

## الوفاء في قسمة القضاء (5)

### 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 يبحث في أقوال الفقهاء في الجبر على قسمة الجمع قرعة في العقارات والضياع المتعددة مما كان من جنس واحد وفي مصر واحد، وفي الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العلو والسفل.

الكلمات المفتاحية: قسمة الجمع في العقارات والضياع المتعددة

### I. المقدمة

اختلفت مذاهب الفقهاء في قسمة الجمع بالقرعة في العقارات والضياع المشتركة من جنس واحد، وفي الأبنية ذات السفل والعلو، وهذا البحث يأتي هنا ليوضح هاتين المسألتين مع مناقشة أقوال الفقهاء فيهما بغية التوصل إلى القول الراجح فيهما.

### II. موضوع المقالة

#### قسمة الجمع في العقارات والضياع المتعددة

قد تكون العقارات والضياع المشتركة من جنس واحد، كأن يكون بين الشريكين داران أو خاتان ونحو ذلك... كما أنه قد تكون هذه العقارات من جنسين، كأن يكون بينهما دار وخان أو دار وأرض، وأرادوا القسمة جبراً بالجمع قرعة فيما بينهما. وليبيان الحكم الشرعي في هذا ومدى إمكان القسمة على هذا النحو، يلزمنا أولاً تحرير محل النزاع ليتضح من خلاله تقسيم الكلام في هذا المبحث؛ فنقول: - اتفق العلماء على جواز قسمة العقارات والضياع قسمة جمع بالتراضي، على معنى أنه يجوز أن يترضى الورثة على أن يأخذ كل منهم نوعاً منها. - واتفقوا أيضاً على أنه لا يجمع في القسمة بالسهم الدور مع الحوائط ولا مع الأرضين ولا الحوائط مع الأرضين؛ بل يقسم كل شيء من ذلك على حدة. فقد جاء في "مواهب الجليل": "اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط ولا الحوائط مع الأرضين ولا الدور مع الأرضين، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدة"<sup>(1)</sup>، وهذا يعني: أنه لا يجوز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العقارات والضياع إذا كانت جنسين مثل: أن تكون بينهما دار وأرض أو خان وأرض. وفي هذا يقول الخصاف في "أدب القاضي" على نحو ما جاء في "تبيين الحقائق": "إن كانت دار وأرض أو دار وحائط لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في أحد الصنفين، وقسم كل واحد من ذلك بينهما على حدة"<sup>(2)</sup>.

وجاء في "المبسوط": "الأجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة إلا بإصلاح الشركاء على ذلك؛ وهذا لأن في الأجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب على معنى التمييز، والمعاوضة تعتمد التراضي"<sup>(3)</sup>. ويقول ابن رشد: "وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل: أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض، فلا خلاف في أنه لا يجمع في القسمة بالسهم"<sup>(4)</sup>. - واتفقوا أيضاً على عدم جواز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العقارات والضياع من جنس واحد إذا كانت في مصرين؛ فقد جاء في "تبيين الحقائق": "والدور

في مصرين لا تقسم بالإجماع فيما رواه هلال. وعن محمد رحمه الله أنها تقسم"<sup>(5)</sup> هذا وقد أثبت ابن عابدين وصاحب "المبسوط": أن قوله كقولهما إذا كانا في مصرين"<sup>(6)</sup>. - غير أن الخلاف حاصل بين الفقهاء بشأن أمرين: أحدهما:

مدى وجوب الجبر على قسمة الضياع والعقارات بالجمع قرعة إذا كانت من جنس واحد وفي مصر واحد، أي: أنهم مختلفون في مدى إمكان جبر الممتنع على قسمة الجمع بالقرعة إذا كان بينهما داران أو خاتان ونحو ذلك، فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو أحد الخاتين ويجعل الباقي نصيباً للآخر.

الثاني:

مدى وجوب الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العلو والسفل. وفي المطالبين الاتيين نستوضح ما قاله العلماء في هذا الشأن:

#### المطلب الأول: قسمة الجمع في العقارات والضياع

اختلف الفقهاء بشأن مدى إمكان جبر الممتنع على قسمة الجمع بالقرعة إذا كان بينهما داران أو خاتان أو أفرحة، فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو أحد الخاتين أو أحد الأفرحة ونحو ذلك من العقارات والضياع متفقة الأنواع. ولهم في هذا مذهبان:

المذهب الأول:

يرى جواز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العقارات والضياع من جنس واحد إن تعينت وتقاربت وتساوت قيمة ورغبة، إذا طلب أن يجمع نصيبه في أحد الدور أو الحوائط أو أحد الأفرحة أجبر الممتنع. وإلى هذا ذهب المالكية، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، إذا كانت قسمة الجمع أصلح. فقد جاء في "حاشية الدسوقي"<sup>(7)</sup>: "والجواز الجمع: شروط أشار لها بقوله: إن تساوت قيمة. ولو اختلفت صفة البناء فيها ورغبة: قد تكون القيمة عند الناس متفقة ورغبة الشركاء لأمر ما مختلفة، فلا بد من اتفاقهما عند الشركاء. وتقاربت أي: الدور أو الأفرحة أي تقاربت أمكنتها كالميل والميلين أي: يكون الميل أو الميلان جامعاً لأمكنتها حتى يصح ضم بعضها في قسمة القرعة لبعض"<sup>(7)</sup>.

وجاء في "بلغة السالك على الشرح الصغير": "قوله: والأفرحة... والحوائط المتعددة كذلك أي: يجوز جمعها في القرعة بالقيمة إن تعينت وتقاربت كالميل، وتساوت قيمة ورغبة. ويزاد في الحوائط أن تكون من نوع واحد"<sup>(8)</sup>.

وجاء في "تبيين الحقائق": "وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد، وكانت القسمة أصلح لهم"<sup>(9)</sup>. وجاء في "المبسوط": "وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: الرأي في ذلك إلى القاضي. وينبغي أن ينظر في ذلك، فإذا كانت انصباؤه أحدهم إذا اجتمعت في دار كان عدل للقسمة جمع ذلك"<sup>(10)</sup>.

واستدل هؤلاء:

بأن استقلال كل واحد بإحداها أتم في الانتفاع من الانتفاع ببعض داره أو أرضه، فضلاً عن أن قسمة بعضه في بعض أقل للضرر الداخل على الشركاء من قسمة كل واحد على حدة"<sup>(11)</sup>.

(5) راجع: الزيلعي 6/ 413.

(6) راجع: المبسوط، للسرخسي 15/ 21، وحاشية ابن عابدين 9/ 436.

(7) راجع: حاشية الدسوقي 3/ 502.

(8) راجع: الصاوي 3/ 69، 70.

(9) راجع: الزيلعي 6/ 412.

(10) راجع: السرخسي 15/ 16.

(11) راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 212، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد

267/ 2، والمبسوط، للسرخسي 15/ 16.

(1) راجع: الحطاب 5/ 337.

(2) راجع: الزيلعي 6/ 413.

(3) راجع: السرخسي 15/ 21.

(4) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/ 267.

كما أنّ الدُّور كلها جنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة، فيفوض إلى رأي القاضي إن رأى الأعدل في التفرقة فرّق، وإن رأى الأعدل في الجمع جمع، لأنّ المعبر في القسمة: تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية، والمقصود دفع الضرر عن الشركاء. وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرّق نصيبه. وإذا قسم الكلّ قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك. والقاضي نصب ناظراً، فكان الرأي له؛ وهذا ما وجه به كل من أبي يوسف ومحمد بن الحسن ما قالاه في هذا الشأن.

هذا فضلاً عن أنّ الدُّور في حكم الجنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو: السكنى، وباعتبار الاسم واتحاد البلد، والجنس الواحد يقسم كالغنم وغيره...<sup>(12)</sup> وفي هذا يقول ابن نجيم: "لأنهم جنس واحد نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى، جنسان نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت السكنى، وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر لقلّة نصيبه"<sup>(13)</sup>. ونوقش هذا بما يأتي:

(1) أنّ في الجمع زيادة غرر في القرعة، وذلك لأن كل واحد يزول ملكه عن جملة إحدى العقارين بغير رضاه؛ وهذا لا يجوز.

ودفع هذا: بأنّ الغرر قائم في العقار الواحد بل هو أشد لاختلاف أجزائه، وها هنا أقلّ وذلك لأنّ الجمع يتم في المتقارب والمتساوي قيمة ورعية<sup>(14)</sup>.

(2) القياس على الغنم وما أشبهها قياس مع الفارق، وذلك لأنه في الغنم والإبل والبقر والخيول وما أشبه ذلك يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر، وذلك لانعدام التفاوت. ولو وجد فإنه لا يتفاحش بل يقل، والتفاوت القليل ملحق بالعدم أو يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه<sup>(15)</sup>.

