

(١) د/ حسن كره - المرجع السابق - ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ .

(٢) د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٣٧ ، ١٣٨ بولمشمها .

(٣) د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٣٧ ، ١٣٨ .

ثالثا : لا يصح القول أن نص المادة ٣٦ يتعارض كله مع طبيعة القسمة ، إذ يمكن أن يطبق على الوجه الذى يلائم طبيعة القسمة ، وذلك بأن تكون قسمة الأرض الزراعية محررة فى عقد مكتوب من عدد من النسخ ، بقدر عدد الشركاء ، يضاف إليه نسخة تودع فى مقر الجمعية الزراعية ، وإذا امتنع أحد الشركاء عن توقيع العقد ، وجب على غيره أن يبلغ ذلك إلى رئيس الجمعية ، وعلى الجمعية عندئذ أن تتحقق بكل الطرق من قيام القسمة ، فإذا ثبت لها قيامها كلفت الممتنع بتحرير العقد فإذا لم يذعن قامت بكتابة العقد وسلمت كل متقاسم نسخة واحتفظت لنفسها بنسخة ، ويكون هذا العقد ملزما لسائر الشركاء ، ولا تسمع أى دعوى ناشئة عن قسمة المهايأة إذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة .

وأرى رجحان هذا القول ، القاضى بوجوب إعمال حكم المادة ٣٦ إصلاح زراعى على المهايأة الواقعة على أرض زراعية .

ذلك أن حججه تتصف بالوجاهة ، فنتفق مع غيرنا فى تأييده^(١) .

ومن الجدير بالذكر أن هناك رأيا فى هذا الموضوع يقوم على اعتبار أن المهايأة تخضع فى إثباتها للقواعد العامة كالإيجار ، ما عدا قسمة الأراضى الزراعية فتخضع للمادة ٣٦ إصلاح زراعى .

غير أن صاحب هذا الرأى^(٢) لا يذهب إلى القول بوجوب تطبيق المادة ٣٦ إصلاح زراعى فى شقها الأخير على المهايأة ، لتعارض ذلك مع طبيعتها وفق نص المادة ٨٤٨ مدنى . وعلى هذا فإنه إذا لم تكن المهايأة ثابتة بالكتابة فهى لن تنقلب إلى مزارعة مدتها ثلاث سنوات ، ونصيب المالك فيها النصف ، وذلك خلافا لما يقضى به الشق الأخير من نص المادة ٣٦ إصلاح زراعى .

(١) يتفق معى فى تأييد رجحان هذا القول د/ محمد محمود عبد الله - المرجع السابق - ص ١٥٠ .

(٢) د/ إسماعيل غلام - المرجع السابق - ص ١٣٠ .

المبحث الثالث

تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية

سبق أن بينا أن هذا التحول قاصر على المهايأة المكانية فقط ، وفى هذا المبحث نبين أحكام هذا التحول فى القانون المدنى المصرى ، ثم نبين موقف الفقه الإسلامى من هذا التحول.

أولاً : تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية فى القانون المدنى المصرى :

سبق أن بينا أنه بوسع الشركاء فى قسمة المهايأة المكانية أن يتفقوا عليها لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة أخرى وثالثة ، والذى يقع فى العمل أن المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة ، من جراء تجديدها مدة ، فأخرى ، وكثيراً ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإذا كان الأمر كذلك ، فهل هذا يعنى أن هذا التجديد يبقى دائماً ممكناً ؟

فجاءت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ مدنى مصرى لتضع حلاً لهذا التساؤل فنصت على أنه : "إذا دامت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك .

وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة^(١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ، تعليقاً على هذه الفقرة : "... وتقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعى إذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك . وهذا تجديد خطير فى المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره ، فإن المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة ، دون أن يرغب أحد فى إنهاؤها ، هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها ، وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة ، واطمأنوا لنتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن قسمة المهايأة لا تتقلب إلى قسمة نهائية^(٢) .

ويتضح من هذه الفقرة والمذكرة الإيضاحية ، أن قسمة المهايأة المكانية تتحول أو تتقلب إلى قسمة نهائية بشرطين أساسيين :

الشرط الأول : أن تكون قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة .

(١) ويتطبق القانون المدنى لسورى فى المادة ٨ منه . مع ما جاء فى المادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى المصرى .

(٢) الأعمال التحضيرية ١٣٩/٦ .

الشرط الثاني : أن لا يوجد اتفاق بين الشركاء على استبعاد هذا التحول^(١) .

فتمت توافر هذان الشرطان تحولت قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية . وبذلك أخذت محكمة النقض^(٢) .

ويتجه الغالبية العظمى من شراح القانون ، إلى أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية وفقاً لنص المادة ٢/٨٤٦ مدني إنما يتم بقوة القانون ، ولهذا يطلق عليها : القسمة القانونية .

أي أن هذه القسمة ليست اتفاقية تتحقق برضاء الشركاء الضمني ، ولا يصح القول أن هذا التحول إنما هو مبني على اتجاه إرادة الشركاء إليه ، إذ أن الشركاء قد يجهلون ما نصت عليه المادة ٢/٨٤٦ ، وهي مع ذلك واجبة التطبيق ، فيكون تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الإرادة افتراض مخالف للحقيقة^(٣) .

ولكن الأساس في هذا التحول القانوني أن الشركاء لا يملكون عند نهاية السنة الخامسة عشر أن يستبعدوا هذا التحول ، ولو اتفقد على ذلك إجماعهم ، ولو كانت الإرادة مبني هذا التحول لأمكنها أن تبطله^(٤) .

ويترتب على كون التحول يقع بقوة القانون ، أن تكون القسمة النهائية قسمة قانونية ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تنتقض هذه القسمة النهائية ، والتي تحولت عن المهايأة بسبب الغبن ، وذلك بإجماع شراح القانون^(٥) - إذ أن المادة ٨٤٥ مدني والتي تجيز نقض القسمة بسبب الغبن ، يقتصر حكمها على القسمة الحاصلة بطريق التراضي .

ويترتب على اعتبار تحول المهايأة إلى قسمة نهائية أنه حاصل بقوة القانون ، اختلاف بين شراح القانون في مستلثين^(٦) :-

الأول : طالما اعتبرنا أن التحول حاصل بقوة القانون ، فهل يمنع من تحول قسمة المهايأة إلى نهائية أن يكون بين الشركاء ناقص الأهلية ، أو يكون بينهم غائب ؟

الثانية : وهل يلزم تسجيل هذه القسمة إذا كان الشيء الشائع عقاراً ؟

(١) د/ أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٢٦٥ .

(٢) في حكم لها أشارت بأنه "يشترط وفقاً للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني حتى تتحول قسمة المهايأة المكافئة إلى قسمة نهائية : أن تكون حيلة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، ولن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقعماً على خلاف ذلك" . نقض مدني في ١٩٧١/١/٢٦ - مجموعة محكمة النقض - المكتب القضائي - طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق ج ١ - ص ١٣٢ ف ٢٣ .

(٣) د/ إسماعيل غانم - حق الملكية ص ٢١٥ .

(٤) د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٢٦٧ .

(٥) د/ المنهري - الوسيط - ٨/٨١٩ هـ ص ٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ١٩٩ ،

د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٧ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٢٦٩ ، د/

إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٨٣ .

(٦) د/ ملمون الشامي - المرجع السابق ص ٨٦ .

وسنحاول بيان موقف شراح القانون من هذين التساولين على الوجه الآتو :

أ- أثر وجود ناقص أهلية بين الشركاء على تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بقوة القانون :-

تنص المادة ٨٣٥ مدنى على أنه :للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون".

وقد اختلف الفقه الوضعى حول تطبيق نص هذه المادة على الشركاء فى قسمة المهايأة التى تتحول إلى قسمة نهائية بمضى خمس عشرة سنة ، على أن هذه القسمة قانونية وليست اتفاقية ، وكان اختلافهم على رأيين :-

الرأى الأول :

ويرى بعض شراح القانون^(١) أنه لن يمنع من انقلاب المهايأة إلى قسمة نهائية ، أن يكون من بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب .

وقالوا بأنه لا محل للاستناد إلى المادة ٨٣٥ ، لأنها تقتصر على مجرد الإحالة إلى قانون الولاية على المال ، وليس فى هذا القانون ما يمنع من تطبيق المادة ٢/٨٤٦ فى هذه الحالة .

هذا فضلاً عن أن نص المادة ٨٣٥ يتكلم عن القسمة الاتفاقية ، أما هنا فالقسمة قانونية ، مع أن مثل هذه الإجراءات مفروض مراعاتها عند بدء المهايأة^(٢) .

الرأى الثانو :

حيث يرى فريق آخر من الشراح^(٣) أنه يلزم لانقلاب المهايأة إلى قسمة نهائية ، أن يكون الشركاء الذين تم الاتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كاملى الأهلية ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فلا يجوز التمسك فى مواجهته بتحول المهايأة إلى قسمة نهائية بعد مضى خمس عشرة سنة من الاتفاق المنشئ لها .

واستندوا إلى أن المشرع الوضعى أوجب مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون لقسمة المال الشائع ، إن كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، وتطبيقاً لنص المادة ٨٣٥ مدنى .

(١) من هذا الفريق : د/أحمد سلامة -المرجع السابق ص٢٦٧ ، د/ اسماعيل غنم -المرجع السابق ص١٨٣ ، د/ الصدة المرجع السابق ص٢٦٩ ، د/ منصور مصطفى -المرجع السابق ص١٩٩ .

(٢) د/ أحمد سلامة -المرجع السابق ص٢٦٧ هامش ٤ ، د/ محمد محصود عبد الله -المرجع السابق ص١٣١ .

(٣) د/ محمد على عرفة - حق للملكية وأسباب كسبه ص٢٠٤ ، حق للملكية ٤٥٥/٢ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق المدنية الأصلية ٢/٢٥٦ ، د/ السنهورى - المرجع السابق ٨/٨١٩ هامش ٢ ، د/ محمد المنجى - دعوى القسمة ص٢٧٢ .

ومن ثم فلا يقبل الاحتجاج فى مواجهة ناقص الأهلية بحصول قسمة نهائية لم يتبع فى شأنها الإجراءات التى نص عليها القانون ، وذلك صيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية^(١) .

· وأرى أن الراجح هو رأى الفريق الثانى الذى يقول بوجوب مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون ، وتطبيق الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٨٣٥ مدنى ، وذلك لما يترتب على عدم مراعاة الإجراءات المتبعة بالنسبة لغير كاملى الأهلية أو الغائب من مشاكل وخاصة عند اكتمال الأهلية أو حضور الغائب ، وحماية لمصالح هؤلاء من استغلال الشركاء لهم^(٢) .

ب- تسجيل قسمة المهايأة المكانية والتحول إلى قسمة نهائية :

يختلف شراح القانون فى تسجيل هذه القسمة القانونية إذا كان المال الشائع عقاراً ، وكان نتيجة ذلك أن اختلفوا إلى فريقين :

الفريق الأول^(٣) :

ويرى وجوب تسجيل قسمة المهايأة المكانية المتحولة للاحتجاج بها على الغير ، فهى ككل قسمة لابد من تسجيلها ، ولا يعنى منها كونها وقعت بقوة القانون ، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها ، فإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة سجلت باعتبارها قسمة نهائية ، وإن لم يوافقوه لجأ إلى المحكمة ، لتحكم بثبوت القسمة ، ويسجل حكمها ، وفى الحالتين تعتبر القسمة قد وقعت ، سواء بالنسبة للأطراف ، أو بالنسبة للغير من تاريخ التحول ، وليس من تاريخ التسجيل .

وقد استند أصحاب هذا رأى إلى أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، تنص على تسجيل القسمة العقارية ، ولو كان محلها أصولاً موروثه .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا رأى حيث قضت فى حكم لها بأنه "إذا كان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقاراً ، فإنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت إليها قسمة المهايأة . ولا يقدح فى ذلك ، أن القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون ، إذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية ، حتى تكون حجة على الغير ، دون أن تفرق فى ذلك بين القسمة العقارية التى تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون^(٤) .

(١) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ٤٥٥/١ .

(٢) ويتفق معنا فى هذا د/ مأمون قشلمى - المرجع السابق ص ٨٧ .

(٣) د/ السنهورى - الوسيط ٨/ ٨١٩ ، د/ طلبة خطاب - نظام الملكية ص ٣٥٨ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٨ .

(٤) نقض مدنى ١٩٦٩/١/٢٦ مجموعة محكمة النقض المكتب القنى - الطعن رقم ٣٣٢ ، سنة ١٣٥٠ ق جـ - ص ١٠٨٤ فقرة ١٦٧ .

الفريق الثانو :

ويرى بعض فقهاء القانون المدني^(١) أنه لا ضرورة لتسجيل هذه القسمة التى تحولت إلى قسمة نهائية .

إذ إن الأساس فى وجوب التسجيل هو نص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، وهى تنص على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة ، فىكون عقد القسمة القضائية واجب التسجيل ، أما القسمة التى تتم بغير تصرف أو حكم ، فلا تسجل ، لأنها تتم بقوة القانون .

وأرى أن ما ذهب إليه الفريق الأول من وجوب تسجيل هذه القسمة التى تحولت إلى قسمة نهائية هو الراجح ، وذلك تحقيقاً للغاية من الإشهار ، والتى تنحصر فى حماية حقوق الغير . وهو ما عليه القضاء .

حيازة !الشريك لجزء مفرز من المال الشائم وإسناد هذه الحيازة لقسمة المهايأة :

تبين لنا مما سبق أن المهايأة المكانية التى تستمر ١٥ سنة تنقلب إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء مقدماً على غير ذلك .

ولما كان من الصعب الامتداء - بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز - إلى ما يثبت سبق حصول قسمة مهايأة ، فذل المشروع الوضعى هذه الصعوبة العملية ، وعمد إلى تسهيل إثبات قسمة المهايأة التى تتحول إلى قسمة نهائية بالمادة ٢/٨٤٦ مدنى .

وهى تقرر فى هذا السبيل قرينة قانونية مؤداها أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة ١٥ سنة ، يفترض حصولها بناء على قسمة المهايأة^(٢) . وهى فى ذلك تقول : "... وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهايأة" .

وبناء على ما سبق فالشريك الذى يحوز جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، غير ملزم بإثبات أنه كان يحوزه بناء على قسمة المهايأة ، ولا يطالب بتقديم السند المثبت للاتفاق عليها ، إذ أن القانون يعفيه من هذا الإثبات ، بوضعه قرينة قانونية لصالحه ، مؤداها افتراض قيام حيازته على أساس تلك القسمة^(٣) .

(١) إسماعيل غنم - المرجع السابق ص ١٨٤ ، د/ منصور مصطفى - المرجع السابق ص ١٩٩ ، د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص ٢٧٤ ، د/ عبد المنعم الصدة - غير أنه تحفظ على حالة ما إذا وجد اتفاق يقر هذه القسمة ، أو قام نزاع فصدر حكم فى شأنها ، ففى هذا الحكم أو ذاك الاتفاق يجب تسجيله - حق الملكية ص ٢٦٩ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال ص ٢٤٢ ، د/ السنهورى - الوسيط ص ٨١ ، د/ حسن كبره - المرجع السابق ص ٤٩٥ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٢ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ٤٥٦/١ ، د/ عبد العزيز علمر - حق الملكية - ص ١١٠ .

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي - سابق - ص ٢٤٢ ، د/ البرلوى - حق الملكية ص ١٦٢ ، وهو ما عليه القضاء . نقض مدنى ١٩٦٩/٦/٢٦ - مجموعة محكمة لقض - طعن ٢٢٢ لسنة ٢٣٥ ، قرة ١٦٧ ص ١٠٨٤ ج ٢ .

وهذا الحكم لا يستند إلى التقادم وعليه فليس على الشريك الحائز أن يثبت أن حيازته توافرت فيها الشروط اللازمة في الحيازة التي يتطلبها التقادم ، بل يكفي أن يثبت أن يده استمرت على الجزء المفروز مدة خمس عشرة سنة^(١) .

وفي هذه الحالة لا يكون أمام بقية الشركاء لتقاضي مثل هذا الحكم سوى طريقين :

الطريق الأول : إقامة الدليل على نقيض هذه القرينة القانونية بالدليل العكسي^(٢) .

مثل أن يثبت أن حيازة الشريك لا تستند إلى قسمة المهايأة ، أو أن يثبت الشريك أن زميله في الشيوع إنما كان يحوز الجزء المفروز ، لأنه كان وكيلًا عن باقي المشتاعين في إدارة هذا الجزء ، وله في ذلك أن يلجأ إلى كل طرق الإثبات .

ونقض هذه القرينة بالدليل العكسي ؛ لأن هذه القرينة قانونية وبالتالي فهي بسيطة^(٣) إعمالاً لنص المادة ٤٠٤ مدني والتي تقضي بأن القرينة القانونية تكون قابلة للإثبات العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

ومتى انتفت هذه القرينة ، انتفت تبعاً لذلك القسمة النهائية .

الطريق الثاني :

أن يتفق الشركاء في المهايأة مقدماً على منع تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضي خمس عشرة سنة^(٤) ، كما هو حكم المادة ٢/٨٤٦ مدني .

وبناء على ذلك فإنه يجوز للشركاء أن يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة إلى قسمة المهايأة ، إلا أن هناك اتفاقاً مسبقاً على منع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية .

ومن ثم فإن القسمة النهائية تنتفي حتى ولو توافرت شروط قيام هذه القرينة^(٥) .

خضوع المهايأة المكانية المتحولة إلى قسمة نهائية للأثر الرجعي الذي نصت عليه المدة ٨٤٢ من القانون المدني :

(١) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢/٢٥٦ ، د/ الصدة - حق الملكية - ص ٢٧٠ .

(٢) د/ السنهوري - الوسيط ٨/٨١٨ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص ٢٤٢ ، د/ إسماعيل غلام - المرجع السابق ص ١٨٤ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ١٩٨ ، عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٢٧١ ، د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص ٢٧٥ .

(٣) وعلى ذلك معظم شراح القانون ، بينما ذهب إلى عكس ذلك د/ محمد علي عرفة ، حيث يرى أن هذه القرينة القانونية قاطعة لا تغلّ إثبات العكس ، لأن المشرع لم يصرح بإثبات عكسها .
حق الملكية ١/٤٥٦ ، حق الملكية وأصلب كسبه ص ٢٠٥ .

(٤) د/ إسماعيل غلام - المرجع السابق ص ١٨٤ ، د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د/ حسن كيرة - أصول القانون المدني ص ٤٩٥ .

(٥) د/ إسماعيل غلام المرجع السابق ص ١٨٤ .

ننتقل الآن إلى مشكلة أخرى ، أثارها شراح القانون المدني ، بصدد ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع اللجنة التحضيرية ، من أن المهايأة المكانية تتقلب إلى قسمة نهائية بعد مضي خمس عشرة سنة ، وبدون أثر رجعي .

أي أن تحول المهايأة إلى قسمة نهائية ، يقع من اليوم التالي لانقضاء مدة الخمس عشرة سنة ، لا من تاريخ ابتداء المهايأة المكانية .

وينتضى بها الشيوع بمجرد انتهاء مدة الخمس عشرة سنة ، وليس من تاريخ ابتداء المهايأة .

مما جعل بعض فقهاء القانون^(١) ينتقد نص المذكرة الإيضاحية ، لتناقضه مع نص المادة ٨٤٣ مدني ، والتي تقضى بأن القسمة النهائية تكون ذات أثر رجعي ، كما أن القسمة مقررّة للحق لا منشئة له .

ويتمسأل - هذا البعض - عن معنى التحفظ الوارد في تلك المذكرة ، فالمفروض في كل قسمة نهائية أنها تسرى بأثر رجعي ، بحيث يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص ، وليس من المعقول أن يكون المراد بعبارة المذكرة الإيضاحية - (دون أثر رجعي) - اعتبار القسمة النهائية الناجمة عن المهايأة المكانية منشئة لملكية كل شريك ، لأن من شأن هذا القول أن تصبح تصرفات أحد الشركاء في حصة غيره التي كان ينتفع بها أثناء مدة المهايأة ، سارية في حق الشريك الذي كان ينتفع بهذه الحصة ، وتلك النتيجة غريبة لا يتصور أن يكون المشرع الوضعي قد قصد إلى تقريرها ، وإلا لما أعجزه النص عليها صراحة لمخالفتها للقواعد العامة .

وقد تدارك بعض الشراح^(٢) مجيباً على هذا التساؤل بقوله :-

إن المذكرة الإيضاحية لا تشير إلى أثر القسمة النهائية ، إذ أن هذا الأثر يستند إلى الماضي بدون شك ، ولكنها قررت أن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية لا يقع من تاريخ بدء المهايأة ، ولكن من وقت هذا التحول ، فتاريخ القسمة لا أثرها هو الذي لا يستند إلى الماضي .

فليس مقصوداً من عبارة المذكرة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف ، فهي ككل قسمة لها هذا الأثر^(٣) .

(١) د/ محمد علي عرفة - حق الملكية ٤٥٦/١ ، حق الملكية وأسباب كسبه ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، د/ محمد كامل موسى - الحقوق المدنية الأصلية ٢٥٥/٢ ملش ٢ ، د/ عبد العزيز علير - حق الملكية ص ١٠٩ .

(٢) د/ فهد لوى المرجع السابق ص ١٦٢ ملش ١ ، د/ حسن كيرة - أحكام حق الملكية ص ٤٩٣ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٦٧ ملش ١ .

(٣) د/ الصنهوري - الوسيط - ٨١٩/٨ .

ويتبين لنا مما سبق أن شراح القانون مسلمون بأن أية قسمة تعتبر كاشفة للحق لا منشئة له ، وبالتالي فإن ملكية الشريك فيها تبدأ بأثر رجعى ، وقسمة المهايأة للمتحولة إلى قسمة نهائية تأخذ هذا الحكم .

أما ما ذكره بعض الشراح من أن القصد من عبارة المذكرة "بدون أثر رجعى" بأن المراد به تاريخ القسمة لا أثرها ، فهو قول غير مسلم .

إذ إن هذا التفسير يفرضه نص القانون بتحول المهايأة إلى قسمة نهائية باكتمال مدتها القانونية ، فتاريخ التحول معروف من نص القانون .

ومن ثم فيكون فى نص المذكرة الإيضاحية تكرار لا لزوم إليه ، لأنه يدون بديهية لا يرقى إليها الشك : ولا حاجة إلى النص عليها .

هذا فضلاً عن أن المشرع الوضعى لم يشر إلى انتفاء الأثر الرجعى للمهايأة المتحولة إلى قسمة نهائية (المادة ٢/٨٤٦) .

وهذا يتفق مع ما قرره باعتبار القسمة مقررة وليست منشئة^(١) .

(١) د/ عبد العزيز - حق الملكية - ص ١٠٩ ، د/ مأمون الشامي - قسمة المالك للشفع - رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة ص ٨٥ ، د/ محمد محمود عبد الله - قسمة المالك للشفع - رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة - ص ١٢٨ .

ثانياً : موقف الفقه الإسلامي من تحول المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بمضي مدة خمس عشرة سنة :-

بعد ما ذكرنا أحكام هذا التحول نجد أنه قائم على اعتبار أن إرادة الشركاء موافقة على القسمة ، بدليل استمرارها وسكوتهم عليها مدة خمس عشرة سنة .

وإذا كانوا لا يريدون هذا التحول فما على الشركاء إلا أن يرفضوا التجديد ، أو يتفقوا على عدم هذا التحول مهما مضت من مدة .

وأرى أن تحول قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية لمجرد استمرارها خمس عشرة سنة ، حكم مخالف للشريعة الإسلامية ، لأن استمرار هذه القسمة هذه المدة قد لا يكون لأطمئنان الشركاء إلى نتائجها ورضاهم بها ، وإنما قد يكون لاستبداد بعضهم بحصته ، وحرص الباقين على ما بأيديهم خشية أن تضيع حقوقهم كلها ، مع عدم رضاهم عن استبداد غيرهم بما تحت أيديهم^(١) .

ثم لماذا نعتبر استمرار المهايأة خمس عشرة سنة ، رغبة ضمنية في القسمة النهائية على هذا الوضع .

فبوسع الشركاء إن أرادوا ذلك أن يعبروا تعبيراً صريحاً ، خاصة وأن الأصل في القسمة أن تكون اتفاقية ، والحق كل الحق للشركاء وفيها ، والقول بغير ذلك فيه ضرر بالشركاء . وليس هناك ضرورة تلجؤنا إلى اعتبار الإرادة الضمنية للشركاء ، على نحو معين ، قد يكون مخالفاً لحقيقة الأمور .

ومن ثم فإني أرى إزالة إلى ما قد يلحق الشركاء من ضرر ، من جراء هذا التحول القانوني المتعسف ، أن يكون هذا التحول بالإرادة الصريحة لجميع الشركاء ، فيتفقون على إنهاء الشبوع على النحو الذي استمروا عليه في قسمة المهايأة .

وأهيب بالمشروع الوضعي أن يعدل نص المادة ٨٤٦ مدني بما يتلائم مع الفقه الإسلامي فيعطى للشركاء الحق في قبول هذا التحول أو رفضه .

(١) يتفق معي في هذا الرأي د/ عبد القاصر المطر - سابق - ص ١١٧ ، د/سيد محمود عمر - القسمة في الشريعة والقانون ص ٤٨٤ .

الباب الثالث

قسمة الأعيان

الباب الثالث

قسمة الأعيان

تكلّمنا فى الباب السابق عن قسمة المنافع ، وفى هذا الباب سنّكلّم -بمشيئة الله- عن قسمة الأعيان ، التى هى قسم لقسمة المنافع -كما سبق أن بيّنا- .

والكلّام عن قسمة الأعيان يقتضى منا أن نبيّن أحكامها ، وكيفيّتها ، ويستبين ذلك عن طريق تناولنا لها من خلال قسمة التراضى أو الاتفاق ، وكذلك من خلال بيان قسمة الإيجاب أو القضاء ، فنبيّن أحكامهما وكيفيّتهما ، وقبل ذلك كله ينبغى علينا أن نبيّن من له الحق فى طلب القسمة .

ومن ثم فيشتمل هذا الباب على تمهيد وفصلين :

أما التمهيد : ففى القواعد العامة للحق فى طلب القسمة .

وأما الفصل الأول : ففى القسمة الاتفاقية .

وأما الفصل الثانى : ففى القسمة القضائية .

تمهيد

في الحق في طلب القسمة

أجاز الفقه الإسلامي لكل شريك في المال الشائع أن يطلب القسمة . فله الحق أن يطالب بها متى شاء .

ذلك أن الحاجة داعية إلى القسمة ، لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة ، ويريدون الاستبداد بالتصرف . ولا شك أن في منع طلب القسمة ضرر بالشركاء ، والضرر يجب رفعه ، فلذلك كانت القسمة جائزة ، وطلبها جائز في أي وقت لكل شريك من الشركاء .

وهذا الحق مقرر للشركاء جميعاً أو لمن ينوب عنهم كالولي والوصى والوكيل والحق في طلب القسمة دائم غير مؤقت ، فلا ينتهي بمضى الزمن ، طالما كان الشيوع قائماً^(١) .

كما أنه لا يجوز منع الشركاء من طلب القسمة ، طالما كان ذلك لا يترتب عليه أي ضرر للشركاء ، فإذا ما ترتب ضرر من جراء القسمة ، فإنه لا يجاب طالب القسمة لطلبه إلا في حدود معينة كما سبق أن بينا .

أما في القانون ، فالأصل أنه يجوز لكل شريك مشتاع أن يطلب القسمة ، فينهي حالة الشيوع بالنسبة له على الأكل .

وقد أملت هذا الأصل اعتبارات اقتصادية واجتماعية . إذ لا شك في أن الملكية المفروزة أكثر إنتاجاً من الملكية الشائعة ، كما أن الشيوع في الغالب يثير منازعات بين الشركاء ، فإذا لوحظ أنه ينشأ عادة بين من تربطهم وشائج القرى ، فإن استمراره قد يؤدي إلى القطيعة والنفور ، أضف إلى ذلك أن ورود أكثر من حق ملكية على شيء واحد فيه كثير من التعقيد والغموض من الناحية القانونية .

لذلك فقد أعطى المشرع الوضعي لكل شريك الحق في طلب القسمة ، وذلك في صدر المادة ٨٣٤ مدني والتي تنص على أن " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق " (٢) .

(١) هذه الأحكام تستشف مما قرره الفقهاء من اشتراط طلب القسمة في القسمة الإجبارية . يراجع /دقيق الصنائع ٩/٤١٢٣ ، شرح الخرشى ٤/٤١٢ ، مضي المحتاج ٤/٤٢٠ ، كشاف القناع ٦/٣٧١ ، المعنى ٨/٥٥٢ ، جواهر الكلام ٤٠/٣٤٣ ، البحر الزخار ٤/١٠٣ ، شرح النيل ١٠/٥٢٥ .

(٢) هناك نصوص مقابلة لهذه المادة في بعض التشريعات العربية . فالتقانون المدني الليبي في المادة ٨٤٣ مطابق تماماً لما جاء في القانون المدني المصري . يراجع /د/ علي علي سليمان - شرح القانون المدني الليبي - ص ١٠١ ، وكذلك القانون المدني السوري في المادة ٧٨٨ منه - يراجع /د/ محمد وحيد الدين سولر - شرح القانون المدني السوري - ص ٢٠٩ . وكذلك القانون المدني العراقي في المادة ١٠٧٠ - يراجع /د/ صلاح الدين النامي - شرح القانون المدني العراقي - ص ٢٦٦ .

وحق الشريك في طلب القسمة حق دائم ، لا يسرى عليه التقادم مهما مضت عليه من

مدة.

وليس لهذا الطلب أجل معين ، فهو يستمد وجوده من حالة الشيوع ، فيظل قائماً طالما كان الشيوع باقياً^(١) .

ومن ثم فإن هذا الحق لا يسقط بالتقادم ، نظراً لأن الشيوع حالة متجددة ، وهو ما يؤدي إلى تجدد الحق في طلب القسمة باستمرارها مدة بقاء الشيوع^(٢) .

كما أن الحق في طلب القسمة ، لا يجوز للشريك في الملك أن يتنازل عن حقه فيه .

فلا يجوز للمالك أن يتنازل عن حقه في طلب القسمة ، ومثل هذا التنازل يكون باطلاً ، لأن القاعدة الواردة في النص القانوني الذي يجيز المطالبة بالقسمة متعلقة بالنظام العام^(٣) .

والتنازل الباطل لمخالفته للنظام العام ، هو التنازل المطلق عن طلب القسمة ، لأن الاتفاق على البقاء في القسمة بصفة مؤقتة جائز^(٤) ، كما سيأتي .

وإذا كان الأصل هو ثبوت حق كل شريك في طلب القسمة ، في أي وقت شاء ما دام الشيوع قائماً ، فإن هذا الأصل ليس مطلقاً ، بل قد يحد منه نص القانون أو اتفاق الشركاء المشتاعين .

القيود الواردة على الحق في طلب القسمة :

بعد أن قررت المادة ٨٣٤ مدني الأصل السابق في صدرها ، مضت فاستدركت بقولها إن هذا الحق يثبت للشريك " ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق " .

أولاً : تعطيل استعمال الحق في طلب القسمة بمقتضى نص في القانون :

قد يتدخل القانون ، لاعتبارات يقدرها ، ويمنع الشريك من طلب القسمة ، وهذا التعطيل قد يكون لمدة محددة ، وقد يكون لمدة غير محددة ، ولكن في الحالتين . يكون أمراً استثنائياً لا يتوسع فيه ، ومن صور تدخل القانون لوقف استعمال الحق في طلب القسمة :

١- الشيوع الإجباري :

فقد نصت المادة ٨٥٠ مدني مصري على أنه " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا

(١) د/ محمد كامل مرسى - الملكية والحقوق العينية - ص ٣٠٥ ، د/ حسن كبيره - أحكام حق الملكية - ص ٤٤٦ .

(٢) د/ محمد علي عرفة - حق الملكية ص ٤٢٤ ، د/ عبد المنعم البدر لوى - حق الملكية - ص ٢١٠ .

(٣) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢٠٢/٢ ، د/ محمد علي عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٤ ، د/ عبد العزيز علبر - دروس في حق الملكية - ص ١٢٩ .

(٤) د/ عبد العزيز علبر - المرجع السابق - ص ١٢٩ ملش ١ .

قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع .
ومن أمثلة ذلك : الحائط المشترك الفاصل بين ملكين ، وملكية المدافن ، والوثائق الخاصة بالأسرة^(١) .

والشيوع الإجبارى هو شيوع دائم لايجوز طلب القسمة فيه ، لأن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائماً على الشيوع^(٢) .

وكذلك ما نص عليه القانون من خلال المادة ٢/٨٥٦ مدنى، والتي تنقيد طلب القسمة فى الأجزاء المشتركة لملكية الطبقات ، وذلك كالأساسات ، والجدران الرئيسية ، والمداخل ، والأبنية ، والأسطح ، والمصاعد ، فإن هذه لا تقبل القسمة ، وليس لشريك أن يتصرف فى نصيبه منها مستقلاً عن الجزء الذى يملكه مفرزاً فى الدار^(٣) .

٢- قد يخول القانون للقاضى سلطة منع القسمة لأجل معين حماية لبعض الشركاء ، ومثل ذلك ما تقرره المادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، بقولها " إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، جاز للمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات ، إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً " .

وواضح أن هذا النص يرخص للقاضى أن يرفض طلب القسمة بشروط ثلاثة :

الأول : رفع الدعوى على قاصر أو محجور عليه أو غائب .

الثانى : أن تكون القسمة ضارة كل الضرر بمصالح هذا الشخص^(٤) .

الثالث : أن يكون الشيوع قد نشأ بسبب الميراث وليس بسبب آخر .

وإذا تقرر المحكمة وقف القسمة ، فإن الوقف يكون إلى أقرب الأجلين : خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم ، أو بلوغ القاصر سن الرشد ، أو رفع الحجر أو حضور الغائب ، إذ أن إجراءات وقف القسمة تزول بزوال مقتضيها^(٥) .

(١) د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - ١٤١/٦ .

(٣) د/ حسن كير - الحقوق العينية الصلوية - ص ٢٥٦ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٥ .

(٤) مثال هذا الضرر : حالة هبوط أثمان العقارات هبوطاً جسيماً فى فترة من الفترات ، وكلن مال المال إلى البيع لعدم إمكان القسمة ، أو البيع بشئ بخص بعد القسمة ، وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوع ضمناً لنقص استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ، ويتحقق ذلك فى الأراضي الزراعية مثلاً عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ، و يكون هو من سكان المدن .

راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٥٩ هامش ١ .

(٥) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٥٩ ، د/ الصنهورى - قوسيط - ٨٨١/٨ هامش ٢ ، د/ توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٥٢ .

ثانياً : تعطيل احتمال المق في طلب القسمة بمقتضى الاتفاق :

قد يكون هناك بعض الاعتبارات التي تدفع الشركاء إلى الاتفاق على البقاء في الشبوع مدة معينة .

وهذه الاعتبارات يتولى الشركاء تقديرها بأنفسهم ، وقد أجاز القانون لهم ذلك ، فنصت المادة ٨٣٤ مدنى على أنه " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشبوع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة ، نفذ الاتفاق في حق الشريك ، وفى حق من يخلفه " .

ومن ثم فيكون من حق الشركاء ، أو من حق بعضهم ، أن يتفقوا على البقاء في الشبوع مدة معينة ، سواء بالنسبة لكل الأموال الشائعة أو بالنسبة لبعضها دون البعض الآخر^(١) ، ولا يكون لهم الحق في طلب القسمة طوال هذه المدة .

والذى يدعو الشركاء إلى الاتفاق على البقاء في الشبوع دواع متنوعة :

فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية ، فتقتضى القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ، ويكون ناقص الأهلية سكتمل أهليته بعد زمن غير طويل ، فيتفق الشركاء ومعهم من ينوب عن ناقص الأهلية ، على أن يبقوا جميعاً في الشبوع إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته .

وقد يتفق الشركاء على البقاء في الشبوع مدة معينة ، اختياراً لأنسب الأوقات لإجراء القسمة بينهم .

وقد يتفق الشركاء على البقاء في الشبوع ، لحين حضور شريكهم الغائب ، والذى يتوقع حضوره بعد مدة معينة .

وقد تقتضى القسمة بيع بعض الأعيان الشائعة ، وبيعها فوراً يعود عليهم بخسارة ، فيتفقون على البقاء في الشبوع ، حتى تغلوا الأسعار^(٢) .

فهذه الأسباب المتنوعة - وغيرها كثير - قد تقتضى من الشركاء ، أن يبقوا في الشبوع مدة معينة ، فيتفقون على البقاء في الشبوع هذه المدة . ولكن إجازة هذا الاتفاق باعتباره استثناء على حق الشريك المطلق في طلب القسمة متى شاء ، مقيدة بالشروط الآتية^(٣) :

(١) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٠ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٨٤ .

(٣) د/ مأمون الشافى - قسمة الملك الشائع - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة القاهرة - ص ٤٦ وما بعدها ، د/ حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٥٧ .

١- أن يتفق جميع الشركاء على البقاء فى الشيوع ، ولما كان البقاء فى الشيوع عملاً من أعمال الإدارة ، فالإتفاق عليه لا يقتضى من الشريك إلا أن يكون متوفراً لديه أهلية الإدارة، فلا تلزم أهلية التصرف .

وليس من الضرورى أن يدخل فى الإتفاق جميع الشركاء ، فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء فى الشيوع ، فيكون هذا الإتفاق ملزماً لهم دون غيرهم ، ويكون لمن لم يدخل فى هذا الإتفاق أن يطلب القسمة متى شاء ، كما أن هذا الإتفاق يقتصر على أطرافه ، طبقاً للقواعد العامة فى نسبية أثر العقد^(١) .

٢- عدم جواز زيادة مدة الإتفاق على البقاء فى الشيوع على خمس سنين . وذلك لأن الإتفاق على البقاء فى الشيوع يعد استثناء من الأصل الذى يقضى بحرية الشركاء فى طلب القسمة فى أى وقت . فعينت المادة ٨٣٤ مدنى حداً أقصى لمدة الإتفاق على البقاء فى الشيوع فقيده بخمس سنوات .

فإذا حدد الشركاء المدة التى يبقون فيها على الشيوع بسنة أو بأقل أو أكثر ، جاز ذلك بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنوات^(٢) .

أما إذا حدد الشركاء مدة أطول من خمس سنوات ، أو جعلوا الإتفاق مؤبداً ، أو حددوا مدة غير معينة ، أنقص الإتفاق إلى المدة المحددة فى القانون - وهى خمس سنوات .

على أساس أن إنقاص المدة يبطال جزئى للإتفاق ، إلا إذا تبين أن الشركاء ما كانوا ليرضوا بالبقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فقط ، فعند ذلك يكون الإتفاق كله باطلاً^(٣) تطبيقاً للمادة ١٤٣ مدنى .

على أنه من الجائز ، إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات ، وانقضت هذه المدة ، أن يجددوا الإتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ، ثم لمدة خمس سنوات ثالثة وهكذا ، وتحتسب المدة الجديدة من وقت الإتفاق عليها ، لا من وقت انقضاء المدة السابقة

وإذا كان قد انقضى من إحدى هذه المدد وقت يقل عن الخمس سنوات ، كأن انقضى ثلاث سنوات ، وعمد الشركاء إلى التجديد ، فإن التجديد فى هذه الحالة لا يجوز أن يكون إلا لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، تبدأ من نهاية الثلاث سنوات التى انقضت ، لامن وقت انقضاء الخمس سنوات التى كان قد تم الإتفاق عليها .

إذ إن تجديد المدة هنا معناه ، استبدال المدة الجديدة بالباقى من المدة القديمة .

(١) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٨٤ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦١ ، د/ اسماعيل غلام - المرجع السابق - ص ١٧٣ ، د/ حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٥٥ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٨ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٨٥ .

(٣) د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨/ ٨٨٥ ملحق ٢ ، د/ اسماعيل غلام - المرجع السابق - ص ١٧٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ١٨٨ ، د/ حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٥٥ .

والقول بغير ذلك يؤدي إلى إمكان الشركاء الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات بطريق غير مباشر . كأن يتعاقدا أولاً على خمس سنوات ، وفي اليوم التالي مثلاً يتعاقدون على خمس سنوات أخرى ، فيصلوا بذلك إلى التعاقد على عشر سنوات^(١) وهذا لا يجوز . وإذا كنا قد أجزنا التجديد لمدة واثنين وثلاثة ، إلا أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على التجديد لمدة متعاقبة ، وإلا فإن الشركاء سوف يلتزمون بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات . وهذا يخالف ما نص عليه القانون^(٢) .

فإذا تم الاتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع ، وفق ما تم توضيحه آنفاً كان اتفاقاً صحيحاً ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأى شريك أن يطالب بالقسمة إلا بعد انتهاء المدة المتفق عليها^(٣) .

ومن البديهي أنه إذا ورد اتفاق الشركاء على بعض الأموال الشائعة دون الأخرى ، فإنه لا يفيد من حق الشريك في طلب القسمة إلا بالنسبة للمال الذي تم الاتفاق بشأنه^(٤) .

وقد يرد تساؤل مؤداه ، هل من الضروري أن يكون ما يلزم الشركاء بالبقاء في الشيوع هو الاتفاق الحادث بينهم وحدهم ، أم يصح أن يكون اتفاقاً بينهم وبين السلف الذين تلقوا عنه المال الشائع ؟

فإذا ما أوصى شخص أو وهب مالاً معيناً لشخصين على الشيوع ، واشترط عليهما البقاء في الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات لباعث مشروع ، فهل ينقيد حق الشريك الشائع في طلب القسمة بهذه المدة ؟

هنا اختلاف شراح القانون إلى فريقين :

الفريق الأول^(٥) :

ذهب إلى أن هذا الشرط غير ملزم للشركاء ، ويعتبر باطلاً ، لأن القانون لم يعطل الحق في طلب القسمة إلا بالاتفاق بين الشركاء ، أو بنص في القانون .

(١) د/ السنهوري - الوسيط - ٨ / ٨٨٥ ، ٨٨٦ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٥ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٦ ، د/ عبد العزيز عامر - المرجع السابق - ص ١٢٩ ، د/ البداروي - حق الملكية - ص ٢١١ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٧٣ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٨ .

(٢) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٥ ، د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٢٩ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٧٣ ، د/ محمود جمال الدين زكى - دروس في الحقوق العينية - ص ١٤٩ .

(٣) د/ مأمون الشلبي - المرجع السابق - ص ٤٨ .

(٤) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٣ .

(٥) د/ حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٦٠ ، وأحكام حق الملكية ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٠٢ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٦ ، د/ عبد المنعم البداروي - المرجع السابق - ص ٢١٠ .

كما أن البقاء في الشيوع يعد استثناء من القاعدة العامة التي تعطى لكل شريك الحق في طلب القسمة في أي وقت ، والمشرع الوضعي خرج على هذه القاعدة ، تحقيقاً لمصلحة الشركاء أنفسهم ، فلا يجب أن يكون البقاء في الشيوع مفروضاً عليهم من جانب شخص آخر كالواهب والموصى ، والذي يجهل عند عمل الوصية ما ستؤول إليه علاقة الموصى إليهم من تقاهم أو خلاف ، فيجب أن يترك تقدير ذلك لإرادتهم^(١) .

الفريق الثاني^(٢) :

وذهب إلى أن هذا الشرط يعتبر صحيحاً ، طالما كان مبنياً على باعث مشروع .

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى ما تنص عليه المادة ٨٢٣ من القانون المدني المصري ، والتي تجيز شرط المنع من التصرف إذا ورد في وصية ، وكان مبنياً على باعث مشروع ، ولمدة معقولة .

فالولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء في الشيوع ، وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف .

ونرى مع غيرنا^(٣) رجحان ما ذهب إليه الفريق الثاني ، إذ أنه بنى رأيه على نص قانوني ، كما أن شرط البقاء في الشيوع أخف على الشركاء من شرط المنع من التصرف - على أن يتضح الباعث المشروع الذي استند إليه الموصى أو الواهب ، ويشترط أن لا يتجاوز البقاء في الشيوع على خمس سنوات ، كما هو نص المادة ٨٣٤ مدني .

ومن ناحية أخرى ، فقد اختلف الشراح حول ما إذا كان الاتفاق على قسمة المهايأة يمنع من المطالبة بالقسمة النهائية طيلة مدة قيامه أو لا يمنع ؟

فذهب رأي^(٤) إلى أن الاتفاق على المهايأة يتضمن الاتفاق على عدم طلب القسمة النهائية، أثناء المدة المتفق عليها لقسمة المهايأة ، تأسيساً على أن طلب هذه القسمة ، يؤدي إلى نقض الاتفاق على المهايأة .

(١) د/ محمد علي عرفة - حق الملكية - ص٢٦٤ .

(٢) د/ السنهوري - مرجع سابق - ص٨٨٧ ، د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص١٧٤ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص١٨٩ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص٢٢٩ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص٣٦١ .

(٣) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص٣٦١ ، د/ مأمون فتحي - المرجع السابق - ص٤٩ .

(٤) د/ محمد علي عرفة - حق الملكية - ص٤٥٥ ، ويتفق معه د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص٣٦٢ ، ٣٦٣ .

بينما ذهب البعض^(١) إلى أنه يجوز طلب القسمة النهائية أثناء قسمة المهايأة ، على اعتبار أن المهايأة ليست إلا طريقا اتفق عليه الشركاء ، لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع ، فيكون هذا التنظيم رهنا ببقاء الشيوع الذي قد ينقضى بأى سبب من أسباب انقضائه ، ومن بينها القسمة النهائية .

هذا فضلا عن أن القول بتعارض القسمة النهائية مع الاتفاق على المهايأة يصح أيضا بالنسبة لتعارضها مع أى صورة من صور تنظيم استغلال المال الشائع . وهذا أمر غير مقبول .

وأرى رجحان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثانى من جواز طلب القسمة النهائية أثناء مدة المهايأة .

ذلك أن هذا هو ما يتماشى مع غرض المشرع الوضعى من التشجيع على الخلاص من الشيوع .

فضلا عن أن القول بجواز القسمة النهائية أثناء المهايأة لا يترتب عليه أى ضرر للشركاء خاصة فى المهايأة المكانية ، أما الزمانية فيرجع من لم يستوف على من استوفى . ولا شك أن الشركاء أيضا يفضلون القسمة النهائية - حيث يملكون التصرف الكامل والهادئ بحصصهم - على قسمة المهايأة ، والتي ينتفعون بحصصهم فيها تحت قيود معينة ، تفرضها طبيعة المال الشائع .

مدى نفاذ الاتفاق على البقاء فى الشيوع فى حق الخلف :

الاتفاق على البقاء فى الشيوع كما يكون ملزما لأشخاصه مدة معينة ، فإنه يكون أيضا ملزما لخلفائهم ، سواء كان الخلف عاما . كالوارث ، أو خلفا خاصا كمشتري الحصة الشائعة (المادة ٨٣٤ مدنى) ، وبالتالي فإن على الخلف أن يلتزم بما كان السلف ملتزما به ، كبقائه فى الشيوع فى حدود المدة المتفق عليها ، والتي لا تخرج عما حدده القانون .

ولا يوجد هناك أدنى شك حول التزام الخلف العام ، ولكن نشور الشكوك حول التزام الخلف الخاص ، وذلك لأن المادة ١٤٦ مدنى تشترط علم الخلف الخاص ، وقت انتقال الشيء إليه حتى ينتقل الالتزام إليه ، فى حين أن المادة ٨٣٤ قد أسقطت شرط العلم .

(١) د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٧٤ ، د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٥٩ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٢٩ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٩ .

فذهب غالبية الفقه الوضعي المصري^(١) إلى أن الاتفاق يسرى على الخلف الخاص حتى ولو لم يكن يعلم به ، وذلك تطبيقاً لإطلاق المادة ٨٣٤ واستثناء من حكم المادة ١٤٦ .

وينفذ هذا الاتفاق في حق دائني الشركاء أيضاً ، فلا يجوز لدائن أحدهم طلب القسمة خروجاً على هذا الاتفاق ، وذلك لأنه ليس للدائن حق أصيل ومباشر في طلب القسمة ، وإنما مجرد حق غير مباشر هو حق مدينهم الذي يستعملونه باسمه ونيلية عنه ، فلا يكون لهم إذن أكثر مما لمدينهم من حق ، ومدينهم ممنوع من حق طلب القسمة قبل فوات أجل الاتفاق والدائنون لا يضاربون بحصول مثل هذا الاتفاق إذ يبقى لهم حق التنفيذ بحقوقهم على حصة مدينهم الشائعة^(٢) .

مدى خضوع الحق في طلب القسمة لنظرية التمسك في استعمال الحق :

بينما فيما سبق أن للشركاء مطلق الحق في طلب القسمة في أي وقت ، وأنه حق متعلق بالنظام العام ، ما لم يكونوا ملزمين بالبقاء في الشيوع بمقتضى نص قانوني أو اتفاق .

ولكن إذا كان في إجابة طلب القسمة ضرر بمصالح الشركاء . هل يكون هناك سلطة تقديرية للقاضي ، بموجبها يملك الحق في إجابة أو رفض طلب القسمة ؟

هنا نجد اختلافاً بين شراح القانون في الإجابة على هذا التساؤل :-

فقد ذهب جانب من شراح القانون^(٣) إلى أن الشريك إذا لم يكن ملزماً بالبقاء في الشيوع بمقتضى نص قانوني أو اتفاق ، وجب على القاضي إجابته لهذا الطلب ، ولا يجوز إجباره على البقاء في الشيوع بحجة أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء .

(١) يراجع في ذلك د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٧٢ هامش ١ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٣ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٢٨ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٨ ، د/ البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢١١ .

وانظر عكس ذلك د/ حسن كيده - أحكام حق الملكية - ص ٤٥٦ هامش ٢ . حيث يرى أن التزام الخلف الخاص بالاتفاق لا يكون إلا إذا كان عالماً به طبقاً للقواعد العامة ، ولأن الاستثناء من حكم القواعد العامة يحتاج إلى نص قاطع بالخروج على هذا الحكم ، وليس هذا هو الحال نص المادة ٨٣٤ . ويوافقه د/ مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٦٥ هامش ١ .

(٢) د/ عبد العزيز علور - المرجع السابق - ص ١٣٠ ، د/ البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢١١ ، د/ عبدالناصر العطر - المرجع السابق - ص ١٣٠ ، د/ جميل الشرقاوي - حق الملكية - ص ١٤٨ هامش ٤ ، د/ محمد علي عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٧ ، د/ حسن كيده - أحكام حق الملكية - ص ٤٥٨ .

(٣) د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٧٥ ، د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٥٢ ، د/ البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢١٣ ، د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ١٥٠ ، د/ الصدة - المرجع السابق - ص ٢٣٠ ، د/ طهية خطاب - نظام الملكية - ص ٣١٦ .

كما أن القانون فى هذه الحالة قد حدد حالات البقاء فى الشيوع ، وخروج القاضى عن هذا يقتضى وجود نص يخوله مثل هذا التصرف .
وقد استند هذا الجانب من الفقه إلى ما جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للمادة ٨٣٤ مدنى .

إذ كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يتضمن نصا يخول القاضى سلطة تقديرية فى هذا الشأن . وهو الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع (والتي صارت بعد ذلك المادة ٨٣٤) فنقول "ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك" .

وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، ثم أعيدت فى مجلس النواب ، وثار البحث فيها فى مجلس الشيوخ ، وانتهى الأمر إلى حذفها ثانية توخيا لاستقرار التعامل .
ولأن القاعدة القانونية هى أن الاتفاق قانون المتعاقدين ، فلا يجوز الخروج على هذه القاعدة إلا لسبب يتعلق بالنظام العام^(١) .

على أن أنصار هذا الرأى يرون أنه يرد استثناء على هذا الأصل ، فى حالة ما إذا قرر الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه ، فاعترض أحد الشركاء الآخرين طالبا إجراء القسمة ، فإنه على المحكمة أن تنتظر فيما إذا كانت القسمة ضارة أو غير ضارة بمصالح الشركاء^(٢) مادة ٨٣٢ مدنى .

أما الجانب الآخر من شراح القانون^(٣) فقد ذهب إلى أن للقضاء سلطة الرقابة على مدى مشروعية الحق فى طلب القسمة ، فإذا جاء هذا الطلب فى وقت غير مناسب ، أو كان هناك ضرر قد يلحق مصالح الشركاء ، فإن للقاضى فى هذه الحالة الحق فى رفض طلب القسمة ، وإبقاء المال شائعا بينهم .

وقد استند أنصار هذا الجانب إلى أن هناك تطبيقا تشريعا لهذا المبدأ فى نص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال ، والتي تجيز للقاضى أن يوقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، إذا رفعت الدعوى على القاصر أو الغائب أو المحجور عليه ، وثبت أن فى التعجيل بها ضررا جسيما .

١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ١٠٠ / ٦ - ١٠٤ .

٢) د/ إسماعيل غلـم - المرجع السابق - ص ١٧٥ .

٣) د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٦٠ وما بعدها ، د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٨٨٨ ،

د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٥٨ ، د/ عبد القاصر الصلار - المرجع السابق - ص ١٣٣ ،

د/ محمد ليث شنب - موجز فى الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٩٨ .

كما أن المشرع الوضعى فى مصر ، قد صاغ نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، فىبسط رقابة القضاء على مشروعية استعمال الحق عموما ، دون تمييز بين الحقوق أو استثناء لبعضها بزعم صفة تقديرية أو مطلقة له .

ولذلك فحق طلب القسمة كغيره من الحقوق يجب ألا يشوب التعسف استعماله ، وإلا أعمل القضاء الجزاء المناسب فى هذا الشأن ، وهو جزاء وقائى يتلخص فى رفض طلب الشريك المتعسف .

وصور التعسف معروفة ، وهى أساسا الصور الثلاث المذكورة فى المادة الخامسة من القانون المدنى ، وهى تمحض قصد الإضرار لدى صاحب الحق ، واتعدام التناسب بين المصلحة العائدة عليه والضرر الذى يلحقه بالغير ، وابتغاء تحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء استعمال الحق .

فإذا ما تحقق أى من هذه الصور فى طلب القسمة ، فإن للشركاء أن يرفضوا إجراء القسمة ، كما أن للقاضى أن يرفض الطلب استنادا إلى التعسف^(١) .

مثال ذلك : أن تكون قسمة المال عينا غير ممكنة ، ولا بد من ان يباع المال وتكون الأسعار فى حالة انخفاض كبير وطارئ^(٢) .

وأرى أن ما ذهب إليه الجانب الثانى من الشراح بإعطاء القاضى السلطة فى رفض أو إجابة الطلب فى القسمة إذا كانت تتطوى على صورة من صور التعسف هو الراجح ، إضافة إلى ما جاء بنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال .

خاصة وأن هذا الاتجاه ليس مبنيا على إعطاء سلطة تقديرية للقاضى ، بل هو مبنى على فكرة التعسف فى استعمال الحق .

ويلاحظ أن طلب القسمة من بعض الشركاء ، هو الذى يمكن أن يخضع لرقابة القضاء لمنع التعسف فيه ، أما إن كان الطلب من جميع الشركاء ، فلا وجه لإتاحة هذه الرقابة على طلب القسمة من القضاء ، إذ يمكنهم إتمامها بالاتفاق بعيدا عن سلطة القضاء .

والقول بأن هذا الاتجاه لا يتفق مع مبدأ احترام إتفاقات الشركاء فى هذا الشأن ، مردود بأن القصد من إعطاء القضاء سلطة الرقابة ، هو مصلحة الشركاء التى ربما يعجزون عن تحقيقها بموجب ذلك الاتفاق .

ولا يشكل هذا الاتجاه بدعا من الأمر ، فقد سبقه إلى تقرير ذلك الفقه الإسلامى الذى أعطى للقاضى كامل الحق فى رفض القسمة إذا ترتب عليها ضرر بأحد الشركاء ، حيث إنه لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام .

(١) راجع فى هذا للمضى د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٥٨ .

(٢) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٥٨ .

الفصل الأول

القسمة الاتفاقية (الرضائية)

تمهيد وتقسيم :-

بيننا فيما سبق أن القسمة النهائية - قسمة الأعيان - تتخذ أحد طريقتين ، فهي إما أن تتم بالتراضي أى باتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع فيما بينهم .

وإما أن تتم بالتقاضى ، وذلك إذا تعذر اتفاق الشركاء على القسمة ، فيلجأ أحدهم أو الكل إلى القضاء ليتولى القسمة فيما بينهم .

وهنا سنتناول القسمة الاتفاقية بالحديث ، ونرجى القسمة القضائية إلى الفصل القادم .

وحيثما نتكلم عن القسمة الاتفاقية فيجب علينا أن نبين شروط صحتها وتكييفها ، ثم نبين كيفية إجرائها ، ومدى جواز نقضها للغبن ، ومدى ثبوت حق الخيار فيها . وكل ذلك نتناوله - بمشيئة الله تعالى - فى الفقه الإسلامى ، والقانون الوضعى ، مع إجراء الموازنة بينهما .

ومن ثم فيشتمل هذا الفصل على المباحث التالية :

المبحث الأول : شروط صحة القسمة الاتفاقية ، وتكييفها .

المبحث الثانى : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية .

المبحث الثالث : نقض القسمة الاتفاقية بالغبن .

المبحث الرابع : ثبوت حق الخيار فى القسمة .

المبحث الأول

شروط صحة القسمة الاتفاقية وتكييفها

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : فى شروط صحة القسمة الاتفاقية .

المطلب الثانى : فى تكييف القسمة الاتفاقية .

المطلب الأول

شروط صحة القسمة الاتفاقية

أولاً : فى الفقه الإسلامى :

القسمة الاتفاقية أو الرضائية : هى أخذ كل واحد من مشترك فيه قدر حصته بتراض ، وسميت بذلك لأنها إنما تكون برضاء الشركاء جميعاً^(١) .

والقسمة الرضائية جائزة فى كل مال قيمياً كان أو مثلياً ، متحدداً فى جنسه أو مختلفاً فيه ، كانت بعد تعديل وتقويم أو لم تكن ، اشتملت على عوض من أحد الشركاء للآخرين أو لم تشمل ، لأن الحق لهم ، وهم راضون به ، ولأن الاتفاق على القسمة يعتمد التراضى .

هذا وقد سبق بيان ما تجوز قسمته بالتراضى وما لا تجوز بالتفصيل ، وذلك عند الكلام على أنواع القسمة .

ولكن هناك شروطاً اشترطها الفقهاء لصحة قسمة التراضى ، نذكرها هنا بإيجاز نظراً لسبق الكلام عليها عند تناولنا لأركان القسمة ومقوماتها .

الشرط الأول : رضاء المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم :

يشترط لصحة قسمة التراضى أن يتفق الشركاء جميعاً على قسمة المال الشائع بينهم ، سواء اتفقوا على أن يكون القاسم من بينهم ، أو كان محكماً اختاروه ، أو اتفقوا جميعاً على اللجوء للقاضى .

فقسمة التراضى لا تجوز إلا بموافقة الشركاء جميعاً ، هذا إذا كان الشركاء جميعاً من أهل الرضا أى بالغين عاقلين ، فإذا كانوا غير ذلك فإليه تشترط موافقة من يقوم مقامهم .

(١) قسمة الأملك د/ أحمد فراج حسين ص ٦٦ .

وهذا محل اتفاق من الفقهاء جميعاً^(١) .

المحجور عليه والغائب :

لما كانت القسمة أمراً له خطرهم ، عنى الفقهاء بأمر الصغار ومن فى حكمهم من المحجور عليهم ، وكذلك من كان غائباً .

واحتاطوا لذلك حفظاً لأموالهم من أن تمتد إليها يد العبث أو التبيد ، ولذلك اشترطوا فى القسمة الاتفاقية ، رضا كل واحد من الشركاء ، ولكن قد يوجد بين الشركاء من هم ليسوا من أهل الرضاء ، وذلك كالصبي والمحجور عليه بسفه ، والمجنون والغائب ، فهنا حرص الفقهاء فى مثل هذه الحالة على اتباع إجراءات مشددة لإتمام القسمة ،

فكيف إذا تتم القسمة فى ضوء ما سبق؟ تختلف الإجابة باختلاف ما إذا كان الشريك محجوراً عليه أو غائباً .

أولاً : المحجور عليه :

القسمة الرضائية التى يكون المحجور عليه طرفاً فيها تختلف باختلاف ما إذا كان المحجور عليه خاضعاً لنظام الولاية أو الوصاية :-

١- الولاية :

لا خلاف بين الفقهاء^(٢) على أن للولى أن يقسم عن الصغير والمحجور عليه لجنون أو بسفه أو غيرهما ، قسمة رضائية كالبيع وسائر التصرفات ، سواء طلبها أحد الشركاء أو طلبها الولى ، ولكن لا يطلبها الولى إلا إذا كان للمحجور عليه فيها مصلحة .

أما إذا طلبها الشريك فإنه يجاب ، وإن لم يكن فيها للصبي مصلحة ، لأن الإجابة إليها واجبة .

وذلك لأن كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ، وللولى ولاية البيع ، فكانت له ولاية القسمة^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٩/٤١٢٤ ، شرح الخرشي ٤/٤٠١ ، مغنى المحتاج ٤/٤٢٤ ، الفروع ٦/٥١٤ ، ٥١٥ ، جواهر الكلام ٤٠/٣٢٨ ، البحر الزخار ٤/١٠٣ ، شرح التلوي وشفاء العليل ١٠/٤٨٠ ، المحلى لابن حزم ٨/٥٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٩/٤١٢٤ ، الإتنان والإحكام فى شرح تحفة الحكام ٢/٦٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى ١٢/٥٤٥ ، الفروع ٦/٥١٤ ، ٥١٥ ، جواهر الكلام ٤٠/٣٢٨ ، البحر الزخار ٤/١٠٣ ، شرح التلوي وشفاء العليل ١٠/٥٢٢ ، المحلى لابن حزم ٨/٥٥٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٩/٤١٢٤ ، مجمع الأكر شوح ملتقى الأكر ٢/٤٨٩ .

ولأن القسمة إما إفراز حق أو بيع ، وكلاهما جائز للولى ، ولأن القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له (١) .

٢- الوصاية :

جمهور الفقهاء على أن الوصى أن يقسم عن الصغير ما دامت القسمة منفعة له ، ومن غير زيادة فى العوض .

لأن فى القسمة دفعا لضرر الشركة ، فأنشبه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدين أو لحاجة النفقة (٢) .

وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للوصى أن يقسم عن الصغير إلا بعد إذن القاضى ، وحينئذ يقسم إذا كانت القسمة مصلحة للصغير (٣) .

وأرى أن ما ذهب إليه المالكية من وجوب استئذان الوصى من القاضى قبل القسمة الرضائية هو الراجح ، لما فيه من المحافظة على أموال القصر ، ولأن القاضى بما لديه من الإمكانيات يستطيع أن يتعرف على ما فيه مصلحة القاصر ، فإذا اطمئن إلى أنها فى صالحه أذن بالقسمة الاتفاقية ، وإلا أمكنه العدول بها إلى القسمة القضائية .

ما الحكم إذا لم يكن للصغير ولى أو وصى ؟

فى هذه الحالة يرفع الأمر إلى القاضى فينصب عن الصغير وصياً أو ولياً لتتم القسمة برضاه ، فإن أبى ترافعوا إلى القاضى حتى يقسم بينهم (٤) .

ثانياً : الغائب :

لا يجوز أن يقسم عن الغائب قسمة رضائية إلا بأمر القاضى ، ولا ينوب عنه فى ذلك أبوه ما دام الغائب كبيراً ، لأن القسمة فيها معنى البيع ، وقسمة الرضا أشبه بالبيع ، وهم لا يملكون البيع إلا بالتراضى فكذا القسمة .

(١) المغنى لابن قدامة ٨١/٩ .

(٢) حيث لم يفرق الجمهور فى الأحكام بين الولى والوصى . يراجع بدائع الصنائع ٤١٢٤/٩ ، المبسوط ٦٩/١٥ وما بعدها ، مغنى المحتاج ٤٢٠/٤ ، المغنى لابن قدامة ٨١/٩ ، جواهر الكلام ٣٧٠/٤٠ ، المحلى لابن حزم ٥٥٢/٨ ، شرح الأثرار ٣٨١/٣ .

(٣) شرح الخرشي ٤١٧/٤ حيث قال : ولا يقسم الوصى عن الأصغر ، حتى يرفع ذلك إلى الإمام ، فاقسم بينهم إذا رآه نظراً ، ويراجع / حاشية سدى الحسن بن رحال بهامش الإقتل والإحكام لمحمد بن أحمد مهله ٦٢/٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٤١٢٤/٩ .

ولكن فى حالة ما إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإنه يجاب إليها ، ويرفع الأمر إلى القاضى حيث ينصب وكيلاً عن الغائب لقبض حصته ، وهذا سواء كانت الغيبة قربية أو بعيدة. هذا إذا لم يعين الغائب لنفسه وكيلاً قبل غيبته . فإن كان له وكيل حل محله فى كل شيء ، فيقسم تراضياً ، ويطلب القسمة لموكله قضاء .

إلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والزيدية وجمهور المالكية^(١) .

وذهب بعض المالكية^(٢) إلى القول بانتظار عودة الغائب ، إذا لم يكن بمكان بعيد عرفاً ، فينتظر حتى يقسم برضاه .

وذهب الحنفية^(٣) إلى أنه لا يقسم القاضى عن الغائب إذا لم يكن له وكيل حاضر عنه ، ولو كانت غيبته بعيدة ، ولكن إذا قسم القاضى رغم غيبته ، وجنب له حصته ، فإن القسمة لا تنقض . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على شروط المقصوم له .

الشرط الثانى : حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم :

فيشترط حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم فى صحة القسمة الرضائية ، إذ أنه لا يعرف رضائهم بالقسمة إلا إذا حضروا .

وقد سبق أن بينا هذا الشرط عن الكلام على شروط المقصوم له^(٤) .

الشرط الثالث : أولية^(٥) المتقاسمين :

وهى العقل والبلوغ ، فلا يجوز قسمة المجنون والصبى الذى لا يعقل ، لأن القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع ، وفيها معنى البيع فيشترط فيها ما يشترط فى البيع .

الشرط الرابع : أن يكون القاسم له ولاية القسمة :

ويكون ذلك إما بالملك ، أى يكون مالكاً لجزء من المال المشترك .

(١) تحفة المحتاج بهامش شروانى وابن القاسم ١٠/١٩٣ ، والإتصاف للمرداوى ١١/٣٤٥ ، البحر الزخار ١٠٣/٤ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير ١٨٠/٥ .

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية النسوى ٣/٥١٦ .

(٣) تكملة البحر الرائق ٨/١٧٠ .

(٤) راجع ما سبق ص ١٨١ .

(٥) الأهلية : ولغة الصلاحية .

واسطلاحاً : صلاحية للوجوب له وعليه شرعاً ، أو لصغير القفل منه على وجه يعتبر به شرعاً ، وتسمى الأولى أهلية وجوب ، والثانية أهلية لاه .

المعجم الوجيز ص ٢٩ ، أصول البدع فى أصول الشرائع ١/٢٨٣ . ط المكملات .

وإما أن يكون للقاسم حق القسمة بين الشركاء بولاية القراية أو بولاية القضاء .
وقد بينا ذلك عند الكلام على شروط القاسم^(١) .

الشرط الخامس : أن تكون القسمة عادلة غير جائرة :

من شروط صحة القسمة الرضائية أن تكون القسمة عادلة غير جائرة .
وذلك بأن تقع تحيلاً للأصياء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه .
لأن القسمة إقرار بعض الأصياء ومبالغة البعض ، ومبنى المبالغات على المراضاة ، فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ، ولا إقرار نصيبه بكماله ، لبقاء الشركة في البعض ، فلم تجز ، وتعدا .
وعلى ذلك فإذا ظهر في القسمة غبن ، نقضت القسمة وتستأنف ، لأنه ظهر أنه أي المغبون لم يستوف حقه ، فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله^(٢) .

الشرط السادس : عدم حدوث ضرر من جراء القسمة للشركاء جميعاً :

وفى الحقيقة هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء فإنه إذا كانت القسمة يترتب عليها قطعاً ضررٌ بجميع الشركاء ، وذلك مثل اللؤلؤة الواحدة ، والياقوتة ، والزمردة ، والثوب الواحد ، والقباء ، والجبّة ، والخيمة ، والحمام ، والبيت الصغير ، وغير ذلك .
فهل إذا تراضى جميع الشركاء على مثل هذه القسمة مع علمهم بهذا الضرر . تجوز أو لا تجوز ؟

اختلاف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

أنه يجوز للشركاء أن يقسموا بالتراضي ما فيه ضرر بهم ، سواء بطل نفع المقسوم بالكلية أو تغيرت صفته .
وبهذا قال الحنفية^(٣) والحنابلة^(٤) وهو قول مالك وابن كنانة من أصحابه^(٥) . خاصة في العقار ، وهو قول الإمامية^(٦) والزيدية^(٧) .

(١) يراجع ما سبق ١٤٤/١٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٤١٣٢/٩ ، ٤١٣٣ ، الملكية في الشريعة الإسلامية - للشيخ علي الخفيف ص ٢٥٤ .

(٣) تبين الحقائق ٢٦٨/٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٠/٦ ، وزادوا على ذلك بأنه على الرغم من جواز قسمة ما فيه ضرر بجميع الشركاء رضاء إلا أن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه ، لأنه لا يستغل بما لا فائدة فيه ، ولا يمنعهم منه لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ما له في الحكم .

(٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤١٢/٤ ، الإصناف ٣٣٤/١١ .

(٥) بدلية المجتهد ٢٦٦/٢ ، من الحكم ٦٠٢/٢ .

(٦) جواهر الكلام ٣٣٨/٤٠ ، ٣٣٩ .

(٧) شرح الأكرام ٢٨٧/٣ .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١- بقوله تعالى : ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(١) .

فإنه سبحانه وتعالى قد بين أن كل مشترك من التركة يقسم بين الورثة ، أو الشركاء ، قليلاً كان أو كثيراً ، ولم يقيد ذلك بضرر أو نفع^(٢) .

ونوقش هذا بأن المقصود من الآية ، توجه الحق لهم قليلاً كان أو كثيراً ، ثم يقسم على غير ضرر ، كما أمرت السنة المطهرة^(٣) .

٢- أن الشركاء يملكون الإضرار بأنفسهم بالتراضي ، ولا تخلو القسمة من نوع نفع ، وهو على الأقل التخلص من سوء المشاركة ، ولأن الحق لهم والإنسان مخير في استيفاء حقه وإبطاله ، ما لم يتعلق به حق الغير^(٤) .

ولأن القسمة بمنزلة البيع والمناقلة ، ويبيع ذلك جائز^(٥) .

القول الثاني :

إنه لا يجوز للشركاء أن يقسموا بالتراضي ما يبطل نفعه بالكلية كجوهره ثمينة .

ويجوز لهم أن يقسموا ما لا يبطل نفعه بالكلية ، بأن ينقص نفعه فقط ، أو يبطل نفعه المقصود ، ولكن يبقى له نفع آخر .

وبهذا قال ابن الماجشون ، وابن القاسم من المالكية ، وسائر أصحاب مالك المدنيين والمصريين ، وهو قول مالك وابن كنانة في المنقولات^(٦) ، وهو قول الشافعية^(٧) والإباضية^(٨) .

واستدلوا بما يلي :

١- بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : ((لا ضرر ولا ضرار))^(٩) .

(١) من الآية ٧ من سورة النساء ، والآية بتمامها ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ، وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ .

(٢) تفسير القرطبي ١٦١٧/٣ ،

(٣) معين الحكام ٦٠٣/٢ ، المنقلى للبايجي ٥٦/٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص

(٤) بدائع الصنائع ٤١١٨/٩ .

(٥) المغنى لابن قدامة ٧٣/٩ .

(٦) معين للحكام ٦٠٢/٢ ، الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام ٦٢/٢ ، بداية المجتهد ٢٦٦/٢ ، المعونة

١٢٨٦/٢ ، المنقلى للبايجي ٥٦/٦ .

(٧) مغنى المحتاج ٤٢٠/٤ ، ومثلوا لما لا تبطل منفعة بالسيف الذى يكسر فيستعمل كسكينتين مثلاً .

وبراجع/فتح العزيز شرح الوجيز ٥٤٦/١٢ ، الحاوى الكبير للمارودي ٢٥٠/١٦ ، إ خلاص القلوى لابن

المقرئ ٤٧٨/٤ ط وزارة الأوقاف ، كفاية الأخيار ٥١٣/٢ .

(٨) حاشية لى سنة على الإيضاح ٩٢/٧ .

(٩) سبق تفريجه صف ٧ .

فقد نهى الرسول ﷺ عن الضرر سواء ألحقه الإنسان بنفسه أو بغيره ، ولا شك أن في
قسمة ما لا ينقسم إلا بفساده ضرر يلحق جميعه الشركاء فيكون منهيًا عنه^(١) .

· - وبما أخرجه الدار قطنى عن محمد بن أبى بكر عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال : ((لا
تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم))^(٢) .

- قال أبو عبيد : هو أن يموت الرجل ويدع شيئاً إن قسم بين ورثته كان في ذلك ضرر
على جميعهم ، أو على بعضهم فلا يقسم . والتعضية : التفريق^(٣) .

٢- إن قسمة ما يبطل نفعه بالكلية سفه وإضاعة للمال وهو منهي عنه^(٤) .

٣- إن المراد بالقسمة هو إفرار الحقوق ، وأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به
على ما يريده ، وقسمة ما لا ينقسم إلا بفساده ، ليس فيها هذا المعنى ، فيجب المنع منها^(٥) .

أما قسمة ما لا يبطل نفعه بالكلية ، فبأنه يمكن الانتفاع بما صار لكل واحد على حدة ،
وهو وإن كان فيه إتلاف من وجه ، إلا أنه يجوز لأحد الشريكين رخصة ، لسوء المشاركة ،
ومع النظر لذلك فلا إضاعة .

فضلاً عن أن منع قسمة ما فيه فساد للمقسوم رضاء ، لما فيه من إضاعة المال ، هو
حق الله تعالى .

وأما جواز قسم ما تتغير صفته ، أو يبطل نفعه المقصود بالتراضى ، فلأن ذلك حق
للأدمى ، كقسم دار صغيرة ، وحمام ، ومصراعى باب ، وللأدمى إسقاط حقه ، بخلاف حق
الله تعالى ، فليس له إسقاطه .

والراجع :

أرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى ، وهو أن ما فى قسمة فساد لا يصح قسمه
بالتراضى ، هو الأرجح ، وذلك لقوة أدلتهم .

ولما فى قسم ما يترتب على قسمته فساد من إضاعة للمال وإتلاف له ، ولا شك أن هذا
ضرر بجميع الشركاء ، وهو ضرر منهي عنه . ولأنه إتلاف ملك فى غير نفع ، فكان سفهاً
يستحق به الحجر^(٦) .

(١) معين الحكم على القضايا والأحكام ٦٠٣/٢ .

(٢) الحديث سبق تخريجه ص ١١٤ .

(٣) تفسير القرطبي ١٦١٨/٣ .

(٤) شرح الصغير ١٦٢/٥ .

(٥) المسونة على مذهب مالك ١٢٨٩/٢ .

(٦) المحلى الكبير ٢٥٠/١٦ .

ونحن بذلك لا نصالح على الشركاء حقوقهم فى أموالهم ، فلم يخرج من ذلك ، فإنهم إما أن ينتفعوا به على الشيوع ، وإما أن ينتقوا على بيعه وقسم ثمنه ، فيكونوا بذلك قد استفادوا بأموالهم بدلاً من أن يضيعوها

ويرد على استدلال الفريق الأول بالآية : بأن الآية ليس فيها تعرض للقسمة ، وإنما اقتضت الآية وجوب الحظ والنصيب للصغير والكبير قليلاً كان أو كثيراً ، أما إبراز ذلك النصيب فإنما يؤخذ من دليل آخر ؛ وذلك بأن يقول الوارث : قد وجب لى نصيب يقول الله - عز وجل - فمكتونى منه ؛ فيقول له شريكه : أما تمكينك على الاختصاص فلا يمكن ؛ لأنه يؤدى إلى ضرر بينى وبينك من إضاد المال وتغيير الهيئة ؛ وتقيص القيمة . والضرر منهى عنه^(١).

وبناء على ما رجحناه من عدم جواز قسمة ما يترتب على قسمته فساد ، أو فوات منفعته ، أو لحوق ضرر بجميع الشركاء تراضياً ، فهل يملك القاضى منعهم منها إذا اتفقوا جميعاً على القسمة ؟

أجاب الشافعية على ذلك فقالوا بأنه إذا كانت المنفعة تبطل بالكلية ، بمعنى فساد العين الشائعة من جراء القسمة .

فإن القاضى لا يجيبهم إلى هذه القسمة ، ويمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم أيضاً ، لأنه سفه^(٢) .

وإن نقصت المنفعة كسيف يكسر ، لم يجبه على الأصح ، لكن لا يمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم^(٣) .

كذلك ما حكم قسمة الكتب بين الورثة ، أو الكتاب ذو المجلدات الكثيرة .

أجاب على ذلك الحنفية فقالوا : بأنه لا تقسم الكتب بين الورثة ، ولكن ينتفع كل بالمهاياة ، ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم ، وكذا كتاب ذو مجلدات كثيرة . ولكن لو تراضياً أن تقوم الكتب ، ويأخذ كل واحد من الشريكين بعضها بالقيمة جاز ، وإلا فلا^(٤) .

ثانياً : فى القانون المدنى :

القسمة الاتفاقية كما سبق أن بينا ، هى تلك التى ينعقد إجماع الشركاء فيها ، على أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ، وهى التى تؤدى إلى إفراز نصيب كل شريك فى المال الشائع (مادة ٨٣٥ مدنى) .

(١) تفسير القرطبي ١٦١٨/٣ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجز ٥٤٦/١٢ ، مظى المحتاج ٤٢٠/٤ .

(٣) كفاية الأخرى فى حل غلبة الاختصار ٥١٣/٢ .

(٤) حاشية أبى السعود المصرى ٣٥٠/٣ .

والقسمة الاتفاقية جائزة في كل مال قيمياً كان أو مثلياً ، اشتملت على معدل من أحد الشركاء أم لم تشتمل ، لأن الحق للشركاء ، وهى جائزة طالما كان الشركاء راضين بما انتهت إليه القسمة .

غير أن فقهاء القانون قد اشترطوا شروطاً لصحة القسمة الاتفاقية يجب مراعاتها .

شروط صحة القسمة الاتفاقية :

الشرط الأول :

ترضى الشركاء جميعاً على القسمة الاتفاقية وعلى طريقتها ، فيشترط رضا الشركاء جميعاً ، وإجماعهم على القسمة إذا كانوا من أهل الرضا ، فإذا لم يكونوا من أهل الرضا ، فإنه يشترط رضا من يقوم مقامهم . (مادة ٨٣٥) مدنى .

وقد سبق بيان هذا الشرط عند الكلام على شروط المقسوم له .

وتطبق هذا الشرط على القسمة الاتفاقية يثير عدة تساؤلات :

الأول : ما هو الموقف القانوني إذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض ؟

الثانى : كيفية حصول الرضا أو القسمة إذا كان من بين الشركاء من كان ناقص الأهلية ؟

الثالث : هل يشترط فى التراضى على القسمة أن يكون صريحاً ؟

هذه التساؤلات تفرض نفسها ونحن بصدد الكلام على التراضى كشرط فى صحة القسمة الاتفاقية ، مما يستدعى منا الإجابة عليها فيما يلى :-

أولاً : الموقف القانوني لاتفاق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر :

يظهر من نص المادة ٨٣٥ مدنى أنه لكى تتم القسمة الاتفاقية ، فإنه لا بد من اتفاق الشركاء ، ومن ثم فإن الأغلبية لا تكفى لاتمام القسمة مهما بلغت ، ومتى تم إجماع الشركاء فلهم الحق فى اقتسام المال الشائع بالطريقة التى يرونها^(١) .

فلا بد أن ينعقد الإجماع بين الشركاء على هذه القسمة ، ولذا لا تتم القسمة بالتراضى إذا كان هناك من الشركاء من يعترض عليها ، مهما كان نصيبه ضئيلاً^(٢) .

ولكن قد يتم اتفاق بعض الشركاء على القسمة ، ويتخلف البعض الآخر ، فهنا نجد أن شراح القانون قد اتجهوا فى بيان الموقف القانوني من ذلك إلى اتجاهين :

(١) د/ ملهم الشامي - المرجع السابق - ص ٩٨ .

(٢) د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص ٢٥٣ ، ونقض مدنى ١٩٥١/٥/٣١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢/ص ٨٨٦ ف ١٩ . طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٠ ق .

الاتجاه الأول :

ويضم غالبية الشراح^(١) حيث ذهبوا إلى أن الأصل في القسمة الاتفاقية أنها لا تتم إلا بموافقة جميع الشركاء ، أما إذا اتفق بعض الشركاء دون البعض ، فإن القسمة في هذه الحالة غير صحيحة ، ومع ذلك فإن العقد يظل صحيحاً وقائماً وملزماً لأطرافه ، ومن ثم فلا يجوز رجوع من سبقت له الموافقة على القسمة بحجة تخلف بعض الشركاء عن الموافقة .

أما من لم يوافق من الشركاء على القسمة ، فلا يعتبر الاتفاق ملزماً بالنسبة لهم ، ومع ذلك فلم الحق أن يوافقوا على العقد ويقرّوه متى شاعوا ، فإذا أقرّوه فإن القسمة تصبح نافذة في حق الجميع .

وهذا ما أخذت به محكمة النقض ، حين قضت في حكم لها بأن : "عقد القسمة لا يبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه . اعتباره ملزماً لكل من وقعه منهم . عدم جواز تحليل الشريك المتقاسم من التزاماته بحجة تخلف شريك آخر عن التوقيع على عقد القسمة . للأخير إقراره متى شاء . مؤداه انصراف أثره إليه . مادة ٨٣٥ مدني^(٢) .

الاتجاه الثاني :

حيث ذهب بعض الشراح^(٣) إلى أن القسمة التي لم يوافق عليها كل الشركاء بالإجماع ، تعد باطلة ، كما أن الموافقة اللاحقة من الشركاء الذين كانوا معترضين على عقد القسمة بداية ، لا تصحح عقد القسمة ، وبالتالي فإنه يجب اتفاق الشركاء جميعاً على عقد جديد للقسمة .

وأرى أن الاتجاه الأول أرجح ، لأنه يقوم على التيسير وعدم التعقيد في إجراءات الخروج من الشبوع ، فضلاً عن أنه لن يترتب على القول بذلك أية ضرر للشركاء الذين وافقوا ، فإن وافق بعد ذلك البعض الراض من البداية ، فإن العقد يتم صحيحاً ملزماً لأثاره ، وليس في هذا ضرر للشركاء الذين وافقوا منذ البداية ، لأن القسمة تكون قد تمت بمحض إرادتهم .

وقد سبق أن بينت أن هذا الاتجاه هو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في أحكامها .

(١) د/ السنهوري - الوسيط - ٨/ ٨٩٣ ، د/ إسماعيل غانم - مرجع سابق ص ٢٠٩ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٢٢٤ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٤ ، د/ محمد إيبس شنب - المرجع السابق ص ٣٠٠ ، د/ جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٥٠ وما بعدها ، د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٢) نقض مدني ١٩٨٨/٤/٢١ طعن ٢٢٤ لسنة ٥٣ قضائية . ويراجع أيضاً : نقض مدني ١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ٧٧١ لسنة ٥٣ قضائية ، نقض مدني ١٩٥٥/٥/١٩ مجموعة القواعد لقولية ٨٨٤/٢ ف ١٠ طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق .

(٣) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٧٣ ، د/ طايه وهبه خطاب - المرجع السابق ص ٣٢٠ ، ٣٢١ .

ويلاحظ أنه إذا استأثر الشركاء الذين وافقوا على القسمة ابتداء بكل المال الشائع ، وقسموه بينهم ، دون تعيين لأتصبة من لم يكن طرفاً فى العقد ، فإن القسمة تكون باطله (١) .

ثانياً : حكم وجود فاقدى الأهلية (٢) فى القسمة الاتفاقية :

سبق أن اشرنا إلى أن من شروط القسمة الاتفاقية أن يحصل الرضا من جميع الشركاء عليها . ولكى يكون الرضا صحيحاً لابد وأن يصدر ممن كان أهلاً له .

ولكن قد يحدث أن يكون هناك شريك أو أكثر قاصراً ، أو محجوراً عليه إما لجنون ، أو عته أو غفلة أو سفه - أو كان فيهم غائب ، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدنى مراعاة الإجراءات التى فرضها القانون .

والقانون المعنى هنا هو قانون الولاية على المال (رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ، فقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة ، إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، أو كان فيهم غائب (٣) .

فالمادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تنص على أنه :

"على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها ، وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية" .

وتنص المادة ٧٩ من ذات القانون على أن : "يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن مال القاصرين من أحكام" .

ويتضح من النصوص السابقة أن وجود شريك أو أكثر من فاقدى الأهلية ، لا يمنع القسمة ، ولكن حماية لمصالح هؤلاء الشركاء ، فقد اشترط القانون اتباع إجراءات معينة ، يتم وضعها بمعرفة المحكمة ، وذلك كضمانات لحماية مصالح فاقدى الأهلية ، وذلك لأن إجراء القسمة اعتبر أمر له خطره ، فخرج عن أن يكون عملاً من أعمال الإدارة المعتادة ، وألحق بالتصرفات (٤) .

(١) د/ المنهورى ٨/٨٩٣ . هامش ٢ ، د/إسماعيل غنم ص ١٧٧ ، ١٧٨ . هامش ٢ ، د/ محمد المنجى - المرجع السابق ص ١٤٣ .

(٢) المقصود بفاقد الأهلية هنا أى غير كامل الأهلية ، سواء كان قاصراً ، أو محجوراً عليه - لجنون أو عته أو سفه أو غفلة - أو غائب .

(٣) د/ المنهورى - الوسيط ٨/٨٩٦ .

(٤) د/ المنهورى - الوسيط ٨/٨٩٦ ، هذا وقد قضت محكمة النقض بأن : إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين شركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تامله ، -

لذا فإنه يتعين على الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، أن يستأذن المحكمة فى إجراء القسمة ، كما هو الأمر فى شأن أعمال التصرف .

وإذ يطلب الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب من المحكمة أن تأذن بالقسمة الاتفاقية ، فإنه يكون لها أن تأذن متى ثبت أنها فى مصلحة المشمول بالوصاية أو القوامة أو الغائب ، وفى هذه الحالة يكون على المحكمة أن تعين الأسس والإجراءات الواجب اتباعها فى إجراء القسمة .

كما يكون للمحكمة أن ترفض إعطاء الإنز ، وتقرر أن تتم القسمة قضاء ، وحين تأذن المحكمة ، فإنه يكون على الوصى أو القيم أن يعرض نتيجة القسمة على المحكمة ، فإن اطمأنت إلى عدالتها وأنها تمت بالمراعاة للاحتياجات التى وضعتها أمرت بنفادها ، وإن رأت غير ذلك كان لها أن تلغى ما تم وتقرر إجراء القسمة القضائية .

ويلاحظ أن الشركاء كاملى الأهلية الذين ارتضوا القسمة مقيدون بها ، ولو رفضت المحكمة التصديق عليها عند عرضها عليها للثبوت من عدالتها ، طبقاً للمادتين ٤٠ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال ، فمن الواضح أن تصديق المحكمة إنما قد شرع لمصلحة الشريك غير كامل الأهلية أو الغائب ، فلا يكون للشركاء الآخرين التمسك بعدم حصوله للتدخل من القسمة (١) .

أما الولي - الأب أو الجد - فقد أعفى فى القسمة من الحصول على هذا الإنز ، وجاز له أن يستقل بالقسمة دون الرجوع إلى المحكمة ، وذلك لأن الولي الشرعى - سواء كان أباً أو جداً - يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف ، ولا يستأذن فيها المحكمة (٢) .

خاصة وأن قانون الولاية على المال سكت عن إيراد أية قيود على سلطة الولي فى القسمة ، فيستنتج من ذلك أن الولي معفى من هذه القيود .

- حتى يصبح نافذاً فى حق ناقص الأهلية . نقض مننى ٢٣ يناير ١٩٦٤ - المكتب القنى (مجموعة أحكام النقض - طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق ج١ ص ١٣١ ف ٢٤٤ د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧٨ وما بعدها ، د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٧ ، د/ طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٢٣ .

(١) د/ اسماعيل غانم - مرجع سابق ص ١٧٧ ، استئناف القاهرة ١٠ / أبريل ١٩٥١ ، المحاماة ٣٢ ص ١٤٤٦ رقم ٤٨٣ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٧ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧٧ ، د/ اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٧٦ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٤ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق ص ١٥٢ ، د/ عبد القاصر الطاهر - المرجع السابق ص ١٣٦ ف ٩ ، ولراجع نقض مننى ١٩٨٥/١١/٦ طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ ق - مجموعة المكتب القنى ص ٩٧٠ ف ٢٠١ .

ومع ذلك ، فيذهب بعض الشراح في شأن الولى إلى التمييز بين الأب والجدة ، فالجدة لا يملك أن يجرى عن القاصر قسمة اتفاقية إلا بعد استئذان المحكمة ، أما الأب فلا يلزمه هذا الاستئذان^(١) .

ذلك أن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال ، تشير إلى أنه : "لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها". ونص هذه المادة يمنع الجد من التصرفات إلا بإذن المحكمة ، فإذا اعتبرت القسمة من أعمال التصرف وجب على الجد أن يحصل على إذن المحكمة ، لقسمة مال الصغير^(٢) .

وإذا تمت القسمة بدون مراعاة ما تقدم ، سواء من حيث الحصول بداءة على إذن المحكمة أو من حيث عرض نتيجة القسمة على المحكمة لتأمر بنفاذها ، فإن القسمة تعتبر كأنها وقعت بدون تدخل الوصى ، وتكون قابلة للإبطال لمصلحة فاقدى الأهلية^(٣) . كما أن لهم التنازل عن التمسك بالبطان ، وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات ، عند زوال سبب فقدان الأهلية .

وتقول محكمة النقض في هذا الصدد : "عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصراً ، فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ، ويزول حق التمسك بالإبطال ، بإجازة التصرف بعد بلوغه سن الرشد"^(٤) .

ثالثاً : القسمة الصريحة والقسمة الضمنية (الفعلية) :

سبق أن بينا أنه يلزم إجماع الشركاء على القسمة الاتفاقية ورضائهم بها . وهذا الإجماع إما أن يكون صريحاً ، فتكون القسمة الاتفاقية هنا صريحة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا هو الأصل .

وإما أن يكون هذا الإجماع ضمناً - أو كما أسمتها محكمة النقض المصرية بالقسمة الفعلية - .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى - دروس الأموال - ص ٢٢٣ هامش ٢ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٧ هامش ٢ ، د/ حسن كيرة - أحكام حق الملكية ص ٤٦٧ هامش ١ .

(٣) نقض مدنى ٦ نوفمبر ١٩٦٩ - مجموعة المكتب القنى - سنة ٣٤ ق - رقم ١٥٠ ص ١١٦٤ .

(٤) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ - مجموعة المكتب القنى - طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق ، ج ٢ ص ٥٩٥ . ٨٩٤ .

وهذه القسمة الضمنية أو الفعلية هي فكرة ابتدعتها محكمة النقض^(١) ، وهي قسمة تقوم على التراضي دون اتفاق صريح عليها^(٢) .

وتتحقق القسمة الضمنية أو الفعلية كما تقول محكمة النقض : "حينما يتصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع ، يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ، كل منهم يتصرف في جزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمناً أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذي سبق له أن تصرف فيه"^(٣) .

والمقرر قاتوناً أن التراضي الضمني الذي يؤدي إلى القسمة الفعلية هو ذلك الذي تستخلصه المحكمة من ظروف الحال ، ولذلك يعتبر من المسائل الموضوعية^(٤) .

وعلى ذلك فلا يجوز لأى من هؤلاء الشركاء - الذين تصرف كل منهم فيما يعادل حصته مفرزاً - أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً في المال كله^(٥) .

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ طعن رقم ٣٩ لسنة ١٤ ق - مجموعة القواعد القانونية ج٢ ص ٨٨٦ ف ١٧ .

(٢) د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١٨٢ .

(٣) نقض مدني ١٩ مارس ١٩٨١ - مجموعة المكتب الفني - طعن رقم ٨٨١ لسنة ٤٥ ق ج١ ص ٨٧١ فقرة ١٦٠ .

نقض مدني ٢٥ فبراير ١٩٧٥ - مجموعة المكتب الفني - طعن رقم ١١ لسنة ٤٠ ق ، ج١ ص ٤٧٨ فقرة ٩٧ .

نقض مدني ٢٦ يناير ١٩٧١ - مجموعة المكتب الفني - طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق ، ج١ ص ١٣٢ فقرة ٢٣ .

(٤) د/ السنهوري - الوسيط - ٨/ ٨٩٤ ، د/ محمد المنجي - المرجع السابق - ص ١٤٥ ، مستشار/ محمد عزمي البكري - المرجع السابق - ص ٤٩ .

(٥) فقد قضت محكمة النقض بأنه : "إذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً في المال ، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوى ، أنه بعد أن تصرف أحد الورثة في جزء محدود من الأطنان المخلفة عن المورث ، تصرف سائرهم بالبيع في أنصبتهم محددة كذلك ، وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ، ووضعوا اليد عليه محدداً وأصبحوا هم جميعاً لا يملكون شيئاً في هذه الأطنان . ثم رأيت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك المورث ، وأن هذا التصرف وقع صحيحاً ، لأنه في حدود القدر الذي يملكه بالميراث ، ولذلك قضت برفض الدعوى ، وقضالها سليم . ولا يمنع من صحة هذا النظر ، أن يكون تصرف من عدا المورث الأول لاحقاً لتصرفه ، لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله ، بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانوناً ، وما داموا هم قد تابعوه وتصرفوا في أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء" .

نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية - طعن رقم ٣٩ لسنة ١٤ ، ج٢ ، ص ٨٨٨ فقرة ١٧ .

على أنه يجب أن يلاحظ أن هذه القسمة ، تنطبق عليها القاعدة العسة فى وجوب التسجيل للاحتجاج بها على الغير ، على أنه يكفى فى هذا - نظراً للطبيعة الخاصة للقسمة الفعلية - أن تكون التصرفات المتتابعة التى قام بها الشركاء الواحد بعد الآخر قد تم تسجيلها جميعاً^(١) .

والقسمة الضمنية ما دامت مؤسسة على الإرادة ، فالأصل هو خضوعها لأحكام القسمة الاتفاقية الصريحة ، ومن ثم فيجوز نقضها بسبب الغبن تطبيقاً للمادة ٨٤٥ مدنى ، ويتعين أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت إبرام التصرف الأخير ، إذ هو التصرف الذى تمت به القسمة^(٢) .

الشرط الثانى : حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم :

يعتبر هذا الشرط من مستلزمات انعقاد الإجماع على القسمة الاتفاقية ، ، إذ إنه لا يتصور اتفاق الشركاء وإجماعهم على القسمة بدون حضور من ينوب عنهم .

الشرط الثالث : توافر الأهلية ، وخلو الإرادة من العيوب :

فيشترط توافر الأهلية فى المتقاسمين ، فإذا كان بينهم من كان غير كامل الأهلية فتراعى الإجراءات السابق بيانها فى الشرط الأول .

فإذا لم تراعى هذه الإجراءات وكان من بين المتقاسمين من كان غير كامل الأهلية ، فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجازاه بعد بلوغه من الرشد ، أو إذا أجازاه الولى أو المحكمة بحسب الأحوال قبل البلوغ ، وذلك وفق المادة ٢/١١١ من القانون المدنى .

ويشترط خلو الإرادة من العيوب ، فإذا وقع أحد المتقاسمين فى غلط جوهرى ، أو اندفع إلى إبرام عقد القسمة تحت تأثير تدليس أو إكراه ، فيكون عقد القسمة قابلاً للإبطال ، وذلك وفق أحكام القواعد العامة^(٣) .

الشرط الرابع : استيفاء بقية أركان العقد :

فيجب استيفاء المحل لشروطه ووجود السبب ومشروعيته^(٤) .

(١) د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٨٢ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٥ ، د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٧٨ ، د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٨٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٤ .

(٣) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٨ ، د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٦٨ وما بعدها .

(٤) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٣ .

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

ذكرنا فيما سبق شروط القسمة الاتفاقية فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .
وهنا نجرى موازنة بينهما :

١- يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط : تراضى الشركاء جميعهم على القسمة الاتفاقية أو من يقوم مقامهم .

غير أن الفقه الإسلامى رتب على تخلف رضا المقسوم لهم أو عدم حضورهم بطلان القسمة .

أما القانون فرتب على ذلك بطلان القسمة بالنسبة لمن تخلف ، وصحة عقد القسمة بالنسبة لمن رضى به أو حضر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على شروط المقسوم له .

أما بالنسبة لوجود فاقد الأهلية بين المتقاسمين ، فيتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى ضرورة أن يحل محله الوصى أو الولى أو الوكيل عن الغائب ، وإلا كانت القسمة باطلة .

ويتفقان أيضاً فى أن الولى يتولى القسمة عن تحت ولايته إذا كان الأب أو الجد ، دون الرجوع أو استئذان القاضى أو المحكمة .

كما يتفق القانون مع المذهب المالكى فى ضرورة استئذان الوصى من القاضى أو المحكمة ، ولا تصح القسمة من الوصى عن الصغير إلا بعد الحصول على هذا الإذن .

وقد سبق أن بينا رجحان المذهب المالكى ، لأنه هو الذى يتفق والقول بحماية أموال القاصر ، وهو ما أخذ به القانون المدنى المصرى .

أما ما ذهب إليه شراح القانون والقضاء من اعتبار الإرادة الضمنية للشركاء ، وصحة القسمة بها إذا ما توافرت ، وهو ما أطلق عليه شراح القانون القسمة الضمنية أو الفعلية .

والتي فيها يستخلص اتفاق الشركاء على القسمة الاتفاقية من ظروف تتنع بحصول القسمة باتفاقهم جميعاً .

فهذا الاتفاق ليس صريحاً ولكنه اتفاق ضمنى .

وأرى أن هذه القسمة توافق عليها الشريعة الإسلامية ولا تمتنع منها طالما اتجهت إرادة الشركاء الضمنية إليها ، وحصل كل شريك بموجبها على حصته ، ولم يحاب نفسه بشيء زائد . وقد ذكر ابن حزم شيئاً قريباً منها^(١) .

(١) حيث ذكر فى حالة ما إذا كان أحد شركاء يريد القسمة وكان الشريك الآخر غائباً ، أو حاضراً يتعذر عليه أن يضمه إلى القسمة ، أو لم يجه إلى القسمة ، فله تمجيل أخذ حقه ، والقسمة والعمل فيها ثم ذكر : **كل من كان له ما ذكرنا فى مقدار حقه فى القسمة بالعمل غير مكيد ، ولا محاب لنفسه بشيء أصلاً ، ليس قسمة حق ، وكل ما أخذ من ذلك جازر له ، أحب شريكه لم كره .** المطبوع لابن حزم ٥٦٢/٨ .

٢- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى اشتراط حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم .

٣- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى اشتراط الأهلية بالنسبة للمتقاسمين .

٤- انفرد الفقه الإسلامى بالتصريح باشتراط أن تكون القسمة عادلة غير جائرة ، وإلا -

بأن كانت غير عادلة - فإنه يجوز نقضها للغبن وإعادتها مرة أخرى .

والقانون وإن لم يصرح بهذا الشرط إلا أنه يعتمد ويقتول به ، بدليل تنظيمه لنقض

القسمة بسبب الغبن الفاحش كما سيأتى .

٥- انفرد الفقه الإسلامى ببناء على القول الراجح بالقول بعدم جواز القسمة الاتفاقية فيما

يبطل نفعه بالكلية ، أو يترتب على قسمته ضرر كبير ، مما يعكس عناية الشريعة

الإسلامية بأموال الناس والمحافظة عليها .

بينما فى القانون ، ليس هناك ما يمنع من مثل هذه القسمة طالما تراضى عليها جميع

الشركاء .

والواقع أن هذا الحكم يمسوخ تطبيقه فى الشريعة الإسلامية لأنها ليست شريعة فحسب بل

أيضاً هى عقيدة ، حرمت التبخير وإهدار الأموال وإشاعة الفساد فى الأرض ، فيكفى أن نقول

للشركاء الذين يريدون إفساد أموالهم بقسمتها أن هذا العمل حرام فيمتنعون تَوَّاءً عن إفسادها ؛

لأن الله لا يحب الفساد .

والله أعلم

المطلب الثاني

تكييف القسمة الاتفاقية

أولاً : طبيعة القسمة الاتفاقية في القانون المدني :

تنص المادة ٨٣٥ مدنى على أنه :-

" للشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون " .

فيبين من هذه المادة أن التكييف القانونى لطبيعة عقد القسمة الاتفاقية ، هو أنه عقد عادى يتم إبرامه بين الشركاء على الشيوع ، بقصد قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشيوع^(١) .

فالقسمة عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحلّه المال الشائع . ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العقود^(٢) .

وقد صرحت مذكرة المشروع التمهيدي بكون القسمة عقداً ، فذكرت بأنه "إذا تقررّت القسمة ولم يكن فى الشركاء من هو ناقص الأهلية ، فلمهم أن يتفقوا عليها . وتكون القسمة فى هذه الحالة عقداً يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على سائر العقود"^(٣) .

وقد أكدت ذلك محكمة النقض فذكرت ان : " عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء ، لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء"^(٤) .

فيتضح مما سبق أن القسمة الاتفاقية تعتبر عقداً كسائر العقود ، وأنها تخضع للقواعد العامة للعقود .

أركان القسمة الاتفاقية :

بناء على أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، فلا بد لهذا العقد من أركان . وأركان عقد القسمة هي كسائر العقود ، وهى الرضا والمحل والسبب .

فلا بد من تراضى جميع الشركاء المشتاعين على إجراء القسمة الاتفاقية ، وقد عبر المشرع الوضعى عن هذا الشرط باتخاذ إجماع الشركاء ، على أن يقتسموا المال الشائع ، مادة ٨٣٥ مدنى.

(١) د/ محمد المنجى -دعوى القسمة - ص ١٣٩ .

(٢) د/ المنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٩٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية - ١٠٥/٦ .

(٤) نقض مدنى ١٩٥٥/٥/١٩ - الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ق - مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب القلى ج ٣ من ١١٥٢ فقرة ١٥٣ .

وتتعدّد القسمة بالتراضى وحده ، إذ لم يتطلب القانون فوق التراضى شروطاً أخرى لاتعقاده .

فيكفى أن يتبادل جميع الشركاء التعبير عن إرادتهم المتطابقة على أن يقوموا بإجراء القسمة الاتفاقية ، بقصد قسمة المال الشائع وإنهاء حالة الشروع .

ولا بد من توافر الأهلية لصحة الاتفاق على القسمة (المادة ١٠٩ مدنى) ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب^(١) .

و الأصل أن يحصل الإيجاب والقبول المكون للرضا صراحة بين الشركاء ، ولكن قد يستخلص اتفاقهم الضمنى عليها إذا لم يوجد اتفاق صريح ، وهذه هى القسمة الفعلية أو الضمنية^(٢) .

ولكن لا تحصل القسمة الفعلية إذا كان بين الشركاء من كان غير كامل الأهلية ، إذ تبنى على إرادة ضمنية ، وناقص الأهلية لا تعتبر إرادته ، كما لا تعتبر إرادة الوصى عليه إذا لم تعتبر الإجراءات التى نص عليها القانون^(٣) .

ويجب أن يكون محل عقد القسمة الاتفاقية مستوفياً لشروطه .

ومحل العقد هو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من ورائه^(٤) .

ومحل عقد القسمة هو المال الشائع المراد قسمته ، ويجب أن يتوافر فى محل القسمة الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بوجه عام .

فيجب أن يكون محل القسمة ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب (المواد ١٣١-١٣٥ مدنى) .

وبناء عليه فلا يجوز أن يرد عقد القسمة على التركة المستقبلية فى حياة المورث ، إلا برضاه^(٥) .

ويجب أن يكون لعقد القسمة سبب^(٦) صحيح ومشروع ، كأن يكون سبب العقد - والباعث عليه - هو التخلص من الشيوع ، بأن يستقل كل شريك بحصته المملوكة له على وجه مفروز ، ليكتمل انتفاعه بها .

فإذا كان سبب عقد القسمة مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً ، وذلك تطبيقاً للمادة ١٣٦ مدنى^(٧) .

(١) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٣٩ ، د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٦٨ .

(٢) والتى سبق أن بيناها قبل قليل .

(٣) د/ محمد محمود عبد الله - رسالة دكتوراة (قسمة المال الشائع) - جامعة القاهرة ص ١٧٦ .

(٤) د/ عبد المنعم الصدة - مبادئ القانون - ص ٣٥٠ .

(٥) د/ سيد محمود عمر - القسمة (رسالة دكتوراة) - ص ٢٥٠ .

(٦) السبب : هو الباعث الدافع إلى التعاقد - د/ عبد المنعم الصدة - مبادئ القانون ص ٣٥٦ .

(٧) د/ محمد المنجى - المرجع السابق - ص ١٣٩ ، د/ السنهورى - القوسط - ٨/ ٨٩٣ ، د/ حسن كيرة -

المرجع السابق - ص ٤٦٨ .

أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية :

لما كانت القسمة الاتفاقية - كما بينا عقداً تسرى عليه أحكام سائر العقود ، فإنها تخضع للقواعد العامة التي تخضع سائر العقود ، وبالتالي فإنها تخضع لكل وجوه الطعن التي تطبق على العقود .

ويقترب على ذلك ما يلي :

١- فقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق :

كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، إذ أن هذا العقد يكون تعاملاً في تركه مستقبلاً ، ومن ثم يكون باطلاً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان^(١) .

٢- كما قد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية :

فإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ، ولم تراعى الإجراءات التي سبق وأن بينها في شأن ناقص الأهلية .

فإنه يجوز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقاً للقواعد العامة ، غير أنه يجوز لهذا الشريك (ناقص الأهلية) إجازة هذه القسمة بعد زوال نقص الأهلية^(٢) . سواء كانت إجازة صريحة أو ضمنية ، تستخلص المحكمة هذه الإجازة الضمنية ويعتبر ذلك أمراً موضوعياً ، لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض^(٣) .

٣- وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لوجود عيب من عيوب الإرادة :

فإذا وقع الشركاء مثلاً في غلط جوهري في قيمة أحد الأعيان الشائعة ، فيجوز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين ، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط^(٤) .

وكذلك يجوز طلب إبطال هذه القسمة ، لمن وقع من الشركاء تحت تأثير تدليس أو إكراه أو استغلال .

فإذا وجد عيب من هذه العيوب ، فإن القسمة حينئذ تكون قابلة للإبطال لمصلحة الشريك الذي شاب العيب إرادته^(٥) .

(١) د/السنهوري - الوسيط - ٨٩٨/٨ .

(٢) د/حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٦٨ .

(٣) للمرجع السابق ، نقض مدني ٣ مايو ١٩٦٢ - طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق ج ٢ ص ٥٩٥ فقرة ٨٩ .

(٤) نقض مدني ١١ مايو ١٩٤٤ - مجموعة عمر ج ٤ - رقم ١٣٣ ص ٣٩٢ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٨٨٧ فقرة ٢٢ .

(٥) د/حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٩٦ ، د/السنهوري - المرجع السابق - ٨٩٨/٨ ، ٨٩٩ ، د/إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٧٨ هامش ١ ، د/محمد لبيب شبيب - مرجع في الحقوق المدنية الأصلية - ص ٣٠٢ ، ويراجع في إبطال عقد القسمة بسبب تدليس أحد المتقاسمين على الآخر - نقض مدني ١ ديسمبر ١٩٤٩ - مجموعة أحكام للنقض - المكتب الفني - طعن رقم ٦٩ لسنة ١٨٨ ص ٦٤ فقرة ١٨٥ .

أما الغبن فقد أفرد القانون بأحكام خاصة وذلك نظراً لأهميته في القسمة ، وهو ما سنتناوله بالتفصيل -إن شاء الله- في مبحث مستقبل .

إثبات القسمة الاتفاقية :

سبق أن بينا أن القسمة عقد كسائر العقود ، تنطبق عليه القواعد العامة للعقود .

ومن ثم فيخضع عقد القسمة للقواعد العامة في الإثبات ، فتتص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أنه :

" في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تريد قيمته على مائة جنبة ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضاءه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

وبناء على ذلك فإذا كانت قيمة المال الشائع محل عقد القسمة الاتفاقية ، تريد على مائة جنبة - وهذا هو الغالب - فلا يجوز إثبات وجود أو انقضاء تلك القسمة إلا عن طريق الكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة .

أما إذا كانت قيمة المال الشائع محل عقد القسمة الاتفاقية لا تريد على مائة جنبة ، فإنه يجوز إثبات وجود أو انقضاء تلك القسمة عن طريق شهادة الشهود والقرائن^(١) .

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن :

" القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، ومن ثم تخضع للقواعد العامة ، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ما يقوم مقامها ، إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات^(٢) . (مائة جنبة بالقانون ١٩٩٢/٢٣) .

تسجيل القسمة الاتفاقية :

قد يكون محل القسمة منقول أو عقار .

فإذا كان محل القسمة منقول ، فعقد القسمة حينئذ يكون رضائياً ، يكتفى فيه بالتراضي دون حاجة إلى إجراءات شكلية .

أما إذا كان محل القسمة عقاراً فإنه لا بد من تسجيله ، وذلك للمادة ١٠ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦م الخاص بالشهر العقاري ، فإذا ما سجل عقد قسمة العقار ، فإنه يكون حجة على الغير ، أما إذا لم يسجل فإنها تكون على المتقاسمين فقط ، ولا تكون حجة على الغير^(٣) .

(١) د/ السنهوري - الوسيط - ٨/ ٨٩٣ ، د/ محمد المنجي - المرجع السابق - ١٤٤ .

(٢) نقض مني ١٩٦٧/٤/٢٠ - مجموعة محكمة النقض - طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق . ج ٢ . ص ٨٥٠ .
قرة ١٣٠ .

(٣) د/ حسن كزهر - المرجع السابق - ص ٥١٦ ، وراجع نقض مني ١٩٩٩/١/٢٦ - مجموعة أحكام النقض ،
طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٥ ق . ج ٢ ص ١٠٨٤ وراجع د/ السنهوري - الوسيط - ٨/ ص ٩٦٦ وما بعدها .

غير أنه يجوز للغير أن يتمسك بها في مواجهة المتقاسمين ، والاحتجاج بها عليهم ، ولا يستطيع المتقاسمون التمسك في مواجهة الغير بعدم التسجيل^(١) .

ثانياً : طبيعة القسمة الاتفاقية في الفقه الإسلامي :

سبق أن بينا أقال الفقهاء في تكييف القسمة عموماً ، ونبين هنا في إيجاز تكييف القسمة الرضائية :

ف عند الحنفية : تشمل القسمة على الإفراز والمبادلة ، والإفراز هو الظاهر في المثليات ، والمبادلة هي الغالبة في القيميات .

وعند المالكية ، والإباضية : فقسمة المراضاة هي كالبيع .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إفراز فيما ليس فيه رد ، بيع فيما فيه رد .

وعند الشيعة الزيدية : فهي في المثليات إفراز ، بينما هي في القيميات كالبيع .

وعند الشيعة الإمامية وابن حزم : القسمة إفراز حق مطلقاً .

وقد سبق أن بينا الراجح من ذلك وأدلة كل مذهب^(٢) .

وسواء كتبت القسمة إفراز حق ، أو مبادلة أو كالبيع فهي عقد ، على كل حال ، حيث يتوافر فيها أركان العقد ، من المتعاقدين وهم المتقاسمون ، والصيغة وهي الاتفاق على القسمة بإيجاب منهم وقبول منهم أيضاً . فضلاً عن وجود المقسوم والقاسم .

فبذلك تتوافر في القسمة طبيعة العقود .

وقد سبق أن تكلمنا بالتفصيل عن أركان القسمة وشروطها .

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

بالنظر فيما سبق يتبين لنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أفاضوا في الحديث عن تكييف وطبيعة القسمة الرضائية . بينما اكتفى القانون والقضاء بالنص على أن القسمة عقد مقتصر على وجه المبادلة في القسمة - بينما هناك وجه آخر في الفقه الإسلامي أنها إفراز وتمييز .

وعلى أية حال فإنهما يتفقان في أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود .

ولقد انفرد القانون المدني بذكر أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية ، ولكن هذه الأوجه يقول بها الفقه الإسلامي ، فهو يقول ببطلان القسمة حينما يكون من بين المتقاسمين من كان ناقص الأهلية ، وكذلك يجوز في الفقه الإسلامي الطعن في القسمة بالغبن .

(١) د/ توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٨ ، ونقض مدني ١٧ ملرس ١٩٥٥ طعن رقم ٩٨ سنة ٢٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ٢ ص ٨٥١ فقرة ١١١٤ .

(٢) لراجع ما سبق ص ٣٩ وما بعدها .

ذلك أن أوجه الطعن هذه هي النتيجة المترتبة على تخلف شروط القسمة الاتفاقية .

هذا وقد بين شراح القانون المدني أن القسمة الاتفاقية تخضع لقواعد الإثبات العامة ، مع مراعاة إجراءات تسجيل قسمة العقار .

وهذا لا يعدو أن يكون تنظيماً لتوثيق القسمة ، وحماية المتقاسمين ،

أرى أن الشريعة الإسلامية لا تعارضه ، فهي تحرص على حفظ حقوق الناس وتوثيقها ، ولعل في كتابة الدين ، وشرعية الرهن ما يثبت ذلك .

المبحث الثاني

كيفية إجراء القسمة الاتفاقية

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في القانون المدني ، مع المقارنة بالفقه الإسلامي .

المطلب الأول

كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في الفقه الإسلامي

سبق أن بينا قسمة المنافع وقسمة الدين ، وهنا نبحث قسمة الأعيان فقط .
والأعيان تنقسم إلى :- عقار ومنقول .

فالعقار هو الأرض سواء كانت زراعية أم غير زراعية ، والمنقول ما عداها كالثياب والأواني والحيوان والمزروعات ، والبناء والشجر من قبيل المنقول لكنهما يتبعان الأرض في القسمة ، والأرض لا تتبعهما ، فمن وقع في نصيبه من قسمة الأرض شئ منهما فهو له ، بخلاف العكس .

وبهذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) .

وخالف في ذلك المالكية ، حيث اعتبروا كلاً من الأرض والبناء والشجر عقاراً^(٢) .

واللغة تؤيد المالكية فقد جاء في المصباح المنير : " والعقار مثل سلام : كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل " ^(٣) .

وقد نص المالكية على أن كلاً منهما يتبع الآخر في بيعه ، مالم يمنع من ذلك شرط أو عرف^(٤) .

(١) حاشية ابن عابدين ٢٥٧/٦ ، ٢٥٨ ، تصحيح التنبيه للنووي ص ٧٢ ط مصطفى الحلبي ، المراج الوهاج ص ٢٧٤ ، كشف القناع ١٣٨/٤ ط مكتبة النصر الحديثة .

(٢) فيقول ابن رشد : " العقار من الدور والحوادث والبساتين " بداية المجتهد ٢٥٧/٢ ويراجع / شرح منح الجليل للشيخ محمد علوش ٦٢٦/٣ ط مكتبة النجاح .

(٣) المصباح المنير ص ١٦٠ مادة (عقار) ط الجيب مكتبة لبنان . ، للعقار لغة من العقر ، وله معنيان : الأول : الجرح لو ما يشبه الجرح ، والثاني : الدلالة على الثبات والدوام . معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٩٠/٤ .

(٤) شرح القرشي ٩٠/٤ .

وعلى أية حال فإننا سنبين كيفية قسمة كل من العقار والمنقول ، ثم نبين عمل القاسم فى القسمة ، ومدى مشروعية القرعة فيها وكيفيةها ، وذلك فى فرعين :

· **الفروع الأول :** كيفية قسمة كل من العقار والمنقول .

الفروع الثانى : دور القاسم ومشروعية القرعة فى القسمة .

الفروع الأول

كيفية قسمة كل من العقار والمنقول (المال المشترك)

لا نقصد بالكيفية هنا طريقة التقسيم ، أو الوجه الذى تتم عليه عملية القسمة .

ذلك أن أسلوب القسمة يختلف ويتعدد باختلاف القاسم ، ومدى خبرته ومهارته ودرايته بالقسمة ، بل هو أمر يختلف باختلاف العصور ، إذ هو فى تقديرى مجرد اجتهد .

وإنما المقصود بالكيفية هنا هو نوع القسمة الذى سيطبق على المال المشترك من الأفراد أو الجمع ، أو التعديل بالقيمة أو الرد ، فهل يقسم الشئ المملوك للشركاء كل نوع على حدة ، أو يجمع بين أفرادها فى القسمة ، وهل سيقوم المقسوم بالقيمة ، أم يقسمه بالمساحة بعد قياسه بالأراع أو بالمتر ؟

وهل تتم القسمة إجباراً أم رضاءاً ؟

ولما كان المال المشترك نوعين : عقار ومنقول ، فإننا سنبين أولاً كيفية تقسيم العقار ثم نبين ثانياً كيفية تقسيم المنقول .

أولاً : كيفية تقسيم العقار :

العقار هو كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه ، ولا يمكن نقله منه دون تغيير أو تلف^(١) .

وأوضح مثال للعقار هو الأرض فى أشكالها المختلفة ، أى سواء كانت خالية من الزراعة أو مزروعة أو مبنية .

وستتناول كيفية تقسيم الأرض الخالية من الزراعة أو البناء ، وتسمى بالأكفرة .

ثم نبين كيفية قسمة الأرض المزروعة .

ثم نبين كيفية قسمة الأرض المبنية .

