الوفاء في قسمة القضاء (2)

بحث في فقه المعاملات

د/ عبد الناصر خضر ميلاد
قسم الفقه وأصوله
كلية العلوم الإسلامية – جامعة المدينة العالمية
شاه علم - ماليزيا
Abdul.nasir@mediu.edu.my

خلاصة:

هذا البحث يحاول التكييف الفقهي لمسألة القسمة، وتحديد نوعيتها.

الكلمات المفتاحية: التكييف الفقهي للقسمة

I. المقدمة

اختلفت آراء الفقهاء في تعيين نوعية القسمة وخاصة قسمة الأعيان هل هي من بيع؟ أم إفراز حق وتميز له؟ على ثلاثة مذاهب، وهذا البحث يأتي هنا ليدرس هذه الآراء ويناقشها للتوصل إلى القول الراجح في ذلك.

II. موضوع المقالة

التكييف الفقهي للقسمة

اختلف الفقهاء بشأن وصف وتكييف القسمة خاصة قسمة الأعيان، وهل هي بيع؟ أم إفراز حق وتمييزه؟ ولهم في هذا ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يرى أنّ القسمة تمييز حق في مشاع بين الشركاء، بمعنى: أنها إفراز حقّ أحدِهما من الآخَر، وليست بيعاً. فالقسمة بناءً على هذا المذهب: تمييز أحد النصيبيْن عن الآخَر، وهي قائمة بنفسها وليست بيعاً ولا صُلحاً. وقد ذهب إلى هذا: جمهور المالكية، ومشهور مذهب الحنابلة، وهي القول الثاني عند الشافعية[1].

واستدلّ هؤلاء:

بأن القسمة تُخالف البيع في أمور مهمّة. فقسمة الأعيان لا تحتاج إلى لفظ التملّك، ولا تجب فيها الشفعة، ويدخلها الإجبار، وتلزم بإخراج القرعة، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخَر. والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك؛ ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وصيغتها وأحكامها، فلم تكن بيعاً[2].

المذهب الثاني: يرى أنّ القسمة بيع من البيوع؛ وبه قال الإمام مالك، وهو المشهور عن المالكية، وبعض الشافعية في القول الأوّل عندهم، وهو مقابل المشهور عند الحنابلة[3].

واستدل هؤلاء:

بأنّ كلّ واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخَر، لأنه لما انفرد ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخَر. كما أن التزامه عدم التعديل في قسمة المراضاة رضىً بالتفاوت، وهذا يُعدّ بيعاً باتّفاق العلماء.

هذا فضلاً عن أنّ كلّ واحد يعوّض عن الثاني فيما أخذه شريكه الثاني مما أخذه لشريكه؛ وهذا هو حقيقة البيع، وذلك على معنى أنّ كل جزء من العين مشترك بينهما، فإذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقّه بما حصل له من حق صاحبه، أي: أنه ما من جزء من المال إلا وكان مشتركاً بينهما، فإذا اقتسماه باع كلّ منهما ما كان له في حصة صاحبه بمال في حصته[4].

ونوقش هذا:

(1) بأن القسمة لو كانت بيعاً لما قسم الصحابة -رضي الله عنهم- البقر والإبل المذبوحة عن سبع، فضلاً عن أن بيع لحوم القُرب حرام.

ودفع هذا: بأن هذا مستثنى من القسم للضرورة وتوسعة على الناس في التقرب[5].

(2) أن القرعة والإجبار ينافيان البيع لاشتراط الرضى فيه.

ودفع هذا: بأنّ الرضى قول يشترط في البيع لدفع الضرر، وهو ما شرعت القسمة لإزالته ودفعه؛ فيقاس الإجبار في القسمة على الأخذ بالشفعة وبيع مال المفلس[6].

(3) أنه لو كان ذلك بيع لكان قبض طعام السّلَم والديون بيعاً، فيلزم بيع الطعام قبل قبضه وبيع المؤجل في الذمم بالمعجّل وصرف ما في الذمم قبل حلوله بجواز تعجيل الدَّين قبل أجله؛ بل هذا أوْلى بالبيع فإنّ عين ما أخذ لم يكن له فيه ملك، والمقاسم كان يملك فيما أخذ نصيباً. وفي هذا يقول الزيلعي: "ولهذا جعل عين حقّه في القرض والصّرف والسّلم لأنه لو كان مبادلة لما صحّ في القرض للافتراق قبل قبض أحد العوضين، ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما، وكذا في قضاء الدَيْن جعل المقبوض عين حقه حتى يجرى فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى وإذ لا يجبر أحد على المعاوضة. وكذا جاز لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو كان مبادلة لما جاز"[7].

