

خلاصة:

هذا البحث يبحث في الضرر المانع من القسمة مع بيان ماهيته أولاً، ثم تعيين ذلك المانع في ضوء أقوال الفقهاء.

الكلمات المفتاحية: الضرر المانع من القسمة

I. المقدمة

اختلفت آراء الفقهاء في تعيين الضرر المانع من القسمة على أقوال، وهذا البحث يأتي هنا ليبيّن أولاً ماهية الضرر المانع من القسمة، ثم يناقش أقوال الفقهاء في ذلك، كما يفصل القول في قسمة ما فيه ضرر عام، وقسمة ما فيه ضرر خاص في ضوء أقوال الفقهاء ومناقشتها.

II. موضوع المقالة

الضرر المانع من القسمة

نتاول في هذا المبحث بيان ماهية الضرر المانع من القسمة، وهل هو المانع من الانتفاع، أو نقص القيمة، أو الأضرار معاً. ثم نعرض لتحقيق القول بشأن قسمة ما فيه ضرر، سواء كان الضرر عاماً أم خاصاً. ونستوضح ذلك من خلال النظر في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ماهية الضرر المانع من القسمة

الاتفاق حاصل بين جمهور الفقهاء على: أن الضرر المانع من قسمة الجبر هو: نقصان قيمة النصيب، وعدم الانتفاع به بعد القسمة؛ وذلك بمعنى: أن القائلين بجواز الجبر على قسمة القرعة في المحل الواحد من الرباع والأصول إذا تضرر بها الشركاء أو بعضهم قالوا هنا: إن الضرر المانع من الإيجاب على القسمة يتحقق بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة، أو نقصان القيمة على وجه يتحقق به الضرر الفاحش⁽¹⁾. غير أنهم مختلفون في مدى اعتبار كل منهما ضرراً مانعاً من الإيجاب على القسمة بمعنى: أنه هل يتحقق الضرر المانع من الإيجاب على قسمة القرعة بعدم الانتفاع بالنصيب فيما كان ينتفع به مشتركاً وإن لم تنقص قيمته، أو يتحقق بنقصان القيمة بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا، أو يتحقق بعدم الانتفاع به بوجه من وجوه النفع. ولهذا كان الخلاف بين جمهور الفقهاء في ماهية الضرر المانع من القسمة هل هو نقصان القيمة بالقسمة؟ أو هو ما يتعدى معه انتفاع أحدهما بقسمه منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة؟ أو هو عدم الانتفاع بالنصيب بحال. ولهم في هذا ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

يرى أن الضرر المانع من القسمة هو: ما يتعدى معه انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة. على معنى: أن الضرر المانع من الإيجاب على القسمة يتحقق بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة فيما كان ينتفع به مشتركاً، وإن لم تنقص قيمته. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء: من الحنفية وجمهور المالكية، والأصح عند الشافعية، والرواية الأولى عند الإمام أحمد بن حنبل.

(1) راجع: المبسوط، للسرخسي 51/ 15، وحاشية ابن عابدين 433/ 9، وحاشية الدسوقي 3/ 512، 513، ومعني المحتاج، للشربيني 531/ 4، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة 220/ 11.

فقد جاء في "البنية شرح الهداية": "... وقال علاء الدين الاسبيجاني في "شرح الكافي": "هذا في الحمام الصغير الذي إذا قسم لا يبقى منتفعاً به انتفاع الحمام. فأما إذا بقي نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس، كأنه يقسم لانعدام الضرر"⁽²⁾.

وجاء في "حاشية ابن عابدين": "وشرط لزومها بطلب أحد الشركاء: عدم فوت المنفعة المعهودة بالقسمة وهي ما كانت قبل القسمة... وفي "المجتبي": "حانوت لهما يعلمان فيه طلب أحدهما القسمة، وإن أمكن لكل أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها قسم، وإلا فلا"⁽³⁾.

وفي "الشرح الكبير" يقول الدردير: "وأجبر لها -أي: لقسمة- القرعة كل من الشركاء الأبين إذا طلبها البعض إن انتفع كل من الأبين وغيرهم انتفاعاً تاماً عرفياً بما يراد له". وقال الدسوقي في "حاشيته عليه": "قوله: "انتفاعاً تاماً" أي: بأن يكون انتفاعه بعد القسم مجاناً لانتفاعه من قبل المدخل والمخرج والمرتفق. وإن لم يكن الانتفاع بعد القسم مساوياً لانتفاعه قبله، فالمدار على كون سكناءه بعد القسم كسكنائه قبله، بخلاف ما لو كان القسم يؤدي لعدم سكنائه بل لإيجاره فقط، فلا يجبر حينئذ، ويقسم مرضاً أو مهياً... قوله: "بما يراد له" أي: للانتفاع به كبيت السكنى. ومفهوم الشرط: أنه إذا لم ينتفع كل انتفاعاً تاماً لا يجبر وهو كذلك، وحينئذ فيقسم بالتراضي"⁽⁴⁾.

وجاء في "الحاوي الكبير": "واختلف أصحابنا فيما يعتبر به دخول الضرر على وجهين: أحدهما -وهو قول أبي حنيفة، والظاهر من مذهب الشافعي-: أنه نقصان المنفعة، ولا اعتبار بنقصان المنفعة"⁽⁵⁾.

وفي "المعني": "... اختلفوا في الضرر المانع من القسمة؛ ففي قول الخرقي: هو ما لا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، مثل: أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به. ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به داراً، لم يجبر على القسمة"⁽⁶⁾. واستدل هؤلاء:

بأن كل واحد منهما دخل على الانتفاع بها على وجه الدارية، ففي العدول إلى دون ذلك ضرر وأنه منفي شرعاً. وفي هذا يقول الزركشي: "كدار صغيرة إذا قسمت حصل لكل واحد منهما موضع لا ينتفع به، قال أبو محمد: أو ينتفع به لا على وجه الدارية بل على وجه المخزنية ونحو ذلك... ثم قال: ذلك ضرر، وأنه منفي شرعاً"⁽⁷⁾. هذا فضلاً عن أن نقص المنفعة ضرر يجري مجرى الإلتاف⁽⁸⁾. وفي هذا جاء في "المبدع": "ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار أو لا يمكن أن ينتفع به داراً، فلا إجبار لأنه ضرر يجري مجرى الإلتاف"⁽⁹⁾.

المذهب الثاني:

يرى أن الضرر المانع من القسمة هو: نقص القيمة بالقسم سواء انتفعوا به مقسوماً أو لا، أي: أن الضرر المانع من الجبر على قسمة القرعة هو: نقصان قيمة نصيب أحدهما أو كليهما نقصاً فاحشاً، حتى لو كانت قيمة الدار مائة ولو قسمت عادت قيمة كل نصيب ثلاثين لم تقسم. أي: أن المانع من القسمة هو: أن تنقص قيمة نصيب أحدهما عن حال الشركة، سواء انتفعوا به مقسوماً أم لم ينتفعوا به. وإلى هذا ذهب بعض الحنابلة، وهو الرواية الثانية للإمام أحمد بن حنبل. وهو الوجه الأول في مذهب الشافعية. فقد جاء في "المعني": "وعن أحمد رواية أخرى: أن المانع هو: أن تنقص قيمة نصيب

(2) راجع: العيني 424/ 11.