وذلك على النحو التالى :

(١) لسان العرب ٤/٢٠٣٦ ، مختار الصحاح ص ٤٤٥ .

أ - قسمة الأرض الخالية من الزراعة :

وهي تسمى بالأقركة .

والأقركة : هي أرض الزراعة ، وليس عليها بناء ولا فيها زرع أو شجر ، والمفرد منها قراح وتجمع على أقركة^(١) .

والأرض الخالية إما أن تكون واحدة وأما أن تكون متعددة .

فإذا كانت الأرض واحدة :- فإنه لاختلاف بين الفقهاء^(٢) في أنه إذا كانت الأرض الفضاء واحدة ، فإما أن تكون أجزاؤها متساوية ، وإما أن تكون غير متساوية .

فإن كانت أجزاؤها متساوية ، جمع القاضى نصيب كل شريك على حدة متتابعاً .

أما إذا كانت غير متساوية ، بأن كانت مختلفة في صفتها ، فبعض أجزائها قوى في إنباته أو قريب من الماء ، أو بعض أجزائها يسقى بالنهر بلا آلة ، وبعضها بآلة ، مما يرفع قيمة أحد الطرفين عن الآخر . مما يجعل بعض الأرض جيداً ، والبعض الآخر رديئاً .

فلو طلب أحد الشركاء قسمة الجيد وحده ، والردي وحده ، وامتنع الآخر ، أو طلب القسمة بالقيمة .

فلو كان من الممكن قسم الجيد وحده والردي وحده ، قسم القاضى على ذلك ، ولا يلجأ إلى القسمة بالقيمة ، لأن القسمة بالأجزاء مقدمة على القسمة بالتعديل .

أما إذا لم يمكن ذلك فيقسم بالقيمة ، مادامت لا تحتاج إلى رد ، إلحاقاً للتساوى في القيمة بالتساوى في الأجزاء ، فيجمع نصيب كل واحد على حدة . وهذه القسمة تجوز قضاء كما تجوز رضاء .

فإن احتاجت إلى رد ، فإنها لا تجوز إلا رضاء .

ومثل هذه الأرض لا تحتاج عند قسمتها أكثر من ذرعها ومعرفة مساحتها ، حتى عند المالكية على ما اعتمده متأخر وهم^(٣) - وإن كان الأكثرون على أن التعديل في غير المتليات لا يمكن إلا بالقيمة - ثم تمييزها أنصبا متساوية ، إذا تساوت حقوق المتقاسمين ، أو مساهماً متساوية بقدر النصيب الأكل .

أما إذا كانت الأرض أو الأقركة متعددة ، فقد اختلف الفقهاء في قسمتها على الجمع أو التفريق على ثلاثة أقوال :

(١) لسان العرب ٣٥٧٤/٥ ، مختار الصحاح ص ٥٢٨ .

(٢) حاشية ابن عابدن ٢٦٢/٦ ، الهداية مع نكح الأكلو ١٢/٨ ، شرح الخرشى ٤٠٢/٤ ، روضة الطالبين ٢١٠/١١ ، فتح العزيز ٥٥٤/١٢ ، المغنى والشرح الكبير ٤٩٨/١١ ، ٤٩٩ .

(٣) الشرح الصغير ١٦٠/٥ ، شرح منح الجليل ١٢٩/٣ ، مكتبة النجاح .

القول الأول :

أن الأقرحة المتعددة تقسم قسمة أفراد ، سواء كانت متجاورة أو متباعدة ، متساوية أو مختلفة .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعية والحنابلة^(١) .

واستندوا إلى أن كل واحد من الشركاء له حق في الجميع ، فجاز له أن يطالب بحقه في الجميع^(٢) .

ولأن الأقرحة تتفاوت في المقصود منها ، كما تتفاوت في قابليتها لزراعة الأنواع المختلفة ، ومن ثم فتتفاوت الأغراض فيها^(٣) ، فيقسم كل قراح على حدة .

القول الثاني :

أن الأقرحة المتفرقة إذا كانت متساوية في قيمتها ، والرغبة فيها ، ومتقاربة في أماكنها ، وطلب أحد الشركاء أن يجمع له القاضى نصيبه منها في موضع واحد ، وأبى ذلك الباقيون أو طلبوا قسمة كل قراح على حدة ، جمع القاضى نصيب كل شريك في موضع واحد ، وأجبر من امتنع سواء كانت الأقرحة جميعاً بعلية^(٤) أو سيحية^(٥) ، أو كان بعضها بعليةً وبعضها سيحيةً .

أما إذا كانت الأقرحة مختلفة في قيمتها ، أو بعيدة في أماكنها ، أو أن بعضها يسقى بالآلة ، وبعضها يسقى سحياً أو بعلأ ، فلا يجوز جمعها إجباراً ، بل يقسم كل قراح على حدة . وبذلك قال المالكية^(٦) .

واستدلوا بأن جميع نصيب كل شريك من الأقرحة المتفرقة في موضع واحد منها إذا كانت متساوية القيمة ومتقاربة ، أقل للضرر الداخلى على الشركاء من قسمة كل قراح على حدته .

(١) حاشية ابن عابدين ٢٦٢/٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥٤/١٢ ، ويفرق أبو إسحاق من الشافعية بين الأقرحة المتفرقة والأقرحة المتلاصقة حيث يجعل الأقرحة المتلاصقة كالقراح الواحد ، يراجع تحفة المحتاج ٢٠٣/١٠ ، حاشية الكمثرى على الأنوار ٥٠٥/٢ ، ويراجع للحنابلة - المغنى والشرح الكبير ٥٠٠/١١ .

(٢) المبسوط للمرخسى ٢٩/١٥ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥٤/١٢ .

(٤) الأرض البعلية : هى التى زرعها يشرب بعروقه من رطوبة الأرض من غير سقى سماء ولا غيرها . شرح الخرشى ٤٠٣/٤ ، شرح الزرقانى ١٩٧/٦ .

(٥) الأرض السحية : هى التى تسقى مما يسبح على سطحها من العيون والأنهار والمطر - حاشية الصلوى على الشرح الصغير ١٦٥/٥ .

(٦) شرح الخرشى ٤٠٢/٤ ، الشرح الصغير ١٦٥/٥ ، شرح الزرقانى ١٩٧/٦ .

ولا عبء بما إذا كان بعض هذه الأكرحة يسقى سيحاً ، وبعضها يسقى بعلأ ، لا شتر اكهما فى جزء الزكاة وهو العشر .

بخلاف مالو كانت الأكرحة المنترقة مختلفة فى قيمتها أو متباعدة فى أماكنها ، أو أن بعضها يسقى بالآلة ، وبعضها يسقى سيحاً أو بعلأ ، لأنها حينئذ تعتبر كالأشواخ المختلفة .

ولأن ما يسقى بالآلة زكاته نصف العشر ، فلا يشترك مع ما كانت زكاته العشر (١) .

وواضح من ذلك أن المالكية جعلوا النضح ، أى ما يشرب بالآلة - و البعل جنسين لاجتماع فى القسمة (٢) .

القول الثالث :

إن الأكرحة المتعددة يفوض جمعها أو أفرادها للقاضى ، فيقسمها على أعدل الوجهين تبعاً لما يراه من مصلحة الشركاء

وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية (٣) .

واستدلوا بأن تفويض النظر فى قسمة الأكرحة إلى القاضى أعدل للقسمة ، وأجمع لمصالح الشركاء ، فإذا قسم كل قراح على حدة مطلقاً ربما يتضرر كل شريك لتفرق نصيبه ، وربما يتضرر أحد الشركاء لقلّة نصيبه ، فإذا جمع نصيب كل شريك فى موضع انتفع به .

وإذا قسم على الجمع مطلقاً ، قد يتضرر بعض الشركاء ، لأن أجزاء الأرض متفاوتة فى صلاحيتها للزراعة (٤) .

وأرى أن ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية هو الراجح ، لأنه يراعى مصلحة المتقاسمين .

هذا وقد اتفق الفقهاء على جواز الجبر فى قسمة الأكرحة (٥) .

ب : قسمة الأرض المزروعة :

إذا كان بين الشريكين أرض مزروعة ، فطلب أحدهما القسمة فى ذلك أربع حالات : -

-
- (١) حاشية الصاوى على الشرح الصغير ١٦٥/٥ ، شرح الزرقانى ١٩٧/٦ ، شرح الخرشي ٤٠٣/٤ .
 - (٢) المنتقى ٥٢/٦ . والنضح : هو إبل بالماء والرش ، ونضح البعير الماء : حملة من نهر أو بئر لسقى الزراعة ، فهو نضح . المصباح الصغير من ٢٣٣ ط الجيب .
 - (٣) حاشية ابن عابدين ٢٦٢/٦ ، حاشية الطحطاوى ، ١٣٧/٤ ، الفتاوى الهندية ٢٠٤/٥ .
 - (٤) راجع البدائع ٤١٢٣/٩ ، وراجع / قسمة الأملاك - المذكور لعمد قراح حسن ص ١٠٠ .
 - (٥) المرجع السابق .

الحالة الأولى : قسمة الزرع دون الأرض :

فإذا طلب أحد الشريكين قسمة الزرع دون الأرض ، فقد اتفق الفقهاء^(١) على عدم جواز ذلك جبراً ، لأن الزرع لا يمكن تعديله بينهما ، سواء كان ظاهراً أو باطناً^(٢) .

ولأن الزرع إذا كان قد بلغ وسنبل فإن قسمته حينئذ تكون مجازفة ، ولا معاوضة في المجازفة خاصة في الأموال الربوية .

أما إذا كان الزرع بقللاً مثل الكرات والفجل والكزبرة ، فلا يقسم كذلك جبراً ، لأن الأرض معلوكة لهما على الشراكة ، فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع ، وفيه ضرر ، ولا جبر على الضرر^(٣) .

وعلى المالكية المنع بأنه إن كان الزرع لم يبد صلاحه بعد ، ودخلا على التبقية والإبقاء حتى النضج ، أو سكتا دون اشتراط ، فلا يجوز ، لأن القسمة هنا بيع ، وهو لا يجوز بيعه منفرداً قبل بدو صلاحه على التبقية ، فإن شرطاً القطع جاز : أما إذا بدا صلاحه فالمنع من باب أولى في قسمه بالخرص على أصوله ، لأنه ربوي ، والشك في التماثل كتحقق التفاضل . وقسم الزرع قسماً (حزماً) أو قياساً بالزراع وهو في أرض لا يجوز ، سواء بدا صلاحه أم لا^(٤) .

أما قسمة الزرع وحده تواضياً :

فقد أجاز الحنفية قسمة الزرع وحده دون الأرض ، إذا كان الزرع بقللاً (الكرات والفجل والكزبرة) وذلك إذا شرطاً القطع ، لأنهما رضيا بالضرر . ولكن لو اشترطاً التبقية لم يجز ، لأن رقبة الأرض مشتركة بينهما ، فكان في شرط الترك منهما في القسمة ، شرطاً لارتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ، وهذا الشرط مفسد للبيع ، فيكون مفسداً للقسمة^(٥) .

أما إذا كان الزرع قد بلغ وسنبل ، فلا يقسم أيضاً رضاء ، لأن المانع هو الربا ، وحرمة الربا لا تحتلل الارتفاع بالرضا^(٦) .

وكذلك أجاز الشافعية قسمة الزرع وحده تواضياً إن كان الزرع مما لا يدخله الربا ، لأنه بقل مثلاً أو قطن أو كتان ، فإنه تجوز قسمته إذا تواضيا .

أما إذا كان الزرع مما يدخله الربا كالبر والشعير ، جاز إن كان قصيلاً^(٧) ، ولم يجز إن كان بذراً أو سنبلاً مشدداً لدخول الربا فيه ، لاحتمال وجود التفاضل .

(١) بدائع الصنائق ٤١١٩/٩ ، وشرح الخرشى ٤٠٧/٤ ، الحاوى الكبير ٢٦٠/١٦ ، المبدع شرح المقع ١٢٧/١٠ ، ١٢٧/١٠ .

(٢) الحاوى الكبير للموردي ٢٦٠/١٦ ، المقع شرح المبدع ١٢٧/١٠ .

(٣) بدائع الصنائق ٤١١٩/٩ ، ٤١٢٠ .

(٤) حاشية الصموني ٥٠٨/٣ ، شرح الخرشى ٤٠٨، ٤٠٧/٤ ، الشرح الصغير ١٦٧/٥ .

(٥) بدائع الصنائق ٤١١٩/٩ .

(٦) المرجع السابق .

(٧) الحاوى الكبير للموردي ٢٦٠/١٦ ، مظهر المحتاج ١٢٤/٤ ، الأول لأصل الأول ٥٠٦/٢ .

أما الحنابلة فذكروا أنه إذا تراضياً على القسمة والزرع قصيل أو قطين^(١) فإنه يجوز ،
أما إن كان الزرع بذراً أو سنابل اشتد حبها ففيه وجهان :
.. أصحهما : لايجوز ، لأن البذر مجهول ، وأما السنبل ، فلأنه بيع بعضه ببعض مع عدم
العلم بالتساوى .

والثاني : يجوز إذا اقتسماء مع الأرض ، لأنه يدخل تبعاً^(٢) .

الحالة الثانية : طلب قسمة الأرض دون الزرع :

إذا طلب أحد الشركاء قسمة الأرض دون الزرع ، فقد تعرض لذلك الشافعية والحنابلة
والمالكية .

حيث اتفق الشافعية والحنابلة^(٣) على أن الزرع لا يمنع قسمة الأرض كما لا يمنع
القماش^(٤) قسمة الدار .

إلا أن الشافعية جعلوا الجبر في هذه القسمة جائزاً مطلقاً ، ولا يمنع منها ما في الأرض
من الزرع سواء كان الزرع بذراً أم قصيلاً أم حياً مشتداً ، بخلاف البناء والشجر ، لأن الزرع
مستودع فيها إلى مدة تكامله ، والبناء والشجر مستدام^(٥) .

أما الحنابلة فجمهورهم يقول بما قال به الشافعية من جواز قسمة الجبر في الأرض دون
الزرع ، سواء كان بذراً أو خرج ، فإذا اقتسموا الأرض بقى الزرع مشتركاً بينهم ، كما لو
باعا الأرض لغيرهما .

ويرى بعض فقهاء الحنابلة أن الأولى أنه لا يجب ، لأنه يلزم منه بقاء الزرع مشتركاً
في الأرض المقسومة إلى الجذاذ ، بخلاف القماش^(٦) .

أما المالكية : فقالوا بأنه إذا كان الزرع ظاهراً قسمت الأرض فقط ولايجوز قسمة الزرع
معها ، ويبقى الزرع حتى يصير حياً فيقسم ذلك بالكيل ، أما إذا كان الزرع مستكناً أي غير
ظاهر ، فإنه لايجوز قسمة الأرض أو الزرع بحال^(٧) .

(١) القصيل : ما يجز رطباً لعلف الدواب كالبرسيم ونحوه ، والقطينة بكسر القاف على النسبة هي الجيوب
التي تطبخ كالمنس واللوبياء ونحوها . يراجع في ذلك القاموس المحيط ٣٧/٤ ، ٢٦٠ .

(٢) المقنع شرح المبدع ١٢٧/١٠ ، الإصناف ٣٤٢/١١ ، وملبعدها ، القروع ٥٠٩/٦ .

(٣) الحاوي الكبير للموردي ٢٥٩/١٦ ، أسنى المطالب ٣٣٦/٤ ، القروع ٥٠٩/٦ .

(٤) القماش : يقال قماش البيت أي متاعه .

مختار الصحاح ص ٥٥١ ط دار المعارف ، المعجم الوجيز ص ٥١٥ ط وزارة التربية والتعليم .

(٥) أسنى المطالب ٣٣٦/٤ ، ٣٣٧ ، الحاوي الكبير للموردي ٢٥٩/١٦ .

(٦) المبدع شرح المقنع ١٢٦/١٠ ، لكفى ٣٢٢/٤ .

(٧) الإقنان والإحكام في شرح تحفة الحكم ٩٧/٢ ، حاشية الزهوي ٢٠٧/٦ ط بولاق .

الحالة الثالثة : طلب قسمة الأرض والزرع معاً :

إذا طلب أحد الشركاء قسمة الأرض والزرع معاً :

فذهب المالكية إلى أن قسمة الزرع مع أصله^(١) - أى الأرض - قبل بدو صلاحه بشرط التبقية لايجوز .

وأما على الجذائذ فإنه يجوز .

أما قسمة مابدا صلاحه مع أصله - أى الأرض - فإنه يجوز حتى ولو دخلا على جذائه وقطعه ؛ لأن فيه بيع طعام وعرض بطعام وعرض^(٢) ، وهو ممنوع .

هذا وقد أطلق صاحب الشرح الكبير المنع قولاً واحداً ، فلا يجوز قسمة الزرع مع الأرض ، والثمر مع الشجر ، سواء بدا صلاحه أم لا ، وسواء اتفقاً على الجذائذ أم لا^(٣) .

يتضح من ذلك أن جمهور المالكية يجيزون قسمة الأرض والزرع معاً فى حالة واحدة ، وهى إذا كان الزرع لم يبد صلاحه واشتروطوا الجذائذ .

أما الشافعية فذهبوا إلى أنه لا إيجاب على قسمة الأرض مع الزرع ، وذلك لأن الزرع لا يمكن تعديله ،

أما إذا تراضيا على قسمة الأرض والزرع معاً ، فينظر :

إن كان الزرع قد ظهر ، فإن كان مما لا ربا فيه كالتفصيل والقطين جاز ، لأنه معلوم مشاهد ، وإن كان قد انعقد فيه الحب لم يجز ، لأننا إن قلنا إن القسمة بيع لم يجز ؛ لأنه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ؛ ولأنه قسمة مجهول ومعلوم .

وإن قلنا إن القسمة فرز للتصبيين لم يجز ، لأنه قسمة مجهول ومعلوم^(٤) .

وذهب الماوردى إلى أنه إذا قلنا إن القسمة إفراز حق وتمييز نصيب ، فإنه تصح قسمة الإيجاب وقسمة التراضى ، لأن الزرع تبع للأرض^(٥) .

ويتضح مما سبق أن الشافعية يمنعون قسمة الأرض والزرع معاً جبراً ويجيزونها تراضياً فى حالة واحدة وهى إذا كان الزرع قصيلاً فتجوز قسمة الأرض والزرع معاً فى هذه الحالة .

(١) المراد بأصل الزرع لرضه ، وأصل الثمر الشجر . شرح الخرشي ٤٠٧/٤ .

(٢) شرح الخرشي ٤٠٧/٤ ، الشرح الصغير ١٦٩/٥ ، الإقناع والإحكام فى شرح تحفة الحكام ٦٦/٢ ، حاشية الرموني ٣٠٧/٦ .

(٣) الشرح الكبير بهامش حاشية للسووى ٥٠٦/٣ .

(٤) المذهب مع تكملة المجموع ٤١٢/١٨ ، حاشية الحاج إبراهيم على الأكواد ٥٠٦/٢ ، أسنى المطالبين ٣٢٧/٤ ، مغنى المحتاج ٤٢٤/٤ .

(٥) المأوى للمأوردى ٢٦٠/١٦ .

وهناك وجه للإمام الماوردي بجواز قسمة الأرض مع الزرع تراضياً وجبراً مطلقاً ،
بناء على القول بأن القسمة إفراز ، أما على القول بأنها بيع فلا يجوز ، لا تراضياً ولا جبراً .
وأما عند الحنابلة : فذهب جمهورهم إلى أنه لا يجبر في قسمة الأرض مع الزرع ، لأنها
مشتمة على مالا يجبر على قسمته وحده وهو الزرع ؛ ولأنه مودع فيها للنقل عنها ، فلم تجب
قسمته كالتماش فيها .

ويرى بعض فقهاءهم الإيجاب على القسمة إذا كان الزرع قصيلاً ، أو كان منابل اشتد
حيها ، لأن الزرع كالشجر في الأرض ، فلم يمنع الإيجاب ، هذا على قول من قال بأن القسمة
إفراز حق .

وإن قلنا : هي بيع ، لم يجبر إذا اشتد الحب ، ولا يجوز لأنه يبيع السنبل بعضه ببعض
دون كيل^(١) .

أما إذا كان الزرع لا زال بنراً ، لم تجز القسمة ، لأنه مجهول ، لا يمكن تعديله ، فيكون
قسمة مجهول ومعلوم . وقيل : يجوز^(٢) .

الحالة الرابعة : قسمة الأرض والشجر : -

إذا كان بالأرض شجر سواء كان نخلاً أو فاكهة ، وطلب أحد الشريكين القسمة .

فالحنفية يرون عدم قسمة الطلع والنخل دون الأرض جبراً ، ولو اقتسما بالتراضي ،
فإن شرطاً القطع جاز ، وإن شرطاً الترك فكانما شرطاً انتفاع كل شريك بملك شريكه الآخر
بعد القسمة ، وهذا مفسد للقسمة^(٣) .

والمالكية يرون أن تقسم الأرض مع شجرها المتفرق جميعاً ، إذ لو قسمت الأرض على
حده ، صار لكل واحد شجر في أرض صاحبه ، مما لا يتم معه الهدف من القسمة ، وهو إنهاء
الشركة بينهما .

أما إذا كانت الأشجار أصنافاً متعددة ، كالرمان والخوخ ونحوهما ، إذا كان مفرداً على
حدته في حائط ، فإنه يقسم كل صنف على حدة ، إن احتمل القسمة ، وإلا ضم مع غيره .

أما إذا كان الحائط فيه أشجار مختلفة فإنه لا يفرد في القسمة ، ويقسم ما فيه بالقيمة ،
ولا يلتفت إلى ما يصير في حظ أحدهم من ألوان الثمار . وتجوز القرعة هنا للضرورة مع أنها
لا تجوز في صنفين^(٤) .

(١) لكهلى لابن قدامة ٣٢٢/٤ ، المبدع شرح المقنع ١٢٧/١٠ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤١٤/٤ .

(٢) لكهلى لابن قدامة ٣٢٢/٤ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤١٤/٤ .

(٣) المبدع ٩ / ٤١٢٠ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٨ .

(٤) شرح القوشى ٤ / ٤٠٤ ، فتاوى والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٣٩ .

إذ الأصل أن يفرد فى القرعة وجوبا ، شجر كل صنف على حدته ، طالما كان ذلك ممكنا .

فإذا كان فى الحائط شجر نخل وتفاع ورماني وخوخ ، فكل صنف يفرد على حدته فى القسمة ، طالما كان ذلك ممكنا ، بأن يحصل لكل واحد من الشركاء حظه كاملا من جميع الأنواع فينتفع به .

فإن تعذر ذلك ، فإنه يضم كل صنف إلى غيره للضرورة - كما سبق (١) .

والشافعية يرون أنه إذا كانت بين الشريكين أرض بها شجر للشريكين ، فإن أراد أحدهما قسمة الأرض فقط لم يجبر الآخر ، ولا يجوز أيضا قسمة الشجر دون الأرض جبرا أيضا ، لبقاء العلاقة بينهما أما إذا تراضيا - أى الشريكان - على ذلك ، فيجوز (٢) .

والحنابلة يرون : - أنه إذا اختلفت أنواع الشجر فى الأرض ، وطلب أحد الشركاء قسمة كل عين على حدتها ، وطلب الآخر قسمة الجمع ، أجيب الطلب الأول ، فقسمت قسمة تفريق ، لأنه أقرب إلى التعديل ، لأن لكل واحد منهما حقا فى الجميع ، ولأن الحامل على القسمة زوال الشركة وهو حاصل فيما ذكر .

وحينئذ تتعين إجابة طالبيه ، لأن ضرر صاحبه يزول بإجابته (٣) .

وكذلك كل مقسوم من الشجر إن أمكنت التسوية بين الشريكين فى جده وردينه كان أولى . وإن لم تمكن قسمة كل عين على حدة ، فتتقسم تعديلا بالقيمة ، ويجبر الممتنع (٤) . لأنه مكان واحد ، أمكنت قسمته وتعديله من غير ضرر ، ولا رد عوض فوجبت قسمته كالدور .

ونرى مع غيرنا (٥) أن أفضل كيفية لتقسيم الشجر المتفرق أو المختلف الأنواع ، هى قسمته قسمة جمع بالقيمة مع استعمال القرعة تطيبيا للنفس .

وذلك لأن هذه الكيفية هى الأقرب لتحقيق العدالة ، ولأن الأرض المطلوب قسمتها ربما لا تحتل قسمة الأفراد التى يترتب عليها تجزئة الأرض ، مما قد يؤثر على الانتفاع بها .

ج: كيفية قسمة الأرض المبنية : -

الأرض المبنية إما أن تكون دورا أو بيوتا أو منازل .

فالدور جمع دار ، وهى اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل ، فهى تجمع البناء والعرصة - أى الصحن غير المسقف - ، فهى أعم من البيوت والمنازل ، لا شتمالها عليهما (٦) .

(١) الشرح الصغير ٥ / ١٦٢ ، ١٦٣ .

(٢) تحفة المحتاج ١٠ / ١٩٩ ، نهاية المحتاج مع حاشية الرشيدى عليه ٨ / ٢٨٦ .

(٣) المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٢ ، الكافي ٤ / ٣٢١ .

(٤) المنى مع شرح الكبير ١١ / ٥٠٨ ، ٥٠٩ .

(٥) د / سيد محمود عمر - القسمة - رسالة دكتوراه سابقة صد ١٩٤ .

(٦) القاموس المحيى ٢ / ٣١ ، نوس القهاء للقرئى صد ٢١٧ .

أما البيوت فهي جمع بيت ، وهو اسم لمسقف واحد له دهليز^(١) (أى ممر أو مدخل) ،
والدهليز : ما بين باب البيت والدار ، وهو لفظ فارسي معرب^(٢) .

أما المنازل فهي جمع منزل ، وهو اسم لما يشتمل على بيوت أقله بيتان أو ثلاثة ومطبخ
يسكنه الرجل بعياله^(٣) ، وهو ما يسمى الآن شقة .

فالمنزل أصغر من الدار وأكبر من البيت^(٤) .

ونتناول كل نوع على حدة : -

أولاً : قسمة الدور : -

إذا كان المال المشترك دارين أو أكثر وتنازع الشركاء فى قسمتها ، فطلب بعضهم أن
تقسم كل دار بانفرادها وامتنع البعض الآخر ، أو طلب أن تقسم أعيانها بأن يجعل لهذا دارا ،
وهذا دارا وهكذا ، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال : -

القول الأول : -

إن الدور المتعددة تقسم تقريبا ، فتقسم كل دار على حدة ، سواء كانت الدور متباعدة أو
متقاربة ، متساوية القيمة أو مختلفتها .

وبهذا قال أبو حنيفة^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) .

واستدلوا على أن الدور المتعددة تقسم على الانفراد مطلقا : -

(١) بأن المقصود بالقسمة تمكين كل واحد من الشركاء من الانتفاع بملكه على وجه
الكمال ، فكان لابد من اعتبار المعادلة فى المنفعة ، لأن تفاوت المنفعة فى الدور تفاوت كبير
ومتعدد ، فهي تختلف باختلاف البلدان والأبنية وباختلاف الجيران ، والقرب من الخدمات
العامة والبعد عنها ، فكانت قسمة كل دار على حدة أعدل ، سواء كانت متجاورة أو متباعدة ،
متساوية أو مختلفة^(٨) .

(١) الصحاح للجوهري ١ / ٢٤٤ ، أنيس الفقهاء للقونى ص ٢١٧ .

(٢) الصحاح للجوهري ٣ / ٨٧٨ ، المصباح المنير - ص ٧٧ ط الجيب .

(٣) المغرب فى ترتيب المعرب للمطرزى ص ٤٤٨ ، الصحاح للجوهري ٥ / ١٨٢٨ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٢ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٢ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٢ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٠ ، الفتاوى الهندية
٢٠٤/٥ .

(٦) الحلو الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٩ ، المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ ، حاشية الجمل على شرح المنهج
٥ / ٣٧٥ ، حية العلماء للقال ٨ / ١٧٨ ، كفاية الأخبر فى حل غاية الاختصار للحصنى ٢ / ٥٠٩
ط دولة قطر .

(٧) المبدع شرح المعق ١٠ / ١٢٩ ، لكلى لابن القدامة ٤ / ٣٢١ .

(٨) تبين الحقائق ٥ / ٢٧٠ ، بحر الرائق ٨ / ١٧٣ .

(٢) ولأن لكل واحد من الشركاء حق في الجميع ، فجاز له أن يطلب نصيبه من الجميع (١).

القول الثاني : -

إن الدور المتعددة إذا كانت المنافع فيها متساوية أو متقاربة ، والمواضع متصلة أو متقاربة ، ورغبة الناس فيها غير متباعدة ، وفضلا عن ذلك متساوية في القيمة ، فإنها تنقسم جمعا ، فيجمع نصيب كل شريك في دار على حدة .

أما إذا كانت المنافع مختلفة والمواضع متباعدة ، والقيمة مختلفة ، ورغبات الناس فيها متفاوتة ، فتقسم كل دار على حدة .

وبذلك قال المالكية (٢).

واستدلوا بأن القسمة بالجمع أنفع للشركاء وأبعد عن الضرر وأعود بالصلاح ، لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت . وكل الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما ، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة ، كمل انتفاعهم بها ، فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إثيقاً للإضرار بنفسه وبالشريك ، فلا يترك ، ولا يحتج علينا بالدار الواحدة ، لأنه لا يمكن فيها إلا قسمتها أجزاء .

هذا إذا تساوت المنافع والأغراض والقيم أو قربت .

أما إذا كانت المنافع مختلفة ، فإن كل عين تنقسم على حدة ، لاختلاف الأغراض والقيمة تبعاً لذلك ، ولأنه يلحق الشركاء ضرر إذا قسمت جمعا ، وكذلك الحكم إذا اختلفت المواضع ، لأن شأن التباعد أن يؤدي إلى اختلاف الأغراض (٣).

القول الثالث : -

إن الدور المتعددة ، يفوز جمعها وتفريقها للقاضي متقاربة أو متباعدة . فيجتهد القاضي في القسمة برأيه ، فإن رأى الأعدل في التفریق فرق ، وإن رأى الأعدل في الجمع . جمع .
وبهذا قال الصحابان من الحنفية (٤).

(١) الكافي ٤ / ٣٢١ ، المذهب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ .

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة ٢ / ١٢٨٩ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٥٠٣ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٧ .

(٣) المعونة ٢ / ١٢٨٩ ، الشرح الصغير ٥ / ١٦٤ .

وحد القرب في الدور أن تكون متقاربة في مواضعها في البلد الواحد ، فإن تباعدت بلن كفت في بلدين أو بلد كبيرة ، إحداها في الوسط والثانية في طرفها فلا يجوز جمعها .

(٤) مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٢ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٤٠٢ .

وقد أطلق صاحب البدائع الخلاقي بين أئمة المذهب الحنفي ولم يقوده بما إذا كانت الدور في مصر واحد أو مصريين ، بينما يقوده صاحب مجمع الأنهر وتبيين الحقائق والفتاوى الهندية بما إذا كفت الدور في مصر واحد ، أما لو كفت في مصريين أو لمصر مختلف ، فلا خلاف بين الإمام وصاحبيه في أنه يقسم للرداء لا جمعاً . وهناك رواية أخرى عن محمد بن الحسن أن الدور في مصريين تقسم جمعا . -

واستدل صاحبان على أن الدور يقسمها القاضى باجتهاده على أعدل الوجهين ، وبما يحق مصلحة الشركاء : - بأن الدور جنس واحد اسما وصورة ، ونظراً إلى أصل السكنى ، وأجناس نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى ، فكان أمرها مفوضاً إلى رأى القاضى ، إن رأى الأعدل فى التفريق فرق ، وإن رأى الأعدل فى الجمع جمع ، إذ إن القاضى نصب ناظرًا للمصالح ودافعاً للمضار ، فيمضى قضاؤه على وجه يرى المصلحة فيه ، كما يمضى قضاؤه فى سائر المجتهديات على ما يؤدى إليه اجتهاده ^(١).

ثانياً : قسمة الدار الواحدة ذات البيوت المتعددة : -

لركان شركاء يمتلكون داراً بها عدة بيوت ، أو يمتلكون دكاكين متلاصقة ، فطلب بعض الشركاء أن تضم حصته بعضها إلى بعض (قسمة جمع) وطلب البعض الآخر قسمة كل بيت أو دكان على انفراد . فاختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال : -

القول الأول : -

إن البيوت والدكاكين تقسم قسمة جمع ، فيجمع لكل شريك نصيبه فى مكان واحد . وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية ^(٢) والشافعية ^(٣) والحنابلة ^(٤) .

واستدلوا بأن البيت اسم لمسقف واحد له دهليز ، فلا يتفاوت فى المنفعة عادة ، لتقاربه فى معنى السكنى .

القول الثانى : -

إن البيوت يفوض أمر تقسيمها إلى القاضى . ذكرته بعض كتب الحنفية عن الصحابين ^(٥).

- يراجع / بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٣ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٢ ، تبیین الحقائق ٥ / ٢٧٠ ، القسوى الهندية ٥ / ٤٠٢ .

(١) يراجع / مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٢ ، البدائع ٩ / ٤١٢٣ .

(٢) يراجع / بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٣ ، تبیین الحقائق ٥ / ٢٧٠ . وهذا بإجماع المذهب الحنفى . ومع ذلك ذكر صاحب العنلية أن الصحابين يقولان بتفويض النظر فى ذلك إلى القاضى ، فيقسم حيث كان العدل . شرح العنلية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ١٣ .

(٣) الأنوار ٢ / ٥٠٥ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ . وهناك وجه عند الشافعية فى الدكاكين حيث يقولون بقسمة كل واحد على حدة فيمنع الإجماع على قسمة الجمع .

حلية العلماء ٨ / ١٧١ ، المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ ، كفاية الأخير ٢ م ٥١٠ ط دولة قطر

(٤) المبدع ١٠ / ١٢٣ ، والمضى والشوح الكبير ١١ / ٤٩٩ وجاء فيه : - " وإن كان بينهما دار لو خان كبير فطلب أحدهما قسمة تلك ولا ضرر فى قسمته ، لأجر الممتنع على القسمة ، وتعدد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن " .

(٥) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٢ ، العنلية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ١٣ .

واستدلا : بأن البيوت تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ، ففيها الواسع والضيق والحديث والقديم .
فالتفويض إلى القاضى يحقق المصلحة للشركاء ويدفع الضرر عنهم (١).
القول الثالث : -

يرى المالكية أنه يجوز الجمع فى قسمة البيوت والدكاكين بالشروط السابق ذكرها فى قسمة الدور ، وإلا فتقسم كل عين على حدة (٢).
ويستدل لهم أيضاً بما سبق فى قسمة الدور .

ثالثاً : قسمة المنازل : -

ويقصد بالمنزل : - المسقف المكون من بيتين أو ثلاثة أو أكثر ، وهو ما يسمى الآن بالشفقة .

فذهب أبو حنيفة - رحمه الله - إلى أن المنازل إذا كانت مجتمعاً فى دار واحدة ، متلاصقة بعضها ببعض ، قسمها القاضى قسمة جمع كالبيوت ، أما إذا كانت متفرقة ، قسمها القاضى قسمة تفريق كالطور ، سواء كانت فى محال متفرقة أم فى دار واحدة ، بعضها فى أقصاها وبعضها فى أنداها ، لأن المنازل تتفاوت فى السكنى ، لكن تفاوت المنازل دون تفاوت الدور ، وفوق التفاوت فى البيوت .

فالمنازل تشبه الدور من وجه ، والبيوت من وجه آخر ، لأن المنزل بين الدار والبيت فأخذ شيها من كل ، فلشبهها بالدور تقسم قسمة تفريق إذا كانت فى أماكن متفرقة ، فلا يجوز قسمة بعضها فى بعض ، بل يقسم كل منزل على حدة .

ولشبهها بالبيوت تقسم قسمة جمع - أى بعضها فى بعض - إذا كانت متلاصقة ، لن التفاوت يقل فى هذه الحالة (٣).

وذهب أصحابان من الحنفية إلى أن المنازل يفوز أمر تقسيمها جمعاً أو تفريقاً إلى القاضى الذى يقوم بقسمتها على عدل الوجهين مما يحقق المصلحة من جراء القسمة (٤).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المعتبر فى ذلك هو الضرر وعدمه ، فإنه إذا أمكن قسمة كل منزل على حدة من غير ضرر ، قسمه القاضى قسمة أفراد .

أما إذا لم يكن هناك ضرر ، وأمكنت قسمة الجمع ، فإن القاضى يقسم جمعاً ، وحيث عدم الضرر ، فيجبر الممتنع ، وحيث وجد الضرر لا يجبر (٥) .

(١) قسمة الأملاك د / أحمد فراج حسين ص ١٠٣ .

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة ٢ / ١٢٨٩ .

(٣) مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٢ وحاشية الدر المنقى عليه ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٥ ، بدائع الصلح ١ / ٤١٢٣ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٠ .

(٤) الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٥ ، شرح الطائفة بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ١٣ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٩٢ .

(٥) روضة الطالبين ١١ / ٢١١ ، المغنى مع الشرح الكبير ١١ / ٤٩٩ .

الرأى الراجع : -

وأرى أن القول بأن هذه الأموال يفوض أمر قسمتها إلى القاضى ، حيث يقسمها على أعدل الوجهين ، وهو ما ذهب إليه صاحبان من الحنفية هو الراجع فى المسائل السابقة المتعلقة بالأرض المبنية .

لأنه يعتبر فى حقيقته متوسطا وتوفيقا بين الأقوال السابقة ، وفيه تجميع لمصالح الشركاء ، وقطع للنزاع الذى يثور بينهم بشأن الجمع والتفريق .

فهو إن رأى أن قسمة التفريق أعدل وأنفع للشركاء ، أفرد القسمة وحقق المعادلة بين الشركاء صورة ومعنى .

وإن رأى أن قسمة الجمع أعدل وأنفع للشركاء من الأفراد ، جمع ، تحقيقا للمعادلة فى المعنى عند تعذر الصورة .

ولا يرد علينا أن القاضى قد يتعذر عليه اعتبار المعادلة فى المنفعة ، لأن القاضى بما يملكه من الخبرات الفنية والتخصصات الدقيقة فى كل المجالات ، يكون قادرا على معادلة منافع هذه العقارات على الحق والعدل .

ومن ثم يقع التعديل بين الشركاء فى المنفعة والمالية معا (١).

والله أعلم

وابعا : قسمة العلو والسفل : -

وهو من أدق المسائل التى نتعرض لها وذلك لكثرة تفصيلات الفقهاء فيها ، ولكثرة وقوعها فى الحياة العملية . ولذلك سنتناولها - إن شاء الله تعالى - بالتفصيل .

وسنتناولها من ناحيتين : -

أ - من حيث الرضاء والجبر فى قسمة العلو والسفل .

ب - كيفية التعديل فى قسمة العلو والسفل .

أ : قسمة العلو والسفل من حيث الرضاء والجبر : -

ففى القسمة الرضائية : -

لاخلاف بين الفقهاء فى جواز القسمة إذا كان المشترك دارا بين اثنين ولها علو وسفل ، فتراضيا على أن يكون العلو لأحدهما والسفل للآخر .

كما يجوز لهما أن يتراضيا على قسمة السفل وحده أو العلو وحده ، ويترك العلو والسفل على الشبوع بينهما .

(١) قسمة الأملاك - د / لمد فراج حسين ص ١٠٥ .

ويجوز لهما أيضا أن يقتسما بالتراضي العلو والسفل معا ، سواء قسما بالذرع متساويا أو متفاوتا ، أو قسما بالقيمة ، أورد أحدهما على الآخر دراهم أو دناتير .

• وذلك لأن الحق لهما وقد تراضا عليه ^(١).

أما في القسمة الجبرية - القضائية : -

فتختلف باختلاف المطلوب فقد يكون المطلوب قسمة هو : -

(١) السفل والعلو معا ،

(٢) أن يطلب جعل السفل لأحدهما والعلو لآخر .

(٣) أن يطلب قسمة السفل وحده ، أو العلو وحده ، ويترك العلو أو السفل شائعا بينهما .

(٤) أن يطلب قسمة السفل والعلو ، ولكن على أن يقسم السفل منفردا والعلو منفردا

فتلك أربع حالات ^(٢) نتناول كل واحدة منها على حدة : -

الحالة الأولى : أن يطلب قسمة السفل والعلو معا : -

إذا طلب أحد الشريكين في دار لها علو وسفل ، قسمة السفل والعلو بينه وبين شريكه ، وامتنع شريكه عن هذه القسمة ، فلا خلاف بين الفقهاء ^(٣) في أنه يجاب إلى طلبه ، ويجبر شريكه على هذه القسمة عند الإمكان .

وذلك بحيث يكون لكل منهما من العلو والسفل ما ينتفع به من غير ضرر يعود عليه .

وذلك لأن البناء في الأرض يجرى مجرى الغرس ، يتبعها في البيع والشفعة ، ولو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه ، كذلك البناء ^(٤).

الحالة الثانية : أن يطلب أحد الشريكين جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر : -

إذا طلب أحد الشريكين في دار قسمتها ، على أن يكون السفل لأحدهما والعلو للآخر ، ويقرع بينهما ، وامتنع الشريك الآخر من هذه القسمة ، فقد اختلف الفقهاء في جبر الممتنع عن هذه القسمة على قولين : -

(١) شرح العنابة بهامش نتائج الأفكار ٨ / ١٧ ، حاشية السوقي على الشرح الكبير ٣ / ٥٠٣ ، فتح العزيز للرافعي ١٢ / ٥٥٦ ، الحلوى الكبير للماوردي ١٦ / ٢٥٩ ، الشرح الكبير مع المفنى ١١ / ٤٩٧ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٤ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٧ .

(٢) قسمة الأملاك - د / أحمد فراج حسين ص ١٢٤ .

(٣) يراجع / تكملة شرح فتح القدير ٨ / ١٧ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٣٨ وهناك تلويل آخر عند المالكية أنها لا تجوز إلا تراضيا ، فتح العزيز ١٢ / ٥٥٦ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٣ ، وهو مقتضى كلام ابن حزم . المحلى ٨ / ٥٦٠ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٢ .

(٤) المفنى والشرح الكبير ١١ / ٤٩٧ .

القول الأول : -

لا يجبر من امتنع من هذه القسمة .

وبهذا قال الحنابلة^(١) والشافعية^(٢) إذا أمكنت قسمة السفل مع العلو ، وهو أحد القولين عند المالكية^(٣) ، وقول الظاهرية^(٤) والإمامية^(٥) .

واستدلوا بالمعقول فقالوا : -

(١) أن العلو تبع للسفل ، ولهذا إذا بيعا ثبتت الشفعة فيهما ، وإذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت الشفعة فيه ، وإذا كان تبعا له فلا يجوز أن يجعل التابع في القسمة متبوعا^(٦) .

(٢) ولأن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقين ، لأن كل واحد منهما يسكن منفردا ، ولو كان بينهما داران ، لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا ، كذلك هنا^(٧) .

(٣) ولأن من ملك شيئا من الأرض ملك قراره إلى الأرض ، وهواءه إلى السماء ، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء ، والعلو عن القرار ، وليست هذه القسمة عادلة^(٨) .

فيبطل أن يكون في هذا قسمة إجبار^(٩) .

القول الثاني : يجبر من امتنع عن هذه القسمة ، فيقسمه الحاكم بينهم ويقرع بينهم .

وبهذا قال الحنفية^(١٠) ، وهو قول عند المالكية^(١١) ، وأجازته الشافعية والإمامية إذا لم تمكن قسمة السفل مع العلو^(١٢) .

(١) الكافي لابن قدامة ٤ / ٣٢١ .

(٢) حليه العلماء للفتاوى ٨ / ١٧٦ ، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ٢ / ٥١٠ ، وبه جزم شيخ الإسلام

زكريا الأنصاري في شرح التحرير شرح التحرير بهامش حاشية الشرح ٢ / ٥٠٠ .

(٣) شرح منح الجليل ٣ / ٦٣٠ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٣٨ .

(٤) المحلى ٨ / ٥٦٠ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٣ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢٢٠ .

(٦) الشرح الكبير مع المغنى ١١ / ٤٩٧ ، المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٠ .

(٧) المغنى والشرح الكبير ١١ / ٤٩٧ ، فتح العزيز ١٢ / ٥٥٦ .

(٨) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٣ ، المحلى ٨ / ٥٦٠ .

(٩) المحلى الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٩ .

(١٠) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٥ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ / ١٧ ، حلية العلماء ٨ / ١٧٦ .

(١١) حاشية المنصوري مع الشرح الكبير ٣ / ٥٠٣ .

(١٢) فتح العزيز ١٢ / ٥٥٦ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٣ .

واحتجوا : -

بأن قسمة السفل مع العلو كالدار الواحدة ، فيجوز أن يقسمها القاضى على مايراه ، قياسا على الدار التى لاعلو لها (١).

أما وجه إجازة الإيجاب عند الشافعية والإمامية . فهو إذا تعذرت قسمة السفل مع العلو ، فيجعل الحاكم السفل لأحدهما ، والعلو للآخر ، ولتعتبر هذه القسمة من قبيل قسمة التعديل (٢).

والراجع : -

ماذهب إليه أصحاب القول الثانى من أنه ، يجوز للقاضى عند طلب أحد الشريكين . أن يجعل السفل لأحدهما ، والعلو للآخر ويقرع بينهما .

وذلك لأن كثيرا من الدور التى لها علو وسفل يتعذر قسمة سفلها وعلوها معا ، إما لضيق مساحتها ، أو لتعذر منافعتها ، إلى غير ذلك .

ففى هذه الأحوال يكون الأخذ بهذا القول أنفع لكل من الشريكين ، وأبعد عن الضرر بهما أو بأحدهما .

فضلا عن أن فى القرعة التى يجريها القاضى ، ما يرفع شبهة الضرر .

ولا شك أن فى هذا القول حلا لمشكلات زماننا المعاصر ، حيث تعلق المباني أو الدور ، فتنعدد الأدوار ، ويتعدد الشركاء ، وقد يكون ذلك مصاحبا بضيق المساحة ، فالقول بانفراد كل شريك بمسطح أولى وأنفع وأبعد عن الضرر لكل شريك .

أما القول بأن كل من ملك أرضا فإنه يملك قرارها وهواءها ، فأقول بأن السفل والعلو نوع من الملكية خاص ، جرى عليه العرف وتعامل به الناس ، وتحققت معه مصالحهم ، والشريعة الإسلامية لا تعارض أى أمر يحقق مصلحة الناس ، ولكل عصر وزمان طبيعته التى تقتضى أحكاما تحقق مصلحة العباد .

والله أعلم

وبناء على ما رجحناه من جواز الجبر على انفراد كل شريك إما بالعلو وإما بالسفل ، إذا ما طلب أحد الشركاء ذلك ، فما مدى حق صاحب العلو فى البناء عليه ؟

اختلف الحنفية (٣) فى الإجابة على هذا التساؤل : -

فذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس لصاحب العلو أن يبني على علوه من غير رضا صاحب السفل وإنه ، لكونه من أسباب الضرر ، سواء ترتب على ذلك ضرر لصاحب السفل ، أم لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر .

(١) المظني والشرح الكبير ٤٩٧ / ١١ .

(٢) فتح العزيز ١٢ / ٥٥٦ ، الروضة ١١ / ٢١٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٨ / ٤١٣٥ ، مجمع الأكر ٢ / ١٧٤ ، ١٧٥ .

وذهب صاحبان إلى أن لصاحب العلو أن يبني على علوه من غير رضا صاحب السفلى، وإذنه، مادام أن البناء لن يضر بصاحب السفلى، وذلك لأنه تصرف في ملكه .

وأرى أن مذهب إليه أبو حنيفة هو الراجح . فليس لصاحب العلو أن يبني على علوه من غير رضا صاحب السفلى وإذنه ، وذلك لأن المقصود بينهما هو الطور والسفل المبنى فعلا ، فليس لصاحب العلو أن يزيد على ذلك ، إذ أن في البناء على العلو ضرر لاشك فيه ، وهو على الأكل تمييز لصاحب العلو باتساع نصيبه ، مع جمود نصيب صاحب السفلى ، مما يجاقى روح العدالة .

ولأن تطور مواد البناء ، واتساع مجال المبانى ، وسرعة إقامتها ، جعل من الميسور أن يقيم صاحب العلو على علوه طبقات يكون لها من المنافع أضعاف ما لعلوه ، فى نفس الوقت الذى يكون فيه صاحب السفلى غير مستفيد من ذلك ، ولا شك أن فى ذلك عدم تعديل للقسمة بين الشريكين (١).

لذلك كان المنع من البناء فوق العلو أولى .

الحالة الثالثة : أن يطلب قسمة السفلى دون العلو ، أو العلو دون السفلى : -

إذا طلب أحد الشريكين قسمة السفلى دون العلو ، أو العلو دون السفلى ، على أن يترك العلو أو السفلى مشاعا بينهما ، وامتنع من ذلك الشريك الآخر . فلا يجبر هذا الممتنع على هذه القسمة (٢).

وذلك لأن القسمة تراد لتمييز حق أحدهما عن حق الآخر ، ومع بقاء العلقه بإبقاء جزء شائع بينهما لا يحصل التمييز ، فلا يحصل مقصود القسمة ، فلا يجبر عليها من امتنع منهما (٣)، بولائهما قد يقسمان العلو بعد ذلك أو السفلى ، فيقع ما فوق نصيب هذا من السفلى لذلك، فيتضرر كل منهما (٤).

الحالة الرابعة : قسمة السفلى منفردا أو العلو منفردا : -

إذا طلب أحد الشريكين قسمة السفلى والعلو معا ، ولكن على أن يقسم السفلى منفردا ، والعلو منفردا ، وامتنع الشريك الآخر ، فإنه لا يجبر على هذه القسمة (٥).

(١) قسمة الأملاك - د / أحمد فراج حسين ص ١٢٥ .

(٢) فتح العزيز ١٢ / ٥٥٦ ، المغنى والشرح الكبير ١١ / ٤٩٨ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٢٥ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢٢٠ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٤ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ١١ / ٤٩٨ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢٢٠ .

(٤) العلوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٩ ، الكلى لابن كدامه ٤ / ٣٢١ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٣ .

(٥) الكلى لابن كدامه ٤ / ٣٢١ ، العلوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٩ .

لأنه قد يحصل كل واحد منهما على علو أو سفلى الآخر ، فيستضر كل واحد منهما ، ولا يتميز الحقان (١).

ويضيف الإمامية : أنه إذا تعذر قسمة السفلى والعلو معا ، ولم تمكن القسمة إلا بقسمة كل منهما على انفراد ، فيتجه الجبر هنا إذا فرض عدم الضرر .

ب : كيفية تعديل قسمة السفلى والعلو : -

بيننا فيما سبق مدى جواز الجبر فى قسمة السفلى والعلو ، فكيف -إن- تتم هذه القسمة ، أو كيف يتم التحليل فيها بين السفلى والعلو ؟

هنا نجد خلافا بين الفقهاء ، نتج عنه ثلاثة أقوال : -

القول الأول :

إن القاضى يقسم ذراعين من العلو بذراع من السفلى .

وبهذا قال أبو حنيفة (٢).

واستدل على ذلك : -

بأن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضغفه ، لأنها تبقى بعد فوات العلو ، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى .

كما أن السفلى فيه منفعة البناء والسكنى واستغلاله فى كثير من الخدمات والمنافع ، وفى العلو منفعة السكنى فقط ، إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفلى وإذنه ، فكان للسفلى منفعتان وللعلو منفعة واحدة ، فكانت القسمة على الثلث والثلثين ، فيعتبر ذراعان من العلو بذراع من السفلى (٣).

القول الثانى : -

إن القاضى يقسم ذراعا من العلو بذراع من السفلى .

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية (٤).

واستدل : -

بأن المقصود من الدور هو منفعة السكنى ، وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر .

(١) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٣ .

(٢) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٨ / ١٨ ، بدائع الصنائع ٨ / ١٣٥ شرح الكفر لمنلا مسكين بهامش حاشية لى مسعود ٣ / ٣٥٢ .

(٣) الهداية والغنية مع تكملة شرح فتح القدير ٨ / ١٨ ، البدائع ٨ / ٤١٣٥ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٤ .

(٤) راجع / المراجع السابقة ، ويراجع أيضا / البحر الرائق ٨ / ١٧٥ .

ولأنه على فرض أن لصاحب السفل منفعتين كما قال أبو حنيفة ، فإن للعلو منفعتين إذا
أن له حق السكنى وحق البناء عليه . فاستوى العلو والسفل ، فوجب التعديل بالسوية بينهما فى
الذرع.

القول الثالث : -

إن القاضى يقسم العلو والسفل عن طريق التقويم والتعديل (أى بالقيمة) .

وبهذا قال محمد بن الحسن من الحنفية وهو المفتى به فى المذهب الحنفى (١)،
والمالكية (٢)، والشافعية (٣)، والحنابلة (٤)، وبه قالت الشيعة الزيدية (٥)، والإمامية (٦).

واستدلوا : -

بأن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سردابا ، أو مأوى للدواب
أو غير ذلك ، فصار كالجنسين ، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة (٧) .

ولأن أحوال البلاد ، وأهلها فى ذلك مختلفة ، فمنهم من يختار السفلى على العلو ، ومنهم
من يختار العلو على السفلى . فكان التعديل بالقيمة (٨) .

وأیضا لتفاوت منفعة العلو والسفل بحسب الأوقات ، ففى الصيف يختار العلو ، وفى
الشتاء السفلى ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة (٩) .

القول الرابع : -

وأرى أن القول الثالث القائل بأن القاضى يقسم العلو والسفل بين الشركاء بالقيمة هو
الراجح ، وهو ما قال به جمهور الفقهاء .

وذلك لما فيه من الحيطة وضمان العدل بين الشركاء ،

ولأن ما قال به أبو حنيفة وأبو يوسف من الحنفية ومخالفتها لما ذهب إليه محمد بن
الحسن .

(١) وهو اختيار الطحاوى - رحمه الله - البدائع ٩ / ٤١٣٥ ، مجمع الأثر ٢ / ٤٩٤ ، تبیین الحقائق
٢٧٢ / ٥ شرح الفکر لمنلا مسکین بهامش حاشية أبى السعود ٣ / ٣٥٢

(٢) حاشية النسوى مع شرح الكبير ٣ / ٥٠٣ .

(٣) فتح العزيز ١٢ / ٥٥٦ ، الحاوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٥٩ .

(٤) المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٢٥ ، الإصناف ١١ / ٣٣٩ .

(٥) البحر الرزخاوى ٤ / ١٠٢ .

(٦) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٥٢ .

(٧) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٨ / ١٨ تبیین الحقائق ٥ / ٢٧٢ .

(٨) البدائع ٩ / ٤١٣٥ .

(٩) مجمع الأثر ٢ / ٤٩٤ .

فقال فقهاء الحنفية إنه خلاف مبنى على اختلاف العصور أو البلدان ، وليس مبنيا على اختلاف الحجة والبرهان . فيحتمل أن يكون كل واحد منهم أفتى - على عادة أهل عصره أو أهل بلده في أيهما أفضل . السفلى أو العلوى .

فمن المحتمل أن يكون أبو حنيفة إنما قد فضل السفلى والعلو ، بناء على عادة أهل الكوفة ، من اختيارهم السفلى ، وتفضيلهم له عن العلوى . وأبو يوسف إنما سوى بينهما على عادة أهل بغداد ، لا ستواء العلوى والسفلى عندهم .

ومحمد بن الحسن بنى فتواه على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان^(١) ، فيفضلون السفلى مرة ، والعلوى مرة أخرى .

وبناء على ما رجحناه من القسمة عن طريق التعديل بالقيمة ، فإنه إذا كانت قيمة السفلى والعلوى سواء كانت ذراعا بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما نصف قيمته الآخر ، يحسب كل ذراع بذراعين ، وعلى هذا يجرى حسابها^(٢).

والله أعلم

ثانيا : كيفية تقسيم المنقول : -

النقل : - هو تحويل الشئ من موضع إلى موضع^(٣) وعلى ذلك فالمنقول هو ما يقبل التحويل من مكان إلى مكان دون تلف أو تغيير^(٤).

والمنقول يشمل المثلّى المتحد الصفة كالمكيلات والموزونات ، وما ألحق به مما فى معناه من القيميات التى لا تختلف الأنصاء فيها صورة وقيمة ، كبعض الثياب والحيوان . وهذا ما يطلق عليه المنقول المتشابه^(٥).

كما يشتمل المنقول أيضا الثياب المختلفة والأواني المختلفة والحيوان وهو ما يطلق عليه القيميات .

وهذا ما يطلق عليه المنقول غير المتشابه^(٦) .

(١) وقيل هو اختلاف حجة وبرهان ووجهه ما ذكرناه . يراجع / البدائع ٩ / ٤١٣٥ ، ٤١٣٦ ، مجمع الأنهر

٢ / ٤٩٤ ، شرح العناية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ١٨ .

وهذا الاختلاف بين فقهاء المذهب الحنفى فى قسمة المساحة فقط ، أما قسمة البناء فله يكون بالقيمة اتفاقا .

يراجع الدر المنثور بهامش مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٤ .

(٢) قسمة الأملاك - د / أحمد فراج حسين ص ١٢٨ .

(٣) القلموس المحيط ٤ / ٥٩ .

(٤) بجيرمى على الخطيب ٣ / ١٤٩ .

(٥) القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٨١ .

(٦) المرجع السابق ص ٨٢ .

وفى الحقيقة فإن المنقول تتنوع صوره وتتعدد ، ولكنى هنا ساكتفى بذكر بعض الأمثلة لأشهر المنقولات وكيفية قسمتها^(١) .

أ - قسمة القيميات المتمثلة فى الحيوانات أو الثياب أو الأخشاب أو المعادن أو غير ذلك :-

فيرى الحنفية أنه إذا كانت العروض من صنف واحد (حيوان) كالإبل والبقر والغنم ، قسم كل نوع منها على حدة بانفراد ، وذلك لأن القسمة تميز الحقوق ، وذلك ممكن فى الصنف الواحد كالإبل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدواب أو الحنطة ، يقسم كل صنف من ذلك على حدة ، ولا يجمع بينهما إلا بالتراضى .

وذلك بإدخال بعضها على بعض بأن يعطى أحد الشركاء بعيرا والآخر شاتين مثلا . وإذا اختلفت الأجناس يقسم كل صنف على حدة ، ولو اقتسما بأنفسهما أو تراضيا على ذلك ، جاز^(٢) .

وعند المالكية : -

لا يجمع بين نوعين من العروض أو الحيوان بل يقسم كل نوع منها على حدة إن احتمل القسم . وأما عند عدم الإمكان فيضم مالا يَحْتَمِلُ إلى غيره كالثمار .

وفى نحو الحيوان يباع مالا يمكن قسمته من الأنواع ، ويقسم ثمنه ولا يضم إلى غيره . والفرق بين الحيوان وغيره من الأجناس الأخرى ، أن الحيوان تقصد ذاته ، فلا بد من بيع مالا يَحْتَمِلُ قسمته على انفراد ، بخلاف الثمار ، وقسمة العروض أو الحيوان لابد فيها من التقويم ، فلا ينظر لعددها^(٣) .

ويجوز جمع بز (هى كل مايابس من ثياب كصوف وحرير وكتان وقطن مخيطا أو غير مخيط)^(٤) ، فيجمع كل فى القسمة فيجعل نوعا واحدا فيقسم على القيمة . فيقوم كل صنف على حدة ، ثم تجمع فى القسمة^(٥) .

(١) يرجع فى قسمة المنقولات : -

مجمع الأثر ٢ / ٤٩١ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٩ ، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٣٥ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٥٠٢ ، أسنى المطلب ٤ / ٣٣٦ ، نهضة المحتاج ٨ / ٢٨٦ ، الإنصاف ١١ / ٣٤٩ ، المغنى مع شرح الكبير ١١ / ٤٨٩ ، ٤٩٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦١ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٩ ، حاشية لى السعود ٣ / ٣٥٠ .

(٣) الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٥٠٢ .

(٤) البز : نوع من الثياب وقيل الثياب خاصة من أمتعة البيت . المصباح المنير ص ١٩ .

(٥) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٧ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٣٥ ، الشرح الصغير ٥ / ١٦٦ .

وعند الشافعية^(١) : -

إن كان بين الشريكين عروض كما شية أو أخشاب أو ثياب ، فطلب أحدهما قسمتها
أعيانا وامتنع الآخر ، فإن كانت متفاضلة لم يجبر الممتنع .

وإن كانت متماثلة فوجهان : -

الوجه الأول : -

وهو ظاهر المذهب ، يجبر الممتنع ، لأنها متماثلة^(٢) .

الوجه الثاني : -

أنه لا يجبر^(٣) ، لأنها أعيان مختلفة ، فلم يجبر على قسمتها أعيانا ، كالدور المنفردة .

وعند الحنابلة : -

إن كان بين الشريكين عروض من ثياب أو حيوان أو أوان أو خشب أو أحجار ، فاتفقا
على قسمتها جاز ، سواء اتفقا على قسمتها أعيانا بالقيمة ، أو على قسمة كل جنس بينهما . لأن
النبي ﷺ قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر ، وهي تشتمل على أجناس من المال .
وإن طلب أحدهما قسمتها أعيانا بالقيمة ، وطلب الآخر قسمة كل نوع على حدة ، قدم قول من
طلب قسمة كل نوع على حدته إذا أمكن .

وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر ، وكان مما لا يمكن قسمته إلا بأخذ عوض عنه
من غير جنسه ، أو قطع ثوب في قطعه نقص ، أو كسر إباء ، لم يجبر الممتنع .

وإن أمكن قسمة كل نوع على حدته من غير ضرر ولا رد عوض ، ففيه قولان : -

الأول : يجبر الممتنع^(٤) .

ووجهه : أن الجنس الواحد كالدار الواحدة ، وليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة
بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة .

فإن أرض القرية تختلف سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة وأراض متنوعة ، والدار
ذات البيوت (أي ذات الحجرات) واسعة وضيقة وحديثة وقديمة ، ثم هذا الاختلاف لم يمنع
الإجبار على القسمة ، كذلك الجنس الواحد من الثياب والأخشاب وغير ذلك .

(١) المذهب مع تكلمه ١٨ / ٤١٢ ، حلية العلماء ٨ / ١٧٥ ، فتح العزيز ١٢ / ٥٥٤ ، ٥٥٥ .

(٢) وهو قول لبي العباس ، ولبي إسحاق ، ولبي سعيد الإسطخري .

(٣) وهو قول لبي على بن خيران ، ولبي على بن لبي هريرة ، يراجع / المذهب مع تكلمه ١٨ / ٤١٢ ،

حلية العلماء ٨ / ١٧٥ .

(٤) وهو قول القاضي لبي على من الحنابلة ، وهو موافق لظاهر مذهب الشافعي ، المعنى ٩ / ٧٠ .

والثاني : - يحتمل أن لا يجبر الممتنع (١).

ووجهه : أن هذا إنما يقسم أعيانا بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه ، كما لا يجبر على قسمة الدور ، بأن يأخذ هذا دارا ، وهذا دارا ، وكالجنسين المختلفين .

ورد هذا الاستدلال بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن الدور يمكن قسمة كل دار على حدثها ، وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو بناء على حدة .

وإذا كانت الثياب أنواعا كالحرير والقطن والكتان ، فهي كالأجناس ، وكذلك مائر الأموال ، فيقسم كل نوع على حدثه (٢).

وعند ابن حزم إن كان المال المقسوم أشياء متفرقة ، فدعا أحد المقتسمين إلى إخراج نصيبه كله بالقرعة في شخص من أشخاص المال ، أو في نوع من أنواعه ، قضى له بذلك ، أحب شركاؤه أم كرهوا .

ولا يجوز أن يقسم كل نوع بين جميعهم ، إلا باتفاقهم على ذلك .

واستدل ابن حزم بما رواه بسنده عن رافع بن خديج : " أن رسول الله ﷺ قسم الغنيمة فعدل عشرة من الغنم ببيعير " (٣).

فالرسول الله ﷺ - أعطى بعض الصحابة غنما ، وبعضهم إيلا ، فهذا عمل الصحابة مع رسول الله - ﷺ - ولا مخالف لهم منهم .
وهو قول أبي ثور وغيره (٤).

وعند الإمامية : -

إذا كان المقسوم متليا أو قيميا متحدا أو متعددا ، متفقا في الجنس أو مختلفا ، فإنه يجبر الممتنع على قسمته إذا لم يكن في القسمة رد أو ضرر بأحد الشركاء .

فإن اشتملت القسمة على رد أو ضرر فلا جبر . ويقسم الثوب الذي لا تنقص قيمته بالقطع ، قسمة إجبار ، فإن نقصت قيمته بالقطع ، فلا إجبار (٥).

وعند الزيدية : -

يخصص كل جنس حيث كان المقسوم أجناسا ، فإذا كان المقسوم متليا وكان جنسا واحدا خصص بالقسمة ، فيقسم كل جنس على حدثه .

(١) وهو احتمال أبداه أبو الخطاب من الخطابة ، وهو موافق لما ذهب إليه ابن خيران من الشافعية .

(٢) يراجع / المغنى / ٩ / ٧٠ ، الكافي لابن قدامة ٤ / ٣٢٢ ، الإصناف ١١ / ٣٣٧ .

(٣) الحديث سبق تخريجه ، ويراجع المحلى لابن حزم ٨ / ٥٦٠ .

(٤) المحلى ٨ / ٥٦٠ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

وعندهم وجه أنه إذا اقتضى الصلاح قسمة الإبل والبقر والغنم بعضها فى بعض، جاز على جهة التقويم (١).

وعند الإباضية : -

إذا كانت الأموال مختلفة الأنواع ، فلا تجوز القسمة فيها معا ، مثل أن يجعلوا البقر سهما ، والغنم سهما والأبل سهما . لأن المقصود بالقسمة تمييز أسهم الشركاء فى الشئ المشترك بينهم ، ولا يمكن ذلك إلا فى الجنس .

ولكن يجوز ذلك رضاء على اعتبار أن القسمة معاوضة (٢) .

أما إذا كانت الأموال متفقة الأنواع فإنها تقسم ، ويتجاير الشركاء على قسمتها .

فإن كانوا شركاء فى غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو سيوف أو ما أشبه ذلك ، فإنهم يتجايرون على قسمة كل نوع من هذه الأنواع فى ذاته (٣).

ب - : قسمة المثليات كالمكيلات والموزونات والمعدودات : -

فعند الحنفية : -

يقسم كل صنف من المثليات على حدة جبرا ، ولا يجمع بينهما إلا بالتراضى ، سواء فى ذلك المكيلات والموزونات والمعدودات ، كالقمح والشعير والسمن والعسل والبرتقال والليمون . فكل صنف من هذه الأصناف يقسم على حسبه كيلا أو وزنا أو عدا ، ويقسم قسمة جمع جبرا إذا كان المقسوم من جنس واحد .

لأن التفاوت عند اتحاد الجنس لا يتفاحش ، بل يقل ، والتفاوت القليل ملحق بالعدم .

أما إذا كانت هناك أجناس مختلفة من المكيل أو الموزون أو المتعدد فلا جبر على قسمة الجمع هنا .

لأن هذه الأشياء لو قسمت على الجمع لا تخلو من أحد وجهين :

أما أن تقسم باعتبار أعيانها ، وإما أن تقسم باعتبار قيمتها ، بأن يضم إلى بعضها دراهم أو دنائير .

ولا سبيل إلى الأول ، لأن فيه ضررا بأحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس ، والقاضى لا يملك الجبر على الضرر .

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٥ .

(٢) الإيضاح للشماخى ٧ / ٩٦ .

(٣) الإيضاح للشماخى ٧ / ٩٣ ، ٩٤ .

ولاسييل إلى الثاني ، لأن ذلك قسمة في غير محلها ، لأن محلها الملك المشترك ولم يوجد في الدراهم .

ولكن لو اقتسما بأنفسهما أو تراضيا على ذلك جازت القسمة (١).

وعند المالكية : -

اختلف فقهاء المذهب في دخول قسمة القرعة في قسمة المثليات من المكيلات والموزنات والمعدودات المتتقة الصفة على قولين : -

القول الأول : - إنه لا تجوز القرعة في المثليات ، لأن القرعة تحتاج إلى تقويم ، والمثليات ، تنقسم كيلا أو وزنا أو عدا . وبه قال الشيبيني وابن رشد .

القول الثاني : - إنه تجوز القرعة في المثليات قياسا على المقومات . وهذا أفتى به ابن عرفة وعزاه للباقي (٢).

ولا خلاف في المذهب أن المكيلات والموزنات إن كانت صبرة واحدة ، تنقسم على الاعتدال بالكيل أو الوزن ، وعلى يمين الفضل ، ولو حرم فيه التفاضل ، وتجوز بالمكيال والصنجة المجهولين .

أما إذا لم يكن المقسوم صبرة واحدة بل كان صبرتين ، كصبرتي قمع أو شعير ، فلا يجوز القسم إلا باعتدال الكيل بكل معلوم ، أو الوزن بصنجة معلومة (٣).

وعند الشافعية : -

فإنهم يرون أنه إذا اتفق النوع أو الصنف تنقسم المثليات قسمة أجزاء جبرا ، فإن كانت بين ثلاثة جعلت أثلاثا ، إذا كانت أنصبتهم متساوية .

إما إذا كانت الأنصباء مختلفة ، فيجزأ المقسوم على أقل السهام ، وتنقسم كيلا في المكيل ، ووزنا في الموزون ، وعدا في المعدود .

فإن اختلفت الأنواع فيقسم كل نوع على حدته إلا إذا تراضى الشركاء على قسمة الجمع (٤).

وعند الحنابلة : -

فتجوز قسمة المثليات من المكيلات والموزنات والمطعومات وغيرها ، وسواء في ذلك الحبوب والثمار والحديد والرصاص والخل واللبن والعسل والسمن .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٧ ، ٤١٢١ ، ٤١٢٢ ، حاشية الطحطاوى ٤ / ١٣٥ ، تحفة الفقهاء للسمرقندى ٢٨٢ / ٣ .

(٢) شرح منح الجليل ٣ / ٦٢٦ ، اللواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ .

(٣) تسهيل منح الجليل بحاشية شرح منح الجليل ٣ / ٦٢٦ .

(٤) فتح العزيز ١٢ / ٥٤٧ ، الحلو الكبير للملوردى ١٦ / ٢٥٠ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٦ ، شرح الجلال المحلى على المنهاج بهامش قليوبي وعميرة ٤ / ٣١٥ .

فإن كان المقسوم أنواعا كحنطة وشعير وتمر ، فطلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته أجبر الممتنع .

وإن طلب قسمتها أعيانا بالقيمة لم يجبر الممتنع ، لأن هذا بيع نوع بنوع آخر ، فإنه إن تراضيا عليه جاز وكان بيعا يعتبر فيه التقابض قبل التفريق ، فيما يعتبر التقابض فيه ، وسائر شروط البيع^(١).

وعند الإمامية : -

أن المثليات كالحبوب والأدهان ، إذا طلب أحد الشركاء قسمتها أجبر الممتنع على القسمة ، لأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله ولا شك أن الأفراد أكمل نفعا .

ولا فرق في ذلك بين المائع والجامد من المثليات ، هذا إذا كان المقسوم جنسا واحدا . أما لو تعددت الأجناس المشترك فيها ، فطلب أحدهما قسمتها أنواعا بالقيمة ، فلا جبر ، لتعلق الغرض غالبا بالعين ، ولكن لو تراضيا على ذلك فلا بأس^(٢).

وعند الزيدية : -

يقسم المكيل والموزون والمذروع المتساوى في النوع والجنس بالكيل والوزن والذرع .

ويقسم كل جنس على حدة تراضيا أو جبرا إن امتنع أى من الشركاء .

أما إذا اختلف الجنس فيجوز تراضيا لا جبرا^(٣).

وعند الإباضية : -

فإنه يقسم كل صنف مكيل بالكيل ، وكل صنف موزون بالوزن ، مثل القمح والشعير والتمر والزبيب والعدس ، فإنه يقسم كل صنف من هذا بالكيل في ذاته ، وكذلك الموزون مثل الحديد والنحاس والرصاص وغير ذلك^(٤).

ولا يحتاج إلى القيمة أو التقويم فيما يكال أو يوزن ، لأن الكيل والوزن أبلغ من التقويم^(٥) ويقسم كل جنس من هذه الأجناس على حدته ، ويتجاربون على قسمة كل نوع في ذاته .

فإذا اختلفت الأنواع فلا تقسم إلا تراضيا ، إن طلب قسمتها أعيانا بالقيمة .

وقيل : - المكيلات أو الموزونات جنس واحد ، فتقسم مرة ويتجاربون عليها^(٦).

(١) المغنى ٧٠ / ٩ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٢٩ ، الفروع لابن مفلح ٥٠٩ / ٦ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٣٧ .

(٣) البحر الزخار ٤ / ١٠٥ .

(٤) الإيضاح ٧ / ٩٥ .

(٥) المرجع السابق ٧ / ٩٨ .

(٦) شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٥٣٧ ، ٥٥١ ، ٥٥٥ .

الفرع الثاني

دور القاسم ، ومشروعية القرعة ، وكيفيةها في القسمة

يتلخص دور القاسم في القسمة - سواء كان أحد الشركاء ، أو كان محكماً ، أو كان القاضي أو الإمام - فيما يلي :-

- ١- أن يعرف القاسم قدر سهام الشركاء .
 - ٢- تعديل السهام على حصص الشركاء ، وذلك بتصحيح مسألة القسمة حسب قواعد التوريث، ولو لم تكن مسألة ميراث .
 - ٣- يجزأ المال الذي تراد قسمته إلى أجزاء متساوية ، بعدد السهام التي تصح منها المسألة - أي على أقل السهام .
 - ٤- ثم يطم كل سهم بعلامة مميزة ، والترقيم أبسر وسيلة ، فيلقب هذا النصيب بالأول، والذي يليه الثاني والثالث ، وهكذا .
 - ٥- ثم يقوم بإجراء القرعة بين الشركاء^(١) .
- هذا هو دور القاسم في القسمة بإيجاز ، وسيوضح دوره أكثر من خلال تناولنا للقرعة .
- في الأمثلة السابقة التي ذكرناها ، يمكن أن تقع القسمة بقرعة ، وأن تقع بدونها ، سواء كانت قسمة تراض أو إجبار ، لأن تعيين القاسم المجير لكل نصيب على حدة ، كاف في إجراء القسمة^(٢) ، إلا أن استعمال القرعة منة متبعة نفياً للثمة ، وتطبيياً للنفس .
- وقد يكون إجراء القرعة واجباً ، وذلك إذا أصر المتقاسمون عليها ، كما نص عليه بعض الشافعية^(٣) .
- كما يبين المالكية أنه لا إجبار في غير المثلى بدون قرعة ، فالقرعة والجبر عند المالكية مثلاً زمان^(٤) .

ونتناول فيما يلي تعريف القرعة ، ومشروعيتها ، ومقدماتها ، وكيفيةها : -

(١) يراجع في ذلك : تكملة فتح القدير ٨ / ١٤ وما بعدها ، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٠ ، المذهب للشيرازي مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٣ ، الشرح الصغير ٥ / ١٧٥ ، المغني لابن قدامة ٩ / ٧٦ .

(٢) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٨ / ١٥ .

(٣) الشرح القوي على التحرير ٢ / ٤٩٩ حيث جاء فيه "ويقسم بقرعة وجوباً ، مع عدم التراضى بدونها" .

(٤) البهجة شرح للتحفة ٢ / ١٢٩ .

أولاً: تعريف القرعة :-

القرعة في اللغة : - السهمة والنصيب ، والمقارعة : المساهمة ، وأقرعت بين الشركاء في شئ يقسمينه .

وقارعه فقرعه يقرعه :- أى أصابته القرعة دونه^(١) .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ، قال البركتي : القرعة السهم والنصيب ، وإلقاء القرعة : حيلة يتعين بها سهم الإنسان أى نصيبه^(٢) .

ثانياً : مشروعية القرعة :-

لا خلاف بين الفقهاء في أن استعمال القرعة في القسمة جائز شرعاً^(٣) ، فهي سنة عند جمهور الفقهاء^(٤) ، وإن اختلفوا في مشروعيتها في غير القسمة^(٥) .

وعلى المانعون ذلك بأن القرعة قمار ، لتعلق الإستحقاق على خروجها ، لكن هذا المعنى منتف في القسمة ، لأن القاسم المجبر لو عين لكل واحد نصيبه دون قرعة لكفى ، ويلزم كل شريك بما أعطاه له . لكن ربما يتهم القاضي بالمحاباة ، فمنعاً للريبة والشك تجوز القرعة^(٦) .

أدلة مشروعية القرعة :-

القرعة مشروعة لتطبيب النفوس ونفي التهمة ، وتستند القرعة كطريقة للقسمة وحسم المشكلات إلى أدلة من الكتاب والسنة والإجماع :-

أ : الكتاب الكريم :-

(١) فبقوله تعالى :- وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ .

(١) لسان العرب لابن منظور ٥ / ٣٥٩٦ ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥ / ٧٢ . ترتيب القاموس المحيط ٣ / ٥٩٩ ط عيسى الحلبي .

(٢) قواعد الفقه للبركتي ، نقلاً عن الموسوعة الفقهية لدولة الكويت ، جـ ٣٣ ، ص ١٣٦ .

(٣) مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٣ ، البحر الرائق ٨ / ١٧٣ ، شرح الخرشي ٤ / ٤٠٢ ، المعونة ٢ / ١٢٨٨ ، الحلوى الكبير للملودي ١٦ / ٢٥٤ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٩ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٨ ، الإيضاح للشماخي ٧ / ١٣٤ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢١٩ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٤ .

(٤) تفسير القرطبي ٢ / ١٣٢٨ .

(٥) حيث نازع الحنفية في مشروعيتها في غير القسمة وما يجرى مجراها .

فقد جاء في الفتاوى الهندية :- أن القرعة ثلاث :- الأولى لإثبات حق البعض وهذه باطلة ، كما إذا طلق إحدى امرأتيه ثم أقرع لتعيين المطلقة ، والثانية لتطبيب النفوس وهذه جائزة كالقرعة بين النساء لتعيين من يبدأ بها في القسم ، أو يصحبها عند السفر ، والثالثة : لإثبات حق واحد في مقابلة مثله ، فيفرض بها حق كل واحد منهما ، وهذه جائزة . يراجع الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٧ ، ويراجع / تكملة فتح التقدير ٨ / ١٦

(٦) يراجع / تكملة فتح التقدير وشرح العنابة ٨ / ١٥ .

(٧) سورة آل عمران من الآية ٤٤ .

ووجه الدلالة أن الحق سبحانه وتعالى يحكى لنا اختلاف قوم مريم على كفالتها ، كل يريد أن يفوز بكفالتها وضمها لنفسه ، فاستخدموا القرعة لبيان من يكفلها تطيباً لنفوس المتنازعين ، مع أن زكريا عليه السلام كان أحق بها لكونها بنت خالته . وهذا وإن كان من شرع من قبلنا ، إلا أنه شرع لنا ما لم يرد فى شرعنا ما ينسخه ، ولم يرد ، فتكون القرعة جائزة لأمة محمد عليه السلام (١) .

(٢) ويقول تعالى :- "وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ ، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ ، فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ" (٢) .

فساهم : أى أقرع أو قارع .

فكان من المدحضين : أى المسهورين المغلوبين ، أى أخرجت عليه القرعة (٣) .

ووجه الدلالة :- أن الله تعالى يخبر عن يونس عليه السلام ، أنه لما ركب الفلك وأرادوا أن يخفوا من حملها ، قعدوا أن يلتقوا واحداً فى اليوم (٤) ، فاستعمل يونس عليه السلام القرعة لتحديد من يلقى به تطيباً للنفوس ، مع علمه بأنه هو المقصود ، ولكن لو ألقى بنفسه فى الماء ، فربما ينسب إلى الأنبياء ما لا يليق ، فاستعمل القرعة نفياً لتهمة ما لا يليق به .

وهذا فى شرع من قبلنا ، فيعمل به فى شرعنا ما لم يرد ما ينسخه ، ولم يرد ، بل ورد ما يؤيده - كما سيأتى - فيكون الحكم بالقرعة جائزاً (٥) .

ب : السنة المطهرة :- فأحاديث منها :-

(١) ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه - أنه قال : - "عرض النبى - ﷺ - على قوم اليمين فأسرعوا ، فأمر أن يستهم بينهم أيهم يحلف" (٦) .

(٢) عن عائشة رضى الله عنها - قالت : "كان رسول الله - ﷺ - إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فأيتن خرج سهمها ، خرج بها معه" (٧) .

(١) يراجع / تكملة فتح القدير ٨ / ١٦ ، فتح البارى شرح صحيح البخارى ٥ / ٢٤٧ ، تفسير القرطبى ٢ / ١٣٢٨ .

(٢) سورة الصافات الآيات ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ .

(٣) تفسير الطبرى ٢٣ / ٦٣ . ط المطبعة الأميرية ببولاق .

(٤) وذلك لأن شريعتهم كانت تجيز إلقاء البعض لسلامة البعض ، وليس فى شرعنا ذلك ، لأنهم متسللون فى عصمة الأنفس ، فلا يجوز إلقاءهم بقرعة ولا غيرها . فتح البارى ٥ / ٣٤٨ ، تفسير القرطبى ٨ / ٥٥٧٠ .

(٥) فتح البارى ٥ / ٣٤٨ ، تفسير القرطبى ٨ / ٥٥٧٠ ، شرح الخلية بهامش فتح القدير ٨ / ١٥ .

(٦) الحديث أخرجه البخارى ، صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٥ / ٣٤٥ باب القرعة فى المشكلات .

(٧) الحديث أخرجه البخارى ، صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٥ / ٣٤٦ باب القرعة فى المشكلات .

ووجه الدلالة :-

من الحديث الأول : أن النبي -ﷺ- أمر بإجراء القرعة بين المتحالفين لما تسابقوا إلى الحلف ، وذلك تطبيياً لنفوسهم وحلاً لمشكلة التراجع على الحلف .

وفى الحديث الثاني : أن الرسول -ﷺ- كان يجرى القرعة عنده سفره لاختيار من تصحبه من زوجاته - رضى الله عنهن - تطبيياً لنفوسهن ، إذ ليس لهن عند السفر حق القسمة .

وهذا يدل على مشروعية القرعة ، إذ لو لم تكن مشروعة لما أمر بها -ﷺ- ولما أجراها بين نسلته .

(٣) ما روى عن أبي هريرة -رضى الله عنه- أن رسول الله -ﷺ- قال : - لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا ، ولو يعلمون ما فى التهجير لاستبقوا إليه ، ولو يعلمون ما فى العتمة والصبح لأتوهما ولو حبواً^(١) .

فرسول الله يبين أن الناس لو علموا ما فى الأذان والصف الأول لتراجعوا عليهما ، ولما وجدوا غير الاستهم أو القرعة وسيلة لاختيار من يؤنن أو من يتقدم للصف الأول . مما يدل على مشروعية القرعة .

(٤) ما رواه عمران بن الحصين :- " أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فجزأهم ثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً^(٢) .

فهذا نص فى اعتبار القرعة شرعاً^(٣) .

فرسول الله -صلى الله عليه وسلم- قد استعمل القرعة بنفسه لتمييز من يعتق ومن يظل على الرق تنفيذاً للوصية وتطبيياً للنفوس . فاستعماله -صلى الله عليه وسلم- لها يدل على مشروعيتها .

ج - الإجماع :-

قد جرى التعامل بالقرعة من لدن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا

(١) الحديث أخرجه البخارى ، صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٥ / ٣٤٦ باب القرعة فى المشكلات .

(٢) الحديث أخرجه مسلم والترمذى وأبو داود .

يراجع / صحيح مسلم بشرح لقنوى ١١ / ١٥٠ ك الإيمان رقم (١٦٦٨) ط دار القلم ، سنن الترمذى ٣ / ٦٣٦ ك الأحكام رقم (١٣٦٤) ط دار الحديث ، سنن أبى داود ٤ / ٢٨ ك العتق رقم (٣٩٥٨) ط المكتبة العصرية .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ٦ / ٤٢ ط دار الحديث .

من غير تكبير ، فكانت سنة عملية مجمع عليها ^(١).

هذا وقد جعل بعض فقهاء الحنفية استعمال القرعة في القسمة من باب الاستحسان ، وأما القياس فيلجأها ؛ لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة ، وذلك قمار .

لكن التحقيق - كما جاء في تكملة البحر الرائق - أن القياس يقتضيها أيضاً للفرق بينها وبين القمار ، وللدلة التي ذكرناها من الكتاب والسنة ^(٢) .

حكمة مشروعية القرعة في القسمة :-

شرعت القرعة لتطيب القلوب ، وإذاحة تهمة الميل عن القاسم ، وحسماً للنزاع ، فقد أفادت القرعة ألا يختار واحد من الشركاء شيئاً بعينه ، فيختاره الآخر ، فيقع التنازع ^(٣) .

هل كل مال تجوز قسمته بالقرعة ؟ :-

ذكرنا فيما سبق أن القرعة سنة مستحبة اتقاء للتهمة وتطيباً للنفوس ، ومن ثم فيمكن أن تقع القسمة بقرعة وأن تقع بدونها ، سواء أكانت قسمة رضائية أم جبرية .

لأن تعيين القاسم المجرى لكل نصيب على حدة يكفي من غير إقراع ، لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام .

ولكن مع ذلك نقول : بأن استعمال القرعة أولى .

كما أن المتكاسمين إذا تراضوا على توزيع الأنصبة بينهم بكيفية ما ، دون استعانة بالقرعة جاز ، بل يجوز بدون تعديل أو تقويم أصلاً ، ما دام المحل ليس ربوياً ، بل وإن كان ربوياً ، بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق ^(٤) .

وذلك لأن الحق لهم وقد تراضوا به ^(٥) .

(١) الغنية مع تكملة فتح القدير ٨ / ١٥ ، ١٦ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٨ .

(٢) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٣ ، ١٧٤ .

(٣) فتح الباري ٥ / ٣٤٧ ، الدر المنقى بهامش مجمع الأبرار ٢ / ٤٩٣ ، شرح الخرشى ٤ / ٤١١ ، الحلوى للتكبير للملوزى ١٦ / ٢٥٤ ، المبدع في شرح المقنع ١٠ / ١٣٦ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣ ، البهجة شرح التحفة ٢ / ١٢٨ ، معين الحكام ٢ / ٥٩٩ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ ، الفروع ٦ / ٥١١ ، المبدع في شرح المقنع ١٠ / ١٣١ .

(٥) فيقول صاحب نيل المأرب من الحنابلة :- " وإن خير أحدهما - أى الشريكين - الآخر ، بأن قال لشريكة اختر أى القسمين شئت ، فيما تقاسماه بأنفسهما ، بلا قرعة ، وتراضياً ، لزممت بالتفرق بأبدانهما كتفرق المتبايعين " .

نيل المأرب لابن عمر الشيباني ، بشرح دليل الطالب لمرعى بن يوسف المقدسى ، ج ٢ ، ص ١٨٣ ، طه محمد على صبيح ، ويراجع / العدة شرح العمدة للإمام بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى ، ج ٢ ص ٢٤١ ط . دار الكتب العلمية .

إذن فاستعمال القرعة فى القسمة جائز فى كل مال ، سواء كان قيمياً أو مثلياً ، عقاراً أو منقولاً ، فى القسمة تعديل ورد أم لا .

ولكن هناك رأياً آخر فى الفقه يشترط أن لا تكون القرعة فى مثلى متحد الصفة ، أى مكيل أو موزون أو محدود ، فالمكيلات أو الموزونات أو المعهودات لا يجوز قسمتها بطريق القرعة ، بل تقسم كيلاً أو وزناً أو عدداً .

لأن بالكيل والوزن والعد يستغنى عن القرعة ، ومن ثم فلا وجه لدخولها ، ولتقارب ما بين المكيلات والموزونات فتحتمل القسمة فيها على تساوى واعتدال من غير إفتقار إلى القرعة . ومن قال بهذا بعض المالكية ، والإباضية^(١) .

ولكنى أرى رجحان ماذهب إليه الجمهور من جواز قسمة كل الأموال عن طريق إجراء القرعة ، لأن الهدف من القرعة ليس مجرد الإقراز فحسب ، بل هو نفي التهمة عن القاسم ، وقطع تعارض الترغبات .

ومع ذلك فليس هناك ضرر من جراء القرعة حتى نمنعها ، أو نتخلص من استعمالها حيث كان إجراء القسمة سهلاً نسبياً . فالأولى إطلاق جواز استعمالها فى جميع الأموال .

خاصة وأن بعض المالكية قال : بأن محل المنع إذا ترك الكيل والوزن واقترعوا ، وأما القرعة بعد الكيل أو الوزن فجائزة^(٢) .

ثالثاً : مقدمات القرعة : -

للقرعة مقدمات يجب مراعاتها قبل إجرائها .

وهى على النحو التالى :-

(١) - أن يعرف القاسم قدر سهام الشركاء^(٣) .

(٢) - تصحيح مسألة القسمة حسب قواعد التوريث ، ولو لم تكن مسألة ميراث . إن كان بالمسألة كسور^(٤) .

فلو كان هناك ثلاثة شركاء :- للكل السدس ، والثانى الثلث ، والثالث النصف . يكون

تصحيحها على الوجه التالى : - $\frac{1}{6} / \frac{1}{3} / \frac{1}{6}$ فتصح هذه المسألة من ستة كالتالى :

(١) شرح الخرشي ٤ / ٤٠٢ ، البهجة شرح التحفة ٢ / ١٢١ ، الإيضاح للشماخى ٧ / ١٢١ .

(٢) حاشية سيدى الحسن بن رجال على الإقتان والإحكام شرح تحفة الأحكام ٢ / ٥٩ .

(٣) الحاوى الكبير للملوردى ١٦ / ٢٥٣ .

(٤) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٧ ، ويراجع / القسمة للكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٧٨ .

$\frac{1}{6} = \frac{2}{6} + \frac{2}{6} + \frac{1}{6}$ فيكون فى المعادلة ست سهام لصاحب السدس سهم ، ولصاحب الثلث

سهمين ، لصاحب النصف ثلاثة أسهم . ثم على هذا المثال فيما قل من العدد أو أكثر .

٣- تعديل المقسوم على قدر السهام ، فيجزأ المال الذى تراد قسمته إلى أجزاء متساوية، بعدد السهام التى تصح منها المعادلة ، دون استعانة بتقويم إن أمكن ، أو مع الاستعانة به .

فقد يعدل جزء من موضع ، جزعين من موضع آخر .

وإن استطاع القاسم أن يعدل دون رد عوض خارجى كان أولى ، وإلا استعان بالرد . المهم أن يفرز كل نصيب على حدة .

ومعنى ذلك أنه يجزأ المقسوم إلى أجزاء متساوية ذاتا وقيمة ، بعدد الأتصباء إذا تساوت تلك الأتصباء .

أو بعدد مخرج النصيب الأقل إن صحت منه المسألة - أى على أقل السهام - .

فإذا كان الشركاء ثلاثة على التساوى - أى لكل واحد الثلث - جزأ المال إلى ثلاثة أجزاء متساوية .

وإن كان لأحدهم النصف ، وللثاني الثلث ، وللثالث السدس ، يجزأ المقسوم أسداساً لأنه المخرج الجامع لتلك الكسور ، فيجزء المال إلى ستة أجزاء على التساوى .

أما إذا كان الشركاء الثلاثة فى تركة زوجاً $\frac{1}{2}$ ، وأما $\frac{1}{4}$ ، وإينا الباقي .

فإن المال يجزأ إثني عشر جزأ على التساوى ، لأن هذا العدد هو المخرج الذى تصح به هذه الكسور ، وهكذا^(١) .

٤- يقوم القاسم بتعليم كل سهم بعلامة مميزة ، كحد أو جهة والتوقيع أيسر وسيلة فترتب على التوالى ابتداء من أحد طرفى المقسوم ، فهذا هو الأول ، والذى يليه الثانى ، وما بجواره الثالث وهكذا .

وهذا الترتيب مقوض لرأى القاسم كما ذكره الشافعية^(٢) والحنفية .

والحنفية يزيدون أن على القاسم أن يشترط على المتقاسمين قبول الترتيب الذى يضعه^(٣) .

(١) شرح الغاية بهامش فتح القدير ٨ / ١٤ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٦٧ ، الحاوى الكبير للماوردي ١٦ / ٢٥٣ ، المغنى والشرح الكبير ١١ / ٥٠٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٦ .

٥- بعد الخطوات السابقة تكون السهام معلومة ، ويكون المال المقسوم قد جزأ إلى أجزاء متساوية بعدد تلك السهام .

فيأتي بعد ذلك دور القرعة التي تعين لكل صاحب سهم الجزء الذي يستحقه . ولكن كيف؟ هذا ما سننبه في الفقرة التالية .

رابعاً كيفية القرعة :-

ليست هناك كيفية خاصة يحتم الفقهاء التعامل بها ، ومن ثم فتصح القرعة كيفما كانت وبأى شيء ولو بالخواتيم أو الحصى أو الأقلام أو النوى ، لأن هذا كاف في حصول المقصود ، وهو تمييز الأنصبة^(١) . وقد حكى الواقدي أن رسول الله ﷺ قسم غنائم بني قريظة على خمسة أجزاء ، وكتب على إحداها "لله" وكانت السهمان يومئذ نوى .

إلا أن بعض الشافعية قالوا بأن القرعة لا تصح بأشياء مختلفة كدواة وقلم وحصاة أو بنادق^(٢) غير مستوية في الوزن أو الشكل ، لنلا تسبق اليد لإخراج الكبيوة ، وفيه ترجيح لصاحبها .

ورَدَّ هذا بأن استعمال هذه الأدوات في القرعة لن يضر بأحد من الشركاء ، لأن الغرض ، أن الذي يخرج القرعة لا يدري ماذا تعني هذه وماذا تعني تلك ، بل ربما لا يدري شيئاً أصلاً ، إذ إن غفلته مطلوبة ، ويفضل أن يكون طفلاً صغيراً^(٣) .

إلا أن المطالع لكلام الفقهاء يجد أن هناك ثلاث كيفيات اشتهرت في كلامهم :-

الكيفية الأولى :-

أن تكتب أسماء المتقاسمين في بطاقات من الورق مثلاً أو رقاعاً من القماش ، ثم تدرج كل بطاقة أو رقعة في بندقة من نحو طين أو شمع - والأولى أن تكون البنادق متساوية في الحجم والوزن - ، ثم توضع تحت ساتر ما ، كأن توضع في كيس ، أو في حجر من لم يحضر القسمة ، ويقال له أخرج واحدة ، ويقرأ ما بها .

(١) حاشية أبي السعود على شرح الكنز ٣ / ٣٥١ ، وشرح منح الجليل ٢ / ٦٤٤ ، الحلوى الكبير للمارودي ١١ / ٢٥٤ ، الإحصاف ١١ / ٣٥٦ ، العدة شرح العدة ٢ / ٢٤٠ .

(٢) البندقة : قطعة من الشمع أو الطين أو العجين أو أي مادة قابلة للتشكيل ، تجعل على شكل بندقة فتسمى باسمها . كشاف القناع ٦ / ٣٨٠ .

وفي المصباح للبندقي : المأكول المعروف ... والبندق أيضاً ما يعمل من الطين ويرمى به . المصباح المنير ، ص ١٥ ، ط الجيب ، مختار الصحاح ص ٦٥ .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢١ ، كليبوى وعميرة ٤ / ٣١٦ ، ولكن إذا اتفقا على أنه إذا ظهر غراب لفلان ، فهذا الفلان ، أو إن ظهر حمام ، فهذا لفلان ، لم يصح ولم يعتمد ، يراجع / إخلاص النوى لابن أبي بكر المقرئ ٤ / ٤٧٥ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

فمن خرج اسمه أولاً ، فله السهم الأول ، ويضاعف له مما يليه ، ثم يخرج بندقة ثانية ، فمن خرج اسمه بها فله السهم الذى يلي نصيب الأول ، ويضاعف له كما مضى إن لم يكفه . وهكذا حتى تنتهى إلى البندقة الأخيرة ، فلصاحبها ما بقى .

وهذه الكيفية هى الأولى وهى مفضلة عند الجميع ، لأنه لا يترتب عليها تغريق النصيب الواحد .

وهذه الكيفية اتفق عليها جماهير الفقهاء^(١) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، والشيعية الإمامية والزيدية والإباضية .

وبين الفقهاء أن الذى يتولى إدراج البطاقات فى البنادق هو القاسم نفسه وله إخراجها بنفسه ، كما ذكره الحنفية والمالكية^(٢) .

ولكن الأولى أن يأمر القاسم من لم يحضر القسمة بإخراجها ، لأنه أنفى للتهمة كما ذكره الشافعية والحنابلة^(٣) .

ولو اكتفى القاسم ببطى الأوراق دون أن يكون فى ظاهرها ما يميزها عن بعض - ولم يدرجها فى بنادق - فإنه يكفى أيضاً ، ولذا أغفل ابن رشد ذكر البنادق^(٤) .

الكيفية الثانية :-

أن تكتب الأجزاء - أى السهام - فى البطاقات - بدلاً من أسماء الشركاء - بعلاماتها المميزة كالأجزاء الشرقى ، أو الغربى ، أو الأوسط ، أو الجزء المجاور لدار فلان أو أرضه ، أو يعلمها بالأرقام ، وهى أسهل وأفضل - ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، إلخ - كل جزء أو سهم فى بطاقة على حدة ، وتدرج فى بنادق ، وتوضع تحت ساتر أو تغطى ، ثم تأمر من لم يحضر ولم يعلم شيئاً أن يخرج بندقة بندقة ، فيقول أخرج بندقة لزيد مثلاً ، فيكون له الجزء الذى بها ، ثم يخرج ليكر وهكذا .

ويلاحظ أن من له عدة أجزاء أو سهام نخرج له بطاقات بعدد الأجزاء التى يستحقها ، فمثلاً إذا كان الشركاء ثلاثة ، لواحد النصف ، وللثانى الثلث ، وللثالث السدس ، تكون البطاقات ستاً :-

(١) البحر الرائق ٨ / ١٧٣ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٩ ، المعونة على مذهب علم المدينة ٢ / ١٢٨٨ ، شرح منع الجليل ٣ / ٦٤٤ ، الحاوى الكبير للماوردى ١٦ / ٢٥٣ ، شرح المنهج ، بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٤ ، إخلاص النالوى لابن المقرئ ٤ / ٤٧٥ ، المغنى ٩ / ٧٦ ، الكافى لابن قدامه ٤ / ٣٢٣ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٤ وما بعدها ، البحر الزخار ٤ / ١٠٦ ، السيل الجرار ٣ / ٢٦٤ الإيضاح للشماخى ٧ / ١٢٥ وما بعدها .

(٢) تكملة فتح القدير مع الهداية ٨ / ١٤ . شرح الخرشى ٤ / ٤١١ .

(٣) حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٣ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١٥ .

(٤) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٧ .

ثلاث منها لصاحب النصف ، وشتان لصاحب الثلث ، وواحدة لصاحب السدس^(١) .

وهذه الكيفية ذكرها المالكية وجماهير الشافعية^(٢) ، ولكن بشرط تفادى تفريق النصيب الواحد ، إذ أنه قد يترتب على هذه الكيفية تفريق النصيب الواحد ، إذا تفاوتت الأنصباء ، وكان المقسوم عقاراً ، لأن ضرر التفريق إنما هو في العقار دون المنقول^(٣) .

وطريقة تفادى التفريق بين أجزاء النصيب الواحد تكون كالآتي :-

ففي المثال السابق ، لا يبدأ بإعطاء صاحب السدس أو الإخراج على اسمه ، لأنه قد يصادف حينئذ الجز الثاني أو الخامس ، فيتفرق نصيب صاحب النصف أو الثلث ، خاصة وأن للقاسم حق تعيين من يبدأ به من المتقاسمين عند إجراء القرعة ، كما ذكره الشافعية .

فيبدأ القاسم بصاحب النصف ثم صاحب الثلث أو العكس ، فإذا بدأ بصاحب النصف مثلاً فأخرج على اسمه سهماً ، فيكمل له القاسم حقه على اتصال ، فإذا أخرج له السهم الثاني مثلاً فإن القاسم يعطيه سهماً قبله وسهما بعده أيضاً ، أو يعطيه الثاني الذي خرج له والثالث والرابع .

ثم يوفى لصاحب الثلث نصيبه ، ثم يكون الباقي لصاحب السدس .

وهذه الطريقة أو الكيفية يجوز العمل بها إذا كانت الأنصباء متساوية ، عند المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية^(٤) .

أما إذا تفاوتت الأنصباء ، فمنع من الأخذ بها الحنابلة^(٥) ، وبعض الشافعية^(٦) ، ومنعتها الإمامية والزيدية خوفاً^(٧) من تفريق النصيب الواحد ، خاصة في العقار .

وأجازها المالكية وجمهور الشافعية بشرط تفادى تفريق النصيب الواحد ، كما أسلفت .

وقد سبق أن بينا أن الأولى اتباع الكيفية الأولى . وذلك قطعاً للنزاع الذي قد يحدث بين الشركاء ، كما لو بدأ بصاحب النصف مثلاً فخرج له السهم الثاني ، فهل يأخذه وما قبله وما بعده ، أو يأخذه وما بعده ؟

ولو خرج له السهم الرابع فهل يأخذه وسهمين قبله أو سهمين بعده ؟

(١) القسمة . د / إبراهيم عبد الحميد ص ٨٠ .

(٢) حاشية البيجوري على ابن القاسم ٢ / ٣٥٣ ، شرح المنهج مع حاشية الجمل ٥ / ٣٧٤ ، وروضة الطالبين ١١ / ٢٠٥ ، حاشية العنوي على شرح الخرشي ٤ / ٤١١ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٤٤ .

(٣) حاشية البيجوري على ابن القاسم ٢ / ٣٥٣ .

(٤) شرح الخرشي ٤ / ٤١١ ، الحاوي الكبير للموردي ١٦ / ٢٥٣ ، المغني ٩ / ٧٦ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٤ .

(٥) شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١٦ ، المغني ٩ / ٧٧ .

(٦) روضة الطالبين ١١ / ٢٠٥ ، الحاوي للموردي ١٦ / ٢٥٣ .

(٧) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٧ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٦ .

فقد يتسمك صاحب النصف بأخذه وسهمين قبله ، وقد يختلف مع أصحابه ، فيقولان له بل خذ وسهمين بعده ، فيؤدى إلى الخلاف والخصومة ، فقطعاً للخلاف والنزاع يكون الأولى للقاسم أن يخرج السهام على الأنصباء كالكيفية الأولى^(١) .

الكيفية الثالثة : -

أن تكتب أسماء المنتسمين فى البطاقات ، كل اسم فى بطاقة ، ويضعها تحت سائر على حدة .

ثم يكتب أسماء الأجزاء أو السهام فى البطاقات ، كل سهم فى بطاقة ، ويجعلها تحت سائر آخر على حدة ، ثم بطاقة من هنا ، وبطاقة من هنا ، ويفتح البطاقتين ، فمن خرج اسمه من بطاقات المنتسمين يكون له السهم الذى خرج من بطاقات الأسهم ، فيأخذه وهكذا . وبهذه الكيفية قال المالكية^(٢) .

ولكن فى هذه الطريقة ما يعيبها من احتمال تفريق النصيب الواحد عند تفاوت الأنصباء ، كما هو الحال فى الكيفية السابقة .

ولكن هذا العيب - التفريق - لا يمكن تفاديه إلا بجهد كبير ، إذ أن المالكية يقولون إذا حدث تفريق من جراء هذه الطريقة ، فإنه تعاد القرعة فيما وقع فيه التفريق من الأنصباء ، حتى يتم الاتصال بين النصيب الواحد ، فيحصل كل شخص على نصيبه بدون تفريق^(٣) .

وقد حاول البعض التخفيف مما يترتب على هذه الكيفية من تفريق الأنصباء ، فقالوا يأخذ ورقة من الأسماء وورقة من الأجزاء ، فمن خرج اسمه يأخذ هذا السهم الذى فى الورقة ، ويكمل له مما يليه إن بقى له شيء^(٤) .

ولكنى أرى أن احتمال التفريق لا يزال قائماً ، خاصة عند تفاوت الأنصباء ، فقد تؤخذ أولاً بطاقة صاحب المدس مثلاً - فى المثال السابق فيخرج له الجزء الثانى أو الخامس ، فيتفرق نصيب صاحبيه - وفى هذه الحالة إما أن تعاد القرعة ، أو يقر التفريق ، وهما أمران أحلاهما مر^(٥) .

فلا شك أن هذه الطريقة فيها صعوبة وعناء شديد ، ومن ثم فأرى أن الكيفية الأولى أرجح وأسهل من الناحية العملية . هذه هى الكيفيات التى ذكرها الفقهاء فى مؤلفاتهم .

(١) يراجع / أسنى المطالب مع حاشية الرمل الكبير عليه ٤ / ٣٣٢ ، حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٢ .

(٢) شرح الخرشي ٤ / ٤١١ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٤٧ ، التاج والأكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٤٤ ، المعونة ٢ / ١٢٨٨ ، المنتقى للباجى ٦ / ٤٩ .

(٣) حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤ / ٤١٢ .

(٤) التسوقى على الشرح الكبير ٣ / ٥١١ .

(٥) يراجع / القسمة د / إبراهيم عبد الحميد ص ٨١ .

وقد ذكر بعض الفقهاء أن للأتصباء مع المقسومات أربع حالات (١):-

- ١- مستوية الأجزاء ، والأتصباء .
- ٢- مستوية الأجزاء ، ومختلفة الأتصباء .
- ٣- مستوية الأتصباء ، ومختلفة الأجزاء .
- ٤- مختلفة الأجزاء ، والأتصباء .

(١) وتطبق على هذه الحالات الكيفيات السابقة في القرعة كما سبق بيانه .
يراجع الحاوى الكبير للماوردي ١٦ / ٢٥٣ . المغنى ٩ / ٧٦ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٤٤ وما بعدها .

المطلب الثاني

كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في القانون المدني مع المقارنة بالفقه الإسلامي

أولاً: كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في القانون المدني :

تنص المادة ٨٣٥ من التقنين المدني على أنه : -

”للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن ينقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها“
فيبين من هذه المادة أن القاعدة هي حق الشركاء على الشيوع في اختيار طريقة القسمة التي يرونها .

فقد يختارون أن تكون القسمة عينية ، فيفرزون نصيب كل منهم عيناً في المال الشائع ،
بأى نوع من أنواعها .

فيملك الشركاء الاتفاق على القسمة العينية ، بوسيلة تكوين الحصص ، فيقسم المال الشائع إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب إن كان ذلك ممكناً ، (المادة ٨٣٧ / ١) ،
وقد يتفق الشركاء في هذه الحالة على إجراء القرعة لتوزيع الأسهم أو الحصص على الشركاء ، أو يتفقون على عدم إجرائها .

كما يملك الشركاء الاتفاق على القسمة العينية بوسيلة التجنيب بدون معدل ، وذلك في الحالة التي ينال فيها كل شريك من الشركاء على الشيوع نصيباً يساوي حصته في المال الشائع ، بدون زيادة أو نقص . كما يملك الشركاء الاتفاق على القسمة العينية بوسيلة التجنيب بمعدل ، وذلك في حالة ما إذا حصل الشريك على نصيب أزيد من حصته ، فيرد مبلغاً من النقود يعادل تلك الزيادة للشريك أو للشركاء الذين نالوا نصيباً أقل^(١) .

وقد يتفق الشركاء على أن تكون القسمة كلية - كما هو الغالب - فتشمل جميع الشائع .

أو يتفقون على أن تكون القسمة جزئية ؛ فيبقون بعض المال في الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي ، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيباً لأحدهم ، ويستمر الباقيون في الشيوع فيما بقي من المال بعد التجنيب^(٢) .

(١) د / محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ١٤٠ ، المستشار / أنور طلبية - الوسيط في القانون المدني - ج ٣ ص ١٠٤

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٨٩٦ .

وقد يختار الشركاء القسمة بطريق التصفية ، فيبيعون المال الشائع ويقسمون ثمنه على الشركاء كل حسب مقدار حصته ، ويتفق الشركاء عادة على هذه الطريقة - إذا كان المال لا يقبل القسمة العينية ، أو إذا كانت القسمة عيناً تؤدي إلى الخسارة بهم .

وقد يتضمن الاتفاق الاقتصار على بيع جزء فقط من المال الشائع ، وقسمة ثمنه على الشركاء بحسب أنصبتهم ، بينما يظل باقي المال شائعاً بينهم أو يقسمونه عيناً .

ولهم إجراء البيع بطريق الممارسة ، أما إذا اختلفوا فيتم البيع بالمزاد ، وإذا اتفقوا على بيع المال بالمزاد فلمهم أن يقصروا المزايدة على الشركاء ، ولهم أن يسمحوا لأجنبي عن الشيوع بالدخول في المزاد (١) .

خلاصة القول أن للشركاء الحق في قسمة المال الشائع بينهم بأي وسيلة أو طريقة يتفقون عليها ، كما لهم الحق في الاتفاق على استعمال القرعة أو عدم استعمالها ، كل ذلك جائز طالما تراضوا على ذلك . وطالما كانت تحقق العدالة والمساواة بينهم .

ثانياً : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :-

يتبين مما سبق مدى ثراء الفقه الإسلامي بالأحكام العديدة والمتفرعة لمختلف أنواع المقسومات .

بينما القانون لم يتعرض لشيء من ذلك لامن قريب ولا من بعيد ، غاية الأمر أنه نص على أن للشركاء في القسمة الاتفاقية أن يقسموا كيفما شاءوا ، وبالطريقة التي يرونها طالما كانت محققة للعدالة .

وتعكس تفصيلات الفقه الإسلامي لكيفية القسمة مدى غلبة الفقهاء المسلمين بالأحكام وإهتمامهم بأمور الناس وتحريمهم الدقيق للعدالة ، حتى ولو كانت القسمة رضائية ، حتى لا تكون القسمة طريقاً لكل أموال الناس بالبطل استجابة لقول الحق جل وعلا : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (٢)

بينما لم يستطع شراح القانون المدني مجازاة الفقه الإسلامي فيما وصل إليه .

وعلى أية حال فبوسع المحكمين أو القضاء - في عصرنا الحاضر - أن يلجأوا لتفصيلات الشريعة الإسلامية في أحكامهم باعتبارها مصدراً ثالثاً للقانون المدني ، أو باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع كما هو نص الدستور .

(١) المستشار / محمد عزمي البكرى - قسمة المال الشائع - ص ٤٢ ، د / محمد المنجي - المرجع السابق - ص ١٤١ ، د / إبراهيم أبو الليل - أحكام حق الملكية - ص ١٧١ .

(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

ومع ذلك فالقانون المدنى يتفق مع الفقه الاسلامى فى أن للشركاء الحق فى القسمة بالطريقة التى يرونها وبأى كيفية شاعوا ، المهم أن تكون محققة للعدالة .

كما اتفق القاتون المدنى مع الفقه الإسلامى فى جعل القرعة وسيلة لتطبيب النفوس ، ورضائها بما انتهت إليه القسمة ، وإن انفرد الفقه الإسلامى بتنظيم أحكام القرعة بطريقة رائعة، وإبراز كفاءات متعددة تعكس مدى رقى الفكر الفقهى لدى فقهاء الإسلام .

أما كيفية القرعة فى القانون المدنى أو الوضعى ، فسنعرض لها بالتفصيل - إن شاء الله - عند الكلام على كيفية أو طرق القسمة القضائية ، ووقتئذ سنجرى مقارنة دقيقة بين كيفية القرعة فى الفقه الإسلامى وبين كيفيةها فى القانون الوضعى .

المبحث الثالث

نقض القسمة بالغبن

تمهيد وتقسيم:-

يشترط في القسمة - كما سبق أن تكون عادلة ، فإذا ما تخلف شرط العدالة هذا ، بلن وقع في القسمة غلط أو غبن فاحش ، فإتبه يجوز للمغبون أن يتمسك بنقض القسمة وإعادتها مرة ثانية ، تحقيقاً للعدالة .

والغبن كسبب لنقض القسمة ، كان الأصل في دراسته أن يكون ضمن طوارئ القسمة ، ولكن نظراً لتعلق الغبن الشديد بالقسمة الاتفاقية - لأن القانون لم يجرِ إلا نقضها فقط بسبب الغبن ما سيأتى - لذا قدمنا الكلام عليه هنا .

وأحب أن أنوه في بداية الأمر أن الفقهاء تارة يعبرون بالغبن وتارة يعبرون بالغلط بدل الغبن ، فكلاهما يجيز نقض القسمة إذا ثبت وقوعه .

ولا شك أن الغبن قد يكون بسبب الغلط ، وقد يكون أيضاً بسبب الجور المعتمد فيكون أحق بالإزالة^(١) .

فالغلط في القيمة غبن ، ومع ذلك فقد يكون الغلط ليس في القيمة ، بل في مقدار الواجب بالقسمة كالغلط في الحساب ، أو في الكيل ، أو في الوزن . وسنسير في دراستنا على التعبير بالغبن - إن شاء الله - .

وفى القانون كثيراً ما يغنى نقض القسمة للغبن عن إبطال القسمة للغلط في قيمة المال الشائع ، وإلى هذا تشير المناقشات التى دارت فى لجنة مجلس الشيوخ ، فى شأن المادة ٨٤٥ مدنى المتعلقة بنقض القسمة للغبن ، فقد قيل فى هذه اللجنة "النص هنا واجب لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الخطأ (الغلط)"^(٢) .

(١) الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٦ . وجاء فيها "دعى أحد المتقاسمين الغلط فى القسمة من حيث القيمة بأن ادعى غبنا فى القسمة" ، ويراجع / مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٥ ، ويراجع أيضاً / مواهب الجليل للخطاب ٥ / ٣٤٥ وهامشه التاج والإكليل - وجاء فيه "ونظر دعوى جور أو غلط" .
ويراجع / القسمة - د / إبراهيم عبد الحميد ص ٩٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ / ١٢٩ ، ومع ذلك فإن هناك من الشراح من يقرر أنه يوجد فروق ما بين نقض القسمة للغبن ، وإبطال القسمة للغلط . فالغلط أولاً : لا يقتصر على الغلط فى القيمة ، بل يتناول أيضاً الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ أو فى الشخص أو فى الباعث ، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن ، وفيما يتعلق بالغلط فى القيمة ، لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس فى الغبن ، ومدة رفع الدعوى فى الغبن سنة واحدة منذ القسمة ، وهى ثلاث فى الغلط منذ كشفه ، ومهما يكن من أمر ، فإذا وقع فى القسمة غلط جوهرى ، ولكن المتقاسمين الآخرين لم يدعوا استعادتهم لتلاقي نتائجهم بإجراء -

وعلى أية حال فإننا سنسير على التعيير بالغبن نظرا لكثرة الأحكام والتفريعات ، مع إشارة إلى ما ينفرد به الغلط من أحكام إذا اقتضى الأمر .

ودراسنا للغبن كسبب موجب لنقض القسمة ، لقوت العدالة المقصودة في القسمة بين الشركاء ، تقتضى منا أن نبين أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض بالغبن في مطلب أول .

ثم نبين مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة ، وكيفية حسابه ، ووقت تقديره في مطلب ثان . وأخيرا نبين دعوى نقض القسمة بالغبن ، وآثارها في مطلب ثالث .

ومن ثم فيشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض بالغبن .

المطلب الثانى : مقدار الغبن الذى يجيز نقض القسمة ، وكيفية حسابه ووقت تقديره .

المطلب الثالث : دعوى نقض القسمة بالغبن وآثارها .

- قسمة تكميلية مثلا أو بتعويض ، لم يكن لمن وقع فى الغلط الإصرار على إبطال العقد عملا بأحكام المادة ١٢٤ مدنى .

يراجع / د/ السنهورى - الوسيط ٨ / ٨٩٨ ، ٨٩٩ هامش ٤ ، د : إسماعيل غاتم - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٧٨ ، ١٧٩ هامش ١ ، وانتظر فى جواز إبطال القسمة للغلط نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٣ ص ٣٦٢ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٨٨٧ فقرة ٢٢ .

المطلب الأول

أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن

قبل أن نبين أنواع القسمة التي يجوز نقضها بسبب الغبن أو الغلط ، فإنه يجدر بنا أن نعرف الغبن أولا .

فالغبن لغة : الوكس ^(١)، والوكس هو النقص ^(٢)

وغيبن غبنا : نسيه أو أغفله أو غلط فيه ^(٣).

وفي اصطلاح الفقهاء : -

فيقصد بالغبن في العقود : عدم التكافؤ بين البديلين في القيمة ، ولا يعلمه المغبون ، أثناء التعاقد في عقود المعاوضات المالية ^(٤).

أو المراد به :

أن يكون أحد البديلين في عقود المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد ^(٥).

وعرف الغبن في القسمة بأنه : -

نقص في قيمة النصيب المقسوم ، دون وجه حق ، نقضا يؤدي إلى اختلال المعادلة بينهما ^(٦).

أما في القانون المدني : -

فقد عرفه شراح القانون بتعريف قريب من تعريف فقهاء الإسلام .

فالغبن هو عدم تعادل واضح ، أو غير مألوف في التعامل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين ، وبين ما يأخذ مقبرا وقت العقد ، وينشأ عن استغلال الطرف الآخر لحالة الضعف الذي وجد فيها هذا المتعاقد ^(٧).

وعرفه بعضهم بتعريف مختصر : فهو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذ ^(٨).

(١) لسان العرب ٥ / ٣٢١١ .

(٢) المرجع السابق ٦ / ٤٩٠٦ ، القاموس المحيط ٢ / ٢٥٨ .

(٣) القاموس المحيط ٤ / ٢٥٣ ، تاج العروس للزبيدي ٩ / ٢٩٣ ، النظم المستعزب لابن بطال الركبي بهامش المهند ١ / ٣٣٨ .

(٤) رسالة الغبن وأثره في العقود للدكتور / سعد الدين مسعد هلاكي - رسالة دكتوراة - ص ١٠٧ .

(٥) وهذا التعريف للشيخ علي خفيف - يراجع / مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٨ .

(٦) د / سيد محمود عمر - القسمة ص ٣٩٨ .

(٧) د / توفيق حسن فرج - نظرية الاستغلال في القانون المدني ص ١٠ - رسالة دكتوراة سنة ١٩٥٧ ، من كلية الحقوق جامعة الاسكندرية .