ودفع هذا: بأنّ التفاوت في العقارات والضياع من جنس واحد يمكن تعديله بالتقويم طالما استوت الرغبات في ذلك وقربت مواضعها، والأمر في ذلك مفوض للقاضي. وفي هذا يقول السرخسي: "ولأنّ الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو: السكنى، والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والخيول الهروية إلا أنها تتفاوت منفعة السكنى باختلاف البلدان واختلاف المحال. فمن هذا الوجه نسبة البلدان والأجناس المختلفة، فعند تعارض الأدلة الرأي للقاضي فيرجع بعضها بطريق النظر"<sup>(16)</sup>. وجاء في "بداية المجتهد": "فقال مالك: إذا كانت متفقة الأنواع، قُسمت بالتقويم والتعديل والسهمه"<sup>(17)</sup>.

(3) القول بأنّها جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى معارض بما ورد عن محمد بن الحسن في "الإجازات" حين قال: "الأصل: أنّ إجارة منافع الدار بالحنوت لا يجوز؛ وهذا يدل على أنّهما جنس واحد، فكيف تجعل الدُّور منفردة أجناساً؟ وكذلك الأقرحة والداكين"<sup>(18)</sup>.

وقد أوضح هذا صاحب "البنابة شرح الهداية" حين قال: "وقال محمد في "الإجازات": الأصل: أنّ إجارة منافع الدار بالحنوت لا يجوز، أي: إجارة منافع الدار شهراً بسكنى الحانوت شهراً لا يجوز. قال في الأصل: واستجار السكنى لا يجوز، واستجار السكنى بالخدمة يجوز؛ وذلك لأنّ الجنس بانفراده يحرم السكنى وهذا دليل على أنّهما جنس واحد<sup>(19)</sup>. ودفع هذا: بأنهما مختلفان جنساً ورواية واحدة، والفساد في الإجازات تشبيهه المجانسة باعتبار اتحاد منفعتيهما وهو: السكنى<sup>(20)</sup>.

المذهب الثاني:

يرى عدم جواز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العقارات والضياع من جنس واحد مطلقاً، بمعنى: أنه لا يجوز قسمة الجنس الواحد بعضه في بعض بأن يجعل بعضه في مقابل بعض قسمة إجبار، وإنما يقسم كل واحد منه على حدته. وعلى هذا فإذا اشتركا في دارين أو حانوتين أو بستانيين لكل واحد منهما طريق أو حقلين متجاورين أو متباعدين، فطلب أحد الشريكين قسمة يجعل كل واحد منهما سهماً، لم يجبر الممتنع سواءً كتاباً متساويين أو مختلفين. وهذا ما قال به جمهور الفقهاء: من الحنفية والشافعية والحنابلة. وبه قال الإمام أبو حنيفة. وهو قول الصحابين إذا رأى القاضي ذلك. وهو قول للمالكية إذا لم يوجد ضرر.

فقد جاء في "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق": "دور مشتركة، أو دار وضيعة، أو دار وحنوت، قسم كل واحد على حدته"<sup>(21)</sup>.

وجاء في "بدائع الصنائع": "وكذلك الدُّور عند أبي حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران. تقسم كل واحدة على حدتها، سواءً كانتا منفصلتين أو متلاصقتين، وعندهما ينظر القاضي في ذلك إن كان الأعدل في الجمع جمع، وإن كان

(12) راجع: البنابة شرح الهداية، للعيني 419/11، وبدائع الصنائع، للكاساني 7/22.

(13) راجع: البحر الرائق شرح كنز الدقائق 8/276.

(14) راجع: الذخيرة، للقرافي 7/212.

(15) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/21.

(16) راجع: المبسوط 15/16.

(17) راجع: ابن رشد 2/266.

(18) راجع: شرح العناية على الهداية، للبارتري 9/438.

(19) راجع: بدر الدين العيني 10/248.

(20) راجع: شرح العناية على الهداية، للبارتري 9/438.

(21) راجع: الزيلعي 6/412.

الأعدل في التفرقة فرّق. وكذا لو كان بينهما أرضان أو كمرمان فهو على الاختلاف. وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع إجماعاً متصلين كانا أو منفصلين. وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان في دار واحدة فعلى الخلاف"<sup>(22)</sup>.

وقال الماوردي: "وإذا كان بين الشريكين داران محوزتان فطلب أحد الشريكين القسمة على أن تكون كل واحدة من الدارين لأحدهما بالقرعة، لم يقع فيه إجبار"<sup>(23)</sup>.

وجاء في "كشاف القناع": "وإن كان بينهما داران متجاورتان أو متباعدتان أو كان بينهما خانان أو كان بينهما أكثر من دارين أو أكثر من خاتين، فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو إحدى الخاتين ويجعل الباقي نصيباً للآخر، أو طلب كل أن يجعل كل دار أو خان سهماً وامتنع الآخر، لم يجبر الممتنع منهما سواءً تساوت القيمة أو اختلفت"<sup>(24)</sup>.