(3) راجع: حاشية ابن عابدين 422/ 9.

(4) راجع: حاشية الدسوقي 3/ 512.

(5) راجع: الماوردي 251/ 16، 252.

(6) راجع: ابن قدامة 116/ 9.

(7) راجع: شرح الزركشي 294/ 7.

(8) راجع: المعني، لابن قدامة 116/ 9.

(9) راجع: ابن مفلح 122/ 10.

أحدهما بالقسمة عن حال الشركة، سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا⁽¹⁰⁾ . وفي "شرح الزركشي": "وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل: اعتبارهما. قال: كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها"⁽¹¹⁾. وفي "الحاوي الكبير": "والوجه الثاني: أنه يعتبر بكل واحد من نقصان المنفعة أو نقصان القيمة، وهو أشبه لأن في كل واحد منهما ضرر"⁽¹²⁾. واستدل هؤلاء:

بأن نقص قيمة المقسوم بالقسمة ضرر، وهو منتف شرعاً. وقد قال البهوتي: "والضرر المانع من قسمة الإيجاب: نقص قيمة المقسوم بها، لأن نقص قيمته ضرر وهو منتف شرعاً، وسواء انتفعوا به مقسوماً أو لا"⁽¹³⁾. ويقول الزركشي: "إذا مثل ذلك يعد ضرراً، وإنه منتف شرعاً"⁽¹⁴⁾. ونوقش هذا:

بأن اعتبار معيار الضرر هو: نقص القيمة يؤدي إلى بطلان القسمة غالباً؛ فوجب ألا يعتبر. كما أن ضرر نقص القيمة ينجر بزوال ضرر الشركة، فيصير كالمعدوم". أما المذهب الثالث:

فيرى أن الضرر المانع من قسمة الجبر يتحقق بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة بوجه ما من وجوه النفع، أي: سواء كان ذلك بتعذر الانتفاع ذاته أم كان بنقص القيمة بالقسم. فالضرر المانع من قسمة القضاء في المحل الواحد هو: ألا يبقى فيه بعد القسمة نفع بحال، أي: أنه لا ينتفع بنصيبه في جهة أخرى. وإلى هذا ذهب بعض الحنفية، وبعض المالكية. وهو الوجه الثاني عند الشافعية. فقد جاء في "البنية شرح الهداية": "وإذا كان طريق بين رجلين إن اقتسما لم يكن لواحد منهما فيه ممر ولكن لكل واحد منهما بقدر أن يفتح في منزله باباً ويجعله طويلاً من وجه آخر، فأراد أحدهما قسمته بينهما لأنه يقدر على الانتفاع، فملكه من طريق آخر، وليس الشرط بقاؤه منتفعاً به من هذه الجهة، بل بقاؤه منتفعاً في الجملة وإنه حاصل"⁽¹⁵⁾. وقال القرافي: "ومنع عبد الملك إن ضاق على أحدهم، نفعاً لمطلق الضرر. وإن انتفع أقلهم نصيباً بوجه من وجوه النفع، قسم"⁽¹⁶⁾. وجاء في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد": "واختلفوا في هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعة إلى منفعة أخرى مثل الحمام، فقال مالك: يُقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين. وبه قال أشهب"⁽¹⁷⁾. وفي "روضة الطالبين وعمدة المفتين": "والثاني: أنه الذي ينتفع به بعد القسمة بوجه ما، أما ما لا يبقى فيه نفع بحال فلا يُقسم"⁽¹⁸⁾.

واستدل هؤلاء: بأنه إذا انتفع بعد القسمة بوجه ما فقد انتفى ضرر القسمة، لأن الشرط بقاؤه منتفعاً به في الجملة وإنه حاصل. وفي هذا يقول الشريبي: "والمقصود أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها، ولو بإحداث مرافق... وإن احتج إلى إحداث بئر أو مستودع، وتيسر لانتفاء الضرر مع تيسر تدارك ما احتج إليه من ذلك بأمر قريب"⁽¹⁹⁾. وقال الإمام النووي: "لا يشترط فيما يصير لكل واحد إمكان الانتفاع به من الوجه الذي كان"⁽²⁰⁾.

ونوقش هذا: بأن القول بانتفاء الضرر في حالة الانتفاع بالنصيب في جهة أخرى غير التي كانت في حالة الشركة، يتعارض مع المقصود من القسمة، لأن المقصود بالقسمة: تكميل منافع الملك، وفي عدم الانتفاع بالعين في كل الأوجه تفويت لهذه المنافع فلا ينتفي الضرر. هذا فضلاً عن أن القول بانتفاء الضرر ولو بإحداث مرافق يرد عليه ما لو باع داراً لا ممر لها مع إمكان تحصيله ببيع أو إجارة، لم يصح على الصحيح عند الشافعية، فهلا كانت القسمة كذلك؟⁽²¹⁾

الراجح: هو اعتبار الأمرين جميعاً -تعذر الانتفاع ونقص القيمة-؛ وهذا ما قال به الإمام أحمد بن حنبل، وهو الوجه الثاني عند الشافعية؛ فقد قال الماوردي: "والوجه الثاني: أن يعتبر كل واحد من نقصان المنفعة أو نقصان القيمة، وهو أشبه لأن في كل واحد منهما ضرراً". وقال الزركشي: "وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل: اعتبارهما قال: كل قسمة فيها ضرر، لا أرى قسمتها". والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: قسمة ما فيه ضرر

قد يكون الضرر الناتج عن القسمة ضرراً عاماً لا يخص شريكاً دون الآخر، وقد يكون هذا الضرر ضرراً خاصاً يقف أثره عند أحد الشركاء دون غيره. وسنعرض لهذين

الاحتمالين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

قسمة ما فيه ضرر عام

يختلف حكم ما فيه ضرر عام باختلاف ما إذا كانت القسمة قسمة تراض أو كانت قسمة إيجاب، مما يستلزم بحث الأحكام المتعلقة بكل منهما في هذا الخصوص كل على حدة.

أولاً: قسمة التراضي:

اختلف الفقهاء بشأن جواز القسمة التي بها ضرر عام في حالة التراضي وعدم جوازها؛ ولهم في هذا قولان:

القول الأول:

يرى أنه لا يجوز للشركاء أن يقسموا ما فيه إبطال المنفعة بالكلية بالتراضي، ويجوز أن يقسموا ما لا يبطل منفعته بالكلية، وإن أدى إلى نقص المنفعة المقصودة منه. وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية.