(٨) د / السنهوري - الوسيط - ١ / ٣٥٥ ، د / أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام ص ١٧٧ ،

د / عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام ص ١٧٢ .

وعرفه آخر بأنه : -

اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه (١).

ونبين بعد ذلك أنواع القسمة التي يجوز نقضها للغبن في الفقه الإسلامي أولا ، ثم في القانون المدني ثانيا .

أولا : - أنواع القسمة التي يجوز نقضا للغبن في الفقه الإسلامي : -

لم تتفق كلمة الفقهاء على نقض القسمة بسبب الغبن ، بل منهم من منع نقض القسمة للغبن ، ومنهم من أجازها ، ولكي نستطيع توضيح آراء الفقهاء بوضوح ، فإننا سنبين موقفهم من قسمة الإيجاب ، ثم نبين موقفهم من قسمة التراضي ، وذلك على النحو التالي : -

(١) - آراء الفقهاء في نقض القسمة الإيجابية للغبن : -

اختلف الفقهاء في نقض القسمة الإيجابية للغبن على قولين : -

القول الأول : -

تسمع دعوى الغلط أو الغبن إذا كانت القسمة إجبارية ، وتنقض القسمة بثبوت الغلط أو الغبن .

وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية إذا لم يكن المدعى قد أقر بالاستيفاء ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة (٢) - إذا قسم قاسم القاضى أو من هو بصفاته - ، والشيعة الزيدية ، والإمامية ، والإباضية .

ووجهتهم في ذلك : أن التعادل شرط صحة القسمة في كل حال مالم ينزل أحد عن شيء بطيب نفس منه .

ولأن الإيجاب أو القضاء مشروط بالعدالة (٣).

القول الثاني : -

لا تسمع دعوى نقض القسمة الإيجابية للغبن إذا كان المغبون قد أقر بالاستيفاء .

(١) د / محمود جمال الدين زكي - النظرية العامة للاقتراعات - ص ١٥٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٥ ، شرح العنانية مع الهداية ٨ / ٢١ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٧٠ ، شرح

الزرقاني ٦ / ٢٠٦ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٥ ، كتاب التمشية لابن المقرئ ٣ / ٧٦٣ ، المغنى والشرح

الكبير ١١ / ٥٠٦ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥١٧ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٩ ، السيل الجرار ٣ /

٢٦٧ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢٢١ ، كتاب الإيضاح للشماخي ٧ / ١٤٤ ، ١٤٥ ،

(٣) البحر الرائق ٨ / ١٧٧ .

وبهذا قال بعض الحنفية^(١) ، والبعض الآخر^(٢) قال : تسمع منه الدعوى ، ولكنه لا يصدق إلا بحجة .

ووجهتهم في ذلك : -

أن دعوى النقض للغبين مع سبق إقراره بالاستيفاء فيه تناقض ، لأن الإقرار باستيفاء الحق إقرار بوصول حقه إليه بكامله ، ودعوى الغلط أو الغبن إخبار أنه لم يصل إليه حقه بكامله فيتناقض .

(١) يراجع بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٥ ، وتحقيق المسألة في المذهب الحنفي كالتالي : -

أنه عند ادعاء الغبن فلما أن تكون هناك حجة من جانب المدعى من بينة أو إقرار أو نكول ، أو إقرار من جانب المدعى عليه ، فإنه القسمة تكون مستحقة للفسخ وتسمع دعوى الغبن ، سواء كانت القسمة إجبارية أم رضائية .

ويرى بعض الحنفية أن القسمة الرضائية لا تنقض . أما دعوى الغبن التي لا يستلزمها حجة ، فهذه إما أن يكون قد سبق من صاحبها إقرار باستيفاء حقه أو لا يكون .

فإن كان لم يسبق من صاحبها إقرار باستيفاء حقه تسمع دعواه ، ويستخلف له المدعى عليهم ، لأنه يدعى ممكنا ، وهؤلاء ينكرون . " والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر " فلن كان المدعى قبله اثبتون فحلف واحد ونكل الآخر يجمع للتصبيان - نصيب المدعى ونصيب الناكل - ، ويقسم المجموع بينهما بنسبة حقيهما ، لأن النكول حجة في حق الناكل دون الحالف . أما دعوى الغبن المجردة من الحجة (البينة أو الإقرار أو النكول) ، والمسبوقه بإقرار المدعى باستيفاء حقه ، فهذه الدعوى لا تسمع لمكان التناقض فيها . وقد بين ابن عابدين في حاشيته أن هذا هو الراجح في المذهب ، وهو ما عليه عامة المتون وعليه الفتوى . حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٦

وما سبق لم ينظر فيه إلى سبق الإقرار باستيفاء الحق إلا في حالة تجرد الدعوى مما يسندها .

ولكن بعض الحنفية يرى أنه لا تقبل الدعوى المسبوقه بإقرار المدعى باستيفاء حقه ، حتى ولو كان لديه حجة أو برهان كشهادة رجلين عدلين خيرين ، وذلك لمكان التناقض فيها . وقالوا بأنه لا تقبل الدعوى إلا في إحدى حالتين اثنتين ، لانتفاء معنى التناقض فيهما : -

أ - حالة تضمن الدعوى معنى الغصب : كأن يدعى أنه بعد ما قبض حقه أخذ مقامه بعضه ، وينكر هذا المقاسم .

ب - حالة إقرار المدعى عليه : كما إذا اقسما تدار وأشهدا على القسمة والتقبض والوفاء ، ثم ادعى أحدهما أن صاحبه أخذ حجرة منه ، لم يصدق إلا أن يقر به صاحبه ، لأنه متناقض .

وبهذا قال القنوري وصاحب الهداية وجماعة من المفتين كقاضى خان ،

حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٥ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٣ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٦ ، الهداية والبداية مع شروحهما العناية وتكملة فتح القدير ٨ / ٢١ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٦ حاشية الغلابي على تبیین الحقائق ٥ / ٢٧٣ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٤ .

وهذا لا شك أنه مجاف لروح العدالة ، إذ كيف ينكر على المدعى حقه بعدما ظهر كالشمس الطالعة لمجرد أنه أقر خطئا باستيفائه .

والراجع : -

ماذهب إليه جمهور الفقهاء ، وهو أن دعوى الغبن تسمع إذا كانت القسمة إجبارية ، سواء أقر المدعى بالاستيفاء أو لم يقر ، لأن إقراره كان على ظن أنه أعطى حقه ، لكنه لما تأمل ظهر الغلط فلا يؤخذ بإقراره .

ولأن القسمة الأصل فيها أن تقع تعديلا للنصيباء من غير زيادة على المستحق من النصيب ولا نقصان عنه ، فإذا اختلف هذا الأصل كان من حق الشريك المغبون أن يطالب ببقية حقه ، ويجاب إلى حقه طالما ثبت ذلك ، وإلا كانت القسمة غير عادلة .

والله أعلم

(٢) - آراء الفقهاء في نقض القسمة الرضائية للغبن : -

اختلفت آراء الفقهاء في جواز نقض القسمة الاتفاقية ، أو الرضائية بالغبن أو الغلط على

قولين : -

القول الأول : -

إن دعوى الغبن أو الغلط تسمع في القسمة الرضائية كما تسمع في القسمة الإجبارية ، ومن ثم فتنتقض إذا ثبت الغبن أو الغلط .

وبهذا قال بعض الحنفية - وهو الأصح عندهم ^(١) - ، وهو ماذهب إليه الشافعية ^(٢) على القول عندهم بأن القسمة إفراز لا بيع ، وهو أحد القولين عندهم إذا كانت القسمة بيعا ^(٣) ، وهو قول المالكية ^(٤) إذا وقعت بعد تعديل وتكوين .

وهو قول الحنابلة إذا كان القاسم منصوب الشركاء ولم يوجد الرضا بعد القرعة ، وبهذا قال ابن قدامة مطلقا ، سواء كان القاسم هو الشركاء أو غيرهم ^(٥) .

وبه قال الزيدية إذا كان المغبون لم يحضر القسمة أو كان صغيرا ^(٦) وهو الراجح عند الإمامية ^(٧) وهو وجه مرجوح عند الإباضية ^(٨) .

(١) الدر المنقلى بهامش مجمع الأبر ٢ / ٤٩٥ ، وهذا القول هو ما عليه القوي في المذهب ، البحر الرائق ٨ / ١٧٧ ، ١٧٨ .

(٢) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٥ ، فروضة ١١ / ٢٠٩ ، الفرر البهية شرح متن البهجة الوردية ٥ / ٣٠٣ .
(٣) أى فيها تعديل أورد . أما قسمة الأجزاء فليها تنقض للغبن قولاً واحداً . يراجع / فتح الوهاب شرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصارى ٢ / ٢١٩ ط عيسى الحلبي .

(٤) معين الحكام ٢ / ٥٩٩ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٤٨ .

(٥) المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٨ ، الإقناع ٤ / ٤١٨ ، نيل المأرب شرح دليل الطالب ٢ / ١٨٣ .

(٦) شرح الأثر ٣ / ٣٩٥ .

(٧) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦١ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢٢١ .

(٨) شرح كتاب النيل ١٠ / ٦٤٨ .

واستدلوا بما يلي :

(١) - لأن ما ادعاه الشريك من الغبن محتمل ، ثبت بينه عادلة ، فتتقضى القسمة ولو كانت رضائية ، قياسا على مآلو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ، ثم ادعى غلطا في كيله أو وزنه^(١).

(٢) - ولأن المعادلة شرط في القسمة ، والتعديل في الأثنياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة . فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش ، فات شرط جواز القسمة ، فيجب نقضها^(٢).

(٣) - ولأن المدعى عليه في مسألتنا لو أقر بالغلط أو الغبن لتقضت القسمة ، ولو سقط حق المدعى بالرضا ، لما نقضت القسمة بإقرار المدعى عليه ، قياسا على مآلو وهبه الزائد^(٣).

(٤) - واستدل المالكية على قولهم بنقض قسمة التراضي إذا كانت بعد تقويم وتعديل : بأنها بالتقويم والتعديل أشبهت القرعة ، فتأخذ حكمها في النقص بالغبن^(٤).

(٥) - واستدل الشافعية على نقضهم للقسمة الرضائية للغبن بناء على أنها إفراز ، بأنه إفراز مع التفاوت ، ولا يتحقق إفراز مع التفاوت ، فتتقضى القسمة لحكم العدل فيها^(٥).

واستدل أصحاب الوجه القائل بأن القسمة تنتقض وإن كانت بيعا ، بأن الشركاء وإن تراضوا على القسمة ، إلا أن تراضيتهم هذا كان مبنيا على اعتقادهم أنها قسمة عدل ، فبأن خلافه ، فوجب نقضها للغبن^(٦).

القول الثاني : - إن دعوى الغبن أو الغلط لا تسمع في القسمة الرضائية ، فلا تنقض القسمة الرضائية بسبب الغبن .

وهذا هو أحد القولين عند الحنفية^(٧) ، وهو قول المالكية^(٨) إذا كانت القسمة مرأضا بدون تعديل ولا تقويم ، وهو أصح الوجهين عند الشافعية بناء على أن القسمة بيع^(٩) ، وهو

(١) المغني لابن قدامة ٧٨ / ٩ .

(٢) شرح الخليلي بهامش تكملة فتح القدير ٢٢ / ٨ .

(٣) المغني لابن قدامة ٧٨ / ٩ .

(٤) الخرشى ٤ / ٤١٢ ، الزرقلى ٦ / ٢٠٦ .

(٥) فتح العزيز ١٢ / ٥٥١ .

(٦) مغني المحتاج ٤ / ٤٢٥ .

(٧) يراجع / شرح الخليلي بهامش فتح القدير والهدية ٨ / ٢٢ ، الفتاوى البزورية الجزء الثالث منها ص ١٤٧ بهامش الفتاوى الهندية جزء ٥ ، شرح الكنز للعلامة ملا مسكين بهامش حاشية أبى السعود ٣ / ٣٥٢ .

(٨) معين الحكم ٢ / ٥٩٩ ، الشرح الصغير ٥ / ١٧٨ .

(٩) أسنى المطلب ٤ / ٣٣٤ ، وهذا الخلاف عند الشافعية إن اعتبرنا الرضا بعد خروج القرعة ، فإن لم نعتبره بعد القرعة ، فحكم قسمة التراضي كقسمة الإيجار تنقض للغبن . الروضة ١١ / ٢٠٩ .

* وأيضا محل الخلاف إذا لم يكن المال ربويا ، فإن كان ربويا وتحقق غلط في كيله أو وزنه فالقسمة باطلة لا محال * تحفة المحتاج بهامش شرواني وابن القاسم ١٠ / ٢١٠ .

قول جمهور الحنابلة إذا كان القاسم منصوب الشركاء أو هم أنفسهم ، ورضوا بقسمته بعد القرعة^(١).

وهو قول الشيعة الزيدية إذا كان المغبون في قسمة التراضي حاضرا وقت القسمة ، فإن كان غائبا فتسمع دعواه ، ومثله الصغير^(٢).

وهو وجه مرجوح عند الإمامية^(٣) ، وهو قول الإباضية في الراجح عندهم^(٤).

واستدلوا بما يلي :-

(١) إن القسمة بالتراضي في معنى البيع ، ودعوى الغبن في البيع من المالك لا توجب نقض البيع ، فكذلك القسمة لا تنقض قياسا على البيع لوجود التراضي^(٥).

(٢) - ولأن المدعى المغبون قد رضى بذلك ، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه ، فصار كما لو اشترى شيئا بغبن ، فلا نقض فكذا هنا^(٦).

(٣) - ولأنه قد يجوز أن يكون قد رضى بأقل من حقه^(٧).

(٤) - واستدل المالكية على عدم النقض بالغبن إذا قسمت مرضاة بدون تعديل ولا تقويم ، بأن قسمة المراضاة بدون تعديل ولا تقويم قد خالفت القرعة وأشبعت البيع ، فلا تنقض بالغبن^(٨).

وهذه الأوجه السابقة مدارها كلها على رضا الشريك المغبون بما صار إليه ، وأن هذا الرضا مسقط لحقه في التمسك بالغبن قياسا على البيع .

إلا أن هذا الاستدلال لم يسلم لأصحاب القول الثاني ، فنناقشه أصحاب القول الأول بما يلي :-

(١) قولكم إن حق المغبون في الزيادة التي صارت لشريكه قد سقط برضاه لا يصح ، فإنه إنما يسقط مع علمه ، أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضى بناء على هذا ، ثم بان له الغلط ، فلا يسقط به حقه كالثمن والمسلم فيه ، فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة

(١) الكافي لابن قدامة ٤ / ٣٢٤ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٩ .

(٢) حتى ولو قسم لهما الوكيل أو الولي ، لأن تصرفهما لا ينفذ مع الغبن القلش ، البحر الزخار ٤ / ١٠٩ ، شرح الأثر هو ٣ / ٣٩٥ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦١ .

(٤) الإيضاح ٧ / ١٤٥ ، شرح النيل وشفاء العليل ١٠ / ٦٤٨ .

(٥) شرح الخلية بهامش تكملة فتح القدير ٨ / ٢٢ .

(٦) المغني ٩ / ٧٨ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ .

(٧) الحاوي الكبير للموردي ١٦ / ٢٦١ .

(٨) التواكه اللواتي ٢ / ٣٢٨ ، شرح الزرقاني ٦ / ٢٠٦ .

مكايل راضيا بذلك ثم ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثني عشر ، وثبت ذلك ببينة ، لم يسقط حق واحد منهما بالرضا ، ولا يمنع سماع دعواه وبينته (١).

(٢) أن من رضى بشئ بناء على ظن تبين خلاقه ، لم يسقط به حقه ، قياسا على ماله اقتسما شيئا وتراضيا به ، ثم بان أن نصيب أحدهما مستحق ، فإنه لا يسقط .

فإن قيل : فلم لا تعطى المظلوم حقه ، ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه .

قلنا : لأن الغلط ههنا في نفس القسمة بتقويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لقوات شرطها ، وفي المسلم فيه والثمن الغلط في القبض دون العقد ، فإن العقد قد تم بشروطه ، فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته ، بخلاف مسألتنا (٣).

القول الراجح : -

أرى رجحان ماذهب إليه القائلون بأن دعوى الغلط أو الغبن في القسمة الرضائية تسمع مطلقا ، كما في القسمة الإجبارية وهم أصحاب القول الأول . وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها .

أما أدلة أصحاب القول الثاني فقد نوقشت وثبت ضعفها .

ولأن رضا مدعى الغلط أو الغبن بالقسمة مبنى على ظنه أنه أعطى حقه ، ثم لما نظر في أمره ظهر له الغلط ، فلا يسقط حقه .

وقد يكون مدعى الغبن هذا غير بصير بأمره جيدا ، فرضا بالقسمة استنادا إلى عدالة القاسم ، ثم تبين له بعد ذلك وقوعه في الغبن ، فينبغي ألا يسقط حقه في رد هذا الغبن عنه ، لنلا يكون هناك أكل لأموال الناس بالباطل ، وهو منهي عنه .

وعلى ذلك تسمع دعوى الغبن في القسمة الرضائية ، كما تسمع في القسمة الإجبارية .

ثانيا : أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبن في القانون المدني : -

سبق أن بينا أن القسمة تخضع لمبدأ عام ، وهو المساواة بين المتقاسمين حسب حصصهم ، فإذا وقع في القسمة غبن فاحش لحق بأحد الشركاء ، فإن مبدأ المساواة هذا يكون قد تخلف ، فتكون القسمة بذلك غير عادلة .

وتناديا لذلك عالج المشرع الوضعي هذا الأمر بنص قانوني خص به القسمة غير العادلة.

فتنص المادة ٨٤٥ مدني على أنه : -

(١) المظني لابن قدامة ٧٨ / ٩ .

(٢) المظني لابن قدامة ٧٨ / ٩ .

١ - "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً ، أو عينا ما نقص من حصته" (١).

وهذا النص استحدثه المشرع الوضعى فى القانون المدنى المصرى الحالى ، حيث لم يكن موجودا فى التقنين السابق ، مقتنياً فى ذلك أثر القانون المدنى الفرنسى (المادة ٨٨٧ وما بعدها) (٢).

وعلة استحداث هذا الحكم هى الحرص على تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، واعتبار هذا المبدأ أساساً جوهرياً (٣).

فإذا لم تتحقق المساواة فالنص هنا واجب ، لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الغلط (٤).

فى ضوء ما سبق نبين أنواع القسمة التى يجوز فيها النقض للغبن .

بالرجوع إلى نص المادة ٨٤٥ / ١ سالف الذكر ، نجد أنها تنص صراحة على أنه لا يعتد بالغبن إلا فى القسمة الاتفاقية ، وبالتالي فإنه لا يعتد بالغبن الحاصل فى القسمة القضائية.

فيقتصر نقض القسمة للغبن على القسمة الاتفاقية وحدها ، أى القسمة الحاصلة بطريق التراضى بين الشركاء . ونقض القسمة الاتفاقية للغبن ، سواء كانت قسمة عينية بمعدل ، أو بغير معدل ، كلية كانت أو جزئية ، وكذلك يجوز النقض للغبن حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والغبن الذى يعتد به هنا ليس هو الغبن الذى يقع فى بيع المال الشائع إذا كان

(١) ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية : -

القانون المدنى الليبى مادة ٨٤٩ . نص مطابق لما جاء فى القانون المدنى المصرى - د/ على سليمان - شرح القانون المدنى الليبى ص ١١٨ .

والقانون المدنى السورى - مادة ٧٩٩ - (مطابق) .

أما القانون المدنى العراقى فى المادة ١٠٧٧ . فيتفق مع القانون المدنى المصرى على نقض القسمة الاتفاقية للغبن الفلحش ، إلا أنه يختلف عن التقنين المصرى فى أن مقدار الغبن فى المنقول يتفاوت باختلاف نوع المنقول ، وفى أن مدة رفع الدعوى ستة أشهر بدلا من سنة فى التقنين المصرى .

يراجع / د/ صلاح الدين الناهى - الحقوق العينية الأملية - ص ١٨٢ .

(٢) ولكن المشرع الوضعى فى مصر لم يجاره فى تعميم هذا الحكم على نوعى القسمة ، بل قصره على القسمة الاتفاقية ، كما خالفه أيضاً فى تحديد نصاب الغبن ، إذ جعله بما يزيد على الخمس ، بينما جعله القانون الفرنسى بما يزيد على الربع .

يراجع / د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٥٠ .

(٣) د/ محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٥١ ، د/ البدر اوى - حق الملكية - ص ١٩٨ .

(٤) منكرة الأعمال التحضيرية ٦ / ١٢٩ .

المشتري أجنبيا ، وإنما هو الغبن في قسمة الثمن بين الشركاء ، أو الغبن في بيع المال الشائع إذا كان المشتري أحد الشركاء ، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة .

وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع ، أو عقد مقايضة ، أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، ففي جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن (١).

أما القسمة القضائية فلا تسرى عليها أحكام الغبن على خلاف الحال في القانون الفرنسي الذي يبيح نقض القسمة القضائية للغبن .

وقد تم تبرير ذلك بأنه : يفترض في القسمة القضائية أن كل الاحتياطات ، والضمانات قد اتخذت لمنع الغبن (٢) بما يكفل تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، فإذا ترتب على ذلك غبن بالرغم من كل الاحتياطات والضمانات ، فيكون غبنا لم يكن في الوسع تجنبه (٣) ، فيعفى عنه .

إلا أن هذا التبرير كان محل نظر لدى جانب من الفقه (٤) ، حيث أشار إلى أن قضاء القاضي مقيد بالعدل كما في القسمة الاتفاقية ، وبالتالي فإنه إذا ظهر غبن في القسمة القضائية ، فإنه يتم نقضها كما لو ظهر غبن في القسمة فإنه يتم نقضها كما لو ظهر غبن في القسمة الاتفاقية ، وقد استند هذا الفقه إلى ما جاء في الفقه الإسلامي من أن القسمة تنقض للغبن سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية .

وكان من الممكن أن تنقض القسمة القضائية لظهور الغبن الفاحش كالقسمة الاتفاقية ، أسوة بما جاء في الفقه الإسلامي ، ومسايرة للقانون المدني الفرنسي . ولكن صريح نص المادة ٨٤٥ يحول دون ذلك (٥).

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

مما سبق يتضح لنا اتفاق القانون المدني مع الفقه الإسلامي ، في أنه يجب أن تكون القسمة عادلة ، فإذا ماظهر غبن بعد القسمة ، فإن هذا يكون إخلالا بعدالة القسمة يقتضى جواز رفع دعوى نقض القسمة من المخبون .

(١) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٠٤ ، ٩٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ / ص ١٢٨ ، د : حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٧٣ .

(٣) د / لبيب شنب - موجز في الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٠٣ .

(٤) د / عبد الناصر العطار - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٣٧ .

(٥) د / سيد محمود عمر - القسمة - ص ٤٣٥ .

ولكن لا سيبل إلى القول بنقض القسمة القضائية للغبن إلا بتعديل نص المادة ٨٤٥ ، كما هو وارد بقانون الحقوق والموجبات اللبني مادة ٩٤٧ والتي تنص على أنه : - " لايجوز إبطال القسمة سواء كانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، إلا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخداع أو الغبن " .

ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في جواز نقض القسمة الاتفاقية للغبن .

أما القسمة القضائية فقد سبق أن بينا رجحان جواز نقضها للغبن في الفقه الإسلامي .

أما في القانون فإنه لايجوز نقض القسمة القضائية للغبن ، متفقا بذلك مع قول مرجوح في الفقه الإسلامي .

فالقانون المدني يقصر النقض للغبن على القسمة الاتفاقية وحدها . وهذا منتقد من بعض فقهاء القانون ، مطالبين بسماع دعوى الغبن في القسمة القضائية كذلك .

إذ إنه ينبغي أن يشمل أثر الغبن أنواع القسمة كلها ، لأنه لا فرق بين نوع وآخر منها فيما تقتضيه قواعد العدالة .

فكما أن القاسم في القسمة الاتفاقية يرد عليه الخطأ أو الجور ، فكذلك القاضي أو القاسم في القسمة القضائية .

ومن ثم كان مسلك الشريعة الإسلامية أدق ، فضلا عن كونه مراعيًا لمصالح الشركاء .

والقول بأن هذا يؤدي إلى تعطيل الأحكام النهائية وعدم استقرار التعامل بها .

فنقول أنه متى ظهر الغبن في القسمة القضائية ، فإنه ينبغي أن تسمع الدعوى ، فلا استقرار لحكم ينطوي على خطأ ثبت وجوده ، وإلا لأدى ذلك إلى أكل أموال الناس بالباطل .

ومن ثم فإنني أطلب مع غيري^(١) بتعديل نص المادة ٨٤٥ مدني ، لتشمل نقض القسمة القضائية للغبن كالقسمة الاتفاقية .

الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يكفي لنقضها : -

الأصل أنه وفقا للقواعد العامة أن الغبن وحده لا يؤثر في صحة العقد ، إلا إذا كان قد استغل في المتعاقدين الآخر طيشا بينا ، أو هوى جامحا كما هو نص المادة ١٢٩ مدني .

ولكن المشرع الوضعي خص القسمة بأحكام خاصة في شأن الغبن ، فأجاز نقض القسمة الاتفاقية للغبن ، حتى ولو لم يصاحبه تدليس أو غلط ، أو لم يكن نتيجة استغلال من جانب أحد المتعاقدين .

فالغبن في حد ذاته عيب يكفي لنقض القسمة الاتفاقية ، بناء على طلب الشريك المغبون ، الأمر الذي يعني أن المشرع يقيم الغبن على أساس مادي بحت ، موداه أن مجرد حصول الغبن في عقد القسمة الاتفاقية ، يكون كافيا بذاته لنقض القسمة طالما كان زائدا على الخمس^(٢) .

(١) د / سيد محمود عمر - مرجع سابق - ص ٤٤٦ .

(٢) وبهذا يختلف الغبن في القسمة عن الاستغلال الذي هو عيب في إرادة المتعاقدين ، والذي يشترط فيه ركنان : أولهما : مادي وهو اختلال التعامل في الالتزامات المتبادلة .

وثانيهما : معنوي وهو استغلال طيش بين أو هوى جامع في أحد المتعاقدين ، أما الغبن في القسمة فليس له إلا ركن واحد ، وهو اختلال التعامل . -

والعلة في اختصاص القسمة بهذا الحكم الاستثنائي ، هي رغبة المشرع الوضعي في تحقيق المساواة التامة بين الشركاء ، بحيث يضمن حصول كل شريك على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة . فالقسمة تقوم على تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك والنطاق المعنوي ، فهي لا تتقل للمتعاقبم حقاً لم يكن له من قبل ، وإنما تؤدي إلى مجرد تحديد حق الشريك دون تغيير ، فلا تتضمن شيئاً من المضاربة على خلاف عقود المعاوضات الناقلة للحقوق كالبيع^(١).

ويلاحظ أن الغبن في القسمة يختلف عن الغبن في البيع الذي نصت عليه المادة ٤٢٥ في أنه لا يشترط أن يكون محل القسمة عقاراً ، ولا أن يكون المتعاقبم المغبون غير كامل الأهلية^(٢).

وأما الفقه الإسلامي فيفهم من إطلاق القول بنقض القسمة ، إذا ثبت الغبن فقط ، عدم اشتراط أن يكون للغبن قد وقع نتيجة تغيير أو استغلال . فيكفي مجرد ثبوت الغبن لنقض القسمة ، فيقول صاحب الدر المختار من الحنفية : " ولو ظهر غبن فاحش لا يدخل تحت التقويم في القسمة ، فإن كانت بقضاء بطلت اتفاقاً .. " (٣).

ويقول صاحب أسنى المطالب من الشافعية : " ونقض قسمة الإيجار للغلط وللحيف " (٤).

ويقول صاحب المختصر من المالكية : " ونظر في دعوى جور أو غلط وحلف المنكر ، فإن نفاحشاً أو ثبتاً نقضت " وعلق على ذلك الخرشي فقال : - " والمراد بالجور ما كان عن عمد ، وبالغلط ما لم يكن عن عمد " (٥) .

فالمقصود بالغلط أي الخطأ الذي لم يعتمد وقد نقضت القسمة به ، فيفهم من ذلك أنه لا يشترط تغيير في القسمة . وقد بين شارح مجلة الأحكام العدلية ، أنه لا يشترط في دعوى الغبن الفاحش في القسمة وجود التغيير كما في البيع^(٦) .

-
- ولكنهما يتفقان في النتيجة وهي القابلية للإبطال ، د / اسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ١٨٠ ، د / حسن كيرة - مرجع سابق - ص ٤٧٢ ، د / لبيب شنب - مرجع سابق - ص ٣٠٣ .
- (١) يراجع في ذلك د / المسنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٠١ ومابعدها ، د / لبيب شنب - مرجع سابق - ص ٢٠٣ ، د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٨٨ ، د / عبد الناصر العطار - مرجع سابق - ص ١٣٧ ، د / اسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ١٨١ ، د / حسن كيرة - مرجع سابق - ص ٤٧٣ ، د / منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٨٥ ، ويراجع نقض منى ١ / ٤ / ١٩٧٥ - طعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ١ ص ٧٢٨ فقرة ١٤٢ .
- (٢) د / اسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ١٨١ .
- (٣) الدر المختار أعلى رد المختار ٦ / ٢٦٧ .
- (٤) أسنى المطالب ٤ / ٣٣٣ ، ويراجع / فتح الوهاب شرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى ٢ / ٢١٩ .
- (٥) شرح الخرشي على مختصر خليل ٤ / ٤١٢ .
- (٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣ / ١٢٠ ، إذا أن بعض الفقهاء يشترطون لصحة التمسك بالغبن في البيع أن يكون مصحوباً بتغيير . -

ومع ذلك فقد ذهب بعض الزيدية : إلى اشتراط مصاحبة التغرير للغبن الفاحش ، لكي يجوز نقض القسمة به فقد جاء في شرح الأزهاري (١) : -

" فلو كان قد قطع كل واحد منهم من صاحبه كل حق ودعوى بعد قسمتهم ، فقليل : لاتسمع دعواه ، لفسادها لأجل البرى ، إلا أن يكون ثم تغرير ، وقيل : بل تسمع ، لأنه إنما أبرى ظنأمنه أنه مستوف لحقه ، بحيث لو علم عدم الوفاء ما أبرى " .

وأرى رجحان ثبوت الغبن فقط ، دون اشتراط مصاحبته بتغرير ، لأن القسمة يجب أن تكون عادلة بعكس البيع الذى لا يخلو من المضاربة لأجل الربح ، وبذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى كفاية الغبن فى حد ذاته لنقض القسمة .

- يراجع / رسالة ابن عابدين : تحبير التحرير فى إبطال القضاء بالقسمة بالغبن الفاحش بلا تغرير ص ٦٦ وما بعدها . ط دار إحياء التراث العربى .
(١) شرح الأزهاري ٣ / ٣٩٤ .

المطلب الثاني

في مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة ، وكيفية حسابه ، ووقت تقديره

أولاً : مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة في الفقه الإسلامي : -

لاخلاف بين الفقهاء في أن الغبن الفاحش في القسمة يعطى الحق للشريك المغبون في نقض القسمة ، لأنه يكون واضحاً للخاصة والعامة ، فلا يرضى عنه ذوو الطباع السوية ، ويكون من الظلم البين الحكم بصحة القسمة معه .

ولكن الخلاف بينهم في الغبن اليسير هل يجيز نقض القسمة أم لا ؟

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، وجمهور المالكية ، والحنابلة ، والزيديّة^(١) إلى أن : الغبن اليسير لا يجيز نقض القسمة للغبن ، ولا تسمع دعواه ، لأنه قلما تخلو منه قسمة ، ولأن الاحتراز عن مثله عسير جداً^(٢).

وذهب الشافعية^(٣) ، وهو قول القاضي عياض وأشهب من المالكية - إذا ثبت الجور أو الغلط ببينة^(٤) - إلى أن الغبن اليسير يجيز نقض القسمة كالفاحش .

وذلك لأن الغبن خطأ في الحكم يجب فسخه ، ولا يفرق فيه بين القليل والكثير^(٥).

وأرى رجحان ما ذهب إليه الجمهور من العفو عن الغبن اليسير ، لأنه لا تخلو منه قسمة ، فضلاً عن أنه ليس متمعداً ، كما أن قدر التفاوت اليسير في الأتصبة يرجع إلى التفاوت في قيم المال محل القسمة ، وهو يختلف باختلاف المقيمين .

والله أعلم

حد الغبن اليسير ، والغبن الفاحش : -

بناء على مارجحناه من أن الغبن الفاحش هو الذي تنقض به القسمة ، أما الغبن اليسير فلا تنقض به القسمة ، فما هو الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش ؟

اختلف الفقهاء في كيفية تحديد الغبن اليسير والغبن الفاحش ، على ثلاثة اتجاهات : -

(١) شرح العناية بهامش فتح التقدير ٨ / ٢٢ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٦ ، شرح منح الجليل ٢ / ٦٤٨ وما

بعدها ، الشرح الصغير ٥ / ١٧٦ ، الإصناف ١١ / ٣٥٢ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٩ .

(٢) شرح العناية بهامش تكملة فتح التقدير ٨ / ٢٢ .

(٣) حاشية الجمل مع شرح المنهج ٥ / ٣٧٦ ، تحفة المحتاج بهامش شرواني وابن القاسم ١٠ / ٢٠٩ .

(٤) حاشية الصلوى على الشرح الصغير ٥ / ١٧٧ ، حاشية البناني بهامش شرح الزرقاني ٦ / ٢٠٦ .

(٥) شرح منح الجليل ٣ / ٦٥٠ .

الاتجاه الأول : -

يرى أن يترك هذا التحديد للعرف والعادة في معاملات الناس ، فيكون الغبن يسيرا إذا جرى العرف بتحمل الناس له ، كما لو قدر أو قوم ما يساوي عشرة بتسعة .

ويكون الغبن فاحشا إذا جرى العرف على عدم تحمل الناس له ، ويختلف القدر المحتمل بناء على هذا الاتجاه باختلاف أجناس الأموال - الطعام ، والثياب ، والعقار وغيرها ..

وممن ذهب إلى هذا الاتجاه فقهاء الشافعية ^(١) ، وبعض الحنفية ^(٢) ، وبعض المالكية ^(٣) ، والمشهور عند الحنابلة ^(٤) .

واستندوا إلى أنه لم يرد نص بتحديد ، مع ورود النهي عنه ، فقد ورد في الحديث "غبن المسترسل حرام" ^(٥) ولما كان أصل المغالبة مأذون فيه ، لأن البيع للربح ، ولا يمكن ذلك إلا بغبن ما ، علم بأن المقصود بالغبن في الحديث هو الغبن الفاحش ، وحيث لم يحدده الحديث ، فيرجع في ذلك إلى العرف ، لأنه المتبادر إلى الفهم ^(٦) .

الاتجاه الثاني : -

ويرى أن الحد الفاصل بين الغبن اليسير ، والغبن الفاحش لا يمكن تمييزه إلا من أهل الخبرة ، لأن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقيمين ، أي تقديرهم ، والغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين - سواء بالزيادة أو النقصان - .

(١) الشافعية وإن لم يفرقوا بين الغبن اليسير والفاحش في القسمة إلا أنهم فرقوا بينهما في البيع والوكالة فيقول الإمام النووي : "واليسير هو الذي يتغلب الناس به ، ويحتملونه غالباً ، ويبيع ما يساوي عشرة بتسعة محتمل ، ويمتانية غير محتمل" يراجع / روضة الطالبين ٤ / ٣٠٣ ط المكتب الإسلامي
(٢) العقود الدرية ١ / ٢٥٧ ، ويراجع / الغبن وأثره في العقود - الدكتور سعد الدين مسعد هلكي - رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بالقاهرة - ص ١٢٤ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤ / ٤٧٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٢ .

(٤) المغنى مع الشرح الكبير ٤ / ٩٤ ط دار الفكر ، الإصناف ٤ / ٣٩٤ .

(٥) الحديث : أخرجه الطبراني من حديث أبي أمامة بسند ضعيف ، قال في المجمع : وفيه موسى بن عمير الأعمى ، وهو ضعيف جدا ، ورواه والبيهقي من حديث جابر بن عبد الله بسند جيد وقال "ربا" بدل "حرام" يراجع / المسنن الكبير للبيهقي ٥ / ٣٤٩ ، المغنى عن حمل الأسفار للحافظ العراقي بهامش إحياء علوم الدين ٢ / ٨٠ هامش ١ - طبعة المكتبة التجارية الكبرى ، المعجم الكبير للطبراني ٨ / ١٤٩ رقم (٧٥٧٦) ، بدون طبعة ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر ٤ / ٧٦ باب في الغبن في البيع ط دار الريان

والمسترسل : هو من استرسل إذا اطمأن واستأنس ، وهو من جهل القيمة ، ولا يحسن المماكسة .

الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٤٨ .

(٦) المغنى والشرح الكبير ٤ / ٧٩ ، يراجع / د / سعد الدين مسعد هلكي - الغبن وأثره في العقود - رسالة دكتوراه - ص ١٢٥ .

وبهذا قال جمهور الحنفية^(١).

وبناء عليه فإذا كان في بعض الأنصياء غبن هو محل اتفاق أهل الخبرة ، بحيث لا يختلفون في تحقّقه ، كان فاحشا ، وإن اختلفوا كان يسيرا^(٢) .

الاتجاه الثالث :-

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب للتمييز بين الغبن اليسير والغبن الفاحش وضع حد معين للتفرقة بينهما ، فإذا زاد الغبن عن هذا الحد اعتبر الغبن فاحشا ، وإلا كان يسيرا .

وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في تحديد ذلك الحد المعين الذي يفصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش .

فبعضهم حدده بما يساوي الثلث^(٣) ، وقيل : ما زاد عن الثلث ، وقيل : ما يساوي الربع فأكثر^(٤) ، وقيل ما يساوي السدس^(٥) ، وقيل : الخمس^(٦) ، وقيل : العشر^(٧) ، وقيل : نصف العشر^(٨) .

والبعض حدده بمقادير مختلفة ، تختلف باختلاف جنس المقسوم حسب العرف والعادة ، فجعل الخمس حدا للغبن في العقار ، والعشر حدا للغبن في الحيوان ، ونصف العشر حدا للغبن في عروض التجارة^(٩) .

وأرى أن الراجح في تحديد الغبن الفاحش الذي تنقُض به القسمة ، هو الاتجاه الأول الذي يحتكم إلى العرف والعادة ، لأن ما لم يرد الشرع بتقديره يرد إلى العرف والعادة ومعرفة أهل الخبرة .

(١) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٨ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٧ .

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية - الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٤ .

(٣) وهو قول الإمام مالك ، وابن أبي موسى من الحنابلة ، شرح الموطأ للزرقاني ٤ / ٢٠١ ط مطبعة السعادة المقتنى مع الشرح الكبير ٤ / ٩٤ . ط دار الفكر .

(٤) وهو لبعض المالكية يراجع المقدمات الممهدة ص ٥٧١ . ط دار صادر بيروت .

(٥) وهو لبعض الحنابلة . المقتنى مع الشرح الكبير ٤ / ٩٤ ط دار الفكر .

(٦) الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف ص ٢٥٤ ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ١٢ ، ص ٢١ ، ٥٥ .

(٧) وهو قول ابن رشد في المقدمات الممهدة ص ٥٧١ . ط دار صادر بيروت .

(٨) وهو قول بعض المالكية ، حاشية الدسوقي ٣ / ٢٨٣ .

(٩) العقود الدرية لابن عابدين ١ / ٢٥٧ ط المطبعة العامرة الإميرية ببولاق ، وبه قال الروياتي من الشافعية - روضة الطالبين ٤ / ٣٠٣ .

كما أن هذا الاتجاه مرن ويساير اختلاف الأماكن ، والأزمان ، والأجناس العالية ، ولا يعيبه أنه غير منضبط ، فأصل المعاملات مبنية على التسامح والتساهل ، ومع ذلك فإن العرف يمكن ضبطه وتمييزه في كل جنس مالى على حدة ، عن طريق شهادة العدول .

أما الاتجاه الثانى والذي يحتكم إلى أهل الخبرة من المقومين ، فإنه معيب لأنه قلما تجتمع كلمة أهل الخبرة على قيمة موحدة .

والاتجاه الثالث والذي يضع حدا معيناً فإنه معيب أيضا ، لأنه وإن كان هذا الحد مقبولا في مكان ، فقد لا يكون عادلا في مكان أو زمان آخر ، فالأعراف تتغير بتغير الزمان والمكان ، بل والثمن محل القسمة ^(١) لذا فإبى أرى أن الاتجاه الأول هو الراجح .

والله أعلم

وفي نطاق القانون فقد نصت المادة ٨٤٥ / ١ على أنه : يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة * .

وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٨٤٥ مدنى يشترط فى الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بما عليه الحال فى القانون الفرنسى ، ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن فى بيع عقار القاصر ^(٢).

وواضح من النص أن الغبن الذى يعتد به هو ما يزيد على الخمس ، أما لو قل عن ذلك فلا يعتد به ^(٣).

وقد برر شراح القانون ضرورة تحديد مقدار معين لنقض القسمة للغبن حتى يتم استقرار القسمة ، وعدم السماح للشركاء بطلب نقضها لأى غبن مهما بلغ مقداره ^(٤) ، ومن ثم فإن أى غبن لا يجاوز قيمته الخمس ، لا يعتد به ولا يجوز الطعن فى القسمة بسببه ^(٥).

وواضح مما سبق أن فى تحديد القانون لحد معين كفواصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش ، اتفاق مع الاتجاه الثالث فى الفقه الإسلامى ، ويتفق القانون فى تحديده للخمس كحد فاصل بين القلة والكثرة مع ما عليه بعض الفقهاء المسلمين من أصحاب الاتجاه الثالث - كما سبق ..

(١) يراجع / رسالة الغبن وأثره فى العقود ص ١٢٤ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ / ص ١٢٧ ، ص ١٣٠ .

(٣) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٠ .

(٤) د / جميل الشرقاوى - حق الملكية - ص ١٥٣ هامش ٢ ، د / حسن كيرة - أحكام حق الملكية -

ص ٤٧٤ .

(٥) د / السنهورى الوسيط - ٨ / ٩٠٣ ، د / عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٦٥ .

وهذا الاتجاه مرجوح فى الفقه الإسلامى ، وعلمنا أن الراجح هو ترك تحديد ذلك لما جرى عليه العرف .

فالقانون بذلك يكون قد خالف الراجح فى الفقه الإسلامى .

هذا وقد ترتب على هذا التقدير للغبن - مازاد على الخمس - المخصص فى الفسخ مجافاة صارخة لروح العدالة ، ويتبين ذلك كما فى المثال التالى - كما ذكره فقهاء القانون^(١):-
"إذا فرضنا أنه قد قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠ جنيه ، وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية ، كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفروز لكل شريك ١٠٠ جنيه . ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً فى هذه القسمة أن تنزل قيمة المال المفروز الذى وقع فى نصيبه عن الأربعة أخماس ، حتى يكون مغبوناً فى أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه ، أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن .

فإذا فرضنا أن أربعة من الخمسة الشركاء كانت قيمة ما أخذ كل واحد منهم من نصيب ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك الخامس الباقي ، أى ١٨٠٠ جنيه ، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الأربعة ، لا يجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض القسمة للغبن ، لأن الغبن الذى أصاب كلاً من الشركاء الأربعة ، لا يزيد على الخمس" .

فواضح من خلال هذا المثال عدم العدالة وعدم المساواة بين الشركاء ، تلك المساواة التى تقوم عليها القسمة ، ومع ذلك فلا سبيل أمام من بخصوا حقهم لرفع الظلم عنهم واسترداد حقوقهم ، مع كون التفاوت فى الأنصبة ظاهراً وبيّناً .

ومن ثم فإن مسلك الفقه الإسلامى - بناءً على الراجح - من ترك تحديد يسير الغبن وفاحشه إلى العرف ، أولى بالاتباع .

فكان أحرى بالقانون أن يترك تحديد ما إذا كان الغبن فاحشاً ، أو يسيراً للقاضى الذى ينظر فى دعوى الغبن ، مستنداً فى ذلك إلى أهل الخبرة من الخبراء والمقومين ، وكل قضية بحسبها .

ولا يمنع من ذلك أن يقال : إن هذا يودى إلى عدم استقرار القسمة ، لأننا نقول بأنه لا استقرار لقسمة غير عادلة ، تتطوى على أكل أموال الناس بالباطل ، بل إيصال كل حق لصاحبه أولى وأهم من ذلك الاستقرار المزعوم .

(١) يراجع هذا المثال فى -الوسيط - للدكتور المنهورى ٨ / ٩٠٣ .

وعليه فإنني أطلب بتعديل نص المادة ٨٤٥ / ١ لتجعل تحديد ما إذا كان قد أصاب المتقاسم غبناً أم لا ، في نطاق السلطة التقديرية للقاضي .

ثانياً : كيفية حساب الغبن ، ووقت تقديره :-

في الفقه الإسلامي :-

إذا ما أردنا معرفة ما إذا كان قد وقع في القسمة غبن يجيز نقضها أم لا ، فقد بين الشافعية طريقة ذلك فقالوا : بأن يحضر قاسمين حاذقين عارفين بالحالة ، لينظرا أو يمسا العين المشتركة ، فيعرفا الخلل ويشهدا به .

أو يعرف الشريك المغبون أنه يستحق ألف ذراع مثلاً ، فمسح ما أخذه فإذا هو دون ذلك^(١) .

وهذا على كلام الشافعية الذين لا يفرقون بين يسير الغبن وفاحشه .

أما على قول غيرهم ممن فرقوا بين الغبن اليسير والفاحش ، فإنه يلجأ إلى أهل الخبرة أيضاً ليقوموا المال محل القسمة ويقدرون الغبن ، فإن كان مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، أو جرى العرف على كونه فاحشاً ، فيكون غبناً فاحشاً تنقض به القسمة ، وإن كان غير ذلك فلا تنقض به القسمة .

على أية حال فإنه لكي نعرف قدر الغبن ، فإنه لا بد من إعادة تقويم محل القسمة ، ومقابلة ما أخذه من يدعي الغبن مع ما يستحقه أصلاً .

أما وقت تقدير القيمة ، فإنه مما لا شك فيه أن المعتبر فيه هو وقت القسمة ، أي الوقت الذي يتم فيه تقدير المال للقسمة ، فتراعى الأسعار والظروف المؤثرة فيها وقتئذ .

وهذا ظاهر وواضح من اتفاق الفقهاء على ضرورة تقويم المال محل القسمة وتقديره ، لتقسيمه إلى الأسهم تمهيداً لتوزيع الحصص وإجراء القرعة - وقد سبق بيان ذلك .

وبناء على ذلك فإنه لا عبرة بقيمة المال وقت نشوء الشيوع ، كما لا عبرة به أيضاً وقت ادعاء الغبن ، بل العبرة بقيمة المال محل القسمة ، وقت إجرائها .

وفي نطاق الدراسات القانونية :-

فإنه لكي نعرف ما إذا كان قد وقع في القسمة غبن فاحش يجيز نقضها ، فإنه يتم تقدير الحصة الشائعة لكل شريك ، ثم يتم تبعاً لذلك تقدير قيمة النصيب الذي آل إلى الشريك بموجب القسمة ، ويتم المقارنة بين قيمة الجزء الذي خصص للشريك ، وقيمة الحصة الشائعة .

(١) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٩ ، أسنى المطالب ٤ / ٣٣٣ .

فإذا وجد غبن في هذا الجزء المفروز ، وقلت قيمة ما آل إليه عن أربعة أخماس حصته الشائعة ، كان للشريك المغبون الحق في الطعن في القسمة بسبب الغبن^(١) .

ولا يكفي لنقض القسمة بسبب الغبن أن تكون حصة أحد الشركاء زائدة على قيمة حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس ، طالما أن هذه الزيادة لو وزعت على بقية الشركاء لما تحققت بالنسبة إلى كل منهم غبن يزيد على الخمس ، ومن ثم فإن دعوى الغبن لا تكون مقبولة من أي منهم^(٢) .

ويعتد في تقدير نصاب الغبن بقيمة حصة الشريك المتقاسم في مجموعها ، فإذا كانت حصته مكونة من عقارات ومنقولات وكانت قيمة ما خصه من العقارات أقل - من قيمة ما خص بقية الشركاء منها - بما يزيد على الخمس . ولكن هذا النقص تعوضه زيادة في قيمة ما آل إليه من المنقولات ، عندئذ فلا يكون ثمة مجال للطعن في القسمة بسبب الغبن في قسمة العقارات^(٣) .

وأيضاً إذا حدثت وكانت القسمة قد وقعت بعقود ورد كل منها على جزء من المال الشائع، فإنه لا ينظر - عند تحديد الغبن - إلى كل عقد على حدة ولكن إلى القسمة في مجموعها ، إذ ربما يغبن المتقاسم في عقد ، ويأخذ أكثر من نصيبه في عقد آخر^(٤) .

أما من حيث الوقت الذي يتم تقدير المال المقسوم فيه لمعرفة ما إذا كان هناك غبن ، فإنه وفقاً لنص المادة ٨٤٥ ، فإن العبرة في تقدير الغبن هي بقيمة المال الشائع ، وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة ، وليس وقت بدء الشروع ، أو وقت رفع دعوى الغبن .

إذ إن المراد هو تحقيق مبدأ المساواة في حصول كل شريك بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع في التقدير^(٥) . وبناء على ذلك فلا يعتد بالزيادة أو النقصان الذي يطرأ على المال الشائع ، أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة الاتفاقية .

(١) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٠٣ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٨٠ ، د / محمد لبيب شنب - موجز في الحقوق العينية - ص ٣٠٢ .

(٢) د / محمد على عرفة - موجز في حق الملكية - ص ٢٠٠ ، د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٩٦ .

(٣) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٥٢ ، د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٠٤ .

(٤) د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٨١ .

(٥) د / إسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ١٨١ ، د / حسن كيره - أحكام حق الملكية - ص ٤٧٣ ،

د / السنهوري - مرجع سابق - ٨ / ٩٠٤ ، د / سعيد عبد السلام - حق الملكية قهراً وقضاءً - ص ١٩٢ ،

د / محمد لبيب شنب - مرجع سابق - ص ٣٠٣ ، د / توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٥٥ ،

د / طلبة وهبه خطاب - نظام الملكية - ص ٣٢٥ .

مما سبق يتضح أنه لا بد من إعادة تقدير المال محل القسمة مع مقارنة ما أخذه الشريك
المغبون من المال المقسوم مع ما يستحقه أصلاً ، وذلك لمعرفة ما إذا كان لحقه غبن فأحس
من جراء القسمة أم لا ، وفي هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي .

كما يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن العبرة بتقدير المال المقسوم وقت القسمة ،
ولا عبرة بتقديره وقت بدء الشروع ، ولا بتقديره عند الطعن بالغبن .

المطلب الثالث

دعوى نقض القسمة بالغبن ، وآثارها

نتناول أولاً دعوى نقض القسمة بالغبن ، ثم نبين ثانياً آثار التمسك بالغبن بعد ثبوته .

أولاً : دعوى نقض القسمة للغبن :-

وليبيان هذه الدعوى نتناولها في عدة نقاط على الوجه التالي :-

١ - الخصوم في دعوى نقض القسمة للغبن :-

أ - في الفقه الإسلامي :-

لاشك أن المدعى في هذه الدعوى هو المتقاسم أو الشريك المغبون ، وقد يتعدد الشركاء المغبونون ، فعندئذ يجوز رفع الدعوى منهم جميعاً أو من أحدهم .

كما يحق لوارث الشريك المغبون بعد وفاته أن يقيم الدعوى بنقض القسمة للغبن ، لأن الحق الذي لمورثه ينتقل إليه .

أما المدعى عليه في هذه الدعوى فهم بقية الشركاء المشتاعين ، لأنه يدعى حقاً له بأيديهم أو بأيدي أحدهم ، ولأن هذه الدعوى من شأنها نقض القسمة وإعادتها مرة ثانية على وجه عادل ، فوجب اختصاص سائر الشركاء^(١) .

هل تسمع دعوى الحيف أو الغلط على القاسم نفسه ؟

أجاب فقهاء الشافعية على ذلك ، فيقول الإمام الرملي في نهاية المحتاج : " لا تسمع على قاسم الحاكم ، لأنه لو أقر لم تنقض^(٢) .

ومعنى ذلك أنها تسمع على قاسم غيره فحسب .

وبحث الزركشي من الشافعية سماعها على قاسم الحاكم ، رجاء أن يثبت صدق الدعوى فيرد القاسم أجرته ، ويغرم للمغبون ما غبن به ، كما لو قال قاض غلطت في الحكم ، أو تعمدت الحيف^(٣) .

(١) لم يبين الفقهاء الخصوم في الدعوى قصداً ، ولكنه يفهم من خلال عباراتهم والتي منها على سبيل المثال :- ما جاء في تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي حيث يقول :- "كل من لم يكن بينة وادعاء واحد من الشريكين أو الشركاء على شريكه ، وبين قدر ما ادعاء ، فله تحليف شريكه أن لا غلط".
تحفة للمحتاج بهامش شروقي وابن القاسم ١٠ / ٢٠٩ . فواضح أن المدعى أحد الشركاء والمدعى عليه بقية الشركاء .

(٢) نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ .

(٣) تحفة المحتاج ١٠ / ٢١٠ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ .

ويقول شيخ الإسلام زكريا الأنصارى :- " وإن اعترف القاسم بالغلط أو الحيف لم تنقض القسمة إن كذبوه - أى الشركاء - أو سكتوا ، ورد الأجرة لاعترافه بما يقتضى عدم استحقاقه لها ، وإن صدقوه نقضت القسمة كالقاضى يعترف بالغلط أو الحيف فى الحكم ، إن صدقه المحكوم له رد المال المحكوم به إلى المحكوم عليه ، وإلا فلا ، وغرم القاضى للمحكوم عليه بدل ما حكم به^(١) .

ب - أما فى القانون المدنى :-

فتنص المادة ٨٤٥ / ١ مدنى على أنه : - "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى ، إذا أثبت أحد المتكاسمين أنه قد لحقه غبن يزيد على الخمس" .

فيبين من هذه الفقرة أن المدعى فى دعوى نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن هو الشريك المغبون ، الذى لحقه غبن يزيد على الخمس من جراء القسمة .

وقد يتعدد الشركاء المغبونون ، وفى هذه الحالة يجوز لهم رفع دعوى الغبن ، سواء كانوا منفردين - أى كل واحد بصحيفة دعوى مستقلة - أو مجتمعين - أى تضمهم صحيفة دعوى واحدة^(٢) - .

أما الشريك الذى يلحقه غبن يزيد على الخمس من جراء القسمة الاتفاقية ، فلا يجوز له رفع الدعوى لعدم توافر سببها .

وقد ينتقل الحق فى رفع الدعوى من الشريك المغبون إلى ورثته ، حيث يجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع دعوى الغبن ، إذا لم يكن مورثه قد رفعها ، أو يستأنف السير بالدعوى المرفوعة بالفعل ، بعد انقطاع سير الخصومة فيها ، بحكم القانون لوفاة مورثه (المادة ١٣٠ ، ١٣٣ من القواعد) .

وكذلك يجوز لدائن الشريك المغبون أن يرفع دعوى الغبن باسم مدينه ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة (المادة ٢٣٥ مدنى) .

أما المدعى عليه فى دعوى نقض القسمة الاتفاقية للغبن ، فهم سائر الشركاء المشتاعون ، لأن هذه الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة للجميع ، ويجب على المدعى اختصاصهم^(٣) .

(١) أسنى المطالب ٤ / ٣٣٣ ، ويراجع / مقضى المحتاج ٤ / ٤٢٥ ، الأتوكر ٢ / ٥٠٧ ، حاشية الرشيدى

أسفل نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ حيث قال : - "لعل المراد ثبوت الحيف أو الغلط بإقراره ، لأنه هو الذى

يترتب عليه الغرم ، إذ لو ثبت بالبينه نقضت القسمة فلا غرم ، ويدل على هذا تنظيره بمسألة القاضى" .

(٢) د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٢ ، د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٠٦ .

(٣) د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٠٦ ، د / محمد المنجى - دعوى القسمة ص ١٩٨ .

٢- ميعاد رفع الدعوى :-

فى الفقه الإسلامى :-

اشترط المالكية لسماع الدعوى ألا تمضى مدة تكل على الرضا بالغلط أو الغبن ، فإذا مضت مدة تكل على الرضا فلا تسمع الدعوى .

لأن ترك الدعوى بدون تحديد مدة يؤدى إلى الإضرار بالشركاء وبغيرهم .

ولأنه لو مكن الناس من نقض القسمة بدون تقييد بمدة لما استقرت لهم قسمة ، والسكوت عند المالكية هذه المدة - أى التى تكل على الرضا - يعتبر دالاً على الرضا^(١) .

إلا أن المالكية اختلفوا فى تحديد هذه المدة ، التى يفواتها لا تسمع دعوى الغبن .

فبعض المالكية أطلقوا القول فاشترطوا أن ترفع دعوى الغبن فى زمن قريب من القسمة ، أو لا تطول المدة بين القسمة وبين رفع دعوى الغبن ، فإن طالت - أى عرفاً - فلا تسمع الدعوى^(٢) .

وذهب بعضهم إلى تحديد المدة التى يجوز فيها سماع الدعوى بعام^(٣) ، بينما ذهب البعض الآخر إلى تحديدها بنصف عام^(٤) .

ويضيف المالكية أن هذا التحديد يأتى إذا كان الجور أو الغلط ثابت بقول أهل المعرفة .

أما إذا كان الغبن أو الغلط متفاحشاً ظاهراً لأهل المعرفة وغيرهم ، فلا تنقض القسمة بدعوى مدعيه ، حتى ولو أقام الدعوى بقرب القسمة ، طالما أنه سكت مدة تكل على الرضا عرفاً ، فإن لم تمض مدة تكل على الرضا حلف المدعى أنه ما أطلع على ذلك ولا رضى به ، فإن حلف كان له نقض القسمة^(٥) .

والمدة عند المالكية تبدأ من وقت القسمة ، لا من وقت علم المتقاسم بالغبن الذى لحقه ، وهذا بين من فحوى عباراتهم .

ولكن هل تسقط الدعوى بمضى هذه المدة ؟

(١) حاشية سيدى الحسن بن رحال على الإتنان ٢ / ٦٥ ، شرح الزرقانى ٦ / ٢٠٦ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٤٨ .

(٢) معين الحكم ٢ / ٦٠٣ .

(٣) الإتنان والإحكام فى شرح تحفة الحكم ٢ / ٦٥ ، تسهيل منح الجليل بهامش شرح منح الجليل ٣ / ٦٤٨ ، حاشية العدوى بهامش شرح الخرشى ٤ / ٤١٢ .

(٤) حاشية النسوقى ٣ / ٥١٢ ، حاشية الصلوى على الشرح الصغير ٥ / ١٧٧ .

(٥) المراجع السابقة .

لم يذكر الملكية ذلك ، ولكنى أرى أنه لا تسقط الدعوى ، حيث لا تسقط الحقوق فى الشريعة الإسلامية مهما طال عليها الزمن . وإن كانت لا تسمع الدعوى .

ويتأيد ذلك عندى بما ذكره الملكية من أنه إذا فانت الأملاك ببناء أو غرس^(١) . فإنه لا تسمع دعوى الغبن ، ولكن يرجع إلى القيمة فيقتسمونها^(٢) .

فكذلك إن طال الزمن على القسمة فلا تنقض للغبن ، بل تستقر ، ولكن له أن يطالب بالقيمة .

فقررنا منع سماع دعوى الغبن بالقسمة لطول الزمن ، استقراوا للقسمة ، ومع ذلك لم نحرم المغبون من الحصول على حقه ، فله أن يطالب بالقيمة .

والله أعلم .

أما فى القانون المدنى :-

فتنص المادة ٨٤٥ / ٢ على أنه :- " يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ، ويمنع القسمة من جديد ، إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته " .

فقد حددت هذه الفقرة مدة السنة التالية لتعام عقد القسمة لرفع دعوى الغبن ، ومن ثم فتكون هذه السنة ميعاداً لرفع الدعوى ، بحيث إذا رفعت الدعوى بعد مضيتها كانت غير مقبولة ، لرفعها بعد الميعاد ، وهذه المدة التى حددها القانون تعتبر ميعاد إسقاط وليست مدة تقادم ، وميعاد الإسقاط لا يرد عليه الوقف ولا الانقطاع ، بخلاف مدة التقادم التى يرد عليها الوقف والانقطاع .

وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى ، فإذا انقضت السنة فلا تقبل الدعوى ، سواء علم الشريك المغبون أو لم يعلم ، لأن السنة تحسب من وقت القسمة لا من وقت العلم^(٣) .

وقد استهدف المشرع للوضعى من هذا الميعاد سرعة تحقيق الاستقرار النهائى المنهى للشروع ، وحتى لا يبقى مصير القسمة معلقاً أمداً طويلاً^(٤) .

(١) حيث يقول الملكية أنه إذا ثبت الغبن فى القسمة انتقضت مالم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه القوت - معين الحكم ٦٠٣ / ٢ .

(٢) معين الحكم ٦٠٣ / ٢ .

(٣) د / المنهورى - مرجع سابق - ٨ / ٩٠٦ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٢ ، د / إسماعيل غاتم - مرجع سابق - ص ١٨١ ، د / منصور مصطفى منصور - مرجع سابق - ص ١٨٦ ، د / مصطفى الجبال - نظم الملكية - ص ١٧٢ ، د / البندراوى - حق الملكية ص ٢٣٢ .

(٤) د / محمد على عرفه - حق الملكية - ص ٤٥٣ ، د / جميل الشرقاوى - حق الملكية - ص ١٧٥ .

ومن خلال ما سبق يتضح اتفاق القانون الوضعي مع ما ذهب إليه المالكية من ضرورة تحديد أمد معين لسماع الدعوى .

كما يتفق القانون مع ما ذهب إليه بعض المالكية من تحديد مدة سماع دعوى الغبن بعام من وقت انعقاد القسمة .

ولكن يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في جعل هذه المدة مدة سقوط ، يترتب على إثرها عدم استطاعة المتقاسم المغبون رفع دعواه لنقض القسمة للغبن .

أما المالكية فقالوا بأنه لا تسمع الدعوى لنقض القسمة فقط ، وإن كان له أن يطالب بالقيمة بدون نقض القسمة ، لأن الحقوق لا تسقط بمضى المدة في الشريعة الإسلامية .

٣- إثبات الغبن أو الغلط :-

في الفقه الإسلامي :

يكون للمدعى الحق في طلب نقض القسمة للغبن إذا ثبت وقوعه عمداً أو خطأً بحجة قامت عليه .

فلا يصدق مدعى الغلط في دعواه إلا إذا أقر بها الشريك ، أو استطاع مدعى الغلط أن يثبت دعواه ببينة شرعية ، كشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين^(١) .

ومن الممكن أن يثبت الغبن بأن يأتي المغبون بقاسمين حاذقين لينظرا أو يمسا فيعرفا الخلل ، ويشهدا به أما القاضي . فإن عجز المدعى عن إقامة البينة استحلف الشركاء ، لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر ، كان له تحليفه ، ولقول رسول الله - ﷺ - "البينة على المدعى واليمين على من أنكر"^(٢) .

فيحلف الشركاء على أنه لا غلط ، أولاً زائد معهم ، أولاً يستحق عليهم ما ادعاه ولا شيئاً منه .

فإن حلقوا مضت القسمة على الصحة ، وإن نكلوا فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥) والزيديّة^(٦) : - إلى أنه تنقض القسمة .

(١) صرح بعض الشافعية بأن من البينة الشرعية التي تثبت الغبن علم القاضي أو شاهد ويمين .

- حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٩ ، أسنى المطالب ٤ / ٣٣٣ .

(٢) الحديث :- رواه الدارقطني والبيهقي .

يراجع / متن الدارقطني ٤ / ١٥٧ ، طدار المحاسن للطباعة ، والسنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ٢٥٢ ك الدعوى والبيّنات .

(٣) يراجع الحنفية :- حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٤ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى بهامشه ٢ / ٤٩٤ .

(٤) يراجع للمالكية :- شرح الزرقاني ٦ / ٢٠٦ ، والشرح الصغير ٥ / ١٧٧ ، شرح الخرشى ٤ / ٤١٢ .

(٥) يراجع للحنابلة :- الإقناع ٤ / ٤١٨ ، المبدع في شرح المقنع ١٠ / ١٣٩ ، شرح منتهى الإرادات

٥١٢ / ٣

(٦) يراجع للزيديّة :- شرح الأكرمل ٣ / ٣٩٤ .

بينما ذهب الشافعية^(١) والإمامية^(٢) :- إلى أنه إذا نكل الشركاء ، حلف المدعى ونقضت القسمة (وهي اليمين المردودة) .

وإذا كان الشركاء أكثر من اثنين ، ونكل أحدهم عن اليمين ، بينما حلف الآخر ، فإنه يجمع بين نصيب المدعى والناكل ، فيقسم بينهما على قدر أنصباتهما ، لأن النكول حجة على الناكل لا على غيره^(٣) .

وذهب الإباضية - بشأن الإثبات - إلى رأى انفردوا به فقالوا :-

بأنه يتبين الغبن بقول الأمناء إن علموا ما غبن به المغبون ، فيخبرون الحاكم بقيمته بشرط أن يعلموا أن المغبون قسم مع شركائه ، فإن لم يعلموا فالكف أسلم لهم لقوله تعالى :- ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^(٤) . ولوجب التوقف عن الريب لقول النبي ﷺ :- "يا بن عباس لا تشهد إلا على ما يضىء لك ضياء الشمس"^(٥) .

ولا يمين على من ادعى عليه الغبن ، إن لم يبين مدعى الغبن أنه واقع فى سهمه ، لأن اليمين على ذلك غيب^(٦) .

وفى القاتون :-

فإنه يجوز إثبات دعوى نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البيئة وقرائن الأحوال . وذلك لأنه إنما يثبت واقعة مادية .

ولا شك أن عبء إثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى أى الشريك المغبون .

(١) يراجع للشافعية :- تحفة المحتاج بهامش شروانى وابن القاسم ١٠ / ٢٠٩ ، نهاية المحتاج ٨ / ٢٩١ ،

الفرغ البهية ٥ / ٣٠٣ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٥ ، فتح الرواب ٢ / ٢١٩ .

(٢) يراجع للإمامية :- جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦١ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢٢١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٤ ، الفرغ البهية شرح متن البهجة الوردية ٥ / ٣٠٣ ، أسنى المطالب

٤ / ٣٣٣ .

(٤) من الآية ٣٦ من سورة الإسراء .

(٥) الحديث أخرجه صاحب كنز العمال ؛ ورواه الحاكم فى المستدرک وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وخالفه الذهبى فقال بأنه حديث واه .

يراجع / كنز العمال لعلاء الدين على المتقى ٧ / ١٦ رقم ١٧٧٥٢ باب الشهادة من الإكمال ط مكتبة التراث الإسلامى حلب ، المستدرک للحاكم وبأسفله التلخيص للذهبي ٤ / ٩٨ ، ٩٩ ك الأحكام ط دار المعرفة .

(٦) شرح التل وشفاء العليل ١٠ / ٦٥٠ ، ٦٥١ ، الإيضاح للشماعى ٧ / ١٤٥ ، ١٤٦ .

والغالب فى العمل أن المحكمة تندب خبيراً لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفروز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً ، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك مدعى الغبن قد لحقه غبن يزيد على الخمس ، بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة^(١) .

٤ - التنازل عن دعوى نقض القسمة للغبن :-

فى الفقه الإسلامى : - لم أقف على شىء بشأنه - فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء - فى الفقه الإسلامى بصدد الكلام على القسمة ، إلا أننى أرى أن الفقه الإسلامى يجيز التنازل عن دعوى نقض القسمة للغبن ، لأنها فى الحقيقة تعتبر تنازلاً من المتكاسم المغبون عن حقه ، وإذا كان له أن يطالب بالغبن بداية أو لا يطالب ، فلأن يكون له الحق فى التنازل أولى ، لأن الحق له ، وقد رضى به .

كما أن هذا يعتبر من قبيل الصلح بالإبراء ، وقد أجاز الفقهاء ذلك ، غير أنى أرى أن يكون التنازل صريحاً ، فلا عبره بالتنازل الضمنى ، فلا بد من الإرادة الظاهرة التى لا تحتل تأويل أو شك .

والله أعلم .

وفى القانون المدنى : -

فإنه من حق الشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الاتفاقية الذى لحقه عيب الإبطال للغبن (مادة ١٣٩ مدنى) .

ومن ثم فيصبح العقد بعد هذه الإجازة غير قابل للنقض .

لأن عقد القسمة الذى شابه عيب الغبن يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الشريك المغبون .

والتنازل عن الحق وإجازة عقد القسمة قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً^(٢) .

فالتنازل الصريح أو الإجازة الصريحة تصح بكل عبارة يفهم منها الإجازة ، طالما كانت نية المغبون فى الإجازة واضحة .

أما التنازل أو الإجازة الضمنية فقد بينتها محكمة النقض بقولها :-

(١) د / السنهورى - مرجع سابق - ٨ ص ٩٠٦ ، ٩٠٧ ، د / محمد المنجى - مرجع سابق - ص ٢٠١ ،

د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٢ ، د / عبد الناصر العطر - مرجع سابق - ص ١٣٨ .

(٢) د / السنهورى - مرجع سابق - ٨ / ٩٠٢ ، د / ٩٠٢ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق -

ص ٣٨١ ، د / محمد المنجى - المرجع السابق - ص ١٩٧ ، د / مأمون الشامى - قسمة الملك الشائع

- ص ١١٧ .

وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية ، إذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة ، وتصرف الشريك المغبون في كل نصيبه أو بعضه بعد علمه بالغبن الذي لحقه وظروفه ، يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمة ، ونزولاً منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب ، وإلى الرضاء بالقسمة برغم وجوده ، وتقدير تلك الظروف ، وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع^(١) .

ولكن لا عبرة بتنازل الشريك مقدماً عن حقه في طلب نقض القسمة بسبب الغبن الزائد على الخمس ، لأن هذا الحق لا يوجد إلا بتحقيق الغبن فعلاً ، وهو مالا يتحقق إلا بتمام القسمة وتوزيع الحصص ، فيكون التنازل عنه مقدماً وارداً على حق لم يوجد بعد ، ومن ثم فلا يعتد به^(٢) .

ثانياً : آثار التمسك بالغبن بعد ثبوته :-

أ- الحكم في دعوى نقض القسمة للغبن :-

ففي الفقه الإسلامي :-

إذا ثبت الغلط أو الحيف بالإقرار أو البيّنة أو النكول ، فإنه تنقض القسمة وتستانف من جديد - كما بين ذلك الفقهاء جميعاً - حتى تكون القسمة عادلة^(٣) .

وبين المالكية أنه تعاد القسمة سواء كان المقسوم على حالته ، أو فات ببناء أو غرس أو غيرها . فإن كان قد فات بذلك ، فإنه يرجع إلى القيمة ويقسمونها ، أما إذا فات بعض المقسوم ، فإنه يقسم مالم يفت مع قيمة ما فات^(٤) .

وفي القانون :-

فإنه متى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة - أي إبطالها - واعتبار القسمة كأن لم تكن . والعودة إلى حالة الشيوع ، وتعاد القسمة من جديد . مع ملاحظة أنه ليس للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بالبطلان أو عدمه ،

(١) نقض مدني ٧ / ١١ / ١٩٨٢ طعن رقم ٤٨٣ س ٤٩ ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ج٩ للمستشار / أنور طلبه .

نقض مدني ٥ / ١٢ / ١٩٦٨ - طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٤ ق - مجموعة المكاتب القنى - ج٢ ص ١٤٨٠ فقرة ٢٢٥ .

(٢) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٥١ ، المستشار / عزمى البكرى - قسمة المال الشائع - ص ٩٣ .

(٣) يرجع إلى المراجع السابقة في الفقه الإسلامي .

(٤) شرح منح الجليل ٢ / ٦٤٨ ، حاشية الصلوى على الشرح الصغير ٥ / ١٧٧ ، حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦ / ٢٠٦ .

لأن دعاوى الإبطال - على خلاف دعاوى الفسخ -- لا يملك القاضى فيها سلطة تقديرية ، ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال^(١) .

ويترتب على الحكم بالبطلان أنه يجوز أن تعاد القسمة الاتفاقية مرة أخرى بطريقة عادلة^(٢).

كما أن لنقض القسمة أثراً رجعياً ، فتسقط تصرفات باقى الشركاء فى الحصص المفروزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، ويعود المال شائعاً بين الشركاء ، خالياً من الحقوق التى ترتبت للغير ، كما كان قبل القسمة^(٣) .

ب - تجنب نقض القسمة بإمكان نصيب الشريك المغبون :-

أو بمعنى آخر حق المدعى عليه فى وقف سير دعوى نقض القسمة للغبن :-

فى الفقه الإسلامى :-

بعد مطالعتى لكتب الفقهاء وجدت أنه لم يتعرض لذلك سوى المالكية والحنابلة والإباضية:-

فذهب المالكية :- إلى أنه إذا لم يستطع المدعى إثبات دعوى الغبن فإنه تتوجه اليمين إلى المدعى عليه ، فإن نكل وأنكر فإنه يقسم ما ادعى الآخر أنه حصل به الجور أو الغلط فقط^(٤).

فيفهم من ذلك أنه لو أكمل له القدر المغبون فيه لصحت القسمة ولم تنقض . ولكن هذا قاصر فقط على حالة النكل .

أما عند الحنابلة والإباضية فعندهم فى جواز إكمال نصيب المغبون وتصحيح القسمة قولان :-

القول الأول :-

إنه يكتفى عند نقض القسمة برد النقص على صاحبه ، فيترادان الغبن فيما بينهما . لأن الأصل أن قسمتهم على العدل .

(١) د / السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ص ٩٠٧ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٢ هامش ١ ، د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٤ ، د / سعيد عبد السلام - حق الملكية فقهاً وقضاء - ص ١٩٣ .

(٢) د / عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - ص ٢٣٢ .

(٣) د / عبد الناصر العطار - مرجع سابق - ص ١٣٨ ، د / سعيد عبد السلام - مرجع سابق - ص ١٩٣ .

(٤) فيقول الدسوقي فى حاشيته :- "... إذا نكل قسم ما ادعى الآخر أنه حصل به الجور أو الغلط منهما على قدر نصيب كل ، فمثلاً لو كانت حصة أحدهما تساوى عشرة ، والآخر تساوى خمسة عشر ، بناء على دعوى مدعى الجور أو الغلط فالذى حصل به الجور ما يقابل خمسة فيقسم بينهما " . حاشية الدسوقي

٢ / ٥١٢ ، ويراجع / شرح الزرقانى ٦ / ٢٠٦ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤ / ٤١٢ .

وبهذا قال صاحب مطالب أولى النهى من الحنابلة^(١) ، وبه قال أكثر الإباضية ، وعليه العمل عندهم^(٢) .

القول الثاني :-

إن القسمة تنقُض ، ويعيدون القسمة إن شاءوا ، ولا يجوز أن يكتفى عن النقض برد الغبن . وهذا ما يقتضيه القياس ، لأن قسمتهم لم تتم بعد ، لأنهم مشتركون في الغبن .

وبهذا قال ابن قدامة من الحنابلة^(٣) ، وبعض الإباضية^(٤) .

وأرى أن القول الأول - القائل بجواز إكمال نصيب المغبون تفادياً لنقض القسمة - هو الراجح .

لأن الأصل في التصرفات الصحة ، وطالما كانت هناك وسيلة يبقى العقد معها صحيحاً ، فلنعمل بها ، طالما تراضى عليها الأطراف .

فضلاً عن أن في ذلك استقرار القسمة ونفاذها .

ولأنه لا ضرر على المغبون من جراء ذلك ، فإنه سيصله حقه العدل وتكملة نصيبه ، والقاضي خير ضمان لذلك .

والله أعلم .

وأقول بأنه بناء على القول بجواز الإكمال ، فإنه يكمل للمغبون كل حقه حتى تتم له حصته ، ولا يجوز أن يكتفى بإعطائه قدرأ يذهب معه الغبن الفاحش ، لأن القسمة ينبغي أن تكون عادلة ، والعدل فيها يتحقق بحصول كل شريك على حصته كاملة غير منقوصة .

وفي القانون :- فتتص المادة ٨٤٥ / ٢ مدني على أن ".... وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته" .

بينما فيما سبق أنه إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، فإنه يجوز للمغبون أن يرفع دعوى نقض القسمة للغبن على باقي الشركاء .

(١) مطالب أولى النهى للشيخ مصطفى السيوطي الرحبياني ٦ / ٥٦٢ ط المكتب الإسلامي .

(٢) الإيضاح للشماخي ٧ / ١٤٥ ، شرح النيل ١٠ / ٦٤٨ .

(٣) يفهم مذهب ابن قدامة من قوله :- "فإن قيل فلم لا نعطي المظلوم حقه في هاتين المسألتين (يعني الإيجار والتراضي بعد ثبوت الغبن) ولا تنقض القسمة ، كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه . : قلنا : لأن الغلط ما هنا في نفس القسمة بتقويت شرط من شروطها ، وهو تعديل السهام ، فتبطل لقوات شرطها ، وفي السلم والثمن الغلط في القبض دون العقد ، فإن العقد قد تم بشروطه ، فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته ، بخلاف مسألتنا" . يراجع / المغنى لابن قدامة ٩ / ٧٨ .

(٤) الإيضاح للشماخي ٧ / ١٤٥ .

غير أن المشرع الوضعي قد وضع حكماً هاماً يستطيع به المدعى عليهم أن يتوقوا حكم الإبطال أو النقص ، ويوقفوا سير الدعوى ، وذلك إذا أكملوا للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته .

ولا يكفي إكمالها إلى حد رفع الغبن الفاحش ، وإنما يجب إكمالها حتى لا يكون فيها غبن على الإطلاق ، فإكمال النصيب يكون بما يرفع الغبن كلية ، وبما يحقق المساواة التامة بين حصتي المدعى والمدعى عليه^(١) .

وهذا ما استقر عليه جمهور شراح القانون^(٢) .

ويرى البعض خلاف ذلك ، فيقول بأنه يكفي الإكمال إلى ما يوازي أربعة أخماس قيمة النصيب ، لا ما يوازي كاملها^(٣) .

وغير خاف أن هذا الرأي الأخير يخالف صريح نص المادة ٨٤٥ / ٢ والتي تقتضي إكمال ما نقص من حصة المتقاسم المغبون ، فضلاً عن أن هذا الرأي لا يحقق المساواة بين المتقاسمين .

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يضاف إلى التكملة ثمرات النقص أو فوائده من يوم القسمة حتى يوم الدفع ، وكذلك المصروفات التي يكون المغبون قد تكبدها^(٤) .

ويجوز أن يكون الإكمال نقداً أى بإعطاء المغبون مبلغاً نقدياً يوازي ما نقص من حصته ، كما يجوز أن يكون عينياً وذلك بإعطائه جزءاً من المال الشائع الذي وقع في حصته .

(١) وذلك على عكس ما هو مقرر في عقود المعاوضة ، والذي يكون للمدعى عليه أن يتوقى دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن للاستغلال (مادة ١٢٩ / ٣ مدني) ، وكذلك على عكس ما هو مقرر في دعوى الغبن في بيع عتار ناقص الأهلية طبقاً للمادة ٤٢٥ / ١ ، والتي تكون التكملة فيها إلى الحد الذي يرفع الغبن الفاحش (أى يتم تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل) . وقد يرد بعض الشراح هذه التفرقة بين البيع (عقود المعارضات) والقسمة ، إلى أن القسمة تفترض تحقيق المساواة التامة بين الأنصبة المقسومة للشركاء ، أما البيع وغيره فلا يستلزم المساواة التامة بين المقابل وقيمة الشيء ، فيسمح ببعض المهارة والمضاربة .

يراجع د / حسين كيره - أحكام حق الملكية - ص ١٤٦ .

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ٨ ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، د / إسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ١٨١ ،

د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٢ ، د / محمد علي عرفة - مرجع سابق - ص ٤٥٢ ،

د / الصده - مرجع سابق - ص ٢١٠ ، د / عبد الناصر العطار - مرجع سابق - ص ١٣٩ ،

د / البدرلوى - مرجع سابق - ص ٢٣٢ ، د / عبد العزيز عامر - حق الملكية - ص ١٤٥ ، د /

جميل الشرقلوى - مرجع سابق - ص ١٧٥ ، د / توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص ٢٥٦ ، د /

محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٤٣ .

(٣) د / عبد الفتاح عبد الباقى - دروس في الأموال - ص ٢٢٧ .

(٤) د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٢ ، د / محمد علي عرفة - مرجع سابق - ص ٤٥٣ .

فالمدعى عليه بالخيار بين الإكمال بأى من الطريقتين^(١) .

أما بخصوص ميعاد التكملة فإنه يجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة .

ومن ثم يتم تقادى الحكم بنقض القسمة .

كما أن للمدعى عليه إكمال حصة المدعى المغبون بعد صدور الحكم النهائى بنقض القسمة للغبن ، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة .

وذلك لأنه ليس الغرض من إكمال النصيب وقف الدعوى فحسب ، بل كذلك لكى يمنع إعادة القسمة من جديد^(٢) .

ويتضح مما سبق اتفاق القانون مع ما عليه بعض فقهاء الإسلام من جواز إكمال حصة الشريك المغبون ، وذلك تقادياً لنقض القسمة ، مما يعكس حرص الشريعة والقانون على استقرار القسمة وتصحيح المعاملات .

(١) د / إسماعيل غاتم - مرجع سابق - ص ١٨١ .

(٢) د / السنهورى - مرجع سابق - ٨ / ٩٠٩ ، د / حسن كيزه - مرجع سابق - ص ٤٧٦ .

د / محمد على عرفه - مرجع سابق - ص ٤٥٣ .

وانظر عكس ذلك د / سعيد عبد السلام - حق الملكية فقهاً وقضاء - ص ٢٢٧ والذى يرى أن بصدور الحكم النهائى يكون مع المغبون سنداً تنفيذياً ، يستطيع به إجبار المدعى عليه على تنفيذه ، ومن ثم فلا يمد هناك حاجة لإكمال النصيب .

المبحث الرابع

ثبوت حق الخيار فى القسمة

تمهيد وتقسيم : -

إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا ، فقد لزمت القسمة ، ومن ثم فلا يجوز لأحد من الشركاء أن يستقل بنقضها ويعدل عنها ، إلا إذا ثبت غبن أو خطأ لعدم صحتها فى هذه الحالة .

ولكن لما فى القسمة من معنى المعاوضة - فى الأحوال التى بينهاها - فقد قال الفقهاء بثبوت بعض الخيارات فى القسمة .

والخيارات فى اللغة : -

جمع مفردة خيار ، وهو اسم مصدر من الفعل اختار والمصدر هو الاختيار . وهو طلب خير الأمرين والاتجاه إليه^(١) .

وفى الشرع : -

إعطاء المتعاقد الحق فى طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه^(٢) .

وبعد مطالعنى لمذاهب الفقهاء وجدت أنهم - فى الجملة - يثبتون فى القسمة خيارات المجلس، والشرط ، والرؤية ، والعيب ، على اختلاف بينهم وسأتناول كل خيار من هذه الخيارات على حدة مبينا من الذى يثبت من الفقهاء فى القسمة ، وفى أى نوع من أنواع القسمة يجيزونه ، على أن يكون كل خيار فى مطلب مستقل : -

المطلب الأول : خيار المجلس .

المطلب الثانى : خيار الشرط .

المطلب الثالث : خيار الرؤية .

المطلب الرابع : خيار العيب .

(١) مختار الصحاح ص ١٩٤ ، ١٩٥ ، المصباح المنير ص ٧١ ط الجيب .

(٢) حاشية الشرقاوى على التحرير ٢ / ٤٠ ، معنى المحتاج ٢ / ٥٩ ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٤٥ ، نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ١٨٥ .

المطلب الأول

خيار المجلس

تعريفه :-

خيار المجلس من إضافة الشيء نظرفه ، أى الخيار الثابت ما دام المجلس منعقدا .
ويمكن تعريفه بأنه حق شرعى يثبت بمقتضاه لكل واحد من العاقدين الحرية فى فسخ العقد ، أو إمضائه ماداما فى مجلس العقد لم يفترقا بأبد انهما أو يتخيرا (١).
وقد قال بجواز خيار المجلس الشافعية (٢)، والحنابلة (٣)، والإمامية (٤)، والظاهرية (٥) فى البيع ، واستدلوا على مشروعيته بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : " المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر (٦) " .
فقد أثبت الرسول الله ﷺ للمتبايعين الخيار فى المعقود عليه بعد البيع إلى أن يتفرقا .
وينتهى الخيار بالتفرق أو بتخير أحدهما صاحبه .

وقد أثبت الشافعية والحنابلة هذا الخيار فى القسمة :-

فقد أثبتته الشافعية فى القسمة بناء على القول بأن القسمة بيع ، أما على القول بأن القسمة إفراز أو تمييز حق فلا يجوز خيار المجلس فى القسمة (٧).

أما الحنابلة فقد اختلفوا فى ثبوت خيار المجلس فى القسمة على ثلاثة أقوال :-

الأول :-

لا يثبت خيار المجلس فى القسمة مطلقا ، سواء قلنا بأنها إفراز أو بيع .

الثانى :-

لا يثبت خيار المجلس فى قسمة الإفراز ، ويثبت فى القسمة إذا كانت بيعا ، كما لو كان فى القسمة رد . وهذا ما عليه جمهور المذهب .

(١) بحوث فى البيع - د / على أحمد مرعى - ص ١٦٩ ط دار الطباعة المحمدية سنة ١٩٩٣ - (الطبعة الأولى) .

(٢) الروضة للفرى ٣ / ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، مغنى المحتاج ٢ / ٦٠ .

(٣) الكافى لابن قدامة ٢ / ٤٤ ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٤٥ .

(٤) الروضة البهيبة شرح اللمعة المشقية ٣ / ٤٤٧ .

(٥) المحلى لابن حزم ٨ / ٣٥١ .

(٦) الحديث رواه البخارى ومسلم ، يراجع ، صحيح البخارى ج ٣ ص ١٧ ك البيوع ط دار الدعوة .

صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ / ٤٢٩ باب ثبوت خيار المجلس رقم ١٥٣١ ط دار الفلم .

(٧) نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٩ وجاء فيه :- " قسمة الرد بيع لوجود حقيقته وهو مقبلة المال بالمال فتثبت

أحكامه من نحو خيار وشفعة " ، ومغنى المحتاج ٤ / ٤٢٤ وجاء فيه :- " حيث قلنا القسمة بيع ثبت

فيها أحكامه من الخيارين والشفعة " ويراجع / قلوبى وعميرة ٤ / ٣١٧ .

الثالث : -

يثبت خيار المجلس في القسمة مطلقا ، سواء كانت إفرازا أم بيعا .

وبهذا قال القاضي وابن الزاغوني من الحنابلة .

وعله بأن الخيار لم يشرع خاصا للبيع ، بل للقرى وتبين أى الأمرين أرشد ، وهذا المعنى موجود في القسمة (١).

وعند الحنابلة على القول بثبوت خيار المجلس بالقسمة ، فإن الخيار يكون في قسمة التراضي لا في قسمة الإيجاب ، لأن قسمة الإيجاب لا معنى لثبوت خيار المجلس فيها ، إذ في كل لحظة يملك الإيجاب ، فلا يقع بثبوت الخيار في فسخها ، ولأنه حيث وجبت القسمة فينبغي أن تكون لازمة ، لأن أحدهما لو فسخها كان للأخر مطالبته بإعادتها فلا فائدة فيه .

هذا وقد منع خيار المجلس في القسمة مطلقا الإمامية ، والظاهرية على أساس أن القسمة عندهم إفراز مطلقا (٢).

يتضح مما سبق أن الشافعية وجمهور الحنابلة ذهبوا إلى ثبوت خيار المجلس في القسمة ، على القول بأنها بيع .

وعدم ثبوته على القول بأنها إفراز .

ومن ثم فيثبت خيار المجلس في قسمة الرد .

وأرجح ماذهب إليه الحنابلة من ثبوت الخيار في قسمة التراضي لاقسمة الإيجاب ، وعليه إذا تمت القسمة بالتراضي فإنها لا تلزم إلا بتفرقهما بالأبدان من مجلس عقد القسمة . أو بتخيير أحدهما للأخر ، فيختار القسمة.

أما في القانون المدني المصري : -

فإنه لم ينص على الأخذ بخيار المجلس لا في عقد البيع ولا في عقد القسمة ، على أساس أنه طالما اقرن القبول بالإيجاب فإنه يتم العقد ، فإذا أجزى لأى من المتعاقدين الرجوع في العقد بإرادته المنفردة ، كان هذا إهدارا لحرمة العقد الواجب الوفاء بها ، وإبطالا لحق المتعاقد الآخر بغير رضاه ، وعلى الجملة إهدار لقوة العقد الملزمة التي لا يجوز أن تتأخر عن وقت تمامه ، لما في ذلك من إخلال بالنقطة المشروعة عند التعامل (٣).

وبهذا يكون القانون متفقا مع ماذهب إليه الحنفية والمالكية وبعض الزيدية ، من عدم الأخذ بخيار المجلس . سواء كان في عقد البيع أو غيره من عقود المعاوضات .

(١) القواعد لابن رجب ص ٤١٣ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٢ .

(٢) الروضة البهية شرح للجنة المشقة ٣ / ١١٥ ، المحلى لابن حزم ٨ / ٥٦٠ .

(٣) د / السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢ / ٣٧ - ٣٩ .

ومع ذلك فقد ذهب بعض فقهاء القانون^(١) - ونحن معهم - إلى عدم الاقتناع بما عليه
المشرع الوضعي المصري من عدم الأخذ بخيار المجلس ، والمناداة بأن يعدل المشرع
الوضعي المصري من موقفه ليأخذ بخيار المجلس ، لا سيما وأن واضع القانون المدني
العراقي قد أخذ به ، حيث نصت المادة ٨٢ مدني عراقي على : -

" أن المتعاقدين بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ، فلو رجع الموجب بعد
الإيجاب ، وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول ، أو فعل يدل على الإعراض يبطل
الإيجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك " .

أما ما استند إليه شراح القانون من تبرير عدم الأخذ بخيار المجلس في التشريع المدني
المصري ، فإنه يرد عليه بأن العقد ينعقد أصلاً بالتراضي ، وبالتالي لا يترتب كل من
المتعاقدين بالآخر حتى إذا صدر القبول كان العقد لازماً بينهما ، وإنما يترضى كل منهما على
العقد ، وطالما أن المجلس لا زال قائماً لم ينفذ فإن الحرص على تمام التراضي يقتضي أن
يكون لكل منهما فرصة الرجوع عن العقد حتى ينفذ المجلس ، وينتهي انشغالهما بالتعاقد .

وليس في هذا إهدار لحرمة العقد أو امتناع عن الوفاء به ، وإنما هو حرص على أن يتم
العقد بتراض كامل ، فإذا انفض المجلس كان العقد لازماً ، تثبت حرمة ، ويلزم الوفاء به .

أما القول بأن قوة العقد الملزمة لا يجوز أن تتأخر عن وقت تمامه حتى لا تخل بالثقة
المشروعة عند التعامل ، فهو قول غير مسلم به ، لأن العقد مع خيار الشرط غير لازم رغم
تمامه^(٢).

وعلى أية حال فإننا لا نستطيع الآن القول بجواز خيار المجلس في القسمة أو في البيع -
حتى يعدل المشرع الوضعي المصري من موقفه ليأخذ بخيار المجلس كالقانون العراقي .

ومن ثم فإن عقد القسمة يكون لازماً في القانون المدني المصري ، وملزماً لأطرافه
بمجرد اقتران القبول بالإيجاب^(٣).

(١) د / عبد الناصر العطار - أحكام العقود - عقد البيع ص ١٧٣ ، د / سيد محمود عمر - القسمة في
الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه - ص ٣٢٨ .

(٢) د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ١٧٣ .

(٣) د / سيد محمود عمر - المرجع السابق - ص ٣٢٩ .

المطلب الثاني

خيار الشرط

فى الفقه الإسلامى :-

معنى خيار الشرط :-

الشرط سبب ، والخيار مسبب فهو من إضافة المسبب إلى السبب على حقيقة الإضافة (١).

ويقصد بخيار الشرط :-

أن يشترط العاقدان أو أحدهما مدة يتروى فيها بين إمضاء العقد أو فسخه فى أثناء هذه المدة (٢).

وقد ذهب إلى مشروعية خيار الشرط فى البيع جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، والشيعية الزيدية والإمامية . وابن حزم (٣).

وقد استكلوا على ذلك بأحاديث منها ما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - قال : نكر رجل لرسول الله - ﷺ - أنه يخدع فى البيوع ، فقال له الرسول ﷺ : " من بايعت قفل لاخلاة " (٤).

وقوله لاخلاة أى لا غش ولا خديعة (٥).

فالحديث وإن لم يصرح فيه بشرط الخيار إلا أن لفظ "لاخلاة" اشتهر فى الشرع لاشتراط الخيار ثلاثة (٦) . أى ثلاثة أيام .

(١) أنيس الفقهاء للقنوى ص ٢٠٥ ، حاشية البيجرمى على شرح منهج الطلاب ٢ / ٢٥٢ ، شرح فتح القدير ١١٠ / ٥ .

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٤ / ٦٥ ، بحث فى البيع - د / على مرعى - ص ١٨٧ .

(٣) تراجع / تبين الحقائق ٤ / ١٤ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٠٨ ، شرح الجلال المطى على المنهاج بهامش قليوبى وعصيرة ٢ / ١٩٢ ، الكافى لابن قدامة ٢ / ٤٥ ، شرح الزخار ٣ / ٣٤٧ ، الروضة البهية شرح اللمعة النمشقية ٣ / ٤٥٢ ، المطى ٨ / ٤٠٩ ، إلا أن ابن حزم اشترط لثبوت هذا الخيار لأى من المتعاقدين أن يقول "لاخلاة" .

(٤) الحديث متفق عليه بهذا اللفظ ، وفى بعض الروايات (قل لا خلاة ، واشترط الخيار ثلاثا) تراجع / صحيح البخارى ٣ / ١٩ باب ما يكره من الخداع فى البيع ط دار الدعوة ، وراجع / صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ / ٤٣٣ ، باب من يخدع فى البيع ، رقم ١٥٣٣ ، ط دار القلم ، تلخيص الحبير ، لابن حجر ٢١ / ٣ .

ط دار المعرفة .

(٥) نيل الأوطار ٥ / ١٨٢ ، وراجع لسان العرب لابن منظور ٢ / ١٢٢٠ .

(٦) نهاية المحتاج ٣ / ٩٣ ، المجموع ٩ / ٣٠٧ .

مدى الأخذ بخيار الشرط فى القسمة عند الفقهاء : -

أخذ بخيار الشرط فى القسمة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ، وهاك

البيان :-

فذهب الحنفية إلى جواز اشتراط الخيار فى القسمة ، إلا أنهم أجازوه فى قسمة الرضا ، لأن فيها معنى المبادلة . ولكون القسمة بالتراضى يكون فيها الرضا ظاهراً فتكون شبيهة بالمبادلات .

ولم يجز الحنفية خيار الشرط فى قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة ، لأنه لو رد الشريك القسمة لخيار الشرط ، لأجبره القاضى ثانياً ، فلا فائدة (١).

كما أن خيار الشرط يجوز عندهم فى قسمة الأجناس المختلفة وهى قسمة لإجبار فيها ، وكذلك يجوز عندهم فى قسمة الجنس الواحد من القيمات - كالبحر والغنم أو الثياب من جنس واحد - أن يشترط الخيار ، وذلك على الصحيح المفتى به .

أما المثليات فلا يثبت فيها خيار الشرط عندهم (٢).

وما يبطل به خيار الشرط فى البيع المحض ، يبطل به فى القسمة ، وإنما يصح اشتراط الخيار فى القسمة على نحو ما يصح اشتراطه فى البيع المحض ، حتى يجوز اشتراطه ثلاثة أيام بلا خلاف . وما زاد على الثلاثة يكون على الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه ، فإن مضت الثلاثة أيام ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار فى الثلاث ، وادعى الآخر الإجازة ، فالقول قول مدعى الإجازة . وإن أقام البينة فالبينة بينة من يدعى الرد (٣) .

ويبطل الخيار أيضاً بسكنى الدار فى مدة الخيار ، أو بالمدامنة على السكنى إذا كان قد سكنها قبل القسمة (٤).

أما المالكية :-

فيجوز عندهم أن يقتسم الشريكان ويشترطاً لأحدهما أو لهما الخيار ، وذلك سواء أكان المقسوم دلاً أم عروضاً .

ويكون مقدار أمد الخيار هنا كمقدار مدته فى البيع ، والتى تختلف ، باختلاف المبيع من عقار ورقيق وبهيم وعرض -

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٧ ، تحفة الفقهاء ٣ / ٢٨٢ .

(٢) الفتاوى البرازية بهامش الفتاوى الهندية ٦ / ١٤٥ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٩ ، المبسوط ١٥ / ٤٠ .

(٤) الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٨ .

وما يدل على الرضا في خيار البيع يدل على الرضا أيضا في خيار القسمة ، وما يعتبر ردا في البيع يعتبر ردا في القسمة ، فينقطع الخيار ويسقط بمضى زمنه المشترط ، وإذا فعل من له الخيار ما يدل على الرضا بأن بنى وهدم أو ساوم للبيع في نصيبه ، سقط الخيار كذلك . وليس لمن لم يشترط الخيار من المتقاسمين أن يرد بالخيار طالما أنه لم يشترطه ، إذ إن استعمال الخيار وثبوته يكون من حق من اشترطه فقط^(١) .

واشترط الخيار جائز في قسمة المراضاة ، وكذا في قسمة القرعة على ظاهر المدونة ، وذكر بعض الرواة منعه فيها^(٢) .

أما الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) : -

فأجازوا خيار الشرط في قسمة التراضي فقط لا في قسمة الإيجاب ، لأن قسمة الإيجاب لا معنى لثبوت الخيار فيها ، إذ في كل لحظة يملك القاضى الإيجاب ، فلو فسخها أحد الشركاء كان للآخر المطالبة بإعادتها فلا فائدة .

وعلى ذلك فلا يجوز اشتراط الخيار في قسمة الأجزاء أو المتشابهات لكونها إقراز ، ولكن يجوز اشتراطه في قسمة الرد ؛ لأنها بيع قولاً واحداً ، وكذلك في قسمة التعديل على القول بأنها بيع .

إذ الضابط الذي سار عليه الشافعية والحنابلة هو ثبوت الخيار في القسمة إذا قلنا بأنها بيع ، ولا يثبت على القول بأنها إقراز .

ولا يخفى أن قسمة الإيجاب لا تجوز إلا في القسمة التي تكون إقرازا ، وقسمة التراضي تكون في الإقراز وفي ما قيل عنه إنه بيع .

وهناك رواية في المذهب الحنبلي بثبوت خيار الشرط على الوجهين ، أى سواء قلنا بأن القسمة إقراز أو بيع ، لأن الخيار جعل للارتياح فيما فيه الحظ ، وهذا المعنى موجود في القسمة^(٥) .

أما الشيعة الزيدية : -

فأجازوا اشتراط الخيار في المقسوم المختلف الأجناس قياسا على البيع^(١) .

(١) الشرح الصغير ٥ / ١٥٨ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٣٢ ، مواهب الجليل للحطاب والتاج والإكليل بهامشه ٥ / ٣٣٩ ، شرح الخرشى ٤ / ٤٠٤ ، المدونة الكبرى ٤ / ٢٨٩ .

(٢) شرح الزرقاني ٦ / ١٩٩ ، حاشية العدوى على شرح الخرشى ٤ / ٤٠٤ .

(٣) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٤ ، قليوبي وعميرة ٤ / ٣١٧ ، تحفة المحتاج بهامش شرواى وابن القاسم ١٠ / ٢٠٦ .

(٤) القواعد لابن رجب ص ٤١٣ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٣٢ ، مطالب أولى النهى ٦ / ٥٥٠ . هذا ولم يتوسع الشافعية والحنابلة بشأن خيار الشرط في القسمة بأكثر من هذا .

(٥) القواعد لابن رجب ص ٤١٣ .

(٦) شرح الأثر ٣ / ٣٨٤ ، ٣٨٥ وجاء فيه : - " وهى - أى القسمة - فى مختلف كالبيع فتوافقه فى أربعة وتختلفه فى سبعة ، أما الأربعة التى توافقه فيها - فالأول : أن لكل واحد من المتقاسمين -

أما الشيعة الإمامية^(١) ، وابن حزم^(٢) : -

وهما من الذين قالوا بنبوت خيار الشرط في البيع ، فهم رغم ذلك لا يجيزون خيار الشرط في القسمة ، لأن القسمة عندهم - كما سبق - إفراز وليست بيعا ، وإن كان فيها رد .
وخلاصة ما سبق : -

أن الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية قد أجازوا اشتراط الخيار في القسمة بناء على القول بأنها بيع ، أى فى كل ما تجوز قسمته تراضيا ويمتنع قسمته إجبارا .
ولم يخالف فى ذلك سوى الشيعة الإمامية وابن حزم ، لأن القسمة عندهم إفراز وليست بيعا .

كما أن جمهور الفقهاء على أن اشتراط الخيار إنما يكون فى قسمة التراضى لا فى قسمة الإيجاب ، ولم يخالف فى ذلك سوى المالكية بناء على رواية ظاهر المدونة ، وروى بعض المالكية المنع فيها كالجمهور .

ونخلص أيضاً إلى أن مقالته كل مذهب بخصوص خيار الشرط فى البيع ، يأتى مثله فى القسمة .

والله أعلم

أما فى القانون المدنى

فإنه لم يرد بشأن خيار الشرط فى القسمة نص فى القانون . ومع ذلك فقد وردت نصوص فى القانون المدنى المصرى تتعرض لخيار الشرط فى البيع .

ولما كان للقسمة ذاتيتها التى تستقل بها عن البيع فى ظل القانون المدنى ، فإنه لا يمكن إعمال ما ورد من أحكام خاصة بهذا الخيار فى البيع على القسمة^(٣) .

وكذلك فإنه لا يمكن مقابلة الشرط الفاسخ فى القانون بخيار الشرط فى القسمة فى الشريعة الإسلامية لاختلاف طبيعة كل منهما . إذ إن مضمون خيار الشرط أن يكون للمتعاقد الرجوع عن العقد خلال مدة معينة يشترطها ، بينما الشرط الفاسخ أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على تحققه فسخ العقد .

- الرد لنصيبه بالخيارات - خيار الرؤية والشرط والعيب * . يراجع / السيل الجرار ٢ / ٢٦٢ ، عيون الأكره ص ٣٣٦ .

(١) الروضة البهية ٢ / ١١٥ ، جواهر الكلام ٢٦ / ٣٠٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٦٠ .

(٣) يراجع / د / سيد محمود عمر - القسمة فى الشريعة والقانون - ص ٣٢٩ .

وفوق هذا فإن خيار الشرط يكون العقد معه غير لازم . بينما الشرط الفاسخ يكون العقد معه لازماً ، ولكنه يفسخ إن تحقق الشرط (١).

وبهذا يتضح البون الشاسع بين الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى ، بشأن اشتراط الخيار فى القسمة فبينما ، أجازته الشريعة الإسلامية وفصلت أحكامه بما يكفل تمام الرضا من المتقاسمين ، مما يؤدى إلى عدالة القسمة واستقرارها . فقد غفل عنه المشرع الوضعى فى القانون المدنى المصرى الحالى بخصوص القسمة .

ومع ذلك فإننى أرى - حلاً لذلك - إما أن تطبق أحكام خيار الشرط التى أوردها القانون بخصوص عقد البيع ، على اعتبار أن القسمة فيها معنى المعاوضة كالبيع ، فيطبق عليها بما يتناسب مع طبيعتها .

وإما أن تطبق أحكام خيار الشرط الواردة بالشريعة الإسلامية بخصوص القسمة ، وذلك استناداً لكون الشريعة الإسلامية - كما قرر القانون المدنى - مصدراً ثالثاً للأحكام ، أو كما قرر الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع .

وإما أن يلجأ المشرع الوضعى إلى تعديل نصوصه بما يتلائم مع ما قرره الشريعة الإسلامية - مراعاة لحقوق المتقاسمين - بخصوص أحكام خيار الشرط فى القسمة .

(١) د / عبد الرزاق المنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ٤ / ٢٨٣ ، د / عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام فى الشريعة الإسلامية - كتاب أول - ص ٩٣ ، ٩٤ .

المطلب الثالث

خيار الرؤية

في الفقه الإسلامي :-

خيار الرؤية هو الخيار الذي سببه الرؤية ، من إضافة المسبب إلى سببه .
وهو أن يكون للعقد الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محل التعاقد المعين إذا لم يكن رأه قبل العقد .

وقد ذهب إلى إثبات هذا الخيار في البيع الحنفية والشيعة الزيدية والإمامية (١)، وثبوته عندهم مبنى على قولهم بصحة بيع الغائب ، وللمشتري الخيار عند رؤية المبيع .
واستدلوا بما روى مرسلًا (٢) عن النبي ﷺ أنه قال : " من اشترى شيئاً لم يره ، فله الخيار إذا رآه " (٣).

وهذا الخيار يثبت للمشتري فقط على الأرجح (٤).

مدى الأخذ بخيار الرؤية في القسمة :-

أثبت خيار الرؤية في القسمة الحنفية والزيدية فقط ،

فالحنفية :-

قد أجازوا الأخذ بخيار الرؤية في قسمة الأجناس المختلفة ، وهي قسمة تراضى لا إجبار فيها .

وكذلك أجازوها في قسمة الجنس الواحد من القيميات على الصحيح المفتى به .

أما في قسمة الجنس الواحد من المثليات فلم يجيزوا خيار الرؤية فيها (٥).

(١) تبين الحقائق ٤ / ٢٤ ، شرح الأثر ٣ / ٩١ ، الروضة البهية شرح اللمعة النمشية ٣ / ٤٦١ .

(٢) الحديث المرسل هو :- ماسقط من آخر اسناده من بعد التابعي ،

نزعة النظر شرح نخبة الفكر للحافظ ابن حجر ص ٤٣ ط المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

(٣) الحديث :- رواه الدارقطني والبيهقي من حديث أبي هريرة ، وقال ابن حجر : فيه عمر بن إبراهيم

الكردي ، مذكور بالوضع ، وذكر الدارقطني أنه تردده ، وقال البيهقي : المعروف أن هذا من قول ابن

سيرين ، وجاء من طرق أخرى مرسل عن مكحول عن النبي ﷺ ، أخرجه الدارقطني والبيهقي

يراجع / سنن الدارقطني ٣ / ٥ ك البيوع رقم (١٠) ط دار المحاسن للطباعة ، السنن الكبرى للبيهقي

٥ / ٢٦٨ ك البيوع ط دار الفكر ، تلخيص الحبير لابن حجر ٣ / ٦ .

(٤) تبين الحقائق ٤ / ٢٤ ، شرح الأثر ٣ / ٩١ ، بينما أثبتته الإمامية للبائع أيضاً وذلك إذا باع شيئاً على

الوصف ظناً منه أنه باقى على ما كان رأه سابقاً ، ثم تبين له أنه قد تغير إلى حالة أفضل تجلب له قيمة

أكثر ، فيكون له الخيار أيضاً . يراجع / الروضة البهية ٣ / ٤٦١

(٥) الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٧ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٥ .

وهذا الخيار ثابت عند الحنفية فى قسمة التراضى دون قسمة الإيجار (١).

وبَيَّنَّ الحنفية أنه إذا كان المقسوم دراهم أو دنانير ، كما لو كانت ألفا درهم بين رجلين كان ألف فى كيس ، فاقسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر ، وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر ، فالقسمة جائزه على الذى رآه وعلى الذى لم يره ، ولا خيار لواحد منهما فى ذلك قياسا على البيع ، فإن عدم الرؤية فى الثمن لا يثبت الخيار للبائع ، فكذلك فى القسمة .

والمعنى فى ذلك أن الدراهم والدنانير أثمان محضة ، ولا مقصود فى عينها ، إنما المقصود الثمنية ، وبمعرفة المقدار يصير المقصود معلوما على وجه لا يتفاوت بالرؤية أو عدمها ، بخلاف سائر الأعيان .

ويمتنع من ذلك إذا كان قسم (أى نصيب) الذى لم ير المال شرهما فيكون له الخيار ، لأنه إنما رضى بقسمه على أن يكون فى الصفة مثل ما أخذه صاحبه . فإذا كان دون ذلك لم يتم رضاه ، فيجبر فى ذلك .

وإذا قسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذى أصابه ، ولم يرجوه ، فلا خيار لهما ، إلا على قول زفر ، وكذلك إذا اقتسما بستانا وكرما ، فأصاب أحدهما البستان ، والآخر الكرم ، ولم ير واحد منهما الذى أصابه ولا رأى جوفه ولا تخله ولا شجرة ، ولكن رأى الحائط من ظاهره ، فلا خيار لواحد منهما ، ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن (٢).

وأضاف الحنفية : - بأنه إذا ثبت خيار الرؤية فى القسمة ، فى أى موضع يثبت فيه ، فإنه يبطل بما يبطل به هذا الخيار فى البيع المحض (٣) .

ولاشك أن خيار الرؤية يثبت لأى من المتقاسمين - والذى لم ير المقسوم - .

أما عند الزيدية : -

فلم يتعرضوا فى القسمة لأكثر من القول بثبوت خيار الرؤية فى قسمة القيميات المختلفة الأجناس (٤) . ومن ثم فيحال إلى أحكام خيار الرؤية الواردة فى البيع .

(١) يقول الإمام السرخسى فى المبسوط : " وإذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذى وقع له ، ثم رآه فهو بالخيار إن شاء رد القسمة وإن شاء أمضاها . وأعلم بأن هذه المسائل فى قسمة يتقنان عليها دون ما يفعله القاضى ، فه ولاية إيجار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لإثبات خيار الرؤية " . المبسوط ١٥ / ٣٩ ، ويراجع / بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٧ .

(٢) القتلوى الهندية ٥ / ٢١٨ ، المبسوط ١٥ / ٤٠ .

(٣) القتلوى الهندية ٥ / ٢١٨ .

(٤) شرح الأكره ٣ / ٣٨٥ .

ومن ثم فينقضى هذا الخيار فى القسمة بما ينقضى به فى البيع ، فينقضى بالإجازة الصريحة بعد رؤية المتقاسم لنصيبه ، وكذلك ينقضى أيضا بالرضا بالقسمة ضمنا ، كأن يسكن المتقسم الدار ، أو يزرع الأرض ، أو يتصرف فى حصته بالبيع أو الرهن (١).

أما الشيعة الإمامية : -

وهم من الذين قالوا بجواز خيار الرؤية فى البيع . فإنهم يقولون بعدم جواز خيار الرؤية فى القسمة ، كما هو مقتضى مذهبهم ، لأنهم يقولون بأن القسمة إفراز وليست بيعا ، حتى ولو كان فيها رد (٢) .

وفى القانون : -

لم يرد فيه شئ بشأن خيار الرؤية فى القسمة ، ولكن قد نص القانون على خيار الرؤية فى البيع وذلك فى المادة ٤١٩ مدنى مصرى .

ولا يمكن قياس القسمة على البيع فى خيار الرؤية ، وذلك لأن الشركاء ملاك المال الشائع الذى يقسمونه يعلمون به ، وإن لم يعلموا به فهم مقصرون .

ومع ذلك فإنه من الممكن أن يستغنى عن خيار الرؤية فى القسمة - وإن كان النص عليه أولى - بإعمال المبادئ والقواعد العامة فى نظرية العقد التى تنقضى بجواز التمسك بإبطال العقد للغلط ، أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال والغبن (٣).

ولعل فى هذا ما يكفى عن التمسك بخيار الرؤية

(١) تبين الحقائق ٤ / ٣٠ ، شرح الأملر ٩٣ / ٣ .

(٢) للروضة البهية ١١٥ / ٣ .

(٣) د / سيد محمود عمر - المرجع السابق - ص ٣٣١ .

المطلب الرابع

خيار العيب

العيب فى اللغة معناه الوصمة ، يقال : عاب يعيب من باب سار فهو عائب ^(١).

والعيب :-

هو ما يخلو عنه أصل القطرة السليمة مما يعد نقصاً ^(٢) والنقص هو : الخسران فى الحظ ^(٣).

والمتتبع لكلام الفقهاء فى خيار العيب يمكنه أن يتبين معنى هذا الخيار بأنه :-

عبارة عن حق يثبت للعائد بمقتضاه عند اطلاعه على عيب يجهله بالمعتود عليه ولاية فسخ العقد أو امضائه ^(٤).

والعيب عند شراح القانون هو :- الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع أو هو النقيصة التى يقتضى العرف سلامة المبيع منها غالباً ^(٥).

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فى الجملة ، واستدلوا بما روى أن رجلاً ابتاع غلاماً به عيب" فردّه بالعيب ، فقال البائع :- غلة عبدى ، فقال النبى ﷺ :- "الغلة بالضمآن"

(١) القاموس المحيط ١ / ١٠٩ ، لسان العرب ٤ / ص ٣١٨٣ .

(٢) رسالة الخيارات فى البيع للدكتور عبد الرحمن مندور ص ١٥٧ ، مكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

(٣) لسان العرب ٦ / ٤٥٢٣ .

(٤) بحوث فى البيع للدكتور / على أحمد مرعى ص ٢٤٦ .

إذ إن العيب عند الحنفية هو :- كل ما ينقص الثمن فى عادة التجارة أى ما يؤثر على ثمن المبيع بالنقص عند التجار . يراجع / البحر الرائق ٦ / ٤١ .

وعند المالكية :- هو كل ما جرت السلامة منه مما ينقص ثمن المبيع أو المتصرف فيه أو تخاف عاقبته . يراجع / الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣ / ١٠٨ .

وعند الشافعية :- كل ما ينقص العين أو قيمتها نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب فى جنس المبيع عدمه . يراجع / شرح الجلال المحلى على المنهاج بهامش قليوبى وعميرة ٢ / ١٩٩ .

وعند الحنابلة :- هو النقص الموجب لنقص المالية فى عادات التجار . المغنى لابن قدامة ٤ / ٨٣ .

وعند الظاهرية :- ما حظ من الثمن الذى اشترى به أو باع به مالا يتفان الناس بمناله . المحلى ٥ / ٧١ .

وعند الزيدية :- كل وصف منموم نقصت به قيمة ما تصف به عن قيمة جنسه السليم ، نقصان عين كالعمور ، أو زيادة كالأصبع الزائدة . البحر الزخار ٤ / ٣٥٥ .

وعند الإمامية :- كل ما زاد عن أصل الخلقة أو نقص . للمعة دمشقية ٣ / ٤٧٣ .

وعند الإباضية :- منقص عن الخلقة الطبيعية والشرعية نقصاً مؤثراً فى المبيع ، ويختلف بالمعادات والأزمان .

شرح النيل وشفاء الطلل ٨ / ٣٩٨ .

(٥) د / خميس خضر - المعقود المدنية الكبيرة - ص ٢١٧ .

رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وصححه الترمذى وابن حبان والحاكم ووافقه الذهبي^(١).

وجه الاستدلال بهذا الحديث بين ، فقد رد المشتري المبيع عند ظهور العيب به ، وقد قرره الرسول ﷺ ، فدل هذا على أن الرد بالعيب جائز ، وهذا معنى ثبوت الخيار^(٢).

هذا وقد أثبت خيار العيب فى القسمة جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإباضية^(٣).

ونظراً لأن ظهور العيب بعد القسمة يعد من طوارئ القسمة فإننى سأتكلم عنه بشئ من

التفصيل :-

أولاً :-

جمهور الفقهاء على أن من وجد عيباً فى نصيبه بعد القسمة ، ولم يكن يعلمه قبل القسمة ، فإنه يجوز له رده على الشركاء وفسخ القسمة ، واستئنافها من جديد^(٤).

لأنه إذا ظهر فى نصيب أحد الشركاء عيب ، فقد ظهر أن القسمة وقعت جائرة لاعادلة ، فكان له حق الرد بالعيب كما فى البيع^(٥).

ولأن العيب نقص عن قدر حقه الخارج له ، فوجب أن يتمكن من فسخ القسمة استدراكاً لما فاتته^(٦).

(١) إراجع / مسند الإمام أحمد ٦ / ٨٠ ، ١١٦ ط المكتب الإسلامى ، سنن أبى داود ٣ / ٢٨٤ باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً رقم (٣٥١٠) وقال : هذا إسناداه وليس بذلك ، سنن ابن ماجه ٢ / ٧٥٤ باب الخراج بالضمنان (٢٢٤٣) ط المكتبة العلمية سنن الترمذى ٣ / ٥٧٢ باب فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد عيباً ، رقم (١٢٨٥ ، ١٢٨٦) ط دار الحديث ، الاحسان فى تقريب صحيح ابن حبان ١١ / ٢٩٨ باب خيار العيب رقم (٤٩٢٧) ، المستدرک للحاكم ومعه التلخيص للذهبي ٢ / ١٥ ك البيوع .

(٢) بحوث فى البيع للدكتور على مرعى ص ٢٤٦ .

(٣) المبسوط للسرخسى ١٥ / ٤٣ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٧٠ ، ٢٧١ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، وإراجع ايضا / الحلو الكبير للملورى ١٦ : ص ٢٦١ ، المغنى والشرح الكبير ١١ / ٥١١ ، شرح الأثر ٣ / ٣٨٥ ، الإيضاح ٧ / ١٤٨ .

(٤) ولم يخالف فى ذلك إلا الإباضية حيث قالوا بأن العيب لا تنفسخ به القسمة ولا يترادون إلا أن كان فيه العيب ، ويحدث التراد به لا بالعيب . والقسمة لا ترد بالعيب إلا فى وجه واحد وذلك نحو أناس كانت بينهم أرض ليس فيها أشجار إلا نوى الثمار قد نبتت فيها ، فاقسموا قبل أن يثمر ذلك النوى ، فخرج سهم أحدهم كله ذكورا ، وخرج سهم شركائه إناثاً ، فعندئذ يكون لصاحب النصيب الأول أن يتراد بالعيب ، الإيضاح للشماخى ٧ / ١٤٧ .