واستدل هؤلاء بما يأتي:

(1) أنّ نقل حقّه من عين إلى عين أخرى فلم يجبر عليه كالمتفرقين، فضلاً عن أنّ كل عين منهما منفردة بأحكامها وحدودها؛ وهذا يشبه ما لو اختلفا في الاسم أيضاً، كما أنّ كل دار منهما مشتركة بينهما فوجب أن يقسم كل واحد بينهما، بالإضافة إلى أنّ الدور أجناس مختلفة أو في حكمها، والأجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة إلا باصطلاح واتفاق الشركاء على ذلك لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأينية<sup>(25)</sup>.

وفي هذا يقول الزيلعي: "... لأنّ المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب من المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار إلا بالتراضي. ألا ترى أنّ الوكيل بشرأء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشرأء ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأنّ الجنس مختلف فهذا هو الأصل لامتناع القسمة"<sup>(26)</sup>.

وجاء في "بدائع الصنائع": "إنّ القسمة فيها باعتبار أعيانها لأنه يقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لاختلاف الدور في أنفسها واختلافها باختلاف البناء والباق، فكانت في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفاً في غير محلّه، فلا يصح ولو اقتسما بأنفسهما أو بالقاضي بتراضيها جاز"<sup>(27)</sup>. ونوقش هذا:

بأنّ القياس على المتفرقين أو المتبايعين قياس مع الفارق، وذلك لأنّ التبايع يؤدّي إلى اختلاف الأغراض بخلاف ما إذا تقاربت وتساوت قيمة ورعية. وفي هذا يقول الدردير: "فإنّ تبايعت لم يجز جمعها، بل يتعين قسم كل على حدتها لأنّ شأن التبايع يؤدّي إلى اختلاف الأغراض لأنّ أكثر من المليون يؤدّي إلى كونها في بلدين أو بلد كبيرة إحداها في الوسط والأخرى في طرفها، وهذا مانع من الجمع"<sup>(28)</sup>.

ودفع هذا:

بأنّ الاعتبار للمعنى وهو المقصود، ويختلف ذلك المقصود باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء، اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة<sup>(29)</sup>.

(2) أنّها أملاك متعدّدة ولكل واحد منها خواص لا تحصل في الآخر، بخلاف الأرض الواحدة والدار الواحدة؛ فالأملاك المتعدّدة يقصد كل واحد منها للسكنى على انفراد كالأقرحة المتباعدة. هذا فضلاً عن أنّها شينان متميزان لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لملك آخر؛ فكذلك لا تجب قسمة بعضه في بعض على معنى القياس على الشفعة بجامع إزالة ضرر الشريكة ونقصان التصرف في كل. فكما لا تجب الشفعة لأحدهما إذا بيع الآخر فكذلك لا تجب قسمة بعضه في بعض<sup>(30)</sup>. وفي هذا يقول القرافي: "... وقال الأئمة: لا تقسم دار مع دار وإن تقاربت، كما تكون الشفعة فيها دون غيرها: تقسم وحدها"<sup>(31)</sup>.

ونوقش هذا:

بأنّ القول بأنّها أملاك متعدّدة غير مسلم، وذلك لأنّ الأصل: الأرض، والبناء تبع؛ فهي واحدة. كما أنّ القول بأنّها أملاك متعدّدة منقوض بقولكم في البيوت في محل أو محال متعدّدة تقسم قسمة واحدة، لأنّ التفاوت فيما بينها يسير. ولا شك أنّ المحلّة فوق الدار، فإذا قُسمت البيوت في محال متعدّدة قسمة واحدة بالإجماع، فلان قُسمت في دور متعدّدة قسمة واحدة بالإجماع أولى. هذا فضلاً عن الاستدلال بالقياس على الشفعة يمكن قلبه فيقال: إذا كانوا شركاء في جميع الدور أو الأقرحة وأراد أحدهم بيع نصيبه في الجميع ثبتت الشفعة فيه؛ فتقاس القسمة على الشفعة<sup>(32)</sup>. وفي هذا يقول القرافي: "إنّ الشركة إذا

(22) راجع: الكاساني 7/22.

(23) راجع: الحاوي الكبير 16/259.

(24) راجع: البهوتي 9/3265.

(25) راجع: البنابة شرح الهداية، للعيني 10/249، ومغني المحتاج، للشربيني 4/535، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/498.

(26) راجع: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 6/412.

(27) راجع: الكاساني 7/22.

(28) راجع: الشرح الصغير 3/69.