وقالوا: إن قسمة ما يبطل نفعه بالكلية إضاعة للمال وإتلاف ملك في غير نفع، فكان سفهاً يستحق به الحجر. أما قسمة ما لا يبطل منفعته بالكلية وإن أدى إلى نقص المنفعة المقصودة منه، ففيه إمكانية الانتفاع بما صار لكل واحد على حدة كالسيف فيتخذ سكيناً ونحو ذلك، وهو وإن كان فيه إتلاف من وجه إلا أنه جوز لأحد الشريكين رخصة لسوء المشاركة⁽²²⁾.

وفي هذا يقول القرافي: "يمنع القسمة تارة لحق الله تعالى للضرر كقسمة المختلقات بالقرعة، أو للربا كقسم الثمار بشرط التأخير إلى طبيها لأنه يبيع طعام بطعام غير معلوم التماثل... أو لإضاعة المال كقسم ياقوته، وتارة لحق آدمي كقسم دار لطيفة وحمام ومصراعي باب. ويجوز بالتراضي إذ للآدمي إسقاط حقه، بخلاف حق الله تعالى فليس له إسقاطه"⁽²³⁾.

أما القول الثاني:

فيرى جواز قسمة ما فيه ضرر عام عن التراضي، سواء بطل نفعه بالكلية أو تغير بعض أوصافه؛ وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة.

وقال هؤلاء: إن الشركاء يملكون الإضرار بأنفسهم عند التراضي، وهذا شأنهم وحدهم لأن الحق لهم ولا يتعداهم إلى غيرهم وهم أدري بحاجاتهم، ولأن الإنسان مخير في استيفاء حقه وإبطاله ما لم يتعلق به حق الغير. والقاضي لا يمنع بالقضاء من يقدم على إتلاف ماله. هذا فضلاً عن أن القسمة لا تخلو من نوع نفع، وهو على الأقل في التخلص من سوء المشاركة⁽²⁴⁾.

الراجح:

ما ذهب إليه المالكية والشافعية من: أنه لا يجوز قسمة ما فيه فساد حتى ولو كان ذلك بالتراضي، وذلك لما فيه من إتلاف المال وإضاعته، لأنه يعد ضرراً بالشركاء جميعاً وهو منهي عنه. أما ما تتغير صفته أو تنقص منفعته، فتجوز قسمته بالتراضي وذلك لإمكان الانتفاع به بوجه من وجوه الانتفاع. والله تعالى أعلم.

ثانياً: قسمة الإيجاب:

اختلف الفقهاء بشأن مدى جواز قسمة القضاء في المحل الواحد إذا تضرر كل واحد من الشركاء بالقسمة المترتب عليها الإضرار، بسبب تبعيضه حتى يصبح لا منفعة فيه؛ ولهم في هذا مذهبان:

المذهب الأول:

يرى عدم جواز قسمة القضاء في المحل الواحد إذا أدت إلى انقسامه إلى ما لا منفعة فيه، وذلك على معنى: أنه يجوز قسمة الجبر في المحل الواحد إذا كان في تبعيضه ضرر بكل واحد من الشركاء. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، وهو الأصح عند الشافعية والحنابلة.

فقد جاء في "المبسوط": "ولو أن بيتاً في دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر، وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه إذا قسم، لم يقسم القاضي بينهما... وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين، لأن في قسمته ضرراً"⁽²⁵⁾.

وجاء في "بدائع الصنائع": "إن كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه، وذلك نحو: اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة، والثوب الواحد والسرج والقوس، والمصحف الكريم، والقباء والجمبة، والخيمة والحائط والحمام، والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى، والفرس والجمال والبقرة والشاة، لأن القسمة في هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعاً، والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار. وكذلك النهر والقناة والعين والبئر... وكذا الباب والساحة والخشبة إذا كان في قطعها ضرر. فإن كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر، جازت"⁽²⁶⁾.

وجاء في "التاج والإكليل": "الذي جرى به العمل عندنا: أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن

(22) راجع: مغني المحتاج، للشربيني 4/ 531.

(23) راجع: الذخيرة 7/ 191.

(24) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 26، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3265.

(25) راجع: السرخسي 15/ 12.

(26) راجع: الكاساني 7/ 19.

(10) راجع: ابن قدامة 9/ 116.

(11) راجع: شرح الزركشي 7/ 295.

(12) راجع: الماوردي 16/ 252.

(13) راجع: كشاف القناع 9/ 3264.

(14) راجع: شرح الزركشي 7/ 294.

(15) راجع: العيني 11/ 425.

(16) راجع: الذخيرة 7/ 193.

(17) راجع: ابن رشد 2/ 266.

(18) راجع: النووي 11/ 217.

(19) راجع: مغني المحتاج 4/ 531.

(20) راجع: روضة الطالبين وعمدة المفتين 11/ 217.

(21) راجع: مغني المحتاج، للشربيني 4/ 531، 532.

صاحبه⁽²⁷⁾. وفي "مواهب الجليل": "ويقسم كل صنف على حذته إذا كان يحصل لأقل الشركاء حصة بشيء ينتفع به، فإن لم يحصل له شيء ينتفع به لم يجبر على القسمة"⁽²⁸⁾.

وجاء في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد": "وقال ابن القاسم: لا يقسم إلا إن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلية عليه في الانتفاع من قبل القسمة، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن... وقال مطرف... إن لم يصرف في حظ كل واحد ما ينتفع به، لم يقسم"⁽²⁹⁾.

وهكذا نص الشافعية على: أنه لا تجوز القسمة للمحل الواحد إذا كانت تلك القسمة تؤدي إلى الإضرار بالجميع بسبب عدم إمكان الانتفاع بكل قسم. فقد جاء في "روضة الطالبين وعمدة المفتين": "وما يبطل القسمة منفعته المقصودة منه كطاحونة وحمام صغيرين إذا امتنع أحدهما، لا يجبره الآخر على أصح الأوجه المشار إليها"⁽³⁰⁾. وجاء في "نهاية المحتاج": "وما يبطل نفعه المقصود كحمام وطاحونة صغيرين بحيث لو قسم كل لم ينتفع به بعد القسمة من الوجه المقصود منه قبلها ولو بإحداث مرفق... لا يجاب طالب قسمة إجباراً في الأصح"⁽³¹⁾.

وجاء في "المغني والشرح الكبير": "والضرر المانع من القسمة هو: نقص القيمة بالقسم في ظاهر كلام الخرقي"⁽³²⁾. واستدل هؤلاء بما يأتي:

(1) قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾⁽³³⁾. فهذه الآية الكريمة ظاهرة في الدلالة على عدم جواز قسمة الجبر في المحل الواحد إذا أدى تقسيمه إلى إلحاق الضرر بالشركاء، لأن الله سبحانه وتعالى نفى المضارة بقوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾⁽³⁴⁾.