(٥) البدائع ٩ / ٤١٣٧ .

(٦) إراجع / العبدع شرح المقنع ١٠ / ١٤١ .

وهناك وجه عند الحنابلة : - بأنه إذا ظهر عيب فى نصيب أى من المتقاسمين بعد القسمة ولم يكن يعلمه قبل القسمة ، فإن القسمة تبطل ، لأن التعديل فيها شرط ، ولم يوجد بخلاف البيع (١).

ثانيا : -

كما أنه لا خلاف (٢) بين الفقهاء على أن لمن وجد العيب فى نصيبه ، الحق فى أن يمسكه إذا لم يطلب أرش العيب .

لأنه بذلك يكون قد تنازل عن حقه فى الرد بالعيب ، وذلك جائز ، لأن الحق له وقد رضيه .

ثالثا : -

ولكن اختلف الفقهاء فيما أراد إمساك المعيب ، والرجوع بأرش العيب (٣) على شريكه ، هل يجوز له ذلك ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين : -

القول الأول : -

إنه لا يجوز له أن يستبقى المعيب لنفسه مع رجوعه بأرش النقص .

وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والزيدية ، والإباضية (٤) ، وهو قول المالكية إذا كان العيب كثيرا (٥).

(١) وهو احتمال عند الحنابلة . المغنى والشرح الكبير ١١ / ٥١١ ، المبدع شرح المتن ١٠ / ١٤١ .

(٢) يراجع فى أولا وثانيا : - للحنفية / بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٧ ، وللمالكية / شرح الزرقانى ٦ / ٢٠٨ ، شرح منيع الجليل ٣ / ٦٥٣ ، ٦٥٤ ، وللشافعية / أسنى المطالب ٤ / ٢٣٨ ، الأكواري ٢ / ٥٠٨ ، وللحنابلة / المبدع شرح المتن ١٠ / ١٤١ ، المغنى والشرح الكبير ١١ / ٥١١ ، وللزيدية / البحر الزخار ٣ / ٣٢٩ .

(٣) أرش العيب المراد به : - هو جزء مثل نسبة التفاوت بين القيمتين ، فيقوم المبيع على أنه صحيح غير معيب ، ثم على أنه معيب ، فإذا كانت قيمته غير معيب عشرة ، ومعيب ثمانية ، فيرجع بنسبة ٢ إلى ١٠ أى الخمس من الثمن . وهكذا .

اللاعبة الحشوية ٣ / ٤٧٤ ، الكافى لابن قدامة ٢ / ٨٤ ، فتح القوام ١ / ١٧١ .

(٤) يراجع / الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٨ وشفعية لم يتكلموا فى قسمة على شئ سوى هم ذكروا أن القسمة بائت فيها خيار العيب لو اجد النقص فى نصيبه ، ولكنهم أحلوا على أحكامه فى البيع . يراجع لهم / أسنى المطالب ٤ / ٢٣٨ ، وضحة الطالبين ٣ / ٤٧٨ ، يراجع للزيدية / البحر الزخار ٣ / ٥٩٠ وللإباضية / شرح الفيل وشفاء العليل ٨ / ٤٦٢ .

(٥) يتفق مذهب المالكية فى ذلك : أنهم يفرقون فى الرد بين حلقين : الحالة الأولى : - أن يكون العيب فى أكثر النصيب . وفى هذه الحالة يكون من حق واحد العيب الخيار بين أن يرد نصيبه بأسره ، وينقض القسمة ، وتعود الشركة كما كانت قبل القسمة ، وبين لنفسه مع عدم الرجوع على شريكه بشئ لأن -

وعلاوة^(١) بأن خيرته تنفى ضرره ، فطالما اختار إضفاء القسمة فلا يكون له أرش
النقص.

القول الثاني : -

إن لمن وجد في نصيبه عيبا ، أن يستبقى المعيب لنفسه ويرجع بأرش العيب ، أى يخبر
بين فسخ القسمة أو أمساك المعيب والرجوع بالأرش .

وبهذا قال الحنابلة^(٢).

وذلك لأن العيب نقص في نصيبه ، فكان له أن يأخذ أرش العيب استدراكا لحقه الثابت
قياسا على المشتري^(٣) .

وأرى أن مذهب إليه الجمهور هو الراجح ، وهو أنه ليس لواجد العيب إذا لم يرده
وأراد إمسাকে الرجوع على شريكه بأرش النقص ، لأن خيرته تنفى ضرره . كما أن القسمة
ليست كالبيع من كل وجه ، حيث يفتقر فيها مالا يفتقر في البيع^(٤).

- تخيره ينفي ضرره ، فإذا اختار رد القسمة وكان نصيب شريكه مازال قائما في يده نقضت القسمة
واستأنفت من جديد .

أما إذا كان قد فات من يده بهدم أو بناء أو قطع ثوب ، أو بيع أو نحو ذلك فإن عليه أن يرد نصف نصيبه
الفاقت لمن وجد العيب في نصيبه ويكون النصيب المعيب شركة بينهما . وإذا فات النصيب المعيب في يد
صاحبه ، رد لصاحب النصيب السالم نصف قيمة نصيبه المعيب ، وماسلم من العيب والقوات يكون بينهما
نصفين ، والحكم كذلك إذا فات النصيبان معا ، حيث يرجع صاحب المعيب على من أخذ النصيب السالم
بنصف قيمته ما زادت قيمة السالم على قيمة للمعيب ، وتعتبر القيمة في جميع هذه الصور يوم القبض
لايوم القسمة ، لأن حق الرد يجعل القسمة كالبيع الفاسد .

الحالة الثانية : -

أن يكون العيب قليلا : - بأن كان أقل من الثلث على المعتد في المذهب / ففي هذه الحالة لا يكون لواجد
العيب حق نقض القسمة ، ورد نصيبه كاملا ، وإنما يكون له الرجوع بنصف البعض المعيب على صاحب
السالم ، ولا يرجع شريكا فيما بيد السالم .

فإذا فرضنا أن القدر المعيب من نصيب واعد العيب هو الربع مثلا ، فإنه يرجع صاحبه على سليم الحصنة
بمثل قيمة نصف الربع وهو الثمن ، ويكون لصاحب السليم نصف ربع المعيب أى ثمنه .
وإذا فات المعيب في هذه الحالة رجع صاحبه بما زاده نصف قيمة السالم ، وتعتبر القيمة في هذه صور
يوم القسمة لا يوم القبض لصحة القسمة .

يراجع / شرح ملح الجليل ٣ / ٦٥٣ ، ٦٥٤ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٧٠ ، ٢٧١ ، شرح الخرشي
٤ / ٤١٣ ، ٤١٤ ، مواهب الجليل ٥ / ٣٤٨ .

(١) شرح الخرشي ٤ / ٤١٣ .

(٢) راجع المفنى والشرح للكبيرة ١١ / ٥١١ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٤١ ، الإنصاف ١١ / ٣٦٣ .

(٣) كشف القناع ٦ / ٣٨٣ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٤١ ، نيل الصواب شرح نيل الطالب لابن عمر
الشبلي ج ٢ ص ١٨٣ .

(٤) قسمة الأملاك للدكتور أحمد فراج حسن ص ١٩٣ .

رابعاً : -

هل يثبت خيار العيب سواء كانت القسمة رضائية أم قضائية ؟

· اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين : -

القول الأول : -

يثبت خيار الرد بالعيب فى القسمة مطلقاً ، سواء كانت القسمة قضائية أو رضائية .

وبهذا قال الحنفية^(١) ، وهو المعتمد عند المالكية^(٢) .

واستدلوا بأنه إذا ظهر فى النصيب عيب ، فقد ظهر أن القسمة وقعت جائرة لاعادلة ، فكان له حق الرد بالعيب كما فى البيع^(٣) .

ولأن الحاكم أو القاضى فى قسمة الإيجار إنما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه على أنه سليم من العيب ، فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى ، فيوجود العيب يفوت ما كان مستحقاً له ، فيتخير لذلك^(٤)

القول الثانى : -

إنه لا يثبت خيار الرد بالعيب فى قسمة التراضى ، بل يثبت فى قسمة الإيجار فقط (أى القرعة) -

وبهذا قال عبد العزيز بن الماجشون من المالكية^(٥) .

وذلك لأن القسمة التى بالتراضى هى بيع ، وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن يفسخ بالرد بالعيب^(٦) .

(١) حيث أثبتته الحنفية فى قسمة التراضى وقسمة الإيجار ، كما أنه يثبت عندهم سواء كان المقسوم أجناساً مختلفة ، أو كان المقسوم متلياً كالمكيلات والموزونات أو كان المقسوم قيمياً من جنس واحد كالإبل والبقر والغنم . يراجع / حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٥ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٧ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٨ ، المبسوط ١٥ / ٤٢ .

(٢) يراجع مواهب الجليل للحطاب ٥ / ٣٤٨ ، حيث جاء فيه : " ثم يقسمان المعيب ، كان قسمة قرعة أو تراض " .

(٣) البدائع ٩ / ٤١٣٧ .

(٤) المبسوط ١٥ / ٤٢ .

(٥) بداية المجتهد ٢ / ٢٧١ .

(٦) المرجع السابق .

هذا ولرى أن هناك قولاً ثالثاً " إلا أنه لم يصرح به وهو مفهوم من خلال النصوص ، وهو أن خيار الرد بالعيب يثبت فى قسمة التراضى فقط ولا يثبت فى قسمة الإيجار . وهو للشافعية حيث يقول ابن المقرئ فى الروض : - " وإن اقتسمها بالتراضى ثم ظهر عيب بنصيب أحدهما فله بل لهما الفسخ " . روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٤ / ٣٢٨ ، فيفهم من قوله - بالتراضى - إخراج قسمة الإيجار . ولكن بقية كتب المذهب أطلقت القول بدون تقييد بتراضى أو بغيره . يراجع / الحاوى ١٦ / ٢٦١ ، الأكواف ٢ / ٥٠٨ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٢٠ .

أقول : -

ويرد على ذلك بأن الأولى أن نقول يثبت خيار الرد بالعيب في قسمة التراضي أيضاً ، لأنها كما ذكر المستدل بيع ، والبيع يثبت فيه خيار الرد بالعيب ، فنقاس قسمة التراضي عليه فيثبت فيها خيار الرد بالعيب . والله أعلم

وأرى أن مذهب إليه أصحاب القول الأول هو الراجح ، فيجوز الرد بالعيب سواء كانت القسمة رضائية أم جبرية .

وذلك لأن التعديل شرط في القسمة ، سواء كانت رضائية أم جبرية . ولأن الغرض أن القسمة قد وقعت على جهة المعادلة ، ورضى الشركاء بها على ذلك ، فإذا ظهر بعد ذلك عيب لم يطلعا عليه بعد القسمة فإن من حق من وقع في نصيبه أن ينقض القسمة ، لأنه لم يرض بهذا العيب إذ كان مستورا عنه .

خامساً : -

ذهب الحنفية إلى أنه إذا امتنع الرد بالعيب لوجود مانع منه ، فإنه يرجع بالنقصان كما في البيع ، إلا أنه في البيع يرجع بتمام النقصان ، وفي القسمة يرجع بالنصف ، لأن النقصان في القسمة يرجع بالنصيبين جميعاً ، فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه^(١).

أما المالكية^(٢) فقالوا بأنه إذا امتنع الرد بسبب فوات نصيب شريكه أو نصيبه أو هما معاً ، فإنه يفرق في ذلك بين ما إذا كان العيب في كثير المال أو في قليله ، مما ترتب عليه بقاء الشركة بينهما في المعيب أو السالم ، أو عدم بقائها على الوجه الذي أوضحنه عند تحقيق مذهب المالكية آنفاً .

وأرى أن مسلك الحنفية أولى قطعاً للنزاع وحسماً للخلاف ، ولتعذر تقدير النصيب الفائت في بعض الصور التي ذكرها المالكية . ويرد بالعيب سواء كان العيب كثيراً أو قليلاً كما يقول الحنفية ، إلا إذا كان العيب تأفها كواحد أو اثنين في المائة لتعذر الاحتراز عن مثله^(٣).

موقف القانون المدني من خيار العيب : -

أيضاً لم يرد بشأن خيار العيب في القسمة نص ، ولم يتكلم شراح القانون على شيء من هذا القبيل . ومع ذلك فقد نظم القانون المدني أحكام خيار العيب في البيع والإيجار .

وأرى أنه من الممكن إعطاء خيار العيب أحكام الغبن ، فإذا بلغت قيمته العيب أكثر من الخمس ، فإنه يجوز لمن وقع في نصيبه عيب أن يطالب بنقض القسمة للغبن .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٧ .

(٢) شرح الخرشي ٤ / ٤١٣ ، ٤١٤ ، مواهب الجليل ٥ / ٣٤٨ .

(٣) مجمع الأثر ٢ / ٤٥ ، إراجع / قسمة الأملاك للدكتور أحمد حسين فراج ص ١٩٤ .

وقد بين فقهاء القانون أنه لاضمان للعيوب الخفية فى القسمة ، لأن المتقاسم لا ينقل لشركاته أنصبتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف البائع ، كما يراعى عادة العيب فى القسمة عند تقدير قيمة المال الشائع ، فإذا أغفلت مراعاته أمكن الطعن فى القسمة بالغبن إذا توافرت شروطه^(١).

ولأن قيام عيب خفى معناه أن النصيب الذى آل إلى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته .

وهذا فى القسمة الاتفاقية ، لأن الغبن فى القانون قلصر على القسمة الاتفاقية فقط .

أما القسمة القضائية فلتنها تخضع لنص المادة ٥٤٤ مدنى والتي تقرر أنه لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية^(٢).

أقول : -

الأجدر بالمشرع الوضعى المصرى ، أن يعدل من موقفه ليقرر أحكام خيار العيب فى القسمة ، وذلك بدلا من البحث عن طرق بديلة لدفع ما يظهر من مشكلات بسبب عدم اكتمال التشريع ونقصانه ، ولا غرو فقد فعل فقهاء الإسلام ذلك بمناسبة الكلام على القسمة ، مما يعكس مدى رقى فهم وفقه فقهاء الإسلام ، ومعايشتهم للواقع .

(١) يراجع / د / عبد الناصر العطار - شرح احكام حق الملكية - ص ١٥٧ هامش ٤٩ ، ويراجع أيضا / د / المنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٧٣ ، د / حسن كبيره - احكام حق الملكية ص ٥٦٨ ، د / توفيق حسن - فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٠ .

إذ إنه إذا اكتشف المتقاسم العيب فيما آل إليه من نصيب ، فإن هذا يدل على غبن لحقه فتطبق أحكام الغبن إذا توافرت شروطها .

د / السيد محمد عمران - الملكية والأموال - ص ١٤١ .

(٢) لحدس - ص ٤٣٠ ، منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٠ ، د / اسماعيل غانم - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٥٩ .

الفصل الثانى

القسمة القضائية (الجبرية)

تمهيد وتقسيم :

القسمة القضائية هى التى تتم بواسطة القضاء ، نظراً لتعذر اتفاق الشركاء على قسمة المال الشائع بينهم ، فيلجأ أحدهم أو الكل إلى القضاء ليتولى القسمة فيما بينهم .
وهنا سنتكلم عن القسمة القضائية فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى .

وفى ضوء دراستنا لهذا الفصل نبين شروط القسمة القضائية ، أو الشروط الواجب توافرها لى تسمع دعوى القسمة قضاء ، ثم نتناول بعد ذلك دعوى القسمة . بما تشتمل عليه من أسبابها ، وبيان الخصوم فى الدعوى ، ثم المحكمة المختصة .

ونتعرض بعد ذلك لكيفية القسمة القضائية ، أو طرق إجراء القسمة القضائية ، ثم نبين بعد ذلك مدى جواز تدخل الدائنين فى القسمة القضائية حماية لمصالحهم .

ومن ثم فإننى سأقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث : -

المبحث الأول : شروط القسمة القضائية .

المبحث الثانى : دعوى القسمة .

المبحث الثالث : كيفية إجراء القسمة القضائية .

المبحث الرابع : تدخل الدائنين فى القسمة .

المبحث الأول

شروط القسمة القضائية

ونتناول في هذا المبحث شروط القسمة القضائية في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني ، ثم نعقد مقارنة بينهما .

أولاً : شروط القسمة القضائية في الفقه الإسلامي :

سبق أن بينا أن القسمة القضائية أو القسمة الإجبارية هي : - التي تكون بواسطة القضاء ، لعدم اتفاق الشركاء على القسمة .

أو هي :- تلك القسمة التي يمكن التعديل فيها بدون رد من أحد الشركاء على الباقيين ، مع انتفاء الضرر بأى من الشركاء^(١) .

ولاية القاضى -أو القضاء- القسمة قد تكون برضاء الشركاء جميعاً ، حينما يطلبون منه جميعاً إجراء القسمة بينهم . ومن ثم فتأخذ أحكام القسمة الرضائية .

وقد تكون ولاية القاضى للقسمة بناء على طلب بعض الشركاء مع امتناع البعض الآخر - وكان المشترك مما يمكن قسمته ، وينتفع كل شريك بما صار إليه - فإن القاضى يجرى القسمة ، ويجبر من امتنع عنها ، وحينئذ تكون القسمة قضائية أو إجبارية^(٢) .

وقد سبق بيان ما تجوز قسمته إجباراً عند تناولنا لأنواع القسمة ، فلا داعى لتكراره هنا .

ولكن الذى يعنينا هنا هو أن نبين تلك الشروط التى اشترطها الفقهاء لجواز القسمة القضائية ، أو بمعنى آخر لسماع دعوى القسمة قضاء ، وفى الحقيقة فإنه قد سبق أن تناولنا هذه الشروط عند تناولنا لشروط المقسوم والمقسوم له ، لذا فإنى سأتناولها هنا - إن شاء الله - بإيجاز .

الشرط الأول : أن يطلب أحد الشركاء أو بعضهم القسمة^(٣) :

فلا بد أن يطلب الشركاء أو أحدهم القسمة من القاضى أو الحاكم

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤/٤١٤ .

(٢) قسمة الأملاك د/ أحمد فراج ص ٦٩ .

هذا وقد عرفته المادة (١١٢٢) من مجلة الأحكام العنلية بأنها : "هى تقسيم القاضى الملك المشترك جبراً وحكماً ، بحسب بعض المقسوم لهم ، أى بطلب بعض أصحاب الملك المشترك" .

يراجع / درر - أحكام مجلة الأحكام ٣/١٠٩ .

(٣) هذا الشرط محل اتفاق عن جميع الفقهاء يراجع / النهاية على الهدية ٨/٦١٠ ، شرح الخرشى ٤/٤١٢ ، المذهب مع التكملة ١٨/٤٠٩ ، كشف القناع ٦/٣٧١ ، لمطى لابن حزم ٨/٥٥٢ ، جواهر الكلام ٤٠/٣٤٣ ، البحر الرخا ٤/١٠٣ ، منبه لطلبة بلاغ الراغبين ١٢/١٥ .

فإذا لم يتقدم واحد من الشركاء على الأقل بطلب القسمة من القاضى أو الحاكم ، فإنه لايجوز للقاضى أو الحاكم أو نائبهما أن يقسم .

ويعد تدخل القاضى من تلقاء نفسه لإجراء القسمة تصرفاً فى ملك الغير ، والتصرف فى ملك الغير من غير إذن محظور ، لأنه حكم بدون دعوى ، إلا أنه إذا طلب البعض يرتفع الحظر ، دفعاً للضرر الواقع عليه من قبل شريكه الممتنع عن القسمة . وذلك قياساً على التملك بالشفعة دفعاً لضرر الشفع .

ومن ثم فإنه على طالب القسمة أن يتقدم إلى القاضى طالباً منه أن يخصه بالانتفاع بجزء مفرز ، ويمنع الغير من الانتفاع بملكه^(١) .

هذا ويشترط أن يكون الطالب للقسمة أهلاً للطلب ، بأن يكون بالغاً عاقلأ رشيداً ، فإن كان قاصراً بأن كان الشريك صبيأ ، أو بلغ مجنوناً أو سفهأ ، فإن الذى يطلب عنه القسمة وليه أو وصيه ، ويقسم القاضى إذا رأى فى ذلك مصلحة للمحجور عليه^(٢) .

الشرط الثانى : حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم :

فيشترط لصحة القسمة أن يحضر الشركاء أو من يقوم مقامهم -كالأولياء أو الأوصياء-، أما إذا كان هناك شريك غائب فيحضر عنه وكيله . وفى الحقيقة هذا الشرط كان محل خلاف بين الفقهاء - سبق أن بيناه - فنذكره بإيجاز .

فذهب الحنفية^(٣) ، وهو وجه عند الحنابلة^(٤) إلى أنه لايجوز القسمة على الغائب إذا لم يكن عنه وكيل حاضر ، ولكنه مع ذلك لو قسم القاضى فلا تنقضى القسمة ، لأنه حكم صااف محل الاجتهاد فلا ينقض .

هذا إذا كانت الشركة أو الشيوع سببه غير الميراث .

أما إذا كان سببه الميراث ، فيكفى حضور اثنين من الورثة لصحة قسمة القاضى .

وذهب جمهور المالكية والشافعية ، والمعتمد عند الحنابلة والزيدية وابن حزم^(٥) : إلى أن القاضى يقسم على الغائب إجبارأ ، سواء كان له وكيل حاضر عنه أم لم يكن ، وسواء كانت غيبته قريبة أم بعيدة .

وذهب بعض المالكية^(٦) : إلى القول بانتظار عودته إذا لم يكن بمكان بعيد عرفأ .

(١) البدق ٩/٤١٢٣ ، ٤١٢٤ ، البناية على الهداية ٨/٦١١ .

(٢) وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على شروط المقسوم له .

(٣) البحر الرائق ٨/١٧٠ ، البدق ٩/٤١٢٤ ومبجدها .

(٤) الإصناف للمردلوى ١١/٣٤٥ .

(٥) شرح الخرشى ٤/٤١٧ ، تحفة المحتاج بهامش شروائى وابن القاسم ١٠/١٩٣ ، الإكساع فى فقه الإسلام

أحمد ٤/٤١٤ المحرر فى فقه لابن تيمية ٢/٢١٨ ، البحر الرخا ٤/٦٠٣ ، والمطى لابن حزم ٨/٥٦٢ .

وذهبت الإباضية^(١) إلى القول بأن الحاكم أو القاضى يقيم عن الغائب وكيلًا إذا لم يكن له وكيل ، يحصر له سهمه ، ويشهد على مال الغائب ، فإن عدم الحاكم فجماعة المسلمين يقومون مقام الحاكم .

وأرى رجحان مذهب إليه الجمهور من جواز قسم القاضى على الغائب إجباراً سواء كان له وكيل حاضر أم لا ، لأن كون القاضى هو القاسم ضماناً أكيدة لحصوله على حقه .

الشرط الثالث : أن لا يترتب على القسمة ضرر^(٢) :

فيشترط أن لا يلحق أحد المتقاسمين ضرر من جراء القسمة ، وقد سبق أن تكلمنا على هذا الشرط بالتفصيل عند الكلام على شروط المقسوم له وستتناوله هنا بإيجاز .

فإذا كان المقسوم لا ضرر فى قسمته على أى من الشركاء ، فإنه تجوز قسمته قضاء باتفاق جميع الفقهاء .

أما إذا كان المقسوم مما يترتب على قسمته ضرر بالشركاء جميعاً ، وذلك مثل اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والحمام الصغير وغير ذلك . فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تجوز قسمة الجبر أو القضاء فى مثل هذه الأموال التى تؤدى قسمتها إلى الضرر بجميع الشركاء .

ولم يخالف فى ذلك إلا الإمام مالك ، وابن كنانة من أصحابه ، وابن حزم .

وقد سبق أن بينا أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

أما إذا كان المقسوم يترتب على قسمته ضرر بأحد الشركاء دون الآخر ، نظراً لقلّة حصة أحدهما عن الآخر مثلاً .

فهنا إما أن يطلب القسمة المنتفع بها ، وإما أن يطلبها الشريك الذى سيلحقه ضرر من جرائها .

فإن طلبها المنتفع بحصولها ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز جبر الشريك المضروب على مثل هذه القسمة على قولين^(٣) :

القول الأول : إنه لا يجبر المستضر على القسمة .

وبهذا قال الجصاص من الحنفية ، وهو قول عند المالكية ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة ، وهو قول الإمامية ، وهو قول عند الزيدية ، وبه قال ابن أبى ليلى وأبو ثور .

القول الثانى : إنه يجبر الشريك المستضر على القسمة .

(٦) حاشية الصاوى على الشرح الصغير ١٨٠/٥ .

(١) منهج الطالبين ١٥/١٢ ، ٥١ ، شرح التلخيص ٥٢٢/١٠ .

(٢) يراجع ما سبق من ١٦٧ وما بعده .

(٣) يراجع ما سبق من ١٧٠ وما بعدها .

وبهذا قال الحنفية ، والمالكية فى المشهور عندهم ، والشافعية ، وهو رواية عن الإمام أحمد ، وهو قول القاضى من الحنابلة ، وهو القول الراجح عند الزيدية .
وقد سبق بيان أدلة كل قول ، وبيننا أن القول الثانى هو الراجح .

أما إذا طلب القسمة الشريك الذى سيلحقه ضرر من جراء حصولها ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز جبر الشريك المنتفع بالقسمة على قولين^(١) :

القول الأول : إنه يجبر .

وهذا مذهب أبى حنيفة وبعض أتباعه منهم الحاكم الشهيد والجصاص ، وبه قال شيخ الإسلام خواهر زاده وعليه الفتوى ، وهو قول المالكية ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية ، وهو أحد القولين عند الحنابلة ، وبه قالت الإمامية .

القول الثانى : إنه لا يجبر .

وبهذا قال بعض الحنفية - الإمام القدورى والخصاف والإمام الكرخى وبه أخذ شمس الأئمة السرخسى ، وشيخ الإسلام الإسيجافى ، وإليه مال الفقيه أبو الليث - ، وهو قول ضعيف عند المالكية ، وهو الصحيح من الوجهين عند الشافعية ، وهو المذهب عند الحنابلة ، وبه قال الزيدية .

وقد سبق بيان أدلة كل قول ، وبيننا أن القول الأول هو الراجح .

ولكن ما هو مدى الضرر المانع من قسمة الإيجار ، أو ما مقداره ؟

فهل أى ضرر يمنع من قسمة الإيجار ؟

هذا ما سنبيّنه بالتفصيل على الوجه التالى :

آراء الفقهاء فى قدر الضرر المانع من القسمة :

اختلف الفقهاء فى مدى الضرر المانع من قسمة الإيجار على أربعة أقوال :

القول الأول : الضرر المانع من القسمة الإجبارية هو ما لا يمكن معه انتفاع أحد الشركاء بنصيبه مفرداً بعد القسمة كما كان ينتفع به مع الشركة - أى قبل القسمة - ، ولا عبء بنقص القيمة .

وذلك مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهم موضعاً ضيقاً لا ينتفع به ، لا ينتفع به داراً ، ولو أمكن أن ينتفع به فى شىء آخر غير الدار ، لم يجبر على القسمة أيضاً ، لأنه ضرر يجرى مجرى الإتلاف ، والإتلاف منهى عنه شرعاً . بخلاف

(١) يراجع ما سبق من ١٧٣ وما بعدهما .

نقصان القيمة فإن اعتباره يؤدي إلى بطلان القسمة غالباً فوجب أن لا يعتبر ، ولأنه ضرر
نقص يجبر بزوال ضرر الشركة فيصير كالمعدم .

ذهب إلى ذلك الحنفية^(١) والمالكية^(٢) ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٣) ، وهو رواية
عن الإمام أحمد ، وهو قول الخرقي من الحنابلة^(٤) ، وهو مذهب الزيدية^(٥) ، وقول عند
الإمامية^(٦) .

القول الثاني :

إن الضرر المانع من القسمة هو نقص قيمة نصيب أحدهما عن حال الشركة ، سواء
انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا . فمطلق نقص القيمة يترتب عليه عدم جواز الجبر على
القسمة .

وبهذا قال أحمد في الرواية الثانية عنه ، وهو قول القاضى من الحنابلة^(٧) ، وهو قول
عند الإمامية^(٨) .

(١) البحر الرائق ١٧١/٨ ، تبين الحقائق ٢٦٨/٥ .

(٢) قال بذلك المالكية ، ولكن هل يشترط جنس المنفعة المتابعة على القسمة ؟

ذهب ابن القاسم وبعض المالكية إلى اشتراط أن ينتفع كل واحد من الشركاء - الطالب وغيره - بما ينوبه في
القسمة انتفاعاً تاماً ، كالانتفاع قبل القسمة في مدخله ومخرجه وغير ذلك .

وقال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب : - أن يبق له انتفاع بوجه من وجوه المنافع وإن قل ، فهذا يعتبر
مما لا ضرر فيه ، فيجوز الجبر عليه .

فالمدار عند الجميع على الانتفاع ، فلا عبرة بنقص الثمن لو القيمة .

يراجع / حاشية العدوى مع شرح الخرشي ٤١٢/٤ ، شرح منقح الجليل ٦٥٠/٣ ، المنتقى للبانجي ٥٦/٦ ،
بداية المجتهد ٢٦٦/٢ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٧٤/٥ ، حاشية ابن رحال على الإقنان
والإحكام شرح تحفة الحكام ٦٣/٢ .

(٣) الحلوى الكبير للمواردى ٢٥٢/١٦ ، حلية العلماء للقلال ١٧٠/٨ .

وعند الشافعية بناء على هذا الوجه يعتبر نقصان المنفعة ولا اعتبار لنقصان القيمة ، والمعتبر المنفعة التي
كلفت قبل القسمة أو المقصودة . وهناك وجه في المذهب محكى عن ابن سريج : - أنه يجبر الممتنع إذا
بقى بعد القسمة أصل الانتفاع كيف كان ولا يشترط بقاء ذلك النوع من الانتفاع الذي كان قبل القسمة .

يراجع / أدب القضاء للحموى ٢٢٤/٢ ، مغنى المحتاج ٤٢٠/٤ ، حاشية البيجورى على ابن القاسم ٣٥٥/٢ .
وجاء فى فتح العزيز شرح الوجيز فى ضبط الضرر المانع من قسمة الإيجار : أن لا يكسر الجומר النفيس ،
ولا يقطع الثوب الرفيع ، ولا يقسم زوجا الخف ومصراعاً اللب : ٥٤٦/١٢٠ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٧٢/٩ ، والإصناف ٢٣٥/١١ . وهذه الرواية رجحها ابن قدامة فى الكافي ٣٢٠/٤
ويراجع / المحرر فى الفقه لابن تيمية ٢١٥/٢ ط مكتبة المعارف .

(٥) شرح الأثر ٣٨٧/٣ .

(٦) جواهر الكلام ٣٣٩/٤٠ ، ٣١٥/٢٦ ، للعبة المشقة ١١٥/٣ .

(٧) المغنى ٧٢/٩ ، الكافي لابن قدامة ٣٢٠/٤ ، الإصناف ٣٣٥/١١ ، المحرر فى الفقه لابن تيمية ٢١٥/٢
وبه جزم صاحب شرح منتهى الإرادات ٥٠٩/٣ .

(٨) الروضة البهية شرح للعبة المشقة ١١٥/٣ .

وذلك لأن نقص القيمة ضرر والضرر منقضى شرعاً ، فيمنع الإيجابار^(١) . ولأن فوات المالية مناط الضرر فى الأموال ، فيندرج حينئذ تحت الضرر المنهى عنه^(٢) .

القول الثالث :

إن الضرر المانع من قسمة الجبر يعتبر فيه نقصان المنفعة أو نقصان القيمة ، فإذا نقصت المنفعة فلا جبر وإن لم تنقص القيمة ، وإن نقصت القيمة من جراء القسمة ، فلا جبر وإن لم تنقص المنفعة .

وهذا هو الوجه الثانى عند الشافعية^(٣) .

ووجهه عندهم : أن فى كل من نقصان المنفعة ، والقيمة ضرراً فيعتبر كل ، ولا يغنى هذا عن ذاك .

القول الرابع :

إن الضرر المانع من القسمة الإيجابية ، هو الذى تنقص به قيمة المقسوم نقصاناً فاحشاً أو نقصاناً لا يتسامح فيه عادة .

وهو قول ثالث عند الإمامية^(٤) .

وعلاوة بأن فوات المالية مناط الضرر فى الأموال ، والضرر منهى عنه شرعاً .

والراجع :

هو القول الثالث القائل بأن الضرر المانع من قسمة الإيجابار يعتبر فيه كل من نقص المنفعة أو نقص الثمن والقيمة ، فنقص المنفعة يمنع من القسمة ، كما يمنع منها نقص القيمة أيضاً .

فوجود أحدهما يكفى للمنع من قسمة الإيجابار ، لأن الأموال لا يراعى فيها منفعتها فحسب ، بل يراعى أيضاً فيها ماليتها . ولا شك أن فى نقصان أحدهما ضرراً يجب إزالته .

والقول بأن أى قسمة يترتب عليها - غالباً - نقص فى القيمة ، مما يترتب عليه تعطيل القسمة فى كثير من الأحوال ، فإنى أقول تفادياً لذلك إنه يشترط فى نقصان القيمة أن يكون متفاحشاً ، لم تجر العادة بالتسامح فيه . ويترك أمر ذلك والفصل فيه إلى القاضى ، الذى يقدر ذلك حسب خبرته ورؤيته .

(١) المبدع شرح المقنع ١٠/١٢١ ، الكافى ٤/٣٢٠ .

(٢) جواهر الكلام ٢٦/٣١٥ .

(٣) الحاوى الكبير للملوردى ١٦/٢٥٢ ، حلية العلماء ٨/١٧٠ ورجحوا هذا الوجه .

(٤) وهو الراجح عندهم . جواهر الكلام ٢٦/٣١٥ ، ٤٠ / ٣٣٩ ، للجنة الدمشقية ٣/١١٥ . وعندهم قول راجح : بأنه يتحقق الضرر المانع من الإيجابار بعدم الانتفاع بالقصيب أصلاً بعد القسمة . ولكنهم ضعفوه .

كما أقول أيضاً بأنه ليس أى نقص للمنفعة يمنع من القسمة الإجبارية ، لأنه حتماً ستقل المنفعة عن ذى قبل - غالباً - بل أقول بأنه يتسامح فى بعض النقص غير المؤثر كالتقص فى حقوق الارتفاق من الانتفاع بطريق أو مجرى ماء ، إذا كان له طريق أو مجرى ماء آخر .

الشروط الرابع :

أن يقيم المتقاسمون البيئة على ملكية المال المشترك بينهم : -

فيشترط أن يقوم المتقاسمون بإثبات ملكيتهم للمال محل القسمة لكى يباشر القاضى القسمة بينهم .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أنه إذا أقام المتقاسمون البيئة على ملكيتهم للمال المقسوم ، فإن القاضى يقسم بينهم .

أما إذا لم يقيم المتقاسمون البيئة على ملكهم للمال المقسوم ، وطلبوا القسمة ، فهل يكتفى القاسم أو القاضى بإقرارهم بالملكية ؟

أم لابد من إثباتها ببينه تبين ملكيتهم للمال المقسوم ؟

خلاف بين الفقهاء فى كيفية إثبات الملك ممن قبل الشركاء طالبي القسمة سبق أن بيناه عند الكلام على شروط المقسوم له ، فبيناً أن فى ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يقسم القاضى بينهم بإقرارهم بالملكية مطلقاً ، سواء ذكروا سبب الملكية أو لم يذكروا ، وسواء كان المال محل القسمة عقاراً أو منقولاً ، وسواء كان سبب الملكية الإرث أو الشراء . غير أنه يجب على القاسم فى هذه الحالة أن يذكر فى الإشهاد فى كتابة الصك ، أنى قسمت بإقرارهم ولم أقض فيه على أحد ، لنلا يتعدى أثر الحكم إلى غيرهم^(١) .

القول الثانى :

إن القاضى لا يجيبهم إلى القسمة إلا إذا أقاموا البيئة على ملكهم ، سواء اتفقوا على طلب القسمة أو تنازعوا فيه ، وسواء كان المال محل القسمة عقاراً أو منقولاً ، وأياً كان سبب الملك الميراث أو الشراء^(٢) .

القول الثالث :

إن القاسم يجيب المتقاسمين إلى القسمة الإجبارية إذا أثبتوا عنده ملكيتهم للمال محل القسمة - ببنية - عقاراً كان أو منقولاً^(٣) .

(١) وقد سبق أن بينت لألة هذا القول ، ومن قلوا به . يرجع ١٨٤ .

(٢) وقد سبق أن بينت لألة هذا القول ، ومن قلوا به . يرجع ١٨٤ .

(٣) وقد سبق أن بينت لألة هذا القول ، ومن قلوا به . يرجع ١٨٤ .

وقد سبق أن رجحت القول الثالث القائل بضرورة الإثبات بالبيينة لملكية المقسوم ، عقاراً كان أو منقولاً ، خاصة في قسمة الإيجار .

الشروط الخامس :

اتحاد الجنس في العقارات ، واتحاد النوع أو الصنف في المنقولات عند طلب القسمة جمعاً .

فالذي يقبل قسمة الإيجار هو ما اتحد جنسه أو نوعه أو صنفه كالأدار الواحدة ، أو الأراضى الزراعية ، أو الثياب القطنية الشامية أو المصرية ، فتقبل قسمة الإيجار^(١) .

أما قسمة الأنواع المختلفة كحبوب وبيض مثلاً ، أو إيل وبقر ، فهذه لا تقبل قسمة الجمع إجباراً .

وذلك لأنه عند اتحاد الجنس أو النوع يتحد المقصود ، فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة .

وهذا الشرط محل اتفاق عند الفقهاء في الجملة ، وإن كان بينهم اختلاف فيما يعتبرونه جنساً واحداً ، فما يعتبر عند بعض الفقهاء جنساً واحداً يعتبر عند البعض الآخر جنسين وهكذا . وذلك على نحو ما أوضحناه عند الحديث على أنواع القسمة .

وأحب أن أنوه إلى أن مثل هذا الشرط لا يشترط إلا إذا طلب أحد الشركاء القسمة جمعاً ، بأن يأخذ نصيبه في نوع من أنواع المقسوم أو شخص من أشخاصه .

أما إذا طلب قسمة كل نوع على حدة قسمة تفريق فإنه يجوز الجبر على مثل هذه القسمة قطعاً ، إلا إذا ترتب عليها ضرر على نحو ما سبق بيانه - وقد بين الحنفية أنه إذا لم تكن هناك طريقة لتقسيم الأنواع المختلفة إلا عن طريق قسمة الجمع - أى تعذر إفراز كل صنف بالقسمة - ولا يتمكن القاضى من الوصول للحق إلا بذلك ، فإن القاضى يجبر الممتنع على ذلك قياساً على قضاء الديون^(٢) .

الشروط السادس :

أن لا يكون في القسمة رد :-

فيشترط للإيجار على القسمة أن لا يكون فيها رد مال أجنبى عن المال المقسوم ، للتعديل بين الشركاء .

(١) فالجنس الواحد من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات يجوز قسمته جبراً ، أما الجنسين - كقمح مع شعير مثلاً - فإنه لا تجوز قسمته جمعاً جبراً . ولكن يجوز الإيجار على قسمة كل نوع على حدة .

(٢) بدائع الصنائع ٤٢١/٩ ، البيجورى على ابن القاسم ٣٥٤/٢ ، نهاية المحتاج ٢٨٨/٨ ، المغنى لابن قدامة ٧٤/٩ ، المبدع ١٢٣/١٠ ، شرح الخرشى ٤٠١/٤ ، شرح النيل ٥٢١/١٠ ، ولم يشترط هذا الشرط الشيعة الإمامية وابن حزم وأبو ثور وبعض الإباضية . فخلقوا لجمهور بجواز قسمة الأجناس المختلفة جبراً . راجع المحلى ٨/ ٥٥٩ ، ٥٦٠ جواهر الكلام ٤٠/ ٣٤٠ ، شرح النيل ١٠/ ٥٣٨ .

وذلك لأن فيها تملك شئ غير مشترك فيه وهو المال المردود ، فلا إيجاب عليه كالبيع^(١) ، ولأنها تصير بيعاً ، والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين .
وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على قسمة الرد^(٢) .

ثانياً : شروط القسمة القضائية في القانون المدني :

القسمة القضائية - كما سبق أن بينا - هي القسمة التي تتولى المحكمة إجرائها بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء المشتاعين تسمى دعوى القسمة ، وتصدر فيها حكماً رغم معارضة بعض الشركاء في إجرائها^(٣) .

فإذا اختلف الشركاء على قسمة المال الشائع ، إما لعدم الاتفاق ، وإما لوجود قاصر أو غائب ورغبت المحكمة الآن بإجراء القسمة ، أو التصديق عليها ، فبأنه يتعين الالتجاء إلى القضاء متى أراد أحد الشركاء الخروج من الشيوع^(٤) .

وجميع الأموال تخضع للقسمة في القانون الوضعي ، سواء ترتب على قسمتها ضرر أولاً ، بل ويجبر الشركاء على قسمة ما فيه ضرر ، فليس هناك ما يمنع من القسمة إلا أن يكون الشريك مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، بشرط أن لا يزيد البقاء في الشيوع بمقتضى الاتفاق على خمس سنوات .

(١) مجمع الأثر ٤٨٨/٢ . أسنى المطالب ٣٢٦/٤ ، مغنى المحتاج ٤٢٣/٤ .
(٢) ويراجع / شرح المنهج بهامش حاشية الجمل ٣٧٣/٥ ، المغنى ٧١/٩ ، شرح الخرشى ٤٠١/٤ ، شرح النيل وشفاء العليل ٥٥٣/١٠ ، ٥٥٤ ، جواهر الكلام ٣٤٤/٤٠ .
هذا . وهناك شروط أخرى لقسمة الإيجاب اشتراطها بعض الفقهاء ، منها : زوال العلة بالقسمة : فيشترط أن لا يترتب على القسمة بناء شئ مشتركاً من المال المقسوم حتى يجوز الإيجاب . فإذا ما ترتب على القسمة بقاء شئ مشترك بين الشركاء فلا يجوز الإيجاب ، بل يشترط رضا الشركاء جميعاً على مثل هذه القسمة . فيشترط أن لا تكون قسمة يتبعها قسمة أخرى .
صرح بهذا الشرط الشافعية والزيدي ، وهو مقتضى كلام الحنابلة . يراجع / حاشية البيجورى على ابن القاسم ٣٥٤/٢ ، شرح الأثر ٣٨٢/٣ ، ٣٨٤ ، يراجع / شرح منتهى الإرادات ٥١١/٣ .
وليس معنى ذلك اشتراط زوال الشركة في كل شئ حتى القرب والمصلحة ، بل يغتفر ذلك فيها كالطريق المشترك بين المتقاسمين ، والمسيل وغير ذلك . يراجع / نهاية المحتاج ٢٨٩/٨ .
ومن الشروط أيضاً ما اشترطه المالكية لجواز قسمة القرعة أى الإيجاب ، عم الجمع بين النصيبين في القسمة ، فيجب إخراج كل نصيب مستقلاً عن الآخر ، وذلك لأن قسمة الإيجاب لا تكون إلا بطريق القرعة ، وفي القرعة غر يرتكب ضرورة للحاجة إلى القسمة ، ولا ضرورة لجمع نصيبين .
يراجع حاشية الرهونى ٣١٠/٦ .

أقول بأن في الجمع بين بعض الأنصاء في القسمة ، هو في الحقيقة تقليل للغرر .
ثم إن المالكية حتموا جمع كل أصحاب فرض في نصيب واحد عند قسمة الشركة ثم بعد ذلك يقسموا ما خرج لهم من نصيب . شرح الخرشى ٤١١/٤ . ومن ثم فبأنى لرى أن مثل هذا لشرط مرجوح . والله أعلم .
(٣) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٢٩٥ .
(٤) د/ السيد عمران : الملكية والأموال - ص ١٣٣ .

وقد اشترط القانون شروطاً للقسمة القضائية يجب مراعاتها ، فنيينسها بإيجاز - وذلك لأنه قد سبق لنا تناولها عند الكلام على شروط المقسوم والمقسوم له - .

الشرط الأول : أن يطلب الشركاء جميعاً أو بعضهم القسمة :-

تنص المادة ١/٨٣٦ من القانون المدني على أنه : "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية....." .

فواضح من النص أن طلب القسمة حق لكل شريك ، وباستعمال هذا الحق تتحرك الدعوى في القسمة القضائية عن طريق تكليف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية. فلا تجوز القسمة القضائية إلا بطلب أحد الشركاء ، وإن كان الشريك في الملك غير ذي أهلية ، فإن ممثله هو الذي يرفع دعوى القسمة^(١) .

وتكون القسمة قضائية ولو طلب جميع الشركاء القسمة ، طالما أنهم جميعاً رفعوا الدعوى بها أمام القضاء ، لكي يستفيدوا من حيدة القضاء ، وإمكانية الاستفادة من الخبراء .

الشرط الثاني : حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم :

فيشترط حضور الطالب للقسمة ، وعليه أن يكلف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية ، أو من يقوم مقامهم ، ولا تصح القسمة إذا أهمل أحد الشركاء ، والسبب في ذلك هو أن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة^(٢) .

ولكن عدم صحة القسمة لا يمتسك به إلا الشريك الذي لم يدخل خصماً في الدعوى^(٣) .

الشرط الثالث : ثبوت ملكية المقسوم لهم :

فيشترط أن يقوم الشركاء بإثبات ملكيتهم للمقسوم بوسائل الإثبات أمام محكمة الموضوع ، والتي لها سلطة تقدير جدية هذه الوسائل^(٤) .

فيجب على الشركاء تجهيز مستندات دعوى القسمة ، والتي تثبت ملكيتهم للمال الشائع المطلوب قسمته بينهم .

وهذه المستندات التي يستطيع بها الشركاء إثبات ملكيتهم للمال محل القسمة كثيرة ومتعددة بحسب كل دعوى ، ومحل المال الشائع المطلوب قسمته .

(١) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢٠٨/٢ .

(٢) د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢١٢/٢ .

(٣) د/ المنهري - الوسيط - ٩١٣/٨ .

(٤) د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢٥٠/٢ ويراجع نقض منى ١٩٥٦/٥/٣١ - الطعن رقم

٢٨٥ لسنة ٢٢ ق ، الموسوعة الذهبية حسن الفقهى وعبد المنعم حسنى ٢٥٧/٩ ، ٢٥٨ ، الإصدار المدني سنة ١٩٨٢ .

ولعل أبرز وأهم تلك المستندات عقد البيع المسجل ، أو عقد البيع الابتدائي المحكوم بصحته ونفاذه ، أو إعلام الوراثة الشرعى ، أو وضع اليد ، وذلك على سبيل المثال لا الحصر^(١).

الشرط الرابع : أن لا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضرراً من القسمة :

وهذا الشرط فى الحقيقة غير سانع من القسمة نهائياً ، بل يمنع من القسمة العينية فقط ، لكن تجوز القسمة بطريقة أخرى وهى التصفية .

فتنص المادة ٨٤١ مدنى على أنه : "إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات...." .

فيستفاد من هذا النص أنه إذا تعذرت القسمة العينية بأن كان المال غير قابل للقسمة ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال محل القسمة ، فإنه يلجأ إلى قسمة التصفية.

ومعيار الضرر فى القانون هو نقص القيمة أو المنفعة .

كما أن القواعد العامة للقانون تؤيد هذا الشرط ، خاصة المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى ، والخاصة بمنع التعسف فى استعمال الحق .

فإذا كانت المصلحة التى تتحقق للشريك من جراء القسمة قليلة لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الشركاء ، أو كان القصد من القسمة هو إلحاق الضرر بغيره من الشركاء ، أو طلب القسمة فى وقت غير مناسب ، فإن للقاضى رفض طلب القسمة ، وإبقاء الشيوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء^(٢) .

ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

١- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط طلب القسمة من أحد الشركاء أو بعضهم ، حتى تتحرك دعوى القسمة قضاء .

ويترتب على عدم التقدم بهذا الطلب عدم جواز القسمة من القاضى ، وعدم تحريك الدعوى أصلاً .

٢- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط حضور الشركاء أو من يقوم مقامهم .

ومع ذلك فيجوز فى الفقه الإسلامى - على ما رجحناه - القسمة على الغائب جبراً . فـتجوز القسمة فى حقه .

(١) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ١٢ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٨/ ٨٨٨ هامش ٤ ، د/ أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٣٥٨ ، د/ عبد

الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٣٢ ، د/ محمد لييب شنب - المرجع السابق - ص ٢٩٨ .

أما في القانون ، فقد أجاز لمن لم يختصم في الدعى ، الدفع بعدم حجية القسمة في حقه.

٣- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى - من حيث الجملة - فى اشتراط أن لا يترتب على القسمة القضائية ضرر بالنسبة لأى من الشركاء ، فإذا ترتب على القسمة ضرر فإنه لا تجوز القسمة قضاءً ، وهذا صريح فى الفقه الإسلامى .

أما فى القانون فإنه يترتب على وجود الضرر عدم قسمة الأموال محل القسمة عيناً ، ولكن يلجأ إلى طريق آخر ، وهو بيع المال الشائع جبراً وقسمة ثمنه بينهم (التصفية) .

أما الفقه الإسلامى ، فيبيع المال الشائع لتخثر قسمة عيناً ، وقسمة ثمنه بين الشركاء محل اختلاف بين الفقهاء ، المرجح منه جواز البيع جبراً . وسنبين ذلك بالتفصيل عند الكلام على قسمة التصفية .

أما إذا ترتب على القسمة ضرر فى جميع الأحوال ، حتى ولو قلنا بالبيع ، فإن القسمة تمنع فى الفقه الإسلامى ، لأنها قسمة يترتب عليها فساد العين محل القسمة .

والقانون يمنع أيضاً مثل هذه القسمة تأسيساً على قاعدة عدم جواز التعسف فى استعمال الحق .

أما عن معيار الضرر ، فالقانون اعتبر نقصان القيمة أو نقصان المنفعة ، فكلهما يكفى لثبوت الضرر وهذا واضح من خلال نص المادة ٨٤١ ، وقد بينا أن الراجح فى الفقه الإسلامى اعتبار نقصان القيمة أو المنفعة لثبوت الضرر المانع من قسمة الإيجار .

٤- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى اشتراط إثبات ملكية المقسوم للمقسوم لهم .

فيجب أن يكون المال المقسوم مملوكاً للشركاء المتكاسمين وقت القسمة ، حتى تجوز القسمة جبراً ، وعليهم إثبات الملكية أمام القضاء .

٥- اشترط الفقه الإسلامى فى القسمة القضائية - أى لجواز الجبر - أن يكون المقسوم جنساً واحداً ، أو متحد الصنف فى المنقولات ، وكذلك اشترط عدم الحاجة إلى مال أجنبى عن الشركة لتعديل القسمة.

وهذه الشروط انفرد بها الفقه الإسلامى ، فلم يشترطها القانون ، فتجوز القسمة القضائية قسماً فى الجنس الواحد والمتعدد ، ومتحد النوع والصفة ومختلفها ، جمعاً وتفرقاً ، فالأمر متروك للقاضى يقسم حسب تقديره للأمر .

كما أن القانون يبيح فى القسمة القضائية ، دفع بعض الأموال كمعدل - وهو رد العوض فى الفقه الإسلامى - لتعذر القسمة بطريق الحصص أو التجنّب .

وقد سبق أن بينت أن مسلك الشريعة الإسلامية هنا يعكس مدى فهم الفقهاء لحقيقة الأمور ، ورغبتهم فى إيصال الحقوق لأربابها ، دون لحوق ضرر بأى منهم .

وبينت أيضاً أن الفقه الإسلامى قد نص على هذه الشروط بشكل مبشر وصريح ، على عكس القانون المبنى الذى لم ينص على شرط سوى شرط الطلب ، واستتجنا باقى الشروط ، عن طريق تطبيق القواعد العامة فى القانون .

المبحث الثاني

دعوى القسمة

نبين في هذا المبحث أسباب رفع الدعوى والخصوم فيها ، ثم نبين بعد ذلك المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة ، ومن ثم فيشتمل هذا المبحث على مطلبين :-

المطلب الأول : أسباب رفع الدعوى ، والمدعى ، والمدعى عليه في دعوى القسمة .

المطلب الثاني : المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة .

المطلب الأول

أسباب رفع الدعوى والخصوم فيها

أولاً : أسباب رفع الدعوى (١) :-

أو بمعنى آخر متى يجب أن تكون القسمة قضائية ؟

يجب أن تكون القسمة قضائية في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا اختلفت آراء الشركاء بشأن إجراء القسمة الاتفاقية بدائية ، أو اتفقوا على طريقة القسمة ، أو لم ينعقد إجماعهم على قبول ما أسفرت عنه هذه القسمة ، ففي هذه الحالة يعتبر إجراء القسمة بالاتفاق متعذراً ، ومن ثم فليس أمام الشريك الذى يطلب القسمة سوى اللجوء إلى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة . وذلك تطبيقاً لنص المادة ١/٨٣٦ مدنى (٢) .

الحالة الثانية (٣) :

إذا كان من بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب .

فبالرجوع إلى المادتين ١/٤٠ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال ، يتبين أنه يجب أن تكون القسمة قضائية في فرضين :-

(١) بدأت ببيان أحكام القانون نظراً لتنظيم شراح القانون لدعوى القسمة ، وعدم وضوحها بهذا الشكل في الفقه الإسلامى ، وسأقوم ببيان موقف الفقه الإسلامى من ذلك .

(٢) د/ إسماعيل غام - المرجع السابق - ص ١٨٤ ، د/ السنهورى - الوسيط - ٩١٠/٨ ، د/ البدرلوى - حق الملكية - ص ٢١٧ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٩ .

(٣) د/ السنهورى - الوسيط - ٩١٠/٨ ، مستشار / عزمى فكرى - قسمة المال الشائع - ص ١٠١ ، د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٧٩ ، د/ أحمد سلامة - الملكية القرنية - ص ٣٨٣ .

الفرض الأول :

أن يستأذن الوصى ، أو القيم^(١) ، أو الوكيل عن الغائب من المحكمة فى إجراء القسمة الاتفاقية ، فلا تأذن المحكمة .

وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية .

الفرض الثانى :

أن تأذن المحكمة مبدئياً فى إجراء القسمة الاتفاقية ، ولكنها لم توافق على القسمة عند عرض مشروع العقد عليها للتثبت من عدالته ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى الفقه الإسلامى :

يجب أن تكون القسمة قضائية إذا لم يوافق الشركاء على القسمة ، فإذا طلب أحد الشركاء القسمة وأبى باقى الشركاء ، فإنه لا يكون أمامه طريق لقسمة المال الشائع سوى اللجوء إلى القاضى ليقسم بينهم المال الشائع جبراً عنهم .

غير أنه يشترط لقبول القسمة قضاء أن لا يكون بها رد عوض ، وأن لا تتطوى على ضرر بالشركاء .

مما يقتضى تضيق نطاق قبول القسمة قضاء فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون الوضعى والذى لم يشترط مثل هذه الشروط .

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، فإنهم جميعاً يقولون بالجبر على القسمة ، إذا طلبها أحد الشركاء ، وامتنع منها باقى الشركاء^(٢) ، طالما كانت القسمة العينية ممكنة بدون ضرر ، وبدون رد عوض .

أما إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية فإنه يقسم عنه الولى أو الوصى ، إذا اتفق مع باقى الشركاء على القسمة .

ولا ضرورة إلى اللجوء إلى القضاء إلا إذا امتنع الولى أو الوصى عن القسمة^(٣) .

(١) أما إذا وجد ولى ، فله فى الأصل سلطة التراضى على قسمة مال القاصر ، دون إذن سابق ، أو تصديق لاحق من المحكمة ، فإذا لم يستطع التوصل إلى قسمة اتفاقية ، رفع دعوى بالقسمة باسم القاصر . د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٢٧٩ ، هامش ١ .

(٢) يراجع / مجمع الأثر ٤٨٨/٢ وما بعدها ، الفواكه الدواني ٣٢٦/٢ ، كتاب التمشية ٧٥٤/٣ ، المغنى لابن قدامة ٧١/٩ ، المحلى ٥٥٢/٨ ، جواهر الكلام ٣٤٣/٤٠ ، البحر الزخار ١٠٣/٤ ، شرح النيل وشفاء العليل ٥٢٥/١٠ .

ويستبين ذلك أيضاً مما ذكره الحموى فى كتابه لقسمة الإيجار حيث يقول : " هذه قسمة إجبار ، جرت بإذن الحاكم فلان ، وذلك أنه لما كان بتاريخ كذا ، حضر فلان عند الحاكم فلان ، وأحضر معه فلاناً وفلاناً وفلاناً ، وطلب من الحاكم قسمة أرض بينهم على نسبة كذا وكذا ، بعد أن طلب الحاكم من شركائه أن يقسموه بينهم ، فامتنعوا " . أنب القضاء للحموى ٢٣٣/٢ .

(٣) يراجع ما سبق فى شروط القسمة الاتفاقية .

ولكن يتحتم اللجوء إلى القاضى إذا لم يكن للصغير ولى أو وصى ، فيقسم القاضى بينهم أو ينصب ولياً أو وصياً عن القاصر حتى يقسم معهم برضاه ، فإن أبى ترافعوا إلى القاضى^(١).
وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للوصى - دون الولى - أن يقسم عن الصغير إلا بعد إذن القاضى^(٢).

وبناء عليه فإذا أذن القاضى قسم الوصى برضاه ، أما إذا لم يأذن القاضى فإنه لا مناص من اللجوء إلى القاضى ليطالب منه القسمة .

وهذا القول - سبق أن رجحناه - يتفق مع ما عليه شراح القانون .

وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على شروط القسمة الاتفاقية ، أما إذا كان هناك شريك غائب ، فإن كان له وكيل قسم مع باقى الشركاء برضاه ، فإن أبى لجأ الطالب للقسمة إلى القاضى .

أما إذا لم يكن له وكيل فإنه يلجأ إلى القاضى فيقسم جبراً .

ثانياً : الخصوم فى دعوى القسمة (٣) :-

أ- المدعى فى دعوى القسمة :

تنص المادة ١/٨٣٦ مدنى ما يأتى :

"إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية " .

فيثبت من هذه الفقرة أن المدعى فى دعوى القسمة القضائية هو كل شريك فى ملكية المال الشائع ، يختلف مع شركائه فى قسمة هذا المال قسمة اتفاقية^(٤) .

فتبدأ إجراءات دعوى القسمة بأن يرفع الشريك الذى يريد الخروج من الشيوع -المدعى- دعوى القسمة ، فيكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية المختصة^(٥) .

ويجوز أن ترفع الدعوى من أكثر من شريك .

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبى ، فإن هذا الأجنبى يحل محل الشريك

(١) بدائع الصنائع ٤١٢٤/٩ .

(٢) شرح الخرشي ٤١٧/٤ .

(٣) دعوى القسمة لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ مدنى من قانون الموجبات اللبنتى على أنه :

"لايسرى حكم مرور الزمن على دعوى طلب القسمة " . د/ المنهوى - الوسيط - ٩١١/٨ هامش ٣ .

(٤) د/ محمد المنهى - دعوى قسمة - ص ٦٧ .

(٥) د/ أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٢٨٣ ، د/ المنهوى - الوسيط - ٩١٣/٨ .

البائع، ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء ، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء ، ويكون له الحق في رفع دعوى القسمة دون الشريك البائع ، كما يجب على المدعى في دعوى القسمة اختصاصه في الدعوى ضمن باقي الشركاء .

غير أنه إذا كان المال الشائع عقاراً ، فإنه يشترط لاعتباره شريكاً في الشيوع ، أن يكون قد سجل عقد شرائه ، لأن الملكية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين ، أو بالنسبة للخير إلا بالتسجيل^(١) .

أما إذا اشترى الأجنبي جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، فإن هذا الشراء وإن كان صحيحاً لا ينفذ في حق سائر الشركاء ، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفرز شريكاً في الشيوع ، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ، ولا يصح اختصاصه فيها ، ويظل الشريك الأصلي هو صاحب الحق في القسمة^(٢) .

غير أنه يجوز له تطبيقاً للمادة ١/٨٤٢ مدنى ، أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله، بوصفه دائناً لأحد الشركاء ، وتوجه هذه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزام الشركاء بإدخاله في جميع الإجراءات ، ويجب على كل حال إدخاله إن كان قد توصل

(١) د/ السنهورى - الوسيط - ٩١٣/٨ ، د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص٣٨٤ ، نقض مدنى بتاريخ ١٩٨٢/١/٢٤ ، طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة محكمة النقض ، ص١٦٩ ، فقرة ٣١ ، نقض مدنى فى ١٩٨١/٤/٢٨ ، طعن رقم ١١٧٥ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة محكمة النقض ، ج١ ، ص١٣٠ ، فقرة ٢٣٨ ، نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ - طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق - مجموعة أحكام محكمة النقض - ج٢ ، ص٣٢٤ ، فقرة ٤٩ .

غير أن المشتري الذى لم يسجل عقده يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة . مستشار / محمد عزمى البكرى - مرجع سابق - ص١٠٣ .

(٢) يراجع / د/ السنهورى - الوسيط - ٩١٣/٨ ، د/ حسن كيره - أحكام حق الملكية - ص٤٧٩ .
د/ إسماعيل غانم - مرجع سابق - ص١٨٥ ، د/ مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص٢٦٨ .
وأيدت ذلك محكمة النقض حديثاً :

يراجع / نقض مدنى ١٩٨١/١/٢٠ ، طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق - مجموعة محكمة النقض - ج١ ، ص٢٣٥ ، فقرة ٤٨ ، نقض مدنى ١٩٨١/٤/٢٨ ، طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق - مجموعة محكمة النقض - ج١ ص١٣٠ ، فقرة ٢٣٨ ، نقض مدنى ١٩٨٤/١١/٢٥ ، طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ ق - مجموعة محكمة النقض - ج٢ ، ص٣٦١ .

وقارن عكس ذلك د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص٤٣٠ ، إذ يقول : " لا نرى مسوغاً قانونياً لحرممان هذا المشتري - أى لحصة مفرزة - من رفع دعوى القسمة إنا سجل عقده قبل رفعها فعلاً ، وذلك لأن له مصلحة جديده في رفع هذه الدعوى حتى يطمئن إلى نتيجة عقده " .
وأيدت قضاء محكمة النقض قديماً :

نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٥٦ ، طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض - ص٧٦٠ ، فقرة ١٠٧ .
حيث تقرر المحكمة أنه : " بتسجيل المشتري (لجزء مفرز) لعقده تنتقل الملكية إليه ، ويصبح شريكاً لباقي الشركاء ، تجب مخاصمته في دعوى القسمة وإن لم يجز هؤلاء الباعون من الشركاء عقده " .
ولكن يرد هذا بأن ما قرره المحكمة كان قديماً لم يقتضيه الفصل في الطعن المرفوع إليها ، والصحيح أنه في ظل القانون الجديد تتعين مخاصمة المشتري المسجل بوصفه دائناً لأحد الشركاء لا شريكاً في الشيوع .
د/ إسماعيل غانم - مرجع سابق - ص١٨٥ ، هلمش ٤ .

إلى تسجيل البيع الصادر له - إذا كان عقاراً - قبل رفع دعوى القسمة ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه .

كما يجوز له باعتباره دائناً للبايع أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لو كان آل نصيب الشريك إلى آخر بطريق الميراث أو الوصية ، فإن الوارث أو الموصى له يكون هو المدعى^(١) .

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ ، فإنه يجوز له أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصاصه فيها .

أما إذا كان الشريك يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف فإنه لا يجوز له أن يرفع دعوى القسمة ، لأنه لا يملك سوى الإجراءات التحفظية ، والقسمة لا تعد من الإجراءات التحفظية .

أما إذا رفعت دعوى القسمة من غيره من الشركاء ، فإنه يجب اختصاصه في الدعوى ، حتى ولو كان من الشريك الذي يملك حصته تحت شرط فاسخ^(٢) .

وأخيراً ، فإنه يجوز لدائن الشريك أن يرفع دعوى القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة ، متى توافرت شروطها تطبيقاً لنص المادة ٢٣٥ من القانون المدني^(٣) .

وفى الفقه الإسلامى :

المدعى في دعوى القسمة هو أحد الشركاء^(٤) أو من ينوب عنه كالولى أو الوصى إذا رأى مصلحة للقاصر في إجراء القسمة ، ويجوز أن يتعدد الشركاء المدعين طالما كان هناك شريك ممتنع عن القسمة .

وكذلك الوارث والموصى له يجوز أن يرفع دعوى القسمة ، لأنه أصبح مالكا للحصة الشائعة بدلاً من سلفه .

(١) د/ أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٣٨٤ .

(٢) د/ المنهوى - المرجع السابق - ص ٩١٤ ، د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٤ .

(٣) وهي تنص على أنه : لكل دائن ولولم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه أو غير قابل للحجز .

ويراجع / د/ منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٩٠ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٩ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢/ ٢١٠ ، ٢١١ .

(٤) يراجع / أدب القضاء للموى ٢/ ٢٣٣ ، جواهر العقود للسيوطى ٢/ ٣٣٣ ، وما بعدها ، ط دار الكتب العلمية .

أما مشترى الحصة الشائعة فإنه يصبح شريكاً بدلاً من البائع ، لأنه يجوز تصرف الشريك على الشيوع في حصته الشائعة بالبيع أو غيره^(١) ، وبناء عليه فإنه يجوز له أن يطلب القسمة القضائية .

أما مشترى الحصة المفروزة فإنه لا يجوز أن يكون مدعياً في الفقه الإسلامي ، لأن الفقه الإسلامي لا يجيز تصرف الشريك في حصته مفروزة^(٢) ، وعليه فيكون البيع باطل ، فلا يكون للمشتري أي حق في طلب القسمة .

وعلى أية حال فإنه لا ترفع الدعوى إلا إذا طلب أحد الشركاء أو بعضهم من الحاكم أو القاضي أن يقسم المال المشترك بينهم .

ب- المدعى عليه في دعوى القسمة :

يجب أن ترفع دعوى القسمة من طالب القسمة على جميع من عدها من الشركاء^(٣) ، حيث إن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك ، ولا ترفع إلا على شريك ، وهذا مستفاد من نص المادة ٨٣٦/١ إذ قالت إن على من يريد الخروج من الشيوع "أن يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية" .

فالمدعى عليه في دعوى القسمة هم جميع الشركاء ما عدا المدعى ، يستوى أن يكون الشريك أصلياً أو طارئاً على التفصيل السابق ، حتى من كان منهم من يملك تحت شرط فاسخ أو واقف^(٤) .

فجميع الشركاء يدخلون خصوماً في الدعوى .

وإذا لم يختصم المدعى في دعوى القسمة جميع الشركاء في المال الشائع ، بل اختصم البعض دون البعض ، فله تدارك ذلك وأن يطلب إدخال من لم توجه إليه الدعوى من الشركاء .

كما يجوز هذا الإدخال بناء على طلب المدعى عليهم (مادة ١١٧ مرافعات) ويجوز أيضاً للشريك الذي لم توجه له الدعوى أن يطلب التدخل فيها (المادة ١٢٦ مرافعات) .

ويجوز أن تأمر المحكمة بإدخالهم في الدعوى من تلقاء نفسها^(٥) (المادة ١١٨ مرافعات) .

(١) يراجع في جواز تصرف الشريك في حصته الشائعة ، حاشية ابن عابدين ٣٠١/٤ ، نهاية المحتاج ٤٠٠/٣ ، المعنى أعلى الشرح الكبير ٤٠٧/٤ ، دار الفكر .

(٢) يراجع في عدم جواز تصرف الشريك في حصته مفروزة حال الشيوع ، العقود للدرية ٢٣٢/١ ، طبعة المطبعة الأميرية ببولاق ، حاشية ابن عابدين ٣٠٢/٤ ، ويراجع / تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء - رسالة ماجستير - للطالب / جمال النشار ، ص ١٧١ وما بعدها .

(٣) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢١٢/٢ .

(٤) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٤ .

(٥) د/ جميل الشرقلوى - المرجع السابق - ص ١٧٨ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق -

ص ١٩٠ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٨٥ ، د/ محمد ليبيب شنب - المرجع السابق -

ص ٣٠٥ ، د/ المنهوى - الوسيط - ٩١٣/٨ .

فإذا لم يتم اختصام بعض الشركاء من قبل المدعى، ولم يطلب إدخالهم بعد رفع الدعوى، ولم يطلب الخصوم التدخل ، ولم تأمر المحكمة بإدخالهم ، فإن الحكم الصادر فى دعوى القسمة هذه لا يكون حجة على من لم يدخل^(١).

ولكن ليس للشركاء الذين وجهت إليهم الدعوى ، أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها ، بحجة أن الدعوى لم توجه إلى كافة الشركاء .

وذلك لأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى إجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبي ، لا يجوز التمسك به إلا للشريك الذى لم يختصم ، وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة فى حقه .

وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض^(٢) .

وفى الفقه الإسلامى :

المدعى عليه هو باقى الشركاء غير رافع الدعوى وكذلك أولياءهم ، وذلك واضح فى الفقه الإسلامى .

فقد جاء فى كتاب أدب القضاء للحموى بشأن صورة كتاب لقسمة الإيجاب^(٣) فيقول . "هذه قسمة إجبار ، جرت بإذن الحاكم فلان ، وذلك أنه لما كان بتاريخ كذا ، حضر فلان عند الحاكم فلان ، وطلب من الحاكم قسمة أرض بينهم على نسبة كذا وكذا ، بعد أن طلب هذا الطالب من شركائه أن يقسموه بينهم فامتنعوا".

فواضح أنه يجب على المدعى أن يختصم جميع شركائه ، أما إذا أغفل المدعى شريكاً فلم يختصمه ، ولم يعلم القاضى به ، وأصدر القاضى حكمه فى الدعوى ، فأرى أن مثل هذه القسمة يجوز لمن لم يختصم فى الدعوى ان يطلب نقضها ، لأنه تضرر بهذه القسمة .

(١) د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٨٥ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٧٨ ، د/ محمود جمال الدين زكى - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٦١ ، د/ طلبة خطاب - مرجع سابق - ص ٣٣٠ .

(٢) مستشار/ عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ١٠٩ ، ويراجع نقض مننى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ٣ ، ص ١٥٢٧ ، فقرة ٢٠٩ ، نقض مننى ١٩٦٦/٢/٢٤ ، طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ١ ص ٤١٢ ، فقرة ٥٨ ، نقض مننى ١٩٨٣/٤/٢٦ - طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق - مجموعة محكمة النقض - المكتب الفنى - ج ١ ، ص ١٠٥١ ، فقرة ٢١٠ .

(٣) أدب القضاء للحموى ٢/ ٢٣٣ . وهذا واضح وجلى عند سائر الفقهاء . ويراجع / مجمع الأنهر ٢/ ٤٩١ ، معين الحكام على القضايا والحكام ٢/ ٥٩٨ ، نهاية المحتاج ٨/ ٢٨٥ ، المبدع فى شرح المقتع ١٠/ ١٢٩ .

المطلب الثاني

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة

فى هذا المطلب نتحدث عن اختصاص المحكمة بنظر دعوى القسمة والاختصاص نوعان : نوعى ومحلّى :

أولاً : الاختصاص النوعى بنظر الدعوى :

يقصد بالاختصاص النوعى بوجه عام ، الاختصاص الذى يرجع إلى نوع الدعوى ، بغض النظر عن قيمة تلك الدعوى^(١) .

وقد عقد المشرع الوضعى الاختصاص النوعى بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أياً كانت قيمة المال ، حتى ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها المحدد فى قانون المرافعات^(٢) (خمسـة آلاف جنيه) .

فتنص المادة ١/٨٣٦ على أنه : "إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية" .

كما تنص المادة ٤٣ مرافعات والمعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أنه : - تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائياً إذا لم تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه فيما يلى :

١- الدعاوى المتعلقة بالمياه وتطهير الترع والمصارف .

٢- دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضى والمنشآت الضارة ، إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع .

٣- دعاوى قسمة المال الشائع... " .

فتختص المحكمة الجزئية بالفصل فى دعاوى القسمة أياً كانت قيمة المال ، أى ولو تجاوزت قيمته نصاب المحكمة الجزئية وهو خمسة آلاف جنيه ، وكانت الدعوى تدخل بحسب الأصل فى اختصاص المحكمة الابتدائية^(٣) .

(١) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٩١ .

(٢) وهذا يعتبر اختصاصاً استثنائياً للمحكمة الجزئية . ويراجع د/ السنهورى - المرجع السابق - ص ٩١٤ ، د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٢١٣ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٢٩ ، د/ عبد الناصر العطار - شرح أحكام حق الملكية ص ١٤١ .

(٣) م / محمد عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ١١٢ ، حيث إن القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، قد رفع الحد الأقصى للمحكّم الجزئية إلى خمسة آلاف جنيه بدلاً من خمسمائة .

ويرجع اختصاص المحكمة الجزئية - ولو زادت قيمة الأموال الشائعة على نصابها - إلى أن هذه المحكمة تقتصر في دعوى القسمة على النظر في إجراءات القسمة ، وإجراءات القسمة لا تختلف بحسب قيمة المال المراد قسمته ، فلم يكن هناك ما يدعو إلى الاختصاص النوعي على أساس هذه القيمة^(١) ، ورغبة في عدم إطالة أمر نظر الدعوى أمام المحكمة^(٢) .

والذي تختص به المحكمة الجزئية يقتصر على المسائل التي تدخل في إجراءات القسمة التي تتعلق بتكوين الحصص ، وإعطاء كل شريك نصيبه سواء كان هذا النصيب عينياً أو مبلغاً من النقود ، فيدخل فيها تعيين خبير لتكوين الحصص ، وتقدير ما إذا كان يمكن قسمة المال قسمة عينيه بمعدل أو بغير معدل ، أو أن هذه القسمة متعذرة فيباع العقار في المزاد ، ثم يقسم ثمنه بين الشركاء^(٣) .

وهذا ما نصت عليه المادة ١/٨٣٨ مدني^(٤) .

أما إذا تعدت المنازعة حدود إجراءات القسمة ، كتعيين حصة كل شريك في المال الشائع ، وأصل ملكيته لهذه الحصة ، وكذلك المنازعات المتعلقة بتصرف الشريك في حصته ، وحلول المتصرف إليه مكانه في دعوى القسمة ، ففي مثل هذه المنازعات يتحدد الاختصاص وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية - أي في حدود نصابها - تولت هذه المحكمة الفصل فيها^(٥) .

أما إذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة الجزئية ، وثبت للقاضي جدية المنازعة^(٦) ، فإنه يتعين عليه أن يوقف نظر دعوى القسمة^(٧) ، ويحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، ويحدد لهم الجلسة التي يحضرون فيها^(٨) .

(١) نقض مدني ١٧/٤/١٩٨٨ ، طعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ق ، مشار إليه في م/ محمد عزمي البكري - قسمة المال الشائع - ص ١١٥ ، م / أنور طلبه - مجموعة المبادئ القانونية ٤١٢/٩ .

(٢) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٥ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ، ١٤١ ، د / طلبه خطاب - المرجع السابق - ص ٣٣٢ .

(٣) د / مصطفى الجمال - نظام الملكية ص ١٧٥ ، د / السنهوري - المرجع السابق - ٨/٩١٤ ، د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٧ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٨٥ ، نقض مدني ١٢/٢/١٩٥٩ - طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٤ ق - مجموعة أحكام النقض ج ١ ص ١٣٤ فقرة ١٩ .

(٤) ولقي نص على أنه : "١- تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص ، وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها" .

(٥) د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٦ ، د / محمد علي عمران - مرجع سابق - ص ٣٢٧ ، د / عبد العزيز بديوي - بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام - ص ٢١٩ .

(٦) وتقدير جدية المنازعة من سلطة محكمة الموضوع ، نقض مدني ٢٤ نوفمبر ١٩٥٥ طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق مجموعة أحكام النقض - ص ١٥٢٧ فقرة ٢٠٩ .

(٧) وقد قضت محكمة النقض بأن : "التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً في الملكية ، هو من شأن الخصم الذي نازع في هذه الملكية ، ولاصفة لغيره من الخصوم في التحدي به" .

نقض ٣١/٥/١٩٥٦ - طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق مجموعة أحكام النقض ص ٦٢٢ فقرة ٨٥ .

(٨) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٠ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٤١ ، د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٧ ، د / مصطفى الجمال - نظام الملكية ص ١٧٥ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٨٧ .

وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً فى تلك المنازعات ، وهذا مانصت عليه المادة ٢/٨٣٨ مدنى^(١) ، وعليه أيضاً استقرت أحكام النقض^(٢) .

موقف الفقه الإسلامى من الاختصاص النوعى :

قرر الفقهاء أن القضاء يجوز تخصيصه وتنقيده بالزمان والمكان والحادثة والشخص ، واستثناء بعض الخصومات^(٣) .

فقد جاء فى شرح المحلى على المنهاج : "ولو نصب الإمام قاضيين ببلد وخص كلا منهما بمكان منه أو زمن أو نوع كالأموال أو الدماء أو الفروج ، جاز"^(٤) .

فالفقه الإسلامى يجوز الاختصاص بالحادثة - أى يخصه بسماع نوع معين من الدعاوى - ، مما يترتب عليه نشوء وتوزيع نوعى للقضايا ، كان يخصص ولى الأمر القاضى عند تقليده القضاء أو بعده بنوع معين من القضايا ، سواء كانت قضايا مدنية أو جنائية .

وذلك لأن تحديد عمل القاضى موكول إلى من يملك حق التولية ، فإن خصصه بنوع معين من القضايا تخصص^(٥) .

وعلى ذلك فإنه يجوز تخصيص قضاء معين بسماع دعوى القسمة ، فما قرره القانون الوضعى من إسناد الفصل فى دعاوى القسمة للمحكمة الجزئية هو تنظيم لاتباء الشريعة الإسلامية بل نقره . فهو من قبيل التنظيم الإدارى للقضاء ، والذي يفوض أمر تنظيمه إلى ولى الأمر ، بما يراه محققاً للمصلحة العامة .

ثانياً : الاختصاص المحلى بنظر دعوى القسمة .

يقصد بالاختصاص المحلى بوجه عام ، الاختصاص الذى يتحدد تبعاً لمحل الإقامة أو الموطن ، أى المسكن أو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة^(٦) .

(١) فتنص المادة ٢/٨٣٨ على أنه : "٢...- فإذا قامت منازعات لانتدخ فى اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً فى تلك المنازعات" .

(٢) يراجع الأحكام التالية :

نقض مدنى ١٩٧٦/٦/١٥ - طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٢ ق - مجموعة محكمة النقض جـ ١ ص ١٣٥٨
فقرة ٢٥٨ ، نقض مدنى بتاريخ ١٩٨٧/٣/١٨ - طعن ١٨٤٥ لسنة ٥٣ ق - الموسوعة الذهبية - الإصدار المدنى ملحق رقم ٧ ص ٦٧٠ ، نقض مدنى ١٩٩٢/٤/١٢ طعن ١٢٥١ لسنة ٥٢ ق - الموسوعة الذهبية - الإصدار المدنى - ملحق رقم ١٣ ص ٣٨٦ ، نقض مدنى ١٩٩٣/٤/٤ ، طعن ١٥٠١ لسنة ٥٦ ق - مجلة المحاماة أعداد أغسطس ١٩٩٤ ، ج ٢ ص ١٢٧ فقرة ١٤ .

(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣١٥ ، حاشية ابن عابدين ٤/٣٧٧ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٣٧ ، شرح

المحلى على المنهاج بهامش قليوبى وعميرة ٤/٢٩٨ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٦٨ ، ٦٩ .

(٤) شرح المحلى بهامش قليوبى وعميرة ٤/٢٩٨ .

(٥) الأحكام السلطانية للمواردى ص ٦٨ ، القضاء فى الإسلام - رسالة دكتوراه للدكتور / محمود محمد

مفتاح ص ٢٠٢ ومابعد ، كلية الشريعة تحت رقم ٨٨٨ .

(٦) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٩٥ ، ٩٦ .

والقاعدة العامة في الاختصاص المحلي هي : أن على المدعى أن يسعى إلى المدعى عليه في أقرب محكمة إليه .

وفي تحديد الاختصاص المحلي بنظر دعوى القسمة القضائية ، فإنه يتحدد طبقاً للقواعد العامة .

وطبقاً للقواعد العامة فإنه يجب التفرقة في بيان المحكمة المختصة محلياً بنظر دعوى القسمة بين ما إذا كان المال الشائع محل القسمة عقاراً أو منقولاً .

فإذا كان المال الشائع عقاراً ، كانت المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه ، إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة "مادة ٥٠ مرافعات" .

وليس من اللازم في تحديد المحكمة المختصة إذا كان العقار مجزئاً ، أن تكون هي المحكمة التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة ، لأن النص لا يوضح هذا الشرط^(١) .

أما إذا كان المال الشائع منقولاً ، كانت المحكمة المختصة ، هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، أو أحد المدعى عليهم إذا تعددوا^(٢) . (مادة ٤٩ مرافعات) .

موقف الفقه الإسلامي من الاختصاص المحلي :

سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامي أجاز لولى الأمر أن يخصص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص والاختصاص المحلي هو تخصيص الدعوى بقضاء مكان معين .

فالفقه الإسلامي قد عرف تخصيص القضاء بالمكان ، وتقييد قضاء بلدة معينة أو ناحية منها ، وحينئذ لا يكون للقاضي ولاية قضائية على أية جهة أخرى غيرها^(٣) .

(١) يراجع د/ محمد العنجي - دعوى القسمة ص ٩٦ ، ٩٧ .

المستشار محمد عزمي البكري - قسمة المال الشائع ص ١١٧ ، ويرى البعض أنه إذا كان العقار مجزئاً فتكون المحكمة المختصة هي التي يقع في دائرتها أكبر الأجزاء قيمة ، وذلك على أساس أن المادة ٨٣٦ كانت تنص في الأصل على أن المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت ذلك اكتفاءً بالقواعد العامة .

يراجع د/ أحمد سلامة - مرجع سابق ص ٣٨٥ ، د/ المنهوري - مرجع سابق - ج ٨ ، ص ٩١٤ ،

د/ عبد الناصر العطار مرجع سابق - ص ١٤١ هامش ٢٠ .

ولرى أنه طالما حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٠٦/٦) فإنه يرجع إلى القواعد العامة ، والتي تقضي باختصاص أي محكمة يقع بدائرتها جزء من العقار (مادة ٥٠ مرافعات) .

(٢) يراجع د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٨٥ ، د/ المنهوري - الوسيط ٩١٤/٨ د/ عبد الناصر

العطار - مرجع سابق ص ١٤١ ، د/ طلبة خطاب - نظم الملكية - ص ٣٣١ ، د/ عبد العزيز عامر -

حق الملكية ص ١٣٤ ، د/ سعيد عبد السلام - حق الملكية نقها وقضاء ص ١٩٦ .

(٣) القضاء في الإسلام - للدكتور / محمود محمد مفتاح - ص ١٩٤ .

فقد جاء في المغنى لابن قدامة : "ولو قلده في بلدة معينة نفذ حكمه على من سكن فيها ، ومن أتى إليه من غير سكانه ، بحيث يشمل الحوادث الواقعة في دائرة اختصاصه ، دون النظر إلى محل إقامة المتخاصمين ، وذلك حسب قرار ولى الأمر أو نائبه عند تقليده القضاء أو بعده (١) .

والراجع في الفقه الإسلامى أن الاختصاص يكون لقاضى موطن المدعى عليه (٢) ، وهو ماأخذت به مجلة الأحكام العدلية (٣) .

وبناء على ماسبق فبتى أرى أن الفقه الإسلامى لا يختلف مع ما نظم به المشرع الوضعى سماع الدعوى ، سواء الدعوى التى تجعل اختصاص الفصل فيها لمحكمة العقار ، أو تلك التى جعل اختصاص الفصل فيها لمحكمة المدعى عليه .

ذلك أن فقهاء المسلمين قد وضعوا ضابطاً مرناً يسع تطورات وتغيرات العصور والأزمان بما يتفق مع مصلحة الناس ويحققها .

فالفقه الإسلامى قد فوض الأمر إلى الحاكم أو ولى الأمر أو رئيس الدولة ، فما يراه محققاً للمصلحة ، نقره الشريعة الإسلامية .

-
- (١) المغنى لابن قدامة ١٠٥/٩ ، ويراجع أيضاً / كشاف القناع ١٧١/٤ ، حاشية ابن عابدين ٣٧٧/٤ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٣٣/٤ ، قليوبى وعيمره ٢٩٨/٤ .
- (٢) القضاء فى الإسلام - د/ محمود محمد مفتاح ص ١٩٥ ، ويراجع / القواعد لابن رجب ص ١٦٣ ، ١٦٤ ، تحفه المحتاج ١١٩/١٠ ، البحر الرائق ١٩٣/٧ ، منح الجليل ١٥٣/٤ .
- (٣) يراجع المادة (١٨٣٥) من مجلة الأحكام العدلية .

المبحث الثالث

كيفية إجراء القسمة القضائية

تمهيد وتقسيم :

الأصل أن تتم القسمة عيناً ، بتجزئة الشيء الشائع وإعطاء كل شريك جزء ، ولكن قد تتعذر القسمة العينية ، للفساد أو الضرر المترتب على القسمة ، أو يكون من شأنها إنقاص قيمة أو منفعة المال الشائع فتتم القسمة بطريق التصفية ، وذلك ببيع المال الشائع ، وتقسيم ثمنه بين الشركاء .

وبذلك يكون هناك طريقتان أساسيان لإجراء القسمة القضائية وهما :-

الطريق الأول : القسمة العينية .

وهو الطريق الأصلي الذي يجب أن يتبع من قبل القضاء في إجراء القسمة ، وهو أن تتم القسمة عيناً ، بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع بعد أن يتم تجزئة المال إلى عدة أجزاء ، وإعطاء كل شريك ما يناسب مع حصته .

الطريق الثاني : قسمة التصفية .

أى بيع المال الشائع بالمزاد ، وهذا الطريق استثنائي لا يجوز الإلتجاء إليه إلا إذا كان المال الشائع لا يقبل التجزئة ، وأن قسمته - عيناً سوف يترتب عليها نقص كبير في قيمته ، لذا فقد خول المشرع الوضعى المحكمة في هذه الحالة ، أن تبيع المال الشائع كله لأحد الشركاء أو لأجنبى ، وتقسّم ثمنه بين الشركاء كل بنسبة حصته :-

ونتناول هذين الطريقتين فى مطلبين :

المطلب الأول : القسمة العينية .

المطلب الثانى : قسمة التصفية .

المطلب الأول

القسمة العينية

في الفقة الإسلامي :

سبق أن بينا كيفية القسمة بالتفصيل عند الكلام على كيفية القسمة الاتفاقية .
ومسبق أن ذكرناه في القسمة الاتفاقية ، هو بعينه ما يتم في القسمة القضائية ، غير أنه
يجب مراعاة الشروط التي سبق أن ذكرناها في القسمة القضائية .

فتلخص كيفية القسمة في :

- ١- أن يعرف القاسم قدر سهام الشركاء .
- ٢- تعديل السهام على حصص الشركاء ، وذلك بتصحيح المسألة حسب قواعد التوريث،
ولو لم تكن مسألة ميراث .
- ٣- يجزأ المال الذي تراد قسمته إلى أجزاء متساوية بعدد السهام التي تصح منها
المسألة، أى على أقل السهام .
- ٤- ثم يُعلم كل سهم بعلامة مميزة ، والترقيم هو أيسر وسيلة ، فيلقب هذا السهم بالأول،
والذي يليه بالثاني ، ثم الثالث ، وهكذا .
- ٥- يقوم القاسم بإجراء القرعة بين الشركاء .

وقد سبق أن بينا كيفية إجراء القرعة في الفقه الإسلامي فيكتفى بما سبق أن ذكرناه في
القسمة الاتفاقية^(١) .

أما في نطاق المراسم القانونية :

فقد أوضحنا فيما سلف أن القسمة العينية هي التي تؤدي إلى أن يختص الشريك بجزء
من المال الشائع ، وذلك إما عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب وإجراء
القرعة ، أو بطريق التجنيب بأن يعين لكل شريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته إذا تعذر الأمر
الأول .

والقسمة العينية هي الأصل الذي يجب أن يتجه التفكير إليه أولاً ، وذلك إذا أمكنت قسمة
الشائع عيناً دون نقص كبير يلحقه .

وبين من مجموع النصوص التي تحدث فيها المشرع الوضعي عن القسمة العينية أنها
تمر بمراحل أربع نذكرها جملة ، ثم نقوم بشرح كل مرحلة بالتفصيل بعد ذلك :

(١) يراجع مسبقاً ص ٣٥ وما بعد ها .

المرحلة الأولى : قسمة المال الشائع قسمة عينية إلى حصص أو التجنيز (مادة ٨٣٦/٢، ٨٣٧ مدنى) .

المرحلة الثانية : الفصل فى المنازعات التى يثيرها الخصوم فى القسمة (مادة ٨٣٨ مدنى) .

المرحلة الثالثة : الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز (مادة ٨٣٩ مدنى) .

المرحلة الرابعة : تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم ، إذا كان بين الشركاء غائب، أو من لم تتوافر فيه الأهلية (مادة ٨٤٠ مدنى) (١) .

المرحلة الأولى : قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيز .

تنص المادة ٨٣٦/٢ مدنى على أنه : "تدب المحكمة - إن رأت وجهاً لذلك - خبيراً أو أكثر ، لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً ، إن كان يقبل القسمة عيناً ، دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته" .

وتنص المادة ٨٣٧ مدنى على أنه : "١- يكون تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، حتى ولو كانت القسمة جزئية ، فإذا تعذرت القسمة على هذا الأساس ، جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته" .

٢- وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عيناً ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه" .

ويستخلص من هذه النصوص أن هذه المرحلة تمر بعدة خطوات (٢) :

الخطوة الأولى :

وهى تولى القاضى عملية القسمة بنفسه ، فقد يرى القاضى أن تكوين الحصص لا يثير صعوبات عملية ، ولا ينتج عنها مشاكل فنية تخرج عن خبرته ، عندئذ يتولى هذه العملية بنفسه، وذلك باعتبار أن القاضى هو الخبير الأعلى فى كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه .

فضلاً عن أن المشرع ترك أمر الالتجاء إلى الخبراء لتقدير القاضى (٣) . وفى هذه الحالة، فإنه يمكن للمحكمة أن تجرى القسمة بنفسها ، فتكون الأنصبة وتجرى الاقتراع عليها، أو تفرز لكل شريك نصيبه بطريق التجنيز ، وتصدر حكماً باختصاص كل شريك بما حصل عليه من نصيب مفروز ولكن المحاكم تجرى عادة على انتداب خبير يقوم بالقسمة (٤) .

(١) د / المنهورى - الوسيط - ٩١٩/٨ .

(٢) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة صـ ٣٠٠ .

(٣) د/ محمد على عرفة - حق الملكية صـ ٤٣٠ ، د/ محمد المنجى - المرجع السابق - صـ ٢٠٠ .

(٤) د/ جميل القزقلى - المرجع السابق - صـ ١٨٠ .

الخطوة الثانية :

هى أن تلجأ المحكمة إلى أهل الخبرة ، فتبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، إن رأت وجهاً لذلك .
وتكون مهمة الخبير الأولى ، أن يبدى رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، أو أنها غير ممكنة ، فإذا رأى أن القسمة غير ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته فإنه يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بإجراء قسمة التصفية (كما سيأتى) .

أما إذا رأى الخبير أنه ليس ثمة نقص يلحق المال الشائع من جراء القسمة العينية ، فإنه يسير فى إجراءات القسمة^(١) ، كما فى الخطوات التالية .

الخطوة الثالثة :

قسمة المال الشائع إلى حصص : وهذا هو الطريق الأصلى لقسمة المال الشائع إلى حصص عينية^(٢) ، فإذا كان من الممكن أن يقسم المال الشائع إلى حصص على أساس أصغر نصيب ، فإنه يجب على الخبير أن يقوم بذلك ، يستوى فى ذلك أن تكون القسمة كلية ، تشمل على كل المال الشائع وجميع الشركاء ، أو أن تكون القسمة جزئية تقتصر على جزء من المال الشائع أو بعض الشركاء .

فإن كان المراد قسمته أحد الأموال الشائعة ، فإنه يقسم عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب^(٣) ، وتترك بقية الأموال الشائعة .

وإن كان من يريد القسمة هم بعض الشركاء ، أفرز الخبير نصيبهم ثم قسمه حصصاً على أساس أصغر نصيب .

(١) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٩٠ ، د/ المنهورى - المرجع السابق - ص ٨ - ٩٢١ ، منشور / محمد عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ١١٩ .

(٢) د/ حسن كيره - أحكام حق الملكية ص ٤٨٥ ، وهذه هى الوسيلة الأولى من وسائل القسمة العينية.

(٣) د/ المنهورى - الوسيط - ٩٢١/٨ ، د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٢١٣ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٩٠ ، د/ منصور مصطفى منصور مرجع سابق ص ١٩١ ، د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٤١ ويعقب على ذلك بقوله : "ومؤدى ذلك أنه يجوز لمن يريد التخلص من الشيوع أن يتمسك بإجراء القسمة على أساس أصغر نصيب ، وبالتالي أن يرفض تعيين حصته بطريقة التجنيب إذا لم تكن القسمة متعذرة على الأساس الأول ، وظاهر ملقى ذلك من إرهاب للشركاء الآخرين لما يسببه من إطالة إجراءات القسمة وزيادة نفقاتها . وقد كان الأوفق أن يكتفى فى مثل هذه الحالة بتجنيب حصة الشريك الراغب فى التخلص من الشيوع ، وإصدار الحكم بإعطاء هذا الشريك نصيبه المفروز الذى آل إليه ، لما فى هذه الطريقة من تيسير للإجراءات وتصد فى النفقات .
ولكن المشرع لم يجز تعيين الحصص بطريقة التجنيب إلا إذا تعذرت القسمة على أساس أصغر نصيب ، وجعل هذا الحكم علماً حتى ولو كانت القسمة جزئية (مادة ٨٣٧/١) .

وقد مثلت مذكرة الأعمال التحضيرية لتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب
قالت: "مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسادس فيقسم المال أسداساً ،
أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر ، فيقسم المال إلى اثني عشر جزءاً
وهكذا" (١) .

وفي جميع الأحوال متى تم تكوين الحصص ، فإن الاقتراع يجري عليها من قبل
المحكمة ، فإذا قام نزاع حول تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية (٢) .

الخطوة الرابعة :

القسمة بطريق التجنيب : وذلك بأن يعمد الخبير مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك
مفرزاً في المال الشائع ، وذلك بقدر حصته في المال .

ويكون ذلك في حالة تعذر قسمة المال الشائع إلى حصص متساوية على أساس أصغر
نصيب (مادة ١/٨٣٧ منى) .

ولا يقصد بتعذر القسمة أن تكون مستحيلة ، وإنما يمكن أن يتحقق هذا التعذر في غير
حالة الاستحالة ، كأن يكون من شأن تقسيم المال الشائع إلى حصص متساوية أن تنقص قيمتها ،
أو تتعقد إجراءاتها ، أو أن يكون من شأن ذلك أن يحصل الشريك على نصيبه في أجزاء
متناثرة يصعب استغلالها (٣) .

ولا يشترط موافقة الشركاء على إجراء القسمة بطريق التجنيب ، بل يكفي أن ترى
المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير ، حتى يكون التجنيب ملزماً
لجميع الشركاء ، ولو لم يوافقوا عليه (٤) .

ومع ذلك فإنه يجوز للشركاء أن يطلبوا أن تكون القسمة بطريق التجنيب حتى ولو لم
يثبت تعذر القسمة على أساس الحصص ، بشرط أن يجمع الشركاء على هذا الطلب ، وذلك
لأن القيد التشريعي هنا - وهو ترتيب استعمال وسيلة القسمة العينية : قسمة الحصص أولاً ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١٢٠/٦ .

(٢) المرجع السابق ، وراجع د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩١ .

(٣) د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق ص ١٨٨ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٩١ ، د/
السنهوري - الوسيط - ٩٢٢/٨ ، د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية ص ٤٨٦ ، د/ منصور مصطفى
منصور - المرجع السابق - ص ١٩١ .

(٤) راجع د/ السنهوري - الوسيط - ٩٢٢/٨ ، هاش ٥ ، د/ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق
ص ١٩١ هاش ١ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٩١ ، د/ عبد المنعم الصده - حق الملكية -
ص ٢٣٧ ، د/ حسن كبره - أحكام حق الملكية ص ٤٨٦ ، وانظر نقض منى ١٩٥٦/٥/٣١ طعن رقم
٢٨٥ لسنة ٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض ص ٦٢٢ فقرة ٨٥ ، فإن هذا الحكم يقارن بين حكم التتبعين
المدنى السابق ، وبين حكم التتبعين المدنى المالى ، إذا أن التتبعين السابق كان يشترط موافقة الشركاء على
التجنيب .

ثم التجنيز ثانياً ، وعند تعذر الأولى - قصد به حماية مصالح الشركاء ، فلذا هم أجمعوا على عدم تمسكهم به كان ذلك من حقهم .

ومتى وانفق الشريك على إجراء القسمة بطريق التجنيز أمام محكمة أول درجة ، فإنه لايجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانية درجة في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة^(١) ، وهذا ما قضت به محكمة النقض^(٢) .

وفي هذه الوسيلة للقسمة (أى التجنيز) فإن الخبير يجنب لكل شريك شيئاً من المال الشائع يعادل قيمته قيمة حصته الشائعة ، أى يجنب له جزءاً معزواً يعادل حصته .

فلو كان المال الشائع منزلاً وأرضاً ومتجراً ، وكان قيمتهم جميعاً تبلغ ستمائة ألف جنيه ، وقوم المنزل مثلاً بثلاثمائة من الآلاف ، والأرض بمائتى ألف ، والمتجر بمائة ألف ، وكان الشركاء ثلاثة لأحدهم النصف ، وللثاني الثلث ، وللآخر السدس ، فيختص من له النصف بالمنزل ، ومن له الثلث بالأرض ، ومن له السدس بالمتجر^(٣) .

الخطوة الخامسة :

القسمة العينية إلى حصص أو التجنيز بمعدل : الأصل أن يكون تكوين الحصص على أساس المساواة العينية، بمعنى أن تكون كل حصة مساوية للأخرى فى محتوياتها ، بحيث يختص كل شريك بكامل حصته عيناً ، سواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب لكل شريك نصيباً مفزواً .

ولكن لما كان تكوين الحصص على هذا الأساس المادى غير ميسر فى كثير الحالات ، إذ قد يتعذر تقسيم الشئ المملوك على الشيوع إلى أنصبة متساوية تماماً ، فقد أجاز المشرع الوضعى الخروج على هذا الأصل - عند تعذر تحقيقه - والاكتفاء بأن تكون الحصص متساوية فى قيمتها ، وفى هذه الحالة يلجأ الخبير إلى تحديد معدل (مبلغ من النقود) يكمل بعض الحصص الناقصة فى حالة التقسيم إلى حصص ، أو يكمل النصيب المفز للشريك فى حالة التجنيز^(٤) . فيلتزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكثر من نصيبه (مادة ٨٣٧ / ٢ مدنى) .

(١) د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩١ ، ٣٩٢ ، د/ الفنهورى - مرجع سابق - ص ٩٢٢ هامش ٤ ، د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٣٠٤ ، د/ عبد الناصر العطار - مرجع سابق - ص ١٤٥ هامش ٢٦ .

(٢) نقض مدنى ١٩٥٦/٥/٣١ طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق مجموعة محكمة النقض ص ٦٢٢قرة ٨٥ .

(٣) د/ عبد الناصر العطار - مرجع سابق - ص ١٤٤ .

(٤) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٣٢ ، د/ جميل الشرقاوى - مرجع سابق - ص ١٨١ ،

د/ إسماعيل غلام - مرجع سابق ص ١٨٩ ، د/ منصور مصطفى منصور - مرجع سابق ص ١٩٢ ،

د/ السيد محمد عمران - الملكية فى القاتون المصرى ص ١٩٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الهالى - دروس الأموال - ص ٢٣٠ .

ويمكن تعريف المعدل بأنه :

عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم الشريك الذى نال نصيباً أو جزءاً مفرزاً أزيد من نصيبه يدفعه إلى الشريك الذى نال نصيباً أو جزءاً مفرزاً أقل من نصيبه ، وذلك على سبيل التعويض عما نقص من حصته أو من الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه^(١) .

والدائن بهذا الالتزام - أى المعدل- هو الشريك الذى وقعت فى نصيبه الحصة الأصغر ، أو من آل إليه الجزء الأقل قيمة ، تعويضاً له عن النقص فى نصيبه . ويكون هذا المعدل مضموناً بامتياز المتقاسم^(٢) .

ويلاحظ أن الاستعانة فى القسمة بمعدل يعد استثناء كما هو ظاهر من نص المادة ٨٣٧/ ٢ مدنى ، ومن ثم فإنه لايجوز الالتجاء إلى هذه الطريقة إلا عند الاقتضاء ، وبالتالى يجوز للشريك الذى لم يختص بكامل حصته عيناً ، أن يعارض فى تكوين الحصص على أساس المساواة فى القيمة ، ويكون على المحكمة أن تأمر بتحقيق المساواة العينية بين الحصص، إذا تبين لها أن إجراء القسمة ممكن على هذا الأساس^(٣) .

وقت تقويم الحصص :

بداية فإنه لكى يتحدد مقدار المعدل الذى سوف يدفعه صاحب الحصة الكبيرة ، فإنه يلزم أن يسبقه تحديد قيمة المال الشائع جملة ، ثم تحديد قيمة ما آل إلى كل شريك .

وهنا نتساءل ماهو الوقت الذى يعتبر فيه تحديد القيمة ؟

أجمع شراح القانون المصرى على أن العبرة فى تحديد قيمة المال الشائع أياً كانت طريقة القسمة ، هى بوقت إجراء القسمة ، لأنه فى هذا الوقت يصبح كل شريك مالكاً ملكية مفرزة للحصة أو الجزء الذى آل إليه ، ولأن وقت إجراء القسمة هو الوقت الوحيد الذى سوف نضمن به تحقيق المساواة بين الشركاء ، وحصول كل شريك فى هذا المال على مايعادل حصته الشائعة . ومن ثم فإنه لا عبرة بقيمة المال عند بدء الشروع ، ولا عند رفع دعوى القسمة، ولا وقت صدور الحكم^(٤) .

وهذا هو الحل الذى أخذ به المشرع فى تقديره للغبين الحاصل فى القسمة الاتفاقية ، حيث أشار فى المادة ٨٤٥/ ١ مدنى على أن العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة^(٥) .

(١) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٣٠٥ ، ويراجع / د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩٢ .

(٢) د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩٢ .

(٣) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٣٢ .

(٤) د/ عبد المنعم الصدة - مرجع سابق - ص ٢٣٨ ، د/ منصور مصطفى منصور - مرجع سابق -

ص ١٩٢ ، د/ أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٣٩٢ ، د / المنهورى - مرجع سابق - ٩٢٤/٨ هامش ١ ،

د / إسماعيل غنم - مرجع سابق - ص ١٨٩ ويضيق أنه من الضروري أن يكون الأساس فى تقديرات

الخبير تاريخاً موحداً .

(٥) د / إسماعيل غنم - مرجع سابق - ص ١٩٠ .

المرحلة الثانية : الفصل في المنازعات التي يثيرها الخصوم في القضية :

تنص المادة ٨٣٨ مدنى على أنه :

"(١) تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص ، وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها .

(٢) فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها . وتقف دعوى القضية إلى أن يفصل نهائياً فى تلك المنازعات" .

سبق أن بينا أنه يجوز للمحكمة إذا اقتضى الأمر ، ندب خبير أو أكثر تكون مأموريته قسمة الحصص على أساس أصغر نصيب ، وإذا تعذرت هذه الوسيلة - الأولى - لجأ إلى الوسيلة الثانية وهى التجنيب ، فيجنب لكل شريك جزءاً مفرزاً بمثل حصته لأحد الشركاء .

فإذا قام الخبير بأداء مهمته فإنه يقدم تقريراً بنتيجة القسمة مبيناً الأساس الذى استند إليه فى تكوين الحصص أو التجنيب ، ويودع هذا التقرير قلم كتاب المحكمة الجزئية المنظورة أمامها دعوى القسمة ، ويخبر الخصوم بهذا الإيداع فى الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله، وذلك بكتاب مسجل^(١) (المادة ١٥١/٢ إثبات) .

فإذا كانت مأمورية الخبير قد تمت بغير منازعات من قبل الخصوم ، أمكن للقاضى الحكم فى الدعوى على ضوء تقرير الخبير المودع^(٢) .

أما إذا أثار الخصوم المنازعات أمام الخبير ، فمن خلال نص المادة ٨٣٨ سالفه الذكر يمكن تقسيم هذه المنازعات إلى نوعين^(٣) :

النوع الأول : المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب نصيب الشركاء .

النوع الثانى : المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص أو تجنيب نصيب الشركاء ، وتدور حول الملكية .

ولتناول كل نوع على حدة :

النوع الأول : المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب نصيب الشركاء :

وذلك كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص التى كونها الخبير غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذى قدره الخبير أقل مما يجب ، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل ، أو أن يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق .

(١) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(٢) د / محمد المنجى - دعوى القسمة - ٣١٤ .

(٣) د / المنهوى - مرجع سابق - ٨ ص ٩٢٥ .

فمثل هذه المنازعات وأمثالها مما يتعلق بتكوين الحصص أو تجنبها ، تتولى المحكمة الجزئية التي تنتظر الدعوى بالفصل فيها ، حتى ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة ، ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلاً في أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة ، أي كانت قيمة المال المراد قسمته^(١) .

فإذا فصلت المحكمة الجزئية في هذا النوع من المنازعات ، فإنها تواصل السير في نظر دعوى القسمة العينية .

ولا يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو بإجراء التجنيب ، إلا عند الطعن في الحكم المنهى للخصومة ، وهو الحكم الصادر بإعطاء كل شريك نصيبه في المال المفروز ، وذلك عملاً بالمادة ٢١٢ من قانون المرافعات^(٢) .

النوع الثاني : المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص ، أو بتجنيب نصيب الشركاء ، وتدور حول الملكية :

ومن أمثلة ذلك أن يدعى أحد الشركاء أن شريكاً آخر لا يملك شيئاً من المال الشائع ، ومن أمثلة هذه المنازعات أيضاً ، تعيين حصة الشريك في المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكاً آخر في مقدار حصته ، فيدعى مثلاً أنها الربع بدلاً من الثلث .

وقد تنور منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته ، فيدعى أحد الشركاء مثلاً أن شريكاً آخر قد تصرف في حصته لأجنبي فلا يحق له الدخول في القسمة ، فكل هذه المنازعات وماشاكلها مما لا يتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التي تنتظر دعوى القسمة ، وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية ، لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضي الجزئي^(٣) .

فإذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات ، وكانت هذه المنازعة تدخل بحسب قيمتها في اختصاص المحكمة الجزئية ، فصلت المحكمة الجزئية فيها .

(١) المرجع السابق ، د / محمد علي عرفه - حق الملكية - ص ٤٣٣ .

(٢) م / محمد عزمي البكري - قسمة المال الشائع - ص ١٣٢ ، د / محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ٣١٦ ، وقارن الدكتور السنهوري - الوسيط - ٨/ ٩٢٥ حيث يرى أن المحكمة الجزئية عندما تفصل في هذه المنازعات وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذوي الشأن من الشركاء أن يستأنفوا حكم القاضي الجزئي أمام المحكمة الابتدائية ، ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات .

وعقب على ذلك م / محمد عزمي البكري بأن هذا الرأي كان يتفق ونص المادة (٣٦١ / ٤٠٥) من قانون المرافعات الأهلى ، الذى كان سارياً وقت صدور التقنين المنفى الجديد ، أما الآن وبعد إلغاء هذا القانون ، فإنه لم يعد هناك مجال لهذا الرأي .

يراجع / م محمد عزمي البكري - مرجع سابق - ص ١٣٢ هامش ٣٤ .

(٣) د / السنهوري - الوسيط - ٨/ ٩٢٥ ، م / محمد عزمي البكري - مرجع سابق - ص ١٣٣ .

ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في هذا النزاع على استقلال ، وإنما يكون الطعن عليه مع الحكم المنهى للخصومة ، أى الصادر بإعطاء كل شريك نصيبه في المال المفروز^(١) .

أما إذا كانت المنازعة التي أثارها الشريك هي من اختصاص المحكمة الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية - إذا ما تحققت من جدية المنازعة - أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة ، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها - مستعينة في ذلك بالبيانات التي تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الابتدائية - ، وأن توقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً في ذلك النزاع^(٢) . (مادة ٨٣٨ / ٢ مدنى) .

ويكون الفصل نهائياً في النزاع إذا فات ميعاد استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية ، أو طعن في هذا الحكم وفصل في الاستئناف .

فإذا أصبح الحكم نهائياً جاز لكل ذى مصلحة من الخصوم تعجيل السير في دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية ، لتواصل السير فيها^(٣) .

المحلة الثالثة : الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز :

تنص المادة ٨٣٩ مدنى على أنه :

١- متى انتهى الفصل في المنازعات ، وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفروز لى آله إليه .

٢- فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها ، وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز .

ويتبين من هذا النص أنه إذا انتهت المحكمة الجزئية من الفصل في المنازعات التي أبادها الشركاء في تكوين الحصص ، وإذا فصلت المحكمة الابتدائية نهائياً في النزاع على الملكية ، فإن هذه المنازعات تكون قد حسمت .

ويكون لكل ذى مصلحة من الخصوم تعجيل دعوى القسمة من الوقف ، وتمضى المحكمة في نظر الدعوى لتقضى بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز^(٤) .

(١) م / محمد عزمى البكرى - مرجع سابق - ص ١٢٢ ، يراجع فى عكس ذلك / د / السنهورى - الوسيط - ٩٢٧/٨ .

(٢) د / محمد على عرفة - حق الملكية ص ٤٣٣ ، د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ١٠٠١ ، د السيد - الوسيط - ٩٢٦/٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٢٠/٦ ، ويراجع / نقض مدنى ١٩٩٠/١/٢٥ طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ١ ص ٢٥٨ فقرة ٥١ ، نقض مدنى ١٩٩٣/٤/٤ طعن ١٥٠١ لسنة ٥٦ ق مجلة المحاماة أعداد أغسطس ١٩٩٤ ج ٢ ص ٢٧١ فقرة ١٤ ، وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام على الاختصاص النوعى لدعوى القسمة .

(٣) م / محمد عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ١٣٢ .

(٤) د / السنهورى - الوسيط - ٩٢٧/٨ ، ٩٢٨ ، د / محمد على عرفة - حق الملكية ص ٤٣٤ .

وتختلف إجراءات تحديد نصيب كل شريك من الشركاء باختلاف ما إذا كانت الحصص قد عينت بالتجنيب أو على أساس أصغر نصيب :

أولاً : فإذا عينت الحصص بطريق التجنيب ، الذى هو عبارة عن تعيين الجزء المفرز الذى سيؤول إلى كل شريك ، سواء كان التجنيب بمعدل أو بدون معدل . ففى هذه الحالة تصدر المحكمة الجزئية حكمها بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه - أى الذى خصص له - ، مع إلزامه بأداء المعدل - إن وجد - إلى الشريك أو الشركاء الذين عينهم الخبير^(١) (مادة ٨٣٩ / ١ مدنى) .

ثانياً : أما إذا كانت الحصص قد عينت على أساس أصغر نصيب ، أى باستعمال وسيلة تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، فإنه يجب تحديد نصيب كل شريك بطريق الاقتراع ، حتى يطمئن الشركاء إلى أن فرصهم متساوية ، ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت الحصص مثلاً سبعة ، وكان الشركاء ثلاثة ، لواحد منهم حصة واحدة ، والثاني حصتان ، والثالث أربع حصص ، وضعت فى القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك ، ثم يعرض القاضى الورق على الشركاء . فوسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثانى ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التى أوقعت القرعة رقمها فى نصيبه ، وبذلك يتحدد لكل شريك نصيبه فى المال الشائع^(٢) .

ويلاحظ أن إجراء القرعة على النحو السالف ، يعتبر أكثر مناسبة إذا كان المال الشائع من المنقولات ، حيث تتم قسمة المنقولات على الشيوع دون أن يتخلف عنها مشكلات عملية ، أما إذا كان المال الشائع من العقارات ، فقد يتخلف عنها بعض المشكلات بالنسبة للشريك الذى يزيد نصيبه على حصة واحدة ، إذ قد لا يحصل هذا الشريك إلا على حصص متباعدة بعضها عن بعض نتيجة للقرعة ، ولكن هذا هو شأن القرعة ، ولا مفر من هذه النتيجة .

وللتخلص من هذه المشكلة العملية ، يمكن للخصوم ارتضاء تقسيم يجريه الخبير بحيث يتلقى تفرقة حصصهم ويجعلها متجاورة ، كما يمكن للخصوم الاتفاق فيما بينهم على تبادل أنصبتهم بما يجعل حصصهم متحدة بعد إجراء القرعة^(٣) .

غير أن الاقتراع يعتبر إجراء حتماً لتحديد الأنصبة ، ولا تصح القسمة بغيره ، إلا إذا رضى كل من المتقاسمين بأخذ حصته بغير القرعة بشرط أن يكونوا كلهم أهلاً للتصرف ، أما إذا كان ممن بينهم شخص ناقص الأهلية فالقرعة واجبة ، وفى كل الأحوال التى تجب فيها القرعة تكون القسمة باطلة إذا أمليت القرعة^(٤) .

(١) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .

(٢) د / السنهورى - المرجع السابق - ٩٢٨/٨ .

(٣) د / جميل للشرقلوى - المرجع السابق - ص ١٨١ ، د / السنهورى - المرجع السابق - ٩٢٨/٨ ، د /

أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .

(٤) د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢/ ٢١٦ ، د / محمد على عرفة - المرجع السابق

ص ٤٣٤ .

وبعد أن تنتهي المحكمة من إجراء القرعة تثبت ذلك في محضرها ، وتصدر حكمها بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز - أى الحصة أو الحصص المفروزة التي أوقعتها القرعة في نصيبه - . ولا يقتصر أثر الحكم الصادر بتوزيع الحصص على تسليم كل شريك نصيبه المفروز الذى آل إليه ، بل يتناول أيضاً تسليم مستندات الملكية المتصلة بالأموال التي وقعت في نصيب كل شريك (١) .

ومن خلال ما سبق نرى أن دعوى القسمة في مرحلتها الثالثة ، تنتهى دائماً بالحكم بالقسمة إذا لم يكن بين الشركاء غائب ، أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، وليس له ولى شرعى .

أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ، فكفالة لحقوق القصر والغائبين والمحجورين ، فإنه لابد من المضى بالقسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة ، وهى مرحلة التصديق على حكم القسمة ، وهذا ما سوف نتعرض له فى الفقرة التالية .

المرحلة الرابعة: تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو من لم تتوافر فيه الأهلية :-

وهذا التصديق استوجبته المادة ٨٤٠ مدنى والتي تنص على أنه : "إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة ، بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون" .

وتنص المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد هذا النص على ما يأتى : "وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية ، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له ولى شرعى ، أما فى التكنين الحالى (السابق) فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص ، وقد روى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه (٢) .

ويتبين مما سبق أنه كفالة لحقوق القصر ، والغائبين والمحجور عليهم من الشركاء ، استلزم القانون التصديق من المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أجرت القسمة ، ولا يلزم التصديق فى حالة وجود الولى ، وفى حالة صدور الحكم فى المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة ثالثة درجة ، إعمالاً لنص الفقرة الخامسة من المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال (٣) .

(١) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٣٤ ، م / محمد عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ١٣٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١٢٠/٦ .

(٣) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٣٧ ، د / حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٨٧ ، د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢٢٠/٢ .

ووفقاً للنص سالف الذكر ، فإن التصديق على حكم القسمة يتم بعد انتهاء جميع مراحل القسمة من الفصل في المنازعات وتكوين الحصص وإجراء القرعة أو التجنيب ، فبعد كل هذه الإجراءات يتم التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً .

وقد هدف هذا النص إلى العدول عن الحكم الذي كان وارداً في التقنين المدني السابق ، حيث إن المادة ٤٥٦ / ٥٢٢ مدني قديم كانت تنص على أنه : "إذا كان أحد الشركاء قاصراً ، أو غير أهل للتصرف ، أو غائباً ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص" .

وبحسب الرأي الغالب في ظل التقنين المدني الملغى كان التصديق متطلباً بمجرد الحصص ، وقبل إجراء القرعة^(١) .

في حين أن نص المادة ٨٤٠ مدني حالي تقضي بوجوب التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً .

غير أنه بعد ذلك صدر قانون الولاية على المال في ٣٠ يوليو سنة ١٩٥٢ وجاء في نص المادة ٤٠ / ٢ من هذا القانون أنه :

" في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك ، وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص" .

ولاشك في أن هذا النص صريح في أن الذي تصدق عليه المحكمة ، ليس هو الحكم بالقسمة وهو في مرحلته النهائية ، كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ مدني ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص - أي القسمة في مراحلها الأولى .

ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسطرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدني الجديد ، إلى مسطرة المادة ٤٥٦ / ٥٥٢ من التقنين المدني السابق^(٢) .

ويثور التساؤل حول تعارض نص المادة ٨٤٠ من القانون المدني مع نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، فهل يمكن القول بأن نص المادة ٤٠ قد ألغت ما جاء في المادة ٨٤٠ مدني ؟

وحول هذا الموضوع فقد ثار الخلاف بين شراح القانون على النحو التالي :

فقد اتجه الرأي الغالب^(٣) إلى أن قانون الولاية على المال وقد صدر بعد القانون المدني ، ينسخ حكم هذا الأخير .