(29) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/21، والبنابة شرح الهداية، للعيني 10/249، وشرح فتح القدير، لابن الهمام 9/438.

(30) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد 2/267، والمغني، لابن قدامة 17/9.

(31) راجع: الذخيرة 7/212.

(32) راجع: شرح فتح القدير، لابن الهمام 9/439.

عنت فيهما والبيع عنت الشفعة؛ فنقيس القسم على الشفعة، فينقلب الدليل<sup>(33)</sup>.  
والراجح في هذا الخلاف:

هو القول بجواز قسمة الجنس الواحد بعرضه في بعض قسمة إيجاب، وهو ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم؛ وذلك إن تعين وتقارب وتساوى قيمة ورغبة، بمراعاة ما قاله القاضي أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية من إعطاء القاضي السلطة التقديرية في اختيار الأصلح والأعدل للشركاء. فإن كان الأعدل الجمع جمع، وإن كان الأصلح قسمة الفرد قسم وهكذا. والله تعالى أعلم وأحكم.

### المطلب الثاني: قسمة الأبنية ذات السفلى والعلو

الملاحظ في هذا الزمان: أن كثيراً من الأبنية لها سفلى وعلو، وغالباً ما يكون العلو من عدة طوابق؛ فحدثت مشكلة قسمة سفليها وعلوها، إما لضيق مساحتها، أو لاتحاد مدخلها، أو لتعدد قسمة منافعها، ونحو ذلك... وهذه المشكلة تعد الآن لب النزاع خاصة بين الورثة، وغالباً ما ينتهي هذا النزاع إلى ما لا تحمد عقباه. ولهذا كان لنا في شرعنا الحنيف السكّن والدفاع بملاحقته ذلك النزاع، بوضع الحلول المعالجة له، وإنهاء كافة متعلقاته خاصة مع خلوص النوايا في التطبيق بغية وصول كل شريك إلى حقه ليس إلا، مع عدم الإضرار بالآخرين. وفي هذه العجالة محاولة لجمع شتات هذه المسألة العويصة، وتقديمها سهلة ميسورة، عسانا أن نبرأ بأنفسنا عن كل ما يؤثر في علاقتنا خاصة بين الشركاء وغالباً ما يكونوا ورثة، تحقيقاً لصون أوامر المحبة وشيوع التراحم والترابط بدلاً من الكراهية والقطعية المذمومة التي يابها شرعنا الحنيف.

تحريز محل النزاع:

- اتفق الفقهاء على جواز القسمة إذا كانت الأبنية المشتركة مشتملة على سفلى وعلو، فتراضيا على أن يكون لأحدهما السفلى وللآخر العلو أو بالعكس.  
- واتفقوا على جواز القسمة إن تراضيا على قسمة السفلى وحده وترك العلو مشاعاً بينهما، أو قسمة العلو وحده وترك السفلى مشاعاً بينهما.  
- واتفقوا أيضاً على جواز قسمة السفلى والعلو معاً بالذراع أو بالقيمة، سواء كانت الأتصاء متساوية أم متفاوتة، على أن يردها إلى الآخر فرقاً نقوداً؛ وذلك لأن الحق لهما وقد تراضيا عليه، وأنه إذا طلب أحد الشريكين قسمة السفلى والعلو معاً فامتنع الآخر فلا خلاف بين الفقهاء أيضاً في أن يجب إلى طلبه ويجبر الممتنع على القسمة، ما لم يكن هناك ضرر بهما أو بأحدهما من هذه القسمة. وهذا قياساً على جبر الممتنع في قسمة الأرض التي فيها غراس إذا طلب أحد الشريكين قسمتها، فإذا أجبر على قسمتها فمن باب أولى يجبر على قسمة السفلى والعلو، لأن البناء في الأرض يجري مجرى الفرس فيتبعها في البيع والشفعة ويتبعها أيضاً في الجبر<sup>(34)</sup>.

وقد جاء في "المغني": "... أن البناء في الأرض يجري مجرى الفرس فيتبعها في البيع والشفعة، ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه، كذلك البناء<sup>(35)</sup>.  
- واتفقوا كذلك على عدم جواز الجبر على قسمة السفلى على انفراده وقسمة العلو على انفراده؛ وذلك لأنه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفلى الآخر فيقع ما فوق هذا لذلك، فيستنصر كل واحد منهما؛ وبالتالي فلا يتميز حق كل منهما ويفوت الغرض من القسمة. وفي هذا يقول الماوردي: "فلو دعا أحدهما إلى قسمة السفلى على انفراده وقسمة العلو على انفراده، لم يقع فيه إيجاب وقسم العلو مع السفلى لأنه تبع له"<sup>(36)</sup>، ويقول ابن قدامة: "وإن طلب أحدهما قسمة العلو منفرداً والسفلى منفرداً، لم يجب إليه لأنه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفلى الآخر فيستنصر كل واحد منهما، ولا يتميز الحقان"<sup>(37)</sup>.