ودفع هذا: بأنّ المستحق في السّلَم والديون حقيقة مطلقة تجب على المديون بعينها في معيّن ليحصل الإقباض؛ وهذه الحقيقة لم تنتقل عنها إلى غيرها، فما وجد معنى المعاوضة. أما في القسمة فكلّ واحد من نصف الدار لزيد فيه حق شائع، عاوض عن أحد الشائعين بالآخَر، فتقرر معنى البيع[8].

(4) أنّ القول بأن القسمة بيع مطلقاً غير مسلّم، وذلك لأن عين ما أخذ له فيه حصّة قبل القسم وهي بعد القسمة باقية له، فلم يعاوض فيها؛ وذلك على معنى: أن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه إلا إفراز محض، لأن الإفراز هو أن يقبض عين حقه. ولا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه إفراز محض[9].

المذهب الثالث: يرى أنّ القسمة مبادلة وإفراز؛ وهذا ما ذهب إليه الحنفية[10]، وذلك على معنى: أنه إفراز من وجْه ومعاوضة من وجْه آخَر[11].

وقالوا: إنه ما من جزء معيّن بين شريكيْن أو أكثر إلا وهو مشتمل على النصيبيْن فيما يأخذه كلّ واحد منهما، بعضه كان مملوكاً له لم يستفده من صاحبه، وبعضه الآخَر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما بقي من حقه في يد صاحبه. فكانت القسمة في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه إفرازاً، لأنه اجتمع له وتميز بعد أن كان شائعاً. وبالنظر إلى المعنى الآخَر كان مبادلة، لأنه أخذه عوضاً عمّا تركه له؛ وهذا هو معنى البيع. وإنما غلب في قسمة المثلي معنى الإفراز، لأن نصف ما أخذه كلّ واحد من الشريكين مثل ما ترك لصاحبه باعتبار القيمة، وأخْذ المثْل كأخذ العيْن حُكماً؛ فضعف معنى

---

[1] راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 197، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد 2/ 265، ومواهب الجليل، للحطاب 5/ 335، وحاشية الدسوقي 3/ 500، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 214، والمجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 426، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3263.

[2] راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 491، والمجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 426، 427، والذخيرة، للقرافي 7/ 199، ومغني المحتاج، للشربيني 4/ 536.

[3] راجع: مواهب الجليل، للحطاب 5/ 335، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد 2/ 265، والمجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 426، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي 5/ 1716.

[4] راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 199 ومواهب الجليل، للحطاب 5/ 335، ونهاية المحتاج، للرملي 8/ 289، ومغني المحتاج، للشربيني 4/ 536.

[5] راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 199.

[6] راجع: المرجع السابق 7/ 199، 200.

[7] راجع: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 6/ 402.

[8] راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 198، 199.

[9] راجع: المرجع السابق 7/ 198.

[10] راجع: حاشية ابن عابدين 9/ 421، 422، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين بن علي الزيلعي 6/ 401.

[11] راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 17، وشرح فتح القدير، لابن الهمام 9/ 426.

المبادلة. وقسمة القيمي ليست كذلك، فلم يضعف فيها معنى المبادلة لأنه المأخوذ ليس عين المتروك ولو حُكماً[12].

ونوقش هذا:

بأن القول بأنّ القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والإفراز في جميع الصوَر، لأنها في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه إفراز، وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة: قول مردود عليه بأنّ ما يأخذه كلّ واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه إلا إفراز محض[13].

كما أنّ القسمة مما يجرى فيها الجبر، والقول بأن فيها معنى المبادلة يتنافى مع ذلك، لأن المعاوضات مما لا يجرى فيها الجبر كالبيع[14].