(١) د / أحمد سلامة المرجع السابق - ص ٣٩٥ هامش ١ .

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ٩٣١/٨ .

(٣) د / السنهوري - الوسيط - ٩٣٠/٨ ومبعتها ، د / حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٤٨٨ ، د /

أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٩٥ ، د / محمد لبيب شنب ٣٠٩ هامش ١٢ ، د / محمد علي عرفة -

حق الملكية - ص ٤٣٦ ، د / جمال الدين زكي - مرجع سابق - ص ١٦٥ .

فالمادة ٤٠ من قانون الولاية على المال قد ألغت ما جاء فى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى المصرى .

فيتعين تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة المال إلى حصص ، قبل إجراء القسمة .
وقد استند أصحاب هذا رأى فى قولهم هذا إلى ما جاء نص المادة ٢ من قانون الولاية على المال والتي تنص على أن :

"يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفاً للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة له" .

وبهذا النص تكون المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال قد نسخت كل ما يخالفها أو يتعارض معها من النصوص ، ومنها نص المادة (٨٤٠) من القانون المدنى ، لمخالفتها للمادة ٤٠ من قانون الولاية على المال^(١) .

ولكن جانباً من فقه القانون يرى^(٢) أن واضع قانون الولاية على المال لم يقصد مخالفة القانون المدنى الحالى ، مشيراً إلى أن نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، لا يلغى ما جاء فى المادة ٨٤٠ مدنى ، ولكن يجب أن يحسن فهم نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال على نحو يتفق مع التكتين المدنى الحالى . وذلك لسببين :

الأول : أن نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال يفترض صدور حكم القسمة ، وذلك بنصه على أن المحكمة الابتدائية المختصة هى : "التي تتبعها محكمة القسمة" وهو ما يشير إلى صدور حكم القسمة ، وإلا فقد كان يكفى حذف هذه العبارة ، والنص على أن تصدق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص ، فالعبارة السابقة ليست تريد أن النص وإعمال النص خير من إهماله^(٣) .

والسبب الثانى :

أن المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال صريحة فى أن حكم المادة ٤٠ منه إعمال للإحالة المشار إليها فى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، كما ذكرت أن هذه المادة توجب " تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائياً" .

وبالتالى فإن تصديق المحكمة الابتدائية لا يكون إلا على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً، وللمحكمة الابتدائية أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم قبل التصديق على حكم القسمة ، ولها أن تصدق عليه بغير دعوتهم^(٤) .

(١) د / السنهورى - الوسيط ٩٣٢/٨ هامش ١ .

(٢) د / إسماعيل غانم - حق الملكية - ص ١٩٠ هامش ١ ، د / عبد العزيز عامر - حق الملكية ص ١٣٧ ،

د / عبد الناصر الطل - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٤٧ .

(٣) د / عبد الناصر الطل - شرح أحكام حق الملكية - ص ١٤٧ .

(٤) المرجع السابق . د / إسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ١٩٠ هامش ١ .

وتصدق المحكمة الابتدائية كذلك على حكم القسمة النهائي إذا تمت القسمة بطريق التجنيب عملاً بالمادة ٨٤٠ من القانون المدني الحالي ، والتي لم تفرق بين القسمة التي تتم بطريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، وبين تلك التي تتم بالتجنيب^(١) .

ويرى البعض أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال لم تتعرض للقسمة التي تمت بطريق التجنيب ، وأنها اقتصرَت على القسمة التي تتم بتقسيم المال الشائع إلى حصص .

حيث إن نص المادة ٨٤٠ قد ورد عاماً ، ثم قيده نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال في فرض معين ، ومن ثم يبقى الفرض الآخر خاضعاً لحكم المادة ٨٤٠ ، وهو حكم تشريعي لم يلغ ، ولا يمكن صرف النظر عنه والقياس على حكم آخر .

إذ المعروف أن دلالة المنطوق تفضل دلالة المفهوم^(٢) .

وبناء على هذا الرأي فإنه إذا تمت القسمة بطريق التجنيب ، فإنه يتم التصديق على حكم القسمة عندما يصير نهائياً^(٣) .

وهذا الرأي يتفق مع سابقه في النتيجة وإن اختلف معه في المقدمات .

بينما يرى البعض الآخر^(٤) أن التصديق يكون على تجنيب أنصبه الشركاء قياساً على التصديق على قسمة المال إلى حصص ، ولما كان التجنيب يختلط بحكم القسمة إذا لايفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر في قسمة الحصص - ، فإنه من الناحية العملية تصدق المحكمة الابتدائية على الحكم النهائي للقسمة .

وبعد أن تم عرض آراء شراح القانون حول مسألة التصديق على حكم القسمة إذا كان بين الشركاء من هو فاقد الأهلية ، نصل إلى الآتي :

إنه لايمكن القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال قد ألغت ما جاء في المادة ٨٤٠ مدني ، حيث إن نص المادة ٨٤٠ يشتمل على حكم عام يشمل التصديق على حكم القسمة، سواء أتمت القسمة عن طريق تكوين الأنصبه على أساس أصغر نصيب أم عن طريق التجنيب ، وهو مالا يتضمنه نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال .

لذا فإنه يمكن القول ، وكما جاء في الرأي الثاني ، أن يتم فهم المادة ٤٠ على ضوء ما جاءت به المادة ٨٤٠ ، وهو أن المقصود بها تصديق المحكمة على الحكم الصادر بإعطاء كل شريك حصته ، سواء كانت هذه الحصة قد عينت للشريك عن طريق الاقتراع على أساس أصغر نصيب ، أو عن طريق التجنيب ، وتصديق المحكمة لا يتم إلا بعد توزيع الحصص بين الشركاء ، وبهذا يتم التصديق على الحكم النهائي للقسمة .

(١) د / أحمد سلامة - الملكية القردية - ص ٣٩٧ ، د ، حسن كيره - مرجع سابق ص ٤٨٩ .

(٢) د / أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٩٧ .

(٣) د / مأمون الشامي - قسمة الملك الشائع - ص ١٥٩ .

(٤) د / المنهوري - الوسيط - ٩٣٣/٨ ، د / محمد العنجي - دعوى القسمة - ص ٣٣٢ ، م / محمد

عزمي البكري - المرجع السابق ص ١٤٦ .

وأعتقد أن هذا هو مفهوم المادة ٨٤٠ مدنى ، والمادة ٤٠ من قانون الولاية على المال دون أن نحتاج إلى تجزئة النصوص ، وتخصيص حكم لكل حالة من حالات القسمة - كما فهم البعض - ، أو إلغاء نص قانونى وإحلال نص آخر محله - كما فهم البعض الآخر - ، وهو مالم يتجه إليه قصد المشرع الوضعى^(١) .

وبعد أن تم رفع التعارض بين ماورد فى القانون المدنى وبين ماورد فى قانون الولاية على المال ، فنعود إلى الإجراءات الخاصة بتصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة عند وجود شريك غائب أو فاقد الأهلية .

تطبيقاً للنصوص السابقة ، فإنه يتم التصديق على حكم القسمة من قبل المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة ، فإذا ما رفضت المحكمة التصديق فإنه يتعين عليها عندئذ أن تنقسم الأموال إلى حصص ، وذلك وفقاً للأسس التى تراها صالحة ، وذلك بعد دعوة الخصوم - طبقاً للمادة ٤٠ من قانون الولاية على المال^(٢) - .

غير أن الأحكام السابقة والخاصة بالتصديق قد لا تكون لازمة فى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان فاقد الأهلية ممثلاً بوليّه فى الدعوى فإن موافقه الولي على حكم القسمة تغنى عن التصديق ، وذلك لأن سلطة الولي - الأب أو الجد - فى القسمة غير مقيدة بمثل ماتقيد به ولاية الوصى أو القيم ، أو وكيل الغائب فى الإشراف على أموالهم .

وإذا كان للولي أن يتفق على قسمة الأموال التى يشترك فيها القاصر بالتراضى ، وتكون قسمته نافذة دون التوقف على إذن سابق ، فيكون له من باب أولى أن يوافق على الحكم الصادر فى قسمة قضائية^(٣) .

الحالة الثانية :

أن يكون حكم القسمة قد استؤنف أمام المحكمة الابتدائية ، وصدر هذا الحكم من المحكمة الأخيرة بصفة استئنافية ، لأن هذا الحكم يكون صادراً من نفس المحكمة التى يلزم تصديقها^(٤) .

(١) يراجع / د / مأمون الشامى - قسمة الملك الشائع - مرجع سابق - ص ١٥٩ .

(٢) د / أحمد سلامة المرجع السابق - ص ٣٩٧ ، د / توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية ص ٢٦١ ،

د / السنهورى - الوسيط - ٩٣٢/٨ ، د / منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٩٢ .

(٣) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٣٧ ، د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٩ ،

د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٩٠ ومابعدها ، د / البدرولى - حق الملكية - ص ٢١٨ ،

د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٣ ، د / الصدة - حق الملكية - ص ٢٣٨ .

وقارن الدكتور السنهورى حيث ذهب إلى أنه يسرى على الجد ما يسرى على الوصى - الوسيط -

ج ٨ ص ٩٣٢ هامش ٢ .

(٤) د / أحمد سلامة المرجع السابق ص ٣٩٦ ، د / جميل الشرقاوى - حق الملكية ص ١٨٢ هامش ٢ ، -

هل يجب تصديق المحكمة الابتدائية أيضاً في قسمة التصفية ؟ :

غالب الفقه على أنه يجب تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم النهائي للقسمة إذا تمت بطريق التصفية لعموم عبارة حكم القسمة الواردة في المادة ٨٤٠ مدني ، ولتوافر حكمة النص وهي حماية الشريك الغائب والشريك غير كامل الأهلية (١) .

بينما يرى البعض (٢) أن تصديق المحكمة الكلية لا يعتبر إجراء حتمياً إلا عند قسمة الأموال المشتركة عيناً ، وهو ما يستفاد صراحة من عبارة المادة ٤٠ التي تتطلب التصديق على قسمة الأموال إلى حصص ، أما إن تعذرت القسمة عيناً وقضت المحكمة لذلك بوجوب اتباع إجراءات التصفية ببيع المال المشترك بالمزاد ، فلا محل للمطالبة بالتصديق على مثل هذا الحكم ، إذ القسمة لا ترد في هذه الحالة على تجزئة المال إلى حصص ، بل يكون محلها الثمن الذي يرسو به المال في المزاد ، ومن ثم لا يكون لمن يتضرر من الحكم المذكور إلا استئنافه إذا كان قابلاً للاستئناف (٣) .

وتعقيباً على ما أثير من جدل واسع من شراح القانون حول نص المادة ٨٤٠ مدني في ضوء ما كشفته المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، فإني أرى - مع غيري- (٤) ضرورة تعديل صياغة المادة ٨٤٠ مدني لتتص على كل أنواع القسمة التي يلزم التصديق عليها سواء كانت بتعيين الحصص ، أو بالتجنيب ، أو بالتصفية ، توفيراً لجهد القياس أو الاستنتاج .

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

كيفية القسمة في القانون لا تتعارض في مجموعها مع كيفيةها في الفقه الإسلامي لأن الكيفية مجال خصب للاجتهاد ، يعمل فيها القاسم رأيه وخبرته ويقسم بالطريقة التي يراها محققة لمصلحة الشركاء .

وقسمة المال إلى حصص يقابلها في الفقه الإسلامي قسمة التفريق ، وقسمة المال بالتجنيب يقابلها في الفقه الإسلامي قسمة الجمع ، وقسمة المال إلى حصص أو التجنيب مع إدخال معدل نقدي يقابلها في الفقه الإسلامي قسمة الرد .

ولكن ينفرد الفقه الإسلامي بعدم جواز قسمة الرد جبراً أو قضاء ، بل لا بد من تراضي الشركاء عليها ، وأما في القانون فللقاضي أن يقسم بمعدل إذا تعذرت القسمة بدونه .

- د / العطار - المرجع السابق ص ١٤٨ ، د البدرولي - المرجع السابق ص ٢١٨ ، د ، توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦١ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال - ص ٢٣١ ، د / مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٧٧ .

(١) د / العطار - المرجع السابق - ص ١٤٨ ، د / محمد ليبي شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٩ ،

د / السنهوري - الوسيط - ٩١٩/٨ هامش ٤ .

(٢) د / محمد علي عرفة - حق الملكية - ص ٢٣٧ ، مؤخر في حق الملكية - ص ١٩١ ، د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق ص ٢٢٠ .

(٣) د / محمد علي عرفة - حق الملكية - ص ٤٣٧ .

(٤) د / سيد محمود عمر - القسمة - المرجع السابق - ص ١١٩ .

وفى القانون تعتبر القسمة بالتجنيب طريقاً احتياطياً يلجأ إليه إذا تعذرت قسمة المال الشائع إلى حصص على أساس أصغر نصيب .

وهو ما عليه أيضاً الفقه الإسلامى ، لأنه عند تعذر المعادلة من حيث الصورة ، فإنه يكتفى بالمعادلة من حيث المعنى .

أما من حيث القرعة فقد أوجبها القانون فى قسمة المال إلى حصص بطريق التكرين على أساس أصغر نصيب ، ولكن لم يوجبها فى القسمة بطريق التجنيب .

أما فى الفقه الإسلامى فهى جائزة فى جميع أنواع القسمة تطبيقاً للقلوب وإراحة للنفوس ودرءاً للشبهة عن القاضى ، ومن ثم فيستطع القاضى فى الفقه الإسلامى القسمة وإعطاء كل شريك نصيبه جبراً بدون قرعة ، ولكن المستحب له أن يجرى القرعة .

أما عن كيفية القرعة :-

فالقرعة فى الفقه الإسلامى نجد أن الفقهاء جميعاً قد بينوا كيفيةها وصريحاً بطريقتها بشرط أن لا يترتب عليها تفريق الحصص ، أو النصيب للشريك الواحد ، منعاً للضرر الذى يلحق الشركاء من تفريق نصيبهم وتفتيت أملاكهم .

أما فى القانون فتجرى القرعة بالكيفية التى سبق أن ذكرناها ، والتى قد يترتب عليها تفريق نصيب الشريك الواحد ، وتباعد جزئيات حصته ويعتذر فقهاء القانون عن ذلك بأن هذا هو شأن القرعة ، ولا مفر للشركاء منه ، وعليهم إن أرادوا تجمع ملكهم أن يتفقوا فيها بينهم على ذلك^(١) .

وأرى أن ماذهب إليه الفقهاء المسلمون من كيفية القرعة - وعلى الأخص الكيفية الأولى والثانية - أولى وأحفظ لحقوق الشركاء ، بما فى هذه الكيفيات من احتياط يتوقى به التفريق للنصيب الواحد ، وأرى أنه يجب أن يعدل شراح القانون عن تلك الكيفية التى لا تراعى مصلحة الشركاء إلى الكيفية التى ذكرها فقهاء المسلمين ، خاصة وأن كيفية القرعة فى القانون لم يأت بشأنها نص فى القانون ، بل هو مما جرى عليه العمل فى القضاء ، وأقره الفقه القانونى ، ومن ثم فهو محض اجتهاد ، يجب العدول عنه . وينفرد القانون بضرورة التصديق على حكم القسمة النهائية من المحكمة الابتدائية التابع لها المحكمة الجزئية ، إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، كقالة وضماناً لحقوق القصر .

أما فى الفقه الإسلامى فإنه لا حاجة لمثل هذا الإجراء طالما أن القاضى هو الذى قام بالقسمة ، وفى قيام القاضى بالقسمة ضماناً لحقوق الغائبين وناقص الأهلية .

وعلى أية حال فما جاء به القانون من تنظيم لكيفية القسمة القضائية لا يعارضه الفقه الإسلامى بل يؤيده - إذا كان ذلك مما يحقق مصلحة الشركاء ، مع انتفاء الضرر والرد ، ومع انتفاء تفريق النصيب الواحد .

(١) وهذه الكيفية فى القانون تقابل الكيفية الثالثة - التى سبق أن ذكرناها - واتى يقول بها بعض الملكية ، غير أن الملكية احتلوا فلم يقرروا التفريق المترتب على هذه الكيفية ، بل قلوا بإعادة القرعة حتى ينتهى التفريق ويتم الاتصال ، وهذا ما لم ينطه شراح القانون ، فلم يلتزموا إلى إعادة ، ولا احتياط يتوقى به التفريق .

المطلب الثاني

قسمة التصفية

أولاً: في الفقه الإسلامي :-

المقصود بقسمة التصفية عند سراح القانون هو بيع المال الشائع بالمزاد العلني ، وقسمة الثمن الناتج عن هذا البيع على الشركاء كل بنسبة حصته^(١) .

فهل قسمة التصفية بهذا المعنى جائزة في الفقه الإسلامي ؟

بمعنى أنه إذا تعذر قسمة المال الشائع قسمة عينية فهل يجوز بيع المال الشائع وقسمة ثمنه بين الشركاء ؟

للإجابة على ذلك نقول :- سبق أن بينا أنه لا تجوز القسمة العينية جبراً إذا كان يترتب عليها ضرر كبير بالشركاء ، أو كان يترتب عليها تلف العين المشتركة أو ذهاب لمنفعتها .

فلذا كان الأمر كذلك فقد يتفق الشركاء على بقاء الشركة بينهم والانتفاع به شائعاً ، وقد يتفقون على بيع العين المشتركة وقسمة ثمنها بينهم ، وكلا الأمرين جائز لأن الحق لهم ، وقد تراضوا عليه^(٢) .

وقد لا يرتضى الشركاء أيّاً مما سبق ، فيطلب بعضهم بيعه وقسمة ثمنه ، ويمتنع البعض الآخر ، فهل يبقى المقسوم على حكم الشركة أم أنه يباع جبراً ، ويقسم ثمنه بينهم ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :-

القول الأول :-

إن ما لا تجرى فيه القسمة لا يجبر أحد من الشركاء على بيع حصته ، بل يبقى المقسوم على حكم الشركة .

وبهذا قال الحنفية^(٣) ، والشافعية في المشهور عندهم^(٤) ، وهو قول ابن حزم إذا كانت الشركة لغير التجارة^(٥) ، وهو قول الإباضية^(٦) .

(١) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٨٧ .

(٢) المنتقى للباجي ٦ / ٦٠ .

(٣) يرجع / بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٨ ، الدر المختار بهامش حاشية الطحطاوي ٤ / ١٣٦ .

(٤) أدب القضاء للحموي ٢ / ٣٥٢ ، وبين الشافعية أن كيفية انتفاع الشركاء بما لا يمكن قسمته إما يكون بقسمة الملهية ، أو يجبرهم الحاكم على ليجاره .

يراجع / روضة الطالبين ١١ / ٢١٨ ، حاشيتا شرواني وابن القاسم على تحفه المحتاج ١٠ / ٢٠٠ .

ويراجع أيضاً / مغني المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، والذي جزم فيه بمنع البيع قولاً واحداً .

(٥) المطى لابن حزم ٨ / ٥٥٥ .

(٦) الإيضاح مع حاشية أبي ستة عليه ٧ / ٩٠ .

، استدلل أصحاب هذا القول بما يلي :-

١- بقوله تعالى :- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَكْلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (١) .

ووجه الدلالة من الآية أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض ، فالرضا شرط للمبادلات ، والجبر ينافيه ، ومن ثم فلا يجوز الجبر على بيع المال المشترك (٢) .

ونوقش هذا ، بأن نفى الضرر لا يشترط فيه الرضى ، فإن القسمة نفسها - عند الشافعية والحنفية - بيع ، ومع ذلك يدخلها الجبر ، والشفعة كذلك يدخلها الجبر ، والإنسان محتاج للاختصاص بملكه ، ولا يحصل ذلك إلا بقسم العين أو بدلها وهو الثمن (٣) .

٢- ولأن الجبر على إزالة الملك وخروجه من يد مالكه ، لم يدل عليه دليل من كتاب أو سنة أو إجماع ، فيكون غير مشروع (٤) .

ونوقش هذا بأن الجبر على إزالة الملك مشروع بقوله - ^{بفتح} - : -
"لا ضرر ولا ضرار" (٥) .

وهناك أمثلة كثيرة للبيع جبراً منها ، بيع مال المدين لسداد دينه الذى حل أجله ، شفعة ، ونزع الملكية للمنفعة العامة (٦) .

٣- ولأن الشركاء كاملون ، ولا حق لغيرهم فى المال الشائع ، فلا يملك القاضى جبرهم على بيع مالهم الشائع (٧) .

أقول :- ويرد على ذلك بأننا لا نجبر جميع الشركاء على البيع بل الذى يجبر هو البعض فقط - لأن البعض يطلب البيع تخلصاً من الشركة - . والقاضى إذ يفعل ذلك لم ينتقص من أهليتهم ، بل كل ما يفعله هو رفع الضرر عن الشركاء الذين يريدون التخلص من الشروع ، ويعطى لكل ذى حق حقه .

القول الثانى :-

إن ما لا تجرى فيه القسمة إذا طلب أحد الشركاء بيعه وامتنع الباقون ، فإن القاضى يجبر من امتنع على البيع معه ، أو يشتريها من امتنع ، ثم يقسم القاضى الثمن بينهم كل بحسب حصته ، وذلك سواء كان المقسوم عقراً أو منقولاً .

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ / ٥٥٥ ، الإيضاح للشماخي ٧ / ٩٠ ، الاستبصار لابن عبد البر ٢٢ / ٢٤٤ .

(٣) الذخيرة للإمام القرافي - القسمة - رسالة ماجستير لمحمد على منكور ص ١٦٢ .

(٤) المبدل ٩ / ٤١١٨ .

(٥) الحديث سبق تخريجه ص ٧ .

(٦) قسمة الأملاك د / أحمد فرج حسين ص ١١٧ .

(٧) مفاتيح المحتاج ٤ / ٤٢٦ .

وبهذا قال المالكية ويقيده بشروط^(١)، والحنابلة^(٢)، وهو وجه مرجوح عند الشافعية^(٣)، وهو قول ابن حزم إذا دخل الشركاء على التجارة^(٤)، وبه قالت الشيعة الزيدية^(٥).
واسئل أصحاب هذا القول بما يلي :-

١- إن بيع ما في قسمته ضرر حق على الشريك، فإن امتنع من البيع أجبره الحاكم ليتخلص الطالب من ضرر الشركة^(٦).

٢- ولأن القسمة شرعت حصصاً لمادة النزاع، والقسمة غير ممكنة هنا، فتعين البيع، وأجيب له من طلبه لقطع النزاع^(٧).

٣- ولأن في بيع الطالب للقسمة حصته منفردة ضرراً عليه؛ لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع مقارنة مع البيع لجملة العين المشتركة، ولا يجوز أن يقال هنا إن الشريك غير مختار لإخراج ملكه، فلا يجبر عليه؛ لأنه إذا تعلق ذلك بحق لغيره أجبر على البيع ولم يلتف إلى اختياره قياساً على الشفعة^(٨)، وقياساً على بيع المرهون إذا امتنع الراهن؛ لأنه حق عليه^(٩).

٤- ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليها كان لمن أراد الانفراد منهاما بحقه أن يفرد به، فإن أمكن ذلك بالقسمة قسم، والإفصاح المشترك ويقسم ثمنه عليهما؛ لأنه لا طريق له إلا ذلك^(١٠).

وجدير بالذكر أن المالكية قيدوا إجبار الشريك على البيع مع طالبه بشروط أربعة :-

الشرط الأول :-

أن ينقص ثمن حصة مريد البيع لو باعها منفردة عما يخصصه من ثمن الكل لو بيع جملة، فإن لم تنقص لو بيعت منفردة لم يجبر له الأبى عن البيع؛ لعدم الضرر.

(١) وستقي الشروط، ويراجع في قول المالكية / المدونة الكبرى ٤ / ٢٨٦، المعونة على مذهب علم المدينة ٢ / ١٢٨٦، الاستنكار لابن عبد البر ٢٢ / ٢٤٤، المنتقى للباقي ٦ / ٦١، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٦، بداية المجتهد ٢ / ٢٦٨.

(٢) الروض المربع بشرح زاد المستنقع ص ٥٢٤، مطالب أولى النهى ٦ / ٥٥٠، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٢١، الإصناف ١١ / ٣٣٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٢ وقد نسب صاحب الإقناع هذا القول خطأ إلى الإمام أبي حنيفة، وقد بينا أن الحنفية يمنعون الجبر على البيع.

(٣) أدب القضاء للحموي ٢ / ٣٥٢. والمعتمد عند بعض الشافعية أنه عند إياه المهادنة وتعذر الإيجار - نكسدا في سوق الإيجار مثلاً - فإن القاضي يبيعه عليهم لتعنيه كما قاله ابن الصلاح واعتمده الأزرعي. يراجع / نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٦، وأمنى الطالب ٤ / ٣٣٧.

(٤) المحلى ٨ / ٥٥٥. ويقول ابن حزم مستدلاً :- "وأما ما ابتاع للتجارة والبيع فهو شرط قد أباحه القرآن والسنة، فلا يجوز إبطاله إلا برضا منهما جميعاً" المحلى ٨ / ٥٥٦.

(٥) السؤل للجرار ٣ / ٢٦٦.

(٦) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٨.

(٧) الثمر الدقي في تقريب المعاني ص ٦٢٣.

(٨) المعونة على مذهب عالم المدينة، ٢ / ١٢٨٦.

(٩) كشف القناع ٦ / ٣٧٢.

(١٠) المعونة على مذهب عالم المدينة ٢ / ١٢٨.

الشرط الثاني : -

أن لا يلتزم الممتنع من البيع بدفع النقص للبايع ، فإن التزم بأن قال الممتنع للطالب : بع ما يخصك في هذا الحانوت وإن نقص عن بيعه جملة فعلى النقص ، فإنه لا يجبر على البيع معه لعدم الضرر .

الشرط الثالث : -

أن يكون المقسوم مما ورث أو اشتراه الشركاء جملة وفي صفقة واحدة ، أما إذا اشترى كل واحد منهما حصته مفردة أو بعضهم بعد بعض ، فلا يجبر أحدهم على إجمال البيع مع صاحبه إذا دعا إليه ، لأنه كما اشترى مفرداً يبيع كذلك مفرداً ، ولا حجة له هنا في بخس الثمن في بيع نصيبه مفرداً ، لأنه كذلك اشترى ، فلا يطلب إخراج شريكه عن حاله .

الشرط الرابع : -

ألا يكون المال المشترك متخذاً للاستغلال أى الكراء ، أو مشتري للتجارة ، فإن كان متخذاً للغلة أو اشتروه للتجارة ، فلا يجبر الأبى على البيع^(١) .

القول المختار^(٢) :-

والذى أرجحه هو ما قال به أصحاب القول الثانى من أن ما لا تجرى فيه القسمة إذا لم يتراضى الشركاء على الانتفاع به على الشيوع ، وطلب أحدهم بيعه ، فإن القاضى يجبر شركاءه على البيع معه ، ويقسم الثمن بينهم كل بحسب ملكه ، لأن الثمن عوض عن الملك ، ولأن فى ترك الإجبار على البيع ضرراً بالطالب الذى يريد التخلص من الشيوع ومضاره . والقول بهذا لا يترتب عليه ضرر على الممتنع ، لأنه سيأخذ ثمن حصته ، وهذا فضلاً عن أن له الحق فى أن يشتري حصة شريكه ، فيأخذ المشترك جميعاً لنفسه .

وأرى ذلك مع تقييده بالشروط التى اشترطها المالكية لما فيها من الجمع بين مصالح جميع الشركاء .

وبناء على ما رجحناه ، من الذى له حق الشراء ؟

قرر الفقهاء أنه يجوز لغير الشركاء أن يشتري العين المشتركة التى يبيعها القاضى جبراً عنهم .

ومع ذلك فإذا أراد الممتنع أن يأخذ حصة طالب البيع ، كان له أن يأخذها بقيمتها التى وصلت إليها .

إذ الأصل أن يخير الممتنع بين أن يأخذ حصة شريكه بما أعطى فيها ، وإما أن يبيع معه^(٣) .

(١) يراجع / التواكه الدوائى ٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، الشرح الصغير ٥ / ١٧٩ ، شرح منح الجليل ٤ / ٦٥١ ، ٦٥٢ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣ / ٥١٣ .

(٢) قصة الأملك للدكتور / أحمد فراج حسين - ص ١١٩ .

(٣) المنتقى للبلخى ٦ / ٦١ ، المعونة على مذهب عالم المدينة ٢ / ١٢٨٧ ، السيل الجرار ٣ / ٢٦٦ .

فالشركاء أولوية الشراء ولا ينتقل القاضى للبيع لغير الشركاء إلا إذا امتنع الشركاء من الشراء^(١).

· كيفية البيع :-

قرر المالكية أن القاضى إذا قرر البيع ، فإن كان أحد الشركاء يريد الشركاء فإن القاضى يحكم بإجراء المزايدة بينهما إن كانا اثنين أو بينهم إن كانوا أكثر ، ومن يريد أخذه يزيد فى الثمن على صاحبه^(٢) ، فإن أبوا المزايدة ، قومه أهل المعرفة ، ويأخذه بذلك الثمن من أراد الشراء من الشركاء ، ويدفع الآخذ الثمن لشريكة الذى أراد البيع .

أما إذا كان الممتنع عن البيع لا يريد الشراء ، ولا غيره من الشركاء ، فإن القاضى يحكم عليهم ببيعه ، وقسمة ثمنه بينهم أحبوا أم كرهوا .

فإن إتفق الشركاء على بيعه مزايدة ، باعه القاضى كذلك . وإن اتفقوا على بيعه بعد تقويمه من قبل أهل المعرفة ، قضى القاضى بذلك .

أما إذا اختلفوا فبعضهم يريد البيع مزايدة ، والبعض يريد بيعه بعد تقويمه من قبل أهل المعرفة . فإن القاضى يجيب من طلب المزايدة ، وينادى على السلعة - أو العين المشتركة - ويتزايد الناس ، فإذا بلغت ثمناً ، كان لصاحب المزايدة أخذها بذلك ، إلا أن يزيد عليه الآخر ، فيتزايدوا فيها حتى يسلمها أحدهم لصاحبه بالمزايدة ، فتلزمه^(٣) .

ويأخذ القاضى الثمن ويقسمه بين الشركاء ، كل بحصص حصته فى العين المشتركة .

ثانياً : فى نطاق المراسد القانونية :

المقصود بقسمة التصفية :-

هو بيع المال الشائع بالمزاد العلنى ، وقسمة الثمن الناتج عن هذا البيع على الشركاء ، كل بنسبة حصته^(٤) .

وقسمة التصفية هى طريق احتياطى لإجراء القسمة ، بحيث لا يجوز الالتجاء إليها إلا عند تعذر سلوك الطريق الأصلى ، وهو طريق القسمة العينية^(٥) .

وعلى قسمة التصفية نصت المادة ٨٤١ مدنى ، والتى تقضى بأنه :-

(١) الإقتل والإحكام فى شرح تحفة الحكام ٦٤ / ٢ .

(٢) حتى يقف المزاد على أحدهما فيأخذه بما وقف عليه . البهجة شرح تحفة الحكام ١٣٩ / ٢ .

(٣) الإقتل والإحكام فى شرح تحفة الحكام ٦٤ / ٢ ، ٦٥ ، البهجة فى شرح التحفة وبهامشها على المعاصم

لبنت فكر ابن عاصم ١٣٩ / ٢ / ١٤٠ .

(٤) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٧ .

(٥) د / حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٤٨٩ .

"إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع" .

ويتضح من هذه المادة أن قسمة التصفية لا يتم اللجوء إليها إلا إذا تعذرت القسمة العينية ، والقسمة العينية قد تكون غير ممكنة فى حالتين هما : -

- ١- إذا كان المال الشائع لا تمكن قسمته عيناً كان كائناً فرساً أو خقماً أو سيارة .
- ٢- إذا كان المال الشائع تمكن قسمته عيناً ، ولكن بإحداث نقص كبير فى قيمته ، وذلك كأن تودى قسمة هذا المال إلى اختصاص الشركاء بأجزاء عديمة الفائدة ، كأن يكون المال الشائع عبارة عن منزل لا يصلح إلا مسكناً واحداً ، أو قطعة أرض معدة للبناء بحيث لو جزئت أصبحت عديمة الفائدة^(١) .

فى كلتا الحالتين السابقتين تأمر المحكمة ببيع المال الشائع ويقسم ثمنه بين الشركاء بالتساوى كل بنسبة حصته ، اللهم إلا إذا أجمع الشركاء على تقبلهم القسمة العينية بما فيها من أضرار ، إذ أن حكم القاضى إنما صدر لحماية لمصالحهم ، وهم أولى الناس بتقديرها^(٢) .

ولقاضى الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير ما إذا كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته ، أو أنه بالعكس لا يمكن قسمته عيناً ، فيأمر ببيعه فى المزداد وتقسيم ثمنه على الشركاء ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى هذا الصدد^(٣) .

ويتم البيع بأمر ولاتى يصدره القاضى إذا لم يكن هناك منازعة فى البيع وضرورته ، أما إذا نازع فى البيع وضرورته أحد من الشركاء ، فلا بد من حكم قضائى تصدره المحكمة بعد النظر فى النزاع الذى يثور حول ضرورة البيع^(٤) .

ولا شك أن المحكمة المختصة بالنظر فى طلب بيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته عيناً هى محكمة القسمة ، أى المحكمة الجزئية طبقاً للمادة ٨٣٦ ، أى كانت قيمة المطلوب بيعه ، ذلك أن الحكم ببيع المال الشائع فى المزداد إنما هو إجراء من إجراءات القسمة^(٥) .

فإذا انتهت المحكمة الجزئية إلى الحكم ببيع المال الشائع بالمزداد ، فإيه وفقاً للمادة ٨٤١ مدنى يباع المال الشائع بالمزداد العلنى وفقاً للإجراءات التى قررها قانون المرافعات الحالى .

(١) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٧ ، د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٠٧ ، د / جميل الشرفاوى - المرجع السابق - ص ١٨٣ .

(٢) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٨ .

(٣) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤٠ .

(٤) د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٢٩ .

(٥) د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٩٣ ، م / محمد عزمى البكرى - المرجع السابق - ص ١٤٧ ، ١٤٨ .

وقد بين قانون المرافعات هذه الإجراءات فى المواد ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٥ ، وبالرجوع إلى قانون المرافعات نجد أنه لم يتضمن إجراءات خاصة ببيع المال الشائع ، لعدم إمكان قسمته إلا إذا كان المال الشائع عقاراً ، أما إذا كان المال الشائع منقولاً فإن بعض علماء الفقه^(١) يرى أنه يجب اتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التى يوقع الحجز عليها لدى المدين ، فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات والفرض المقصود من البيع .

وليس هنا محل التعرض لهذه الأجراءات ، لتعلقها بفقه المرافعات ، ولكن الجدير بالذكر هو أنه يجب أن يعلن جميع الشركاء باليوم المحدد للبيع بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى الدعوى ، ولا يكفى ما ينشر أو يلصق من إعلانات ، وإلا كان حكم مرسى المزاد غير نافذ فى مواجهة من لم يعلن من الشركاء^(٢) .

الاشتراك فى المزايدة :-

الأصل أن المزاد مفتوح للشركاء ولغير الشركاء على السواء ، فيجوز لأى شخص أن يتقدم للاشتراك فى المزايدة عند بيع المال الشائع ، لعدم إمكان قسمته عيناً .

ومع ذلك فقد استحدث المشروع المصرى فى التقنين المذنى الحالى حكماً جديداً ، يعطى الشركاء الحق فى أن تقتصر المزايدة عليهم ، وعدم السماح لأجنبى فى الدخول فى هذه المزايدة (مادة ٨٤١ مذن) .

إذا تكون المحكمة ملزمة بقصر المزايدة عليهم وحدهم إذا اتفقوا على ذلك بالإجماع ، فإجماع الشركاء شرط لا بد منه لكى تقتضى المحكمة بقصر المزايدة عليهم^(٣) .

ويبدو أن المشروع الوضعى قد أراد من هذا السماح للشركاء بالمحافظة على أموالهم ، وبصفة خاصة إذا كانوا ينتمون إلى أسرة واحدة ، ولا يريدون لهذا المال الخروج من نطاق الأسرة^(٤) .

(١) د / منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٩٣ هامش ١ ، د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٩٢ ، د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٣٩ ، د / حسن كيره - المرجع السابق - ص ٤٩٠ ، د / الصنهورى - الوسيط - ٨ / ٩١٧ هامش ٤ .

(٢) د / عبد الناصر العطل - المرجع السابق - ص ١٤٦ ، نقض مذن فى ٢٩ / ١١ / ١٩٥١ - طعن رقم ١١٢ لسنة ١٩ ق - مجموعة القواعد القانونية - ج ٢ - ص ٨٨٥ فقرة ١٣ .

(٣) وقد اقترح البعض أمام لجنة القانون المذن بمجلس الشيوخ - عند مناقشة هذه الفقرة - إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ، ويمتنع بذلك اتفاقهم على باطل إضراراً بغيرهم من الشركاء لو الدائنين ، ولكن رد على هذا القول بأن من شأن هذا النص إبقاء المال فى العائلة ، أما الدائنين فحقوقهم مكفولة بالمادة ٨٤٢ مذن ، وما دلم جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم ، فهم وشأنهم ، ولو كان فى استئاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ، ما دلم لا يمس المصلحة العامة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ / ١١٧) .

(٤) د / طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٣٧ ، ويراجع / د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٣ ، د / حسن كيره - المرجع السابق - ص ٤٩١ ، د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٣٨ .

وإذا كان بين الشركاء من هو فاقد الأهلية أو غائب ، وكان ممثلاً في دعوى القسمة بوصى أو قيم أو وكيل ، فلا يجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يطلب قصر المزايدة على الشركاء إلا بعد استئذان المحكمة المختصة بالولاية على مال الشريك ، هذا بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على ضرورة استئذان المحكمة إلا في القسمة الاتفاقية (مادة ٤٠ من قانون الولاية على المال) . إلا أن المنطق يقضى بتطبيق القاعدة ذاتها - الاستئذان - على الطلب الذى يتقدم به الشركاء أثناء إجراء القسمة القضائية بقصر المزايدة عليهم ، إذ هو يتضمن اتفاقاً بشأن القسمة ، فضلاً عن خطورته البينة^(١) .

أثر قسمة التصفية فى العلاقة بين الشركاء :-

يختلف الأثر المترتب على قسمة التصفية باختلاف من يرسو عليه المزداد ، أهو أحد الشركاء أو أجنبى :-

أ- فإذا كان الراسى عليه المزداد أحد الشركاء ، وذلك بموجب اتفاق بين الشركاء على أن تقتصر المزايدة عليهم ، فإن رسو المزداد فى هذه الحالة يعتبر قسمة بطريق التصفية ، فتترتب عليه آثار القسمة لا البيع .

وأهم هذه الآثار اعتبار حكم مرسى المزداد كاشفاً لحق الشريك الذى رسا عليه المزداد ، لا منشئاً له^(٢) .

كما أن تسجيل الحكم فى القسمة لا يكون لازماً لنقل الملكية إلا بالنسبة للغير ، وذلك باعتباره حكماً مقررراً للملكية .

كما أن رسو المزداد على أحد الشركاء يترتب عليه أن يكون الثمن مضموناً بامتياز المتقاسم ، وتطبق عليه أحكام القسمة بالنسبة لما يتعلق بضمان الاستحقاق^(٣) .

ب- أما إذا لم يجمع الشركاء على قصر المزايدة فيما بينهم فقد يرسو المزداد على واحد منهم ، وقد يرسوا على شخص من الغير .

فإذا رسا على واحد منهم كان أيضاً قسمة بطريق التصفية .

أما إذا رسا المزداد على أجنبى عن الشركاء ، فيعتبر رسو المزداد بيعاً ناقلاً لملكية الشيء الشائع إلى الراسى عليه المزداد ، وذلك لأن الراسى عليه المزداد يعتبر فى هذه الحالة أنه

(١) د / إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ١٩٣ ، د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٣ ، د / المنهوى - الوسيط - ٨ / ٩١٩ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٨ هامش ٤ .

(٢) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٨٩ ، د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٣٨ .

(٣) د / جميل الشرقاوى - حق الملكية - ١٨٤ ، د / الصدة - حق الملكية - ص ٢٤٠ .

اشترى المال بالنسبة لكل الشركاء . ومن ثم فتطبق على علاقة الأجنبي بالشركاء أحكام البيع .
ومع ذلك فإن رسو المزاد على أجنبي - بالنسبة للعلاقة بين الشركاء - يعتبر إجراء
تمهيدياً لقسمة الثمن ، وأن الحكم بقسمة الثمن هو قسمة كالحكم بالقسمة العينية ، تترتب عليه
آثار القسمة^(١) .

وبناء على تكليف رسو المزاد على الأجنبي بآله بيع ، فإنه يترتب على ذلك لزوم
التسجيل لنقل الملكية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير .

كما يترتب على ذلك أيضاً أن الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع ، وتطبق عليه أحكام
البيع بالنسبة لما يتعلق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية^(٢) .

يتضح مما سبق أن رسوا المزاد يعتبر بيعاً إذا كان المرسي عليه أجنبياً ، ويعتبر قسمة
إذا كان المرسي عليه أحد الشركاء .

ومع ذلك فقد تشكك البعض في اعتبار رسو المزاد قسمة بطريق التصفية تترتب عليه
آثار القسمة ، لا آثار البيع^(٣) .

والواقع فإني أرى - مع غيري^(٤) - أن اختلاف الراسي عليه المزاد لا يترتب عليه
اختلاف تكليف رسو المزاد ، فرسو المزاد يعتبر دائماً بيعاً يترتب عليه آثار البيع لا آثار
القسمة ، ولو كان الراسي عليه المزاد هو أحد ملاك الشيء الذي يتم بيعه بالمزاد ؛ أما القسمة
فتتمثل دائماً في اقتسام الثمن الذي رسا به المزاد .

هذا وقد سبق أن بينا اختلاف شراح القانون في وجوب تصديق المحكمة الابتدائية على
حكم تقسيم الثمن - قسمة التصفية - إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر
فيه الأهلية ، فيكتفى بما سبق^(٥) .

(١) د / حسن كيره - المرجع السابق - ص ٤٩١ ، د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٨٤ ،
د / السنهوري - الوسيط - ٨ ص ٩١٨ ، د / عبد العزيز عامر - المرجع السابق - ص ١٣٨ ، د /
الصدده - المرجع السابق - ص ٢٤٠ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال - ص ٢٣٢ ،
د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٩٢ ، د / توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية -
ص ٢٦٢ .

(٢) د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٨٤ ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق -
ص ٢٤٠ ، د / مأمون الشامي - قسمة الملك الشائع - المرجع السابق - ص ١٦٦ .

(٣) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٤ .

(٤) د / مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٧٨ .

(٥) يراجع / ما سبق في المرحلة الرابعة لدعوى القسمة ص ٤٥٤ وما بعد ص ٤٥٤ .

ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :-

مما سبق يتبين لنا أن القانون الوضعى بتقريره لقسمة التصفية عند تعذر قسمة المال عيناً، يتفق مع رأى الراجح فى الفقه الإسلامى .

فالقول الراجح فى الفقه الإسلامى يجيز للقاضى أن يبيع المال الشائع جبراً عن الشركاء إذا طلب أحدهم ذلك ، وذلك إذا تعذرت القسمة العينية للمال الشائع .

كما يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى جواز قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك، فيأخذ أحد الشركاء العين المشتركة بما رضى به عليه المزداد .

ولكن يتشدد القانون فى قصر المزايدة على الشركاء ، فاشتراط أن يكون ذلك بناء على طلب مجمع عليه من جميع الشركاء .

فى حين أن الفقه الإسلامى يعطى الحق للشريك فى أن يشتري حصة شريكه بما قومت به ، أو بما رضى به المزداد ، وذلك حتى لو لم يرغب الشريك البائع ، طالما طلب هو البيع .

أما عن كيفية البيع :-

ففى القانون يتم البيع بطريق المزايدة .

وفى الفقه الإسلامى يبيع القاضى أيضاً العين المشتركة مزايدة ، ومع ذلك فيجوز بيعه بتقويم أهل المعرفة ، فما قوموه به يبيعه به .

ولكن إذا اختلف الشركاء فبعضهم يريد البيع بطريق المزايدة ، والبعض الآخر يريد بيعه بتقويم أهل المعرفة ، فإن القاضى يجيب من طلب المزايدة .

ويتضح مما سبق مدى ثراء الفقه الإسلامى بالأحكام التى يمكننا بها مواكبة تطور العصور والأزمان .

المبحث الرابع

تدخل الدائنين فى القسمة حماية لمصالحهم

تمهيد وتقسيم :

للدائنين مصلحة جديّة فى التّدخل فى إجراءات قسمة المال الشّائع الذى يملكه مدينوهم ، حتى يتفادوا تواطؤ الشّركاء على الإضرار بحقوقهم .

وصور التواطؤ الضّار بالدائنين كثيرة لا تّقع تحت حصر

منها : أن يتفق الشّريك المدين مع بقية الشّركاء على أن يضعوا فى نصيبه منقولات أو أوراق مالية ؛ يسهل عليه إخفاؤها ، أو أن يختص بحصة عينية ضئيلة ، ويعمّوض عن باقى نصيبه بمعدل نقدى يقبضه دون علم الدائنين ، أو أن يدعى الشّركاء فى تركة أن شريكهم المعسر كان مديناً لمورثهم ، توطئة لخصم هذا الدّين الصّورى من حصته العينية ، ثم يدفعون إليه الفرق خفية لتكملة نصيبه الحقيقى ، كما قد يتفق الشّركاء على أن يختص شريكهم - المدين - بحصة من الأموال الشّائعة التى لا يجوز الحجز عليها ، أو قد يتصرف الشّريك فى حصته بالبيع أو الرهن وذلك أثناء الشّيوخ ، فيعمد الشّركاء على وضع المال المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر ، حتى يفوتوا على المشتري حقه فى الحصول على ما اشتراه ، أو اختصاص الشّريك الرّاهن بحصة أقل من الحصّة التى سبق أن تم رهنها ، أو أن يختص الشّريك الرّاهن بمال سبق للشّركاء أن رتبوا رهناً عليه ، وبالتالى يتأخر المرتهن من الشّريك فى استيفاء حقه حتى يخلص المال المرهون من الرهن الذى رتبّه عليه بقية الشّركاء .

تلك هى بعض صور التواطؤ التى قد تتم بين الشّركاء والتى يكون الهدف منها هو الإضرار بالدائنين ، وإضعاف الضمان العام للدائنين على ذمة الشّريك المدين ، وإذا ترك مثل هذا الدائن لحكم القواعد العامة فإنّه لا يكون أمامه سوى الطعن فى القسمة بالدعوى البوليصة ، وليس باليسير إثبات شروطها ، فكان حرياً بالمشرع الوضعى أن يتدخل ليدرا مضار هذا التواطؤ عن الدائنين مقدماً ، ثم معالجة آثاره إن تمت القسمة وحصل فيها مثل هذا التواطؤ .

وبالفعل فقد نصت المادة ٨٤٢ مدنى على ما يأتى :

١٠- لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً ، أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل من الشّركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ، ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

٢- أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش^(١).

وفي ضوء هذا النص نبين نطاق تطبيق نص المادة ٨٤٢، هل يشمل القسمة بنوعها، القضائية والاتفاقية؟ أم أنه يقتصر على القسمة القضائية فقط؟ ثم نبين موقف الدائنين قبل إتمام القسمة ثم موقفهم بعد إتمام القسمة، ونظراً لأن الفقه الإسلامي لم ينظم تدخل الدائنين في القسمة فإنني سأرجو إلى نهاية المبحث.

ومن ثم فإنني سأقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: نطاق تطبيق نص المادة ٨٤٢ مدني.

المطلب الثاني: موقف الدائنين قبل إتمام القسمة.

المطلب الثالث: موقف الدائنين بعد إتمام القسمة.

المطلب الرابع: موقف الفقه الإسلامي من تدخل الدائن في القسمة لحماية لمصلحته.

(١) يقابل هذا النص في التقنين المدني السابق (المادة ٤٦٠/ ٥٥٧-٥٥٩)، وهو متفق مع حكم التقنين الجديد، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم إدخال الدائنين المفيدة حقوقهم قبل القسمة إلا إذا عارضوا.

ويقابل هذا النص من التشريعات العربية:

- القانون المدني السوري (المادة ٧٩٦) هذه المادة تشير إلى تنظيم شامل لكيفية تدخل الدائنين في القسمة، ويصرح النص بأنه يشمل القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، يراجع د/ مأمون الكزبري - الحقوق العينية ص ٢٨٧.

- القانون المدني الليبي (المادة ٨٤٦) نص مطابق، يراجع د/ علي سليمان مرجع سابق ص ١١٠.

- القانون المدني العراقي: أشار في المادة ٣/١٠٧١ إلى أنه: "لدائني كل شريك أن يطعنوا بالقسمة إذا كان فيها خسأضر بمصالحهم" وواضح أن هذا الطعن بعد إتمام القسمة إلا أنه يجوز التفتيش في دعوى القسمة لكل ذي مصلحة طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ (المادة ١٤) يراجع د/ صلاح الدين الناهي - مرجع سابق - ص ١٦٧.

- القانون المدني الأردني: (المادة ١٠٤٥) وهي مطابقة لنص القانون المدني المصري إلا أنها تريد عنه بأنها تصرح بأنه يجوز الاعتراض أو التدخل في القسمة سواء كانت قضائية أم اتفاقية - يراجع د/ محمد وحيد الدين سولر - حق الملكية في ذاته مرجع سابق ص ١٤٤.

المطلب الأول

نطاق تطبيق نص المادة ٨٤٢ مدنى

لقد ثار الخلاف بين شراح القانون حول بيان نطاق تطبيق هذه المادة ، هل ينطبق هذا النص على أية قسمة ، يستوى أن تكون اتفاقية أو قضائية ، أم أنه لا ينطبق إلا فى حالة القسمة القضائية ؟

فذهب جانب من شراح القانون^(١) إلى أن الأحكام الواردة فى المادة ٨٤٢ يقتصر تطبيقها على القسمة القضائية .

وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى أن نص المادة ٨٤٢ يوجب فى عجزه إخلال (الدائنين المفيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) فمبارزة (دعوى القسمة) تبين أن ذلك قاصر على القسمة القضائية فقط ، إذ هى وحدها التى تكون عن طريق دعوى^(٢) .

كما يستند أصحاب هذا الرأى إلى ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للنص ، والتى تشير إلى أنه : "إذا تمت القسمة دون تدخل الدائنين ، أو كانت القسمة عقداً ، فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة إلا بطريق الغش فى الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البوليصية فى الحالة الثانية"^(٣) .

وبناء على ذلك فإن نص المادة ٨٤٢ لا ينطبق إلا على القسمة القضائية ومن ثم فيكون للشركاء إجراء القسمة الاتفاقية بدون تدخل الدائنين ، حتى ولو كان هناك معارضة من قبل الدائنين ، أو كان هناك من لهم حقوق مفيدة تضمن ديونهم .

فإن تمت القسمة الاتفاقية بين الشركاء ، فليس للدائنين طريق للاعتراض على عقد القسمة سوى طريق الطعن فيها بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها^(٤) .

أما الجانب الآخر من شراح القانون المدنى^(٥) فيرى أن نص المادة ٨٤٢ مدنى ، ينطبق على القسمة الاتفاقية كما ينطبق على القسمة القضائية ، وبالتالي يكون للدائنين الحق فى التدخل فى إجراءات القسمة .

(١) يراجع فى هذا الرأى : د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٤٠ ، د / عبد الفتاح عبد الباقى - دروس الأموال - ص ٢٣٣ ، د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٣٣/٢ ، د / حسن كبيره - أحكام حق الملكية ص ٤٧١ هامش ١ ، د / عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢٢١ ، د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٣٠٥ ، د / عبد العزيز عامر - دروس فى حق الملكية ص ١٣٩ هامش ٢ ، د / عبد المنعم الصدة فى كتابه حق الملكية ص ٢٣٣ ط ١٩٦٤ ، ولكنه عدل عن هذا الرأى فى الطبعة الثالثة ، ويراجع د / محمد المنجى - دعوى القسمة ص ٣٤٦ .

(٢) د / حسن كبيره : مرجع سابق ، ص ٤٧١ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ١٢٠/٦ .

(٤) د / مأمون الشامى - قسمة الملك الشفع - المرجع السابق - ص ١٧٧ ، ويراجع أيضاً د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٢٣٣ .

(٥) من أنصار هذا الرأى : د / المنهورى - الوسيط - ص ٩٣٦/٨ ، د / أحمد سلامة - الملكية القودية ص ٣٦٨ ، د / منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ١٩٦ ، د / إسماعيل غلام - حق الملكية ص ٢٣٢ ، -

واستند اصحاب هذا الرأي إلى مايلي :

١- أن ماجاء في المذكرة الإيضاحية - والتي استند إليها أصحاب الرأي السابق - غير ملزم ، حيث إن مايرد في المذكرات الإيضاحية ليس ملزماً ، ومن ثم فليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص^(١).

٢- أن عبارة النص (المادة ٨٤٢) "ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة" ، لاتمنع من القول بأن نص هذه المادة ينطبق على القسمة بنوعيتها^(٢) ، وذلك لسببين :

السبب الأول :

أنه ليس في مبادئ تفسير النصوص مايمنع من قياس القسمة الاتفاقية على القسمة القضائية من حيث إدخال الدائنين ، فحكمة إدخالهم في القسمة القضائية متوافرة تماماً في القسمة الاتفاقية ، إن لم تكن أكثر توافراً .

والسبب الثاني :

أن نص المادة ٨٤٢ مدني مصري قد استقى من نص المادة ٨٨٢ مدني فرنسي ، وهو نص ينطبق على القسمة القضائية كما ينطبق على القسمة الاتفاقية^(٣) .

٣- أنه لا يوجد مبرر معقول للفرقة بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية في هذا الشأن، على أساس أن الدائن في القسمة الاتفاقية يحتاج إلى الحماية أكثر منها في القسمة القضائية ، خصوصاً وإن من حق الدائنين أن يتدخلوا في القسمة القضائية بغير حاجة إلى نص المادة ٨٤٢ مدني ، وذلك وفقاً لحكم المادة ١٢٦ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ ، ومن ثم فإنه يحسن التوسع في تفسير النص بحيث يسرى على القسمة بنوعيتها^(٤) .

= د/عبد الناصر العطار - مرجع سابق - ص١٤٢ هامش ١ ، د/ محمد علي عمران - المرجع السابق - ص٣٠ هامش ١ ، م / أنور طلبه - الوسيط في القانون المدني - ٣ ص١١٩ ، وهو آخر ماانتهى إليه الدكتور / عبد المنعم الصدة : حيث كان له رأى مختلف لهذا الجانب ولكنه عدل عنه ابتداء من طبعة ١٩٦٧ يراجع له - حق الملكية- ص٢٤٢ ط٣ ١٩٦٧ .

(١) د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق- ص٢٣٢ ط٣ سنة ١٩٦١ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص٣٦٨ .

(٢) ويقول الدكتور السنهوري : إن النص قد تضمن (ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات) وأن العبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية تطبيقاً على القسمة القضائية ، ويستطرد سيادته قائلًا : ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت - بطريقة عارضة - هذه العبارة فأصبحت (ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) - الوسيط ٩٣٦/٨ .

(٣) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص٣٦٩ ، د/ السنهوري - الوسيط - ٩٣٦/٨ .

(٤) د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص٢٤٢ .

وبناء على ماذهب إليه أصحاب هذا الرأي ، فإنه يجوز اعتراض الدائنين على إتمام
القسمـة الاتفاقيـة في غيبتهم ، وجعل هذا الاعتراض ملزماً للشركاء بإدخالهم في إجراءات
الاتفاق على القسمـة ، كما يجب على الشركاء إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل إبرام عقد
القسمـة(١) .

وبعد أن تم عرض آراء الشراح بصدد نطاق تطبيق نص المادة ٨٤٢ مدني ، فإني
أرجح ما جاء به الرأي الثاني والذي يقضي بالتوسع في تفسير نص المادة ٨٤٢ لتشمل القسمـة
الاتفاقيـة بجانب القسمـة القضائيـة .

لأن ذلك هو الأكثر ضماناً لمصالح الدائنين وحمايتهم مما قد يحدث من تواطؤ بين
الشركاء ، سواء كانت القسمـة قضائيـة أو اتفاقيـة .

بل إن مبررات تدخل الدائنين في القسمـة الاتفاقيـة أقوى منها في القسمـة القضائيـة ، حيث
إن القسمـة الاتفاقيـة تخلو من الضمانات التي تتطلبها القسمـة القضائيـة .

ونحن إذ نقرر ذلك فإن الذين ذهبوا إلى الرأي الأول إنما يقولون به نظراً لأن المادة
٨٤٢ تنص على ذلك ، ولكنهم ينتقدون مملك المشرع الوضعي في ذلك إلا أنهم لا يجوزون
الخروج عليه(٢) .

ولذلك فإني أوصي بأن يعدل المشرع الوضعي من موقفه ، فيعدل نص المادة ٨٤٢
مصرحاً بشمولها للقسمـة بنوعيها ، ليقضي بذلك على الخلاف القائم بين الشراح ، ويحمي
الدائنين من تواطؤ الشركاء سواء كانت القسمـة قضائيـة أو اتفاقيـة ، والمشرع الوضعي إذ يفعل
ذلك ، لم يأت بدعاً من الأمر فقد فعلت ذلك بعض التشريعات كالقانون الفرنسي في المادة ٨٨٢
مدني فرنسي ، والقانون المدني السوري في المادة ٧٩٦ ، والقانون المدني الأردني في المادة
١٠٤٥ .

(١) د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٢ ، على أن من أصحاب هذا الرأي من يرى أن العبارة
الولادة في النص والتي توجب إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم يقتصر حكمها على القسمـة القضائيـة ، أما
حق الدائنين عموماً في الاعتراض على أن تتم القسمـة بغير تدخلهم فليس في عبارة المادة ملبس لاستيعاده
في القسمـة الاتفاقيـة - يراجع د/ إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٣٢ ، د/ منصور مصطفى
منصور - المرجع السابق - ص ١٩٦ ، ١٩٧ .

(٢) د/ حسن كيده - المرجع السابق - ص ٤٧١ هامش ١ .

المطلب الثاني

موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

بيننا فيما سبق أن المشرع قصد حماية مصالح دائني الشركاء وذلك بنص المادة ٨٤٢ مدنى . والتي بينا أن الراجح أنها يتوسع فى تفسيرها لتشمل القسمة الاتفاقية بجانب القسمة القضائية . وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية ، قسمة عينية أو تصفية .

والمقصود بالدائنين هنا هم دائنوا كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً ، أو دائناً ذا حق مقيد ، كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع قسمته ، أو واقعاً على غيره من أموال الشريك^(١) .

ولبيان موقف الدائنين قبل إتمام القسمة فى ضوء المادة ٨٤٢/١ ، نفرق بين طائفتين من الدائنين :

الأولى : طائفة الدائنين العاديين ، والدائنين ذوى الحقوق المشهورة بعد رفع دعوى القسمة أو بعد الاتفاق على إجراءاتها .

الثانية : طائفة الدائنين ذوى الحقوق المشهورة أو المقيدة قبل رفع دعوى القسمة أو قبل الاتفاق عليها .

الطائفة الأولى : الدائنون العاديون^(٢) ، أو الدائنون ذوى الحقوق المشهورة بعد رفع دعوى القسمة أو بعد الاتفاق على إجراءاتها :

فإذا كان هناك دائن لأى شريك من هذه الطائفة وعلم أن لمدينه حصة فى مال شائع ، فإنه يجوز له وفقاً للمادة ٨٤٢ مدنى أن يعارض فى أن تتم قسمة هذا المال الشائع بغير تدخله^(٣) .

حيث إن للدائن أن يحتاط لنفسه ، وأن يسهر على حماية مصالحه بكل ما يراه له القانون من سبل .

(١) د / السنهورى - الوسيط - ٩٣٧/٨ .

(٢) يرى بعض الشراح أنه ما كان ينبغى لواضع القانون أن يجعل للدائن العادى حق الاعتراض على القسمة أو التدخل فيها ؛ لأن حقه يتعلق بنمة المدين ، بخلاف الدائن صاحب الحق العينى التبعى ، فحقه يتعلق بمال معين للمدين ، فكانت له مصلحة فى التدخل ، على أن يثبت لكافة الدائنين الطعن فى القسمة فى حالة الغش ، قبل القسمة وبعد تمامها على السواء . راجع د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

(٣) د / أحمد سلامة - : المرجع السابق - ص ٣٧١ ، د / عبد المنعم الصدة المرجع السابق - ص ٢٤١ ، د/منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

ومن ثم فإن الدائن بمقتضى نص المادة ٨٤٢ / ١ أن يوجه معارضته إلى الشركاء بعدم إجراء القسمة بدون تدخله ، سواء كانت القسمة عينيه أو كانت بطريق التصفية .

· ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون إنذاراً على يد محضر ، ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ويجوز أن تكون شفوية ، ولكن الدائن يتحمل عبء الإثبات^(١) .

ويشترط أن توجه المعارضة إلى كل الشركاء في المال الشائع ، وليس فقط الشريك المدين . فإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض لم يكن لها أثر بالنسبة لكل الشركاء ، سواء من وجهت إليهم المعارضة أو من لم توجه إليهم^(٢) .

أما عن ميعاد توجيه المعارضة فإن القانون لم يحدد له موعداً معيناً ، ومن ثم فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن لمدينه حصة في مال شائع ، ويبقى حق الدائن في المعارضة إلى أن تتم قسمة هذا المال ، أى حتى صدور الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفروض الذى آل إليه^(٣) .

بقى أن نذكر أنه يجوز للدائن توجيه المعارضة فى القسمة ، سواء كانت اتفاقية أو قضائية على نحو ما سبق أن رجحناه .

آثار معارضة الدائنين :

يترتب على توجيه المعارضة إلى كل الشركاء الآثار الآتية :

(١) إلزام الشركاء أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع إجراءات القسمة ، فيصبح الدائن طرفاً فى جميع إجراءات القسمة منذ معارضة ، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا فى مواجهته .

على أن ذلك لا يخلو الدائن المعارض حق توجيه إجراءات القسمة وفق مصلحته ، كأن يطلب مثلاً أن يختص مدينه بكامل حصته عيناً ، أو أن يطلب أن تكون القسمة قضائية فى حين أن الشركاء جميعاً راضون بجعلها قسمة اتفاقية ، فليس له ذلك ، بل كل ماله أن يطلب سير الإجراءات فى الطريق السوى وفقاً لأحكام القانون ، كأن تكون الحصص متساوية فى قيمتها ، أو أن يعطى كل شريك نصيبه بطريق الاقتراع لبطريق التجنيب ، وإذا حصلت القسمة

(١) يراجع / د السنهورى - الوسيط - ٩٣٨/٨ ، د / مأمون الشامى - المرجع السابق ص ١٨٠ .

(٢) د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢٣٢ ، د / السنهورى - المرجع السابق ج ٢ ص ٩٣٨ هامش ٢ .

(٣) د / السنهورى - الوسيط - ٩٣٨/٨ ، د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٢٣٢ ، د / محمد على عرفة ص ٤٤١ ، وفارن د / أحمد سلامة والذي يرى أنه فى القسمة القضائية لاتجوز المعارضة بعد نقل باب المرافعة . يراجع له - الملكية الفردية - ص ٣٧٢ .

بطريق البيع بالمزاد فللدائن أن يطلب قبول الأجانب للمزايدة ، حتى ولو اتفق الشركاء جميعاً على اقتصارها عليهم^(١) .

(٢) إذا تمت القسمة فى غيبة الدائنين المعارضين - أى بغير إدخالهم - فإن القسمة التى تتم تكون غير نافذة فى حقهم ، فيجوز لهم إبطال هذه القسمة دون الحاجة إلى إثبات تواطؤ الشركاء على الإضرار أو الغش .

ذلك أن المشرع الوضعى افترض هذا التواطؤ فى جانبهم لمجرد إغفالهم دعوة هؤلاء الدائنين إلى التدخل فى إجراءات القسمة^(٢) .

(٣) يرتب بعض علماء الفقه^(٣) أثراً آخر على معارضة الدائنين ، وهو أن هذه المعارضة تعتبر بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير ، فإذا تمخضت القسمة عن وقوع دين مستحق فى ذمة الغير ، أو معدل نقدى مستحق على أحد الشركاء فى حصة مدينهم ، فإن الوفاء بالدين أو المعدل النقدى لا يجوز لهذا الشريك المدين ، بل يتعين الوفاء به للدائنين المعارضين .

الطائفة الثانية :- الدائنون ذوى الحقوق المشهورة أو المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو الاتفاق عليها .

إذا كان الأصل أنه لا بد أن يعارض أحد الدائنين فى عدم إجراء القسمة بدون تدخلهم حماية لمصالحهم ، لكى يلتزم الشركاء بإدخالهم فى القسمة .

فإن هناك طائفة من الدائنين استنتجها المشرع من هذا الإجراء ، وأوجب على الشركاء إدخالهم فى إجراءات القسمة دون استلزام إلى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة إلى الشركاء . هؤلاء الدائنون هم المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو الاتفاق عليها .

فتنص المادة ٨٤٢ مدنى على أنه :- ".... ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة" .

(١) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٤١ ، د / السنهورى - الوسيط - ٩٤٠/٨ .
(٢) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤١ ، د / جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٧٩ .
(٣) يقول بهذا رأى د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤١ ، د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٢٣٢ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧٢ هامش ٤ ، ويشترط لذلك : أن تستوفى المعارضة البيّنات المنصوص عليها بالمادة ٣٢٨ من قانون المرافعات .
غير أن بعض الشراح يرى أن هذا رأى اتفق أثر القضاء الفرنسى ، حيث إن هناك ما يبرر الأخذ بهذا رأى فى فرنسا ، وهو أنه ليس لدائن الشريك أن يحجز على حصته الشائعة (مادة ٢٢٠٥ مدنى فرنسى) . أما فى مصر فالحجز جائز على الحصة الشائعة وبالتالي فإنه لا يوجد مبرر لترتيب أثر على المعارضة لم ينص عليه القانون واعتبارها حجزاً فى حين أنها لا تقتضى إجراءات الحجز ، يراجع : د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٣١ ، د / مأمون الشلبي - قسمة الملك الشائع - المرجع السابق - ص ١٨١ هامش ٣ ، د / الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤١ هامش ١ .

فدخول هذه الفئة من الدائنين فى إجراءات القسمة أمر لازم ، ويجب على الشركاء استدعاؤهم دون أن يكون هناك حاجة لمعارضتهم^(١) .

والمراد بالدائنين المقيدة حقوقهم :- من تقرر لهم حق عينى تبعى على حصة مدينهم الشائعة فى العقار ، أو من أرتهن من الشريك جزء مفرزاً من العقار الشائع ، إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية أو قبل إبرام عقد القسمة فى حالة القسمة الاتفاقية^(٢) .

ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزء مفرزاً من المال الشائع ، وسجل عقد البيع فهذا أيضاً يصبح دائناً بالضمان ، ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله فى إجراءات القسمة إذا كان قد سجل عقده قبل رفع دعوى القسمة أو الاتفاق عليها ، وليس فى حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء ، وذلك باعتباره دائناً للشريك المتصرف^(٣) .

تدخل الدائنين فى إجراءات القسمة بدون دعوة من الشركاء :-

زيادة فى الحماية تعطى القواعد العامة فى القانون الحق للدائنين التداخل فى إجراءات القسمة بمجرد علمهم بمباشرة الشركاء لقسمة المال الشائع .

وذلك سواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه السابق أو لم تصدر ، وسواء كان للدائن حق مقيد قبل رفع دعوى القسمة أو لم يكن ، فبمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع ، فانه يجوز للدائن إذا علم بذلك أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء^(٤) .

(١) د / مأمون الشامى - المرجع السابق - ص ١٨٢ ، د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٦ ، د / توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٤ ، د / جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٧٩ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢٣٣ .

(٢) هذا بناء على ما سبق أن رجحناه من شمول نص المادة ٨٤٢ للقسمة بنوعيتها - الاتفاقية والقضائية - على أنه من بين أنصار التسوية بين القسمة الاتفاقية والقضائية من حيث حكم المادة ٨٤٢ من يحتفظ ويرى أن هؤلاء الدائنين لا يتعين إدخالهم إلا فى حالة القسمة القضائية فقط نزولاً على عبارة النص .
يراجع / د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٣٢ ، د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٧ .

ولكن رد على ذلك بأننا طالما سلمنا بإمكان قبيل القسمة الاتفاقية على القسمة القضائية من حيث تطبيق حكم المادة ٨٤٢ منى ، فانه لا شيء يمنع من إطلاق هذا القيل .
يراجع د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٩ هامش ١ .

(٣) د / السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٩٣٩ ، د / جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٧٩ ، د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٣١ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٤٣ هامش ٢٥ ، د / عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ٢٤٢ ، د / حسن كيره - أحكام حق الملكية - ص ٤٨٣ .

(٤) د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٣٩ .

فإذا كانت القسمة اتفاقية ، فإنه يجوز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء متدخلاً في القسمة ، فيطلب أن يراقب أعمال الخبير الذى عينه الشركاء لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة ، كما أن له كذلك مراقبة إجراءات بيع المال الشائع بالمزاد العلنى . إلى غير ذلك ، حتى لا تتم على وجه يضر بمصلحة الدائن نتيجة لتراخى الشريك المدين فى اقتضاء حقوقه مثلاً ، أو نتيجة لتواطئه مع الشركاء الآخرين إضراراً بمصلحة الدائن^(١) .

أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإن سبيل الدائن إلى التدخل فى إجراءاتها من تلقاء نفسه ، هو السبيل المقرر فى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ حيث تنص المادة ١٢٦ مرافعات على أنه :- "يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو مطالباً لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى".

ومن ثم فبمجرد علم الدائن بمباشرة إجراءات دعوى القسمة فله أن يتدخل منضماً لمدينه، وذلك لمراقبة سير إجراءات الدعوى ، لكى يحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته^(٢) .

أثر إدخال الدائنين أو تدخلهم من تلقاء أنفسهم :-

يترتب على إدخال الدائنين أو تدخلهم من تلقاء أنفسهم ، أن يصبحوا طرفاً فى جميع إجراءات القسمة منذ إدخالهم أو تدخلهم ، فلا يجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا فى مواجهتهم . وذلك على النحو الذى بيناه آنفاً عند الكلام على أثر المعارضة من الدائنين .

(١) المرجع السابق .

(٢) د / الصدة - حق الملكية - ص ٢٤١ ، د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٧ ،

د / إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٢٠ ، د / السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٤٠ .

المطلب الثالث

موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

يختلف موقف الدائنين بعد إتمام القسمة ، باختلاف مواقفهم قبل إتمامها ، وليبيان موقف الدائنين بعد إتمام القسمة نجد أنفسنا أمام فروض ثلاثة نبينها على النحو التالي :-

الفرض الأول :-

أن يكون الدائن قد تدخل فعلاً في إجراءات القسمة :-

سواء كان تدخله هذا عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاسمين فأدخله هؤلاء الشركاء في هذه الإجراءات ، أو أدخله الشركاء في إجراءات القسمة لأنه صاحب حق مقيد قبل رفع الدعوى أو الاتفاق على القسمة ، أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء.

ففي هذا الفرض طالما أن الدائن قد تدخل فعلاً في إجراءات القسمة ، فيكون قد أعطى الفرصة الكاملة لمراقبة الإجراءات ، ودرء التواطؤ عن طريق اعتراضه على طريقة وقوع القسمة ، أو على تكوين الحصص فإذا تمت القسمة ، فليس لهذا الدائن أن يعود فيعترض عليها بعد وقوعها ، كما لا يقبل منه أن يدعى أنها تمت بطريق التواطؤ إضراراً به ، ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البوليصة ، لأن تدخله في القسمة حل محل هذه الدعوى^(١).

الفرض الثاني :-

عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته ، أو بالرغم من أن له حقاً مقيداً :-

إذا وجه الدائن معارضته إلى جميع الشركاء ، أو كان له حق مقيد قبل رفع الدعوى ، وبالرغم من ذلك تجاهله الشركاء فلم يدعوه إلى التدخل في إجراءات القسمة ، ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه ، فإن الشركاء بذلك يكونوا قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعاً معارضته في أن تتم القسمة بدون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة ، أو قبل إبرام عقد القسمة^(٢).

(١) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٤١ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٧٠ ، د / محمد المتجى - دعوى القسمة - ص ٣٥٥ ، د / حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٨٤ ، د / عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ٢٤٣ .

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٤١ ، ٩٤٢ .

وجزاء عدم إدخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم هو عدم نفاذ القسمة في حق هؤلاء الدائنين ، وذلك طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدني ، وإن كان ذلك لا يمنع من وقوعها صحيحة بين أطرافها .

وعدم النفاذ هذا في حق الدائنين يترتب دون حاجة إلى أن يثبت هؤلاء الدائنون تواطؤ الشركاء على الإضرار بحقوقهم ، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين^(١) .

ذلك أن المشرع افترض هذا التواطؤ في جانب الشركاء لمجرد إغفالهم دعوة هؤلاء الدائنين إلى التدخل في إجراءات القسمة ، فلا يقبل من الشركاء إثبات عكس هذه القرينة القانونية القاطعة^(٢) .

ومع ذلك فإنه يجب على الدائن لكي لا تكون القسمة غير نافذة في حقه ، أن يثبت أن القسمة قد عادت بالضرر ، إذ في غير حالة توافر هذا الضرر لن يكون للدائن مصلحة في التمسك بعدم النفاذ (مادة ٣ مرافعات) .

ويكفي لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلاً أن القسمة لم تضع في نصيب الشريك المدين إلا أموالاً منقولة أو نقوداً يسهل عليه تهريبها ، أو لم توقع في نصيب هذا الشريك المال الذي ارتبته الدائن بل أو قعت هذا المال في نصيب شريك آخر^(٣) ، إلى غير ذلك من الأمثلة .

فإذا أثبت الدائن الضرر الذي لحقه من القسمة ، أصبحت القسمة غير نافذة في حقه ، فإنه يترتب على ذلك أن يعود المال محل القسمة إلى الشيوع بالنسبة لهذا الدائن ، ومن ثم فيجوز له طلب قسمة المال من جديد لكي تكون القسمة نافذة في حقه ، كما يجوز للدائن رفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (المادة ٢٣٥ مدني)^(٤) .

ومن ناحية أخرى فإنه يجوز للدائن أن يقتصر - بدلاً من إعادة طلب القسمة على مطالبة الشركاء جميعاً متضامنين بتعويض الضرر الذي لحقه من القسمة ، وذلك على اعتبار أن عدم دعوة الشركاء له إلى التدخل ، خطأً تقصيرياً من جانب الشركاء ، فلا يخول للدائن مطالبته بتعويض الضرر الذي لحقه (المادة ١٦٣ مدني) .

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢٣٤ ، د / السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٤٢ ، د / محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٢٠ ، د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٩ ، د / محمد لييب شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٦ ، د / البدرولي - المرجع السابق - ص ٢٢١ ، د / حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٨٤ .

(٢) د / محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤١ ، د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٢٣٢ .

(٣) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٤٢ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧١ ، د / محمد المنجي - المرجع السابق - ص ٣٥٧ .

(٤) د / السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٤٢ ، د / محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ٣٥٧ .

غير أنه يمكن للشركاء أن يتحاشوا الرجوع عليهم بهذه الدعوى ، إذا أوفوا لهذا الدائن حقه ، ثم يرجع الموفى أو الموفون على زميلهم المدين^(١) .

الفرض الثالث :- عدم تدخل الدائن في القسمة لأنه لم يعارض ، أو بالرغم من دعوته إلى التدخل :-

في هذا الفرض يكون الدائن لم يتدخل في القسمة إما لأنه لم يعارض ، وإما أنه عارض ودعى إلى التدخل من قبل الشركاء ومع ذلك فلم يتدخل ، وإما إنه كان صاحب حق مقيد ، ودعى إلى التدخل ، ومع ذلك فلم يتدخل أيضاً .

وموقف الدائن في هذا الفرض هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدنى والتي تنص على أنه :-

".... أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش" .

فيتبين من هذه الفقرة أن الأثر المترتب على عدم تدخل الدائنين في القسمة ، أن تكون القسمة نافذة في حقهم ، فلا يكون لهم أن يطعنوا في القسمة إلا في حالة الغش^(٢) .

ويستند هذا الأثر على أن الشركاء لا ذنب لهم في حالة عدم تدخل الدائنين في القسمة رغم دعوتهم ، أو عدم معارضتهم أصلاً ، ويكون التقصير من جانب الدائنين أنفسهم ، فلا يجوز لهم الاستفادة من الجزاء الذى يقرره القانون في حالة عدم دعوتهم ، وبالتالي فإن القسمة تسرى قبلهم ، ولا يكون الاعتراض عليها في حالة الغش^(٣) .

ويتقضى إعمال هذا الأثر الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدنى ، والمتعلقة بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم ، ومن ثم فيشترط لقبول دعوى عدم نفاذ القسمة التى تمت في حق الدائنين الذين لم يتدخلوا فيها ، أن تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصية وأهم هذه الشروط ، إفسار الشريك المدين ، وإثبات التواطؤ بينه وبين باقى الشركاء

(١) د / السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٤٢ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧١ .

(٢) د / السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٤٣ ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٣ ، د / حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٨٤ ، د / توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٦ ، د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤٢ ، د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩٧ ، د / جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٨٠ ، د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٠٦ ، د / سعيد عبد السلام - حق الملكية فقهاً وقضاءاً ص ٢٠٠ ، ٢٠١ .

(٣) د / توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، د / محمد المنجى - المرجع السابق - ص ٣٥٨ .

على الإضرار بدائنه (مادة ٢٣٨ مدنى)^(١) ، ويكفى لإثبات هذا التواطؤ التكتلى أن تكون
القسمة قد تمت بإجراءات سريعة ، بحيث يفترض لفرط سرعتها أن الشركاء قد تواطؤوا فيما
بينهم على الانتهاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المعارضة فيها^(٢) .
ويجوز للدائنين أيضاً أن يتمسكوا بصورية القسمة التى تمت فى غيبتهم ، ولهم أن يثبتوا
بجميع الوسائل صورية القسمة التى أضرت بهم^(٣) . (مادة ٢٤٤ مدنى) .

(١) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٤٢ ، د / إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ١٩٨ ،
د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٤٣ ، د / عبد المنعم البدر لوى - المرجع السابق ص ٢٢١ ، د /
محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٢٣١ ، د / عبد العزيز عامر - المرجع السابق -
ص ١٤٠ ، د / السيد عمران - الملكية والأموال - ص ١٣٨ .
(٢) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤٢ .
(٣) د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤٢ .

المطلب الرابع

موقف الفقه الإسلامى من تدخل الدائن فى القسمة حماية لمصلحته

قد تعرض الفقه الإسلامى لحكم ظهور دائن للمورث . - وسيأتى تفصيل ذلك - .

أما بالنسبة لدائن الشريك ، فلم يتعرض له الفقهاء - فيما اطلعت عليه - إلا أن بعض الفقهاء المحدثين قد تعرضوا لذلك ، فمنهم من يمنع ذلك التدخل ومنهم من يجيزه .

فيقول الشيخ على الخفيف - رحمه الله - :- "وليس لدائن الشريك حق المعارضة ولا حق التدخل فى قسمة المال المشترك عند الفقهاء ، لأن حقه متعلق بذمة المدينين لا بأموالهم"^(١).

فواضح أن الشيخ يقرر أن ما وردت به المادة ٨٤٢ مدنى مصرى لا يجوز فى الفقه الإسلامى ، وعلل ذلك بأن الدين فى الشريعة الإسلامية يتعلق بذمة المدينين لا بأموالهم .

أقول :- ومن الممكن الاعتراض على تعليل الشيخ الخفيف بأنه مع التسليم بأن الدين يتعلق بذمة المدينين ، إلا أن هناك أنواعاً من الديون فى الفقه الإسلامى تكون مضمونة بالأعيان ، كأن تكون عيناً مرهونة فى دين ، وفى هذه الحالة يشتهر تعلق الدين بالعين المرهونة، إن لم تتمتع ذمة المدين لسداد الدين عند حلول أجله .

ويرى أحد الباحثين :-

أن هذا التنظيم القانونى الولد بالمادة ٨٤٢ مدنى ، وإن كان ليس له ما يقابله فى الشريعة الإسلامية ، فإنه لا معارضة فيه ، لأن الشريعة تحرص دائماً على استيفاء الحقوق ، وخاصة حق الدائن بكل وسيلة مشروعة ، فإذا ما رسم القاتون السبيل إلى استيفاء الدائن لحقه ، فذلك أمر تباركه الشريعة الإسلامية^(٢) .

أقول :-

إن ما ذهب إليه هذا الباحث لا شك أن فيه بعض الغلو ، إذ أن الشريعة الإسلامية وإن كانت تحرص على حفظ الحقوق لأصحابها ، إلا أنها لا تقر من سبل الحفظ إلا ما يتوافق مع روحها ومبادئها .

فهذا رأى يغفل حرية الشريك المدين فى قسمة ماله حسبما يريد وكيفما يشاء ، فإن الدائن لا سلطان له على المدين إلا عند حلول الأجل فيطالبه بالتنفيذ .

ونحن لا نستطيع أن نقر مصلحة لفرد يقابلها ضرر لفرد آخر .

(١) الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية للشيخ على الخفيف ص ٢٤٨ .

(٢) د / سيد محمود عمر - القسمة فى الشريعة الإسلامية والقانون - رسالة دكتوراه - سابقه - ص ٤٤٧ .

ولرى :-

أنه يجب التفرقة بين الدائن الذى حل أجل دينه ، وبين من لم يحل أجل دينه .

فإن كان الدائن قد حل أجل دينه كان له أن يعارض أو يتدخل فى القسمة لكى يضمن عدم تواطؤ الشركاء فيما بينهم ، ليهربوا أموال الشريك المدين إضراراً بالدائن .

أما إذا كان الدين لم يحل أجله بعد ، فهنا نفرق بين الدين المضمون بعين مرهونة ، وبين الدين الخالى من الرهن .

فإذا كان الدائن دائناً بدين مضمون بعين مرهونة كان له أن يتدخل فى القسمة إن كانت العين المرهونة ضمن المال الشائع المراد قسمته ، وذلك لكى يحافظ الدائن على ضمانته الذى اعتمد عليه عند الإقراض .

أما إذا كان الدائن دائناً عادياً ، ولم يحل أجل دينه ، فهنا لا شك أن الدين يتعلق بنمة المدين قطعاً ، ومن ثم فلا يجوز للدائن أن يتدخل فى إجراءات القسمة ، حتى لا يحجر على حرية الشريك المدين فى قسمة ما له حسبما يختار .

والله أعلم .

الباب الرابع

آثار القسمة ونواقضها

تمهيد وتقسيم :-

انتهينا فى الأبواب السابقة من بيان ماهية القسمة ، وأنواعها وأركانها وشروطها ،
ثم بينا قسمة المهالبة ثم بينا قسمة الأعيان وكيفيةها ، وبينان كيفية القسمة وإعطاء كل
ذى حق حقه ، تنتهى القسمة وينتهى عمل القاسم .

وبانتهاء عمل القاسم ، تترتب على القسمة التى قام بها آثار يلتزم بها المتقاسمون .

والأصل أنه إذا انتهى عمل القاسم تستقر القسمة ، إلا أنه قد يجد جديد أو يطرأ
شئ لم يكن معلوماً وقت القسمة ، أو تكون القسمة قد تمت معيبة ، أو بهاغبن مثلاً مما
يستدعى إعادة النظر فى أمر القسمة التى تمت مرة أخرى ، ولهذا فإن هذا الباب ينقسم
إلى فصلين : -

الفصل الأول : - فى الآثار التى تترتب على القسمة .

الفصل الثانى : - فى طوارئ القسمة ، (تواقض القسمة) .

الفصل الأول

الآثار التي تترتب على القسمة

تمهيد وتقسيم :-

إذا تمت القسمة صحيحة فإنه يترتب عليها آثار شتى .

أهمها :-

لزوم القسمة لكل من المتقاسمين ، فلا يجوز لهم الرجوع فيها ، حتى تستقر أحكامها ، كما سيأتى .

كما يترتب على القسمة إنهاء الملكية الشائعة واختصاص كل شريك بجزء مفرز يمتلكه على سبيل الاستئثار والافتراء ، فيكون من آثار القسمة الإفراز ، وهو اثر جوهرى للقسمة ، الذى بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من مجرد حصة رمزية فى مال شائع إلى حصة مادية مفرزة .

وإذا كانت حصة الشريك فى المال الشائع تؤول بالقسمة إلى حصة مفرزة ، فإنه يترتب على ذلك أن كل شريك يستقل بحصته ، ويتصرف فيها تصرف المالك فى ملكيتهم المطلقة .

وفى القانون المدنى فإنه إذا ما تمت القسمة صحيحة فإنها تكون لازمة لكل من المتقاسمين ، فلا يجوز لهم الرجوع فيها ، إلا أن هناك أثرا جوهريا للقسمة فى القانون ، وهو الإفراز ، فالإفراز هو الأثر الأساسى للقسمة ، بموجبه تتحول ملكية الشريك الشائعة إلى ملكية ترد على نصيب مفرز يكون مقابلا لحقه الذى كان له أثناء الشيوع .

ويرتبط بهذا الإفراز أثر آخر ، هو ضمان المتقاسمين على سبيل التبادل لما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويرجع هذا الارتباط إلى أن القسمة تهدف إلى إعطاء كل متقاسم حقه غير منقوص ، ولاشك أن التعرض والاستحقاق ينقص من قيمة ما آل إلى الشريك .

ونظرا لأن ضمان المتقاسمين للتعرض أو الاستحقاق يعد - فى نظرى - من طوارئ القسمة فأتى سارجى الحديث عنه للفصل للفصل الثانى من هذا الباب .

وإذا كان هذان الأثران هما الجوهريان للقسمة ، فإن هناك أثرا ثانوية للقسمة منها :-

(١) التزلم الراسى عليه المزاد فى قسمة التصفية بدفع الثمن الذى رضى به المزاد عليه .

ذلك أنه قد يحدث ألا يتمكن القاسم من القسمة العينية للمال الشائع ، فيلجأ إلى البيع المال الشائع بالمزاد ويقسم ثمنه بين الشركاء .

(٢) التزام المتقاسم بدفع المعدل النقدى .

ذلك أنه قد لا يتمكن القاسم من قسمة المال الشائع بين الشركاء إلا بالاستعانة بالمعدل النقدي ، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين ، ومن ثم فهو من هذه الناحية يتصل بآثار القسمة .

فيلتزم من وقع في حصته نصيب أكبر من نصيبه الحقيقي ، بدفع المقابل النقدي لما زاد عن نصيبه إلى شريكه الذي وقع أقل مما كان يستحق .

وهذا المعدل مما يضمه امتياز المتقاسم ، فيكون لمن له المعدل حق امتياز على أموال من عليه المعدل .

(٣) كما يترتب على القسمة أيضا حق امتياز المتقاسم ، فللشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل (مادة ١١٤٦ مدني) .

وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأميناً لما تدخله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخر ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (مادة ١١٤٩ مدني) وستقتصر في بحثنا على الآثار الجوهرية فقط ، تاركين الآثار الثانوية لأحكام القواعد العامة.

وبناء عليه سوف يشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : - في لزوم القسمة .

المبحث الثاني : - في الإفراز .

المبحث الثالث : - في استقلال كل شريك بملك نصيبه والتصرف فيه .

وسوف نبين أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني في كل مبحث من المباحث السابقة.

المبحث الأول

لزوم القسمة

المقصود بلزوم القسمة ، عدم رجوع المتقاسمين عنها إذا تمت صحيحة ، فيلزم العقد بتمامه ، ولا يجوز نقضه ، ولا الرجوع فيه .

وقد سبق أن بينا مدى لزوم عقد القسمة ، وذلك عند الكلام على صفة القسمة (١).

فبينما أن قسمة الإيجار لازمة لجميع المتقاسمين ، فلا يجوز لأحدهم أن يرجع فيها ، وذلك باتفاق الفقهاء .

أما إذا كانت القسمة رضائية فقد اختلف الفقهاء في القول بلزومها ، ومتى تكون لازمة. وقد سبق أن بينا ذلك .

ولكن هنا نتعرض للزوم القسمة باعتباره أثرا من أثارها بعد أن تمت صحيحة ، فنتناوله بإيجاز ، وذلك على النحو التالي : -

إذا تمت القسمة ، ولم يوجد سبب للخيار ، فإن القسمة لا تقبل الرجوع فيها بالإرادة المنفردة ، بمعنى أن ينقضها واحد أو أكثر من الشركاء ويرد المال إلى الشيوع مرة أخرى ، دون اتفاق من جميع المتقاسمين ، فذلك لا يجوز طالما أن القسمة قد تمت صحيحة ، ولم يقع فيها مايسوغ نقضها ، فإذا كانت القسمة لم تتم بعد ، فبها يجوز لأى من الشركاء أن يرجع فيها.

وتتم القسمة بتعيين القاسم لكل واحد نصيبه ، سواء كان هذا القاسم هو قاسم القاضى ، أو قاسما حكموه بينهم ليقوم بهذا التعيين ، ويلزم هذا القاسم كل واحد بالنصيب الذى يفرزه له ، سواء أكان ذلك بقرعة أم بدونها (٢) ، ولا يجوز لأى من الشركاء أن يرجع فى القسمة .

كما تتم القسمة أيضا إذا اقتسم الشركاء لأنفسهم بالتراضى - دون تحكيم محكم ملزم - واقتروا اقتراعا تاما خرجت به جميع الأجزاء أو السهام لأصحابها .

ويكفى لذلك إجراء القرعة على جميع الأجزاء ماعدا الجزء الأخير ، لأنه يتعين تلقائيا لمن بقى من الشركاء .

أما إذا كانت القرعة لم تنته بعد إلى الجزء الأخير ، فإنه يجوز لأى من الشركاء الرجوع فى القسمة أثناء القرعة ، طالما أنها لم تصل إلى الجزء الأخير (٣).

(١) تراجع مسبقا **وما بعد صا**.

(٢) الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٧ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٨ .

(٣) حاشية ابن علقين ٦ / ٢٦٣ .

فإذا لم يستخدم الشركاء القرعة ، واكتفوا بالتراضى على أن يختص كل واحد منهم بنصيب بعينه ، فإن القسمة لا تتم بهذا التراضى ، بل يتوقف تمامها على قبض كل واحد نصيبه^(١).

أما الرجوع باتفاق جميع المتقاسمين وهو ما يسمى بالتقاييل أى الفسخ ، فإنه يجوز حيث إن القسمة يجوز التقاييل منها أو فسخها ، ويعود المال شائعا كما كان^(٢).
هذا ما ذكره الحنفية .

أما المالكية فهم يقولون بأن القسمة لازمة ، لايجوز الرجوع فيها لأى من المتقاسمين ، وذلك إذا كانت صحيحة ، سواء تمت القسمة بقرعة أو بدونها - علما بأن المالكية لا تصح قسمة الإيجار عندهم فى غير المثلّى إلا بالقرعة .

وعلى المالكية عدم جواز الرجوع فى القسمة الصحيحة ، بأنه انتقال من معلوم إلى مجهول ، فلا يجوز^(٣) ، ولأن القسمة كبيع من البيوع^(٤).

وهذا التعليل يفهم منه أن المالكية لا يجوزون التقاييل - أى الفسخ - إذا اتفق الشركاء عليه . يقول ابن رشد فى بداية المجتهد : - " القسمة من العقود اللازمة ، لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها " ^(٥).

فواضح من ذلك أن المالكية يقولون بأن القسمة لا تقبل الرجوع بالإرادة المنفردة ، ولا المجتمعة طالما أنها وقعت على الوجه الصحيح .

(١) جاء فى الفتاوى الهندية : - " وإن كانت الدار بين رجلين فاقسما على أن يأخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقوقه ، ويأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقوقه ، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم تقع الحدود بينهما . ولا يعتبر رضاها بما قال قبل وقوع الحدود ، وإنما يعتبر رضاها بعد وقوع الحدود " . الفتاوى الهندية ٥ / ٢١٧ .

(٢) الدر المختار أعلى حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٨ . حيث يقول : - " القسمة تقبل النقص ، فلوا اقتسما وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح ، وعادت الشركة فى عقار وغيره " .

(٣) وبيان ذلك : - أن حصة الشريك وقت أن كانت ضمن المال الشائع فيها تكون مجهولة العين ، وإن كانت معلومة القدر .

أما بعد القسمة فبها تكون معلومة العين والقدر ، فإذا رجع أحد الشركاء فى القسمة بعد أن تمت ، فيكون كالانتقال من المعلوم إلى المجهول مرة أخرى . يراجع / شرح الخرشي ٤ / ٤١٢ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٤٥ .

(٤) حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤ / ٤١٢ .

(٥) بداية المجتهد ٢ / ٢٧٠ . وجاء فى المدونة الكبرى : - " فقد سأل سحنون ابن القاسم : " لوليت لو أن دارا بيني وبين رجل ، تراضينا فى أن جعلت له طائفة من الدار على أن جعل لى طائفة أخرى ، فرجع أحدهما قبل أن تنصب الحدود بينهما ؟ " فلجأب ابن القاسم : " ذلك لازم لهما ، ولا يكون لهما أن يرجعا عند ملكه " المدونة الكبرى ١٤ / ١٦٩ ، ويراجع أيضا / الشرح الصغير ٥ / ١٧٦ .

والشافعية والحنابلة يتفقون مع المالكية في أن القسمة لا تقبل الرجوع فيها بالإرادة المنفردة ، ولا المجتمعة (التقایل) .

ولكن ليس هذا على إطلاقه ، بل إن ذلك في القسمة التي هي محض تمييز حقوق أو إفرار .

وهذه هي القسمة بجميع أنواعها عدا قسمة الرد في قول اعتمده الحنابلة (١) .

وقسمة المتشابه أو الإفرار وحدها في قول هو معتمد الشافعية (٢) .

أما ما كان من القسمة بمنزلة البيع ، فانهم يقتربون من مذهب الحنفية ، فتكون القسمة عند الشافعية والحنابلة عقد لازم بمجرد التراضي والتفرق ، ويقبل التقايل كالبيع (٣) .

إلا أنه إذا كانت القسمة مرضاة واستخدمت القرعة ، فإنه يتوقف لزوم القسمة على خروج القرعة ، بل واشترط الشافعية على الراجح عندهم الرضا بالقسمة بعد خروج القرعة (٤) ، وهو اشتراط الحنابلة أيضا إذا كان القاسم على غير صفة قاسم الإمام كان يكون فاسقا أو ذميا (٥) .

أما في قسمة الإجبار ، فيتوقف اللزوم على خروج القرعة عند الحنابلة (٦) ، أما الشافعية ففي قسمة الإجبار تكون قسمة القاضي ملزمة بنفسها ، ولا يعلق اللزوم على خروج القرعة (٧) .

وعند الظاهرية إذا تمت القسمة على العدل ، بدون محاباة لأحد المتقاسمين فهذه القسمة تكون لازمة ، ولا يجوز لأى من الشركاء أن يرجع فيها (٨) .

وفي نطاق القاتون المدني فقد سبق أن بينا أن القسمة من العقود اللازمة التي لا يجوز لأى من المتقاسمين أن يرجع فيها ببلادته المنفردة (٩) .

(١) الشرح الكبير مع المغنى ١١ / ٤٩٠ .

(٢) شرح المحلى بهامش قتيوبى وعميرة ٤ / ٣١٧ .

(٣) الشرح الكبير مع المغنى ١١ / ٤٩١ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٦ ، الإقناع ٤ / ٤١٧ .

(٤) روضة الطالبين ١١ / ٢١٧ .

(٥) المغنى مع الشرح الكبير ١١ / ٥٠٧ .

(٦) الإقناع ٤ / ٤١٦ ، كشف القناع ٦ / ٣٧٩ .

(٧) روضة الطالبين ١١ / ٢١٦ .

(٨) المحلى ٨ / ٥٦٢ .

(٩) يراجع مسبق من بيان صفة القسمة في القاتون المدني ص ٥٣٣ .

المبحث الثاني

الإفراز

الإفراز المترتب على قسمة المال الشائع هو الأثر الجوهري للقسمة ، والذي بموجبه تتحول ملكية الشريك المتقاسم من حصة رمزية مجردة فى المال الشائع إلى حصة مادية مفرزة .

فالمقصود بقسمة المال الشائع : اختصاص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع

وهذا هو الأثر الجوهري للقسمة بنوعيهما الاتفاقية والقضائية والذي يهدف إليه المتقاسمون .

ويمعنى آخر : -

هو استقلال كل شريك بملكية الجزء الذى اختص به فى القسمة ، ملكية مفرزة مستقلة عن غيره من الشركاء المتقاسمين .

إلا أنه يترتب على كون الإفراز أثرا للقسمة ، بحث الوقت الذى تنتقل فيه ملكية الحصة للشريك المتقاسم .

هل تؤول الملكية للشريك المتقاسم من تاريخ القسمة فتعتبر القسمة نافذة للحق كالبيع ، أم أن الملكية تؤول إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وهو ما يعتبر عنه بالأثر الكاشف ؟

ولقد حظى هذا الموضوع - الأثر الناقل والأثر الكاشف - باهتمام كبير من شراح القانون ، سوف نتعرض له فى ضوء نص المادة ٨٤٣ مدنى

وجدير بالذكر أن الموضوع لم يظفر ببحثه فى الفقه الإسلامى ونظره استقلالا بحيث تتضح منه آراء الفقهاء فى ذلك ، ولكنهم مع ذلك قد كشفوا عن آرائهم فيه عند تكييفهم للقسمة ، وفى حلولهم لبعض المسائل .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع فسوف نقوم ببحثه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى . مع عقد مقارنة بينهما وذلك فى المطالب التالية : -

المطلب الأول : - الإفراز كأثر للقسمة فى الفقه الإسلامى

المطلب الثانى : - الإفراز كأثر للقسمة فى القانون المدنى

المطلب الثالث : - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

الإفراز كأثر للقسمة في الفقه الإسلامي

الإفراز في اللغة : التثنية أى عزل شئ عن شئ وتمييزه (١).

ويعتبر الإفراز أهم أثر للقسمة ، إذ هو المقصود من عملية القسمة ، وهو محور عمل القاسم .

ولكن القسمة بما تحققه من إفراز هل تعتبر إفرازاً محضاً بما يترتب عليه من اعتبار القسمة ذات أثر كائناً ، فيعتبر المتقاسم مالكا لحصته المفروز منذ بداية الاشتراك أو الشيوع ؟ أم أنها تعتبر منشئة لهذا الملك ، فيما لم يكن مملوكا له من الأجزاء التي كانت مملوكة لغيره من الشركاء قبل القسمة ، فيبتدئ ملكه لها من وقت القسمة بعد أن تلقاه عن شركائه بطريق المقايضة والمبادلة ، فتكون القسمة ذات أثر ناقل للملكية كالبيع ، فتطبق أحكامه وترتب آثاره ؟

في الحقيقة الإجابة على هذا التساؤل لها أهميتها ، نظرا لما يترتب عليها من آثار هي من الأهمية بمكان ، لكن الإجابة على هذا التساؤل لم تحظ بعناية مباشرة من الفقهاء ، ولكن تتضح آراء الفقهاء في ذلك من خلال بياناتهم لطبيعة القسمة أو تكييفها .

وقد سبق أن بينا آراء الفقهاء في طبيعة القسمة ، وبيننا أن للفقهاء في ذلك أربعة أقوال ، رجحنا منها القول القائل بأن القسمة تشتمل على معنى الإفراز ، وعلى معنى المبادلة ، مع تغليب معنى الإفراز في التلخيصات ، وتغليب معنى المبادلة في التلخيصات ، أى أن للقسمة أثر مزدوج ناقل (مبادلة أو بيع) وكاشف (إفراز) .

ويقول الإمام جلال الدين المحلى : " ومعنى أن القسمة إفراز أنها تبين أن ما خرج لكل من الشريكين مثلا هو الذى ملكه ، ومعنى أنها بيع أنها لما انفرد بها كل من الشريكين ببيع المشترك بينهما ، كأنه باع كل منهما ما كان له مما انفرد به صاحبه ، بما كان لصاحبه مما انفرد هو به (٢) .

فواضح من ذلك أن كلا المعنيين مختلف عن الآخر .

وقد سبق أن بينت أن الراجح في الفقه الإسلامي هو أن للقسمة أثرا مزدوجا ، فهي إفراز من جهة ومبادلة من جهة أخرى .

وهذا هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ١١١٦ ، ثم ضربت لنا مثالين على كيفية حصول المبادلة أحدهما بالتلخيصات - حيث يغلب جانب الإفراز - والثاني بالقيمت - حيث يغلب جانب المبادلة .

(١) تاج العروس للزبيدي ٤ / ٦٦ ، المصباح المنير ص ١٧٧ .

(٢) شرح الجلال المحلى على المنهاج بهامش قليوبي وعميرة ٤ / ٣١٧ .

فتنص المادة ١١١٦ من مجلة الأحكام على أن : - "القسمة من جهة إفرار ومن جهة مبادلة مثلا إذا كانت كيلة حنطة مشتركة بين اثنين مناصفة فيكون لكل منهما النصف في كل حبة منها ، فإذا قسمت جميعها إلى قسمين من قبيل قسمة الجمع ، وأعطى أحد أقسامها إلى واحد ، والثاني إلى الآخر ، يكون كل واحد منهما أفرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته .

كذلك إذا كانت عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين ، فيكون لكل واحد منهما نصف حصته في كل جزء منها ، فإذا قسمت قسمين قسمة تفريق ، وأعطى كل واحد منهما قسمة ، يكون كل واحد منهما قد أفرز نصف حصته ، وبادل شريكه بالنصف الآخر نصف حصته^(١).

وهذا يعني أن القسمة أثرا كاشفا في نصف النصيب المفرز ، وأثرا ناقلا في نصف النصيب الآخر .

وعلى أية حال ، فإنه وإن كنا قد بينا اختلاف الفقهاء حول طبيعة القسمة - حيث قال بعضهم بأنها بيع مطلقا ، وقال بعضهم بأنها إفرار مطلقا ، وقال البعض الآخر بأنها إفرار من جهة ومبادلة من جهة فإني سأحاول هنا استعراض ماجاء في الفقه الإسلامي في كل مذهب على حدة ، في محاولة منا للوقوف على أثر القسمة الحقيقي في الفقه الإسلامي .

أولا : الفقه الحنفي : -

القسمة عند الحنفية سواء كانت في المتليات أو القيميات تشتمل على معنى الإفرار وهو أخذ عين حقه ، والمبادلة وهي أخذ عوض حقه من شريكه^(٢).

وعلاوا ذلك بأنه مامن جزء في القسمة إلا وهو مشتمل على النصيبين في جميع الصور ، سواء كان المال المطلوب من ذوات الأمثال ، أو من غير ذوات الأمثال ، لأن ما يأخذه كل واحد من المتقاسمين بعضه كان ملكه لم يستنده من صاحبه ، والبعض الآخر كان لصاحبه ، فأما ما اجتمع في نصيبه من أجزاء مملوكة له ، فهو إفرار وتمييز ، وأما النصف الآخر من نصيبه ، فكان لصاحبه أخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ، وهذا هو معنى البيع .

غير أن الحنفية يقررون أن الإفرار أو التمييز أرجح في المتليات - المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة - .

وعلاوا ذلك بأن أبعاض المتلى لا تتفاوت ، لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه مثل حقه صورة ومعنى ، فأمكن أن يجعل عين حقه ، وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الأمثال .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣ / ١٠٠ ، ١٠١ .

(٢) يراجع في الفقه الحنفي : - الميسوط للمرخصي ١٥ / ٢ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٢ ، ٤١١٣ ، شرح الخلية بهامش نتائج الإنكار ٨ / ٤ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٤ / ١٣٣ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٦٧ ، ١٦٨ .

كما يقرر الحنفية أن المبادلة أو البيع يكون أرجح في قسمة القيميات وذلك لأن أجزاء القيمي متفاوتة ، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه ، لعدم المعادلة بينهما بيقين .
وقد رتب فقهاء المذهب الحنفى على ترجيح الإفراز فى المثليات ، والمبادلة فى القيميات بعض الأحكام منها : -

أ - إذا كان المقسوم مالا مثليا ، فإن لكل شريك أن يأخذ حصته التى أفرزت له بالقسمة فى حال غيبة صاحبه . كما يجوز لكل شريك أن يبيع حصته مرابحة وتولية بعد القسمة بنصف الثمن ، وذلك لأن ما يأخذه كل من الشريكين مثل حقه فكان بمنزلة أخذ العين ، فأخذ المثل فى القرض كأخذ العين ، ولذا فقد جعل بمنزلة ذلك .

أما إذا كان المقسوم مالا قيميا ، فإنه لايجوز للشريك أخذ حصته فى غيبة صاحبه ، ولو اشترياه فاقسماه ، فلا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء والقسمة ، لأنه لم يأخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما (١).

ب - لاتجوز قسمة المثليات مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة ، وذلك لاعتبار معنى المبادلة فيها .

فلو كان هناك زرع مشترك بين رجلين ، وقد سنبل الزرع ، فأرادا قسمة الزرع دون الارض فلا تجوز قسمته ، لأن القسمة تكون بطريق المجازفة ، ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة فى الأموال الربوية (٢).

ج - ويجبر الشريك على القسمة بطلب من الشريك الآخر ، وذلك فى المال غير المثلى متحد الجنس لما فيه من معنى الإفراز ، ولكن لايجبر غيره على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت ، حيث إن ما يوفيه ليس عين حقه ، بل عوضا عنه ، غير أن توافقهم عليها جائز ، لأن الحق لهم .

أما إذا لم يمكن الشريك الوصول إلى حقه بدون مبادلة ، فيجبر على المبادلة كما فى قضاء الديون (٣) ، كما قد جرى الجبر فى المبادلة عند تعلق حق الغير بها كما فى الشفعة وبيع ملك المدينون وفاء لدينه (٤).

(١) تكملة فتح القدير ٨ / ٣ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٠٤ وبيع المرابحة : هو بيع ما اشتراه بما شراه به وزيادة عليه معلومة من الربح .

وبيع التولية : بيع ما ملكه بمثل ما قام عليه ، بلا زيادة عليه ولا نقص منه .
يراجع / مجمع الأثر ٧٤ / ٢ ، أنيس الفقهاء ص ٢١١ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٣ الجراف : بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عد .
وحده ابن عرفة : بأنه بيع ما يمكن علم قدره ، دون أن يعلم .
جواهر الإكليل ٨ / ٢ .

(٣) مجمع الأثر ٢ / ٤٨٨ .

(٤) حاشية الطحطاوى ٤ / ١٢٣ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٥٥ .

ثانيا : الفقه المالكي : -

وقد بين المالكية أن طبيعة القسمة تختلف باختلاف أنواعها ، وقسمة الأعيان عند المالكية ثلاثة أنواع : -

أحدها : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل : -

وهي تمييز حق أو إفراز وليست بيعا ، وذلك على المشهور من المذهب (١).

ويترتب على ذلك مايلي : -

أ - أنه يرد فيها بالغين ، ويجبر عليها من أباهما .

ب - أنها لا تكون إلا فيما تماثل - كصوف وصوف - أو تجانس - كصوف وحرير ، ولا تجوز في شيء من المكمل والموزون ، لأنها تحتاج إلى تقويم .

الثاني : - قسمة مرضاة بعد تقويم وتعديل : -

والأظهر في هذا النوع أنه بيع من البيوع ، وهذا هو المشهور في المذهب .

الثالث : - قسمة مرضاة بغير تعديل ولا تقويم (٢) : -

وهذه بيع من البيوع بلاخلاف في المذهب .

ويترتب على النوعين الأخيرين مايلي : -

أ - لا تكون إلا برضاء الجميع فلا يجبر عليها من أباهما .

ب - لا يرد فيها بالغين حيث لم يدخل مقوما .

ج - يجمع فيها بين الأجناس والأصناف ، والمكمل والموزون ، حاشى مايدخر من الطعام مما لا يجوز فيه التفاضل .

وهناك قول في المذهب المالكي مروى عن الإمام مالك أن القسمة بجميع أنواعها بيع من البيوع .

قال بعض أصحاب مالك : - إنها تمييز حق مطلقا ، لأنها تكون في كثير من الأحوال على غير اختيار المتقاسمين ، ولما يدخل في القسمة في القرعة من المخاطرة التي تنافي الشرع (٣).

(١) معين الحكم ٢ / ٥٩٨ ، شرح الخرشي ٤ / ٤٠١ .

(٢) معين الحكم ٢ / ٥٩٨ ، ٥٩٩ ، الشرح الصغير ٥ / ١٥٩ ، ١٥٩ ، شرح الزرقاني ٦ / ١٩٥ .

(٣) معين الحكم على القضايا والأحكام ٢ / ٥٩٨ ، المنقلى للبلجي ٦ / ٤٩ ، الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ .

فواضح مما سبق أن المالكية مختلفون في تحديد طبيعة للقسمة ، فمن لاحظ منهم جانب الإفراز فيها قال بأنها إفراز ، ومن لاحظ جانب المبادلة فيها قال بأنها بيع ، ولكنها ليست واحدا منهما على إطلاق ، بدليل أن من قال بأنها مبادلة لم يقل بأنها بيع ، بل قال بأنها كالبيع (١) ، فينطبق عليها من أحكام البيع ما يتناسب مع طبيعتها .

ثالثا : الفقه الشافعي : -

تختلف طبيعة القسمة لدى فقهاء المذهب الشافعي باختلاف ما إذا كانت قسمة أجزاء ، أو تعديل ، أو كانت مشتملة على رد عوض .

أ - قسمة الأجزاء : -

وتسمى قسمة المتشابهات . والأظهر في المذهب الشافعي أن قسمة الأجزاء إفراز لما كان يملكه كل شريك من قبل ، وليست بيعا ، لأنها لو كانت بيعا لما دخلها الإجماع ، ولما جاز الاعتماد فيها على القرعة .

ومقابل الأظهر : - أنها بيع وذلك لأن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركا بينهما ، وعند القسمة يبيع كل شريك ما كان له في حصة صاحبه بما له في حصته .

ب - قسمة التعديل : -

فيها طريقان عند الشافعية : -

الطريق الأول القاطع للخلاف : أنها بيع على المذهب ، لأن كل جزء مشترك بينهما ، وإنما دخلها الإجماع للحاجة كبيع الحاكم مال المدينون جبرا .

أما الطريق الثاني الحاكي للخلاف فعلى قولين : -

الأول : - إنها إفراز .

الثاني : - إنها بيع .

ج - قسمة الرد : -

المشهور في المذهب أنها بيع ، لوجود حقيقته التي هي مقابلة المال بالمال .

وقيل : - بيع فيما يقابل المردود ، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل (٢) .

(١) شرح الخرشى ٤ / ٤٠١ .

(٢) يراجع في ذلك / مضي المحتاج ٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، روضة الطالبين ١١ / ٢١٤ ، ٢١٥ ، شرح المنهج للأصمري بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٦ ، حاشيتا شرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج ١٠ / ٢٠٦ ، الشركلوى على التحرير ٢ / ٤٩٩ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢ / ٢٢٧ ، حاشية البيجورى على ابن القاسم ٢ / ٣٥٢ وما بعدها .

وقد رتب الشافعية على هذا الخلاف آثاراً ، فقالوا بأنه : -

(١) - إذا قلنا : - القسمة بيع ، فاقسما ربويا ، وجب التقابض فى المجلس ، ولم تجز قسمة المكيل وزنا ولا العكس ، ولا يجوز قسمة الرطب والعنب ، وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء ، وإن قلنا : - إفرار ، جاز كل ذلك .

(٢) - اقسما ، ثم تقايلا ، إن قلنا : - القسمة بيع صحت الإقالة ، وعاد الشيوع ، والا فهى لاغية .

(٣) - قسمة الملك عن الوقف ، إن قلنا : - بيع ، لا يجوز ، وإن قلنا : - إفرار ، جازت^(١) .

فواضح مما سبق أن فى المذهب الشافعى خلافا حول طبيعة القسمة أهى إفرار أم بيع . ومع ذلك فإنى أرى أن الشافعية حينما يطلقون أيهما ، لا يقصدون بذلك أن القسمة إفرار مطلقا ، أو بيع مطلقا ، بل فيها معنى الإفرار والبيع ، ولكن قد يقوى أحدهما ويظهر فى بعض المقسومات دون البعض .

ويتأيد ذلك عندى بما قاله الإمام الرافعى : - " واعلم أن القول بأن القسمة بيع ، لا يمكن إجراؤه على إطلاقه ، لأن النصف الأيمن الذى يأخذه زيد كما أنه لم يكن كله لزيد ، حتى يقال القسمة إفرار ، والنصف الأيسر لم يكن كله له ، حتى يقال : - إنه باعه من عمرو ، بل النصف الذى أخذه ، كان نصفه له ، ونصفه لصاحبه ، فالقسمة إفرار فيما كان له فيه ، وبيع فيما كان لصاحبه^(٢) .

رابعا : المذهب الحنبلى : -

وقد فرقوا بين قسمة الإيجاب والتراضى : -

أما قسمة الإيجاب فهى إفرار حق ، إلا ماروى عن عبد الله بن بطة من أنها بيع .

أما فى قسمة التراضى فقد فرقوا فيها بين القسمة التى اشتملت على رد ، وبين التى لم تشمل .

أما التى لم تشمل على رد : - فهى إفرار وتمييز حق .

أما التى تشتمل على رد : فهى بيع ، وقيل : - هى بيع فيما يقابل الرد إفرار فى الباقي^(٣) .

(١) ولمزيد من التطبيقات يرجع / روضة الطالبين ١١ / ٢١٥ ، ٢١٦ ، أسنى المطالب ٤ / ٣٣٦ ، حاشية الحاج إبراهيم على الأكواد ٢ / ٥٠٦ ، حلية الطعام للفتاوى ٨ / ١٦٨ ، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥٩/١٢ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى ١٢ / ٥٥٨ .

(٣) يرجع فى المذهب الحنبلى : - المغنى مع الشرح الكبير ١١ / ٤٩٢ ، الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٢ ، ٤١٥ ، الكلى لابن قدامة ٤ / ٣١٩ ، الإصناف ١١ / ٣٣٤ ، ٣٤٧ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٢٠ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، اللعة شرح الصدة ٢ / ٢٣٩ ط دار الكتب العلمية .

ويترتب على ما إذا كانت القسمة إقراراً أو بيعاً بعض الأحكام ، فإذا كانت القسمة إقراراً فإن أحكامها تختلف عما إذا كانت القسمة بيعاً كما يلي : -

أ - أنها لا تقتصر إلى لفظ التمليك .

ب - لا تجب فيها الشفعة .

ج - يلزم فيها إجبار الممتنع .

د - تلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر .

هـ - يجوز فيها قسمة الثمار خرساً - أى بحسب تقدير الخارص - والمكيل وزناً ، والوزن كيلاً ، والتفرق قبل القبض .

و - لا يحث بها من حلف أن لا يبيع .

ز - إن كان العقار وقفاً ، أو نصفه جازت القسمة .

ح - يصح قسم لحم هدى ، ولحم أضاحى .

فإذا قلنا بأن القسمة بيع فإن جميع هذه الأحكام تنعكس ، فلا يجوز شئ من ذلك ، لأن بيعه غير جائز (١).

خامساً : المذهب الظاهري : -

ذكر ابن حزم أن القسمة تميز حق كل واحد من الشركاء وتخليصه ، وليست بيعاً (٢).

سادساً : مذهب الشيعة الإمامية : -

أما الإمامية فهم كالظاهرية يقررون أن القسمة تميز حق لكل شريك من غيره ، فهي إقرار وليست بيعاً ، سواء كان فيها رد أو لم يكن .

وبناء عليه تجوز قسمة الثمار خرساً ، والمكيل وزناً وبالعكس .

ولاشتت الشفعة للشريك بها ، ولا تبطل بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض في البيع ، وعدم خيار المجلس (٣).

سابعاً : مذهب الشيعة الزيدية : -

فقالوا بأن قسمة القيمي المختلف كالبيع في بعض الأحكام وتخالفه في البعض الآخر .

(١) ولمزيد من التطبيقات يرجع : - الكافي / ٤ / ٣١٩ ، الإصناف / ١١ / ٣٤٨ ، وما بعدها ، شرح منتهى الإرادات / ٣ / ٥١٣ ، قواعد لابن رجب الحنلي ص ٤١٢ ، وما بعدها ، لعدة شرح لصدة ٢ / ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٢) المطلى لابن حزم ٨ / ٥٦٠ .

(٣) يرجع في المذهب الإمامي : - شرايع الإسلام ٢ / ١٣٢ ، جواهر الكلام ٢٦ / ٣٠٩ ، قواعد الأحكام ٢ / ٢١٨ ، للمعة المشقة ٣ / ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، فقه الإمام جعفر لمحمد جواد مغنية ٤ / ١١٥ .

وقيل : - بل إفرار ، وإلا افتقرت إلى إيجاب وقبول .

ورد ذلك بأن القسمة عبارة عن معاوضة مال بمال فأشبهت البيع ، ولم يعتبر العقد للإجماع .

أما قسمة المثليات : - فهي إفرار ، لأنه لا معنى للبيع فيها ، وإنما قسمته لإخراج النصيب عن الشيوع .

وقيل هي كالبيع ، إذ كل منهما قد استحق بعض نصيب شريكه ببذل (١).

وهناك قول عند الزيدية بأن القسمة إفرار في الكل (٢) .

فواضح أن الزيدية لم يتفقوا على قول واحد حول طبيعة القسمة فهم يرجحون جانب الإفرار على جانب البيع ، حينما يكون الإفرار واضحا في المقسوم ، والعكس صحيح .

إلا إنهم حينما يرجحون جانب البيع يقرون أن القسمة كالبيع في بعض الأحكام وتخالفه في البعض الآخر . الذي لا يتناسب مع طبيعة القسمة .

ويرتب الزيدية بعض الآثار على اختلاف حكم القسمة بين ما إذا كانت إفراراً أو بيعاً .