- واتفقوا أيضاً على عدم جواز الجبر على قسمة العلو وحده دون السفلى وقسمة السفلى وحده دون العلو، بأن يقسم أحدهما ويترك الآخر مشاعاً بينهما، فامتنع الآخر فلا يجبر على هذه القسمة وذلك لأن القسمة تراد للتمييز أي: تمييز كل حق عن الآخر، ومع قسمة العلو أو السفلى مشاعاً في أحدهما لا يحصل التمييز<sup>(38)</sup>. وفي هذا جاء في "روضة الطالبين": "ولو طلب أحدهما أن يقسم السفلى ويترك العلو مشاعاً، لم يجبر الآخر لأنها قد يقتسمان العلو بعده فيقع ما فوق هذا لذلك"<sup>(39)</sup>. ويقول ابن قدامة: "لأن القسمة تراد للتمييز، ومع بقاء الإشاعة في أحدهما لا يحصل التمييز"<sup>(40)</sup>.

- غير أن الخلاف بينهم: في إمكان الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العلو والسفلى إذا طلب أحد الشريكين في الدار أو البناء قسمها، لأحدهما السفلى وللآخر العلو بالقرعة، فامتنع الآخر فهل يجبر على ذلك؟  
أي: أن الفقهاء قد اختلفوا في جواز جمع العلو والسفلى بالقرعة، على معنى أنه:

(33) راجع: الذخيرة 7/ 212.

(34) راجع: بدائع الصنائع، للكاساني 7/ 27، والذخيرة، للقرافي 7/ 211، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 213، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 497، 498.

(35) راجع: المغني، لابن قدامة 9/ 118.

(36) راجع: الحاوي الكبير 16/ 259.

(37) راجع: المغني 9/ 119.

(38) راجع: روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 213، 214، والحاوي الكبير، للماوردي 16/ 259، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3265.

(39) راجع: النووي 11/ 214.

(40) راجع: المغني والشرح الكبير 11/ 497.

هل يجوز أن يجمع بينهما في القسم بالقرعة، بأن يحصل هذا قسماً وهذا قسماً، وترمي القرعة فكل ما جاءت عليه قرعته أخذه؟ أو لا يجوز جمعها في القسم بالقرعة؟  
وللفقهاء في هذا مذهبان:  
المذهب الأول:

يرى عدم جواز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العلو والسفلى أي: أنه إذا كانت دار بين شريكين وطلب أحدهما أن يقسم بينهما على أن يجعل السفلى لأحدهما والعلو للآخر ويقرعه بينهما، فلم يجبر عليه الآخر. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وبعض المالكية. وهو قول للإمام أبي حنيفة وصاحبه<sup>(41)</sup>.  
فقد جاء في "مغني المحتاج": "يجبر الممتنع على قسمة علو وسفلى من دار أمكن قسمتها، لا على قسمة أحدهما فقط، وعلى جعله لواحد والآخر لآخرين<sup>(42)</sup>. وفي المجموع شرح المهذب": "فإن كان بينهما دار وطلب أحدهما أن تقسم فيجعل العلو لأحدهما والسفلى للآخر، وامتنع الآخر، لم يجبر الممتنع"<sup>(43)</sup>. وجاء في "كشاف القناع": "وإن كان بينهما دار لها علو وسفلى فطلب أحدهما قسمها لأحدهما العلو وللآخر السفلى، فلا إيجاب. وإن طلب أحدهما قسمة السفلى دون العلو أو عكسه بأن طلب قسمة العلو دون السفلى، فلا إيجاب"<sup>(44)</sup>. وفي "الذخيرة": "قال صاحب "التنبيهات": قيل: إنما يجوز قسم العلو والعلو عند الملك مرضاة دون القرعة، لأنه كصنفين إذ لا ساحة للعلو..."<sup>(45)</sup>.  
واستدل هؤلاء بما يأتي:

أن العلو يتبع للسفلى، ولهذا إذا بيعا تبعت الشفعة فيها. وإذا أقر العلو بالبيع لم تبعت الشفعة فيه. وإذا كان تبعاً له لم يجعل المتبوع سهماً والتبع سهماً، فيصير التبع أصلاً. كما أن العلو تابع للعرصة في القسمة، ولهذا إذا كانت بينهما عرصّة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة. ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة، لم يجب. ولا يجوز أن يجعل التابع في القسمة متبوعاً، فضلاً عن أن البناء تابع للأرض والعلو للسفلى؛ فإتباعاً على قسمة تأتي على الأرض. كما أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها، فإذا جعل السفلى نصيباً لأفرد صاحبه بالهواء، وليست هذه قسمة عادلة. يضاف إلى ذلك: أن الهواء دون الأرض لا يملك ولا يمكن ذلك فيه أصلاً لوجهين: أحدهما: أنه لا سبيل لأحد إلى أن يستقر في الهواء، وهذا ممتنع. والثاني: أنه متموّج غير مستقر ولا مضبوط<sup>(46)</sup>.