(2) بما روي عن عبادة بن الصامت: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁵⁾. وروي عن أبي صرمة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ضار أضر الله به، ومن شاق شق الله عليه»⁽³⁶⁾. فهذان الحديثان يدلان دلالة واضحة على عدم جواز قسمة الجبر في المحل الواحد إذا كان تقسيمه يحدث ضرراً بأحد الشركاء فضلاً عن كليهما، وذلك لأن الضرر مرفوع شرعاً فلم يجبر الممتنع عليها⁽³⁷⁾. وفي هذا يقول الشوكاني: «لأن الضرر ممنوع شرعاً فطلب الجميع للضرر وإن كان كل واحد قد رضي بضرار نفسه، لكن لا حكم لرضائه بضرار غيره»⁽³⁸⁾. وجاء في "شرح فتح القدير": "ويجعل ذلك مداراً لعدم الجبر على القسمة"⁽³⁹⁾. وقد صرح بموجب هذا الحديث مع الآية البابرتي في "شرح العناية" حين قال: "وإن كان كل واحد يستضر لصفره، لم يقسمهما"⁽⁴⁰⁾.

(3) بما روي عن المغيرة بن شعبة قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن: قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»⁽⁴¹⁾. فهذا الحديث نص في عدم جواز قسمة الجبر في المحل الواحد، طالما أدت إلى انقسامه إلى ما لا منفعة فيه لأن فيه إضاعة المال وإتلافه، والقاضي لم ينصب متلفاً⁽⁴²⁾. وقد جاء في "شرح العناية على الهداية": "... القاضي لا يقسم عند الضرر، لأنه لم ينصب متلفاً"⁽⁴³⁾.

(4) أنه إتلاف مال وسفقه يستحق الحجر فلا يجبر عليه، والمعروف: أن ما عم الضرر يقسمه سقط عنه الإيجاب على القسمة. كما أن الضرر يجري مجرى الإلتلاف، فضلاً عن أن القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويها. وفي هذا يقول السرخسي: "لأن الطالب للقسمة بينهما متعنت فإن قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب منهما إنما يقصد التعنت والإضرار بشريكه فلا يجيبه القاضي إلى ذلك"⁽⁴⁴⁾.

هذا بالإضافة إلى أن كل واحد من الشريكين لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع به قبل القسمة، فلا يقسمه القاضي بينهم لأنه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه إضرار. وفي هذا يقول الزيلعي: "وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد إدخال

الضرر على غيره مع ذلك، فلا يجيبه الحاكم إليه لأنه اشتغل بما لا يفيد بل بما يضر"⁽⁴⁵⁾. المذهب الثاني:

يرى جواز قسمة القضاء في المحل الواحد ولو أدت إلى انقسامه إلى ما لا منفعة فيه؛ فالممتنع عن القسمة في المحل الواحد يجبر عليها ولو كان في تبعيه ضرر بالطالب والمطلوب. فقسمة الجبر في المحل الواحد جائزة، ولو لم يصرف لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه. وإلى هذا ذهب الإمام مالك وبعض أصحابه كابن كنانة. وهو القول الثاني عند الشافعية.

واستدل هؤلاء بما يأتي:

(1) قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁽⁴⁶⁾. فقد دلت الآية الكريمة بعمومها على جواز قسمة الأعيان المشتركة سواء كانت قليلة أو كثيرة، وقع على الشركاء ضرر أو لم يقع، بناء على أن الأعيان المشتركة يجوز قسمتها إذا طلب أحد الشركاء القسمة ولو كان الضرر عاماً. وفي هذا يقول القرطبي: "استدل علمائنا بهذه الآية في قسمة المتروك على الفرائض إذا كان فيه تغيير عن حاله كالحمام والبيت وبيدر الزيتون يعنى مكان تخزينه وجمعه فيه، والدار التي تبطل منافعتها بإقرار أهل السهام فيها. فقال مالك: يقسم ذلك وإن لم يكن في نصيب أحدهم ما ينتفع به... وهو قول كنانة وبه قال الشافعي"⁽⁴⁷⁾.

ونوقش هذا:

بان تثبت حق الورثة في التركة وليس فيها تعرض للقسمة، والقسمة تجرى على السنة، والسنة: أنه «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁸⁾. وفي هذا يقول ابن العربي: "فإنه ليس في الآية تعرض للقسمة، وإنما اقتضت الآية وجوب الحظ والنصيب في التركة قليلاً كان أو كثيراً"⁽⁴⁹⁾. وقال القرطبي: "فأما إبراز النصيب فإنما يؤخذ من دليل آخر، وذلك بأن يقول الوارث: قد وجب لي نصيب بقول الله - عز وجل - فمكتونني منه، فيقول شريكه: أما تمكنك على الاختصاص فلا يمكن لأنه يؤدي إلى ضرر بيني وبينك من إفساد المال وتغيير الهيئة وتنقيص القيمة"⁽⁵⁰⁾.

(2) قياس ما فيه ضرر عام بالشركاء على قسمة ما لا ضرر فيه. فكما صح قسمة ما لا ضرر فيه، فيصح كذلك قسمة ما فيه ضرر⁽⁵¹⁾.

ونوقش هذا:

بأنه قياس مع الفارق لأن قسمة ما لا ضرر فيه يترتب عليه انتفاع كل شريك بما صار له بالقسمة، وقسمة ما فيه ضرر يترتب عليه تفويت المنفعة المقصودة منه⁽⁵²⁾.

الراجح:

هو أنه ما كان في قسمته وتبعيحه ضرر عام فإنه لا تجوز هذه القسمة جبراً، سواء أدت القسمة إلى فساد المقسوم كله أو إلى نقص المنفعة المقصودة منه؛ وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولأن قسمة ما فيه ضرر يترتب عليه تفويت المنفعة المقصودة منه على جميع الشركاء، وفي هذا ضرر والضرر منهي عنه. وفي هذا يقول ابن عابدين: "ولذا لا يقسم بينهم إن تضرر الكل وإن طلبوا... وحينئذ فيأمر القاضي بالمهاياة"⁽⁵³⁾. وبمثل هذا قال القرطبي: "والأظهر: سقوط القسمة فيما يبطل المنفعة وينقص المال"⁽⁵⁴⁾.

الفرع الثاني

قسمة ما فيه ضرر خاص

اتفق الفقهاء على جواز أن يقوم الشركاء بقسمة ما بينهم برضاهم ولو كان في هذه القسمة ضرر بأحدهم ونفع للآخرين، كما لو كانت دار بين ثلاثة: لأحدهم الثلثان وللآخرين الثلث؛ فاقسموا الدار برضاهم. فإن القسمة تكون جائزة ولو لم ينتفع صاحب الثلث بنصيبها لقلته، لأنهما قد رضيا بالضرر بأنفسهما، ولا ضرر على صاحب الثلثين. غير أن الخلاف حاصل بين الفقهاء بشأن قسمة الإيجاب إذا كان الضرر خاصاً ببعض الشركاء لقلته سهمه، وانتفع البعض الآخر لكثرة سهمه. ولهم في هذا أربعة مذاهب:

المذهب الأول:

يرى عدم جواز قسمة القضاء -الجبر- في المحل الواحد إذا أدت القسمة إلى انتفاع بعض الشركاء دون بعض. وذلك بمعنى: عدم جواز قسمة الجبر إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلية عليه من قبل القسمة، سواء كان طالب القسمة صاحب النصيب القليل أو الكثير. فإذا لم يحصل لأقل الشركاء حصة بشيء ينتفع به انتفاعاً تاماً، لم يجبر على القسم. وإلى هذا ذهب جمهور فقهاء المالكية، والحنابلة. وهو القول الثاني عن الشافعية، والأصح عند الحنفية إذا كان طالب القسمة هو المستضر بها

(45) راجع: تبين الحقائق شرح كرز الدقائق 6/ 409.