فعلى القول بأن القسمة إفرار ، فإنها تخالف البيع في بعض الأحكام منها : -

أ - يجبر من امتنع منها ويتولاها واحد .

ب - لا تثبت فيها الشفعة ، حيث إن الشفعة تثبت في البيع لا في القسمة .

ج - لا يحث بها من حلف أن لا يبيع .

د - لا يعتبر فيها التقابض قبل الافتراق في الجنس الواحد .

هـ - لكل متقاسم أن يأخذ نصيبه من المكيل أو الموزون ، ولا يشترط في ذلك رضا الشريك أو حضوره .

و - تجوز القسمة جزافاً ، أو مع التفاضل في الجنس الواحد مع التراضي .

أما على القول بأن القسمة بيع ، فإنه يترتب عليها أحكام البيع ، فتعكس كل الأحكام السابقة (٣).

ثامناً : مذهب الإباضية : -

وهم يفرقون بين قسمة المراضاة ، وقسمة القرعة كالمالكية .

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٤ ، شرح الزهار ٣ / ٣٨٤ وما بعدها .

(٢) وهو قول الهادي والقاسم ، شرح الزهار ٣ / ٣٨٤ .

(٣) شرح الزهار ٣ / ٣٨٧ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٤ .

فقسمه المراضاة عندهم كالبيع ، فيجوز فيها ما يجوز في البيع .

وقيل : - هي تمييز حق .

وأما قسمة القرعة فالصحيح أنها تمييز حق أو إفراز .

وقيل : - هي كالبيع^(١) .

والقسمة عند الإباضية تشبه البيع في بعض الأحكام ، وتخالفه في البعض الآخر^(٢) .

بعد عرض آراء المذاهب الفقهية المختلفة في طبيعة القسمة نجد أن بعض الفقهاء قد قال بأن القسمة بيع ، فتكون ذات أثر ناقل للملكية كالإمام مالك ، وابن بطه من الحنابلة .

وبعضهم قال بأن القسمة تمييز حق أو إفراز محض ، فتكون ذات أثر كاشف ومقرر للملكية وذلك كالظاهرية والشيعة الإمامية وبعض الزيدية .

والبعض من الفقهاء يقول بأن القسمة ذات أثر يختلف باختلاف أنواعها ، فبعض الأنواع تكون القسمة فيها تمييز حق أو إفراز ، والبعض الآخر تكون القسمة فيه بيع .

على أنه بعد التحقيق كما بينت وجدنا أنهم يقررون أن القسمة تشتمل على الوصفين معا - الإفراز والبيع - ، فليست بيعا مطلقا أو إفرازا مطلقا ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو ما رجحناه - كما سبق بيانه - فلا تخلو القسمة عن معنى المعاوضة ، كما لا تخلو عن معنى الإفراز ، كما يرجح جانب البيع أو المبادلة في قسمة القيميات .

وليس مردُّ هذا إلى التفرقة في معنى القسمة وطبيعتها في الحالين ، لأن المعنى فيها واحد ، وإنما مرده إلى أمر خارج عنها وهو تماثل المال المقسوم تماثلا لا يتحقق معه معنى المبادلة على وضعه الصحيح المعروف في مبادلة الشيء بغير مثله .

وعلى هذا يكون نظر الفقه الإسلامي متجها إلى اعتبار القسمة في ذاتها منشئة للحق فيما لم يكن ملكا للمتقاسم من قبل ، كاشفة له فيما كان مملوكا له من قبل ، وإن اعتبروها كاشفة له في المتلى على العموم ، بسبب خارج عنها .

وبناء على ما سبق يتضح أن جمهور الفقه الإسلامي يرون أن للقسمة أثرا مزدوجا ، فهي من ناحية تشتمل على معنى الإفراز ، وهو أخذ كل من المتقاسمين عين حقه ، وهو ما يعبر عنه بالأثر الكاشف .

كما أنها من ناحية أخرى تشتمل على معنى المبادلة ، وهو أخذ كل من المتقاسمين عوضا عن حقه من نصيب صاحبه ، وهو ما يعبر عنه بالأثر الناقل .

(١) لمذهب الإباضية كمذهب المالكية - يراجع / شرح التنزيل وشفاء العليل ١٠ / ٤٨٠ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ .

(٢) الإيضاح للشماخي ٧ / ٨٥ .

المطلب الثاني

الإفراز كأثر للقسمة في القانون المدني

يقصد بإفراز المال الشائع : اختصاص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع .

وهذا هو الأثر الجوهرى للقسمة بنوعيتها الاتفاقية والقضائية .

وإذا كانت القسمة تعمل على اختصاص الشريك بجزء مفرز يختص به دون غيره من الشركاء ، فإنه من الضروري أن يحصل كل شريك على الحصة التى آلت إليه بموجب القسمة خالية من كل القسمة خالية من كل التصرفات السابقة على القسمة ، والتى يكون أحد الشركاء قد رتبها عليها قبل القسمة .

ومن أجل ذلك جاء نص القانون المدنى مقررا ذلك فى المادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه : - " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص " .

وبهذا النص يكون المشرع المصرى قد اعتمد فكرة الأثر الرجعى كضمان لحصول كل شريك على حصته خالية من تصرفات الشركاء قبل إجراء القسمة .

وهذا ما أشارت إليه مذكورة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى فى تعليقها على هذا النص ، حيث ذكرت أن : - " القسمة سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية ، وبسواء كانت القسمة القضائية عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها اثران : -

(١) يكون لها أثر رجعى فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص . ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررّة أو كاشفة للحق ، ويترتب على هذا الأثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك فى جزء مفرز بوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة" (١) .

وواضح أنه قد ورد فى هذا القول تعبيران : - الأثر الرجعى والأثر الكاشف .

والتعبران غير مترادفين ، فلكل منهما معناه : -

فالأثر الكاشف يعنى أن القسمة لا تنشئ للمتقاسم حقا جديدا لم يكن له ، ولكنها تكشف عن حق ثابت له من قبل .

أما الأثر الرجعى فإنه يعنى أن المتقاسم يعتبر ما حصل عليه بموجب القسمة ملكا له ليس من وقت القسمة ، ولكن منذ أن بدأ الشيوع ، وأن مالم يحصل عليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له فى أى وقت .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ / ١٢٨ .

وفى الحقيقة أن هذين الأثرين - وهما يعتبران تكييفاً للإقرار المترتب على القسمة - كانا محل جدل كبير بين شراح القانون قديماً وحديثاً ، كما أن المادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى قد أثارت أيضاً جدلاً كبيراً بشأنها فى الفقه الوضعى حول الأثر الرجعى والأثر الكاشف ، والأثر الناقل للقسمة ، نبينه فيما يلى .

وعلى أية حال فإننا سنقوم بتوضيح محتوى المادة ٨٤٣ ، وما تعلق بشأنها من جدال فى الفروع التالية : -

الفرع الأول : - دراسة تاريخية لأثر القسمة ، وبيان موقف الفقه المصرى من المادة ٨٤٣ مدنى .

الفرع الثانى : - الأثر الكاشف والأثر الرجعى وما يتعلق بهما .

الفرع الأول

دراسة تاريخية لأثر القسمة وبيان موقف الفقه من المادة ٨٤٣ مدني

وهو ينقسم إلى غصنين :-

الغصن الأول :- التطور التاريخي لتحليل عملية الإفراز التي تترتب على القسمة.

الغصن الثاني :- بيان موقف الفقه المصري من المادة ٨٤٣ مدني .

الغصن الأول

التطور التاريخي لتحليل عملية الإفراز التي تترتب على القسمة :

لقد كان تكييف الإفراز الذي يترتب على القسمة محل عدة تطورات نوجزها فيما يلي :-

الإفراز عملية نافذة للملكية في القانون الروماني :-

كان القانون الروماني يعتبر القسمة نافذة للملكية ، وذلك على أساس أن جميع الشركاء أثناء الشيوع يملكون كل ذرة من ذرات المال الشائع ، حيث يكون لكل واحد منهم حصة في كل ذرة ، فإذا ما حصلت القسمة أصبح كل منهم هو المالك الوحيد لما وقع في نصيبه ، ولم يعد للآخرين أى حق في هذا النصيب .

ومعنى ذلك أن مقايضة تمت في شأن الحصص الشائعة ، حيث نزل كل شريك للآخرين عن حصته في أنصبتهم ، وتلقى في مقابل ذلك مال هؤلاء من حصص في نصيبه^(١) .

وبهذا يتحقق الإفراز نتيجة عملية مبادلة أو مقايضة ، ولما كانت المبادلة نافذة للملكية ، فإن القسمة التي أجرت هذه المبادلة تكون هي أيضا نافذة للملكية^(٢) .

ولذلك فإنه عند قسمة التركة فإن كل متقاسم يعتبر خلفا مباشرا للمورث بالنسبة إلى حصته الشائعة التي كانت له من أول الأمر في نصيبه الذي اختص به عن طريق القسمة ، ويعتبر خلفا لغيره من المتقاسمين بالنسبة لباقي الأجزاء^(٣) .

وبذلك فإن سند تملك المتقاسم للجزء المفروز الذي آل إليه بالقسمة هو السند الأصلي للملكية الشائعة كالميراث مثلا ، بالنسبة لما كان له من حصة شائعة في ذلك الجزء المفروز ، وهو القسمة بالنسبة لما كان لشركائه من حصص في ذلك الجزء^(٤) .

وبذلك يظهر لنا أن فقهاء القانون الروماني كانوا يرتبون على القسمة أثر مزدوجا كاشفا وناقلا ، ولكن مع تغليب الأثر الناقل على الأثر الكاشف^(٥) .

(١) د / عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٤٤ ، د / مصطفى الجمال - مرجع سابق - ص ١٨١

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٥٠ .

(٣) د / منصور مصطفى منصور - تحليل أثر الأموال الشائعة وحمايتها لكل شريك من تصرفات غيره - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦٤ ص ١٠٩

(٤) د / إسماعيل غنم - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٠٣ .

(٥) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٥٠ .

وقد رتب فقهاء القانون الرومانى على ذلك أن الرهن الذى ينشئه أحد الشركاء أثناء الشيوع على حصته يظل قائما على كل العقار المرهون رغم وقوع القسمة ، حتى لو قسم هذا العقار بين الشركاء أو اختص به شريك غير الراهن ، إذ يؤول العقار إلى غير الراهن محملا بالرهن بقدر الحصة التى كانت للشريك الراهن فيه ، ولما كان الرهن لا يقبل التجزئة ، فإن المتقاسم لا يستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا وفى بالدين كله .

كما ترتب على هذا التصوير أثر آخر من الناحية الضريبية ، حيث أصبح كل متقاسم ملزما بأن يدفع الرسوم المفروضة على نقل الملكية^(١) .

تطور فكرة الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف فى القانون الفرنسى : -

وقد تأثر القانون الفرنسى القديم بتكييف القانون الرومانى لأثر القسمة واعتبارها ناقلة ، وظل هذا التصوير سائدا حتى أواخر القرن الرابع عشر ، فبدأت تظهر فكرة الأثر الكاشف ، على أثر ظهور النتائج الضارة لتطبيق فكرة الأثر الناقل للقسمة ، والتى تجلب بوضوح فى نطاق القانون المدنى ، وفى نطاق القانون المالى^(٢) .

حيث كثر الالتجاء إلى الرهن العقارى بشكل لفت النظر إلى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن فى حق الشركاء بعد القسمة ، تأسيسا على اعتبار القسمة ناقلة للملكية إلى الشريك فيما يتعلق بحصص شركائه فى الجزء الذى اختص به .

إذ كان يكفى أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمى حتى تصبح جميع أمواله - ومنها ما قد يكون له من حق شائع - مرهونة لضمان هذا الالتزام ، فى الوقت الذى كان فيه هذا الرهن العام خفيا ، إذ لم يكن نظام الشهر معروفا .

كذلك ظهرت خطورة ما يودى إليه هذا التصوير من نتائج ، فى إخضاع القسمة للضرائب ، والرسوم ، المفروضة على نقل الملكية ، بالإضافة إلى الضرائب التى يكون الشركاء قد دفعوها عند انتقال الملكية إليهم عند تملكهم للمال الشائع^(٣) .

وإزاء هذه النتائج الضارة غير العادلة اتجه الفقه والقضاء فى عهد القانون الفرنسى إلى تصوير آخر للقسمة يودى إلى عكس هذه النتائج ، وظهر ذلك فى كتابات بوتيه ، حيث يقول : - " لاعتبر القسمة سند تملك ، وإنما هى فحسب تصرف محدد للأشياء التى يتلقاها الوارث فكل واحد من الورثة لا يرث سوى جزءا ، وهذا الجزء يتعين بالقسمة " .

(١) د/ الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٤ ، إسماعيل غقم - المرجع السابق - ص ٢٠٣ .

(٢) د/ إسماعيل غقم - المرجع السابق - ص ٢٠٤ .

(٣) د/ مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٨٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - تحليل أثر قسمة

الأموال الشائعة - مرجع سابق - ص ١١٤ ، د/ إسماعيل غقم - مرجع سابق - ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ ،

د/ البدر لوى - حق الملكية - ص ٢٢٣ .

ويقول : " وبمقتضى الأثر الرجعى للقسمة يعتبر الوارث خلفا للمورث فيما يتعلق بالأشياء التى وقعت فى نصيبه ، ويعتبر أنه لم يتلق شيئا من الورثة الآخرين بطريق القسمة^(١) .

فهذا القول يصور القسمة تصويرا جديدا ، فيعتبرها كاشفة للحق محددة له ، وليست ناقلة ، كما يجعل لها أثرا رجعيا ، بمعنى أن تحديد مايؤول إلى الشريك بمقتضى القسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشبوع^(٢) .

وعند وضع المجموعة المدنية الفرنسية - قانون نابليون - كان طبيعيا أن يلجأ واضعوها إلى كتابات بوتيه ، فقد كانت هى المصدر الأساس الذى استمدوا منه معظم نصوصهم ، لتحديد آثار القسمة ، فنقلت المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى عبارة بوتيه نقلا يكاد يكون حرفيا^(٣) .

وكذلك فعل التقنين المدنى المصرى القديم فى المادة ٤٥٧^(٤) .

ثم انتقل هذا القول إلى المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى الحالى ، والتى تنص على أنه : -
يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشبوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص^(٥) .

(١) يراجع فى هذا د / إسماعيل غام - المرجع السابق ص ٢٠٦ والمراجع الفرنسية التى أشار إليها فى هذا الشأن .

(٢) د / الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٥ .

(٣) د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٥٢ ، د / الصدة - مرجع سابق - ص ٢٤٥ .

(٤) أما التقنين المدنى المختلط فقد نص فى المادة (٥٥٥) على أن : - "قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته قبل القسمة لمن وقت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع " .
يفهم مما سبق أن القسمة ناقلة للملكية لا كاشفة .

ومع ذلك فقد كان القضاء المختلط يجرى على أن القسمة كاشفة ، وذلك بحجة أن الشارع المصرى لم يقصد مخالفة القانون الفرنسى .

يراجع فى هذا د / محمد كامل مرسى - الحقوق المدنية الأصلية - ٢ / ٢٣٦ ، د / الصدة - مرجع سابق - ص ٢٤٥ هامش ٢ ، د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٤٦ هامش ٢ .

(٥) ويقابل هذه المادة من التشريعات العربية : -

- القانون المدنى الليبى (المادة ٨٤٧) وهو نص مطابق تماما لما جاء فى المادة ٨٤٣ من القانون المدنى المصرى .

- القانون المدنى السوري (المادة ٧٩٧) وهو مطابق أيضا .

- القانون المدنى العراقى - المادة ١٠٧٥ - وتنص على أن : - "ترجع جهة الإقرار على جهة المبالغة فى القسمة فيعتبر كل متقاسم له كان دقما مالكا للحصة المفروزة التى آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئا فى بقية الحصص " .

فالقسمة فى القانون العراقى مترددة بين الإقرار والمبالغة ، ومع ذلك فأنها ترجع جهة الإقرار على المبالغة ، د / صلاح الدين الناهى - مرجع سابق - ص ١٦٨ . -

ومن الملاحظ على نصوص التقنينات الفرنسية والمصرية أنها قد اقتصررت على نقل عبارة بويته فيما يتعلق بالأثر الرجعى للقسمه ، وأغفلت عبارته فى أثرها المحدد أو الكاشف ، وهذا يرجع إلى ما شاع من خلط بينهما حتى اعتبر مدلولهما واحدا ، فأصبح يذكر أحدهما للدلالة على الآخر ، مع أنه لا ترادف بينهما ، إذ هما يختلفان فى الأساس وفى نطاق التطبيق :-

فالأثر الكاشف للقسمه : -

يستند إلى الحقيقة ، إذ هو مستمد من طبيعة القسمه ، حيث يبين أن القسمه ليست سندا تملك المتقاسم لما آل إليه ، وإنما هى تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوع ، ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التى يودى إليها الأثر الكاشف يؤخذ بها دون تضيق .

أما الأثر الرجعى للقسمه : -

فهو محض افتراض ، إذ أن معناه اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ بدء الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص ، وهذا يخالف الحقيقة ، لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد حق الشريك خلالها على الشئ كله . ويترتب على ذلك أن هذا الأثر لا يؤخذ به إلا فى حدود الغرض الذى دعا إلى تقريره ، وهو حماية الشريك من التصرفات التى قرررها غيره من الشركاء على العين الشائعة أثناء الشيوع (١) .

الفصل الثانى

بيان موقف الفقه المصرى من المادة ٨٤٣ مدنى

لبيان موقف فقهاء القانون المصرى من المادة ٨٤٣ فإنه ينبغى علينا أن نبين آراءهم أولا حول أثر القسمه كما يلى : -

أولا : - رأى الفقه المصرى فى أثر القسمه : -

اختلف فقهاء القانون فى مصر حول تكليف الإقرار بإنفاذ عمليه القسمه ، والتى يعتبر أثرها الجوهري .

- القانون المدنى اليمنى - المادة ١٣١٤ - وهو متفق مع القانون المدنى المصرى فى الحكم - د / جميل الشرقاوى - حق الملكية فى القانون المدنى اليمنى - ص ١٥٨ .

- قانون الموجبات والحقود للبنانى المادة ٩٤٦ ، وهو متفق أيضا فى الحكم مع القانون المدنى المصرى .

- قانون المدنى الكويتى - المادة ٨٣٨ ، وهى تخالف المادة ٨٤٣ مدنى مصرى ، لأنها تعتبر القسمه نافذة وليست كاشفة . د/ إبراهيم أبو الليل - أحكام حق الملكية - ص ١٨٤

(١) د / الصده - مرجع سابق - ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، د / إسماعيل غانم - مرجع سابق - ص ٢٠٧ وما بعدها ، د / حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٥٢٠ وما بعدها .

(١) فذهب رأى فى الفقه^(١) إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها لا كاشفة ، وأن ما ذهبت إليه النظرية التقليدية فيما يتعلق بحقيقة أثر القسمة على أساس أنها ناقلة هى الأولى بالقبول .
أما الأثر الكاشف فهو نص مجازى أريد به حماية المتقاسم من تصرفات غيره من الشركاء والتي تم إبرامها أثناء الشيوخ .

ويمكن الاستغناء عن هذا الأثر الكاشف بالبحث عن وسيلة فنية ، يتم بها حماية الشريك من تصرفات شريكه ، كان يتم نقل الحقوق التى رتبها الشريك على حقه الشائع إلى ما يقع فى نصيبه عند القسمة .

(٢) وذهب رأى ثان^(٢) إلى أن الأثر الحقيقى للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل .

فلو قلنا إن أرضا يملكها اثنان على الشيوخ ، لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتراحم عليها ملكية كل منهما ، فإذا اقتطعنا أى جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتراحم عليه ملكية كل منهما ، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وأفرزنا نصيب كل منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الآخر ، بعد ما كان مملوكا للشريكين ، لكل منهما النصف .

فالإقرار إذن ثبت للشريك فى هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة فى النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة فى النصف الآخر ، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة فى جميع النصيب المفرز .

ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف فى نصف النصيب ، وأثر ناقل فى النصف الآخر ، فيكون للقسمة إذن بطبيعتها أثر مزدوج كاشف وناقل .

ويستطرد صاحب هذا رأى إلى القول : - بأن هذين الأثرين يتعارضان ، فيجب أن تغلب أثراً على الآخر حسب مقتضيات العملية . ولما كانت مقتضيات العملية التى تستدعى تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التى تستدعى تغليب الأثر الناقل ، فقد سار القانون المدنى المصرى على جعل القسمة ذات أثر كاشف فى جميع الأحوال .

(٣) ويذهب غالبية^(٣) الشراح فى مصر إلى التقسيم بأن للقسمة أثراً كاشفاً ، ويميزون بينه وبين الأثر الرجعى ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثانى .

(١) د / منصور مصطفى منصور - حق الملكية - ص ٢٢٠ ، ويوافق فى رأى د / مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٩٠ .

(٢) د / السنهورى - الوسيط ٨ / ٩٤٨ ، ٩٤٩ ، ومن التشريعات العربية التى استقرت على أن القسمة أثراً مزدوجاً كاشفاً ونقل ، القانون المدنى الأردنى .

يراجع د / محمد وحيد الدين سولر - حق الملكية فى ذاته فى القانون المدنى الأردنى - ص ١٦٢ .

(٣) د / إسماعيل غانم - مرجع سابق ص ٢٠٩ ، ٢١١ ، ٢٤٩ ، ومبعدها ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٦ ، ٢٥٨ ، د / حسن كبره - المرجع السابق - ص ٥١٢ .

فيرون أن الأثر الكاشف هو من طبيعة القسمة ، وأن الأثر الرجعى أمر صناعى ومفترض .

ويرتبون على ذلك أنه إذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة ، وأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة وطبيعتها ، فلا محل للتضييق فى تطبيقه .

وأنه لما كان الأثر الرجعى مجرد افتراض لا يطابق الواقع - لأنه لا يمكن محو مرحلة الشيوع التى أعقبت موت المورث وبقيت إلى أن تمت القسمة - فإنه يجب أن يعمل فقط فى حدود الحكمة التى أمّلته ، وهى حماية المتقاسمين من الحقوق التى تقررت من قبل أحدهم على العين الشائعة أثناء الشيوع ، بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفروض خلوصا كاملا .

(٤) وهناك رأى رابع^(١) فى الفقه المصرى ، يرى أن الأثر الكاشف للقسمة ، وما يستتبعه من أثر رجعى يعد من قبيل الافتراض القانونى ، فهو مجاز وليس حقيقة .

لأن الحقيقة أن المتقاسم لم يعتبر مالكا لما آل إليه بالقسمة إلا بعد تمام القسمة ، أما قبل القسمة فلم يكن المتقاسم مالكا إلا لحصة شائعة فى المال المقسوم كله ، فإذا اعتبرنا المتقاسم على خلاف هذه الحقيقة مالكا لما آل إليه بالقسمة وغير مالك لباقي الحصص ، فبما يكون ذلك على سبيل المجاز أو القرض ، لتبرير وتفسير الأحكام التى تترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق .

ثانيا : موقف فقهاء القانون المدنى المصرى من المادة ٨٤٣ مدنى : -

إزاء تضارب آراء فقهاء القانون فى مصر ، حول تكييف الأثر المترتب على عملية القسمة ، فقد كان لهم موقف بشأن المادة ٨٤٣ مدنى مطالبين بتعديلها ، إلا أنه تضاربت آراؤهم فيما يجب إدخاله من تعديل على المادة ٨٤٣ وذلك على النحو التالى : -

(١) فذهب البعض^(٢) إلى ضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدنى اعتمادا على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، كما أن هذا الأثر الكاشف يحقق المقصود من الأثر الرجعى .

ويقول أنصار هذا رأى : إن " فى هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة وللقسمة ، لم تعد للأثر الرجعى ضرورة تقتضيه ، فتصرف الشريك أثناء الشيوع فى الشئ الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، إلا أنه لا يكون نافذا قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم ، ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذى تصرف فيه الشريك فى نصيب شريك آخر ، إذ إن الشريك الذى اختص بذلك الجزء ليس خلفا للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ،

(١) د / محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٤٤ ، د / محمد إيبى شنب - المرجع السابق - ص ٣١٥ ، د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢ / ٢٣٧ ، د / عبد العزيز عامر - المرجع السابق - ص ١٤١ .

(٢) د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٤٩ وما بعدها .

فيظل التصرف غير نافذ ، وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفروز ، ويتحقق حمايته من الحقوق التي تفررت من قبل متقاسم آخر ، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعي للقسمة ^(١) . ونوقش هذا ^(٢) : -

بأن صحة هذا الرأي تتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلاً للمناقشة والأخذ والرد ، ويوجد رأي يعارضه ، فذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها .

(٢) وذهب البعض ^(٣) إلى ضرورة تعديل نص المادة ٨٤٣ مدني ، بما يستبعد الأثر الرجعي للقسمة ويبرز أثرها الكاشف ، وفي رأي أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتي : - " يعتبر المتقاسم مالاً للنصيب المقسوم بناء على العند الذي تملك به في الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبته غيره من الشركاء " ^(٤) . ويؤخذ على هذا الرأي : -

بأنه فضلاً عن أنه يذهب إلى أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو رأي لا يزال محلاً للنظر كما سبق ، فإنه يقتصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التي تترتب عليه ، ويغفل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء .

من ذلك ، هل يجوز اعتبار القسمة سبباً صحيحاً في التقادم القصير ؟

فإذا قيل لا يصح ، - وهو القول المعمول به - تعارض هذا القول مع التعديل المقترح ، إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره ^(٥) .

(٣) بينما ذهب بعض آخر ^(٦) إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها ، ويقترح إلغاء المادة ٨٤٣ ، إذ بهذا الإلغاء يزول السند التشريعي لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة تحمل الخلاف ، ويمكن استخدام نظرية الحلول العينية للوصول إلى جعل النصيب المفروز للشريك ينتقل إليه خالياً من تصرفات شركائه .

ويؤخذ على هذا الرأي : -

أنه لم يحسم القول بشأن أثر القسمة ، بل ترك بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأي تحتل الخلاف ، ومن المتوقع أن تضطرب الآراء كثيراً في ذلك ، بل هي من الآن مضطربة رغم وجود نص المادة ٨٤٣ .

(١) المرجع السابق - ص ٢٥١ .

(٢) د / السنهوري - المرجع السابق - ٨ ص ٩٥٦ .

(٣) د / حسن كيرة - مرجع سابق - ص ٥١٢ ، ٥٢٣ ، د / عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ٢٦٠ .

(٤) د / حسن كيرة - تصرف الشريك في جزء مفروز من الشيء المشترك - فصلة من مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ / ١٩٦٣ ص ٧٦ .

(٥) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٥٧ .

(٦) د / منصور مصطفى منصور - تحليل أثر القسمة الأموال المشتركة - المرجع السابق ص ٢١١ ،

د / مصطفى الجمال - نظم الملكية - ص ١٩٠ .

وقد رأينا أصحاب الرأي الأول يذهبون هم أيضاً إلى إلغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا إلى نتيجة هي عكس النتيجة التي يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأي الأخير ، وهي أن القسمة كاشفة لاثقة^(١).

(٤) وهناك اتجاه آخر في الفقه المصري يقرر بأنه إلى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة ، وإلى أن يستقر الرأي في الاتجاه الجديد الذي أخذ يظهر في الفقه الحديث ويقول إن القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من استبقاء المادة ٨٤٣ مدني كما هي ، تخلع على القسمة أثراً كاشفاً وأثراً رجعياً في وقت واحد ، على أن يكون هذا وذلك على سبيل الافتراض القانوني أو المجاز .

فستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي^(٢).

وبذلك قالت الأغلبية من شراح القانون^(٣) ، فهم يرون أن القانون المدني الحالي لم ينص على الأثر الرجعي للقسمة ، إلا لما له من أهمية ، فإذا كان تقرير الأثر الرجعي للقسمة ليس إلا افتراضاً قانونياً أو مجازاً ، فإن القانون إذ يقرر ذلك فهو من أجل تحقيق أهداف عملية في أحكام الملكية المفترزة التي تترتب على القسمة .

وبعد بيان آراء الفقهاء وشراح القانون في مصر حول أثر القسمة وموقفهم المتباين من المادة ٨٤٣ مدني مصري .

فأتى أرى :- أنه في الحقيقة وواقع الأمر أن أثر القسمة يعتبر أثراً مزدوجاً ، فهو أثر ناقل للملكية ، وهو أيضاً أثر كاشف فالأثران مرتبطان ببعض وذلك بالنسبة لعملية القسمة .

بيان ذلك أنه ما من ذرة من ذرات المال المشترك ، إلا وهي مشتملة على النصيبين - وذلك على فرض أن المال لشريكين - ، وبالقسمة يأخذ كل واحد حصته مجمعة في عين معينة ، وما حصل عليه هذا الشريك بعد القسمة كان نصفه ملكه لم يستفده من صاحبه ، والنصف الآخر كان لصاحبه .

فلما ما اجتمع في نصيبه من أجزاء مملوكة له ، فيكون إفرازاً محضاً ، وتكون القسمة في هذا الجانب كاشفة للملكية .

(١) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٥٧ .

(٢) د / السنهوري - المرجع السابق - ٨ / ٩٥٨ ، د / أحمد سلامة - الملكية الفردية - ص ٤٠٢ .

ولن كلن يعترض على كون الأثر الكاشف افتراض .

(٣) د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٨٦ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي - دروس الأموال -

ص ٢٣٥ ، د / محمد علي عرفة - حق الملكية - ص ٤٤٧ ، د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية

الأسلية ٢ / ٢٣٧ ، د / السيد محمد السيد عمران - الملكية في القانون المصري - ص ١٩٤ ، ١٩٥ ،

د / عبد العزيز عامر - حق الملكية - ص ١٤١ ، د / توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الأسلية -

ص ٢٦٧ .

وأما النصف الآخر من نصيبه ، فكان لصاحبه ، أخذه عوضاً وبدلاً عما في يد صاحبه من نصيبه ، فكان مبادلة ، وتكون القسمة في هذا الجانب ناقلة للملكية .

ومع ذلك فإنني أقول بترجيح جانب الأثر الكاشف على الأثر الناقل . والقول بأن القسمة لها هذا الأثر المزدوج ، يضمن لكل شريك حقه أو حصته خالية من تصرفات شركائه الضارة به ، وذلك على اعتبار بقاء الأثر الكاشف للقسمة بما تستتبعه من أثر رجعي .

إذ إن تكليف القسمة إنما يكون على أساس الآثار والنتائج التي رتبها المشرع الوضعي لها ، وعلى الصفة الغالبة التي قررها له ، فإذا ما نظرنا إلى القسمة على هذا الأساس نجد أنها يترجح لها جانب الإفراز أو الكشف عن الملكية ، سواء تمت رضا أو قضاء .

ولا نستطيع أن نغفل أهمية الأثر الناقل للقسمة ، فهناك بعض الأحكام التي تتبنى على أن القسمة ناقلة للحق ، ومن ذلك مثلاً تقرير ضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين (مادة ٨٤٤ مدني) . مع أن الالتزام بالضمان ، كما هو معروف من الآثار التي تترتب على عقد البيع ، فهو لا ينشأ إلا عن العقود الناقلة للملك .

وبناء على ما سبق فإنني أهيب بالمشرع الوضعي في القانون المدني المصري أن يعدل من موقفه من أثر القسمة منعاً للجدل السائد بين شراح القانون ، فيقرر تعديل نص المادة ٨٤٣ لينص على أن للقسمة أثراً ناقلاً ، بجانب الأثر الكاشف بما يستتبعه من أثر رجعي في حدود الغرض المقصود منه ، مع النص على ترجيح الجانب الكاشف على الناقل ، وذلك أسوة بما فعله القانون المدني العراقي^(١) في المادة ١٠٧٥ مدني ، والتي تنص على أنه :-

"ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة ، فيعتبر كل مقامس أنه كان دائماً مالكاً للحصة المفروزة التي آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص" .

فواضح أن المشرع العراقي جعل للقسمة أثراً ناقلاً - وإن كان مرجوحاً - وجعل لها أثراً كاشفاً وأثراً رجعياً ، فقضى بذلك على كل خلاف ، مع أنه لم يفض إلى مشاكل عملية ، فضلاً عن أنه لم يخالف الواقع الذي لا يمكن إنكاره ، وهو وجود الشيوع منذ قيامه إلى حين انتهائه بالقسمة .

وزيادة على ذلك فإن الاعتراف بالأثر الناقل يبرر استبعاد الآثار الضارة والمترتبة على الأثر الرجعي للقسمة .

(١) د/ شكر ناصر - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٦٧ .

الفرع الثاني

الأثر الكاشف والأثر الرجعي وما يتعلق بهما

من خلال ما سبق تبين لنا أن المادة ٨٤٣ مدني تعطي القسمة أثراً كاشفاً، وأثراً رجعياً ، ومهما يكن من أمر الخلاف السابق حول هذا الأثر ، إلا أنه طالما لم ينحسم هذا الخلاف ، ولم تعدل المادة ٨٤٣ ، فإنه تظل هذه المادة هي الحاكمة لأثر القسمة ، فتخلع عليها أثراً كاشفاً وأثراً رجعياً في وقت واحد ، فتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف ، دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي ، إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك .

وتقول محكمة النقض في هذا الصدد : -

"يدل نص المادة ٨٤٣ من القانون المدني على أن القسمة مفرزة أو كاشفة للحق ، سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، لها أثر رجعي ، فيعبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص ، وذلك حماية للمتعاقب من الحقوق ، وبوصفها كاشفة ، فتثبت الملكية بمقتضاها"^(١) .

وبناء على ما تقدم فإننا نبحث في هذا الصدد كلا الأثرين :-

الأثر الكاشف والأثر الرجعي ، وذلك على النحو التالي :-

الفصل الأول :- الأثر الكاشف .

الفصل الثاني :- الأثر الرجعي .

الفصل الأول

الأثر الكاشف

سبق أن بينا أن الأثر الكاشف للقسمة يفيد أن القسمة لا تعطي للمتعاقب حقاً جديداً، بل تكشف عن حق ثابت له من قبل .

وبناء عليه فإنه يتضح لنا أن القسمة لا تنشئ لأي متعاقب حقاً جديداً لم يكن موجوداً له من قبل ، وإنما وظيفتها هي الكشف عن حق ملكية منذ أن بدأ في الشيوع .

(١) نقض مدني ١٢ / ١٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٢ قضائية ، ويراجع أيضاً / نقض مدني ٩ / ٢ / ١٩٨٦ طعن رقم ١٦٨٧ لسنة ٥٢ قضائية ، ونقض مدني ٢٣ / ١٢ / ١٩٨٧ طعن رقم ٧٤٥ لسنة ٥٤ قضائية ، ويراجع / دعوى القسمة للدكتور محمد المنجي ص ٣٧٦ .
ويراجع / نقض مدني ١١ / ١٢ / ١٩٧٩ طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ ق - الموسوعة لأهمية لصن التكفالي ، وعد المنعم حسني ٩ / ٢٧٢ ، ٢٧٣ الإصدار المدني لسنة ١٩٨٢ .

وقد سبق أن بينا أن الأثر الكاشف يعد أثراً مقبولاً لدى جمهور شراح القانون ، لذلك فهم يقبلون جميع النتائج التى تستلخص من هذا الأثر طالما كانت الحاجة العملية تدعو إلى ذلك .
ولبيان حدود الأثر الكاشف للقسمة ، فإنه ينبغى علينا أن نبين نطاق تطبيق الأثر الكاشف، ثم نبين النتائج التى تترتب على هذا الأثر : -

أولاً : نطاق تطبيق الأثر الكاشف لعملية القسمة : -

يفتضى تحديد نطاق الأثر الكاشف للقسمة أن نبين التصرفات التى يترتب عليها هذا الأثر ، والأموال التى ينطبق عليها، والأشخاص الذى يقوم هذا الأمر بالنسبة إليهم .

أ- نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات :

ينطبق هذا الأثر على كل تصرف يكيف على أنه قسمة نهائية ، فيكون له أثر كاشف ، أو يكون هو تصرفاً كاشفاً ، والتصرفات التى فى هذا المجال هى إما القسمة وإما ما يعادلها .

فأما عن القسمة : -

فالمعبرة فى هذا الشأن أن كل تصرف يكون مؤدياً إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل ، يعد من قبيل القسمة ، يستوى أن يقع هذا الإفراز أو الاختصاص بالنسبة لكل الشركاء أو أن يقع بالنسبة لبعضهم وتبقى أنصبة البعض الآخر شائعة ، كما يستوى أن تقترن القسمة بمعدل أو لا تقترن ، وقعت بالاتفاق أو بالقضاء أو بحكم القانون^(١) .

فالقسمة النهائية أى كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية - ولو كانت فعلية - ، عينية كانت أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف .

أما القسمة المؤقتة ، وهى قسمة المهايأة ، فليس لها هذا الأثر ، إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة ، فانقلبت إلى قسمة نهائية بقوة القانون طبقاً للمادة ٨٤٦ / ٢ مدنى^(٢) .

وفى قسمة التصفية تفصيل : إذ إنه يجب التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبى .

فإذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، فيكون هذا البيع قسمة لها أثرها الكاشف ، ويعتبر هذا الشريك قد تملك منذ بدء الشبوع .

(١) د / عبد المنعم الصدة - مرجع سابق - ص ٢٤٨ ، د / أحمد سلامة - مرجع سابق - ص ٤٠٣ .
(٢) د / السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٥٩ ، د / الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٨ ، د / إسماعيل غلم - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

وبناء عليه تسقط تصرفات كل شريك آخر فى هذا المال ، تكون قد صدرت أثناء الشبوع، وتثبت تصرفات الشريك الذى وقع المال فى نصيبه ، ويكون للبائع فى اقتضاء الثمن الضمانات التى تكون له فى اقتضاء المعدل .

أما إذا كان قد بيع المال لأجنبى ، فإن التصرف يكون بيعاً فى العلاقة بين الشركاء والمشتري ، ومن ثم فيجوز للمشتري أن يطهر العقار المبيع من الرهون التى رتبها الشركاء عليه أثناء الشبوع^(١) ، ويكون الثمن مضموناً بامتياز البائع ويلتزم الشركاء بالضمان طبقاً لقواعد البيع ، ولا يستطيع أحد الشركاء الادعاء بالغبن إلا إذا كان هذا الشريك البائع قاصراً ، وكان المبيع عقاراً^(٢) .

أما فى العلاقة بين الشركاء ، فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى ، وعلى ذلك لا تنفذ فى حقه التصرفات التى أبرمها غيره من الشركاء أثناء الشبوع فى خصوص المبيع ، ولكن تبقى التصرفات التى أبرمها هو ، فيستوفى دائنوه هو حقوقهم من الثمن دون دائنى بقية الشركاء^(٣) ، ويكون لهم حق التقدم فى الثمن الذى بيع به العقار دون أن يزاحمهم دائن آخر ، رتب له شريك آخر رهناً على هذا العقار^(٤) .

وإذا تم تقسيم الثمن بين جميع الشركاء فإن التصرفات التى أبرمها أثناء الشبوع تكون باقية^(٥) ، ولدائن كل شريك الحق فى أن ينفذ على ما آل لمدينه ، ويستوفى حقه مما حصل عليه الشريك المدين من الثمن .

وأما عن التصرفات التى تعادل القسمة فمنها :-

١- إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر ، فإنه يعد تصرفاً معادلاً للقسمة ، فيكون له أثر كاشف .

إذ إن الحصة المبيعة تضاف إلى حصة المشتري (الشريك) ، وينقضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان ينقضى معدلاً .

ومن ثم يعتبر الشريك مالاً للحصة المبيعة من وقت بدء الشبوع ، لا من وقت البيع^(٦) .

(١) د/ المنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٦٠ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٥ .

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى - مرجع السابق - ص ١٨٤ .

(٣) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٦ .

(٤) د/ المنهورى - المرجع السابق - ٨ / ص ٩٦٠ .

(٥) د/ عبد المنعم الصندى - المرجع السابق - ص ٢٥٠ .

(٦) د/ المنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٩٦١ ، د/ محمد الملقى - دهرى القسمة - ص ٣٨١ .

بيد أن فريقاً من فقهاء القاتون^(١) يرى أن هذه الصورة لا تؤدي إلى اختصاص الشريك بنصيب مفرز ، وإنما أمرها يقتصر على التعديل في توزيع الحصص الشائعة ، دون أن يترتب عليها إفراز للملكية .

وبالتالي فإن هذا التصرف لا يعد من قبيل القسمة ، ولا يترتب عليه الأثر الكاشف ، ويمكن تكليف هذا التصرف على أنه تصرف ناقل ، فيكون الشريك المشتري خلفاً للشريك البائع في حدود الحصة المبيعة^(٢) .

٢- تعادل القسمة الجزئية القسمة الكلية ، فيكون لهذه القسمة أثر كاشف ، فيصح أن تكون جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشيوع ، فيختص كل منهم بنصيبه مفرزاً ؛ بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشيوع .

كما يصح أن تكون القسمة جزئية يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع ، فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء ، بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعاً بينهم^(٣) .

٣ - الاتفاق الذي يكسب به الشريك ملكية حصص باقي الشركاء ، فيصبح مالكا وحده للشيء الذي كان شائعاً بينهم ملكية مفرزة ، وهو بهذا يؤدي إلى نفس النتيجة التي تترتب على القسمة بطريق التصفية ، فيعتبر معادلاً لها ، وبالتالي يترتب عليها أثرها الكاشف .

وذلك كان يبيع الشركاء المال الشائع كله إلا واحداً منهم ، ثم يقتسمون ثمنه بنسبة حصة كل منهم . أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقيين الشائعة ، فتخلص له ملكية المال الشائع كله^(٤) .

فكل هذه الصور تكون خاضعة للأثر الكاشف للقسمة .

وما سبق لا خلاف فيه إذا كان التصرف بطريق المعاوضة - أي بمقابل - ، أما إذا كان التصرف تبرعاً ، كأن يهب أحد الشريكين حصته للآخر ، فتخلص له ملكية المال الشائع كله ،

(١) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥١ ، د / محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ١٥٨ ، د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٢٩ ، د / طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٤٤ .

(٢) وهناك رأى ثالث يفرق بين أمرين :- الأول :- أن تصرف الشريك في نصف حصته لأحد الشركاء أو كلهم لا يعتبر من قبيل القسمة ، حيث لم يؤد هذا التصرف إلى الإفراز ، وإنما أدى ذلك إلى التعديل في الحصص ، مع بقاء الشركاء في الشيوع .

الثاني :- أن يتصرف الشريك في كل حصته بالبيع لأحد الشركاء أو كلهم ، فإن هذا يعد من قبيل القسمة الجزئية ولقي يترتب عليها الأثر الكاشف .

(٣) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٨ ، د / المنهوري - المرجع السابق - ص ٨ / ص ٩٦١ .

(٤) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٣ ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٠ .

فقد وقع خلاف بين شراح القانون في اعتبار هذا التصرف معادل للقسمة فيكون ذا أثر كاشف أم لا ؟

فذهب البعض منهم^(١) إلى أن الهبة لا تعتبر معادلة للقسمة ، لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، فتكون الهبة ناقلة لا كاشفة .

بينما ذهب البعض الآخر من الشراح^(٢) إلى عدم التفرقة بين التصرف بعوض أو بغير عوض ، طالما كان هذا التصرف من شأنه أن يؤدي إلى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل ، فهذا التصرف يعتبر من قبيل القسمة ، فيترتب عليه الأثر الكاشف .

ب - نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأموال :

ينطبق الأثر الكاشف على كافة الأموال التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة ، أو كل تصرف يعادل القسمة ، وهذا الحكم يسرى سواء كانت الأموال عقارات أو منقولات ، أو حقوقاً ترد على أشياء غير مادية ، كالحق المالي للمؤلف .

وما عدا ذلك من الأموال التي يجري التصرف في شأنها بمناسبة القسمة ، لا ينطبق عليها الأثر الكاشف ؛ لأنها لم تكن شائعة قبل القسمة ، وأفرزت بها^(٣) .

وعلى ذلك فإنه يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ما يلي :-

١- معدل القسمة :-

قد تنشأ صعوبات تحول دون تساوى المتقاسمين في الحصص ، فيعتمد القاسم إلى الاستعانة بالمعدل ، حيث يقوم صاحب النصيب الأكبر بتعويض من حصل على أقل من حصته وهذا هو ما يسمى بالمعدل .

وقد يكون الحق في المعدل مبلغاً من النقود ، وقد يكون عقاراً ، أو منقولاً . وكل منهم لا يسرى عليه الأثر الكاشف .

وتبدو أهمية هذه القاعدة إذا لم يكن المعدل الذي التزم به أحد المتقاسمين لتكملة نصيب المتقاسم الآخر مبلغاً من النقود ، بل كان عقاراً يملكه ، فالقسمة في هذه الحالة لا تكشف عن ملكية المعدل العقارى ، ولكنها تكون ناقلة لملكيته إلى المتقاسم الآخر ، ويصبح المتقاسم الذي انتقلت إليه ملكيته خلفاً للمتقاسم الأول والذي نقلها له ، مما يترتب عليه أن ملكية هذا العقار (المعدل) لا تنتقل إلى مستحق المعدل إلا بالتسجيل ، ذلك بالنسبة للمتقاسمين أو الغير ، كما تبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم صاحب العقار ، وتنتقل إلى خلفه^(٤) (المتقاسم مستحق العقار كمعدل) .

(١) د / السنهوري - الوسيط ٨ / ٩٦١ ، د / محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ٣٨١ .

(٢) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥١ ، د أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٤ .

(٣) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٢ ، د / السنهوري - المرجع السابق - ٨ / ٩٦٢ ، د / إسماعيل غلام - المرجع السابق - ص ٢٣٣ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٦ .

(٤) د / إسماعيل غلام - المرجع السابق - ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، د / السنهوري - المرجع السابق - ج ٨ / ص ٩٦٢ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٦ .

٢- كما لا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق التي تنشؤها القسمة لأحد المتقاسمين ،
حق انتفاع أو إجارة يتقرر له على الجزء المفرز الذي اختص به متقاسم آخر ، أو حق ارتفاق
يتقرر على عقار اختص به غيره من المتقاسمين ، لفائدة العقار الذي اختص به هو^(١) .

٣ - الحقوق الشخصية :-

ومما يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف الحقوق الشخصية التي تشتمل عليها التركة ،
والتي لا يرد عليها الشيوع ، حيث إن هذه الحقوق منقسمة بين أصحاب الحق الشخصي منذ أن
صارت التركة إلى الورثة لوفاء المورث ، غير أنه عند عدم قابلية هذه الحقوق للانقسام ،
تطبق عليها أحكام عدم القابلية للتجزئة لا أحكام الشيوع^(٢) .

ومن ثم فإنه عند وفاة الدائن يصبح الورثة أصحاب حقوق شخصية من يوم الوفاة ، وهذا
راجع لانقسام الحق الشخصي بحيث صار كل وارث منهم دائناً بجزء من الدين ، كل بحسب
حصته فلا ينطبق الأثر الكاشف هنا .

وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدني تنص على أنه :- "إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين
للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، مالم يوجد اتفاق
يقضى بغير ذلك" .

فليس هذا معناه أن الحق الذي للتركة يبقى شائعاً بين الورثة إلى حين القسمة، فهو ينقسم
- كما سبق القول - على الورثة ، ثم إذا وقع كل الحق عند القسمة في نصيب أحد الورثة ،
فإنما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم ، أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق ، فإنه
بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته ، وعندما يقع الحق في نصيب وارث
واحد عن طريق القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته في الحق
لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق .

ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق بالنسبة إلى المدين ، إلا من
وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين بإعلاتها أو قبولها . (المادة ٣٠٥ مدني) .

وليس الحكم الوارد في المادة ٩٠٧ مدني سوى ترديد لقاعدة من قواعد الضمان في
حوالة الحق ، حيث لا يضمن المحيل يسار المدين بعد الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .
(مادة ٣٠٩ مدني)^(٣) .

(١) د / إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٣٤ .

(٢) د / عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٥٣ .

(٣) يراجع في ذلك / المرجع السابق - نفس الصفحة ، د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٦٢ ، ٩٦٣ ،

د / إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ د / عبد القاصر المطر - شرح أحكام

حق الملكية - ص ١٥٢ ، د / طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٤٣ ، د / جميل الشركاوى -

حق الملكية - ص ٤٢٦ ط ١٩٨١ .

ج - نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص :-

يسرى الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين - الشركاء أو بالنسبة إلى الغير .

وبالنسبة للمتقاسم وهو شريك ، يقوم هذا الأثر حجة عليه ، بصرف النظر عما إذا كان الشريك أصلياً أو طارئاً ، فيسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة^(١) .

كما يحتج بهذا الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير ، فلا فرق بين دائن عادي أو دائن بحق مقيد أو مكتسب لحق عيني أصلي .

وبناء عليه فلا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع .

فمثلاً إذا رتب أحد الشركاء رهناً على المال الشائع ، سواء ورد الرهن على كل المال أو على جزء معين منه أو على حصة فيه ، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر ، وقع في نصيبه عند القسمة هذا المال أو جزء منه ، حيث إنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يخلص للمتقاسم نصيبه خالياً من أي حق رتبه الشركاء الآخرون^(٢) .

ثانياً : النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف :-

يترتب على الأثر الكاشف ثلاث نتائج على قدر كبير من الأهمية :-

أ- سقوط التصرفات الصادرة من أحد الشركاء على جزء مفرز آل إلى غيره :-

فإذا تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع ، ثم كانت القسمة فوقع هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر ، فهنا يأتي دور الأثر الكاشف .

فيعتبر هذا المتصرف كأنه لم يملك هذا الجزء قط ، وبالتالي يعتبر تصرفه تصرفاً من غير مالك ، ومن ناحية أخرى يعتبر من آل إليه الجزء قد تملكه منذ بدء الشيوع ، وبالتالي لا يكون خلفاً للمتصرف^(٣) .

وبهذا يحصل كل شريك متقاسم على نصيبه خالياً من أية تصرفات يكون قد رتبها غيره من الشركاء المتقاسمين ، وهذه هي نتيجة الجوهرية للأثر الكاشف^(٤) .

(١) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٦٣ ، د / طلبه خطاب - المرجع السابق - ص ٣٤٤ .

(٢) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٤٧ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٥ .

(٣) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٧ .

(٤) د / عبد المنصور الطاهر - المرجع السابق - ص ١٥٤ .

ولا فرق في هذه الحقوق التي تسقط بين حق عيني أصلي أو حق عيني تبعي ، ولا يمنع من هذا السقوط كون الحق قد سجل أو قيد^(١) .

غير أن القانون المدني المصري قد خفف من الأثر الكاشف في حالتين هما^(٢) :-

الحالة الأولى :-

إذا كان التصرف في عين مفرزة ولم تقع في نصيب المتصرف عند القسمة ، إذ قرر المشرع الوضعي نفاذ التصرف وانتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بعد القسمة (مادة ٨٢٦ / ٢ مدني) .
وهذا ما قضت به محكمة النقض^(٣) .

الحالة الثانية :-

حيث استثنى من الأثر الرجعي للقسمة الرهن الرسمي الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع بينهم ، إذ نص المشرع الوضعي على أن يبقى الرهن نافذاً أيأ كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار (مادة ١٠٣٩ / ٢ مدني)^(٤) .

ب - عدم اعتبار القسمة سبباً صحيحاً في التقادم القصير :-

يترتب على اعتبار القسمة كاشفة للحق وليست منشئة ، أنها لا تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً للملك بالتقادم الخمسي ، وذلك لأن السبب الصحيح طبقاً للمادة ٩٣٩ / ٣ مدني هو الذي يكون من شأنه نقل الملكية لولا صدوره من غير مالك ، وبمعنى آخر يجب أن يكون من التصرفات الناقلة ، وعلى ذلك لا تعتبر سبباً صحيحاً للتصرفات الكاشفة كالقسمة^(٥) .

(١) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٧ ، د / المنهوي - المرجع السابق - ٨ / ٩٦٥ ،

د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٤ .

(٢) د / عبد المنعم البدر - حق الملكية - ص ٢٢٤ .

(٣) حيث قضت بأن :- ".... استقر التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه بعد القسمة في نصيب البائع ، فإذا وقع في غير نصيبه ، ورد التصرف على ما آل للمتصرف نتيجة القسمة" . نقض مدني في ١٧ / ٢ / ١٩٧٥ طعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٠ ق - مجموعة محكمة النقض ج ١ - ص ٤٠٢ فقرة ٨٣ ، ويراجع أيضاً / نقض مدني ٢٠ / ١ / ١٩٨١ طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق - مجموعة محكمة النقض ج ١ - ص ٢٣٥ ف ٤٨ ، نقض مدني ٢٥ / ٣ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٣٧٠ ، لسنة ٥٠ ق - مجموعة محكمة النقض ج ١ ، ص ٨٠٣ ، ف ١٥٣ .

(٤) د / عبد المنعم البدر - المرجع السابق - ص ٢٢٤ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٤ ، د / محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٣٢ هامش ١ .

(٥) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤١١ ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٥ ، د / عبد المنعم البدر - المرجع السابق - ص ٢٢٥ ، د / أيوب شلب - المرجع السابق - ص ٣١٩ .

فإذا تبين أن العقار الذى اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكاً لهم ، فلا يجوز للمتقاسم الذى حاز بحسن نية الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه مدة خمس سنوات ، أن يستند إلى القسمة ، إذ هى لا تعتبر سبباً صحيحاً ، لأنها كاشفة ، والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلاً .

أما إذا حدث أن اشترى شخص - وهو حسن النية - عقاراً من غير مالك ، ثم توفى عن ورثة ، ثم اقتسم الورثة هذا العقار ، فيقع مفرزاً فى نصيب أحدهم ، فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، فله لا يستطيع أيضاً أن يتمسك بالقسمة سبباً صحيحاً للملك بالتقدم القصير لما قلناه ، ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذى بموجبه اشترى مورثهم العقار ، ومن ثم يصير مالكاً بالاستناد إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح ؛ لأنه ناقل للملكية^(١) .

ثالثاً : تسجيل القسمة العقارية للاحتجاج بها على الغير :-

فيما يتعلق بالتسجيل يفرق القانون بين التصرفات التى من شأنها نقل الملكية العقارية ، والتصرفات المقررة أو الكاشفة .

فالتصرفات الناقلة يترتب على عدم تسجيلها أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة للغير (مادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) .

أما التصرفات الكاشفة فيترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير ، ولكنها تكون حجة بين المتقاسمين ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى والتى تنص على أن :- "جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ، ويسرى هذا الحكم على القسمة ولو كان محلها أموالاً مورثة" .

والحكم الواضح بمقتضى هذا النص أنه فى العلاقة ما بين المتقاسمين يعتبر كل متقاسم مالكاً لما آل إليه بمجرد تمام القسمة دون حاجة إلى قيام التسجيل^(٢) .

(١) د / السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٩٦٦ ، د / إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢١٩ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٢ ، د / حسن كيره - أحكام حق الملكية - ص ٥١٤ ، (ويراجع / نقض مدنى ٢٩ / ٤ / ١٩٥٤ طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ ق - مجموعة محكمة النقض - ص ٨١٩ ف ١٢٢) .

(٢) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٨ ، د / توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٦٨ ، وقد قضت محكمة النقض بأنه :- "بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم لهما بينه وبين المتقاسمين الآخرين ملكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ، إلا أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت" .

نقض مدنى ٣٠ / ٣ / ١٩٨٨ ، طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق ، ويراجع / قضاء النقض فى الملكية المسجلة خلف محمد ص ٣٧قرة ٨٩ .

ومن ثم فإن لكل متقاسم التمتع بالقسمة والاحتجاج بها على المتقاسمين دون حاجة إلى تسجيل ، فإذا تصرف أحد الشركاء المتقاسمين ببيع نصيبه في القسمة ، فليس لأحد من الشركاء الآخرين أن يطلب الشفعة في العقار على أساس الشيوع الأصلي اعتماداً منه على عدم تسجيل القسمة^(١) .

إذا يملك المتقاسم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بالاحتجاج عليه بالقسمة ، وخاصة إذا انتفى شرط الجوار بين النصيب المفرز المقسوم ، وبين العقار المشفوع فيه^(٢) .

غير أن للشريك السابق أخذه بالشفعة ، على أساس الجوار ، متى توافرت شروطه^(٣) .

أما في علاقة المتقاسمين بالغير ، فإنه لا يجوز لهم الاحتجاج بالقسمة على الغير إلا إذا كانت قد سجلت ، وإن كان يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة حتى بالرغم من عدم تسجيلها^(٤) :-

١ - وكون أنه لا يحق للمتقاسم أن يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير فذلك يرجع إلى نصوص قانون الشهر العقاري ، وينبنى عليه أنه يجوز للغير أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ، ويعتبر حالة الشيوع لا تزال قائمة .

ويقصد بالغير في هذا المقام ، كل من تلقى حقاً عينياً على العقار ، على أساس أنه مملوك على الشيوع ، وقام بشهره طبقاً للقانون بشرط تسجيله قبل تسجيل سند القسمة^(٥) .

يستوى أن يكون حقه أصلياً أو تبعياً ، كما يستوى أن يكون قد علم بالقسمة بطريق آخر أو لم يعلم ، بل حتى ولو كان قد تواطأ مع أحد المتقاسمين على الإضرار ببقية الشركاء ، وذلك أنه لا يعتد بسوء النية في أحكام التسجيل^(٦) .

(١) نقض مننى ١٧ / ٣ / ١٩٥٥ - طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٢ق - مجموعة محكمة النقض ص ٨٥١ ف ١١١ .

(٢) د / حسن كيره - المرجع السابق - ص ٥١٧ .

(٣) د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٣ ، د / توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٨ هامش ٢ .

(٤) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٨ ، د / المنهوى - المرجع السابق - ٨ ص ٩٦٧ ، د / محمد نبيب، شنب - المرجع السابق - ص ٣١٧ .

(٥) نقض مننى فى ١٥ / ١٢ / ١٩٨٨ طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة محكمة النقض ج ٢ ص ١٣١١ ف ٢٢٣ ، نقض مننى فى ٢٨ / ٤ / ١٩٨١ م طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ق - مجموعة محكمة النقض - ج ١ ص ١٣٠٤ ف ٢٣٨ .

(٦) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠٩ ، وبناء عليه فيعتبر من الغير من اشترى العقار الشائع كله أو حصة شائعة منه ، وتم تسجيل حقه قبل تسجيل عقد القسمة ، كما يعتبر من الغير من تقرر له رهن على العقار الشائع ، أو حصة منه ، متى تم قبل هذا الرهن قبل تسجيل عقد القسمة . ولا يعتبر من الغير من تلقى من أحد المتقاسمين جزءاً مقررًا ، حتى ولو تم قبله قبل تسجيل القسمة ، -

وتطبيقاً لذلك لو كان أحد المتقاسمين قد قام ببيع حصته الشائعة في المال الشائع ، وقام المشتري بتسجيل البيع قبل القسمة ، فلا يحتج عليه بأنه وقت أن اشترى أو سجل كان المال قد اقتسم ، بل ويكون لهذا المشتري أن يطلب إعادة القسمة ، فهو قد أصبح بمقتضى عقده المسجل شريكاً في المال الشائع^(١) .

أما إذا وقع هذا التسجيل بعد تسجيل القسمة فلا يعتد بالبيع الصادر للمشتري^(٢) .

٢ - وأما أنه يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة ، فهو أمر مجمع عليه^(٣) .

فلو كان أحد المتقاسمين قد باع الجزء الذي آل إليه ، فإنه لا يحق لبقية المتقاسمين أن يطلبوا عدم نفاذ التصرف في حقهم على أساس أن القسمة لم تسجل ، وأن المال لا يزال على الشيوع .

كذلك لو طلب أحد المتقاسمين الشفعة في عقار يجاور المال الشائع ، وكان الجزء الذي آل إليه ليس ملاصقاً للعقار المشفوع فيه ، فإنه يجوز للمشفوع ضده أن يتمسك بوقوع القسمة حتى ينفي شرط الجواز .

وفي كل ما تقدم لا تختلف القسمة الاتفاقية عن القسمة القضائية عن القسمة القانونية^(٤) .

- يراجع / نقض مدني ٢ / ٤ / ١٩٦٤ طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق مجموعة محكمة النقض ج٢ - ص ٥٠٣ ف ٨١ . نقض مدني في ٢١ / ٦ / ١٩٨٧ طعن ٣١٤ لسنة ٥٣ ق ، نقض مدني ٢٠ يناير ١٩٨٨ / قضاء النقض في الملكية للسيد خلف محمد ص ٧٦ فقرة ٣٦ .

كما أن المستأجر لجزء من عقار شائع لا يعتبر من الغير ، لأنه صاحب حق شخصي ، لا حق عيني ، يراجع / نقض مدني ٣ / ١١ / ١٩٥٥ طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض - ص ١٤٢٣ ف ١٩٢ ، نقض مدني ١٧ / ١٢ / ١٩٨٤ طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق - مجموعة محكمة النقض ج - ٢ ص ٢١٢٨ ف ٤٠٤ .

(١) نقض مدني ٢ / ١٢ / ١٩٦٥ طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ ق - مجموعة محكمة النقض - ج٢ - ص ١١٧٢ ف ١٨٤ .

(٢) د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢١٤ ، د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٦٧ ، د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣١٨ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٤ .

(٣) وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوتاً لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ، ولا ينفع على من لم يتم به ، وعدم نفاذ القسمة في حق الغير إلا بعد تسجيلها ، إنما هو حكم مقرر لمصلحة هذا الغير فيفيده ولا يضره .

يراجع / نقض مدني ١٧ / ٣ / ١٩٥٥ طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٢ ق - مجموعة محكمة النقض ص ٨٥١ ، ف ١١١ ، ونقض مدني ١٥ / ١ / ١٩٥٩ - طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق مجموعة محكمة النقض - ج١ ص ٤٣ ف ٥ .

(٤) ويراجع فيما سبق : د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢١٢ وما بعدها ، د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٦٧ ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ،

د / لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣١٧ ، ٣١٨ ، د / طه خطيب - نظام الملكية - ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، د / حسن كبره - أحكام حق الملكية - ص ٥١٥ وما بعدها ، د / عبد المنعم الجبري -

الفصل الثاني

الأثر الرجعى

رأينا أن من مقتضى القول بأن القسمة تصرف كاشف ، أن المتقاسم لا يكسب بمقتضاها حقاً لم يكن له من قبل ، وإنما هى تؤدى إلى تقرير ما كان له من حق ، أو هى توجد التطابق بين النطاق المعنوى للحق ، وبين نطاقه المادى ، فتجعل كل نصيب مفرزاً^(١) .

ولكن هذا الأثر الكاشف لا يكفى وحده ، إذ يثور معه التساؤل عن مصدر الحق الذى كشفت القسمة عنه وعن تاريخ قيام هذا المصدر .

وهذا هو الدور الذى يؤديه الأثر الرجعى للقسمة ، فالأثر الرجعى للقسمة يراد به أن كل متقاسم يعتبر كأنه كان مالكاً ملكية مفرزة منذ بدء الشيوع للجزء الذى آل إليه بمقتضى القسمة^(٢) .

وقد اعتمد المشرع المصرى فكرة الأثر الرجعى ، حيث نص عليه فى المادة ٨٤٣ مدنى ، "يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص" .

وبموجب هذا النص ، يضمن كل شريك الحصول على حصته خالية من تصرفات الشركاء قبل إجراء القسمة .

وقد ثار خلاف فى الفقه الوضعى حول تقرير الأثر الرجعى للقسمة كما سبق ، غير أن الأغلبية من شراح القانون يرون أن المشرع لم ينص على الأثر الرجعى للقسمة إلا لما له من أهمية . فهو ضرورى لحماية المتقاسم من الحقوق والتكاليف العينية والتى يكون قد رتبها أحد الشركاء على العين الشائعة أثناء الشيوع .

وفكرة الأثر الرجعى على هذا النحو تعتبر مجازاً أو افتراضاً مخالفاً للحقيقة ، إذ إن المال الذى آل الى المتقاسم كان مملوكاً على الشيوع قبل القسمة لسائر الشركاء ، ولم يفرز ويخصص للمتقاسم إلا بعد القسمة^(٣) .

- المرجع السابق - ص ٢٢٣ ، د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢ / ٢٤٨ ، د /
توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٨ ، د / محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٣٣٤ ،
ص ٣٣٥ .

(١) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤١١ .

(٢) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٨ .

(٣) د / عبد القاصر الطر - المرجع السابق - ص ١٥٥ .

وطالما انتهينا إلى أن الأثر الرجعي للقسمة يعتبر مجرد افتراض ، وإذا كان الغرض من الأثر الرجعي للقسمة أن يحصل المتقاسم على الحصة التي آلت إليه خالية من أية حقوق أو تكاليف عينية يكون أحد الشركاء أو بعضهم قد رتبها عليها قبل القسمة ، فإن النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للقسمة ، لا يؤخذ بها إلا بالقدر الذي يحقق الغرض المقصود من تقرير هذا الأثر (١).

والحد من النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي ، والتي لا توجد حاجة عملية تدعو إليها ، يقتضى قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق ، واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة (٢).

ومن المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي : -

١ - الثمار التي ينتجها المال الشائع في أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء ، كل بنسبة حصته الشائعة ، فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز ، لم يكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعي للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع ، فهو إذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب إلا من وقت القسمة (٣).

٢ - العبرة في تحديد قيمة المال الشائع تكون بقيمته وقت القسمة (المادة ٨٤٤ مدني) ، في حين أن إعمال الأثر الرجعي للقسمة كان يقتضى الاعتداد بقيمة المال وقت بدء الشيوع (٤).

٣ - إذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يضع قواعد جديدة لتنظيم القسمة تختلف عن قواعد القانون القديم ، فإنه يتعين تطبيق قواعد القانون الجديد على القسمة التي تتم بعد صدوره ، في حين أن إعمال الأثر الرجعي للقسمة ، كان يقتضى تطبيق القانون الساري وقت بدء الشيوع (٥).

٤ - يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء في أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه في نصيب شريك دون غيره من الشركاء وذلك أيا كان نوع

(١) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٩ ، د / عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٥ .

(٢) د / محمد المنجي - دعوى القسمة - ص ٣٧٧ .

(٣) نقض مدني ٢٥ / ١١ / ١٩٦٥ - طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣١ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ٣ ص ١١٤٥ ف ١٨٠ . ويراجع / د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٥٨ هامش ١ ، د / عبد الكاظم العطار - المرجع السابق - ص ١٥٥ ، د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣١٤ .

(٤) د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤١٧ ، د / طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٤٩ ، د / مصطفى الجمال - نظام الملكية - ص ١٨٣ .

(٥) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٥٩ هامش ٢ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٤٦ ، د / إسماحيل غالم - المرجع السابق - ط ١٩٦١ ص ٣٠١ .

التصرف . (انظر مادة ١٠٣٩ مدني) وكان مقتضى الأثر الرجعي أن تسقط تصرفات الشركاء، إلا تصرف الشريك الذي وقع في نصيبه المال (١).

هذه هي بعض النتائج - وغيرها كثير - التي يتم فيها استبعاد تطبيق الأثر الرجعي للقسمة ، فنجد أن الأثر الرجعي يتم حصره في نطاق الغرض أو الحكمة التي أراد المشرع تحقيقها ، دون التوسع في تطبيقه ، فيكون الأثر الرجعي للقسمة مرتبط وجودا وعدما بالحكمة التي دعت إليه ، وهي حماية المتقاسم من التصرفات التي يقررها غيره أثناء الشروع .

عدم تعلق الأثر الرجعي بالنظام العام : -

إذا كان الأثر الرجعي لا يتوسع في تطبيقه ، مما يقتضي استبعاد إعماله على الحالات التي لا تتعلق بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة .

فإنه يضاف إلى ذلك أن مبدأ رجعية القسمة ليس متعلقا بالنظام العام ، فيجوز للشركاء أن يتفقوا على عدم التمسك به أو بمعنى آخر أن يتفقوا على عدم التمسك بحكم المادة ٨٤٣ مدني .

وليس أدل على ذلك ، من الحكم الوارد في الرهن الرسمي ، الذي يقتضي بأنه : - " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد ، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " . (المادة ١٠٣٩ مدني) (٢).

(١) د / إسماعيل غانم - المراجع السابق - ص ٢٤٣ ط ١٩٥٩ ، د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤١٧ ، د / نضال جمعة - الحقوق العينية ص ٤٣٦ ، د / طلبه خطاب - المرجع السابق - ص ٣٤٨ .

(٢) د / محمد علي عرفه - حق الملكية - ص ٤٤٦ ، د / عبد العزيز علمر - دروس في حق الملكية - ص ١٤١ ، د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية ٢ / ٢٣٧ ، م / عزمي البكري - قسمة المال لشائع - ص ١٨١ .

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بعد أن انتهينا من دراسة تكييف عملية الإفراز المترتبة على القسمة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

فقد تبين لى أن جمهور الفقه الإسلامى - وهو الراجح - يرون أن للقسمة أثراً مزدوجاً فى من ناحية تشتمل على معنى الإفراز (الأثر الكاشف) .

ومن ناحية أخرى تشتمل على معنى المبادلة (الأثر الناقل) .

غير أن الإفراز فى المثليات أرجح ، والمبادلة فى القيميات أرجح .

وهناك رأى ثان فى الفقه الإسلامى يرى أن القسمة محض إفراز أو تمييز للحقوق - وهم الإمامية والظاهرية وبعض الزيدية - ، فتكون القسمة كاشفة عن الملك ومقررة له ، وليست ناقلة .

كما أن هناك رأياً آخر فى الفقه الإسلامى يرى أن القسمة بيع - الإمام مالك وابن بطّة من الحنابلة - فتكون القسمة ناقلة للملك لا كاشفة .

وقد رتب الفقهاء على اختلافهم فى تكييف عملية القسمة آثاراً هى غاية فى الأهمية .

أما فى القانون المدنى فإنه بناء على نص المادة ٨٤٣ مدنى ، يكون للقسمة أثر كاشف ورجعى .

وبذلك يكون القانون بما قرره من أثر كاشف موافقاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء فى الفقه الإسلامى ، وهم الإمامية والظاهرية وبعض الزيدية .

ومتفقاً مع ما عليه الرأى الراجح فى الأموال المثلية .

أما فى القيميات فلا يتفق القانون مع ما عليه الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى ، وذلك لأن القسمة فى هذه الأموال تتم عن طريق المبادلة ، أى نقلاً للحقوق بين المتقاسمين ، وذلك لوجود التفاوت بين هذه الأموال ، وبالتالي فلا يمكن اعتبار ما حصل عليه المتقاسم هو عين حقه ، فيرجح جانب المبادلة .

ونرى أن الفقه الإسلامى بتقريره الأثر المزدوج للقسمة ، يرجح القانون المدنى ، والذي اكتفى بالأثر الكاشف .

ذلك أن تكييف الفقه الإسلامى للقسمة ، جاء مطابقاً للواقع حيث اعتبر القسمة فى ذاتها منشئة للحق فيما لم يكن ملكاً للمتقاسم من قبل ، وكاشفة فيما كان مملوكاً له من قبل ، وإن كان

قد غلب جانب الكشف على نقل الملكية في المثليات ، وغلب جانب نقل الملكية على كشفها في القيميات، وذلك لمسبب خارج عن عملية القسمة .

أما ما ذهب إليه القاتون ورجاله - كما يقول الشيخ على خفيف - رحمه الله - من جعل القسمة كاشفة لا منشئة إنما هو افتراض يخالف الواقع ، ألجأهم إليه ما يصدر من بعض الشركاء من تصرفات في المال المشترك ، اعتبروها مع قيام الشيوع نافذة في المال المشترك ، وكان من أثر ذلك بقاؤها فيه بعد قسمته بين الشركاء ، وكان في بقائها إضرار بالغ بغير المتصرف من الشركاء ، ودفعاً لهذا الضرر لجئوا إلى الافتراض ، وجعل القسمة كاشفة عما كان للمتصرف من حق ، وإن تصرفه يجب أن يقتصر على حقه الذي ناله بالقسمة .

أما الفقه الإسلامي فلم يلجئه إلى مثل هذا الافتراض شيء من أحكامه ، وذلك لما ذهب إليه من توقف نفاذ جميع تصرفات الشركاء في المال المشترك على إجازة الشركاء إذا مسهم هذا التصرف .

وجدير بالذكر أن هناك رأياً لأحد شراح القانون - الدكتور السنهاوري - يتفق مع الفقه الإسلامي ، حيث يقول بأن الأثر الحقيقي للقسمة هو أثر مزدوج ، كاشف وناقل .

وبناء على ما سبق فإني أطلب بتعديل نص المادة ٨٤٣ مدني لتضيف إلى جانب الأثر الكاشف للقسمة أثراً ناقلاً ، وليس هذا بدعاً من الأمر ، فقد خطا المشرع الوضعي العراقي خطوة نحو ذلك ، فنص في المادة ١٠٧٥ مدني على أنه : -

" ترجح جهة الإقراض على جهة المبادلة في القسمة ، فيعتبر كل مقاسم أنه كان دائماً مالكا للحصة المفروزة التي آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص " .

وبذلك يتفق تكليف عملية الإقراض أكثر للقسمة مع الحقيقة والواقع ، حيث لا أحد يستطيع أن ينكر قيام الشيوع من وقت بدءه إلى حين القسمة .

فضلاً عن أن إضافة الأثر الناقل بجانب الأثر الكاشف والرجعي في القسمة ، تبرر استبعاد الآثار الضارة والمرتبة على الأثر الرجعي للقسمة .

ويتضح مما سبق مدى سلامة فكر وفقه فقهاء الشريعة الإسلامية ، وأسبقيتهم ورفق حلولهم واتساقها ، وعدم تناقضها ، فهم يقررون للقسمة أثراً مزدوجاً كاشفاً وناقلاً ، لكي تتسع عملية القسمة لما يترتب عليها من آثار ، ولم يتناقض هذا التكليف مع ما سبق أن قرروه من أحكام لعملية الشيوع وإدارتها ، فلم تلجنهم أحكام الشيوع على افتراض قاعدة تحمي الشركاء عند القسمة ، بل كان نظرهم ناعياً ، فأحسنوا تقدير الأمور ، ونسبة الأحكام ، فخرج الفقه الإسلامي متناسقاً ، يحمل بين طياته أحكاماً عادلة ، تعمل على إزالة مشاكل البشر وإسعادهم .

المبحث الثالث

استقلال كل شريك بملك نصيبه وثبوت حقه في التصرف فيه

تبين لنا من المبحث السابق ، أن القسمة في حقيقتها تميز لحقوق الشركاء فيما اشتركوا فيه من مال ، وإفراز لحق كل منهم عن باقي حقوق شركائه ، فإذا تمت القسمة فإنه يكون قد تم إفراز كل حصة لصاحبها ، فيختص بها .

ومن ثم فيستقل كل متقاسم بحصته ، ويختص بها . ويكون له الحق بعد ذلك في التصرف في حصته منفردا ، كما يتصرف الملاك في أملاكهم .

وعلى ذلك فإن هذا المبحث يشتمل على مطلبين : -

المطلب الأول : - استقلال كل مقسّم بحصته .

المطلب الثاني : - تصرف المتقاسم في حصته تصرف الملاك .

المطلب الأول

استقلال كل مقتسم بحصته

يعد استقلال كل مقتسم بحصته من أهم الآثار التي تترتب على القسمة ، لأن القسمة ما شرعت إلا لدرء مفاسد الاشتراك ، فبالقسمة ينتهى هذا الاشتراك ، وتكتمل منفعة كل شريك بحصته ، حيث ينتفع بها على انفراد ، بمحض إرادته واختياره ، فلا يجبره أحد على الانتفاع على نحو معين أو بقدر معين .

فبالإفراز التي انتهت إليه الشركة ، يجب انقطاع حق الشريك عما صار فى يد شريكه ، وبمجرد انتهاء عمل القاسم يصبح كل شريك مالكا لحصته على الاستقلال ، فلم يبق له علاقة بحصة أى شريك آخر ، وليس لأى شريك علاقة بحصته أيضا ، فقد تعين نصيب كل من الشركاء على حدة ، فلا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه .

فهذا الاستقلال هو ثمرة القسمة ومقصودها ، وعلى ذلك ينص جميع الفقهاء (١).

فحكم القسمة هو ثبوت اختصاص كل شريك بحصته من المقسوم عينا ، وبناء عليه يملك المقسوم له فى المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك (٢).

ويزيد الحنفية هنا أن القسمة الفاسدة كالتى شرط فيها هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو من غيره ، يترتب عليها أيضا هذا الاستقلال بعد القبض ، وإن كان مع الضمان بالقيمة (٣).

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن القسمة يترتب عليها استقلال كل متقاسم بحصته التى أفرزت له ، فهل يقتصر الاستقلال على حصته التى أفرزت له من العين المشتركة ، أم أنه يمتد ليشمل حصته وكل ما يتصل بها من مرافق ؟

الظاهر من عبارات الفقهاء أن هذا الاستقلال لا يتحقق ، إلا إذا شملت حصة كل متقاسم ما يتصل بها من مرافق ، فإذا لم يستوف كل شريك مرافق حصته فإن القسمة لا تصح ، ويجب استئنافها مالم يتراضيا ، فيجب أن يتبع كل أرض أو دار طريقها ومسيلها ، وذلك لأن القسمة إنما شرعت تكميلا للمنفعة ، ولا يتم ذلك إلا بوجود المرفق كالطريق والمسيل أو القناة أو البئر .

(١) مجمع الأكر ٢ / ٤٨٧ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٦٤ ، حاشية العدوى على شرح الخرشى ٤ / ٣٩٩ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٢٠ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤١٨ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع بهامش البيهقرى على الخطيب ٤ / ٣٣٨ ، المغنى مع الشرح الكبير ١١ / ٤٨٩ ، المحلى ٨ / ٥٥٢ ، البحر الرقار ٤ / ١٠٣ ، جواهر الكلام ٢٦ / ٣٠٩ ، حاشية أبى سنة على الإيضاح ٧ / ٧٥ .

(٢) بدائع المنافع ٩ / ٤١٣٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ / ٢١١ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٨ ، وراجع / القسمة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٨٩ .

ويتضح ذلك بما ذكره فقهاء المذاهب المختلفة :

فبين الحنفية : -

أنه إذا كان للأرض قناة أو بئر تحتاج إليها ، قسمت الأرض وتركت القناة أو البئر على الشركة ، حتى لا يترتب على قسمتها ضرر ، أما إذا تعددت القنوات أو الآبار بحيث يمكن قسمتها مع الأرض ، قسمت ، لأنه لا ضرر من قسمتها بل تحقق المنفعة وكمالها^(١).

وكذلك لو كانت هناك دار بين شريكين قسمت بينهما ، فأصاب أحدهما موضع بغير طريق شرط له في القسمة ، فإن كان له فيما أصابه مفتح إلى الطريق جازت القسمة ، لأنه لا مضرة عليه فيها ، إذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر .

وإن لم يكن له فيما أصابه مفتح أصلا . فإن كان القاسم قد ذكر الحقوق في القسمة - أي حق الارتفاق - فلصاحب النصيب الذي ليس له طريق حق الاختيار في نصيب صاحبه ، لأن الطريق من الحقوق فصار مذكورا بذكر الحقوق ، وإن لم يذكر الحقوق عند القسمة ، لم تجز القسمة لأنها قسمة إضرار في حق أحد الشريكين .

وأجاز الحنفية القسمة على أن لا طريق له ، بشرط رضا المقسوم لهم ، لأنهم رضوا بالضرر ، والحق لهم .

وكذلك المسيل يأخذ حكم الطريق^(٢).

وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر ، لم يشترط في القسمة ، فإنه يصرف عنه إن أمكن ، وإلا فسخت القسمة ، لأن المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه ، وقطع أسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره ، فإن أمكن صرفه حصل ذلك ، وإلا لم يحصل ، فكانت القسمة مختلة ، فتعين الفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط^(٣).

والمالكية : -

قد بينوا أن القوم إذا اقتسموا دارا أو ساحة أو سفلا أو علوا بينهم بشرط أن لا مخرج لأحدهم على الآخر ، فإنه لا يجوز قسمهم هذا سواء كانت بالقرعة أو بغيرها ، لأن هذا ليس من قسم المسلمين ، لما فيه من الضرر ، لأن المسلمين قد نهوا عن الضرر بالنفس أو الغير .

ومحل المنع إذا لم يكن لصاحب الحصة الذي ليس له في المخرج شيء ما يمكن أن يجعل له فيه مخرجا ، وظاهره المنع ولو تراضيا بعد العقد على المخرج ، لوقوع العقد فاسدا ابتداء ، فلا ينقلب صحيحا .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١١٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢١ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢١١ .

(٣) تبين التحقيق للزلي ٥ / ٢٧١ ، مجمع الأكر ٢ / ٤٩٤ ، الاختيار لتطويل المختار ٢ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ .

ويُقاس على المخرج المرحاض وسائر المنافع كالمطبخ وغيره .

أما إذا اقتسم الشركاء أرضاً أو بيوتاً وسكتوا عن المخرج (الطريق) والساحة التى بين البيوت ، فإن القسمة تكون صحيحة ، ولكل واحد من الشركاء أن ينتفع بالساحة أو المخرج إذا وقع فى نصيب أحدهم ، وليس له أن يمنع غيره من المرور منها ^(١).

ولاجبر على قسم مجرى الماء أو محل جريه ، لعدم تمييز نصيب كل بقسمه ، لأنه قد يقوى الجرى فى محل دون آخر بسبب ريح ، أو علو محل أو خفض آخر ، فلا يصل لكل ذى حق حقه على الكمال .

ويجوز قسم المجرى إذا تراضوا على ذلك ^(٢).

واشافعية : -

قد بينوا أنه لا يمنع الإيجاب فى المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل فيها إلى ما خرج له ، وذلك إذا لم يمكن إفراد كل بطريق .

ولو اقتسموا بالتراضى السفلى لواحد والعلو لآخر ، ولم يتعرضوا للسطح بقى مشتركا بينهما ، لأن السطح تابع كالطريق ^(٣).

وقيل : - لا تصح القسمة ، لاختلاف الأغراض والمنافع ^(٤).

والحنابلة : -

بينوا أنه إذا اقتسما داراً فحصل الطريق فى نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه ، فإن القسمة تصح ^(٥) ، أما إذا اقتسماها فحصل الطريق فى نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر ، بطلت القسمة ، لأن القسمة تقتضى التعديل ، والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له إلا قيمة قليلة ، فلا يحصل التعديل ، ولأن من شرط الإيجاب على القسمة أن يكون ما أخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به ، وهذا لا ينتفع به أخذه .

فإن كان قد أخذه راضياً عالماً بأنه لا طريق له جاز ، لأن قسمة التراضى بيع ، وشراؤه على هذا الوجه جائز ^(٦) .

(١) يراجع / شرح الخرشي ٤ / ٤٠٩ ، ٤١٠ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٤٠ ، ٦٤١ ، حاشية الدسوقي

٣ / ٥٠٩ ، حاشية الصلوى على الشرح الصغير ٥ / ١٧١ .

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣ / ٥٠٩ .

(٣) تحفة المحتاج بهامش شرواني وابن القاسم ١٠ / ٢٠٤ ، حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ .

(٤) نهاية المحتاج ٨ / ٢٨٨ .

(٥) المغنى ٩ / ٨٠ .

(٦) الإقناع ٤ / ٤١٩ ، القروع ٦ / ٥١٦ ، الشرح الكبير أسفل المغنى ١١ / ٥١٨ ، المبدع شرح المقنع

١٠ / ١٤٣ .

ويُقاس على هذا طريق الماء أو المسيل .

أما الشيعة الزيدية : -

فمن شروط القسمة عندهم : استيفاء المرافق على وجه لا يضر بأى من الشريكين حسب الإمكان ، لأن خلاف ذلك جور وظلم^(١) .

فلو اقتسما داراً على وجه لا يكون لأحدهما طريق ، أو لا يكون له مسيل فى نصيبه فالقسمة لا تصح ، ويجب أن تعاد إلا أن يقع التراضى بينهما بذلك^(٢) .

فيتبع كل أرض طرقها وسواقيها وشربها ، ويتبع كل دار طرقها ونحوها ، وإلا كان ذلك مقتضياً لخلل القسمة ، لأنه لم يحصل الإيصال التام والاتصاف الحاسم للخصام^(٣) .

ومذهب الشيعة الإمامية^(٤) : -

أنه لو أخذ أحد الشريكين بيتاً فى دار ، والآخر غيره ، وبيت الأول يجرى ماؤه فى حصة الثانى لم يكن للثانى منعه من الجريان عليه ، فإن التعديل قد كان بأن يكون لكل منهما حصة بحقوقهما ، إلا أن يشترط حين القسمة رد الماء عنه ، فإن أطلق بقى على حاله .

ولو وقع الطريق فى حصة أحدهما وكان لحصة الآخر منفذ وطريق إلى الدرب ، صحت القسمة ، وإلا بطلت ، لانتفاء التعديل ، إلا إذا اشترط عليه حق المرور فى حصته ، أو يشترط سقوط حق المرور .

أما الإباضية : -

فقد بينوا أنه إذا اشترك قوم فى أرض لها طريق أو بستان أو دار ، فاقسموها ، ولم يذكروا الطريق ، فإن طريقهم يكون على ما كان عليه أولاً ، أما إذا برأ بعضهم بعضاً من الطريق على أن يكون طريق كل منهم خارجاً ، فتكون طرقهم على ما اشترطوا .

وأما إذا اقتسموا على أن يكون لبعض طريق من طريقهم الأول ، فإنه إن كان يجد الطريق إلى سهمه من غير الطريق الأول ، فالقسمة جائزة ، ويكون ذلك تبرئة منه لسهمه من الطريق الأول ، وإن لم يكن له طريق ولا موضع يصل منه إلى عمارة سهمه فلا تجوز القسمة على هذا الحال ، وقيل : - تجوز قسمتهم على ذلك^(٥) .

(١) البحر الزخار ٤ / ١٠٣ .

(٢) شرح الأكره ٣ / ٣٨٣ .

(٣) المسيل الجرار ٣ / ٢٦٦ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦٩ .

(٥) القسمة وأصول الأراضي ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، منهج الطالبين ١٢ / ٥٠ .

وبعد هذا العرض يتبين لنا أن الشريك لا يكون قد استقل بحصته بعد القسمة إلا إذا ضم إليها ما يلزمها من مرافق تلزم للإنتفاع بها ، وإلا فإن القسمة تكون باطلة لأنها وقعت على نحو يضر بهذا الشريك .

فلا تكتمل المنافع بعد القسمة إلا باستيفاء كل شريك ما يستحقه من المرافق التي تتصل بالعقار المقسوم كالطريق والمسبل .

وواضح من عرض آراء الفقهاء اتفاقهم على ضرورة توافر الطريق أو المنفذ أو المسبل لكل شريك ، وإلا فإن القسمة لا تصح ، وتستأنف من جديد . ويبقى المرفق مشتركاً إذا تعذرت قسمة ، أو لم يذكره الشركاء عند القسمة ، كما في مجرى المياه عند الحنفية والمالكية ، وكما في ترك السطح مشاعاً عند قسمة السفلى والعلو عند الشافعية .

وفى نطاق المراسات القانونية :-

فإنه يترتب على القسمة إفراز المال الشائع إلى حصص يتم تسليمها إلى الشركاء كل بنسبة ماله في الشيوع ، والمقصود بإفراز المال الشائع : اختصاص كل شريك بملكية حصّة مفرزة من المال الشائع ، وهذا هو الأكثر الجوهرى للقسمة بنوعيتها الاتفاقية والقضائية ، والذي يهدف إليه المتقاسمون .

وبمعنى آخر :-

هو استقلال كل شريك بملكه الجزء الذى اختص به فى القسمة ، ملكية مفرزة مستقلة عن غيره من الشركاء المتقاسمين^(١) ، فاستقلال كل شريك بحصته هو الهدف الرئيسى من إنهاء الشيوع والتخلص من مضاره ، وقد جاءت المادة ٨٤٣ مدنى لتبين ذلك بوضوح - كما سبق بيانه فى المبحث السابق - .

وعندما يستقل الشريك بحصته فإنه يستقل بها ، وبما يودى إلى كمال انتفاعه بها ، فيتسلم معها مرافقها ، وما هو مقرر لها من حقوق ، إلا أن القانون لم يبين ذلك بخصوص القسمة ، اعتماداً على ما سبق أن قرره عند تسليم المبيع إلى المشتري ، فضلاً عن أن الخبير حين يقوم بتكوين الحصص أو تجنيبها ، إنما يفعل ذلك مع بيان ما يتبع كل حصّة من المرافق والملحقات، فالقانون لا يختلف عن الشريعة فى هذا المجال وإن كان الفقه الإسلامى أوضح ، بنصه على الفروع والمسائل التي تتعلق بذلك .

(١) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٣٧٢ .

المطلب الثاني

تصرف المتقاسم في حصته تصرف المالك

بينما في المطلب السابق أنه يترتب على عملية القسمة استقلال كل شريك بحصته مفرزة .
فالقاسم يقوم بتجميع نصيب كل شريك حسب حصته في جزء معين من المشترك ،
ليسلم كل شريك حصته متميزة على وجه التحديد ، فيختص بها ويستقل بمن سواه من
الشركاء .

ولما تسلم كل شريك حصته المستقلة ، صار ملكه مجمعا فيها ، وأصبح مالكا لها ملكية
ليست من وقت التسليم بعد القسمة ، بل ملكية ترتد إلى وقت بدء الشيوع ، والفرق أن ملكية
قبل القسمة كانت منتشرة في كل جزء من أجزاء المشترك ، فجاءت القسمة بإفرازها حصّة كل
شريك مجمعة لهذه الجزئيات ، في ذلك الجزء المعين الذي تسلمه بعد القسمة

ويترتب على ذلك أن يثبت للمقسوم له جميع التصرفات المختصة بالملك من بيع أو رهن
أو تأجير إلى غير ذلك (١).

ولكن ليس معنى ذلك أن حق الشريك المقتسم في التصرف في حصته لم يثبت إلا
بالقسمة ، وأنه كان ممنوع من التصرف في نصيبه قبل القسمة .

ولكن المقصود أن تصرفاً الشريك قبل القسمة كان مقيدا ، لا متراج حصته مع باقي
حصص الشركاء ، فإن أراد تصرفاً فإنما يتصرف بما تسمح له به قواعد الملكية الشائعة . أما
بعد القسمة وبما أحدثته من إفراز وفصل لحصته عن بقية حصص الشركاء ، فقد ثبت له حق
التصرف فيها خالصة مستقلة دون تقييد بمراعاة حقوق غيره من الشركاء .

ويصبح حكم القسمة هو ثبوت اختصاص الشريك بحصته من المقسوم عينا ، فيتصرف
فيها تصرف المالك دون اعتراض من أي شريك ، لأنها خلصت له وحده (٢) ، وهذا محل اتفاق
الفقهاء (٣) ، لأن هذا هو ثمرة القسمة ، والمقصود منها .

وقد ضرب الفقهاء هنا عدة أمثلة لهذه التصرفات التي يملكها كل واحد من المتقاسمين
في نصيبه دون أن يكون لمقاسمه حق الاعتراض .

(١) بدائع الصنعة ٩ / ٤١٣٨ .

(٢) بدائع الصنعة ٩ / ٤١٣٨ ، ويراجع / القسمة في الشريعة والقانون للدكتور / سيد محمود عمر ص ٣٤٢ .

(٣) البدائع ٩ / ٤١٣٨ ، حاشية الطحاوي على شرح الخرشني ٤ / ٣٩٩ ، مغني المحتاج ٤ / ٤١٨ ، المغني مع
الشرح الكبير ١١ / ٤٨٩ ، المغني ٨ / ٥٥٢ ، البحر الزخار ٤ / ١٠٣ ، جواهر الكلام ٢٦ / ٣٠٩ ،
حاشية أبي سة على الإيضاح ٧ / ٧٥

١ - فجاء في البدائع : - " لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لابناء فيها ، ووقع البناء في نصيب الآخر ، فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته ، وله أن يرفع بناءه ، وليس لصاحب البناء أن يمنعه ، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس ، لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع .

وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا (طريقا) ، أو يبني تتورا^(١) أو حماما أو رحي لما قلنا وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا أو قصارا^(٢) وإن كان يتأذى به جاره لما قلنا ... ، وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة وإن كان يهيئ^(٣) ذلك بحائط جاره ، ولو طلب جاره تحويل ذلك ، لم يجبر على التحويل ، ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن ، لأنه لا صنع منه في ملك الغير .

والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه ، إلا أن الكف عما يؤذى الجار أحسن ، لقوله تعالى ﴿وَأَعِظُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾^(٤) إلى قوله تعالى : - ﴿وَالْجَارَ الْجُنُبَ﴾ فخصه الله تعالى بالأمر بالإحسان إليه ، فلئن لا يحسن إليه ، فلا أقل من أن يكف عنه أذاه^(٥) .

٢ - لو وقعت شجرة في نصيب أحد الشريكين ، وكانت أغصانها متدلّية إلى نصيب الآخر ، فعن محمد بن الحسن أنه يجبره على قطع تلك الأغصان ، لأنه مما لا يستحق إقراره في ملك الغير لسبب من الأسباب .

وفي قول آخر عن محمد بن الحسن تترك الأغصان ، لأنه استحق الشجرة بأغصانها ، فتترك الأغصان على ما كانت عليه^(٦) .

٣ - دار بين رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها ، وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فأراد كل واحد منهما أن يفتح بابا أو كوة^(٧) إلى السكة ، له ذلك ، ولا يسع لأهل السكة منعهما ، لأن كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه ، فيملكه ، ألا ترى أن له رفع الحائط أصلا ، فالباب والكوة أولى^(٨) .

(١) التتور : - هو ما يخبز فيه ، مختار الصحاح ص ٧٩ ، المصباح المنير ص ٣٠ .

(٢) القصار : - قصر الثوب أي دقّه ، وقصرت الثوب قصرا ببيضته ، والفاعل قصّار وهو الخياط .

يراجع / المصباح المنير ص ١٩٣ ، مختار الصحاح ص ٥٣٧ .

(٣) يهيئ : - وهي الحائط وهما ، من باب وعد ، أي ضعف واسترخي ، ويتعدى بالهمزة ، فيقال : أو هيته .

وهي الشيء إذا ضعف أو سقط ، المصباح المنير ص ٢٥٩ ، مختار الصحاح ص ٧٣٨ .

(٤) الآية ٣٦ من سورة النساء .

(٥) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٨ ، ٤١٣٩ ، ويراجع / المبسوط ١٥ / ٢١ .

(٦) المبسوط للسرخسي ١٥ / ٢٠ ، ٢١ ، قدر المختار أعلى حاشية ابن علقم ٦ / ٢٦٨ .

(٧) الكوة هي : - فتحة في الحائط . لمصباح ص ٢٠٨ مادة (كوى) .

(٨) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٤٠ .

فمن هذه الأمثلة يتبين لنا أن للشريك أن يتصرف في حصته التي آلت إليه بعد القسمة تصرف المالك ، دون معارضة من الشركاء كما في المثال الأول والثاني ، ودون معارضة من غير الشركاء كما في المثال الثالث .

وإذا كان الشريك بعد القسمة أن يتصرف في ملكه كيف شاء ، دون معارضة من شركائه أو من غيره ، فهل يكون هذا التصرف مطلقا ؟

أعني هل يكون تصرفه في ملكه بحيث لا يضر بجاره أم أن الأمر مطلق مالم يخرج عن الحد المعتاد ؟

الأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه . واستند إلى هذا الأصل الحنفية^(١) والشافعية^(٢) ، فأطلقوا يد المالك في ملكه يتصرف كما يشاء ، طالما أنه لم يخرج عن حدود المعتاد ، فإن تعدى ضمن .

فله أن يقعد في بنائه حدادا أو قصارا وإن كان يتأذى به جاره ، وله أن يحفر في ملكه بنرا أو بالوعة ، ولو كان ذلك يضعف من حائط جاره ، وليس لجاره أن يجبره على تحويل ذلك عنه . كما أن له أن يتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماما أو اصطبلا ، وذلك إذا احتاط وأحكم الجدران^(٣) .

ومع ذلك فإن الحنفية قالوا إذا كان الأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه ، إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن لقوله تعالى : ﴿وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ...﴾^(٤) .

فقد خص الله الجار بالأمر بالإحسان إليه ، فلئن لا يحسن إليه فلا أقل من أن يكف عنه إذاه^(٥) .

ولقوله - ﷺ - " مازال جبريل - عليه السلام - يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه " ^(٦)

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٩ .

(٢) المنهاج للتوحي بفتح السراج ص ٢٩٨ ، مغنى المحتاج ٢ / ٢٥٣ .

(٣) المنهاج للتوحي بفتح السراج ص ٢٩٨ حيث يقول : " ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة ، فإن تعدى ضمن ، والأصح أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماما واصطبلا ، وحقوقه في البزترین حلقوت حداد ، إذا احتاط وأحكم الجدران " .

(٤) سورة النساء من الآية ٣٦ .

(٥) البدائع ٩ / ٤١٣٩ ، المبسوط للرخسى ١٥ / ٢١ .

(٦) الحديث متفق عليه من حديث عقشة وابن عمر رضي الله عنهما . يراجع / صحيح البخارى بشرح فتح البارى ١٠ / ٤٥٥ ك الألب - باب الوصاء بالجار - رقم (٦٠١٤ ، ٦٠١٥) ط دار الريان ، -

فيتضح من ذلك أن تصرف المالك في ملكه مقيد بما لا يضر أو يؤذى الجار امتثالا لأمر الله ورسوله .

لذلك وجدنا الحنفية يخفون من إطلاقهم يد المالك في التصرف في ملكه كما يشاء فيقررون : -

(١) أنه لو كان السفل لواحد من الشركاء ، والعلو للآخر ، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ، ولصاحب السفل حق السقف في الطول يستتر عن الشمس ، ويتحفظ من المطر ، ولهذا فليس لأحدهما أن يضر شيئا مضرا ، إلا بإذن صاحبه ، حتى ولو كان سيهدم بناء نفسه^(١) .

(٢) وإذا وقع الحائط لأحد في القسمة وعليه جذوع الآخر ، وأراد صاحب الحائط أن يرفع الجذوع عن الحائط ، فليس له ذلك ، إلا أن يكونا قد شرطا في القسمة رفع الجذوع عن الحائط ، فإن كانا قد شرطا ذلك ، فله أن يرفع الجذوع عن الحائط لقوله عليه السلام : - "المسلمون على شروطهم"^(٢) .

والمنع من رفع الجذوع من الحائط عند عدم الشرط يسرى سواء كان الجذوع لأحدهما على الخصوص قبل القسمة والحائط بينهما ، أو كان السقف والجذوع مع الحائط مشتركا بينهما ثم صار الحائط لأحدهما بالقسمة ، والسقف والجذوع لآخر .

وعلة هذا الحكم أن الترك وإن كان ضررا ، لكنهم لما لم يشترطوا رفع الجذوع عند القسمة فكان الشريك قد التزم الضرر ورضى به^(٣) .

فيتضح مما سبق أنه إذا كان الضرر بالجار يتيئا ، فإنه يمنع .

وأما المالكية والحنبلة فقد قيدوا المالك في ملكه بعدم إيذاء جاره . وقد قرروا ذلك بوضوح ، بل وللجار المضروب أن يمنعه من ذلك التصرف الضار .

فيقول خليل من المالكية : - "يمنع دخان كحمام ورائحة كدباغ ، وأندر^(٤) قبل بيت ، ومضر بجدار واصطبل أو حانوت قبالة (أي تجاه) باب ... ، لامانع ضوء أو شمس أو ريح إلا لأندر " .

- صحيح مسلم ٢ / ٢٠٢٥ ك البر والصلة والآداب - باب الوصية بالجار - رقم (٢٦٢٤ ، ٢٦٢٥) ط دار الدعوة .

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (١١٩٢) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لمولى حيدر ٣ / ص ٢٠١ .

(٢) الحديث : - سبق تخريجه - يراجع ط ١٦

(٣) الفتاوى الهندية ٥ / ٢١١ ، بدائع الصنائع ٩ / ٤٤٠ ، المبسوط للمرغسي ١٥ / ٢٠

(٤) الأندر ، هو الجرين ، والجرين هو القيد الذي يدلى فيه الطعام أو القمح والموضع الذي يجفف فيه الثمار أيضا ، والجمع جرن . المصباح المنير ص ٣٨ ، المعجم الوجيز ص ٦٩ ، ١٠٢ .

ففيهم من ذلك أن الحمامات والأفران والمدابغ إن كانت حادثة فإنه يقضى بمنع دخانها ، لأنه يؤذى الناس برائحته .

كذلك من كان أندرته تجاه بيت شخص أو حانوته ، فإنه يمنع لتضرره بتبن التذرية .

وكذلك يمنع من أراد أن يحدث شيئا يضر بجدار جاره من هدمه ، أو وهنه ، كحفر بئر أورحى ، وكذلك يمنع من أحداث اصطبل لخيله أو حانوتا للبيع أو غيره قبالة أو تجاه باب شخص ، لأنه يلزم منه أن يطلع الناس على عورات جاره ، ولما فى الاصطبل من الضرر بيول الدواب وزبلها وحركتها ليلا ونهارا ، فإن لم يكن ذلك تجاه باب جاره فإنه لا يمنع (١) .

ويقول صاحب دليل الطالب من الحنابلة : - " وحرم على الجار أن يحدث بملكه مايضر بجاره كحمام وكنيف ورحى وتور . وله منعه من ذلك " (٢)

ويقول أيضا ابن قدامة : - " وليس للرجل التصرف فى ملكه تصرفا يضر بجاره نحو أن يبنى فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين ، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخر بها ، أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجذب ماءها " (٣) لقوله يُضَرُّ لا ضرر ولا ضرار " .

وأرى أن ماذهب إليه المالكية والحنابلة هو الراجح ، فلا يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه على نحو يضر بجاره ، فمراعاة حقوق الجار واجبة ، وهذا هو ما يتفق مع روح الشريعة الإسلامية فضلا عن نصوصها ، التى تعمل على نشر الفضيلة والإيثار وحسن الخلق بين البشر جميعا .

وفى نطاق الدراسات القانونية :

فإنه لا يختلف القانون مع الفقه الإسلامى فيما سبق ، فمن دواعى انتهاء عملية الشيوخ بالقسمة ، واستقلال كل شريك بحصته ، أن يملك التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات ، لأنه صار مالكا عاديا ، والملكية فى القانون تخول لصاحبها ثلاث سلطات هى : التصرف والانتفاع والاستغلال ، فالمالك يملك جميع هذه السلطات .

غير أن حرية المالك فى التصرف مقيدة فى القانون - كما هو الحال فى الفقه الإسلامى - بالتزامات الجوار ، فالمالك لا يستطيع أن يستعمل ملكه على نحو يترتب عليه ضرر غير مألوف بالجوار .

فيمنع المالك من أى استعمال أو تصرف يضر بجاره ضررا غير مألوف ، فالقانون يتفق مع الفقه الإسلامى فيما سبق - وإن كانت فروع الفقه الإسلامى أشمل .

(١) شرح الغرشى على مختصر خليل ٤ / ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، الشرح الكبير بهامش حاشية المصطفى ٣ / ٣٦٩ .

(٢) دليل الطالب ص ١١٧ ، وراجع أيضا / الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٢٨٥ .

(٣) الفتاوى لابن قدامة ٤ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

الفصل الثانى

طوارئ القسمة

تمهيد وتقسيم :

الطوارئ فى اللغة : من الطرو ، طراً فلان علينا أى طلع فهو طارئ . وطراً الأمر طروراً : حدث فجأة فهو طارئ^(١) .

والمقصود بها فى القسمة : تلك الأشياء التى لم تكن بحسبان القاسم أو المتقاسمين وقت القسمة ، فتظهر بعد القسمة فجأة ، مما قد يستدعى معه إعادة النظر فى أمر القسمة . وقد يعبر عنها بنواقض القسمة .

والنواقض جمع ناقض ، وهو لغة من نقض البناء إذا هدم مكوناته ، أو نقض الحبل إذا حل ضفرته ، أو نقض العهد إذا أخل به ولم يوفه^(٢) .

فالنقض : إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء ، وهو ضد الإبرام^(٣) ومنه قوله تعالى : " وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَظَتْ غَزْلَهُمَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا"^(٤) .

قيل : كانت امرأة خرقاء بمكة تغزل ثم تنقض غزلها بعد أن أبرمتها^(٥) .

وسميت الطوارئ نواقض ، لما قد يترتب عليها من نقض للقسمة وإعادة الشئوع إلى ما كان عليه قبل القسمة .

ويعبر عن الطوارئ أيضاً بالعوارض ، لأنها تعترض لزوم القسمة ، فتؤدى إلى فسخها ، وينتفى استمرارها .

وتنقض القسمة بعد تمامها إما باتفاق الشركاء جميعاً على نقض القسمة والعودة إلى الشئوع مرة أخرى ، وهو ما يعبر عنه بالإقالة ، وقد سبق أن بينا أحكامها .

وإما بظهور طارئ بعد تمام القسمة فيؤدى إلى فسخها واستئنافها من جديد .

وهذه الطوارئ أو العوارض إما أن تكون بسبب أن المقسوم لم يكن ملكاً للمقسوم عليهم .

فيكون الاستحقاق الكلى أو الجزئى للمقسوم .

(١) المصباح المنير ص ١٤١ ط الجيب ، المعجم الوجيز ص ٣٨٧ .

(٢) مختار الصحاح ص ٦٧٦ ، المصباح المنير ص ٢٣٨ .

(٣) لسان العرب لابن منظور ٤٥٢٤/٦ - ط در المعارف - القاهرة .

(٤) من الآية ٩٢ من سورة قحط .

(٥) تفسير السبكي ٢٩٨/٢ ط در إحياء الكتب العربية .

وإما أنها تكون بسبب إدعاء الغلط أو الغبن ، أو بسبب ظهور عيب بعد القسمة ، أو ظهور دين على الميت أو وارث جديد أو موصى له بعد القسمة .
· فيظهر بذلك أن طوارئ القسمة ستة :

١- الاستحقاق . ٢- ظهور غلط أو غبن .

٣- ظهور عيب . ٤- ظهور وارث جديد .

٥- ظهور دين على الميت . ٦- ظهور موصى له .

وقد سبق أن بينا حكم ظهور الغلط أو الغبن عند الكلام على القسمة الاتفاقية ، وكذلك بينا أحكام ظهور العيب عند الكلام على الخيار في القسمة ، باعتباره أحد أسباب الخيار .
وهنا سنتكلم عن باقى هذه الطوارئ .

وفى القانون يعتبر أثراً من آثار القسمة الالتزام بضمان التعرض أو الاستحقاق ، وقد نظم المشرع الوضعى أحكام هذا الالتزام فى ٨٤٤ مدنى .

وفى ضوء ما سبق فإننى سأقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : فى أحكام الاستحقاق .

المبحث الثانى : فى ظهور وارث جديد أو دين أو وصية بعد القسمة .

المبحث الأول

أحكام الاستحقاق

تمهيد وتقسيم :

الاستحقاق في اللغة :

مصدر من استحق : يستحق استحقاقاً فهو استحقاق من الحق ، واستحق فلان الأمر : استوجب^(١) .

وأما في اصطلاح الفقهاء :

عرف الحنفية الاستحقاق بأنه : ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير^(٢) .

وعند المالكية : الاستحقاق : هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزها إلى يد المدعى ، بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع^(٣) .

وعرفه ابن عرفة من المالكية بقوله : هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك ، بغير عوض^(٤) .

وعرفه بعض المحدثين^(٥) بقوله : الاستحقاق ثبوت كون المعقود عليه غير مملوك للمتصرف فيه ، ولا ولاية له عليه .

وعرفه أستاذنا الدكتور / على مرعي^(٦) بقوله : الاستحقاق هو أن يتضح كون هذا المبيع ملكاً لشخص آخر ، غير الذي وقع منه البيع ، فيظهر رفع الملك عن المبيع ، بسبب ثبوت ملك لشخص آخر ملكاً سابقاً على بيعه .

(١) المصباح المنير ص ٥٥ ط الحبيب ، تاج العروس للزبيدي ٣١٩/٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٩١/٤ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٢٩٥/٥ .

(٤) التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٥/ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، شرح الخرشى ٣٦٧/٤ .

والشافعية والحنابلة يستعملونه في نفس معناه للقوى ، ولا يخرجون عن معناه لدى فقهاء الحنفية والمالكية . ويراجع / قليوبى وعميرة ١٩٥/٣ .

(٥) د/ محمد أحمد مصطفى الكزنى - استحقاق المعقود عليه لغير العاقلين في الفقه الإسلامي والقانون المدني - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة بالقاهرة ، سنة ١٩٨٩ ، تحت رقم ٢٦٤٢ ، ص ٢٦ .

(٦) د/ على مرعي - نسخ الحد - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، ص ٣٥٠ .

وأما عند شرح القانون : فعرف بعضهم^(١) الاستحقاق بأنه بحسب الأصل هو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي . ولكن معنى الاستحقاق لا يقف عند هذا الأصل ، بل يتناول جميع الحالات التي يحرم فيها المشتري فعلاً من المبيع ، لأى سبب سابق على البيع ، لم يكن له يد فيه ، أو ليس فى مقدوره دفعه .

وهذه التعاريف وأن كانت فى استحقاق المبيع ، إلا أنها تشمل القسمة ، لشبهها بالبيع . وقد سبق أن بينا أن من شروط صحة القسمة ، أن يكون المقسوم مملوكاً للمقسوم له وقت القسمة فإذا لم يكن مملوكاً له فلا تصح القسمة ، لأن القسمة إفراز ومعاوضة ، وكل ذلك لا يصح إلا إذا كان المقسوم ملكاً للمقسوم له .

وقد بينا أن القانون يشترط فى المقسوم هذا الشرط أيضاً

وإذا علم ذلك فإنه ينبى على تخلف هذا الشرط أحكام الاستحقاق سواء فى الفقه الإسلامى أو القانون المدنى ، إلا أنه يعبر عن ذلك فى القانون بعبارة : الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ، وهو يعد من أهم آثار القسمة فى القانون المدنى .

وفى ضوء ما سبق فإننى سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أحكام الاستحقاق فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق فى القانون المدنى .

المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) د/ نور سلطان - شرح البيع والمقوضة ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ ف ٢٣٩ ، ط دار نشر الثقافة سنة ١٩٥٢ .

المطلب الأول

أحكام الاستحقاق في الفقه الإسلامي

من شروط صحة القسمة أن يكون المقسوم مملوكاً للمقسوم لهم وقت القسمة ، فإذا لم يكن مملوكاً له ، فلا تصح القسمة ، لأن القسمة إقرار ببعض الأنصبة ومبادلة البعض ، وكل ذلك لا يصح إلا في المملوك^(١) .

وبناء على هذا إذا استحق المقسوم أو شيئاً منه ، فهل تبطل القسمة مطلقاً وتستأنف القسمة من جديد ، أم أنها تبطل في القدر المستحق فقط ، وإذا بطلت في القدر المستحق فهل يثبت الخيار للمستحق عليه أم لا يثبت ؟

نبين ذلك فيما يلي :

اتفق الفقهاء على أنه إذا ورد الاستحقاق على كل المقسوم - أي على جميع العين الشائعة - فإن القسمة تكون باطلة ، لظهور أن المقسوم لم يكن ملكاً للمقسوم عليهم ، لأن القسمة لم تصادف محلاً ، فتستأنف القسمة من جديد ، لاعتداد شرط صحتها^(٢) .

أما إذا ورد الاستحقاق على جزء من المقسوم ، فهناك أربع احتمالات^(٣) لأن الجزء المستحق إما أن يكون بعضاً معيناً ، أو شائعاً ، فإذا كان المستحق بعضاً معيناً فهو لا يخلو من أحد وجهين :

١- أن يكون بعضاً معيناً في نصيب أحد الشركاء .

٢- أن يكون بعضاً معيناً في النصيبين جميعاً (ولنفرض أن القسمة بين شريكين على التساوي) .

وإذا كان المستحق بعضاً شائعاً ، فهو لا يخلو أيضاً من أحد وجهين :

١- أن يكون بعضاً شائعاً في أحد النصيبين .

٢- أن يكون بعضاً شائعاً في النصيبين جميعاً .

فتلك احتمالات أربعة ، حدث خلاف بين الفقهاء بشأنها ، فبينها تباعاً إن شاء الله .

غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا فرق في أحكام الاستحقاق الآتية ، بين ما إذا كانت القسمة قضائية أو رضائية ، لظهور أن المستحق لم يكن مملوكاً لهم ، ولعدم المعادلة بين الشركاء في كل .

(١) بدائع الصنائع ٤١٢٨/٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٤١٢٨/٩ ، حلى المعاصم بهامش البهجة في شرح التحفة ١٤٠/٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥٢/١٢ ، المنى والشرح الكبير ٥١٠/١١ .

(٣) يراجع في هذه الاحتمالات / بدائع الصنائع ٤١٢٨/٩ .

كما لا فرق بين ما إذا كان الشركاء عالمين بالقسمة أو غير عالمين ، قسموا بأنفسهم أو بقاسم القاضى أو القاضى نفسه^(١) .

بيان أقوال الفقهاء في حالات الاستحقاق إذا ورد على جزء من المقسوم :

أولاً : أن يرد الاستحقاق على بعض معين فهو أحد النصيبين :

إذا استحق بعض معين من نصيب واحد فقط ، كان استحق نصف ما بيد أحد الشريكين أو رבעه معيناً ، فقد اختلف الفقهاء في أثر ذلك الاستحقاق :

فذهب الحنفية إلى أن القسمة لا تبطل بهذا الاستحقاق^(٢) .

لأن الاستحقاق ورد على جزء معين فلا يظهر أن المستحق كان شريكاً لهما ، كما أنه لا ضرر على المستحق ، فلا تبطل القسمة^(٣) . ولكن يثبت الخيار للمستحق عليه ، فإن شاء فسخ القسمة ، واستأنفا قسمة جديدة ، لأن الاستحقاق أوجب انتقاص المعقود عليه ، والانتقاص فى الأعيان المجتمعة عيب ، فيثبت الخيار .

وإن شاء رجع إلى صاحبه بقسطه فى نصيب شريكه ، فإذا استحق منه نصف ما بيده ، فإنه يرجع على صاحبه بالربع ، لأنه لو استحق كل ما فى يده لرجع عليه بالنصف فإذا استحق النصف ، فإنه يرجع بالربع^(٤) .

والمراد بالربع هنا : أى ربع حظ الشريك وهو ثمن المقسوم ، والمراد ربع القيمة ، لأن القسمة لا تفسخ^(٥) .

وذهب المالكية إلى التفرقة بين ورود الاستحقاق على النصف أو الثلث وبين وروده على الربع فأقل ، وبين وروده على جل النصيب أو أكثره .

١- فإذا ما ورد الاستحقاق على النصف أو الثلث (أى إذا كان المستحق من النصف إلى الربع ، فتجاوز الربع ولم يتجاوز النصف وذلك بالنسبة إلى النصيب الذى استحق منه) ، فإن القسمة لا تبطل .

(١) يؤخذ ذلك من عدم طريق الفقهاء بين قسمة الجبر والرضاء فى أحكام الاستحقاق هذه ، إلا إذا كان قد تم فيها بناء واستحقت بعد ذلك كما سيأتى . ويراجع / حاشية ابن عابدين ٢٦٦/٥ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي ٤١٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٩١/٨ ، الإصناف ٣٦٢/١١ .

(٢) وإن كانت تبطل فى القدر للمستحق - الفتاوى الهندية ٢٢٤/٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٤١٣٠/٩ .

(٤) بدائع الصنائع ٤١٣٠/٩ ، الفتاوى الهندية ٢٢٤/٥ ، شرح الطحاوى بهامش تكملة فتح القدير ٢٢/٨ ، ٢٤ .

(٥) حاشية لى السعدي ٣٥٤/٣ .

ولكن يخير المستحق من يده ، واختلف المالكية فيما يخير فيه ، فذهب بعضهم إلى أنه يخير بين نقض القسمة أى فسخها ويعودان شريكان فى الباقي وتستأنف القسمة من جديد ، وبين أن يرجع على صاحبه بنصف قيمة المستحق^(١) .

وذهب جمهور المالكية إلى أن التخيير إنما يكون بين بقاء القسمة على حالها ولا يرجع بشئ ، لأن خيرته تنفى ضرره ، وبين نقضها ورجوعه شريكاً فيما بيد شريكه بنصف قيمة ذلك المستحق^(٢) .

فلو كان شريكان فى دارين ، فتقاسما ، فأخذ كل واحد منهما داراً ، ثم استحق من أحدهما نصف داره ، فإن لهذا المستحق من يده أن يبقى القسمة ولا يفسخها ، ولا شئ له ، وله أن يرجع شريكاً بربع الدار الأخرى مع شريكه إن كانت الدار قائمة ، فإن فاتت رجع على صاحبها بربع قيمتها يوم قبضه أيأها^(٣) .

٢- أما إذا ورد الاستحقاق على الربع فأقل ، مما بيد أحد الشركاء ، فإن القسمة لا تنقض فليس له حق فسخها ، ويرجع المستحق منه بنصف قيمة ما استحق من يده على شريكه الآخر ، ولا يرجع شريكاً بنصف ما يقابله^(٤) .

وروى عن ابن القاسم : أن المستحق منه يشارك صاحبه فيما بيده بقدر ما استحق منه^(٥) .

٣- أما إذا ورد الاستحقاق على جل نصيب أحد الشركاء أو أكثره ، وقدره المالكية بما يزيد على النصف .

فالمشهور عند المالكية أنه يتعين نقض القسمة جبراً عنهما - أى الشريكين - ، فتفسخ ، ولا خيار للمستحق منه ، بل يرجع شريكاً فى الجميع ، فتعود الشركة كما كانت قبل القسمة ، ويقسم ما تبقى بعد الاستحقاق^(٦) .