المذهب الثاني:

يرى جواز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العلو والسفلى. أي: أنه إذا كان بينهما دار لها علو وسفلى فطلب أحدهما قسمها لأحدهما العلو وللآخر السفلى ويقرعه بينهما، أجبر الآخر عليه. وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية وبعض المالكية، وبه قال الشافعية<sup>(47)</sup>.  
فقد جاء في "التاج والإكليل": "وفي العلو والسفلى تأويلان من "المدة"، قال ابن القاسم: إذا اقتسم رجلان داراً بينهما على أن يأخذ أحدهما العلو والآخر السفلى، جاز ذلك"<sup>(48)</sup>.  
واستدل هؤلاء:

بأن الدار واحدة، فإذا قسمها على ما يراه الحاكم جاز كالتالي لا علو لها. كما أنه إذا تعدّر قسمتها علواً وسفلاً، تكون قسمة الجمع طريقاً لا ضرر فيه إلى إيصال الحق لمستحقّه<sup>(49)</sup>.

وتوقّش هذا:

بأن من وقع له العلو فإتباعه بشرط أن يبني على جداراته صاحبه وسطحه، وبشرط أن لا يهدم صاحب السفلى جداراته ولا سطحه، ولا أن يعلى شيئاً من ذلك ولا أنه يقصره، ولا أن يقبب سطحه، ولا أن يرقق جداراته، ولا أن يفتح فيه أقواساً؛ وكل هذه شروط ليست في كتاب الله تعالى<sup>(50)</sup>. وقد روي عن عائشة رضي الله عنها: أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق»<sup>(51)</sup>.

(41) راجع: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزليعي 6/ 412، وحاشية الدسوقي 3/ 503، ومواهب الجليل، للحطاب 5/ 338، والحاوي الكبير، للماوردي 16/ 259، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 213، 214، والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 496.

(42) راجع: الشريبي 4/ 535.

(43) راجع: النووي 22/ 435.

(44) راجع: البهوتي 9/ 3265.

(45) راجع: القرافي 7/ 208.

(46) راجع: المغني والشرح الكبير، لابن قدامة 11/ 496، والمجموع شرح المهذب، للنووي 22/ 436، 437.

(47) راجع: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزليعي 6/ 417، وحاشية ابن عابدين 9/ 439، والذخيرة، للقرافي 7/ 205، وحاشية الدسوقي 3/ 503، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 213..

(48) راجع: المواق 5/ 338.

(49) راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 208.

(50) راجع: جواهر الإكليل، لصالح عبد السميع الأبّي الأزهري 2/ 166، وشرح فتح القدير، لابن الهمام 9/ 444، والحاوي الكبير، للماوردي 16/ 259، وكشاف القناع، للبهوتي 9/ 3265.

(51) راجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني 4/ 432.

4. البناية شرح الهداية، للعيني  
5. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق  
6. جواهر الإكليل، لصالح عبد السميع الأبي الأزهرى  
7. حاشية ابن عابدين لمحمد أمين بن عمر عابدين  
8. حاشية الدسوقي لمحمد الدسوقي  
9. الحاوي الكبير للماوردي  
10. الذخيرة، للقرافي  
11. روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي  
12. الشرح الصغير للردبر  
13. شرح العناية على الهداية، للبارتري  
14. شرح فتح القدير، لابن الهمام  
15. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني  
16. كشاف القناع، للبهوتي  
17. المبسوط، للسرخسي  
18. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس  
19. مغني المحتاج، للشربيني  
20. المعني والشرح الكبير، لابن قدامة