(46) راجع: سورة النساء من الآية 7.

(47) راجع: الجامع لأحكام القرآن 5/ 32.

(48) راجع: المنتقى شرح موطأ مالك، للبايجي 6/ 53 - 57، وبداية المجتهد

ونهاية المقتصد، لابن رشد 2/ 266.

(49) راجع: أحكام القرآن 1/ 427.

(50) راجع: الجامع لأحكام القرآن 5/ 32.

(51) راجع: المنتقى شرح موطأ مالك، للبايجي 6/ 56.

(52) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 492.

(53) راجع: حاشية ابن عابدين 9/ 433.

(54) راجع: الجامع لأحكام القرآن 5/ 33.

(27) راجع: المواقي 5/ 346.

(28) راجع: الخطاب 5/ 338.

(29) راجع: ابن رشد 2/ 266.

(30) راجع: النووي 11/ 203.

(31) راجع: الرملي 8/ 285.

(32) راجع: ابن قدامة 11/ 494.

(33) راجع: سورة: النساء: الآية 12.

(34) راجع: أحكام القرآن، لابن العربي 1/ 453.

(35) راجع: سنن ابن ماجه 2/ 784، برقم 2340.

(36) راجع: المرجع السابق 2/ 785، برقم 2342.

(37) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 490.

(38) راجع: السبل الجرار، صفحة 613.

(39) راجع: ابن الهمام 9/ 438.

(40) راجع: شرح العناية على الهداية 9/ 437.

(41) راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للعسقلاني 5/ 83.

(42) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 492.

(43) راجع: البابتري 9/ 437.

(44) راجع: المبسوط 15/ 13.

والمطلوب هو المنتفع.

فقد جاء في "الذخيرة": "... في قسمة البيت الصغير... ومنع عبد الملك إن ضاق على أحدهم، نفعاً لمطلق الضرر" (55). وجاء في "المدونة الكبرى": "قول سحنون: رأيت إن كان أحدهم قليل النصيب فكان الذي يصير له من الساحة قُدْر مدخله ومخرجه وقدر طريقه فقط، وبقيتهم يصير حظ كل واحد منهم من الساحة ما ينتفع به فأردوا القسمة؟ قال: لا تنقسم الساحة، لأن القليل النصيب إن اقتسموا لم يرتفع بأكثر من المدخل والمخرج وهم يرتفعون بأكثر من ذلك، وإنما مرتفع الساحة بينهم كلهم القليل النصيب والكثير النصيب في ذلك سواء في الانتفاع بالساحة" (56). وجاء في "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير": "وأجبر لها أي: القسمة- الفرعة كل من الشركاء الآبين إذا طلبها البعض إن انتفع كل من الآبين وغيرهم انتفاعاً تاماً عرفياً بما يراد له... ومفهوم الشرط أنه إذا لم ينتفع كل انتفاعاً تاماً لا يجبر، وهو كذلك" (57).

وفي "كشاف القناع": "فإن تضرر بها أحد الشريكين وحده كرب الثلث مع رب الثلثين فطلب أحدهما القسمة، لم يجبر الممتنع ولو كان الطالب هو المتضرر" (58). وفي "المغني والشرح الكبير": "مسألة: وإن كان الضرر على أحدهما دون الآخر كرجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ينتفع صاحب الثلثين بقسمها ويتضرر الآخر، فطلب من لا يتضرر القسم لم يجبر الآخر عليه، وإن طلبه الآخر أجبر عليه الأول" (59). وجاء في "مغني المحتاج": "... والثاني: المنع لضرر شريكه" (60). وقد ورد التصريح بالأصح عند الحنفية، وأنه موافق لما عليه أصحاب هذا الرأي على نحو ما ذكر صاحب "المبسوط" حين قال: "وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة" (61). وقال الشوكاني: "فإن كان انتفاعه يستلزم إنزال الضرر بغيره فلا يجاب" (62).

وهكذا يتقرر ما استقر عليه أنصار هذا المذهب من القول بعدم جواز قسمة القضاء في المحل الواحد، إذا أتت إلى انتفاع بعض الشركاء دون بعض: واستدلوا على هذا بما يأتي:

(1) ما روي عن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: «لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم، يقول لا يبعض على الوارث» (63). وتعضية الشيء هي: تفرقه (64). والحديث ظاهر الدلالة على عدم جواز قسمة الجبر في المحل الواحد، إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلية عليه بسبب القسمة؛ وذلك لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد نفى التعضية في الحديث الصريح في عدم جواز الجبر على هذا النوع من القسمة (65). ونوقش هذا:

بأنه لا يصح الاستدلال به، وذلك لما ذكره الذهبي من أن في إسناده صديق بن موسى بن عبد الله بن الزبير وهو ليس بالحجة، ولما ذكره ابن حزم من أن هذا خبر مرسل رويناه عن طريق بن وهب عن ابن جرير عن صديق بن موسى عن محمد بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه، ثم إنه لو صح لكان حجة لنا لأن التعضية مأخوذة من قسمة الأعضاء وإنما الأعضاء للحيوان فقط ولا خلاف في عدم جواز قسمة الجبر فيه (66).

(2) ما روي من قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «لا ضرر ولا ضرار»، وقوله -صلى الله عليه وسلم-: «من ضارَّ أضَّر الله به، ومن شاقَّ شقَّ الله عليه». فهذان الحديثان يدلان دلالة واضحة على عدم جريان جبر القاضي على قسمة الفرعة في المحل الواحد إذا كان في تبعيضه ضرر بأحد الشركاء، لأن الضرر مرفوع شرعاً فالقاضي لا يملك الجبر على الإضرار، فلم يجبر الممتنع عليها. وفي هذا يقول ابن نجيم: "وقسره في المغرب": بأنه لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزءاً" (67).