وذهب بعض المالكية ، إلى أن المستحق من يده يخير ، فإن شاء فيرجع شريكاً فى الجميع - أى فيما تبقى بعد الاستحقاق من نصيبه مضافاً إلى نصيب شريكه كاملاً - ، وإن شاء أبقى القسمة على حالها ، فلا يرجع بشئ^(٧) .

(١) شرح منح الجليل ٦٥٤/٣ ، حلى المعاصم بهامش البهجة شرح التحفة ١٤٠/٢ .

(٢) شرح الزرقاى ٢٠٩/٦ ، البهجة شرح التحفة ١٤٠/٢ ، الإقناع والإحكام شرح تحفة الحكم ٦٥/٢ .

(٣) شرح الخرشي ٤١٤/٤ غير أنه مثل بالعبد .

(٤) شرح الخرشي ٤١٤/٤ ، الصوقي والشرح الكبير ٥١٤/٣ ، شرح مواهب الجليل ٣٤٩/٥ .

(٥) وهذه هى الرواية لثانية عن ابن القاسم ، أما الأولى فهى كتول جمهور المالكية ، من أن المستحق منه الربع نكّل ، يرجع بنصف قيمة ما يقابله من لذى بيد صاحبه . معين الحكم على القضايا والأحكام ٦٠٣/٢ .

(٦) البهجة فى شرح التحفة ١٤٠/٢ ، شرح منح الجليل ٦٥٤/٣ ، شرح الخرشي ٤١٤/٤ ، معين الحكم على القضايا والأحكام ٦٠٣/٢ .

(٧) شرح الزرقاى ٢٠٩/٦ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الصوقي ٥١٤/٣ .

وذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والإمامية^(٣)، إلى القول ببطلان القسمة وتستأنف من جديد فيما تبقى بعد الاستحقاق، وذلك لأن ما يتبقى لكل واحد من المتقاسمين لا يكون قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإثاعة^(٤).

ولأنها قسمة لم تعدل فيها السهام، فكانت باطلة، كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال^(٥).

وأما الإباضية فالراجح عندهم أن الاستحقاق مما يوجب فسخ القسمة، فإذا استحق بعض أسهم الشركاء فقد انفسخت القسمة في جميع نظائره من الأسهم، لأنهم قسموا مالهم وما ليس لهم^(٦).

وقيل: لافسخ بالاستحقاق، بل يرد سائر الشركاء لمن خرج الاستحقاق في سهمه مقدار ما استحق عليه^(٧).

وأما الزيدية:

فإنه إذا ورد استحقاق على نصيب أحد المتقاسمين، فإن له الرجوع على شركائه بالمستحق، بمعنى أنه يصير شريكاً لهم فيما تحت أيديهم بقدر حصته. وذلك لعدم التساوي وهو شرط في القسمة^(٨).

وقيل: تبطل القسمة قياساً على نقضها بالغلط.

وخلاصة ما سبق:

أنه إذا استحق بعض معين من أحد النصيبين فقد اختلف الفقهاء في ذلك، ونستطيع أن نجمع خلافتهم على أربعة أقوال:

(١) الحلوى الكبير للملوردى ٢٦١/١٦، روضة الطالبين ٢١٠/١١، وقد استثنى العز بن عبد السلام ما لو استحق من نصيب أحد الفاقمين عين لمسلم، كان قد استولى عليها الحربيون، مع كثرة الجند، ومشقة للنقض، ولم يظهر أمرها إلا بعد القسمة فنزح لصاحبها، ويعوض من وقعت في نصيبه من خمس الخمس، ولا تنقض القسمة، ثم قال هذا إن كثرت الجند، فإن كانوا قليلاً كمشقة، فينبغي أن تنقض، إذ لا عسر في إعلانها*.

يراجع / حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٢١٠/١٠.

(٢) المغنى مع الشرح الكبير ٥١٠/١١، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٢١/٣، الإصناف ٣٦٠/١١، وعند الحنابلة وجه آخر بناء على أن القسمة بيع، بأنها لا تنقض، ويرجع على شريكه بقدر حقه في المستحق.

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٢١/٣.

(٤) مغنى المحتاج ٤٢٥/٤، نهاية المحتاج ٢١٩/٨.

(٥) المغنى مع الشرح الكبير ٥١٠/١١.

(٦) الإيضاح للشماخي حاشية مع أبي ستة عليه ١٣٨/٧.

(٧) شرح كتاب التلذذ وشفاء العليل ٦٣٦/١٠، وجدير بالذكر أن الإباضية لم يفرقوا بين أن يكون المستحق جزءاً معيناً أو شائعاً، بل أطلقوا القول كما في المتن.

(٨) شرح الأثر ٣٨٥/٣، السيل الجرار ٢٦٣/٣، ولم يفرقوا أيضاً بين حالات الاستحقاق. حيث ورد في بعض كتبهم أنه إذا استحق بعض الأسماء فكل غلط فبطلت القسمة. فهر الزخري ١٠٩/٤.

١- إن القسمة لا تبطل بهذا الاستحقاق ، ويثبت الخيار للمستحق منه ، إن شاء فسخ ، وإن شاء رجع على صاحبه بنصف ما استحق منه في نصيبه .

وبهذا قال الحنفية وبعض المالكية إذا كان المستحق النصف أو الثلث .

٢- إن القسمة لا تبطل ، ويثبت للمستحق منه الخيار ، ولكن على إن شاء أبقي القسمة ولم يرجع بشئ ، وإن شاء نقضها ورجع على صاحبه بنصف قيمة المستحق .

وهو لبعض المالكية إذا كان الجزء المستحق النصف أو الثلث أو كان أكثر من النصف .

٣- إن القسمة تبطل ، وتستأنف من جديد ، فيما تبقى بعد الاستحقاق وكأنه هو المال الشائع .

وبهذا قال الشافعية والحنابلة والإمامية ، وهو الراجح عند الإباضية . وهو المشهور عند المالكية إذا كان المستحق أكثر من النصف .

٤- إن القسمة صحيحة ولا خيار ، بل له الرجوع على شريكه بالمستحق ، فيصير شريكاً معه فيما تحت يديه بقدر حصته .

وهو قول الزيدية ، وقول عند الإباضية ، وهو قول المالكية إذا كان المستحق ربع نصيب أحد الشركاء فأقل .

وأرى أن الراجح من هذه الأقوال هو القول الثالث : القائل ببطلان القسمة واستثنائها فيما تبقى بعد الاستحقاق .

وهو قول الشافعية والحنابلة والإمامية ومن تبعهم .

وذلك لقوته وجريانه على نسق واحد ، ولأن القسمة شرطها المساواة بين الشركاء ، فإذا فات ذلك كانت القسمة باطلة .

وأما التفرقة التي ذهب إليها المالكية فلا معنى لها ، لأن من شروط صحة القسمة أن يكون المقسوم جميعاً ملكاً للمقسوم عليهم ، فإذا فات هذا الشرط بطلت القسمة قليلاً كان أو كثيراً .

أما ما ذهب إليه الحنفية من إثبات الخيار للمستحق منه ، ففيه تعليق لصحة القسمة وعدم صحتها على إرادة المستحق منه بدون رضا صاحبه ، وفي هذا إضراره وهو لا يجوز^(١) .

ثانياً : أن يروى الاستحقاق على بعض معين في النصيبين :

إذا استحق بعض معين من نصيب كل واحد ، فإما أن يتساويا وأما أن يتفاوتا ،

(١) بدائع / قسمة الأملاك - د/ أحمد فراج حسين ص ٢٠٧ .

١- فإن تساويا : فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كان المستحق بعضاً معيناً من نصيب كل واحد من الشركاء ، وكان على السواء بينهما - أى تساوى البعضان المستحقان من نصيب الشريكين - كما لو استحق من نصيب كل شريك خمسة أذرع ، فإن القسمة صحيحة^(١).

ومن ثم فلا رجوع ، وذلك لعدم زيادة أحدهما على الآخر بشئ .

ولأن ما يبقى لكل واحد منهما بعد الاستحقاق ، هو قدر حقه بالكامل ، ولا ضرر على واحد منهما ؛ لأنه لا تراجع بين الشريكين فيه ، ولأن القسمة إقرار حق أحدهما من الآخر ، وقد أقر كل واحد منهما حقه^(٢) .

واستثنى الحنابلة من ذلك أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه ، أو ضوئه ، أو نحو ذلك فتبطل القسمة ؛ لأن هذا يمنع التعديل^(٣).

٢- وإن تفاوتتا: بأن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر ، كاستحقاق أربعة أذرع من نصيب أحدهما ، وستة أذرع من نصيب الثاني .

فذهب الحنفية إلى أنه لا فسخ أيضاً ؛ لعدم الضرر على المستحق ، ويرجع الثاني على الأول بذراع إن شاء ؛ لأنه زاد عليه به ، وإن شاء فسخ . القسمة واستأنفها من جديد فيما تبقى بعد الاستحقاق ، وذلك لأن المستحق منه أكثر سيحتاج إلى الرجوع بما يخصه في الزيادة على صاحبه في نصيبه ، فيتفرق عليه حقه ، فيجوز له نقض القسمة دفعاً لضرر التقيص^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٦٦/٦ ، الإقناع والإحكام ٦٥/٢ ، شرح الخرشي ٤١٥/٤ ، المذهب مع التكملة ٤١٥/١٨ ، الأنوار ٥٠٧/٢ ، جواهر العقود للأسيوطي ٣٣١/٢ ط دلو الكتب العلمية ، للمغني والشرح الكبير ٥١٠/١١ ، الإقناع ٤١٨/٤ ، المحرر في الفقه لابن تيمية ٢١٨/٢ ، الروضة البهية شرح للمعة الدمشقية ١٢١/٣ ، وخالف في ذلك الإباضية ، فقالوا بأن القسمة تنسخ أيضاً لاشتغالها على ما ليس لهم ، ولا يخفى ضعف هذا ، وهناك قول في المذهب بأن القسمة لا تنسخ ، وهو متفق مع ما عليه الجمهور .
يراجع / شرح اللبيل وشفاء العليل ٦٣٦/١٠ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٥١٠/١١ ، الحلوى الكبير للملودي ٢٦١/١٦ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٥١٠/١١ ، الإقناع ٤١٨/٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٢٦٦/٦ ، حاشية الطحطاوي ١٣٨/٤ .

وذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والإمامية^(٣) : إلى أن القسمة تبطل ، وتستأنف من جديد ، وذلك لقوات التعديل .

ولأن ما يبقى لكل واحد من المتقاسمين لا يكون قدر حقه ، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإثماعة^(٤) .

والراجع ،

ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، وهو أن القسمة تبطل إذا كان المستحق من أحدهما أكثر من المستحق من الآخر ، دفعاً لضرر التقييص في الأعيان المجتمعة .

وذلك لوضوح هذا القول ، ومراعاته لمصلحة المتقاسمين معاً ، وذلك بإعطائهما الحق في إعادة القسمة من جديد ، لكي يتمكننا من تعديل أنصبتهم .

ثالثاً : أن يرد الاستحقاق على بعض شائع أو أحد النصيبين :

إذا استحق بعض شائع في نصيب واحد ، كما لو اشترك رجلان في قطعة أرض على الشيوع وغاب أحدهما ، واشترى الآخر قطعة أخرى ضمها إلى الأولى ، ثم مات وورثه ابنه ، واقتسما الأرض كلها - القطعتين - مناصفة ، وهما لا يعلمان ، فعاد الشريك الغائب ، وأثبت استحقاقه في القطعة الأولى ، وقد وقعت في نصيب أحدهما .

فذهب الإمام أبي حنيفة ، ومعه محمد بن الحسن في الرواية الصحيحة عنه^(٥) ، إلى أن القسمة صحيحة وغير فاسدة فيما تبقى بعد الاستحقاق ، والمستحق منه بالخيار ، فإن شاء نقض القسمة ، واستأنفت من جديد فيما تبقى ، وإن شاء أبقى القسمة فيما تبقى ورجع على صاحبه بنصف ما استحق منه ، فإن كلن المستحق نصف ما بيده مثلاً ، رجع على صاحبه بربع ما في يده^(٦) .

(١) الحواشي الكبير ٢٦١/١٦ ، المذهب مع تكملة المجموع ٤١٥/١٨ ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٢١٩/٢ .

(٢) المغني والشرح الكبير ٥١٠/١١ ، وهناك قول - قالوا بأنه الصحيح من المذهب أنها لا تبطل فيما بقي ، ومن ثم فيترجع الشريكان .
الإتصاف ٣٦٠/١١ ، الفروع ٥١٥/٦ .

وعلاوه : بأنه لم يتعين الباقي ، لكل واحد منهما في مقابلة ما بقي للآخر . الكافي ٣٢٤/٤ .
(٣) الروضة البهية شرح اللمعة المشقة ١٢١/٣ ، والمالكية لم يتكلموا عن هذه الحالة واكتفوا بالكلام على ما إذا تسوى النصيبين في مقدار المستحق منهما ، ولعلمهم عند التفاوت ينظرون إلى الزيادة فحسب ، ويجعلونها من قبيل الاستحقاق من واحد . شرح الخرشي ٤١٥/٤ .

(٤) مغني المحتاج ٤٢٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٩١/٨ شرح التحرير بهامش حاشية الشرقاوي ٥٠٠/٢ ، المغني والشرح الكبير ٥١٠/١١ .

(٥) قد روى ابن سماعه وابن رستم قول محمد مع قول أبي حنيفة - رحمهما الله - الفتاوى الهندية ٢٢٤/٥ .
(٦) فلو كان حكم هذه الحالة عند أبي حنيفة كحكم الحالة الأولى ، (استحقاق بعض معين) ، يرجع / حاشية ابن عابدين ٢٦٦/٦ ، مجمع الأكره ٤٩٥/٢ ، تبين الحقائق ٢٧٤/٥ ، حاشية أبي السعود ٣٥٤/٣ .

ووجه ذلك :

أنه بالاستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه ؛ لأن المانع من الصحة انعدام الملك ، وذلك في القدر المستحق ، لا فيما وراءه ، وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق ، إنعدامها في الباقي .

لأن المقصود بالقسمة التمييز والإفراز ، ولا ينعدم هذا المقصود باستحقاق جزء مئاع من نصيب الواحد ، فلا تبطل القسمة في الباقي^(١) .

ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه ، بأن كان البعض المقدم من الدار مشتركا بين ثلاثة نفر ، والبعض المؤخر بين اثنين منهم ، فاقسم الاثنان على أن لأحدهما مالهما في المقدم ، ولآخر المؤخر ، أو اقتسماه على أن لأحدهما مالهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا فهذا يجوز ، فكذا هذا ، وصار كاستحقاق شيء بعينه^(٢) .

بخلاف استحقاق الشائع في الكل ، لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ، فلو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الأتصاء ، ، أما في حالة استحقاق بعض شائع من أحد النصيبين ، فإنه لا ضرر على المستحق ، لأنه لن يتفرق نصيبه^(٣) .

أما وجه إثبات حق الفسخ للمستحق منه : فلأنه بالاستحقاق من أحد النصيبين يختلف الإفراز الذي تراضيا عليه وقت القسمة ، ولدخول عيب الشركة ، إذ الشركة في الأعيان المجتمعة عيب ، والعيب يثبت الخيار^(٤) .

وذهب المالكية إلى أن الحكم في هذه الحالة كالحكم في الحالة الأولى^(٥) - أي استحقاق بعض معين من أحد النصيبين - ففرقوا بين استحقاق الربع ، أو النصف والثلث وما زاد على الربع ، أو أكثر من النصف ، على نحو ما أسلفناه .

وذهب الشافعية^(٦) والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٧) وأبو يوسف من الحنفية ، ومعه

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٩ .

(٢) تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٨ .

(٣) تبين الحقائق ٥ / ٢٧٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٢٩ .

(٥) مواهب الجليل للحطاب ٥ / ٣٤٩ ، الإثنان والإحكام شرح تحفة الحكام ٢ / ٦٥ ، شرح منح الجليل

٣ / ٦٥٥ .

(٦) الشرفلوى على التحرير ٢ / ٥٠٠ .

(٧) الإصناف ١١ / ٣٦١ ، وقيل : إنها لا تبطل في غير المستحق ، ويراجع / القروع ٦ / ٥١٥ ، مطالب

لولى القهى ٦ / ٥٦٣ .

محمد بن الحسن في رواية مرجوحة عنه^(١) والإمامية^(٢) إلى أن القسمة تكون باطلة ، وتستأنف من جديد ، وذلك لعدم وصول كل متقاسم إلى حقه .

ووجه ذلك :

أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر ، والقسمة بدونه لا تصح ، فصار كما إذا استحق بعضاً شائعاً في الكل ، إذ إن استحقاق جزء شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الإقرار ، بدليل أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعاً كاستحقاق الكل شائعاً . بخلاف استحقاق جزء معين ، لأن ما وراء المستحق بقي مفرزاً على حاله ليس للغير فيه حق^(٣) .

والراجع :

ما ذهب إليه الجمهور من الشافعية والحنابلة - على المعتمد - والإمامية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن في الرواية الثانية عنه ، وهو أنه إذا استحق بعضاً شائعاً من نصيب معين ، فإن القسمة تنفسخ وتستأنف من جديد ، كما لو ورد الاستحقاق على بعض شائع في النصيبين جميعاً .

ذلك لأنه بالاستحقاق تبين أن المستحق شريك لهما ، والقسمة لا تصح إذا أهمل أحد الشركاء فيها ، وكون الاستحقاق ورد على أحد النصيبين شائعاً لا يغير الحكم ، لأنه ليس للمستحق ولا للمتقاسمين دخل في ذلك ، بل هو عمل القرعة .

وليست العلة في القول بالفسخ هو تفرق نصيب المستحق فقط حتى نقول بعدم الفسخ في هذه الحالة ، بل يضاف إليها الضرر المترتب على رجوع المستحق منه على صاحبه ، والمترتب عليه عود الشيوع في بعض النصيب .

ومن ثم كان القول بفسخ القسمة عند استحقاق جزء شائع من أحد النصيبين ، واستئنافها من جديد ، هو الأولى بالقبول .

والله أعلم

وجدير بالذكر أنه قد ترتب على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة خلاف آخر ، في أنه إذا كان أحد المتقاسمين باع نصف ما في يده ، واستحق منه النصف الباقي ، فيماذا يرجع ؟

فعند أبي حنيفة ومحمد يرجع على صاحبه بربع ما في يده ، ولا يثبت له خيار الفسخ لمانع وهو البيع ، فيرجع على صاحبه بربع ما في يده .

(١) حيث ذكر الطحاوي والحاكم الشهيد قول محمد بن الحسن مع أبي يوسف ، ويراجع / بدائع الصنائع ٤١٢٩ / ٩ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٤ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٩٥ .

(٢) الروضة البهية شرح للغة المشقة ٣ / ١٢١ ، جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦٦ .

(٣) تبين الحقائق ٥ / ٢٢٤ ، تكملة البحر الرائق ٨ / ١٧٨ .

وعند أبي يوسف يرجع على ما فى يد شريكه بحسابه ، ويضمن حصة شريكه مما باع ، لأن القسمة فاسدة بعد الاستحقاق ، والمقبوض بالفاقد مملوك ، وينفذ بيعه ، وهو مضمون بالقيمة فيضمن لشريكه حصته^(١) .

رابعاً : أن يرد الاستحقاق على بعض شائهم في النصيبين :

إذا استحق بعضاً شائعاً من النصيبين أى من جميع المقسوم ، وذلك كالدار المشتركة بين رجلين نصفين ، اقتسماها ، فأخذ أحدهما ثلثاً من مقدمها ، وأخذ الشريك الآخر ثلثين من مؤخرها ، وقيمتها سواء ، بأن كانت قيمة كل واحد منهما ستمائة درهم مثلاً ، فاستحق نصف الدار ، فهنا اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن القسمة تنسخ وتستأنف من جديد (أى إنها باطلة) .

وبهذا قال الحنفية^(٢) ، وهو أحد القولين عند الشافعية^(٣) والمعتمد عند الحنابلة^(٤) والإمامية^(٥) .

واستلوا من المعقول فقالوا :

(١) بأنه بالاستحقاق تبين أن نصف الدار - التى فى المثال السابق - شائعاً ملك المستحق ، فتبين أن القسمة لم تصح فى النصف الشائع ، وذلك غير معلوم ، فبطلت القسمة أصلاً^(٦) .

(٢) وبأنه لو قلنا بعدم فسخ القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه بين الشريكين^(٧) .

(٣) ولأن القدر المستحق ظهر أنه لشريك ثالث لم يقاسمهما ، فصار كأرض بين ثلاثة ، غاب أحدهم ، فاقسماها الحاضران على أن تكون حصة الغائب مشاعة فى سهم كل واحد منهما ، فكانت القسمة باطلة فى الجميع كما بطلت فى السهم المستحق .

(١) البدائع ٩/ ٤١٢٩ ، تكملة البحر الرائق ٨/ ١٧٨ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥/ ٢٢٤ ، حاشية الشلبى بهامش تبين الحقائق ٥/ ٢٧٤ ، مجمع الأكر ٢/ ٤٩٦ .

(٣) وهو ما صححه الأكثر وهو المفتى به فى المذهب كما قال الأسنوى ، وهو ما جزم به الشيخ أبو إسحاق المروزي ، وجمهور الأصحاب . يراجع / المذهب مع التكملة ١٨/ ١٥ ، أسنى المطالب ٤/ ٣٣٤ ، الحاوى للموردى ١٦/ ٢٦٢ ، مغنى المحتاج ٤/ ٢٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ٣٧٦ .

(٤) الشرح الكبير أسفل المغنى ١١/ ٥١٤ ، الإصناف ١١/ ٣٦٠ ، ٣٦١ ، الفروع ٦/ ٥١٥ .

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣/ ١٢١ ، وعلاه : بأن القسمة حينئذ لم تقع برضاء جميع الشركاء ، فبطلت .

(٦) بدائع الصنائع ٩/ ٤١٢٨ .

(٧) مجمع الأكر ٢/ ٤٩٦ ، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٦٦ .

وإنما بطلت في الجميع ، لأن السهم المستحق كان مشاعاً في ملك واحد ، فيقدر على إجازته مجتمعا بالقسمة ، فلا يجوز أن يجعل في ملكين لا يقدر على جمعه بالقسمة^(١) .

(٤) إن مقصود القسمة هو التمييز ، وبظهور المستحق بجزء مشاع بعد القسمة ، تبين أنه لم يحصل مقصود القسمة ؛ لأن المستحق صار شريكا لكل واحد منهما ، فتبطل القسمة ، ولظهور انفراد بعض الشركاء بالقسمة^(٢) .

(٥) ولأن الثالث شريكهما ، ولم يحضر ولا أذن بالقسمة ، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فالتقسما دونه^(٣) .

القول الثاني :

إن القسمة تفسخ في القدر المستحق ، ولا تبطل في الباقي بعد الاستحقاق ، فلا تفسخ ، وتكون صحيحة فيما تبقى . ويثبت الخيار لكلا الشريكين ، بحيث لو أثر أحدهما ففسخ القسمة لكان له ذلك .

وبهذا قال الشافعية في الأظهر من القولين^(٤) ، وهو الوجه الثاني عند الحنابلة^(٥) .

واستدلوا بالمعقول فقالوا :

(١) إن هذا مبني على القول بجواز تفريق الصفقة في البيع^(٦) .

(٢) ولأن المستحق يأخذ من كل واحد منهما مثل ما يأخذ من الآخر ، ويصير مع كل واحد قدر حقه ، فأشبه ما لو كان المستحق معينا في نصيبهما على السواء^(٧) .

القول الثالث :

إنه إذا استحق بعضاً شائئاً من النصيبين جميعاً ، فإنه لا كلام لأحد الشركاء على صاحبه ، لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر .

ولا تنقض القسمة ، بل يتبع المستحق كل وارث يقدر ما صار من حقه .

(١) الحاوي الكبير للمارودي ١٦ / ٢٦٢ ، حاشية الطحطاوي ٤ / ١٢٨ .

(٢) أسنى المطالب ٤ / ٣٤٤ ، المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز ١٢ / ٥٥٢ .

(٣) الشرح الكبير أسفل المغني ١١ / ٥١٤ .

(٤) وهذا هو الأظهر من القولين ، وذهب بعض الشافعية إلى أنه هو الصحيح والمعتمد ، وخلاف الشافعية

مبنى على القولين في تفريق الصفقة . يراجع / حاشية الرملي الكبير مع أسنى المطالب ٤ / ٣٢٤ ، مغني

المحتاج ٤ / ٤٢٥ ، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٥ / ٣٠٣ ، جواهر العقود للأسبوطي ٢ / ٣٣١

ط داور الكتب العلمية .

(٥) الإصناف ١١ / ٣٦١ ، الفروع ٦ / ٥١٥ ، الشرح الكبير مع المغني ١١ / ٥١٤ .

(٦) المهذب مع التكملة ١٨ / ٤١٥ ، فتح العزيز شرح الوجيز ١٢ / ٥٥٢ .

(٧) الشرح الكبير أسفل المغني ١١ / ٥١٤ .

وبهذا قال المالكية^(١) .

إلا أن بعض المالكية انتقدوا رجوع المستحق على كل وارث على حدة ، لما يترتب عليه من الضرر بالمستحق ، حيث صار نصيبه موزعا بعضه في نصيب هذا الوارث وبعضه في نصيب الآخر^(٢) .

وإزاء ذلك أثبت بعض المالكية الخيار للمستحق ، دفعا لهذا الضرر .

فله أن يستبقى القسمة ويرجع بنصيبه على كل وارث بما يخصه ، وله أن ينقض القسمة لما عليه من الضرر في تفريق حقه^(٣) .

الراجع :

وأرى أن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أصحاب القول الأول ، وهو أن الاستحقاق إذا ورد على جزء شائع في النصيبين ، فإن القسمة تبطل ، وتستأنف من جديد ، لأنه قد ظهر لهما شريك ثالث ، وفي عدم فسخ القسمة تفريق نصيبه بين النصيبين وذلك إضرار به ، فلا يجوز .

أما ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من البطلان في المستحق فقط ، وصحة القسمة فيما تبقى ، فيرد عليه ، بأن ورود الاستحقاق على البعض الشائع يوجب بطلان القسمة فيه قصدا ، ومن ضرورته بطلان القسمة في الباقي لاعتداء معنى القسمة وهو الإفراز والتمييز^(٤) .

فضلا عن أن الأخذ بهذا القول يترتب عليه تفريق حصة المستحق بين الشريكين ، وفي هذا إضرار به .

ويرد على المالكية أصحاب القول الثالث ، بأن الأخذ به يترتب عليه ضرر بالمستحق ، حيث تتفرق حصته بين الشركاء ، وهو لا يجوز .

وحتى مع إثبات الخيار للمستحق ، فتبطل القسمة أيضا وتستأنف ، لأنه ظهر أنه شريك ثالث ، تمت القسمة بدونه فلا يجوز .

والله أعلم .

أثر ورود الاستحقاق بعد البناء أو الغرس :

إذا قسم المال الشائع بين الشريكين ، وأخذ كل شريك حصته ، فبني أحد الشريكين في حصته أو غرسها ، ثم استحق هذا النصيب وبطلت القسمة ، فنقص البناء أو قلع الغرس ، فهل يرجع هذا الشريك الذي استحق منه ، على صاحبه بنصف قيمة الغرس أو البناء .

(١) شرح منح الجليل ٣ / ٦٥٥ ، الإقناع والإحكام ٢ / ٦٥ ، البهجة في شرح التحفة ٢ / ١٤٠ ، ١٤١ ، مواهب الجليل للحطاب ٥ / ٣٤٩ .

(٢) الإقناع والإحكام شرح تحفة للحكام ٢ / ٦٥ .

(٣) حلى المعاصم بهلمش البهجة في شرح التحفة ٢ / ١٤٠ .

(٤) قسمة الأملاك . الدكتور / أحمد فراج حسين ص ٢٠ .

فرق الحنفية بين نوعين من المال المقسوم :

النوع الأول :

الأموال التي يرد عليها الجبر القضائي في القسمة ، أى لو ترفع أحد الشريكين إلى القاضى طالبا قسمة المال الشائع ، لأجابه القاضى وأجبر شريكه على ذلك .

وذلك سواء تمت القسمة بقضاء القاضى فعلا ، أو تمت باتفاق الشركاء طالما كانت القسمة مما يجوز الجبر عليها كقسمة التفريق مثلا ، فإذا قسمت دار واحدة أو أرض واحدة بين اثنين ، فبنى أحدهما فى نصيبه ، ثم استحق هذا النصيب ، فبطلت القسمة ، ونقض البناء ، فإن البانى لا يرجع على مقاسمه بشئ ، لأن هذا من مواضع قسمة الإجبار القضائي فضعف فيه معنى البيع .

ولأن مقاسمه مجبور على القسمة من جهة القاضى ، فيكون مضافا إلى القاضى . وهذا واضح إذا وقعت القسمة بإجبار القاضى فعلا ، أما إذا وقعت باتفاقهما ، فيعمل بأن ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولهما تحت جبر القاضى عند المرافعة إليه .

وإذا كان مجبورا عليه ، فلم يوجد منه ضمان السلامة ، فلا يؤخذ بضمان الاستحقاق ، إذ هو ضمان السلامة^(١) .

النوع الثانى : الأموال التي لا يجوز الجبر عليها قضاء ، أى تقسم بالتراضى :

(١) فإذا كانت هذه الأموال قسمت فعلا بالتراضى ، كما لو كانتا دارين أو أرضين ، وأخذ كل واحد تراضيا ، ثم استحق أحدهما ، وقد بنى فيها أحدها ، ونقض البناء ، فإن للبانى حق الرجوع على مقاسمه بنصف قيمة البناء عند الإمام أبى حنيفة ، لأن القاضى لا يجبر على قسمة الجمع فى الدور والمقاربات عنده ، فبرز فيه معنى البيع ، وما يتبعه من الضمان .

وأما عند الصاحبين فقد اختلف النقل عنهما ، فقال بعضهم لا يرجع ؛ لأن القاضى يجبر على هذه القسمة عندهما ، فأشبهه استحقاق النصف من أرض واحدة .

وقال بعضهم يرجع على مقاسمه بنصف قيمة البناء - وعليه اعتمد القدورى ، وهو الصحيح عند صاحب البدائع - .

لأنه وإن كان موضع إجبار عندهما ، إلا أنه لا يتحقق إلا إذا قسم القاضى - وذلك إذا رأى أن قسمة الجمع أعدل - أما هنا فالقضى أن القسمة بالتراضى^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣١ ، تكملة لمحرر الرائق ٨ / ١٧٨ ، ١٧٩ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٣٢ ، تكملة لمحرر الرائق ٨ / ١٧٨ ، ١٧٩ ، حاشية ابن علقين ٥ / ٢٦٦ .

(٢) أما إذا كانت هذه الأموال قسمت جبرا بقضاء القاضى جمعا ، كأن كانت الدور بين قوم قسمها القاضى بينهم ، وجمع نصيب كل واحد منهم فى دار على حدة ، وأجبرهم على ذلك وبنى أحدهم فى الدار التى أصابته ، ثم استحققت هذه الدار ، وهدم بناءه ، فلا يرجع على شركائه بالقيمة .

وأرى رجحان ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من التفرقة بين قسمة الإيجاب وقسمة التراضى .

فإذا تمت القسمة بإيجاب القاضى فلا يرجع من بنى أو غرس واستحق نصيبه على شريكه ، بشئ من قيمته .

لأن من كان مجبورا من القاضى ، لا يؤاخذ بضمان السلامة .

أما إذا تمت القسمة بالتراضى بين الشركاء ، فإن من نقض بناءه أو قلع غرسه يرجع على صاحبه بقسطه من هذه القيمة ، لأن هذه القسمة بمنزلة البيع .

وفى هذا ما يحقق العدالة بين الشريكين ، ففى قسمة الإيجاب لا ذنب للشريك الذى يراد الرجوع عليه بنصف قيمة البناء ، فهو لم يغر شريكه الآخر بشئ ، بل هو مجبور على استلام حصته . فلا ضمان عليه لشئ مما يحدثه شريكه .

أما فى قسمة التراضى فلا جبر على أحدهما فيما صار لصاحبه أو لنفسه من نصيب ، ومن ثم فيضمن كل منهما لصاحبه ما قد يترتب على استحقاق حصته من نقض للبناء أو قلع للغرس الذى أحدثه شريكه ، وذلك بنسبة حصته فقط .

والله أعلم

المطلب الثاني

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القانون المدني

تنص المادة ٨٤٤ من القانون المدني على ما يأتي :

١- يضمن المتكاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة .

فإذا كان أحد المتكاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتكاسمين غير المعسرين .

٢- غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتكاسم نفسه^(١) .

يتبين من هذا النص أن كل متكاسم يضمن للمتكاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المفروز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة .

والمقصود بضمان التعرض :

هو ضمان ادعاء الغير (أي أجنبي) ملكية المال الذي آل للمتكاسم نتيجة للقسمة .

فالتعرض ينشأ عن استحقاق محتمل ، ويتحقق التعرض إذا ادعى أجنبي ملكية العين التي آلت إلى المتكاسم كلها ، أو بعضها ، أو ادعى حقا عينيا آخر عليها^(٢) .

والمقصود بضمان الاستحقاق :

هو ضمان ما استحق من أحد المتكاسمين ، وذلك إذا حكم للأجنبي بما يدعيه في ضمان

(١) ويقابل هذا النص من التشريعات العربية :

- التقنين المدني السوري - في المادة ٧٩٨ ، وهي مطابقة لما جاء في المادة ٨٤٤ مدني مصري .

- القانون المدني الليبي - المادة ٨٤٨ ، وهي مطابقة لما جاء في المادة ٨٤٤ مدني مصري ،

د/ على علي سليمان - شرح القانون المدني الليبي ص ١١٥ .

- القانون المدني العراقي - المادة ١٠٧٦ ، وهي مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني مصري .

د/ صلاح الدين الناهي - المرجع السابق ص ١٧٢ .

- قانون الموجبات والعقود اللبناني - المادة ٩٤٨ - والمعدلة بالقانون رقم ٢١ سنة ١٩٥٤ ، وهي تقول: يضمن كل من الشركاء المتكاسمين نصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة . طبقاً للأحكام الموضوعية للبيع .

فوضع بذلك القانون اللبناني أحكاماً واحدة لضمان التعرض والاستحقاق في القسمة والبيع .

(٢) د/ عبد المنعم الصدة - حق الملكية - ص ٢٦٢ ، د/ عبد المنعم بدرولي - حق الملكية - ص ٢٢٧ .

التعرض بملكية هذه الحصة كلها أو لجزء منها . فتحقق ضمان الاستحقاق مترتب على الإخلال بدفع تعرض الغير^(١) .

فضمنان التعرض والاستحقاق صورة واحدة من الضمان ، فالضامن يلتزم بضمنان التعرض ، وعليه أن يتخذ كل وسيلة لدفع تعرض الغير لمن يجب له هذا الضمان ، فإن لم ينجح فى ذلك ، واستحق للمال المضمون ، كان ملتزماً بتعويض المضمون له عن هذا الاستحقاق ، أى أن ضمان الاستحقاق هو تنفيذ بمقابل لضمان التعرض ، ولذا فإن ضمان التعرض وضمنان الاستحقاق مرحلتان من ضمان واحد .^(٢)

وتجدر الإشارة إلى أن الضمان واجب فى المنقول ، كما هو واجب فى العقار ، فالمتقاسمون يضمنون لبعضهم البعض وجود الحق الذى وقع فى نصيب بعضهم ، وكذلك فإن الضمان واجب سواء أكانت القسمة اتفاقية أم قضائية .^(٣)

ونلفت النظر إلى أن المادة ٨٤٤ مدنى ، فيما تنص عليه من أحكام الضمان فى القسمة ، لا تناول كل أحكام الضمان ، كما أنها من ناحية أخرى لا تخرج عن مبادئ الضمان كما وردت فى النصوص المنظمة له فى البيع ، ولذا تكمل أحكام المادة ٨٤٤ مدنى فى ضمان المتقاسمين ، بأحكام ضمان البائع ، فترجع إلى أحكام التعرض والاستحقاق فى البيع ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة ، أو مع تحقيق المساواة بين المتقاسمين^(٤)

ولبيان أحكام الإلتزام بضمنان التعرض والاستحقاق فإنه ينبغى علينا أن نبين أساس هذا الإلتزام ، ونطاقه ، ثم نبين الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان ، ثم نبين بعد ذلك الآثار التى تترتب على تحقيق هذا الضمان . وذلك فيما يلى :

أولاً : أساس الإلتزام بضمنان التعرض والاستحقاق فى القسمة :

لقد قرر القانون الإلتزام بضمنان التعرض والاستحقاق فى البيع فى المواد من ٤٣٩ - ٤٥٥ مدنى .

ويعد تقرير هذا الضمان فى البيع أمراً طبيعياً ، إذ أن الضمان عادة يتقرر فى خصوص تصرف ناقل ، فمن ينقل يضمن ما نقل ، والبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وبالتالي فيضمن له ما نقل ، فالإلتزام بالضمان فى البيع ، يعد تكملة طبيعية للإلتزامه بنقل الحق .

أما الضمان فى القسمة وهى كاشفة للحق - كما سبق - فإنه يستند إلى مبدأ المساواة بين المتقاسمين ، إذ إن مقصود القسمة هو حصول المساواة بين المتقاسمين ، ولا شك أن التعرض

(١) د/ محمد على عرفة - حق الملكية - ص ٤٤٨ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى - دروس فى الحقوق العينية الأصلية - ص ١٩٣ .

(٣) د/ محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ٢٣٩ ، د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٧٢ .

(٤) د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٩٧٢ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٩٣ .

والاستحقاق يخل بهذه المساواة ، ومن ثم فيجب الضمان ، لإعادة المساواة وإزالة الاختلال (١).

فإذا فرض أن تعرض شخص من الغير لأحد المتقاسمين ، وحكم له بملكية العين التي وقعت في نصيب هذا المتقاسم كلها أو بعضها ، كان معنى ذلك أن المتقاسم لم يتلق شيئا ، أو تلقى حقه ناقصا ، ومن هنا يقع الضمان على الباقيين ، إذ ليس من العدالة أن يأخذ باقي المتقاسمين حقوقهم كاملة ، ويحرم أحدهم من كل حقه أو بعضه .

ولقد ترتب على هذا الاختلاف في الأساس بين ضمان البائع وضمان المتقاسم اختلاف في الأحكام بينهما :

(١) فقد خص المشرع الضمان في القسمة بقواعد أكثر شدة ، وذلك لوجوب تحقيق مبدأ المساواة بين المتقاسمين ، من ذلك جعل المتقاسمين مسئولين عن حصة المعسر منهم في القسمة ، وتقدير قيمة الشيء المستحق وقت القسمة ، لا وقت الاستحقاق . وغير ذلك .

(٢) أنه إذا لزم الرجوع إلى أحكام الضمان في البيع ، نظرا لعدم ورود حكم في قواعد القسمة ، فإنه يجب الحذر في هذا الرجوع ، فلا تطبق قواعد الضمان في البيع على القسمة إلا بالقدر الذي لا تتعارض معه هذه القواعد مع طبيعة القسمة باعتبارها كاشفة (٢).

ثانيا : نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق :

بالرجوع إلى نص المادة ٨٤٤ مدني فإنه يتضح لنا أن المشرع قد قصر الضمان على ضمان التعرض والاستحقاق فقط ، فلم يلزم المشرع المتقاسمين بضمان العيوب الخفية ، على عكس الحال في البيع .

والرأي السائد في تبرير الفرق بين البيع والقسمة ، من حيث وجود الالتزام بضمان العيوب الخفية في البيع دون القسمة ، أنه ليس هناك ما يدعو إلى حصول المشتري على شيء معيب ، أما إذا وجد في الأشياء الثامنة شيء معيب ، فالقسمة لابد أن تشملها ، فيقع في نصيب أحد الشركاء على أي حال (٣).

ومع ذلك فإن وجود العيب الخفي لا يعنى سوى أن المال الذي آل إلى المتقاسم قد قوّم

(١) د/ السنهوري - المرجع السابق - ٨ / ٩٧٢ ، د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢ / ٢٣٩ ، د/ محمد على عرفه - المرجع السابق - ص ٤٤٨ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٥٨ ، د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٩ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٠ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦١ ، د/ عبد المنعم البدرلوى - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

(٢) د/ إسماعيل غنم - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٥٨ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٠ .
(٣) د/ إسماعيل غنم - مرجع سابق - ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٠ ، د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٠ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٠ ، د/ طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٥١ .

بأكثر من قيمته فيكون قد لحقه غبن ، ولذلك لا يكون له إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين
بنقض القسمة بسبب الغبن طبقاً لأحكام المادة ٨٤٥ مدنى - وقد سبق بيان ذلك - هذا إذا كانت
القسمة اتفاقية ، أما إذا كانت قضائية ، فلا سبيل لرجوع المتقاسم الذى يختص بعين معينة ،
بسبب هذا العيب ، ولا غرابة فى ذلك فقد أسقط المشرع ضمان العيوب الخفية أيضاً فى البيوع
القضائية (مادة ٤٥٤ مدنى) (١).

ويتسع نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ليشمل كل قسمة مهما كان نوعها
اتفاقية أو قضائية ، عينية أو تصفية ، بمعدل و بغير معدل ، صريحة أو فعلية ، كما يشمل
قسمة العقار والمنقول أيضاً (٢).

ثالثاً : الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان :

يشترط لقيام الضمان ، توافر شروط أربعة :

الشرط الأول : وقوع تعرض أو استحقاق :

فيشترط لقيام ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، أن يقع تعرض أو استحقاق من
الغير ، فيجب أن يقع التعرض أو الاستحقاق بالفعل .

ويترتب على ذلك أنه لا يكفى مجرد خشية من وقوع التعرض أو الاستحقاق لقيام
الضمان (٣) .

غير أنه يمكن للمتقاسم فى هذه الحالة أن يعمل على حماية حقه بإحدى الوسائل المتاحة
له ، وذلك إذا ما علم بوجود حق للغير ، كان يتمتع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة ،
فيحبس ما التزم به من معدل ، أو الثمن الذى رسا به المزاد عليه ، حتى يزول الخطر (٤) .

وتتحدد طبيعة التعرض الذى يضمنه المتقاسمون - بأنه التعرض القانونى الحاصل من
الغير ، وهو الادعاء بحق سواء كان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية - كحق الملكية -
أو من الحقوق العينية التبعية - كالرهن الرسمى - أو من الحقوق الشخصية - كحق الإيجار .

بشرط أن يكون هذا الادعاء نافذاً فى مواجهة المتقاسم الذى وقع عليه التعرض ، ويكون
من شأنه أن ينتقص من قيمة الحصصة المفروزة التى اخنص بها بموجب القسمة .

(١) د/ عبد المنعم البدر لوى - المرجع السابق - ص ٢٢٧ ، د/ جميل الشرق لوى - المرجع السابق -
ص ١٩٢ .

(٢) د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٩٧٢ ، د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢ / ٢٣٩ ،
د/ البدر لوى - المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

(٣) د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٧٤ هامش ٢ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٦٠ .

(٤) د/ السنهورى - الوسيط - ٨ / ٩٧٤ هـ ٢ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٢ ، د/ منصور
مصطفى منصور - السابق - ص ٢٢٢ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٦٠ .

عندئذ ينشأ ضمان الاستحقاق وعلى المتقاسم الرجوع على بقية المتقاسمين لتعويضه عما نقص من حصته ، وينقص على كل متقاسم بقدر حصته من الثمن ^(١).

وقد يقع التعرض القانوني الحاصل من الخير - الذى يتمثل فى الادعاء بحق - فى صورة رفع دعوى للمطالبة بالحق المدعى به ، على النحو الغالب فى الحياة العملية ، ولكن قد يحدث فى صور أخرى غير رفع الدعوى ، ويتحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه ، فيسلم له ادعاءه ، أو يصلحه عليه ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الأخير حقه فى الرجوع بالضمان ^(٢).

وإذا كان تعرض الغير الموجب للضمان هو التعرض القانوني ، فإن المتقاسم لا يضمن التعرض المادى الصائر من الغير كما لا يضمنه البائع ، وعلى من وقع عليه تعرض مادى العمل على حماية حقوقه بالوسائل القانونية المخولة له ^(٣).

وكذلك يضمن المتقاسمون الاستحقاق الحاصل من الغير ، الذى يتم بالحكم الأجنبى بملكية الحصة التى آلت إلى المتقاسم ، سواء باستحقاق الحصة كلها ، أو استحقاق بعضها ^(٤).

التعرض الشخصى :

لم يتناول المشرع فى المادة ٨٤٤ مدنى ضمان التعرض الشخصى فى القسمة ، ومن ثم فإنه يجب تطبيق القواعد العامة فى القانون المدنى ، والمنظمة لأحكام البيع ^(٥) ، طالما أن هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة .

والتعرض الشخصى إما أن يكون ماديا وإما أن يكون قانونيا :

فإذا كان التعرض الشخصى الصائر من المتقاسم ماديا ، فليست هناك صعوبة ، إذ يتمتع على المتقاسم التعرض المادى لمتقاسم آخر ^(٦) ، فإذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفرزا فى نصيب أحد المتقاسمين ، عندئذ لا يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم

(١) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٢ ، د/ توفيق فرج - الحقوق العينية الأصلية - ص ٢٧٠ ،

د/ إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط - ٩٧٤/٨ .

(٣) د/ منصور مصطفى منصور - المرجع المليك - ص ٢٢٣ ، د/ السنهورى - مرجع سابق - ٩٧٤/٨ .

(٤) فينص المشرع فى المادة ٤٣٩ مدنى على أن : "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان لتعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى ..." .

(٥) د/ السنهورى - المرجع السابق - ٩٧٣/٨ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٩ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٩٦ .

(٦) د/ إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٦٧ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٩٦ ،

د/ عبد القاصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٨ .

الذى وقع فى نصيبه المتجر ، فيقوم بافتتاح متجر آخر مجاورا ، فينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول .

وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه ، تطبيقا للمادة ١٤٨ مدنى .

أما إذا كان التعرض الشخصى مبنيا على سبب قانونى ، فهل يلتزم الشريك بعدم التعرض الشخصى ، حتى ولو كان هذا التعرض مبنيا على سبب قانونى ، أم أنه لا يلتزم بعدم التعرض ؟

لقد اختلف رأى القانونى فى هذا الصدد :

فذهب البعض^(١) إلى أن المتقاسم لا يلتزم بعدم التعرض القانونى ، فلو تبين أن أحد الأموال التى شملتها القسمة كان ملكا خالصا لأحد المتقاسمين ، فإنه يكون لهذا المتقاسم أن يسترده من زميله الذى آل إليه ، ولا يجوز أن تدفع دعواه بالقول بأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ، فهو لم يلتزم بعدم التعرض القانونى .

ويؤسس أصحاب هذا رأى قولهم على أن القسمة كاشفة ، وأن أثرها يقتصر على الكشف عن الحقوق الشائعة ، بإفرازها ، وأن المتقاسم لم يلتزم بنقل ملكية ما كان يملكه ملكية مفرزة .

ويستطرد هذا رأى ليقول إنه حين يسترد المتقاسم ما كان يملكه وحده ، فإنه يجوز للمتقاسم الذى تم الاسترداد من بين يديه أن يرجع على المتقاسمين الآخرين بضمان الاستحقاق .

بينما ذهب رأى ثان^(٢) إلى أن المتقاسم يلتزم بعدم التعرض القانونى ، وأن القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمة التى وافق عليها وتكون وسيلة هذا المتقاسم لاسترداد ماله ، هى أن يطعن فى القسمة بالغلط ، فيبطلها ، ويترتب على إبطالها أن يعود إليه ماله .

وينتهى أصحاب هذا رأى إلى أن المتقاسم كالبائع يلتزم بعدم التعرض الشخصى سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا .

وأرى :

أن رأى الأول هو الراجح لقوة ما استند إليه ، ولأن رأيهم هذا يتضمن النتيجة التى تترتب على القسمة ، وهى أن القسمة كاشفة وليست ناقلة ، وهذا يعنى أن القسمة تعمل على

(١) د/ إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٦٧ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٩٦ ،

د/ عبد الناصر العطل - المرجع السابق - ص ١٥٨ ، د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ٩٧٣ .

(٢) د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق -

ص ٤٢٣ ، د/ طلبة خطاب - المرجع السابق - ص ٣٥٢ ، د/ محمد ليوب شنب - المرجع السابق -

ص ٣٢١ ، د/ محمد المنجى - دعوى للقسمة - ص ٤٠٤ .

الكشف عن حقوق الشركاء الثابتة لهم منذ بداية الشيوع ، وبإعمال هذا الأثر نجد أن ما اختص به أحد الشركاء لم يكن مملوكا له فى يوم من الأيام مما يعطى الحق لصاحب هذا المال باسترداده .

أما على القول الثانى القائل بمنع التعرض وإبطال القسمة وإعادتها من جديد ، فهذا يعنى إرهاب المتقاسمين ، وتكليفهم الانتظار لإجراءات طويلة ومعقدة ، فيتحملوا من جراء ذلك نفقات باهظة .

لذا فإنه تيسيرا على المتقاسم الذى انتزع منه ماله ، فإن له أن يرجع على باقى المتقاسمين ، وفقا لأحكام الضمان .

الشرط الثانى : ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه :

فإذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ، فيجب عليه أن يتحمل وحده نتيجة خطئه ، فلا يسأل عنها إلا نفسه^(١) .

والأمثلة التى يكون فيها الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم كثيرة نذكر منها^(٢) :

(١) أن تكون العين التى وقعت فى نصيب المتقاسم ، فى حيازة شخص آخر ، ولم تستكمل مدة التقادم وأهمل المتقاسم فى قطع المدة واسترداد العين ، حتى اكتملت مدة التقادم ، وأصبحت العين مملوكة للحائز .

(٢) أن يسلم المتقاسم الدائن بالضمان ، بما يدعيه الغير من حقوق ، ثم قام باقى المتقاسمين بإثبات أن هذا الغير ، لم يكن على حق فيما يدعيه .

(٣) أن يهمل المتقاسم فى أن يطلب من شركائه التدخل فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه ، وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى ، أو قصر فى أن يدفع الدعوى بدفع كان يردى إلى رفضها .

الشرط الثالث : أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة :

ومعنى ذلك أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على العين التى آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة ، فإن كان الحق الذى يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لا حق على القسمة ، فلا يلتزم المتقاسمون الآخرون بشيئ^(٣) .

(١) د/ السنهورى - المرجع السابق - ٨ / ص ٩٧٦ ، د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٦٢ ، د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٢ .

(٢) د/ السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٧٦ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٢ ، د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٤ .

(٣) د/ إسماعيل غنم - المرجع السابق - ص ٢٦١ ، د/ عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٢ ، -

والأمثلة التي يكون فيها التعرض أو الاستحقاق بسبب سابق على القسمة كثيرة ، فمنها أن يكون الحائز للعين قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة ، فصارت العين مملوكة له ، قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم في هذا الفرض ، لأن سبب الاستحقاق قد تحقق قبل القسمة .

وكذلك لو قام دائن للمورث بالتنفيذ على العين التي اختص بها أحد الورثة ، فاستوفى من قيمتها أكثر من حصة هذا الوارث في الدين .

ولكن لا يقوم ضمان للقسمة في المثال الذي تنزع فيه ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة ، وكذلك في المثال الذي تكتمل فيه مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف .

وتقول محكمة النقض في هذا الصدد^(١) :

"لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو استحقاق ، إلا فيما كان منها لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة" .

الشرط الرابع : ألا يكون هناك اتفاق صريح وخاص على الإغفاء من الضمان :

القاعدة أن أحكام الضمان ليست من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان ، مع ملاحظة أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان الملتزم بالضمان قد تعمد إخفاء حق الأجنيبي (المادة ٤٤٥ / ١ ، ٣ منقذ)^(٢).

وعلى هذا الأساس جاءت المادة ٨٤٤ / ٢ لتقرر أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإغفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها .

ويتضح من ذلك أن الاتفاق على الإغفاء من الضمان جائز من حيث المبدأ في القسمة ، يستوى أن يأتي هذا الاتفاق في صلب عقد القسمة أو في ورقة أخرى مستقلة عنه .

- د/ عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٢٢٨ ، د/ محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٢٨ ، د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٥٩ ، د/ محمد علي عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤٩ ، د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢ / ٢٣٩ .

(١) نقض منقذ ٢٦ / ٤ / ١٩٦٢ - طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق - مجموعة محكمة النقض ج ٢ ص ٥٠٦ .
ف ٧٨ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات للمستشار أحمد سمير أبو شلبي ص ٦٠٧ ف ١٠٠٨ ط دلو الكتاب العربي .

(٢) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٢٥ ، د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

فالإتفاق على الإعفاء من الضمان جائز فى القسمة ، كما فى البيع ، إلا أن هناك فروقا جوهرية تبين عن اتجاه المشرع إلى تشديد الضمان فى القسمة^(١) :

١- ففى البيع يجوز للبائع أن يسقط عن نفسه الضمان بشرط عام ، ولا يجوز ذلك فى القسمة ، بل يجب فيها أن يكون شرط عدم الضمان شرطا خاصا يتفق فيه على الإعفاء من ضمان سبب معين من أسباب الاستحقاق ، فيقتصر الإعفاء عليه .

٢- وقد يكون الإتفاق على عدم الضمان فى البيع اتفاقا ضمنيا ، يستخلصه القاضى من الظروف ، أما فى القسمة فلا إعفاء فيها إلا بشرط صريح ، فلا يجوز للقاضى أن يستند إلى أن المتقاسم كان يعلم سبب الاستحقاق عند القسمة لكى يستخلص من ذلك قرينة قضائية على قيام الإتفاق على الإعفاء من الضمان عن ذلك السبب .

فإذا تحقق شرط الإعفاء من الضمان ، وتحقق فيه ما تطلبته المادة ٨٤٤ / ٢ مدنى ، بأن كان اشتراطا خاصا وصريحا ، فإنه يُعفى المتقاسمون الذين تقرر الشرط لمصلحتهم من الالتزام بالضمان .

غير أنه يلاحظ أن سقوط الضمان لا يحول دون طلب نقض القسمة للغبن ، إذا كانت شروطه متوافرة^(٢) .

وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد :

"مفاد نص المادة ٨٤٤ من القانون ، انه لا محل للضمان فى القسمة إذا وجد شرط صريح فى العقد ، يقضى بالإعفاء من الضمان ، وذكر فى هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات ، المراد الإعفاء من ضمانه^(٣) .

رابعا : الآثار التى تحدث على تحقق الضمان :

إذا ما توافرت الشروط الأربعة المتقدمة ، ووقع تعرض أو استحقاق فإنه يثبت لهذا المتقاسم الذى استحق من نصيبه حق الرجوع على زملائه من المتقاسمين بالتعويض ، ويستبين ذلك من خلال النقاط التالية :

(١) د/ حسن كيرة - أحكام حق الملكية - ص ٥٦٩ ، د/ إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٢٦٢ ، د/ عبد النعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٣ ، د/ السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٧ ، د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢ / ٢٣٩ ، د/ محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٤٩ ، د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٢ .

(٢) د/ محمد المنجى - دعوى القسمة - ص ٤٠٩ ، ويراجع د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٩٦ ، د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦٠ ، د/ عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢٢٨ .

(٣) نقض مدنى ١ / ٤ / ١٩٧٥ طبعة رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق - مجموعة محكمة النقض - ج ١ ص ٧٢٨ ف ١٤٢ .

أ- إخطار المتقاسمين :

يجب على المتقاسم إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق أو التعرض أن يخطر المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير ، كي يتدخلوا في الدعوى .

فإذا تم إخطار المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير وجب عليهم التدخل في الدعوى للاشتراك مع المتقاسم في رد هذه الدعوى .

فإذا لم يتدخلوا في الدعوى ، ثم حكم بالاستحقاق للمدعى ، وجب عليهم ضمان الاستحقاق ، إلا إذا أثبتوا أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس المتقاسم المدعى عليه ، أو نتيجة خطأ جسيم منه قياساً على المادة ٤٤٠ / ١ ، ٢ ، في عقد البيع^(١) .

ب- الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان :

يرجع المتقاسم الذي استحققت العين التي وقعت في نصيبه على باقي المتقاسمين وذلك في إحدى الحالات التالية قياساً على البيع :

(١) إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ، ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى التعرض .

(٢) إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان ، أو خطأ الجسيم .

(٣) إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان ، بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

(٤) إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها .

(٥) إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه^(٢) .

ج- استحقاق التعويض :

إذا حكم للغير بالاستحقاق ، وتوافرت إحدى الحالات السابقة ، فإنه يلتزم المتقاسمون الآخرون بالتعويض ، كل بنسبة حصته .

(١) د/ إسماعيل غلام - المراجع السابق - ص ٢٦٣ ، د/ عبد المنعم الصدة - المراجع السابق - ص ٢٦٣ .

(٢) د/ الصنهورى - الوسيط - ٩٨٠ / ٨ .

فتناديا لنقض القسمة وإعادتها من جديد ، فقد اقتصر المشرع على تعويض المتقاسم المستحق للضمان ، وذلك حرصا منه على استقرار الأوضاع بعد القسمة ، وما تتطلبه من نفقات وإجراءات معقدة وطويلة قد تتقل كاهل المتقاسمين^(١) .

وبناء عليه فلا يجوز نقض القسمة بسبب الاستحقاق أو التعرض اكتفاء بالتعويض ، والذي يرد به للمستحق منه ما فقد من نصيبه بسبب الاستحقاق .

فإذا ما تحقق الالتزام بالضمان ، بناء على الحكم للغير بالاستحقاق ، أصبح كل متقاسم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المستحق للضمان ، حيث إن استحقاق الغير قد أنقص المال الشائع بالنسبة لجميع المتقاسمين ، ويوزع التعويض على جميع المتقاسمين ، بما فيهم مستحق الضمان نفسه ، فيتحتمل هو الآخر جزءاً من هذا التعويض يتناسب مع حصته ، ذلك أن نصيب الشركاء الآخرين قد نقص بسبب الاستحقاق ، فيجب أن ينقص أيضا نصيب مستحق الضمان ، وبذلك تتحقق المساواة بين جميعهم والتي كانت قد اختلفت نتيجة للاستحقاق^(٢) .

وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين^(٣) .

د : وقت تقدير التعويض :-

بينما أنه إذا استحق نصيب أحد المتقاسمين فإنه يرجع على بقية الشركاء بالتعويض ، والتعويض هنا يكون بقيمة نصيبه الذي استحق منه .

وقد بين المشرع في المادة ٨٤٤ مدني أن العبرة في تقدير قيمة الشيء المستحق إنما تكون بقيمته وقت القسمة .

فالمشرع يقصد من وراء هذا التقدير إعادة المساواة بين المتقاسمين والتي اختلفت بفعل استحقاق الغير ، وتحقيق المساواة يقتضى إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل القسمة ، وكان الشيء الذي استحق لم يدخل القسمة أصلاً^(٤) .

(١) د / حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٢١ ، د : مصطفى الجمال - المرجع السابق -

ص ١٩٥ فالمستحق منه يرجع بضمان الاستحقاق لمطالبة المتقاسمين بتعويضه عما خسره بالاستحقاق ، تعويضاً يقسم عليهم جميعاً بما فيهم المستحق منه .

د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٩٥ .

(٢) د / محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ١٩٤ ، د / عبد المنعم الصدة المرجع السابق -

ص ٢١٤ ، د / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٠ ، د : محمد علي عرفة - المرجع

السابق - ص ٤٤٩ .

(٣) د / السنهوري - الوسيط - ٨ / ٩٨١ .

(٤) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٤ ، د / محمد علي عرفة - المرجع السابق -

ص ٤٤٩ / د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٩٥ ، د / إسماعيل غلام - المرجع السابق -

ص ٢٦٤ ، د / صلاح الدين الناهي - المرجع السابق - ص ١٧٦ .

ولأن هذه القيمة هي التي كانت محل اعتبار عند تكوين الحصص .

ويأتى هذا الحكم خلاف الحكم فى البيع ، والذي يكون فيه العبرة فى تقدير الشئ المستحق بقيمته وقت الاستحقاق (مادة ٤٤٣ مدنى) .

وأرى مع غيرى^(١) أن القاعدة الخاصة بتقدير قيمة الشئ وقت القسمة محل نظر ، إذ لا تودى الى تحقيق المساواة ، وبيان ذلك : - أن تحقيق المساواة يكون عند إجراء القسمة ، أما بعد القسمة ، فكل متقاسم يستفيد أو يضار من زيادة أو نقص قيمة الجزء الذى يختص به ، وليس من العدل فى شئ أن تتغير قيم الأشياء المقسومة بعد القسمة ، ثم نعوض أحد المتقاسمين وفقاً لقيمة ما استحق منه وقت القسمة ، فى حين يحتفظ باقى المتقاسمين بأنصبتهم بقيمتها الحالية .

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض لا يقتصر على قيمة المال الذى استحق فقط ، وإنما يعوض المتقاسم الذى استحق الشئ من نصيبه عما خسره من عناصر أخرى كقيمة الثمار التى ألزم بردها إلى المستحق ، والمصروفات التى أنفقها على الشئ إذا لم يكن المستحق ملتزماً بها ، ومصروفات دعوى الضمان والاستحقاق^(٢) .

وتلزم الإشارة إلى أن رجوع المتقاسم على شركائه بضمان التعرض والاستحقاق ، مضمون بامتياز المتقاسم فى العقار (مادة ١١٤٦ مدنى) والمنقول (مادة ١١٤٩ مدنى)^(٣) .

هـ : تقادم الحق فى ضمان الاستحقاق : -

لم ينص القانون المدنى المصرى على مدة خاصة لتقادم هذا الحق ، وبناء عليه فإنه يطبق بشأنه القواعد العامة ، وهى تقضى بتقادمه بمضى خمس عشرة سنة (المادة ٣٧٤ مدنى) .

أما من حيث الوقت الذى يبدأ فيه سريان هذه المدة فهو محل خلاف بين الفقهاء : -

فذهب جانب كبير من الفقه^(٤) : إلى أن سريان مدة تقادم الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق إنما يبدأ من وقت الاستحقاق ، باعتبار أن هذا الوقت هو الذى يصبح فيه ضمان الاستحقاق مستحق الأداء ، تطبيقاً لنص المادة ٣٨١ مدنى والتى تنص على أنه : -

(١) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .

(٢) د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٢٧ ، د / إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

(٣) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

(٤) د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٢٦٤ ، د / عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - ص ٢٣٨ ، د / عبد المنعم البدر لوى - المرجع السابق - ص ٢٣٠ ، د / إسماعيل غاتم - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

"لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء" .

بينما ذهب البعض الآخر^(١) إلى أن سريان مدة التقادم يبدأ من وقت القسمة .
والرأى الأول هو الراجح ، لأنه هو الذى يتسق مع النصوص .

- السابق - ص ٢٦٤ د / السنهورى - المرجع السابق - ٨ ص ٩٨٠ هامش ٢ د / السيد محمد عمران - الملكية والأموال - ص ١٤٢ د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٤٣٠ د / مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص ١٩٦ د / عبد العزيز علمر - دروس فى حق الملكية - ص ١٤٤ .
(١) د / محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ٢ ص ٢٤٠ د / محمد على عرفة - المرجع السابق - ص ٤٥١ .

المطلب الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تعرضنا فيما سبق للاستحقاق فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

أما الفقه الإسلامى فإنه يفرق بين صور الاستحقاق :

- ١- فإذا استحق جميع المقسوم فإن القسمة تكون باطلة بإجماع الفقهاء فتتقضى
- ٢- إذا استحق بعضاً معيناً أو شائعاً من أحد الشركاء ، فإن الراجع فى الفقه الإسلامى أن القسمة تكون باطلة ، فتفسخ القسمة ، وتستأنف من جديد فيما تبقى من الأموال بعد الاستحقاق .
بينما ذهب بعض الفقهاء إلى أن القسمة لا تبطل إلا فيما استحق فقط ، أما الباقي فلا تبطل القسمة فيه ، ولكن يثبت للمستحق منه الخيار ، إن شاء أبقي القسمة ورجع على صاحبه بحصته مما استحق منه فى نصيبه ، وإن شاء فسخ القسمة ، واستأنفها من جديد .
وذهب رأى آخر فى الفقه الإسلامى^(١) إلى أن القسمة لا تبطل ، ويثبت للمستحق منه الخيار ، ولكن على أنه إذا شاء أبقي القسمة ولم يرجع بشئ ، وإن شاء نقضها ورجع بنصف قيمة ما استحق منه على صاحبه .
وثمة رأى آخر أن القسمة صحيحة ولا خيار ، بل له الرجوع على شريكه بالمستحق ، فيصير شريكاً معه فيما تحت يديه بقدر حصته^(٢) .
- ٣- إذا كان المستحق بعضاً معيناً من نصيب جميع الشركاء .
فإذا كان المستحق على السواء بين الشركاء فإن القسمة تكون صحيحة .
أما إذا كان القدر المستحق متفاوتاً بين الكثرة والقلة فى أنصبة الشركاء .
فقد ذهب الرأى الراجع فى الفقه الإسلامى إلى أن القسمة تبطل ، وتستأنف من جديد ، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن القسمة صحيحة ، ولكن للمستحق منه أكثر من باقى الشركاء الخيار بين الفسخ وبين إبقاء القسمة والرجوع على الشركاء بما استحق منه .
- ٤- إذا ورد الاستحقاق على بعض شائع من جميع أنصبة الشركاء فإن الراجع أن القسمة تبطل وتستأنف من جديد لكى لا يتفرق على المستحق نصيبه ، فيتضرر .
فقد فرق الفقه الإسلامى بين صور الاستحقاق وأعطى كل صورة ما يلائمها من الأحكام والذى تؤدي إلى عدالة القسمة .

(١) وهو رأى الملكية .

(٢) وهو قول الزيدية ، وقول عند الإباضية ، وهو قول الملكية إذا كان المستحق قليلاً .

أما الاستحقاق في القانون المدني ، فإنه قد جاء في صورة ضمان لاحق لضمان التعرض ، كنتيجة لأثر القسمة الكاشف بعد تمامها ، فمن استحق نصيبه كله لا يملك حق الفسخ ، وأولى إذا استحق بعض نصيبه على التعيين أو الشيوع ، وإنما له حق التعويض على سائر المتقاسمين بنسبة حصصهم ، وبحسابه واحداً منهم .

ورواضح أن ما ذهب إليه القانون يخالف إجماع الفقه الإسلامي إذا استحق كل المقسوم ، كما يخالف الراجح في الفقه الإسلامي إذا استحق بعض المقسوم فقط ، وإن كان يتفق مع ما عليه بعض الفقهاء .

فلم يفرق القانون بين صور الاستحقاق ، بل عمم الحكم على جميع صور الاستحقاق بما يعد إفراطاً في محاولة تصحيح القسمة ، فإنه لا مبرر لبقاء القسمة - على الأقل - في حالة استحقاق جميع المقسوم .

فكان الأجدر بالمشروع أن يفرق بين حالات الاستحقاق ، فيعطى كل حالة الحكم الذي يلائمها . بدلاً من اللجوء إلى تقدير التعويض النقدي الذي قد يحتاج إلى إجراءات تستغرق وقتاً وجهداً كبيراً ، مما يعوق وصول الحق لصاحبه .

ومن خلال ما سبق من دراسة الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني يتضح لي أيضاً :

١- اتفاق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن أحكام الاستحقاق ترد على جميع أنواع القسمة ، فلا تفرقة في الأحكام بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية .

٢- كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في تبرير الرجوع بضمان الاستحقاق من المستحق منه على باقي المتقاسمين ، والذي يركز على وجوب المساواة بين جميع المتقاسمين ، إذ أن من يستحق من نصيبه شيء ، يكون قد تعرض لنقص نصيبه عن نصيب باقي الشركاء ، فمن العدالة أن يرجع الشريك المستحق منه على باقي الشركاء بما استحق منه كل بحسب نسبته فيما استحق ، فكان الالتزام بالضمان أساساً لتحقيق مبدأ المساواة بين المتقاسمين ، وصولاً إلى عدالة القسمة .

٣- كما أن الاستحقاق في كل من الفقه الإسلامي والقانون يرد على القسمة بعد تمامها ، على نصيب شريك متقاسم أو أكثر .

٤- الاستحقاق في القانون مسبق دائماً بضمان التعرض ، وهو إجراء يحتاج إلى وقت وجهد ، بينما هو في الفقه الإسلامي مباشر لا يحتاج لوقت أو جهد

وهو فضلاً عن ذلك تتمتع أحكامه باختلاف صوره بما يلائم مع الظروف والأحوال .

٥- إذا لجأ المتقاسم المستحق منه إلى عدم الفسخ واختار الرجوع بالقيمة فإنه يتبع كل شريك بقدر نسبته في المستحق ، فإذا أعسر أحد الشركاء ، فإنه لا يرجع على غيره ، بل يظل متعلقاً بذمته حتى يتيسر له أمره^(١) .

بينما في القانون المدني توزع حصة المعسر على باقي الشركاء غير المعسرين .
وأخيراً فإنه يتضح مما سبق مدى خصوصية الفقه الإسلامي ، الذي واجه كل حالة بما تستحق ظروفها العملية ، مما يعكس رقى فهم وفقه فقهاء الإسلام .

(١) طرأ المعلم بهامش التهجئة شرح لقطة ١٤٠/٢ وجاء فيها : " ولا يقع المثل عن المعلم "

المبحث الثاني

ظهور وارث جديد أو دين أو وصية بعد القسمة

سبق أن بينا أن من نواقض القسمة ظهور وارث جديد ، لم يكن المتقاسمون يعلمون به وقت القسمة ، أو ظهور دين على الميت بعد القسمة ، أو ظهور موصى له .

فتلك ثلاث حالات ، نخصص لكل منها مطلباً مستقلاً وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : ظهور وارث جديد بعد القسمة .

المطلب الثاني : ظهور دين على الميت بعد القسمة .

المطلب الثالث : ظهور موصى له بعد القسمة .

المطلب الأول

ظهور وارث جديد بعد القسمة

فقد تقسم التركة بين الورثة ، ويتسلم كل منهم حصته ، ثم يظهر للميت زوجة أخرى ، أو ابن من زوجة أخرى ، لم يكن الورثة يعلمون به وقت القسمة ، فقد بين الفقهاء حكم ذلك كما يلي :

فذهب الحنفية إلى أنه إذا ظهر وارث بعد القسمة فإن القاضى ينقض القسمة ، ثم يستأنفها بعد ذلك لأن القسمة فسدت بظهور شريك لم يشترك فيها ، إذا أنه سيحتاج إلى إستيفاء حقه مما وصل إلى كل واحد من باقى الورثة بمقدار نصيبه ، فيتفرق نصيبه فى مواضع ، فلهذا تنقض القسمة وتستأنف من جديد^(١) .

فإن قال الورثة المقتسمون نحن نقضى حق هذا الوارث من مالنا ولا تنقض القسمة ، فإنه لا يلتفت إلى قولهم - إلا أن يرضى الوارث بذلك - وتنقض القسمة ، وذلك لتعلق حق الوارث بعين التركة ، فلا ينتقل إلا مال آخر إلا برضاها^(٢) .

وقد ذهب بعض الحنفية^(٣) إلى أنه إذا كانت القسمة بقضاء القاضى ، لا تنقض القسمة ، لأن القسمة فى هذا الموضع محل اجتهاد - غيبة بعض الشركاء - ، وقضاء القاضى إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض .

وذهب المالكية إلى أنه إذا طرأ وارث على ورثة ، وكان هؤلاء الورثة قد قسموا التركة ، فإنه يجب التفرقة بين نوعين من المال المقسوم :

أ- فإن كان المقسوم عيناً كالذهب والفضة ، أو مثلياً كالكيل والموزون والمعدود ، فإن القسمة لا تنقض ويكفى أن يرجع الوارث الجديد على كل واحد من باقى الورثة - المقتسمين - بما أخذه زائداً عن حقه . ولا يؤخذ ملئ عن معدم ، ولا حاضِر عن غائب طالما أن الورثة لم يكونوا يعلموا بهذا الوارث الجديد ، أما إذا كانوا يعلمون ورغم ذلك اقتسموا التركة ، فبأنهم متعدون حينئذ ، فللوارث أن يأخذ الملئ عن المعدم ، والحاضر عن الغائب^(٤) .

(١) المبسوط للمرخسى ٣٤/١٥ ، الفتاوى الهندية ٢٢١/٥ ، الفتاوى الأكرورية ٣٧٤/٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ٢٢١/٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٧/٦ ، شرح الطغية بهامش تكملة فتح القدير ٢٦/٨ .

(٣) الكاسانى فى البدائع ٤١٤٣/٩ ، ابن عابدين فى حاشيته على البحر المختار ٢٦٧/٦ ، تكملة فتح القدير ٢٥/٨ ، الإتهاد والفتاوى لابن نجيم ص ٢٨١ ط مؤسسة الحلبي .

(٤) شرح الفروشى ٤١٦/٤ ، شرح منيع الجليل ٣٥٩/٣ ، الإقتل والإحكام فى شرح تحفة المحكم ٦٨٠٦٧/٢ .

ب- أما إذا كان الموصوم قيمياً كالدار أو الأعراض أو نحوهما مما تختلف قيمه ، وتفاوت الأغراض فيه ، فإن القسمة تنقُص ، وتُسْتَأْنَف من جديد ، وذلك منعاً للضرر الذى يلحق الوارث ، لو تتبع كل وارث فى حصته ، إذ إن حقه سيتفرق^(١) .

أما الشافعية والحنابلة فلم يفرّدوا هذه المسألة بكلام ، ويكتفون بدخولها فى عموم ما قرروه من أحكام فى الاستحقاق^(٢) .

وعند الإمامية فقالوا بأنه إذا ظهر للشريكين بعد القسمة شريك ثالث على سبيل المشاع ، لم يكونا يعلمانه ، بطلت القسمة ن لأنها لم تقع برضاء جميع الشركاء^(٣) .

والوارث الجديد يعتبر شريكاً للمتقاسمين بحصة شائعة ، فتبطل القسمة بظهوره ، وتُسْتَأْنَف من جديد .

ويرى الإباضية أنه إذا ظهر وارث جديد ، لم يعلم به المتقاسمون ، فإن قسمتهم تنسخ^(٤) .

وخلاصة ما سبق : -

أنه إذا ظهر وارث جديد بعد ما اقتسم الورثة الباقيون التركة ، فقد اختلف الفقهاء فى مصير القسمة على قولين : -

القول الأول : - تنسخ القسمة بظهور الوارث الجديد ، وتُسْتَأْنَف مرة أخرى .

وبهذا قال الحنفية فى القسمة الرضائية ، وهو قول المالكية إذا كان المال الموصوم قيمياً أو عقاراً ، وهو قول الإباضية والشيعة الإمامية ، وهو مقتضى قول الشافعية والحنابلة فى الاستحقاق .

القول الثانى : - لا تنسخ القسمة بظهور الوارث الجديد ، بل له فقط أن يرجع على باقى الورثة المقتسمين ، بنصيبه فى التركة ، فيرجع على كل واحد فى نصيبه بما يخصه .

وبهذا قال بعض الحنفية فى القسمة القضائية ، وهو قول المالكية إذا كان الموصوم مثلياً أو نقداً .

وأرى أن الراجح هو القول الأول ، القائل بالفسخ للقسمة بسبب ظهور الوارث الجديد ، وذلك لعدم تحقق الرضا بين جميع الشركاء ، لأن الوارث الجديد لم يكن معهم ، فلم نعلم رضا من عدمه ، ولأن بفسخ القسمةجنب الوارث الجديد ضرر تفريق حصته بين الشركاء بسبب رجوعه على كل منهم بما يناسبه من حصته ، لو قلنا بعدم فسخ القسمة .

(١) شرح منح الجليل ٣/ ٦٦٠ ، البهجة فى شرح التحفة ٢/ ١٤٣ ، مواهب الجليل مع هامشة التاج والإكليل ٣٥٠/٥ .

(٢) فبدخل ظهور الوارث الجديد تحت استحقاق بعض شفع من جميع حصص الشركاء .

(٣) فقه الإمام جعفر لمحمد جواد مغنیه ٤ / ١١٩ .

(٤) الإيضاح للشملسى ٧ / ١٣٩ ، شرح القل وشفاء العليل ١٠ / ٦٣٨ .

ولأن الأخذ بهذا القول يعطى الوارث الجديد عين حقه وهو أولى من أن يأخذ قيمة هذا الحق ، إذ أن حق الوارث متعلق بعين التركة .

وأما تفرقة الحنفية بين القسمة الرضائية والقضائية ، فهي تفرقة لا مبرر لها ، مع مجافاتها للعدالة ، والتي تقتضى بأن يأخذ الوارث عين حقه - فى الأصل - لقيمة ، ويمثله تدفع تفرقة المالكية بين أنواع المقسوم .

فالأولى القول بفسخ القسمة لظهور الوارث ، لما فيه من المصلحة لهذا الوارث بمراعاة حقه ، وعدم ضرر باقى الورثة .

وفى القانون : -

لم يتعرض القانون لحكم ظهور وارث جديد بعد القسمة ، ولكن شأن المشرع فى أحكام الميراث أن يحيل على أحكام الشريعة الإسلامية ، فينص فى المادة ٨٧٥ مدنى على ما يأتى :-
" تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة فى شأنها " .

فتعيين الورثة بموجب النص السالف الذكر يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية^(١) ، وهذا التعيين يشمل ظهور وارث جديد بعد القسمة ، ومن ثم فتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تقتضى بناء على القول الراجح ببطان القسمة عند ظهور وارث جديد ، وإعادة القسمة من جديد ، بعد انضمام هذا الوارث إلى باقى الورثة .

وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى - وهى بصدد التعليق على المادة ٩١٣ مدنى - على أنه : - " وفيما يتعلق بالورثة ، إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة " ^(٢) .

فهذا النص وإن كان بخصوص الوصية بالقسمة قبل موت المورث^(٣) ، إلا أننا نستطيع قياس ظهور وارث جديد بعد القسمة عليه ، بجامع أن أنصباء الورثة قد تغيرت بسبب من استجد من الورثة سواء فى القسمة العادية ، أو الوصية بالقسمة .

(١) د / السنهورى - الوسيط - ٩ / ٧٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ / ٢٨٧ .

(٣) د / السنهورى - الوسيط - ٩ / ١٩٠ ، د / عبد المنعم الصدة - مرجع سابق - ص ٧٩٢ .

المطلب الثاني

ظهور دين علو الميت بعد القسمة

الفقه الإسلامي :

وذلك كان تقسم التركة بين الورثة ثم يظهر دائن للميت ، فهل تنقضى القسمة ليقضى للدائن حقه ، أم تمضى القسمة ، ويرجع الدائن على الورثة ، كل بحسب نصيبه في الدين ؟ للإجابة على هذا السؤال نستعرض مذاهب الفقهاء في ذلك : -
أولا : المذهب الحنفى : -

لو اقتسم الورثة التركة ، ثم ظهر فيها دين - سواء كان هذا الدين محيطاً بالتركة أو غير محيط بها - فإنه يقال للورثة اقضوا دين الميت ، فإن قضوه من مال أنفسهم صحت القسمة ، لأن حق الورثة كان متعلقاً بصورة التركة ، وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة ، وهو المالية ، فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى ، فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى ، فتكون صحيحة ولا تنقضى (١).

أما إذا لم يقض الورثة الدين من مالهم فإن القسمة تفسخ ويقضى الدين من التركة ، ثم يقسم مابقى ، وذلك لأن الدين مقدم على الإرث ، فيمنع وقوع الملك لهم ، وذلك سواء كان الدين محيطاً بالتركة كلها أو لم يكن .

وذلك لأن الدين مقدم على الإرث ، سواء كان قليلاً أو كثيراً ، لقوله تعالى : - ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ﴾ (٢).

فقدم سبحانه وتعالى الدين على الإرث من غير فصل بين القليل والكثير .

ولأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة فإنه يمنع وقوع الملك للورثة ، فبقى التركة على ملك الميت لتعلق حق الغرماء به ، وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة .

أما إذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة ، فملك الميت وحق الغرماء ، وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع ، فيمنع جواز القسمة .

ولكن لا تنقضى القسمة إذا أبرأ الغرماء الميت من ديونهم لأن النقض لحقهم ، وقد أسقطوه بالإبراء ، فتكون القسمة صحيحة لزوال المانع (٣).

(١) بدائع الصانع ٩ / ٤١٤٢ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢١ ، درر الحكم لمنلا خسروا ٢ / ٤٢٥ ، الفتاوى الأنقروية ٢ / ٣٧٤ .

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء .

(٣) تبين الحقائق ٥ / ٢٧٥ ، بدائع الصانع ٩ / ٤١٤٢ ، شرح الخلية بهمش تكملة فتح القدير ٨ / ٢٦ .

وكذلك لا تنقض القسمة إذا كان الدين غير محيط بالتركة وكان قد تبقى من التركة - من غير قسمة - ما يفي بالدين ، إذ لا حاجة إلى فسخ القسمة حينئذ (١).

· ولا فرق في ظهور الدين بعد القسمة وسماع الدعوى به أن يكون الدائن أجنبيا أو أحد المقتسمين ، فلو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة ، وأقام اليينة عليه ، فله أن ينقض القسمة ، ولا تكون قسمة إبراء من الدين ، لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة ، فلا تناقض بين القسمة ، وبين ادعاءه ديناً على الميت (٢) .

أما إذا ادعى عينا له في التركة ، فإنه لا تسمع دعواه أيا كان سبب هذه الدعوى لتناقضه ، لأن دعوى العين تتعلق بالصورة ، والقسمة تصادفها ، كما أن الإقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك (٣) .

ولو أجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين ، فله نقضها ، وكذلك إذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم ، فللغريم أيضا نقض القسمة إلا أن يكون هذا البعض قد اشترط براءة الميت ، لأنها تصير حوالة فينتقل الدين عليه ، وتخلو التركة عنه ، وهى الحيلة لقسمة تركة فيها دين (٤) .

ثانيا : المذهب المالكي :-

اختلف حكم طرء الدين بعد القسمة باختلاف ما إذا كان المقسوم مقوما أو غير مقوم :-
فإذا ظهر دين على الميت بعد القسمة ، وكان المقسوم مقوما كدار أو بستان أو حيوان أو نحو ذلك من كل ما يقوم ، فإن القسمة تنفسخ ، ويأخذ الغريم حقه ، ثم يقسم الباقي .

إلا إذا دفع الورثة الدين للغريم ، فإن دفعوه فلا كلام له ، إذ ليس له حق إلا في ذلك .

أما إذا كان المقسوم عينا كالذهب والفضة أو مثليا ، وطرأ غريم فإن القسمة لا تنفسخ ، بل يرجع الطارئ على كل واحد من الورثة ، ممن بيده شئ من التركة بما يخصه إن كان قائما ، وبمثله إن فات ، والقسمة صحيحة لم تنقض .

ولو كان بعضهم أعسر ، فإن الطارئ يرجع عليه بما يخصه ولا يأخذ الملى عن المعدم ، هذا إن لم يعلموا بالطارئ .

أما إن علموا به واقتسموا التركة ، فإنهم متعدون حينئذ ، فللغريم أن يأخذ الملى عن

(١) الدر المنقى بهامش مجمع الأكر ٢ / ٤٩٦ ، تحفة الفقهاء للسمرقدي ٣ / ٢٨٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤١٤٢ ، حاشية أبي السعود ٣ / ٣٥٤ .

(٣) مجمع الأكر ٢ / ٤٩٦ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٧٥ ، تكملة فتح القدير ٨ / ٢٦ ، حاشية ابن عابدين

٦ / ٢٦٧ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٧ ، الفتاوى البرازية بهامش الفتاوى الهندية ٦ / ٤٤٨ .

المعدم ، والحاضر عن الغائب ، والحي عن الميت ، مالم يجاوز ما قبضه (١).

وقد ذكر الزرقاني : - أن المعتمد في المذهب نقض القسمة بطرو الغريم سواء كان المقسوم قيميا أو متليا ، حيث علموا به ، لأنهم معتدون (٢) .

وذهب بعض المالكية : إلى أن القسمة تنقض في المتلى إذا ملك وطراً دائن ، أما إذا كان المتلى قتما فلا نقض (٣) .

كما ذهب البعض إلى أنه إذا طراً دائن بعد القسمة ، فإن القسمة تنقض مطلقا سواء كان المقسوم مقوما أو عينا أو متليا ، علموا أم لا ، لأنهم معتدون في القسمة (٤) .

ويزيد البناني في حاشيته قائلا : - بأن المعتمد هو نقض القسمة مطلقا إذا طراً الغريم على الورثة ، فيأخذ المولى عن المعدم مالم يجاوز ما قبضه ، ولا فرق بين العلم وعدمه (٥) .
وأرى أنراجع : -

هو أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم طراً عليهم دائن للتركة ، فإنها تنقض مطلقا ، سواء كان المقسوم قيميا أو متليا ، علم المقتسمون بالدائن أو لم يعلموا .

وإذا أعسر بعضهم أو غاب أو مات فللدائن أن يأخذ المولى عن المعسر ، والحاضر عن الغائب ، والحي عن الميت ، مالم يجاوز ما قبضه ، لأن الدين مقدم على الإرث مطلقا ، ولأن القول بأن القسمة تكون صحيحة في غير القيمي ، يؤدي إلى ضياع حق الدائن لو أعسر المتقاسمون أو أحدهم ، وفي ذلك من الإضرار بالدائن مالا يخفى (٦) .

وتتبعي الإشارة إلى أنه إذا دفع جميع الورثة الدين للدائن ، فإن القسمة تمضي ولا تنسخ ، إذ ليس له حق إلا في ذلك .

وكذلك إذا دفع الدين أجنبى من غير الورثة .

ومثل دفع جميع الورثة دفع بعضهم برضا الباقيين فإن القسمة تمضي أيضا ، ولكن بشرط أن لا يرجع الدافع على بقية الورثة بشئ مما دفعه .

فإذا لم يدفع الورثة جميعهم للطارئ حقه ، أو دفع بعضهم وأبى البعض الآخر ، وأراد

(١) شرح الفرسى ٤ / ٤١٥ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٥٥ ، ٦٥٦ ، شرح الزرقاني ٦ / ٢١٠ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣ / ٥١٤ ، ٥١٥ .

(٢) شرح الزرقاني ٦ / ٢١٠ .

(٣) البهجة شرح التحفة ٢ / ١٤٣ .

(٤) شرح الفرسى ٤ / ٤١٥ ، البهجة في شرح التحفة ٢ / ١٤٣ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣ / ٥١٥ .

(٥) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦ / ٢١٠ .

(٦) قسمة الأملاك للدكتور أحمد فراج حسين - ص ٢١٤ .

الدافع أن يرجع عليهم بما دفع فإن القسمة تنقضى (١).

وإذا هلك ما بيد الورثة بأمر سماوى ، فلا يضمنون شيئا ، وأما ما هلك بانتفاعهم أو استهلاكهم فإنهم يضمنونه (٢).

ثالثا : المذهب الشافعى :-

قالوا بأنه إذا قسم الورثة التركة ثم ظهر دين على الميت ، فإن قلنا : القسمة إقرار ، فهي صحيحة ، ويوفى الورثة الدين للدائن ، فإن لم يوفوه قبله تباع نصيبهم فى الدين .

وإن قلنا : إن القسمة بيع ، ففى صحة القسمة وعدم صحتها قولان ، بناء على القولين فى صحة بيع الوارث للتركة قبل قضاء الدين .

القول الأول : - إن البيع باطل ، لأن التركة مرتبهة بالدين فلم يجز بيعها كالرهن .

القول الثانى : - إن البيع جائز ، لأن الدين لا يتعين استحقاقه من التركة لجواز قضائه من غيرها ، بخلاف الرهن ، لتعلق الدين بالرهن عن اختيار ، وتعلقه بالتركة من غير اختيار . فإذا تقرر هذا فى بيع التركة ، كانت القسمة بناء عليه - إن قلنا بأنها بيع - فيها قولان (٣) :-

القول الأول : -

إن لم نصحح البيع فالقسمة باطلة بظهور الدين ، فتنتقض ، ويقضى الدين ، ثم تستأنف القسمة بعد قضائه .

القول الثانى : -

إن صححنا البيع ، فالقسمة صحيحة ، ويقال للورثة : - إن قضيتم الدين أمضيت القسمة . وإن لم يقضوا ولم يوجد من التركة غير المقسوم نقضت القسمة ، ويبيع منه بقدر الدين ، ثم تستأنف القسمة فى الباقي ، ولا يجوز أن يباع من حصة كل واحد منهم بقدر حقه فى الدين ، لأن فيه تفريقا للصفة (٤).

(١) حاشية العدى على شرح الخرشي ٤ / ٤١٥ ، شرح الزرقانى ٦ / ٢١١ ، الإقنان والإحكام فى شرح تحفة الحكام ٢ / ٦٨ .

(٢) حاشية البنائى على شرح الزرقانى ٦ / ٢١٠ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٧١ ، البيهجة فى شرح التحفة ٢ / ١٤٣ .

(٣) جواهر العقود للمصطفى ٢ / ٣٣١ ، بينما جزم الشيخ زكريا الأنصارى ببطالان القسمة لظهور الدين قولا واحدا ، شرح التحرير بهامش حاشية الشرفوى ٢ / ٥٠٠ .

(٤) يراجع / الحلوى الكبير للموردى ١٦ / ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، روضة الطالبين ١١ / ٢٠٩ ، المهذب مع تكملة المجموع ١٨ / ٤١٦ ، حلية العلماء للقل ٨ / ١٧٦ ، فتح العزيز شرح الوجيز للواقفى ١٢ / ٥٥٢ .

وفى جميع الأحوال إذا وفى الورثة الدين للدائن ، فإن القسمة تبقى صحيحة (١).

رابعا : المذهب الحنبلى : -

إذا اقتسم الورثة العقار ، ثم ظهر على الميت دين ، فإن قلنا : - إن القسمة إقرار لم تبطل ، لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر فى حق أحد ، وعلى الورثة أن يوفوا الدين ، فإن امتنعوا عن وفاء الدين بطلت القسمة ، لأن الدين مقدم على الإرث ، وإن امتنع البعض وفى البعض ، استقر الملك لمن وفى ، ويبيع نصيب الآخر فيما يقابله من الدين .

وإن قلنا : - إن القسمة بيع ، اتبني حكم ظهور الدين هنا على حكم بيع التركة قبل قضاء الدين ، على وجهين . المذهب أنه يصح ، لأن العبد الجاني يتعلق برقبته حق المجنى عليه ، ويمكن ماله من بيعه فكذا الوارث .

والثقى من الوجهين : لا يصح ، لأن تعلق الدين بالعين يمنع التصرف فيها كالرهن (٢) .

وبعض كتب الحنابلة (٣) ذكرت الحكم على نسق واحد ، فقالوا بأنه إذا اقتسم الورثة تركة الميت ، ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه ، لم تبطل القسمة - سواء علم الورثة بالدين قبل القسمة أم لا - لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضاهم ، فأشبهه تعلق دين الجناية برقبة الجاني ، فينتقل الملك لهم محملا بالدين .

ويخير الورثة حينئذ بين الوفاء من التركة أو غيرها ، وبين نقض القسمة وبيعها فى

الدين .

فإن وفوا الدين بقيت القسمة على حالها ، وإن امتنعوا من وفائه بيعت التركة فى الدين .

فإن وفى أحد الوارثين دون الآخر ، بيع نصيب الممتنع وحده ، وبقي نصيب المجيب

بحاله .

خامسا : مذهب الشيعة الإمامية : -

لو قسم الورثة التركة ، ثم ظهر على الميت دين - فلا ريب فى صحة القسمة ، وإن كان الدين مستوعبا لكل التركة - فإن قام الورثة بسداد الدين لم تبطل القسمة ، وإن امتنعوا نقضت وقضى منها الدين . ولو امتنع البعض وأدى البعض ، بيع نصيب الممتنع بقدر ما يخصه من الدين .

(١) أسنى المطالب ٤ / ٣٣٤ ، جواهر العقود للسيوطى ٢ / ٣٣١ .

(٢) الإصناف للمرداوى ١١ / ٣٦٤ ، المبدع شرح المقنع ١٠ / ١٤١ ، ١٤٢ ، الكافي لابن قدامة :

٤ / ٣٢٥ ، الفروع ٦ / ٥١٦ ، الشرح الكبير أسنى المنقذ ١١ / ٥١٦ ، ٥١٧ .

(٣) الإقناع فى فقه الإمام أحمد ٤ / ٤١٩ ، المنقذ لابن قدامة مع شرح الكبير ١١ / ٥١٢ ، شرح منتهى

الإرادات ٣ ، ٥١٨ ، كشف القناع ٦ / ٢٨٢ ، مطلب لولى القهى ٦ / ٥٦٤ .

ولو كان الورثة قد اقتسموا بعض التركة ، وبقي بعضها ، فإن كان هذا الباقي يكفى الوفاء ، أخرج منه الدين ، فإن تلف هذا الباقي قبل الأداء كان الدين فى المقسوم إن لم يؤد الورثة^(١) .

سادسا : مذهب الشيعة الزيدية : -

إذا ظهر دين على الميت بينة أو إقرار الورثة ، فإن وفوا الدين قررت القسمة ، وإن لم يوفوا بطلت القسمة ويبيع منها بقدر سداد الدين ، ثم تستأنف القسمة^(٢) .

سابعا : مذهب الإباضية : -

إن الورثة يؤخذون على الديون ولو لم يقتسموا لقوله تعالى : - **مِمَّنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي** **بِهَا أَوْ دَيْنًا** ^(٣) .

وإن أتى أصحاب الديون بشهود عليها عند الورثة ، فقال الورثة لا تخرج الديون إلا من المال الذى ترك مورثا ، فلم ذلك ، إذ ليس من حق الغرماء أن يأخذوا ديونهم من أموال بعيدة عن التركة .

وإذا اقتسم الورثة التركة ، فتبين الدين على مورثهم ، فقد انفسخت قسمتهم ، سواء أحاطت الديون بمال المورث ، أو لم تحط .

وقيل : - يعطون الذى على مورثهم ، فتصح قسمتهم ، وإذا كانت الديون محيطة بالتركة فلا يجوز للورثة أن يصرفوا أموالهم فى حوائجهم ، حتى يقضوا هذه الديون^(٤) .

وبعد أن عرضنا أقوال المذاهب المختلفة فى حكم ظهور دين على الميت بعد القسمة ، فإتينا نخلص من ذلك إلى : -

(١) أنه لا خلاف بين الفقهاء فى صحة القسمة وعدم نقضها ، إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة ، فدفع الورثة للدائن حقه ، لأن الدائن لا حق له إلا فى استيفاء دينه ، وقد استوفاه فلا تنقض القسمة .

كما أنه لا خلاف بينهم فى أن القسمة تمضى ولا تنقض ، إذا أبرأ الدائن الميت من دينه ، لأن النقض لحقه ، وقد سقط بالإبراء .

(٢) إذا دفع بعض الورثة للدائن دينه برضا الباقيين ، فإن القسمة تصح ، ما لم يرجع عليهم بشئ مما دفعه ، أو أنه ضمن للدائن حقه بشرط براءة الميت .

(١) جواهر الكلام ٤٠ / ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، قواعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام ٢ / ٢٢١ .

(٢) البحر الزخار ٤ / ١٠٩ .

(٣) من الآية ١١ ، من سورة النساء .

(٤) شرح التلويح وشفاء العليل ١٠ / ٦٤٠ - ٦٥٠ ، حاشية أبى سنة على الإيضاح ٧ / ١٤٠ وما بعدها .

أما إذا دفع بعض الورثة ، وأبى بعضهم ، وأراد الدافع ان يرجع عليهم بما دفع فإن
القسمة تنقض على الجميع .

.. ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية .

بينما ذهب الحنابلة والإمامية إلى أن من وفى من الورثة ما عليه من الدين للدائن ، فإن
الملك يستقر له ، ويباع نصيب الممتنع فيما يقبله من الدين .

وأرى رجحان مذهب إليه الحنفية والمالكية من نقض القسمة عند امتناع البعض عن
الأداء ، لأن التركة مشغولة جميعها بحوائج الميت الأصلية ومنها الدين ، ولأن الورثة لا
يملكون التركة إلا بعد قضاء الدين .

(٣) لا خلاف بين الفقهاء فى أنه إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة ، وكان هناك مال
من التركة لم يقسم بعد ، وكان يكفى لأداء هذا الدين ، فإن القسمة تصح ولا تنقض ، ويؤدى
الدين من ذلك المال .

(٤) إذا لم يقض الورثة إلى الدائن دينه سواء كان من مال أنفسهم أو من مال التركة
الذى لم يقسم ، ولم يبرأ الدائن الميت من الدين ، وطالب الدائن بدينه ، فإن القسمة تنقض ،
ويؤدى للدائن دينه منها ثم يقسم الباقي بين الورثة ، وذلك سواء كان الدين قليلا أو كثيرا ، و
سواء كان الورثة عالمين بالدين أو غير عالمين به ، وسواء كان المقسوم عينا أو مثليا أو
مقوما .

وبذلك قال الحنفية ، وبعض المالكية ، وهو قول الشافعية والحنابلة بناء على أن القسمة
بيع ، وهو قول الشيعة الزيدية والإباضية .

بينما ذهب الشافعية والحنابلة - بناء على أن القسمة إفراز - إلى أن القسمة تكون
صحيحة ولا تنقض ، لأن القسمة إفراز حق ، ومن ثم فيخير الورثة بين قضاء الدين ، وبين
نقض القسمة وبيع ما يفى بالدين .

وبهذا قالت الشيعة الإمامية .

وذهب بعض المالكية إلى التفرقة بين علم الورثة بالدائن وعدم علمهم به وبين المقسوم
إن كان قيميا أو مثليا . وقد سبق بيان ذلك .

وأرى : -

أن مذهب إليه الجمهور من نقض القسمة عند عدم الوفاء إلى الدائن بدينه الذى ظهر
بعد القسمة ، هو الراجح ، لأن الدين مقدم على الإرث .

ومذهب إليه الشافعية والحنابلة فى قول ، والإمامية من عدم نقض القسمة واعتبارها
صحيحة ، يؤدى إلى إبطال حق الدائن ، كما أن تعليقهم بكون القسمة إفراز ، هو تعليق فى

مقابلة نص وهو قوله تعالى : - «من بعد وصية يوصى بها أو دين» (١) .

أما في القانون المدني : -

فقد نصت المادة ٨٩٧ مدني على أن : -

" دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم ، لعدم ظهورها في قائمة الجرد ، ولم تكن تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، وإثما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم " .

فواضح من النص أنه إذا ظهر دائن للميت ، لم يستوف حقه لعدم ظهور دينه في قائمة الجرد ، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لجهلهم بها ، واستولى كل وارث على نصيبه على اعتبار أنه خالص من الديون ، فلاشك أن هؤلاء الدائنين يستطيعون الرجوع بالدين على أموال التركة ، مابقيت هذه الأموال في أيدي الورثة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديوان ، فإذا رجع أحد منهم على عين التركة في يد أحد الورثة ، ونفذ بحقه على هذه العين ، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته في الدين .

وإذا تصرف الوارث في عين التركة ، فإن الدائن لا يرجع على المتصرف إليه ، ولكن يرجع على الوارث الذي تصرف في العين ، في حدود ما أخذه مقابل لمال التركة ، حتى لا يثرى الوارث على حساب الدائن (٢) .

فواضح مما سبق أن القانون المدني لا يقضى بفسخ القسمة لظهور دين على الميت بعدها ، بل كل ما للدائن أن يرجع على الورثة في حدود مآل إليهم من التركة .

وبهذا يتفق القانون مع مذهب إليه بعض الفقهاء في الفقه الإسلامي من القول بصحة القسمة مع ظهور الدين ، ورجوع الدائن على الورثة .
وهو قول عند الشافعية والحنابلة وهو مذهب الإمامية .

(١) من الآية ١١ من سورة النساء .

(٢) د / السنهوري - الوسيط - ١ / ١٧٣ ، ١٧٤ ، د / عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ٧٥٦ ،

المطلب الثالث

ظهور موصى له بعد القسمة

قد تقسم التركة بين الورثة ، ويتسلم كل منهم حصته ، ثم يظهر أن الميت كان قد أوصى وصية لشخص معين قبل وفاته ، فهل تنقض القسمة لكي يعطى للموصى له حقه ثم يقسم باقى التركة بين الورثة ؟

أم تستمر القسمة ويرجع الموصى له على كل وارث بما ينوبه ؟

هذا ماستتولى الأجابة عليه فيما يلى : -

أولا : المذهب الحنفى : -

فرق الحنفية بين الوصية بجزء شائع من التركة كالثلث أو الربع ، وبين الوصية بمقدار^(١) مرسل من المال كالألف دينار مثلا : -

أ - فإذا كان الميت قد أوصى بجزء شائع من التركة كالربع أو الثلث ، ثم ظهر الموصى له بعد قسمة التركة ، ولم يكن الورثة قد أخرجوا له حصته ، فإن القاضى يفسخ القسمة ، ويستأنفها من جديد بعد إعطاء الموصى له حقه ؛ وذلك لأن الموصى له شريك للورثة ، بدليل أنه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة يهلك على الورثة والموصى له جميعا ، والباقى على الشراكة بينهم^(٢) ، فتتقض القسمة لظهور الموصى له .

فإن قالت الورثة نحن نقضى حق الموصى له من مالنا ، ولا تنقض القسمة ، فإن القسمة تنقض أيضا ، ولا يلتفت إلى قولهم ، وذلك لتعلق حق الموصى له بعين التركة ، فلا ينتقل إلى مال آخر ، إلا أن يرضى هذا الموصى له بأخذ ما عرضه الورثة ، فلا تنقض القسمة ، لأن الحق له وقد رضى به^(٣) .

هذا وقد قيدت بعض كتب المذهب ، الحكم السابق بما إذا كانت القسمة اتفاقية ، أم إذا كانت بقضاء القاضى ، فقالوا بأن القسمة لا تنقض إذا كان القاضى قد عزل له نصيبه ، لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة ، لكن القاضى إذا قسم عند غيبة أحد الورثة ، لا تنقض قسمته ، لأن القسمة فى هذا الموضع محل اجتهاد ، وقضاء القاضى إذا صادف محل الاجتهاد ، ينفذ ولا ينقض^(٤) .

(١) الوصية المرسلة : هى الوصية التى لم تنقيد بكسر ، كثلث أو ربع مثلا ، وذلك كمن أوصى بمائة درهم مثلا . يراجع / حاشية ابن عابدين ٥ / ٤٥٤ . ط دار إحياء التراث العربى بيروت .

(٢) بدفع الصنق ٩ / ٤١٤٢ ، تكملة فتح القدير ٨ / ٢٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٧ ، الفتاوى الهندية ٥ / ٢٢١ ، الفتاوى الأنغورية ٢ / ٣٧٤ .

(٤) بدفع الصنق ٩ / ٤١٤٢ ، ٤١٤٣ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٧ ، تكملة فتح القدير ٨ / ٢٥ ، الأصباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨١ .

ب - أما إذا كان الميت قد أوصى بمقدار مرسل من المال كالألف دينار مثلا ، فإن القسمة تنسخ إلا إذا قضى الوارث للموصى له مقدار وصيته فالأصل إن القسمة تنسخ هنا أيضا ، ولكن إذا قلت الورثة نحن نقضى حق الموصى له فإن القسمة لا تنقض .

والفرق بين نوعي الوصية : - أن الموصى له بجزء شائع من التركة كالثالث حقه متعلق بعين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضائه . بينما الموصى له بألف دينار مرسلة ، فإن حقه ليس متعلقا بعين التركة ، بل بمعنى التركة ، من حيث الاستيفاء من مالية التركة . وإيفاء حق الموصى له وقتئذ من التركة أو من مال الوراث سواء^(١).

ثانيا : المذهب المالكي : -

فرق الملكية بين الوصية بجزء شائع كالربع أو الثلث ، وبين الوصية بعدد ، كحد من الدنانير .

أ - فإذا ظهرت وصية بعد تقسيم التركة وكانت الوصية بجزء شائع من التركة كالربع ، فننظر إلى المقسوم فإن كان المقسوم قيميا - أى ما يقوم - كالعقار والمروض - فإن القسمة تنقض ، لتفاوت الأغراض ودفعها لما يدخل على الموصى له من الضرر بتبعض حقه ، فيعطى الموصى له حقه ، ثم يقسم الباقي بين الورثة .

أما إذا كان المقسوم مثليا كالنقود والمكيلات والموزونات ، فإن القسمة لا تنقض . ويكفى أن يرجع الموصى له على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائدا عن حقه . ولا يؤخذ الملى عن المعسر ، سواء علم الورثة بالطارئ أو لم يعلموا ، وذلك على المعتمد من المذهب .

وفى جميع الأحوال إن دفع جميع الورثة حق الموصى له فإن القسمة تمضى ولا تنسخ ، فإن امتنعوا أو بعضهم فسخت القسمة ، لأن الدين مقدم على الميراث .

ب : - أما إذا كانت الوصية بعدد معين من النقود مرسلا كألف دينار أو خمسمائة جنيه ، فتكون الوصية كالدين ، فتتقض القسمة لأجلها سواء كان المقسوم مقوما أو مثليا ، إلا إذا دفع الورثة للموصى له الموصى به من الدنانير ، ونحوها ، ففي هذه الحالة تمضى القسمة ولا تنقض ، لأن الموصى له لا حق له إلا فى استيفاء العدد الموصى به ، وقد استوفاه ، إذ لا حق للموصى له فى عين التركة ، بل حقه متعلق بماليتها .

وإذا أنلف بعضهم حظه أو أعسر أو مات أو غاب ، فإن للموصى له أن يأخذ الملى عن المعدم والحاضر عن الغائب والحي عن الميت ، وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث^(٢).

(١) الفتاوى الهندية ٢٢١/٥ ، حاشية الشلبى على تبين الحقائق ٢٧٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٦٦/٦ ، الفتاوى البرزوية بهامش الفتاوى الهندية ١٤٩/٦ ، الفتاوى الأنكروية ٣٧٢/٢ .
(٢) البهجة فى شرح لفتحة ١٤٣/٢ ، الإقطن والإحكام شرح تفتة الحكم ٦٨/٢ ، شرح الخرشى ٤١٥/٤ ، ٤١٦ ، شرح القرطبي ٢١٠/٦ : ٢١١ ، شرح منج الجليل ٦٥٩/٣ ، ٦٦٠ .

ثالثا : المذهب الشافعي : -

فرق الشافعية أيضا بين الوصية بجزء شائع أو معين كالثلث من التركة ، وبين الوصية بشيء مرسل - أي في الذمة - كمن أوصى بمائة دينار لفلان ، ولم يحدد مخرج المائة دينار .

أ - فإذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالثلث ، أو معين ولكن كان موصى به من التركة ، فيكون الحكم بالاستحقاق .

فإن كانت الوصية بشيء معين من التركة ، بطلت القسمة لعدم المعادلة في الباقي بين الشريكين .

وإن كانت بجزء مشاع من التركة كالثلث مثلا ، بطلت في الثلث الموصى به قولا واحدا، وهل تبطل في الباقي ؟ قولان : أصحهما : - إنها تبطل فيه ؛ لأن القصد من القسمة تمييز الحقيين ، ولم يحصل ذلك ، لأن الموصى له صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت .

ب : أما إذا كانت الوصية مرسله ، كان يوصى بمائة دينار لفلان ، ولم يحدد مخرجهم ، فيكون الحكم كما لو ظهر دين في التركة .

فإن جعلنا القسمة إقراز حق ، فالقسمة صحيحة ولا تنقض بظهور الوصية ، ويبيع الأنصباء في الوصية إن لم يوف الورثة الوصية^(١).

- وإن جعلناها ييعا ، فعلى قولين - كما سبق - .

رابعا : المذهب الحنبلي : -

فرق الحنابلة أيضا في ظهور الوصية بعد القسمة بين الوصية بجزء شائع من المقسوم ، وبين الوصية بمال غير منحصر في التركة ، كمائة دينار مثلا .

أ : فإذا كانت الوصية بجزء من المقسوم كالربع ، فيكون الحكم كما لو ظهر مستحق ، لأن الموصى له يستحق أخذه ، وعليه ، فتبطل القسمة ، لأنه قد ظهر لهم شريك ثالث .

ب : أما إذا كانت بمال غير معين من التركة - أي مرسل - كمائة دينار فحكمها حكم ظهور الدين بعد القسمة ، فتكون القسمة صحيحة ، ويخير الورثة بين الوفاء من التركة أو غيرها ، وبين نقض القسمة^(٢).

خامسا : الشيعة الإمامية :

قالوا بأنه إذا ظهرت وصية بعد القسمة فإن كانت بمال - كمائة دينار مثلا - فهو كما لو

(١) يراجع / فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥٢/٢١ ، الأصول للأردبيلي ٥٠٧/٢ ، الحلوى الكبير للملوري ٢٦٣/٢١ ، أسنى لمطلب ٣٣٥/٤ .

(٢) المقضى مع شرح الكبير ٥١٣/١١ ، يراجع ما سبق من أحكام الاستحقاق وظهور الدين .

ظهر دين ، وبناء عليه فلو دفع الورثة للموصى له الموصى به ، فإن القسمة تمضى ولا تنفسخ ، وإن امتنعوا فسخت .

وإن كانت الوصية بجزء من المقسم شائع أو بعينه ، فيكون كالاستحقاق ، أى فتبطل القسمة ، ويعطى الموصى له حقه ، ثم يقسم الباقي^(١).

سادسا : الشيعة الزيدية : -

فقالوا بأنه إذا انكشفت الوصية بعد القسمة ، فيكون الحكم كالاستحقاق ، أى فتبطل القسمة^(٢).

سابعا : الإباضية : -

فقالوا بأنه إذا أوصى المورث أن تخرج من ماله وصية ، أو بشيء معلوم من ماله أن تخرج منه وصية ، فاقسموا قبل إخراج الوصية ، فقد انفسخت القسمة ، لقسمتهم ما لهم وما ليس لهم .

وإن أوصى بشيء معلوم فى الذمة أن يخرج من شيء معلوم من ماله ، فاقسموا قبل إخراج الوصية ، فقد قال بعضهم : - تنفسخ القسمة لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾^(٣) ، ولم يخص وصية من وصية .

وقال بعضهم : - إن القسمة بهذا لا تنفسخ ، لأن هذه وصية يجوز أن ترجع إلى ذمة الورثة بعد القسمة كالدين ، لأنها غير معينة^(٤).

الراجع : -

وبعد عرض أقوال المذاهب المختلفة فى حكم ظهور موصى له بعد القسمة ، فإبنى أرى أنه : -

(١) إذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالربع أو الثلث مثلا فإبنى أرى أن القسمة تنقضى ، ويعطى للموصى له حقه ، ثم تستأنف القسمة فى الباقي .

وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة والإمامية والإباضية ، وذلك لأن الوصية مقدمة على الإرث ، ولأن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدى إلى أن يتفرق نصيب الموصى له بين الورثة ، فيتضرر ، كما أن الموصى له يكون عرضة لضياع حقه إذا أعسر بعض الورثة .

(١) جواهر الكلام ٣٦٨/٤ ، ٣٦٩ ، قواعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام ٢٢٢/٢ .

(٢) البحر الرخا ١٠٩/٤ .

(٣) سورة النساء من الآية ١١ .

(٤) الإيضاح للشمس ١٣٩/٧ ، شرح لنيل وشفاء العليل ١٠/٢٣٨ ، ٢٣٩ .

أما تفرقة المالكية بين أنواع المقسوم القيمي أو المثلّي ، فإنها تفرقة قد تلحق الضرر بالموصى له إذا أعسر بعض الورثة بعد القسمة .

كما إن تفرقة بعض الحنفية بين القسمة الاتفاقيّة والقضائيّة ، فإنها لا مبرر لها ، فالعدالة تقتضي أن يأخذ كل ذي عين حقه طالما أنه تعين .

(٢) إذا كانت الوصية بمال مرسل من التركة كآلف دينار أو نحو ذلك ، فبئى لرى أن القسمة تكون صحيحة ابتداء ، وذلك لعدم تعلق حق الموصى له بعين التركة ، بل بماليتها ، ثم بعد ذلك نتوجه إلى المتقاسمين ، - أى الورثة - فإن أعطوا الموصى له حقه ، مضت القسمة ، وتأبّدت صحتها ، وإن أبوا فإن القسمة تنقض ويعطى الموصى له حقه منها ، أى فالأمر بيد الورثة على الخيار إن شاعوا دفعوا للموصى له حقه وإلا فسخت .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، والمعتمد عند المالكية ، والأظهر عند الشافعية والحنابلة والإمامية .

لأن الموصى له لا حق له إلا فى استيفاء العدد أو المال المعين الموصى به ، فإذا استوفاه ، فقد انتهت سلطته على الورثة بحقه .

وقد القانون المدنى :-

فإنه تنص المادة ٨٩٨ - مدنى على أنه : - " يتولى المصطفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف " .

فواضح من النص أنه يجب تنفيذ الوصية قبل القسمة وبعد سداد الديون (١).

فإذا ظهر الموصى له بعد القسمة ، فإنه يكون متعرضا للورثة ، فإذا أثبت الموصى له صحة الوصية ، وحكم له بها ، فإنه يكون مستحقا ، وتطبق عليه أحكام الاستحقاق ، فيرجع على المتقاسمين ، كل منهم بنسبة حصته ، وبالقدر الذى ينوبه فى الوصية .

والموصى له يرجع بالتعويض فقط على الورثة ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشئ بقيمته يوم القسمة ، وإذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على جميع المتقاسمين غير المعسرين ، (مادة ٨٤٤ مدنى) .

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله الذى بفضلہ تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على رسول الله ، خاتم الأنبياء وإمام المرسلين ، وعنئى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد

فبحمد الله وتوفيقه قد وصلت إلى نهاية هذا البحث المتواضع ، والذى وقفت من خلاله على مدى أهمية موضوع هذا البحث من حيث إنه يعالج أهم مشاكل الحياة الاجتماعية وأكثرها تعقيداً ، وهى كيفية قسمة المال الشائع ، والخروج من حالة الشيوع ، باعتباره وضعاً مؤقتاً ، يحسن الانتهاء منه فى أسرع وقت ، لما يترتب عليه من تعطيل للانتفاع بالشئ ، نظراً لاختلاف المشتاعين فى كيفية استغلاله ، وتمثل القسمة المخرج الرئيسى من هذا الشيوع ومشكلاته .

ومن خلال دراستى لقسمة المال الشائع فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى وصلت إلى نتائج وتوصيات ، أوجزها فيما يلى :

أولاً : نتائج البحث :

١- إن الشريعة الإسلامية جاءت - والحمد لله - وافية بحاجات الناس ومحقة لمصالحهم الدينية والدينية فى شتى ما يحتاجون . لا تضيق بمشكلة ، ولا تقصر عن حاجة ، ولا تعد عن الوفاء بأى مطلب ، ولا تشعر أنها فى حاجة إلى أن تستعير شيئاً من خارج حقيقتها الإسلامية ، ولا تخلف بأهلها فى أى وقت ، ولكن تخلف أهلها حين فرطوا فيها ، وحين تهاونوا فى الاستمساك بعروتها الوثقى ، يقول الله تعالى ﴿وَأَنْ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السَّبِيلَ فَتَفْشَرُوا فِيهِ سَبِيلًا وَلَكُمْ مِصْرًا بِهِ لَعْنٌ مُعَقَّلُونَ﴾ (١) .

ويقول - ﷺ - : " تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما : كتاب الله وسنتى " .

٢- قصور فقه القانون الوضعى أمام فقه الشريعة الإسلامية مما يستدعى أن يكون لفقه الشريعة الإسلامية الصدارة ، واعتباره المصدر الأساسى والمنبع الصافى للأحكام فى شتى أنواع المعاملات .

٣- إن القسمة تشتمل على معنى الإقراز من جهة ، كما تشتمل على معنى المبادلة من جهة أخرى ، لذا فقد اعتبرها بعض الفقهاء كالبيع .

٤- يتفق القانون الوضعى مع الرائج فى الفقه الإسلامى فى عدم ثبوت الشفعة فى القسمة .

٥- يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن القسمة لازمة ، فلا يجوز لأحد المتقاسمين أن يرجع فيها بعد تمامها ، طالما لم يحدث فى عملية القسمة ما يستوجب نقضها .

إلا أن هذا الأمر تبينته من القواعد العامة للقانون المدنى المصرى ، فأهيب بالمقنن الوضعى فى مصر أن ينص على ذلك صراحة ، ليساير فى ذلك الفقه الإسلامى .

٦- إن القسمة فى الفقه الإسلامى تنقسم إلى أنواع متعددة باعتبارات مختلفة ، تتكامل فيها مذاهب الفقهاء ، ويتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى هذه الأنواع ، وإن كان شراح القانون لم يبرزوها إبراز فقهاء الشريعة ، مما يعكس مدى ثراء الفقه الإسلامى وخصوبته .

٧- إن القسمة الجزئية والتى تتناول بعض الأموال الشائعة فقط ، أو التى تقتصر على بعض الشركاء فقط ، قد أجازها القانون الوضعى ، وقد تبين لى جوازها أيضاً فى الفقه الإسلامى ، طالما كان ذلك برضاء الشركاء .

٨- إن القسمة غير الباتة ، أى المعلقة على شرط ولقف ، أو شرط فاسخ تجوز فى القانون ، بينما منع جوازها فقهاء الشريعة الإسلامية ، فالقسمة لا تقبل التعليق على شرط .

٩- إن الراجع - فى نظرى - القول بجواز قسمة الدين فى ذمم الغرماء ، إذا تراضى الشركاء على ذلك ، لأن الحق لهم وقد تراضوا عليه .

١٠- إن القاسم قد يكون هو منصوب القاضى ، أو منصوب الشركاء ، أو يكون القاسم هو الشركاء أنفسهم أو أحدهم ، ويجوز للشركاء أن يسألوا الحاكم بتصيب قاسم بينهم ، ولكن ليس للحاكم أو القاضى أن يجبر الناس على قاسم معين .