هذا فضلاً عن أن كل من له حق فهو مملك إياه، يتصرف فيه كيف يشاء ما لم يمنعه كتاب أو سنة؛ فيطلت هذه القسمة بيقين لا إشكال فيه، وصح أن ابتياع العلو على إقراره حيث هو أكل مال بالباطل. وإنما يجوز بيع أنقاضه فقط، فإذا ابتاعها فليس له إمسакها على جدارات غيره إلا مادام تطيب نفسه بذلك، ثم له أن يأخذ بازالتها عن حقه متى شاء. والراجع:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم جواز الجبر على قسمة الجمع بالقرعة في العلو والسفل، وذلك لقوة ما استدلووا به، بمراعاة أن ما ذهب إليه الإمام النووي في "روضة الطالبين" من أنه إذا لم يمكن قسمتها علواً وسفلاً يجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر تخفيفاً وإزالة لأضرار المشاركة بقدر الإمكان، على أن يكون التعديل في هذه القسمة بالقيمة لأنها تأتي على جميع الأعراض. وأما المنازعات التي يتوقع حدوثها نتيجة انهزام العلو أو السفل أو ضعف أحدهما وكذلك الانتفاع بالساحة، فقد عالجها المالكية كما ذكرها الإمام القرافي وأوردها صاحب "المدونة"<sup>(52)</sup>. والله تعالى أعلم وأحكم.

هذا: وبالنسبة لكيفية قسمة الأبنية ذات السفل والعلو عند القائلين بجواز القسمة فيها جبراً، فقد اختلف هؤلاء فيما بينهم بشأن هذه الكيفية. فمنهم من قال: إنها تكون بالقياس، ومنهم من قال تكون بالزراع. ويتضح هذا من خلال النظر فيما يأتي:

المذهب الأول:

يرى أن القاضي يقسم السفل والعلو بالقيمة؛ وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء -محمد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة-. وذلك لأن منفعة السفل والعلو مختلفة، لأن أحوال البلاد في ذلك مختلفة؛ فمنهم من يختار السفل على العلو، ومنهم من يختار العلو على السفل، ولأن المنفعة تختلف أيضاً باختلاف الحر والبرد، فلا يتحقق التعديل إلا بقيمة، ولأن القيمة تأتي على جميع الأغراض فلا حاجة إلى ما تمسك به الإمامان<sup>(53)</sup>.

المذهب الثاني:

يرى أن القاضي يقسم السفل والعلو بالذراع؛ وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف -رحمهما الله-، إلا أنهما اختلفا في كيفية القسمة بالذراع. فقال الإمام أبو حنيفة: ذراع من السفل بذراعين من العلو. وقال أبو يوسف: ذراع من السفل بذراع من العلو. وعلل الإمام أبو حنيفة قوله بأن منفعة السفل تزيد على منفعة العلو الضعف، لأن منفعة السفل تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل، ولأن السفل فيه منفعتان: منفعة البناء ومنفعة السكنى، ولأن السفل كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه بخلاف العلو فلا يصلح إلا للسكنى خاصة؛ فكان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة، فكانت القسمة على الثلث والثلثين. ولأنه لا يصلح لصاحب العلو أن يبني على سفل صاحبه من غير رضاه وإن لم يضر به من حيث الظاهر، وما دام كذلك فليس لصاحب العلو سوى منفعة واحدة وهي: منفعة السكنى فقط.

وعلل أبو يوسف قوله بأن المقصود: أصل السكنى، والسفل والعلو متساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله، ولأن لصاحب العلو أن يبني على السفل برضى صاحب السفل وإذنه، وإذا ملك البناء على علوه كانت له منفعتان أيضاً؛ فاستويا في المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذراع<sup>(54)</sup>. ويتخرج على هذا الخلاف: أنه لو كان بين شريكين بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر، فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو بناء على أصله؛ فتكون القسمة هنا أرباعاً. وعند أبي يوسف: ذراع من السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده؛ فتكون القسمة أثلاثاً. ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو بيت آخر، فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل، وذراع من سفل البيت بذراع من السفل الآخر، وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر. وعند أبي يوسف: ذراع من السفل والعلو بذراعين من السفل.

والراجع:

هو أن القاضي يقسم السفل والعلو بالقيمة، وذلك لأن من المعلوم أن العادات تختلف باختلاف البلدان؛ فيكون التعديل بالقيمة أحوط وأعدل لوصل الحق لكل من الشريكين. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو أولى للعمل به في هذا الزمان. والله أعلم.

## المراجع :

1. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم
2. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد
3. بدائع الصنائع، للكاساني

برقم 2155.

<sup>(52)</sup> راجع: الذخيرة، للقرافي 7/ 207، والمدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس 5/

521.

<sup>(53)</sup> راجع: الهداية مع شرح فتح القدير 9/ 443، والذخيرة، للقرافي 7/ 205،

وروضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي 11/ 213، والإنصاف، للمرداوي 11/

314.

<sup>(54)</sup> راجع: شرح فتح القدير، لابن الهمام 9/ 443، 444.