(3) ما روي عن المغيرة بن شعبة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه: «نهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال». فالحديث يدل صراحة على عدم جواز قسمة القاضي في المحل الواحد إذا كان في تبعيضه ضرر ببعض الشركاء، لأن في هذه القسمة إضاعة للمال المنهَى عنها (68). ونوقش هذا:

بأن القياس على انقسام المحل الواحد إلى ما لا منفعة فيه: قياس مع الفارق، لأن تلك القسمة ليس فيها منفعة لأحدهما بل فيها ضررهما، بخلاف هذه القسمة لأنه 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 يقضي به دينه (69). وفي هذا يقول الكاساني: "... لأن هناك تقع القسمة إضراراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضى بالضرر، والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار؛ فهو الفرق" (70).

هذا فضلاً عن عدم تسليم القول بأنها قسمة تقع على ضرر، والقاضي لا يجبر الشركاء على مثله. وذلك لأن طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إبطال حقه. والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يُعد ضرراً، فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل، لأن المحكوم عليه لا بد له من الضرر، لو كان ذلك مانعاً من الحكم بالعدل لما وصل أحد إلى حقه (71).

(4) إن هذه القسمة إضاعة للمال، وقد نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- عن ذلك. ويتقرر هذا من أنه إذا كان منهيماً عن إضاعة ماله إضاعة مال غيره أولى، فلا يستباح أن يضر بالقسمة صاحبه يجبره عليها كما لو استضرراً معاً فإذا كانت القسمة غير ممكنة أو كانت ممكنة ولكن الشريك لا ينتفع بنصيبه منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة، فلا يجبر الشريك على القسمة والقبول. هذا فضلاً عن أن المقصود بالقسمة: تحصيل المنفعة لا تفويتها، والمعتبر في القسمة: المعادلة بين الشركاء في المنفعة. فإذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة، فهذه قسمة تقع على ضرر، والقاضي لا يجبر الشركاء على مثله، كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة. وذلك على معنى: أن المقصود بالقسمة: تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها، والمعتبر فيها: المعادلة بينهم في المنفعة. وإذا أدت القسمة إلى الإضرار ببعض، لم تكن مشروعة لأنها تقع على ضرر، فكان الجميع لا ينتفع (72).

المذهب الثاني:

يرى جواز قسمة القضاء في المحل الواحد إذا كان طالب القسمة منتفعاً بفسمة الجبر في المحل الواحد جائزة إذا كان طالب القسمة هو صاحب النصيب الكثير، على معنى: أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته، فإن القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط. وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الأصح عندهما، وبه قال القاضي من الحنابلة. وهو رواية عن أحمد، واختاره جماعة، وحكاها القرافي عن مطرف من أصحاب مالك.

وفي هذا يقول المرغيناني: "وإن كان ينتفع أحدهم ويستضرر به الآخر لقلته نصيبه، فإن كان صاحب الكثير قسم" (73). وقال الباجي: "قال مطرف: والذي أخذ به إن كان لبعضهم في ذلك منفعة لسعة سهمه وبعضهم لا ينتفع به لضيق سهمه، فيقسم بينهما كما قال مالك: ولا يُمنع أحد الانتفاع بملكه لتضرر غيره" (74). وجاء في "مغني المحتاج": "ولو كان له مثلاً: عُشْر دار لا يصلح -أي: العشر- للسكنى والباقي للأخر يصلح لها ولو بضم ما يملكه بجواره، فالأصح المنصوص: إيجاب صاحب العشر بطلب صاحبه" (75). وجاء في "الإنصاف": "وقال القاضي: إن طلبه الأول -صاحب الكثير- أجبر الآخر، وإن طلبه المضروب صاحب القليل لم يجبر الآخر. وهو رواية عن الإمام أحمد -رحمه الله- (76)؛"

واستدل هؤلاء بما يأتي:

(1) أن القسمة في حق صاحب الكثير مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك، وفي حق صاحب القليل تقع منعاً له من الانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلته نصيبه، فكانت القسمة في حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه، فجازت (77). وجاء في "نهاية المحتاج": "ولو كان له عُشْر دار... لا يصلح لسكنى... والباقي لأخر وهو يصلح لذلك، فالأصح: إيجاب صاحب العشر بطلب صاحبه لانتفاعه، وضرر صاحب العشر إنما نشأ من قلته نصيبه" (78).

وهذا فضلاً عن أن صاحب الكثير طلب إفراز نصيبه الذي لا يستصر بتمييزه، فوجبت إجابته إليه كما لو كان لا يستضر بالقسمة (79). كما أنه لا يمنع أحد الانتفاع بملكه لتضرر غيره (80). وفي هذا يقول الماوردي: "إن كان طالب القسمة منتفعاً أجبر عليها الممتنع وإن استضر، لما قدمنا من العلتين:

(69) راجع: المغني، لابن قدامة 9/ 117.

(70) راجع: بدائع الصنائع 7/ 21.

(71) راجع: البحر الرائق، لابن نجيم 8/ 274، ومغني المحتاج، للشربيني 4/ 532، والذخيرة، للقرافي 7/ 193، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3264.

(72) راجع: المبسوط، للسرخسي 15/ 13، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي 6/ 409، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 492.

(73) راجع: الهداية شرح بداية المبتدي 9/ 435.

(74) راجع: المنتقى شرح موطأ مالك 6/ 56.

(75) راجع: الشربيني 4/ 532.

(76) راجع: المرادوي 11/ 312.

(77) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 21، ومغني المحتاج، للشربيني 4/ 532، والمغني، لابن قدامة 9/ 117.

(78) راجع: الرملي 8/ 285.

(79) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 495.

(80) راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 193.

(55) راجع: القرافي 7/ 193.

(56) راجع: المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس 5/ 521.

(57) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/ 512.

(58) راجع: البهوتي 9/ 3264.

(59) راجع: ابن قدامة 11/ 491.

(60) راجع: الشربيني 4/ 532.

(61) راجع: السرخسي 15/ 12، 13.

(62) راجع: السيل الجرار، صفحة 613.

(63) راجع: السنن الكبرى، للبيهقي 10/ 225، 226.

(64) راجع: لسان العرب، لابن منظور 9/ 264.

(65) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد 2/ 266، والجامع لأحكام

القرآن، للقرطبي 5/ 33.

(66) راجع: المحلى بالآثار، لابن حزم 8/ 132.

(67) راجع: الأشباه والنظائر 1/ 86.

(68) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 496.

إحداهما: كمال تصرفه على اختياره. والثانية: انفراد يده من سوء المشاركة⁽⁸¹⁾.
ونوقش هذا:

بأن القول بأنه إن كان الطالب للقسمة منتفعاً أجبر عليها الممتنع وإن استصر،
يتعارض مع مقصود القسمة؛ لأن المقصود بالقسمة دفع الضرر فلم يجز أن يدخلها إجبار
بدخول الضرر. وقد جاء في بعض الأخبار: أن النبي صلى الله عليه وسلم - (نهى عن
قسمة الضرار)⁽⁸²⁾.