هذا: فضلاً عن أن القول بأن المبادلة في غير ذوات الأمثال كالحيوان والعروض أظهر قول غير واضح، لأن غاية الأمر أنّ البعض الذي يأخذه كلّ واحد منهما عوضاً عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الأمثال، فلم يكن أخذ ذلك بمنـزلة أخذ عين حقه حُكماً؛ فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض. ولا يلزم منه أن لا يتحقق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة؛ إذ لا شك أنّ أخذه هذا البعض إفراز لا يتصوّر فيه مبادلة، فقد تحقق في غير ذوات الأمثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه إفراز دون المبادلة[15].

هذا: وهناك بعض التفصيلات في المذاهب الفقهية في هذا الشأن باعتبار أن بعضهم يرى أن القسمة تمييز حق في بعض أنواعها، وأنها بيع في البعض الآخر:

فعند المالكية:

هي تمييز حق فيما كان متماثلاً من نوع واحد بشرط تساوي رغبة الشركاء وتساوي القيمة كالذور والأقرصة -يعني: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر- المتقاربة المسافة -بحسب الصرف- والمتساوية في القيمة في نظر أهل الخبرة. والتقارب يشمل أيضاً كل متجانس مما يلبس من الثياب كالقطن والصوف إذا وقعت القسمة فيه بالقرعة، وفيما عدا ذلك بيع[16].

وعند جمهور الشافعية:

هي تمييز حق في قسمة الأجزاء، وذلك حيث تتساوى الأجزاء في الصورة والقيمة، سواء في ذلك: المثليات كالحبوب والنقود والأدهان والقيميات كالدور المتفقة الأبنية والأرض المتشابهة الأجزاء وما في معناها، وفيما عدا ذلك بيع[17].

وعند جمهور الحنابلة:

هي تمييز حق في غير قسمة الرد، أما في قسمة الرد فبيع. وقسمة الرد هي التي يحتاج فيها إلى رد مال بأجنبي عن المال المقسوم، كأن يكون في أحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً لا يمكن قسمته، فيردّ من يأخذه بالقسمة التي أخرجتها القرعة قسط ذلك البئر أو الشجر، وذلك لأن صاحب الرد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه؛ وهذا معنى[18]البيع

والراجح:

هو القول بأن القسمة تمييز حق في مشاع بين الشركاء، وأنها عقد قائم بنفسه، وليس بيعاً ولا صلحاً؛ وهذا ما قال به جمهور الفقهاء.

وفي هذا يقول ابن القيم: "فإن القسمة إفراز حق وإن تضمّنت معاوضة، وهي غير البيع حقيقة واسماً وحُكماً وعُرفاً. ولا يسمّى القاسم بائعاً، لا لغة ولا شرعاً ولا عُرفاً. ولا يقال للشريكين إذا تقاسما: تبايَعَا، ولا يقال لواحد منهما: إنه باع ملكه. ولا يدخل المتقاسمان تحت نص واحد من النصوص المتناولة للبيع. ولا يقال لناظر الوقف إذا أفرز الوقف وقسَمه من غيره: إنه قد باع الوقف، وللآخَر: إنه قد اشترى الوقف. وكيف ينعقد البيع بلفظ القسمة؟ ولو كانت بيعاً لوجبت فيها الشفعة. ولو كانت بيعاً لما أجبر الشريك عليها إذا طلبها شريكه؛ فإن أحداً لا يجبَر على بيع ماله. وتلزم بإخراج القرعة، بخلاف البيع. ويتقدّر أحد النصيبيْن فيها بقدر النصيب الآخَر إذا تساويا. وبالجملة فهي تنفرد عن البيع باسمها وحقيقتها وحُكمها"[19].

وبعد أن ترجّح كون القسمة: تمييز حق وإفرازه، فإنه يجدر بنا الآن أن نستوضح الآثار المترتّبة على هذا الخلاف بشأن طبيعة القسمة ووصْفها الشرعي، باعتبار أنها لو كانت بيعاً فإنها تعطى أحكام البيع، أمّا إن كانت مجرد تمييز حق فإنها لا تعطى أحكام العقود. ويمكننا استيضاح ذلك الأثر من خلال بعض المسائل الفقهية الآتية:

(أ) الخيارات:

فعند الحنفية: تدخل الخيارات قسمة الرضى لما فيها من معنى المعاوضة والمبادلة، وكذلك قسمة الجمع في الأجناس المختلفة، وقسمة القيمي مطلقاً من جنس واحد كالبقر أو الإبل أو الغنم. أما قسمة المثلي من جنس واحد فلا يدخلها إلا خيار العيب اتفاقاً، ويدخلها خيار الشرط والرؤية على الصحيح المفتى به[20].