١١- يشترط فى القاسم أن يكون بالغاً ، عاقلاً ، عادلاً ، غنياً عن الطمع ونزه النفس ، عالماً بالمساحة والحساب ، وأن يكون ذكراً .

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى هذه الشروط ، غير أنه لا يشترط الذكورية ، فيجوز أن تتولى المرأة القسمة ، وهذا يتفق مع ما عليه الحنفية من جواز ذلك .

١٢- الأصل أن أجره القاسم تكون من بيت مال المسلمين ، ومع ذلك فإذا كان بيت المال ليس فيه سعة ، فإنه يجوز للقاسم أن يتقاضى أجراً من المتقاسمين ، وأن هذه الأجرة حلال له وليست مكروهة ، لأنه يأخذها مقابل جهده ومشقته التى تكبدها فى سبيل إفراز وقسمة المال المشترك .

وفى القانون يتقاضى القاسم أو القاضى أجراً ، يتمثل فى مرتبه الذى يتقاضاه من الدولة ، والتى بدورها تتقاضى من المتقاسمين مصروفات الدعوى وأتعاب الخبراء .

١٣- إن أجرة القاسم تلزم المتقاسمين جميعاً ، وتوزع على قدر الحصص لا على عدد الرعوس ، وتكون على من طلب القسمة ومن لم يطلب ، فتوزع على جميع المتقاسمين .

وفى القانون توزع الأجرة على الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال محل القسمة ، ولكن الأجرة تكون على من طلب القسمة فقط من الشركاء دون من لم يطلب ، إلا إذا كان يتبقى فى الشيوع بعد القسمة شريك واحد فقط ، فيلتزم أيضاً بدفع الأجرة .

١٤- إذا كان القاسم متعدداً - اثنين فأكثر - تقبل شهادته على القسمة ، سواء كان يقسم بأجر أو متبرعاً ، كان منصوب القاضى أو الشركاء ، وإذا كان فرداً واحداً فإنه تقبل شهادته مع يمين المدعى .

١٥- يشترط قابلية المال الشائع للقسمة بدون تلف أو فساد ، فلا يجوز قسمة ما يترتب على قسمته تلف أو فساد ، لأنه سفه فيمنع ، ولا جبر على قسمة ما يترتب على قسمته نقص منفعة أو قيمته .

وإن من أهم ما يشترط فى المقسوم لهم ، هو عدم حدوث ضرر لهم أو لأحدهم من جراء القسمة .

وإنه لا يجب الإجابة إلى القسمة إن كان يترتب عليها ضرر بجميع المتقاسمين ، كأن تنعدم قيمة المقسوم أو تقل من جراء القسمة . أما إذا كانت القسمة يترتب عليها ضرر بأحد الشريكين فقط ، فإنه يجبر من امتنع عن القسمة ، سواء كان الطالب هو المضرور أو المنتفع ، بشرط عدم ذهاب منفعة المقسوم أو تلفها .

وقد منع القانون قسمة ما يترتب على قسمته تلف ، أو نقص فى قيمته ، فلا يقسم قسمة أعيان ، ولكن أجاز القانون القسمة بطريق التصفية ، فبيع المقسوم ، ويوزع ثمنه بين المتقاسمين .

١٦- يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم ، وكذلك حضورهم عند القسمة .

غير أن الفقه الإسلامى رتب على تخلف رضا أحد المقسوم لهم بطلان القسمة الاتفاقية .

أما القانون فرتب على ذلك بطلان القسمة بالنسبة للشريك الذى تخلف فقط ، وقرر صحة العقد لمن رضى به من الشركاء .

وقد بينت رجحان ما ذهب إليه الفقه الإسلامى .

١٧- يقسم عن المحجور عليه - لصغر أو جنون أو سفه أو عته - وليه ، وإن لم يكن له ولي قسم عنه وصيه بإذن من القاضى ، فإن لم يكن له ولي ولا وصى ، قسم عنه القاضى ،

وفى هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى .

وكذلك إذا كان أحد الشركاء غائباً ، وليس له وكيل حاضر عنه فإن القاضى يقسم عنه .

١٨- يشترط أن يقيم المتقاسمون البيئة على ملكهم للعين محل القسمة ، عند القسمة قضاء ، أو عند التنازع ، أما إذا اتفق المتقاسمون على القسمة ، فإنه يكتفى باقرارهم على ملكيتهم للعين المقسومة ، مع تسجيل ذلك فى محضر القسمة ، ليكون كل ذى حجة على حجته .

١٩- إن محل قسمة المهايأة هو منافع الأعيان ، التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها ، فلا يصح التهاوى على الأعيان التى تستهلك بمجرد الانتفاع .

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز التهاوى فى المثليات ، وإنما تجوز فى القيميات ، كما لا يجوز المهايأة على الانتفاع بالنخل أو الشجر أو الثمر أو الغنم المشتركة ، لأن الثمر واللبن عين مال فيدخل تحت قسمة الأعيان لا المهايأة ، وفى هذا يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى .

٢٠- تجوز المهايأة على الاستعمال ، وكذلك تجوز المهايأة على الاغتلال ، وفى هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى .

٢١- إن الراجح فى الفقه الإسلامى هو عدم لزوم قسمة المهايأة ، بينما يرى شراح القانون لزومها ، متفقين فى ذلك مع ما عليه بعض الفقهاء المسلمين .

٢٢- إن قسمة المهايأة قد تكون رضائية ، يتفق الشركاء عليها ، وبناء على رأى الراجح فى الفقه الإسلامى يجوز أن يجبر الممتنع منها عليها ، وذلك طالما كان المحل يحتملها .

بينما يشترط القانون اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، وإلا لم تتم جبراً عن الشركاء ، باستثناء حالة واحدة ، نصت عليها المادة ٢/٨٤٩ مدنى ، وهى قسمة المهايأة التى تحدث أثناء القسمة النهائية ، عندما تطول إجراءاتها ، ويطلب أحد الشركاء من القاضى أن يهايئ بين الشركاء لحين الانتهاء من القسمة عينا .

٢٣- تنقسم قسمة المهايأة إلى مهايأة زمانية ومهايأة مكانية .

فالمهايأة الزمانية تجرى فى قسمة منافع كل الأعيان ، لكن لا مفر منها فى قسمة ما لا تنقسم عينة ، كالبيت الصغير والسفينة ، ويشترط فى المهايأة الزمانية ذكر مدتها عند الاتفاق .

أما المهايأة المكاتبية فلا تجرى إلا فى الأموال التى يمكن قسمة أعيانها ، والراجح اشتراط تعيين مدتها عند الاتفاق .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى هذا التقسيم .

٢٤- يلتزم الشركاء فى قسمة المهايأة بحفظ ما تحت أيديهم من المال الشائع ، كما يلتزم كل شريك بمؤن الحصة التى وقعت له ، فيلتزم بنفقة ما تحت يده ، ويجب استعمال المال محل المهايأة فيما أعد له فقط ، ويضمن كل شريك تلف ما تحت يده إذا فرط فى الحفظ أو تعدى فى الاستعمال ويلتزم كل شريك برد الحصة التى تحت يديه بعد انتهاء المهايأة.

٢٥- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى نفاذ عقد الإيجار الصادر من الشريك المتهائى على الجزء المفروز الذى ينتفع به ، إذ ينفذ فى مواجهة جميع الشركاء المتهائين ، صيانة لحق المستأجر .

٢٦- إن المهايأة كالإيجار ، فيطبق على المهايأة ما يتناسب مع طبيعتها من أحكام الإيجار .

٢٧- أجاز الفقه الإسلامى لكل شريك الحق فى طلب القسمة ، فى أى وقت شاء ، ويشترط هذا الطلب لصحة القسمة ، سواء كانت اتفاقية أو قضائية .

ويعطى القانون هذا الحق لكل شريك ، ولكنه اشترط عدم وجود نص أو اتفاق يمنع من القسمة ، ويجبر الشريك على البقاء فى الشيوع .

وأرى أن هذا الحكم مما تتسع له الشريعة الإسلامية ، طالما كانت هذه القيود مبعثها مراعاة مصلحة أولى بالاعتبار .

٢٨- إن القسمة الاتفاقية تعتبر عقداً كسائر العقود ، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

٢٩- إنه تجوز قسمة السفل والعلو بين الشركاء على أى كيفية شاءوا طالما أنهم راضون بذلك.

أما إذا أبى أحد الشركاء فامتنع عن القسمة ، فإنه يختلف الحكم باختلاف الكيفية المطلوبة فى القسمة ، وذلك على النحو الذى بيناه عند دراستنا لقسمة السفل والعلو .

ويكون التعديل بين الشركاء فى قسمة السفل والعلو بالقيمة .

٣٠- إن القرعة مشروعة فى القسمة ، ومستحبة تطيباً للقلوب ، وراحة للنفوس ، ونفياً للثمة عن القاسم ، كما أنها تجوز على أى وجه طالما كانت لا يترتب عليها تفرق نصيب الشريك الواحد .

وقد أجازها القانون - أيضاً - ، ولكن أجازها شراح القانون ولو أدى ذلك إلى تفرقة الحصة الواحدة للشريك الواحد ، محتجين بأن ذلك هو شأن القرعة .

٣١- يجب أن تكون القسمة عادلة ، فإذا ما ظهر غبن بعد القسمة ، فإنه تنقض القسمة الاتفاقية أو القضائية للغبن ، بينما نص القانون فى المادة ١/٨٤٥ مدنى على أن القسمة الاتفاقية هى

التي تنقض للغبن ، أما القسمة القضائية فلا يجوز نقضها للغبن .

وأرى أنه يجب نقض القسمة للغبن اتفاقية كانت أو قضائية مراعاة للعدالة بين الشركاء .

٣٢- الغبن الفاحش هو الذى يعطى الحق للمغبون فى نقض القسمة ، بينما يعفى عن الغبن اليسير ، ويترك أمر تحديد الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش للعرف والعادة . ويتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن الغبن الذى تنقض القسمة بسببه هو الغبن الفاحش، وحدده القانون بما يزيد على الخمس من قيمة حصة الشريك المغبون .

وقد بينت أن تحديد مقدار الغبن بالخمس ينطوى على مجافاة صارخة لروح العدالة ، فيؤدى إلى تفاوت كبير بين ما آل إلى التنازعين من نصيب ، لذا فإن ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من ترك تحديد الغبن الفاحش للعرف والعادة أولى .

٣٣- يتفق القانون مع ما ذهب إليه بعض المالكية من تحديد مدة سماع دعوى الغبن بعام، من وقت انعقاد القسمة .

إلا أن القانون يجعل هذه المدة مدة سقوط ، يترتب على انتهائها عدم استطاعة المتنازعين المغبون رفع دعواه بنقض القسمة للغبن ، ولكن المالكية رتبوا على انتهاء المدة بدون رفع الدعوى ، عدم سماع دعوى نقض القسمة للغبن ، ولكن له أن يطالب بقيمة الغبن بدون نقض للقسمة ، فالحقوق لا تسقط مهما مضى عليها من الزمان .

٣٤- أجاز القانون التنازل عن دعوى نقض القسمة للغبن من قبل الشريك المغبون ، وأرى أن الفقه الإسلامى لا يمنع ذلك ، شريطة أن يكون هذا التنازل صريحاً .

٣٥- إذا ثبت الغبن أو الغلط ، وتأكد القاضى من ذلك ، فإنه يقضى بنقض القسمة واستئنافها من جديد .

وأجاز بعض الفقهاء للمتنازعين تكملة نصيب الشريك المغبون ، تفادياً لنقض القسمة بالغبن، ويكمل للمغبون كل حقه حتى تتم له حصته ، ولا يجوز أن يكتفى بإعطائه قدرأ يذهب معه الغبن الفاحش فقط ، لأن القسمة ينبغي أن تكون عادلة ، والعدالة فى القسمة تقتضى المساواة بحصول كل شريك على كامل حقه .

ويتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى ذلك .

٣٦- يثبت فى القسمة خيار المجلس بناء على قولنا بأن القسمة بيع ، ولا يثبت بناء على قولنا بأنها إقرار حق ، ولم ينص القانون على ذلك .

كما أنه يجوز الأخذ بخيار الشرط فى القسمة الاتفاقية ، بينما لم ينص القانون المدنى المصرى على الأخذ بخيار الشرط فى القسمة .

كما أن خيار العيب يثبت للمتقاسم الذي وقع العيب في نصيبه وذلك سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية ، فيجوز لمن وجد في نصيبه عيباً بعد القسمة ، رده على الشركاء وفسخ القسمة ، واستئنافها من جديد ، كما يجوز له أن يرضى بذلك ولا يطلب أرش العيب ، فيمسك حصته ولا يردّها .

ولم يأخذ المشرع الوضعي في مصر بخيار العيب ، واكتفى بما قرره من نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه .

٣٧- إنه يشترط في القسمة القضائية أن لا يترتب على القسمة ضرر بالشركاء أو أحدهم ، وأن الضرر المانع من قسمة الإيجار المعتبر فيه هو نقص منفعة المقسوم أو نقص الثمن والقيمة . وفي هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي .

ويزيد الفقه الإسلامي باشتراط عدم اشتغال القسمة الجبرية على رد مال أجنبي عن الشركة إلى أحد الشركاء .

٣٨- انفرد الفقه الإسلامي باشتراطه للجبر على القسمة أن يكون المقسوم جنساً واحداً ، أو صنفاً واحداً وذلك عند إرادة قسمة الجمع ، بينما القانون لم يشترط ذلك .

ومسلك الشريعة الإسلامية أرجح ، لأنه بهذا الشرط يدفع شبهة الربا ، كما يدفع احتمال تفاوت رغبات الشركاء وحاجاتهم .

٣٩- إن المدعى في القسمة القضائية هو أحد الشركاء أو من ينوب عنه ، والمدعى عليه هو بقية الشركاء أو من ينوب عنهم . وهذا بالاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .

ولا يمنع الفقه الإسلامي من اختصاص المحكمة الجزئية بسماع دعوى القسمة ، كما لا يمنع من اختصاص محكمة العقار أو المدعى عليه بدعوى القسمة ، إذ إن هذا من قبيل التنظيم الإداري ، والذي يكون لولى الأمر فيه سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص .

٤٠- إن قسمة المال الشائع بطريق تكوين الحصص في القانون يقابلها قسمة التفريق وقسمة الأجزاء في الفقه الإسلامي .

والقسمة بطريق التجنيب ، يقابلها في الفقه الإسلامي قسمة الجمع وقسمة التعديل .

والقسمة بطريق تكوين الحصص أو التجنيب مع إدخال معدل نقدي ، يقابلها في الفقه الإسلامي قسمة الرد .

٤١- إن الفرعة في الفقه الإسلامي مستحبة في جميع أنواع القسمة ، لما للقانون قد أوجب الفرعة في القسمة القضائية بطريق تكوين الحصص قط ، بينما لم يوجبها في بقية أنواع القسمة .

٤٢- انفرد القانون بضرورة التصديق على حكم القسمة النهائي من المحكمة الابتدائية التابع لها المحكمة الجزئية ، إذا كان بين الشركاء غائباً ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وأرى أن الفقه الإسلامي لا يمنع مثل هذا الإجراء ، طالما كان هدفه ضمان حقوق ناقصي الأهلية .

٤٣- إن ما لا تجرى فيه القسمة ، لخوف فساد أو تلفه ، إذا لم يتراض الشركاء على الانتفاع به على حالته ، وطلب أحد الشركاء بيعه ، فإنه يجاب إلى طلبه ، وتباع العين ويقسم ثمنها بين الشركاء ، وفي هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي ، وهو ما أسماه القانون بقسمة التصفية .

٤٤- يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن البيع في قسمة التصفية إنما يتم بطريق المزايدة .

وانفرد الفقه الإسلامي بجواز بيع العين عن طريق تقويم أهل المعرفة .

وهذا يعكس مدى ثراء الفقه الإسلامي ، وأنه يتمتع لاستيعاب سائر معاملات الناس ، مواكباً بذلك تطور العصور والأزمان .

٤٥- إن القانون اجاز تدخل دائن الشريك المتقاسم في القسمة ، حماية لمصلحته ومحافظة على ضمانه العام .

وأرى انه في إطار الفقه الإسلامي ، أن ذلك الحكم جائز بالنسبة للدائن الذي حل أجل دينه .
أما إذا كان أجل الدين لم يحل بعد ، فهنا نفرق بين الدين المضمون بعين مرهونة ، وبين الدين الخالي من الرهن .

فإذا كان الدائن دائناً بدين مضمون بعين مرهونة كان له أن يتدخل في القسمة ، إذا كانت العين المرهونة ضمن المال الشائع المراد قسمته .

أما إذا كان دائناً عادياً ، فلا يجوز له أن يتدخل في القسمة ، أو يعارض فيها ، لأن حقه في الدين متعلق بذمة المدين ، ولم يحل أجل دينه .

٤٦- يعتبر لزوم القسمة بعد تمامها ، من أهم آثار قسمة الأعيان وذلك في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، فلا يجوز لأى من المتقاسمين أن يرجع في القسمة بإرادته المنفردة .

٤٧- يعتبر الإقرار أهم أثر للقسمة ، فهو المقصود من عملية القسمة ويتجه نظر الفقه الإسلامي إلى اعتبار القسمة في ذاتها منشئة للحق فيما لم يكن ملكاً للمتقاسم مما آل إليه من نصيب ، بينما هي تعتبر كاشفة للحق ، فيما كان مملوكاً له من قبل .

فالقسمة بذلك ذات أثر مزدوج ، فهي إفراز من جهة ، ومبالغة من جهة أخرى .

ويترجح جانب الإقرار في المثليات ، وجانب المبالغة في التقييمات ،

أما في القانون فإليه اعتبر القسمة إقراراً فقط ، فهي ذات أثر كاشف وأثر رجعي ، ولا تعتبر ناطقة للملكية (مادة ١٤٣ مديني) .

وأرجح ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من اعتبار القسمة ذات أثر مزدوج ، وذلك لمطابقته للواقع ، بينما ما ذهب إليه القانون لا يعدو أن يكون محض افتراض يخالف الواقع .

٤٨- بقتضاء عمل القاسم يستقل كل متقاسم بحصته يتسلمها ويختص بها فلا سلطان لشركائه عليها كما لا سلطان له على ما آل إلى شركائه من حصص ، ويستتبع كل حصة ما يلزمها من مراقق وملحقات ، حتى ولو لم ينص على ذلك في عقد القسمة بشرط أن لا يضر ذلك بأحد الشركاء .

وفي هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي ، إلا أنه لم ينص على ذلك صراحة ، وإنما هو مستخلص من أحكام القواعد العامة ، مما يعكس مدى غلبة فقهاء الشريعة الإسلامية بأحكام القسمة ، ويؤيد مسألتها وفروعها ، مما يدل على ثراء الفقه الإسلامي وتفوقه على سائر التقنيات .

٤٩- تنقض القسمة بسبب الاستحقاق ، وتستأنف القسمة فيما تبقى بعد الاستحقاق ، وذلك إذا ورد الاستحقاق على جزء معين من أحد النصيبين أو معين في النصيبين معاً ، ولكن تفاوتت القدر المستحق في كل نصيب ، وكذلك إذا ورد الاستحقاق على جزء شائع من أحد النصيبين ، أو من النصيبين معاً ، وهذا على الراجح بين الفقهاء .

أما إذا ورد الاستحقاق على جزء معين من النصيبين معاً ، ولكن تساوى القدر المستحق من كل نصيب ، فإن القسمة لا تنقض وتكون صحيحة .

ويقابل ذلك في القانون الوضعي ما قرره من الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ، والزم به المتقاسمين ، باعتباره أثراً جوهرياً من آثار القسمة .

ولكن لم يفرق القانون بين صور الاستحقاق كما فعل الفقه الإسلامي ، ولم يعط القانون الحق للمستحق أو المستحق منه في نقض القسمة ، بل قصر جزاء الاستحقاق على التعويض النقدي فقط .

وقد بينا رجحان الفقه الإسلامي في ذلك ، خاصة وأنه أعطى كل حالة من حالات الاستحقاق ما يلائمها من أحكام .

٥٠- إذا لجأ المتقاسم المستحق منه إلى عدم الفسخ ، واختار الرجوع بالقيمة ، فإنه يتبع كل شريك بقدر نسبته في المستحق ، فإذا أعسر أحد الشركاء ، فإنه لا يرجع على غيره ، بل

يظل متعلقاً بتمته حتى يتيسر له أمره ، بينما فى القانون المدنى توزع حصة المعسر على باقى الشركاء غير المعسرين .

٥١- تنسخ القسمة لظهور وارث جديد ، لأنه لم يعتبر رضاه وقت القسمة ، ولا يخالف القانون ذلك .

٥٢- إنه إذا ظهر دين على الميت بعد القسمة ، ودفع الورثة للدائن حقه فإن القسمة تصح ولا تنقض ، وكذلك إذا كان للميت مال لم يقسم بعد ، فاستوفى الدائن حقه من هذا المال ، وتكون القسمة صحيحة أيضاً إذا أبرأ الدائن الميت من الدين .

أما إذا لم يقض الورثة للدائن دينه ، ولم يبرئهم الدائن من الدين ، ولم يكن ثمة مال تبقى بعد القسمة يستوفى منه ، فإن القسمة تنقض ، ويوفى الدائن دينه ، ثم تعاد القسمة فيما تبقى .

وفى القانون ، فإن القسمة لا تنقض ولكن يرجع الدائن على الورثة فى حدود ما آل إليهم من التركة ، والقانون بذلك يتفق مع ما عليه بعض الفقه الإسلامى .

٥٣- إنه إذا ظهر موصى له بعد القسمة ، فإن كانت الوصية بجزء شائع من التركة فإن القسمة تنقض ، ويعطى للموصى له حقه ثم تستأنف من جديد فى الباقي .

أما إذا كانت الوصية بمال مرسل كالف دينار مثلاً ، فإن للورثة الخيار ، فإن شاءوا أعطوا للموصى له حقه ، وتصح القسمة ، وإلا نقضت القسمة ، واستوفى الموصى له حقه ، ثم تعاد القسمة .

ثانياً : التوصيات :

وبعد الانتهاء من خاتمة البحث والتي تضمنت النتائج الكلية لموضوع البحث ، فإني توصلت إلى بعض التوصيات أوجزها فيما يلى :

١- إنه إزاء النتائج الضارة التى ترتبت على اعتبار القسمة ذات أثر رجعى ، ونظراً لاعتبار هذا الأثر محض افتراض قانونى ، ومنعاً لما أثير من جدل بين شراح القانون حول نص المادة ٨٤٣ مدنى فإني أوصى بأن يعدل المشرع الوضعى المصرى نص هذه المادة ، فيعتبر أن القسمة ذات أثر ناقل ، بجانب أنها ذات أثر كاشف .

فتكون ذات أثر مزدوج ، كما بين ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية ، وليس هذا بمستغرب على التشريعات الوضعية ، فقد سار على ذلك المشرع العراقى فى المادة ١٠٧٥ مدنى عراقى ، والتي تنص على أن : ترجح جهة الإهراز على جهة المبادلة فى القسمة ، فيعتبر كل مقاسم أنه كان دائماً مالئاً للحصة المفردة التى آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئاً من باقى الحصص " .

٢- أوصى بأن يعدل المشرع الوضعى نص المادة ٨٤٢ مدنى ، فيصرح بشمولها للقسمة بتوعها - الاتفاقية والقضائية - ليقضى بذلك على الخلاف القائم بين الشراح ، ويحمى الدائنين من تراوط الشركاء ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية ، والمشرع الوضعى إذ يفعل ذلك ، لم يأت بدعا من الأمر ، فقد فعلت ذلك بعض التشريعات كالقانون الفرنسى فى المادة ٨٨٢ مدنى فرنسى ، والقانون المدنى السورى فى المادة ٧٩٦ ، والقانون المدنى الأردنى فى المادة ١٠٤٥ .

٣- أوصى بتعديل نص المادة ٨٤٤ مدنى مصرى لتشتمل على ما يلى :

أ- التفرقة بين صور الاستحقاق ، وإعطاء كل صورة ما يناسبها من أحكام .

ب- إعطاء الحق للمستحق منه فى الخيار بين فسخ القسمة ، واستئنافها من جديد فيما تبقى بعد الاستحقاق ، وبين إمضاء القسمة والاقتصر على التعويض .

ج- أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشئ المستحق ، وقت الاستحقاق لا وقت القسمة ، إذ إنه ليس من العدالة فى شئ أن يكون تعويض المستحق منه على نفس القيمة وقت القسمة ، فمن المعلوم أن قيم الأشياء تتغير بتغير الأزمان ، فلا يقبل أن ترتفع قيمة حصص باقى الشركاء ، ولا ترتفع قيمة الجزء المستحق ، ثم إن التعويض وفقاً للاستحقاق ، إما يكون بمثابة قسمة جديدة ، ينشأ منها المساواة بين المتقاسمين .

٤- أوصى بتعديل نص المادة ٨٤٥ مدنى مصرى ، لتقضى بنقض القسمة للخبن ، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قضائية .

كما يجب أن يترك المقنن أمر تحديد الحد الفاصل بين الخبن اليسير والخبن القاضى ، فى نطاق السلطة التقديرية للقاضى ، مسترشداً بما جرى عليه العرف ، واعتاده الناس .

٥- أوصى بأن يعدل المشرع الوضعى فى مصر نص المادتين ١/٨٤٦ ، ٨٤٧ مدنى ، ليرتفع على جواز المهياة القضائية بجانب المهياة الاتفاقية ، وذلك من أجل إجبار الشركاء المتعنتين على المهياة ، وذلك حينما تقوم الظروف التى تقتضيها .

فيعطى القانون الحق لكل شريك فى أن يقدم طلباً مسبباً للقاضى من أجل إجبار الشركاء المتعنتين على المهياة .

وجدير بالذكر ، أن المهياة القضائية التى أقرها ، هى غير تلك الحالة الخاصة التى نصت عليها المادة ٢/٨٤٩ مدنى ، والتى تحدث أثناء إجراءات القسمة القضائية .

٦- إن القانون أجل تحول قسمة المهياة المكتوبة إلى قسمة نهائية بمجرد استمرارها خمس عشرة سنة ، بناء على الإرادة الضمنية للشركاء والمستصلحة من سكوتهم على المهياة طيلة هذه مدة .

وأرى أن هذا الحكم مخالف للشرعية الإسلامية ، إذ إن الإرادة الضمنية لا تعتبر إلا إذا تعذرت الإرادة الصريحة بمانع شرعى أو وضعى ، وليس استمرار هذه القسمة هذه المدة ، يبنى فى كل الحالات عن الرضا بالقسمة النهائية ، فالأولى الاعتدال بالإرادة الصريحة.

ولذا فإبى أوصى بأن يعدل المشرع الوضعى نص المادة ٢/٨٤٦ مدنى ، بما يتلائم مع الفقه الإسلامى ، فيعطى للشركاء الحق فى قبول هذا التحول أو رفضه .

٧- أوصى بأن ينص المشرع الوضعى على طريقة معينة للقرعة ، يراعى فيها ويحتلظ من تفرق النصيب الولد ، لكى لا نخرج الشريك من ضرر الشيوع ، إلى ضرر تفرقة نصيبه عليه ، مما قد يترتب عليه أن تكون القسمة بالنسبة له أعظم ضرراً من الشيوع ذاته ، ومن الممكن للمقنن أن يسترشد بالكيفيات التى ذكرها الفقه الإسلامى .

٨- أوصى بأن يعدل المقنن المصرى من موقفه ، لينص على ثبوت خيار المجلس عند التعاقد عملاً بما عليه القول الراجح فى الفقه الإسلامى ، لا سيما وقد فعل المشرع العراقى ذلك فى المادة ٨٢ مدنى عراقى .

كما أوصى بأن يعدل المشرع الوضعى فى مصر نصوصه ، بما يتلاءم مع ما قرره الشريعة الإسلامية من إثبات خيار شرط فى القسمة الاتفاقية .

٩- أرى أن الأجدر بالمشرع الوضعى المصرى أن يعدل من موقفه فيقرر أحكام خيار العيب فى القسمة ، وذلك بدلاً من البحث عن طرق بديلة ، لدفع ما يظهر من مشكلات بسبب عدم اكتمال التشريع ونقصانه .

١٠- أوصى بأن تدرس مواد القانون بكليات الشريعة والحقوق مقارنة بالفقه الإسلامى ، فإن ذلك يودى إلى ثراء فكرى وفقهى كبير ، كما يجعل الطالب يقف على مزايا الفقه الإسلامى ، ويكسبه القدرة على مقارنة الأحكام بين القانون والفقه الإسلامى .

١١- أوصى القائمين على الأمر فى جمهورية مصر العربية وفى جميع الدول العربية والإسلامية أن ينهلوا من معين الطاهر ، والتبع الصافى الفياض للفقه الإسلامى ، ليس فى مجال قسمة الأموال الشائعة فحسب ، بل فى شتى مجالات المعاملات الأخرى ، وكذلك الحدود.

لقد أصبح تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مطلباً ملحاً لا مناص منه ولا سبيل إلى غيره، فهو المستقبل الوحيد لاسترجاع الإنسان المسلم ذاته الصافية الصادقة ، وعودته من جديد إلى أصله المجيد ، مسهماً فى تقدم الإنسانية ، ومشاركاً فى تحقيق سلامتها وأمنها ورخائها .

وبعد

فهذا عملى ، وهو جهد العقل ، لا أدعى أننى بلغت فيه الكمال أو قاربته ، فالكمال لصاحب الكمال ، المتصف بالعزة والجبروت والجلال .

وها هى رسالتى أقدمها بين يدى أساتذتى الأجلاء ، بين يدى القارئ ، لمحاولة قصدت بها وجه الله تعالى أولاً .

ولا زلت أسأل الله - عز وجل - المغفرة عن الزلات والغفوات ، غير طامع أن يكون لى بعد الممات سوى الأجر المتجدد من علم ينتفع به ، ويكتفىنى فى دنياى أجر من اجتهد فأخطأ ، دون الأجرين اللذين وعد بهما رسول الله - ﷺ - من اجتهد فأصاب ، وقد يكون لى ذلك على بعض المسائل التى أثرت بها ، فهديت فيها إلى الصواب ، فالكمال لله وحده ، ولو طلب الكمال كل باحث ما خط شيئاً ، ولا أظهر كتاباً .

ولا يفوتنى أن أذكر فى الختام جزيل شكرى وعرفاتى لأستاذى الجليلين :

الأستاذ الدكتور / محمود عبد الله العكازى .

والأستاذ الدكتور / عبد الرازق حسن فرج .

فلم يضنا على بوقت ، فجزاهما الله عنى خير الجزاء ، وأطال فى عمرهما ، كما أتوجه بالشكر إلى كل من مد لى يد العون فى إعداد هذا البحث ..

وأسأل الله - عز وجل - أن يمتعنا بتحكيم شريعته فىنا ، حتى تعود للمسلمين قوتهم وكرامتهم ، ويومها يفرح المؤمنون بنصر الله .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ، ومن سلك سبيله إلى يوم الدين .

الباحث

محمد عبد الرحمن محمد الضوينى.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية الواردة فى الرسالة

م	الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
	قوله تعالى :-			
١	﴿اليوم أكملت لكم دينكم.....﴾	المائدة	٣	٢
٢	﴿وإذا حضر القسمة أولو القربى.....﴾	النساء	٨	٢٨
٣	﴿واعلموا أنما غنمتم من شئ.....﴾	الأنفال	٤١	٢٩
٤	﴿لرجال نصيب مما ترك الوالدان.....﴾	النساء	٦	١٦٩، ٧٠، ٢٩ ٣٠٤
٥	﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم.....﴾	التمر	٢٨	٢٤١، ٢٠١، ٣٠
٦	﴿قال هذه ناقة لها شرب.....﴾	الشعراء	١٥٥	٢٤١، ٢٠١، ٣٠
٧	﴿وفى أموالهم حق معلوم للمسائل.....﴾	المعارج	٢٥، ٢٤	٣٠
٨	﴿وإذا استسقى موسى لقومه.....﴾	البقرة	٦٠	٣٠
٩	﴿وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾	النساء	١٤١	١٢٢
١٠	﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين.....﴾	النساء	١١	٥٨٠، ١٥٧
١١	﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾	آل عمران	٤٤	٣٥١
١٢	﴿وان يونس لمن المرسلين.....﴾	الصافات	١٤١، ١٣٩	٣٥٢
١٣	﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾	النساء	٢٩	٤٦٢، ٣٦٣
١٤	﴿ولا تقف ما ليس لك به علم....﴾	الإسراء	٣٦	٣٩٢
١٥	﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً.....﴾	النساء	٣٦	٥٣٩، ٥٣٨
١٦	﴿ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها.....﴾	النحل	٩٢	٥٤٢
١٧	﴿وان هذا صراطى مستقيماً فاتبعوه.....﴾	الأنعام	١٥٣	٥٩٤

فهرس الأحاديث والآثار الواردة فى الرسالة

رقم الصفحة	الحديث أو الأثر	م
	قوله ﷺ :	
٣١	((إذا قُسمت الدار وحدث فلا شفعة))	١
٤٧، ٣١	((قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم))	٢
٣١	((إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه))	٣
٣٢	((أليما دلو أو أرض قُسمت))	٤
٣٢	((ردوا على ردائى ، أتخافون أن لا أقسم ...))	٥
٣٣	((أنه ﷺ كان يقسم الغنائم بين المسلمين))	٦
٣٣	((قسم رسول الله ﷺ غنائم حنين))	٧
٣٣	((قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفين))	٨
٣٣	((سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت))	٩
٣٤	((أن رجلاً سأل النبي ﷺ أن يعطيه من الصدقة))	١٠
٣٤	((كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل))	١١
٣٥	((اتطلق نفر من أصحاب رسول الله فى سفرة سافروها ، حتى نزلوا على حتى من أحياء العرب))	١٢
٤٨	((من أقال نادما يبعته أقال الله - تعالى - عثرته))	١٣
٧٥، ٦٥	((أن رسول الله ﷺ قسم الغنيمة ، فعدل عشرة من الغنم ببيعير))	١٤
١٧٠، ٧٠ ٤٦٢، ٣٠٤	((لا ضرر ولا ضرار))	١٥
١٣٨	((الياكم والقسامة))	١٦
١٣٨	((الرجل يكون على الغنم من الناس))	١٧
١٦١	((المسلمون على شروطهم))	١٨
١٦٨	((لا ضرر ولا ضرار ، ومن ضار ضاره الله))	١٩
١٧١، ١٦٨	((إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ، ومنعا وهات وواد البنات))	٢٠
٣٠٥، ١٧١	((لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم))	٢١

٢٢	((أن النبي ﷺ قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر.....))	٢٠٢
٢٣	((ما تصنع بلزارك ؟ إن لمسته لم يكن عليها منه شيء.....))	٢٠٢
٢٤	((فهى النبي ﷺ عن بيع المسنين))	٢١١
٢٥	((عرض النبي ﷺ على قوم اليمين فأسرعوا.....))	٢٥٢
٢٦	((كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أفرع بين نسائه.....))	٢٥٢
٢٧	((لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول.....))	٢٥٣
٢٨	((إن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته.....))	٢٥٣
٢٩	((عنب المسترسل حرام))	٢٨٠
٣٠	((البينة على المدعى واليمين على من أنكر.....))	٢٩١
٣١	((يا ابن عباس لا تشهد إلا على ما يرضى لك ضياء الشمس))	٢٩٢
٣٢	((المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا.....))	٤٠٠
٣٣	((نكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع ، فقال له الرسول ﷺ: من بايعت فقل لا خلافة))	٤٠٣
٣٤	((من اشترى شيئاً لم يره ، فله الخيار إذا رآه))	٤٠٨
٣٥	((أن رجلاً ابتاع غلاماً به عيب.....))	٤١١
٣٦	((ما زال جبريل - عليه السلام - يوصي بالجار.....))	٥٣٩

فهرس المراجع^(١)

أولاً : القرآن الكريم وعلومه :

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- أحكام القرآن ، لحجة الإسلام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٨٣٧٠ هـ ، ط : مكتبة دار المصحف - عبد الرحمن محمد .
- ٣- أحكام القرآن ، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بـابن العربي . ط : عيسى الحلبي .
- ٤- تفسير القرآن الكريم المسمى بالسراج المنير ، للشيخ محمد الشرييني الخطيب - ط دار المعرفة - بيروت .
- ٥- تفسير القرآن العظيم ، للأمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ . ط . دار المعرفة - بيروت .
- ٦- تفسير النسفي ، للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي . ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى الحلبي .
- ٧- جامع البيان في تفسير القرآن ، للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري . ط المطبعة الأميرية ببولاق .
- ٨- الجامع لأحكام القرآن ، المشهور بتفسير القرطبي ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ . ط : دار الريان للتراث - القاهرة .
- ٩- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، لأبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي . المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ . ط . إدارة الطباعة المنيرية .
- ١٠- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاتي المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ . ط : دار الفكر .

(١) بالنسبة لمراجع الفقه الإسلامي سوف أرتبها حسب الحروف الأبجدية لأسماء المؤلفات .
أما بالنسبة لمراجع القائلون سوف أرتبها أبجدياً ولكن بالنسبة لأسماء المؤلفين .

١١- لباب التأويل فى معانى التنزيل ، المشهور بتفسير الخازن ، لعلاء الدين على بن محمد بن ابراهيم البغدادى الصوفى المعروف بالخازن . ط : المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

١٢- الميزان فى تفسير القرآن ، للعلامة السيد محمد حسين الطباطبائى . ط : منشورات مؤسسة الأعلمى للمطبوعات - بيروت .

ثانياً : كتب الحديث النبوى وعلومه:

١- الإحسان فى تقريب صحيح ابن حبان ، تأليف الأمير علاء الدين على بن بلبان المتوفى سنة ٧٣٩ هـ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط . ط : مؤسسة الرسالة .

٢- الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ، للإمام الحافظ أبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسى . المتوفى سنة ٤٦٣ هـ - ط دار قتيبة للطباعة والنشر - بيروت .

٣- ترتيب مسند الشافعى - رتبة المحدث محمد عابد السندى ، ط دار الكتب العلمية - بيروت - .

٤- تلخيص الحبير فى أحاديث الرافعى الكبير ، للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ . ط : دار المعرفة - بيروت .

٥- التلخيص ، للحافظ محمد بن عثمان بن الذهبى ، مطبوع بأسفل المستدرك للحاكم ، ط : دار المعرفة - بيروت .

٦- الجامع الصحيح ، وهوسنن الترمذى ، لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٩٧ هـ . ط: دار الحديث - القاهرة .

٧- الجامع الصغير لأحاديث البشير النذير ، للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى . مطبوع مع شرحه فيض القدير . ط : دار المعرفة - بيروت .

٨- الدراية فى تخريج أحاديث الهداية للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى . المتوفى سنة ٨٥٢ هـ . ط : مطبعة الفجالة الجديدة .

٩- سنن الدارمى ، للحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى السمرقندى . المتوفى سنة ٢٥٥ هـ ط دار الريان للتراث .

- ١٠- سنن أبي داود ، للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ . ط : المكتبة العصرية - لبنان .
- ١١- سنن الدراقطني ، لشيخ الإسلام علي بن عمر الدراقطني ، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ط: دار السحاسن للطباعة .
- ١٢- السنن الكبرى للحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ط . دار الفكر - بيروت .
- ١٣- سنن ابن ماجه . للحافظ أبي عد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه المتوفى سنة ٢٧٥ هـ . ط : المكتبة العلمية - بيروت .
- ١٤- سنن الترمذي (المجتبى) للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن علي الترمذي المتوفى سنة ٣٠٣ هـ ، ط : دار البشائر الإسلامية - حلب .
- ١٥- السيرة النبوية ، لأبي محمد عبد الملك بن هشام المعافري . ط - دار الحديث - القاهرة .
- ١٦- شرح السنة ، لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، ط - المكتب الإسلامي - بيروت .
- ١٧- صحيح البخاري ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ط : دار الدعوة ، وطبعة أخرى مع شرحه فتح الباري ط : دار الريان للتراث .
- ١٨- صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري ، المتوفى سنة ٢٦١ هـ . ط : دار الدعوة - القاهرة . وطبعة أخرى مع شرحه للنووي . ط دار القلم - بيروت ، ط : مكتبة الدعوة - القاهرة .
- ١٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني - المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط : دار الريان للتراث - القاهرة .
- ٢٠- فيض التقدير شرح الجامع الصغير للمحدث عبد الرؤوف المناوي ، المتوفى سنة ١٠٣١ هـ ، ط دار المعرفة - بيروت .
- ٢١- كنز العمال - لعلاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي ، ط مكتبة التراث الإسلامي - حلب .

- ٢٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، المتوفى سنة ٨٠٧ هـ ، بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر ط : دار الريان للتراث .
- ٢٣- المستدرک علی الصحیحین ، للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري . ط : دار المعرفة - بيروت .
- ٢٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، المتوفى سنة ٢٤١ هـ ، وبهامشه المنتخب من كنز العمال . ط : المكتب الإسلامي - بيروت .
- ٢٥- المعجم الكبير ، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، المتوفى سنة ٣٦٠ هـ (بدون جهة طبع) .
- ٢٦- المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخریج ما فی الإحياء من الأخبار ، للعلامة زين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي المتوفى سنة ٨٠٦ هـ مطبوع أسفل إحياء علوم الدين . ط : المكتبة التجارية الكبرى . القاهرة .
- ٢٧- معرفة المنن والآثار ، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، تحقيق الدكتور/ عبد المعطي أمين قلمجي ، ط : دار كتبية للطبع والنشر والتوزيع - بيروت .
- ٢٨- الموطأ ، لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط : دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي .
- ٢٩- نزعة النظر شرح نخبة الفكر ، للحافظ ابن حجر ، ط : المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .
- ٣٠- نصب الرأية لأحاديث الهداية ، للحافظ جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ، المتوفى سنة ٧٦٢ هـ . ط : المكتبة الإسلامية .
- ٣١- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، ط : دار الحديث - القاهرة .
- ٣٢- الهداية في تخریج أحاديث البداية للإمام الحافظ أبي الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري الحسيني المتوفى سنة ١٣٨٠ هـ . ط : عالم الكتب - بيروت .

ثالثاً : كتب اللغة العربية والمعاجم :

- ١- أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، تأليف الشيخ قاسم القونوى المتوفى سنة ٩٧٨ هـ ، تحقيق الدكتور / أحمد بن عبد الرزاق الكيسى ط : دار الوفاء للنشر والتوزيع - جدة .
- ٢- تاج العروس من جواهر القاموس ، للإمام اللغوى السيد محمد مرتضى الزبيدى المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ ط دار ليبيا للنشر والتوزيع - بنغازى .
- ٣- تصحيح التتبية ، للإمام النووى مطبوع بهامش التتبية لأبى إسحاق الشيرازى . ط : مصطفى الحلبي .
- ٤- الصحاح . تأليف إسماعيل بن حماد الجوهري . ط : دار العلم للملايين - بيروت .
- ٥- طلبه الطلبة فى الاصطلاحات الفقهية ، للشيخ نجم الدين بن حفص النسفى ، المتوفى سنة ٥٣٧ هـ . تحقيق الشيخ خليل الميس . ط : دار القلم - بيروت .
- ٦- القاموس المحيط ، للإمام اللغوى محمد بن يعقوب الفيروزآبادى . المتوفى سنة ٨١٧ هـ . ط : المكتبة التجارية الكبرى . مصر .
- ٧- لسان العرب ، لجمال الدين أبى الفضل محمد بن مكرم بن على منظور ، المتوفى سنة ٧١١ هـ . ط : دار المعارف .
- ٨- مختار الصحاح ، للإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، ط دار المعارف - القاهرة .
- ٩- المصباح المنير ، للعلامة أحمد بن محمد بن على الفيومى المقرئ ، المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط : الحبيب مكتبة لبنان .
- ١٠- معجم مقاييس اللغة ، لأبى الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، المتوفى سنة ٣٩٥ هـ ط : مصطفى الحلبي . الطبعة الثانية سنة ١٩٧٢ م .
- ١١- المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية . ط وزارة التربية والتعليم .
- ١٢- المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية . ط دار المعارف - القاهرة .
- ١٣- المغرب فى ترتيب المعرب ، للإمام أبى الفتح ناصر بن عبد السيد بن على الطرزى الفقيه الحنفى المتوفى سنة ٦١٦ هـ . ط دار الكتاب العربى بيروت .

- ١٤- النظم المستعذب فى شرح غريب المذهب لمحمد بن أحمد بن بطلال الركبى .
مطبوع أسفل المذهب للشيرازى . ط عيسى الحلبى .

رابعاً : كتب أصول الفقه :

- ١- تيسير التحرير ، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه ، ط : مصطفى الحلبى -
القاهرة، سنة ١٣٥١ هـ .
- ٢- روضة الناظر وجنة المناظر لابن كدامة المقدسى ، ط : المطبعة السفلىة .
- ٣- شرح التلويح على التوضيح لمتن التفتيح لسعد الدين مسعود بن عمر النفاذاتى
الشافعى المتوفى سنة ٧٩٢ هـ ، ط دار العهد الجديدة .
- ٤- فتح الغفار بشرح المنار ، لزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفى . ط
مصطفى الحلبى .
- ٥- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإمام جمال الدين عبد الرحمن الأسنوى -
المتوفى سنة ٧٧٢ هـ . ط : المطبعة السفلىة .

خامساً : كتب الفقه الإسلامى :

١- كتب الفقه الحنفى :

- ١- الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى ، ط .
الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية سنة ١٩٩٢ م .
- ٢- الأشباه والنظائر ، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، ط : مؤسسة الحلبى .
- ٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة زين الدين الشهير بابن نجيم الحنفى ، ط :
دار الكتاب الإسلامى - القاهرة .
- ٤- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للفتية الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود
الكاسانى ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ . ط : مطبعة الإمام - القاهرة .
- ٥- البناية فى شرح الهداية ، لأبى محمد محمود بن أحمد العينى ، ط : دار الفكر -
بيروت .
- ٦- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى
الحنفى . ط : دار المعرفة - بيروت .

- ٧- تحرير التحرير فى إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغير ، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين. ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت .
- ٨- تحفة الفقهاء ، لعلاء الدين السمرقندى ، المتوفى سنة ٥٣٩ هـ ، ط : دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٩- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة محمد بن حسين بن على الطورى الحنفى . ط : دار الكتب الإسلامى - القاهرة .
- ١٠- جامع الفصولين ، لشيخ الإسلام الإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضى سمانه . ط المطبعة الأميرية ببولاق .
- ١١- حاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلى ، المتوفى: سنة ٩٤٥ هـ ، على شرح العناية وشرح الهداية ، مطبوع أسفل شرح فتح القدير . ط : المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة .
- ١٢- حاشية الشلبى على تبیین الحقائق بهامش تبیین الحقائق للإمام شهاب الدين أحمد الشلبى ، ط : دار المعرفة - بيروت .
- ١٣- حاشية الطحطاوى على الدر المختار للعلامة السيد أحمد الطحطاوى الحنفى المتوفى سنة ١٢١١ هـ ط : دار المعرفة - بيروت .
- ١٤- درر الحکام شرح غرر الأحکام ، لمحمد بن فراموزا الشهير بمنلا خسروا ، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ . ط :
- ١٥- الدر المختار لمحمد بن محمد الحصفى - المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ ، شرح تنوير الأبصار لمحمد بن عبد الله التمرتاشى الغزى المتوفى سنة ٩٦٩ هـ ، وهو مطبوع أعلى حاشية ابن عابدين ، ط : مصطفى الحلبي - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ م .
- ١٦- درر الحکام شرح مجلة الأحکام العدلية لعلى حيدر ، ط : دار الجبل - بيروت .
- ١٧- الدرالمنقلى فى شرح الملتنى بهامش مجمع الأنهر ، لمحمد بن محمد الحصفى ، المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ . ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت .
- ١٨- رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين ، لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ . ط : مصطفى الحلبي - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ م .

- ١٩- السعيديات فى فقه الإمام أبى حنيفة لمحمد سعيد عبد الغفار ، ط : المطبعة الحسينية المصرية سنة ١٣٢٧هـ .
- ٢٠- شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير للإمام أكمل الدين محمد بن محمد البابرتى ، المتوفى سنة ٧٨٦هـ ، ط : المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة .
- ٢١- شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى ، المتوفى سنة ٨٦١هـ ، وهو على الهداية شرح البداية ، ط : دار الفكر .
- ٢٢- شرح كنز الدقائق لمعين الدين الهروى المعروف بمنلا مسكين ، بهامش حاشية أبى السعود المصرى ، ط : مطبعة السيد سنة ١٢٨٧هـ .
- ٢٣- العقود الدرية ، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، ط المطبعة العامرة الأميرية ببولاق .
- ٢٤- الفتاوى الأنقروية فى مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان ، للشيخ محمد الحسينى ، ط مطبعة بولاق مصر - سنة ١٢٨١هـ .
- ٢٥- الفتاوى البزازية وهى المسماة بالجامع الوجيز ، للشيخ الإمام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردى الحنفى المتوفى سنة ٨٢٧هـ . بهامش الفتاوى الهندية ط : المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر . سنة ١٣١٠هـ .
- ٢٦- الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان ، تأليف العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند . ط : المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٠هـ .
- ٢٧- فتح الله المعين ، للعلامة السيد محمد أبى السعود المصرى الحنفى ، وهو المشهور بحاشية أبى السعود على شرح الكنز ، للعلامة محمد منلا مسكين ، ط مطبعة السيد سنة ١٢٨٧هـ .
- ٢٨- المبسوط لشمس الدين أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل المرخسى المتوفى سنة ٤٩٠هـ . ط مطبعة السعادة - القاهرة .
- ٢٩- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، للمولى الفقيه عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى . ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت .

٣٠- نتلج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار، لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة المتوفى سنة ٩٨٨هـ وهى تكملة شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ، ط : المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة .

٣١- الهداية شرح بدلية المبتدى ، لشيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينائى المتوفى سنة ٥٩٣هـ ، مطبوع مع شرح فتح القدير ، ط : المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة .

ب- كتب الفقه المالكى :

١- الإنقاز والإحكام للأمام محمد بن أحمد ميلرة الفاسى ، وهو شرح تحفة الحكام فى علم الوثائق والإبرام للقاضى أبى بكر محمد بن عاصم . ط : المكتبة التجارية الكبرى بمصر ، مطبعة الاستقامة .

٢- الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار لابن عبد البر ، المتوفى سنة ٤٦٣هـ . ط : دار فتيبة للنشر والتوزيع - بيروت .

٣- أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، مع شرحه المسمى بالشرح الصغير . ط : مطبعة عيسى الحلبى .

٤- بدلية للمجتهد ونهاية المقتصد للإمام الحافظ أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى المتوفى سنة ٥٩٥هـ . ط : مصطفى الحلبى .

٥- بلغة السالك ، للشيخ أحمد بن محمد الصلوى المالكى . ط : مصطفى الحلبى .

٦- البهجة فى شرح التحفة لأبى الحصن على بن عبد السلام التمسولى ، على تحفة الأحكام لابن عاصم . ط : مصطفى الحلبى سنة ١٩٥١م - الطبعة الثانية .

٧- لتاج والإكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف العبدرى ، الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ بهامش مواهب الجليل ، ط : دار الفكر - بيروت .

٨- تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام للقاضى برهان الدين إبراهيم بن فرحون المالكى . ط : مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة .

٩- تسهيل منح الجليل للشيخ محمد عيش بهامش شرح منح الجليل ، ط : مكتبة النجاح - ليبيا .

- ١٠- الثمر الدانى فى تقريب المعانى ، شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى ، ط . دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١١- جواهر الإكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى ، وهو شرح لمختصر خليل ، ط : دار الكتب العربية - القاهرة .
- ١٢- حاشية البنائى للشيخ محمد البنائى على شرح الزرقانى المتوفى سنة ١٢٤٥هـ ، ط : دار الفكر - بيروت سنة ١٩٧٨م .
- ١٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة الشيخ محمد عرفة الدسوقي . ط : عيسى الحلبى - القاهرة .
- ١٤- حاشية الرهونى للإمام محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهونى على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقانى . ط : المطبعة الأميرية ببولاق مصر - الطبعة الأولى - سنة ١٣٠٦هـ .
- ١٥- حاشية سيدى الحسن بن رحال بهامش الإتيان والإحكام ، ط : مطبعة الاستقامة - القاهرة .
- ١٦- حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكي على الشرح الصغير مطبوع أسفل الشرح الصغير ط : مطبعة عيسى الحلبى .
- ١٧- حاشية العدوى على شرح الخرشي ، للشيخ على العدوى ، ط : المطبعة العامرة الشرفية . الطبعة الأولى سنة ١٣١٦هـ .
- ١٨- حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، للإمام أبى عبد الله محمد التلوى ، وهو مطبوع بهامش البهجة فى شرح التحفة . ط : مصطفى الحلبى سنة ١٩٥١م .
- ١٩- الذخيرة للإمام الفقيه المالكي أبى العباس أحمد بن إدريس ، المشهور بالقراقى . المتوفى سنة ٦٤٨هـ ط : دار المغرب الإسلامى .
- ٢٠- شرح الخرشي لسيدى أبى عبد الله محمد الخرشي ، على مختصر سيدى خليل ، ط : المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى سنة ١٣١٦هـ بمصر .
- ٢١- شرح الزرقانى لسيدى عبد الباقي الزرقانى ، على مختصر سيدى خليل . ط : دار الفكر - بيروت سنة ١٩٧٨م .
- ٢٢- الشرح الصغير على أقرب المسالك للعلامة أبى البركات سيدى أحمد بن محمد الدردير . ط : عيسى الحلبى .

- ٢٣- الشرح الكبير للعلامة أبي البركات سيدى أحمد الدردير ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي . ط دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي .
- ٢٤- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ، للشيخ محمد عlish ، المتوفى سنة ١٢٩٩هـ . ط : مكتبة النجاح - ليبيا .
- ٢٥- شرح الموطأ ، لأبى عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢ هـ . ط مصطفى الحلبي .
- ٢٦- الفروق ، لأبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرقي ، المتوفى سنة ٦٤٨هـ ط : دار المعرفة - بيروت .
- ٢٧- الفواكه الدواني ، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى ، المتوفى سنة ١١٢٠هـ ، على رسالة ابن أبى زيد القيروانى . ط : مصطفى الحلبي - القاهرة . الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥م .
- ٢٨- الكافي ، لأبى عمر يوسف بن عبد البر المتوفى سنة ٤٦٣ هـ . الطبعة الأولى - ط دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٢٩- المدونة الكبرى ، لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩هـ رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن ابن القاسم ، ط : مطبعة السعادة القاهرة ، وطبعة أخرى : ط : دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٣٠- المعونة على مذهب عالم المدينة ، للقاضى عبد الوهاب البغدادي المتوفى سنة ٤٢٢هـ ، تحقيق حميش عبد الحق . ط : مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة.
- ٣١- معين الحكام على القضايا والأحكام ، لقاضى الجماعة بتونس أبى إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيح ، المتوفى سنة ٧٣٣هـ ، تحقيق الدكتور / محمد بن قاسم بن عياد ، ط : دار الغرب الإسلامى .
- ٣٢- المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأمهاة مسائلها المشكلات ، لأبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد . المتوفى سنة ٥٢٠هـ ط : دار صادر - بيروت .
- ٣٣- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، تأليف القاضى أبى الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلسى المتوفى سنة ٣٩٤هـ ط . مطبعة السعادة - القاهرة .

٣٤- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل . لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، المعروف بالحطاب ، المتوفى سنة ٩٥٤هـ ط : دار الفكر - بيروت .

ج- كتب الفقه الشافعي :

١- الأحكام السلطانية ، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي ، ط : المكتبة التوفيقية ، مصر .

٢- إخلاص النواي ، لشرف الدين اسماعيل بن أبي بكر المقرئ ، المتوفى سنة ٨٣٧هـ ، تحقيق الشيخ عبد العزيز عطية زلط ، ط المجلس الأعلى للشنون الإسلامية - بمصر سنة ١٩٩١م .

٣- أدب القضاء ، للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي ، المتوفى سنة ٦٤٢هـ تحقيق . الدكتور / محيي هلال السرحان . ط : مطبعة الإرشاد - بغداد .

٤- أسنى المطالب شرح روض الطالب ، للشيخ زكريا الأنصاري . ط : المطبعة الميمنية - بمصر .

٥- الأشباه والنظائر ، للإمام جلال الدين السيوطي ، ط : دار الفكر .

٦- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، للشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب . بهامش بجيرمي على الخطيب . ط مصطفى الحلبي سنة ١٩٥١م .

٧- الأم ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي . ط : دار الفكر .

٨- الأنوار لأعمال الأبرار ، للعلامة يوسف الأردبيلي . ط : مطبعة الجمالية - الطبعة الأولى سنة ١٩١٠م .

٩- تحفة الطلاب شرح تنقيح اللباب ، للشيخ زكريا الأنصاري . ط : مصطفى الحلبي .

١٠- تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، للإمام أحمد بن حجر الهيتمي بهامش حاشيتنا الشروقي وابن القاسم . ط : دار الفكر - بيروت .

١١- تطبيق أحمد عثمان محمد الشافعي الصومالي على كتاب التمشية لابن المقرئ . ط : دار الهدى للطباعة . القاهرة .

- ١٢- التمشية بشرح إرشاد الغاوى فى مسالك الحاوى ، وهما للإمام شرف الدين إسماعيل بن أبى بكر الشهير بابن المقرئ اليمنى الشافعى ، المتوفى سنة ٨٣٧هـ . ط دار الهدى للطباعة - القاهرة .
- ١٣- جواهر العقود ومعين القضاء والموقعين والشهود ، للشيخ العلامة شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجى الأسبوطى - تحقيق / مسعد عبد الحميد السعدنى . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١٤- حاشية الشيخ إبراهيم البيجورى على شرح ابن القاسم الغزى على متن أبى شجاع . ط : مصطفى الحلبى سنة ١٣٤٣هـ .
- ١٥- حاشية الحاج إبراهيم على الأتوار . ط : مطبعة الجمالية - بمصر .
- ١٦- حاشية الشيخ أحمد بن قاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج . ط دار الفكر - بيروت .
- ١٧- حاشية الشيخ أحمد بن قاسم العبادى على التخرر البهية شرح متن البهجة الوردية - ط المطبعة الميمنية بمصر .
- ١٨- حاشية أحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى . المتوفى سنة ١٠٩٦هـ ، على نهاية المحتاج للرملى . ط / مصطفى الحلبى .
- ١٩- حاشية أبى العباس أحمد الرملى الكبير بهامش أسنى المطالب ، ط : المطبعة الميمنية بمصر .
- ٢٠- حاشية الشيخ سليمان البجيرمى ، المسماه بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع . ط مصطفى الحلبى - الطبعة الأخيرة سنة ١٩٥١م .
- ٢١- حاشية الشيخ سليمان البجيرمى على شرح منهج الطلاب ، للشيخ زكريا الأنصارى . ط المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٠٩هـ .
- ٢٢- حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى . ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت .
- ٢٣- حاشية أبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملى القاهرى ، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ ، على نهاية المحتاج للرملى . ط - مصطفى الحلبى .
- ٢٤- حاشية الشرقاوى على التحرير ، للشيخ عبد الله بن حجازى بن إبراهيم الشهير بالشرقاوى . ط : عيسى الحلبى .

- ٢٥- حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج . ط دار الفكر - بيروت .
- ٢٦- حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني على الغرر البهية للشيخ زكريا الأنصاري . ط : المطبعة الميمنية بمصر .
- ٢٧- حاشيتا قليوبى وعميرة على شرح الجلال المطلى على المنهاج . ط : عيسى الحلبي .
- ٢٨- حاشية الكمثرى على الأنوار . ط : مطبعة الجمالية . بمصر .
- ٢٩- الحاوى الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى ، لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٣٠- حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء ، لسيف الدين أبى بكر محمد بن أحمد الشاشى القفال . تحقيق الدكتور / ياسين أحمد إبراهيم دراكه . ط : مكتبة الرسالة الحديثة - الأردن .
- ٣١- روض الطالب لابن المقرئ اليمنى مع شرحه أسنى المطالب ، ط : المطبعة الميمنية . بمصر .
- ٣٢- روضة الطالبين للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى ، ط : المكتب الإسلامى - بيروت .
- ٣٣- السراج الوهاج على متن المنهاج للشيخ محمد الزهرى الغمراوى . ط : دار الفكر للطباعة .
- ٣٤- شرح ابن القاسم الغزى على متن أبى شجاع بهامش حاشية البيجورى . ط : مصطفى الحلبي - سنة ١٣٤٣ هـ .
- ٣٥- شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، بهامش حاشية الشرقاوى . ط : عيسى الحلبي .
- ٣٦- شرح جلال الدين المطلى على المنهاج للإمام النووى بهامش قليوبى وعميرة . ط : عيسى الحلبي .
- ٣٧- شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري بهامش حاشية الجمل - ط : دار إحياء التراث العربى - بيروت .

٣٨- الغرر البهية للشيخ زكريا الأنصارى ، شرح متن البهجة الوردية للعلامة ابن الوردى . ط : المطبعة الميمنية بمصر .

٣٩- فتح الجواد لابن حجر الهيثمي شرح متن الإرشاد لشرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقرئ اليمنى . ط : مصطفى الحلبي . الطبعة الثانية .

٤٠- فتح العزيز شرح الوجيز ، للإمام الرافعى المسمى بالشرح الكبير ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

٤١- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، كلاهما للشيخ زكريا الأنصارى المتوفى سنة ٩٢٥هـ ، ط : عيسى الحلبي .

٤٢- كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ، للإمام تقي الدين أبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى الدمشقى الشافعى . ط : الشئون الدينية بدولة قطر .

٤٣- مغنى المحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب . المتوفى سنة ٩٧٧هـ . ط : مصطفى الحلبي .

٤٤- المذهب ، للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى مطبوع مع المجموع وتكملتيه . ط : مطبعة الإمام . بمصر .

٤٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملى المتوفى المصرى . المتوفى سنة ١٠٠٤هـ . ط : مصطفى الحلبي .

٤٦- الوسيط فى المذهب ، للإمام أبى حامد الغزالي . ط : دار السلام .

د- كتب الفقه الحنبلى :

١- الإجماع للإمام ابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ . تحقيق / فؤاد عبد المنعم أحمد . ط : دار الكتب العلمية .

٢- الأحكام السلطانية ، للقاضى أبى يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلى . ط : مصطفى الحلبي .

٣- الاختيارات الفقهية ، لتقى الدين بن تيمية الحرانى المتوفى سنة ٧٢٨هـ . ط : مكتبة السنة .

٤- الإشراف على مذاهب أهل العلم ، للإمام الحافظ محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري . المتوفى سنة ٣١٨هـ . تحقيق / محمد نجيب سراج الدين . ط : دار الثقافة بالدوحة .

٥- أعلام الموقعين عن رب العالمين ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية . المتوفى سنة ٧٥١هـ . ط : دار الحديث .

٦- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، لشيخ الإسلام أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي . المتوفى سنة ٩٦٨هـ . ط : دار المعرفة - بيروت .

٧- الإتصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، لشيخ الإسلام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ . ط : مكتبة السنة المحمدية . سنة ١٩٥٨م .

٨- التفتيح المشبع في تحرير أحكام المقنع للمرداوي . ط المطبعة السلفية .

٩- دليل الطالب للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي .

١٠- الروض المربع ، للعلامة منصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ / شرح زاد المستنقع لأبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي - المتوفى سنة ٩٦٨ ، ط : مكتبة دار التراث - القاهرة .

١١- الشرح الكبير على متن المقنع ، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٨٢هـ ، مطبوع أسفل المغني . ط : دار الفكر .

١٢- شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور بن يونس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١هـ . ط : عالم الكتب - بيروت .

١٣- العدة شرح العدة ، للشيخ بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي . ط دار الكتب العلمية .

١٤- القروع ، لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح . المتوفى سنة ٧٦٣هـ . ط : بيروت سنة ١٩٦٧م .

١٥- القواعد ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي . المتوفى سنة ٧٩٥هـ . ط . دار المعرفة - بيروت .

١٦- الكافي فى الفقه ، لشيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسى . المتوفى سنة

٦٣٠هـ . ط : دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي .

١٧- كشف القناع عن متن الإقناع ، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتى .

المتوفى سنة ١٠٥١هـ . ط : مكتبة النصر الحديثة .

١٨- المبدع فى شرح المقنع ، لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله

بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلى . المتوفى سنة ٨٨٤هـ . ط : المكتب

الإسلامى - بيروت .

١٩- المصر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، للشيخ الإمام مجد الدين أبى

البركات بن تيمية ، المتوفى سنة ٦٥٢هـ . ط : مكتبة المعارف - الرياض .

٢٠- مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى ، للفقهاء العلامة الشيخ مصطفى

السيوطى الرحبى . ط : منشورات المكتب الإسلامى - بدمشق .

٢١- المغنى ، للإمام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة

٦٢٠هـ ، على مختصر الإمام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد

الخرقى ، المتوفى سنة ٣٣٤هـ . ط : مطبعة النور الإسلامية - القاهرة - وطبعة

أخرى أعلى الشرح الكبير ط : دار الفكر .

٢٢- منار السبيل فى شرح الدليل ، للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان . ط :

المكتب الإسلامى .

٢٣- نيل المألوف ، للشيخ الإمام عبد القادر بن عمر الشيبانى ، شرح دليل الطالب للشيخ

مرعى بن يوسف المقنسى . ط : مكتبة ومطبعة محمد على صبيح .

هـ- كتب المذهب الظاهرى :

١- المطى بالآثار ، للإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى ،

المتوفى سنة ٤٥٦هـ . ط : مكتبة الجمهورية العربية . مصر .

و- كتب الفقه الشيعى الزيدى :

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأئمة للشيخ أحمد بن يحيى بن المرتضى -

المتوفى سنة ٨٤٠هـ .

٢- تعليق الشيخ الصادق موسى على عيون الأزهار . ط : دار الكتاب اللبناني - بيروت.

٣- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني .
المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ط دار الكتب العلمية - بيروت .

٤- عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى . ط:
دار الكتاب اللبناني - بيروت.

٥- شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار المفتاح لكلمات الأزهار في فقه الأئمة
الأطهار للعلامة أبي الحسن عبد الله بن مفتاح . المتوفى سنة ٨٧٧هـ . ط : دار إحياء
التراث العربي - بيروت .

ز- الفقه الشيعي الإمامي :

١- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، للشيخ محمد حسن النجفي - المتوفى سنة
١٢٦٦هـ ط . دار إحياء التراث العربي - بيروت . ونسخة أخرى مصورة عن
نسخة مخطوطة بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

٢- الروضة البهية ، للإمام زين الدين بن الإمام نور الدين علي بن أحمد بن محمد بن
جمال الدين الجبجي العاملي ، المتوفى سنة ٩٦٥هـ ، وهو شرح للمعة الدمشقية
للشيخ محمد بن جمال الدين مكي العاملي المتوفى سنة ٧٨٦هـ . ط: منشورات
مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت .

٣- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن
الحلي المتوفى سنة ٦٧٦هـ . تحقيق عبد الحسين محمد علي . ط : مطبعة الآداب
في النجف الأشرف سنة ١٩٦٩م .

٤- فقه الإمام جعفر الصادق ، لمحمد جواد مغنية . ط : دار العلم للملايين - بيروت .

٥- قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ، للإمام حسن بن مطهر الحلي . نسخة
مصورة بمكتبة كلية الشريعة بالقاهرة عن نسخة خطية .

٦- وسائل الشريعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، للشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي .
المتوفى سنة ١١٠٤هـ . ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت .

ح- كتب الفقه الإباضى :

- ١- الإيضاح للشيخ عامر بن على الشماخى . ط : مطابع سجل العرب سنة ١٤٠٣هـ .
وزلوة التراث التومى والثقافة - سلطنة عمان .
- ٢- حاشية أبى سنة على الإيضاح للشيخ الإمام محمد بن عمر أبو سنة القصى النفوسى .
ط : مطابع سجل العرب - سلطنة عمان .
- ٣- شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، للعلامة محمد بن يوسف أطفيش ، أما كتاب النيل وشفاء العليل فهو للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثمينى المتوفى سنة ١٢٢٣هـ . ط
دار الفتح - بيروت، مكتبة الإرشاد - جدة .
- ٤- القسمة وأصول الأراضين ، لأبى العباس أحمد بن محمد بن بكر
الفرسطقى النفوسى . ط مكتبة الضامرى - سلطنة عمان .
- ٥- منهج الطالبين ويلاغ الراغبين ، لخميس بن سعيد بن على بن مسعود الشقصى
الرسنقى . ط: مطبعة عيسى الطبى وشركاء - القاهرة . توزيع سلطنة عمان .

سادساً : مراجع حديثة فى الفقه الإسلامى :

- ١- بحوث فى البيع ، للدكتور / على أحمد مرعى . ط : دار الطباعة المحمدية سنة
١٩٩٣م .
- ٢- الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، للدكتور/ مصطفى أحمد الزرقا . ط دار الفكر -
الطبعة الثالثة - سنة ١٩٦٧م .
- ٣- الفقه الإسلامى وأدلته ، للدكتور وهبة الزحلى . ط : دار الفكر - بيروت .
- ٤- القسمة ، للدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم - رحمه الله - الطبعة التمهيدية
لموسوعة الكويت الفقهية - الموضوع رقم ١٢ . ط : وزارة الأوقاف والشئون
الإسلامية.
- ٥- قسمة الأملاك المشتركة فى الفقه الإسلامى ، للدكتور / أحمد فراج حسين - فصلة
من مجلة كلية الحقوق - العددان الأول والثانى - السنة التاسعة عشر سنة ١٩٧٧م .
ط : مطبعة جامعة الإسكندرية .

- ٦- القسمۃ عند الإباضية ، للدكتور/ مصباح المتولى حماد . مذكرة مصورة عن نسخة بخط يد المؤلف .
- ٧- مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ على الخفيف . ط : مطبعة السنة المحمدية - القاهرة سنة ١٩٥٠ م .
- ٨- المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ، للدكتور/ محمد مصطفى شلبى . ط : الدار الجامعية .
- ٩- المدخل فى الفقه الإسلامى ، للدكتور/ محمد سلام مذكور .
- ١٠- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، للدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى . ط : المجمع العربى الإسلامى - بيروت .
- ١١- الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، للشيخ على الخفيف . ط : دار النهضة العربية - بيروت .
- ١٢- الملكية والعقد فى الفقه الإسلامى ، للدكتور/ أحمد محمود الشافعى . ط : المكتب العربى .
- ١٣- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، للشيخ محمد أبو زهرة . ط : دار الفكر .
- ١٤- الموسوعة الفقهية لدولة الكويت - الجزء ٣٣ - ط : مطابع دار الصفوة للطباعة - القاهرة - إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية .
- ١٥- نظرية العقد للدكتور/ عبد المجيد محمود مطلوب - ط سنة ١٩٩٤ م .

سابعاً : المراجع القانونية :

- ١ - أ. د / ابراهيم الدسوقي أبو الليل .
- الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول - أحكام حق الملكية - طبعة الأولى سنة ١٩٩٠ ط مطبوعات جامعة الكويت .
- ٢ - أ. د / أحمد حشمت أبو ستيت .
- نظرية الالتزام .
٣ - أ. د / أحمد سلامة .
- الملكية الفردية فى القانون المصرى - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٥ ، طبعة سنة ١٩٨٠ - طبعة دار النهضة العربية .
- ٤ - أ. د / أحمد وفا .
- التحكم الاختيارى والإجبارى - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٣ ط منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ٥ - أ. د / إسماعيل غانم .
- الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول - حق الملكية الطبعة الأولى سنة ١٩٥٩ ط مكتبة عبد الله وهبه ، والطبعة الثانية سنة ١٩٦١ ط مكتبة عبد الله وهبه .
- ٦ - أ. د / أنور سلطان .
- شرح العقود المسماه - البيع والمقايضة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ طبعة دار نشر الثقافة .
- ٧ - المستشار / أنور طلبه .
- الوسيط فى القانون المدنى - الجزء الثالث .
- ٨ - أ. د / توفيق حسن فرج .
- الحقوق العينية الأصلية - طبعة سنة ١٩٨٠ ط مؤسسة الثقافة الجامعية .

- ٩ - أ. د / جميل الشرقاوى .
- دروس فى الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول حق الملكية طبعة سنة ١٩٧٠ ط دار النهضة العربية
- حق الملكية فى القانون المدنى اليمنى ، طبعة سنة ١٩٨٧ ط دار النهضة العربية.
- ١٠ - أ. د / حسن كيوة .
- أصول القانون المدنى - الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية - أحكام حق الملكية طبعة سنة ١٩٦٥ ط منشأة المعارف بالإسكندرية .
- الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول - حق الملكية الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ .
- ١١ - أ. د / زهدى يكن .
- شرح القانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة فى لبنان الجزء الأول - الطبعة الثانية .
- ١٢ - أ. د / سعيد عبد السلام .
- حق الملكية فقهاء وقضاء - طبعة سنة ١٩٩٤ .
- ١٣ - أ. د / السيد محمد السيد عمران .
- الملكية فى القانون المدنى المصرى - طبعة سنة ١٩٩٣ .
- الملكية والأموال .
- ١٤ - أ. د / شاكى ناصر حيدر .
- الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - الجزء الأول طبعة سنة ١٩٥٩ ط مطبعة المعارف ببغداد .
- ١٥ - أ. د / صلاح الدين الناهى .
- الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية طبعة سنة ١٩٦١ ط شركة الطبع والنشر الأهلية .

١٦ - أ.د / طلبه وهبه خطاب

- نظام الملكية - حق الملكية بوجه عام - أسباب كسب الملكية - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ ط مكتبة سيد عبد الله وهبه .

١٧ - أ.د / عبد السلام ذهني .

- الأموال - طبعة سنة ١٩٦٢ ط - مطبعة الاعتماد .

١٨ - أ.د / عبد الرزاق أحمد السنهورى .

- الوسيط فى شرح القاتون المدنى طبعة ١٩٦٧ ط دار النهضة العربية .

- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى .

١٩ - أ.د / عبد العزيز بدوي .

- بحوث فى قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام

٢٠ - أ.د / عبد العزيز عامر .

- دروس فى حق الملكية طبعة سنة ١٩٦٧ ط دار النهضة العربية .

٢١ - أ.د / عبد الناصر توفيق العطار .

- شرح أحكام حق الملكية طبعة سنة ١٩٩٠ ط مؤسسة البستاني للطباعة .

- أحكام العقود - عقد البيع .

٢٢ - أ.د / عبد المنعم فرج الصده .

- حق الملكية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٧ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده .

- مبادئ القانون .

٢٣ - أ.د / عبد المنعم البدرأوى .

- حق الملكية ط سنة ١٩٨٧ م .

٢٤ - أ.د / عبد الفتاح عبد الباقي .

- دروس الأموال - طبعة دار الكتاب المصرى .

- ٢٥ - المستشار / عبد الوهاب العشماوى .
- إجراءات الإثبات فى المواد المدنية والتجارية - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ ط
دار الجيل للطباعة .
- ٢٦ - أ . د / على على سليمان .
- شرح القانون المدنى الليبى - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٨ ط منشورات جامعة
قاريونس.
- ٢٧ - المستشار / محمد عزمى البكرى .
- قسمة المال الشائع وأحكام دعوى القرز والتجنيب فقهاء وقضاء - الطبعة
الخامسة سنة ١٩٩٧ ط دار محمود للنشر والتوزيع .
- ٢٨ - أ . د / محمد على عرفة .
- شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الأول - حق الملكية الطبعة - الثالثة سنة
١٩٥٤ ط مطبعة جامعة القاهرة .
- موجز فى حق الملكية وأسباب كسبه . ط مكتبة النهضة المصرية .
- ٢٩ - أ . د / محمد على عمران .
- الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى - أسباب كسبها وصورها
طبعة سنة ١٩٨٦ ط مكتبة سعيد رأفت .
- ٣٠ - أ . د / محمد كامل مرسى .
- الملكية العينية الأصلية الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٣ ط - مطبعة الاعتماد .
- العقود المدنية الصغيرة - الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ ط - فتح الله إلياس نورى .
- شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثانى - الحقوق العينية الأصلية - الطبعة
الثانية سنة ١٩٥١ ط المطبعة العالمية .
- ٣١ - أ . د / محمد لييب شنب .
- موجز فى الحقوق العينية الأصلية - طبعة دار الهنا .

٣٢ - أ. د. / محمد المنجى .

- موسوعة الدعاوى العمالية - دعوى القسمة - مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالاستئناف - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ ط منشأة المعارف بالاسكندرية.

٣٣ - أ. د. / محمد وحيدر الدين سوار .

- شرح القانون المدنى السورى - الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية .
- حق الملكية فى ذاته فى القانون المدنى الأردنى - طبعة سنة ١٩٦٩ ط مطبعة ألف باء دمشق .

٣٤ - أ. د. / محمود جمال الدين زكى .

- دروس فى الحقوق العينية الأصلية - طبعة سنة ١٩٧٦ ط مطبعة جامعة القاهرة .
- النظرية العامة للالتزامات .

٣٥ - مصطفى الجمال .

- نظام الملكية طبعة سنة ١٩٨٥ ط مطبعة شركة سعيد رافت ، ط منشأة المعارف بالاسكندرية .

٣٦ - أ. د. / منصور مصطفى منصور.

- حق الملكية فى القانون المدنى المصرى - طبعة سنة ١٩٦٥ ط مكتبة عبد الله وهبة.

ثامناً : رسائل الماجستير والدكتوراة :

١- استحقاق المعقود عليه لغير العاقلين وأثره فى الفقه الإسلامى والقانون ، للدكتور / محمد أحمد مصطفى الكزنى - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة . رقم ٢٦٤٢ .

٢- تحقيق كتاب القسمة من الذخيرة للإمام القوافى . إعداد / محمد على محمد على مذكور - رسالة ماجستير بمكتبة كلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٨٦ م .

٣- تصرف الشريك فى المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء - رسالة ماجستير بمكتبة كلية الشريعة بالقاهرة رقم ١٢٦٥ ، مقدمة سنة ١٩٩٢ م .

٤- التعليق والتأكيث والإضافة فى العقود وأثرها فى الفقه الإسلامى . للدكتور / حامد عبده سعد الفقى - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة بالقاهرة .

٥- الخيارات فى البيع ، للدكتور / عبد الرحمن مندور - مكتبة الدكتوراة - بكلية الشريعة بالقاهرة .

٦- الغبن وأثره فى العقود ، للدكتور / سعد الدين مسعد هلالى - رسالة دكتوراة - مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٥ م . رقم ٢٠٦٧ .

٧- فسخ العقد للدكتور / على أحمد مرعى - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

٨- القسمة فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى - للدكتور / سيد محمود عمر . رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة أسيوط - سنة ١٩٩٦ م .

٩- قسمة المال الشائع ، للدكتور / محمد محمود عبد الله - جامعة القاهرة سنة ١٩٧٦ م .

١٠- قسمة الملك الشائع ، للدكتور / مأمون أحمد الشامى - كلية الحقوق - جامعة القاهرة سنة ١٩٩٣ م .

١١- القضاء فى الإسلام ، للدكتور / محمود محمد محمود مفتاح - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٧٨ م . مكتبة كلية الشريعة تحت رقم ٨٨٨ .

١٢- نظرية الاستغلال ، للدكتور / توفيق حسن فرج - جامعة القاهرة سنة ١٩٧٥ م .

تاسعاً: الأبحاث القانونية :

- ١ - د / حسن كيره - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع - مجلة الحقوق الاسكندرية - السنة الثانية عشر سنة ١٩٦٣ - العددان الأول والثاني .
- ٢ - د / منصور مصطفى منصور - تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة السادسة يناير سنة ١٩٦٤ م .
- ٤ - د / أحمد فراج حسين - قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي مجلة الحقوق الاسكندرية - العددان - الأول والثاني - سنة ١٩٧٧ م .

عاشراً: القوانين ومجموعات الأحكام القضائية :

- ١ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨ - الصادر في ٩ رمضان سنة ١٣٦٧ هـ الموافق ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ م ، والمعمول به ابتداء من ٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ م .
- ٢ - قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م .
- ٣ - قانون الإسكان المعدل رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ م .
- ٤ - قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانونين ٢٥٢ لسنة ١٩٥٤ م ، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ م .
- ٥ - قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م .
- ٦ - القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية في المواد المدنية ، والمعدل بالقانونين ٦٦ لسنة ١٩٤٦ م ، ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م .
- ٧ - المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ بشأن تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء .
- ٨ - القانون المدني العراقي الصادر سنة ١٩٥١ م والمنشور في الوقائع العراقية ٤ / ٣٠١٥ .
- ٩ - القانون المدني الليبي شرح د / علي سليمان .
- ١٠ - القانون المدني الكويتي الصادر بالمرسوم رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ .

- ١١ - قانون اتحادى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة والصادر فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٨٥ م .
- ١٢ - القانون المدنى اليمنى الصادر بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ م .
- ١٣ - القانون المدنى السورى .
- ١٤ - قانون الشهر العقارى المصرى - الصادر بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ م .
- ١٥ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى - إصدار وزارة العدل ، ط - مطبعة دار الكتاب العربى .
- ١٦ - مجموعة أحكام محكمة النقض - إصدار المكتب الفنى - ط دار القضاء العالى .
- ١٧ - مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض فى خمس وعشرين عاما ، ط - مطبعة مذكور .
- ١٨ - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات من يناير ١٩٦١م إلى يناير سنة ١٩٦٦ للمستشار - / أحمد سمير أبو شلادى ، ط - دار الكتاب العربى للطباعة والنشر .
- ١٩ - مجلة المحاماة - الصادرة عن نقابة المحامين بمصر ، ط مطبعة حجازى بالقاهرة .
- ٢٠ - الموسوعة الذهبية - حسن الفكهاى ، عبد المنعم حسنى - الإصدار المدنى - سنة ١٩٨٢ ط. دار العربية للموسوعات .
- ٢١ - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية فى الملكية ، إعداد / السيد خلف محمد . الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ - منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ٢٢ - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية فى المواد المدنية / إعداد الأستاذ محمود أحمد عمر ، ط الجامعات المصرية .
- ٢٣ - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية - إعداد / أنور طليه - المكتب الجامعى الحديث ، ط سنة ١٩٩١ .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٢	الافتتاحية .
٣	أهمية الموضوع .
٤	سبب اختياري له .
٥	خطة البحث .
٨	منهج البحث .
١١	الباب الأول : ماهية القسمة : -
	ويشتمل على تمهيد وأربعة فصول : -
١٣	التمهيد : في تعريف الشيوع ومصادره وأسباب انقضائه .
١٣	أولا : تعريف الشيوع :
١٣	في اللغة .
١٣	في الفقه الإسلامي .
١٤	في القانون .
١٤	ثانيا : مصادر الشيوع :
١٥	ثالثا : أسباب انقضاء الشيوع : -
١٧	الفصل الأول : في تعريف القسمة ومشروعيتها .
١٧	المبحث الأول : في تعريف القسمة .
١٨	المطلب الأول في تعريف القسمة في الفقه الإسلامي : -
١٨	أ - تعريف القسمة في اللغة .
١٩	ب - تعريف القسمة في اصطلاح الفقه الإسلامي .
١٩	أولا : تعريف الحنفية .
٢٠	ثانيا : تعريف المالكية .
٢١	ثالثا : تعريف الشافعية .
٢٢	رابعا : تعريف الحنابلة .
٢٢	خامسا : تعريف القسمة عند الإباضية .
٢٢	سادسا : تعريف القسمة عند الزيدية .
٢٣	سابعا : تعريف القسمة عند الإمامية .
٢٣	التطبيق على تعاريف الفقهاء ، مع اختيار التعريف الراجح .
٢٥	المطلب الثاني : تعريف القسمة في القانون المدني مع المقارنة بالفقه الإسلامي .
٢٥	أولا : تعريف القسمة في القانون المدني .

الصفحة	الموضوع
٢٧	ثانيا : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى شأن تعريف القسمة .
٢٨	المبحث الثانى : مشروعية القسمة ، وحكمه مشروعيتها .
٢٨	أولا : مشروعية القسمة .
٢٨	أ - الأدلة من الكتاب .
٣١	ب - الأدلة من السنة .
٣٦	ثانيا : حكمه مشروعية القسمة .
٣٦	تنظيم القتون للقسمة .
٣٨	الفصل الثانى : طبيعة القسمة وصفتها .
٣٩	المبحث الأول : طبيعة القسمة (تكييف القسمة) .
٣٩	أولا : طبيعة القسمة فى الفقه الإسلامى .
٣٩	أقوال الفقهاء فى طبيعة القسمة .
٤١	الأدلة .
٤٥	القول الراجح .
٤٦	الآثار المترتبة على اختلاف الفقهاء فى تكييف القسمة .
٤٦	أ - الشفعة .
٤٧	ب - التقايل .
٤٨	ج - قسمة الرطب والعنب والعسل الأسود .
٤٩	ثانيا : طبيعة القسمة فى القانون المدنى .
٥٠	المبحث الثانى : - صفة القسمة .
٥٠	أولاً : صفة القسمة فى الفقه الإسلامى .
٥٠	آراء الفقهاء فى لزوم القسمة وعدم لزومها .
٥٣	ثانيا : صفة القسمة فى القانون المدنى .
٥٤	أ - القسمة الاتفاقية .
٥٤	ب - القسمة القضائية.
٥٥	ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .
٥٦	الفصل الثالث : أنواع القسمة .
٥٧	المبحث الأول : أنواع القسمة فى الفقه الإسلامى .
٥٨	المطلب الأول : أقسام القسمة باعتبار حاجتها إلى التقويم من عدمه .
٥٨	أولا : قسمة الأجزاء .
٥٩	ثانيا : قسمة التحديل .

الصفحة	الموضوع
٦٠	ثالثاً : قسمة الرد .
٦١	موقف الفقهاء من هذا التقسيم : -
٦١	موقف الحنابلة.
٦٢	موقف الحنفية .
٦٣	موقف المالكية .
٦٥	موقف الظاهرية.
٦٥	موقف الإباضية .
٦٦	موقف الشيعة الإمامية .
٦٦	موقف الشيعة الزيدية .
٦٨	المطلب الثاني : أقسام القسمة باعتبار إرادة المتقاسمين .
٦٨	أولاً : القسمة الرضائية (الاتفاقية) .
٧١	ثانياً : القسمة الإجبارية (القضائية) .
٧١	محل قسمة الإجبار .
٧١	عند الحنفية .
٧٢	عند الشافعية والحنابلة .
٧٤	عند المالكية .
٧٥	عند ابن حزم .
٧٦	عند الإباضية .
٧٦	عند الشيعة الإمامية والزيدية .
٧٨	المطلب الثالث : - أقسام القسمة باعتبار وحدة المحل المقسوم وتعدد .
٧٨	قسمة التفريق .
٧٨	قسمة الجمع .
٧٩	موقف الفقهاء من هذا التقسيم .
٨٣	المطلب الرابع : - أقسام القسمة باعتبار طبيعة المحل المقسوم .
٨٣	قسمة الأعيان .
٨٣	قسمة المنافع .
٨٤	قسمة الدين .
٨٥	آراء الفقهاء في قسمة الدين في نذر الغرماء .
٨٨	قسمة الدين مع العين .
٨٩	المبحث الثاني : - أنواع القسمة في القانون .
٩١	المطلب الأول : أقسام القسمة باعتبار طبيعة محل القسمة .

الصفحة	الموضوع
٩١	أولاً : قسمة الأعيان.
٩١	ثانياً : قسمة المناقم (المهاياة) .
٩٣	المطلب الثاني : أقسام القسمة باعتبار إرادة المنقسمين .
٩٣	أولاً : القسمة الاتفاقية .
٩٤	ثانياً : القسمة القضائية .
٩٦	المطلب الثالث : أقسام القسمة باعتبار دوام أو توقيت القسمة .
٩٦	الفرق بين القسمة الموقته والقسمة غير البتة .
٩٧	المطلب الرابع : أقسام القسمة تناول كل أو بعض الأموال الشائعة .
٩٧	القسمة الكلية .
٩٧	القسمة الجزئية.
٩٩	المطلب الخامس : أقسام القسمة باعتبار طريقة انقضاء الشروع .
٩٩	الفرع الأول : القسمة العينية .
١٠٠	أنواع القسمة العينية .
١٠٢	الفرع الثاني : قسمة للتصفية .
١٠٣	المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في شأن أنواع القسمة .
١٠٤	حكم تعليق القسمة وإلزامتها في الفقه الإسلامي .
١٠٥	القسمة الجزئية وموقف الفقه الإسلامي منها .
١١٠	الفصل الرابع : مقومات القسمة (أركانها وشروطها).
١١٠	تمهيد وتقسيم .
١١٢	المبحث الأول : القاسم وما يتعلق به من أحكام .
١١٣	المطلب الأول : تعيين القاسم وشروطه .
١١٣	الفرع الأول : تعيين القاسم : -
١١٣	أولاً : تعيين القاسم في الفقه الإسلامي .
١١٤	عدم جبر الناس على القاسم معين .
١١٥	معاونوا القاسم .
١١٦	الفرق بين القاسم والقاضي .
١١٧	ثانياً : تعيين القاسم في نطاق الدراسات القانونية .
١١٨	الفرع الثاني : شروط القاسم .
١١٨	شروط القاسم في الفقه الإسلامي .

الصفحة	الموضوع
١١٩	أولا : ما يشترط في القاسم المنسوب من قبل القاضى .
١١٩	أ - الشروط المتفق عليها .
١٢١	ب - الشروط المختلف فيها.
١٢١	آراء الفقهاء في اشتراط البلوغ في القاسم .
١٢٢	آراء الفقهاء في اشتراط الإسلام في القاسم .
١٢٢	آراء الفقهاء في اشتراط الذكورة في القاسم .
١٢٣	آراء الفقهاء في اشتراط الحرية في القاسم .
١٢٦	آراء الفقهاء في اشتراط تعدد القاسم .
١٢٩	ثانيا : شروط القاسم المنسوب من قبل الشركاء .
١٣٠	شروط القاسم في القانون المدنى المصرى .
١٣١	المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.
١٣٢	المطلب الثاني : اجرة القاسم
١٣٢	أجرة القاسم في الفقه الإسلامى .
١٣٢	آراء الفقهاء في تنصيب القاضى قاسما بين الناس بأجر عليهم .
١٣٤	أجرة القاسم إذا كان منصوبا من قبل الشركاء .
١٣٦	هل أجرة القاسم حلال له أم مكروهة ؟ .
١٣٩	أجرة القاسم في القانون المدنى المصرى .
١٤٠	المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى في أجرة القاسم .
١٤٠	كيفية توزيع أجرة القسم بين المتقاسمين في الفقه الإسلامى .
١٤١	أولا : آراء الفقهاء في توزيع الأجرة على المتقاسمين ، بحسب عدد الرؤوس أو بمقدار حصص الشركاء .
١٤٤	كيفية توزيع أجرة معاونى القاسم .
١٤٥	ثانيا : هل تكون الأجرة على من طلب القسمة فقط أم على جميع المتقاسمين ؟.
١٤٦	كيفية توزيع أجرة القسمة لو مصروفات الدعوى بين المتقاسمين في القانون.
١٤٦	أولا : من الذى يجب عليه دفع الأجرة .
١٤٨	ثانيا : هل توزيع الأجرة على الشركاء ، يكون بنسبة حصصهم أم بعدد الرؤوس ؟.
١٤٨	المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .
١٥٠	المطلب الثالث : شهادة القاسم .
١٥٠	آراء الفقهاء في قبول شهادة القاسم فيما قسم .

الصفحة	الموضوع
١٥٥	المبحث الثاني : - المقسوم .
١٥٥	أولا : المقسوم في الفقه الإسلامي .
١٥٥	شروط المقسوم : -
١٥٥	الشرط الأول - أن يكون المال المشترك عينا أو منفعة .
١٥٦	الشرط الثاني : أن يكون المقسوم مملوكا للشركاء عند القسمة .
١٥٧	حكم قسمة التركة المستترقة بالديون .
١٥٨	الشرط الثالث : أن يكون المال المشترك قابلا للقسمة .
١٦٠	الشرط الرابع : حضور المقسوم أو وصفه .
١٦١	الشرط الخامس : العلم بالمقسوم .
١٦١	الشرط السادس : عدم الشرط الحرام .
١٦٢	ثانيا : المقسوم في القانون المدني .
١٦٢	شروط المقسوم في القانون المدني .
١٦٣	ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
١٦٧	المبحث الثالث : المقسوم له .
١٦٧	أولا : المقسوم له في الفقه الإسلامي .
١٦٧	شروط المقسوم له .
١٦٧	الشرط الأول : أن لا يلحق أحد المتقاسمين ضرر من جراء القسمة .
١٦٨	حكم قسمة ما يترتب على قسمته ضرر بجميع الشركاء .
١٦٩	حكم قسمة ما يترتب على قسمته ضرر بأحد الشركاء .
١٧٠	أولا : آراء الفقهاء في طلب صاحب النصيب الكثير - غير المضرور - للقسمة .
١٧٣	ثانيا : آراء الفقهاء في طلب صاحب النصيب - القليل - المضرور - للقسمة .
١٧٦	الشرط الثاني : - أن يطالب الشركاء جميعهم أو بعضهم القسمة .
١٧٧	الشرط الثالث : رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم .
١٧٨	أ - هل تعتبر مصلحة المحجور عليه عند القسمة في كل حال؟ .
١٧٩	ب - حكم عاقبة الولي لنفسه ولمن تحت ولايته .
١٨٠	ج - حكم القسمة على الغائب .
١٨١	د - الحكم لو غاب ولي القاصر .
١٨١	الشرط الرابع : حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم .
١٨٢	الشرط الخامس : أن يقوم المتقاسمون البينة على ملكيتهم للمال محل القسمة .

الصفحة	الموضوع
١٨٧	ثانيا : المقسوم له في نطاق الدراسات القانونية .
١٨٧	شروط المقسوم له في القانون .
١٨٧	الشرط الأول : رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم .
١٨٨	الشرط الثاني : حضور المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم .
١٨٨	الشرط الثالث : أن لا يلحق المقسوم لهم أو أحدهم ضررا من القسمة .
١٨٩	الشرط الرابع : أن يطلب الشركاء جميعا أو بعضهم القسمة .
١٩٠	الشرط الخامس : ثبوت ملكية المقسوم للمقسوم لهم .
١٩٠	ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
١٩٢	الباب الثاني : قسمة المهايأة .
١٩٣	تمهيد وتقسيم .
١٩٤	الفصل الأول : تحديد مفهوم قسمة المهايأة .
١٩٤	المبحث الأول : تعريف قسمة المهايأة ومشروعيتها .
١٩٥	المطلب الأول : تعريف قسمة المهايأة .
١٩٥	أ - تعريف المهايأة في اللغة .
١٩٦	ب - تعريف المهايأة في اصطلاح الفقهاء .
١٩٦	أولا : تعريف المهايأة في الفقه الإسلامي .
١٩٨	العلاقة بين التعريف اللغوي والشرعي .
١٩٨	ثانيا : تعريف قسمة المهايأة في القانون .
١٩٩	ثالثا : تعريف قسمة المهايأة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٢٠١	المطلب الثاني : - مشروعية قسمة المهايأة : -
٢٠١	أولا : الكتاب الكريم .
٢٠٢	ثانيا : السنة المطهرة .
٢٠٣	ثالثا : الإجماع .
٢٠٣	رابعا : المعقول .
٢٠٣	حكمة مشروعية قسمة المهايأة .
٢٠٤	التنظيم القانوني لقسمة المهايأة .
٢٠٥	المبحث الثاني : - محل قسمة المهايأة .
٢٠٥	المطلب الأول : محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي .
٢٠٦	أولا : ما نصح فيه المهايأة .
٢٠٧، ٢٠٦	المثال الأول : التهادي في الدور - أ - الدار الواحدة ب - الداران .
٢٠٨	المثال الثاني : التهادي في الدواب .

الصفحة	الموضوع
٢٠٨	أ - التهايو فى الدواب على الاستعمال .
٢١٠	ب - التهايو فى الدواب على الاستغلال.
٢١١	المثال الثالث : التهايو فى زراعة الأرض .
٢١١	المثال الرابع : التهايو فى مختلف المنفعة .
٢١١	ثانيا : مالا تصح فيه المهاية .
٢١٢	الحيلة فى التهايو على مالا تصح المهاية فيه .
٢١٤	المطلب الثانى : - محل قسمة المهاية فى القانون المدنى.
٢١٤	أولا : محل قسمة المهاية فى القانون المدنى .
٢١٥	ثانيا : مقارنة محل المهاية بين الشريعة والقانون .
٢١٧	المبحث الثالث : طبيعة المهاية وصفتها .
٢١٧	المطلب الأول : طبيعة قسمة المهاية (تكييفها) .
٢١٧	أولا : طبيعة قسمة المهاية فى الفقه الإسلامى .
٢١٩	ثانيا : طبيعة المهاية فى القانون المدنى المصرى .
٢٢١	ثالثا : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.
٢٢٢	المطلب الثانى : صفة قسمة المهاية .
٢٢٢	أولا : صفة قسمة المهاية فى الفقه الإسلامى .
٢٢٥	ثانيا : صفة قسمة المهاية فى القانون المدنى .
٢٢٦	ثالثا : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .
٢٢٧	المبحث الرابع : أنواع المهايأت .
٢٢٧	المطلب الأول : أنواع المهاية من حيث الرضاء والجبر .
٢٢٨	أولا : فى الفقه الإسلامى .
٢٢٨	أراء الفقهاء فى الجبر على قسمة المهاية .
٢٣٣	الحكم لو اتفق الشركاء على المهاية ، واختلفوا فى من يبدأ منهم .
٢٣٤	ثانيا : أنواع المهاية من حيث الرضاء والجبر فى القانون .
٢٣٤	أ - قسمة المهاية الرضائية .
٢٣٥	شرط الإجماع على المهاية .
٢٣٦	ب - قسمة المهاية القضائية .
٢٣٨	ثالثا : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .
٢٤٠	المطلب الثانى : أنواع المهاية من حيث الزمان والمكان .
٢٤٠	أولا : فى الفقه الإسلامى .
٢٤٠	أ - المهاية الزمانية .

الصفحة	الموضوع
٢٤١	المدة في المهياة الزمانية .
٢٤٢	ب - المهياة المكاتية .
٢٤٣	المدة في المهياة المكاتية .
٢٤٤	اختلاف الشركاء في نوع التهايو .
٢٤٦	ثانيا : أنواع المهياة من حيث الزمان والمكان في القتون المدني .
٢٤٦	أ - المهياة المكاتية .
٢٤٨	تحول قسمة المهياة المكاتية إلى قسمة نهائية .
٢٤٩	ب - المهياة الزمانية .
٢٥٠	المدة في المهياة الزمانية .
٢٥١	عدم تحول المهياة الزمانية إلى قسمة نهائية .
٢٥١	ثالثا : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقتون المدني.
٢٥٣	الفصل الثاني : أحكام المهياة وآثارها .
٢٥٤	المبحث الأول : حقوق والتزامات الشركاء خلال قسمة المهياة .
٢٥٤	تمهيد .
٢٥٤	أولا : حقوق الشركاء والتزاماتهم في الفقه الإسلامي .
٢٥٤	أ - حقوق الشركاء في قسمة المهياة .
٢٥٧	ب - التزامات الشركاء خلال قسمة المهياة .
٢٥٨	فروع .
٢٥٩	ثانيا : حقوق الشركاء والتزاماتهم في القتون المدني .
٢٦٣	ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقتون المدني .
٢٦٦	المبحث الثاني : خضوع قسمة المهياة لأحكام عقد الإيجار .
٢٦٦	المطلب الأول : مدى خضوع المهياة لأحكام الإيجار في الفقه الإسلامي .
٢٦٨	المطلب الثاني : مدى خضوع المهياة لأحكام الإيجار في القتون المدني .
٢٧٠	أولا : الاحتجاج بقسمة المهياة على الخير .
٢٧١	ثانيا : أهلية المتقاسمين .
٢٧٢	ثالثا : حقوق والتزامات الشركاء في المهياة .
٢٧٢	رابعا : إثبات قسمة المهياة .
٢٧٦	المبحث الثالث : تحول قسمة المهياة إلى قسمة نهائية .
٢٧٦	أولا : تحول قسمة المهياة إلى قسمة نهائية في القتون المدني .
٢٧٨	أ - أثر وجود نقص الأهلية بين الشركاء على تحول قسمة المهياة .
٢٧٩	ب - تسجيل قسمة المهياة المكاتية والتي تحولت إلى قسمة نهائية .

الصفحة	الموضوع
٢٨٠	حيزة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع ، وإسناد هذه الحيزة للقسمة المهايأة .
٢٨١	خضوع المهايأة إلى قسمة نهائية للأكثر الرجعى .
٢٨٤	ثانيا : موقف الفقه الإسلامى من تحول قسمة المهايأة المكاتبية إلى قسمة نهائية يمضى خمس عشرة سنة .
٢٨٥	الباب الثالث : قسمة الأعيان .
٢٨٧	تمهيد : فى الحق فى طلب القسمة .
٢٨٨	أولا : تعطيل استعمال الحق فى طلب القسمة بمقتضى نص القانون .
٢٩٠	ثانيا : تعطيل استعمال الحق فى طلب القسمة بمقتضى الاتفاق .
٢٩٢	الوصية بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات .
٢٩٤	مدى نفاذ الاتفاق على البقاء فى الشيوع فى حق الخلف .
٢٩٥	مدى خضوع الحق فى طلب القسمة لنظرية التعسف فى استعمال الحق .
٢٩٨	الفصل الأول : القسمة الاتفاقية .
٢٩٨	تمهيد وتقسيم .
٢٩٩	المبحث الأول : شروط صحة القسمة الاتفاقية وتكييفها .
٢٩٩	المطلب الأول : شروط صحة القسمة الاتفاقية .
٢٩٩	أولا : فى الفقه الإسلامى .
٢٩٩	الشرط الأول : رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم .
٣٠٠	المحجور عليه والغائب .
٣٠٢	الشرط الثانى : حضور المتقاسمين .
٣٠٢	الشرط الثالث : أهلية المتقاسمين .
٣٠٢	الشرط الرابع : أن يكون القاسم له ولاية القسمة .
٣٠٣	الشرط الخامس : أن تكون القسمة عليلة غير جائزة .
٣٠٣	الشرط السادس : عدم حدوث ضرر من جراء القسمة .
٣٠٣	آراء الفقهاء فى قسمة ما يفسد بالقسمة ، لو تراضى الشركاء على قسمته .
٣٠٦	ثانيا : فى القانون المدنى : -
٣٠٧	شروط صحة القسمة الاتفاقية .
٣٠٧	الشرط الأول : تراضى الشركاء جميعا على القسمة .
٣٠٧	أولا : الموقف القانونى لاتباع بعض الشركاء على القسمة دون البعض .
٣٠٩	ثانيا : حكم وجود فائضى الأهلية .

الصفحة	الموضوع
٣١١	ثالثا : القسمة الصريحة والقسمة الضمنية (الفعلية) .
٣١٣	الشرط الثاني : حضور المتكاسمين .
٣١٤	المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٣١٦	المطلب الثاني : تكييف القسمة الاتفاقية : -
٣١٦	أولا : طبيعة القسمة الاتفاقية في القانون المدني .
٣١٦	أركان القسمة الاتفاقية .
٣١٨	أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية .
٣١٩	إثبات القسمة الاتفاقية .
٣١٩	تسجيل القسمة الاتفاقية.
٣٢٠	ثانيا : طبيعة القسمة الاتفاقية في الفقه الإسلامي .
٣٢٠	المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٣٢٢	المبحث الثاني : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية .
٣٢٢	المطلب الأول : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في الفقه الإسلامي .
٣٢٣	الفرع الأول : كيفية قسمة كل من العقار والمنقول .
٣٢٣	أولا : كيفية قسمة العقار .
٣٢٤	أ - قسمة الأرض الخالية من الزراعة .
٣٢٦	ب - قسمة الأرض المزروعة .
٣٢٧	الحالة الأولى - قسمة الزرع دون الأرض .
٣٢٨	الحالة الثانية - قسمة الأرض دون الزرع .
٣٢٩	الحالة الثالثة - قسمة الأرض والزرع معا .
٣٣٠	الحالة الرابعة - قسمة الأرض والشجر .
٣٣١	ج - كيفية قسمة الأرض المبنية .
٣٣٢	أولا : قسمة الدور .
٣٣٤	ثانيا : قسمة الدار الواحدة ذات البيوت المتحددة .
٣٣٥	ثالثا : قسمة المنازل .
٣٣٦	رابعا : قسمة العلو والسفل .
٣٣٦	أ - قسمة العلو والسفل من حيث الرضا والجبر .
٣٤١	ب - كيفية تعديل قسمة السفل والعلو .
٣٤٣	ثانيا : كيفية قسمة المنقول :
٣٤٤	أ - قسمة القيمات المتمثلة في الحيوانات أو الثياب وغيرها .

الصفحة	الموضوع
٣٤٧	ب - قسمة المتباينات كالمكبرات والموزونات والمعدولات .
٣٥٠	الفرع الثاني : دور القاسم ، ومشروعيته القرعة ، وكيفيةها في القسمة .
٣٥٠	دور القاسم .
٣٥١	أولاً : تعريف القرعة .
٣٥١	ثانياً : مشروعية القرعة .
٣٥٤	حكمه مشروعية القرعة .
٣٥٥	ثالثاً : مقدمات القرعة .
٣٥٧	رابعاً : كيفية القرعة .
٣٦٢	المطلب الثاني : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في القانون ، مع مقارنته بالفقه الإسلامي .
٣٦٢	أولاً : كيفية إجراء القسمة الاتفاقية في القانون المدني .
٣٦٣	ثانياً : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٣٦٥	المبحث الثالث : نقض القسمة بالغبن .
٣٦٥	تمهيد وتقسيم .
٣٦٧	المطلب الأول : أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص بالغبن .
٣٦٨	أولاً : أنواع القسمة التي يجوز نقضها للغبن في الفقه الإسلامي .
٣٦٨	١ - آراء الفقهاء في نقض القسمة الإيجابية للغبن .
٣٧٠	٢ - آراء الفقهاء في نقض القسمة الرضائية للغبن .
٣٧٣	ثانياً : أنواع القسمة التي يجوز فيها النقص للغبن في القانون المدني .
٣٧٥	المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٣٧٦	الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يجيز نقضها .
٣٧٩	المطلب الثاني : في مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة ، وكيفية حسابه ، ووقت تقديره .
٣٧٩	أولاً : مقدار الغبن الذي يجيز نقض القسمة .
٣٧٩	الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش .
٣٨٤	ثانياً : كيفية حساب الغبن ووقت تقديره .
٣٨٤	- في الفقه الإسلامي .
٣٨٤	- في نطاق الدراسات القانونية .
٣٨٧	المطلب الثالث : دعوى نقض القسمة بالغبن وأثارها في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

الصفحة	الموضوع
٣٨٧	أولاً : دعوى نقض القسمة للغبين .
٣٨٧	١ - الخصوم في دعوى نقض القسمة للغبين .
٣٨٩	٢ - ميعاد رفع الدعوى .
٣٨٩	- هل تسقط للدعوى بمضى المدة .
٣٩١	٣ - إثبات الغبن أو الخط .
٣٩٣	٤ - للتنازل عن دعوى نقض القسمة للغبين .
٣٩٤	ثانياً : أثر التمسك بالغبين بعد ثبوته .
٣٩٤	أ - الحكم في دعوى نقض القسمة للغبين .
٣٩٥	ب- تجنب نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك الغبون .
٣٩٩	المبحث الرابع : ثبوت حق الخيار في القسمة .
٣٩٩	تمهيد وتقسيم : -
٤٠٠	المطلب الأول : خيار المجلس والقسمة .
٤٠١	موقف القانون المدني من خيار المجلس .
٤٠٢	المطلب الثاني : خيار الشرط .
٤٠٤	مدى الأخذ بخيار الشرط في القسمة عند الفقهاء .
٤٠٦	موقف القانون من الأخذ بخيار الشرط .
٤٠٨	المطلب الثالث : خيار الرؤية .
٤٠٨	مدى الأخذ بخيار الرؤية في القسمة عند الفقهاء .
٤١٠	موقف القانون من الأخذ بخيار الرؤية .
٤١١	المطلب الرابع : خيار العيب .
٤١٢	جمهور الفقهاء على ثبوت خيار العيب في القسمة .
٤١٣	آراء الفقهاء فيما لو أراد إمساك حصته المعيبة بعد القسمة والرجوع بلرث العيب .
٤١٥	هل يثبت خيار العيب في القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية ؟ .
٤١٦	موقف القانون من خيار العيب في القسمة .
٤١٨	الفصل الثاني : القسمة القضائية .
٤١٨	تمهيد وتقسيم .
٤١٩	المبحث الأول : شروط القسمة القضائية .
٤١٩	أولاً : شروط القسمة القضائية في الفقه الإسلامي .
٤١٩	الشرط الأول : أن يطلب أحد الشركاء أو بعضهم القسمة .

الصفحة	الموضوع
٤٢٠	الشرط الثاني : حضور المتقاسمون أو من يقوم مقامهم .
٤٢١	الشرط الثالث : أن لا يترتب على القسمة ضرر .
٤٢٢	آراء الفقهاء في قدر الضرر المانع من القسمة .
٤٢٥	الشرط الرابع : أن يقيم المتقاسمون البيئة على ملكية المال المشترك .
٤٢٦	الشرط الخامس : اتحاد الجنس أو النوع أو الصنف .
٤٢٦	الشرط السادس : أن لا يكون في القسمة رد .
٤٢٧	ثانيا : شروط القسمة القضائية في القانون المدني .
٤٢٩	ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٤٣١	المبحث الثاني : دعوى القسمة .
٤٣١	المطلب الأول : أسباب رفع الدعوى والخصوم فيها .
٤٣١	أولا : أسباب رفع الدعوى .
٤٣٣	ثانيا : الخصوم في دعوى القسمة .
٤٣٣	أ - المدعى في دعوى القسمة في القانون المدني والفقه الإسلامي .
٤٣٦	ب - المدعى عليه في دعوى القسمة .
٤٣٨	المطلب الثاني : المحكمة المختصة بنظر الدعوى .
٤٣٨	أولا : الاختصاص النوعي بنظر الدعوى .
٤٤٠	- موقف الفقه الإسلامي من الاختصاص النوعي .
٤٤٠	ثانيا : الاختصاص المحلي بنظر الدعوى .
٤٤١	- موقف الفقه الإسلامي من الاختصاص المحلي .
٤٤٣	المبحث الثالث : كيفية إجراء القسمة القضائية .
٤٤٣	تمهيد وتقسيم .
٤٤٤	المطلب الأول : القسمة العينية .
٤٤٤	- في الفقه الإسلامي .
٤٤٤	- في نطاق الدراسات القانونية .
٤٤٥	المرحلة الأولى : قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجزيب .
٤٤٥	الخطوة الأولى : تولي القاضي عملية القسمة بنفسه .
٤٤٦	الخطوة الثانية : لجوء المحكمة إلى أهل الخبرة .
٤٤٦	الخطوة الثالثة : قسمة المال الشائع إلى حصص .
٤٤٧	الخطوة الرابعة : القسمة بطريق التجزيب .
٤٤٨	الخطوة الخامسة : القسمة بمعدل .

الصفحة	الموضوع
٤٤٩	وقت تقويم الحصص .
٤٥٠	المرحلة الثانية : الفصل في المنازعات التي يثيرها الخصوم في القسمة .
٤٥٢	المرحلة الثالثة : الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفوز .
٤٥٤	المرحلة الرابعة : تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء غائب لو من لم تتوافر فيه الأهلية .
٤٥٩	المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٤٦١	المطلب الثاني : قسمة التصفية .
٤٦١	أولا : في الفقه الإسلامي .
٤٦١	آراء الفقهاء في بيع المقسوم جبرا عن الشركاء إذا تعذرت قسمته .
٤٦٥	كيفية البيع - البيع بطريق المزايدة - .
٤٦٥	ثانيا : في نطاق الدراسات القانونية .
٤٦٧	الاشتراك في المزايدة .
٤٦٨	أثر قسمة التصفية في العلاقة بين الشركاء .
٤٧٠	ثالثا : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٤٧١	المبحث الرابع : تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصلحتهم .
٤٧١	تمهيد وتقسيم .
٤٧٣	المطلب الأول : نطاق تطبيق نص المادة ٨٤٢ مدني .
٤٧٦	المطلب الثاني : موقف الدائنين قبل إتمام القسمة .
٤٧٦	الطائفة الأولى : الدائنون العاديون ، أو ذوي الحقوق المشهورة بعد رفع دعوى القسمة .
٤٧٧	آثار معارضة الدائنين .
٤٧٨	الطائفة الثانية : الدائنون ذوي الحقوق المشهورة أو المقيدة قبل رفع دعوى القسمة .
٤٧٩	تدخل الدائنين في إجراءات القسمة بدون دعوة من الشركاء .
٤٨١	المطلب الثالث : موقف الدائنين بعد إتمام القسمة .
٤٨٥	المطلب الرابع : موقف الفقه الإسلامي من تدخل دائن الشريك في القسمة ، حماية لمصلحته .
٤٨٧	الباب الرابع : الآثار التي تترتب على القسمة ، وطوائرها .
٤٨٨	تمهيد وتقسيم :
٤٨٩	الفصل الأول : الآثار التي تترتب على القسمة .
٤٨٩	تمهيد وتقسيم :

الصفحة	الموضوع
٤٩١	المبحث الأول : لزوم القسمة .
٤٩٤	المبحث الثاني : الإفرز .
٤٩٤	تمهيد وتقسيم .
٤٩٥	المطلب الأول : الإفرز كأثر للقسمة في الفقه الإسلامي .
٥٠٤	المطلب الثاني : الإفرز كأثر للقسمة في القانون المدني .
٥٠٦	الفرع الأول : دراسة تاريخية لأثر القسمة وبيان موقف الفقه المصري من المادة ٨٤٣ مدني .
٥٠٦	الفصل الأول : التطور التاريخي لتطيل عملية الإفرز التي تترتب على القسمة .
٥٠٦	الإفرز عملية ناقلة للملكية في القانون الروماني .
٥٠٧	تطور فكرة الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف في القانون الفرنسي .
٥٠٩	الفصل الثاني : موقف الفقه المصري من المادة ٨٤٣ مدني .
٥٠٩	أولا : رأى الفقه المصري في أثر القسمة .
٥١١	ثانيا : موقف الفقه المصري من المادة ٨٤٣ مدني .
٥١٥	الفرع الثاني : الأثر الكاشف والأثر الرجعي وما يتعلق بهما .
٥١٥	الفصل الأول : الأثر الكاشف .
٥١٦	أولا : نطاق تطبيق الأثر الكاشف لعملية القسمة .
٥١٦	أ - من حيث التصرفات .
٥١٩	ب - من حيث الأموال .
٥٢١	ج - من حيث الأشخاص .
٥٢١	ثانيا : النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف .
٥٢٦	الفصل الثاني : الأثر الرجعي .
٥٢٧	المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي .
٥٢٨	عدم تعلق الأثر الرجعي بالنظام العام .
٥٢٩	المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٥٣١	المبحث الثالث : استقلال كل شريك بملك نصيبه ، وثبوت حقه في التصرف فيه .
٥٣٢	المطلب الأول : استقلال كل مقتسم بحصته .
٥٣٧	المطلب الثاني : تصرف المتقاسم في حصته تصرف الملاك .
٥٣٩	حدود هذا التصرف .
٥٤٢	الفصل الثاني : طوارئ القسمة .
٥٤٢	تمهيد وتقسيم .
٥٤٤	المبحث الأول : أحكام الاستحقاق .
٥٤٤	تمهيد وتقسيم .
٥٤٦	المطلب الأول : أحكام الاستحقاق في الفقه الإسلامي .

الصفحة	الموضوع
٥٤٧	أولا : أن يرد الاستحقاق على بعض معين في أحد النصيين .
٥٥٠	ثانيا : أن يرد الاستحقاق على بعض معين في النصيين معا .
٥٥٢	ثالثا : أن يرد الاستحقاق على بعض معين شائعا في أحد النصيين .
٥٥٥	رابعا : أن يرد الاستحقاق على بعض معين في النصيين معا .
٥٥٧	أثر ورود الاستحقاق بعد البناء أو الغرس .
٥٦٠	المطلب الثاني : - الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القانون المدني .
٥٦١	أولا : أساس الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القسمة .
٥٦٢	ثانيا : نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق .
٥٦٣	ثالثا : الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان .
٥٦٨	رابعا : الآثار التي تترتب على تحقق الضمان .
٥٧٣	المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٥٧٦	المبحث الثاني : ظهور وارث جديد أو دين أو صية بعد القسمة .
٥٧٧	المطلب الأول : ظهور وارث جديد بعد القسمة .
٥٧٧	- الفقه الإسلامي .
٥٧٩	- موقف القانون المدني .
٥٨٠	المطلب الثاني : ظهور دين على الميت بعد القسمة .
٥٨٠	- الفقه الإسلامي .
٥٨٧	- موقف القانون المدني .
٥٨٨	المطلب الثالث : ظهور موصي له بعد القسمة .
٥٨٨	- الفقه الإسلامي .
٥٩٢	- موقف القانون المدني .
٥٩٣	الخاتمة .
٥٩٤	أولا : النتائج .
٦٠٣	ثانيا : التوصيات .
٦٠٧	الفهارس : -
٦٠٨	فهرس الآيات القرآنية .
٦٠٩	فهرس الأحاديث النبوية .
٦١١	فهرس المراجع .
٦٣٩	فهرس الموضوعات .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com