(2) أن الطالب للقسمة يطلب الإنصاف من القاضي ولا يتعنت لأنه يطلب منه أن
يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للإنصاف؛ فطلى
القاضي أن يجيبه إلى ذلك⁽⁸³⁾. وفي هذا يقول الزيلعي: "ووجهه: أن صاحب الكثير يطلب
من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب
الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه؛ فوجب على القاضي أن يجيبه
إليه لأنه نَصَب لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم"⁽⁸⁴⁾.

(3) القياس على المطالب بقضاء الدين بجامع الجبر في كل، فكما يجبر المدين على
قضاء الدين وإن كان مضرراً، فكذلك يجبر الشريك على القسمة لدفع الضرر عن
شريكه. وفي هذا يقول ابن مفلح: "كما كان لا يتضرران، ولأنه يطالب بحق كقضاء
الدين"⁽⁸⁵⁾.

ونوقش هذا:

بأن القياس على قسمة ما لا يستتران بقسمته قياس مع الفارق، وذلك لأن هذه
قسمة فيها ضرر، والمتفق عليه: أن الضرر مانع من القسمة، وأن الضرر في حق
أحدهما مانع ولا يجوز أن يكون المانع هو ضرر الطالب لأنه مرضي به من جهته فلا
يجوز كونه مانعاً كما لو تراضيا عليها مع ضررها أو ضرر أحدهما؛ فتعين الضرر المانع
في جهة المطلوب⁽⁸⁶⁾.

المذهب الثالث:

يرى وجوب الجبر على القسمة بالقرعة مطلقاً أي: سواء كان طالب القسمة صاحب
النصيب الكثير أو القليل. فقسمة القضاء في المحل الواحد واجبة إذا طلبها أحد الشركاء
في المحل الواحد، حتى ولو صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع
به، سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير. وإلى هذا ذهب الإمام مالك
وبعض أصحابه كإبن كنانة ومطرف وإبن الماجشون، وبعض الحنفية إذا كان طالب
القسمة هو المستتر. وهذا رواية ثالثة عن الإمام أحمد، وهو القول الثاني عند الشافعية.
فقد جاء في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد": "وقال ابن الماجشون: يقسم إذا
صار لكل واحد منهم ما ينتفع به، وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك
أو كانت أقل"⁽⁸⁷⁾. وجاء في "الذخيرة": "ومنع عبد الملك - يعني ابن الماجشون - إن
ضاق على أحدهم نفعاً لمطلق الضرر وإن انتفع أقلهم نصيباً بوجه من وجوه النفع قسم...
وقيل: لا تقسم إلا أن يدعو إلى ذلك صاحب النصيب القليل... قال مالك: ولا يمنع أحد
الانتفاع بملكه لتضرر غيره"⁽⁸⁸⁾. وجاء في "المدونة": "قال سحنون: قلت: ما قول
مالك في البيت الصغير يكون بين قوم، فيكون في نصيب أحدهم ما لا ينتفع به إذا قسم
أيقسم أم لا؟ قال: قال مالك: يقسم أو كان في نصيب أحدهم ما لا ينتفع به بينهم، لأن
الله تبارك وتعالى قال في كتابه: □ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا □⁽⁸⁹⁾. فالقليل
النصيب في هذا والكثير النصيب في هذا سواء، يقسم عليهم إذا طلبوا القسمة ولا يلتفت
إلى قليل النصيب ولا إلى كثير النصيب"⁽⁹⁰⁾. وجاء في "بدائع الصنائع": "... وإن طلب
صاحب القليل القسمة، فقد ذكر الحاكم الجليل في "مختصره": أنه يقسم"⁽⁹¹⁾. وفي
"شرح فتح القدير": "وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره": أن أيهما طلب القسمة،
يقسم القاضي"⁽⁹²⁾. وجاء في "مغني المحتاج": "والثاني: يجبر لتمييز ملكه"⁽⁹³⁾،
والمقصود بالثاني عندهم: مقابل الأصح⁽⁹⁴⁾.

واستدل هؤلاء بما يأتي:
(1) قوله تعالى: □ لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا
تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا □⁽⁹⁵⁾. فهذه الآية نص في:
وجوب القسمة بالقرعة في المحل الواحد مطلقاً، سواء كان طالب القسمة صاحب النصيب

الكثير أو القليل، لأنها قررت لكل شريك نصيباً فمن حقه طلب القسمة لتمييز ملكه، ويجبر
الممتنع عليها⁽⁹⁶⁾.

ونوقش هذا:

بأن الاستدلال بهذه الآية هنا غير مسلم لأنه خارج عن محل النزاع، باعتبار أن
الآية ليس فيها تعرض للقسمة، وإنما اقتضت وجوب الحظ والنصيب للصغير والكبير قليلاً
كان أو كثيراً، رداً على أهل الجاهلية.

(2) ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه
وسلم - : «اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله، فما تركت الفرائض فإولئى رجل
ذكر»⁽⁹⁷⁾. وما روي عن أبي أمامة الباهلي - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله - صلى
الله عليه وسلم - يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا
وصية لوارث»⁽⁹⁸⁾.

فهذان الحديثان يدلان دلالة واضحة على: وجوب القسمة بالقرعة في المحل الواحد
مطلقاً، سواء كان طالب القسمة صاحب النصيب الكثير أو القليل؛ وذلك لأن رسول الله -
صلى الله عليه وسلم - أمر بأن يقسم المال ويعطى كل ذي حق حقه، فوجب أن ينفذ ذلك
ويقضى به لكل من طلب حقه. وفي هذا يقول ابن حزم: "وأمر رسول الله - صلى الله عليه
وسلم - بأن يعطى كل ذي حق حقه برهان قاطع في وجوب القسمة إذا طلب ذو الحق
حقه"، ثم قال: "ويجبر الممتنع فيهما عليها"⁽⁹⁹⁾.

ونوقش هذا: بأن هذا الاستدلال يقف عندما لا يكون في القسمة ضرر على أحد
الشركاء، لأن المقصود بالقسمة في الأساس هو: دفع الضرر. فلو كان فيها ضرر، فلا
يدخلها الإيجاب. وقد ورد في الخبر: أن النبي صلى الله عليه وسلم - (نهى عن قسمة
الضرار)⁽¹⁰⁰⁾.

(3) أنه إذا طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه، وإن طلبها صاحب
الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه، فيجيب كل واحد منهما على طلبه هذا فضلاً عن أنه
طلب دفع ضرر الشركة عن نفسه بأمر لا ضرر فيه على صاحبه، فأجبر عليه كما لا ضرر
فيه. أي: أن ضرر الطالب مرضي به من جهته فسقط حكمه، والآخر لا ضرر عليه فصار
كما لا ضرر فيه⁽¹⁰¹⁾. وفي هذا يقول ابن مفلح: "لأن ضرر الطالب رضي به سقط حكمه،
والآخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه"⁽¹⁰²⁾.