وعند المالكية والشافعية والحنابلة: إن قلنا إنها بيع دخل فيها الخيارات لأنها من أحكام البيع، وإن قلنا إنها تمييز حق فلا تدخلها. وإن كان بعض الحنابلة مَن نفى خيار الشرط مطلقاً سواء قلنا إنها بيع أو تمييز حق. ومنهم من أثبت الخيارين -المجلس والشرط- سواء قلنا إنها بيع أو تمييز حق. وقالوا: إن الخيار لم يشرع خاصاً بالبيع بل شرع للتروي وتبيين أيّ الأمرين أرشد؛ وهذا المعنى موجود في القسمة[21].

(ب) الشّفعة:

قال الحنفية: لا تثبت الشفعة في القسمة لأنها تثبت في المبادلة المحضة على خلاف القياس، والقسمة ليست مبادلة محضة.

فقد جاء في "بدائع الصنائع": "ولا تجب الشفعة في القسمة لأن حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس، والقسمة مبادلة من وجْه فلا تحتمل الشفعة، ولأنها لو وجبت لا يخلو إمّا أن تجب للشريك أو للجار، ولا سبيل إلى الأوّل لأن الشفعة تجب لغير البائع والمشتري، ولا سبيل إلى الثاني لأن الشريك أوْلى من الجار"[22].

هذا وقد صرّح بعض الشافعية بثبوت الشفعة إن كانت القسمة تمييز حق، وعدم ثبوتها إن كانت بيعاً[23].

في حين أنّ الحنابلة قد اختلفوا في هذه المسألة: فمنهم من نفى الشفعة لمانع خاص بالقسمة، ومنهم مَن أثبتها على الأصل فيها. وقال المرداوي: "إن نفْيها هو الصواب"[24].

(جـ) الإقالة:

قال ابن عابدين: "قسمة المثليات لا تقبل الإقالة لأن الإفراز فيها هو الغالب، وقسمة القيميات تقبلها"[25].

ويفهم من كلام المالكية وكذا منصوص الشافعية: أنّ القسمة إن قلنا إنها بيع صحت الإقالة، وإن قلنا إنها تميز حق فلا تصحّ ولا تقبل. وفي هذا يقول الشربيني: "وتصح الإقالة في قسمة هي بيع لا إفراز"[26].

وجاء في "روضة الطالبين": "اقتسما ثم تقايلا: إن قلنا: القسمة بيع صحّت الإقالة وعاد الشيوع، وإلا فهي لاغيه[27].

.

المراجع :

1. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية
2. الإنصاف
3. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد
4. بدائع الصنائع، للكاساني
5. بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي
6. تبيين الحقائق شرح كنـز الدقائق
7. حاشية ابن عابدين لمحمدا مين بن عمر عابدين
8. حاشية الدسوقي للشيخ محمد احمد الدسوقي
9. الذخيرة، للقرافي
10. روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي
11. شرح فتح القدير، لابن الهمام
12. كشاف القناع، للبهوتي
13. المجموع شرح المهذب، للنووي
14. مغني المحتاج، للشربيني
15. المغني والشرح الكبير، لابن قدامة
16. مواهب الجليل، للحطاب
17. نهاية المحتاج، للرملي
18. الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني

---

[12] راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 17.

[13] راجع: شرح فتح القدير، لابن الهمام 9/ 426.

[14] راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 17، وتبيين الحقائق شرح كنـز الدقائق، للزيلعي 6/ 402.

[15] راجع: الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني 9/ 427.

[16] راجع: بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي 3/ 63، ومواهب الجليل، للحطاب 5/ 335.

[17] راجع: مغني المحتاج، للشربيني 4/ 532، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 204.

[18] راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 492، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3263.

[19] راجع: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية 3/ 300.

[20] راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 28.

[21] راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 258، ومغني المحتاج، للشربيني 4/ 536، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3269.

[22] راجع: الكاساني 7/ 28.

[23] راجع: المجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 436.

[24] راجع: الإنصاف 11/ 325، 326.

[25] راجع: حاشية ابن عابدين 9/ 422.

[26] راجع: مغنى المحتاج 4/ 536.

[27] راجع: النووي 11/ 216.