ويضاف إلى هذا: أنها قسمة لا ضرر فيها على أحدهما، فأجبر الممتنع كما لو كان
الضرر على الممتنع دون الطالب⁽¹⁰³⁾. وجاء في "الحاوي الكبير": "فأما إن كان طالب
القسمة هو المستتر بها والمطلوب هو المنتفع بها، فقد اختلف أصحابنا في إجابة
الطالب إليها وإجبار المطلوب عليها على وجهين: أحدهما: يجبر على القسمة لانتفاء
الضرر عن المطلوب"⁽¹⁰⁴⁾.

ومما يقرّر هذا عقلاً: أن شريكه مالك طلب إفراز نصيبه الذي يستتر بتمييزه،
فوجب إجابته إلى ذلك كما أنه لا ضرر في هذه القسمة في حق صاحب الكثير بل له فيه
منفعة، فكان في الإبراء متعنتاً فلا يعتبر إباحه. وصاحب القليل قد رضي الضرر حيث طلب
القسمة، فيجبر عليها كما إذا لم يكن في تبعيضه ضرر بأحدهما أصلاً⁽¹⁰⁵⁾.

ونوقش هذا:

بأن القول بأن طلب صاحب القليل يجعله راضياً بضرار نفسه غير مسلم، وذلك لأن
رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً، وإنما الملزم هو طلبه للإنصاف من القاضي
واتصاله إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل⁽¹⁰⁶⁾. وقد جاء في
"المجموع شرح المهذب": "والثاني: أنه لا يجبر وهو: الصحيح؛ لأنه يطلب ما لا
يستتر به فلم يجبر عليه..."⁽¹⁰⁷⁾. وقال الماوردي: "والوجه الثاني: لا يجبر عليها
لدخول الضرر على طالبها"⁽¹⁰⁸⁾.

هذا بالإضافة إلى أن القياس على ما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب:
قياس مع الفارق، لأنه يطلب ما ينتفع به، وهذا يطلب ما يستتر به وهو سفة فلا يجاب
إليه. وفي هذا يقول النووي: "ويخالف ما إذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ما
ينتفع به، وهذا يطلب ما يستتر به وذلك سفة؛ فلم يجبر الممتنع"⁽¹⁰⁹⁾. ويمثل هذا جاء
في "المغني والشرح الكبير": "ولأن طلب القسمة من المستتر سفة، فلا يجب إجابته

(96) راجع: مغني المحتاج، للشربيني 4/ 536، والمدونة الكبرى، للإمام مالك بن
أنس 5/ 517، وشرح العناية على الهداية 9/ 435.
(97) راجع: سنن ابن ماجه 2/ 915، برقم 2740.
(98) راجع: سنن ابن ماجه 2/ 905، برقم 2713.
(99) راجع: المحلى بالآثار 8/ 128.
(100) راجع: الحاوي الكبير، للماوردي 16/ 266.
(101) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 495.
(102) راجع: المبدع شرح المقنع 10/ 123.
(103) راجع: المجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 440.
(104) راجع: الماوردي 16/ 251.
(105) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 20، 21.
(106) راجع: المبسوط، للسرخسي 15/ 13.
(107) راجع: النووي 22/ 429.
(108) راجع: الحاوي الكبير 16/ 251.
(109) راجع: المجموع شرح المهذب 22/ 429.

(81) راجع: الحاوي الكبير 16/ 251.
(82) راجع: المرجع السابق 16/ 266. والحديث عن سليمان بن موسى عن نصير
مولى معاوية، أخرجه البيهقي في سننه 11/ 226.
(83) راجع: المبسوط، للسرخسي 15/ 13.
(84) راجع: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق 6/ 410.
(85) راجع: المبدع شرح المقنع 10/ 122.
(86) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 495.
(87) راجع: ابن رشد 2/ 266.
(88) راجع: القرافي 7/ 193، 194.
(89) راجع: سورة: النساء من الآية 7.
(90) راجع: المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس 5/ 517، 518.
(91) راجع: الكاساني 7/ 20.
(92) راجع: ابن الهمام 9/ 435.
(93) راجع: الشربيني 4/ 421.
(94) راجع: المجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 440.
(95) راجع: سورة: النساء من الآية 7.

إلى السّفه⁽¹¹⁰⁾.

ومن ناحية أخرى: فإنّ القياس على ما لو كان طالب القسمة هو صاحب النصب الكثير: قياس مع الفارق، لأنّ صاحب النصب الكثير يطلب الإنصاف من القاضي ولا يتعنت لأنه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب للإنصاف؛ فعلى القاضي: أن يجيبه إلى ذلك، بخلاف ما إذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لأنه متعنت في طلب القسمة، والقاضي يجيب المتعنت بالرد.

وقد ذكر هذا السرخسي حين قال: "بوضحه -يعني الفارق-: أنّ بعد القسمة وإنّ تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه، فذلك لقلّة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الأكبر وذلك لا يعتبر في حق صاحب الكبير، فيصير هذا في حقه، وما إذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء"⁽¹¹¹⁾.

الراجع:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم جواز جبر الممتع عن القسمة مطلقاً، سواء كان طالب القسمة صاحب النصب الكثير أو القليل، وذلك لدخول الضرر على كل منهما، غير أن هذا الترجيح يراعى فيه عدم التعسف بين الشركاء في استخدام هذا الحق وهو: عدم الإيجاب على القسمة عند طلبها من أحد أطراف الشركة، بحيث إنه إذا ظهر تعسف شريك الطالب للقسمة في الاستجابة لطلب شريكه بدون وجه حق فالأمر هنا متروك لتدخل القاضي بما له من سلطة تقديرية، ومن خلال ما يظهر في كل حالة على حدة. وهنا قد يحكم بالإيجاب على القسمة لما استبان له من تعسف الخصم، وليس هذا جبراً بالمعنى الحقيقي، بل وسيلة لدفع ظلم ذلك التعسف. والله تعالى أعلم وأحكم

المراجع :

1. أحكام القرآن، لابن العربي
2. الأشياء والنظائر للسيوطي
3. البحر الرائق، لابن نجيم
4. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد
5. بدائع الصنائع، للكاساني
6. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي
7. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي
8. حاشية ابن عابدين لمحمد أمين بن عمر عابدين
9. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
10. الذخيرة، للقرافي
11. روضة الطالبين وعمدة المفتين
12. سنن ابن ماجة للقزويني
13. السنن الكبرى، للبيهقي
14. السيل الجرار للشوكاني
15. شرح العناية على الهداية للبارتني
16. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للعسقلاني
17. كشف القناع، للبهوتي
18. لسان العرب، لابن منظور
19. المبدع شرح المقنع
20. المبسوط، للسرخسي
21. المجموع شرح المهذب، للنووي
22. المحلى بالآثار، لابن حزم
23. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس
24. مغني المحتاج، للشربيني
25. المغني والشرح الكبير، لابن قدامة
26. المنتقى شرح موطأ مالك، للبايجي

⁽¹¹⁰⁾ راجع: ابن قدامة 11 / 496.

⁽¹¹¹⁾ راجع: المبسوط 13 / 15.